

## حدود آزادی طرفین دعوی در تعیین صلاحیت قضایی بین‌المللی: جایگاه داوری تجاری بین‌المللی

دکتر محمود باقری\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران و استاد مدعو کالج کوئین مری دانشگاه لندن  
و دانشگاه برونل انگلستان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۷/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۶/۱۸)

چکیده:

تقبل صلاحیت قضایی بین‌المللی نسبت به دعاوی خصوصی بین‌المللی از طرف محاکم ملی و یا دیوان‌های داوری تجاری بین‌المللی مبتنی بر اصولی است که از مهم‌ترین آنها می‌توان اصل آزادی اراده طرفین دعوی در انتخاب دادگاه یا دیوان داوری مورد نظر خویش را نام برد. مع‌هذا این وضعیت تحت تاثیر تحولاتی که در سطح داخلی و جهانی رخ داده‌اند دچار تغییراتی شده است. از یک طرف دخالت دولت‌ها از طریق حقوق اقتصادی محدودیتی را به وجود آورده و از سوی دیگر روند جهانی شدن و آزادی اقتصادی باعث توسعه نهادهای دادرسی خصوصی، مخصوصاً داوری تجاری بین‌المللی شده است. این مقاله تعامل نظام‌های حقوقی ملی را با داوری تجاری بین‌المللی مورد بحث قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی:

داوری- صلاحیت قضایی بین‌المللی- آزادی اراده- اجرای احکام خارجی- عدالت خصوصی- تجارت بین‌الملل.

Email: [Mahmood.Bagheri@brunel.ac.uk](mailto:Mahmood.Bagheri@brunel.ac.uk)

\* فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

از خانم سلمه شریفی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی که در تهیه این مقاله مرا یاری داده کمال تشکر را دارم.

مقاله حاضر را به استاد نمونه دانشگاه تهران جناب آقای دکتر سید حسین صفایی تقدیم می‌کنم.

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«دستیابی به قوانین مالی اصلاح در چارچوب گاتس: چارچوبی برای همکاری و رقابت در تدوین قوانین

ذخیره قانونی بانک‌ها و افشاء اطلاعات در بازار بورس»، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۷۴.

## ۱- مقدمه

صلاحیت قضایی بین‌المللی از زوایای مختلف مورد بحث قرار گرفته است. اما امروزه تحولات حقوقی و اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی به خصوص ظهور حقوق اقتصادی، تئوری‌های مختلف مربوط به دادرسی، پروسه جهانی شدن بازمینی مبانی اشکال و ابعاد این موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی را ضروری گردانده است. تحقیقات موجود کمتر به مبانی و اساس این مساله پرداخته‌اند. از این روی در این مقاله سعی خواهد شد ضمن طرح تئوری‌های مربوط به حقوق شکلی و گسترش آنها در سطح حقوق بین‌الملل خصوصی، داوری تجاری بین‌المللی به عنوان جلوه قراردادی و ارادی صلاحیت قضایی بین‌المللی به تفصیل مورد بحث قرار گیرد.

اختلافات خصوصی قراردادی ناشی از اعمال مقررات اقتصادی ملی در حیطه معاملات بازرگانی بین‌المللی امری عادی است. ولیکن اهمیت روزافزون حقوق عمومی در دعوی خصوصی و نقش بسیار حیاتی که حقوق بین‌الملل عمومی در سرنوشت دعوی خصوصی ایفا می‌کند، تنها در یک قالب قضایی که در آن نظریه‌های رقیب وارد حوزه عمل می‌شوند به خوبی قابل ارزیابی است. در اختلافات قراردادی بین‌المللی، طرفین ممکن است درباره ماهیت قوانین امری، حدود بازندگی این قوانین، مشروعیت بین‌المللی آنها و یا میزان مسئولیت هر طرف برای به عهده گرفتن عواقب ناکامی قرارداد توافق نداشته باشند. بنابراین، ناکامی قراردادی که با نظام‌های حقوقی متفاوت درگیر است ممکن است دلایل و جهات متنوعی داشته باشد. از آنجایی که اجتناب از بروز این نوع اختلافات اغلب، چه از لحاظ حدود و چه از لحاظ ماهیت، خارج از توان و آگاهی طرفین است، در صورت بروز اختلاف، نیاز به شخص ثالثی برای حل مسأله مورد اختلاف اجتناب‌ناپذیر می‌شود. در نتیجه، طرفین یک قرارداد بین‌المللی اغلب یک قدم به جلو برداشته و یک هیأت دادرسی را جهت حل اختلافات از قبل انتخاب می‌کنند.

در این مقاله، بحث بر سر جایگاه هیات صالح حل و فصل اختلافات فوق‌الذکر است. ابهام در مرزهای حقوق عمومی و خصوصی و تأثیر آنها بر تعهدات

قراردادی از یک سو، و ابهامات حقوق بین‌الملل از سوی دیگر، چالش‌های جدی بر سر راه فرآیند تعیین صلاحیت قضایی درباره چنین اختلافاتی هستند. به هر حال براساس اصل آزادی اراده طرفین، این مقاله، داوری تجاری بین‌المللی را به عنوان یک سیستم دادرسی خصوصی پرتطرفدار برای حل و فصل اختلافات خصوصی بین‌المللی از این نوع مورد بررسی قرار می‌دهد.

## ۲- مبانی صلاحیت قضایی بین‌المللی

هرگاه یک اختلاف، فارغ از ماهیت آن، به یک هیأت قضایی ارجاع شود، قبل از اعمال هر قاعده دیگری، یک تصمیم اساسی شکلی باید درمورد تعیین صلاحیت هیأت اتخاذ شود. به عبارت دیگر، هیأت قضایی باید شایستگی خود را برای تقبل صلاحیت تعیین نماید. این تعیین صلاحیت هنگامی که در ارتباط با یک دعوی بین‌المللی است، از اهمیت بیشتری برخوردار است. تنوع مکانیسم‌های بالقوه قضایی بین‌المللی که حامل دیدگاه‌های متفاوت یا مخالف هستند، تعیین اصولی را که بر مبنای آن یک هیأت قضایی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال نماید، تبدیل به مسأله‌ای بحث‌برانگیز کرده است که اغلب منجر به اعلان صلاحیت همزمان می‌شود. (Smith, 1993, p. 51; Baxter, 1966, pp. 14-20; Vagts; Houtte, 1986, p. 158-61.) صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ملی آشکارا قسمت مهم ساختار اصلی قواعد حقوق ملی شکلی هستند، که نتیجه دعوی را تحت‌تأثیر قرار می‌دهند. قواعد حل تعارض مربوط به صلاحیت در واقع بسط سیاست‌های شکلی ملی در سطح بین‌الملل خصوصی هستند و در عین حال منعکس‌کننده اهداف اساسی کشوری هستند که به آن تعلق دارند و همچنین به ما می‌گویند که آیا یک دادگاه به خصوص صلاحیت بر اختلاف معین داشته باشد. (Leflar, 1982, p. 70-79; Morris, 1980, p. 5, Lookofsky, 1992, p. 11.) این قواعد ارتباط نزدیکی با نقش یک دولت ملی در فراهم ساختن یک روند منظم برای حل اختلافات اتباع خود و اتباع خارجی دارند. هر کشوری احتمالاً قواعد و تدابیری

دارد که تعیین می‌کند در چه مواقعی دادگاه‌هایش واجد صلاحیت در اختلافات بین‌المللی خواهند بود.

در خصوص مسائل مربوط به صلاحیت، قواعد و تدابیر حل تعارض قوانین یک کشور خاص، تعیین خواهند کرد که آیا در یک دعوا متضمن یک یا چند عنصر خارجی، دادگاه آن کشور واجد صلاحیت نسبت به خوانده، منشأ دعوی یا موضوع دعوی می‌باشد. (Collier, 1994) بنابراین، درجه‌ای از ارتباط با یک جامعه سازمان‌یافته از لحاظ سیاسی قبل از استماع یک پرونده توسط دادگاه ملی لازم است. درجه ارتباط بین خواهان و دادگاه، خوانده و دادگاه و همچنین ارتباطات واقعی در هر پرونده ممکن است نزدیک، دور یا حتی مفقود باشد. نتیجتاً، امکان تقبل صلاحیت از یک پرونده به پرونده دیگر و از یک کشور به کشور دیگر متفاوت خواهد بود.

به هر حال، اعمال واقعی صلاحیت بسته به قدرت کشور اعمال‌کننده دارد. بر طبق نظریه مبتنی بر قدرت، چنانچه کشوری به صورت مستقیم یا غیرمستقیم کنترل مؤثر بر خواهان داشته باشد اعمال صلاحیت تحقق پیدا می‌کند. اما مسأله تعیین‌کننده این است که آیا بر خوانده قدرت اعمال صلاحیت دارد یا خیر. (Nyggh, 1996, p. 27.)

به عنوان مسأله متفرع بر دادرسی مبتنی بر قدرت، فقدان تابعیت سیاسی با یک کشور می‌تواند منجر به تبعیض گردد. چنانچه خوانده و یا خواهان، که در محضر یک دادگاه خارجی حاضر می‌گردد، ممکن است از او خواسته شود که برای هزینه‌ها، خسارات یا سود طرف مقابل، تأمین بدهد در حالی که اتباع یا افراد مقیم آن کشور اغلب از چنین تعهدی معاف هستند. در عمل این بدان معناست که برخی افراد امکان دفاع از حقتشان در یک دادگاه خارجی را ندارند. (Koppenol-Laforce, 1996, p. 8.) به هر صورت، در حقوق بین‌المللی خصوصی رویه‌های مبتنی بر قدرت صرف، هم در تئوری و هم در اجرا رو به تنزل هستند. امروزه، قدرت فیزیکی به تنهایی دیگر نمی‌تواند همه چیز را از جمله صلاحیت را توجیه کند. اگر چه قدرت یک موضوع اساسی در روابط بین‌المللی است، در اختلافات خصوصی بین‌المللی، انگیزه‌های نوع‌دوستانه که نمایانگر دغدغه‌های عدالت تصحیحی هستند، نقش مهمی را ایفا

می‌کنند. در بسیاری از تفکرات معاصر، مشروعیت صلاحیت قضایی عمدتاً با توجه به مصلحت، بی‌طرفی، و عدالت توجیه می‌شود، اگرچه هنوز قدرت امری بسیار مهم برای اجرای واقعی عدالت است.

