

داوری بین المللی

دانشگاه سمنان

دکتر محمد جواد عربیان

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مزایای داوری

الف- سرعت: رسیدگی در دادگاه ها مستلزم رعایت تشریفات قانونی و رسیدن نوبت و مشکلات مربوط به ابلاغ است. با توجه به اینکه یکی از اصول تجارت سرعت می باشد؛ مراجعه به داوری بسیار منطقی خواهد بود.

ب- هزینه دادرسی: اگرچه در بسیاری از کشورها دادرسی رایگان است و اتفاقاً دادرسی باید رایگان باشد؛ اما در بسیاری از کشورها مانند ایران برای طرح دعوا باید هزینه دادرسی پرداخت و چون این هزینه به صورت درصدی محاسبه می شود و مبلغ خواسته در دعاوی تجاری بین المللی بسیار بالاست؛ مراجعه به دادگاه ها مقرون به صرفه نیست و اگرچه داوری نیز هزینه دارد؛ اما معمولاً هزینه آن درصد بسیار پایین تری از دادرسی است.

ج- تخصص: امروزه تمام علوم، گسترده و تخصصی شده اند. علم حقوق نیز از این قاعده مستثنی نیست. یک قاضی نمی تواند در تمام ابواب حقوق مسلط باشد. از طرفی دعاوی تجاری بین المللی بسیار فنی است و علم مخصوص به خود را می طلبد. طرفین می توانند داوری را انتخاب کنند که متخصص در حقوق تجارت بین الملل باشد. هرچند بسیار مطلوب است که دولت ها با ایجاد دادگاه های تخصصی همچون دادگاه های مربوط به دعاوی تجاری بین المللی یا دعاوی بین المللی و حداقل دادگاه های تجاری یا دریایی این نقص را بر طرف نمایند.

د- اعتماد: وقتی طرفین خود بر یک داور مرضی الطرفین تراضی می کنند؛ خیلی آسان تر رای وی را هم می پذیرند.

مبحث دوم: انواع داوری های بین المللی

اگرچه داوری در حقوق بین الملل عمومی نیز بسیار پر کاربرد است؛ ولی معمولاً هر جا عبارت داوری بین المللی به کار رفت؛ مراد از آن داوری تجاری بین المللی می باشد.

داوری های بین المللی بر دو نوع هستند: موردی¹ و سازمانی. در داوری های موردی طرفین اختلاف بر داوری یک یا چند شخص رضایت می دهند. این داوران از قبل در یک سازمان داوری اشتغال نداشته اند و حداقل داوری در چارچوب یک سازمان صورت نمی گیرد. ولی در داوری های سازمانی یک سازمان داوری که دارای مقر، ساختمان و آیین دادرسی خاص خود است و قبل از اختلاف وجود داشته؛ رسیدگی خواهد کرد.

مبحث سوم: منابع

کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد که به اختصار آن را آنسیترال² می خوانند؛ در سال ۱۹۸۵ قانون نمونه داوری را تصویب کرد و در سال ۲۰۰۶ اصلاحاتی را در آن انجام داد. این قانون برای دولت ها لازم الاتباع نیست. اما نمونه یک قانون داوری بین المللی مدرن و پیشرفته است که آنسیترال آن را برای تصویب به دولت ها پیشنهاد می دهد. خلاصه تفاسیر دادگاه ها از قانون نمونه داوری آنسیترال توسط آنسیترال در مجموعه ای³ جمع آوری شده و در وب سایت آنسیترال موجود است.⁴

¹ Ad hoc

² UNCITRAL

³ Case law of uncitral text (CLOUT)

⁴ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.1. International Commercial Arbitration: Overview (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.38) 30Nov 2005, p 30

مقررات داورى آنسیترال نباید با قانون نمونه داورى آنسیترال خلط شود. مقررات داورى آنسیترال یک دسته از مقررات ناظر به داورى است که در صورت توافق طرفین و درج آن در موافقتنامه داورى بخشی از موافقتنامه مزبور می شود. در حالی که قانون نمونه داورى آنسیترال الگوی یک قانون داورى است که آنسیترال تهیه کرده و به کشورها پیشنهاد داده در وضع قوانین داورى ملی خود از آن اقتباس نمایند.⁵

در سال ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی ایران قانون داورى تجارى بین المللى را با اقتباس از قانون نمونه داورى آنسیترال تصویب کرد. ولی متأسفانه مجلس شورای اسلامی هنگام تصویب تغییراتی را در این قانون اعمال نمود. هر دو این قوانین برای داورى های موردی و نه سازمانی تدوین شده اند.

همچنین معاهدات زیادی راجع به داورى های بین المللى منعقد شده است که مهم ترین آنها کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داورى های خارجى می باشد.

مبحث چهارم: وصف بین المللى بودن

مطابق بند ب ماده ۱ قانون داورى تجارى بین المللى، داورى وقتی بین المللى است که یکی از طرفین تبعه ایران نباشد. این در حالی است که بسیاری از تجار دارای تابعیت ایران در کشورهای حاشیه جنوب خلیج فارس با تاجر ایرانی معامله می کنند و اگرچه داورى های ناظر بر آن اختلافات، داخلی نیست؛ باید طبق این قانون آن را داخلی تلقی کرد.⁶

اما مطابق ماده ۱ قانون نمونه داورى آنسیترال داورى هنگامی بین المللى است که یا ۱- مرکز تجارت طرفین در کشورهای مختلفی باشد یا ۲- محل داورى یا ۳- محل اجرای تعهدات یا ۴- محلی که نزدیک ترین ارتباط را با موضوع قرارداد دارد؛ در خارج از کشور محل تجارت طرفین باشد و یا ۵- خود طرفین توافق کرده باشند که داورى به بیش از یک کشور ارتباط دارد.

فصل دوم: داورى های سازمانی

مبحث اول: داورى های سازمانی حقوق بین الملل عمومی

تنها دیوان داورى بین المللى که هم سازمانی و هم در حیطه حقوق بین المللى باشد دیوان دایمی داورى است. این دیوان طبق کنفرانس ۱۸۹۹ لاهه تشکیل شد. دولت ها می توانند هر کس را که بخواهند به عنوان داور انتخاب کنند. این دیوان سازمانی نیست که به طور دایم به حل و فصل اختلافات بین دولت ها پردازد؛ بلکه فهرستی از اسامی داوران است که در اختیار دولت ها بوده تا هر وقت بین آنها اختلافی روی دهد؛ بتوانند از بین آنها داورانی را انتخاب کنند. هر کشوری که این معاهده را قبول کرده می تواند حداکثر چهار نفر از اشخاصی که آشنایی کامل با مسایل بین المللى و حقوق بین الملل داشته و دارای مرتبه عالی اخلاقی باشند را برای شش سال به عنوان داور معرفی کند. در صورت بروز اختلاف هر دولت دو نفر از داوران لیست را که فقط یکی از آنان می تواند تبعه آن کشور باشد را انتخاب می کنند و این چهار داور یک سرداور از بین داوران موجود در لیست انتخاب خواهند کرد. مقر این دیوان در لاهه است.⁷ با این حال نباید این دیوان را با دیوان بین المللى دادگستری که مقر آن دیوان نیز در لاهه است؛ اشتباه گرفت. زیرا دیوان بین المللى دادگستری یک مرجع قضایی بین المللى است نه یک مرجع داورى بین المللى.

مبحث دوم: داورى های سازمانی دو جنبه ای

^۵ شیروی، عبدالحسین، داورى تجارى بین المللى، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، چاپ پنجم، ص ۱۹

^۶ شیروی، همان منبع، ص ۱۶

^۷ میرعباسی، سیدباقر، حقوق بین الملل عمومی، جلد دوم، نشر میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۸۲، ص ۱۱۲

آرای این دسته از سازمان های داوری هم در حقوق بین الملل عمومی و هم در حقوق بین الملل خصوصی قابل مطالعه می باشد. دو سازمان داوری بین المللی این وصف را دارند. یکی از طرفین اختلاف در این دیوان ها یک شخص حقوق خصوصی و طرف دیگر یک دولت می باشد.

