

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال شانزدهم، شماره ۱۵۳، آبان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل
طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نسیم پرستگاری

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، نسیم پرستگاری، فرزاد جوادی نژاد، آرمان زینلی، مینا سالمی،

نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، نفیسه مستقل، علی اکبر محمدی، فاطمه محسنی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقیقی نیست.

نشریه مادرسه حقیقی در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه‌نامه «مادرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسؤولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
 - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
 ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
 - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
 - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
 - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
 - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.

ماهی سرپا حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
شانزدهم

شماره
۱۵۳



فهرست مطالب

مصونیت دولت‌ها بعنوان مانعی بر سرراه

اجرای آرای داوری بین‌المللی ۹۲

علی سعادت

نحوه حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین

المللی ۱۰۰

ولی رحمانی / صمد شماخی

بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی قوه

قضائیه ۱۱۰

پند استاد: دکتر محمد جواد شریعت باقری ۱۱۳

فاطمه محسنی

گزیده مقالات کاربردی ۱۱۸

امیر مقدم

معرفی کتاب ۱۲۳

مینا سالمی

زنگ تفریح

خطرات طنز ۱۲۶

علی رادان جلی

سرمقاله: داوری بین‌المللی و وکالت ۴

مقالات

نقش دادگاه در داوری بین‌المللی: نقدی بر

لایحه جامع داوری از دیدگاه قوانین مدرن

داوری بین‌المللی ۱۰

علی مقدم ابریشمی

حل و فصل غیرقضائی اختلاف در مناطق آزاد

تجاری ۱۶

عبدالله خدا بخشی

قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوا در دواوری های

بین‌المللی ۳۰

یدالله عسگری

تحول مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در رویه قضائی

بین‌الملل با تأکید بر آرای ایکسید ۵۵

امیر حسین بقایی

استثنائات قاعده فراغ در داوری بین‌المللی

ایران ۷۲

محمد رضا محمدی جرقویه ای

الهام حجاری زاده

مقایسه ماهیت حقوقی نهاد داوری در قانون

داخلی وقانون تجارت بین‌المللی ۷۷

جواد محمدی

داوری در حقوق تجاری بین‌المللی ۸۴

نسیم پرستگاری



سرمقاله

داوری بین‌المللی و وکالت

انواع تحولات اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و جمعیتی در چند دهه اخیر، در حوزه «وکالت دادگستری» نیز تأثیرات جدی داشته است، به حدی که لازمی ادامه حیات نهاد وکالت، روز آمد شدن آن و نیز برابری و همگامی با این تحولات در جهت حفظ ارزش و اعتبار این نهاد و انجام رسالت آن و همچنین بهبود بخشیدن به خدمات رسانی این نهاد، نیازمند تغییرات و تحولاتی چند است که می‌توان برخی از آنها را تغییراتی بنیادین دانست. برخی از این تغییرات که مکرراً در سرمقاله‌های مختلف به انواع بیان یادکر کردید، نیازمند خروج اسکوودا، هیات مدیره‌های کانون وکلای استان‌ها و میشلستون این فن از درگیر شدن کامل با مشکلات هر روز وکالت و مبتلا شدن به «روزمرگی» است که می‌توان آن را نوعی «روزمرگی» نیز خواند.

از راه‌های برون رفت از مشکلات و هموشدن با انواع تحولات کشور، وارد شدن نهاد وکالت



به حوزه‌های جدید و از جمله داوری بین‌المللی است. داوری بین‌المللی از جمله پیمان‌هایی است که چنانچه در دست‌شانه‌گیری شود، می‌تواند همزمان چندین هدف را نشان‌رود و آورده‌های چندی برای کشور، جامعه حقوقی و نهاد وکالت داشته‌باشد؛

– جلب اعتماد فعالان اقتصادی داخلی:

اعتماد بازرگانان حقیقی یا حقوقی، دولتی یا خصوصی در داخل کشور با وجود نهاد داوری فعال بین‌المللی در داخل کشور جلب می‌شود و می‌تواند موجب رونق اقتصاد، اشتغال، کسب و کار و تولید گردد. فقدان دوران بین‌المللی شناخته‌شده در داخل کشور و عدم ارتباط آنان با بازرگانان و فعالان اقتصادی و انواع نگاه‌های تولیدی و صنعتی، به تدریج موجب افت انواع این فعالیت‌ها می‌گردد و آثار سوء به‌عبارت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و غیره دارد. بدین لحاظ بر نهاد وکالت و تک‌تک وکلای دادگستری است که در این عرصه با دیدی وسیع‌تر از آنچه تاکنون نگاه شده است، بنگرند و چنین اعتمادی را ایجاد نمایند که مسلماً دارای آثار مادی و معنوی بسیار برای جامعه وکالت نیز خواهد بود و خود به خود موجب برون‌رفت نهاد وکالت از تعدادی مشکلات موجود این نهاد خواهد شد.

– جذب و جلب سرمایه‌ها و سرمایه‌داران خارجی:



سرمایه‌گذاران خارجی که بخش قابل توجهی از آنان را سرمایه‌داران ایرانی غیرمقیم کشور تشکیل می‌دهند، با قواعد روشن، مختصر و چابک در محل اقامت خویش خوگرفتارند و در صورتی سرمایه‌خویش را به داخل کشور منتقل نموده و متمایل به سرمایه‌گذاری در ایران می‌شوند که از یک سو مقررات به سرحد استانداردهای جهانی نزدیک شود و از سوی دیگر در صورت بروز هرگونه اختلاف بین سرمایه‌گذار و طرف داخلی، به راحتی و در اسرع وقت، با کم‌ترین هزینه مالی، زمانی و سرمایه‌ای، اختلاف حاصله رفع و طرفین به سود و هدف مورد تمیزی خود نائل شوند. حصول تمیزی مطلوب در صورت وقوع اختلاف، مرسوم وجود نهادهای داورى فعال بین‌المللی داخل کشور است. این اقدام به شرح پیش‌گفته به خودی خود می‌تواند عاملی دیگر بر رونق اقتصادی، اجتماعی، جهانی و حتی فرهنگی شود و نهاد و کالت نیز در صورت ورود به این حوزه علاوه بر انجام مسوولیت خویش، استفاده‌های صنفی هم داشته باشد.

– ارتقاء سطح دانش و روابط حقوقی:

تغییرات جدی دهه‌ها و سال‌های اخیر، کشور را به دلیل نیازمندی‌های دائم به نگرش‌های جدید حقوقی رهنمون شده است. اطلاع حقوق داخلی از این نگرش‌ها در حوزه عمل و اجرایی می‌تواند راهگشای برخی مسائل و مشکلات داخلی مبتلا به گردد. از این رو پرداختن به انواع مسائل داورى بین‌المللی که ناشی از



کثرت روابط بین المللی است، حقوق کشور و به ویژه دستگاه های اجرایی قضائی را بار اہکارهای جدیدی آشنا می سازد و تعاضل و تضارب در فکرم حقوقی و عمل قضائی بدون تردید موجب ارتقاء سطح دانش حقوقی که لازمی پیشرفت هر کشور است، خواهد شد.

- کاهش برخی مسائل صنفی وکالت:

به شرح پیش گفته، بخش مستعد و دانش آموزی روز حقوق که به کسوت وکالت رو کرده اند، با درکیر شدن در مسائل داورى بین المللی علاوه بر جلب اعتماد فعالان اقتصادی داخلی، سرمایه گذاران خارجی و ارتقاء سطح دانش و روابط حقوقی، خواهند توانست در سایه ی رسیدن به این اهداف، به برخی مشکلات اقتصادی- اجتماعی نهاد وکالت و وکلای جوان دادگتری که امروزه نخبه در نخبه وکالت انداخته و تاب و توان آن را سلب کرده اند، فائق آیند و چرخه اقتصادی- اجتماعی وکالت را به دهنه های گذشته این حرفه که تنها اسم و رسمی از آن باقی مانده است، بازگردانند. روالی که برخلاف روال مرسوم، چندان نیازمند ارجاع به دادگتری نباشد و در سطح داورى مقبول و معقول در خارج از دستگاه قضا، مشکلات متداعمین را نیز به آسان ترین وجه حل و فصل نمایند.

چهار موضوع فوق و موضوعات دیگر، مجموعه برکاتی است که پرداختن به مسائل داورى بین المللی به

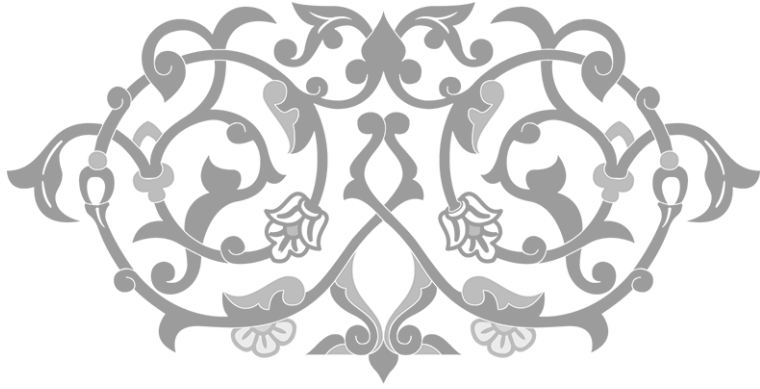


دنبال خود به ارغمان می آورد و در کنار این آثار پر خیم، ورودی پرونده به دستگاه قضا را نیز مانع می‌کند و طعم شیرین آن می‌تواند دیگر مراجع‌کنندگان متداول و متعارف را که به طور طبیعی انس به مراجعه به دستگاه قضایی گرفته‌اند، به سوی انواع داورى و از جمله داورى بین‌المللی سوق دهد و موجب بروز آثار مثبت دیگری گردد.

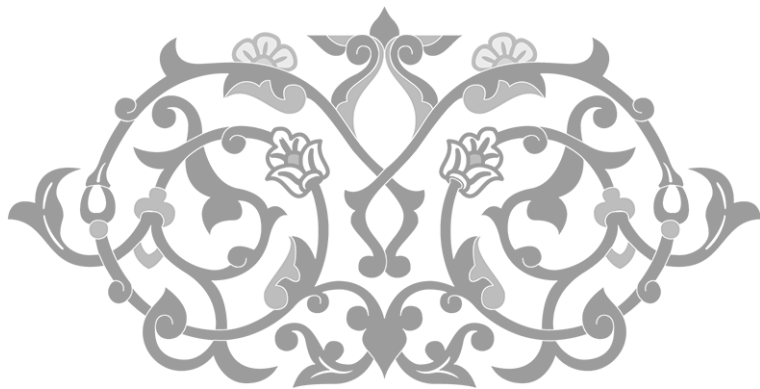
ناگفته پیداست رسیدن به چنین سطحی از توان برای نهاد وکالت و وکلای دادگستری مستلزم ایجاد زیرساخت‌های لازم و ارتقاء سطح ارتباطات داخلی و خارجی و توانایی‌های علمی و عملی است که دست‌اندرکاران حوزه وکالت باید بدان اهتمام ورزند و رسالت خویش را در قبول انواع مسؤولیت‌ها در این نهاد مدنی به انجام رسانند.

تذکارها و راهکارهای همکاران ارجمند و دیگر علاقه‌مندان و خبرگان راهگشای این مسیر است و «مدرسه حقوق» وظیفه‌دار انعکاس کامل آن.

مدیر مسؤول



مقالات





نقش دادگاه در داوری بین‌المللی:

نقدی بر لایحه جامع داوری از دیدگاه قوانین مدرن داوری بین‌المللی

علی مقدم ابریشمی^۱

چکیده:

نقش دادگاه در داوری بین‌المللی یکی از موضوعاتی است که قوانین داوری کشورها دیدگاه‌های متفاوتی را نسبت به آن ابراز داشته‌اند. دادگاه‌ها در مرحله پیش از شروع داوری، در جریان داوری و پس از صدور رای ایفای نقش مینمایند. کشورهای طرفدار داوری بین‌المللی، همواره بر جلوگیری از نقش مداخله جویانه دادگاه‌ها در داوری تأکید نموده و معتقدند دادگاه‌ها باید نقش حمایت کننده در داوری بین‌المللی داشته باشند. از طرف دیگر برخی از کشورها، در قوانین داخلی خود قلمروی گسترده‌ای را برای دخالت دادگاه‌ها در داوری لحاظ نموده‌اند. اخیراً در ایران، لایحه جامع داوری به منظور رشد و گسترش آن با همکاری اتاق بازرگانی ایران و قوه قضائیه تدوین گردیده تا برای تصویب در مجلس شورای اسلامی ارائه گردد. این لایحه هم بر داوری داخلی و هم بر داوری بین‌المللی اعمال می‌گردد. هدف این مقاله، نقد لایحه جامع داوری از دیدگاه قوانین مدرن

۱. دکترای حقوق تطبیقی از کالج کوئین مری دوستفیلد دانشگاه لندن - دبیرکل مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، مدرس دانشگاه‌های معتبر انگلستان، مولف و محقق حوزه داوری تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی.



داوری بین‌المللی است و در نهایت نتیجه گیری می‌نماید که دیدگاه لایحه جامع داوری نزدیک به قوانین داوری کشورهایی است که قلمروی گسترده‌ای را برای دخالت دادگاه در داوری در نظر گرفته‌اند.

شرح تحلیلی آنسیترال بر پیشنویس قانون نمونه در رابطه با ماده ۵ بیان می‌دارد: «اگرچه این مقرر به دلیل نحوه بیان عباراتش ممکن است باعث ایجاد تصور منفی از دخالت دادگاه‌ها گردد، اما این ماده صرفاً درصد بیان این نکته است که هرگونه نقش دادگاه در قانون نمونه مرزبندی شده و محدود به مواردی می‌باشد که در این قانون ذکر گردیده است. اثر این مقرر آن است که اختیارات کلی اعطاشده به دادگاه‌ها توسط قوانین داخلی را با لیست کردن و برشمردن آنها محدود نموده و این اطمینان را به طرفین دعوا و داوران می‌دهد که دادگاه‌ها در موارد پیش بینی شده نقش نظارتی و دخالتی خود را ایفا خواهند نمود. قانون نمونه از این طریق سنگ بنای یک روش مدرن در خصوص نحوه و میزان مداخله دادگاه‌ها در داوری را بنا نهاد که هدف آن کاهش مداخله دادگاه‌ها در روند داوری و نظام مند کردن آنها و نیز افزایش اختیارات دیوان داوری بود. به طور کلی قانون نمونه در بحث نقش دادگاه‌ها در فرآیند داوری چهار هدف را دنبال می‌کند: «آزادی و استقلال طرفین، کاهش مداخله قضائی، افزایش اختیارات دیوان داوری، متحدالشکل و قاعده مند ساختن طرز عمل دادگاه‌ها»

هدف مقاله حاضر پاسخ به این سوال است که: دیدگاه لایحه جامع داوری در رابطه با نقش دادگاه در داوری چیست؟

برای پاسخ گویی به سوال فوق موارد مربوط به ترکیب دیوان داوری، صلاحیت دیوان داوری، درخواست ابطال آرای داوری، دستور موقت و تأمین خواسته در داوری بین‌المللی، نقش دادگاه در جمع آوری مدارک، شناسایی و اجرای آرای داوری، نقش دادگاه در مدیریت فرآیند داوری و نقش دادگاه در اصلاح و تفسیر و تکمیل رای را مورد بررسی قرار دادیم که در این مقاله صرفاً موضوع: «ترکیب دیوان داوری» آورده شده است.

ترکیب دیوان داوری

ایرادات مربوط به ترکیب دیوان داوری می‌تواند تمام روند رسیدگی را تحت الشعاع قرار دهد. برخلاف قانون نمونه، لایحه جامع داوری ایران در صورت عدم تعیین تعداد داوران توسط طرفین، داور واحد را به دیوان داوری متشکل از سه داور ترجیح می‌دهد.



ماده ۱۸ لایحه جامع داوری در این خصوص مقرر می‌دارد: «تعداد داوران بر مبنای توافق طرفین به عدد فرد تعیین می‌شود. چنانچه در خصوص تعداد داوران توافق نشود، داور واحد تعیین می‌شود مگر اینکه حسب مورد دادگاه یا مقام ناصب با توجه به اوضاع و احوال دعوی از قبیل موضوع و میزان و نوع خواسته، رسیدگی توسط هیات داوری را ملزم بدانند». به نظر می‌رسد تعیین داور واحد به جای داوری سه نفره؛ که دارای مزیت سرعت و صرفه اقتصادی است با اهداف مورد نظر طرفین از ارجاع اختلاف به داوری سازگاری دارد و قانونگذار در راستای تأمین منافع طرفین اختلاف اقدام نموده است. با این حال قسمت دوم ماده ۱۸ در خصوص اعطای اختیار به دادگاه یا مقام ناصب برای تعیین هیات داوری به جای داور واحد، مناسب به نظر نمی‌رسد. مشابه این مقرر در قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز وجود دارد، با این تفاوت که اعطای اختیار تعیین هیات داوری به جای داور واحد به سازمان داوری در اوضاع و احوال خاص، به این دلیل است که سازمان نقش مدیریتی دارد. از اینرو اعطای چنین اختیاری به دادگاه و مقام ناصب امری مہجور و متروک در داوری تجاری بین‌المللی محسوب می‌گردد. زیرا اولاً این امر با روح داوری که مبتنی بر قصد و رضای طرفین می‌باشد ناسازگار است، زیرا ممکن است طرفین بعد از حدوث اختلاف در حالی که تعداد داوران را تعیین نکرده‌اند، تمایل به داوری واحد داشته باشند ولی تشخیص مقام ناصب یا دادگاه این باشد که باید هیات داوری تشکیل شود، در حالی که نه دادگاه و نه مقام ناصب نقش و جایگاه مدیریتی در داوری ندارند. ثانیاً این امر باعث اعمال سلائی مختلف و تشتت آرا شده و زمینه دخالت گسترده دادگاه‌ها را فراهم می‌آورد. از اینرو، اصلاح قسمت دوم ماده که ممکن است موجب ابهام در عمل شود مفید به نظر می‌رسد. بسیاری از قوانین ملی بعضی پیش شرط‌ها را در خصوص شخصی که به عنوان داور منصوب می‌شود، مقرر می‌دارند. غالبترین پیش شرط مربوط به محدودیت سن و اهلیت است. قواعد برخی سازمان‌های داوری نیز حاوی چنین مقرره‌ای می‌باشد. برای مثال ممکن است قواعد داوری یک سازمان مقرر دارد که داور باید دارای دانش تجاری باشد. لایحه جامع داوری در ماده ۲۲ مواردی را برمی‌شمارد که در صورت احراز آنها شخص نمی‌تواند به عنوان داور انتخاب گردد یا انتخاب او همچنین ماده ۲۵ لایحه، بی طرفی و استقلال را از دیگر مواردی که منوط به تراضی صریح طرفین می‌باشد، قانونی برمی‌شمارد و داور باید واجد آن باشد. با درج ماده ۲۲ و گسترش دایره شمول موارد ممنوعیت از داوری عملاً این اختیار به طرفین داده شده تا به هر بهانه



ای موضوع جرح داور را مطرح سازند که این امر ممکن است نه تنها باعث ایجاد مانع و وقفه های متعدد در فرآیند داوری شود بلکه منجر به گسترش موارد ابطال آرای داوری شود. این در حالی است که مطابق قانون داوری اسکاتلند شخصی که به عنوان داور انتخاب می شود قبل از قبول داوری باید هرگونه اوضاع و احوالی که ممکن است در مورد بیطرفی یا استقلال وی تردید موجه ایجاد کند را کتبا به طرفین اعلام کند. همچنین داور باید از زمان انتخاب و در طول جریان داوری بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تاخیر به طرفین اعلام کند وگرنه مستحق دریافت اجرت نیست. اعتراض به ترکیب دیوان داوری فقط محدود به استقلال و بیطرفی داور، رفتار منصفانه و شرایط مورد تراضی طرفین در خصوص ویژگی های داور است. ماده ۲۲ نه تنها با رویه های روز دنیا همخوانی ندارد بلکه به نوعی یادآور ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مصوب سال ۱۳۷۹ می باشد. قانون داوری تجاری بین المللی سال ۱۳۷۶ در ماده ۱۲ علاوه بر پیش شرطهای مورد توافق طرفین در خصوص ویژگی های داور، تنها استقلال و بی طرفی را از مواردی برمی شمرد که داور باید واجد آنها باشد. ماده ۲۷ لایحه جامع داوری در خصوص تشریفات جرح از رویه قانون نمونه پیروی می کند. این ماده مقرر می دارد: « طرفین میتوانند در مورد تشریفات جرح داور توافق نمایند. در غیر این صورت، طرفی که قصد جرح دارد باید ظرف ۱۰ روز از تاریخ شروع داوری یا در صورتیکه جهات جرح داور بعداً در جریان داوری کشف شود، ظرف ۱۰ روز از تاریخ اطلاع از هرگونه اوضاع و احوال مذکور در ماده ۲۲ این قانون، ادعا و دلایل جرح را به داور اعلام نماید». داور در مورد جرح اتخاذ تصمیم می کند، مگر اینکه «داور» مورد جرح از سمت خود کناره گیری کند و یا طرف مقابل نیز جرح را بپذیرد. چنانچه ایراد جرح مورد پذیرش واقع نشود، داور باید ظرف ۱۰ روز در این خصوص کتباً اتخاذ تصمیم نموده و به طرف ایرادکننده ابلاغ کند. ایرادکننده می تواند ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ تصمیم مذکور از دادگاه صالح تقاضا کند در خصوص ادعای جرح رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. رسیدگی به این درخواست خارج از نوبت به عمل می آید و تصمیم مرجع مزبور قطعی است. مادامی که چنین درخواستی تحت رسیدگی است «داور» میتواند جریان داوری را ادامه داده و رای نیز صادر کند. این ماده در گام نخست به طرفین اختیار می دهد تا در خصوص تشریفات جرح با یکدیگر تراضی نمایند. در صورت عدم وجود چنین توافقی، طرفی که خواهان جرح است می تواند درخواست جرح خود را نزد دیوان داوری مطرح نماید. در صورت رد درخواست جرح توسط دیوان، شخص متقاضی می تواند از دادگاه



درخواست رسیدگی نماید. آنچه در لایحه مقرر گردیده مطابق با رویه موجود در قانون نمونه میباشد. صدر ماده ۲۹ لایحه مقرر می دارد: «هرگاه در اثر جرح داور یا هر علت دیگر، ادامه ماموریت داور یا یکی از داوران امکان پذیر نباشد، داور جانشین مطابق مقررات این قانون، توسط مقام یا مرجعی که تعیین داور بر عهده اوست، تعیین می شود مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق نمایند...». صدر ماده که اختیار تعیین داور جایگزین را به مقام یا مرجعی که تعیین داور بر عهده اوست، محول می نماید با قانون نمونه مطابقت دارد. ذیل ماده ۲۹ مقرر می دارد: «چنانچه طرفین ملزم شده باشند در صورت بروز اختلاف بین آنها، شخص معینی داوری کند و ادامه ماموریت وی غیرممکن شود و طرفین نتوانند به داور دیگری نیز تراضی کنند، موافقتنامه داوری زائل می شود». از آنجایی که هدف لایحه جامع داوری کاهش تعداد دعاوی در دادگاهها بوده و دادگاههای ایران نیز مایل به دخالت در این زمینه نیستند، به نظر نمی رسد زائل شدن موافقتنامه داوری در صورت عدم تراضی طرفین بر سر داور با رویه قضائی ایران مغایرت داشته باشد. در مجموع به نظر می رسد علیرغم اینکه لایحه جامع داوری در بحث ترکیب دیوان داوری در برخی موارد قواعد مدرن داوری را به خوبی در خود جای داده است، در برخی موارد دیگر، حاوی مقررات امری بیشتری نسبت به قوانین مدرن می باشد. این امر می تواند باعث افزایش موارد دخالت دادگاهها و ایجاد زمینه های متعدد برای اختلال در فرآیند داوری شده و به طور غیرمستقیم موارد ابطال رای را افزایش دهد.

نتیجه گیری:

ایجاد توازن در خصوص تعارض بین قطعیت آرای داوری و منصفانه بودن آن، مستلزم وجود امکان بازبینی این آرا توسط دادگاهها می باشد. عدم وجود معیار ضابطه مندی در این خصوص به عنوان یک نقیصه تلقی می گردد. باین حال گسترش بازبینی قضائی به حدی که مربوط به محتوای اختلاف یا تعیین امور حکمی توسط دادگاهها شود، مطلوب فعالان تجارت بین الملل نیست. توافق طرفین برای حل اختلافاتشان از طریق سیستم خصوصی حل و فصل اختلافات، باید مورد احترام واقع شود. دخالت بیش از حد دادگاه حتی اگر در راستای تحقق منصفانه بودن کل فرآیند داوری باشد؛ مغایر با اهداف طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری است. از اینرو، با اینکه نقش حمایت کننده دادگاه در



داوری بین‌المللی مورد مطالبه طرفین می‌باشد اما قلمروی چنین نقشی باید به مسائل شکلی و نقض فرآیند رسیدگی مقتضی محدود گردد. قانون نمونه دقیقاً بر مبنای همین ایده و تفکر عمل می‌نماید و موفقیت آن در فراهم آوردن چنین مبنایی نباید نادیده انگاشته شود. با اینکه در رابطه با بحث نقش دادگاه در داوری بین‌المللی، لایحه جامع داوری تا حدودی تحت تأثیر قانون نمونه بوده است و در برخی موارد نیز در بردارنده قواعد مدرنی می‌باشد، اما در مجموع از قواعد لایحه در زمینه نقش دادگاه در داوری بین‌المللی نمی‌توان به عنوان قواعدی مدرن یاد کرد. لایحه جامع داوری، قلمروی گسترده‌ای را برای نظارت دادگاه در فرآیند داوری در نظر گرفته است. همچنین این لایحه حاوی قواعد امری بسیاری در موضوعات مختلف است که نادیده گرفتن هر یک از آنها باعث اختلال در فرآیند داوری می‌گردد. در خصوص نقش دادگاه در مدیریت فرآیند داوری و در اصلاح، تفسیر و تکمیل رای باید گفت که چنین نقشی نه تنها ضروری نبوده و کمک چندانی به داوری نمی‌کند، بلکه باعث دخالت بیش از پیش دادگاه می‌شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد که در رابطه با کاهش قلمروی دخالت دادگاه‌ها در داوری بین‌المللی لایحه جامع داوری در مقایسه با قوانین مدرن داوری از جمله قانون نمونه داوری آنسیترال ۲۰۰۶ چندان موفق نبوده است.



حل و فصل غیرقضائی اختلاف در مناطق آزاد تجاری

عبدالله خدابخشی^۱

در این مقاله مطالب در سه بخش تقدیم می‌شود:

- ۱- جریان آرای شماره‌های ۱۳۸ و ۱۳۹ مورخ ۲۲/۳/۱۳۹۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛
- ۲- اعتبار آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مراجع قضائی؛
- ۳- تحلیل ماده ۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری- صنعتی جمهوری اسلامی ایران (۷/۶/۱۳۷۲)

بخش اول :

۱- جریان آرای شماره های ۱۳۹ و ۱۳۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری:

قائم مقام سازمان بازرسی کل کشور به موجب شکایت نامه شماره ۶۲۳۵۴-۱۲/۴/۱۳۹۰ اعلام کرده است که: «تصویب نامه شماره ۱۶۸۶۹۲/ت/۳۶۹۵۹ هـ مورخ ۱۶/۱۲/۱۳۸۵ هیأت وزیران در مورد تجویز ارجاع اختلاف سازمان منطقه آزاد کیش در قرارداد با آقای خ ... (موضوع اراضی موسوم به...) از جهت انطباق با قوانین موضوعه در «کمیسیون تطبیق مصوبات دستگاه های اداری» این سازمان مورد بررسی قرار گرفت. الف: مصوبه هیأت وزیران در تجویز ارجاع موضوع به داور هیأت وزیران در جلسه

۱. دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه تهران، عضو هیات علمی دانشگاه فردوسی مشهد، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای خراسان.



مورخ ۱۳/۱۲/۱۳۸۵ به استناد اصل یک صد و سی و نهم قانون اساسی تصویب می نماید: «سازمان منطقه آزاد کیش مجاز است هرگونه اختلاف نظر در تفسیر و اجرای قرارداد شماره ۱۷/۱۷۸۲۶۷-۲۵/۴/۱۳۸۵ و متمم آن منعقد با آقای خ را در صورتی که در چارچوب قوانین و مقررات مناطق آزاد تجاری - صنعتی و سایر قوانین و مقررات مربوط حل و فصل نگردد، به داوری ارجاع نماید».

ب: موضوعات مهم در قرارداد شماره ۱۷/۱۷۸۲۶۷ مورخ ۲۵/۴/۱۳۸۱ و متمم

آن:

۱. به موجب قرارداد مذکور یک قطعه زمین حدوداً به مساحت ۲۰۰۰ متر مربع از اراضی واقع در جزیره کیش از طرف سازمان منطقه آزاد کیش به آقای خ جهت اجرای طرح «گل شرق» به شرح کاربری و مشخصات مندرج در ماده ۱ قرارداد در ازای ۳۲ میلیارد تومان در اقساط ۳۰ ساله که اولین قسط آن سه سال بعد از بهره برداری خواهد بود، واگذار می گردد و در ماده ۷ قرارداد مذکور، مرجع حل اختلاف «اتاق تجارت بین الملل پاریس» تعیین می شود.
۲. در قرارداد مذکور خریدار متعهد می شود حداکثر ظرف مدت شش ماه از زمان انعقاد قرارداد کلیه اقدامات لازم جهت تأمین مالی اجرای کامل پروژه را نهایی کرده و مراتب را رسماً همراه با اسناد مثبت قابل قبول به سازمان مذکور ارائه نماید. همچنین پیش بینی شده است، عدم اقدام لازم از سوی خریدار در این زمینه موجب کان لم یکن شدن قرارداد می گردد. ضمن آن که طرفین نیز حق هرگونه ایراد و اعتراض را از خود سلب نموده اند.
۳. حسب اعلام مدیر عامل منطقه آزاد کیش (در نامه شماره ۱۳/۱۱۸۷/۴۶۰/م - ۲۴/۶/۱۳۸۷) طرف قرارداد در سال ۱۳۸۳ حقوق و تعهدات خود را به شرکتی که در کیش به ثبت رسیده منتقل کرده است. بررسیهای معموله حاکی است که شرکت مذکور کلاً متعلق به اتباع خارجی (آلمانی ها) می باشد. این در حالی بوده است که مطابق تبصره ۱ ماده ۲۴ قانون مناطق آزاد، فروش زمین مطلقاً به اتباع خارجی ممنوع می باشد.
۴. سازمان منطقه آزاد کیش طی اخطاریه شماره ۱۳/۱۱۸۷/۴۶۰/م - ۲۹/۷/۱۳۸۷ (با توجه به گذشت ۶ سال و سه ماه از تاریخ انعقاد قرارداد و



عدم تحقق مفاد ماده ۶ آن) کلیه قراردادها و الحاقیه ها را فسخ می نماید.

۵. طرف قرارداد «آقای خ» (شرکت متعلق به اتباع خارجی) با توسل به ماده ۷ قرارداد مورد نظر بامراجعه به اتاق تجارت بین الملل پاریس، رفع اختلاف را خواستار شده است.

نتیجه گیری: در قرارداد فی مابین سازمان منطقه آزاد کیش و آقای خ، مرجع حل اختلاف «اتاق تجارت بین الملل پاریس» تعیین شده که پس از بروز اختلاف (به کیفیت که گفته شد) هیأت وزیران ارجاع اختلاف به داوری را تصویب می کند. این در حالی است که:

اولاً: در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی دعوا راجع به اموال عمومی قابل ارجاع به داوری نیست، مگر این که ارجاع به داوری در دعوی مذکور قبلاً به تصویب هیأت وزیران و در موارد مهم به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده باشد. شرط مذکور در قانون اساسی و آیین دادرسی هم به دلالت موقعیت (آمره بودن هر دو قانون) و هم به دلالت اهمیت موضوع و سیاق کلام، شرط صحت است نه شرط نفوذ. ضمن آن که اساساً بحث نفوذ، قاعده نیست و در مواردی جاری است که قانون تصریح کرده باشد. بنابراین اگر قرار باشد اختلاف ناشی از یک قرارداد به داوری ارجاع شود، لازم است نخست مجوز آن (حسب مورد) از هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی صادر شود و نمی توان اول داوری را در قرارداد شرط کرده و بعد از چند سال، مجوز آن از مراجع مذکور درخواست شود.

ثانیاً: مطابق بند (ب) ماده (۱) قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۲۶/۶/۱۳۷۶، «داوری بین المللی عبارت است از این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد» و از سوی دیگر قلمرو اجرای داوری بین المللی به موجب بند (۱) ماده (۲) ناظر به «اختلافات در روابط تجاری بین المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره ای، سرمایه گذاری، همکاری فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیتهای مشابه» می باشد. از این رو قرارداد واگذاری اراضی دولت واقع در کیش به آقای خ، نه از مصادیق اختلافات در روابط تجاری بین المللی است و نه طرف قرارداد غیرایرانی بوده تا اختلافات فی مابین قابل ارجاع به داوری بین الملل بوده باشد.

ثالثاً: پذیرش یک مرجع بین‌المللی برای حل و فصل خصومت بین دولت جمهوری اسلامی و تبعه خود با «نظم عمومی» در تعارض آشکار است. همین مسأله نیز موجب شده است، قانونگذار در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح نماید: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است، طرف ایرانی نمی‌تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیت باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر خواهد بود». مسلماً در جایی که تعیین داور خارجی که دارای تابعیت فرد طرف قرارداد تبعه ایران است، مورد پذیرش واقع نشده، (با توجه به قیاس اولویت) تعیین داور خارجی در دعاوی بین فرد ایرانی و دولت ایران غیر قابل قبول است؛ حالیه با توجه به این که در قرارداد مورد بحث قبل از تصویب هیأت وزیران مرجع داوری برای حل اختلاف اتاق تجارت بین‌المللی پاریس تعیین شده و هیأت وزیران نیز بدون توجه به معاذیری که در فوق بدان اشاره شد، این امر را پذیرفته است، لذا اقدام و تصمیم فوق مغایر با قانون و نظم عمومی می‌باشد.

شایسته است در اجرای تبصره ۲ بند ۲ ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور دستور فرمایید موضوع با توجه به اهمیت، خارج از نوبت در هیأت عمومی دیوان مورد رسیدگی قرار گرفته و با ابطال مصوبه مذکور، این سازمان را نیز از نتیجه مطلع نمایند.

در پاسخ به شکایت مذکور، سرپرست امر تنظیم لوایح و تصویب نامه‌ها و دفاع از مصوبات دولت در معاونت حقوقی ریاست جمهوری به موجب لایحه شماره ۱۴۴۴۵۱/۱۴۶۲۲ - ۲۵/۱۰/۱۳۹۰ توضیح داده است که: «عطف به اخطاریه‌های مورخ ۵/۵/۱۳۹۰ و ۱۹/۷/۱۳۹۰ موضوع شکایت سازمان بازرسی کل کشور به خواسته ابطال تصویب نامه شماره ۱۶۸۶۹۲/ت-۳۶۹۵۹ هـ - ۱۶/۱۲/۱۳۸۵ هیأت وزیران به شماره‌های پرونده ۹۰۰۹۹۸۰۹۵۳۵۱۸ و ۹۰۰۹۹۸۰۹۰۰۳۳۰۳۲ زیر در دفاع از مصوبه مورد شکایت تقدیم می‌گردد:

۱. یکی از ایرادات مطروح در متن شکوائیه این است که با وجود ممنوعیت مطلق فروش زمین به اتباع خارجی در تبصره ۱ ماده ۲۴ قانون چگونگی اداره منطقه آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، اراضی موضوع قرارداد



شماره ۱۷/۱۷۸۲۶۷-۱۳۸۱/۴/۲۵ به شرکتی که در کیش به ثبت رسیده و کل سهام آن متعلق به اتباع خارجی (آلمانی‌ها) می‌باشد، واگذار گردیده است صرف نظر از ماهیت ادعا، با عنایت به این که مفاد تصویب نامه مورد شکایت منطوقاً و مفهوماً دلالتی راجع به تملک اراضی در مناطق آزاد ندارد لذا پاسخ گویی به ادعای یاد شده غیر ضروری است.

۲. ایراد مطروح دیگر در متن شکوائیه این است که مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی دعوای راجع به اموال عمومی قابل ارجاع به داوری نیست مگر این که ارجاع به داوری در دعوای مذکور قبلاً به تصویب هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی (حسب مورد) برسد و به اصطلاح شرط مذکور در قانون اساسی و قانون آیین دادرسی مدنی شرط صحت است نه شرط نفوذ و چون هنگام انعقاد قرارداد در سال ۱۳۸۱ و درج شرط داوری در آن مجوزی از هیأت دولت اخذ نشده و در واقع این مجوز در سال ۱۳۸۵ یعنی چهار سال پس از انعقاد قرارداد توسط هیأت دولت صادر شده است، لذا تصویب نامه خلاف قانون صادر گردیده است. این ایراد وارد نیست زیرا اولاً: نه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نه در ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی هیچ اشاره صریح یا ضمنی به این مطلب نشده که مجوز ارجاع به داوری لزوماً باید قبل از درج شرط ارجاع امر به داوری در قرارداد اخذ شود. آنچه اهمیت دارد و مورد حکم قانونگذار در این احکام قانونی فوق الذکر است ضرورت کنترل ارجاع امر به داوری در ارتباط با اموال عمومی از سوی حاکمیت (دولت یا مجلس) می باشد نه تقدم یا تأخر صدور اجازه نسبت به این موضوع، هنگامی که اجازه انجام امری در اختیار دولت است، چه تفاوتی می کند که این اجازه قبلاً داده شده یا بعداً صادر گردد؛ ثانیاً: آنچه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی موکول به اجازه دولت یا مجلس شده است، «ارجاع عملی اختلاف به داوری» یا به تعبیر دیگر اجرای شرط داوری است نه اصل «درج شرط در قرارداد» بنابراین حتی اگر ایراد لزوم اخذ قبلی مصوبه وارد فرض شود، از آنجا که در پرونده حاضر پیش از ارجاع عملی دعوا به داوری این مجوز اخذ و صادر شده است لذا از این جهت هم ایرادی بر مصوبه دولت وارد نیست؛ ثالثاً: درج شرط



داوری در قرارداد به ویژه هنگامی که در آن تصریح می شود که این امر «با رعایت قوانین ومقررات ایران صورت گیرد»، بلاشکال بوده و هیچ مغایرتی با اصل ۱۳۹ قانون اساسی ندارد، با توجه به این که در صدر ماده ۷ قرارداد، شرط داوری اتاق بازرگانی پاریس موقوف به رعایت قوانین و مقررات ایران شده است لذا ادعای عدم انطباق مصوبه با قوانین و مقررات فاقد دلیل و بلاوجه است.

