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

## دکتر محمود باقری<sup>\*</sup>

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:۱۳۸٦/٦/۱۸

#### چکیده:

تقبل صلاحیت قضایی بین المللی نسبت به دعاوی خصوصی بین المللی از طرف محاکم ملی و یا دیوانهای داوری تجاری بین المللی مبتنی بر اصولی است که از مهم ترین آنها می توان 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 داده اند 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 بین المللی مده است. این مقاله تعامل نظامهای حقوقی ملی را با داوری تجاری بین المللی مورد بحث قرار می دهد.

#### واژگان كليدي:

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

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 اصلح در چارچوب گاتس: چارچوبی برای همکاری و رقابت در تدوین قوانین ذخیره قانونی بانکها و افشاء اطلاعات در بازار بورس»، زمستان ۱۳۸۵،شماره ۷۶.

Email: Mahmood.Bagheri@brunel.ac.uk

<sup>\*</sup> فاكس: ٦٦٤٠٩٥٩٥

#### 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 بازبینی مبانی اشکال و ابعاد این موضوع حقوق بینالملل خصوصی را ضروری گردانده است. تحقیقات موجود کمتر به مبانی و اساس این مساله پرداخته اند. از این روی در این مقاله سعی خواهد شد ضمن طرح تئوری های 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 حیطهٔ معاملات بازرگانی بینالمللی امری عادی است. ولیکن اهمیت روزافزون حقوق عمومی در دعوای خصوصی و نقش بسیار حیاتی که حقوق بینالملل عمومی در سرنوشت دعاوی خصوصی ایفا می کند، تنها در یک قالب قضایی که در آن نظریههای رقیب وارد حوزه عمل می شوند به خوبی قابل ارزیابی است. در اختلافات قراردادی بینالمللی، طرفین ممکن است درباره ماهیت قوانین امری، حدود بازدارندگی 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 مسألهٔ مورد اختلاف اجتنابناپذیر می شود. در نتیجه، طرفین یک قرارداد بینالمللی اغلب یک قدم به جلو برداشته و یک هیأت دادرسی را جهت حل اختلافات از قبل انتخاب می کنند.

در این مقاله، بحث بر سر جایگاه هیات صالح حل و فصل اختلافات فوقالذکراست. 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 پرطرفدار برای حل و فصل اختلافات خصوصی بینالمللی از این نوع مورد بررسی قرار میدهد.

## ٢ - مباني صلاحيت قضايي بينالمللي

هرگاه یک اختلاف، فارغ از ماهیت آن، به یک هیأت قضایی ارجاع شود، قبل از اعمال هر قاعدهٔ 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 می تواند صلاحیت خود را اعمال نماید، تبدیل به مسألهای بحث برانگیز کرده است كه اغلب منجر به اعلان صلاحيت همزمان مي شود. (Smith, 1993, p. 51; Baxter) 1966, pp. 14-20; Vagts; Houtte, 1986, p. 158-61.) قواعد و اصول تعيين كننده صلاحیت بین المللی دادگاههای ملی آشکارا قسمت مهم ساختار اصلی قواعد حقوق ملى شكلي هستند، كه نتيجهٔ دعوى را تحت تأثير قرار مي دهند. 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 می گویند 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. درجهٔ 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 نظریهٔ 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 برخوانده قدرت اعمال صلاحیت دارد یا خیر. (Nygh, 1996, p. 27.)

به عنوان مسأله متفرع بر دادرسی مبتنی بر قدرت، فقدان تابعیت سیاسی با یک کشور می تواند منجر به تبعیض گردد. چنانچه خوانده و یا خواهان، که در محضر یک دادگاه خارجی حاضر می گردد، ممکن است از او خواسته شود که برای هزینه ها، 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 حقشان در یک دادگاه خارجی را ندارند. (Koppenol-Laforce, 1996, p. 8.) به هر صورت، در حقوق بینالمللی خصوصی رویه های مبتنی بر قدرت صرف، هم در تئوری و هم در اجرا رو به تنزل هستند. امروزه، قدرت فیزیکی به تنهایی دیگر نمی تواند همه چیز را از جمله صلاحیت را توجیه کند. اگر چه قدرت یک موضوع اساسی در روابط بینالمللی است، در اختلافات خصوصی بینالمللی، انگیزه های نوع دوستانه که نمایان گر دغدغه های عدالت تصحیحی هستند، نقش مهمی را ایفا