گفتار اول: مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری

به مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری به اختصار ایکسید می گویند که مقر آن در واشنگتن می باشد. سرمایه گذاری خارجی در یک کشور باعث رونق اقتصاد آن کشور و افزایش اشتغال می شود. ولی سرمایه گذاران از سرمایه گذاری در کشورهای دیگر و بالاخص کشورهای جهان سوم بیم دارند و احتمال مصادره اموالشان را می دهند و همچنین می ترسند که دادگاه های داخلی آن کشور دادگاه های ضعیف، سیاسی و فرمایشی باشد و نتوانند احقاق حق نمایند. بنابراین الحاق به کنوانسیون ایکسید ضمانتی برای سرمایه گذاران خارجی و راهی برای توسعه اقتصادی است. متأسفانه ایران به کنوانسیون ایکسید ملحق نشده است.

کنوانسیون ایکسید در سال ۱۹۶۵ در چارچوب بانک جهانی تصویب شد.^۸ این کنوانسیون دو راه حل داوری و سازش را برای حل اختلافات پیشنهاد می دهد. سازش انعطاف پذیرتر و غیر رسمی تر است و در پایان رسیدگی آن یک گزارش تنظیم می شود که الزام آور نیست.^۹ کنوانسیون ایکسید فقط راجع به دعوی مربوط به سرمایه گذاری است و در رویه آن سرمایه گذاری به مفهوم وسیع تفسیر می شود.^{۱۰}

هر کشور متعاهد ایکسید می تواند برای هر هیات سازش و داوری چهار نفر را تعیین کند که ضرورتی ندارد حتما از اتباع خودش باشند. رییس شورای اداری هم می تواند ده نفر را از ملیت های مختلف برای هر هیات تعیین کند.^{۱۱}

در سال ۱۹۷۸ ایکسید تسهیلات اضافی^{۱۲} را تصویب کرد که قواعد و آیین دادرسی خود را دارد. تسهیلات اضافی یک روش پیشنهادی برای پرونده هایی است که یکی از طرفین چه میزبان و چه سرمایه گذار عضو ایکسید نیستند. مقررات کنوانسیون ایکسید بر آن اعمال نمی شود. این روش برای موافقت نامه نفتا و معاهده منشور انرژی می تواند حایز اهمیت باشد. همچنین در پرونده هایی که مستقیماً ناشی از سرمایه گذاری نباشد؛ به کار می آید.^{۱۳} البته در این صورت ایکسید به عنوان یک سازمان داوری بین المللی عمل خواهد کرد؛ ولی طرفین از امتیازات ایکسید برخوردار نخواهد بود.^{۱۴}

گفتار دوم: دیوان داوری ایران-ایالات متحده

^۸ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.1. International Commercial Arbitration: Overview (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.38) 30Nov 2005, p 9

^۹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.1. International Commercial Arbitration: Overview (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.38) 30Nov 2005, p 13

^{۱۰} COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.1. International Commercial Arbitration: Overview (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.38) 30Nov 2005, p 14

^{۱۱} شیروی، همان منبع، ص ۱۲۳

^{۱۲} Additional facility

^{۱۳} COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.1. ICSID: Overview (UNCTAD/EDM/Misc.232 (Overview)) 10 Mar 2003, p 10

^{۱۴} شیروی، همان منبع، ص ۱۲۱

در ۴ نوامبر ۱۹۷۹ سفارت آمریکا در تهران توسط دانشجویان پیرو خط امام تسخیر شد و ۵۲ تبعه آمریکا به مدت ۴۴ روز در اسارت باقی ماندند. در پی این اقدام دولت ایالات متحده آمریکا دوازده میلیارد دلار دارایی های ایران در آمریکا و خارج از آن را مسدود کرد.¹⁵

دولت های ایران و آمریکا با میانجیگری (مסاعی جمیله) دولت الجزایر بیانیه الجزایر را امضا نمودند. طبق این بیانیه دیوان داورى ایران آمریکا برای رسیدگی به اختلافات بین دولت های جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا و اتباع آنها علیه دولت مقابل تشکیل شد.¹⁶

مطابق بند ماده ۳ بیانیه الجزایر درباره حل و فصل دعاوی، این دیوان آیین دادرسی مقررات آنستیرال را اجرا خواهد کرد. مقرر این دیوان در شهر لاهه هلند است.

مبحث سوم: داورى های سازمانى حقوق بین الملل خصوصى

گفتار اول: کلیات

تعداد داورى های سازمانى حقوق بین الملل خصوصى بسیار زیاد است و احصای همه آنها مشکل می باشد. با این حال غیر از مواردی که شرح داده می شود؛ برخی از مهم ترین این دیوان ها عبارتند از: دیوان داورى بین المللى لندن¹⁷، انجمن داورى دریایی لندن¹⁸، مرکز عربى داورى تجارى بین المللى¹⁹ و انجمن داورى آمریکا²⁰. انجمن اخیر دارای دو آیین دادرسی جداگانه برای داورى های داخلی و داورى های بین المللى می باشد.

گفتار دوم: اتاق بازرگانی بین المللى

این اتاق خودش یک دیوان داورى نیست. بلکه بر کار داوران نظارت می کند؛ قرارداد داورى را بررسی می کند؛ محل داورى را مشخص می کند؛ حسب مورد داور را منصوب یا تایید می نماید؛ به جرح داور رسیدگی می کند؛ رای را مورد بازبینی (شکلی) قرار می دهد؛ هزینه های داورى را می گیرد و به داوران می پردازد و هزینه های ادارى خودش را اخذ می کند؛ اما در ماهیت رسیدگی دخالت نمی کند.²¹ شروع داورى در اتاق بازرگانی بین المللى با تقدیم تقاضا به شعبه اصلی در پاریس یا شعبه هنگ کنگ است.²²

گفتار سوم: وایپو²³

وایپو سازمان جهانی مالکیت فکری است و چهار نوع خدمات برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات دارد: کارشناسی، سازش، داورى و داورى سریع. در داورى سریع فقط یک داور داورى می کند و مواعد کوتاه تر است.²⁴

¹⁵ مافی، همایون، تحلیلی بر عملکرد دیوان داورى ایران-آمریکا، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴، بهار و تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۷۸

افتخار جهرمی، گودرز، دیوان داورى دعاوى ایران-ایالات و عملکرد آن در حقوق بین الملل، مجله حقوقی شماره شانزدهم و هفدهم، ص ۱۶۴

¹⁷ LCIA

¹⁸ IMAA

²⁰ AAA

²¹ کربای، جنیفر، ساز و کار دیوان بین المللى داورى، ترجمه دکتر محسن محبی، نشریه اتاق بازرگانی و صنایع و معادن، سال ۱۳۸۶، شماره ۲، ص ۳۸

²² شیروی، همان منبع، ۱۱۴

²³ WIPO

²⁴ شیروی، همان منبع، ص ۱۲۵

گفتار چهارم: مرکز داورى منطقه اى تهران

مقر سازمان حقوقى مشورتى آسيابى آفرىفايى در دهلى نو است. هر كشورى كه درخواست عضويت كند؛ چنانچه ظرف شش هفته با مخالفت يك سوم اعضا مواجه نشود؛ مى تواند به عضويت سازمان در آيد.²⁵ اين سازمان چهار مركز داورى منطقه اى داورى دارد: كوالامپور، قاهره، لاگوس²⁶ و تهران. مقررات مركز منطقه اى تهران برگرفته از آنسيترال مى باشد كه البته برخى تغييرات در آن انجام شده است. اين مركز به اختلافات تجارى و غير تجارى، داخلى و بين المللى رسيدگى مى كند.²⁷

گفتار پنجم: مركز داورى اتاق ايران

اين مركز داورى وابسته به وزارت بازرگانى، صنايع و معادن مى باشد و هم در دعاوى تجارى بين المللى و هم دعاوى تجارى داخلى داورى مى كند. اگرچه مركز آن در تهران است؛ ولى در مراكز استان ها نيز شعبه دارد.

فصل سوم: موافقت نامه داورى

موافقت نامه داورى ممكن است به شكل يك قرارداد مستقل يا يك شرط ضمن يك قرارداد باشد.