۳. در متن شکایت تصریح شده است که چون مطابق بند «ب» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ «داوری بین المللی» عبارت است از این که «یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت نامه داوری به موجب قوانین ایران، تبعه ایران نباشد» و اختلاف حاضر بین دولت ایران و شرکت ایرانی است لذا موضوع از شمول قانون یاد شده خارج بوده و قابلیت ارجاع به داوری بین المللی (اتاق بازرگانی پاریس) را نداشته است ضمن این که قلمرو اجرای این قانون منحصر به اختلافات تجاری است در حالی که اختلاف ناشی از قرارداد واگذاری اراضی دولت واقع در کیش به آقای ع... از مصادیق اختلاف تجاری به شمار نمی رود؛ اولاً: در هیچ یک از مفاد قرارداد یا تصویب نامه صراحتاً یا ضمناً نیامده است که اختلاف موجود مشمول قانون داوری تجاری بین المللی است تا در نتیجه آن، بند «ب» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی حسب نظر سازمان بازرسی کل کشور قابل اعمال باشد؛ ثانیاً: هنگامی که موضوعی به داوری مرجعی خارجی یا بین المللی ارجاع می شود، این امر لزوماً به معنای شمول قانون داوری تجاری بین المللی بر آن نیست زیرا حسب قوانین موجود از جمله مقررات آیین دادرسی مدنی در باب داوری طرفین ایرانی می توانند اختلافات خود را به داوری مرجعی خارجی مثل اتاق بازرگانی بین المللی پاریس ارجاع نمایند. به تعبیر دیگر از حیث ارجاع امر به داوری خارجی در قانون آیین دادرسی مدنی و یا سایر قوانین جز در فرض ماده ۴۵۶ (که ناظر به ممنوعیت التزام به داوری اتباع طرف قرارداد با طرف ایرانی است) هیچ محدودیتی پیش بینی نشده و لذا از این جهت نیز هیچ ایرادی بر تصویب نامه مورد اشاره وارد نیست.

۴. آخرین ایراد مطرح شده ادعای «تعارض آشکار تصویب نامه مورد ایراد با



نظم عمومی» از حیث پذیرش یک مرجع بین المللی برای حل و فصل خصومت بین دولت جمهوری اسلامی ایران و تبعه خود مستنداً به ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی است در حالی که اولاً: نظم عمومی باید مستند به احکام امره قانونی باشد و طرح آن به صورت کلی قابلیت استناد ندارد؛ ثانیاً: ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی، همان طور که گفته شد، ناظر به ممنوعیت طرف ایرانی از پذیرش داوری افرادی است که دارای همان تابعیت طرف دیگر قرارداد می باشند و این امر ارتباطی به موضوع مطروح ندارد زیرا در فرض حاضر تابعیت مرجع داوری (اتاق بازرگانی پاریس) همان تابعیت طرف دیگر قرارداد نیست. ضمن این که حکم این ماده معطوف به اختلافات میان ایرانی و خارجی است و در فرض حاضر که راجع به اختلاف میان دولت ایران و تبعه ایرانی است، موضوعیت ندارد. به علاوه استناد به ملاک ماده ۴۵۶ یاد شده به قیاس اولویت جهت اثبات این که تعیین داور خارجی در دعاوی بین فرد ایرانی و دولت ایران غیر قابل قبول است فاقد مبنا و مستند قانونی است؛ در هر حال از آن جا که در حقوق ایران برای ارجاع امر به داوری جز محدودیتهای مقرر در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۳۹ قانون اساسی، محدودیت دیگری پیش بینی نگردیده و حکم مقرر در ماده و یا اصل یاد شده هم اساساً مورد تعرض و نقض واقع نشده است لذا ایرادی بر تصویب نامه مطروح وارد نیست. بنا به مراتب فوق رد شکایت مورد استدعاست.

مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد»، در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند». علی الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به این که مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده

می‌شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.

نتیجه گیری :

- نکات مهمی از قواعد داوری در جریان ادعا و پاسخ به آن وجود دارد که توصیه می‌شود با دقت مطالعه گردد .
- با این حال، از اساس مساله، بحثی نشده و شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی، هم از سوی سازمان شاکی و هم مخاطب (معاونت حقوقی ریاست جمهوری) مفروض بوده است که با توضیحات آتی، چنین فرضی صحیح نیست!

بخش دوم:

۲- اعتبار آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری:

- کوتاه سخن اینکه، هم نظر با اساتید آیین دادرسی مدنی (دکتر شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، ص ۱۶۱؛ دکتر نهرینی، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، ص ۵۸۷) و به لحاظ موقعیت دیوان عدالت اداری و هدف این مرجع که نظم بخشی به سیستم اداری و عمومی کشور است، اعتبار آرای هیأت عمومی آن، به نحو اطلاق برای مراجع قضائی الزام آور نیست. درواقع، آرای این مرجع اگر بی اعتباری مصوبات دولتی (آیین نامه و ...) باشد، اعتبار مطلق دارد ولی رد ابطال مصوبه دولتی، مانع از مخالفت مرجع قضائی با آن مصوبه نیست و رأی ایجاد رویه یا وحدت رویه نیز هرچند در رویه قضائی مؤثر است، ولی الزامی برای مراجع قضائی ندارد. اصل ۱۶۱ قانون اساسی نیز تحقق وحدت رویه (الزام آور و نوعی) را از خصایص دیوان عالی کشور برشمرده است نه دیوان عدالت اداری.
- آرای شماره های ۱۳۹ و ۱۳۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال مصوبه ای خاص در مورد تجویز هیأت وزیران برای ارجاع اختلاف به داوری است. صرفنظر از انتقاد جدی به مفاد رأی و اینکه محرز است اعضای هیأت، در هر صورت، تصمیم به لغو داوری داشته‌اند تا رعایت تفسیر منطقی



قانون، در وضع فعلی، هیچ الزامی برای مراجع قضائی ندارد زیرا رأی مذکور در مقام ایجاد رویه یا وحدت رویه نبوده است و همانطور که بیان شد، در این صورت نیز الزامی برای مراجع قضائی ندارد.

رویه قضائی مخالف با داوری بدون تصویب هیات وزیران:

- شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو به موجب رأی شماره ۹۸۰۹۹۷۴۴۵۶۶۰۱۰۷۰ مورخ ۱۳۹۸/۹/۹ مقرر می‌دارد: «در خصوص دادخواست سازمان منطقه آزاد تجاری صنعتی ماکو ... به خواسته صدور حکم بر ابطال رای داوری ... الف- با مستفاد از ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی اصل بر قطعی بودن آرای داوری است و جهات ابطال رای داور، جزو موارد استثنائی هستند و باید بطور محدود تفسیر شوند. ب- صرفاً بند اول ماده ۴۸۹ قانون مذکور جنبه ماهوی دارد، بقیه موارد مذکور در ماده بیشتر جنبه شکلی دارند. ج- دادگاه در مقام رسیدگی به دعوای ابطال، حق ورود به مسایل ماهیتی که موضوع رای داوری واقع شده را ندارد. به عبارت دیگر در خصوص ابطال رای داور، دادگاه هرگز رای داوری را در ماهیت به شرط رعایت ضوابط داوری و قواعد آمره، نفیاً یا اثباتاً، مورد نقد قرار نمی‌دهد و اگر در جایی دعوای ابطال رای داوری را مردود اعلام کند، مؤید رای داوری نیست و چنانچه دعوا را بپذیرد صرفاً به جهات مصرحه قانونی می‌باشد و این بدان معنا است که دادگاه هرگز رای داور را تایید نمی‌کند بلکه رای داور را یا می‌پذیرد و یا رد می‌کند؛ ... مستفاد از ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷۰۰/۷ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۴ و شماره ۲۷۱۴/۷ مورخ ۱۳۸۸/۵/۵، صلح یا ارجاع امر به داوری در دعوای راجع به اموال عمومی و دولتی پس از تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. صحت شرط داوری در قراردادهایی که یک طرف آن دولت است منوط به رعایت شرایط مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی است و در صورت عدم رعایت شرایط مذکور شرط یا قرارداد داوری باطل است. این



سختگیری توسط قانونگذار تا حدی است که اگر ابتدا قراردادی راجع به داوری تنظیم و متعاقباً مصوبه هیات وزیران اخذ شود هم داوری و هم مصوبه هیات وزیران باطل است (مفاد رای ۱۳۸-۱۳۱-۱۳۹۱/۳/۲۲ هیات عمومی دیوان عدالت اداری در پرونده ۹۰/۶۵۴/۳۷۶) و قبل از انعقاد هرگونه قرارداد راجع به داوری و ارجاع اختلاف به داوری، سازمان دولتی، موظف به اخذ مصوبه هیات وزیران و مطلع ساختن مجلس شورای اسلامی است و از آنجایی که با مستفاد از مواد ۱، ۲ و ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری، صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۶/۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی، سازمان منطقه آزاد دولتی می‌باشد و نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۹۲۰۴ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۸ که وکیل خوانده نیز به آن استناد نموده است در مانحن فیه جاری و صادق نمی‌باشد. به عبارتی نظریه مشورتی مذکور، منطقه آزاد را از شمول مقررات ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی بدلیل اینکه درآمد و مخارج آن در بودجه کل کشور منظور نمی‌گردد، خارج دانسته و این خروج نافی دولتی بودن منطقه آزاد نیست به عبارت ساده‌تر، سازمان منطقه آزاد یک واحد دولتی است ولی چون درآمد و مخارج آن در بودجه کل کشور منظور نمی‌گردد مشمول ماده واحده نمی‌شود. نتیجتاً بدون وجود مصوبه هیات وزیران و ایضاً بدون اطلاع قبلی مجلس شورای اسلامی اصولاً سازمان دولتی حق ارجاع امر به داوری را ندارد و ملاک ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی که دعاوی ورشکستگی، دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند عیناً در این مورد هم جاری و صادق است و در این مورد، دعوا قابلیت ارجاع به داوری ندارد». شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۴۴۲۴۲۰۱۱۷۱ این رأی را تأیید می‌کند.



بخش سوم:

تحلیل ماده ۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۲/۶/۷):

○ به موجب ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲/۶/۷: «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است اداره می شود. این شرکت ها و شرکت های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصرأ براساس این قانون و اساسنامه های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود». بدین سان سازمان، ماهیت «شرکت» و وصف «دولتی» دارد.

○ ماده ۸ این قانون نیز مقرر می دارد: «سازمان و شرکت های تابع آن مجاز هستند قراردادهای لازم را با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی منعقد نمایند و با سرمایه گذاران داخلی و خارجی با رعایت اصول قانون اساسی برای انجام طرح های عمرانی و تولیدی مشارکت کنند. اختلاف ها و دعاوی ناشی از قراردادهای منعقد شده بر حسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف، رسیدگی و حل و فصل می شود».

○ داوری پذیری اختلافاتی که یک طرف آن شرکت دولتی است، سال ها در رویه قضائی، با وجود آرای مختلف، منتهی به وحدت رویه نشده است. این ضعف غیرقابل بخشش قوه قضائیه است که به جزئیات دعاوی که هر روز اتفاق می افتد، بی توجه است و فقط شعار کلی می دهد. هر سال حداقل یک بار خانه تکانی می کنند ولی قوه قضائیه چند ده سال است به فکر تصفیه و قوه تکانی نیفتاده و دل خوش است که اختلاف مردم را با شعار استقلال قضائی، در فضای متشتت رها کرده است. آراییی که هر یک استدلالی دارد و حرجی بر دادرس صادرکننده، جز در موردی که رنگ و بوی انصاف ندارد، نیست. مگر چقدر دشوار است که اهم اختلافات تکراری! را در قالب «لایحه



- رفع اختلافات قضائی»، جمع آوری و احکام روشنی برای جمع کردن بساط اختلاف، وضع و از تصویب مجلس بگذرانند و خلقی را راحت کنند!
- به هر صورت؛ اصل ۱۳۹ قانون اساسی بطور عام و شرکت های دولتی بطور خاص، در زمینه داوری مهاد آرای معارض است (نک: بایسته های حقوق داوری تطبیقی). آیا قراردادهایی که شرکت های دولتی با مردم منعقد می کنند، بدون تصویب هیأت وزیران قابل ارجاع به داوری است؟ اختلاف نظر است! آیا اموال شرکت دولتی، به لحاظ استقلال شخصیت، متعلق به خود شرکت است یا دولت؟ مثل همیشه اختلاف نظر است؟ آیا شرکت های دولتی متصدی عمل تصدی گری و بازرگانی مانند شرکت سهامی بیمه ایران را باید از شرکت هایی که عمل حاکمیتی انجام می دهند مانند توزیع آب و برق، متفاوت دانست؟ این نیز اختلافی است! بیاد دارم استاد مرحوم دکتر کاتوزیان در پرسش و پاسخ هایی که با دانشجویان داشتند این را به کنایه می افزودند که هر جا در پاسخ درماندید حتماً بگویید دو نظر است! به راستی حتی در نظام های کامن لایی نیز که رویه قضائی در خط مقدم است، این نوع لیبرالیسم قضائی! را که در ایران وجود دارد؛ نداریم.
- ماده ۸ قانون مورد اشاره سه بخش دارد. در بخش نخست، سازمان منطقه آزاد برای انعقاد قرارداد با اتباع داخلی و خارجی، حقیقی یا حقوقی، مختار است. در بخش دوم می تواند «با سرمایه گذاران داخلی و خارجی با رعایت اصول قانون اساسی برای انجام طرح های عمرانی و تولیدی مشارکت کند». شاید هم این دو بخش، در واقع یکی باشند که البته در بحث ما اهمیتی ندارد! در بخش سوم، سازمان، اختلاف ها و دعاوی ناشی از قراردادها را «بر حسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف»، رسیدگی و حل و فصل می کند. پرسش این است آیا عبارت «بر حسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف»، مطلق شیوه های حل و فصل غیرقضائی اعم از غیرالزام آور (میانجی گری) یا الزام آور - غیراجرایی (کارشناسی) یا الزام آور - اجرایی (داوری) را در برمی گیرد یا این توافق ها تنها در حدی که اصل صلاحیت قضائی، حفظ شود، قابل تصور است؟ همچنین آیا عبارت «با رعایت اصول قانون اساسی» مقرر در ماده ۸، منصرف به انعقاد قرارداد مشارکت با



سرمایه گذار خارجی است یا حل و فصل اختلاف و دعوا نیز باید با رعایت قانون اساسی باشد که در این صورت، اصل ۱۳۹ قانون اساسی اعمال خواهد شد؟

- ممکن است گفته شود که همه امور باید وفق قانون اساسی باشد و اشاره به یک بخش از ماده، به معنای منصرف بودن بخش دیگر از شمول قانون اساسی نیست. این سخن صحیح است اما کمکی به حل مسأله نمی کند زیرا مسأله به رعایت یا عدم رعایت قانون اساسی مربوط نمی شود. درواقع اگر قانون عادی تصریح کند که شخص حقوقی دولتی یا عمومی مشخص، اختلافات خود را به داوری یا روش دیگر ارجاع دهد، خلاف قانون اساسی (اصل ۱۳۹) نیست و تصویب هیأت وزیران را نیز لازم ندارد. با این وصف، اگر روش های حل و فصل اختلاف از جمله داوری را داخل در عبارت «برحسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف» بدانیم، درواقع مقنن اجازه داده است و این اقدام، همان اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی است.
- البته می توان پاسخ داد که اگر عبارت «با رعایت اصول قانون اساسی» را به بخش سوم نیز معطوف بدانیم، نتیجه ای دیگر به دست می آید زیرا عبارت «برحسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف» صراحت بر همه شیوه های حل و فصل غیرقضائی، از جمله داوری ندارد و با ابهام یا اجمال این عبارت، باید به اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۳۹ بازگشت و چنین گفت که داوری و صلح، نیازمند تصویب هیأت وزیران است. درواقع، قانون، تصریحی بر ارجاع به داوری ندارد و از این رو، مقدمات ارجاع از جمله مصوبه هیأت وزیران را باید رعایت کرد.
- در تأیید نتیجه اخیر می توان افزود که اعتبار روش های حل و فصل غیرقضائی، منوط به این است که اصل توافق صحیح باشد. عبارت «برحسب توافق ها و تعهدهای قراردادی دو طرف» وقتی قابل استناد است که این توافق و تعهد، صحیح باشد. این تعهدات حداقل در جایی که شرط داوری یا روش های دیگر، ضمن عقد اصلی قرار بگیرند، بخشی از همان قرارداد اصلی می شوند و اعتبار آن به عنوان یک کل قراردادی، منوط به «رعایت اصول قانون اساسی» است. به عبارت دیگر، بخش سوم ماده ۸، استقلال



ندارد زیرا اعتبار تعهد و توافق، وابسته به بخش های قبل است و در این صورت، نمی توان از عین ادعا، استدلال بیرون کشید!

- در مقابل، ماده ۸ را می توان به صورتی تفسیر کرد که بر داوری یا روش های دیگر و بی نیازی از تصویب هیأت وزیران، شمول و دلالت داشته باشد زیرا:
 - اولاً محدود کردن عبارت «برحسب توافق ها و تعهدهای دو طرف» به گونه ای که اصل صلاحیت قضائی را حفظ کند، نه تفسیری منطقی و نه شدنی است! منطقی نیست زیرا چگونه و چرا باید لزوماً صلاحیت مرجع قضائی را حفظ کرد؟ آن هم در منطقه آزاد که انعطاف مناسب باید برای جذب سرمایه گذار فراهم باشد. صلاحیت قضائی را به آسانی می توان مستثنی کرد و داوری برای همین مقصود وضع شده است. شدنی نیست زیرا چگونه می توان صلاحیت قضائی را حفظ کرد و توافق و تعهد طرفین هیچ اثری نداشته باشد؟ نه دلیلی داریم که منظور ماده ۸ را صرفاً به اموری مانند تعیین محل اقامت (ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی) محدود کنیم و نه نیازی بود با حفظ صلاحیت قضائی، روش های دیگری برای حل و فصل اختلاف، مورد توافق و اشاره مقنن باشد.
 - ثانیاً «اختلاف ها و دعاوی» را زمانی با «توافق و تعهد» می توان «مورد رسیدگی و حل و فصل» قرار داد که مرجعی برای حل و فصل پیش بینی شده و نتیجه آن نیز پایان نزاع باشد. ماده ۸، قطعاً روش هایی را برای حل و فصل اعم از الزام آور و اجرایی، با اطلاق خود، تجویز کرده است و داوری (به عنوان یک مرجع)، بارزترین شیوه حل و فصل است که گریزی جز شمول ماده ۸ بر آن وجود ندارد.
 - ثالثاً با شمول ماده ۸ بر داوری، ایراد اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق. آ.د.م. منتفی است زیرا ارجاع به داوری یا دیگر روش ها، با اجازه قانون است.

نتیجه گیری:

به نظر می رسد صحت داوری، بدون اجازه هیأت وزیران و به صرف قرارداد، متکی به ظهور ماده ۸ و مؤید به استدلال های اخیر است. توسعه داوری و اجتناب از ابطال آرای داوری به جهت مذکور، به رویه قضائی توصیه می شود.



قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوا در

داوری‌های بین‌المللی

یدالله عسگری^۱

مقدمه

بسیاری از دعاوی که از طریق داوری بین‌المللی حل و فصل می‌شوند، ناشی از قراردادهایی است که در عرصه بین‌المللی منعقد شده‌اند. قراردادهای بین‌المللی در معنای عام به اعتبار طرفین آن، به سه دسته تقسیم می‌شود:

نخست، قراردادهایی که بین اشخاص خصوصی دارای تابعیت کشورهای مختلف منعقد می‌شود. وصف بین‌المللی برای این دسته از قراردادها که به قراردادهای «تجاری» معروف است، از برای آن است که طرفین قرارداد از اتباع کشور واحدی نیستند.^۲

دوم، قراردادهایی که بین دولت‌ها با یکدیگر منعقد می‌شود و به «معاهدات» معروفند. همچنین، قراردادهایی که بین دولت‌ها و سارمان‌های بین‌المللی منعقد می‌شود، به اعتبار اینکه تابع نظام حقوق بین‌الملل عمومی است، در زمره این دسته از قراردادها به شمار می‌روند.

سوم، قراردادهایی که بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی از اتباع دیگر کشورها منعقد می‌شود که به قراردادهای توسعه اقتصادی معروف است.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه جامع امام حسین (ع)، وکیل دادگستری و داور مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران.

۲. این قراردادها ممکن است به اعتبار متفاوت بودن محل انعقاد با اجرای قرارداد از سرزمین کشوری که طرفین تابعیت آن را دارند نیز از نظر تعارض قوانین، بین‌المللی خوانده شود.



به همین ترتیب، داوری بین‌المللی نیز به اعتبار طرفین آن، به سه گروه تقسیم می‌شود:

اول، داوری بین‌المللی بین اشخاص خصوصی از اتباع دولت‌های مختلف، که به داوری تجاری بین‌المللی معروف است؛^۳

دوم، داوری بین‌المللی بین دولت‌ها یا بین‌الدول (یا دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی)؛ سوم، داوری بین‌المللی بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی.

در حالی که در داوری‌های داخلی، داور علی‌الاصول قوانین دولت متبوع طرفین اختلاف را مورد توجه قرار می‌دهد^۴، در داوری‌های بین‌المللی و فراملی تعیین قانون حاکم یکی از مباحث مهم و بحث‌انگیز بشمار می‌رود. برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در هر یک از اقسام داوری‌های مذکور، از قواعد یکسانی پیروی نمی‌شود. بررسی همه آن قواعد در این مقاله مدنظر نیست؛ آنچه به اختصار می‌توان اشاره کرد این است که: قراردادهای بین اشخاص خصوصی که دارای تابعیت‌های متفاوتی هستند، تابع نظام حقوق بین‌الملل خصوصی (قواعد حل تعارض) و قراردادهای نوع دوم (معاهدات و قراردادهای منعقد شده بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی)، تابع حقوق بین‌الملل عمومی است. اما تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی از اتباع کشورهای دیگر، یکی از موضوعات بحث‌انگیز در حوزه مطالعات حل و فصل اختلافات بین‌المللی است. آنچه در این نوشتار مورد بحث قرار می‌گیرد، تعیین قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوا در داوری‌های نوع سوم است.

تفاوت اساسی داوری بین‌المللی نوع سوم (بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی) با دو

۳. رک، بند «ب» ماده «۱» قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی.

۴. در ماده ۴۸۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ آمده است «رای داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجد حق نباشد». بر همین اساس، به موجب بند «۱» ماده «۴۸۹» همان قانون، رای داوری که «مخالف با قوانین موجد حق باشد» در زمره‌ی یکی از موجبات بطلان رای داوری شمرده شده است. ماده ۱۴۷۴ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه (اصلاحی ۱۹۸۱)، نیز دارای مقررات مشابهی است.



قسم دیگر (تجاری و بین‌الدول) در این است که دو طرف اختلاف در داوری های مورد بحث از شرایط یکسان و مساوی برخوردار نیستند. زیرا یک طرف اختلاف، دولتی است دارای حاکمیت و با اختیارات فوق‌العاده که جز چارچوب حقوق بین‌الملل تابع هیچ نظام حقوقی دیگری نیست؛ ولی طرف دیگر شخصی است حقیقی یا حقوقی که نه تنها از چنان موقعیت طرف مقابل خود برخوردار نیست، بلکه در هر حال تبعه‌ی دولتی معین است که تابع نظام حقوقی دولت متبوع خود می‌باشد. در حالی که در دو نوع داوری دیگر اینطور نیست. طرفین اختلاف در داوری های بین‌المللی تجاری، هر یک از اتباع دولتی معین و تابع نظام حقوقی مشخصی هستند و در داوری های بین‌الدول نیز طرفین اختلاف هر دو در شرایط حقوقی برابر تابع یک نظام حقوقی (بین‌المللی) می‌باشند.

دولت ها در روابط خود با اشخاص خصوصی میل دارند که قوانین خودشان حاکم باشد، در حالی که اشخاص خصوصی غالباً نگرانی خود را از بی‌ثباتی و ناکافی بودن قوانین داخلی این کشورها و احتمال نفوذ دولت ابراز داشته و خواهان اعمال قانونی غیر از قانون طرف دولتی می‌باشند. به لحاظ همین تفاوت مبنایی است که قواعد و اصول تعیین حقوق قابل اعمال بر ماهیت اختلاف در داوری های بین‌المللی سه گانه متفاوت است.

مفهوم قانون ماهوی حاکم

اصطلاح «قانون ماهوی حاکم بر قرارداد» یا همان «قانون حاکم بر ماهیت اختلاف» در تمایز با قوانین شکلی حاکم بر قراردادهای بکار می‌رود.^۵ در داوری های بین‌المللی علاوه بر مسأله تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، موضوعات مهم دیگری مثل تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری، شرایط داور یا داوران، قانون حاکم بر تشریفات داوری و آئین

۵. در برخی از نوشته های حقوقی اصطلاح «قانون ماهوی حاکم بر قرارداد» و در برخی دیگر اصطلاح «قانون حاکم بر ماهیت اختلاف» بکار رفته است. رک. صفایی، دکتر حسین، تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری های بین‌المللی، ۱۳۷۲؛ موحد، دکتر محمد علی، درسهایی از داوریهای نفتی، جلد اول انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول تابستان ۱۳۷۴، ص. ۶۲. همچنین رک:

Lando, Ole, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration, Boston, London 1991.



رسیدگی نیز از موضوعات مورد توجه می‌باشد. در کنار این موضوعات، موضوع دیگری که علیرغم اهمیت آن کمتر مورد توجه قرار گرفته است، مسأله تعیین «قانون مبنا» یا «نظام حقوقی پایه»^۶ یا همان قانونی است که توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم اثر الزامی خود را از آن می‌گیرد.^۷ مطالعه هر یک از این موضوعات نیاز به بحث جداگانه و مفصلی دارد. در این مقاله، از میان آنها فقط بحث حقوق حاکم بر ماهیت اختلاف یا قانون حاکم بر قرارداد منشاء دعوا که داور باید در حل و فصل دعوی اعمال کند، مورد بررسی قرار می‌گیرد. منظور از قانون ماهوی حاکم در داوری های بین‌المللی عبارت است از: نظام حقوقی که بر پیدایش قرارداد، اعتبار قرارداد، تفسیر قرارداد، آثار و الزامات قرارداد و بالاخره مسؤولیت‌های ناشی از عدم اجرای قرارداد حاکم است.

مشکل تعیین قانون ماهوی حاکم

در حالی که علی‌الاصول قانون محل انعقاد قرارداد بر توافقنامه داوری و قانون محل داوری بر تشریفات و آئین دادرسی حکومت می‌کند، ولی پاسخ به مسأله تعیین قانون ماهوی به این سادگی نیست. مشکل ترین بخش تعیین قانون حاکم، مسأله قانون ماهوی قابل اعمال در داوری های بین‌المللی است. تشتت آراء و نظریات در این باره، بسیار مشهود است. با این حال از نظر تئوری این مطلب پذیرفته شده است که داور در وهله اول باید به اراده طرفین قرارداد توجه کند و بعد در صورتی که طرفین قانون مورد نظر خود را تعیین نکرده باشند، در پرتو اصول و قواعد حقوقی قانون مناسب را برگزیند. بنابراین، قانون ماهوی حاکم بر قرارداد منشاء اختلاف یا توسط طرفین و یا توسط مرجع داوری تعیین می‌شود.

انتخاب قانون حاکم توسط طرفین

اصل آزادی انتخاب قانون حاکم در قراردادهای تجاری، اصلی پذیرفته شده در بسیاری

6. Basic Legal Order

۷. موحد، دکتر محمد علی، همان.



از نظام های حقوقی است.^۸ در حالی چنین اصلی در روابط حقوقی دولت ها با اشخاص خصوصی منع نشده است ولی پذیرش قانون حاکم مبتنی بر اراده متعاقدين، از سوی طرف دولتی به این راحتی نبوده است. در ابتدا از جانب متعاقد دولتی تمایلی برای تعیین قانون حاکم وجود نداشت. زیرا از یک سو، «حاکمیت دولت اقتضا دارد که تعهدات وی تابع سیستم حقوقی دیگری قرار نگیرد».^۹ از سوی دیگر، همانطور که در گزارش شماره ۲ کمیسیون حقوق بین الملل^{۱۰} محدودیت های بدیهی می نمود و مفروض تلقی می شد که طرف خصوصی با ورود به قراردادی که یک طرف آن دولت است، حاکمیت قانون طرف دولتی را می پذیرد.

از جمله در قراردادهای امتیاز، با وجود اینکه طرفین برای رجوع به داوری توافق داشتند، ولی در مورد قانون حاکم سکوت می کردند. در فصل هفدهم امتیاز نامه داری^{۱۱} بدون اشاره به قانون حاکم چنین آمده است: «در صورتی که مابین طرفین متعاهدین

۸. به موجب بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب مورخ بیست و ششم شهریور ماه یکهزار و سیصد و هفتاد و شش مجلس شورای اسلامی «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». این اصل در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نیز به بیان محدودتری آمده است. به موجب این ماده «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

۹. موحد، دکتر محمدعلی، همان، ص. ۸۹.

10 . UN. No.A/CN/4/106 (1957) p,361

۱۱. قرارداد داری قراردادی است که به موجب آن در سال ۱۹۰۱ میلادی (۱۲۸۰ شمسی) دولت ایران امتیاز اکتشاف، استخراج، حمل و نقل و فروش نفت ایران را در سراسر کشور به استثنای پنج ایالت شمالی که زیر نفوذ روسیه بود به ویلیام نوکس داری تبعه دولت بریتانیا واگذار گردید.



منازعه و اختلافی در تاویل و ترجمه این امتیازنامه و کذاک در باب حقوق و مسؤولیت طرفین مشاجره ای اتفاق افتد، حل مشکل و مسأله در تهران به دو حکم رجوع خواهد شد، و آن دو حکم به توسط طرفین معین خواهد شد، و نیز آن دو حکم قبل از مبادرت به مرافعه حکم ثالث را معین خواهند کرد. حکم آن دو حکم و یا در صورتی که حکمین مزبور متفق نشوند حکم ثالث قطعی خواهد بود.» قرارداد امتیاز توتون و تنباکو (تالبوت)^{۱۲} مورخ ۲۰ مارس ۱۸۹۰ میلادی نیز از این حیث وضعیت مشابهی داشت. در فصل چهاردهم این امتیازنامه آمده بود: «در صورت وقوع اختلاف مابین دولت علیه ایران و صاحبان امتیاز، آن اختلاف رجوع به حکمیت مرضی الطرفین خواهد شد و در صورت عدم امکان رضایت طرفین حکم اختلاف را رجوع به حکمیت قطعی حکمی به تعیین یکی از نمایندگان دولت آمریکا یا آلمان یا اطیش مقیم طهران خواهد شد» قرارداد امتیاز رویترا^{۱۳} مورخ ۱۸۷۲ میلادی در مورد واگذاری امتیاز راه آهن نیز همین وضعیت را داشت^{۱۴}.

مدت زمانی طول کشید تا اینکه جنگ و گریز میان دولت ها و حقوقدانانی که از مواضع شرکت های نفتی و دارنده امتیاز دفاع می کردند به نفع شرکت های سرمایه گذار به ثمر نشست و دولت ها را وادار کرد تا به حاکمیت قانون دیگری غیر از قانون خود تن دهند و با قبول اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم، ماهیت امتیازنامه ها را در ردیف قراردادهای قرار دهند^{۱۵}. در ایران بعد از الغای قرارداد امتیاز داری، در ۷ خرداد ۱۳۱۲

۱۲. به موجب این امتیاز نامه به تاریخ ۲۷ رجب المرجب سال ۱۳۰۷ هجری قمری، مطابق با ۲۰ مارس ۱۸۹۰ میلادی امتیاز انحصاری تنباکو و تنن تا انقضای مدت پنجاه سال از تاریخ امضاء به آقای ماژور تالبوت و به شرکاء او واگذار شد.

۱۳. قرارداد رویترا نام قراردادی است که به موجب آن امتیاز مخصوص و انحصاری و قطعی راه آهن بحر خزر تا خلیج فارس در تاریخ ۲۵ ژوئیه سال ۱۸۷۲ میلادی مطابق با روز ۱۸ جمادی الاول سال ۱۲۸۹ هجری قمری برای مدت هفتاد سال از جانب ناصرالدین شاه قاجار به بارون جولوس دو رویترا مقیم لندن و به شرکاء یا به وکلای او اعطا و واگذار شد.

۱۴. در ماده ۳۰ امتیاز نامه شرکت نفتی عراق به سال ۱۸۲۵ میلادی هم فقط به داوری اشاره شده است.

۱۵. موحد، دکتر محمد علی، همان، ص. ۷ به بعد.



(برابر با ۲۹ آوریل ۱۹۳۳) قرارداد اعطای امتیاز نفت به یک شرکت انگلیسی منعقد شد. طرف خارجی با تجربه‌ای که از قرارداد قبلی به دست آورده بود، دولت ایران را مجبور کرد تا حاکمیت حقوق بین الملل بر قرارداد را بپذیرد. در بند «ه» ماده ۲۲ قانون اعطای امتیاز نفت به شرکت نفت انگلیس و ایران محدود آمده است: «اصول محاکمات در درحکیمت مطابق همان اصولی خواهد بود که در موقع حکمیت در دیوان داوری دائمی بین‌المللی معمول و مجری است حکم حکمیت مستند بر اصول قضایی مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان داوری دائمی بین‌المللی بوده و قابل تجدید نظر نخواهد بود.....» منظور از دیوان داوری دائمی بین‌المللی همان دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی است که اکنون دیوان دادگستری بین‌المللی (ICJ) جانشین آن شده است.

اصل آزادی اراده طرفین برای انتخاب قانون حاکم در بسیاری از قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است. اما این مقررات عمدتاً مربوط به قراردادهای تجاری بین‌المللی است. از جمله این مقررات می‌توان به ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین‌المللی^{۱۶}؛ ماده ۳۳ قواعد آنسیترال^{۱۷} و ماده ۱۷ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۱۸} اشاره کرد. قوانین داخلی کشورها نیز این اصل را تأیید می‌کند. در بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون روم در باره ی حقوق قابل اعمال در تعهدات قراردادی^{۱۹} که برای متحدالشکل کردن قواعد حل تعارض به تصویب رسیده، آمده است:

(A contract shall be governed by the law chosen by the parties)

اما در قراردادهای سرمایه گذاری بین دولتها و اشخاص خصوصی می‌توان به کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع دولت های دیگر استناد کرد. در بند ۱ ماده ۴۲ این کنوانسیون آمده است: «دیوان دعوی را بر طبق مقررات قانونی که مورد تراضی طرفین قرار گرفته است، رسیدگی می‌نماید. در صورتیکه توافقی در این مورد نباشد، بر مبنای قانون کشور متعاقد طرف دعوی (شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین آن کشور) و نیز آن دسته از مقررات حقوق بین الملل که

16 - European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961

17 - United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) - UNCITRAL Arbitration Rules

18 - (ICC)International Chamber of Commerce Arbitration Rules 1998

19 - Rome Convention on the law applicable to contractual obligations 1980



قابل اجرا باشد، تصمیم خواهد گرفت»^{۲۰}

قانون پایه

آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم باید در قوانین داخلی کشورهای متبوع مورد شناسایی قرار گرفته باشد. به عبارت دیگر، توافق طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، وقتی از اعتبار برخوردار است که قانون کشور متبوع طرفین چنین اجازه‌ای را داده باشد.

بنابراین قانون حاکم بر قرارداد به توافق طرفین و توافق طرفین به قانونی بستگی دارد که از آن به عنوان نظام حقوقی (basic legal order) یاد می‌کنند.^{۲۱} به عنوان مثال در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب مورخ ۲۶ شهریورماه ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی نیز برای طرفین آزادی اراده طرفین برای تعیین قانون ماهوی را تجویز کرده است.

بررسی قوانین جدید برخی کشورها و همچنین قواعد اسناد و سازمانهای بین‌المللی مربوط، آشکار می‌سازد که آزادی و حاکمیت اراده طرفین در بسیاری از سیستم‌های حقوقی، یک قاعده غالب می‌باشد. البته، هیچ سیستم حقوقی این اصل را بدون قید و شرط نپذیرفته است، و در کشورهای مختلف محدودیت‌های مختلفی بر آن وارد شده است. در حقیقت، امروزه «حاکمیت اراده» یک اصل اساسی است و به عنوان مبنای قواعد تعارض قوانین در تعهدات قراردادی، با مقداری محدودیت، مناسب‌ترین قاعده در بین همه قواعد دیگر می‌باشد که هم نفع طرفین قراردادهای بین‌المللی را در بر دارد و هم

20 - Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable

۲۱. موحد، دکتر محمد علی، همان، ص. ۶۲.



نمی‌تواند لطمه‌ای به منافع دولت‌های مربوطه وارد آورد.^{۲۲} بنابراین، آزادی و حاکمیت اراده برای انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف یک قاعده غالب می‌باشد، ولی این قاعده بی‌قید و شرط نیست. بلکه آزادی اراده محدود به شرایط مقرر شده در نظام حقوقی پایه می‌باشد.^{۲۳}

قانون پایه ممکن است با قانون حاکم بر ماهیت دعوا یکی باشد، یا جدا از آن. اما قانون پایه بیش از یکی نمی‌تواند باشد. از باب نمونه، در ماده ۴۶ قرارداد معروف به کنسرسیوم دو رشته از اصول را حاکم بر تفسیر و تعبیر و اجرای قرارداد دانسته بود. اول، اصول مشترک بین ایران و کشورهای عضو کنسرسیوم. دوم، اصول مورد قبول کشورهای متمدن و نیز اصولی که دادگاه‌های بین‌المللی بر طبق آن عمل کرده‌اند.

نکته بعدی در مورد قانون مبنا یا قانون پایه این است که اگر چه طرفین قرارداد می‌توانند قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را برگزینند، ولی انتخاب قانون پایه در اختیار آنها نیست. به عبارت دیگر قانون ماهوی قابل انتخاب است ولی قانون پایه انتخابی نیست.

موضوع دیگری که آن را در قانون پایه باید جستجو کرد، مسأله اختیار طرفین در مراجعه به داوری است. در این مورد هم قاعده بر این است که طرفین حق دارند حل اختلاف خود را به داوری ارجاع نمایند. اما این اختیار بویژه در مورد طرف دولتی بی‌قید و شرط نیست. در هر کشوری مقررات خاصی برای ارجاع اختلاف به داوری پیش بینی شده است.^{۲۴} این محدودیت در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اینگونه بیان

۲۲. شاه حیدری پور، محمد علی، قاعده آزادی انتخاب قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی (با تأکید بر معاهده ۱۹۸۰ رم)

۲۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه به مقالات زیر مراجعه کنید:

نیکبخت، دکتر حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)، مجله حقوقی (دفتر خدمات حقوقی) شماره ۳۲، نیک بخت، دکتر حمید رضا، مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۹، نیکبخت، دکتر حمید رضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱-۲۳.

