

به نام خدا

نگاهی تطبیقی بر مدل بهینه دخالت دادگاه‌ها در فرایند داوری تجاری بین‌المللی

(با تمرکز بر قوانین ایالات متحده آمریکا و انگلستان)

نویسنده :

دکتر نیهای الهی

دکترای فلسفه و حقوق از دانشگاه منچستر

مترجمین و مولفین :

وحید نصیری

پژوهشگر دوره دکترای حقوق بین‌الملل ، مشاور ارشد حقوقی و مدرس دانشگاه

اکبر محمدی پناه

پژوهشگر دوره دکترای حقوق خصوصی ، وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه

انتشارات ارسطو

(سازمان چاپ و نشر ایران - ۱۴۰۲)

نسخه الکترونیکی این اثر در سایت سازمان چاپ و نشر ایران و اپلیکیشن کتاب رسان موجود می‌باشد

chaponashr.ir

سرشناسه: الهی، نیهال، ۱۹۷۰-م.
عنوان و نام پدیدآور: نگاهی تطبیقی بر مدل بهینه دخالت دادگاه‌ها در فرایند داوری تجاری بین‌المللی (با تمرکز بر قوانین ایالات متحده آمریکا و انگلستان) نویسنده نیهال الهی؛ مترجمین و مولفین وحید نصیری، اکبر محمدی پناه.

مشخصات نشر: ارسطو (سامانه اطلاع رسانی چاپ و نشر ایران)، ۱۴۰۲.

مشخصات ظاهری: ۲۵۰ص.

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۳۳۹-۰۸۹-۰

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: عنوان اصلی: 'A comparative examination of optimal model of courts' involvement in the process of international commercial arbitration.

یادداشت: کتابنامه: ص. [۲۱۳]-۲۳۹.

International commercial arbitration

موضوع: داوری بین‌المللی تجاری

Courts -- United States

دادگاه‌ها -- ایالات متحده

Courts -- Great Britain

دادگاه‌ها -- انگلستان

داوری بین‌المللی تجاری -- مطالعات تطبیقی

International commercial arbitration -- Comparative studies

شناسه افزوده: نصیری، وحید، ۱۳۶۷-، مترجم

شناسه افزوده: محمدی پناه، اکبر، ۱۳۶۱-، مترجم

رده بندی کنگره: K۲۴۰۰

رده بندی دیویی: ۳۴۱/۵۲۲

شماره کتابشناسی ملی: ۹۲۵۴۴۴۷

اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا

نام کتاب: نگاهی تطبیقی بر مدل بهینه دخالت دادگاه‌ها در فرایند داوری تجاری بین‌المللی (با تمرکز بر قوانین ایالات متحده آمریکا و انگلستان)

نویسنده: دکتر نیهال الهی

مترجمان: وحید نصیری - اکبر محمدی پناه

ناشر: ارسطو (سامانه اطلاع رسانی چاپ و نشر ایران)

تیراژ: ۱۰۰۰ جلد

نوبت چاپ: اول - ۱۴۰۲

چاپ: مدیران

قیمت: ۲۱۰۰۰۰ تومان

فروش نسخه الکترونیکی - کتاب‌رسان:

<https://chaponashr.ir/ketabresan>

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۳۳۹-۰۸۹-۰

تلفن مرکز پخش: ۰۹۱۲۰۲۳۹۲۵۵

www.chaponashr.ir



انتشارات ارسطو



تقدیم با

عشق

به پسرانمان

ویہان نصیری

و

بردیا محمدی پناہ

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۹	پیشگفتار
۱۵	فصل اول: مروری بر سازوکارهای حل اختلاف در معاملات تجاری بین‌المللی
۱۶	مقدمه
۱۷	تاریخچه داوری
۱۸	مفهوم و انواع مختلف داوری
۲۱	سازوکارهای دیگر در حل و فصل اختلافات
۲۲	روشهای اختلاف محور(ترافعی)
۲۵	روش های غیر ترافعی
۳۲	مقایسه بین سازوکارهای مختلف حل اختلاف
۴۳	نتیجه فصل
۴۵	فصل دوم: دخالت دادگاه قبل از تأسیس دیوان داوری
۴۶	مقدمه
۴۹	مراحل مختلف دخالت دادگاه
۵۲	تفکیک پذیری و صلاحیت در تعیین صلاحیت
۵۸	دستورات مربوط به داوری
۶۶	دستورات (احکام)مخالف طرح دعوی