با ظهور هدف‌هایی چون نفع عمومی و رفاه در بسیاری از روابط حقوقی و معاملات، طرح دعوای بین‌المللی، وارد مرحله بسیار پیچیده‌تری شده است چراکه به کارگیری نظریه‌های قضایی مبتنی بر مصلحت، بی‌طرفی و عدالت، در یک اقتصاد یکپارچه جهانی به طور فزاینده‌ای با مانع مواجه می‌شود. این نظم نوین جهانی، که در آن وابستگی واقعیت است، نه تنها منوط به وجود یک نظم حقوقی عام است بلکه مستلزم یک چارچوب کاربردی برای اعمال صلاحیت قضایی و حل و فصل اختلافات نیز است. این نظم حقوقی در مواجهه با اختلافات پیچیده خصوصی و عمومی بین‌المللی هنگامی که در یک فرآیند حل و فصل اختلافات واقعی اعمال می‌شود، نقش پراهمیتی پیدا می‌کند. صلاحیت قضایی یک مکانیسم اساسی برای تشخیص و اعمال حقوق بین‌الملل است. بنابراین سودمندی و حیات هر نظم حقوقی، اعم از ملی و بین‌المللی، هنگامی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد که به طور مؤثر در یک قالب قضایی به کار برده شود و نتایج عملی دربرداشته باشد. بدون شک، جهانی شدن و ماهیت در حال تغییر حقوق، شرایط را دگرگون ساخته و دورنمایی را که در آن هیأت قضایی صالح می‌توانست تعیین گردد، پیچیده نموده است. فرض‌هایی که طبق آنها اعمال اختیار قضایی تشریح و توجیه می‌شد، یا دیگر معتبر نیستند و یا ابهاماتی درباره قلمرو دقیق آنها وجود دارد. یک شاخص اساسی در حقوق بین‌الملل خصوصی، مخصوصاً برای اهداف قضایی، آن است که یک دعوی باید یک ارتباط اقتصادی، اجتماعی یا حقوقی معناداری تنها با یک جامعه سازمان‌یافته سیاسی داشته باشد، تا اینکه دادگاه‌های آن جامعه بتوانند صلاحیت بر آن اختلاف را داشته باشند. اما تغییرات در ساختار روابط بین‌المللی، ازدیاد اشکال متنوع مقررات ملی و مرزهای رنگ باخته ملی، تعیین ارتباط مسلط بین یک اختلاف و یک جامعه سازمان‌یافته سیاسی (دولت) را بی‌نهایت مشکل می‌کند.

در چنین قالب بین‌المللی، شایستگی قضایی یک کشور خاص به طور اجتناب‌ناپذیری با نظام‌های حقوقی دیگر تداخل و تزامم بیشتری پیدا می‌کند. این امر نیل به عدالت در روابط و معاملاتی که با دو یا چند نظام حقوقی دارای ارتباط جدی هستند، را بسیار دشوار می‌سازد. به‌رغم تمایل شدید به واگذاری یک نقش اختصاصی به حقوق بین‌المللی عمومی عرفی، قواعد عرفی منسجمی که کشورها را از تقبل صلاحیت قضایی بر یک دعوی خصوصی منع یا به آن وادار نمایند، به ندرت یافت می‌شوند؛ (Lipstein, 1981, pp. 63-70; Kahn-Freund, 1976, pp. 32-39)

به هر حال، در یک جهان به هم پیوسته که در آن سرنوشت نهایی یک فرآیند قضایی، و شناسایی احکام، مسأله بااهمیتی است، تنها دو گزینه متصور است: یکی دنیای ازهم گسیخته که در آن اهمیتی به احکام خارجی داده نمی‌شود و دیگری دنیایی که در آن عموماً احکام خارجی مورد شناسایی قرار گرفته و اجرا می‌شوند.

کشورها به طور فزاینده‌ای عضو معاهداتی می‌شوند که ضوابط حاکم بر صلاحیت قضایی را تعیین می‌کنند. بزرگ‌ترین پیشرفت در زمینه حقوق بین‌المللی خصوصی از طریق کنوانسیون‌های بین‌المللی درباره صلاحیت و شناسایی احکام حاصل شده است. مثال‌های بارزی که حقوق بین‌الملل خصوصی را متأثر ساختند کنوانسیون بروکسل و گسترش آن به کشورهای افتا (منطقه تجارت آزاد اروپا) در کنوانسیون لوگانو، می‌باشند. همین‌طور می‌توان کنوانسیون ۱۹۷۹ مونته‌ویدئو را که هم‌اکنون بین کشورهای آمریکای لاتین لازم‌الاجراست نام برد. در قالب اروپایی، صلاحیت در تمام مواردی که در بردارنده یک خواننده مقیم کشور دیگری که عضو یکی از کنوانسیون‌های مذکور است، می‌باشد، نه براساس قواعد بین‌المللی خصوصی محل وقوع دادگاه که براساس قواعد این کنوانسیون تعیین خواهد شد. به عنوان پیشینه باید گفت که کنوانسیون بروکسل در ۱۹۶۸ امضا شد و بر کشورهای محدوده اتحادیه اروپا اعمال گردید. هدف اصلی این کنوانسیون خلق یک رژیم واحد برای تخصیص صلاحیت مدنی بین کشورهای عضو و برای شناسایی و اجرای احکام صادره توسط دادگاه‌های دیگر اعضا

بوده است. کنوانسیون لوگانو در سپتامبر ۱۹۸۸ امضا گردید و اصول کنوانسیون بروکسل را به کشورهای افنا تعمیم داد. (Cromie, 1990, p. 3) این کنوانسیون‌ها به طور کلی نشان‌دهنده نگرش منصفانه و واحدی به مشکل صلاحیت قضایی در اختلافات بین‌المللی خصوصی می‌باشند. ماده ۳ کنوانسیون‌های بروکسل و لوگانو صراحتاً اعمال آن دسته از قوانین ملی را که با مطالبه دلایل شاق از خواننده به حمایت خواهان منجر می‌شوند، ممنوع کرده است.

هنگامی که ما صلاحیت را در یک قالب بین‌المللی و در غیاب کنوانسیون‌ها مورد ملاحظه قرار می‌دهیم، مشکلات متعددی رخ می‌نماید. این به آن خاطر است که سیستم‌های حقوقی مختلف به طرق مختلف درباره صلاحیت صحبت می‌کنند و ما اصول محدودی برای مقایسه داریم و یا کلاً چنین اصولی وجود ندارند. خوشبختانه، از برخی جهات، حتی اگر کنوانسیون‌ها وجود نداشتند، ما همچنان می‌توانستیم یک معیار قابل قبول از زمینه مشترک قضایی به دست آورده و بین خود به کار گیریم.

نقطه شروع تجزیه و تحلیل بین‌المللی مشکل صلاحیت دسترسی به یک زمینه مشترک است. یکی از زمینه‌های مشترکی که براساس آن دادگاه‌های ملی می‌توانند تقبل صلاحیت کنند، توافق طرفین است و این تقریباً در تمام کشورها پایه محکمی برای صلاحیت میسر می‌سازد.

### ۳- آزادی طرفین در تعیین صلاحیت

یک اصل مسلمی که در بسیاری از سیستم‌های حقوقی ریشه دوانده است و به طور عمیقی با سنت آزادسازی در روابط اقتصادی بین‌المللی در ارتباط است، انتخاب سیستم دادرسی توسط طرفین یک قرارداد بین‌المللی، برای حل و فصل دعوی قراردادی‌شان می‌باشد. آزادی طرفین در انتخاب مرجع صالح بخش اصلی و بسیار مهم یک سیستم آزاد تجارت بین‌المللی است. (Behrens, 1993 p 18-19) آزادی برای انتخاب یک سیستم دادرسی، که خارج از دخالت مستقیم سیستم‌های حقوقی ملی عمل می‌کند، اصلی‌ترین

جلوه اصل آزادی قراردادی در قراردادهای بین‌المللی است و جزء مهمی از یک سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی را تشکیل می‌دهد.

در حالی که گرایش رو به رشد دخالت دولت در اجتماع از طریق ابزارهای حقوقی، دادگاه‌های ملی را به طور اجتناب‌ناپذیری به وسیله‌ای برای پیشبرد اهداف اجتماعی تبدیل می‌نماید، تحت یک نظم حقوقی خصوصی، ضرورت حمایت از یک سیستم حل اختلاف خصوصی و مستقل که با دخالت کشورها توازن پیدا کند، مشهودتر می‌شود. در نتیجه وجود نفع عمومی در اختلافات خصوصی، علی‌الخصوص در اختلافات بین‌المللی، جایی که بی‌طرفی یک دادگاه ملی ذینفع مورد تردید است، انتظار جایگزین نمودن دادگاه معمول ملی با یک دادگاه ثالث یا بی‌طرف قابل پذیرش‌تر است. در اختلافات خصوصی کلاسیک، دادگاه‌های ملی تمایل اندکی به نفع عمومی داشتند و تنها نقطه‌ضعف آنها این بود که آنها ممکن بود به نفع یکی از طرفین (اتباعشان) عمل کنند. به هر حال، ظهور قواعد اجتماعی دادگاه‌های ملی را ذاتاً مغرض و جانبدار می‌سازد. دخالت به اسم عدالت و امنیت اجتماعی همیشه دربردارنده تبعیض است مخصوصاً علیه آنهایی که از ملیت خارجی هستند. (Streit and Voigt, 1993, p. 44) در مقایسه با آزادی انتخاب قانون ماهوی، آزادی انتخاب دادگاه از اهمیت بیشتری برخوردار است چرا که قانون حاکم اغلب قانون محل دادگاهی است که پرونده را بررسی می‌کند. (Nygh, 1999, p. 10)

در یک اقتصاد جهان‌شمول که دولت‌ها در حال رقابت برای بردن سهم بزرگ‌تری از تجارت و سرمایه‌گذاری هستند، تعهد به اصل تجارت آزاد در حد زیادی به وسیله درجه آزادی طرفین خصوصی برای ارجاع اختلافشان به دیوان‌های خصوصی یا بی‌طرف ارزیابی می‌گردد. انتظار آزادی طرفین در نحوه حل اختلافشان بخشی از یک سیستم تجارت بین‌المللی بین کشورها است که به‌رغم تفاوت‌های ملی، براساس یک اقتصاد بازار آزاد، حقوق خصوصی و نظم خودجوش با حداقل دخالت کشورها، بنیان نهاده شده است. حتی کشورهایی که هنوز رسماً به ایدئولوژی‌های پردکننده جنبه‌های سیاسی لیبرالیسم وفادار هستند آمادگی تصدیق فواید آزادی قراردادی را، حداقل در

