

# تحلیلی نظری و کاربردی بر چالش‌های نوین تحصیل ادله در داوریه‌های بین‌المللی با رویکردی تطبیقی و انتقادی

پیمان دادرس\*

سید امیر حامد طالبیان\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۱/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۵/۷/۲۹

## چکیده

داوریه بین‌المللی به‌عنوان یکی از روش‌های حقوقی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، در سال‌های اخیر پیشرفت چشمگیری داشته است. بسیاری از اسناد و مدل‌های قوانین و آراء مختلف از منابع مختلف و نهادهای گوناگون و محاکم بین‌المللی، منتشر و صادر شده‌اند که تخصص، پیچیدگی و جزئی‌نگر شدن آنها روز به روز در حال افزایش است. مع‌هذا بر پژوهشگران پوشیده نیست که هرآینه غایت نهایی داوریه نیز به مانند رسیدگی‌های قضایی، حل اختلاف و به دیگر سخن، اقناع طرفین اختلاف و رسیدگی به نتیجه‌ای عادلانه و انصاف‌محور و در نهایت، راضی شدن آنها به نتیجه است. تأسیس شاخه‌های تخصصی این درخت میان‌سال داوریه، محصول این تخصص‌گرایی‌ها و مذاقه‌ها بوده است که یکی از مهم‌ترین شاخه‌های مطالعه در آن، امر مهم ادله اثبات است. نوشته پیش‌رو در وهله اول درصدد ترسیم چارچوب مفهومی نظام ادله اثبات دعوا در داوریه‌های بین‌المللی، سپس در تکاپوی ترسیم حتی‌الامکان چالش‌های پیش‌رو در مهم‌ترین دلایل موجود در نظام ادله اثبات دعوا در داوریه‌های بین‌المللی و در کنار آن به طرح بحث تفکیک قانون حاکم بر ادله اثبات از قانون حاکم بر امور شکلی و ماهوی

---

\* دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه پانتئون سوربون فرانسه (تخصص در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل) و استادیار دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات.

peyman\_hamc@yahoo.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

talebianlaw@gmail.com

محکمه داور می‌پردازد که یکی از جدیدترین دکترین در داور بین‌المللی است و سپس به بررسی سازمانی این چالش مهم در داورهای بین‌المللی و نهادهایی که در این راستا گام برداشته‌اند، مبادرت می‌ورزد.

### کلید واژگان

قاعده تحصیل دلیل، کانون وکلای بین‌المللی، استاندارد سازی، ادله اثبات در داور.

## مقدمه

یافتن حقیقت با اسلوبی حقوقی، همانند بسیاری از تصمیمات مهم زندگی روزمره، امور را در حاله‌ای از تردید و ابهام قرار می‌دهد فلذا نظام‌های حقوقی، مجموعه‌ای از قواعد را در جهت یاری به حقوق دانان و فیصله‌دهندگان اختلافات، ترسیم می‌کنند تا بار اثبات را در جای خود قرار داده و در دعاوی حقوقی عمدتاً خواهان و خوانده را در جایگاهی مساوی فرض کنند مگر امارات و قرائن و دلایلی دیگر در این راستا یافت شده یا تسلیم مرجع حل اختلاف شوند.

برخی از این قواعد در قوانین اساسی منصوص هستند (همانند اصل برائت) که غالباً متعلق به نظم عمومی هستند. اما غالب این قواعد در قوانین و کدهایی تدوین شده‌اند که اصلاح آنها مستلزم فرایند پیچیده و طاقت‌فرسای اصلاح قانون اساسی نباشد. لازم است قانون‌گذاران در این راستا، قواعد نوین و به روزی را وضع کنند. قواعدی که بازتاب روح جمعی فرهنگ جامعه باشد.

امروزه در عصر نوین علم و ارتباطات، لوازم و روش‌های حل و فصل اختلافات نیز گسترده شده‌اند و این گستردگی و به تبع آن پیچیدگی، مستلزم توجه ویژه قانون‌گذاران است اما در میان این روش‌ها، داوری بین‌المللی، روندی رو به رشد داشته تا حدی که تبدیل به یکی از رایج‌ترین طرق حل و فصل اختلافات بین‌المللی شده است. قانون‌گذاران در این وادی در چارچوبی حداقلی ورود کرده‌اند زیرا، قواعد داوری غالباً توسط طرفین و تحت شرایطی توسط داور یا داوران، موجودیت می‌یابند. مع‌هذا این مهم در پاره‌ای از موارد باعث سردرگمی و کلا و داوران شده است. در تکاپوی حل این معضل و رسیدن به اتحاد در میان نظام‌های حقوقی، نهادهای بین‌المللی، کلا یا جزئا، در جهت حل بحران و ایجاد وحدت میان این قواعد، تلاش‌هایی را وجهه راه خویش قرار دادند. مع‌هذا چالش انتخاب بین راه یکسان‌سازی قواعد (متحدالشکل سازی در قالب قوانین فراگیر) و یا راه انعطاف‌پذیری قواعد (توسیع مفهوم آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر داوری)، هنوز در جامعه بین‌المللی، موضوعی مبتلابه است که البته در این نوشتار، به بحث کشانده می‌شوند.

در داوری‌های بین‌المللی معمولاً قانون حاکم بر امور شکلی و امور ماهوی مورد مذاقه طرفین واقع می‌شود. در این نوشته که به‌طور کلی به مهم‌ترین چالش‌های پیش‌رو در نظام ادله اثبات در داوری‌های بین‌المللی پرداخته می‌شود، دکتترین نوینی ارائه و شرح داده می‌شود که به‌موجب آن

حتی می‌توان "قانون حاکم بر ادله" را از قانون حاکم بر امور ماهوی و شکلی دعوا، به‌صورت جداگانه مشخص کرد که به‌عنوان شرطی مستقل در قرار رجوع به داوری لحاظ شود. همچنین چالش‌های نوینی پیرامون مسائلی همچون مفهوم جدید و موسع سند، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### گفتار اول: مفاهیم اولیه جهت تبیین مسئله

اصل حاکمیت اراده (آزادی) طرفین دعوا و داور در انتخاب قانون صالح، اصل تناظر در ارائه دلیل در داوری بین‌المللی، مفاهیم دادرسی و داور جزء مفاهیم کلیدی در تبیین طریق ارائه دلیل در داوری بین‌المللی هستند.

اصل حاکمیت اراده (آزادی) طرفین دعوا و داور در انتخاب قانون صالح یکی از مسائل چالش‌برانگیز جامعه بین‌المللی معاصر است که حدود و ثغور آن، در تعیین قانون حاکم بر ادله اثبات دعوا تأثیر چشمگیری دارد.

داوری محصول توافق طرفین است. طرفینی که می‌توانند قانون حاکم بر داوری را به اشکال مختلف برگزینند؛ یا به‌طور مستقیم به مقررات نهادهای بین‌المللی همانند<sup>۱</sup> AAA و یا<sup>۲</sup> ICC ارجاع دهند یا قانونی ملی را به‌مثابه قانون حاکم تلقی کنند و یا به داور یا داوران، حق انتخاب قانون صالح را اعطا کنند. برای مثال در حقوق سوئیس، نحوه انتخاب قانون صالح در داوری بین‌المللی به قاعده ارجاع<sup>۳</sup> معروف است.<sup>۴</sup>

در گذشته بسیاری از حقوق‌دانان و متخصصین، قانون حاکم بر داوری را قانونی جزء قانون شکلی و قانون ماهوی نمی‌دانستند. اما قانون حاکم بر داوری، امروزه مفهوم وسیع‌تری داشته و علاوه بر قانون شکلی و قانون ماهوی، قانون مقرر محکمه داوری و قانون مربوط به ادله اثبات دعوا را نیز دربردارد.

۱. American Arbitration Association.

۲. International Chamber of Commerce.

۳. Rule of Reference.

۴. P.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, "On International Commercial Arbitration", Kluwer, ۱۹۹۹, p. ۶۴۰.