۶۸.....	احکام پیشرو داوری
۷۴	معضل واسطه در داوری تجاری بین المللی
۷۶.....	نتیجه گیری فصل
۸۱	فصل سوم: دخالت دادگاه در آغاز فرآیند داوری
۸۲	مقدمه
۸۶.....	تأسیس دیوان داوری
۱۰۱.....	چالش های داوران
۱۱۷.....	ادغام
۱۳۲.....	نتیجه گیری فصل
۱۳۷	فصل چهارم: دادگاه های ملی و نقش مکمل آنها در صدور دستور موقت
۱۳۸.....	مقدمه
۱۴۳.....	توانایی داوران برای صدور دستور موقت
۱۴۹.....	محدودیت در اختیار دیوان داوری برای صدور دستور موقت
۱۵۷.....	اختیارات دادگاه برای صدور حکم دستور موقت
۱۶۱.....	شرایط اولیه برای صدور دستور اقدامات موقت
۱۶۴.....	انواع اقدامات موقت
۱۶۶.....	نتیجه فصل
۱۷۳	فصل پنجم: دخالت دادگاه در شناسایی و اجرای رای داوری خارجی
۱۷۴.....	مقدمه

نقش کنوانسیون نیویورک و قوانین ملی در تسهیل به رسمیت شناختن و اجرای آرای داوری خارجی	۱۷۷
موانع شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی	۱۸۲
موقعیت های احتمالی دخالت دادگاه در شناسایی و اجرای آرای داوری	۱۸۳
دلایل عدم شناسایی یا اجرای رأی داوری	۱۸۹
نتیجه گیری فصل	۱۹۸
نتیجه گیری پایانی	۲۰۳
منابع و ماخذ	۲۱۵

پیشگفتار

پیش گفتار نویسنده:

علیرغم تمام مزایای داوری بین المللی، هرگز به عنوان یک سیستم کاملاً مستقل و کامل حل و فصل اختلاف در نظر گرفته نشده است و بیشتر توسط دادگاه های ملی برای پیاده سازی و اجرا مساعدت می شود. با این وجود، مدل بهینه برای دخالت دادگاه ها در داوری بین المللی مشخص نیست و مهمتر از آن، با توجه به آخرین پیشرفت در داوری بین المللی چه به صورت تئوری و چه عملی، ضرورت و ماهیت چنین دخالتی زیر سوال است. بر این اساس، این کتاب با هدف تعیین سناریوی بهینه دخالت دادگاه در داوری بین المللی به منظور افزایش کارایی آن با ارائه رویکردی نسبتاً هماهنگ (فراملی) در رابطه با دخالت دادگاه در مراحل مختلف داوری بین المللی نگاشته شده است.

این کتاب با در نظر گرفتن شاخصه های اصلی در تحقیقات حقوقی مدرن، گفتمان حقوقی خود را در خصوص هماهنگی دخالت دادگاه در داوری بین المللی بر اساس مطالعه تطبیقی و تحلیلی دو حوزه قضایی عمده انگلستان و ایالات متحده توسعه خواهد داد و راه حل های مختلفی را پیشنهاد می کند که می تواند نیاز به دخالت دادگاه را از طریق جایگزینی آنها با مکانیسم های دیگری مانند استقلال طرفین دعوا و نیز گسترش صلاحیت و اختیارات دیوان های داوری به حداقل برساند.

برای دستیابی به نتیجه مطلوب، این کتاب به تحلیل و پاسخ به سوالات اساسی زیر میپردازد: (الف) چرا، کجا و چه زمانی دادگاه های ملی می توانند در پرونده های داوری دخالت کنند؟ (ب) آیا تعارض بالقوه ای بین صلاحیت دادگاه های ملی و حقایق تاریخی در مورد استقلال داوری بین المللی وجود دارد؟ (ج) راه حل های بالقوه برای هماهنگ کردن دخالت دادگاه در داوری بین المللی در هر مرحله چیست؟ (د) تا چه حد می توان استدلال کرد که دادگاه های ملی باید بخشی از اختیارات خود را به نفع داوری بین المللی صرف نظر کنند تا کارایی داوری بین المللی را افزایش دهند؟ (ه) راه های بالقوه ای که باید برای هماهنگ کردن مشارکت دادگاه در داوری بین المللی بررسی شود، چیست؟

پس از بررسی سؤالات فوق، به این نتیجه می رسیم که دخالت دادگاه ها در داوری بین المللی ممکن است در ۴ مرحله مختلف، یعنی قبل از تشکیل دیوان داوری، در شروع فرآیند داوری، در طول داوری و در نهایت در زمان شناسایی و اجرای رای داوری خارجی صورت بگیرد.

همچنین این کتاب پیشنهاد می کند که قبل از تأسیس دیوان داوری، تشخیص صلاحیت همزمان برای دادگاه محل داوری می تواند موانع احتمالی در مقابل نتیجه گیری دیوان را به طور قابل توجهی برطرف کند. علاوه بر این، و با توجه به نقش گسترده استقلال طرفین دعوی در انتخاب قوانین ماهوی و رویه ای، طرف های داوری می توانند با ارائه دعاوی خود به موسسات داوری، امکان مراجعه به دادگاه های ملی را در شروع دادگاه و در طول فرآیند به حداقل برسانند و به این ترتیب نیاز به مداخله دادگاه های ملی را برطرف میکند. در نهایت، این کتاب پیشنهاد می کند که اگرچه به رسمیت شناختن و اجرای رأی داوری ممکن است ناگزیر به دخالت دادگاه های محلی نیاز داشته باشد، با این حال توسعه یک

مفهوم فراملی از سیاست عمومی و داوری مبتنی بر کارایی منجر به نوعی رویکرد جهانی در اجرای آرای بین المللی خواهد شد.

