

حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی  
"مجموعه مقالات مشترک"

جلد سوم  
حل و فصل اختلافات  
«داوری- روشهای جایگزین»

دکتر حمید رضا نیک بخت  
«استاد دانشگاه شهید بهشتی»

در سیستم حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی، قسمت حل و فصل اختلافات از اهمیت بسیار برجسته ای برخوردار است. وجوه شاخصه این قسمت از یک طرف اطمینان بخشی و ثبات برای تجار و سرمایه گذاران و سرمایه پذیران و رواج موضوع حرفه آنهاست، و از طرف دیگر سهولت دسترسی به طریقه حل و خاتمه دادن سریع به اختلاف است. بنابر این، طریقه حل و فصل اختلاف که مورد قبول و پذیرش طرفین و آرامش بخشی آنها باشد باید واجد خصوصیات بنیانی مطلوبیت و انتخابی باشد.

سالهست که طرفین این نوع اختلافات از دادرسی دادگاههای ملی و خارج از اراده خود چشم پوشیده اند و به داوری ملی و بین المللی و به انتخاب خود روی آورده اند. در این جهت، دیوانهای داوری موردی و سازمانهای داوری متعددی در سطح جهان ایجاد و تشکیل شده اند و همچنین قواعد داوری بین المللی بسیار و متنوع پیدایش و توسعه یافته اند. برای مثال اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس (آی. سی. سی. سی.) سالهست نهاد داوری بین المللی تاسیس و قواعد داوری اختصاصی برای آن وضع نموده و هر چند سالی آن قواعد را با نیازهای نوین تجارت و سرمایه گذاری تطبیق داده و به روز رسانی می کند؛ یا بانک جهانی، بموجب «عهدنامه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» (عهد نامه ایکسید) در سال 1965 مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری (ایکسید) برای برگزاری داوری و یا میانجیگری برای اختلافات سرمایه گذاری تشکیل داده و برای آن قواعد و نیز، علاوه بر آن، قواعد تسهیلات اضافی داوری و میانجیگری تدوین نموده است، به طوری که امروزه اختلافات متعددی به این مرکز ارجاع داده می شود؛ یا کمیسیون حقوق تجارت بین الملل [سازمان] ملل متحد (آنسیترال) اولین بار در سال 1976 قواعد داوری برای برگزاری داوری تنظیم می کند، و در مواردی در آن تغییراتی ایجاد کرده، اصلاح و تجدید نظرمی نماید مانند اصلاحات سال های 2010، 2013 و متن کنونی که بازنگری 2021 میلادی می باشد؛ و یا همان کمیسیون در سال 1985 میلادی قانون داوری نمونه آنسیترال را تنظیم میکند تا کشورهای مختلف در تدوین قوانین داوری خود از آن الگو برداری کنند، و در سال 2006 در یکی از مواد آن تجدید نظر می نماید؛ یا دادگاه دائمی داوری (پی. سی. ای.) در لاهه قواعد داوری خود را در سال 2012 به روز رسانی نموده و قواعد داوری آنسیترال 2010 را جایگزین قواعد داوری 1976 می نماید و نقش فعالتر و توسعه یافته تری در جذب داوریهای موردی بر عهده می گیرد.

در سال 1958 میلادی سازمان ملل متحد تدبیری برای شناسایی و اجرای آرای داوریهای خارجی اندیشید که حاصل آن "عهدنامه در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (عهدنامه 1958 نیویورک)" می باشد اکنون (بهمن ماه 1401 برابر اواخر ژانویه 2023) تعداد 172 کشور به این عهدنامه پیوسته اند که حکایت از اقبال و تمایل فراوان به طریقه داوری برای حل و فصل اختلافات در سطح جهانی دارد. این عهدنامه نه تنها در موفقیت نهاد داوری در حل و فصل اختلافات بسیار موثر بوده است، بلکه الگو و راهنمایی برای تدابیر موفقیت طرق احتمالی جایگزین داوری مثل میانجیگری و عهدنامه سنگاپور در خصوص میانجیگری (بعدا بیشتر توضیح داده می شود) می باشد.

از نمونه های دیگر استقبال از داوری در حل و فصل اختلافات بین المللی آن که دولتهای ایران و ایالات متحده در سال 1359 (1981) با یکدیگر توافق نمودند یک دیوان دعاوی در شهر لاهه کشور هلند تشکیل دهند تا به حدود 4000 دعوا و اختلاف بین دو دولت و دولت و اتباع دولت دیگر از طریق داوری رسیدگی نموده و آنها را حل و فصل نماید؛ نمونه ای که موفقیت خوبی در داوری بین المللی محسوب می شود.

گرچه نهاد داوری برای مبادلات حقوقی- تجاری بین المللی، و امور سرمایه گذاری بین المللی از جهاتی یکسان است، اما در مجموع و کلی می توان گفت که در سالهای اخیر و به تدریج این قسمت از سیستم حقوقی به ویژه مرتبط با سرمایه گذاری بین المللی ناظر و شاهد این بوده است که داوری در حال افول و از دست دادن آن دو ویژگی مورد نظر است و چشم انداز مستحکم و استواری هم برای جلوگیری از زوال آن هویدا نیست. لذا طرق

جایگزین حل و فصل اختلاف طرفدار یافته یا در حال توسعه یافتن است. از طرفی نیز نیازهای جدید این سیستم حقوقی به روشهای جایگزین باعث شده است که قواعدی در میانجیگری، اصلاحگری، ترکیبی از ایندو و کارشناسی جای خود را در حل و فصل اختلافات این سیستم در بین اشخاص درگیر و سازمانهای بین المللی متکفل امر حل و فصل اختلافات باز کنند و محبوبیت بیابند. در سطوح مختلف ملی، منطقه ای و بین المللی و سازمانهای بین المللی مختلفی در راستای ترویج، توسعه، تدوین قواعد و مقررات جایگزین داورى دست بکار شده اند.

بطور خاص برای مثال، سازمان آی.سی.سی.، ایکسید و آنسیترال قواعدی در رابطه با برخی از روشهای جایگزین قاعده وضع نموده و آنها را در دسترس علاقمندان به این شیوه ها قرار داده اند. برای نمونه، نیاز و استقبال از میانجیگری به حدی است، یا به حدی پیش بینی می شود، که در سال 2018 میلادی مجمع عمومی [سازمان] ملل متحد قواعدی را تصویب نمود که هدف از آن این بود که سازشنامه های ناشی از میانجیگری تجاری بین المللی، شبیه آنچه عهدنامه 1958 نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داورى خارجی، در داورى عمل میکند، عمل کند، یعنی ضمانت اجرای شایسته ای برای سازشنامه های ناشی از میانجیگری ایجاد نمایند. مجمع عمومی [سازمان] ملل متحد در قطعنامه مورخ 20 دسامبر 2018 پیش نویس عهدنامه تهیه شده توسط آنسیترال با عنوان «عهدنامه [سازمان] ملل در خصوص سازش نامه های بین المللی ناشی از میانجیگری» را می پذیرد و موافقت می نماید که مراسمی برای آغاز امضای عهدنامه در سنگاپور در تاریخ 7 اگوست 2019 برگزار شود و با نام «عهدنامه سنگاپور در خصوص میانجیگری» شناخته شود. ایران در میان 46 کشور امضا کنندگان اولیه این عهدنامه در روز مراسم است (این عهدنامه هنوز در ایران اجرایی نشده است). این تعداد زیاد از کشورها که در همان روز (هفتم اگوست 1919) عهدنامه را امضا کردند نشانه استقبال خوب آنها از این عهدنامه یا روش حل و فصل اختلاف نوین است (گرچه تا کنون این عهدنامه در کشورها کم شماری - 10 کشور- به اجرا در آمده است).

به هر صورت، در زمان حاضر اینطور نیست که داورى اهمیت خود را کامل از دست داده و دارای آن گونه ضعفها یا نواقصی باشد که غیر قابل جبران بوده و باعث روی گردانی گسترده از آن باشد (شده باشد). استقبال از آن در مقابل روشهای جایگزین همچنان قابل مقایسه نیست. برای مثال، آمارها نشان میدهند که در سازمانهای داورى آی.سی.سی.، ایکسید (با قواعد تسهیلات اضافی) و دادگاه دائمی داورى (پی.سی.ای) و نیز در دیوانهای داورى مودی، مراجعه به داورى بسیار بیش از استفاده از سایر روشهای حل و فصل اختلاف است. آنچه قابل تامل است آینده نگری و چشم انداز آینده داورى و حل و فصل اختلاف در موضوع مورد بحث است، که سازمانها و افراد متخصص و صاحب نظر را به عمل و تدبیر و چاره اندیشی وای دارد.

در ایران هم، در سطح ملی، منطقه ای و بین المللی در ارتباط با داورى و روشهای جایگزین تلاشهای خوبی بعمل آمده است. دو قانون داورى ملی و تجاری بین المللی، تشکیل دو سازمان عمده داورى، مرکز داورى اتاق بازرگانی و مرکز داورى منطقه ای تهران، قانون الحاق ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داورى خارجی، امضای "عهدنامه سنگاپور در خصوص میانجیگری"، برخوردار بودن از قواعد و مقررات قانونی نسبتا مناسب برای اصلاحگری (صلح)، سازش و کارشناسی. بعلاوه در سطوح عالی دانشگاهی و دوره های دانش افزایی خارج از دانشگاهها به آموزش این روشها پرداخته می شود.

همسو با چنین وضعیتهایی در سطح بین المللی و کشور، وجود چنین کتابی در ردیف دیگر مجموعه مقالات نگارنده در سیستم حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی لازم می نمود. این کتاب حاوی مقالاتی است که نگارنده انفرادی یا با همکاران در طول زمانی نسبتا طولانی به رشته تحریر در آورده و همگی آنها متمرکز بر موضوعات یا عناوینی از داورى و روشهای جایگزین حل و فصل اختلافات در آن سیستم بوده و هستند که نیازمند توجه، تحلیل و یا تفسیر خاص می باشند. آنها در طول سالها آموزش و تدریس در دوره های عالی دانشگاهی، و همچنین در اشتغال عملی در سطوح پیشرفته اختلافات بزرگ و پیچیده برای اینجانب مطرح بوده اند. در واقع، در این مجموعه عناوینی از بعضی از طرق حل و فصل اختلاف و در حد مسایل توسعه یافته و خارج از حدود معمول و نیز کمتر مبتلا به، یعنی موضوعاتی کاملا عملی کم نظیر، گرد آوری شده اند. کاربرد آنها گرچه اصولا در اختلافات حقوقی- بازرگانی است،

بطور ویژه در امور مبادلاتی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در ایران و در صحنه بین المللی مطرح می باشند، که اهمیت آگاهی و عالم بودن بر آن ها مضاعف می شود.

فهرست اجمالی مطالب و متن کتاب، تحت عناوین مقاله های اصلی، که هر کدام مبین محتوای حوزه خود می باشند و عموماً عیناً (مگر با تغییر اندک در قالب و طرح فهرست مطالب و عناوین) به ترتیب زمان انتشار قرار گرفته اند، به شرح زیر می باشد:

فصل اول: استقلال شرط داوری

فصل دوم: جرح و خاتمه ماموریت داوران

فصل سوم: مسؤلیت سازمان داوری در داوری

فصل چهارم: صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری

فصل پنجم: امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده

فصل ششم: مفهوم الزام آور نشدن رای در عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک

فصل هفتم: «اصلاحگری» و «میانجیگری» به عنوان جایگزین روشهای سنتی حل اختلافات مدنی-تجاری وامکان بکارگیری آنها در صنعت نفت

فصل هشتم: اصل 139 قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری

فصل نهم: حل اختلاف حرفه ای فعالان بازار اوراق بهادار- عبور از الزام به روشهای جایگزین

فصل دهم: جایگاه شفافیت در تحولات اخیر داوری های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری،

فصل یازدهم: نقش همیار دادگاه (ذینفع غیرمستقیم) در داوری سرمایه گذاری بین المللی، (چاپ نشده)

بدیهی است که این کتاب برای کاربرد حقوقدانان و دست اندر کاران تجارت و سرمایه گذاری بین المللی و امور حقوقی این دو حوزه بطور خاص در قسمت حل و فصل اختلافات مرتبط با ایران، می باشد. در واقع بهرمندی وافر برای افراد و اشخاصی است که واقف و آگاه بر چگونگی استفاده از روش های داوری و طرق جایگزین حل و فصل اختلافات حقوقی-بازرگانی می باشند، یا نیازمند اطلاعات و موضوعاتی فراتر از مباحث معمول این روشها می باشند. امید است مورد بهره برداری شایسته آنها قرار گیرد.

لازم به ذکر است که گرد آورنده موضوعات و مطالب این کتاب، قبلاً خود در داوری و شناسایی و اجرای آرای داوری ها بطور عام و نیز در داوری تجاری بین المللی بطور خاص مطالب و مباحث مختلف را به تفصیل بیان یا به رشته تحریر در آورده است که برخی از آن ها، و نیز برخی از مطالب مقالات مجموعه پیش رو که در واقع نظریات نگارنده یا نگارندگان می باشند در طول زمان تعییراتی یافته اند. جدیدترین افکار و ایده های مرتبط از

نگارنده را در کتاب در دست چاپ با عنوان «داوری اختلافات مدنی- تجاری – راهنمای عملی» می باشد که برای آگاهی، استفاده کنندگان ارجمند این مجموعه را به مطالعه آن کتاب دعوت و توصیه می نمایم.

جا دارد که از کلیه همکاران و نشریاتی که در تهیه، تولید و انتشار مطالب و مفاهیم جدید علمی در سیستم نوپای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی شرکت داشته اند و در این مجموعه از آنها نام برده شده یا نشده بطور خاص تشکر نموده و برایشان آرزوی موفقیت در عمل در این سیستم حقوقی داشته باشم. همچنین از شرکت چاپ و نشر بازرگانی که انتشار این مجموعه را تقبل نموده اند، از مدیریت محترم و کارکنان پرتلاش آن، سپاسگزاری می نمایم.

حمید رضا نیک بخت

بهمن ماه 1401

دبیاچه.....  
فهرست اجمالی مطالب.....

### فصل اول : استقلال شرط داوری

نیک بخت، حمید رضا، مجله تحقیقات حقوقی، 1376 ، شماره 20-19 ، صص. 259-277 .....11

### فصل دوم : جرح و خاتمه ماموریت داوران

نیک بخت، حمید رضا، مجله تحقیقات حقوقی، 1386 ، شماره 46 ، صص. 45-74  
21.....

### فصل سوم : مسئولیت سازمان داوری در داوری

نیک بخت، حمید رضا، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال تاسیس داوری در حقوق ایران-  
مرکز داوری اتاق بازرگانی، 1390 ، صص. 55-80 .....47

### فصل چهارم : صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری

نیک بخت، حمید رضا و شهاب جعفری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1392 ، شماره 61 ، صص.-11  
68.....59

### فصل پنجم : امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده

نیک بخت، حمید رضا و فرهاد پیری، مجله حقوقی بین المللی، 1392 ، شماره 48 ، صص.-7  
97.....34

**فصل ششم : مفهوم الزام آور نشدن رای در عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک**

نیک بخت، حمید رضا و فرهاد پیری، مجموعه مقالات- جشن نامه دهمین سالگرد تاسیس مرکز داوری اتاق ایران، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، شهر دانش، چاپ اول، 1393، صص 113-133.....121

**فصل هفتم : «اصلاحگری» و «میانجیگری» به عنوان جایگزین روشهای سنتی حل اختلافات مدنی-تجاری و امکان بکارگیری آنها در صنعت نفت**

نیک بخت، حمید رضا و علی اکبر ادیب، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1396، شماره 2، صص. 57-81

136.....

**فصل هشتم : اصل 139 قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری**

نیک بخت حمید رضا و احمد همتی کلوانی، پژوهش حقوق خصوصی، سال هشتم، بهار 1399، شماره 30، صص. 201 – 230 ..... 160

**فصل نهم : حل اختلاف حرفه ای فعالان بازار اوراق بهادار- عبور از الزام به روشهای جایگزین**  
نیک بخت حمید رضا، محمد صادقی، فصلنامه حقوق اداری، سال هشتم، تابستان 1400، شماره 27، صص. 183.....235-255

**فصل دهم : جایگاه شفافیت در تحولات اخیر داوری های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری**

نیک بخت حمید رضا، معین فروغی، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیست و نهم، پاییز و زمستان 1401، شماره 22، صص. 1-50.....200

**فصل یازدهم : نقش همیار دادگاه (ذینفع غیرمستقیم) در داوری سرمایه گذاری بین المللی**

نیک بخت، حمید رضا و هادی خسروسرشکی، (منتشر نشده).....231

فهرست تفصیلی مطالب.....259

پیوست یک: عهدنامه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر (عهد نامه ایکسید)..... 275

پیوست دو: قواعد داوری ایکسید (2002)..... 298

پیوست سه: قواعد اصلاحگری ایکسید..... 344

پیوست چهار: عهدنامه سازمان ملل در خصوص سازش نامه های بین المللی ناشی از میانجیگری 2019 (عهدنامه سنگاپور در خصوص میانجیگری)..... 363

پیوست پنج: قواعد میانجیگری آنسیترال..... 374



## فصل اول

### استقلال شرط داوری

#### مقدمه

در سال‌های اخیر مستقل بودن شرط داوری از قراردادی که در آن درج می‌گردد موضوع بحث‌ها و مذاکرات فراوان بوده است. بحث این است که آیا شرط داوری باید از سرنوشت قراردادی که بدان تعلق دارد پیروی کند یا اینکه می‌تواند وجود مستقلی داشته باشد. داوری ممکن است به صورت قرارداد علیحده باشد، بدین صورت که طرفین به موجب یک قرارداد ملزم شوند که در صورت بروز اختلاف در خصوص معامله بین آن‌ها، حل اختلاف ارجاع اختلاف بین آن‌ها به داوری در ضمن همان معامله به عمل آید. چنین توافقی را که در ضمن معامله درج می‌گردد شرط ارجاع اختلاف به داوری گویند (منبع در این مقاله این شرط به عنوان "شرط داوری" ذکر خواهد شد). بنابراین ارجاع اختلاف به داوری که در قرارداد (معامله) اصلی درج می‌شود. قانون آیین دادرسی مدنی ما به موجب حکم صریح مواد 632 و 633 ارجاع امر به داوری را به تراضی طرفین و به موجب قرارداد علیحده و یا به صورت توافق (شرط) ضمن معامله پذیرفته است.

در اینجا بحث در خصوص قرارداد داوری نیست که به صورت عقدی مستقل منعقد می‌گردد و در سیستم حقوقی ایران تابع شرایط عمومی قراردادها بوده و با داشتن شرایط اساسی صحت معامله (ماده 191 قانون مدنی) و همچنین به موجب ماده 10 قانون مدنی عقدی معتبر خواهد بود. سؤال این است که آیا چنین شرطی که ضمن معامله اصلی گنجانده شده است وجودی مستقل از آن معامله دارد یا اینکه مانند سایر شرایط ضمن عقد، شرط داوری تعهدی تبعی بوده و معنأ جزء مورد تعهد اصلی شده و با آن عقد واحدی را تشکیل می‌دهد.

#### فایده بحث

فایده بحث این است که چنانچه شرط داوری مستقل از عقد اصلی محسوب شود، از لحاظ وجود، اعتبار و نفوذ تابع عقد اصلی نخواهد بود. لذا چنانچه یک طرف ادعای بطلان قرارداد را بنماید، حتی در مواردی با ادعای عدم تشکیل یا نفوذ قرارداد، شرط داوری به قوت خود باقی بوده و به عنوان توافقی مستقل به داور اعطای صلاحیت رسیدگی به اعتبار قرارداد اصلی و یا حتی وجود و نفوذ آن خواهد نمود. درحالی که، اگر شرط داوری از شرایط ضمن عقد محسوب گردد، تعهدی فرعی یا تبعی بوده که ضمن قرارداد و تعهد مستقل اصلی دیگری درج شده و چنین تعهد تبعی (شرط) از لحاظ قصد انشاء تابع عقد اصلی بوده و نمی‌تواند مستقل از آن باشد و در نتیجه وجود، نفوذ و اعتبار خود را از عقد اصلی کسب خواهد نمود.

از نتایج تبعی بودن شرط نسبت به عقد اصلی این است که اولاً شرط ضمن عقد از جهت تحقق یا وجود، نفوذ و اعتبار تابع عقد اصلی است و چنانچه قرارداد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود اگر چه به خودی خود تمامی شرایط عقد (قرارداد) را داشته باشد. همچنین اگر قرارداد اصلی مورد تنفیذ قرار گیرد این نفوذ به شرط نیز سرایت و شرط را نافذ می‌گرداند. ثانیاً بقاء و انحلال شرط نیز تابع عقد اصلی است، یعنی چنانچه عقد اصلی به سببی فسخ یا اقاله گردد یا مدت آن منقضی شود، شرطی که ضمن آن شده است بخودی خود منحل می‌گردد (ماده 246 قانون مدنی).

وقتی دعوی به داوری ارجاع می‌شود، خوانده ممکن است ادعا کند که قرارداد اصلی (معامله‌ای) که شرط داوری در آن درج گردیده است کلاً تشکیل نشده یا تحقق نیافته است (به علت اشکال در ایجاب یا قبول)، یا فسخ شده (به علت یکی از اختیارات)، یا قرارداد باطل است (به عللی مثل فقدان قصد و رضا یا اهلیت یکی از طرفین یا غیرقانونی بودن یا خلاف نظم عمومی بودن) یا قرارداد نافذ نیست (به علتی مثل فقدان اختیار نماینده در ملتزم نمودن اصیل به قرارداد

مورد نظر)، و بدین ترتیب ایراد عدم صلاحیت دیوان داوری را مطرح نماید. و یا اینکه یکی از طرفین ممکن است بدون در نظر گرفتن شرط داوری مندرج در قرارداد، به استناد موارد مذکور، دعوی خود را بدو در دادگاه اقامه کند و خواننده از دادگاه درخواست ارجاع دعوی به داوری به اعتبار وجود شرط داوری در قرارداد را بنماید.

در اینجا این سؤال بررسی و پاسخ داده خواهد شد که آیا چنین ادعایی نسبت به قرارداد اصلی می‌تواند بر شرط داوری مندرج در آن تأثیر نموده و آن را بی‌اثر نماید و باعث رسیدگی دعوی در دادگاه شود، یا اینکه علیرغم این ادعا، شرط داوری دارای اعتبار بوده و به قوت خود باقی خواهد ماند، و براساس آن دیوان داوری تشکیل و به اختلاف طرفین از جمله عدم تشکیل قرارداد، بی‌اعتباری یا عدم نفوذ آن رسیدگی خواهد نمود.

این سؤال قرینه سؤال دیگری است که چنانچه یکی از طرفین دعوی ادعا نماید که دعوی خارج از صلاحیت داوری است آیا دیوان داوری صلاحیت دارد که در خصوص صلاحیت خود تصمیم بگیرد (Competence de la Competence)، یا اینکه دادگاه باید در این خصوص تصمیم بگیرد. باید در نظر داشت که گرچه این دو سؤال با هم ارتباط نزدیک پیدا می‌کنند اما سؤال اول در ارتباط با رابطه دیوان داوری و دادگاه است به این صورت که آیا در دادگاه باید به ادعای عدم وجود یا بی‌اعتباری یا خاتمه یافتن قرارداد اصلی و شرط داوری مندرج در آن رسیدگی کند یا دیوان داوری، و چنانچه این موضوع در صلاحیت دادگاه باشد در چه مرحله‌ای باید از دادگاه خواسته شود که در خصوص اعتبار شرط داوری نظر دهد. درحالی که سؤال دوم، مربوط به تفسیر قرارداد طرفین یا شرط داوری می‌باشد که آیا طرفین با توافق بر داوری این قصد را هم داشته‌اند که دیوان داوری (صلاحیت داشته باشد تا) موضوع تشکیل یا اعتبار قرارداد را بررسی و اتخاذ تصمیم نماید.

در پاسخ به سؤال مورد بحث ممکن است گفته شود که دلیلی ندارد که شرط داوری از بقیه قرارداد (اصلی) پیروی نکند. مدافعان عدم استقلال شرط داوری به این قاعده استناد می‌کنند که فرع (موضوع فرعی) از اصل خود پیروی می‌کند (accessorium sequitur principal) لذا معتقدند که بطلان قرارداد خود بخود شرط داوری مندرج در قرارداد را هم در بر می‌گیرد. از طرف دیگر حامیان استقلال شرط داوری معتقدند که این شرط وجود مستقل دارد و به طور خودبخود تحت تأثیر بطلان احتمالی قراردادی که بدان تعلق دارد قرار نمی‌گیرد.

ما پاسخ سؤال فوق را ابتدا در چند سیستم حقوقی و قواعد داوری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌دهیم، و سپس کنکاشی در سیستم حقوقی خودمان خواهیم داشت و در پایان هم به جمع بندی و نتیجه کلی بحث خواهیم پرداخت.

## قسمت اول: بررسی سیستم حقوقی چند کشور و قواعد داوری بین‌المللی

### الف. سیستم حقوقی چند کشور

#### 1- سیستم حقوقی هلند

ماده 1053 قانون 1986 داوری هلند عنوان "استقلال (جدایی پذیری) شرط داوری" دارد. این ماده مقرر می‌دارد "توافق داوری به عنوان یک توافق جداگانه (مستقل) در نظر گرفته و حکم صادر خواهد شد. دیوان داوری اختیار خواهد داشت در خصوص اعتبار قرارداد اصلی که توافق داوری بخشی از آن را تشکیل می‌دهد یا توافق داوری بدان ارتباط دارد، اتخاذ تصمیم نماید".

در توضیح این ماده دو حقوقدان برجسته هلندی (پیتر ساندرز و واندن برگ) معتقدند که عدم اعتبار قرارداد اصلی در اصل تأثیری بر اعتبار شرط داوری مندرج در آن ندارد و لذا مسائل مربوط به اعتبار قرارداد اصلی مسائل مربوط به صلاحیت دیوان داوری نخواهند بود مگر اینکه ادعای عدم وجود قرارداد اصلی بشود.

[P. Sanders, A.J. Van den Berg: "Netherlands Arbitration Act 1986." Kluwer publishers, 1987]

از این ماده قانون داورى هلند و توضیح آن مشخص می‌گردد که در سیستم حقوقی هلند شرط داورى توافقی مستقل محسوب می‌گردد اما چنانچه ادعا شود که قرارداد اصلی کلاً وجود نداشته یا به وجود نیامده است، چنین ادعایی بر شرط داورى تأثیر گذاشته و صلاحیتی بر دیوان داورى اعطاء نخواهد نمود.

## 2. سیستم حقوقی آلمان

در سیستم حقوقی آلمان شرط داورى ضمن عقد محسوب می‌شود اما اثر آن بستگی به قصد و نیت طرفین دارد. لذا در این سیستم حقوقی قرارداد مورد تفسیر قرار می‌گیرد و چنانچه مشخص گردد که داور اختیار بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص صحت قرارداد اصلی را دارد، طبق این قصد آن‌ها عامل خواهد شد و در صورت تردید، فرض می‌شود که داور چنین اختیاری دارد.

## 3. سیستم حقوقی فرانسه

در فرانسه تفکیک قابل می‌شوند بین داورى‌های داخی (قراردادهای داخلی) و داورى‌های بین‌المللی، در مورد اول علی‌القاعده شرط داورى را قابل جدا شدن از قرارداد اصلی نمی‌دانند اما در مورد اخیر استقلال شرط داورى پذیرفته شده است و امکان بی‌اعتباری قرارداد تأثیری بر شرط داورى مندرج در آن قرارداد نخواهد داشت.

[Cass. Civ. Gosset, May 7, 1963, Dolloz 1963, 545, obs. Cited by Rene David: Arbitration in International Trade, Kluwer publishers, 1985, p. 193-41].

## 4. سیستم حقوقی بلژیک

در بلژیک به موجب ماده 1697 کد قضایی (Judiciary Code) بلژیک اصل استقلال شرط داورى به صراحت پذیرفته شده است. این ماده مقرر می‌دارد: "تصمیمی مبنی بر اینکه قرارداد بی‌اعتبار است، قانوناً بی‌اثر بودن توافق داورى مندرج در آن را در پی نخواهد داشت".

## 5. سیستم حقوقی انگلستان

در قوانین داورى در حال اجرای انگلستان (قوانین داورى سال‌های 1950 و 1979) چیزی در خصوص استقلال شرط داورى مشاهده نمی‌شود. اما در حقوق عرفی و رویه قضایی انگلستان این موضوع با عناوین اصل جدایی پذیری ( ) یا جداشدنی ( ) شرط داورى، مورد بحث و بررسی‌های فراوان قرار گرفته است. در پرونده [Dalmia Dairy Industries Ltd, V. National Bank of Pakistan, [1978] 2 Lloyd's Rep. 223]

لرد میگو می‌گوید: "در حقوق انگلستان هیچ داورى نمی‌تواند، هر چند هم که عبارات شرط داورى که طرفین یا طرفین ادعایی در قراردادشان درج نموده‌اند موسع باشد، صلاحیت تصمیم‌گیری نسبت به دعوی مربوط به وجود ابتدایی یا اعتبار قرارداد ادعایی که شرط داورى در آن درج شده، (یا دعوی مربوط به) وجود ابتدایی یا اعتبار خود شرط داورى، را داشته باشد".

به هر صورت در پرونده [Hayman V. Darwins, [1942] I All ER. 334] در سال 1942، مستقل بودن شرط داورى از بقیه قرارداد در حقوق انگلستان تا آنجا پذیرفته شد که چنانچه قرارداد اصلی به لحاظ نقض اساسی قرارداد (Breach of Condition) یا نقض یک شرط عمده ( ) یا انتفای عقیم شدن قرارداد (Frustration) منحل گردد، شرط داورى مندرج در آن به قوت خود باقی بوده و داوران صلاحیت تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا قرارداد بدینگونه منحل شده است یا نه را دارند. در عین حال در همین پرونده مجلس لردها (دیوان عالی) نظر داد که دادگاه می‌تواند

در صورتی که ادعای کلاهبرداری (غبن) نسبت به قرارداد اصلی شده باشد حتی در حین رسیدگی داور، دخالت کرده و داور را متوقف نماید.

حقوقدانان انگلیسی در ارتباط با استقلال شرط داور نسبت به قرارداد اصلی، قایل به تفکیک هستند. آن‌ها معتقدند که چنانچه اختلاف نسبت به عدم وجود ابتدایی قرارداد اصلی باشد، عدم وجود ابتدایی قرارداد باید معمولاً عدم وجود شرط داور را که ادعا می‌شود قسمتی از آن قرارداد است در پی داشته باشد. بنابراین اختلاف نسبت به موضوعاتی مانند ایجاب و قبول یا اشتباه یا اختیار نماینده بر متلزم نمودن اصیل خود، بر شرط داور مندرج در قرارداد تأثیر گذاشته و مانع تشکیل و رسیدگی داور خواهد بود، زیرا چنانچه فرضاً طرفین بر روی قرارداد اصلی به توافق نرسیده باشند قطعاً بر شرط داور مندرج در آن هم به توافق نرسیده‌اند، [Steyn (J), Yearbook, Commercial Arbitration, V III (1983), 3, II]

اما از طرف دیگر آن‌ها معتقدند چنانچه دعوا یا اختلاف نسبت به باطل یا بی‌اعتبار بودن قرارداد اصلی به لحاظ غیرقانونی بودن یا خلاف نظم عمومی بودن باشد، منطقاً نباید شرط داور مندرج در این چنین قراردادی باطل یا بی‌اعتبار باشد، زیرا شرط بخودی خود غیرقانونی یا خلاف نظم عمومی نخواهد بود. به هر حال گرچه حقوقدانان انگلیسی بر این نظر هستند که اصل استقلال (جدایی پذیری) شرط داور در حال تکامل تدریجی است، باید بخاطر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان هماهنگی که فوقاً در پرونده Dalmia مطرح گردید، داوران از اینکه در خصوص غیر قانونی بودن یا بی‌اعتباری قراردادی اتخاذ تصمیم کنند همیشه ممنوع هستند (به عنوان نمونه ببینید

Jaffey: "Arbitration of International Commercial Contracts..., In Current Issues in International Business Law", Edited by Perrott and Pogany, Avebury, 1988).

قابل ذکر است که در رویه قضایی انگلستان به وضوح استقلال شرط داور از لحاظ قانون حاکم پذیرفته شده است. در پرونده James Miller and Partners Ltd. V. Whitworth Street Estate Ltd. [(1970) 2 W.L.R. 728] پذیرفته شد که قانون حاکم بر قرارداد اصلی قانون انگلستان و قانون حاکم بر شرط داور مندرج در آن قرارداد قانون اسکاتلند باشد. همچنین در پرونده

[Cie d'armement maritime S.A.V.Cietunisienne de navigation, S.A. [(1970) 3 W.L.R. 389]

قراردادی که قانون حاکم بر آن قانون فرانسه بود پذیرفته شد/ که شرط داور آن تحت حاکمیت قانون انگلستان باشد.

البته باید در نظر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان و اخیراً در سیستم حقوقی غالب کشورهای اروپایی، بر اساس عهدنامه مربوط به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی 1980 (عهدنامه 1980 رم) نه تنها قانون حاکم بر شرط داور بلکه قانون حاکم بر شروط مختلف قرارداد را می‌توان جدا از قانون حاکم بر قرارداد (یا سایر شروط قرارداد) انتخاب نمود (نظریه تقسیم قرارداد به چند تعهد و هر تعهد تحت حاکمیت قانون خاص).

در سیستم حقوقی آمریکا نیز به عنوان عضوی از نظام حقوق عرفی، آرای از دادگاه فدرال آمریکا وجود دارد که این موضوع را تأیید می‌کنند که در موضوعاتی که در محدوده قانون فدرال می‌باشد (مثل دعاوی بین‌المللی)، قاعده این است که شرط داور جدا از قرارداد اصلی در نظر گرفته شود، و این قاعده رعایت می‌شود مگر اینکه طرفین قصدی غیر از این داشته باشند. لذا دیوانعالی فدرال آمریکا بر این نظر است که باید از شرط داور تفسیر به عمل آید و چنانچه عبارات شرط آنقدر واضح باشد که طرفین قصد جدا بودن شرط داور از اصل قرارداد را نداشته باشند آن شرط از اصل قرارداد جدا نخواهد شد، (به عنوان نمونه پرونده Prima Paint v. Flavd & Cocklin, 388 U.S. (1967) 395 دیده می‌شود).

## ب - چند قواعد و رأی داور بین‌المللی

### 1- قواعد آی.سی.سی.

اصل استقلال شرط داور در بند 4 ماده 8 قواعد آی.سی.سی. پذیرفته شده است. این بند مقرر می‌دارد: "ماده (4) 8. مگر آنکه غیر از این مقرر شود، داور به دلیل هرگونه ادعایی (مبنی بر این) که قرارداد باطل و بی‌اثر است یا

قرارداد وجود ندارد. متوقف از صلاحیت نخواهد شد، مشروط بر آنکه وی نظر بر اعتبار توافق داورى داشته باشد. صلاحیت او برای تعیین حقوق طرفین و قضاوت (دادرسى) در خصوص ادعا و درخواست‌ها ادامه خواهد داشت، حتی اگر چه ممکن باشد که خود قرارداد وجود نداشته باشد (ایجاد نشده باشد) یا باطل و بی‌اثر باشد.

## 2- قواعد آنسیترال

بند 2 ماده 21 قواعد آنسیترال استقلال شرط داورى را پیش‌بینی کرده و مقرر می‌دارد: "دیوان داورى اختیار خواهد داشت نسبت به وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داورى بخشی از آن را تشکیل می‌دهد تصمیم بگیرد. از لحاظ ماده 21، شرط داورى که بخشی از قرارداد را تشکیل می‌دهد و داورى را براساس این قواعد (آنسیترال) مقرر می‌دارد، به عنوان یک توافق مستقل از سایر شرایط قرارداد محسوب خواهد شد. تصمیم دیوان داورى مبنی بر اینکه قرارداد باطل و بی‌اثر است، قانوناً بی‌اعتباری شرط داورى را در پی نخواهد داشت.

به همین صورت ماده 7 عهدنامه 1961 ژنو، ماده 41 عهدنامه 1965 واشینگتن و ماده 16 قانون نمونه 1985 (سازمان) ملل متحد به وضوح استقلال شرط داورى را مقرر می‌نمایند.

## ج- تصمیمات داورى بین‌المللی

آرای داورى بین‌المللی فراوانی وجود دارد که نظر بر استقلال شرط داورى دارند. به عنوان نمونه پرونده‌های زیر به بحث و بررسی استقلال شرط داورى پرداخته و آن را قویاً پذیرفته‌اند.

1. Dalmia Dairy Industries Ltd. (India) V. National Bank of Pakistan, first preliminary award, December 18, 1967, ICC proceedings No. 1512, Yearbook Commercial Arbitration 1980, vol. v, at 171.
2. Veb K. (RDA) v. Entreprise W (RFA), Award of the Arbitral Tribunal at the Chamber of Foreign Trade of RDA, Clunet 1980, at 1696.
3. ICC Case No. 4381, Award made in 1986, Clunet 1986, at 1202.

## فسمت دوم: سیستم حقوقی ایران

در سیستم حقوقی ایران داورى یک عقد محسوب می‌شود که به طور کلی تابع شرایط عمومی قراردادها و مواد 219 به بعد قانون مدنی می‌باشد. بنابراین قصد و رضای طرفین از ارکان این عقد است. ماده 632 قانون آیین دادرسی مدنی نیز مقرر می‌دارد که طرفین می‌توانند منازعه یا اختلاف خود را "به تراضی" به داورى ارجاع نمایند. پس در قانون ما فرض است که داورى تراضی اختصاصی طرفین معامله را دارا است، و به تجویز صریح ماده 633 ق.آ.د.م. این تراضی می‌تواند در ضمن معامله اصلی درج شده و یا به صورت قرارداد علیحده‌ای تنظیم گردد و طرفین به موجب آن ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع آن از طریق داورى به عمل آید.

در سیستم حقوقی ما قواعد مربوط به داورى در قانون آیین دادرسی مدنی، مواد 632 تا 680 ذکر شده‌اند و در بین این قواعد، در خصوص صلاحیت دیوان داورى در رسیدگی به صلاحیت خود و همچنین در خصوص استقلال شرط داورى چیزی به وضوح مشاهده نمی‌شود. لذا برای بررسی و پاسخ به این سؤال که در سیستم حقوقی ایران وضعیت شرط داورى چیست، آیا این شرط مستقل از قرارداد اصلی یا قسمتی از آن (شرط ضمن عقد اصلی) محسوب می‌شود، از روح و مفاد قواعد داورى موجود و قواعد مربوط به شروط ضمن عقد در قانون مدنی استفاده می‌کنیم.

با بررسی قواعد مربوط به شرط (شروط ضمن عقد) در قانون مدنی ایران که در مواد 233 تا 246 بیان گردیده‌اند، به نظر می‌رسد شرط داورى را نتوان از نوع شرط مشمول آن قواعد محسوب نمود به لحاظ اینکه اولاً شرط داورى تابع قواعد خاص خود (مواد 631، 680 ق.آ.د.م.) می‌باشد ثانیاً ارجاع امر به داورى به صورت توافق (شرط) ضمن معامله به حکم صریح قانون (آ.د.م.) تجویز گردیده است. یعنی اینکه شرط داورى از شروطی نیست که تعهدی تبعی

باشد و جزء مورد عقد اصلی شود، بلکه قصد انشاء جداگانه در آن موجود است. بنابراین شرط داوری چیزی جدا از شروط ضمن عقد و قواعد عمومی آن محسوب می‌شود. در واقع شرط داوری مانند همان قرارداد داوری علیحده یک عقد (تعهد) مستقل و دارای عنصر قصد و رضای مخصوص به خود می‌باشد که به موجب ماده 10 قانون مدنی معتبر و بین طرفین به موجب ماده 219 قانون مدنی لازم‌الاتباع است. به نظر نمی‌رسد که ضرورتی داشته باشد که در اینجا بحث شود که، حتی در خصوص شرایط ضمن عقد در حقوق مدنی، مواردی را می‌توان یافت که انحلال عقد اصلی لزوماً انحلال شرط را در پی ندارد و امکان بقاء شرط (تعهد تبعی) وجود دارد. به عنوان نمونه می‌توان ماده 733 قانون مدنی در خصوص عقد حواله را مثال زد [برای توضیح بیشتر رجوع شود به لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره‌المعارف حقوق مدنی، تجارت، ج1، ص 954].

اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌باشد این است که با فرض استقلال شرط داوری در سیستم حقوقی ایران، آیا در صورت ادعای عدم تشکیل یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی داور یا داوران اختیار تصمیم‌گیری در خصوص تشکیل یا اعتبار قرارداد اصلی را دارا می‌باشند یا اینکه در صورت چنین ادعایی دادگاه باید بدان رسیدگی و اظهار نظر نماید؟ همانگونه که در بالا بحث شد، بنظر می‌رسد سیستم حقوقی ما اصل استقلال شرط داوری را پذیرفته است. بنابراین بر اساس این شرط، دیوان داوری باید تشکیل شده به اختلاف طرفین رسیدگی نماید و هرگونه ادعایی مبنی بر عدم وجود یا نفوذ یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی تأثیری بر شرط داوری مندرج در آن نخواهد داشت و علی‌القاعده دیوان داوری اختیار رسیدگی به هرگونه اختلافی بین طرفین در خصوص قرارداد اصلی را خواهد داشت مگر اینکه تراضی طرفین به داوری یا قصد آن‌ها به گونه‌ای باشد که چنین اختیاری را به دیوان داوری ندهد. معهذاً بر این قاعده کلی، قواعد داوری ما استثنایی را وارد می‌کنند که به موجب آن به دادگاه اجازه داده می‌شود تا به اختلاف طرفین در خصوص اصل معامله رسیدگی کرده و معامله را احراز نماید و پس از احراز معامله دیوان داوری تشکیل شود. بدین شرح که ماده 636 ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد که چنانچه شرط داوری به صورت کلی (ماده 633) در قرارداد درج شده باشد و طرفین داور یا داورهای خود را ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند (ماده 635 ق.آ.د.) و در هنگام بروز اختلاف بین طرفین یکی از آن‌ها داور خود را معین ننماید یا کلاً مشکل در انتخاب داور، باشد (موارد ماده 637 ق.آ.د.م.) و علت تعیین یا مشکل در انتخاب داور اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری باشد، دادگاه قبلاً به این اختلاف رسیدگی کرده و معامله و قرارداد را احراز خواهند نمود. آنچه از این مواد نتیجه می‌شود این است که:

اولاً: دادگاه، هنگامی در خصوص اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد داوری رسیدگی خواهد نمود که در قرارداد شرط داوری به صورت کلی درج شده باشد یعنی طرفین داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند، (در واقع در چنین صورتی با امتناع یکی از طرفین از معرفی داور خود امکان تشکیل داوری (دیوان داوری) وجود ندارد).

ثانیاً: از ظاهر ماده و با بیان "پس از احراز معامله" چنین مستفاد می‌شود که نظر قانونگذار بر مواردی بوده است که اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد در خصوص تشکیل و وجود ابتدایی آن بوده است و لذا موارد ادعای بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد را شامل نمی‌شود.

بنابراین چنانچه طرفین در ضمن معامله یا قرارداد داوری، داور یا داورهای خود را تعیین نموده باشند یا در تعیین آن‌ها مشکلی برای طرفین نباشد (مثل مواردی که مقام ناصب مشخص شده و وی قادر است که داور را تعیین نماید)، و با این وجود در خصوص اصل معامله یا قرارداد هم بین طرفین اختلاف وجود داشته باشد، داوری یا داوران منتخب دیوان داوری را تشکیل داده و اختیار رسیدگی به اختلاف نسبت به اصل معامله یا قرارداد را خواهند داشت. در چنین مواردی به طور کلی ماده 636 ق.آ.د.م. قابل اعمال نخواهد بود زیرا این ماده ناظر به موارد مواد 635 و 637 بوده و تنها در موارد مذکور در این دو ماده است که دادگاه و نه دیوان داوری، به اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد رسیدگی خواهند نمود.

## نتیجه

امروزه تمایل فراوانی در اکثر کشورها از سیستم‌های مختلف حقوقی (کامن لاء، رومی-ژرمنی، سوسیالیستی...) و همچنین در سطح سازمان‌های داوری بین‌المللی دیده می‌شود که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی که شرط در آن درج شده است در نظر بگیرند. طریقی که این کشورها و سازمان‌ها برای عمل به این تمایل انتخاب کرده‌اند متفاوت

می‌باشد، به گونه‌ای که بعضی از کشورها قواعد صریحی درخصوص جدایی پذیری شرط داوری وضع نموده‌اند و بعضی به ظاهر و عبارات شرط داوری توجه خاص دارند و قصد و نیت طرفین را در آن‌ها جستجو می‌کنند و همچنین شرایط و اوضاع و احوال انعقاد قرارداد، مثل روابط تجاری قبلی و یا عرف حرفه (تجارت) را برای تفسیر قرارداد بکار می‌گیرند که دلالت بر تمایل بر جدا نمودن شرط داوری از قرارداد اصلی دارد. البته مسلم است که جدایی پذیری شرط داوری در داورهای بین‌المللی بیشتر می‌تواند مورد نظر سیستم‌های حقوقی باشد تا در داورهای داخلی.

تقریباً تمامی سازمان‌های داورهای بین‌المللی اصل استقلال شرط داوری را در قواعد داوری خود پذیرفته‌اند به گونه‌ای که هرگاه قراردادی به داوری این سازمان‌ها ارجاع نماید، تردیدی باقی نخواهد ماند که شرط داوری مندرج در قرارداد اصلی طرفین، شرطی مستقل از قرارداد محسوب گردیده و اختلاف درخصوص وجود یا نفوذ یا اعتبار قرارداد اصلی تأثیری بر اعتبار شرط داوری نخواهد داشت و دیوان داوری تشکیل و حتی به اختلاف طرفین نسبت به اصل قرارداد نیز رسیدگی خواهد نمود.

آنچه بیشتر قابل توجه است این است که کشورهای مختلف به نسبت اهمیتی که برای حل و فصل اختلافات به طریقه داوری قایل هستند سعی بر استقلال بخشیدن به شرط داوری دارند، یعنی در واقع سعی در کاستن از نقش دادگاه در امور داوری یا در دعاوی که می‌تواند از طریق داوری حل و فصل شوند دارند، و البته این سعی و تلاش روبه گسترش است.

## فصل دوم

### جرح و خاتمه مأموریت داوران

#### چکیده

در داوریه‌ها از جمله داوریه‌های تجاری بین المللی طرفین داوریه می‌خواهند داورانه حل و فصل اختلاف آنها را بر عهده داشته باشند که دارای اوصاف عمومی، مثل استقلال و بی طرفی، و اوصاف خاص مورد نظر و توافق طرفین باشند. ممکن است قبل از نصب داور یا پس از آن و در روند داوریه یا حتی پس از صدور رأی داوریه، طرفین یا یکی از آنها در خصوص وجود اوصاف عمومی و یا خاص در داور ترديد موجه داشته باشند. لذا باید بتواند بر آن داور اعتراض نمایند و در صورت وارد بودن اعتراض این داور باید از جریان داوریه کناره گیری کند یا برکنار شود، و چنانچه چنین داوریه رأی صادر کرده است طرفین باید بتوانند به دلیل فقدان اوصاف فوق به رأی اعتراض نمایند.

علاوه بر جرح داور که ممکن است باعث برکناری یا کناره گیری او شود، موارد دیگری مثل استعفا، بیماری، فوت، عدم توانایی انجام داوریه و یا تاخیر غیر موجه در برگزاری آن و نظایر اینها نیز ممکن است در جریان داوریه واقع و باعث خاتمه مأموریت داور شود. در این موارد نیز باید داور یا داوطلبانه یا اجباری از سمتش کنار رود. کلاً در صورت خاتمه مأموریت داور بنا به دلایل مذکور باید جایگزین او تعیین گردد.

#### مقدمه

همینکه دیوان داوریه تشکیل گردد، یعنی داور انتصاب یا مأموریت خود را بپذیرد او ملزم می‌گردد داوریه را با تلاش و دقت متعارف تا خاتمه آن که صدور رأی یا حلو فصل دعوی طرفین می‌باشد، برگزار نماید. اما، ممکن است در جریان داوریه و قبل از پایان کار دیوان داوریه داور مورد اعتراض یا جرح قرار گیرد و مأموریت او با تصمیم طرفین یا خود داور بنا به دلیلی، مثل مشخص شدن عدم استقلال یا بی طرفی داور یا ایجاد تردیدهای موجهی در این زمینه، منع یا ناتوان شدن داور از انجام وظیفه، فاقد شرایط مورد توافق طرفین شدن داور، عدم تلاش و دقت متعارف در برگزاری داوریه، یا بر خلاف قانون حاکم بر داوریه عمل کردن، خاتمه یابد. همچنین ممکن است داور به دلیلی مثل بیماری یا سایر دلایل شخصی استعفاء دهد. به هر صورت اهم شرایط و علل اعتراض به داور و برکناری او را قانون یا قواعد حاکم بر داوریه و یا قانون محل برگزاری داوریه (مقر داوریه) معین میکنند.

در این شرایط باید این امکان برای طرفین وجود داشته باشد تا داور را از منصب خود برکنار و در این حالت و در صورت کناره گیری او وضعیت را ترمیم نمایند. در هر دو صورت خاتمه کار داور، بصورت اجباری یا داوطلبانه، نباید داوریه عقیم و غیر قابل اجرا گردد. برای این منظور و حفاظت از برگزاری جریان داوریه غالب قواعد و قوانین داوریه روش و تشریفات را برای جرح یا برکناری و جایگزینی داور مقرر می‌نمایند.<sup>1</sup>

اعتراض به داور یا جرح او توسط یک طرف، با برکناری داور با توافق طرفین یا توسط سازمان داوریه یا دادگاه ملی متفاوت است. برکنار نمودن داور معمولاً بسیار کمتر از اعتراض به داور که معمولاً بمنظور توقف یا کند کردن روند داوریه، یا برای رهایی طرف اعتراض کننده از داوریه، واقع می‌شود.

<sup>1</sup> بعنوان نمونه عهدنامه واشنگتن 1965 (ایکسید) فصل پنجم خود (مواد 58 - 56) را به اعتراض به داور و فاقد شرایط و جایگزین شدن وی اختصاص داده است. ببینید:



در داوریه‌ها این امکان وجود دارد که یکی از طرفین به داور معرفی شده طرف دیگر اعتراض کند.<sup>2</sup> قواعد داوری معمولاً چنین اعتراضاتی را بر اساس ادله تعریف شده و مشخص پیش بینی می کنند، مثلاً، مقرر می دارند اگر اوضاعی و احوالی وجود داشته باشد که نسبت به بی طرفی یا استقلال داوران تردید موجه ایجاد کند ممکن است به ایشان اعتراض شود و آنان را ملزم می دارد هر اوضاع و احوالی را که منجر به چنین تردیدهایی می شود آشکار کنند.

در این مقاله هدف آن است که در قسمت اول، ضمن بررسی موضوع جرح، علل و تشریفات رسیدگی به آن مورد کنکاش قرار گیرند. همچنین در این قسمت بررسی خواهد شد که چنانچه علی که می‌توانند موجب جرح شوند پس از صدور رای داوری آشکار گردند چه اثری بر داوری و یا رای صادره خواهد داشت. در قسمت دوم، موضوع خاتمه ماموریت و جایگزین نمودن او مورد بحث قرار خواهد گرفت. در این قسمت بررسی خواهد شد که خاتمه ماموریت داور که می‌تواند به علل خاص و بنا به تصمیم خود داور یا توافق طرفین یا با تصمیم دادگاه قضایی باشد چگونه صورت خواهد گرفت. بحث دیگری در این قسمت مطرح خواهد شد که در صورت جرح و خاتمه ماموریت داور آیا جایگزین یا جانشین او باید تعیین گردد، اگر چنین است چگونه؟ این مقاله با نتیجه گیری از مباحث هر دو قسمت به پایان خواهد رسید.

## قسمت اول: جرح، علل و تشریفات آن

### الف- جرح داور

همانگونه که آئین های دادرسی دادگاهها تحت شرایطی امکان رد دادرس (جرح قاضی) را پذیرفته اند<sup>3</sup>، در صورتی که طرفین داوری نسبت به شرایطی که برای شخص داور تعیین کرده اند و یا در بی طرفی و استقلال او دچار تردید (موجه) یا بی اعتمادی شوند آئین های داوری نیز روشهایی را تحت عنوان جرح یا اعتراض (ایراد) به صلاحیت داور و برای برکناری او و جایگزین نمودن وی در نظر گرفته اند.

وظیفه و عملکرد نیمه قضایی دیوانهای داوری ایجاب می نماید که داوران کلاً حداقل استانداردهای خاصی مثل "بی طرفی و استقلال" را برای رسیدگی عادلانه به دعوی دارا باشند<sup>4</sup>. لذا داوری که این شرایط حداقلی را نداشته باشد، کلاً می تواند توسط طرفین و تحت قواعد و قوانین داوری جرح شود<sup>5</sup>. اعتراض به نصب و درخواست برکناری داور

<sup>2</sup> درخواست جرح ممکن است توسط یکی از طرفین یا در بعضی موارد مثل داوری تحت قواعد دادگاه داوری بین المللی لندن LCIA، توسط بقیه داوران بعمل می آید.

<sup>3</sup> جهات رد دادرس در سیستم قضایی ایران در ماده 91 قانون آیین دادرسی دادگاههای مدنی و انقلاب پیش بینی شده است. ببینید همچنین: شمس، دکتر عبدا...، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، 1384، انتشارات دراک، پاراگراف 16 به بعد.

<sup>4</sup> یکی از حداقلهای رسیدگی عادلانه به دعوی آن است که فرد یا هیأت تصمیم گیرنده در داوری باید بی طرف و مستقل باشد- ببینید بعنوان مثال اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده 10.

### Universal Declaration of Human Rights

“Article 10. Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him”.

ببینید:

De Fina, The Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations – Role and Selection, 15 Arb Int 381 (1999); Smith, The Impartiality of the Party Appointed Arbitrators, 6 Arb Int 320 (1990) 340; Craig, W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, Oceana 2000), Paras. 12-04; Lew, D.M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer, 2003, p.301 et seq.; Calvo, The Challenge of ICC Arbitrators, 15(4) Int'l Arb 63 (1998) 65.

<sup>5</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس 1987 ( قانون داوری بین المللی سوئیس) (Swiss Private International Law Act, 1987- PIL)، ماده (ج) (1)180، قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL Arbitration Rules)، ماده (2)10، قواعد داوری آی. سی. سی. (International Chamber of Commerce, 1998 - ICC)، ماده (1)11، قواعد داوری

ممکن است توسط یکی از طرفین صورت گیرد. در غالب مقررات مربوطه به جرح داور، این حق نه تنها در ارتباط با داور منتخب طرف مقابل یا داور منتخب شخص ناصب می باشد، بلکه این امکان برای جرح داور توسط طرفی که او را انتخاب کرده نیز وجود دارد.<sup>6</sup>

اعتراض به داور در داوریه‌ها متداول شده است، زیرا اولاً علل جرح در پرونده های داوریه افزایش یافته است، ثانیاً یک تاکتیک تأخیر اندازی قوی می باشد، ثالثاً از لحاظ روانی برطرف مقابل و داور مورد جرح (حتی اگر جرح رد شود) اثراتی دارد که به نفع جرح کننده می باشد. از یکطرف هم باید توجه داشت که ممکن است یکی از طرفین برای عقیم کردن داوریه، و ویژگی مجادله ای و پیچیدگی تشریفاتی دادن به داوریه عمداً شخصی را بعنوان داور تعیین کند که مورد اعتراض و جرح طرف مقابل قرار گیرد (مثلاً مستقل و بی طرف نباشد). بنظر می رسد که علیرغم این که موارد جرح داور در سالهای اخیر در داوریه‌ها افزایش یافته است. اما، بیشتر به این دلیل که طرفین داوریه‌ها مایل نیستند داور منتخب طرف دیگر را قبول کنند لذا او را به دیده داور غیر مستقل و جانبدار مینگرند و این باعث شده است تا تعداد اندک از این موارد جرح موفق باشند.<sup>7</sup>

در مسئله جرح داور حالت‌های متضاد وجود دارند. مثلاً داوریه باید با سرعت و شتاب مناسب برگزار شود، اما جرح ممکن است با تاکتیک تأخیر در جریان داوریه صورت گیرد، لذا باید تأخیری که بعلت جرح ایجاد می شود حداقل باشد، یا جرح داور ممکن است باعث اتلاف وقت و هزینه های داوریه شود، زیرا بخصوص اگر در پایان داوریه مطرح شود، قابلیت اجرایی رأی بسیار ضعیف خواهد شد؛ دیگر آن که به هر حال باید شرایط مربوط به داور و بخصوص بی طرفی و استقلال داور رعایت شود، اما باید یگانگی و وحدت بین المللی در خصوص تفسیر و اعمال زمینه ها و شرایط جرح نیز رعایت گردد.

بنظر می رسد حق جرح داور بدلیل عدم استقلال و جانبداری، یک قاعده آمره است و طرفین نمیتوانند با توافق از آن صرفنظر نمایند یا آنرا از خود سلب نمایند و لذا در هر داوریه، داور را باید طرفین بشناسند تا بتوانند از این حق خود نسبت به او استفاده کنند.

---

وایپو (World Intellectual Property Organization- WIPO)، ماده 24 و قانون داوریه نمونه آنسیترال (UNCITRAL Model Law)، ماده (2)12 که چنین مقرر میدارد (ترجمه مولف):

ماده 12. " (2) داور تنها در صورتی ممکن است جرح شود که اوضاع و احوال موجود موجب بروز تردیدهای موجهی در مورد بی طرفی یا استقلال او گردد، یا او دارای خصوصیتی که مورد توافق طرفین بوده است نباشد. یک طرف می تواند داوریه را که توسط او نصب شده، یا او در نصبش شرکت داشته، تنها به دلایلی که او بعد از نصب از آنها آگاه گردیده است، جرح نماید".

M. Bedjaoui, Challenge of Arbitrators, in van den Berg, Albert Jan (ed.), International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series no. 6 (Deventer, 1994), 85; W. M. Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration, (1989) 38 ICLQ 26; G. A. Alvarez, The Challenge of Arbitrators, (1990) 6 Arbitration International 203.

<sup>6</sup> ببینید بعنوان مثال ماده (3) 10 قواعد دادگاه داوریه بین المللی لندن (London Court of Arbitration - LCIA) و ماده (1) 18 قواعد داوریه موسسه داوریه آلمان (Deutseh Instution for Schiedsgerichtsbarkeit) (DIS) که چنین جرحی را بر اساس مشخص شدن وقایعی که در زمان نصب برای طرفین معلوم نبوده است اجازه میدهند. برخی از قوانین داوریه اجازه می دهند که یکطرف، داور منتخب خود را صرفاً بنابه علتی که بعد از انتخاب بر وی آشکار گردیده، جرح نماید. ببینید بعنوان مثال: قانون آیین دادرسی مدنی هلند (قانون داوریه هلند (1986) Netherlands Code of Civil Procedure- NCCP, or Netherlands Arbitration Act – NAA, 1986)، ماده (2)1033 و قانون داوریه بین المللی سوئیس، ماده (2)180، برخی نیز در این زمینه ساکت هستند، ببینید بعنوان مثال قانون داوریه فرانسه.

<sup>7</sup> ببینید بعنوان مثال:

Redfern, Alan and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration (3rd ed, Sweet & Maxwell 1999), Para. 4-59; Bockstiegel, Practice of Various Arbitral Tribunals, ICCA Congress Series no. 5, 132; Calvo, The Challenge of ICC Arbitrators, 15(4) Int'l Arb 63 (1998) 71; Craig, W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, Oceana 2000), Paras. 13-01.

گرچه منطقی به نظر می‌رسد که از زمان طرح تا تصمیم‌گیری جرح جریان داورى به حالت تعلیق در آید، اما، بعضی از قواعد و قوانین داورى در این زمینه ساکت هستند<sup>8</sup>، و بعضی تعلیق را در اختیار دیوان داورى گذاشته‌اند<sup>9</sup>، یا امکان ادامه رسیدگی و عدم تعلیق را مقرر نموده‌اند<sup>10</sup>. برخی از قواعد داورى نیز ادامه رسیدگی را الزامی نموده‌اند<sup>11</sup>.

## ب- علل جرح

علل یا استانداردهای جرح بستگی به توافق و اراده طرفین دارد (حاکمیت اصل استقلال یا آزادی اراده)، آنها می‌توانند هرصفت یا ویژگی را که مایلند برای داور یا داوران خود شرط و توافق کنند و در صورت عدم وجود آن اوصاف داور را جرح نمایند<sup>12</sup>. علاوه بر آن، قواعد و قوانین داورى نیز استانداردهایی را برای جرح داور در نظر گرفته‌اند<sup>13</sup> که لزوماً آنها مشابه هم نیستند، اما عمومی‌ترین آنها استقلال و بی‌طرفی داور است که در قواعد و قوانین داورى یا این دو با هم<sup>14</sup> یا یکی از آنها مقرر گردیده‌اند<sup>15</sup>.

غالب قواعد داورى براینکه داور باید مستقل و بی‌طرف باشد تصریح دارند<sup>16</sup>. تفاوت بین مفاهیم "استقلال" و "بی‌طرفی" را ماده (1)3 قواعد اخلاقی 1986 مربوط به داوران بین‌المللی انجمن کانون وکلای بین‌المللی بعنوان عناصر جانبداری چنین بیان میکند: "3.1 معیار برای ارزیابی موضوعات مربوط به جانبداری استقلال و بی‌طرفی هستند. طرفداری هنگامی واقع می‌شود که داور متمایل به یکی از طرفین است {تبعیض قایل میشود}، یا جایی که او در رابطه با موضوع اختلاف لطمه دیده است. وابستگی {عدم استقلال}، واقع می‌شود از روابط بین داور و یکی از طرفین، یا با یک کسی که ارتباط نزدیک با یکی از طرفین دارد {از نزدیکان طرفین است}"<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> بعنوان مثال قواعد داورى آنسیترال و قواعد داورى آی.سی.سی، دادگاه داورى بین‌المللی لندن، انجمن داورى آمریکا (American Arbitration Association - AAA)، و قانون داورى بین‌المللی سوئیس قاعده‌ای در خصوص تعلیق جریان داورى در زمان رسیدگی به جرح ندارند.

<sup>9</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون داورى هلند 1986، ماده (1)1035 و قواعد موسسه داورى هلند (Netherlands Arbitration Institution - NAI)، ماده (5)19

<sup>10</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون داورى انگلستان، ماده (3)24 و قانون داورى نمونه آنسیترال، ماده (3)13 که چنین مقرر میدارد (ترجمه مولف):

ماده 13. "(3) چنانچه جرح طبق روش مورد توافق طرفین یا طبق بند (2) این ماده، موفقیت آمیز نباشد، طرف جرح کننده می‌تواند، طی سی روز پس از دریافت اخطار [ابلاغ] تصمیم مربوط به رد جرح، از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده 6 درخواست نماید که در مورد جرح تصمیم‌گیری کند، که این تصمیم قابل اعتراض [پژوهش] نخواهد بود؛ در حالیکه چنین درخواستی در جریان است، دیوان داورى، از جمله داور مورد جرح، می‌تواند رسیدگی داورى را ادامه داده و رأی صادر کند".

<sup>11</sup> ببینید بعنوان مثال: قواعد داورى کمیسیون داورى تجاری و اقتصادی بین‌المللی چین (CIETAC)، ماده (7)26.

<sup>12</sup> ببینید بعنوان مثال قانون داورى بین‌المللی سوئیس، ماده (الف)(1)180.

<sup>13</sup> وجود دارند قواعد و قوانین داورى که ملاک یا استانداردهای جرح را مشخص نکرده‌اند. مثلاً قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه در ماده 1452 بدون تعیین ملاکی برای جرح مقرر می‌دارد که اگر یک طرف معتقد است که شرایطی برای وی وجود دارد که ممکن است باعث جرح او شود، باید طرفین را مطلع کند و در صورتی که آنها قبول کنند او می‌تواند بعنوان داور عمل کند.

<sup>14</sup> قانون داورى نمونه آنسیترال، ماده (2)12، قواعد داورى DIS، ماده (1)18.

<sup>15</sup> قانون داورى بین‌المللی سوئیس در ماده 180 فقط به عدم استقلال داور اشاره دارد، گرچه گفته می‌شود که تحت قانون سوئیس داور طرفدار را هم می‌توان جرح نمود - ببینید بعنوان مثال:

Peter and Freymond in Berti (ed), International Arbitration in Switzerland, Art.180 Paras. 9 et seq.

در مقابل قانون داورى انگلستان در ماده 24، در ضمن بحث از اختیار دادگاه در برکنار کردن داور، فقط اشاره می‌کند به فقدان بی‌طرفی وی. در این قانون قاعده خاص دیگری برای جرح وجود ندارد، همه موارد برکناری داور در این ماده ذکر گردیده است.

<sup>16</sup> ببینید بعنوان مثال، قواعد داورى بین‌المللی انجمن داورى آمریکا (AAA)، ماده 7؛ قواعد داورى آنسیترال، ماده 6، قواعد واپیو،

ماده 22؛ قواعد آی.سی.سی.سی، ماده (1)7؛ قواعد دادگاه داورى بین‌المللی لندن (LCIA)؛ ماده (2)5، قواعد داورى CIETAC، ماده

25.

<sup>17</sup>The International Bar Association Rules of Ethics for International Arbitrators

"3. Elements of Bias

3.1 The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the subject-matter of the

نمونه هایی از موارد عدم استقلال شخص داور در صحنه بین المللی را می توان، مشاور یا وکیل کنونی یا قبلی طرفین، سهامدار شرکت طرف دعوی، منسوبین یا دوستان نزدیک طرفین یا وکیل آنها، وجود رابطه خادم و مخدومی بین طرفین و داور. لذا معیار عینی یا نوعی<sup>18</sup> در استقلال مطرح است. نمونه هایی از موارد بی طرفی را باید در تمایلات ذهنی و علایق یا منفعت داور نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف جستجو کرد. بنابر این، در بی طرفی معیار ذهنی و شخصی یا موضوعی<sup>19</sup> و اینکه در روند دعوی نسبت به یکطرف طرفدارانه عمل کردن مطرح است. بدیهی است طرفداری حقیقی معمولاً غیر قابل اثبات است و لذا طرفداری ظاهری مثل نفع شخصی (معنوی) داشتن داور در نتیجه دعوی یا با تبعیض رفتار کردن با طرفین یا اداره کردن داور به نفع یک طرف موجب جرح است. حتی با وجود استقلال در داور ممکن است او جانبدار محسوب شود، یا یک شخص کاملاً بی طرف ممکن است از بعضی از جنبه ها مستقل هم نباشد. لذا گرچه در حالت اول حتی اگر یک داور آشکارا هم مستقل باشد با مغرضانه عمل کردن با یک طرف ممکن است مورد اعتراض و جرح او واقع شود<sup>20</sup>، بنظر میرسد در حالت دوم چنانچه عدم استقلال داور تاثیری در رسیدگی و صدور رای نداشته باشد جای جرح نخواهد بود<sup>21</sup>. از سوی دیگر نمیتوان نادیده گرفت که داور که مدیر شرکتی است که او را نصب کرده است احتمالاً نمی تواند معیار لازم بی طرفی را برآورده نماید.<sup>22</sup>

در هر صورت دلایل عدم استقلال و جانبداری باید به قدری قوی و جدی باشد که شائبه تاکتیک تاخیر انداختن در روند داور در آن نباشد. مثلاً اینکه داور سالها پیش یک لایحه ایی برای پارلمان یک کشور طرف دعوی تنظیم کرده<sup>23</sup>، یا سالها قبل ابراز علاقه به دیدار از کشور طرف دعوی نموده، یا داور با وکلای یکی از طرفین دعوی همیشه همزمان از آسانسور هتل اقامتشان استفاده می کرده اند، از دلایلی هستند که جانبداری داور را ثابت نمی کند.

- مواد (1) 14 و 40 عهدنامه ایکسید برای داور در داورى ایکسید شرایط و ویژگیهایی مقرر می کنند از جمله آنکه او باید واجد صفات اخلاقی خوب و در زمینه های حقوقی، تجاری، صنعتی یا مالی وارد و آگاه باشد و بویژه از لحاظ

---

dispute. Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties”.

<sup>18</sup> Objective

<sup>19</sup> Subjective

<sup>20</sup> در تحلیل و تفاوت استقلال و بی طرفی ببینید:

Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration Vol. 20. No. 4. 2003. P. 325

<sup>21</sup> ببینید رای دادگاه هند در:

Transocean Shipping Agency (P) Ltd v. Black Sea Shipping et al, XXIII YBCA 713 (1998) Para. 11.

<sup>22</sup> ببینید بعنوان مثال:

Saudi Arabia-United Kingdom (the Buraimi Oasis arbitration ) (1955) in J. G. Wetter, The International Arbitral Process, Vol. 3 (New York, 1979), 357; Holiday Inns v. Morocco (ICSID case), 1 ICSID Reports 645.

<sup>23</sup> موضوع در این پرونده مطرح شدو درخواست جرح پذیرفته نشد:

Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster, 355 F 21 at 335 (5<sup>th</sup> Circ. 1976)

حقوقی داور باید صلاحیت کافی داشته باشد<sup>24</sup>. ماده 57 این عهدنامه فقدان ویژگیهای ماده (1) 14 را باعث جرح داور قرار داده است<sup>25</sup>.

مقرره قابل توجهی در قواعد آی. سی. سی وجود دارد که حق جرح داور را به دلیل «خواه فقدان استقلال یا غیر آن<sup>26</sup>» پیش بینی نموده است. بر اساس این مقرره، دادگاه آی. سی. سی در جرح داور و برای برکناری وی یک اختیار نامحدود دارد و می تواند بنا به هر دلیلی که مقتضی ببیند داور را بر کنار کند. لذا علیرغم اینکه در این ماده ذکری از جرح بدلیل عدم بیطرفی داور نشده است، اما دادگاه آی. سی. سی این اختیار را دارد که به این دلیل به جرح داور رسیدگی کند و مواردی نیز وجود دارد که دادگاه بدلیل سوء رفتار داور در جریان داوری یا نقض وظیفه افشاء هرگونه ارتباط با طرفین در گواهی عدم استقلال خود، وی را از داوری برکنار نموده است<sup>27</sup>.

بطور کلی می توان گفت علل جرح بطور مضیق تفسیر و در نظر گرفته می شوند. بعضی برای عدم استقلال و بی طرفی داور معیار «تردید های موجه (قابل توجیه)<sup>28</sup>» را بکار گرفته اند<sup>29</sup>، و بعضی دیگری یک «خطر واقعی<sup>30</sup>»

---

<sup>24</sup> Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention 1965)

#### Article 14

“(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators”.

#### Article 40

“(1) Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38.

(2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14”.

<sup>25</sup> Ibid,

#### Article 57

“A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. ...”.

<sup>26</sup> “...Whether for an alleged lack of independence or otherwise ...” - ICC Rules, Article 11(1)

<sup>27</sup> Yves Derains, Eric A Schwartz, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration (Kluwer 1998), 175 et seq; Lew, D.M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer, 2003. p. 301 et seq; Craig, W Lawrence, William W Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, Oceana 2000), paras. 13-05(i).

<sup>28</sup> Justifiable doubts

<sup>29</sup> قانون داوری بین المللی سوئیس، ماده (ج) (1) 180، قانون داوری نمونه آنسیترال، ماده (2) 12، قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (ZPO)، ماده (2) 1036.

<sup>30</sup> Real danger

فقدان بی طرفی را لازم دانسته اند<sup>31</sup>. کلاً این علل با توجه به هدف جرح که ایجاد اعتماد و اطمینان بیشتر به داوری منصفانه میباشد معین و تفسیر میشوند<sup>32</sup>.

### ج - تشریفات (آیین) عمومی جرح

تشریفات و آیین جرح را ابتدا باید در قانون قابل اعمال بر داوری که اصولاً قانون محل داوری می باشد<sup>33</sup>، جستجو کرد. ممکن است قوانین داوری خود قواعدی برای برخورد با اعتراض به داور داشته باشند. معمولاً این قوانین در وهله اول، توافق طرفین در خصوص چگونگی جرح داور را میپذیرند، حتی در این صورت قواعد آمره این قانون غالب بر هر روشی است که طرفین انتخاب یا توافق کرده باشند. در وهله دوم که در فقدان توافق طرفین می باشد، قواعد مربوط به چگونگی جرح مقرر شده در همین قانون باید رعایت گردد. سازمانهای داوری برای جرح داورانی که بوسیله آنها یا تحت نظارت آنها نصب می شوند روش خاص خود را دارند که ممکن است در بعضی موارد این روش با قوانین ملی هماهنگ نباشد<sup>34</sup>.

بطور کلی می توان گفت که جرح یا اعتراض به داور ممکن است یا مستقیماً نزد دادگاههای ملی صورت گیرد. یا تنها نزد دیوان داوری طرح شود و چنانچه ادعا یا اعتراض رد شود، رأی صادره توسط چنین داوری در هنگام اجرا یا درخواست ابطال آن، بنا به موجبات جرح، مانند عدم استقلال یا عدم بی طرفی داور، در دادگاه مورد اعتراض قرار گیرد<sup>35</sup>.

مزیت طرح مستقیم جرح نزد دادگاههای ملی آن است که موجب جرح به سرعت مورد رسیدگی و تصمیم گیری قرار خواهد گرفت و پس از این دیگر در جریان داوری یا پس از صدور رأی و در زمان اجرای رأی بعنوان علت ابطال رأی قابل طرح نخواهد بود. اشکال این طریقه آن است که در طول داوری، طرح جرح در دادگاه می تواند بعنوان تاکتیک تأخیر در برگزاری داوری باشد، بخصوص اگر تصمیم دادگاه قابل پژوهش و یا فرجام خواهی باشد<sup>36</sup>. از طرف دیگر طرح جرح در دیوان داوری دارای این مزیت است که تأخیر در جریان داوری به حداقل می رسد و اگر جرح پذیرفته شود جریان داوری یا خاتمه می یابد یا برگزاری داوری با این داور جرح شده قابل ادامه نیست، یا

<sup>31</sup> ببینید بعنوان مثال در انگلستان پرونده های :

AT & T Corporation and Another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127; Laker Airways v. FLS Aerospace [1999] 2 Lloyd's Rep 45

که دادگاههای انگلستان علیرغم اینکه قانون داوری انگلستان در ماده (الف)(1)24 «تردیدهای موجه» نسبت به بی طرفی [داور] را مقرر می دارد، معیار «خطر واقعی» را در تصمیمات خود بکار گرفته اند.

Gearing, A judge in his Own Cause? Actual or Unconscions Bias of Arbitrators, 3 Int ALR 46 (200); Eastwood, A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators, 17 Arb Int 287 (2001).

در آمریکا ببینید:

ANR Coal Co v. Cogentrix of North Carolina, Inc, 173 F 3d 493 (4<sup>th</sup> Cir 1999); Shore, Disclosure and Impartiality: An Arbitrators responsibility vis-à-vis Legal Standards", 57 (4) Dis Res J 34 (2002) 78 et seq.

<sup>32</sup> ببینید بعنوان مثال جرح در داوری ایکسید در پرونده:

Amco Asia v. Indonesia, noted at 1 ICSID Reports 376, 380, 389.

<sup>33</sup> استثناء داوری ایکسید خارج از کنترل و اعمال قانون ملی می باشد و تنها تحت حاکمیت عهدنامه 1965 واشنگتن (ایکسید) می باشد - ببینید مواد 56، 57 و 58 عهدنامه را.

<sup>34</sup> ببینید:

van den Berg, Albert Jan, Report on Challenge Procedure (the Arbitral Process and the Independence of Arbitrators), 87-93 (ICC ed-1991)- ICC Publication No. 472 CISBN 92.842. 0093. 8 (EF), 1991

<sup>35</sup> ببینید بعنوان مثال، قانون داوری سوئد را:

U. Holmback, National Report Sweden, in the International Handbook on Commercial Arbitration, P.7.

<sup>36</sup> قوانین داوری مدرن، تصمیم دادگاه در خصوص جرح را غیرقابل اعتراض و پژوهش می دانند. ببینید بعنوان مثال، قانون نمونه انسیترال، ماده (3)13؛ قانون داوری هلند، مواد (2) 1035 و 1070. در قواعد داوری انسیترال دادگاه ملی هیچ نقشی در جرح داور ندارد، بلکه چنانچه طرفین داوری در خصوص جرح به توافق نرسند و داور نیز خود کناره گیری نکند، مقام ناصب داور در خصوص جرح وی تصمیم گیری خواهد کرد - ماده 12.

اگر با این داور جریان رسیدگی ادامه یابد و رأی صادر شود، نتیجه آن ابطال رأی خواهد بود. عدم مزیت این طریقه آن است که ممکن است در صورت رد شدن جرح در دیوان داور، موضوع مجدداً در حین رسیدگی داور یا بعد از صدور رأی در دادگاه مطرح شود و نتیجه آن تعلیق جریان رسیدگی یا امتناع از اجرای رأی یا ابطال آن باشد. علاوه بر این، طرح جرح در دیوان داور باعث درگیر شدن مستقیم طرف جرح کننده با دیوان داور است که چنانچه دیوان این جرح را رد کند، آن درگیریهایی مستقیم اثر نامطلوب روی رابطه دیوان داور و طرف جرح کننده در روند داور خواهد داشت.

در داورهای موردی چنانچه طرفین قواعد داور آنسیترال را انتخاب کرده باشند، این قواعد در خصوص جرح داور روش خاص خود را دارد بطوریکه تحت این قواعد مقام ناصب تعیین شده توسط طرفین یا توسط دبیر کل دیوان دائمی داور در لاهه که مرجع معین شده توسط قواعد می باشد مرجع تصمیم گیری در خصوص جرح داور نیز می باشد<sup>37</sup>. چنانچه طرفین این قواعد را انتخاب نکرده باشند قانون داور مقرر روش جرح را معین خواهد کرد.

امروزه بسیاری از قوانین ملی داور<sup>38</sup> برگرفته از قانون داور نمونه آنسیترال<sup>39</sup> می باشند که تحت این قانون جرح در دو مرحله صورت می گیرد، اول دیوان داور به جرح رسیدگی خواهد کرد<sup>40</sup> و چنانچه جرح را رد کند، در مرحله دوم، طرف جرح کننده ظرف 30 روز پس از دریافت تصمیم رد خواهد توانست به دادگاه ملی یا هر مرجعی که تحت قانون داور ملی تعیین شده است جهت تصمیم گیری برای جرح مراجعه نماید. این قانون مقرر می دارد که داور هنگامی که دعوی جرح نزد مرجع ملی مطرح است با داور تحت جرح ادامه خواهد داشت و می تواند به صدور رأی برسد. به موجب این قانون تصمیم دادگاه غیر قابل پژوهش می باشد<sup>41</sup>.

تحت بعضی از قوانین داور یکطرف نمی تواند کلاً جرح را تا پایان جریان داور در دادگاه ادامه دهد<sup>42</sup>. چنانچه طرفین در مورد روش جرح با یکدیگر توافق کرده باشند، هر تصمیمی که تحت این روش اتخاذ شود، نهایی خواهد بود و تنها ممکن است کنترل محدودی برای دادگاه وجود داشته باشد که پس از صدور رأی، از جهت عدم استقلال و

<sup>37</sup> قواعد داور آنسیترال، مواد (2)6 و 12.

<sup>38</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون داور سوئد، ماده 10، قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (ZPO)، ماده 1037، قانون داور فدراسیون روسیه، ماده (2)13. در میان قواعد داور سازمانی قواعد داور (DIS) درخواست جرح ابتدا در دیوان داور مطرح و در صورت رد جرح متقاضی می تواند به دادگاه ملی رجوع کند- ماده (2)18.

<sup>39</sup> قانون نمونه آنسیترال، ماده (3) و (2)13 چنین مقرر میدارد (ترجمه مولف):

### ماده 13. روش [تشریفات] جرح

(1) طرفین آزاد هستند که در خصوص روش جرح داور، با رعایت مقررات بند (3) این ماده، توافق کنند.

(2) در صورت عدم چنین توافقی، طرفی که قصد جرح داور را دارد، طی 15 روز پس از تاریخ اطلاع از تشکیل دیوان داور یا پس از اطلاع از هر اوضاع و احوال اشاره شده در ماده (2)12، دلایل جرح را طی بیانیه ای کتبی [لایحه ای] برای دیوان داور خواهد فرستاد. دیوان داور در مورد جرح اتخاذ تصمیم خواهد کرد، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره گیری کند یا طرف دیگر با جرح موافق باشد.

(3) چنانچه جرح طبق روش مورد توافق طرفین یا طبق بند (2) این ماده، موفقیت آمیز نباشد، طرف جرح کننده می تواند، طی سی روز پس از دریافت اخطار [ابلاغ] تصمیم مربوط به رد جرح، از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده 6 درخواست نماید که در مورد جرح تصمیم گیری کند، که این تصمیم قابل اعتراض [پژوهش] نخواهد بود؛ در حالیکه چنین درخواستی در جریان است، دیوان داور، از جمله داور مورد جرح، می تواند رسیدگی داور را ادامه داده و رأی صادر کند.

<sup>40</sup> در مصر دادگاه عالی قانون اساسی در یک پرونده اظهار نظر نمود که اتخاذ تصمیم در خصوص جرح توسط خود دیوان داور خلاف قانون اساسی است - Case no. 84 of the 19<sup>th</sup> Judicial Year. 6<sup>th</sup> November 1999, 3 Int ALR N-80 (2000).

عهدنامه ایکسید نیز تصمیم گیری در خصوص جرح را بر عهده دیوان (داوران) گذاشته اند مگر در جایی که جرح مربوط به داور منفرد یا اکثریت دیوان بشود که تصمیم گیری بر عهده رئیس شورای اجرایی ایکسید می باشد- مواد 5 و 58 عهدنامه ایکسید.

<sup>41</sup> قانون داور نمونه آنسیترال، ماده (3) 13.

<sup>42</sup> ببینید:

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (Kluwer 1999), Para 872 et seq;  
Blessing, Marc, Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives (Helbing & Lichtenhahn  
1999), Para 524.

جانبداری داور درخواست ابطال رأی را در دادگاه نمود. برخی از قوانین نیز این تصمیم گیری را از ابتدا برای دادگاههای ملی گذاشته اند.<sup>43</sup>

معمولاً قوانین ملی نظارت بر رعایت شرایط موجب جرح را بر عهده دادگاههای ملی نهاده اند. چگونگی اعمال این نظارت از کشوری به کشور دیگر ممکن است متفاوت باشد. حق نظارت و کنترل دادگاههای ملی بر جرح داور محدود به دادگاههای محل داور نیست، این حق ممکن است به دادگاههای کشور محل شناسایی و اجرای داور نیز داده شده باشد، مثلاً کشورهای عضو عهدنامه 1958 نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آراء داور خارجی بموجب ماده (ب) V(2) این عهدنامه چنانچه کشور مجری رأی باشند دادگاههای آنها خود رأی می توانند از اجراء رأی به دلیل آنکه با نظم عمومی آن کشور مغایرت دارد امتناع کنند، زیرا کلاً پذیرفته شده است که فقدان بی طرفی یا استقلال داور از مواردی است که رأی چنین داور یا دیوانی را خلاف نظم عمومی محل اجرا می سازد.<sup>44</sup> گرچه کشورها با تفسیر مضیق از نظم عمومی خود در موضوعات بین المللی به ندرت به این موضوع عمل خواهند کرد.<sup>45</sup>

#### د- تشریفات (آئین) جرح سازمانی

همانگونه که گفته شد، سازمانهای داور در قواعد داور خود عموماً آیین جرح مختص به خود دارند. اما، اعمال این آئین ها در یک داور در صورتی میسر است که با قانون قابل اعمال بر داور یا قانون کشور مقرر داور مغایر نباشد. در قوانین کشورهای مختلف ممکن است یکی از سه حالت زیر پذیرفته شده باشد که نسبت به داور سازمانی موثر نباشند.

1- تصمیم گیری در خصوص جرح فقط در اختیار دادگاه می باشد. لذا آئین جرح داور سازمانی در این کشورها قابل استفاده و کاربرد ندارد.<sup>46</sup>

2- تصمیم گیری در خصوص جرح فقط در اختیار سازمان داور است. در این کشورها سازمان داور بدون دخالت دادگاه در خصوص جرح تصمیم گیری می کند.<sup>47</sup>

3- تصمیم گیری در خصوص جرح ممکن است توسط سازمان داور صورت گیرد، اما امکان اعتراض به این تصمیم در دادگاه ملی وجود دارد. در این کشورها، چنانچه طرفین در خصوص آئین جرح از جمله آئین جرح سازمانی توافق کرده باشند طبق همان آئین عمل خواهد شد (با رعایت قواعد امره قانون مقرر داور) و سازمان

<sup>43</sup> قانون داور هلند 1986، ماده 1035، قانون داور انگلستان، ماده 24، قانون قضایی بلژیک، ماده 1691. ماده (3) 180 قانون داور بین المللی سوئیس مقرر می دارد که چنانچه طرفین در خصوص چگونگی رسیدگی به جرح توافقی نداشته باشند، دادگاه محل داور جرح را تصمیم گیری خواهد کرد. ببینید همچنین:

Sanders, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice (Kluwer 1999), 106 et seq.

<sup>44</sup> ببینید:

van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation (Kluwer Law and Taxation 1981), P. 377.

<sup>45</sup> ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، شناسایی و اجراء آراء داورهای تجاری بین المللی، 1385. موسسه پژوهشهای بازرگانی، ص. 84 به بعد.

<sup>46</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون داور کنکرات سوئیس 1969 در:

R. Briner, National Report Switzerland, in the International Handbook on Commercial Arbitration, P. 8;

و قانون داور هلند 1986، ماده 1035 در:

P. Sanders and A.J. van den Berg, the Netherlands Arbitrations Act 1986, Kluwer Publishers, 1987, note 31 to Article 1035.

<sup>47</sup> ببینید:

Derains, National Report France, in International Handbook on Commercial Arbitration, P.11; M. Blessing, The New International Arbitration Law in Switzerland, 5 Journal of International Arbitration, (1988), p.9 at 40.



داوری می تواند در خصوص جرح تصمیم گیری کند. اما پس از این ممکن است یکی از طرفین در اعتراض به این تصمیم جرح را در دادگاه ملی طرح کند<sup>48</sup>.

همانگونه که قبلاً ذکر گردیده است، در تشریفات جرح داور توافق و اراده طرفین نقش اساسی دارد، و معمولاً بین طرفین توافقی بطور مستقیم وجود ندارد، اما ممکن است با انتخاب قواعد داوری سازمانی بطور غیر مستقیم این تشریفات مشخص گردند. بنابراین رسیدگی به جرح بر اساس مقررات مندرج در قواعد داوری سازمانهای داوری و در صورت فقدان چنین قواعدی بر اساس مقررات قانون داوری انجام خواهد شد. در قواعد داوریهای سازمانی، رویه معمول آن است که لایحه یا درخواست جرح که در آن دلایل ذکر شده است، برای سازمان فرستاده می شود و آن سازمان نظر طرف دیگر و داور مربوطه یا دیوان داوری را در این خصوص اخذ می نماید. اگر طرفین نتوانند در خصوص برکناری (عزل) داور توافق نمایند یا داور خود کناره گیری نکند، سازمان تصمیم مقتضی را خواهد گرفت<sup>49</sup>.

قواعد داوریها در خصوص اینکه ابتدا لایحه یا درخواست باید برای کجا فرستاده شود متفاوت می باشند، اما عموماً مقرر می دارند که درخواست باید کتبی باشد و با دلایل و شرایط جرح همزمان برای همه طرفهای ذیربط و سازمان داوری ارسال گردد<sup>50</sup>. چنانچه سازمان داوری یا شخص تصمیم گیرنده در خصوص جرح، جرح را وارد بداند، داور برکنار خواهد شد، در غیر اینصورت جرح رد خواهد شد. قانون قابل اعمال بر داوری مشخص خواهد کرد، آیا این تصمیم نهایی است یا قابل اعتراض می باشد. معمولاً قوانین داوری مقرر می دارند که در چنین موردی جرح کننده ناموفق می تواند جرح را در دادگاه ملی پیگیری نماید. برای اینکه این پیگیری باعث تأخیر در روند داوری و اتلاف وقت نشود، همزمان دیوان داوری و حتی داور جرح شده به رسیدگی به پرونده داوری ادامه خواهند داد و حتی رأی صادر خواهند کرد<sup>51</sup>، بعلاوه، پژوهشخواهی از تصمیم دادگاه را نیز اجازه نمی دهند<sup>52</sup>. معمولاً، سازمانهای داوری نیز تصمیمات مربوط به جرح را غیر قابل اعتراض می دانند. البته این امر تابع مقررات آمره قانون قابل اعمال بر آیین داوری می باشد که ممکن است اجازه اعتراض را در دادگاه بدهد.

<sup>48</sup> ببینید بعنوان مثال: ماده 13 قانون نمونه آنسیترال و قوانین کشورهایایی که بر اساس این قانون نمونه می باشند. حالت تصمیم گیری در خصوص جرح توسط دیوان داوری و سپس کنترل آن توسط دادگاه را ببینید در پرونده های:

Refineries of Homs and Banias (Syria) v. International Chamber of Commerce, Court of Appeal, Paris, May 15, 1985, in Mealey's International Arbitration Report (Mealy's Int'l Arb'n Rep.) 502 (1986); State of Qatar v. Creighton Ltd. (Cayman Island), Supreme Court of Paris, 16 March 1999, 25 Yearbook Commercial Arbitration, 451; AT & T Corporation .

<sup>49</sup> ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری آی.سی.سی. ماده 11؛ قواعد داوری AAA ، مواد 8 و 9، قواعد داوری CIETAC ، ماده (1) 27، قواعد داوری DIS ، ماده (2) 18، قواعد داوری بین المللی اتاق تجارت میلان (MCC IAR)، ماده 20. طبق قواعد ایکسید (ICSID) اعتراض به یک داور را اعضای دیگر دیوان سه نفره رسیدگی می کنند، اگر دو داور نتوانند با یکدیگر توافق کنند، یا در صورت اعتراض به داور واحد یا به اکثریت داوران دیوان، تصمیم توسط ریاست شورای اجرایی ایکسید اتخاذ خواهد شد (ماده 9) - ICSID arbitrations noted by W. M. Tupman, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration, (1989) 38 ICLQ 44.

<sup>50</sup> ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری آی.سی.سی. ماده (2) 11؛ قواعد AAA ، ماده (2) 8؛ قواعد وایبو ماده 25؛ قواعد دادگاه داوری بین المللی لندن (LCIA) ، ماده (4) 10. در قواعد داوری آنسیترال ماده (2) و (1) 11 درخواست باید مستقیماً برای طرفین و همه اعضاء دیوان داوری ارسال گردد. در قانون داوری نمونه آنسیترال لایحه جرح به دیوان داوری داده خواهد شد - ماده (2) 13 ، یا در CIETAC جرح به کمیسیون داده خواهد شد، ماده 26 . در سازمان های داوری معمولاً موضوع جرح و رسیدگی به اعتراض به داور بوسیله ارگانها یا ارکان اساسی سازمان رسیدگی می شود، مثلاً در آی.سی.سی. توسط دادگاه بین المللی داوری و در دادگاه داوری بین المللی لندن (LCIA) توسط دادگاه این سازمان عمل خواهد شد. اما، دادگاه باید از نقطه نظرات طرفین مطلع شود و پاسخ آنها را بین یکدیگر مبادله کند. در داوریهای موردی درخواست برکناری داور ابتدا به دیوان داوری داده می شود، در صورت عدم موافقت با برکناری، درخواست بعدی به دادگاه ملی محل برگزاری داوری داده خواهد شد.

<sup>51</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون نمونه آنسیترال، ماده (3) 13، در انگلستان، قانون داوری انگلستان، ماده (3) 24 ، در فرانسه، Cour d'appel Paris, 24 February 1994, Ministry of Public Works (Tunisia) v. Societe Bec Freres (France), XXII YBCA 682 (1997) Paras. 14-20

در آلمان، تصمیم: Oberlandesgericht Naumburg , 19 Dec. 2001, 17 (6) Mealey's IAR 27 (2002)

<sup>52</sup> ماده (5) 24 قانون داوری انگلستان، امکان پژوهشخواهی را پیش بینی نموده است.

## ه- مهلت جرح

حق اعتراض به صلاحیت داور و جرح او بدون محدودیت زمانی نمی تواند وجود داشته باشد. قرار دادن مهلت برای جرح نقش حمایت و تثبیت دآوری را دارد چه طرفی که از موجب جرح آگاه است نمی تواند آنرا بعنوان سلاحی در طول دآوری برای اعتراض به رأی استفاده کند و باید فوراً آنها را ابراز کند. از این روی غالب مقررات مربوط به جرح مهلتی را برای این منظور برای طرفین در نظر گرفته اند که با سپری شدن آن این حق زایل خواهد شد، یا به عبارتی فرض خواهد شد که طرفین از این حق اعتراض خود صرفنظر نموده اند. محدودیت زمانی پیش بینی شده توسط قواعد و قوانین دآوری گرچه متفاوت می باشند اما کلاً کوتاه است.<sup>53</sup>

کلاً باید گفت پس از نصب داور جرح او امکان پذیر نیست مگر بنا به علتی که پس از نصب بر طرفین آشکار گردیده باشد.<sup>54</sup> در واقع این حالت بیشتر برای مواردی است که طرفین خود داور را انتخاب نکرده اند و پس از نصب او صفاتی از داور برای طرفین مشخص می شود که برای داور بودن مناسب نیست و لذا طرفین باید بتوانند به صلاحیت شخصی او اعتراض نمایند. بسیاری از قواعد دآوری به هر یک از طرفین اجازه می دهند که درخواست جرح داور منصوب خود را صرفاً به دلایلی که پس از انتصاب او مشخص گردیده، طرح کند.<sup>55</sup> در هر صورت طرفین باید در اندک مدتی پس از آشکار شدن علل جرح در داور، اعتراض یا درخواست جرح خود را ارائه نمایند. چنانچه طرفین داورانی را علیرغم اینکه به عدم استقلال یا بی طرفی آنها آگاه باشند، منصوب کنند، فرض خواهد شد که آنها از حق اعتراض به آن داور و هرگونه تعارض شخصی که ممکن است با او داشته باشند، صرفنظر کرده اند. بنابراین، بعداً هیچ مهلتی برای طرح اعتراض یا جرح متصور نیست.

## و- علل جرح بعد از صدور رای دآوری

پس از صدور رأی مأموریت یا کار داور عملاً خاتمه می یابد.<sup>56</sup> لذا بنظر می رسد چنانچه علل جرح هرچند اندک مدتی پس از صدور رأی آشکار گردد، دیگر علیه این داور موضوع جرح نمی تواند مطرح باشد.<sup>57</sup> بجای جرح و اعتراض به داور باید از اعتراض به رأی و درخواست ابطال رأی استفاده نمود، به دلیل آنکه آن رأی توسط داور فاقد شرایط و اوصاف لازم صادر شده یا دیوان دآوری صحیحاً با ترکیب یا با تشریفات که مورد توافق طرفین بوده تشکیل و برگزار نشده است، یا اینکه اجرای رأی مغایر نظم عمومی محل صدور یا محل اجرا می باشد. ممکن است قانون دآوری در مرحله قبل از صدور رأی قاعده ای برای رسیدگی به جرح نداشته باشد.<sup>58</sup> در این حالت تنها راهی که برای

---

<sup>53</sup> مهلت‌های پیش بینی شده عموماً کمتر از 30 روز پس از انتصاب داور یا از آگاه شدن از موجب جرح می باشد، مثلاً این مهلت در قواعد دآوری وایپو (ماده 25)، و قواعد دآوری آنسیترال (ماده (1) 11)، 15 روز است، یا در دآوری CIETAC، 10 و 15 روز است، ماده 26، و در قواعد دآوری بین المللی اتاق تجارت میلان (MCC IAR)، 10 روز است، ماده (2) 20. اما در قواعد آی. سی. سی. پیش از 30 روز می باشد (ماده (2) 11). قانون دآوری بین المللی سوئیس در ماده (2) 180 مقرر می دارد که علل جرح باید « فوراً یا بدون تأخیر» به اطلاع دیوان دآوری و طرف دیگر برسد، و برخی از قوانین ملی چنین محدودیت زمانی ندارند و آنرا به توافق طرفین واگذار می نمایند که از این طریق محدودیت‌های زمانی مقرر توسط سازمان‌های دآوری (در صورت انتخاب طرفین) بکار خواهد آمد- ببینید بعنوان مثال، قانون دآوری فرانسه و قانون دآوری هلند 1986.

<sup>54</sup> ببینید بعنوان مثال، قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه، ماده 1463 و قانون آئین دادرسی مدنی بلژیک ماده 1690.  
<sup>55</sup> قواعد دآوری آی. سی. سی. ماده (2) 11؛ قانون نمونه دآوری آنسیترال، ماده (2) 12؛ قواعد دآوری LCIA، ماده (4) 14؛ قواعد دآوری AAA، ماده (1) 8

<sup>56</sup> Functio Officio

<sup>57</sup> در فرانسه، آلمان و سوئیس تصمیمات دادگاهها بر این اساس بوده است که جرح داور باید قبل از صدور رأی نهایی بعمل آید، و پس از آن پذیرفته نخواهد شد. ببینید به ترتیب پرونده‌های:

Tribunal de Grand Instance Paris, 2 July 1990, Annahold BV v. L'Oreal, Rev Arb 483 (1996);

Bundesgerichtshof, 4 March 1999, ZIP 859 (1999);

Tribunal Federal, 14 Mars 1985, Societe Z v. L, ATF/BGE 111 IA 72, 74-78.

<sup>58</sup> ببینید بعنوان مثال: قانون دآوری فدرال ایالات متحده آمریکا را که قاعده ای برای اعتراض به داور در جریان رسیدگی دآوری ندارد. البته بعضی از محاکم آمریکایی جانبداری و بی طرف نبودن داور را موجب نقض قرارداد دآوری دانسته و خود را برای رسیدگی به دعوی جرح قبل از صدور رأی صالح می دانند. ببینید:

اعتراض به عدم استقلال و جانبداری داور وجود دارد در مرحله پس از صدور رأی و اعتراض به رأی صادره توسط چنین داوری و درخواست ابطال آن می باشد.

سئوالی که مطرح می شود این است که آیا همین موجب جرح می تواند مبنای اعتراض به رأی قرار گیرد یا استاندارد قوی تر لازم می باشد. بعنوان مثال ارتباط بین داور و طرفین یا وکلا یا مشاورین حقوقی آنها که می تواند دلیل خوبی بر جرح داور باشد در صورتی که پس از آنکه رأی صادر شده است مشخص گردد، آیا می تواند همچنان دلیل خوبی برای اعتراض رأی باشد. قوانین مختلف پاسخهای متفاوت به این سئوال داده اند. در قوانین بعضی از کشورها معیار یکسانی برای جرح و برای اعتراض به رأی بکار گرفته شده است<sup>59</sup>. اما در بعضی از سیستمهای داوری دیگر استاندارد قوی و شدیدتر لازم می باشد<sup>60</sup>.

مثلاً معیار عدم استقلال و جانبداری داور برای جرح وی که باید قبل از صدور رأی بعمل آید با معیار عدم استقلال یا جانبداری داور برای اعتراض به رأی متفاوت است. برای مورد اخیر در صورتی عدم استقلال و جانبداری داور موجب بطلان رأی خواهد شد که حقایقی که باعث وابستگی یا جانبداری می شوند قوی (شدید) و آشکار باشند<sup>61</sup>.

همانگونه که گفته شد مشخص شدن عدم استقلال یا بی طرفی داور پس از صدور رأی ممکن است اجرای رأی را بدلیل مغایرت با نظم عمومی محل اجرا غیر ممکن سازد. مثلاً دادگاه سوئیس داوری را که بعداً مشخص شد وی قبلاً بعنوان حقوقدان قرارداد موضوع داوری را نوشته یا تنظیم کرده، و وکالت یا نمایندگی خواهان را بر عهده داشته و داور غیر قابل تغییر تعیین شده بود، فاقد شرط بیطرفی داور دانسته و اجرای رأی این داور را مغایر با نظم عمومی سوئیس و غیر قابل اجرا شناخت<sup>62</sup>. به نظر میرسد چنانچه داوری، حتی داور منفرد، وابستگی به یکی از طرفین داشته باشد، مثلاً عضو ارشد خواهان یا خوانده باشد اما در موضوع دعوی دخالت یا نفعی نداشته باشد، تا زمانی که بیطرفانه عمل کند، و انتصاب او بعنوان داور خلاف نظم عمومی کشور محل داوری نباشد، به نظر میرسد رأی صادره توسط چنین داوری را نتوان مغایر با نظم عمومی کشور محل اجرای رأی قلمداد نمود<sup>63</sup>.

باید توجه داشت که چنانچه موجبات جرح در جریان داوری و قبل از صدور رأی برای طرفین آشکار بوده و آنها از حق جرح خود استفاده نکرده اند، (که فرض میشود آنها از این حق خود صرفنظر کرده اند) بعداً نمی توانند به همان دلایل به رأی اعتراض نمایند<sup>64</sup>. در غیر این صورت طرفی که می خواهد داور را جرح کند، در جریان داوری این

---

Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration Vol. 20. No. 4. 2003. at P. 345

<sup>59</sup> ببینید بعنوان مثال: در فرانسه:

Tribunal de Grand Instance Paris, 9 Avril 1992, Societe Annahold BV et al v. L'Oreal, Rev Arb 483 (1996);

در سوئیس:

Tribunal Federal, 14 Mars 1985, Societe Z v. L, ATF/BGE 111 IA 72, 74-78.

در انگلستان:

AT & T Corporation and Another v. Saudi Cable, [2000] 2 Lloyd's Rep 127 .

<sup>60</sup> ببینید بعنوان مثال در آلمان، Bundesgerichtshof, 4 March 1999, ZIP 859 (1999)

<sup>61</sup> Okekeifere, Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Part II: Challenge, 3 Int ALR 13 (2000) 15.

<sup>62</sup> Bezirksgericht, Affoltern am Albis, 26 May 1994, XXIII YBCA 754 (1998) Para. 19

<sup>63</sup> نمونه چنین نظری را ببینید در رأی دادگاه هند در:

Transocean Shipping Agency (P) Ltd v. Black Sea Shipping et al, XXIII YBCA 713 (1998) Para. 11.

<sup>64</sup> ببینید:

Redfern and Hunter, International Commercial Arbitration, Paras.4-70

قانون داوری فدرال ایالات متحده آمریکا در ماده (الف) 10 مقرر میدارد که طرفی که قصد اعتراض به داور را دارد باید این اعتراض را در جریان داوری مطرح و ثبت کند تا بعداً بتواند به رأی اعتراض نماید، و چنانچه چنین نکند، فرض خواهد شد که او از حقوق خود در این زمینه صرفنظر نموده است –

کار را نخواهد کرد و صبر خواهد کرد تا نتیجه دآوری حاصل شود، و بعد از صدور رأی به آن رأی، به همین دلیل جرح، اعتراض خواهد کرد، و این عملاً مهلت‌های مقرر برای جرح را نیز بی فایده خواهد نمود.

## قسمت دوم: خاتمه مأموریت و جایگزین نمودن داور

### الف- خاتمه مأموریت داور

مأموریت داور ممکن است با توافق طرفین دآوری خاتمه یابد. این یک مقررہ ای است که معمولاً در قوانین<sup>65</sup> و قواعد<sup>66</sup> دآوری پیش بینی می گردد. قراردادی بودن مبنای دآوری نیز این اجازه را به طرفین می دهد که هر زمانی مایل باشند مأموریت داور را خاتمه دهند و نمی توان آن ها را ملزم نمود که با داور یا دیوانی که نمی خواهند ادامه دهند.

هر یک از طرفین تحت شرایطی حق درخواست خاتمه دادن به مأموریت داور و جایگزین نمودن او را دارا می باشند. مثلاً چنانچه داور نتواند وظایفش را به نحو مناسب انجام دهد، یا از انجام آن منع شود یا در آن قصور نماید<sup>67</sup> و تأخیری ناروا (غیر موجه) داشته باشد، یا نشان دهد که از نقطه نظر خاصی قادر به مراقبت از جریان دآوری نیست، مثل اینکه نتواند از عهده زمینه های پیچیده ای که پرونده دارد برآید، مأموریتش یا با کناره گیری خودش یا با توافق طرفین، خاتمه می یابد.<sup>68</sup> همچنین، داور ممکن است بدلیل بیماری شدید یا مرگ یا بدلائل سیاسی یا کلاً به دلایل قانونی یا عملاً<sup>69</sup> از انجام وظیفه اش ناتوان گردد<sup>70</sup>، و مأموریتش خاتمه یابد. این امکان نیز وجود دارد که در غیراین حالات

Folse v. Richard Wolfe Med Insurance Corp 56 F 3d 603, 605 (5<sup>th</sup> Cir 1995); The Island Territory of Curacao v. Solitron Devices Inc., 356 F Supp 1 (SDNY 1973).

همین وضعیت در قانون نمونه آنسیترال وجود دارد علیرغم این حقیقت که شروط استقلال و بی طرفی داور آمره هستند و بر اساس ماده 4 این قانون قابل صرف نظر کردن نیز نیستند.

<sup>65</sup> ببینید بعنوان مثال قانون دآوری انگلستان، ماده (4) (3) 23 و قانون نمونه آنسیترال، ماده 14 که چنین مقرر میدارد (ترجمه مولف) :  
"ماده 14. قصور یا عدم امکان انجام وظیفه

(1) اگر داور به حکم قانون یا واقعاً [عملاً] در انجام وظایف خود ناتوان بشود یا بنا به دلایل دیگری از انجام وظیفه بدون تأخیر ناروا [غیر موجه] قصور نماید، مأموریت او خاتمه می یابد چنانچه او از سمت خود کناره گیری کند یا چنانچه طرفین درخصوص خاتمه [مأموریت] توافق نمایند. در غیر این صورت، چنانچه در مورد هر کدام از این علل مناقشه ای باقی باشد، هر یک از طرفین می تواند از دادگاه یا مرجع دیگر مشخص شده در ماده 6 درخواست کند که در مورد خاتمه مأموریت تصمیم بگیرد، که این تصمیم قابل اعتراض نخواهد بود.

(2) چنانچه داور، طبق این ماده یا ماده (2) 13، از سمت خود کناره گیری کند یا یک طرف در مورد خاتمه مأموریت او موافقت نماید، این دال بر قبول صحت هر علت اشاره شده در این ماده یا ماده (2) 12 نمی باشد."

<sup>66</sup> ببینید بعنوان مثال: قواعد دآوری آی.سی.سی. ماده (1) 12؛ قواعد وایپو، ماده 28.

<sup>67</sup> ماده (5) 22 قواعد بین المللی دادگاه دآوری میلان چنین مقرر می دارد:

"5. In the event of an arbitrator failing to use due diligence or causing an unjustified delay or being negligent in the performance of his duties, the Arbitral Council shall issue an appropriate admonition and shall proceed to replace the arbitrator if he does not forthwith fulfill his duties after having received such admonition" – cited from Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law, Kluwer Law and taxation Publishers, 1989, at p. 215.

<sup>68</sup> ببینید بعنوان مثال، قانون دآوری نمونه آنسیترال، ماده (1) 14

<sup>69</sup> de jure or de facto

<sup>70</sup> از جمله دلایل قانونی که میتواند مانع داور از ادامه دآوری شود، دستو دادگاه به داور بر توقف رسیدگی دآوری است (antissuit injunction). ببینید:

Nariman, Finality in India: the Impossibility of Dream, 10 Arb Int 373 (1994); Kerr, Concord and Conflict in International Arbitration, 13 Arb Int 121 (1997).

و در حالتی که بین طرفین در خصوص وجود این علل در داور اختلاف باشد هریک از طرفین از دادگاههای ملی درخواست نماید در خصوص خاتمه مأموریت داور تصمیم گیری نماید.

در خصوص تأخیر ناروا در انجام وظایف داور، این مسئله که چه زمانی «تأخیر ناروا»<sup>71</sup> واقع می شود یا در چه صورتی دیوان داورى نتوانسته آنطور که در بعضی از قوانین آمده<sup>72</sup> بطور مناسب داورى را برگزار کند<sup>73</sup>. موضوعی است که پس از شروع جریان داورى احراز آن مشکل است بویژه در جایی که یکی از طرفین علاقه ای به سرعت در داورى ندارد<sup>74</sup>.

بنا به هر دلیلی داور ممکن است با استعفایا کناریگری داوطلبانه از سمت داورى خود به مأموریتش خاتمه دهد. ممکن است این استعفا و ختم مأموریت باعث قطع جریان داورى و تأخیر در روند داورى شود و باعث خسارت به طرفین یا یکی از آنها شود. لذا برخی از قوانین داورى حق استعفای داور را محدود به مجوز از دادگاه ملی کرده اند، بطوریکه چنانچه یکی از طرفین با استعفای داور موافق نباشد وی باید از دادگاه برای استعفای خود مجوز اخذ نماید<sup>75</sup>. در مورد خسارتی که از استعفاء ممکن است واقع شود و حق الزحمه داور مستعفی قانون حاکم بر داورى یا قانون مقر دادگاهی که موضوع در آن مطرح است تعیین کننده خواهند بود<sup>76</sup>.

### ب- جایگزین نمودن داور

چنانچه داورى جرح شود و جرح موفق باشد، یا در صورت استعفای داوطلبانه داور یا در سایر مواردی که مأموریت داور قبل از صدور رأی خاتمه می یابد، دیوان داورى ناقص می شود. در این حالت چنانچه دیوان داورى یک نفره (داور منفرد) باشد یا یک نفر از دیوان داورى چند نفره (سه داور) و داوران باقیمانده نتوانند یا مایل نباشند که بعنوان دیوان ناقص عمل کنند، داور جدید باید به جای داور قبلی نصب گردد (داور جانشین تعیین گردد).

معمولاً داور جایگزین طبق توافق طرفین<sup>77</sup> یا بر اساس همان قواعدی روشی که داور تغییر یافته نصب شده بود، تعیین و نصب خواهد شد<sup>78</sup>. این روش در واقع با قصد طرفین در خصوص ترکیب دیوان تطبیق می کند، مثلاً داور جایگزین داور منتخب یکطرف باید توسط همین طرف انتخاب گردد که وی اطمینان داشته باشد که همانند طرف دیگر بر دیوان داورى که رأی نهایی را صادر خواهد نمود نفوذ و تأثیر دارد. لذا اگر داور جایگزین یکطرف توسط دادگاه یا شخص

<sup>71</sup> Undue delay

<sup>72</sup> ببینید بعنوان مثال، قانون داورى انگلستان را.

<sup>73</sup> Has failed “properly to conduct the proceedings”

<sup>74</sup> Okekeifere, The Parties’ Rights Against Dilatory or Unskilled arbitrator, 15(2) J Int’l Arb 136 (1998)

<sup>75</sup> ببینید بعنوان مثال ماده 1689 قانون قضایی بلژیک، یا قانون داورى هلند 1986، ماده (2)1029.

<sup>76</sup> ممکن است داور به قصد ایجاد تأخیر در جریان داورى از سمت خود کناره گیری کند، و با این عمل خود برای طرفین یا یکی از آنها خسارت ایجاد کند. کلاً اینکه داور برکنار شده یا مستعفی مسئول خسارت وارده در داورى می باشد یا نه و اینکه آیا مستحق حق الزحمه می باشد یا خیر بستگی به قانون یا قواعد حاکم بر داورى دارد. ببینید بعنوان مثال قانون داورى انگلستان، ماده 25. ببینید:

Carter, Rights and Obligations of the Arbitrator, 63 Arbitration 170 (1997) 172; Hausmaninger, Rights and Obligations of the Arbitrator with regard to the parties and the Arbitral Institution – A Civil Law viewpoint, in ICC (ed), The Status of the Arbitrator.

<sup>77</sup> ببینید بعنوان مثال: ماده 811 قانون آئین دادرسی مدنی ایتالیا را که مقرر میدارد:

“Whenever for any reason one or more of the appointed arbitrators cease their function, they are replaced applying the system provided for their appointment in the arbitration agreement or in the arbitration clause. If the party, or the third party to which it belongs to appoint the new arbitrator, does not so provide, or if the submission agreement or arbitration clause do not provide in this respect, then the provisions of the previous section apply”- cited from Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law, Kluwer Law and taxation Publishers, 1989, at p. 213

<sup>78</sup> ببینید همین روش را در قانون داورى نمونه آنسیترال، ماده 15، قواعد داورى آنسیترال، ماده (1)13؛ قواعد داورى DIS، ماده (3)18.

نائب دیگری نصب گردد، آنطرف اعتماد لازم را بر دیوان داوری نخواهد داشت. بنابراین، گرچه یکطرف در انتخاب داور اولیه خود قبلاً شرکت نداشته است، اما اکنون باید حق انتخاب را داشته باشد. البته باید توجه داشت که ممکن است این روش توسط یکطرف مورد سوء استفاده وقت کشی قرار گیرد، بطوریکه او ابتدا یک داور جانبدار نصب نماید و سپس با جرح وی داور جانبدار دیگری انتخاب نماید، و همینطور پیوسته تکرار شود داوری را با تأخیر مواجه سازد. بنابراین، برای محدود کردن چنین حالتی، بعضی از قواعد داوریهای سازمانی به سازمان مربوطه اختیار می دهند که روش معرفی و نصب داور اولیه را بکار بگیرند یا نه<sup>79</sup> و بعضی از قواعد داوری نیز کلاً از روش معرفی و نصب داور اولیه فاصله می گیرند و اختیار انتخاب داور جایگزین را از طرفین می گیرند<sup>80</sup>.

سؤال این است، وقتی که داور جایگزین نصب می شود، جریان داوری که تا قبل از این جایگزینی ادامه داشته است چه خواهد شد. پاسخ به این سوال بستگی دارد به این دارد که چه مرحله از داوری قبلاً طی شده است، چنانچه داور جایگزین قبل از استماع شفاهی پرونده نصب شود، به او وقت داده خواهد شد تا لوائج طرفین و اسناد و مدارکی که مبادله نموده اند مطالعه کند، بعلاوه ممکن است لازم باشد که وی (کتباً) نیز اعلام کند که اقدامات انجام شده مثل دستورات صادره در جریان گذشته داوری را قبول دارد. اما مشکل جایگزینی داور پس از استماع شفاهی طرفین و شهود آنهاست، که در این حالت، باید اطلاعات کامل از جریان داوری در اختیار داور جایگزین قرار گیرد. چنانچه مذاکرات جلسه استماع ضبط یا یادداشت شده است در اختیار او قرار گیرد، سرانجام این داور خود با بررسیهای همه جانبه خود از آنچه تاکنون در پرونده گذشته و با مشورت با داوران دیگر، تصمیم خواهد گرفت که آیا جلسه استماع دیگری برگزار شود یا چه قسمتهایی از استماع لازم است مجدداً برگزار و تکرار شود. بعضی از قواعد داوری این اختیار را به دیوان داوری یا داور جدید داده اند که تصمیم بگیرد که جلسه استماع یا هر قسمتی از جریان داوری تکرار شود یا نشود<sup>81</sup>. این حق هر داور است که در هر قسمتی از جریان داوری شرکت داشته باشد، و در صورتی که این حق از داور سلب شود، ممکن است رأی داوری بدلیل برگزاری نامناسب و غیر صحیح جریان داوری مورد اعتراض قرار گیرد.

قواعد داوری آنسیترال در ماده 14 تکرار یا عدم تکرار جلسه استماع را در جایی که داور جایگزین شده داور منفرد یا داور رئیس است در اختیار خود او قرار داده و در جایی که وی یکی از داوران همکار می باشد این اختیار را به دیوان داوری داده است<sup>82</sup>. قابل ذکر است که در دیوان دعوای ایران- ایالات متحده که بر اساس قواعد داوری آنسیترال عمل می کند، قاعده ماده 14 قواعد داوری آنسیترال تغییر داده شد بگونه ای که در هر صورت و قطع نظر از اینکه مقام داور چیست تکرار جلسات گذشته دیوان داوری در اختیار و صلاحدید دیوان داوری گذاشته شده است<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> ببینید بعنوان مثال: قواعد داوری دادگاه داوری بین المللی لندن (LCIA)، ماده (1) 11 که مقرر میدارد:

In the event that the LCIA Court determines that any nominee is not suitable or independent or impartial or if an appointed arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court shall have a complete discretion to decide whether or not to follow the original nominating process.

ببینید همچنین قواعد آی. سی. سی. ماده (4) 12.

<sup>80</sup> قواعد داوری ایکسید، ماده (2) 11.

<sup>81</sup> ببینید بعنوان مثال قواعد وایبو، ماده 34، که مقرر میدارد:

Article 34. "Whenever a substituted arbitrator is appointed, the Tribunal shall, having regard to any observations of the parties, determine in its sole discretion whether all or part of any prior hearings are to be repeated".

قانون داوری انگلستان نیز در ماده (4) 27 چنین مقرر می دارد:

'The tribunal (when constituted) shall determine whether and if so to what extent the previous proceedings should stand... This does not affect any right of a party to challenge those proceedings on any ground which had arisen before the arbitrator ceased to hold office'.

ببینید همچنین؛ قواعد آی. سی. سی. ماده (4) 12.

<sup>82</sup> قواعد داوری آنسیترال، ماده 14.

<sup>83</sup> این اختیار اعطاء شده به دیوان در زمان فوت قاضی ویرالی، داور رئیس، بکار گرفته شد این قاضی در یازده پرونده شرکت داشت که در زمان فوتش در جریان بود. در غالب پرونده ها، داور رئیس جایگزین شده دست نوشته های دیوان و یادداشتهای قاضی ویرالی و دستیارش را کافی دانست و فقط در دو مورد جلسه استماع تکرار گردید- ببینید:

قانون نمونه آنسیترال مانند بسیاری از قوانین ملی در خصوص موضوع ساکت است، اما قانون داوری مصر که بر گرفته از این قانون می باشد اعلام میدارد که بر کناری یک داور کل جریان داوری را که تا زمان برکناری انجام شده حتی اگر رأی صادر شده باشد، باطل می کند<sup>84</sup>. این بدان معناست که تمامی جریان داوری باید تکرار شود. در بعضی از کشورها برای جایگزینی داور جریان داوری معلق می شود و بعد از جایگزین شدن داور جریان داوری از همانجا که معلق شده بود ادامه می یابد<sup>85</sup>.

## نتیجه گیری

استقلال و بی طرفی داور از شرایط بنیادین جریان داوری است، و قواعد و قوانین داوری صراحتاً یا بطور ضمنی آنها را الزامی دانسته اند و لذا چنانچه در خصوص این شرایط در یک داور تردید عینی یانوع وجود داشته باشد، داور خود باید از پذیرش دعوت طرفین به داوری خودداری کند یا حداقل وضعیت خود را که باعث تردید در استقلال یا بی طرفی او می باشد کتباً به اطلاع طرفین و یا سازمان داوری برساند، و اگر یکطرف آن وضعیت داور را جدی یافت و اعتراض کرد، داور باید بدون ورود به جریان رسیدگی رسمی به اعتراض به داور، داوری را نپذیرد یا از داوری استعفاء دهد. در غیر این صورت داوری وارد جریان جرح خواهد شد. به هر صورت جرح امروزه در غالب داوری ها یک او معمولی شده است. بعلاوه، عدم وجود شرایط اساسی توافق شده برای داور که ارتباطی با استقلال یا بی طرفی هم ندارد میتواند باعث جرح شده و به این دلیل که دیوان داوری مطابق شرایط مورد توافق طرفین تشکیل نشده باعث ابطال یا عدم اجرای رأی صادره گردد. به هر صورت جرح امروزه در غالب داوری ها یک او معمولی شده است.

اصولاً پیش بینی روش جرح در داوری برای اطمینان از برگزاری یک داوری عادلانه و منصفانه می باشد که این نیز خود باعث پذیرش بهتر و آسانتر رأی داوری توسط حتی طرفی که رأی علیه وی صادر شده می گردد. در داورها تمایل بر آن است که با موضوع جرح برخورد قاطع شود البته با در نظر داشتن اینکه در دنیای نسبتاً کوچک داوری بسیار محتمل است که افراد، یعنی طرف های دعوی، وکلا یا داوران، با هم آشنا باشند و یکدیگر را بشناسند - و در واقع این شناخت زمینه اعتمادی است به رسیدگی داوری میشود - و اینکه آن اعتماد ضرورت بی طرفی را نفی نمی کند.

جرح داور در آغاز داوری ناگزیر باعث تأخیر در جریان نصب داور و در طول جریان داوری باعث تأخیر و احتمالاً در رسیدگی و نهایتاً باعث طولانی شدن داوری می شود، با این وجود، بسیاری از موارد جرح بعنوان تاکتیک برای همین به تأخیر انداختن داوری و یا بدست آوردن مزیت هایی در تشریفات داوری توسط جرح کننده است. لذا این روش می تواند ابزاری باشد برای سوء استفاده طرفهای فاقد حسن نیت و خلل و تأخیرهای ناروا در روند داوری گردد. بنابراین، باید توجه داشت که دلیل وجود طرفداری یا عدم استقلال داور باید قوی و مستحکم باشد و نباید بصورت طرح مسائل واهی و بی ربط به طرفداری یا عدم استقلال باشد و صرفاً تلاشی باشد برای متوقف کردن جریان داوری.

ممکن است اعتراض نزد دادگاه مقرر داوری صورت گیرد و به مقررات قانون محلی به عنوان قانون داور استناد شود. باید توجه داشت که اکثر قوانین ملی بدو به دادگاهها اختیار عزل داوران را به دلایل خاص و معین مانند طرفدار بودن یا عدم استقلال نمی دهند و درخواست جرح ابتدا باید نزد دیوان داوری مطرح گردد. چنانچه جرح توسط دیوان تأیید نگردد این امکان را پیش بینی نموده اند که جرح در دادگاه طرح و ادامه یابد. اما تصمیم گیری در خصوص جرح

---

Iran-US Claims Tribunal described in S. A. Baker and M. D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice* (Deventer, 1992), 37-71.

<sup>84</sup> قانون داوری مصر در قسمتی از ماده (4) 19 چنین مقرر می دارد:

“...[The removal of an arbitrator] shall entail considering the arbitral proceedings already conducted, including the Arbitral Award, null and void”.

<sup>85</sup> ببینید بعنوان مثال قانون داوری هلند 1986، ماده (3) 1030.

توسط دیوان داوری بویژه در دیوانهای یک نفره (داور منفرد) داور یا دیوان قاضی دعوی خود می باشد که می تواند غیر عادلانه باشد.

توصیه می شود از حق جرح در داوری کمتر استفاده شود زیرا آثار نامطلوب آن می تواند بیش از آثار مطلوبش باشد یعنی، جرح ممکن است ناموفق باشد، لذا تأثیر سوء روی روابط داور و طرف جرح کننده خواهد داشت و این جرح می تواند اثر نامطلوب روی نظریات این داور در خصوص پرونده و به ضرر طرف جرح کننده داشته باشد، چنانچه داور جانبدار جرح نشود و در جریان داوری باقی بماند داور رئیس معمولاً به دیده ظن به او نگاه کرده و به نظریات او اهمیت نخواهد داد، بلکه بیشتر به داور دیگر توجه خواهد نمود. در نتیجه داور جانبدار بر جریان پرونده و تصمیمات مربوطه تأثیر مهمی نخواهد داشت و لذا واقعاً جرح ضرورت پیدا نمی کند. جرح قطعاً باعث تأخیر در جریان داوری و صدور رای می شود. بعلاوه تضمینی وجود ندارد که اگر این داور جرح و برکنار شود، داور دیگری که بجای او می آید، مستقل و بی طرف تر از وی باشد و حتی ممکن است بسیار بیشتر از داور قبلی بر جریان داوری تأثیر داشته باشد و بتواند بیش از داور جرح شده بر نتیجه آن نیز اثر گذارد.

در مورد خاتمه ماموریت داور به جهت تأخیر ناروا (غیر موجه) این سوال مطرح باشد که آیا این تأخیر با برکناری داور جبران پذیر است در مقایسه با اینکه روال برکناری از طریق دادگاه و انتخاب جایگزین داور برکنار شده خود تأخیرهای بیشتری را ممکن است در پی داشته باشد. البته در داوریهای سازمانی که سازمان مربوطه اختیار برکناری داور را در چنین مواردی دارا می باشد برکناری داور بدلیل تأخیر در انجام وظایفش مفیدتر خواهد بود.

کمیسیون داوری تجاری و اقتصادی بین المللی چین (CIETAC)

China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC Arbitration Rules 2005)

قواعد داوری بین المللی اتاق تجارت میلان (MCC IAR)

Milan Chamber of Commerce – International Arbitration Rules, (MCC IAR 2004)

عهدنامه نیویورک در خصوص شناسایی و اجراء آراء داوری خارجی، 1958.

