

# قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهایی موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر\*

آرون بروشه  
ترجمه: محسن محبی

## اشاره

تعیین و تشخیص قانون حاکم در داوریهایی بین‌المللی و نیز دعاوی بین‌المللی مطروحه نزد محاکم دادگستری از جمله مهمترین و اساسی‌ترین مسائل حقوقی آنها است و نقش تعیین‌کننده‌ای در سرانجام دعوی دارد. هر مرجع داورى - اعم از داورى داخلی یا بین‌المللی و نیز اعم از داورى تجاری بین‌المللی یا بین‌الدولی - پس از احراز صلاحیت خود ناگزیر است برای انجام داورى، یعنی رسیدگی به دعوی، تشریفاتى را رعایت و اجرا

---

\* . منظور، کنوانسیون واشنگتن راجع به «حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» است که به‌موجب آن يك مرکز داورى به همین نام و برای همین منظور تأسیس شده است. برای ملاحظه متن فارسی و انگلیسی کنوانسیون مذکور و نیز آشنایی اجمالی با اوصاف و احکام آن، ر.ک. به «مجله حقوقی» شماره 6، تابستان و پاییز 1365 «اسناد بین‌المللی». - م.

نماید (آیین دادرسی)؛ همچنین ناگزیر است برای اتخاذ تصمیم و صدور حکم در ماهیت دعوی نیز ضوابط و اصول حقوقی و یا قانون مشخصی را به عنوان ملاک و ابزار تشخیص در اختیار داشته باشد و سپس با سنجش دعوی در همان چارچوب، مبادرت به صدور حکم نماید (قانون ماهوی حاکم). مجموعه چنین مقررات، اصول و ضوابط حقوقی، سیستم حقوقی یا قانون کشور خاص را قانون حاکم یا حقوق حاکم و یا قانون (حقوق) قابل اجرا گویند.

گرچه مبانی و ضوابطی به نام «قواعد حل تعارض قوانین» وجود دارد که رهگشا و راهبر داور یا قاضی در تعیین و تشخیص قانون حاکم می‌باشد، ولی به‌کارگیری صحیح این ضوابط و نیز اعمال آنها در جای خود، و حتی تشخیص اینکه در دعوی مطروحه اصولاً کدام قاعده حل تعارض موقعیت و مناسبت اجرا دارد، خود از موضوعات پیچیده و بحث‌انگیز حقوق بین‌الملل است. ترجمه حاضر که دو بخش منتخب از مقاله‌ای مفصل است، مسئله تعیین قانون حاکم و نیز اجرای احکام در داوریه‌های موضوع کنوانسیون «حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» را مورد بحث و بررسی قرار داده است. با اینکه مسائل مورد بررسی در این مقاله بر محور

مقررات کنوانسیون یاد شده در دو زمینه «قانون حاکم» و «اجرای احکام» می‌باشد که به نوبه خود مهم و مفید است، ولی از آنجا که حاوی بحث‌های عمومی و کلی دیگری نیز هست، لذا علاوه بر اینکه خواننده را با موضوعات و جنبه‌های خاص کنوانسیون در این دو زمینه آشنا می‌سازد، از سایر جهات نیز مفید و قابل استفاده است و حداقل نمونه‌ای از تجزیه و تحلیل حقوقی یک کنوانسیون بین‌المللی را - آنهم توسط نویسنده‌ای که خود معاون رئیس بانک جهانی ترمیم و توسعه و ضمناً دبیرکل «مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع سایر دول» بوده به دست می‌دهد. م.م.

## 1

### قانون حاکم

در این مقاله\* مسائل مربوط به قانون حاکم یا قانون قابل اجرا در دعوی مطروحه را بررسی می‌کنیم. موضوعاتی که در اینجا مورد بحث قرار می‌دهیم همانهایی است که در خود کنوانسیون به‌نحو جامع و کلی - و نه با ذکر جزئیات - آمده است، به‌نحوی که می‌توان گفت کنوانسیون یک سیستم حقوقی کامل درخصوص قانون ماهوی حاکم بر دعوی و نیز مقررات آیین دادرسی قابل اجرا در آن را ارائه کرده است.

به‌نظر می‌رسد بهتر باشد که در بحث راجع به این موضوع، هر کدام از قانون ماهوی و آیین دادرسی را جداگانه بررسی کنیم. منظور از مقررات آیین دادرسی قانونی است که حاکم بر تشریفات داور است، و مقصود از قانون ماهوی قانونی است که دیوان داور در تصمیم‌گیری راجع به ماهیت دعوی آن را اعمال و اجرا می‌نماید.

## الف - قانون آیین دادرسی حاکم

\*. برای ملاحظه اصل مقاله رك. به:

The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, by: **Aron Broches**, Recueil des Cours, 1972 vol. II.

