



University of Tehran Press

Dealing with Corruption in International Arbitrations

Seyyed Ghasem Zamani¹ | Iman Mirzazadeh² | Erfan Mirzazadeh³

1. Professor in (International Law), Allemehtabatabaie University, Tehran, Iran.
Email: zamani@atu.ac.ir
2. Corresponding Author; Ph.D. in (International Law), University of Tehran, Tehran, Iran.
Email: imanmirzazadeh@ut.ac.ir
3. Ph.D. student in (International Law), North Branch, Azad Islamic University, Tehran, Iran.
Email: erfanmirzazadeh@yahoo.com

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 1-20</p> <hr/> <p>Received: 2020/05/24</p> <p>Received in revised from: 2020/10/15</p> <p>Accepted: 2021/01/26</p> <p>Published online: ---/--/--</p> <hr/> <p>Keywords: <i>Arbitration, Burden of Proof, Corruption, Pro-Active Role, Public Policy.</i></p>	<p>Arbitrators may face the allegation of corruption in the middle of international arbitration proceedings through the disputing parties. In the arbitral proceeding, the tribunal may confront the circumstantial evidence while examining documents, and proof can lead to corruption's strong suspicion. In such circumstances, most arbitrators are reluctant to enter into the matter of corruption. They prefer to settle disputes within the framework of the claims and submissions exchanged between the parties. However, taking an in-active position by arbitrators in such circumstances provides an excellent opportunity for abusers of arbitral procedure. Taking a de-active role can threaten the efficiency and reputation of arbitration. In such a condition, the tribunal's neutrality can also distort arbitration usage to the instrument legitimizing unlawful actions and contracts. The research question is whether the arbitrators dealing with corruption are obliged to consider the case and dispute within the framework of the arbitral agreement or not? Some arbitrators have taken the pro-activity approach against corruption. When tribunals and arbitrators have a strong belief in justice and accept their responsibility based on justice and equality, arbitration's misuses would be blocked against opportunists and abusers more than ever. In this research, arbitrators' active role's desirability is discussed based on the arbitral cases and awards.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Zamani, Seyyed Ghasem; Mirzazadeh, Iman; Mirzazadeh, Erfan (2023). Dealing with Corruption in International Arbitrations. <i>Public Law Studies Quarterly</i>, -- (--), 1-20. DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.303277.2445</p>
<p>DOI</p>	<p>10.22059/JPLSQ.2021.303277.2445</p>
<p>Publisher</p>	<p>University of Tehran Press. </p>



انتشارات دانشگاه تهران

فصلنامه مطالعات حقوق عمومی

شاپا الکترونیکی: ۱۱۳۹-۳۴۲۳

دوره: -- شماره: --

Homepage: <http://jplsq.ut.ac.ir>

مواجهه با فساد در داوری‌های بین‌المللی

سیدقاسم زمانی^۱ | ایمان میرزازاده^۲ | عرفان میرزازاده^۳

۱. استاد حقوق بین‌الملل، عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: zamani@atu.ac.ir

۲. نویسنده مسئول؛ دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

رایانامه: imanmirzazadeh@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: erfanmirzazadeh@yahoo.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۲۰-۱</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۴</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۷/۲۴</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۰۷</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ---/--/--</p> <p>کلیدواژه‌ها: بار اثبات، داوری، فساد، نظم عمومی، نقش فعال.</p>	<p>محتمل است داوران در پرونده‌های بین‌المللی، در اثبات رسیدگی با ادعای فساد از سوی احدی از اطراف اختلاف مواجه شوند یا در طول روند رسیدگی و بررسی اسناد و مدارک، قرائنی بیابند که برای داوران ظن قوی به وجود فساد ایجاد شود. به‌طور معمول داوران گرایشی به بررسی چنین موضوعاتی ندارند و ترجیح می‌دهند تا اختلاف را در چارچوب ادعاهای مطروحه و لوائح تبادل شده طرفین، حل‌وفصل کنند، اما انفعال در مواجهه با فساد و اتخاذ موضع بی‌طرفانه، نه‌تنها باب سوءاستفاده از داوری‌ها را باز می‌کند، بلکه داوری را به وسیله‌ای برای مشروعیت‌بخشی به قراردادهای و توافقات غیرقانونی، مبدل می‌سازد. سؤال این تحقیق بدین شرح است که آیا داوران در مواجهه با فساد، می‌بایست رویکردی ایجابی و فعال در برابر فساد اتخاذ کنند یا در چارچوب توافق طرفین و با بی‌تفاوتی نسبت به فساد، به رسیدگی خود ادامه دهند؟ برخی داوران، ضمن پذیرش صلاحیت خود به رسیدگی، با بهره‌گیری از استانداردهای مبارزه با فساد، نقشی فعال در مواجهه با فساد بر عهده می‌گیرند. در این تحقیق با بررسی تعدادی از آرای صادره در داوری‌های بین‌المللی، در پی اثبات مطلوبیت رویکرد ایجابی داوران در مواجهه با فساد هستیم.</p>
<p>استناد</p> <p>زمانی، سیدقاسم؛ میرزازاده، ایمان؛ میرزازاده، عرفان (۱۴۰۲). مواجهه با فساد در داوری‌های بین‌المللی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، (—)، ۲۰-۱.</p> <p>DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.303277.2445</p>	
<p>DOI</p> <p>10.22059/JPLSQ.2021.303277.2445</p>	
<p>ناشر</p> <p>مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.</p>	



۱. مقدمه

پول‌شویی، ارتشا و سایر اشکال فساد، به داوری‌های معروفی منجر شده است. مرور تحلیل‌ها و مواضع داوران در این پرونده‌ها، می‌تواند مسیر روشن و شفاف‌تری را برای داوران جوان و علاقه‌مند (Born, 2014: 213). داوری، امروزه با پویایی و سرعتی بیش از گذشته به تکامل خود ادامه می‌دهد، زیرا قراردادهای مبادلات و سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی بیشتر شده است و روابط اقتصادی ورای مرزها و محدودیت‌های سرزمینی، رو به افزایش است. اما در این میان، کشورهایی موفق‌اند که اعتماد بیشتری به وکلا و حقوقدانان خود داشته‌اند و داوری را در رقابت با نهاد دادگستری برای کسب درآمد نمی‌بینند، بلکه داوری را سازوکاری مکمل برای حل و فصل اختلافات شهروندان و تحقق عدالت و در راستای تضمین امنیت سرمایه‌گذاران قلمداد می‌کنند. در چنین نظام‌هایی، شاهد نرخ پایین ورودی پرونده‌ها به محاکم، شفافیت بالا، پاسخگویی و کارآمدی سیستم قضایی هستیم. در چنین شرایطی، داوری همواره با تهدیداتی مواجه است و سودجویان و جریان‌های پرنفوذ، ترجیح می‌دهند تا با تکیه بر داوری، ضمن احقاق حق در سریع‌ترین زمان ممکن، با تکیه بر اصل محرمانگی در روند داوری، اختلافات ناشی از تعاملات غیرقانونی خود را نیز به سرانجام برسانند. برای نمونه شرکت‌هایی که در پی پیروزی در مناقصات دولتی‌اند، به‌منظور اطلاع از جزئیات سایر پیشنهادهای رقبای احتمالی، با انعقاد قراردادهایی با منتفذان و یا مرتبطان ارگان‌ها و نهادهای دولتی تحت عنوان «قرارداد مشاوره»^۱ با ارقام نجومی، شرایط پیروزی خود را مهیا می‌کنند یا با نفوذ در این ارگان‌ها، شرایطی تبعیض‌آمیز را برای رقابت در مناقصه فراهم می‌کنند. برای نمونه می‌توان به نقض تشریفات برگزاری مناقصه و افشای اطلاعات محرمانه آن اشاره کرد (نوری یوشانلوئی و شاه مرادی، ۱۳۹۶: ۱۱۷). برخی افراد به‌منظور مخفی نگه‌داشتن منشأ غیرقانونی برخی اموال یا وجوه حاصل از جرائم ارتكابی، با طرح پرونده‌های صوری و بدون اطلاع داوران از واقعیت، با صدور رأی از سوی نهاد داوری به دنبال شست‌وشوی عواید نامشروع حاصل از جرائم ارتكابی خود هستند. در این‌گونه موارد، داور و یا نهاد داوری ناخواسته وارد فرایندی شده است که نه‌تنها عملیات مجرمانه را تسهیل می‌کند و در مظان انواع اتهامات قرار می‌گیرد، بلکه موجبات تخدیش بیش از پیش نهاد داوری را فراهم می‌سازد. اما در چنین شرایطی، واکنش داوران چگونه باید باشد؟ آیا داور برای حفظ جایگاه و نام خود برای پرونده‌های آتی و انتخاب مجدد به‌عنوان داور در اختلافات احتمالی توسط هریک از طرفین، باید با مخفی نگه‌داشتن موضوع و یا با بی‌تفاوتی به طرح چنین مواردی، صرفاً به رسیدگی خود ادامه دهد و یا اینکه ضمن احراز صلاحیت خود، قرارداد یا توافق موصوف را ابطال کند؟ یا با استناد به نظم عمومی و عدم داوری‌پذیری، با رد صلاحیت از رسیدگی امتناع ورزد؟ هرچند پاسخ به چنین پرسش‌هایی، بسته به