New York Convention on recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration قانون داوری نمونه آنسیترال

قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس 1987 ( قانون داوری بین المللی سوئیس)

(Swiss Private International Law Act, 1987- PIL)

قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL Arbitration Rules)

آی. سی. سی. (ICC) (International Chamber of Commerce, 1998 - ICC)

وایپو (WIPO) (World Intellectual Property Organization- WIPO)

دادگاه داوری بین المللی لندن (London Court of Arbitration – LCIA)

قانون آیین دادرسی مدنی هلند (قانون داوری هلند 1986) (NCCP - NAA)

(Netherlands Code of Civil Procedure- NCCP, or Netherlands Arbitration Act – NAA, 1986)

انجمن داوری آمریکا (American Arbitration Association - AAA)

موسسه داوری هلند (Netherlands Arbitration Institution - NAI)

موسسه داوری آلمان (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS))

قانون داوری انگلستان 1996 The UK Arbitration Act 1996

AC

All ER

Law Reports, House of Lords (Appeal Cases)

All England Law Reports



Am Rev Int'l Arb	American Review of International Arbitration
Arb Int	Arbitration International
ASA Bulletin	Swiss Arbitration Association Bulletin
ATF	Arrets du Tribunal Federal Suisse
CA	Court of Appeal of England and Wales
CC	Code civil, codice civile, civil code
CCP	Code of Civil Procedure
ChD	Chancery Division
Disp Res J	Dispute Resolution Journal
F2d	The Federal Reporter Second Series
FAA	United States Federal Arbitration Act
F Supp	Federal Supplement
HKHC	Hong Kong High Court
ICC Bulletin/Bull/Brochure	International Chamber of Commerce International Court of Arbitration Bulletin/Bruchure
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly.
Int ALR	International Arbitration Law Review
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
Iran-US CTR	Iran-US Claims Tribunal Reports
J Int'l Arb	Jourrial of International Arbitration.
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
Lloyd's MCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LNTS	League of Nations Treaty Series
Mealey's IAR	Mealey's International Arbitration Reports
Model Law	UNCI1RAL Model Law on International Commercial Arbitration adopted 21 June 1985
NCPC	(French) New Code of Civil Procedure (Nouveau Code de Procedure Civile)
New York Convention	1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
NYAD	New York Appellate Division
OJ	Official Journal of the European Communities
PC	Privy Council
PIL	(Swiss) Private International Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift fur ausUindisches und internationales Privatrecht
RCADI	Recueil des Cours de l' Academie de Droit International de la Haye / Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Rev Arb	Revue de r arbitrage
SDNY/ SD Cal/ SD Ohio	Southern District of New York/ of California/ of

Texas INT'LJ	Ohio
Tulane L Rev	Texas International Law Journal
UNCITRAL Notes	Tulane Law Review
UNTS	UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings
Washington Convention (ICSID Convention)	United Nations Treaty Series
YBCA	Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States 1965
ZIP	Yearbook of Commercial Arbitration
ZPO	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
	German Code of Civil Procedure (ZPO)

UN. Doc. E/C.  
 UNDOC E/CONF.  
 Fed.Cir.  
 AICN (of UN Doc.)  
 US FAA      United States Federal Arbitration Act  
 NAFTA  
 2d Cir.  
 US Dist LEXIS  
 ILA      International Law Association  
 Supp                      Supplement  
 N.D. Ga  
 LIAMCO      Libyan American Oil Company

## Challenge and Termination of Mandate of an Arbitrator

Dr. Hamid Reza Nikbakht

In arbitrations including international commercial arbitrations the parties certainly want to entrust their dispute to independent and impartial arbitrators. Further, they expect to have arbitrators with such other characters as agreed between themselves. It might be happen that before appointment of the arbitrator or after it and in the course of arbitration proceedings, or even after the issuance of the arbitral award, the parties or one of them might have justifiable doubt as to these characters of arbitrator. Thus, the parties should be able to raise their objections to the arbitrator, i.e. to challenge him. In the case of successful challenge, the arbitrator challenged must withdraw from his office or he must be removed and his mandate will be terminated. If such an arbitrator has issued an award, the award should not be enforceable.

In addition to the challenge of arbitrator, mandate of arbitrators might for some other reasons such as resignation, death, being incapable of performing his duties and failing to act without undue delay, be terminate. He will be removed from his office voluntarily or by agreement of the parties or decision of a court of justice.

Where the mandate of arbitrator terminates by any reason, because of his withdrawal from office, or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case, a substitute arbitrator shall be appointed.

## فصل سوم مسئولیت سازمان داوری در داوری

«چکیده»

سازمان داوری، تشکیلاتی است که داوری را برگزار می‌کند. برای این منظور این تشکیلات از اجزا یا ارکانی تشکیل شده است که بتواند امنیت داوری را تامین و از هر جهت به طور شایسته آن را برگزار کند. لذا، قواعد آیین داوری را تعیین می‌کند (قواعد از پیش تدوین شده دارد)، درخواست ابتدایی داوری را دریافت می‌دارد، به اعتراض یک طرف بر وجود موافقت نامه داوری رسیدگی می‌کند، داور یا داوران طرفین را تایید یا تعیین می‌نماید، هزینه های داوری (مربوط به سازمان و داوران و حق الزحمه داوران) را تعیین و از طرفین دریافت می‌دارد، حق الزحمه داوران را خود می‌پردازد، در سراسر جریان داوری یک نسخه از کلیه لوایح و مکاتبات طرفین با یکدیگر و با داوران و مکاتبات داوران با طرفین را دریافت داشته و بر جریان برگزاری داوری نظارت می‌نماید، طول مدت داوری را تعیین می‌کند، در داخل سازمان رای را قبل از امضا داور(ان) مورد بررسی قرار داده آن را تعدیل یا اصلاح می‌نماید و همچنین ممکن است درباب ماهیت رای نکاتی را به داور(ان) توجه دهد، و پس از آن داور(ان) رای را امضا نموده و در حالیکه در اختیار سازمان قرار دارد، سازمان آنرا به طرفین ابلاغ می‌نماید.

این رفتار یا اقدامات سازمان در برگزاری داوری، مسئولیت گسترده و جامعی را برای آن در مقابل طرفین و داوران و حتی اشخاص ثالث به بار می‌آورد که برخی از آنها ممکن است مسئولیت قراردادی باشد و بعضی مسئولیت قهری یا غیر قراردادی (مسئولیت مدنی). در این مقاله موارد وظایف سازمان داوری، و به طور کلی مسئولیت مدنی مطرح در برگزاری داوری، و مسایل مربوط بدان مورد بررسی قرار گرفته است.

سازمان های داوری موجود در صحنه بین المللی تشکیل شده اند که تا آنجا که ممکن است بطور مستقل و خودکار داوری دعاوی تجاری را برگزار یا اجرا نمایند<sup>86</sup>. لذا برای این منظور، خود را به گونه ای تجهیز و آماده نموده اند که اصحاب دعاوی تجاری بین المللی با آسودگی خاطر و اطمینان از حل و فصل عادلانه و مؤثر اختلافات خود به این مراجع متوسل شوند. قواعد آیین رسیدگی مختص به خود تدوین نموده اند تا در عین به رسمیت شناختن توافقات طرفین در غالب امور داوری به عنوان امری اولیه و لازم الرعایه، در فقدان آن (توافقات) تمهیدات لازم را اندیشیده باشند تا بتوانند به هدف خود یعنی برگزاری داوری ایمن و کارا به طور خودکفا، نایل آیند.

طرفین دعوی با انتخاب یک سازمان داوری درخواست اولیه داوری را به آن سازمان ارائه خواهند نمود و این سازمان تا پایان رسیدگی به این دعوی و ابلاغ رای داوری به آنها، تمامی اقدامات لازم را معمول و مراحل مختلف را طی خواهد کرد. داوری، داوری این سازمان نامیده شده، و رای آن رای این سازمان شناخته خواهد شد.

یک سازمان داوری معمولاً برای کلیه امور داوری تمهیداتی شایسته و مناسب اندیشیده و در حقیقت برای خود وظیفه و مسئولیت برقرار می نمایند. عدم انجام صحیح وظایف یا سوء رفتار یا اقدام در برگزاری داوری مسئولیت گسترده و جامعی را در مقابل طرفین و داوران و حتی اشخاص ثالث به بار می آورد که برخی از آنها ممکن است مسئولیت قراردادی باشد و بعضی مسئولیت قهری یا غیر قراردادی (مسئولیت مدنی). به ویژه در مسئولیت اخیر سؤال اصلی این است که اگر در اثر اعمال و اقدامات افرادی مانند کارمندان اداری، دبیر یا دبیر خانه یا داور (ان) در امر داوری سازمانی خسارت و ضرر مالی و حتی غیر مالی به شخصی وارد شود سازمان داوری تا چه حد مسؤل است و جبران خسارت بر عهده کیست؟ در همین رابطه یک سؤال فرعی نیز مطرح می باشد و آن این است که آیا اصولاً بین اصحاب دعوا و داور (داوران) که تصمیم ساز (ان) دعاوی داوری سازمانی هستند مستقیماً رابطه حقوقی برقرار است؟ در مسئولیت اخیر سؤال اصلی این است که چنانچه در امر داوری خسارت و ضرر مالی به شخصی وارد شود مسئولیت سازمان داوری چیست؟ در همین رابطه آیا داور (ان) سازمانی نیز مسئولیتی دارند؟ به نظر می رسد سازمانهای داوری بر وجود این مسئولیت ها (برای خود) واقف می باشند، به طوری که تلاش دارند تا به نحو مطلوب وظایف تعریف شده خود را به انجام برسانند تا عواقبی نداشته باشد. علاوه بر این، آنها معمولاً با اعلام قبلی (توافق قبلی با طرفین داوری)، خود را معاف از عواقب مسئولیت ها نموده یا می نمایند.

در این مقاله در نظر است موارد وظایف سازمان داوری که مبین مسئولیت های آن است، و به طور کلی مسئولیت مدنی مطرح در برگزاری داوری، و همچنین معافیت از عواقب آنها تجزیه و تحلیل می گردد، تا دست اندرکاران امر داوری سازمانی (طرفین، داوران، مسئولین سازمان داوری) بر وظایف خطیر و مسئولیت های قانونی داوری سازمانی وقوف بیشتری داشته و نیز سازمان داوری نقش خود را هر چه بیشتر و در سطح عالی تر در امر داوری ایفا نماید. بنابراین در این مقاله که در دو قسمت ارائه می گردد در قسمت اول به سازمان داوری و مسئولیت امور داوری پرداخته می شود. در این قسمت پس از طرح کلیات امور داوری پاره ای از جزییات مسئولیت ها در این امور در سه قانون یا مرکز داوری در ایران، و دو سازمان داوری در خارج از ایران، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در قسمت دوم، نمونه هایی از موارد مسئولیتهای قانونی و معافیت از مسئولیت به ویژه در نظام حقوقی - داوری ایران توضیح داده خواهند شد و مورد تحلیل قرار خواهند گرفت. در پایان به نتیجه گیری از مباحث مطرح شده پرداخته خواهد شد.

### قسمت اول: سازمان داوری و مسئولیت امور داوری

در این قسمت ابتدا مسئولیت هایی که در عموم سازمان های داوری به طور کلی مشاهده می شود توضیح داده می شوند و سپس به بررسی برخی از جزییات مسئولیت های امور داوری در چند سازمان داوری در ایران و سایر کشورها می پردازیم.

<sup>86</sup> در توضیح داوری سازمانی و داوری موردی ببینید: نیک بخت، حمید رضا، داوری تجاری بین المللی «آیین داوری»، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، 1388، ص. 52 به بعد.

## الف- کلیات مسئولیت امور داوری

سازمان های داوری به طور کلی در موارد زیر برای خود وظیفه یا مسئولیت قایل هستند:

- 1- تدارک قواعد آیین داوری ( دریافت درخواست داوری، تعیین یا نصب داور یا داوران، چگونگی رسیدگی داوری).
- 2- نظارت بر جریان رسیدگی توسط داور(ان).
- 3- طول مدت داوری.
- 4- بررسی رای داوری و کنترل کیفیت.
- 5- هزینه ها و حق الزحمه های داوری.
- 6- ابلاغ رای داوری.

در ذیل به توضیح هر یک از موارد فوق می پردازیم:

### 1- تدارک قواعد آیین داوری (دریافت درخواست داوری، تعیین یا نصب داور (ان) و رسیدگی به جرح آن ها، چگونگی رسیدگی داوری)

یکی از دلایل عمده ای که طرفین قراردادهای تجاری داوری سازمانی را انتخاب می کنند آن است که سازمان قواعد داوری شناخته شده، مترقی، کارا و مناسب برای رسیدگی منصفانه اختلافات دارد. این قواعد چگونگی برگزاری داوری را معین و هدایت خواهد کرد. عموم قواعد سازمانهای داوری تقریباً کلیه مسایل تشریفات برگزاری داوری را از قبیل زمان شروع جریان داوری، چگونگی ابلاغ اوراق و اخطاریه ها، شکل و اعتبار موافقت نامه داوری، اقدامات تامینی و موقت در داوری، تعداد داوران و چگونگی تعیین آن ها، موارد و تشریفات جرح داور، قصور و یا عدم انجام وظیفه داور، اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت دیوان داوری، مبادله دادخواست و دفاعیه و دعوی متقابل و قصور هر یک از طرفین در این زمینه ها، محل داوری، زبان داوری، جلسه استماع و رسیدگی، ارجاع به کارشناس، ورود شخص ثالث، قانون حاکم، سازش، اخذ تصمیم توسط داور، شکل و محتوای رای، اصلاح و تفسیر رای و رای تکمیلی، اجرای رای، پیش بینی کرده اند و وظیفه یا نقش خود را نیز در آنها تعیین نموده اند.

سازمان های داوری عموماً به گونه ای مؤثر و فعال در موارد ذیل، (با رعایت توافقات طرفین) برای خود نقش و مسئولیت مستقیم قایلند: دریافت درخواست اولیه داوری، تصمیم گیری در خصوص وجود ظاهری موافقت نامه داوری، تصمیم گیری در خصوص تعداد داوران، نصب یا تایید داوران، تصمیم گیری در خصوص جرح داوران، تشکیل پرونده داوری و تسلیم آن به دیوان داوری و تعیین محل داوری.

### 2- نظارت بر جریان رسیدگی داور(ان)

سازمان داوری پیشرفت پرونده های جاری را تحت نظر می گیرد و در جریان رسیدگی آنها ممکن است تدابیری اتخاذ کند که کمک کند به اینکه پرونده با سرعت متعارف و منطقی ممکن پیش رود و نیز مراقبت می نماید که جریان رسیدگی مطابق قواعد آن سازمان پیش رود. برای این منظور سازمان به دقت پیگیر اقدامات پرونده خواهد بود و یک نسخه از تمامی مبادلات کتبی و لوایح مبادله شده در سراسر جریان داوری را دریافت می کند. چنانچه شرایط اجاب کند داورانی که قواعد سازمان را به دقت رعایت نکنند و آنها را اعمال ننمایند برکنار و جایگزین خواهد نمود

### 3- طول مدت داوری

یکی از خصوصیات ویژه داوری به نتیجه رسیدن داوری در مهلت کوتاه می باشد و از نظر طرفین دعوی این یک موضوع اساسی است که بدانند چه مدتی طول خواهد کشید تا رأی داوری صادر گردد. داوری سازمان های داوری معمولاً این نکته را مورد توجه قرار داده و محدودیت های زمانی را در جریان داوری تعیین می نمایند تا رسیدگی

داوری در کوتاه ترین زمان ممکن و بدون اتلاف وقت به هر دلیلی، خاتمه یابد. گرچه این مهلتها را با شرایطی قابل تمدید است، اما سازمان خود مسئول آن است که بر این مهلت ها از نزدیک نظارت کند.

#### 4- بررسی رأی داوری و کنترل کیفیت

عموماً قواعد سازمان های داوری مقرر می دارند که سازمان مربوطه باید آرای داوری را از لحاظ شکلی بررسی و اصلاحات یا تعدیلهای لازم را در آن به عمل آورد، وحتا بعضاً مقرر می دارند که رای دیوان داوری را باید سازمان تصویب نماید. همچنین آنها این مسئولیت را برای سازمان مقرر می دارند که ممکن است بدون اینکه در آزادی داوران در تصمیم گیری در ماهیت دعوی تأثیری بگذارد نکات ماهوی رأی را نیز به آنها تذکر دهند. این اقدام سازمان برای این است که مراقبت نماید که آرای داوری بیشترین استاندارد ممکن را دارا باشند تا کمتر در معرض بطلان در دادگاه قرار گیرند. به علاوه چون آرای داوری قابل تجدید نظر (پژوهش خواهی) نیستند این وظیفه که در واقع کنترل کیفیت می باشد، به طرفین داوری اطمینان بیشتری میدهد که داوری در سازمان داوری نظارت شده و مورد حمایت قرار دارد.

#### 5- تعیین هزینه های داوری و حق الزحمه داور

در داوری های سازمانی داوران حق الزحمه خود را تعیین نمی کنند. سازمان حق الزحمه داور را در پایان داوری بر اساس معیارهای خاصی از جمله کارایی داوران و چگونگی برخورد با پرونده و فعالیت او و نیز بر اساس نرخ های از پیش مشخص شده تعیین میکند و داور نقشی در تعیین حق الزحمه خود ندارد. این بدان معناست که داور به عنوان کارمند یا کارگزار سازمان داوری حق الزحمه دریافت خواهد کرد و سیستم به گونه ای است که کارایی و فعالیت داور را تشویق کند اما در قالب نرخ از قبل مشخص شده (چاپ شده).

#### 6- ابلاغ رای داوری

دیوان داوری (داور (ان)) رأی داوری را تحت نظارت سازمان مربوطه صادر می کند، و حتی در بعضی از سازمان ها، سازمان باید رای را تصویب کند، به طوری که بدون تصویب سازمان رأی داوری صادر نمی شود. رای پس از صدور یا تصویب در اختیار سازمان است و به وسیله سازمان داوری به طرفین ابلاغ میشود.

### ب- مسئولیت امور داوری در برخی از سازمانهای داوری در ایران و کشورهای دیگر

در این بخش به برخی از جزییات موارد مسئولیت امور داوری ابتدا در ایران در سه قانون یا سازمان داوری، و سپس در خارج از ایران در دو سازمان داوری، مورد بررسی قرار می دهیم.

#### 1 - مسئولیت امور داوری در قوانین یا سازمان های داوری ایران

در سیستم داوری - حقوقی ایران اکنون در ارتباط با مسایل داوری به طور کلی دو قانون عام، یکی قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379، و دیگری قانون داوری تجاری بین المللی مصوب 1376، و دو قانون خاص یکی قانون اساسنامه مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران مصوب 1380، و دیگری قانون عضویت ایران در سازمان مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی مصوب 1376 که بر اساس آن موافقت نامه ای بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سازمان مشورتی حقوقی آسیایی-آفریقایی در این سال امضا شد و مرکز منطقه ای داوری تهران تاسیس گردید، وجود دارد. در ذیل این قوانین از جهت وضعیت سازمان داوری و مسئولیت های آن مورد بررسی قرار می گیرند.

#### اول- قانون آیین دادرسی مدنی

باب هفتم قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379، به داور اختصاص دارد. در این قانون در تبصره ذیل ماده 455 مقرر می‌دارد: ماده 455. «... تبصره- در کلیه موارد رجوع به داور، طرفین می‌توانند انتخاب داور یا داوران را به شخص ثالث یا دادگاه واگذار نمایند». در این تبصره اجازه مراجعه به دو مرجع، شخص ثالث یا دادگاه، داده شده است. «شخص ثالث» اعم از شخص حقیقی یا حقوقی است. به عبارت دیگر از این تبصره استنتاج می‌شود که میتوان از اشخاص حقوقی در امر داورى کمک گرفت، البته ظاهر آبرای انتخاب داور. به نظر میرسد قانونگذار با درج این تبصره قصد به رسمیت شناختن داورى سازمانى (داورى که توسط اشخاص ثالث حقوقی) برگزار میشود، داشته است. به علاوه خود داورى سازمانى دولتى را تأسیس نموده است. به این صورت که اصحاب داورى میتوانند دادگاه را به عنوان مقام قضائى و رسمى ناصب داور برگزینند، و برای این سازمان وظایف مختلف بالقوه دیگری در نظر گرفته شده است<sup>87</sup>. بر اساس ماده 477 این قانون<sup>88</sup>، اشخاص حقوقی منتخب که مختص به برگزاری داورى ها هستند مسائل مختلف دیگر داورى از جمله مسائل جانبى مربوط به انتخاب داور را بر عهده خواهند داشت. لذا طرفین داورى می‌توانند برگزاری یا اجرای داورى خود را تا جایی که مغایرت با مقررات داورى (قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی) نداشته باشد تابع قواعد داورى سازمانى قرار دهند.

## دوم- قانون داورى تجارى بین المللى

قانون داورى تجارى بین المللى ایران در سال 1376 برای اعمال در داورى اختلافات تجارى بین المللى<sup>89</sup> در ایران وضع گردیده است. این قانون در تعریف داورى در ماده 1 بند الف مقرر میدارد: «الف- «داورى» عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی طرفین و یا انتصابی». با این تعریف هم اشخاص حقیقی می‌توانند رفع اختلاف (داورى) نمایند و هم اشخاص حقوقی. این تعریف را میتوان تعریف عام داورى در سیستم حقوقی- داورى ایران قلمداد نمود. زیرا به هر حال یک واژه در فرهنگ عمومى یا حقوقى یک کشور یک معنا دارد و از موضوعى به موضوعى دیگر یا از حالتى به حالت دیگر معنای عام تغییر نخواهد کرد. یعنی نمى توان تصور کرد که معنای داورى در دعاوى با عنصر خارجى (مثل داورى بین المللى) با معنای داورى در دعاوى بدون عنصر خارجى (داورى ملی) می‌تواند متفاوت باشد. لذا از این تعریف نتیجه می‌شود که در داورى در ایران خواه بین المللى یا ملی استفاده از داورى سازمانى یا برگزارى داورى سازمانى نه تنها پذیرفته شده است، بلکه تصریح شده است که سازمان داورى (شخص حقوقی) خود می‌تواند داورى کند. بدیهی است داورى یک عمل (خدمت) است که اگر شخص حقوقى قرار باشد بر عهده بگیرد باید بوسیله اشخاص حقیقی انجام دهد.

گرچه در تعریف از داورى در بند الف ماده 1، داورى سازمانى به طور عام به رسمیت شناخته شده است، در ماده 3 بند الف و ماده 6 بند 2 صراحتاً به کارگیری قواعد داورى سازمانى را (در صورت انتخاب قبلى طرفین) الزامی دانسته، به علاوه به موجب ماده 19 طرفین می‌توانند قواعد داورى سازمانى را برای آیین رسیدگی داورى خود انتخاب کنند (مشروط به رعایت قواعد آمره این قانون).

## سوم - قواعد آیین داورى مرکز داورى اتاق ایران (وابسته به اتاق بازرگانى و صنایع و معادن جمهوری اسلامى ایران)

مرکز داورى اتاق ایران به موجب اساسنامه ای که در سال 1380 به تصویب مجلس شورای اسلامى رسیده است و به این دلیل قانون اساسنامه نامیده می‌شود تاسیس گردیده است. با این قانون در ایران قانوناً سازمان داورى برای امر داورى ملی (داخلی) و بین المللى تشکیل می‌شود.

مرکز داورى اتاق ایران بر اساس ماده 1 قانون اساسنامه آن به عنوان وابسته به اتاق بازرگانى و صنایع و معادن جمهوری اسلامى ایران تشکیل شده است. بنابراین مرکز دارای شخصیت حقوقى مستقل می‌باشد که همان شخصیت اتاق بازرگانى و صنایع و معادن است. مرکز برای فعالیت خاصى که حل و فصل اختلافات بازرگانى از طریق داورى

<sup>87</sup> برای برخی از این وظایف ببینید مواد 459، 460، و 462.

<sup>88</sup> ماده 477 - داوران در رسیدگی و رای، تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داورى را رعایت کنند.

<sup>89</sup> ببینید مواد (ب) 1 و 2



است تشکیل شده است. ماده دو قانون اساسنامه مرکز، موضوع فعالیت مرکز را «حل و فصل اختلافات بازرگانی اعم از داخلی و خارجی از طریق داوری» بیان می‌دارد.

در مرکز داورانی که در پرونده‌ها داوری خواهند کرد و فهرست اسامی آنها بر اساس ماده 8 قانون اساسنامه و بنا به پیشنهاد دبیرکل و تایید هیات مدیره مشخص خواهد شد، به علاوه شخص دبیر کل و هیات مدیره مرکز داوری<sup>90</sup>، ارکان مرکز را تشکیل می‌دهند. لذا وقتی در مرکز فرد داور داوری می‌کند به عنوان جزیی از مجموعه ارکان مرکز فعالیت می‌نمایند و رای صادره، در واقع رای مجموعه ارکان (مرکز یا اتاق) خواهد بود.

مرکز داوری در قواعد خود، در ماده 2، اعلام میدارد که وظایف و اختیاراتش «هماهنگی، سازماندهی، نظارت و مدیریت جریان داوری [است]، بدون آنکه خود مباشرت به داوری کند». در این ماده منظور از تصریح به اینکه مرکز «خود مباشرت به داوری» نمی‌کند روشن نیست. اگر منظور همان طور که تا کنون گفته شده است آن است که اشخاص حقوقی به لحاظ ماهیت خود انجام هیچ عملی برایشان متصور نیست، صحیح است، اما باید توجه داشت که عمل آن‌ها از طریق اشخاص حقیقی (در مرکز عمل داوری از طریق داور(ان)) انجام می‌شود؛ از طرف دیگر اگر منظور آن است که مرکز هیچ نقشی در داوری دعوا نخواهد داشت، نه تنها با وظایفی که مرکز برای خود بر شمرده است و در ادامه این بخش بدان پرداخته خواهد شد مغایرت دارد، بلکه با مفاد برخی از سایر قواعد مرکز نیز در تعارض است. آر ذیل به دو نمونه اشاره می‌شود:

یک: قواعد مرکز در ماده 3 در مقایسه با ماده 1 بند الف قانون داوری تجاری بین المللی و ماده 454 قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی که مقرر میدارند طرفین دعوا می‌توانند دعوی خود را به داوری یک یا چند نفر یا شخص ارجاع دهند، بیان می‌دارد که آن‌ها می‌توانند داوری اختلافات خود را «با توافق به مرکز داوری ارجاع کنند». این بدان معناست که مرکز برای خود همدیاف اشخاص حقیقی حق داوری کردن قایل است.

دو: در قواعد داوری این مرکز در ماده 65، آمده است که "در مواردی که اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران یا شهرستانها به عنوان «داور» تعیین شده باشد، انجام داوری با مرکز داوری اتاق ایران است و مشمول مقررات این آیین داوری خواهد بود». به نظر میرسد مرکز داوری اتاق ایران برای اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران یا شهرستانها حق داوری کردن به عنوان داور قایل است. بنابراین مرکز نه تنها می‌تواند داوری را برگزار کنند بلکه بر اساس این ماده او می‌تواند خود داور بشود. بدیهی است در این صورت، مرکز توسط اشخاص حقیقی داوری خواهد کرد. لازم به ذکر است که این ماده بیان گردیده است که «انجام داوری با مرکز داوری اتاق ایران است و مشمول مقررات این آیین داوری خواهد بود» نیز مبهم می‌باشد. زیرا وقتی اتاق بازرگانی به عنوان داور انتخاب شده باشد و مرکز داوری را انجام دهد، اولاً شخص حقیقی به عنوان داور در این داوری بر اساس قواعد داوری مرکز انتخاب خواهد شد، ثانیاً، چگونه در مواردی که در قواعد انجام امور داوری بر عهده مرکز است، در جایی که مرکز بعنوان داور عمل می‌کند، مسئولیتهای مرکز در ارتباط با مسائل داور که در بالا آمده است، انجام خواهد شد.

عموم وظایف یا مسئولیت های مرکز داوری عبارتند از:

1- خواهان و اهان و خوانده داوری بایستی دادخواست، پاسخ (دفاع) و دعوی متقابل خود و پاسخ به دعوی متقابل را با مرکز داوری مبادله نمایند و این مرکز این لوایح را دریافت و به طرف دیگر ابلاغ خواهد کرد (مواد 6 و 7).

2- طرفین در لوایح اولیه خود در صورت معین بودن «داور» اختصاصی خود را به مرکز معرفی خواهند کرد (ماده 6(5) و 7(3)). پس از تبادل لوایح طرفین و تکمیل پرونده در مرکز داوری، توسط آن مرکز به داور تسلیم خواهد شد (ماده 8 و 36) ممکن است پرونده بدون تبادل لوایح در مرکز به داور تسلیم شود (تبصره 1 ماده 8).

3- مرکز داوری ممکن است مواعد تبادل لوایح را تمدید نماید (تبصره 2 ماده 8).

4- مرکز داوری احراز خواهد کرد که ظاهراً موافقت نامه داوری بین طرفین وجود دارد یا نه (ماده (ب) 9)

<sup>90</sup> اعضای هیات مدیره در ماده 5 قانون اساسنامه تعیین شده است

- مرکز داورى در شرايطى به ايراد «نسبت به وجود موافقت نامه داورى، اعتبار يا حوزه مشمول آن» تصميم گيرى خواهد کرد (ماده (پ)9).
- 5- مرکز داورى در صورتى که طرفين تعداد و نحوه انتخاب داور را تعيين نکنند، یک نفر داور تعيين خواهد کرد و به اعتراضات مربوط به جهات رد اين داور نيز رسيدگى خواهد کرد (ماده (الف)10).
- 6- داور يا داوران طرف ممتنع را انتخاب و به اعتراضات مربوطه جهات رد آن رسيدگى خواهد کرد (ماده (ب)10، همچنين ببينيد ماده 15).
- 7- مرکز ممکن است بجای شخص ثالث داور تعيين کند (ماده (2) و (1) 11).
- 8- مرکز بجای داوران تعيين شده که پيشنهاده داورى را نپذيرفته اند يا دسترسى به آنها نباشد داود تعيين خواهد کرد (ماده (3)11).
- 9- طرفين مى توانند فقط از ميان داوران معتمد مرکز داور انتخاب کنند، در صورتى مى توانند داور مورد نظر خود را انتخاب کنند که نام او به عنوان داوران معتمد مرکز به تصويب هيات مديره مرکز برسد (ماده 13).
- 10- محل داورى را در داوريهاى بين المللى تعيين خواهد کرد (ماده 16).
- 11- ابلاغ اوراق و اخطاريه ها و مواعد بين طرفين و بين آن ها وداور و بالعکس بايد ابتدا به مرکز داورى و سپس از طريق آن به طرفين و داوران انجام شود (ماده 18).
- 12- داور اعلاميه بى طرفى و استقلال امضا و به مرکز داورى تسليم خواهد کرد (نه به طرفين يا طرف مقابل)، و در صورت لزوم مرکز آن را به طرفين ابلاغ خواهد کرد و طرفين نظر خود را در خصوص اطلاعات ارائه شده در اعلاميه به مرکز اعلام خواهند کرد و مرکز تصميم خواهد گرفت (ماده (ب)22).
- 13- مرکز در خصوص جرح داور تصميم گيرى خواهد کرد (ماده 24).
- 14- مرکز در خصوص تعويض داور امتناع کننده از حضور و قاصر ، ناتوان در انجام وظيفه، تصميم گيرى خواهد کرد (ماده 25).
- 15- در صورت تقاضای دستور موقت از محاکم دادگستري مراتب بايد به مرکز اطلاع داده شود (ماده (ت) 35).
- 16- مرکز قرارنامه داورى (داورى نامه) را در صورت عدم مشارکت در تنظيم يا امضای یک طرف تاييد خواهد کرد ((ب)39).
- 17- پيش نويس راى قبل از امضای داوان به مرکز داورى تسليم خواهد شد (ماده (پ) 48).
- 18- مرکز پيش نويس راى داورى را از لحاظ شکلى و ماهوى بررسى خواهد کرد و داور نظرات مرکز در مسائلى شکلى را بايد رعايت کند ولى در مسائل ماهوى مختار است که قبول کند (ماده (الف) 53).
- 19- در داورى هاى بين المللى داور مى تواند (و نه مرکز) مهلت شش ماهه داورى را تمديد کند، اما بايد به اطلاع مرکز برسد.
- 20- مرکز راى داورى را ثبت و به طرفين ابلاغ خواهد کرد (ماده (ب) 53 و ماده 56).
- 21- درخواست اصلاح يا تفسير راى به مرکز داده خواهد شد و مرکز یک نسخه از آن را به طرف مقابل جهت اظهار نظر ابلاغ خواهد کرد (ماده (پ) 57).
- 22- مرکز هزينه داورى را طبق تعرفه خود تعيين و به طرفين ابلاغ مى کند (ماده(ب)58).
- 23- مرکز مقدار پيش پرداخت هزينه ها (توسط خواهان) را تعيين خواهد کرد(ماده(ب)58).

24- در صورت عدم پرداخت هزینه ها توسط طرفین در مهلت مقرر، مرکز داورى (با مشورت با داور)، رسیدگی را متوقف خواهد کرد (ماده 60)، در صورت اعتراض مرکز (دیوان داورى آن) به اعتراض رسیدگی خواهد کرد (ماده 61)

#### چهارم - مرکز منطقه ای داورى تهران

عموم وظایف مرکز منطقه ای داورى تهران عبارتند از:

1- محل داورى را مرکز تعیین می کند و آن تهران است (در صورت عدم توافق طرفین در خصوص محل داورى) ماده (1(3)).

2- درخواست داورى به مرکز تسلیم خواهد شد (ماده 6 (1)).

3- داورى از تاریخی شروع میشود که کرمز درخواست داورى را دریافت نموده است (ماده 2(6)).

4- مرکز باید احراز کند که داور واحد باید انتخاب شود (ماده 8).

5- مرکز داور طرف ممتنع یا رئیس دیوان را تعیین خواهد کرد (ماده 9).

6- اخطار جرح توسط طرف جرح کننده به مرکز ارسال خواهد شد (ماده 4(10)).

7- مرکز در خصوص جرح تصمیم گیری خواهد کرد (ماده 7 (10)).

8- کلیه لوایح طرفین و اسناد و مدارک و اطلاعات توسط یک طرف به مرکز نیز ارسال خواهد شد (مواد 15(1) و 13(4) و 16(1)).

9- مرکز رای را از لحاظ شکلی بررسی خواهد کرد و در نکات ماهوی به دیوان داورى توجه خواهد داد (ماده 29(5)).

10- رای صادره توسط دیوان داورى برای مرکز ارسال و مرکز آنرا به طرفهای داورى ابلاغ خواهد کرد (ماده 29 (7)).

11- اگر بنا به دلایلی رسیدگی داورى غیر حضوری یا غیر ممکن شود، دیوان داورى با مشورت با مرکز صدور دستور ختم رسیدگی صادر خواهد کرد (ماده 31(2)).

12- مرکز هزینه های داورى شامل حق الزحمه و مخارج داوران را تعیین خواهد کرد (ماده 4) و (35(3)).

13- مرکز برای طرفهای داورى مبلغی را که باید به عنوان پیش پرداخت بپردازند، تعیین خواهد کرد (ماده 36).

14- هزینه ها نزد مرکز تودیع خواهد شد (مرکز مشخص نکرده است که حق الزحمه و مخارج داوران را مرکز از وجوه تودیع شده طرفین نزدیکتر خواهد پرداخت، اما عملاً چنین خواهد شد)

#### 2- مسئولیت امور داورى در برخی از سازمانهای داورى کشورهای دیگر

در این بخش به بررسی جزییات مسئولیت و وظایف دو سازمان داورى که در صحنه بین المللی شهرت دارند یعنی سازمان داورى اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس (آی. سی. سی.)<sup>91</sup> و سازمان داورى دادگاه داورى بین المللی لندن (ال. سی. آی. ای.)<sup>92</sup>

#### اول- سازمان داورى اتاق بازرگانی بین المللی (آی. سی. سی.)

سازمان داورى آی. سی. سی. قواعدی برای خود وضع نموده است که بتواند برگزاری داورى را دقیقاً از درخواست داورى اولیه تا رأی نهایی داورى نظارت نماید. دادگاه آی. سی. سی. مسئولیت موارد ذیل را دارد و اقدامات لازم را به عمل خواهد آورد:

1- در خصوص ادغام یک درخواست داورى در داورى در جریان، تصمیم گیری خواهد کرد (ماده 4(6)).

2- تصمیم گیری خواهد کرد که آیا موافقت نامه داورى علی الظاهر وجود دارد یا نه (ماده 6(2)).

<sup>91</sup> International Chamber of Commerce (ICC)

<sup>92</sup> London Court of International Arbitration (LCIA)

- 3- بیانیه استقلال از داوران دریافت می کند. در حقیقت داوران شرایطی را که ممکن است استقلال آنها را مورد سؤال قرار دهد به دادگاه (دبیرخانه) آ.ی.سی.سی. ارائه می دهند (ماده (3) و (7(2))
- 4- در خصوص تعداد داوران تصمیم گیری خواهد کرد (ماده (8(2))
- 5- داوران را نصب خواهد نمود، ویا داوران معرفی (پیشنهاد) شده توسط طرفین را تأیید خواهد کرد (ماده (3) و (8(4) و (9(2) و (10
- 6- جرح داوران را تصمیم گیری خواهد کرد (ماده (11(3))
- 7- مراقبت خواهد کرد که داوران داوری را بر اساس قواعد آ.ی.سی.سی. برگزار کنند و چنانچه شرایط ایجاب کند آن ها را برکنار و جایگزین خواهد نمود. استعفای داوران را خواهد پذیرفت، پس از فوت داور یا استعفای او یا قبول جرح او یا با درخواست طرفین داوری، جایگزین داور را تعیین میکند (ماده (12
- 8- پرونده تشکیل داده را به دیوان داوری تسلیم خواهد نمود (ماده (13
- 9- محل داوری را تعیین خواهد کرد (ماده (14
- 10- سند تنظیم شده داوری نامه را تصویب خواهد کرد (ماده (18(3)). طی دو ماه پس از دریافت پرونده، دیوان داوری باید سند داوری نامه را تهیه و به دادگاه آ.ی.سی.سی. تسلیم نماید، در صورتی که یکی از طرفین در تنظیم این سند شرکت نکند یا آن را امضاء ننماید، دادگاه آ.ی.سی.سی. آنرا تصویب خواهد کرد (ماده (3) و (18(2)).
- 11- مهلت زمان صدور رأی را در صورت لزوم تمدید خواهد کرد (ماده (24(2))، همچنین مهلت توافق شده بین طرفین را تمدید خواهد کرد (ماده (32(2)). به موجب قواعد آ.ی.سی.سی. در جریان داوری دو محدودیت زمانی یا مهلت وجود دارد. این مهلتها یکی دو ماه اول است که طی آن پرونده به دیوان داوری ارائه میشود و دیوان باید طی این مدت سند داوری نامه را تنظیم و به دادگاه آ.ی.سی.سی. تسلیم نماید (ماده)؛ دیگر مهلت شش ماهه است که پس از مهلت دو ماه شروع میشود و طی آن باید رسیدگی داوری انجام و رأی نهایی صادر شود (ماده). دادگاه آ.ی.سی.سی. چنانچه شرایط ایجاب نماید این مهلت ها را تمدید خواهد کرد.
- 12- رأی داوری را مورد بررسی شکلی قرار می دهد (بر رأی داوری نظارت میکند)، و آن را تصویب میکند. بدون تصویب دادگاه آ.ی.سی.سی. رأی داوری صادر نخواهد شد. (ماده (27
- 13- رأی پس از تصویب به امضاء داوران رسیده و بوسیله دبیرخانه دادگاه داوری به طرفین ابلاغ میشود (ماده (28(1)).
- 14- مقدار پیش پرداخت کلیه هزینه های داوری را تعیین خواهد کرد (ماده (30(2))
- 15- هزینه ها و حق الزحمه های داوری را تعیین میکند (ماده (2) و (1) (31

سازمان داوری ال.سی.آی.

دوم- (دادگاه داوری بین المللی لندن)

دادگاه داوری بین المللی لندن در قواعد داوری اختصاصی خود وظایف یا مسؤولیت های زیر را برای خود در نظر گرفته است:

- 1- داوران بیانیه استقلال امضاء خواهند کرد و تسلیم دادگاه ال.سی.آی.ال خواهند کرد (و نه تسلیم طرفین داوری) (ماده (5(3)).

- 2- دادگاه دیوان داورى را نصب خواهد کرد، و تعداد داوران را تعیین خواهد نمود (ماده (5(4)).
- 3- فقط دادگاه به تنهایی اختیار دارد داوران را نصب نماید (ماده (5(5)).
- 4- دادگاه ممکن است داوران پیشنهادی طرفین را نصب نکند (ماده (7(1)).
- 5- دادگاه با اختیار خود مهلت‌های مقرر در این قواعد برای تشکیل دیوان داورى از جمله ابلاغ پاسخ به ادعا را کم یا زیاد خواهد کرد. (ماده (9(3)).
- 6- دادگاه نصب خود را در صورت استعفاء، فوت، بیماری شدید، امتناع کننده، یا ناتوان یا نامناسب بودن، در صورت جرح یا درخواست سایر داوران در انجام وظیفه نسبت به داوران منصوب پس خواهد گرفت و داور دیگری نصب خواهد کرد. (ماده (10(1)).
- 7- دادگاه ممکن است در صورت شرایطی مثل اجتناب نکردن از تأخیر و هزینه های غیر ضرور یا در صورت نقض عامدانه موافقت نامه داورى برای داور، او را نامناسب تشخیص دهد. (در نظر بگیرد). ماده
- 8- دادگاه در خصوص جرح داور تصمیم گیری خواهد کرد (ماده (10(4)).
- 9- لوائح کتبی طرفین مثل ادعا، دفاع و دعوای متقابل و دفاع به دعوای متقابل در زمان تشکیل دیوان داورى، به دبیرخانه (دبیر) دادگاه ارسال خواهد شد و پس از دریافت این لوائح، دیوان داورى رسیدگی را شروع خواهد کرد (ماده 15).
- 10- دادگاه محل داورى را تعیین خواهد کرد (ماده 16).
- 11- دادگاه زبان داورى را مشخص خواهد کرد (ماده 17).
- 12- دادگاه معین خواهد کرد که طرفین چه مبلغ به عنوان علی الحساب برای هزینه های داورى نزد دادگاه بسپارند و دادگاه در زمانهای مناسب مقداری به داوران خواهد پرداخت (ماده (24(1)).
- 13- دیوان داورى، رأی صادره را به دادگاه تحویل خواهد داد. دادگاه نسخه گواهی شده آنرا به طرفین ابلاغ خواهد نمود. (ماده (26(5)).
- 14- در صورت سازش با توافق (بدون رأی توافقی) طرفین سازش خود را به دادگاه کتباً تأیید خواهند کرد، و دیوان کار داورى و در نتیجه رسیدگی داورى خاتمه خواهد یافت.
- 15- دادگاه هزینه داورى را براساس جدول هزینه ها تعیین خواهد کرد (ماده 28).
- 16- تصمیمات دادگاه ماهیت اداری دارند و اگر در کشوری (تحت قانون قابل اعمال) این تصمیمات توسط دادگاههای ملی مورد تجدید نظر یا اعتراض قرارگیرند، ممکن است دادگاه در خصوص ارائه یا عدم ارائه رسیدگی داورى تصمیم گیری نماید. (ماده 29).

#### قسمت دوم: نمونه هایی از موارد مسئولیت قانونی و معافیت از مسئولیت برای سازمان داورى

در این قسمت پس از تبیین این که سازمان داورى یک شخص حقوقی است و همانند یک داور واجد مسئولیتهای قانونی است، به نمونه هایی از مسئولیت داور که در قوانین ایران (به عنوان مثال) آورده شده است ذکر و تحلیل می گردد و سپس شرایط معافیت از مسئولیت داور یا سازمان داورى در اثر آن بیان خواهد گردید.

#### الف - سازمان داورى یا شخص حقوقی

قاعدتاً سازمان داورى يك شخصيت حقوقى مستقل دارد و همچنان كه در قانون تجارت ايران بيان گرديده است «شخص حقوقى مى تواند داراى كلييه حقوق و تكاليفى شود كه قانون براى افراد قائل است مگر حقوق و وظائفى كه بالطبع فقط انسان ممكن است داراى آن باشد مانند حقوق و وظائف ابوت بنوت و امثال ذالك»<sup>93</sup>، و بديهى است «تصميمات [اين] شخص حقوقى بوسيله مقاماتى كه به موجب قانون يا اساسنامه صلاحيت اتخاذ تصميم دارند گرفته مى شود»<sup>94</sup>. بنا بر اين در سازمان داورى جريان امور داورى بوسيله اشخاص حقيقي يا افرادى اعمال و انجام مى شود كه صلاحيت اقدام يا اتخاذ تصميم بر اساس اساسنامه سازمان دارند. در سيستم هاى داورى- حقوقى چون شخص حقوقى براى برگزاري داورى به رسميت شناخته شده است، اين شخص مى تواند بر اساس اساسنامه خود كه آن نيز طبق قوانين ملي رسميت يافته است از خدمات چنين اشخاص حقيقي برخوردار شود. بنا بر اين در داورى سازمانى طرفين داورى هرچند خود داور را انتخاب کرده باشند ارتباط حقوقى ندارند. طرفين و داورانشان هر دو با سازمان داورى مرتبط مى باشند، و اين سازمان در مقابل اين دو مسؤليت دارد. به طور كلي در اين سيستم ها بايد براى سازمان داورى به عنوان يك شخص حقوقى مستقل كه داراى حقوق و تكاليف اشخاص حقيقي مى باشند كلييه مسؤليت هاى مطرح در داورى متصور باشد، و او در مقابل طرفين يا اشخاص ثالث متأثر از داورى پاسخگو باشد، و از طرفى داور(ان) نيز رابطه درون سازمانى با سازمان داورى داشته باشند.

اين صحيح است كه اشخاص حقيقي در سازمان داورى نسبت به دعوا تصميم ميگيرند، اما آنها با اين كار خود به سازمان داورى خدمت ارائه ميدهند و به عبارت ديگر از طرف يابراى سازمان داورى (يك شخص حقوقى) نظريه ارايه مدهند و اين سازمان است كه تصميم نهايى داورى را اتخاذ مى نمايد. ممكن است در بعضى از سيستمهاى داورى برخى از محدوديت هاى كه براى اشخاص حقيقي از لحاظ مقام يا منصب آنها براى داورى كردن وجود دارد براى همين اشخاص در داورى سازمانى وجود نداشته باشد. لذا همان گونه كه در مواردى كه قانوناً داور در مقابل طرفين مسؤل است (داورى هاى موردى)<sup>95</sup>، در داوريهائى سازمانى، سازمان داورى مسؤل خواهد بود. اصولاً ميتوان گفت كه در داوريهائى سازمانى داور، هرچند كه به وسيله طرفين نيز انتخاب شده باشد، در مقابل طرفين مسؤليتى ندارد و اين سازمان داورى است كه بايد پاسخگوى طرفين باشد. لذا در مواردى كه در داوريهائى سازمانى داور، هر چند كه بوسيله طرفين نيز انتخاب شده باشد، در مقابل طرفين مسؤليتى ندارد و اين سازمان داورى است كه بايد پاسخگوى طرفين باشد، به عنوان مثال در داوريهائى سازمانى ماده 473 و ماده 501 قانون آئين دادرسى دادگاههاى عمومي و انقلاب نيمتواند عليه داور اعمال شود.

#### ب - نمونه هاى از موارد مسؤليت قانونى

ممكن است داور يا سازمان داورى با بى احتياطى يا سوء نيت از انجام وظائف خود كوتاهى كنده و يا از اختياراتى كه دارند عمداً سوء استفاده نمايند، يا در يا بحث تقلب يا اخذشوه در باره آن ها مطرح شود. سازمان داورى به طور خاص ممكن است در مواردى از ادامه برگزاري يا رسيدگى به دعواى مطرحه خوددارى كند؛ از نصب و جرح داوران يا تعيين محل داورى استنكاف نمايد، دقت كافي در گزينش داور رسيدگى كنده به پرونده به كار نبرد؛ يا در اداره جلسات داورى سوء تدبير يا سوء مديريت داشته باشد. مسؤليتى براى سازمان داورى وجود دارد؟

بحث آن است كه فعل يا ترك فعل هاى كه باعث زيان و خسارات يك طرف داورى يا شخص ثالث مى شود، ضامن كيست و جبران كنده چه شخصى است؟ مسؤليت قانونى داور يا سازمان داورى، يا قالب و حدود آن چيست؟ تغير يا تحديد يا معافيت از مسؤليت با تراضى طرفين (اصحاب دعوا، داور و سازمان داورى) در ارتباط با مسؤليت مدنى داور و يا سازمانهاى برگزار كننده داورى بين المللى و ملي تا چه حد مؤثر است؟ در سيستم حقوقى - داورى ايران حدود مسؤليت داورى در سه قانون يافت مى شود: قانون مسؤليت مدنى، قانون اساسى و قانون آئين دادرسى دادگاههاى عمومي و انقلاب در امور مدنى.

<sup>93</sup> قانون تجارت ايران، ماده 588.

<sup>94</sup> قانون تجارت ايران، ماده 589.

<sup>95</sup> ببينيد: نيك بخت، حميد رضا، پيشين.

## 1- قانون مسئولیت مدنی (مصوب 1339/2/7)

این قانون به طور عام مسئولیت مدنی همه اشخاص را بیان می‌دارد. ماده 1 این قانون چنین مقرر می‌نماید:

ماده 1- هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا بهر حق دیگر که بموجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

## 2- قانون اساسی ایران

در قانون اساسی ایران اصل یا قاعده ای در خصوص مسئولیت داور دیده نمی‌شود. اما این قانون مسئولیت مدنی قاضی را در اصل 171 بیان می‌نماید به دلیل تشابه نزدیک عمل و اقدامات داور با عمل و اقدامات قاضی شاید بتوان مسئولیت مدنی مقرر در این ماده را به داوران تسری داد.

اصل یکصد و هفتاد و یکم

هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت بوسیله دولت جبران می‌شود، در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.

به نظر میرسد با وجود پیش بینی شود مسئولیت داور در قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی که در ذیل به آن پرداخته می‌شود حد اقل در داورهای ملی (که این قواعد اعمال می‌گردند) نیاز به چنین مقایسه و استفاده ای از قانون اساسی نباشد.

## 3- قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی

در باب داور، در قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی دو ماده اختصاص داده شده است به مسئولیت داور:

ماده 501 - هرگاه در اثر تدلیس، تقلب یا تقصیر در انجام وظیفه داوران ضرر مالی متوجه یک طرف یا طرفین دعوی گردد، داوران برابر موازین قانونی مسئول جبران خسارات وارده خواهند بود.

ماده 473 - چنانچه داور پس از قبول داور، بدون عذر موجه از قبیل مسافرت یا بیماری و امثال آن در جلسات داور حاضر نشده یا استعفا دهد و یا از دادن رای امتناع نماید، علاوه بر جبران خسارت وارده تا پنج سال از حق انتخاب شدن به داور محروم خواهد بود.

تذکر و تصریح مسئولیت داور در بخش قواعد مربوط به داور حکایت از آن دارد که قانون گذار مسئولیت داور را در همین حدود دانسته است و لذا از جهت مسئولیت داور بر قاعده کلی مسئولیت مدنی ذکر شده در ماده 1 قانون مسئولیت مدنی تخصیص وارد آورده و بیش از آنکه در این قانون آمده نمی‌توان مسئولیت بر داور تحمیل نمود. با توجه به این که در ماده 501 فوق الذکر در صورتی داور مسئول جبران خسارت خواهد بود که مرتکب تقصیر شده باشد و به نظر می‌رسد این تقصیر باید سنگین یا فاحش باشد تا بتواند همعرض تدلیس و تقلب دو فعلی که معمولاً جنبه جرم کیفری دارند (سنگین هستند) و در این ماده همراه با «تقصیر» آورده شده اند، قرار گیرد. از طرفی نیز این تقصیر در اصل 171 نیز بیان می‌گردد که اگر قاضی مرتکب شود نیز مسئول شمرده خواهد شد. یعنی اکنون در نظام داور-حقوقی ایران، داور و قاضی همسان یکدیگر چنانچه در اقدامات قضایی و یا داور مرتکب تقصیر شوند مسول خواهند بود و در غیر این صورت برای آنها مسئولیتی وجود نخواهد داشت. معروف است که داور یک مقام شبه قضایی است یا کاری شبه قضایی انجام می‌دهد یا سمت شبه قضایی دارد. با این اعتقاد نیر حد اقل در هر نظام حقوقی باید برای داوران و سازمانهای داور مصونیتی برابر قضات و سازمانهای قضایی دولتی قایل شد

در مجموع در ارتباط با سازمان داور و همه ارگانهایی که مجری و تامین کننده امکانات داور هستند نیز بسان یک نهاد شبه قضایی باید برخوردار از مصونیت باشند. اما، با توجه به این که آن‌ها، برخلاف داوران، به دلیل حق الزحمه های گزافی که دریافت می‌دارند و از امکانات مالی و احتمالاً بیمه ای گسترده تر و وسیع تری برای جبران خسارت

برخورد دارند، باید در معرض خطر و مسئولیت بیشتری قرار گیرند، لذا تقصیر در اقدامات آن ها در مقابل زیان دیده باید موسع تر در نظر گرفته شود.

### ج - شرط معافیت از مسئولیت

سازمان های داوری معمولاً برای همه افراد و ارگان های خود شرط معافیت از مسئولیت وضع نموده اند. این که آثار این شرایط چیست، موضوعی است قابل تامل و بررسی. در این بخش ابتدا شرط معافیت از مسئولیت در قواعد داوری سازمان های داوری ایرانی و خارجی که قبلاً مورد مطالعه قرار گرفتند، بررسی می شوند و در بخش بعدی توضیحاتی در خصوص آثار این شرط ارائه خواهد شد.

#### اول - قواعد آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران

مرکز داوری اتاق بازرگانی، مسئولیت اعضای خود از جمله داوران را در ارتباط با داوری در حدودی می داند که در قوانین ذیربط ذکر گردیده است، و مسئولیتی بیش از آن را نمی پذیرد. این قواعد معافیت از مسئولیت را برای مرکز چنین مقرر می دارد:

ماده 66 - «مسئولیت دبیر کل و کارکنان مرکز داوری و داوران، از حیث اجرای مقررات این آیین داوری و آیین نامه هزینه های داوری همان است که به موجب قوانین ذیربط مقرر شده و مسئولیت دیگری متوجه ایشان نخواهد بود ". یعنی به عنوان مثال نمی توان یک داور را که براساس قواعد داوری مرکز داوری عمل کرده است و رای صادر نموده و این رای در دادگاههای دادگستری باطل شده است و طرف درخواست کننده ابطال، از رسیدگی داوری و صدور آن رای زیانهای متحمل شده است، نمی تواند قانوناً این زیانها را از سازمان داوری (مرکز داوری) یا اعضای آن از جمله داور مطالبه نماید.

#### دوم - قواعد داوری مرکز داوری منطقه ای تهران

قاعده ای در باره معافیت از مسئولیت مرکز پیش بینی نکرده است.

#### سوم - قواعد داوری آی.سی.سی.

آی.سی.سی. در قواعد داوری خود استثناء مسئولیت را مقرر می دارد:

ماده 34 : « نه داوران، و نه دادگاه و اعضای آن، و نه آی.سی.سی. و کارمندان، و نه کمیته های ملی آی.سی.سی. در مقابل هیچ شخصی، برای هیچ فعل یا ترک فعلی در ارتباط با داوری، مسئول نخواهند بود»<sup>96</sup>.

#### چهارم - قواعد ال.سی.آی.

ال.سی.آی. نیز استثناء مسئولیت را مقرر می دارد:

ماده 31-1 : هیچیک کس از ال.سی.آی.، دادگاه ال.سی.آی. (از جمله رئیس آن، معاونان رئیس و افراد عضو)، ثبات [دبیر]، هر معاون ثبات، هر داور و هر کارشناس در دیوان داوری به هر ترتیب برای فعل یا ترک فعل در ارتباط با هر داوری بر گزار شده با ارجاع به این قواعد [قواعد ال.سی.آی.] مسئول نخواهد بود، مگر در جایی که به وسیله

<sup>96</sup> Article 34

#### Exclusion of Liability

Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.



آن طرف نشان داده شود که فعل یا ترک فعل مرتکب شده توسط هیئت یا شخصی که ادعا می شود در مقابل آن طرف مسئول است، خطای عمدی و آگاهانه می سازد.

31-2: بعد از اینکه رأی صادر شده است و امکان آرای تصحیحی و اضافی مذکور در ماده 27 از بین رفته باشد یا استفاده شده باشد، نه ال.سی.آی.ال، دادگاه ال.سی.آی.ای (از جمله رئیس آن، معاونان رئیس و افراد عضو)، ثبات [دبیر]، هر معاون ثبات، هر داور یا کارشناس در دیوان دآوری تحت هیچ مسئولیت حقوقی برای صدور بیانیه به هیچ شخصی درباره هر موضوعی در ارتباط با دآوری نخواهد بود، همچنین هیچ طرفی نخواهد توانست در صدد بر آید تا این اشخاص را در هر دعوی حقوقی یا غیر آن ناشی از دآوری گواه قرار دهد.<sup>97</sup>

#### د- اثر شرط معافیت از مسئولیت

گرچه ممکن است گفته شود که این یک اصل کلی است که نمی توان مسئولیت مدنی ناشی از تقصیرات فاحش و یا تخلفات عمومی را با توافقی از پیش حاصل شده زایل و از بین برد، و این اصل ناظر به مسئولیت مدنی داور نیز میباشد، با وجود این، شرط عدم مسئولیت - مصونیت از مسئولیت- در قرارداد بین طرفین و داور (اگر قراردادی باشد) و یا در قواعد سازمان دآوری ممکن است داور یا سازمان دآوری را از مسئولیت مدنی مصون نماید. با قبول قواعد دآوری سازمانی که شروط معافیت یا محدود کننده از مسئولیت دارند، در واقع این شروط به صورت بخشی از شرایط انتصاب داور بوده و روابط بین طرفین و داوران را که باید در قالب قواعد آن سازمان عمل کنند تنظیم می نماید.

اینکه آیا می توان مسئولیتی که در نتیجه تقصیر برای اشخاص بوجود می آید با توافق قبلی محدود یا زایل نمود یا به عبارت دیگر وارد آورنده زیان یا خسارت را (هرچند با تقصیر) معاف از مسئولیت نمود، پاسخ آن در سیستم های حقوقی مختلف متفاوت می باشد<sup>98</sup>. به هر صورت توصیه میشود در قواعد دآوری سازمانی شرط معافیت از مسئولیت وضع گردد، و همچنین در روابط مستقیم داور با طرفین بر عدم مسئولیت داور تصریح شود.

---

#### Article 31<sup>97</sup>

#### Exclusion of Liability

##### 31.1

None of the LCIA, the LCIA court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Register, any deputy Register, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party.

##### 31.2

After the award has made and the possibilities of correction and additional awards referred to in Article 27 have lapsed or been exhausted, neither the LCIA, the LCIA Court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator or expert to the Arbitral Tribunal shall be under any legal obligation to make any statement to any person about any matter concerning the arbitration, nor shall any party seek to make any of these persons a witness in any legal or other proceedings arising out of the arbitration

<sup>98</sup> برای مطالعه بیشتر ببینید، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ضمانت قهری - مسئولیت مدنی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، 1370، جلد سوم، ص. 351 به بعد؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق، مجموعه مقالات حقوق مدنی و تطبیقی، نشر میزان، 1376 ص. 176 به بعد؛ داراپور مهربان، مسئولیت های خارج از قرارداد، مجمع علمی و فرهنگی مجد، 1387، ص ص 223-224.

سازمان داور می تواند از طریق قواعد مختص به خود و اشخاص (مقامات) خود از جمله دبیران، مشاوران و داوران خود، داور دعوای خود را به نام خود برگزار کرده و رای داور به نام خود داشته باشد. سازمان داور به مثابه داور در داور داور یا اختصاصی است. هنگامی که در نظام حقوقی یک کشور سازمان داور به عنوان شخص حقوقی، ثبت یا تشکیل میشود، دارای شخصیت حقوقی مستقل می گردد در ایران نیز چنین است و این شخص بر اساس قانون تجارت دارای کلیه است که برای اشخاص حقیقی متصور است (به استثناء موارد خاص). اقدامات یا اعمال سازمانهای داور در داور نیز مؤید آن است که این سازمان است که خود را در مقابل طرفین داور مسئول میداند، و لذا باید بر برگزاری و اداره داور (ونه تصمیم گیری ماهوی داور) نظارت مؤثر داشته باشد تا جریان داور به خطا نرود و سازمان بتواند پاسخگوی طرفین باشد.

بنا به دلایل و ویژگی های خاصی که در داور وجود دارد، از جمله آن که وقتی طرفین بر داور(ان) یا سازمان داور برای حل و فصل اختلاف خود توافق می کنند، به آنها از هر جهت به ویژه از لحاظ توانایی، بی طرفی، امانتداری، انصاف، صاحب نظری موثق یا برخوردار از صاحب نظرانی موثق اطمینان دارند و با اراده خود آن ها را انتخاب می کنند؛ یا در مورد شخص داور این که هر شخص غیر متخصص اما مورد اعتماد طرفین می تواند داور شود؛ یا اینکه در داور مرحله ابطال رای داور وجود دارد و موارد جرح داور نیز پیش بینی شده است؛ یا اینکه توافقات طرفین بر معافیت از مسدولیت داور یا سازمان داور با توجه به خصوصیت قراردادی داور جدی است، داور یا سازمان داور تا زمانی که با حسن نیت عمل می کند و درستکار است نباید به جهت اشتباهاتی که احتمالاً در کارش وجود دارد یا پیش می آید ضامن و مسئول باشد.

گرچه با توجه به دلایل مذکور اثبات مسؤلیت مدنی (تقصیر) علیه داور یا سازمان داور مشکل است، قانوناً نیز باید داوران یا سازمان داور را برخوردار از حد بالای مصونیت حرفه ای به حساب آورد مگر اعمال آنها صراحتاً خارج از حدود و اختیار و صلاحیتشان بوده و سوء نیت آشکار در عمل آنها باشد. باید این مصونیت در داور برای داور و سازمان داور وجود داشته باشد تا براحتی نتوان هرگونه ادعای مسؤلیت علیه داور یا سازمان داور به لحاظ عمل و سمت داور علیه آنان اقامه نمود. در غیر این صورت به آسانی کسی که محکوم علیه رای داور است خواهد توانست اقامه دعوای ضرر و زیان از رای که داور صادر نموده است بنماید.

در حال حاضر و با توجه به این که حدود و میزان مسؤلیت مدنی (قراردادی یا غیر قراردادی) داوران و سازمانهای داور بسته به قوانین و قواعد مختلف مطرح در داور مانند قواعد سازمان داور، قانون حاکم بر روابط طرفین و سازمان داور، تابعیت داور یا سازمان داور، یا محل برگزاری داور متفاوت است، توصیه می شود گرچه شرط عدم مسؤلیت یا تحدید مسؤلیت قاعداً تحت تاثیر قواعد آمره قانون حاکم بر دعوای مسؤلیت قراردادی یا غیر قراردادی که یکی از قوانین فوق یا قانون محل داور خواهد بود، قرار خواهد گرفت، سازمانهای داور آن را مورد توجه قرار داده و در قواعد خود بگنجانند.

در کشور ما برای هر چه کاراثر کردن داور و تشویق بدان نه تنها باید داوران در چتر حمایت و مصونیت قرار گیرند بلکه سازمانهای داور نیز شایسته است در زیر این چتر قرار گیرند البته با لحاظ نمودن تخصصی عمل کردن و توانایی جبران خسارت نمودن آن ها. دولت باید از داوران حمایت و سازمانهای داور را به خصوص در داور ملی تقویت کند و از جمله تمهیداتی بیندیشد که داوران و سازمانهای داور رفتار پیچ و خمهای پاسخگویی و دفاع از خود در مقابل ادعاهای اشخاص دخیل در داور، در دادگاههای دادگستری نگردند. در غیر این صورت اگر برای داوران مصونیت قابل باشیم ولی مصونیت در سازمانهای داور وجود نداشته باشد مصونیت داوران نیز بی اثر خواهد شد.



## فصل چهارم

### صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری

#### چکیده

معاهدات سرمایه گذاری بین دولتها، و قرارداد های سرمایه گذاری معمولاً بین موسسات یا سازمان های دولتی یک دولت متعاقد یا خود دولت و اشخاص تبعه دولت متعاقد دیگر و مبتنی بر آن معاهده، منعقد می گردد، و این دو سند (معاهده و قرارداد) اصولاً مقررات متفاوت و مراجع متفاوت در مورد حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری دارند (اولی مرجع معاهده ای و دومی مرجع قراردادی نامیده می شود) و همین مسأله باعث مناقشه تعارض صلاحیت این مراجع متفاوت شده است، بخصوص برخی از رویه های داوری و دیدگاه برخی از حقوقدانان و متخصصین حل و فصل حوزه سرمایه گذاری بر آن است که دیوان معاهده ای صلاحیت رسیدگی به دعاوی قراردادی را دارد. یا به عبارت دیگر قراردادهای سرمایه گذاری در صورت نقض، همتراز نقض معاهده می شود و تعهد قراردادی دولت به تعهد بین المللی تبدیل می شود که رسیدگی به دعاوی آن در قلمرو دیوان معاهده ای قرار می گیرد. به نظر می رسد این رویه و دیدگاه حدود افراطی حمایت از سرمایه گذار خارجی در قلمرو یک دولت باشد، که در صورت عدم توافق صریح دولتهای متعاقد بر این صلاحیت، مبنای حقوقی ندارد و علاوه بر این که مغایر توافقات معاهده های دولتی است بر خلاف شان و منزلت و نیز اقتدار و برتری دولتها است.

کلید واژه ها: معاهده سرمایه گذاری، داوری سرمایه گذاری بین المللی، نقض قرارداد سرمایه گذاری، صلاحیت دیوان داوری سرمایه گذاری، حل اختلافات معاهدات سرمایه گذاری.

#### مقدمه

معاهدات سرمایه گذاری که در سطح جهانی معمول و بین کشورهای مختلف منعقد می گردند، اصولاً و عمدتاً برای تشویق و حمایت از سرمایه گذاری اتباع یک کشور متعاقد در کشور متعاقد دیگر است و لذا این نوع معاهدات که در شمارگان حدود سه هزار می باشد، و بالغ بر تقریباً 58 عدد آن بین کشور ما ایران و سایر کشورها لازم الاجرا گردیده است باعث شکل گیری نظام حقوقی مختص به سرمایه گذاری خارجی شده اند.<sup>99</sup>

این معاهدات در بردارنده دو نوآوری بنیادین، یکی در حقوق ماهوی و دیگری در حقوق شکلی، برای سرمایه گذار، هستند. از جهت امتیازات حقوق ماهوی برای سرمایه گذار، این معاهدات شرایط مطلوبی را مقرر می نمایند که دولت ملزم به رعایت آنهاست (بررسی این حقوق خارج از قلمرو این مقاله می باشد). از لحاظ حقوق شکلی، نوآوری این معاهدات با یک بیان کلی آن است که در صورت عدم رعایت حقوق ماهوی مقرر شده در معاهده توسط دولت، به شخص سرمایه گذار حق اقامه دعاوی مستقیم علیه دولت را اعطا می کند (قسمتی از این حقوق بحث اصلی این مقاله را تشکیل می دهد).

برای احقاق حقوق سرمایه گذار، در قسمت حل و فصل اختلافات در این معاهدات، این امر کاملاً معمول است که گزینه های گوناگون از حق اقامه دعوا در دادگاههای ملی تا دیوانهای داوری اعم از سازمانی یا موردی را پیش روی سرمایه

<sup>99</sup> در این مقاله به تعریف و ویژگی های معاهدات سرمایه گذاری و نظام حل و فصل اختلافات موجود در آنها نمی پردازیم و صرفاً در مقدمه نگاهی اجمالی داریم به کلیات معاهدات سرمایه گذاری. جهت مطالعه تفصیلی تر ببینید:

Salacuse, Jeswald W., BIT by BIT, International Lawyer (ABA), Volume 24, Issue 3, 1990, pp 655-675.

گذار قرار می دهد. با توجه به فلسفه وجودی معاهده سرمایه گذاری، طبیعی است که مراجعه به داوری برای سرمایه گذار جذاب تر و منطقی تر باشد.

قسمت دیگر سرمایه گذاری، اراده و تصمیم سرمایه گذار تبعه کشور متعاهد به ورود به بازار سرمایه گذاری کشور متعاهد دیگر (میزبان) می باشد که حقوق و تکالیف خاص خود را دارد و به موجب قراردادی که معروف به قرارداد سرمایه گذاری است و معمولاً بین سرمایه گذار و موسسات یا سازمان های دولتی دولت متعاهد و یا حتی خود دولت متعاهد منعقد می گردد انجام می شود.<sup>100</sup>

بخش مهمی از قرارداد سرمایه گذاری به بیان چگونگی و روش حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولت میزبان و سرمایه گذار خارجی می پردازد. از آنجا که قدرت چانه زنی سرمایه گذار خارجی در برابر دولت سرمایه پذیر نوعاً کم است، این مکانیزم در اغلب موارد، نسبت به آنچه در معاهدات سرمایه گذاری وجود دارد برای سرمایه گذار مطلوبیتی کمتری دارد و معمولاً محدود به دادگاههای کشور سرمایه پذیر می شود.

تفاوت مرجع یا روش پیش بینی شده برای حل و فصل اختلاف در معاهده (که عمدتاً داوری است یعنی مرجع معاهده ای) با مرجع یا روش در نظر گرفته شده در قرارداد سرمایه گذاری (که عمدتاً دادگاههای کشور سرمایه پذیر می باشد یعنی مرجع قراردادی)، باعث بروز چالشهای صلاحیتی در هنگام مراجعه سرمایه گذاران به مراجع معاهده ای شده است.

در این مقاله بر آن هستیم تا با نظر به تفکیک دعوای ناشی از نقض معاهده که در صلاحیت مرجع معاهده ای است و دعوای ناشی از نقض قرارداد که اصولاً در صلاحیت مرجع قراردادی است در دو قسمت به تبیین و تحلیل صلاحیت مرجع معاهداتی برای دعوای قراردادی و معاهده ای بپردازیم. برای این منظور پرونده و آرای مربوط به ایکسید<sup>101</sup> مورد بررسی قرار می گیرند.<sup>102</sup> در قسمت اول مقاله با صلاحیت دیوان داوری معاهده ای در رسیدگی به دعوای نقض معاهده روبرو هستیم و به این سوال پاسخ می دهیم که دیوان داوری معاهده ای با وجود مرجع قراردادی، تا چه اندازه برای تشخیص نقض احتمالی معاهده مجاز به رسیدگی به اختلافات قراردادی است.

روی دیگر سکه در قسمت دوم که اختصاص دارد به ایده صلاحیت دیوان داوری معاهده ای در رسیدگی به دعوای نقض قرارداد مطرح می شود. در این قسمت اختلاف نظرها آشکارتر و برجسته ترند. تفسیر گوناگون از شروط حل اختلاف سرمایه گذاری در معاهدات سرمایه گذاری و توسعه صلاحیت دیوان داوری معاهده ای در اثر برخی از این تفسیرها و نیز ادعای فرو ریختن تفکیک نقض معاهده از نقض قرارداد در اثر شرط التزام در این قسمت بررسی می شود.

---

. تعریف، ویژگی ها و احکام قرارداد سرمایه گذاری در این مقاله مورد بحث قرار خواهد گرفت. جهت مطالعه ببینید: <sup>100</sup>

Maniruzzaman, A.F.M., the Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements An Appraisal of Some Fundamental Aspects, the Journal of World Investment & Trade Volume 6, Issue2, 2005, pp263-296.

<sup>101</sup> بانک جهانی (World Bank) که نام واقعی آن بانک بین المللی ترمیم و توسعه (The International Bank for Reconstruction and Development) می باشد، شکل گیری «معاهده حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» (عهدنامه واشنگتن یا عهدنامه ایکسید) را که معاهده مبنای تشکیل «مرکز بین المللی برای حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری» است مورد حمایت قرار داد. در مارس 1965، هیأت اجرایی متن معاهده را تأیید نمود. برای مجری شدن عهد نامه حداقل 20 کشور باید آن را تصویب می کردند که در مدت کوتاهی این تعداد کشور آن را تصویب نمودند و در 14 اکتبر 1966 معاهده لازم الاجرا شد. ایکسید خود سازمانی خودمختار و مستقل است که داوری در داخل آن واقع می شود. بنابراین بر خلاف روال موجود در داوری تجاری بین المللی، قانون مقر داوری در داوریهی ایکسید اهمیت چندانی ندارد و مکانیزم اجرایی آن نیز متفاوت است. آیین داوری مرکز هم اکنون تابع قوانین داوری تصویب شده در سال 2006 است. جهت ملاحظه تاریخچه مختصری از معاهده و مرکز حل و فصل اختلافات و ویژگی های آن ببینید:

Reed, Lucy and Paulson, Jan, Blakaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International, Hague, 2006, pp 1-22.

نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین المللی "آیین داوری"، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ دوم، تهران، 1390، صص 74-72.

<sup>102</sup> ایران عضو عهدنامه مؤسس ایکسید نیست اما آرا و رویه های این مرکز می تواند رویه و مستندی باشد برای همه دیوانهای داوری که به حل و فصل دعوای سرمایه گذاری از جمله دعوای سرمایه گذاری بالقوه ایران رسیدگی میکنند.

## قسمت اول : صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای در رسیدگی به دعاوی نقض معاهده

### الف : تفکیک بین نقض معاهده و نقض قرارداد

در مورد ارتباط بین دعاوی مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری با دعاوی مبتنی بر قرارداد سرمایه‌گذاری، مهمترین دعوی که تا کنون مطرح شده است دعوی وایوندی یک در ایکسید می باشد.<sup>103</sup> این دعوادر ارتباط با یک قرارداد امتیاز سرمایه‌گذاری که بین یک شرکت فرانسوی به نام سی جی ای<sup>104</sup> و شرکت آرژانتینی سی ای ای<sup>105</sup> وابسته به آن، با دولت محلی یکی از ایالت‌های آرژانتین (توشمن)<sup>106</sup> در مورد سیستم آب و فاضلاب آن ایالت در سال 1995 بسته شده بود،<sup>107</sup> مطرح شد. سی جی ای مدعی بود که دولت محلی اعمالی انجام داده که مانع اجرای قرارداد امتیاز شده است. مذاکرات در باب حل و فصل این اختلافات به نتیجه‌ای نرسید و نهایتاً شرکت سی جی ای به دولت محلی اعلام نمود که با توسل به ماده 15.9.5 قرارداد امتیاز، آن قرارداد را یک طرفه فسخ می‌کند، که البته مورد قبول دولت محلی واقع نشد.<sup>108</sup> شرکت سی جی ای علیه دولت آرژانتین در ایکسید اقامه دعوا کرد. دیوان داوری ایکسید آن دعوا را به دو نوع دعوی متمایز تقسیم نمود:

1- یک نوع ادعا که در آن اعمال دولت محلی به دولت فدرال نسبت داده می‌شد.<sup>109</sup>

2- یک نوع ادعای دیگر که در آن دولت فدرال (عمدتاً به علت اعمالی که باید انجام می‌داده و انجام نداده) بلاواسطه طرف دعوا قرار می‌گرفت.<sup>110</sup>

برای طرح دعوا در ایکسید و صلاحیت آن، شرکت سی جی ای به بند 2 از ماده 8 معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت آرژانتین و دولت فرانسه<sup>111</sup>، که پس از امضاء و انعقاد قرارداد امتیاز بین دول مذکور منعقد شده بود استناد می‌کرد. این ماده از معاهده برای رفع اختلافات سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذار حق طرح دعوا در ایکسید را اعطا می‌کرد.<sup>112</sup>

در مقابل، دولت آرژانتین برای نفی و رد صلاحیت ایکسید، به بند 4 از ماده 16 قرارداد امتیاز (سرمایه‌گذاری) بین سی جی ای و دولت محلی توشمن استناد می‌نمود<sup>113</sup> که در آن طرفین برای اجراء یا تفسیر قرارداد امتیاز، بر صلاحیت

<sup>103</sup>. *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, (ICSID Case No.ARB/97/3), Award on 21 November 2000, and Decision on Annulment, 3 July 2002 (Vivendi I).

Cremadex, Bernardo M., *Litigating Annulment Proceedings, The Vivendi Matter: Contract and Treaty Claims in Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Inc. and International Arbitration Institute, New York, 2004, pp87-95; Alexandrov stanimir A., *the Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations, the Applicant's Perspective*, in Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, op.cit, pp 97-121.

<sup>104</sup>. C.G.E

<sup>105</sup>. C.A.A

<sup>106</sup>. Tucuman.

<sup>107</sup>. Vivendi Award, Paras 24- 25.

<sup>108</sup>. *ibid*, Paras 30- 38.

<sup>109</sup>. Tucuman Claims.

<sup>110</sup>. Vivendi Award, Para 43

<sup>111</sup>. Argentina-France BIT, 1991.

<sup>112</sup>. Vivendi Award, Para 40.

<sup>113</sup>. *ibid*, Para 47.

انحصاری دادگاههای دولت محلی توافق نموده بودند.<sup>114</sup> از طرف دیگر همچنین دولت آرژانتین برای نقد صلاحیت ایکسید معتقد بود که ادعای شرکت سی جی ای منحصراً مربوط به قرارداد امتیاز است که علاوه بر آنکه آن دولت، طرف آن قرارداد نیست شرکت سی جی ای با پذیرش صلاحیت انحصاری دادگاههای محلی، حق خود در مراجعه به دیوانهای داورى معاهده‌ای تحت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری فرانسه – آرژانتین را ساقط نموده است.<sup>115</sup>

اما دیوان داورى ایکسید بر اساس استدلالهای زیر صلاحیت خود را احراز نمود<sup>116</sup>:

1- بر اساس آموزه‌های حقوق بین‌الملل در این عقیده که در یک دولت فدرال، رفتارهای زیرمجموعه‌های سیاسی آن دولت قابل انتساب به دولت مرکزی است، شکلی وجود ندارد.<sup>117</sup>

2- دیوان داورى، بین دعاوی ناشی از قرارداد با دعاوی ناشی از معاهده، تمایز و تفکیک قائل شد و ابراز نمود که شروط قراردادی حل و فصل اختلاف در قرارداد امتیاز، مانع صلاحیت دیوان داورى برای بررسی دعاوی ناشی از نقض معاهده سرمایه‌گذاری نمی‌باشد.<sup>118</sup>

3- در خصوص ادعای اسقاط حق طرح دعوا در مراجع معاهده‌ای از سوی سی جی ای به موجب پذیرش شرط حل و فصل اختلاف در قرارداد امتیاز سرمایه‌گذاری، دیوان داورى ابراز نمود که نه چنین اسقاط حقی اتفاق افتاده است و نه می‌تواند اتفاق بیفتد.<sup>119</sup>

<sup>114</sup>. *ibid*, Para 27.

<sup>115</sup>. *ibid*, Para 41 & 47.

<sup>116</sup> دیوان داورى برای تعیین صلاحیت خود صلاحیت دارد، هر چند که این اصل در تعامل با دادگاهها در برخی موارد با تردیدهایی روبرو می‌شود. ببینید:

Gonzalez De Cossico, Francisco, the Competence-Competence Principle, Revisited, *Journal of International Arbitration*, Volume 24, Issue 3, 2007, pp 231-248.

مبنای صلاحیتی ایکسید از جنبه ماهوی عمدتاً ماده 25 و از بعد شکلی مواد (3)28 و (3)36 می‌باشد و دیوان داورى ایکسید بر اساس ماده 41، صلاحیت بر صلاحیت دارد. ببینید:

Schreuer, Christoph, Malintoppi, Loretta, Reinisch, August, Sinclair, Anthony, *The ICSID Convention A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp 82-83.

<sup>117</sup>. *Vivendi Award*, Para 49.

درباره ی چگونگی انتساب عمل به دولت در بحث مسؤلیت بین‌المللی دولت در داورى، ببینید:

Hober, Kaj, *State Responsibility and Investment Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 2, 2008, pp 545-568.

<sup>118</sup>. *Vivendi Award*, Paras 53,54.

<sup>119</sup>. *ibid*.

در مورد اینکه آیا سرمایه‌گذار خارجی اساساً می‌تواند با بیان صریح، حق طرح دعوا در مراجع معاهده‌ای را از خود ساقط کند یا نه دو نظر وجود دارد: 1- عده‌ای معتقدند که چون اولاً اشخاص می‌توانند موضوع حقوق بین‌الملل باشند و از طرفی حقوق موجود در معاهده سرمایه‌گذاری مستقیماً (و نه با واسطه دولت) به سرمایه‌گذار اعطا می‌شود بنابراین اصولاً امکان اسقاط این حقوق توسط سرمایه‌گذار خارجی با بیان صریح وی امکان دارد. ببینید برای مثال:

Van Haersolte, Jacomijn, Hoffmann, Anne K, *the Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts*, in Muchliniski, Peter, Ortino, Federico, Schreuer, Christoph, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp.984-1002; Spiermann, Ole, *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, *Arbitration International*, volume 20, Issue 2, 2004, PP 179-211.

و نیز دعاوی:

*Eureko B. V. v. Republic of Poland*, Partial Award on 19 August, 2005, Paras 174-175.

اما نظر دیگر این است که با توجه به این مسئله که حقوق اعطا شده به سرمایه‌گذار خارجی جزئی از نظام حقوق حمایتی و امره بین‌المللی است، امکان اسقاط آن وجود ندارد. برای توضیح بیشتر در باره این نظر رجوع کنید به:

Salacuse, Jeswald W., *the Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp 390-392.

بدین ترتیب اگرچه مفهوم سبب دعوا<sup>120</sup> در دعاوی، مفهومی قدیمی است اما دیوان داوری با استفاده از این مفهوم و تطبیق آن بر دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از قرارداد و معاهده، به یافته بسیار مهمی در احراز صلاحیت خود رسید که منشأ آثار زیادی است. مثلاً قواعد عمومی "ایراد دعاوی در جریان"<sup>121</sup> بین دو مرجع دارای درجه متفاوت<sup>122</sup> مثل يك دیوان داوری فراملی و يك دادگاه داخلی قابل اعمال نمی‌باشد<sup>123</sup>، لذا گفته شده است<sup>124</sup> دستور العمل‌های لازم را در این حالت باید ذیل عنوان «مدیریت پرونده»<sup>125</sup> آورد، که ممکن است با آنچه به صورت سنتی در رسیدگی‌های موازی<sup>126</sup> مطرح می‌شود متفاوت باشد.<sup>127</sup>

اگرچه تعارض صلاحیت بین مراجع حل اختلاف تعیین شده در قرارداد با مراجع تعیین شده در معاهده قبل از دعاوی وایوندی نیز، در دعاوی لانکو و آرژانتین<sup>128</sup>، طرح شده بود<sup>129</sup>، اما استفاده از تفکیک بین سبب دعوا در دعاوی ناشی از قرارداد با معاهده برای حل این تعارض، برای اولین بار در دعاوی وایوندی عنوان شد. در دعاوی لانکو و آرژانتین، دیوان داوری بدون اشاره به تفکیک یادشده عنوان نمود که تعیین مرجع اختصاصی در قرارداد سرمایه‌گذاری باعث از بین رفتن صلاحیت ایکسید نمی‌شود.<sup>130</sup> بنابراین تکیه دیوان داوری بر اصل غالب بودن صلاحیت ایکسید بر سایر مراجع از جمله مراجع داخلی در اختلافات سرمایه‌گذاری معاهده ای بود، اصلی که چندان مدلل نشده بود.

دیوان داوری ایکسید در دعاوی وایوندی یک بعد از احراز صلاحیت خود برای رسیدگی به دعاوی ناشی از نقض معاهده، در بررسی ماهوی، ناگزیر از اعمال تفکیک قرارداد از معاهده شد و با مشکلاتی چند مواجه گردید، چرا که از نظر دیوان داوری، ادعاهای خواهان تماماً ریشه در رفتارهای دولت محلی در اعمال قرارداد امتیاز داشت و برای دیوان داوری غیرممکن بود که بدون اینکه در ابتدا قرارداد سرمایه‌گذاری را تفسیر کند بین نقض معاهده و نقض قرارداد تمایز یا تفکیک قائل شود و این عمل (یعنی تفسیر یا اعمال قرارداد) طبق قرارداد امتیاز، منحصرأ در صلاحیت

<sup>120</sup>. Cause of Action.

<sup>121</sup>. *lis pendens*

<sup>122</sup>. Fora of Different Status.

<sup>123</sup>. International Law Association Final Report on "*Lis pendens* and Arbitration" Paras 3.2, 3.3, 3.4, Available at <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>> Last visited on July 23, 2011.

<sup>124</sup>. *ibid*, Para 1.12.

<sup>125</sup>. Case Management .

<sup>126</sup>. Parallel Proceedings.

<sup>127</sup>. تفکیک سبب دعوا در تعیین صلاحیت مراجع حل اختلاف در صورت وجود "شرط چند راهی" (Fork in the Road) - بندی در معاهدات سرمایه‌گذاری که مقرر می‌دارد سرمایه‌گذار می‌بایست بین طرح دعوا در دادگاههای کشور میزبان و یا داوری بین‌المللی تحت معاهدات سرمایه‌گذاری یکی را انتخاب کند و زمانی که این انتخاب انجام شد این تصمیم‌گیری نهایی است - و "اسقاط حق طرح دعوا" (Waiver) - روشی که مقرر می‌دارد خواهان می‌بایست برای شروع روند حل و فصل اختلاف در داوری معاهده ای حق خود را مبنی بر شروع یا ادامه هر دعوا در مراجع داخلی هر طرف و یا در هر مرجع حل و فصل اختلاف دیگر اسقاط کند- در معاهدات سرمایه‌گذاری نیز بسیار با اهمیت است و در آراء متعددی مورد توجه بوده، هر چند که در این موارد با توجه به تغییر مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری در جهت کاهش رسیدگی‌های موازی رویه ای جدید در حال ایجاد است. ببینید برای مثال:

Mc Lachlan, Campbell, Shore, Lauerce, Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp 103-109.

این تغییر رویه در دعاوی که تحت نظام حل و فصل اختلافات موجود در توافق نامه ی تجارت آزاد امریکای شمالی (NAFTA) مورد رسیدگی قرار می‌گیرند بسیار مشهود است. ببینید:

Klafter, Benjamin, International Commercial Arbitration as Appellate Review: NAFTA's Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata, U.C. Davis Journal of International Law & Policy, Volume 12, Issue 2, 2006, pp 409-438.

<sup>128</sup>. Lanco International Inc. v. Argentina, (ICSID case No.ARB/97/6) Decision on Jurisdiction, 8 December 1998.

<sup>129</sup>. نقش نظارتی دادگاه مقر داوری بر روند داوری که دارای معایب و محاسنی است، موضوع بررسی ما در این نوشتار نیست. ببینید: Sattar, Sameer, National Courts and International Arbitration: A Double-edged Sword?, Journal of International Arbitration, Volume 27, Issue 1, 2010, pp 51-73.

نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، صص 205-244

<sup>130</sup>. *Ibid*, Para. 40.



بنابراین خواهان باید ابتدائاً به دادگاههای محلی رجوع کند اما نه از باب قواعد حقوق بین الملل مانند قاعده ی طی کردن روشهای داخلی<sup>132</sup> که در حمایت دیپلماتیک مطرح است،<sup>133</sup> بلکه از باب توافق قبلی طرفین بر مراجع داخلی به عنوان روش یا محل انحصاری حل و فصل اختلافات در قرارداد.<sup>134</sup>

اگرچه همانطور که گفته شد اعمال دولت محلی طبق دکترین پذیرفته شده در حقوق بین الملل به دولت فدرال آرژانتین منتسب می شود اما در رابطه با آن قسمت از ادعای خواهان که دولت فدرال را مستقیماً و بدون واسطه دولت محلی متهم به نقض معاهده سرمایه گذاری می نمود، دیوان داوران شواهدی مبنی بر این امر به دست نیامد و این ادعا را نپذیرفت<sup>135</sup> و نهایتاً متعاقب ادله بیان شده، دیوان داوران دعوا را در هر دو قسمت؛ یعنی ادعا علیه دولت محلی، و ادعا علیه دولت فدرال، رد کرد.

به رأی صادره اعتراض شد و در خواست ابطال آن به عمل آمد. کمیته موردی ابطال ایکسید<sup>136</sup> ضمن تأیید رأی در خصوص رد ادعاهایی که مستقیماً علیه دولت فدرال طرح شده بود، قسمتی از رأی در مورد ادعا علیه دولت محلی را ابطال کرد. این کمیته نظر دیوان داوران بر صلاحیت خود - که اساس آن تفکیک بین نقض قرار داد و نقض معاهده بود - را پذیرفت، اما در قسمت ماهیت، رأی را ابطال نمود، و بیان داشت دولت ممکن است مرتکب نقض معاهده شود بدون اینکه نقض قرارداد کرده باشد و برعکس. بنابراین، این مسئله که آیا نقض معاهده ای اتفاق افتاده یا نقض قراردادی، دو سؤال جداگانه هستند<sup>137</sup>. به عبارت دیگر به علت تفاوت نظام حقوقی حاکم بر قرارداد و نظام حقوقی

<sup>131</sup>. Vivendi Award Paras 77-80.

<sup>132</sup>. Exhaustion of the Local Remedies Rule.

<sup>133</sup>. گفته می شود که نوآوری واقعی معاهدات سرمایه گذاری این است که به طور مستقیم برای شخص سرمایه گذار مکانیزمی مقرر می کنند که او بتواند مستقیماً علیه دولت سرمایه پذیر برای نقض حقوق ماهوی به مراجع دادرسی رجوع نماید:

Frank, Susan D., Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration, Harvard International Law Journal, Volume 50, Issue 2, 2009, p442.

در این خصوص، عموماً این نظر مطرح می باشد که پیش شرط های استفاده از حمایت دیپلماتیک همانند توسل به مراجع داخلی در استفاده از این حق دادرسی معاهده ای لازم نیست (غیر از مواردی که در معاهده خلاف آن تصریح شده باشد):

Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, p 215.

با وجود این دادگاههای داخلی کماکان در حل اختلافات سرمایه گذاری خارجی در موارد متعدد کاربرد دارند. ببینید:

Schreuer, Christophe, Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, Law and Practice of International Courts and Tribunals, Volume. 4, Issue 1, 2005, pp 16-17; Foster, George K., Striking a Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law, Volume 49, Issue 2, 2011, pp 201-267.

<sup>134</sup>. Vivendi Award, Para 81.

<sup>135</sup>. ibid Paras 83-90, 92.

<sup>136</sup>. Adhoc Committee.

نظام رسیدگی به اختلافات در چارچوب داوران اصولاً یک مرحله ایست، با این وجود در نظام داوران ایکسید در ماده 52 قواعد ایکسید نوعی تجدید نظر بسیار محدود در آرا که ممکن است به ابطال رأی منجر شود پیش بینی شده است. این نظارت از طریق یک کمیته سه نفره از داوران انجام می شود که در هر موردی توسط ریاست ایکسید انتخاب می شود و کمیته موردی نام دارد.

<sup>137</sup>. Vivendi Decision on Annulment, Paras 95,96.

حاکم بر معاهده<sup>138</sup>، استانداردهای موجود در این دو نظام متفاوت و مستقل هستند<sup>139</sup>.

کمیتة موردی ایکسید اضافه نمود که خواهان می‌تواند ادعا کند که عواملی باعث نقض معاهده شده است، کما اینکه چنین نیز شده است (همانطور که بیان شد ممکن است بدون نقض قرارداد، نقض معاهده صورت بگیرد)، در این حالت دیوان داوری پس از بررسی و احراز صلاحیت خود باید در ماهیت به این مسئله پردازد که آیا این موارد باعث نقض معاهده شده‌اند یا نه؟ ولی دیوان داوری قیلی، بنابه نظر کمیتة موردی ایکسید، در بررسی ماهیت این کار را نکرده بود<sup>140</sup>، پس به این جهت، رأی در قسمت ماهیت ابطال شد.<sup>141</sup>

نتیجه حاصل از رأی وایوندی یک و تصمیم ابطال آن این شد که صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای، برای بررسی دعاوی ناشی از نقض معاهده، با پیش‌بینی شرطی برای حل اختلاف در قرارداد سرمایه‌گذاری، تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد، و دیوان‌های داوری در بررسی ماهوی نیز باید ادعاهای خواهان را که مدعی نقض معاهده سرمایه‌گذاری است بدون توجه به شرط حل و فصل اختلاف در قرارداد بررسی نمایند. از این نتیجه در دعاوی دیگر نیز پیروی شده است.<sup>142</sup>

<sup>138</sup>. نظام حقوقی حاکم بر معاهدات بین‌المللی بی‌تردید نظام حقوق بین‌الملل است، اما در باره نظام حقوقی حاکم بر قرارداد سرمایه‌گذاری که غالباً قرارداد دولتیست، اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد که این اظهار نظر دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی درست باشد که:

«هر قراردادی که بین دولتها منعقد شود اما تحت وضعیت آنها به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل نباشد، بر اساس قانون داخلی کشوری می‌باشد.»

"Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country."

Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, Judgment No.14, 12 July 1929, Para 86, Available at: <<http://www.world court.com/pcij/eng/decision/1929.07.12-payment1.htm> Last visited on August 3, 2011.

و نیز ببینید:

Igbokwe, Virtus Chitoo, Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations, Journal of International Arbitration, Volume 23, Issue 4, 2006, 267-299.

چهره‌ی متفاوت و مرتبطی با این بحث "قانون قابل اعمال بر دعواست". ببینید: نیکبخت، حمیدرضا، منبع پیشین، صص 317-362.

در عین حال ادعا شده است که نظریه‌ی تعارض قوانین در حیطه‌ی داوری تجاری بین‌المللی متحول شده است:

Petsche, Markus A., International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory, Michigan State University College of Law Journal of International Law, Volume 18, Issue 3, 2010, pp 453-494.

<sup>139</sup>. Cremades, Bernardo M., Clarifying the Relationship between Contract and Treaty Claims in Investor-State Arbitrations, Business Law International, Volume 12, Issue 3, 2003, pp 207-211.

<sup>140</sup>. Vivendi Decision on Annulment, Paras 33,34.

<sup>141</sup>. ibid Para 35.

<sup>142</sup>. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No.ARB/01/13) Decision on Jurisdiction, 6 Aug 2003, Para 155; Azurix v. Argentine Republic, (ICSID Case No, ARB/01/12), Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, Para 79.

البته این سؤال کماکان باقیست که شیوه‌ی طرح دعوا از جانب خواهان یعنی اینکه دعوی خود را بر مبنای نقض معاهده طرح کند یا بر اساس نقض قرارداد (با فرض اینکه اقدام دولت، واحد است) چه تأثیری بر تصمیم دیوان داوری معاهده‌ای در احراز صلاحیت خود دارد و دیوان داوری در مرحله‌ی احراز صلاحیت تا چه اندازه باید سعی کند سبب واقعی طرح دعوا (و نه سبب ابراز شده) را دریابد. نظرات در این خصوص متفاوت است. ببینید برای مثال:

Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered, in Weiler, Todd, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May Ltd., London, 2005. pp 314-323.

## ب: شرایط خاص در صلاحیت دیوان معاهده ای

در این مبحث به بررسی پرونده اس جی اس (شرکت سویسی) علیه دولت فیلیپین<sup>143</sup> که بر خلاف رویه بوجود آمده در وایوندی یک در ایکسید رسیدگی و تصمیم گیری شد می پردازیم:

### 1- شرح پرونده و استدلالهای دیوان داور (در پرونده اس جی اس)

به نظر برخی از صاحب نظران تصمیم دیوان داور در پرونده اس جی اس سویسی علیه دولت فیلیپین باعث بوجود آمدن تردید مجدد در قضیه ای شد که طبق آراء سابق به نظر کاملاً و به خوبی حل شده بود.<sup>144</sup>

در این پرونده، صلاحیت دیوان داور ایکسید بر مبنای معاهده دوجانبه سرمایه گذاری بین دولت فیلیپین و دولت سوئیس بود.<sup>145</sup> علت طرح اختلاف، وجود صورتحسابهای پرداخت نشده ای بود که تحت مفاد قرارداد سرمایه گذاری بین اس جی اس و دولت فیلیپین می بایست به شرکت سوئیس پرداخت می شد.<sup>146</sup> این قرارداد سرمایه گذاری حاوی شرط حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری در دادگاههای محلی فیلیپین بود.<sup>147</sup> همین شرط حل و فصل اختلافات بود که یکی از زمینه های اعتراض دولت فیلیپین به صلاحیت ایکسید شد.

دیوان داور ایکسید صلاحیت خود را در دعاوی ناشی از نقض معاهده و قرارداد احراز نمود.<sup>148</sup> به طور مشخص تعدادی از ادعاهای اس جی اس در تصمیم دیوان برای احراز صلاحیت ناشی از نقض معاهده کافی و موثر بود.<sup>149</sup> با این وجود، دیوان داور روند داور را متوقف نمود و طرفین را برای معین نمودن مبلغی که باید مورد حکم قرار گیرد به دادگاههای داخلی ارجاع داد.<sup>150</sup>

اگرچه این عمل دیوان داور به شدت یادآور رأی در پرونده وایوندی یک است که توسط کمیته موردی ابطال شد، اما مبنای صدور این تصمیم دیوان داور با آنچه در وایوندی یک ابطال شد متفاوت بود. دو مبنای عمده تصمیم پرونده اس جی اس عبارت بودند از قاعده تقدم خاص بر عام و تمایز صلاحیت دیوان داور از قابل پذیرش بودن دعوا<sup>151</sup>، که در ذیل مورد بررسی قرار می گیرند.

### اول- قاعده ی تقدم خاص بر عام<sup>152</sup>

بر مبنای این قاعده، مقرره ی حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه گذاری مقررهای عام و مقرره حل و فصل اختلاف در قرارداد سرمایه گذاری، خاص است و مقرره ی عام توسط مقرره خاص تخصیص خورده و این مقرره در مقام تفسیر و اجرا موخر می شود. به عبارت دیگر معاهده دوجانبه سرمایه گذاری بدون نظر به هیچ گونه سرمایه گذاری و یا قرارداد خاصی نگاشته شده، و در این حالت نمی تواند جایگزین توافق خاص طرفین در یک قرارداد خاص که بعد از انعقاد معاهده منعقد گردیده، شود. از طرف دیگر معاهده سرمایه گذاری به عنوان یک معاهده چهارچوبی و حمایتی برای تکمیل توافقات طرفین است و نه جایگزین توافقات خاص آنها.<sup>153</sup>

<sup>143</sup>. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

<sup>144</sup>. Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the Vivendi I Case Considered, op.cit., p293.

<sup>145</sup>. SGS. v. Philippines, Paras 31,32.

<sup>146</sup>. ibid Paras 40 and 44.

<sup>147</sup>. ibid Para 22.

<sup>148</sup>. ibid Paras 130-135.

<sup>149</sup>. ibid Paras 160-163.

<sup>150</sup>. ibid Paras 170-172.

<sup>151</sup> تفسیر دیوان داور از شرط التزام موجود در معاهده نیز در نتیجه گیری نهایی دیوان بسیا مؤثر بوده است که در بحث مربوط به شرط التزام بدان خواهیم پرداخت. اینکه بدون وجود شرط التزام و صرفاً بر مبنای دو استدلال بیان شده، آیا دیوان داور به نتیجه متفاوتی می رسید یا خیر، چندان روشن نیست.

<sup>152</sup>. *generaliaspecialibus non derogant*.

<sup>153</sup>. SGS. v. Philippines, Paras 141,142.

اگرچه استدلال دیوان داوری در استفاده از اصل فوق‌الذکر متضمن نقل قولی از پرفسور شروتر است<sup>154</sup> اما خود شروتر با نحوه تطبیق اصل یاد شده بر مصادیق آن در پرونده حاضر مخالف است. وی معتقد است که ایجاب بیان شده در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تنها یک ایجاب صرف از جانب دولت است و زمانی توافق دوجانبه حاصل می‌شود که سرمایه‌گذار خارجی این ایجاب را در اختلاف خاص با شروع روند داوری یا به طریق دیگر قبول کند<sup>155</sup>. بنابراین در حالی که ایجاب و قبول موجود در قرارداد سرمایه‌گذاری ناظر به هر اختلاف قراردادی است که ممکن است در چارچوب قرارداد اتفاق بیفتد، توافق دولت با سرمایه‌گذار خارجی تحت معاهده سرمایه‌گذاری در ارجاع دعوا به داوری غالباً زمانی حاصل می‌شود که عملاً اختلاف مشخصی بوجود آمده است. پس این توافق ناظر به همان دعوای خاص و قاعدتاً مؤخر از زمان انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری است. در واقع نتیجه به کار بردن اصل فوق‌الذکر دقیقاً برعکس آنچه می‌شود که دیوان داوری بدان رسید: اخص بودن توافق معاهده‌ای نسبت به قراردادی<sup>156</sup>، که نتیجه آن برتری روش حل و فصل اختلاف معاهده‌ای بر روش قراردادی در اختلافات ناشی از نقض معاهده است.

## دوم - تمایز صلاحیت دیوان داوری از قابل پذیرش بودن دعوا

از نظر دیوان داوری اینکه دیوان داوری صلاحیت دارد به دعوای سرمایه‌گذاری علیه دولت بر اساس معاهده رسیدگی کند<sup>157</sup> یک موضوع است، و اینکه دعوای مربوط به قرارداد سرمایه‌گذاری توسط دیوان داوری ایکسید قابل پذیرش است یا نه<sup>158</sup> چیز دیگر. یعنی از طرفی مقرر موجود در معاهده سرمایه‌گذاری، تحت تأثیر قرارداد کنارگذارده نمی‌شود، اما از طرف دیگر زمانی که یک طرف به قرارداد سرمایه‌گذاری استناد می‌کند (مثلاً در پرونده حاضر طرف سوئیسی برای دریافت هزینه‌های خود و حق‌الزحمه به قرارداد استناد می‌کند) در واقع باید به قرارداد ملتزم شده باشد و یکی از مفاد قرارداد هم شرط حل و فصل اختلافات است. دیوان داوری برای حل این تعارض و رسیدگی به دعوای سرمایه‌گذار علیه دولت معتقد بود که صلاحیت دارد، اما چون طرف سوئیسی به قراردادی استناد می‌کرد که یکی از اجزاء آن نظام حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در آن است، دعوا قابل پذیرش نبود.<sup>159</sup>

در این پرونده دیوان داوری بر این نظر است که در واقع سؤال اصلی این نیست که آیا دیوان داوری معاهده‌ای صلاحیت دارد یا خیر، (چون دارد)، بلکه سؤال این است که آیا یک طرف می‌تواند به عنوان مبنای طرح دعوای خود به قراردادی استناد کند که در آن قرارداد روش حل و فصل اختلاف منحصراً مرجعی دیگر است؟ دیوان داوری معتقد است که نمی‌تواند چنین اجازه‌ای به طرف دعوا (در اینجا خواهان) بدهد، مگر اینکه دلیل مناسب ممانعت‌کننده‌ای همانند قوه قاهره (فورس ماژور) وجود داشته باشد که نتوان از این روش قراردادی استفاده کرد. چنین مانعی - یعنی استناد خواهان به قراردادی که مرجع حل اختلاف در آن منحصراً غیر از مرجعی است که هم اکنون رسیدگی از آن خواسته شده - باعث عدم پذیرش دعوا از سوی دیوان داوری می‌شود (علی‌رغم وجود صلاحیت).<sup>160</sup> نظر دیوان داوری در این پرونده در قالب تصمیم<sup>161</sup> و نه رأی<sup>162</sup> صادر شده بود، و از آنجا که تنها آراء می‌توانند مورد درخواست ابطال قرار گیرند<sup>163</sup>، خواهان در این مقطع نمی‌توانست درخواست ابطال تصمیم را بنماید (برخلاف وایوندی یک که رأی صادر شده بود و

<sup>154</sup>. *ibid* Para 141.

<sup>155</sup>. اعلام رضایت دولت میزبان به داوری معاهده‌ای غالباً از سه روش صورت می‌گیرد: 1- از طریق توافق نامه مستقیم-2 از طریق قانون گذاری دولت میزبان و 3- از طریق معاهدات سرمایه‌گذاری. در روش اخیر دولت ممکن است در معاهده ایجاب خود را بیان کند) که با قبول سرمایه‌گذار مثلاً از طریق شروع عملی روند داوری تکمیل می‌شود) یا صرفاً تعهد به ایجاب در آینده نماید که هر کدام احکام و نتایج متفاوتی دارد. ببینید:

Schreuer, Christoph, Consent to Arbitration, in Muchlinski, Peter *et al*, op.cit., p 836.

<sup>156</sup>. Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered, op.cit. p294.

<sup>157</sup>. Jurisdiction.

<sup>158</sup>. Admissibility.

<sup>159</sup>. *SGS v. Philippines* Para 154.

<sup>160</sup>. *ibid*.

<sup>161</sup>. Decision.

<sup>162</sup>. Award.

<sup>163</sup>. Schreuer, Christoph, Malintoppi, Loretta, Reinisch, August, Sinclair, Anthony, Op. Cit., pp 921-926.

پس از آن، ابطال شد). علی رغم دستور بعدی دیوان داورى ایکسید مبنی بر ادامه دادرسی<sup>164</sup>، رأی یا تصمیم بعدی در این خصوص گزارش نشده است.<sup>165</sup>

در نظام داورى دعاوى معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، برخلاف رویه موجود در دادگاه بین‌المللی دادگستری<sup>166</sup> و حقوق بین‌الملل عمومی، نگرش منسجم و واحدی در تمایز و تفکیک بین بحث قابل پذیرش بودن دعوا و صلاحیت دیوان داورى وجود ندارد<sup>167</sup> و به نظر می‌رسد استناد به چنین تفکیکی در دعاوی سرمایه‌گذاری خلاف رویه موجود است.<sup>168</sup>

## 2 - ارتباط رأی اس جی اس (شرکت سویسی) علیه دولت فیلیپین با رویه قبلی و بعدی

به نظر می‌رسد رویه موجود آمده توسط وایوندی یک که همان صلاحیت و الزام دیوان داورى برای رسیدگی به دعاوى ناشی از نقض معاهده بدون توجه به شروط حل و فصل اختلاف در قرارداد است اگرچه همانطور که گفته شده در پرونده اس جی اس در برابر فیلیپین باشک و تردید روبرو شد اما نظر ابراز شده توسط دیوان داورى در پرونده اخیرالذکر بیشتر به علت وجود عامل جدیدی بود که در دعاوى قبلی وجود نداشت و یا بدین‌گونه مورد تفسیر قرار نمی‌گرفت: عاملی به نام شرط التزام.<sup>169</sup>

مؤید این نظر، آراء بعدی صادر شده در این خصوص است. در دعاوی که با فاصله کمی از دعاوی اس جی اس در برابر فیلیپین منجر به صدور تصمیمی در باب احراز صلاحیت شد، یعنی دعاوی سالینی در برابر اردن<sup>170</sup>، دیوان داورى بدون اینکه ذکرى از «قابل پذیرش» بودن دعوا در مقابل صلاحیت بنماید آن مقداری از تفسیر معاهده سرمایه‌گذاری را که برای تمایز قائل شدن بین دعاوى ناشی از نقض معاهده با نقض قرارداد لازم است اجمالاً در مرحله احراز صلاحیت انجام داد<sup>171</sup>. در دعاوی دیگری<sup>172</sup>، دیوان داورى وجود شرط حل و فصل اختلاف در قرارداد را

<sup>164</sup> . [Order of the Tribunal on Further Proceedings, 17 December 2007.](http://www.icsid.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0)

<sup>165</sup> به نظر می‌رسد عدم پذیرش دعوا در مرتبه ی بعد از احراز صلاحیت در رسیدگیهای بین‌المللی قابل تطبیق بر برخی موارد قرار رد دعوا در حقوق داخلی باشد. برای دیدن موارد صدور قرار رد دعوا در حقوق داخلی مراجعه کنید به: شمس، عبد الله، آیین دادرسی مدنی، دوره ی پیشرفته، انتشارات دراک، تهران، پاییز 1388، جلد نخست صص 430-454 و جلد دوم صص 239-241.

<sup>166</sup> ماده 79 از مقررات دادگاه بین‌المللی دادگستری صریحاً ایراد به قابل پذیرش بودن دعوا را از ایراد به صلاحیت جدا می‌کند: Available at: < <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> > Last visited on 20 April, 2012

در رویه دادگاه بین‌المللی دادگستری ایراد به قابل پذیرش بودن دعوا مساوی این است که از دیوان خواسته شود که دعوا را به دلیلی غیر از بررسی نهایی ماهوی (Ultimate merits) نپذیرد. و حال آنکه در ایراد عدم صلاحیت دیوان حتی قبل از این مرحله متوقف می‌شود. نگاه کنید به:

Williams QC, David Ar., Jurisdiction and Admissibility in Muchlinski, Peter *et al*, op.cit, p919.

<sup>167</sup> . Williams QC, David Ar., Jurisdiction and Admissibility in Muchlinski, Peter *et al*, op.cit.

بحث قابل پذیرش بودن یا نبودن دعوا ذیل عنوان "ادعاهای بی ارزش" (Frivolous Claims) یا ادعاهایی که در صورت اثبات نیز وافی به مقصود نخواهند بود، نیز طرح شده است:

Bjorklund, Andrea K, The Emerging Civilization of Investment Arbitration, Pen State Law Review, volume 113, Issue 4, 2008-2009, PP 1282-1286.

<sup>168</sup> . قبل از طرح مسئله قابل پذیرش بودن دعوا در دعاوی اس جی اس در برابر فیلیپین، در رویه داورى سرمایه‌گذاری در پرونده متانکس-یک دعاوی مهم دیگر- نیز این مسئله به شکلی مطرح شده بود:

Methanex v. United States, UNCITRAL, (NAFTA), Partial Award on Jurisdiction 7 August 2002. Paras 84-94, 122-126.

<sup>169</sup> . در مباحث بعدی در بحث شرط التزام به حالت خاص بوجود آمده در این دعوا اشاره خواهیم کرد.

<sup>170</sup> . SaliniConstruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Jordan, (ICSID Case No.ARB/02/13), Decision on Jurisdiction, 9 November 2004.

<sup>171</sup> . *ibid* Para 151.

<sup>172</sup> . Impregilo S.P.A.v.Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No.ARB/03/3), Decision on Jurisdiction, 22 April, 2005.

علتی برای عدم صلاحیت خود در بررسی دعوای معاهده‌ای و یا غیرقابل پذیرش بودن دعوای معاهده‌ای ندانست.<sup>173</sup>

## قسمت دوم : صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای سرمایه گذاری برای رسیدگی به دعوی ناشی از قرارداد سرمایه گذاری

تا اینجا سخن از تفکیک دعوی معاهده‌ای از دعوی قراردادی، و صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای برای بررسی دعوی ناشی از نقض معاهده صرفنظر از شروط حل و فصل اختلافات ذکر شده در قرارداد بود. ممکن است گفته شود غیر از مواردی که در معاهده سرمایه‌گذاری شرط التزام وجود دارد تقریباً تبعیت از نظر کمیته ابطال ایکسید در وایوندی یک اجتناب ناپذیر باشد در عین حال تمایز و تفکیک بین دعوی قراردادی سرمایه گذاری و دعوی معاهده‌ای سرمایه گذاری به این معنا نیست که دیوان داوری معاهده‌ای هیچگاه صلاحیت برای رسیدگی به دعوی ناشی از نقض قرارداد را ندارد. بلکه مواردی وجود دارد که در این موارد دیوان داوری معاهده‌ای ممکن است صلاحیت بررسی دعوی ناشی از نقض قرارداد را هم به شرحی که در ذیل می آید داشته باشد.<sup>174</sup>

### الف : نقض قرارداد که به نقض حقوق بین‌الملل می‌انجامد

در تفکیک بین نقض قرارداد و نقض معاهده به تفاوت استانداردها و نظام حقوقی حاکم بر این دو حالت اشاره شد، و بیان شد که دولت ممکن است نقض معاهده کند بدون اینکه نقض قرارداد مطرح باشد و برعکس. از تفاوت استانداردها و نظام حقوقی حاکم بر قرارداد و معاهده نمی‌توان نتیجه گرفت که نقض قرارداد هیچگاه به نقض معاهده نمی‌انجامد. البته هر نقض قراردادی به طور خودکار به نقض معاهده نمی‌انجامد، اما این احتمال وجود دارد که نقض قرارداد منجر به نقض حقوق بین‌الملل (و علی‌الخصوص معاهده) گردد.<sup>175</sup>

نقض قرارداد امکان دارد به نقض حقوق ماهوی اعطا شده در معاهده سرمایه‌گذاری عموماً ذیل عناوین «رفتار عادلانه و منصفانه»<sup>176</sup>، «منع تدابیر غیر معقول یا تبعیض آمیز»<sup>177</sup> یا «منع تدابیری که اثری برابر با ملی کردن دارند»<sup>178</sup> بی انجامد. به عنوان نمونه در مواردی پذیرفته شده است که ممکن است نقض اساسی یا فسخ قرارداد منتهی به مصادره غیرمستقیم<sup>179</sup> بشود. دیوانهای داوری بین‌المللی و دادگاههای درگیر در دعوی بین‌المللی معتقدند که این گونه اقدامات که حقوق سرمایه‌گذار خارجی را ذیل قرارداد به مخاطره می‌اندازد، می‌تواند فرم و غالب مصادره به خود بگیرد.<sup>180</sup>

<sup>173</sup>. *ibid* Paras 289-291.

<sup>174</sup>. Schreuer, Christoph, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the Vivendi I case Considered*, op.cit, p295.

<sup>175</sup>. این مسئله حداقل در دو جا در تصمیم کمیته موردی ابطال ایکسید در وایوندی یک به صورت ضمنی پذیرفته شده است: یکی در پاراگراف شماره 60 که بیان می‌شود بعضی از مسائل و دعوی سرمایه‌گذاری ممکن است همزمان حاوی نکاتی از قرارداد و تفسیر و اجرای موادی از معاهده باشد، دیگری در پاراگراف 110 که بیان می‌کند دیوان داوری صلاحیت این را دارد که برای تعیین این که آیا نقض معاهده‌ای صورت گرفته یا نه، استدلال خود را مبتنی بر قرارداد امتیاز نماید:

Paragraph 60: "Again it is evident that a particular investment dispute may at the same time involve issues of the interpretation and application of the BIT's standards and questions of contract...."

Paragraph 110: "... Yet under Article 8(4) of the BIT the Tribunal had jurisdiction to base its decision upon the Concession Contract, at least so far as necessary in order to determine whether there had been a breach of the substantive standards of the BIT..."

<sup>176</sup>. Fair and Equitable Treatment.

<sup>177</sup>. Prohibition of Unreasonable or Discriminatory Measures.

<sup>178</sup>. Prohibition of Measures Having Effect Equivalent to Nationalization.

<sup>179</sup>. Indirect Expropriation.

<sup>180</sup>. به عنوان مثال:

## ب : تفسیر اختلافات سرمایه‌گذاری و صلاحیت دیوان داورى معاهده ای

اعلام رضایت دولت به داورى در يك معاهده حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری ممکن است عام یا مطلق تفسیر شود و تمامی دعاوى سرمایه‌گذاری را شامل شود، یا ممکن است محدود تفسیر شود<sup>181</sup>. در حالت اول، دولت طرف معاهده در اعلان رضایت خود در معاهده قیدی بر نظام حل و فصل اختلافات معاهده‌ای وارد نمی‌کند، یعنی آنرا محدود به اختلافات ناشی از نقض صرف و مستقیم معاهده نمی‌کند، بنابراین دلیلی وجود ندارد که نتوان اختلافات ناشی از نقض قرارداد صرف، یعنی آنهایی که به نقض معاهده نمی‌انجامد<sup>182</sup>، را در دیوان داورى معاهده ای طرح نمود<sup>183</sup>. با این وجود دو رویه کاملاً متفاوت و متناقض در خصوص تفسیر اراده دولت در معاهدات سرمایه‌گذاری که به صورت مطلق بیان شده در دیوانهای داورى سرمایه‌گذاری به چشم می‌خورد:

کمیتة موردی ابطال در وایوندی یک در تفسیر ماده 8 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین فرانسه و آرژانتین<sup>184</sup> می‌گوید این ماده از معاهده، عام است؛ یعنی تمام قراردادهای سرمایه‌گذاری که ذیل این معاهده بین یکی از دول طرف معاهد با سرمایه‌گذار تبعه دولت دیگر وجود دارد را شامل می‌شود. سپس ادامه می‌دهد، این ماده فرمول محدودتری بدین صورت که این اختلافات باید صرفاً ناشی از نقض معاهده باشند را ارائه نمی‌دهد و کافی است که اختلافات ناظر به سرمایه‌گذاری باشد که تحت معاهده انجام شده<sup>185</sup>.

مشابه همین نظر در دعوی سالینی (شرکت ایتالیایی) در برابر دولت مراکش توسط دیوان داورى ایکسید ابراز شده است. دیوان داورى پس از بیان ماده 8 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایتالیا و مراکش<sup>186</sup> می‌گوید که عبارت موجود در این ماده بسیار عام است<sup>187</sup> و دولت را الزام می‌کند به اینکه ایجاب خود را در خصوص پذیرش صلاحیت دیوان داورى معاهده‌ای و در ارتباط با نقض معاهده سرمایه‌گذاری و هر نقض قراردادی که دولت را مستقیماً متعهد می‌کند محترم شمارد. این ایجاب شامل نقض قراردادهایی که حد اقل يك طرف آن دولت نیست نمی‌شود<sup>188</sup> (منظور نقض قراردادهای بین دو طرف خصوصی است) اما این استثناء اخیر تنها در خصوص نقض قراردادی صرف اعمال می‌شود پس اگر در این حالت، نقض قرارداد باعث نقض معاهده هم شود دیوان داورى معاهده‌ای صلاحیت دارد<sup>189</sup>.

بنابراین ملاحظه می‌شود که دیوان داورى معاهده ای در دعوی سالینی صلاحیت خود را گسترش داده است؛ یعنی این دیوان در خصوص اختلافات ناشی از نقض معاهده و نقض قراردادی که به نقض معاهده می‌انجامد صرفنظر از طرفین قرارداد (خصوصی یا دولتی) صلاحیت دارد. در اختلافات ناشی از نقض قرارداد صرف، بین دولت و شخص خصوصی نیز صلاحیت دارد و تنها در اختلافات ناشی از نقض قرارداد صرف بین دو طرف در حالی که دولت متعهد

---

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), (ICSID Case No. ARB (AF)/00/3 (NAFTA)), Final Award on 30 April 2004, Paras 163-176.

<sup>181</sup>. Schreuer, Christoph, Consent to Arbitration, op.cit, PP 837-843.

<sup>182</sup>. Gili, Judith, Gearing, Matthew, Birt, Gemma, Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties, A Comparative Review of the SGS Cases, Journal of International Arbitration, Volume 21, Issue 5, 2004, pp 401-402.

<sup>183</sup>. Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the Vivendi I Case Considered, op.cit, p296.

<sup>184</sup>. Any dispute relating to investments, within the meaning of this agreement, between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party shall, as far as possible, be resolved through amicable consultations between both parties to the dispute....

<sup>185</sup>. Vivendi, Decision on Annulment, Para 55.

<sup>186</sup>. All disputes or differences, including disputes related to the amount of compensation due in the event expropriation, nationalization, or similar measures, between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the said investor on the territory of the first Contracting Party...

<sup>187</sup>. Salini Construttori S.P.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001., Para 59.

<sup>188</sup>. ibid Para 61.

<sup>189</sup>. ibid Para 62.

نشده باشد صلاحیتی ندارد (که البته این مورد هم از دایره شمول حمایت‌های معاهده ای خارج است).

دیوان داوری در دعوی اس جی اس در برابر پاکستان موضع متفاوتی اتخاذ نمود. در این دعوا ماده 9 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین پاکستان و سوئیس در بیان اختلافاتی که قابل ارجاع به دیوان داوری معاهده‌ای هستند، به طور مطلق سخن از «اختلافات سرمایه‌گذاری» گفته بود بدون اینکه به قید خاصی این اختلافات را محدود کند<sup>190</sup>. دیوان داوری در خصوص صلاحیت خود و تفسیر این ماده از معاهده سرمایه‌گذاری بدین صورت اظهار نظر نمود که اگرچه دیوان تشخیص می‌دهد که اختلافات ناشی از نقض معاهده ی دوجانبه سرمایه‌گذاری و اختلافاتی که تماماً ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری هستند هر دو به عنوان اختلافات سرمایه‌گذاری خوانده می‌شوند، اما عبارت «اختلافات سرمایه‌گذاری» در ماده 9 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بیانگر «امر موضوعی»<sup>191</sup> دعوا است و نه «مبنای حکمی»<sup>192</sup> آن یا «سبب دعوا». به عبارت دیگر از بیان موجود در ماده 9 که همراه با قرینه دیگری نباشد دیوان برداشت نمی‌کند که برای رسیدگی به اختلافات صرف قراردادی نیز صلاحیت دارد.<sup>193</sup>

در دعوی دیگری<sup>194</sup>، که به نظر می‌رسد دیوان داوری هم نظر با نظر دیوان داوری در دعوی اس جی اس در برابر پاکستان است، خواهان در اثبات صلاحیت دیوان داوری برای رسیدگی به دعوی قراردادی خود ادعا کرد که به علت وجود شرط التزام، هر نقض قراردادی به نقض معاهده می‌انجامد و حتی اگر شرط التزام نیز وجود نداشت به علت اینکه اعلام رضایت دولت در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری عام و شامل تمامی اختلافات سرمایه‌گذاری است باز هم دیوان صلاحیت داشت.<sup>195</sup> در این راستا خواهان با توجه به رویه موجود، به پرونده‌های مطرح در این زمینه اشاره کرد و نظری را که اطلاق موجود در معاهده سرمایه‌گذاری را موجد صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای در دعوی صرف قراردادی می‌داند ترجیح می‌دهد.<sup>196</sup>

دیوان داوری در همین دعوا در پاسخ به ادعاهای خواهان، اگرچه درباره استدلال خواهان در شرط التزام توضیح می‌دهد و نظر خود را بیان می‌کند<sup>197</sup> اما هیچ توضیحی درباره تفسیر خود از اطلاق رضایت دولت در ارجاع اختلافات سرمایه‌گذاری به دیوان داوری معاهده‌ای ارائه نمی‌دهد و نهایتاً هم صلاحیت خود را در بررسی دعوی قراردادی صرف نمی‌پذیرد.<sup>198</sup>

در دعوی اس جی اس در برابر فیلیپین دیوان داوری بیان می‌کند که «اختلافات سرمایه‌گذاری» در ماده 8 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین فیلیپین و سوئیس کاملاً عام است و شامل تمامی انواع اختلافات سرمایه‌گذاری علیه دولت سرمایه‌پذیر می‌شود و اشاره‌ای هم به مبنای طرح دعوا ندارد<sup>199</sup>. در ادامه دیوان داوری در این پرونده ادله دیگری در اثبات نظر خود بیان می‌کند<sup>200</sup> و سپس به رأی دعوی اس جی اس علیه دولت پاکستان اشاره کرده آن را نقد می‌نماید<sup>201</sup> و بیان می‌کند اینکه طرفین در بعضی از قراردادهای سرمایه‌گذاری بین خود روشهایی برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌بینی می‌نمایند مجوز این امر نمی‌شود که اساساً و اصولاً دعوی قراردادی صرف را از بیان عام موجود درباره سرمایه‌گذاری در معاهده استثناء نمود.<sup>202</sup> بنابراین در تفسیر ماده 8 از معاهده سرمایه‌گذاری بین فیلیپین

<sup>190</sup> . For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party....

<sup>191</sup> . Factual Subject Matter.

<sup>192</sup> . Legal Basis.

<sup>193</sup> . SGS v. Pakistan, Para 161.

<sup>194</sup> . Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/03/13), Award on Jurisdiction, 6 Aug 2004.

<sup>195</sup> . ibid Para 68.

<sup>196</sup> . ibid Paras 69-70.

<sup>197</sup> . ibid Paras 71-81.

<sup>198</sup> . ibid Para 82.

<sup>199</sup> . SGS v. Philippines, Para 131.

<sup>200</sup> . ibid Para 132.

<sup>201</sup> . ibid Para 133.

<sup>202</sup> . ibid Para 134.



و سوئیس دیوان عقیده دارد که اصولاً برای اس جی اس، امکان طرح دعوی قراردادی در دیوان داورى معاهده‌ای بوده است<sup>203</sup> (البته صرفنظر از اینکه در این دعوا اس جی اس در قرارداد سرمایه‌گذاری روش دیگری را برگزیده، در اینجا دیوان صرفاً به چگونگی تفسیر اطلاق و عموم سرمایه‌گذاری در معاهده نظر داشته). در دعوی دیگری، یعنی توکیوس علیه دولت اوکراین<sup>204</sup>، نیز به همین ترتیب با رأی دیوان داورى در اس جی اس علیه دولت پاکستان مخالفت شد.