نیپال الهی

تابستان ۲۰۱۶

پیش گفتار مترجمین:

مداخله دادگاه یکی از ضروریات و محسوسات جریان داوری است و با تمامی نیازی که به تاسیس داوری دیده میشود نمی توان از این امر غافل شد که سپردن تمامی ابعاد و اختیار صدور رای به داوری عقلا و منطقا صحیح نیست. چه اینکه داوری با توجه به فرآیند تشکیل و جریان و نوع انتخاب داوران نهادی خصوصی محسوب می شود و تجربه مکررا نشان داده است که سپردن حل و فصل دعاوی حقوقی، آن هم در بعد تجاری و بین المللی آن به دست نهادهای خصوصی درصد بالای از ریسک در معرض اعمال غرض قرار گرفتن و نقض بیطرفی را خواهد داشت.

حقیقت این است که دادگاهها به مساعدت و همکاری داوری احتیاج دارند، به این طریق که داوری تا حدود زیادی از بار تحمیلی بر دادگاهها می کاهد و حجم پرونده های مطروحه در دادگستری را که اغلب آنها از پیچیدگی خاص خود نیز برخوردارند، کاهش می دهد. از طرف دیگر، داور نمی تواند از کمک و مساعدت دادگاه بی نیاز باشد؛ و این نیاز ملموس تر است، زیرا داوری از ضمانت اجراهای مربوط به حاکمیت محروم است و بنابراین، به نقش نظارتی و حمایتی دادگاه نیازمند است.

به طور کلی، می توان گفت که همکاری و مساعدت دادگاه برای کمک و تسهیل روند داوری از لحظه ارجاع اختلاف به داوری شروع میشود و تا پایان مرحله اجرای حکم ادامه

پیدا می کند. دادگاه می تواند در احراز وجود توافقنامه داوری، یا اعتبار آن، تعیین و نصب داوران، جرح آنها، عزل و جایگزینی آنان در اجبار طرفین برای تعیین و نصب داوران خود، داوری را به طور فعال یاری کند. همین قاعده در خصوص صدور دستورات موقت، اجرای آنها، و در نهایت شناسایی و اجرای احکام صادق است.

با وجود این، نمی توان در اهمیت و نقش دادگاه در روند داوری، بیش از اندازه مبالغه نمود. بدین نحو که، شکل بهینه دخالت دادگاه بدین نحو است که نتواند در خلال داوری مداخله نموده، و موجبات ابطال حکم و بی اثری آن را فراهم نماید. بنابر این، می توان گفت که مداخله بهینه دادگاه در روند داوری، اصل، و مداخله آن استثناست؛ به این طریق که دادگاه بایستی همیشه تلاش نماید تا از مداخله در روند داوری خودداری کند؛ مگر در موارد نادر و استثنایی و در مواقعی که مداخله دادگاه ضروری و اجتناب ناپذیر باشد. به عبارتی دقیقتر اکنون که کشورها به دلایل مختلفی لازم و ضروری می دانند که دادگاه های دولتی در مورد اقدامات تأمینی یا موقت اختیار کافی را داشته باشند و در حمایت از داوری این اقدامات را اعمال می کنند، چه پیش از تشکیل داوری و چه در جریان داوری، باید در مواردی که اتخاذ این تدابیر به تصمیم گیری در خصوص ماهیت دعوا نزدیک می شوند، دیدگاه عدم مداخله بیشتر پذیرفته شود.

شکل بهینه دخالت دادگاه بدین نحو است که اعمال این اقدامات نباید حق انحصاری دادگاه محسوب شود، بلکه باید برای دادگاه اختیار و قدرت مصلحت اندیشی قایل شد. قواعد (سازمان های داوری بین المللی بیشتر از قوانین ملی به سوی خودکفایی داوری و استقلال آن از دادگاه ها پیش رفته اند؛ برای نمونه، قواعد عهدنامه ایکسید (عهدنامه واشنگتن ۱۹۹۵) برای یکی سیستم داوری کاملاً خود کفا طراحی شده و همه چیز را تحت نظارت مرکز بین المللی حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری ایکسید قرار داده است.

داوری تحت این سیستم به طور کامل مستقل از دادگاه های ملی کار می کند (ماده ۴۴ عهدنامه ایکسید). این عهد نامه با جامعیت کامل قواعد مفصلی را از مرحله انتخاب داور تا صدور رای پیش بینی کرده است که آن را بی نیاز از دخالت با کمک دادگاه های ملی می نماید. همین که طرفین بر داوری ایکسید رضایت می دهند، این رضایت غیر قابل استرداد گردیده و اگر یکی از آنها از شرکت در داوری خودداری نماید، طرف دیگر بدون نیاز از کمک گرفتن از دادگاه قواعد موثری را خواهد یافت که اجازه می دهند رسیدگی به دعوا انجام شود و به صدور رای برسد.