مبحث اول: موافقت نامه داورى در داورى هاى موردى

طبق بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک موافقت نامه کتبی شامل شرط داورى در قرارداد يا موافقت نامه داورى يا گنجانده شده در نامه هاى مبادله شده يا تلگراف هاى مخابره شده خواهد بود. همچنين طبق ماده ۷ قانون داورى تجارى بين المللى موافقت نامه داورى بايد به امضاي طرفين رسيده باشد؛ يا مبادله نامه، تلکس، تلگرام يا نظاير آنها بر وجود موافقت نامه مزبور دلالت كند. از اين ماده مى توان نتيجه گرفت طبق قانون داورى تجارى بين المللى موافقت نامه داورى حتما بايد كتبی باشد؛ لکن اين كتبی بودن مى تواند شامل اسناد الكترونيك نيز باشد. همين مفهوم در ماده ۷ قانون نمونه داورى آنسيترال مورد تاييد قرار گرفته است.

امروزه در جهان پذيرفته شده مرگ طرفين باعث بطلان قرارداد داورى نمى شود.²⁸ مفاد ماده ۴۸۱ قانون آيين دادرسى مدنى كه فوت يا حجر طرفين را باعث بطلان داورى مى داند؛ راجع به داورى هاى بين المللى اعمال نمى شود.²⁹ اگرچه طبق بند ۱ ماده ۳۶ قانون داورى تجارى بين المللى، داورى هاى بين المللى از شمول قانون آيين دادرسى مدنى خارج هستند و بنا بر اين مفاد ماده ۴۸۱ آن قانون نيز براى اين داورى ها لازم الاتباع نيست؛ ولى هيچ ماده اى در قانون داورى تجارى بين المللى نيز مقرر نمى دارد كه فوت و حجر طرفين باعث زوال داورى نمى شود. بنا بر اين بايد به سراغ قواعد عمومى قراردادها برويم و از آنجا كه اصل بر لزوم قراردادها است؛ همين نظر صحيح مى باشد.

در گذشته چنين تفسير مى شد كه بطلان قرارداد باعث بطلان شرط داورى در آن هم مى شود. بنا بر اين در صورت ايراد به صلاحيت، داوران بايد تا اتخاذ تصميم توسط دادگاه صبر مى كردند. اما امروزه در قوانين مدرن داورى دو اصل گنجانده شده است: اصل استقلال و اصل صلاحيت در صلاحيت. مطابق اصل استقلال شرط داورى موجود در قرارداد

²⁵ شيروى، همان منبع، ص ۱۲۹

²⁶ شهرى در نيجريه

²⁷ شيروى، همان منبع، ص ۱۳۴

²⁸ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.2. International Commercial Arbitration: The Arbitration Agreement (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.39) 6 Nov 2005, p 32

²⁹ شيروى، همان منبع، ص ۱۳

مستقل از خود قرارداد است و مطابق اصل صلاحیت در صلاحیت، داوران خود راجع به صلاحیت خود تصمیم می گیرند.³⁰

مبحث دوم: موافقت نامه داوری در ایکسید

در موافقت نامه نفتا³¹ و همینطور در مرکوسور³² و معاهده منشور انرژی و موافقت نامه تجارت آزاد کارتاگنا³³ شرط ارجاع به ایکسید وجود دارد. معاهده کارتاگنا در سال ۱۹۹۴ بین مکزیک، کلمبیا و ونزوئلا منعقد شد و به سرمایه گذار اجازه انتخاب بین ایکسید، تسهیلات اضافی ایکسید یا داوری تحت آنسیترال را می دهد.³⁴ در نفتا فقط سرمایه گذار حق مراجعه به ایکسید را دارد نه دولت میزبان. در معاهده منشور انرژی که بین دولت های اروپایی است؛ حسب مورد هم شرط مراجعه به ایکسید وجود دارد و هم شرط مراجعه به تسهیلات اضافی ایکسید. در مرکوسور نیز ایکسید یکی از انتخاب ها است.³⁵

صرف تصویب کنوانسیون ایکسید برای صلاحیت کافی نیست و باید توافق طرفین وجود داشته باشد.³⁶ همچنین طرفین می توانند شرط کنند قبل از رسیدگی در ایکسید باید مراجعه به مراجع داخلی یا مذاکره یا سازش انجام شده باشد.³⁷

فصل چهارم: صلاحیت

مبحث اول: صلاحیت در داوری های موردی

در صورتی که طرفین قبلاً بر داوری توافق کرده باشند و بعد یکی از طرفین برای رسیدگی ماهوی به دادگاه دادخواست بدهد؛ دادگاه مکلف است قرار عدم استماع دعوا صادر نماید. باید توجه داشت از آنجا که داوری مرجع دولتی نیست؛ دادگاه در این فرض نمی تواند قرار عدم صلاحیت صادر کند..

اگرچه طرفین داوری های تجاری بین المللی معمولاً اشخاص حقوق خصوصی هستند؛ ولی در صورتی که یک دولت اعمال تصدی و نه اعمال حاکمیت کرده باشد؛ می تواند یکی از طرفین یک داوری بین المللی باشد.

مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای آنکه دولت دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی را به داوری های بین المللی ارجاع کند؛ باید علاوه بر تصویب هیات وزیران، مجلس شورای اسلامی نیز این امر را تصویب نماید.

نکته اول راجع به این اصل آن است که اموال شرکت های دولتی اموال دولتی محسوب نمی شود تا مشمول محدودیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی شوند.³⁸

³⁰ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.2. International Commercial Arbitration: The Arbitration Agreement (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.39) 6 Nov 2005, p 36

³¹ موافقت نامه تجارت آزاد بین کانادا، ایالات متحده آمریکا و مکزیک

³² بلوک منطقه ای تجاری بین آرژانتین، برزیل، پاراگوئه، اروگوئه و ونزوئلا

³³ Cartagena

³⁴ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Consent to Arbitration (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.2) p 24

³⁵ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Consent to Arbitration (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.2) p 23

³⁶ شپروی، همان منبع، ص ۱۲۱

³⁷ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Consent to Arbitration (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.2) p 32

³⁸ شپروی، همان منبع، ص ۸۷

نکته دوم اینکه به موجب ماده ۱۴ "لایحه قانونی مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره" مصوب ۷/۵/۱۳۳۶ و ماده ۵ "قانون توسعه صنایع پتروشیمی" مصوب ۱۴/۴/۱۳۴۴ اختلافات بین شرکت ملی نفت ایران و طرف های دیگر چنانچه از طریق مذاکره دوستانه حل نشود؛ از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. ولی در حال حاضر در اجرای این مقررات باید اصل ۱۳۹ قانون اساسی رعایت شود.³⁹ این به آن مفهوم است که شرکت ملی نفت ایران در صورت بروز اختلاف با یک تبعه ایران باید پس از اطلاع رسانی به مجلس شورای اسلامی اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل نماید و در موارد مهم داخلی و همچنین در موارد بین المللی پس از تصویب و اجازه مجلس شورای اسلامی این کار را انجام دهد.

مبحث دوم: صلاحیت در داوری های سازمانی

سرمایه گذاری خارجی معمولاً از طریق شرکت های داخلی دولت میزبان انجام می شود. اگر در کشور میزبان با این شرکت ها به عنوان اتباع خارجی رفتار شود؛ برای احراز صلاحیت ایکسید سرمایه گذار خارجی تلقی می شوند.⁴⁰ اگر یک شرکت خارجی در قالب یک شرکت ثبت شده داخلی فعالیت کند؛ در صورتی که هر دو طرف قبول کنند؛ می توان آن شرکت را سرمایه گذار خارجی تلقی کرد.⁴¹ سرمایه گذار می تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد⁴² و باید تبعه یک دولت عضو باشد؛ ولی نباید تبعه دولت میزبان باشد.⁴³

اگر شخص حقوقی تبعه دولت غیر عضو باشد؛ ولی توسط اتباع دول عضو کنترل شود و دولت میزبان از این وضعیت مطلع باشد؛ برای احراز صلاحیت ایکسید کافی است. یک شرکت دولتی اگر اعمال حاکمیت نکند و صرفاً اعمال تصدی بنماید؛ سرمایه گذار خارجی تلقی می شود.⁴⁴

برای اعمال تسهیلات اضافی نیز باید یکی از طرفین عضو کنوانسیون ایکسید باشد و اگر هیچ کدام از طرفین عضو ایکسید نباشند؛ تسهیلات اضافی اعمال نخواهد شد.⁴⁵

دعاوی سیاسی یا تجاری در ایکسید قابل استماع نیست.⁴⁶ بنابراین صرفاً دعاوی مربوط به سرمایه گذاری خارجی در آن مرجع قابل استماع می باشد. سرمایه گذاری نوعی تجارت است.

