

داوری تجاری بین‌المللی*

هنري دو وریز

Henry p. de Vries

مترجم: دکتر محسن محبتي

داوري از نظر تاريخي سابقه اي بس طولاني دارد. حل و فصل اختلافات از طريق توافق به قبول و تبعیت از تصميم شخص ثالثي که مورد اعتماد اصحاب دعوا باشد يعني داوري، حتي قبل از اينکه در جوامع بشري قانوني وضع شود يا دادگاهي تشکيل گردد يا قضاوت اصول حقيقي را طراحي و پايه ريزي کنند، وجود داشته است.^۱ مع ذلك، از جنگ جهاني دوم به اينسو است که داوري تجاري بين‌المللي به يك «صناعت قضائي» (اسلوب رفع منازعه) تبديل شده است.^۲

داوري در دعاوي بازرگاني داخلي

*. مقاله حاضر ترجمه اي است از:

Journal of International Arbitration, Vol. 1, No. 1, April. 1984.

1. Kellor F., American Arbitration, Its History, Functions and Achievements 1 (1948).

2. Kerr, "International Arbitration v. Litigation", J. Bus L. 164 (1980).

روند داوري تجاري ابتدا در حوزه اختلافات و دعاوي ناشي از تخلف از وصف و مشخصات قراردادي کالا مطرح شده و توسعه يافته است. انجمن‌هاي بازرگاني و بورس‌هاي مبادله کالا براي حل و فصل اختلافات قراردادي مربوط به واقعيات و اوصاف معاملات خود اسلوب خاصي را تعبيه و سازماندهي کردند و اعضا را تشويق مي‌کردند براي حل اين‌نوع اختلافات به هيأت‌هايي مراجعه کنند که اعضاي آن با لسان و عرف صنعت يا تجارت مربوط آشنائي کافي دارند.^۳ حل و فصل اختلافات تجاري از طريق داوري رفته‌رفته، آيين‌هاي رسيدگي خاصي را به وجود آورد که حداقل تأخير در رسيدگي، حداقل هزينه‌ها و غيرعلني ماندن موضوع دعوا را تأمين مي‌کرد.

داوري سازمانی

سازمانها و مؤسسات داوري نقش مهمي در توسعه روند داوري در ايالات متحده و خارج آن ايفا کرده‌اند.^۴ در امريکا «

3. Carlston, Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes 44, 48 (1965).

۴. براي ملاحظه فهرست انجمن‌هاي داوري بزرگ، ر.ک.

انجمن امریکایی داوران (AAA=American Arbitration Association) که مؤسسه‌ای غیرانتفاعی و خصوصی است و دفتر مرکزی آن در نیویورک است، در سال ۱۹۲۶ تأسیس شده و فعال بوده است. در حل و فصل پاره‌ای دعاوی بین‌المللی غیرتخصصی نیز «دیوان بین‌المللی داوران» وابسته به اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یکی از نهادهای اصلی داوران به‌شمار می‌رود که از ۱۹۹۲ شروع به‌کار نموده است. البته همانند سایر مؤسسات داوران برجسته و علی‌رغم آن که «دیوان بین‌المللی داوران» است، این دیوان رأساً به امر داوران و حل و فصل دعاوی نمی‌پردازد، بلکه در واقع بر هیأت‌های داوران که حسب مورد در هر پرونده خاص تشکیل می‌شود و متشکل از داوران منتخب خود اصحاب دعوا یا احیاناً اتاق بازرگانی بین‌المللی است، نظارت می‌کند. «مؤسسه داوران» نیز از سال ۱۹۷۶ به‌عنوان یک نهاد داوران بین‌المللی تأسیس

R. Coulson, "Business Arbitration—What you Need to Know", 111-112 (1980); E. Cohn, M. Domke & F. Eisemann, "Handbook of Institutional Arbitration in International Trade" (ed. 1977).

شده و بویژه در حل و فصل دعاوی مربوط به قراردادهای بازرگانی شرق — غرب، داوری کرده است.^۵ لندن هم در زمینه دعاوی دریایی، بیمه و معاملات انواع کالا و مالالتجاره مرکز داوریهای بینالمللی بوده است. «دادگاه داوری بینالمللی لندن» قواعد داوری خاصی دارد که بارها اصلاح شده و آخرین آن از اول سال ۱۹۸۱ لازم الاجرا شده است. این دادگاه تحت نظارت و هدایت مشترک شهرداری، اتاق بازرگانی و مؤسسه داوران قسمخورده لندن (Chartered Institute of Arbitrators) می‌باشد.^۶

مؤسسات داوری با تنظیم و تدوین مقرراتی برای برگزاری داوریهای خصوصی یا پیشنهاد شرط داوری برای درج در قراردادها و نیز تدارک تسهیلات اداری و تدوین آیین دادرسی سهم مهمی در برانگیختن اعتماد بیشتر به داوری به‌عنوان اسلوب جایگزین محاکم دادگستری و رسیدگی قضائی داشته‌اند.

قراردادهای تجارت بینالمللی و

5. See Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration in Sweden 8-9 (1977).

6. See Steyn, "England" in 8 Yearbook Commercial Arbitration, p. 3, (1983).

سرمایه‌گذاری بین‌المللی

داوری تجاری که از حمایت مؤسسات انجمنهای داوری و نیز اقبال روزافزون بازرگانی داخلی نسبت به نهاد داوری به‌عنوان اسلوب مؤثر حل و فصل اختلاف در تجارت داخلی برخوردار بوده است، هماهنگ با رشد انبوه تجارت جهانی و توسعه سرمایه‌گذاریهای بعد از جنگ جهانی دوم توسعه یافته و به پیش آمده است.^۷ حتی پیدایش کشورهای سوسیالیستی و کشورهای تازه به استقلال رسیده و رواج بازرگانی دولتی در آنها و نیز افزایش نقش دولتها در موافقتنامه‌های توسعه اقتصادی، خود بخود معاملات بین‌المللی پیچیده‌ای را به‌دنبال آورده که نسبت به قراردادهای

۷. آمار وزارت بازرگانی امریکا حاکی از آن است که سرمایه‌گذاری خارجی امریکا شامل سرمایه‌گذاری به‌صورت نقدی یا وام به خارجیان، در سال ۱۹۸۰ بالغ بر حدود ۲۱۴ میلیارد دلار می‌شود که باید با رقم ۱۸۷ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۹ و حدود ۹۵ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۵ و ۱۲ میلیارد دلار در سال ۱۹۵۰ مقایسه شود. توزیع سرمایه‌گذاری امریکا در سال ۱۹۸۰ چنین است: در کانادا ۲۱٪، امریکای لاتین ۱۸٪، اروپا ۴۵٪؛ در کشورهای توسعه‌یافته و توسعه‌نیافته به‌ترتیب ۷۵٪ و ۲۵٪ بوده است. ر.ک.

Whichard, "U.S. Direct Investment Abroad in 1980", 61 Survey Current Bus., 20, 21 (Aug. 1981); Whichard, "Trends in the U.S. Direct Investment Abroad, 1950-79", 61 Survey Current Bus. 39-41 (Feb. 1981); 1981 Bus. Int'l, 326-327 (Oct. 9, 1981).

داخلي سنتي به مراتب متفاوت است،^۸ و حل و فصل اختلافات ناشي از آنها نيز محتاج اسلوب متفاوتي است که همانا داوري است.

داوري بين المللي يك روند مستقل است

برعکس مکانيسم هاي داخلي حل و فصل اختلافات که آيين دادرسي ثابت و قواعد شناخته شده اي دارند، داوري بين المللي مانند خود دعاوي بين المللي مستلزم وقوف به سيستم حقوقي بيش از يك کشور، اطلاع از مباني گوناگون صلاحيت مراجع رسيدگي و نيز محتاج آگاهي از انواع آيين دادرسي و مقررات آنها در مورد ادله اثبات دعوا (مباني و واقعيات)، قانون حاکم بر دعوا اثبات قانون خارجي و بالاخره اجرائي حکم مي باشد. بنابراین دست اندرکاران داوريهاي داخلي که مي خواهند به حوزة داوري بين المللي گام نهند، بايد آمادگي لازم را براي عبور از نظام رسيدگي داخلي - که تک بعدي است - به ساختارهاي حل و فصل چند بعدي يعني داوري بين المللي

8. See de Vries, "Arbitration of Disputes in International Projects", in International Project Finance (Fordham Corp. L. Inst. 1975).