اصولاً، بهترین شکل دخالت در داوری تاکید بر دو نقش عمده دادگاه است : ۱-نقش حمایتی ۲-نقش نظارتی. در نقش حمایتی دادگاه، هدف اصلی کمک و مساعدت به روند داوری است. بدین مفهوم که هر جایی که داوری از ایفای وظایف خود ناتوان است، دادگاه آن را کمک نموده، روند جریان داوری را تسهیل می نماید.

با توجه به مطالب مطرح شده مشاهده شد که دخالت دادگاه ها در امر داوری نه تنها مخل جریان داوری نیست، بلکه میتواند جنبه حمایتی داشته باشد. با وجود این نکته مثبت و جنبه حمایتی دخالت دادگاه ها در روند داوری پیشنهاداتی که میتوان مطرح کرد به شرح زیر است :

۱-دخالت دادگاه ها باید دارای چارچوب و محدوده مشخص و معینی باشد تا با هدف طرفین از ارجاع امر به داوری که همان ارجاع مرجع خصوصی وعدم دخالت مرجع قضایی در موضوع اختلاف میباشد، معارض نباشد. به عبارت دیگر شاید بهتر این باشد که قانون خاص و یا آیین نامه ای جهت مشخص کردن محدوده دخالت دادگاه ها در امر داوری وجود داشته باشد که اختصاصاً و به طور کامل حدود دخالت دادگاه ها در امر داوری را تعیین نماید.

۲- در خصوص دخالت دادگاه ها در داوری های تجاری بین المللی، علیرغم الگوبرداری از قانون نمونه، اکثرا با اعمال تغییرات جزئی گرایش های داخلی را در وضع قانون دخالت داده است که همین مساله احتمال مداخله دادگاه را در موارد گوناگون افزایش داده است، لذا پیشنهاد میشود که بهتر است در درجه اول با تفسیر مضیق از مداخله دادگاه در موارد تردید اجتناب کرد و در مرحله بعدی با اتخاذ سیاست جامع و نگاه فراملی و الگو برداری از کشورهای موفق در این حوزه و نهایتا وضع قوانین داوری فراملی و منطبق با استاد داوری های جهانی، از دخالت های قضایی بی مورد در روند این نوع داوری جلوگیری شود و با استقلال بخشیدن به نهاد داوری و ایجاد حمایت های ابزاری و ارتقا توان اجرایی، دادگاه ها در اختیارات داوران در حد مشخص و قانون دخالت نمایند، نه به طور غیر معقول و به صورت کلی؛ چرا که همان طور که پیشتر اشاره شد دادگاه ها ناچار به مداخله در روند دادگاه ها می باشند، اما این مداخله باید مشخص و محدود به قوانین خاص خود باشد و دادگاه ها به عنوان ناظری بی طرف و البته آگاه نسبت به اعمال اختیارات خود، بیشتر از جنبه نظارتی اقدام کنند.

وحید نصیری

اکبر محمدی پناه

بهار ۱۴۰۲

فصل اول

مروری بر سازوکارهای حل اختلاف

در معاملات تجاری بین‌المللی

مقدمه

مطالعه یک موضوع در هر رشته حقوقی مستلزم داشتن ایده روشن در مورد تاریخچه، روند تحول آن، و ویژگی‌هایی است که آن را از سایر موضوعات حقوقی مشابه متمایز می‌کند. مهمتر از همه، تعریف عناصر اصلی در حوزه مطالعاتی موضوع اصلی مورد بحث می‌باشد. در این کتاب، هماهنگی دخالت دادگاه در مراحل مختلف داوری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد که برای انجام آن باید درک روشنی از مفاهیم داوری داشته باشیم.

سازوکارهای جایگزین حل اختلاف به طور کلی در داوری بین‌المللی مبهم است و نیاز به توضیح دارد. این مساله در ادبیات حقوقی مدرن به سه شاخه مستقل تقسیم می‌شود. ابتدا به امر شامل اختلافات میان کشورهاست و دوم به قراردادهای دولتی با بخش خصوصی متمرکز است و در نهایت مرتبط با داوری تجاری، با هدف حل و فصل اختلافات تجاری ناشی از دو نهاد خصوصی است.