برای اینکه اهمیت مقررات کنوانسیون را در این زمینه (آیین دادرسی) نشان دهیم، ابتدا ملاحظاتی را در خصوص قانون آیین دادرسی قابل اجرا در آن دسته از داوریه‌های بین‌المللی که مشمول کنوانسیون نیستند، مطرح می‌کنیم. چون اصطلاح «داوری بین‌المللی» در معانی گوناگون به‌کار می‌رود، لذا باید همین‌جا بگوییم که در این مقاله «داوری بین‌المللی» را صرفاً به‌عنوان نام اختصاری برای کلیه داوریه‌هایی به‌کار برده‌ایم که دارای یک عنصر بین‌المللی هستند. به‌عبارت دیگر، منظور ما از داوریه بین‌المللی، هرگونه داوریه است به‌جز آنها که کلیه عناصر تشکیل‌دهنده آن از قبیل طرفین، قانون حاکم، محل داوریه، طرق شکایت از حکم و اجرای آن، همگی در قلمرو یک سیستم حقوقی داخلی متمرکز باشند.

به‌عنوان شروع، یکی از شایع‌ترین داوریه‌ها را برمی‌گزینیم، یعنی داوریه‌ای که طرفین آن اشخاص خصوصی هستند. در چنین مواردی همانطور که هیئت داوریه در پرونده آرامکو اشاره نموده است، «دادگاه‌های داخلی معمولی، به‌موجب

قانون... داراي حق نظارت و مداخله در جريان داوري مي‌باشند. دادگاهها گاهي مي‌توانند به‌موجب قانون مستقيماً داور يا سرداور را نصب كنند، خصوصاً وقتي كه يكي از طرفين موافقتنامه داوري را نقض يا از معرفي داور خود امتناع نموده باشد. علاوه‌بر اين، دادگاههاي داخلي مي‌توانند مقرر نمايند كه حكم داوري نزد دادگاه ثبت گردد تا اعتبار لازم را پيدا كند، و نيز در موارد گوناگون مي‌توانند رأي داوري را باطل اعلام نمايند.<sup>1</sup> هيئت داوري مذكور نمونه‌هاي ديگري نيز از موارد «حق نظارت و مداخله» دادگاههاي داخلي در اين زمينه را ذكر نموده است.<sup>1</sup> شكل خاصي از اين حق دخالت دادگاهها در امر داوري را مي‌توان در قانون داوري 1950 [انگليس]، آنجا كه صحبت از «مورد خاصي كه به دادگاه اعلام مي‌شود»<sup>2</sup> نموده

---

1 . Arbitral Award given on 23 August 1958 in the Arbitration between Saudi Arabia and The Arabian American Oil Company (Aramco). See 27 In'l L. Rep, 117, 155-156 (1963) and 52 Rev. Critique de Droit In'l Prive, 727, 305 (1963).

2. طبق بخش 21 قانون داوري انگليس، هر مسئله حقيقي را كه در طول جريان يك داوري مطرح شود، مي‌توان به‌صورت يك پرونده خاص و جهت اتخاذ تصميم به دادگاه عالي اعلام و مطرح كرد، كه بدین ترتيب آن مسئله از اختيار داوران خارجي مي‌گردد. اين قبيل موارد را "Special case stated" گويند.

است، مشاهده کرد. همچنین در بعضی از ایالات امریکا، داوران این حق را دارند که هر مسئله حقوقی (قانونی) را که در اثنای رسیدگی داور می‌شود، به دادگاه ذیربط اعلام و ارجاع نمایند.<sup>3</sup> اکنون سؤال این است که در یک «داوری بین‌المللی»، دادگاه‌های کدام کشور چنین اختیاراتی را خواهند داشت. مؤسسه حقوق بین‌الملل در سال 1952 طی اظهارنظری اعلام کرد که «قانون محل» (lex fori) یا در اصطلاح حقوق فرانسه "la loi de l'arbitrage"، یعنی قانونی که حاکم بر آیین دادرسی در داور است، قانون کشوری خواهد بود که مقرر دیوان داور در آنجا باشد.<sup>4</sup> گفته شده که این نظر در اغلب کشورها به‌طور ضمنی مورد قبول قرار گرفته است، اما به‌موجب یک نظر دیگر، قانونی که توسط خود طرفین انتخاب و تعیین شده باشد نیز باید به‌عنوان «قانون محل داور» مورد توجه و رعایت واقع شود. **پروفسور «مان»** می‌گوید: داوران «ناگزیر مشمول صلاحیت قانونی کشوری هستند که داور در آنجا

---

3 . Connecticut, Pennsylvania, Nevada, North Carolina and Utah; see Domke *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, p. 260 (1968).

4. *Annuaire de l'institut de droit international I*, pp. 469 et seq (1952).

جریان می‌یابد و اداره می‌شود و قوانین مذکور و نیز مراجع قضایی کشور مقرر داور بر موجودیت داور، ترکیب و نیز فعالیت‌های آن کنترل و نظارت دارند».<sup>5</sup> اگر این نظر را قبول کنیم ناگزیر این مطلب را نیز باید درست پنداشت که ممکن است قوانین محلی یا محاکم داخلی مبین این نکته باشند که طرفین آزادند در مورد موضوعات مربوط به آیین دادرسی توافق خاصی بنمایند که در نتیجه آن، قوانین کشور مقرر داور، در عین حال که بر جریان داور نظارت دارد، در عمل نسبت به خود داور اجرا و اعمال نشود. مقررات آیین دادرسی حاکم بر جریان داور بین‌المللی، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، در بعضی عهدنامه‌ها قید شده است که به سه نمونه از آنها ذیلاً اشاره می‌کنیم:

ماده 1 (سی) از «کنوانسیون 1927 ژنو در مورد شناسایی و اجرای احکام داور خارجی»<sup>6</sup> مقرر نموده طرفی که متقاضی شناسایی و اجرای یک رأی داور است باید

---

5 . "International Arbitration", Liber Amicorum for Martin Domke, p. 161 (The Hague, 1967).