در این مجال، قانون مربوط به ادله اثبات دعوا مورد مطالعه واقع می‌شود که می‌تواند با توافق طرفین تعیین شود. یعنی طرفین دعوا، بدون هیچ محدودیتی و بدون در نظر گرفتن قانون مقرر دادگاه و قانون شکلی، قانون ادله اثبات دعوا را تعیین کنند و یا حتی خلق کنند.

این مسئله می‌تواند با در نظر گرفتن نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا، دچار چالش شود چون که هریک، رویکردی متفاوت نسبت به ادله اثبات دعوا را اتخاذ کرده‌اند و بسته به نوع دلیل، ممکن است حسب درک خود از نظام حقوقی، موضوعی را در چارچوب نظم عمومی تلقی کنند. برای نمونه، در ایالات متحده آمریکا، قواعد کمی در موضوع قواعد رسیدگی در داورها وجود دارد و این امر بیشتر برعهده شخص داور است.<sup>۱</sup>

مع‌هذا مفهوم جدید از آزادی اراده طرفین برای تعیین یا حتی خلق ادله اثبات دعوا نباید پژوهشگران را به اشتباه افکند زیرا، قواعد عمومی و بنیادین آیین دادرسی، هیچ‌زمانی نمی‌توانند تحت اراده طرفین یا حتی داور، کم‌رنگ شوند. همانند اصل تناظر که در بند سوم از ماده ۶۳ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ماده ۱۵ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، ماده ۱۶ مقررات انجمن داورهای آمریکا و ماده ۱۸ مقررات UNCITRAL درج شده است.

سؤال مهم در این مجال، این است که آیا ادله اثبات دعوا در صورت توافق طرفین یا در صورت سکوت با اختیار داور، می‌تواند تحت تأثیر قانون مقرر دادگاه قرار گیرد یا خیر؟ در کنوانسیون‌های بین‌المللی و نهادهای داورهای عمدا در خصوص یکسان‌سازی ادله اثبات دعوا در داورهای بین‌المللی صحبت نشده است تا ویژگی انعطاف‌پذیری داور محفوض بماند و طرفین حق انتخاب داشته باشند.

نتیجه منطقی تحلیل فوق‌الذکر این است که طرفین می‌توانند قانون حاکم را به بهترین وجه که با قضیه مطروحه مطابقت داشته باشد، انتخاب کنند.<sup>۲</sup> اما این خلأ می‌تواند دچار چالش‌هایی جدی

۱. Lara unfer, L'administration de la preuve en arbitrage international. Étude comparative France / Etats-Unis, P. ۱۶.

۲. L. Vercauteren, "The taking of evidence in international arbitration", American Review of International Arbitration, ۲۰۱۲, number ۲۳, p. ۳۴۱.

شود.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال اگر طرفین دعوا، هرکدام تابعیت یکی از نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا را داشته باشند و یا چنانچه مقر دیوان داوری در یکی از کشورهای پیرو نظام حقوقی رومی ژرمنی یا نظام حقوقی کامن لا باشد؛ این خلأ به نحو چالش برانگیزی خودنمایی می‌کند.<sup>۲</sup> همچنین می‌توان گفت که در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی، دلیل مکتوب (سند) اهمیت زیادی دارد و در مقابل، در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن لا، دلیل شفاهی حائز اهمیت بیشتری است که این تمایز خود می‌تواند به‌عنوان یکی از عناصر موجد چالش پیش‌رو، به حساب آید.

در ادامه تبیین مفاهیم ابتدایی جهت ورود به بحث ارائه دلیل در داوری بین‌المللی، لازم است که مفهوم دادرسی در نظام حقوقی رومی ژرمنی و نظام حقوقی کامن لا تبیین شود تا با بهره‌گیری از این مفاهیم، جایگاه و زمان ارائه دلایل را به‌طور ملموس‌تری مورد مذاقه قرار دهیم. در کشورهای کامن لا، دادرسی تابع خواسته خواهان و خوانده و دلایل ارائه شده آنها نیست یعنی قاضی و اصحاب دعوا سعی می‌کنند تا از هر طریقی به کشف حقیقت نائل شوند. درحالی‌که در کشورهای با نظام حقوقی رومی ژرمنی، قاضی محدود به خواسته طرفین است و وظیفه قاضی، انطباق مدعی به با قواعد حقوقی موجود است<sup>۳</sup>، فلذا در کشورهای کامن لا، بعد از ارائه دلایل، جلسه دادرسی آغاز می‌شود یعنی وقتی دادخواست یا شکوائیه ارائه می‌شود، صرفاً یک درخواست ساده تلقی می‌شود که در پی آن قاضی می‌تواند اقدامات لازم جهت شروع به رسیدگی را به عمل آورد که به مفهوم "مرحله پیش‌دادرسی"<sup>۴</sup> تعبیر کرده‌اند.<sup>۵</sup>

۲. در بین مقررات بین‌المللی، تنها کانون وکلای بین‌المللی به این امر پرداخته است.

۳. Y. Derains, " La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international ", Revue de l'arbitrage , ۲۰۰۴ , numéro ۴ , p ۷۸۶.

۴. در اینجا فرض بر این است که قاعده به مفهوم اعم خود استعمال شده است که شامل اصول حقوقی، قانون، عرف و رویه قضایی است پس لازم است که استعمال لفظ قاعده در این مجال، از تفاوت اصل و قاعده در مکتب فلسفه حقوق دورکین و همچنین از تفاوت اصل و قاعده در مبادی فقه و اصول اسلامی و سایر نظرات دیگر، متفاوت لحاظ شود زیرا، ما در این مجال، در مقام تبیین ماهیت فلسفی قاعده نیستیم.

۴. Pre-Trial.

۵. Lara Unfer, ibid , p. ۲۷.

این تفاوت مفاهیم، در نحوه رسیدگی داور نیز تأثیرات به سزایی دارد به‌عنوان مثال قضات کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی، می‌توانند بدون بررسی دلایل رأی صادر کنند یا فقط برخی از دلایل طرفین را بپذیرند و هیچ الزامی ندارند که خواسته طرفین را از طریق دلایل ارائه شده توسط طرفین حل و فصل کنند.<sup>۱</sup> اما برعکس در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن لا، باید به اشخاص به‌طور یکسان، آزادی ارائه دلایل را اعطا کرد و سپس اقدام به صدور رأی کرد.<sup>۲</sup>

## گفتار دوم: تحلیل جایگاه طرق ارائه ادله در داوری بین‌المللی؛ انعکاس بین دو نظام بزرگ حقوقی جهان

### سند و مفهوم نوین آن

همان‌طور که شرح آن گذشت، دلایل مکتوب، بیشتر از همه دلایل در کشورهای با نظام حقوقی رومی ژرمنی مورد اقبال واقع شده است درحالی‌که در کشورهای کامن لا، تکیه بر دلایل شفاهی است. اما نکته قابل توجه این است که مفهوم دلیل مکتوب، در داوری بین‌المللی بسیار وسیع است و نامه، فکس و پست الکترونیکی رد و بدل شده بین طرفین، قراردادهای، پیامک‌ها و تلفن‌های ثبت شده بین طرفین، اسناد مالی، فاکتورها، گواهی‌ها و همچنین اسناد در قالب CD، فایل‌های مضبوط سمعی بصری و هارد دیسک را هم شامل می‌شود.<sup>۳</sup>

در جریان رسیدگی به دلایل، طرفین می‌توانند در شیوه ارائه دلایل، اعمال نظر کنند که در نتیجه آن، برای حمایت از اسرار خود، صلاح خود را در آن اعمال نظر، ارزیابی کنند؛ به این معنا که به‌عنوان مثال، برخی از دلایل را ارائه ندهند که جنبه محرمانگی<sup>۴</sup> آن را حفظ کنند مثلاً در

۱. در حقوق ایران نیز استاد محترم دکتر شمس معتقدند که در حقوق ایران، قضات محدود به دلایل ارائه شده از سوی طرفین هستند (برای مطالعه بیشتر به جلد سوم کتاب پیشرفته آیین دادرسی مدنی رجوع کنید) و این امر در داوری‌های داخلی نیز چنین است زیرا، می‌دانیم داور نیز به امر قضاوت بین طرفین مبادرت می‌ورزد. فلذا می‌توان در داوری‌های داخلی در ایران نیز مفهوم دادرسی را به امر داوری تسری داد.