نوع پرونده و موضوع، می‌تواند متفاوت باشد، در این تحقیق که با روش توصیفی-تحلیلی انجام گرفته است، با مرور تعدادی از پرونده‌های مشهور مرتبط با موضوع فساد، بیش از پیش از عکس‌العمل و تدابیر اتخاذی داوران در مواجهه با فساد مطلع خواهیم شد و در پی اثبات ضرورت اتخاذ رویکرد ایجابی از سوی داوران در مواجهه با فساد هستیم.

۲. رویکردهای داوران در مواجهه با فساد

امروزه مبارزه با فساد، نه تنها تکلیف اخلاقی تلقی می‌شود، بلکه مسئولیت ملی است و همه آحاد جامعه در امحای این پدیده شوم و تحقق عدالت، نقش بنیادین دارند (قاسمی، ۱۳۹۵: ۱۴۸). یکی از ابهاماتی که با توجه به محدودیت اختیارات داور در تحصیل دلیل در خصوص پیگیری و کشف فساد، همواره به ذهن متبادر می‌شود، این است که آیا داور، صرفاً می‌باید خدمات خود را در چارچوب اراده و توافق طرفین ارائه دهد یا اینکه در وهله اول، خود را خدمتگزار عدالت^۱ و حامی اصول بنیادین (استانداردهای حداقلی) اخلاقی^۲ قلمداد کند؟ برای نمونه در ایالات متحده، داوران از اختیاراتی مشابه با قضات و حتی بیشتر بهره می‌برند تا آزادانه امکان تحقق عدالت را داشته باشند (میرفخرایی، ۱۳۷۰: ۲۴۷). در چنین شرایطی، داوران جزئی از نظام قضایی تلقی می‌شوند و در تحقق عدالت، به‌طور شفاف حائز نقش و جایگاه خواهند بود. به‌طور کلی زمانی که داوران در پرونده‌ای با فساد از جمله ارتشا مواجه می‌شوند، یکی از دو راهبرد زیر را انتخاب می‌کنند (Raouf, 2009: 118-119):

۱. داور، فعالانه^۳ و با رویکردی ایجابی در این‌گونه موارد خود را حامی و محافظ اصل حاکمیت قانون قلمداد می‌کند؛ داور می‌تواند به مسئولیت اجتماعی بوده و خود را در برابر جامعه در جهت تحقق عدالت مسئول بداند، بی‌شک در برابر فساد، منفعل نخواهد بود، زیرا سلاخی مؤثر که همان تسلط و اشراف بر قوانین است را به‌همراه دارد.

۲. داور، منفعل و در اصطلاح بی‌تفاوت^۴ بوده و با استناد به محدودیت اختیارات خود بر اساس توافق طرفین، به‌عنوان داور و نه دادستان، از رسیدگی به فساد شانه خالی می‌کند. در این راهبرد انفعالی، داور به‌مثابه کاتالیزور عمل می‌کند و ممکن است با این بی‌تفاوتی و بی‌عملی، ناخواسته قراردادی را که اساساً باطل و بی‌اثر است، به قراردادی موجه و قانونی تبدیل کند. در چنین وضعیتی، داور نقشی تسهیل‌کننده در اعمال ارتكابی چنین بزهکارانی ایفا می‌کند و می‌بایست پذیرای عواقب آن باشد، زیرا در دنیای مدرن

1. Servants of Justice
2. Morality
3. Proactive
4. Indifferent

امروز، داوران اغلب از متخصصان علم حقوق و وکلای زبده انتخاب می‌شوند و نمی‌توانند با توجیهاتی همچون بی‌اطلاعی، فقدان اختیارات پلیسی یا عدم اشراف به موضوع و ابعاد مختلف آن، در مقام توجیه عملکرد اشتباه خود برآیند. به‌طور معمول این‌گونه آرای داوریه، در مرحله شناسایی و اجراء با چالش‌های متنوعی روبه‌رو خواهند شد.

بسیاری از داوران بر این عقیده‌اند که در صورت مواجهه با ادعای فساد در طول روند رسیدگی، به استناد دکترین جدایی‌پذیری شرط داوریه^۱ صلاحیت خواهند داشت تا ضمن انجام تحقیقات بیشتر، در خصوص سرنوشت قرارداد و اعتبار آن اتخاذ تصمیم کنند. در این حالت داور با انتخاب راهبرد اول، داور فعال خواهد بود و بر اساس نظم عمومی و ترجیح منافع عمومی بر منافع اختصاصی طرفین اختلاف، در خصوص قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد کرد. برای عدم رعایت این راهبرد (رویکرد ایجابی)، ضمانت اجرای لازم در کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوریه خارجی^۲ (۱۹۵۸) لحاظ شده است. در بندهای «الف» و «ب» پاراگراف ۲ ماده ۵ کنوانسیون موصوف، مقام ذی‌صلاحی که مسئولیت شناسایی و اجرای رأی داوریه را بر عهده دارد، صلاحیت خواهد داشت تا در صورت احراز اینکه موضوع داوریه، قابلیت ارجاع به داوریه را نداشته و یا اصطلاحاً آن را داوریه‌پذیر ندانسته است، و یا شناسایی و اجرای رأی داوریه را مخالف با نظم عمومی خود تشخیص دهد، از شناسایی و اجرای رأی موصوف «امتناع» ورزد. اما دکترین جدایی‌پذیری شرط داوریه از قرارداد اصلی، در آرای مختلفی همچون رأی قاضی لاگرگرن^۳ و رأی دیوان عالی پاکستان در خصوص پرونده واپدا علیه هابکو و دولت پاکستان، مورد توجه قرار نگرفته است و با استناد به نظم عمومی اعلام کرده‌اند که داوران صلاحیت رسیدگی به موضوعاتی همچون ارتشا را که از مصادیق فساد است و در زمره نظم عمومی قرار دارد، ندارند (Majeed, 2000: 431-432). هرچند رویه فعلی داوریه، چنین واکنشی را بر مبنای عدم پذیرش دکترین جدایی‌پذیری از سوی داوران بی‌مورد دانسته است. در رویه فعلی، داوران می‌باید ضمن احراز صلاحیت خود، به موضوعات مطروحه رسیدگی کنند و بر اساس قواعد حقوقی که به‌صورت جهانی پذیرفته شده است و نظم عمومی بین‌المللی، به ادعای فساد رسیدگی کنند (Hober, 2011: 59). نظم عمومی بین‌المللی، شامل قواعدی است که مورد پذیرش همه کشورهای قرار گرفته است و اغلب شامل حقوق فطری، عدالت و اخلاق می‌شود (نوری یوشانلوئی و شاه‌مرادی، ۱۳۹۶: ۱۲۶). به‌نظر می‌آید که انفعال داوران و عدم بهره‌گیری از

1. Separability

۲. مرکز پژوهش‌ها - قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوریه خارجی

تنظیم‌شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی (۱۳۳۷/۰۴/۰۳ هجری شمسی)^۳

<<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/90503>> accessed 6 August 2020.

3. Lagergren

دکترین جدایی‌پذیری شرط داوری، فرصتی را برای ادامه حیات چنین قراردادهایی فراهم می‌کند که تبعات و مخاطرات آن برای نظام اقتصادی کشورها، کمتر از نقض نظم عمومی نیست.