اصول، دارند. در اقتصاد جهانی رقابتی، صلاحیت اجباری دادگاه‌های ملی مانعی جدی است و یک ملت را خارج از بازارهای تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی نگاه می‌دارد. آزادی قضایی طرفین به معنی توانایی مدعیان بالقوه یا واقعی برای انتخاب دیوانی است که اختلافات آنها را مورد استماع قرار خواهد داد و همچنین قانونی که بر ماهیت اختلاف حکومت خواهد کرد. مشکل اساسی در این ارتباط مشکلی است که از منظره بر سر ماهیت این فرآیند قضایی ناشی می‌شود. در حالی که انتخاب یک هیأت قضایی ذاتاً یک ترتیب قراردادی است، موضوع اصلی این شروط قراردادی ذاتاً امری شکلی بوده و در حوزه حقوق عمومی قرار می‌گیرند. بسته به این که تأکید بر خصوصیات قراردادی یا شکلی این شروط باشد، نفوذ و تأثیرگذاری [اصل] آزادی قراردادها در این خصوص ممکن است افزایش یا کاهش یابد. (Delaume, 1990, pp.1-5) بنابراین: حدود صلاحیت طرفین برای مدیریت فرآیند حل و فصل اختلاف قراردادی بسیار وابسته به دیدگاه ما نسبت به ماهیت دادرسی است. چنانچه دادرسی، حداقل در قالب قراردادی، به عنوان بسط اصل آزادی قراردادها برای تعیین ریسک قراردادی نگریسته شود، بسیار معقول خواهد بود که به طرفین اجازه داده شود که حق آزادی خود را اعمال کرده و هیأت حل اختلاف مختص به خودشان را انتخاب نمایند. (Petersman, 1983, pp. 40-227) بنابراین، به انعقاد قرارداد خصوصی مانند دادرسی خصوصی و اجرای قانون باید جایگاه برتری در گستره معاملات بین‌المللی اعطا گردد. در این معنی انتخاب آیین رسیدگی برای حل و فصل اختلافات قراردادی باید به عنوان یک شرط ضمن قرارداد مورد ملاحظه قرار گیرد و به اندازه هر شرط دیگر در قرارداد نافذ باشد. به بیان دیگر، آزادی طرفین در برگزیدن یک هیأت حل اختلاف از حق آنها به تصریح شروط ماهوی ضمن عقد ناشی می‌شود. به جهت هزینه پیش‌بینی اختلافات متعاقب در معامله، آنها شخص ثالثی را که تعیین او به مراتب کم هزینه‌تر از تصریح به راه‌حل‌های محتمل برای اختلافات از قبل است، برمی‌گزینند. اصل آزادی قراردادی به طرفین یک قرارداد قدرت مدیریت اختلاف قراردادی‌شان و کنترل فرآیند قضایی را می‌دهد. در روابط قراردادی بین‌المللی، این آزادی اغلب به شکل یک شرط قراردادی یا توافقی که اعطاکننده

صلاحیت به یک دادگاه ملی یا دیوان دادرسی خصوصی است، ظاهر می‌شود.

### ۳-۱- انتخاب دادگاه

طرفین یک توافق تجاری بین‌المللی اغلب این امر را که دادگاه‌های برگزیده خودشان باید صلاحیت استماع هرگونه اختلاف بین آنها را داشته باشد، دارای اهمیت قابل توجهی تلقی می‌دانند. (Jacob, 1988, p. 157) به دلیل اینکه قواعد شکلی، قوانین ماهوی، سیستم‌های قضایی و پیش‌زمینه‌های فرهنگی و سیاسی از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند، انتخاب دادگاه از اهمیت ویژه‌ای در تجارت بین‌المللی برخوردار است.

این شروط ضمن عقد ویژگی‌های بارز و متداول زندگی تجاری و مالی بین‌المللی هستند. با انتخاب دادگاه طرفین یک قرارداد بین‌المللی تلاش می‌کنند ریسک اقامه دعوی در یک دادگاه ناشناس را به حداقل برسانند. این امر اختلافات شکلی آتی در خصوص دادگاه صالح را از بین می‌برد. یک شرط قراردادی که از پیش دادگاهی را که اختلافات باید در آن حل و فصل شوند مشخص می‌نماید، پیش‌شرط لازم جهت رسیدن به اطمینان در معاملات بازرگانی بین‌المللی است. در یک توافق حاصل از مذاکره آزادانه، انتخاب یک دادگاه ممکن است با اهمیت‌ترین بند قرارداد شود. به هر حال، این آزادی قراردادی به دور از آزادی بنیادین تجارت بین‌الملل نیست که تقویت آن مستلزم کاهش تأثیرگذاری صلاحیت دادگاه‌های ملی است. (Hilf & Petersman, 1993, pp. 22, 23, 25, 575) هنگامی که صلاحیت‌های متعارض یا حتی تداخل احتمالی صلاحیت‌های متفاوت باعث تردید زیادی در فعالان خصوصی در عرصه تجارت بین‌الملل می‌شود، آزادی طرفین هم در انتخاب قانون حاکم و هم در انتخاب دادگاه می‌تواند ثباتی را که در تجارت بین‌المللی لازم است، میسر سازد.

یک مکانیسم حل اختلاف کارآمد، مطمئن، و ایمن باعث ایجاد اطمینان بیشتر شده و بنابراین به رشد تجارت بین‌المللی کمک می‌نماید. (Delaume, 1994, p. 173) به هر

حال، این انتخاب‌ها مؤثر نخواهند بود مگر اینکه خویشن‌داری دوجانبه و اجتناب از رجوع به دادگاه‌های ملی، حمایت حقوقی از آزادی قراردادی فعالان در فعالیت‌های تجاری بین‌المللی را تضمین نماید. چنانچه کشورها از ترتیبات قراردادی مربوط به انتخاب دادگاه حمایت کنند، درجه اطمینان روابط قراردادی بین‌المللی افزایش می‌یابد. (Neale & Stephens, 1988, p. 5.) آگاهی کشورها از این حقیقت آنها را به سمت تغییر دیدگاهشان و اتخاذ نگرش مثبت نسبت به آزادی طرفین انتخاب دادگاه می‌شود.

### ۳-۲- عدالت خصوصی بین‌المللی

#### ۳-۲-۱- روش‌های جایگزین حل اختلاف: دادرسی خصوصی

هرگاه که یک اختلاف موجود یا معلق در آینده وجود داشته باشد، در کنار طرح دعوی عادی، طرفین خصوصی می‌توانند قدمی به جلو برداشته و مکانیسم حل اختلاف دیگری را که بخشی از روابط قراردادی آنها را تشکیل خواهد داد، انتخاب نمایند. در بین روش‌های حل اختلاف توسط ثالث، طرح دعوی در دادگاه جایگاهی غیر از روش‌های جایگزین حل اختلاف دارد. برای مدت مدیدی افراد علی‌الخصوص در اختلافات قراردادی بین‌المللی نگران اقامه دعوی در دادگاه بودند. نه تنها این روش گران، زمان‌گیر، نگران‌کننده و همیشه به دور از تبعیض نیست بلکه همچنین مجال اندکی برای تامین خواسته‌های طرفین درباره فرآیند حل و فصل اختلاف فراهم می‌سازد. این ملاحظات طرفین قراردادهای تجاری را بی‌میل به انتخاب روش اقامه دعوی نزد دادگاه‌های ملی نموده، حتی آنها به روش‌های جایگزین در صورت امکان، روی آورده‌اند. بنابراین، اگرچه به دادگاه‌ها به طور کلی به عنوان مرجع معمول تصمیم‌گیری اختلافات موجود در روابط اقتصادی بین‌المللی نگریسته می‌شود، اما طرفین متعارض به طور فزاینده‌ای ترجیح می‌دهند که اختلافشان بیرون از دادگاه حل شود. در بسیاری از پرونده‌ها، دادرسی با روش‌های جایگزین حل اختلاف<sup>۱</sup> انجام

<sup>۱</sup>-ADR

می‌گیرد. (Petersmann & Jaenike, 1992, p. 3) به رسمیت شناختن روش‌های جایگزین حل اختلاف رو به رشد است. این واقعیت تمایل عمومی به توسعه آزادی قراردادی طرفین عقد و واگذاری اختیار بیشتر به طرفین خصوصی را نشان می‌دهد. علاقه فوق‌العاده به اشکال جایگزین حل اختلاف بخشی از گرایش عمومی به بسط آزادی قراردادی در سطح شکلی آن می‌باشد.

رشد روش‌های جایگزین نتیجه عدم رضایت از روش‌های سنتی حل اختلاف است. برخلاف دادرسی قضایی که مبتنی بر تاکتیک‌های خصمانه و نقش کم‌رنگ طرفین است، روش‌های جایگزین اصولاً براساس اجماع بوده و بنابراین در حصول عدالت به‌خصوص در یک اختلاف بین‌المللی موثرتر هستند. در یک مکانیسم حل اختلاف مبنی بر روش جایگزین، طرفین باید تعیین کنند که آیا طرف ثالث قدرت تحمیل راه‌حل را بر طرفین دارد یا اینکه صرفاً وظیفه کمک به طرفین اختلاف برای رسیدن به راه‌حل موردنظر خودشان را دارد. این نقش دوم معمولاً با عنوان سازش یا میانجیگری مورد اشاره قرار می‌گیرد. اولی ممکن است متضمن شکلی از قضاوت توسط قاضی خصوصی که به عنوان داور شناخته می‌شود، باشد. بنابراین، انواع مختلفی از فرآیندهای حل اختلاف به روش‌های جایگزین وجود دارد. برای مثال داوری دارای ویژگی تصمیم‌گیری الزام‌آور است اما میانجی‌گری و سازش فاقد این ویژگی هستند. (Bevan, 1983, pp. 26-32) گاهی اوقات، به هر حال، تمایز بین داوری و اشکال جایگزین دادرسی دشوار است. (David, 1985, pp. 5, 7) سردرگمی در اینجا ممکن است از این واقعیت ناشی شود که داورها گاه دارای قدرت برای اتخاذ تصمیم مطابق با انصاف می‌شوند و یا گاه به آنها دستور داده می‌شود که قواعد حقوقی یا اصول حقوقی غیر از قواعدی را که یک قاضی باید اعمال کند، به کار ببرند، با این وجود، برخلاف داوری، سایر اشکال جایگزین (به طور مثال سازش) به حد یک تصمیم الزام‌آور نمی‌رسند زیرا که آنها تنها مکانیسم‌هایی هستند که هدفشان توصیه راه‌های ممکن به طرفین دعوی برای رسیدن به راه‌حل مرضی‌الطرفین برای یک اختلاف خاص می‌باشد. ویژگی الزام‌آور بودن تصمیمی که اتخاذ می‌شود، داوری را از سایر اشکال جایگزین

متمایز می‌نماید. (Redfern & Hunter, 1991, p. 27) در بین روش‌های جایگزین، داوری روشی است که به طور فزاینده‌ای محبوبیت یافته و بیشتر از اشکال جایگزین دیگر مورد استفاده قرار می‌گیرد.