این کتاب عمدتاً به بررسی داوری تجاری بین‌المللی و امکان دخالت دادگاه در فرآیند آن می‌پردازد و همچنین به داوری ناشی از قراردادهای دولتی تمرکز دارد. از این حیث در این فصل به تعریف داوری و سایر نهادهای قانونی از منظر حل اختلاف پرداخته می‌شود و پیشینه داوری و سازوکارهای حل اختلاف جایگزین را بررسی

خواهد کرد و چهار سازوکار حل و فصل اختلاف نیز یعنی سازش، میانجی‌گری، مذاکره و تعیین کارشناسی برای حل و فصل اختلاف مورد توجه قرار خواهد گرفت. این فصل در ادامه به مقایسه داوری با روش‌های فوق‌الذکر می‌پردازد و مزایا و معایب هر مکانیزم را توضیح می‌دهد و در نهایت، ویژگی‌هایی را تحلیل می‌کند که داوری بین‌المللی را برای دست‌اندرکاران بازار جهانی، که به دنبال حل و فصل اختلافات حقوقی ناشی از مرادوات خود هستند، جذاب‌تر می‌کند. در دو بخش پایانی نشان داده خواهد شد که علیرغم تمایل قابل توجه به استفاده از داوری به منظور حل و فصل اختلافات تجاری در بازار جهانی، داوری به هیچ وجه سازوکار کاملی نبوده و هنوز هم برخی از نواقص در ماهیت آن وجود دارد که می‌تواند کارایی مؤثر آن را در حل اختلاف، تضعیف کند. از این رو این فصل به نقش و مداخلات احتمالی دادگاه‌های ملی در داوری بین‌المللی می‌پردازد که نشان‌دهنده تمرکز اصلی این کتاب می‌باشد.

تاریخچه داوری

جهانی‌سازی فرایندی است که باعث نادیده شدن مرزهای سیاسی شده است و اینترنت و سایر فناوری‌ها کمک قابل توجهی به تسهیل تجارت در سراسر جهان کرده است. افزایش جابجایی آزاد کالا و پول از طریق موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی، حجم بالای تجارت و تجارت بین‌الملت‌ها و کشورها، رویکردهای تجاری متفاوت را به میزان قابل توجهی افزایش داده است، و مهمتر از آن، این پیشرفت چشمگیر، شبکه یکپارچه‌ای از روابط تجاری را ایجاد کرده است که در آن روابط غیر تجاری در انجام یک معامله نه تنها به منافع طرف مقابل لطمه می‌

زند، بلکه ممکن است منجر به مجموعه ای از مناقشات در کل بازار بین المللی شود. اگرچه این پیشرفت در جهانی شدن و گسترش تجارت در آن سوی مرزها در افزایش کارایی تجارت جهانی موفق بوده است اما احتمال افزایش اختلافات بین المللی معمولاً نتیجه از هم گسیختگی روابط تجاری موجود یا تضاد منافع تجاری بین طرفین درگیر است. به عبارت دیگر، با وجود چنین پیچیدگی هایی، حل اختلاف با ارائه مکانیسم های نوآورانه تر که قادر به حل و فصل اختلافات پیچیده به طور مؤثرتر و در زمان مناسب هستند، میتواند راهگشای روابط تجاری باشد.

مفهوم و انواع مختلف داوری

مفهوم داوری

داوری یک فرآیند حل و فصل اختلاف نیمه قضایی^۱ و رسمی تر است که به موجب آن طرفین اختلاف خود را به یک داور، یک شخص ثالث واجد شرایط و مستقل ارجاع می دهند تا نسبت به اختلاف آنان تصمیم گیری شو. و صلاحیت خاص برای یک سیستم خود تنظیمی بوجود می آورد که هدف آن " جذب اشخاص تجاری هستند که خواهان حل و فصل سریع و ارزان اختلافاتشان هستند، اما تمایلی به چشم پوشی از مزایای مشاور حقوقی و امکان بررسی قضایی را نیز ندارند.^۲

فرم اولیه داوری اغلب بدون استقبال و شاید غافل از مکانیسم های قضایی و قوانین ملی کشورها باشد با این حال داوری همواره به منظور حل اختلافات قشر تجاری-

^۱ Semi-judicial

^۲ برای مطالعه بیشتر بنگرید به :

Nigel Blackaby and others, Redfern and Hunter on International Arbitration (Oxford University Press ۲۰۰۹) p ۸۳.

صنعتی خاص پایه گذاری شده است. با وجود قوانین داوری ملی در حال ظهور و استفاده گسترده از داوری تجاری در قرن بیستم، دادگاه‌های داخلی بسیاری از حوزه های قضایی کشورهای مختلف حاضر به پذیرش داوری به عنوان مکانیزم مناسب حل اختلاف نبودند. در مورد داوری در امور داخلی و بین المللی به عنوان مثال، دادگاه های انگلیسی از رسیدگی به اختلافی که قبلاً به داوری ارسال شده بود خودداری می کنند و حتی مجازات هایی را برای چنین قرارهایی وضع می کنند^۱.