می کنند. در بسیاری از تفکرات معاصر، مشروعیت صلاحیت قضایی عمدتاً با توجه به مصلحت، بی طرفی، و عدالت توجیه می شود، 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 پیچیده تری شده است چراکه به کارگیری نظریههای قضایی مبتنی بر مصلحت، بیطرفی و عدالت، در یک اقتصاد یکپارچهٔ جهانی به طور فزایندهای با مانع مواجه می شود. این نظم نوین جهانی، که در أن 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 نيز است. اين نظم حقوقي در مواجهه با اختلافات پيچيده خصوصي و عمومي بین المللی هنگامی که در یک فرآیند حل و فصل اختلافات واقعی اعمال می شود، نقش پراهمیتی پیدا می کند. صلاحیت قضایی یک مکانیسم اساسی برای تشخیص و اعمال حقوق بین الملل است. بنابراین سودمندی و حیات هر نظم حقوقی، اعم از ملی و بین المللی، هنگامی مورد ارزیابی قرار می گیرد که به طور مؤثر در یک قالب قضایی به كار برده شود و نتايج عملي دربرداشته باشد. بدون شک، جهاني شدن و ماهيت در حال تغییر حقوق، شرایط را دگرگون ساخته و دورنمایی را که در آن هیأت قضایی صالح مى توانست تعيين گردد، پيچيده نموده است. فرضهايي كه طبق آنها اعمال اختيار قضایی تشریح و توجیه می شد، یا دیگر معتبر نیستند و یا ابهاماتی درباره قلمرو دقیق آنها وجود دارد. یک شاخص اساسی در حقوق بینالملل خصوصی، مخصوصاً برای اهداف قضایی، أن است كه یك دعوی باید یك ارتباط اقتصادی، اجتماعی یا حقوقی معناداری تنها با یک جامعهٔ سازمانیافته سیاسی داشته باشد، تا اینکه دادگاههای آن جامعه بتوانند صلاحیت بر آن اختلاف را داشته باشند. اما تغییرات در ساختار روابط بین المللی، از دیاد اشکال متنوع مقررات ملی و مرزهای رنگ باخته ملی، تعیین ارتباط مسلط بین یک اختلاف و یک جامعه سازمان یافته سیاسی (دولت) را بینهایت مشکل مي کند.

در چنین قالب بینالمللی، شایستگی قضایی یک کشور خاص به طور اجتنابناپذیری با نظامهای حقوقی دیگر تداخل و تزاحم بیشتری پیدا می کند. این امر نیل به عدالت در روابط و معاملاتی که با دو یا چند نظام حقوقی دارای ارتباط جدی هستند، را بسیار دشوار میسازد. به رغم 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 می شوند ; (دودار نمایند، به ندرت یافت می شوند ; (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 نمی شود و دیگری دنیایی که در آن عموماً احکام خارجی مورد شناسایی قرارگرفته و اجرا می شوند.

کشورها به طور فزاینده ای عضو معاهداتی می شوند که ضوابط حاکم بر صلاحیت قضایی را تعیین می کنند. بزرگ ترین 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 کنواسیون لوگانو، می باشند. همین طور می توان کنوانسیون ۱۹۷۹ مونته ویدئو را که هم اکنون بین کشورهای آمریکای لاتین لازمالا جراست نام برد. در قالب اروپایی، صلاحیت در تمام مواردی که در بردارندهٔ یک خوانده مقیم کشور دیگری که عضو یکی از کنوانسیونهای مذکور است، می باشد، نه براساس قواعد بینالمللی خصوصی محل وقوع دادگاه که براساس قواعد بینالمللی خصوصی محل وقوع دادگاه که براساس بروکسل در ۱۹۲۸ امضا شد و بر کشورهای محدوده اتحادیه اروپا اعمال گردید. هدف بروکسل در ۱۹۲۸ 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 اعضاء

بوده است. کنوانسیون لوگانو در سپتامبر ۱۹۸۸ امضا گردید و اصول کنوانسیون بروکسل را به کشورهای افتا تعمیم داد. (Cromie, 1990, p. 3) این کنوانسیونها به طور کلی نشاندهنده نگرش منصفانه و واحدی به مشکل صلاحیت قضایی در اختلافات بینالمللی خصوصی می باشند. ماده ۳ کنوانسیونهای بروکسل و لوگانو صراحتاً اعمال آن دسته از قوانین ملی را که با مطالبه دلایل شاق از خوانده به حمایت خواهان منجر می شوند، 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 دربارهٔ 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 می توانستیم 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 می توانند تقبل صلاحیت کنند، توافق طرفین است و این تقریباً در تمام کشورها پایه محکمی برای صلاحیت میسر می سازد.