داشته باشند.^۹ امتیازات داوری در دعاوی داخلی یعنی سرعت تصمیم‌گیری، کم‌هزینه بودن و غیررسمی بودن جریان رسیدگی، در داوری تجاری بین‌المللی نیز وجود دارد. دعاوی بین‌المللی به دلیل موانعی از قبیل گوناگونی زبان طرفین، بُعد مسافت و مشکلات ارتباطات و مکاتبه بیشتر با خطر تأخیر و اطاله رسیدگی مواجه می‌باشند و اغلب هزینه بیشتری دربر دارند مانند هزینه اداره جریان داوری، حق‌الزحمه داوران، استخدام وکلای محلی، مترجم و بالاخره هزینه‌های مسافرت. در داوری بین‌المللی، جو غیررسمی و ساده‌ای که در داوریهایی داخلی وجود دارد به محیطی آمیخته به قواعد رسیدگی و آیین دادرسی پیچیده‌تر تبدیل می‌شود. با اینکه داوری داخلی و داوری بین‌المللی هر دو توسط داورانی اداره می‌شود که خود اصحاب دعوا منصرف کرده‌اند و داوران صلاحیت و اختیار

۹. صرف اتکا و توجه به قوانین گوناگون داوری بدون آگاهی نسبت به جنبه‌های وسیع‌تر و مفصل‌تر مقررات آیین دادرسی آنها، به قول «وتر» به معنای «تک‌بعدي دیدن نظامهای چندبعدي حل و فصل است». رک.

IV Wetter, "The International Arbitral Process: Public and Private", (1979) at 285., See also Mentschikoff, "Commercial Arbitration", 61 Col. L. Rev. 846 (1961).

خود را از توافق اولیه طرفین در مراجعه به داوری به دست می‌آورند، اما مسیرهای متفاوتی را طی کرده و در جهات گوناگون تحوّل یافته‌اند.

به علت جنبه‌های فراملّی نهفته در داوریهایی بین‌المللی، خواه ناخواه مسائل صلاحیتی در داوری بین‌المللی بیشتر پیش می‌آید. به همین لحاظ ضرورت درج شرط داوری در قرارداد اولیه به منظور رفع هرگونه ابهام و بلا تکلیفی از حیث مسائل صلاحیتی، امروزه تقریباً تبدیل به رویه‌ای بین‌المللی شده است.^{۱۰} در کشورهایی که مراکز بزرگ داوری در آنجا واقع است، قوانینی تصویب شده که احکام جداگانه‌ای برای داوری بین‌المللی و داخلی پیش‌بینی نموده و آن دو را از هم جدا می‌سازد.^{۱۱}

10. See Kerr, footnote 2, *supra* at p. 164.

۱۱. «در دعاوی بین‌المللی، قوانین داخلی و احکام دادگاهها کنترل قضائی محدودی بر احکام صادره در سطح بین‌المللی دارند. در انگلستان که دارای نظام حقوق عرفی است، هدف از حذف قاعده حجیت رویه قضائی (لازم‌الاتباع بودن رویه محاکم در دعاوی مشابه) در داوریهایی بین‌المللی که در انگلستان برگزار می‌شود آن بود که اعتبار و جایگاه انگلیس به‌عنوان مرکز داوریهایی بین‌المللی بیشتر حفظ و ابقا شود. در مقایسه اجمالی ماهیت کنترل قضائی احکام داوری در سایر کشورهای اروپایی را که با انگلیس از حیث مرکز داوریهایی رقابت دارند، معلوم می‌شود که در معنای وسیع، طبق مقررات

در قواعد داوری مؤسسات داوری بین‌المللی نیز طبقه‌بندی داوریه‌ها و تفکیک آنها در رابطه با معاملات مختلف بین‌المللی مورد توجه و تأکید قرار گرفته است.^{۱۲}

نقش دادگاه‌های داخلی در داوری بین‌المللی

داوری تجاری بین‌المللی نمی‌تواند بدون مساعدت و همکاری محاکم داخلی،

انگلیس، صرف توافق طرفین برای استثنا کردن صلاحیت محاکم داخلی (و مراجعه به داوری) مترادف است با آنچه در فرانسه و سوئد موافقتنامه داوری محسوب می‌شود. ولی در حقوق سوییس هریک از طرفین داوری که ایراد و اعتراضی داشته باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه و نسبت به هر امر ماهوی درخواست رسیدگی نماید...». رک.

Shenton & Toland, "London As A Venue for International Arbitration: The Arbitration Act 1979", 12 Law & Policy Int'l Bus., 643, 972 (1980).

۱۲. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۶ «قواعد داوری» را تصویب نمود که به «قواعد داوری آنسیترال» موسوم است و توصیه کرد که در دعاوی تجاری که به داوری ارجاع می‌شود، از آن استفاده شود. رک.

Dietz, "Introduction: Development of the UNCITRAL Arbitration Rules" 27 Am. J. Comp. L. 449 (1979).

علاوه بر این، کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن برای «حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» یک مرکز داوری تشکیل داده (ایکسید ICSID) و مقررات خاصی برای طرح دعوا و حل و فصل آن از طریق سازش یا داوری وضع نموده است. (برای ملاحظه متن قواعد داوری آنسیترال و نیز کنوانسیون ایکسید همراه با ترجمه فارسی آنها، مراجعه کنید به: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، به ترتیب شماره ۴ و شماره ۶، اسناد بین‌المللی - م).

داوری تجاری بین‌المللی ❖ ۵۱

به‌طور مؤثر و کارا عمل کند. دادگاه‌هایی کشور محل داورى را نمی‌توان به‌کلی از صحنه بیرون گذاشت و با داورى غیرمرتبط دانست مگر اینکه طرفین در قرارداد اولیه ارجاع به داورى، به‌طور خاص در این زمینه توافق کرده باشند.^{۱۳}

مؤثر بودن داورى از حیث صدور رأی قطعی و لازم‌الاجرا برای حل و فصل منازعه‌ای که به آن ارجاع شده، موکول است به آنکه اگر یکی از طرفین از اجرای رأی داورى تخلف نمود دادگاهی در کار باشد که رأی را به اجرا درآورد. داورى در مفهوم بین‌المللی آن متضمن صدور حکم الزام‌آور است با همان آثار حقوقی و قدرت اجرایی که حکم قطعی دادگاه دارد.

اغلب کشورهای که در امر تجارت فعال هستند، قوانین خاصی در مورد داورى دارند اما در زمینه‌های حساس و مهم هنوز قضات هستند که با آرای خود عملاً قانونگذاری می‌کنند. «فرانسه و سویس به‌طور سنتی بیش از انگلستان و امریکا قانون‌مدار هستند و حجم بیشتری از

13. Holtzmann, "Arbitration and the Courts: Partners in a System of International Jurisdiction", 1978 Rev. de l'Arbitrage 253.

قوانین موضوعه را در باب داوری دارند، مع ذلك در موضوعات اساسی که در جریان داوری پیش می‌آید مجموعه‌ای از رویه‌ها و آرای محاکم است که منبع اصلی مقررات داوری است».^{۱۴}

مفهوم قرارداد بین‌المللی

محاکم امریکا و فرانسه در مقام تفکیک و تمایز بین داوریهای کاملاً داخلی و داوریهای بین‌المللی از مفهوم قرارداد بین‌المللی استفاده کرده‌اند، به این معنا که مراجعه به داوری به مثابه یک قرارداد بین‌المللی، طریقه‌ای است که طرفین با انتخاب داوری به‌عنوان مرجع حل و فصل اختلاف، آزادی اراده خود را اعمال و اعلام می‌کنند.^{۱۵} دیوان عالی کشور امریکا در پرونده «شِرک»^{۱۶} گفته است:

14. IV Wetter, *supra* fn. 9 at p. 7.

(در ایران برای داوریهای داخلی مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی را داریم و در زمینه داوریهای بین‌المللی نیز لایحه قانون داوری تجاری بین‌المللی که اخیراً به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. لکن رویه قضائی در زمینه داوری هیچ توسعه نیافته و از این حیث دچار کمبود جدی هستیم - م).