۲. Ibid , p. ۲۷.

۳. Ibid , P. ۲۹.

۴. The Principle of Confidentiality.

قانون سوئیس، افشا اطلاعات مشتریان ممنوع است و حتی با توافق طرفین قابل نقض نیست و حتی کیفر زندان برای آن پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup>

اما یکی از موضوعات چالش‌برانگیز عملی ارائه اسناد، بررسی دلایل مکتوبی است که نزد طرف مقابل قرار دارد درحالی که او حاضر به ارائه آنها به محکمه داور نیست چون که بیم آن را دارد که علیه خود او مورد استناد قرار بگیرد. این مسئله در نظام حقوقی کامن لا، اصلی را به نام کشف دلیل<sup>۲</sup>، خلق کرده است.<sup>۳</sup> در حقیقت این اصل به این مفهوم به کار می‌رود که در جهت تبیین کارآمد ادله در جلسه دادرسی، طرفین مکلف هستند تا تمامی دلایل خود را به دادگاه ارائه دهند فلذا فقدان تسلیم مدارک کذا، نقض نظم عمومی را به همراه خواهد داشت. اما برعکس در نظام حقوقی رومی ژرمنی، این الزام یافت نمی‌شود. با عنایت به این مهم که جلسه دادرسی در نظام حقوقی کامن لا، بعد از ارائه دلایل طرفین در جلسه دادرسی شکل می‌گیرد و قبل از آن، مرحله پیش‌دادرسی قرار دارد؛ بنابراین مفهوم کشف دلیل، برای حقوق‌دانان تربیت‌یافته مکتب کامن لا، برخلاف حقوق‌دانان تربیت‌یافته مکتب رومی ژرمنی، ملموس و عینی است.<sup>۴</sup>

محتاج به تذکار نیست که نباید مفهوم کشف حقیقت را با اصل البینه علی‌المدعی خلط کرد زیرا، اصل اخیر، در هر دو نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا موجود است.<sup>۵</sup>

اصل کشف دلیل عمدتاً چهار مزیت دارد: ارائه کلیه مدارکی که طرفین قصد استناد به آنها را دارند، اطلاع یافتن طرف مقابل از مدارکی که ممکن است در آینده به‌طور ناگهانی ارائه شود، تبیین موضوع دعوا که با وجود ارائه کلیه مدارک حاصل می‌شود<sup>۶</sup>، نهادینه‌سازی اصل حسن نیت به شکلی عینی در راستای اصل دقت در داور بین‌المللی. لازم به ذکر است که این اصل به‌طور

۱. See: *société internationale v. Rogers* in *International Commercial Litigation*, Trever C. Hartley, Cambridge University Press, ۲۰۰۹.

۲. The Principle of Discovery.

۳. در امور کیفری نیز قاعده‌ای به نام کشف دلیل یا کشف حقیقت در آیین دادرسی کیفری وجود دارد که در ایران، در ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری جدید منصوص است.

۴. Lara Unfer, *ibid*, p. ۳۲.

۵. <http://blogs.u-paris۱۰.fr/content/l'attribution-de-la-charge-de-la-preuve-facilit%C3%A9-et-disponibilit%C3%A9-par-olivier-javel> ;  
[http://professoralexstein.com/images/Evidence\\_Probability\\_BOP.pdf](http://professoralexstein.com/images/Evidence_Probability_BOP.pdf)

۶. Lara Unfer, *ibid*, p. ۳۳.



عمده در طول رسیدگی در محکمه داوری و در حین تبادل لوایح، کاربرد اصلی خود را نشان می‌دهد.<sup>۱</sup>

موضوعی که برای حقوق دانان رومی ژرمنی قابل درک نیست، نقض اصل بی‌طرفی داور در سایه توسل به اصل کشف دلیل است؛ از این روی که داور به یک طرف دعوا در جمع‌آوری اسناد و مدارک، یاری می‌رساند که در نهایت علیه طرف دیگر مورد استناد قرار خواهد گرفت و این مهم حتی در فرضی که طرفین در قرار رجوع به داوری، لزوم رعایت اصل کشف دلیل را به‌عنوان یکی از شروط لحاظ می‌کنند، قابل تأمل است. این مسئله ناشی از همان تفاوت اصلی میان دو نظام حقوقی است که در بالا به آن اشاره شد.

در حقوق آمریکا و در قاعده ۲۶ آیین دادرسی فدرال، این مفهوم به‌طور موسع‌تری نسبت به حقوق انگلستان به کار رفته است و حتی شامل شهود در اختیار طرف مقابل هم می‌شود. امروزه در انگلستان، صحبت از Disclosure و نه کشف دلیل است.<sup>۲</sup>

همچنین قاعده ۳۴ آیین دادرسی فدرال آمریکا، افشای سندی را که در مالکیت، حفاظت یا اختیار طرف مقابل است، مقرر داشته است.<sup>۳</sup> در این مورد، دعوایی در دیوان عالی کشور آمریکا طرح شد؛<sup>۴</sup> که منشأ این دکتین است که عدم مشروعیت ارائه اسناد به‌موجب قانون خارجی نمی‌تواند مجوز ممانعت از ارائه آنها باشد مگر در کنار آن مجازاتی مقرر شده باشد که در این صورت باید در تخطی از آن نهایت دقت و ممارست را به عمل آورد.

در حقوق آمریکا (برخلاف حقوق انگلستان که در خصوص آن بحث خواهد شد) تحصیل سندی که نزد ثالث است، امری بدیهی است و ثالث موظف است سند را ارائه کند حتی اگر سند در کشور خارجی باشد و ارائه سند در آن کشور جرم تلقی شود.<sup>۵</sup>

۱. Ibid, p. ۳۶.

۲. Ibid, P. ۳۴.

۳. International Commercial Litigation, Trevor C. Hartley, Cambridge University Press, ۲۰۰۹, p. ۴۵۴.

۴. Société internationale v. Rogers, ibid, p. ۵۴۵.

۵. See: In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia case in ibid, p. ۴۶۷.

در حقوق انگلستان، طرفین دعوا ملزم به ارائه اسناد مرتبط به دعوا به محکمه هستند و طرف دیگر دعوا می‌تواند آنها را مورد بررسی قرار دهد و اگر لازم بود، از آنها رونوشت تهیه کند که این رویه به "افشای اسناد"<sup>۱</sup> معروف است که البته سابقاً معطوف به "کشف اسناد"<sup>۲</sup> بود که البته به آن اشاره کردیم، اصطلاحی که در بیشتر نظام‌های حقوقی کامن لا از جمله آمریکا رایج است. در حقوق انگلستان، به صرف اینکه اسناد در کشوری خارجی هستند نمی‌تواند محمولی برای این باور قرار گیرد که لزوم ارائه اسناد، در خصوص آنها صدق نمی‌کند. صدق شمول بحث ارائه اسناد در حقوق انگلستان بر یک سند، زمانی است که مفهوم در اختیار<sup>۳</sup> طرف مقابل بودن که در قاعده ۳۱ از قواعد دادرسی انگلستان مندرج است، بر آن سند صدق کند.<sup>۴</sup> در یکی از قضایای مطروحه در انگلستان، چنین نتیجه‌ای استنباط شد که حتی اگر تحصیل دلیل به موجب قانون خارجی، قانونی باشد؛ شخص ثالث وظیفه‌ای به ارائه اسناد ندارد.<sup>۵</sup>

