

حقوق خصوصی
دوره ۱۰، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲
صفحات ۳۴۷ - ۳۱۳

محرمانه بودن داوری تجاری بین الملل

بهرام تقی پور*

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۲/۱۵)

چکیده

داوری شیوه خصوصی حل و فصل دعاوی در تجارت بین الملل است. محاسن داوری نسبت به دادگستری دولتی موجب شده است تجار در سطح بین الملل دعاوی خود را به داوری ارجاع دهند. یکی از این محاسن محرمانه بودن این شیوه دادرسی است. سؤال این است که جنبه محرمانه بودن داوری بر مبنای کدام منابع داوری تجاری بین الملل استوار است. قلمرو و ضمانت اجرای تخلف از آن کدامند؟ مطالعه تطبیقی نظام های حقوقی نشان می دهد آن ها به وجود و منابع این تعهد نگرش یکسانی ندارند. در واقع، اثبات این تعهد در صورت فقدان توافق صریح طرفین قرارداد با مشکلات مهمی مواجه شده است. به طوری که در حقوق برخی کشورها وجود چنین اصل یا تعهدی انکار شده است. در این مقاله سعی شده است وجود این تعهد به عنوان یک شرط ضمنی قراردادی اثبات شود و ضمانت اجرای نقض آن نیز معین شود.

واژگان کلیدی

تجارت بین الملل، داوری، محرمانه.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

داوری یا دادگستری خصوصی^۱ مهمترین شیوه حل و فصل دعاوی در تجارت بین‌الملل است. این شیوه دادرسی که مبتنی بر اصل آزادی اراده است، در همه نظام‌های حقوقی جهان تأیید شده است (درباره داوری تجاری بین‌الملل رک. شیروی، ۱۳۹۱؛ جنیدی، ۱۳۷۸). محاسن داوری یا دادگستری خصوصی نسبت به دادگستری دولتی^۲ موجب شده است تجار در سطح بین‌الملل دعاوی خود را قبل یا بعد از ایجاد اختلاف، به صورت شرط داوری^۳ یا توافقنامه داوری^۴، به داوری موردی^۵ یا سازمانی^۶ ارجاع دهند. یکی از این محاسن محرمانه بودن این شیوه از دادرسی است که موجب ترغیب بازرگانان بین‌الملل به پذیرش این نوع دادگستری جهت حل و فصل اختلافات شده است. سؤال این است که جنبه محرمانه بودن داوری بر کدام یک از منابع داوری تجاری بین‌الملل استوار شده است؟ به عبارت دیگر، براساس کدام یک از منابع حقوقی دست‌اندرکاران داوری به حفظ محرمانه بودن داوری متعهدند؟ همچنین، قلمرو و ضمانت اجرای تخلف از این تعهد کدامند؟ مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی در قلمرو حقوق داوری تجاری بین‌الملل نشان می‌دهد آن‌ها نگرش یکسانی نسبت به وجود و منابع این تعهد ندارند. در واقع، اثبات این تعهد در صورت فقدان توافق صریح اصحاب قرارداد با مشکلات مهمی مواجه شده است. به طوری که در حقوق برخی کشورها وجود چنین اصل یا تعهدی انکار شده است. بنابراین، با توجه به اهمیت موضوع، در این مقاله سعی می‌شود جایگاه تعهد محرمانه بودن در منابع داوری تجاری بین‌الملل و قلمرو و ضمانت اجرای تخلف از آن به طور اجمالی مطالعه شود.

1. La Justice Privée
2. La Justice étatique
3. La Compromissoire
4. Le Compromisz
5. L arbitrage Occasionnel ou Ad hoc
6. L arbitrage Institutionnel

اثبات تعهد

گفته شد محرمانه بودن داوری یکی از ویژگی‌های آن است که تجار را در سطح بین‌الملل ترغیب می‌کند دعاوی خود را با این شیوه از دادرسی حل و فصل کنند. با توجه به اینکه در حوزه حقوق، اثبات هر تعهدی نیاز به منبع حقوقی دارد، سؤال این است از دیدگاه حقوقی، این تعهد بر مبنای کدام یک از منابع داوری تجاری بین‌الملل استوار شده است؟ به عبارت دیگر، از لحاظ قانونی چگونه و بر چه اساسی می‌توانیم این تعهد را به دست‌اندرکاران داوری تحمیل کنیم. در این قسمت سعی می‌شود به اختصار جایگاه تعهد محرمانه بودن داوری را در منابع داوری تجاری بین‌الملل بررسی و مطالعه کنیم.

منابع داوری تجاری بین الملل

داوری شیوه دادرسی قراردادی است. به عبارت دیگر، داوری بر اصل حاکمیت اراده و در نتیجه اصل آزادی قراردادها استوار شده است. طرفین دعوی هستند که قبول می‌کنند دعاوی آن‌ها از طریق داوری حل و فصل شود. بنابراین، بدیهی است که آن‌ها می‌توانند در قراردادشان به صراحت شرط کنند که طرفین مکلف به حفظ جنبه محرمانه بودن داوری‌اند. در این صورت، اصحاب دعوی مکلف‌اند به عهد خود وفا کنند و از افشای اطلاعات مربوط به داوری خودداری کنند. بحث درباره شرط صریح محرمانه بودن است. در این صورت، دست‌اندرکاران دیگر داوری، مانند داور و مراکز داوری نیز باید به این شرط صریح احترام گذارند و داوری را محرمانه نگه دارند. چنین شرطی می‌تواند در خود قرارداد داوری یا در آیین‌نامه داوری انتخابی توسط طرفین، به‌طور صریح پیش‌بینی شود. مشکل این است که در بسیاری موارد دیده شده است شرط محرمانه بودن داوری در قرارداد داوری و یا در آیین‌نامه انتخابی به‌طور صریح پیش‌بینی نشده است. در این صورت، چگونه می‌توان چنین تعهدی را ثابت کرد؟ آیا محرمانه بودن داوری می‌تواند به عنوان شرط ضمنی در قرارداد داوری اثبات شود؟ پذیرش این شیوه حل و فصل دعاوی، متضمن یک شرط ضمنی است که براساس آن، طرفین، داوران و مراکز داوری به‌طور ضمنی قبول کرده‌اند داوری را محرمانه تلقی و از افشای هرگونه اطلاعات و اسناد مربوط به آن خودداری کنند. بیش از سه دهه است که

این سؤال موضوع بحث علمای حقوق در سطح بین‌الملل است، هنوز هم نمی‌توان در بسیاری از نظام‌های حقوقی پاسخ صریحی برای آن یافت. به‌خصوص هنگامی که رویه قضایی برخی کشورها وجود چنین شرط ضمنی را انکار می‌کند. برای روشن‌شدن این مسئله ما ابتدا برخی آیین‌نامه‌های داوری سازمانی یا موردی در سطح بین‌الملل، قوانین مربوط به داوری، سپس، آرای قضایی صادره از برخی دادگستری‌های دولتی را مطالعه می‌کنیم. در پایان، نظریه دکترین مربوط به داوری را بررسی خواهیم کرد. قبل از این بررسی، به تحقیق می‌توان گفت کنوانسیون‌های بین‌المللی نسبت به پیش‌بینی اصل محرمانه‌بودن داوری ساکت بوده و نصی را در این زمینه پیش‌بینی نکرده‌اند.

آیین‌نامه‌های داوری

مطالعه تعدادی از آیین‌نامه‌های داوری بین‌المللی نشان می‌دهد آن‌ها شیوه یکسانی نسبت به پیش‌بینی صریح تعهد محرمانه‌بودن داوری انتخاب نکرده‌اند. برخی از این آیین‌نامه‌ها در پیش‌بینی صریح چنین تعهدی ساکت‌اند، در حالی که برخی دیگر قسمت یا قسمت‌هایی از این تعهد را پیش‌بینی کرده‌اند.

آیین‌نامه انجمن داوری آمریکا^۱ مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی، ضمن بیان جنبه خصوصی‌بودن جلسات داوری، در ماده ۳۴ خود، تعهد به محرمانه‌بودن داوری و اطلاعات مربوط به آن را بر داوران و مراکز داوری تحمیل کرده است، بدون اینکه به تعهد طرفین دعوی نسبت به حفظ محرمانه‌بودن داوری اشاره کند. با این وجود، بند ۴ ماده ۲۷ این آیین‌نامه پیش‌بینی کرده است که رأی داوری نمی‌تواند بدون اجازه طرفین یا غیر از موارد پیش‌بینی‌شده در قانون انتشار یابد. بنابراین، آیین‌نامه مذکور فقط به قسمت‌هایی از تعهد محرمانه‌بودن داوری و یا به برخی اشخاص متعهد اشاره دارد و تعهد یا اصل جامعی از محرمانه‌بودن داوری را پیش‌بینی نکرده است.

بند یک ماده ۳۰ آیین‌نامه دیوان داوری لندن^۲ مصوب اول ژانویه ۱۹۹۸ میلادی با پیش‌بینی یک

1. Rules of the American Arbitration Association (AAA) www.adr.org.

2. The new Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA) www.lcia.org.

اصل کلی تعهد به حفظ محرمانه بودن داوری، مقرر کرده است در فقدان یک شرط مخالف، طرفین اصولاً مکلف اند جنبه محرمانه بودن داوری و همه اطلاعات، اسناد و مدارکی را که در حین داوری ایجاد شده یا افشا می شوند، حفظ کنند، مشروط بر اینکه افشای این اسناد و یا اطلاعات جهت احقاق حق آن ها و یا در راستای اعتراض نسبت به رأی داوری با حفظ اصل حسن نیت نباشد. همچنین، بند ۳ ماده ۳۰ این آیین نامه، انتشار رأی داوری را منوط به موافقت طرفین کرده است. شایان ذکر است در این آیین نامه، از تعهد داوران یا مراکز داوری نسبت به حفظ محرمانه بودن مطلبی بیان نشده است.

آیین نامه داوری پیشنهادی توسط کمیسیون تجارت بین الملل سازمان ملل متحد^۱ اصلاح شده در سال ۲۰۱۲ میلادی، در زمینه تعهد جامع محرمانه بودن داوری بر عهده طرفین دعوی یا داوران و مراکز داوری ساکت است. با وجود این، بند ۳ ماده ۲۸ این آیین نامه، به جنبه خصوصی بودن جلسات داوری اشاره کرده است. همچنین، بند ۵ ماده ۳۴ آن، انتشار رأی داوری را با شرایطی از جمله موافقت طرفین تجویز کرده است.