## 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 دعاوی قراردادیشان میباشد. آزادی طرفین در انتخاب مرجع صالح بخش اصلی و بسیار مهم یک سیستم آزاد تجارت بینالمللی است. (.19-18 Behrens, 1993 و Behrens) آزادی برای انتخاب یک سیستم دادرسی، که خارج از دخالت مستقیم سیستمهای حقوقی ملی عمل می کند، اصلی ترین

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

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 می نماید، تحت یک نظم حقوقی خصوصی، ضرورت حمایت از یک سیستم حل اختلاف خصوصی و مستقل که با دخالت کشورها توازن پیدا کند، مشهودتر می شود. در نتیجه وجود نفع عمومی در اختلافات خصوصی، علی الخصوص در اختلافات نتیجه وجود نفع عمومی در اختلافات خصوصی، علی الخصوص در اختلافات نمودن دادگاه معمول ملی با یک دادگاه ملی ذینفع مورد تردید است، انتظار جایگزین نمودن دادگاه معمول ملی با یک دادگاه ثالث یا بی طرف قابل پذیرش تر است. در اختلافات خصوصی کلاسیک، دادگاههای ملی تمایل اندکی به نفع عمومی داشتند و تنها نقطه ضعف 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 می سازد. دخالت به اسم عدالت و امنیت اجتماعی همیشه دربردارنده تبعیض است مخصوصاً علیه آنهایی که از ملیت خارجی هستند. ( 44. Streit and Voigt, 1993, p. 44. ) در مقایسه با آزادی انتخاب قانون ماهوی، آزادی انتخاب دادگاهی است که پرونده را برخوردار است چرا که قانون حاکم اغلب قانون محل دادگاهی است که پرونده را (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 بی طرف ارزیابی می گردد. 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 طردکننده 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 سرمایه گذاری بین المللی نگاه می دارد. 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 حكومت خواهد كرد. مشكل اساسى در اين ارتباط مشكلي است كه از مناظره 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 می گیرند. بسته به این که تأکید بر خصوصیات قراردادی یا شکلی این شروط باشد، نفوذ و تأثیرگذاری [اصل] آزادی قراردادها در این خصوص ممكن است افزايش يا كاهش يابد. (Delaume, 1990, pp.1-5) بنابراين: حدود صلاحدید 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 بین المللی 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 می شود. به جهت هزینه پیش بینی اختلافات متعاقب در معامله، آنها شخص ثالثی را که تعیین او به مراتب کم هزینه تر از تصریح به راه حل های محتمل برای اختلافات از قبل است، برمی گزینند. اصل آزادی قراردادی به طرفین یک قرارداد قدرت مدیریت اختلاف قراردادیشان و کنترل فرآیند قضایی را میدهد. در روابط قراردادی بین المللی، 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 اهمیت ترین 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. ( ,Petersman احتمالی الن مستلزم کاهش تأثیرگذاری صلاحیت دادگاههای متعارض یا حتی تداخل احتمالی 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 می تواند 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 خویشتنداری 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 می یابد. (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 می شود.

#### ٣-٢- عدالت خصوصي بين المللي

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

هرگاه که یک اختلاف موجود یا معلق در آینده وجود داشته باشد، در کنار طرح دعوای عادی، طرفین خصوصی می توانند 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 علی الخصوص در اختلافات قراردادی بین المللی نگران اقامه دعوی در دادگاه بودند. نه تنها این روش گران، زمانگیر، نگران کننده و همیشه به دور از تبعیض نیست بلکه همچنین مجال اندکی برای تامین خواستههای طرفین دربارهٔ فرآیند حل و فصل اختلاف فراهم می سازد. این ملاحظات طرفین قراردادهای تجاری را بی میل 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 روی آوردهاند میجود در روابط اقتصادی بین المللی نگریسته می شود، اما طرفین متعارض به طور فزایندهای ترجیح می دهند که اختلافشان بیرون از دادگاه حل شود. در بسیاری از یروندها، دادرسی با روشهای جایگزین حل اختلاف انجام شود. در بسیاری از یروندها، دادرسی با روشهای جایگزین حل اختلاف انجام شود. در بسیاری از یروندهها، دادرسی با روشهای جایگزین حل اختلاف انجام شود. در بسیاری از یروندهها، دادرسی با روشهای جایگزین حل اختلاف انجام

1-ADR

می گیرد. (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 می دهد. علاقه فوقالعاده به اشکال جایگزین حل اختلاف بخشی از گرایش عمومی به بسط آزادی قراردادی در سطح شکلی آن می باشد.