### ۳-۲-۲- تعریف و فواید داوری

می‌توان داوری را به عنوان یک فرآیند مبتنی بر رضایت که به روشی قضایی اجرا گردیده، تعریف نمود که به موجب آن یک اختلاف بین دو یا چند شخص توسط تصمیم یک داور حل می‌شود. تصمیم داور، براساس تمام حقایق که توسط طرفین عرضه شده است، قطعی و نهایی خواهد بود. داوری باید یک فرآیند رضایی باشد، بدین معنا که اقتدار داور، شرایط ارجاع به داوری و صلاحیت داور نشأت گرفته از توافق طرفین باشد. (Robert & Forde, 1994, pp. 4-6; Mustill & Boyd, 1989, pp. 42-45; Carrbonneau, 1983, p. II: 2-14; Lee, 1986, p. 388; Jakubowski, 1982, p. 175) داوری به روشی قضایی برگزار می‌گردد اگر چه، اختیارات داورها به اندازه اختیارات قضات نیست. (Park, 1995, p. 53; Reynolds, 1993, pp. 3, 4) برای شروع به داوری باید یک شرط ضمن عقد داوری یا یک توافقنامه داوری وجود داشته باشد. وجود داوری منوط به وجود اختلاف است. یک توافقنامه داوری پیش شرطی اساسی برای هر داوری می‌باشد. یک توافقنامه داوری می‌تواند به عنوان (Wilner (ed.), 1992-93, p. 47-8; Jarvin, 1986, pp. 50-51; Oehmke, 1990, pp. 44-50) مقررهای که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند از داوری برای اتخاذ تصمیم درباره اختلافاتی که ممکن است خارج از روابط قراردادی خاص آنها رخ بدهد یا برای حل یک اختلاف موجود، استفاده نمایند، تعریف شود. در این تحقیق ما عمدتاً به نوعی از توافق خواهیم پرداخت که معمولاً به صورت یک شرط ضمن عقد برای اختلافات آینده ظاهر می‌شود.

این موضوع که در اختلافات تجاری ممکن است به جز داوری روش بهتری برای حل یک اختلاف وجود نداشته باشد، امری است پذیرفته شده. در داوری هر دو طرف دارای فرصت یکسان برای مورد استماع قرار گرفتن [ادعایشان] و داوری شدن توسط

یک متخصص واجد شرایط می‌باشند. داوری به طور مرسوم به عنوان روشی ارزان‌تر و سریع‌تر از طرح دعوی در نظر گرفته شده است. اگر چه داوری لزوماً ارزان نیست، همچنان واجد برخی فواید رجحان‌دهنده بر طرح دعوی در دادگاه می‌باشد. (Parris, 1983, pp. 17, 18, 19) این فواید شامل انعطاف‌پذیری، محرمانه بودن جریانات و فرصت طرفین برای انتخاب شخص ثالثی که فاقد تعلق خاصی به یک سیستم حقوقی ملی باشد، می‌شود. داوری، علی‌الخصوص در سطح بین‌المللی، نهایی‌ترین حد ابراز استقلال طرفین و آزادی قراردادی است. یک ویژگی اساسی داوری بین‌المللی آزادی طرفین برای توافق درباره آیین رسیدگی داوری است. این اصل در کنوانسیون نیویورک و سایر توافق‌های بین‌المللی مربوط به داوری مورد تصدیق قرار گرفته است. قوانین داوری در بیشتر کشورهای دارای اقتصاد باز، آزادی طرفین برای تعیین قواعد شکلی حاکم بر داوری را تضمین می‌کند (تنها مشروط به حداقل قواعد آمره حقوق داخلی). اصل آزادی قراردادی طرفین به آنها اجازه می‌دهد نه تنها مکانی را که داوری در آنجا باید برگزار شود بلکه اشخاصی را که درباره اختلاف تصمیم خواهند گرفت و قواعد شکلی را برگزینند. (McClendon & Goodman, 1986, pp. 3-4) این خصوصیات بدون شک داوری را مطلوب‌ترین شکل حل اختلاف در روابط تجاری بین‌المللی ساخته است.

### ۳-۲-۳- نظریه‌های مربوط به ماهیت داوری: تفکیک حقوق عمومی/خصوصی

داوری از نظر ماهیت تأسیسی است که به واسطه آن افراد اختلافات خود را تاحدی که قانون اجازه می‌دهد به طور خصوصی فیصله می‌دهند. خصوصیت متمایزکننده این شکل از سیستم عدالت خصوصی، ماهیت رضایی و داوطلبانه آن است. در حالی که تسلیم شدن به صلاحیت دادگاه‌های عمومی از موارد التزام حقوقی است، تسلیم شدن به عدالت خصوصی بستگی به رضایت هر دو طرف دارد. به هر حال، نظر ما درباره ماهیت دادرسی در کل، تأثیر تعیین‌کننده‌ای بر حد و حدود فرآیند داوری دارد. دادرسی به عنوان یک جلوه شکلی عدالت، متضمن یک تغییر و تحول از اصول ماهوی به قواعد شکلی حل تعارض و هماهنگ‌سازی منافع می‌باشد. فارغ از

دغدغه‌های شخصی، داوری با آنچه جان رالز به عنوان «اجماع در شکل» بین‌انتهایی که در ماهیت با هم توافق ندارند معنا پیدا می‌کند. (Schmidt, 1997, p. 162) به منظور نشان دادن حد اختیار داورها و نقشی که داوری در جامعه ایفا می‌کند، لازم است که خود ماهیت داوری به عنوان یک مکانیسم قضایی خصوصی را مورد کنکاش قرار دهیم. اختلاف‌نظر بر سر ماهیت دادرسی، قواعد شکلی و حد آزادی طرفین، علی‌الخصوص در دادرسی خصوصی اختلافات قراردادی، وقتی به بحث درباره ماهیت داوری می‌رسد، تشدید می‌گردد. (Mackie, 1991, p. 19-25) در همین رابطه، دیدگاه‌های متنوعی درباره ماهیت داوری به عنوان یک سیستم خصوصی و غیرملی حل و فصل اختلاف وجود دارد.

نظریه متمایل به حقوق عمومی بر حق منحصر به فرد و ذاتی دادگاه‌های دولتی برای حل و فصل هر اختلاف حقوقی تأکید خواهد کرد و قدرت دولت برای کنترل و تنظیم تمام داوری‌هایی که در حیطه صلاحیت آن واقع می‌شوند را مطرح خواهد کرد. این به آن دلیل است که دادرسی، به عنوان یک امر شکلی و صلاحیتی، عملکردی حاکمیتی است که معمولاً توسط دادگاه‌های ملی اعمال می‌شود. بنابراین، فارغ از ماهیت یک اختلاف، دادرسی به عنوان جلوه‌ای از حقوق عمومی مورد ملاحظه قرار خواهد گرفت. به موجب ماهیت اساساً عمومی اجرای عدالت، یک سیستم عدالت خصوصی باید تا حدود زیادی ویژگی‌های مهم سیستم عمومی را تکرار نماید، مخصوصاً اگر به سیستم قضایی به عنوان بخشی از برنامه رفاه اجتماعی نگریسته شود. صلاحیت داور غیرقابل پذیرش است مگر اینکه در محدوده سلسله مراتب دادگاه‌های دولتی وارد شود. (Samuel, 1989, p.55; Carlston, 1967, p. 44; O'keefe, 1975, pp. 5-7, 28-30) طرفین ممکن است فقط تا حدی امکان رجوع به داوری داشته باشند که صریحاً یا ضمناً توسط قانون محل داوری یا سیستم‌های حقوقی دیگری که داوری با آن در ارتباط است، مجاز شمرده شده باشد. کشور حق و تکلیفش برای برقراری عدالت در یک دعوی خاص را به داور محول می‌کند با این فرض که این به نفع عموم است که به اشخاص خصوصی اجازه داده شود اختلافاتشان را حل و فصل نمایند. به تبع آن داور،

مانند قاضی، قدرت و اختیار خود را از صلاحیت ملی دریافت خواهد کرد و یک تکلیف عمومی را اجرا خواهد نمود. سیستم‌های عدالت خصوصی در سایه حقوق قرار می‌گیرند به طوری که گویا توسط سیستم عمومی متأثر شده و در معرض دخالت‌های آن قرار گرفته‌اند.

شناخته‌شده‌ترین جنبه بحث برانگیز نظریه حقوق عمومی، پیش فرض اولیه آن است که مستلزم دخالت بیش از اندازه دولت در اجرای عدالت است. به نظر می‌رسد این موضوع که دادرسی یک عملکرد حاکمیتی است، دلیل بیشتری لازم داشته باشد. به علاوه، این دیدگاه حقوق عمومی ممکن است براساس این واقعیت که حدود اختیار داور به وسیله توافق طرفین تعیین می‌شود و آنها می‌توانند قدرت او را با تراضی در هر زمانی فسخ کنند، به چالش کشیده شود. در واقع، عدالت خصوصی تداوم اصل آزادی قراردادی است، تاحدی که طرفین قادر به انعقاد قرارداد در مورد مسائل ماهوی هستند، باید مجاز باشند که این آزادی را با انتصاب شخص ثالثی برای تخصیص ریسک‌های ناشناخته در محدوده همان چارچوب قراردادی، بسط دهند. درجه دخالت عمومی در دادرسی خصوصی نباید بیشتر از دخالت عمومی در قراردادها به نحو اعم باشد. بر طبق نظریه قراردادی یک نظم اجتماعی مانند دادرسی بر همان ارزش‌هایی که مورد تأکید حقوق خصوصی است، تأکید می‌ورزد.

بنابراین طبق نظریه قراردادی ماهیت داور، می‌توان استدلال کرد که داورى موجودیت و صحت خود را از اراده و رضایت طرح‌کنندگان دعوی می‌گیرد. در مغایرت آشکار با سیستم عمومی قضاوت، فرآیند داورى بیانگر نظم خصوصی است. هنگامی که یک طرف وارد داورى می‌شود، عمل او عوضی برای تعهد طرف دیگر به پذیرش رأی داورى است و برعکس. (Jones, 1997, p. 122;) موافقتنامه داورى نوعی قرارداد است که در سطحی عالی‌تر به تخصیص ریسک می‌پردازد. (Kellor, 1941, p. 8) این مکانیسمی است که تحت آن طرفین یک قرارداد توافق می‌کنند شخص ثالثی را در صورت شکست آنها در رسیدن به یک توافق در آینده، برای تصمیم‌گیری درگیر نمایند. در انجام این کار طرفین از معیار آزادی فردی چشم‌پوشی می‌کنند. چنین استدلال شده

است که هر دو جنبه داوری، یعنی قرارداد داوری و رای داوری ویژگی قراردادی داوری را نشان می‌دهند. در نتیجه مانند هر قرارداد عادی دیگر «قدرت الزام‌آوری توافقنامه داوری از اصل وفای به عهد نشأت می‌گیرد.» در این معنی، رأی خودش یک فعل خصوصی است که فارغ از منافع دولت است. عنصر قراردادی و نقش توافقنامه داوری در تشکیل این شکل از دادرسی خصوصی نشان می‌دهد که این تأسیس حقوقی به تنهایی بسط یک ترتیب قراردادی توسط طرفین برای پر کردن خلاءهای قراردادی است.