۲۴. برای مطالعه بیشتر در مورد اختیار دولتها در مراجعه به داوری رجوع کنید به مقاله زیر:



شده است: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». محدودیتهای ارجاع اختلاف به داوری در معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، در ماده ۴۵۶ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی به شکل روشن تری بیان شده است. به موجب این ماده «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلاف ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیاتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر خواهد بود» همانطور که ملاحظه می‌شود این مقررات در زمره قواعد امری است و انتخاب آن در اختیار طرفین اختلاف نیست. بنابراین، داور در برخورد با اختلاف با دو قانون سر و کار دارد: یکی، قانونی که بر ماهیت قرارداد حکومت دارد. دیگری، قانونی که اراده طرفین در رجوع به داوری و تعیین قانون حاکم اعتبار خود را از آن می‌گیرد.

انتخاب صریح یا ضمنی

در قراردادهای بین‌المللی معمولاً فصل یا ماده‌ای به منظور تعیین قانون حاکم اختصاص داده می‌شود. در حالی که در گذشته به خصوص در قراردادهای امتیاز، حاکمیت قانون طرف دولتی مفروض بود، امروزه در غالب قراردادهای بین‌المللی مسأله تعیین قانون قابل اعمال (Applicable Law) بخشی از قرارداد را تشکیل می‌دهد. انتخاب قانون حاکم باید صریح و روشن باشد. اما اگر چنین تصریحی وجود نداشت آیا می‌توان اراده ضمنی طرفین را احراز کرد؟ پاسخ کنوانسیون روم به این سؤال مثبت است. در ماده ۳ کنوانسیون مذکور در این مورد آمده است: «انتخاب باید صریح یا با عبارات

اسکینی، دکتر ربیعا، اختیار دولت ها و سازمان های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی، (قابل دسترسی از سایت: www.ghavanin.ir).



قرارداد یا اوضاع و احوال پرونده با اطمینان معقولی تعیین شده باشد»^{۲۵}. این کنوانسیون ناظر بر قراردادهای تجاری (بین اشخاص خصوصی) است. ولی این پاسخ را در مورد قراردادهای سرمایه گذاری نیز می توان پذیرفت.

ضابطه تشخیص انتخاب ضمنی قانون حاکم

سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که اگر قانون حاکم صریحاً تعیین نشده بود، داور چگونه و با چه معیارهایی اراده ضمنی را کشف می کند؟ در پاسخ گفته شده است برای تشخیص انتخاب ضمنی قانون حاکم از دو ضابطه ذهنی و عینی استفاده می شود. در ضابطه ذهنی داور به کمک قرائن و امارات و اوضاع و احوال پرونده (همانگونه که در ماده ۳ کنوانسیون روم آمده است)، در جستجوی توافق اراده طرفین قرارداد است. اما در ضابطه عینی، عواملی مثل محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد یا عوامل مادی دیگری که نزدیکترین ارتباط قرارداد با قانون معینی را نشان دهد، راهنمای داور در احراز قانون حاکم شناخته می شود.^{۲۶}

البته، اگر چه ضابطه های عینی مذکور می تواند داور را در تعیین قانون مناسب راهنمایی کند، ولی انتساب چنین انتخابی به اراده طرفین قرارداد، چندان قابل توجیه نیست. زیرا در واقع به دلیل عدم احراز اراده طرفین داور اجازه یافته است به تشخیص خود و به کمک همین ضابطه ها، مناسب ترین قانون را برگزیند. طرفین قرارداد شاید هیچ توجهی به قواعد قانون محل انعقاد یا اجرای قرارداد که از قواعد حقوق بین الملل خصوصی است، نداشته باشند و از چنین قواعدی که در علم حقوق مورد بحث قرار می گیرد نداشته باشند.

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد این است که هر چند اصل آزادی اراده طرفین قرارداد برای تعیین قانون حاکم، هم در قراردادهای تجاری و هم در قراردادهای توسعه اقتصادی اصلی پذیرفته شده است؛ اما متصل شدن به ضابطه های عینی و ذهنی برای کشف اراده با این اشکال اساسی مواجه است که در قراردادهای توسعه اقتصادی یک

25. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case.

۲۶. موحد، دکتر محمد علی، همان، ص. ۸۲.



طرف آن دولت یا سازمان دولتی قرارداد که از حاکمیت برخوردار است. حاکمیت دولت اقتضا دارد که تعهدات وی تابع هیچ نظام حقوقی دیگری جز قانون خود نباشد.^{۲۷} در واقع باید این اصل را پذیرفت که در صورت سکوت طرفین، قانون طرف دولتی بر قرارداد حاکم باشد. زیرا همانطور که در گزارش کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد آمده است، شخصی که با یک دولت خارجی وارد معامله می‌شود، به حاکمیت قانون کشور طرف قرارداد تسلیم می‌شود.

گزینش منفی

محل انعقاد و اجرای قراردادهای توسعه اقتصادی عمدتاً در قلمرو کشور طرف قرارداد واقع می‌شود. از این رو اعمال ضابطه های عینی برای تعیین قانون حاکم به نفع سرمایه گذاران تمام نمی‌شود. از این رو برخی از حقوقدانان که به دنبال راه گریزی برای خروج از حاکمیت قانون کشور طرف قرارداد هستند، به گزینش منفی متوسل شده‌اند. در پاراگراف پیشین گفتیم که در صورت سکوت طرفین در انتخاب قانون حاکم اصل بر این است که قانون طرف دولتی بر قرارداد حاکم باشد. منظور از گزینش منفی این است که داور به استناد قرائن و امارات موجود در قرارداد به این نتیجه می‌رسد که طرفین قصد کنار گذاشتن این اصل و خروج از حاکمیت قانون کشور طرف دولتی داشته‌اند. برخی معتقدند به صرف اشمال قرارداد به شرط داوری قرینه بر حاکمیت قانونی غیر از قانون کشور طرف قرارداد می‌باشد که چنین برداشتی مورد انتقاد شدید حقوقدانان دیگر قرار گرفته است.^{۲۸}

در دعوی ابوظبی^{۲۹}، آقای لرد آسکویت بیشاپستون^{۳۰} التزام طرفین به حسن نیت و تفسیر معقول از قرارداد را قرینه بر خروج از حاکمیت قانون خاص شیخ ابوظبی می‌داند. برخی وجود شرط ثبات را به منزله نفی حاکمیت قانون کشور سرمایه پذیر دانسته‌اند. در

۲۷. همان، ص. ۸۹.

۲۸. همان، ص. ۴۴.

۲۹. petroleum Development LTD V. The Sheikh of Abu Dhabi

۳۰. Lord Asquith Bishopston



دعوی سافیر^{۳۱}، آقای پیر کاون^{۳۲} (تبعه سوئیس) که یکی از عجیب ترین آرا در دعوی نفتی را صادر کرد، با ارائه تحلیلهای خاص و ذهنی خود و استناد به قرائنی، حاکمیت قانون ایران را نفی نمود. این قاضی اروپایی، با وجود اینکه طرفین تصریحاً قانون ایران را پذیرفته بودند، طبیعت قراردادهای سرمایه گذاری را ناسازگار با قانون ملی کشور طرف قرارداد دانسته و احتمال قرارداد بر شرط داوری و التزام به حسن نیت در اجرای قرارداد را قرینه بر نفی حاکمیت قانون ایران دانسته است.^{۳۳}

در واقع، آقای کاون برداشت ذهنی خود را به نام اراده طرفین در غالب تئوری ساختگی «گزینش منفی» جایگزین اراده آنها کرده است. در قراردادهای توسعه اقتصادی غالب حقوقدانان معتقدند که قصد طرفین حاکمیت قانون ملی طرف دولتی است. در گزارش کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد آمده است:

"Learned opinions and practice are agreed that contracts made between the government of state and an alien are governed so far as their conclusion and performance are concerned by municipal law of that state and not by international law for a private person who enters into a contract with a foreign government ipso facto agrees to be governed by the local law with respect to all the legal consequences which may follow that contract"^{۳۴}

پروفسور شوارتزبرگر در این باره می گوید: « یک امر مسلم است: در صورت فقدان دلیل قاطع مخالف، اصل بر این است که معمولاً قصد طرفین در قراردادهای دولتی مبتنی بر حاکمیت قانون داخلی است و نه حقوق بین الملل»^{۳۴} برداشت حقوقدانانی مثل کاون اگر نگوئیم جانبدارانه و صرفاً برای حمایت از سرمایه گذاران خارجی در قراردادهای دولتی است، کاملاً ذهنی و دور از واقعیتهای حقوقی و قراردادی است. اصل حسن نیت در تفسیر و اجرای قرارداد از اصول اولیه و بنیادین هر قراردادی است. چطور و با کدام منطق حقوقی می توان بیان این اصل در قرارداد یا صرف توافق برای ارجاع به داوری را قرینه بر خروج

۳۱. شرکت سافیر علیه شرکت ملی نفت ایران.

32 . pierre Caven

۳۳. به نقل از: موحد، دکتر محمد علی، همان، صص. ۸۱ تا ۸۳.

34 . Schwartzberger, International law as applied by international courts and tribunals, VOL. 1, 3rd ed., London 1957 p. 149

از حاکمیت قانون خاصی تلقی کرد؟ بنابراین، دستاویز قراردادان نظریه «گزینش منفی» چیزی جز یافتن راه حلی برای فرار از قانون ملی طرف دولتی نیست.

انتخاب قانون حاکم توسط داور

تا اینجا مسائل مربوط به انتخاب قانون حاکم توسط طرفین قرارداد مورد بررسی قرار گرفت. اکنون این سؤال را مطرح می‌کنیم که اگر اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم احراز نشد، داور با استناد به چه قانونی اختلاف ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری را حل و فصل می‌کند؟ مانند هر مسأله علمی دیگر، پاسخ حقوقدانان چه در نوشته‌های حقوقی و چه در آرای صادره یکسان نیست. در اینجا به بررسی نظریات ارائه شده در این مورد می‌پردازیم.

نظریات راجع به تعیین قانون حاکم:

اول - قانون داخلی (قواعد حل تعارض)

بسیاری از حقوقدانان، قراردادهای توسعه اقتصادی را در زمره قراردادهای خصوصی دانسته و حقوق داخلی را حاکم بر آن می‌دانند. این استدلال با ماهیت این قراردادها نیز سازگاری دارد. هر چند یک طرف قرارداد دولت یا سازمانهای دولتی است، ولی صرف حضور طرف دولتی در عرصه اقتصادی موجب بین‌المللی شدن قرارداد نمی‌شود. رای دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه وام صربستان موید این مطلب است. دیوان مزبور در رای سال ۱۹۲۹ چنین استدلال کرد^{۳۵}:

«هر قراردادی که دولتها به حیث اینکه تابع حقوق بین‌الملل هستند، آن را منعقد نکرده باشند ناگزیر در نابعیت قانون کشور معینی خواهد بود. تشخیص این قانون موضوع رشته خاصی از علم حقوق است که حقوق بین‌الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین نامیده می‌شود.»

خلاصه اصلی که دیوان بیان می‌دارد این است که اگر دولت‌ها در شان غیر دولتی و به عنوان تابع حقوق داخلی قراردادی با تبعه بیگانه منعقد نمایند، قرارداد موصوف از



تابعیت حقوق بین الملل خارج است و تابع حقوق داخلی است. اما از میان قوانین داخلی کشورهای مختلف قانون کدام کشور بایستی برگزیده شود، حل مسأله از طریق رجوع به قواعد حل تعارض قوانین یا همان حقوق بین الملل خصوصی صورت می‌گیرد.

قاضی لرد اسکویت Lord Asquit در قضیه ی ابوظبی (۱۹۵۲) به قواعد حل تعارض قوانین اشاره می‌کند و می‌نویسد:

قراردادی است که در سرزمین ابوظبی انعقاد یافته و هم در آنجا باید به موقع اجرا گذارده شود و ظاهراً باید قانون ابوظبی بر آن حکومت کند.

از قواعد حل تعارض قوانین آن است که قراردادهای خصوصی در صورتی که طرفین بر حاکمیت قانون خاصی توافق نکرده باشند، تابع قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای آن است. البته قاضی لرد اسکویت در نتیجه گیری نهایتاً به قانون ابوظبی استناد نکرد. زیرا معتقد بود که قانون ابوظبی در مورد قراردادهای نفتی فاقد قواعد قابل قبولی است. ایشان در این مورد در رای مذکور می‌نویسد:^{۳۶}

... لیکن چنین قانونی در ابوظبی وجود خارجی ندارد... خیالبافی خواهد بود که گفته شود در این منطقه بسیار بدوی اصول حقوقی مسلمی وجود دارد که در مورد اسناد بازرگانی امروزی قابل اعمال باشد.

در دعوی قطر (۱۹۵۳) نیز داور از همان طرز فکر لرد اسکویت تبعیت نمود و به عذر آنکه قانون اسلام به صورتی که در قطر اجرا می‌شود فاقد اصول و موازینی است که بتواند بر قرارداد امتیاز نفت حکومت نماید امتیاز نامه را از قانون قطر خارج دانست. با این استدلال، در دعوی ابوظبی داور تصمیم گرفت بر مبنای حقوق طبیعی و در دعوی قطر داور تصمیم گرفت بر مبنای اصول عدالت و انصاف و وجدان پاک رسیدگی کند.

در بند ۱ ماده ۳۳ آنسیترال^{۳۷} آمده است: «دیوان داوری قانونی را اعمال خواهد کرد که طرفین آن را برای حاکمیت بر ماهیت اختلاف برگزیده‌اند. در صورت فقدان چنین انتخابی

۳۶. به نقل از: موحد، دکتر محمد علی، همان

37. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): Article 33: 1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.



از جانب طرفین، دیوان داوری قانونی که به موجب قواعد حل تعارض تعیین می‌شود، اعمال خواهد کرد.»

در صورتی که انتخاب ضمنی قانون قابل تشخیص نباشد، قواعد داوری ممکن است به داور اجازه دهد تا مستقیماً قانون مناسب را تعیین نماید. اما توجه داشته باشید بند ۱ ماده ۳۳ آنسیترال صریحاً چنین چیزی نمی‌گوید. اما در ماده ۱۷ قواعد ۱۹۹۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) این اجازه را داده است. به موجب این ماده دیوان داوری «قانون مناسب» را اعمال خواهد کرد^{۳۸}. اما در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین‌المللی قانون مناسب در پرتو قواعد حل تعارض مجاز شمرده شده است^{۳۹}.

عدم اعمال قواعد حل تعارض ممکن است با این اشکال مواجه شود که رای داوری توسط دادگاه داخلی نقض شود. زیرا به موجب حقوق بین‌الملل خصوصی، اجرای رای داوری در بسیاری از کشورها مشروط به رعایت قواعد حل تعارض آن کشور می‌باشد. البته در برخی از کشورها به مرجع داوری اجازه داده شده است داور بدون لزوم مراجعه به قواعد حل تعارض، مستقیماً به «قانون مناسب» استناد نماید^{۴۰}.

دوم - قرارداد تابع خود

عده‌ای نظریه قرارداد بی قانون را مطرح نموده و معتقدند که قرارداد تابع مفاد خودش

38 . ICC - International Chamber of Commerce Arbitration Rules 1998: Article 17: 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

39 . European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on 21 April 1961: Article VII - Applicable Law:

1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

۴۰. به عنوان مثال رجوع کنید:

France: Art. 1496, New Code of Civil Procedure

Netherlands: Art. 1054(2), Code of Civil Procedure;

Portugal: 1986 Law on Voluntary Arbitration, 44 ICLQ 179, 186 (1995);

Switzerland, Private International Law Act, Ch. 12, art 187;



است. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان، در قراردادهای سرمایه گذاری باید اندیشه حاکمیت قانون ملی یا حقوق بین الملل را از سر بیرون کرد. زیرا این قراردادها نه صرفاً داخلی‌اند و نه کاملاً لاین‌المللی. وردروس و بورکن از جمله کسانی هستند که با تکیه بر رای‌ایی که در قضیه ابوظبی صادر شد نظریه قرارداد بی قانون را مطرح کرده‌اند. قبلاً گفتیم که داور قضیه ابوظبی به دلیل اینکه قانون داخلی این کشور را برای حاکمیت در قراردادهای نفتی مترقی و مناسب نمی‌دانست، به حقوق طبیعی متوسل شد. حقوق طبیعی اگر چه ممکن است بر ماهیت اختلاف حکومت کند، ولی مفاد قرارداد فی نفسه حقوق طبیعی نیست. در هر حال طرفداران نظریه «قرارداد تابع خود» معتقدند که قرارداد به قانون طرفین تبدیل می‌شود و نیازی نیست برای حل اختلاف به منبع دیگری رجوع شود. به این ترتیب، قرارداد تابع قانون خودش است و استفاده از قوانین ملی یا بین الملل جنبه فرعی دارد.

نظریه قرارداد بی قانون با ایرادات اساسی مواجه است که در اینجا به برخی از این ایرادات اشاره می‌شود.

۱. اولین ایراد این است که هر قراردادی هر چه باشد، قدرت اجرایی خود را از قانون می‌گیرد. پروفیسور سوزر هال^{۴۱} در این باره می‌نویسد: «بدیهی است که هیچ قراردادی نمی‌تواند در خلأ، یعنی بی آنکه بر سیستم حقوقی معینی مبتنی باشد، بوجود بیاید. عقد قرارداد بالضروره به قانون موضوعه معینی مرتبط می‌گردد که به موجب آن آثار قانونی بر تراضی و توافق اراده طرفین بار می‌شود. این امر در اختیار مطلق طرفین نیست. در خارج از یک سیستم حقوقی، قرارداد وجود پیدا نمی‌کند. اراده طرفین وقتی می‌تواند به ایجاد رابطه قراردادی منتهی شود که سیستم حقوقی حاکم، چنان اثری را به رسمیت شناخته باشد».

۲. مشکل دیگر این است که قرارداد هر چه جامع و کامل باشد نمی‌تواند همه جزئیات از قبیل اشتباه، تدلیس، غیر ممکن شدن اجرای قرارداد و غیره را پیش بینی کند.



۳. ایراد دیگری که مطرح می‌شود این است که آزادی در انتخاب قانون مطلق و بی قید و حصر نیست. بنابراین، همانطور طرفین در انتخاب قانون حاکم از محدودیت‌هایی برخوردارند، در تعیین شرایط و آثار قرارداد نیز از محدودیت‌هایی برخوردارند که این محدودیتها در نظام‌های حقوقی تعیین می‌شود.
۴. برخی موضوعات مثل اهلیت و نظم عمومی با اداره اشخاص قابل تعیین نیست. برای تشخیص اهلیت طرفین و تعریف نظم عمومی نمی‌توان به اراده رجوع کرد. اینگونه موضوعات، اساساً با توافق دو یا چند اراده قابل تعیین نیستند. بنابراین چاره‌ای جز اتکا به قانون معینی که بر قرارداد حکومت نماید باقی نمی‌ماند.

سوم - حقوق بین الملل

اینکه قرارداد تابع هیچ قانونی نباشد، مورد انتقاد بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است و طرفداران چندانی ندارد. برخی از حقوقدانان که در حمایت از سرمایه‌گذاران غربی به دنبال رفع حاکمیت قانون داخلی هستند، در عین حالی که بر لزوم تابعیت هر قراردادی از سیستم حقوقی معینی تاکید می‌ورزند، قراردادهای توسعه اقتصادی را از حاکمیت قانون داخلی خارج دانسته و آن را تابع حقوق بین الملل می‌دانند. اینان در توجیه عقیده خود نظریه بین‌المللی شدن قراردادهای توسعه اقتصادی را مطرح می‌کنند.

حقوق بین الملل تنظیم‌کننده روابط دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است. اما طرفداران اعمال حقوق بین الملل می‌گویند مرکز ثقل قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، روابط بین‌المللی است. دولتی که وارد قرارداد امتیاز و سرمایه‌گذاری می‌شود، قرارداد خود را تا سطح معاهده (Treaty) ارتقاء می‌دهد و خواهان اجرای قواعد حقوق بین الملل است. می‌گویند طبیعت قرارداد مقتضی بین‌المللی شدن آن است. بسط و گسترش اصول اقتصادی حقوق بین الملل از قبیل حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی خود و حق دولت‌ها در ملی کردن اموال و بنگاه‌های اقتصادی در چارچوب حقوق بین الملل و قطعنامه‌هایی که تا کنون از طرف مجمع عمومی سازمان ملل متحد در این زمینه صادر شده است، در توجیه این نظریه مورد استفاده قرار گرفته است.



شرکت نفت انگلیس پس از مداخله جامعه ملل و پیرو مذاکرات دو دولت منعقد شده است، ماهیتاً یک قرارداد بین دو دولت محسوب می‌شود و از این رو دولت انگلیس حق دارد، راساً و بدون نیاز به مطرح شدن مقوله حمایت دیپلماتیک، بر علیه دولت ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوا نماید. اما دیوان معتقد بود که قرارداد مزبور، قرارداد بین دو دولت نیست و معاهده محسوب نمی‌شود. سرانجام دولت انگلیس مجبور بود که در قالب حمایت سیاسی موضوع را پیگیری نماید.

تئوری تبعیت قراردادهای توسعه اقتصادی از حقوق بین الملل نیز با ایراداتی مواجه است:

اولاً، اگر حل اختلاف در قراردادی به داوری داخلی ارجاع شده باشد، کسی طرفدار این نظریه نیست که داور داخلی حقوق بین الملل را اجرا نماید. اگر طبیعت قرارداد مقتضی بین‌المللی شدن است چرا در داوریه‌ها و دادگاه‌های داخلی به آن عمل نمی‌شود. بنابراین در خود کشورهای غربی نیز پای بندی کامل به این نظریه وجود ندارد.

ثانیاً، قراردادهای اقتصادی که یک طرف آن دولت است، ماهیتاً در زمره قراردادهای خصوصی است و حقوق بین الملل فاقد قواعد ناظر بر قراردادهای خصوصی است. نظام حقوق بین الملل از چنان قواعدی که روابط اقتصادی خصوصی را تنظیم کند برخوردار نیست.

ثالثاً، همانطور که در بحث قراردادهای بدون قانون گفتیم، تعیین تکلیف بسیاری از موضوعات فقط از عهده نظام حقوقی معینی برمی‌آید که در اینجا می‌گوییم بخشی از این موضوعات مثل اهلیت ظرفین و محدودیت های طرفین در انتخاب قانون حاکم و رجوع به داوری فقط در قوانین داخلی کشورها تعیین می‌شود. به علاوه برخی مفاهیم حقوقی مثل تابعیت فقط در اختیار نظام حقوقی داخلی هر کشوری است.

چهارم - حقوق بازرگانی (فراملی)

ایرادات وارد بر نظریه حاکمیت حقوق بین الملل موجب شده است تا برخی پیشنهاد بینابینی را مطرح نمایند. و آن طرح یک نظام حقوقی واسط بین داخلی و بین‌المللی تحت عنوان «حقوق فراملی» است. حقوق فراملی نه حقوق بین الملل است و نه حقوق داخلی. بلکه مجموعه قواعد و عرفهای بازرگانی است که در روابط تجاری بین‌المللی شکل گرفته و تجار به آن عمل کرده‌اند. این قواعد ممکن است در نظامهای حقوقی مختلف و یا در



قوانین داخلی بسیاری از کشورها موجود باشد. اما اعتبار اینها به نظام حقوقی یا قوانین داخلی بستگی ندارد، بلکه از اصول مشترک و عرف تجاری بین‌المللی اخذ می‌کند. ایراداتی که بر این نظریه وارد است، کمتر از ایرادات وارد بر تئوری‌های دیگر نیست. اولاً، استناد به قانون فراملی بیش از آنکه واقعیت خارجی داشته باشد، بیشتر ساخته و پرداخته ذهن است. چنین قانون منسجمی خارج از ذهن واقعیت خارجی ندارد. اگر چه می‌توان اصول مشترکی از میان نظام‌های حقوقی مختلف کشف کرد؛ همچنین اگر چه عرف‌های زیادی در تجارت بین‌الملل شکل گرفته است. اما این اصول مشترک و یا عرف‌های رایج، نظام حقوقی منسجمی را تشکیل نمی‌دهد که بتواند به عنوان قانون مبنای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی شناخته شود و قرارداد را از رجوع به قوانین دیگر بی‌نیاز گرداند.

ثانیاً، همان اشکالی که در نظریه قرارداد تابع خود و قرارداد تابع حقوق بین‌الملل وجود داشت اینجا نیز وجود دارد و آن این است که مسائل تابعیت، اهلیت و نظم عمومی داخلی فقط با توسل به قوانین داخلی قابل حل است.

ثالثاً، نشستن به امید قانون فراملی که حدود و ثغور آن تعریف نشده است، از یک سو طرفین قرارداد را با ابهامات زیادی مواجه می‌سازد نمی‌توانند آینده و سرنوشت قرارداد خود را پیش‌بینی کنند و از سوی دیگر، آزادی عمل وسیع برای داور ایجاد می‌کند و از این جهت اجرای عدالت سخت‌مشکل و با خطر مواجه می‌شود. در این حالت بیش از آنکه نظام حقوقی معینی بر قرارداد حاکم شود، نظر شخصی و سلیقه‌ی فردی داور سرنوشت قرارداد را تعیین خواهد کرد.

پنجم - اصول حقوقی مشترک

نظام‌های حقوقی هر چقدر از هم فاصله داشته باشند، اما در بسیاری از زمینه‌ها از اصول مشترکی برخوردارند. از این رو گفته شده است که قراردادهای توسعه اقتصادی می‌تواند تابع اصول حقوقی مشترک بین‌المللی یا اصول مشترک نظام‌های حقوقی مرتبط با قرارداد باشد.

اصول کلی حقوق، غیر از اصول حقوقی مشترک است. مراد از اصول کلی حقوق،



اصول یا قواعد مشترک و بنیادینی است که از نظام های حقوقی متفاوت ریشه می گیرد.^{۴۲} ولی این اصول کلی لزوماً در نظام حقوقی داخلی کشورها ممکن است مشترک نباشد. به عنوان مثال، «مرکز ثقل قرارداد» یا «نزدیکترین ارتباط» یکی از اصول کلی حقوقی است که در کشوری بر اساس محل «انعقاد قرارداد» و در کشور دیگر «محل اجرای قرارداد» مرکز ثقل شناخته شده است. اگر در قانون داخلی دو کشور مختلف قانون «محل انعقاد قرارداد» حاکم بر ماهیت قرارداد شناخته شده باشد می‌گوییم قاعده قانون «محل انعقاد قرارداد» از اصول حقوقی مشترک دو کشور است. ولی اگر در یک کشور قانون «محل انعقاد قرارداد» و در کشور دیگر قانون «محل اجرای قرارداد» پذیرفته شده باشد، اگر چه اصل حقوقی مشترک در دو کشور اعمال نشده است، ولی هر دو کشور به نحوی بر اساس «مرکز ثقل قرارداد» یا «نزدیکترین ارتباط» قانون مناسب را تعیین نموده‌اند.

در برخی از قراردادهای توسعه اقتصادی فرمول اصول حقوقی مشترک پذیرفته شده است. از جمله در قرارداد کنسرسیوم ۱۳۳۳ (۱۹۵۴) اینگونه است. قرارداد کنسرسیوم قراردادی است که پس از کودتای ۲۸ مرداد بین دولت ایران و کنسرسیومی از شرکت‌های نفتی بین‌المللی برای بهره‌برداری از منابع نفتی ایران بسته شد.

در این قرارداد که به "قرارداد امینی-پیچ" نیز معروف شده است برخلاف قانون ملی شدن نفت ایران باز هم اکتشاف و استخراج و فروش نفت به دست شرکت‌های خارجی سپرده شد و ایران به دریافت حق امتیاز (با نام مبهم "پرداخت اعلام شده") اکتفا کرد. این قرارداد براساس اصل کلی پنجاه - پنجاه طرح شد. مذاکره کننده اصلی ایران در مسائل مربوط به این قرارداد دکتر علی امینی وزیر دارائی کابینه سپهبد زاهدی بود. بر اساس این قرارداد شرکت نفت ایران و انگلیس ۴۰٪، شرکت‌های آمریکائی نیز ۴۰٪، شرکت شل ۱۴٪ و شرکت نفت فرانسه ۶٪ در منافع کار سهیم بودند. با ملی شدن صنعت نفت این احتمال وجود داشت که ملت ایران بتواند مقداری از داشته های خدادادی خود را تحت اختیار خود بگیرد اما پس از کودتای ۲۸ مرداد و انعقاد قرارداد کنسرسیوم باز هم ملت اقتدار ضعیف خود را از دست داد و دوباره تاریخ به نقطه آغازین خود بازگشت اما این بار

۴۲. محبی، دکتر محسن، دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا «ماهیت، ساختار،

عملکرد» ترجمه محمد حبیبی، انتشارات فردا، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۹.



تجربه یک حرکت انقلابی را با خود داشت

به موجب ماده ۴۶ قرارداد کنسرسیوم دو رشته از اصول را حاکم بر تفسیر و تعبیر و اجرای قرارداد دانسته بود. اول، اصول مشترک بین ایران و کشورهای عضو کنسرسیوم. دوم، اصول مورد قبول کشورهای متمدن و نیز اصولی که دادگاه‌های بین‌المللی بر طبق آن عمل کرده‌اند.

اینکه در قرارداد کنسرسیوم ابتدا به اصول مشترک ایران و کشورهای عضو کنسرسیوم و سپس در صورت نبودن چنین اصول مشترکی به اصول مشترک ملل متمدن ارجاع شده است به این معنا نیست که ایران و دیگر کشورهای عضو کنسرسیوم در زمره ملل متمدن نیستند^{۴۳}، بلکه این مسأله به این خاطر است که چه بسا اصول مشترک ملل متمدن شامل تمام اصول مشترک دو یا چند کشور خاص نباشد. غرض این است که به لحاظ ارتباط نزدیک قرارداد به قوانین کشورهای مربوطه، در وهله اول این قوانین بر قرارداد اعمال شود و مرحله بعد به اصول مشترک ملل متمدن مراجعه شود.

ایران کشوری است که دارای نظام حقوقی مستحکمی است. هر چند آنطور که در قضایای ابوظبی داوران قانون این کشور را ناکافی دانستند، در مورد ایران نظام حقوقی این کشور با تمدن کهن نمی‌توان گفت، اما در مرحله اعمال اصول مشترک این سؤال مطرح می‌شود که اگر داور به این نتیجه برسد که حقوق داخلی یکی از طرفین قرارداد آنقدر مترقی نیست و نمی‌تواند وجه مشترکی بین اصول حقوقی دو نظام حقوقی پیدا کند، مسأله چگونه قابل حل خواهد بود؟ و یا اگر برخی از مسائل ماهوی مثل نظم عمومی و اهلیت، قواعد یکسانی در دو سیستم حقوقی نباشد، داور این مسائل را به استناد چه معیارهایی باید حل کند؟ بنابراین، نظریه استناد به اصول مشترک نیز خالی از اشکال نیست.

در کنار اصول حقوقی مشترک می‌توان به اصول کلی حقوق نیز اشاره کرد. اصل حسن نیت، اصل وفای به عهد، اصل جبران خسارت و امثال اینها از جمله اصول کلی حقوقی هستند که ریشه در تمام نظام‌های حقوقی دارند. یکی از اصول کلی حقوق در

۴۳. دکتر محمد علی موحد فرمول پیش بینی شده را به لحاظ اینکه ایران و دیگر کشورهای عضو کنوانسیون را جزء ملل متمدن نمی‌شناسد، طنزآمیز می‌داند. (درسهایی از داوریه‌های نفتی، جلد اول، ص. ۲۳۹، شماره ۱۸۶).



عرصه حقوق بین الملل خصوصی راجع به قانون حاکم بر قراردادهای اصل کلی «مرکز ثقل» یا «بیشترین ارتباط» قرارداد با محل است که در دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا نیز مورد استناد قرار گرفته است. در دعوای شرکت اکونومی فرمز علیه ایران^{۴۴} و در دعوای شرکت هارنیشفگر علیه ایران^{۴۵}، دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا بر پایه همین اصل کلی حقوقی، قانون مناسب را تعیین و اعمال کرده است.

نتیجه گیری

در آغازین سال های ورود دولت ها در قراردادهای سرمایه گذاری با اتباع خارجی، تعیین قانون حاکم بر قرارداد مسأله ی غامضی محسوب نمی شد. فرض بر این بود که سرمایه گذار خارجی با ورود به قلمرو کشور دیگر و سرمایه گذاری در خاک دولتی که دارای حاکمیت مستقلی است، به قانون داخلی آن کشور تن داده است. در قراردادهای اولیه معمولاً قانون داخلی کشور سرمایه پذیر و واگذار کننده امتیاز به عنوان قانون حاکم انتخاب می شد. اصل هم همین بود. زیرا یکی از ویژگی هایی که برای قوانین هر کشوری قائل می شوند جز در موارد استثنایی، ماهیت درون مرزی بودن این قوانین است. درون مرزی بودن قانون به این معنا است که اولاً، شخصی که از قلمرو کشور متبوع خود خارج می شود اعمال بسیاری از قوانین (جز در مورد قوانین برون مرزی مثل تابعیت) نسبت به این شخص متوقف می شود. ثانیاً، قانون کشوری که این شخص به قلمرو آن وارد شده در مورد او اعمال می گردد. از سوی دیگر، حاکمیت دولت ها مقتضی تن دادن به قانونی غیر از قانون خود نبود.

اما اقدام دولت ها در ملی کردن منابع و سرمایه های عمومی مثل نفت، موجب بروز نگرانی هایی برای سرمایه گذاران خارجی شد. زیرا، کشورهای سرمایه پذیر می توانستند با وضع قوانینی، بطور یکجانبه به قرارداد خاتمه داده و جبران خسارت سرمایه گذار را به حداقل برسانند. شرط ثبات که در خیلی از قراردادهای پیش بینی می شد نیز نمی توانست این

۴۴. رجوع کنید:

3 Iran – U.S.C.T.R.T, p. 42

۴۵. رجوع کنید:

7 Iran – U.S.C.T.R.T, p. 99



بخش از نگرانی‌ها را بر طرف سازد. زیرا این شرط در برابر حاکمیت دولت و قاعده رجحان منافع عمومی بر منافع خصوصی تاب مقاومت نداشت. بنابراین، شرکت‌های سرمایه‌گذار در وهله اول توانستند در زمان انعقاد قرارداد از فرصت استفاده کنند و طرف دولتی را متقاعد سازند تا در خود قرارداد شرطی را بگنجانند که به موجب آن قانونی غیر از قانون آن دولت بر قرارداد حکومت نماید. طرف دولتی نیز به دلیل نیاز مبرم به سرمایه‌گذاری چاره‌ای جز پذیرش این شرط نداشت. از این رو در قراردادهای بعدی معمولاً ماده‌ای برای تعیین قانون حاکم پیش‌بینی شد.

در این قرارداد فرمول‌هایی مثل «اصول مشترک کشورهای عضو قرارداد»، «اصول عمومی»، «حقوق بین‌الملل»، «اصول عمومی ملل متمدن» و «اصول بازرگانی بین‌المللی» به عنوان قانون حاکم بر قرارداد پیش‌بینی شد.

در گام بعدی، در مواردی که قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین تعیین نشده بود، حقوقدانان و داوران بین‌المللی به یاری سرمایه‌گذاران شتافتند. به این صورت که اگر در قرارداد قانون حاکم تعیین نشده بود، یا حتی در موردی که قانون داخلی طرف دولتی به عنوان قانون حاکم تعیین شده ولی به زعم داور، قانون آن کشور ناکافی یا نامناسب تشخیص داده می‌شد، مرجع داوری راساً قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را تعیین و به آن استناد نموده است. حقوقدانانی که جنبه بین‌المللی قراردادهای توسعه اقتصادی را ترجیح می‌دهند، در اینکه قانون داخلی طرف قرارداد حاکم بر قرارداد نباشد اتفاق نظر دارند. اما، اینکه با نفی قانون داخلی کشور طرف قرارداد، چه قانونی باید بر ماهیت اختلاف حکومت کند میان حقوقدانان و در رویه‌ی داوری و قضایی اتفاق نظر وجود ندارد.

برخی به سراغ حقوق بین‌الملل خصوصی رفته و از قواعد حل تعارض قوانین کمک گرفته‌اند. اما قوانین حل تعارض چه کشوری؟ پاسخ این است که معمولاً نه قواعد حل تعارض کشور خاص، بلکه اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی در این زمینه مثل اصل «نزدیکترین ارتباط» و «مرکز ثقل قرارداد» مبنای تشخیص و تعیین قانون مناسب قرار گرفته است. در هر حال، اعمال قواعد حل تعارض دو نتیجه به همراه دارد: اولاً، اعمال قواعد حل تعارض موجب نفی حاکمیت حقوق بین‌الملل و پذیرش حاکمیت قانون داخلی می‌شود. ثانیاً، به دلیل اینکه محل انعقاد و اجرای قراردادهای توسعه اقتصادی معمولاً در کشورهای سرمایه‌پذیر است، قانونی جز قانون این کشور حاکم بر قرارداد شناخته نمی‌شود. این نتیجه برای شرکت‌های سرمایه‌گذار رضایت‌بخش نبود. به همین دلیل، عده‌ای



به فکر یافتن فرمول های دیگری افتادند.

توصیف بین المللی قراردادهای سرمایه گذاری یکی از این راه ها است. در پرتو این تئوری، قرارداد از حاکمیت قوانین داخلی خارج شده و نظام حقوقی دیگری می بایست بر قرارداد حاکم باشد. برخی، قرارداد را تابع نظم پیش بینی شده در خود قرارداد می دانند. گروهی، حقوق بازرگانی و عرف های تجاری را مناسب تشخیص می دهند. دسته ای دیگر حقوق بین الملل را پیشنهاد می کنند. و بالاخره عده ای از حقوقدانان و داوران بین المللی به اصول حقوقی مشترک یا اصول کلی حقوقی استناد می کنند. اما هیچیک از این راه حل ها بدون اشکال نبوده و هر یک با ایرادات و اشکالاتی مواجه اند و به تنهایی برای حل و فصل تمام موضوعات کافی نیستند. زیرا در هر حال داور بین المللی در رسیدگی به اختلاف و صدور حکم ناگزیر است در مورد برخی از امور مقدماتی قراردادها از قبیل اهلیت، تابعیت، نظم عمومی و امثال اینها به قانون داخلی متوسل شود. از سوی دیگر، داور بین المللی نمی تواند بدون توجه به قانون پایه یا همان قانونی که اصل آزادی انتخاب قانون حاکم یا رجوع به داور را تجویز کرده است نادیده بگیرد. در خاتمه این بحث می توان گفت مبنا قراردادن اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم، نه تنها در بسیاری از نظام های حقوقی اصلی پذیرفته شده محسوب می گردد، بلکه با روح عدالت هم سازگاری بیشتری دارد. از طرف دیگر، در صورتی که طرفین قرارداد به حاکمیت قانون معینی بر قرارداد توافق نکرده باشند، مراجعه به قواعد مشترک یا اصول کلی حقوقی (اعم از اصول کلی حقوقی حقوق بین الملل خصوصی یا اصول کلی حقوقی بازرگانی و تجاری و عرف های شناخته شده) بهترین راه حل است. اما در هر حال داور باید قانون پایه را مورد توجه قرار دهد.