6 . 92 LNTS 301 (1929).



از جمله اثبات کند که رأی به وسیله دیوان داوری‌ای صادر شده است که مطابق توافق طرفین تشکیل گردیده و نیز ثابت کند که رأی صادره «منطبق با قانون حاکم بر آیین یا تشریفات داوری» می‌باشد. با اینکه ماده مذکور مشخص نکرده کدام قانون حاکم بر آیین داوری است، ولی از سایر مواد کنوانسیون چنین برمی‌آید که قانون کشوری که داوری در آن کشور انجام می‌شود، حاکم بر تشریفات و نحوه دادرسی نیز خواهد بود. از سوی دیگر، در «کنوانسیون 1958 نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی»<sup>7</sup> به قانون محل داوری اهمیتی ثانوی داده شده است. ماده 5 (1) (د) کنوانسیون یاد شده به‌عنوان یکی از دلایل رد درخواست شناسایی و اجرای حکم داوری، موردی را مطرح می‌سازد که ترکیب هیئت داوری یا آیین دادرسی آن منطبق با موافقتنامه فیما بین طرفین نبوده باشد، و فقط در صورت فقدان چنین موافقتنامه‌ای است که انطباق یا عدم انطباق ترکیب هیئت داوری یا آیین داوری با قانون کشور مقرر داوری

---

7 . 330 UNTS 38 (1959).

می‌تواند مطرح گردد. بالاخره باید به «کنوانسیون اروپایی داورى تجارى بين المللى 1961 ژنو»<sup>8</sup> اشاره کرد که به نظر می‌رسد جهت تعیین نحوه تشکیل هیئت داورى و نیز آیین داورى، آزادى و اختیار نسبتاً کاملی برای طرفین شناخته است.

بدین ترتیب می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که به جز چند استثنا که مذکور افتاد، آیین داورى معمولاً موکول به قوانین یا قلمرو صلاحیت کشورى است که مقر داورى در آن واقع است. مقر داورى غالباً ضمن شرط داورى مندرج در قرارداد مشخص می‌گردد. در مواردی غیر از این و نیز در مواردی که موافقتنامه داورى مشخصی وجود نداشته باشد، مسئله «قانون داورى» نامعلوم خواهد بود. از اینرو مشخص کردن محل داورى در قرارداد بسیار مطلوب است.<sup>9</sup>

تاکنون جریان داورى بين المللى بين طرفین خصوصى را مورد بحث قرار داده ایم؛

---

8 . 484 UNTS 364 (1963).

9. وجود مقر داورى بدان معنی نیست که اگر بعضى جلسات استماع در محل دیگری برگزار شود، منجر به تغییر «قانون محل» گردد.

ولي با ادامه بحث، اين سؤال مطرح مي‌شود كه آيا نسبتبه داوريهايي كه يكي از طرفين آن دولت يا يك واحد متعلق به دولت باشد نيز مباحث فوق به همان ترتيب كه گفته شد، صدق مي‌كند؟ با توجه به دو رأي داوري كه اخيراً صادر شده پاسخ اين سؤال موكل است به قصد طرفين داوري به نحوي كه در موافقتنامه داوري منعكس گرديده، و نيز احتمالاً موكل است به اينكه طرف دولتي داوري خود دولت باشد يا يك واحد متعلق به دولت.

اولين رأي داوري از دو رأي مذكور رأيي است كه در پرونده «سافير»<sup>10</sup> صادر شده است. قرارداد بين طرفين پرونده مذكور حاوي شرط داوري اي بود كه مقرر مي‌داشت در صورت وجود اوضاع و احوال خاصي، سرداور يا داور منفرد توسط رئيس دادگاه فدرال سويس، يا در صورت امتناع وي، توسط رئيس عالي‌ترين دادگاه دانمارك، سوئد يا برزيل مذ صوب خواهد

---

10 . Arbitral Award given on 15 March 1963 in the case Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company. Sapphire was a Canadian Company and NICO is a statutory corporation in charge of all oil matters. Portions of the award are published in 35 Int'l L. Rep., 168-170 (1967); Lalive, XIX Annuaire suisse de droit international, pp. 273 et seq. (1962); Lalive, 13 Int'l & Comp. L.Q. 1002 et seq (1964).

شد. علاوه براین، شرط داوری مذکور مقرر کرده بود محل داوری و نیز آیین داوری توسط خود طرفین و در صورت عدم توافق ایشان، حسب مورد، توسط سرداور یا داور منفرد تعیین گردد.