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 مبنى بر روش جايگزين، طرفين بايد تعيين كنند كه آيا طرف ثالث قدرت تحميل 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 می گیرد. اولی ممکن است متضمن شکلی از قضاوت توسط قاضی خصوصی که به عنوان داور شناخته می شود، باشد. بنابراین، انواع مختلفی از فرآیندهای حل اختلاف به روشهای جایگزین وجود دارد. برای مثال داوری دارای ویژگی تصمیم گیری الزامآور است اما میانجی گری 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 می شوند و یا گاه به آنها دستور داده می شود 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 مرضی الطرفین برای یک اختلاف خاص می باشد. ویژگی الزامآور بودن تصمیمی که اتخاذ میشود، داوری را از سایر اشکال جایگزین

متمایز می نماید. (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 می گیرد.

#### ۳-۲-۲ تعریف و فواید داوری

می توان 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 تصميم يک داور حل مي شود. تصميم داور، براساس تمام حقايق که توسط طرفين 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 تو افق طر فين باشد. ( & Boyd,1989 , pp. 42-45; Forde,1994, pp. 4-6; Robert . الله على الشاد. ( & Boyd,1989 بالشاد. ( & Boyd,1989 + Carrbonneau,1983, p. II: 2-14; Lee,1986, p. 388; Jakubowski,1982, p. 175 روشی قضایی برگزار میگردد اگر چه، اختیارات داورها به اندازه اختیارات قضات نيست.(Reynolds, 1993, pp. 3, 4; Park, 1995, p. 53) 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 مى باشد. يك توافقنامه داورى مى تواند به عنوان ( باشد. يك توافقنامه داورى مى تواند به عنوان باشد. Oehmke, 1990, pp. 44-50; Jarvin, 1986, pp. 50-51) مقررهای که به موجب آن طرفین توافق می کنند 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 می شود.

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 سریع تر از طرح دعوی در نظر گرفته شده است. اگر چه داوری لزوماً ارزان نیست، همچنان واجد برخی فواید رجحان دهنده بر طرح دعوی در دادگاه میباشد. (باید. (1983, pp. 17, 18,19 و فرصت الایم (1983, pp. 17, 18,19 این فواید شامل انعطاف پذیری، محرمانه بودن جریانات و فرصت طرفین برای انتخاب شخص ثالثی که فاقد تعلق خاصی به یک سیستم حقوقی ملی باشد، می شود. داوری، علی الخصوص در سطح بین المللی، نهایی ترین حد ابراز استقلال طرفین و آزادی قرار دادی است. یک ویژگی اساسی داوری بین المللی آزادی طرفین برای توافق درباره آیین رسیدگی داوری است. این اصل در کنوانسیون نیویورک و سایر توافقهای بین المللی 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 می کند (تنها مشروط به حداقل قواعد آمرهٔ حقوق داخلی). اصل داوری قراردادی طرفین به آنها اجازه می دهد 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) است. داوری را مطلوب ترین شکل حل اختلاف در روابط تجاری بین المللی ساخته است.

### ٣-٢-٣- نظريههاى مربوط به ماهيت داورى: تفكيك حقوق عمومى/خصوصى

داوری از نظر ماهیت تأسیسی است که به واسطه آن افراد اختلافات خود را تاحدی که قانون اجازه می دهد به طور خصوصی فیصله می دهند. خصوصیت متمایز کننده این شکل از سیستم عدالت خصوصی، ماهیت رضایی و داوطلبانه آن است. در حالی که تسیلم شدن به صلاحیت دادگاههای عمومی از موارد التزام حقوقی است، تسیلم شدن به عدالت خصوصی بستگی به رضایت هر دو طرف دارد. به هر حال، نظر ما درباره ماهیت دادرسی در کل، تأثیر تعیین کنندهای 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 می باشد. فارغ از

دغدغههای شخصی، داوری با آنچه جان رالز به عنوان «اجماع در شکل» بین آنهایی 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. اختلاف نظر بر سر ماهیت دادرسی، قواعد شکلی و حد آزادی طرفین، علی الخصوص در دادرسی خصوصی اختلافات قراردادی، وقتی به بحث درباره ماهیت داوری میرسد، تشدید میگردد. (Mackie, 1991, p. 19-19) 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 داوری هایی که در حیطه صلاحیت آن واقع می شوند 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 می شود. 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) طرفين 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 دعوای خاص را به داور محول می کند 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 می گیرند به طوری که گویا توسط سیستم عمومی متأثر شده و در معرض دخالتهای آن قرار گرفتهاند.

شناخته شده ترین جنبه بحث برانگیز نظریه حقوق عمومی، پیش فرض اولیه آن است که مستلزم دخالت بیش از اندازه دولت در اجرای عدالت است. به نظر می رسد 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 می شود و آنها می توانند 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 درمورد 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 می ورزد.