آیین نامه داوری اتاق بازرگانی بین الملل^۲ اصلاح شده در سال ۲۰۱۱ میلادی نیز، درباره پیش بینی تعهد جامعی از محرمانه بودن داوری محافظه کار بوده و نص صریحی را در این زمینه بیان نکرده است. با وجود این، بند ۳ ماده ۲۲ این آیین نامه تصریح کرده است که بنا به تقاضای یک طرف دعوی، دیوان داوری می تواند دستورات لازم مبنی بر محرمانه بودن رسیدگی یا هر مسئله دیگری مربوط به داوری را صادر و اقدام های مورد نیاز را جهت حمایت از اسرار تجاری و اطلاعات محرمانه انجام دهد. بنابراین، در این آیین نامه شرط صریح محرمانه بودن داوری پیش بینی نشده است. در حالی که ماده ۶ ضمیمه شماره یک این آیین نامه تصریح کرده است کارهای دیوان (یکی از ارگان های اتاق بازرگانی بین المللی) ویژگی محرمانه را دارد و همه کسانی که به هر دلیل در کار

1. The Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): www.uncitral.org
2. Le nouveau règlement de la Chambre de Commerce International www.iccwbo.org .

این دیوان مشارکت دارند، مکلف‌اند محرمانه‌بودن آن را رعایت کنند. واضح است این متن فقط شامل تعهد کارکنان دیوان اتاق بازرگانی بین‌الملل است و شامل داوران نمی‌شود هر چند در عمل، دبیرخانه دیوان قبل از معرفی یا تأیید قبولی داوران به آن‌ها گوشزد می‌کند اصل محرمانه‌بودن داوری را رعایت کنند. آمار اطلاعات مربوط به پرونده‌های بررسی‌شده توسط اتاق بازرگانی در گذشته نیز نشان می‌دهد بیشتر داوران در عمل به ویژگی محرمانه‌بودن داوری احترام گذاشته و کمتر پیش آمده است که داور از احترام به این تعهد خودداری کرده باشد (Schwartz, 1995, p.98). بررسی آیین‌نامه‌های داوری مطالعه‌شده در سطح بین‌الملل نشان می‌دهد فقط آیین‌نامه داوری سازمان جهانی مالکیت معنوی^۱، مقررات مفصلی در زمینه تعهد محرمانه‌بودن داوری پیش‌بینی کرده است به طوری که براساس ماده ۵۳ و مواد ۷۳ تا ۷۶ این آیین‌نامه، طرفین دعوی، مرکز داوری و داورها متعهدند ضمن حفظ جنبه خصوصی داوری به ویژگی محرمانه‌بودن داوری و نوشته‌ها و اسنادی که در حین داوری ایجاد شده و یا مطرح می‌شوند احترام گذارند و از افشای آن‌ها بدون مجوز طرفین دعوی یا در موارد ضروری خودداری کنند. بنابراین، مطالعه آیین‌نامه‌های داوری در سطح بین‌الملل نشان می‌دهد کمتر می‌توان آیین‌نامه‌ای یافت که تعهدی جامعی از محرمانه‌بودن داوری را به‌طور صریح پیش‌بینی کرده باشد. شایان ذکر است مفاد آیین‌نامه‌های انتخابی در حکم مفاد قرارداد منعقدشده توسط طرفین است. بنابراین، شروط مقرر در آن همانند شروط صریح قراردادی تلقی می‌شود.

قوانین داوری کشورها

به تحقیق، می‌توان گفت تا سال ۱۹۹۶ میلادی هیچ‌یک از قوانین مربوط به داوری در کشورهای جهان، جنبه محرمانه‌بودن داوری را مطرح نکرده‌اند. حتی قانون نمونه داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز نسبت به ذکر این ویژگی داوری ساکت است. در

1. Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) Le www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules.

سال ۱۹۹۶ میلادی، قانون داوری نیوزیلند^۱ (اقتباس شده از قانون نمونه داوری) اولین قانون مربوط به داوری در جهان است که به تعهد محرمانه بودن داوری اشاره کرده بود. ماده ۱۴ این قانون مقرر کرده بود افشای اطلاعات مربوط به رسیدگی و آرای داوری ممنوع است و توافقنامه داوری جز درباره شرط صریح مخالف، متضمن شرطی است که براساس آن، طرفین نباید هیچ یک از اطلاعات مربوط به رسیدگی داوری یا رأی صادره در کادر داوری را افشا یا منتشر کنند. بنا به نظر علما و تحلیلگران حقوقی پیش‌بینی چنین متنی در قانون نیوزیلند عکس‌العملی در مقابل انکار وجود تعهد محرمانه بودن داوری توسط دیوان عالی کشور همسایه، یعنی دیوان عالی استرالیا بوده است. به عبارت دیگر، انکار جنبه محرمانه بودن داوری توسط دیوان عالی استرالیا در پرونده^۲ Esso موجب شده است حقوق دانان نیوزیلندی در صدد پیش‌بینی شرط صریح قانونی محرمانه بودن داوری در قانون سال ۱۹۹۶ میلادی برآیند و چنین شرطی را در مفاد قانونی بگنجاند (Beraudo, 2005, n°14, p.107; DIMOLITSA, 2009, p.5; spé., p.18; Hwang & Cungh, 2009, p.48 ذکر است مواد ۱۴A الی ۱۴I قانون جدید نیوزیلند (اصلاح شده در سال ۲۰۰۷ میلادی) نیز، قواعد و مقررات مفصلی برای این تعهد پیش‌بینی کرده است.

اگرچه بیشتر قوانین داوری کشورها نسبت به پیش‌بینی جنبه محرمانه بودن داوری ساکت‌اند، باید گفت به دنبال پیش‌بینی شرط حفظ محرمانه بودن داوری در قانون نیوزیلند، گرایش به پیش‌بینی صریح چنین تعهدی به صورت نص قانونی، در قوانین داوری کشورهای مختلف جهان در حال افزایش است. از جمله این قوانین می‌توان به قانون داوری ونزوئلا مصوب ۲۵ مارس ۱۹۹۸ (ماده ۴۲)، قانون داوری اسپانیا مصوب ۲۳ دسامبر ۲۰۰۳ (اقتباس شده از قانون نمونه بند ۲ ماده ۲۴)، قانون داوری پرو مصوب ۲۰۰۸ (ماده ۵۱) و قانون داوری مرکز مالی دبی مصوب ۲۰۰۸

1. «[http:// www.legislation.govt.nz](http://www.legislation.govt.nz)»

2. High Court d Australie, 7 avril 1995, Esso Australia Resources Ltd et consorts c/ son excellence, Sidney.
James Plowman (Ministre de l'Energie et des Minéraux) et consorts, 128, ALR391. 1995; Rev. arb. 1996. 539, note D. KAPELIUK-KLINGER.

(ماده ۱۴) اشاره کرد. در حقوق فرانسه، قانون آیین دادرسی مدنی (مواد مربوط به داوری) تا سال ۲۰۱۱ میلادی نسبت به محرمانه بودن داوری متنی را پیش‌بینی نکرده بود، اما در اصلاحات انجام گرفته در سال ۲۰۱۱ میلادی قانونگذار فرانسوی در قسمت چهارم ماده ۱۴۶۴ قانون جدید آیین دادرسی مدنی به این تعهد اشاره کرده است. مطابق این ماده، در فقدان تعهدات قانونی مبنی بر افشا یا شرط مخالف توسط طرفین، رسیدگی داوری از اصل محرمانه بودن تبعیت می‌کند.^۱ شایان ذکر است این ماده فقط در داوری داخلی فرانسه لازم‌الاجرا است و درباره داوری بین‌الملل فرانسه قابل استناد نیست.

بنابراین، برخی قوانین داوری کشورها، جنبه محرمانه بودن داوری را به عنوان شرط قانونی قرارداد داوری پیش‌بینی کرده‌اند که این شرط می‌تواند با توافق صریح طرفین و یا در مواردی که قانونگذار در قوانین خاص افشای اطلاعات را لازم می‌داند، نادیده گرفته شود. در مقابل این قوانین، قوانینی اندکی هم شرط عدم اصل محرمانه بودن داوری را پیش‌بینی کرده‌اند. برای مثال، ماده ۵ قانون داوری نروژ مصوب اول ژانویه ۲۰۰۵، وجود تعهد محرمانه بودن داوری را در فقدان شرط صریح طرفین انکار کرده است. براساس این ماده، جز در صورت توافق مخالف طرفین، رسیدگی داوری و آرای صادره در داوری تابع اصل محرمانه بودن نیستند.^۲ همچنین، این ماده خصوصی بودن جلسه داوری را موکول به توافق طرفین کرده و مقرر کرده است در صورتی که طرفین توافق کنند، شخص ثالث نمی‌تواند در جلسات داوری حاضر شود. در واقع، قانون داوری نروژ مبنی بر عدم محرمانه بودن داوری و عدم خصوصی بودن جلسات داوری قرار داده و خلاف آن را (یعنی محرمانه بودن داوری را) به یک توافق صریح طرفین منوط کرده است. ماده ۶۰ قانون داوری کاستاریکا نیز انتشار رأی داوری را در صورت فقدان توافق مخالف طرفین (یعنی توافق بر عدم انتشار) تجویز کرده است.

1. Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure d'arbitrage est soumise au principe de confidentialité.
2. Sauf accord contraire entre les parties, la procédure d'arbitrage et des décisions arbitrales ne sont pas soumises à la confidentialité.»

در حقوق ایران، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ شمسی (مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱)، که بر داوری داخلی حاکم است، هیچگونه نصی درباره جنبه محرمانه بودن داوری پیش‌بینی نکرده است. همچنین، قانون تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ شمسی که از قانون نمونه داوری آنستیرال اقتباس شده است، (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۱۵؛ جنیدی، ۱۳۷۸؛ ص ۱۸؛ نیک‌بخت، ۱۳۹۰، ص ۲۲؛ ۲۳؛ Gharavi, 1999, p.35) نیز هیچ قاعده‌ای نسبت به محرمانه بودن داوری یا حفظ اسرار تجاری پیش‌بینی نکرده است.

رویه قضایی برخی کشورها

در نبود پیش‌بینی شرط صریح محرمانه بودن داوری توسط طرفین و یا فقدان نص قانونی در این زمینه، مطالعه رویه قضایی در نظام‌های حقوقی مختلف نشان می‌دهد قضات دادگاه‌های دولتی درباره وجود تعهد محرمانه بودن داوری وحدت نظر ندارند، به طوری که می‌توان رویه قضایی کشورها را درباره وجود چنین تعهدی در فقدان توافق صریح طرفین به دو گروه موافق یا مخالف تقسیم کرد. در ادامه، به طور اختصار برخی از آنها را مطالعه می‌کنیم.