در خصوص صلاحیت دیوان داورى برای رسیدگی به دعوی ناشی از نقض قرارداد که به نقض معاهده نمی‌انجامد و در صورت وجود عبارت عام راجع به «اختلافات سرمایه‌گذاری» در معاهده، این نکته قابل توجه است که حتی اگر بتوان وجود عبارت عام را ناظر بر قصد دولتهای متعاقد بر صلاحیت دیوان داورى برای رسیدگی به این دعوی تفسیر نمود، این صلاحیت عام تنها در صورتی است که طرفین، در قرارداد سرمایه‌گذاری روش دیگری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌بینی ننموده باشند. در صورت پیش‌بینی مرجع خاصی در قرارداد، صلاحیت این مرجع مخصص صلاحیت عام دیوان داورى معاهده‌ای در رسیدگی به دعوی قراردادی صرف خواهد بود، چون اگر کماکان در این حالت نیز دیوان داورى معاهده‌ای را صالح بدانیم به منزله آن است که طرفین هیچ روشی برای اعراض از این صلاحیت و توافق بر مرجع دیگری برای حل و فصل اختلافات قراردادی صرف خود ندارند و به نظر می‌رسد که این مسئله با هدف و روح معاهده سرمایه‌گذاری سازگار نباشد<sup>205</sup>.

## ج : شرط التزام

### 1- طرح بحث و اهمیت موضوع

دامنه اعلان رضایت در معاهدات سرمایه‌گذاری ممکن است توسط شرط یا توافقی در معاهده معروف به «شرط التزام» تحت تأثیر قرار گیرد<sup>206</sup>. اینکه با وجود شرط التزام، آیا صلاحیت دیوان داورى معاهده‌ای به علت این شرط در معاهده (و نه به علت عبارت عام ناظر به «اختلافات سرمایه‌گذاری») به دعوی قراردادی صرف توسعه می‌یابد یا خیر، محل اختلاف و منازعه است، اما از آنجا که گفته شده است حداقل دسته‌ای از دعوی قراردادی صرف به علت وجود شرط التزام، داخل در صلاحیت دیوان داورى معاهده‌ای می‌شوند، این شرط را به عنوان عامل سوم از عواملی که باعث توسعه صلاحیت دیوان داورى معاهده‌ای به دعوی قراردادی صرف می‌شود، بررسی می‌کنیم.

نمونه‌ای از شرط التزام را می‌توان در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین هلند و ونزولا مشاهده نمود:

«هر یک از طرفین معاهده می‌بایست هر تعهدی را که ممکن است درباره رفتار با سرمایه‌گذارهای اتباع طرف دیگر متعاقد پذیرفته باشد، رعایت کند»<sup>207</sup>.

مثال دیگر ماده 8 معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری بین ایران و کویت مورخه 13 فوریه 2006 است که مقرر می‌دارد:

«هر یک از طرف های متعاقد رعایت تعهداتی را که از طریق این موافقتنامه در ارتباط با سرمایه‌گذارهای سرمایه

<sup>203</sup>. ibid Para 135.

<sup>204</sup>. Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004, Para 52.

<sup>205</sup>. SGS v. Philippines Para 134.

<sup>206</sup>. Observance of Undertaking Clause or Umbrella Clause.

به روال اکثر اسناد بین‌المللی، متن این شرط در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بسیار کلی است و هدف واقعی از آن را باید از فحواش استخراج کرد. برای مطالعه بیشتر ببینید:

پیران، حسین، شرط التزام در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره 40، 1388، صفحه 265.

<sup>207</sup>. Article 3(4) of the Netherlands-Venezuela BIT, 1991:

"Each contracting party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of nationals of the other contracting party"

برای نمونه های دیگری از شرط التزام ببینید:

Article 2 of 1991 UK model BIT; Article 8 of 1991 German model BIT; Article 10(1) of the Energy Charter Treaty.

سرمایه‌گذاران از این نوع شروط التزام برای اثبات این مسئله استفاده نموده‌اند که اگرچه نقض معاهده در معنای دقیق کلمه ممکن است اتفاق نیفتاده باشد، اما وجود چنین شروطی در معاهده، نقض قرارداد صرفاً را به نقض معاهده تبدیل می‌کنند، و لذا تمام حمایت‌های معاهده‌ای به عمل می‌آیند و نظام حل و فصل اختلافات معاهده‌ای، در صورت نقض قرارداد صرفاً، قابل استفاده می‌شود.<sup>209</sup>

موضع دیوان‌های داور در مقابل این ادعای سرمایه‌گذاران متفاوت و متناقض است و موضوع اصلی محل بحث و نزاع این است که آیا وجود شروط التزام باعث می‌شود که نقض قرارداد صرفاً به نقض معاهده منتهی شود، و اگر چنین می‌شود تا چه میزان و تا چه اندازه<sup>210</sup>.

## 2- دیدگاه‌های موجود در تفسیر شرط التزام

در رویه داور و نیز در نظر محققان در اصل تأثیر و دامنه تأثیر شرط التزام سه دیدگاه قابل تشخیص است<sup>211</sup>:

### اول - ارتقاء سطح تعهدات قراردادی صرفاً به تعهدات معاهده‌ای به وسیله شرط التزام

این دیدگاه معتقد است که شرط التزام باعث می‌شود که نقض تعهدات قراردادی صرفاً به نقض تعهدات معاهده‌ای بی‌انجامد و این امر کاملاً روشن است. در این نظر اگر این کارکرد به شرط التزام نسبت داده نشود در واقع شأن وجودی و نیز فلسفه وجودی آن از بین رفته است و دلیلی وجود ندارد که دولت‌ها نخواهند به موجب این تعهدی که در معاهدات به طور روشن پذیرفته‌اند حمایت‌های بیشتری به سرمایه‌گذاران اعطا نمایند.<sup>212</sup>

نگرش افراطی‌تر در این دیدگاه این است که نه تنها شرط التزام باعث می‌شود که يك نقض قرارداد صرفاً به نقض معاهده تبدیل شود بلکه تعهداتی که دولت‌ها به طور یکجانبه و از خلال قانونگذاری در مقابل سرمایه‌گذار خارجی پذیرفته‌اند نیز مشمول شرط التزام می‌شود. یعنی نقض این تعهدات به صورت وضع قانون داخلی معارض بعدی نیز نقض تعهد بین‌المللی دولت محسوب می‌شود.<sup>213</sup>

دیدگاه تأثیر مطلق شرط التزام در تبدیل نقض تعهدات قراردادی صرفاً به نقض حقوق بین‌الملل حتی زمانی که به صورت نظری در آراء داور پذیرفته می‌شود، معمولاً در مقام اجرا با ملاحظات توأم می‌گردد که از اثر بی‌قید و شرط آن می‌کاهد. این ملاحظات و دقت شاید به این خاطر باشد که زمانی که از دیوان‌های داور خواسته می‌شود شرط

<sup>208</sup> . Available at <<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/98013>>, Last visited on April 20, 2012.

ادعا شده که این ادبیات که آشکارا نمونه‌ای از شرط التزام است، در اکثر معاهدات ایران عیناً به کار رفته است. ببینید: پیران، حسین، همان منبع، صفحه 281.

<sup>209</sup> . Van Haersolte, Jacomijn J, Hoffmann, Van Annek, op.cit, p974.

<sup>210</sup> . ibid.

<sup>211</sup> در اینجا به بررسی شرط التزام به صورت عام در قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌پردازیم. برای دیدن همین بحث با تمرکز بر سرمایه‌گذارهای نفت و گاز، رجوع کنید به:

Blyschak, Paul Michael, Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty, Journal of International Arbitration, Volume 27, Issue 6, 2010, pp 597-604.

<sup>212</sup> . Schreuer, Christoph, Consent to Arbitration., op.cit, p843.

<sup>213</sup> در LG&E v. Argentina، شرط التزام در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین آرژانتین و ایالات متحده آمریکا وجود داشت و دیوان داور می‌بایست تصمیم می‌گرفت که آیا اثر شرط التزام فراتر از تعهدات قراردادی است و به قانونگذاری دولت میزبان نیز سرایت می‌کند یا خیر که دیوان داور به این سؤال پاسخ مثبت داد:

LG&E v. Argentina, (ICSID Case No.ARB/02/1) Decision on Liability, 3 October 2006, Para 175.

التزام را در شرایط واقعی و بر امور مشخصی اعمال نمایند آنها بیشتر به فکر عواقب اعمال این شروط هستند.<sup>214</sup>

در دعوی اس جی اس در برابر فیلیپین دیوان داور در مقام تفسیر شرط التزام موجود در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس و فیلیپین با یک تفسیر متن محور (که ظاهر متن مورد لحاظ قرار می‌گیرد) و نیز در پرتو هدف معاهده بر این اعتقاد بود که می‌بایست یک تفسیر موثر از شرط التزام ارائه دهد.<sup>215</sup> و به این نتیجه رسید که این شرط همان معنایی را دارد که می‌گوید<sup>216</sup> (یعنی تبدیل نقض قرارداد به نقض معاهده). دیوان داور به صراحت تفسیری را که به شرط التزام معنایی موثری نسبت نمی‌دهد رد می‌کند.<sup>217</sup>

اما همانطور که قبلاً نیز اشاره شد دیوان داور اگرچه اصل تعهد به پرداخت صورت حسابهای مورد دعوا را معاهده‌ای می‌داند اما میزان و مقدار آن را مسئله‌ای قراردادی می‌داند که باید با مراجعه به دادگاههای محلی (یعنی همان روش حل اختلافی که طرفین در قرارداد سرمایه‌گذاری پذیرفته‌اند) تعیین شود. بنابراین اصل تعهد در اثر شرط التزام اگرچه مسئله‌ای معاهده‌ای می‌شود اما میزان آن کماکان قراردادی باقی می‌ماند.<sup>218</sup> اما چرا تعیین میزان تعهد نیز معاهده‌ای نشد؟ به عبارت دیگر چرا وقتی نقض قرارداد در اثر شرط التزام تبدیل به نقض معاهده شد دیوان داور کلاً از نظام حل و فصل اختلاف تعیین شده در قرارداد صرف نظر نکرد؟

پاسخ سؤال فوق در نکته‌ای است که دیوان‌های داور کمتر در بررسی شرط التزام به طور صریح بدان پرداخته‌اند، اما دیوان داور اس جی اس در برابر فیلیپین به آن پرداخت<sup>219</sup> و بیان داشت که اگر تمام تعهدات و مفاد قرارداد سرمایه‌گذاری در اثر شرط التزام به حد معاهده ارتقاء پیدا کنند، نظام حل و فصل اختلاف در آن نیز به حد معاهده بین‌المللی ارتقاء پیدا می‌کند.<sup>220</sup>؛ بنابراین دو نظام حل و فصل اختلاف در حد بین‌المللی وجود دارد و همانطور که دیوان داور بیان نمود اگر ادعای شرکت اس جی اس بر مبنای قرارداد است باید به تمام مفاد قرارداد هم ملتزم شود.

در دعوی دیگری<sup>221</sup>، اگرچه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین الجزایر و ایتالیا فاقد شرط التزام بود، اما دیوان داور در بیان استدلال برای اینکه چرا تمام نقض قراردادها لزوماً به نقض معاهده نمی‌انجامند از وجود شرط التزام در بعضی از معاهدات سرمایه‌گذاری یاد می‌کند که اگر وجود داشته باشد باعث می‌شود نقض قرارداد صرف به نقض معاهده ارتقاء پیدا کند.<sup>222</sup>

در پرونده یورکو بی وی علیه دولت لهستان، دیوان داور در ابتدا تصمیم دیوان در دعوی اس جی اس در برابر فیلیپین را متقاعدکننده و منسجم توصیف می‌کند<sup>223</sup>، اما در اظهار نظر نهایی خود بیان می‌کند که اعمال دولت لهستان که در واقع نقض تعهدات معاهده‌ای آن دولت در رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار بوده در عین حال نقض شرط التزام موجود در معاهده نیز می‌باشد.<sup>224</sup> در این پرونده اظهار نظر اولیه دیوان در حمایت از تصمیم داور در دعوی اس جی اس در برابر فیلیپین که به معنای پذیرش کارکرد شرط التزام در تبدیل تعهدات قراردادی صرف به تعهدات معاهده‌ای است، با نتیجه‌گیری نهایی دیوان مطابقت ندارد، چرا که دیوان در نتیجه‌گیری نهایی خود بیان نموده که وجود شرط التزام باعث شده که رفتار دولت زمینه‌دیگری در نقض معاهده یعنی نقض شرط التزام را فراهم آورد.

<sup>214</sup>. Sinclair, Anthony c., the Umbrella Clause Debate, in Bjorklund, Andreak *et al* , Investment Treaty Law Current Issues III, British Institute of International and Comparative Law, London, 2009, P 312.

<sup>215</sup>. SGS v. Philippines, Paras 115-116.

<sup>216</sup>. *ibid* Para 119.

<sup>217</sup>. *ibid* Para 125.

منظور، تفسیر دیوان داور در دعوی اس جی اس علیه پاکستان است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

<sup>218</sup>. *ibid* Paras 126, 127, 155.

<sup>219</sup>. Van HaerSolte, Jacomijn J. Hoffmann, Van Hof Anne K, *op.cit*, p980.

<sup>220</sup>. *ibid*.

<sup>221</sup>. Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. Algeria (ICSID Case No. ARB/03/8), Award on 10 January 2005.

<sup>222</sup>. *ibid* Para 25.

<sup>223</sup>. Eureka B.V. v. Republic of Poland. Para 257.

<sup>224</sup>. *ibid* Para 260.

اگر مزیت شرط التزام فقط این باشد که مبنایی دیگر برای یافته اخیر دیوان که همان نقض معاهده است فراهم آورد، ارزش واقعی آن بسیار محدود شده است.<sup>225</sup>

در دعوی نوبل ونچرز علیه دولت رومانی<sup>226</sup>، دیوان داور در ابتدا در بررسی شرط التزام موجود در معاهده بیان می‌کند که بدون شک، شرط التزام موجود با توجه به عبارات استفاده شده در آن، در دسته‌ای قرار می‌گیرد که باعث می‌شود تعهدات قراردادی صرف به تعهدات معاهده‌ای تبدیل شود.<sup>227</sup> اما از آنجا که دیوان داور معتقد است اساساً نقض قراردادی صورت نگرفته است پس نقض معاهده‌ای هم وجود ندارد.<sup>228</sup>

### دوم - عدم ارتقاء تعهدات قراردادی صرف به معاهده‌ای بوسیله شرط التزام

این دیدگاه مورد پذیرش تعدادی از دیوان‌های داور سرمایه‌گذاری قرار گرفته است که شرط التزام موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری، تعهدات قراردادی صرف را به تعهدات معاهده‌ای ارتقاء نمی‌دهد. چرا که اگر چنین تأثیری در شرط التزام وجود داشته باشد، اعطای حقوق ماهوی خاص در معاهدات سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذاری معنی است.<sup>229</sup> این نظر در واقع هیچ اثری برای شرط التزام و هیچ کارکردی برای آن قائل نیست.<sup>230</sup> در اولین دعوی ایکسید که در آن شرط التزام به طور جدی مورد ملاحظه و بررسی قرار گرفت یعنی در دعوی اس جی اس در برابر پاکستان دیوان داور از پذیرفتن اینکه شرط التزام، تعهدات قراردادی صرف را به تعهدات معاهده‌ای تبدیل می‌کند خودداری نمود.<sup>231</sup> برای این که پذیرفتن چنین امری آثار حقوقی زیادی داشت و نیازمند توافق صریح طرفین در این معنا بود. علاوه بر این چنین تفسیری از شرط التزام باعث می‌شود که حقوق ماهوی مورد حمایت در معاهده بی‌معنی شود چرا که هر نقض قراردادی، این حمایت معاهده‌ای را کلید می‌زند.<sup>232</sup>

در دعوی جوی ماینینگ علیه دولت مصر<sup>233</sup> در برابر مصر نیز دیوان داور نپذیرفت که شرط التزام باعث تبدیل نقض قرارداد به نقض معاهده می‌شود. بنابراین اگر نقض معاهده نشده باشد و یا نقض قرارداد به اندازه‌ای بزرگ نباشد که به نقض معاهده بی‌انجامد، به صرف وجود شرط التزام مناقشات و اختلافات قراردادی تبدیل به اختلافات معاهده‌ای نمی‌شوند. دلیل دیوان داور در این استدلال عمدتاً تأثیرات بسیار گسترده این تفسیر از شرط التزام بود که با ظاهر شرط التزام و محل قرارگرفتن آن سازگار نبود.

در دعوی سالینی علیه اردن، نیز دیوان داور با ملاحظه متن شرط التزام، تأثیر شرط التزام در تبدیل تعهدات قراردادی به تعهدات معاهده‌ای را نپذیرفت.<sup>234</sup>

ویژگی بارز این دسته از آراء این است که تأثیر شرط التزام را در تبدیل تعهدات قراردادی به تعهدات معاهده‌ای انکار می‌کنند و در مقابل هیچ اثر خاصی بیش از یک شرط معاهده‌ای برای آن قایل نیستند.

### سوم - نظریه تفصیلی

این نظریه که می‌توان از آن به دیدگاه میانه تعبیر نمود نوعی تأثیر برای شرط التزام قائل است اما نه آن تأثیری که تمام تعهدات قراردادی را به تعهدات معاهده‌ای تبدیل کند. در واقع این دیدگاه در صدد است تا اراده‌ی مشترک طرفین

<sup>225</sup>. Van Haersolte, Jacomijn J, Hoffmann, Van Anne K, op.cit, p977.

<sup>226</sup>. Noble Ventures, Inc. v. Romania (ICSID Case No. ARB/01/11), Award on 12 October 2005.

<sup>227</sup>. ibid Para 60.

<sup>228</sup>. ibid Para 158.

<sup>229</sup>. Gili, Judith *et al*, op.cit, p 408.

<sup>230</sup>. Van Haersolte, Jacomijn J, Hoffmann, Van Anne K, op.cit, pp 979-980.

<sup>231</sup>. SGS v. Pakistan Para 165.

<sup>232</sup>. ibid Para 168.

<sup>233</sup>. Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Para 81.

<sup>234</sup>. Salini v. Jordan, Para 130.

هم که در قرارداد سرمایه گذاری بیان شده است محترم شمرده شود<sup>235</sup>.

در دعوی سی ام اس علیه دولت آرژانتین<sup>236</sup> دیوان داور با تفکیک بین جنبه‌های تجاری صرف موجود در قرارداد، با حالتهایی که مداخله جدی به وسیله دولت یا موسسات دولتی در حقوق سرمایه‌گذار صورت می‌گیرد (سوء استفاده از قدرت)، معتقد است که حمایت معاهده‌ای در تخلفات صرف تجاری دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری وجود ندارد، اما می‌توان در صورتی که مداخله جدی در حقوق سرمایه‌گذار به وسیله دولت انجام شود حمایت‌های معاهده‌ای را، به علت اثر شرط التزام، احتمالاً در نظر گرفت<sup>237</sup>. لذا از آنجایی که ادعاهای نقض قرارداد که توسط سی ام اس طرح شده بود هیچکدام تجاری صرف نبودند<sup>238</sup> دیوان قاعداً می‌بایست نقض قرارداد را در این موارد نقض معاهده می‌دانست. دیوان اظهار نظر نمود که در این حالت، بسیاری (و نه همه) مداخلات دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری بسیار نزدیک می‌شود به همان چیزی که توسط معاهده منع شده؛ یعنی ذیل معاهده نیز مستقلاً قابل بررسی است، و فقط شروط تثبیتی که در قرارداد سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده بودند بدین ترتیب به سطح تعهدات معاهده‌ای ارتقاء پیدا می‌کنند بدون اینکه شبیه حقوق ماهوی اعطا شده در معاهده شوند.<sup>239</sup>

در دعوی ال پسو علیه دولت آرژانتین<sup>240</sup> دیوان داور ابتدا در تفسیر شرط التزام، جانب تفسیر دیوان داور در دعوی اس جی اس علیه دولت پاکستان را می‌گیرد و استدلال آن را متقاعد کننده می‌یابد<sup>241</sup> اما در نهایت قائل به تفکیک می‌شود. دیوان اظهار نظر می‌نماید که شرط التزام، به تعهداتی که دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری به عنوان یک تاجر نموده است توسعه پیدا نمی‌کند (یعنی این تعهدات قراردادی به سطح معاهده ارتقاء پیدا نمی‌کنند) اما تعهداتی که دولت به عنوان حاکم و در مقام اعمال حاکمیت در قرارداد سرمایه‌گذاری پذیرفته است تحت تأثیر شرط التزام به سطح تعهدات معاهده‌ای ارتقاء پیدا می‌کند که نمونه آن «شرط ثبات یا تثبیت» است<sup>242</sup>. در دعوی پان امریکن علیه دولت آرژانتین نیز دیوان داور (البته دو داور از سه داور) استدلال و نتیجه‌گیری مشابه با دعوی قبلی (ال پسو) دارد.<sup>243</sup>

نظریه تفصیلی، توسط برخی از محققان و نویسندگان نیز ابراز شده است. توماس والده پس از بیان مکانیزم «شرط لزوم وفای به عهد»<sup>244</sup> که قبل از شرط التزام در قراردادهای سرمایه‌گذاری برای بین‌المللی کردن قرارداد (چه حقوق ماهوی اعطا شده در آن و چه مکانیزم حل اختلاف در آن) به کار می‌رفت، و هدف از آن این بود که دولت طرف قرارداد نتواند از قدرت خود سوء استفاده کند<sup>245</sup>، نتیجه‌گیری می‌کند که شرط التزام نیز تنها در زمانی نقض تعهدات قراردادی را به نقض حقوق بین‌الملل تبدیل می‌کند که دولت طرف قرارداد از قدرت حاکمیت خود برای فرار از تعهدات

<sup>235</sup>. Ballentine, Cathryn, How Far do BIT Bite? A Comparison of SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines: International Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties, Cambridge Student Law Review, Volume 12, Issue 2, 2006, p 44.

<sup>236</sup>. CMS Gas Transmission Company v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Award on 12 May 2005.

<sup>237</sup>. *ibid* Para 299.

<sup>238</sup>. *ibid* Para 301.

<sup>239</sup>. *ibid* Para 302.

<sup>240</sup>. El Paso Energy International Company v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction on 27 April, 2006.

<sup>241</sup>. *ibid* Para 74.

<sup>242</sup>. *ibid* Para 81.

<sup>243</sup>. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentina Republic, (ICSID Case No. ARB/03/13), Decision on Preliminary Objection on 27 July 2006, Paras 96-116.

<sup>244</sup>. Pacta Sunt Servanda Clause.

<sup>245</sup>. برای دیدن منشأ پیدایش شرط التزام نگاه کنید به:

Sinclair, Anthony C., The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, Arbitration International, Volume 20, Issue 4, 2004, pp 411-434.

قراردادی با سرمایه‌گذار خارجی سوء استفاده کند<sup>246</sup>. تنها مثالی که در این زمینه بیان شده، شرط ثبات یا تثبیت در قرارداد سرمایه‌گذاری است. از این مثال که بگذریم، باید این نکته را مد نظر داشت که معاهدات سرمایه‌گذاری قاعدتاً در صدد ایجاد مقرراتی برای جایگزین شدن با توافقات طرفین که بر اساس آزادی و حاکمیت اراده در قرارداد سرمایه‌گذاری بیان شده نمی‌باشند. از طرف دیگر ادعای فرو ریختن اصل تثبیت شده تفاوت و تمایز نظام حقوقی حاکم بر قرارداد سرمایه‌گذاری با نظام حقوقی حاکم بر معاهده سرمایه‌گذاری توسط عاملی به نام شرط التزام غیر واقعی و اقرار آمیز است.

## نتیجه‌گیری

گرچه تمهیداتی در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی برای حل و فصل اختلافات در خصوص معاهده سرمایه‌گذاری اندیشیده شده است، نظام حقوقی مبتنی بر قراردادهای سرمایه‌گذاری و اصل آزادی اراده و آزادی قراردادی و لزوم رعایت شروط قراردادی همچنان معتبر و غیرقابل خدشه استوار و پابرجاست است. این قراردادها در بسیاری از موارد حاوی توافقاتی است که با آنچه در معاهدات سرمایه‌گذاری آمده متفاوت است. نباید این دو سیستم حل اختلاف را در تعارض با یکدیگر دید. صلاحیت مراجع مورد توافق در معاهده و قرارداد هرکدام بر مبنای تقسیم دعوی سرمایه‌گذاری، به دعوی ناشی از نقض معاهده و دعوی ناشی از نقض قرارداد است. صلاحیت مراجع معاهده ای مختص نقض معاهده توسط دولتهای متعاقد در ارتباط با اتباع دولت طرف دیگر می‌باشد و این مرجع صالح به بررسی دعوی نقض قرارداد نیست مگر در موارد نادری که اهم آن زمانی است که نقض قرارداد منتهی به نقض معاهده می‌شود.

به نظر می‌رسد که در تمامی موارد، صلاحیت مراجع معاهده ای در دعوی نقض قرارداد، از توافق صریح و روشن طرفین در قرارداد سرمایه‌گذاری تأثیر می‌پذیرد و همین مسأله نشانگر اهمیت عبارت پردازی دقیق و صریح در قرارداد است. بنابراین طرفین معاهدات دو جانبه باید در معاهدات خود در خصوص صلاحیت دیوان معاهده ای بر قصد و اراده خود تصریح نمایند، همچنین طرفین قراردادهای سرمایه‌گذاری نیز باید با توجه به معاهده سرمایه‌گذاری بر قصد و اراده خود در مورد مرجع اختلاف تصریح نمایند. لذا به آنها توصیه می‌شود به عبارت پردازی دقیق و صریح در معاهده و قرارداد خود توجه داشته باشند.

## منابع

### فارسی

- 1- بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره پیران، حسین، شرط التزام در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی 40، 1388.
- 2- شمس، عبد الله، آیین دادرسی مدنی، دوره ی پیشرفته، انتشارات دراک، تهران، پاییز 1388، جلد نخست و جلد دوم.
- 3- نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین المللی "آیین داوری"، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ دوم، تهران، 1390.

### لاتین:

### کتابها:

1. Bjorklund, Andreask et al, Investment Treaty Law Current Issues III, British Institute of International and Comparative Law, London, 2009.

<sup>246</sup>. Walde, Thomas W., Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intention Versus Emerging Jurisprudence, in Riberio, Clarisse, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Juris Publishing, New York, 2006, pp232-235.

2. Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008.
3. Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, Annulment of ICSID Awards, Juris Publishing, Inc. and International Arbitration Institute, New York, 2004.
4. Mc Lachlan, Campbell, Shore, Lauerce, Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, Oxford, 2008.
5. Muchliniski, Peter, Ortino, Federico, Schreuer, Christoph, The Oxford Hand book of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008.
6. Reed, Lucy and Paulson, Jan , Blakaby, Nigel, Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International, Hague, 2006.
7. Riberio, Clarisse, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Juris Publishing, New York, 2006.
8. Salacuse, Jeswald W., the Law of Investment Treaties, Oxford University Press, Oxford, 2009.
9. Schreuer, Christoph ,Malintoppi, Loretta , Reinisch, August , Sinclair, Anthony, The ICSID Convention A Commentary, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
10. Weiler, Todd, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May Ltd., London, 2005.

## مقالات

1. Ballintine, Cathryn, How Far do BIT Bite? A Comparison of SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines: International Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties, Cambridge Student Law Review, Volume 12, Issue 2, 2006.
2. Bjorklund, Andrea K, The Emerging Civilization of Investment Arbitration, Pen State Law Review, volume 113, Issue 4, 2008-2009.
3. Blyschak, Paul Michael, Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty, Journal of International Arbitration, Volume 27, Issue 6, 2010.
4. Cremades, Bernardo M., Clarifying the Relationship between Contract and Treaty Claims in Investor-State Arbitrations, Business Law International, Volume 12, Issue 3, 2003.

5. Foster, George K., Striking a Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 49, Issue 2, 2011.
6. Frank, Susan D., Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration, *Harvard International Law Journal*, Volume 50, Issue 2, 2009.
7. Gili, Judith, Gearing, Matthew, Birt, Gemma, Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties, A Comparative Review of the SGS Cases, *Journal of International Arbitration*, Volume 21, Issue 5, 2004.
8. Gonzalez De Cossico, Francisco, the Competence-Competence Principle, Revisited, *Journal of International Arbitration*, Volume 24, Issue 3, 2007.
9. Hober, Kaj, State Responsibility and Investment Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Volume 25, Issue 2, 2008.
10. Igbokwe, Virtus Chitoo, Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations, *Journal of International Arbitration*, Volume 23, Issue 4, 2006.
11. Klafter, Benjamin, International Commercial Arbitration as Appellate Review: NAFTA's Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Volume 12, Issue 2, 2006.
12. Maniruzzaman, A.F.M., the Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements An Appraisal of Some Fundamental Aspects, *the Journal of World Investment & Trade* Volume 6, Issue 2, 2005.
13. Petsche, Markus A., International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory, *Michigan State University College of Law Journal of International Law*, Volume 18, Issue 3, 2010.
14. Salacuse, Jeswald W., BIT by BIT, *International Lawyer (ABA)*, Volume 24, Issue 3, 1990.
15. Sattar, Sameer, National Courts and International Arbitration: A Double-edged Sword?, *Journal of International Arbitration*, Volume 27, Issue 1, 2010.
16. Schreuer, Christophe, Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volume. 4, Issue 1, 2005.
17. Sinclair, Anthony C., The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, *Arbitration International*, Volume 20, Issue 4, 2004.
18. Spiermann, Ole, Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties, *Arbitration International*, volume 20, Issue 2, 2004.

آراء:



1. Azurix v. Argentine Republic, (ICSID Case No, ARB/01/12), Decision on Jurisdiction, 8 December 2003.
2. CMS Gas Transmission Company v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Award on 12 May 2005.
3. Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3), Award on 21 November 2000, and Decision on Annulment, 3 July 2002.
4. Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. Algeria (ICSID Case No. ARB/03/8), Award on 10 January 2005.
5. El Paso Energy International Company v. Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction on 27 April, 2006.
6. Eureko B. V. v. Republic of Poland, Partial Award on 19 August, 2005.
7. Impregilo S.P.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/03/3), Decision on Jurisdiction, 22 April, 2005.
8. Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/03/13), Award on Jurisdiction, 6 Aug 2004.
9. Lanco International Inc. v. Argentina, (ICSID case No. ARB/97/6) Decision on Jurisdiction, 8 December 1998.
10. LG&E v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/02/1) Decision on Liability, 3 October 2006.
11. Methanex v. United States, UNCITRAL, (NAFTA), Partial Award on Jurisdiction 7 August 2002.
12. Noble Ventures, Inc. v. Romania (ICSID Case No. ARB/01/11), Award on 12 October 2005.
13. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentina Republic, (ICSID Case No. ARB/03/13), Decision on Preliminary Objection on 27 July 2006.
14. Permanent Court of International Justice, Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, Judgment No. 14, 12 July 1929.
15. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.
16. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Jordan, (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction, 9 November 2004.
17. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/01/13) Decision on Jurisdiction, 6 Aug 2003.
18. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.
19. Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004.

20. Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), (ICSID Case No. ARB (AF)/00/3 (NAFTA)), Final Award on 30 April 2004.

## Abstract

Investment treaties conclude between States and investment contracts usually conclude between the State, or an entity of the State, and a foreign national or a legal person of foreign nationality based on that treaty. These two agreements (treaty and contract) basically stipulate different and diverging provisions and forums for the settlement of investment disputes (the former is called treaty forum and the latter contract forum) and this amounts to the controversy of jurisdiction between these forums. Specifically some precedents in investment arbitration and some doctrines in this field espouse the idea that the treaty forum has the jurisdiction to preside over contract claims or in another word the breach of contract elevates to the level of breach of treaty which triggers the treaty protection mechanism. It seems that this notion is an extremist approach in the foreign investment protection rights and is not legally tenable absent any explicit agreement to the contrary and the idea is antithetical to the superiority and the position of the contracting States.

**Key Words:** Investment Treaty, International Investment Arbitration, Breach of Investment Contract, Investment Arbitration Jurisdiction, Investment Treaty Dispute Settlement.

## فصل پنجم

### امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده

#### چکیده:

شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده، همواره یکی از موضوعات مهم مناقشه‌ای در حقوق داوری می‌باشد و دادگاه‌ها و صاحب‌نظران داوری نیز نظرات مختلفی را در این رابطه ابراز داشته‌اند. بر طبق ماده (ه) (1) 5 عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک که ایران عضو آن می‌باشد، ابطال رأی توسط مرجع صلاحیت‌دار مانع شناسایی و اجرای آن خواهد بود. اما، بر طبق برخی از دیدگاه‌ها، رأی داوری خارجی اگرچه باطل شده باشد باید شناسایی و اجرا گردد. به هر صورت، امکان شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده در دو مورد مطرح شده است: (یک) در مواردی خاص (و به صورت استثنائی)، از طریق اعمال «قدرت اختیاری مازاد» بر اساس صدر ماده (1) 5 عهدنامه و (دوم) در صورت وجود قانون مطلوب‌تر و از طریق اعمال «قاعده حق مطلوب‌تر» تحت ماده (1) 7 عهدنامه. در این مقاله به بررسی امکان استناد به مواد مزبور به منظور شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده، پرداخته می‌شود. کلید واژه: رأی داوری خارجی، ابطال، مرجع صلاحیت‌دار، قدرت اختیاری مازاد، قاعده حق مطلوب‌تر.

#### مقدمه:

پس از صدور رأی نهایی توسط دیوان داوری، ذینفع ممکن است در مقام اعتراض به رأی صادره برآید. چنین اعتراضی می‌تواند به دو صورت صورت گیرد: ابتدا درخواست پژوهش‌خواهی ماهوی از رأی صادره و دوم درخواست ابطال رأی داوری؛ پژوهش‌خواهی از رأی داوری نیز ممکن است در دادگاه و یا (در صورت توافق طرفین) در یک دیوان داوری دیگر مطرح شود، اگرچه در بیشتر کشورها امکان پژوهش‌خواهی ماهوی از رأی داوری در دادگاه ملی امکان‌پذیر نمی‌باشد<sup>247</sup>. اما آنچه در عموم کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است، امکان اعتراض به رأی داوری بین‌المللی (یعنی داوری‌های داخلی که دارای یک عنصر خارجی می‌باشند) در دادگاه صلاحیت‌دار می‌باشد که در این حالت ذینفع می‌تواند با اثبات وجود علل خاص ابطال که در قانون نسبت به رأی داوری پیش‌بینی شده است، درخواست ابطال آن را مطرح نماید. همچنین در مواردی ممکن است دادگاه خود رأی و با احراز یکی از علل بطلان که این هم در قانون نسبت به رأی داوری پیش‌بینی شده باشد، رأی را باطل اعلام نماید. اگرچه آرای داوری بین‌المللی کمتر توسط دادگاه‌ها باطل می‌شوند، اما در صورت ابطال چنین آرای، رأی مزبور دیگر در کشور محل ابطال قابل اجرا نخواهد بود و ممکن است ذینفع رأی داوری در مقام درخواست شناسایی یا اجرای آن در کشورهای دیگر برآید.

عهدنامه «شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک» (من بعد «عهدنامه» یا «عهدنامه نیویورک»)<sup>248</sup> که به منظور تسهیل شناسایی و اجرای آرای داوری (به ویژه) در کشورهای دیگری به غیر از کشور

<sup>247</sup> - برای مثال، ماده 69 قانون داوری انگلستان (1996) پژوهش‌خواهی از رأی داوری البته در موضوعات حکمی را در شرایط خاصی پیش‌بینی نموده است:

Section 69: '(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. [...] (2) An appeal shall not be brought under this section except: (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or (b) with the leave of the court'

<sup>248</sup> - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 – the "New York" Convention, United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 3.

برای مطالعه تفصیلی این عهدنامه، ن.ک:

A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, 1981; E. Gaillard, D. Di Pietro, & N. Leleu-Knobil (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in*

مقر داورى تنظيم گريده و 149 کشور (از جمله ايران) عضو آن هستند<sup>249</sup>، در بند (ه) ماده (1) خود به وضعيت شناسايي و اجراي آراي داورى ابطال شده پرداخته است<sup>250</sup>. در اين ماده مقرر شده است: «از شناسايي و اجراي آراي تنها در صورتي ممکن است، به تقاضاي طرفي که عليه او به رأی استناد شده، امتناع شود که آن طرف نزد مرجع صالحی که در آنجا تقاضاي شناسايي و اجراي رأی شده است، مدرک مثبتهاي ارائه نمايد که: [...] (ه) رأی هنوز نسبت به طرفين الزام آور نشده يا اینکه به وسيله مرجع صالح کشوري که رأی در آنجا، يا تحت قانون آنجا، صادر شده، ابطال يا معلق گريده است».

شناسايي و اجراي آراي داورى باطل شده يکي از بحث برانگيز ترين موضوعات حقوق داورى مي باشد که هنوز اتفاق نظر ميان رويه قضايي و دکترین حقوقي در خصوص آن ايجاد نشده و حتى مذاکرات صورت گرفته در نهاد آنسيترال (کميسیون حقوق تجارت بين الملل سازمان ملل متحد) نیز منجر به اتخاذ تصميم واحدی در اين خصوص نگريده است<sup>251</sup>. در اين نوشتار «ابطال رأی داورى و آثار آن» در قسمت اول و همچنين «رويکردهاي خاص در شناسايي و اجراي آراي داورى باطل شده» در قسمت دوم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### قسمت اول: ابطال رأی داورى و آثار آن

بند (ه) ماده (1) عهده نامه نيويورک گرچه «ابطال» راي داورى توسط مرجع صالح را به عنوان يکي از موانع شناسايي و اجراي آن معرفي نموده است، اما به تعريفی از مفهوم «ابطال» نپرداخته و مشخص نکرده است که در چه صورتي یک رأی داورى باطل شده محسوب مي شود و اين سکوت در مواردی منجر به صدور آرايی متعارض و حتي قابل بحث گريده است<sup>252</sup>. به هر صورت به نظر مي رسد که دادگاه خارجي صالح بر اساس عهده نامه بايد

*Practice*, Cameron May, 2008; H. Kronke & Others (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010.

همچنين براي مطالعه اين عهده نامه به زبان فارسي، ن.ک: نيکبخت، حميد رضا، شناسايي و اجراي آراي داورى ها در ايران، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش هاي بازرگاني، 1391.

<sup>249</sup> - < <http://www.uncitral.org> >.

<sup>250</sup> - در رابطه با شناسايي و اجراي آراي داورى باطل شده (به طور کلي) ن.ک:

H. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, 2002; C. Alfons, *Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: An Analysis of the Legal Framework and Its Interpretation in Case Law and Literature*, Peter Lang, 2010.

همچنين براي تحليل رويه قضايي برخي از کشورها در اين رابطه، ن.ک:

F. Weinacht, *Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany*, 19(4) J. Int'l. Arb., 2002, pp. 313-36; G. J. Horvath, *What Weight Should be Given to the Annulment of an Award under the Lex Arbitri?: The Austrian and German Perspective*, 26(2) J. Int'l. Arb., 2009, pp. 249-66; C. Koch, *The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin: The French and US Experience*, 26(2) J. Int'l. Arb., 2009, pp. 267-92; M. D. Slater, *On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy*, 25(2) Arb. Int'l., 2009, pp. 271-92.

<sup>251</sup> - UNCITRAL Secretariat Note, *International Commercial Arbitration: Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration*, (6 April 1999), U.N. Doc. A/CN.9/460, para. 128-144; UNCITRAL Report on the Work of Its Thirty-Second Session (17 May - 4 June 1999), U.N. Doc. A/54/17, para. 374-5.

- براي مثال در رابطه با اینکه آیا صدور دستور «استرداد» رأی از سوي دادگاه صالح به معنای ابطال رأی داورى مزبور مي باشد يا <sup>252</sup> خير، آراي متعاضي صادر گريده است:

Cour d'Appel [Court of Appeal], Rouen, 13 November 1984 (*Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (SEEE) by its liquidator Mme Y Cleja (France) v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia, International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank) and the French State*), Y.B. Com. Arb., vol. 11, 1986, pp. 491-9 (**France no. 8**); Cf. Hoge Raad [Supreme Court], 7 November 1975 (*Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises-SEEE (France) v. Federal Republic of Yugoslavia*), Y.B. Com. Arb., vol. 1, 1976, pp. 195-98 (**Netherlands no. 2D**).

همچنين پژوهش خواهي ماهوي (و نه ابطال) رأی داورى توسط دادگاه مقر داورى، مانع شناسايي و اجراي آن در یک کشور ديگر دانسته نشده است:

Tribunal de Première Instance [Court of First Instance], Brussels, 6 December 1988 (*Société Nationale pour la Recherche, le Transport et la Commercialisation des Hydrocarbures (SONATRACH) (Algeria) v. Ford, Bacon and Davis Incorporated (US)*), Y.B. Com. Arb., vol. 15, 1990, pp. 370-7 (**Belgium no. 7**).

صریحا «ابطال» رأی داور را اعلام نموده باشد، در غیر این صورت باید درخواست عدم شناسایی و اجرای رأی داور بر مبنای موانع دیگر مقرر در عهدنامه به عمل آید. در ادامه مرجع صالح ابطال رأی داور و همچنین آثار ابطال رأی داور توسط مرجع صالح به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### الف - مرجع صالح ابطال رأی داور

عهدنامه نیویورک در ماده (1)1، شناسایی و اجرای دو دسته از آرای داور را مورد نظر قرار داده است: دسته اول آرای است که در یک کشور خارجی صادر شده است (آرای خارجی) و دسته دوم آرای است که در کشوری که شناسایی و اجرای آن‌ها تقاضا می‌شوند صادر شده، اما آرای داخلی محسوب نمی‌گردند (آرای غیر داخلی)<sup>253</sup>. در رابطه با هر دو دسته رأی مزبور، ماده (ه) (1)5 عهدنامه نیویورک با ایجاد تمایز میان «صلاحیت اولیه» و «صلاحیت ثانویه» کشورها در رابطه با رأی داور، تنها امکان ابطال رأی از سوی کشورهای دارای صلاحیت اولیه (یعنی کشوری که رأی در قلمرو آن و یا تحت قانون آن صادر شده است) را ممکن و واجد اثر دانسته است و کشورهای دیگر عهدنامه (حتی کشور مورد توافق طرفین قرارداد داور برای ابطال رأی داور)<sup>254</sup> که دارای صلاحیت ثانویه هستند، حق ابطال رأی را ندارند و نهایتاً می‌توانند تنها از شناسایی و اجرای رأی داور امتناع نمایند<sup>255</sup>. گفته شده است که در رابطه با مواردی نیز که شناسایی و اجرای آرای داور «غیر داخلی» بر طبق عهدنامه به عمل می‌آید، دادگاه صلاحیت اولیه مبنی بر ابطال رأی را خواهد داشت زیرا رأی در قلمرو آن صادر شده است و پس از ابطال رأی بر طبق قانون ملی خود، از شناسایی و اجرای آن با استناد به ماده (ه) (1)5 عهدنامه خودداری خواهد نمود<sup>256</sup>.

اگرچه الزامی در مورد اینکه کدام کشور (کشور محل صدور رأی یا کشوری که قانون آن حاکم بر داور است) ابتدا مورد استفاده قرار گیرد، وجود ندارد<sup>257</sup> اما گفته شده است که از میان دو کشور مزبور، (با توجه به اوضاع و احوال هر پرونده) تنها یکی از آنها در هر مورد صلاحیت ابطال رأی را دارند و نمی‌توان بیان داشت که در هر موردی محکوم علیه رأی داور می‌تواند درخواست ابطال رأی را در هر دو کشور مزبور مطرح نماید<sup>258</sup>. در همین رابطه دیوان عالی هند نیز اعلام داشته است دادگاه کشوری که رأی تحت قانون آنجا صادر شده است، تنها در صورتی می‌تواند درخواست ابطال رأی داور را مورد بررسی قرار دهد که کشوری که رأی در آنجا صادر شده (مقر داور)

<sup>253</sup> - “Nondomestic Award”; A. J. Van den Berg, *When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?*, 6(1) Pace L. Rev., 1985, pp. 25-41.

<sup>254</sup> - United States District Court, District of Columbia, 21 January 2011 (*International Trading and Industrial Investment Company (f/k/a International Trading and Investment Company) v. DynCorp Aerospace Technology (US) et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 415-9 (US no. 727); Cf. Cour d’Appel [Court of Appeal], Paris, 17 June 2004 (*Michel Le Parmentier, et al v. Société Miss France, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 30, 2005, pp. 119-24.

<sup>255</sup> - Supreme Court of Hong Kong, High Court, Miscellaneous Proceedings, 2 March 1991 (*Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Company Limited v. FM International Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 18, 1993, pp. 377-84 (Hong Kong no. 2) sub. 19; United States Court of Appeals, Second Circuit, 7 September 2007 (*Karaha Bodas Company, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 1009-23 (US no. 627) sub. 19; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (US no. 482) sub. 5; United States Court of Appeals, Third Circuit, 19 November 2009 (*Steel Corporation of the Philippines v. International Steel Services, Inc*), Y.B. Com. Arb., vol. 35, 2010, pp. 501-4 (US no. 688).

<sup>256</sup> - United States District Court, Southern District of New York, 23 February 2010 (*Scandinavian Reinsurance Company Limited v. St Paul Fire & Marine Insurance Co et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 366-9 (US no. 713).

<sup>257</sup> - نیکبخت، حمید رضا، پیشین (زیرنویس ش. 1)، ص 140.

<sup>258</sup> - برای مشاهده نقل دیدگاه متخصصان حقوق داور در این رابطه، ن.ک:

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (US no. 482) sub. 59.

فاقد چنین صلاحیتی بر طبق قانون ملی خود بوده باشد، در غیر این صورت ممکن است احکام متعارضی از دو کشور مزبور صادر گردد<sup>259</sup>.

جالب توجه است که اگرچه «ابطال» رأی داورى توسط مرجع صالح می‌تواند به عنوان مانع شناسایی و اجرای آن در کشورهای دیگر عضو عهدنامه تلقی گردد (اثر فراسرزمینی ابطال رأی داورى)، صدور دستور مبنی بر رد شناسایی و اجرای رأی در یک کشور نمی‌تواند مانع شناسایی و اجرای آن در کشور دیگر عضو عهدنامه باشد (اثر سرزمینی رد شناسایی و اجرای رأی)<sup>260</sup>.

در ادامه کشورهایایی که می‌توانند درخواست ابطال آرای داورى را پذیرفته و مورد بررسی قرار دهند (کشورهای دارای صلاحیت اولیه) یعنی «کشوری که رأی در آنجا صادر شده» و همچنین «کشوری که رأی تحت قانون آنجا صادر شده» است، به ترتیب بررسی خواهند شد.

### 1- کشوری که رأی در آنجا صادر شده (مقر داورى)

مرجع صالحی که صلاحیت ابطال رأی داورى را دارد، اصولاً دادگاه کشوری است که رأی در آنجا صادر شده که از آن تحت عنوان «مقر داورى»<sup>261</sup> یاد می‌شود<sup>262</sup>. مقر داورى نیز ممکن است متفاوت از محل تشکیل جلسات رسیدگی داورى یا محل امضای رأی باشد، بدین معنا که مقر داورى مفهومی کاملاً حقوقی بوده و دارای آثار مهمی از جمله تعیین کشوری است که دادگاه آن صلاحیت ابطال رأی داورى را دارد و تعیین آن ابتدائاً متکی به اراده طرفین قرارداد داورى است؛ مقر داورى به هیچ وجه دارای مفهومی فیزیکی و مکانی نمی‌باشد که وابسته به محل تشکیل جلسات استماع یا امضای رأی باشد<sup>263</sup>. برای مثال ماده 20 قانون داورى نمونه آنسیترال (1985 با اصلاحات 2006) مقرر داشته است: «(1) طرفین آزادند در مورد محل داورى توافق کنند. در صورت نبود چنین توافقی، محل داورى با توجه به اوضاع و احوال دعوا، از جمله راحتی طرفین، توسط دیوان داورى تعیین خواهد شد. (2) با وجود مقررات بند (1) این ماده، دیوان داورى می‌تواند، مگر آنکه بین طرفین به نحو دیگری موافقت شده باشد، برای شور بین اعضا، برای استماع شهادت شهود، نظریه کارشناسان یا اظهارات طرفین، یا برای بازرسی کالا، سایر اموال یا مدارک، در هر محلی که خود مقتضی تشخیص دهد تشکیل جلسه دهد»<sup>264</sup>. ماده (3) 31 نیز در رابطه با شکل و مفاد رأی بیان می‌دارد: «رأی تاریخ خود و محل داورى را به صورتی که در ماده (1) 20 تعیین شده، ذکر خواهد کرد. فرض خواهد شد رأی در آن محل صادر گردیده است»<sup>265</sup>.

<sup>259</sup> - Supreme Court of India, 6 September 2012 (*Bharat Aluminium Co v. Kaiser Aluminium Technical Service, Inc*), Civil Appeal no. 7019 of 2005.

<sup>260</sup> - Tribunal Supremo [Suprem Court], 16 April 1996 (*Actival Internacional SA v. Conservas El Pilar SA*), Y.B. Com. Arb., vol. 27, 2002, pp. 528-32 (**Spain no. 33**) sub. 7; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (**US no. 482**) sub. 5; A. J. Van den Berg, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009*, 27(2) J. Int'l Arb., 2010, p. 182.

<sup>261</sup> - The Seat/Place of arbitration.

<sup>262</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 1 above), p. 350.

<sup>263</sup> - French Cour de Cassation [Supreme Court], 28 October 1997, (*Société Procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye*), 2 Rev. Arb., 1998, pp. 399-407; J. Lew, L. A. Mistelis & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 645-6; G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 2, 3<sup>rd</sup> edn., Kluwer Law International, 2009, p. 2368.

<sup>264</sup> - همچنین ن.ک: ماده 20 قانون داورى تجارى بین‌المللی ایران (1376) و ماده 18 قواعد داورى آنسیترال (2010). ماده 53 قانون داورى انگلستان (1996) نیز بیان داشته است:

‘Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated as made there, regardless of where it was signed, dispatched or delivered to any of the parties’.

<sup>265</sup> - همچنین ن.ک: ماده (3) 30 قانون داورى تجارى بین‌المللی ایران (1376) و ماده (4) 34 قواعد داورى آنسیترال (2010).



گفته شده است که تعیین مقر داوری در رابطه با «داوری‌های برخط»<sup>266</sup> با دشواری بیشتری روبه‌رو است<sup>267</sup>، با این وجود در این نوع از داوری‌ها نیز تعیین مقر داوری ابتدائاً متکی به اراده طرفین قرارداد داوری است و در صورتیکه چنین انتخابی توسط آنان صورت نگرفته باشد، دیوان داوری می‌تواند آن را تعیین نماید. به منظور پیش‌گیری از هرگونه ابهام در این مورد، لازم است ارائه‌دهنده خدمات داوری برخط، در شروط نمونه داوری و یا در قواعد داوری‌های برخط خود، صریحاً مقر داوری را تعیین نماید<sup>268</sup>.

## 2 - کشوری که رأی تحت قانون آنجا صادر شده

ماده (ه) (1) 5 عهدنامه امکان ابطال رأی توسط دادگاه کشوری که رأی تحت قانون آنجا صادره شده است را نیز ممکن دانسته است بدون آنکه معنا و مفهوم «قانون» در عبارت «رأی تحت قانون آنجا صادر شده است» را مشخص نماید. به همین دلیل در طول زمان سه رویکرد متفاوت در رابطه با تعیین مفهوم «قانون» شکل گرفته است؛ در دیدگاه اول، قانون کشوری مورد نظر است که حاکم بر «ماهیت اختلاف» بوده که این ادعا در مواردی مطرح شده و صریحاً از سوی برخی محاکم رد شده است<sup>269</sup>. بر طبق دیدگاه دوم، قانون کشوری مورد نظر است که حاکم بر «قرارداد داوری» بوده است که این دیدگاه در رویه قضایی کشور پاکستان (پیش از الحاق به عهدنامه نیویورک) و رویه قضایی سابق کشور هند، وجود داشته است<sup>270</sup>. بر طبق دیدگاه سوم (که همواره دیدگاه غالب بوده است) منظور از قانون، قانون کشوری است که حاکم بر «آیین داوری» می‌باشد، یعنی در مواردی که طرفین مقر داوری را کشور الف تعیین می‌نمایند اما قانون ملی کشور ب (و نه قواعد داوری سازمان‌های داوری مستقر در کشور خارجی) را به عنوان قانون حاکم بر «آیین داوری» برمی‌گزینند<sup>271</sup>. اگرچه لازم به ذکر است که با انتخاب مقر داوری، فرض بر این خواهد بود که قانون همان کشور بر آیین داوری حاکم بوده است و ادعای خلاف آن باید توسط مدعی اثبات گردد<sup>272</sup>.

<sup>266</sup> - On-line arbitration.

<sup>267</sup> - Kronke & Others (eds.), *op. cit.* (no. 1 above), p. 320: 'The determination of the place of arbitration may be problematic where the arbitration is to take place over the Internet [...] one solution may be that parties determine a "fictitious" place of arbitration. Another solution is the *lex loci arbitri*, namely that the place of arbitration could be the arbitrator is. It has also been suggested that the place of arbitration could be the geographical of the server computer through which the arbitration is taking place' (footnotes omitted).

<sup>268</sup> - G. Kaufmann-Kohler, T. Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges For Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004, p. 167.

<sup>269</sup> - United States District Court, Southern District of New York, 24 August 1990 (*International Standard Electric Corporation v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera, Industrialy Comercial*), Y.B. Com. Arb., vol. 17, 1992, pp. 639-52 (**US no. 115**); High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, 20 December 2002 and 27 March 2003 (*Karaha Bodas Co LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara - Pertamina*), Y.B. Com. Arb., vol. 28, 2003, pp. 752-89 (**Hong Kong no. 17**) sub. 24; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (**US No. 482**) sub. 9.

<sup>270</sup> - Supreme Court of Pakistan, 10 June 1998 (*Hitachi Limited, et al v. Rupali Polyester et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 25, 2000, pp. 486-511; Supreme Court, 7 May 1992 (*National Thermal Power Corporation v. The Singer Company and others*), Y.B. Com. Arb., vol. 18, 1993, pp. 403-14 (**India no. 21**); Kronke & Others (eds.), *op. cit.* (no. 1 above), pp. 322-4.

<sup>271</sup> - United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 3 July 1996 (*M&C Corp v. Erwin Behr GmbH & Co, KG*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, pp. 993-1000 (**US no. 229**); United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (**US no. 482**) sub. 9; Van den Berg, *op. cit.* (no. 1 above), p. 350; Born, *op. cit.* (no. 17 above), p. 1310.

<sup>272</sup> - United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (**US no. 482**) sub. 29 and 60; United States Court of Appeals, Third Circuit, 19 November 2009 (*Steel Corporation of the Philippines v. International Steel Services, Inc*), Y.B. Com. Arb., vol. 35, 2010, pp. 501-4 (**US no. 688**); Supreme Court of India, 6 September 2012 (*Bharat Aluminium Co v. Kaiser Aluminium Technical Service, Inc*), Civil Appeal no. 7019 of 2005.



برگزاری داورى بدین شکل به دلیل مشکلات عملي و امکان تعارض صلاحیت دادگاهها، مورد انتقاد نویسندگان داورى قرار گرفته است<sup>273</sup> و اگرچه در سالهاي دورتر امکان داشته است که مثلاً داورى در انگلستان اما به موجب قانون داورى هند برگزار شود اما امروزه به ندرت در عمل دیده می شود<sup>274</sup> و چنین آرایي اصولاً قابل ابطال در دادگاه كشوري که قانون آن حاکم بر آیین داورى بوده است نیز نمی باشند، زیرا اگرچه به موجب ماده (ه) (1) 5 عهدنامه، هر دو كشوري که رأی در آنجا یا تحت قانون آنجا صادر شده است دارای صلاحیت اولیه به منظور ابطال رأی داورى می باشند اما كشورهاي مزبور درخواست ابطال رأی داورى را بر طبق قانون خود (قانون مقر) بررسی می نمایند. در این رابطه هرچند در بیشتر قوانین ملی کشورها امکان تعیین قواعد آیین داورى توسط طرفین قرارداد داورى (در مواردی که چنین انتخابی مخالف مقررات آمرانه قانون مقر داورى نباشد) فراهم شده است اما در عین حال درخواست ابطال رأی داورى تنها در صورتی ممکن می باشد که رأی مزبور محصول داورى باشد که مقر آن در همان کشور بوده است<sup>275</sup>. بنابراین اصولاً دادگاه كشوري که رأی در آنجا صادر شده است (مقر داورى)، «تنها» دادگاه صلاحیت دار در رابطه با ابطال رأی داورى به دلیل وجود مقر داورى در آن کشور است و نه کشور دیگری که قانون آن حاکم بر آیین داورى بوده است<sup>276</sup>.

## ب- آثار ابطال رأی داورى توسط مرجع صالح

رأی داورى اصولاً در مقام حل و فصل «اختلاف» ایجاد شده میان طرفین قرارداد داورى صادر می شود و معمولاً تکلیف انجام عملي را بر عهده یکی از طرفین قرار می دهد. پس از ابطال رأی توسط دادگاه، روابط حقوقی طرفین از نظر تعهدات متقابل پیچیده تر می شود. این پیچیدگی از دو جهت قابل تأمل است: از یک طرف ابطال رأی بدین معناست که «اختلاف» ارجاع شده به دیوان داورى حل و فصل نگردیده است زیرا رأیی که چنین اختلافی را مورد توجه قرار داده بود، ابطال شده است و طرفین باید همچنان به دنبال راه حل دیگری به منظور حل و فصل «اختلاف» سابق خود باشند. از طرف دیگر طرفین در برابر «رأی داورى» ابطال شده ای قرار دارند که طرفی را که ملزم به انجام اقداماتی نموده است، از تعهد رها می کند در حالیکه طرف دیگر (محکوم له) را خواهان شناسایی و اجرای رأی در کشورهاي دیگر نموده است. بنابراین مهمترین آثار ابطال رأی را باید «امکان ارجاع مجدد اختلاف به داورى» و «عدم شناسایی و اجرای رأی داورى (باطل شده) در کشورهاي عضو عهدنامه نیویورک» دانست که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## 1 - امکان ارجاع مجدد اختلاف به داورى

<sup>273</sup> - United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 2004 (*Karaha Bodas Co, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 1262-302 (US no. 482) sub. 11: 'Authorities on international arbitration describe an agreement providing that one country will be the site of the arbitration but the proceedings will be held under the arbitration law of another country be terms such as "exceptional", a "purely academic invention", "almost never used in practice", a possibility "more theoretical than real", and a "once-in-a-blue-moon set of circumstances". Commentators note that such an agreement would be complex, inconvenient, and inconsistent with the selection of a neutral forum as the arbitral forum' (footnotes omitted).

<sup>274</sup> - Queen's Bench Division (Commercial Corn), 22 December 1992 (*Union of India v. McDonnell Douglas Corporation*), Y.B. Com. Arb., vol. 19, 1994, pp. 235-9.

<sup>275</sup> - مانند کشورهایی که از قانون داورى نمونه آنسیترال (1985 با اصلاحات 2006) به عنوان راهنمای قانون گذاری استفاده نموده اند. ماده (1) 19 این قانون مقرر داشته است: «طرفین آزادند در خصوص آیینی که برای اداره رسیدگی می بایست توسط دیوان داورى اتخاذ شود، با رعایت مقررات این قانون، موافقت نمایند» (همچنین ن.ک: ماده (1) 19 قانون داورى تجاری بین المللی ایران (1376)). ماده (2) 1 قانون داورى نمونه آنسیترال نیز در همین رابطه مقرر داشته است: «مقررات این قانون، به استثنای مواد 8، 9، 35 و 36، فقط در صورتی که محل داورى در قلمرو این کشور باشد قابل اعمال است» (همچنین ن.ک: ماده 6 قانون داورى تجاری بین المللی ایران (1376)). بنابراین اعمال ماده 34 این قانون نمونه در رابطه با ابطال آرای داورى فقط در صورتی ممکن است که محل داورى در قلمرو کشور مزبور بوده باشد.

<sup>276</sup> - United States Court of Appeals, Second Circuit, 10 September 1997 (*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, WLL v. Toys "R" Us, Inc and TRU (HK) Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 23, 1998, pp. 1058-67 (US no. 261) sub. 15; International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, 2011, p. 102.

پس از ابطال رأی داور، طرفین باید برای حل و فصل اختلاف خود مجدداً به مرجع صلاحیت‌دار مراجعه نمایند. چنین مرجع صلاحیت‌داری ممکن است همان دیوان داور، یک دیوان داور دیگر و یا دادگاه باشد. دو دیدگاه افراطی در رابطه با اثر ابطال رأی در داورهای تجاری بین‌المللی مطرح شده است<sup>277</sup>: بر طبق دیدگاه اول با ابطال رأی داور، قرارداد داور نیز بی‌اعتبار گردیده و طرفین باید دعوی خود را در دادگاه مطرح نمایند مگر اینکه به نحو دیگری توافق نموده باشند<sup>278</sup>؛ بر طبق دیدگاه دوم صرف ابطال رأی داور منجر به بی‌اعتبار شدن قرارداد داور نشده و هر یک از طرفین می‌توانند اختلاف خود را به دیوان داور دیگری ارجاع نمایند<sup>279</sup>.

به نظر می‌رسد راه حل مناسب مبتنی بر تفکیک علل ابطال رأی داور باشد<sup>280</sup>؛ بدین معنا که پاره‌ای از دلایلی که منجر به ابطال رأی می‌شوند به گونه‌ای می‌باشند که در صورت صدور رأی مجدد، باز هم چنین عللی ایجاد خواهد شد و به بیان دیگر رأی داور دوم نیز قابل ابطال خواهد بود مانند ایراداتی که مرتبط با خود قرارداد داور می‌باشند، در این صورت با ابطال رأی داور اعتبار قرارداد داور نیز از میان می‌رود<sup>281</sup>. بنابراین در این موارد امکان ارجاع مجدد اختلاف طرفین به داور (حداقل در کشوری که حکم به ابطال رأی داده است) ممکن نخواهد بود. در صورتیکه رأی داور به دلیل ایرادات آیین داور (همچون فقدان «دادرسی منصفانه»<sup>282</sup>) ابطال شود، قرارداد داور اصولاً همچنان معتبر بوده و اختلاف سابق باید مجدداً به دیوان داور ارجاع گردد مگر اینکه موانع دیگری (همچون ایراد مرور زمان) وجود داشته باشد<sup>283</sup>.

پس از صدور رأی و گذشت فرجه‌های مقرر شده در قانون برای اصلاح یا تفسیر رأی و یا صدور رأی اضافی، مأموریت دیوان داور به اتمام رسیده و قاعده «فراغ دادرسی»<sup>284</sup> حکم‌فرما خواهد بود و ابطال رأی نمی‌تواند فی‌نفسه موجب تشکیل مجدد دیوان داور سابق گردد. در این صورت اختلاف سابق طرفین باید پس از تشکیل یک دیوان داور جدید (که ممکن است همراه با تغییر داوران نیز باشد)، به آن دیوان ارجاع شود<sup>285</sup>. پس از ارجاع مجدد اختلاف به دیوان داور جدید، داوران باید تا حد ممکن به منظور پیش‌گیری از ابطال مجدد رأی از حکم دادگاه تبعیت نموده و ایراداتی که منجر به ابطال رأی سابق گردیده بود را مرتفع نمایند زیرا اصولاً دیوان‌های داور باید تمام تلاش خود را برای صدور رأی که از نظر قانونی قابل اجرا می‌باشد به کار گیرند.

<sup>277</sup> - گفته شده است که در داورهای داخلی، دادگاه باید پس از ابطال رأی داور، نسبت به ماهیت دعوی نیز حکم صادر نماید. برای مثال ن.ک: ماده (2) 830 قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا (با اصلاحات 2006)، ماده 1493 قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات 2011) و ماده 491 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (1379).  
<sup>278</sup> - برای مثال ماده 1067 قانون آیین دادرسی مدنی هلند (1986) مقرر داشته است:

‘As soon as a decision to set aside the award has become final, the jurisdiction of the court shall revive, unless otherwise agreed by the parties’.

<sup>279</sup> - Born, *op. cit.* (no. 18 **above**), pp. 2699-700.

<sup>280</sup> - برای مثال ن.ک: ماده (5) 1059 قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (1998) (به طور ضمنی):

‘Setting aside the arbitral award shall, *in the absence of any indication to the contrary*, result in the arbitration agreement becoming operative again in respect of the subject-matter of the dispute’ (Emphasize added).

و همچنین ن.ک: ماده 1067 لایحه اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی هلند (2012):

‘As soon as a decision to set aside the award has become final, the jurisdiction of the court shall revive, *if and to the extent that the arbitral award has been set aside on the ground of absence of a valid arbitration agreement. If and to the extent that the arbitral award is set aside on another ground, the arbitration agreement shall remain valid*, unless otherwise agreed by the parties’ (Emphasize added);

< [http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/amsterdam/120313\\_Netherlands\\_Arbitration\\_Act\\_comparison.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/amsterdam/120313_Netherlands_Arbitration_Act_comparison.pdf) >  
accessed 19 October 2012.

<sup>281</sup> - E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, para. 741.

<sup>282</sup> - “Due process”.

<sup>283</sup> - N. Blackaby & Others (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5<sup>th</sup> edn., Oxford University Press, 2009, para. 10-90.

<sup>284</sup> - “*Functus officio*”.

<sup>285</sup> - Born, *op. cit.* (no. 18 **above**), p. 2700.

با این وجود در برخی از قوانین امکان ارجاع اختلاف طرفین به دیوان داور سابق، توسط دادگاه ابطال‌کننده رأی پیش‌بینی شده است. برای مثال ن.ک: ماده 191 قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس (1978) و ماده (4) 1059 قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (1998).

## 2 - عدم شناسایی و اجرای در کشورهای عضو عهدنامه نیویورک

پس از ابطال رأی داور، رأی مزبور اعتبار حقوقی خود را از دست داده و در کشور محل ابطال و همچنین در دیگر کشورها نباید قابل اجرا باشد<sup>286</sup>، زیرا پس از ابطال، دیگر «رأیی وجود ندارد» تا اجرا گردد<sup>287</sup>. اگرچه این قاعده کلی صریحا در ماده (ه) (1) عهدنامه نیویورک منعکس نشده است، اما این دیدگاه یعنی رد شناسایی و اجرای رأی داور ابطال شده، همواره به عنوان رویه قضایی غالب در میان کشورهای عضو عهدنامه وجود داشته است<sup>288</sup>.

<sup>286</sup> - Gaillard & Savage (eds.), *op. cit.* (no. 39 **above**), para. 1687; Blackaby & Others (eds.), *op. cit.* (no. 41 **above**), para. 10-89.

<sup>287</sup> - Tribunal Supremo [Supreme Court], 16 April 1996 (*Activial Internacional SA v. Conservas El Pilar SA*), Y.B. Com. Arb., vol. 27, 2002, pp. 528-32 (**Spain no. 33**) sub. 7; United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 25 May 2007 (*TermoRio SA ESP, et al v. Electranta SP (Colombia), et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 955-69 (**US no. 621**) sub. 10; Court of Appeal, 18 June 2008 (*IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 408-32 (**British Virgin Island no. 1**) sub. 3.

همچنین در مواردی از رأی ابطال شده به عنوان رأیی که «الزام آور» نمی‌باشد نیز یاد شده است:

Oberlandesgericht [Court of Appeal], Rostock, 28 October 1999 (*Not Indicated v. Not Indicated*), Y.B. Com. Arb., vol. 25, 2000, pp. 717-20 (**Germany no. 51**) sub. 5 [= CLOUT Case No. 372 (Oberlandesgericht Rostock, Germany, 1 Sch 03/99, 28 Octobre 1999)]; Tribunal Fédéral [Supreme Court], Second Civil Chamber, 21 February 2005 and 3 January 2006 (*Buyer v. Seller*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 619-28 (**Switzerland no. 39**) sub. 12.

برای دیدن نظر مخالف که بر اساس دیدگاه «غیرملی نمودن» داور، ابطال رأی را فی‌نفسه موجب بی‌اعتبار (و غیرالزام آور) شدن آن نمی‌داند و معتقد است که پس از ابطال نیز رأی داور همچنان وجود حقوقی دارد، ن.ک:

Cour de Cassation [Supreme Court], 23 March 1994 (*Hilmarton Ltd v. Omnium de traitement et de valorisation - OTV*), Y.B. Com. Arb., vol. 20, 1995, pp. 663-5 (**France no. 23**) sub. 5; Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 18 January 2007 (*SA Lesbats et Fils v. Dr Volker Grub*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 297-8 (**France no. 41**) sub. 3; Born, *op. cit.* (no. 18 **above**), p. 2693.

<sup>288</sup> - برای مثال در حقوق آلمان ن.ک:

Oberlandesgericht [Court of Appeal], Rostock, 28 October 1999 (*Not Indicated v. Not Indicated*), Y.B. Com. Arb., vol. 25, 2000, pp. 717-20 (**Germany no. 51**); Bundesgerichtshof [Supreme Court], 22 February 2001 (*Claimant (nationality not indicated) v. Defendant (nationality not indicated)*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 724-8 (**Germany no. 63**); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Dresden, 31 January 2007 (*Supplier v. State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 510-6 (**Germany no. 110**); Bundesgerichtshof [Supreme Court], 21 May 2007 (*Supplier v. State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 504-9 (**Germany no. 118**); Alfons, *op. cit.* (no. 1 **above**), pp. 108-15.

و همچنین در حقوق آمریکا:

United States Court of Appeals, Second Circuit, 12 August 1999 (*Baker Marine [Nig] Ltd v. Chevron [Nig] Ltd et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 24, 1999, pp. 909-14 (**US no. 288**); US District Court, Southern District of New York, 22 October and 29 November 1999 (*Martin I Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA*), Y.B. Com. Arb., vol. 25, 2000, pp. 1042-56 (**US no. 325**); United States District Court, District of Columbia, 17 March 2006 (*TermoRio SA ESP, et al v. Republic of Colombia*), Y.B. Com. Arb., vol. 31, 2006, pp. 1457-73 (**US no. 575**); United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 25 May 2007 (*TermoRio SA ESP, et al v. Electranta SP (Colombia), et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 955-69 (**US no. 621**); Born, *op. cit.* (no. 18 **above**), p. 2681-7.

و در حقوق کشورهای سوییس، سوئد، آنتیل هلند و جزایر ویرجین انگلستان (به ترتیب) ببینید:

Tribunal Fédéral [Supreme Court], 8 December 2003 (*A SA (Switzerland) v. B Co Ltd (British Virgin Islands) and C SA (Ecuador)*), Y.B. Com. Arb., vol. 29, 2004, pp. 834-42 (**Switzerland no. 38**); Supreme Court, 13 August 1979, SO 1462 and Svea Court of Appeal (5th Dept.), Stockholm, 13 December 1978 (*AB Götaverken (Sweden) v. General National Maritime Transport Company (Libya)*), Y.B. Com. Arb., vol. 6, 1981, pp. 237-42 (**Sweden no. 1**); Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, 10 March 2009 (*Imanagement Services Ltd v. Çukurova Holding AS*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 733-5 (**Netherlands Antilles no. 3**); Court of Appeal, 18 June 2008 (*IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 408-32 (**British Virgin Island no. 1**).

گفته شده است که دلیل منطقی این قاعده مبتنی بر تمرکز کنترل قضایی روند داور در کشور مقر آن است، زیرا رأی داور در بیشتر موارد محصول نظام حقوقی حاکم بر داور در مقر آن است و این نظام حقوقی نیز متشکل از «قانون داور» و «دادگاه‌ها» می‌باشد. بنابراین چه نهادی بهتر از دادگاه مقر داور می‌تواند درباره درستی روند داور تصمیم بگیرد؟ وجود چنین قاعده کلی مانع از آن می‌شود که شخص ذینفع، رأی داور را از کشوری به کشور دیگر ببرد تا نهایتاً موفق به اجرای رأی مزبور در کشوری گردد که ابطال را مانع اجرا نمی‌داند.<sup>289</sup>

در صورتیکه رأی داور باطل شده در کشوری اجرا گردد، ممکن است امکان شناسایی و اجرای رأی داور دوم (که پس از ارجاع مجدد اختلاف سابق طرفین به داور صادره شده و حتی ممکن است مغایر رأی اول باشد) در همان کشور از میان برود، زیرا شناسایی و اجرای رأی دوم می‌تواند مخالف با قاعده اعتبار امر مختوم دستور دادگاه مبنی بر شناسایی و اجرای رأی داور اول باشد.<sup>290</sup> این در حالی است که رأی داور دوم ممکن است در کشورهای دیگر اجرا گردد، چنین پیامدی طرفین قرارداد داور را تحت تعهدات متعارضی در کشورهای گوناگون قرار خواهد داد. به همین دلیل اعمال قاعده کلی عدم شناسایی و اجرای رأی باطل شده، می‌تواند کاملاً از بروز چنین وضعیتی ناخوشایندی اجتناب نماید. حتی می‌توان چنین بیان داشت که در صورتیکه پس از شناسایی و اجرای رأی داور در یک کشور متعاهد (کشور الف)، متعاقباً رأی داور مزبور در دادگاه کشور مقر آن (کشور ب) ابطال گردد، در این صورت امکان طرح درخواست توسط ذینفع مبنی بر لغو دستور شناسایی و اجرای رأی باطل شده در آن کشور (کشور الف) قابل دفاع باشد.<sup>291</sup>

چنانچه رأی باطل شده در کشور محل صدور، در کشوری دیگر اجرا شود، بدان معناست که دادگاه‌های کشور محل اجرا، حکم دادگاه کشور محل صدور (یعنی حکم باطل‌کننده رأی داور) را مورد بررسی مجدد و قضاوت قرار داده‌اند و آن حکم را نپذیرفته‌اند، درحالی‌که دادگاه‌های کشور محل اجرا، مرجع پژوهش‌خواهی حکم دادگاه کشور مبنای رأی داور نیستند، ضمن آنکه آنها مرجع نهایی تصمیم‌گیری در مورد اعتبار یا عدم اعتبار رأی داور هم نیستند.<sup>292</sup> بنابراین اگرچه ابطال رأی داور می‌تواند بر اساس هرگونه دلیلی که در قانون مقر داور وجود داشته باشد، صورت پذیرد با این وجود دادگاهی که درخواست شناسایی و اجرای رأی باطل شده از آن به عمل آمده است، نباید به بررسی دلیلی که موجب ابطال رأی گردیده پردازد.<sup>293</sup> برای مثال دادگاه نباید به ارزیابی رعایت عدالت در دادگاه ابطال‌کننده رأی داور پردازد حتی اگر ابطال رأی توسط دادگاه یک کشور دیکتاتوری صورت گرفته باشد.<sup>294</sup>

### قسمت دوم: رویکردهای خاص ملی در شناسایی و اجرای آرای داور باطل شده

با وجود آنکه عدم شناسایی و اجرای رأی باطل شده در دادگاه صلاحیت‌دار، به عنوان یک قاعده کلی در ماده (ه) (1) 5 عهدنامه بیان گردیده است، در تعداد معدودی از کشورها رویه قضایی مخالفی شکل گرفته است. در مواردی نیز دکترین حقوقی تلاش نموده است تا با ارائه دیدگاه‌هایی جدید، شناسایی و اجرای آرای باطل شده را ممکن سازند. چنین رویکردهای خاصی، همواره در تعارض با اصل کلی «ضرورت اجرای یکنواخت عهدنامه» در کشورهای عضو آن بوده است به همین دلیل در بسیاری از موارد اتخاذ آنها در شرایط خاص و استثنایی صورت پذیرفته است به

<sup>289</sup> - United States Court of Appeals, Second Circuit, 12 August 1999 (*Baker Marine [Nig] Ltd v. Chevron [Nig] Ltd et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 24, 1999, pp. 909-14 (US no. 288); A. J. Van den Berg, *Enforcement of Annulled Awards?*, 9(2) ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., 1998, p. 15.

<sup>290</sup> - Cour de Cassation [Supreme Court], 10 June 1997 (*Omnium de Traitement et de Valorisation - OTV v. Hilmarton*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, pp. 696-8 (France no. 27); Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007 (*PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 299-302 (France no. 42).

<sup>291</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 1 above), p. 351.

برای مثال ماده (3) 1061 قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (1998) امکان طرح چنین درخواستی را پیش‌بینی نموده است: 'If the award is set aside abroad after having been declared enforceable, application for setting aside the declaration of enforceability may be made'.

<sup>292</sup> - نیکبخت، حمید رضا، پیشین (زیرنویس ش. 1)، صص 30 و 31.

<sup>293</sup> - United States Court of Appeals, Second Circuit, 10 September 1997 (*Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, WLL v. Toys "R" Us, Inc and TRU (HK) Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 23, 1998, pp. 1058-67 (US no. 261) sub. 19; Van den Berg, *op. cit.* (no. 1 above), p. 355.

<sup>294</sup> - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Dresden, 31 January 2007 (*Supplier v. State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 510-6 (Germany no. 110) sub. 5.



نحوي که رویه‌هاي قضايي بعدي در کشور مورد نظر، از اعمال قاعده کلي عدم شناسايي و اجراي آراي باطل شده حمايت نموده‌اند.

در ادامه سه رویکرد خاص به ترتيب تحت عنوان «اعمال اختيار حاصل از صدر ماده (1)5» در مبحث اول، «اعمال قوانين مطلوب‌تر» در مبحث دوم و همچنين «عدم امکان شناسايي حکم دادگاه خارجي» در مبحث سوم مورد بررسي قرار خواهد گرفت.

## الف - اعمال اختيار حاصل از صدر ماده (1)5 عهدنامه

صدر ماده (1)5 عهدنامه بيان داشته است که شناسايي و اجراي رأي «ممکن است» با اثبات يکي از موارد مندرج در آن ماده توسط طرفي که عليه او به رأي استناد شده، امتناع شود. در نتيجه دادگاه بدون آنکه الزامي در عدم شناسايي و اجراي رأي داشته باشد مي‌تواند علي‌رغم اثبات يکي از موارد مندرج در ماده (1)5، رأي داوري را اجرا نمايد که از اين اختيار تحت عنوان «قدرت اختياري مازاد»<sup>295</sup> ياد مي‌شود.

### 1 - اختلاف نسخه‌هاي عهدنامه در اعطاي اختيار به دادگاه

با وجود آنکه در بيشتر نسخه‌هاي عهدنامه در قالب زبان‌هاي به رسميت شناخته شده در سازمان ملل متحد (يعني زبان‌هاي انگليسي، اسپانيايي، روسي و چيني عهدنامه) از عبارت «ممکن است»<sup>296</sup> در صدر ماده (1)5 عهدنامه استفاده شده است، در نسخه زبان فرانسوي عهدنامه از واژه «بايد»<sup>297</sup> استفاده گرديده است، اين در حالي است که در ماده (2)5 تمامی زبان‌هاي عهدنامه، از عبارت «ممکن است» استفاده شده است<sup>298</sup>.

گفته شده است که نويسندگان عهدنامه عامدانه عبارت «ممکن است» را به جاي واژه «بايد» در صدر ماده (1)5 به کار برده‌اند تا هر یک از اعضاي عهدنامه بتواند بر مبناي قواعد داخلي خود تصميم بگيرد که آیا رأي داوري شرايط شناسايي و اجرا را در آن کشور دارا مي‌باشد يا خير<sup>299</sup>. با اين وجود همان‌طور که برخي از نويسندگان بيان داشته‌اند<sup>300</sup>، به نظر نمي‌رسد که چنين انتخابي عامدانه صورت پذيرفته باشد زيرا متن مذاکرات تنظيم عهدنامه نيز نشان‌دهنده بحث و بررسي در رابطه با انتخاب يکي از عبارت «ممکن است» يا واژه «بايد» نبوده و مذاکرات مذکور نشان‌دهنده بحث و بررسي در رابطه با تأثير ابطال رأي بر شناسايي و اجراي آن در ساير کشورها نيز نمي‌باشد<sup>301</sup>. لازم به ذکر است که اختلاف مزبور ميان زبان‌هاي مختلف عهدنامه، به قوانين ملي کشورها نيز راه‌يافته است. به طوريکه برخي از قوانين ملي مرتبط با شناسايي و اجراي آراي داوري خارجي، دادگاه‌هاي خود را صريحا ملزم به

<sup>295</sup> - “Residual discretionary power”; Supreme Court of Hong Kong, High Court, 13 July 1994 (*China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co Ltd*), Y.B. Com. Arb., vol. 20, 1995, pp. 671-80 (**Hong Kong no. 8**) sub. 1 and 25-29; Court of Appeal (Civil Division), 20 July 2009 (*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 887-925 (**UK no. 87**) sub. 46-50 and 59-76.

<sup>296</sup> - ‘Recognition and enforcement of the award may be refused [...]’ (Emphasize added).

<sup>297</sup> - ‘La reconnaissance et l’exécution de la sentence ne seront [= shall] refuses [...]’ (Emphasize added).

اگرچه برخي از نويسندگان (با ترجمه‌اي که از متن فرانسوي ارائه مي‌دهند) معتقدند که نسخه فرانسوي عهدنامه نيز اعمال اختيار مزبور را نفي نکرده است:

J. Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, 9(1) *ICC Int’l. Ct. Arb. Bull.*, 1998, pp. 14, 17: “[R]ecognition and enforcement of the award shall not be refused [...] unless [...]”.

<sup>298</sup> - P Lastehuse, “Why Setting Aside an Award is not Enough to Remove it from the International Scenes” (1999) 16(2) *J Int’l Arb* 25, 28.

<sup>299</sup> - J. Paulsson, *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics*, 2 *Arb. Int’l.*, 1998, p. 227; Kronke & Others (eds.), *op. cit.* (no. 1 above), pp. 309-10.

<sup>300</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 15 above), p. 186; G. Petrochilos, *Procedural law in international arbitration*, Oxford University Press, 2004, para. 7-87.

<sup>301</sup> - براي مشاهده متن مذاکرات مزبور، ن.ک:

< [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_travaux.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html) > (accessed 30 April 2013).

رد شناسایی و اجرای رأی در صورت اثبات ابطال آن نموده‌اند<sup>302</sup> و بعضی هم به دادگاه‌های کشورهای خود اختیار داده‌اند که رأی داور باطل شده را اجرا کنند<sup>303</sup>.

## 2 - محدود بودن اعمال اختیار داده شده به دادگاه

گفته شده است که اختیار اعطا شده به دادگاه در شناسایی و اجرای رأی توسط عهدنامه، بی‌حد و حصر نبوده و بر اساس اصول حقوقی شناخته شده می‌باشد<sup>304</sup>. رویه قضایی کشورهای عضو عهدنامه نشان‌دهنده اعمال اختیار حاصل از صدر ماده (1) 5 در دو مورد می‌باشد: یکی در جایی است که علت رد شناسایی یا اجرا تحت عهدنامه محدود و جزئی است (مانند نقض جزئی قواعد داور حاکم) و دیگری در جایی که شخص استنادکننده به مانع شناسایی و اجرای رأی داور، ایراد مزبور را در زمان رسیدگی داور مطرح ننموده است؛ در این صورت چنین شخصی از طرح مجدد ایراد مزبور در مرحله شناسایی و اجرای رأی منع می‌گردد<sup>305</sup>. در این دو جا دادگاه ممکن است از اختیار خود استفاده کند و دستور شناسایی یا اجرای رأی داور را صادر نماید.

به نظر می‌رسد اعمال اختیار مزبور تنها در مورد بندهای (الف) تا (د) ماده (1) 5 عهدنامه و نه در رابطه با شناسایی و اجرای رأی باطل شده (به دلیل فقدان یک رأی داور معتبر) امکان‌پذیر باشد<sup>306</sup>، با این وجود در مواردی نیز از اعمال این اختیار در رابطه با شناسایی و اجرای رأی باطل شده در شرایطی «کاملاً استثنایی» (مانند نقض اصول کلی دادرسی منصفانه در جریان دعوی ابطال رأی داور، مستقل نبودن قضات، فقدان دلیل در حکم ابطال‌کننده) دفاع شده است<sup>307</sup>. هر چند چنین توجیهی برای به رسمیت نشناختن ابطال، از سوی دادگاه‌های کشور محل اجرا پذیرفته نیست، زیرا ادعاهایی مانند وجود مبانی نامشروع در صدور حکم ابطال، باید در کشور محل صدور مطرح شود و باید به وجود راه‌های رسیدگی و جبران این موارد و همچنین به کارایی قضایی آن کشور اعتماد کرد<sup>308</sup>.

با توجه به مطالب مطرح شده، برای شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده نمی‌توان به اختیار حاصل از صدر ماده (1) 5 عهدنامه استناد نمود. به همین دلیل گفته شده است در بیش از 1500 رأی قضایی منتشر شده، در هیچ‌کدام دادگاه اختیار مزبور را در جهت شناسایی و اجرای رأی داور ابطال شده اعمال ننموده است (پس چگونه در قسمت نتیجه در این خصوص از رویه قضایی سخن به میان آمده است؟)، بلکه اصولاً اجرای رأی داور باطل شده بر مبنای «اعمال قانون مطلوب‌تر» صورت پذیرفته است<sup>309</sup>. این در حالی است که استفاده از اختیار حاصل از

<sup>302</sup>- برای مثال ن.ک: ماده (1) 1076 قانون آیین دادرسی مدنی هلند (1986) و ماده 840 قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا (با اصلاحات 2006). ماده 207 قانون داور فدرال آمریکا نیز مقرر نموده است:

‘The court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said [New York] Convention’.

<sup>303</sup>- مانند کشورهایی که از قانون داور نمونه آنسیترال (1985 با اصلاحات 2006) به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده نموده‌اند، زیرا صدر ماده 36 این قانون نمونه (که در رابطه با علل امتناع از شناسایی و اجرای رأی می‌باشد) همانند عهدنامه نیویورک تنظیم گردیده و از عبارت «ممکن است» استفاده نموده است.

<sup>304</sup> - Court of Appeal, Civil Division, 18 April 2002 (*Yukos Oil Company v. Dardana Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 27, 2002, pp. 570-92 (UK no. 60); Court of Appeal, Territory of the Virgin Islands, 20 September 2010 (*Pacific China Holdings Ltd v. Grand Pacific Holdings Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 262-5 (British Virgin Islands no. 3).

<sup>305</sup> - Court of Appeal, Territory of the Virgin Islands, 20 September 2010 (*Pacific China Holdings Ltd v. Grand Pacific Holdings Limited*), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 262-5 (British Virgin Islands no. 3); Van den Berg, *op. cit.* (no. 80 above), p. 186.

<sup>306</sup> - A. J. Van den Berg, *Consolidated Commentary on the Court Decisions Concerning the New York Convention*, 28 Y.B. Com. Arb., 2003, p. 650.

<sup>307</sup> - United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 25 May 2007 (*TermoRio SA ESP, et al v. Electranta SP (Colombia), et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 955-69 (US no. 621) sub. 14; Court of Appeal (Civil Division), 20 July 2009 (*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 887-925 (UK no. 87) sub. 47; Gerechtshof [Court of Appeal], Amsterdam, 28 April 2009 (*Yukos Capital sarl vn OAO Rosneft*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 703-14 (Netherlands no. 31) sub. 2; J-F Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, translated by S. Berti & A. Ponti, 2<sup>nd</sup> edn., Sweet & Maxwell, 2007, pp. 846.

<sup>308</sup>- نیکبخت، حمید رضا، پیشین (زیرنویس ش. 1)، ص 32.

<sup>309</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 15 above), p. 187; Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 34 above), p. 846.

صدر ماده (1) 5 عهدنامه، یکی از مهمترین استدلال‌هایی است که طرفداران شناسایی و اجرای آرای داور باطل شده، به آن استناد می‌نمایند.<sup>310</sup>

برخی از نویسندگان بیان نموده‌اند دادگاه باید در مواردی که علل ابطال رأی صرفاً بر مبنای استانداردهای محلی (و نه بین‌المللی) صورت پذیرفته باشد، از اختیار اعطا شده توسط عهدنامه استفاده نموده و رأی باطل شده را اجرا نمایند؛ منظور از استانداردهای بین‌المللی نیز موانع مطرح شده در بندهای اول تا چهارم ماده (1) 5 عهدنامه نیویورک یعنی ابطال رأی به دلیل بی‌اعتبار بودن قرارداد داور، فقدان اهلیت، منظم و عادلانه نبودن جریان رسیدگی، عمل خارج از حدود صلاحیت داوران، منظم نبودن ترکیب دیوان یا آیین داور می‌باشد<sup>311</sup>. بنابراین بر طبق این دیدگاه دادگاه باید به بررسی علل ابطال رأی داور بپردازد و در صورتیکه ابطال رأی داور بر اساس یکی از موانع مزبور نبوده باشد، مانند اینکه ابطال رأی به دلیل مخالفت با نظم عمومی مقرر داور بوده، رأی باطل شده را اجرا نماید. این دیدگاه که مورد انتقاد برخی از نویسندگان دیگر قرار گرفته است<sup>312</sup>، متأثر از عهدنامه اروپایی در خصوص داور تجاری بین‌المللی (1961) (من بعد «عهدنامه اروپایی داور») می‌باشد<sup>313</sup> و به هیچ وجه قابل گسترش به عهدنامه نیویورک نمی‌باشد، زیرا عهدنامه صریحاً ابطال رأی توسط مرجع صلاحیت‌دار را مانع شناسایی و اجرای رأی در کشورهای دیگر دانسته است بدون آنکه به تفکیک میان علل ابطال بپردازد<sup>314</sup>.

برخی دیگر از نویسندگان هم معتقدند در صورتیکه طرفین قرارداد داور، حق درخواست ابطال رأی داور را به صورت صریح یا ضمنی اسقاط نموده باشند<sup>315</sup>، در این صورت ابطال رأی داور نمی‌تواند مانع شناسایی و اجرای چنین رأیی باشد زیرا اعتبار بخشیدن به حکم ابطال رأی داور به معنای نقض تعهد حاصل از ماده 2 عهدنامه مبنی بر شناسایی قرارداد داور (که شامل اسقاط حق درخواست ابطال در آن نیز می‌باشد) خواهد بود<sup>316</sup>. در بیشتر قواعد داور سازمانی نیز چنین اسقاطی درج شده است، برای مثال ماده (6) 34 قواعد داور اتاق بازرگانی بین‌المللی (2012) مقرر داشته است: «هر رأی داور نسبت به طرفین الزام‌آور است. با ارجاع اختلاف به داور بر طبق

---

برای مثال، در یک حکم صادره مربوط به حقوق آمریکا، با وجود آنکه دادگاه به اختیار مزبور استناد نمود اما در نهایت دستور اجرای رأی داور باطل شده را بر مبنای اعمال قانون ملی مطلوب‌تر صادر کرد:

United States District Court, District of Columbia, 31 July 1996 (*Chromalloy Aeroservices Inc v. The Arab Republic of Egypt*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, pp. 1001-12 (US no. 230).

همچنین در حمایت از امکان اعمال اختیار در اجرای آرای داور باطل شده توسط دادگاه‌های آمریکا، ن.ک:

United States District Court, Southern District of Texas, Houston Division, 26 April 2002, 22 July 2002, and 17 April 2003; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 18 June 2003 (*Karaha Bodas Company, LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*), Y.B. Com. Arb., vol. 28, 2003, pp. 908-64 (US no. 404) sub. 99; Restatement (Third) of US Law of International Commercial Arbitration, § 5-12 (Proposed Official Draft 2011).

<sup>310</sup> - Paulsson, *op. cit.* (no. 55 above), p. 17; P. Lastenhuse, *Why Setting Aside an Award is not Enough to Remove it from the International Scenes*, 16(2) J. Int'l. Arb., 1999, pp. 30-1.

<sup>311</sup> - J. Paulsson, *The Case for Disregarding LSAS (Local Standard Annulment) Under the New York Convention*, 7(2) Am. Rev. Int'l. Arb., 1996, pp. 99ff; Paulsson, *op. cit.* (no. 55 above), pp. 14ff; Born, *op. cit.* (no. 18 above), pp. 2694-6.

<sup>312</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 47 above), pp. 15-21.

نیکبخت، حمید رضا، پیشین (زیرنویس ش. 1)، صص 164 و 165.

<sup>313</sup> - وضعیت عهدنامه اروپایی داور در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

<sup>314</sup> - United States District Court, Southern District of Texas, Houston Division, 26 April 2002, 22 July 2002, and 17 April 2003; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 18 June 2003 (*Karaha Bodas Company, LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*), Y.B. Com. Arb., vol. 28, 2003, pp. 908-64 (US no. 404); Gaillard & Savage (eds.), *op. cit.* (no. 39 above), para. 1688; W. Park, *Why Courts Review Arbitral Awards*, in *Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, p. 601.

<sup>315</sup> - "No Recourse clause".

<sup>316</sup> - Born, *op. cit.* (no. 18 above), pp. 2698-9.

قواعد حاضر، طرفین تعهد می‌نمایند که هر رأی داور را بدون تأخیر اجرا نمایند و فرض خواهد شد که از حق خود برای هر شکلی از رجوع [اعتراض] انصراف نموده‌اند تا حدی که این انصراف می‌تواند صحیحاً صورت گیرد»<sup>317</sup>. این دیدگاه در یکی از آرای صادره از دادگاه بدوی **فدرال** کشور آمریکا که طرفین در قرارداد داور حق هرگونه اعتراض به رأی داور را اسقاط نموده بودند، منعکس گردید و دادگاه مزبور رأی داور باطل شده را اجرا کرد<sup>318</sup>. به هر حال استدلال مطرح شده در این حکم تا جایی می‌تواند صحیح باشد که **قانون مقر داور** اجازه اسقاط حق اعتراض به رأی داور را اجازه داده باشد<sup>319</sup>، در غیر این صورت صرف ذکر عباراتی در قرارداد داور مبنی بر اسقاط حق اعتراض به رأی نمی‌تواند مانع طرح چنین درخواستی باشد<sup>320</sup>. در نتیجه ابطال رأی داور نیز مانع شناسایی و اجرای آن خواهد بود و به همین دلیل در ماده (6) 34 قواعد داور اتاق بازرگانی بین‌المللی (2012) مقرر شده است که طرفین از حق خود برای اعتراض «تا حدی که این انصراف می‌تواند صحیحاً صورت گیرد»، صرف‌نظر نموده‌اند. با این وجود در حکم فوق دادگاه آمریکا به ارزیابی قانون کشور مقر داور (به عنوان قانون حاکم بر آیین داور) به منظور بررسی امکان اسقاط حق اعتراض به رأی داور نپرداخت و از این جهت حکم مزبور قابل انتقاد است.

البته در احکام دادگاه‌ها که در کشور آمریکا پس از حکم مزبور صادر شده‌اند، دادگاه‌ها از شناسایی و اجرای آرای داور باطل شده خودداری نموده‌اند<sup>321</sup>، اما با این وجود گفته شده است که احکام بعدی به طور قاطع آن بخش از استدلال حکم مزبور در رابطه با اجرای رأی داور باطله به دلیل اسقاط حق اعتراض به آن را به طور قاطع رد نکرده‌اند<sup>322</sup>.

## ب- اعمال قوانین مطلوب‌تر

ماده (1) 7 عهدنامه مقرر می‌دارد: «مقررات عهدنامه حاضر بر اعتبار موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه در خصوص شناسایی و اجرای آرای داور منعقد بین دول متعاقد تأثیری نخواهد داشت و نیز هیچ طرف ذینفع را از هر حقی که ممکن است برای استفاده بردن از رأی داور به روش و در حد اجازه داده شده توسط قوانین یا معاهدات کشوری که در آنجا تلاش می‌شود به چنین رأیی استناد شود، داشته باشد، محروم نخواهد کرد». این ماده که به «قاعده حق مطلوب‌تر»<sup>323</sup> معروف می‌باشد<sup>324</sup>، صریحاً امکان شناسایی و اجرای رأی داور بر اساس عهدنامه‌ها یا قوانین ملی مطلوب‌تر در کشورهای عضو را مقرر نموده است. بنابراین ممکن است رأی داور باطل شده از طریق نظام اجرایی یک عهدنامه دیگر که کشور عضو عهدنامه نیویورک، عضو آن می‌باشد و یا قانون ملی مقر دادگاه اجرا شود.

## 1 - اعمال عهدنامه مطلوب‌تر

<sup>317</sup> - Article 34(6): 'Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made'.

<sup>318</sup> - United States District Court, District of Columbia, 31 July 1996 (*Chromalloy Aeroservices Inc v. The Arab Republic of Egypt*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, pp. 1001-12 (US no. 230) sub. 16 & 17.

عبارت مورد نظر در قرارداد داور چنین بود:

'The decision of the said court [of arbitration] shall be final and binding and cannot be made subject to any appeal or other recourse'.

<sup>319</sup> - برای مثال ن.ک: ماده (1) 192 قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس (1978)، ماده (4) 1717 قانون آیین دادرسی مدنی بلژیک (1998) و ماده (1) 51 قانون داور سوئد (1999).

<sup>320</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 47 **above**), p. 19.

<sup>321</sup> - Slater, *op. cit.* (no. 1 above), p. 271.

<sup>322</sup> - D. Freyer, *The Enforcement of Awards Affected by Judicial Orders of Annulment at the Place of Arbitration*, in Gaillard, Di Pietro & Leleu-Knobil (eds.), *op. cit.* (no. 1 above), p. 784.

<sup>323</sup> - "More favourable-right provision".

<sup>324</sup> - برای مطالعه بیشتر در این باره، ن.ک: نیکبخت، حمید رضا، پیشین (زیرنویس ش. 1)، صص 7-83.



گفته شده است مهمترین عهدنامه‌ای که حاوی مقررات مطلوب‌تری نسبت به عهدنامه نیویورک در رابطه با شناسایی و اجرای آرای داور باطل شده می‌باشد، عهدنامه اروپایی داور (1961) است<sup>325</sup>. در ماده (1) 9 این عهدنامه مقرراتی مشابه بندهای (الف) تا (د) ماده (1) 5 عهدنامه نیویورک ذکر شده است و مقرر شده است که تنها در صورتی می‌توان از شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده خودداری نمود که بطلان رأی مزبور بر اساس یکی از این موارد در مرجع صلاحیت‌دار صورت پذیرفته باشد<sup>326</sup>. در ماده (2) 9 عهدنامه اروپایی داور نیز صراحتاً بیان شده است که میان کشورهای متعاقد عهدنامه اروپایی داور که همچنین طرف عهدنامه نیویورک نیز می‌باشند، اعمال ماده (ه) (1) 5 عهدنامه نیویورک باید تنها در مواردی صورت پذیرد که ابطال رأی بر اساس یکی از موارد مذکور در ماده (1) 9 عهدنامه اروپایی داور بوده باشد<sup>327</sup>.

هرچند با توجه به ماده (1) 1 عهدنامه اروپایی داور، این عهدنامه تنها در مواردی اعمال می‌گردد که محل اقامت معمولی طرفین (در مورد اشخاص حقیقی) و یا مرکز امور آنها (در مورد اشخاص حقوقی) در زمان انعقاد قرارداد داور در یکی از کشورهای عضو عهدنامه بوده باشد<sup>328</sup>، ممکن است قلمرو اعمال این عهدنامه بر اساس اصول کلی دیگر (همچون اصل دولت کامله‌الوداد)<sup>329</sup> گسترش یابد.

بنابراین در صورتیکه دو عهدنامه نیویورک و عهدنامه اروپایی داور همزمان قابل اعمال باشند و ابطال رأی داور بر اساس یکی از بندهای چهارگانه ماده (1) 9 عهدنامه اروپایی داور صورت پذیرفته باشد، دادگاه باید رأی داور مزبور را، علی‌رغم ابطال آن در مرجع صلاحیت‌دار، اجرا نماید<sup>330</sup>. با این وجود در عمل بیشتر آرای داور بر اساس یکی از همان موارد چهارگانه (بند الف تا د) مذکور در ماده (1) 5 عهدنامه نیویورک ابطال شده‌اند و به همین دلیل استناد به عهدنامه اروپایی داور نیز نتوانسته است امکان شناسایی یا اجرای رأی باطل شده را در بیشتر موارد، فراهم سازد<sup>331</sup>.

## 2 - اعمال قانون ملی مطلوب‌تر

برخی از مفسرین تنها از دو کشور لوگزامبورگ و فرانسه به عنوان کشورهایی که دارای قانون ملی مطلوب‌تری در رابطه با شناسایی و اجرای آرای داور باطل شده می‌باشند، نام می‌برند<sup>332</sup>. دادگاه پژوهشی کشور لوگزامبورگ

<sup>325</sup> - *European Convention on International Commercial Arbitration of 1961*, United Nations, *Treaty Series*, vol. 484, p.364; E. Guillard, *Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience*, in A. J. Van den Berg (ed.) *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*, Kluwer Law International, 1999, pp. 519-21.

<sup>326</sup> - Article IX: "The setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons [...]"; Austria Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 20 October 1993 and 23 February 1998, (*Kajo-Erzeugnisse Essenzen GmbH v. DO Zdravilisce Radenska*), Y.B. Com. Arb., vol. 24, 1999, pp. 919-27 (**Austria no. E3**).

<sup>327</sup> - Article IX(2): 'In relations between Contracting States that are also parties to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10th June 1958, paragraph 1 of this Article limits the application of Article V(1)(e) of the New York Convention solely to the cases of setting aside set out under paragraph 1 above'.

<sup>328</sup> - D. Hascher, *European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary*, 36 Y.B. Com. Arb., 2011, p.509.

<sup>329</sup> - "Most favored nation principle"; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Dresden, 31 January 2007 (*Supplier v. State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 510-6 (**Germany no. 110**) sub. 5.

<sup>330</sup> - Hof van Cassatie [Supreme Court], 15 October 2004 (*Colvi NV v. Interdica*), Y.B. Com. Arb., vol. 31, 2006, pp. 587-94 (**Austria no. 13**) sub. 9; Arbitrazh Court, Kemerovskaya Region, 20 July 2011 (*Ciments Français v. Holding Company Sibirskiy Cement OJSC*), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 325-8 (**Russian Federation no. 33**).

<sup>331</sup> - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Dresden, 31 January 2007 (*Supplier v State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 33, 2008, pp. 510-6 (**Germany no. 110**); Bundesgerichtshof [Supreme Court], 21 May 2007 (*Supplier v. State enterprise*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 504-9 (**Germany no. 118**).

<sup>332</sup> - برای مثال ن.ک:

با استناد به ماده 1251 قانون جدید آیین دادرسی مدنی (1998) بیان داشت که ابطال رأی داور در کشور مبدأ به عنوان یکی از موانع شناسایی و اجرای رأی در این ماده مقرر نشده است و چنین رأیی در این کشور (لوگزامبورگ) قابل اجرا می‌باشد.<sup>333</sup> در فرانسه گفته شده است که رأی داور خارجی وابسته به هیچ قانون ملی نیست تا ابطال آن منجر به بی‌اعتبار شدن رأی داور گردد، بلکه تصمیم عدالت بین‌المللی است که اعتبار آن باید با قواعد قابل اعمال در کشوری که شناسایی و اجرای آن درخواست می‌شود، بررسی گردد.<sup>334</sup> بر اساس همین دیدگاه، ابطال رأی داور خارجی موجبی برای عدم شناسایی و اجرای آن در ماده 1525 (سابق) قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات 2011) تلقی نشده است.<sup>335</sup> بنابراین صرف ابطال رأی در دادگاه مقر داور «به تنهایی» نمی‌تواند مانع اجرای چنین رأیی در کشور فرانسه باشد.<sup>336</sup>

جالب توجه است که نظام حقوقی فرانسه دچار نوعی تعارض درونی است که از آن می‌توان به عنوان «یک بام و دو هوا» یاد کرد زیرا درحالی‌که ابطال رأی داور خارجی نمی‌تواند موجب بی‌اعتباری رأی داور و در نتیجه مانع اجرای آن در کشور فرانسه باشد، امکان ابطال آرای داور صادره در کشور فرانسه و بی‌اعتبار نمودن آن وجود دارد! یعنی منطبقاً قانون فرانسه نباید امکان ابطال رأی داور صادره در داورهای بین‌المللی را در فرانسه تجویز نماید بلکه باید صرفاً چنین آرای را اجرا نکند، چراکه فرانسه نباید انتظار داشته باشد ابطال رأی صادره در کشور فرانسه اثر فراسرزمینی داشته و بتواند در کشورهای دیگر اجرا گردد.<sup>337</sup>

تنها طریقی که می‌تواند به طور قاطع مانع شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده در کشور فرانسه گردد، صدور رأی داور دوم (داوری که پس از ابطال رأی داور اول برگزار می‌شود) که معارض رأی داور اول باشد، پیش از قطعیت یافتن حکم شناسایی و اجرای رأی داور اول در فرانسه است. زیرا رأی داور دوم جایگزین رأی اول شده و آن را بی‌اعتبار می‌نماید. در این حالت گفته شده است که شناسایی و اجرای رأی اول در فرانسه، مخالف با نظم عمومی بین‌المللی خواهد بود.<sup>338</sup>

---

Freyer, *op. cit.* (no. 80 [above](#)), pp.767ff.

در رویه قضایی کشور آمریکا، تنها یک بار رأی داور ابطال شده در دادگاه مقر داور، بر مبنای حقوق ملی مطلوب‌تر (یعنی قانون داور فدرال آمریکا) اجرا گردید که این حکم در احکام قضایی صادره پس از آن مورد تبعیت قرار نگرفت:

United States District Court, District of Columbia, 31 July 1996 (*Chromalloy Aeroservices Inc v. The Arab Republic of Egypt*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, pp. 1001-12 (US no. 230).

<sup>333</sup> - Cour d'Appel [Court of Appeal], 28 January 1999 (*Sovereign Participations International SA v. Chadmore Developments Ltd*), Y.B. Com. Arb., vol. 24, 1999, pp. 714-23 (Luxembourg no. 2) sub. 26.

<sup>334</sup> - Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007 (*PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 299-302 (France no. 42) sub. 2.

<sup>335</sup> - این ماده بر آرای داورهای خارجی اعم از اینکه در کشور مقر خود داخلی یا بین‌المللی تلقی شوند، اعمال خواهد شد:

Cour de Cassation [Supreme Court], 17 October 2000 (*ASECNA - Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar v Issakha N'Doye*), Y.B. Com. Arb., vol. 26, 2001, pp. 767-70 (France no. 31) sub. 1 & 5; Gharavi, *op. cit.* (no. 1 above), p. 85.

<sup>336</sup> - Cour de Cassation [Supreme Court], 9 October 1984 and Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 19 November 1982 (*Pabalk Ticaret Ltd Sirketi (Turkey) v. Norsolor SA (France)*), Y.B. Com. Arb., vol. 11, 1986, pp. 484-91 (France no. 7); Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 19 December 1991 (*Hilmarton Ltd v. Omnium de Traitement et de Valorisation - OTV*), Y.B. Com. Arb., vol. 19, 1994, pp. 655-7 (France no. 18) sub 1-5; Cour de Cassation [Supreme Court], 10 March 1993 (*Polish Ocean Lines v. Jolasry*), Y.B. Com. Arb., vol. 19, 1994, pp.662-3 (France no. 20) sub 1 & 2; Cour de Cassation [Supreme Court], 23 March 1994 (*Hilmarton Ltd v. Omnium de traitement et de valorisation - OTV*), Y.B. Com. Arb., vol. 20, 1995, pp. 663-5 (France no. 23); Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 14 January 1997 (*The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices, Inc*), Y.B. Com. Arb., vol. 22, 1997, 691-5 (France no. 26); Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 18 January 2007 (*SA Lesbats et Fils v. Dr Volker Grub*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 297-8 (France no. 41); Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007 (*PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 299-302 (France no. 42); Freyer, *op. cit.* (no. 80 [above](#)), 767-73.

<sup>337</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 47 [above](#)), p. 17; Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 34 [above](#)), p. 854.

<sup>338</sup> - Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007 (*PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, et al*), Y.B. Com. Arb., vol. 32, 2007, pp. 299-302 (France no. 42) sub. 6.

در آخر لازم است اشاره گردد که در جریان بودن دعوای ابطال رأی داور در دادگاه مقر داور نیز نمی‌تواند در راستای اعمال ماده 6 عهدنامه، موجب تعویق اجرای رأی داور در دو کشور مزبور گردد، زیرا در قوانین ملی این دو کشور، امکان چنین تعویقی مقرر نشده است<sup>339</sup>.

### ج - عدم امکان شناسایی حکم دادگاه خارجی

برخی از نویسندگان اظهار نظر نموده‌اند که ابطال رأی داور توسط دادگاه مقر داور باید تنها در صورتی مانع شناسایی و اجرای رأی مزبور در کشور دیگر گردد که خود حکم ابطال صادره در دادگاه خارجی بتواند همانند سایر احکام خارجی، مطابق با اصول کلی شناسایی و اجرای احکام قضایی خارجی مقرر در قانون مقر دادگاه شناسایی یا اجراکننده رأی داور (حکم دادگاه خارجی) شناسایی یا اجرا شود<sup>340</sup>. این دیدگاه اخیراً در یکی از احکام قضایی دادگاه پژوهشی کشور هلند منعکس گردیده است که متعاقباً فرجام‌خواهی از این حکم توسط دیوان عالی کشور مزبور نیز (به دلیل ایرادات شکلی) رد شد<sup>341</sup>.

دادگاه پژوهشی در حکم خود بیان داشت که دادگاه هلند در صورتی باید شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده را رد نماید که حکم ابطال‌کننده رأی مزبور (حکم دادگاه خارجی- کشور روسیه) بتواند در کشور هلند شناسایی شود<sup>342</sup>. به این منظور دادگاه باید ابتداً به بررسی این موضوع بپردازد که آیا کلاً حکم دادگاه خارجی می‌تواند بر طبق اصول کلی حقوق بین‌المللی خصوصی مقر دادگاه (هلند) مورد شناسایی قرار گیرد یا خیر؟<sup>343</sup> در نهایت دادگاه پژوهشی آمستردام هلند با بیان اینکه احتمال بسیار زیاد دارد که ابطال آرای داور مور دنظر توسط دادگاه مقر داور (دادگاه خارجی) ناعادلانه و به جهت طرفداری از محکوم‌علیه و وابستگی به او صورت گرفته باشد، از شناسایی حکم دادگاه خارجی (روسیه) مبنی بر ابطال آرای داور مزبور خودداری نمود و در نتیجه دستور اجرای آرای داور را رد کرد<sup>344</sup>.

وان دن برگ داور برجسته هلندی این حکم را قابل انتقاد دانسته است؛ به درستی او معتقد است عهدنامه نیویورک نه به صورت صریح و نه به صورت ضمنی، از شناسایی حکم دادگاه خارجی (مبنی بر ابطال رأی داور) مطابق با اصول کلی دادگاه کشور شناسایی یا اجراکننده سخن نگفته است<sup>345</sup> اگر چنین بود، باید در ماده (ه) (1) 5 عهدنامه مقرر می‌شد: «مگر اینکه حکم مرجع صلاحیت‌دار نتواند در کشوری که در آن تقاضای شناسایی و اجرای رأی شده است شناسایی شود» یا «مگر اینکه حکم مرجع صلاحیت‌دار مخالف نظم عمومی کشوری که در آن تقاضای شناسایی و اجرای رأی شده است باشد»<sup>346</sup>.

<sup>339</sup> - Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 10 June 2004 (*Bargues Agro Industrie SA v. Young Pecan Company*), Y.B. Com. Arb., vol. 30, 2005, pp. 499-504 (**France no. 35**); Cour d'Appel [Court of Appeal], 28 January 1999 (*Sovereign Participations International SA v. Chadmore Developments Ltd*), Y.B. Com. Arb., vol. 24, 1999, pp. 714-23 (**Luxembourg no. 2**).

<sup>340</sup> - W. Park, *Duty and Discretion in International Arbitration*, 93 Am. J. Int'l. L., 1999, p. 813.

<sup>341</sup> - Gerechtshof [Court of Appeal], Amsterdam, 28 April 2009 (*Yukos Capital sarl v. OAO Rosneft*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 703-14 (**Netherlands no. 31**); Hoge Raad [Supreme Court], First Chamber, 25 June 2010 (*OAO Rosneft v. Yukos Capital sarl*), Y.B. Com. Arb., vol. 35, 2010, 423-6 (**Netherlands no. 34**). هر دو حکم مورد انتقاد نویسندگان حقوق داور قرار گرفته است، ن.ک:

Van den Berg, *op. cit.* (no. 15 **above**), pp.179-98; A. J. Van den Berg, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010*, 28(6) J. Int'l. Arb., 2011, pp. 617-41.

<sup>342</sup> - Gerechtshof [Court of Appeal], Amsterdam, 28 April 2009 (*Yukos Capital sarl v. OAO Rosneft*), Y.B. Com. Arb., vol. 34, 2009, pp. 703-14 (**Netherlands no. 31**) sub. 5.

<sup>343</sup> - *Ibid.*, sub. 4.

<sup>344</sup> - *Ibid.*, sub. 23.

<sup>345</sup> - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Rostock, 28 October 1999 (*Not Indicated v. Not Indicated*), Y.B. Com. Arb., vol. 25, 2000, pp. 717-20 (**Germany no. 51**) sub. 5.

<sup>346</sup> - Van den Berg, *op. cit.* (no. 80 **above**), p. 191: "[U]nless the decision of the competent authority can not be recognized in the country where the recognition and enforcement of the award are sought or unless the decision of the competent authority would be contrary to the public policy of the country where recognition and enforcement of the award are sought".

رویه قضایی جدیدتر کشور هلند نشان از روی گردانی از دیدگاه مطرح شده در حکم دادگاه پژوهشی است به نحوی که در جدیدترین حکم صادره در یکی از دادگاه‌های بدوی، از شناسایی و اجرای یک رأی داور به دلیل اینکه درخواست شناسایی و اجرای رأی مزبور در دادگاه مقر داور (کشور روسیه) رد شده بود، خودداری شد<sup>347</sup>.

## نتیجه‌گیری

در داور هنگامی که رأی صادر و قطعی می‌شود، محکوم‌له باید مطمئن باشد که حقی یا نفعی برای او محقق گردیده و محکوم‌علیه نیز باید یقین داشته باشد که ملزم به پرداخت یا ایفای محکوم‌به گردیده است و قطعاً باید این محکومیت را پذیرفته و به آن عمل نماید. هیچ یک از طرفین هیچگاه نباید احساس تزلزل و تردید نسبت به رأی صادره داشته باشند. به بیان دیگر طرفین به هیچ وجه نباید نگران تجدیدنظر، تغییر یا ابطال این رأی نه تنها در کشور محل صدور، بلکه در هر کشور دیگری (محل اجرا) باشند. اینها نتیجه یک رأی قطعی و لازم‌الاجراست که در واقع ایجادکننده اطمینان از رأی است. رأی داور که در دادگاه صالح باطل شده است نیز باید واجد این ویژگی‌ها باشد، اگر اعتمادی به ابطال رأی داور نباشد محکوم‌له فرضی، رأی را از کشوری به کشور دیگر که ابطال آن را به رسمیت نمی‌شناسد خواهد برد و محکوم‌علیه فرضی نیز به دنبال آن خواهد بود تا در آن کشور دفاع نماید که رأی وجود ندارد زیرا این رأی باطل شده است.

اگرچه عدم توجه کشورهای شناسایی یا اجراکننده رأی به ابطال رأی در دادگاه مقر داور، ممکن است خوشایند منتفعان از رأی باشد و در آنها نسبت به داور اطمینان بیشتری ایجاد کند، اما با اراده اولیه طرفین داور از یک سو و نیازهای تجارت بین‌الملل از سوی دیگر تعارض دارد. در واقع با انتخاب مستقیم یا غیرمستقیم مقر داور توسط طرفین قرارداد داور، آنها نظام حقوقی کشور مزبور، از جمله سیستم کنترل قضایی روند داور توسط (دادگاه‌های) آن کشور، را بر داور خود حاکم می‌نمایند. لزوم احترام (و تبعیت) از اراده طرفین، مستلزم عدم شناسایی و اجرای رأی است که توسط دادگاه مقر داور ابطال شده است. همچنین ابطال رأی در صورتیکه مورد پذیرش کشورها قرار گیرد، به طرفین رأی داور اطمینان خواهد داد که یا رأی صحیح و معتبر دارند که در همه کشورهای عضو عهدنامه نیویورک قابل اجراست یا رأی باطل شده دارند که در هیچ یک از کشورهای عضو عهدنامه، قابلیت اجرا ندارد و باید در صورت تمایل در صدد اقامه دعوا در دادگاه یا در دیوان داور جدید باشند. با ابطال رأی در دادگاه مقر داور، در واقع داور برگزار شده بین طرفین باطل شده درست مثل اینکه داور بین طرفین وجود نداشته یا به عبارتی دیگر داور برگزار نشده است. لذا طرفین باید ضمن مطمئن شدن از موضوع، نگران این امر نباشند که ممکن است این داور و رأی صادره آن، (علیرغم ابطال) معتبر شناخته شود. صحت و اعتبار یک رأی، شرط ابتدایی اجرای آن است که در مورد رأی باطل وجود ندارد تا تقاضای اجرای آن امکان‌پذیر باشد. اساساً رأی که باطل شده است، دیگر از لحاظ حقوقی رأی نیست و نمی‌تواند در کشور دیگری اعتبار پیدا نماید.

در نظر اقلیتی از کشورها عهدنامه نیویورک در ماده (ه) (1)5، ابطال رأی داور توسط مرجع صلاحیت‌دار را از جمله دلایلی دانسته است که «ممکن است» دادگاه از صدور دستور شناسایی و اجرای آن خودداری نماید، با این وجود دادگاه را «ملزم» به رد شناسایی و اجرای رأی ندانسته است. به همین دلیل دادگاه برخی از کشورهای عضو عهدنامه (مانند حقوق آمریکا)، شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده در مواردی خاص و به صورت کاملاً استثنایی (مانند مستقل نبودن قاضی ابطال‌کننده رأی داور) را ممکن دانسته‌اند اما تاکنون دادگاه‌های مزبور علیرغم بیان این ادعا، این شرایط استثنایی را احراز ننموده و در نتیجه هیچ رأی باطل شده‌ای بر مبنای این استدلال (یعنی استناد به «قدرت اختیاری مازاد» مندرج در صدر ماده (1)5) اجرا نشده است. با توجه به اینکه پس از ابطال رأی داور، دیگر رأی وجود ندارد تا مورد شناسایی و اجرا قرار گیرد، بنابراین باید معتقد به فقدان اختیار دادگاه در شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده بود و از این اختیار باید در رابطه با سایر دلایل رد شناسایی و اجرا مانند نقض محدود و جزئی قانون داور، استفاده نمود.

استدلال دیگری که توانسته است به طور نسبی در برخی از کشورهای عضو عهدنامه منجر به شناسایی و اجرای رأی داور باطل شده گردد، اعمال قانون مطلوب‌تر داخلی با استناد به ماده (1)7 عهدنامه نیویورک است که امکان بهره‌مند شدن طرف ذینفع را از هر حقی که ممکن است برای استفاده از رأی داور به روش و در حد اجازه

<sup>347</sup> - Voorzieningenrechter [President], Rechtbank [Court of First Instance], Middelburg, 3 September 2010 (Northern River Shipping Lines v. Kompas Overseas Inc), Y.B. Com. Arb., vol. 36, 2011, pp. 302-3 (Netherlands no. 36).

داده شده توسط قوانین یا معاهدات کشوری که در آنجا به رأی استناد می‌شود، ممکن ساخته است. در همین رابطه رأی داوری باطل شده می‌تواند در برخی از کشورها با استناد به قانون ملی مطلوب‌تر (مانند نظام حقوقی فرانسه) یا یک عهدنامه مطلوب‌تر (مانند اعمال عهدنامه اروپایی داوری 1961) شناسایی و اجرا گردد.

به جز اعمال قانون مطلوب‌تر، در سایر مواردی که یک رأی داوری باطل شده مورد شناسایی و اجرا قرار گرفته، تحت شرایطی استثنایی و خاص بوده است (مانند رویه قضایی آمریکا و هلند) به نحوی که نمی‌توان از چنین احکامی به عنوان احکامی رویه‌ساز یا قاعده‌ساز نام برد. عدم تبعیت از احکام مزبور در احکام بعدی صادره در کشورهای مزبور، نشان دهنده چنین ویژگی می‌باشد.

- نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داورها در ایران، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391.
  - Alfons, Claudia, Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: An Analysis of the Legal Framework and Its Interpretation in Case Law and Literature, Peter Lang, 2010.
  - Blackaby, Nigel & Others (eds.), Redfern and Hunter on International Arbitration, 5<sup>th</sup> edn., Oxford University Press, 2009.
  - Born, Gary, International Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> edn., Kluwer Law International, 2009.
  - Gaillard, Emmanuel, Domenico Di Pietro & Nanou Leleu-Knobil (eds.), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, Cameron May, 2008.
  - Gaillard, Emmanuel & John Savage (eds.), Fouchard, Guillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, para. 741.
  - Gharavi, Hamid, The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, Kluwer Law International, 2002.
  - Kronke, Herbert & Others (eds.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010.
  - Lew, Huiian, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
  - Poudret, Jean-Francois & Sebastian Besson, Comparative Law of International Arbitration, translated by Stefan Berti & Annette Ponti, 2<sup>nd</sup> edn., Thomson - Sweet & Maxwell, 2007.
  - Van Den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law and Taxation, 1981.
- (2) مقالات:**
- Paulsson, Jan, “The Case for Disregarding LSAS (Local Standard Annulment) Under the New York Convention”, 7(2) Am. Rev. Int'l. Arb., 1996, pp. 99-114.
  - Paulsson, Jan, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a *Local Standard Annulment* (LSA)”, 9(1) ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., 1998, pp. 14-32.
  - Paulsson, Jan, “May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics”, 2 Arb. Int'l., 1998, pp. 227-230.
  - Slater, Matthew D., “On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy”, 25(2) Arb. Int'l., 2009, pp. 271-92.
  - Van den Berg, Albert Jan, “Enforcement of Annulled Awards?”, 9(2) ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., 1998, pp. 15-21.
  - Van den Berg, Albert Jan, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009”, 27(2) J. Int'l. Arb., 2010, pp. 179-98.

## **Refusing Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: A principle or exception?**

Dr. Hamid Reza Nikbakht

Farhad Piri

### **Abstract:**

Recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards, is always been one of the most controversial issues in arbitration law and the courts and arbitral experts have expressed different views in this regard. According to the article 5(1)(e) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 which Iran is a party in, annulling the award by a competent authority prevents its recognition and enforcement. However, according to some views, the foreign arbitral award should be recognized and enforced although it annulled. Nevertheless, the jurisprudence in some member states of this Convention shows the possible recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards in two cases: (first) in special cases (and exceptionally), by applying the “Residual discretionary power” under the top of article 5(1) of the convention and (second) if there are more favorable law and by applying “More favorable-right provision” under article 7(1) of the convention.

**Key words:** Foreign arbitral award, annulment, competent authority, residual discretionary power, more favorable-right provision.



## فصل ششم

### مفهوم الزام آور نشدن رأی در عهدنامه شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی 1958 نیویورک

#### چکیده:

ماده (ه) (1) 5 عهدنامه شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی 1958 نیویورک، الزام آور نشدن رأی داوری را یکی از موانع شناسایی و اجرای آن دانسته است بدون آنکه مفهوم الزام آور شدن رأی یا زمان آن را مشخص نماید. با گذشت بیش از پنجاه سال از زمان تنظیم این عهدنامه، دو رویکرد اصلی در این باره شکل گرفته است: (1) تعیین زمان الزام آور شدن رأی بر اساس معیار قانون داوری (یعنی قانون حاکم بر رأی داوری) و (2) تعیین زمان الزام آور شدن رأی بر اساس معیار مستقل که به معنای الزام آور شدن رأی داوری در صورت فقدان طرق عادی اعتراض به آن است، هرچند ممکن است طرق فوق العاده اعتراض وجود داشته باشد. مطالعات نشان می‌دهد که رویه غالب در کشورهای عضو عهدنامه، اعمال معیار مستقل است. رویه‌ای که می‌توان گفت منجر به تفسیر یکسان عهدنامه و وحدت رویه در اجرای آن شده است.

#### مقدمه:

روند حل و فصل اختلاف از طریق نهاد داوری که اصولاً با انعقاد قرارداد داوری آغاز و با ارجاع اختلاف به دیوان داوری ادامه می‌یابد، نهایتاً ممکن است منجر به صدور رأی گردد که اختلاف طرفین را به طور قطعی حل و فصل نماید.<sup>348</sup> چنین رأی ممکن است ادعای یک طرف را وارد تشخیص داده و طرف دیگر را برای مثال محکوم به پرداخت وجه و یا انجام یا ترک عملی (تعهدی) نماید (رأی اجرایی) و نیز ممکن است رأی وضعیتی را اعلام نماید (رأی اعلامی).

در صورتیکه محکوم علیه رأی را طوعاً اجرا ننماید، طرف دیگر (محکوم له) باید برای الزام محکوم علیه به اجرای آن، به مرجع صالحی (دادگاه) مراجعه نماید، همچنین است برای شناسایی رأی بخصوص در رأی اعلامی. معمولاً محکوم له (متقاضی اجرا یا شناسایی رأی) چنین الزامی را از دادگاه‌های کشور مقرّ داوری و یا کشوری دیگر (کشور محل اجرا یا شناسایی) درخواست می‌نماید. مراجعه به دادگاه‌های کشور مقرّ داوری نیز غالباً باید بر مبنای قانون ملی داوری کشور مزبور صورت می‌گیرد، و از این جهت ممکن است قوانین هر کشوری، شرایط یا وضعیت‌های متفاوتی را در این باره مقرر نمایند.