در دیوان داوری ایران و آمریکا خوانده در هر حال یکی از دولت های ایران یا آمریکاست. اما خواهان ممکن است یکی از دولت های ایران یا آمریکا یا یکی از اتباع این دولت ها علیه دولت متقابل باشد.

فصل پنجم: ترکیب داوران

³⁹ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تابستان ۱۳۸۴، انتشارات دراک، صص ۵۲۴ و ۵۲۵

⁴⁰ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Requirements Ratione Personae (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.3) p 25

⁴¹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.1. International Commercial Arbitration:Overview (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.38) 30Nov 2005, p 15

⁴² COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.1. ICSID:Overview (UNCTAD/EDM/Misc.232 (Overview)) 10 Mar 2003, p 15

⁴³ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Requirements Ratione Personae (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.3) pp 14 & 15

⁴⁴ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Requirements Ratione Personae (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.3) p 17

⁴⁵ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Requirements Ratione Personae (UNCTAD/DEM/Misc.232/Add.3) p 28

⁴⁶ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Requirements Ratione Materiae (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4) 10 mar 2003, p 10

مبحث اول: تعداد داوران

تعداد داوران در هر حال باید فرد باشد تا در صورت اختلاف بین داوران، رای اکثریت آنان به عنوان رای داور پذیرفته شود.

مطابق ماده ۱۰ قانون داورى تجارى بين المللى و ماده ۱۰ قانون نمونه داورى آنسىترال تعيين تعداد داوران بر عهده طرفين اختلاف است و در صورت عدم تعيين، هيات داورى مرکب از سه عضو خواهد بود. مطابق ماده ۱۱ هر دو اين قوانين در اين فرض هر يك از داوران داور منتخب خود را انتخاب مى كنند و داوران منتخب، داور سوم يا سرداور⁴⁷ را انتخاب مى نمايند.

طبق ماده ۵ قواعد بين المللى انجمن داورى امريكا و ماده ۵،۴ قواعد ديوان داورى بين المللى لندن⁴⁸ و ماده ۸،۲ قواعد اتاق بازرگانى بين المللى اصل بر وحدت داور است؛ مگر آنكه خلاف آن توافق شده باشد؛ برخلاف ماده ۳۷،۲ كنوانسيون ايكسيد كه اصل را بر اين گذاشته كه تعداد داوران سه نفر باشد.⁴⁹ به نظر مى رسد رويکرد غالب در داورى هاى سازمانى بين الملل خصوصى استفاده از يك داور جهت سهولت كار باشد. اما در داورى هاى زوجيتى با توجه به نزديكى با حقوق بين الملل عمومى تعداد سه داور پذيرفته شده است. در ديوان داورى ايران امريكا با توجه به اينكه طرفين توافق کرده بودند از آيين دادرسى آنسىترال استفاده شود؛ هر شعبه متشکل از سه داور است و در مجموع سه شعبه وجود دارد. در پرونده هاى كه خواهان، دولت باشد؛ هر نه داور نظر خواهند داد. زيرا همان طور كه قبلا گفته شد؛ اگرچه در اين ديوان خوانده هميشه يك دولت است؛ اما خواهان معمولاً يکى از اتباع يکى از اين دولت هاست؛ نه خود آن دولت ها.

مبحث دوم: شرايط داور

در داورى هاى داخلى به موجب ماده ۴۷۰ قانون آيين دادرسى مدنى طرفين نمى توانند هرچند با تراضى قضات و کارمندان شاغل در محاکم قضايى را به عنوان داور انتخاب کنند. اين حکم شامل داورى هاى مشمول قانون داورى هاى تجارى بين المللى نيست.⁵⁰ بند ۱ ماده ۳۶ قانون داورى تجارى بين المللى كه داورى هاى بين المللى را خارج از شمول قانون آيين دادرسى مدنى مى داند؛ مويد همين ديدگاه است.

همچنين به موجب ماده ۴۵۶ قانون آيين دادرسى مدنى مادامى كه اختلافى به وجود نيامده؛ طرف ايرانى نمى تواند متعهد شود كه در صورت بروز اختلاف حل آن را به داورى ارجاع نمايد كه داراى تابعيت طرف مقابل مى باشد. مفهوم مخالف اين ماده آن است كه پس از بروز اختلاف مى توان آن را به داورى ارجاع كرد كه داراى تابعيت طرف خارجى است. اين ايراد كه مقررات مربوط به داورى قانون آيين دادرسى مدنى بر داورى هاى بين المللى اعمال نمى شود؛ در اينجا وارد نيست. زيرا اولاً اگرچه طبق بند ۱ ماده ۳۶ قانون داورى تجارى بين المللى مقررات مربوط به داورى قانون آيين دادرسى مدنى بر داورى هاى تجارى بين المللى اعمال نمى شود؛ ولى استثناء اين ماده يك حكم خاص راجع به داورى بين المللى دارد و قانون آيين دادرسى مدنى سه سال پس از قانون داورى تجارى بين المللى تصويب شده است. ثانياً جهت به وجود آمدن شبهه مفاد همين حكم در بند ۱ ماده ۱۱ قانون داورى تجارى بين المللى تكرار شده است.

طبق ماده ۱۴ كنوانسيون عربى داورى تجارى بين المللى نيز ليست داوران مركز عربى داورى تجارى بين المللى هر ساله توسط شورى اجرائى از بين حقوقدانان يا كسانى كه در امر صنعت، تجارت يا امور مالى متخصص هستند؛ انتخاب خواهد شد.

⁴⁷ Umpire

⁴⁸ LCIA

⁴⁹ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 3

مبحث سوم: عدم انتخاب داور توسط یکی از طرفین

مطابق ماده ۱۰ قانون داورى تجارى بين المللى و ماده ۱۰ قانون نمونه داورى آنسىترال چنانچه طرفين ظرف ۳۰ داور خود را انتخاب ننمايند و يا داوران ظرف ۳۰ روز سرداور را انتخاب نكردند، دادگاه ناظر بر داورى به درخواست طرف ذينفع اين كار را خواهد كرد.

طبق بند ۲ ماده ۴ كنوانسيون اروپايى داورى تجارى بين المللى چنانچه خوانده ظرف ۳۰ روز پس از ابلاغ داور خود را معرفى نكرد؛ ريبس اتاق بازرگانى محل سكونت خوانده از طرف وى داور معرفى خواهد كرد. مطابق بند ۳ همين ماده چنانچه طرفين نتوانند بر داور واحد تراضى نمايند؛ خواهان مى تواند به اختيار خود براى تعيين داور به ريبس اتاق بازرگانى محل سكونت خوانده يا ريبس اتاق بازرگانى كه طبق قرارداد بايد داورى در آن كشور انجام مى شد؛ مراجعه كند.

در اتاق بازرگانى بين المللى بر خلاف مركز داورى منطقه اى تهران بايد داوران انتخاب شده به تايد سازمان برسند.⁵¹ در اين اتاق خوانده ظرف ۳۰ روز داور خود را معرفى نكرد يا طرفين نتوانستند بر داور سوم تراضى نمايند؛ خود اتاق بازرگانى بين المللى اين كار را خواهد كرد. اين انتخاب بر مبنای پيشنهاده اتاق بازرگانى بين المللى طرف مربوط خواهد بود.⁵² در اين صورت سازمان از كميته ملّى كشور متبوع آن طرف تقاضا مى كند كه فردى را به عنوان داور معرفى نمايد. در صورتى كه كميته ملّى از معرفى داور در مهلت مقرر خوددارى كند؛ سازمان راسا شخصى را انتخاب مى كند. اما اگر يكى از طرفين در انتخاب داور واحد مشاركت ننمايد؛ سازمان از يك كميته ملّى كه مناسب تشخيص مى دهد؛ مى خواهد كه داور معرفى كند و چنانچه آن كميته اقدامى نكند؛ سازمان از كميته ملّى ديگرى مى خواهد كه داور را انتخاب نمايد.⁵³

در انجمن داورى آمريكا چنانچه ظرف ۴۵ روز داور انتخاب نشود؛ ريبس انجمن اين كار را خواهد كرد.⁵⁴