رویه قضایی مخالف وجود تعهد ضمنی

در حقوق ایالت متحده آمریکا، آرای و وجود دارد که تعهد به محرمانه بودن داوری را در صورت فقدان شرط صریح انکار کرده است. برای مثال، در سال ۱۹۸۸، دیوان فدرال آمریکا در پرونده United States c. Panhandle Estern Corp. et al. ایده مبتنی بر وجود ضمنی تعهد به محرمانه بودن داوری را رد کرده است.^۱

در این پرونده، دولت آمریکا از شرکت «پان هندل»^۲ تقاضا کرده بود برخی اسناد مربوط به داوری را که قبلاً بین آن شرکت و شرکت ملی الجزایری، تحت داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل جریان

1. District Court Delaware, 1988, 118 F.R.D., 346

2. Panhandle

داشته است، به وی تحویل دهد که شرکت یادشده از تحویل این اسناد به دلیل وجود تعهد محرمانه بودن داوری خودداری کرده بود، لکن با مراجعه خواهان به دادگستری، دادگاه فدرال آمریکا به تحویل و ارائه اسناد خواسته شده رأی داده است و تصمیم گرفته بود که توافقنامه داوری و آیین نامه انتخابی داوری به تعهد محرمانه بودن اشاره ای نداشته و بنابراین، شرکت خواننده هیچ تکلیفی نسبت به رعایت چنین تعهدی نداشته است و او باید مدارک و اسناد را به خواهان پرونده (دولت آمریکا) تحویل دهد. در واقع، دادگاه فدرال وجود تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری را رد کرده بود. این نظر دادگاه فدرال در پرونده دیگری به نام دعوی Contship Containerlines, Ltd c. PPG Industries Inc. در سال ۲۰۰۳ نیز، تأیید شد.^۱ در پرونده اخیر، قضات آمریکایی نظریه ای که مطابق آن، شرط داوری حاوی شرط ضمنی محرمانه بودن است، انکار کردند و بر افشا و ارائه اسناد داوری که قبلاً در لندن جریان داشته بود، رأی صادر کردند. چنین نظریه ای در پرونده های مشابه بعدی نیز تکرار شد.^۲ بنابراین، در حقوق ایالات متحده آمریکا، مطابق رویه قضایی، در صورت فقدان شرط صریح، داوری نمی تواند محرمانه تلقی شود.

رویه قضایی استرالیا نیز مانند رویه قضایی ایالات متحده آمریکا، وجود شرط ضمنی تعهد به محرمانه بودن داوری را انکار کرده است. رأی اصلی در این زمینه در پرونده مشهور Esso توسط دیوان عالی استرالیا صادر شد.^۳ در این پرونده، براساس نظر اکثر قضات دیوان عالی کشور استرالیا (سه نفر از پنج نفر یعنی رئیس ماسون و دو قاضی دیگر)، در حقوق استرالیا نمی توان پذیرفت که در فقدان شرط صریح، داوری محرمانه تلقی شود و طرفین به طور ضمنی، مکلف باشند از افشای اطلاعات و اسنادی که در جریان داوری ایجاد شده یا ارائه می شود، خودداری کنند. در واقع،

1. 2003 WL 1948807 (S.D.N.Y.23 avril 2003)

2. Lawrence E. Jaffee Pension Plan c. Household International, Inc 2004 WL 1821968 (D.Colo 13 aout 2004).

3. High Court d Australie, 7 avril 1995, Esso Australia Resources Ltd et consorts c/ son excellence, Sidney James Plowman (Ministre de l'Energie et des Minéraux) et consorts, 128, ALR391.1995; Rev. arb. 1996. 539, note D. KAPELIUK-KLINGER.

دیوان عالی استرالیا وجود شرط ضمنی تعهد به محرمانه بودن داوری را انکار کرده است، هر چند جنبه خصوصی بودن داوری را پذیرفته است. خلاصه آنکه در این پرونده براساس نظریه اکثریت قضاات عالی استرالیا، داوری خصیصه خصوصی دارد لکن این خصیصه نمی تواند موجب محرمانه بودن آن، در صورت فقدان شرط صریح باشد. این نظریه در پرونده های بعدی نیز توسط قضاات دیگر استرالیایی پذیرفته و تکرار شد.^۱

دیوان عالی سوئد نیز وجود شرط ضمنی محرمانه بودن داوری را انکار کرده است. در پرونده Bulbank قضاات سوئدی نظریه قضاات استرالیایی را پذیرفته و تصمیم گرفته بودند خصوصی بودن جلسات داوری نمی تواند متضمن شرط ضمنی محرمانه بودن داوری باشد.^۲ بنابراین، در صورت فقدان شرط صریح مبنی بر حفظ اسرار در داوری، طرفین هیچگونه تکلیفی در این زمینه نخواهند داشت.

بنابراین، رویه قضایی ایالات متحده آمریکا، استرالیا و سوئد نشان می دهد قضاات این کشورها اصل محرمانه بودن داوری را به عنوان یک تعهد یا شرط ضمنی رد کرده اند. صدور چنین آراییی توسط این مراجع قضایی موجب شد علمای حقوق در داوری تجاری بین الملل بر ضد نظریه انکار وجود شرط ضمنی محرمانه بودن داوری انتقادهای شدیدی مطرح کنند که واکنش این انتقادات تصویب نص صریح قانونی راجع به محرمانه بودن داوری در قوانین داوری برخی کشورها بوده است که بیشتر بیان شد.

رویه قضایی موافق وجود تعهد

برخلاف رویه قضایی ایالات متحده آمریکا، استرالیا و سوئد، رویه قضایی در برخی کشورها وجود شرط ضمنی تعهد به محرمانه بودن داوری را تأیید کرده است. در حقوق انگلیستان در فقدان نص

1. Commonwealth d Australie c. Cockatoo Dockyard Pty Ltd, [1995] 36 NSWLR 662.
2. Cour suprême de Suède, 27 octobre 2000, AITradeFinance Inc., Stockholm Arb. Report.2002/2, 144, la traduction, en version française, a été effectuée par Burger L., Rev. arb., 1999.670, de même sur cette décision v. Rev.arb.2001.821,note S. JARVIN et G. REID.

صریح در قانون مربوط به داوری، دادگاه‌ها همواره و به طور واضح، وجود تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری را بیان کرده‌اند. مطالعه آرای صادره توسط دادگاه‌های انگلیس در پرونده‌های متعدد نشان‌دهنده این است که قضات انگلیسی بدون هیچ شک و تردیدی بر وجود شرط ضمنی محرمانه بودن داوری تأکید کرده‌اند، اگرچه در زمینه چگونگی اساس و پایه آن اختلاف نظر داشته‌اند.^۱ مطالعه این آرا نشان می‌دهد قضات انگلیس سه قاعده کلی را به طور شفاف پذیرفته‌اند: الف) در این آرا اعلام شده است رسیدگی داوری خصوصی است و اشخاص ثالث بدون اجازه طرفین حق حضور در جلسات داوری یا حق مداخله در رسیدگی داوری را ندارند؛ (بیان جنبه خصوصی داوری). ب) اصولاً رسیدگی داوری محرمانه است، هرچند شرط صریحی در اینخصوص وجود نداشته باشد. در صورت سکوت طرفین در زمینه محرمانه بودن داوری و اسناد و اطلاعات مربوط به آن، یک تعهد ضمنی محرمانه بودن وجود دارد. خلاصه آنکه طرفین با قبول ارجاع دعوی به داوری، به طور ضمنی پذیرفته‌اند باید به جنبه محرمانه بودن داوری احترام گذاشته و از افشای اسناد و مدارک ایجاد شده یا ارائه شده در داوری خودداری کنند؛ ج) تعهد به حفظ محرمانه بودن داوری مطلق نبوده و می‌تواند استثنائاتی داشته باشد.

شایان ذکر است دیدگاه قضات انگلیسی درباره وجود شرط ضمنی بیان‌کننده جنبه محرمانه بودن داوری توسط رویه قضایی برخی دیگر از کشورها نیز پذیرفته شده است. برای مثال، دیوان عالی کشور سنگاپور در پرونده Myanmar از نظر قضات دادگاه تجدیدنظر انگلیس در پرونده Dolling-Baker^۲ تأسی گرفته و رأی بر وجود تعهد ضمنی بر محرمانه بودن داوری صادر کرده است (Kouris, 2005, p.136).^۳

1. V. Commercial Court d Agleterre, 1984, Oxford Shipping Co Limited c. Nippon Yusen Kaisha (The Eastern Saga)(1984) Lloyd sRep., Vol.2, 373, p.739; de meme v. Mustill & Boyd in Commercial Arbitration, 2e éd., pp.303-304. Cour d appel (Court of Appeal), mars 1990, Dolling-Baker c. Merret [1991]2 All ER 890, Rev. arb 1998.587, note L. BURGER.

۲. پیشین

3. [2003] 2 SLR 547

در حقوق فرانسه، رویه قضایی موجود نسبت به شناخت تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری، قابل بحث است. ابتدا در پرونده Ojeh دادگاه تجدیدنظر پاریس، وجود چنین تعهدی را تأیید کرده بود.^۱ در این پرونده، قضات فرانسوی، خواهان ابطال رأی داوری را که در پاریس جریان داشته است، به جهت سوء نیت در افشای اطلاعات مربوط به داوری و عدم ارائه دلیل منطقی جهت ابطال رأی، سرزنش کردند، در نهایت، وی را به دلیل افشای اطلاعات مربوط به داوری محکوم به جبران خسارت ناشی از این افشا کرده بودند.

در پرونده Société True North نیز دادگاه تجاری فرانسه در دستور مورخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۹ میلادی، ضمن تأکید بر وجود تعهد ضمنی، بر حفظ جنبه محرمانه بودن داوری، شرکت خواهان را از افشای اطلاعات مربوط به داوری منع کرده بود.^۲ در پرونده اخیر قضات فرانسوی اعلام کرده بودند داوری رسیدگی خصوصی با ویژگی محرمانه است. [...] هرگونه تخطی از این ویژگی توسط یکی از طرفین دعوی می تواند یک تقصیر به حساب آید. دادگاه تجدیدنظر پاریس این تصمیم دادگاه تجاری را تأیید کرد.^۳

اما متأسفانه در پرونده NAFIMCO در سال ۲۰۰۴، دادگاه تجدیدنظر پاریس تغییر جهت داده و وجود شرط ضمنی مبنی بر تعهد به حفظ محرمانه بودن داوری را مورد تردید قرار داده است.^۴ در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر پاریس چنین قضاوت کرده است که طرف دعوی که خواهان جبران خسارت ناشی از نقض تعهد به حفظ محرمانه بودن داوری است، باید ابتدا دلایل مثبت خود مبنی بر وجود تعهد محرمانه بودن داوری در حقوق فرانسه را ارائه کند. علمای حقوق فرانسه به این رأی انتقاد کردند (Loquin, 2006, p.323; Beraudo, 2005, n°3). با وجود این، همان طور که

1. CA Paris, 18 février 1986, Ghazi Aita c. Akram Ojeh : D. 1987.339, Rev.arb.1986.583, note FLECHEUX G. ; D. 1987.339.

2. CA Paris, 17 septembre 1999 Société True North et Société FCB International c. Bleustein et aures, Rev.arb.2003.189.

3. CA Paris, 17 septembre 1999, Rev. arb., 2003.189.

4. CA Paris, 22 janvier 2004, Société National Company for Finishing and Marketing (NAFIMCO) c. Société Foster Wheeler Trading Company AG; Rev.arb., 2004. 647, note E. LOQUIN.