تحول مفهوم سرمایه گذاری خارجی در رویه قضائی بین الملل با تأکید بر آرای ایکسید

امیر حسین بقایی^۱

چکیده

یکی از عمده ترین دغدغه های حقوق بین الملل معاصر تجارت و اقتصاد، تحولات سرمایه گذاری خارجی است. لیکن از منظر رویه قضائی شناسایی اعمالی و اقدام هایی که سرمایه گذاران باید نسبت به آن حمایت گردند از جمله موضوعات چالشی در حوزه دعاوی سلب مالکیت بوده است با وجود اصدار آرای متعدد توسط مراجع بین المللی در مورد اختلاف های شرکت های خصوصی، تشتت آرا چنان در این حوزه نمودار است که به نظر می رسد رهایی از چالش فرارو تنها با بررسی موردی اوضاع و احوال هر پرونده میسر نیست. تعارض بنیادین منافع سرمایه گذار خارجی و کشور میزبان از جهت میزان احترام به قاعده احترام مالکیت و مصلحت حمایت از سرمایه گذاری خارجی و پاسداری از منافع ملی را مقابل یکدیگر قرار می دهد. با شناسایی عناصر و اصول اصلی موضوع و استثنائات آن به هنگام بروز درگیری میان سرمایه گذار خارجی و دولت میزبان می توان به راه حلی که با مصالح بیشتر انطباق دارد، دست یافت. رویه های موجود در این باره در این مقاله مورد



بحث و بررسی قرار خواهند گرفت. پرسش اصلی آن است که سازوکار رویه بین‌المللی و داوری فراملی چیست؟ به نظر می‌رسد رویه قضائی باید مقید به اصل حاکمیت قانون باشد و سازوکار حاکم بر حل اختلاف از طریق داوری تبعیت از اصل حاکمیت قانون است.

مقدمه

سرمایه‌گذاری خارجی یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل اقتصادی و زیر مجموعه حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود. بی‌تردید سرمایه‌گذاری خارجی به دلیل ویژگی‌های خاص خود نقش مهمی در توسعه و زیربنای اقتصادی تمامی کشورها بالاخص کشورهای در حال توسعه ایفا می‌نماید و اهمیت آن به عنوان معیاری برای سنجش پویایی و رونق و توسعه اقتصادی هر کشور انکارناپذیر است. لکن طبیعت سرمایه‌گذاری نیازمند محیطی امن است و به همین علت کشورها توجه خاصی را بر آن معطوف کرده‌اند و می‌کوشند تا با ارائه راه کارهای مؤثر و تدوین قوانین و مقررات مناسب و با لحاظ آن در قوانین اساسی، محیط و زمینه ای مناسب برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی فراهم آورند. یکی از چالش‌های پیش روی سرمایه‌گذاری خارجی وجود رویه‌های قضائی متشتت و پراکنده و غیر اصولی می‌باشد که به آن اشاره خواهد شد.

صلاحیت مرکز حل اختلافات سرمایه‌گذاری بانک جهانی، مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، محدود به دعاوی حقوقی است که به صورت مستقیم ناشی از سرمایه‌گذاری باشند و لذا مرجع داوری ایکسید، در خصوص اختلافاتی که بر مبنای معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری نزد آن طرح می‌شوند، باید سرمایه‌گذاری را با رویکردی دو سویه، از منظر ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید و نیز از منظر معاهده میان طرفین اختلاف، مورد ارزیابی قرار دهد. در این مقاله، ابتدا به رویکرد مراجع داوری در خصوص تعریف سرمایه‌گذاری مطابق کنوانسیون واشنگتن می‌پردازیم و در ادامه، رویه داوری بین‌المللی را در خصوص تعاریف ارائه شده از سرمایه‌گذاری در معاهدات دو جانبه، بررسی می‌کنیم.

رویه قضایی بین‌المللی و تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید

کنوانسیون ایکسید، تعریفی از سرمایه‌گذاری به دست نمی‌دهد و بنابراین، مراجع



داوری به صلاحدید خود عمل می‌کنند. در قضیهٔ ونزوئلا^۲ مرجع داوری بیان داشت که طرفین معاهده، برای تعریف عبارت «سرمایه‌گذاری» از آزادی مطلق بهره‌مند هستند؛ مشروط بر آن که معیارهایی معقول را به کار گیرند و در مغایرت کامل با اهداف کنوانسیون ایکسید نیز عمل نکنند.

در این قضیه، سرمایه‌گذار و دولت میزبان بر این نظر بودند که قرارداد در خصوص احداث و نگهداری شوارع، به منزلهٔ سرمایه‌گذاری است. مرجع داوری ایکسید، این نظر را پذیرفت و بیان داشت که اجرای این قرارداد، مستلزم هزینه و پرداخت آن در دورهٔ زمانی مشخص است و بنابراین در قلمرو کنوانسیون ایکسید قرار دارد.^۳

در قضایای جمهوری اسلواکی،^۴ مراجع داوری، برای نظر بودند که تعریف ارائه شده در معاهدهٔ دو جانبه سرمایه‌گذاری بازتر از تعریف مد نظر کنوانسیون واشنگتن است و اعتقاد داشتند که از دیدگاه کنوانسیون، سرمایه‌گذاری به معنای اشتغال سرمایه در یک دوران زمانی معین است که همراه با خطرات و انتظارات مرتبط به آن می‌باشد. این مراجع، بر تحدید صلاحدید و آزادی عمل طرفین معاهده، نظر داشتند. سایر مراجع، از جمله در قضایایی،^۵ موفقیت سرمایه‌گذاری و نیل به توسعهٔ اقتصادی را از شمول تعریف خارج نمودند. البته، دیوان داوری در قضیهٔ پاتریک،^۶ بیان داشت که طبق رویهٔ ایکسید، سرمایه‌گذاری باید دارای چهار خصیصه باشد: تعهد مالی، زمان، خطر و مشارکت در توسعه اقتصادی. دیوان، اقدامات خواهان را فاقد خصیصهٔ چهارم دانست و از این روی، ضمن نقض رأی بدوی، خواهان را به پرداخت غرامت به دولت میزبان محکوم نمود.

در قضیه سالوراس^۷ دیوان داوری بر آن بود که قرارداد مربوط به تعمیر کشتی غرق شده را نمی‌توان به منزلهٔ سرمایه‌گذاری قلمداد نمود. دیوان داوری، این قرارداد را از جمله قرارداد های تجاری می‌دانست زیرا در آن کسب سود قاعده مند دیده نمی‌شد و مدت آن

2. Venezuela v. Aucoven،

۳. امیدبخش، اسفندیار و دیگران، «سازمان جهانی تجارت ساختار، قواعد و موافقت نامه ها» (مجموعه آموزشی)، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، ۱۳۹۹.

4. v. Morocco Salini، Fedex v. Venezuela و Slovak Republic CSOB v.

5. Bangladesh v. Saipem و LESI v. Algeria

6. Partick Mitchel v. Congo

7. Salvors v. Malaysia،



هم ۱۸ ماده در نظر گرفته شده بود که از این مدت، دو سال و نیم فراتر رفته بود و علت تأخیر هم ارتباطی به اهداف توسعه ای نداشت. دیوان در یک جمع بندی کلی، خطرات مرتبط با فعالیت خواهان را نیز در حد خطرات قرارداد های بازرگانی دانست و همچنین بیان داشت که منظور از مشارکت در توسعه، مشارکت عمده است و قراردادی با موضوع تعمیر یک کشتی، فاقد چنین ویژگی ای است و در نهایت، دیوان داوری قرارداد را خارج از تعریف سرمایه گذاری مد نظر کنوانسیون ایکسید قلمداد نمود. از این تصمیم تجدید نظرخواهی شد و در آنجا، کمیته تجدید نظرخواهی با توجه به معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان انگلستان و مالزی، قرارداد را از مصادیق سرمایه گذاری دانست. کمیته مذکور درخصوص تعریف سرمایه گذاری در کنوانسیون ایکسید، بیان داشت که در خلال مباحث مقدماتی برای تصویب کنوانسیون، مذاکره کنندگان عامدانه از ارائه تعریف پرهیز نموده اند تا دست دولت ها را برای ارجاع اختلافاتشان به ایکسید باز گذارند. کمیته بررسی تجدید نظرخواهی در تصمیم خود که در آوریل ۲۰۱۹ اتخاذ شده، بیان داشت که نباید معیارهایی از جمله حداقل مدت یا حداقل ارزش سرمایه را در تعریف سرمایه گذاری وارد نمود و بدین ترتیب، تصمیم داوری بدوی را مخدوش اعلام نمود. قاضی محمد شهاب الدین، در نظریه جداگانه خود که پیوست تصمیم کمیته تجدید نظرخواهی است، بیان می دارد که بنا به دلایل ذیل، وی براین نظر است که یکی از شرایط سرمایه گذاری در قالب کنوانسیون ایکسید، توسعه اقتصادی دولت میزبان است: (۱) آزادی عمل دولت ها در تعیین مفهوم سرمایه گذاری، مقید به مواردی است که در خارج از چهارچوب رضایت آن ها قرار دارد؛ (۲) از جمله موارد خارج از اراده دولت ها، شرط مربوط به مشارکت سرمایه گذاری در توسعه اقتصادی دولت میزبان است؛ (۳) دیوان داوری به درستی گفته بود که این مشارکت باید از جمله مشارکت های مهم و عمده باشد؛ (۴) دیوان داوری، به درستی گفته بود که فعالیت خواهان را نمی توان از جمله مصادیق مشارکت عمده در توسعه اقتصادی دولت میزبان دانست؛ (۵) کمیته تجدید نظرخواهی باید پیش از پرداختن به معاهده میان طرفین، به شرایط کنوانسیون ایکسید توجه می نمود؛ و (۶) دیوان داوری با مد نظر قرار دادن این موارد، از خروج از حوزه صلاحیت های خود ممانعت نموده است. قاضی شهاب الدین پس از بحث در مورد تمامی موارد فوق، در نتیجه گیری می گوید:

«در این قضیه، باید اهداف ایکسید مورد توجه قرار می گرفت: آیا باید صلاحیت ایکسید را مستقل از اراده طرفین اختلاف دانست؟ یا باید آن را وابسته به اراده طرفین و



مشروط بر اهداف ایکسید درخصوص توسعه اقتصادی دولت میزبان بدانیم؟ دیدگاه اول را دیدگاه درونی (سابژکتیو) و دیدگاه دیگر را دیدگاه برونی (ابژکتیو) گویند... که یکی از سوی کشورهای صادرکننده سرمایه مطرح شده و دیگری را کشورهای پذیرنده سرمایه طرح نموده‌اند... نظر من بر مبنای دیدگاه ابژکتیو بیان شده است ولی آنچه از تصمیم کمیته بر می‌آید، تفوق دیدگاه سابژکتیو است و اگر به این شکل ادامه دهیم و صلاحیت ایکسید را به تمامی فعالیت های اقتصادی تعمیم دهیم... ایکسید را تبدیل به یک نهاد صرفاً داوری خواهیم نمود که در رده سایر نهادها قرار می‌گیرد. در حالی که اسناد مؤسس آن نشان می‌دهند که داوری خواهیم نمود که در رده سایر نهادها قرار می‌گیرد. در حالی که اسناد مؤسس آن نشان می‌دهند که هدف از تأسیس این نهاد، تنها ایجاد یک نهاد داوری نبوده است... تفسیری که امروز شاهد آنیم، با اهداف اولیه مرکز همخوانی ندارد... بنابراین، من با نظر دیوان داوری موافقم و تنها آن قسم سرمایه گذاری را در صلاحیت ایکسید می‌دانم که سهم عمده ای را در توسعه اقتصادی دولت میزبان ایفا نماید...»^۸

دیوان داوری در قضیه تانزانیا،^۹ بیان داشت: «معیارهای مطروحه در قضیه سالینی^{۱۰} را نباید الزاماً در هر پرونده ای اعمال نمود، این معیارها را نباید به منزله معیارهای ثابت و لازم الاجرای حقوقی در نظر گرفت. اینها در کنوانسیون ایکسید به چشم نمی‌خورند و از کارهای مقدماتی کنوانسیون مشخص است که تلاش‌های فراوانی برای تعریف سرمایه گذاری صورت گرفته که به سرانجام نرسیده است و در نهایت، این واژه عامدانه بدون آن که تعریفی از آن ارائه شود، رها شده است و به تعریف ارائه شده در قرارداد میان طرفین موکول شده است».

منظور از معیارهای مطروحه در قضیه سالینی، اشتغال سرمایه در یک دوران زمانی معین است که همراه با خطرات و انتقادات مرتبط به آن می‌باشد و این که سرمایه گذاری باید در جهت منافع و توسعه اقتصادی دولت میزبان باشد.

۸. امیدبخش، اسفندیار و دیگران، «سازمان جهانی تجارت ساختار، قواعد و موافقت نامه ها (مجموعه آموزشی)»، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۳.

9. Tanzania v. Biwater
10. Salini



در قضیه بی واتر،^{۱۱} دیوان داوری، بیان داشت که اعمال معیارهای فوق، چنان چه برخلاف اراده طرفین باشد در مغایرت با کنوانسیون ایکسید خواهد بود که تعریف سرمایه گذاری را در اختیار طرفین قرار داده است. از این روی، دیوان داوری رهیافتی «انعطافپذیر و عمل گرا» بر می‌گزیند و این رهیافت را برای تعریف سرمایه گذاری، مناسب می‌داند. دیوان بیان می‌دارد: «حتی چنان چه دولت خوانده نشان دهد که یکی یا تمامی معیارهای مطروحه در قضیه سالینی، احراز نشده‌اند، این امر به تنهایی، دلیل عدم صلاحیت دیوان نیست».

بنابراین ملاحظه می‌شود که مراجع داوری با این که در دکترین، خود را مستقل از تعریف سرمایه گذاری ارائه شده در معاهده میان طرفین اختلاف می‌دانند ولی در عمل و در غالب موارد، تعریف معاهده را مبنای صلاحیت خود قرار داده و از سکوت ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید برای توجیه صلاحیت خود استفاده می‌کنند.

رویه قضائی بین‌المللی و تعریف سرمایه گذاری در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری

مراجع داوری برای تعیین تعریف سرمایه گذاری در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، به متن و لسان معاهده مراجعه می‌کنند. دیوان داوری در قضیه آزیوکس علیه آرژانتین،^{۱۲} متذکر این نکته شده است.

دیوان داوری در قضیه ارون علیه آرژانتین،^{۱۳} به تبیین رویه داوری در تعریف «سرمایه گذاری» پرداخته است. دیوان می‌گوید مراجع داوری بر این نکته اتفاق نظر دارند که تعریف سرمایه گذاری، تعریف باز و موسعی است. دیگر آن که، سرمایه گذاری، فرآیند پیچیده‌ای است که اجزای گوناگونی دارد که نمی‌توان هر یک از آن‌ها را مصداق سرمایه گذاری دانست. بنابراین، دیوان باید برای تشخیص و تعیین سرمایه گذاری، خصیصه اقتصادی مجموعه اقدامات سرمایه گذار را مد نظر قرار دهد. همچنین باید کلیت یک

11 . Biwater

12. Argentina v. Azurix

13. Argentina v. Enron



سرمایه گذاری، ملاک تشخیص باشد.^{۱۴}

دیوان داور، در پرونده انرژی علیه پرو^{۱۵} مجموعه قرارداد های خواهان و دولت را برای تعریف سرمایه گذاری مدنظر قرار داد و این در حالی بود که خواهان، تنها با استناد به یکی از این قرارداد ها به طرح دعوی اقدام نموده بود. در پرونده یوکرین علیه توکیوس،^{۱۶} مرجع داور، بیان داشت منابع مالی که برای نگهداری یا ارتقاء سرمایه گذاری هزینه شده است، داخل در سرمایه گذاری است. همچنین، از نظر مراجع داور، در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، تفکیکی میان سرمایه گذاری انجام شده توسط سرمایه گذار یا سلف وی وجود ندارد؛ مرجع داور در قضیه ریابلیک علیه کرچ،^{۱۷} به این نکته اشاره نموده است.

در بسیاری از موارد، سرمایه گذاری در قالب یک شرکت محلی صورت می گیرد و مراجع داور، با توجه به سهام شرکت، سرمایه گذاری را احراز می نمایند. برای مثال، در قضیه پلاما علیه بلغارستان،^{۱۸} که بر طبق معاهده منشور انرژی طرح شده بود، حدود ۹۷٪ سهام شرکت، به سرمایه گذار خارجی اختصاص داشت. البته در بیشتر موارد، معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، برای احراز سرمایه گذاری، مالکیت اکثریت سهام را لازم ندانسته اند. برای مثال در قضیه مکزیکو علیه گامی،^{۱۹} سرمایه گذار، صاحب ۱۴٪ سهام شرکت بود و دیوان داور همین مقدار سهام را مصداق سرمایه گذاری دانست. در قضیه آرژانتین علیه لانکو^{۲۰} نیز، دیوان داور به همین منوال عمل نمود.

در برخی از آراء، موضوع مالکیت غیر مستقیم سهام شرکت مطرح بوده و مراجع داور، این قبیل مالکیت را نیز برای احراز سرمایه گذاری طبق تعریف معاهده، وافی به

۱۴. بیدآباد، بیژن، « سازمان تجارت جهانی و الحاق ایران (پیش نیازهای اصلاح ساختار اقتصاد کشور)»، تهران، گیتی هنر، ۱۳۹۸، ص ۹۰.

15. Peru v. Duke Energy.

16. Ukraine v. Tokios Tokeles

17. CME v. Czech Republic

18. Plama v. Bulgaria

19. Mexico v. GAMI

20. Argentina v. Lanco



مقصود دانسته‌اند. برای مثال در قضیه آرژانتین علیه سیمنس^{۲۱} خواهان به واسطه یک شرکت دیگر، مالک شرکت محلی بود. دولت خوانده، این قبیل سرمایه گذاری را سرمایه گذاری غیرمستقیم می‌دانست و اعتقاد داشت که معاهده دوجانبه سرمایه گذاری، شامل آن نمی‌شود. دیوان داوری، این استدلال دولت آرژانتین را نپذیرفت و اعلام نمود:

«در هیچ جای معاهده، الزامی درخصوص عدم وجود شرکت های واسطه میان سرمایه گذاری و مالک غایبی شرکت، وجود ندارد».

در قضایای گرجستان علیه کاردوسپول^{۲۲} نیز مراجع داوری، با توجه به سکوت معاهده دوجانبه سرمایه گذاری در مورد سرمایه گذاری غیر مستقیم، حکم به جواز آن صادر نمودند؛ مراجع داوری در این قضایا، بر هدف غایبی معاهده یعنی بسط و توسعه سرمایه گذاری خارجی تأکید داشته‌اند. البته، مواردی هم وجود دارد که مراجع داوری، با توجه به متن معاهده دوجانبه سرمایه گذاری، از پذیرش سرمایه گذاری غیرمستقیم امتناع نموده‌اند؛ در این خصوص، می‌توان به رأی داوری در پرونده روسیه علیه برسچادر^{۲۳} اشاره نمود.

مراجع داوری، منافع و حقوق مربوط به اموال را نیز از مصادیق سرمایه گذاری دانسته‌اند. برای مثال، در قضیه اخیر، دیوان داوری بیان داشت که حق خواهان در تداوم ید مالکانه که از حقوق روسیه ناشی می‌شود، دارای ارزش اقتصادی بوده و مصداق سرمایه است.^{۲۴}

رویه داوری نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد، قرارداد های میان خواهان و دولت میزبان از نظر مراجع داوری، مصداق سرمایه گذاری شناخته شده است. البته رویه داوری، علاوه بر قرارداد های حق الامتیاز، سایر قرارداد ها را نیز در برخی موارد، به عنوان سرمایه گذاری شناسایی کرده است. در دعوای ونزوئلا علیه فدیکس^{۲۵} دیوان داوری قرارداد

21. Argentina v. Siemens.

22. Georgia v. Kardossopoul. , Sedelmayer v. Russia.

23. Berschader

۲۴. ریگو، فرانسوا: «خدایان و قهرمان»، در یک رأی داوری و دو نقد، دوپویی، رنه - ژان لالیو ژان - فلاوین و ریگو، فرانسوا ترجمه کلاتریان، مرتضی، نشر آگه، ۱۳۹۶.

25. Venezuela v. Fedex.



مربوط به انجام تعهد را با توجه به بار مالی آن، به عنوان سرمایه گذاری تلقی نموده است. همچنین، در قضیه مصر علیه جان دنوال،^{۲۶} قرارداد مربوط به مرمت کانال سوئز، از نظر دیوان داوری، مصداق سرمایه گذاری بوده است. در این قضیه، دیوان داوری علاوه بر متن معاهده ما بین طرفین، به معیار های سالینی و ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید نیز توجه داشت. گفته شد که معمولاً در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، برای تعریف سرمایه گذاری از عباراتی کلی استفاده می شود و در کنار آن عبارات، برخی از مصادیق نیز بیان می شوند. ولی باید توجه داشت که مراجع داوری بین المللی، مصادیق مذکور در متن معاهده را واجد جنبه حصری ندانسته و با توجه به تفسیر معاهده و عبارت «سرمایه گذاری» و به صلاحدید خود عمل می کنند. برای مثال، در قضیه آرژانتین علیه ای ای اس^{۲۷} معاهده میان ایالات متحده و آرژانتین در تعریف سرمایه گذاری به «هر نوع سرمایه گذاری» اشاره کرده بود و دیوان داوری با توجه به این عبارت کلی، بدون این که فعالیت خواهان را در مجموعه یکی از مصادیق مذکور در معاهده قرار دهد، به احراز سرمایه گذاری مبادرت ورزید.

در پرونده بایندر علیه پاکستان^{۲۸} نیز، معاهده دو جانبه سرمایه گذاری میان ترکیه و پاکستان در تعریف سرمایه گذاری به «هر نوع سرمایه» اشاره داشت و مرجع داوری، با توجه به وسعت این تعریف، بدون توجه به مصادیق مذکور در معاهده، صلاحیت خود را برای رسیدگی به اختلاف حقوقی ناشی از سرمایه گذاری، احراز کرد. البته دیوان در این قضیه، به ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید نیز برای احراز صلاحیت خود استناد نموده است. در قضیه رومانی علیه میکولا^{۲۹} نیز، مرجع داوری با استناد به تعریف عام موجود در معاهده و با توجه به کنوانسیون ایکسید، به همین شیوه عمل نمود.

ملاحظات فوق، نشان می دهد که در بیشتر مواردی که اختلافی در قالب معاهده دو جانبه سرمایه گذاری بروز می کند، مراجع داوری با احراز وجود سرمایه گذاری، به این اختلاف رسیدگی می کنند ولی مواردی هم وجود دارد که وجود سرمایه گذاری برای دیوان

-
26. Egypt v. Jan de Nul
 27. Argentina v. AES^۶
 28. Bayindir v. Pakistans
 29. Romania v. Micula



داوری احراز نشده است. برای مثال در قضیه سری لانکا علیه میلاهی³⁰ خواهان متحمل هزینه های زیادی برای امضای قرارداد تولید برق با دولت سریلانکا شده بود ولی اقدامات وی نتیجه ای در بر نداشت. دیوان داوری بیان داشت که چون قراردادی منعقد نشده، احراز سرمایه گذاری نیز طبق کنوانسیون ایکسید امکان ندارد. دیوان اضافه نمود که خواهان، استنادی به معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان ایالات متحده و سریلانکا ننموده تا دیوان بخواهد به تعریف سرمایه گذاری در آن معاهده مراجعه نماید.

در قضیه ناگل³¹ در داوری استکهلم، سرمایه گذار خارجی قراردادی با یک شرکت محلی متعلق به دولت امضا نموده بود تا مجوز فعالیت های مخابراتی تجاری به وی اعطا شود، ولی چنین نشد. دیوان داوری، با بررسی اسناد و واقعیات موجود در پرونده، به این نتیجه رسید که انعقاد قرارداد فوق را نمی توان به معنای تضمین صدور مجوز تلقی نمود؛ به عبارت دیگر، صرف انعقاد چنین قراردادی نمی تواند موجب پیدایش انتظارات مشروع برای خواهان باشد و بنابراین نمی توان حقوق خواهان طبق قرارداد را از مصادیق سرمایه گذاری قلمداد نمود. در پرونده ترکیه علیه شرکتی خارجی³² شرکت خواهان طبق یادداشت تفاهمی، این حق را پیدا کرده که در آینده با انعقاد قرارداد هایی به سرمایه گذاری در ترکیه اقدام نماید؛ مرجع داوری، وجود این اختیار برای خواهان را برای احراز سرمایه گذاری کافی ندانست.³³

در قضیه جوی علیه مصر،³⁴ خواهان مقادیری ماشین آلات به یک ارگان دولتی در مصر فروخته بود و برای تضمین سلامت لوازم فروخته شده، وجهی را به عنوان تضمین نزد بانک مورد نظر خریدار، وثیقه قرار داده بود. ارگان دولتی، وثیقه را مسترد نمود و خواهان برای اختلاف به مرجع داوری ایکسید مراجعه کرد. دیوان داوری، به معاهده دو جانبه سرمایه گذاری میان انگلستان و مصر توجه نمود و سپردن وثیقه بانکی را خارج از شمول تعریف سرمایه گذاری در آن معاهده دانست. همچنین دیوان بیان داشت که نمی توان این اقدام را از منظر

30. v.Mihaly Sri Lanka⁴

31. PSEG v. Turkey

32. PSEG v. Turkey

33. Boyle, Alan and Chinkin, Chistine: The Making of International Law, Oxford, 2019.

34. Joy Mining Machinery v. Egypt



کنوناسیون ایکسید هم، به عنوان سرمایه گذاری قلمداد نمود.

توسعه‌ی تدریجی مفهوم «سرمایه‌گذاری»

هرچند تعریف «سرمایه‌گذاری»: ممکن است دشوار و پیچیده باشد، اما در واقع یک سرمایه‌گذاری به راحتی قابل شناسایی است.^{۳۵} در دل عدم قطعیتی که از فقدان تعریفی روشن از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود، انعطافی درونی برای این اصطلاح نهفته است. در واقع به تاسی از رأی قضیه‌ی MHS می‌توان گفت: «تعریف نکردن اصطلاح سرمایه‌گذاری سبب حفاظت از تمامیت و انعطاف‌پذیری این مفهوم و هموار کردن مسیر توسعه‌ی تدریجی حقوق بین‌الملل در موضوع سرمایه‌گذاری می‌شود».^{۳۶}

با این حال، توسعه‌ی تدریجی حقوق بین‌الملل در موضوع سرمایه‌گذاری گاه منجر به کاربرد روش‌های متناقض در احراز وجود سرمایه‌گذاری طبق ماده‌ی ۲۵ کنوانسیون ایکسید می‌گردد. همان گونه که پیش‌تر بیان شد در مجموع، برخی مراجع داوری رویکردی کل‌نگر و موسع را در این اتخاذ می‌کنند و به نیت طرف‌های اختلاف توجه می‌کنند، و برخی دیگر نیز معیارهایی را برای شناسایی سرمایه‌گذاری پیشنهاد می‌دهند. از میان گروه اخیر نیز برخی از مراجع معتقد به رویکردی تجویزی از مفهوم سرمایه‌گذاری هستند و با ارائه‌ی معیارهای تغییرناپذیر سعی در ارائه‌ی تعریفی بی‌چون و چرا از سرمایه‌گذاری دارند و برای احراز آن به مقایسه‌ی میان تعریف موجود و اختلاف مورد بحث می‌پردازند؛ در مقابل گروه دیگری از مراجع نیز در پی احراز این معیارها در فعالیت محل اختلاف و تأیید آن به عنوان سرمایه‌گذاری منظور کنوانسیون ایکسید هستند. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که کدام یک از این رویکردها ممکن است به تحول مفهوم سرمایه‌گذاری منجر شود؟ و اساساً نقش مراجع داوری در پویایی مفهوم سرمایه‌گذاری به چه صورت است؟

نقش رویه قضایی مستمر در یکدستی مفهوم «سرمایه‌گذاری»

همانگونه که از نظر گذشت تقابل رویکردهای احراز سرمایه‌گذاری به وضوح آشفتگی

35. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention (1968), pp. 957, 972. In: Schreuer, op.cit., p. 116

36 Mihaly v. Sri Lanka, op.cit., para. 33



پیرامون مفهوم «سرمایه‌گذاری» را نمایان می‌سازد. با این حال دستیابی به رویه‌ی یکدست و همسان در نظام داورى نیازمند وجود بسترهای مناسب برای تثبیت و ترویج رویکردی مرجع و غالب است. برخی معتقدند این مهم از طریق مذاکره‌ی مجدد و تغییر و اصلاح ساختاری در کنوانسیون واشنگتن مسیر خواهد شد. اما این پیشنهاد با در نظر گرفتن تعداد بالای اعضای کنوانسیون و تعارض منافع ایشان تقریباً غیر ممکن به نظر می‌رسد. از این رو بحث رویه‌ی مستمر به عنوان بهترین جایگزین در نظر گرفته شده است. در ادامه به وجود رویه‌ی قضایی در نظام داورى سرمایه‌گذاری خواهیم پرداخت.

بررسی وجود یا فقدان رویه‌ی قضایی در داورى سرمایه‌گذاری

محل استناد در رابطه با منابع حقوق بین‌الملل عمومی غالباً ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری است که در بند ۱ این ماده علاوه بر ذکر منابع اصلی قضاات برای صدور حکم، دو دسته از منابع فرعی و کمکی را نیز معرفی می‌کند که عبارت‌اند از تصمیمات قضایی و دکترین حقوقی. این دو دسته در واقع به منزله‌ی عوامل فرعی یا کمکی برای شناخت قواعد حقوقی هستند و خود منبع اصیل حقوق بین‌الملل به حساب نمی‌آیند.^{۳۷} با این حال استناد به تصمیمات و آرای که پیش‌تر صادر شده، از ویژگی‌های هر رسیدگی قضایی به حساب می‌آیند.^{۳۸} به علاوه، استفاده از رویه‌ی سابق قضایی نقش بسیار مهمی در تأمین انسجام و ثبات حقوقی ایفا می‌کند.^{۳۹}

اما حقوق رویه‌ای در محاکم داورى و مخصوصاً در حوزه‌ی سرمایه‌گذاری به دلیل

۳۷. محمدرضا ضیائی بیگلردلی، حقوق بین‌الملل عمومی، کتابخانه‌ی گنج

دانش، چاپ سی و پنجم، ۱۳۸۷، صص. ۱۸۳-۱۸۴

۳۸. دیوان بین‌المللی دادگستری در بسیاری از آرای خود به جای استناد به رویه‌های قضایی موجود در دیوان، به آرای مراجع داورى استناد نموده است. به عنوان مثال در قضیه‌ی نوتته بام به رأی داورى آلاباما استناد کرد یا در قضیه‌ی خدمات پستی هلندی به رأی دیوان دائمی داورى در قضیه‌ی

Pious funds استناد نمود

۳۹. رودلف دالرز و کریستوف شروئر، پیشین، ص ۷۷



اختصاصی بودن هر مرجع رسیدگی کننده، از قابلیت اتکای کمتری برخوردار است. این مراجع اختصاصی داوری در مقایسه با محاکمی نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری یا دیوان اروپایی حقوق بشر به میزان کمتری در جهت انسجام حقوق رویه‌ای گام برداشته‌اند. از این رو به رویه‌ی داوری در اصلی‌ترین نهاد رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری، یعنی ایکسید پرداخته و این نکته را دریابیم که تصمیمات داوری پیش تا چه میزان بر نهادینه کردن یک قاعده در رسیدگی‌های داوری تأثیر می‌گذارد و آیا اساساً می‌توان از رویه‌ی قضایی در داوری ایکسید دفاع نمود یا خیر.

مراجع داوری ایکسید در آرای بسیاری این نکته را خاطر نشان ساخته‌اند که ایشان ملزم به تبعیت از آرای سابق ایکسید نیستند.^{۴۰} در واقع ایشان بر این مطلب اتفاق نظر دارند که چیزی به نام رویه‌ی قضایی الزام‌آور در داوری وجود ندارد.^{۴۱} برخی از این مراجع نیز فقدان دکترین رویه‌ی قضایی را در ارتباط با ماده‌ی (۱) ۵۳ کنوانسیون ایکسید بررسی می‌نمایند؛ که بیان می‌دارد: «حکم صادره برای طرفین الزام‌آور بوده و قابل رسیدگی پژوهشی یا انواع دیگر رسیدگی، جز به صورتی که در این کنوانسیون پیش‌بینی شده، نیست. هر یک از طرفین می‌بایست شرایط مقرر در حکم را بپذیرد و آن را اجرا کند، مگر تا جایی که اجرای حکم طبق مقررات این کنوانسیون، متوقف شده باشد». البته این مقرره چندان مبنای قانع‌کننده‌ای برای انکار وجود هیچ یک از اشکال رویه‌ی قضایی در این حوزه محسوب نمی‌شود.^{۴۲} به علاوه، در کارهای مقدماتی کنوانسیون نیز لزوم اعمال

40 See, *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, para. 44; *LETCO v. Liberia*, (ICSID Case No. ARB/83/2), 31 March 1986; *MHS v. Malaysia*, para. 56; *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, (ICSID case No. ARB/05/07), decision on Jurisdiction 21 March 2007, para. 67.

41 Justin D'Agostino, Iain Maxwell, Mike McClure and Deborah Wilkie, A Discussion on the Use of Precedents in International Investment Arbitration and its Consequences, (Available at: http://www.sccinstitute.com/filearchive/4/40957/Justin_D%27Agostino_Slides.pdf)

42 به نظر می‌رسد در رابطه با معنای دقیق بند ۱ ماده‌ی ۵۳ دیوان در قضیه‌ی *SGS v. Philippines*

تحلیل صحیح تری را اتخاذ کرده باشد. دیوان در این رابطه بیان می‌دارد: «این مقرره ممکن است به طور مستقیم به اعتبار امر مختومه در آرا توجه داشته باشید تا اثر آن آرا

به عنوان رویه‌ی قضایی در پرونده‌های بعدی»



رویه‌ی قضایی مورد تأکید قرار نگرفته است، هرچند چیزی هم مبنی بر عدم اعمال آن وجود ندارد.^{۴۳}

در ابتدا لازم می‌دانیم به این پرسش مقدماتی پاسخ دهیم که آیا اساساً می‌توان از حقوق رویه‌ای در مراجع داوری صحبت کرد، یا خیر. فارغ از هر گونه عنوانی که ما بر رویه‌ی قضایی بگذاریم، این واقعیت را نمی‌توان انکار کرد که مجموعه‌ای رو به رشد از سوابق داوری در دل ایکسید و سایر مراجع داوری ایجاد شده است. البته زمانی که صحبت از تصمیمات داوری موجد رویه‌ی قضایی به میان می‌آید، فرض را بر این می‌گذاریم که حتی نهادهای داوری موقت (ad hoc) که متشکل از اعضای هستند که همیشه در حال تغییرند، نیز می‌توانند رویه‌ی قضایی را ایجاد کنند.^{۴۴} در واقع رویه‌ی قضایی از تلاقی شرایطی که برای توسعه‌ی حقوق رویه‌ای فراهم می‌شود می‌تواند در ایکسید و سایر مراجع داوری ایجاد شود. این شرایط عبارت‌اند از: الف) انتشار و در دسترس قرار دادن آرا و تصمیمات داوری؛ ب) توسعه‌ی روح رفاقت میان داوران ایکسید و مراجع دیگر داوری؛ ج) وجود مجموعه‌ای از معاهدات و حقوق مستعد توسعه‌ی حقوق رویه‌ای.^{۴۵}

در توضیح این شروط باید گفت، اولاً تصمیمات قضایی زمانی که منتشر می‌شوند، به بخشی از مفاهیم حقوقی آن جامعه تبدیل می‌شوند و به تعبیر عده‌ای، «تنها راه ممکن برای جلوگیری از توسعه‌ی حقوق رویه‌ای در داوری سرمایه‌گذاری، ممنوعیت کامل انتشار آن‌هاست».^{۴۶} ثانیاً، از یک سو، حجم بالای پرونده‌های داوری سبب شده است که بسیاری از داوران بیش از یک مرتبه به عنوان داور در پرونده‌های متفاوت انجام وظیفه نمایند، و از سوی دیگر بسیاری از داوران نیز از یک یا چند کشور خاص نظیر آمریکا،

43 Christoph Schreuer, „Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration“ , Transnational Dispute Management, No. 2, (2006), p. 11.

44 Jeffery P. Commission, „Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence“ , Kluwer Law International, Vol. 24, No. 2, (2007), p. 135.

45 Ibid., p. 136.

46 Fabien Gelin, Investment Tribunals and the Commercial Arbitration Model: Mixed Procedures and Creeping Institutionalisation, in Markus W. Gehring & Marie-Claire Cordonier Segger (eds), Sustainable Developments in World Trade Law and Jurisprudence, Kluwer Law International, (2015), p. 585



انگلیس، فرانسه و سوئیس هستند که این امر خود معلول وحدت نظر ایشان است. مثلاً داوران بسیاری که در نظام حقوقی کامن لا (به عنوان ریشه و مبنای رویه‌ی قضایی در نظام‌های حقوقی دیگر) پرورش یافته‌اند، حجم بالایی از پرونده‌ها را نیز با مبنای تقریباً مشترکی رسیدگی کرده‌اند و مسیر را برای طرح بحث رویه‌ی قضایی در داوری هموار نموده‌اند.^{۴۷} ثالثاً، فارغ از این حقیقت که هر مرجع داوری با معاهدات دو جانبه یا چند جانبه‌ی متفاوتی که مستند هر اختلاف است، سر و کار دارد، مفاد اساسی این معاهدات در بیشتر موارد، چه در شکل و چه در محتوا، شبیه به یکدیگرند. لذا شباهت‌های موجود در هر معاهده متعاقباً سبب می‌شود دعاوی داوری مربوطه نیز مشابهت‌هایی با یکدیگر داشته باشند.