در ايكسيد چنانچه يكى از طرفين داور خود را انتخاب نكند يا طرفين نتوانند بر انتخاب داور توافق نمايند؛ ريبس ايكسيد طبق ماده ۳۸ كنوانسيون ايكسيد اين كار را خواهد كرد.⁵⁵ ليستى از داوران در ايكسيد وجود دارد. چنانچه ريبس شورى ادارى بخواهد داورى را منصوب كند؛ موظف است از داخل ليست داور را انتخاب كند. ولى طرفين مكلف نيستند داور خود را لزوماً از داخل ليست داوران ايكسيد انتخاب نمايند.⁵⁶

مبحث چهارم: جرح داور

طبق ماده ۱۲ قانون داورى تجارى بين المللى و ماده ۱۲ قانون نمونه داورى آنسىترال در مواردى كه اوضاع و احوال باعث ترديد در بى طرفى داور شود يا داور فاقد اوصاف موافقت نامه داورى باشد؛ مى توان او را جرح كرد. طبق ماده ۱۳ همان قوانين متقاضى جرح ظرف ۱۵ روز پس از اطلاع بايد دلایل جرح را به داور اعلام كند. چنانچه داور يا طرف مقابل جرح داور را نپذيرند؛ متقاضى جرح ظرف ۳۰ روز از تاريخ دريافت اخطار تصميم داور راجع به جرح مى تواند

⁵¹ شيروى، همان منبع، ص ۱۵۳

⁵² Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 7

⁵³ شيروى، همان منبع، ص ۱۵۴

⁵⁴ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 7

⁵⁵ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 6

⁵⁶ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Procedural Issues (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.6) 10 mar 2003, p 15

از دادگاه ناظر بر داورى جرح داور را بخواهد. تا زمانى كه جرح داور در اين دادگاه در حال رسيدگى است؛ داور نيز مى تواند به رسيدگى خود ادامه دهد. فلسفه اين امر رعايت اصل سرعت در تجارت است.

در اتاق بازرگانى بين المللى نيز جرح داور باعث معطل شدن روند داورى نمى شود.⁵⁷ در اين اتاق جرح داور بايد ظرف ۳۰ روز پس از اطلاع به دبيركل اطلاع داده شود. ديوان اتاق بازرگانى بين المللى راجع به آن تصميم مى گيرد. اين مهلت در ديوان داورى بين المللى لندن⁵⁸ ۵۰ روز است.⁵⁹ در ايكسيد، شوراي ادارى مسئول رسيدگى به جرح داوران است.⁶⁰

فصل ششم: رسيدگى توسط داوران

مبحث اول: روند رسيدگى

در ايكسيد شروع داورى از درخواست به دبيركل شروع مى شود. در صورتى كه درخواست آشكارا خارج از صلاحيت ديوان باشد؛ دبيركل دستور ثبت نمى دهد.⁶¹

مطابق ماده ۲۳ قانون داورى تجارى بين المللى و ماده ۲۴ قانون نمونه داورى آنسيترال داوران به تشخيص خود مى توانند جلسه رسيدگى حضورى تشكيل دهند و يا بدون آن رسيدگى نمايند. اما اگر يکى از طرفين درخواست کرد؛ مکلف به تشكيل اين جلسه هستند.

با توجه به انعطاف پذير بودن مقررات داورى شهر محل داورى و زبان داورى توسط طرفين تعيين مى شود. حتى در داورى هاى سازمانى كه مقر دارند؛ اصل بر اين است كه داورى در شهر مقر سازمان انجام مى شود؛ ولى چنانچه طرفين بر خلاف آن توافق نمايند؛ طبق توافق عمل مى شود.

طبق بند ۱ ماده ۶ قانون داورى تجارى بين المللى مرجع نظارت بر داورى دادگاه عمومى واقع در مرکز استانى است كه مقر داورى در آن قرار دارد و تا زمانى كه مقر داورى مشخص نشده باشد؛ به عهده دادگاه عمومى تهران مى باشد.

مبحث دوم: قرار تامين

طبق ماده ۹ قانون داورى تجارى بين المللى و همينطور ماده ۹ قانون نمونه داورى آنسيترال هر يک از طرفين مى تواند از دادگاه صدور قرار تامين يا دستور موقت بخواهد. همچنين مطابق ماده ۱۷ همين قوانين خود داور نيز اجازه صدور دستور موقت را دارد.

برحسب موافقت نامه ايكسيد قرار تامين صادر مى کند.⁶² يعنى صدور قرار تامين توسط ايكسيد بستگى به اين دارد كه در موافقت نامه بين طرفين چنين چيزى پيش بينى شده باشد يا خير.

⁵⁷ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 31

⁵⁸ LCIA

⁵⁹ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 30

⁶⁰ Course in Dispute Settlement-Module 5.3. International Commercial Arbitration: Arbitral Tribunal (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34) 11 Dec 2003, p 28

⁶¹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Procedural Issues (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.6) 10 mar 2003, p 10

⁶² COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID: Procedural Issues (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.6) 10 mar 2003, p 28

اما در داورى هاى داخلى از قانون آيين دادرسى مدنى چنين مجوزى برداشت نمى شود. بنا بر اين چون صدور قرار تامين خواسته در صلاحيت دادگاهى است كه صلاحيت رسيدگى به اصل دعوا را دارد؛ نه از داور و نه از دادگاه نمى توان تامين خواسته را خواست.⁶³

مبحث سوم: صدور راي

مطابق بند ۱ ماده ۲۴ قانون داورى تجارى بين المللى در صورت قصور خواهان در تقديم دادخواست، داور قرار ابطال درخواست داورى را صادر خواهد كرد. البته در ماده ۲۵ قانون نمونه داورى آنسيترال قيد شده كه در اين فرض داور رسيدگى را ختم خواهد نمود. طبق ماده ۲۸ اين قانون نيز چنانچه طرفين در جريان رسيدگى سازش نمايند؛ داور قرار سقوط دعوای داورى را صادر مى نمايد. در ماده ۳۰ قانون نمونه داورى آنسيترال براى اين فرض مقرر شده داور رسيدگى را ختم خواهد كرد. البته مواد اين دو قانون در اين رابطه با هم تعارض ندارند و قابل جمع هستند و تنها قانون داورى تجارى بين المللى نوع قرار را از نظر شكلى مشخص كرده كه به نظر مى رسد بسيار بهتر از قانون آنسيترال مى باشد. لكن بهتر بود جهت حفظ وحدت حقوق و امانت كامل قانون آنسيترال اين تغيير انجام نمى شد تا بر اعتبار قانون داورى تجارى بين المللى افزوده مى شد.

فصل هفتم: قانون قابل اجرا

مبحث اول: قانون قابل اجرا در داورى هاى موردی

در داورى بين المللى لازم نيست داور قواعد حل تعارض مقر داورى را رعايت كند⁶⁴؛ بلكه خود مى تواند قانونى كه براى اجرا مناسب مى بيند را انتخاب كند.⁶⁵

مطابق ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى و ماده ۲۸ قانون نمونه داورى آنسيترال طرفين مى توانند قانون حاكم بر ماهيت اختلاف را انتخاب كنند. در صورتى كه طرفين اين انتخاب را انجام ندهند؛ داور بر اساس قانونى حكم خواهد كرد كه مطابق قاعده حل تعارض آن را مناسب مى يابد. داور فقط در صورتى مى تواند طبق انصاف⁶⁶ راي دهد كه طرفين اين اجازه را به او داده باشند و همچنين داور بايد شرايط قرارداد و عرف بازرگانى را نيز مد نظر قرار دهد.

ملاحظه مى شود قواعد حل تعارض در داورى و دادگاه متفاوت هستند. زيرا در ماده ۹۶۸ قانون مدنى تعهدات ناشى از عقود تابع قانون محل انعقاد عقد دانسته شده است. مگر آنكه هر دو طرف خارجى باشند و قانون ديگرى را انتخاب كرده باشند. اين ايراد اساسى به ماده ۹۶۸ قانون مدنى وارد است كه چرا بر خلاف تمام قوانين پيشرفته حق انتخاب قانون حاكم را از طرفين سلب نموده و جالب اين كه اين حق را به بيگانگان اعطا كرده و تنها از اتباع ايران سلب نموده است. با اين حال اين ماده در دادگاه ها کاربرد دارد و در داورى هاى بين المللى بايد به قانون داورى تجارى بين المللى مراجعه كرد كه به درستي و طبق نياز روز اجازه انتخاب قانون حاكم را به طرفين داده است. لكن اگر طرفين اين انتخاب را انجام ندهند ممكن است داور در راستاي كشف قانون حاكم و اعمال قاعده حل تعارض به ماده ۹۶۸ قانون مدنى مراجعه كند تا قانون محل انعقاد قرارداد را انتخاب كند و البته ممكن است با استفاده از ساير قواعد حل تعارض مانند احاله قانون ديگرى را مناسب بداند.