به منظور تسهیل شناسایی و اجرای آراء داوری (به ویژه) در کشورهای دیگر به غیر از کشور مقرّ داوری، «عهدنامه شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی 1958 نیویورک»<sup>349</sup> (من بعد «عهدنامه» یا «عهدنامه نیویورک») تنظیم

1. به طور کلی رأی داوری در صورتی «صادر شده» محسوب می‌گردد که شرایط شکلی مقرر در قانون حاکم بر رأی داوری در آن رعایت شده باشد؛ برای مثال ماده (1) 31 قانون داوری نمونه آنسیترال (1985 با اصلاحات 2006) کتبی بودن رأی و امضای آن توسط داور(ان) را لازم دانسته است. همچنین ببینید ماده (1) 30 قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (1376).

2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 – the “New York” Convention, 330 UNTS 38.

این عهدنامه بر اساس آمار ارائه شده توسط آنسیترال، در تاریخ 31/مرداد/1392 دارای 149 عضو می‌باشد، ببینید:

<<http://www.uncitral.org>>.

برای مطالعه تفصیلی این عهدنامه به زبان فارسی، ببینید: نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آراء داوری‌ها در ایران، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391. همچنین ببینید:

A. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, 1981; E. Gaillard, D. Di Pietro, & N Leleu-Knobil (eds.), *Enforcement of*



گردیده است که روند شناسایی و اجرای «آرای داوری خارجی»<sup>350</sup> را بسیار تسهیل نموده است. ایران نیز به موجب «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ 10 ژوئن 1958 میلادی (1337/4/3)»<sup>351</sup>، عضو این عهدنامه شده است و آراء مشمول این عهدنامه در ایران بر اساس همین عهدنامه شناسایی و اجرا خواهند شد.<sup>352</sup>

عهدنامه نیویورک زمان الزام آور شدن رأی داوری را تعیین ننموده است، با وجود این در صورتی که مرجع صالح درخواست محکومه علیه رأی داوری مبنی بر ابطال رأی مزبور را رد نماید، چنین اقدامی می تواند به عنوان تایید رأی داوری تلقی گردد و در این صورت رأی بدون شک الزام آور خواهد بود.<sup>353</sup> با وجود این در صورتی که درخواست ابطال رأی داوری مطرح نشده و یا اینکه مطرح شده و در جریان باشد، تعیین زمان الزام آور شدن رأی مشخص نیست. رویکردهای موجود میان اعضای عهدنامه را می توان از جهت قابلیت دفاع و موجه بودن آنها، به دو دسته تقسیم کرد که در این مقاله پس از مرور کلی ماده (1) (5) عهدنامه، در دو قسمت و در هر قسمت با دو مبحث با طرح ذیل بررسی می گردد:

قسمت اول: قاعده کلی الزام آور شدن رأی داوری

مبحث اول [الف]: الزام آور شدن رأی بر اساس معیار قانون داوری

مبحث دوم [ب]: الزام آور شدن رأی بر اساس معیار مستقل

قسمت دوم: رویکردهای خاص در تفسیر الزام آور شدن رأی داوری

مبحث اول [الف]: الزام آور شدن رأی بر اساس توافق طرفین

---

*Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008; H. Kronke & Others (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010.

3. عهدنامه نیویورک «رأی داوری» را تعریف ننموده است با این وجود گفته شده است که عهدنامه صرفاً آرای را تحت پوشش قرار می دهد که بر طبق آنها، (کل یا بخشی از) ماهیت اختلاف طرفین به طور قطعی حل و فصل می گردد. برای مثال ببینید:

United States District Court, Southern District of New York, 27 March 2009 (*Clinique La Prairie, SA v. The Ritz Carlton Hotel Company, LLC*), (2009) 34 YBCA, pp. 1049-55 (US No. 663) sub. 9; Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, 5 October 2010 (*AB Living Design v. Sokos Hotels Saint Petersburg*), (2011) 36 YBCA, pp. 317-8 (Russian Federation No. 30).

در جریان تنظیم قانون داوری نمونه آنسیترال (1985)، «رأی داوری» چنین تعریف شده بود:

‘Award means a final award which disposes of all issues submitted to the arbitral tribunal and any other decision of the arbitral tribunal which finally determine any question of substance or the question of its competence or any other question of procedure but, in the latter case, only if the arbitral tribunal terms its decision an award’, UN Doc A/CN.9/246, Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its seventh session (New York, 6-17 February 1984) para 192.

4. روزنامه رسمی کشور، شماره 16374 مورخ 1380/2/29.

5. برای مطالعه تفصیلی این عهدنامه به زبان فارسی، ببینید: نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری ها در ایران، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، 1391. همچنین ببینید:

A. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, 1981; E. Gaillard, D. Di Pietro, & N Leleu-Knobil (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008; H. Kronke & Others (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010.

6. Corte di Appello [Court of Appeal], Milan, 5 November 2003 (*Polcon Italiana srl v. PT Perkebunan Nusantara III Persero*), (2007) 32 YBCA, pp. 397-402 (Italy No. 171) sub. 4; Corte Suprema [Supreme Court], First Chamber, 11 January 2007 (*Max Mauro Stubrin, et al v. Inversiones Morice SA*), (2008) 33 YBCA, pp. 473-7 (Chile No. 1) sub. 5; Provisions Judge of the District Court of Amsterdam (*Nova Shipping Ltd v. Med Marine Kilavuzluk ve Romarkaj Hizmetleri Insaat Sanayi ve Ticaret AS*), 26 July 2012, (2012) 37 YBCA, pp. 282-4 (Netherlands No. 43).

همچنین ببینید ماده 1498 قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات 2011):

‘[...] Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour’ (= A decision denying an appeal or an application to set aside an award shall be deemed an enforcement order of the arbitral award or the parts thereof that were not overturned by the court).

مبحث دوم [ب]: سایر رویکردهای خاص در تفسیر الزام‌آور شدن رأی داور  
پایان این نوشتار به نتیجه‌گیری خواهد پرداخت.

### - مروری بر ماده (ه) 5(1) عهدنامه نیویورک

ماده 5(1) عهدنامه مجموعه موانعی را مقرر نموده است که با وجود آن‌ها یا به عبارت دیگر، با اثبات هر یک از آن‌ها توسط متقاضی عدم شناسایی و اجرای رأی داور (محکوم‌علیه)، ممکن است دادگاه از شناسایی و اجرای چنین رأی خودداری نماید. یکی از مهمترین موانع در بند (ه) ماده 5(1) عهدنامه بیان گردیده است. این ماده مقرر داشته است: «از شناسایی و اجرای رأی تنها در صورتی ممکن است، به تقاضای طرفی که علیه او به رأی استناد شده، امتناع شود که آن طرف نزد مرجع صالحی که در آنجا تقاضای شناسایی و اجرای رأی شده است، مدرک مثبت‌ه‌ای ارائه نماید که: [...] (ه) - رأی هنوز نسبت به طرفین الزام‌آور نشده یا اینکه به وسیله مرجع صالح کشوری که رأی در آنجا، یا تحت قانون آنجا، صادر شده، باطل یا معلق گردیده است».

این بند، موانع پیش‌رو را به دو دسته تقسیم نموده است: یکی الزام‌آور نشدن رأی نسبت به طرفین و دیگری ابطال یا معلق شدن رأی داور. گفته شده است که مفهوم «الزام‌آور» همواره یک راز بوده است<sup>354</sup> زیرا حتی از مطالعه متن مذاکرات تنظیم عهدنامه نیز نمی‌توان به طور دقیق منظور تنظیم‌کنندگان را از معنای این کلمه دریافت.<sup>355</sup> با وجود این، از ذکر آراء باطل و معلق شده در کنار آرای غیر الزام‌آور، می‌توان چنین نتیجه گرفت که آرای غیر الزام‌آور، آرای باطل نشده و معلق نشده‌ای می‌باشند که صرفاً به دلیل پاره‌ای از موانع، فاقد وصف «الزام‌آوری» هستند.<sup>356</sup> عهدنامه ژنو در خصوص اجرای آرای داور خارجی 1927 (من بعد «عهدنامه ژنو»)،<sup>357</sup> مقرر می‌داشت که رأی داور باید در کشور محل صدور «نهایی» شده باشد بدین معنی که هیچ نوع دادرسی قضایی برای اعتراض، پژوهش‌خواهی یا فرجام‌خواهی از رأی داور ممکن (و یا در جریان) نباشد.<sup>358</sup> بار اثبات نهایی بودن رأی نیز بر عهده شخصی بود که تقاضای اجرای رأی را مطرح می‌کرد،<sup>359</sup> که اصولاً از طریق ارائه دستور اجرا از کشور محل صدور رأی انجام می‌گرفت. در این صورت اجرای رأی داور در نهایت، منوط به صدور دو دستور اجرا (سیستم اجراییه مضاعف)<sup>360</sup> یکی از دادگاه کشور محل صدور رأی و دیگری از دادگاه کشور محل تقاضای اجرای رأی می‌گردید. در چنین وضعیتی، محکوم‌علیه رأی داور نیز می‌توانست جهت تاخیر در اجرای رأی در کشورهای دیگر، اعتراض به رأی را در دادگاه محل صدور آن مطرح نماید.

7. H. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer Law International, 2002, p. 59.

اگرچه الزام‌آور نبودن رأی به عنوان یکی از موانع شناسایی و اجرای آرای داور در ماده (ه) 5(1) عهدنامه ذکر شده است، در عین حال ماده 3 عهدنامه در مقابل مقرر نموده است: «هر یک از دول متعاقد آراء داور را به عنوان الزام‌آور به رسمیت خواهد شناخت [...]». با وجود آنکه در رابطه با معنای کلمه «الزام‌آور» در ماده (ه) 5(1) اتفاق نظر وجود ندارد، کلمه «الزام‌آور» در ماده 3 عهدنامه به معنای وجود اعتبار امر مختوم (*res judicata*) رأی داور است. ببینید:

“ILA International Commercial Arbitration Committee Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration”, Berlin Conference 2004, Section VI, para D <<http://www.ila-hq.org>>.

8. UN Doc E/CONF.26/SR.17, *Summary Record of the 17<sup>th</sup> Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration* (12 September 1958) <<http://www.uncitral.org>>.

9. با وجود این، در مواردی از رأی داور «باطل شده» به عنوان رأی که «الزام‌آور» نمی‌باشد، یاد شده است: Oberlandesgericht [Court of Appeal], Rostock, 28 October 1999 (*Not Indicated v. Not Indicated*), (2000) 25 YBCA, pp. 717-20 (**Germany No. 51**); Tribunal Fédéral [Supreme Court], Second Civil Chamber, 21 February 2005 and 3 January 2006 (*Buyer v. Seller*), (2007) 32 YBCA, pp. 619-28 (**Switzerland No. 39**) sub. 12.

10. *Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards* 1927, 92 LNTS 302.

11. ماده (2) 1 این عهدنامه مقرر می‌نمود:

‘To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary: [...] (d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to *opposition*, *appel* or *pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending’.

12. ببینید ماده 4 این عهدنامه را.

13. *Double exequatur*.

عهدنامه نیویورک با رویگردانی از عهدنامه ژنو و در راستای تسهیل روند شناسایی و اجرای رأی داور، تنها از اجرای رأی داور «الزام‌آور» سخن گفت تا سیستم اجراییه مضاعف را از میان بردارد.<sup>361</sup> به همین دلیل ابتدا در ماده 4، تنها ارائه رأی داور به همراه قرارداد داور به منظور تحصیل شناسایی و اجرای رأی داور را مطرح نمود بدون آنکه ارائه دستور اجرای رأی از کشور محل صدور آن را لازم بداند؛<sup>362</sup> سپس با توجه به ابتدای ماده (1) 5، اثبات الزام‌آور نبودن رأی را بر عهده طرفی نهاد که علیه او به رأی استناد شده است.<sup>363</sup> بنابراین «الزام‌آور» بودن رأی، موضوعی نیست که دادگاه آن را رأساً و به اعتبار سمت خود<sup>364</sup> بررسی کند.<sup>365</sup>

با وجود این، عدم نیاز به صدور اجراییه در کشور مبدأ، به معنای گسترش قلمرو عهدنامه نسبت به تصمیماتی نیست که در رسیدگی‌های شبه داور<sup>366</sup> (همچون داور غیررسمی<sup>367</sup> و رسیدگی کارشناسی) صادر می‌شوند و امکان صدور اجراییه نسبت به آن‌ها در کشور محل صدور وجود ندارد.<sup>368</sup> اگرچه (در موارد معدودی) برخی از دادگاه‌ها با اتخاذ رویه‌ای قابل انتقاد و با توجه به اینکه تصمیمات متخذه در رسیدگی‌های شبه داور نیز میان طرفین آن «الزام‌آور» می‌باشند، اجرای آن‌ها را در چهارچوب عهدنامه قابل پذیرش دانسته‌اند.<sup>369</sup>

**14.** High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 16 November 1990 (*Rosseel NV v. Oriental Commercial Shipping (UK) Limited and others*), (1991) 16 YBCA, pp. 615-20 (**UK No. 29**); Corte di Cassazione [Supreme Court], 3 November 1992, 11891 (*Franco and Elisabetta Consolata Luchetti and Maria Teresa Togna v. COSIAC - Compagnia Siciliana di Appalti e Costruzione SpA*), (1994) 19 YBCA, pp. 685-6 (**Italy No. 125**) sub. 2; Superior Tribunal de Justiça [Superior Court of Justice], 3 October 2007 (*Spie Enertrans S/A v. Inepar S/A Indústria e Construções*), (2008) 33 YBCA, pp. 397-403 (**Brazil No. 8**); Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 9 December 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*) (2009) 34 YBCA, pp. 810-6 (**Switzerland No. 40**) sub. 7; Cámara Federal de Apelaciones [Federal Court of Appeals], City of Mar del Plata, 4 December 2009 (*Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez SA*), (2010) 35 YBCA, pp. 318-20 (**Argentina No. 3**); Voorzieningenrechter, Rechtbank [Court of First Instance], Dordrecht, 30 June 2010 (*Dubai Drydocks v. Bureau voor Scheeps- en Werktuigbouw [X] BV*), (2011) 36 YBCA, pp. 299-301 (**Netherlands No. 35**) sub. 18.

**15.** President, Rechtbank [Court of First Instance], Utrecht, 22 November 1984 (*Palm and Vegetable Oils SDN, BHD (Malaysia) v. Algemene Oliehandel International BV (Netherlands)*), (1986) 11 YBCA, pp. 521-2 (**Netherlands No. 12**); Cour d'Appel [Court of Appeal], Brussels, 24 January 1997 and Tribunal de Première Instance [Court of First Instance], Brussels, 25 January 1996 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corp v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements*), (1997) 22 YBCA, pp. 643-68 (**Belgium No. 10**) sub. 43.

**16.** Supreme Appeal Court of Kuwait, Cassation Circuit, 21 November 1988 (*Contract party v. Contract party*), (1997) 22 YBCA, pp. 748-52 (**Kuwait No. 1**); Tribunal Fédéral [Supreme Court], 8 December 2003 (*A SA (Switzerland) v. B Co Ltd (British Virgin Islands) and C SA (Ecuador)*), (2004) 29 YBCA, pp. 834-42 (**Switzerland No. 38**) sub. 8; Tribunal Supremo [Supreme Court], 7 October 2003 (*Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporation v. Olpesa, SA*), (2005) 30 YBCA, pp. 617-22 (**Spain No. 40**) sub. 19; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamm, 28 November 2008 (*Claimant v. Defendant*), (2009) 34 YBCA, pp. 536-44 (**Germany No. 124**) sub. 8.

#### 17. *Ex officio*

**18.** Corte di Cassazione [Supreme Court], 10 November 1992, 12093 (*Le Swie Horng Steel Enterprises Co Ltd v. Guardian Shipping Corp*), (1994) 19 YBCA, pp. 687-691 (**Italy No. 126**) sub. 10.

**19.** منظور رسیدگی‌هایی است که نحوه برگزاری آن‌ها تابع آیین داور مذکور در مقررات قانون مقرّ نیست، نظارت قضایی بر نحوه رسیدگی آن‌ها وجود ندارد و تصمیم‌های متخذه فاقد اعتبار امر مختوم‌اند. چنین تصمیماتی در نهایت تنها اعتبار یک قرارداد (مصالحه) را دارند و نه یک رأی داور.

20. برای مثال در سیستم داور ایتالیا:

*Arbitrato irrituale* (Informal/Contractual arbitration).

**21.** Bundesgerichtshof [Supreme Court], 8 October 1981 (*Comitas, Mutuamar, Levante (Italy) v. Schwarzmeer und Ostsee Versicherungs AG (SOVAG) (FR Germany)*), (1983) 8 YBCA, pp. 366-70 (**Germany No. 25**) sub. 5.

**22.** Corte di Cassazione [Supreme Court], 15 January 1992, 405 (*Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxardo SpA v. Agrarcommerz AG*), (1993) 18 YBCA, pp. 427-32 (**Italy No. 122**); United States Court of Appeals, Second Circuit, 2 September 1998 (*Europcar Italia SpA v. Maiellano Tours, Inc*), (1999) 24 YBCA, pp. 860-70 (**US No. 280**) sub. 9.

## قسمت اول: قاعده كلي الزام آور شدن رای داوری

در رابطه با مفهوم (و زمان) الزام آور شدن رای، دو رویکردی اصلی میان اعضای عهدنامه وجود دارد. یکی تعیین مفهوم الزام آور شدن رای بر مبنای معیار قانون داوری (قانون حاکم بر رای) است که با اعمال چنین دیدگاهی، ممکن است زمان الزام آور شدن رای با توجه به قانون حاکم بر آن در هر کشوری به صورت متفاوتی تعیین گردد.<sup>370</sup> دیدگاه دوم تعیین مفهوم الزام آور شدن رای بر مبنای معیار (و تفسیر) مستقل است که با اعمال آن، مفهوم یکسانی به آراء الزام آور تعلق خواهد گرفت و در این صورت «یکنواختی در اجرای عهدنامه» به صورت بیشتری محقق خواهد شد.

### مبحث اول [الف]: الزام آور شدن رای بر اساس معیار قانون داوری

سه دلیل اصلی در ضرورت توجه به قانون داوری در رابطه با تعیین مفهوم الزام آور شدن رای مطرح گردیده است:<sup>371</sup> (الف) ماده (ه) (1) 5 عهدنامه از عدم اجرای رای در صورتی که «رای هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده، یا اینکه به وسیله مرجعی صالح کشوری که رای در آنجا، یا تحت قانون آنجا صادر شده، ابطال یا معلق گردیده است»، نام برده است و در این ماده ابطال یا تعلیق رای وابسته به قانون کشوری است که به عنوان قانون داوری حاکم بوده است؛ بنابراین الزام آور شدن رای نیز که در ابتدای این ماده آمده است، وابسته به قانون همان کشورها خواهد بود و هرگونه تفسیری به جز این، نوعی تناقض گویی خواهد بود. (ب) الزام آور بودن رای داوری و به طور کلی هر سند حقوقی دیگری، نمی تواند به خودی خود وجود داشته باشد بلکه «الزام داشتن»، خصیصه ای است که قانون یک کشور به سند اعطا می کند. (ج) در زمان تنظیم عهدنامه، نقش قانون مقر داوری (و یا نقش قانونی که تحت آن، رای صادر شده است) اهمیت خاصی داشته است بنابراین مشکل می توان تصور نمود که هدف نویسندگان عهدنامه، تعیین الزام آور شدن رای بر مبنای معیارهای غیر ملی یا غیر محلی بوده است.

به نظر می رسد چنانچه کلمه الزام آور، مستقل از قانون ملی معنی شود در واقع و در عمل این کلمه معادل «لازم الاجرا» شده و دیگر دلیلی بر ذکر این قسمت از ماده (ه) (1) 5 وجود نداشت و وجود آن بدون اثر می باشد زیرا در هر حال رای صادره در محل اجرا لازم الاجرا تلقی شده و اعتراضی به الزام آور نبودن آن پذیرفته نخواهد شد. بنابراین باید الزام آور بودن به گونه ای تفسیر شود که محکوم علیه را از حق اعتراض به موجب این قسمت از ماده محروم نکند.<sup>372</sup>

چنین دیدگاهی بیشتر در رویه قضایی سابق برخی از کشورها وجود داشته است که دادگاه های مزبور در آرای بعدی خود از این دیدگاه تبعیت ننموده اند.<sup>373</sup> امروزه نیز این دیدگاه در آرای قضایی برخی از کشورها همچنان وجود

23. Bezirksgericht [Court of First Instance], Zurich, 14 February 2003 and Obergericht, Zurich, 17 July 2003 (*Italian party v. Swiss company*), (2004) 29 YBCA, pp. 819-33 (**Switzerland No. 37**) sub. 34: 'The issue whether an arbitral award has become binding on the parties, for instance by rendition, oral communication, written statement or communication to the parties or by expiry of the time limit for a legal means [of appeal], is governed in first instance by the law applicable to the arbitration'.

24. E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, para. 1682.

25. نیکبخت، حمید رضا، پیشین، ص. 137.

26. برای مثال در رویه قضایی سابق کشورهای فرانسه، آلمان، اسپانیا و سوئیس (به ترتیب) ببینید:

Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 10 May 1971 and Président, Tribunal de Grande Instance, Paris, 15 May 1970 (*Compagnie de St Gobain - Point à Mousson (France) v. The Fertilizer Company of India, Ltd*), (1976) 1 YBCA, pp. 184-5 (**France No. 1**); Tribunal de Grande Instance [Court of First Instance], Strasbourg, 9 October 1970 (*Animalfeeds International Corp (USA) v. SAA Becker & Cie (France)*), (1977) 2 YBCA, p. 244 (**France No. 2**); Cour d'Appel [Court of Appeal], Rouen, 13 November 1984 (*Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (SEEE) by its liquidator Mme Y Cleja (France) v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia; International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank) and the French State*), (1986) 11 YBCA, pp. 491-9 (**France No. 8**); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Cologne, 16 December 1992 (*Seller v Buyer*) (1996) 21 YBCA 535-541 (**Germany No 44**) sub. 22; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 6 October 2005 (*Seller v. Buyer*), (2007) 32 YBCA, pp. 322-7 (**Germany No. 99**) sub. 7; Tribunal Supremo [Supreme Court], 21 January 1989 (*Ferre Marítima Española SA v. T Baglantzis and others*), (1996) 21 YBCA, pp. 673-5 (**Spain No. 26**) sub. 2; Tribunal Supremo [Supreme Court], 6 April 1989 (*Sea Traders SA v. Participaciones, Proyectos y Estudios SA*), (1996) 21 YBCA, pp. 676-7 (**Spain No. 27**)

دارد که می‌توان آنان را به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول کشورهایایی هستند که احکام قضایی آن‌ها بسیار قدیمی و مربوط به زمانی است که تعیین مفهوم الزام‌آور شدن رأی بر مبنای قانون حاکم بر آن، دیدگاه غالب و رایج بوده است و دادگاه‌ها نیز در حکم خود از این دیدگاه غالب تبعیت نموده‌اند؛ با وجود این، در صورتی که مورد مشابهی در حال حاضر به این دادگاه‌ها ارجاع گردد، ممکن است از رویه سابق خود عدول نمایند.<sup>374</sup> دسته دوم کشورهایایی هستند که احکامی جدیدتر صادر نموده‌اند و همچنان از این دیدگاه پیروی کرده‌اند.<sup>375</sup>

#### مبحث دوم [ب]: الزام‌آور شدن رأی بر اساس معیار مستقل

گفته شده است که ارجاع در ماده (ه) (1) 5 عهدنامه به قانون کشوری که رأی در آنجا یا تحت قانون آنجا صادر شده، در واقع تنها مربوط به جمله دوم آن ماده یعنی فرض آراء داوری ابطال یا معلق شده است،<sup>376</sup> بنابراین کلمه «الزام‌آور» باید به صورت مستقل و در چهارچوب خود عهدنامه تفسیر گردد. حتی آرای نیز که متمایل به پذیرش تعیین الزام‌آور بودن رأی بر اساس قانون حاکم بر رأی شده‌اند،<sup>377</sup> معتقدند که با توجه به اینکه تدوین‌کنندگان عهدنامه با جایگزین نمودن کلمه «الزام‌آور» به جای «نهایی»، خواهان حذف سیستم اجراییه مضاعف عهدنامه ژنو بوده‌اند<sup>378</sup> بنابراین در

---

sub. 2; Appellationsgericht [Court of Appeal], Basel-Stadt, 6 September 1968, (*Corporation X AG, buyer (Switzerland) v. Firm Y, seller (Germany)*), (1976) 1 YBCA, p. 200 (**Switzerland No. 4**) [see full text of the decision]; Tribunal Fédéral [Supreme Court], 26 February 1982 (*Joseph Müller AG (Switzerland) v. Sigval Bergesen (Norway) and Zürich Court of Appeal*), (1984) 9 YBCA, pp. 437-41 (**Switzerland No. 7**).

27. برای مثال در حقوق کشورهای ایتالیا و هند (به ترتیب) ببینید:

Corte di Appello [Court of Appeal], Florence, 8 October 1977 (*Bobbie Brooks Inc (USA) v. Lanificio Walter Banci sas (Italy)*), (1979) 4 YBCA, pp. 289-92 (**Italy No. 29**); Corte di Cassazione [Supreme Court], 15 April 1980, 2448 (*Official Receiver in the Bankruptcy of Lanificio Walter Banci sas (Italy) v. Bobbie Brooks Inc (USA)*), (1981) 6 YBCA, pp. 233-6 (**Italy No. 40**); Supreme Court, 16 January 1987 (*Oil and National Gas Commission (ONGC) (India) v. The Western Company of North America (US)*), (1988) 13 YBCA, pp. 473-93 (**India No. 12**); High Court, Bombay, 21 October 1988 (*General Electric Company (US) v. Renusagar Power Company (India)*), (1990) 15 YBCA, pp. 465-92 (**India No. 18**) sub. 8; High Court, Bombay, 12 October 1989 (*Renusagar Power Company v. General Electric Company*), (1991) 16 YBCA, pp. 553-73 (**India No. 19**) sub. 38.

28. برای مثال در حقوق کانادا، هلند، آمریکا و کلمبیا (به ترتیب) ببینید:

Supreme Court of Canada, 20 May 2010 (*Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*), (2010) 35 YBCA, pp. 343-5 (**Canada No. 31**) sub. 48; Hoge Raad [Supreme Court], First Chamber, 24 December 2010 (*Vastint Holding BV v. Polish Respondent, et al*), (2011) 36 YBCA, pp. 304-6 (**Netherlands No. 37**); United States District Court, Southern District of New York, 19 December 1979 (*Amoco Overseas Oil Co and Amoco Transport Co (USA) v. Astir Navigation Co Ltd (nationality not indicated)*), (1982) 7 YBCA, pp. 375-377 (**US No. 35**); United States District Court, Southern District of Ohio (Western Division), 9 June 1981 (*Fertilizer Corp of India et al v. IDI Management Inc. (USA)*), (1982) 7 YBCA, pp. 382-92 (**US No. 39**) sub. 6; United States District Court, Southern District of New York, 1 September 1989 (*Dworkin-Cosell Interair Courier Services Inc, Moshe Dworkin and Shigur Express Ltd v. Daniel Avraham*), (1991) 16 YBCA, pp. 624-9 (**US No. 105**) sub. 12; United States District Court, Northern District of Florida, Pensacola Division, 29 March 2010 (*Pactrans Air & Sea, Inc v. China National Chartering Corp, et al*), (2010) 35 YBCA, pp. 526-7 (**US No. 697**) sub. 3; Supreme Court of Colombia, 12 May 2011 (*Pollux Marine Services Corp v. Colfletar Ltda*), (2012) 37 YBCA, pp. 189-9 (**Colombia No. 6**).

29. Cour d'Appel [Court of Appeal], Brussels, 24 January 1997 and Tribunal de Première Instance, Brussels, 25 January 1996 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corp v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements*), (1997) 22 YBCA, pp. 643-68 (**Belgium No. 10**).

30. Tribunal de Grande Instance [Court of First Instance], Strasbourg, 9 October 1970 (*Animalfeeds International Corp (USA) v. SAA Becker & Cie (France)*), (1977) 2 YBCA, pp. 244 (**France No. 2**); High Court, Bombay, 21 October 1988 (*General Electric Company (US) v. Renusagar Power Company (India)*), (1990) 15 YBCA, pp. 465-92 (**India No. 18**) sub. 2-3.

31. Tribunal Fédéral [Supreme Court], Second Civil Chamber, 21 February 2005 and 3 January 2006 (*Buyer v. Seller*), (2007) 32 YBCA, pp. 619-28 (**Switzerland No. 39**) sub. 11.

صورتی که قانون داور داور صدور اجراییه را لازم دانسته باشد، چنین شرط شکلی پذیرفته نخواهد شد؛ با چنین دیدگاهی آنان نیز به طور ضمنی، الزام آور بودن رأی را تا حدودی «مستقل» از قانون حاکم بر آن تفسیر کرده‌اند.<sup>379</sup> تفسیر مستقل مبتنی بر تمایز میان «طرق عادی اعتراض»<sup>380</sup> و «طرق فوق‌العاده اعتراض»<sup>381</sup> از رأی است. برخلاف طرق فوق‌العاده اعتراض که شامل دادرسی ابطال رأی داور و یا نوعی از «بازبینی شکلی» (و نه ماهوی) است، طرق عادی اعتراض شامل مواردی می‌گردد که امکان «بازبینی ماهوی» رأی به صورت کامل، توسط یک مرجع بالاتر (دیوان داور و یا دادگاه) وجود داشته باشد.<sup>382</sup> در این صورت به نظر می‌رسد برای بررسی اینکه آیا طرق عادی اعتراض به رأی توسط دادگاه وجود دارد یا خیر، ابتدائاً باید به قانون حاکم بر رأی مراجعه نمود.<sup>383</sup> بر مبنای این دیدگاه در صورتی که طرق عادی اعتراض به رأی داور وجود نداشته باشد، رأی مزبور الزام آور تلقی خواهد شد بدون در نظر گرفتن اینکه آیا طرق فوق‌العاده اعتراض به رأی مانند امکان درخواست ابطال رأی ممکن (و یا حتی در جریان) است یا خیر. در این صورت اثبات اینکه طرق شکایت موجود، نوعی طرق عادی و نه فوق‌العاده است نیز بر عهده طرفی است که ادعای الزام آور نبودن رأی را مطرح کرده است.<sup>384</sup> بر مبنای این دیدگاه، لازم است میان رأی الزام آور و رأی نهایی تفکیک قایل شد؛ رأی داور اصولاً به محض صدور (یا ابلاغ) الزام آور می‌گردد،<sup>385</sup> اما رأی نهایی رأی است که امکان طرح طرق فوق‌العاده اعتراض به آن، ممکن نباشد. همچنین گفته شده است که دادگاه نباید وجود یا فقدان ویژگی اعتبار امر مختوم در رأی داور را به منظور تحلیل الزام آور بودن آن بررسی کند.<sup>386</sup>

32. Van den Berg, *op. cit.*, p. 341.

33. Ordinary recourse.

34. Extraordinary recourse.

35. Gaillard & Savage, *op. cit.*, para. 1679; Van den Berg, *op. cit.*, p. 342; Kronke & Others, *op. cit.*, p. 312; J-F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, S. Berti & A. Ponti (trs.), 2<sup>nd</sup> edn., Sweet & Maxwell, 2007, p. 843; N. Blackaby & Others (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5<sup>th</sup> ed, Oxford University Press, 2009, para. 11-85; Netherlands Code of Civil Procedure (1986), Article 1076 (1) (A) (d).

36. برای مثال ببینید ماده 69 قانون داور انگلستان (1996):

‘(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings [...] (2) An appeal shall not be brought under this section except (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or (b) with the leave of the court [...]’.

ماده 49 قانون داور سنگاپور (2001) نیز حاوی مقررات مشابهی در رابطه با داورهای داخلی است. ببینید:

C. L. Sun SC, *Singapore Law on Arbitral Awards*, Academy Publishing, 2011, pp. 117ff.

37. Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 9 December 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*), (2009) 34 YBCA, pp. 810-6 (**Switzerland No. 40**) sub. 9.

38. Supreme Court of Hong Kong, High Court, 2 June 1992 (*Zhejiang Province Garment Import and Export Company v. Siemssen & Co (Hong Kong) Trading Limited*), (1993) 18 YBCA, pp. 389-95 (**Hong Kong No. 4**) sub. 16; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamm, 28 November 2008 (*Claimant v. Defendant*), (2009) 34 YBCA, pp. 536-44 (**Germany No. 124**) sub. 8; Switzerland's Federal Code on Private International Law (1987), Article 190 (1).

39. Corte di Cassazione [Supreme Court], 3 November 1992, 11891 (*Franco and Elisabetta Consolata Luchetti and Maria Teresa Togna v. COSIAC - Compagnia Siciliana di Appalti e Costruzione SpA*), (1994) 19 YBCA, pp. 685-6 (**Italy No. 125**) sub. 1.

گذر از نظریه تفسیر الزام آور شدن رأی داور بر مبنای قانون حاکم بر آن به نظریه تفسیر الزام آور شدن رأی بر اساس معیار مستقل (یعنی تفکیک طرق عادی اعتراض به رأی و طرق فوق العاده اعتراض به آن)، دیدگاه غالبی است که در رویه قضایی کشورهای سیستم حقوقی نوشته<sup>387</sup> و عرفی<sup>388</sup> پذیرفته شده است. به نظر می‌رسد توجه به ماده شش عهدنامه، منجر به تقویت پذیرش معیار تفسیر مستقل خواهد شد. زیرا این ماده در جریان بودن درخواست تعلیق یا اجرای رأی از مرجع صالح را تنها دلیلی برای تعویق شناسایی و اجرای رأی در کشور محل تقاضا یا اخذ تأمین از درخواست‌کننده شناسایی و اجرای رأی دانسته است بدون آنکه در جریان بودن درخواست ابطال یا تعلیق رأی، مانع شناسایی و اجرای رأی داور باشد. بنابراین حتی اگر معیار تفسیر الزام آور شدن رأی بر مبنای قانون حاکم بر رأی (و نه معیار تفسیر مستقل) پذیرفته شود، نباید در جریان بودن درخواست ابطال یا تعلیق رأی مانع «الزام آور شدن» آن گردد.<sup>389</sup>

معیار تفسیر مستقل ممکن است منجر به ایجاد وضعیتی گردد که رأی صادره در کشور صدور، به دلیل عدم (امکان) صدور اجراییه، قابل اجرا نباشد اما چنین رأیی در کشورهای دیگر و به موجب عهدنامه اجرا گردد. گفته شده است که ایجاد چنین وضعیتی از آثار تفکیک میان «شرایط اجرای رأی» از «شرایط کارایی رأی در کشور محل صدور» خواهد بود.<sup>390</sup>

### قسمت دوم: رویکردهای خاص در تفسیر الزام آور شدن رأی داور

نظریه‌های مطرح شده در رویه قضایی کشورهای عضو عهدنامه نیویورک در رابطه با مفهوم (و زمان) الزام آور شدن رأی داور، محدود به دو دیدگاه الزام آور شدن رأی بر اساس قانون حاکم بر آن و همچنین دیدگاه الزام آور شدن رأی بر اساس تفسیر مستقل (یعنی فارغ از طرق عادی اعتراض به رأی در قانون حاکم بر آن) محدود نمی‌شود. امروزه ضرورت توجه به اراده طرفین قرارداد داور، به عنوان مهمترین عامل در تعیین الزام آور شدن رأی داور مطرح شده است. اما آرای نیز صادر شده‌اند که دیدگاه‌های دیگری را مورد توجه قرار داده‌اند.

#### 40. برای مثال در حقوق کشورهای سوییس، آلمان و سوئد (به ترتیب) ببینید:

Tribunal Fédéral [Supreme Court], 8 December 2003 (*A SA (Switzerland) v. B Co Ltd (British Virgin Islands) and C SA (Ecuador)*), (2004) 29 YBCA, pp. 834-842 (**Switzerland No. 38**) sub. 7-8; Tribunal Fédéral [Supreme Court], Second Civil Chamber, 21 February 2005 and 3 January 2006 (*Buyer v. Seller*), (2007) 32 YBCA, pp. 619-28 (**Switzerland No. 39**) sub. 12; Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 9 December 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*), (2009) 34 YBCA, pp. 810-6 (**Switzerland No. 40**) sub. 5; H. Honsell & Others, *International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Kluwer Law International, 2000, pp. 666-7; Bundesgerichtshof [Supreme Court], 18 January 1990, (1992) 17 YBCA 503-9 (**Germany No. 38**) sub. 2; Supreme Court, 13 August 1979, SO 1462 and Svea Court of Appeal (5th Dept), Stockholm, 13 December 1978 (*AB Götaverken (Sweden) v. General National Maritime Transport Company (Libya)*), (1981) 6 YBCA, pp. 237-42 (**Sweden No. 1**).

#### 41. برای مثال در حقوق کشورهای انگلستان، آمریکا و هنگ‌کنگ (به ترتیب) ببینید:

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 27 July 2011 (*Dowans Holding SA et al v. Tanzania Electric Supply Co Ltd*), (2011) 36 YBCA, pp. 363-5 (**UK No. 93**); United States District Court, Western District of Pennsylvania, 5 May 2006 (*Jorf Lasfar Energy Company, SCA v. AMCI Export Corporation*), (2007) 32 YBCA, pp. 713-8 (**US No. 583**) sub. 13; High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, 20 December 2001 (*Société Nationale d'Operations Pétrolières de la Côte d'Ivoire - Holding v. Keen Lloyd Resources Limited*), (2004) 29 YBCA, pp. 776-83 (**Hong Kong No. 18**) sub. 13.

42. Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], 14 April 1988 (*SpA Ghezzi (Italy) v. Jacob Boss Söhne (Germany)*), (1990) 15 YBCA, pp. 450-5 (**Germany No. 33**) sub. 2; United States District Court, Western District of Pennsylvania, 5 May 2006 (*Jorf Lasfar Energy Company, SCA v. AMCI Export Corporation*), (2007) 32 YBCA, pp. 713-8 (**US No. 583**) sub. 13; Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 9 December 2008 (*Compagnie X SA v. Federation Y*), (2009) 34 YBCA, pp. 810-6 (**Switzerland No. 40**) sub. 8.

43. Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, First Section, 20 July 2004 (*Antilles Cement Corporation v. Transficem*), (2006) 31 YBCA, pp. 846-52 (**Spain No. 46**) sub. 13.

## مبحث اول [الف]: الزام‌آور شدن رأی بر اساس قرارداد طرفین

به طور معمول در قراردادهای داورى، الزام‌آور بودن و نهایی بودن رأی صادره نسبت به طرفین ذکر می‌گردد.<sup>391</sup> در مواردی نیز که طرفین قواعد داورى را به طور صریح تعیین می‌نمایند و یا اینکه با انتخاب یک سازمان داورى، قواعد داورى آن سازمان را نیز به طور ضمنی انتخاب می‌نمایند، چنین قواعدی نیز غالباً الزام‌آور بودن رأی نسبت به طرفین را مقرر می‌دارند.<sup>392</sup>

برخی از آرای قضایی (در مواردی با پذیرش تفکیک میان طرق عادی و فوق‌العاده شکایت) اعلام داشته‌اند که الزام‌آور بودن رأی صرفاً بر مبنای قانون محل صدور آن تعیین نخواهد شد.<sup>393</sup> بلکه در تعیین الزام‌آور بودن، ابتدا باید توافق طرفین را مدنظر قرار داد و در صورتی که طرفین توافقی در این مسئله نکرده باشند، اولویت بعدی به ترتیب با قانونی است که طرفین بدین منظور انتخاب نموده‌اند و در صورت فقدان چنین انتخابی نیز، تعیین الزام‌آور بودن رأی بر اساس قانون کشور محل صدور آن انجام خواهد گرفت.<sup>394</sup>

گفته شده است ضرورت توجه به توافق طرفین به جای قانون محل صدور رأی، به این دلیل است که در عهدنامه، توافق طرفین همواره به عنوان یک عنصر اساسی، مقدم بر قانون محل صدور رأی است و به همین دلیل ماده (ه) 5(1) عهدنامه الزام‌آور بودن رأی «نسبت به طرفین» را مقرر نموده است. مقدم بودن توافق طرفین بر قانون محل صدور رأی در مواد (الف) 5(1) (قانون حاکم بر قرارداد داورى) و (د) 5(1) (قانون حاکم بر آیین داورى) عهدنامه نیز ذکر شده است، و ماده (ه) 5(1) نیز از همان دیدگاه تبعیت نموده است.<sup>395</sup>

44. برای مثال شرط نمونه داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر داشته است:

‘All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules’.

45. برای مثال ببینید ماده (2) 34 قواعد داورى آنسیترال (2010):

‘All awards shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties shall carry out all awards without delay’.

همچنین ببینید ماده (6) 34 قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی (2012):

‘Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made’.

46. Cour de Cassation [Supreme Court], 5 June 1998 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements (BAII)*), (1999) 24 YBCA, pp. 603-14 (**Belgium No. 11**) sub. 16; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, First Section, 20 July 2004 (*Antilles Cement Corporation v. Transficem*), (2006) 31 YBCA, pp. 846-52 (**Spain No. 46**) sub. 13.

47. Cour de Cassation [Supreme Court], 5 June 1998 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements (BAII)*), (1999) 24 YBCA, pp. 603-14 (**Belgium No. 11**) sub. 17.

48. Cour d'Appel [Court of Appeal], Brussels, 24 January 1997 and Tribunal de Première Instance [Court of First Instance], Brussels, 25 January 1996 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corp v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements*), (1997) 22 YBCA, pp. 643-68 (**Belgium No. 10**) sub. 49; Cour de Cassation [Supreme Court], 5 June 1998 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements (BAII)*), (1999) 24 YBCA, pp. 603-14 (**Belgium No. 11**) sub. 4.



اگرچه بازبینی ماهوی رأی، اصولاً تنها در صورت توافق طرفین و در یک دیوان داوری (و نه دادگاه) ممکن خواهد بود،<sup>396</sup> اما در برخی از کشورها امکان بازبینی ماهوی رأی داوری در دادگاه نیز وجود دارد.<sup>397</sup> بنابراین اگرچه مراجعه به توافق طرفین نشان‌دهنده عدم تعیین یک دیوان داوری دیگر به منظور بازبینی ماهوی رأی است اما توافق طرفین مبنی بر «الزام‌آور» و «نهایی» بودن رأی، نمی‌تواند نشانه‌ای قطعی بر اسقاط حق مراجعه به دادگاه به منظور بازبینی ماهوی رأی باشد؛<sup>398</sup> حتی ممکن است به دلیل امری بودن بازبینی ماهوی رأی در دادگاه، امکان اسقاط آن از سوی طرفین اصولاً وجود نداشته باشد.<sup>399</sup>

**49.** United States District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, 11 March 2010 (*Trax Construction, Ltd v. Dyncorp International, LLC*), (2010) 35 YBCA, p. 515 (US No. 693); D. Di Pietro & M Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, 2001, p. 168.

برای مثال ببینید ماده 1489 قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات 2011) در رابطه با داورهای داخلی:

Article 1489: 'La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties' (= 'An arbitral award shall not be subject to appeal, unless otherwise agreed by the parties').

همچنین ببینید ماده (1) 1050 قانون آیین دادرسی مدنی هلند (1986):

'An appeal from the arbitral award to a second arbitral tribunal is possible only if the parties have agreed thereto'.

**50.** برای مثال ببینید ماده 69 قانون داوری انگلستان (1996) در زیرنویس شماره 32.

با وجود این، برخی از نویسندگان تنها امکان بازبینی ماهوی رأی توسط یک دیوان داوری را مانع از الزام‌آور شدن رأی دانسته‌اند و نه بازبینی آن توسط دادگاه. زیرا نمی‌توان به طور دقیق میان دو وضعیت دادرسی «تجدیدنظر به دلایل ماهوی» و دادرسی «ابطال رأی به دلایل ماهوی» توسط دادگاه تمایز قائل شد. ببینید:

G. Born <http://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Gary+Brian+Born%22>,

*International Commercial Arbitration*, Vol II, 3<sup>rd</sup> edn., Kluwer Law International, 2009, p. 2821.

برخی از آرای قضایی نیز تنها امکان بازبینی ماهوی رأی توسط یک دیوان داوری (و نه دادگاه) را مانع از الزام‌آور شدن آن دانسته‌اند. ببینید:

United States District Court, Southern District of Ohio (Western Division), 11 January 1982 (*Fertilizer Corp of India et al v. IDI Management Inc (USA)*), (1983) 8 YBCA, pp. 419-20 (US No. 41); President, Rechtbank [Court of First Instance], Amsterdam, 12 July 1984 (*SPP (Middle East) Ltd. (Hong Kong) v. The Arab Republic of Egypt*), (1985) 10 YBCA, pp. 487-90 (Netherlands No. 10) sub. 7; United States District Court, Eastern District of Louisiana, 29 May 1996 (*McDermott International, Inc v. Underwriters at Lloyd's et al*), (1997) 22 YBCA, pp. 984-989 (US No. 227) sub. 8; United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 15 December 2011 (*The Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran, as Successor in Interest to the Ministry of War of the Government of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc, as Successor in Interest to Cubic International Sales Corp*), Case no. 99-56380 & 99-56444.

**51.** *Al Hadha Trading Co v. Tradigrain SA and Ors* [2002] 2 Lloyd's Rep 512; *Essex County Cotmcil v. Premier Recycling Ltd.* [2006] EWHC 3594; *Shell Egypt West Manzala GmbH & Anor v. Dana Gas Egypt Ltd* [2009] EWHC 2097; B. Harris, R Planteros & J Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 4<sup>th</sup> edn., Blackwell Publishing, 2007, p. 335; J. Kirby, "Finality and Arbitral Rules: Saying An Award Is Final Does Not Necessarily Make It So", (2012) 29(1) *J. Int'l Arb*, pp. 125-6.

**52.** به همین دلیل ماده (6) 34 قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (2012) مقرر داشته است:

'Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse *insofar as such waiver can validly be made* [Emphasize added]'.

در ضمیمه قواعد داوری آنسیترا (2010) نیز مقرر شده است:

'If the parties wish to exclude recourse against the arbitral award that may be available under the applicable law, they may consider adding a provision to that effect as suggested below, considering, however, that the effectiveness and conditions of such an exclusion depend on the applicable law'.

ضرورت توجه اولیه به توافق طرفین (که شامل متن قرارداد داوری و همچنین قواعد داوری منتخب آنان) به منظور بررسی الزام آور شدن رأی داوری، دیدگاهی است که میان نویسندگان<sup>400</sup> و همچنین برخی از آراء قضایی کشورهای حقوق نوشته<sup>401</sup> و عرفی<sup>402</sup> وجود داشته و به نظر می‌رسد که در حال توسعه است.

#### مبحث دوم [ب]: سایر رویکردهای خاص در تفسیر الزام آور شدن رأی داوری

دیوان‌های داوری اصولاً در رأیی که طبق آن اختلاف طرفین به طور قطعی حل و فصل می‌گردد، عبارت «رأی داوری نهایی»<sup>403</sup> را ذکر می‌نمایند. در موارد محدودی دادگاه‌ها به عبارت موجود در خود رأی داوری به منظور بررسی الزام آور بودن آن استناد نموده‌اند؛ با وجود این حتی در این موارد نیز دادگاه‌ها تلاش نموده‌اند تا علاوه بر استناد به متن رأی، به موارد دیگری همچون عدم وجود طرق عادی اعتراض به رأی<sup>404</sup> و توافق طرفین<sup>405</sup> استناد کنند. بنابراین نمی‌توان به تنهایی از استناد به متن رأی داوری به منظور بررسی الزام آور بودن آن، به عنوان رویه‌ای قابل اتکا یاد نمود.

به رفتار طرفین نیز در مواردی به منظور بررسی الزام آور بودن رأی داوری توجه شده است. برای مثال در صورتی که پس از صدور رأی، دادگاه مقرّ داوری از تأیید آن خودداری کند و محکوم‌له چنین رأیی اقدام به طرح مجدد اختلاف خود با محکوم‌علیه در دیوان داوری دیگری نماید و در عین حال درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری

---

53. Poudret & Besson, *op. cit.*, p. 844; P. Lalive, "Absolute Finality of Arbitral Award?", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*- Ano I-2008 (Associação Portuguesa de Arbitra, Ed. Almedina, Coimbra, 2009), p. 114.

54. برای مثال در حقوق کشورهای بلژیک، آلمان، فرانسه، اسپانیا، سوئد، اوکراین و لوگزامبورگ (به ترتیب) ببینید: Cour d'Appel [Court of Appeal], Brussels, 24 January 1997 and Tribunal de Première Instance [Court of First Instance], Brussels, 25 January 1996 (*Inter-Arab Investment Guarantee Corp v. Banque Arabe et Internationale d'Investissements*), (1997) 22 YBCA, pp. 643-68 (**Belgium No. 10**) sub. 50; Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], 14 April 1988 (*SpA Ghezzi (Italy) v. Jacob Boss Söhne (Germany)*), (1990) 15 YBCA, pp. 450-5 (**Germany No. 33**) sub. 2; Oberlandesgericht [Court of Appeal], Frankfurt am Main, 16 October 2008 (*Buyer v. Seller*), (2009) 34 YBCA, pp. 527-32 (**Germany No. 122**) sub. 3-4; Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 23 October 1997 (*IAIGC - Inter-Arab Investment Guarantee Corporation v. BAI - Banque Arabe et Internationale d'Investissements SA*), (1998) 23 YBCA, pp. 644-53 (**France No. 28**) sub. 3; Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, First Section, 20 July 2004 (*Antilles Cement Corporation v. Transficem*), (2006) 31 YBCA, pp. 846-52 (**Spain No. 46**) sub. 12; Supreme Court, 13 August 1979, SO 1462 and Svea Court of Appeal (5th Dept), Stockholm, 13 December 1978 (*AB Götaverken (Sweden) v. General National Maritime Transport Company (Libya)*), (1981) 6 YBCA, pp. 237-42 (**Sweden No. 1**); Court of Appeal, City of Kiev, 17 September 2010 and Supreme Court of Ukraine, 24 November 2010 (*National Joint Stock Company Naftogaz Ukrainy v. RosUkrEnergo AG*), (2011) 36 YBCA, pp. 349-52 (**Ukraine No. 1**); Cour d'Appel [Court of Appeal], 28 January 1999 (*Sovereign Participations International SA v. Chadmore Developments Ltd*), (1999) 24 YBCA, pp. 714-23 (**Luxembourg No. 2**) sub. 22.

55. برای مثال در حقوق انگلستان، استرالیا و هنگ‌کنگ، (به ترتیب) ببینید: High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 27 July 2011 (*Dowans Holding SA et al v. Tanzania Electric Supply Co Ltd*), (2011) 36 YBCA, pp. 363-5 (**UK No. 93**); Supreme Court, New South Wales, Commercial Division, 26 March 1998 (*American Diagnostica, Inc v. Gradipore Ltd and Centerchem, Inc*), (1999) 24 YBCA, pp. 574-90 (**Australia No. 15**) sub. 33; High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, 20 December 2001 (*Société Nationale d'Operations Pétrolières de la Côte d'Ivoire - Holding v. Keen Lloyd Resources Limited*), (2004) 29 YBCA, pp. 776-83 (**Hong Kong No. 18**).

56. Final arbitral award.

57. Supreme Court of Hong Kong, High Court, 2 June 1992 (*Zhejiang Province Garment Import and Export Company v. Siemssen & Co (Hong Kong) Trading Limited*), (1993) 18 YBCA, pp. 389-95 (**Hong Kong No. 4**) sub. 17.

58. Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 20 November 2003 (*Supplier v. Shipper*), (2005) 30 YBCA, pp. 547-54 (**Germany No. 78**) sub. 2; Kammergericht [Court of Appeal], Berlin, 17 April 2008 (*Buyer v. Supplier*), (2009) 34 YBCA, pp. 510-5 (**Germany No. 119**) sub. 6.

اولیه را دادگاه کشور دیگری مطرح کند، اقدام محکوم‌له رأی (در طرح مجدد اختلاف خود در یک دیوان داور دیگری) می‌تواند دلیلی مبنی بر غیرالزام‌آور تلقی شدن رأی داور باشد.<sup>406</sup>

### نتیجه‌گیری

برخلاف عهدنامه ژنو که نهایی بودن رأی داور «شرط» اجرای رأی بود و اثبات آن نیز بر عهده متقاضی اجرا، در عهدنامه نیویورک چنین شرطی وجود ندارد و به جای آن، ممکن است الزام‌آور نبودن رأی «مانع» اجرای آن شود و بار اثبات الزام‌آور نبودن رأی داور بر عهده شخصی است که متقاضی عدم شناسایی و عدم اجرای آن است. معین نبودن مفهوم «الزام‌آور» نبودن رأی داور (به عنوان یکی از موانع شناسایی و اجرای آرای داور در عهدنامه نیویورک)، منجر به ایجاد تفسیرهای گوناگونی از آن شده است که از میان آن‌ها، می‌توان به دو تفسیر برجسته اشاره کرد: تفسیری که ابتدائاً پذیرش بیشتر اعضای عهدنامه پذیرفتند که تعیین زمان الزام‌آور شدن رأی بر اساس قانون حاکم بر آن است. این تفسیر همچنان در رویه قضایی معدودی از کشورها وجود دارد. تفسیر دوم که امروزه به عنوان دیدگاه غالب توسط بسیاری از اعضای عهدنامه پذیرفته شده است، تفسیر مستقل عهدنامه است. بر مبنای این تفسیر، ضمن تفکیک اولیه میان طرق عادی اعتراض به رأی داور و طرق فوق‌العاده اعتراض به آن، گفته می‌شود که رأی الزام‌آور رأیی است که امکان توسل به طرق عادی اعتراض به آن وجود ندارد و امکان طرح طرق فوق‌العاده اعتراض، تأثیری بر الزام‌آور شدن آن ندارد. طرفداران این تفسیر نیز از جهت بررسی وجود یا فقدان امکان طرح طرق عادی اعتراض به رأی، به دو دسته تقسیم شده‌اند: دسته اول در تفسیر خود به قانون حاکم بر رأی داور مراجعه می‌کنند تا بررسی نمایند آیا امکان طرح طرق عادی اعتراض به رأی در آن قانون وجود دارد یا خیر؛ دسته دوم ابتدائاً به قرارداد طرفین مراجعه می‌کنند و در صورت سکوت قرارداد طرفین، به قانون حاکم بر رأی داور مراجعه می‌نمایند. علیرغم شکل‌گیری تفسیرهای گوناگون از مفهوم «الزام‌آور» شدن رأی داور، عموم آن‌ها در دو مورد مشترک هستند: یکی آنکه نباید متقاضی شناسایی و اجرای رأی، ملزم به ارائه سندی گردد که نشان از الزام‌آور یا نهایی بودن رأی داور در کشور محل صدور آن باشد. دیگر آنکه با در نظر داشتن ماده شش عهدنامه، نباید امکان طرح (و یا حتی در جریان بودن) دعوی ابطال رأی داور ممانعی در «الزام‌آور» شدن رأی محسوب گردد.

### منابع

نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داورها در ایران، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391.

N Blackaby & Others (eds), Redfern and Hunter on International Arbitration (5<sup>th</sup> ed, Oxford University Press 2009).

GBorn <http://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Gary+Brian+Born%22>, International Commercial Arbitration (3<sup>rd</sup> edn, Kluwer Law International 2009).

E Gaillard & J Savage (eds), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International 1999).

H Gharavi, The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award (Kluwer Law International, 2002).

H Kronke & Others (eds), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (Kluwer Law International 2010).

J-F Poudret and S Besson, Comparative Law of International Arbitration (S Berti and A Ponti trs, 2<sup>nd</sup> edn, Sweet & Maxwell 2007).

A Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Kluwer Law and Taxation 1981).

<<http://www.uncitral.org>>.

59. Tribunal de Première Instance [Court of First Instance], Geneva, 13 March 1986 (*Maritime International Nominees Establishment (MINE) (Liechtenstein) v. Republic of Guinea*), (1987) 12 YBCA, pp. 514-22 (Switzerland No. 15) sub. 13; A. Van den Berg, "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", (2007)18(2) *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, p. 15.

<<http://www.ila-hq.org>>.

## فصل هفتم

### «اصلاحگری» و «میانجیگری»

#### به عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی- تجاری و امکان بکارگیری آنها در صنعت نفت

##### چکیده

در دهه‌های اخیر، تجار به ویژه تجار بین‌المللی از رجوع اختلافات خود به دادگاهها رویگردان شده و به داوری روی آوردند. از دلایل این رویکرد می‌توان به سرعت بیشتر داوری، کم هزینه‌تر بودن، خصوصی و محرمانه بودن و اختیار طرفین دعوی در تعیین تشریفات حل اختلاف اشاره کرد. اما، به مرور مزیت‌های داوری بر رسیدگی دادگاهی کم رنگ شده و داوری نیز رنگ و شکل رسیدگی دادگاهی به خود گرفته و بیش از پیش به آن شباهت یافته است. با قاعده‌مند شدن داوری و خروج آن از شکل سنتی خود، بر پیچیدگی‌های آن افزوده شده و علاوه بر افزایش هزینه‌های داوری، سرعت رسیدگی در دیوانهای داوری نیز کاهش یافته است. دلایل اینچنینی باعث اقبال رو به فزونی تجار بین‌المللی به روش‌های ساده‌تر، سریع‌تر و ارزان‌تر حل اختلاف یا جایگزین حل اختلاف از قبیل میانجیگری و اصلاحگری شده است. مقاله حاضر به بررسی مزیت روش‌های اصلاحگری و میانجیگری نسبت به رسیدگی دادگاهی و داوری پرداخته و امکان کاربرد آنها برای حل اختلافات ناشی از قراردادهای نفتی را مورد بحث قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که با توجه به ویژگی‌های خاص صنعت نفت از جمله نیاز به جلوگیری از حاد شدن اختلاف و یا حل سریع اختلاف و مدت طولانی قراردادهای نفتی که مستلزم تداوم جو دوستانه و همکاری است، روش‌های اصلاحگری و میانجیگری می‌توانند جایگزین مناسبی برای روش‌های حل اختلاف داوری و رسیدگی دادگاهی بوده و در تکمیل پروژه‌ها و تداوم سرمایه‌گذاری‌ها در این صنعت خاص کمک نمایند.

کلمات کلیدی: اصلاحگری – میانجیگری – داوری – حل و فصل اختلاف - صنعت نفت

#### Conciliation and Mediation as Alternative Dispute Resolution Mechanisms for Civil and Commercial Disputes and the Viability of their Application in the Petroleum Industry

Dr. Hamid Reza Nikbakht<sup>407</sup>

Ali Akbar Adib<sup>408</sup>

##### Abstract

In recent decades, there has been a shift from adjudication to arbitration. The speedier, cheaper and private nature of arbitration and the powers of the parties in assigning the formalities of their dispute settlement process are among the reasons for this trend. However, these advantages have been disappearing gradually and arbitration is becoming more and more similar to adjudication in terms of speed, costs and formalities. Hence, we are witnessing an increasing inclination toward alternative dispute resolution (ADR) mechanisms such as

<sup>407</sup> Professor at the Law Faculty of Shahid Beheshti University, Hr-nikbakht@sbu.ac.ir

<sup>408</sup> PhD Candidate in Oil and Gas Law, Shahid Beheshti University, Adib9900@gmail.com

conciliation and mediation. This paper examines the advantages of conciliation and mediation over adjudication and arbitration and discusses the viability of their application to the settlement of disputes in petroleum industry. It concludes that, due to the special characteristics of the petroleum industry and its need to speedy settlement of disputes as well as the importance of preserving good relationships and friendly environment in long term petroleum contracts, conciliation and mediation serve the petroleum industry better; and under some circumstances, they can even be applied independently and without any need to other methods of dispute resolution to remedy their shortcomings .

Key words: conciliation – mediation – arbitration –dispute resolution- petroleum industry

## مقدمه

روابط تجاری بین اشخاص نوعاً مستعد بروز اختلافاتی است که ممکن است در تفسیر یا اجرای قرارداد فیما بین به وجود آید. روش‌های حل اختلاف یا ترک منازعه که می‌تواند برای این اختلافات مورد استفاده قرار گیرند به دو دسته قابل تقسیم می‌باشند. دسته اول موسوم به روش‌های قضایی یا دادرسی هستند که عبارتند از رسیدگی دادگاهی و داوری. در رسیدگی دادگاهی کلیه قواعد آیین دادرسی، و در داوری اصول و قواعد عمدتاً امره از طریق حاکمیت (قوه مقننه) تعیین و مقرر گردیده است بطوری که در خصوص آنها برای طرفین اختلاف حق انتخاب کمی وجود داشته یا در برخی موارد اساساً حق انتخابی وجود ندارد. علاوه بر این، در این دو روش، فرآیند حل اختلاف غالباً منجر به صدور رأی می‌شود که نهایتاً قطعی و الزام‌آور شده و با پشتوانه قانون به اجرا در خواهد آمد.

دسته دوم روش‌های حل اختلاف موسوم است به شیوه‌های دیپلماتیک یا غیردادرسی که شامل روش‌هایی از قبیل مذاکره، اصلاحگری، میانجیگری، کارشناسی و تحقیق می‌شود. از ویژگی‌های این روش‌ها این است که در همه اشکال آنها، به استثناء مذاکره، حل اختلاف با مداخله و مساعدت شخص یا اشخاص ثالث صورت می‌گیرد. شخص ثالث تلاش می‌کند حقایق موضوع اختلاف را شناسایی و مواضع طرفین را شفاف و به هم نزدیک کرده و نهایتاً با ارائه نظریات یا پیشنهادات کارشناسانه و تخصصی یا مصلحانه به طرفین، اختلاف آنها را حل و فصل نماید. ویژگی دوم و بارز این طرق، عدم صدور رأی و نیز عدم الزام قانونی طرفین به پذیرش یافته‌ها و پیشنهادهای شخص ثالث (اصلاحگر، میانجیگر ...) است. کنترل کامل طرفین بر فرآیند حل اختلاف از تعیین تشریفات رسیدگی و نحوه پیشبرد فرآیند گرفته تا پذیرش یا عدم پذیرش خروجی و نتیجه آن، ویژگی سوم این روش‌هاست. ویژگی چهارم، امکان استفاده از متخصصان و کارشناسان اهل فن در موضوع اختلاف برای حل آن است که با عرفها و رویه‌های حرفه طرفین اختلاف آشنا بوده و نیازها و الزامات خاص آنها را بهتر از قضات و داوران می‌شناسند. ویژگی پنجم سادگی تشریفات و عدم وجود مواعد و مهلت‌های قانونی خاص (بر خلاف آئین دادرسی و داوری) و عدم توسل طرفین به ایرادات و ترفندهای غیرمفید جهت کند کردن فرآیند حل اختلاف است که در نتیجه باعث سرعت حل اختلاف در روش‌های مذکور می‌گردد. دوستانه و غیرترافی بودن حل اختلاف و در نتیجه حفظ روابط تجاری طرفین مزیت ششم این روش‌هاست. خصوصی و محرمانه بودن و در نتیجه حفظ اسرار فنی و تجاری طرفین ویژگی هفتم و ارزان و کم هزینه بودن روش‌های مذکور نسبت به روش‌های قضایی (دادرسی و داوری) ویژگی هشتم روش‌های مذکور می‌باشند.

در دهه‌های گذشته، وجود بسیاری از ویژگی‌های فوق در روش داوری موجب روی آوردن تجار و شرکت‌های بین‌المللی به این روش شد. لیکن، داوری نیز به تدریج مزیت‌های نسبی خود را از دست داده است به طوری که هم‌اکنون به ویژه سرعت و به صرفه بودن داوری به طور جدی مورد تردید است. علاوه بر این، عدم قابلیت پیش‌بینی رأی داوری و کم رنگ شدن قابل توجه ویژگیها و خصوصیات الای انسانی در بسیاری از داوران امروزی که باعث تردید در بی‌طرفی و استقلال آنها می‌شود موجب شده است که طرفین اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاران بین‌المللی در صدد یافتن روش‌های جایگزین دادگاه و داوری برای حل اختلافات خود باشند، یا حداقل قبل از سپردن دعوای خود به دادگاه و داوری، استفاده از برخی روش‌های حل و فصل اختلاف جایگزین را مد نظر قرار دهند. در این مقاله از میان انواع روش‌های

جایگزین حل و فصل اختلاف به روش‌های اصلاحگری و میانجیگری پرداخته شده و به طور خاص امکان و مزیت کاربرد آنها در حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای نفتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مباحث مربوطه در سه قسمت ارائه خواهند شد. قسمت اول به تعریف روش اصلاحگری و میانجیگری و مقایسه آن‌ها با دیگر روش‌های حل اختلاف جایگزین اختصاص دارد. در قسمت دوم، اصول حاکم بر روش‌های اصلاحگری و میانجیگری و در قسمت سوم، امکان استفاده از اصلاحگری و میانجیگری به عنوان روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف در سرمایه‌گذاری‌های تجاری و نفتی تبیین خواهد شد. مقاله با نتیجه‌گیری خاتمه خواهد یافت.

## قسمت اول- روش‌های اصلاحگری و میانجیگری و مقایسه آن با دیگر روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

### الف- اصلاحگری

1- **تاریخچه:** در برخی از جوامع، استفاده از روش اصلاحگری در حل و فصل اختلافات برای صدها سال مرسوم بوده است. به عنوان مثال، در ایران اقدام به اصلاح ذات‌البین، صلح، اصلاحگری (سازش)، آشتی، مصالحه و تصفیه که مشابه روش‌های اصلاحگری یا میانجیگری موضوع این نوشتار هستند در فرهنگ و عرف اسلامی جامعه ایران عمیقاً ریشه داشته و در نظام حقوقی آن نیز اصلاحگری (سازش) و صلح به عنوان نوعی حل اختلاف و ترک منازعه به وضوح به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت و تضمین قانونی قرار دارند، هر چند در خصوص چگونگی انجام یا اجرای آنها قواعد منظم و مدونی وجود ندارد.<sup>409</sup> با این حال، استفاده از این روش در سطح حقوق بین‌الملل به عنوان یکی از روش‌های مسالمت‌آمیز و دیپلماتیک حل و فصل اختلاف ظاهراً به اوایل قرن حاضر بر می‌گردد.<sup>410</sup> در دهه‌های اخیر توجه برخی از مؤسسات حل و فصل اختلاف در اروپا نیز به این روش‌ها معطوف شده است. به عنوان مثال، اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>411</sup> از سال 1975 در قواعد حل و فصل اختلاف خود، قواعد اصلاحگری را نیز گنجانده بود و متعاقباً در سال 2001 قواعد عام‌تری تحت عنوان قواعد "طرق دوستانه حل و فصل اختلاف"<sup>412</sup> به جای آن معرفی کرد. قواعد اخیر نیز از اول ژانویه 2014 جای خود را به "قواعد میانجیگری اتاق بازرگانی بین‌المللی" داده‌اند. کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)<sup>413</sup> نیز اقدام به تدوین قواعد اصلاحگری با عنوان "قواعد اصلاحگری آنسیترال" نمود که در چهار دسامبر 1980 به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید.<sup>414</sup> همچنین، کمیسیون آنسیترال در سال 2002 قانون نمونه‌ای تحت عنوان "قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال"<sup>415</sup> را تدوین کرد تا در وضع قانون ملی در مورد اصلاحگری مورد استفاده و الگوبرداری کشورها قرار گیرد.

2- **تعریف:** اصلاحگری روش حل و فصل اختلاف دوستانه و اختیاری است که در آن یک شخص ثالث بدون داشتن نفوذ بیرونی بر طرفین و صرفاً با برخورداری از اعتماد آنها، اختلاف را به طور همه جانبه و با در نظر گرفتن کلیه جنبه‌های حقوقی و غیر حقوقی آن بررسی کرده و با ارائه راه‌حل‌های غیر الزام‌آور تلاش

<sup>409</sup> به عبارت دیگر، «اصلاحگری» و «میانجیگری» به عنوان روش حل و فصل اختلاف جایگزین در سیستم دادرسی ایران از قواعد و مقررات خاصی برخوردار نیست. مواد 178 تا 193 آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی به قواعدی تحت عنوان "سازش" و مواد 752 تا 770 قانون مدنی ایران، به عنوان "صلح" اختصاص دارد که هر دو این عناوین خارج از بحث نوشتار حاضر می‌باشند.

<sup>410</sup> Reif, Linda C., "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", Fordham International Law Journal, Vol. 14, Issue 3, 1990, (pp 578-638).

<sup>411</sup> International Chamber of Commerce (ICC)

<sup>412</sup> Amicable Dispute Resolution (ADR)

<sup>413</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), UNCITRAL Conciliation Rules (1980).

<sup>414</sup> General Assembly Resolution 35/52

<sup>415</sup> Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/57/562 and Corr.1), 57/18. Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law, available at:

می‌کند توافق طرفین نسبت به یک راه حل را جلب نماید. بنا به تعریف دیگر که در عرصه روابط دولتها مطرح شده است اصلاحگری روشی است که در آن شخص یا کمیسیونی که فاقد قدرت سیاسی است صرفاً با برخورداری از اعتماد طرفین اختلاف، اختلاف را به طور همه جانبه بررسی کرده و راه حل غیر الزام‌آوری را پیشنهاد می‌نماید.<sup>416</sup> قبلاً، اصلاحگری به همراه "تحقیق" به عنوان یک روش دو مرحله‌ای به کار می‌رفت که در آن، ابتدا حقایق مؤثر در اختلاف شناسایی و تعیین و سپس مرحله اصلاحگری آغاز می‌شد لیکن به مرور تبیین حقایق توسط اصلاحگر عنصر جدایی ناپذیر فرآیند اصلاحگری شد<sup>417</sup>.

کیفیات و حدود اختیارات اصلاحگر: در اصلاحگری، با توجه به این که اساس انگیزه طرفین برای مبادرت به اصلاحگری اعتماد آنها به شخص اصلاحگر می‌باشد، شخصیت اصلاحگر برای طرفین اهمیت اساسی دارد. اصلاحگر به عنوان چهره بی‌طرف و قابل اعتمادی دیده می‌شود که مسئول تعیین و ارائه بهترین راه حل به طرفین می‌باشد. بدون چنین کیفیاتی اساساً دخالت اصلاحگر بی‌فایده خواهد بود. طرفین در جریان حل و فصل اختلافشان ارتباط یا کنش زیادی با اصلاحگر ندارند بلکه به وی اعتماد کرده و کار را به او سپرده و از نظر او تبعیت خواهند کرد. در این روش، طرفین کمتر به طرح و توضیح ادعا و دفاع متقابل می‌پردازند بلکه اصلاحگر رأساً و فعالانه تلاش می‌نماید حقی که نقض شده را مشخص نموده و مطلوب‌ترین یا مساعدترین راه حل ممکن را شناسایی و به طرفین پیشنهاد کند تا در خصوص پذیرش یا رد آن تصمیم‌گیری کنند.

در اصلاحگری، طرفین ممکن است از ابتدا از اصلاحگر بخواهند در خصوص قوت و ضعف استدلال‌های آنها اظهار نظر کند و حتی ممکن است طرفین از قبل توافق کرده باشند که نظر اصلاحگر برای آنها الزام‌آور باشد. همچنین، ممکن است طرفین توافق کرده باشند که اصلاحگر در بررسی و اظهار نظر و ارائه راه حل بر مبنای ادله و قواعد حقوقی عمل کند یا این که صرفاً بر مبنای انصاف اظهار نظر نماید. قواعد اصلاحگری منتشر شده نیز آزادی نسبی اصلاحگران برای دستیابی به یک راه حل منصفانه و پیشنهاد آن به طرفین را لحاظ نموده‌اند،<sup>418</sup> لیکن اصلاحگران در این راه نمی‌توانند قوانین و منابع خاص تعهدآور را نادیده بگیرند. لرد ویلبرفورس<sup>419</sup> در اصلاحگری فیما بین تسوروپترولیوم و دولت ترینیداد و توباگو موضوع را بدین گونه توضیح می‌دهد:

"تصور می‌کنم در این رسیدگی وظیفه من این است که ادعاهای طرفین را بررسی کنم، مسائل را شفاف‌سازی کنم، و تلاش نمایم ادعاهای طرفین را از منظر قوت و احتمال پذیرش آنها در داور یا دادگاه ارزیابی نمایم بدین امید که چنین ارزیابی طرفین را در رسیدن به یک توافق یاری نماید."<sup>420</sup>

در هر حال با توجه به این که تمام فرآیند اصلاحگری و نتیجه آن اختیاری و مبتنی بر اقناع می‌باشد، به منظور این که راه حل پیشنهادی اصلاحگر توسط طرفین پذیرفته شود، مبنای چنین پیشنهادی باید به اندازه کافی قوی بوده و طرفین را قانع نماید که راه حل خوبی برای اختلاف آنها بوده و مسائل و مشکلات آنها را حل خواهد کرد.<sup>421</sup>

راه حل‌های پیشنهاد شده ممکن است تماماً یا بعضاً حقوقی و منطبق با قانون باشد با این حال، ملاحظات حقوقی در اولویت نبوده (اهمیت ثانویه داشته) و حتی ممکن است راه حل پیشنهادی اساساً نسبتی با راه حل‌های حقوقی دعوی یا

<sup>416</sup> Cot, JeanPierre, 'La conciliation internationale', Paris: Éditions A. Pedone, 1968, as quoted in Reif, Linda C., 'Supra note 5', at page 582.

<sup>417</sup> Bar-Yaacov, Nissim, 'The Handling of International Disputes by Means of Inquiry', Oxford, 1974, (pp 241-246).

<sup>418</sup> Reif, Linda C., 'Supra note 8', p. 583.

<sup>419</sup> Lord Wilberforce

<sup>420</sup> Lester Nurick and Stephen J. Schnably, 'The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago', ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL, p 348.

<sup>421</sup> Mangoldt, Hans von, "Arbitration and Conciliation," in Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Springer Verlag Berlin Heidelberg, New York, 1974, pp. 417-552, p. 430.



اختلاف فیما بین نداشته باشد<sup>422</sup> چرا که اولویت و هدف اصلی اصلاحگر حل اختلاف طرفین است نه تعیین این که مواضع و ادعاهای کدام طرف حق و کدام باطل است.

3- **اختلافات مناسب اصلاحگری:** از روش اصلاحگری به منظور حل و فصل اختلافات راجع به مسائل حکمی یا موضوعی و یا ترکیبی از هر دو استفاده شده است. علاوه بر این، برای حل و فصل اختلافاتی که به هر دلیلی غیر قابل طرح در داوری یا دادگاه هستند ممکن است بتوان از روش اصلاحگری استفاده کرد بدون این که با چالش‌ها و ایرادهای صلاحیتی که در داوری یا دادگاه مرسوم است مواجه شد.<sup>423</sup> حتی ممکن است طرفین دلایل خود را محکم و محکمه پسند بدانند لیکن تصمیم بگیرند به منظور حفظ روابط فیما بین مصالحه کرده و به راه حلی بینابین و منصفانه تن بدهند. در این مورد نیز می‌توان از روش اصلاحگری استفاده نمود.

**ب- میانجیگری**

میانجیگری روشی است که شخص ثالث مورد قبول طرفین صرفاً به طرفین دعوا کمک می‌کند تا آنها خود راه حل اختلافشان را یافته و بر شرایط مرضی‌الطرفین توافق کنند. او مستقیماً در برطرف کردن اختلاف دخالتی ندارد بلکه صرفاً گفتگوی بین طرفین را در قالب یک جریان چند مرحله‌ای تسهیل می‌کند و به آنها کمک می‌کند تا منافع، ترجیحات، نیازها و خواسته‌های خود را برای طرف مقابل مشخص و به وی منتقل کنند. میانجیگر قضاوت یا داوری نمی‌کند و تصمیم نمی‌گیرد. او در هماهنگی و پیشبرد مذاکرات بین طرفین فعالیت دارد و بین دو طرف در رفت و آمد است. وی از مهارت‌های ارتباطی و مذاکراتی متخصصانه خود استفاده می‌کند تا طرفین خود به یک راه حل مناسب برسند. از این منظر، میانجیگری را در واقع نوعی "مذاکره با وساطت شخص ثالث"<sup>424</sup> می‌توان نامید. در این روش میانجیگر ممکن است دو نقش ایفا نماید: نقش تسهیل‌گرانه<sup>425</sup> و نقش ارزیابی‌گرانه.<sup>426</sup> به عبارت دیگر، میانجیگر ممکن است صرفاً به تسهیل کردن روابط و مذاکرات طرفین کمک نماید یا علاوه بر آن، ارزیابی تخصصی زمینه‌های مختلف اختلاف را نیز بر عهده گرفته باشد. در هر دو صورت، میانجیگر حق تحمیل نظر خود به طرفین را ندارد.

برخی اصلاحگری و میانجیگری را مثل هم دانسته و معتقدند که هر دو واژه غالباً از اصول و آئین مشابهی تبعیت می‌نمایند و قابل استعمال به جای یکدیگر می‌باشند.<sup>427</sup> ماده (3) 1 قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال نیز بین واژه اصلاحگری و میانجیگری فرقی قایل نشده است.<sup>428</sup> علیرغم این، به طور کلی، با توجه به تعاریف و ادراک رایج از این دو اصطلاح می‌توان گفت که روش حل و فصل اختلاف دوستانه‌ای که با وساطت شخص ثالث و بدون صدور رأی یا نظر الزام‌آور صورت گیرد، می‌تواند بر اساس میزان رسمیت و دخالت شخص ثالث اصلاحگری یا میانجیگری نامیده شود. در صورتی که میزان رسمیت و قاعده‌مندی فرآیند حل اختلاف (از قبیل ترتیب مذاکره و هماهنگی نشست‌ها و نحوه ارائه اطلاعات و ...) زیاد بوده و در طول جریان حل اختلاف شخص ثالث یا کمیسیون حل اختلاف فعالانه برای یافتن راه حل و اقناع طرفین به پذیرش آن تلاش نماید، این روش حل اختلاف "اصلاحگری" نامیده می‌شود و در صورتی که تشریفات کم و غیر رسمی بوده و شخص ثالث صرفاً مذاکره بین طرفین را تسهیل کند تا طرفین خود به

<sup>422</sup> Cot, JeanPierre, *La Conciliation Internationale*, Éditions A. Pedone, Paris, 1968, pp 8-9.

<sup>423</sup> Dore, Isaak Ismail, *Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, (pp 7-8).

<sup>424</sup> mediated negotiation

<sup>425</sup> facilitative

<sup>426</sup> evaluative

<sup>427</sup> Griffith Gavan & Andrew D. Mitchell, *Contractual Dispute Resolution in International Trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)*, Melbourne Journal of International Law, vol. 8, 2002, 184-199.

<sup>428</sup> 1-3. For the purposes of this Law, "conciliation" means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons ("the conciliator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

یک راه حل دست یابند روش حل اختلاف "میانجیگری" نامیده می‌شود. در امریکا بر خلاف بقیه کشورها روش قبلی "میانجیگری" و روش اخیر "اصلاحگری" نامیده می‌شود.<sup>429</sup>

### ج- مقایسه نقش شخص ثالث، طرفین اختلاف و وکلای آنها در روش‌های اصلاحگری و میانجیگری

در تعریف غالب از میانجیگری، میانجیگر جریان حل اختلاف را در مراحل خاص و متفاوت از جمله در مرحله مقدماتی، در جلسات مشترک، در جلسات کمیته‌ها و نهایتاً در مرحله نگارش توافقنامه کنترل می‌کند اما این خود طرفین هستند که نتیجه و خروجی مذاکرات که همان راه حل مورد توافق است را در دست داشته و اداره می‌کنند. در این روش، طرفین اختلاف نقشی فعال در جریان میانجیگری، تعیین منافع، ارائه راه‌حل‌های ممکن و تصمیم‌گیری در خصوص پیشنهادات طرف دیگر به عهده دارند.

در اصلاحگری، بر خلاف میانجیگری، اصلاحگر نقش نسبتاً مستقیمی در حل و فصل واقعی اختلاف بر عهده دارد و حتی راه‌حل‌های خاصی را برای حل و فصل اختلاف به طرفین پیشنهاد و به آنها توصیه می‌کند. علاوه بر این، روش اصلاحگری نسبت به روش میانجیگری رسمی‌تر است بخصوص از این جهت که اصلاحگر نظر داده و نظر وی ممکن است برای طرفین الزام‌آور باشد. در بعضی از سیستم‌های حل و فصل اختلاف، اصلاحگر باید اظهار نظر کند لیکن همانند میانجیگری ارزیابی‌گرانه، نظر وی هر چند پشتوانه حقوقی هم داشته باشد نمی‌تواند برای طرفین الزام‌آور باشد. با این حال، حتی در فرض مذکور نیز فرق آن با نظر ارزیابی‌گرانه میانجیگر آن است که نظر اصلاحگر می‌تواند در دادگاه یا از جهت تقویت دعوی یکی از طرفین و یا از جهت خاتمه دادن به دعوا مؤثر واقع شود. بنابراین، در مجموع می‌توان گفت که برای حل و فصل اختلاف، اختیار یا قدرت اصلاحگر بیش از اختیار یا قدرت میانجیگر می‌باشد.

در میانجیگری و اصلاحگری نقش وکلا نیز متفاوت است. در میانجیگری، وکلا ضمن رایزنی با موکلان خود (طرفین اختلاف) فعالانه در تکوین و توسعه راه‌حلهای ابتکاری و خلاقانه برای حل و فصل اختلاف مشارکت می‌کنند در حالی که در اصلاحگری، وکلا صرفاً توصیه‌ها یا پیشنهادات اصلاحگر را ارزیابی و بررسی نموده و نظرات و راهنمایی‌های خود در این خصوص را به موکلان خود (طرفین اختلاف) ارائه می‌دهند.

وجه مشترک روش‌های فوق این است که در هر دو تلاش بر این است که رابطه تجاری طرفین حفظ شده یا به حالت قبل از اختلاف برگردد. علاوه بر این، هر دو روش مذکور فرصت ارائه راه‌حل‌های مبتکرانه برای دعوی تجاری را فراهم می‌کنند به نحوی که منافع مشترک طرفین را بدون گرفتاری در چنبره قیدوبندهای حقوق سنتی و راه‌حل‌های محدود و انگشت شمار آن تأمین می‌نمایند. در این رابطه، عمده‌ترین راه‌حل‌های سنتی حقوق عبارتند از اجرای عین تعهد یا اعطای حق فسخ به متعهدله. این در حالی است که ممکن است در قراردادهای تجاری یا سرمایه‌گذاری بلند مدت اجرای عین تعهد واقعاً غیر ممکن شده باشد و از طرفی فسخ قرارداد توسط متعهدله منافع وی را به هیچ وجه تأمین ننماید. بنابراین، در چنین مواقعی راه‌حل‌های ابداعی خاص دنیای تجارت که "راه‌حل‌های تجاری برای دعوی تجاری"<sup>430</sup> نامیده شده و ممکن است اساساً با چارچوب‌های سنتی حقوق نیز همخوانی کامل نداشته باشند مجال طرح خواهند یافت. در این راستا، جریان میانجیگری و اصلاحگری را می‌توان به منظور تأمین راه‌حل‌های مذکور به کار گرفت زیرا در این روش‌ها امکان این که علاوه بر ابعاد و مسائل حقوقی اختلاف، منافع تجاری<sup>431</sup> طرفین نیز را در نظر گرفته شوند وجود دارد.

### د- مقایسه روش‌های اصلاحگری و میانجیگری با دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف جایگزین

<sup>429</sup> Rao M. Jagannadha, Concepts of Conciliation and Mediation and Their Differences, 2003, at p. 7. Available at:

[http://lawcommissionofindia.nic.in/adr\\_conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf](http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf) last visited Feb 19, 2016.

business solutions to business disputes<sup>430</sup>

both legal issues and business interests<sup>431</sup>

**مذاکره:** تفاوت روش‌های اصلاحگری و میانجیگری با مذاکره در این است که در مذاکره شخص ثالثی دخالت نداشته و مذاکره صرفاً توسط طرفین اختلاف صورت می‌پذیرد. در عین حال، در صورت موفقیت‌آمیز بودن مذاکره، نتیجه آن ممکن است به صورت توافقی مبتنی بر مسامحه و مصالحه ظاهر گردد که مشابه خروجی و نتیجه اصلاحگری یا میانجیگری باشد. برخلاف مذاکره، در روش اصلاحگری شخص ثالثی به عنوان اصلاحگر به شیوه‌ای مستقل و بیطرفانه برای کشف حقایق حکمی و موضوعی مؤثر در اختلاف تلاش نموده و پیشنهادهایی برای حل و فصل اختلاف به طرفین ارائه می‌دهد و طرفین در رد یا پذیرش این پیشنهادها مختار هستند.

به نظر می‌رسد استفاده از مذاکره به عنوان روشی برای جلوگیری از شکل‌گیری اختلاف مفیدتر از استفاده آن به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف باشد چرا که هنگامی که اختلاف بالا گرفته باشد مواضع طرفین قطبی شده و به ندرت ارتباط کلامی مطلوبی که پیش شرط موفقیت مذاکرات است وجود خواهد داشت. از این رو، به یک شخص ثالث بیطرف مورد اعتماد طرفین نیاز خواهد بود که بین طرفین مفاهمی ایجاد نماید و این، سرآغاز اصلاحگری یا میانجیگری خواهد بود.

**داوری:** به طور کلی می‌توان داوری را به عنوان "حل و فصل اختلاف خارج از دادگاه با تصمیم الزام‌آور فرد یا افرادی که مورد اعتماد و قبول اطراف اختلاف می‌باشد (می‌باشند) و به طور مستقیم توسط خود آنها یا غیر مستقیم به کمک اشخاص معینی منصوب می‌گردد (می‌گردند)" تعریف نمود.<sup>432</sup>

در داوری، طرفین صلاحیت و مأموریت حل و فصل مناقشه از طریق صدور رأی را به دیوان داوری واگذار می‌کنند.<sup>433</sup> با شروع داوری، هیچ یک از طرفین قادر به توقف روند داوری نبوده و بعد از صدور رأی داور نیز ملزم به تبعیت از آن هستند.

در داوری همانند رسیدگی دادگاهی یک سیستم توافقی با شرکت خواهان و خوانده حاکم بوده و داور یا داورانی بر اساس حقائق مرتبط و قانون حاکم تصمیم می‌گیرند که کدام ادعا وارد و کدام غیر وارد است.<sup>434</sup> علاوه بر این، داور به عنوان یک قاضی بی‌طرف لیکن بدون هرگونه قدرت سیاسی عمل می‌کند. وی نقشی غیر فعال ایفا می‌نماید بدین معنی که فعالانه به تحقیق و کشف ادعا و استحقاق طرفین نمی‌پردازد بلکه هر یک از طرفین بار اثبات ادعاهای خود را به عهده دارند. همچنین، داور علاقه‌ای به نشان دادن طرفین به دور میز و گوشزد کردن نقاط قوت و ضعف مواضع هر طرف به وی یا تشویق آنها به یافتن یک راه حل بینابینی و مرضی‌الطرفین ندارد.<sup>435</sup> اساساً، همانند سایر رسیدگی‌های توافقی، داور صرفاً از اطلاعات ارائه شده توسط طرفین در طول رسیدگی در خلال تبادل لوایح یا جلسات استماع استفاده کرده و صرفاً بر مبنای حقایق مربوطه و قانون حاکم صدور رأی می‌نماید.

اصلاحگری و میانجیگری برخلاف داوری فرآیندهای توافقی نیستند و عناوینی از قبیل "خواهان" و "خوانده" در آنها موضوعیت ندارد. اصلاحگری و میانجیگری روش‌های غیر الزام‌آور و تا آخر ارادی هستند بدین معنا که طرفین در هر لحظه می‌توانند نسبت به خاتمه جریان حل اختلاف تصمیم گرفته یا در صورت خاتمه فرایند و ارائه پیشنهاد، از پذیرفتن پیشنهادها امتناع نمایند بدون آن که ضمانت اجرایی علیه آنها وجود داشته باشد.

<sup>432</sup> نیک بخت، حمید رضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ دوم، 1390، ص

11.

<sup>433</sup> نیک بخت، حمید رضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ سوم، 1393.

Also See Ollivry Guy et al, Law Reform Commission Report: Mediation and Conciliation in Commercial Matters, Port Louis, 2010, footnote 1, p.1. Available at <http://lrc.govmu.org/English/Documents/Reports%20and%20Papers/31%20commerce1.pdf> (Last visited on 01/01/2015).

<sup>434</sup> Schwartz, Eric A., "International Conciliation and the ICC," ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Volume 16, Number 2, Fall 2001, pp. 98-119, p. 112.

<sup>435</sup> Schwartz, Eric A., "International Conciliation and the ICC," ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Volume 16, Number 2, Fall 2001, pp. 111 and 115.

اصلاحگر و میانجیگر بر خلاف داور به دنبال تعیین و تفکیک حق از ناحق نیستند لیکن باید نسبت به داوران نقش فعال تر و نفوذ کننده تری ایفا نموده و تلاش کنند مواضع، علایق و منافع طرفین را شناسایی کنند. شناسایی تمام زوایای اختلاف یکی از عوامل تسهیل کننده موفقیت حل اختلاف است.<sup>436</sup> بدین منظور، اصلاحگر یا میانجیگر ممکن است نه تنها جلساتی با حضور طرفین را ترتیب دهند بلکه با هریک از آنها نیز جلسات خصوصی برگزار نمایند. این اقدامات فعالانه به موفقیت‌های متعددی منجر شده است.<sup>437</sup>

اصلاحگران یا میانجیگران می‌توانند در پیشنهاد راه حل یا تهیه گزارش خود همانند یک قاضی یا داور از منظر حقوقی به اختلاف نگریسته و بر اساس مبانی حقوقی ارائه راه حل نمایند لیکن در عمل راه حل‌های آنها غالباً جنبه‌ها و عوامل غیر حقوقی که منافع طرفین را بهتر تامین کند را نیز لحاظ می‌نمایند و این موضوع از نقاط قوت روش‌های مذکور نسبت به داوری و دادگاه است.

در هر حال، چنین پیشنهاداتی الزام‌آور نبوده و طرفین مجبور به پذیرش و اجرای آنها نیستند و از این رو، ویژگی‌های شخصیتی و شان و جایگاه اصلاحگر یا میانجیگر نزد طرفین برای پذیرش راه حل و موفقیت فرآیند اهمیت می‌یابد. با توجه به این که برخلاف داوری که فرآیندی الزام‌آور است، اصلاحگری و میانجیگری فرآیندهایی سراسر اختیاری هستند، شخصیت اصلاحگر یا میانجیگر و شأن، اعتبار، مهارت و تجربه وی و نیز حس اعتمادی که در طرفین ایجاد می‌نماید و توانایی وی برای نفوذ بر طرفین در قبولانیدن راه حل‌ها و تضمین اجرای آنها نقش اساسی دارد.

در مقابل دو ویژگی مثبت و بارز داوری یعنی خصوصی بودن فرآیند و الزام‌آور بودن و قابلیت اجرای رای داوری، اصلاحگری و میانجیگری مزیت‌های متعددی بر داوری دارند. به عنوان مثال، در صورتی که داوری از رسیدگی دادگاهی غیر رسمی‌تر، سریع‌تر و ارزان‌تر باشد، روش اصلاحگری یا میانجیگری حتی از داوری نیز غیر رسمی‌تر، سریع‌تر و ارزان‌تر است چرا که در داوری معمولاً دیوانی متشکل از حداقل سه داور تشکیل می‌گردد و مهلت‌های قانونی یا توافقی که داوران ملزم به رعایت آنها می‌باشند وجود دارد در حالی که در روش‌های اصلاحگری و میانجیگری معمولاً یک نفر به عنوان اصلاحگر یا میانجیگر دخالت دارد و از این نظر هزینه کمتری تحمیل می‌گردد و ثانیاً مهلت‌های قانونی که موجب طولانی شدن فرآیند می‌شوند نیز در این روش‌ها وجود ندارد. علاوه بر این، از آنجا که روش اصلاحگری مبتنی بر خواست و همکاری طرفین است آنها از توسل به ترفندهای رایج در دادگاه و داوری برای تطویل یا ایجاد بن‌بست در رسیدگی خودداری می‌کنند. امتیاز دیگر روش اصلاحگری و میانجیگری بر داوری در این است که ممکن است در داوری یا رسیدگی دادگاهی بعضی از موضوعات با ایرادات قانونی از قبیل «غیر قابل داوری بودن»<sup>438</sup> و «عدم صلاحیت» داور یا دادگاه روبرو گردند و در نتیجه داوری یا دادگاه را با مانع روبرو کنند. همچنین، برخلاف داوری، در اصلاحگری یا میانجیگری حقوقی بودن تمام یا بعضی از جنبه‌های اختلاف مطرح نیست چرا که این روش‌ها مشکلی برای بررسی و در نظر گرفتن عوامل و جنبه‌های غیر حقوقی ندارند. در واقع در این روش‌ها امکان مصالحه و دادن امتیاز متقابل برای حل و فصل اختلاف بدون ضرورت عدول طرفین از مواضع حقوقی و ادعاهای اولیه خود وجود دارد. در نتیجه، از روش‌های اصلاحگری و میانجیگری می‌توان به عنوان روش‌های خصوصی و غیر رسمی برای رفع و رجوع تقریباً هر نوع اختلافی استفاده کرد.<sup>439</sup> علاوه بر این، فرآیند اصلاحگری و میانجیگری در مقایسه با داوری از راحتی و انعطاف بیشتری برخوردار بوده و اصلاحگر یا میانجیگر می‌تواند فرآیند حل اختلاف را به فراخور حال و راحتی خود و طرفین طراحی و اجرا نماید.

<sup>436</sup> Mangoldt, Hans von, "Arbitration and Conciliation," in *Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Springer Verlag Berlin Heidelberg, New York, 1974, pp. 417-552, p. 426.

<sup>437</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159; 4 ILM 524 (1965) Rule 6(1)(b).

<sup>438</sup> Non-arbitrability.

<sup>439</sup> Dore Isaac Ismail, *Supra note 12*, p 7.

## قسمت دوم- اصول حاکم بر روش‌های اصلاحگری و میانجیگری

**الف- اختیاری بودن:** از مبانی و اصول زیربنایی روش‌های اصلاحگری و میانجیگری، حاکمیت اراده و حفظ اختیار طرفین اختلاف تا قبل از پذیرش نظر اصلاحگر یا میانجیگر توسط آنها می‌باشد. بدیهی است پس از توافق بر یک راه حل و مکتوب و امضاء شدن آن توسط طرفین اختلاف، توافق حاصله بنابر اصل لزوم قراردادها برای طرفین الزام‌آور بوده و همانند هر قرارداد صحیح دیگری باید به اجرا گذاشته شود. طرفین ممکن است از این هم فراتر رفته و توافق خود را در یک مرجع قانونی مانند دادگاه یا دفتر اسناد رسمی به ثبت برسانند. این اقدام بر اعتبار و لزوم اجرای توافق حاصله به شدت می‌افزاید. به عنوان مثال، در نظام حقوقی ایران، در صورتی که توافق در دادگاه ثبت گردد، مفاد توافق اعتبار رأی صادره از دادگاه را داشته و از قدرت الزامی مشابه رأی دادگاه برخوردار خواهد بود.<sup>440</sup> همچنین، در صورت ثبت توافقات در دفتر اسناد رسمی، بر اساس قوانین ایران، مفاد آن در حکم مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا خواهد بود.<sup>441</sup>

**ب - محرمانه بودن:** اصل مهم دیگر حاکم بر روش‌های اصلاحگری و میانجیگری که از نقاط قوت و امتیازات اساسی این روش‌ها محسوب می‌گردد خصوصی بودن آنها و محرمانه ماندن مذاکرات و مطالب مطروحه در فرآیند حل اختلاف می‌باشد. اساساً، یکی از انگیزه‌های اصلی که می‌تواند تجار را به استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری ترغیب نماید حفظ اسرار ارزشمند تجاری و حرفه‌ای در ضمن بهره‌مندی از سایر مزایای اصلاحگری یا میانجیگری از قبیل امکان استفاده از متخصصان حرفه‌ای در جهت حل و فصل اختلاف می‌باشد. بدین دلیل در ماده 9 قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال تصریح شده است که کلیه اطلاعات مربوط به اصلاحگری از جمله اسناد و مدارک ارائه شده، دعاوی طرح شده و توافقات بدست آمده باید از سوی اصلاحگر محرمانه تلقی شده و وی حق ندارد آنها را افشا نماید مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. این وظیفه پس از پایان اصلاحگری نیز بر عهده اصلاحگر می‌باشد. لازم به ذکر است که صرفاً در مواردی که افشای اطلاعات به موجب قانون الزام شود یا به منظور اجرای توافقات اصلاحگری و یا ثبت آن در دادگاه لازم باشد اصل محرمانگی نمی‌تواند مانع افشا گردد.

**ج - عدم قابلیت استناد به مطالب مطروحه طرف مقابل در سایر رسیدگی‌ها:** موفقیت فرآیند اصلاحگری و میانجیگری مستلزم احساس امنیت است تا طرفین اختلاف بتوانند پیشنهادهای گوناگونی را آزادانه مطرح نمایند بدون این که نگران باشند این پیشنهادهای در رسیدگی‌های دیگر علیه آنها استناد و استفاده شود. به همین ترتیب، صرف دعوت یک طرف از طرف دیگر به حل و فصل اختلاف از طریق اصلاحگری یا میانجیگری و این حقیقت که یک طرف تمایل به حل و فصل اختلاف از طریق اصلاحگری یا میانجیگری داشته است نمی‌تواند مستمسک سوء استفاده و بهره‌برداری علیه دعوت کننده یا پیشنهاد دهنده شود. همچنین از اسنادی که صرفاً برای مرحله اصلاحگری یا میانجیگری تهیه شده است نباید در دعاوی یا مراجع دیگر استفاده شود. بر این اساس ماده 20 قواعد اصلاحگری آنسیترال مقرر نموده است طرفهای درگیر در فرآیند اصلاحگری نباید در رسیدگی‌های دادگاهی یا داوری به موارد زیر استناد کنند، یا آنها را به عنوان دلیل ارائه دهند:

1. دیدگاه‌ها و پیشنهادهایی که یک طرف در فرآیند اصلاحگری برای حل اختلاف ارائه کرده است.
2. اظهارها و اقرارهایی که یک طرف در روند اصلاحگری بیان کرده یا مواردی را که پذیرفته است.

<sup>440</sup> به موجب ماده 183 قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379، هرگاه سازش خارج از دادگاه واقع شده و سازش‌نامه غیر رسمی باشد طرفین باید در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمایند. اقرار طرفین در صورت مجلس نوشته شده و به امضای دادرسی دادگاه و طرفین می‌رسد در صورت عدم حضور طرفین در دادگاه بدون عذر موجه دادگاه بدون توجه به مندرجات سازش‌نامه دادرسی را ادامه خواهد داد. همچنین، بر اساس ماده 184 قانون مزبور، دادگاه پس از حصول سازش بین طرفین به شرح فوق رسیدگی را ختم و مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می‌نماید مفاد سازش‌نامه که طبق مواد فوق تنظیم می‌شود نسبت به طرفین و وراثت و قائم مقام قانونی آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاهها به موقع اجرا گذاشته می‌شود، چه این که مورد سازش مخصوص به دعوی مطروحه بوده یا شامل دعاوی یا امور دیگری باشد.

<sup>441</sup> طبق ماده 1287 قانون مدنی «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است» و به موجب ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد رسمی مصوب سال 1310، «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد.»

3. پیشنهادهایی که اصلاحگر مطرح کرده باشد.

4. این که یکی از طرفین از پیشنهاد ارائه شده از سوی اصلاحگر استقبال کرده باشد.

در قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال در راستای تضمین مواردی همچون موارد فوق، مقرر شده است که هیچ مرجع داور، دادرسی و یا سایر مراکز دولتی مجاز نیستند که الزام نمایند اسناد، مدارک و اظهارات فوق ارائه گردد و یا در صورت ارائه نیز نباید نسبت به پذیرش آنها اقدام کنند. البته، دلایلی که مستقل از روند اصلاحگری قابل استناد باشند در روش‌های دیگر حل اختلاف قابل پذیرش خواهند بود ولو این که در فرآیند اصلاحگری نیز ارائه شده باشند.<sup>442</sup>

**توقف مرور زمان:** یکی از موانع بالقوه در استفاده از روش اصلاحگری، نگرانی از این است که مبادرت به این روش موجب اتلاف زمان شده و باعث شود حق طرح دعوی به علت مرور زمان زائل گردد. در قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال توقف مرور زمان به صورت حاشیه مطرح شده است تا کشورهایی که نگران این موضوع هستند و تمایل دارند، آن را در قانونی که وضع می‌نمایند درج کنند.<sup>443</sup>

علاوه بر موارد فوق، اصول دیگری از قبیل عدم محرومیت از امکان مراجعه به داور یا دادگاه در طول فرآیند اصلاحگری و ممنوعیت تعیین اصلاحگر به عنوان داور از اصول مهمی است که در قانون نمونه اصلاحگری آنسیترال مورد اشاره قرار گرفته است. نهایتاً، ماده 14 قانون نمونه نیز تصریح نموده است که موافقت‌نامه اصلاحگری معتبر و لازم‌الاجرا بوده و بر عهده هر کشور گذاشته است تا مطابق نظام حقوقی خود ضمانت اجرای آن را مشخص نماید.

لازم به ذکر است که با توجه به عدم تمایز بین چگونگی برگزاری اصلاحگری و میانجیگری از دید آنسیترال، اصول فوق غالباً و حسب قابلیت اعمال، در فرآیند و روش میانجیگری نیز حاکم می‌باشند.

### قسمت سوم- فرآیند ارجاع اختلاف به اصلاحگری و میانجیگری

رجوع به اصلاحگری یا میانجیگری به دو طریق امکانپذیر است. طریق اول این است که طرفین از ابتدا و به هنگام نوشتن با درج شرطی در قرارداد فیما بین، ارجاع اختلافات قراردادی خود را به اصلاحگری یا میانجیگری شرط را از قبل پیش‌بینی و مقرر کنند. در عمل رویه کنونی، اصلاحگری یا میانجیگری غالباً به صورت پیش‌شرطی برای ارجاع به دادگاه یا داور پیش‌بینی می‌شود تا اولاً هر اختلافی بلافاصله و ابتداءً به دادگاه یا داور نرفته و امکان حل و فصل دوستانه آن از طریق اصلاحگری یا میانجیگری و نتیجتاً حفظ روابط تجاری وجود داشته باشد و ثانیاً با توجه به عدم الزام آور بودن اجبار طرفین اختلاف به پذیرش خروجی راه حل‌های حاصله از این روش‌ها، در صورتی که یکی از طرفین از همکاری خودداری نماید طرف مقابل بتواند طرفین باید بتوانند به سازوکار دیگری یعنی از قبیل رسیدگی دادگاهی یا داور که از قبل انتخاب کرده‌اند دسترسی داشته باشد. روش دیگر رجوع به اصلاحگری یا میانجیگری این است که طرفین پس از بروز اختلاف و علیرغم عدم پیش‌بینی سازوکارهای مذکور در قرارداد، نسبت به حل و فصل اختلاف خود با استفاده از این روش‌ها توافق نمایند.

مبادرت به استفاده از سازوکارهای مذکور خدمات اصلاحگری یا میانجیگری به دو صورت موردی<sup>444</sup> یا سازمانی<sup>445</sup> امکانپذیر می‌باشد. در صورت اول طرفین باید نسبت به تعیین و تدوین آئین و تشریفات اصلاحگری یا میانجیگری که جریان حل و فصل اختلاف بر مبنای آنها پیش خواهد رفت اقدام نمایند توافق نمایند. بدین منظور آن‌ها می‌توانند رأساً نسبت به تدوین قواعد حل اختلاف مبادرت کنند یا از قواعدی که توسط آنسیترال یا موسسات مختلف تهیه و منتشر شده است استفاده نمایند. در روش دوم یعنی اصلاحگری یا میانجیگری سازمانی، طرفین می‌توانند به سازمانهایی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس که این خدمات را ارائه می‌نمایند مراجعه و درخواست اصلاحگری یا میانجیگری خود را ارائه کنند. این سازمانها غالباً از قبل اقدام به تدوین و انتشار قواعد مربوطه نموده‌اند و در صورت رجوع اختلاف به آنها طبیعتاً از قواعد همان سازمان خود استفاده خواهد شد هر چند امکان توافق نسبت به استفاده از قواعد

442 ماده 10(3)

443 پانوشت ماده 4

444 ad hoc

445 institutional

دیگر یا حک و اصلاح قواعد سازمان محل رجوع نیز اصولاً منتفی نمی باشد. این قواعد ضرورتاً حاوی مقرراتی در خصوص نحوه تعیین اصلاحگران یا میانجیگران، زمان شروع و خاتمه جریان حل اختلاف، نحوه ارائه اطلاعات و محرمانگی و مسائلی از این قبیل می باشد که رعایت آنها برای اصلاحگر یا میانجیگر، و طرفین مادام که به ادامه جریان حل اختلاف پایبند هستند، لازم می باشد.

#### قسمت چهارم- امکان استفاده از اصلاحگری و میانجیگری برای حل و فصل اختلافات تجاری و قراردادهای نفتی الف- امکان استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری در اختلافات تجاری

در حل و فصل اختلافات ناشی از روابط تجاری بین المللی، طرفین به دلایل مختلف تمایل دارند که تا حد ممکن از مراجعه به دادگاهها اجتناب کرده و در عوض به داوری تجاری بین المللی مراجعه نمایند. دلیل این امر نیز مزیت های متعددی است که در استفاده از داوری نهفته است از جمله توانایی طرفین برای تعیین ساختار داوری و الزام آور بودن رأی داوری و قابلیت اجرای آن در بسیاری از کشورها به دلیل عضویت غالب کشورهای جهان در عهدنامه 1958 نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی.<sup>446</sup>

روش های اصلاحگری و میانجیگری روش های دیگری هستند که از قدیم الایام روش های رایج حل و فصل اختلاف در شرق بوده اند و در سالهای اخیر در کشورهای غربی نیز مورد اقبال بیشتری واقع شده اند.

اصلاحگری یا میانجیگری روش های حل اختلاف دوستانه و مبتنی بر همکاری و حسن نیت می باشند. پذیرش راه حل های حاصله از این روشها غیر تحمیلی و بلکه با طیب خاطر است چرا که راه حل ارائه شده بینابینی بوده و نگرانی ها و منافع هر دو طرف در آن لحاظ می شود بنابراین برای طرفین حکم معامله برد-برد را دارد. در نتیجه، در حل و فصل اختلاف از طریق اصلاحگری و میانجیگری روابط حسنه طرفین اختلاف حفظ شده یا به حالت قیل از اختلاف بر می گردد.

علاوه بر این، در دو روش مذکور امکان ارائه راه حل های مبتکرانه برای دعاوی تجاری فراهم است به نحوی که اصلاحگر یا میانجیگر می توانند منافع مشترک طرفین را فارغ از قیدوبندهای حقوقی و راه حل های سنتی، محدود و انگشت شمار آن تأمین نمایند. از آنجا که عمده ترین راه حل های حقوق عبارت است از اجرای عین تعهد و در صورت عدم امکان اجرای عین تعهد، اعطای حق فسخ به متعهدله، ممکن است در قراردادهای تجاری یا سرمایه گذاری بلند مدت اجرای عین برخی تعهدات غیر ممکن شده باشد و از طرفی فسخ قرارداد توسط متعهدله منافع وی را به هیچ وجه تأمین ننماید. بنابراین، در چنین مواقعی راه حل های ابداعی خاص دنیای تجارت که "راه حل های تجاری برای دعاوی تجاری"<sup>447</sup> نامیده می شوند و ممکن است چارچوب های سنتی حقوق را نیز نادیده بگیرند مجال طرح خواهند یافت. در این گونه راه حل ها، علاوه بر ابعاد و زوایای حقوقی اختلاف، منافع تجاری<sup>448</sup> طرفین نیز در نظر گرفته می شوند.

علاوه بر مزایای حفظ روابط طرفین و امکان استفاده از راه حل های تجاری برای دعاوی تجاری، روش های اصلاحگری و میانجیگری در مقایسه با اقامه دعوی در دادگاهها یا دیوان های داوری، برتری های دیگری نیز دارند. این روشها ارزان تر و سریع تر از روش های دادگاهی یا داوری هستند.<sup>449</sup> همچنین، روش های مذکور غیر رسمی بوده و اختیار طرفین در آنها بیشتر است بنابراین، با ماهیت اختلافات تجاری سازگارتر می باشند. به طور کلی، در هر

446 - نیک بخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داوری ها در ایران، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ دوم، 1393؛

Also see Reif, Linda C., supra note 8, p 611.

<sup>447</sup> business solutions to business disputes

<sup>448</sup> both legal issues and business interests

<sup>449</sup> بر اساس آمار ارائه شده در سایت اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس، 74 درصد اختلافاتی که در خلال داوری به میانجیگر ارجاع شده حل و فصل شده اند و در اختلافاتی که از ابتداء به میانجیگر ارجاع شده اند این رقم به 80 درصد می رسد. زمان صرف شده برای حل اختلاف کمتر از 4 ماه از تاریخ ارجاع به میانجیگر بوده است. متوسط هزینه حل اختلاف یک درصد مبلغ خواسته بوده است. مبالغ مورد اختلاف (مبلغ خواسته) از بیست هزار تا پانصد میلیون دلار امریکا متفاوت بوده است:

See <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Introduction/Mediation-and-ADR-statistics/>

LAST VISITED: 16/3/1394



شرایطی و با هر نوع یا رقمی از خواسته، استفاده از این روش‌ها در مقایسه با داوری و دادگاه مقرون به صرفه‌تر خواهد بود. در اصلاحگری و میانجیگری، آزادی اراده مورد تأکید بوده و طرفین اختیار دارند تشریفات یا آئین حل اختلاف را طراحی نمایند. آنها همچنین می‌توانند اشخاص متخصص در موضوع اختلاف را به عنوان اصلاحگر یا میانجیگر انتخاب نمایند.<sup>450</sup> فضای غیررسمی روش اصلاحگری و میانجیگری صمیمانه‌تر از جلسات دادگاه و داوری است. علاوه بر این، خروجی مصالحه‌آمیز و برد-برد اصلاحگری و میانجیگری مزیت مهمی است چرا که تداوم روابط طرفین در یک قرارداد بلند مدت یا مشارکت را امکانپذیر می‌نماید.<sup>451</sup> بنابراین، در مواردی که طرفین خواهان پایان سریع اختلاف خود و حفظ روابط قراردادی و تجاری باشند روش‌های اصلاحگری و میانجیگری بر روش‌های دادگاهی و داوری ترجیح دارند.<sup>452</sup> به نظر می‌رسد در کشورهای شرق اقیانوس آرام به لحاظ فرهنگی تمایل بیشتری به استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری وجود دارد هر چند شدت این تمایل در همه آنها یکسان به نظر نمی‌رسد.

علیرغم مزایایی که برای اصلاحگری و میانجیگری شمرده می‌شود، ایرادهایی نیز به این روش‌ها وارد گردیده است که ممکن است جذابیت و مقبولیت آنها به عنوان شیوه مناسب حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی را تحت الشعاع قرار دهند. به عنوان مثال، این ایراد مطرح شده است که اصلاحگری و میانجیگری فرآیندهای کاملاً اختیاری می‌باشند بنابراین احتمال این که قبل از خاتمه به بن‌بست رسیده یا حتی در صورت خاتمه، توصیه‌های مطرح شده مورد قبول طرفین واقع نگردد. در نتیجه، این روش‌ها تنها موجب اتلاف وقت، انرژی و هزینه طرفین می‌گردد. همچنین، ایراد شده است که در صورت خاتمه موفقیت‌آمیز فرآیند اصلاحگری یا میانجیگری و توافق طرفین بر یک راه حل، در صورت عدم پایبندی طرفین یا یکی از آنها به مفاد توافق، قابلیت اجرای توافقنامه حل و فصل اختلاف مشکل خواهد بود چرا که تنها در برخی از کشورها چنین توافقنامه‌هایی از ضمانت اجرای قانونی برخوردار هستند و در سایر کشورها، اصولاً به دلیل ماهیت قراردادی توافقنامه حل و فصل اختلاف، در صورت عدم اجرای توافقات اصلاحگری یا میانجیگری توسط یک طرف، طرف دیگر ناچار به اقامه دعوی قراردادی برای اجبار وی به اجرای تعهدات خود خواهد بود.

با این حال، در رد ایرادهای ذکر شده می‌توان گفت که اولاً، حتی در صورتی که روش اصلاحگری به نتیجه نرسد، مخارج صورت گرفته چندان چشمگیر نبوده و هزینه متحمله فوایدی از قبیل کشف حقایق و شفاف‌سازی مواضع طرفین را در پی خواهد داشت و در نتیجه، در صورت ارجاع اختلاف به داوری، لوايح طرفین دقیق‌تر، شفاف‌تر و متمرکزتر خواهد بود.<sup>453</sup> ثانیاً، در داوری و رسیدگی دادگاهی نیز عدم قطعیت‌ها و ایرادهایی وجود دارد. به عنوان مثال، در روش‌های دادگاهی و داوری نتیجه حل اختلاف اعم از رأی یا قرار ابتداءً قطعی نبوده و در معرض تجدیدنظر و احیاناً ابطال قرار دارد. همچنین، نتیجه حل اختلاف معمولاً به صورت برد-باخت بوده و نارضایتی طرف محکوم را در پی دارد و موجب گسستن اعتماد و علاقه به ادامه رابطه قراردادی خواهد شد. بنابراین، این روش‌ها مناسب حل و فصل قراردادهای طولانی مدت سرمایه‌گذاری و تجارت بین‌الملل نمی‌باشند. در مقابل، یک فرآیند اصلاحگری یا میانجیگری موفقیت‌آمیز، نوعاً منتج به راه حل بینابینی می‌شود که برای هر یک از طرفین منافی در برداشته و طرفین را به ادامه همکاری و نیز استفاده از روش‌های مذکور در حل اختلافات آینده تشویق می‌نماید. در خصوص ایراد وارده مبنی بر قراردادی بودن راه حل حاصله از فرآیند اصلاحگری یا میانجیگری و عدم ضمانت اجرای قوی آن، باید خاطر نشان کرد که طرفین می‌توانند با مراجعه به دادگاه و ارائه توافق خود، از دادگاه درخواست صدور گزارش اصلاحی نمایند. گزارش اصلاحی مزبور مانند حکم دادگاه بوده و از همان قدرت الزام و اجرا شدن سایر آراء دادگاه‌ها برخوردار خواهد

<sup>450</sup> Yamashita, "Conciliation" in *Doing Business In Japan*, Matthew Bender & Co. Inc. 1987, (pp 3-14).

<sup>451</sup> Brazil P., *Resolution of Trade Disputes in the Asian Pacific Region*, *Adelaide Law Review*, 10:49, p 51.

<sup>452</sup> Herrmann, Gerold, *Commentary on the UNCITRAL Conciliation Rules*, VI Yearbook of Commercial Arbitration, 1981, (p 173).

<sup>453</sup> Lester Nurick and Stephen J. Schnably, *The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*, Footnote 41 at p 349. Available at [www.icsidreview.oxfordjournals.org/content/1/2/340.full.pdf](http://www.icsidreview.oxfordjournals.org/content/1/2/340.full.pdf) last visited 18/3/1395.



بود.<sup>454</sup> همچنین، در صورتی که اصلاحگری پس از شروع دآوری یا به موازات آن صورت گرفته باشد طرفین می‌توانند از دیوان دآوری درخواست کنند که توافق آنها را در قالب یک رأی دآوری تنظیم و ابلاغ نماید که در این صورت رأی مذکور که مفاد آن در قالب اصلاحگری مورد توافق قرار گرفته است همانند هر رأی دآوری دیگری الزام‌آور بوده و به اجرا درخواهد آمد.<sup>455</sup>

ایراد دیگری که به اصلاحگری یا میانجیگری وارد شده است این است که در صورتی که طرفین از قدرت چانه‌زنی یکسانی برخوردار نباشند احتمال دارد یک طرف به خاطر موضع برتر طرف مقابل، مجبور به پذیرش پیشنهادهای اصلاحگر شود در حالی که نسبت به آنها رضایت ندارد. پاسخی که به این ایراد می‌توان داد این است که بهتر است طرف ضعیف وضعیت خود را هنگام تصمیم‌گیری راجع به قبول روش اصلاحگری یا میانجیگری مورد توجه قرار داده و از توانایی رد پیشنهادهای غیر قابل قبول اطمینان حاصل نماید در غیر این صورت، وی باید به روش‌های دآوری یا دادگاه که در آنها عدم توازن اقتصادی نقطه ضعف محسوب نمی‌شود متوسل گردد.

در هر حال، وضع چند مجموعه قواعد انعطاف‌پذیر برای این روش‌ها در دهه‌های اخیر حاکی از حرکت به سمت شناسایی ارزش و کارایی روش‌های مذکور در حل اختلافات می‌باشد. علاوه بر این، بعضی قوانین ملی که اخیراً وضع شده است امکان استفاده از روش‌های مذکور برای حل و فصل اختلاف تجاری بین‌المللی را توسعه بخشیده و بسیاری از مراکز بین‌المللی دآوری نیز استفاده از آنها را توصیه و حمایت می‌نمایند.<sup>456</sup>

ایکسید اخیراً با شناسایی ارزش اصلاحگری به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف شروع به اقدامات عملی و جستجوی راه‌هایی برای تشویق استفاده از قواعد اصلاحگری خود نموده است.<sup>457</sup> بدین منظور، هم‌اکنون ایکسید به طور مداوم به طرفهای دعاوی جدید توصیه می‌کند استفاده از امکان اصلاحگری در صورتی که با نیازهای آنها منطبق

---

<sup>454</sup> به موجب ماده 183 قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379، هرگاه سازش خارج از دادگاه واقع شده و سازش‌نامه غیر رسمی باشد طرفین باید در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمایند. اقرار طرفین در صورت مجلس نوشته شده و به امضای دادرسی دادگاه و طرفین می‌رسد در صورت عدم حضور طرفین در دادگاه بدون عذر موجه دادگاه بدون توجه به مندرجات سازش‌نامه دادرسی را ادامه خواهد داد. همچنین، بر اساس ماده 184 قانون مزبور، دادگاه پس از حصول سازش بین طرفین به شرح فوق رسیدگی را ختم و مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می‌نماید مفاد سازش‌نامه که طبق مواد فوق تنظیم می‌شود نسبت به طرفین و وراثت و قائم مقام قانونی آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاهها به موقع اجرا گذاشته می‌شود، چه این که مورد سازش مخصوص به دعوی مطروحه بوده یا شامل دعاوی یا امور دیگری باشد.

<sup>455</sup> See International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News (ITN), July 19, 2006 : <http://www.iisd.org/investment/itn>

<sup>456</sup> از اواسط دهه 1960 تاکنون تعداد مراکزی که اصلاحگری را به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف عرضه می‌نمایند رو به افزایش بوده است. بیشترین خدمات اصلاحگری استفاده شده مربوط به اتاق بازرگانی بین‌المللی و پس از آن ایکسید بوده است.<sup>456</sup> از سال 1988 که قواعد اصلاحگری جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی تنفیذ گردید فقط تا سال 1993 تعداد 54 تقاضای اصلاحگری دریافت شد. از این تعداد، 9 مورد منتهی به پیشنهاد حل و فصل و 5 مورد منجر به حل و فصل قطعی شد. همچنین، از سال 1965 که ایکسید بنیان گذاشته شد 5 مورد اصلاحگری گزارش شده است که از بین آنها دو مورد حل و فصل شده و یک مورد به پیشنهادی منتهی شد که گرچه مورد پذیرش قرار نگرفت لیکن بعداً اختلاف بر همان مینا حل و فصل گردید. در دو مورد دیگر طرفین قبل از خاتمه اصلاحگری از ادامه فرآیند منصرف شدند. از بین اختلافات مذکور جدیدترین آنها مربوط به قرارداد اکتشاف نفت بین یک شرکت کانادایی تی‌جی ورلد و دولت نیجر بود که طرفین یکسال بعد از شروع فرآیند اصلاحگری به توافقی رسیدند که به موجب آن تی‌جی ورلد می‌توانست به عملیات خود در نیجر ادامه دهد.

See Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 416 and Damon VisDunbar, "Conciliation of investment disputes remains under-utilized," International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty news (ITN), July 19, 2006: [http://www.iisd.org/pdf/2006/itn\\_july19\\_2006.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_july19_2006.pdf) (last visited 5/6/1395).

<sup>457</sup> Ucheora Onwuamaegbu, *Resolution of Oil and Gas Disputes at ICSID in: News from ICSID, Volume 21, No. 1 Summer 2004*, p 14.

است را مد نظر قرار دهند. به نظر می‌رسد این روش به ویژه با توجه به ماهیت دراز مدت بودن پروژه‌های نفت و گاز و نیاز به حفظ روابط حسنه در خلال مدت طولانی اجرای قرارداد بسیار مناسب است.<sup>458</sup>

## ب- امکان استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری در قراردادهای نفتی

امروزه در اکتشاف، توسعه و تولید منابع نفت و گاز از سه چارچوب قراردادی عمده یعنی چارچوب امتیازی،<sup>459</sup> مشارکتی<sup>460</sup> یا خدماتی<sup>461</sup> استفاده می‌شود. بنا به رویه غالب، در چارچوب‌های قراردادی سه گانه مذکور دوره اکتشاف به طور متوسط از 2 تا 5 سال، دوره توسعه از 5 تا 7 سال و دوره تولید و بهره برداری 15 الی 25 سال به طول می‌انجامد. بنابراین، قراردادهای نفتی و گازی در زمره قراردادهای بلندمدت قرار دارند.

علاوه بر این، به دلیل ارزش اقتصادی فوق‌العاده نفت نسبت به دیگر کالاها و سود چند برابری نهفته در تولید و فروش نفت برای کشورهای نفتی تأخیر در اجرای پروژه‌ها نفتی در مقایسه با دیگر صنایع و کسب و کارها خسارت یا عدم‌النفع سنگین‌تری به بار می‌آورد.<sup>462</sup>

ضمناً، با توجه به این که نفت و گاز سیاسی ترین کالاهای تجاری جهان محسوب می‌شوند قراردادهای توسعه منابع نفت و گاز و فروش این کالاها نیز متأثر از روابط سیاسی و بین‌المللی می‌باشند. به عنوان مثال، قراردادهای توسعه منابع گاز و فروش آن تابع تصمیمات و توافقات سیاسی هستند و در آنها علاوه بر شرکت‌های نفت و گاز دو کشور ذریبط، دولت‌های دوطرف نیز باید در خصوص قیمت گاز به توافق برسند. این گونه توافقات نه صرفاً بر مبنای منطق اقتصادی محض بلکه با در نظر گرفتن ملاحظات و منافع سیاسی-امنیتی و ژئوپولیتیک صورت می‌گیرند.

علاوه بر این، فروش نفت و فرآورده‌های نفتی بدون استفاده از خط لوله و بلکه با کشتی و به صورت تک محموله‌ای در بازارهای بین‌المللی خاص تک محموله‌ای<sup>463</sup> به هر مشتری بالقوه‌ای صورت می‌گیرد. بر خلاف این، فروش گاز چه به صورت محموله‌های ال ان جی (گاز طبیعی مایع شده) و یا از طریق خط لوله مستلزم عقد قرارداد بلند مدت خرید و فروش گاز (در مورد خط لوله غالباً برای مدت 20 سال یا بیشتر) می‌باشد که این موضوع ناشی از عدم شکل گیری کامل بازاری بین‌المللی برای گاز در حال حاضر مشابه آنچه در مورد نفت وجود دارد است.

در هر حال، مراد از تشریح ویژگی‌های قراردادهای نفتی در بندهای فوق این است که یادآوری شود اولاً، اکتشاف و توسعه منابع نفت و گاز، علاوه بر انجام سرمایه‌گذاری سنگین، مستلزم روابط متقابل تجاری و فنی بسیار طولانی است.<sup>464</sup> ثانیاً، در برخی قراردادهای نفتی و گازی به خصوص در قراردادهای توسعه و فروش گاز صرفاً ملاحظات اقتصادی محض و بحث‌های حقوقی سنتی نظیر عوض و معوض مطرح نمی‌باشد بلکه انگیزه‌ها و ملاحظات سیاسی-امنیتی و ژئوپولیتیک مطرح می‌باشد. روشهای داوری و دادگاه که بر مبنای اصول حقوقی محض و تفکیک بدون

<sup>458</sup> Ucheora Onwuamaegbu, Resolution of Oil and Gas Disputes at ICSID in: News form ICSID, Volume 21, No. 1 Summer 2004, p 14.