15. See Delaume, "What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma", 28 *Int'l & Comp. L. Q.* 258.

16. 417 U.S. 506 (1974).

«گرچه موضوع دعوا که تقلب در خرید و فروش اوراق قرضه است در مفهوم حقوق داخلی آن اساساً قابلارجاع به داوری نیست، اما چون تقلب در یک قرارداد بین‌المللی رخ داده، قابل‌داوری است و بنابراین شرط داوری قرارداد که داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس را پیش‌بینی نموده، لازم‌الاجرا و معتبر است.»

به موازات کاهش کنترل‌های قضائی در محاکم نسبت به داوریه‌ها، آزادی عمل طرفین در ارجاع اختلافات به تصمیم لازم‌الاجرای داوران، افزایش یافته است.

قوانین داخلی کشورها^{۱۷} و عهدنامه‌های

۱۷. به دنبال توسعه تجارت بین‌المللی پس از جنگ جهانی اول و نیز پس از انعقاد اولین موافقتنامه بین‌المللی داوری در سال ۱۹۲۳، کشورهای غربی به‌طور روزافزون قوانین و مقرراتی در زمینه داوری وضع کردند که چند مطلب کلی در همه آنها مشترک است: (۱) الزام آور بودن موافقتنامه ارجاع دعاوی به داوری، (۲) اختیار دادگاه در نصب داور در صورتی که طرفین به توافق نرسند یا یکی از آنها از معرفی داور خود امتناع ورزد و همکاری لازم نکند، (۳) توقف و توقیف رسیدگی دادگاه به دعوائی که طبق توافق قبلی طرفین باید به داوری ارجاع شود ولی با نقض این توافق، در دادگاه مطرح شده است، (۴) آزادی طرفین در اداره جریان داوری و آیین دادرسی در داوری و بالاخره (۵) محدودیت اختیارات دادگاه در کنترل و تجدیدنظر قضائی در رأی داوری. برای ملاحظه و بررسی قوانین داوری در امریکا، انگلیس، سوئد و سوییس، رک.

II Wetter, *Supra* note 9, at 411-98.

بین‌المللی^{۱۸} نیز اختیارات مراجع قضائی داخلی را در تجدیدنظر نسبت به تصمیمات دیوانهای داوری محدود کرده‌اند. احکام داوری خارجی آسان‌تر از احکام قضائی محاکم به اجرا درمی‌آیند و امروزه روند داوری تجاری بین‌المللی در بالاترین مرحله از اهمیت و تأثیر حقوقی خود در سطح داخلی و بین‌المللی می‌باشد و داوری بین‌المللی به‌درستی «جایگزین محاکم داخلی شده است».^{۱۹}

داوری بین‌المللی، جایگزین رسیدگی قضائی
تغییر و استحاله «توافق اخلاقی»
اولیه برای حل اختلافات که توافقی
غیررسمی، سریع، ارزان و کم‌هزینه بود به

۱۸. علی‌رغم رشد و توسعه داوری تجاری بین‌المللی، امریکا تا سال ۱۹۷۰ عضو هیچ عهدنامه بین‌المللی در مورد داوری نشده بود. عهدنامه‌های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۷ ژنو در مورد داوری بین‌المللی را بسیاری از کشورها تصویب و به آنها ملحق شده‌اند. اما بعدها کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در مورد اجرای احکام بر این عهدنامه تفوق یافت و در واقع جانشین آنها شد. با این همه، کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ در مورد داوری که هدف اصلی آن توسعه داوری در روابط بین‌کشورهایی اروپای غربی و شرقی بود، همچنان به‌عنوان یک منبع مهم حقوق داوری بین‌المللی باقی مانده است. رک.

de Vries, International Commercial Arbitration 57 Tul. L. Rev. 42, 55 (1982).

19. Van den Berg, The New York Convention of 1958, (1981) p. 14.

داوری تجاری بین‌المللی ❖ ۵۵

یکی از رشته‌های «حقوق رسیدگی بین‌المللی» — یعنی داوری — پیامدهای گوناگونی را به دنبال داشته است. اقتدار تصمیم‌گیری در داوری بین‌المللی امروزه تقریباً به‌طور کامل در دست داورانی است که آموزشهای حقوقی لازم را دیده‌اند و از مسائل حقوقی مطلع‌اند. طرفین با وکلا و مشاوران حقوقی خود حتی ممکن است عضو کانون وکلای کشور محل داوری هم نباشند. عده‌ای متخصص در دعاوی بین‌المللی بوجود آمده که می‌توانند در داوریهایی بین‌المللی به‌صورت فرامرزی تبادل لوایح کنند و جریان رسیدگی داوری را شبیه آنچه در محاکم می‌گذرد، اداره نمایند.

دیوانه‌های داوری به‌صورت نمونه‌ای نوعی از مرجع رسیدگی به مرافعات حقوقی درآمده‌اند. آیین‌های رسیدگی و قواعد داوری هرچه بیشتر صبغه و کیفیت مقرراتی را به خود گرفته‌اند که حقوق‌دانان حرفه‌ای تنظیم و تدوین می‌کنند و هرچه بیشتر سخت و استوار شدند و بر مسئله مشکل انتخاب محل داوری و زبان داوری و نیز سوابق حقوقی و حرفه‌ای داوران تأکید ورزیده، و راه‌حلهایی ارائه می‌کنند.

مراکز و مؤسسات داوري نیز در مورد حوزه «صلاحیت» خود به رقابت پرداخته اند. پیرلایو به «تنوع فوق العاده داوریه‌ها و نیز ماهیت چندگونه و چند بُعدی آنها» اشاره می‌کند.^{۲۰} رنه دیوید هم با شگفتی و تعجب از «تعداد زیاد و تنوع قواعد داوري که مؤسسات داوري گوناگون تدوین کرده اند» سخن می‌گوید.^{۲۱}

تنوع قوانین داخلی کشورها در سراسر جهان، قواعد و مقررات مؤسسات داوري، مشکل زبان و بالاخره سوابق و تخصص‌های حقوقی داوران مانع از این می‌شود که با مسئله داوري تجاری بین‌المللی به‌عنوان روندی یکنواخت، برخوردی یکسان نمود. اما مسلماً داوري تجاری بین‌المللی از داوري داخلی یکسره جدا است و شکلهای مختلفی دارد.^{۲۲}

20. Lalive, "Le droit applicable au fond du litige en matiere d'arbitrage", Rassegna dell' Arbitrato 3, 4 (1977).

21. David, L'Arbitrage dans le Commerce International, p. 68 (1982).

۲۲. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نشانه رواج اقتدار و مرجعیت داوري بین‌المللی است. این مرکز براساس کنوانسیون واشنگتن (۱۹۶۵) و به‌منظور تشویق سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی در حوزه کشورهای تازه به استقلال رسیده تأسیس شده و بانک جهانی (مؤسس آن) توانسته اقبال و پذیرش بیش از ۸۰ کشور جهان در افریقا، آسیا و اروپای غربی و نیز آمریکا را برای

اثر بیطرفی در انتخاب محل داوری و داوران

گوناگونی شکل‌های داوری بین‌المللی ناشی از آزادی عمل وسیع طرفین در انتخاب محل داوری و نیز انتخاب داوران از ملیت‌های گوناگون با زبان‌های متفاوت و سوابق حقوقی و تخصصی مختلف است. به‌علاوه، مشخصه ذاتی داوری بین‌المللی — یعنی بیطرفی در مفهوم گسترده آن — لازم می‌آورد که محل داوری و زبان داوری و نیز قانون حاکم بر آن گوناگون باشد. ویژگی بیطرفی اقتضا می‌کند که خود طرفین (یا مقام ناصب) محل داوری را در جایی غیر از کشور متبوع طرفین قرار دهند، و نیز داور ثالث از کشوری غیر از کشور متبوع هر یک از طرفین انتخاب و نصب

الحاق به کنوانسیون مذکور جلب نماید. در این کنوانسیون داوری به‌عنوان تنها اسلوب حل و فصل اختلافات مورد استفاده و اجراست و کشورهای عضو کنوانسیون پذیرفته‌اند که احکام داوری مرکز را همانند حکم نهایی صادره از دادگاه‌های داخلی خود اجرا نمایند (ماده ۲۶، ۳۸ و ۴۵ کنوانسیون). [برای اطلاع بیشتر رک. آرن بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری»، ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۰، ص ۱۶۳ - م].