⁶³ شمس، همان منبع، صص ۵۶۴ و ۵۶۵

⁶⁴ Lex arbitri

⁶⁵ Course on Dispute Settlement Module 5.5. International Commercial Arbitration: Law Governing the Merits of the Dispute (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4, 30Apr 2005, p 30)

⁶⁶ ex acq et bono

طبق ماده ۷ کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین المللی طرفین خود قانون حاکم را انتخاب خواهند کرد و اگر این کار را انجام ندهند؛ داور خود قانون حاکم را از قواعد حل تعارضی که مناسب می بیند؛ بر میگزیند. در انجام این کار داور باید به قرارداد طرفین و عرف تجاری توجه کند.

موسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی⁶⁷ در رم قواعد ماهوی ای به نام "اصول قراردادهای تجاری بین المللی" تنظیم و منتشر کرده که مانند قوانین داخلی کشورها در بحث حقوق قراردادها است و بازرگانان می توانند در قراردادهای خود شرط کنند که این اصول به عنوان قوانین ماهوی بر قراردادهایشان حاکم شود. بازرگانان به دو دلیل ممکن است نسبت به این اصول تمایل نشان دهند. اول این که این اصول یک سری اصول استاندارد و منطبق با نیازهای تجارت بین الملل هستند که توسط اساتید بسیار بزرگ حقوق جهان تالیف شده است و دوم اینکه آشنایی بازرگانان با قوانین کشورهای خارجی مختلف سخت است؛ ولی آشنایی با یک قانون جهانی استاندارد آسان تر است.

مبحث دوم: قانون قابل اجرا در داوری های سازمانی

مطابق ماده ۱۷(۱) قواعد اتاق بازرگانی بین المللی در صورت عدم انتخاب طرفین، داوران خود قانون قابل اعمال مناسب را انتخاب می کنند.

کنوانسیون ایکسید قواعد ماهوی ندارد و خود طرفین قواعد ماهوی را انتخاب می کنند. در صورت عدم تعیین قانون دولت میزبان و حقوق بین الملل اعمال می شود.⁶⁸ در صورتی که طرفین حقوق بین الملل را به عنوان قانون قابل اعمال انتخاب نکنند؛ دیوان باز هم حداقل استانداردهای بین المللی را رعایت خواهد کرد.⁶⁹ راجع به قوانین دولت میزبان، قانونگذاری جدید که مغایر تعهدات قبل باشد؛ مخالف حقوق بین الملل است و طرفین می توانند شرط کنند که قانونگذاری جدید در روابطشان موثر نباشد.⁷⁰ در صورت تعارض بین حقوق بین الملل و قانون داخلی دولت میزبان، ایکسید اولویت را به حقوق بین الملل خواهد داد.⁷¹ اعمال انصاف در ایکسید به شرط تصریح طرفین جایز است. اما اجازه انصاف مانع از این نخواهد بود که دیوان قوانین را نیز اجرا کند.⁷² عدم اجرای قانون قابل اعمال توسط ایکسید، رای را در معرض ابطال قرار می دهد.⁷³

طبق ماده ۴۲(۱) کنوانسیون ایکسید قانون دولت میزبان با رعایت همه موارد احاله⁷⁴ مورد استناد قرار خواهد گرفت. مراد از این بند آن است که چنانچه در قوانین مربوط به تعارض قوانین دولت میزبان در فرضی قانون دولت ثالث دیگری قابل اعمال بود؛ ایکسید باید قانون دولت ثالث را اجرا کند. به دیگر بیان هم قوانین ماهوی دولت میزبان توسط ایکسید قابل استناد است و هم قوانین قواعد مربوط به حل تعارض آن کشور یعنی اگر خود قانون دولت میزبان از قانون خود صرف نظر کرده بود؛ دیگر نباید به قانون ماهوی دولت میزبان استناد کرد.

⁶⁷ UNIDROIT

⁶⁸ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.1. ICSID:Overview (UNCTAD/EDM/Misc.232 (Overview)) 10 Mar 2003, p 15

⁶⁹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Applicable Law (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5) 10 mar 2003, p 10

⁷⁰ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Applicable Law (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5) 10 mar 2003, p 17

⁷¹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Applicable Law (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5) 10 mar 2003, p 25

⁷² COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Applicable Law (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5) 10 mar 2003, p 31

⁷³ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.3 ICDID:Applicable Law (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5) 10 mar 2003, p 33

⁷⁴ renvoi

مطابق ماده ۵ بیانیه الجزایر راجع به حل و فصل دعاوی، هیات داورى بر طبق قانون، مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل رسیدگی خواهد کرد و عرف تجاری، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت.

فصل هشتم: اعتراض به رای

مبحث اول: اعتراض به رای داورى های موردی

در ماده ۳۴ قانون نمونه داورى آنسیترال طی دو بند الف و ب که هر کدام زیرشاخه هایی دارند موارد ابطال رای داورى احصا شده است. تفاوت این دو بند در این است که در بند الف معترض به رای باید موارد گفته شده را اثبات نماید و در بند ب خود دادگاه مستقلا می تواند این تخلفات را احراز نماید. یعنی در بند ب ماده ۳۴ این قانون نیاز به اعتراض معترض نیست.

موارد بند الف ماده ۳۴ قانون آنسیترال به این شرح است: ۱- فقدان اهلیت طرفین ۲- عدم رعایت قواعد مربوط به ابلاغ ۳- تجاوز رای از حدود داورى و ۴- اشکال در ترکیب دیوان داورى یا قواعد دادرسی آن. ملاحظه می شود هیچ کدام از موارد ابطال رای داورى مربوط به یک مشکل ماهوی نیست و تنها در موارد اشکالات شکلی بالا می توان ابطال رای داورى را خواست. زیرا در ماهیت طرفین توافق نموده اند که نظر داورى را بپذیرند. در نتیجه نمی توان آنگونه که از آرای دادگاه های بدوی به مراجع تجدیدنظر اعتراض کرد؛ از آرای داورى های بین المللی نیز تجدیدنظرخواهی نمود. درخواست ابطال رای داورى با تجدیدنظرخواهی تفاوت دارد.

اما بند ب ماده ۳۴ قانون نمونه داورى آنسیترال این موارد را در صورت احراز توسط دادگاه موجب بطلان رای می داند: ۱- موضوع اختلاف قابل ارجاع به داورى نباشد. ۲- رای داورى بر خلاف نظم عمومی باشد. در اینجا نیز قانون داورى تجاری بین المللی یک بند به آن افزوده است.

در قانون داورى تجاری بین المللی برخی آرای داورى قابل ابطال و برخی آرای داورى باطل دانسته شده است. تفاوت این دو در آن است که در مواردی که رای قابل ابطال است؛ طرف ذینفع باید ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ، ابطال رای را بخواهد. در غیر این صورت حتی اگر واقعا در رای داورى مشکلی وجود داشته باشد؛ رای ابطال نخواهد شد. ولی در موارد بطلان رای حتی اگر محکوم علیه اعتراضی نکند؛ باز رای باطل است. طبق ماده ۳۳ این قانون مواردی که رای داورى قابل ابطال است؛ به این شرح می باشد:

۱- فقدان اهلیت طرفین ۲- فقدان اعتبار موافقت نامه داورى ۳- عدم رعایت مقررات ابلاغ ۴- درخواست کننده ابطال بنا بر دلایلی که در اختیارش نبوده؛ نتوانسته بود دلایل خود را ارائه کند. ۵- صدور رای خارج از اختیارات داور ۶- ترکیب ناصحیح هیات داورى یا قواعد آیین دادرسی ۷- صدور رای توسط داورى که جرح وی پذیرفته شده است. ۸- صدور رای بر مبنای سندی که جعلی بودنش طبق رای نهایی اثبات شده است. ۹- پس از صدور رای دلایلی کشف شود که طرف مقابل آن را مکتوم داشته بود.