نظریه قراردادی قابل پذیرش‌تر به نظر می‌رسد چرا که داوری خاستگاهش در آن است و برای موجودیت و ادامه حیات خود به توافق طرفین وابسته است. گونه کلاسیک تئوری ماهیت قراردادی داوری نتیجه می‌گیرد که یک رأی، قراردادی است که توسط داور به عنوان نماینده طرفین کامل می‌شود. در مقابل، نسخه مدرن نظریه قراردادی داوری را ناشی از تعدادی از روابط که در ماهیت قراردادی هستند یا به حوزه حقوق خصوصی تعلق دارند می‌داند تا اینکه به حوزه حقوق عمومی تعلق داشته باشند. در اینجا، جنبه مهم دادرسی، حداقل در قالب داوری، این است که دادرسی در پی تحقق ارزش‌های رفاهی نیست. از این رو، هیچ بعد عمومی ندارد. اختلافات کاملاً خصوصی هستند زیرا تنها منافع طرفین بلاواسطه اختلاف وابسته به رأی داوری است. طرفین اختلاف به عنوان واحدهایی مجزا دیده می‌شوند. کشمکش بین آنها از فعل و انفعال متقابل خواسته‌های ناسازگار دوجانبه و خصوصی ناشی می‌شوند. افراد عاری از مفهومی عمومی هستند و هیچ مفهوم عمومی با پیوستن دو فرد در یک دعوی حاصل نخواهد شد. بنابراین، اختلاف تنها به آنهایی که طرفین دعوی هستند ارتباط دارد. اگرچه قواعد شکلی در ارتباط با داوری ممکن است از ویژگی متمایزی برخوردار باشند، (Mashaw, 1986, p. 137-140) اما همچنان نمایشی از عدالت خصوصی و تصحیحی در سطحی متفاوت هستند. تا جایی که به حقوق افراد خصوصی در فرآیند دادرسی مربوط است، ارزش‌هایی که توسط قواعد شکلی حمایت می‌شوند همان ارزش‌هایی هستند که مورد حمایت قوانین ماهوی هستند.

به هر حال و به‌رغم چنین جدلی بین نظریه‌های حقوق عمومی و قراردادی داوری، چنانچه کل فرآیند دادرسی از ورای دورنمای وسیع‌تری از فعل و انفعالات منطقی بین دو جنبه آزادی قراردادی و نفع اجتماعی دادرسی نگریسته شود، این دو نگرش به ظاهر متعارض از دید منطقی قابل جمع‌اند. این تفکیک مصنوعی و موهوم است زیرا که هر یک نماینده بخشی از یک کل است که چنانچه ما توافق کنیم که تشکیلات داوری بدون یک بخش از اجزایش نمی‌تواند وجود داشته باشد، قابل فهم می‌شود. در واقع، این اجزاء غیرقابل تفکیک هستند. (Dworkin, 1977, p. 62) مناظره «خصوصی در مقابل عمومی» همیشه بر روی تعیین نسبت بین این دو بوده است. حذف کامل حق نظارت دولت حداقل به اندازه تلاش برای ریشه‌کنی مالکیت خصوصی در اقتصادهای سوسیالیستی فاجعه‌آفرین است. ارتباط پیچیده بین عدالت توزیعی و عدالت تصحیحی، وقتی به مقوله دادرسی می‌رسد، پیچیده‌تر می‌شود. اصول و ارزش‌هایی که سمبل عدالت تصحیحی هستند مانند آزادی و برابری طبیعتاً مبهم و مستعد معانی بسیار متعددی هستند. راه مؤثر برای معنای واقعی بخشیدن به چنین ارزش‌ها و اصولی بستگی به امکان دستیابی به سیستم قضایی‌ای دارد که بتواند عدالت را بین افراد خصوصی برقرار نماید. اگر چه هدف اصلی فرآیند قضایی عدالت تصحیحی و اهداف نوع‌دوستانه است، قدرت تأثیر آن بستگی به شناسایی اجتماعی آزادی و حقوق فردی دارد. بنابراین داوری در تعامل منطقی با یک قلمرو وسیع‌تر عمومی است، حتی اگر بخشی از آن قلمرو عمومی نباشد.

بنابراین، داوری مستلزم و وابسته به عناصری از هر دوی اینهاست، قصد طرفین و حمایت عمومی. از یک سو، توافق برای تسلیم در مقابل داوری، شکل داوری و تنظیم جریانات داوری در حدود صلاحیت انحصاری طرفین است. از سوی دیگر، تأثیر قانونی توافق آنها و ویژگی لازم‌الاجرا بودن رأی بستگی به نظری دارد که قانون و دادگاه مربوطه در هر مورد اتخاذ خواهد کرد. به همین دلیل، یک تفسیر کامل از نظریه قراردادی، احتمال درجه مشخصی از دخالت دولت حتی در تشکیل یک موافقتنامه داوری را به طور کامل از بین نخواهد برد. (Cheng, 1988, p. 598) تناقض‌های ظاهری

در رویه داوری منعکس‌کننده بی‌ثباتی ذاتی در تعادل بین آزادی و نظم به عنوان عناصر اصلی سازنده یک سیستم عدالت خصوصی، می‌باشد. (Dezalay & Garth, 1996, p. 127) نتیجتاً، نسبت دادن ماهیت حقوق خصوصی قراردادی به داوری با کنترل‌های عادی اعمال شده توسط دولت بر تمام انواع ترتیبات قراردادی، ناسازگار نیست. بررسی دقیق استدلال‌های مطرح شده برای هر یک از این نظریه‌ها روشن می‌سازد که فرصتی برای تلفیق وجود دارد. تأکید بر جنبه قراردادی دادرسی خصوصی، کنترل‌هایی را که دولت معمولاً از طریق قواعد حقوق قراردادی بر هر قراردادی از جمله یک توافقنامه داوری محفوظ می‌دارد، نادیده نمی‌گیرد. بنابراین، اگرچه داوری با توافق طرفین آغاز و از اصل آزادی قراردادی طرفین ناشی می‌شود، لکن باید مطابق با حدود وضع شده توسط معیار عدالت تصحیحی آنچنان‌که در یک جامعه خاص فهمیده و بکار برده شده است، اداره گردد. این برداشت از داوری، به هر حال، آن را به یک مکانیسم حقوق عمومی تبدیل می‌کند درحالی‌که هنوز ویژگی برتر آن عدالت تصحیحی و خصوصی است. (Jakubowski, 1982, p. 178)

### ۳-۲-۴- بین‌المللی سازی داوری

فواید داوری که تا اینجا ذکر شد بیشتر نشان‌دهنده مطلوبیت و پیشرفت تکاملی داوری در حوزه سیستم‌های حقوقی ملی است، اما بزرگ‌ترین فواید داوری در اختلافات بین‌المللی منعکس می‌شود. بنابراین، یکی از مشخصه‌های بارز حقوق مدرن داوری، تقسیم آن به داوری بین‌المللی و داخلی است. داوری بین‌المللی با همتای داخلی‌اش در اینکه اولی حتی باید بیشتر از پیچیدگی‌های داخلی فارغ باشد، متفاوت است. (Y Taniguchi, 1998, p.39) به هر صورت، همیشه تصمیم‌گیری درباره اینکه داوری بین‌المللی است یا داخلی به این سادگی نیست زیرا هر قانون ملی برای خودش آنچه را که داخلی یا بین‌المللی می‌داند، تعریف می‌نماید. مرز بین این دو نوع داوری می‌تواند نتایج عملی مهمی در برداشته باشد. به طور مثال، بین‌المللی بودن داوری برای شناسایی و اجرای آراء داوری تحت کنوانسیون نیویورک مهم است. (North & Fawcett, 1992, pp. 239-241; Born, 1994, p. 2)

قانون‌گذاران و قضات در بسیاری از کشورها فهمیده‌اند که داوری بین‌المللی، علی‌الخصوص در مسائل تجاری، مستلزم مقررات متفاوتی نسبت به آنچه در داوری‌های داخلی به کار برده می‌شود، می‌باشد. چنانچه دولت‌ها به دنبال ارتقاء تجارت بین‌المللی و خواهان خلق فضای حقوقی مطلوب‌تری برای طرف‌های خارجی باشند، باید قانون داوری بین‌المللی منعطف‌تری داشته باشند. (Carbonneau, 1984, pp. 146-32; Gibson-Jarvie & Hawker, 1980, pp. 183)

در رأس هرگونه برنامه مشارکتی بین‌المللی، ترتیبی برای حل و فصل اختلاف قرار گرفته است. در تجارت بین‌المللی، قاعده حقوقی بدون یک سیستم قضایی، باعث نگرانی در ارتباط با به کارگیری و تأثیرگذاری آن قاعده حقوقی می‌شود. تنها در این مفهوم است که حل اختلاف می‌تواند به عنوان یک رکن اساسی حقوق تجارت بین‌الملل مدنظر قرار گیرد. صرف‌نظر از اینکه چنین مکانیسم حل و فصل اختلاف بین‌المللی چه خوانده می‌شود، تنزل نقش دادگاه‌های ملی و افزایش روش‌های جایگزین حل اختلاف نشان‌دهنده عمق و عظمت فرآیند جهانی‌سازی است. همراه با تمرکززدایی از ساختار روابط اقتصادی بین‌المللی، تنها سیستم قضایی ماندگار آن است که از طرق همکاری و تنظیم متقابل تأسیس شده باشد. در ساختار کنونی روابط اقتصادی بین‌المللی، تمام اشکال حل و فصل اختلافات بین‌المللی، عمومی یا خصوصی، سرانجام براساس توافق طرفین بنیان گذارده می‌شود. برخی از این ترتیبات، همچون سیستم حل اختلافات گات<sup>۱</sup> چنان رشد کرده است که شاید مؤثرترین و پرکاربردترین آیین حل و فصل اختلافات بین‌المللی شود. به هر حال، حتی این نوع حل و فصل اختلافات بین‌المللی بخشی از مفهوم کلی‌تر داوری ملی است که می‌تواند در اشکال و ترکیب‌های مختلف ظاهر شود. داوری می‌تواند بین طرفین خصوصی از کشورهای مختلف، بین دولت‌های حاکم یا سایر تابعان حقوقی بین‌الملل عمومی، (Baker & Davis, 1992, pp. x, xi; Khan, 1990, pp. vii, viii) باشد و نوع سومی از داوری مربوط است به داوری با ماهیت مرکب، یعنی بین یک دولت و اتباع دولت‌های دیگر. (Sonarajah, 1990, p. 247; Toope, 1990, pp. 386, 387)