بهاي اين «بيطرفي حقوقي» البته هرچه پيچيده تر شدن و تطويل جريان رسيدگي و افزايش هزينه هاي داوري است. مقام منصوب کننده چه بسا محلي را براي داوري برگزيند که بسي دور از اداره يا دفتر مرکزي طرفين يا حتي دور از محل اجراي قرارداد باشد، آيين رسيدگي و

۲۳. ويژگي «بيطرفي» را درين (Derains) اينگونه توصيف مي کند: «بيطرفي (neutrality) که نخستين مشخصه داوري است، نبايد با مفهوم استقلال (impartiality) اشتباه شود. استقلال يك مفهوم عيني و شخصي (سابژکتيو) است درحالي که بيطرفي «ذهني» و (ابژکتيو) است. کسي که متصدي حل و فصل دعوا است يعني قاضي دادگاه يا داور، و يا يکي از اصحاب دعوا تابعيت مشترک و واحدي دارد ممکن است شخصاً مستقل باشد اما نمي تواند بيطرف و بدون نظر باشد. وي با زبان طرف دعوا که هم وطن اوست و هر دو تابعيت کشور واحدي را دارند حرف مي زند، با همان مفاهيم حقوقي که او آشنا است، آشنايي دارد و نسبت به مسائل حقوقي همان برخورد و برداشتي را دارد که طرف دعوا و هم وطن او دارد. هنگام انعقاد قرارداد هر دو طرف اکراه دارند صلاحيت محاکم کشور يکديگر را بپذيرند، حتي اگر بيطرفي و بي نظري محاکم آن کشور خالي از هرگونه شك و شبهه بوده و مسلم باشد. در چنين پس زمينه اي است که داوري بين المللي تنها راه حل قابل قبولي است که طرفين مي توانند بپذيرند، خواه به صورت داوري موردی (ad hoc) باشد يا غيرمستقيم (داوري سازماني) يعني ارجاع دعوا به مؤسسات داوري، که داور منفرد يا داور سوم از کشور ثالثي انتخاب مي شود و داوري هم معمولاً در کشور همين داور سوم برگزار مي گردد». رک.

Derains, "New Trends in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration", 3, N.W.J. Int'l Law of Bus. (1981) at p. 40.

زبان آن نیز برای طرفین و وکلای آنها بیگانه باشد. هیأت داور، متشکل از داورانی با اقامتگاهها و تابعیت‌های مختلف که هرکدام از زمین‌ها و سوابق حقوقی خاصی نیز برخوردارند، می‌تواند باعث تأخیرهای طولانی و پُرهزینه در جریان رسیدگی شود. از سویی، باید پذیرفت که در دعاوی مربوط به تجارت شرق – غرب یا قراردادهای بین کشورهای صنعتی و کشورهای توسعه‌نیافته، وجود محل داور در کشور هریک از دو طرف دعوا ممکن است منتهی شود به انتخاب «محلی که نسبت به منافع یکی از طرفین موضع غیردوستانه دارد یا نسبت به مسائل مطروحه در پرونده بیگانه است».^{۲۴} مع‌ذلک، هیچ راه‌حل سریع‌تر و مطمئن‌تری نمی‌توان ارائه داد. بهای بیطرفی حقوقی در داوریه‌ها چنان گزاف است که گاه امتیازات داور را منتفی می‌کند تا جایی که بعضاً مراجعه به «دادگاه‌های کشوری را که مورد اعتماد هر دو طرف دعوا است و با آن

24. Supreme Court of the United States in *Scherk v. Alberto Culver Co.* 417 U.S. 506, 515-516 (1974).

آشنایی کافی هم دارند» مرجح می‌سازد.^{۲۵}

انتخاب محل داوری و داوران

به‌طورکلی «انتخاب محل داوری پاسخ چند پرسش را معلوم می‌کند: چه قانونی جریان داوری را کنترل می‌کند، چه موضوعاتی می‌تواند مورد داوری قرار گیرد، داوران چه کسانی هستند، و جریان داوری چگونه باید انجام شود (آیین دادرسی)».^{۲۶} انتخاب محل داوری معمولاً به گزینش یک مؤسسه داوری به‌منظور اداره جریان داوری برمی‌گردد. مؤسسات بزرگ داوری بین‌المللی مانند دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که مقر آن در پاریس است، دادگاه داوری لندن، انجمن داوری امریکایی در نیویورک، مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم هرکدام قواعد داوری خاصی را در چارچوب مقررات آیین دادرسی کشوری که مقر آنها در آن

25. Kerr, *supra* footnote 2, p. 177.

26. Holtzmann, "The Importance of Choosing the Right Place to Arbitrate an International Case", in *Private Investos Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1977*, 183.

واقع است، تهیه و تدوین کرده اند.^{۲۷} اما انتخاب قانون ماهوی و نیز آیین دادرسی در داوری به ترکیب هیأت داوری مربوط می‌شود. قضات حرفه‌ای که دارای تجارب مستمر در امر قضا هستند برای احراز واقعیات مربوط به پرونده و تصمیم‌گیری درباره موضوع اصلی محل نزاع و رسیدگی به انواع دعاوی معمولاً روشها و مهارتهای قضائی یکسانی را به‌کار می‌گیرند. به عبارت دیگر، اگر قضات به‌عنوان داور انتخاب شوند، اعم از آنهایی که متعلق به نظام حقوقی عرفی (کامن‌لا) هستند یا غیر آنها در اداره جریان داوری نیز شیوه‌های یکسانی دارند که قابل‌پیش‌بینی است و اصول راهنمای ایشان در تصمیم‌گیری و صدور رأی در واقع تبدیل به ملکه و عادت شده است. به این

۲۷. مثلاً طبق مقررات داوری ICC اینکه داوران باید قرارنامه داوری (Terms of Reference) تهیه کنند (ماده ۱۵ قواعد داوری) که به امضای طرفین دعوا و خود داوران می‌رسد، مأخوذ از یک رویه فرانسوی است. زیرا گرچه در حقوق فرانسه موافقتنامه داوری برای خارج کردن دعوا از صلاحیت دادگاه کافی است، اما علاوه‌براین تنظیم یک قرارنامه جداگانه (compromis) نیز لازم است که هم متضمن تعریف نکات و موضوعات مورد اختلاف، تعیین محل داوری و مقررات دادرسی و (آیین داوری) است و در واقع «پیمان داوری» است، و هم حاوی قرارداد بین طرفین و داوران است.

ترتیب، ترکیب هیأت داورى در هر پرونده، زمینه اعمال سلیقه‌ها و سوابق حقوقی داوران را فراهم می‌کند.^{۲۸}

داور منصوب طرفین

در دعاوی مهم، رویه متداول این است که دیوان داورى از سه داور تشکیل می‌شود و هرکدام از طرفین يك داور را نصب و معرفی می‌کند و سپس خود طرفین یا دو داور منتخب ایشان، داور سومى را انتخاب می‌نمایند و گاه مرجع یا شخصی را به نام «مقام منصوب‌کننده» در نظر می‌گیرند که در صورت لزوم، عضو غایب از هیأت داورى را تعیین و منصوب کند.