ملاحظه می شود قانون داورى تجاری بین المللی به اشتباه ۵ بند به این بندها افزوده است. در نتیجه موارد ابطال رای داورى در که در قانون داورى تجاری بین المللی آمده و در قانون نمونه آنسیترال سابقه نداشته است؛ عبارتند از: ۱- فقدان اعتبار موافقت نامه داورى ۲- درخواست کننده ابطال بنا بر دلایلی که در اختیارش نبوده؛ نتوانسته بود دلایل خود را ارائه کند. ۳- صدور رای توسط داورى که جرح وی پذیرفته شده است. ۴- صدور رای بر مبنای سندی که جعلی بودنش طبق رای نهایی اثبات شده است. ۵- پس از صدور رای دلایلی کشف شود که طرف مقابل آن را مکتوم داشته است. این در حالی است که بند ۷ ماده ۳۳ قانون داورى تجاری بین المللی یعنی صدور رای توسط داورى که جرحش پذیرفته شده؛ یکی از

مصادیق بند ۶ همان ماده یعنی ترکیب ناصحیح دیوان داورى بوده و در نتیجه تکرار مکررات می باشد. بندهای ۴، ۸ و ۹ نیز از موارد اعاده دادرسی هستند.

اما موارد بطلان رای طبق ماده ۳۴ قانون داورى تجارى بین المللى عبارتند از:

۱- قابل حل و فصل نبودن موضوع اختلاف توسط داورى طبق قوانین ایران⁷⁵ ۲- مخالفت رای با نظم عمومى یا اخلاق حسنه یا قواعد آمره این قانون ۳- صدور رای راجع به اموال غیرمنقول واقع در ایران که با قوانین آمره ایران یا اسناد رسمى در تعارض باشد.

این دو ماده قابل مقایسه با ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنى است که اعلام می دارد در موارد هفت گانه مقرر در آن ماده رای داور باطل است که البته مراد از آن داورى هاى داخلى می باشد. ولى قانون آیین دادرسی مدنى بر خلاف قانون داورى تجارى بین المللى بین قابلیت ابطال و بطلان رای داور تفکیک نکرده است و در این زمینه قانون داورى تجارى بین المللى با این که سه سال قبل از قانون آیین دادرسی مدنى تصویب شد؛ از آن قانون پیشرفته تر است. دلیل این امر آن می باشد که قانون داورى تجارى بین المللى از قانون پیشرفته آنسیترال اقتباس گردیده است.

مطابق ماده ۲۶ قانون داورى تجارى بین المللى ورود ثالث به داورى به دو شرط بلامانع است. اول آنکه وارد ثالث موافقت نامه و آیین داورى و داور را بپذیرد. دوم آنکه هیچ کدام از طرفین به این امر ایرادى وارد نکنند. با این حال اعتراض به رای ثالث در دادگاه و نه مرجع داورى صادرکننده رای صورت می گیرد. زیرا شخص ثالث بر خلاف طرفین بر داورى تراضى ننموده و داور نیز طبق قاعده فراغ دادرس رای خود را صادر نموده و وظیفه اى برای رسیدگی ندارد.

مبحث دوم: اعتراض به رای داورى هاى سازمانى

دادگاه هاى داخلى نمى توانند نسبت به آرای ايكسید تجدیدنظر كنند. فقط به دلایل مهم می توان از آرای ايكسید در خود سیستم ايكسید تجدیدنظرخواهى كرد.⁷⁶ مهلت درخواست ابطال ۱۲۰ روز است که در طول رسیدگی به درخواست ابطال، ممکن است اجرا متوقف شود.⁷⁷ لکن مهلت خواستن اعاده دادرسی⁷⁸ ظرف ۹۰ روز از تاریخ کشف دلیل جدید است.⁷⁹

طبق ماده (۱) ۵۲ کنوانسیون ايكسید جهات ابطال رای به شرح زیر هستند: ۱- عدم تشکیل دیوان به درستی ۲- تجاوز دیوان از اختیارات ۳- فساد در اعضاى دیوان ۴- تخلف حدی از قواعد مادی یا شکلی ۵- فاقد استدلال بودن رای.

مطابق ماده ۲۸(۶) قواعد اتاق بازرگانی بین المللى آرای این مرجع قطعی است.

فصل نهم: اجرای رای داورى

مبحث اول: اجرای آرای داورى هاى موردی

^{۷۵} مانند موارد مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

⁷⁶ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.8.ICSID:Post-Award Remedies and Procedures (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7) 10 mar 2006, p 13

⁷⁷ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.8.ICSID:Post-Award Remedies and Procedures (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7) 10 mar 2006, p 29

⁷⁸ Revision

⁷⁹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.8.ICSID:Post-Award Remedies and Procedures (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.7) 10 mar 2006, p 12

شناسایی⁸⁰ یک رای داور خارجی یک مرحله قبل از اجرای⁸¹ آن است و به این معنی است که دولت شناسایی کننده رسمیت و صحت و اعتبار آن رای را پذیرفته است. ولی ممکن است گاهی علیرغم شناسایی به دلایل دیگری همچون نظم عمومی اجرای رای ممکن نباشد. بنابراین اجرای رای مرحله ای فراتر از شناسایی آن است.

طبق بند ۲ ماده ۳۵ قانون داور تجاری بین المللی در صورتی که یکی از طرفین درخواست اجرای رای داور را نماید و طرف دیگر درخواست ابطال آن را نماید؛ دادگاه می تواند برای اجرای رای تامین مناسب از مقتضای اجرا اخذ کند.

حذف ماده ۳۵ قانون نمونه و جایگزین کردن ماده مختصری به جای ماده ۳۶ قانون نمونه، قانون داور تجاری بین المللی را با چالش مواجه کرده است. در ماده ۳۵ قانون داور تجاری بین المللی به طور کلی به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون اشاره شده است؛ در حالی که مواد مزبور ناظر به نقض آرای داور است و نه شناسایی و اجرای آن. حال این سوال مطرح می شود که اگر در مهلت مقرر در بند ۳ ماده ۳۳ اعتراضی صورت نگرفته باشد؛ آیا در مرحله شناسایی می توان دوباره به آن استناد کرد؟⁸²

اگر محکوم علیه در مهلت مقرر برای ابطال رای داور اقدام نکرده باشد و بخواهد به ماده ۳۳ استناد کند؛ محکوم له می تواند دفاع کند که این مهلت منقضی شده است. اما محکوم علیه می تواند به ماده ۳۴ استناد کند. زیرا این ماده مقید به مهلت نیست. با این وجود چنین نیست که هر گاه رای ابطال نشود؛ لزوماً باید اجرا گردد.⁸³

از نظر تاریخی به ترتیب پروتکل ۱۹۲۳ ژنو، کنوانسیون ۱۳۲۷ ژنو و کنوانسیون ۱۹۵۴ نیویورک راجع به اجرای آرای داور خارجی هستند.⁸⁴

کنوانسیون نیویورک هم راجع به اختلافات مدنی است و هم اختلافات تجاری. با این حال این کنوانسیون به دولت ها اجازه داده تا با استفاده از حق شرط این کنوانسیون را تنها بر مسایل تجاری و نه مدنی اجرا کنند. ایران از این حق شرط استفاده کرده است.⁸⁵

قبل از انقلاب اسلامی ایران شرکت ملی نفت ایران و یک شرکت نفتی آمریکایی به نام اشلند⁸⁶ قراردادی را منعقد کردند که در آن شرط شده بود در صورت بروز اختلاف طرفین باید به یک داور مراجعه کنند که مقر آن در تهران باشد. پس از انقلاب اسلامی، شرکت اشلند از مراجعه به داور واقع در تهران استنکاف کرد. شرکت ملی نفت ایران در دادگاه های داخلی ایالات متحده آمریکا برای الزام شرکت اشلند به داور واقع در تهران دادخواست داد. ولی دادگاه آمریکا با توجه به عدم عضویت ایران در کنوانسیون ۱۹۵۴ نیویورک دعوا را رد کرد.⁸⁷ همین امر زمینه ساز عضویت ایران در این کنوانسیون شد.