۳. بار اثبات ادعا و قانون حاکم

اغلب در داوری‌های تجاری^۱ قانون حاکم بر اساس توافق و اراده طرفین قرارداد تعیین می‌شود و اساساً داوری به‌عنوان یکی از کارآمدترین روش‌های حل‌وفصل اختلافات، بر اساس اراده و خواست طرفین^۲ و در چارچوب اختیاراتی که از سوی طرفین به داوران اعطا می‌شود، انجام می‌گیرد. اما در دعاوی ناشی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^۳، حقوق بین‌الملل نیز نقش بسزایی در روند رسیدگی خواهد داشت و به‌عنوان مکمل قوانین ملی طرفین اختلاف، در این‌گونه دعاوی مورد استناد داوران قرار (Baizeau & Hayes, 2017: 232-233). ارزیابی ادله در خصوص فساد و یا امکان تحقیق و حتی تحصیل دلیل از مهم‌ترین موضوعات مرتبط با فساد در داوری‌های بین‌المللی است، و داوران نمی‌توانند بر اساس ادعای احدی از طرفین و یا صرفاً بر مبنای تردیدها و یا ابهامات موجود در پرونده اتخاذ تصمیم کنند. اساساً بار اثبات^۴ ادعای فساد بر دوش مدعی فساد است. اما نکته حائز اهمیت، در امکان معکوس شدن یا انتقال بار اثبات ادعای^۵ فساد است. چنانچه مدعی فساد، مدارکی را ارائه دهد، اما مستنداتش قطعی و نهایی نباشد، در چنین وضعیتی داوران قادرند تا طرف مظنون را جهت ارائه مستندات^۶ که ناقض ادعای مدعی فساد باشد، مورد بازخواست قرار دهند. در چنین شرایطی، بار اثبات دعوا، منقلب و بر عهده طرف دیگر دعوا قرار می‌گیرد و چنانچه مخاطب درخواست داوران (شخص مظنون)، نتواند مدارک و مستندات^۷ را که ناقض ادعای فساد باشد، به دیوان ارائه دهد، دیوان می‌تواند نتیجه‌گیری کند که مستندات قبلی درست بوده است و بر اساس آنها تصمیم نهایی خود را اتخاذ کند (Lamm & others, 2014: 330-331). در تشخیص فساد، وجود مستندات متقن ضروری نیست و صرف وجود قرائن و یا اوضاع و احوالی^۸ که امکان وجود فساد را افزایش دهد نیز کفایت می‌کند. برای نمونه در دعاوی ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری، زمانی که دولت میزبان مدعی پرداخت رشوه از سوی سرمایه‌گذار و یا عواملش به کارگزاران دولتی جهت تسهیل انعقاد توافقنامه است، به‌طور معمول داوران قادرند تا از مدت زمان کوتاه و غیرطبیعی صدور مجوزها، عدم تناسب در میزان وجوه پرداختی از سوی سرمایه‌گذار برای خدمات مشاوره و یا صرف حق‌المشاوره‌های غیرطبیعی و

1. Commercial Arbitration
2. Party Autonomy
3. Bilateral Investment Treaties
4. Burden of Proof
5. Shifting of Burden of Proof
6. Circumstantial Evidence

گزارف به‌عنوان علائمی هشداردهنده در خصوص فساد استفاده کنند. اما این علائم هشداردهنده^۱ به‌تنهایی برای اثبات فساد کافی نیست و دلایل بیشتری برای اتخاذ تصمیم در خصوص چنین قراردادهایی مورد نیاز داوران است تا هدف و علت غایی نامشروع بودن چنین توافقاتی اثبات شود. داوران در صورت فراهم بودن اسناد و مدارک و یا ادله و شواهد مکفی، با هر کوششی جهت مشروعیت دادن به قراردادهای آلوده به فساد از طریق داوری، مقابله می‌کنند. اما چنین ادعای بزرگی، می‌بایست توسط مدعی اثبات شود و صرف ظن و گمان کفایت نمی‌کند (Lamm & others, 2014: 332). به‌طور معمول در خصوص ادعای فساد، دسترسی به مستندات و امکان اثبات آن با مشکلات و پیچیدگی‌هایی مواجه است، اما در مواردی که ظن قوی وجود دارد، امکان تغییر بار اثبات از مدعی فساد به طرف غیرمدعی وجود دارد. چنین شرایطی در پرونده متال-تک علیه کنیا^۲ به‌وجود آمد. از این نکته نمی‌توان غافل شد که تلاش داوران در تحصیل دلیل در خصوص فساد، زمانی که داوران به تشخیص خود و بدون درخواست طرفین^۳ اقدام به تحقیق در خصوص فساد می‌کنند، جریان داوری یا حتی رأی داوری را با ادعای نقض حقوق بنیادین طرفین همچون حق برابری سلاح‌ها^۴ یا حق بر شنیده شدن^۵، مواجه خواهد ساخت. بنابراین تحصیل دلیل بدون درخواست طرفین در خصوص فساد، کار بسیار حساسی است و دقت بیش از پیش داوران را طلب می‌کند (Baizeau & Hayes, 2017: 245). شایان توضیح است که کنوانسیون ایکسید و قواعد داوری آن استاندارد خاصی را برای بار اثبات دعوا تعریف نکرده، در عوض، اختیارات داوران را در خصوص مطالبه اسناد و مدارک از طرفین، به‌طور وسیعی در مواد ۴۳ تا ۴۵ کنوانسیون و ماده ۳۴ قواعد داوری^۶، تعیین کرده است.

۴. داوری‌پذیری^۷ موضوعات مرتبط با معاملات و تدارکات عمومی دولت

در اینجا با دو نگاه غالب روبه‌رو هستیم، یک نگاه آن است که اساساً موضوعات مرتبط با فساد را به‌ویژه در حوزه تدارکات عمومی قابل داوری یا در اصطلاح داوری‌پذیر نمی‌داند. این نگاه سختگیرانه، از این بحث ناشی می‌شود که اساساً داور را در ورود به چنین موضوعاتی که غیرقابل داوری تلقی می‌شوند، فاقد صلاحیت می‌دانند. یکی از دلایل غیرقابل داوری بودن این موضوعات، تدوین قوانین خاص در مورد تأمین مایحتاج و یا تدارکات عمومی در کشورهاست که برای این نوع خریدها و تدارکات، روندها و آیین خاصی پیش‌بینی کرده‌اند و نهادهای ویژه‌ای برای آنها تأسیس شده است. غالب این قوانین، مقرره‌هایی

1. Red Flags

2. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ISCID Case No. ARB/10/3 of 4 October 2013