<sup>459</sup> Concession

<sup>460</sup> Production sharing contracts

<sup>461</sup> Service contracts

<sup>462</sup> به عنوان مثال، هزینه تولید هر بشکه نفت برای عربستان، امارت متحده عربی و عراق 4 تا 7 دلار و برای سایر کشورهای حوزه خلیج فارس از جمله ایران تا 15 دلار بوده است حالی که قیمت فروش هر بشکه نفت در حال حاضر که بدترین شرایط قیمت نفت است حدود 45 تا 50 دلار می‌باشد که به معنای سود خالص 200 درصدی در تولید و فروش نفت بوده و تقریباً هیچ صنعتی قابلیت مقایسه یا رقابت با نفت در این زمینه را ندارد. منبع

<http://www.reuters.com/article/oil-cost-factbox-idUSLS12407420090728>

last visited

<sup>463</sup> Spot market

<sup>464</sup> نفس این زمان طولانی ریسک بروز اختلاف در پروژه‌های نفت و گاز را به شدت افزایش می‌دهد چرا که در خلال مدت طولانی اجرای پروژه‌های نفتی شرایط و مسائل اقتصادی، دولت‌ها و امور دیگر همواره در معرض تغییر هستند و این موضوع غالباً به بروز اختلاف می‌انجامد ضمن این که تعداد پروژه‌ها و سهم صنعت نفت در سرمایه‌گذاری‌ها بیشتر از صنایع دیگر است. در نتیجه، پروژه‌های نفتی که غالباً به شکل مگا پروژه و متشکل از قراردادهای زنجیره‌ای متعدد می‌باشند در معرض بیشترین بروز اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌باشند.

ملاحظه و بدون انعطاف حق از باطل عمل می‌کنند نمی‌توانند انتظارات طرفین این گونه قراردادها که در عین وجود اختلاف، به خاطر منافع سیاسی-امنیتی خواهان حفظ و ادامه رابطه تجاری متنافع فیه هستند را برآورده کنند.

بنابراین، به دلیل نقش مهم درآمدهای نفت و گاز در اقتصاد کشورهای نفتخیز، حل اختلافات در پروژه‌های مربوطه به نحوی باشد که استمرار اجرای آنها و کسب اهداف و منافع مورد نظر برای طرفین را ممکن نماید. در این گونه پروژه‌ها سیستم حل اختلاف باید به نحوی باشد که به موازات بروز تدریجی اختلافات، ضمن حل سریع و کم هزینه این اختلافات فضای همکاری و روابط تجاری فیما بین را تخریب نکند.<sup>465</sup>

بدون شک، غالباً طرفین زمانی توسل به داوری یا دادگاه را مدنظر قرار می‌دهند که رابطه قراردادی و تجاری آنها به نقطه بدون بازگشتی رسیده و چشم انداز ادامه قرارداد و رابطه تجاری فیما بین بسیار نامحتمل به نظر برسد چراکه روشهای مذکور روشهایی غیردوستانه تلقی شده و در هر حال رابطه، حس همکاری و اعتماد طرفین را تخریب می‌نمایند و می‌توانند نقطه پایانی بر همکاریهای تجاری طرفین حداقل در کوتاه مدت بگذارند.

واضح است که به دلایل ذکر شده رسیدگی‌های دادگاهی و داوری نمی‌توانند مناسبترین گزینه برای حل و فصل اختلافات در عین حفظ روابط و منافع تجاری متنافع فیه در صنعت نفت باشند. در مقابل، روش‌های حل و فصل اختلاف میانجیگری و اصلاحگری به دلیل دوستانه بودن و حفظ رابطه طرفین از طریق همکاری و مصالحه و حصول نتیجه «برد-برد»، جایگزین بهتری برای روش‌های قضایی دادگاه و داوری بوده و گزینه بهتری برای صنعت نفت می‌باشند.

این حقیقت که معاهده منشور انرژی به عنوان مهمترین معاهده چندجانبه راجع به انرژی در سطح جهان روش اصلاحگری را برای حل اختلافات ناشی از مسئله سیاسی-امنیتی و حساس "ترانزیت" برگزیده است می‌تواند دلیل مزیت روش اصلاحگری بر دیگر روش‌های حل اختلاف حداقل در مواردی که سرعت حل اختلاف و حفظ دوستی و رابطه دو طرف اهمیت دارد تلقی گردد.<sup>466</sup> بدون شک، سرمایه‌گذاری‌ها و قراردادهای نفتی و اختلافات ناشی از آنها از این دست موارد می‌باشند.

قابل توجه است که صنعت نفت ایران نیز با استفاده از روش اصلاحگری به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف بیگانه نیست. در سالهای دورتر که دیدگاه حرفه‌ای‌تر و عمل‌گرایانه‌تری بر صنعت نفت کشور حاکم بود، در قانون مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره مصوب 20 تیر ماه 1336 که به قانون نفت 1336 معروف و اولین قانون نفت ایران محسوب می‌گردد حل اختلاف از طریق پیش بینی شده بود. ماده چهارده این قانون مقرر می‌داشت: "اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرفهای دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش [اصلاحگری] و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش [اصلاحگری] و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی

<sup>465</sup>Ucheora Onwuamaegbu, Resolution of Oil and Gas Disputes at ICSID in: News form ICSID, Volume 21, No. 1 Summer 2004, p 14.

<sup>466</sup> معاهده منشور انرژی سند منحصر به فردی در زمینه ارتقای همکاری بین‌المللی در بخش انرژی است که در 17 دسامبر 1994 در لیسبون پایتخت پرتغال به امضا رسید و از 16 آوریل 1998 لازم‌الاجرا شد. این معاهده در برگیرنده مسائل اساسی بخش انرژی از قبیل سرمایه‌گذاری، تجارت، ترانزیت، محیط زیست، رقابت و حل و فصل اختلافات است. حل و فصل اختلافات مطابق معاهده دارای سازو کار منحصر به فردی است، به منظور حل اختلافات راجع به ترانزیت بین دولت‌های عضو مفاد بند 7 ماده 7 منشور و اجزاء ذیل آن مقرر داشته است: هر یک از طرفین یک اختلاف ترانزیتی پس از مبادرت به (استنقضا یا اگراسشن) هر گونه روش حل اختلاف توافق شده قبلی و عدم حصول نتیجه اعلامیه‌ای حاوی شرح مختصر اختلاف فیما بین برای دبیرکل می‌فرستد. دبیرکل باید این موضوع را به اطلاع تمام کشورهای عضو معاهده برساند. ظرف 30 روز از دریافت اعلامیه مذکور، دبیرکل پس از مشورت با طرفین اختلاف و کشورهای مرتبط با اختلاف عضو معاهده شخصی را به عنوان اصلاحگر تعیین و منصوب می‌نماید. شخص مذکور باید در موضوع اختلاف تخصص داشته و ملیت یا شهروندی یا اقامت دائم هیچ یک از دولت‌های طرف اختلاف یا سایر دولت‌های مرتبط با اختلاف را نداشته باشد. اصلاحگر باید موافقت طرفین بر یک راه حل یا راهکاری برای رسیدن به چنین راه حلی را جلب نماید. در صورتی که اصلاحگر ظرف 90 روز از انتصاب نتواند چنین توافقی را ایجاد نماید باید راه حل یا راهکاری که به چنین راه حلی منتهی می‌شود را پیشنهاد نموده و تعرفه‌های موقت یا شرایط دیگر که باید در رابطه با ترانزیت از تاریخ تعیین شده توسط اصلاحگر تا تاریخ حل و فصل اختلاف توسط طرفین رعایت شود را تعیین کند.

می‌گردد." بدین ترتیب در قراردادهای نفتی متعاقب این قانون که به تصویب مجلسین وقت (مجلس شورای ملی و مجلس سنا) نیز رسیده بودند شرط رجوع به اصلاحگری قبل از شرط داوری پیش‌بینی و گنجانده شده بود. به عنوان مثال، در ماده 38 قرارداد راجع به اجرای عملیات تفحص و اکتشاف و استخراج و بهره‌برداری و فروش و صدور نفت فیما بین شرکت‌های آجیب، فیلیپس و اوپل اند نچرال گس کامیشن ایندیا<sup>467</sup> از یک طرف و شرکت ملی نفت ایران از طرف دیگر مقرر شده بود:

1- هرگاه اختلافی مربوط به اجرا یا تفسیر این قرارداد پیش آید طرفین می‌توانند موافقت کنند که موضوع به هیئت سازش [اصلاحگری] مختلطی مرکب از چهار عضو مراجعه شود که هر یک از طرفین دو نفر آن را تعیین خواهند نمود و وظیفه آنها کوشش در حل موضوع به طریق دوستانه خواهد بود. هیئت سازش پس از استماع اظهارات نمایندگان طرفین رأی خود را در ظرف سه ماه از تاریخ ارجاع شکایت صادر خواهد کرد. رأی مزبور در صورتی الزام‌آور خواهد بود که به اتفاق صادر شده باشد.

2- هرگاه طرفین نسبت به ارجاع اختلاف به هیئت سازش [اصلاحگری] توافق ننمایند و یا اختلاف بعد از ارجاع به هیئت مزبور حل نشده باشد، طریق حل آن منحصرأ ارجاع به داوری طبق مقررات ماده (39) خواهد بود.<sup>468</sup>

همانطور که ملاحظه می‌شود با توجه به ملاحظات و محدودیت‌های کنونی روش اصلاحگری، این روش در کنار داوری در قرارداد گنجانده شده است تا در صورت عدم موفقیت فرآیند اصلاحگری، طرفین بتوانند با روش مرجح دیگری اختلاف خود را حل و فصل و قرارداد را از بن بست خارج نمایند.

### نتیجه‌گیری

در صنعت نفت، تعداد قراردادهای و پروژه‌ها و در نتیجه تعداد پیمانکاران اصلی و فرعی و ذینفعان دیگر زیاد است. همچنین، سرمایه‌گذارها در این صنعت سنگین و مدت آنها غالباً یک یا دو دهه و حتی بیشتر می‌باشد. در نتیجه، احتمال بروز اختلافات و دعاوی در این صنعت نسبت به صنایع و تجارت‌های دیگر بیشتر است. به دلیل ارزش اقتصادی فوق‌العاده نفت نسبت به دیگر کالاها و سود چند برابری نهفته در تولید و فروش نفت برای کشورهای نفتی، تأخیر در اجرای پروژه‌ها نفتی در مقایسه با دیگر صنایع خسارات سنگین‌تری به بار می‌آورد. بنابراین، روش‌های حل اختلاف باید به گونه‌ای باشد که ضمن سرعت و انعطاف زیاد و هزینه پائین، تداوم روابط دوستانه، مشارکت و سرمایه‌گذاری در این صنعت را به مخاطره نیافکند بلکه آن را تسهیل یا تضمین نماید. توسل به دادگاه و دیوانهای داوری، علاوه بر تحمیل هزینه‌های سنگین، اتلاف وقت و از بین بردن حس دوستی و مشارکت، با ایجاد جو انتقام‌جویی و عدم همکاری سرمایه‌گذارهای حیاتی نفتی و فرصت‌های تجاری را دچار مخاطره می‌نماید.

صنعت نفت کشور ما در حال حاضر از کمبود سرمایه‌گذاری و عدم دسترسی به فناوری‌های روز و غیبت شرکت‌های بین‌المللی صاحب این فناوری‌ها رنج می‌برد. همچنین، در حالی که اکثر میادین نفتی ما با کشورهای همسایه مشترک هستند، کشور ما در سرمایه‌گذاری روی میادین مذکور و برداشت سهم خود از رقبا عقب مانده است. جبران این وضعیت از جمله مستلزم تسهیل سرمایه‌گذاری و اجرای پروژه‌ها و از جمله اجتناب از روش‌های غیردوستانه و زمان‌بر حل اختلاف است. استفاده از روش‌های دوستانه و سریع و کم هزینه اصلاحگری یا میانجیگری که تداوم روابط تجاری را نیز امکان‌پذیر می‌نمایند گام مهمی در این زمینه است. استفاده از این روش‌ها برای حل اختلافات ناشی از تجارت و سرمایه‌گذاری در صنعت نفت که دارای ویژگی‌هایی است که آن را از دیگر صنایع متمایز می‌نماید، کاملاً توجیه‌پذیر و موکداً قابل توصیه است.

<sup>467</sup> AGIP ASP, PHILIPS, Oil and Natural Gas Commission India

<sup>468</sup> «قانون راجع به اجازه مبادله و اجرای پنج فقره قرارداد نفت» مصوب 1343/11/24. مفاد ماده فوق‌الذکر در چهار قرارداد دیگر موضوع قانون مذکور نیز تکرار شده است. ر. ک. مجموعه قوانین و مقررات نفت، گاز و پتروشیمی، جلد اول، امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران و اداره کل روابط عمومی وزارت نفت، 1381، ص 518.

به نظر ما استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری به عنوان روش حل اختلاف، ضرورتاً مستلزم در نظر گرفتن آن به عنوان مرحله‌ای اختیاری و ابتدایی در یک سیستم چند لایه حل و فصل اختلاف نیست بلکه ما معتقدیم در صورتی که طرفین یک قرارداد بلند مدت نفتی در سطحی از رشدیافتگی باشند که منافع بلند مدت سرمایه‌گذاری و روابط تجاری را به منافع کوتاه مدت ترجیح دهند و نیز واقف باشند که "همیشه در بر یک پاشنه نمی‌چرخد" و اوضاع و احوال همیشه به نفع آنها نخواهد بود، روش اصلاحگری یا میانجیگری خود به طور مستقل و نه در کنار داوری یا دیگر روش‌ها برای حل و فصل اختلافات قراردادی آنها کفایت و قابلیت داشته و حتی نیازی به پیش‌بینی و درج مرحله دیگری برای استفاده پس از این روش‌ها نخواهد بود. چنانچه نقصی در حالت کنونی این روش‌ها وجود دارد این نقائص قابل رفع و ترمیم می‌باشند ضمن این که در روابط و قراردادهای نفتی و گازی که علاوه بر ملاحظات اقتصادی ملاحظات و منافع سیاسی-امنیتی فیمابین دولت‌ها مطرح باشد، روشهای دادگاهی و داوری که مبتنی بر اصول محض حقوقی و تفکیک بلاانعطاف حقوق و تعهدات می‌باشند نمی‌توانند ملاحظات عالی‌ه مذکور و تمایل طرفین به حفظ روابط فیمابین را در راه حل‌های خود لحاظ نمایند. در مقابل، روشهای اصلاحگری و میانجیگری که صرفاً محدود به راه حل‌های محدود حقوقی نیستند به بهترین نحو می‌توانند با ارائه راه حل‌های منعطف و نوآورانه و مبتنی بر اصل "راه حل‌های تجاری برای اختلافات تجاری" ضمن حل اختلاف طرفین، حفظ روابط و مشارکت و همکاری فیمابین و تداوم سرمایه‌گذاری و شکوفایی در صنعت حساس و حیاتی نفت را تسهیل و تضمین نمایند.

## منابع

1. Bar-Yaacov, Nissim, The Handling of International Disputes by Means of Inquiry, Oxford, 1974.
  2. Brazil, P., Resolution of Trade Disputes in the Asian Pacific Region, Adelaide Law Review, 10:49.
  3. Cot, JeanPierre, La conciliation internationale, Paris: Éditions A. Pedone, 1968.
  4. Dore, Isaak Ismail, Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
  5. Folger Joseph P. *et al.* "Transformative Mediation and Third-Party intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", Mediation Quarterly, Summer 1996, 13:4.
  6. Goldberg Stephen B. *et al.* Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other processes, Aspine Law & Business, Gaithesburg and New York, 1999.
  7. Herrmann, Gerold, Commentary on the UNCITRAL Conciliation Rules, VI Yearbook of Commercial Arbitration, 1981.
  8. Jagtenbury R. *et al.* "New Mediation: Flower of the East in Harvard Bouquet", Asia Pacific Law Review, 2001, 9:1.
  9. Merrills J., International Dispute Settlement, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
  10. Ollivry Guy *et al.* Law Reform Commission Report: Mediation and Conciliation in Commercial Matters, Port Louis, 2010.
- <http://lrc.govmu.org/English/Documents/Reports%20and%20Papers/31%20commerce1.pdf> (Last visited on 01/01/2015).
11. Reif, Linda C., "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", Fordham International Law Journal, Vol. 14, Issue 3, 1990.
  12. Yamashita, "Conciliation" in Doing Business In Japan, Matthew Bender & Co. Inc. 1987.
  13. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

14. UNCITRAL Conciliation Rules, General Assembly Resolution 35/52, 1980.

15. Lester Nurick and Stephen J. Schnably, The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago, ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL, pp 340-353.

[www.icsidreview.oxfordjournals.org/content/1/2/340.full.pdf](http://www.icsidreview.oxfordjournals.org/content/1/2/340.full.pdf)

16. Ucheora Onwuamaegbu, Resolution of Oil and Gas Disputes at ICSID in: News from ICSID, Volume 21, No. 1 Summer 2004.

17. Damon Vis-Dunbar, Conciliation of international investment disputes remains under-utilized IN Investment Treaty News (ITN), July 19, 2006, International Institute for Sustainable Development, <http://www.iisd.org/investment/itn>

18. Ivan Bernier and Nathalie Latulippe, The International Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultrul Exprssions: Conciliation as a Dispute Resolution Method in the Cultural Sector, p 1.

19. Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: a Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

[http://www.iisd.org/pdf/2006/itn\\_july19\\_2006.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_july19_2006.pdf) (last visited 5/6/1395).

18. Mangoldt, Hans von, "Arbitration and Conciliation," in Judicial Settlement of nternational Disputes: International Court of Justice Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Springer Verlag Berlin Heidelberg, New York, 1974, pp. 417-552

#### 19. Energy Charter Treaty,

20- نیک بخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ دوم، 1393.

21- نیک بخت، حمید رضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ سوم، 1393.

22- شیروی عبدالحسین، بررسی قانون نمونه آنسیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی، مجله اندیشه‌های حقوقی، بهار و تابستان 1385، شماره 10.

23- امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران، مجموعه قوانین و مقررات نفت، گاز و پتروشیمی، جلد اول، اداره کل روابط عمومی وزارت نفت، تهران، 1381.

## فصل هشتم

### اصل 139 قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری

#### چکیده

اصل 139 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری را محدود و مقید می‌نماید به اخذ مصوبه هیات دولت و مجلس، باعث نظریات و آرای حقوقی متفاوت شده است. در یک دسته بندی کلی می‌توان آنها را "نظریه ظاهر گرایان" و "نظریه واقع گرایان" نامید. حاصل نظریه ظاهر گرایان این است که اصل 139 بر هر دعوی که یکطرف آن دولت بوده و بر داوری توافق کرده باشد اعمال می‌شود و لذا در صورتی دعوا عملاً با داوری و رای معتبر حل و فصل خواهد شد که مصوبه هیات دولت و یا حسب مورد مصوبه مجلس را داشته باشد و در غیر این صورت داوری و بالتبع رای آن معتبر نخواهد بود. به موجب این نظر، اصل 139 در مجموع از لحاظ اقتصادی نفع دولت را در بر ندارد و لذا باید برای آن چاره ای اندیشید. در مقابل نظریه واقع گرایان قرار می‌گیرد که می‌تواند پاسخی باشد به نظریه ظاهرگرایان. صاحبان این نظر معتقدند که با یک تفسیر منطقی و اصولی از اصل 139، فقط در جایی که دولت یک طرف دعوی است که حقیقتاً موضوع آن اموال عمومی و دولتی می‌باشد، ارجاع آن دعوا به داوری نیازمند مصوبه یا مصوبات مذکور در آن اصل می‌باشد. با این تفسیر می‌توان قایل به پویایی و مفید بودن اصل برای کشور یعنی در بر دارنده منافع ملی بود.

واژه های کلیدی: داوری، اصل 139 قانون اساسی، اموال عمومی و دولتی، رویه داوران و قضایی

#### مقدمه

به لحاظ ضرورت‌های اقتصادی، در اموری همانند بازار سرمایه و سرمایه گذاری و داد و ستدها یا معاملات تجاری در سطوح داخلی و بین المللی، سازمانها و شرکتهای دولتی و عمومی کشور جمهوری اسلامی ایران با انعقاد قراردادهای ذیربط مانند خرید و فروش کالا و خدمات یا واگذاری اموال دولتی در قالب اصل 44 قانون اساسی یا قراردادهای سرمایه گذاری داخلی و خارجی ناگزیر از ورود در این بخش بوده و می‌باشند. عملاً دست اندر کاران دولتی و عمومی در زمان انعقاد این قراردادها با توجه به شیوع داوری در حل و فصل دعاوی، بر این شیوه توافق می‌نمایند تا دعاوی احتمالی آینده و حتی در مواردی توافق نموده اند دعاوی موجود را از این طریق حل و فصل نمایند. چه بسا این توافقات بدون توجه لازم به اصل 139 قانون اساسی و آثار حقوقی آن صورت می‌گیرد. اصل 139 چنین مقرر می‌دارد:

"اصل یکصد و سی و نهم: 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."

این اصل<sup>469</sup> در عمل و برای توافق ارجاع دعوا به داوری ابهامات و سوالات متعددی را ایجاد کرده است، از جمله آنکه: آیا دولت (سازمانها و شرکتهای دولتی) می‌تواند با وجود این اصل، شرط داوری را در قراردادهای خود درج نماید؟ آیا این اصل در زمان انعقاد قرارداد و یا حدوث دعوا مطرح می‌باشد؟ آیا این اصل همه دعاوی قراردادی که دولت یکطرف آن است را در بر می‌گیرد، یا فقط مربوط به دعاوی می‌شود که مالی از دولت موضوع دعواست؟ اموال دولتی و عمومی مذکور در این اصل چیست؟ انواع دعاوی دولت چیست و مال در آنها چگونه است؟ آیا دعاوی دولت در عقود معین با عقود غیر معین یکسان است؟ آیا این اصل موضوع اهلیت یا عدم اهلیت دولت در ارجاع دعوا به داوری می‌باشد، یا داوری ناپذیر بودن دعاوی دولتی را مطرح می‌کند؟ اصل 139 در معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه ایران که حل و فصل اختلافات را از طریق داوری پیش بینی می‌کند چگونه است؟ آیا توافق دولت بر

<sup>469</sup> مفاد این اصل در قسمت داوری بعداً، عیناً در ماده 457 (باب هفتم - داوری) قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب 1379 تجلی یافته است: "ماده 457 - ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیات وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است."

داوری در قراردادهایش با ایرانیها یا خارجیها (علیرغم وجود این اصل)، در عمل پذیرفته می‌شود و تأثیری در صلاحیت دیوان داوری دارد؟ در مواردی که به نظر می‌رسد این اصل رعایت نشده و دیوان داوری در ماهیت رای صادر نموده، آیا دادگاهها رای را باطل اعلام می‌کنند و یا مانع اجرای رای می‌شوند؟ و برخی سوالات دیگر.

انبوه سوالات از قبیل نمونه های فوق، از یکطرف باعث شده است که وضعیت عدم اطمینان خاطر حقوقی در ارتباط با قراردادهای اشخاص خصوصی با دولت از جهت ابهام در لزوم رعایت یا عدم رعایت این اصل، و نیز در ارتباط با دعوی احتمالی ایجاد شود، و از طرف دیگر باعث قوت گرفتن احتمال عدم استقبال از انعقاد چنین قراردادهایی شده که در نتیجه ایران از مزایای آن ها محروم بماند و متحمل صدمات اقتصادی بشود.

به نظر می‌رسد عمده اشکال در نگاه به اصل باشد که در نظر اندیشمندان حقوقی متخصص در امر داوری، در نزد داوران داخلی و بین المللی و نیز در آرای قضات محاکم دادگستری نسبت به جایگاه، چگونگی اعمال و مفهوم اموال مشمول اصل اختلاف عمیق وجود دارد و باعث مبهم بودن جایگاه حقوقی - اقتصادی این اصل شده است.

بطور کلی می‌توان گفت که در ارتباط با دو موضوع از اصل 139 یکی آثار حقوقی و دیگری محدوده و قلمرو اعمال آن در طی 40 سال که از تدوین قانون اساسی و این اصل می‌گذرد، بحثها، بررسیها و اظهار نظرهای گوناگونی صورت گرفته است. در موضوع اول نظریه هایی مانند نظریه عدم اهلیت، نظریه نمایندگی یا نظریه داوری پذیری (قابلیت ارجاع موضوع به داوری) مطرح شده اند که جای بحث آنها در این مقاله نیست. اما در مورد موضوع دوم یعنی قلمرو اعمال، که تحت بررسی این مقاله می باشد، موضوعی تفسیری است و دو نظریه ایجاد شده است: یکی نظریه متکی بر تفسیر لفظی، موسع یا سطحی (نظریه ظاهر گرایان) و دیگری نظریه مبتنی بر تفسیر منطقی و مضیق (نظریه واقع گرایان)<sup>470</sup>. در نتیجه نظریه ظاهر گرایان اصل 139 بر هر دعوی که یکطرف آن سازمانها یا شرکتهای دولتی باشند و بخواهند توافق بر داوری کنند، و نیز بر قراردادهایی که دولت یکطرف آن است و قرار باشد که برای حل و فصل دعوی آن داوری شرط شود، باید اعمال شود. در این صورت این اصل از جهات مختلف اقتصادی (تجاری- سرمایه گذاری)، حقوقی (عدم اطمینان و ثبوت) و اداری (اخذ مصوبه هیات وزیران و یا مجلس) مشکل ایجاد می‌کند و نمی‌توان هر دعوی از این قراردادها را چه در آینده (درج شرط داوری در قرارداد) و چه در حال بطور معمول و با اختیار یا توافق منعقد کنندگان آن یعنی بدون تشریفات اخذ مصوبه هیات دولت و یا مجلس به داوری ارجاع نمود و در نهایت انگیزه انعقاد این قراردادها را از طرف مقابل دولت سلب می‌کند. حاصل این نظر این است که اصل 139 به صورت مانع در انعقاد قراردادهای دولت که در آنها منافع و مزایای اقتصادی ملی نهفته است عمل می‌کند. لذا برای رفع مانع یا باید برای مثال متوسل به تقسیم بندی اعمال دولت، از جمله قراردادهای آن، به اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی گری شد و ادعا نمود که در نوع اخیر اصل 139 نباید اعمال شود، و یا باید در صدد برآمد تا بر این اصل اصلاحیه وارد شود و یا کلاً آن را تغییر داد. نظریه واقع گرایان ارائه راهکاری است در مقابل نظریه ظاهر گرایان که با یک تفسیر منطقی و اصولی، هم می‌توان آن را عاری از مشکلات مورد نظر ظاهر گرایان نمود و هم بر این باور شد که آن اصلی پویا و تامین کننده منافع ملی بوده و برای دولت و کشور نیز در حفظ اموال عمومی و دولتی راهگشا می‌باشد. در این نظر اصل 139 فقط در جایی که دعوا مستقیماً مربوط به اموال عمومی و دولتی می‌شود اعمال می‌گردد و نه در غیر آن، و لذا هم می‌توان در جای خود دعوی قرارداد ذیربط را چه در آینده و چه در حال بطور معمول و بدون هیچ مانعی (مانند اخذ مصوبه) به داوری ارجاع نمود و هم می‌توان از اموال عمومی و دولتی با طی جریان اخذ مصوبات مذکور در اصل 139 محافظت و مراقبت به عمل آورد.

این مقاله بر آن است تا دو نظریه ظاهر گرایان و واقع گرایان در آرای داوران داوریهای ملی و بین المللی و احکام قضات دادگاههای دادگستری مراحل مختلف را مورد بررسی و تحلیل قرار داده و دایره شمول آنها را کاملاً تبیین و مشخص نماید تا به راهکاری عملی و نظریه ای کاربردی و موجه پیرامون اصل 139 قانون اساسی با تاکید بر حفظ مفاد آن نائل آید. هدف آن است تا از یک طرف شایبه چالشی و مانع بودن اصل زوده شود و از طرف دیگر قراردادهایی که دولت منعقد می‌کند از لحاظ حقوقی از ثبوت برخوردار بوده و اطمینان بخش باشند و نیز بر جذابیت آنها افزوده گردیده و مورد استقبال بیشتر بخش خصوصی جامعه تجار و بازرگانان قرار گیرند.

470 اصل 139 قانون اساسی عیناً و مستقیماً مورد استناد داوران (دیوانهای داوری ملی و بین المللی) و قضات (محاکم دادگستری) و تحت نظر اندیشمندان حقوقدان دست اند کار حوزه داوری قرار گرفته است و لذا تفسیر مورد بحث این نوشتار از اصل 139، به گونه ای تفسیر قضایی یا داوری و نظریه شخصی (دکترین) می‌باشد که در امور حقوقی و قضایی جایگاه خاص خود دارد. قابل توجه است که بموجب قسمت اخیر اصل 77 قانون اساسی چنین تفسیری (تفسیر قضایی) تجویز گردیده است، و از طرفی با ماده 457 قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) که همانطور که بیان گردید انعکاس اصل 139 می باشد، داوران و قضات دادگاهها ناگزیر از اعمال این ماده می باشند و در نتیجه ناگزیر از تفسیر آن که تفسیر قضایی نامیده می شود هستند.



این مقاله از سه قسمت تشکیل می‌گردد. در قسمت اول به شناسایی و معرفی اموال عمومی و دولتی می‌پردازد. قسمت دوم به بررسی چگونگی اعمال اصل 139 قانون اساسی در دعاوی قراردادهای دولت و موسسات عمومی اختصاص دارد. قسمت سوم تحلیل آرای داوران و احکام قضات در برابر ایرادات صلاحیتی و ابطال آرای داوران های مربوط را در بر می‌گیرد. مقاله با نتیجه گیری و ارائه نظر مولفین خاتمه می‌یابد. روش تحقیق کتابخانه ای با شیوه توصیفی-تحلیلی می‌باشد.

## قسمت اول: اموال عمومی و دولتی ( اموال مشمول اصل 139 قانون اساسی)

### الف - اموال عمومی

مطابق اصل 45 قانون اساسی، اموال عمومی تعریف شده و در اختیار حکومت اسلامی است تا برای استفاده عموم، برای مصالح عمومی آن را اداره نماید. این اموال قابلیت تملک خصوصی ندارند مگر تحت شرایط خاص مانند اجرای اصل 44 قانون اساسی، گفته شده است چون اموال عمومی به عموم ملت تعلق دارد قانون‌گذار آن را از قلمرو حقوق مدنی خارج کرده و تابع قواعد و مقررات مالکیت عمومی قرار داده است.<sup>471</sup> در قوانین متعدد از جمله در مواد 24 و 25 و 26 از قانون مدنی و ماده 1 قانون توزیع عادلانه آب مصوب 1361 و بند 1 ماده 11 قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب 1383 و همچنین ماده 13 قانون محاسبات عمومی کشور و آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب 1346 به اموال عمومی پرداخته شده است. جهت استفاده بهینه از اموال عمومی یک سری مؤسسات عمومی به‌موجب قانون تأسیس شده است که مطابق ماده 3 قانون مدیریت خدمات کشوری بیش از 50 درصد منابع مالی آن از بخش غیردولتی تأمین می‌گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد می‌باشند و همچنین یک سری مؤسسات وابسته به نهادهای عمومی غیردولتی، با اجازه حاصله از ماده‌واحد فهرست مؤسسات غیردولتی تشکیل شده‌اند. در عمومی بودن اموال مؤسسات عمومی تردیدی وجود ندارد اما در خصوص اموال مؤسسات وابسته گفته شده است نه دولتی تلقی می‌شوند نه عمومی. دولتی نیستند چون تحت مالکیت دولت نمی‌باشند و در تعریف اموال عمومی نمی‌گنجد یعنی جهت مصرف و مصالح عموم جامعه نیستند و مطابق برخی قوانین در حکم اموال عمومی هستند و فقط از برخی از جهات شبیه اموال عمومی هستند و به همین جهت قابلیت نقل و انتقال دارند.<sup>472</sup>

### ب- اموال دولتی

قبل از این‌که به بررسی نظریات حقوقی و رویه مراجع قضایی و داوران در چگونگی تفسیر مفاد اصل 139 قانون اساسی بپردازیم. تبیین و شناخت مفهوم اموال دولتی در متن اصل 139 قانون اساسی بسیار مهم و حائز اهمیت می‌باشد. در متون قانونی در مواد 24 و 25 و 26 از قانون مدنی اموال عمومی و دولتی توصیف شده است ماده 26 مقرر می‌دارد «کلیه اموال غیرمنقول و منقول دولت قابلیت تملک خصوصی را ندارد به شرط آنکه به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملی، تحت تصرف دولت باشد.»

این مفهوم از اموال عمومی و دولتی در ماده 115 قانون محاسبات عمومی کشور نیز آمده است مطابق این ماده و مواد 112 و 113 و 114 از آن فروش اموال منقول و غیرمنقول دولت به‌استثنای اموال غیرمنقولی که دولت طبق ماده 26 قانون مدنی و به‌عنوان مصالح عمومی و منافع عمومی در تصرف دارد با رعایت تشریفات مربوطه تجویز گردیده است. در ماده 2 آیین‌نامه اموال دولتی مصوب 1372 آمده است.

«**اموال دولت:** اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی که صد درصد سهام آن‌ها متعلق به دولت است خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا درمی‌آید.»<sup>473</sup> که در آیین‌نامه اصلاحی مصوب 1374، شرکت‌های دولتی حذف گردیده است.<sup>474</sup>

471- طباطبائی موتمنی، منوچهر «حقوق اداری». تهران: انتشارات سمت، ص 307

472- کریمی، عباس، محمدرضا پرتو، «داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی» فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، بهار

91ش.36، صص 184-157

473- مصوبه شماره 434/10/ت/212 هـ مورخ 1372/4/27

474- مصوبه شماره 108630/ت/15081 مصوب 74/9/1

در نتیجه اموالی که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی وفق ماده 26 قانون مدنی در تصرف دارد قابل نقل و انتقال نیست اما اموال دولتی که دولت در آن تصرف مالکانه یا آن را تحت تملک خود دارد علی‌الاصول قابلیت نقل و انتقال به غیر با رعایت تشریفات مربوطه را دارد.

در تعاریف فوق اسمی از اموال شرکت‌های دولتی و درآمدهای دولت نیامده است در نتیجه وضعیت حقوقی این اموال دارای ابهام می‌باشد که آیا جزء اموال دولتی محسوب می‌شود یا خیر در ماده 15 قانون محاسبات عمومی آمده است. "درآمد شرکت‌های دولتی عبارت است از درآمدهایی که در قبال ارائه خدمت و یا فروش کالا و سایر فعالیت‌هایی که شرکت‌های مذکور به موجب قوانین و مقررات مجاز آن هستند عاید آن شرکت‌ها می‌گردد"<sup>475</sup>.

یعنی درآمد شرکت دولتی، مال خود شرکت است اما سود سهام آن برمی‌گردد به بودجه عمومی کشور<sup>476</sup> با استقرا در قوانین فوق‌الذکر تردیدی در دولتی بودن اموال و وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و اموالی که دولت به عنوان مصالح عمومی تحت تصرف دارد و در جایی که صد در صد سهام شرکتی مال دولت است وجود ندارد، اما در جایی که صد در صد سهام مال دولت نیست<sup>477</sup> و همچنین در سود و عواید حاصل از فعالیت شرکت‌های دولتی تردید جدی وجود دارد.<sup>478</sup>

گفته شده است "شرکت دولتی" از جمله اشخاص حقوقی است که دارای شخصیت حقوقی مستقل از دولت است که عمده وظیفه تصدی‌گری را بر عهده دارد. آثار استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌های دولتی از دیگر نهادهای عمومی به اموال آن‌ها نیز تسری دارد، بنابراین دارای‌های یک «شرکت دولتی»، «اموال دولتی» یا «اموال عمومی» محسوب نمی‌شود. همچنین اموالی که برای تجارت و یا اعمال تصدی‌گری در اختیار «شرکت‌های دولتی» جهت کسب درآمد و خرید و فروش و یا تولید نیازهای جامعه و فروش آن‌ها قرار می‌گیرد، اموال عمومی یا دولتی تلقی نمی‌شوند زیرا اگر این‌گونه اموال در زمره اموال دولتی و عمومی قرار گیرد، مدیران ذی‌ربط حق انجام تجارت با آن اموال را نداشته و اقدام آن‌ها به عنوان دخل و تصرف در اموال دولتی و عمومی تلقی و قابل تعقیب خواهد بود. بطور خلاصه می‌توان گفت «اموال شرکت‌های دولتی» مصادیق مذکور در اصل 139 قانون اساسی نیست، قابل ارجاع به داورى بدون تصویب هیأت وزیران بوده و نیازی به اطلاع یا تصویب مجلس ندارد.<sup>479</sup>

در ماده 8 و 11 قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب 1386 و ماده 35 قانون برنامه چهارم توسعه اعمال حاکمیت و تصدی‌گری دولت تعریف شده است:

امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن شامل کلیه اقشار جامعه می‌شود مانند ایجاد فضای سالم برای رقابت یا فراهم کردن زمینه‌های لازم برای رشد و توسعه کشور و غیره و اعمال تصدی‌گری آن دسته اموری است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی یا حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند از قبیل تصدی در امور صنعتی، کشاورزی و غیره.

تفکیک بین اعمال حاکمیت و تصدی‌گری دولت نظریه ای است که از حقوق بین‌المللی عمومی به رویه قضایی ایران نفوذ کرده است معتقد است که می‌بایست بین اعمال حاکمیتی دولت و اعمال تصدی‌گری دولت فرق قائل شد. این نظریه هیچ زمان در باب مجوز دولت در مراجعه به داورى در امور تصدی‌گری بدون رعایت مفاد اصل ارائه نشده است بلکه دادگاه‌ها در مقام رسیدگی بر دعوی ابطال رأی داورى به لحاظ عدم رعایت مفاد اصل، به این نظریه متوسل گشته‌اند. به نظر می‌رسد مبنای این نظریه مصونیت محدود یا نسبی دولت می‌باشد که بعد از جنگ جهانی اول و دوم توسط دول غربی با انعقاد معاهدات و عهدنامه‌های چندجانبه و دوجانبه و پا به عرصه ظهور گذاشت.

طرفداران مصونیت محدود، مصونیت را فقط به فعالیت‌های عمومی اختصاص می‌دهند، مفهومی که تقریباً به اعمال خدمات عمومی یا اعمال مورد قبول در چارچوب مأموریت خدمات عمومی ارتباط دارد، دکنترین مصونیت محدود،

475 - قانون محاسبات عمومی مصوب 1361

476 - ماده 4 قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب 1386

477 - مواد 118 و 119 قانون محاسبات عمومی کشور

478 - ماده 4 قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب 1386 شرکتی که بیش از 50 درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت باشد، شرکت

دولتی تلقی می‌گردد» همچنین ببینید

مفاد دادنامه شماره 97/18/1649 مورخ 1397/11/14، شعبه 18 تجدیدنظر استان تهران، منتشر نشده، دادگاه اعلام کرده «در جائیکه صد درصد سهام متعلق به نهاد عمومی یا دولتی باشد باز هم اموال عمومی صدق می‌نماید و آنچه خروج موضوعی دارد راجع به شرکت‌هایی است که صرفاً قسمتی از سهام متعلق به دولت و نهادها باشد.»

479 - هندی، اصغر، «بررسی تسری شروط اصل 139 قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره 61،

زمستان 86. صص 85-86

مراجع قضایی داخلی را به برقراری تفکیک میان فعالیت‌های کشورهای خارجی در سرزمین ملی، یعنی تفکیک میان اعمال حاکمیت و اعمال تصدی رهنمون ساخته و تنها فعالیت‌های دسته اول را از مصونیت برخوردار دانسته است.<sup>480</sup> در کشورهای آنگلو ساکسون مسئله بیشتر در لفاف تئوری مصونیت قضایی دولت‌ها مورد بررسی قرار گرفته است، به موجب این تئوری، دولتی که از روی اراده می‌پذیرد که در صورت بروز اختلاف در اجرای قراردادی که با شرکت خارجی منعقد نموده است اختلاف بر دآوری واگذار شود و لذا از حاکمیت خود صرف‌نظر نموده و بدین ترتیب حق ندارند بعداً به استناد این‌که قانون داخلی‌اش مراجعه به دآوری ممنوع نموده از مراجعه به دآوری خودداری کند.<sup>481</sup> ماهیت مال موضوع اختلاف نیز مورد توجه داوران ایرانی قرار داشته است. آنها با تحلیلی که از مواد 10 و 15 از قانون محاسبات عمومی و ماده 2 آیین‌نامه اموال دولتی ارائه می‌دهند بین اموال و دارایی‌های دولت و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی که در مالکیت بلامنازع آنان است با درآمدها و سود حاصل از فعالیت دولت اعم از اینکه مربوط به امور حاکمیتی باشد یا امور تصدی‌گری قائل به تفکیک می‌شوند و معتقدند دسته دوم یعنی درآمدهای حاصل از فعالیت شرکت‌ها و نهادهای دولتی و عمومی تا زمانی که به نحو مشخص معلوم و معین نشده است و هزینه‌های مربوطه کسر نگردیده باشد به عنوان اموال دولتی تلقی نمی‌شوند و به خصوص برای شرکت‌ها زمانی این درآمد محقق خواهد شد و جزء درآمد عمومی و دولتی قرار خواهد گرفت که ترازنامه این شرکت‌ها یعنی محاسبه سود و زیان آن‌ها تصویب شده باشد و تا قبل از تصویب، درآمدی وجود ندارد و یا درآمد معنا ندارد؛ و به همین جهت ارجاع اختلاف مربوط به آن، مشمول تعریف اموال مندرج در مفاد اصل 139 قانون اساسی نیست.<sup>482</sup>

### قسمت دوم: اعمال اصل 139 قانونی اساسی در دآوری دعاوی علیه دولت و مؤسسات و نهادهای عمومی الف - شمول اصل 139

با استقراع در منابع مکتوب و کتب، مقالات و احکام و آرای صادره و نظرات شورای نگهبان تردیدی از شمول اصل 139 در خصوص صلح و دآوری دعاوی اموال عمومی و دولتی و الزام به رعایت مفاد آن از سوی مقامات دولتی و عمومی وجود ندارد. نظریات ارائه شده تردیدهایی در ماهیت مال موضوع اصل و دولتی یا عمومی تلقی شدن برخی از اطراف قرارداد که ماهیت شبه‌دولتی دارند ایجاد نموده است. همچنین در پذیرش ایراد یکی از طرفین بعد از حدوث اختلاف مبنی بر ضرورت رعایت مفاد اصل و آثار آن توسط محاکم قضایی و دیوان‌های دآوری رویه‌های متهافتی اتخاذ گردیده است؛ اما رویه غالب دیوان‌های دآوری بین‌المللی در دعاوی مطروحه علیه دولت و سازمان‌های دولتی ایران، ایراد متأخر به صلاحیت دیوان دآوری و لزوم رعایت اصل 139 قانون اساسی را نپذیرفتند. به عنوان نمونه می‌توان به رأی دآوری شرکت الف- اکتین فرانسوی علیه شرکت ملی نفت ایران، یا رأی دآوری صادره تحت نظارت اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در 30 آوریل 1982 در دعوی مطروحه توسط شرکت فراماتوم فرانسوی علیه سازمان انرژی اتمی ایران<sup>483</sup> یا به رأی دآوری صادره در لندن در دعوی شرکت نخل باران به طرفیت کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران یا به رأی دآوری شرکت حمل‌ونقل بین‌المللی حامل به طرفیت کشتیرانی بنیاد که در لندن صادر شده اشاره کرد و دیوان‌های دآوری ایراد مربوط به لزوم رعایت اصل 139 قانون اساسی را نپذیرفته‌اند.<sup>484</sup> مبنای تصمیمات دیوان‌های بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی، رعایت اصل حسن نیت، اصل لزوم وفای به عهد و اصل منع تناقض‌گویی (قاعده استاپل) بوده است.<sup>485</sup>

به نظر می‌رسد آنچه در دیوان‌های دآوری بین‌المللی مطرح بوده عمدتاً مواردی هستند که دولت یا سازمان‌های دولتی ایران، با وجود موافقتنامه دآوری (شرط یا موافقتنامه اختصاصی) در طرح دعوا بدواً به اصل 139 استناد می‌کرده اند برای ابراز یا ادعا یا ایراد به صلاحیت دیوان دآوری. دیوان‌ها چنین ادعای ایرادی را نپذیرفته‌اند. اما، چنانچه طرفین در هنگام مذاکره و انعقاد شرط یا موافقتنامه اختصاصی دآوری، اصل 139 را مطرح و بحث و نهایتاً با درج آن در موافقتنامه دآوری به الزامی بودن رعایت آن توافق کنند، در این صورت دیوان دآوری به دلیل وجود توافق طرفین و

480- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌المللی عمومی، چاپ سی و هشتم، گنجینه دانش، 1388، صص 101-102.

481- اسکینی، ربیعا، اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به دآوری تجاری بین‌المللی، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، دوره 25، سال 1369، صص 31-77.

482- «گزیده آرای دآوری مرکز دآوری اتاق ایران»، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، جلد اول، چاپ اول، سال 89، صص 347.

483- ببینید: عابدی-محمد تقی، «صلاحیت قضایی و صلاحیت دآوری» - مجله حقوقی بین‌الملل، 1385، شماره 35 صص 117-121.

484- ببینید: احمد همتی کلوانی، «رویه قضائی در شناسایی و اجرای آرای دآوری بین‌المللی در ایران»، پایان‌نامه دانشگاه شهید بهشتی،

1388.

485- عابدی، پیشین، صص 121 به بعد.

اصل آزادی اراده و الزام آور بودن توافقات طرفین، ناگیر از پذیرش اصل و اعمال آن خواهد بود<sup>486</sup>؛ در یک پرونده مربوط به سازمان دولتی ایران، دیوان داور بین‌المللی در جایی که در متن شرط داور مندرج در قرارداد اصلی، رعایت مفاد اصل 139 قانون اساسی پیش‌بینی شده بود نظر به رعایت مفاد اصل، که مفاد قرارداد محسوب می‌شد، داشته و قرار عدم صلاحیت دیوان داور را صادر کرده است.<sup>487</sup>

لازم به ذکر است که قاعده ای مانند اصل 139 قانون اساسی ایران در تاریخ حقوق ایران بی سابقه نیست. برای مثال در تصویب نامه ای از هیأت وزیران در سال 1324 لزوم اخذ مجوز از هیأت وزیران در زمان انعقاد قرارداد داور تصریح گردیده بود: «هیأت وزیران در جلسه ۲۳ مهرماه ۱۳۲۴ تصویب نمودند که از تاریخ این تصویب‌نامه در پیمان‌هایی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا موسساتی که شخصیت حقوقی دارند منعقد می‌نماید، قید ارجاع اختلاف به حکمیت فقط موکول به صدور تصویب‌نامه از طرف هیأت وزیران خواهد بود و نیز هیچ‌یک از وزارتخانه‌ها نمی‌توانند بدون صدور تصویب‌نامه مخصوص، اختلافی را که در آن طرف می‌باشند به حکمیت رجوع کنند؛ خواه آن اختلاف، مربوط به پیمان‌هایی باشد که در آن ارجاع به حکمیت پیش‌بینی نشده است و خواه، مربوط به هیچ پیمانی نباشد و هرگاه اختلافی از این دو قسم اخیر قبل از تاریخ این تصویب‌نامه به حکمیت رجوع شده باشد، وزارتخانه مربوط باید هرچه زودتر موضوع را مجدداً به اطلاع هیأت وزیران برساند و بر طبق تصمیم هیأت نامبرده عمل نماید»<sup>488</sup>. در سایر کشورهای جهان مانند فرانسه، بلژیک، هلند، مصر و کشورهای آمریکای لاتین هم قواعد مشابهی مشاهده می‌شود.<sup>489</sup>

### ب - نظریات شورای نگهبان

شورای نگهبان قانون اساسی به عنوان تنها مرجع تفسیر اصول قانون اساسی با چند نظریه مشورتی و تفسیری به اصل 139 پرداخته است<sup>490</sup> که البته موضوع تفسیری این مقاله در آن نظریات جایگاهی ندارد. برای مثال شورای نگهبان در یک نظریه مشورتی در خصوص سؤال نسبت به تصدی اموال موضوع اصل 139 قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی اعلام نموده است که «اصل 139 قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیاز به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند»<sup>491</sup> و با بیان می‌دارد که: «انجام تشریفات مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی» منحصراً مربوط به صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع دعاوی به داور می‌باشد و شامل طرح دعوی در مراجع قضایی [خارجی] نمی‌باشد»<sup>492</sup>

Poudret, Jean-Francois & Sebastien Besson, Comparative Law of International Arbitration (Stephen 486  
Berti & Annette Ponti tts) Switzerland: (Sweet & Maxwell 2007), P. 189; An Iranina ICC Case No.11666

در برخی از تالیفات حقوقدانان ایرانی نیز چنین اعتقادی مشاهده می‌شود. برای مثال گفته شده است: «هرچند قراردادهای تجاری میان دولت و سازمان‌های دولتی ایران و اشخاص خارجی، نیاز به تصویب مجلس ندارد ولی به حکم اصل 139 قانون اساسی، در صورت بروز اختلاف و ضرورت مراجعه به داور، لزوم تصویب مجلس، علاوه بر تصویب هیأت وزیران، غیرقابل‌تردید است... سیستم حقوقی ایران مراجعه به داور تجاری بین‌المللی را در اصل مورد قبول قرار داده است. اما برای اینکه از زیاده‌روی و گشاده نظری‌های گذشته در قبول شرط داور توسط دولت و سازمان‌های دولتی جلوگیری به عمل آید ارجاع دعاوی آن به داور را موکول به تصویب مجلس نموده است. و در ادامه می‌افزایند در صورت عدم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی، دولت صلاحیت به عبارت دیگر اهلیت مراجعه به داور را ندارد. و این اصل می‌بایست در کلیه قراردادهای داور منعقد با کشورهای بیگانه مورد اجرا قرار گیرد. به‌ویژه آنکه با توجه به نحوه انشاء آن و به هدفی که تنظیم‌کنندگان آن دنبال می‌کرده‌اند، دارای جنبه نظم عمومی می‌باشد»، اسکینی، ربیعا، «اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داور تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۵، زمستان، 1369، صص 31-77.

487- عابدی، پیشین

488- روزنامه رسمی مورخ 1324/07/29، شماره 1446. همچنین ببینید: پیری، فرهاد، «تفسیر اصل 139 قانون اساسی ایران؛ درس‌هایی از دعاوی گذشته»، فصلنامه رای: مطالعات آرای قضایی، شماره 19، تابستان 1396

489- پیری، همان

490- ببینید: محمد فتحی و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و ... شورای نگهبان (1359-1396) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان؛ ۱۳۹۶) صص. 536-554.

491 نظریه مشورتی شماره 5606 مورخ 72/9/17

492 نظریه تفسیری شماره ۲۴۸۴ مورخ 1365/10/11.

یابه‌موجب نظریه مورخه 1359/8/26 درخصوص عطف ماسبق شدن اصل 139 قانون اساسی اعلام نموده است که «با توجه به نظریه اکثریت اعضاء، در مورد اجرای اختلافات بین سازمان‌های دولتی و شرکت‌های خارجی و بین‌المللی به داوری، مورد سؤال از موارد تفسیر قانون اساسی نیست و با اصل 98 قانون اساسی ارتباطی ندارد.» و سپس به‌موجب نظریه مشورتی مورخ 1365/2/10 در پاسخ به سؤال نخست‌وزیر وقت به‌موجب نظریه مشورتی شماره 5939 اعلام نموده است: «برحسب اطلاق اصل 139 قانون اساسی در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی هرچند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد مقررات اصل 139 باید رعایت شود.» نخست‌وزیر وقت عطف به پاسخ شورای نگهبان تقاضای ارائه نظریه تفسیری به جای نظر مشورتی نموده است که شورای نگهبان در پاسخ به‌موجب نظریه شماره 6025 مورخ 65/4/18 اعلام نموده.

«نظر به اینکه قوانین جاری کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع اجرایی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و نظر به اینکه در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به اینکه در خصوص اصل 139 نسبت به قراردادهای مورد سؤال (انعقاد قرارداد قبل از تصویب قانون اساسی بوده است) شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد.»

با مذاقه در متن استفساریه‌ها از شورای نگهبان و پاسخ‌های آن شورا، هرچند شورای نگهبان در خصوص اصل 139 قانون اساسی راجع به صلح و داوری اموال عمومی و دولتی به‌جز تسری این اصل به اموال شرکت‌های دولتی به نظریه تفسیری نرسیده است اما مجموع مذاکرات و اظهارنظرهای شورای نگهبان دلالت بر آن دارد که مفاد اصل 139 قانون اساسی در هر دعوایی در چارچوب مفاد اصل می‌بایست رعایت شود به همین جهت است که از نظر شورای مذکور انطباق اصل با موضوعات مستحدثه از وظایف مجریان می‌باشد و ابهام و اجمالی در مفاد اصل وجود نداشته در نتیجه نیاز به ارائه نظریه تفسیری نیست.<sup>493</sup>

### قسمت سوم: رویه مراجع رسیدگی‌کننده به ایرادات مرتبط با اصل 139

مراجع رسیدگی‌کننده اعم از داوری یا قضایی با توجه به خلائای قانونی موجود و فقدان قانونی که دایره شمول اصل را کاملاً تبیین نماید در برابر ایرادات مرتبط با عدم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی، رویکردهای متفاوت و معارضی اتخاذ کرده‌اند که به تبیین آن در این قسمت می‌پردازیم.<sup>494</sup>

#### الف - رویکرد اول

برخی از مراجع رسیدگی‌کننده در برابر ایراد عدم رعایت مفاد اصل یا حتی در جای که از سوی طرفین ایرادی مطرح نشده و یا حتی متقاضی داوری طرف دولتی بوده داوری در هر دعوایی که له یا علیه دولت یا دولت یا نهادهای عمومی مطرح می‌شوند را مستلزم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی می‌دانند و مهم آن است که یک طرف اختلاف دولتی یا عمومی باشد.

در این طیف عده‌ای براین باورند که در زمان انعقاد قرارداد و همزمان با درج شرط داوری، مفاد اصل 139 قانون اساسی می‌بایست رعایت شود در غیراینصورت شرط یا قرارداد داوری باطل است به عنوان نمونه در رای وحدت رویه دیوان عدالت اداری آمده است:

«علی‌الاصول ماموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیات وزیران با مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند نظر به اینکه مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل 139 قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و به استناد بند یک ماده 19 و ماده 42 قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد»<sup>495</sup>

این دیدگاه افراطی در اعمال اصل 139 قانون اساسی نه تنها در مشروح مذاکرات شورای نگهبان مسبوق به سابقه نیست، مخالف اصول پذیرفته شده حقوقی در ایران می‌باشد زیرا در موارد مشابه آثار حقوقی عدم رعایت تشریفات مندرج در اصل 139 قانون اساسی مانند تمام موارد مشابه که آثار عقد منوط به تنفیذ مقام دیگری یا مستلزم رعایت

<sup>493</sup> - برای مشاهده مشروح استفساریه‌ها و نظرات شورای نگهبان ببینید: . [www.shora.gc.ir](http://www.shora.gc.ir)

<sup>494</sup> . برای مطالعه نقد رویه قضایی در سالهای 93-91 ببینید: نسبیّت بین نظریات تفسیری شورای نگهبان و رویه قضایی درباره داوری

راجع به اموال عمومی و دولتی، فتاحی، مهدی؛ دانش حقوق عمومی، سال چهارم، بهار و تابستان 94 شماره 11 صفحات 87-69  
<sup>495</sup> . رای شماره 139-38 مورخ 91/3/22 هیات عمومی دیوان عدالت اداری که در موارد مشابه لازم‌الاتباع نمی‌باشد زیرا در مقام رأی وحدت رویه صادر نشده است.

تشریفات خاص می‌باشد، عدم نفوذ است، از طرف دیگر در خود اصل 139 قانون اساسی آمده است «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داور» که از مفاد این اصل چنین برمی‌آید که پس از حدوث اختلاف، لازمه صلاحیت مرجع داورى رعایت تشریفات مربوطه است و در صورت عدم رعایت امکان مراجعه به داورى وجود ندارد و هیچ‌گاه این اصل مقرر ننموده که در زمان انعقاد شرط یا قرارداد داورى ضرورى است تشریفات مربوطه رعایت شود.

این دیدگاه در دادنامه صادره از شعبه یازدهم محاکم حقوقی تهران دیده می‌شود که بعداً نظر مذکور از سوی دادگاه تجدیدنظر مورد خدشه واقع شده و دادگاه تجدید با استدلال‌های متفاوت و دیگری با عدم پذیرش استدلال دادگاه نخستین بر ضرورت رعایت مفاد اصل در زمان انعقاد قرارداد، رای دادگاه بدوی را در نتیجه تایید کرده است در دادنامه صادره از شعبه یازدهم آمده است:

«شرکت خواهان طبق مدارک مضبوط در پرونده از جلسه شرکت های دولتی محسوب می‌گردد که ارجاع دعاوی آن به داورى مستلزم رعایت تشریفات است 139 قانون اساسی است و با توجه به عدم ارایه تصویب هیات وزیران، قرارداد ارجاع به داورى در موافقت نامه داورى فاقد اعتبار قانونی است و به استناد بند 7 ماده 489 قانون آیین دادرسی مدنی حکم به ابطال رای داور را صادر نموده است.»<sup>496</sup>

اصل مذکور بطلان مطلق شرط را مقرر ننموده است؛ در نتیجه دعوی مستقل ابطال شرط قابلیت استماع ندارد و شخصی که مدعی است این اصل مانع مراجعه به داورى است باید دعوی ماهوی را در نزد مرجع قضایی مطرح نماید و با اعتقاد عکس، می‌بایست دعوی ماهوی را در نزد مرجع داورى طرح نماید. اما شعبه 18 دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دعوی ابطال شرط داورى، به دلیل به عدم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی، حکم به ابطال شرط داورى مندرج در قرارداد را صادر نموده است و ملاک اعتبار شرط را در زمان تنظیم قرارداد دانسته<sup>497</sup> و در رای دیگری اعلام نموده: «شرکت در مقطع تنظیم قرارداد در سال 85 جزء شرکتهای دولتی بوده و در تاریخ موخر در سال 1386 از طریق سازمان خصوصی سازی و در اجرای سیاست های کلی اصل 44 قانون اساسی به بخش خصوصی واگذار شده است پس مناط زمان تنظیم قرارداد است که در آن مقطع شرکت دولتی بوده و در قرارداد شرط داورى پیش‌بینی شده که در تعارض با اصل 139 قانون اساسی بوده است.»<sup>498</sup>

در صورت عدم رعایت اصل 139 قانون اساسی آیا شرط داورى باطل است و دادگاه می‌تواند ابتدائاً حکم به ابطال شرط داورى را صادر نماید به عبارت دیگر یک طرف می‌تواند دعوی مستقل ابطال شرط داورى را طرح نماید و دادگاه با عنوان خواسته مستقل به آن رسیدگی نماید صرفنظر از دیدگاههای معارضی که در قابل پذیرش بودن این دعوی وجود دارد.<sup>499</sup> به نظر منعی در رسیدگی به این دعوی وجود ندارد. در موضوع حاضر بحث ابطال شرط داورى به دلیل عدم رعایت مفاد اصل 139 قانون اساسی مطرح است به نظر چنین دعویایی قابلیت استماع ندارد زیرا در فرض حاضر برخلاف جایی که به عنوان مثال دعوی ابطال شرط به دلیل جعلی بودن مطرح می‌شود، عدم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی موجب بطلان شرط نشده زیرا اگر شرط باطل باشد تنفیذ بعدی موثر در مقام نمی‌باشد؛ از نظر دادگاه مذکور رعایت تشریفات مربوط به انعقاد شرط داورى در مرحله انعقاد قرارداد جزء قواعد آمره بود و انعقاد شرط داورى بدون رعایت تشریفات، برخلاف قوانین آمره و قانون اساسی می‌باشد.<sup>500</sup>

در همین طیف گروهی با استدلال منطقی تر، معتقدند، مفاد اصل 139 قانون اساسی در زمان ارجاع اختلاف به داورى می‌بایست رعایت شود و

معتقدند که در هر دعوی که یک طرف آن عمومی یا دولتی باشد، در قراردادهای منعقد، درج شرط داورى مستلزم رعایت تشریفات مندرج در اصل 139 قانون اساسی بوده و رعایت تشریفات بعد از انعقاد قرارداد را موجب نفوذ شرط و صلاحیت مرجع داورى می‌دانند این گروه بین ماهیت مال (دولتی یا عمومی بودن مال) و نوع فعالیت (حاکمیت یا تصدی گری) تفاوتی قایل نشده‌اند و صرف دولتی یا عمومی بودن یک طرف اختلاف، مفاد اصل 139 قانون اساسی حداقل در زمان شروع جریان داورى می‌بایست رعایت شده باشد.

به عبارت دیگر از نظر این مراجع رسیدگی کننده، امکان ندارد یک طرف اختلاف دولتی یا عمومی باشد و بدون رعایت مفاد اصل 139 قانون اساسی، دیوان داورى ذیصلاح باشد.

<sup>496</sup>. دادنامه شماره 1049 مورخ 92/11/2 شعبه یازدهم محاکم حقوقی و دادنامه شماره 93/15/4780 مورخ 93/4/25 شعبه 15 تجدیدنظر استان تهران، منتشره در سایت پژوهشگاه قوه قضاییه

<sup>497</sup>. دادنامه شماره 97/18/1649 مورخ 1397/11/14 شعبه 18 دادگاه تجدید نظر استان تهران، منتشر نشده.

<sup>498</sup>. دادنامه شماره 1398/18/0315 مورخ 98/2/25 شعبه 18 تجدیدنظر استان تهران، منتشر نشده

<sup>499</sup>. شمس، عبدالله، موافقت نامه داورى و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز 1382 شماره 37، صص 44-9

<sup>500</sup>. دادنامه شماره 98/18/315 مورخ 98/8/25 شعبه 18 تجدیدنظر استان تهران، منتشر نشده.

یکی از پرونده‌های که در دیوان داورى اتاق ایران مطرح شده، خواسته دعوى استرداد ضمانت نامه سپرده حسن انجام تعهد بوده که پیمانکار نزد کارفرما جهت تضمین سپرده بوده است، داور از پذیرش صلاحیت دیوان داورى، به علت عدم رعایت مفاد اصل 139 قانون اساسی خودداری نموده است.<sup>501</sup> تلقی این مال به عنوان مال دولت دارای ابهام جدی بوده داور اعلام نموده رسیدگی به اموال عمومی یا دولتی مرتبط می‌باشد.

در حقوق ایران اصل بر داورى پذیرى دعاوى مالی می‌باشد. مگر اینکه ممنوعیت یا محدودیتی از سوی قانونگذار وضع شده باشد، تفسیر ارائه شده نه تنها با اصل کلی فوق در تعارض می‌باشد با مفاد اصل 139 قانون اساسی نیز در تعارض است زیرا مفاد این اصل محدود شده است به «داورى راجع به دعاوى اموال عمومی و دولتی» نه اینکه اگر دعوى به نحوی از انحاء با اموال عمومی یا دولتی مرتبط بود، داورى در آن مستلزم رعایت تشریفات مربوط باشد، استرداد ضمانت نامه حسن انجام تعهد هر چند به عنوان مقدمه، لازم باشد دیوان داورى در خصوص صحت انجام تعهدات رسیدگی نماید، هیچ زمانی مال دولتی نبوده تا دعاوى مرتبط با آن با محدودیت اصل 139 قانون اساسی مواجه شود. در رای داورى دیگری داور اختصاصی شرکت خوانده با صدور رای مستقل اعلام نموده است:

«در مورد قرارداد فروش تردیدی نیست که قراردادهای فی‌مابین طرفین در زمره قراردادهای خصوصی نبوده و قرارداد شرکت قطارهای مسافری (ر) که یک شرکت صددرصد دولتی است با شرکت خواهان یک قرارداد دولتی و دارای ویژگی خاص قراردادهای دولتی بوده و تابع مقررات حقوق عمومی است و از قواعد حقوقی مدنی تبعیت نمی‌کند این مقررات خاص بر تمام مراحل که یک قرارداد دولتی طی می‌کند از جمله نحوه ظهور اراده دولت یا شرکت دولتی و اصول حاکم بر تنظیم آنها حکومت دارد که واجد آثار مهمی است در مورد اصول حاکم بر نحوه تنظیم و انعقاد قراردادهای دولتی می‌توان گفت علاوه بر اصول قانون اساسی مقرراتی در قانون محاسبات عمومی (مصوب 1366) و آیین نامه معاملات دولتی بیان شده که از نظر تشریفات مربوط به انجام قرارداد و شروط آن که به وسیله قانون مشخص شده برای انعقاد یک قرارداد دولتی باید مراحل طی شود و بدون رعایت آن تشریفات انعقاد قرارداد مقذور نمی‌باشد»<sup>502</sup> و در ادامه می‌افزاید رعایت اصل مذکور واجد جنبه نظم عمومی است و شرکت دولتی نمی‌تواند برخلاف آن اقدام نماید و در نتیجه مرکز داورى اتاق ایران فاقد صلاحیت برای رسیدگی می‌باشد.<sup>503</sup>

داور منتخب خوانده، به اطراف اختلاف توجه داشته، و چون طرف اختلاف، شرکت دولتی بوده و انعقاد قرارداد توسط شرکت‌های دولتی، تابع تشریفات خاص مربوط به مزایده و مناقصه است و در نتیجه رعایت اصل 139 قانون اساسی را لازم دانسته است؛ برعکس نظریه اکثریت داوران، توجهی به مال موضوع اختلاف نداشته، به عبارت دیگر داور پرونده، درج هرگونه شرطی داورى توسط شرکت دولتی، بدون رعایت مفاد اصل را معتبر نمی‌داند، در حالی که این اصل ارجاع دعاوى راجع به اموال عمومی و دولتی به داورى را محدود کرده است و نگفته است دعاوى که یکطرف آن دولت یا موسسات عمومی باشد مستلزم رعایت تشریفات مندرج در اصل می‌باشد.

در رویه قضایی در دادنامه صادره از شعبه دهم دادگاه عمومی سنندج هرگونه ارجاع اختلاف به داورى، که یک طرف آن شرکت دولتی یا عمومی باشد قبل از ارجاع دعوى به داورى لازم و ضروری است. تشریفات اصل 139 قانون اساسی رعایت می‌شود.<sup>504</sup>

## ب - رویکرد دوم

برعکس گروه اول این گروه معتقدند که بین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری دولت می‌بایست قابل به تفکیک شد در امور حاکمیتی مانند گروه اول رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی را الزامی می‌دانند اما در امور تصدی‌گری معتقدند دولت یا مراجع عمومی برای مراجعه به داورى، الزامی جهت رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی ندارند و جهت تکمیل استدلال خود به رعایت اصل حسن نیت به عنوان یکی از اصول اساسی و کلی حقوق استناد می‌نمایند. این تحلیل در برخی از آرای صادره از دیوان نهایی داورى دیده می‌شود از جمله در یکی از آرای داورى اتاق ایران آمده است: «وقتی دولت به منزله یک بازرگان و تاجر به امور تجاری دست می‌زند و از این رو نمی‌توان برای دولت نسبت به سایر تجار و بازرگانان قابل به امتیازاتی شد و یا محدودیت‌هایی منع کرد و به عنوان مثال در موردی که یکی از طرفین شرکت دولتی است برای حل اختلاف از طریق داورى نمی‌توان محدودیتی کسب مجوز وضع نمود چرا

<sup>501</sup> رأی شماره 36/6/17/225 مورخ 88/12/25، گزیده آرای داورى مرکز داورى اتاق ایران، جلد دوم، (1388-139)، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، شهر دانش، چاپ اول، 1392، صص 51-33.

<sup>502</sup> گزیده آرای داورى مرکز داورى اتاق ایران، جلد اول (1387-1383)، پیشین، صص 393-383.

<sup>503</sup> ببینید: رأی شماره 36/86/35/195، (بی‌تا)، رأی اکثریت هیات داوران که اصل 139 را قابل اعمال بر «شرکت‌های دولتی» نمی‌داند، همان 347-383.

<sup>504</sup>

که این محدودیت راجع به آن دسته اموال است که لازمه اعمال حاکمیت دولت می‌باشد و فقط در این صورت است که موضوع داورى اموال دولتی و عمومی باشد ارجاع دعاوی راجع به آنها به داورى موکول به رعایت تشریفات اصل 139 می‌باشد. و در ادامه دیوان داورى در خصوص ایراد بعدی طرف دولتی به عدم رعایت اصل 139 قانون اساسی را برخلاف اصل حسن نیت که یکی از اصول اساسی و کلی حقوق است می‌داند.<sup>505</sup>

و در رای داورى دیگری آمده است، " ایراد خوانده در حال حاضر برخلاف اقتضای حسن نیت در روابط قراردادی است چرا که در هر حال مخاطب حکم اصل 139 قانون اساسی، دستگاهها و نهادهای عمومی و دولتی هستند و چنانچه این دستگاهها در روابط قراردادی خود دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را به داورى ارجاع دهند حداقل رعایت حسن نیت آن است که این افراد نسبت به اخذ مجوز اقدام نمایند و در صورت عدم صدور مجوز، متمسک به ایراد مذکور شوند در شرایطی که هیچ گونه امکان قانونی برای اخذ مجوز اصل 139 توسط طرف قرارداد وجود ندارد طرح این ایراد در برابر وی منصفانه نیست."<sup>506</sup>

در رویه قضایی در دادنامه صادره از شعبه 14 محاکم حقوقی آمده است.

«از لحاظ منطقی فقط دعاوی راجع به اموال عمومی‌اند که قابلیت ارجاع به داورى را ندارند اموال عمومی در معنی خاص به اموالی گفته می‌شود که ملک عموم مردم بوده، اصل بر عدم امکان واگذاری آن است و اختصاص به اعمال حاکمیتی دارد از سویی به نظر می‌رسد که مقصود قانونگذار در قانون اساسی از اموال دولتی که در ردیف اموال عمومی قرار داده است اموال دولتی باشد که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده است و ناظر به آن دسته اموال دولتی است که انتقال آنها مطابق قوانین امکان پذیر نمی‌باشد.»<sup>507</sup>

ممکن است تفکیک بین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری دولت و محدود کردن رعایت اصل 139 قانون اساسی به امور حاکمیتی دولت اصلح‌تر باشد و دست سازمان یا شرکت دولتی را در آزادی تجارت و فعالیت اقتصادی باز نگه دارد، اما در وضعیت کنونی نص قانونی نداریم که مجوز چنین تفکیکی را به ما بدهد و مراجع رسیدگی کننده از تفسیر به رای، می‌بایست خودداری نمایند.

چه تفاوتی دارد که دولت در امور حاکمیتی به داورى مراجعه نماید یا در تصدی‌گری، در هر دو مورد وقتی طرف دولتی، برای رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی، گام بر نمی‌دارد. در واقع برخلاف اصل حسن نیت، اقدام کرده است در حالیکه استنادکنندگان به این قاعده، در صورت عدم رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی در امور حاکمیتی، در هر حال موضوع را قابل داورى نمی‌دانند نمی‌توانیم در امور تصدی‌گری به این اصل حسن نیت استناد کنیم و در امور حاکمیتی قابل به اعمال آن نباشیم از طرف دیگر در بسیاری از موارد دیگر قرارداد از وجود اصل 139 قانون اساسی و چالش‌های حقوقی و اداری آن آگاهی کامل دارد و شرط داورى با این شرایط در قرارداد درج می‌گردد در صورت عدم اقدام نمی‌توان گفت یک طرف فاقد حسن نیت است.

چنانچه قابل به تفسیر مفاد اصل باشیم اصل را می‌بایست با شروط مندرج در آن تفسیر کنیم نه اینکه با اتخاذ عملی که وظیفه سایر مراجع قانونی از جمله مجمع تشخیص مصلحت نظام است.

### ج - رویکرد سوم

عده‌ای معتقدند که مفاد اصل 139 قانون اساسی در جای خود باید اعمال شود یعنی اولاً در صلح دعاوی ثانیاً در داورى و دعاوی ثالثاً در دعاوی که موضوع آن اموال عمومی و دولتی است؛ در نتیجه در هر جا که موضوع اختلاف مال عمومی یا دولتی است می‌بایست رعایت شود، رویکرد این نظریه قلمرو اصل 139 قانون اساسی است؛ مطابق این نظر، هر جا تردیدی در دولتی یا عمومی بودن مال موضوع اختلاف نباشد، بدون تردید مفاد اصل 139 قانون اساسی می‌بایست رعایت شود اعم از اینکه موضوع فعالیت امور حاکمیتی باشد یا امور تصدی‌گری، اما اگر تردید در مالکیت مال موضوع اختلاف وجود داشته باشد از شمول مفاد اصل خارج می‌باشد. زیرا چنین مالی دیگر مال دولتی یا عمومی نیست و در نتیجه دیوان داورى، صلاحیت رسیدگی را دارد.

نکته جالب توجه در این دیدگاه آن است چنانچه که در رسیدگی‌ها کشف شود ماهیت مال مورد اختلاف، مال عمومی یا دولتی است و تشریفات اصل 139 قانون اساسی رعایت نشده باشد دیوان داورى در اثناء رسیدگی قرار عدم استماع دعوی صادر خواهد نمود.

<sup>505</sup> رای شماره 36/5/93/18/348 مورخ 1393/11/6 گزیده آرای داورى مرکز داورى اتاق ایران، جلد سوم، (1395-1393)، چاپ

مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، 1396، صص 41-21

<sup>506</sup> رأی شماره 36/د/93/32/398 مورخ 95/4/21 همان، صص 346-310

<sup>507</sup> دادنامه شماره 97/14/0222 مورخ 97/2/31 شعبه 14 محاکم حقوقی تهران، منتشر نشده، همچنین در دادنامه شماره 96/2/678 مورخ 96/6/13 شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان کردستان، اصل 139 قانون اساسی را منصرف از اعمال تصدی‌گری دولت دانسته‌اند.



در این مورد دو رای جالب توجه از سوی دیوان‌های دآوری صادر شده است در مورد اول: « در دعوی بین شرکت خصوصی سرمایه‌پذیر و شرکت بازرگانی دولتی به عنوان سرمایه‌گذار ، سرمایه‌گذار مبلغ یک میلیارد تومان به عنوان تامین سرمایه برای تولید شیر در اختیار خوانده قرار می‌دهد تا پس از انجام فعالیت اصل سرمایه و سود دوران مشارکت به میزان 1/240/000/000 تومان به سرمایه‌گذار پرداخت شود ، خواهان مدعی است که طبق ماده 9 قرارداد خسارت احتمالی ناشی از عدم انجام تعهدات و قصور در بازپرداخت اصل و سود سرمایه، می‌بایست بنا به حکم داور از کل اسناد تضمینی تامین گردد که سرمایه‌گذار بدون رعایت مراتب با استفاده از وکالتنامه اقدام به انتقال اسناد به خود نموده است که از داور درخواست ابطال اسناد درخواست شده است.

داور در خصوص ایراد به صلاحیت به لحاظ عدم رعایت مفاد اصل 139 قانون اساسی استدلال می‌نماید در ای پرونده بررسی دو نکته ضروری است.

1- آیا صددرصد سهام شرکت خوانده متعلق به دولت است تا اموال آن مطابق ماده 2 آیین نامه اموال دولتی دولتی دانست؟

2- آیا طریقه انتقال اموال مورد تنازع به شرکت خوانده یک طریق قانونی بوده است تا بتوان این اموال را، اموال شرکت دولتی دانست؟

در پایان اعلام می‌نمایند چون کمتر از [ 5 درصد ] از سهام شرکت خوانده متعلق به اشخاص غیردولتی است در نتیجه اموال این شرکت دولتی محسوب نمی‌گردد. طریقه انتقال می‌بایست بررسی تا نامعلوم شود این اموال مال شرکت خوانده است در نتیجه تشریفات اصل می‌بایست رعایت شود اما اگر مال خوانده نبوده و به طریق غیرقانونی منتقل شده باشد متعلق به شخص خصوصی است و خروج موضوعی از مفاد اصل 139 قانون اساسی دارد. و این موضوع پس از ورود در ماهیت دعوی قابل اظهار نظر است. 508

در یک مورد دیگر دیوان دآوری در خصوص ایراد مرتبط با عدم رعایت اصل 139 قانون اساسی مقرر می‌دارد: «ماده 2 آیین نامه اموال دولتی، اموال دولتی را چنین تعریف می‌کند:

اموال دولت اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند؟ براساس این تعریف اموال دولت یا اموالی است که دولت خریده یا به طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده است اموال دولت اموالی است که به مالکیت دولت درآمده است و اگر مالی در اختیار دولت باشد تا زمانی که قانوناً به تملک دولت در نیامده است مال دولت نیست به هر صورت به نظر دیوان اصل 139 قانون اساسی اموال تعریف شده در ماده فوق را در برمی‌گیرد اما آنچه که در دآوری، ما مطرح می‌شود اموالی است که در دادوستدها یا به عبارت کلی تر در امور و فعالیت‌های تجاری موسسات و شرکت‌های دولتی به کار گرفته می‌شوند و در مواردی به عنوان درآمد دولتی یا عمومی شناخته می‌شوند بنابراین لازم است بررسی شود که آیا آنچه در دعوی مرتبط با دولت به عنوان مال دولت یا درآمد دولتی معروف است همان مالی است که به مالکیت دولت درآمده است و یا همان درآمد قانونی و عمومی است که مال دولت شده است. و باید به خزانه داری کل واریز شود، اگر چنین باشد این درآمد یا مال جزء اموال دولتی بوده و می‌تواند مشمول اصل 139 قانون اساسی بشود از تعاریف درآمد عمومی و درآمد شرکت‌های دولتی چنین برمی‌آید که درآمد حاصل از فعالیت‌های بازرگانی یعنی سود یا آنچه پس از کسر هزینه‌ها به صورت خالص و بلامتنازع برای وزارتخانه‌ها و موسسات و شرکت‌ها باقی می‌ماند و این درآمد برای شرکتها در زمانی محقق می‌شود و جزء درآمد عمومی یا دولتی قرار خواهند گرفت که ترازنامه این شرکتها یعنی محاسبه سود و زیان آنها تصویب شده باشد تا قبل از تصویب درآمدی وجود ندارد و در نتیجه این موسسات و شرکتها خود می‌توانند به هر صورتی در محدوده کاری و فعالیت خود ، این اموال را بکار گیرند ، بنابراین در ادامه می‌افزایند « چنانچه از ظاهر امر برآید که اموال یا حقوق اشخاص طرف معامله با شرکتها و موسسات تجاری دولتی داخل درآمد یا سود حاصله برای آن شرکتها و موسسات قرار گرفته باشد این حقوق تا اثبات نگردد هیچگاه جزء اموال دولت نخواهد شد آن شخص می‌تواند با طرف دولتی توافق نماید که اقامه دعوی یا احقاق هر حقی در این زمینه به دآوری ارجاع نمایند و طرف دولتی نمی‌تواند با عنوان این که موضوع دعوی مربوط به اموال دولت است.

و با استناد به اصل 139 قانون اساسی مانع ارجاع دعوی به داور یا مانع جریان داور شود. در رسیدگی این داور شخص خواهد شد که آیا موضوع دعوی مال دولت است یا مال شخصی خصوصی، اگر در رسیدگی اثبات یا احراز شود که آن مال در مالکیت دولت است دیوان داورى عدم صلاحیت خود را اعلام خواهد داشت.<sup>509</sup>

دیوان داورى مذکور پس از ورود در ماهیت اختلاف اعلام می‌نماید «با عنایت به اینکه اموال موضوع دعوی به مالکیت دولت در نیامده است و از اموال شخص خصوصی است ایراد مربوط به صلاحیت را مردود اعلام می‌نماید.<sup>510</sup>» نکته جالب در رای دیوان داورى آن است که دیوان داورى اظهار نظر مبنی بر نقض قرارداد بدون مطالبه خسارت را دعوی غیرمالی و از این حیث خواسته را بی‌ارتباط با اصل 139 قانون اساسی می‌داند.

با مذاقه در رای داورى، موضوع خواسته مطالبه وجوه کسر شده به عنوان سهم مشارکت و یا جریمه و هزینه‌های خواب و تدارک و گارانتی قطعات و گارانتی واگن‌ها بوده است در نتیجه هیچ از این اموال در مالکیت دولت نبوده بلکه شرکت دولتی با انعقاد قرارداد مشارکت این واگن‌ها را خرید. و مکلف به پرداخت وجوه آن از محل عواید و به شرح منعکس در قرارداد بوده است.

قرارداد در حال اجرا بوده و سود و عواید آن به طور قطعی مشخص نشده و به تملک دولت در نیامده است فلذا طبق ماده 15 قانون محاسبات عمومی درآمد شرکتها مال خود شرکت بوده اما سود سهام این شرکتها برمی‌گردد به بودجه عمومی کشور<sup>511</sup> و این سود و عواید است که به عنوان مال دولتی تلقی می‌گردد.<sup>512</sup>

در رای داورى به شماره 36/93/32/398/د مورخ 1395/4/21 آمده است «اصل 139 قانون اساسی صراحتاً ناظر به اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی است بنابراین حکم اصل یاد شده، ناظر بر موضوع اختلاف است و نه طرفین آن با توجه به اینکه موضوع اختلاف مطالبه انجام تعهد قراردادی است که خواهان بنا به ادعا، وجه آن را پرداخت نموده است لذا روشن است که موضوع اختلاف، مال عمومی و دولتی نیست بلکه خواهان در واقع مال خود را از خوانده مطالبه می‌کند.<sup>513</sup>»

بخش اجرای رای مذکور مشتمل بر سه قسمت است.

1. الزام خوانده به تحویل قطعات یدکی
2. حکم به رد مابه‌التفاوت ارزش واقعی با قیمت اعلام شده
3. محکومیت خوانده به پرداخت وجه التزام

همانطوری که از مفاد رای صادره برمی‌آید خوانده اقدام به فروش واگن‌های مسافربری به خواهان نموده و وجوه آن را دریافت کرده اما از تحویل واگن‌ها خودداری نموده بود. موضوع اختلاف در این حد و تحویل کالایی که در مالکیت شرکت دولتی بوده از مصادیق اموال عمومی است اما طرفین دعوی در خصوص تعداد قطارها و ارزش آنها و مالکیت قطعات تحویل شده اختلاف نظر نداشته‌اند.<sup>514</sup> و اختلاف نظر در خصوص حدود تعهد خوانده به تامین قطعات یدکی و ارزش پولی قطعات تحویل شده بوده است در نتیجه از این حیث اختلاف راجع به اموالی که در مالکیت دولت بوده است نبوده بلکه مربوط به عواید و سود حاصل از فعالیت بوده است هر چند در موضوع حاضر تردیدهای زیادی در دولتی بودن مال موضوع اختلاف می‌تواند وجود داشته باشد اما دیوان داورى دلایل دیگری مثل تفکیک بین اعمال حاکمیت و تصدی‌گری دولت و اصل حسن‌نیت و رعایت تشریفات اصل 139 قانون اساسی در زمان ارجاع اختلاف به داورى به جای زمان انعقاد موافقت نامه داورى را جهت رد ایراد صلاحیت دیوان داورى، نیز استناد کرده‌اند.

<sup>509</sup> . رای شماره 36/86/35/195 (بی‌تا)، گزیده آراء داورى مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران، جلد اول (1387-1383)، پیشین، صص 347-382

<sup>510</sup> . همان، ص 366

<sup>511</sup> . ماده 4 قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب 1386

<sup>512</sup> . همچنین ببینید: رای داورى شماره 36/82/3/122 و 36/84 46/122 (بی‌تا)، گزیده آراء داورى مرکز داورى اتاق ایران، جلد اول، پیشین، ص 223 «که مورد اختلاف در دعوی مطروحه را منصرف از اموال عمومی و دولتی مذکور در اصل 139 قانون اساسی دانسته و اعلام نموده موضوع شرط داورى موضوعاً از شمول اصل 139 قانون اساسی خارج است.»

<sup>513</sup> . گزیده آراء داورى مرکز داورى اتاق ایران، جلد سوم، (1395-1393)، موسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، چاپ اول، 1396، 310-339 (البته رای داورى دارای استدلالهای دیگری از حیث آثار عدم رعایت مفاد اصلی 139 قانون اساسی دارد. می‌باشد که از ذکر آن خودداری گردید)

<sup>514</sup> . اساس اختلاف راجع به تعداد قطعات تحویلی بوده است.

در یک مورد در داوری راجع به طرحهای عمرانی، داور پرونده به استناد ماده 113 قانون محاسبات عمومی مصوب 1366/6/1<sup>515</sup> اعلام نموده است «با توجه به اینکه منبع مالی این قرارداد از محل اعتبارات ملی و استانی تامین شده است در نتیجه جزء اموال عمومی و دولتی است و قرار عدم استماع دعوی صادر نموده است.»<sup>516</sup>

در دعوی شعبه چهارم محاکم حقوقی تهران اعلام نموده:

«هدف از تاسیس این شرکتها انجام امور اقتصادی و داد و ستدهای تجاری است و قانونگذار هویتی مستقل از سهامداران و سرمایه‌گذاران به این شرکتها اعطاء نموده تا با عدم تسری احکام دولتی نسبت به این گونه شرکتها انجام امور تجاری را برای آنها سهل و مانند بنگاههای اقتصادی خصوصی زمینه فعالیت مناسبی برای آنان فراهم نماید وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی از اجزاء دولت تلقی می‌شوند درحالیکه شرکت‌های دولتی دارای شخصیت حقوقی مستقل از صاحب سهام می‌باشند. ولو آنکه سرمایه آن متعلق به دولت باشد بنابراین رابطه سهامداران نسبت به اموال شرکت یک نوع مالکیت مشاع یا مفروز نمی‌باشد بلکه اموال متعلق به شرکت بوده و صاحبان سهام فقط سهامدار شرکت شناخته می‌شوند و محدودیت اصل 139 قانون اساسی صرفاً راجع به اموال عمومی و دولتی بوده و اموال و دارایی‌های شرکت‌های دولتی و یا شرکت‌هایی که سهامداران آن مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی باشد در بر نمی‌گیرد.»<sup>517</sup>

تفکیک بین شرکت از هویت سهامداران آن تفکیک صحیحی است زیرا هرچند با تعلق بیش از 51 درصد سهام به دولت، ممکن است شرکت دولتی محسوب شود اما این به آن مفهوم نیست که اموالی که هنوز طبق ماده 4 از قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان سود این شرکتها لحاظ نشده، بتوانیم آن را اموال دولتی بدانیم. و پس از کسر هزینه‌ها و زیان‌ها و تنظیم ترازنامه مالی، باقیمانده به عنوان سود فعالیت این شرکتها می‌باشد که مال دولتی تلقی می‌گردد اما نمی‌توانیم به طور مطلق در تمام شرکت‌های دولتی صرف هویت مستقل شرکت از سهامداران آن، قائل باشیم اموال این شرکتها متعلق به دولت نیست.<sup>518</sup> زیرا اولاً شورای نگهبان اصل 139 قانون اساسی را قابل تسری به شرکت‌های دولتی دانسته است ثانیاً اگر تردیدی در مالکیت مال به عنوان مال شرکت دولتی وجود نداشته مثل حالتی که صد در صد سهام مال دولت بوده و شرکت اقدام به فروش مال شرکت اعم از منقول یا غیرمنقول می‌نماید در این فرض در تعلق مال به شرکت دولتی تردیدی وجود ندارد در نتیجه مفاد اصلی می‌بایست رعایت شود، اما اگر مال هنوز به مالکیت دولت یا شرکت دولتی درنیامده از مضمون اصل 139 قانون اساسی خارج است.

در رای دیگری صادره از شعبه سوم محاکم حقوقی تهران آمده است:

«اصل 139 قانون اساسی درجایی که موضوع قرارداد مال یا اموال دولتی یا عمومی باشد اعمال می‌شود در موضوع حاضر که داور رای صادر کرده است هنوز مال در مالکیت دولت نبوده یا اینکه براساس رای داور مالی که متعلق به دولت می‌باشد از تملک وی خارج نشده است تا شمول اصل گردد از نظر دادگاه اصل 139 قانون اساسی در جایی که می‌بایست اعمال گردد قابل تسری بر شرکت‌های دولتی و شرکت‌های وابسته به آن می‌باشد (شرکت وابسته به بانک شهر و بانک شعبه زیر مجموعه شهرداری بوده است.) اما از حیث مال مورد نزاع با توجه به مفاد رای داور، از شمول اصل 139 قانون اساسی خروج موضوعی دارد.»<sup>519</sup>

دادگاه توجه به قلمرو اعمال اصل داشته و بررسی کرده آیا موضوع داوری، مال عمومی و یا دولتی بوده است. که نسبت به آن رای صادر شده باشد یا اینکه ارتباطی به این موضوع نداشته، صرفنظر از تفسیر درست یا نادرست دادگاه از ماهیت مال، رای دادگاه، کاملاً منطبق با اصل 139 قانون اساسی می‌باشد به زعم ما داوران در مقام رسیدگی و محاکم دادگستری در اعمال نظارت قضایی باید به این موضوع دقت داشته باشند که آنچه به موجب مفاد اصل 139 قانون اساسی دچار محدودیت گشته است داوری راجع به مال عمومی و دولتی است در نتیجه می‌بایست ماهیت مال موضوع نزاع و موضوع داوری را مشخص نمایند اگر صددرصد متعلق به دولت یا نهادهای عمومی یا شرکت‌های

<sup>515</sup> کلیه اموالی که از محل اعتبارات طرح‌های عمرانی (سرمایه‌گذاری ثابت) برای اجرای طرح‌های مزبور خریداری و یا بر اثر اجرای این طرح‌ها ایجاد و یا تملک می‌شود اعم از اینکه دستگاه اجرایی طرح وزارتخانه یا موسسه دولتی یا شرکت دولتی و یا موسسه و نهاد عمومی غیر دولتی باشد تا زمانی که اجرای طرح‌های مربوطه خاتمه نیافته است متعلق به دولت است.

<sup>516</sup> رای شماره 36/6/94/67/415 مورخ 95/8/22، گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، جلد سوم، همان، صص 201 - 237

<sup>517</sup> دادنامه شماره 96/4/1207 مورخ 96/12/2 شعبه چهارم محاکم حقوقی تهران، منتشر نشده. "جهت دیگری در رای صادره برای عدم پذیرش ایراد اصل 139، مبنی بر اینکه در اساسنامه شرکت دولتی مدعی ابطال که توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شده بود، اجازه مراجعه به داوری برای ارکان شرکت پیش‌بینی شده بود."

<sup>518</sup> برای دیدن نظر موافق در رویه قضایی که بین مال دولتی و تعهدات قراردادی از جمله حق و تکلیف تفاوت قائل شده، ببینید: دادنامه شماره 96/15/1189 مورخ 96/9/18 و شماره 96/15/1680 مورخ 96/12/6 شعبه 15 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، منتشر نشده.

<sup>519</sup> دادنامه شماره 97/3/1317، مورخ 97/12/7، شعبه سوم محاکم حقوقی تهران، منتشر نشده.

دولتی بود داوری آن با ممنوعیت مندرج در اصل 139 قانون اساسی مواجه است و می‌بایست تشریفات اصل 139 قانون اساسی رعایت شود یا اینکه قبلاً مقنن در هنگام تصویب اساسنامه این شرکت‌ها یا موسسات اختیار مراجعه به داوری را اعطاء کرده باشد در جایی که مال هنوز به تملک دولت نیامده است و سود و زیان و هزینه‌های مرتبط کسر نشده است هنوز مال دولتی یا عمومی نیست که با محدودیت ارجاع به داوری مواجه شود و حتی اگر تردید در تعلق مال به دولت و شمول اصل 139 قانون اساسی در موضوع ایجاد شود، با توجه به اصل داوری پذیری دعاوی در حقوق ایران و استثنایی بودن محدودیت دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی می‌بایست قائل به داوری پذیری اختلاف باشیم و از توسعه اصل 139 قانون اساسی با تفسیر موسع مفهوم مال جلوگیری شود.

و می‌توان گفت اصل 139 قانون اساسی فقط اموال متعلق به دولت را شامل می‌شود و شامل قرارداد راجع به منافع این اموال نمی‌گردد و منافع این اموال، خروج موضوعی از مفاد اصل 139 قانون اساسی دارد.<sup>520</sup>

### نتیجه‌گیری

در ارتباط با اصل 139 قانون اساسی مطالعات انجام شده از نظریات علمای حقوق و آرای داوران داوریهایی ملی و بین‌المللی و احکام قضات دادگاه‌های دادگستری اعمال نظریه ظاهر گرایان، تفسیر به رای و مفهومی از اصل قانون اساسی بوده که کلاً چنین تفسیری برای قواعد قانونی که جنبه آمره و نظم عمومی داشته و با مصالح ملی سروکار دارند شایسته و مطلوب نیست. به این اصل باید منطوقی و اصولی نگریست. بر این اساس متن اصل قابل دفاع بوده و کارایی خاص و مورد نظر واضعین را دارا می‌باشد، یعنی این اصل در دعاوی که واقعا و مشخصا اموال دولتی و عمومی موضوع دعوا هستند قابل اعمال است. بدین منظور در دعاوی و نه در قراردادهایی که دولت یک طرف آن قرار دارد موضوع و عنصر مال و مالکیت اهمیت ویژه دارد و اساس و مبنای اعمال یا عدم اعمال اصل می‌باشد. بنابراین و بدین گونه درج شرط داوری در قرارداد با محدودیت اصل 139 مواجه نمی‌شود و در زمان حدوث دعوا مطرح بودن مال و مالکیت دولت و مراجع عمومی ملاک است. به هر حال خارج از بحث اعمال اصل 139 به عنوان یک قاعده آمره قانونی، ممکن است با توافق و به عنوان یک شرط قراردادی در همه انواع قراردادهای اموال عمومی و دولتی رعایت اصل 139 را الزامی نمود.

<sup>520</sup>. ببینید دادنامه شماره 96/18/0142 مورخ 96/2/10 صادره از شعبه 18 تجدیدنظر استان تهران، منتشر نشده.

## Article 139 of the Constitution, in the light of judicial review and arbitration

Hamidreza Nikbakht (Ph.D.)<sup>521</sup>

Ahmad Hemati Kalvani <sup>522</sup>

Article 139 of the Constitution, which restricts and binds the referral of litigation regarding public and state property to arbitration, for obtaining a resolution from the government and the parliament, has led to different Views and legal opinions. In a general category, they can be called “docetist theory” and “realist theory”. The result of Docetist theory is that principle 139 applies to any dispute that on one side of it, there is the state, and it has been agreed upon by arbitration and thus if any dispute exists, it will be solved by arbitration and valid sentence in which, it should obtain a resolution from the government and the parliament, otherwise, the arbitration and Consequently, it's sentence won't be valid. In this theory, this principle raises problems in various economic, legal, judicial and administrative aspects, and on the basis of which the claims (contracts) on the one side of the state, whether in the future or in the present, cannot be routinely referred to arbitration with the discretion or agreement of the government contractors. According to this view, principle 139, in general, does not economically beneficial for the state and therefore it must be thought out. In contrast, there is the realist theory which can be a response to the Docetism theorists. The authors of this theory believe that, with a rational and principled interpretation of principle 139, the principle can be freed from the problems which are arisen by docetist theorist and also it can claim the dynamics and referring that lawsuit to arbitration needs the aforementioned ratification or approvals, in that principle With this interpretation, it can be argued that the principle and the usefulness of that principle for the country, that is to say, embody national interests.

**Key words:** Arbitration, Article 139 of the Constitution, Public and Governmental Property, Arbitration and Judicial Procedure

---

<sup>521</sup> Corresponding Author: Professor of Law at Shahid Beheshti University Hr-nikbakht@sbu.ac.ir

<sup>522</sup> Ph.D. student of private law

- اسکینی، ربیعا، «اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره 25، زمستان، 1369.
- پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲.
- پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۱.
- پیری، فرهاد، «تفسیر اصل 139 قانون اساسی ایران؛ درس‌هایی از دعاوی گذشته»، فصلنامه رای: مطالعات آرای قضایی، شماره 19، تابستان 1396.
- شمس، عبدالله، موافقت نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز 1382 شماره 37.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم: جلسه سی و دوم تا پنجاهم)، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، «حقوق بین‌المللی عمومی»، چاپ سی و هشتم، گنجینه دانش، 1388.
- طباطبائی موتمنی، منوچهر «حقوق اداری». تهران: انتشارات سمت.
- عابدی-محمد تقی، «صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری – مجله حقوقی بین‌الملل ریاست جمهوری سال 1385، شماره 35.
- فتاحی، مهدی؛ دانش حقوق عمومی، سال چهارم، بهار و تابستان 94 شماره 11.
- فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و ... شورای نگهبان 1396-1359»، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶.
- کریمی، عباس، محمد رضا پرتو، داوری پذیری دعاوی مربوطه اموال عمومی و دولتی فصلنامه پژوهش حقوق. ش 36
- گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، جلد اول (1387-1383)، موسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، چاپ اول، سال 1389.
- گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران، جلد دوم، (1392-1388)، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش، چاپ اول، سال 1392.
- گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران، جلد سوم، (1390-1393)، موسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، چاپ اول، 1396.
- همتی کلوانی، احمد، «رویه قضائی در شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی در ایران»، پایان‌نامه دانشگاه شهید بهشتی، سال 1388.
- هندی، اصغر، «بررسی تسری شروط اصل 139 قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره 61، زمستان 86.

- Herbert Kronke & Others (eds), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (London: Kluwer Law International 2010).

- Bungenberg, Marc & others (eds), International Investment Law (Germany: Hart Publishing 2015).

- Mistelis, Loukas & Stavros Brekoulakis (eds), Arbitrability: International & Comparative Perspectives (London: Kluwer Law International 2009).

- Poudret, Jean-Francois & Sebastien Besson, Comparative Law of International Arbitration (Stephen Berti & Annette Ponti eds) Switzerland: (Sweet & Maxwell 2007).

- Rubino-Sammartano, Mauro, International Arbitration Law and Practice (3rd ed, New York: Juris Publishing 2014).



## فصل نهم

### حل اختلاف حرفه‌ای فعالان بازار اوراق بهادار؛ عبور از الزام به روش‌های جایگزین

#### چکیده

حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار ایران مبتنی بر الزام روشی ناشی از حکم قانون بوده و از الگوی دو مرحله‌ای ممتد (هیأت داورى در تعاقب کمیته سازش کانون‌ها) تبعیت می‌کند. از این حیث، نظام کنونی حل اختلافات در بورس تماماً با اصول کلی حاکم بر بازار سرمایه مقارن و همراه نبوده و ضروری است همپای شفافیت و سرعت در معاملات اوراق بهادار، فصل اختلافات فعالان بازار نیز ساختاری پرسرعت و منصفانه‌تر به خود گیرد. در این مقاله با امعان نظر به نهادهای سازش در آیین دادرسی مدنی، عقد صلح در حقوق مدنی، و به‌موازات روزآمدی فعالیت‌های تجاری و در مقام اهمیت‌بخشی به اراده خصوصی فعالان بازار، حل و فصل اختلاف بر مبنای مفاهیم واقعی و اصلی داورى، اصلاح‌گری و میانجی‌گری را مورد بررسی قرار می‌دهیم تا ضمن تبیین کاستی‌های ساختار فعلی، مناسبت بیشتر این اسلوب و نیز الزامات حقوقی مترتب بر آن روشن گردد. آنچه در نهایت حاصل خواهد شد این است که چون هر یک از روش‌های اصلی داورى، میانجی‌گری و اصلاح‌گری (صلح و سازش) به معنای واقعی می‌تواند مستقلاً منتهی به فصل خصومت شود، به کارگیری این روش‌ها، با ساختار رقابتی حاکم بر بازار اوراق بهادار تطبیق بیشتری داشته و با توجه به تحقق اراده فعالان بازار در این قالب‌ها - به‌خصوص به واسطه ورود و فعالیت سرمایه‌گذاران خارجی تحت قابلیت این روش‌ها - بازار سرمایه کشورمان را با معیارهای بین‌المللی قرین می‌سازد و در عین حال با اصول اداره خوب دادرسی نیز سازگارتر است.

#### واژگان کلیدی

اختلاف حرفه‌ای، داورى، میانجی‌گری، اصلاح‌گری، کمیته سازش، هیأت داورى بورس، بازار اوراق بهادار، اداره خوب دادرسی

#### مقدمه

بهرغم این که نظام دادرسی متعارف بر دو شق کلی دادرسی در دادگستری و داورى از طریق داور مرضی‌الطرفین یا دیوان داورى استوار است، دعاوی حقوقی را اصولاً باید در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری دانست؛ مگر آنکه قانون حکم دیگری را وضع نموده باشد. این موضوع در ماده 10 قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب 1379) نیز مورد اشاره قرار گرفته است. بنابراین، استثنائاً در مواردی که به نظر می‌رسد دعاوی جنبه تخصصی یا تخصیصی پیدا کند، بنا به تجویز قانون، از صلاحیت عمومی دادگستری عدول شده و رسیدگی به دعوا به مراجع اختصاصی تفویض گردیده است. طبیعتاً قلمرو این استثناء محدود بوده و باید به همان حوزه ویژه تفسیر شود. از جمله این استثنائات، حل و فصل اختلاف در بازار سرمایه است که به اقتضای شرایط حاکم بر این بازار، می‌توان به روش حل و فصل اختلاف از طریق کمیته سازش و هیأت داورى بازار اوراق بهادار (به‌موجب مواد 36 و 37 قانون بازار اوراق بهادار) و هیأت داورى سازمان خصوصی‌سازی (به‌موجب ماده 21 قانون برنامه سوم توسعه تنفیذی در ماده 30 قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل 44 قانون اساسی) اشاره نمود که فارغ از تخصصی شدن رسیدگی از طریق اینگونه نهادها، وضعیت تمرکز یا تراکم دادرسی از این حیث نیز مورد نظر می‌باشد که در اثنای تحلیل‌ها -حسب مورد- به آن خواهیم پرداخت.

در ایران، اختلافات حرفه‌ای فعالان بازار حوزه بورس و اوراق بهادار؛ اعم از تشکل‌های خودانتظام، بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس، ناشران، نهادهای مالی، مشتریان و سرمایه‌گذاران، ابتدا در کمیته سازش کانون‌ها طرح و چنانچه حل و فصل نشود، توسط هیأت داورى رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌شود. به عبارت دیگر، به دلالت قانون بازار اوراق بهادار (مصوب 1384)، نظام حل اختلاف در این حوزه، علاوه بر وجود مرجع رسیدگی کننده ترافی به اختلافات (هیأت داورى)، دارای نهادی میانجی‌محور در مرحله قبل از رسیدگی اصلی است. در این مقاله به اقتضای موضوع، ابتدا به توضیح روش حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه ایران پرداخته و در ادامه ضمن تبیین چالش‌های آن، با هدف ارائه ساختاری کارآمد، انعطاف‌پذیر و مبرا از آسیب‌های ساختار مورد نقد، به روش‌های جایگزین (که به‌طور مشخص داورى واقعی، میانجی‌گری و اصلاح‌گری می‌باشند) خواهیم پرداخت.



## قسمت اول- مرجع حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار ایران

الف- کمیته/ هیأت سازش؛ نهاد میانجی‌گری

پیش از اینکه طرفین دعوای حرفه‌ای به طرح اختلاف نزد هیأت داور پیروان، نوعی تکلیف قانونی به ارجاع ایشان به سازش وجود دارد. زیرا قانون‌گذار ابتدائاً درصدد رفع مخاصمه از طریق مذاکره و سازش بوده تا در صورت عدم توفیق، موضوع به صورت ترفعی حل و فصل شود. بنابراین، مطابق ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار، لازمه رسیدگی به اختلاف در هیأت داور، ارجاع به کمیته سازش کانون مربوطه و عدم حصول سازش است. لذا در صورت طی نشدن این فرایند، امکان رسیدگی توسط هیأت داور وجود نخواهد داشت. پیداست وضع موجود، ماهیتی الزامی داشته و طرفین نمی‌توانند ارجاع به سازش را نادیده انگاشته و مستقیماً نزد هیأت داور اقامه اختلاف نمایند. (ر.ک: جمالی، صادقی و شیدائی آشتیانی، 1399: 44-46) به هر حال، براساس صدر ماده 12 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داور قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (تأیید شده مورخ 98/05/14 هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) و از این حیث که بند 1 ماده 1 آن مقرر داشته: «کمیته سازش، مرجعی است که تحت عنوان کمیته یا هیأت سازش، به‌منظور حل و فصل، سازش یا مصالحه در اختلافات ناشی از فعالیت حرفه‌ای فعالان بازار سرمایه طبق مقررات مربوطه در هر کانون تشکیل شده و با حصول سازش اقدام به تنظیم سازش‌نامه نموده و در صورت عدم حصول سازش، گواهی عدم سازش صادر می‌کند»، اصولاً هر کانون، به‌موجب اساسنامه، در ساختار خویش نهاد سازش نیز دارد و مطابق دستورالعمل مربوط به همان کانون مبادرت به حل و اختلاف از طریق مدنظر می‌نماید.<sup>523</sup>

### 1- صلاحیت و ترکیب کمیته/ هیأت سازش

**اول - صلاحیت:** ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار که اشاره‌ای کوتاه به کانون‌ها دارد، بیانگر این است که کانون‌ها نقش میانجی داشته و نهایتاً صلاحیت صدور سازش‌نامه یا گواهی عدم سازش خواهند داشت. بنابراین، صلاحیت کمیته/ هیأت سازش، صرفاً تلاش برای صلح و سازش نسبت به اختلافات حرفه‌ای اشخاص موضوع ماده 36 قانون بازار می‌باشد.

ماده 2 دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار [که با هدف اجرای ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار در کانون متبوع به تصویب هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسیده] در این زمینه اشعار می‌دارد: «به‌منظور ایجاد سازش در اختلافات ناشی از فعالیت حرفه‌ای کارگزاران، کارگزار/ معامله‌گران، بازارگردانان که بین آن‌ها با یکدیگر یا با سایر اشخاص به وجود می‌آید کمیته‌ای تحت عنوان کمیته سازش در کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار تشکیل می‌شود». ماده 2 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون شرکت‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت (مصوب 1394) نیز درخصوص صلاحیت نهاد سازش، با تأسی از اساسنامه کانون متبوع و مطابق الگوی دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار بیان داشته: «هیأت سازش و رسیدگی به اختلافات، به‌منظور رسیدگی به اختلافات اعضای کانون با یکدیگر یا با سایر اشخاص ذی‌ربط که ناشی از فعالیت حرفه‌ای اعضای کانون باشد و ایجاد سازش میان آن‌ها تشکیل می‌شود». این مقرر در ماده 30 اساسنامه کانون نهادهای سرمایه‌گذاری ایران نیز به همین دلالت مورد اشاره قرار گرفته است.

**دوم - ترکیب اعضاء:** ماده 3 دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار درخصوص ترکیب اعضای آن کانون مقرر می‌دارد: «کمیته سازش متشکل از سه عضو شامل نماینده‌ای از بورس ذی‌ربط برحسب موضوع اختلاف به انتخاب هیأت مدیره آن بورس، نماینده‌ای از کانون به انتخاب کانون و نماینده‌ای از سازمان به انتخاب هیأت مدیره می‌باشد. بورس ذی‌ربط، کانون و سازمان علاوه بر نماینده اصلی خود، هر یک عضو علی‌البدل تعیین و معرفی می‌نمایند تا در صورت غیبت عضو اصلی مربوط در جلسات کمیته سازش شرکت نمایند. شرایط اعضای علی‌البدل همانند اعضای اصلی است...». ماده 2 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون نهادهای سرمایه‌گذاری ایران (مصوب 1395) و ماده 31 اساسنامه کانون مذکور، و همچنین ماده 2 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون شرکت‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت (مصوب 1394) نیز درخصوص ترکیب اعضاء کمیته سازش آن کانون مقررهای دارد که به نوعی از مقررات کانون کارگزاران اقتباس شده است.

<sup>523</sup> ر.ک: بند 5 ماده 7 اساسنامه کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار (مصوب 1385)، ماده 8 و مواد 30 الی 36 اساسنامه کانون نهادهای سرمایه‌گذاری ایران (مصوب 1389) و ماده 9، بند 11 ماده 7 و مواد 31 الی 36 اساسنامه کانون شرکت‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت (مصوب 1389) با اصلاحات بعدی تا موعد نگارش این اثر.

## 2- ابعاد مهم مترتب بر کمیته/ هیأت سازش

**اول - دبیرخانه:** دبیرخانه کمیته/ هیأت سازش هر کانون، در محل همان کانون تشکیل می‌شود و از نظر سازمانی زیر نظر دبیر کل کانون فعالیت می‌کند. دبیرخانه، رکن اداری محسوب و اموری از قبیل تشکیل پرونده، برگزاری جلسات، تنظیم صورتمجلس استماع و پیگیری اجرای مفاد تصمیمات و صدور سازش‌نامه یا گواهی عدم سازش را برعهده دارد.

**دوم - ماهیت حقوقی:** کمیته/ هیأت سازش هر کانون، طرفین را به مصالحه ترغیب می‌نماید و در نهایت، حسب مورد امکان صدور گواهی عدم سازش یا سازش‌نامه خواهد داشت؛ اما به معنایی نیست که آن مرجع بتواند در حیطه نظر طرفین ورود کرده یا فراتر از اصلاح ذات‌البین مبادرت به اتخاذ تصمیم مبتنی بر تشخیص علی‌الرأس نماید. بنابراین، نمی‌توان برای کانون‌ها صلاحیت صدور رأی ماهوی قائل شد. لذا ماهیت نهاد سازش در بورس، منصرف از مراجع قضایی و یا شبه قضایی است و مشمول قواعد مربوط به محاکم در آیین دادرسی (همچون: قرار گرفتن در دامنه مراجع قضاوتی، شمول قواعد اعتبار امر مختوم و مواردی از این قبیل) نیز نخواهد بود.

**سوم - ضمانت اجرا:** کمیته/ هیأت سازش پس از تعیین وقت و شرکت طرفین دعوا یا نمایندگان ایشان در جلسه، در صورت حصول سازش، سازش‌نامه صادر و پس از ابلاغ مفاد سازش به طرفین، پرونده را مختومه می‌نماید. در صورت عدم حصول سازش نیز کمیته/ هیأت سازش ضمن صدور گواهی عدم سازش و ارائه آن به طرفین دعوا، خواهان را جهت طرح دعوا نزد هیأت داوران ارشاد می‌نماید. بنابراین، خروجی و ضمانت اجرای عملکرد کمیته/ هیأت سازش متفاوت از اجرائیه‌های قضایی و رسیدگی‌های ترافعی بوده و تنها دلالت بر صلح دعوا یا عدم آن دارد.

### ب- هیأت داوران؛ مرجع اصلی رسیدگی به اختلاف

#### 1- صلاحیت و ترکیب هیأت

نص قانونی مترتب بر هیأت داوران، مقررده ماده 36 و 37 قانون بازار اوراق بهادار (مصوب 1384) و ماده 15 قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید (مصوب 1388) است که مطابق آن:

1. هیأت داوران، مرجع ثانویه و نهایی رسیدگی به اختلافات محسوب می‌شود و اقامه دعوا نزد این مرجع (غیر از طرح دعوی متقابل، جلب ثالث، و خواهی، اعاده دادرسی و اعتراض ثالث نزد هیأت داوران) مستلزم طی فرایند سازش در کمیته سازش کانون‌ها و ارائه گواهی عدم سازش می‌باشد.

2. هیأت داوران، متشکل از سه عضو است که یک عضو توسط رییس قوه قضاییه و دو عضو به پیشنهاد سازمان بورس و اوراق بهادار و تأیید شورای عالی بورس و اوراق بهادار انتخاب می‌شوند.

3. هیأت داوران در عداد مراجع اختصاصی استثنایی (شبه قضایی) قرار دارد و در عین استقلال در رسیدگی، از حیث وابستگی اداری و بودجه‌ای - مستند به بند 12 ماده 4، تبصره 3 و تبصره 4 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار - مرتبط با نهادهای بالادستی بازار اوراق بهادار (شورای عالی و سازمان بورس و اوراق بهادار) می‌باشد.

4. قانون‌گذار برای هیأت داوران صلاحیت محلی و جغرافیایی محدودی در نظر نگرفته؛ از این رو این هیأت در عین صلاحیت ذاتی، صلاحیت کشوری دارد و به نوعی مبتنی بر تمرکز اداره دعاوی مربوطه در پایتخت است.

5. با توجه به مضیق بودن صلاحیت هیأت، این مرجع صرفاً به دعاوی حقوقی بازار اوراق بهادار رسیدگی می‌کند و جرائم و تخلفات انتظامی و انضباطی از حیطه صلاحیت آن خارجند. همچنین، صلاحیت هیأت داوران محدود به آن دسته از دعاوی حقوقی است که مربوط به فعالیت حرفه‌ای در بازار اوراق بهادار باشد.<sup>524</sup>

## 2- ابعاد و جوانب مهم حقوقی

**اول - دبیرخانه:** به استناد تبصره 3 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار، «هیأت داوران دارای دبیرخانه‌ای است که در محل سازمان تشکیل می‌گردد».<sup>525</sup>

<sup>524</sup> با توجه به اینکه بیان تفصیلی ابعاد مختلف ناشی از ضابطه فوق‌الذکر از حوصله این نوشتار خارج است، برای مطالعه در این خصوص ر.ک: 1- کابوایی و صادقی، 1397، صص 13-33؛ 2- سلطانی، 1392، صص 275-306

<sup>525</sup> به تصدیق مواد 2 و 3 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داوران قانون بازار اوراق بهادار، دبیرخانه، رکن اجرایی هیأت داوران است و امور اداری و حقوقی مربوطه را از زمان طرح دعوا تا مرحله صدور و ابلاغ رأی برعهده دارد. پیداست که دبیرخانه را باید به‌مثابه دفاتر دادگاه‌ها در محاکم دادگستری قلمداد نمود. با این حال دبیرخانه هیأت داوران، با دفاتر دادگاه‌ها و دبیرخانه کمیته/ هیأت سازش تفاوت ویژه‌ای دارد؛ و آن این است که علاوه بر انجام جنبه‌های اجرایی مربوط به پرونده‌ها، امور کارشناسی، علمی و مشورتی حوزه اختلافات در بازار اوراق بهادار را برعهده دارد. چراکه دبیرخانه، نهادی ذوجهین تلقی شده که از سویی رکن اجرایی هیأت داوران است و از سوی دیگر، یکی از زیرشاخه‌های معاونت حقوقی سازمان بورس و اوراق بهادار محسوب می‌گردد.

**دوم - مناظ صدور رأی:** علاوه بر رویه معمول، مطابق ماده 44 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داورى قانون بازار اوراق بهادار، جلسات رسیدگی (با توجه به پیش‌بینی عضو علی‌البدل) با حضور قاضی و دو عضو دیگر رسمیت می‌یابد و صدور رأی با موافقت اکثریت اعضاست. روشن است با توجه به ماهیت شبه قضایی هیأت، چنانچه دو عضو غیرقضایی نظری خلاف نظر قاضی داشته باشند، امکان صدور رأی قابل استناد وجود ندارد و برای تحقق چنین امری لازم است عضو قضایی متقاعد گردد. بنابراین، آرای هیأت با نظر موافق قاضی و دست‌کم یک عضو دیگر صادر می‌شود. طبعاً نظر عضو مخالف به‌عنوان اقلیت (همراه با علت مخالفت)، به امضای وی رسیده و پس از تهیه صورت‌مجلس، در پرونده درج می‌شود.

**سوم - امکان اعتراض به رأی:** مطابق تبصره 5 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار، آرای صادره از سوی هیأت داورى قطعی، لازم‌الاجرا و غیرقابل تجدیدنظرخواهی است. با این حال، امکان اعتراض به رأی هیأت از طریق واخواهی [در آرای غیابی] و اعاده دادرسی متصور می‌باشد.

**ج- اجرای آرای هیأت:** به‌موجب تبصره 5 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار، رأی صادره توسط هیأت داورى از طریق دواير اجرای ثبت اسناد و املاک اجرا می‌گردد. همچنین دعاوی ناشی از عدم پرداخت سود توسط ناشران نیز در این مرجع رسیدگی می‌شود و رأی صادره در این خصوص (طبق ماده 15 قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید) توسط اجرای احکام دادگاه‌ها قابل اجراست.

## قسمت دوم - روش‌های خصوصی حل و فصل اختلافات، و چالش‌ها و بایسته‌های حقوقی حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار

### الف - روش‌های خصوصی حل و فصل اختلافات

در مبحث حاضر با امعان نظر به ساختار کنونی، حل و فصل اختلافات در بورس را از مجاری جایگزین همانند داورى، سازش و میانجی‌گری تبیین و تحلیل خواهیم نمود. وجه تمایز نهادهایی که مورد تحلیل قرار خواهد گرفت با مفاد مواد 36 و 37 قانون بازار آن است که اولاً؛ این روش‌ها بر مبنای اراده فعالان بازار و دخالت اشخاص مورد تراضی ابتناء یافته و - فارغ از اینکه حسب توافق موردی قابل انتخاب است- در ساختار کنونی حل اختلاف در بورس ایران جایگاه رسمی و بایسته‌ای ندارد.<sup>526</sup> ثانیاً؛ انتخاب این روش‌ها با طبع و ماهیت فعالیت حرفه‌ای و تجاری در بازار سرمایه سازگاری بیشتری داشته و می‌تواند محرک منحصر به فردی در ترغیب سرمایه‌گذاران (به ویژه سرمایه‌گذار خارجی) به فعالیت بیشتر در بورس تلقی شده و نظام حل و فصل اختلافات در این حوزه را با معیارهای حقوقی (داخلی و بین‌المللی) مطابق و هماهنگ سازد.

#### 1 - داورى<sup>527</sup>

داورى را باید هم‌عرض و هم‌تراز دادرسی دادگاهی و عبارت از حل و فصل اختلاف خارج از دادگاه به صورت تصمیم الزام‌آور فرد یا افراد مورد اعتماد طرفین دانست. (نیکبخت، 1393: 11) در مانحن‌فیه صرفاً از جهت لزوم توجه به نهاد داورى در حل اختلافات بورسی، به این روش اشاره‌ای خواهیم نمود. چراکه در مفاد قانونی راجع به حل و فصل اختلافات در بورس ایران، اختلاط خاصی شکل گرفته و باعث نادیده انگاشتن جایگاه واقعی روش‌های حل اختلاف (خصوصاً سردرگمی ناشی از اصطلاح هیأت داورى) شده است. پس، ابتدا به این مهم می‌پردازیم.

داورى، از ابزارهای مهم در پاسخ به کاستی‌های ناشی از دادرسی به روش دادگاهی در خصوص دعاوی تجاری با صبغه بین‌المللی است. (Cheng, 2011, p. 434) چراکه ساختار و شاکله داورى با سازوکار اختلافات تجاری - که دعاوی بورسی در شمول آن قرار دارد- انطباق داشته و بیشتر مورد اقبال قرار می‌گیرد. (Cheng, 2011, p. 435) با این حال، گفتیم که بنیان کنونی حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار ایران را باید بر رسیدگی رسمی (شبه قضایی) دانست که برخلاف عنوان هیأت داورى - که در واقع هیأت رسیدگی به اختلافات است- داورى به معنای واقعی در آن نمود کمتری دارد. در فرض اخیر، این واقعیت را نباید نادیده گرفت که برای طرفین اختلاف امکان دارد که نسبت به حل و فصل نزاع خویش، داور مرضی‌الطرفین تعیین نمایند. البته این به معنای عدم صلاحیت هیأت داورى در رسیدگی به دعوا نیست [تنها از موجبات عدم استماع است نه عدم صلاحیت] اما چون پذیرش روش حل اختلاف به

<sup>526</sup> برای مطالعه نقش مداخله شخص ثالث و روش‌های غالب در این خصوص، به‌عنوان نمونه، ر.ک:

International Third Party Dispute Settlement, pp. 189-226 & Dispute Resolution in a World of Alternatives, pp. 591-604.

<sup>527</sup> Arbitration

ترازی محسوب می‌گردد و در رویه هیأت داورى بورس نیز مورد اقبال واقع شده،<sup>528</sup> از امور مقبول قلمداد می‌شود.<sup>529</sup> با این حال نباید از آن به‌منزله وضع مطلوب یاد نمود. زیرا چنین اقدامی صرفاً موردی و توافقی است و به تمام و کمال رافع کاستی‌های روش الزامی حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار کشور نمی‌باشد.<sup>530</sup>

## 2 - اصلاح‌گری و سازش<sup>531</sup>

سازش در لغت مرادف صلح و توافق است که در اصطلاح نیز به همان معنای لغوی به کار برده می‌شود. (معین، 1384، ج 2: 1258) طبعاً حل و فصل اختلاف میان طرفین به روش ترازی و تسالم را اصلاح‌گری یا سازش می‌نامند. همین ویژگی باعث شده که در مقایسه سازش با داورى و میانجی‌گری، سازش از جهتی با توفیق و تمایل بیشتری مواجه گردد چراکه در این روش، طرفین از آزادی عمل بیشتری برخوردارند در حالی که در داورى، این آزادی محدودتر می‌نماید و در میانجی‌گری نیز میانجی صرفاً تلاش می‌کند که مواضع طرفین را به یکدیگر نزدیک و راه‌حلی ارائه نماید که مورد تأیید ایشان باشد. (Zlatanska & Fawehinmi, 2016, p. 147) لذا در این مورد اصلاح‌گری از انعطاف و پشتوانه بیشتری برخوردار است. به این معنا که (در سازش) شخص ثالث در مقام حل و فصل اختلاف، به نسبت روش میانجی‌گری، فراتر عمل می‌نماید و می‌تواند نزاع طرفین را فیصله دهد. (Hubert, 2009, p. 119)

## 3- میانجی‌گری<sup>532</sup>

میانجی‌گری به معنای اصلاح ذات‌البین و اقدام شخصی غیر از طرفین اختلاف است (Ciancio, 2013, p.1) که از طریق تحریک تفاهم طرفین و تسهیل روابط ایشان تلاش می‌شود به صلح و سازش متنازعین منتهی گردد. (Patterson, 1998, p. 594) به بیان دیگر، میانجی‌گری یک فرایند اجتماعی است که به‌موجب آن، شخص ثالثی با رضایت طرفین دعوا از حق تلاش برای کاستن از اختلاف ایشان برخوردار شده تا طرفین بتوانند در نهایت نتیجه تلاش‌های وی را بپذیرند. (Cheng, 2011, p. 435) از این رو، میانجی با کمک به طرفین، امکان حل اختلاف را تسهیل می‌نماید. بر این اساس، با اینکه اصلاح‌گری و میانجی‌گری وجهه نزدیکی می‌یابند و در مواردی نیز مرادف یکدیگر به کار برده می‌شوند، لکن دو شیوه متمایز و مستقل هستند.<sup>533</sup> البته در خصوص نسبت این دو روش، اجماع و اتفاق نظر وجود ندارد (Zlatanska & Fawehinmi, 2016, p. 147) با این وجود، در میانجی‌گری، روند حل اختلاف تسهیل شده و لزوماً در آن میانجی نظر فصل‌الخطابی برای طرفین ندارد و اگر هم داشته باشد، برای طرفین الزام‌آور و لازم‌الاجتناب نخواهد بود. (Patterson, 1998, p. 594) به این معنا که باید آن را به‌منزله پیشنهادی تلقی نمود که نظر و رضایت طرفین به آن قوت بخشیده و یا به فعلیت می‌رسانند. این در حالی است که در اصلاح‌گری، شخص ثالث در عین نزدیک ساختن عقیده طرفین، راه‌حل پیشنهادی می‌دهد و طرفین می‌پذیرند و از این طریق موضوع مورد نزاع حل و فصل می‌گردد. از همین رو، روش میانجی‌گری با طبع و ماهیت فعالیت حرفه‌ای در بازار همخوانی و سازگاری دارد. زیرا وجه بارز میانجی‌گری، برخورداری از انعطاف و کمتر بودن هزینه برای طرفین، در عین خصوصی بودن و محرمانگی است؛ ضمن این که در این شیوه، نقش طرفین به مراتب بیشتر و پررنگ‌تر می‌باشد. بنابراین، همان‌گونه که در داورى و اصلاح‌گری نیز به اقتضاء دیده می‌شود، میانجی‌گری، یک سیستم خصوصی حمایت از حل اختلاف

<sup>528</sup> در خصوص نمونه رای مبتنی بر لزوم توجه به داورى مرضی‌الطرفین، رک: دادنامه‌های شماره 9311000024 مورخ 93/07/15، شماره 9411000041 مورخ 94/06/16 (جمالی و صادقی، 1396: 242 و 29) و شماره 9711000114 مورخ 97/07/17 (جمالی، صادقی و شیدانی آشتیانی، 1399: 42-43)

<sup>529</sup> به‌موجب ماده 11 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داورى قانون بازار اوراق بهادار: «در صورت وجود شروطی همچون شرط داورى یا کارشناسی جهت حل اختلاف بین طرفین، تا زمانی که تشریفات مقرر طی نشده باشد، طرح دعوا نزد هیأت مسموع نخواهد بود. کمیته سازش مکلف است بدو این موضوع را بررسی نموده و قبل از طی تشریفات مزبور، از پذیرش تقاضا امتناع کند».