ذکر شد، امروزه در قانون جدید داوری داخلی فرانسه مصوب ۲۰۱۱ میلادی، تعهد به محرمانه بودن داوری به طور صریح پیش‌بینی شده است (ماده ۱۴۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه)، لکن در خصوص داوری بین‌المللی فرانسه، وجود چنین تعهدی با توجه به رأی اخیر صادره و پیش‌بینی نکردن این تعهد از طرف قانونگذار در اصلاحات جدید می‌تواند مناقشه‌برانگیز باشد. به هر حال، در این زمینه باید منتظر رویه قضایی جدید فرانسه بود. در حقوق ایران نیز در نبود نص صریح قانونی، رویه قضایی نسبت به محرمانه بودن یا نبودن داوری ساکت است.

نظریه دکترین داوری تجاری بین‌الملل

مطالعه نظریه‌های علمای حقوق داوری تجاری بین‌الملل نشان می‌دهد تا سال ۱۹۹۰ میلادی بحث زیادی درباره اصل محرمانه بودن داوری مطرح نشده بود. لکن به دنبال انکار این اصل از سوی برخی مراجع قضایی دولتی، علمای حقوق و فعالان داوری تجاری بین‌الملل ضمن انتقاد از این آراء، بحث‌های مفصل و جدی راجع به وجود چنین اصل و استثنائات وارده به آن مطرح کردند. در واقع، دکترین به اتفاق آراء، وجود چنین تعهد ضمنی را تأیید کردند. در این زمینه می‌توان به نظریه دکترین فرانسه، انگلیس، ایالات متحده آمریکا و سوییس که وجود تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری را محرز و مسلم دانسته‌اند، اشاره کرد (Loquin, 2005, p.323; Gaillard, 1987, p.155; Fouchard et al., 1996, n°1132, Poudret & Besson, 2002, n° 373, Berudo, 2005, p.106). مطالعات گروه‌ها و مراکز تخصصی مربوط به داوری در سطح بین‌الملل نیز بیانگر این موضوع است که محرمانه بودن، یکی از ویژگی‌های اساسی داوری تجاری است که تجار براساس آن با توجه به این خصیصه، داوری را شیوه اصلی حل و فصل دعاوی خود انتخاب کرده‌اند. در این زمینه می‌توان به مطالعه آماری مدرسه تجاری لندن در سال ۱۹۹۲ میلادی^۱ یا گروهی از متخصصان با

1. London Business School Editorial «The Decision of High Court of Australia in Esso /BHP v. Plowman (1995)11 Arbitration International 231.cite par LAZAREFF S., Confidentialit, et arbitrage :approche théorique (et même philosophique)», Bull.CCI SUPP, 2009.87.

سرپرستی پروفیسور فوشار (Bull.CCI SUPP, 1996, p.28)، یا مقالات چاپ شده در شماره ویژه مجله اتاق بازرگانی بین الملل اشاره کرد (Bull.CCI SUPP, 2009).

بنابراین، دکترین حقوق داوری تجاری بین الملل نیز، وجود شرط ضمنی مبنی بر محرمانه بودن داوری را تأیید کرده اند. بدیهی است چنین تعهدی نمی تواند مطلق بوده و در مواردی، مانند وجود یک شرط صریح مخالف توسط طرفین یا وجود یک تعهد قانونی مبنی بر افشای اطلاعات (مانند افشای برخی اطلاعات مربوط به دعاوی شرکت هایی که در بورس پذیرفته شده اند، یا...) می تواند نادیده گرفته شود. سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که اگر بپذیریم محرمانه بودن، به طور اصولی یکی از ویژگی های داوری است که به صورت یک تعهد ضمنی وجود دارد، اساس و پایه این تعهد بر چه مبنایی استوار شده است؟ در پاسخ به این سؤال، قضات انگلیسی نظریه های مختلفی را در آرای خود بیان کرده اند. در پرونده Hassneh Insurance Company قاضی انگلیسی گفته است شرط ضمنی محرمانه بودن داوری بر کارآمدی تجارت استوار شده است.^۱ براساس این نظریه، هر توافقنامه داوری متضمن یک شرط ضمنی محرمانه بودن است که عرف و کارآمد بودن تجارت، چنین شرط ضمنی را تحمیل کرده است. اما در پرونده Ali Shipping Corporation، قاضی دیگر انگلیسی نتیجه گرفته است شرط ضمنی محرمانه بودن داوری، روی یک تعهد قانونی استوار شده است.^۲ در واقع، این قانون است که چنین شرط ضمنی را تحمیل کرده است. در واقع، بحث درباره یک تعهد قانونی ضمنی است که در قراردادهای داوری یافت می شود. در پرونده Dolling-Baker قاضی دیگر انگلیسی گفته است جنبه خصوصی داوری، موجب شده است شرط ضمنی محرمانه بودن، تحمیل شود.^۳ به عبارت دیگر، براساس این نظریه، محرمانه بودن، یک تعهد ضمنی است که از ماهیت خصوصی داوری به وجود آمده است. جنبه خصوصی داوری ایجاب

1. [1993] 2 Lloyd's Rep 243., Rev.arb1998.587 note L. Burger

2. [1998] 2 All E.R.136, Rev.arb1998.587 note L. Burger

3. Cour d'Appel (Court of Appeal), mars 1990, Dolling-Baker c. Merret [1991]2 All ER 890, Rev.arb1998. 587 note L. Burger

می‌کند که داوری و اطلاعات و اسناد مربوط به آن محرمانه باقی بمانند. از بین این نظریه‌ها، به نظر می‌رسد نظریه اخیر بیشتر قابل قبول و قابل دفاع باشد. پذیرش نظریه کارآمدی تجارت و عرفی بودن آن موجب این ایراد اساسی است که در هر مورد قاضی پرونده باید توجه داشته باشد آیا طرفین به چنین عرفی توجه کرده‌اند یا خیر؟ که در این صورت، جواب مسئله بنا به نظر هر قاضی می‌تواند متفاوت باشد. از طرف دیگر، وجود این تعهد در کشوری مانند استرالیا که چنین عرفی انکار شده، مورد تردید است. نظریه تعهد ضمنی قانونی نیز ضعیف است و اشکالاتی دارد، زیرا اولاً داوری تجاری می‌تواند تابع هیچ قانونی نباشد، در این صورت، چگونه می‌توان گفت یک تعهد ضمنی قانونی وجود دارد. ثانیاً، همان‌طور که بیان شد، رویه قضایی در برخی کشورها چنین تعهد قانونی را انکار کرده است. اما نظریه محرمانه بودن یکی از آثار اصل خصوصی بودن داوری است، قابل دفاع است. زیرا اول اینکه، مطالعه تطبیقی در حقوق داوری بسیاری از کشورها نشان می‌دهد تقریباً در همه نظام‌های حقوقی (حتی حقوق استرالیا) پذیرفته شده است که داوری اصولاً جنبه خصوصی دارد. بنابراین، هنگامی که طرفین دعوی شیوه داوری را برای حل و فصل اختلاف خود انتخاب می‌کنند، اصولاً فرض است که آن‌ها خواسته‌اند اختلافاتشان به طور خصوصی و محرمانه رسیدگی واقع شود، یعنی اراده ضمنی طرفین چنین تعهدی را ایجاد کرده است. واضح است توافق صریح آن‌ها می‌تواند بیانگر خلاف این اراده ضمنی باشد؛ دوم، پذیرفته شده است هنگامی که یک طرف دعوی، دولت یا سازمان‌های دولتی باشد، ویژگی خصوصی حذف می‌شود. بنابراین، تعهد به محرمانه بودن داوری نیز ساقط می‌شود (Hwang & Chunng, 2009, p.43; Burn). سوم، هنگامی که یک شخص براساس قوانین امری، مکلف به افشای اطلاعات یا اسناد باشد، دیگر اراده ضمنی یا صریح طرفین در قراردادهای خصوصی نمی‌تواند مخالف چنین تکلیف قانونی باشد (Hwang & Chunng, 2009, p.43). شخص متعهد از نظر قانونی، مکلف به افشای اطلاعات مربوط به داوری است. خلاصه آنکه می‌توان نتیجه گرفت محرمانه بودن داوری می‌تواند اصولاً ناشی از جنبه خصوصی داوری باشد که براساس آن طرفین با قبول داوری به عنوان شیوه حل و فصل دعوی خود به طور ضمنی تعهد کرده‌اند به جنبه

محرمانه بودن اطلاعات و اسناد مربوطه احترام بگذارند. به همین جهت، توافق صریح طرفین، یا یک تکلیف قانونی، می تواند این اراده ضمنی را کنار زند و مجوزی برای افشای اطلاعات داوری باشد. به عبارتی، تعهد ضمنی محرمانه بودن داوری مطلق نبوده و استثنائاتی دارد. اکنون بعد از اثبات وجود تعهد ضمنی به حفظ جنبه محرمانه بودن داوری، قلمرو این تعهد باید مشخص شود.

قلمرو تعهد

سؤالی که به ذهن متبادر می شود، این است که قلمرو تعهد محرمانه بودن داوری از نظر موضوعی و زمانی چگونه است؟ همچنین، چه شخص یا اشخاصی مکلف به رعایت تعهد می باشند؟ بنابراین، ابتدا موضوع تعهد، سپس، اشخاص متعهد و در پایان، مدت زمان تعهد را مطالعه می کنیم.

موضوع تعهد

بر اساس قواعد و اصول حقوق قراردادها، تردیدی نیست که طرفین هر قراردادی می توانند قلمرو و موضوع تعهد را در قراردادشان به طور صریح پیش بینی و توافق کنند. اما در اینجا بحث درباره موردی است که طرفین حدود تعهد و موضوعات آن را تصریح نکرده اند. در واقع، بحث یک تعهد ضمنی است که حدود آن توسط طرفین مشخص نشده است. در این صورت، موضوع تعهد می تواند موارد زیر باشد:

وجود داوری یا دعوی موجود

اولین موضوعی که مشمول تعهد محرمانه بودن می شود، خود اختلاف موجود و وجود داوری بین طرفین است. رقابت موجود بین تجار ایجاب می کند وجود داوری و اختلاف موجود بین دو یا چند تاجر از دید تاجر دیگر مخفی بماند. افشای وجود اختلاف و داوری می تواند معادلات تجاری و رقابتی بین تجار را بهم زده و بر اعتماد بین آنها اثر گذارد. برای مثال، افشای اختلاف بین دو تاجر، می تواند موجب بی اعتمادی تاجر ثالث به آنها شود و موجب شود وی از تجارت با آنها در چنین شرایطی خودداری کند، بر بهای کالای خود بیفزاید، شرایط سنگین تری را برای انعقاد قرارداد مطرح کند، یا.... بنابراین، تاجر تمایل ندارند اختلافاتشان افشا شود (شیروی، ۱۳۹۱،

ص ۵۲). به این دلیل، اولین موضوعی را که در شمول جنبه محرمانه بودن داوری دانسته‌اند، اختلاف و انجام داوری بین تجار است. محرمانه بودن وجود اختلاف و داوری، قلمروی وسیع دارد که می‌تواند اطلاعات دیگر مربوط به داوری را شامل شود.