«سافیر»، به لحاظ ضرورتی که پیش آمده بود، از رئیس دادگاه فدرال سویس درخواست نصب داور منفرد را نمود. رئیس دادگاه فدرال سویس یک قاضی فدرال سویسی را به این سمت منصوب کرد، که وی نیز با توجه به فقدان توافق قبلی طرفین شهر لوزان در کانتون «واد» سویس را به عنوان مقرر داوری تعیین نمود، که خود بدان معنی بود که داوری مشمول مقررات آیین دادرسی کانتون مذکور می‌باشد و نیز، با فرض تجویز طرفین در قرارداد، داوری مذکور با اجرای مفاد شرط داوری، مقرر نمود که تشریفات داوری مشمول قانون آیین دادرسی فدرال می‌باشد.<sup>11</sup> داور ضمن رأی خود در این خصوص مقرر نمود که اختیارات صلاحیتی که به وی داده شده به طور ضمنی حاوی این واقعیت است که داوری مشمول «قانون محل داوری» است و

---

11 . 35 Int'l L. Rep, pp. 168-170 (1967).

نیز مشمول نظارت قوه قضایی ایالتی محل (کانتون «واد») می‌باشد. به عبارت دیگر، در پرونده «سافیر» از قاعده «قانون محل» پیروی شده؛ یعنی قانون محلی که داوری در آنجا جریان یافته است، اگرچه این محل از قبل بر طرفین معلوم و مشخص نبوده و اگرچه یکی از طرفین پرونده (شرکت ملی نفت ایران) مؤسسه‌ای بوده که به یک دولت خارجی تعلق داشته و با سرمایه شرکت نفت دولتی اداره می‌شده است. به نظر می‌رسد این رأی براساس تفسیری که داوری از قصد طرفین نموده و نیز احتمالاً با ملحوظ داشتن این واقعیت که شرکت ملی نفت ایران یک واحد مستقل و جدایی از خود دولت ایران بوده، صادر گردیده است.

دومین رأی مربوط است به پرونده داوری «آرامکو» که بین شرکت آرامکو به عنوان یک شرکت ثبت شده در آمریکا و دولت سلطنتی عربستان سعودی جریان داشته است.<sup>12</sup> طرفین توافق کرده بودند که مقرر داوری در ژنو خواهد بود. سرداور این

---

12 . See note 1, supra.

پرونده پروفیسور سوز ہال\* بود کہ مؤسسہ حقوق بین الملل در سال 1952 نظریہ او را مبنی بر اینکہ قانون حاکم بر داوری، همان قانون کشور محل داوری می باشد، پذیرفته بود. بہ ہرحال، در رأی صادر پروندہ آرامکو چنین آمدہ است:

«گرچہ داوری فعلی بین دو دولت نیست بلکہ بین یک دولت از یک طرف و یک شرکت خصوصی امریکایی از طرف دیگر می باشد، ولی دیوان داوری عقیدہ ندارد قانون کشور مقرر داوری باید نسبت بہ داوری اجرا و اعمال گردد. قاعدہ مصونیت قضایی دولتہا... مانع از این است کہ مقامات قضایی کشور محل داوری نظارت و مداخلہ خود را - کہ در بعضی موارد خاص چنین حقی را دارا ہستند - در جریان داوری اعمال نمایند.»

رأی مذکور با اشارہ بہ اینکہ رویہ محاکم سویس، قلمرو اعمال قاعدہ مصونیت قضایی دولتی را در پارہ ای اوضاع و احوال خاص محدود نمودہ است - ولو اینکہ این مطلب عجالتاً در پروندہ حاضر

---

\* . Sauseer Hall.

(آرامکو) مطرح نباشد. چنین نتیجه‌گیری کرده که «داوری‌هایی از قبیل این داوری فقط می‌توانند مشمول حقوق بین‌الملل باشند» و نظر داده که قواعد مندرج در پیش‌نویس «قواعد نمونه آیین داوری را که کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته است»<sup>13</sup> باید قیاساً در این پرونده اعمال کرد.

بدین ترتیب، در مورد آیین داوری در پرونده آرامکو هیچ قانون داخلی قابل اجرا به نظر نرسیده و نتیجتاً به لسانی که در رأی مذکور آمده است، هیچ‌گونه حق «نظارت و مداخله از جانب محاکم داخلی» یا به عبارت دیگر هیچ‌گونه کمکی از طرف محاکم مذکور - مثلاً در مورد تشکیل دیوان داوری در صورت عدم همکاری یکی از طرفین در تشکیل آن - تحقق نیافته است. گرچه در پرونده آرامکو مساعدت یا کمکی از این قبیل ضرورت نیافته است، ولی در سایر دعاوی داوری که يك دولت در آن درگیر باشد، امکان دارد چنین ضرورتی حادث شود، مانند موارد مربوط به تشکیل

---

13 . Yearbook of the International Law Commission, 1958, vol. II, pp. 1-15.

[برای ملاحظه متن قانون نمونه داوری آنسیترال و ترجمه فارسی آن رک. به مجله حقوقی، شماره 44، زمستان 64، «اسناد بین‌المللی» م.]