<sup>1</sup> - WTO

استفاده گسترده از داوری در حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی، آشکارا به تغییرات ماهیت روابط بین‌المللی مربوط است. سرعت تغییر در حل و فصل اختلاف بین‌المللی عمومی و خصوصی در سال‌های اخیر و حرکت به سمت یک سیستم قاعده‌مدار، داوری را به طور خاص در دل این تحولات قرار داده است. بنابراین، بلوغ حقوق بین‌الملل در ثبات و نفوذ یک سیستم مبتنی بر قاعده حقوقی و یک مکانیسم حل و فصل اختلافات بی‌طرف انعکاس پیدا می‌کند. در حالی که جامعه بین‌المللی به سمت یک جامعه مشارکتی‌تر پیش می‌رود، نقش داوری به عنوان ماندگارترین گزینه برای حل اختلافات، آشکارتر می‌گردد. سیستم‌های حقوقی ملی نسبت به داوری مسائل بین‌المللی به طور فزاینده‌ای پذیراتر می‌شوند. در خلال تصمیم دادگاه و یا قانون‌گذاری، آنها پذیرفته‌اند که ویژگی بین‌الدولی و بین‌المللی معاملات تجاری، اعمال محدودتری از صلاحیت ملی و دیدگاه آزادی‌خواهانه‌تری نسبت به دادرسی تجاری را اقتضا می‌کند. در دوران همگرایی فرهنگی امروزی، پیدا کردن یک «فرهنگ داوری بین‌المللی» واحد در جهانی که برای همه تجار معقول و قابل قبول باشد نباید بسیار مشکل باشد.

### ۳-۲-۵- داوری خصوصی بین‌المللی (داوری تجاری بین‌المللی)

نیروی محرکه داوری تجاری بین‌المللی نهادهای اقتصادی خصوصیتی هستند که شرکتشان در تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی به واسطه به رسمیت شناختن مساعدتشان در توسعه اقتصادی و تولید ثروت، تسهیل می‌شود. تفوق ابتکار خصوصی در تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی زمانی به رسمیت شناخته می‌شود که نظریه حقوقی اصل آزادی طرفین در معاملات اقتصادی بین‌المللی پذیرفته شده باشد. یک جنبه بسیار مهم این آزادی طرفین از طریق داوری تجاری بین‌المللی تجلی پیدا کرده است. به دلیل سیستم قضایی دولتی ذاتاً جانبدار، جستجو برای عدالت خصوصی، علی‌الخصوص در یک قالب جهانی، از خلال حرفه حقوقی بین‌المللی، داوری تجاری بین‌المللی و نهاد خاصی از حقوق به نام «قواعد عام تجار»<sup>۱</sup> مورد پیگیری قرار گرفته

<sup>۱</sup> - lex mercatoria

است. امروزه، داوری تجاری بین‌المللی محبوب‌ترین مکانیسم به کار گرفته شده به منظور حل اختلافات بین‌المللی خصوصی شده است. این امر تا حدی به دلیل تعامل بین رویه تجاری بین‌المللی، که متضمن عدالت خصوصی بیشتر است، و سیستم‌های حقوقی ملی، که نهایتاً الزام‌آور بودن آراء داوری را تضمین می‌نمایند، امکان‌پذیر شده است. ( Schmitthoff, 1990, pp. 645-648; Uff & Castel, deMestral & Graham, 1992, pp. 82-85) در قراردادهای بین‌المللی طرفین توافق می‌کنند که اختلافات مرتبط با قرارداد از طریق داوری حل و فصل خواهد شد. رویه‌های تجاری، آنچنان‌که قبلاً اشاره شد، به طور خاص نظر به داوری دارند. اختلافات تجاری بین‌المللی، جایی‌که هیچ‌کدام از طرفین دولت نیستند بسیار فراوان هستند. چنین اختلافاتی بین تجار یا شرکت‌ها در بسیاری از حوزه‌های حقوق تجارت، از جمله صادرات و واردات، مشارکت‌ها موافقتنامه‌های نمایندگی، تأمین مالی و ساخت بروز می‌کنند.

در غیاب یک دادگاه بین‌المللی برای عدالت خصوصی، داوری یک راه‌حل منطقی است. در واقع، تحت برخی شرایط، تنها انتخاب واقع‌بینانه برای طرفین است. قرارداد می‌تواند به راحتی به دنبال ارجاع اختلافاتشان به دادگاه‌های ملی‌شان و تفسیر قراردادشان بر طبق قانون ملی خود باشند. به هر حال، ممکن است هیچ‌کدام به چنین مصالحه‌ای تمایل نداشته باشند هر کدام به سیستم حقوقی طرف دیگر بی‌اعتماد باشد. در چنین بن‌بستی، عجیب نیست که داوری یک مصالحه قابل قبول می‌شود. در واقع، ممکن است تنها راه‌حل قابل قبول باشد که توسط تمام طرفین منصفانه و قابل قبول فرض خواهد شد. بنابراین، ارزش داوری در روابط تجاری بین طرف‌هایی از کشورهای دارای اعتقادات سیاسی، حقوقی و ایدئولوژیکی متفاوت، کاملاً مشهود است.

داوری تجاری بین‌الملل همچنین مورد حمایت یک نیروی کلی‌تر ایدئولوژیکی و فرهنگی می‌باشد که از حداکثر آزادی و انتخاب برای اشخاص خصوصی که در زمینه تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌الملل فعال هستند، دفاع می‌کند. در واقع روابط تجاری بین‌المللی حتی درجه بالاتری از آزادی طرفین خصوصی برای داشتن کنترل بر فرآیند حل اختلافات را لازم دارند. بنابراین، داوری تجاری بین‌المللی نشان می‌دهد که چگونه

بین‌المللی شدن، مرزها و نظم‌های مفروض در صحنه حقوق داخلی را در هم گسیخته و دگرگون کرده است. برای سال‌های متمادی مکتب حمایت از تولیدات داخلی و عقاید محدودیت‌گرا بر بسیاری از جنبه‌های تجارت بین‌المللی از جمله مسائل حل و فصل اختلاف مسلط بودند اما تحت فشار غیرقابل مقاومت جهانی شدن تقریباً حفظ این درجه از ملی‌گرایی اقتصادی غیرممکن شده است. تشکیلات در حال رشد داوری تجاری بین‌المللی نمایانگر تقاضای شدید از سوی یک جامعه تجاری قدرتمند و در حال توسعه است که هنجارهای خود را بر سیستم‌های حقوقی ملی تحمیل می‌کند. به‌رغم محدودیت‌های آزادی قراردادی ناشی از قوانین تنظیمی در محدوده ساختار سیاسی روابط اقتصادی بین‌المللی، داوری تجاری بین‌المللی بیانگر یک سیستم آزادی‌گرایی جاافتاده و معتبر می‌باشد. پدیده داوری تجاری بین‌المللی نهادینه‌تر شده است و از این‌رو مشخصه‌های آن، واقعیت اقتصاد جهانی در حال ظهور را نشان می‌دهد. اما همزمان داوری بین‌المللی یکی از محصولات اصلی فرآیند جهانی شدن است. رشد دادرسی خصوصی در واقع تنها با یک همگرایی توأمان قوانین ملی و توافق‌نامه‌های بین‌المللی تسهیل‌کننده ممکن می‌شود که منتج به جهانی شدن روش‌های حل اختلافات تجاری می‌گردد.

چنین دورنمایی، که نتیجه مستقیم جهانی شدن و فرهنگ همگانی داوری است، می‌تواند از نظریه مربوط به هویت مستقل ماهیت داوری که در هماهنگی با گرایش‌های عمومی در روابط اقتصادی بین‌المللی می‌باشد، حمایت کند. علاوه بر نظریه‌های مربوط به ماهیت داوری، که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، در قالب داوری تجاری بین‌المللی تئوری‌ای طرح شده است که نشان‌گر این نوع داوری است. اصطلاح «هویت مستقل» به آن نوع داوری بین‌المللی اشاره دارد که از سیستم قضایی ملی به واسطه توافق طرفین منفک می‌شود. همچنین ممکن است داوری «غیر ملی شده»، «غیر بومی شده» یا «حقیقتاً بین‌المللی» به آن اطلاق شود. هدف این مفهوم، تأکید بر موقعیت خاص داوری تجاری بین‌المللی و کاهش اثرات ناخواسته سیستم‌های حقوقی ملی است. (Carbonneau, 1990, p. 15; Rose (ed.), 1988, pp. 1-6) در حالی که نظریه‌هایی که در بالا ذکر شد، یک ارتباط

حتمی بین داوری و سیستم‌های حقوقی ملی را شناسایی می‌کند، طبق این نظریه اخیر، داوری تجاری بین‌المللی یک مکانیسم حل و فصل اختلاف است که کاملاً مستقل از حقوق داخلی است. این نظریه مدعی است با توصیف داوری به عنوان یک تأسیس ایجاد شده توسط تجار به منظور عملکرد روان روابط تجاری بین‌المللی، نگرش واقع‌بینانه‌تری را دنبال می‌کند. شناسایی داوری به عنوان یک نهاد مستقل، تصدیق غیر ملی بودن آن است. چنانچه عملکرد صحیح و شایسته داوری تجاری بین‌المللی نیازمند آزادی کامل و مطلق طرفین باشد، داوری تبدیل به ابزاری برای اجرای قواعد یک نظم خصوصی می‌شود که از قید ملاحظات نظم عمومی و قواعد آمره آن رها گردیده است. به هر حال، این نظریه یک کاستی بسیار مهم هنجاری دارد. این نظریه منشأ هنجاری یک توافقنامه داوری لازم‌الاجرا را نادیده گرفته و به سختی با واقعیت مطابقت می‌کند در حالیکه یک توافقنامه داوری، به عنوان یک توافقنامه الزام‌آور قانونی، تا جایی معتبر است که از حمایت حاکمیت بهره‌مند باشد.