برخی آیین‌نامه‌های داوری در سطح بین‌الملل، مانند ماده ۷۳ آیین‌نامه داوری سازمان جهانی مالکیت معنوی، این تعهد را به طور صریح ذکر کرده است.^۱ همچنین، برخی آرای صادره از مراجع قضایی دولتی در برخی کشورها مانند رأی صادره توسط دادگاه تجاری پاریس^۲، به این موضوع از تعهد اشاره کرده است. در بین قوانین داوری کشورها، قانون داوری ونزوئلا مصوب ۱۹۹۸ (ماده ۴۲) نیز به این موضوع اشاره کرده است.^۳ بنابراین، وجود اختلاف و داوری نیز باید از دید عموم پنهان بماند.

جلسات رسیدگی داوری

داوری اصولاً ویژگی خصوصی دارد. بنابراین، جلسات رسیدگی به آن نیز باید خصوصی و محرمانه باشد و اشخاص ثالث نتوانند بدون توافق طرفین در این جلسات حاضر شوند. اکثر آیین‌نامه‌های داوری در سطح بین‌الملل این خصیصه رسیدگی داوری را تصریح کرده‌اند. رویه قضایی در برخی کشورها نیز به آن اشاره کرده است. به‌طور مثال، قاضی انگلیسی در پرونده The Eastern Saga تصریح کرده است که در ارجاع اختلاف به داوری به‌طور ضمنی شرط شده است که اشخاص ثالث حق حضور در جلسات و جریان داوری را ندارند.^۴ بنابراین، جلسات داوری باید به‌طور خصوصی و محرمانه برگزار شود.

1. Caractre confidentiel de l'existence de l'arbitrage dispose.:
http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules_

2. Trib.com.Paris (ord.), 22 février 1999, Rev.arb., 2003.189.

3. Sauf accord contraire des parties, les arbitres ont l'obligation de pr, server la confidentialit, des procédures arbitrales, des preuves et de tout élément en relation avec la procédure arbitrale». La traduction de cette loi ,en version française, a été réalisée par F. CHEVET, inRev. arb.2005.847,spéc. 857.

4.1984 2 Lloyds Rep373, 379 cit, par BURGER L.,Rev. arb.,p.382. Il est implicite que les tiers seront exclus des audiences et du déroulement de l'arbitrage».

اسناد و مدارک مربوط به داوری

در داوری، دو نوع اسناد مطرح است. دسته اول، اسنادی که در حین داوری ایجاد می‌شوند، از قبیل لوایح تنظیمی توسط طرفین و وکلایشان، صورت‌جلسات رسیدگی و جز آن؛ دسته دوم اسنادی است که قبل از داوری موجود بوده و طرفین یا وکلایشان در حین داوری آن‌ها را به دیوان داوری ارائه می‌کنند. شکی نیست محرمانه بودن داوری شامل اسناد دسته اول است. علمای حقوق نیز در این زمینه اتفاق نظر دارند، اما درباره اسناد دسته دوم، اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوقدانان معتقدند اینگونه اسناد، در صورت فقدان شرط صریح، نمی‌توانند از جنبه محرمانه بودن داوری بهره‌مند شوند، زیرا این اسناد در گذشته موجود بوده و به طور اصولی، از اصل محرمانه بودن برخوردار نبوده‌اند (Poudret & Besson, 2002, n°373). اما حقوقدانان دیگر به این عقیده انتقاد کرده‌اند. براساس نظر منتقدین، تمامی اسناد، خواه اسنادی که در حین داوری ایجاد شده باشند و خواه اسنادی که از قبل موجود بوده و در داوری ارائه شده‌اند، علی‌الاصول سری تلقی می‌شوند و ویژگی محرمانه بودن داوری را دارند و در این زمینه نباید بین اسناد تفکیک قایل شد (Loquin, 2006, p.338). در عین حال، فلسفه وجودی محرمانه بودن داوری ایجاب می‌کند بین اسناد تفکیک قایل نشویم، حتی اگر نظر گروه اول را بپذیریم در خصوص تعهد برخی دست‌اندرکاران داوری مانند داور و مرکز داوری نمی‌توانیم این تفکیک بین اسناد را قایل شویم. به عبارت دیگر، داور و مرکز داوری مکلف به حفظ جنبه محرمانه بودن تمامی اسناد مربوط به داوری هستند. به نظر می‌رسد علمای حقوق در این زمینه اختلاف نظر نداشته باشند. شایان ذکر است برخی قوانین به‌طور صریح تکلیف داور را نیز ذکر کرده‌اند. برای مثال، طبق ماده ۲۴ قانون داوری اسپانیا مصوب ۲۰۰۳، داوران مکلف‌اند اسرار اطلاعاتی که به موجب داوری کسب می‌کنند، حفظ کنند^۱ (Mantilla-Serrano, 2004, p.231).

1. Les arbitres [۴۴] ont l'obligation de pr, server la confidentialit, des informations dont ils ont connaissance à l'occasion de la procédure arbitrale». La traduction de cette loi, en version française, a été réalisée par Shearman & Sterling LLP, avec le précieux concours de MC Dany Khayat, Rev. arb.2004. 459.

رأی داور و تصمیم‌های دیگر او

رأی داور نتیجه و محصول داوری است. طرفین نهال داوری را کاشته‌اند تا رأی داوری را که حاصل این نهال است، به دست آورند. بنابراین، بدیهی است محصول داوری نیز باید از دید عموم مخفی نگه داشته شود. همچنین، تصمیم‌های دیگر داور که در حین داوری اتخاذ شود، باید از دید عموم مخفی باشد. خلاصه، رأی و تصمیم‌های داوران از نظر مالکیت، متعلق به طرفین داوری است و آن‌ها باید با توافق بگویند که این تصمیم‌ها می‌توانند انتشار یا افشا شوند. بنابراین، شرط ضمنی محرمانه‌بودن داوری، تصمیم‌ها و آرای داوری را نیز در برمی‌گیرد. در این راستا، اکثر آیین‌نامه‌های داوری در سطح بین‌الملل تصریح کرده‌اند رأی داور بدون اجازه طرفین قابل انتشار نیست (مراجعه شود به گفتار اول، قسمت آیین‌نامه‌های داوری همین مقاله). همچنین، عدم افشای رأی داوری مورد تأیید برخی آرای صادره توسط مراجع قضایی دولتی بوده است. برای مثال، در پرونده Ojeh دادگاه تجدیدنظر پاریس، خواهان دعوی ابطال رأی داوری را که بدون دلیل چنین دعوایی را مطرح و بدین طریق رأی داوری را افشا کرده بود، به جبران خسارات وارده محکوم کرد.^۱ همچنین، در پرونده Insurance Co vs Lloyd's Syndicate قاضی انگلیسی تصمیم بر عدم افشای رأی داوری گرفته بود.^۲

خلاصه، شرط ضمنی محرمانه‌بودن، تمام مراحل داوری را از بدو تا ختم شامل می‌شود و این ویژگی ایجاب می‌کند که وجود داوری تا نتیجه آن، رأی صادره، از دید عموم پنهان بماند. بنابراین، قلمرو این تعهد از لحاظ موضوعی وسیع است و خدشه به هر یک از آن‌ها می‌تواند موجب اعمال ضمانت اجراهای مختلف شود. واضح است که توافق صریح طرفین می‌تواند از قلمرو این تعهد بکاهد، یا به‌طور کلی، این تعهد را از بین ببرد.

1. CA Paris, 18 février 1986, Rev. arb. 1986.583, note G. Flecheux; D. 1987. 339.

2. 1995 1 Lloyd's Rep 272 cité par BURGER L., Rev. arb. 1998.591.

زمان و مکان تعهد

معمولاً در قراردادهای تجاری بین المللی که طرفین شرط محرمانه بودن را درج می کنند، به مدت زمان این تعهد نیز اشاره می کنند و چنانچه اگر مدت آن مشخص نشده باشد، مدت این شرط در اصل، تابع مدت زمان اعتبار قرارداد اصلی است (Namour, 1992, n°382). در زمینه داوری نیز باید گفت شکی نیست طرفین قرارداد می توانند مدت زمان شرط محرمانه بودن را به طور صریح تعیین کنند. اما بحث در موردی است که طرفین هیچگونه توافق صریحی در این زمینه نداشته اند و قرارداد یا توافق نامه نسبت به این موضوع ساکت است. در واقع، همان طور که قبلاً اشاره شده است، بحث بر سر یک تعهد یا شرط ضمنی محرمانه بودن داوری است. در چنین فرضیه ای، تعهد محرمانه بودن یعنی با ختم داوری از بین نمی رود، زیرا کارآمدی محرمانه بودن داوری ایجاب می کند در صورت فقدان توافق خاص، این تعهد را دائمی تلقی کنیم. در واقع، بحث بر سر یک تعهد دائمی و همیشگی است (Clay, 2001, n°773). دائمی بودن تعهد، مانند خود تعهد می تواند بر توافق ضمنی طرفین استوار باشد.

همچنین، مکان تعهد نیز محدود به یک موقعیت جغرافیایی یا قلمرو یک کشور خاص نمی شود، زیرا ماهیت اسرار ایجاب می کند در همه جا این خصیصه وجود داشته و اسناد و اطلاعات سری تلقی شوند و افشا نشوند و اگر اطلاعات در یک مکان افشا شوند، ماهیت سری بودن خود را در همه نقاط از دست می دهد. بنابراین، محرمانه بودن داوری تجاری، در صورت فقدان توافق خاص، محدود به زمان و مکان خاصی نیست.

متعهدین

اگر بپذیریم محرمانه بودن به عنوان یک شرط ضمنی در قرارداد داوری وجود دارد، مسئله ای که مطرح می شود، این است که چه شخص یا اشخاصی متعهدند چنین تعهدی را رعایت کنند. به عبارت دیگر، می دانیم که اشخاص متعددی از قبیل طرفین دعوی، وکلای آنها، شهود، کارشناسان، داوران، مراکز داوری در داوری سازمانی و در دادرسی داوری دخالت دارند، حال مسئله این است که آیا تمامی این اشخاص به موجب داوری به حفظ جنبه محرمانه بودن متعهدند. در یک نظریه

شهود هم جزء متعهدین محرمانه بودن داوری ذکر شده است (Burn & Pearsall, 2009, p.25)، اما به نظر می‌رسد که این نظریه افراطی را نتوان پذیرفت زیرا همان‌طور که بیان کردیم تعهد محرمانه بودن به صورت یک شرط ضمنی از رابطه قراردادی طرفین ناشی می‌شود. بنابراین، اشخاصی که چنین رابطه قراردادی ندارند، اصولاً نباید مقید به چنین تعهدی باشند. در این راستا، اگرچه وکلا و کارشناسان براساس قوانین و یا قراردادهای خاص خود به حفظ اسرار مکلف‌اند، اما آن‌ها طرفین قرارداد داوری یا قراردادهای مرتبط به آن تلقی نمی‌شوند. بدین ترتیب، در اینجا فقط تعهد طرفین دعوی، داور و مراکز داوری را که متعهدین اصلی شرط ضمنی محرمانه بودن داوری‌اند، مطالعه می‌کنیم.