در مجموع با توجه به توضیحات فوق، امروزه می‌توان و حتی می‌بایست از تحکیم رویه‌ی مستمر در حوزه‌ی داوری سرمایه‌گذاری صحبت نمود.^{۴۸} البته مجدداً این نکته را

۴۷- برای مشاهده‌ی آمار و ارقام پیرامون حقوق رویه‌ای در داوری ایکسید، نک:

Jeffery P. Commission, „Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing, transnational dispute management, No. 5, (2007)

۴۸- البته در این میان مخالفانی نیز وجود دارند که با ذکر دلایلی اساساً مخالف هر گونه حقوق رویه‌ای در داوری می‌شوند و حداقل معایب آن را بیش از محاسنش می‌دانند. برخی از دلایل ایشان عبارت‌اند از: الف) استناد به رویه‌ی قضایی سبب می‌شود داوران در صدور رأی محدود و مقید شوند؛ ب) رویه‌ی قضایی موجب کاهش انعطاف‌پذیری در داوری می‌شود؛ ج) به واسطه‌ی گستره و تنوع بسیار زیاد در معاهدات راجع به سرمایه‌گذاری، اختلافات، طرف‌های اختلاف، مراجع داوری و حتی پیشینه‌ی داوران، حصول انسجام در رویه‌ی داوری تقریباً غیر ممکن می‌نماید. برای توضیحات بیشتر، نک:

Olivia Haruko Kamra, Finding the balance: Precedent in International Investment Arbitration, (Available at: https://www.academia.edu/3156822/Balance_Autonomy_or_Precedent_in_Treaty-based_Arbitration)



خاطر نشان می‌سازیم که هرچند مراجع داوری پذیرفته‌اند که دکترین رویه‌ی قضایی وجود ندارد، اما در مقابل بر این مسئله نیز توافق دارند که آن‌ها برای صدور رأی نیازمند در نظر گرفتن آرای پیشین هستند.^{۴۹}

نتیجه‌گیری

«سرمایه‌گذاری» مفهومی است که تعریف دقیق آن را باید در علم اقتصاد جستجو نمود؛ ولی حقوقدانان و مراجع حل اختلافات بین‌المللی، برای رسیدگی به اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری، به ناچار در تکاپوی ارائه تعریف حقوقی سرمایه‌گذاری می‌باشند. در این میان، مراجع داوری بین‌المللی، به درستی صلاحیت خود را محدود به اراده طرفین ننموده و می‌کوشند با تفسیر مقررات لازم‌الاجرای میان طرفین، سرمایه‌گذاری را تعریف نمایند و حوزه صلاحیت خود را معین کنند. این گفته، به معنای کم ارزش خواندن توافق و اراده طرفین نیست، بلکه تأکید بر صلاحیت مرجع داوری و نقش تفسیر در تعیین مفهوم سرمایه‌گذاری است.

در جریان رسیدگی به دعاوی حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ضرورت تمایز میان انواع اختلافات برای هر مرجع حل اختلاف احساس می‌شود. اهمیت موضوع در مرحله احراز صلاحیت نمایان می‌گردد. تا زمانی که مشخص نشده ماهیت اختلاف چیست، امکان احراز صلاحیت برای نهاد مربوط وجود نخواهد داشت. در همین راستا قاضی یا داور از برخی تکنیک‌های حقوقی موجود کمک می‌گیرد. با این حال در اغلب موارد ظهور و بروز برخی شروط و مقررات در منابع پیش روی مرجع رسیدگی کننده فرایند دادرسی را با مشکل مواجه می‌سازد؛ اینجاست که اشراف و شناخت کامل از اسناد مذکور در جریان تفسیر و استنتاج حقوقی مقتضی بسیار تاثیرگذار خواهد بود. چنانچه توافقات مختلف در سطح داخلی و در سطح بین‌الملل از سوی دیوان داوری رصد گردد و هدف تفکیک روابط قراردادی از معاهده‌ای باشد، ضمن محترم شمردن اراده مشترک طرفین، نوع اختلاف مطرح شده تعیین و داوری با استناد به منبع مربوط صورت می‌پذیرد. با بررسی و تبیین مقررات این اسناد مشخص می‌شود که نمی‌توان میان آن‌ها تقدم و تأخری حقوقی قائل

49 Gabrielle Kaufmann-Kohler, „Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?», Arbitration International, Vol. 23, No. 3, (2007), p. 368.



گشت و با استناد به وجود سلسله مراتب میان این دو دسته یکی را بر دیگری ترجیح داد. مرور رویه داوری ایکسید در این باره نیز مؤید این مطلب است. با این حال چنانچه در متن هر یک از این اسناد با مفاد و شروط مستعد تقابل و تعارض برخورد شود، بایستی با بکارگیری اصول و قواعد تفسیری، در صدد کشف قصد و اراده مشترک تدوین کنندگان بر آمد. در این مرحله می‌توان به نوعی الویت بندی میان مقررات یک سند حقوقی واحد قائل گشت. سخن آخر اینکه تأسیس قواعد حقوقی ثابت و غیرقابل تغییر و صدور حکم کلی در عرصه‌ای که از پویایی بالایی برخوردار بوده، مدام در حال تحول است و بر تنوع و حجم پرونده‌های آن افزوده می‌شود، مناسب به نظر نمی‌رسد. بهتر است هر قضیه بطور اختصاصی مورد بحث و تحلیل قرار گیرد و اوضاع و احوال ویژه هر پرونده مورد توجه و اعمال نظر قرار گیرد.



استثنائات قاعده فراغ در داوری بین‌المللی

ایران

محمد رضا محمدی جرقویه ای^۱

الهام حجاری زاده^۲

مقدمه

یکی از قواعد مهم دادرسی، قاعده فراغ است (هرچند در قانون مصوبه ای خاصی ندارد ولی از اصول مسلم دادرسی است) که جز در موارد پیش بینی شده در قانون از قبیل رای غیابی، اعاده دادرسی، تصحیح رای و اعتراض ثالث، قاضی پس از صدور رای حق قضاوت خود در آن دعوا را از دست می‌دهد.^۳

این قاعده در حقوق روم نیز دارای سابقه بوده و در قانون آیین دادرسی مدنی سابق ذیل ماده ۱۵۵ به صراحت چنین آمده بود: «قاضی پس از امضاء رای، حق تغییر آن را ندارد» این مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی فعلی وجود ندارد و حقوقدانان ماده ۸ قانون جدید را دال بر وجود قاعده فراغ می‌گیرند. در این ماده آمده است: «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد و یا از اجرای آن جلوگیری کند مگر دادگاهی که حکم صادر نموده و یا مرجع بالاتر، آن هم در مواردی که قانون معین نموده باشد.»

حال با توجه به اینکه در داوری نیز داور عملاً با صدور حکم مبادرت به حل و فصل اختلاف می‌نماید، این سوال پیش می‌آید که قاعده فراغ شامل داوری نیز می‌شود یا خیر؟

۱. دکترای حقوق خصوصی - وکیل پایه یک دادگستری - فعال در حوزه داوری

۲. وکیل پایه یک دادگستری

۳. شمس، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، جلد دوم، ۴۳۵.



به عبارت دیگر آیا داور پس از صدور رای اجازه تغییر در رای خود و یا قضاوت مجدد را دارد یا خیر؟

مسلماً چون داوری اعتبار خود را در درجه اول از قانون می‌گیرد و در موارد شک و تردید اصل را بر عدم باید گذاشت، لذا پاسخ سوال عدم امکان داوری مجدد است مگر به تجویز قانون یا توافق طرفین که در داوری پایه و اساس کار است.

ممکن است این ایراد به ذهن خطور کند که چون امکان وقوع اشتباه قاضی وجود دارد و در دادرسی اجازه رسیدگی در دو مرحله را قانونگذار صادر نموده است، لذا تجویز امکان داوری مجدد و عدم پیروی از قاعده فراغ به صلاح نزدیک تر است.^۴

این دغدغه وارد بنظر می‌رسد ولی راه حلی که قانونگذار در این خصوص پیش بینی نموده دو مورد است. یکی اصلاح رای در ماده ۴۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی است که داور در مهلت داوری قادر به اصلاح رای در چارچوب ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد و پس از پایان مدت داوری به درخواست یکی از طرفین ظرف بیست روز این امر ممکن است. دوم موارد مندرج در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی است که چنانچه مورد از موارد ابطال باشد، با نظارت قضائی دادگاه رای داوری قابل ابطال است.

حال سوالی که در این مقاله درصدد پاسخ به آن هستیم این است که در داوری بین‌المللی ایران حد و حدود حکومت قاعده فراغ چیست؟ آیا محدود به تصحیح رای است یا موارد دیگری هم پیش بینی شده است؟

استثنائات قاعده فراغ در قانون داوری تجاری بین‌المللی

بموجب ماده ۳۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ سه استثناء برای داور در حاکمیت قاعده فراغ پیش بینی شده است. بعبارت دیگر داور پس از صدور رای داوری در سه مقطع قادر به اتخاذ تصمیم در مورد پرونده داوری می‌باشد. این سه استثناء عبارتند از: الف. رأی تصحیحی ب. رأی تفسیری و ج. رأی تکمیلی

۴. ناصری، سحر و موسوی پور، حمیدرضا، بررسی قاعده فراغ دادرسی و اعتبار امر مختومه در دعاوی امور حسبی، ۱۳۹۹، اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم قضائی.



رأی تصحیحی و تفسیری

چنانچه در تنظیم و نوشتن رأی داوری سهو قلمی رخ دهد مثل از قلم افتادن کلمه ای یا زیاد شدن آن و یا اشتباهی در محاسبه صورت گرفته باشد، داور می‌تواند بنا به تقاضای طرفین یا راساً هرگونه اشتباه در محاسبه، نگارش و یا اشتباهات مشابه در رأی را اصلاح و یا از آن رفع ابهام نماید. در این قانون رفع ابهام هم همسنگ اصلاح رأی آمده و از مقررات یکسانی تبعیت می‌نماید.

لذا در مواردی که رأی صادره نیاز به اصلاح و یا رفع ابهام داشته باشد، ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ رأی داور می‌تواند خود راساً اقدام کند و یا طرفین می‌توانند این تقاضا را از داور نمایند. لکن قانونگذار آیینی برای این کار مقرر داشته به این نحو که داور یا طرف مقابلی که تصحیح یا تفسیر رأی را درخواست نموده است باید نسخه ای از تقاضای مزبور را برای طرف دیگر ارسال نماید. پس از مبادله تقاضا داور حداکثر ظرف سی روز مهلت دارد تا از تاریخ وصول تقاضا مبادرت به صدور رأی تفسیری یا تصحیحی نماید. البته اگر داور خود راساً متوجه لزوم تصحیح یا تفسیر رأی شده باشد بدون نیاز به اعلام تصمیم خود به طرفین ظرف سی روز از تاریخ صدور رأی می‌تواند نسبت به اصلاح یا تفسیر آن اقدام کند.

این رویه در مورد اصلاح رأی در داوری داخلی با تفاوت‌های مجری است ولی رفع ابهام از رأی داوری در داوری داخلی در قانون پیش بینی نشده و در رویه قضائی مواردی مشاهده شده که قاضی اجرای احکام برای رفع ابهام نظر تفسیری داور را خواسته است که این نظریه برای قاضی اجرای احکام یا دادگاهی که رأی داوری تحت نظر آن اجرا می‌شود، صرفاً جنبه اطلاعی و مشورتی دارد و لازم الاتباع نیست ولی در داوری بین‌المللی رأی تفسیری لازم الاجرا می‌باشد.

در خصوص حد و حدود رأی تفسیری و این که تا چه حد می‌تواند مغایر رأی اصلی باشد و اگر مغایر بود، تکلیف اجرای احکام چیست و در بحث شناسایی و اجرای رأی چه باید کرد، سوالات متعددی مطرح است که قانونگذار باید در این خصوص رفع ابهام بیشتری نماید. به ویژه اینکه پذیرش این امر در داوری داخلی اگر بدون مشخص نمودن چارچوب این تفسیر باشد می‌تواند تالی فاسد فراوانی به لحاظ امکان تحت فشار قرار دادن داوران و اجبار ایشان به تغییر رأی، داشته باشد.



رأی تکمیلی

در بحث داوری توصیه می‌شود علیرغم عدم نیاز به رعایت تشریفات حتماً از طرفین درخواست شود که خواسته های خود را در چارچوب و فرمت دادخواست تقدیم کنند و در جلسه تدوین آیین نامه داوری از طرفین اقرار اخذ شود که ادعاهای ایشان محدود به موارد معینی است که تقدیم نموده یا ظرف مدت معقول و معینی تقدیم می‌نمایند و داوران فراتر از آن تکلیفی ندارند.

عدم توجه به این مهم باعث می‌شود تا داوران گاهی در صدور رأی مرتکب غفلت شده و بعضی از خواسته های طرفین را مورد حکم قرار ندهند.

در هر حال چنانچه داور فراموش نموده باشد، نسبت به همه تقاضاها مبادرت به صدور رأی نماید، قانون داوری تجاری بین‌المللی اجازه صدور رأی تکمیلی را به وی داده است. امری که در داوری داخلی پیش بینی نشده و چنانچه مدت داوری منقضی نشده باشد، امکان صدور رأی تکمیلی فراهم است.

در داوری بین‌المللی ایران در صورت نادیده گرفته شدن تقاضا، هرکدام از طرفین می‌تواند ضمن ارسال اخطاریه برای طرف دیگر ظرف سی روز از تاریخ دریافت رأی داور می‌تواند از داور تقاضا کند نسبت به ادعاهایی که اقامه کرده ولی در رأی مسکوت مانده است، رأی تکمیلی صادر کند. داور چنانچه تقاضا را موجه تشخیص داد، اجازه دارد ظرف ۶۰ روز نسبت به صدور رأی تکمیلی اقدام کند. نکته جالب اینکه داور می‌تواند در صورت لزوم مهلت مزبور را تمدید کند.

برای جلوگیری از تزلزل آرای داوری، در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی گوناگون مهلتی معین شده تا در آن مهلت رأی تفسیر یا تصحیح یا تکمیل شود و بدیهی است صدور رأی در خارج از این مهلت ها بی اعتبار می‌باشد.^۵ بدیهی است اجازه تمدید مهلت برای صدور رأی تکمیلی برای داوری که از انجام تکلیف قانونی خود در صدور رأی خودداری نموده است و بدون تعیین محدوده این مهلت صرف نظر از مغایرت با اصل سرعت در داوری، می‌تواند موجب اطاله داوری نیز گردد.

بدیهی است در صدور رأی تکمیلی باید مشخصات شکلی رأی که در ماده ۳۰ قانون



داوری تجاری بین‌المللی بیان شده، رعایت شود.

نکته دیگر اینکه صدور رأی تکمیلی بدون درخواست طرفین و راساً از طرف داور در این قانون پیش بینی نشده که بنظر می‌رسد، صدور رأی راساً بلاشکال باشد ولی چون در قانون پیش بینی نشده و اصل صدور رأی تکمیلی استثنایی بر قاعده فراغ می‌باشد، باید به قدر متیقن اکتفا نموده و در پاسخ به این سوال پاسخ داد که داور راساً مجاز به صدور رأی تکمیلی نیست.



مقایسه ماهیت حقوقی نهاد داوری در

قانون داخلی و قانون تجارت بین‌المللی

جواد محمدی^۱

نهاد داوری اساساً توافق در ایجاد عدالت خصوصی و حل و فصل خصومت از طریق یک مرجع غیردولتی است، که در رابطه با ماهیت آن اتفاق نظر وجود ندارد و ماهیت این نهاد حقوقی چه داخلی و چه بین‌المللی مدت‌ها موضوع مناظره و چالش بوده است. در این باره چهار نظریه وجود دارد:

۱- ماهیت قراردادی، ۲- ماهیت صلاحیتی، ۳- ماهیت مختلط و ۴- ماهیت مستقل یا خود آیین.

پر واضح است که داوری قراردادی است که با قصد و رضای طرفین منعقد می‌شود و طرفین دعوا متعهد می‌گردند که حل و فصل منازعه و اختلاف خود را به شخصی غیررسمی واگذار کنند. حال با بررسی ماهیت حقوقی داوری در واقع، مشخص می‌شود که مرجع داوری اختیار استماع و اتخاذ تصمیم نسبت به دعوی را از کجا اخذ کرده است؟ داوری گاهی به یک عمل قراردادی نزدیک می‌شود و گاهی به یک عمل قضائی و یا شبه قضائی؛ که هر کدام از این حالات، می‌تواند اثرات مختلفی را بر داوری و رأی داور داشته باشد.

داوری بین‌المللی بر طبق قوانین و کنوانسیون‌های فعال بین‌المللی انجام می‌پذیرد و نکته قابل ذکر در خصوص این کنوانسیون‌ها و سایر اسناد بین‌المللی مربوطه، آن است که عمدتاً در خصوص اختلافات قراردادی اعمال می‌شوند. مانند کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱ و یا

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵. اما برخی دیگر در خصوص هرگونه اختلاف ناشی از یک رابطه حقوقی چه قراردادی یا غیر آن اعمال می‌گردند مانند کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ و قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵. نکته دیگر آن است که با توجه به اینکه کنوانسیون‌ها ابزاری برای حل و فصل اختلافات هستند. لذا اغلب کنوانسیون‌ها به مسائل شکلی و آیینی پرداخته‌اند که البته انتخاب آنها با طرفین است. با این وجود برخی از کنوانسیون‌ها قانون شکلی را تابع کشور محل صدور رای داوران دانسته‌اند مانند کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و یا آن را به نظر داوران واگذار کرده است مانند قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵.

احکام داوران بین‌المللی عموماً منتشر نمی‌شوند مگر اینکه مورد حمله واقع شوند یا بحث شناسایی یا اجرای آنها مطرح شود. البته استثنائاً آرای داوران اتاق بازرگانی بین‌المللی، در «ژورنال حقوق بین‌الملل» و آرای دیوان داوران دعاوی ایران و آمریکا نیز منتشر می‌شود. آرای شخصی نیز گاهی به مجلات حقوقی ارائه و منتشر می‌شود که اغلب «سالنامه داوران بین‌المللی» این کار را انجام می‌دهد. رویه داوران اصولاً ماهیت الزام آور ندارد. در عین حال آراء سابق معمولاً از سوی داوران به دقت مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرند و می‌تواند راهنمای خوبی برای داوران باشد. حتی در بسیاری از موارد، آراء سابق و رویه، مورد استناد داوران قرار گرفته و در رای ذکر می‌شود. (به ویژه در آرای اتاق بازرگانی بین‌المللی و دعاوی نفتی). طرز فکر دادگاه‌های ملی در مورد داوران تجاری بین‌المللی بر جریان داوران بسیار موثر است و باید بررسی شود که ماهیت نهاد داوران در قالب کدام یک از این چهار نظریه قابل توجیه است. در ادامه ارزیابی نظریات چهارگانه با نگاهی به ماهیت و قلمرو اختیارات داوران، موقعیت آرای داوران و موضوع انتخاب قانون مناسب، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- ماهیت قراردادی

اگر ماهیت داوران قراردادی باشد، طرفین اختلاف، اصولاً خواهند توانست با توافق، هرگونه اختلافی را به داور منتخب خود واگذار نمایند. هدف از داوران قراردادی یا اختیاری این است که طرفین اختلاف با توافق هم تصمیم بگیرند که دعاوی بین آنها به وسیله داوران انجام شود و شخص یا اشخاصی را به عنوان داور یا داوران انتخاب کرده و خود را تابع حکومت آنان در امر مورد اختلاف قرار دهند. طبق این نظریه، داوران در وهله اول بر قرارداد تکیه دارد و موجودیت و صحت خود را از اراده طرح کنندگان دعوا می‌گیرد.



طبق این نظریه، موافقت‌نامه داوری، همه جنبه‌های فرآیند داوری را کنترل می‌کند، زیرا در صورت عدم وجود موافقت‌نامه، هیچ نوع از داوری نمی‌تواند موجود باشد. خاستگاه داوری در قرارداد است و داوری برای موجودیت و ادامه حیات خود به توافق طرفین وابسته است. افراد را علی‌الاصول نمی‌توان برخلاف میل و اراده آنها به قبول داوری مجبور کرد. شرط ابتدایی رسیدگی به داوری توافق طرفین دعوی بر حل اختلاف از طریق داوری است.

وفای به عهد از اصول پذیرفته شده حقوق بین‌الملل و داوری تجاری بین‌المللی است. پس از وقوع اختلاف در صورتی که موافقت‌نامه داوری وجود داشته باشد، طرفین مکلف هستند که برای حل و فصل اختلافات خود از طریق داوری اقدام نمایند مگر اینکه با توافق از ارجاع امر به داوری صرف‌نظر نمایند. این امر هم در کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک و هم در کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو، به رسمیت شناخته شده است. این کنوانسیون‌ها از دول عضو می‌خواهند که تلاش خود را به منظور اجرای قراردادهای داوری مبذول دارند. توافق و اراده طرفین مهمترین منبع حقوق داوری بین‌المللی است چه توافق آنها در حین انعقاد قرارداد اصلی باشد و یا پس از حدوث اختلاف مبادرت به انجام توافقاتی نمایند.

۲ - ماهیت قضائی یا صلاحیتی

اگر ماهیت نهاد داوری، صلاحیتی باشد، داوری یک روش شبه قضائی است که ریشه در قرارداد طرفین دارد. مطابق این نظر (که به نظریه صلاحیتی معروف است) نهاد داوری واجد وصف قضائی است و حاکمیت دولت، مافوق رضایت قراردادی طرفین قرار دارد و وظایف داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود. این تلقی بازتاب این امر است که داوری صرفاً در حوزه قضائی یک کشور و به شرط اجازه قانون حاکم بر داوری می‌تواند برگزار شود در داوری بین‌المللی صلاحیت قانون حاکم بر داوری مهمترین و اولین پارامتر می‌باشد. اگر قانون، داوری را شناسایی نمی‌کرد، معلوم نبود که توافق طرفین به‌خودی‌خود مؤثر واقع شود. طرفداران این نظریه اعتبار موافقت‌نامه داوری، اختیارات و رسیدگی داوران را وابسته به مقامات قانون‌گذاری و قضائی محل تشکیل دیوان داوری می‌دانند. بر اساس اصل سرزمینی بودن قوانین که منجر به یک ارتباط نزدیک بین مکان داوری و قواعد شکلی قابل اعمال بر داوری تجاری بین‌المللی می‌گردد، داوران فقط مجاز به انتخاب قانون مناسب قرارداد بر طبق آیین دادرسی انتخاب‌شده به‌وسیله طرفین هستند و در صورت



سکوت طرفین، قانون محل داوری حاکم خواهد بود. تأثیر نظریه صلاحیتی، این است که به داوران اجازه و آزادی بیش از حد که یک قاضی در اعمال قانون ماهوی دارد، نمی‌دهد. به علاوه، طبق اصل سرزمینی بودن قوانین، داوران ملزم به تصمیم‌گیری موضوعات ناشی از حقوق تجارت بین‌الملل، بر طبق قوانین ملی هستند که شامل قواعد انتخاب قانون محل داوری نیز می‌شود. در چارچوب داوری تجاری بین‌المللی، فقط قانون محل داوری می‌تواند چنین کنترل مؤثر و کاملی را بر جریان داوری و تصمیم‌گیری در مورد موضوعات مربوطه ناشی از داوری اعمال کند. بنا به نظر برخی از حقوق‌دانان داخلی، اغلب اسناد داوری، صلاحیت رسیدگی به اعتبار قرارداد داوری را در صلاحیت خود داور یا داوران قرار می‌دهند، اما حق نظارت نهایی برای دادگاه‌های دولتی قائل می‌شوند. به عبارت دیگر، داور اگر خود را صالح شناخت حکم صادر می‌کند اما در مرحله اعتراض یا اجرا نزد محاکم دادگستری، در صورت تشخیص عدم صلاحیت توسط این مراجع، حکم به ابطال رای داوری داده می‌شود و یا اینکه حکم داوری به اجرا درنخواهد آمد. قانون داوری بین‌المللی ایران در بند اول از ماده ۱۶ خود مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم کند...» همچنین در بند ۳ از همین ماده آمده است که در صورت ایراد به اصل صلاحیت و یا به وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری جز در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند، داور باید به عنوان یک امر مقدماتی قبل از ورود به ماهیت دعوا نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند...»

۳ - ماهیت مختلط

بر طبق نظریه مختلط که ماهیت داوری را ترکیبی از نظریه‌های قراردادی و صلاحیتی می‌داند از یکسو طرفین برای انعقاد یک قرارداد داوری و انتخاب داوران، آزادند و انتخاب قانون حاکم مبتنی بر ماهیت قراردادی داوری است و از سوی دیگر، نقش قضائی داوری مربوط به جریان رسیدگی داوری و اعتبار توافقتنامه داوری است که منوط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی محل داوری است. به موجب این نظریه، نهاد داوری یک شیوه دو مرحله‌ای است که در مرحله اول جنبه خصوصی دارد و کاملاً متکی به اراده طرفین است. در مرحله دوم یا مرحله اجرای رأی، داوری واجد ویژگی عمومی می‌باشد که مستلزم نظارت دولت بر داوری است. در نتیجه، داوری مفهومی است که در آن منشأ قراردادی و غایت صلاحیتی با یکدیگر هم زیستی دارند. مشخصاتی از آثار قضائی و



قراردادی داوری را به رسمیت شناخته است. طبق این نظریه، داوری وابسته به عناصری از هردوی این‌هاست، یعنی از یکسو برای ایجاد داوری نیاز به توافق طرفین وجود دارد و از سوی دیگر شناسایی نظام داوری از دیدگاه قانون نیز ضروری است.

۴ - ماهیت مستقل یا خود آیین

بر مبنای نظریه مستقل یا خود آیین، نهاد داوری شیوه ای خود انتظام، خود اختیار و متکی به خود در معاملات تجاری بین‌المللی به شمار می رود و منظور از آن اجرای اهداف جامعه تجار در سراسر جهان است. این نظریه، با شناسایی این‌که داوری، یک شیوه خودمختار و خود آیین است، آن را دارای ماهیت مستقل می‌داند. مطابق این نظریه، داوری دارای ماهیت خاصی است که مستلزم سازوکار مستقل از قرارداد و نظام قضائی می‌باشد.

با یک مثال اهمیت شناخت ماهیت نهاد داوری را بررسی می‌نماییم :

به طور مثال می‌توان عنوان نمود که اگر ماهیت قراردادی برای داوری قابل باشیم این ماهیت قراردادی نهاد داوری در تعیین دو مسأله دخیل است که هر دو محل اختلاف هستند:

اول اینکه اگر طرفین راجع به صلاحیت داور در مورد موضوعی خاص اتفاق نظر نداشته باشند آیا خود داور می‌تواند به طور قطعی تصمیم بگیرد که در خصوص مسأله مذکور صلاحیت دارد یا خیر؟ پاسخ به این پرسش منفی است. داور می‌تواند تنها نظر خود را در مورد موضوع بیان کند. باین وجود، حتی اگر طرفین به داور اجازه دهند که حدود صلاحیت خود را تعیین کند، سرانجام در زمانی که اجرای رأی داوری درخواست می‌شود اتخاذ تصمیم در این خصوص که آیا داور از حدود اختیارات داده شده به او توسط طرفین، فراتر رفته یا خیر؛ با دادگاه است .

موضوع دوم این است که چنانچه قید داوری در قرارداد اصلی درج شود آیا داور می‌تواند تصمیم بگیرد که آیا قرارداد اصلی از ابتدا باطل بوده است یا خیر؟ در واقع، موضوع اصلی این است که آیا قید داوری یک قرارداد قابل تبعض و تجزیه پذیر است و با ایراد در مورد قرارداد اصلی تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. در این صورت آیا داور برای اتخاذ تصمیم نسبت به موضوع، صلاحیت خواهد داشت یا اینکه قید داوری بخشی جدانشدنی از قرارداد اصلی را تشکیل می‌دهد. در این صورت، چنانچه ایراد موجه باشد آیا قید داوری هم



مانند قرارداد اصلی اثر خود را از دست خواهد داد؟ پاسخ این موضوع به تفسیر قصد طرفین بستگی دارد که یا باید از نحوه کلمات قید داوری فراهم آید یا ضرورتاً از طریق دلالت ضمنی استنباط شود. اگر ادعا شود که قرارداد اصلی به دلیل وقایعی که متعاقب بر انعقاد معتبر آن است به پایان رسیده، قید داوری دارای اعتبار بوده و داور واجد صلاحیت تلقی می‌گردد. در موردی که ادعا شود خود قید داوری به موجب تقلب یا اشتباهی مرتبط تحصیل شده یا هنگامی که ادعا شود که طرفین اختلاف با درج قید داوری در قرارداد اصلی موافقت نکرده‌اند موضوع متفاوت است؛ زیرا در اینجا اعتراض متوجه موافقتنامه داوری است نه قرارداد اصلی. در مورد ایراد وارد بر اعتبار قید داوری که منشأ صلاحیت داور است تنها دادگاه می‌تواند تصمیم نهایی را اتخاذ کند. در نتیجه تعیین نوع ماهیت نهاد داوری از اساسی‌ترین ارکان این نهاد است.

نتیجه گیری

در نظام داخلی به دلیل اینکه نهاد داوری منحصرأ بر اساس نظریه حاکمیت اراده قرار دارد، برخی آن را واجد وصف قراردادی تلقی می‌کنند. این تلقی مستلزم شناسایی این امر است که موافقتنامه داوری با اهمیت ترین رکن نهاد داوری می‌باشد، به گونه ای که همه جنبه های فرآیند داوری را کنترل می‌کند، چراکه در فقدان موافقتنامه، هیچ نوع از داوری نمی‌تواند موجود باشد. این نوع از قرارداد، داوطلبانه بین طرفین منعقد می‌شود و به آنها اجازه می‌دهد تا زمان و مکان داوری، تعداد و شخصیت داور یا داوران خود را و نیز قانون ماهوی و آیین دادرسی حاکم بر دعوا را تعیین کنند. طبق این نظریه، داوران قدرتی به غیر از آنچه از قرارداد کسب می‌نمایند، ندارند و تصمیم آنها تکمیل و به انجام رسانیدن قراردادی است که اجرای آن را تضمین می‌نماید. در واقع، نهاد داوری ماهیتی داوطلبانه دارد، نظامی است که به وسیله خود طرفین به وجود می‌آید و نظام خصوصی قضاوت و احقاق حق است. تشریفات دادرسی و صلاحیت داوری توسط اصحاب دعوا تنظیم می‌شود و همان‌ها هستند که بدون مداخله دستگاه قضائی دولتی، اختیارات و وظایف داوران را کنترل می‌کنند.^۲

۲. بردبار، محمدحسین، صلاحیت در دیوان های داوری بین المللی، دیوان داوری دعاوی



در اکثر دادگاه‌ها نیز سازوکار داوری تجاری بین‌المللی به طور غیرقابل انکاری بر اساس نظریه قراردادی توجیه می‌شود. با توجه به میل تجار به حل و فصل اختلافات به روشی غیررسمی و انعطاف پذیرتر، اکثر دادگاه‌ها مایل به پیروی از نظریه قراردادی بوده و رابطه بین طرفین و داوران را به عنوان یک قرارداد تفسیر می‌کنند. دادگاه بازرگانی انگلیس ویژگی قراردادی داوری را در دعوی *Union of India v. McDonnell Douglas Corp* در سال ۱۹۹۳ به شرح زیر تعریف نموده است: یک شرط داوری در یک قرارداد بازرگانی شبیه قرارداد فعلی، یک قرارداد در درون یک قرارداد است. اصولاً در داوری بین‌المللی طرفین، معاملات بازرگانی خود را برای مثال در ارتباط با موضوع معامله، با تبادل تعهدات منعقد می‌کنند، اما در ضمن بر یک دادگاه خصوصی برای حل و فصل هرگونه دعوی که بین آنها بوجود می‌آید نیز موافقت می‌کنند. از نظر حقوقی هم می‌توان گفت که توافق طرفین در مراجعه به داوری یک نوع قرارداد خصوصی است که به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی ایران الزام آور است و هر یک از طرفین بایستی به آثار و لوازم آن گردن نهند. در حقوق ایران دکتترین نیز به قراردادی بودن ماهیت نهاد داوری گرایش نشان داده است. یافته‌های این مقاله حاکی از آن است که نهاد داوری چه داخلی و چه بین‌المللی واجد هر دو اثر قراردادی و قضائی است که این امر به نوبه خود انعکاسی از توافق طرفین و حاکمیت قانون محل برگزاری داوری است. در این نظریه عناصر صلاحیتی و قراردادی داوری به طور جدایی‌ناپذیر درهم تنیده شده است. در حقوق و رویه داوری تجاری بین‌المللی نظریه حاکم این است که نهاد داوری از ماهیتی مختلط برخوردار بوده و با نظام نیمه قراردادی و نیمه صلاحیتی (قضائی) سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا نهاد داوری ترکیبی از عناصر خصوصی و عمومی است. داوری به عنوان یک نظام عدالت خصوصی نمی‌تواند در خلأ موجود باشد، بلکه لزوماً بر سیستم حقوقی معینی بنا شده است. اعتبار موافقت‌نامه داوری و قابلیت اجرای رأی داوری در گرو نظام حقوقی حاکم بر داوری است. از آثار این نظریه، وابستگی و تابعیت رأی داوری خارجی به محل صدور رأی است. در نتیجه، علی‌رغم استقلال سیستم داوری بین‌المللی از نظام حقوقی داخلی، فرآیند داوری بین‌المللی کماکان محتاج نظارت، شناسایی و حمایت از سوی نظام حقوقی داخلی است.



داوری در حقوق تجاری بین‌المللی

نسیم پرستگاری^۱

حل و فصل اختلافات در وسعت جهانی و خارج از مرزهای یک کشور مسلماً نیازمند قوانین خاص و مقبولیست که کلیه اصحاب دعوا آن را بپذیرند و با رعایت اصل استقلال و بی طرفی مبادرت به فصل خصومت نموده و حاکمیت الزام آور و قابل اجرایی داشته باشد. در این میان، نهاد داوری به مراتب کارآمدتر از قوانین داخلی کشورها بوده و با توافق طرفین سریعترین کارگشای دولت‌ها و سرمایه‌گذاران است. در داوری بین‌المللی مهمترین رکن، قرارداد داوری و توافق طرفین است.

داوری بین‌المللی

موضوع داوری تجاری، رسیدگی به اختلافات اشخاص در موضوعات تجاری است. ارجاع امر به داوری و نیز رسیدگی داوران نسبت به اختلافات مرتبط با روابط تجاری بین‌المللی طرفین، اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل و غیره، مطابق مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی صورت می‌گیرد. قانون داوری تجاری بین‌المللی^۲ در صورتی داوری را بین‌المللی می‌داند، که به موجب قوانین ایران، یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری، تبعه ایران نباشد. کلیه اشخاص دارای اهلیت و صلاحیت اقامه دعوا، اختیار مراجعه به داوری برای حل و فصل اختلافات فعلی یا احتمالی آینده خویش را دارند.

یکی از آثار داوری بین‌المللی این است، که دادگاه‌های داخلی دولت‌ها باید از رسیدگی به اختلاف موضوع موافقت‌نامه داوری خودداری نمایند. دخالت دادگاه، صرفاً می‌تواند

۱. وکیل پایه یک دادگستری.

۲. تاریخ تصویب ۱۳۷۶.۶.۲۶ و تاریخ تایید شورای نگهبان ۱۳۷۶.۷.۹.



مربوط به محل داوری، تابعیت طرفین، اقامتگاه آنها و قانون حاکم بر داوری باشد. در جریان رسیدگی، هر دو طرف دعوا از حق دفاع برخوردارند و به طور مساوی با آنها رفتار می‌شود. ابلاغ و اطلاع بایستی نسبت به طرفین به موقع صورت گیرد و داور یا داوران می‌بایست کاملاً بی‌طرف باشند که از جمله تضمینات هر دادرسی منصفانه‌ای می‌باشد. قانون حاکم بر قرارداد داوری علی‌الاصول تابع قانون منتخب طرفین می‌باشد و قانون حاکم بر آیین داوری در دیدگاه سنتی قانون مقر داوری بود، ولی طبق دیدگاه جدید، قانون منتخب طرفین بر آیین داوری نیز حاکم می‌باشد. در حقوق داخلی ایران، اصل بر عدم تشریفات و رضایی بودن عقود از جمله قرارداد داوری است، در حالی که قانون داوری تجاری بین‌المللی به لزوم کتبی بودن قرارداد داوری اشاره دارد. رأیی که از سوی داور صادر می‌شود قطعی و یک مرحله‌ای است و از طریق محاکم دادگستری به مرحله اجرا درمی‌آید. رأی داور، قابل اعتراض و قابل ابطال است ولی معمولاً قابلیت تجدیدنظرخواهی را ندارد مگر در موارد استثنایی در بین برخی سازمان‌های بین‌المللی از قبیل داوری ایکس‌اید. (ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن به امکان تجدیدنظرخواهی رأی داور اشاره کرده است) در قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، تنظیم داوری نامه (قرارنامه داوری) الزام آور و مقرر شده است. داوری نامه، موافقت‌نامه داوری نیست بلکه سندی است که در مراحل آغازین داوری تنظیم شده و به امضای طرفین و هیأت داوری می‌رسد و در آن اختلاف موردنظر روشن شده و محدوده صلاحیت هیأت داوری مشخص گردیده و طرفین می‌توانند هر موردی که در ارتباط با موضوعات مورد اختلاف آن هاست، در این داوری نامه درج نمایند.

قانون حاکم بر داوری بین‌المللی

در داوری تجاری بین‌المللی تسلط به دو قانون مهم است:

۱. داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶
۲. تسلط به متن کنوانسیون نیویورک (کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده ۱۹۵۸)

ملاک قانون ایران برای خارجی تلقی کردن داوری نه موضوع معامله است و نه محل اجرای معامله، بلکه صرفاً وجود یک عنصر خارجی موجب داوری بین‌المللی می‌باشد. آنهم زمانی که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه



ایران نباشد.

قانونگذار فرانسوی داوری را زمانی بین‌المللی می‌داند که ناظر به مصالح و منافع تجارت بین‌الملل باشد قانونگذار آنستیرال داوری را در چند فرض بین‌المللی می‌داند: ۱- هرگاه محل تجارت طرفین در دو کشور متفاوت باشد. ۲- مقر داوری در کشوری غیر از محل تجارت طرفین تعیین شده باشد. ۳- بخش مهمی از تعهد در کشوری غیر از کشور محل تجارت طرفین اجرا شود. ۴- طرفین توافق کنند که اختلاف آنها به بیش از یک کشور ارتباط پیدا کند.

در حال حاضر مهم‌ترین سازمان‌های داوری عبارتند از:

- اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)
- دادگاه داوری بین‌المللی لندن (LCIA)
- انجمن داوری آمریکا (ICDR (AAA) /)
- کمیسیون داوری بین‌المللی اقتصادی و تجاری چین (CIETAC)
- موسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم (SCC)
- مرکز بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID)
- مرکز منطقه‌ای داوری بین‌المللی تجارت قاهره (CRCICA)
- مرکز داوری بین‌المللی دبی (DIAC)^۳

در این میان سازمان لاهه برای یکسان‌سازی قوانین تشکیل شده است. کنفرانس لاهه یک سازمان بین‌دولتی است که در سال ۱۸۹۳ تاسیس شده است و هدف اولیه این سازمان متحدالشکل کردن تدریجی قواعد حقوق بین‌الملل است، حقوق بین‌الملل خصوصی نقشه راهی است که نشان می‌دهد که کدام قانون و دادگاه برای رسیدگی به یک دعوا صالح است. در کنفرانس‌های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ میلادی داوری به عنوان یکی از روش‌های پیشگیری از توسل به زور مطرح شد. پیرو کنفرانس اول یک دیوان داوری برای جلوگیری از جنگ و بروز درگیری‌های بین‌المللی تشکیل شد. در این دیوان فهرستی از حقوق دانان معتمد به عنوان داور موجود بود و تعیین داوران با موافقتنامه طرفین اختلاف

۳. تاسیس در ۱۹۹۴- DIAC ارگان داوری پیشرو در دبی است، و معمولاً برای داوری‌های ساختمانی از جمله خاور میانه استفاده می‌شود.