انواع مختلف داوری

داوری غالباً بر اساس ویژگی‌های طرفین درگیر و ماهیت اختلاف به سه دسته تقسیم می‌شود: در سناریوی اول، دو دولت اختلاف خود را به داوری ارجاع می‌دهند که در آن اختلافات تحت هنجارهای حقوق بین الملل بررسی می‌شوند. دومی که قید داوری^۲ نامیده می‌شود، زمانی اتفاق می‌افتد که یک دولت و یک شرکت خارجی توافق می‌کنند که اختلافات حقوقی بالقوه یا بالفعل ناشی یا مرتبط با سرمایه‌گذاری مستقیم واحد خارجی در قلمرو آن دولت را داوری کنند، زیرا یکی از طرف‌های درگیر در دعوا یک دولت مستقل است که معمولاً موضوع حقوق بین الملل عمومی است و دیگری یک نهاد خصوصی^۳ است، قید داوری هم تحت تأثیر حقوق بین الملل عمومی و هم حقوق خصوصی است. به عبارت دیگر، در لبه حقوق بین الملل عمومی قرار دارد و در نهایت طبق حقوق خصوصی حل اختلاف میکند، در نهایت مورد سوم مربوط به داوری زمانی است که به عنوان مکانیزمی برای حل و فصل اختلافات

1. Loukas Mistelis, 'ADR in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership' (۲۰۰۳) ۶(۳) ADR Bulletin 1., pp 1۲-1۸

۲. Arbitration clause

۳. Private sector

تجاری بین اشخاص خصوصی انتخاب شده است^۱. داوری اختلافات تجاری را می توان در آغاز جامعه بشری متمدن و تاریخی ردیابی کرد. اما در مورد مفهوم مدرن داوری میتوان اذعان نمود که داوری مجموعه ای از قواعد و نظریات حقوقی قرن حاضر است. در واقع آنچه که در مورد تاریخچه داوری بحث شده است، تا حد زیادی، تاریخچه داوری تجاری است چرا که قبل از اینکه به عنوان راهکار حل اختلاف بین کشورها مد نظر قرار بگیرد ابتدا به امر، به عنوان سازوکاری برای تجار محلی^۲ مورد استفاده قرار میگرفته است. سوابق دیوان تجاری بین المللی از سال ۱۹۱۹ مملو از هزاران پرونده داوری تجاری برای حل اختلاف است که به این نهاد ارجاع شده است.، بنابراین، این کتاب عمدتاً بر داوری تجاری، حوزه های مختلف داوری بین المللی و نقش های مختلفی که دادگاه ها ممکن است در مراحل مختلف ایفا کنند، تمرکز می کند، زیرا در سناریوی اول که مناقشات بین دولت ها را با سازوکار اجرایی حل و فصل می کند به طور کامل به مفاد حقوق بین الملل عمومی ختم می شود و به این ترتیب فراتر از محدوده این تحقیق است. همچنین در مورد داوری، باید توجه داشت که اگرچه معاهدات سرمایه گذاری از ساختار اجرایی کنوانسیون نیویورک^۳ و ایکسید^۴ (مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری)

۱. M Sornarajah, 'The Climate of International Arbitration' (1991) *Journal of International Arbitration* ۴۷, PP ۵۰-۵۱.

۲. Local merchants mechanism for dispute solution

۳. کنوانسیون نیویورک (NEW YORK CONVENTION) مصوب ۱۹۵۸، در حال حاضر مهم ترین سندی است که در باب شناسایی و اجرای احکام داوری بین المللی تنظیم شده است. این کنوانسیون در ۱۶ ماده تدوین شده است و کشورهای زیادی از جمله ایران به آن ملحق شده اند که به این معناست که مابین کشورهای زیادی امکان اجرا دارد و این کنوانسیون دایره اجرای احکام خارجی داوری را تا حد زیادی وسیع کرده است.

۴. کنوانسیون ایکسید (ICSID CONVENTION) مصوب ۱۹۶۵ موسوم به کنوانسیون واشنگتن، (کنوانسیون حل

استفاده می کنند، اما اغلب بر کنوانسیون ایکسید توجه دارند .

البته در اینجا دادگاه‌های داخلی هیچ کمکی به اجرای آرا طبق مفاد مواد ۵۳ و ۵۴ (بند ۱)^۱ کنوانسیون نمی کنند، با این وجود، این کتاب به آرای داوری و مکانیسم اجرای داوری تجاری یعنی کنوانسیون نیویورک که از آنها استفاده می کند، مذاقه نموده است .

سازوکارهای دیگر در حل و فصل اختلافات

فراتر از داوری، همانطور که در ماده ۳۳ منشور ملل متحد ذکر شده است، روش های حل اختلاف دیگری نیز وجود دارد که ممکن است برای حل و فصل اختلافات