طرفین داوری

طرفین توافقنامه داوری و یا اصحاب دعوی، اولین اشخاصی‌اند که باید به اصل محرمانه بودن داوری احترام بگذارند. در واقع، توسل به داوری به عنوان شیوه حل و فصل اختلاف به‌طور ضمنی مبین این است که طرفین دعوی اصولاً مکلفند از افشای داوری و اطلاعات مربوط به آن خودداری کنند. در پرونده Ojeh بیان شد دادگاه تجدیدنظر پاریس، خواهان دعوی ابطال رأی داوری را که بدون دلیل قانع‌کننده، تجدیدنظرخواهی کرده است و بدین طریق موجب افشای رأی داور شده بود، به پرداخت جبران خسارت محکوم کرده بود.^۱ بنابراین، در صورت سکوت طرفین توافقنامه داوری، طرفین قرارداد متعهدند از افشای داوری و اطلاعات و اسناد مربوط به آن خودداری کنند. به عبارت دیگر، مراجعه به داوری و رد دادگستری دولتی، بیانگر این توافق است که طرفین خواسته‌اند دعاویشان به طور محرمانه و خصوصی رسیدگی شود و اشخاص ثالث نتوانند از این اختلاف و نحوه رسیدگی آن و نتیجه آن مطلع شوند. بر این اساس، متعاقبین داوری در واقع، توافق کرده‌اند داوری و اطلاعات مربوط به آن محرمانه باقی بماند.

1. CA Paris, 18 février 1986, Rev. arb. 1986.583, note G. Flecheux; D. 1987.339

داور

داور، قاضی خصوصی طرفین دعوی است و باید موضوع اختلاف آن‌ها را رسیدگی و حل و فصل کند. این وظیفه را او براساس قراردادی که بین او و طرفین داوری منعقد می‌شود، می‌پذیرد. بنابراین، او نیز متعهد است به اصل محرمانه بودن داوری احترام گذارد و از افشای داوری، اطلاعات و اسناد آن خودداری کند. حتی باید گفت داور نه فقط خود مکلف به حفظ اسرار داوری است، بلکه او باید نهایت تلاش و مهارت خود را برای رعایت این تعهد توسط دست‌اندرکاران دیگر داوری به کار گیرد. اساس تعهد حفظ اسرار داور را نیز می‌توان ناشی از ویژگی خصوصی داوری که از قرارداد بین او و طرفین داوری ناشی می‌شود استنتاج کرد. در واقع، بحث درباره شرط ضمنی محرمانه بودن است که در ابتدا، در توافقنامه داوری منعقد شده بین طرفین دعوی و سپس، در قرارداد بین داور و طرفین داوری (یا دعوی) وجود دارد. به عبارت دیگر، اشعه شرط ضمنی محرمانه بودن در توافقنامه داوری بر قرارداد داور با طرفین دعوی نیز منعکس می‌شود (Loquin, 2006, p.324)، مگر اینکه طرفین قرارداد داوری یا قرارداد بین داور و طرفین داوری خلاف این شرط ضمنی را تصریح کرده باشند. برخی آیین‌نامه‌های داوری در سطح بین‌الملل نیز این تعهد داور را تصریح کرده‌اند.

در برخی کشورها تعهد داور به حفظ اسرار می‌تواند یک تکلیف قانونی نیز تلقی شود. در واقع، قوانین کیفری، صاحبان حرف و مشاغل و یا اشخاصی که به اعتبار موقعیت خود اطلاعاتی را کسب می‌کنند، مکلف کرده‌اند این اطلاعات را محرمانه نگه دارند و از افشای آن‌ها خودداری کنند.^۱ بنابراین، در این کشورها تعهد به حفظ اسرار داوری می‌تواند یک تعهد قراردادی^۲ قانونی تلقی شود.

۱. مانند فرانسه، مراکش یا ایران که بعداً در قسمت مسئولیت کیفری داور، آن‌ها را مطالعه خواهیم کرد.

مرکز یا سازمان داوری

در داوری سازمانی، براساس توافقنامه یا شرط داوری یک شخص حقوقی به عنوان مرکز یا سازمان داوری، مدیریت و اداره داوری را به عهده می‌گیرد. در این راستا، مراکز و مؤسسات داوری در سطوح داخلی یا بین‌المللی فعالند و آیین‌نامه‌هایی را که ماهیتاً جنبه قراردادی دارند، قبلاً تنظیم و در چهارچوب آن داوری را هدایت می‌کنند. بنابراین، چنین اشخاص حقوقی به همراه کارکنان و گردانندگان خود مکلف‌اند به تعهد محرمانه بودن داوری احترام بگذارند، حتی اگر آیین‌نامه نسبت به چنین تعهدی سکوت کرده باشد. به عبارت دیگر، در صورت سکوت آیین‌نامه انتخابی نسبت به شرط صریح محرمانه بودن، قرارداد منعقدشده بین طرفین دعوی و مرکز داوری نیز حاوی شرط ضمنی محرمانه بودن داوری است. در واقع، شرط ضمنی محرمانه بودن در توافقنامه داوری در قرارداد منعقدشده بین طرفین و مرکز داوری نیز پدیدار می‌شود، مگر اینکه طرفین توافقنامه داوری و یا قرارداد منعقدشده بین آن‌ها و مرکز داوری خلاف این تعهد را به طور صریح شرط کرده باشند. همان‌طور که پیشتر مطالعه شد برخی آیین‌نامه‌های داوری، مانند آیین‌نامه انجمن داوری آمریکا^۱ (ماده ۳۴) به‌طور صریح، این تعهد مراکز داوری را بیان کرده‌اند.

خلاصه آنکه طرفین داوری (یا دعوی)، داوران و مراکز داوری، به‌طور اصولی متعهدند داوری را محرمانه تلقی و از افشای اطلاعات و اسناد مربوط به آن خودداری کنند. متعاقباً در هر یک از قراردادهای مرتبط با داوری می‌توانند خلاف این تعهد را تصریح کنند.

ضمانت اجرای عدم رعایت تعهد محرمانه بودن داوری

اکنون که مشخص شد در سکوت توافقنامه داوری نسبت به جنبه محرمانه بودن، یک تعهد ضمنی مبنی بر محرمانه بودن داوری به طرفین، داورها و مراکز داوری تحمیل می‌شود، سؤال این است که عدم رعایت این تعهد توسط هر یک از آن‌ها چه اثر یا آثاری را به دنبال خواهد داشت. به عبارت

1. Le Règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association (AAA), www.adr.org

دیگر، ضمانت اجرای نقض تعهد محرمانه بودن داوری توسط هر یک از متعهدین چیست؟ اثر نقض تعهد را می توان از چند جهت بررسی کرد، از یک طرف، اثر آن را نسبت به رأی داور و توافقاتنامه ها یا قراردادهای مربوط به داوری و از طرف دیگر، ضمانت اجرا آن علیه شخص یا اشخاص متعهدی که چنین تعهدی را نقض کرده اند، بررسی کنیم.

اثر نقض تعهد نسبت به رأی داور

مطالعه تطبیقی حقوق داوری در کشورهای مختلف نشان می دهد هیچ یک از نظام های حقوقی، نقض تعهد محرمانه بودن داوری را موجبی برای ابطال رأی داوری، حتی در زمانی که این تعهد براساس شرطی صریح به وجود آید، تلقی نکرده است. اصولاً رأی داوری صحیح است و از اعتبار امر مختوم برخوردار است و موجبی بر ابطال آن وجود ندارد، مگر در مواردی که قانون حاکم، موارد ابطال رأی را تصریح کرده باشد. بررسی مواردی که قوانین برای ابطال رأی داور برشمرده اند، نشان می دهد این موارد حصری است و هیچ نظام حقوقی در جهان، تخلف از تعهد محرمانه بودن داوری را به عنوان موردی از موارد ابطال رأی داوری به حساب نیاورده است. بنابراین، نقض تعهد محرمانه بودن، نمی تواند اثری بر رأی صادره توسط داور داشته باشد، خواه این نقض از سوی طرفین توافقاتنامه داوری (طرفین دعوی)، یا از طرف داور یا مرکز داوری حادث شده باشد.

اثر نقض تعهد نسبت به توافقاتنامه داوری یا قراردادهای مرتبط دیگر

معمولاً در هر داوری، دو یا چند قرارداد وجود دارد. یک قرارداد، بین طرفین دعوی جهت ارجاع اختلاف به داوری و قرارداد دیگر، بین آنها و داور یا داورها منعقد می شود. در داوری سازمانی نیز دو قرارداد دیگر می تواند موجود باشد. یک قرارداد بین مرکز داوری و طرفین دعوی، و قرارداد دوم بین داور و مرکز داوری منعقد خواهد شد. بنابراین، در همه این موارد بحث درباره وجود رابطه قراردادی بین دست اندرکاران داوری است. حال سؤال این است که نقض تعهد محرمانه بودن، چه اثری بر این قراردادها دارد. به عبارت دیگر، آیا نقض تعهد از سوی یک طرف

قرارداد، موجبی برای فسخ آن توسط طرف مقابل به حساب می‌آید؟ رویه قضایی و نظریه علمای حقوق داور، با شناخت ما، نسبت به پاسخ این مسئله ساکت‌اند. بنابراین، برای یافتن پاسخ باید به قواعد عمومی مربوط به حقوق قراردادها مراجعه کرد، که ممکن است حسب مورد براساس حقوق حاکم بر قرارداد متفاوت باشد. با این وجود، درباره خود توافقنامه داور منعقدشده بین طرفین دعوی، به نظر می‌رسد در نظام‌های حقوقی مختلف نقض تعهد از سوی یک طرف نتواند موجبی برای فسخ آن توسط طرف مقابل باشد. اما درباره نقض تعهد از سوی داور، به نظر می‌رسد می‌توان عزل داور را که چنین تعهدی را نادیده گرفته است، تقاضا کرد. در واقع، نقض تعهد محرمانه بودن داور از طرف داور، می‌تواند موجبی برای فسخ قرارداد منعقدشده بین او و طرفین داور (دعوی) باشد. البته چنین حقی تا زمانی قابل اعمال است که ختم رسیدگی داور اعلام نشده و رأی داور صادر نشده باشد. رویه عملی برخی مراکز داور همانند اتاق بازرگانی بین‌الملل پاریس (Schewartz, 1995, p.98)، نشان می‌دهد نقض تعهد محرمانه بودن، یکی از موارد عزل داور متخلف توسط مرکز داور به حساب می‌آید.

ضمانت اجرای نقض تعهد علیه متعهد

ناقض تعهد محرمانه بودن داور می‌تواند یکی از طرفین دعوی، داور یا مرکز داور باشد. بنابراین، ضمانت اجرای قابل اعمال علیه هر یک را به طور مجزا بررسی می‌کنیم.