بنابراین طبق نظریه قراردادی ماهیت داوری، می توان استدلال کرد که داوری موجودیت و صحت خود را از اراده و رضایت طرح کنندگان دعوی می گیرد. در مغایرت آشکار با سیستم عمومی قضاوت، فرآیند داوری بیانگر نظم خصوصی است. هنگامی که یک طرف وارد داوری می شود، عمل او عوضی برای تعهد طرف دیگر به پذیرش رأی داوری است و برعکس. (Jones, 1997, p. 122) موافقتنامه داوری نوعی قرارداد است که در سطحی عالی تر به تخصیص ریسک می پردازد. (Kellor,1941, p. 8.) این مکانیسمی است که تحت آن طرفین یک قرارداد توافق می کنند شخص ثالثی را در صورت شکست آنها در رسیدن به یک توافق در آینده، برای تصمیم گیری در گیر نمایند. در انجام این کار طرفین از معیار آزادی فردی چشم پوشی می کنند. چنین استدلال شده

است که هر دو جنبه داوری، یعنی قرارداد داوری و رای داوری ویژگی قراردادی 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 پذیرش تر به نظر می رسد 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 می گیرد که یک رأی، قراردادی است که توسط داور به عنوان نماینده طرفین کامل می شود. 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 می داند 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 خصوصي هستند زيرا تنها منافع طرفين بلاواسطه اختلاف وابسته به رأي داوري است. طرفین اختلاف به عنوان واحدهایی مجزا دیده می شوند. کشمکش بین آنها از فعل و انفعال متقابل خواسته های ناسازگار دو جانبه و خصوصی ناشی می شوند. 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 ارزش هایی 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 نمی تواند وجود داشته باشد، قابل فهم می شود. در واقع، اين اجزاء غيرقابل تفكيك هستند. (Dworkin, 1977, p. 62) مناظرهٔ «خصوصي در مقابل عمومی» همیشه بر روی تعیین نسبت بین این دو بوده است. حذف کامل حق نظارت دولت حداقل به اندازه تلاش برای ریشه کنی 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 منعکس کننده بی ثباتی ذاتی در تعادل بین آزادی و نظم به عنوان عناصر اصلی سازنده یک سیستم عدالت خصوصی، میباشد. (Poezalay & 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 نمی گیرد. بنابراین، اگرچه داوری با توافق طرفین آغاز و از اصل محفوظ میداردهی 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 درحالی که هنوز ویژگی برتر آن عدالت تصحیحی و خصوصی است. (Jakubowski, 1982, p. 178)

#### ۳-۲-۴ بین المللی سازی داوری

فواید داوری که تا اینجا ذکر شد بیشتر نشاندهنده مطلبوبیت و پیشرفت تکاملی داوری در حوزهٔ سیستمهای حقوقی ملی است، اما بزرگترین فواید داوری در اختلافات بینالمللی منعکس می شود. بنابراین، یکی از مشخصههای بارز حقوق مدرن داوری، تقسیم آن به داوری بینالمللی و داخلی است. داوری بینالمللی با همتای داخلی اش در اینکه اولی حتی باید بیشتر از پیچیدگیهای داخلی فارغ باشد، متفاوت داخلی اش در اینکه اولی حتی باید بیشتر از پیچیدگیهای داخلی فارغ باشد، متفاوت است. (Y Taniguchi, 1998, p.39) به هر صورت، همیشه تصمیمگیری دربارهٔ اینکه داوری بینالمللی است یا داخلی به این سادگی نیست زیرا هر قانون ملی برای خودش آنچه را که داخلی یا بینالمللی می داند، تعریف می نماید. مرز بین این دو نوع داوری می تواند 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, 1994, pp. 239, 241; Born, 1994, p. 2

قانونگذاران و قضات در بسیاری از کشورها فهمیدهاند که داوری بینالمللی، علی الخصوص در مسائل تجاری، مستلزم مقررات متفاوتی نسبت به آنچه در داوری های داخلی به کار برده می شود، می باشد. چنانچه دولت ها به دنبال ارتقاء تجارت بینالمللی و خواهان خلق فضای حقوقی مطلوب تری برای طرف های خارجی باشند، باید قانون داوری بینالمللی منعطف تری داشته باشند. (-146 Carbonneau, 1984, pp. 146)