### ۳-۲-۶- مقررات ملی و بین‌المللی داوری تجاری بین‌المللی

نهادهای خصوصی نمی‌توانند به طور کامل از قانون روگردانده و به شکلی از عدالت خصوصی برای معاملات بین‌المللی، روآورند. همچنین تعامل منطقی بین آزادی و نظم برای نشان دادن حد استقلال عدالت خصوصی بین‌المللی در محدوده پیچیدگی روابط بین‌المللی مدرن بسط داده می‌شود. در این معنا، داوری تجاری بین‌المللی باید به عنوان جلوه‌ای از استقلال و کنترل تحت نظم حقوقی بین‌المللی، دیده شود. فعالان تجارت بین‌المللی نمی‌توانند روابط پیچیده، مبهم و در حال تغییر بین داوری بین‌المللی و نظام‌های ملی، بین عدالت خصوصی و دولتی را نادیده بگیرند. فرمول ایده‌آل، که استقلال داوری را با مشروعیت دادگاه دولتی ترکیب می‌کند، حفظ فاصله برای دادگاهی است که بر عملکرد صحیح و شایسته عدالت خصوصی نظارت و نه دخالت کند. به طور مثال، قوانین داوری ملی، نقش پرمعنایی را در فرآیند داوری بین‌المللی ایفا می‌کنند. این قوانین الزام‌آور بودن توافقنامه‌ها و آراء داوری، حد دخالت قضایی در

فرآیند داوری، و مسائل مهم دیگر همچون قابل داوری بودن برخی اختلافات معین را تعیین می‌کنند. داوری تجاری بین‌المللی حقیقتاً بدون کمک قوانین و دادگاه‌های ملی نمی‌تواند به طور مؤثر عمل نماید. بی‌تردید مقصود از عهدها این بوده است که قانوناً الزام‌آور باشند برای اینکه همین خصوصیت است که داوری را از دیگر روش‌های غیرالزام‌آور حل اختلافات متمایز می‌سازد. چنانچه آراء داوری بایستی قانوناً الزام‌آور باشد، این باید به وسیله سیستم‌ها و دادگاه‌های حقوقی داخلی تحقق پیدا کند.

بنابراین، برخلاف نظریه داوری مستقل و غیرملی شده، ماهیت داوری تجاری بین‌المللی و واقعیت رویه داوری، وابستگی زیاد داوری به حمایت دولت‌ها را نشان می‌دهد. تصور داوری بین‌المللی به عنوان یک نهاد جدا و مستقل از سیستم‌های حقوقی ملی تصوری است اشتباه. (Van Den Berg, 1981 p. 28) حدود صلاحیت داوران تنها تا جایی است که طرفین به آنها اختیار داده باشند و تا حدی است که اختلاف قابل تسلیم به داوری باشد. اگرچه قوانین بسیاری آزادی انتخاب بیشتری را به طرفین و داوران می‌دهند، این سیستم‌های حقوقی ملی هستند که وجود و حدود این آزادی را تعیین می‌کنند. با تأکید بر نقش سیستم‌های حقوقی ملی، اف ای من<sup>۱</sup>، داوری تجاری بین‌المللی را به عنوان فرعی بر سیستم‌های حقوقی ملی و به عنوان بخشی از حقوق داخلی تلقی نموده است. بنابراین، اشخاص اجازه ندارند خارج از مرزهای یک سیستم حقوقی ملی فعالیت نمایند. نظم‌های حقوقی ملی، مثل حاکمیت قانون محل وقوع دادگاه<sup>۲</sup>، باید بر تمام داوری‌ها حتی اگر مربوط به تجارت بین‌الملل باشد، حکومت کنند. بنابراین هر دولتی ممکن است حق داشته باشد که هر نوع فعالیتی از جمله داوری را در محدوده سرزمینش ممنوع و یا مجاز نماید.

علاوه بر این، نظریه داوری به عنوان یک نهاد مستقل ممکن است از لحاظ جامعه‌شناختی درست شده باشد، اما به عنوان یک امر قانونی به طور کامل قابل پذیرش نیست. این عقیده نسبت به داوری تجاری بین‌المللی، حقیقت بسیار بدیهی را که داوری

<sup>1</sup> -F A Mann

<sup>2</sup> -Lex fori

مطلوبیت و محبوبیت خود را مدیون حمایت زیرساخت حقوقی بنیادینی است که در شکل قانون‌گذاری ملی یا به شکل معاهدات چند جانبه، توسط دولت‌ها فراهم شده‌اند، نادیده می‌گیرد. حتی گردن نهادن داوطلبانه به آراء داوری در تجارت بین‌الملل نمی‌تواند اهمیت دخالت دولت‌ها در فرآیند داوری را تحت‌الشعاع قرار دهد. داوران ملزمند که قانون را بکار ببرند و همواره یک رژیم قضایی بر آنها نظارت دارد. به هر حال، تمرکز این تحقیق بر کنترلی است که توسط دادگاه‌های محل یا محل‌های اجرا بر داوری اعمال می‌شود تا بر محدودیت‌های محل داوری. (B Harris, 1997, p. 5) گرایش رو به رشدی به کاهش کنترل محل داوری در داوری بین‌المللی وجود دارد. در حقیقت، گاهی اوقات محل داوری اساساً به دلیل حداقل دخالت از جانب قانون محل داوری انتخاب می‌شود.

اهمیت روز افزون داوری بین‌المللی از یک سو و عدم کفایت قوانین ملی برای تطبیق با نیازهای داوری بین‌المللی از سوی دیگر، تلاش‌های بین‌المللی را برای فائق آمدن بر این مسائل از طریق تدابیر دسته‌جمعی و معاهدات بین‌المللی برانگیخته است. براساس درکی از فواید یک سیستم تجارت آزاد بین‌المللی با مرکزیت داوری، بین دولت‌ها اجماعی برای ارتقای داوری بین‌المللی از طریق شبکه‌ای از معاهدات دوجانبه، منطقه‌ای یا چند جانبه برای تسهیل و اجرای موافقتنامه‌ها و آراء داوری شکل گرفته است. بدین‌منظور، معاهدات تلاش کرده‌اند که نقش داوری را در تجارت بین‌المللی مؤثرتر نمایند. بدون شک، تضمین اجرای آراء داوری مشوق سیستم تجارت آزاد بین‌المللی است. باید پذیرفت که فواید داوری تنها قابلیت‌های بالقوه‌ای هستند که می‌توانند در چارچوب‌های حقوقی لازم به طور بین‌المللی تحقق پیدا کنند. چارچوب حقوقی باید اجازه دهد که تصمیم داوری در کشورهای زیادی اجرایی گردد و امکان بازنگری یک دادگاه ملی در خصوص ماهیت تصمیم به حداقل برسد.

برای رسیدن به یک نگرش موثرتر و همچنین هماهنگ‌تر نسبت به داوری بین‌المللی، معاهدات چند جانبه متعددی در ارتباط با شناسایی و اجرای آراء داوری مورد توجه دولت‌ها قرار گرفته‌اند که بدون آنها داوری تجاری بین‌المللی احتمالاً اعتبار

کنونی خود را به دست نمی‌آورد. داوری بین‌المللی امروزه تابع مجموعه‌ای از مقررات بین‌المللی است که در ضمن معاهدات بین‌المللی آمده‌اند. در بین معاهدات، کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ مهمترین مورد است. این کنوانسیون، مثالی است برای نقشی که حقوق بین‌الملل عمومی می‌تواند در متأثر کردن و نظم‌دهی ترتیبات خصوصی بین‌المللی ایفا نماید. بنابراین، به رغم اداره شدن توسط نهادهای خصوصی، تا حد زیادی داوری تجاری بین‌المللی مطلوبیت خود را مدیون تمایل و تعهد دولت‌ها به اجرای آراء داوری آنچنان‌که در قانون ملی و معاهدات چند جانبه آمده است، می‌باشد. مثال دیگری برای همکاری دولت‌ها به منظور ارتقاء داوری بین‌المللی در عملکرد کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) پیداست که در دسامبر سال ۱۹۹۶ با هدف هماهنگ‌سازی و یکسان‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل تأسیس شد. در کنار هماهنگ کردن فعالیت نهادهای فعال در این زمینه، این کمیسیون تصویب معاهدات و قوانین جدید و تدوین اصطلاحات، عرف‌ها و رویه‌های تجارت بین‌الملل را تدارک دیده و ترویج می‌نماید. آنسیترال «قواعد داوری» در ۱۹۷۶، «قواعد سازش» در ۱۹۸۰، «رهنمودها» در ۱۹۸۲ و «قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی» را در ۱۹۸۵ تصویب نمود. همچنین مجمع عمومی سازمان ملل «قطعنامه» «قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی» را تصویب کرد. این «قطعنامه» صراحتاً «ارزش داوری به عنوان روشی برای حل و فصل اختلافات ناشی از روابط تجاری بین‌المللی را به این دلیل که داوری به پیشرفت روابط اقتصادی بین‌المللی کمک می‌کند» مورد تأکید قرار داد. موفقیت یک ملت بستگی به حجم و سهم مشارکت آن در تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد. داوری جنبه اساسی چنین سیاستی است که منعکس‌کننده تعهد یک ملت به قاعده حقوقی و عدالت جهانی است. با فرض مسلم وابستگی روز افزون اقتصادهای جهان، هیچ ملتی نمی‌تواند نسبت به پیشرفت‌های فراگیر داوری بین‌المللی مقاومت کند. قواعد آنسیترال به طور گسترده‌ای توسط بسیاری از دیوان‌های داوری بین‌المللی همچون دیوان دعاوی ایران - آمریکا مورد پذیرش قرار گرفته است و همچنین در بسیاری از قوانین داوری ملی نیز وارد گردیده است. (Suy, 1982, p. 35)

Hermann, 1983, p. 297)

داوری تجاری بین‌المللی اغلب در چارچوب مؤسسات بین‌المللی خصوصی که تسهیلاتی را برای طرفین اختلاف فراهم می‌سازند، هدایت می‌شود. این مؤسسات مستقل از دولت‌ها و با حداقل نظارت می‌باشند. فرآیند داوری، که تحت توجهات یا نظارت یک سازمان یا مؤسسه اداره می‌شود «داوری نظارت شده» نامیده می‌شود. حدود نظارت بستگی به مؤسسه و قواعد آن دارد. انواع مختلفی از مؤسسات داوری برای نظارت بر داوری بین‌المللی وجود دارند. برخی از آنها به عنوان سازمان‌های غیرانتفاعی برای ارتقای روش حل اختلافات ایجاد می‌شوند در حالی که برخی دیگر به واسطه یک معاهده بین‌المللی خاص موجودیت می‌یابند. در بین این مؤسسات اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱</sup> قسمت عمده‌ای از این سیستم است. در حالی که قواعد و روندهای آن بحث‌های جدی را می‌طلبد، هنوز بدون شک موفق‌ترین مؤسسه داوری بین‌المللی است و نمونه‌ای است برای تبعیت دیگران. در مقابل داوری از طریق مؤسسات نوع دیگری از داوری که در آن قواعد و روندهای بین‌المللی لزوماً به کار برده نمی‌شود، داوری اختصاصی است، گرچه قواعد مؤسسات ممکن است در برخی موارد مورد استفاده قرار بگیرند. عبارت دقیق شرط داوری در قرارداد در این مواقع بسیار مهم است مخصوصاً با اشاره به آیین داوری و قانون حاکم. (Hill, 1993, pp. 1,2.)