3. Sua Sponte

4. Equality of Arms

5. Right to be Heard

6. ICSID, 'ICSID Convention, Regulations and Rules' 128.

7. Arbitrability

در خصوص ممنوعیت پرداخت کمیسیون و یا واسطه‌گری و دلالتی را در برمی‌گیرد، زیرا دولت‌ها معتقدند پرداخت چنین کمیسیون‌هایی موجب افزایش ارزش خدمات و یا کالای مدنظر دولت می‌شود و شرایط را برای فساد فراهم می‌کند، البته انجام چنین خریدهایی را برای دولت به واسطه رقابت دلالتان و واسطه‌ها پیچیده‌تر و پرهزینه‌تر می‌سازد. در مواردی که دولت نیازمند خریدهای خاصی است، با قید شفافیت، چنین مواردی با فرایندهای قانونی به شرکت‌های دولتی تفویض می‌شود (Sayed, 2004: 30-31). عموم این نوع قراردادهای نیز در راستای حفظ منافع عمومی، دیوانی ویژه برای حل و فصل اختلافات در خود دارند. در صورت ارجاع موارد مرتبط با اختلافات مالی راجع به حق دلالتی و یا میزان کمیسیون پرداختی، برای داور کافی است تا اثبات کند که وجوه و مبالغی که موضوع اختلاف است در ارتباط با معاملات عمومی دولت است و قوانین مرتبط با این‌گونه معاملات نیز غیرقابل داوریه بودن موضوعات موصوف را مقرر ساخته است (Hanotiau, 2014: 875). موضوع داوریه‌پذیری ممکن است در مراحل گوناگون روند و جریان داوریه مطرح شود. رایج‌ترین نقطه از طرح موضوع داوریه‌پذیری، در برابر دیوان داوریه است که می‌بایست بر اساس اصل *Kompetence-Kompetence* در خصوص صلاحیت خود و پیش از ورود در ماهیت اختلاف اتخاذ تصمیم کند. از سوی دیگر، طرف اختلاف که موضوع را داوریه‌پذیر نمی‌داند، ممکن است مراتب اعتراض خود را به دادگاه اعلام کند و دادگاه باید در خصوص اعتراض مطرح‌شده از سوی خواننده بر اساس توافق داوریه تصمیم‌گیری کند. فقدان داوریه‌پذیری، ممکن است به‌عنوان دلیلی برای ابطال رأی داوریه نیز مورد استناد قرار گیرد و در آخرین نقطه، عدم داوریه‌پذیری ممکن است در مقابل دادگاهی مطرح شود که در مقام شناسایی و اجرای رأی داوریه باید تصمیم‌گیری کند (Hanotiau, 2014: 875). قوانین اساسی برخی کشورها، دربرگیرنده مقرراتی هستند که امکان طرح اختلافاتی را که دولت یا یک نهاد عمومی طرف آن است، به داوریه محدود ساخته‌اند. در بعضی موارد، ارجاع کلی و یا جزئی این موضوعات به داوریه توسط قوانین ممنوع شده است. موضوع عدم داوریه‌پذیری، در دو وضعیت قابل تصور است، اول اینکه خواننده به موضوع داوریه‌پذیری اعتراض کند و دیگر آنجایی است که درخواستی صریح یا ضمنی در خصوص بی‌اعتنایی به موضوعات مرتبط با داوریه‌پذیری از سوی خواننده وجود داشته باشد. رایج‌ترین وضعیت، اعتراض خواننده به داوریه‌پذیری است، به این شکل که طرفین قراردادی را در خصوص نحوه محاسبه و پرداخت کمیسیون (حق‌العامل کاری) با یکدیگر منعقد ساخته‌اند، ولی در زمان داوریه، خواننده با طرح موضوع کمیسیون (حق‌العامل کاری) در خصوص معاملات دولتی مخالفت کند و آن را داوریه‌پذیر نداند. خواهان در اینجا فرصت دفاع را با استناد به قاعده استاپل^۱ خواهد داشت، با این مضمون که خواننده از زمان امضای قرارداد از نفس و ماهیت چنین قراردادی (حاوی شرط

1. Estoppel

داوری) مطلع بوده است و تاکنون اعتراضی در خصوص شرط داوریه و صلاحیت دیوان داوریه مطرح نساخته است. سکوت و یا انفعال طرفین در خصوص عدم داوریه‌پذیری موضوع اختلاف، می‌تواند دال بر رضایت آنها به انجام داوریه ارزیابی شود (Sayed, 2004: 34-35). اما سؤال و ابهامی که به ذهن خطور می‌کند، جایگاه داوریه در صورت سکوت طرفین است. زمانی که طرفین با وجود ممنوعیت‌های قانونی، با مواضع قبلی، اشاره‌ای به موضوع فقدان داوریه‌پذیری نمی‌کنند و یا خوانده به‌صراحت خطاب به داور درخواست می‌کند تا داوریه ادامه پیدا کند و اعتنایی به موضوع داوریه‌پذیری نشود، آیا در این شرایط داور با مسئولیتی مواجه نخواهد شد؟ آیا داور قادر است تا به‌طور یکجانبه و بدون طرح درخواست از سوی طرفین، موضوع داوریه‌پذیری را مطرح کند و آیا طرح چنین موضوعی با وجود سکوت و یا انفعال خواننده، تجاوز از حدود اختیارات و یا نقض توافق داوریه تلقی نمی‌شود؟ باید این واقعیت را پذیرفت که در معاملات دولتی، احتمال فساد از طریق انعقاد قراردادهایی جهت تخصیص و پرداخت حق‌العمل و یا کمسیون، بسیار بالاست. در این‌گونه موارد دو راهبرد وجود دارد؛ یک راهبرد مبتنی بر ادامه روند رسیدگی است و اختیار داور را در اتخاذ تصمیم در خصوص اعتبار قرارداد مبحث‌عنه مرجح می‌داند. راهبرد دوم که نسبتاً سختگیرانه است، داوریه‌ناپذیری موضوعات مرتبط به معاملات دولت در خصوص تأمین و تدارکات عمومی را اصل قرار می‌دهد. راهبرد دوم که رویکردی پیشگیرانه دارد، از مورد سوءاستفاده قرار گرفتن داوریه جهت فساد در معاملات دولتی به‌کلی پیشگیری می‌کند.

۵. دکترین جدایی‌پذیری شرط داوریه

اما نباید از این موضوع غفلت شود که دکترین جدایی‌پذیری شرط داوریه، در قوانین نمونه داوریه آنسیترال (اصلاحی ۲۰۰۶)^۲ و ماده ۱۶ آن مورد پذیرش و تأکید قرار گرفته است و به‌صراحت مقرر شده است که «دیوان داوریه در صورت اعتراض به وجود یا اعتبار توافق داوریه، در خصوص صلاحیت خود تصمیم خواهد گرفت. با این هدف، شرط داوریه که جزئی از قرارداد اصلی را تشکیل می‌دهد، مستقل از سایر شروط و مواد قرارداد باید ارزیابی شود و تصمیم دیوان داوریه در خصوص ابطال و یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی، به‌خودی‌خود موجب بی‌اعتباری شرط داوریه نخواهد شد». اما دکترین جدایی‌پذیری شرط داوریه، از این ایده سرچشمه گرفته است که اساساً توافق داوریه به‌طور مفهومی خارج از چارچوب ارتباطات قرارداد اصلی، در ذهن و اراده طرفین تجسم یافته است. این جدایی، موجب می‌شود تا تعلیق، فسخ، بی‌اعتباری و ابطال قرارداد اصلی، تأثیری بر اعتبار توافق داوریه نداشته باشد (Foustoucos,

1. Separability

2. United Nations, 'UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With Amendments as Adopted in 2006'.

115: 1988). باید پذیرفت که اصل جدایی‌پذیری شرط داوری، می‌تواند وسیله‌ای برای پیشگیری از سوءاستفاده احتمالی خواننده از طرح ادعای بطلان قرارداد اصلی و حاوی شرط داوری شمرده شود، زیرا این امکان وجود دارد تا خواننده برای مسدود کردن مسیر داوری و ایجاد تأخیر و وقفه در احقاق حق و دسترسی به عدالت، چنین ادعایی را در خصوص قرارداد اصلی مطرح کند.

این بخش، ضمن مرور رأی و تصمیم قاضی لاگرگرن در پرونده شماره ۱۱۱۰ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، و با تحلیل دو پرونده هابکو-واپدا و وستاکر- نهاد معاملات دولت یوگسلاوی، به بررسی ادعای فساد و نحوه مواجهه داوران با این موضوع اختصاص دارد:

۵.۱. تصمیم قاضی لاگرگرن مبتنی بر رویکرد فعالانه در مواجهه با فساد

اختلاف در خصوص مطالبه حق کمیسیون (حق‌العمل‌کاری) بود که می‌بایست توسط خوانندگان که در مزایده و رقابت برنده شده بودند، به کارگزار دولت آرژانتین که واسطه و عاملی بوده است تا با پرداخت رشوه، نظر اعضای دولت آرژانتین را به نفع خوانندگان جلب کند، پرداخت می‌شده است. طرفین نیز قبول داشتند که می‌باید حق‌الزحمه خواهان توسط آنها پرداخت شود و در عوض خواهان نیز می‌بایست با پرداخت رشوه به اعضای دولت، نظر موافق آنها را به انعقاد قرارداد مبحث‌عنه جلب کند. قاضی لاگرگرن^۱، در پرونده شماره ۱۱۱۰^۲ (دیوان بین‌المللی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی)، با انجام تحقیقات و جمع‌آوری مستندات بدون درخواست طرفین در زمینه پرداخت حق کمیسیون موصوف، متوجه ارتشا و فساد می‌شود و برخلاف نظر طرفین اختلاف، اعتقاد به عدم صلاحیت مرجع داوری دارد. او در تصمیم خود تصریح می‌کند که ورود داور و رسیدگی به این موضوعات برخلاف اخلاق، پاکدستی و نظم عمومی است و نه قانون فرانسه به‌عنوان قانون حاکم بر داوری و نه قانون آرژانتین به‌عنوان قانون محل انجام داوری، هیچ‌کدام چنین مجوزی را به داور نمی‌دهد تا در این‌گونه موضوعات وارد شود و تصریح می‌کند که عدالت، اجازه احراز صلاحیت در چنین مواردی را به او نمی‌دهد (Wetter, 1994: 293-294). کمتر آرای در داوری‌های بین‌المللی به اندازه رأی صادره توسط قاضی لاگرگرن مدنظر پژوهشگران قرار گرفته است. هرچند رأی موصوف از سوی برخی پژوهشگران به دلیل عدم رعایت دکترین جدایی‌پذیری شرط داوری از قرارداد اصلی *Separability* و *Kompetenz-Kompetenz* مورد نقد قرار گرفته است. اما این رأی صادره از سوی قاضی لاگرگرن، حاوی نکات حائز اهمیت است، اینکه داوران باید بیش از

1. Lagergren

2. Gunar Lagergren, 'ICC Award No. 1110 of 1963' (*Trans-Lex.org*) <https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-/> accessed 19 October 2019.