<sup>530</sup> بنا به مراتب، مراد از توصیه داورى در بازار اوراق بهادار آن است که داورى این حوزه کاملاً تخصصی باشد و داوران از میان اشخاص متخصص انتخاب شوند؛ نه این که هر شخصی بتواند به داورى بپردازد. در واقع، دادرسی مطلوب مبتنی بر داورى در این زمینه را باید نوعی داورى به حکم قانون دانست؛ نه به نحو کنونی که صرفاً نام داورى را یدک کشیده ولیکن منصرف از آن است. یعنی اگر بنا بر داورى بودن ساختار فعلی بود، بایستی به یکی از دو نحو 1- تجویز و الزام قانونی به ارجاع اختلاف به داورى واقعی 2- الزام طرفین قراردادهای حرفه‌ای بازار اوراق بهادار به درج شرط داورى تعیین می‌شد.

<sup>531</sup> Conciliation

<sup>532</sup> Mediation

<sup>533</sup> برای مطالعه تطبیقی دو روش فوق، به‌عنوان نمونه رک:

Mediation and Conciliation: In Pursuit of Clarity, pp.150-151 & The New European Union Directive on Mediation-Its impact on Construction Disputes, p. 119.

در مقایسه با حل اختلاف تحت حمایت دولت است (Cheng, 2011, p. 440) که این ویژگی بارز، سازگاری مناسبی با فعالیت اشخاص در بازار دارد.

## ب - چالش‌ها و بایسته‌های حقوقی حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار

ملحوظ به مباحث سابق، در این مبحث در مقام تحلیل چالش‌های ساختار حل و فصل اختلافات بازار اوراق بهادار، اهم ابهامات و مناقشات روش موجود را بررسی می‌نماییم.

### 1- ماهیت حقوقی و صلاحیت مراجع رسیدگی

از جمله چالش‌های مهم حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار کشور، در عین انتخاب عنوان بی‌مسئمی برای مراجع حل و فصل اختلاف، الزامی نمودن سازوکار این ساختار است. چراکه اولاً؛ به نحوی که اشاره خواهد شد، داوری ماهیتی خصوصی و قراردادی دارد و تأسیس نهادهای دیگر (مانند داوری‌های قضایی/ هیأت داوری یا داوری اجباری) تحت لوای داوری، تصنعی بوده و تحدید و کنترل دولت در این خصوص ضمن تبدیل ماهیت قراردادی آن به قضایی، قواعد اصیل این شیوه دادرسی را به انحراف می‌کشاند. (نیکبخت، 1393: 404) ثانیاً؛ انتخاب عنوان هیأت داوری برای نهادی که یکی از اعضای آن قاضی است و ملاک صدور رأی نیز دست‌کم موافقت عضو قضایی باشد، شائبه اختلاط دادگاه و داوری (دیوان داوری) داشته و در عمل، بر ابهامات می‌افزاید. به هر حال، وجه اصلی ابهامات، ناشی از ماهیت تفسیرپذیر هیأت داوری به‌واسطه عنوان ناشایست آن است. با این حال باید عنایت داشت که هیأت داوری، یک مرجع شبه قضایی است که هم با دادگاه متفاوت است و هم با داوری اما در جای خود اختلافاتی در باب آثار حقوقی ناشی از ماهیت آن متصور است که ذیل بحث بعدی به شقی از آن خواهیم پرداخت. ثالثاً؛ فارغ از طبع ممزوج و مرتبط با حقوق عمومی فعالیت در بازار سرمایه، اجباری بودن ارجاع اختلاف به سازش و هیأت داوری، با طبیعت خصوصی و تجاری بودن فعالیت فعالان مطابقت نداشته و خود، مانع بزرگی بر طریق سرمایه‌گذاری و رقابت میان فعالان داخلی و بین‌المللی بازار محسوب می‌شود. چراکه روش مورد بحث نه مصداق دادرسی عمومی به معنای واقعی است، نه داخل در مقوله دادرسی خصوصی. پس، طبعاً منصرف از اوصاف هر یک از این دو قلمداد می‌شود. (ر.ک: هداوند و آقایی طوق، 1389: 60-62) رابعاً؛ ضمانت اجراها در ساختار کنونی با ضمانت‌های ضابطه‌مند حقوقی بعضاً منطبق نبوده و انعطاف چندانی ندارد. البته در مورد اخیر در قسمت سوم همین مبحث به تفصیل بحث خواهیم نمود. اما به‌عنوان نمونه در این مدل از سازش (سازوکار الزامی) به بیانی که خواهد آمد، به واسطه تعارض درونی، مفهومی و عملی، از لحاظ توفیق با میانجی‌گری و سازش اختیاری (اصلاح‌گری) قابل تطبیق کامل نیست. زیرا علاوه بر سردرگمی و روشن نبودن مبنا و ماهیت اصلی، فرایند کنونی به معنای تحمیل جریانی است که در ذات خود، باید با اختیار و رضایت به روش همراه باشد. این وضعیت محدود به سازش نبوده و در مورد هیأت داوری نیز مصداق می‌یابد. زیرا ماهیت و سرشت این مرجع ذوجهین و دوگانه می‌نماید. مثال روشنی که در این خصوص می‌توان در نظر گرفت، ابهام در وضعیت برخی مسائل مورد ابتلاست که از جمله آن عبارتند از: حکم تبصره 1 ماده 325 قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب 1379) مشعر بر اینکه «اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رییس حوزه قضایی می‌باشد». هرچند تبصره 3 ماده 45 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داوری قانون بازار اوراق بهادار اجرای دستور موقت را صرفاً پس از تأیید رئیس هیأت ممکن دانسته، اما با لحاظ تبصره 2 همان ماده، وجه این ابهام از این روست که ماهیت و صلاحیت مراجع دادگستری مبتنی بر قانون آیین دادرسی مدنی، با این فرض درخصوص هیأت داوری کاملاً قابل توجیه و تفسیر نیست و طبع دوسویه این مرجع یارای تمتع کامل از حکم مذکور (تأیید دستور موقت صادره از سوی هیأت داوری توسط رییس حوزه قضایی) را نخواهد داشت. مناقشه دیگری که عملاً محاکم عمومی دادگستری و دیوان عدالت اداری را با درخواست‌های متعدد دال بر ابطال آراء هیأت داوری مواجه نموده، امکان ابطال رأی هیأت داوری است. البته به تصریح تبصره 5 ماده 37 قانون بازار چنین امکانی منتفی است لیکن عملاً دعاوی متعددی در این زمینه مطرح شده که گویای وضعیت ابهام‌آمیز و محل نزاع ناشی از ساختار فعلی است.<sup>534</sup> مورد دیگر را باید در تفاوت ظاهری در حکم ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار و ماده 15 قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی

<sup>534</sup> برای مشاهده نمونه‌هایی از دعاوی متعدد در این خصوص، ر.ک: (دادنامه شماره 9509970011101069 مورخ 95/09/03- شعبه 104 دادگاه عمومی حقوقی تهران)، (دادنامه شماره 8909972160500393 مورخ 89/05/09- شعبه 40 دادگاه عمومی حقوقی تهران)، (دادنامه شماره 9109970221500646 مورخ 91/05/23- شعبه 15 دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، (دادنامه شماره 8909972160500739 مورخ 89/08/09- شعبه 40 دادگاه عمومی حقوقی)، (دادنامه شماره 9509972160100071 مورخ 95/01/30 - شعبه 36 دادگاه عمومی حقوقی تهران) و (دادنامه شماره 9409972190900129 مورخ 94/02/27- شعبه 44 دادگاه عمومی حقوقی تهران)

جدید مورد توجه قرار داد. محل این ابهام آنجاست که ماده 36، دعاوی مورد اشاره را منوط به طی فرایند سازش نزد کانون‌ها دانسته لکن ماده 15 تصریحی به ارجاع دعاوی مطالبه سود سهام به سازش یا معافیت از این فرایند ندارد. البته به اطلاق ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار، رویه بر ارجاع کلیه دعاوی (از جمله دعاوی مطالبه سود سهام) به کمیته سازش کانون‌هاست اما سکوت ماده نافی اختلاف در تفسیر نبوده و اماره‌ای بر مشوش بودن ذهنیت مقنن به‌منظور حل و فصل سریع می‌باشد که از توابع آن، متزلزل شدن نگاه به عدالت، انصاف و اراده فعالان است. مشخص نیست مطلوب نهایی در ساختار کنونی، صرف فصل خصومت است یا در عین حل اختلاف، تحقق عدالت نیز مورد نظر بوده است؛ اگرچه دغدغه فصل خصومت در نظرگاه کنونی نمایان‌تر و توجیه‌پذیرتر است.<sup>535</sup> مثال بارز این مدعا را باید در عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی نسبت به آراء صادره دانست که در آتی اشاره خواهد شد. چالش دیگر را باید در وحدت هیأت داور، تمرکز اداری در مرکز سیاسی و صلاحیت کشوری آن دانست. زیرا -فارغ از تمرکز فنی و تخصصی- واحد بودن یک مرجع دادرسی، قابلیت رسیدگی بدون دغدغه به کلیه دعاوی حقوقی که ممکن است در سراسر کشور حادث شود را نداشته و این امر علاوه بر صعوبت طرح دعوا برای فعالانی که در محدوده دورتری نسبت به پایتخت فعالیت می‌کنند یا سکونت دارند، می‌تواند کارآیی حقوقی دادرسی را تحت‌الشعاع قرار دهد. چراکه همسو با اصول اداره خوب؛ از جمله اصل سرعت در پاسخگویی (ممنوعیت تأخیر) نبوده و در عین حال با اصل برابری شرایط حقوقی در فرایند دادخواهی (ر.ک: هداوند و مشهدی، 1389: 188 و 139-140) و ضرورت تمتع و استیفای متعادل برای اشخاصی که در پراکندگی جغرافیایی قرار دارند در تغایر می‌باشد. مبرهن است که چون روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف از این حیث محدودیت مکانی و سرزمینی ندارند، به خوبی خلأ ناشی از این ایراد را مرتفع می‌سازد. چالش دیگر ناظر به ماهیت حقوقی کمیته سازش در بازار اوراق بهادار آن است که روشن نیست که در تأسیس این نهاد اصلاح‌گری مورد نظر بوده یا میانجی‌گری؟ چراکه روح حاکم بر وضع این نهاد در مقررات بازار سرمایه ایران، تحقق سازش؛ به معنای اصلاح‌گری است لکن در عمل، خصایص و شرایط میانجی‌گری دیده می‌شود تا جایی که این امر در مقررات نیز تبلور یافته است.<sup>536</sup> روشن است که این ابهام موجب خلط قواعد اصلاح‌گری و میانجی‌گری می‌شود. حتی در دستورالعمل‌های مربوطه نیز هر دو عنوان (سازش و میانجی‌گری) مورد تصریح قرار گرفته است. با این توضیح که برخلاف اشاره به وظیفه میانجی‌گری برای کمیته/ هیأت سازش در مواد مقرر، هدف تشکیل و فعالیت کمیته سازش، «ایجاد سازش در اختلافات ناشی از فعالیت حرفه‌ای»<sup>537</sup> اعلام و اراده طرفین ملاک صدور سازش‌نامه عنوان شده است.

## 2- مسأله اجرا و اعتراض به رأی

اشاره شد که برای اجرای آراء هیأت داور دو مرجع (اجرای احکام دادگاه‌ها در دعاوی سود سهام و دوایر اجرای ثبت در سایر دعاوی) پیش‌بینی شده است. علاوه بر محل تأمل بودن اصل پیش‌بینی دو مرجع برای اجرای آراء مرجعی اختصاصی و شبه قضایی، این تأسیس در برخی موارد با دوگانگی و ابهام مواجه است. از جمله این‌ها، نحوه اجرای آن دسته از آراء غیابی است که به استناد ماده 15 قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید، جهت اجرا به اجرای احکام دادگاه‌ها ارجاع شده است. طبعاً اجرای احکام دادگاه‌ها مطابق ماده 306 قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب

<sup>535</sup> بهرغم این که تک مرحله‌ای بودن رسیدگی (بدون وجود امکان تجدیدنظرخواهی) بسته به موضوع اختلافات و دعاوی -به ویژه در دعاوی تجاری و مرتبط با بازار- خود از موارد سوق به اصل سرعت و اطمینان در امور تجاری است، اما این شائبه را به همراه خواهد داشت که در فرایند سرعت به ختم دعاوی، عدالت نادیده انگاشته شود. در تحلیل این وضعیت و بررسی اصالت عدالت یا فصل خصومت در دعاوی بورسی، به نظر می‌رسد در مانحن‌فیه فصل خصومت بر دغدغه عدالت دادرسی غالب شود. چراکه در مسائل اقتصادی و تجاری، نظم عمومی و آرامش حاکم بر بازار موضوعیت داشته و طبیعت و ذات فعالیت‌های بورسی نیز چنین قاعده‌ای را می‌طلبد و فعالان بازار با چنین اعتقادی در این حوزه به فعالیت می‌پردازند که ریسک موجود را پذیرا باشند. ضمن این که در اینجا، منافع عمومی -که همانا نظم و آرامش حاکم بر بازار باشد- بر منافع خصوصی -اقامه دعوی شخص یا اشخاصی علیه دیگران- ارجحیت دارد. این پیش‌فرض در قانون تأسیس بورس اوراق بهادار (مصوب 1345) نیز تداعی داشته و مقرر ماده 18 آن قانون به وضوح بر همین مدعا دلالت دارد. در این خصوص حتی مشروح مذاکرات تصویب قانون اخیرالذکر نیز گواه دیگری است که می‌تواند بر اولویت سرعت عمل در امور بورسی و فصل خصومت نسبت به احقاق عدالت صحه گذارد. (برای مطالعه در این زمینه، ر.ک: مجلس شورای ملی، دوره 21، جلسه 220، صص 25 به بعد). بنابراین، با در نظر داشتن این مطلوبت، باید با تأکید بیشتر بر تخصصی شدن تمامی زمینه‌های رسیدگی به دعاوی بورسی، جوانب راجع به دغدغه‌های راجع به عدالت نیز محقق گردد.

<sup>536</sup> ر.ک: ماده 14 دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار، ماده 15 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون‌های سرمایه‌گذاری ایران، ماده 15 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در هیأت داور قانون بازار اوراق بهادار و 7 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داور قانون بازار اوراق بهادار

<sup>537</sup> ر.ک: ماده 2 دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار، ماده 2 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون نهادهای سرمایه‌گذاری ایران و ماده 2 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون شرکت‌های سرمایه‌گذاری سهام عدالت.

1379) عمل نموده و اقدام به اخذ ضامن معتبر یا تودیع تأمین مناسب از محکوم‌له حکم غیابی می‌نماید. این در حالی است که دوایر اجرای ثبت اسناد (به‌عنوان مرجع اصلی اجرای آرای هیأت) از این امکان برخوردار نبوده و با تأسی از ماهیت قانونی خویش رویه متفاوتی را در پیش می‌گیرند؛ که البته با توجه به استثناء بودن این دوایر در اجرای احکام قضایی و منحصر به فرد بودن حکم تبصره 5 ماده 37 مبنی بر ارجاع اجرای رأی به دوایر ثبت، وضعیت موجود متعارض می‌نماید. به هر حال این تعدد در مرجع اجرا، منجر به عدم وحدت در رویه شده و در مواردی با اصول دادرسی عادلانه و منصفانه مغایرت دارد. چه اینکه دوایر اجرای ثبت اسناد، علی‌القاعده مرجع اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا هستند. در مقابل، مرجع رسمی اجرای آرای صادره از محاکم و مراجع رسیدگی، دوایر اجرای احکام دادگستری است. اینکه تبصره 5 ماده 37، این دوایر را مرجع اجرای آرای هیأت داورى ذکر کرده، اولاً؛ خلاف اصل می‌باشد ثانیاً؛ شاید به تصور مقنن در خصوص ماهیت هیأت داورى بوده تا حتی‌الامکان از حجم کاری اجرای احکام دادگستری بکاهد. (صادقی و کنگرانی فراهانی، 1400) ضمن این که دوایر اجرای ثبت اسناد، (با توجه به حدود وظایف و اختیارات قانونی) در اجرای آرای غیابی هیأت داورى، ملزم به رعایت تشریفات قانونی مربوط به اجرای احکام دادگستری نیستند و در عمل نیز مقررده ماده 306 قانون آیین دادرسی مدنی را اجرا نمی‌کنند و صرفاً از قطعی بودن یا نبودن رأی غیابی اطمینان حاصل می‌نمایند و در صورت قطعیت، آن را به اجرا می‌گذارند. به هر حال، هرچند تصریح تبصره 2 ماده 306 اطلاق دارد، اما این اطلاق برای اجرای آرای محاکم دادگستری اصالت داشته و فرض مقنن در قانون آیین دادرسی بر همین امر بوده است. مضاف بر این که زمان تصویب قانون آیین دادرسی مدنی (1379) مقدم بر قانون بازار اوراق بهادار (1384) است و در زمان تصویب قانون آیین دادرسی مدنی، اجرای رأی محاکم توسط دوایر ثبت فاقد مصداق و توجیه بوده است. قانون بازار اوراق بهادار نیز صرفاً به مرجع اجرای آرای هیأت داورى اشاره نموده، و نسبت به نحوه و فرآیند اجرا حکمی ندارد. مبرهن است که این امر از نواقص سازوکار کنونی حل و فصل اختلافات در بورس کشورمان می‌باشد. لازم به ذکر است، آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا نیز براساس اصول و قواعد ناشی از ماهیت آن دوایر نگارش شده و در آنجا نیز راهکاری نسبت به این فرض (لزوم یا عدم لزوم اخذ تضمین یا تأمین در اجرای رأی غیابی هیأت) ارائه نداده است. لذا روشن است که تغییر رویکرد مقنن در اجرای آرای هیأت داورى در خصوص سود سهام، ناشی از این است که احتمالاً مقنن در سال 88 (طبق قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید) به این خلأ واقف گردیده و در راستای رفع آن، مرجع اجرای آرای صادره هیأت داورى با موضوع سود سهام را به اجرای احکام دادگستری تغییر داده است. البته نفس مقررده اخیر، به‌رغم متابعت از اصول دادرسی و رفع خلأهای موجود در خصوص فرایند اجرا، این انتقاد را نیز در پی دارد که نه تنها به ایراد مورد بحث خاتمه نداده، بلکه به تعدد مراجع اجرای آرای هیأت داورى منجر شده است.

مفروض بر اینکه رأی صادره از سوی هیأت داورى بورس جز در موارد اعاده دادرسی، اعتراض ثالث و واخواهی قابل اعتراض نیست، مسأله دیگر، قابلیت تجدیدنظر آراء مرجع مورد بحث است. به‌رغم اینکه حق تجدیدنظرخواهی از آراء و احکام صادره توسط مراجع و احکام قضایی و اداری از اصول مهم حقوق عمومی و اداری است (هداوند و مشهدی، 1389: 199)، اما اثر این مناقشه<sup>538</sup> به حدی از وضوح است که ارزش اقتصادی و غلبه بر مالی بودن دعاوی بورسی به خوبی توجیه کننده ایراد در ساختار کنونی است.

تأمل دیگر را باید در جنبه‌های بین‌المللی مربوط به اختلافات در بازار اوراق بهادار دانست. چراکه بازارهای سرمایه از مراکز اساسی در حوزه تجارت بین‌الملل تلقی شده و از ملاک‌های بین‌المللی بودن فضای تجاری هر کشور، ساختار حل و فصل اختلافات در این عرصه است که در جای خود از مقولات فراسرزمینی شناسایی ابعاد حقوق عمومی مقررات اوراق بهادار تلقی می‌گردد. (باقری و قنبری، 1389: 48-52) این در حالی است که با توجه به مناقشات متعددی که اشاره شد، نظام حل اختلافات در بازار سرمایه ایران نه تنها در بُعد داخلی واجد کاستی‌های متعددی است، بلکه نسبت به وجهه بین‌المللی ناظر به مسائل مورد بحث (از جمله جنبه خارجی یا بین‌المللی دعاوی و آراء) نیز وضعیت روشنی ندارد که بخش بیشتر این ناکارآمدی ناشی از دوپهلوی اجبار در روش و عدم پویایی ساختار حاضر است. ضمن این که در وضعیت کنونی، اگر بنا بر توسعه دامنه فراسرزمینی فعالیت‌های بورسی کشورمان باشد، ساختار الزامی روش حل اختلاف پاسخگو نخواهد بود. به هر حال، رعایت روش‌های جایگزین مورد بحث در نوشتار حاضر،

<sup>538</sup> با وجود نص صریح تبصره 5 ماده 37 قانون بازار، دیدگاه معارضی وجود دارد که با تأسی به اصول کلی حقوق اداری و امکان ابطال تصمیمات مراجع اداری نزد دیوان عدالت اداری مطرح است. (عبدی‌پورفرد، 1396: 221) این مهم در دادنامه‌های متعدد صادره از دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی (بدوی- تجدیدنظر) نیز نمودار شده (پیری، 1397: 150-163) و با وجود اختلاف دیدگاه، به دلیل صراحت تبصره 5 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار، غلبه بر عدم امکان نظارت قضایی و اداری بر آراء هیأت داورى بورس می‌باشد.

علاوه بر این که این کاستی را پوشش می‌دهد، با اصول تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی نیز همسو و همراه خواهد بود.

### 3 - وضعیت ترکیبی و غیر قابل انعطاف حقوقی

عطف به چالش‌های ناظر به ماهیت و صلاحیت، عدم توجه نظام رسمی حل و فصل اختلاف در بازار سرمایه ایران به نقش اراده فعالان بازار و کاستی‌های مربوط به آزادی انتخاب ایشان به یکی از روش‌های مورد نظر (داوری، اصلاح‌گری و میانجی‌گری)، وضعیت دادرسی دعاوی حقوقی در بازار اوراق بهادار کشورمان از جنبه‌های بین‌المللی فارغ بوده و این کاستی صرفاً محدود به هیأت داورى نیست و نهاد سازش را نیز در برمی‌گیرد. زیرا رسیدگی در هیأت داورى الزاماً و اجباراً تالی تلو ارجاع به سازش است و این امر باعث انعطاف‌ناپذیری سازوکار حل و فصل اختلاف شده است. به‌عنوان نمونه می‌توان به وضعیت حقوقی صلاحیت کمیته سازش کانون‌ها اشاره نمود که در این حالت نه صلاحیت صدور قرارهای قانونی (از جمله عدم صلاحیت) وجود دارد و نه صرفاً به‌منزله سازش یا عدم سازش فی‌مابین طرفین اختلاف تلقی می‌شود. از این رو این وضعیت با هیچ یک از روش‌های دادرسی به تمام و کمال قابل توجیه نبوده و لازم است به نحو مطلوبی بازنگری گردد.

از مشکلات مهم ناظر به حوزه اصلاح‌گری و سازش در نظام حل و فصل اختلافات حرفه‌ای بازار اوراق بهادار ایران، گرچه در مواردی سازش به‌عنوان یک نهاد و اسلوب معرفی شده لکن قواعد و ضوابط حقوقی مربوط به آیین سازش به درستی پیش‌بینی نشده است. در واقع در این خصوص باید متد مربوط به سازوکار و ضوابط انتخاب میانجی‌گر یا اصلاح‌گر، خروجی میانجی‌گری یا اصلاح‌گری (به این معنا که رأی باشد یا مصوبه یا گزارش اصلاحی و ...)، ضمانت اجراها و نحوه اجرای خروجی سازش و مواردی از این قبیل مشخص گردد. البته با این که دستورالعمل‌هایی در بازار اوراق بهادار تصویب شده، اما این ساختار به جهت انطباق با اصول اساسی دادرسی عادلانه نتیجه و خروجی مطلوبی ندارد. چراکه سازش؛ به‌عنوان یک روش حل اختلاف باید دارای انعطاف و خروجی فراتر از صدور گواهی عدم سازش یا سازش‌نامه باشد. بنابراین، میانجی‌گرها یا اصلاح‌گرها (با فرضی که خود طرفین ایشان را انتخاب می‌کنند و یا لاقلاً هر یک از طرفین یکی از آنان را انتخاب می‌کنند) به نحوی تعیین و انتخاب شوند که اصلاح‌گرها (به‌عنوان نمایندگان طرفین یا نمایندگانی از طرفین) به اختلاف خاتمه داده و بدین‌سان با ملاحظات برد-برد به نتیجه مرضی‌الطرفین نائل گردند؛ با این ضابطه که در اصلاح‌گری ممکن است علاوه بر صدور گواهی عدم سازش یا سازش‌نامه، تدبیر و تصمیم دیگری نیز اتخاذ شود.

برای روشن شدن نمود بارز انعطاف‌ناپذیری وضعیت موجود، به‌عنوان نمونه می‌توان به مبنای ماده 15 دستورالعمل کمیته سازش کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار اشاره کرد. حکم ماده مارالذکر از این قرار است که «عدم اجرای مفاد سازش از سوی هر یک از طرفین به‌منزله عدم سازش بوده و به درخواست هر یک از طرفین گواهی عدم سازش صادر می‌گردد». در اینجا ضمن یادآوری این که مفاد ماده فوق در مواد 18 دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون شرکتهای سرمایه‌گذاری سهام عدالت و دستورالعمل رسیدگی به اختلافات در کانون نهادهای سرمایه‌گذاری ایران و تبصره 3 ماده 14 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داورى قانون بازار اوراق بهادار نیز مورد بهره‌برداری و تصریح قرار گرفته است، آن‌گونه که در مفهوم و منطوق مواد فوق آمده، عدم اجرای مفاد سازش در کمیته سازش کانون مربوطه از سوی هر یک از طرفین به‌منزله عدم سازش تلقی می‌شود. از این جهت به شرحی که خواهد آمد، - به فرض مطلوب بودن نظم کنونی- علاوه بر کاهش انگیزه طرفین به سازش و غیرواقعی شدن آن فرایند، بیم آن می‌رود که تمامی اقدامات پیش روی دستورالعمل (از جمله جلسات کمیته سازش در کانون مربوطه و مذاکرات قبلی) کان لم یکن قلمداد شود که ارزش و شأن کمیته سازش را در فرض مورد بحث تنزل می‌دهد. بنابراین، چنانچه با رویکردی انتقادی به مبنای مقرر در مورد بحث بنگریم، این تلقی از این جهت قابل تأمل می‌نماید که اولاً؛ در این فرض، ولو اینکه بدون طی مجدد تشریفات سازش، گواهی عدم سازش توسط کمیته مربوطه صادر گردد، امکان اطاله رسیدگی، صوری شدن جریان طرح دعوا در کانون‌ها و افزایش ضریب اجحاف [طرفی که مترصد خرید زمان است] به طرف مقابل [که در فرایند رسیدگی در کمیته سازش به سازش رضایت داده] وجود دارد و ممکن است این وضعیت حربه‌ای برای برون‌رفت شخص مسؤول از مسؤولیت ناشی از نقض عهد یا عدم رعایت قوانین و مقررات باشد. ثانیاً؛ از این جهت که به تصریح ذیل ماده 12 دستورالعمل آیین رسیدگی به اختلافات در هیأت داورى قانون بازار اوراق بهادار: «...گواهی صادره صرفاً برای مدت شش ماه از تاریخ صدور اعتبار داشته و در صورت انقضای مدت اعتبار، متقاضی باید مجدداً فرایند مربوط را در کمیته سازش طی نماید»، قید موعود انقضای برای سندی که داعیه لازم بودن دارد، چندان محمل منطقی نداشته و این مقرر صرفاً در راستای ملتزم ساختن طرفین به تمکین از روش اعلام شده می‌باشد.



فارغ از اینگونه ابهامات که می‌تواند بر مبنای دستور العمل‌های مورد اشاره در مواد مربوطه وجود داشته باشد، شاید بتوان گفت قانون‌گذار با رویکردی مصلحت‌اندیشانه و با صبغه مبتنی بر عدم توجه به اراده خصوصی اشخاص در مواجهه با مصلحت و نظم عمومی اقتصادی، چنین مبنایی را برگزیده است. در این خصوص، از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

1. فلسفه نگارش دستور العمل رسیدگی به اختلافات در کمیته سازش کانون‌ها، تسهیل اجرای حکم ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار است و فارغ از حکم ماده اخیر، منزلت مستقلی ندارد. بنابراین، سازش‌نامه صادره در کمیته مربوطه در راستای ممانعت از ادامه اختلاف احتمالی منتهی به رسیدگی نزد هیأت داورى است و صدور آن، صرفاً برای کاهش حجم پرونده‌ها نزد مرجع اصلی (هیأت داورى) می‌باشد. کما اینکه گواهی عدم سازش صادره نیز صرفاً برای ارائه به هیأت داورى و جاهت می‌یابد و فارغ از آن، برای سایر مراجع (غیر از هیأت داورى)، تنها می‌تواند ارزش یک سند را داشته باشد که بحث بیشتر در این رابطه از حوصله نوشتار حاضر خارج است.

2. با توجه به ملاک ماده 752 قانون مدنی، سازش‌نامه صادره از کمیته‌های سازش، می‌تواند از مصادیق عقد صلح در مفهوم قانون مدنی باشد. زیرا صلح نتیجه مشترک اصلاح‌گری و میانجی‌گری است. البته باید در نظر داشت که [با وجود قابلیت و محاسنی که کمیته سازش در کاهش میزان دعاوی ترافعی و حذف دعاوی قابل رفع دارد] شرایط حاکم بر مراجعه به کمیته سازش و مذاکره با طرف مقابل در کمیته مزبور لزوماً با آزادی اراده و طیب خاطر نبوده و اشخاص، اکثراً از باب جری تشریفات اجباری قانونی به چنین فرایندی تن می‌دهند. واقعیت امر نیز بیانگر آن است (با توجه به قابلیت‌ها و ضمانت اجرای موجود در رابطه با کمیته سازش) که اگر حکم ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار چنین مقرره‌ای نداشت، بدون تردید بسیاری از متنازعیان به رسیدگی نزد کمیته سازش کانون‌ها و قعی نمی‌نهادند و رأساً نزد هیأت داورى طرح دعوا می‌نمودند. بنابراین، با امعان نظر به بُعد اول مفهوم صلح در حقوق مدنی (رفع نزاع و دعوی احتمالی یا دعوی پیش رو) و تشابه صلح در معنای مورد اشاره با سازش به عنوان حل و فصل اختلاف، اگر بخواهیم وضعیت حقوقی سازش در ساختار کنونی را بر مبنای حقوق مدنی تحلیل کنیم، می‌توان آن را این‌گونه نیز تفسیر نمود که تشریفات کنونی، اجبار و الزام به وسیله است؛ نه اجبار به نتیجه. لذا چون نتیجه این تکلیف قانونی قاعدتاً به اراده متنازعین منتهی می‌شود، نفوذ اثر چنین صلحی مورد تردید نخواهد بود. البته غرض از این تفسیر، بیان ماهیت تفسیرپذیر نهادهای فعلی در ساختار مورد بحث است، لکن بهرغم اینکه سازش یک روش حل اختلاف است که ممکن است به انعقاد عقد صلح (به معنای سازش‌نامه) منتهی گردد، (درویشی هویدا، 1393: 129) و با وجود اینکه صلح در مقام رفع تنازع تابع احکام خاص حقوق مدنی و سازش در آیین دادرسی مدنی و قواعد عمومی قراردادهاست، (کاتوزیان، 1393: 303) اما ماهیت سازش نزد کمیته‌های سازش حتی با مقررات سازش در قانون آیین دادرسی مدنی و قواعد صلح در حقوق مدنی نیز کاملاً منطبق نیست و از این منظر با مناقشاتی روبه‌روست. زیرا عقد صلح با سازش یا نهادهای دیگر واجد خصیصه مشترکی است که براساس آن‌ها، توافق به عمل آمده مکمل نزاع پیش روی طرفین است که با آزادی اراده رابطه وثیقی دارد.<sup>539</sup> (Alsheikh, 2011, p. 371) چراکه ماهیت اصلی روش‌هایی چون داورى یا سازش، قراردادی می‌باشد (نیکبخت، 1393: 404) که خروجی آن‌ها تصمیم یک شخص غیردولتی و خصوصی است که بر منافع یا حقوق چند شخص تأثیر می‌گذارد. (نیکبخت، 1393: 403) از همین روست که داورى را عدالت خصوصی دانسته و در تعاریف و ویژگی‌های آن، بر مبنای قراردادی توجه و تأکید می‌شود. (جنیدی، 1392: 24) و همین ویژگی (طبیع قراردادی)، داورى را از رسیدگی قضایی - که صلاحیت در آن به موجب قانون مقرر تنظیم می‌شود- در دادگاه جدا می‌کند. (شیروی، 1393: 10)

عدم انعطاف دیگر را باید در وضعیت مربوط به دعاوی اشخاص فاقد کانون دانست. با این توضیح که طرح دعوا نزد کانون‌ها باید براساس موضوع فعالیت همان کانون باشد. این در حالی است که بسیاری از دعاوی مهم، خارج از تقسیم‌بندی کانون‌هاست و برای برون‌رفت از این وضعیت، طبق مصوبه مورخ 87/02/07 هیأت مدیره سازمان بورس در خصوص مرجع حل اختلافات فعالان بازار اوراق بهادار فاقد کانون، اختلافات آن دسته از فعالان بازار اوراق بهادار که فاقد کانون مربوطه هستند در کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار حل و فصل می‌شود. روشن است که این مقرره کاملاً منطبق بر طبیعت و ذات تشکلهای خودانتظام (موضوع بند 6 ماده 1 قانون بازار اوراق بهادار) محسوب نمی‌شود. چراکه به موجب بند 5 ماده 1 قانون بازار اوراق بهادار، کانون‌ها تشکلهای خودانتظامی هستند که به منظور تنظیم روابط بین اشخاصی که طبق قانون بازار به فعالیت در بازار اوراق بهادار اشتغال دارند، طبق دستورالعمل‌های مصوب سازمان بورس و اوراق بهادار به صورت مؤسسه غیردولتی، غیرتجاری و غیرانتفاعی به ثبت می‌رسند. این

<sup>539</sup> برای مطالعه شباهت‌های عقد صلح و روش‌های جایگزین (داورى) از منظر اسلام، ر.ک: Alsheikh, 2011, p.p 377-379؛ همچنین برای مطالعه صلح دعوا از قراردادهای مشابه، ر.ک: کاتوزیان، 1393: 315-318.

در حالی است که ارجاع اختلافات اخیرالذکر به کانون کارگزاران فاقد توجیه ناظر بر خودتنظیم‌گری و فعالیت صنفی است. ضمن این که بهرغم مزیتی که احتمال آن در انتخاب عضو منصوب سازمان در کمیته سازش کانون فوق می‌رود، قوام این تدبیر در مقام نیل به چنین مزیتی بر مبنای تخصصی و خودانتظام بودن فعالیت تشکل مورد اشاره (کانون کارگزاران بورس و اوراق بهادار)، محل تأمل می‌نماید. زیرا انتخاب عضو خارج از تشکل، با استقلال و خودانتظام بودن آن تشکل در تنافی است و از اصول کلی حاکم بر بازار اوراق بهادار، عبارت از اصل شفافیت، اصل حمایت از حقوق سرمایه‌گذار، اصل کارایی، اصل اعتماد و حفظ اعتبار و سلامت بازار، اصل نظارت و پیشگیری از سوءاستفاده و اصل عدم تبعیض و لزوم دسترسی عادلانه می‌باشد (عبدی‌پور فرد، 1396: 101-114) که همگی به نحوی بر ضرورت توجه به ضوابط حرفه‌ای دلالت دارد و از مصادیق این ضوابط، تحقق اصول خودانتظامی در تشکل‌هایی چون کانون‌هاست. مضاف بر این که در انتخاب عضو کمیته سازش توسط هیأت مدیره کانون، علاوه بر این که طرفین اختلاف فاقد اختیار می‌باشند - فارغ از مقرر ماده 4 دستورالعمل‌های مربوط به کمیته/ هیأت سازش کانون‌های مارالذکر در خصوص جایگزین شدن عضو علی‌البدل غیرذی‌نفع- در مواردی که تعارض منافع متصور باشد، منطبق بر اصل بی‌طرفی در حل اختلاف نیست. یعنی، در انتخاب اعضای مدنظر، بیش از آنکه تراضی و اراده خصوصی محور باشد، شرایط صنفی و مصالح نهادی مطرح است که در جای خود ممکن است از موجبات تضاد منافع قلمداد شود.

### نتیجه

رشد چشمگیر بازارهای اوراق بهادار و سوق به شکل‌گیری بازارهای بین‌المللی در آینده نزدیک، مستلزم توجه به روزآمدی و پویایی احکام و ضوابط این حوزه می‌باشد. در بُعد حل و فصل اختلافات در این عرصه نیز عنایت به لزوم توجه توأمان به مسائل حکمی و موضوعی و اصول دادرسی ملی و فراملی، و تلاقی آن‌ها با اصول حرفه‌ای بازار سرمایه، پویایی نظام حل و فصل اختلافات در پرتو احترام به اراده فعالان بازار مواهبی را در پی دارد که نهایتاً کارآمدی اصول بنیادین بازار اوراق بهادار را محقق خواهد ساخت. نوشتار حاضر با رویکرد اثباتی-هنجاری، ساختار حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار ایران را بررسی، و با توجه به آسیب‌شناسی این حوزه، روش‌های جایگزین حل اختلاف را معرفی و ارزیابی نمود. به شرحی که بیان شد، اهم این شیوه‌ها عبارتند از داور واقعی، اصلاح‌گری و میانجی‌گری. وجه بارز تمایز روش‌های جایگزین با وضعیت کنونی، اصالت اراده، آزادی عمل طرفین اختلاف و ابتناء این روش‌ها بر اصول و بنیان‌های مرصوص حقوقی است که ساختار فعلی نه تنها در پذیرش آن‌ها قاصر می‌نماید، بلکه به نوعی موجب شکل‌گیری وضعیتی ابهام‌آمیز و ترکیبی از ساختار قضایی، داور، اصلاح‌گری و میانجی‌گری شده و در عین حال منصرف از برخی اصول مهم اداره خوب دادرسی است. سرمنشأ این ناکارآمدی‌ها، ماهیت و وضعیت حقوقی نهادهای رسیدگی - با تأسی از وجود برخی خصیصه‌های برگرفته از الزامی بودن روش- و مسائل منبعت از آن است که منجر به شکل‌گیری وضعیتی غیرقابل انعطاف و درهم تنیده شده است. مصادیق این کاستی‌ها نیز محصور نبوده و می‌توان آن‌ها را به تعدد مورد شمارش قرار داد. بنابراین، لازم است با ترسیم ساختاری منعطف در نظام حل و فصل اختلافات بازار اوراق بهادار، شیوه‌های جدید را نیز مورد تکریم و اهمیت قرار داد تا بتوان در پناه آن‌ها به پویایی و اقبال سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی نائل شد. چراکه از موانع و چالش‌های حقوقی ساختار کنونی، عدم توجه به اصول مدون تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی است که عملاً موجب نقص در سایر زوایای مرتبط شده است.

### منابع

- باقری، محمود و حمید قنبری (1389). «مشکلات حقوقی ناشی از بین‌المللی شدن بازارهای سرمایه و جایگاه قوانین ملی»، فصلنامه پژوهش حقوق (حقوق عمومی)، دوره 12، شماره 29، صص 25-64.
- پیری، فرهاد (1397). «وحدت رویه در خصوص عدم امکان نظارت قضایی بر آراء هیأت داور بورس»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی (ویژه‌نامه حقوق بازار سرمایه)، شماره 24، صص 141-167.
- جمالی، جعفر و محمد صادقی (1396). رویه هیأت داور بورس و اوراق بهادار (تا پایان سال 1395)، تهران: بورس.
- جمالی، جعفر؛ محمد صادقی و نوید شیدائی آشتیانی (1399). رویه هیأت داور بورس و اوراق بهادار - دفتر دوم (1396 الی 1398)، تهران: بورس.
- جنیدی، لعیا (1392). اجرای آرای داور بازرگانی خارجی، چاپ سوم، تهران: شهردانش.
- درویشی هویدا، یوسف (1393). شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، چاپ دوم، تهران: میزان.

- سلطانی، محمد (1392). «صلاحیت هیأت داورى موضوع قانون بازار اوراق بهادار»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 63، صص 275-306.
- شیروی، عبدالحسین (1393). داوری تجاری بین‌المللی، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- صادقی، محمد و زهراسادات کنگرانی فراهانی (1400). «مرجعیت دواير اجرای ثبت اسناد و املاک در اجرای رأی (تحلیل حقوقی- اقتصادی مقررہ ذیل تبصره 5 ماده 37 قانون بازار اوراق بهادار)»، نظام مالی اسلامی (مجموعه مقالات نکوداشت دکتر محمدنقی نظرپور)، قم / تهران: انتشارات سمت.
- عبدی‌پورفرد، ابراهیم (1396). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ هفتم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاتوزیان، ناصر (1393). حقوق مدنی: مشارکتها- صلح، چاپ دهم، تهران: گنج دانش.
- کاویانی، کوروش و محمد صادقی (1397). «معیار حقوقی تمییز عنوان فعالیت حرفه‌ای در بازار سرمایه»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی (ویژه‌نامه حقوق بازار سرمایه)، شماره 24، صص 13-33.
- معین، محمد (1384). فرهنگ فارسی معین، تهران: نامن.
- نیکبخت، حمیدرضا (1393). داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری)، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- هداوند، مهدی و علی مشهدی (1389). اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی.
- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (1389). دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی.
- Alsheikh, A. Essam (2011). "Distinction between the Concepts Mediation, Conciliation, Sulh and Arbitration in Shariah Law" Arab Law, Quarterly 25, pp. 367-400.
- Bilder, B. Richard (1991). "International Third Party Dispute Settlement" United States Institute of Peace, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper, pp. 189-226.
- Cheng, Tai-Heng (2011). "International Mediation, Arbitration, and Innovation" in: Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers, pp. 434-440.
- Ciancio, Giordano Anna (2013). "Mediation at the Intersection with Contract Law: The Settlement Agreement" Available at: <https://ssrn.com/abstract=2272989>
- Hubert André-Dumont (2009). "The New European Union Directive on Mediation-Its impact on Construction Disputes" International Construction Law Review, Vol 26, pp. 117-124.
- Patterson J. Roger (1988). "Dispute Resolution in a World of Alternatives" Catholic University Law Review, Volume 37, pp. 591-604.
- Zlatanska, Elina & Fawehinmi Folake (2016). "Mediation and Conciliation: In Pursuit of Clarity" The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Volume 82 Issue 2, pp.146-152.

## چکیده

امروزه سیستم داوری برای حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی با چالش های متعددی مواجه شده است. یکی از بارزترین این نگرانی ها، عدم وجود شفافیت لازم در این سیستم است، که طی سالهای اخیر به موضوع اختلافات نظریات تبدیل شده است. تفاوت نظریات موافقین و مخالفین به حدی جدی است که از یک طرف اصول ذاتی محرمانگی و خصوصی بودن داوری، و از طرف دیگر ثبات، اطمینان و پیش بینی پذیری داوری سرمایه گذاری بین المللی را نشانه می رود و در نهایت مشروعیت این سیستم را با چالش عمده مواجه می نماید.

در سال های اخیر پدیده شفافیت تحت تأمل، کنکاش و نظریات اصلاحی مراجع مختلف زیربط در سطح بین المللی قرار گرفته است. این مقاله با تمرکز بر داوری اختلافات دولت - سرمایه گذار، ضمن بررسی اشکال مختلف شفافیت در مراحل رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی، آخرین تحولات شفافیت در داوری های اختلافات سرمایه گذاری مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری را مورد ارزیابی قرار می دهد؛ با بررسی خطرات یا اشکالات بالقوه شفافیت و اهداف نهایی آن، بر اصلاحات شفافیت شکلی متمرکز شده و برای رسیدن به اهداف خود، یک سری راهکارها را پیشنهاد می کند. کلاً شفافیت مورد نظر بایستی به صورت تدریجی در این نوع از داوری ها در نظر گرفته شود تا ضمن تحقق و استمرار برای تامین منفعت عمومی در یک رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی، مزیت خصوصی و محرمانگی در داوری هم حفظ گردد.

**واژگان کلیدی:** شفافیت، محرمانگی، معاهدات سرمایه گذاری، داوری سرمایه گذاری بین المللی، خطرات یا اشکالات شفافیت، منفعت عمومی.

## Abstract

### The Position of Transparency in the Recent Developments of Arbitration Based on Investment Treaties

Today, the arbitration regime for dispute settlement based on international investment treaties faces many challenges. One of the most obvious concerns is the lack of transparency in this regime, which has become the subject of differences in theories in recent years. This issue is so serious in some theories that it points the inherent principles of confidentiality and privacy

of arbitration, and on the other hand, it has undermined the stability, reliability and predictability of international investment arbitration, and ultimately challenges the legitimacy of this system.

In recent years transparency has been put under scrutinies by different relevant authorities to be rectified and improved. This article focuses on the Investor-State arbitration, while examining the various forms of transparency in the international investment arbitration process, and evaluates the latest developments regarding transparency in arbitration based on investment treaties. Then, by examining the potential risks of transparency and its ultimate goals, it proposes a series of strategies to adapt the process of procedural transparency reforms to achieve its goals. These solutions should be considered gradually in this kind of arbitration in order to clarify the continuity and persistence of transparency in international investment arbitration proceedings and, at the same time, maintain privacy and confidentiality advantage in arbitration.

**Keywords:** Transparency, Confidentiality, Investment Agreements, International Investment Arbitration, Transparency Risks, Public Interest.

#### مقدمه 540

داوری اختلافات سرمایه گذاری بین المللی که مبتنی بر معاهدات دو یا چند جانبه با ماهیتی عمومی می باشند، نسبت به همزاد خود یعنی دآوری تجاری بین المللی، دو ویژگی متمایز دارد، موضوع خاص و طرفین خاص. این ویژگیها باعث شده اند که دآوری سرمایه گذاری بین المللی در دو دهه اخیر با انتقادات متعددی مواجه شود. یکی از شایع ترین آنها که می توان گفت عموماً ناشی از اعمال مفاهیم خصوصی و محرمانه بودن فرآیند دآوری است، عدم شفافیت در رسیدگی دآوری سرمایه گذاری بین المللی می باشد. این خود به تدریج منجر به صدور آراء نامنسجم، بالا رفتن بی اعتمادی و نهایتاً به چالش کشیده شدن مشروعیت رژیم حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری شده است (Hafner et al., 2016:163).

هرچند خصوصی و محرمانه بودن از خصوصیات بارز مهم و ذاتی دآوری هستند و این مزیتها نباید از دآوری گرفته شود، با این حال، با توجه به اینکه دآوری سرمایه گذاری بین المللی، ماهیت دوگانه (هم دولتی و هم خصوصی) دارد که در آن منافع جامعه مطرح می باشد، تمایل عمومی مشروع و فزاینده ای راجع به افزایش شفافیت و تحدید حدود و گستره قاعده محرمانگی در این نوع از دآوریها وجود دارد (Argen, 2015:3-4). در نتیجه برای پاسخ به این علاقه فزاینده و کاهش نگرانی، بایستی تمهیداتی اندیشیده شود تا برگزاری و رسیدگی دآوری سرمایه گذاری بین المللی تا حدودی شفاف تر شده و در معرض انظار و افکار عمومی قرار داده شود.

<sup>540</sup> در متن این فصل نسبت به اصل مقاله اندکی ویرایش صورت گرفته است.

در سالهای اخیر، شفافیت با اقداماتی همچون قابل پاسخگو کردن بیشتر رژیم حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری، به عنوان یکی از ابزارهای کلیدی تقویت داورى سرمایه گذاری بین المللی و مشروعیت بخشیدن بیشتر به این سیستم، پدیدار شده است (Douglas, 2015:112). البته هنوز این نگرانی وجود دارد که آیا اینگونه شفاف سازی تمامیت رژیم کنونی حل و فصل اختلاف دولت- سرمایه گذار را که داورى می باشد مشروع می سازد، یا صرفاً به دنبال مشروعیت بخشیدن به سیستمی معیوب است. در صورتی که تلاش ها صرفاً برای مشروع سازی یک سیستم معیوب صورت گرفته باشد، این خطر را به همراه دارد که در واقع نقاب مشروعیت به سیستم زده می شود، درحالی که سیستم در ذات خودش همچنان ناقص و نامشروع باقی مانده است (Lisa et al., 2019:16).

مقاله حاضر درصدد بررسی جایگاه و چگونگی شفافیت در رسیدگی داورى سرمایه گذاری است. در این مطالعه ابتدا مشخص خواهدگردید که تحولات اخیر معاهداتی در زمینه شفافیت بویژه در امورشکلی، تا چه حد توانسته است به اهداف اصلاحی دست یابد و نگرانی های رژیم داورى سرمایه گذاری بین المللی را مرتفع سازد. در وهله دوم، نگارندگان در راستای ضرورت تدوین قواعد استاندارد شفافیت تحت حقوق نرم و به منظور توسعه و تحکیم داورى سرمایه گذاری بین المللی، پیشنهادهای ارایه خواهند نمود.

این مقاله جلوه های شفافیت شکلی را در قسمت اول در نظر می گیرد. در قسمت دوم، آخرین تحولات اصلاحات شفافیت شکلی در معاهدات سرمایه گذاری بین المللی را مورد بررسی قرار می دهد و در قسمت سوم با مطالعه اهداف اصلاحی و خطرات یا **اشکالات** شفافیت، به میزان تاثیرگذاری تحولات اصلاحی معاهداتی جهت ارتقای شفافیت در داورى سرمایه گذاری بین المللی می پردازد. در نهایت راه حل هایی را به منظور بهبود **ی بیشتر یا توسعه** این اصلاحات **در جهت سهولت** دستیابی به اهداف شفافیت پیشنهاد می دهد.

## قسمت اول - تحلیل مفهوم شفافیت شکلی در رسیدگی داورى سرمایه گذاری بین المللی

شفافیت مفهومی است که فهم محتوایی آن دشوار است. این واژه بسیاری از معانی ممکن را در بر دارد، حتی در جایی که در یک زمینه از حقوق مورد استناد قرار می گیرد. با این حال، اغلب اوقات با مفاهیم مشروعیت، قابلیت پاسخگویی، افشای اطلاعات و حکمرانی خوب مرتبط است (Bianchi et al., 2013:7-8). در رسیدگی داورى سرمایه گذاری بین المللی، شفافیت در قالب سه مفهوم قابلیت دسترسی<sup>541</sup>، قابلیت دستیابی<sup>542</sup> و مشارکت<sup>543</sup> تعریف می گردد (Shirlow, 2016:624-625). این سه مفهوم متمایز اما مرتبط هستند، هر یک از این مفاهیم دارای ابزارها، مزایا و پیامدهای بالقوه خاص خود هستند و برای درک بهتر این سه مفهوم به تحلیل آنها می پردازیم:

### الف- قابلیت دسترسی

شفافیت در جایی که بر پایه تخصیص «در دسترس بودن» اطلاعات بنا شده باشد، به مفهومی اطلاعات محور تبدیل می شود. از این منظر، رسیدگی های داورى ممکن است تا حدی که به عنوان مثال، اطلاعات مربوط به موجودیت یا ماهیت آنها در دسترس عموم قرار می گیرد، شفاف طبقه بندی شوند (Maupin, 2013:150-151).

شفافیت تحت عنوان در دسترس بودن، موجب افشای اطلاعات می شود. قلمرو این شفافیت به میزان اطلاعاتی که در رسیدگی های داورى در دسترس عموم قرار می گیرد بستگی خواهد داشت. این نوع شفافیت در محدودترین حالت، اطلاعات مربوط به طرفین اختلاف در یک رسیدگی داورى یا حتی وجود آن رسیدگی را ممکن است بیان کند. در غیر این حالت، این نوع شفافیت می تواند به افشای بخش وسیعی از اسناد ارائه شده در روند داورى یا به علنی بودن جلسات داورى اشاره کند (McCarthy et al., 2017:416-421).

<sup>541</sup> . Availability.

<sup>542</sup> . Accessibility.

<sup>543</sup> . Participation.

## ب- قابلیت دستیابی

شفافیت به معنای قابلیت دستیابی نیازمند چیزی بیشتر از صرف انتشار اطلاعات درباره رسیدگی داور سرمایه گذاری است و بر دریافت اطلاعات توسط کاربر مشخص متمرکز است (Shkabatur, 2013:127). به عنوان مثال، مواردی از قبیل برگزاری جلسات علنی و انتشار اطلاعات اولیه در مورد رسیدگی های داور در نوع اول و فعالیت های اطلاع رسانی عمومی از جمله آموزش ها، ترتیبات تسهیلاتی برای رسانه ها، مردم و غیره، خلاصه کتبی یا پخش مجازی از تصمیمات داور و استفاده از اطلاعیه های مطبوعاتی برای انتشار اطلاعات درباره رسیدگی های داور از نوع شفافیت نوع دوم محسوب می گردند. این نوع از شفافیت بدین معناست که اطلاعات منتشر شده در مورد رسیدگی های داور بایستی از کیفیت مشخصی برخوردار باشند به نحوی که قابل فهم، قابل ارزیابی و قابل مقایسه برای کاربر موضوع اقدامات شفافیت باشد. این یک مفهوم «کاربر محورتر»<sup>544</sup> از شفافیت است.

در این مدل از شفافیت، افشای اطلاعات فقط به آن مقدار از شفافیت که برای فهم برخی از اطلاعات منتشر شده کافی باشد، خواهد رسید و بنابراین در نفس این دسته، محرمانگی و خصوصی بودن داور نیز لحاظ می شود. این نوع از شفافیت هدف اقدامات شفاف سازی را که فهم راحت تر، مقایسه و ارزیابی اطلاعات منتشر شده است را تقویت می کند. بنابراین افشای اطلاعات در صورت ایجاد وضوح در آیین تصمیم گیری مانند تقویت فهم و استفاده از اطلاعات به شفافیت به معنای قابلیت دستیابی دست خواهد یافت (Mock, 1999:1081).

در این نوع از شفافیت، تعهدات مربوط به افشای اطلاعات، عمدتاً معطوف به اطلاعات ماهوی هستند که به منظور بهره مندی اشخاصی که ذی نفع در دریافت اطلاعات مربوطه هستند و نه همه افراد جامعه طراحی می شوند. هرچند اطلاعات افشا شده ممکن است به نحو اتفافی نهادهای افشا کننده اطلاعات را تحت فشار قرار دهد، با این حال، هدف اصلی آن این است که اشخاص ذی نفع واقعی را قادر به انتخاب های راهبردی سازد (Weil, 2002:11-15).

## ج - مشارکت<sup>545</sup>

در نهایت، شفافیت ممکن است بیشتر از آنکه به ظرفیت یک کاربر برای ملاحظه یا فهم آیین داور مربوط شود به ظرفیت آن کاربر برای مشارکت فعال در آن روند داور اشاره داشته باشد. «شفافیت به عنوان مشارکت» بر گفت و شنود بین دیوان های داور و کاربر اقدامات شفافیت متمرکز است. این شکل از شفافیت نه بر انتقال اطلاعات «در دسترس بودن» و نه بر فهم آن اطلاعات «دستیابی» متمرکز است، بلکه بیشتر به قابلیت کاربر برای ورود در فرآیند ساخت اطلاعات «مشارکت» توجه دارد (McCarthy et al., 2017: 422).

شفافیت به عنوان مشارکت ممکن است بسته به کیفیت، کمیت و تنوع ورودی داده شده به کاربر، درجات متفاوتی داشته باشد. به عنوان مثال، مواردی همچون ظرفیت افراد خارج از اختلاف برای تسلیم دادخواست کتبی به دیوان در مورد اختلاف، شرایط دیوان برای ورود به آن دادخواست ها و یا حتی برابری آیین رسیدگی بین طرفین اختلاف و طرف های ثالث معین<sup>546</sup> که هرچند جزو طرفین اختلاف نیستند اما با این وجود، دینفعان در نتیجه یک اختلاف هستند، می توانند شامل شفافیت به معنای مشارکت شوند (Figueroa, 2015:8).

## قسمت دوم - رویه های اخیر شفافیت شکلی در داور های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی

### الف - پیامدهای بالقوه اشکال مختلف شفافیت - شفافیت شکلی

همانطور که بیان گردید، در رسیدگی داور سرمایه گذاری بین المللی، شفافیت در سه قالب قابلیت دسترسی، قابلیت دستیابی و مشارکت شکل می گیرد. این سه نوع شفافیت بر روی یکدیگر ایجاد می شوند و بهم پیوسته اند. شفافیت به

<sup>544</sup> . “User- Centric”.

<sup>545</sup> . Transparency as Participation.

<sup>546</sup> . Amicus curiae.



عنوان دسترسی یک شکل «بنیادی»<sup>547</sup> از شفافیت است (Cristoffer, 2014: 79)، چرا که هدف شفافیت بدون دسترسی به حداقل برخی از اطلاعات مربوط به روند داور، نمی تواند درک شود و یا در رسیدگی داور نمود پیدا کند. با وجود بنیادی بودن، شفافیت به عنوان دسترسی منفعل ترین شکل شفافیت است. این نوع شفافیت ممکن است در اطلاعات موجود پرونده بدون هیچگونه اقدام به فهم یا واکنش توسط کاربر، وجود داشته باشد (Peters, 2015: 3).

شفافیت به عنوان قابلیت دستیابی، مبتنی بر شفافیت به عنوان دسترسی است زیرا مستلزم آن است که اطلاعات در دسترس، برای یک کاربر خاص منتشر شوند و برای دستیابی به آن کاربر مطابقت یابند. به عنوان مثال برای دینفعانی که قصد بهره مندی و استفاده از اسناد منتشر شده را دارند، در صورتی که قادر به پردازش و درک اطلاعات موجود در آنها نباشند، انتشار صدها صفحه از اسناد داور توسط دیوان داور، شفافیت به معنای دستیابی را محقق نخواهد کرد (Shirlow et al., 2019: 6).

قابلیت دستیابی، «در دسترس بودن» را معنادار و «مشارکت» را امکان پذیر می کند. شفافیت به عنوان مشارکت فعال ترین شکل شفافیت را به همراه دارد، زیرا مطابق آن، اطلاعات به منظور تقویت تعامل میان کاربران شفافیت و فرآیند تولید اطلاعات، قابلیت دسترسی و دستیابی می یابند. بنابراین معنا و هدف شفافیت در رسیدگی داور سرمایه گذاری بین المللی با توجه به سیاق خاصی که مورد استناد قرار می گیرد، متفاوت خواهد بود (Joachim et al., 2008: 150-154).

در این مقاله، اصطلاح شفافیت برای اشاره به دسترسی و دستیابی به اطلاعات مربوط به رسیدگی های مبتنی بر داور و همچنین ظرفیت شرکت در آن رسیدگی ها استفاده می شود. در ادبیات حاضر این مورد شفافیت «شفافیت شکلی»<sup>548</sup> نامیده شده است. از این رو، در این قسمت سوم با اشاره به این درک متفاوت از شفافیت، پویای افزایش شفافیت شکلی در داورهای مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی را معرفی می کند.

معاهدات سرمایه گذاری که بر اساس آن ها بسیاری از داورهای سرمایه گذاری اولیه صورت می گیرند، به مسئله شفافیت شکلی عمدتاً اشاره ای نداشته اند. فقدان مقررات مربوط به شفافیت در معاهدات، به این معنی است که مسائل شفافیت برای بسیاری از داورهای اولیه سرمایه گذاری توسط دیوان ها و طرفین اختلاف به صورت موردی و بر اساس اوضاع و احوال پرونده تنظیم می شده است (Born et al., 2009: 32). در حالی که اکثر دیوان ها پیش فرض نبودن محرمانگی در داورهای سرمایه گذاری را پذیرفته بودند،<sup>549</sup> تصمیمات موردی راجع به مسائل شفافیت، عدم قابلیت پیش بینی شکلی نوع اطلاعاتی که بایستی برای روشن سازی هر پرونده منتشر شود را به همراه داشت.<sup>550</sup>

چنین وضعیتی، آتش انتقادات نسبت به داورهای سرمایه گذاری بین المللی را مشتعل کرد و در نهایت دولت ها و موسسات داور را بر آن داشت که دست به اصلاح آیین داورهای سرمایه گذاری بین المللی بزنند (Teitelbaum, 2010: 54). این بخش، اصلاحات کلیدی در معاهدات اخیر سرمایه گذاری را معرفی می کند تا نشان دهد چگونه این اسناد، شفافیت شکلی در رسیدگی داورهای سرمایه گذاری بین المللی را ارتقا داده اند. با این حال بایستی این مطلب را در نظر داشت که اصلاحات در صورتی کارآمد خواهند بود که قواعد شفافیت را در جهت مطابقت با اهداف نهایی آن (در بخش های آتی به آن پرداخته می گردد) استانداردسازی نمایند (Ruscilla, 2015: 2-15).

<sup>547</sup> . 'foundational'

<sup>548</sup> . Procedural Transparency.

<sup>549</sup> . Philip Morris Asia Ltd v Australia (Procedural Order No 5 of 30 November 2012), para32; AAY and others v AAZ [2009] SGHC 142, paragraph 34-35.

<sup>550</sup> . Perenco Ecuador limited v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Decision on Ecuador's Reconsideration Motion, 10 April 2015, paragraph 80; Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Government of India, PCA Case No. 2016-7, Procedural Order No. 2, 12 August 2016, Para 10, 36, 37, 43.



## ب - رویه های اخیر معاهدات در موضوع شفافیت در رسیدگی داور سرمایه گذاری بین المللی

موافقتنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) بین کانادا، مکزیک و ایالات متحده در سال 1994، به عنوان نمونه اولیه یک معاهده سرمایه گذاری است که به موضوعات شفافیت پرداخته است.<sup>551</sup> این معاهده در ابتدا شامل موارد محدودی از دسترسی به اطلاعات بود، اما در سال های 2001 و 2003، اعضای نفتا تعهدات مربوط به شفافیت را با افشای اطلاعات تمامی اسناد ارائه شده به دیوان، علنی ساختن جلسات داور و حضور اشخاص ثالث در رسیدگی های داور گسترش دادند.<sup>552</sup> بنابراین معاهده حاضر از تاکید بر شفافیت به معنای قابلیت دسترسی، به سمت دیدگاهی از شفافیت که شامل فرصت های محدود برای ورود اشخاص خارج از اختلاف در رسیدگی های داور است، تغییر جهت داده است.<sup>553</sup>

به دنبال این تحولات نفتا، ایالات متحده و کانادا نمونه معاهدات سرمایه گذاری خود را به منظور گنجاندن چارچوب های شفافیت مشابه اصلاح کردند. به عنوان مثال، در معاهده نمونه سرمایه گذاری 2004 ایالات متحده آمریکا مقرراتی راجع به الزامی بودن افشای اسناد و مدارک، انتشار آراء، جلسات رسیدگی علنی، پذیرش درخواست همیار دادگاه،<sup>554</sup> گنجانده شده است.<sup>555</sup> بنابراین نمونه معاهده 2004 آمریکا، به دنبال عبور از یک رژیم فاقد شفافیت قابل اعمال در معاهدات سرمایه گذاری موجود ایالات متحده به سمت یک رژیم "قابلیت دسترسی" بود.

نمونه معاهده 2004 کانادا نیز به همین ترتیب انتشار کلیه اسناد تسلیم شده و صادر شده توسط دیوان داور، جلسات علنی رسیدگی و تشکیل پرونده برای درخواست های همیار دادگاه را پیش بینی کرده است.<sup>556</sup> با این حال این نمونه معاهده به روشنی بیان می کند که هر دیوانی که اجازه تشکیل پرونده برای درخواست های همیار دادگاه را بدهد، "ملزم به رسیدگی به درخواست در هر نقطه از داور نیست".<sup>557</sup>

نمونه دیگر از تحولات معاهداتی شفافیت را می توان در موافقت نامه های اخیر استرالیا از جمله موافقتنامه جامع مشارکتی اقتصادی اندونزی- استرالیا مصوب 2020،<sup>558</sup> موافقت نامه تجارت آزاد استرالیا - هنگ کنگ امضا شده در سال 2019<sup>559</sup> و موافقت نامه تجارت آزاد بین برخی از کشورهای دو سوی اقیانوس آرام - موافقت نامه پیش رو و جامع برای شراکت ماورای اقیانوس آرام (سی پی تی پی) مصوب 2018،<sup>560</sup> مشاهده نمود.

<sup>551</sup> . Article 1127 & 1137 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA).

<sup>552</sup> . Statement of the Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation, 7 October 2003; United States And Canada, Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations, 7 October 2003.

<sup>553</sup> . لازم به توضیح است معاهده نفتا از تاریخ یک اول جولای 2020 جای خود را به معاهده آمریکا-مکزیک-کانادا (U.S.-Mexico-Canada Agreement (USMCA) داده است. برای اطلاعات بیشتر ببینید:

<https://www.trade.gov/usmca>.

<sup>554</sup> . Amicus Curiae. در تعریف همیار دادگاه بطور کلی می توان گفت که شخص یا اشخاصی هستند که درباره مسائل موضوعی

و حکمی دعوا، اطلاعات و تحلیل های حقوقی یا غیر حقوقی خود را برای یاری رساندن به دادگاه برای رسیدن به تصمیم مناسب و مقتضی به دادگاه ارائه می نمایند.

<sup>555</sup> . United States Model Investment Treaty (2004) art 29(1), 29(2), 28(3).

<sup>556</sup> . Canada Model Investment Treaty (2004) 2004 arts 38(1) (open hearings), 38(3) (publication of documents), 38(4) (publication of award), art 39 (amicus submissions).

<sup>557</sup> . ibid art 39(7).

<sup>558</sup> . The Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (IA-CEPA) entered into force on 5 July 2020.

<sup>559</sup> . The Australia-Hong Kong Free Trade Agreement as signed by Australia and Hong Kong on 26 March 2019(AHKIA).

<sup>560</sup> . Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP).

این شراکت یک موافقت نامه تجارت آزاد می باشد که بین کشورهای کانادا، استرالیا، ژاپن، مالزی، مکزیک، نیوزیلند، پرو، سنگاپور و ویتنام به اجرا در آمده و در جریان است و برای کشورهای امضا کننده دیگر یعنی برونئی و شیلی، 60 روز پس از تصویب آنها به اجرا در خواهد آمد.

See, the related electronic sites.

موافقتنامه جامع مشارکتی اقتصادی اندونزی- استرالیا در فصل 14 خود که راجع به سرمایه گذاری است، در دسترس عموم قرار گرفتن آراء و تصمیمات را ضروری ساخته است. علیرغم این، طرفین اختلاف می توانند با اطلاع به دیوان، محرمانگی اطلاعاتی خاصی را که تمایل به افشای آنها را ندارند همچنان حفظ کنند.<sup>561</sup> این سند در واقع بیشتر بر جنبه محرمانگی رسیدگی داور تأکید دارد تا شفافیت آن و به همین دلیل در مرحله صرف دسترسی به تصمیمات و آراء و آن هم در صورت عدم مخالفت هیچ یک از طرفین، باقی مانده است.

موافقت نامه تجارت آزاد استرالیا- هنگ کنگ و موافقت نامه سرمایه گذاری استرالیا- هنگ کنگ<sup>562</sup> به طور کلی مقررات جامع تری را در مورد شرایط شفافیت در مقایسه با سند سپا ارائه می دهد.<sup>563</sup> اما این سند نیز همچنان در مرحله دسترسی به اطلاعات باقی مانده است و همچنان بیشتر بر موضع محرمانگی رسیدگی داور تأکید دارد.

**موافقت نامه پیش رو و جامع برای شراکت ماورای اقیانوس آرام (سی پی تی پی پی)**، نیز به دنبال ایجاد انقلابی در بهبود شفافیت رژیم حل و فصل اختلاف نبوده است (Major, 2018:20-21) و همانند سند **آهک** در ماده 9.24 خود، تعهداتی کلی مبنی بر در دسترس عموم قرار دادن برخی از اسناد و علنی برگزار شدن جلسات رسیدگی دارد. با این وجود این سند نیز، در خصوص اطلاعات حساس اصل را بر محرمانگی قرار داده است.<sup>564</sup> بنابراین این سند نیز در مراحل دستیابی و مشارکت ساکت مانده است و در مرحله دسترسی صرف باقی مانده است.

یکی دیگر از تحولات معاهداتی پیرامون مسئله شفافیت در رسیدگی های داور، بررسی رویکرد چین و اتحادیه اروپا پیرامون این مسئله است. مقررات شفافیت در موافقت نامه های سرمایه گذاری بین المللی **چین را در موارد متعددی (15 مورد)** می توان مشاهده نمود. نوع اول "مقررات آرمانی" است که به طور معمول عبارات اعلامی مختلفی مانند "ایجاد شرایط سرمایه گذاری شفاف" یا "ترویج اقدامات شفافیت بیشتر" در این گونه مقررات استفاده می شود.<sup>565</sup> نوع دوم به انتشار قوانین، مقررات و سیاست گذاری های مربوط به سرمایه گذاری ارتباط دارد.<sup>566</sup> مشابه نوع اول، این نوع دوم از مقررات نیز در حقیقت به طور مستقیم به شرط حل و فصل اختلاف دولت- سرمایه گذار اشاره ای ندارند.

نوع سوم به موضوع بحث برانگیز شفافیت در رژیم حل و فصل اختلاف دولت سرمایه گذار، یعنی انتشار آراء و برخی از **انواع** دیگر اسناد داور می پردازد. فقط سه مورد از موافقت نامه های سرمایه گذاری چین حاوی چنین مقرراتی هستند که عبارت اند از: موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری چین-کوبا (2007)، موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری چین-مکزیک (2008) و موافقت نامه تجارت آزاد چین-استرالیا (2015). موضع طرف های **موافقت نامه های سرمایه گذاری چینی** در این موارد یکسان نیست. مقررات در دو موافقت نامه اول فقط مربوط به انتشار آراء است و از وضعیت متعارضی برخوردارند. بدین ترتیب در حالی که حالت پیش فرض موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری چین-کوبا (2007)<sup>567</sup> این است که آراء نباید در دسترس عموم قرار گیرند مگر اینکه طرفین خلاف آن توافق کرده باشند، موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری چین-مکزیک (2008)<sup>568</sup> خلاف این را پیش بینی کرده است. در طرف مقابل، فصل

<sup>561</sup> . Article 14.31.(1), 14.31.(2), 14.31.(3) of IA-CEPA. Available at:

<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/iacepa/iacepa-text/Pages/iacepa-chapter-14-investment>.

<sup>562</sup> . The Australia-Hong Kong Free Trade Agreement (A-HKFTA) and Investment Agreement (AHKIA).

<sup>563</sup> . Art 30, Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, Available at:

<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/a-hkfta-investment-agreement.pdf>.

<sup>564</sup> . Article 9.24(Transparency of Arbitral Proceedings) CPTTP.

<sup>565</sup> . Art. 2 of the China-Bosnia & Herzegovina BIT (2002), Art. 147 of the China-New Zealand FTA (2008), Art. 2 of the China-ASEAN FTA (2009), Art. 9 of the China-Japan-Korea TIT (2012).

<sup>566</sup> . Art. 6 of the China-Australia BIT (1988), Art. 12 of the China-Finland BIT (2004), Art. 11 of the China-Korea BIT (2007), Art. 146 of the China-New Zealand FTA (2008), Art. 19 of the China-ASEAN FTA (2009), Art. 17 of the China-Canada BIT (2012), Art. 10 of the China-Korea-Japan TIA (2012), Art. 25 of the China-Chile BIT (2012), Art. 12.8 of the China-Korea FTA (2015).

<sup>567</sup> . Art. 9 of the China-Cuba BIT (2007).

<sup>568</sup> . Art. 20 of the China-Mexico BIT (2008).

سرمایه گذاری موافقت نامه تجارت آزاد چین و استرالیا (2015)<sup>569</sup> جامع تر به نظر می رسد و طیف گسترده تری از اسناد داوری را برای اهداف انتشار پوشش می دهد.<sup>570</sup>

چهارمین نوع مقررات شفافیت، به مسئله شفافیت رسیدگی های داوری مربوط می شود. از جمله مصادیق این نوع شفافیت که محدود به این موارد نیز نیست، مشارکت شخص ثالث (همیار دادگاه) و کشورهای خارج از اختلاف در حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار، ادغام داوری<sup>571</sup> و علنی برگزار شدن جلسات رسیدگی داوری می باشد. چنین مقرراتی عمدتاً در برخی از موافقت نامه های سرمایه گذاری بین المللی اخیر چین با کشورهای توسعه یافته یافت می شود مانند موافقت نامه دوجانبه سرمایه گذاری چین-کانادا (2012)<sup>572</sup> و موافقت نامه تجارت آزاد چین - استرالیا (2015).<sup>573</sup>

بنابراین به طور تقریبی، هرچه موافقت نامه های سرمایه گذاری چین جدیدتر می شوند، تعداد بیشتری از مقررات شفافیت در آنها گنجانده شده است. از این نظر، می توان یک روند شفافیت از عدم شفافیت تا دسترسی و مشارکت در حال ظهور را، در مسیر انعقاد موافقت نامه های سرمایه گذاری چین مورد شناسایی قرار داد.

برخلاف چین، به نظر می رسد اتحادیه اروپا طرفدار سفت و سخت شفاف تر شدن سازوکار حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار در انعقاد موافقت نامه های سرمایه گذاری بین المللی است. **موافقت نامه تجارت آزاد بین ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا (معلق در حال مذاکره) - شراکت سرمایه گذاری و تجارت ماورای اقیانوس اطلس (تی تی آی پی)**،<sup>574</sup> موافقت نامه جامع تجاری و اقتصادی اتحادیه اروپا و کانادا (سیتا)،<sup>575</sup> موافقت نامه حمایت از سرمایه گذاری اتحادیه اروپا - سنگاپور،<sup>576</sup> و موافقت نامه حمایت از سرمایه گذاری اتحادیه اروپا - ویتنام<sup>577</sup> مصادیق بارزی از معاهدات دربردارنده مسئله شفافیت هستند.

علاوه بر این، اتحادیه اروپا در سال 2015 برای اصلاح سازوکار حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار موجود، پیشنهادی مبنی بر ایجاد سیستم دادگاه سرمایه گذاری جدید ارائه داد<sup>578</sup> و همانطور که کمیسیون اروپا بیان کرد، یکی از اهداف اصلی این پیشنهاد، افزایش شفافیت در سازوکار حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار بود.<sup>579</sup> این پیشنهاد به طور مکرر در جلسات کاری کارگروه سوم آنسیترال که از سال 2017 کار خود را پیرامون اصلاح سازوکار حل

<sup>569</sup> . Art. 9.17 of the China-Australia FTA (2015).

<sup>570</sup> . Art. 9.17.2 (a & b) of the China-Australia FTA (2015).

<sup>571</sup> . این امکان وجود دارد که داوری های متعددی که به نوعی با یکدیگر مرتبطند و تحت قواعد و قانون داوری واحد در جریان هستند (مانند پرونده های داوری مربوط به کنسرسیوم ها و جوینت ونچرها و یا در پیمانکاری ها میان کارفرما و پیمانکاران دسته اول و اشخاص اخیر با پیمانکاران دسته دوم و بعد ، منجر به صدور آرای متعارض گردند. «یک راه که مشکل داوری های چندجانبه را حل می کند این است که در جایی که پرونده ها در مرز موضوعات حکمی و موضوعی هستند، دادگاه ملی دستور ادغام رسیدگی های داوری متعدد را صادر نماید؛ اینکه ادغام و حل و فصل توأمان در یک رسیدگی از خطر بروز آرای مغایر و متناقض جلوگیری می کند.

<sup>572</sup> . Arts. 27, 28, and 29 of the China-Canada BIT (2012).

<sup>573</sup> . Arts. 9.16, 9.17, and 9.21 of the China-Australia FTA (2015).

<sup>574</sup> . The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

این شراکت یک پیشنهاد جامع تجارت بین اتحادیه اروپایی و ایالات متحده بود که با هدف توسعه رشد اقتصادی و تجاری ارابه شده و در حال مذاکره بود، اما ایالات متحده مذاکرات آن را در سال 2018 متوقف کرد **See, the related electronic sites.**

<sup>575</sup> . The EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

<sup>576</sup> . The EU-Singapore Investment Protection Agreement (IPA).

<sup>577</sup> . The EU-Vietnam IPA.

<sup>578</sup> . European Commission, 'Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and other EU Trade and Investment Negotiations', Press Release, 16 September 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm), last accessed on 24 Feb 2021.

<sup>579</sup> . Ibid.

و فصل اختلاف دولت- سرمایه گذار آغاز کرده است<sup>580</sup> توسط اتحادیه اروپا و اعضای آن مطرح گردیده است،<sup>581</sup> اما در عمل ادله متقنی که نشان دهد با ایجاد دادگاه سرمایه گذاری بین المللی مشکلات رژیم حل و فصل اختلاف دولت- سرمایه گذار و از جمله آن شفافیت در رسیدگی داور سرمایه گذاری، برطرف خواهد شد توسط اتحادیه اروپا و کشورهای همسوی آن در کارگروه سوم آنسیترال تاکنون مطرح نگردیده است.<sup>582</sup>

با در نظر گرفتن تحولات اخیر سیاستگذاری اتحادیه اروپا در رابطه با اصلاحات شفافیت در سازوکار حل و فصل اختلاف دولت- سرمایه گذار، اتحادیه اروپا در رابطه با مسئله شفافیت در انعقاد موافقت نامه های سرمایه گذاری بین المللی خود، دو حالت عمده در نظر گرفته است: یکی گنجاندن قواعد شفافیت آنسیترال در معاهدات خود<sup>583</sup> و دیگری، طراحی مستقل مقررات شفافیت توسط طرفین معاهده.<sup>584</sup>

در نتیجه همانطور که مشاهده گردید از سال 2005 به بعد رویه معاهدات به سمت انعکاس مفاهیم گسترده ای از شفافیت از دسترسی تا دستیابی و مشارکت پیش رفته است. معاهدات مواردی همچون انتشار عمومی اسناد و جلسات رسیدگی علنی و همچنین ثبت درخواست های کتبی اشخاص ثالث غیر طرف اختلاف را پیش بینی کرده اند. بنابراین شیوه تنظیم معاهدات از سکوت در مورد مسئله شفافیت به سمت رژیم هایی از شفافیت که قابلیت دسترسی گسترده تر به اطلاعات در مورد رسیدگی های داور و برخی فرصت های محدود برای طرف های غیر اختلاف جهت شرکت در آن دادرسی ها تغییر یافته است (Brower et al., 2013: 689-717).

**به هر صورت باید در نظر داشت که، اصلاحات شفافیت شکلی در موضوع داور سرمایه گذاری، به ویژه در جایی که اطلاعات افشاء شده، قابل دستیابی یا مرتبط نباشد (شفافیت به معنای قابلیت دستیابی) یا قابل استفاده و اثرگذار نباشد (شفافیت به معنای مشارکت)، برای نائل شدن به اهداف پاسخگویی و مشروعیت در سیستم حل و فصل اختلاف دولت – سرمایه گذار به **طریقه داور**، متناسب نخواهد بود. اصلاحات در صورتی که نتوانند به شفافیت در معنای قابلیت دستیابی پردازند یا مصادیق ضعیفی از شفافیت در معنای مشارکت را فراهم کنند، حتی ممکن است خود ایجاد کننده نگرانی هایی باشند که تلاش های اصلاحی برای رفع آنها در حال انجام است. در واقع، انتشار طیف حجیمی از اسناد متنوع راجع به رسیدگی های داور، ممکن است به طور مثال، از توانایی دستیابی مؤثر و درک اطلاعات منتشر شده توسط مجموعه گسترده ای از اشخاص و گروه های جامعه مدنی جلوگیری کند. بنابراین، اصلاحات شفافیت بایستی اطلاعات مورد نیاز کاربران را در صورت نیاز و به شکلی که برای تصمیم گیری مؤثر به آنها کمک کند در اختیارشان قرار دهد.**

<sup>580</sup> UNCITRAL, 'Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Fourth Session (Vienna, 27 November–1 December 2017)' (2017) A/CN.9/930/Rev.1, & UNCITRAL, 'Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Seventh Session, Part I' (2018) A/CN.9/970, Available at:

[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

<sup>581</sup> . Submission from the European Union and its Member States for 37 th session session of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), 1-5 April 2019, New York & 39 th session of Working Group III, 5-9 October 2020, Vienna, , Available at: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159>

<sup>582</sup> . برای بررسی بیشتر موضوع رجوع شود به کتاب یآوری علیرضا، فروغی معین، بررسی حقوقی آخرین تحولات رژیم (نظام) حل و فصل اختلافات دولت - سرمایه گذار در آنسیترال (طرح ایجاد نهادهای دائمی بین المللی)، اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی تهران، تابستان 1400؛ همچنین ببینید سایت آنسیترال قابل دسترسی در:

[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

<sup>583</sup> . Art. 3.46 of the EU-Vietnam IPA.

<sup>584</sup> . The EU-Singapore IPA, Annex 8.

## قسمت سوم - ضرورت مشخص بودن اهداف اصلاحی، و محدودیت ها یا اشکالات شفافیت در رسیدگی داورى سرمایه گذارى بين المللى

دولت ها و موسسات داورى به طيفى از نگرانى هاى كه اصلاحات مربوط به شفافيت ظاهراً در آنها مورد بررسى قرار گرفته است، اشاره کرده اند. افزايش شفافيت به عنوان وسيله اى براى قابل پاسخگو كردن ديوان هاى داورى، افزايش انسجام و قابليت پيش بينى بودن نتايج پرونده، بهبود كيفيت آراء داورى و افزايش مشروعيت در داورى بين المللى<sup>585</sup> مورد رغبت قرار گرفته است (Shirlow, 2017:93-94). بنا بر اين شفافيت همچون ايزارى چند گانه جهت رفع نگرانى هاى متعدد در داورى سرمايه گذارى بين المللى عمل مى كند (Fisher, 2010:275-277).

با اين وجود شناسايى اهداف دقيقى كه اصلاحات مربوط به شفافيت مدنظر قرار داده است اهميت دارد، زيرا اين اهداف بهتر مى توانند ذهن مخاطب را با انواع شفافيت مورد نظر آشنا سازند. اين بخش چهار هدف كليدى را كه زمينه ساز اصلاحات شفافيت شكلى در داورى هاى مبتنى بر معاهدات سرمايه گذارى بين المللى است را معرفى مى كند و اهداف مزبور را به انواع شفافيت معرفى شده در بخش اول مرتبط مى كند. اين تجزيه و تحليل نشان مى دهد كه دستيابى به اهداف اصلاحات، به وجود انواع خاصى از شفافيت و همچنين آگاهى از محدوديت هاى آنها بستگى دارد.

### الف - ضرورت مشخص بودن اهداف اصلاحى

#### 1- شفافيت ايزارى براى ارتقاى پاسخ گويى

اصلاحات مربوط به شفافيت شكلى، مى تواند ايزارى جهت توانمندسازى ذينفعان، جهت نظارت و حتى كنترل رفتار ديوان داورى باشد. در واقع، از طريق انتشار اسناد آراء داورى، اسناد مربوط به هويت، كيفيت، جرح يا تعارض منافع داوران (قابليت دسترسى)، عموم درك بهترى نسبت به شناخت مقصر مى يابند (Figueroa, 2015:8). اين اصلاحات در معناى قابليت دستيابى ديوان داورى را نه تنها ملزم به "اطلاع دادن" به ذينفعان از فعاليت هاى خود مى كند، بلكه آن را ملزم به "اداء توضيح" در خصوص فعاليت هاى خود نيز مى نمايد (Shkabatur, 2013:119-120). البته نظارت و الزام به پاسخگويى تنها در صورتى موثر واقع مى شود كه با تعيين ضمانت اجرا همراه باشد. تعيين ضمانت اجرا نيز در صورتى پاسخ گو بودن را عملى تر و عينى تر مى سازد كه ذى نفعان نه تنها از اين حق خود آگاهى يابند بلكه در فرايند تعيين مجازات نيز مشاركت داشته باشند (Hale et al., 2006:162).

بنابراين اصلاحات در شفافيت در صورتى مى توانند به هدف قابليت پاسخگويى ختم شوند، كه اطلاعات معينى در اختيار ذى نفعان مشخصى قرار گيرد و اختيار مجازات را فراتر از طرفين اختلاف و مؤسسات داورى به گروه هاى از ذينفعان منتخب يا حتى عموم مردم نيز گسترش دهد. چنين ظرفيت هاى از شفافيت نيزمند ارتباط بين دانش (نظارت) و اقدام (مجازات) در قابليت پاسخ گويى است (Hale et al., 2006:154-162).

#### 2 - حفاظت از منافع عمومى

حضور يك دولت به عنوان يكي از طرفين داورى، مسئله منافع عمومى را ايجاد مى كند،<sup>586</sup> زيرا اتباع و ساكنين آن دولت، منافعى در نحوه اى اعمال دولت در حين داورى و نتيجه اى داورى دارند.<sup>587</sup> تأثير بالقوه داورى دولت- سرمايه گذار بر مردم، منافع آشكار عمومى را بار ديگر افزايش مى دهد، زيرا هر رأى داورى تأثيرات مالى قابل توجهى بر خزانه دولت دارد. با اين حال، يكي از مشكلات اصلى در هر جامعه اين است كه جوامع متأثر از سرمايه گذارى يا

<sup>585</sup> . Reports of of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its 34th, 35th, 36th, 37th, 38th, 39th sessions, available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)

<sup>586</sup> . Camuzzi International SA v The Argentine Republic, 10 June 2005, ICSID Case No. ARB/03/7, para. 10. Available at: <https://www.italaw.com/cases/186>.

<sup>587</sup> . Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, 29 AUG 2002, p. 23, <https://www.italaw.com/cases/57>.



پروژه های در حال توسعه اغلب از وجود اختلاف بین دولت و سرمایه گذار آگاهی ندارند.<sup>588</sup> بدین ترتیب، آنها به ندرت شانس شرکت در حل و فصل اختلاف برای حفاظت از حقوق خود و پاسخگو کردن دولت را می یابند (Magraw et al., 2009:350).

ارتقای شفافیت، این مشکل را کاهش خواهد داد، زیرا در کمترین حالت، وجود یک اختلاف جزو دانش عمومی خواهد شد.<sup>589</sup> علاوه بر این، اجازه دسترسی بیشتر به جزئیات اختلاف، مشارکت عمومی را معنادارتر خواهد ساخت و در نتیجه کمک بیشتری به دیوان در تعیین مسائل واقعی و صدور حکمی شایسته می کند. چنین مشارکتی به خصوص با حضور همیار دادگاه، می تواند استدلال های پیش روی طرفین و دیوان دآوری را که به خصوص در ارتباط با دفاع از منافع عمومی هستند، موثق تر نماید (Harten et al., 2006:143-147).

### 3 - شفافیت راهی برای کم کردن تردیدها و تقویت مشروعیت

قدرت زیادی که در اختیار دیوان ها و طرفین اختلاف برای تعیین میزان و محتوای شفافیت قرار دارد، منجر به بروز استانداردهای شفافیت پایین و غیرمنطبق، عدم انسجام در آراء، عدم صراحت، عدم وضوح و عدم قابلیت پیش بینی آیین رسیدگی دآوری شده است. این عامل، دستیابی و پیشرفت به سمت یک محیط قابل پیش بینی تر و علنی تر را دشوار ساخته و اعتبار و مشروعیت سیستم حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری را با چالش جدی مواجه کرده است (Brower et al., 2013:51). شفافیت با ارتقای قابلیت دسترسی عمومی به اطلاعات مربوط به جریان دآوری (از جمله دسترسی به اسناد، جلسات رسیدگی، تصمیمات و آراء) و مشارکت بیشتر اشخاص خارج از اختلاف، درک عمومی را تقویت و تردیدهای عمومی نسبت به دآوری سرمایه گذاری را برطرف می سازد.<sup>590</sup>

شفافیت می تواند با علنی نمودن جلسات رسیدگی، تضمین مطلع و پاسخ گو بودن دیوان دآوری، منجر به بهبودی فرآیند تصمیم گیری دآوری شده (مشروعیت درونی) (Ishikawa, 2010:396-402) و با پذیرش درخواست همیار دادگاه توسط دیوان و افزایش قابلیت دسترسی به ادله و اطلاعات دآوری، کیفیت تصمیم صادره از دیوان (مشروعیت بیرونی)، را بهبود بخشد (Wieland, 2011:334-340). چرا که علنی نمودن رسیدگی ها، قابلیت پذیرش عمومی و در نتیجه اجرای رأی را آسان تر می کند و در دسترس عموم قرار دادن اطلاعات پرونده های سابق، منجر به تقویت مستندات و استدلال های طرفین در لوایح تقدیمی می گردد (Mollestad, 2014:13).

البته صرف دسترسی عمومی به اطلاعات، مشارکت اشخاص ثالث و علنی نمودن جلسات، برای دستیابی به سطح مطلوبی از آگاهی عمومی لزوماً کافی نیست و بایستی انواع اطلاعات و طیفی که منافع مهمی در دستیابی به اینگونه اطلاعات دارند، مدنظر قرار گیرند. از این رو، اصلاحات شفافیت بایستی بر انواعی از شفافیت متمرکز شوند که با دستیابی به اهداف افزایش مقبولیت و مشروعیت مطابقت داشته باشند. در نظر گرفتن همه عوامل فوق، می تواند موجب ارتقای مشروعیت خارجی سیستم دآوری سرمایه گذاری شود (Peters, 2013: 561).

### 4 - تقویت درستی و انسجام در تصمیم گیری

دسترسی عمومی به اسناد و تصمیمات در دآوری، پیش شرط سیر تکاملی یک پرونده منسجم است و این امر به ویژه زمانی که داوران را ملزم به تفسیر موارد مبهم و مجمل پرونده سازد (قابلیت دستیابی و مشارکت)، اطمینان حقوقی را

<sup>588</sup> . Magraw, Daniel Barstow and Amerasinghe, Niranjali Manel (2009) "Transparency And Public Participation In Investor-State Arbitration," ILSA Journal of International & Comparative Law: Vol. 15: Iss. 2, Article 4, p. 350.

Available at: <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol15/iss2/4>

<sup>589</sup> . Empresas Lucchetti, SA and Lucchetti Peru, SA v Republic of Peru, 7 Feb. 2005, ICSID Case No. ARB/03/4, at paras 18–21, available at: <https://www.italaw.com/cases/389>.

<sup>590</sup> . UNCITRAL, 'Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fifty-Third Session, (Vienna, 4-8 October 2010), paras 16–17, 46, 62–63; UNCITRAL, 'Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fifty-Fourth Session (New York, 7-11 February 2011), para 112 & 116.

که لازمه رسیدگی به هر پرونده ای است، بر مبنای یکسان فراهم می کند و اعتماد طرفین دعوا را نسبت به قابل پیش بینی بودن سیستم افزایش می دهد (Berger, 1992:19). البته نباید این گونه برداشت شود که پرونده های گذشته به عنوان رویه قضایی در نظر گرفته می شوند، بلکه این پرونده ها، بیشتر یک مرجع به منظور بررسی چگونگی تفسیر سایر دیوان ها از مقررات مشابه هستند.

شفافیت در معنای مشارکت نیز می تواند به درجه بالاتری از تصمیم گیری صحیح کمک کند، چرا که خلاصه گزارش همیار دادگاه گاهی می تواند واقعیت ها و استدلال های قانونی را در بر داشته باشد که هیچ یک از طرفین دعوا قادر به ارائه آنها نبوده اند.<sup>591</sup> علاوه بر این، همیار دادگاه ممکن است از قبل تمام اطلاعات مربوط به اختلاف را داشته باشد، اطلاعاتی که ممکن است هفته ها - اگر نگوئیم ماه ها - برای دیوان به طول بینجامد که بخواهد به تنهایی آنها را جمع آوری نماید. بنابراین همیار دادگاه به دیوان کمک می کند تا با آگاهی بیشتری در مورد پرونده تصمیم گیری نماید.<sup>592</sup>

### **ب- اشکالات ساماندهی شفافیت**

علی رغم مزایای افزایش شفافیت شکلی در فرآیند داوری سرمایه گذاری بین المللی، این امر مشکلاتی نیز به همراه دارد که ساده گذشتن از آنها و تعجیل در الزامی نمودن قواعد مربوط به شفافیت به جای کمک به داوری، روند تکامل داوری را با موانع جدی مواجه می سازد.

### **1 - مداخله در روند رسیدگی ها**

شفافیت، می تواند یکپارچگی شکلی اختلاف را با تهدید جدی مواجه کند.<sup>593</sup> علنی کردن هرچه بیشتر روند رسیدگی ها به اشخاص خارج از اختلاف می تواند، روند دادرسی ها را در برابر فشارهای رسانه ای و سیاسی آسیب پذیر نماید (Kinnear, 2006: 49). افشای لوایح یا درخواست های طرفین، همچنین نگرانی به خطر افتادن منافع آنها در نتیجه ورود اطلاعات محرمانه و حساس از نظر قانونی و مالی (به عنوان مثال، حساس به عملکرد تجاری طرفین)<sup>594</sup> به دامنه عمومی را در بر دارد (Argen, 2015:11).

از طرفی دیگر، مجاز بودن ارائه لوایح توسط همیار دادگاه خصوصاً به این دلیل که شخص ثالث نه ملزم است و نه اغلب فرصت اثبات و اقیات ارائه شده به دیوان به او داده می شود، می تواند روند داوری را مشکل ساز نماید. اگرچه این خلاصه گزارش ها، می توانند ارتباط قابل توجهی با اختلاف داشته باشند، اما در صورت تصمیم طرفین به رد اقیات و استدلال های قانونی ارائه شده در گزارش همیار دادگاه، این گزارش ها غالباً باری را بر دوش طرفین تحمیل خواهند کرد (Stern, 2005: 1438-1444).

علاوه بر این، شفاف سازی رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی، ممکن است توسط افراد خارج از اختلاف به منظور دامن زدن به دعاوی مربوط به منافع عمومی و یا برای مختل کردن روند داوری از طریق ایراد تهمت های ناروا علیه طرفین، بر اساس تحریف اطلاعات و پیامدهایی که حاصل برداشت های منفی بی پایه و اساس هستند، مورد

<sup>591</sup> . Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Case NO. 683, para.29.

<sup>592</sup> . Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A (Spain) v. Argentine Republic (Arg.), Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus curiae, ICSID Case No. ARB/03/19, pp. 15-16 (2005).

<sup>593</sup> .SD Myers Inc v Canada (Procedural Order No 16 of 13 May 2000). Paragraphs 12 and 13.

<sup>594</sup> . شماره دادنامه قطعی 9109970223801715، تاریخ دادنامه قطعی 1391/12/20، شعبه 38 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، قابل دسترسی در سامانه ملی آرای قضایی به نشانی: <https://ara.jri.ac.ir>.

سوءاستفاده قرار گیرند.<sup>595</sup> به عنوان مثال، در هند مصداق های متعددی را می توان یافت که در آن اطلاعات سرمایه گذاران خارجی در دامنه عمومی قرار گرفته است و در نهایت همین امر، جلوی ورود سرمایه گذاران خارجی به هند را گرفته است و یا موجب به بیرون رانده شدن سرمایه گذاران خارجی توسط کمپین های صوری تحت حمایت سازمان های غیردولتی شده است.<sup>596</sup>

## 2- تأثیر نامطلوب بر روند ارائه اسناد و شهود

اعمال رژیم شفافیت احتمالاً بر تصمیمات یک طرف در زمینه پیشبرد امور مربوط به افشای مسائل اساسی و به ویژه ارائه اسناد (خصوصاً در مورد اسنادی که ممکن است دارای حساسیت های حقوقی یا مالی باشند) و مدارکی که شهود به راحتی ارائه می دهند، تأثیر خواهد گذاشت.<sup>597</sup> در جایی که خطر در دامنه عمومی قرار گرفتن اطلاعات با اهمیت طرفین وجود دارد، اجرای رژیم شفافیت، موجب نادیده انگاشتن افشای اطلاعات با اهمیت به صورت کامل، صریح و رایگان توسط طرفین دآوری به دیوان می شود. در چنین اوضاع و احوالی، هرچند طرفین طبق روال معمول به تعهدات خود در زمینه ارائه اسناد عمل خواهند کرد. با این حال، در صورت عدم وجود شرایط سختگیرانه جهت ارائه اسناد، طرفین مسلماً قبل از علنی نمودن چنین مطالبی، خطر سوء استفاده اشخاص ثالث (اغلب تحت تأثیر رقبا) از چنین مطالبی را، مورد ارزیابی قرار خواهند داد و بر اساس آن اقدام به ارائه تمام یا بخشی از اسناد خود به دیوان دآوری خواهند نمود.<sup>598</sup>

## 3 - آیین رسیدگی متناقض

این واقعیت که مجموعه دادخواست ها و اسناد، سابقه دیوان را تشکیل می دهند، قابل بحث نیست. این اسناد چه از مسائل قانونی و مالی نشأت بگیرند و چه از مسائل تجاری، محرمانگی در آنها امری حیاتی است. در صورت مجاز بودن هر گونه شکل محدود افشا، نه تنها فرآیند تفکیک مطالبی که بایستی در دسترس دامنه عمومی قرار گیرند، دست و پا گیر می شود، بلکه علاوه بر این، طرفین را در معرض خطر آیین های چندگانه جلسات استماع در رابطه با محدودیت های مناسب افشا در رژیم شفافیت قرار می دهد. شرایط بنیادینی که زیربنای هر رژیم شفافیت است نبایستی به گونه ای باشد که منجر به مختل شدن رسیدگی های دآوری یا تحمیل بار مسئولیت ناروا در آنها شود و یا تبعیض غیرمنصفانه بر هر یک از طرف های دعوا ایجاد کند.

## 4 - افزایش هزینه ها

در ابتدا، انتخاب دآوری بین المللی برای رسیدگی به پرونده های دولت - سرمایه گذار، ناشی از این تصور بود که دآوری، روشی سریع تر، کم هزینه تر، انعطاف پذیرتر و آشناتر برای شرکت های بین المللی است. برخلاف انتظارات،

<sup>595</sup>. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/05/22, paras. 32-33.

<sup>596</sup>. به عنوان مثال می توان به طرح دعوی قضایی منافع عمومی در دادگاه عالی هند توسط خانم واندانا شیوا (Vandana Shiva) علیه سرمایه گذار خارجی مونسانتو (Monsanto) در سال 1999 و دعوی قضایی مربوط به منافع عمومی توسط آقای بیشواجیت باتاچاریا (Bishwajit Bhattacharyya) در دادگاه عالی هند علیه شرکت هلدینگ دستیار سابق معاون دادستان کل و وکیل ارشد دیوان عالی هند (The Vodafone International Holdings B.V.)، در سال 2014، اشاره کرد. برای مطالعه بیشتر ببینید: Prabhash Ranjan, *As India's New Bilateral Investment Strategy Sputters out, the Secrecy and Opaqueness Must Go*, available at: <https://thewire.in/130524/bits-investment-strategy-failure/>, (Last Modified 10/11/2107).

<sup>597</sup>. شماره دادنامه قطعی: 9209970270300884، تاریخ دادنامه قطعی 1392/07/17. شعبه 58 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، قابل دسترسی در سامانه ملی آرای قضایی به نشانی: <https://ara.jri.ac.ir>.

<sup>598</sup>. شماره دادنامه قطعی 9109970223801452، تاریخ دادنامه قطعی: 1391/10/30، شعبه 38 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، قابل دسترسی در سامانه ملی آرای قضایی به نشانی: <https://ara.jri.ac.ir>.



هزینه ها در داوری دولت- سرمایه گذار طی سالهای اخیر به طرز چشمگیری افزایش یافته است.<sup>599</sup> از این رو، علنی برگزار کردن فرآیند داوری، علاوه بر هزینه های سنگین موجود در داوری دولت- سرمایه گذار، هزینه های اداری دیوان ها و موسسات داوری را نیز، افزایش خواهد داد.

علاوه بر این، شفافیت در قالب مشارکت، هزینه طرفین را تا حدی که آنها را مجبور به یافتن پاسخ برای تحقیقات همیار دادگاه می کند، افزایش می دهد و هزینه دیوان را تا جایی که آن را مجبور به در نظر گرفتن مسائل شکلی اعطای وضعیت حقوقی به همیار دادگاه، درخواست های همیار دادگاه، بررسی استدلال های قانونی در تحقیقات و نحوه استفاده از آنها هنگام تهیه رأی نهایی می کند، افزایش می دهد.<sup>600</sup> بنابراین، از آنجا که یکی از اهداف اصلی داوری، تحمیل هزینه های کمتر نسبت به سایر اشکال الزامی حل و فصل اختلاف است، افزایش هزینه های دادرسی، می تواند مانع از توسل مجدد طرفین دعوا در آینده به این روش گردد.

## 5 - نقض محرمانگی

طرفداران محرمانگی بر این باورند که این ویژگی در داوری می تواند ضمن حفاظت از اطلاعات حساس تجاری و بازرگانی و حفظ اعتبار و تصویر عمومی شرکت ها و دولت ها، به کاهش تنش بین طرفین کمک کرده و روند مذاکرات در مراحل اولیه دادرسی را به سمت مصالحه پیش ببرد. علاوه بر این، محرمانگی در حین رسیدگی ها، حداقل به سیاست زدگی از اختلافات سرمایه گذاری که یکی از اهداف مورد تصدیق داوری ایکسید است، کمک می کند.<sup>601</sup> بر این اساس می توان اذعان داشت که یکی از معایب شفافیت در حیطه نقض محرمانگی این است که این مسئله ممکن است بر روی هرگونه چشم انداز حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات تأثیر بگذارد، زیرا این امر، باب فشار سیاسی،<sup>602</sup> محاسبات سرد و دخالت رسانه ها را باز می کند.<sup>603</sup> چراکه در این حالت، اشخاص ثالث (دولت ها، رسانه ها، سازمان های مردم نهاد و...)، ممکن است با افشای برخی حقایق و اسرار طرفین و یا انتشار اخبار کذب، باب سیاسی شدن پرونده را باز کرده و مانع هرگونه حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف شوند.

ایراد دوم این است که شفافیت، خطر افشای سهوی اسرار تجاری و دولتی برای افراد خارج از اختلاف را بالاتر می سازد و این امر می تواند عواقب جدی بر امنیت سرمایه گذاران و دولت ها داشته باشد.<sup>604</sup> بنابراین، به منظور دستیابی به هرگونه پیشرفت واقعی در ایجاد یک استاندارد قانونی بین المللی در مورد شفافیت در داوری سرمایه گذاری بین المللی، یافتن نقطه تعادلی مناسب میان نیاز به افشای اطلاعات مرتبط و لزوم حفاظت از اطلاعات محرمانه، امری کلیدی است.

<sup>599</sup> .Plama Consortium, v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24).

<sup>600</sup> . Methanex Corp. (Can.) v. United States, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae", para 50, 2001.

<sup>601</sup> . UNCTAD Series on International Investment Policies for Development Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration 2010, p. 13.

<sup>602</sup> . UNCTAD Series on International Investment Policies for Development Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration 2010, p. 13.

<sup>603</sup> . Biwater Gauff (Tanzania)Ltd. v. United Republic of Tanzania, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/05/22, [hereinafter Biwater No. 3]; Methanex Corp. (Can.) v. United States, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae," 2001, para. 50.; Meg Kinnear and Aisaatou Diop, "Use of the media by Counsel in investor-State arbitration", (ICCA Congress Series No.13,2006), p.49.

<sup>604</sup> . Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-eighth session (New York, 4-8 February 2013) A/CN.9/765, Para 75, Article 7(3), Available at: <https://undocs.org/en/A/Cn.9/765>

## فسمت چهارم - راهکارهای عملی تقویت رژیم شفافیت در داوری سرمایه گذاری بین المللی

با توجه به آنچه اکنون راجع به جنبه های مختلف شفافیت در داوری سرمایه گذاری بین المللی می دانیم، این سوال مطرح می گردد که چگونه بایستی قواعد استاندارد شفافیت شکلی در معاهدات سرمایه گذاری تدوین یابند. برای پاسخ به این سوال سه امر مسلم را در ابتدا بایستی در نظر گرفت. اول اینکه، رویه های شفافیت موجود در رژیم داوری های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی متنوع هستند. دوماً، رژیم حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی بسیار پیچیده، غیرمتمرکز و چند وجهی تر از آن است که بتواند امکان پیاده سازی ساده اصول شفافیت را به صورت همگانی و سراسری فراهم کند. سوماً، جایگزینی بنیادین این سیستم پیچیده با یک سیستم ساده تر و یکپارچه تر، از نظر سیاسی حداقل برای آینده قابل پیش بینی کمی دور از دسترس است (Newcombe et al., 2009: 20, 22, 55, 70-75).

با این وجود، تسلیم شدن و متوقف کردن بررسی ها برای یافتن راه حل، پاسخ مناسبی به نظر نمی رسد. یک رویکرد بهتر این است که شاخه های در هم تنیده شفافیت شکلی تحت معاهدات سرمایه گذاری از مولفه های متنی، ماهوی، نهادی، رویه ای، سیاسی گرفته تا اهداف و خطرات یا **اشکالات** اصلاحی را به طور دقیق مورد سنجش قرار داده و نحوه اهرم کردن هر یک از این موارد در طرقتی که منجر به بهبود کارایی سیستم حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری از طریق ارتقای پذیرش رویه های شفافیت حساس توسط ذینفعان، در هر گوشه از این سیستم شود را در نظر گرفت (Maupin, 2013:143-147). بدین منظور در اینجا یک نقشه راه از استراتژی های احتمالی مورد بررسی قرار می گیرد.

### الف - پذیرش اصولی داوری

بحث های سازنده در مورد چگونگی اعمال رویه های مناسب شفافیت، زمانی موفقیت آمیز خواهد بود که اذهان شفاهی جامعه معرفتی حقوق سرمایه گذاری بین المللی، آمادگی پذیرش سازوکار داوری سرمایه گذاری را به عنوان **مناسبترین طریق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری** را داشته باشد. علاوه بر این، جامعه معرفتی بایستی ضرورت قربانی کردن بخش هایی از **عناصر** داوری همچون حریم خصوصی، محرمانگی و حاکمیت اراده را به منظور تقویت رژیم داوری سرمایه گذاری بین المللی پذیرا باشد (Bahmaei et al., 2020: 99-103).

بدین منظور، **لازم** است تصاویر منفی از داوری سرمایه گذاری بین المللی کنار گذاشته شود و طرفین معاهدات سرمایه گذاری به جای بحث بر مبنای مخالف یکدیگر، در خصوص نگرانی های مشترک خود مبنی بر نقایص شفافیت رژیم حقوق سرمایه گذاری بین المللی، تضعیف مشروعیت و اعتبار این رژیم و لزوم اصلاح رژیم فعلی به بحث و تبادل نظر بپردازند.<sup>605</sup> در این صورت، با توجه به مزایای شفافیت، اعتماد عمومی به این سازوکار حل و فصل اختلاف، افزایش می باید و افزایش اعتماد عمومی، برای حفظ کارآمدی و قابلیت جایگزینی معقول داوری به جای دادرسی، امری ضروری است.

### ب - نوآوری در سیستم داوری

همانطور که **قبلاً** تشریح گردید تجربه آمریکای شمالی، استرالیا و اتحادیه اروپا در ارتباط با موضوع داوری سرمایه گذاری بین المللی نشان می دهد که پیچیدگی رژیم حل و فصل اختلاف سرمایه گذاری دلیلی برای از کار افتادگی آن نخواهد بود. این کشورها و سازمان ها، با توسعه فرآیندهای نمونه جدید موافقت نامه دوجانبه و چندجانبه سرمایه گذاری

<sup>605</sup> . [A/CN.9/1044](https://undocs.org/en/A/CN.9/1044), Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-ninth session, Vienna, 5-9 October 2020, para 31 & 46, Available at: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1044> .

بین المللی که به عموم امکان نظارت و مشارکت در مراحل تهیه موافقت نامه های بین المللی را می دهد،<sup>606</sup> راهکارهایی برای پاسخگویی به نگرانی های عمومی در مورد رویه های مبهم تنظیم معاهدات سرمایه گذاری پیدا کرده اند (De Brabandere et al., 2021: 48-52 & Ch. 8, 148-152).

هرچند در ابتدا ممکن است در برابر چنین نوآوری های احتمالی ای، مقاومت هایی صورت گیرد، اما با گذشت زمان، آنها هم شتاب می گیرند و هم مقبولیت پیدا می کنند. بنابراین نوآوری به ویژه در مواردی که سازمان های جامعه مدنی نیز به طور فعال از این تلاش ها حمایت کنند، نشان دهنده یک استراتژی مناسب برای دولت ها در انعقاد، مذاکره مجدد و تفسیر معتبر معاهدات و قوانین سرمایه گذاری آنها می باشد (Roberts, 2010: 179).

### ج - همکاری در مبادله برخی از اطلاعات مربوط به رسیدگیهای داوری

برخی از مشکلات رژیم داوری سرمایه گذاری بین المللی در زمینه قابلیت دسترسی به اطلاعات و استفاده از اطلاعات، با مجموعه ای از تلاش های داوطلبانه تا حدی مرتفع شده است. دبیرخانه ایکسید هر ساله، گزارش های شش ماهه در مورد جزئیات آماری فعالیت های خود شامل پرونده های ثبت شده و داوری شده، منابع دعاوی دولت- سرمایه گذار، توزیع منطقه ای و بخشی دعاوی، کشورهای مبدأ داوری و نتایج اختلافات بر اساس نوع آنها را، منتشر می کند<sup>607</sup>. این گزارش ها، جامع ترین گزارش های تنظیم شده از نظر سازمانی هستند. با این وجود، قسمت های کلیدی مورد توجه مانند مدت زمان دادرسی، هزینه های اداری، هزینه های دیوان و مبالغ مورد ادعا و رأی داده شده، از گزارش ها حذف شده است.

آنکتاد<sup>608</sup> نیز در انتشار داده ها در مورد معاهدات سرمایه گذاری و تأثیرات توسعه انواع مختلف استراتژی های ارتقاء سرمایه گذاری نیز فعال بوده است. این سازمان با توجه به وظیفه خود به عنوان یک سازمان بین دولتی «بی طرف»، می تواند جایگاه خوبی، برای ایفای نقش هماهنگ کننده در میان تلاش های مختلف دانشگاهی، موسسه ای و دولتی برای غلبه بر نگرانی های رژیم حقوق سرمایه گذاری بین المللی در زمینه قابلیت استفاده از اطلاعات، قابلیت دسترسی و ارتباط آن ها باشد.

علاوه بر این، پژوهشگران حقوقی نیز به منظور پرکردن خلأهای داوری سرمایه گذاری بین المللی، پیشگام موج تلاش های نوآورانه برای بهبود شفافیت اطلاعات در مورد معاهدات سرمایه گذاری بوده اند (Yackee, 2011: 397). همه

<sup>606</sup> . به عنوان مثال، در مالزی، ائتلافی از سازمان های غیردولتی، گروه های مصرف کننده، سازمان های بهداشت عمومی و انجمن های تجاری، کمپینی را با نمایندگان پارلمان که انجام مذاکرات مربوط به موافقت نامه پیش رو و جامع برای شراکت ماورای اقیانوس آرام (سی پی تی پی پی) *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)* را بر عهده داشت، راه اندازی کرده بودند و یا در میانمار، یک اتحاد فراملی از فعالان حقوقی و اقتصادی، نظارت بر یک معاهده سرمایه گذاری دوجانبه پیشنهادی با اتحادیه اروپا را بر عهده داشته است. همچنین موارد مستند بسیاری از تعامل میان پارلمان و شهروندان در انعقاد معاهدات سرمایه گذاری در آفریقا و آمریکای لاتین وجود دارد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید:

Fauwaz Abdul Aziz, *Advocacy on Investment Treaties: Lessons from Malaysia* (London: International Institute for Environment and Development, 2015), [pubs.iied.org/12581IIED.html](https://pubs.iied.org/12581IIED.html) (accessed 3 September 2019); 'cso Statement on Myanmar Investment Treaties', 25 June 2014, <https://www.tni.org/en/declaration/cso-statement-myanmar-investment-treaties> (accessed 3 September 2019); 'Open Letter from Myanmar Civil Society on EU-Myanmar Investment Agreement: Concerns of Myanmar Civil Society on 'Sustainability Impact Assessment' (sia) in Support of an Investment Protection Agreement between EU and Myanmar', 6 April 2016, <http://www.s2bnetwork.org/myanmar-sia/> (accessed 3 September 2019); Xinhua, 'African Campaigners Urge Review of Foreign Investment Laws to Protect Sovereignty', *XinhuaNet* (24 April 2019), [http://www.xinhuanet.com/english/2019-04/24/c\\_138005778.htm](http://www.xinhuanet.com/english/2019-04/24/c_138005778.htm) (accessed 3 September 2019); Paulina Acevedo Menanteau, "Chile Da Ejemplo de Cómo Enfrentar el TPP", *Servindi* (12 September 2015), <https://www.servindi.org/actualidad/140261> (accessed 3 September 2019).

<sup>607</sup> ببینید: پایگاه الکترونیکی ایکسید، دبیرخانه ایکسید، [The ICSID Secretariat](http://www.theicsid.org/).

<sup>608</sup> . United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Available at: <https://unctad.org/>.

این تلاش ها به دلیل فقدان دسترسی به داده های منتشر نشده با مشکلاتی مواجه می باشند، اما آنها، نوید بهبود قابلیت دسترسی و برجستگی اطلاعات موجود را می دهند (Franck,2011:771-778).

#### د- شهرت مجریان داوری

یکی از ویژگی های دست اندر کاران حل و فصل اختلافات در سیستم حقوق سرمایه گذاری بین المللی که اغلب نادیده گرفته می شود، میزان وابستگی آن به شهرت برای ماندگاری آن است. داوران و موسسات داوری سرمایه گذاری بین المللی که از نهاد داوری حمایت می کنند، نفع مسلمی در حفظ شهرت خود با طرز رفتار بی طرفانه و منصفانه دارند تا مبادا سرمایه گذاران یا دولت ها، تصمیم به خودداری از دریافت خدمات آنها بگیرند (Ziaei Bigdeli et al., 2019:17-18).

اهمیت این رویکرد با توجه به کمبود اطلاعات مربوط به ضوابط اخلاقی مانند افشای تعارض منافع داور، رویه های برنامه ریزی، سیاست گذاری های مربوط به ارتباطات سابق و غیره در رژیم داوری سرمایه گذاری بیشتر مشخص می گردد. در نتیجه تعیین صریح تر ضوابط اخلاقی شخصی و حرفه ای داوران و برخی دیگر از شرکت کنندگان در رسیدگی داوری، و قبول مسئولیت از طرف آنها می تواند از سوء استفاده از این نهاد و تضعیف آن که در واقع حفظ شهرت و اعتبار خود آنهاست، جلوگیری نماید.

#### ه - رقابت در موسسات و قواعد بین المللی داوری

به نظر می رسد امروزه رویه های شفافیت در رژیم حل و فصل اختلاف سرمایه گذاری بین المللی از طریق داوری، به ابزاری رقابتی در دست کنشگران این عرصه به خصوص موسسه های داوری تبدیل شده است. معاهدات سرمایه گذاری به سرمایه گذاران این امکان را می دهند که در هنگام شروع داوری علیه یک دولت میزبان، از بین چندین موسسه داوری مشخص احتمالی، یکی را به عنوان گزینه نهایی انتخاب کنند<sup>609</sup>. این وضعیت می تواند انگیزه های قوی رقابتی در موسسه های داوری برای اتخاذ رویه های جذاب از جمله شفافیت، به میزانی که بتوانند بر اولویت های

1- <sup>609</sup> برای مثال معاهده تشویق و حمایت متقابل سرمایه گذاری ایران با دولت جمهوری یونان 1386/6/5 چنین مقرر می دارد:

#### ماده 12- حل و فصل اختلافات میان یک طرف متعاقد و سرمایه گذار طرف متعاقد دیگر

1- چنانچه اختلافی میان طرف متعاقد سرمایه گذار و یک سرمایه گذار طرف متعاقد دیگر درباره یک سرمایه گذاری بروز کند، طرف های اختلاف در ابتدا تلاش خواهند کرد که اختلاف را از طریق مذاکره و مشاوره و به صورت دوستانه حل و فصل کنند.

2- چنانچه این اختلاف ظرف مدت شش ماه از تاریخ اطلاعیه درخواست حل و فصل، دوستانه حل و فصل نشود، سرمایه گذار مربوط می تواند اختلاف را به دادگاه های صالح یا داوری طرف متعاقد میزبان یا به داوری بین المللی ارجاع نماید. هر گاه سرمایه گذار اختلاف را به محکمه صلاحیتدار طرف متعاقد میزبان یا به داوری بین المللی ارجاع دهد، این انتخاب نهایی خواهد بود.

3- هر گاه اختلاف به داوری بین المللی ارجاع شود، سرمایه گذار مربوط می تواند اختلاف را ارجاع نماید به:  
الف- مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری که به موجب کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع دولت های دیگر که در تاریخ 18 مارس 1965 میلادی (برابر با 1343/12/28 هجری شمسی) در واشنگتن برای امضاء مفتوح شده، تشکیل گردیده است، چنانچه یا به محض این که هر دو طرف متعاقد به کنوانسیون مذکور پیوسته باشند، هر طرف متعاقد بدین وسیله موافقت خود را نسبت به این شیوه داوری اعلام می دارد، یا  
ب- دیوان داوری موردی بر طبق قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین المللی (آنسیترال)، یا  
پ- هر داوری بین المللی یا دیوان داوری مورد دیگری که طرفین اختلاف در مورد آن توافق نمایند.  
4- رأی داوری قطعی و برای طرف های اختلاف لازم الاتباع خواهد بود.

سرمایه گذاران و دولتهای سرمایه پذیر تأثیر بگذارند، و مقبولیت آنها را در جذب دعاوی دولت - سرمایه گذار، به حداکثر رساند، ایجاد نماید.

در هر صورت، رویه های عموم موسسات مربوط به داوری که شناخته شده اند و بیشترین نقش را در جهان در حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری از طریق داوری دارند؛ مانند ایکسید، آنسیترا (با قواعد داوری)، و دیوان دادگاه دائمی داوری لاهه، مرکز داوری اتاق بازرگانی استکهلم، اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس و دادگاه داوری بین المللی لندن، نشان دهنده این است که موسسه های داوری بین المللی، به شفافیت در رژیم داوری سرمایه گذاری در عین رعایت سایر نگرانی های این سیستم، توجه خاص نموده اند.

البته اینکه این موسسات در آینده بیشتر بسوی هماهنگی یا تمایز گام بردارند هنوز مشخص نیست. روشن شدن این ابهام به دو موضوع بستگی دارد، تمایل دولت ها در برقراری رویه های شفاف در داوری اختلافات دولت - سرمایه گذار و همچنین، میزان فشار تلاشها و مجادلات جامعه مدنی علیه موسسات داوری پنهانکار، که منجر به بالا رفتن هزینه های شهرت موسسه ها موسسات می شود.

## و - اصلاحات موردی به جای اصلاحات ساختاری

آخرین نکته ای که باید مورد توجه قرار داد، این است که بر اساس بررسی های صورت گرفته از نقطه نظرات دولت ها و سازمان های داوری بین المللی در کارگروه سوم کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنسیترا) راجع به اصلاح سازوکار حل و فصل اختلاف دولت - سرمایه گذار، سه رویکرد اساسی در خصوص شفافیت در رسیدگی داوری سرمایه گذاری تحت معاهدات بین المللی، در جریان است.<sup>610</sup>

رویکرد اول، اصلاح ساختاری سیستم حل و فصل اختلاف دولت - سرمایه گذار از طریق ایجاد نهاد دائمی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی است.<sup>611</sup> رویکرد دوم، اصلاحات غیر ساختاری رژیم از طریق تنظیم اسنادی در زمینه سازوکارهای جایگزین حل و فصل اختلاف و پیشگیری از اختلاف، انتخاب و انتصاب داوران شایسته، تدوین ضوابط رفتاری، اصلاحات قواعد شکلی رژیم حل و فصل اختلاف دولت - سرمایه گذار، تأمین مالی ثالث،<sup>612</sup> دعاوی متقابل، تأمین خواسته و خسارات است.<sup>613</sup> رویکرد سوم، اصلاح قواعد شفافیت آنسیترا و کنوانسیون موریس<sup>614</sup> است که این رویکرد به دلیل عدم استقبال جامعه جهانی، به نظر می رسد کنار گذاشته شده است.<sup>615</sup>

با توجه به مشکلات فراوانی که ایجاد نهاد دائمی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی می تواند در روند آتی اختلافات سرمایه گذاری ایجاد نماید (Yavari et al., 2021: 99-106)، در حال حاضر، اصلاح موردی نگرانی های مربوط به عدم شفافیت در سازوکار داوری سرمایه گذاری بین المللی بویژه در بخش های مربوط به انسجام

<sup>610</sup> . Reports of of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its 34th, 35th, 36th, 37th, 38th, 39th sessions, available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)  
<sup>611</sup> . این رویکرد توسط نمایندگان کمیسیون اتحادیه اروپا و کشورهای همکار آن، کانادا، آمریکا، کره جنوبی، چین، ژاپن و بسیاری از کشورهای آمریکای لاتین مطرح می باشد.

<sup>612</sup> . برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: شیروی عبدالحسین، انصاری اعظم. چالش تعهد بر افشا در تأمین مالی هزینه های داوری تجاری بین المللی توسط ثالث، 1398، مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)، 223-256.

<sup>613</sup> . این رویکرد توسط کشورهای نظیر جمهوری اسلامی ایران، روسیه، بحرین، آفریقای جنوبی، مراکش، برزیل، کاستاریکا و آرژانتین است مطرح می باشد.

<sup>614</sup> . "On 10 December 2014 the United Nations General Assembly adopted the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Prepared by UNCITRAL in the context of its recent revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Convention, also known as the 'Mauritius Convention on Transparency', was opened for signature on 17 March 2015 in Port Louis, Mauritius".

کانادا، فنلاند، فرانسه، آلمان، موریس، سوئد، انگلستان (پادشاهی متحده) و ایالات متحده در همین زمان عهد نامه را امضا نمودند -  
بینید: UN Press Release

<sup>615</sup> . کشورهای موریس، شیلی، برزیل و تایلند بر این رویکرد تأکید دارند.

تصمیمات، **خصوصیات** دوران و تصمیم گیرندگان **موسسات**، هزینه ها و مدت زمان رسیدگی ها **مناسبترین** راه حل ممکن خواهد بود.

## نتیجه گیری

به نظر می رسد طرفین داورى‌هاى اختلاقات ناشى از سرمايه گذارى مبتنى بر معاهدات سرمايه گذارى بين المللى و اشخاص و سازمانهاى ذيربط همه به گونه اى شفافيت در داورى را پذيرفته اند. رويکرد دولت ها در رابطه با مسئله شفافيت، عمدتاً جنبه شكلى داشته و نشان دهنده تمايل آنها، به قربانى نمودن بخش هاى محدودى از حريم خصوصى و محرمانگى داورى است. اين حد از پذيرش شفافيت جهت افزايش اعتماد عمومى به اين سازوکار و براي حفظ کارآمدى و قابليت جايگزينى معقول داورى به جاي دادرسى در **اختلافات** سرمايه گذارى، امرى ضرورى و **قابل استقبال** است، اما كافي نمى باشد.

امروزه شاهد آن هستيم كه على رغم پيشرفت هاى در زمينه اصلاح و تقويت شفافيت در **سيستم داورى** اختلاف دولت - سرمايه گذار، مواردى از زواياى اين **سيستم و حتى اصلاحاتش** در تاريخى فرو رفته است و **با اقدامات بعمل آمده** در برطرف نمودن نگرانى هاى مطرح موفقيت چندانى حاصل نگريده است.

اين مقاله سعى کرده است زواياى پنهان و پيچيدگى هاى شفافيت شكلى در موضوع **داورى** معاهدات سرمايه گذارى را به طور جدى مورد ملاحظه قرار دهد. بررسى هاى صورت گرفته در **دو** دهه اخير اصلاحات شفافيت داورى سرمايه گذارى بين المللى، نشان دهنده عدم تطابق انواع مختلف شفافيت شكلى با اهداف خاص يك روند اصلاحى است. اين درحالى است كه اشكال خاصى از شفافيت شكلى در دستيابى به اهداف نهايى اصلاحات شفافيت در سازوکار داورى سرمايه گذارى بين المللى، كارا تر مى باشند. از اين رو، لازم است اصلاحات شفافيت را از ديده گاهى تحليلى و نه هنجارى مورد ارزيابى قرار دهيم و به جاي فرض اينكه افزايش شفافيت، قابليت پاسخگويى و مشروعيت در داورى سرمايه گذارى را تقويت مى كند، تعيين اينكه کدام يك از انواع شفافيت بهتر اين اهداف را پرورش مى دهد و تحت چه شرايطى، ضرورى مى نمايد.