همچنین در انگلستان، افشای اسناد از طرف ثالث صرفاً در قضایایی خاص پذیرفته شده است.<sup>۶</sup> در حقیقت در حقوق داوری بین‌المللی ثالث را می‌توان رابطه شرکت‌های چندملیتی تصور کرد یعنی رابطه بین شرکت مادر و دختر مصداق بازر ثالث در حقوق داوری‌ها است. در ادامه باید به این نکته اشاره شود که در خصوص معاضدت‌های قضایی بین‌المللی در خصوص ارائه اسناد فقط به همین نکته بسنده می‌شود که باید معاهده‌ای بین کشورهایی که اتباع آنها طرف دعوا هستند وجود داشته باشد و ضمناً شرط معاضدت قضایی باید در آن معاهده گنجانده شود که در صورت وجود شرط داوری حاکم بر آن می‌توان به آن معاهده تجاری بین‌المللی یا سرمایه‌گذاری نیز استناد کرد.<sup>۷</sup>

در قانون داوری انگلستان در خصوص مسائل ادله آمده است که علی‌الاصول این موارد با توجه به توافق طرفین تعیین می‌شود. این موارد ممکن است شامل افشا و بازرسی اسناد بین طرفین

۱. Disclosure of Documents.

۲. Discovery of Documents.

۳. Control.

۴. International Commercial Litigation , Trevor C. Hartley , Cambridge University Press, p. ۴۴۹.

۵. Lonrho Ltd v. Shell Petroleum Co. Ltd, ibid, p. ۴۵۰.

۶. Ibid, p. ۴۵۷.

۷. For more information see : ibid , p ۴۷۷.

باشد ضمن اینکه ممکن است طرفین به نحوی حیطة افشای اسناد را محدود به برخی اسناد یا محدود به نوع خاصی از اسناد کنند.<sup>۱</sup>

با این حال فرانسه در بین کشورهای رومی ژرمنی، این امکان را در اختیار طرف مقابل قرار داده است که در صورت نیاز و اضطرار، از دلایل طرف مقابل برای پیشبرد آیین دادرسی استفاده نمایند.<sup>۲</sup> همچنین در ماده ۳ مقررات کانون وکلای بین‌المللی، اصل کشف دلیل با محدودیت، پذیرفته شده است.<sup>۳</sup> همچنین تفاوتی که در بین نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا در مواجهه با اصل کشف دلیل، وجود دارد، در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی و انجمن داوری آمریکا نیز به چشم می‌خورد که اولی، به بررسی اصل فوق پرداخته است ولی دومی به طرفین این اجازه را داده که به اصل فوق استناد کنند.<sup>۴</sup>

نتایج تمامی این چالش‌های فوق را باید در قالب یک سؤال به فرجام رساند. تصور نمایید در فرض درخواست داور مبنی بر ارائه و تسلیم مدارک، یکی از طرفین، از اجرای این امر اجتناب ورزد؛ چه ضمانت اجرایی متصور است؟ در این فرض، برای مثال در حقوق فرانسه، این اختیار را برای داور فراهم کردند تا با صدور قرار مبنی بر پرداخت جریمه، طرف امتناع‌کننده را تنبیه کند اما مقررات کانون وکلای بین‌المللی و اتاق بازرگانی بین‌المللی، این مهم را به سکوت برگزار کرده‌اند.<sup>۵</sup>

### شهادت

مفهوم شاهد عمدتاً برگرفته از نظام انگلوامریکن است.<sup>۶</sup> مفهوم شاهد در کشورهای با نظام حقوقی کامن لا و کشورهای با نظام حقوقی رومی ژرمنی، متفاوت است مثلاً در آلمان، طرفین

۱. Guy Pendell, David Bridge, Arbitration in England and Wales,

<https://e-guides.cmslegal.com/>, p. ۳۱۳.

۲. Y. Derains, *ibid*, numero ۴, p. ۷۹۵.

۳. نگاه کنید به: مقررات کانون وکلای بین‌المللی در خصوص تحصیل ادله.

۴. L. Vercauteren, *ibid*, number ۲۳, p. ۳۴۱.

۵. Lara Unfer, *ibid*, p. ۳۸.

۶. A. Mourre, "L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international: état des lieux et perspectives d'évolution", in J. Rosell, *Les arbitrage internationaux, société de législation comparée*, ۲۰۰۵, pp. ۱۵۳.

دعا نمی‌توانند به‌عنوان شاهد در محکمه حاضر شوند اما در فرانسه به شرط رعایت مقررات خاص، این امکان وجود دارد. در مقابل، در کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا، چنین محدودیت‌هایی برای ارائه شاهد وجود ندارد و مفهوم شاهد<sup>۱</sup> در این کشور به هر شخصی که قابلیت تمیز بین مسائل را داشته باشد حتی کارشناس، اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup>

مفهوم موسع شاهد در نظام حقوقی کامن‌لا، امروزه در داوریه‌های بین‌المللی، مفهومی رایج است. برای مثال در ماده ۲۵ مقررات کانون وکلای بین‌المللی، چنین مفهومی مشاهده می‌شود که حتی بدون ادای قسم، امکان ابراز شهود وجود دارد.

نکته قابل توجه این است که به هر حال ممکن است از هر کسی به‌عنوان شاهد استفاده شود فلذا این امر برعهده داور است که سخنان کدام شاهد را استماع کند. به دیگر سخن، تمیز معقولیت و قابلیت پذیرش شهادت شهود، برعهده فیصله‌دهنده اختلافات است. صلاح‌دید داور است که نتیجه این امر را مشخص می‌کند. داور باید به این باور برسد که امور موضوعی اظهارات شاهد، با اوضاع و احوال قضیه مطابقت دارد.

ماده چهارم از قواعد کانون وکلای بین‌المللی، با عنایت به اختلافات عمده بین دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی، و خلاً مقررات مفصل در قوانین و قواعد داوریه‌های بین‌المللی، رویه میانه‌ای را انتخاب و قواعدی را توصیه می‌کند.<sup>۳</sup> مثلاً مرجع داوریه می‌تواند دستور به ارائه اظهارات کتبی شهود را که به گواهی آنان استناد شده است بدهد (بند چهارم از ماده چهارم) که این اظهارات کتبی شهود (شهادت‌نامه) باید جزئیاتی داشته باشد که در بند پنجم از ماده چهارم منصوص شده است. در خصوص اقسام شهادت و اعتبار دلیل شهادت سخن به میان نمی‌آید چون حدود و ثغور تحقیق، در مقام بیان تمام جزئیات نظام ادله نیست. مع‌هذا چالشی جدی در پیش‌روی نظام شهادت در داوریه‌های بین‌المللی، موضوع مزایای حقوقی مندرج در داوریه‌های بین‌المللی<sup>۴</sup> است.

۱. Witness.

۲. Lara Unfer, ibid, p. ۴۱; P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, ibid, p. ۶۹۹.

۴. دیباچه، سهیلا؛ نظام ادله در داوریه تجاری بین‌المللی، دادنامه، ۱۳۹۴، ص ۲۰۱.