جایگاه داور منصوب طرفین شایان توجه است. به نظر انجمن داورى امریکا که مبتنی بر تصمیمات محاکم نیویورک و رویه داورى در امریکا است، استقلال و نیز بیطرفی کامل فقط نسبت به داور ثالث

28. David, footnote 21, *supra*, "La procédure de l'arbitrage est dans un large mesure réglée par les arbitres" (p. 408). "Les arbitres, tout naturellement, sont enclins à suivre la pratique établie dans leur pays pour les jugements" p. 443.

شرط است.^{۲۹} اما در رویه اروپایی شرط بی‌طرفی در مورد همه داوران لازم‌الرعایه است به طوری که فقدان بی‌طرفی نسبت به هریک از داوران، حتی داور منصوب طرفین، یک ایراد اساسی به‌شمار می‌رود و نقص شکلی است که در نهایت اعتبار حکم داور را مخدوش می‌سازد.^{۳۰}

داوری به‌مثابه عامل وحدت سیستم‌های حقوقی

درکنار تأکیدی که بر علل و عوامل تنوع شکلهای داورى بین‌المللی می‌شود، داورى بین‌المللی عامل بزرگ یکنواختی و وحدت حقوقی نیز هست. اغلب مراکز داورى، حتی دو مرکز جدیدالتأسیس داورى در کوالامپور و قاهره که هر دو متعلق به «کمیتة مشورتی حقوقی آسیایی — افریقایی» می‌باشند، در چارچوب یکی از دو سیستم حقوقی یعنی سیستم حقوقی عرفی یا سیستم حقوق نوشته، تشکیل شده‌اند. در کشورهای دارای سیستم حقوقی

29. The 1977 Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, prepared by a Joint Committee of AAA and the American Bar Association states that party appointed arbitrator "may be predisposed toward the party who appointed him". (Canon VII).

30. II Wetter, *supra* note 14 at p. 364.

نوشته، سویس (ژنو و زوریخ) پاریس و هلند مراکز اصلی داوری بین‌المللی می‌باشند، و در کشورهای دارای حقوق عرفی نیز لندن و نیویورک پایگاه داوریه‌ها است. اتاق بازرگانی بین‌المللی و انجمن امریکایی داوری به‌ترتیب نمایانگر سازمان داوری در کشورهای حقوق نوشته و کشورهای حقوق عرفی می‌باشند. البته قواعد داوری آن دو به اندازه کافی انعطاف دارد که مبادله و تطبیق موازین حقوق نوشته و حقوق عرفی را برتابد و امکان‌پذیر سازد، به‌طوری‌که دیوان داوری که مقر آن در نیویورک است و رئیس آن کسی است که در امریکا (نیویورک) آموزش دیده، می‌تواند جریان داوری را طبق قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی (پاریس) هدایت و اداره نماید و در عین‌حال مقررات شکلی مربوط به حقوق عرفی امریکا را که محل داوری است نیز رعایت کند. به‌طورکلی، داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس برای سیستمهای حقوق نوشته طراحی شده و دادگاه داوری لندن برای داوریهایی که در انگلستان یا کشورهای مشترک‌المنافع برگزار می‌شود

تشکیل گردیده و بالاخره داوریهایی موضوع انجمن امریکایی داوریهایی برای داوریهایی در امریکا تدوین و فراهم شده است.^{۳۱} به هر حال، آگاهی از تلقی سیستم حقوق نوشته یا سیستم حقوق عرفی از مسائل شکلی و آیین دادرسی در داوریهایی، برای تنظیم و درج شرط داوریهایی در قراردادها یا تهیه موافقتنامه ارجاع به داوریهایی و بالاخره برای صدور رأی داوریهایی لازم است.

شیوه‌های قضایی در داوریهایی

نخستین نکته‌ای که باید مورد توجه واقع شود آن است که اصولاً در سیستم انگلیسی- امریکایی (حقوق عرفی) جریان دادرسی بیشتر در کنترل و اختیار اصحاب

31. Stein and Wotman, "International Commercial Arbitration in the 1980's: A comparison of the Major Arbitral Systems and Rules", *The Business Lawyer*, Vol. 38, August 1983, p. 1715:

«در عمل، داوریهایی موضوع قواعد داوریهایی اتفاق بازرگانی بین‌المللی پاریس که از نوع داوریهایی سازمانی است و نیز داوریهایی موضوع قواعد داوریهایی آنسیترال که از نوع داوریهایی موردی است، بیشتر مطابق با مقررات سیستم حقوقی کشور متبوع رئیس هیأت داوریهایی یا مقررات کشور محل داوریهایی انجام می‌شود. اما قواعد داوریهایی انجمن امریکایی داوریهایی و نیز قواعد دادگاه داوریهایی لندن بیشتر بر مقررات حقوق عرفی تأکید دارد». برای اطلاع از چند و چون داوریهایی موضوع دادگاه داوریهایی لندن مراجعه کنید به:

II Wetter, *supra* note 9 at pp. 506-508.

دعواست و به صوت مرافعه است یعنی متداعین مستقیماً در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و در محضر دادگاه به گفتگو و دفاع می‌پردازند. اما در مقام مقایسه، در کشورهای دارای سیستم حقوق نوشته این دادگاه است که جریان رسیدگی را کنترل می‌کند و مداخله و مسئولیت بیشتری برای تحقیق و تفحص در مورد حقایق و واقعیات مربوط به دعوا دارد. سیستم حقوق عرفی میراث‌دار آیین دادرسی است که متداعین در حضور هیأت منصفه به اظهار مطالب و مدافعات می‌پردازند - یعنی تشکیل جلسه استماع شفاهی و استماع شهود در جلسه علنی.^{۳۲} اما دادرسی در سیستم حقوق

۳۲. «در امریکا، شفاهی بودن دادرسی به معنای رسیدگی و استماع شفاهی دعوا در جلسه علنی دادگاه، یک اصل مسلم و تخلص‌ناپذیر است که در همه دعاوی حقوقی از ابتدای تاریخ حقوق امریکا رعایت شده و می‌شود. ضرورت برگزاری جلسه استماع شفاهی، ناشی از اصول بنیانی آیین دادرسی است که از انگلستان به امریکا آمده، مانند اصل محاکمه در حضور هیأت منصفه و نیز حق سؤال و استنطاق از شهودی که شهادت آنها مبنای تصمیم دادگاه قرار می‌گیرد. ادای شهادت به صورت شفاهی و در جلسه علنی دادگاه از شیوه‌های سنتی دادرسی است که هدف از آن استنباط و استخراج ادله از اظهارات شهود در محاکمات با هیأت منصفه می‌باشد. در واقع بنیان روانشناختی رویه استنطاق و سؤال و جواب از شهود در جلسه دادگاه و نیز مؤثر بودن عملی این رویه به عنوان ابزاری برای کشف حقیقت، ناشی است از اثر همزمان و ذاتی پاسخهای شفاهی و فی‌البداهه شاهد به

نوشته در اروپای قاره ای (کشورهای اروپایی به جز انگلستان) شهادت شفاهی در محضر دادگاه چنین اثر اثباتی و مستقیمی ندارد زیرا آن را بیشتر متأثر از منافع طرف مربوط و مصلحتی تلقی می‌کنند و ترجیح می‌دهند واقعیات و موضوعات مختلف دعوا به وسیله اسناد و مدارک و ادله مثبتی که در جریان دادرسی ارائه و مورد بررسی دادگاه قرار می‌گیرد، اثبات شود.^{۳۳}

محتویات پرونده و صورتمجلسها

در نظام آیین دادرسی امریکا، سؤالات وکلا و پاسخهای طرف یا شهود چه در نخستین دور یا دوره‌های بعدی سؤال و جواب در جلسه دادگاه، عیناً صورتمجلسه می‌شود و

سؤالات که در جلسه عمومی فی‌المجلس می‌دهد یعنی در محضر قضاتی که ارزیابی حقایق و واقعیات مربوط به دعوا نهایتاً با او است. مقررات قانونی که دلیل بودن شهادت براساس شنیده را (شهادت غیرمستقیم) ممنوع می‌کند، در واقع اجرای صحیح حق استنطاق و سؤال و جواب شفاهی از شهود را تضمین و تأمین می‌نماید زیرا دادگاه باید مستقیماً و بدون واسطه با منبع اطلاعات و حقایق مربوط به دعوا (شاهد) تماس داشته باشد...» رک.

Homburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20 Buffalo L. Rev. 9, 39 (1970).

33. Robert, "Administration of Evidence in International Commercial Arbitration", 1 Y. B. Com. Arb. At 221.

در پرونده ثبت و ضبط می‌گردد. اما در نظام حقوق نوشته، پرونده از يك سلسله اسناد و مدارك، خلاصه اظهارات و پاسخها كه به امضاي طرفين دعوا می‌رسد يا گزارش كتبي كارشناسان منتخب دادگاه، تشكيل می‌شود، مضافاً با توجه به توالي و مرحله به مرحله بودن رسیدگی دادگاه به واقعیات پرونده و سپس مسائل حقوقی آن (مسائل موضوعی و حکمی)، در کشورهای دارای حقوق نوشته برخلاف روش رسیدگی در سیستم حقوقی عرفی، صدور قرارهای اعدادی یا تصمیمات مقدماتی در مراحل مختلف رسیدگی، متداول و جاری است.

نظر کارشناس

در دعاوی تجاری بین‌المللی بزرگ و مهم موضوعات مطروح در دعوا (مسائل موضوعی) اغلب مستلزم کسب نظر کارشناس است، مانند: ارزیابی ارزش خالص مؤسسه تجاری، رعایت و یا عدم رعایت مشخصات فنی مربوط، بررسی و تعیین قانون خارجی یا عرف تجاری ذی‌ربط و از این قبیل. در سیستم حقوق عرفی، هر يك از طرفین کارشناس مورد نظر خود را انتخاب و او

را به عنوان «شاهد کارشناس» آماده و به دادگاه معرفی می‌کند. البته هم قضات و هم وکلای طرف مقابل می‌توانند کارشناس را در مورد نظریه‌ای که ارائه نموده مورد سؤال و تحقیق قرار دهند. اما به موجب قواعد داورى «آنسیترا» در ماده ۲۷ و نیز ماده ۱۴ (بند C-2) قواعد داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى به تبعیت از رویه سیستم حقوق نوشته، کارشناس را دیوان داورى منصوب می‌کند و کارشناس فقط درباره موضوعاتی که خود دیوان مشخص می‌کند، اظهار نظر می‌نماید. گرچه نظریه کارشناس به منزله یافته‌هایی در احراز موضوعات ارجاع شده به او معتبر است، منتها هر یک از طرفین حق دارند با تسلیم لایحه کتبی و نیز طرح مباحث شفاهی در جلسه رسیدگی نسبت به آن اعتراض نمایند.

افشای مدارک

وکلاى امریکایی به‌خوبی با رویه افشای مدارک (discovery) آشنایی دارند و از این توان برخوردارند که شهود طرف مقابل را قبل از شروع رسیدگی مورد استماع و سؤال قرار دهند و طرف دعوا را مجبور

سازند اطلاعات و ادله‌ای که در اختیار او یا شخص ثالث است ارائه و افشا کند. حتی اگر «اطلاعاتی که مورد تقاضا است مستقیماً در جریان رسیدگی مرتبط نباشد، اما هدف از افشای آنها به‌نحو معقول و متعارفی نهایتاً به‌منظور دسترسی و اطلاع از مدارک و ادله قابل قبول باشد، درخواست افشای مدارک مانعی ندارد».^{۳۴} تشریفات مربوط به افشای مدارک که خاص سیستم حقوقی امریکا است و اختیاری است که به هریک از طرفین داده شده تا به «شکار دلیل» بپردازند، اغلب سبب تأخیرهای ناروا و هزینه‌های انجمن دآوری امریکا، این مرحله تمهیدی و مقدماتی وجود ندارد، مگر اینکه خود طرفین صریحاً موافقت کرده باشند گرچه دیوان دآوری که تحت مقررات انجمن دآوری امریکا تشکیل شده حق دارد شهود را احضار کند یا مدارکی را مطالبه نماید، اما مسلماً درخواست افشای مدارک در داوریه‌های امریکا خیلی کمتر متداول است تا دادگاهها، که البته در دادگاهها هم «معمولاً محاکم فدرال و ایالتی آن را رد

34. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26b(1).

می‌کنند».^{۳۵}

طبق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و نیز قواعد داوری آنسیترال، دیوان داوری می‌تواند به اصحاب دعوا و شهود آنها دستور دهد نزد دیوان حضور یابند یا مدارکی را تسلیم نمایند، اما از نظر حقوقی تکلیف طرف به رعایت این دستورات در مرحله اول ناشی از قاعده بار دلیل است که به‌عده او است، و سپس ناشی از اینکه عدم رعایت دستور هیأت داوری برعلیه او تفسیر خواهد شد و یا بالاخره ناشی از مفاد قرار کارشناسی است که این مورد بیش از همه شایع است، به این معنا که هنگام ارجاع امر به کارشناس مقرر می‌شود که: «طرفین مکلفند کلیه اطلاعات لازم یا روش کار را در اختیار کارشناس قرار دهند و نیز هرگونه مدرک و کالای مرتبطی را برای بازرسی به وی ارائه کنند».^{۳۶} بنابراین اگر هرکدام از طرفین اسناد و مدارک مورد درخواست را به کارشناس ارائه نکنند «دیوان داوری براساس ادله موجود نزد خود مبادرت به

35. See Stein and Wotman, *supra*, fn. 31 at 1706.

36. UNCITRAL Rules, Art. 27.

صدور رأی و تصمیم‌گیری می‌نماید».^{۳۷}

قانون شکلی حاکم

به‌طور کلی مقررات و قوانین شکلی (آیین دادرسی) کشور محل داور، قواعد داور، مؤسسه داور، مربوط که جریان داور در چارچوب آن قواعد انجام می‌شود را تکمیل می‌کند، و گاه حاوی مقررات آمره‌ای است که صلاحیت محاکم محلی را در نظارت بر داور تعیین می‌کند و مضافاً راه‌حلیها و طرق قضائی که برای کمک به دیوان داور یا کنترول آن وجود دارد، مشخص می‌سازد.

در فرانسه آنچه «قانون داور» (*lex arbitri*) نامیده می‌شود نسبت به امریکا و انگلیس به‌مراتب منعطفتر است. در داور بین‌المللی، طرفی یا داوران آزادند مقررات داور یک کشور خاص یا مقررات داور بین‌المللی (مانند قواعد داور مؤسسات بین‌المللی داور) را برگزینند یا اینکه مقررات خاصی برای انجام داور تدوین و تهیه نمایند.^{۳۸} به هر حال

37. UNCITRAL Rules, Art. 28(3).

38. ICC Rules, Art. 11, French Code Civ. Proc. Art. 1494.

انتخاب فرانسه به عنوان محل داوری لزوماً به معنای اعمال و اجرای مقررات شکلی و آیین دادرسی آن کشور نیست.

قانون ماهوی حاکم

مسئله انتخاب قانون ماهوی در داوریهایی تجاری بین‌المللی موازنه‌ای مبتنی بر تئوری و عمل است. تا جایی که اسلوب داوری با رسیدگی قضائی در دادگاه مقایسه شود، انتخاب قانون کشور محل داوری یا همان «قانون داوری» (*lex arbitri*)، نقطه شروع انتخاب قانون ماهوی است. مع ذلك واقع‌بینانه‌تر آن است که بگوییم انتخاب قانون ماهوی و نیز اثبات چنین قانونی، تا حد زیادی موقوف است به سلیقه حقوقی و روش کار خود داوران و نیز نظارتی که محاکم محلی مقر داوری بر جریان داوری اعمال می‌کنند.