سایرین، تابع اصول اخلاقی باشند و ایشان در رأی خود بارها به این نکته اشاره کرده است که ارتشا و سوءاستفاده‌های مالی هرچند در کشوری مثل آرژانتین در آن مقطع زمانی، امری رایج بوده است، اما چنین اعمال و رفتاری نه تنها نقض شدید ارزشمندترین اصول اخلاقی^۱ و نظم عمومی تلقی می‌شود، بلکه چنین مواردی اساساً قابلیت طرح و رسیدگی در هیچ نهاد داوری را در کشورهای متمدن^۲ ندارد. او معتقد است هرچند در برخی کشورها، پرداخت مبلغی به‌عنوان کمیسیون به برخی افراد امری متداول است، اما نمی‌توان حاکمیت قانون و حکمرانی خوب را فراموش کرد و تأثیرات مخرب چنین مراوداتی را در تولید و چرخه اقتصاد، نادیده گرفت. او فساد را عنصری مخرب در سطح بین‌المللی^۳ و برخلاف اصول اخلاقی و نظم عمومی مورد قبول از سوی جامعه بین‌المللی می‌داند (Wetter, 1994: 295). این رأی نشان می‌دهد که فساد می‌بایست در داوری مورد خطاب قرار گیرد و برای آن استانداردهایی در نظر گرفته شود. برای بررسی موضوع صلاحیت و مشخص ساختن چارچوب قانونی پرونده، حداقلی از تحقیقات باید توسط داور انجام گیرد تا از این طریق قادر باشد در خصوص صلاحیت خود اتخاذ تصمیم کند. اما نباید از یافته‌های شخصیتی همچون گوناگون‌گرگن غافل شد. او در سوابقش ریاست دیوان داوری دعاوی ایران-آمریکا را لاهه را دارد و در شکل‌گیری و فعالیت این دیوان نقش بسیار مؤثری ایفا کرده است. او سال‌ها به‌عنوان قاضی در نظام قضایی سوئد فعالیت کرده است و در سال ۱۹۷۷ به‌عنوان قاضی دیوان اروپائی حقوق بشر انتخاب شد و تا ۱۹۸۸ به فعالیت خود ادامه داد (Hoher, 2009: 633-634).

۵.۲. نظم عمومی و عدم داوری‌پذیری در پرونده هابکو علیه واپدا^۴

در این پرونده نیز دیوان عالی پاکستان، همان مسیر و استدلال قاضی لاگرگرن را ترجیح داد. دعوای موصوف به اختلاف ناشی از قرارداد فروش برق تولیدی شرکت هابکو به شرکت واپدا بازمی‌گردد. شرکت هابکو، در پاکستان به ثبت رسیده است و به‌عنوان سرمایه‌گذار، تأمین‌کننده مالی و ضامن ریسک و بحران‌های سیاسی پاکستان نزد سازمان‌ها و مؤسسات اقتصادی بین‌المللی، در پروژه‌های کلان آن کشور ایفای نقش می‌کند. واپدا نیز در پاکستان، به‌عنوان آژانس و نهادی دولتی جهت تأمین آب و برق پاکستان شناخته می‌شود. در این پرونده، شرکت هابکو مسئولیت ساخت و بهره‌برداری از یکی از بزرگ‌ترین نیروگاه‌های تولید برق در منطقه و ایالت بلوچستان را بر عهده می‌گیرد و با انعقاد قرارداد حاوی شرط داوری، برق و انرژی تولیدی خود را به واپدا می‌فروشد. این قرارداد دو اصلاحیه (متمم) داشت که به‌واسطه آنها قیمت توافق‌شده اولیه، تغییر می‌یابد و با افزایش چشمگیر مواجه می‌شود و تنها

1. Gross Violations of Good Morals

2. Civilized Country

3. International Evil

4. *Hubco v. WAPDA*

ذی‌نفع این افزایش، شرکت تولیدکننده و فروشنده انرژی (هابکو) بوده است. احدی از شهروندان پاکستان، به دلیل افزایش چشمگیر قیمت انرژی شکایتی را در سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان مطرح می‌کند و در اثنای رسیدگی، موضوع پرداخت رشوه به مأموران شرکت واپدا (آژانس تأمین آب و برق پاکستان) افشا می‌شود و مدیران آن شرکت نیز به‌طور رسمی ادامه همکاری و خرید خود را بر اساس قیمت‌های اصلاحی متوقف می‌سازند و اعلام می‌دارند که اصلاحیه‌های موصوف به دلیل فساد و پرداخت رشوه، از درجه اعتبار ساقط است. شرکت هابکو نیز که منافع خود را در خطر می‌بیند، بر اساس قرارداد اصلی و شرط داوری مندرج در آن، دعوایی را علیه شرکت واپدا در لندن (طبق توافق به‌عنوان محل انجام داوری) طرح می‌کند. در همین حین، دستور موقتی از سوی محاکم داخلی پاکستان علیه شرکت هابکو صادر می‌شود که طی آن هرگونه اقدامی از سوی آن شرکت در جهت ادامه روند داوری را تا زمانی که دیوان عالی پاکستان نظر خود را در خصوص پرونده اعلام کند، معلق می‌سازد. دیوان عالی پاکستان نیز در سال ۱۹۹۹ با رأی سه نفر در برابر دو نفر از قضات، اعلام کرد که فساد و ارتشا، قابلیت داوری‌پذیری موضوع اختلاف را تحت تأثیر قرار می‌دهد و در این‌گونه موارد، با توجه به نظم عمومی، صرفاً محاکم ملی پاکستان صلاحیت رسیدگی را خواهند داشت (Majeed, 2000 : 432-435). اما قضات اقلیت با تصمیم اکثریت مخالف بودند و ضمن شناسایی جدایی‌پذیری شرط داوری، تأکید می‌کنند که موضوع اعتبار قرارداد اصلی هرگز توسط طرفین دعوی، مورد اختلاف واقع نشده است. ایشان ادامه می‌دهند که اعتبار قرارداد به‌واسطه رجوع واپدا به مرجع داوری در لندن مورد پذیرش قرار گرفته است و هرگونه ادعای بی‌اعتباری قرارداد اصلی باید به داوری ارجاع شود. از طرفی دیوان عالی در رأی خود اذعان کرده است که صرف ادعای فساد، برای طرح موضوع داوری‌پذیری کفایت نمی‌کند و اینکه چگونه صرف ادعای فساد، منتج به مدرک و دلیل شده است، در تصمیم دیوان عالی شفاف نشده و مورد بحث قرار نگرفته است. افزون‌بر این ادعای فساد به متمم‌های قرارداد اصلی وارد شده است که از طریق پرداخت رشوه منعقد شده‌اند و نه قرارداد اصلی در خصوص تولید و فروش انرژی برق. شرط داوری نیز در قرارداد اصلی درج شده که ادعای بی‌اعتباری آن از سوی طرفین هیچ‌گاه مطرح نشده است. با وجود این اکثریت معتقد بودند که موضوع پرداخت رشوه به مقامات عالی وزارت انرژی و نیز شرکت (عمومی) هابکو، مثبت این واقعیت است که سوءاستفاده از قدرت توسط مقامات دولتی جهت کسب منافع شخصی در انعقاد این قرارداد و متمم‌ها صورت گرفته است و رسیدگی به چنین موضوعاتی نیازمند رسیدگی دقیق و همه‌جانبه محاکم است و نه دیوان‌های داوری (Majeed, 2000 : 435-436).