صورت می‌گرفت. بعد از آن مشکلاتی که برای اجرای احکام داوران وجود داشت موجب شد تا با تلاش اتاق بازرگانی بین‌المللی و شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد و به پیشنهاد سازمان ملل متحد در سال ۱۹۵۸ کنوانسیون بین‌المللی شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی در نیویورک به تصویب برسد. بر پایه این قرارداد هر حکم داوری که در یکی از کشورهای عضو این کنوانسیون صادر شده باشد در کشورهای دیگر عضو کنوانسیون نیز لازم‌الاجرا است. همچنین دیوان بین‌المللی داوری توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی برای کمک به حل اختلافات تجاری بین‌المللی تأسیس شد.

قرارداد داوری به چه قراردادهایی گفته می‌شود؟

قرارداد داوری محور اصلی مباحث داوری است و به موجب این قرارداد است که داورها مجاز می‌شوند به اختلاف رسیدگی و رأی صادر نمایند. این قرارداد همچنین محدوده صلاحیت داور را مشخص می‌کند و ممکن است به صورت یک قرارداد مستقل یا شرط ضمن عقد مورد توافق طرفین قرار گیرد. هر قرارداد داوری باید حداقل مشتمل بر توافق طرفین به ارجاع اختلاف به داوری باشد، جزئیات بیشتر در مورد آیین داوری، تعداد داوران، محل داوری، زبان داوری، اجرای رأی داوری و امثال آن به نظر طرفین بستگی دارد.

قبل از تنظیم قرارداد داوری تجاری بین‌المللی باید به چه نکاتی توجه

کنیم؟

برای آنکه قرارداد داوری در ایران معتبر تلقی شود طرفین قرارداد باید برای ارجاع دعوی به داوری، اهلیت داشته باشند. بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضائی طرح شده باشد یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند. چنانچه بعداً مشخص شود یکی از طرفین قرارداد داوری فاقد اهلیت بوده است، قرارداد داوری به حکم دادگاه باطل می‌شود. علاوه بر آن در مورد شرکت‌ها و موسساتی که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند، ارجاع کننده اختلاف به داوری باید سمت لازم را برای این مقصود داشته باشد. داوری راه و شیوه‌ای مبتنی بر تراضی طرفین اختلاف است که این رضایت، در قرارداد داوری ابراز می‌شود. قرارداد داوری، ممکن است



شرط داوری را نیز در برگرد پس محدوده عام‌تر از قرارداد را دارد. شرط داوری، زمانی است که اختلافی بین طرفین وجود ندارد، حتی ممکن است هرگز هم اختلافی پدید نیاید. طرفین در شرط داوری، برای ارجاع اختلاف احتمالی به داوری، در ضمن قرارداد دیگر، توافق می‌کنند. اگر بعد از بروز اختلاف، طرفین، توافق مستقلی مبنی بر حل و فصل اختلافات نزد داور نمایند، توافق را قرارداد داوری گویند. قرارداد داوری، اعم از شرط یا قرارداد، از قراردادهای لازم می‌باشد و از سوی طرفین لازم‌الاجرا است ولی باین وجود، با فوت و حجر طرفین، این قرارداد زایل می‌شود.

شکل و فرمت قرارداد داوری تجاری بین‌المللی

قرارداد داوری باید مکتوب باشد طبق ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد یا مبادله نامه تلگرافی یا نظایر آن‌ها بر وجود موافقتنامه مزبور دلالت کند یا یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. این ماده ترجمه نه چندان کاملی از بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال در مورد داوری تجارت بین‌المللی است در قانون نمونه ابتدا کتبی بودن قرارداد تصریح شده و سپس مصادیقی را بیان کرده است.

توافق بر داوری به دو صورت می‌باشد هم می‌توان شرط داوری را ضمن قرارداد اصلی قید کنیم و هم می‌توانیم یک قرارداد مستقل داوری منعقد کنیم اما مشکلی که در خصوص مورد اول به ذهن متبادر می‌شود این است که اگر در این حالت قرارداد اصلی به هر علتی باطل شود آیا شرط داوری کماکان دارای اعتبار می‌باشد یا خیر؟ طبق یک نظریه که بیشتر به تحلیل‌های منطقی تکیه می‌کند. مشروعیت توافق بر داوری ناشی از قرارداد اصلی است و چنانچه قرارداد اصلی به دلیلی باطل باشد شرط داوری نیز باطل خواهد بود.

نظریه دوم که بیشتر به مسائل عملی و نیازهای تجاری توجه دارد معتقد است که توافق بر داوری مستقل از قرارداد اصلی تلقی می‌شود، حتی اگر در ضمن یک قرارداد عنوان شده باشد. بنابراین طبق این نظریه داوران می‌توانند بطلان قرارداد اصلی را اعلان نمایند بدون اینکه صلاحیت و مشروعیت خود را تلقی کنند.

چه محتوایی باید در قرارداد داوری تجاری بین‌المللی قید شود؟

اولین مسأله مهم که در قرارداد داوری باید بیان شود، موضوع داوری است زیرا اختلافات و دعاوی که از یک قرارداد ناشی می‌شود ممکن است متعدد باشند. قرارداد داوری ممکن است به طور بسیار گسترده کلیه اختلافات و دعاوی ناشی از قرارداد را بپوشاند و یا دعاوی خاصی را به داوری ارجاع کند. طبق بند (ه) ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی در صورتی که داوران خارج از حدود اختیارات یا خارج از موضوع داوری رأی دهند رأی صادره قابل ابطال است بنابراین یک نکته مهم و اساسی در تنظیم قرارداد داوری تعیین دقیق اختیارات داوران و موضوع داوری است به عنوان مثال چنانچه در یک قرارداد طرفین توافق کنند که هرگونه اختلاف ناشی از قرارداد به داوری ارجاع شود ممکن است دادگاه ایرانی با تفسیر مضیق از شرط داوری، اختلاف در ایجاد قرارداد و یا صحت قرارداد را ناشی از قرارداد تلقی نکرده و رأی داور را در این موارد خارج از موضوع داوری قلمداد کند.

نکته دیگر اینکه طبق بند ۱ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، چنانچه یک طرف قرارداد ایرانی باشد و طرفین بخواهند دعاوی آینده را به داوری ارجاع کنند، طرف ایرانی حق ندارد که داور یا داورانی انتخاب کند که تابعیت آنها با تابعیت طرف یا اطراف دیگر یکسان باشد.

طبق بند ۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی چنانچه طرفین اشخاص معینی را برای داوری و داوران نخواهند یا نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند قرارداد داوری بلا اثر خواهد شد، مگر اینکه طرفین برای تعیین داور جدید تراضی کنند.

رأی داوران به چه صورت اجرا می‌گردد؟

از آنجا که رأی داوری به خودی خود قابلیت اجرایی ندارد بنابراین رأی مزبور باید جهت اجرا به یک دادگاه ملی ارجاع شود. دادگاه مزبور باید ضمن شناسایی رأی داوری دستور اجرای رأی را صادر نماید. چنانچه دادگاه از شناسایی و اجرای رأی داوری خودداری کند ارزش داوری تا حدی که طرفین حاضر شوند داوطلبانه به مفاد آن عمل کنند، افول می‌نماید.

تقویت جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، مستلزم شناسایی و دستور به اجرای رأی داوری در دادگاه‌های ملی است. از آنجا که دادگاه‌ها ممکن است



به دلایل گوناگون از اجرای رأی داوری اجتناب کنند یا آن را نقض نمایند یا به نحو دیگری در آن تجدید نظر نمایند، تلاش های زیادی در سطح ملی و بین‌المللی انجام شده که این دخالت ها و ممانعت ها به حداقل برسد. در سطح ملی تصویب قوانین داوری تجاری بین‌المللی با اصلاح قوانین موجود و در سطح بین‌المللی تصویب و الحاق کشور های گوناگون به کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری باعث تقویت جایگاه داور شده است.

آرای داوران ایرانی به چه صورتی اجرا می‌شود؟

نحوه اجرای آرای داوری که به موجب قانون داوری تجاری بین‌المللی در ایران صادر شده در ماده ۳۵ آن قانون بیان شده است. به موجب ماده ۳۵، به استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ آرای داوری که مطابق با مقررات مزبور صادر شود قطعی و پس از ابلاغ رأی لازم الاجرا است. مواد ۳۳ و ۳۴ مواردی را مطرح می‌کند که رأی داوری باطل یا قابل ابطال است. مواد ۳۳ و ۳۴ به دادگاه اجازه می‌دهد که از اجرای رأی داوری خودداری کند و یا حتی نسبت به ابطال آن اقدام نماید. ماده ۳۴ مواردی را مطرح می‌کند که رأی داوری راسا (از ابتدا) باطل و غیر قابل اجراست. از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌شود که حتی اگر محکوم علیه نیز به آن استناد نکند دادگاه می‌تواند راسا نسبت به بطلان رأی داوری اقدام نماید. این ماده آشکارا از اصول و استانداردهای مربوط به داوری عدول کرده است و دخالت دادگاه را حتی در صورت عدم اعتراض یکی از طرفین تجویز کرده است و دخالت دادگاه را حتی در صورت عدم اعتراض یکی از طرفین تجویز کرده است. ماده ۳۴ رأی داوری را در سه بند راسا باطل اعلام داشته است که در واقع شش مورد است. مورد اول جایی است که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق یادآوری نباشد مثلا دعوی مربوط به ورشکستگی قابل ارجاع به داور نیست؛ بنابراین اگر رأی داوری در مورد ورشکستگی باشد دادگاه می‌تواند راسا از اجرای رأی خودداری و به بطلان رأی حکم دهد. با اینکه بیشتر مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی تکمیلی است، ولی برخی از مقررات آن امری است، مثل بند ۱ ماده ۱۱ قانون که به موجب آن قبل از بروز اختلاف طرفین از انتخاب داوری که با طرف دیگر دعوی دارای تابعیت واحدی باشد منع شده‌اند. این بند شامل سه مورد یعنی مخالفت با نظم عمومی، اخلاق حسنه و قوانین آمره (قوانینی که بر خلاف آن نمی‌شود توافق کرد) قانون



داوری است. مورد آخر جایی است که رأی داوری در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران صادر شده باشد و این رأی با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آنکه در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد. این بند نیز عملاً شامل دو مورد یعنی مخالفت با قوانین آمره ایران و مفاد اسناد رسمی معتبر است.

آرای داوران خارجی به چه صورتی اجرا می‌گردد؟

چنانچه رأی داوری خارج از ایران صادر شده باشد و تقاضای اجرای آن از دادگاه ایران به عمل آید دادگاه در این صورت به موجب کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی نسبت به اجرای رأی داوری اقدام می‌کند. کنوانسیون مزبور به موجب قطعنامه سوم ماه می ۱۹۵۶ شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد پذیرفته شد. هم اکنون ۱۴۶ کشور عضو این کنوانسیون هستند. کنوانسیون مزبور در جلسه علنی روز سه شنبه ۱۳۸۰/۰۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۰/۰۱/۲۹ به تایید شورای نگهبان رسیده است. اجرای آن دسته از آرای داوری مشمول کنوانسیون نیویورک هستند که بین المللی تلقی شوند اعم از اینکه داخلی یا خارجی باشند. البته کشورها می‌توانند در زمان تصویب یا الحاق مقرر نمایند که کنوانسیون تنها به آرای داوری بین المللی اعمال می‌شود که خارج از آن کشور در یک کشور متعاقد دیگر صادر شده باشد.



ترجمه قسمتی از مقاله اصل مصونیت دولت ها

در داوری بین‌المللی

**SOVEREIGN IMMUNITY AS A BAR TO
THE
EXECUTION OF INTERNATIONAL
ARBITRAL AWARDS¹**

مصونیت دولت ها به عنوان مانعی بر سر راه اجرای

آرای داوری بین‌المللی

علی سعادت^۲

چکیده

اصل مصونیت دولت ها در برابر تعقیب مراجع غیرملی و نیز اجرای آرای مراجع مزبور به عنوان یک مانع بر سر اجرای آرای مراجع داوری غیرملی می‌باشد. در پرتو این اصل برخی از کشورها خصوصا کشورهای دارای منابع طبیعی غنی از اجرای آرای مراجع غیرملی خود طفره رفته و از این رهگذر موجب تضرر طرف دیگر اختلاف که عموماً از اتباع دول سرمایه فرست هستند می‌گردند. جهت حل این مشکل کنوانسیون‌های متعددی مانند کنوانسیون نیویورک و کنوانسیون واشنگتن تصویب شد و پس از آن دول سرمایه فرست فقط با دولی قرارداد همکاری منعقد می‌سازند که کنوانسیون‌های مزبور را امضا کرده باشند.

1 . ALEXIS BLANE// www.ssrn.com

۲. وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه.



مقدمه

این مقاله در خصوص اجرای احکام داوری خارجی (بین‌المللی) می‌باشد. مولف در ابتدا به رشد روز افزون مراجعه به داوری جهت حل و فصل اختلافات تجاری اشاره دارد. سپس به قانون حاکم بر اجرای آرای داوری خارجی می‌پردازد. سپس به قانون مقر دادگاه و نظریه مصونیت دولت‌ها به عنوان مانعی بر سر راه اجرای آرای داوری خارجی اشاره می‌کند.^۳

وی بیان می‌دارد که لازم نیست رای داور جهت الزام آوری و امکان اجرا در قلمرو دولتی غیر از دولت مقر دادگاه داوری، با قانون محل اجرا مطابقت داشته باشد. البته این فقط یک اصل است. زیرا دولت اجرا کننده خواه ناخواه به مضمون رای داور توجه می‌کند. نکته دیگر اینکه اجرای احکام داوری تابع چند سند بین‌المللی است که بین سال‌های ۱۹۵۸ الی ۱۹۶۵ تدوین یافته است. مهمترین این اسناد کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی است. دیگر کنوانسیون مهم کنوانسیون واشنگتن در خصوص حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها می‌باشد.

در مرحله بعد به اصل یا نظریه مصونیت دولت‌ها به عنوان مانع اصلی در تعقیب دولت‌های طرف قرارداد و نیز در اجرای آرای داوری توجه می‌کند. یکی از مبانی داوری پذیر دانستن یا محدودیت داوری پذیری دعاوی ناشی از قراردادهای اداری، اصل مصونیت دولتها در برابر تعقیب قضائی^۴ است. مطابق این اصل حقوقی که یکی از اصول حقوق بین‌الملل عمومی می‌باشد، دادگاه هیچ کشوری نمی‌تواند صلاحیت قضائی خویش را بر دول دیگر اعمال کند.^۵ بدین معنی که هیچ نیرویی نمی‌تواند خارج از اراده دولت‌ها، آنها

3. International arbitration is an increasingly popular way to settle disputes between parties of different nationalities and a particularly valuable tool for private parties engaging in commercial transactions with states

4. State immunity from suit.

5 "Sovereign immunity as a bar to the execution of international arbitral awards", International law and politics .Vol,41 ,2009 p ,459.



را بر مبنای اعمال ارتكابی شان تحت تعقیب قرار دهد.^۶ در نتیجه و برای نمونه داوری نیز که طبیعتاً نیرویی خارج از قوه حاکمه می‌باشد نمی‌تواند دولت و نهادهای دولتی را به علت ارتكاب تخلف در یک رابطه قراردادی تحت تعقیب قرار داده و محکوم نماید؛ ولی در دادرسی دولتی از آنجا که شخص رسیدگی کننده به نوعی نماینده دولت محسوب شده و مطابق تکلیف قانونی خود، قانون دولت متبوع خود را به اجرا درمی‌آورد، لذا موضوع تعقیب دولت از سوی یک نهاد خارج از حکومت منتفی است.

بند نخست: مبنای اصل مصونیت دولت‌ها

مبنای این اصل بر دو مفهوم استوار است: حاکمیت و تساوی دولت‌ها.^۷ حاکمیت موجودیتی است که می‌تواند در محدوده جغرافیایی مشخصی وضع قانون کند و اجرای اجباری آن را با توسل به قوه اجبارکننده تضمین نماید.^۸ از این رو با عنایت به اینکه رای یک دادگاه خارجی در واقع رای یک مرجع خارج از دستگاه حاکمیت تلقی می‌گردد، لذا الزامی جهت اجرای آن متصور نیست.

امکان تعقیب یک دولت توسط دولت دیگر با اصل تساوی دولت‌ها در تضاد است. البته باید دانست این چهره از اصل مصونیت بیشتر در داوری‌های بین‌المللی که در آن رای داور باید در قلمرو کشوری غیر از کشوری که قانون آن حاکم بر داوری می‌باشد، قابل استناد است. در داوری‌های داخلی می‌بایست به عدم امکان تعقیب دولت از سوی مرجعی غیردولتی استناد کرد.

اصل مصونیت دولت‌ها خود به دو نوع تقسیم می‌گردد: مصونیت نسبی^۹ و مصونیت مطلق^{۱۰}. مطابق اصل مصونیت مطلق که در کشورهای ایران و فرانسه طرفدار دارد، هیچ

۶. باید افزود مراجع و دادگاه‌های بین‌المللی که دولت‌ها صلاحیت آن را پذیرفته‌اند می‌توانند علیه دولت‌ها صلاحیت قضائی اعمال کنند.

7. Sovereignty and the equality of states. Par in parem non habet jurisdictionem

۸. حاکمیت یکی از اجزای تشکیل دهنده دولت است. به نحوی که می‌توان گفت وجود حاکمیت بدون وجود دولت غیر قابل تصور است.

9. Restrictive or relative Immunity of states.

10. Absolute Immunity of States.



مرجعی در خصوص هیچ موضوعی نمی‌تواند دولت را تحت تعقیب قرار دهد. بر اساس اصل مصونیت نسبی که در کشورهای چون انگلستان و ایالات متحده رواج دارد، برخی مراجع و در خصوص برخی موضوعات می‌توانند دولت را تحت تعقیب قرار دهند.^{۱۱}

مبانی اصل مصونیت مطلق دولت‌ها را باید در نظریات اندیشمندانی چون توماس هابز^{۱۲} جستجو کرد. وی اعتقاد داشت نیروی حاکمه کشور باید دست یک شخص یا یک گروه باشد. از همین رو به سیستم‌های حکومتی که در آن قوه حاکمه^{۱۳} توسط چند نهاد مانند رییس جمهور و مجلس اعمال می‌شود اعتقادی نداشت. حتی بر این باور بود که علت جنگ‌های داخلی در برخی کشورها، تقسیم قدرت بین مجلس و دولت است.^{۱۴}

بند دوم: تعدیل نظریه مصونیت دولت‌ها

این اصل نیز مانند هر اصل مطلق و انعطاف‌ناپذیر دیگری کم‌کم تعدیل شد. امروزه حتی در کشورهایی که جایگاه اصلی این اصل است نیز تعدیلاتی به چشم می‌خورد. اساساً پیدایش نظریه مصونیت نسبی دولت‌ها در قرن هجدهم خود نتیجه انعطاف‌ناپذیری اصل

11. Sovereign immunity is a jurisdictional doctrine that prohibits the national courts of one state from exercising jurisdiction over other states. Premised upon the sovereign equality of states, sovereign immunity in its most expansive form holds that no state may exercise authority over another. As the activities of states have expanded beyond the sovereign sphere, early doctrines of the absolute immunity of states have largely given way to the current, restrictive, theory of sovereign immunity. 20 The restrictive theory of immunity still begins from the.

traces this evolution of the doctrine of sovereign immunity in various countries.

The restrictive theory began in Italy, Belgium, and Egypt and spread premise that a state is immune from the jurisdiction of the courts of another state. However, the restrictive theory holds that this immunity can be overcome when the state activity in question falls into an exception. The most prominent exception.

to state immunity arises when a state engages in commercial activities and is based on the premise that such acts are not sovereign but of the type that could be performed by private parties. The restrictive theory has uneven implications for investors who bring claims against states. By entering into a BIT, for example, a state is considered to have waived its immunity from the jurisdiction of national courts for proceedings concerned with the arbitral process .

12. Thomas Hobbes.

13. Governmental power.

14. Ernest K. Bankas, The state immunity controversy in international law (berlin, Heidelberg: springer, 2005), p 4.



مصونیت مطلق بود. از این زمان بود که کم کم ایده مستثنی ساختن مصونیت دولت در برخی موضوعات به ویژه در موضوعات تجاری تقویت شد.

این نظریه ابتدا در بلژیک و ایتالیا رواج یافت. قاضی مارشال^{۱۵} در رای مشهور خود^{۱۶} برای اولین بار این نظریه را وارد رویه قضائی کرد. دو سال پس از این رای، طی حکم دیگری صراحتاً اعلام داشت که دولت در قبال به دست آوردن سودی که از طریق شرکت های تجاری خود به دست می آورد، مصونیت خود را در خصوص معاملات آن شرکت از دست می دهد و در آن مورد خاص همانند یک شهروند خصوصی به شمار می آید. در واقع در رابطه یک نهاد دولتی با یک شرکت تجاری، سطح دولت به اندازه سطح طرف قرارداد تنزیل می یابد انصراف دولت از مصونیت خود می تواند ضمنی باشد. گفته شده است صرف انعقاد قرارداد با یک شخص حقوق خصوصی یا گنجاندن شرط داوری در یک قرارداد اداری به معنی انصراف از استناد به مصونیت دولت می باشد. امروزه در دکترین و در رویه قضائی، پذیرش شرط داوری از طرف دولت یا یک شخص حقوقی عمومی، به عنوان انصراف غیرقابل بازگشت از مصونیت قضائی تلقی می شود.^{۱۷}

به اعتقاد بیشتر نویسندگان، داوری ماهیتاً مشمول اصل مصونیت قضائی دولت ها قرار نمی گیرد. زیرا بین مصونیت دولت در برابر پذیرش و اجرای آرای محاکم خارجی^{۱۸} و پذیرش و اجرای آرای مراجع داوری تفاوت بنیادین وجود دارد. زیرا دولت در مراجعه به داوری دارای اختیار است؛ از این رو استناد به اصل مصونیت خود در برابر پذیرش و اجرای رای داوری غیرمنطقی است. در واقع پذیرش شرط داوری از سوی دولت طرف قرارداد، یکی از مصادیق اعمال حاکمیت است نه اعراض از آن. بدین معنی که دولت با استفاده از قدرت حاکمیتی خود از صلاحیت انحصاری مراجع قضائی خود انصراف داده و صلاحیت

15. Chief Justice Marshall.

16. Schooner Exchange v. McFadden in 1812.

17. In adopting a restrictive theory, the International Law Commission traces this evolution of the doctrine of sovereign immunity in various countries. The restrictive theory began in Italy, Belgium, and Egypt and spread premise that a state is immune from the jurisdiction of the courts of another state. However, the restrictive theory holds that this immunity can be overcome when the state activity in question falls into an exception. The most prominent exception to state immunity arises when a state engages in commercial activities and is based on the premise that such acts are not sovereign but of the type that could be performed by private parties.

18 "immunity from execution



مرجع داوری را می‌پذیرد.

یکی از ریشه‌های این نظر را باید در تفکیک بین اعمال حاکمیتی دولت و اعمال تصدی‌گری دولت^{۱۹} جستجو کرد. همچنین مبنای دیگر این نظر به لزوم تساوی طرفین قراردادهای تجاری برمی‌گردد. بدین توضیح که اساساً دولت نیز می‌بایست حقوقی برابر با طرف خصوصی قرارداد داشته باشد. بنابراین چون اختلافات قراردادی اشخاص حقوق خصوصی قابل ارجاع به داوری است، لذا باید گفت اختلافات ناشی از قراردادهای اداری نیز قابل حل و فصل از طریق داوری می‌باشد. این نظر پس از جنگ جهانی دوم در ایالات متحده رواج یافت و همینک به عنوان نظری غالب در محاکم این کشور اجرا می‌گردد.

بند سوم: مطالعه رویه مراجع داوری

در ادامه مولف به مطالعه برخی پرونده‌های داوری می‌پردازد. از قبیل:

The Noga Arbitration و *Sedlmayer v. Russia*، *The LETCO Arbitration*.^{۲۰}

سپس به داوری در اختلافات ناشی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^{۲۱} روی می‌آورد. این گونه قراردادهای بین دول سرمایه فرست و دول سرمایه پذیر منعقد می‌شود و از سال ۱۹۶۰ میلادی گسترش یافت. یکی از دغدغه‌های اصلی دول سرمایه فرست حمایت از شرکت‌ها و در واقع سرمایه خود می‌باشد. در این راستا دول صادرکننده سرمایه می‌کوشند تا طرق حل و فصل اختلاف در قرارداد سرمایه‌گذاری پیش‌بینی گردد. بدین ترتیب که حل‌منزاعه احتمالی در مرجعی غیر از مراجع دولت سرمایه‌پذیر یا دولت

19 *Ucta jure imperii and acta jure gestionis.*

20 The Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO), a French entity, prevailed in an ICSID arbitration, which it brought against the government of the Republic of Liberia pursuant to provisions in the Concession Agreement between the parties. When Liberia refused to make satisfaction of the award, LETCO filed suit in the Southern District of New York, seeking to execute the award against "shipowners located in the United States and agents of Liberia appointed to collect from such shipowners tonnage fees, registration fees and other taxes due the government."⁴⁸ In an *ex parte* hearing, the court granted LETCO's motion. However, Liberia successfully moved to vacate the execution against its property, because the fees and taxes, though collected by U.S. corporations and citizens who were under contract, constituted "sovereign[,] not commercial assets" under Liberian law.⁴⁹ The Second Circuit affirmed the decision on appeal.

21 Bilateral investment treaties//BITS.



میزبان^{۲۲} صورت پذیرد و از همین رو یک مرجع بی طرف^{۲۳} را انتخاب می‌کنند.^{۲۴} همانطور که مشاهده می‌شود قرارداد سرمایه‌گذاری موید صلاحیت یک مرجع خارجی جز مرجع دولتی سرمایه‌پذیر می‌باشد و این به معنی لزوم تبعیت دولت سرمایه‌پذیر از آرای مراجع غیرملی است. این امر به مذاق برخی سیستم‌های حقوقی خوش نیامده و گاهی دیده می‌شود که در پرتو اصل مصونیت دولت‌ها در برابر تعقیب یا اجرای مراجع خارجی (غیرملی) از اجرای آرای مراجعی که در قرارداد سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است خودداری می‌ورزند.

بند چهارم: یافتن راه حل (نتیجه)

دول صادرکننده سرمایه^{۲۵} با علم به این قضیه معاهده ایکسید^{۲۶} و انسیترا^{۲۷} را تصویب کردند و پس از آن تلاش کردند تا با دول عضو این معاهده قرارداد سرمایه‌گذاری منعقد سازند. طبق این کنوانسیون دول عضو مکلفند آرای مراجع خارجی را به رسمیت شناخته و اجرا نمایند. چنانچه طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری عضو ایکسید و نیز عضو کنوانسیون واشنگتن^{۲۸} باشند، اعتماد به قرارداد بیشتر است. زیرا تا حد زیادی می‌توان به اجرای آرای مراجع غیرملی از سوی دولت سرمایه‌پذیر امیدوار بود.^{۲۹}

22. host country.

23 . neutral body.

24. Bilateral investment treaties have become increasingly popular instruments for governing the relationship between capital-exporting and capital-importing countries since the 1960s.⁷⁸ Their prevalence is only set to increase. The popularity of BITs depends in large part upon the perception that they offer enforceable protections for investors, which increase investment flows.

25 . capital-exporting.

26. ICSID.

27. UNCITRAL.

28. Washington Convention.

29 Bilateral investment treaties have become increasingly popular instruments for governing the relationship between capital-exporting and capital-importing countries since the 1960s.⁷⁸ Their prevalence is only set to increase. The popularity of BITs depends in large part upon the perception that they offer enforceable protections for investors, which increase investment flows. A significant factor in this protection is the provisions that BITs make for the resolution of disputes . Most BITs contain an arbitration provision, which permits investor- nationals of the treaty states who have suffered certain injuries to have their case resolved outside of the national court





باری طرق حل و فصل اختلافات در قراردادهای سرمایه گذاری به قرار ذیل است: ۱-
مراجعه به ایکسید به صورتی که هر دو طرف عضو کنوانسیون واشنگتن باشند. ۲-مراجعه
به ایکسید چنانچه یکی از طرفین عضو کنوانسیون واشنگتن باشند ۳-مراجعه به مرکز
داوری انسیترال در صورت توافق طرفین ۴-مراجعه به سایر موسسات داوری (داوری
سازمانی) در صورتی که هر دو طرف موافق باشند و ۵- مراجعه به داوری موردی در
صورت رضایت طرفین.^{۳۰}

به هر تقدیر در خصوص مفهوم و محدوده اصل مصونیت دولت ها باید به رسوم و
فرهنگ^{۳۱} هر کشور توجه داشت. به عبارتی این یک مفهوم عینی و ثابت نیست. بلکه از
کشوری به کشور دیگر متفاوت است. از این رو ممکن است اجرای رای داور خارجی در
یک کشور مخالف اصل مصونیت دولت شناخته شود و در کشور دیگر چنین نباشد.
موضوع دیگر اینکه باید دید اساسا موضوع مصونیت دولت ها یک قاعده است یا یک
استثنا بر قاعده^{۳۲}؟ طبیعی است که اگر آن را قاعده بدانیم دادرسی دولتی باید بدون نیاز به
استناد به قانون یا اصل یا قاعده ای خاص از اجرای آرای مراجع غیرملی خودداری کند.
ولی اگر آن را استثنایی بر اصل بدانیم آنگاه قاضی دولتی باید عدم اجرای آرای مراجع
غیرملی را مدلل نماید.^{۳۳}

system of the host country.

30 ("More investment disputes are pending [in arbitration] before ICSID and in UNCITRAL or other ad hoc forums than at any time in history.")

31 Traditions.

32 immunity as the rule or the exception.

33 As reallocation of the burden makes clear, the choice that courts face is whether to see immunity as the rule or the exception.



نحوه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری

بین‌المللی

ولی رحمانی^۱

صمد شماخی^۲

حل و فصل اختلافات توسط داوری و امتیازات آن نسبت به دادرسی در دادگاه‌ها، به شدت در تجارت بین‌الملل مقبولیت پیدا کرده است. از آن جا که یک دادگاه بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی وجود ندارد که تجار و بازرگانان بتوانند اختلافات خود را از آن طریق حل و فصل کنند، در نتیجه ناگزیرند دعوی خود را نزد یکی از دادگاه‌های ملی مطرح کنند. دادگاه‌های ملی اساساً برای حل و فصل اختلافات داخلی تشکیل شده‌اند و شدیداً به سنن و نظام حقوقی ملی وابسته‌اند و معمولاً دارای مقررات خشک و غیر قابل انعطافی در مورد صلاحیت هستند که به موجب آن نسبت به امکان طرح دعوی در آن دادگاه اخذ تصمیم می‌کنند و از آن رو ممکن است برای رسیدگی به دعوی بین‌المللی که طرفین آن در کشور‌های گوناگون اقامت دارند، خود را صالح ندانند. به علاوه یک طرف دعوی ممکن است دولت باشد که در این صورت به موجب یک اصل پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل دولت‌ها از مصونیت قضائی برخوردار بوده و هیچ دادگاه ملی نمی‌تواند علیه دولت مستقل دیگری رای صادر نماید. در حالیکه داوری ریشه در یک نظام حقوقی ملی ندارد و صلاحیت آن به توافق طرفین منوط است و محدودیت‌های

۱. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی.

۲. دانشجوی دکترای علوم سیاسی و پژوهشگر مسایل سیاسی.



مزبور را ندارد و می‌تواند به دعاوی تجاری بین‌المللی اعم از اینکه یک طرف دولت باشد یا یک طرف خصوصی، رسیدگی کند. حتی در صورتی که مشکل صلاحیت رفع شود آرای دادگاه‌های ملی معمولاً در چهارچوب سرزمین آن کشور قابلیت اجرا دارد و در سایر کشورها با محدودیت‌های زیادی رو به روست. به دلیل فقدان یک معاهده فراگیر؛ اجرای آرای قضائی بسته به مقررات داخلی کشور محل اجرای رای است. بر خلاف آرای قضائی، اجرای آرای داوری در سایر کشورها از پذیرش زیادی برخوردار است. به موجب کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی که تا کنون ۱۴۶ کشور به آن پیوسته‌اند رای داوری صادره در هر کدام از کشورهای مزبور در سایر کشورها عضو قابل اجرا است.

نکته حایز اهمیت آنکه به طور کلی بازرگانان تمایلی ندارند که به عنوان فردی شناخته شوند که مرتب با طرف‌های تجاری خود اختلاف پیدا کنند، زیرا این امر به اعتبار آن‌ها لطمه می‌زند. بازرگانان همچنین تمایل ندارند که سایر شرکای تجاری آن‌ها از قیمت و شروط قراردادهایشان با طرف اختلاف اطلاع پیدا کنند. از آن‌جا که داوری یک رسیدگی خصوصی محسوب می‌شود. جلسات به صورت غیر علنی برگزار می‌شود و داورها نیز از افشای موارد اختلاف و مفاد قرارداد منع می‌شوند.

برای انتخاب داور در قرارداد‌های خصوصی از لحاظ قوانین بین‌المللی محدودیتی وجود ندارد و هر شخصی می‌تواند به عنوان داور مرضی الطرفین (بی‌طرف) در قرارداد خصوصی بین چند نفر انتخاب شود اما موضوعی که اهمیت دارد این است که ما شخصی را در قراردادهایمان به عنوان داور بین‌المللی انتخاب نماییم که احاطه و سیطره کامل بر مسائل روز حقوق بین‌الملل و تجارت بین‌الملل و تجارت الکترونیکی داشته باشد؛ پیشنهاد ما این است در قرارداد‌های بی‌زمنی خود ابتدا از مشاوره و نظرات یک وکیل بین‌المللی زنده استفاده نمایید و ثانیاً یک وکیل آگاه و به روز در مسائل حقوق بین‌الملل را در قرارداد‌های خود به عنوان داور مرضی الطرفین انتخاب نمایید.

ایکسید (ICSID) یا مرکز بین‌المللی داوری سرمایه‌گذاری

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) یک نهاد پیشرو داوری بین‌المللی در حوزه حل و فصل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار است که بر اساس کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر



(کنوانسیون واشنگتن) به عنوان بخشی از بانک جهانی تأسیس شده است. به دلیل افزایش روزافزون اهمیت سرمایه گذاری خارجی در قرن بیستم و به ویژه دهه های اخیر، عرصه تجارت بین الملل، شاهد انعقاد معاهدات و تأسیس نهادهای حقوقی برای قانونمند نمودن روابط دولت های سرمایه پذیر و سرمایه گذاران خارجی بوده است. کشورهای صنعتی به منظور صدور سرمایه، فناوری و دانش فنی و کشورهای کمتر توسعه یافته، به منظور همراهی با قافله جهانی پیشرفت، سرمایه گذاری خارجی را مورد توجه قرار داده اند. عمده ترین چالشی که ضرورت انعقاد این معاهدات را در عرصه سرمایه گذاری خارجی موجب شده و می شود، بروز برخی اختلافات میان دولت های سرمایه پذیر و سرمایه گذاران خارجی است. امروزه با توجه به رشد فزاینده سرمایه گذاری خارجی و تجربیاتی که سرمایه گذاران و کشورها در پی تحولات اخیر به دست آورده اند، رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه گذاری عمدتاً به روش داوری سرمایه گذاری بین المللی به عمل می آید. توسعه داوری سرمایه گذاری تا حد زیادی از ایجاد مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری (ایکسید) به عنوان یک نهاد داوری پیشرو ناشی می شود.

علاوه بر داوری ایکسید، تعدادی از سازمان های داوری و دیوان های موردی نیز نقش مهمی در توسعه و ترویج داوری سرمایه گذاری ایفاء می نمایند. بر اساس آمارها، بیشترین تعداد دعاوی در حوزه سرمایه گذاری بین المللی در ایکسید رسیدگی شده اند و این امر موقعیت غالب و برتر ایکسید را به عنوان نهاد تخصصی داوری سرمایه گذاری نشان می دهد.

تفاوت داوری ایکسید و غیر ایکسید

بدین منظور روش های حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی را می توان به دو دسته داوری ایکسید و داوری غیر ایکسید طبقه بندی نمود. از آنجایی که این داوری ها هر یک قواعد و تسهیلات مختلفی در رسیدگی به اختلافات سرمایه گذاری تأمین می نمایند، انتخاب مرجع مناسب بسیار ضروری بوده و می تواند نتایج قابل توجهی به همراه داشته باشد.

این طبقه بندی نه تنها بر اساس بکارگیری آنها در صنعت داوری می باشد بلکه بر حسب رویکرد آنها در نیل به عدالت از راه های گوناگون است که در نهایت درجات



مختلفی از انصاف، کارآمدی، پاسخگویی و مشروعیت را به ارمغان می‌آورد و از این باب مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد. در حالیکه داوری ایکسید به داوری منحصر به فردی تحت عهدنامه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع سایر دولت ها (عهدنامه ایکسید) اشاره دارد، داوری غیرایکسید عموماً دربردارنده داوری هایی تحت قواعد داوری اتاق بازرگانی، قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی استکهلم و قواعد داوری دادگاه داوری بین المللی لندن می‌باشد.

ایکسید چیست؟

جهانی شدن اقتصاد و وابستگی اقتصاد کشورها به یکدیگر، تبادل و تعامل را برای فعالان این عرصه به ضرورتی غیر قابل گریز بدل کرده است. بررسی و روند جهانی موجود در زمینه ی سرمایه گذاری خارجی نشان می‌دهد که برای سرمایه گذاران، امنیت سرمایه، شفافیت روابط با دولت سرمایه پذیر، تضمین برگشت اصل سرمایه و انتقال سود حاصل از آن و نیز شیوه ی حل و فصل اختلافات احتمالی آتی دارای اهمیت بسیار است. حمایت های قانونی از سرمایه گذاری خارجی چنانچه مستظهر به روش کارآمدی جهت حل و فصل اختلافات نباشد، بی فایده و عقیم خواهد ماند. در نتیجه نحوه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری از جمله مهمترین مسائل مربوط به جذب و تشویق سرمایه گذاری خارجی است.

از این جهت، از سال ۱۹۶۲ بانک بین المللی ترمیم و توسعه (بانک جهانی) به همراهی کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد تلاش کردند که مرکزی را برای حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری پایه ریزی کنند، که نهایتاً به تأسیس مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری «ایکسید» منجر شد. عهدنامه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع سایر دولت ها (عهدنامه ایکسید) یکی از مهمترین معاهدات حقوق بین الملل اقتصادی است که افراد را به عنوان تابعان حقوق بین الملل به رسمیت می‌شناسد. در مقایسه با ارجاع به روش های سنتی چون حمایت دیپلماتیک و دادگاه های ملی، داوری سرمایه گذاری بین المللی روشی سیاست زدایی شده است و به نظر استقلال و بی طرفی بیشتری یافته است.