۴. Issue of Legal Privileges.

نیک می‌دانیم که یکی از اصول مهم در تجارت بین‌الملل، اصل محرمانگی<sup>۱</sup> است. واضح است که شهود نه تنها از جریان امور اختلاف بین طرفین، بلکه از ماهیت اختلاف و اسناد مرتبط نیز آگاه می‌شوند.<sup>۲</sup> البته طرفین می‌توانند با درج شرط محرمانگی در قرار رجوع به داوری، از این چالش جلوگیری کنند. کانون وکلای بین‌المللی نیز در ماده نهم از قواعد ناظر بر استماع‌پذیری و ارزیابی ادله<sup>۳</sup>، این چالش را مورد مذاقه قرار داده است که محکمه داوری می‌تواند در راستای تقاضای طرفین، هرگونه سند، اظهارات، شهادت شفاهی یا بررسی دفاعیات و استدلال‌ات را از ادله و تحصیل ادله خارج کند.<sup>۴</sup>

#### کارشناسی

در مبحث شاهد بیان شد که در نظام حقوقی کامن‌لا، می‌توان کارشناس را به‌عنوان شاهد در محکمه داوری حاضر کرد ولی در نظام حقوقی رومی ژرمنی نظام دادرسی به این صورت نیست و می‌توان به درخواست و حتی تعیین خود طرفین و یا داور صورت گیرد.<sup>۵</sup>

اصولا مرجع داوری موظف به صدور دستور ارجاع امر به کارشناسی نیست حتی اگر با توافق طرفین داوری درخواست شود<sup>۶</sup> اما رویه چنین است که مرجع داوری، قرار قبول درخواست کارشناسی را صادر می‌کند.<sup>۷</sup>

می‌توان چنین نتیجه‌ای را اتخاذ کرد که قبول این امر که جواز صدور قرار کارشناسی را به محاکم داوری به‌طور کلی اعطا کنیم؛ گام مهمی در جهت انعطاف‌پذیری در قواعد رسیدگی

۱. The Principle of Confidentiality.

۲. Gorshkova Elena , Evidence by Witness in International Commercial Arbitration , Course of International Disputes Settlement in Central European University, p. ۳۹.

۳. IBA rules on Admissibility and Assessment of Evidence.

۴. Ibid, p. ۴۶.

۵. Lara Unfer , ibid , P ۴۶.

۶. دیافر، سهیلا؛ پیشین، ص ۲۲۰.

۷. George C. Economou, Admissibility and Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration, www.greeklawdigest.gr , p ۸.

داوری و دوری از قواعد خشک رسیدگی قضایی است و در فلسفه اصلی نهاد داوری از حیث نهادینه شدن و برآورد عدالت قضایی، ثمر بخش خواهد بود.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم: تلاش‌های بین‌المللی در جهت یکسان‌سازی ارائه دلیل در داوری بین‌المللی

در این گفتار ابتدا به لزوم یا عدم لزوم یکسان‌سازی در قواعد داوری بین‌المللی پرداخته و سپس در خصوص برخی نهادها که به این مهم مبادرت ورزیده‌اند، بحث خواهد شد. قبل از پاسخ به این سؤال که آیا یکسان‌سازی قواعد ادله اثبات دعوا در داوری‌های بین‌المللی، اقدامی شایسته است یا خیر؛ لازم است که به این سؤال پاسخ دهیم که آیا قواعدی برای ارائه دلیل در داوری‌های بین‌المللی وجود دارد یا ما در خلأ حقوقی به سر می‌بریم؟<sup>۲</sup> تنها نهاد بین‌المللی که پیرامون ادله اثبات دعوا در داوری‌های بین‌المللی، قواعد نمونه‌ای را وضع کرده است، کانون وکلای بین‌المللی است که در سال ۱۹۸۳، قواعدی را در این زمینه منتشر کرده است که به سال ۲۰۱۰ اصلاح گردید و عبارت "داوری‌های تجاری بین‌المللی" به عبارت "داوری‌های بین‌المللی" تبدیل شده و در نتیجه دامنه شمول داوری‌ها را گسترده‌تر در نظر گرفت. البته دیوان دائمی داوری بین‌المللی لاهه نیز در سال ۱۹۶۲، مقرراتی را با در نظر گرفتن مقررات منتشره آنسیترال در این خصوص، به رشته تحریر در آورده است که حاکم بر اختلافات میان طرفینی است که یک طرف را دولت تشکیل می‌دهد و طرف دیگر یک شخص خصوصی است. در ماده ۲۴ پاراگراف دوم، به "امکان" درخواست دیوان داوری از طرفین مبنی بر تحصیل ادله سخن می‌گوید<sup>۳</sup> اما این "امکان" در مقررات کانون وکلای بین‌المللی به صورت اجباری است.

۲. Fatou NDIORO NIANG ; La pratique de l'arbitrage dans le règlement du contentieux commercial. Cas de la Chambre arbitrale de Dakar, Institut supérieur de management de Dakar, Licence en droit des affaires ۲۰۱۱, introduction.

۳. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfen, M. Hunter, " On International Arbitration, Applicable Laws ", Oxford University Press, ۲۰۰۹, p ۱۶۰.

۴. le «Règlement d'Arbitrage et de Conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un État » de ۱۹۶۲, Article ۲۴, P. ۲ : "۲. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai

امروزه قواعد کانون وکلای بین‌المللی منعکس‌کننده رویه داوری بین‌المللی است که در طی سال‌ها توسعه یافته و به‌طور عمده برآیندی از سنت‌های نظام‌های حقوقی نوشته و کامن لا است. یکی از مهم‌ترین اهداف کانون وکلای بین‌المللی با وضع این مقررات، نزدیک کردن دو نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا در ادله اثبات دعوا است.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال طرفین دعوا با توسل به اصل حسن نیت، باید تمام اسناد و مدارک خود را به محکمه داوری ارائه دهند و به این وسیله، طرف مقابل با آگاهی از دلایل طرف دیگر دعوا، آماده دفاع می‌گردد درحالی‌که این مفهوم در نظام حقوقی رومی ژرمنی چنین به‌کار نمی‌رود و به‌طور کلی در مفهوم حسن نیت، ابهامی مشاهده می‌شود اما ماده ۲ مقررات کانون وکلای بین‌المللی در زمینه ارائه دلایل، جهت بهبود آیین رسیدگی، طرفین دعوا را ملزم کرده است که تا نسبت به یکدیگر و همچنین داور، موضوعات و ادله خود را در میان بگذارند.

ماده ۲ مقررات کانون وکلای بین‌المللی در خصوص ارائه دلیل، با آنچه در نظام حقوقی کامن لا به‌عنوان اصل Discovery معروف است، تفاوت دارد و مفهوم مضیق اصل فوق را دربردارد.<sup>۲</sup> به این معنا که در ماده ۳ مقررات کذا، به دسته‌بندی دلایلی که لازم است توسط طرفین تبادل شود، تصریح شده است فلذا هرگونه مدرکی را نمی‌توان در اختیار محکمه داوری قرار داد. مطابق تفسیر ارائه شده از مقررات سال ۲۰۱۰ در مورد ارائه دلیل کانون وکلای بین‌المللی، مدارک فوق عبارت هستند از:

الف) مدارکی که به هرکدام از اصحاب دعوا تعلق دارد؛

ب) مدارکی که هریک از طرفین، قصد استناد به آن را دارند اما نزد طرف مقابل است؛

ج) مدارکی که هیچ‌یک از طرفین نمی‌خواهند به آن استناد کنند اما ترجیح می‌دهند که داور آنها را در اختیار داشته باشد.<sup>۳</sup>

qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse."

۱. Lara Unfer, ibid, P. ۵۲.

۲. Ibid, p. ۵۳.

۳. "Commentary on the revised text of the ۲۰۱۰ IBA rules on taking of evidence in international arbitration" (www.ibanet.org).

هرچند که مطابق ماده فوق، داور دارای این اختیار است که مدارک موجود نزد شخص ثالث و یا نزد طرفین دعوا را مطالبه کند، و ضمانت اجرای عدم تسلیم مدارک نیز پیش‌بینی شده است، اما برخی با این ادعا که این امر، بی‌طرف بودن داور زیر سؤال می‌رود، نظری مخالف سیر حقوقی ماده مذکور را اتخاذ کرده‌اند.

البته لازم به ذکر است که محدودیت آزادی اشخاص در مخفی نگاه داشتن اسناد، با اعمال اصل محرمانه بودن بعضی از اسناد، تعدیل شده است. به‌عنوان مثال در دعاوی مالکیت صنعتی، اشخاص می‌توانند به دلیل عدم افشای فرمول صنعتی کالای خود، از ارائه دلیل خودداری کنند.<sup>۱</sup> به هر حال کانون وکلای بین‌المللی در این زمینه توانسته است تا حدی عملکرد موفق‌تری را در کارنامه حقوقی خود ثبت کند.