خود دیوان داوری [و نصب داوران عضو آن]. در همین رابطه جالب است اشاره کنیم با اینکه قاعده مصونیت حاکمیت خارجی دولت در ایالات متحده مجری است و تحت عنوان "tate letter" اجرا می‌شود، سه دولت خارجی یعنی اسپانیا، مصر و یونان به دنبال امتناع از اجرا و رعایت شرط داوری مندرج در قراردادهای اجاره کشتی یا سایر قراردادهای حمل و نقل دریایی [از حیث تعیین داور]، مورد تعقیب طرف خود قرار گرفتند و به دادگاههای امریکا احضار شدند، که در کلیه این موارد دادگاه فدرال نیویورک دفاع دولت خوانده به استناد قاعده مصونیت حاکمیت خارجی را رد کرد و مقرر نمود که دولت خوانده موظف است داور خود را انتخاب و معرفی نماید.<sup>14</sup>

اکنون باید دید مطابق کنوانسیون واشنگتن که مورد بحث ما است وضع از چه قرار است؟ کنوانسیون مذکور که فیالمواقع يك عهدنامه است، «قانون داوری»<sup>\*</sup> را پیش‌بینی کرده و بدین ترتیب

---

14 . See Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration pp. 165-166 (1968).

\* . Loi de L'arbitrage.



قابلیت اجرای هرگونه قانون ملی محل داور را، مگر در مواردی که خود کنوانسیون بدان اشاره کرده باشد، کنار می‌گذارد.

نحوه تشکیل دیوان داور نیز به‌طور جامع در مواد 37-40 کنوانسیون تعیین گردیده است. کنوانسیون آزادی عمل قابل توجهی به طرفین داده ولی ضمناً محدودیتهای مختصری را نیز برای ایشان وضع نموده است، مانند تابعیت داوران.<sup>15</sup> برای جلوگیری از تعطیل یا، عدم تشکیل دیوان داور نیز کنوانسیون با اعطای اختیارات شخصی به رئیس شورای اداری مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری جهت نصب داور طرف ممتنع، مقرراتی را وضع کرده است. علاوه براین، کنوانسیون حاوی قواعدی در زمینه جانشینی و نیز جرح داوران می‌باشد (مواد 56-85).

در مورد آیین رسیدگی به دعوی به معنای خاص این اصطلاح، یعنی اقداماتی که در دوره زمانی بین تشکیل هیئت داور تا صدور حکم انجام می‌شود، طبق مفاد

---

15 . See Chapter I, p. 337.

کنوانسیون مورد بحث وضعیت به شرح زیر خواهد بود:

1- کنوانسیون مستقیماً چند موضوع مربوطه آیین دادرسی را مشخص کرده است، از قبیل تشریفات که در صورت قصور هرکدام از طرفین از حضور در دعوی باید طی شود (ماده 45)، یا اختیار دیوان داوری در مورد درخواست از طرفین جهت ارائه ادله مگر خود طرفین طور دیگری توافق کرده باشند، یا در مورد معاینه محل مرتبط با اختلاف (ماد 43)، یا در مورد تعیین ادعاها یا ادعاهای متقابل فرعی یا اضافی (ماده 46) و نیز اختیار دیوان در خصوص اقدامات موقتی که برای حفظ حقوق هرکدام از طرفین باید اتخاذ گردد (ماده 47).

2- در مورد سایر موضوعات مربوطه آیین دادرسی نیز کنوانسیون، ضمن استثنای مواردی که طرفین در مورد آنها طور دیگری توافق کرده باشند، مقرر نموده است که جریان داوری طبق مقررات داوری که در تاریخ تراضی طرفین در ارجاع امر به داوری معتبر بوده است، انجام خواهد شد (صدر ماده 44).

3— بالاخره آن دسته از موضوعات مربوطه آیین دادرسی که در کنوانسیون یا مقررات داوری یا هرگونه مقررات مورد توافق طرفین مسکوت باشد، توسط خود دیوان داوری تعیین تکلیف می‌شود (ماده 44 جمله دوم).

درخصوص رأی داوری، کنوانسیون مقرر کرده است که دیوان با اکثریت مطلق آرا نسبتبه موضوع اتخاذ تصمیم نموده و رأی خواهد داد و رأی، کتبی است و به امضای اعضای دیوان که با آن موافق بوده‌اند، می‌رسد و نیز رأی باید شامل کلیه موضوعاتی باشد که به دیوان ارجاع گردیده است، همچنین باید حاوی ادله مستند رأی باشد. خصوص ماده 48 کنوانسیون در این مورد، به‌ویژه با توجه به اختلافات زیادی که در حقوق و رویه کشورهای گوناگون وجود دارد، بسیار مفید است [و از ابهام و اختلاف جلوگیری می‌کند].