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 می تواند به عنوان یک رکن اساسی حقوق تجارت بين الملل مدنظر قرار گيرد. صرف نظر از اينكه چنين مكانيسم حل و فصل اختلاف بین المللی چه خوانده می شود، تنزل نقش دادگاههای ملی و افزایش روشهای جایگزین حل اختلاف نشان دهنده عمق و عظمت فرآیند جهانی سازی است. همراه با تمرکززدایی از ساختار روابط اقتصادی بین المللی، تنها سیستم قضایی ماندگار آن است که از طرق همکاری و تنظیم متقابل تأسیس شده باشد. در ساختار کنونی روابط اقتصادی بين المللي، تمام اشكال حل و فصل اختلافات بين المللي، عمومي يا خصوصي، سرانجام براساس توافق طرفین بنیان گذارده می شود. برخی از این ترتیبات، همچون سیستم حل اختلافات گات ٔ چنان رشد کرده است که شاید مؤثرترین و پرکاربردترین آیین حل و فصل اختلافات بین المللی شود. به هر حال، حتی این نوع حل و فصل اختلافات بین المللی بخشی از مفهوم کلی تر داوری ملی است که می تواند در اشکال و ترکیبهای مختلف ظاهر شود. داوری می تواند بین طرفین خصوصی از کشورهای مختلف، بین دولتهاي حاكم يا ساير تابعان حقوقي بين الملل عمومي، ( Baker & Davis, 1992, pp. ) vii, viii; Khan, 1990, pp. x, xi) باشد و نوع سومي از داوري مربوط است به داوري 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 بی طرف انعکاس پیدا می کند. در حالی که جامعهٔ بینالمللی به سمت یک جامعه مشارکتی تر پیش می رود، نقش داوری به عنوان ماندگار ترین گزینه برای حل اختلافات، آشکار تر می گردد. سیستمهای حقوقی ملی نسبت به داوری مسائل بینالمللی به طور فزایندهای پذیراتر می شوند. در خلال تصمیم دادگاه و یا قانون گذاری، آنها پذیرفتهاند که ویژگی بینالدولی و بینالمللی معاملات تجاری، اعمال محدود تری از صلاحیت ملی و دیدگاه آزادی خواهانه تری نسبت به دادرسی تجاری را اقتضا می کند. در دوران همگرایی فرهنگی امروزی، پیدا کردن یک «فرهنگ داوری بینالمللی» واحد در دوران همگرایی فرهنگی امروزی، پیدا کردن یک «فرهنگ داوری بینالمللی» واحد

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

نیروی محرکه داوری تجاری بین المللی نهادهای اقتصادی خصوصیاتی هستند که شرکتشان در تجارت و سرمایه گذاری بین المللی به واسطهٔ به رسمیت شناختن مساعدتشان در توسعه اقتصادی و تولید ثروت، تسهیل می شود. تفوق ابتکار خصوصی در تجارت و سرمایه گذاری بین المللی زمانی به رسمیت شناخته می شود که نظریه حقوقی اصل آزادی طرفین در معاملات اقتصادی بین المللی پذیرفته شده باشد. یک جنبهٔ بسیار مهم این آزادی طرفین از طریق داوری تجاری بین المللی تجلی پیدا کرده است. به دلیل سیستم قضایی دولتی ذاتاً جانبدار، جستجو برای عدالت خصوصی، علی الخصوص در یک قالب جهانی، از خلال حرفهٔ حقوقی بین المللی، داوری تجاری بین المللی، داوری تجاری بین المللی و نهاد خاصی از حقوق به نام «قواعد عام تجار» مورد پیگیری قرار گرفته بین المللی و نهاد خاصی از حقوق به نام «قواعد عام تجار» مورد پیگیری قرار گرفته

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>- lex mercatoria

است. امروزه، داوری تجاری بینالمللی محبوب ترین 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. ( ,Castel, deMestral & Graham,1992 و را تضمین مینمایند، امکانپذیر شده است. ( ,pp 82-85 و را تضمین مینالمللی طرفین توافق می کنند که اختلافات مرتبط با قرارداد از طریق داوری حل و فصل خواهد شد. رویههای تجاری، آنچنان که قبلاً اشاره شد، به طور خاص نظر به داوری دارند. اختلافات تجاری بینالمللی، جایی که هیچکدام از طرفین دولت نیستند بسیار فراوان هستند. چنین اختلافاتی بین تجار یا شرکتها در بسیاری از حوزههای حقوق تجارت، از جمله صادارت و واردات، مشارکتها موافقتنامههای نمایندگی، تأمین مالی و ساخت بروز می کنند.