۵.۳. اهمیت طرح و اثبات ادعای فساد در روند داوری در پرونده وستاکر

قرارداد مشاوره‌ای در سال ۱۹۸۸ فی‌مابین شرکت سرمایه‌گذاری وستاکر از یک طرف با نهاد معاملات عمومی جمهوری فدرال یوگسلاوی و بانک ادرزونا از دیگر سو منعقد شد. پیرو این قرارداد، نهاد معاملات دولتی جمهوری فدرال یوگسلاوی، شرکت وستاکر را به‌عنوان مشاور در ارتباط با فروش تانک‌های ام-۸۴ به وزارت دفاع کویت تعیین کرد. به موجب ماده ۴ این قرارداد، مقرر شد تا هزینه‌ای معادل ۱۵ درصد کل سفارش‌های فروش تانک ام-۸۴ به وزارت دفاع کویت، به‌عنوان هزینه (حق‌العمل‌کاری) از سوی نهاد عمومی معاملات دولت یوگسلاوی به وستاکر پرداخت شود. در ماده ۲ این قرارداد، به لزوم قطعیت و نهایی شدن این سفارش‌ها که به‌واسطه وستاکر انجام پذیرفته است نیز اشاره شده است. در ماده ۶ بانک موصوف نیز به‌عنوان ضامن نهاد معاملات دولتی یوگسلاوی و عامل پرداخت هزینه‌ها از سوی یوگسلاوی تعیین شده است و بانک متعهد بوده است تا ضمانت‌نامه‌هایی را به نفع وستاکر بعد از انعقاد قراردادهای فروش تجهیزات نظامی موصوف صادر کند. ماده ۹ این قرارداد مشاوره، قوانین کشور سوئیس را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد و تفسیر آن تعیین و حل‌وفصل تمامی اختلافات ناشی از این قرارداد را تابع قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام کرده است. پس از انعقاد قرارداد مشاوره که حاوی شرط داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ بود، نهاد معاملات یوگسلاوی به شرکت وستاکر به‌عنوان مشاور خود، مراتب خاتمه قرارداد مشاوره را اعلام کرد و از پرداخت هزینه‌های وعده داده‌شده به وستاکر در خصوص سفارش‌های وزارت دفاع کویت امتناع ورزید. نهاد دولتی موصوف معتقد بود که قرارداد مشاوره برخلاف دستورالعمل وزارت دفاع کویت منعقد شده و دستورالعمل موصوف هرگونه معامله از طریق واسطه‌ها و دلال‌ها را ممنوع اعلام داشته است. بر همین مبنا شرکت وستاکر به‌عنوان خواهان، به مرجع داوری مراجعه کرد و در پرونده مطروحه^۲ رأی داور مبنی بر محکومیت خواننده به پرداخت پنجاه میلیون دلار صادر شد. در رأی به‌صراحت به دکتربین جدایی‌پذیری شرط داوری اشاره و چنین استدلال شد که صرف دستورالعمل نمی‌تواند از مصادیق نظم عمومی بین‌المللی از سوی دیوان داوری تلقی شود. مضافاً آنکه بی‌اعتباری قرارداد موضوع اختلاف به‌دلیل فساد (ارتشا) و عنصر فقدان مشروعیت، از سوی خواننده اثبات نشده است (Lew & others, 2003 : 215-216). اما نکته حائز اهمیت این است که محکوم‌علیه رأی داوری، دعوای ابطال رأی داوری را در دیوان عالی سوئیس (محل انجام داوری) مطرح و عنوان کرد که افرادی از دولت کویت تحت پوشش شرکت وستاکر (محکوم‌له)، فعالیت می‌کنند و واسطه انعقاد چنین قراردادهایی هستند. متعاقب چنین ادعایی، دادگاه از مرجع داوری استعلام کرد که آیا محکوم‌علیه در جریان داوری، چنین مستندات را ارائه کرده است و داوران نیز در پاسخ اعلام کردند که چنین مواردی هیچ‌گاه از سوی محکوم‌علیه در جریان داوری مطرح نشد. دادگاه رسیدگی‌کننده، از ورود به ماهیت مواردی که قبلاً از

1. International Chamber of Commerce (ICC)

2. *Westacre (UK) v Jugoimport (Yugoslavia)*. ICC Case No 7047. (1994).

سوی داوران رسیدگی شده است، امتناع کرد و دعوای ابطال را از سوی محکوم‌علیه رد کرد و رأی صادره را تأیید کرد. متعاقباً محکوم‌له از دادگاه کویت درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری را کرد که مورد موافقت قرار گرفت و هیچ ادعایی در این مقطع از سوی محکوم‌علیه طرح نشد (Lew & others, 2003: 215-216). همین روال در انگلستان نیز از سوی شرکت محکوم‌له به‌منظور شناسایی و اجرای رأی طی شد، اما محکوم‌علیه این بار مدارک و مستندات بیشتری در خصوص فعالیت افراد وابسته به دولت کویت تحت پوشش شرکت محکوم‌له ارائه داد. این پرونده در انگلستان سروصدای زیادی ایجاد کرد، زیرا از یک طرف موضوع اعتبار قرارداد اصلی مطرح بود و از سوی دیگر انگلستان با پیوستن به معاهده‌سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۱ در خصوص مبارزه با ارتشای مقامات خارجی، حاضر به تأیید چنین قراردادی نبود، زیرا آن را با نظم عمومی خود و اجماع بین‌المللی علیه فساد مغایر می‌دانست. از طرف دیگر، انگلستان به‌عنوان کشوری فعال در حوزه سرمایه‌گذاری و اقتصاد بین‌المللی مردد بود که با عدم شناسایی و امتناع از اجرای رأی داوری موصوف که از سوی سازمان داوری معتبری صادر شده است، در آینده به نقض کنوانسیون نیویورک متهم شود. در نهایت در این اختلاف دو رأی صادر شد؛ اولین رأی توسط دادگاه بخش صادر شد و دومین تصمیم توسط دادگاه استیناف گرفته شد و هر دو رأی، تصمیم مرجع داوری را تأیید کردند. در دادگاه بخش، محکومان رأی داوری (بانک و نهاد انجام معاملات دولتی یوگسلاوی)، مدارک جدیدی را در خصوص موضوع ارتشا و فساد قرارداد مشاوره به دادگاه بخش ارائه دادند. دادگاه بخش تأکید داشت که باید قصد مشترک طرفین (وستاکر و نهاد معاملات دولتی یوگسلاوی) جهت پرداخت رشوه و اخذ سفارش فروش اثبات شود، در این صورت است که اجرای رأی داوری در انگلستان مخالف نظم عمومی تلقی خواهد شد. اما وستاکر تأکید داشت که در این مرحله، در پی اجرای قرارداد مشاوره نیست، بلکه به‌دنبال اجرای رأی داوری است که ناشی از توافق داوری است و این توافق به‌صراحت طرفین را ملزم به اجرای مفاد آن ساخته است. وستاکر تأکید داشت که صحت قرارداد اصلی بدو توسط داوران رسیدگی شده است و داوران در رأی خود به‌طور مستدل به این موضوع پرداخته‌اند. وستاکر در دفاعیات خود بر فلسفه دکتترین جدایی‌پذیری شرط داوری تأکید کرده است و آن را ابزاری برای هیات داوری دانسته است تا ضمن بررسی مستندات و حقایق موجود، در خصوص اعتبار و صحت قرارداد، به‌طور مستقل اظهارنظر کند. از طرفی، در مرحله شناسایی و اجرای رأی، کنترل‌های حداقلی صورت می‌پذیرد و قرار نیست تا دادگاه خارج از حدود صلاحیت خود به کل اختلاف با تمام جزئیات آن رسیدگی کند و حفظ قطعیت آرای داوری، از موارد نظم عمومی در حقوق انگلستان شناخته می‌شود. اما معترضان اجرای رأی داوری اصرار داشتند که تبعیت دادگاه از چنین برداشتی، لطمات جدی به اخلاق و عدالت وارد خواهد

ساخت و در واقع دادگاه، حفظ قطعیت آرای داوری را بر نقض اصول اخلاقی جامعه و ممنوعیت پرداخت رشوه به مقامات دولتی، ترجیح داده است. دادگاه ناخواسته خود را بر سر دوراهی انتخاب از میان دو نظم عمومی «حفظ قطعیت آرای داوری» و «ممانعت از قراردادهای غیرقانونی» یافت. اما دادگاه تنها راه خروج از چنین شرایطی را در اصالت و برتری دادن به قطعیت رأی داوری یافت و معتقد بود که اجرای رأی داوری، به معنای فرصت دادن به اجرای رأیی است که قبلاً توسط هیأت داوری به چنین ادعاهایی در خصوص فساد پرداخته شده است. دادگاه معتقد بود که در چنین شرایطی باید به سوابق نهاد صادرکننده رأی داوری نیز توجه شود، مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، از بزرگ‌ترین و معتبرترین مراکز داوری جهان است. دادگاه استیناف انگلستان^۱ نیز، اولویت خود را به تحکیم آرای داوری بین‌المللی داد و از بررسی مجدد مستندات ارائه‌شده استنکاف ورزید. دادگاه استیناف انگلستان، تحکیم آرای داوری بین‌المللی را جزئی از نظم عمومی کشور خود تلقی کرده است.