علاوه براین، کنوانسیون حاوی موادی در باب محل رسیدگی داوری می‌باشد و مقرر کرده است «جز در مواردی که طرفین طور دیگری توافق کرده باشند، رسیدگی داوری

در مقرر مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری...» که در واشنگتن است، انجام می‌شود. از آنچه پیش از این گفته شد معلوم می‌شود که انتخاب محل دیگری جهت انجام داوری، از حیث قانون آیین دادرسی حاکم بر داوری، فاقد هرگونه اثری خواهد بود.<sup>16</sup>

قبل از اینکه بحث مربوط به قانون آیین دادرسی در داوری را خاتمه دهیم، لازم است به دو موضوع بسیار مهم اشاره شود؛ یعنی طرق شکایت از رأی داوری، و نیز شناسایی و اجرای رأی داوری. درخصوص این دو مطلب، کنوانسیون رژیم خاصی را پیش‌بینی کرده بدین معنی که آن دو را از قلمرو بررسی و نظارت محاکم داخلی خارج نموده است ولو اینکه از محاکم مذکور درخواست شناسایی و اجرای احکام داوری شده باشد. در باره این موضوعات بعداً گفتگو خواهیم کرد.

## ب - قانون ماهوی حاکم

---

16 . The United Kingdom Arbitration (International Investments) Act 1966, which is a statute enacted to implement the Convention, explicitly excludes (sub. 3 (2) application of the Arbitration Act of 1950, which among other things gives the courts certain review powers (note 2, supra), in relations to ICSID proceedings (46 Halsbury's Statutes of England, p. 9 (1966).

برخلاف مواد کنوانسیون، در مورد مقررات آیین دادرسی حاکم بر داوریهایی مشمول کنوانسیون که در سراسر آن پراکنده است، مقررات مربوط به قانون ماهوی حاکم، یعنی قانونی که دیوان باید در خصوص ماهیت دعوی اجرا و اعمال نماید، فقط در یک ماده، یعنی ماده 42 کنوانسیون، آمده است.<sup>17</sup>

جمله اول ماده مذکور راجع است به قانون حاکم که ذیلاً آن را با تفصیل بیشتری بررسی می‌نماییم.

جمله دوم همان ماده مقرر نموده است که دیوان داوریه نمی‌تواند مدعی فقدان قانون حاکم\* به لحاظ سکوت یا اجمال آن گردد. تهیه‌کنندگان کنوانسیون در اینجا از سابقه‌ای که در طرح قواعد نمونه داوریه پذیرفته شده از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل وجود داشته است پیروی

---

17 . Article 42 provides: "(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 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".

\* . Non liquet.

کرده اند.<sup>18</sup> این ماده که حتی در اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی سابق یا فعلی هم وجود ندارد، در واقع منعکس‌کننده این نظر است که حقوق بین‌الملل فعلی برخلاف نظریه پوزیتویستهای سابق مبني بر اینکه نظام حقوق بین‌المللی ناقص است،<sup>19</sup> مباني و عناصر لازم را براي اتخاذ تصميم و صدور رأي توسط قضات یا داوران بین‌المللی فراهم کرده است.

جمله سوم ماده 42 کنوانسیون راجع است به اختیار دیوان داورى جهت اتخاذ تصميم براساس عدالت و انصاف.\* می‌توان بحث کرد که آیا این اختیار از جمله مسائل مربوطه قانون حاکم است یا مربوط به صلاحیت خود دیوان؟ ولی با توجه به جمله اول صدر ماده مذکور که نقطه مرکزی آن به‌شمار می‌رود، این اختیار دیوان با مسئله قانون حاکم ارتباط بیشتری دارد.

---

18 . See note 13, Supra.

[رك. به پانویس 13 فوق - م.]

19 . Scheuner in "International Arbitration", Liber Amicourm for Martin Domke, p. 277 (The Hague, 1967).

\* . Ex aequo et bono.

به هر حال، جمله اول ماده 42 کنوانسیون چنین است:

«دیوان داورى مطابق قواعد حقوقى که طرفین در مورد آن توافق کرده اند، در مورد اختلاف مطروحه اتخاذ تصمیم خواهد نمود. در صورت فقدان چنین توافقی، دیوان قانون کشور متعاهدی را که طرف اختلاف نیز هست (شامل قواعد تعارض قوانین آن کشور) و نیز آن دسته از قواعد حقوق بین الملل را که قابل اجرا باشد، اعمال می کند.»

هدف جمله اول، حل یکی از مشکل ترین مسائل داورى بین المللی است، یعنی آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی.<sup>20</sup> برطبق یک نظر، انتخاب محل داورى طی قرارداد نه تنها متضمن انتخاب قانون آیین دادرسی آن محل می باشد - که فوقاً بحث کردیم - بلکه به معنای تعیین قانون ماهوی حاکم که توسط دیوان باید اجرا شود نیز خواهد بود.

---

**20.** ماده 42 کنوانسیون به طور عجیبی توجه بسیاری از صاحب نظران را که در مورد ماهیت و تفسیر آن نظرات متفاوتی داده اند، جلب کرده است، به طوری که مقالات زیادی در اطراف آن نوشته اند.