طبق آماري که کمیته اصلاح مقررات کانون وکلای بین‌المللی که در سال ۲۰۱۰ منتشر کرده است، ۱۸ درصد از توافقات ارجاع به داوری، تمامی این مقررات کانون وکلای بین‌المللی در باب ارائه دلیل را در قراردادهای خود شرط کرده‌اند؛ ۳۱ درصد از آنها بعضی از مواد این مقررات را اعمال کرده‌اند؛ ۴۳ درصد از آنها با الهام از این مقررات، قراردادهای خود را انشا کردند؛ ۴۲ درصد از آنها فقط از برخی مقررات الهام گرفته‌اند و سپس قرارداد خود را تنظیم نموده‌اند.<sup>۲</sup>

علی‌رغم وجود مقررات کانون وکلای بین‌المللی، نباید این نکته را از نظر دور داشت که اجرای این مقررات ممکن است در تعارض با قانون مقر محکمه داوری، کنار گذاشته شوند و یا چنانچه داوری سازمان‌یافته به‌عنوان مرجع حل اختلاف انتخاب شود، مقررات آن نهاد و نه مقررات کانون وکلای بین‌المللی، قابل اجرا خواهد بود. حال در فرضی که طرفین در موافقت‌نامه رجوع به داوری سازمان‌یافته، مقررات کانون وکلای بین‌المللی را به‌عنوان شرط، درج کنند، ممکن است بین این مقررات و مقررات نهاد داوری تعارضی رخ دهد که در نتیجه این سؤال مطرح خواهد شد که کدام‌یک از مقررات اعمال خواهد شد؟ فرضی دیگر را در نظر بگیرید، شرط رجوع به داوری در قراردادها در حقوق ایران چگونه است و نقش ادله اثبات در این وادی چطور خودنمایی می‌کند؟ مطابق اصل ۱۳۷ قانون اساسی و نظرات شورای نگهبان ذیل همان اصل، پاره‌ای از

۱. بند ۱۳ از ماده ۳ مقررات کانون وکلای بین‌المللی در ارائه دلیل در داوری بین‌المللی.

۲. Lara Unfer, ibid, p. ۵۷.



محدودیت‌ها به داوری‌های دولتی وارد شده است و در خصوص داوری‌های بین اشخاص خصوصی یا بین طرفینی که یک طرف شخص خصوصی باشد، باید گفت که شرط داوری، مستقل از قرارداد لحاظ می‌شود و سرنوشت قرارداد هرچه باشد، شرط حل و فصل اختلافات (در اینجا داوری) به قوت خود باقی است اما نکته قابل توجه این است که در خصوص ادله اثبات دعوا، در قالب عنوانی منحصر و جدا از قانون شکلی و ماهوی حاکم بر محکمه داوری، در هیچ قانونی در نظام حقوقی ایران سخن به میان آورده نشده است.

البته باید در این خصوص به نقش سایر نهادهای بین‌المللی نیز اشاره کرد. نهادهایی دیگر از جمله کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل<sup>۱</sup>، اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۲</sup> در سال ۲۰۰۷ و سپس با اصلاحیه‌ای در سال ۲۰۱۲، انجمن داوری آمریکا<sup>۳</sup>، مؤسسه بین‌المللی برای یکسان‌سازی حقوق خصوصی<sup>۴</sup>، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات<sup>۵</sup>، کم و بیش در جهت یکسان‌سازی و بهبود نظام ادله اثبات دعوا در داوری‌های بین‌المللی گام‌هایی برداشته‌اند.

مثلا کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل در سال ۱۹۹۶، مقرراتی را در خصوص نحوه ورود شاهد و استفاده از اسناد و ویژگی محرمانه بودن سند، تنظیم کرده است. همچنین در سال ۲۰۱۲، اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرراتی را پیرامون فنونی که می‌توان با بهره‌گیری از آنها به داور در جهت رسیدگی مؤثرتر و کارآمدتر یاری رساند، منتشر کرده است. مؤسسه بین‌المللی برای یکسان‌سازی حقوق خصوصی نیز مقرراتی در خصوص آیین دادرسی مدنی فراملی طراحی کرده است.

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات وابسته به انجمن داوری آمریکا نیز مقرراتی در خصوص تبادل اطلاعات در داوری‌ها در سال ۲۰۰۸ تنظیم کرده است که بررسی و شرح همه آنها، مجال دیگری را می‌طلبد که از حوصله موضوع و مطلب خارج است.

---

۱. UNCITRAL.

۲. ICC.

۳. AAA.

۴. UNIDROIT.

۵. ICDR.

## گفتار چهارم: در تکاپوی یکسان‌سازی یا در تلاش بر انعطاف‌پذیری در نظام ارائه دلیل در داوری‌های بین‌المللی

اکنون که در خصوص تفاوت‌ها و تمایزات بنیادین و کاربردی نظام ادله اثبات دعوا در دو نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا سخن به میان آمد و سپس نهادهای بین‌المللی که تلاش خود را در این راستا معطوف داشته‌اند، مورد بررسی قرار گرفتند، محمل سخن را بر جایگاه سؤالی بنیادین قرار داده که نظام ادله اثبات دعوا در داوری‌های بین‌المللی، کدام‌یک از رویکردهای زیر را لازم است اتخاذ کند تا در جهت انصاف حقوقی گام بردارد؟ یکسان‌سازی و همگون‌سازی<sup>۱</sup> یا انعطاف‌پذیری<sup>۲</sup> و آزادی؟

محوریت رویکرد در امر یکسان‌سازی، یافتن مخرج مشترکی بین دو نظام بزرگ حقوقی است. قواعد ارائه دلیل، صرفاً مجموعه‌ای از قواعد خشک حقوقی نیستند بلکه مجموعاً تشکیل‌دهنده نهادی هستند که در قالب آن، چارچوب نهادینه شده عدالت، منعکس می‌شود. قواعد آیین دادرسی، یکی از مهم‌ترین منابع یافتن این مهم است که حقوق و آزادی‌های افراد در یک کشور چگونه تأمین می‌شوند. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به‌طور تلویحی (و نه صریح)، مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل را در خود جای داده است. یکی از آن منابع، اصول حقوقی بین‌المللی مورد قبول ملل متمدن است. صرف‌نظر از نظرات اساتید و حقوق‌دانان بین‌المللی در مفهوم عبارت ملل متمدن و نظرات مختلف و بعضاً متضاد، قدر متیقن این است که اصل دادرسی عادلانه یکی از مهم‌ترین اصول حقوقی بین‌المللی است که نه تنها در اسناد بین‌المللی مختلف، بلکه در قوانین اساسی بسیاری از کشورها، مصرح است. مطالعه این مسائل از حوصله این نوشتار خارج است اما قدر لازم این است که تحصیل دلیل، یکی از عناصر دادرسی عادلانه است. فلذا در راستای رعایت اصل انصاف، لازم است که در انتخاب یکی از راه‌های یکسان‌سازی و یا انعطاف‌پذیری، نهایت دقت و ممارست را به خرج داد.