۶. ضرورت رویکرد توافقی، مسئولیت اجتماعی و حاکمیت قانون در داوری

از موضوعاتی که در داوری‌های بین‌المللی به‌شدت مورد توجه قرار گرفته است، ضرورت اعمال استانداردهای مبارزه با فساد در این‌گونه داوری‌هاست. سؤالی که در بدو امر به ذهن خطور می‌کند، آن است که سرنوشت قراردادهای درگیر با فساد چیست؟ و آیا فساد بر شرط داوری تأثیرگذار است یا خیر؟ باید میان قراردادهایی که به‌واسطه فساد منعقد شده‌اند با قراردادهایی که برای فساد منعقد شده‌اند تفکیک قائل شد، قراردادهای از نوع اول قابل ابطال هستند و قراردادهای نوع دوم اساساً باطل و نامشروع‌اند، بدیهی است که چنین قراردادهایی نباید منشأ اثر قرار گیرند. عموماً در غیر مواردی که شرط داوری نیز خود آلوده به فساد است، ابطال قرارداد اصلی به‌واسطه فساد، بر شرط داوری و صلاحیت دیوان داوری تأثیرگذار نخواهد بود (Baizeau & Hayes, 2017: 17-20) (اصل جدایی‌پذیری شرط داوری). البته در اینجا از قانون حاکم بر داوری نیز نباید غافل شد، زیرا برخی حوزه‌ها مانند حقوق رقابت، خانواده، وراثت و یا حوزه حقوق کیفری، امکان ارجاع به داوری را ندارند. اما در قوانین مدرن داوری، موضوعات مرتبط با فساد، همگی داوری‌پذیرند و دیوان‌های داوری اغلب صلاحیت خود را برای حل و فصل چنین ادعایی احراز می‌کنند و به ادعای فساد در مرحله رسیدگی ماهوی، می‌پردازند (Baizeau & Hayes, 2017: 21). اما چگونگی اثبات فساد، محل مناقشه است. اثبات یا حصول یقین در خصوص فساد، نیازمند اتخاذ رویکرد فعالانه از سوی داور و نیز اتخاذ اقداماتی ایجابی از سوی اوست. اما حدود اختیارات داوران و صلاحیت آنها

1. United Kingdom / 12 May 1999 / England and Wales, Court of Appeal / Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd / QBCMI 1998/0485/3

از موانع جدی در اتخاذ اقدامات ایجابی به‌شمار می‌آید، موضوعی که توسط قاضی لاگرگرن مورد توجه قرار گرفت و اعتقاد عمیق او به مفهوم عدالت، موجب شد تا صلاحیت خود برای رسیدگی به خواسته مبتنی بر ارتشا و فساد را برخلاف امکان توسل به اصل جدایی‌پذیری شرط داوری، احراز نکند (Mujic, 2013: 18-19). اما هرگونه اقدامی خارج از حدود اختیار و رضایت طرفین از سوی داور، ممکن است تا داوری را با چالشی جدی روبه‌رو سازد و صحت داوری را به دلیل تجاوز از حدود اختیارات، دچار تردید کند. با وجود این برخی معتقدند که تأثیرات مخرب فساد و اتخاذ موضعی واحد و فراگیر علیه آن، ایجاب می‌کند تا اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی)، در مواجهه با مصادیق فساد و مظاهر آن، بی‌تفاوت و منفعل نباشند. مهار فساد و پیشگیری از عواقب مخرب آن، نیازمند اتخاذ رویکردی مسئولانه و متحد از سوی همه بازیگران است. داوران نیز از این اتحاد و کمپین جدا و فارغ نیستند. این اعتقاد در جامعه حقوقدانان فعال در حوزه داوری‌های بین‌المللی تقویت شده است که داوران در چارچوب مسئولیت اجتماعی خود، ابزار مشروع و قانونی همچون «انجام تحقیقات یکجانبه»^۱ را برای کشف و مقابله با فساد دارا هستند. گری بُرن^۲ معتقد است که داوران متعهدند تا بر اساس توافق داوری و در حدود آن عمل کنند.^۳ بُرن وظایف اصلی داور را حل اختلاف با روشی توافقی محور^۴ می‌داند. ماهیت توافقی داوری، بی‌طرفی و استقلال را از مختصات اصلی داوران قلمداد می‌کند تا بدین طریق روندی منصفانه در حل و فصل اختلاف تضمین شود و این ویژگی داوری، قاعده‌ای عام و پذیرفته‌شده تلقی می‌شود (Persson, 2017: 23). از دیگر تکالیف داوری، تعهد به صدور آرای قابل اجراست و رأیی قابل اجراست که مطابق با نظم عمومی و قانون حاکم بر داوری صادر شده باشد. در غیر این صورت، رأی داور مطابق ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، قابل شناسایی و اجرا نخواهد بود. تأثیر فساد بر شرط داوری، در پرونده وستینگ هوس^۵ نیز مورد اشاره قرار گرفته است، آنجا که خواننده به صلاحیت داور اعتراض داشت و معتقد بود زمانی که قرارداد اصلی حاصل از پرداخت رشوه بوده است، دکترین جدایی‌پذیری قابل اعمال نخواهد بود، اما دیوان داوری دکترین جدایی‌پذیری را قابل اعمال دانست. دکترین جدایی‌پذیری این امکان را برای داوران جهت احراز صلاحیت خود فراهم ساخته است تا داور از این طریق قادر باشد در خصوص اختلاف، تصمیم‌گیری کند. اما استدلال و تصمیم شجاعانه قاضی فقید «گونا لاگرگرن»، با اصول و آموزه‌هایی همچون اصل حاکمیت قانون سازگارتر به

1. Sua sponte

2. Gary Born

3. Wilmer hale Gary Born, 'Bribery and an Arbitrator's Task - Kluwer Arbitration Blog' (*Kluwer Arbitration Blog*, 1 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrators-task/>> accessed 3 May 2020.

4. Adjudicatory manner

5. ICC Case No. 6401 (1991), *Westinghouse International Projects Company et al. v. National Power Corporation*

نظر می‌رسد (Baizeau & Hayes, 2017: 22). با طرح موضوع فساد (از سوی هریک از طرفین یا با تحقیقات یکجانبه داور بر اساس ظن پیشین)، موضوع حقوق و منافع عمومی نیز وارد کارزار می‌شود. برخی این موضوع را نقطه تفکیک داوری دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری با داوری دعاوی ناشی از اختلافات تجاری می‌دانند که این موضوع بحثی جداگانه را می‌طلبد. اما نمی‌توان حقوق یا منافع عمومی را ملاکی برای این تفکیک تلقی کرد، زیرا فساد و مصادیق آن، به هر شکل و میزانی، ناقض اصل برابری و عدم تبعیض است و نظام توزیع عادلانه ثروت را (چه در سطح داخلی یا بین‌المللی) مختل می‌سازد، و اینکه فساد به واسطه قراردادی تجاری فراهم شود یا از طریق معاهده سرمایه‌گذاری، تأثیری در اصل موضوع فساد و جامعه تحت تأثیر آن نخواهد داشت.