البته در کنار این نظر، عقاید متعدد دیگری در مورد حدود آزادی اراده طرفین در مورد انتخاب قانون حاکم وجود دارد. عده دیگری این بحث را برانگیخته‌اند که بالاخص در مورد دعاوی بین دولتها و سرمایه‌گذاران خصوصی، طرفین باید از این آزادی اراده برخوردار باشند که حقوق داخلی هر کشوری را که خود بخواهند، به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کنند و روابط حقوقی فی‌مابین خود را با اشاره به اصول کلی حقوق، اصول حقوقی متداول در گروهی از سیستم‌های حقوقی، اصول حقوقی بین‌الملل و مانند آن، غیرداخلي\* و یا به‌عبارت بهتر بین‌المللی نمایند؛ منتهی نظرات کاملاً مخالفی با این نظر نیز داده شده است.

بالاخره بعضی دیگر از حقوق‌دانان استدلال کرده‌اند که طرفین، قرارداد یا اسناد دیگری را که روابط حقوقی بین ایشان را مشخص می‌نماید به‌عنوان تنها قانون حاکم تلقی کنند. اولین عهدنامه‌ای که آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون

---

\* . قرارداد بدون تعیین قانون ملی به‌عنوان قانون حاکم



حاکم بدون ارجاع به یک قانون داخلی را پذیرفته است کنوانسیون 1961 ژنو می‌باشد که طرفین را در انتخاب قانون ماهوی حاکم بر دعوی آزاد گذارده است. در هر حال، در صورت فقدان شواهد یا نشانه‌هایی از جانب طرفین در مورد قانون حاکم، دیوان داوری با اجرای آن دسته از قواعد تعارض قوانین که به نظر او مناسب می‌رسد، قانون حاکم را مشخص خواهد کرد.<sup>21</sup>

ماده 42 کنوانسیون مبنی بر اینکه «دیوان طبق آن قواعد حقوقی که طرفین در مورد آن توافق کرده‌اند نسبت به اختلاف اتخاذ تصمیم خواهد کرد»، صریحاً آزادی اراده نامحدودی در انتخاب قانون حاکم به طرفین اعطا می‌کند و انتخاب ایشان را برای دیوان الزام‌آور می‌سازد.<sup>22</sup> طرفین آزادند در مورد قواعد حقوقی براساس

---

21 . See note 8, supra, Art. VII. 1.

22. این سؤال می‌توان مطرح شود که آیا جمله اول ماده 42 (1) انتخاب صریح قانون حاکم را ضروری می‌داند؟ یا آیا دیوان داوری می‌تواند چنین نتیجه‌گیری کند که طرفین نسبت به قواعد حقوقی خاصی به‌طور ضمنی توافق کرده‌اند؟ ضمناً در متن فرانسه کنوانسیون از واژه "adopte" در مقابل "agreed" انگلیسی استفاده شده است؛ ولی به نظر ما هر دو متن، انتخاب صریح قانون حاکم را ضروری می‌دانند.

انتخاب خودشان توافق نمایند، اعم از اینکه قواعد مذکور داخلی باشد یا بین‌المللی و یا ترکیبی از هر دو. چنانچه قانون داخلی انتخاب شده باشد، ممکن است مسائل متعددی به وجود آید که کنوانسیون پاسخی برای آنها ندارد. یکی از آن مسائل این است که آیا انتخاب و ارجاع به قوانین یک کشور مشخص باید به‌عنوان ارجاع به قوانین معتبر و قابل اجرای آن کشور در تاریخ توافق طرفین شناخته شود یا شامل اصلاحات انجام شده تا تاریخی که دیوان داور می‌خواهد آن را اجرا کند نیز می‌گردد؟ به‌نظر ما صرف ارجاع به قوانین یک کشور و انتخاب آن به‌عنوان قانون حاکم باید به معنای انتخاب قوانینی تلقی شود که در تاریخ درخواست از دیوان برای رسیدگی به دعوی و اتخاذ تصمیم وجود دارد و جاری است، شامل مقررات داخلی موقتی آن. به‌نظر ما ماده 42 کنوانسیون اجازه می‌دهد که طرفین در مورد قابل اجرا بودن یک قانون خاص به همان صورتی که در تاریخ توافق بین ایشان وجود دارد، موافقت نمایند. طرفین می‌توانند روابط فی‌مابین خود را

با شرط حکومت قانون داخلی، موجود در يك تاريخ مشخص، تثبیت کنند. مسئله دیگری که **لاتریاخت** نیز بدان توجه کرده<sup>23</sup> این است که با فرض اینکه طرفین قانون کشور میزبان سرمایه را به عنوان قانون حاکم برگزیده باشند، و اینکه کشور میزبان متعاقباً در قوانین خود، به منظور صدمه زدن به حقوق سرمایه‌گذاری خارجی (خصوصی)، تغییراتی بدهد، آیا دیوان داور حق دارد به استناد اینکه چنین تغییراتی موجب نقض حقوق بین‌الملل گردیده است، آنها را ندیده بگیرد یا نه؟ به عبارت دقیق‌تر، سؤال این است که آیا دیوان می‌تواند حقوق بین‌الملل را اعمال و اجرا کند در حالی که حقوق بین‌الملل مشخصاً جزو قواعد حقوقی مورد توافق طرفین براساس جمله اول ماده 42 (1) کنوانسیون نبوده است؟ این، سؤال مشکلی است و نمی‌توان پاسخ قاطعی در مورد آن داد. البته به نظر ما در چنین مواقعی اعمال و اجرای قواعد حقوق بین‌الملل توسط دیوان داور، حداقل تا

---

23 . Lauterpacht in Recueil d'etudes de droit international en hommage a Paul Guggenheim, pp. 657-658 (Geneve 1968).