پويش هاى اخير معاهدات سرمايه گذارى بين المللى، عمدتاً بر افشا و ميزان علنى بودن اطلاعات متمرکز شده است. اين پويش ها همچنين در مقياسى محدودتر به اين سوال كه چه كسى بايد قادر به شركت در رسيدگى هاى داورى باشد پرداخته است. **به نظر مى رسد**، اصلاحات عمدتاً به بالا بردن ميزان انتشار اطلاعات در رسيدگى داورى و گسترش دامنه مشاركت اشخاص ثالث متمرکز شده اند. چنين اصلاحاتى اصولاً در بر دارنده ديده گاه هاى شفافيت به معنای قابليت دسترسى مى باشند. آنها همچنين يك ديده گاه منفعل (يك طرفه) از شفافيت به معنای مشاركت را پوشش داده اند. به هرحال، چنين اصلاحاتى به خودى خود براى تضمين قابليت پاسخگويى يا مشروعيت كافي نيستند.

عدم ارتباط بين اهدافى كه از طريق تلاش هاى اصلاحى دنبال مى شود و انواع شفافيت ارائه شده از طريق چنين اصلاحاتى، مى تواند حس بدبينى را بين دولت ها و جامعه مدنى راجع به عدم مثمر ثمر بودن اصلاحات شفافيت شكلى در رژيم حل و فصل اختلاف دولت - سرمايه گذار بر انگيزد.

بررسى و تحليل هاى بعمل آمده نشان مى دهد كه مفهوم، انتظارات و محدوديت هاى شفافيت نسبت به ذينفعان و اهداف اصلاحى مختلف، متفاوت خواهد بود. از اين رو، اصلاحات و توسعه و ترميم شفافيت براى دستيابى به سطوح مطلوبى از اهداف خود، بايستى بيشتري بر اشكال فعال و نه فقط منفعل، متمرکز داشته باشد. همزمان انجام اقدامات ديگرى، از جمله شناسايى خطرات **يا اشكالات** ارتقاى شفافيت، ميانه روى، همكارى و خلق ايده هاى جديد توسط مذاكره كنندگان معاهدات بين المللى نيز، مى تواند مطلوبيت داشته باشد.

به هر صورت نبايد اين واقعيت را نادیده گرفت كه تمرکز صرف بر افزايش شفافيت، بدون در نظر گرفتن عوامل مزبور (**خطر**)، و بويژه غافل شدن از مطلوبيت مزايای محرمانگى و خصوصى بودن ذاتى داورى مى تواند منجر به



اثرات و پیامدهای نامطلوب و ضد ارزشی شود. بی پروا حرکت کردن در این مسیر به ویژه در شرایطی که تجزیه و تحلیل تجربی محدودی از محدودیت ها و خطرات یا اشکالات احتمالی اصلاحات شفافیت در داوری سرمایه گذاری صورت می گیرد، می تواند سودمند و قانع کننده نباشد. به همین دلایل، در این مقاله، بر اهمیت ارزیابی انتقادی برنامه های اصلاحی تأکید ویژه ای شده است. لذا، ضرورت روشن تر ساختن موارد پیشنهادی و مسائل مستثناء شده در آن موارد و تبیین تلاش های اصلاحی، و همچنین ارزیابی میزان موفقیت آنها توسط ذینفعان متفاوت، در این مقاله برجسته شده است.

## منابع

1. Argen, Robert, (2015), Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 40, No. 1.
2. Bahmaei, M., Bastani Namaghi, R. (2020). The Principle of Party Autonomy and Its Exceptions in the Taking of Evidence in International Commercial and Investment Arbitration. *International Law Review*, 37(63), 73-110.
3. Berger, klaus peter, (1992), "The International Arbitrators' Application of Precedents", *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, No. 5.
4. Biwater Gauff (Tanzania)Ltd. v. United Republic of Tanzania, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/05/22, [hereinafter Biwater No. 3].
5. Biwater Gauff (Tanzania)Ltd. v. United Republic of Tanzania, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/05/22, paras. 32-33.
6. Born , Gary B and Shenkman , Ethan G, (2009), 'Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration' in Catherine A Rogers and Roger P Alford (eds), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Vol. 32.
7. Bovens, M., "Public Accountability", in Ferlie, Ewan. Laurence E. Lynn, Jr. & Christopher Pollitt (eds), *The Oxford Handbook of Public Management.*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
8. Brower, Charles N. and Blanchard, Sadie, (2013), What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by State, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52.
9. Claudia Reith, 'Enhancing Greater Transparency in the UNCITRAL Arbitration Rules - A Futile Attempt' (2012) 2 Yearbook on International Arbitration.
10. De Brabandere, E., Gazzini, T., & Kent, A. (Eds.) (2021), *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes*, Brill, Ch. 3 & Ch. 8.
11. Delaney, Joachim, and Daniel Barstow Magraw, (2008), *Procedural Transparency*, Part III Procedural Issues, the Oxford Handbook of International Investment Law. Ed. Peter Muchlinsky, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, Oxford University Press. Ch.19.

12. Diependaele, Lisa, Ferdi De Ville & Sigrid Sterckx (2019) Assessing the Normative Legitimacy of Investment Arbitration: The EU's Investment Court System, *New Political Economy*, Vol.24, No.1.
13. Douglas, Michael, (2015), "The Importance of Transparency for Legitimising Investor-State Dispute Settlement: An Australian Perspective" In Muruga Perumal Ramaswamy, Joao Ribeiro (Eds.), Trade Development through Harmonization of Commercial Law: Journal de droit compare du Pacifique Hors Serie Vol XIX(19), (pp. 111-121). New Zealand: The New Zealand Association for Comparative Law.
14. Figueroa, Elizabeth, (2015), Transparency in Administrative Courts: From the Outside Looking In, *National Association of Administrative Law Judiciary*, Vol 35, No 1.
15. Fisher, Elizabeth, (2010), Transparency and Administrative Law: A Critical Evaluation, *Current Legal Problems*, Vol. 63, Issue 1.
16. Franck, Susan, (2011), 'Rationalizing the Costs of Investment Treaty Arbitration', *Washington University Law Review*, Vol.88.
17. Gus Van Harten, Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 1, February 2006.
18. Hafner-Burton, Emilie M., & Victor, David G. (2016). Secrecy in International Investment Arbitration, an Empirical Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 7, Issue 1.
19. Hale, Thomas. N., & Slaughter, Anne-Marie, (2006), Transparency: Possibilities and Limitations, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 30, Issue 1.
20. <https://core.ac.uk/download/pdf/144226963.pdf>, last access at 9 April 2021.
21. <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1583&context=naalj>
22. Ishikawa Tomoko, (2010), 'Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration', *International & Comparative Law Quarterl*, Vol. 59.
23. Jonathan Fox, 'The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability' (2007) *17 Development in Practice* 663, 665, 668.
24. Kinnear, Meg and Diop, Aisaatou, (2006), "Use of the media by Counsel in investor-State arbitration", *ICCA Congress Series* No.13.
25. Magraw, Daniel Barstow and Amerasinghe, Niranjali Manel, (2009) "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.15, No. 2, Article 4.
26. Marilyn Strathern (2000) The Tyranny of Transparency, *British Educational Research Journal*, 26:3.
27. Maupin, Julie A, (2013). Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky, Published in 'Transparency in International Law', Andrea Bianchi and Anne Peters, eds (*Cambridge University Press*).



28. McCarthy, Daniel. R., & Fluck, Matthew, (2017), The concept of transparency in International Relations: Towards a critical approach, *European Journal of International Relations*, Vol.23, Issue 2.
29. Mock, William B.T, (1999), 'On the Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion Law and Transparency', *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Vol 17, No 1069.
30. Mollestad, Cristoffer Nyegaard, (2014), See No Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement, *PluriCourts Research Paper*, No. 14-20.
31. Newcombe, Andrew Paul and Paradell, Lluís, (2009), Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law. *Kluwer Law International*, Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law.
32. Paulsson, J. & Rawding, N. (1995). The Trouble with Confidentiality, *Arbitration International*, Volume 11, Issue 3.
33. Peters, Anne, (2015), 'The Transparency Turn of International Law', *The Chinese Journal of Global Governance*, Vol.1.
34. Peters, Anne. (2013). Towards Transparency as a Global Norm. In A. Bianchi & A. Peters (Eds.), *Transparency in International Law* (pp. 534-607). Cambridge: Cambridge University Press.
35. Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its fifty-eighth session (New York, 4-8 February 2013) A/CN.9/765, Para 75, Article 7(3), Available at: <https://undocs.org/en/A/Cn.9/765>
36. Roberts, Anthea, (2010), Power and Persuasion in Investment Treaty Arbitration: The Dual Role of States, *American Journal of International Law*, Vol. 104.
37. Ruscilla, Gabriele, (2015), Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard? , *Groningn Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1.
38. *SD Myers Inc v Canada* (Procedural Order No 16 of 13 May 2000). Paragraphs 12 and 13.
39. Shirlow, Esme and Caron, David D, (2019), The Multiple Forms of Transparency in International Investment Arbitration: Their Implications, and Their Limits, Thomas Schultz and Federico Ortino (eds), *Oxford Handbook of International Arbitration*, ANU College of Law Research.
40. Shirlow, Esme, (2016), Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol.31, Issue 3.
41. Shirlow, Esme, (2017), Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 8, No. 1.
42. Shkabatur, Jennifer, (2013), Transparency With(out) Accountability: Open Government in the United States, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 31, No. 1.

43. Stern, Brigitte, (2005), 'The Intervention of Private Entities and State as "Friends of the Court" in WTO Dispute Settlement Proceedings', in Patrick Macroney, Arthur Appleton and Micheal Plummer(eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*( New Yrok, Springer) Vol 1, Ch 32.
44. Teitelbaum, Ruth, (2010), 'A Look At the Public Interest in Investment Arbitration: Is It Unique? What Should We Do about It?' *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 5 (Riesenfeld Symposium).
45. Toby Major, CPTPP's Investment Chapter: Progressive or a mere reiteration?, Submitted for LLB(Honours) Degree, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, 2018.
46. Tomoko Ishikawa, 'Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration' (2010) 59 *International & Comparative Law Quarterl.*
47. UNCITRAL, 'Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of Its Fifty-Third Session (Vienna, 4-8 October 2010)' (2010) UN Doc. A/CN.9/712 32.
48. UNCITRAL, Reports of of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its 35th, 36th, 37th, 38th, 39th sessions, available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).
49. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration 2010.
50. Van Harten, Gus & Martin Loughlin, (2006), Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 1.
51. Voermans, Wim, Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries (2007). *Utrecht Law Review*, Vol. 3, No. 1, pp. 148-159, June 2007.
52. Weil David, (2002), the Benefits and Costs of Transparency: A Model of Disclosure-Based Regulation.
53. Wieland, Patrick, (2011), 'Why the Amicus Curia Institution Is Ill-Suited to Address Indigenous Peoples' Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the Right of Intervention', *Trade Law and Development*, Vol.3.
54. Wong, Meagan, & Hadgett, Rebecca, (2015). *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (D. Euler, M. Gehring, & M. Scherer, Eds.), Cambridge: Cambridge University Press, Schefer, K, Article 1. Scope of application
55. Yackee, Jason Webb, (2011), 'Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence', *Virginia Journal of International Law*, Vol.51.
56. Yavari, A., Foroughi, M. (2021). A Legal review of recent developments in the investor-state dispute settlement regime of UNCITRAL (the Plan to Create International Permanent Bodies). Tehran Champer of Commerce, Industries, Mines and Agriculture.

57.Ziaei Bigdeli, M., Bagherzadeh, H. (2019). Theories of States' Compliance with International Law:A Question of Persuasion. *International Law Review*, 36(60), 7-34.

### نقش همیار دادگاه (ذینفع غیرمستقیم) در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

چکیده

امروزه در متن بسیاری از قراردادهای بین‌المللی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خارجی است و به عنوان قراردادهای دولتی شناخته می‌شوند و اغلب آنها نیز قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌باشند، شرط داوری وجود دارد، و داوری بین‌المللی معمول‌ترین روش برای حل و فصل اختلافات ناشی از این قراردادها بشمار می‌رود. اصولاً قواعد داوری حاکم بر این اختلافات، قواعد داوری تجاری بین‌المللی متداول داوری‌های سازمانی یا موردی است. در سال‌های اخیر، با توجه به حضور دولت‌ها در این داوری‌ها تحولاتی در قواعد و برگزاریان‌ها رخ داده است. پیدایش نهاد «همیار دادگاه» یا ذینفع غیر مستقیم در داوری سرمایه‌گذاری، یکی از مهمترین تحولات این نظام داوری محسوب می‌شود. «همیار دادگاه» شخص ثالثی نسبت به طرفین اختلاف می‌باشد که به دلیل وجود نفعی برای او در تصمیم دادگاه، به درخواست وی یا بنا به تشخیص دادگاه، بیانیه‌ای از طرف او برای کمک به تصمیم صحیح دادگاه، در پرونده مطروحه در دادگاه ثبت می‌شود. در این مقاله تلاش شده است ضمن معرفی این نهاد، نقش آن در داوری‌های سرمایه‌گذاری اخیر و تحلیل کارکرد نهاد مذکور تبیین گردد.

**واژگان کلیدی:** همیار دادگاه یا ذینفع غیرمستقیم- نظریات همیاری- داوری- داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

مقدمه

در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، داوری‌هایی را که یک طرف آن یک دولت سرمایه‌پذیر و در طرف مقابل، یک سرمایه‌گذار خصوصی خارجی است داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی<sup>616</sup> یا داوری سرمایه‌گذار-دولت<sup>617</sup> می‌نامند. اگرچه مبنای داوری‌های سرمایه‌گذاری، برگرفته از داوری‌های تجاری بوده است، اما به این دلیل که همیشه در داوری‌های سرمایه‌گذاری یکی از طرفین حاضر در داوری دولت می‌باشد، رفته‌رفته قواعد داوری حاکم بر این دعاوی با توجه به ویژگی‌های خاص اینگونه داوری‌ها تعدیل شده است. یکی از مهمترین آن‌ها، تحولاتی است که در مسئله محرمانگی واقع شده است. اگرچه محرمانگی از شاخص‌ترین عوامل ترجیحی انتخاب داوری به عنوان روش حل و فصل اختلافات توسط طرفین یک رابطه تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود، اما در داوری‌های سرمایه‌گذاری محل تردید قرار گرفته و تلاش‌های گسترده‌ای در تعدیل آن در نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی صورت پذیرفته است.

وجود تعهد دولت‌ها در سطح بین‌المللی در فراهم نمودن امکان مشارکت عموم در امور حاکمیتی، می‌تواند از عواملی باشد که از استقرار مطلق وصف محرمانگی در داوری‌های سرمایه‌گذاری جلوگیری نموده و وجود «نفع عمومی»<sup>618</sup> را ، حتی اگر آن را به عنوان قاعده‌ای در داوری سرمایه‌گذاری تبیین ننماید، حداقل به عنوان استثنائی بر قاعده محرمانگی

\* استاد دانشگاه شهید بهشتی

\*\* وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

616- International Investment Arbitration

617- Investor-State Arbitration

618- Public Interest

مورد توجه قرار داده و از آن حمایت نماید؛ چراکه حق آگاهی عموم از فعالیت‌های یک دولت، صرفاً در حد توقعی از سوی افراد جامعه برای مشارکت عمومی نبوده، بلکه به عنوان یکی از تعهدات اصلی دولت‌ها فرض می‌گردد.<sup>619</sup>

از سوی دیگر، مشارکت نفع عمومی در فرایند داوری سرمایه‌گذاری نباید به گونه‌ای باشد که وصف خصوصی بودن داوری و اطلاعات ذاتاً محرمانه طرفین دعوا مورد خدشه قرار گیرد. به منظور تضمین این دو خصیصه از یک طرف، و فراهم نمودن امکان مشارکت اشخاص ذینفع غیرمستقیم از جمله نمایندگان جامعه مدنی در فرایند داوری سرمایه‌گذاری از طرف دیگر، اخیراً شاهد ورود نهاد «همیار دادگاه یا ذینفع غیرمستقیم»<sup>620</sup> که در نظام دادرسی دادگاهی برخی از کشورها وجود دارد، در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین دولت‌های سرمایه‌پذیر و اشخاص سرمایه‌گذار خارجی می‌باشیم. در حقیقت می‌توان گفت که نهاد جدیدی در این قسم داوری‌ها با عنوان «همیار مراجع حل اختلاف» در حال شکل‌گیری است. در این مقاله، در سه قسمت به بررسی این نهاد می‌پردازیم؛ در قسمت نخست، مفاهیم کلی و نقش همیار دادگاه یا ذینفع غیرمستقیم در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت بررسی می‌شوند؛ قسمت دوم به بررسی همیار دادگاه در داوری‌های بین‌المللی اختصاص می‌یابد؛ و در قسمت سوم، مزایا و اشکال‌های پذیرش این نهاد در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی تبیین و مورد بحث قرار می‌گیرد.

## قسمت اول: مفاهیم کلی و نقش همیار دادگاه در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت

### الف - مفهوم همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم از منظر تاریخی

اصطلاح «آمی‌کس کوریا» اصطلاحی لاتین بوده که از لحاظ لغوی در زبان انگلیسی به «دوست دادگاه»<sup>621</sup> ترجمه شده است.<sup>622</sup> در فرهنگ لغات حقوقی، اصطلاح همیار دادگاه بدین‌گونه تعریف شده است:

«شخصی که در دعوا، طرف دعوا محسوب نمی‌شود، اما از دادگاه درخواست می‌کند یا دادگاه از وی می‌خواهد که اظهارات را در دعوا ثبت نماید، به این علت که آن شخص نفع قوی در موضوع اختلاف دارد».<sup>623</sup>

همان‌طور که برخی صاحب‌نظران معتقدند، ارائه معنای کامل برای این اصطلاح، امری مشکل است؛<sup>624</sup> کارویژه‌های این اصطلاح نیز نسبت به اینکه در چه زمانی از تاریخ و در کدام کشور محل بحث است، متفاوت خواهد بود.<sup>625</sup> ریشه

<sup>619</sup> - Chirichiello, Michaela & Professor F. Gelias, *Confidentiality and Public Interest in Mixed International Arbitration*, McGill University, Institution of Comparative Law, 2003, at 86

<sup>620</sup> - Amicus Curiae (آمی‌کس کوریا) Friend of Court-<sup>621</sup>

<sup>622</sup> - اصطلاح «Amicus Curiae» حالت جمع اصطلاح «Amici Curiae» می‌باشد. در بیشتر مقالات و کتب مربوط به حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، از این اصطلاح لاتین استفاده شده است. اما در موارد اندکی اصطلاحات دیگری چون «Third-Party Intervention» و «Non-Disputing Party Participation» با همین مفهوم به کار رفته است. به عنوان مثال در عهدنامه حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و نیز بیانیه موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) از این اصطلاحات به جای اصطلاح لاتین آن استفاده گردیده است. اصطلاح «Amicus Brief» برای درخواست حضور و دخالت در دعوا به منظور ارائه نظریات همیاری به کار گرفته شده که در مقاله حاضر به اقتضاء مورد «نظرات همیاری» و یا «درخواست ارائه نظر همیاری» ترجمه گردیده است.

<sup>623</sup> - "A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter.", Black's Law Dictionary, Ninth-Edition, at 98

<sup>624</sup> - Bellhouse, Jahn & Lavers, Anthony, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, 23 Civil Justice Quarterly, 2004, at 188

<sup>625</sup> - به عنوان مثال در کشور ایالات متحده آمریکا، 8 کارویژه برای این نهاد تعریف شده است:

- 1- جلب نظر دادگاه به موضوعات مرتبط با موضوع دعوا که طرفین قادر به ارائه آن‌ها نیستند.
- 2- ایجاد یک دفاعیه جامع‌تر نسبت به آنچه که یک طرف دعوا از انجام آن ناتوان است.
- 3- درخواست ارسال پرونده به دادگاه بالاتر به منظور بازخوانی احتیاطی پرونده
- 4- تقویت موضع و استدلال‌های یک طرف دعوا

اولیه این اصطلاح متعلق به حقوق روم می‌باشد که در آن دادگاه‌ها از اطلاعات حقوقی افرادی غیر از طرفین دعوا که اطلاعاتشان فراتر از آگاهی و تخصص این دادگاه‌ها بوده، منتفع می‌شدند. در طول گذشت زمان، این اصطلاح برای چگونگی شرکت اشخاص ثالث ذی‌نفع غیرمستقیم در دعاوی، به عنوان کمک به دادگاه تغییر کرد. امروزه، اصطلاح همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم به شخصی اطلاق می‌شود که بدون اینکه طرف دعوا باشد، از دادگاه یا نهاد رسیدگی کننده به دعوا (به عنوان مثال دیوان داور) تقاضا می‌نماید تا به وی اجازه دهد اظهارات یا اطلاعاتی که مرتبط با موضوع دعوا بوده و ممکن است در تصمیم مقام رسیدگی کننده تأثیرگذار باشد، به نهاد رسیدگی کننده تسلیم دارد. هدف اصلی از ارائه این اطلاعات، کمک به دادگاه از طریق نمایاندن زوایای خاصی از مسائل مورد تنازع است که طرفین دعوا یا از ارائه آن‌ها عاجز بوده و یا به دلایلی علاقه به ارائه نمودن آن‌ها ندارند. همیار دادگاه، مستقیماً در دعوا نفعی ندارد و نمی‌تواند یا نباید به عنوان وکیل مدافع و حامی برای یکی از طرفین دعوا عمل نماید، اما اظهارات وی برای عموم یا گروه یا دسته خاصی از جامعه که اظهارکننده خود نیز عضوی از آن‌هاست، مفید بوده و لذا ممکن است این اظهارات آن‌ها به نفع یکی از طرفین دعوا و در مقابل علیه طرف دیگر در نظر گرفته شود.<sup>626</sup>

## ب - نقش همیار دادگاه و نهادهای مشابه در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت

در این رابطه، نقش این نهاد را در حقوق داخلی کشورهای مختلف و سپس سازمان جهانی تجارت بیان خواهیم کرد.

### 1- دادگاه‌های ملی

خواستگاه نهاد همیار دادگاه، در نظام حقوقی کامن‌لا و به خصوص سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا می‌باشد. در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا، یکی از اقسام و در عین حال مهمترین وسیله حضور و مشارکت «گروه‌های منفعت»<sup>627</sup> در دادگاه‌ها، مداخله به عنوان همیار دادگاه است.<sup>628</sup> اگرچه از لحاظ لفظی در معنای «همیار دادگاه» و

5- ارائه نقطه نظر در مورد سبقه و پیشینه یک موضوع

6- ارائه نظریات کارشناسی نسبت به موضوع دعوا

7- تصدیق اظهارات و ادعاهای یک طرف دعوا

8- ارسال نظریات همیاری به منظور اصلاح، تحدید و یا انتشار رای قطعی صادره از دادگاه

برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

Simpson, Reagan wm. & Vasaly, Mary, *The Amicus Brief: How to Write It and Use it Effectively*, Third Edition, 2010

<sup>626</sup>- Fach Gomez, Katia, *Rethinking The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw The Line Favorable for The Public Interest*, Fordham International Law Journal, 2012, at 517

<sup>627</sup>- گروه‌های منفعت یا گروه‌های خیر، ترجمه عبارت «Interest Groups» می‌باشد. این گروه‌ها، به هر انجمن و تجمعی اطلاق می‌گردد که هدف اصلی آنها ترویج و بهبود وضعیتهایی است که در رابطه با آن تشکیل شده‌اند. حوزه فعالیت این گروه‌ها، بیشتر مسائل مربوط به رفاه عمومی و حقوق شهروندی است. سازمان‌های خیریه، گروه‌های حقوق شهروندی و نهادهای غیردولتی، از این نوع گروه‌ها می‌باشند.  
<sup>628</sup>- سه روش دیگر مشارکت این گروه‌ها در دادگاه‌ها که در حقوق ایالات متحده آمریکا پیش‌بینی شده، بدین شرح است:

الف) چنانچه این گروه‌ها نسبت به مقرره یا رویه خاصی که با حقوق آن‌ها معارض است، اعتراض داشته باشند، می‌توانند به نام خود اقدام به طرح دعوا کنند. این اشخاص می‌توانند در یک دادگاه و به صورت جمعی یا اینکه هر کدام به صورت یک سلسله دعاوی دعوا نمایند.  
ب) این گروه‌ها می‌توانند در عوض حمایت مالی که از یکی از طرفین دعوا انجام می‌دهند یا با در اختیار گذاردن نیروی انسانی خود از قبیل وکیل، کارمند و غیره نزد وی، او را مجاب کنند تا اهداف و سیاست‌های آنان را در آن دعوا در پیش بگیرد. ج) طبق ماده 24 الف) قانون آیین دادرسی مدنی فدرال آمریکا، گروه‌های ذینفع، چنانچه در دعوی مطروحه نفع مستقیم داشته باشند، مانند نفع مالکیتی یا نفع در معامله‌ای که موضوع دعوی مطروحه است، می‌توانند به عنوان طرف دعوا (ثالث) با کلیه حقوقی که برای طرف دعوا در نظر گرفته، حضور یابند. البته نوع دیگری از مداخله به عنوان طرف دعوا در ماده 24 ب) این قانون پیش‌بینی شده که طبق آن، این گروه‌ها با حضور خود، حقوق مستقلی در دعوا طلب نمی‌کنند، بلکه در مورد موضوع دعوا، دفاعیه یا ادعایی دارند که در آن تردید و اختلاف نظرهای فراگیری از نظر تفسیر قوانین و مقررات وجود دارد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

واژه لاتین «آمیگس کوریا» یا ترجمه انگلیسی آن به «دوست دادگاه» نوعی بی‌طرفی مستتر است، اما در واقع در حقوق ایالات متحده آمریکا، تقریباً همیاران دادگاه به عنوان شخص بی‌طرف عمل نمی‌کنند. گروه‌های مختلف نظیر سازمان‌های غیردولتی نیز با استفاده از مکامیزم این نهاد، اهداف و سیاست‌های خود را از طریق ارائه کتبی اطلاعاتی که توسط طرفین در اختیار دادگاه قرار داده نشده است، دنبال می‌نمایند.<sup>629</sup> و بدین ترتیب در رای صادره از سوی دادگاه و احتمالاً در دعاوی دیگر با ایجاد یک رویه، تاثیر می‌گذارند. به علاوه، از آنجا که همیاران دادگاه در اغلب موارد در حوزه فعالیت خود متخصص هستند، از این طریق بهتر می‌توانند در اقناع قضایی مراجع رسیدگی کننده موفق عمل نمایند. اولین نظر همیاری که توسط یک سازمان غیردولتی در دیوان عالی آمریکا ثبت گردید، به سال 1904 برمی‌گردد که در آن دو گروه منفعت غیردولتی<sup>630</sup> در دعاوی آب هاو علیه ایالات متحده آمریکا<sup>631</sup> که موضوع آن، مسئله اخراج مهاجران چینی از نیویورک بود، به عنوان همیار دادگاه وارد شدند. در دهه‌های گذشته سازمان‌های غیردولتی متعددی نقش همیار دادگاه را در دیوان عالی آمریکا بر عهده داشته‌اند<sup>632</sup>، به طوری که پس از جنگ جهانی دوم مشارکت همیاران دادگاه یک رویه معمول در این دیوان بوده و در اکثر دعاوی نیز نظرات آنها از سوی دیوان پذیرفته شده است.<sup>633</sup>

هرچه به جلوتر آمده‌ایم نه تنها دعاوی که در آن‌ها همیاران دادگاه ایفاء نقش کرده‌اند بیشتر شده، بلکه تعداد نظرات همیاری که در هر دعوا به ثبت رسیده نیز افزایش یافته است. به عنوان مثال، اگر در سال 1946، به طور میانگین در هر دعوا تنها یک نظر همیاری ارائه و این رقم در سال 1990 به 5 نظر در هر دعوا رسید، در دهه اول 2000، به طور میانگین در هر دعوا، 8 نظرات همیاری از سوی اشخاص غیر طرف دعوا در دیوان عالی آمریکا به ثبت رسیده است.<sup>634</sup>

---

Collins, Jr, Paul M., Interest Group Participation in the United State Supreme Court, Paper Prepared For Delivery At The Symposium On The Role Of Interveners In Public Interest Litigation, University Of Toronto Law School, November 6, 2009

<sup>629</sup>- علاوه بر نظرات کتبی همیاری، در برخی موارد، دادگاه‌های تجدیدنظر آمریکا به همیاران دادگاه اجازه داده‌اند تا در جلسات استماع شرکت نموده و نظرات خود را به صورت شفاهی بیان دارند. اما تعداد این موارد بسیار اندک است. به عنوان مثال، از سال 1953 لغایت 1985 تنها در 6 درصد از دعاوی چنین حقی به همیاران دادگاه اعطاء گردیده است. نکته حائز اهمیت اینکه چنانچه به این اشخاص اجازه شرکت در جلسات استماع و بیان دیدگاه‌ها به صورت شفاهی داده شود، این اشخاص حتماً باید نظرات خود را به صورت کتبی نیز به دادگاه تجدیدنظر ارائه نمایند. با این وجود، امکان بیان نظرات به صورت شفاهی مختص به دادگاه‌های تجدیدنظر آمریکا نبوده و چنین حقی در بند 3 ماده 37 مقررات حاکم بر دیوان عالی این کشور برای همیاران دادگاه، پس از اخذ رضایت طرفین و در صورت مخالفت ایشان، با موافقت دیوان، در نظر گرفته شده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

Collins, Jr., Paul M., Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making, New York: Oxford University Press, 2008, at 47

<sup>630</sup>- Chinese Charitable & Benevolent Association of New York

<sup>631</sup>- *Ab How (alias Louie Ah How) v. United States*

<sup>632</sup>- از جمله نهادهایی که بیشترین حضور در دیوان عالی آمریکا در قالب نهاد همیار دادگاه داشته‌اند، نهادهای ذیل بوده‌اند: American Civil Liberties Union, American Farm Bureau Association, League for Economic Equality, NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), National Consumer's League, the National Association of Cotton Manufacturers.

<sup>633</sup>- آمار و ارقام نشان می‌دهد که از سال 1946 تا 1960، در 23 درصد از دعاوی مطروحه در دیوان عالی آمریکا، نظرات همیاری به ثبت رسیده است. این رقم در طول دهه 1960 افزایش یافته و در سال 1969 به 44 درصد بالغ گردیده است. در سال‌های گذشته، ثبت این نظرات رشد فزاینده داشته، به طوری که در اوایل دهه 1990، 80 درصد و در اواخر آن، 90 درصد و در سال 2007، 98 درصد دعاوی، شاهد حضور این اشخاص و ثبت نظرات آن‌ها از سوی دیوان عالی آمریکا بوده است. به همین سبب، اگر بگوییم امروزه حضور همیاران دادگاه، رویه‌ای معمول در دیوان عالی آمریکاست، سخنی به گزاف نگفته‌ایم. برای مشاهده آمار و ارقام دقیق حضور همیاران دادگاه در دیوان عالی آمریکا ببینید:

Collins, Paul M., *Supra* note 13, at 11

<sup>634</sup>-*Ibid*, at 13

اکنون در حقوق آمریکا، همیار دادگاه راسا و بدون درخواست از سوی طرفین یا دادگاه می‌تواند در روند رسیدگی مشارکت نماید. البته این حق مداخله، به صورت مطلق نبوده و می‌بایست بر حسب مورد، رضایت طرفین و یا تأیید دادگاه وجود داشته باشد<sup>635</sup> با این حال در برخی موارد، دیده می‌شود که دیوان عالی آمریکا، راسا اقدام به دعوت این اشخاص برای مشارکت در دعوی مطروحه نموده است.<sup>636</sup> برخلاف اشخاص خصوصی، نهادهای دولتی محلی و فدرال آمریکا برای بیان نظرات خود نیازی به رعایت آیین پیش بینی شده برای ارائه نظرات همیاری از سوی همیار دادگاه نداشته و لذا به طریق اولی، نیازی به کسب اجازه از طرفین دعوا نیز ندارند.<sup>637</sup> با این وجود، رضایت طرفین در مداخله همیاران دادگاه خصوصی (غیردولتی) نیز چندان حائز اهمیت نیست؛ چراکه اگر دادگاه، اجازه مشارکت این اشخاص را صادر نماید، دیگر رضایت یا عدم رضایت طرفین تأثیری در پذیرش این اشخاص نخواهد داشت<sup>638</sup> و در رویه عملی نیز، دیوان عالی آمریکا در قریب به اتفاق موارد، اجازه مداخله همیاران دادگاه را صادر می‌نماید.<sup>639</sup>

بر خلاف حقوق کشورهای مبتنی بر سیستم کامن‌لا، در کشورهای مبتنی بر نظام حقوقی نوشته، نهاد همیار دادگاه چندان شناخته شده نیست. با این حال، می‌توان نهادهایی با کارکردهای مشابه این نهاد را مشاهده نمود.<sup>640</sup>

## 2 - سازمان جهانی تجارت

تاریخچه پذیرش همیاران دادگاه در این سازمان با دعوی میگو/لاکپشت<sup>641</sup> آغاز می‌گردد که موضوع اصلی آن، ممنوع نمودن واردات محصولات تولید شده از گونه خاصی از میگو توسط ایالات متحده آمریکا بود. در جریان رسیدگی

<sup>635</sup>- Rule 37(2)(a) of The Supreme Court of United State: "An *amicus curiae* brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be filed if accompanied by the written consent of all parties (emphasis added)..."

<sup>636</sup>- Nicholson, Chris & Collins, Jr., Paul M., The Solicitor General's Amicus Curiae Strategies in The Supreme Court, 36 American Politics Research, 2008, at 385.

<sup>637</sup>- **Rule 37(4) of The Supreme Court of United State:** "No motion for leave to file an *amicus curiae* brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer."

لازم به توضیح است که مقرر مشابهی در ماده 61(4) مقررات حاکم بر دیوان عالی کانادا وجود دارد. مطابق با این ماده، برای دادستان حق مداخله و ورود به دعوی مربوط به قانون اساسی این کشور اعطاء گردیده است:

**Rule 61(4) of the Supreme Court of Canada:** "Within four weeks of the service of a notice of constitutional question, an attorney general who intends to participate in the appeal, whether or not the attorney general intends to present oral argument, shall serve on all other parties and file with the Registrar a notice of intervention in Form 61B without being required to obtain leave to intervene."

<sup>638</sup>- Rule 37(2)(b) of The Supreme Court of United State: "When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court."

<sup>639</sup>- به عنوان نمونه، در سال 1994، دیوان عالی آمریکا در 99/1 درصد از مواردی که طرفین با حضور همیار دادگاه مخالفت کرده بودند، اجازه حضور این اشخاص را صادر کرد و تنها یک درخواست را رد نمود:

Collins, *Supra* note 13, at 7

<sup>640</sup>- برای مطالعه بیشتر در خصوص نهاد همیار دادگاه در نظام حقوقی نوشته و مشاهده نهادهایی با کارکرد مشابه با همیار دادگاه در سیستم قضایی کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته ببینید:

خسروسرشکی، هادی، شفافیت در روند رسیدگی داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پایان‌نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی 91-92، ص 127 به بعد

<sup>641</sup>- United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Hereinafter Shrimp/Turtle), WT/DS58



به این دعوا، هیات رسیدگی دو درخواست ثبت لایحه از سوی سازمان‌های محیط زیستی<sup>642</sup> دریافت کرد که حاوی اطلاعات علمی و فنی در خصوص تأثیر این تصمیم دولت ایالات متحده امریکا بر محیط زیست لاکپشت‌های دریایی و احتمال انقراض آن‌ها بود.<sup>643</sup> هیات رسیدگی با استناد به ماده 13 تفاهم‌نامه<sup>644</sup> این سازمان چنین نتیجه گرفت که پذیرش لوایحی که راسا از سوی سازمان‌های غیردولتی و بدون درخواست این هیات ارائه شده باشد، مغایر با این تفاهم‌نامه بوده و در نتیجه این درخواست‌ها را رد نمود.<sup>645</sup> با این وجود، هیات رسیدگی، به طرفین دعوا اجازه داد که در صورت تمایل، این لوایح را به عنوان قسمتی از لوایح خود به هیات رسیدگی تقدیم دارند.<sup>646</sup> در مرحله تجدیدنظرخواهی، رکن استیناف، نحوه خوانش هیات رسیدگی از ماده 13 تفاهم‌نامه را تأیید نکرد. این رکن چنین استدلال نمود که ماده 13 تفاهم‌نامه، به هیات رسیدگی اجازه می‌دهد هرگونه اطلاعات متناسب با آن دعوی خاص را جستجو نماید.<sup>647</sup> به عبارت دیگر فحوص برای کسب اطلاعات مرتبط با دعوا از وظایف هیات رسیدگی است. اما وجود این صلاحیت برای هیات رسیدگی به معنای ممنوع بودن پذیرش اطلاعاتی که بدون درخواست هیات رسیدگی به وی تسلیم می‌گردد، نمی‌باشد.<sup>648</sup> در ادامه، رکن استیناف چنین بیان کرد که از مجموع مواد مذکور در تفاهم‌نامه چنین استنباط می‌گردد که صلاحیت هیات رسیدگی در مورد پذیرش یا رد اطلاعات، صلاحیتی مطلق است، خواه از سوی هیات رسیدگی درخواست شده باشد، خواه راسا و بدون درخواست وی صورت پذیرفته باشد.<sup>649</sup> اما در خصوص این که هیات رسیدگی به طرفین دعوا اجازه داده بود از اطلاعات ارائه شده در لوایح همیاران دادگاه در لوایح خود استفاده نمایند، حمایت نموده و آن را صحیح و بدون اشکال معرفی کرد.<sup>650</sup>

درحالی که به نظر می‌رسد امکان پذیرش نظرات همیاری در هیات رسیدگی با نوعی اجماع همراه شده و امروزه تردیدی در آن وجود ندارد، اما پذیرش این نهاد در رکن استیناف همچنان مسئله‌ای بحث برانگیز تلقی می‌گردد. در جریان رسیدگی دعوی کربن استیل<sup>651</sup>، رکن استیناف دو نظر همیاری دریافت نمود. از آنجا که مادتهای 12 و 13 تفاهم‌نامه در رسیدگی‌های رکن استیناف قابلیت اجراء ندارد، این پرسش قوت گرفت که آیا همیاران دادگاه امکان حضور در این مرحله از رسیدگی را دارند؟ در رابطه با این موضوع، رکن استیناف چنین اظهار نظر نمود که «هیچ مقرره‌ای در تفاهم‌نامه یا آیین شکلی تعیینی از سوی رکن استیناف در این دعوا، به طور خاص به این موضوع تصریح ندارند که رکن استیناف می‌تواند این نظرات همیاری را از اشخاصی غیر از طرفین دعوا و اشخاص ذی حق (اعضای سازمان) قبول نماید»<sup>652</sup>. از سوی دیگر این رکن به این نتیجه رسید که «نه در تفاهم‌نامه و نه در آیین شکلی، صراحتاً قابلیت پذیرش آن‌ها منع نگردیده است»<sup>653</sup>. پس از بیان این مطالب، چنین اظهار نظر نمود که آن چه مسلم است ماده

<sup>642</sup>- Joint Brief of Center for Marine Conservation (CMC) and the Center for International Environmental Law (CIEL), and World Wide Fund for Nature (WWF).

<sup>643</sup>- Gao, Henry S., *Amicus curiae In WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*, Big Country Small World, China Rights Forum, No.1, 2006

<sup>644</sup>-Article 13 of WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: "1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate..."

<sup>645</sup>- Shrimp/Turtle Case, *Supra* note 41, Report of the Panel, 15 May 1998, Para 7-8

<sup>646</sup>- Ibid

<sup>647</sup>- Ibid, Para 103

<sup>648</sup>- Ibid, Para 108

<sup>649</sup>- Ibid

<sup>650</sup>- Ibid, Para 109

<sup>651</sup>- United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138 (Hereinafter Carbon Steel)

<sup>652</sup>- Carbon Steel Case, Report of the Panel, 23 December 1999, WT/DS138/R, Para 39

<sup>653</sup>- Ibid

9-17 تفاهم‌نامه<sup>654</sup> در مورد قواعد رسیدگی، در صورتی که مغایرتی با سایر مقررات تفاهم‌نامه و سایر موافقتنامه‌های سازمان نداشته باشد، به رکن استیناف اختیار تام اعطاء نموده است. نهایتاً رکن استیناف به این نتیجه رسید که «با توجه به اختیارات قانونی اعطائی از سوی تفاهم‌نامه، این رکن صلاحیت پذیرش نظرات همیاری در مرحله استیناف را در صورتی که این نظرات مرتبط با موضوع دعوا بوده و سودمند باشد، دارا خواهد بود»<sup>655</sup>. از سوی دیگر، چنین تصریح کرد که «تنها اعضای سازمان واجد حق مشارکت در دعوا به عنوان ثالث می‌باشند (حقی که رکن استیناف نمی‌تواند آن را نادیده گرفته و درخواست ورود آن‌ها را رد نماید) و لذا پذیرش یا رد سایر اشخاص که در قالب همیاران دادگاه قصد مشارکت در دعوا را دارند، به صلاحدید و نظر این رکن بستگی دارد.»<sup>656</sup>

### قسمت دوم: همیار دادگاه در داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی

نهاد همیاردادگاه یا ذینفع غیرمستقیم در داورهای سرمایه‌گذاری، اولین بار در یکی از دعاوی که در دیوان داورى تحت بخش یازده موافقتنامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا)<sup>657</sup> رسیدگی شد، مطرح گردید و پس از آن در دیگر دعاوی سرمایه‌گذاری، خصوصاً در دعوی مطروحه در مرکز حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>658</sup> رواج یافت. لذا در این گفتار، در دو بند جداگانه، به بررسی این نهاد در نفتا و ایکسید پرداخته خواهد شد.

## الف - همیار دادگاه در مکانیزم حل و فصل اختلاف در نفتا

### 1- کلیات

یکی از مهم‌ترین معاهدات بین‌المللی در حوزه سرمایه‌گذاری، موافقتنامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا) می‌باشد. این موافقتنامه در اکتبر 1992 بین کانادا، ایالات متحده امریکا و مکزیک امضاء و در تاریخ 1994 لازم‌الاجراء گردید. تا قبل از تصویب این موافقتنامه، این دولت‌ها، بین خود موافقتنامه‌های تجاری دوجانبه و چندجانبه متعددی داشتند. نفتا این موافقتنامه‌ها را در کنار هم قرار داد. هدف اصلی این معاهده این بود که تجارت آزاد را میان این سه کشور ایجاد نموده و هرگونه مانعی را در این خصوص از میان بردارد.<sup>659</sup>

معاهده نفتا حاوی مقرراتی در خصوص حمایت و ترویج سرمایه‌گذاری، استانداردهای مربوط به رفتار ملی<sup>660</sup> و رفتار دولت کامله‌الوداد<sup>661</sup> بوده و نکته قابل توجه این است که تمامی این مسائل برگرفته از به‌روزترین نظرات موجود در حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. مکانیزم حل‌وفصل اختلافات پیش‌بینی شده نیز داورى تجاری بین‌المللی است و بنابراین این امکان وجود دارد که دولت‌های عضو مستقیماً در مقابل سرمایه‌گذاران برای نقض تعهدات مذکور در این موافقتنامه مسئول شناخته شده و سرمایه‌گذاران دعوی خود را علیه دولت ناقض، طرح نمایند. قواعد حاکم بر این دعوی نیز مواد مذکور در بخش یازده این معاهده (شامل 38 ماده) می‌باشد. چنانچه تلاش‌های صورت

<sup>654</sup>- **Article 17.9 of WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes:** " Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information."

<sup>655</sup>- Carbon Steel Case, Report of the Panel, Supra note 52, Para 39

<sup>656</sup>- Supra note 36, Para 42

<sup>657</sup> - The North Free Trade Agreement (NAFTA), available at:

< <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>>

<sup>658</sup> - International Centre For Settlement Of Investment Dispute

<sup>659</sup>- K. Myrvang, Anna, *An Illustration of How Traditional Arbitration Is Being Changed By Modern International Investment Law: Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter XI and The Energy Chapter Treaty*,  
Konstanz university

(Germany), 2003, at 2

<sup>660</sup>- Standards of National Treatment

<sup>661</sup>- Most Favored Nation Treatment

گرفته مطابق با ماده 1118<sup>662</sup> برای حل اختلاف از طریق مصالحه و مذاکره به نتیجه نرسد، ماده 1120<sup>663</sup> نفتا داوری به سه روش را پیش‌بینی نموده است. این روش‌ها عبارتند از داوری تحت عهدنامه ایکسید (چنانچه هم دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت طرف دعوا هر دو عضو این عهدنامه باشند) یا داوری با قواعد تسهیلی اضافی ایکسید (چنانچه یکی از طرفین و نه لزوماً دوطرف دعوا عضو عهدنامه ایکسید باشند) و یا داوری با قواعد داوری آنسیترال. چنانچه بخش یازده نفتا هر یک از مقررات مذکور در این سه قواعد داوری را اصلاح نموده یا مقرره‌ای متفاوت با آن‌ها داشته باشد، معاهده نفتا مقدم بر این قواعد داوری خواهد بود.<sup>664</sup>

## 2- پرونده متانکس

مسئله مشارکت اشخاص ثالث به عنوان همیار دادگاه در روند رسیدگی به دعاوی تحت بخش یازده نفتا، از پرونده متانکس<sup>665</sup> شروع شد.<sup>666</sup> دعوی شرکت کانادایی متانکس و دولت ایالات متحده آمریکا، دعوی ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی بود که بر اساس بخش یازده موافقتنامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا) به دیوان داوری ارجاع داده شد. متانکس، یکی از بزرگترین شرکت‌های تولیدکننده متانول بوده که در راستای دستور صادره از سوی مسئولین ایالت کالیفرنیا در مارس 1991 مبنی بر ممنوعیت استفاده از این ماده در سال 2002 اقدام به طرح دعوا در دیوان داوری علیه دولت ایالات متحده آمریکا نمود.<sup>667</sup> پس از ثبت این دعوا از سوی کمپانی متانکس، موسسه بین‌المللی توسعه پایدار<sup>668</sup> خواستار ورود در این دعوا از جهات مختلف شد. در درخواستی که از سوی این موسسه در 26 آگوست 2000 و نیز درخواست‌های بعدی آن که در سپتامبر و اکتبر همان سال از دیوان داوری صورت گرفت، ثبت نظرات همیاری و نیز ورود به عنوان همیار دادگاه یا ذینفع غیرمستقیم مورد درخواست واقع شده بود.

پس از اینکه این موسسه درخواست مشارکت خود در دعوا را در دیوان داوری ثبت نمود، واکنش‌ها نسبت به این مسئله متفاوت بود؛ خواهان دعوا (شرکت متانکس) با این درخواست مخالفت کرد ولی در مقابل، دولت ایالات متحده آمریکا

<sup>662</sup>- Article 1118 of NAFTA: (Settlement of a Claim through Consultation and Negotiation) "The disputing parties should first attempt to settle a claim through consultation or negotiation".

<sup>663</sup>- **Article 1120 of NAFTA: (Submission of a Claim to Arbitration)** "1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six month shave elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:(a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;(b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules".

<sup>664</sup>- K. Myrvang, Anna, *Supra* note 43, at 2-3

<sup>665</sup> - Methanex v. United State of America

<sup>666</sup> - اهمیت این دعوا در داوری های سرمایه گذاری بسیار قابل تامل است؛ روند رسیدگی به درخواست نهادهای غیر دولتی که خواستار ارائه نظرات همیاری بودند و نیز استدلال‌هایی که طرفین دعوا و در نهایت دیوان داوری در این خصوص در دعوی متانکس ارائه دادند، در دعوی سرمایه گذاری بعدی تاثیر شگرفی داشت؛ به طوری که در بسیاری از آن‌ها، دیوان‌های داوری برای احراز صلاحیت خود جهت پذیرش این نظرات ارائه شده از سوی اشخاص ثالث، به این دعوا استناد کرده‌اند. علاوه بر این، مقررات داوری حاکم بر این دعوا، قواعد داوری آنسیترال سال 1976 بوده و این مقررات داوری، علاوه بر داوری‌های سرمایه‌گذاری تحت نفتا، در دیگر داوری‌های سرمایه‌گذاری، اعم از سازمانی و موردی، کاربرد فراوان دارد. از جمله این موارد، دیوان داوری ایران-امریکا است که برای حل‌وفصل اختلافات میان این دو دولت، طبق بیانیه الجزایر تشکیل گردیده است. یکی از مهترین مواد این مقررات داوری، ماده 15(1) بود که مفاد آن با اندکی اضافات، در ماده 17(1) قواعد داوری آنسیترال اصلاحی سال 2010 تکرار شده است. در جریان رسیدگی به دعوی متانکس، این ماده همراه با دیگر قواعد موجود در قواعد داوری آنسیترال و نفتا که احتمال پذیرش یا رد این نظرات از سوی دیوان داوری بر طبق آنها می‌رفت، مورد بررسی و تجزیه تحلیل دقیق قرار گرفت.

<sup>667</sup> - شرکت متانکس در دادخواست اولیه خود مدعی شد که مقررات ناکارآمد و عدم اجرای مقررات مربوط به محیط زیست داخلی آمریکا، از جمله قانون آب سالم این کشور، عامل اصلی ورود این ماده در منابع آبی کالیفرنیا شده است. همچنین ادعا نمود که این ممنوعیت برنامه‌ریزی شده، منجر به مصادره سرمایه‌گذاری‌های انجام شده توسط این شرکت گردیده است؛ در نتیجه خواستار پرداخت غرامت از سوی دولت ایالات متحده آمریکا، به مبلغ تقریبی 900 میلیون دلار شد. در مقابل، ایالت کالیفرنیا نیز مدعی بود که استفاده از این ماده سبب آلوده شدن منابع آب شرب این ایالت شده که این مسئله مخاطره بزرگی برای سلامت انسان‌ها و امنیت محیط زیست این ناحیه خواهد بود و به همین خاطر ممنوعیت تولید و استفاده این ماده را لازم و ضروری اعلام داشته است.

<sup>668</sup> - International Institute for Sustainable Development (IISD)

(خوانده) از تلاشهای این موسسه برای مداخله در این دعوا حمایت نمود. از سوی دیگر، دولت کانادا نیز در ماه نوامبر حمایت و نظر مساعد خود را برای پذیرش این درخواست اعلام داشت، اما دولت مکزیک، به طور رسمی با چنین مداخله‌ای مخالفت کرد.<sup>669</sup> در اکتبر 2003، کمیسیون تجارت آزاد نفتا<sup>670</sup> برای اولین بار در تاریخ داوریه‌های بین‌المللی، بیانیه‌ای تفسیری مبنی بر حمایت از نظرات همیاری در قالب حل‌وفصل اختلافات از طریق بخش یازده موافقتنامه نفتا صادر کرد.<sup>671</sup> این بیانیه مقدمه‌ای برای صدور رای نهایی دیوان در زمینه پذیرفتن نظرات همیاری محسوب گردید.<sup>672</sup>

متعاقب انتشار این بیانیه، در 30 ژانویه 2004، داوریه سرمایه‌گذاری بین‌المللی شاهد یکی از مهمترین تحولات خود بود. دیوان داوریه متانکس تصمیم خود مبنی بر اینکه نهادهای غیردولتی و دیگر اشخاص داوطلب می‌توانند به عنوان همیار دادگاه در این داوریه حضور داشته باشند را به‌طور عمومی منتشر نمود. در تاریخ 9 مارس 2004، موسسه بین‌المللی توسعه پایدار، نظرات همیاری خود را با در نظر گرفتن چارچوب تعریف شده از سوی دیوان داوریه<sup>673</sup>، در دیوان ثبت کرد.

### اول - اظهارات طرفین دعوا در خصوص پذیرش همیار دادگاه در پرونده متانکس

در رابطه با پذیرش این درخواست از سوی دیوان داوریه، نگرش طرفین دعوا و نیز استدلال‌های توجیهی دیوان داوریه در خود توجه است. مخالفت خواهان (شرکت متانکس) بر پایه سه استدلال مطرح شد: اولین دلیل ارائه شده از سوی خواهان، بحث محرمانگی بود. بر این اساس، خواهان با تکیه بر ماده 25(4)<sup>674</sup> قواعد داوریه آنسیترال (قواعد داوریه حاکم بر جریان رسیدگی این دعوا) اعلام داشت که جلسات استماع می‌بایست به صورت «غیر علنی»<sup>675</sup> برگزار شود و مدعی گردید این تعهد، این مسئله را نیز دربرمی‌گیرد که اسناد مهیا شده برای داوریه باید محرمانه باشد. از این گذشته، طرفین اختلاف اقدام به انعقاد توافق نامه محرمانگی کرده اند و این مطلب در «دستور دیوان مبنی بر توافق طرفین در زمینه افشاء و محرمانگی»<sup>676</sup> مورخ 7 ژانویه 2000 آمده است. در این دستور نسبت به در اختیار گذاردن اطلاعات مربوط به دعوا به نهادهای غیردولتی (مانند درخواست‌کنندگان ورود به این دعوا) یا دیگر گروه‌های

<sup>669</sup>- بر اساس ماده 1128 نفتا هر یک از اعضاء موافقتنامه (ایالات متحده آمریکا، کانادا و مکزیک) می‌توانند در هر دعوا، تفسیر خود را در مورد موافقتنامه مذکور به دیوان داوریه ارائه دهد، اگرچه خود طرف آن دعوا نباشد:

**Article 1128 of NAFTA (Participation by a Party):** "On written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement."

<sup>670</sup>- NAFTA Free Trade Commission

<sup>671</sup> - Statement of the Free Trade Commission On Non-Disputing Party Participation, available at:

<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf>

لازم به توضیح است که تفسیری که این کمیسیون در زمینه مقررات موافقتنامه نفتا ارائه می‌دهد، برای دیوان‌های داوریه که تحت بخش یازده این موافقتنامه تشکیل می‌شود لازم‌الاتباع می‌باشد. در این رابطه ماده 1131(2) از موافقتنامه نفتا چنین مقرر می‌دارد: «تفسیری که از سوی کمیسیون تجارت آزاد از یک مقرر این موافقتنامه ارائه می‌دهد، برای دیوان داوریه تحت این بخش (بخش یازده) الزام آور است».

<sup>672</sup>- این بیانیه وجود چهار شرط را برای پذیرش این نظرات در دیوان‌های داوریه تحت بخش یازده بیان نمود: «الف) نظرات با ارائه دیدگاه یا دانش خاص یا نگرشی متفاوت با آنچه که طرفین دعوا ارائه داده اند، بتواند دیوان داوریه را در تشخیص مسائل موضوعی و قانونی مرتبط با داوریه یاری نماید؛ ب) نظرات شخص ثالث مرتبط با یکی از موضوعات مطروحه در دعوا باشد؛ ج) شخص ثالث دارای نفع اساسی در داوریه باشد؛ د) نفع عمومی در موضوع داوریه وجود داشته باشد».

<sup>673</sup>- مطابق با چارچوبی که از سوی کمیسیون تجارت آزاد نفتا برای ثبت نظرات همیاری تعریف شد، درخواست‌های ورود به عنوان ثالث باید حاوی نظرات کتبی که اشخاص قصد ارائه آنها را به دیوان دارند، توضیحات ویژه‌ای در خصوص قلمروی این نظرات، منافعی که سبب شده آن نهاد یا شخص اقدام به ثبت نظرات نماید و نیز فاش نمودن منابع مالی و یا دیگر منابعی که به آن سازمان کمک مالی می‌شود، باشد.

<sup>674</sup>- **Article 25(4) of UNCITRAL Arbitration Rules 1976:** "Hearings shall be held *in camera* unless the parties agree otherwise..."

<sup>675</sup>- In Camera

<sup>676</sup>- Consent Order Regarding Disclosure and Confidentiality

حافظ منافع عمومی، اجازه‌ای صادر نشده است.<sup>677</sup> ایراد دوم، عدم صلاحیت دیوان در پذیرش چنین نظرانی بود. در رابطه با صلاحیت، خواهان مدعی شد که دیوان دآوری نمی‌تواند بدون رضایت طرفین اصلی اختلاف، یک طرف دعوا به روند رسیدگی اضافه نماید. چنین صلاحیتی به وسیله ماده 15(1) مقررات دآوری آنسیترال<sup>678</sup> نیز برای دیوان دآوری تعریف نشده است. این مقررہ تنها در ارتباط با موضوعات شکلی کاربرد دارد و چون احتساب یک شخص به عنوان طرف دعوا امری ماهوی می‌باشد، این ماده قابلیت استناد در خصوص پذیرش نظرات همیاری ندارد.<sup>679</sup> آخرین ایرادی که خواهان مطرح نمود، ناعادلانه بودن پذیرش این درخواست بود. در این رابطه، خواهان مدعی بود که حمایت از نفع عمومی، از طریق ماده 1128 نفتا تضمین شده است. گروه‌های با منافع شخصی که قصد دارند عقاید خود را به دیوان دآوری ارائه نمایند، می‌توانند اطلاعات خود را در اختیار اعضای موافقتنامه که حق مداخله و ابراز عقیده در مواعقی که مسئله تفسیر نفتا پیش می‌آید، قرار دهند. از این گذشته، هریک از طرفین اختلاف می‌توانند از اشخاص ثالث بخواهند نظرات خود را به عنوان مدرکی در روند رسیدگی ارائه دهند، در حالی که اگر این اشخاص ثالث بتوانند جایگاه همیار دادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم را داشته باشند، طرفین دعوا از این حق که بتوانند این نظرات را بنا بر اصل تناظر به چالش کشیده و در مورد آن مباحثه کنند، برخوردار خواهند بود. علاوه بر این، اعطای جایگاه همیار دادگاه به این درخواست‌کنندگان، حجم کاری رسیدگی را به طور اساسی افزایش می‌دهد و خواهان را ملزم می‌نماید که به درخواست‌های اشخاص دیگری غیر از طرف دعوا پاسخ دهد؛ مسئله‌ای که در مقررات نفتا پیش بینی نشده است.<sup>680</sup>

در مقابل، استدلال‌های خواننده دعوا (ایالات متحده آمریکا) به گونه‌ای دیگر بود: خواننده معتقد بود با توجه به اینکه اولاً یکی از طرفین اختلاف، یک دولت بوده و ثانیاً مسائل باید در راستای یک معاهده و اصول حقوق بین‌الملل عمومی تصمیم‌گیری شود و ثالثاً اینکه صدور رای در خصوص این دعوا می‌تواند واجد تاثیر اساسی بر اشخاصی غیر از طرفین دعوا باشد، باید این دعوا را از یک دآوری تجاری عادی متمایز دانست. بر این پایه، خواننده چنین مدعی شد که اختیارات اعطایی به دیوان دآوری در مقررات دآوری آنسیترال می‌بایست به گونه‌ای متناسب با جنبه‌های مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی آن دعوا و به طور خاص توجه به منافع عمومی اساسی اعمال گردد. دیدگاه اعضای نفتا این است که مقررات دآوری آنسیترال، به اندازه‌ای منعطف است که بتواند چنین فرضیه‌ای را تأمین کند که دیوان‌های دآوری، این اختیار را داشته باشند که از نظرات و عقاید خود به گونه‌ای متناسب با ماهیت دعوای مطروحه استفاده نمایند.<sup>681</sup> خواننده تصریح نمود که بر اساس ماده 15(1) قواعد دآوری آنسیترال، دیوان دآوری از این صلاحیت برخوردار است که با اتخاذ رویه مناسب، طرفین دعوا را به صورت برابر در نظر گرفته و به هر یک از آنها امکان بیان نظرات را اعطاء نماید. این مقررات به اندازه‌ای موسع وضع گردیده که صلاحیت دیوان را برای پذیرش نظرات همیاری در بردارد. همچنین معتقد بود که در قواعد دآوری آنسیترال هیچ موردی که پذیرش درخواست ارائه نظرات همیاری را منع نماید، وجود ندارد. ماده 25(4) نیز حق شرکت اشخاص در جلسات استماع را محدود نموده و نه اشخاصی را که قصد ارائه نظرات کتبی دارند. حتی وجود مقررات مربوط به تعهد بر محرمانگی، نمی‌تواند به عنوان محدودیتی برای دیوان دآوری برای پذیرش نظرات کتبی همیاری فرض گردد و این دو امر کاملاً با یکدیگر متفاوت است.<sup>682</sup> دیوان در دستور خود مبنی بر افشاء و محرمانگی، مسئله امکان ثبت نظرات همیاری را مدنظر قرار نداده است، بلکه اتفاقاً چنین بیان داشته که اسناد مهم ایجاد شده در روند رسیدگی دآوری می‌بایست به طور عمومی منتشر شود و این در حالیست که مابقی اسناد و اطلاعات نیز طبق قانون آزادی اطلاعات ایالات متحده آمریکا<sup>683</sup> باید در

<sup>677</sup>- Methanex v. United State of America, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene As Amici Curiae, Para 12, available at:

[www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex\\_tribunal\\_first\\_amicus\\_decision.pdf](http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_tribunal_first_amicus_decision.pdf)

<sup>678</sup>- **Article 15(1) of UNCITRAL Arbitration Rule 1976:** " Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.

<sup>679</sup>- Decision of Methanex Tribunal on Amici Curiae, *Supra* note 61, Para 13

<sup>680</sup>- Ibid, Para 14

<sup>681</sup>- Ibid, Para 17

<sup>682</sup>- Ibid, Para 19

<sup>683</sup> - US Freedom of Information Act, available at:

اختیار عموم قرار بگیرد.<sup>684</sup> سرانجام، در رابطه با صلاحیت دیوان در پذیرش نظرات همیاری، خواننده اعلام کرد که درخواست‌کنندگان به دنبال کسب جایگاهی مشابه با طرفین دعوا نیستند و بنابراین اظهارات خواهان مبنی اینکه مشارکت این اشخاص، سبب اضافه شدن طرف دعوا به دعوی حاضر می‌گردد، کاملاً بی‌اساس است. اگرچه اضافه شدن این اشخاص به دعوی مطروحه سبب افزایش حجم کاری و متعاقب آن فشار بیشتر ناشی از افزایش حجم کاری بر دیوان داور می‌گردد، اما در جایی که دیوان داور معتقد باشد نظرات همیاری می‌تواند در رسیدن به نتیجه صحیح به دیوان کمک کند، این فشار قابل توجیه است.<sup>685</sup>

## دوم - نظر و رای دیوان داور متانکس در خصوص پذیرش همیار دادگاه

پس از ارائه لوایح از سوی طرفین در خصوص امکان یا عدم امکان پذیرش همیار دادگاه در این دعوا، دیوان داور به تجزیه و تحلیل نظرات و ارائه نظر خود در این خصوص پرداخت. دیوان داور معتقد بود که درخواست‌های این اشخاص می‌بایست طبق ماده 15(1) قواعد داور آنسیترال بررسی گردد و در دیگر مواد قواعد داور آنسیترال نمی‌توان چنین امری را پیدا نمود. ماده 15(1) قواعد داور آنسیترال اختیار گسترده‌ای به دیوان داور در رابطه با تصمیم‌گیری در مورد امور شکلی اعطاء نموده است، البته اعمال این اختیارات باید مطابق با اصول برابری و بی‌طرفی نسبت به طرفین دعوا باشد.<sup>686</sup> در این راستا دیوان داور اعلام داشت مطابق با سایر قواعد موجود در قواعد داور حاکم بر دعوا (آنسیترال) نمی‌تواند شخص دیگری را به عنوان یک طرف دعوا به این داور اضافه نماید، یا با شخص ثالث همانند طرفین دعوا یا اعضای نفتا رفتار نماید. بدین ترتیب، از نظر دیوان داور، اختیارات مطروحه در ماده 15(1) را می‌بایست محدود به امور شکلی دانست.<sup>687</sup> با این وجود، از نقطه نظر دیوان، پذیرش نظرات کتبی همیاری ارائه شده از سوی اشخاصی غیر از طرفین دعوا (اشخاص ثالث)، به معنای اضافه کردن این اشخاص به عنوان یک طرف دعوا در داور تلقی نمی‌شد. در نتیجه، این اشخاص، قابلیت کسب حقوقی همانند حقوق طرفین دعوا در داور و نیز حقوق محدود اعضای نفتا بر طبق ماده 1128 نفتا، را ندارند. حقوق شکلی و ماهوی مشروع این اشخاص، پس از دریافت این نظرات از سوی دیوان، با حقوقی که قبل از ارائه نظرات داشته‌اند، هیچ تفاوتی نکرده و دقیقاً مشابه با حقوق قبلی آنها بوده و با پذیرش آنها هیچ حق اضافی کسب نموده‌اند. ماهیت داور نیز پس از پذیرفتن این نظرات، هیچگونه تغییری نکرده است.<sup>688</sup>

سرانجام، دیوان داور بدین نتیجه رسید که مجاز قلمداد کردن ارائه نظرات همیاری از سوی اشخاص ثالث، مطابق با اختیارات دیوان در تصمیم‌گیری در امور شکلی داور که در قلمرو عمومی ماده 15(1) قواعد داور آنسیترال پیش بینی شده است، می‌باشد.<sup>689</sup> از نظر دیوان، جمله دوم ماده 15(1) برای نیل به چنین نتیجه‌ای کفایت می‌کرد؛ اما برای

<http://www.justice.gov/oip/amended-foia-redlined.pdf>

<sup>684</sup>- Decision of Methanex Tribunal on Amici Curiae, *Supra* note 61, Para 21

<sup>685</sup>- *Ibid*, Para 21

<sup>686</sup>- ماده 15(1) قواعد داور آنسیترال سال 1976 در این باره مقرر می‌داشت: «بر اساس این مجموعه مقررات، دیوان داور باید داور را به گونه‌ای که مناسب می‌بیند برگزار کند مشروط بر اینکه با طرفین به طور برابر رفتار نماید و در هر مرحله از روند رسیدگی، به هریک از طرفین دعوا فرصت کافی برای ارائه مطالب خود را بدهد.» در اصلاحاتی که در سال 2010 بر قواعد داور آنسیترال انجام شد، این عبارت در ماده 17(1) عیناً تکرار شد؛ هرچند که پس از آن شروط دیگری بر این اختیارات دیوان داور اضافه نمود. در مذاکرات مقدماتی تدوین قواعد داور آنسیترال از این مقرره به عنوان یکی از مهم‌ترین و متمایزترین مواد این مجموعه، یاد شد. همچنین از آن به عنوان «قلب» مقررات داور آنسیترال نام برده می‌شود. این مقرره در ماده 18 و 19(2) قانون نمونه آنسیترال نیز آمده و به تبع آن در بند دوم ماده 19 قانون داور تجاری بین‌المللی ایران مصوب 1376 نیز ذکر شده است.

<sup>687</sup>- Decision of Methanex Tribunal on Amici Curiae, *Supra* note 61, Para 29

<sup>688</sup>- *Ibid*, Para 30

<sup>689</sup>- *Ibid*, Para 31

تقویت این نظر به رویه و مقررات موجود در دیوان داوری ایران-امریکا<sup>690</sup> و سازمان جهانی تجارت<sup>691</sup> تمسک جست<sup>692</sup> و النهایه امکان پذیرش اینگونه نظرات ارائه شده از سوی اشخاص ثالث را در دیوان داوری اعلام نمود.

## ب - همیار دادگاه در ایکسید

در ایکسید تلاش‌هایی به منظور به تعادل کشاندن دو امر متعارض (لزوم شافیت در مقابل قاعده محرمانگی) صورت گرفته است. اصلاحات قواعد داوری ایکسید در سال 2006 حاوی مقرراتی است که اجازه می‌دهد اشخاصی که طرف دعوا نیستند به عنوان «همیار دادگاه» یا اکنون «همیار مرجع حل اختلاف» وارد دعوا شده و در روند رسیدگی آن مشارکت داشته باشند. پاراگراف دوم ماده 37 مجموعه قواعد داوری ایکسید بدین صورت اصلاح گردیده است:

«پس از مشورت با طرفین دعوا، دیوان داوری ممکن است به شخص یا نهادی که طرف دعوا محسوب نمی‌گردد، (در این مجموعه قواعد از آن به عنوان «طرف غیر دعوا» نام برده می‌شود) اجازه دهد تا اظهارات کتبی مربوط به موضوعی در قلمروی دعوا در دیوان داوری ثبت نماید. در تعیین اینکه آیا ثبت این اظهارات اجازه داده شود، دیوان داوری در میان سایر مسائل، در نظر خواهد گرفت، حدودی را که:

الف) اظهارات طرف غیر دعوا با ارائه دیدگاه، دانش خاص یا بینشی که متفاوت با آنچه که طرفین دعوا ارائه کرده‌اند، در تعیین یک مسئله موضوعی یا حکمی مرتبط با جریان رسیدگی به دیوان کمک خواهد نمود؛

ب) اظهارات طرف غیر دعوا مسئله ای را در قلمروی دعوا مورد خطاب قرار دهد؛

ج) طرف غیر دعوا یک نفع اساسی در روند رسیدگی دارد.

دیوان داوری اطمینان حاصل خواهد کرد که اظهارات طرف غیر دعوا روند رسیدگی را مختل ننموده یا فشار بی‌جهت یا لطمه ناعادلانه به هیچ یک از طرفین دعوا وارد نمی‌آورد، و اینکه به هر دو طرف دعوا این فرصت داده شود که نظرات و اعتقادات خود را در رابطه با اظهارات طرف غیر دعوا ارائه نمایند.<sup>693</sup>»

<sup>690</sup> تبصره پنجم الحاقی به ماده 15(1) قواعد داوری آنسیترال منکور در قواعد داوری دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده امریکا چنین بیان داشته است: «دیوان داوری می‌تواند پس از حصول اطمینان از اینکه اظهار یکی از دو دولت و تحت شرایطی خاص، هر شخص دیگری که طرف داوری در پرونده اصیل نباشد، احتمالاً می‌تواند به انجام وظایف دیوان یاری دهد، به چنین دولت یا شخصی اجازه دهد با ارائه اظهاریه‌های شفاهی یا کتبی به دیوان کمک کند.»

<sup>691</sup> رویه و مقررات این سازمان در قسمت قبلی بیان گردید.

<sup>692</sup> دیوان داوری دعاوی متانکس برای رسیدن به این نتیجه که آیا می‌تواند نظرات همیاری را بپذیرد چهار سوال را مطرح و پس از آن به تشریح و پاسخگویی این سوالات پرداخت که بیان و تحلیل تمامی آنها از حوصله این نوشته خارج می‌باشد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

خسروسرشکی، هادی، شفافیت در روند رسیدگی داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پیشین، ص 97 به بعد

<sup>693</sup> - **Rule 37(2) of ICSID Arbitration Rules (Visits and Inquiries; Submissions of Non-disputing Parties):**

"After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the "non-disputing party") to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission."

در ارتباط با ماده فوق الذکر دو نکته را باید در نظر داشت؛ اول آنکه شرط سوم این ماده که بیان می‌دارد طرف غیر دعوا می‌بایست «نفع اساسی»<sup>694</sup> در رسیدگی دعوا داشته باشد، بیانگر قابلیت پذیرش نهاد «همیار دادگاه» و گسترش این نهاد در داورهای تحت مرکز ایکسید است. نکته دوم اینکه اگرچه دیوان داور برای پذیرفتن طرف غیر دعوا، با سرمایه‌گذار و دولت طرف دعوا مشاوره می‌کند، اما ممکن است درخواست ارائه اظهارات طرف غیر دعوا را برخلاف نظر طرفین دعوا بپذیرد.<sup>695</sup> تمایل دیوان‌های داور ایکسید به پذیرفتن درخواست ارائه اظهارات طرف غیر دعوا حتی در صورت مخالفت دولت و سرمایه‌گذار طرف دعوا، بسیار با اهمیت است؛ چراکه مشخص می‌کند که در حال حاضر به چه میزان ایکسید در مورد مسئله وجود شفافیت و مشارکت طرف غیر دعوا در روند رسیدگی داورهای خود جدی است.

اصلاحات ماده 37، اگرچه تحت تاثیر نتایج و دست‌آوردهای دیگر دیوان‌های داور سرمایه‌گذاری بین‌المللی، خصوصا دعوی متانکس است، اما اساسا و به طور بنیادین متفاوت از آنهاست. شرطی که وجود نفع اساسی در رسیدگی را برای مداخله اشخاص ثالث در جریان رسیدگی ضروری می‌داند، بسیار ماهرانه وضع شده است، اما مسئله مهمتر، تاثیر و اجرای آن می‌باشد. دیوان داور در دعوی متانکس، تنها نکته‌ای که در پذیرش همیار دادگاه مدنظر قرار داد، این بود که آیا شخص ثالث داوطلب ورود به دعوا، حاوی اطلاعاتی مرتبط با دعوا که از سوی طرفین ارائه نشده است، هست یا خیر. به عبارت دیگر، در این دعوا، وجود یا عدم وجود نفع اساسی برای شخص ثالث در نظر دیوان داور اهمیت برجسته‌ای نداشته است.<sup>696</sup> اما با وجود این شرط در ماده 37، دیوان‌های داور ایکسید باید علاوه بر توجه به نوع اطلاعات اشخاص ثالث، این موضوع را نیز در نظر بگیرند که «نفع اساسی» نیز برای اشخاص ثالث حتما باید به اندازه کافی وجود داشته باشد.<sup>697</sup>

#### قسمت سوم: مزایا و اشکال‌های پذیرش نهاد همیار دادگاه در داور سرمایه‌گذاری بین‌المللی

طرفداران نهاد همیار دادگاه برای گسترش کارکرد این نهاد در حوزه داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به مزایای این نهاد و تاثیرات مثبتی که می‌تواند داشته باشد، اشاره دارند. از طرف مقابل، عده‌ای پذیرش نظرات همیاری و درخواست مشارکت اشخاص ذینفع غیرمستقیم در روند رسیدگی‌های داور سرمایه‌گذاری بین‌المللی را بنا بر دلایلی مخالف اصول پذیرفته شده در این روش حل‌وفصل معرفی می‌دارند. با توجه به این مطالب، در این قسمت ابتدا به بررسی مزایای این نهاد که از سوی دسته اول مطرح می‌گردد، پرداخته و سپس اشکال‌ها و ایراداتی که از سوی مخالفان ابراز شده را بیان خواهیم داشت.

#### الف - مزایای پذیرش همیاران دادگاه

مزایای پذیرش این نهاد، بیشتر از سوی متقاضیان مشارکت در جریان رسیدگی داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی مطرح می‌گردد. معمولا دولت‌های طرف دعوا نیز بدین جهت که این نظرات، در اکثر مواقع به حمایت از آنها ارائه می‌گردد، بر مزایای این نهاد پافشاری نموده و بر آن تاکید می‌نمایند. اهم مزایای معرفی شده در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

<sup>694</sup> - Significant Interest

<sup>695</sup> - Buckley, Ross P & Blyschak, paul, *Guarding the Open Door: Non-party Participation Before The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, University of New South Wales (UNSW), Faculty of Law, [UNSW Law Research Paper No. 2007-33](#), at 12

<sup>696</sup> - اگرچه همانطور که در بیانیه تفسیری کمیسیون تجارت آزاد نفتا آمده است، یکی از فاکتورها برای پذیرش اشخاص ثالث در داور تحت بخش یازده نفتا، داشتن نفع اساسی شخص ثالث عنوان شده است، اما باید توجه داشت که در این بیانیه این فاکتورها، فاکتورهای پیشنهادی کمیسیون است و نه اینکه الزاما دیوان داور باید همه آنها را در موقع بررسی پذیرش نظرات ارائه شده از سوی اشخاص ثالث در نظر بگیرد. در خود بیانیه نیز چنین آمده است: «... به دیوان داور پیشنهاد می‌شود که فاکتورهای ذیل را مدنظر قرار دهد...». لذا با توجه به الزام آور نبودن این فاکتورها، دیوان داور در دعوی متانکس وجود یا عدم وجود نفع اساسی را در زمان ارزیابی نظرات مدنظر قرار نداد.

<sup>697</sup> - Buckley & Blyschak, *Supra* note 79, at 12



## 1- حمایت از نفع عمومی

مهمترین هدف همیاران دادگاه از تلاش برای مشارکت در جریان داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حمایت از منافع حیاتی جامعه از قبیل حمایت از محیط زیست، سلامت عمومی، حقوق بشر، حقوق کارگران، توسعه پایدار، میراث فرهنگی و مبارزه با مسئله فساد می‌باشد.<sup>698</sup> اهمیت این منافع عمومی، فایده‌گوشزد نمودن آن‌ها به داوران دیوان‌های داور را از طریق ارائه نظرات همیاری توصیه می‌نماید. اگرچه در این نوع داورها، مقررات مختلفی که تضمین‌کننده صلاحیت علمی و فنی باشد، وجود دارد.<sup>699</sup> اما نمی‌توان انتظار داشت که داوران از تمامی جنبه‌های فنی و تکنیکی اختلافات مطلع باشند؛ مسائلی که هرکدام از آن‌ها می‌تواند به نوعی بر منافع عمومی تأثیر بگذارد. لذا توجه به اهمیت نفع عمومی می‌طلبد تا امکان مشارکت اشخاص آگاه و در اکثر مواقع متخصص در این حوزه‌ها فراهم باشد تا بدین وسیله نفع عمومی در این دعاوی مدنظر قرار گرفته و از آن حمایت گردد.<sup>700</sup>

## 2- ارتقاء کیفیت آراء صادره

در برخی مواقع، این امکان برای دولت طرف دعوا وجود ندارد که توجه داوران را به برخی جنبه‌های موجود در مسئله مورد اختلاف جلب نماید. این وضعیت ممکن است به واسطه دلایل مختلفی حادث شود. به عنوان مثال این احتمال وجود دارد که دولت واجد دانش کافی نبوده و یا مدارک مثبت موضوعات را در اختیار نداشته باشد. این مطلب نیز دور ذهن نیست که دولت طرف داور، منابع و تخصص مکفی برای دفاع از خود در یک دعوای بین‌المللی را دارا نباشد. در این شرایط، نظرات همیاری می‌تواند چشم‌انداز جدیدی در خصوص امور موضوعی و حکمی و نیز نکات فنی راهگشا در دعوای مطروحه به دیوان داور ارائه دهد. از این رو، مشارکت همیاران دادگاه می‌تواند کیفیت آراء صادره را بالاتر ببرد.<sup>701</sup> این مسئله، نه تنها می‌تواند به سود طرفین دعوا و نیز سایر اشخاصی که به واسطه وجود

<sup>698</sup>- Graham, Camilla, A "How To" Guide To Amicus Curiae & International Investment Arbitration, Advocates for International Development, at 6-7

<sup>699</sup>- **Article 14 of ICDIS Convention 1965:** "Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators."

<sup>700</sup>- حمایت از نفع عمومی را دعوی مختلف می‌توان مشاهده نمود. به عنوان نمونه ببینید:

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., & Vivendi Universal, S.A v. Arg. Republic* (Hereinafter Suez Case), ICSID Case No. ARB/03/19.

در بخشی از اظهارات کتبی همیاری تقدیمی به دیوان داور رسیدگی‌کننده به دعوای پپرو فورستی علیه افریقای جنوبی (Piero Foresti v. Republic of South Africa, ICSID Case No ARB(AF)/07/1) مورد تأکید قرار گرفت. در این دعوا، اشخاص غیر طرف دعوا، با استناد به مواد (3)41، 39 و 35 قواعد امکانات اضافی ایکسید، خواستار مشارکت محدود در دعوا به عنوان همیار دادگاه شدند. متن این بخش از درخواست بدین شرح است: «این داور، به روشنی حاوی مسائل با اهمیتی مربوط به نفع عمومی نظیر برابری و دیگر موضوعات حقوق بشری، حفظ محیط زیست، توسعه پایدار و نقش دولت‌ها و سرمایه‌گذاران در راستای این اهداف می‌باشد. رعایت اصول و تعهدات قانون اساسی داخلی کشور افریقای جنوبی و نیز تعهدات ناشی از حقوق بشر بین‌المللی از یک سو، و معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از سوی دیگر، ارتباط مستقیمی با وظایف و کارکرد درخواست‌کنندگان (ارائه نظرات همیاری) در محیط محلی، ملی و بین‌المللی دارد. نفع درخواست‌کنندگان در تمامی موضوعات مربوط به مسائل حقوق عمومی، سابقه‌دار بوده و به وسیله تخصص شناخته شده آن‌ها در این زمینه‌ها تضمین گردیده است.» برای مشاهده متن کامل درخواست ببینید:

<http://www.lrc.org.za/case-related/1012-2009-07-17-pieroforesti-others-v-rsa-petition-for-limited-participation-as-non-disputing-parties-icsid>

<sup>701</sup>- Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 29<sup>th</sup> Berkeley Journal of International Law, 2011, at 217-219

در دعوای سوئز، دیوان داور بر چنین مزیتی صحه گذاشت. در پاراگراف 21 دستور آیینی راجع به همیاران دادگاه دیوان داور دعوای سوئز چنین آمده است: «با توجه به وجود نفع عمومی در موضوع این دعوا، این احتمال وجود دارد که اشخاص ثالث واجد صلاحیتی که

نفع عمومی در دعوای مطروحه، رای دادگاه بر حقوق آن‌ها تاثیر می‌گذارد، باشد، بلکه این بهبود کیفیت آراء می‌تواند به نظام داورى سرمایه‌گذاری در دیگر دعوای نیز کمک شایانی نماید.<sup>702</sup>

### 3 - افزایش شفافیت

مداخله همیاران دادگاه در دعوای سرمایه‌گذاری موجب افزایش شفافیت در این داورى‌ها می‌گردد. وجود شفافیت، به نوبه خود سبب افزایش اعتبار مکانیزم داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده و در تثبیت این روش به عنوان روش ترجیحی حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تاثیر مستقیم دارد.<sup>703</sup> همچنین می‌تواند به عنوان ابزاری برای کاهش انتقاداتی که در مورد مشروعیت این روش حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری وجود دارد، مورد استفاده قرار گیرد.<sup>704</sup>

---

طرف دعوای محسوب نمی‌شوند، با رویکردها، استدلال‌ها و تخصص‌های خود بتوانند به دیوان داورى در رسیدن به تصمیمی صحیح کمک نمایند.» برای دیدن متن اصلی ببینید:

*Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005, Para 6.

در دعوای شرکت بایواتر گاف علیه دولت جمهوری تانزانیا (*Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No.ARB/05/22) نیز دیوان داورى به جنبه‌های فنی و چشم‌اندازهای جدید نظرات ارائه شده، اشاره کرده و اعلام داشت که اطلاعات این اشخاص غیر طرف دعوای، کاملاً متفاوت از آن چیزی بوده که از سوی طرفین دعوای ابراز گردیده و می‌تواند به رسیدن دیوان به رای صحیح کمک کند. در این خصوص ببینید:

Biwater Gauff Case, Procedural Order No. 5 of 2 Feb 2007, Para 359

<sup>702</sup>- Fach Gomez, Katia, *Supra* note 11, at 545

<sup>703</sup>- Kawharu, Amokura, *Public Participation & Transparency in Investment Arbitration: Recent Developments and Future Challenges*, ANU College Of Law, at 2–3

<sup>704</sup>- برای مطالعه در خصوص انتقادات مربوط به عدم مشروعیت داورى به عنوان روش حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و پاسخ به آنها ببینید:

Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, Fordham Law Review, Vol.73, 2005, at 1594-1601

این مسئله (کمک نهاد همیار دادگاه به کاهش انتقادات به عدم مشروعیت داورى سرمایه‌گذاری به عنوان روش حل و فصل اختلافات) در پرونده متانکس توسط متقاضیان ثبت اظهارات همیاری مورد تاکید قرار گرفت:

**Paragraph 10 of Petitioner's Submissions in Methanex case:** "Drew the Tribunal's attention to the advantage that would accrue from granting the Petitioner *amicus* status in helping to remedy the public perception of NAFTA's Chapter 11 process as closed, secretive, non-transparent and one-sided, as well as being not disposed to take account of the environmental issues at stake in the cases brought under it. The Petitioner argued that the need to remedy that perception has been rendered more acute by the *Metalclad* decision, and that a properly established process for the *amicus* status will enhance the public acceptability of any ultimate decision of this Tribunal".

در دعوای بایواتر نیز دیوان داورى چنین موضوعی را در رای خود تصریح نمود:

"The Petitioners emphasise the importance of public access to the arbitration from the perspective of the credibility of the arbitration process itself in the eyes of the public, which often considers investor-state arbitration as a system unfolding in a secret environment that is anathema in a democratic context.", *Supra* note 119, Para 34



نباید چنین تصور نمود که نهاد همیار دادگاه، فاقد هرگونه جنبه منفی بوده و تنها واجد مزایایی است که در گفتار قبلی مورد بررسی قرار گرفت. در خصوص پذیرش این نهاد، اشکال‌ها و ایراداتی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی و نهادهای حقوقی حامی آنان و نیز دولت‌های سرمایه‌فرست مطرح گردیده است که به مطالعه این موارد خواهیم پرداخت.

### 1- عدم شناسایی جهان شمول نهاد همیار دادگاه

یکی از مهم‌ترین ایرادات مطرح شده در خصوص پذیرش نهاد همیار دادگاه، این است که چنین نهادی در برخی از سیستم‌های حقوقی (خاصه نظام حقوق نوشته) مورد شناسایی قرار نگرفته است. همانطور که در هنگام بررسی درخواست ارائه نظرات همیاری در دعوی متانکس بیان گردید، چنین ادعایی از سوی دولت مکزیکی مطرح شده و در دعوی یوپی‌اس نیز تکرار گردید.<sup>709</sup> پس از بیان این ایراد، دولت مکزیکی عنوان نمود که پذیرش این نظرات که هیچ سابقه‌ای در قوانین داخلی این کشور ندارد، سبب می‌شود که سابقه و رویه‌ای در دعاوی تحت بخش یازده نفتا ایجاد کرده و در دعاوی آتی که این دولت طرف دعوا قرار می‌گیرد، به آن استناد شده و چنین درخواست‌هایی از سوی دیوان داوری پذیرفته شود.<sup>710</sup> اگرچه بیانیه نفتا در خصوص امکان پذیرش این نظرات، سبب خنثی شدن این استدلال دولت مکزیکی و روشن شدن مطلب در داوری‌های تحت بخش یازده نفتا گردید، اما همچنان این ایراد در دیگر داوری‌های سرمایه‌گذاری، خصوصاً داوری‌های موردی باقی است.

نتیجه کلی این ایراد چنین است که وارد نمودن این نهاد در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی سبب تفوق حقوق عرفی (مهد پیدایش این نهاد) بر حقوق نوشته خواهد شد و لذا کشورهایایی که نظام حقوقی آنان مبتنی بر سیستم حقوق نوشته است، از ورود این نهاد به داوری‌های فراملی استقبال نمی‌کنند.<sup>711</sup>

### 2- بی‌اعتنایی نسبت به اصل رضایی بودن ماهیت داوری در نزد طرفین دعوا

از بارزترین ویژگی‌های داوری که در نزد طرفین دعوا اهمیت برجسته‌ای دارد، رضایی بودن این روش حل و فصل اختلافات می‌باشد. از این رو، چنانچه طرفین دعوا و یا حتی یکی از آن‌ها، با پذیرش همیاران دادگاه مخالفت نماید، می‌توان چنین تردیدی را مطرح نمود که داوران نباید ورود چنین اشخاصی را در جریان رسیدگی اجازه دهند. برخی از دیوان‌های داوری، با استناد به این اصل، درخواست پذیرش نظرات همیاری را رد نموده‌اند.<sup>712</sup>

---

سرمایه‌گذاری بین‌المللی صادر شده و به وسیله تعدادی از آکادمی‌های متخصص در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری مورد حمایت قرار گرفت. برای دیدن متن کامل بیانیه و حامیان آن ببینید:

<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29.pdf>.

<sup>709</sup>- همانطور که در قسمت‌های قبل توضیح داده شد، دولت مکزیکی در هیچ یک از این دو دعوا، از اطراف دعوا محسوب نمی‌شد، اما به واسطه حقوقی که در ماده 1128 نفتا برای سایر اعضای نفتا در نظر گرفته شده است، دیدگاه‌های خود را در خصوص درخواست ارائه نظرات همیاری مطرح نمود.

<sup>710</sup>- UPS Case, *Supra* note 91, Mexico's 1128 Submission on the Amicus Petitions, NAFTA Arbitration, 2001, Para 5, available at :

<http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSMexico1128ReAmicusSub.pdf>. >

<sup>711</sup>- Bjorklund, Andrea K., *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, 113th Penn State Law Review, 2009, at 1293.

<sup>712</sup>- به عنوان نمونه ببینید:

*Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October 21, 2005, Para 17: "Your (petitioners) core requests are beyond the power or the authority of the Tribunal to grant. The interplay of the two treaties involved . . . and the consensual nature of arbitration places the control of the issues you raise with the parties, not the Tribunal. (emphasis added). In particular, it is manifestly clear

### 3- عدم ضرورت پذیرش نظریات همیار

به عقیده مخالفان مداخله همیاران دادگاه، در حال حاضر، مقررات حاکم بر داوری‌های سرمایه‌گذاری در رابطه با جمع آوری و استفاده اطلاعات مورد نیاز در حل و فصل دعاوی مربوطه، حاوی اختیارات گسترده‌ای برای طرفین دعوا و دیوان داوری است.<sup>713</sup> به عنوان مثال، در مقررات ایکساید، ماده 33، چگونگی سازماندهی ادله اثبات را نظام مند نموده<sup>714</sup> و ماده 34 برای دیوان داوری در مورد جمع آوری ادله و طریقه برخورد با آن‌ها، نقش فعالی در نظر گرفته است.<sup>715</sup> در رابطه با نفتا، در دعوی یوپی‌اس علیه کانادا سرمایه‌گذار خارجی، در پاسخ به درخواست مداخله اشخاص ثالث چنین اعلام داشت که بدون وجود ادله محکم و نیز وجود شرایط مناسب، اصل بر عدم صلاحیت دیوان در پذیرش همیار دادگاه است و منظور از شرایط مناسب از دیدگاه این شرکت (سرمایه‌گذار خارجی) این بود که تا وقتی که طرفین دعوا می‌توانند اطلاعات مورد نیاز دیوان داوری (اعم از موضوعی و حکمی) را تامین نمایند، مداخله اشخاص ثالث (همیار دادگاه) برای تدارک این اطلاعات لزومی ندارد و مدعی شد که شرایط مناسب برای پذیرش آن‌ها وجود ندارد و با این توجیه، خواستار رد این درخواست گردید.<sup>716</sup>

### 4- اصطکاک با استراژی طرفین داوری سرمایه‌گذاری

مداخله همیار دادگاه معمولاً با استراژی طرفین دعوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی که برای حل و فصل آن به دیوان داوری منتخب خود رجوع می‌کنند، در تعارض است. در اکثر اوقات طرفین دعوا مایل نیستند که تمامی اطلاعات مربوط به دعوایشان فاش شود؛ چراکه ممکن است بدین وسیله تحت فشار سیاسی قرار گرفته و یا اینگونه بیندارند که فاش شدن این اطلاعات، با منافع آن‌ها در تعارض است. از این رو، مداخله اشخاص ثالث در قالب همیار دادگاه می‌تواند بر استقلال طرفین دعوا و نیز میزان کنترل آنان بر دعوی مطروحه در دیوان داوری منتخب ایشان، تاثیر منفی داشته باشد.<sup>717</sup>

### 5- گرایش یکسویه نظرات همیاری به سمت دولت طرف دعوا

سرمایه‌گذاران خارجی چنین مدعی شده‌اند که در بیشتر مواقع نظرات همیاری به حمایت از دولت طرف دعوا، در دیوان‌های داوری به ثبت می‌رسند و این مسئله سبب می‌گردد که مقام رسیدگی‌کننده را برای پذیرش ادعاهای آن دولت و چرخش آرا به نفع دولت طرف دعوا تحت فشار قرار دهد. لذا پذیرش این نظرات به قرار دادن دولت طرف دعوا در

---

to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the Parties, have the power to join a non-party to the proceedings. "

<sup>713</sup>- Fach Gomez, *Supra* note 11, at 550

<sup>714</sup>- **Article 33 of ICSID Arbitration Rules** : "Without prejudice to the rules concerning the production of documents, each party shall, within time limits fixed by the Tribunal, communicate to the Secretary-General, for transmission to the Tribunal and the other party, precise information regarding the evidence which it intends to produce and that which it intends to request the Tribunal to call for, together with an indication of the points to which such evidence will be directed."

<sup>715</sup>- **Article 34 of ICSID Arbitration Rules**: "(1) The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.(2) The Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceeding:(a) call upon the parties to produce documents, witnesses and experts; and(b) visit any place connected with the dispute or conduct inquiries there.(3) The parties shall cooperate with the Tribunal in the production of the evidence and in the other measures provided for in paragraph (2). The Tribunal shall take formal note of the failure of a party to comply with its obligations under this paragraph and of any reasons given for such failure."

<sup>716</sup>- UPS Case, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae, Para 5-6

<sup>717</sup>- Ishikawa, Tomoko, *Third Party Participation In Investment Treaty Arbitration*, 59<sup>th</sup> Cambridge Journal, 2010, at 393

موقعیتی برتر نسبت به سرمایه‌گذار خارجی منتهی می‌گردد.<sup>718</sup> در دعوی متانکس، این مطلب از نظر دیوان داوری دور نماند و به منظور جبران آن، چنین اعلام داشت که باید در طول رسیدگی دعوا، تمام حمایت‌های لازم از خواهان (سرمایه‌گذار خارجی) به عمل آید تا از این طریق لطمه‌ای به وی صورت نپذیرد.<sup>719</sup>

## 6- احتمال ارائه نظرات گمراه‌کننده و غیرمطلوب

مطابق با این ایراد، برخی‌ها چنین ادعا نموده‌اند که نظرات همیاری، خصوصاً آن دسته از نظرات که راساً و بدون درخواست دیوان ارائه شده‌اند، ارزش افزوده‌ای برای دیوان داوری نداشته و تنها به تکرار ادعاهای مطروحه از سوی دولت‌های طرف دعوا می‌پردازند؛ چراکه در این دعاوی، سازمان‌های غیردولتی به طور جانبدارانه نظرات خود را بیان می‌دارند. گاهی اوقات حتی در کشورهای در حال توسعه‌ای که از نظر تئوری، این نظرات را سودمند فرض می‌کنند، در عمل با چنین نظراتی بسیار محتاط برخورد می‌نمایند. در کشورهای توسعه‌یافته نظیر ایالات متحده امریکا که نهاد همیار دادگاه به رسمیت شناخته شده است، سازمان‌های غیردولتی از منابع مالی مشخص، متخصصان برجسته و تجربه قابل اتکای اعضای خود بهره‌مند بوده و با توجه به این امکانات، نظراتی درخور توجه ارائه می‌دهند که برای مقام رسیدگی‌کننده نیز بسیار سودمند می‌باشد. در نقطه مقابل، از آنجا که سازمان‌های غیردولتی حاضر در کشورهای در حال توسعه، از چنین موهبت‌هایی به طور تمام و کمال برخوردار نیستند، دولت‌های سرمایه‌پذیر طرف دعوا (که معمولاً دولت‌های در حال توسعه می‌باشند) و شهروندان آنان، نظرات ارائه شده از سوی سازمان‌های غیردولتی خود را بیانگر تمام مشکلات اجتماعی و منافع عمومی در آن کشور تصور نمی‌کنند.<sup>720</sup>

نتیجه اینکه اگرچه این نهاد، بیشتر برای حمایت از کشورهای در حال توسعه در نظر گرفته شده است، اما به واسطه عدم وجود بستر مناسب حقوقی و تخصصی در جامعه مدنی و خصوصاً سازمان‌های غیردولتی این کشورها، این نهاد کارایی زیادی برای این دسته از کشورها در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی ندارد و نظرات این اشخاص نیز نمی‌تواند نظراتی مطلوب و درخور توجه تلقی گردد. با این استدلال، حتی یکی از نویسندگان، نهاد همیار دادگاه را برای کشورهای در حال توسعه، مهمانی ناخوانده قلمداد نموده است.<sup>721</sup>

## 7- تحمیل هزینه و تاخیرهای مضاعف بر طرفین دعوا

دخالتهای همیار دادگاه در فرایند داوری، هزینه‌های داوری را بالا برده و تاخیر در روند رسیدگی را به همراه خود خواهد داشت که نهایتاً هر دو مورد باعث ایجاد خسارت به طرفین داوری می‌گردد. در نتیجه، ارائه نظریات همیاری تأثیرات مخربی از نظر زمان، منابع و افزایش درخواست‌ها و لویایح ارسالی به دیوان داوری، بر طرفین اختلاف وارد آورده و سبب می‌شود مجدداً آن دسته منتقدین داوری سرمایه‌گذاری و حامیان ارجاع این گونه دعاوی به دادگاه‌های ملی، این مسئله را خاطر نشان سازند.<sup>722</sup> از طرف دیگر، چنانچه قواعد داوری حاکم بر دعوا به طرفین داوری اجازه دهد بر نظریات همیاری ارائه شده اظهار نظر نموده و لایحه دفاعیه ارائه نمایند، این مشکلات مربوط به زمان و هزینه‌های تحمیلی دو چندان خواهد شد.<sup>723</sup>

علاوه بر این، ارسال نظریات همیاری، می‌تواند حجم کاری دیوان داوری را بالا برده و این مطلب نیز خود می‌تواند هزینه‌های تحمیلی بر طرفین داوری را افزایش دهد.<sup>724</sup> ذکر این موضوع نیز ضروری به نظر می‌رسد که سرعت و مقرون به صرفه بودن، از ویژگی‌های ترجیحی داوری است که سبب می‌شود طرفین به جای مراجعه به دادگاه، به

<sup>718</sup>- Fach Gomez, *Supra* note 11, at 551

<sup>719</sup>- Decision of Methanex Tribunal on Amici Curiae, *Supra* note 85, Para 50: "As appears from the Petitions, any *amicus* submissions from these Petitioners are more likely to run counter to the Claimant's position and eventually to support the Respondent's case. This factor has weighed heavily with the Tribunal; and it is concerned that the Claimant should receive whatever procedural protection might be necessary. "

<sup>720</sup>- Bjorklund, *Supra* note 95, at 1292-93

<sup>721</sup>- *Ibid*, at 1292

<sup>722</sup>- Levine, Eugenia, *Supra* note 85, at 24

<sup>723</sup>- Fach Gomez, *Supra* note 11, at 552

<sup>724</sup>- Bjorklund, *Supra* note 95, at 1293

داوری مراجعه نماید.<sup>725</sup> گفته شده است این آثار منفی استفاده از نهاد همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم ممکن است باعث شود که سرمایه‌گذاران در مورد انتخاب داور سرمایه‌گذاری به عنوان روش حل و فصل اختلاف با دولت طرف قرارداد دچار تردید گردند.<sup>726</sup>

## 8- در معرض خطر قرار گرفتن اطلاعات محرمانه

نظریات همیاری، شفافیت گسترده‌تر در همه فرایندهای رسیدگی داور را خواستار می‌باشند و حقوق اضافی مانند دسترسی به اسناد و مدارک و نیز حق حضور در جلسات استماع داور را طلب می‌کنند.<sup>727</sup> این موضوعات سبب می‌شود که سرمایه‌گذاران حاضر در داور سرمایه‌گذاری احساس نمایند اطلاعات محرمانه آنان در معرض افشاء در مقابل عموم قرار گرفته و متعاقباً آینده تجاری آن‌ها تحت تاثیر قرار گیرد.<sup>728</sup>

نگرانی‌های عنوان شده در این قسمت، سبب می‌شود که در مورد نظریات همیاری و امکان مداخله اشخاص غیرطرف دعوا در روند رسیدگی داور سرمایه‌گذاری تفکر شده و در آینده باز هم شاهد تغییرات احتمالی در این نظام داور باشیم.

## نتیجه‌گیری

نهاد «همیار دادگاه» یا ذینفع غیرمستقیم، اگرچه در نظام حقوقی کامن لا و به ویژه سیستم حقوقی ایالات متحده امریکا، تاسیسی شناخته شده محسوب می‌شود، اما از ایفای نقش این نهاد در داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی بیش از یک دهه نمی‌گذرد. برای ورود این نهاد به داور، باید بدان به عنوان عام‌تر یعنی «همیار مرجع حل اختلاف» نگریسته شود. به نظر می‌رسد مزیت‌ها و آثار مطلوب این نهاد به ویژه برای دولتهای طرف این داورها، بر اشکالاتی که بر آن مترتب می‌باشد، غالب باشد و به همین جهت با وجود مدت کمی که از ورود آن به داور می‌گذرد، سرعت فراگیری این نهاد چشم‌گیر بوده است. پذیرش آن در برخی از داورهای سرمایه‌گذاری، خصوصاً داورهای تحت مرکز داور ایکیسید و داورهای تحت بخش 11 نفتا، به امری معمول تبدیل شده است. در دیوان داور ایران و ایالت متحده امریکا نیز می‌توان رد پای این نهاد را در قواعد داور حاکم بر این دعاوی (تبصره 5 الحاقی از سوی طرفین به ماده (1) 15 قواعد داور آنسیترال) و نیز برخی از پرونده مطروحه در این دیوان داور، جستجو نمود. همانطور که مشاهده گردید، در رویه حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت نیز استفاده از این نهاد امری رایج تلقی می‌گردد. با توجه به روند رو به توسعه این نهاد در داورهای بین‌المللی، دور از ذهن نیست که در آینده نزدیک، شاهد ورود آن در داورهای تجاری بین‌المللی، خصوصاً آن دسته داورهایی که در آن‌ها نفع عمومی وجود دارد، یا دولت یک طرف دعوی داور می‌باشد، باشیم.

از سوی دیگر، الحاق یا عدم الحاق ایران به مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکیسید) از بحث‌های متداول در محافل حقوقی-داوری کشور ما می‌باشد. همچنین در ایران تلاش‌هایی برای فراهم نمودن مقدمات لازم برای پیوستن به سازمان جهانی تجارت، در حال صورت گرفتن است. لذا، اگر صحبت از پیوستن ایران به این مراکز و سازمان‌ها مطرح می‌شود، یا اگر ایران درگیر داورهای بین‌المللی می‌باشد و این که احتمال بکارگیری این نهاد در این داورها زیاد می‌باشد، لاجرم می‌بایست در کشور ما نیز از قوانین و رویه‌های موجود و تحولات این مراکز و سازمانها نیز آگاهی کامل وجود داشته باشد. یعنی در نظام حقوقی کشور ما، باید شناخت کافی از مفهوم و کارکرد نهاد «همیار دادگاه» یا ذینفع غیرمستقیم که منشا تحولات گسترده‌ای در داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است، ایجاد شود.

<sup>725</sup>- Levine, Eugenia, *Supra* note 85, at 24

<sup>726</sup>- Fach Gomez, *Supra* note 11, at 553

<sup>727</sup>- Bjorklund, *Supra* note 95, at 1293-95

<sup>728</sup>- Fach Gomez, *Supra* note 11, at 554





1. خسروسرشکی، هادی، شفافیت در روند رسیدگی دآوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پایان‌نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی 91-92
2. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005.
3. Bellhouse, Jahn & Lavers, Anthony, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, 23 Civil Justice Quarterly, 2004.
4. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 5 of 2 Feb 2007.
5. Bjorklund, Andrea K., *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, 113th Penn State Law. Review, 2009.
6. Buckley, Ross P & Blyschak, paul, *Guarding the Open Door: Non-party Participation Before The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, University of New South Wales (UNSW), Faculty of Law, [UNSW Law Research Paper No. 2007-33](#).
7. Chirichiello, Michaela & Professor F. Gelias, *Confidentiality and Public Interest in Mixed International Arbitration*, McGill University, Institution of Comparative Law, 2003.
8. Collins, Jr., Paul M., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York: Oxford University Press, 2008.
9. Collins, Jr, Paul M., *Interest Group Participation in the United State Supreme Court*, Paper Prepared For Delivery At The Symposium On The Role Of Interveners In Public Interest Litigation, University Of Toronto Law School, November 6, 2009.
10. Fach Gomez, Katia, *Rethinking The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw The Line Favorable for The Public Interest*, Fordham International Law Journal, 2012.
11. Gao, Henry S., *Amicus curiae In WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*, Big Country Small World, China Rights Forum, No.1, 2006
12. Graham, Camilla, *A "How To" Guide To Amicus Curiae & International Investment Arbitration*, Advocates for International Development.
13. Ishikawa, Tomoko, *Third Party Participation In Investment Treaty Arbitration*, 59<sup>th</sup> Cambridge Journal, 2010.
14. Kawharu, Amokura, *Public Participation & Transparency in Investment Arbitration: Recent Developments and Future Challenges*, ANU College Of Law.
15. K. Myrvang, Anna, *An Illustration of How Traditional Arbitration Is Being Changed By Modern International Investment Law: Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter XI and The Energy Chapter Treaty*, Konstanz university (Germany), 2003.
16. Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 29<sup>th</sup> Berkeley Journal of International Law, 2011.
17. *Methanex v. United State of America*, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene As Amici Curiae.
18. Nicholson, Chris & Collins, Jr., Paul M., *The Solicitor General's Amicus Curiae Strategies in The Supreme Court*, 36 American Politics Research, 2008.
19. Simpson, Reagan wm. & Vasaly, Mary, *The Amicus Brief: How to Write It and Use it Effectively*, Third Edition, 2010.

20. Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, Fordham Law Review, Vol.73, 2005.
  21. Statement of the Free Trade Commission On Non-Disputing Party Participation (NAFTA), 2003.
  22. The North Free Trade Agreement (NAFTA), 1994
  23. United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138, Report of the Panel, 23 December 1999, WT/DS138/R.
  24. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae,
  25. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Mexico's 1128 Submission on the Amicus Petitions, NAFTA Arbitration, 2001.
  26. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae.
- Cases:**
27. *Ab How (alias Louie Ah How) v. United States*
  28. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005.
  29. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No.ARB/05/22.
  30. *Methanex v. United State of America* (NAFTA Arbitration case)
  31. *Piero Foresti v. Republic of South Africa*, ICSID Case No.ARB(AF)/07/1
  32. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., & Vivendi Universal, S.A v. Arg. Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19.
  33. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration, 2001
  34. *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58, (WTO case)
  35. *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138, (WTO case)

## **The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration**

**Dr.H.R.Nikbakht**

**H.Khosrosereshki**

## Abstract

At the present time in the text of many international contracts in which one party is the State and the other party is a foreign private sector, and known as State contracts, and mainly are investment contracts there exists a condition concerned with arbitration as the means of dispute settlement. Therefore, international arbitration has become the most common process for resolving disputes regarding these contracts. Although basically the main regulations of these arbitrations are the international commercial arbitration rules of institutional and ad hoc arbitrations, some developments have been occurred in these rules in recent years due to the presence of the States. The new establishment of "amicus curiae", which is a phenomenon in the court proceedings in some countries, in the system of investment arbitration has been counted as one of the most important developments of the arbitration system. "Amicus curiae" is a third person, other than the parties, to a lawsuit who has an interest in the decision of the court, and request the court or is requested by the court to file a brief in the action. In this article, thus, it has been tried to introduce this phenomenon and to analyze the role it plays in recent investment arbitrations as well as its function.

**Key Words:** Amicus curiae, Amicus Brief, Arbitration, International Investment Arbitration.

## فهرست تفصیلی مطالب

صفحه

عنوان

دییاجه

فصل اول

استقلال شرط داوری

مقدمه

فایده بحث

**قسمت اول:** بررسی سیستم حقوقی چند کشور و قواعد داوری بین‌المللی

الف - سیستم حقوقی چند کشور

2- سیستم حقوقی هلند

- 3- سیستم حقوقی آلمان
  - 4- سیستم حقوقی فرانسه
  - 5- سیستم حقوقی بلژیک
  - 6- سیستم حقوقی انگلستان
- ب- چند قواعد و رأی داوری بین‌المللی

1- قواعد آی.سی.سی.

2- قواعد آنسیترال

ج- تصمیمات داوری بین‌المللی

قسمت دوم: سیستم حقوقی ایران

نتیجه 148

فصل دوم

جرح و خاتمه مأموریت داوران ..... 123

**چکیده**

مقدمه

قسمت اول: جرح، علل و تشریفات آن

الف- جرح داور

ب- علل جرح

ج - تشریفات (آیین) عمومی جرح

د- تشریفات (آیین) جرح سازمانی

ه- مهلت جرح

و- علل جرح بعد از صدور رأی داوری.....

قسمت دوم: خاتمه مأموریت و جایگزین نمودن داور.....

الف- خاتمه مأموریت داور.....

ب- جایگزین نمودن داور.....

نتیجه گیری.....

حروف اختصاری.....

چکیده انگلیسی.....

چکیده

مقدمه

قسمت اول: سازمان داورى و مسئولیت امور داورى

الف- کلیات مسئولیت امور داورى

- 1- تدارک قواعد آیین داورى (دریافت درخواست داورى، تعیین یا نصب داور (ان) و رسیدگی به جرح آن ها، چگونگی رسیدگی داورى)
- 2- نظارت بر جریان رسیدگی داور(ان)
- 3- طول مدت داورى
- 4- بررسی رأی داورى و کنترل کیفیت.....52
- 5- تعیین هزینه های داورى و حق الزحمه داور.....52
- 6- ابلاغ رأی داورى.....53

ب - مسئولیت امور داورى در برخی از سازمانهای داورى در ایران و کشورهای دیگر

1- مسئولیت امور داورى در قوانین یا سازمان های داورى ایران

اول- قانون آیین دادرسی مدنى

دوم- قانون داورى تجارى بین المللى

سوم - قواعد آیین داورى مرکز داورى اتاق ایران (وابسته به اتاق بازرگانى و صنایع و معادن جمهورى اسلامى ایران)

چهارم - مرکز منطقه ای داورى تهران

2- مسئولیت امور داورى در برخی از سازمانهای داورى کشورهای دیگر

اول- سازمان داورى اتاق بازرگانى بین المللى (آی.سی.سی.)

دوم- سازمان داورى ال.سی.آی.ای. (دادگاه داورى بین المللى لندن)

قسمت دوم: نمونه هایی از موارد مسئولیت قانونی و معافیت از مسئولیت برای سازمان داورى

الف - سازمان داورى یا شخص حقوقی

ب - نمونه هایی از موارد مسئولیت قانونی

1- قانون مسئولیت مدنى(مصوب 1339/2/7)

2- قانون اساسى ایران

3- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومي و انقلاب در امور مدنى

ج - شرط معافیت از مسئولیت

اول - قواعد آیین داورى مرکز داورى اتاق ایران

دوم - قواعد داورى مرکز داورى منطقه ای تهران

سوم - قواعد داوری آی.سی.سی.  
چهارم - قواعد ال.سی.آی.

د- اثر شرط معافیت از مسئولیت

نتیجه گیری 178

## فصل چهارم

صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری،

چکیده

مقدمه

قسمت اول : صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای در رسیدگی به دعاوی نقض معاهده

الف : تفکیک بین نقض معاهده و نقض قرارداد

ب : شرایط خاص در صلاحیت دیوان معاهده ای

1- شرح پرونده و استدلال‌های دیوان داوری (در پرونده اس جی اس)

اول- قاعده ی تقدم خاص بر عام

دوم - تمایز صلاحیت دیوان داوری از قابل پذیرش بودن دعوا

2 - ارتباط رأی اس جی اس (شرکت سویسی) علیه دولت فیلیپین با رویه قبلی و بعدی

قسمت دوم : صلاحیت دیوان داوری معاهده‌ای سرمایه گذاری برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قرارداد سرمایه گذاری

الف : نقض قرارداد که به نقض حقوق بین‌الملل می‌انجامد

ب : تفسیر اختلافات سرمایه گذاری و صلاحیت دیوان داوری معاهده ای

ج : شرط التزام

1- طرح بحث و اهمیت موضوع

2- دیدگاه‌های موجود در تفسیر شرط التزام

اول - ارتقاء سطح تعهدات قراردادی صرف به تعهدات معاهده ای به وسیله شرط التزام

دوم - عدم ارتقاء تعهدات قراردادی صرف به معاهده‌ای بوسیله شرط التزام

سوم - نظریه تفصیلی

نتیجه گیری

منابع

فصل پنجم

امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باطل شده 106

چکیده:

مقدمه:

قسمت اول: ابطال رأی داوری و آثار آن

الف - مرجع صالح ابطال رأی داوری

1 - کشوری که رأی در آنجا صادر شده (مقر داوری)

2 - کشوری که رأی تحت قانون آنجا صادر شده

ب- آثار ابطال رأی داوری توسط مرجع صالح ..... 4 11

1 - امکان ارجاع مجدد اختلاف به داوری

2 - عدم شناسایی و اجرای در کشورهای عضو عهدنامه نیویورک

قسمت دوم: رویکردهای خاص ملی در شناسایی و اجرای آرای داوری باطل شده 193

الف - اعمال اختیار حاصل از صدر ماده (1) 5 عهدنامه

1 - اختلاف نسخه‌های عهدنامه در اعطای اختیار به دادگاه

2 - محدود بودن اعمال اختیار داده شده به دادگاه

ب- اعمال قوانین مطلوب‌تر

1 - اعمال عهدنامه مطلوب‌تر

2 - اعمال قانون ملی مطلوب‌تر

ج - عدم امکان شناسایی حکم دادگاه خارجی

نتیجه‌گیری ..... 130

فهرست منابع

چکیده (انگلیسی)

فصل ششم

مفهوم الزام آور نشدن رای در عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک 209

چکیده:

مقدمه:

- مروری بر ماده (ه) (1) 5 عهدنامه نیویورک 212

- قسمت اول: قاعده كلي الزام آور شدن رأی داوری  
الف: الزام آور شدن رأی بر اساس معيار قانون داوري  
ب: الزام آور شدن رأی بر اساس معيار مستقل  
قسمت دوم: رویکردهای خاص در تفسیر الزام آور شدن رأی داوری 220  
الف: الزام آور شدن رأی بر اساس قرارداد طرفین  
ب: سایر رویکردهای خاص در تفسیر الزام آور شدن رأی داوري 223  
نتیجه‌گیری  
منابع

## فصل هفتم

### «اصلاحگری» و «میانجیگری»

به عنوان جایگزین روشهای سنتی حل اختلافات مدنی-تجاری وامکان بکارگیری آنها در صنعت نفت

چکیده

چکیده (انگلیسی)

مقدمه

قسمت اول- روش‌های اصلاحگری و میانجیگری و مقایسه آن با دیگر روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

الف- اصلاحگری

1- تاریخچه

2- تعریف

3- اختلافات مناسب اصلاحگری

ب- میانجیگری

ج- مقایسه نقش شخص ثالث، طرفین اختلاف و وکلای آنها در روش‌های اصلاحگری و میانجیگری

د- مقایسه روش‌های اصلاحگری و میانجیگری با دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف جایگزین

قسمت دوم- اصول حاکم بر روش‌های اصلاحگری و میانجیگری

الف- اختیاری بودن

ب - محرمانه بودن

ج - عدم قابلیت استناد به مطالب مطروحه طرف مقابل در سایر رسیدگی‌ها



قسمت سوم- فرآیند ارجاع اختلاف به اصلاحگری و میانجیگری

قسمت چهارم- امکان استفاده از اصلاحگری و میانجیگری برای حل و فصل اختلافات تجاری و قراردادهای نفتی  
الف- امکان استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری در اختلافات تجاری  
ب- امکان استفاده از روش اصلاحگری و میانجیگری در قراردادهای نفتی

نتیجه‌گیری

منابع

#### فصل هشتم

اصل 139 قانون اساسی در پرتو رویه قضایی و داوری

چکیده

مقدمه

قسمت اول: اموال عمومی و دولتی ( اموال مشمول اصل 139 قانون اساسی)

الف - اموال عمومی

ب- اموال دولتی

قسمت دوم: اعمال اصل 139 قانونی اساسی در داوری دعاوی علیه دولت و مؤسسات و نهادهای عمومی

الف - شمول اصل 139

ب - نظریات شورای نگهبان

قسمت سوم: رویه مراجع رسیدگی‌کننده به ایرادات مرتبط با اصل 139

الف - رویکرد اول

ب - رویکرد دوم..... 198

ج - رویکرد سوم..... 199

نتیجه‌گیری..... 205

چکیده (انگلیسی)

فهرست منابع

#### فصل نهم

حل اختلاف حرفه ای فعالان بازار اوراق بهادار- عبور از الزام به روشهای جایگزین

## قسمت اول- مرجع حل و فصل اختلافات در بازار اوراق بهادار ایران

الف- کمیته/ هیأت سازش؛ نهاد میانجی‌گری

1- صلاحیت و ترکیب کمیته/ هیأت سازش  
اول - صلاحیت

دوم - ترکیب اعضاء

2- ابعاد مهم مترتب بر کمیته/ هیأت سازش  
اول - دبیرخانه

دوم - ماهیت حقوقی

سوم - ضمانت اجرا

ب- هیأت داورى؛ مرجع اصلی رسیدگی به اختلاف.....214

1- صلاحیت و ترکیب هیأت.....214

2- ابعاد و جوانب مهم حقوقی  
اول - دبیرخانه

دوم - مناط صدور رأی.....215

سوم - امکان اعتراض به رأی.....215

ج- اجرای آرای هیأت.....215

قسمت دوم - روش‌های خصوصی حل و فصل اختلافات، و چالش‌ها و بایسته‌های حقوقی حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار

الف - روش‌های خصوصی حل و فصل اختلافات  
1 - داورى

2 - اصلاح‌گری و سازش.....217

3- میانجی‌گری.....217

ب - چالش‌ها و بایسته‌های حقوقی حل و فصل اختلاف در بازار اوراق بهادار.....218

1- ماهیت حقوقی و صلاحیت مراجع رسیدگی.....218

- 2 - مسأله اجرا و اعتراض به رأی.....221
- 3 - وضعیت ترکیبی و غیرقابل انعطاف حقوقی.....223

نتیجه.....227

منابع

## فصل دهم

**جایگاه شفافیت در تحولات اخیر** داوری های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری

چکیده

چکیده (انگلیسی)

مقدمه

قسمت اول - تحلیل مفهوم شفافیت شکلی در رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی.....233

الف- قابلیت دسترسی.....234

ب- قابلیت دستیابی.....234

ج - مشارکت.....235

د - ابزارها، مزایا و پیامدهای بالقوه اشکال مختلف شفافیت.....202

قسمت دوم - رویه های اخیر شفافیت شکلی در داوری های مبتنی بر معاهدات سرمایه گذاری بین المللی...203

الف - ابزارها، مزایا و پیامدهای بالقوه اشکال مختلف شفافیت - **شفافیت شکلی**

ب - رویه های اخیر معاهدات در **موضوع** شفافیت در رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی..203

قسمت سوم - ضرورت روشن- **مشخص** بودن اهداف اصلاحی، و محدودیت ها **یا اشکالات** شفافیت در رسیدگی داوری سرمایه گذاری بین المللی.....245

الف - **ضرورت روشن- مشخص بودن اهداف اصلاحی**.....245

1- شفافیت ابزاری برای ارتقای پاسخ گویی.....245

2 - حفاظت از منافع عمومی.....256

3 - شفافیت راهی برای کم کردن تردیدها و تقویت مشروعیت.....247

4 - تقویت درستی و انسجام در تصمیم گیری.....248

ب- معایب اشکالات ساماندهی کردن شفافیت.....211

- 1 - مداخله در روند رسیدگی ها ..... 249
  - 2- تأثیر نامطلوب بر روند ارائه اسناد و شهود..... 212
  - 3 - آیین رسیدگی متناقض ..... 213
  - 4 - افزایش هزینه ها..... 213
  - 5 - نقض محرمانگی..... 252
- قسمت چهارم - راهکارهای عملی تقویت رژیم شفافیت در داوری سرمایه گذاری بین المللی..... 253**

الف - پذیرش اصولی داوری..... 215

ب - نوآوری در سیستم داوری..... 216

ج - همکاری در مبادله برخی از اطلاعات مربوط به رسیدگیهای داوری..... 255

د- شهرت مجریان داوری..... 217

ه - رقابت در موسسات و قواعد بین المللی داوری..... 218

و - انجام اصلاحات موردی به جای اصلاحات ساختاری..... 218

نتیجه گیری

منابع

## فصل یازدهم

**نقش همیار دادگاه (ذینفع غیرمستقیم) در داوری سرمایه گذاری بین المللی، (چاپ نشده)**

چکیده

مقدمه

**قسمت اول: مفاهیم کلی و نقش همیار دادگاه در دادگاه های ملی و سازمان جهانی تجارت..... 269**

الف - مفهوم همیار دادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم از منظر تاریخی..... 269

ب - نقش همیار دادگاه و نهادهای مشابه در دادگاه های ملی و سازمان جهانی تجارت ..... 271

1- دادگاه های ملی..... 271

2- سازمان جهانی تجارت..... 274

**قسمت دوم: همیار دادگاه در داوری های سرمایه گذاری بین المللی ..... 277**

الف - همیار دادگاه در مکانیزم حل و فصل اختلاف در نفتا

1- کلیات

2- پرونده متانکس

اول - اظهارات طرفین دعوا در خصوص پذیرش همیار دادگاه در پرونده متانکس

دوم - نظر و رای دیوان داوری متانکس در خصوص پذیرش همیار دادگاه

ب - همیار دادگاه در ایکسید

قسمت سوم: مزایا و اشکال‌های پذیرش نهاد همیار دادگاه در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

الف - مزایای پذیرش همیاران دادگاه

1- حمایت از نفع عمومی

2- ارتقاء کیفیت آراء صادره

3 - افزایش شفافیت

4 - همیار دادگاه به عنوان نقطه آغاز ایفاء نقش نفع عمومی در داوری سرمایه‌گذاری

5-تاثیر مثبت بر آینده نظام سرمایه گذاری بین المللی

ب - اشکال‌های پذیرش نهاد همیار دادگاه

1- عدم شناسایی جهان شمول نهاد همیار دادگاه

2-بی‌اعتنایی نسبت به اصل رضایی بودن ماهیت داوری در نزد طرفین دعوا

3- عدم ضرورت پذیرش نظریات همیار

4- اصطکاک با استراژی طرفین داوری سرمایه‌گذاری

5-گرایش یکسویه نظرات همیاری به سمت دولت طرف دعوا

6- احتمال ارائه نظرات گمراه‌کننده و غیرمطلوب

7-تحمیل هزینه و تاخیرهای مضاعف بر طرفین دعوا

8- در معرض خطر قرار گرفتن اطلاعات محرمانه

نتیجه‌گیری

منابع

چکیده (انگلیسی)

پیوستها

پیوست یک

عهدنامه حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر  
(عهد نامه ایکسید)

عہدنامہ حل و فصل اختلافات سرمایہ گذاری بین دولتها و اتباع دولتهاى ديگر  
(عہد نامہ ایکسید)<sup>729</sup>

**CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN  
STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES**

Table of Contents

Chapter	Section	Articles
	Preamble	
I	International Centre for Settlement of Investment Disputes	1-24
	1 Establishment and Organization	1-3
	2 The Administrative Council	4-8
	3 The Secretariat	9-11
	4 The Panels	12-16
	5 Financing the Centre	17
	6 Status, Immunities and Privileges	18-24
II	Jurisdiction of the Centre	25-27
III	Conciliation	28-35
	1 Request for Conciliation	28
	2 Constitution of the Conciliation Commission	29-31
	3 Conciliation Proceedings	32-35
IV	Arbitration	36-55
	1 Request for Arbitration	36
	2 Constitution of the Tribunal	37-40
	3 Powers and Functions of the Tribunal	41-47

<sup>729</sup> اخذ شده از پایگاه الکترو نیک ایکسید.



4	The Award	48-49	
5	Interpretation, Revision and Annulment of the Award	50-52	
6	Recognition and Enforcement of the Award	53-55	
V	Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators		56-58
VI	Cost of Proceedings	59-61	
VII	Place of Proceedings	62-63	
VIII	Disputes Between Contracting States	64	
IX	Amendment	65-66	
X	Final Provisions	67-75	
	Signature Clause		

**CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES  
BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES**

**The Contracting States**

**Preamble**

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States;

Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire;

Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development;

Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators and that any arbitral award be complied with; and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,

Have agreed as follows:

**Chapter I International Centre for  
Settlement of Investment Disputes  
Section 1 Establishment and Organization**

Article 1

(1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).

(2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.

Article 2

The seat of the Centre shall be at the principal office of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members.

Article 3

The Centre shall have an Administrative Council and a Secretariat and shall maintain a Panel of Conciliators and a Panel of Arbitrators.

**Section 2**

**The Administrative Council**

Article 4

(1) The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State. An alternate may act as representative in case of his principal's absence from a meeting or inability to act.

(2) In the absence of a contrary designation, each governor and alternate governor of the Bank appointed by a Contracting State shall be ex officio its representative and its alternate respectively.

Article 5

The President of the Bank shall be ex officio Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall

have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.

## Article 6

(1) Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall:

- (a) adopt the administrative and financial regulations of the Centre;
- (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings;
- (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);
- (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank's administrative facilities and services;
- (e) determine the conditions of service of the Secretary-General and of any Deputy Secretary-General;
- (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre;
- (g) approve the annual report on the operation of the Centre.

The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council.

- (2) The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary.
- (3) The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention.

## Article 7

(1) The Administrative Council shall hold an annual meeting and such other meetings as may be determined by the Council, or convened by the Chairman, or convened by the Secretary-General at the request of not less than five members of the Council.

(2) Each member of the Administrative Council shall have one vote and, except as otherwise herein provided, all matters before the Council shall be decided by a majority of the votes cast.

(3) A quorum for any meeting of the Administrative Council shall be a majority of its members.