و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع دولت های دیگر، یکی از مهم ترین معاهدات حقوق بین الملل اقتصادی است که افراد را به عنوان تابعان حقوق بین الملل به رسمیت می شناسد. برخلاف کم توجهی نسبت به سرمایه گذاری در گذشته، کشورها از اواسط دهه ۱۹۸۰ به طور روزافزونی دیدگاههای مشابهی را درباره برخورد حقوقی با مسئله سرمایه گذاری خصوصی خارجی اتخاذ کرده اند. این امر را می توان در قوانین ملی کشورها در خصوص سرمایه گذاری، معاهدات دو یا چندجانبه بین المللی آنها و رویکرد مثبت آنها نسبت به حل و فصل این گونه دعاوی به خوبی مشاهده کرد. این تشابهات خصوصا در زمینه آزادسازی رژیمهای سرمایه گذاری و حمایت از سرمایه گذاران قابل توجه است. همچنین نکته جالب توجه در این تغییرات، جایگاه خاص داوری به عنوان وسیله انتخابی و ترجیحی حل و فصل دعاوی از طریق ثالث است که این امر به دلیل امتیازات داوری نسبت به سایر روشهای حل و فصل دعاوی، از جمله «قابلیت انعطاف»، «درجه اعتماد»، «سرعت و کارایی»، «تخصصی تر بودن»، «هزینه کم» و «محرمانه بودن» است. ایران نیز به رغم اینکه هنوز عضو ایکسید نیست، ولی از این توسعه مستثنا نبوده است. در چند سال گذشته، تغییرات زیادی را می توان در این زمینه در حقوق آن مشاهده کرد که برای نمونه باید از تسهیلات و تضمینات مربوط به سرمایه گذاری خارجی و اصلاحات در بسیاری از مقررات، از جمله «قوانین داوری تجاری کشور»، «سیاستهای پولی و ارزی»، «رقابتهی کردن اقتصاد» و «تلاش برای شکستن انحصارات» نام برد. یکی از راههای جذب و تشویق سرمایه گذاری در کشور، ایجاد تضمینهای حقوقی مناسب، از جمله «امنیت کافی برای سرمایه گذارهای خارجی» است. بدون شک، پذیرش نظام داوری ایکسید می تواند گام مثبتی برای این مهم در ایران باشد.

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به :

بین المللی مورد استفاده قرار گیرد. این بخش شامل کلیه روشهایی است که تحت عنوان روشهای داوری اختلاف محور و غیر اختلافی است. داوری همیشه به عنوان روشی نزاعی برای حل اختلافات برشمرده می شود در حالی که مذاکره، میانجی گری، سازش و تصمیم کارشناسی به عنوان روش غیر اختلافی در نظر گرفته میشود.

روشهای اختلاف محور(ترافی)^۱

طرح دعوی قضایی و داوری دو سازوکار قانونی برای حل و فصل اختلافات هستند. طرح دعوا یک فرآیند حقوقی است که در آن طرفین دعوی خود را علیه یکدیگر در دادگاه های داخلی تحت مجموعه ای از رویه های خاص به نام آیین دادرسی^۲ مطرح می کنند. ظهور و توسعه ملی گرایی در قرن هفدهم کمک زیادی به قرار دادن دعاوی در مرکز مکانیسم حل اختلاف در قاره اروپا کرد.^۳

در این روش، هر یک از طرفین استدلال خود را با یافته ها و حقایق تقویت می کنند. دعوا ادامه می یابد تا زمانی که همه طرف های درگیر راه حلی پیدا کنند یا محاکمه به پایان برسد. در صورتی که رای معقول نباشد، طرفین به دنبال صدور حکم دادگاه خواهند رفت. پس از تصمیم گیری، طرف های ناراضی می توانند درخواست تجدید نظر کنند که زمان بیشتری نسبت به محاکمه اولیه دارد.

در طول کل فرآیند، راهنمایی یک وکیل مجرب ضروری است، زیرا هزینه های دعوی کم و بیش به موضوع حقوقی مورد پیگیری و نوع و میزان خسارتی که هر یک از طرفین به دنبال آن هستند بستگی دارد و ممکن است به طور قابل توجهی گران

1. *Adversial*

۲. *Rule of procedure*

۳. *M Pryles, J Waincymer and M Davies(LBC ۱۹۹۶), International Trade Law ,p ۹۹*

تمام شود^۱.

در بخش ۳ با جزئیات بیشتری مواجه خواهیم شد که هیچ دادگاه بین المللی عملاً برای حل و فصل اختلافات تجاری فراملی وجود ندارد. از این رو، این کتاب تنها بر روش های حل و فصل عملی اختلافات تمرکز دارد^۲. همانطور که قبلاً گفته شد، پیشرفت در معاملات بین المللی و پیدایش پیچیدگی بیشتر در روابط تجاری بین المللی مستلزم سازوکارهای حل اختلاف کارآمدتر است.

به موجب آن طرفین یک اختلاف حقوقی خاص تصمیم می گیرند که اختلافات خود را خارج از هر سیستم قضایی حل و فصل کنند. قدرت کنترل فرآیند داوری به طرفین داده می شود تا آنها را قادر سازد که یک دادگاه خاص را برای یک اختلاف حقوقی خاص تنظیم کنند. طرفین غالباً از "مزیت دادگاه داخلی" طرف دیگر می ترسد بنابراین یک مجمع بی طرف توسط داوری ارائه می شود که در آن هر طرف معتقد هستند که دادرسی عادلانه^۳ خواهد داشت.