انتخاب صریح قانون حاکم

اصل آزادی قرارداد یا حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی قلمرو وسیع‌تری دارد. در اغلب موارد قصد طرفین در گزینش قانون ماهوی حاکم بر دعوا

معتبر و محترم شمرده می‌شود.

«قانون قرارداد» به‌عنوان قانون حاکم

از آنجا که در داوری تجاری بین‌المللی تقریباً همیشه مسئله تفسیر و اجرای قراردادها مطرح می‌شود، طرفین می‌توانند هنگام تنظیم قرارداد به‌صورت انتخاب «منفی» عمل کنند، یعنی توافق کنند که «قانون داخلی حاکم بر موضوع، جز در موارد فوق‌العاده مهم و غیرقابل اجتناب، ارتباط و موضوعیتی نسبت به دعوا نخواهد داشت»^{۳۹} و بدین‌سان از شمول قانون داخلی کشور خاصی جلوگیری کنند. در چنین حالتی، قانون حاکم بر روابط طرفین همان «قانون قرارداد» است، یعنی مفاد و شرایط قرارداد اصلی فیما بین.

قراردادهای دولتی خارجی

قراردادهای بین‌المللی که بین اشخاص

۳۹. «وتر» می‌گوید که اصل «قانون قرارداد» (*lex consensualis*) در مفهوم تازه و معاصر آن، بویژه در امریکا، شروط و مفاد قرارداد را، قانون منحصر به فرد حاکم بر روابط طرفین می‌داند. رک.

Wetter, The Case for International Law School and an International Legal Profession. 29, Int'l & Comp. L.Q. 206, 212 (1980).

خصوصي و دولتها منعقد ميشود، شايان توجه خاص است. در قراردادهاي سرمايه‌گذاري و ساير ترتيبات قراردادي بلند مدت با دولتها يا سازمانها و مؤسسات فرعي دولتي، انتخاب مجموعه قواعد حقيقي که حاکم بر حقوق و تکاليف طرفين باشد، از اهميت اساسي برخوردار است.⁴⁰ معمولاً، اينگونه قراردادها در کشور دولت طرف قرارداد تهيه و تنظيم ميشود و اجراي آن نيز در سرزمين آن دولت صورت مي‌گيرد و از ينرو طبق اصول کلي تعارض قوانين، علي‌القاعده قانون همان کشور به عنوان «قانون مناسب قرارداد» حاکم بر آن خواهد بود. اداره امور عادي مشارکتهاي تجاري بين‌المللي و نيز مسئوليتهاي قراردادي و غيرقراردادي آنها درقبال بستانکاران محلي به آساني مشمول قانون کشور ميزبان است. اما اختلافات مربوط به قرارداد سرمايه‌گذاري بايد در مراجعي خارج از کشور ميزبان و طبق مقررات و قواعد حقيقي استوار و تثبيت شده حل و فصل گردد. در کنوانسيون

40. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", 128 Recueil des Cours III 95, 231 (1969).

حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت و اتباع خارجی (موسوم به ایکس‌اید ICSID) داورى به‌عنوان مرجع انحصاری حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده و ماه ۴۲ آن مربوط است به مسئله قانون حاکم که مقرر نموده دیوان داورى باید «مطابق مقررات قانونی که طرفین با توافق انتخاب کرده‌اند تصمیم‌گیری نماید و در صورتی‌که چنین توافقی وجود نداشته باشد، دیوان قانون کشور میزبان (سرمایه‌پذیر)، منجمله قواعد حل تعارض قوانین آن کشور را و نیز چنان قواعد حقوق بین‌الملل را که احیاناً حاکم بر موضوع دعوا باشد، اعمال خواهد نمود».^{۴۱}

اصولاً در همه قراردادهای اعم از اینکه طرف آن دولت خارجی باشد یا نه، لازم است ماده‌ای در مورد انتخاب قانون حاکم در قرارداد اصلی درج شود. حتی اگر طبق مقررات داورى کشور محل داورى (*lex arbitri*) لازم نباشد ادله حکم در رأی ذکر شود و رأی به‌طور محدودی قابل تجدیدنظر باشد، باز هم داوران به نقشی که

41. Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", 44 Ind L.J. 1 (1968).

به‌عنوان قاضي دارند توجه دارند و به همین لحاظ برحسب زمينه و سوابق حقوقي خود و با هدايت جويي و مراجعه به اصول حقوقي ذي‌ربط رأي مي‌دهند. خصوصاً اگر قرار باشد رأي در سطح بين‌المللي مورد شناسايي و اجرا قرار گيرد، بايد ادله حکم با ذکر مباني حقوقي آن قيد شود و داوران بايد در رأي صادره بيان کنند که از کدام طريق و به چه نحو به اين مباني حقوقي يعني قانون حاکم بر دعوا دست يافتند و آن را برگزيده‌اند.

داوري سازشي

در بسياري از کشورهاي اروپاي غربي و امريکاي لاتين، ماهيت اعتماد و روح اطمینانی که طرفين نسبت به داوران خود دارند، بويژه در مواردی که حل و فصل اختلاف موجود (نه اختلافات احتمالي و آتی) به ايشان سپرده می‌شود، چنان عميق است که اختيار حل اختلاف به‌صورت سازشي را نیز به داوران اعطا می‌کنند و به عبارت دقیق‌تر داوران نقش سازش‌دهندگان دوستانه (amicable

(compromiser) یا کدخدامنشی پیدا می‌کنند.^{۴۲} گرچه شرط داوری سازشی یا کدخدامنشانه برحسب استنات داوران تفسیر می‌شود اما معمولاً منظور از آن تفکیک بین داوری مبتنی بر انصاف از داوری مبتنی بر قانون و مقررات حقوقی است. به قول یکی از نویسندگان «داوری سازشی مفهومی است که عموماً پذیرفته نشده و در بسیاری از جاها ناشناخته است».^{۴۳} ای.جی.کان نیز در مطلبی که درباره قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نوشته، می‌گوید: «داوری سازشی ویژگی است که خوشبختانه در انگلستان و سایر کشورها شناخته شده نمی‌باشد».^{۴۴}

اعطای اختیار تصمیم‌گیری و حل و فصل دعوا براساس انصاف به جای قانون، باعث می‌شود جریان داوری اساساً به نوعی سازش اجباری تبدیل شود. هنگامی که برای حل و فصل دعوی موجود و مشخص، خود طرفین شخصی را براساس آشنایی و روابط

42. David, fn. 21 *supra* at p. 463 (1982). The term involves waiver of strict application of non-mandatory rules of procedural or substantive law.

43. Louquin, *L'Amiable Composition en Droit Comparé et International* (1980), p. 25.

44. Cohn, "Rules of Arbitration of ICC", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14 (1965), p. 156.

دوستانه‌ای که با او دارند و نه به‌خاطر علم و اطلاع او از مسائل حقوقی و قانونی، به‌عنوان داور برمی‌گزینند و به او اجازه می‌دهند دعوا را «براساس حسن نظر» تصمیم‌گیری نماید، با این کار در واقع تمایل خود را به اینکه دعوا با کمترین درگیری و معارضه حقوقی و به‌نحو دوستانه حل و فصل شود، نشان می‌دهند. امروزه درج شرط داوری با حق سازش یا داوری کدخدامنشی برای حل و فصل اختلافات آتی به‌معنای قصد واقعی طرفین است به اینکه مایلند علی‌رغم اختلافات حاد، روابط دوستانه خود را همچنان حفظ نمایند.^{۴۵}

۴۵. «دیوید» با شرط داوری کدخدامنشی در قراردادهای بیع بین‌المللی موافق نیست، و به نظر او این نوع داوری اغلب در قراردادهای درازمدت و مشارکتها و قراردادهای انتقال تکنولوژی می‌آید زیرا در قراردادهایی از این‌گونه نمی‌توان نوع و کیفیت روابط طرفین و توافقهایی ایشان را در ابتدای کار و هنگام انعقاد قرارداد با اطمینان و قاطعیت تعریف و توصیف کرد و مضافاً در این نوع قراردادهای طرفین در ابتدای کار بیشتر شرکایی هستند که نفع مشترکی در یک واحد تجاری (مشارکت) دارند تا اینکه مقابل یکدیگر باشند یا تعارض منافع داشته باشند. البته، در مواردی که طرفین بخواهند از تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم اجتناب ورزند نیز، دیوید توصیه می‌کند از داوری کدخدامنشی استفاده کنند. رک.