۱. طرفین دعوی

قبلاً مشخص شد تعهد به حفظ محرمانه بودن، یکی از تعهداتی است که از قرارداد داور منتج می‌شود. به عبارت دیگر، بحث درباره یک تعهد قراردادی است. در همین راستا، نقض چنین تعهد قراردادی می‌تواند موجب مسئولیت مدنی ناقض تعهد، مطابق قواعد عمومی مربوط به قراردادها باشد. یعنی در صورت وجود ارکان و شرایط لازم، ناقض تعهد به جبران خسارت وارده محکوم خواهد شد، به عبارت دیگر، در صورت وجود شرایط سه‌گانه، یعنی تقصیر، ورود خسارت و رابطه علیت بین تقصیر و خسارت وارده، طرفی که تعهد محرمانه بودن را نقض کرده است، باید خسارات وارده طرف مقابل را جبران کند (در زمینه مسئولیت مدنی ناقض تعهد قراردادی در

حقوق ما مراجعه کنید به کاتوزیان ۱۳۷۶، ص ۷۶۰. در حقوق فرانسه مراجعه کنید به (Terre et al., 2009, n°558 et s. این خسارات می تواند مادی، معنوی یا هر دو باشد که در این صورت، میزان خسارت و نحوه جبران آن توسط دادگاه صالح رسیدگی کننده دعوی علیه ناقض تعهد، تعیین خواهد شد.

همان طور که قبلاً ذکر شد، در حقوق فرانسه، دادگاه تجدیدنظر پاریس در پرونده Ojeh، طرفی را که بدون دلیل از رأی داوری تجدیدنظرخواهی می کند، به دلیل نقض تعهد محرمانه بودن داوری و در نتیجه، افشای اطلاعات مربوط به آن، محکوم به پرداخت جبران خسارت به مبلغ دویست هزار فرانک کرده است.^۱

۲. داور

قبلاً دیدیم که تعهد به حفظ اسرار و رعایت جنبه محرمانه بودن داوری یکی از تعهدات داور محسوب می شود که از رابطه قراردادی بین او و طرفین دعوی ناشی می شود. بنابراین، ضمانت اجرای نقض این تعهد قراردادی نیز باید در قالب همین رابطه قراردادی تجزیه و تحلیل شود. اما مطالعه تطبیقی نظام های حقوقی مختلف در جهان نشان می دهد آنها نسبت به این مسئله نگرش واحدی ندارند. از طرف دیگر، در حقوق برخی کشورها برای نقض عمدی این تعهد نیز ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده است. بنابراین، در ادامه، مسئولیت مدنی و کیفری داور، به دنبال نقض تعهد حفظ اسرار از طرف وی را بررسی می کنیم.

الف) مسئولیت مدنی داور

مطالعه تطبیقی نشان می دهد نظام های حقوقی نسبت به مسئله مسئولیت مدنی داور در نتیجه تخلف وی از تعهدات خود، نگرش یکسانی ندارند. به طوری که در حقوق کشورهای «کامن لا»

1. CA Paris, 18 février 1986, Rev. arb. 1986.583, note FLECHEUX G.; D. 1987.339.

2. Common Law

اصل مصونیت از تعقیب مدنی داور پذیرفته شده است. در کشورهایی که حقوق مدون دارند، اصل مسئولیت مدنی داور مطرح است (Taghipour, 2013, p.160). تفاوت پذیرش این دو اصل، از ماهیت دوگانه وظیفه داور ناشی می‌شود. زیرا داور، قاضی خصوصی تلقی شده است. در کشورهای کامن‌لا، به جهت تشابه کامل وظیفه داور با قاضی دولتی، داور از اصل مصونیت از تعقیب مدنی، که قضات دولتی برخوردارند، بهره‌مند می‌شود. بنابراین، نقض تعهدات از سوی وی نمی‌تواند موجب مسئولیت مدنی وی شود، مگر اینکه ثابت شود نقض تعهد ناشی از سوءنیت وی بوده است. بنابراین، در حقوق این کشورها افشای اسرار و اطلاعات مربوط به داوری توسط داور، به طور اصولی، نمی‌تواند ضمانت اجرای مدنی علیه وی مبنی بر محکومیت جبران خسارت داشته باشد، مگر اینکه سوءنیت وی از طرف مدعی اثبات شود. نظام حقوقی انگلیس، ایالات متحده آمریکا، استرالیا و نیوزیلند ... چنین است. در این کشورها اصل مصونیت داور از تعقیب مدنی براساس قوانین یا رویه قضایی دولتی به رسمیت شناخته شده است (Taghipour, 2013, p.160).

اما وضعیت در حقوق کشورهایی که از حقوق مدون الهام گرفته‌اند، متفاوت است، در حقوق این کشورها علی‌الاصول، اصل مسئولیت مدنی داور در مقابل نقض تعهدات از سوی وی به رسمیت شناخته شده است (Taghipour, 2013, p.160). برخی قوانین داوری در این کشورها از این اصل به صراحت سخن گفته‌اند. برای مثال می‌توان به بند یک ماده ۲۱ قانون جدید داوری داخلی و بین‌المللی اسپانیا^۲ مصوب ۲۳ دسامبر ۲۰۰۳ میلادی، یا ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران اشاره کرد. بنابراین، در حقوق این کشورها نقض این تعهد از سوی داور می‌تواند موجب مسئولیت مدنی وی باشد. بدیهی است که در این صورت، باید عناصر و ارکان لازم در قواعد عمومی قراردادها نیز موجود باشد.

1. Civil law

2. L'acceptation oblige les arbitres et, le cas échéant, l'institution arbitrale, à respecter fidèlement les termes de leur mission; à défaut, leur responsabilité peut être engagée pour toute perte ou préjudice résultant de leur mauvaise foi, leur imprudence ou leur dol. La traduction de cette loi, en version française, a été réalisée par Shearman & Sterling LLP, avec le précieux concours de MC Dany Khayat, Rev. arb. 2004. 459.

شایان ذکر است، اگرچه در حقوق فرانسه نظامی دوگانه در زمینه مسئولیت داور در رویه قضایی موجود است، نقض تعهد محرمانه بودن داوری مشمول نظام اصل مسئولیت مدنی شده و می تواند با وجود شرایط دیگر مقرر در قواعد عمومی قراردادها (Taghipour, 2013, p.166) موجب محکومیت داور مقصر به جبران خسارت وارده شود. از طرف دیگر، نظر به اینکه در حقوق این کشور چنین تعهدی نیز ضمانت اجرای کیفری دارد، در این صورت، یعنی احراز مسئولیت کیفری داور، در نتیجه نقض تعهد حفظ اسرار، مسئولیت مدنی وی نیز می تواند قهری تلقی شود. در چنین وضعیتی، خواهان جبران خسارت می تواند به یکی از انواع مسئولیت، قراردادی یا قهری، داور استناد کند. انتخاب نوع مسئولیت در اختیار متقاضی خواهد بود، اما جمع آن دو با توجه به رویه قضایی فرانسه (Terre et al., 2009, n°558)، مانند حقوق ایران (کاتوزیان، ۱۳۷۶)، ممنوع است.

ب) مسئولیت کیفری داور

مطالعه حقوق برخی کشورها نشان می دهد عدم رعایت جنبه محرمانه بودن داوری و یا افشای اطلاعات و اسناد مربوط به داوری توسط داور می تواند به اعمال ضمانت اجرای کیفری علیه وی منجر شود. برخی حقوقدانان متخصص داوری در حقوق فرانسه معتقدند که افشای اطلاعات مربوط به داوری توسط داور می تواند مشمول بند ۱۳ ماده ۲۲۶ قانون مجازات فرانسه شود. بر اساس این ماده، افشای اسرار بدون مجوز توسط اشخاصی که به این اسرار به واسطه حرفه، شغل و یا موقعیت خود به طور دائم یا موقت دسترسی دارند، جرم است و مجرم به مجازات یک سال حبس و پانزده هزار یورو جزای نقدی محکوم خواهد شد. بنابراین، براساس نظر برخی حقوقدانان فرانسوی، این ماده می تواند نسبت به داوری که جنبه محرمانه بودن داوری را حفظ نکرده است نیز با رعایت شرایط مقرر دیگر در حقوق جزا اعمال شود (Delvolvé, 1996, p.378; Loquin, 2006, p.323). اما رویه قضایی فرانسه نسبت به این موضوع ساکت است. شایان ذکر است مفاد بند ۱۳ ماده ۲۲۶ قانون مجازات فرانسه در ماده ۴۸۵ قانون مجازات بلژیک که قبلاً جزء خاک فرانسه بوده نیز پیش بینی شده است. در حقوق مراکش اعمال نص جزایی نسبت به افشای اسرار توسط داور،

به طور صریح، جنبه قانونی دارد. براساس ماده ۳۲۶ قانون داوری مراکش مصوب ۳۰ نوامبر ۲۰۰۷، داوران مکلف‌اند اسرار حرفه‌ای را که به وسیله قانون مجازات پیش‌بینی شده است، حفظ کنند^۱ (Zaher, 2009, p.71). براساس بند یک ماده ۴۴۶ قانون مجازات مراکش مصوب ۲۶ نوامبر ۱۹۶۳ و اصلاحات بعدی آن، افشای اسرار بدون مجوز قانونی، توسط اشخاصی که این اسرار را به واسطه شغل، وظیفه یا موقعیت موقت یا دائم خود به دست می‌آورند، جرم بوده و مجازات آن یک تا ۶ ماه حبس و یک هزار و دویست تا بیست هزار درهم جزای نقدی است.^۲ به نظر می‌رسد ماده ۴۴۶ قانون جزای مراکش از مفاد ماده ۲۲۶ قانون جزای فرانسه الهام گرفته است.

در حقوق ایران نیز، ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی یک قاعده کلی را برای مجازات کسانی که به اعتبار شغل یا حرفه اسراری را به دست می‌آورند و بدون مجوز قانونی آن را افشا می‌کنند، پیش‌بینی کرده است. براساس این ماده «اطبا و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند، هرگاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشا کنند، به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند». سؤالی که مطرح می‌شود این است که ماده یادشده نسبت به داوری که به طور عمدی و بدون مجوز، اطلاعات و اسرار مربوط به داوری را افشا می‌کند، نیز لازم‌الاجراست یا خیر؟ رویه قضایی و نظر حقوقدانان درباره این موضوع ساکت است. جواب مسئله یادشده قابل بحث است. اما به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز مانند حقوق فرانسه، بتوان ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده یادشده را درباره داوری که جنبه محرمانه‌بودن را رعایت نمی‌کند و عمداً اطلاعات و اسرار آن را افشاء کرده است نیز با در نظر گرفتن شرایط مقرر دیگر در حقوق جزا لازم‌الاجرا دانست. به هر حال، در این کشورها افشای اطلاعات و اسناد مربوط به

1. Les arbitres sont tenus au secret professionnel dans les termes prévus par la loi pénale. Rev. arb.2009, p.243.
2. Dahir n° 1-59-413 du 28 jourmada II 1382 (26 novembre 1962) portant approbation du texte du Code pénal; v. Bulletin Officiel n° 2640 bis du mercredi 5 juin 1963, p.843 disponible sur le site www.lexinter.net/LOTWVers4/droit_penal_marocain.htm.