در غیاب یک دادگاه بینالمللی برای عدالت خصوصی، داوری یک راه حل منطقی است. در واقع، تحت برخی شرایط، تنها انتخاب واقع بینانه برای طرفین است. طرفین قرارداد می توانند 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 بی اعتماد باشد. در چنین بن بستی، عجیب نیست که داوری یک مصالحه قابل قبول می شود. در واقع، ممکن است تنها راه حل 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 کلی تر ایدئولوژیکی و فرهنگی میباشد که از حداکثر آزادی و انتخاب برای اشخاص خصوصی که در زمینه تجارت و سرمایه گذاری بینالملل فعال هستند، دفاع می کند. 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 می دهد 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 آزادیگرای جاافتاده و معتبر میباشد. پدیده داوری تجاری بینالمللی نهادینه تر شده است و از اینرو مشخصههای آن، واقعیت اقتصاد جهانی در حال ظهور را نشان است و از اینرو مشخصههای آن، واقعیت اقتصاد جهانی در حال ظهور را نشان است. رشد دادرسی خصوصی در واقع تنها با یک همگرایی توأمان قوانین ملی و توافقنامههای بینالمللی تسهیل کننده ممکن میشود که منتج به جهانی شدن روشهای حل اختلافات تجاری می گردد.

چنین دورنمایی، که نتیجه مستقیم جهانی شدن و فرهنگ همگانی داوری است، می تواند از نظریه مربوط به هویت مستقل ماهیت داوری که در هماهنگی با گرایشهای عمومی در روابط اقتصادی بین المللی می باشد، حمایت کند. علاوه بر نظریههای مربوط به ماهیت داوری، که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، در قالب داوری تجاری بین المللی تئوری ای طرح شده است که نشان گر این نوع داوری است. اصطلاح «هویت مستقل» به آن نوع داوری بین المللی اشاره دارد که از سیستم قضایی ملی به واسطه توافق طرفین منفک می شود. همچنین ممکن است داوری «غیر ملی شده»، «غیر بومی شده» یا «حقیقتاً بین المللی» به آن اطلاق شود. هدف این مفهوم، تأکید بر موقعیت خاص داوری تجاری بین المللی و کاهش اثرات ناخواستهٔ سیستم های حقوقی ملی است. ( , 1990 (ed.) 1988, p. 15

حتمی بین داوری و سیستمهای حقوقی ملی را شناسایی می کند، طبق این نظریهٔ اخیر، داوری تجاری بین المللی 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 بین المللی، نگرش واقع بینانه تری را دنبال می کند. شناسایی داوری به عنوان یک نهاد مستقل، تصدیق غیر ملی بودن آن است. چنانچه عملکرد صحیح و شایسته داوری تجاری بین المللی نیاز مند آزادی کامل و مطلق طرفین باشد، داوری تبدیل به ابزاری برای اجرای قواعد یک نظم خصوصی می شود 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 لازم الاجرا را نادیده گرفته و به سختی با واقعیت مطابقت می کند در حالیکه یک توافقنامه داوری، به عنوان یک توافقنامه الزام آور قانونی، تا جایی معتبر در حالیکه یک توافقنامه داوری، به عنوان یک توافقنامه الزام آور قانونی، تا جایی معتبر است که از حمایت حاکمیت بهره مند باشد.

## ٣-٢-٩ مقررات ملى و بين المللى داورى تجارى بين المللى

نهادهای خصوصی نمی توانند به طور کامل از قانون روگردانده و به شکلی از عدالت خصوصی برای معاملات بین المللی، روآورند. همچنین تعامل منطقی بین آزادی و نظم برای نشاندادن حد استقلال عدالت خصوصی بین المللی در محدوده پیچیدگی روابط بین المللی مدرن بسط داده می شود. در این معنا، داوری تجاری بین المللی باید به عنوان جلوهای از استقلال و کنترل تحت نظم حقوقی بین المللی، دیده شود. فعالان تجارت بین المللی نمی توانند روابط پیچیده، مبهم و در حال تغییر بین داوری بین المللی و نظامهای ملی، بین عدالت خصوصی و دولتی را نادیده بگیرند. فرمول ایده آل، که استقلال داوری را با مشروعیت دادگاه دولتی ترکیب می کند، حفظ فاصله برای دادگاهی است که بر عملکرد صحیح و شایستهٔ 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 می کنند. داوری تجاری بینالمللی حقیقتاً بدون کمک قوانین و دادگاههای ملی نمی تواند به طور مؤثر عمل نماید. بی تردید 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 می سازد. چنانچه آراء داوری بایستی قانوناً الزامآور باشد، این باید به وسیلهٔ سیستمها و دادگاههای حقوقی داخلی تحقق پیدا کند.

بنابراین، برخلاف نظریهٔ 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 مید داوران تعیین 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 ا 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 حقوقی ملی نیابراین هر دولتی ممکن است حق داشته باشد که هر نوع فعالیتی از جمله داوری کنند. بنابراین هر دولتی ممکن است حق داشته باشد که هر نوع فعالیتی از جمله داوری کنند. بنابراین هر دولتی ممکن است حق داشته باشد که هر نوع فعالیتی از جمله داوری دا در محدودهٔ سرزمینش ممنوع و یا مجاز نماید.