#### ۴- نتیجه‌گیری

مقاله حاضر کوشید تا نشان دهد که داوری تجاری بخش مهمی از یک دگرگونی عمومی است که در هر دو حوزه حقوق داخلی و بین‌المللی در حال وقوع است. به دلایل مختلف تمایل زیادی نسبت به سیستم خصوصی عدالت از جمله داوری و یک بی‌میلی عمومی برای تسلیم دعاوی خصوصی به دادگاه‌های دولتی وجود دارد. در نتیجه توسعه تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، نیمه دوم قرن گذشته شاهد رشد بی‌سابقه

---

<sup>۱</sup> -ICC

داوری بین‌المللی بود. امید به حل و فصل خصوصی اختلافات نشان‌دهنده یک رژیم بین‌المللی است که به‌رغم دخالت‌های حقوق ملی، براساس اقتصاد بازار، حقوق خصوصی و نظم خودجوش بنیان نهاده شده است. بنابراین، محبوبیت داوری ریشه‌هایش را در الگوهای در حال تغییر تعاملات اجتماعی در اقتصاد بازار و به طور خاص در اندیشه‌هایی چون آزادی و حق انتخاب افراد برای کنترل زندگی خود دارد. نتیجتاً، حوزه داوری و سایر اشکال حل اختلاف خصوصی به طور فزاینده‌ای نسبت به عدالت اجرا شده توسط دولت توسعه پیدا می‌کنند.

داوری، که روشی میانه بین آزادی و نظم است، مستلزم یک چارچوب نظری برای تعریف جایگاه و نقشش در ساختار اجتماعی - حقوقی جامعه مدرن می‌باشد. ضمن رد نظریه صرفاً قراردادی یا حقوق عمومی درباره ماهیت داوری و بر مبنای تمایز بین عدالت تصحیحی و توزیعی، این مقاله یک نگرش منطقی را پذیرفت که طبق آن عناصر هر دو نظریه در تعریف داوری وارد می‌شود. نقش حیاتی داوری در تجارت بین‌المللی وقتی ظاهر می‌شود که یک محکمه بی‌طرف به دو طرفی که تمایل ندارند تسلیم صلاحیت دادگاه‌های طرف دیگر شوند، ارائه شود. با این وجود، حتی داوری بین‌المللی که از نظر شرایط مفاد استانداردهای عدالت تصحیحی مستقل است، نمی‌تواند به طور کامل، مستقل از نظم‌های حقوقی ملی باشد.

## منابع و مأخذ:

### انگلیسی:

- 1- Avanesian A, 1993, *Iran-United States claims tribunal in Action*, London.
- 2- Baker S A & M D Davis, 1992 *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, the Experience of Iran-United States Claims Tribunal, The Netherlands.
- 3- Baxter I F G, 1966, *Essays on Private Law: Foreign Law and Foreign Judgments*, Toronto.
- 4- Behrens P, "Arbitration as an Instrument of Conflict Resolution in International Trade: Its Basis and Limits" in D Friedmann & E J Mestmäcker (eds.), *Conflict Resolution in International Trade*, Munich, 1993.
- 5- Bevan A, 1992 *Alternative Dispute Resolution*, London.

- 6- Born G B, 1994 *International Commercial Arbitration in the United States*, Commentary & Materials, Deventer.
- 7- Carbonneau T E, 1984 "The French Jurisprudence on International Commercial Arbitration" in T E Carbonneau (ed.), *Resolving Transnational Disputes through International Arbitration*, University of Virginia.
- 8- Carbonneau T E," 1988 "The Remarkings of Arbitration: Designed Destiny", in Carbonneau (ed.); *Lex Mercatoria and Arbitration*, New York, 1990, pp.1-6 in F Rose (ed.) *International Commercial and Maritime Arbitration*, London.
- 9- Carlston K S,1967 "Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes" in P Sanders (ed.), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, the Hague.
- 10- Castel J G, 1978 *Conflict of Laws, Cases, Notes & Materials*, Toronto. Chapter 1 section 7.
- 11- Castel J G, A L C deMestral & W C Graham, *International Business Transactions and Economic Relations*, Canada, 1986, Ch. XV International Commercial Arbitration;
- 12- Cheng C, Clive M.1988 *Schmitthoff's Select Essays On International Trade Law*, The Netherlands.
- 13- Collier J G, 1994, *Conflict of Laws*, Cambridge, Chapters 3, 6 & 7
- 14- Cromie S, 1990 *International Commercial Litigation, London*, Transnational Litigation and Commercial Arbitration, Copenhagen, 1992.
- 15- Cromie S, 1990 *International Commercial Litigation*, London.
- 16- David R,1985 *Arbitration in International Trade*, Deventer.
- 17- De Ly F, 1992 *Intentional Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam.
- 18- Delaume G R, *Transnational Contracts Applicable Law and Settlement of Disputes, V. VI Contractual Choice of Forum*, Boket 8 Release 90-1, 1990.
- 19- Delaume G.R.,1994 *Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes*, Booklet 1, Release 88-1, New York.
- 20- Dezalay Y & B G Garth,1996 *Dealing in Virtue, International Commercial arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago.
- 21- Dworkin R, 1977 *Taking Rights Seriously*, Cambridge (USA).
- Forde M, 1994 *Arbitration Law and Procedure*, Dublin.
- 22- Galligan D J," 1986 "Rights, Discretion and Procedures", in C J GM Sampford & D J Galligan (eds.), *Law, Rights and Welfare States*, London.
- 23- Gibson-Jarvie R & G Hawker, 1980 *A Guide to Commercial Arbitration under The 1979 Act*, London.
- 24- Harris B, 1997 *An Introduction to the English Arbitration Act 1996*, University College London.

- 25- Hermann G, 1983 *United Nations Commission on International Trade Law*, in Encyclopedia of Public International Law Vol. 5, Amsterdam.
- 26- Hilf M O & E U Petersman, 1983 *National Constitutions and International Economic Law, Studies in Transnational Economic Law*, Vol. 8, Deventer.
- 27- Hill H W, 1993 *International Commercial Arbitration, Reference and Finding Tools, Glossary*, Release 93-1, New York.
- 28- Jacob J I H 1988 (ed.), *Private International Litigation*, London.
- 29- Jakubowski J, "Reflections on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation", in J C Schultz & A J Van Den Berg, *The Art of Arbitration*, Antwerp, 1982.
- 30- Jarvin S, 1986 "The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers", in Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London.
- 31- Jones D, 1997 "Arbitration and Party Autonomy-How free is the choice to arbitrate", in G B Hartwell (ed.), *The Commercial Way of Justice*, The Hague.
- 32- Kellor K F, 1941 *Arbitration in Action*, New York.
- 33- Khan R, 1990 *The Iran-United States Claims Tribunal*.
- 34- Koppenol-Laforce M, 1996 "International Procedural Law", in M Koppenol-Laforce et al (ed.), *International Contracts*, London.
- 35- Kahn-Freund O, 1976 *General Problems of Private International Law*.
- 36- Lee E, 1986 *Encyclopedia of International Commercial Arbitration*, Lloyd's of London Press Ltd.
- 37- Leflar R A, L L McDougal III and R L Felix, 1982 *Cases and Materials on American Conflicts of Law*, Virginia.
- 38- Lipstein K, 1981 *Principles of the Conflict of Laws, National and International*, The Hague.
- 39- Lookofsky J M. 1993, *R Smith, Conflict of Laws*, London.
- 40- Mackie K J (ed.), 1991 *A Handbook of Dispute Resolution*, London.
- 41- Mashaw J L, 1981 *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 Boston University Law Review, 888.
- 42- McClendon J S & R E Goodman, 1986 *International Commercial Arbitration in New York*, New York.
- 43- Morris J H C, 1980, *The Conflict of Laws*, London.
- 44- Mustill M J & S C Boyd, 1989 *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, London.
- 45- Neale A D & M L Stephens, 1988 *International Business and National Jurisdictions*, Oxford.
- 46- North P M & J J Fawcett, 1992 *Private International Law*, London.
- 47- Nygh P 1996 "The Common Law Approach" in C McLachlan and P Nygh (eds.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principle*, Oxford.
- 48- Nygh P, 1999 *Autonomy in International Contracts*, Oxford.
- 49- Oehmke T, 1990 *International Arbitration*, New York.
- 50- O'keefe P J, 1975 *Arbitration in International Trade*, Sydney.

- 51- Park W W, 1995 *International Forum Selection*, Boston.
- 52- Parris J, Arbitration; 1983 *Principles and Practice*, London.
- 53- Petersman E, "International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order", in Ronald MacDonald and Douglas M. Johnston (eds.), *Essays in the Structure and Process of International Law: Legal Philosophy, Doctrine, and Theory*, The Hague, 1983.
- 54- Petersmann E U & G Jaenike, *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, University Press Fribourg, Switzerland, 1992.
- 55- Redfern A & M Hunter, 1991 *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London.
- 56- Reynolds M P, 1993 *Arbitration, Lloyd's List Practical Guides*, Lloyd's of London Press Ltd, London.
- 57- Robert J & T E Carbonneau, 1983 *The French Law of Arbitration*, New York.
- 58- Samuel A, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West Germany Law*, Schukthess Polygrischer Verlag, Zurich, 1989.
- 59- Schmidt V H, "Procedural Aspects of Distributive Justice", in K F Rohl & S Machura (eds.), *Procedural Justice*, Aldershot, 1997.
- 60- Schmitthoff C M, 1990 Schmitthoff's Export Trade, *The Law and Practice of International Trade*, London.
- 61- Smith R, 1993 *Conflict of Laws*, London.
- 62- Sonarajah M, 1990 *International Commercial Arbitration: the Problem of State Contracts*, Singapore.
- 63- Streit M E and S Voigt, "The Economics of Conflict Resolution in International Trade", in D Friedmann & E Mestmäcker (eds.), *Conflict Resolution in International Trade*, Munich, 1993.
- 64- Summers R S, *Evaluating and Improving Legal Processes- A Plea for "Process Values"*, 60 Cornell Law Review, 1-52 (1974).
- 65- Suy E, 1982 "Achievements of the United Nations Commission on International Trade Law" in N Horn and C M Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, Deventer.
- 66- Taniguchi Y, "Is there a Growing International Arbitration Culture? An Observation from Asia", In A J van den Berg (ed.), *International Disputes Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, The Hague, 1998.
- 67- Toope S J, 1990 *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge.
- 68- Vagts D F, 1986 *Transnational Business Problems*, New York.
- 69- Van Den Berg A J, 1981 *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague.
- 70- Van Houtte H 1986, *The Law of International Trade*, London, 1995, Ch. X International Procedure;
- 71- Van Houtte H, 1995, *The Law of International Trade*, London, Ch. X International Procedure

- 72- Wilner G (ed.), *Domke on Commercial Arbitration (The Law and Practice of Commercial Arbitration)*, Deerfield, 1992-93.