۱. Standardization.

۲. Flexibility.

تفاوت‌های شکلی بین دو نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا، به نوعی ساختگی یا قابل اغماض است<sup>۱</sup> حتی در دو کشور از یک خانواده حقوقی نیز تفاوت‌های قابل ملاحظه و بلاغماضی موجود است مثلاً تفاوت مفهوم شاهد در کشور آلمان و فرانسه و یا موسع‌تر بودن اصل Discovery در حقوق آمریکا نسبت به اصل Disclosure در حقوق انگلستان. فلذا استخراج وجوه تشابه میان این سیستم‌های حقوقی، دشوار و مستلزم مذاقه فراوانی است مثلاً این امر می‌تواند چنین نتیجه‌ای را دربرداشته باشد که تابعیت داور، در رسیدگی مؤثر واقع شود<sup>۲</sup>. چون که به‌عنوان مثال داور فرانسوی با نگاهی فرانسوی و با ریشه‌ای رومی ژرمنی و داور انگلیسی با نگاهی انگلیسی و با ریشه کامن لا، قضیه مطروحه را مورد رسیدگی قرار می‌دهند. امروزه در رویه بین‌المللی، آمیزه‌ای از مقررات هر دو نظام حقوقی مشاهده می‌شود اما مفهوم عدالت در اجرا و رعایت این مقررات در رسیدگی‌های شکلی (که خود می‌تواند جنبه‌ای دیگر از اصل انصاف باشد که به آن اشاره شد) باید با رعایت حفظ تعادل باشد<sup>۳</sup>. تعادل در رعایت عدالت، اذهان را به سمت معاییر عینی می‌راند؛ به دیگر سخن نباید دچار شتاب‌زدگی‌های شخصی و سوژه محور در دادرسی‌ها شد. این امر صحیح است که رفتار سوژه‌ها یا تابعان در نظام حقوقی فرهنگ جامعه را تشکیل می‌دهد و همین روح جامعه است که خالق قاعده حقوقی است اما باید میان مقام ثبوت قاعده و مقام اثبات آن قائل به تفکیکی جدی شد و این معیار عینی است که در رسیدگی‌ها می‌تواند نقش بسیار پررنگی را در کنار معیار شخصی ایفا کند. معیار شخصی نقش اصلی خود را بیشتر در دادرسی‌های کیفری بروز می‌دهد و در مسائل غیرکیفری (یا به تعبیر رایج کشور ایران، مسائل "حقوقی") نقش معیار عینی پررنگ‌تر می‌شود. پیروان نظریه یکسان‌سازی بر این باور هستند که اولاً: امکان پیش‌بینی قواعد حاکم بر رسیدگی، یکی از مزیت‌های یکسان‌سازی است که در نتیجه طرفین به بهترین وجه امکان مهیا شدن

۱. Claude Reymond, "Civil law and common law procedures: which is the more inquisitorial? A common lawyers response" in Lara Unfer, L'administration de la preuve en arbitrage international. Étude comparative France / Etats-Unis P. ۶۳.

۲. Anne Veronique Schlaepfer and Philippe Bartsch, A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators, Revue de Droit des Affaires Internationales, Number ۳, ۲۰۱۰, p. ۲.

۳. Craig, Park, Paulsson, «International Chamber of commerce arbitration», ۳rd ed., Oceania Publishers, Paris, ۲۰۰۰.

جهت دفاع را خواهند داشت؛ ثانياً: یکسان‌سازی به عینی‌گرایی کمک می‌کند زیرا، در عمل، طرفین ابتکار عمل انتخاب قواعد ارائه دلیل را به داور یا داورانی می‌سپارند که این امر به صلاح‌دیدگی شدن افراطی و در نتیجه شخصی‌گرایی ناشی از تأثیر داور از نظام حقوقی که در آن پرورش پیدا کرده است، می‌انجامد.<sup>۱</sup>

در مقابل، طرف‌داران انعطاف‌پذیری در قواعد داوری معتقدند که مبنای داوری، آزادی طرفین در انتخاب دقیق قواعد رسیدگی و در نتیجه آن، برگزیدن روش‌های مختلف در جهت حل و فصل مسألت‌آمیز اختلافات خود است و یکسان‌سازی ممکن است داوری را به رسیدگی قضایی تبدیل کند به حدی که داوری در حل و فصل اختلافات دیگر محلی از اعراب نداشته باشد.

در جواب، طرف‌داران یکسان‌سازی استدلال می‌کنند که در عمل، غالباً کنوانسیون‌های داوری، چنین جزئیاتی را دربرندارند و این داور است که در صورت فقدان آن قواعد جزئی، سعی در ترسیم و تنظیم آنها را وجهه راه خود قرار می‌دهد و رویه ناصحیح خروج از صلاحیت و اختیارات برای داوران، از نتایج مبرز این امر خواهد بود و سپس در نتیجه آن، قواعد مختلف و بعضاً متضاد با هم اخلاط پیدا کرده و به پراکندگی می‌انجامد.

برخی از حقوق‌دانان<sup>۲</sup> نیز فارغ از این مباحث، نظریات تعدیل‌کننده‌ای دارند از جمله اینکه؛ نهادهای حقوقی بین‌المللی از جمله اتاق بازرگانی بین‌المللی، کانون وکلای بین‌المللی، کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل و انجمن داوری آمریکا مقرراتی را در جهت یکسان‌سازی نظام ادله اثبات دعوا در داوری‌های بین‌المللی وضع کرده‌اند که بیش از آن، نقض اصل انعطاف‌پذیری در داوری را به همراه خواهد داشت. ملاحظه می‌شود که یافتن یک معیار مشترک امری دشوار است.

پاره‌ای از محققین نیز نظری بینابین را اتخاذ کرده‌اند. به این نحو که راه حل در ایجاد یکسان‌سازی انعطاف‌پذیر در این است که در چارچوب “guidelines” قواعد را محدود یا موسع کنیم. مع‌هذا هیچ‌زمانی نمی‌توان قواعدی ثابت برای ارائه دلیل در داوری‌های بین‌المللی ایجاد

۱. Lara Unfer, ibid, p. ۶۸.

۲. Matthieu de Boisseon in a conference in America, see : lara unfer, L'administration de la preuve en arbitrage international. Étude comparative France / Etats-Unis, p. ۷۱.

کرد و برای رسیدن به یکسان‌سازی، لازم است ایده داوری که مترادف با انعطاف‌پذیری است، کنار گذاشته شود.<sup>۱</sup>

---

۱. Lara Unfer, *ibid*, p. ۷۳.

## نتیجه‌گیری

آنچه در نهایت می‌توان از این مقاله برداشت کرد، وجود یا فقدان قواعد یکسان در آیین دادرسی در داوری‌های بین‌المللی است. زیرا، یکسان‌سازی ادله اثبات و تبعیت از یک نظام واحد ما را به نظام قضایی حاکم بر دادگستری نزدیک‌تر می‌کند و اصل نهاد داوری را زیر سؤال می‌برد و همچنین توافق طرفین در داوری‌های بین‌المللی را بی‌معنا می‌کند. از طرفی عدم یکسان‌سازی مشکلات و تعارضاتی را به دنبال می‌آورد که نشئت گرفته از واحد نبودن مقررات کشورهای دنیا در زمینه آیین دادرسی است. همان‌طور که توضیح دادیم تفاوت‌های بین نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی، به‌خصوص زمانی که اجرای رأی در کشوری باشد که این نوع رسیدگی را خلاف اصل بی‌طرفی داور بداند لکن در قانون مقر این نوع رسیدگی کاملاً وفق مقررات بوده است. با این حال نگرش دوم یعنی عدم یکسان‌سازی به فلسفه وجود داوری نزدیک‌تر است و می‌بایست از یکسان‌سازی قواعد آیین دادرسی و ادله اثبات در داوری‌های بین‌المللی پرهیز کرد. هرچند، اتخاذ رویکردی دوگانه جهت رسیدن به یکسان‌سازی و انعطاف‌پذیری در گرو این می‌باشد که در چهارچوب "guidelines" یا دستور العمل قواعد را محدود یا موسع کنیم؛ و این روش می‌تواند بهترین راه حل در راستای ایجاد رسیدگی‌های کارآمدتر باشد. مع‌هذا هیچ‌زمانی نمی‌توان قواعدی ثابت برای ارائه دلیل در داوری‌های بین‌المللی ایجاد کرد زیرا، هر آینه جهت دستیابی عملی به ایده یکسان‌سازی، لازم است تفکری که در پیش و پس داوری است یعنی انعطاف‌پذیری کنار گذاشته شود.