David, *supra* Note 21, at 465.

همان‌طور که يك نويسنده امريكايي مي‌گويد: «داوري سازشي به‌معنايي كه در فرانسه دارد با آنچه عموماً در امريكا متداول است، تفاوت ماهوي چنداني ندارد». ⁴⁶ در حقوق امريكا «داوران مأخوذ به مقررات قانوني نيستند و رأي آنها اصولاً قطعي است. مسلماً نمي‌توان رأي داوري را به صرف اعمال نادرست قانون ابطال كرد... و مهمتر اينكه داوران مكلف نيستند ادله حكم خود را در رأي بيان كنند. بنابراين مي‌توان از محاكم امريكا درخواست اجراي احكام داوري‌اي را نمود كه يكسره با مقررات قانون و تصميمات قضائي كه در مقام تفسير آن قانون صادر شده‌اند، متفاوت هستند». ⁴⁷

رأي داوري

رأي داوري حاوي تصميم و حكم ديوان داوري است. براي اينكه تصميم داوران ارزش و اعتبار بيشتري يابد مقررات داوري اتاق بازرگاني بين‌المللي مقرر

46. See Fales, "International Arbitration of Private Disputes – The Draftsman's Dilemma", in *Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business* in 1971, 313.

47. In re *Aimcee Wholesale Corp. v. Tomar Prods.*, 21 N.Y.2d 621, 626-27, 237 N.E.2d 223, 225, 289 N.Y.S.2d 968, 971 (1968).

کرده داوران باید پیشنویس حکم را - اعم از اینکه به صورت حکم نهایی باشد یا حکم جزئی - جهت بررسی و تصویب به دیوان داوری اتاق تسلیم کنند. این دیوان حق دارد حکم را از نظر شکلی اصلاح کند اما از نظر ماهوی فقط می‌تواند «توجه داوران صادرکننده حکم را به پاره‌ای مطالب ماهوی جلب نماید».^{۴۸} ویژگی خصوصی و محرمانه بودن از جمله امتیازات داوری است و از این رو ماده ۲۳ (بند ۲) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اجازه تسلیم نسخه‌ای از حکم را فقط به طرفین - و نه هیچ شخص ثالثی - داده است.

استدلال در رأی داوری

یکی از مهمترین وجوه شاخص و ویژگی‌های داوری بین‌المللی ناشی از الزام و ضرورتی است که برای ذکر ادله و استدلال در رأی داوری وجود دارد، هرچند رویه عملی در این مورد طور دیگری است.^{۴۹} اگرچه قواعد داوری اتاق بازرگانی

48. ICC Rules Art. 21.

49. See Domke, *Arbitral Awards Without Written Opinions: Comparative Aspects of International Commercial Arbitration in XX Century Comparative and Conflicts Law*, at p. 249 (1951).

بین‌المللی ارائه استدلال در متن حکم را نه الزامی می‌داند و نه ممنوع، اما آرای داوری معمولاً همراه با استدلال و اظهار عقیده در مورد ادله‌ای است که حکم براساس آنها صادر شده است.^{۵۰} رویه ذکر استدلال در رأی داوری، یک سنت حقوقی فرانسوی است که طبق آن حکم دادگاه بدون ذکر استدلال، باطل است.^{۵۱} مطابق ماده ۳۲ (بند ۳) قواعد آنسیترال نیز دیوان داوری مکلف است در رأی صادره ادله خود را بیان کند، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

اما در کشورهای دارای سیستم حقوقی عرفی (کامن‌لا) که دادگاهها مکلف نیستند ادله حکم را بیان کنند، رأی داوری بدون ذکر دلیل نیز معتبر و صحیح است.^{۵۲} انجمن امریکایی داوری، داوران را از درج استدلال در حکم برحذر می‌دارد، مع ذلك

50. Stevenson, "An Introduction to ICC Arbitration", 14 J. Int'l & Econ. 381 (1980).

۵۱. کربونیه می‌گوید: «در فرانسه می‌توان به احکام داوری که فاقد بیان ادله حکم باشند، اعتراض نمود». رک.

Carbonneau, The Recognition and Enforcement of International Arbitration Award in French Law, 11 Int'l Law 603, 612 (1977).

52. Bernhardt v. Polygraphic Co. of America Inc., 350 U.S. 198 (1956); Wall, "United Kingdom: The London Court of Arbitration" in Handbook *supra* fn. 4.

بند ۷ «مقررات اصلاحي داوري تجاري بين المللي» انجمن مذکور مقرر مي‌دارد: «طرفين دعاوي بين المللي اغلب از داوران انتظار دارند استدالات خود را در شرح و تبیین دلایلي که براي تصمیم خود داشته‌اند، در حکم قید نمایند. انجمن امریکايي داوري مي‌تواند، ضمن تبادل نظر و مشورت با طرفين دعوا و داوران ترتیبات لازم را به منظور نیل به این هدف فراهم و ارائه کند».

نتیجه

روند داوري تجاري بين المللي به سوي تشکیل يك پیکرة حقوقی پیچیده، مختلف‌الابعاد و خودگردان تحول یافته و رشد کرده است، امروزه اسلوب داوري به عنوان رویه جایگزین رسیدگی قضائي دادگاهها به غایت قصوای مؤثر بودن خود از نظر حقوقی دستیافته و مؤید به تأیید محاکم، قوانین داخلی کشورها و عهدنامه‌های بین المللي است.

البته استقرار و مؤثر بودن داوري بين المللي در درجه نخست موکول است به شناسایی و معتبر دانستن توافق طرفين در ارجاع اختلافات بازرگانی خود به داوري و

سپس اجرائی احکام داوری خارجی. احکام داوری به‌عنوان شیوه‌ای از حل و فصل دعاوی تجاری عموماً بهتر و آسان‌تر معدّ اجرا است تا احکام دادگاه‌های خارجی و کمتر موضوع کنترل قضائی کشور محل صدور است. چه به‌صورت استیناف‌خواهی یا سیار اشکال تجدیدنظر در احکام.

چالشی که روند داوری بین‌المللی امروزه با آن مواجه است عبارت است از برآوردن انتظارات و ایفای رسالتی که برعهده گرفته، یعنی ایجاد یکنواختی مؤثر در حقوق ماهوی و حقوق شکلی داوری بین‌المللی. امروزه داوری در طیفی قرار می‌گیرد که یک سوی آن رسیدگی قضائی توسط محاکم است و سوی دیگر آن سازش یا میانجیگری است. این است که کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل موسوم به آنسیترال که سالها قبل (۱۹۶۱) قواعد داوری را برای کاربردی جهانی تهیه و تدوین کرده بود، اینک مقرراتی را برای سازش (conciliation) نیز تهیه کرده تا کسانی که مایلند اختلافات خود را به‌صورت دوستانه حل کنند بتوانند از آن استفاده نمایند. اقدام خوب دیگر آنسیترال عبارت

است از تهیه قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی (۱۹۸۵) که در واقع به‌منزله تکمیل عناصر لازم برای استقرار بیشتر نهاد داوری و استواری تأثیر آن است.^{۵۳}

۵۳. برای ملاحظه متن قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) و ترجمه فارسی آن، رک. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۵، اسناد بین‌المللی. ضمناً قانون داوری تجاری بین‌المللی که در مهرماه ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است مقتبس از همین قانون نمونه داوری آنسیترال، البته با پاره‌ای اصلاحات و تغییرات می‌باشد. م.