در اکثر نمونه ها، داوری شامل یک تصمیم نهایی و الزام آور است. از این رو، پس از رأی نهایی، امکان تجدیدنظرخواهی وجود نخواهد داشت. طرفین درگیر در داوری معمولاً یک یا سه داور را انتخاب می کنند، قواعد نیز توسط طرفین تعیین خواهد شد. طرفین دعوی حتی ممکن است خودشان قوانین را تنظیم کنند.

1. Schreuer, Christoph H. (۲۰۰۱) *The ICSID Convention: A Commentary* Cambridge University Press – (International Centre for Settlement of Investment Disputes)

۲. Shalakany (n ۳) ۴۳۰; T Sourdin, *Alternative Dispute Resolution and the Courts* (Federation Press ۲۰۰۴) PP ۱-۷.

۳. Fair - trial

با این حال، داوری کاملاً مستقل از دادگاه های ملی نیست، زیرا مکانیسم اجرای مستقل خود را ندارد. ضرورت بررسی قضایی رای به محض پیگیری اجرای رای مشخص می شود. یک قاضی داخلی که انتظار می رود اثر قاعده داوری رای داوری را به رسمیت بشناسد، به سختی می تواند موضوع عادلانه اولیه دادرسی را که منجر به آن می شود نادیده بگیرد.^۱

صدور رای با اطمینان از عاری بودن آن از بی نظمی رویه ای و اینکه به رسمیت شناختن احکام، سیاست عمومی محلی را که در آن درخواست اجرا می شود به خطر نمی اندازد، همانطور که در فصل بعدی مفاد کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی خواهیم دید و اجرای آرای داوری خارجی، قضات داخلی را از شناسایی و اجرای آرای خارجی در شرایط خاص باز می دارد.

مرحله اجرا سنگ بنای منافع عمومی و خصوصی است، علاوه بر این، دادگاه ها ممکن است نقش های دیگری را در مراحل مختلف داوری بین المللی ایفا کنند، هرچند معیاری برای ارزیابی کردن اینکه آیا رویکردهای ملی در مورد دخالت دادگاه مخرب یا سازنده هستند برای انجام این کار، وجود ندارد. این کتاب بر دو مرکز اصلی در صلاحیت داوری های بین المللی تمرکز می کند: یعنی کشورهای بریتانیا و ایالات متحده. مطالعات تطبیقی این دو، دستاوردهای سازنده هر یک را برجسته می کند و ممکن است معیاری برای هماهنگی دخالت دادگاه در داوری بین المللی که ما را به یک رویکرد فراملی سوق می دهد بوجد آورد. این امر قطعیت آرای داوری را تضمین می کند که به نوبه خود از مداخله مخرب دادگاه های ملی محافظت می

1. *Stuyt, Alexander, (1990) ed. Survey of International Arbitrations: finance pub, pp 180-*

کند. روش‌های ارزان‌تر حل اختلاف نه تنها در حق‌الزحمه و هزینه‌های وکلا، بلکه در مدیریت و زمان اجرا نیز سنجیده می‌شود. استراتژی‌های تأخیر در رسیدگی، فهرست‌های پرجمعیت دادگاه‌ها و محاکمه با هیئت منصفه پرونده‌های مدنی نیز وضعیت را تشدید می‌کند و ممکن است منجر به اجماع در مورد داوری شود که از این مسائل مستثناست.^۱

روش‌های غیر ترافیعی^۲

هزینه فزاینده دعاوی و داوری باعث کاهش در روش‌های سریع‌تر و ارزان‌تر حل اختلاف شد. این هزینه نه تنها برحسب حق‌الزحمه و هزینه وکلا بلکه در مدیریت و زمان اجرا نیز ارزیابی می‌شد و طرح دعوی در دادگاه‌ها منجر به اعطای خسارات بسیار زیادی به شرکت‌های بزرگ (و بیمه‌گران آنها) می‌شد بهتر خواهد بود که طرفین اختلافات خود را به شیوه ای غیر ترافیعی حل و فصل کنند.^۳

در پاسخ به این خواسته‌ها، دست اندرکاران بازار مکانیسم‌های غیر ترافیعی را برای حل و فصل اختلافات تجاری ایجاد کرده‌اند. از آنجایی که این روش‌ها به طور کلی جایگزینی برای مکانیسم‌های ترافیعی هستند، شیوه‌های جایگزین حل و فصل

۱. برای مطالعه بیشتر بنگرید به :

Joachim G Frick, Arbitration and Complex International Contracts (Kluwer Law International ۲۰۰۱) ۱-۷. ۳۳ Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice (2nd edn, Kluwer Law International ۲۰۰۱) ۱-۱۴.

۲. Non adversial (بدون نیاز به حضور در دادگاه)

۳. جیکوب برکوویچ و ریچارد جکسون، (۲۰۰۱) "مذاکره یا میانجیگری؟ کاوشی در عوامل موثر بر انتخاب مدیریت تعارض در مناقشات بین المللی"، گروه مترجمان، نشر اندیشه، ص ۹۶