طبق بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک به طور خلاصه تنها در موارد زیر و به درخواست محکوم علیه می توان از شناسایی و اجرای حکم داور امتناع کرد: الف- عدم اهلیت یکی از طرفین یا عدم اعتبار موافقت نامه ب- عدم ابلاغ صحیح به محکوم علیه ج- حکم راجع به موضوعی است که خارج از شمول ارجاع به داور است. د- ترکیب یا تشریفات داور

⁸⁰ Recognition

⁸¹ Enforcement

⁸² شیروی، همان منبع، ص ۳۱۹

⁸³ شیروی، همان منبع، ص ۳۲۰

⁸⁴ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.7. International Commercial Arbitration: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37) 11 Dec 2003, p 5

⁸⁵ شیروی، همان منبع، ص ۳۲۴

⁸⁶ Ashland

⁸⁷ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.7. International Commercial Arbitration: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37) 11 Dec 2003, p 17

صحیح نبوده باشد. رای داور قطعی نشده باشد یا توسط مرجع صالح کشوری که در آن رای صادر شده نقض یا معلق شده باشد. البته باید توجه داشت در تمام این موارد اگر محکوم له ایرادی نگیرد؛ دادگاه نمی تواند مستقلاً اقدام نماید.

اما مطابق بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در موارد زیر مرجع صالح اجرا کننده رای می تواند از اجرای رای داور خودداری کند: الف- موضوع اختلاف قابل ارجاع به داور نباشد. ب- تعارض با نظم عمومی. به موارد گفته شده در بند ۲ ماده ۵ موارد "رسمی" 88 گفته می شود. 89

در شرح ماده ۵ کنوانسیون نیویورک باید توجه کرد اولاً تفاوت بندهای ۱ و ۲ این کنوانسیون در این است که در موارد بند ۱ معترض حتماً باید اعتراض کرده باشد و باز اثبات دلایل نیز بر دوش وی است ولی در بند ۲ بدون اینکه هیچ کدام از طرفین اعتراض کرده باشند؛ مرجع صالح می تواند مستقلاً از شناسایی یا اجرای رای خودداری کند. این مورد قابل مقایسه با ماده ۳۴ قانون نمونه داور آنسیترال راجع به اعتراض به رای است که در موارد بند الف آن حتماً باید درخواست متقاضی وجود داشته باشد و در موارد بند ب چنین الزامی وجود ندارد. ثانیاً موارد بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک دقیقاً همان موارد بند الف ماده ۳۴ قانون نمونه داور آنسیترال است؛ به جز اینکه کنوانسیون نیویورک یک بند اضافه هم دارد و آن لزوم قطعیت رای داور است. این امر نیز طبیعی است. زیرا برای اعتراض به رای نمی توان شرط کرد که رای قطعی شده باشد. بلکه بر عکس اگر رای قطعی شده باشد؛ نمی توان به آن اعتراض کرد. ولی برای اجرا، رای باید قطعی شده باشد. موارد بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک نیز همان موارد بند ب ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال است. ثالثاً مرجع اجرا کننده رای در بیشتر کشورها مثل ایران دادگاه می باشد. ولی از آنجا که ممکن است در برخی کشورها مرجع اجرا کننده رای اداره دیگری غیر از دادگاه مانند اداره ثبت باشد؛ از این عبارت استفاده شده است. رابعاً می توان نتیجه گرفت در مواردی که رای قابل ابطال نباشد و معترض به آن اعتراض نکرده باشد و رای قطعی شده باشد؛ معترض این اختیار را دارد که جلوی شناسایی و اجرای رای را بگیرد. البته این اختیار تنها در فرضی است که قرار باشد رای در کشور دیگری غیر از محل صدور رای اجرا شود. خامساً متأسفانه در قانون داور تجاری بین المللی ایران شرایط عدم اجرای رای حذف شده است. با این حال خوشبختانه با توجه به عضویت ایران در کنوانسیون نیویورک در موارد اجرای آن کنوانسیون می توان این خلا را پر کرد. ولی از طرف دیگر با توجه به شرط اعمال شده، کنوانسیون نیویورک در ایران فقط در پرونده هایی اعمال می شود که دولت متبوع طرف مقابل هم عضو این کنوانسیون باشد.

طبق بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون نیویورک دولت ها می توانند هنگام امضاء، تصویب یا الحاق اعمال کنوانسیون را محدود به آن دسته از آرای داور نمایند که در قلمرو یکی از دول متعاهد صادر شده است. نیمی از کشورهای عضو کنوانسیون همچون ایالات متحده آمریکا، انگلستان، فرانسه، چین، ژاپن، هندوستان و ایران از این حق شرط استفاده کرده اند.⁹⁰ بنابراین در ایران مقررات واحدی بر شناسایی و اجرای آرای داور خارجی حاکم نیست. چنانچه رای داور در کشوری صادر شده باشد که عضو کنوانسیون نیویورک باشد؛ کنوانسیون نیویورک اعمال خواهد شد و اگر آن کشور عضو کنوانسیون نیویورک نباشد؛ باید به سراغ مقررات دیگر رفت.⁹¹

راجع به اینکه آیا قرار تامین نیز طبق کنوانسیون نیویورک قابل اجرا می باشد یا خیر؛ باید گفت نویسندگان کنوانسیون چنین قصدی نداشته اند و اجرای قرار تامین بستگی به نظر و تفسیر دادگاه اجرا کننده از کنوانسیون نیویورک دارد.⁹²

⁸⁸ Ex officio

⁸⁹ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 5.7. International Commercial Arbitration: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37) 11 Dec 2003, p 35

⁹⁰ شیروی، همان منبع، ص ۳۱۴

⁹¹ شیروی، همان منبع، ص ۳۱۸

⁹² L. Moses, Margaret, The Principle and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, 2008, p 106

مبحث دوم: اجرای آرای ایکسید

آرای ایکسید نهایی و لازم الاجرا هستند و در غیر از سیستم ایکسید قابل تجدیدنظرخواهی نمی باشند. در اجرای آرای ایکسید قواعد مصونیت دولت ها رعایت می شود.⁹³ اموالی که از آن استفاده تجاری می شود؛ حتی اگر در یک اداره دولتی باشد؛ قابل توقیف است. حساب های بانکی ادارات دولتی قابل توقیف نیست. اموال دیپلماتیک و نظامی . حساب های بانک مرکزی نیز مصون هستند.⁹⁴

اگر یک دولت عضو رای ایکسید را اجرا نکند؛ دولت متبوع سرمایه گذار می تواند از وی حمایت دیپلماتیک⁹⁵ کند. آرای ایکسید قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم داخلی یا محاکم بین المللی همچون دیوان بین المللی دادگستری نیست.⁹⁶ قواعد شناسایی و اجرای آرای ایکسید بر پرونده هایی که تحت قواعد تسهیلات اضافی رسیدگی می شوند؛ اعمال نمی شود.⁹⁷

طرفین ایکسید می توانند اجرای رای را در هر دولت متعاقد بخواهند. متقاضی اجرا باید یک کپی از رای را به دادگاه یا مرجع صالح دیگر بدهد.⁹⁸

⁹³ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.9.ICSID:Binding Force and Enforcement

(UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8) 10 mar 2003, p 6

⁹⁴ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.9.ICSID:Binding Force and Enforcement

(UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8) 10 mar 2003, p 25

⁹⁵ در حقوق بین الملل عمومی اشخاص حقیقی نمی توانند در دادگاه های بین المللی همچون دیوان بین المللی دادگستری علیه دولت ها اقامه دعوا کنند. اما اگر دولت متبوع یک شخص حقیقی یا حقوقی که در اثر فعل دولت دیگری زیان دیده؛ بخواهد از تبعه خود حمایت دیپلماتیک کند؛ آن شخص همچون یک دولت حق دادخواهی در دیوان بین المللی دادگستری را به دست می آورد.

⁹⁶ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.9.ICSID:Binding Force and Enforcement

(UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8) 10 mar 2003, p 10

⁹⁷ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Midule 2.2. ICSID:Selecting the Appropriate Forum

(UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.1) 10 mar 2003, p 23

⁹⁸ COURSE ON DISPUTE SETTLEMENT-Module 2.9.ICSID:Binding Force and Enforcement

(UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8) 10 mar 2003, p 16