۷. نتیجه

مبارزه با فساد، اصلی پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل و بخشی از نظم عمومی بین‌المللی^۱ به‌شمار می‌آید. کنوانسیون مبارزه با فساد مصوب ۲۰۰۳ سازمان ملل متحد نیز با پذیرش ۱۸۷ کشور، بر اجماع و اتحاد بین‌المللی علیه فساد صحه می‌گذارد. مبارزه با فساد از آنجا اهمیت یافته است که آن را مانع توسعه پایدار می‌دانند، توسعه‌ای که یکی از ارکان آن مبادلات تجاری و سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی در کشورهای در حال توسعه است. اما داوری، به‌عنوان یکی از روش‌های حل‌وفصل اختلاف، همواره با تهدید سوءاستفاده از آن برای مشروعیت‌بخشی به قراردادهای و توافقات غیرقانونی، مواجه بوده است و انفعال داوران در برابر چنین تهدیدی، می‌تواند موجبات مشروعیت‌زدایی از نهاد داوری را فراهم سازد، در شرایطی که آشکال فساد به سبب توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات در حال تغییر و تحول است و در کشورهای در حال توسعه نیز، مقاومت‌هایی بعضاً ساختاری در برابر استراتژی‌های مبارزه با فساد وجود دارد، حامیان عدالت و مدافعان برابری و عدم تبعیض، متعهدند تا در برابر این پدیده ویرانگر، عکس‌العمل متناسب نشان دهند. فساد، در قانون، اخلاق و نظم عمومی منع شده است و کشورهای تابع نظام حقوق عرفی مانند انگلستان، آمریکا و کانادا، توافقات و قراردادهای منتج از فساد را غیرقابل اجرا، مخالف نظم عمومی و باطل تلقی می‌کنند (تقی‌پور و همکاران، ۱۳۹۸: ۹۷). عموم داوران وظیفه دارند تا آرای صادر کنند که قابلیت اجرا^۲ داشته باشند، داوران مستخدم هیچ‌کدام از طرفین اختلاف نیستند و به محض منصوب شدن به‌عنوان داور، مستقل و بی‌طرف فرض می‌شوند. درست است که داوران در چارچوب توافق طرفین، مکلف به رسیدگی هستند، اما داوران پیش از اینکه مکلف به رعایت چارچوب‌ها و حدود و ثغور ترسیمی به‌واسطه

1. International Public Policy
2. Enforceable

لوايح طرفين در حل و فصل اختلاف باشند، متعهد به رعايت عدالت و اصول اخلاقی^۱ در رسيدگی‌ها هستند. داوران در سيستم‌های قضایی پیشرو و مترقی، در تحقق عدالت و رعايت حاکمیت قانون، مکمل قضات هستند. داوران با تخصص و اشراف خود بر موضوعات تجاری و يا سرمایه‌گذاری بين‌المللی، زمینه دسترسی به عدالت را برای سرمایه‌گذاران و فعالان اقتصادی داخلی و خارجی فراهم می‌کنند. داوران، امروزه ابزار لازم را در مواجهه با فساد در روند داوریه‌ها در اختيار دارند و برای نمونه می‌توان به اختيار انجام تحقیقات یکجانبه^۲ توسط داوران در خصوص فساد، صلاحیت داوران در تعیین امور حکمی^۳، بهره‌گیری از استانداردهای مبارزه با فساد از جمله نشانگرهای قرمز^۴ و نیز امکان قلب و تغییر بار اثبات دعوا^۵ از مدعی فساد، به مدعی علیه در موارد وجود ظن قوی بنا بر اوضاع و احوال و دلایل^۶، اشاره کرد. بی‌تفاوتی و عدم واکنش^۷ متناسب حقوقی نسبت به فساد در داوریه‌های بین‌المللی، نه تنها موجب پنهان ماندن فساد و ادامه حیات عقبه آن می‌شود، بلکه جایگاه ارزشمند نهاد داوریه و نقش داوران را در کمپین و اتحاد جهانی علیه فساد، با تردید روبه‌رو می‌کند و از دیگر سو، موجبات مشروعیت‌زدایی از این روش مؤثر و کارآمد حل و فصل اختلاف را فراهم می‌سازد.

منابع

۱. فارسی

– مقالات

۱. تقی‌پور، بهرام؛ عباسی، مهدی؛ مهدوی‌پور، اعظم و ابراهیمی، محمدتقی (۱۳۹۸). راهکارهای حقوقی - اخلاقی مقابله با فساد در انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی. پژوهش‌های اخلاقی، ۱۰(۱)، ۸۷-۱۱۰.
۲. قاسمی، غلامعلی (۱۳۹۵). تدابیر بازدارنده علیه مفاسد اقتصادی در پرتو کنوانسیون مبارزه با فساد و مقررات ایران. حقوق تطبیقی، ۱۰۶، ۱۴۷-۱۷۰.
۳. میرفخرایی، محمدجواد (۱۳۷۰). مسئولیت مدنی داوران، مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهاى اصلاحی. مجله حقوقی مرکز حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۰(۱۴ و ۱۵).
۴. نوری یوشانلوئی، جعفر و شاه‌مرادی، عصمت (۱۳۹۶). آثار حقوقی فساد بر قراردادهای نفت و گاز.

1. Justice and Moralities
2. Sua Sponte
3. The principle *iura novit curia*
4. Red-Flags
5. Shifting of burden of proof
6. Circumstantial Evidence
7. Approach of Eyes Shut

۲. انگلیسی**A) Books**

1. Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (Second Edition), Kluwer Law International.
2. Kaj, H. (2011). *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford University Press.
3. Mujic, E. (2011). *Master's Thesis in International Process Law, International Commercial Arbitration*. 'Corruption in International Commercial Arbitration: The Right of the Arbitrator to Conduct Self-Initiated Investigation of Corruption'
4. Persson, M. (2017). *Master's Thesis in International Process Law, International Commercial Arbitration*, 'Enforcement of Annulled Arbitral Awards A Study on the Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards under the 1958 New York Convention from a Swedish Perspective', Uppsala University.

B) Articles

5. Baizeau, D & Hayes & Tessa Hayes, (2017). The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. *Kluwer Law International* 225
6. Bernard, H. (2014). The Law Applicable to Arbitrability. *Singapore Academy of Law Journal*, 26.
7. Foustoucos, A. C. (1988). Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement. *J. Int'l Arb.*, 5, 113.
8. Gillis Wetter, J (1994). Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110. *Arbitration International*, 10.
9. Hobér, K. (2009). In Memoriam, Gunnar Lagergren. *Arbitration International*, 25(4), 633-634.
10. Lamm B Carolyn, Greenwald, and Young M. Kristen, (2014). Article from World Duty-Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption. *ICSID Review*.
11. Lew JDM, Mistelis LA, & Kröll S. (2003). Comparative International Commercial Arbitration. *Kluwer Law International*
12. Majeed, N. B. (2000). Commentary on the Hubco Judgment. *Arbitration International*, 16(4), 431-438.
13. Raouf, M. A. (2009). How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?. *Foreign Investment Law Journal*, 24.

C) Cases & Documents

14. ICC Award No. 1110 of 1963
15. ICC Case No. 6401 (1991), Westinghouse International Projects Company et al. v. National Power Corporation
16. ICC Case No 7047. (1994), Westacre (UK) v Jugoinport (Yugoslavia). .

-
17. Nations U, 'UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With Amendments as Adopted in 2006

D) Websites

18. <https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/> accessed 19 October 2019.
19. <<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/10/3/277/185386>> accessed 31 March 2020.
20. <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/949/653/82446/>> accessed 30 March 2020.
21. <<http://www.newyorkconvention.org/english>> accessed 2 April 2020
22. <<https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/29/2/493/681489?redirectedFrom=fulltext>> accessed 13 April 2020
23. <<https://www.iisd.org/itn/2010/02/10/icsid-finds-that-corruption-has-no-place-in-annulment-proceedings-2/>> accessed 13 April 2020
24. Wilmer hale Gary Born, 'Bribery and an Arbitrator's Task - Kluwer Arbitration Blog' (*Kluwer Arbitration Blog*, 1 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrators-task/>> accessed 3 May 2020.

References In Persian:

- Articles

1. Ghasemi, G. A. (2016). Preventive Measures against Economic Corruption in the Light of the Anti-Corruption Convention and Regulations of Iran. *Comparative Law*, 106 (In Persian).
2. Mirfakhraei, M. J. (1991). Arbitrators' Civil Liability, A Comparative Study with Correctional Suggestions. *Legal Journal of the International Presidential Law Center*, 10(14 & 15) (In Persian).
3. Nouri Yohanloui, J., & Shah Moradi, E. (2017). Legal Effects of Corruption on Oil and Gas Contracts. *Energy Law Studies*, 5 (In Persian).
4. Taghipour, B., Abbasi, M., Mahdavi-pour, A., & Ebrahimi, M. T. (2019). Legal-Ethical Strategies to Combat Corruption in Concluding International Trade Agreements. *Ethical Research*, 10(1) (In Persian).