برای مثال در تعارض میان قوانین مقر داوری و محل اجرای رأی داوری، می‌توان دو مورد را از دو جهت بررسی کرد. فرض بفرمایید که مقر داوری در کشوری با نظام حقوقی کامن‌لا بوده و سپس اجرای آن رأی در کشوری با نظام حقوقی رومی ژرمنی مورد سؤال است، در نتیجه در محل اجرا صحبت از فقدان یا ممنوعیت قاعده تحصیل دلیل در قوانین موضوعه می‌شود و به علت تحصیل ادله در جریان داوری، اجرای آن را مغایر با اصل بی‌طرفی می‌خوانند و یا داوری را به لحاظ تکنیکال مغرضانه قلمداد می‌کنند و ادعای نقض بی‌طرفی توسط داور را به میان می‌آورند؛ به دیگر سخن، تحصیل ادله را مغایر اصل بی‌طرفی و در نتیجه خلاف نظم عمومی خود می‌انگارند؛ در طرفی دیگر، ممکن است که بالعکس مقر داوری در کشوری با نظام حقوقی

رومی ژرمنی و اجرا در کشوری با نظام حقوقی کامن لا باشد؛ چه مقرر داورى ممکن است از اجرای قاعده تحصیل دلیل سر باز زند اما عناصر خارجی می‌توانند توأمان حاکم بر قانون مقرر دادگاه و یا حتی قانون محل اجرا شوند و صرف رعایت خشک قواعد تکنیکال حقوق در میان نباشد؛ یعنی ممکن است که مقرر داورى در کشوری با نظام حقوقی رومی ژرمنی باشد اما چون طرفین اختلاف و داوران از نظام حقوقی کامن لا هستند لذا رأی داورى نیز قطع و یقین در کشوری با نظام حقوقی کامن لا اجرا می‌شود پس منطبق اقتضا می‌کند که مقرر داورى در این فرض، تحصیل دلیل را به موقع اجرا بگذارد.

عدالت و انصاف، مفاهیمی نسبی هستند و در جهت تبیین کارکرد این دو مفهوم در عمل و در داورى‌های تجاری بین‌المللی، چاره‌ای جزء بومی‌انگاری یا مطالعه جغرافیای سیاسی حقوقی نداریم یعنی لازم است که مفاهیمی (concepts) را که جهانیان بر وجود آنها اتفاق نظر دارند، بر مفاهیم خاص مستنبط از هر نظام حقوقی (conception) منطبق کرد تا بتوان به‌عنوان مثال سخن از نظام عمومی راند. فلذا تحصیل ادله ممکن است با نظم عمومی کشوری برخورد داشته باشد و بالعکس در کشوری دیگر قانونی تلقی شود چون اتفاقاً محتمل است که با رعایت تحصیل دلیل (که البته در مقام تبیین و تحلیل امکانی "اصل" یا "قاعده" بودن آن نیستیم)، عدالت در مقام امور حکمی و انصاف در مقام امور موضوعی حاکم بر اختلاف، بیش از پیش محقق شود.

به این جهت است که نگارندگان با کمال تدقیق، رویکردی بینابین را با عنایت به نظم کنونی اقتصادی و تجاری بین‌المللی اتخاذ می‌کنند. انعطاف‌پذیری به قوام داورى می‌افزاید اما این امر بر هیچ‌کس پوشیده نیست که در برخی حوزه‌ها ممکن است یکسان‌سازی به استحکام و قوت داورى نیز یاری رساند؛ اما این یکسان‌سازی در سطح کامل و جامع از تجارت بین‌الملل بالاخص سرمایه‌گذاری‌های خارجی نیز جلوگیری می‌کند چون که نتیجه اعمال آن، حذف تدریجی نهاد داورى از طرق حقوقی مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات بین‌المللی خواهد شد. در حقیقت در قالب همان guidelines می‌توان با زیرکی و با استفاده از تکنیک حقوق نرم (soft law) دولت‌ها و سایر بازیگران عرصه بین‌المللی را به استفاده از پاره‌ای دستورالعمل‌های یکسان در تحصیل ادله در داورى‌های بین‌المللی ترغیب کرد (تا حدودی و با کمی اغماض، همانند امری که کمیسیون حقوق بین‌الملل در طول سالیان اخیر در پی آن است تا با معاهده‌سازی پیش‌نویس‌ها،

از قوام آنها نکاهد و آرام آرام عرف بین‌المللی را تشکیل دهد) اما نباید از یاد برد که این دستورات عملیها نباید حالت الزامی پیدا کنند چون قواعد ثابت و خشک حقوقی، از انعطاف‌پذیری داوری می‌کاهند و به این سبب می‌توانیم با آشتی دو دیدگاه یکسان‌سازی و انعطاف‌پذیری، به این هدف نیل یابیم.



## فهرست منابع

## الف) فارسی

۱. شمس، استاد دکتر عبدالله؛ **آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته**، ج دوم، چ سی و دوم، انتشارات دراک، تهران، سال ۱۳۹۲.
۲. دییافر، سهیلا؛ **نظام ادله در داوری تجاری بین‌المللی**، چ اول، انتشارات دادنامه، تهران، سال ۱۳۹۴.

## ب) لاتین

۳. A.Mourre, “ L’administration de la preuve orale dans l’arbitrage international : état des lieux et perspectives d’évolution “, in , J. Rosell , Les arbitrage internationaux, société de législation comparée , ۲۰۰۵.
۴. Anne Veronique Schlaepfer and Philippe Bartsch, A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators , Revue de Droit des Affaires Internationales , Number ۳, ۲۰۱۰.
۵. Claude Reymond, “ Civil law and common law procedures: which is the more inquisitorial? A common lawyers response “ in Lara Unfer, L’administration de la preuve en arbitrage international. Étude comparative France / Etats-Unis.
۶. Craig, Park, Paulsson, «International Chamber of commerce arbitration», ۳rd ed., Oceania Publishers, Paris, ۲۰۰۰.
۷. Fatou NDIORO NIANG ; La pratique de l’arbitrage dans le règlement du contentieux commercial. Cas de la Chambre arbitrale de Dakar , Institut supérieur de management de Dakar , Licence en droit des affaires ۲۰۱۱.
۸. George C. Economou, Admissibility and Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration in [www.greeklawdigest.gr](http://www.greeklawdigest.gr).
۹. Gorshkova Elena , Evidence by Witness in International Commercial Arbitration, Course of International Disputes Settlement in Central European University.
۱۰. Guy Pendell, David Bridge, Arbitration in England and Wales, in <https://eguides.cmslegal.com/>.
۱۱. Lara unfer, L’administration de la preuve en arbitrage international. Étude comparative France / Etats-Unis , Mémoire de master ۲ recherche

de droit européen comparé , Université Panthéon-Assas - Institut de Droit Comparé , ۲۰۱۲-۲۰۱۳.

۱۲. P.Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, “ On International Commercial Arbitration “ , Kluwer, ۱۹۹۹.
۱۳. Trever C. Hartley , International Commercial Litigation, Cambridge University Press, ۲۰۰۹.
۱۴. L. Vercauteren, “ The taking of evidence in international arbitration “ , American Review of International Arbitration, ۲۰۱۲.
۱۵. N. Blackaby , C. Partasides , A. Redfen , M. Hunter, “ On International Arbitration, Applicable Laws “ , Oxford University Press, ۲۰۰۹.
۱۶. Y. Derains, “ La pratique de l’administration de la preuve dans l’arbitrage commercial international “ , Revue de l’arbitrage, ۲۰۰۴.

#### سایت‌های اینترنتی

۱۷. <http://blogs.u-paris10.fr/content/lattribution-de-la-charge-de-la-preuve-facilit%C3%A9-et-disponibilit%C3%A9-par-olivier-javel>
۱۸. [http://professoralexstein.com/images/Evidence\\_Probability\\_BOP.pdf](http://professoralexstein.com/images/Evidence_Probability_BOP.pdf)
۱۹. “Commentary on the revised text of the ۲۰۱۰ IBA rules on taking of evidence in international arbitration“ in [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