در نتیجه در حال حاضر، از میان داوری، دادگاه های ملی، دادگاه های بین المللی و



حمایت دیپلماتیک، داوری سرمایه گذاری بین‌المللی شیوه‌ای اصلی در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌های میزبان محسوب می‌گردد. علاوه بر داوری ایکسید، تعدادی از سازمان‌های داوری و دیوان‌های موردی نیز نقش مهمی در توسعه و ترویج حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ایفاء نموده و می‌نمایند.

ایکسید و کنوانسیون واشنگتن

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) یک نهاد پیشرو داوری بین‌المللی در حوزه حل و فصل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار است که بر اساس کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (کنوانسیون واشنگتن) به‌عنوان بخشی از بانک جهانی تأسیس شده است. کنوانسیون واشنگتن در سال ۱۹۶۵ برای امضا و تصویب گشوده شد و با تودیع اسناد تصویب از سوی ۲۰ کشور امضاکننده در ۱۴ اکتبر سال ۱۹۶۶، لازم‌الاجرا شد. تا ۱۰ دسامبر ۲۰۱۳، این کنوانسیون به امضای ۱۵۸ دولت رسیده و ۱۵۰ دولت با تصویب و تودیع سند آن نزد دبیرکل بانک جهانی به عضویت آن در آمده‌اند.

هدف اولیه کنوانسیون واشنگتن، تقویت توسعه اقتصادی به‌واسطه ایجاد فضای مطلوب و تسهیل جریان سرمایه‌گذاری خصوصی بین‌المللی است. مقدمه کنوانسیون، هدف «توسعه اقتصادی» و تأمین آن از طریق «ایجاد یک رژیم مؤثر برای حل و فصل بی‌طرفانه اختلافات سرمایه‌گذاری» تأکید می‌کند. به‌عبارت‌دیگر، ایجاد یک نهاد جهت تسهیل حل و فصل اختلافات بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی می‌تواند گام عمده در جهت تقویت فضای اعتماد متقابل بوده و جریان بیشتر سرمایه‌گذاری خصوصی بین‌المللی به کشورهای علاقه‌مند جذب سرمایه را ترغیب نماید. آرون بروشه، از طراحان و بنیان‌گذاران این کنوانسیون در تشریح این هدف می‌نویسد: هدف کنوانسیون، ارتقای سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی از طریق بهبود فضای سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران خصوصی و نیز دولت میزبان است. تهیه‌کنندگان این کنوانسیون، دقت کافی داشتند که سندی متوازن از حیث منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی ارائه نمایند. کنوانسیون به هر دو طرف، یعنی سرمایه‌گذار و دولت میزبان، اختیار اقامه دعوا می‌دهد. واقعیت امر این است که یکی از مقررات کنوانسیون یعنی قابلیت اجرای احکام در قلمرو دولتهای متعاقد،



اساساً با عنایت به نیازهای دولت میزبان تنظیم شده است. اگر دولت میزبان، حکمی را علیه یک سرمایه‌گذار خصوصی در رسیدگی‌های داوری نزد ایکسید دریافت نماید و سرمایه‌گذار، تن به اجرای حکم ندهد، دولت میزبان می‌تواند بدون مواجه‌شدن با مشکلات موجود معمول در برابر اجرای احکام داوری، اجرای اجباری آن را در قلمرو کشورهای متعاقد پیگیری نماید.

پروفیسور شرور، از متخصصان صاحب‌نام در این حوزه، منافع دوسویه کنوانسیون برای دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی را این‌گونه تشریح می‌کند: «منافع کنوانسیون برای سرمایه‌گذار خارجی امری بدیهی است. در صورت بروز اختلاف، دسترسی مستقیم سرمایه‌گذار به یک نهاد بین‌المللی مؤثر میسر می‌شود و امکان مراجعه به داوری، یک عنصر مهم در تأمین امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذاری است. مزایای آن برای دولت میزبان، دوچندان است: دولت میزبان به‌واسطه فراهم‌آوردن امکان داوری، محیط سرمایه‌گذاری خود را بهبود بخشیده و احتمال جذب سرمایه‌گذاری را بیشتر می‌کند. به‌علاوه، دولت میزبان با رضایت‌دادن به داوری ایکسید، خود را از دیگر اشکال دادرسی قضائی خارجی یا بین‌المللی می‌رهاند و در مقابل حمایت دیپلماتیک دولت متبوع سرمایه‌گذار نیز مصون می‌سازد».

کنوانسیون واشنگتن، ترتیبات حل‌وفصل اختلافات بین دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را از طریق داوری و سازش فراهم می‌آورد.

با این حال، وجه بارز و شناسه اصلی نظام حل‌وفصل اختلافات در کنوانسیون واشنگتن، داوری است. بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن که به صلاحیت مرکز اختصاص دارد، اشعار می‌دارد: «صلاحیت مرکز، هر اختلاف حقوقی را که مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری بین دولت متعاقد (...) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر است شامل می‌شود، به شرطی که طرفین اختلاف، رضایت خود را برای ارجاع اختلاف به مرکز، به صورت مکتوب اعلام کرده باشند. هنگامی که طرفین رضایت خود را اعلام کردند، هیچ‌یک از آن‌ها نمی‌توانند به‌طور یک‌جانبه آن را پس بگیرند». وفق این ماده، مرکز داوری ایکسید از محدود نهادهای داوری است که صلاحیت موضوعی تخصصی و صلاحیت شخصی دارد یعنی صرفاً اعضای کنوانسیون، به شرط رضایت قبلی طرفین اختلاف، فقط اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری را می‌توانند برای حل‌وفصل به این مرکز ارجاع دهند.



صلاحیت موضوعی ایکسید

صلاحیت موضوعی مرکز به موجب بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون سه جزء دارد که عبارت‌اند از: الف) اختلاف باید حقوقی باشد؛ ب) اختلاف باید مستقیماً از معامله اصلی ناشی شود؛ ج) معامله اصلی باید سرمایه‌گذاری باشد. علی‌رغم اینکه اجزای فوق، شاخص‌های تعیین صلاحیت موضوعی مرکز است در کنوانسیون، تعریفی از آن‌ها ارائه نشده است. آرون بروشه این تصمیم را خردمندانه و کاملاً هماهنگ با ماهیت اجتماعی کنوانسیون می‌داند و دلیل اصلی آن را اهمیت بنیادین شرط رضایت طرفین توصیف می‌کند. با این حال، این امر منشأ بسیاری از اختلاف‌نظرها و تفاسیر متفاوت و احکام متعارض در رویه ایکسید بوده است.

حقوقی بودن اختلاف

وجود اختلاف عینی (و نه انتزاعی) واجد آثار عملی بین طرفین، یک شرط اساسی است زیرا ایکسید برخلاف برخی نهادهای دیگر نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری، صلاحیت صدور نظر مشورتی درباره یک موضوع خاص را ندارد از سوی دیگر، این اختلاف باید حقوقی باشد و محاکم ایکسید، صلاحیتی بر اختلافات اخلاقی، سیاسی، اقتصادی یا صرفاً بازرگانی ندارند. گزارش مدیران اجرایی بانک جهانی که به انضمام متن کنوانسیون برای بررسی و تصویب به دولت‌ها ارائه شد، در این زمینه می‌گوید: «عبارت اختلاف حقوقی به این منظور به کار رفته است که روشن نماید صرفاً تعارض در حقوق در صلاحیت مرکز است و تعارض در منافع، خارج از آن چارچوب است. اختلاف باید مربوط به وجود یا قلمرو یک حق یا تکلیف قانونی و ماهیت یا میزان غرامت ناشی از نقض یک تعهد حقوقی باشد».

مسئله ماهیت حقوقی اختلاف به ندرت در رسیدگی‌های ایکسید مورد چالش قرار گرفته است و دیوان‌های ایکسید برای تعریف «اختلاف حقوقی» عمدتاً از تعریف ارائه‌شده از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تیمور شرقی استفاده کرده‌اند که در آن، اختلاف حقوقی به عنوان «اختلاف نظر روی یک نکته حقوقی یا موضوعی، تعارض دیدگاه‌ها یا علایق حقوقی بین طرفین» توصیف شده است. دیوان داوری ایکسید در قضیه ال پاسو علیه آرژانتین نیز در این خصوص اعلام کرد: «اختلاف حقوقی



اختلافی است که مستلزم اعمال قواعد حقوقی و یافتن راه‌حل‌های حقوقی است» و با اشاره به وضعیت جاری در قضیه تحت بررسی نتیجه گرفت که «اختلاف کاملاً حقوقی است».

اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد

به موجب نص صریح بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن، اختلاف باید «مستقیماً ناشی از» یک معامله پایه باشد که واجد شرایط یک سرمایه‌گذاری است. شرط مستقیم‌بودن، یکی از معیارهای عینی برای احراز صلاحیت و مستقل از رضایت طرفین است یعنی صرف نظر از آنچه طرفین توافق کرده‌اند، اختلاف نه‌تنها باید با یک سرمایه‌گذاری مرتبط باشد بلکه باید به‌طور منطقی ارتباط نزدیکی با آن داشته باشد.

عملیات سرمایه‌گذاری نوعاً شامل چندین معامله فرعی و اقدامات حقوقی است: تأمین مالی، اجاره ملک، خرید کالاهای مختلف، بازاریابی و توزیع محصولات تولیدی، اسناد اعتباری و تعهدات مالیاتی. از نظر اقتصادی، این معاملات و اقدامات، کمابیش با سرمایه‌گذاری مرتبط است.

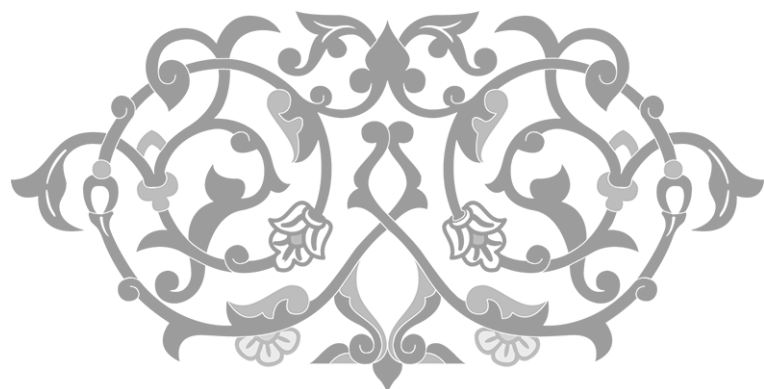
شایان ذکر است شرط مستقیم‌بودن به رابطه اختلاف با سرمایه‌گذاری اشاره دارد و نه به خود سرمایه‌گذاری. در قضیه فداکس علیه ونزوئلا، خواننده استدلال کرد که معامله مورد اختلاف مربوط به اسناد بدهی صادرشده از جمهوری ونزوئلا است که یک «سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم» نیست. بنابراین نمی‌تواند به‌عنوان سرمایه‌گذاری طبق کنوانسیون توصیف شود. دیوان ایکسید این استدلال را رد کرد و گفت: بدیهی است که عبارت «مستقیماً» در بند ۱ ماده ۲۵ به «اختلاف» مربوط می‌شود و نه به «سرمایه‌گذاری». صلاحیت حتی می‌تواند نسبت به سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم نیز تسری پیدا کند، به‌شرطی که اختلاف مستقیماً از چنین معامله‌ای برخاسته باشد. به‌طور کلی، کشیدن یک خط مقسم دقیق بین اختلافاتی که مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و آن‌ها که غیرمستقیم است، غیرممکن است. با این حال، رویه ایکسید نشانه‌های خاصی را برای تمایز معرفی می‌کند: معاملاتی که فرعی اما برای سرمایه‌گذاری، حیاتی است و لو در اشکال جداگانه و حتی توسط نهادهای جداگانه‌ای انجام شده باشد، مانع از آن نمی‌شود که اختلاف ناشی از آن‌ها مستقیم قلمداد شود. همچنین اگر اختلاف با دولت، آثار مهمی بر روابط با نهادهای خصوصی



در دولت میزبان داشته باشد، ویژگی مستقیم بودن آن را نفی نمی کند. برای اینکه اختلافات، «مستقیم» قلمداد شود باید دارای ویژگی‌های ممتازی باشد که آن‌ها را به سرمایه‌گذاری پیوند می‌زند.

ماهیت معامله اصلی، سرمایه‌گذاری باشد

چنانچه اشاره شد جزء سوم الزامات صلاحیت موضوعی به موجب بند ۱ ماده ۲۵ آن است که ماهیت معامله اصلی که اختلاف از آن ناشی شده است باید «سرمایه‌گذاری» باشد. با توجه به عدم تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون واشنگتن، این امر یکی از موضوعات چالش برانگیز در رویه داوری ایکسید است.



بایسته های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی قوه قضائیه

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۲۰۲۷ مورخه ۱۹/۰۲/۱۴۰۰

سوال : در هر مورد که تعداد داوران در قرارداد داوری مشخص نشده باشد و طرفین در تعیین داوران توافق نکنند هیات داوری متشکل از چند نفر خواهد بود؟
پاسخ: مستفاد از ماده ۴۶۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ آن است که در هر مورد که تعداد داوران در قرارداد داوری مشخص نشده باشد و طرفین در تعیین داوران توافق نکنند هیات داوری متشکل از سه نفر خواهد بود.

حال این نظریه مشورتی را با سایر قوانین داوری بین المللی نیز تطبیق می دهیم:
یک بررسی اجمالی نشان می دهد که تقریباً تمام اسناد داوری که وارد بحث تعداد داوران شده اند، مساله را در وهله اول به طرفین واگذر نموده است مثلاً قانون داوری تجاری بین المللی ایران در ماده ۱۰ خود بر این امر تاکید کرده است یا به عبارت دیگر در تعیین داوران اصل حاکمیت اراده حاکم لحاظ کرده است و اصولاً در رویه تجارت بین الملل اغلب موارد طرفین بر روی سه داور توافق می کنند لیکن ممکن است در دعاوی پیچیده از پنج داور نیز استفاده شود. اما در صورتی که طرفین داوران را تعیین نکرده باشند تکلیف چیست؟ در این صورت هر یک از این اسناد مقرراتی را پیش بینی کرده است که عبارتست از :

۱_ قانون داوری تجاری بین المللی ایران در ماده ۱۰، تعداد داوران را در صورت عدم تعیین توسط طرفین سه نفر اعلام کرده است. که در ماده ۱۱ نحوه تعیین آن نیز مشخص



شده است که بر اساس این ماده، برای تعیین هیات داوری، هر طرف داور خود را انتخاب می کند و داوران منتخب سرداور را انتخاب خواهند کرد. البته چنانچه هر یک از طرفین ظرف مدت سی روز از تاریخ شروع داوری، داور خود را تعیین و قبولی وی را تحصیل نکنند، یا اگر داوران منتخب نتوانند ظرف مدت سی روز از تاریخ انتخاب خود، در مورد سرداور توافق و قبولی وی را کسب نکنند، داور توسط دادگاه عمومی تعیین خواهد شد همچنین در خصوص تعیین داوران، مطابق بند ۵ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی ایران، «هرگاه در موافقت نامه داوری طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف، شخص یا اشخاص معینی داوری نمایند و آن شخص یا اشخاص نخواهند یا نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند، موافقتنامه داوری ملغی الاثر خواهد بود مگر آنکه طرفین به داوری شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به نحو دیگری توافق کرده باشند.» بنابراین مانند هرگونه قرارداد دیگری که در صورت عدم امکان انجام قرارداد توسط فردی که قرارداد قائم به اوست، قرارداد حسب مورد باطل یا منفسخ می شود، داوری نیز تابع همین قاعده است.

نکته دیگر آن است که در صورت امتناع یکی از طرفین از تعیین داور، اگر داوری سازمانی باشد در این صورت سازمان مربوطه به جای ممتنع داور را تعیین خواهد کرد ولی در داوری های موردی در درجه اول باید دید که آیا طرفین مقام ناصبی را تعیین کرده اند یا خیر. در صورت عدم تعیین مقام ناصب، معمولاً دادگاه های دولتی مقر داوری نسبت به تعیین داور اقدام می نمایند.

و اما در خصوص داوری های چند طرفه باید توجه داشت که قانون داوری تجاری بین المللی ایران در ماده ۱۱ بیان داشته است که اگر خواهان یا خوانده متعدد باشند، در این صورت خواهانها یا خواندگان مشترکاً یک داور تعیین خواهند کرد و اگر در خصوص داور خود به توافق نرسند داور هر یک از خواهانها یا خواندگان توسط دادگاه تعیین می شود. ماده ۱۲ قواعد داوری و سازش اتاق بازرگانی بین المللی نیز مقررات مشابهی دارد. این قاعده متخذ از اصل تساوی طرفین در تعیین داور است که لازمه آن تساوی دو طرف دعوا در تعیین داور است.

۱۱۱ ۲_ مطابق ماده ۱۲ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی، تعداد داوران دیوان داوری



آی سی سی، یک یا سه نفر خواهد بود که تشخیص آن با دیوان است. در محکمه سه نفره، یک داور توسط طرفین و نفر سوم توسط دیوان تعیین خواهد شد.

۳_ مطابق مقررات و قواعد داوری آنسیترال ۲۰۱۰، و در مواد ۸ و ۹ و قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵ در ماده ۱۰ طرفین را در تعیین داوران آزاد و اصل حاکمیت اراده را محترم شمرده و در صورت عدم توافق طرفین تعداد داوران سه نفر خواهد بود که هر یک از طرفین اختلاف یک نفر را انتخاب خواهد کرد و دو داور برگزیده نفر سوم را معرفی خواهند کرد.



پند استاد

استاد دکتر محمد جواد شریعت باقری

فاطمه محسنی^۱

زندگی‌نامه استاد دکتر محمد جواد شریعت باقری

در سال ۱۳۵۷ دانشجوی دانشگاه اصفهان در رشته ریاضی بودند. با وقوع انقلاب و تعطیلی دانشگاه‌ها به دلیل علاقه و نیز آشنایی با ادبیات عرب و نیز منطق و فلسفه و علوم اسلامی در سال ۱۳۶۱ در آزمون دانشکده علوم قضائی شرکت کرده و پذیرفته شدند و از دانشگاه اصفهان که یک ترم در آنجا تحصیل کرده بودند انصراف دادند. در سال ۱۳۶۵ مدرک کارشناسی از دانشکده علوم قضائی گرفتند و چون از نفرات اول بودند در همان سال به عنوان دادیار دادرسی عمومی تهران مشغول به کار شدند. همزمان با کار، در کنکور کارشناسی ارشد شرکت کردند و چون دانشکده های حقوق، کارشناسی ارشد نداشتند رشته فقه و حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران را انتخاب کردند و در سال ۱۳۶۸ به پایان رسانیدند. پس از آن در کنکور اعزام دانشجو به خارج که از طریق وزارت علوم و آموزش عالی برگزار می‌شد شرکت نمودند و در اواخر سال ۱۳۶۹ به فرانسه اعزام گردیدند.

در فرانسه پس از یک دوره آموزش زبان، دوره کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل را در دانشگاه استراسبورگ تمام کردند و سپس دوره دکتری را در حوزه داوری بین‌المللی به پایان رسانیدند و در سال ۱۳۷۶ به ایران بازگشتند. با توافق وزارت علوم و نیاز قوه قضائیه



به دادگستری برگشتند و نزدیک ۷ سال در دفتر امور بین‌الملل مشغول به کار و همزمان مشغول به تدریس شدند. پس از آن چند سالی معاون دیوان عدالت اداری بودند و بعداً از سال ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۸ رئیس دانشگاه علوم قضائی بودند.

در سال ۱۳۷۷ همراه با هیأت نسبتاً بزرگی در اجلاس رم برای تدوین اساسنامه دیوان کیفری حضور داشتند و پس از بازگشت به ایران بر کار بر دیوان مزبور متمرکز شدند. در سال ۱۳۸۴ چاپ اول کتاب حقوق کیفری بین‌المللی استاد که مجموعه مقالات است منتشر شد و تاکنون بارها چاپ شده است. در این سال‌ها بیشتر کارهای دانشگاهی استاد در زمینه‌های حقوق کیفری بین‌المللی، داوری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل خصوصی و نیز فلسفه حقوق متمرکز بوده و هست. کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی در سال ۱۳۸۵ منتشر شد و تاکنون ۳ بار چاپ شده است. یک ترجمه قدیمی قواعد فقه از زبان عربی هم دارند که با عنوان «عناوین ضمان» چاپ شده است که ترجمه‌ای است از مباحث مرتبط در کتاب العناوین میرعبدالفتاح که پاورقی‌هایی به آن افزوده‌اند. یک کتاب «کلیات حقوق کیفری بین‌المللی» هم در ۵ سال گذشته کار کرده‌اند که مراحل نهایی را می‌گذرانند و قرار است به زودی منتشر شود.

توصیه استاد دکتر محمد جواد شریعت باقری به وکیلان جوان

وکالت دادگستری نهاد جدیدی است و در ایران ۱۰۰ سال بیشتر سابقه ندارد. فلسفه وکالت دادگستری این نیست که چون کسی وقت ندارد یا در سفر است یا مقام مهمی است و نمی‌تواند یا نمی‌خواهد در دادگاه شرکت کند، وکیل جای او را بگیرد. اگر چنین باشد همان وکالت مدنی که از گذشته‌های خیلی دور نیز وجود داشته کافی است. فلسفه وکالت دادگستری این است که دادگستری با عدالت رفتار کند؛ یعنی چون قانون و شناخت آن یک کار فنی و تخصصی است، اگر خواننده یا خواهان از قوانین دقیقاً مطلع نباشد ممکن است حقوقش تضییع بشود. مثلاً یکی از طرفین از قوانین کاملاً آگاه است و همه مواد و تبصره‌ها را برای اثبات مدعای خویش به کار می‌گیرد ولی طرف مقابل ناشی است و قاضی و دادگاه هم ممکن است توجه نکنند و چنین قضاوتی ناعادلانه می‌شود. کار وکلا این است که این قوانین زیاد و پیچیده و تو در تو را پیدا کنند و توجه دادگاه را به آنها جلب کنند. ضمناً زمانی که دادگاه با افراد آشنا به قوانین مواجه می‌شود منطقاً کارش راحت‌تر است و البته جانب احتیاط را باید در پیش بگیرد چرا که با آدم‌های آشنا با



قانون مواجهه است.

همانگونه که قضات باید قدر و ارزش کار خود را بدانند و درک کنند، و کلا نیز باید قدر و ارزش کار خود را بدانند. برخی رفتارهای نادرست که اکنون وجود دارد به دلیل شرایط نابهنجاری است که وجود دارد و اینها نباید الگوی قضات یا وکلا بشود. باید توجه کنیم که شرایط کنونی شرایط درست و مطلوبی نیست و نظام دادگستری نیاز به یک جراحی دارد. گمان نرود که باید هم‌رنگ جماعت بشویم؛ بلکه ما باید کار خودمان را درست انجام بدهیم. کسانی که کارشان نادرست است یک زمانی باید پاسخگو باشند. کار را باید درست انجام بدهیم و صبر داشته باشیم. اضطراب و رقابتهای ناسالم سم خطرناک است. نباید نگاه کنید که فلان شخص با زد و بند به چه آلف و اولوفی رسیده، این وضعیت درست و طبیعی نیست؛ حالت بیماری و آنرمالی است. باید بدانیم فرق سالم و بیمار چیست. چه کسانی بیمار و چه کسانی سالم هستند.

نکته دیگر اینکه وکلا باید در فکر توسعه دانش حقوقی خود باشند. وکلایی که از دانش حقوقی مناسبی برخوردارند مورد احترام و توجه بیشتر دادگاهها قرار می‌گیرند و به لایحه‌هایی که می‌نویسند بیشتر توجه می‌شود. البته باید توجه کرد که با دانستن چند مقرره آیین دادرسی کسی حقوقدان نمی‌شود. الان علاوه بر اینکه در آرای دادگاهها اشکالات گوناگون نگارشی، حقوقی و استدلالی وجود دارد در لوایح و کلا نیز اشکالات فراوان دیده می‌شود. به جای تکرار کلمات و جملات کلیشه‌ای و پر کردن صفحه، بهتر است مطالب با بیان ساده و روشن نوشته شود. گاهی تصور می‌شود که کلمات و تعبیرات اغراق آمیز و درهم و برهم می‌شود یک لایحه حقوقی، ولی اینطور نیست. بهتر است وکلای جوان تر تا دیر نشده و شهرت منفی پیدا نکرده‌اند در کلاس‌های آیین نگارش و آموزش‌های حقوقی شرکت کنند.

داوری بین‌المللی از نظر استاد دکتر محمد جواد شریعت باقری

«داوری بازرگانی بین‌المللی» که اغلب به اختصار به آن «داوری بین‌المللی» می‌گویند، از شاخه‌های نسبتاً جوان دانش حقوق است که در دهه‌های اخیر، به ویژه در کشورهای توسعه یافته، از بخت بلندی برخوردار شده است.

این بخت برخوردار، به ویژه وامدار دو چیز است:

یکی گسترش روزافزون تجارت بین‌الملل؛ یعنی با آسان شدن اسباب رفت و آمد در



سطح بین‌المللی، طبعاً تجارت نیز در سطح بین‌المللی توسعه یافته و مآلاً قراردادهای و معاملات فزونی‌تر و فراوانتر شده و آمار وقوع اختلافات بیشتر و نیاز به حل و فصل اختلاف زیادتر شده است.

دوم اینکه داوری بهترین و طبیعی‌ترین طریق برای حل و فصل اختلافات ناشی از روابط تجاری بین‌المللی است چرا که یک مرجع بی‌طرف جهانی نیز وجود ندارد که رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی را به عهده داشته باشد و بنابراین، طرفین اختلاف باید یکی از این دو راه را انتخاب کنند: یا به دادگاه داخلی یک کشور بروند و یا به جای رسیدگی قضائی به رسیدگی داوری روی بیاورند و باز طبیعی است که اصحاب دعوی معمولاً نمی‌خواهند به قضاوت دادگاه‌های طرف مقابل تن بدهند، پس بهترین راه، همان داوری است.

این دلایل موجب شده که داوری بین‌المللی به روش طبیعی حل و فصل اختلافات بازرگانی بین‌المللی تبدیل شود و دولتهای توسعه یافته در مورد داوری بین‌المللی با یکدیگر از در رقابت برآیند. مثلاً فرانسویان، مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس (ICC) را بهترین مرکز داوری می‌دانند و سوئدی‌ها مرکز داوری استکهلم و انگلیسی‌ها مرکز داوری لندن را. در مورد قوانین ماهوی نیز، بسیاری از دولتها قوانینی برای اجرای آرای داوری تصویب کرده‌اند.

قانونگذار ایران نیز برای اینکه از این کاروان جا نماند به تصویب یک قانون برای داوری بین‌المللی بسنده نکرده بلکه دو قانون در مورد داوری‌های بین‌المللی تصویب کرده است:

یکی قانون داوری تجاری بین‌المللی است که در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسیده و دیگری کنوانسیون نیویورک مربوط به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی است که در سال ۱۳۸۰ به تصویب مجلس رسیده است. کنوانسیون نیویورک البته اصطلاح داوری بین‌المللی را به کار نبرده که تاریخچه و فلسفه‌ای دارد ولی در واقع مربوط به داوری‌های بین‌المللی است. تاکنون ۱۷۰ دولت یعنی اکثریت قاطع دولتهای جهان کنوانسیون نیویورک را تصویب کرده‌اند.

باری، ما در فاصله ۴ سال ناگهان دارای دو قانون داوری بین‌المللی شده ایم. در حالی که پیش از آن اصلاً در مورد داوری بین‌المللی هیچ مقررهای نداشتیم. تنها قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ بود که مقرراتی در مورد داوری وضع کرده بود (که بعداً نیز



در قانون سال ۱۳۷۹ نیز تکرار شده است) و طبعاً هر نوع داوری که ممکن بود در دادگاه‌های ایران مطرح شود باید مطابق همان قانون با آن رفتار می‌شد؛ یعنی تمایزی میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی وجود نداشت.

قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ برگرفته از «نمونه قانون آنسیترال» است. آنسیترال، نام تخفیف یافته کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (UNCITRAL) است که دست‌اندر کار تدوین متونی است که در تجارت بین‌الملل به کار می‌آیند و البته یکی از مهمترین آنها همان قانون داوری تجاری بین‌المللی است که کمیسیون در سال ۱۹۸۴ میلادی آن را به پایان رسانید و بسیاری از کشورها، گاه بدون هیچگونه تغییر، و گاه با اندک تغییراتی، آن را در چرخه قانونگذاری تصویب کرده‌اند. قانونگذار ایران، در چند مورد تغییراتی در آن داده است.

این نکته هم گفتنی است که ایران تنها کشوری نیست که در زمینه داوری بین‌المللی دو قانونی شده است. شماری از کشورهای دیگر نیز وضعیت مشابهی دارند. فرانسه از جمله آنهاست، که هم قانون جداگانه برای داوری بین‌المللی وضع کرده و هم کنوانسیون نیویورک را تصویب کرده است. دادگاه‌های فرانسه در مورد همپوشانی قانون داخلی و کنوانسیون نیویورک از چندین دهه پیش آرای جالبی صادر کرده‌اند.



گزیده مقالات کاربردی

امیرمقدم^۱

در مجلات علمی متعددی که در سرار کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ میرسد، معمولاً دو نوع مقاله را میتوان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری میباشد. از اینرو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند میتوانند متن کامل آنرا در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند

۱- ادله اثبات دعوی در داوری های تجاری بین المللی

نویسنده: یونسیان، آزاده

مجله: حقوق و فقه، فروردین ۱۴۰۰ - شماره ۱۴ صفحه ۷ تا ۴۲

با افزایش تجارت در سطح بین المللی و اختلافات ناشی از آن نهادهای قضایی رسیدگی کننده پاسخگوی مناسبی برای حل و فصل سریع خصومت نیستند. داوری با ویژگی های منحصر به فردش بیش از همه مورد توجه بوده است؛ چرا که در دنیای متحول کنونی روش های سنتی به تنهایی جوابگوی نیازهای مردم نیست. به همین علیت، امروزه در عرصه های مختلف خردمندان جهان ترجیح می دهند که اختلافات هر رشته ای تخصصی توسط متخصصان همان رشته رسیدگی شود تا هم وقت و هم هزینه کمتری

۱. وکیل پایه یک دادگستری.



صرف گردد و هم عدالت با دانش روز هماهنگ گردد. البته در این راستا ادله اثبات نقش ویژه‌ای در رسیدن به حقیقت و اجرای عدالت در روابط طرفین دارد. این اهمیت در روابط تجاری دارای تاثیر بیشتری خواهد بود. زیرا بی‌توجهی مقام رسیدگی کننده نه تنها منجر به عدم اجرای عدالت گردد بلکه طرفینی را که سال‌ها با هم رابطه تجاری داشته‌اند از هم دور گرداند. از این رو بررسی ادله اثبات و انواع آن در داوری نیز همانند رسیدگی قضایی حائز اهمیت است و نیازمند مطالعه و بررسی جدی می‌باشد، لذا مقاله حاضر با در نظر داشتن این مسئله و با یاری جستن از روش تحلیلی-استنتاجی به بررسی ادله اثبات داوری، انواع آن می‌پردازد.

۲- ارزش اثباتی ادله دعوا در قانون حاکم بر داوری تجاری بین المللی

نویسنده: بابایی، عطیه

مجله: حقوق و فقه، فروردین ۱۴۰۰ - شماره ۱۴ صفحه ۱۹۱ تا ۲۱۸

با توجه به گسترش فرآیند داوری در جهان و روند رو به افزایش مراجعه پرونده‌های تجاری به محاکم داوری، تبیین این مسئله که چه ادله‌ای در این روند ملاک عمل قرار گیرد و بررسی ارزش اثباتی آنها از مسائل مورد بحث در داوری تجاری بین المللی می‌باشد، چرا که هدف در داوری تحقق عدالت به صورت منصفانه و از طرق ترفاعی می‌باشد. به همین خاطر برای دست یافتن به این هدف، امکان ارزیابی ادله اثبات دعوا توسط داوران از ملزومات این هدف خواهد بود. لذا ضمن تبیین ادله مورد بحث در داوری تجاری بین المللی و بررسی تطبیقی پیرامون ادله مطرح شده در دو سیستم حقوقی موجود کامن لا و حقوق نوشته به درک درستی از تفاوت نگرش‌ها و امکان ایجاد راه حلی میانه که دست مایه داوری تجاری بین المللی است، دست خواهیم یافت؛ همان گونه که در رویه داوری تجاری بین المللی مرسوم است.

بند دوم: موضوعات مربوط به قانون حاکم تحصیل ادله از موضوعات شکلی است فلذا تابع قانون حاکم بر داوری می‌باشد اما برخی موضوعات مانند قاعده ادله غیر مکتوب یا بار اثبات ادعا در میان ماهیت و شکل قرار داشته، در برخی نظام‌ها تابع قانون حاکم بر داوری نبوده بلکه تابع قانون حاکم بر ماهیت دعوا هستند اگرچه در قوانین جدید گرایش به سمت این بوده که ادله باید مطابق قواعد یا اصول مورد توافق تحصیل شود اعم از اینکه در قانون محلی وجود دارد یا حتی مطابق آن بوده یا خیر و این مطلب در قوانین انگلستان،



سوئیس، هلند، فرانسه و همچنین قانون نمونه لحاظ شده و این مقررات تبعیت از نظام حقوقی از قبل تعیین شده را لازم ندانسته مگر طرفین نظامی از این نوع را برگزیده باشند "در کامن لا برخلاف آنچه در داوری معمول است دستوری مبنی بر ارائه اسناد وجود ندارد اما در اکثر قوانین داوری بین المللی این اجازه به هیئت داوری داده شده البته همان طور که بیان شد محدود به مواردی است که مستقیماً به موضوع مرتبط باشد حال این دستور ممکن است به صورت قرار بوده یا رای موقت اما طرفین می‌توانند در موافقت نامه داوری خود ارائه اسنادی را ممیز ساخته ماده ۲۰ بند (۵) قواعد اتاق بازرگانی بین المللی چنین مقرر می‌دارد: "مرجع داوری می‌تواند هر زمان در طول جریان داوری، به هر یک از طرفین ابلاغ کند که ادله و مستندات اضافی ارائه نماید .

۳- شرایط اعتراض شخص ثالث و جایگاه آن در نظام داوری تجاری بین المللی

نویسنده : سلامتی، دکتر یعقوب ؛ حیدری، حسین

مجله : حقوق ملل، زمستان ۱۳۹۹ - شماره ۴۰ صفحه ۷۵۵ تا ۷۷۲

نظام داوری بین المللی نهادی است که امروزه مورد پذیرش اغلب نظام های حقوقی است که با بی طرف بودن و تخصصی بودن نسبت به موضوع اشراقیت کامل دارد، موجب اجرای عدالت که مطلوب عموم است می باشد، لازم به ذکر است که این داوری بر اساس مقتضیات زمان کارا مد تشخیص داده شده است. اعتراض شخص ثالث یکی از طرق فوق العاده شکایت از آراء شمرده می شود که برای اشخاص ثالث باز است. در مواردی که در دعوی حکم یا قرار صادر شده و بر اثر آن به حقوق شخص ثالثی خللی وارد آمده و به عبارت ساده تر موجب تحمیل ضرر و زیان به شخص ثالث گردد، شخص ثالث حق دارد که نسبت به آن حکم یا قرار اعتراض کند. لاجرم جهت میسر شدن امکان اعتراض ثالث به رای داوری وجود یک سری شرایط لازم است. یکی از این شرایط، که تابع همان شرط کلی اقامه دعواست، ذینفع بودن است. پیرامون این شرط بحث تفصیلی لازم به نظر نمی رسد و تشخیص آن تابع قواعد کلی ناظر به شرایط طرح دعواست

تجدید نظر خواهی از رای صادره داوری یا درخواست ابطال داوری از موضوعات اساسی در رسیدگی ها می باشد، به همین خاطر همان طور که آیین های رسیدگی



قضایی در دادگاه ها تحت شرایطی امکان اعتراض به رای داوری را فراهم نموده اند قوانین و مقررات داوری هم ساز و کاری بنام درخواست ابطال رأی داوری را پیش بینی نموده اند تا اوصافی که یک رای باید واجد آن باشد را تضمین کند تا عدم وجود شرایط اساسی رأی و قرارداد داوری بدون ضمانت اجرا باقی نماند و طرفین بتوانند رأیی را که بطور جانبدارانه و غیر منصفانه و خارج از چارچوب قوانین صادره شده را بلا اثر نمایند. ۲- موارد اعتراض رأی داور: در مورد نهاد داوری در حقوق ایران از جامعیت مشخصی برخوردار نیست و قانونگذار به صورت جسته و گریخته در کتاب قانون آورده است به عبارت بهتر قانون مدون یا بخش مخصوص به داوری به شکل مدون نداریم و آنچه که در مورد داوری در قوانین داخلی داریم می توانیم به بخش هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی ایران که شامل مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ است و که در ارتباط با شیوه های حل اختلافات به روش داوری اشاره دارد باید این نکته را یادآور شده که حوزه قلمروی داخلی قابلیت اجرایی دارد و در رابطه با داوری در عرصه بین المللی قانون داوری بین الملل تجاری را داریم که مدون از ۳۶ ماده می باشد که به نحوی بیان کننده قانون مصطلح آنسیترال (کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل) است، در خصوص داوری تجاری بین المللی و با شرایط داخلی ایران منطبق و قابل اعمال بر داوریهایی بین المللی می باشد، اشاره کرد.

۴- اختیارات داوران در قانون داوری تجاری بین المللی

نویسنده: کاظمیان زاده، پریسا

مجله: حقوق داوری، فروردین ۱۳۹۸ - شماره ۲ صفحه ۳۹ تا ۶۴

در شیوه حل اختلافات از طریق داوری، طرفین اختلاف در انتخاب داور یا داوران، قانون حاکم، اختیارات و تکالیف داور و سایر موارد از آزادی عمل قابل ملاحظه ای برخوردارند؛ اما در صورت عدم تعیین این موارد از سوی طرفین اختلاف، قانون تکلیف را روشن می نماید. از جمله مهم ترین اختیارات داوران می توان به تعیین زبان و مکان داوری، تعیین قانون حاکم. صدور دستور موقت و اقدامات تامینی، تعیین مدت زمان رسیدگی و تغییر آن؛ بازدید و بازرسی از اماکن و انجام تحقیقات لازم، تشکیل جلسه آماده سازی، استماع اظهارات طرفین و شهود و رسیدگی در مورد آن ها و صدور رای داوری نام برد که تمامی این اختیارات برگرفته از موافقت نامه داوری می باشد و در صورت



سکوت طرفین، قانون حاکم حدود صلاحیت و اختیارات آن‌ها را مشخص می‌کند. البته معمولاً توافق در اعطای اختیارات و مطالبه تکالیف به شرط آگاهی از قوانین، قواعد و اصول داوری به دلیل اینکه مطابقت و سازگاری بیشتری با شرایط طرفین اختلاف دارد مفیدتر از تعیین تکلیف توسط قوانین مربوط به داوری برای ایشان است.