(4) two-thirds of its members, a procedure whereby the Chairman may seek a vote of the Council without convening a meeting of the Council. The vote shall be considered valid only

if the majority of the members of the Council cast their votes within the time limit fixed by the said procedure.

#### Article 8

Members of the Administrative Council and the Chairman shall serve without remuneration from the Centre.

### **Section 3 The Secretariat**

#### Article 9

The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff.

#### Article 10

(1) The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office.

(2) The offices of Secretary-General and Deputy Secretary-General shall be incompatible with the exercise of any political function. Neither the Secretary-General nor any Deputy Secretary-General may hold any other employment or engage in any other occupation except with the approval of the Administrative Council.

(3) During the Secretary-General's absence or inability to act, and during any vacancy of the office of Secretary-General, the Deputy Secretary-General shall act as Secretary-General. If there shall be more than one Deputy Secretary-General, the Administrative Council shall determine in advance the order in which they shall act as Secretary-General.

#### Article 11

The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative

Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof.

### **Section 4 The Panels**

#### Article 12

The Panel of Conciliators and the Panel of Arbitrators shall each consist of qualified persons, designated as hereinafter provided, who are willing to serve thereon.

#### Article 13

- (1) Each Contracting State may designate to each Panel four persons who may but need not be its nationals.
- (2) The Chairman may designate ten persons to each Panel. The persons so designated to a Panel shall each have a different nationality.

#### Article 14

- (1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.
- (2) The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity.

#### Article 15

- (1) Panel members shall serve for renewable periods of six years.
- (2) In case of death or resignation of a member of a Panel, the authority which designated the member shall have the right to designate another person to serve for the remainder of that member's term.
- (3) Panel members shall continue in office until their successors have been designated.

#### Article 16

- (1) A person may serve on both Panels.
- (2) If a person shall have been designated to serve on the same Panel by more than one Contracting State, or by one or more Contracting States and the Chairman, he shall be deemed to have been designated by the authority which first designated him or, if one such authority is the State of which he is a national, by that State.
- (3) All designations shall be notified to the Secretary-General and shall take effect from the date on which the notification is received.

### **Section 5 Financing the Centre**

#### Article 17

If the expenditure of the Centre cannot be met out of charges for the use of its facilities, or out of other receipts, the excess shall be borne by Contracting States which are members of the Bank in proportion to their respective subscriptions to the capital stock of the Bank, and by Contracting States which are not members of the Bank in accordance with rules adopted by the Administrative Council.

## Section 6

### Status, Immunities and Privileges

#### Article 18

The Centre shall have full international legal personality. The legal capacity of the Centre shall include the capacity:

- (a) to contract;
- (b) to acquire and dispose of movable and immovable property;
- (c) to institute legal proceedings.

#### Article 19

To enable the Centre to fulfil its functions, it shall enjoy in the territories of each Contracting State the immunities and privileges set forth in this Section.

#### Article 20

The Centre, its property and assets shall enjoy immunity from all legal process, except when the Centre waives this immunity.

#### Article 21

The Chairman, the members of the Administrative Council, persons acting as conciliators or arbitrators or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, and the officers and employees of the Secretariat

- (a) shall enjoy immunity from legal process with respect to acts performed by them in the exercise of their functions, except when the Centre waives this immunity;
- (b) not being local nationals, shall enjoy the same immunities from immigration restrictions, alien registration requirements and national service obligations, the same facilities as regards exchange restrictions and the same treatment in respect of travelling facilities as are accorded by Contracting States to the representatives, officials and employees of comparable rank of other Contracting States.

#### Article 22

The provisions of Article 21 shall apply to persons appearing in proceedings under this Convention as parties, agents, counsel, advocates, witnesses or experts; provided, however, that sub-paragraph

(b) thereof shall apply only in connection with their travel to and from, and their stay at, the place where the proceedings are held.

#### Article 23

(1) The archives of the Centre shall be inviolable, wherever they may be.

(2) With regard to its official communications, the Centre shall be accorded by each Contracting State treatment not less favorable than that accorded to other international organizations.

#### Article 24

(1) The Centre, its assets, property and income, and its operations and transactions authorized by this Convention shall be exempt from all taxation and customs duties. The Centre shall also be exempt from liability for the collection or payment of any taxes or customs duties.

(2) Except in the case of local nationals, no tax shall be levied on or in respect of expense allowances paid by the Centre to the Chairman or members of the Administrative Council, or on or in respect of salaries, expense allowances or other emoluments paid by the Centre to officials or employees of the Secretariat.

(3) No tax shall be levied on or in respect of fees or expense allowances received by persons acting as conciliators, or arbitrators, or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, in proceedings under this Convention, if the sole jurisdictional basis for such tax is the location of the Centre or the place where such proceedings are conducted or the place where such fees or allowances are paid.

## **Chapter II Jurisdiction of the Centre**

#### Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant



to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

#### Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

#### Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

### **Chapter III Conciliation**

#### **Section 1 Request for Conciliation**

#### Article 28

(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

(3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

## **Section 2**

### **Constitution of the Conciliation Commission**

#### Article 29

(1) The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28.

(2) (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree.

(b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties.

#### Article 30

If the Commission shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 28, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the conciliator or conciliators not yet appointed.

#### Article 31

(1) Conciliators may be appointed from outside the Panel of Conciliators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 30.

(2) Conciliators appointed from outside the Panel of Conciliators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

## **Section 3 Conciliation Proceedings**

#### Article 32

(1) The Commission shall be the judge of its own competence.

(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Commission, shall be considered by the Com-

mission which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

#### Article 33

Any conciliation proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Conciliation Rules in effect on the date on which the parties consented to conciliation. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Conciliation Rules or any rules agreed by the parties, the Commission shall decide the question.

#### Article 34

(1) It shall be the duty of the Commission to clarify the issues in dispute between the parties and to endeavor to bring about agreement between them upon mutually acceptable terms. To that end, the Commission may at any stage of the proceedings and from time to time recommend terms of settlement to the parties. The parties shall cooperate in good faith with the Commission in order to enable the Commission to carry out its functions, and shall give their most serious consideration to its recommendations.

(2) If the parties reach agreement, the Commission shall draw up a report noting the issues in dispute and recording that the parties have reached agreement. If, at any stage of the proceedings, it appears to the Commission that there is no likelihood of agreement between the parties, it shall close the proceedings and shall draw up a report noting the submission of the dispute and recording the failure of the parties to reach agreement. If one party fails to appear or participate in the proceedings, the Commission shall close the proceedings and shall draw up a report noting that party's failure to appear or participate.

#### Article 35

Except as the parties to the dispute shall otherwise agree, neither party to a conciliation proceeding shall be entitled in any other proceeding, whether before arbitrators or in a court of law or otherwise, to invoke or rely on any views expressed or statements or admissions or offers of settlement made by the other party in the conciliation proceedings, or the report or any recommendations made by the Commission.

## **Chapter IV Arbitration**

### **Section 1 Request for Arbitration**

#### Article 36

- (1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.
- (2) The request shall contain information concerning the issues in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
- (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

## **Section 2 Constitution of the Tribunal**

### Article 37

- (1) The Arbitral Tribunal (hereinafter called the Tribunal) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 36.
- (2) (a) The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators appointed as the parties shall agree.  
(b) Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.

### Article 38

If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible,

appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

### Article 39

The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.

### Article 40

- (1) Arbitrators may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38.
- (2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

### **Section 3**

#### **Powers and Functions of the Tribunal**

##### Article 41

- (1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.
- (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

##### 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.
- (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.
- (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

##### Article 43

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceedings,

- (a) call upon the parties to produce documents or other evidence, and
- (b) visit the scene connected with the dispute, and conduct such inquiries there as it may deem appropriate.

##### Article 44

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure

arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

#### Article 45

(1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.

(2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so.

#### Article 46

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.

#### Article 47

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

### **Section 4 The Award**

#### Article 48

- (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.
- (2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.
- (3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.
- (4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.
- (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

#### Article 49

(1) The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched.

(2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.

## **Section 5 Interpretation, Revision and Annulment of the Award**

### Article 50

(1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General.

(2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.

### Article 51

(1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.

(2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

(3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

(4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.

### Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
  - (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
  - (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
  - (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
  - (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.
- (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.
- (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of
- the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).
- (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee.
- (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.
- (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

## **Section 6 Recognition and Enforcement of the Award**

### Article 53

- (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.



(2) For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

#### Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

#### Article 55

Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.

### **Chapter V Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators**

#### Article 56

(1) After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

(2) A member of a Commission or Tribunal shall continue to serve in that capacity notwithstanding that he shall have ceased to be a member of the Panel.

(3) If a conciliator or arbitrator appointed by a party shall have resigned without the consent of the Commission or Tribunal of which he was a member, the Chairman shall appoint a person from the appropriate Panel to fill the resulting vacancy.

#### Article 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

#### Article 58

The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be, provided that where those members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision. If it is decided that the proposal is well-founded the conciliator or arbitrator to whom the decision relates shall be replaced in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

### **Chapter VI Cost of Proceedings**

#### Article 59

The charges payable by the parties for the use of the facilities of the Centre shall be determined by the Secretary-General in accordance with the regulations adopted by the Administrative Council.

#### Article 60

(1) Each Commission and each Tribunal shall determine the fees and expenses of its members within limits established from time to time by the Administrative Council and after consultation with the Secretary-General.

(2) Nothing in paragraph (1) of this Article shall preclude the parties from agreeing in advance with the Commission or Tribunal concerned upon the fees and expenses of its members.

#### Article 61

(1) In the case of conciliation proceedings the fees and expenses of members of the Commission as well as the charges for the use of the facilities of the Centre, shall be borne equally by the parties. Each party shall bear any other expenses it incurs in connection with the proceedings.

(2) In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

## **Chapter VII Place of Proceedings**

### Article 62

Conciliation and arbitration proceedings shall be held at the seat of the Centre except as hereinafter provided.

### Article 63

Conciliation and arbitration proceedings may be held, if the parties so agree,

- (a) at the seat of the Permanent Court of Arbitration or of any other appropriate institution, whether private or public, with which the Centre may make arrangements for that purpose; or
- (b) at any other place approved by the Commission or Tribunal after consultation with the Secretary-General.

## **Chapter VIII**

### **Disputes Between Contracting States**

### Article 64

Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

## **Chapter IX Amendment**

### Article 65

Any Contracting State may propose amendment of this Convention. The text of a proposed amendment shall be communicated to the Secretary-General not less than 90 days prior to the meeting of the Administrative Council at which such amendment is to be considered and shall forthwith be transmitted by him to all the members of the Administrative Council.

### Article 66

(1) If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to the Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment.

(2) No amendment shall affect the rights and obligations under this Convention of any Contracting State or of any of its constituent subdivisions or agencies, or of any national of such State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given before the date of entry into force of the amendment.

## **Chapter X Final Provisions**

### **Article 67**

This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

### **Article 68**

(1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.

(2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.

### **Article 69**

Each Contracting State shall take such legislative or other measures as may be necessary for making the provisions of this Convention effective in its territories.

### **Article 70**

This Convention shall apply to all territories for whose international relations a Contracting State is responsible, except those which are excluded by such State by written notice to the depositary of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently.

### **Article 71**

Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

### **Article 72**

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

### **Article 73**

Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention.

#### Article 74

The depositary shall register this Convention with the Secretariat of the United Nations in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations and the Regulations thereunder adopted by the General Assembly.

#### Article 75

The depositary shall notify all signatory States of the following:

- (a) signatures in accordance with Article 67;
- (b) deposits of instruments of ratification, acceptance and approval in accordance with Article 73;
- (c) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 68;
- (d) exclusions from territorial application pursuant to Article 70;
- (e) the date on which any amendment of this Convention enters into force in accordance with Article 66; and
- (f) denunciations in accordance with Article 71.

DONE at Washington, in the English, French and Spanish languages, all three texts being equally authentic, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the International Bank for Reconstruction and Development, which has indicated by its signature below its agreement to fulfill the functions with which it is charged under this Convention.

پیوست دو  
قواعد داوری ایکسپد (2002)

**ICSID ARBITRATION  
RULES (2002)**

**TABLE OF CONTENTS**

Chapter Rule

I	General Provisions
1	Application of Rules
2	Party and Party Representative
3	General Duties
4	Method of Filing
5	Supporting Documents
6	Routing of Documents
7	Procedural Languages, Translation and Interpretation
8	Correction of Errors
9	Calculation of Time Limits
10	Fixing Time Limits
11	Extension of Time Limits Applicable to Parties
12	Time Limits Applicable to the Tribunal
II	Establishment of the Tribunal
13	General Provisions Regarding the Establishment of the Tribunal
14	Notice of Third-Party Funding
15	Method of Constituting the Tribunal

16	Appointment of Arbitrators to a Tribunal Constituted in Accordance with Article 37(2)(b) of the Convention	
17	Assistance of the Secretary-General with Appointment	
18	Appointment of Arbitrators by the Chair in Accordance with Article 38 of the Convention	
19	Acceptance of Appointment	
20	Replacement of Arbitrators Prior to Constitution of the Tribunal	
21	Constitution of the Tribunal	
III	Disqualification of Arbitrators	
48	Ancillary Claims	
49	Default	
VII	Costs	
50	Costs of the Proceeding	
51	Statement of and Submission on Costs	
52	Decisions on Costs	
53	Security for Costs	
VIII	Suspension, Settlement and Discontinuance	
54	Suspension of the Proceeding	
55	Settlement and Discontinuance by Agreement of the Parties	
56	Discontinuance at Request of a Party	
57	Discontinuance for Failure of Parties to Act	
IX	The Award	
58	Timing of the Award	
59	Contents of the Award	
60	Rendering of the Award	
61	Supplementary Decision and Rectification	
X	Publication, Access to Proceedings and Non-Disputing Party Submissions	123
62	Publication of Awards and Decisions on Annulment	



63	Publication of Orders and Decisions
64	Publication of Documents Filed in the Proceeding
65	Observation of Hearings
66	Confidential or Protected Information
67	Submission of Non-Disputing Parties
68	Participation of Non-Disputing Treaty Party
XI	Interpretation, Revision and Annulment of the Award
69	The Application
70	Interpretation or Revision: Reconstitution of the Tribunal
71	Annulment: Appointment of the ad hoc Committee
72	Procedure Applicable to Interpretation, Revision and Annulment
73	Stay of Enforcement of the Award
74	Resubmission of Dispute after an Annulment
XII	Expedited Arbitration
75	Consent of Parties to Expedited Arbitration
76	Number of Arbitrators and Method of Constituting the Tribunal for Expedited Arbitration
77	Appointment of Sole Arbitrator for Expedited Arbitration
78	Appointment of Three-Member Tribunal for Expedited Arbitration
79	Acceptance of Appointment in Expedited Arbitration
80	First Session in Expedited Arbitration
81	Procedural Schedule in Expedited Arbitration
82	Default in Expedited Arbitration
83	Procedural Schedule for Supplementary Decision and Rectification in Expedited Arbitration
84	Procedural Schedule for Interpretation, Revision or Annulment in Expedited Arbitration
85	Resubmission of a Dispute after Annulment in Expedited Arbitration
86	Opting Out of Expedited Arbitration

## **INTRODUCTORY NOTE**

The ICSID Arbitration Rules were adopted by the Administrative Council of the Centre pursuant to Article 6(1)(c) of the ICSID Convention.

The ICSID Arbitration Rules are supplemented by the ICSID Administrative and Financial Regulations.

The ICSID Arbitration Rules apply from the date of registration of a Request for arbitration until an Award is rendered and to any post-Award remedy proceedings.

## **CHAPTER I**

### **GENERAL PROVISIONS**

#### **Rule 1**

##### **Application of Rules**

- (1) These Rules shall apply to any arbitration proceeding conducted under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ( "Convention" ) in accordance with Article 44 of the Convention.
- (2) The Tribunal shall apply any agreement of the parties on procedural matters to the extent that it does not conflict with the Convention or the ICSID Administrative and Financial Regulations.

#### **Rule 2**

##### **Party and Party Representative**

- (1) For the purposes of these Rules, "party" includes all parties acting as claimant or as respondent.
- (2) Each party may be represented or assisted by agents, counsel, advocates or other advisors, whose names and proof of authority to act shall be promptly notified by that party to the Secretary-General ( "representative(s)" ).

#### **Rule 3**

##### **General Duties**

- (1) The Tribunal and the parties shall conduct the proceeding in good faith and in an expeditious and cost-effective manner.
- (2) The Tribunal shall treat the parties equally and provide each party with a reasonable opportunity to present its case.

## **Rule 4**

### **Method of Filing**

- (1) A document to be filed in the proceeding shall be filed with the Secretary-General, who shall acknowledge its receipt.
- (2) Documents shall be filed electronically. In special circumstances, the Tribunal may order that documents also be filed in a different format.

## **Rule 5**

### **Supporting Documents**

- (1) Supporting documents, including witness statements, expert reports, exhibits and legal authorities, shall be filed together with the request, written submission, observations or communication to which they relate.
- (2) An extract of a document may be filed as a supporting document if the extract is not misleading. The Tribunal or a party may require a fuller extract or a complete version of the document.
- (3) If the authenticity of a supporting document is disputed, the Tribunal may order a party to provide a certified copy or to make the original available for examination.

## **Rule 6**

### **Routing of Documents**

The Secretary-General shall transmit a document filed in the proceeding to:

- (a) the other party, unless the parties communicate directly with each other;
- (b) the Tribunal, unless the parties communicate directly with the Tribunal on request of the Tribunal or by agreement of the parties; and
- (c) the Chairman of the Administrative Council ( "Chair" ) if applicable.

## **Rule 7**

### **Procedural Languages, Translation and Interpretation**

- (1) The parties may agree to use one or two procedural languages in the proceeding. The parties shall consult with the Tribunal and the Secretary-General regarding the use of a language that is not an official language of the Centre. If the parties do not agree on the procedural language(s), each party may select one of the official languages of the Centre.

- (2) In a proceeding with one procedural language:
  - (a) documents shall be filed and hearings shall be conducted in that procedural language;
  - (b) documents in another language shall be accompanied by a translation into that procedural language; and
  - (c) testimony in another language shall be interpreted into that procedural language.
- (3) In a proceeding with two procedural languages:
  - (a) documents may be filed and hearings may be conducted in either procedural language, unless the Tribunal orders that a document be filed in both procedural languages or that a hearing be conducted with interpretation into both procedural languages;
  - (b) documents in another language shall be accompanied by a translation into either procedural language, unless the Tribunal orders translation into both procedural languages;
  - (c) testimony in another language shall be interpreted into either procedural language, unless the Tribunal orders interpretation into both procedural languages;
  - (d) the Tribunal and the Secretary-General may communicate in either procedural language; and
  - (e) all orders, decisions and the Award shall be rendered in both procedural languages, unless the parties agree otherwise.
- (4) Translation of only the relevant part of a supporting document is sufficient, unless the Tribunal orders a party to provide a fuller or a complete translation. If the translation is disputed, the Tribunal may order a party to provide a certified translation.

## **Rule 8**

### **Correction of Errors**

A party may correct an accidental error in a document promptly upon discovery and before the Award is rendered. The parties may refer any dispute regarding a correction to the Tribunal for determination.

## **Rule 9**

### **Calculation of Time Limits**

- (1) References to time shall be determined based on the time at the seat of the Centre on the relevant date.
- (2) Any time limit expressed as a period of time shall be calculated from the day after the date on which:

- (a) the Tribunal, or the Secretary-General if applicable, announces the period; or
- (b) the procedural step starting the period is taken.
- (3) A time limit shall be satisfied if a procedural step is taken or a document is received by the Secretary-General on the relevant date, or on the subsequent business day if the date falls on a Saturday or Sunday.

## **Rule 10**

### **Fixing Time Limits**

- (1) The Tribunal, or the Secretary-General if applicable, shall fix time limits for the completion of each procedural step in the proceeding, other than time limits prescribed by the Convention or these Rules.
- (2) In fixing time limits pursuant to paragraph (1), the Tribunal, or the Secretary-General if applicable, shall consult with the parties as far as possible.
- (3) The Tribunal may delegate the power to fix time limits to its President.

## **Rule 11**

### **Extension of Time Limits Applicable to Parties**

- (1) The time limits in Articles 49, 51 and 52 of the Convention cannot be extended. An application or request filed after the expiry of such time limits shall be disregarded.
- (2) A time limit prescribed by the Convention or these Rules, other than those referred to in paragraph (1), may only be extended by agreement of the parties. A procedural step taken or document received after the expiry of such time limit shall be disregarded, unless the parties agree otherwise or the Tribunal decides that there are special circumstances justifying the failure to meet the time limit.
- (3) A time limit fixed by the Tribunal or the Secretary-General may be extended by agreement of the parties or the Tribunal, or the Secretary-General if applicable, upon reasoned application by either party made prior to its expiry. A procedural step taken or document received after the expiry of such time limit shall be disregarded, unless the parties agree otherwise or the Tribunal, or the Secretary-General if applicable, decides that there are special circumstances justifying the failure to meet the time limit.
- (4) The Tribunal may delegate the power to extend time limits to its President.

## **Rule 12**

### **Time Limits Applicable to the Tribunal**

(1) The Tribunal shall use best efforts to meet time limits to render orders, decisions and the Award.

(2) If the Tribunal cannot comply with an applicable time limit, it shall advise the parties of the special circumstances justifying the delay and the date when it anticipates rendering the order, decision or Award.

## **CHAPTER II**

### **ESTABLISHMENT OF THE TRIBUNAL**

#### **Rule 13**

##### **General Provisions Regarding the Establishment of the Tribunal**

(1) The Tribunal shall be constituted without delay after registration of the Request for arbitration.

(2) The majority of the arbitrators on a Tribunal shall be nationals of States other than the State party to the dispute and the State whose national is a party to the dispute, unless the Sole Arbitrator or each individual member of the Tribunal is appointed by agreement of the parties.

(3) A party may not appoint an arbitrator who is a national of the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute without agreement of the other party.

(4) A person previously involved in the resolution of the dispute as a conciliator, judge, mediator or in a similar capacity may be appointed as an arbitrator only by agreement of the parties.

#### **Rule 14**

##### **Notice of Third-Party Funding**

(1) A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding ( "third-party funding" ). If the non-party providing funding is a juridical person, the notice shall include the names of the persons and entities that own and control that juridical person.

(2) A party shall file the notice referred to in paragraph (1) with the Secretary-General upon registration of the Request for arbitration, or immediately upon concluding a third-party funding arrangement after registration. The party shall immediately notify the Secretary-General of any changes to the information in the notice.

(3) The Secretary-General shall transmit the notice of third-party funding and any notification of changes to the information in such notice to the parties and to any arbitrator proposed for appointment or appointed in a proceeding for purposes of completing the arbitrator declaration required by Rule 19(3)(b).

(4) The Tribunal may order disclosure of further information regarding the funding agreement and the non-party providing funding pursuant to Rule 36(3).

## **Rule 15**

### **Method of Constituting the Tribunal**

(1) The number of arbitrators and the method of their appointment must be determined before the Secretary-General can act on any appointment proposed by a party.

(2) The parties shall endeavor to agree on any uneven number of arbitrators and the method of their appointment. If the parties do not advise the Secretary-General of an agreement within 45 days after the date of registration, the Tribunal shall be constituted in accordance with Article 37(2)(b) of the Convention.

## **Rule 16**

### **Appointment of Arbitrators to a Tribunal Constituted in Accordance with Article 37(2)(b) of the Convention**

If the Tribunal is to be constituted in accordance with Article 37(2)(b) of the Convention, each party shall appoint an arbitrator and the parties shall jointly appoint the President of the Tribunal.

## **Rule 17**

### **Assistance of the Secretary-General with Appointment**

The parties may jointly request that the Secretary-General assist with the appointment of the President of the Tribunal or a Sole Arbitrator.

## **Rule 18**

### **Appointment of Arbitrators by the Chair**

in Accordance with Article 38 of the Convention

(1) If the Tribunal has not been constituted within 90 days after the date of registration, or such other period as the parties may agree, either party may request that the Chair appoint the arbitrator(s) who have not yet been appointed pursuant to Article 38 of the Convention.

(2) The Chair shall appoint the President of the Tribunal after appointing any members who have not yet been appointed.

(3) The Chair shall consult with the parties as far as possible before appointing an arbitrator and shall use best efforts to appoint any arbitrator(s) within 30 days after receipt of the request to appoint.

## **Rule 19**

### **Acceptance of Appointment**

(1) A party appointing an arbitrator shall notify the Secretary- General of the appointment and provide the appointee's name, nationality and contact information.

(2) Upon receipt of a notification pursuant to paragraph (1), the Secretary-General shall request an acceptance from the appointee and shall transmit to the appointee the information received from the parties relevant to completion of the declaration referred to in paragraph (3)(b).

(3) Within 20 days after receipt of the request for acceptance of an appointment, the appointee shall:

(a) accept the appointment; and

(b) provide a signed declaration in the form published by the Centre, addressing matters including the arbitrator's independence, impartiality, availability and commitment to maintain the confidentiality of the proceeding.

(4) The Secretary-General shall notify the parties of the acceptance of appointment by each arbitrator and transmit the signed declaration to them.

(5) The Secretary-General shall notify the parties if an arbitrator fails to accept the appointment or provide a signed declaration within the time limit referred to in paragraph (3), and another person shall be appointed as arbitrator in accordance with the method followed for the previous appointment.

(6) Each arbitrator shall have a continuing obligation promptly to disclose any change of circumstances relevant to the declaration referred to in paragraph (3)(b).

## **Rule 20**

### **Replacement of Arbitrators Prior to Constitution of the Tribunal**

(1) At any time before the Tribunal is constituted:

(a) an arbitrator may withdraw an acceptance;

(b) a party may replace an arbitrator whom it appointed; or



- (c) the parties may agree to replace any arbitrator.
- (2) A replacement arbitrator shall be appointed as soon as possible, in accordance with the method by which the withdrawing or replaced arbitrator was appointed.

## **Rule 21**

### **Constitution of the Tribunal**

- (1) The Tribunal shall be deemed to be constituted on the date the Secretary-General notifies the parties that all the arbitrators have accepted their appointments and signed the declaration required by Rule 19(3)(b).
- (2) As soon as the Tribunal is constituted, the Secretary-General shall transmit the Request for arbitration, the supporting documents, the notice of registration and communications with the parties to each member.

## **CHAPTER III**

### **DISQUALIFICATION OF ARBITRATORS AND VACANCIES**

## **Rule 22**

### **Proposal for Disqualification of Arbitrators**

- (1) A party may file a proposal to disqualify one or more arbitrators ( "proposal" ) in accordance with the following procedure:
  - (a) the proposal shall be filed after the constitution of the Tribunal and within 21 days after the later of:
    - (i) the constitution of the Tribunal; or
    - (ii) the date on which the party proposing the disqualification first knew or first should have known of the facts on which the proposal is based;
  - (b) the proposal shall include the grounds on which it is based, a statement of the relevant facts, law and arguments, and any supporting documents;
  - (c) the other party shall file its response and any supporting documents within 21 days after receipt of the proposal;
  - (d) the arbitrator to whom the proposal relates may file a statement that is limited to factual information relevant to the proposal. The statement shall be filed within five days after the earlier of receipt of the response or expiry of the time limit referred to in paragraph (1)(c); and

(e) each party may file a final written submission on the proposal within seven days after the earlier of receipt of the statement or expiry of the time limit referred to in paragraph (1)(d).

(2) The proceeding shall be suspended upon the filing of the proposal until a decision on the proposal has been made, except to the extent that the parties agree to continue the proceeding.

## **Rule 23**

### **Decision on the Proposal for Disqualification**

(1) The decision on a proposal shall be made by the arbitrators not subject to the proposal or by the Chair in accordance with Article 58 of the Convention.

(2) For the purposes of Article 58 of the Convention:

(a) if the arbitrators not subject to a proposal are unable to decide the proposal for any reason, they shall notify the Secretary-General and they shall be considered equally divided;

(b) if a subsequent proposal is filed while the decision on a prior proposal is pending, both proposals shall be decided by the Chair as if they were a proposal to disqualify a majority of the Tribunal.

(3) The arbitrators not subject to the proposal and the Chair shall use best efforts to decide any proposal within 30 days after the later of the expiry of the time limit referred to in Rule 22(1)(e) or the notice in Rule 23(2)(a).

## **Rule 24**

### **Incapacity or Failure to Perform Duties**

If an arbitrator becomes incapacitated or fails to perform the duties required of an arbitrator, the procedure in Rules 22 and 23 shall apply.

## **Rule 25 Resignation**

(1) An arbitrator may resign by notifying the Secretary-General and the other members of the Tribunal and providing reasons for the resignation.

(2) If the arbitrator was appointed by a party, the other members of the Tribunal shall promptly notify the Secretary-General whether they consent to the arbitrator's resignation for the purposes of Rule 26(3)(a).

## **Rule 26**

## **Vacancy on the Tribunal**

- (1) The Secretary-General shall notify the parties of any vacancy on the Tribunal.
- (2) The proceeding shall be suspended from the date of notice of the vacancy until the vacancy is filled.
- (3) A vacancy on the Tribunal shall be filled by the method used to make the original appointment, except that the Chair shall fill the following vacancies from the Panel of Arbitrators:
  - (a) a vacancy caused by the resignation of a party-appointed arbitrator without the consent of the other members of the Tribunal; or
  - (b) a vacancy that has not been filled within 45 days after the notice of vacancy.
- (4) Once a vacancy has been filled and the Tribunal has been reconstituted, the proceeding shall continue from the point it had reached at the time the vacancy was notified. Any portion of a hearing shall be recommenced if the newly appointed arbitrator considers it necessary to decide a pending matter.

## **CHAPTER IV**

### **CONDUCT OF THE PROCEEDING**

#### **Rule 27**

##### **Orders and Decisions**

- (1) The Tribunal shall make the orders and decisions required for the conduct of the proceeding.
- (2) Orders and decisions may be made by any appropriate means of communication, shall indicate the reasons upon which they are made, and may be signed by the President on behalf of the Tribunal.
- (3) The Tribunal shall consult with the parties prior to making an order or decision it is authorized by these Rules to make on its own initiative.

#### **Rule 28 Waiver**

Subject to Article 45 of the Convention, if a party knows or should have known that an applicable rule, agreement of the parties, or any order or decision of the Tribunal or the Secretary-General has not been complied with, and does not object promptly, then that party shall be deemed to have waived its right to object to that non-compliance, unless the Tribunal decides that there are special circumstances justifying the failure to object promptly.

## **Rule 29**

### **First Session**

- (1) The Tribunal shall hold a first session to address the procedure, including the matters listed in paragraph (4).
- (2) The first session may be held in person or remotely, by any means that the Tribunal deems appropriate. The agenda, method and date of the first session shall be determined by the President of the Tribunal after consulting with the other members and the parties.
- (3) The first session shall be held within 60 days after the constitution of the Tribunal or such other period as the parties may agree. If the President of the Tribunal determines that it is not possible to convene the parties and the other members within this period, the Tribunal shall decide whether to hold the first session solely between the President of the Tribunal and the parties, or solely among the Tribunal members based on the parties' written submissions.
- (4) Before the first session, the Tribunal shall invite the parties' views on procedural matters, including:
  - (a) the applicable arbitration rules;
  - (b) the division of advances payable pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation 15;
  - (c) the procedural language(s), translation and interpretation;
  - (d) the method of filing and routing of documents;
  - (e) the number, length, type and format of written submissions;
  - (f) the place of hearings and whether a hearing will be held in person or remotely;
  - (g) whether there will be requests for production of documents as between the parties and, if so, the scope, timing and procedure for such requests;
  - (h) the procedural calendar;
  - (i) the manner of making recordings and transcripts of hearings;
  - (j) the publication of documents and recordings;
  - (k) the treatment of confidential or protected information; and
  - (l) any other procedural matter raised by either party or the Tribunal.
- (5) The Tribunal shall issue an order recording the parties' agreements and any Tribunal decisions on the procedure within

15 days after the later of the first session or the last written submission on procedural matters addressed at the first session.

## **Rule 30**

### **Written Submissions**

(1) The parties shall file the following written submissions:

- (a) a memorial by the requesting party;
- (b) a counter-memorial by the other party; and, unless the parties agree otherwise:
- (c) a reply by the requesting party; and
- (d) a rejoinder by the other party.

(2) A memorial shall contain a statement of the relevant facts, law and arguments, and the request for relief. A counter-memorial shall contain a statement of the relevant facts, including an admission or denial of facts stated in the memorial, and any necessary additional facts, a statement of law in reply to the memorial, arguments and the request for relief. A reply and rejoinder shall be limited to responding to the previous written submission and addressing any relevant facts that are new or could not have been known prior to filing the reply or rejoinder.

(3) A party may file unscheduled written submissions, observations or supporting documents only after obtaining leave of the Tribunal, unless the filing of such documents is provided for by the Convention or these Rules. The Tribunal may grant such leave upon a timely and reasoned application if it finds such written submissions, observations or supporting documents are necessary in view of all relevant circumstances.

## **Rule 31**

### **Case Management Conferences**

With a view to conducting an expeditious and cost-effective proceeding, the Tribunal shall convene one or more case management conferences with the parties at any time after the first session to:

- (a) identify uncontested facts;
- (b) clarify and narrow the issues in dispute; or
- (c) address any other procedural or substantive issue related to the resolution of the dispute.

## **Rule 32 Hearings**

- (1) The Tribunal shall hold one or more hearings, unless the parties agree otherwise.
- (2) The President of the Tribunal shall determine the date, time and method of holding a hearing after consulting with the other members of the Tribunal and the parties.
- (3) A hearing in person may be held at any place agreed to by the parties after consulting with the Tribunal and the Secretary- General. If the parties do not agree on the place of a hearing, it shall be held at the seat of the Centre pursuant to Article 62 of the Convention.
- (4) Any member of the Tribunal may put questions to the parties and ask for explanations at any time during a hearing.

### **Rule 33 Quorum**

The participation of a majority of the members of the Tribunal by any appropriate means of communication shall be required at the first session, case management conferences, hearings and deliberations, except as provided in these Rules or unless the parties agree otherwise.

### **Rule 34 Deliberations**

- (1) The deliberations of the Tribunal shall take place in private and remain confidential.
- (2) The Tribunal may deliberate at any place and by any means it considers appropriate.
- (3) The Tribunal may be assisted by the Secretary of the Tribunal at its deliberations. No other person shall assist the Tribunal at its deliberations, unless the Tribunal decides otherwise and notifies the parties.
- (4) The Tribunal shall deliberate on any matter for decision immediately after the last submission on that matter.

### **Rule 35**

#### **Decisions Made by Majority Vote**

The Tribunal shall make decisions by a majority of the votes of all its members. Abstention shall count as a negative vote.

### **Rule 36**

#### **CHAPTER V**

#### **EVIDENCE**

##### **Evidence: General Principles**

- (1) The Tribunal shall determine the admissibility and probative value of the evidence adduced.

- (2) Each party has the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense.
- (3) The Tribunal may call upon a party to produce documents or other evidence if it deems it necessary at any stage of the proceeding.

## **Rule 37**

### **Disputes Arising from Requests for Production of Documents**

In deciding a dispute arising out of a party's objection to the other party's request for production of documents, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

- (a) the scope and timeliness of the request;
- (b) the relevance and materiality of the documents requested;
- (c) the burden of production; and
- (d) the basis of the objection.

## **Rule 38**

### **Witnesses and Experts**

- (1) A party intending to rely on evidence given by a witness shall file a written statement by that witness. The statement shall identify the witness, contain the evidence of the witness, and be signed and dated.
- (2) A witness who has filed a written statement may be called for examination at a hearing.
- (3) The Tribunal shall determine the manner in which the examination is conducted.
- (4) A witness shall be examined before the Tribunal, by the parties, and under the control of the President. Any member of the Tribunal may put questions to the witness.
- (5) A witness shall be examined in person unless the Tribunal determines that another means of examination is appropriate in the circumstances.
- (6) Each witness shall make the following declaration before giving evidence: "I solemnly declare upon my honor and conscience that I shall speak the truth, the whole truth, and nothing but the truth."
- (7) Paragraphs (1)-(5) shall apply, with necessary modifications, to evidence given by an expert.
- (8) Each expert shall make the following declaration before giving evidence: "I solemnly declare upon my honor and conscience that my statement will be in accordance with my sincere belief."

## **Rule 39**

### **Tribunal-Appointed Experts**

- (1) Unless the parties agree otherwise, the Tribunal may appoint one or more independent experts to report to it on specific matters within the scope of the dispute.
- (2) The Tribunal shall consult with the parties on the appointment of an expert, including on the terms of reference and fees of the expert.
- (3) Upon accepting an appointment by the Tribunal, an expert shall provide a signed declaration in the form published by the Centre.
- (4) The parties shall provide the Tribunal-appointed expert with any information, document or other evidence that the expert may require. The Tribunal shall decide any dispute regarding the evidence required by the Tribunal-appointed expert.
- (5) The parties shall have the right to make submissions on the report of the Tribunal-appointed expert.
- (6) Rule 38 shall apply, with necessary modifications, to the Tribunal-appointed expert.

## **Rule 40**

### **Visits and Inquiries**

- (1) The Tribunal may order a visit to any place connected with the dispute, on its own initiative or upon a party's request, if it deems the visit necessary, and may conduct inquiries there as appropriate.
- (2) The order shall define the scope of the visit and the subject of any inquiry, the procedure to be followed, the applicable time limits and other relevant terms.
- (3) The parties shall have the right to participate in any visit or inquiry.

## **CHAPTER VI**

### **SPECIAL PROCEDURES**

## **Rule 41**

### **Manifest Lack of Legal Merit**

- (1) A party may object that a claim is manifestly without legal merit. The objection may relate to the substance of the claim, the jurisdiction of the Centre, or the competence of the Tribunal.
- (2) The following procedure shall apply:



- (a) a party shall file a written submission no later than 45 days after the constitution of the Tribunal;
  - (b) the written submission shall specify the grounds on which the objection is based and contain a statement of the relevant facts, law and arguments;
  - (c) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the objection;
  - (d) if a party files the objection before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the objection, so that the Tribunal may consider the objection promptly upon its constitution; and
  - (e) the Tribunal shall render its decision or Award on the objection within 60 days after the later of the constitution of the Tribunal or the last submission on the objection.
- (3) If the Tribunal decides that all claims are manifestly without legal merit, it shall render an Award to that effect. Otherwise,

the Tribunal shall issue a decision on the objection and fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding.

- (4) A decision that a claim is not manifestly without legal merit shall be without prejudice to the right of a party to file a preliminary objection pursuant to Rule 43 or to argue subsequently in the proceeding that a claim is without legal merit.

## **Rule 42**

### **Bifurcation**

- (1) A party may request that a question be addressed in a separate phase of the proceeding ( "request for bifurcation" ).
- (2) If a request for bifurcation relates to a preliminary objection, Rule 44 shall apply.
- (3) The following procedure shall apply to a request for bifurcation other than a request referred to in Rule 44:
  - (a) the request for bifurcation shall be filed as soon as possible;
  - (b) the request for bifurcation shall state the questions to be bifurcated;
  - (c) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the request for bifurcation;
  - (d) the Tribunal shall issue its decision on the request for bifurcation within 30 days after the last submission on the request; and
  - (e) the Tribunal shall fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding.

- (4) In determining whether to bifurcate, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including whether:
- (a) bifurcation would materially reduce the time and cost of the proceeding;
  - (b) determination of the questions to be bifurcated would dispose of all or a substantial portion of the dispute; and
  - (c) the questions to be addressed in separate phases of the proceeding are so intertwined as to make bifurcation impractical.
- (5) If the Tribunal orders bifurcation pursuant to this Rule, it shall suspend the proceeding with respect to any questions to be addressed at a later phase, unless the parties agree otherwise.
- (6) The Tribunal may at any time on its own initiative decide whether a question should be addressed in a separate phase of the proceeding.

### **Rule 43**

#### **Preliminary Objections**

- (1) A party may file a preliminary objection that the dispute or any ancillary claim is not within the jurisdiction of the Centre or for other reasons is not within the competence of the Tribunal ( "preliminary objection" ).
- (2) A party shall notify the Tribunal and the other party of its intent to file a preliminary objection as soon as possible.
- (3) The Tribunal may at any time on its own initiative consider whether a dispute or an ancillary claim is within the jurisdiction of the Centre or within its own competence.
- (4) The Tribunal may address a preliminary objection in a separate phase of the proceeding or join the objection to the merits. It may do so upon request of a party pursuant to Rule 44 or at any time on its own initiative, in accordance with the procedure in Rule 44(2)-(4).

### **Rule 44**

#### **Preliminary Objections with a Request for Bifurcation**

- (1) The following procedure shall apply with respect to a request for bifurcation relating to a preliminary objection:
- (a) unless the parties agree otherwise, the request for bifurcation shall be filed:
    - (i) within 45 days after filing the memorial on the merits;

- (ii) within 45 days after filing the written submission containing the ancillary claim, if the objection relates to the ancillary claim; or
  - (iii) as soon as possible after the facts on which the preliminary objection is based become known to a party, if those facts were unknown to that party on the dates referred to in paragraph (1)(a)(i) and (ii);
  - (b) the request for bifurcation shall state the preliminary objection to which it relates;
  - (c) unless the parties agree otherwise, the proceeding on the merits shall be suspended until the Tribunal decides whether to bifurcate;
  - (d) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the request for bifurcation; and
  - (e) the Tribunal shall issue its decision on a request for bifurcation within 30 days after the last submission on the request.
- (2) In determining whether to bifurcate, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including whether:
- (a) bifurcation would materially reduce the time and cost of the proceeding;
  - (b) determination of the preliminary objection would dispose of all or a substantial portion of the dispute; and
  - (c) the preliminary objection and the merits are so intertwined as to make bifurcation impractical.
- (3) If the Tribunal decides to address the preliminary objection in a separate phase of the proceeding, it shall:
- (a) suspend the proceeding on the merits, unless the parties agree otherwise;
  - (b) fix time limits for submissions on the preliminary objection;
  - (c) render its decision or Award on the preliminary objection within 180 days after the last submission, in accordance with Rule 58(1)(b); and
  - (d) fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding if the Tribunal does not render an Award.
- (4) If the Tribunal decides to join the preliminary objection to the merits, it shall:
- (a) fix time limits for submissions on the preliminary objection;
  - (b) modify any time limits for submissions on the merits, as required; and
  - (c) render its Award within 240 days after the last submission in the proceeding, in accordance with Rule 58(1)(c).

## **Rule 45**

## **Preliminary Objections without a Request for Bifurcation**

If a party does not request bifurcation of a preliminary objection within the time limits referred to in Rule 44(1)(a) or the parties confirm that they will not request bifurcation, the preliminary objection shall be joined to the merits and the following procedure shall apply:

- (a) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the preliminary objection;
- (b) the memorial on the preliminary objection shall be filed:
  - (i) by the date to file the counter-memorial on the merits;
  - (ii) by the date to file the next written submission after an ancillary claim, if the objection relates to the ancillary claim; or
  - (iii) as soon as possible after the facts on which the objection is based become known to a party, if those facts were unknown to that party on the dates referred to in paragraph (b)(i) and (ii);
- (c) the party filing the memorial on preliminary objections shall also file its counter-memorial on the merits, or, if the objection relates to an ancillary claim, file its next written submission after the ancillary claim; and
- (d) the Tribunal shall render its Award within 240 days after the last submission in the proceeding, in accordance with Rule 58(1)(c).

## **Rule 46**

### **Consolidation or Coordination of Arbitrations**

- (1) Parties to two or more pending arbitrations administered by the Centre may agree to consolidate or coordinate these arbitrations.
- (2) Consolidation joins all aspects of the arbitrations sought to be consolidated and results in one Award. To be consolidated pursuant to this Rule, the arbitrations shall have been registered in accordance with the Convention and shall involve the same Contracting State (or constituent subdivision or agency of the Contracting State).
- (3) Coordination aligns specific procedural aspects of two or more pending arbitrations, but the arbitrations remain separate proceedings and result in separate Awards.
- (4) The parties referred to in paragraph (1) shall jointly provide the Secretary-General with proposed terms for the conduct of the consolidated or coordinated arbitrations and consult with the Secretary-General to ensure that the proposed terms are capable of being implemented.
- (5) After the consultation referred to in paragraph (4), the Secretary-General shall communicate the proposed terms agreed by the parties to the Tribunals constituted in the

arbitrations. Such Tribunals shall make any order or decision required to implement these terms.

## **Rule 47**

### **Provisional Measures**

(1) A party may at any time request that the Tribunal recommend provisional measures to preserve that party's rights, including measures to:

- (a) prevent action that is likely to cause current or imminent harm to that party or prejudice to the arbitral process;
- (b) maintain or restore the status quo pending determination of the dispute; or
- (c) preserve evidence that may be relevant to the resolution of the dispute.

(2) The following procedure shall apply:

- (a) the request shall specify the rights to be preserved, the measures requested, and the circumstances that require such measures;
- (b) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the request;
- (c) if a party requests provisional measures before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the request so that the Tribunal may consider the request promptly upon its constitution; and
- (d) the Tribunal shall issue its decision on the request within 30 days after the later of the constitution of the Tribunal or the last submission on the request.

(3) In deciding whether to recommend provisional measures, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

- (a) whether the measures are urgent and necessary; and
- (b) the effect that the measures may have on each party.

(4) The Tribunal may recommend provisional measures on its own initiative. The Tribunal may also recommend provisional measures different from those requested by a party.

(5) A party shall promptly disclose any material change in the circumstances upon which the Tribunal recommended provisional measures.

(6) The Tribunal may at any time modify or revoke the provisional measures, on its own initiative or upon a party's request.

(7) A party may request any judicial or other authority to order provisional measures if such recourse is permitted by the instrument recording the parties' consent to arbitration.

## **Rule 48**

### **Ancillary Claims**

- (1) Unless the parties agree otherwise, a party may file an incidental or additional claim or a counterclaim ( "ancillary claim" ) arising directly out of the subject-matter of the dispute, provided that such ancillary claim is within the scope of the consent of the parties and the jurisdiction of the Centre.
- (2) An incidental or additional claim shall be presented no later than in the reply, and a counterclaim shall be presented no later than in the counter-memorial, unless the Tribunal decides otherwise.
- (3) The Tribunal shall fix time limits for submissions on the ancillary claim.

## **Rule 49**

### **Default**

- (1) A party is in default if it fails to appear or present its case or indicates that it will not appear or present its case.
- (2) If a party is in default at any stage of the proceeding, the other party may request that the Tribunal address the questions submitted to it and render an Award.
- (3) Upon receipt of the request referred to in paragraph (2), the Tribunal shall notify the defaulting party of the request and grant a grace period to cure the default, unless it is satisfied that the defaulting party does not intend to appear or present its case. The grace period shall not exceed 60 days without the consent of the other party.
- (4) If the request in paragraph (2) relates to a failure to appear at a hearing, the Tribunal may:
  - (a) reschedule the hearing to a date within 60 days after the original date;
  - (b) proceed with the hearing in the absence of the defaulting party and fix a time limit for the defaulting party to file a written submission within 60 days after the hearing; or
  - (c) cancel the hearing and fix a time limit for the parties to file written submissions within 60 days after the original date of the hearing.
- (5) If the default relates to a scheduled procedural step other than a hearing, the Tribunal may set the grace period to cure the default by fixing a new time limit for the defaulting party to

complete that step within 60 days after the date of the notice of default referred to in paragraph (3).

(6) If the defaulting party fails to act within the grace period or if no such period is granted, the Tribunal shall resume consideration of the dispute and render an Award. For this purpose:

(a) a party's default shall not be deemed an admission of the assertions made by the other party;

(b) the Tribunal may invite the party that is not in default to make submissions and produce evidence; and

(c) the Tribunal shall examine the jurisdiction of the Centre and its own competence and, if it is satisfied, decide whether the submissions made are well-founded.

## **CHAPTER VII**

### **COSTS**

#### **Rule 50**

##### **Costs of the Proceeding**

The costs of the proceeding are all costs incurred by the parties in connection with the proceeding, including:

(a) the legal fees and expenses of the parties;

(b) the fees and expenses of the Tribunal, Tribunal assistants approved by the parties and Tribunal-appointed experts; and

(c) the administrative charges and direct costs of the Centre.

#### **Rule 51**

##### **Statement of and Submission on Costs**

The Tribunal shall request that each party file a statement of its costs and a written submission on the allocation of costs before allocating the costs between the parties.

#### **Rule 52**

##### **Decisions on Costs**

- (1) In allocating the costs of the proceeding, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:
  - (a) the outcome of the proceeding or any part of it;
  - (b) the conduct of the parties during the proceeding, including the extent to which they acted in an expeditious and cost-effective manner and complied with these Rules and the orders and decisions of the Tribunal;
  - (c) the complexity of the issues; and
  - (d) the reasonableness of the costs claimed.
- (2) If the Tribunal renders an Award pursuant to Rule 41(3), it shall award the prevailing party its reasonable costs, unless the Tribunal determines that there are special circumstances justifying a different allocation of costs.
- (3) The Tribunal may make an interim decision on costs at any time, on its own initiative or upon a party's request.
- (4) The Tribunal shall ensure that all decisions on costs are reasoned and form part of the Award.

## **Rule 53**

### **Security for Costs**

- (1) Upon request of a party, the Tribunal may order any party asserting a claim or counterclaim to provide security for costs.
- (2) The following procedure shall apply:
  - (a) the request shall include a statement of the relevant circumstances and the supporting documents;
  - (b) the Tribunal shall fix time limits for submissions on the request;
  - (c) if a party requests security for costs before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the request so that the Tribunal may consider the request promptly upon its constitution; and
  - (d) the Tribunal shall issue its decision on the request within 30 days after the later of the constitution of the Tribunal or the last submission on the request.
- (3) In determining whether to order a party to provide security for costs, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:
  - (a) that party's ability to comply with an adverse decision on costs;
  - (b) that party's willingness to comply with an adverse decision on costs;



- (c) the effect that providing security for costs may have on that party's ability to pursue its claim or counterclaim; and
- (d) the conduct of the parties.
- (4) The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3), including the existence of third-party funding.
- (5) The Tribunal shall specify any relevant terms in an order to provide security for costs and shall fix a time limit for compliance with the order.
- (6) If a party fails to comply with an order to provide security for costs, the Tribunal may suspend the proceeding. If the proceeding is suspended for more than 90 days, the Tribunal may, after consulting with the parties, order the discontinuance of the proceeding.
- (7) A party shall promptly disclose any material change in the circumstances upon which the Tribunal ordered security for costs.
- (8) The Tribunal may at any time modify or revoke its order on security for costs, on its own initiative or upon a party's request.

## **CHAPTER VIII**

### **SUSPENSION, SETTLEMENT AND DISCONTINUANCE**

#### **Rule 54**

##### **Suspension of the Proceeding**

- (1) The Tribunal shall suspend the proceeding by agreement of the parties.
- (2) The Tribunal may suspend the proceeding upon the request of either party or on its own initiative, except as otherwise provided in the ICSID Administrative and Financial Regulations or these Rules.
- (3) The Tribunal shall give the parties the opportunity to make observations before ordering a suspension pursuant to paragraph (2).
- (4) In its order suspending the proceeding, the Tribunal shall specify:
  - (a) the period of the suspension;
  - (b) any relevant terms; and
  - (c) a modified procedural calendar to take effect on resumption of the proceeding, if necessary.
- (5) The Tribunal shall extend the period of a suspension prior to its expiry by agreement of the parties.

(6) The Tribunal may extend the period of a suspension prior to its expiry, on its own initiative or upon a party's request, after giving the parties an opportunity to make observations.

(7) The Secretary-General shall suspend the proceeding pursuant to paragraph (1) or extend the suspension pursuant to paragraph (5) if the Tribunal has not yet been constituted or if there is a vacancy on the Tribunal. The parties shall inform the Secretary-General of the period of the suspension and any terms agreed to by the parties.

## **Rule 55**

### **Settlement and Discontinuance by Agreement of the Parties**

(1) If the parties notify the Tribunal that they have agreed to discontinue the proceeding, the Tribunal shall issue an order taking note of the discontinuance.

(2) If the parties agree on a settlement of the dispute before the Award is rendered, the Tribunal:

(a) shall issue an order taking note of the discontinuance of the proceeding, if the parties so request; or

(b) may record the settlement in the form of an Award, if the parties file the complete and signed text of their settlement and request that the Tribunal embody such settlement in an Award.

(3) The Secretary-General shall issue the order referred to in paragraphs (1) and (2)(a) if the Tribunal has not yet been constituted or if there is a vacancy on the Tribunal.

## **Rule 56**

### **Discontinuance at Request of a Party**

(1) If a party requests the discontinuance of the proceeding, the Tribunal shall fix a time limit within which the other party may oppose the discontinuance. If no objection in writing is made within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance and the Tribunal shall issue an order taking note of the discontinuance of the proceeding. If any objection in writing is made within the time limit, the proceeding shall continue.

(2) The Secretary-General shall fix the time limit and issue the order referred to in paragraph (1) if the Tribunal has not yet been constituted or if there is a vacancy on the Tribunal.

## **Rule 57**

## **Discontinuance for Failure of Parties to Act**

- (1) If the parties fail to take any steps in the proceeding for more than 150 consecutive days, the Tribunal shall notify them of the time elapsed since the last step taken in the proceeding.
- (2) If the parties fail to take a step within 30 days after the notice referred to in paragraph (1), they shall be deemed to have discontinued the proceeding and the Tribunal shall issue an order taking note of the discontinuance.
- (3) If either party takes a step within 30 days after the notice referred to in paragraph (1), the proceeding shall continue.
- (4) The Secretary-General shall issue the notice and the order referred to in paragraphs (1) and (2) if the Tribunal has not yet been constituted or if there is a vacancy on the Tribunal.

## **CHAPTER IX**

### **THE AWARD**

#### **Rule 58**

##### **Timing of the Award**

- (1) The Tribunal shall render the Award as soon as possible, and in any event no later than:
  - (a) 60 days after the later of the Tribunal constitution or the last submission, if the Award is rendered pursuant to Rule 41(3);
  - (b) 180 days after the last submission if the Award is rendered pursuant to Rule 44(3)(c);  
or
  - (c) 240 days after the last submission in all other cases.
- (2) A statement of costs and submission on costs filed pursuant to Rule 51 shall not be considered a submission for the purposes of paragraph (1).

#### **Rule 59**

##### **Contents of the Award**

- (1) The Award shall be in writing and shall contain:
  - (a) a precise designation of each party;
  - (b) the names of the representatives of the parties;
  - (c) a statement that the Tribunal was established in accordance with the Convention and a description of the method of its constitution;

- (d) the name of each member of the Tribunal and the appointing authority of each;
  - (e) the date and place of the first session, case management conferences and hearings;
  - (f) a brief summary of the proceeding;
  - (g) a statement of the relevant facts as found by the Tribunal;
  - (h) a brief summary of the submissions of the parties, including the relief sought;
  - (i) the decision of the Tribunal on every question submitted to it, and the reasons on which the Award is based; and
  - (j) a statement of the costs of the proceeding, including the fees and expenses of each member of the Tribunal, and a reasoned decision on costs.
- (2) The Award shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it. It may be signed by electronic means if the parties agree.
- (3) Any member of the Tribunal may attach an individual opinion or a statement of dissent to the Award before the Award is rendered.

## **Rule 60**

### **Rendering of the Award**

- (1) Once the Award has been signed by the members of the Tribunal who voted for it, the Secretary-General shall promptly:
- (a) dispatch a certified copy of the Award to each party, together with any individual opinion and statement of dissent, indicating the date of dispatch on the Award; and
  - (b) deposit the Award in the archives of the Centre, together with any individual opinion and statement of dissent.
- (2) The Award shall be deemed to have been rendered on the date of dispatch of certified copies of the Award.
- (3) The Secretary-General shall provide additional certified copies of the Award to a party upon request.

## **Rule 61**

### **Supplementary Decision and Rectification**

- (1) A party requesting a supplementary decision on, or the rectification of, an Award pursuant to Article 49(2) of the Convention shall file the request with the Secretary-General

and pay the lodging fee published in the schedule of fees within 45 days after the Award was rendered.

- (2) The request referred to in paragraph (1) shall:
  - (a) identify the Award to which it relates;
  - (b) be signed by each requesting party or its representative and be dated;
  - (c) specify:
    - (i) with respect to a request for a supplementary decision, any question which the Tribunal omitted to decide in the Award;
    - (ii) with respect to a request for rectification, any clerical, arithmetical or similar error in the Award; and
  - (d) attach proof of payment of the lodging fee.
- (3) Upon receipt of the request and the lodging fee, the Secretary- General shall promptly:
  - (a) transmit the request to the other party;
  - (b) register the request, or refuse registration if the request is not filed or the fee is not paid within the time limit referred to in paragraph (1); and
  - (c) notify the parties of the registration or refusal to register.
- (4) As soon as the request is registered, the Secretary-General shall transmit the request and the notice of registration to each member of the Tribunal.
- (5) The President of the Tribunal shall determine the procedure to consider the request, after consulting with the other members of the Tribunal and the parties.
- (6) Rules 59-60 shall apply to any decision of the Tribunal pursuant to this Rule.
- (7) The Tribunal shall issue a decision on the request for supplementary decision or rectification within 60 days after the last submission on the request.
- (8) The date of dispatch of certified copies of the supplementary decision or rectification shall be the relevant date for the purposes of calculating the time limits in Articles 51(2) and 52(2) of the Convention.
- (9) A supplementary decision or rectification under this Rule shall become part of the Award and shall be reflected on all certified copies of the Award.

## **CHAPTER X**

### **PUBLICATION, ACCESS TO PROCEEDINGS AND NON-DISPUTING PARTY SUBMISSIONS**

## **Rule 62**

### **Publication of Awards and Decisions on Annulment**

- (1) With consent of the parties, the Centre shall publish every Award, supplementary decision on an Award, rectification, interpretation, and revision of an Award, and decision on annulment.
- (2) The parties may consent to publication of the full text or to a jointly redacted text of the documents referred to in paragraph (1).
- (3) Consent to publish the documents referred to in paragraph (1) shall be deemed to have been given if no party objects in writing to such publication within 60 days after the dispatch of the document.
- (4) Absent consent of the parties pursuant to paragraphs (1)-(3), the Centre shall publish excerpts of the documents referred to in paragraph (1). The following procedure shall apply to publication of excerpts:
  - (a) the Secretary-General shall propose excerpts to the parties within 60 days after the date upon which either party objects to publication or notifies the Secretary-General that the parties disagree on redaction of the document;
  - (b) the parties may send comments on the proposed excerpts to the Secretary-General within 60 days after their receipt, including whether any information in the proposed excerpts is confidential or protected as defined in Rule 66; and
  - (c) the Secretary-General shall consider any comments received on the proposed excerpts and publish such excerpts within 30 days after the expiry of the time limit referred to in paragraph (4)(b).

## **Rule 63**

### **Publication of Orders and Decisions**

- (1) The Centre shall publish orders and decisions, with any redactions agreed to by the parties and jointly notified to the Secretary-General within 60 days after the order or decision is issued.
- (2) If either party notifies the Secretary-General within the 60-day period referred to in paragraph (1) that the parties disagree on any proposed redactions, the Secretary-General shall refer the order or decision to the Tribunal to decide any disputed redactions. The Centre shall publish the order or decision in accordance with the decision of the Tribunal.
- (3) In deciding a dispute pursuant to paragraph (2), the Tribunal shall ensure that publication does not disclose any confidential or protected information as defined in Rule 66.

## **Rule 64**

### **Publication of Documents Filed in the Proceeding**

- (1) With consent of the parties, the Centre shall publish any written submission or supporting document filed by a party in the proceeding, with any redactions agreed to by the parties and jointly notified to the Secretary-General.
- (2) Absent consent of the parties pursuant to paragraph (1), a party may refer to the Tribunal a dispute regarding the redaction of a written submission, excluding supporting documents, that it filed in the proceeding. The Tribunal shall decide any disputed redactions and the Centre shall publish the written submission in accordance with the decision of the Tribunal.
- (3) In deciding a dispute pursuant to paragraph (2), the Tribunal shall ensure that publication does not disclose any confidential or protected information as defined in Rule 66.

## **Rule 65**

### **Observation of Hearings**

- (1) The Tribunal shall allow persons in addition to the parties, their representatives, witnesses and experts during their testimony, and persons assisting the Tribunal, to observe hearings, unless either party objects.
- (2) The Tribunal shall establish procedures to prevent the disclosure of confidential or protected information as defined in Rule 66 to persons observing the hearings.
- (3) Upon request of a party, the Centre shall publish recordings or transcripts of hearings, unless the other party objects.

## **Rule 66**

### **Confidential or Protected Information**

For the purposes of Rules 62-65, confidential or protected information is information which is protected from public disclosure:

- (a) by the instrument of consent to arbitration;
- (b) by the applicable law or applicable rules;
- (c) in the case of information of a State party to the dispute, by the law of that State;
- (d) in accordance with the orders and decisions of the Tribunal;
- (e) by agreement of the parties;

- (f) because it constitutes confidential business information or protected personal information;
- (g) because public disclosure would impede law enforcement;
- (h) because a State party to the dispute considers that public disclosure would be contrary to its essential security interests;
- (i) because public disclosure would aggravate the dispute between the parties; or
- (j) because public disclosure would undermine the integrity of the arbitral process.

## **Rule 67**

### **Submission of Non-Disputing Parties**

- (1) Any person or entity that is not a party to the dispute ( "non- disputing party" ) may apply for permission to file a written submission in the proceeding. The application shall be made in the procedural language(s) used in the proceeding.
- (2) In determining whether to permit a non-disputing party submission, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:
  - (a) whether the submission would address a matter within the scope of the dispute;
  - (b) how the submission would assist the Tribunal to determine a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the parties;
  - (c) whether the non-disputing party has a significant interest in the proceeding;
  - (d) the identity, activities, organization and ownership of the non-disputing party, including any direct or indirect affiliation between the non-disputing party, a party or a non-disputing Treaty Party; and
  - (e) whether any person or entity will provide the non-disputing party with financial or other assistance to file the submission.
- (3) The parties shall have the right to make observations on whether a non-disputing party should be permitted to file a written submission in the proceeding and on any conditions for filing such a submission.
- (4) The Tribunal shall ensure that non-disputing party participation does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party. To this end, the Tribunal may impose conditions on the non-disputing party, including with respect to the format, length, scope or publication of the written submission and the time limit to file the submission.
- (5) The Tribunal shall issue a reasoned decision on whether to permit a non-disputing party submission within 30 days after the last written submission on the application.



(6) The Tribunal shall provide the non-disputing party with relevant documents filed in the proceeding, unless either party objects.

(7) If the Tribunal permits a non-disputing party to file a written submission, the parties shall have the right to make observations on the submission.

## **Rule 68**

### **Participation of Non-Disputing Treaty Party**

(1) The Tribunal shall permit a Party to a treaty that is not a party to the dispute ( "non-disputing Treaty Party" ) to make a submission on the interpretation of the treaty at issue in the dispute and upon which consent to arbitration is based. The Tribunal may, after consulting with the parties, invite a non- disputing Treaty Party to make such a submission.

(2) The Tribunal shall ensure that non-disputing Treaty Party participation does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party. To this end, the Tribunal may impose conditions on the making of the submission by the non- disputing Treaty Party, including with respect to the format, length, scope or publication of the submission, and the time limit to file the submission.

(3) The Tribunal shall provide the non-disputing Treaty Party with relevant documents filed in the proceeding, unless either party objects.

(4) The parties shall have the right to make observations on the submission of the non-disputing Treaty Party.

## **CHAPTER XI**

### **INTERPRETATION, REVISION AND ANNULMENT OF THE AWARD**

## **Rule 69**

### **The Application**

(1) A party applying for interpretation, revision or annulment of an Award shall file the application with the Secretary-General, together with any supporting documents, and pay the lodging fee published in the schedule of fees.

(2) The application shall:

(a) identify the Award to which it relates;

(b) be in a language in which the Award was rendered or if the Award was not rendered in an official language of the Centre, be in an official language;

(c) be signed by each applicant or its representative and be dated;

(d) attach proof of any representative's authority to act; and

- (e) attach proof of payment of the lodging fee.
- (3) An application for interpretation pursuant to Article 50(1) of the Convention may be filed at any time after the Award is rendered and shall specify the points in dispute concerning the meaning or scope of the Award.
- (4) An application for revision pursuant to Article 51(1) of the Convention shall be filed within 90 days after the discovery of a fact of such a nature as decisively to affect the Award, and in any event within three years after the Award (or any supplementary decision on or rectification of the Award) was rendered. The application shall specify:
  - (a) the change sought in the Award;
  - (b) the newly discovered fact that decisively affects the Award; and
  - (c) that the fact was unknown to the Tribunal and to the applicant when the Award was rendered, and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.
- (5) An application for annulment pursuant to Article 52(1) of the Convention shall:
  - (a) be filed within 120 days after the Award (or any supplementary decision on or rectification of the Award) was rendered if the application is based on any of the grounds in Article 52(1)(a), (b), (d) or (e) of the Convention; or
  - (b) be filed within 120 days after the discovery of corruption on the part of a member of the Tribunal and in any event within three years after the Award (or any supplementary decision on or rectification of the Award) was rendered, if the application is based on Article 52(1)(c) of the Convention; and
  - (c) specify the grounds on which it is based, limited to the grounds in Article 52(1)(a)-(e) of the Convention, and the reasons in support of each ground.
- (6) Upon receipt of an application and the lodging fee, the Secretary-General shall promptly:
  - (a) transmit the application and the supporting documents to the other party;
  - (b) register the application, or refuse registration if the application is not filed or the fee is not paid within the time limits referred to in paragraphs (4) or (5); and
  - (c) notify the parties of the registration or refusal to register.
- (7) At any time before registration, an applicant may notify the Secretary-General in writing of the withdrawal of the application or, if there is more than one applicant, that it is withdrawing from the application. The Secretary-General shall promptly notify the parties of the withdrawal, unless the application has not yet been transmitted to the other party pursuant to paragraph (6)(a).

## **Rule 70**

### **Interpretation or Revision: Reconstitution of the Tribunal**

- (1) As soon as an application for the interpretation or revision of an Award is registered, the Secretary-General shall:
  - (a) transmit the notice of registration, the application and any supporting documents to each member of the original Tribunal; and
  - (b) request each member of the Tribunal to inform the Secretary-General within 10 days whether that member can take part in the consideration of the application.
- (2) If all members of the Tribunal can take part in the consideration of the application, the Secretary-General shall notify the Tribunal and the parties of the reconstitution of the Tribunal.
- (3) If the Tribunal cannot be reconstituted in accordance with paragraph (2), the Secretary-General shall invite the parties to constitute a new Tribunal without delay. The new Tribunal shall have the same number of arbitrators and be appointed by the same method as the original Tribunal.

## **Rule 71**

### **Annulment: Appointment of the ad hoc Committee**

- (1) As soon as an application for annulment of an Award is registered, the Chair shall appoint an ad hoc Committee in accordance with Article 52(3) of the Convention.
- (2) Each member of the Committee shall provide a signed declaration in accordance with Rule 19(3).
- (3) The Committee shall be deemed to be constituted on the date the Secretary-General notifies the parties that all members have accepted their appointments.

## **Rule 72**

### **Procedure Applicable to Interpretation, Revision and Annulment**

- (1) Except as provided below, these Rules shall apply, with necessary modifications, to any procedure relating to the interpretation, revision or annulment of an Award and to the decision of the Tribunal or Committee.
- (2) The procedural agreements and orders on matters addressed at the first session of the original Tribunal shall continue to apply to an interpretation, revision or annulment proceeding, with necessary modifications, unless the parties agree or the Tribunal or Committee orders otherwise.

(3) In addition to the application, the written procedure shall consist of one round of written submissions in an interpretation or revision proceeding, and two rounds of written submissions in an annulment proceeding, unless the parties agree or the Tribunal or Committee orders otherwise.

(4) A hearing shall be held upon the request of either party, or if ordered by the Tribunal or Committee.

(5) The Tribunal or Committee shall issue its decision within 120 days after the last submission on the application.

## **Rule 73**

### **Stay of Enforcement of the Award**

(1) A party to an interpretation, revision or annulment proceeding may request a stay of enforcement of all or part of the Award at any time before the final decision on the application.

(2) If the stay is requested in the application for revision or annulment of an Award, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal or Committee decides on the request.

(3) The following procedure shall apply:

(a) the request shall specify the circumstances that require the stay;

(b) the Tribunal or Committee shall fix time limits for submissions on the request;

(c) if a party files the request before the constitution of the Tribunal or Committee, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the request so that the Tribunal or Committee may consider the request promptly upon its constitution; and

(d) the Tribunal or Committee shall issue its decision on the request within 30 days after the later of the constitution of the Tribunal or Committee or the last submission on the request.

(4) If a Tribunal or Committee decides to stay enforcement of the Award, it may impose conditions for the stay, or for lifting the stay, in view of all relevant circumstances.

(5) A party shall promptly disclose to the Tribunal or Committee any change in the circumstances upon which the enforcement was stayed.

(6) The Tribunal or Committee may at any time modify or terminate a stay of enforcement, on its own initiative or upon a party's request.

(7) A stay of enforcement shall terminate on the date of dispatch of the decision on the application for interpretation, revision or annulment, or on the date of discontinuance of the proceeding.

## **Rule 74**

### **Resubmission of Dispute after an Annulment**

- (1) If a Committee annuls all or part of an Award, either party may file with the Secretary-General a request to resubmit the dispute to a new Tribunal, together with any supporting documents, and pay the lodging fee published in the schedule of fees.
- (2) The request shall:
  - (a) identify the Award to which it relates;
  - (b) be in an official language of the Centre;
  - (c) be signed by each requesting party or its representative and be dated;
  - (d) attach proof of any representative's authority to act; and
  - (e) specify which aspect(s) of the dispute is resubmitted to the new Tribunal.
- (3) Upon receipt of a request for resubmission and the lodging fee, the Secretary-General shall promptly:
  - (a) transmit the request and the supporting documents to the other party;
  - (b) register the request;
  - (c) notify the parties of the registration; and
  - (d) invite the parties to constitute a new Tribunal without delay, which shall have the same number of arbitrators, and be appointed by the same method as the original Tribunal, unless the parties agree otherwise.
- (4) If the original Award was annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the Award that was not annulled.
- (5) Except as otherwise provided in paragraphs (1)-(4), these Rules shall apply to the resubmission proceeding.
- (6) The procedural agreements and orders on matters addressed at the first session of the original Tribunal shall not apply to the resubmission proceeding, unless the parties agree otherwise.

## **CHAPTER XII**

### **EXPEDITED ARBITRATION**

## **Rule 75**

### **Consent of Parties to Expedited Arbitration**

(1) At any time, the parties to an arbitration conducted under the Convention may consent to expedite the arbitration in accordance with this Chapter ( "expedited arbitration" ) by jointly notifying the Secretary-General in writing of their consent.

(2) Chapters I-XI of the Arbitration Rules apply to an expedited arbitration except that:

(a) Rules 15, 16, 18, 39, 40, 41, 42, 44 and 46 do not apply in an expedited arbitration; and

(b) Rules 19, 29, 37, 43, 49, 58, 61 and 72, as modified by Rules 76-84, apply in an expedited arbitration.

(3) If the parties consent to expedited arbitration after the constitution of the Tribunal pursuant to Chapter II, Rules 76- 78 shall not apply, and the expedited arbitration shall proceed subject to all members of the Tribunal confirming their availability pursuant to Rule 79(2). If an arbitrator is unavailable to proceed on an expedited basis, the arbitrator may offer to resign.

## **Rule 76**

### **Number of Arbitrators and Method of Constituting the Tribunal for Expedited Arbitration**

(1) The Tribunal in an expedited arbitration shall consist of a Sole Arbitrator appointed pursuant to Rule 77 or a three-member Tribunal appointed pursuant to Rule 78.

(2) The parties shall jointly notify the Secretary-General in writing of their election of a Sole Arbitrator or a three-member Tribunal within 30 days after the date of the notice of consent referred to in Rule 75(1).

(3) If the parties do not notify the Secretary-General of their election within the time limit referred to in paragraph (2), the Tribunal shall consist of a Sole Arbitrator to be appointed pursuant to Rule 77.

(4) An appointment pursuant to Rule 77 or 78 is an appointment in accordance with the method agreed by the parties pursuant to Article 37(2)(a) of the Convention.

## **Rule 77**

### **Appointment of Sole Arbitrator for Expedited Arbitration**

(1) The parties shall jointly appoint the Sole Arbitrator within 20 days after the notice referred to in Rule 76(2).

(2) The Secretary-General shall appoint the Sole Arbitrator if:

(a) the parties do not appoint the Sole Arbitrator within the time limit referred to in paragraph (1);

- (b) the parties notify the Secretary-General that they are unable to agree on the Sole Arbitrator; or
  - (c) the appointee declines the appointment or does not comply with Rule 79(1).
- (3) The following procedure shall apply to an appointment by the Secretary-General of the Sole Arbitrator pursuant to paragraph (2):
- (a) the Secretary-General shall transmit a list of five candidates for appointment as Sole Arbitrator to the parties within 10 days after the relevant event referred to in paragraph (2);
  - (b) each party may strike one name from the list and shall rank the remaining candidates in order of preference and transmit such ranking to the Secretary-General within 10 days after receipt of the list;
  - (c) the Secretary-General shall inform the parties of the result of the rankings on the next business day after receipt of the rankings and shall appoint the candidate with the best ranking. If two or more candidates share the best ranking, the Secretary-General shall select one of them; and
  - (d) if the selected candidate declines the appointment or does not comply with Rule 79(1), the Secretary-General shall select the next highest-ranked candidate.

## **Rule 78**

### **Appointment of Three-Member Tribunal for Expedited Arbitration**

- (1) A three-member Tribunal shall be appointed in accordance with the following procedure:
- (a) each party shall appoint an arbitrator ( "co-arbitrator" ) within 20 days after the notice referred to in Rule 76(2); and
  - (b) the parties shall jointly appoint the President of the Tribunal within 20 days after the receipt of the acceptances from both co-arbitrators.
- (2) The Secretary-General shall appoint the arbitrators not yet appointed if:
- (a) an appointment is not made within the applicable time limit referred to in paragraph (1);
  - (b) the parties notify the Secretary-General that they are unable to agree on the President of the Tribunal; or
  - (c) an appointee declines the appointment or does not comply with Rule 79(1).
- (3) The following procedure shall apply to the appointment by the Secretary-General of any arbitrators pursuant to paragraph (2):

- (a) the Secretary-General shall first appoint the co-arbitrator(s) not yet appointed. The Secretary-General shall consult with the parties as far as possible and use best efforts to appoint the co-arbitrator(s) within 15 days after the relevant event in paragraph (2);
- (b) within 10 days after the later of the date on which both co- arbitrators have accepted their appointments or the relevant event referred to in paragraph (2), the Secretary-General shall transmit a list of five candidates for appointment as President of the Tribunal to the parties;
- (c) each party may strike one name from the list and shall rank the remaining candidates in order of preference and transmit such ranking to the Secretary-General within 10 days after receipt of the list;
- (d) the Secretary-General shall inform the parties of the result of the rankings on the next business day after receipt of the rankings and shall appoint the candidate with the best ranking. If two or more candidates share the best ranking, the Secretary-General shall select one of them; and
- (e) if the selected candidate declines the appointment or does not comply with Rule 79(1), the Secretary-General shall select the next highest-ranked candidate.

## **Rule 79**

### **Acceptance of Appointment in Expedited Arbitration**

- (1) An arbitrator appointed pursuant to Rule 77 or 78 shall accept the appointment and provide a declaration pursuant to Rule 19(3) within 10 days after receipt of the request for acceptance.
- (2) An arbitrator appointed to a Tribunal constituted pursuant to Chapter II shall confirm being available to conduct an expedited arbitration within 10 days after receipt of the notice of consent pursuant to Rule 75(3).

## **Rule 80**

### **First Session in Expedited Arbitration**

- (1) The Tribunal shall hold a first session pursuant to Rule 29 within 30 days after the constitution of the Tribunal.
- (2) The first session shall be held remotely, unless both parties and the Tribunal agree it shall be held in person.

## **Rule 81**

### **Procedural Schedule in Expedited Arbitration**



- (1) The following schedule for written submissions and the hearing shall apply in an expedited arbitration:
- (a) the claimant shall file a memorial within 60 days after the first session;
  - (b) the respondent shall file a counter-memorial within 60 days after the date of filing the memorial;
  - (c) the memorial and counter-memorial referred to in paragraph (1)(a) and (b) shall be no longer than 200 pages;
  - (d) the claimant shall file a reply within 40 days after the date of filing the counter-memorial;
  - (e) the respondent shall file a rejoinder within 40 days after the date of filing the reply;
  - (f) the reply and rejoinder referred to in paragraph (1)(d) and (e) shall be no longer than 100 pages;
  - (g) the hearing shall be held within 60 days after the last written submission is filed;
  - (h) the parties shall file statements of their costs and written submissions on costs within 10 days after the last day of the hearing referred to in paragraph (1)(g); and
  - (i) the Tribunal shall render the Award as soon as possible, and in any event no later than 120 days after the hearing referred to in paragraph (1)(g).
- (2) Any preliminary objection, counterclaim, incidental or additional claim shall be joined to the schedule referred to in paragraph (1).

The Tribunal shall adjust the schedule if a party raises any such matter, taking into account the expedited nature of the process.

- (3) The Tribunal may extend the time limits referred to in paragraph (1) by up to 30 days to decide a dispute arising from requests to produce documents pursuant to Rule 37. The Tribunal shall decide such requests based on written submissions and without an in-person hearing.
- (4) Any schedule for submissions other than those referred to in paragraphs (1)-(3) shall run in parallel with the schedule referred to in paragraph (1), unless the proceeding is suspended or the Tribunal decides that there are special circumstances justifying the suspension of the schedule. In fixing time limits for such submissions, the Tribunal shall take into account the expedited nature of the process.

## **Rule 82**

### **Default in Expedited Arbitration**

A Tribunal may grant a party in default a grace period not to exceed 30 days pursuant to Rule 49.

## **Rule 83**

### **Procedural Schedule for Supplementary Decision and Rectification in Expedited Arbitration**

The Tribunal shall issue a supplementary decision or rectification pursuant to Rule 61 within 30 days after the last submission on the request.

## **Rule 84**

### **Procedural Schedule for Interpretation, Revision or Annulment in Expedited Arbitration**

- (1) The following schedule for written submissions and the hearing shall apply to the procedure relating to an interpretation, revision or annulment of an Award rendered in an expedited arbitration:
- (a) the applicant shall file a memorial on interpretation, revision or annulment within 30 days after the first session;
  - (b) the other party shall file a counter-memorial on interpretation, revision or annulment within 30 days after the memorial;
  - (c) the memorial and counter-memorial referred to in paragraph (1)(a) and (b) shall be no longer than 100 pages;
  - (d) a hearing shall be held within 45 days after the date for filing the counter-memorial;
  - (e) the parties shall file statements of their costs and written submissions on costs within 5 days after the last day of the hearing referred to in paragraph (1)(d); and
  - (f) the Tribunal or Committee shall issue the decision on interpretation, revision or annulment as soon as possible, and in any event no later than 60 days after the hearing referred to in paragraph (1)(d).
- (2) Any schedule for submissions other than those referred to in paragraph (1) shall run in parallel with the schedule referred to in paragraph (1), unless the proceeding is suspended or the Tribunal or Committee decides that there are special circumstances justifying the suspension of the schedule. In fixing time limits for such submissions, the Tribunal or Committee shall take into account the expedited nature of the process.

## **Rule 85**

### **Resubmission of a Dispute after Annulment in Expedited Arbitration**

The consent of the parties to expedited arbitration pursuant to Rule 75 shall not apply to resubmission of the dispute.

## **Rule 86**

### **Opting Out of Expedited Arbitration**

- (1) The parties may opt out of an expedited arbitration at any time by jointly notifying the Tribunal and Secretary-General in writing of their agreement.
- (2) Upon request of a party, the Tribunal may decide that an arbitration should no longer be expedited. In deciding the request, the Tribunal shall consider the complexity of the issues, the stage of the proceeding and all other relevant circumstances.
- (3) The Tribunal, or the Secretary-General if a Tribunal has not been constituted, shall determine the further procedure pursuant to Chapters I-XI and fix any time limit necessary for the conduct of the proceeding.

پیوست سه  
قواعد اصلاحگری ایکسید

**ICSID CONCILIATION RULES**

TABLE OF CONTENTS

Chapter Rule

I	General Provisions
1	Application of Rules
2	Party and Party Representative
3	Method of Filing
4	Supporting Documents
5	Routing of Documents
6	Procedural Languages, Translation and Interpretation
7	Calculation of Time Limits
8	Costs of the Proceeding
9	Confidentiality of the Conciliation
10	Use of Information in Other Proceedings
II	Establishment of the Commission
11	General Provisions, Number of Conciliators and Method of Constitution
12	Notice of Third-Party Funding
13	Appointment of Conciliators to a Commission Constituted in Accordance with Article 29(2)(b) of the Convention
14	Assistance of the Secretary-General with Appointment
15	Appointment of Conciliators by the Chair in Accordance with Article 30 of the Convention
16	Acceptance of Appointment

---

<sup>731</sup> اخذ شده از پایگاه الکترو نیک ایکسید.

17	Replacement of Conciliators Prior to Constitution of the Commission
18	Constitution of the Commission
III	Disqualification of Conciliators and Vacancies
19	Proposal for Disqualification of Conciliators
20	Decision on the Proposal for Disqualification
21	Incapacity or Failure to Perform Duties
22	Resignation
23	Vacancy on the Commission
IV	Conduct of the Conciliation
24	Functions of the Commission
25	General Duties of the Commission
26	Orders, Decisions and Agreements
27	Quorum
28	Deliberations
29	Cooperation of the Parties
30	Written Statements
31	First Session
32	Meetings
33	Preliminary Objections
V	Termination of the Conciliation
34	Discontinuance Prior to the Constitution
	of the Commission
35	Report Noting the Parties' Agreement
36	Report Noting the Failure of the Parties to Reach Agreement
37	Report Recording the Failure of a Party to Appear or Participate
38	The Report
39	Issuance of the Report

## **INTRODUCTORY NOTE**

The ICSID Conciliation Rules were adopted by the Administrative Council of the Centre pursuant to Article 6(1)(c) of the ICSID Convention.

The ICSID Conciliation Rules are supplemented by the ICSID Administrative and Financial Regulations.

The ICSID Conciliation Rules apply from the date of registration of a Request for conciliation until termination of the conciliation.

## **CHAPTER I GENERAL PROVISIONS**

### **Rule 1**

#### **Application of Rules**

These Rules shall apply to any conciliation proceeding conducted under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ( "Convention" ) in accordance with Article 33 of the Convention.

### **Rule 2**

#### **Party and Party Representative**

- (1) For the purposes of these Rules, "party" includes all parties acting as claimant or as respondent.
- (2) Each party may be represented or assisted by agents, counsel, advocates or other advisors, whose names and proof of authority to act shall be promptly notified by that party to the Secretary-General ( "representative(s)" ).

### **Rule 3**

#### **Method of Filing**

- (1) A document to be filed in the proceeding shall be filed with the Secretary-General, who shall acknowledge its receipt.
- (2) Documents shall be filed electronically. In special circumstances, the Commission may order that documents also be filed in a different format.

## **Rule 4**

### **Supporting Documents**

- (1) Supporting documents shall be filed together with the written statement, request, observations or communication to which they relate.
- (2) An extract of a document may be filed as a supporting document if the extract is not misleading. The Commission or a party may require a fuller extract or a complete version of the document.

## **Rule 5**

### **Routing of Documents**

The Secretary-General shall transmit a document filed in the proceeding to:

- (a) the other party, unless the parties communicate directly with each other;
- (b) the Commission, unless the parties communicate directly with the Commission on request of the Commission or by agreement of the parties; and
- (c) the Chairman of the Administrative Council ( "Chair" ) if applicable.

## **Rule 6**

### **Procedural Languages, Translation and Interpretation**

- (1) The parties may agree to use one or two procedural languages in the proceeding. The parties shall consult with the Commission and the Secretary-General regarding the use of a language that is not an official language of the Centre. If the parties do not agree on the procedural language(s), each party may select one of the official languages of the Centre.
- (2) In a proceeding with one procedural language:
  - (a) documents shall be filed and meetings shall be conducted in that procedural language;
  - (b) documents in another language shall be accompanied by a translation into that procedural language; and
  - (c) oral statements in another language shall be interpreted into that procedural language.
- (3) In a proceeding with two procedural languages:
  - (a) documents may be filed and meetings may be conducted in either procedural language, unless the Commission orders that a document be filed in both procedural languages or that a meeting be conducted with interpretation into both procedural languages;



- (b) documents in another language shall be accompanied by a translation into either procedural language, unless the Commission orders translation into both procedural languages;
  - (c) oral statements in another language shall be interpreted into either procedural language, unless the Commission orders interpretation into both procedural languages;
  - (d) the Commission and the Secretary-General may communicate in either procedural language; and
  - (e) all orders, decisions, recommendations and the Report shall be rendered in both procedural languages, unless the parties agree otherwise.
- (4) Translation of only the relevant part of a supporting document is sufficient, unless the Commission orders a party to provide a fuller or a complete translation. If the translation is disputed, the Commission may order a party to provide a certified translation.

## **Rule 7**

### **Calculation of Time Limits**

Time limits referred to in these Rules shall be calculated from the day after the date on which the procedural step starting the period is taken, based on the time at the seat of the Centre. A time limit shall be satisfied if a procedural step is taken on the relevant date, or on the subsequent business day if the date falls on a Saturday or Sunday.

## **Rule 8**

### **Costs of the Proceeding**

- (1) The fees and expenses of the Commission and the administrative charges and direct costs of the Centre incurred in connection with the proceeding shall be borne equally by the parties, in accordance with Article 61(1) of the Convention.
- (2) Each party shall bear any other costs it incurs in connection with the proceeding.

## **Rule 9**

### **Confidentiality of the Conciliation**

All information relating to the conciliation and all documents generated in or obtained during the conciliation shall be confidential, unless:

- (a) the parties agree otherwise;
- (b) the information is to be published by the Centre pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation 26;

- (c) the information or document is independently available; or
- (d) disclosure is required by law.

## **Rule 10**

### **Use of Information in Other Proceedings**

Unless the parties to the dispute agree otherwise pursuant to Article 35 of the Convention, a party shall not rely on any of the following in other proceedings:

- (a) views expressed, statements, admissions, offers of settlement, or positions taken by the other party in the conciliation; or
- (b) the Report, order, decision or any recommendation made by the Commission in the conciliation.

## **CHAPTER II**

### **ESTABLISHMENT OF THE COMMISSION**

## **Rule 11**

### **General Provisions, Number of Conciliators and Method of Constitution**

- (1) The Commission shall be constituted without delay after registration of the Request for conciliation.
- (2) The number of conciliators and the method of their appointment must be determined before the Secretary-General can act on any appointment proposed by a party.
- (3) The parties shall endeavor to agree on a Sole Conciliator or any uneven number of conciliators and the method of their appointment. If the parties do not advise the Secretary-General of an agreement within 45 days after the date of registration, either party may inform the Secretary-General that the Commission shall be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention.
- (4) References in these Rules to a Commission or a President of a Commission shall include a Sole Conciliator.

## **Rule 12**

## **Notice of Third-Party Funding**

- (1) A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the conciliation through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the conciliation ( "third-party funding" ). If the non-party providing funding is a juridical person, the notice shall include the names of the persons and entities that own and control that juridical person.
- (2) A party shall file the notice referred to in paragraph (1) with the Secretary-General upon registration of the Request for conciliation, or immediately upon concluding a third-party funding arrangement after registration. The party shall immediately notify the Secretary-General of any changes to the information in the notice.
- (3) The Secretary-General shall transmit the notice of third-party funding and any notification of changes to the information in such notice to the parties, and to any conciliator proposed for appointment or appointed in a proceeding for purposes of completing the conciliator declaration required by Rule 16(3)(b).
- (4) The Commission may request further information regarding the funding agreement and the non-party providing funding pursuant to Rule 24(4)(a).

## **Rule 13**

Appointment of Conciliators to a Commission Constituted in Accordance with Article 29(2)(b) of the Convention If the Commission is to be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention, each party shall appoint a conciliator and the parties shall jointly appoint the President of the Commission.

## **Rule 14**

### **Assistance of the Secretary-General with Appointment**

The parties may jointly request that the Secretary-General assist with the appointment of the Sole Conciliator or any uneven number of conciliators.

## **Rule 15**

### **Appointment of Conciliators by the Chair in Accordance with Article 30 of the Convention**

- (1) If a Commission has not been constituted within 90 days after the date of registration, or such other period as the parties may agree, either party may request

that the Chair appoint the conciliator(s) who have not yet been appointed pursuant to Article 30 of the Convention.

(2) The Chair shall appoint the President of the Commission after appointing any members who have not yet been appointed.

(3) The Chair shall consult with the parties as far as possible before appointing a conciliator and shall use best efforts to appoint any conciliator(s) within 30 days after receipt of the request to appoint.

## **Rule 16**

### **Acceptance of Appointment**

(1) A party appointing a conciliator shall notify the Secretary-General of the appointment and provide the appointee's name, nationality and contact information.

(2) Upon receipt of a notification pursuant to paragraph (1), the Secretary-General shall request an acceptance from the appointee and shall transmit to the appointee the information received from the parties relevant to completion of the declaration referred to in paragraph (3)(b).

(3) Within 20 days after receipt of the request for acceptance of an appointment, the appointee shall:

(a) accept the appointment; and

(b) provide a signed declaration in the form published by the Centre, addressing matters including the conciliator's independence, impartiality, availability and commitment to maintain the confidentiality of the proceeding.

(4) The Secretary-General shall notify the parties of the acceptance of appointment by each conciliator and transmit the signed declaration to them.

(5) The Secretary-General shall notify the parties if a conciliator fails to accept the appointment or provide a signed declaration within the time limit referred to in paragraph (3), and another person shall be appointed as conciliator in accordance with the method followed for the previous appointment.

(6) Each conciliator shall have a continuing obligation promptly to disclose any change of circumstances relevant to the declaration referred to in paragraph (3)(b).

(7) Unless the parties and the conciliator agree otherwise, a conciliator may not act as arbitrator, counsel, expert, judge, mediator, witness or in any other capacity in any proceeding relating to the dispute that is the subject of the conciliation.

## **Rule 17**

## **Replacement of Conciliators Prior to Constitution of the Commission**

- (1) At any time before the Commission is constituted: (a) a conciliator may withdraw an acceptance;
  - (b) a party may replace a conciliator whom it appointed; or
  - (c) the parties may agree to replace any conciliator.
- (2) A replacement conciliator shall be appointed as soon as possible, in accordance with the method by which the withdrawing or replaced conciliator was appointed.

## **Rule 18**

### **Constitution of the Commission**

- (1) The Commission shall be deemed to be constituted on the date the Secretary-General notifies the parties that each conciliator has accepted the appointment and signed the declaration required by Rule 16(3)(b).
- (2) As soon as the Commission is constituted, the Secretary-General shall transmit the Request for conciliation, the supporting documents, the notice of registration and communications with the parties to each conciliator.

## **CHAPTER III DISQUALIFICATION OF CONCILIATORS AND VACANCIES**

## **Rule 19**

### **Proposal for Disqualification of Conciliators**

- (1) A party may file a proposal to disqualify one or more conciliators ("proposal") in accordance with the following procedure:
  - (a) the proposal shall be filed after the constitution of the Commission and within 21 days after the later of:
    - (i) the constitution of the Commission; or
    - (ii) the date on which the party proposing the disqualification first knew or first should have known of the facts upon which the proposal is based;
  - (b) the proposal shall include the grounds on which it is based, a statement of the relevant facts, law and arguments, and any supporting documents;
  - (c) the other party shall file its response and any supporting documents within 21 days after receipt of the proposal;

(d) the conciliator to whom the proposal relates may file a statement that is limited to factual information relevant to the proposal. The statement shall be filed within five days after the earlier of receipt of the response or expiry of the time limit referred to in paragraph (1)(c); and

(e) each party may file a final written submission on the proposal within seven days after the earlier of receipt of the statement or expiry of the time limit referred to in paragraph (1)(d).

(2) The proceeding shall be suspended upon the filing of the proposal until a decision on the proposal has been made, except to the extent that the parties agree to continue the proceeding.

## **Rule 20**

### **Decision on the Proposal for Disqualification**

(1) The decision on a proposal shall be made by the conciliators not subject to the proposal or by the Chair in accordance with Article 58 of the Convention.

(2) For the purposes of Article 58 of the Convention:

(a) if the conciliators not subject to a proposal are unable to decide the proposal for any reason, they shall notify the Secretary-General and they shall be considered equally divided;

(b) if a subsequent proposal is filed while the decision on a prior proposal is pending, both proposals shall be decided by the Chair as if they were a proposal to disqualify a majority of the Commission.

(3) The conciliators not subject to the proposal and the Chair shall use best efforts to decide any proposal within 30 days after the later of the expiry of the time limit referred to in Rule 19(1) (e) or the notice in Rule 20(2)(a).

## **Rule 21**

### **Incapacity or Failure to Perform Duties**

If a conciliator becomes incapacitated or fails to perform the duties required of a conciliator, the procedure in Rules 19 and 20 shall apply.

## **Rule 22**

### **Resignation**

- (1) A conciliator may resign by notifying the Secretary-General and the other members of the Commission and providing reasons for the resignation.
- (2) If the conciliator was appointed by a party, the other members of the Commission shall promptly notify the Secretary-General whether they consent to the conciliator's resignation for the purposes of Rule 23(3)(a).

## **Rule 23**

### **Vacancy on the Commission**

- (1) The Secretary-General shall notify the parties of any vacancy on the Commission.
- (2) The proceeding shall be suspended from the date of notice of the vacancy until the vacancy is filled.
- (3) A vacancy on the Commission shall be filled by the method used to make the original appointment, except that the Chair shall fill the following from the Panel of Conciliators:
  - (a) a vacancy caused by the resignation of a party-appointed conciliator without the consent of the other members of the Commission; or
  - (b) a vacancy that has not been filled within 45 days after the notice of vacancy.
- (4) Once a vacancy has been filled and the Commission has been reconstituted, the conciliation shall continue from the point it had reached at the time the vacancy was notified.

## **CHAPTER IV**

### **CONDUCT OF THE CONCILIATION**

## **Rule 24**

### **Functions of the Commission**

- (1) The Commission shall clarify the issues in dispute and assist the parties in reaching a mutually acceptable resolution of all or part of the dispute.
- (2) In order to bring about agreement between the parties, the Commission may, at any stage of the proceeding, after consulting with the parties, recommend:
  - (a) specific terms of settlement to the parties; or
  - (b) that the parties refrain from taking specific action that might aggravate the dispute while the conciliation is ongoing.

(3) Recommendations may be made orally or in writing. Either party may request that the Commission provide reasons for any recommendation. The Commission may invite each party to provide observations concerning any recommendation made.

(4) At any stage of the proceeding, the Commission may:

(a) request explanations, documents or other information from either party or other persons;

(b) communicate with the parties jointly or separately; or

(c) visit any place connected with the dispute or conduct inquiries with the agreement and participation of the parties.

## **Rule 25**

### **General Duties of the Commission**

(1) The Commission shall conduct the proceeding in good faith and in an expeditious and cost-effective manner.

(2) The Commission shall treat the parties equally and provide each party with a reasonable opportunity to appear and participate in the proceeding.

## **Rule 26**

### **Orders, Decisions and Agreements**

(1) The Commission shall make the orders and decisions required for the conduct of the conciliation.

(2) The Commission shall make decisions by a majority of the votes of all its members. Abstentions shall count as a negative vote.

(3) Orders and decisions may be made by any appropriate means of communication and may be signed by the President on behalf of the Commission.

(4) The Commission shall apply any agreement of the parties on procedural matters to the extent that it does not conflict with the Convention and the ICSID Administrative and Financial Regulations.

## **Rule 27**

### **Quorum**



The participation of a majority of the members of the Commission by any appropriate means of communication shall be required at the first session, meetings and deliberations, unless the parties agree otherwise.

## **Rule 28**

### **Deliberations**

- (1) The deliberations of the Commission shall take place in private and remain confidential.
- (2) The Commission may deliberate at any place and by any means it considers appropriate.
- (3) The Commission may be assisted by the Secretary of the Commission at its deliberations. No other person shall assist the Commission at its deliberations, unless the Commission decides otherwise and notifies the parties.

## **Rule 29**

### **Cooperation of the Parties**

- (1) The parties shall cooperate with the Commission and with one another, and shall conduct the conciliation in good faith and in an expeditious and cost-effective manner.
- (2) At the request of the Commission, the parties shall provide all relevant explanations, documents or other information. They shall facilitate visits to any place connected with the dispute in accordance with Rule 24(4)(c) and use best efforts to facilitate the participation of other persons as requested by the Commission.
- (3) The parties shall comply with any time limit agreed upon or fixed by the Commission.
- (4) The parties shall give their most serious consideration to the Commission's recommendations pursuant to Article 34(1) of the Convention.

## **Rule 30**

### **Written Statements**

- (1) Each party shall simultaneously file a brief, initial written statement describing the issues in dispute and its views on these issues 30 days after the constitution of the Commission, or on such other date as the Commission may fix in consultation with the parties, and in any event before the first session.

(2) Either party may file further written statements at any stage of the conciliation within the time limits fixed by the Commission.

## **Rule 31**

### **First Session**

(1) The Commission shall hold a first session with the parties to address the procedure, including the matters listed in paragraph (4).

(2) The first session may be held in person or remotely, by any means that the Commission deems appropriate. The agenda, method and date of the first session shall be determined by the Commission after consulting with the parties.

(3) The first session shall be held within 60 days after the constitution of the Commission or such other period as the parties may agree.

(4) Before the first session, the Commission shall invite the parties' views on procedural matters, including:

(a) the applicable conciliation rules;

(b) the procedural language(s), translation and interpretation; (c) the method of filing and routing of documents;

(d) a schedule for further written statements and meetings;

(e) the place of meetings between the Commission and the parties and whether a meeting will be held in person or remotely;

(f) the manner of recording or keeping minutes of meetings, if any;

(g) the treatment of information relating to, and documents generated in or obtained during, the proceeding;

(h) any agreement between the parties:

(i) concerning the treatment of information disclosed by one party to the Commission by way of separate communication pursuant to Rule 24(4)(b);

(ii) not to initiate or pursue any other proceeding in respect of the dispute during the conciliation;

(iii) concerning the application of prescription or limitation periods;

(iv) concerning the disclosure of any settlement agreement resulting from the conciliation; and

(v) pursuant to Article 35 of the Convention; and

(i) any other procedural matter raised by either party or the

Commission.

(5) At the first session or within any other period determined by the Commission, each party shall:

(a) identify a person or entity authorized to negotiate and settle the dispute on its behalf; and

(b) describe the process that would be followed to conclude and implement a settlement agreement.

(6) The Commission shall issue summary minutes recording the parties' agreements and the Commission's decisions on the procedure within 15 days after the later of the first session or the last written statement on procedural matters addressed at the first session.

## **Rule 32**

### **Meetings**

(1) The Commission may meet with the parties jointly or separately. (2) The Commission shall determine the date, time and method of

holding meetings, after consulting with the parties.

(3) A meeting in person may be held at any place agreed to by the parties after consulting with the Commission and the Secretary-General. If the parties do not agree on the place of a meeting, it shall be held at the seat of the Centre pursuant to Article 62 of the Convention.

(4) Meetings shall remain confidential. The parties may agree to observation of meetings by persons in addition to the parties and the Commission.

## **Rule 33**

### **Preliminary Objections**

(1) A party may file a preliminary objection that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or for other reasons is not within the competence of the Commission ("preliminary objection").

(2) A party shall notify the Commission and the other party of its intent to file a preliminary objection as soon as possible. The objection shall be made no later than the date of the initial written statement referred to in Rule 30(1), unless the facts on which the objection is based are unknown to the party at the relevant time.

(3) The Commission may address a preliminary objection separately or with other issues in dispute. If the Commission decides to address the objection separately, it

may suspend the conciliation on the other issues in dispute to the extent necessary to address the objection.

(4) The Commission may at any time on its own initiative consider whether the dispute is within the jurisdiction of the Centre or within its own competence.

(5) If the Commission decides that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or for other reasons is not within its competence, it shall close the proceeding and issue a reasoned Report to that effect. Otherwise, the Commission shall issue a reasoned decision on the preliminary objection and fix any time limit necessary for the further conduct of the conciliation.

## **CHAPTER V**

### **TERMINATION OF THE CONCILIATION**

#### **Rule 34**

##### **Discontinuance Prior to the Constitution of the Commission**

(1) If the parties notify the Secretary-General prior to the constitution of the Commission that they have agreed to discontinue the proceeding, the Secretary-General shall issue an order taking note of the discontinuance.

(2) If a party requests the discontinuance of the proceeding prior to the constitution of the Commission, the Secretary-General shall fix a time limit within which the other party may oppose the discontinuance. If no objection in writing is made within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance and the Secretary-General shall issue an order taking note of the discontinuance of the proceeding. If any objection in writing is made within the time limit, the proceeding shall continue.

(3) If, prior to the constitution of the Commission, the parties fail to take any steps in the proceeding for more than 150 consecutive days, the Secretary-General shall notify them of the time elapsed since the last step taken in the proceeding. If the parties fail to take a step within 30 days after the notice, they shall be deemed to have discontinued the proceeding and the Secretary-General shall issue an order taking note of the discontinuance. If either party takes a step within 30 days after the Secretary-General's notice, the proceeding shall continue.

#### **Rule 35**

##### **Report Noting the Parties' Agreement**

(1) If the parties reach agreement on some or all of the issues in dispute, the Commission shall close the proceeding and issue its Report noting the issues in dispute and recording the issues upon which the parties have agreed.

(2) The parties may provide the Commission with the complete and signed text of their settlement agreement and may request that the Commission embody such settlement in the Report.

## **Rule 36**

### **Report Noting the Failure of the Parties to Reach Agreement**

At any stage of the proceeding, and after notice to the parties, the Commission shall close the proceeding and issue its Report noting the issues in dispute and recording that the parties have not reached agreement on the issues in dispute during the conciliation if:

(a) it appears to the Commission that there is no likelihood of agreement between the parties; or

(b) the parties advise the Commission that they have agreed to discontinue the conciliation.

## **Rule 37**

### **Report Recording the Failure of a Party to Appear or Participate**

If one party fails to appear or participate in the proceeding, the Commission shall, after notice to the parties, close the proceeding and issue its Report noting the submission of the dispute to conciliation and recording the failure of that party to appear or participate.

## **Rule 38**

### **The Report**

(1) The Report shall be in writing and shall contain, in addition to the information specified in Rules 35-37:

(a) a precise designation of each party;

(b) the names of the representatives of the parties;

(c) a statement that the Commission was established under the Convention and a description of the method of its constitution;

(d) the name of each member of the Commission and of the appointing authority of each;

- (e) the date and place of the first session and the meetings of the Commission with the parties;
  - (f) a brief summary of the proceeding;
  - (g) the complete and signed text of the parties' settlement agreement if requested by the parties pursuant to Rule 35(2);
  - (h) a statement of the costs of the proceeding, including the fees and expenses of each member of the Commission and the costs to be paid by each party pursuant to Rule 8; and
  - (i) any agreement of the parties pursuant to Article 35 of the Convention.
- (2) The Report shall be signed by the members of the Commission.

It may be signed by electronic means if the parties agree. If a member does not sign the Report, such fact shall be recorded.

## **Rule 39**

### **Issuance of the Report**

- (1) Once the Report has been signed by the members of the Commission, the Secretary-General shall promptly:
- (a) dispatch a certified copy of the Report to each party, indicating the date of dispatch on the Report; and
  - (b) deposit the Report in the archives of the Centre.
- (2) The Secretary-General shall provide additional certified copies of the Report to a party upon request.

پیوست چهار

عهدنامه سازمان ملل در خصوص سازش نامه های بین المللی ناشی از میانجیگری 2019 (عهدنامه  
سنگاپور در خصوص میانجیگری)

## **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**

### **Contents**

General Assembly resolution 73/198

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation

Preamble

Article 1 . Scope of application

Article 2. Definitions

Article 3. General principles

Article 4 Requirements for reliance on settlement agreements

Article 5. Grounds for refusing to grant relief

Article 6. Parallel applications or claims

Article 7. Other laws or treaties

Article 8 . Reservations

Article 9 . Effect on settlement agreements

Article 10. Depositary

Article 11 Signature, ratification, acceptance, approval, accession

Article 12 Participation by regional economic integration organizations

Article 13. Non-unified legal systems

Article 14. Entry into force

Article 15. Amendment

Article 16. Denunciations

---

<sup>732</sup> اخذ شده از پایگاه الکترو نیک آنسیترال.



# **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**

## **Preamble**

The Parties to this Convention,

Recognizing the value for international trade of mediation as a method for settling commercial disputes in which the parties in dispute request a third person or persons to assist them in their attempt to settle the dispute amicably,

Noting that mediation is increasingly used in international and domestic commercial practice as an alternative to litigation,

Considering that the use of mediation results in significant benefits, such as reducing the instances where a dispute leads to the termination of a commercial relationship, facilitating the administration of international transactions by commercial parties, and producing savings in the administration of justice by States,

Convinced that the establishment of a framework for international settlement agreements resulting from mediation that is acceptable to States with different legal, social, and economic systems would contribute to the development of harmonious international economic relations,

Have agreed as follows:

## **Article 1. Scope of application**

1. This Convention applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute (“settlement agreement”) which, at the time of its conclusion, is international in that:

- (a) At least two parties to the settlement agreement have their places of business in different States; or
- (b) The State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either:
  - (i) The State in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or
  - (ii) The State with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected.

2. This Convention does not apply to settlement agreements:
  - (a) Concluded to resolve a dispute arising from transactions engaged in by one of the parties (a consumer) for personal, family, or household purposes;
  - (b) Relating to family, inheritance, or employment law.
3. This Convention does not apply to:
  - (a) Settlement agreements:
    - (i) That have been approved by a court or concluded in the course of proceedings before a court; and
    - (ii) That are enforceable as a judgment in the State of that court;
  - (b) Settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award.

## **Article 2. Definitions**

1. For the purposes of article 1, paragraph 1:
  - (a) If a party has more than one place of business, the relevant place of business is that which has the closest relationship to the dispute resolved by the settlement agreement, having regard to the circumstances known to, or contemplated by, the parties at the time of the conclusion of the settlement agreement;
  - (b) If a party does not have a place of business, reference is to be made to the party's habitual residence.
2. A settlement agreement is "in writing" if its content is recorded in any form. The requirement that a settlement agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference.
3. "Mediation" means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ("the mediator") lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.

## **Article 3. General principles**

1. Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention.

2. If a dispute arises concerning a matter that a party claims was already resolved by a settlement agreement, a Party to the Convention shall allow the party to invoke the settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention, in order to prove that the matter has already been resolved.

#### **Article 4. Requirements for reliance on settlement agreements**

1. A party relying on a settlement agreement under this Convention shall supply to the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought:

- (a) The settlement agreement signed by the parties;
- (b) Evidence that the settlement agreement resulted from mediation, such as:
  - (i) The mediator's signature on the settlement agreement;
  - (ii) A document signed by the mediator indicating that the mediation was carried out;
  - (iii) An attestation by the institution that administered the mediation; or
- (iv) In the absence of (i), (ii) or (iii), any other evidence acceptable to the competent authority.

2. The requirement that a settlement agreement shall be signed by the parties or, where applicable, the mediator is met in relation to an electronic communication if:

- (a) A method is used to identify the parties or the mediator and to indicate the parties' or mediator's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and
- (b) The method used is either:
  - (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or
  - (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

3. If the settlement agreement is not in an official language of the Party to the Convention where relief is sought, the competent authority may request a translation thereof into such language.

4. The competent authority may require any necessary document in order to verify that the requirements of the Convention have been complied with.

5. When considering the request for relief, the competent authority shall act expeditiously.

#### **Article 5. Grounds for refusing to grant relief**

1. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may refuse to grant relief at the request of the party against whom the relief is sought only if that party furnishes to the competent authority proof that:

- (a) A party to the settlement agreement was under some incapacity;
- (b) The settlement agreement sought to be relied upon:
  - (i) Is null and void, inoperative or incapable of being performed under the law to which the parties have validly subjected it or, failing any indication thereon, under the law deemed applicable by the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4;
  - (ii) Is not binding, or is not final, according to its terms; or
  - (iii) Has been subsequently modified;
- (c) The obligations in the settlement agreement:
  - (i) Have been performed; or
  - (ii) Are not clear or comprehensible;
- (d) Granting relief would be contrary to the terms of the settlement agreement;
- (e) There was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement; or
- (f) There was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator's impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.

2. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may also refuse to grant relief if it finds that:

- (a) Granting relief would be contrary to the public policy of that Party; or
- (b) The subject matter of the dispute is not capable of settlement by mediation under the law of that Party.

## **Article 6. Parallel applications or claims**

If an application or a claim relating to a settlement agreement has been made to a court, an arbitral tribunal or any other competent authority which may affect the relief being sought under article 4, the competent authority of the Party to the Convention where such relief is sought may, if it considers it proper, adjourn the decision and may also, on the request of a party, order the other party to give suitable security.

## **Article 7. Other laws or treaties**

This Convention shall not deprive any interested party of any right it may have to avail itself of a settlement agreement in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the Party to the Convention where such settlement agreement is sought to be relied upon.

## **Article 8. Reservations**

1. A Party to the Convention may declare that:
  - (a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;
  - (b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.
2. No reservations are permitted except those expressly authorized in this article.
3. Reservations may be made by a Party to the Convention at any time. Reservations made at the time of signature shall be subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval. Such reservations shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the Party to the Convention concerned. Reservations made at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto, or at the time of making a declaration under article 13 shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the Party to the Convention concerned. Reservations deposited after the entry into force of the Convention for that Party to the Convention shall take effect six months after the date of the deposit.
4. Reservations and their confirmations shall be deposited with the depositary.
5. Any Party to the Convention that makes a reservation under this Convention may withdraw it at any time. Such withdrawals are to be deposited with the depositary, and shall take effect six months after deposit.

## **Article 9. Effect on settlement agreements**

The Convention and any reservation or withdrawal thereof shall apply only to settlement agreements concluded after the date when the Convention, reservation or withdrawal thereof enters into force for the Party to the Convention concerned.

## **Article 10. Depositary**

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary of this Convention.

## **Article 11. Signature, ratification, acceptance, approval, accession**

1. This Convention is open for signature by all States in Singapore, on 7 August 2019, and thereafter at United Nations Headquarters in New York.
2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatories.
3. This Convention is open for accession by all States that are not signatories as from the date it is open for signature.
4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession are to be deposited with the depositary.

## **Article 12. Participation by regional economic integration organizations**

1. A regional economic integration organization that is constituted by sovereign States and has competence over certain matters governed by this Convention may similarly sign, ratify, accept, approve or accede to this Convention. The regional economic integration organization shall in that case have the rights and obligations of a Party to the Convention, to the extent that that organization has competence over matters governed by this Convention. Where the number of Parties to the Convention is relevant in this Convention, the regional economic integration organization shall not count as a Party to the Convention in addition to its member States that are Parties to the Convention.
2. The regional economic integration organization shall, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make a declaration to the depositary specifying the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that organization by its member States. The regional economic integration organization shall promptly notify the depositary of any changes to the distribution of competence, including new transfers of competence, specified in the declaration under this paragraph.

3. Any reference to a “Party to the Convention”, “Parties to the Convention”, a “State” or “States” in this Convention applies equally to a regional economic integration organization where the context so requires.

4. This Convention shall not prevail over conflicting rules of a regional economic integration organization, whether such rules were adopted or entered into force before or after this Convention: (a) if, under article 4, relief is sought in a State that is member of such an organization and all the States relevant under article 1, paragraph 1, are members of such an organization; or (b) as concerns the recognition or enforcement of judgments between member States of such an organization.

### **Article 13. Non-unified legal systems**

1. If a Party to the Convention has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.

2. These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

3. If a Party to the Convention has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention:

(a) Any reference to the law or rule of procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or rule of procedure in force in the relevant territorial unit;

(b) Any reference to the place of business in a State shall be construed as referring, where appropriate, to the place of business in the relevant territorial unit;

(c) Any reference to the competent authority of the State shall be construed as referring, where appropriate, to the competent authority in the relevant territorial unit.

4. If a Party to the Convention makes no declaration under paragraph 1 of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

### **Article 14. Entry into force**

1. This Convention shall enter into force six months after deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2. When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention

shall enter into force in respect of that State six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession. The Convention shall enter into force for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with article 13 six months after the notification of the declaration referred to in that article.

## **Article 15. Amendment**

1. Any Party to the Convention may propose an amendment to the present Convention by submitting it to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to the Parties to the Convention with a request that they indicate whether they favor a conference of Parties to the Convention for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third

of the Parties to the Convention favor such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations.

2. The conference of Parties to the Convention shall make every effort to achieve consensus on each amendment. If all efforts at consensus are exhausted and no consensus is reached, the amendment shall, as a last resort, require for its adoption a two-thirds majority vote of the Parties to the Convention present and voting at the conference.

3. An adopted amendment shall be submitted by the depositary to all the Parties to the Convention for ratification, acceptance or approval.

4. An adopted amendment shall enter into force six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval. When an amendment enters into force, it shall be binding on those Parties to the Convention that have expressed consent to be bound by it.

5. When a Party to the Convention ratifies, accepts or approves an amendment following the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval, the amendment shall enter into force in respect of that Party to the Convention six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

## **Article 16. Denunciations**

1. A Party to the Convention may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2. The denunciation shall take effect 12 months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after



the notification is received by the depositary. The Convention shall continue to apply to settlement agreements concluded before the denunciation takes effect.

DONE in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

پیوست پنج  
قواعد میانجیگری آنسیترال

## UNCITRAL Mediation Rules

### Article 1 – Application of the Rules

1. Where parties have agreed that disputes between them shall be submitted to mediation under the UNCITRAL Mediation Rules, these Rules shall apply. The Rules may apply irrespective of the basis, whether contractual or not, upon which the mediation is carried out.
2. Mediation under the Rules is a process, whether referred to by the term mediation, conciliation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the mediator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute. The mediator shall not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.
3. The parties to a mediation shall be presumed to have referred to the Rules in effect on the date of commencement of the mediation, unless the parties have agreed to apply a particular version of the Rules.
4. The parties may agree to exclude or vary any provision of the Rules at any time.
5. Where any provision of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the mediation from which the parties cannot derogate, including any applicable instrument or court order, that provision of law shall prevail.

### Article 2 – Commencement of mediation

1. Mediation in respect of a dispute that has arisen shall be deemed to have commenced on the day on which the parties to that dispute agree to engage in mediation, unless otherwise agreed.
2. If a party that invited another party to mediate does not receive an acceptance of the invitation within 30 days from the day on which the invitation was sent by any means that provides for a record of its transmission, or within such other period of time as specified in the invitation, the party may elect to treat this as a rejection of the invitation to mediate.

---

<sup>733</sup> اخذ شده از پایگاه الکترو نیک آنسیترال.

### **Article 3 – Number and appointment of mediators**

1. There should be one mediator, unless otherwise agreed. Where there is more than one mediator, the mediators shall act jointly.
2. The parties should endeavour to appoint a mediator by agreement, unless a different appointment procedure applies. They may agree to replace a mediator at any time.
3. The parties may seek the assistance of an institution or person for appointing a mediator.
4. In recommending or selecting individuals to act as mediator, the institution or person shall have regard to:
  - (a) The professional expertise and qualifications of the prospective mediator, experience as a mediator and ability to conduct the mediation;
  - (b) Any relevant accreditation and/or certification awarded to the prospective mediator by a recognized professional mediation standards body;
  - (c) The availability of the mediator; and
  - (d) Such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial mediator.
5. If the parties have different nationalities, the institution or person, in consultation with the parties, may also take into account the advisability of appointing a mediator of a nationality other than the nationalities of the parties. In addition, the institution or person, in selecting, shall take into consideration geographical diversity and gender of the candidates.
6. When a person is approached in connection with a possible appointment as mediator, that person shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, including the disclosure of details of any personal, professional, financial or other interest that may influence the outcome of the dispute. A mediator, from the time of appointment and throughout the mediation, shall, without delay, disclose to the parties any such circumstances as they arise.
7. Prior to accepting the appointment, the prospective mediator shall ensure his or her availability to conduct the mediation diligently and efficiently.
8. In the event the mediator cannot perform her or his functions, the parties shall appoint a substitute mediator pursuant to the procedure mentioned in paragraphs 2, 3, 4, and 5. Paragraph 6 and 7 shall apply to the newly appointed mediator.

## **Article 4 – Conduct of mediation**

1. The parties may agree on the manner in which the mediation is to be conducted. Otherwise, the mediator may determine the conduct of the mediation in consultation with the parties, taking into account the circumstances of the case, any wishes that the parties may express and the need for a speedy settlement of the dispute.
2. The mediator shall maintain fair treatment of the parties and, in so doing, shall take into account the circumstances of the case.
3. In order to facilitate the conduct of the mediation:
  - (a) The parties and the mediator may convene a meeting at an early stage to agree on the organization of the mediation;
  - (b) The parties, or the mediator with the consent of the parties, may arrange for administrative assistance by a suitable institution or person; and
  - (c) The parties, or the mediator with the consent of the parties, may appoint experts.
4. In conducting the mediation, the mediator may, in consultation with the parties and taking into account the circumstances of the dispute, utilize any technological means as he or she considers appropriate, including to communicate with the parties and to hold meetings remotely.
5. A party may be represented or assisted by a person or persons of its choice. The name, address and function of such persons shall be communicated to all parties and to the mediator in advance of the mediation or without delay. This communication shall also indicate the scope of authority and whether the purpose of the appointment is for representation or assistance.

## **Article 5 – Communication between the parties and the mediator**

1. The mediator may meet or communicate with the parties together or with each of them separately.
2. At any stage of the mediation, the parties may submit information concerning the dispute, such as statements describing the general nature of the dispute, the points at issue, and any supporting document or additional information deemed appropriate. The information may also include a description of the goals, interests, needs and motivations of the parties as well as any relevant documents.
3. When the mediator receives information concerning the dispute from a party, the mediator shall keep such information confidential, unless that party indicates that the information is not subject to the condition that it should be

kept confidential, or expresses its consent to the disclosure of such information to another party to the mediation.

## **Article 6 – Confidentiality**

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation, including, if relevant, the settlement agreement, shall be kept confidential by those involved in the mediation, except where disclosure is required by the law or as referred to under article 8, paragraph 4.

## **Article 7 – Introduction of evidence in other proceedings**

1. Unless otherwise agreed by the parties, a party to the mediation, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation shall not, in arbitral, judicial or other dispute resolution proceedings, rely on, introduce as evidence or give evidence regarding any of the following:

- (a) An invitation by a party to engage in mediation or the fact that a party was willing to participate in mediation;
- (b) Views expressed, or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute;
- (c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation;
- (d) Proposals made by the mediator or the parties;
- (e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal (or parts thereof) for settlement made by the mediator or the parties; and
- (f) A document prepared primarily for purposes of the mediation.

2. Paragraph 1 applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.

3. Paragraphs 1 and 2 apply whether or not the arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings relate to the dispute that is or was the subject matter of the mediation.

4. Subject to the limitations of paragraph 1, evidence that is otherwise admissible in arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings does not become inadmissible as a consequence of having been used or disclosed in the mediation.

## **Article 8 – Settlement agreement**

1. Once the parties agree on the terms of a settlement to resolve all or part of the dispute through mediation, they should prepare and sign a settlement agreement. If requested by the parties and if the mediator deems it appropriate, the mediator may provide support to the parties in preparing the settlement agreement.
2. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator or the mediation institution may sign or stamp the settlement agreement or provide other evidence that the agreement resulted from mediation.
3. The requirement that a settlement agreement shall be signed by the parties is met in relation to an electronic communication if:
  - (a) A method is used to identify the parties and to indicate the parties' intention in respect of the information contained in the electronic communication;
  - (b) The method is used either:
    - (i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or
    - (ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.
4. By signing the settlement agreement, the parties agree that the settlement agreement can be used as evidence that it results from mediation, and that it can be relied upon for seeking relief under the applicable law.

## **Article 9 – Termination of mediation**

The mediation shall terminate:

- (a) By the signing of the settlement agreement by the parties, on the date of the agreement or such other date as agreed by the parties in the settlement agreement;
- (b) By a declaration of the parties to the mediator to the effect that the mediation is terminated, on the date of the declaration;
- (c) By a declaration of a party to the other party and the mediator, if appointed, to the effect that it no longer wishes to pursue mediation, on the date of the declaration;
- (d) By a declaration of the mediator, after consultation with the parties, to the effect that further efforts at mediation are no longer justified, on the date

of the declaration;

(e) By a declaration of the mediator, after consultation with the parties, in the situation referred to in article 11, paragraph 5, on the date of the declaration; or

(f) At the expiration of any mandatory period in the applicable international instrument, court order or mandatory statutory provision, or as agreed upon by the parties.

## **Article 10 – Arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings**

1. Mediation may take place under the Rules at any time regardless of whether arbitral, judicial, or other dispute resolution proceedings have been already initiated.

2. Where the parties have agreed to mediate and have also expressly undertaken not to initiate, during a specified period of time or until a specified event has occurred, arbitral, judicial or other dispute resolution proceedings with respect to an existing or future dispute, such an undertaking shall be complied with, except to the extent necessary for a party, in its opinion, to preserve its rights. Initiation of such proceedings is not of itself to be regarded as waiver of the agreement to mediate or as a termination of the mediation.

## **Article 11 – Costs and deposit of costs**

1. The method for fixing the costs of mediation should be agreed upon by the parties and the mediator as early as possible in the mediation. Upon termination of the mediation, the mediator shall fix the costs of the mediation, which shall be reasonable in amount and give written notice thereof to the parties. The term “costs” includes only:

(a) The fees of the mediator;

(b) The travel and other expenses of the mediator;

(c) The cost of expert advice requested by the mediator with the agreement of the parties;

(d) The cost of any assistance provided pursuant to article 3, paragraph 3, and article 4, paragraph 3, of the Rules; and

(e) Any other expenses that may have been accrued out of the mediation, including in relation to translation and interpretation services.

2. Unless otherwise agreed by the parties, the costs, referred to in paragraph 1, are borne equally by the parties and, in the case of multiparty mediation, they are shared pro rata. All other expenses incurred by a party are borne by



that party.

3. The mediator, upon appointment, may request each party to deposit an equal amount as an advance for the costs referred to in paragraph 1, unless otherwise agreed by the parties and the mediator.

4. During the course of the mediation, the mediator may request supplementary deposits in an equal amount from each party, unless otherwise agreed by the parties and the mediator.

5. If the required deposits under paragraphs 3 and 4 are not paid in full by all parties within a reasonable period set by the mediator, the mediator may suspend the mediation or may declare the termination of the mediation, in accordance with article 9, subparagraph (e).

6. Upon termination of the mediation and if deposits were received, the mediator shall render an accounting to the parties of the deposits received and return any unexpended funds to the parties.

#### **Article 12 – Role of the mediator in other proceedings**

1. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.

2. The mediator shall not act as a representative or counsel of a party in any arbitral, judicial or other dispute resolution proceedings in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.

3. The parties shall not present the mediator as a witness in any such proceedings.

#### **Article 13 – Exclusion of liability**

Save for intentional wrongdoing, the parties waive, to the fullest extent permitted under the applicable law, any claim against the mediator based on any act or omission in connection with the mediation.

## Annex

### Model mediation clauses

#### Mediation only

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be submitted to mediation in accordance with the UNCITRAL Mediation Rules.

Note: The parties should consider adding :

- (a) The year of adoption of the version of the Rules;
- (b) The parties agree that there will be one mediator, appointed by agreement of the parties [within 30 days of the mediation agreement], and if the parties cannot agree, the mediator shall be selected by [relevant selecting authority];
- (c) The language of the mediation shall be ...;
- (d) The location of mediation shall be ... .

#### Multi-tiered clause

Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be submitted to mediation in accordance with the UNCITRAL Mediation Rules.

Note: Parties should consider adding :

- (a) The selecting authority shall be (name of institution or person);
- (b) The language of the mediation shall be ...;
- (c) The location of mediation shall be... .

If the dispute, or any part thereof, is not settled within [(60) days] of the request to mediate under these Rules, the parties agree to resolve any remaining matters by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules.

Note: Parties should consider adding :

- (a) The appointing authority shall be (name of institution or person);
- (b) The number of arbitrators shall be (one or three);
- (c) The place of arbitration shall be (town and country);
- (d) The language of the arbitration shall be... .

### **Model declaration of disclosure**

No circumstances to disclose

To the best of my knowledge, there are no circumstances, past or present, likely to give rise to justifiable doubts as to my impartiality or independence. I shall promptly notify the parties of any such circumstances that may subsequently come to my attention during this mediation.

Circumstances to disclose

Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships with the parties and (b) any other relevant circumstances. [Include statement.] I confirm that those circumstances do not affect my independence and impartiality. I shall promptly notify the parties of any such further relationships or circumstances that may subsequently come to my attention during this mediation.

### **Model statement of availability**

I confirm, on the basis of the information presently available to me, that I can devote the time necessary to conduct this mediation.