داوری توسط داور می تواند جنبه کیفری داشته باشد. اما مطالعه حقوق کشورهای دیگر نشان می دهد در اکثر کشورها، مانند انگلیس، نروژ، یونان، آلمان، سوییس و ایتالیا افشای اسرار توسط داور، نمی تواند موجب مسئولیت کیفری وی باشد (Bouzat, 1950, p.541).

۳. سازمان یا مرکز داوری

مسئولیت مدنی مرکز داوری به دلیل عدم رعایت محرمانه بودن داوری، همچنین، افشای اطلاعات و اسناد مربوط به آن از موضوعات قابل بحث است. زیرا در حقوق برخی کشورها مانند ایالات متحده آمریکا مرکز یا مؤسسه داوری مانند داور، از اصل مصونیت از تعقیب مدنی برخوردار است (Salans, 1996, p.44). در حقوق انگلیس، ماده ۷۴ قانون داوری مصوب ۱۹۹۶، فقط مسئولیت مرکز یا اشخاصی را که برای معرفی داور معرفی شده اند، از مسئولیت مدنی در مقابل فعل یا عدم انجام وظیفه داوری را که وی انتخاب کرده معاف کرده است، مگر اینکه دلیلی بر سوءنیت مرکز محرز شود (Mustill, 1997, p.29; Veeder QC, 1997, p.3). به هر حال، همان طور که بیان شد، مرکز داوری به طور صریح یا ضمنی، براساس قراردادی که بین او و طرفین قرارداد منعقد می شود، به رعایت جنبه محرمانه بودن داوری و حفظ اسرار و اطلاعات آن متعهد است. بدیهی است، نقض این تعهد می تواند براساس قواعد عمومی قراردادها در حقوق اکثر کشورها موجب مسئولیت مدنی مرکز شود.

نکته قابل توجه اینکه، معمولاً در آیین نامه داوری مراکز، شرط معاف کننده مسئولیت پیش بینی شده است که براساس این شرط، مرکز، کارکنان و داوران هیچگونه مسئولیتی در مقابل فعل یا ترک فعلی که به طور غیرعمد در حین اجرای وظیفه داوری مرتکب می شوند، ندارند. بدیهی است با درج چنین شرطی، در صورتی که افشای اطلاعات یا اسرار داوری توسط مرکز یا کارکنان آن باشد، نمی توان دعوی مسئولیت مدنی علیه آن ها مطرح کرد، مگر اینکه سوءنیت یا عمدی بودن نقض این تعهد، توسط مدعی دعوی مسئولیت مدنی، علیه مرکز داوری ثابت شود. شایان ذکر است در برخی آیین نامه های داوری چنین شرط معاف کننده ای به طور مطلق پیش بینی شده و ذکر از عمدی بودن تخلف مطرح نشده است. در این صورت، صحت و اعتبار شرط درباره عمدی بودن

تخلف از تعهد، می‌تواند در حقوق برخی کشورها مانند فرانسه^۱، اتریش^۲ و ایران (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۳۷) تردید وجود دارد. برای مثال، ماده ۳۴ آیین‌نامه قبلی داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل شرط مطلق معاف‌کننده مسئولیت را پیش‌بینی کرده بود که رویه قضایی در کشورهای اتریش و فرانسه چنین شرطی را در صورت نقض عمدی از تعهد، قابل اجرا و استناد ندانسته‌اند و بر محکومیت متعهد متخلف بر جبران خسارت وارده حکم صادر کرده‌اند. در پی چنین رویه قضایی و همچنین، انتقاد حقوق‌دانان به پیش‌بینی چنین شرط معاف‌کننده مطلق (Lalive, 1999, p.419 et) و همچنین، آیین‌نامه جدید اتاق بازرگانی بین‌الملل (s.: Jarrosson, 2007, p.858; Clay, 2007, p.2916)، مصوب ۲۰۱۱ (و لازم‌الاجرا از ابتدای ۲۰۱۲) عبارت «مگر در موردی که چنین محدودیت مسئولیت مدنی مطابق قانون حاکم ممنوع شده باشد» را به انتهای شرط معاف‌کننده مطلق مسئولیت در ماده ۴۰ جدید خود اضافه کرده است.^۳

بنابراین، تخلف از تعهد حفظ اسرار از سوی مرکز یا سازمان داوری نیز اصولاً می‌تواند با وجود شرایط مورد نیاز دیگر در حقوق قراردادها موجب مسئولیت مدنی شود و شرط معاف‌کننده مسئولیت نیز نمی‌تواند نقض عمدی تعهد را دربرگرفته و متعهد را از مسئولیت مدنی معاف کند. نکته آخر اینکه همان‌طور که درباره داور بیان شد، تخلف کارکنان مرکز داوری از تعهد به حفظ محرمانه بودن می‌تواند براساس حقوق کیفری برخی کشورها مانند فرانسه، مراکش و ایران، با احراز شرایط مقرر دیگر، موجب مسئولیت کیفری این کارکنان هم باشد.^۴

1. Trib. gr. inst. Paris, 10 octobre 2007; Rev. arb., 2007.847, note Ch. Jarrosson; D., 2007.2916, note Th. Clay.
2. Cour Suprme d Atriche (OGH), 28 avril 1998, Rev. arb, 1999.392, note Liebscher Ch.
3. Les arbitres, les personnes nomm, es par le tribunal arbitral, l arbitre d ngence, la Cour et ses membres, la CCI et son personnel, les comités nationaux et groupes de la CCI et leurs employés et repr, sentants ne sont responsables envers personne d aucun fait, d aucun acte ou d aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilit, est interdite par la loi applicable : www.iccwbo.org

۴. مراجعه شود به مبحث مسئولیت کیفری داور در صفحات قبل.

نتیجه

محرمانه بودن یکی از ویژگی‌های داوری تجاری بین الملل است که موجب انتخاب این شیوه از دادرسی توسط اصحاب دعوی می‌شود. اساس و پایه این ویژگی در صورت فقدان شرط صریح نسبت به آن، بر اراده ضمنی طرفین استوار است که به صورت شرط ضمنی قراردادی، قابل اثبات است. چنین تعهدی نه فقط به طرفین دعوی، بلکه به دست‌اندرکاران دیگر داوری، مانند داوران و مراکز داوری نیز تحمیل می‌شود. انکار چنین تعهدی توسط برخی مراجع قضایی دولتی موجب شده است برخی قوانین داوری در نظام‌های حقوقی مختلف، شرط ضمنی محرمانه بودن داوری را به طور صریح، بیان کنند. این تعهد مطلق نیست، بلکه در مواردی مانند با رضایت طرفین قرارداد، مجوز قانونی یا جز آن می‌تواند از بین برود. رعایت نکردن این تعهد توسط اشخاص متعهد بدون مجوز، می‌تواند ضمانت اجراهای مدنی و کیفری را حسب مورد به دنبال داشته باشد.

منابع و مأخذ

۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*. جلد چهارم، تهران، انتشارات مدرس، چاپ دوم.
۲. جنیدی، لعلیا (۱۳۷۸)، *نقد و بررسی تطبیقی قانون داورى تجارى بین‌المللى*. تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسى دانشگاه تهران، چاپ اول.
۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). *داورى تجارى بین‌المللى*. تهران، سمت، چاپ اول.
۴. نیک‌بخت، حمیدرضا (۱۳۹۰). *داورى تجارى بین‌المللى*. تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانى، چاپ دوم.
5. Beraudo, J.P. (2005). La confidentialité et le délibéré. in *Les arbitres internationaux* ». *Colloque*, 4 fév. pp.101-112.
6. Bouzat, P. (1950) . La protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé. (1950), *Rev. sc. crim.*, pp.541-548.
7. Burn, G.; Pearsall, A. (2009). Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international . *Bull.CCI Supp.*, pp.25-41.
8. Clay, Th. (2001). *L'arbitre*. thèse, , Paris, Dalloz.
9. Clay, Th. (2007). *Note sur le Trib. gr. inst.* Paris, 10 octobre 2007, Dalloz.2916-2923.
10. Delvolvé, I-L. (1996). Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage . *Rev. arb.*, pp.373-391
11. Dimolitsa, A. (2009). Règlements institutionnels et rgimes nationaux relatifs à l'obligation de confidentialité incombant aux parties en matière d'arbitrage . *Bull.CCI SUPP*, pp.5-24.
12. Fouchard, Ph.; Gaillard, E.; Goldman B. (1996). *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris, Litec.
13. Gaillard, E.; (1987). Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international . *Dalloz, Chron.*, pp.153-156
14. Gharavi, H. (1999). Le nouveau droit iranien de l'arbitrage commercial international . *Rev.arb.*, pp.35-43.
15. Hwang, Michael; Chung, Katie (2009). La confidentialité et ses exceptions - quelle voie suivre pour leur protection? . *Bull.CCI Supp.*, pp.43-63.
16. Jarrosson, Ch. (2007). *Note sur le Trib. gr. inst.* Paris, 10 octobre 2007; *Rev. arb.*, pp.847-859.
17. Kouris, S. (2005). Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits? . *Journal of International Arbitration*, 22(2), pp.126-139.

18. Lalive, P. (1999). Sur l'irresponsabilité arbitrale . in *Étude de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET*, Lausanne, pp.419-435.
19. Lazareff, S. (2009). Confidentialité et arbitrage: approche théorique (et même philosophique) . *Bull.CCI SUPP*, pp.87-100.
20. Loquin, E. (2006). Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage . *Rev.arb.*, pp.323-352.
21. Mantilla-Serrano, V. F. (2004). La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage . *Rev. arb.* pp.225-251.
22. Mustill, L. (1997), La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: philosophie, inspiration, aspiration", *Rev.arb.*, p.29-43.
23. Namour, Fady (1992). *Les clauses de secret*, Thèse Montpellier. sous la direction de J.M. Mousseron, dact, Soutenue Le 9 Juill.
24. Poudret, J.-F.; Besson, S. (2002). *Droit comparé de l'arbitrage international*. LGDJ.
25. Salans, C.F. (1996). L'immunité de l'arbitre aux États-Unis . *Bull. CCI*, pp.44-55.
26. Schwartz, E.A. (1995). Les droits et les devoirs des arbitres CCI . *Bull. CCI*, pp.98-113.
27. Taghipour, B. (2013). *La responsabilité de l'arbitre (du juge privé) dans le droit du commerce international (droit français et droit comparé)*. thèse UB (dir. E. Loquin, soutenue le 19 février.
28. Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves (2009). *Les obligations*. 8^e éd, Paris, Dalloz.
29. Veeder, QC V.V. (1997). La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996: la naissance d'un magnifique japhant . *Rev.arb.*, pp.3-27.
30. Zaher, K.; (2009). Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international . *Rev.arb.*, pp.71-144.