۵- مسئولیت حقوقی سازمان‌های داوری ناشی از استنکاف از رسیدگی به اختلافات ارجاعی

نویسنده: رضوانیان، اویس

مجله: پژوهش حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۷ - شماره ۲۴ صفحه ۳۷ تا ۶۴

در فاصله سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۱۵ میلادی و همراه با افزایش گستره تحریم‌های بین‌المللی علیه جمهوری اسلامی ایران، برخی سازمان‌های داوری اروپایی رسیدگی به دعاوی مرتبط با معاملات با ایران یا به طرفیت اشخاص ایرانی را با مشکلات و محدودیت‌هایی مواجه نموده و به دلایل نامشخصی از پذیرش و اداره این دعاوی سر باز زدند. این اقدام سازمان‌های داوری، از منظر رابطه قراردادی میان طرفین اختلاف و سازمان داوری، امکان مطالبه خسارت را برای طرف متضرر فراهم می‌نماید. برای طرح چنین مطالبه‌ای، باید ضمن احراز رابطه قراردادی، ورود خسارت و عدم وجود مانع غیرقابل کنترل (نظیر ممنوعیت‌های ناشی از تحریم‌های بین‌المللی) را بررسی نمود. علاوه بر این، با توجه به جنس خدمات ارائه‌شده از سوی سازمان‌های داوری، مسئولیت این سازمان‌ها حتی در فرض عدم وجود رابطه قراردادی و نیز ممنوعیت این استنکاف برابر قوانین ضد تبعیض اتحادیه اروپا موضوعی است که باید موردبررسی قرار گیرد. در این پژوهش، مسئولیت سازمان‌های داوری برای ارائه خدمات به کاربران و نیز مبانی نظری مطالبه خسارت از این سازمان‌ها در صورت استنکاف از رسیدگی بررسی شده و امکان طرح چنین دعوی احراز گردیده است.



معرفی کتاب

مینا سالمی^۱



- اصول و رویه های داورى تجارى بين المللى
- مؤلف: مارگارت موزز
- مترجم: دکتر مجتبی اصغریان
- انتشارات خرسندی
- اولین چاپ ۱۳۹۸

امروزه داورى شیوه ای مسالمت آمیز در حل اختلافات به حساب می آید و مردم دنیا و حتی دولت ها، تمایل دارند تا بدون مراجعه به دادگستری به اختلافات فیما بین خود خاتمه دهند. علت این امر شاید این باشد که طرفین در پروسه داورى اضطراب کمتری داشته و با انتخاب داور مرضی الطرفین می توانند نقشی در این پروسه ایفا کنند. لذا تمایل به



جایگزین نمودن داوری به جای طرح دعوی در دادگستری روند صعودی داشته است و امیدواریم که کشور ما نیز در این خصوص پیشرو باشد و حجم پرونده های طرح شده در دادگستری از این طریق کاهش یابد.

یکی از شاخه های مهم در داوری، داوری تجاری به ویژه در سطح بین المللی است که کتاب زیر به آن می پردازد.

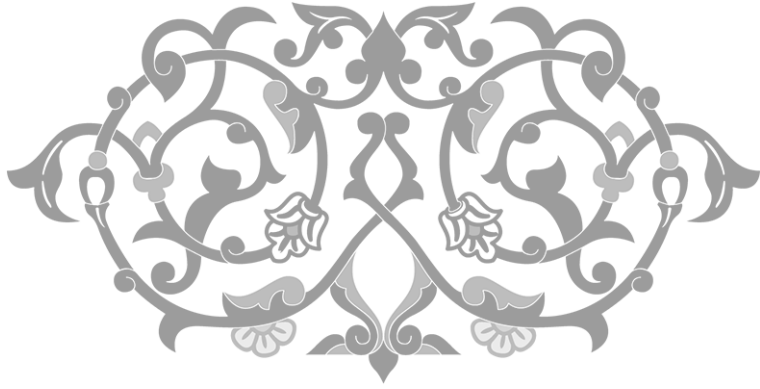
درباره کتاب

در این کتاب به بررسی کلی دنیای داوری تجاری بین المللی پرداخته می شود. موضوعات این کتاب از تنظیم موافقت نامه داوری تا اجرای رأی را دربر می گیرد. در این راستا توصیه های خاصی از داوران و وکلا در رابطه با انتخاب داوران، انتخاب سرداور، مصاحبه با کارشناسان، مدیریت جلسات رسیدگی، پرسش متقابل از شهود و... ارائه می شود. همچنین کتاب حاوی یک فصل نهایی درباره داوری سرمایه گذاری است. در پایان ضمیمه درباره قوانین، قواعد و مقررات اخلاقی و شروط نمونه آمده است. مطالب این کتاب در یازده فصل به شرح زیر آمده است:

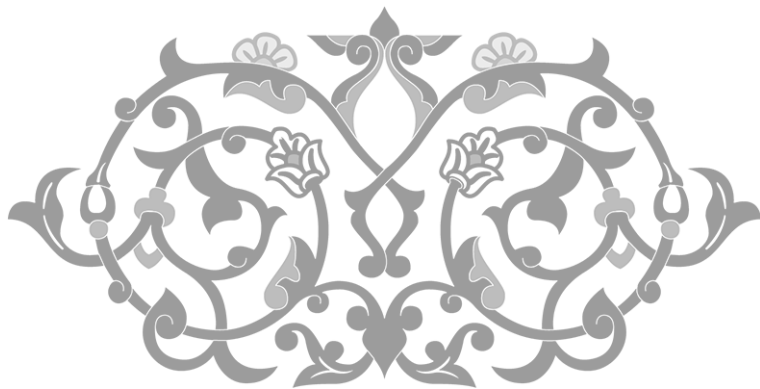
فصل اول: مقدمه ای بر داوری تجاری بین المللی، فصل دوم: موافقتنامه داوری، فصل سوم: تنظیم موافقتنامه داوری، فصل چهارم: قوانین و قواعد حاکم، فصل پنجم: مساعدت قضائی به داوری، فصل ششم: دیوان داوری، فصل هفتم: رسیدگی داوری، فصل هشتم: رأی داوری، فصل نهم: ابطال رأی، فصل دهم: اجرای رأی، فصل یازدهم: داوری سرمایه گذاری و داوری بین الدولی.

درباره نویسنده

مارگارت موزز استاد دانشکده حقوق دانشگاه لویولا شیکاگو، مؤلف کتاب و دکتر مجتبی اصغریان عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی، مترجم آن است. دکتر اصغریان، دارای دیپلم داوری بین المللی از آکادمی داوری پاریس، دیپلم حقوق بین الملل عمومی و خصوصی از آکادمی حقوق بین الملل لاهه بوده و تحصیلات خود را در دوره دکترای حقوق بین الملل در دانشگاه شهید بهشتی در سال ۱۳۹۵ به اتمام رسانیده است. از سوابق ویژه ایشان در حوزه داوری، می توان به سمت مشاور مؤسسه داوری بین المللی لاهه اشاره کرد. اطلاعات علمی و آکادمیک ایشان در حوزه داوری و تسلط به چندین زبان زنده دنیا سبب شده که شاهد ترجمه ای روان و علمی در این کتاب باشیم.



زنگ تفريح





خاطرات طنز

دکتر علی رادان جبلی^۱

مغاک ۱

ابله و فرزانه را فرجام خاک جایگاه هردو اندر یک مغاک

رودکی

"این دفعه دیگه ادا و اصول در نیار. عروسی دختر خواهرمه؛ زشته که مثل غریبه ها آخر وقت بیایی. حالا یه روز ول کن این کاغذ رو". زخم بود که داشت برای هزارمین بار تذکر می داد که حتما به موقع در مراسم جشن عروسی حاضر شوم. عروسی عصر روز جمعه بود در جایی دور؛ در شهری که باید برای رسیدن به آنجا پایت را یک ساعت روی پدال گاز اتومبیل فشار می دادی. صبح اول وقت با قدری غرولند رفت؛ دخترم را هم برد: "ناسلامتی شوهر خاله ای؛ به فکر آبروی من باش!". به فکر بودم، اما باید می ماندم و لایحه مربوط به یک دادرسی کیفری در روز شنبه را آماده می کردم. نمی توانستم لایحه را ناقص به حال خود رها کنم. رفتم دفتر؛ با این خیال که دو سه ساعت کار کنم و بعد بزخم به جاده. ساختمان خلوت بود. انتظار داشتم که روز جمعه کسی آن جا نباشد. دفتر سوت و کور بود. پرونده را آوردم، سوابق را مطالعه کردم، سرکی به یکی دوتا کتاب حقوقی زدم و نگارش لایحه را شروع کردم. کار زودتر از آن چه گمان می کردم تمام شد. خوشحال بودم. می توانستم به یک کرشمه دو کار کنم؛ شرکت در عروسی و فاتح دادرسی. حساب کردم که رفتن به منزل برای عوض کردن لباس و بعد پرکردن باک بنزین وقتی نمی برد. تصور این که ساعتی بعد در حلقه بستگان، زمانی که در حال خالی کردن ظرف میوه های خوشرنگ بودیم به گله و شکایت از بالا رفتن قیمت دلار و سکه مشغول هستیم، خوشایند بود. وارد آسانسور شدم. دفتر من در طبقه سوم یک مجتمع

۱. استاد دانشگاه، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان.



ساختمانی چهار طبقه است. آسانسور در حال حرکت به پایین بود و من در جیب لباسم به دنبال سوئیچ ماشین می گشتم که یک دفعه با یک تکان شدید آسانسور تاریک شد و ایستاد. نمی دانم تاریکی اول آمد یا توقف؛ فقط به خاطر می آورم که ظلمت و سکوت همه جا را فرا گرفت. چه شده بود؟ بی اختیار فریاد زدم: "لا مصب! حالا چه وقت خراب شده." شاید آسانسور خراب نشده و برق رفته بود. همه جا تاریک بود. چند بار کلیدهای توقف طبقات را زدم. بعد با مشت روی آن ها کوبیدم. آخر سر از روی ناامیدی هرچه کلید و دکمه بود را فشار دادم. آسانسور مثل یک نعش مرده، ساکت و بی حرکت بود. دنبال گوشی موبایل گشتم. نبود. یعنی چه؟ یک دفعه عرق سرد روی پیشانی ام نشست. گوشی در خانه بود؛ زیر شارژ. مثل این که اضلاع مثلث بدبختی من خوب مهندسی شده بود؛ روز تعطیل بدون گوشی در یک آسانسور خاموش. هم عصبانی بودم و هم نگران. چند بار محکم به در آسانسور کوبیدم و فریاد زدم. می دانستم که بی فایده است اما چاره ای برایم نمانده بود. صدایم اوج گرفت، تقریباً نعره می زدم. هیچ فریاد رسی نبود. چکار باید می کردم. بخت نا میمون دندان های تیزش را به من نشان داده بود. چند بار به خودم فحش دادم: "بیشعور؛ احمق؛ کودن". چه گناهی داشتیم؟ شاید این که همیشه کار برایم مقدم بر همه چیز بود تا جایی که زخم به مانند هوو به کتاب ها و پرونده هایم نگاه می کرد. شاید برای بی اعتنایی به چیزهایی که او مهم می شمرد و من قلندر وار از کنار آن ها می گذشتم. شاید برای این که چهار تا کتاب خوانده بودم و خودم را عقل کل می دانستم. شاید برای این که باید راه روندگان را می رفتم و تن به انزوا و فاصله گرفتن از دوست و آشنا نمی دادم. چکار باید می کردم؟ روی بازوها حساب کردم: به زور و ضرب و فشار سعی در باز کردن در آسانسور کردم: "وا شو بدکردار تن لش". هرچی فشار آوردم بی فایده بود. مستاصل بودم و غرق در عرق. من آن آدم نیم ساعت پیش نبودم. مثل یک پلنگ که در مغاک شکارچیان گیر افتاده می غریدم. عقلم قفل شده بود. از خودم و کارهایی که می کردم و حرف هایی که می زدم تعجب کرده بودم. حالم عادی نبود. "لعنتی مادر واشو". سکوتی آزار دهنده حاکم بود. متوجه شدم که آسانسور بین طبقات گیر کرده است. احساس تنگی نفس می کردم. می دانستم که هوا به قدری که تلف نشوم هست اما فشار عصبی، ضربان قلبم را تند و بر گردش خونم تاثیر گذاشته بود. چکار باید می کردم؟ همه راه ها به بن بست خورده بود و من بعد از یک ساعت کلنجار رفتن در حال تسلیم شدن بودم.....



مغاک ۲

دو ساعت در آن دخمه تاریک که سکوت هول انگیزی آن را دهشتناک کرده بود، تنها و بی کس گرفتار شده بودم. هرکاری که به فکر می رسید انجام داده بودم، اما "جز وحشتم نیفزود". دیگر از تقلا افتاده و تن به سرنوشت داده بودم. کف آسانسور ولو شده و سعی می کردم امید را از خودم دور نکنم. می دانستم که پایان ماجرا نجات از این گور آهنی است، اما زمان پایان را نمی دانستم. گاهی فکر می کردم که نکند کمبود هوا کارم را بسازد و جنازه من از این قفس سیاه بیرون کشیده شود ولی به خاطر آوردم که هیچ وقت نشنیده و نخوانده بودم که کسی در آسانسور خفه شده باشد. تقلا زیاد باعث شده بود که احساس تشنگی زیادی بکنم. کام و زبانم خشک شده بود. کت و پیراهنم را در آوردم، شاید از فشار گرما و تشنگی بکاهم. محفظه آهنی مثل یک گور تمام عیار بود؛ تاریک و ساکت. با این تفاوت که به جای خاک تیره اسپر آهن سرد شده بودم و قبری عمودی مرا در بر گرفته بود. تاریکی توهم می آورد و من هم از سفره گشاده وهم در ظلمت بی توشه نماندم. گاهی مرغ ذهنم به وادی مرگ و قبر پرواز می کرد و بر کنگره ابدیت می نشست. واقعیت این است که هیچ چیز وحشتناک تر از تنهایی نیست. انسان از پستان اُنس شیر خورده و مونس می خواهد. جایی خواننده بودم که در دنیای جدید از تاریکی قرین با سکوت مطلق به عنوان یک شکنجه علیه بخت برگشتگان زندانی استفاده می کنند. حالا من شکنجه گر خود شده بودم و داشتم با افکاری که امید در آن مرده بود، خود را عذاب می کردم. شکنجه گر به قربانی خود از مادر نزدیک تر بود و او را بیشتر از هر کس دیگری می شناخت. خواستم قدری بخوابم تا شاید دمی از آن رنج که تازیانه بر روحم می زد بیاسایم؛ چه فکر ابلهانه ای! کدام پلک می توانست در آن حال و هوا به بر روی هم برسد. صدای خش خش ضعیفی به گوشم رسید. دقت کردم. برخلاف چشم های کم نورم که حالا بدون نور هیچ چیز را نمی دید، گوش هایم تیز شده بود: "کسی اونجاست؟ کمک... کمک کنید... اینجا گیر افتاده ام". هیچ صدایی نمی آمد. داشتم دچار توهم می شدم. به ساعت نگاه کردم. تنها چیز بی جانی که در اطراف من زنده بود. عقربک ها شب نما بود و این کمک کرد تا متوجه شوم که سه ساعت از مدت حبس من گذشته است. با آن که کاری نکرده بودم احساس خستگی و ضعف داشتم. شاید آن همه تقلا ی اولیه و اضطراب باعث ناتوانی جسمی و ذهنی من شده بود. بار دیگر نگاهی به



ساعتم انداختم. عقربک بی وقفه می دوید و آرام و قرار نداشت. در آن سکوت محض و ظلمت ممتد سرگرمی من شده بود نگاه کردن به حرکت دوار عقربک های ساعت. گاهی بلند می شدم و بیپهوده فریاد می کشیدم و کمک می خواستم: "کسی صدای من را می شنود؟ من گیر افتاده ام... آهای... آهای...". جوابی نمی آمد و من بیشتر مضطرب می شدم. از مساعدت بنی آدم قطع امید کرده و رو به خدا آوردم: "خدایا به داد بنده تنهای خود در این کنج تاریک و بی کسی برس. توجه کن به حال من درمانده منقطع از همه چیز". حال انقلاب به من دست داده بود، شعری را که به وقت نیاز و اضطرار در حوادث زندگی می خواندم، چندی بار تکرار نمودم: "زمانه بر سر جنگ است یا علی مددی... کمک زغیر تو ننگ است یا علی مددی". چشمم تر شد. همیشه مواظبت کرده بودم که کسی چشمان خیس مرا نبیند اما حالا داشتم در آن ظلمتکده بی صدا گریه می کردم. بارها زخم به شوخی و جدی گفته بود: "یک بار آرزو داشتم ببینم که گریه کردن تو چطوری است؟ بابا! تو باید برای سنگ خارا کلاس درس بگذاری". حالا کجا بود آن یار طعنه زن که چشم های مرطوب مرا ببیند....

مغاک ۳

بار دیگر به ساعت نگاه کردم. هفت ساعت بود که در آن زندان آهنی حبس شده بودم. تشنگی تاب و توانم را بریده و گرسنگی هم سراغی از من گرفته بود. مطمئن بودم که زخم تا یکی دو ساعت بعد از ظهر نگران نشده و نبود من در آن مراسم را گذاشته به پای کار زیاد توام با بی خیالی. اما تردیدی نداشتم که بعدا صد تا زنگ به گوشی تلفن همراه من زده بود. مشکل حبس موقت در این چارچوب فلزی کم بود، فکر و خیال هم آمده بود به سراغم: "الان زن بیچاره به هول ولا افتاده و به قول خودش دلشوره امانش را بریده است. می دانست که من هرچه قدر سخت دل باشم، حداقل جواب تلفن را خواهم داد، حتما دلش هزار تا راه رفته: چه بلایی سرش اومده؟ نکند در آن دفتر سخته یا در راه تصادف کرده باشد؟ اگه چیزی بروز بدم جشن این ها هم خراب میشه؛ چیکار کنم؟". نکبت بدتر از این نمی شد که این آسانسور لعنتی شب عروسی آن دختر معصوم که مرا پدر دوم خودش می دانست از کار بیفتد. با آن که زیاد به شانش و بخت اعتقاد نداشتم، اما این بار به نظرم نحوست طالع کار دستم داده بود. حسن و ثوق الدوله هم زمانی از زمین و زمان، دوست و دشمن بلا دید که گفت: "چون بد آید هرچه آید بد شود / یک بلا ده



گردد و ده صد شود" تشنگی، گرسنگی، خستگی و بلا تکلیفی همه را پذیرفته بودم و دیگر شکایتی نداشتم. خودم را با وضعیت آن اتاقک وفق داده بودم. نمی دانم طبیعت سازگار آدمی بود یا اثر آن التجا به درگاه خدا که قرار یافته بودم، حتی گاهی به حرف هایی که باید فردا در دادگاه می زدم فکر می کردم. تنهایی هم اذیتم نمی کرد. بی خود راجع به مردن هم نمی گویند که شب اولش سخت است، چون بعدا داروی عادت، هر هم و غمی را دوا خواهد کرد. فقط ناراحتی از بی خبری همسر و خانواده بود که دست از سرم بر نمی داشت. باز صدایی شنیدم. توهم بود؟. گاهی انتظار داشتم که شیخ یا اشباحی در جلویم حاضر شده و مرا از تنهایی دریاورند؛ سازی، آوازی، حرکات موزونی، اما شانس این یکی را هم نداشتم. هرچه شما شیخ دیدید من هم دیدم. دیگر کم مانده بود که مالخولیایی شوم. اما مثل این که واقعا صدایی مانند همه‌همه از بیرون به گوش می رسید. بلند شدم و با صدایی ضعیف که از ته گلوی خشک به زحمت بیرون می آمد کمک خواستم. صداها با وضوح بیشتری به گوشم می رسید. مثل این که عده ای با هم حرف می زدند. می خواستم دوبار فریاد بزنم که ... نور شدیدی به چشمانم خورد، مجبور شدم پلک هایم را روی هم بگذارم. آسانسور حرکت و صدایی زنانه رسیدن به طبقه همکف را اعلام کرد. در آسانسور از بیرون باز شد و من که دوباره روی زمین رها شده بودم، به زور صورت های آشنایی را دیدم. در میان آن جمع زخم گریه می کرد: "تو که ما را کشتی ... نصف عمر شدم تا اینجا". گفت که دلش تاب نیاورده و ماجرا را به برادرش گفته و با ماشین او حرکت می کنند به سمت خانه. اما با دیدن تلفن بی صاحب با عجله خودشان را می رسانند به دفتر. توی راه با یکی از همسایه ها تماس می گیرند و این دفعه از بخت بلند، او با کلیدش می رسد. چیزی نگفتم؛ یعنی نداشتم که بگویم. نه زبانم می چرخید و نه چشمانم می گردید. عباس برادر زخم در حالی که کمک می کرد پیراهن و کت را به تن کنم گفت: "به خیر گذشته بابا... فیوز برق مشاعات اتصالی کرده بود. باید این جوری می شد... حتما حکمتی تو کار بوده، ما چه می دونیم". چشمانم تازه داشت به نور عادت می کرد. به زحمت به ساعت نگاه کردم. عقربک همچنان می دوید. گویی این بار تندتر؛ شادتر و قبراتر. تر به خیالم رسید که او هم هوای آزادی را حس کرده است؛ عقربک می خرامید، می رقصید و جلو می رفت.



ساعتم انداختم. عقربک بی وقفه می دوید و آرام و قرار نداشت. در آن سکوت محض و ظلمت ممتد سرگرمی من شده بود نگاه کردن به حرکت دوار عقربک های ساعت. گاهی بلند می شدم و بیهوده فریاد می کشیدم و کمک می خواستم: "کسی صدای من را می شنود؟ من گیر افتاده ام... آهای... آهای...". جوابی نمی آمد و من بیشتر مضطرب می شدم. از مساعدت بنی آدم قطع امید کرده و رو به خدا آوردم: "خدایا به داد بنده تنهای خود در این کنج تاریک و بی کسی برس. توجه کن به حال من درمانده منقطع از همه چیز". حال انقلاب به من دست داده بود، شعری را که به وقت نیاز و اضطرار در حوادث زندگی می خواندم، چندی بار تکرار نمودم: "زمانه بر سر جنگ است یا علی مددی... کمک زغیر تو ننگ است یا علی مددی". چشمم تر شد. همیشه مواظبت کرده بودم که کسی چشمان خیس مرا نبیند اما حالا داشتم در آن ظلمتکده بی صدا گریه می کردم. بارها زخم به شوخی و جدی گفته بود: "یک بار آرزو داشتم ببینم که گریه کردن تو چطوری است؟ بابا! تو باید برای سنگ خارا کلاس درس بگذاری". حالا کجا بود آن یار طعنه زن که چشم های مرطوب مرا ببیند....

مغاک ۳

بار دیگر به ساعت نگاه کردم. هفت ساعت بود که در آن زندان آهنی حبس شده بودم. تشنگی تاب و توانم را بریده و گرسنگی هم سراغی از من گرفته بود. مطمئن بودم که زخم تا یکی دو ساعت بعد از ظهر نگران نشده و نبود من در آن مراسم را گذاشته به پای کار زیاد توام با بی خیالی. اما تردیدی نداشتم که بعدا صد تا زنگ به گوشی تلفن همراه من زده بود. مشکل حبس موقت در این چارچوب فلزی کم بود، فکر و خیال هم آمده بود به سراغم: "الان زن بیچاره به هول ولا افتاده و به قول خودش دلشوره امانش را بریده است. می دانست که من هرچه قدر سخت دل باشم، حداقل جواب تلفن را خواهم داد، حتما دلش هزار تا راه رفته: چه بلایی سرش اومده؟ نکند در آن دفتر سخته یا در راه تصادف کرده باشد؟ اگه چیزی بروز بدم جشن این ها هم خراب میشه؛ چیکار کنم؟". نکبت بدتر از این نمی شد که این آسانسور لعنتی شب عروسی آن دختر معصوم که مرا پدر دوم خودش می دانست از کار بیفتد. با آن که زیاد به شانش و بخت اعتقاد نداشتم، اما این بار به نظرم نحوست طالع کار دستم داده بود. حسن و ثوق الدوله هم زمانی از زمین و زمان، دوست و دشمن بلا دید که گفت: "چون بد آید هرچه آید بد شود / یک بلا ده



گردد و ده صد شود" تشنگی، گرسنگی، خستگی و بلا تکلیفی همه را پذیرفته بودم و دیگر شکایتی نداشتم. خودم را با وضعیت آن اتاقک وفق داده بودم. نمی دانم طبیعت سازگار آدمی بود یا اثر آن التجا به درگاه خدا که قرار یافته بودم، حتی گاهی به حرف هایی که باید فردا در دادگاه می زدم فکر می کردم. تنهایی هم اذیتم نمی کرد. بی خود راجع به مردن هم نمی گویند که شب اولش سخت است، چون بعدا داروی عادت، هر هم و غمی را دوا خواهد کرد. فقط ناراحتی از بی خبری همسر و خانواده بود که دست از سرم بر نمی داشت. باز صدایی شنیدم. توهم بود؟. گاهی انتظار داشتم که شیخ یا اشباحی در جلویم حاضر شده و مرا از تنهایی دریاورند؛ سازی، آوازی، حرکات موزونی، اما شانس این یکی را هم نداشتم. هرچه شما شیخ دیدید من هم دیدم. دیگر کم مانده بود که مالخولیایی شوم. اما مثل این که واقعا صدایی مانند همه‌همه از بیرون به گوش می رسید. بلند شدم و با صدایی ضعیف که از ته گلوی خشک به زحمت بیرون می آمد کمک خواستم. صداها با وضوح بیشتری به گوشم می رسید. مثل این که عده ای با هم حرف می زدند. می خواستم دوبار فریاد بزنم که ... نور شدیدی به چشمانم خورد، مجبور شدم پلک هایم را روی هم بگذارم. آسانسور حرکت و صدایی زنانه رسیدن به طبقه همکف را اعلام کرد. در آسانسور از بیرون باز شد و من که دوباره روی زمین رها شده بودم، به زور صورت های آشنایی را دیدم. در میان آن جمع زخم گریه می کرد: "تو که ما را کشتی ... نصف عمر شدم تا اینجا". گفت که دلش تاب نیاورده و ماجرا را به برادرش گفته و با ماشین او حرکت می کنند به سمت خانه. اما با دیدن تلفن بی صاحب با عجله خودشان را می رسانند به دفتر. توی راه با یکی از همسایه ها تماس می گیرند و این دفعه از بخت بلند، او با کلیدش می رسد. چیزی نگفتم؛ یعنی نداشتم که بگویم. نه زبانم می چرخید و نه چشمانم می گردید. عباس برادر زخم در حالی که کمک می کرد پیراهن و کت را به تن کنم گفت: "به خیر گذشته بابا... فیوز برق مشاعات اتصالی کرده بود. باید این جوری می شد... حتما حکمتی تو کار بوده، ما چه می دونیم". چشمانم تازه داشت به نور عادت می کرد. به زحمت به ساعت نگاه کردم. عقربک همچنان می دوید. گویی این بار تندتر؛ شادتر و قبراتر. تر به خیالم رسید که او هم هوای آزادی را حس کرده است؛ عقربک می خرامید، می رقصید و جلو می رفت.



ساعتم انداختم. عقربک بی وقفه می دوید و آرام و قرار نداشت. در آن سکوت محض و ظلمت ممتد سرگرمی من شده بود نگاه کردن به حرکت دوار عقربک های ساعت. گاهی بلند می شدم و بیپهوده فریاد می کشیدم و کمک می خواستم: "کسی صدای من را می شنود؟ من گیر افتاده ام... آهای... آهای...". جوابی نمی آمد و من بیشتر مضطرب می شدم. از مساعدت بنی آدم قطع امید کرده و رو به خدا آوردم: "خدایا به داد بنده تنهای خود در این کنج تاریک و بی کسی برس. توجه کن به حال من درمانده منقطع از همه چیز". حال انقلاب به من دست داده بود، شعری را که به وقت نیاز و اضطرار در حوادث زندگی می خواندم، چندی بار تکرار نمودم: "زمانه بر سر جنگ است یا علی مددی... کمک زغیر تو ننگ است یا علی مددی". چشمم تر شد. همیشه مواظبت کرده بودم که کسی چشمان خیس مرا نبیند اما حالا داشتم در آن ظلمتکده بی صدا گریه می کردم. بارها زخم به شوخی و جدی گفته بود: "یک بار آرزو داشتم ببینم که گریه کردن تو چطوری است؟ بابا! تو باید برای سنگ خارا کلاس درس بگذاری". حالا کجا بود آن یار طعنه زن که چشم های مرطوب مرا ببیند....

مغاک ۳

بار دیگر به ساعت نگاه کردم. هفت ساعت بود که در آن زندان آهنی حبس شده بودم. تشنگی تاب و توانم را بریده و گرسنگی هم سراغی از من گرفته بود. مطمئن بودم که زخم تا یکی دو ساعت بعد از ظهر نگران نشده و نبود من در آن مراسم را گذاشته به پای کار زیاد توام با بی خیالی. اما تردیدی نداشتم که بعدا صد تا زنگ به گوشی تلفن همراه من زده بود. مشکل حبس موقت در این چارچوب فلزی کم بود، فکر و خیال هم آمده بود به سراغم: "الان زن بیچاره به هول ولا افتاده و به قول خودش دلشوره امانش را بریده است. می دانست که من هرچه قدر سخت دل باشم، حداقل جواب تلفن را خواهم داد، حتما دلش هزار تا راه رفته: چه بلایی سرش اومده؟ نکند در آن دفتر سخته یا در راه تصادف کرده باشد؟ اگه چیزی بروز بدم جشن این ها هم خراب میشه؛ چیکار کنم؟". نکبت بدتر از این نمی شد که این آسانسور لعنتی شب عروسی آن دختر معصوم که مرا پدر دوم خودش می دانست از کار بیفتد. با آن که زیاد به شانش و بخت اعتقاد نداشتم، اما این بار به نظرم نحوست طالع کار دستم داده بود. حسن و ثوق الدوله هم زمانی از زمین و زمان، دوست و دشمن بلا دید که گفت: "چون بد آید هرچه آید بد شود / یک بلا ده



گردد و ده صد شود" تشنگی، گرسنگی، خستگی و بلا تکلیفی همه را پذیرفته بودم و دیگر شکایتی نداشتم. خودم را با وضعیت آن اتاقک وفق داده بودم. نمی دانم طبیعت سازگار آدمی بود یا اثر آن التجا به درگاه خدا که قرار یافته بودم، حتی گاهی به حرف هایی که باید فردا در دادگاه می زدم فکر می کردم. تنهایی هم اذیتم نمی کرد. بی خود راجع به مردن هم نمی گویند که شب اولش سخت است، چون بعدا داروی عادت، هر هم و غمی را دوا خواهد کرد. فقط ناراحتی از بی خبری همسر و خانواده بود که دست از سرم بر نمی داشت. باز صدایی شنیدم. توهم بود؟. گاهی انتظار داشتم که شیخ یا اشباحی در جلویم حاضر شده و مرا از تنهایی دریاورند؛ سازی، آوازی، حرکات موزونی، اما شانس این یکی را هم نداشتم. هرچه شما شیخ دیدید من هم دیدم. دیگر کم مانده بود که مالخولیایی شوم. اما مثل این که واقعا صدایی مانند همه‌همه از بیرون به گوش می رسید. بلند شدم و با صدایی ضعیف که از ته گلوی خشک به زحمت بیرون می آمد کمک خواستم. صداها با وضوح بیشتری به گوشم می رسید. مثل این که عده ای با هم حرف می زدند. می خواستم دوبار فریاد بزنم که ... نور شدیدی به چشمانم خورد، مجبور شدم پلک هایم را روی هم بگذارم. آسانسور حرکت و صدایی زنانه رسیدن به طبقه همکف را اعلام کرد. در آسانسور از بیرون باز شد و من که دوباره روی زمین رها شده بودم، به زور صورت های آشنایی را دیدم. در میان آن جمع زخم گریه می کرد: "تو که ما را کشتی ... نصف عمر شدم تا اینجا". گفت که دلش تاب نیاورده و ماجرا را به برادرش گفته و با ماشین او حرکت می کنند به سمت خانه. اما با دیدن تلفن بی صاحب با عجله خودشان را می رسانند به دفتر. توی راه با یکی از همسایه ها تماس می گیرند و این دفعه از بخت بلند، او با کلیدش می رسد. چیزی نگفتم؛ یعنی نداشتم که بگویم. نه زبانم می چرخید و نه چشمانم می گردید. عباس برادر زخم در حالی که کمک می کرد پیراهن و کتَم را به تن کنم گفت: "به خیر گذشته بابا... فیوز برق مشاعات اتصالی کرده بود. باید این جوری می شد... حتما حکمتی تو کار بوده، ما چه می دونیم". چشمانم تازه داشت به نور عادت می کرد. به زحمت به ساعت نگاه کردم. عقربک همچنان می دوید. گویی این بار تندتر؛ شادتر و قبراتر. تر به خیالم رسید که او هم هوای آزادی را حس کرده است؛ عقربک می خرامید، می رقصید و جلو می رفت.



ساعتم انداختم. عقربک بی وقفه می دوید و آرام و قرار نداشت. در آن سکوت محض و ظلمت ممتد سرگرمی من شده بود نگاه کردن به حرکت دوار عقربک های ساعت. گاهی بلند می شدم و بیهوده فریاد می کشیدم و کمک می خواستم: "کسی صدای من را می شنود؟ من گیر افتاده ام... آهای... آهای...". جوابی نمی آمد و من بیشتر مضطرب می شدم. از مساعدت بنی آدم قطع امید کرده و رو به خدا آوردم: "خدایا به داد بنده تنهای خود در این کنج تاریک و بی کسی برس. توجه کن به حال من درمانده منقطع از همه چیز". حال انقلاب به من دست داده بود، شعری را که به وقت نیاز و اضطرار در حوادث زندگی می خواندم، چندی بار تکرار نمودم: "زمانه بر سر جنگ است یا علی مددی... کمک زغیر تو ننگ است یا علی مددی". چشمم تر شد. همیشه مواظبت کرده بودم که کسی چشمان خیس مرا نبیند اما حالا داشتم در آن ظلمتکده بی صدا گریه می کردم. بارها زخم به شوخی و جدی گفته بود: "یک بار آرزو داشتم ببینم که گریه کردن تو چطوری است؟ بابا! تو باید برای سنگ خارا کلاس درس بگذاری". حالا کجا بود آن یار طعنه زن که چشم های مرطوب مرا ببیند....

مغاک ۳

بار دیگر به ساعت نگاه کردم. هفت ساعت بود که در آن زندان آهنی حبس شده بودم. تشنگی تاب و توانم را بریده و گرسنگی هم سراغی از من گرفته بود. مطمئن بودم که زخم تا یکی دو ساعت بعد از ظهر نگران نشده و نبود من در آن مراسم را گذاشته به پای کار زیاد توام با بی خیالی. اما تردیدی نداشتم که بعدا صد تا زنگ به گوشی تلفن همراه من زده بود. مشکل حبس موقت در این چارچوب فلزی کم بود، فکر و خیال هم آمده بود به سراغم: "الان زن بیچاره به هول ولا افتاده و به قول خودش دلشوره امانش را بریده است. می دانست که من هرچه قدر سخت دل باشم، حداقل جواب تلفن را خواهم داد، حتما دلش هزار تا راه رفته: چه بلایی سرش اومده؟ نکند در آن دفتر سخته یا در راه تصادف کرده باشد؟ اگه چیزی بروز بدم جشن این ها هم خراب میشه؛ چیکار کنم؟". نکبت بدتر از این نمی شد که این آسانسور لعنتی شب عروسی آن دختر معصوم که مرا پدر دوم خودش می دانست از کار بیفتد. با آن که زیاد به شانش و بخت اعتقاد نداشتم، اما این بار به نظرم نحوست طالع کار دستم داده بود. حسن وثوق الدوله هم زمانی از زمین و زمان، دوست و دشمن بلا دید که گفت: "چون بد آید هرچه آید بد شود / یک بلا ده



گردد و ده صد شود" تشنگی، گرسنگی، خستگی و بلا تکلیفی همه را پذیرفته بودم و دیگر شکایتی نداشتم. خودم را با وضعیت آن اتاقک وفق داده بودم. نمی دانم طبیعت سازگار آدمی بود یا اثر آن التجا به درگاه خدا که قرار یافته بودم، حتی گاهی به حرف هایی که باید فردا در دادگاه می زدم فکر می کردم. تنهایی هم اذیتم نمی کرد. بی خود راجع به مردن هم نمی گویند که شب اولش سخت است، چون بعدا داروی عادت، هر هم و غمی را دوا خواهد کرد. فقط ناراحتی از بی خبری همسر و خانواده بود که دست از سرم بر نمی داشت. باز صدایی شنیدم. توهم بود؟. گاهی انتظار داشتم که شیخ یا اشباحی در جلویم حاضر شده و مرا از تنهایی دریاورند؛ سازی، آوازی، حرکات موزونی، اما شانس این یکی را هم نداشتم. هرچه شما شیخ دیدید من هم دیدم. دیگر کم مانده بود که مالخولیایی شوم. اما مثل این که واقعا صدایی مانند همه‌همه از بیرون به گوش می رسید. بلند شدم و با صدایی ضعیف که از ته گلوی خشک به زحمت بیرون می آمد کمک خواستم. صداها با وضوح بیشتری به گوشم می رسید. مثل این که عده ای با هم حرف می زدند. می خواستم دوبار فریاد بزنم که ... نور شدیدی به چشمانم خورد، مجبور شدم پلک هایم را روی هم بگذارم. آسانسور حرکت و صدایی زنانه رسیدن به طبقه همکف را اعلام کرد. در آسانسور از بیرون باز شد و من که دوباره روی زمین رها شده بودم، به زور صورت های آشنایی را دیدم. در میان آن جمع زخم گریه می کرد: "تو که ما را کشتی ... نصف عمر شدم تا اینجا". گفت که دلش تاب نیاورده و ماجرا را به برادرش گفته و با ماشین او حرکت می کنند به سمت خانه. اما با دیدن تلفن بی صاحب با عجله خودشان را می رسانند به دفتر. توی راه با یکی از همسایه ها تماس می گیرند و این دفعه از بخت بلند، او با کلیدش می رسد. چیزی نگفتم؛ یعنی نداشتم که بگویم. نه زبانم می چرخید و نه چشمانم می گردید. عباس برادر زخم در حالی که کمک می کرد پیراهن و کت را به تن کنم گفت: "به خیر گذشته بابا... فیوز برق مشاعات اتصالی کرده بود. باید این جوری می شد... حتما حکمتی تو کار بوده، ما چه می دونیم". چشمانم تازه داشت به نور عادت می کرد. به زحمت به ساعت نگاه کردم. عقربک همچنان می دوید. گویی این بار تندتر؛ شادتر و قبراتر. تر به خیالم رسید که او هم هوای آزادی را حس کرده است؛ عقربک می خرامید، می رقصید و جلو می رفت.