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

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>-F A Mann

<sup>&</sup>lt;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 می گیرد. حتی گردن نهادن داوطلبانه به آراء داوری در تجارت بینالملل نمی تواند 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 می شود 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 می شود.

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 در کی 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 می توانند 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 بین المللی، معاهدات چند جانبه متعددی در ارتباط با شناسایی و اجرای آراء داوری مورد توجه دولتها قرار گرفتهاند که بدون آنها داوری تجاری بین المللی احتمالاً اعتبار

كنوني خود را به دست نمي آورد. داوري بين المللي امروزه تابع مجموعهاي از مقررات بین المللی است که در ضمن معاهدات بین المللی آمدهاند. در بین معاهدات، کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ مهمترین مورد است. این کنوانسیون، مثالی است برای نقشی که حقوق بینالملل عمومی می تواند در متأثر کردن و نظمدهی ترتیبات خصوصی بين المللي ايفا نمايد. بنابراين، به رغم اداره شدن توسط نهادهاي خصوصي، 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 كميسيون حقوق تجارت بين الملل سازمان ملل (أنسيترال) پيداست كه در دسامبر سال ۱۹۹۱ 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 ۱۹۷۲، «قواعد سازش» در ۱۹۸۰، «رهنمودها» در ۱۹۸۲ و «قانون نمونه درباره داوری تجاری بینالمللی» را در ١٩٨٥ تصويب نمود. همچنين مجمع عمومي سازمان ملل «قطعنامهٔ» «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 بین المللی را به این دلیل که داوری به پیشرفت روابط اقتصادی بینالمللی کمک میکند» مورد تاکید قرار داد. موفقیت یک ملت بستگی به حجم و سهم مشارکت آن در تجارت و سرمایه گذاری بین المللی دارد. داوری جنبه اساسی چنین سیاستی است که منعکس کننده تعهد یک ملت به قاعده حقوقی و عدالت جهانی است. با فرض مسلم وابستگی روز افزون اقتصادهای جهان، هیچ ملتی نمی تواند نسبت به پیشرفتهای فراگیر داوری بین المللی مقاومت کند. قواعد آنسیترال به طور گستردهای توسط بسیاری از دیوانهای داوری بینالمللی همچون دیوان دعاوی ایران - اَمریکا 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 می شود «داوری نظارت شده» نامیده می شود. حدود نظارت بستگی به مؤسسه و قواعد آن دارد. انواع مختلفی از مؤسسات داوری برای نظارت بر داوری بین المللی وجود دارند. برخی از آنها به عنوان سازمانهای غیرانتفاعی برای ارتقای روش حل اختلافات ایجاد می شوند در حالی که برخی دیگر به واسطهٔ یک معاهده بین المللی خاص موجودیت می یابند. در بین این مؤسسات اتاق بازرگانی بین المللی اقسمت عمدهای از این سیستم است. در حالی که قواعد و روندهای آن بحثهای جدی را می طلبد، هنوز بدون شک موفق ترین مؤسسه داوری بین المللی 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 نمی شود، 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 حوزهٔ حقوق داخلی و بینالمللی در حال وقوع است. به دلایل مختلف تمایل زیادی نسبت به سیستم خصوصی عدالت از جمله داوری و یک بی میلی عمومی برای تسلیم دعاوی خصوصی به دادگاههای دولتی وجود دارد. در نتیجه تجارت و سرمایه گذاری بینالمللی، نیمه دوم قرن گذشته شاهد رشد بی سابقه توسعه تجارت و سرمایه گذاری بینالمللی، نیمه دوم قرن گذشته شاهد رشد بی سابقه

<sup>1</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 می کنند.

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 می شود. نقش حیاتی داوری در تجارت بین المللی وقتی ظاهر می شود که یک محکمه بی طرف به دو طرفی که تمایل ندارند تسلیم صلاحیت دادگاههای طرف دیگر شوند، ارائه شود. با این وجود، حتی داوری بین المللی که از نظر شرایط مفاد استانداردهای عدالت تصحیحی مستقل است، نمی تواند به طور کامل، مستقل از نظم های حقوقی ملی باشد.

## منابع و مآخذ: انگلیسی:

- 1- Avanessian 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 Remarking 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 Amicorm 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 ArbitrationAct 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 0& 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 Schultsz & A J Van Den Berg, *The Art of Arbitration*, Antwerb, 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 Carrbonneau, 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 three 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: Ttowards 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

٦١

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