جايي كه قواعد مذکور جزو «قوانین کشور مربوط» محسوب شوند، یعنی تا جايي كه مفروض باشد محاکم داخلی کشور میزبان قواعد حقوق بین الملل را اجرا می نمایند، مجاز خواهد بود.

اکنون به جمله دوم ماده 42 (1) کنوانسیون می پردازیم که در موردی مصداق می یابد که طرفین هیچ توافق در مورد قانون حاکم نکرده باشند؛ یعنی وضعیتی که براساس کنوانسیون در اکثر موارد پیش می آید. همین جمله دوم بوده که مباحث قابل توجهی را در طول مباحثات منتهی به تنظیم نهایی کنوانسیون پیش آورده است. طبق مفاد این جمله دیوان داوران قانون کشور متعاهد طرف اختلاف - شامل قواعد تعارض قوانین آن کشور - و نیز آن دسته از قواعد حقوق بین الملل را که قابل اعمال باشند، اجرا خواهد نمود. به این ترتیب، از دیوان خواسته شده است هم قانون داخلی کشور مذکور و هم حقوق بین الملل را ملحوظ و مرعی دارد. ترتیبی که در ماده برای ذکر این دو مورد اتخاذ شده است - اول قانون داخلی کشور متعاهد و بعد حقوق بین الملل - به معنای رعایت

مقدم و مؤخر نیست. می‌توان استدلال کرد که در واقع ترتیب عکس آن - به شرحی که توضیح می‌دهیم - درست است. البته نحوه بیان ماده حاکی از این واقعیت است که آن سرمایه‌گذاری‌ای که منجر به اختلاف و دعوی گردیده، اصولاً در قلمرو صلاحیت داخلی کشور مربوط انجام شده و در صورت فقدان شرط خلاف که به فرض وجود، مشمول جمله اول ماده مذکور خواهد بود - ابتدا باید در پرتو قانون همان کشور مورد بررسی قرار گیرد. به عبارت دیگر و روشن‌تر، می‌توان گفت - کما اینکه در واقع در پیش‌نویس اولیه نیز گفته شده است - دیوان داور باید چنان قواعد حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل را نسبت به ماهیت دعوی اعمال نماید که اصولاً قابل اجرا باشد. البته پیش‌نویس مذکور از جانب کشورهای در حال توسعه، از جمله کشورهایایی که با اعمال حقوق بین‌الملل موافق بودند، با مخالفت زیادی مواجه گردید. به نظر این گروه از کشورها قانون داخلی حاکم ضرورتاً همان قانون کشور میزبان می‌باشد، زیرا سرمایه‌گذاری در آن کشور انجام شده است. باید پذیرفت که در

اغلب موارد می‌توان در هر حال با اعمال و اجرای قواعد تعارض قوانین به همین نتیجه‌گیری دست یافت. بنابراین به نظر می‌رسد قید این شرط در قرارداد که قانون کشور میزبان سرمایه، قانون داخلی حاکم بر موضوع باشد به شرط این‌که به قواعد تعارض قوانین آن کشور نیز صراحتاً اشاره و ارجاع شده باشد، قابل قبول خواهد بود.<sup>24</sup>

در اینجا می‌خواهیم بار دیگر به جمله اول ماده 42 (1) کنوانسیون بازگردیم که در مواردی اجرا می‌شود که طرفین قانون مشخصی را به‌عنوان قانون حاکم تعیین کرده‌اند. این سؤال مطرح شده که آیا انتخاب قانون کشور مشخص به معنای استثنای قواعد تعارض قوانین آن کشور است یا خیر؟ به نظر ما پاسخ منفی است. البته روشن است که نمی‌توان در جهت توجیه استثنای قواعد تعارض قوانین مندرج در قانون منتخب طرفین، استدلال کرد که چون در جمله اول ماده مذکور به قواعد حل تعارض قوانین اشاره‌ای نشده

---

24 . For a more detailed account see Broches in "International Arbitration", Liber Amicorum for Martin Domke, pp. 13-19 (The Hague, 1967).

بلکه این قید در جمله دوم ماده مذکور آمده است، پس انتخاب قانون يك کشور مشخص لزوماً شامل قواعد حل تعارض آن نیست و مستثنای از آن است. زیرا جمله اول ماده صحبت از «قواعد حقوقی» می‌کند که ابداً به معنای قواعد سیستم حقوق داخلی نیست، و لذا مراجعه به قواعد تعارض قوانین يك کشور به استناد «قواعد حقوقی» آن کلاً درست نخواهد بود. البته علت تصریحی به قواعد تعارض قوانین در جمله دوم ماده - که اساساً ضرورت چنین تصریحی می‌تواند مورد تردید قرار گیرد - برای رفع هرگونه ابهام احتمالی بوده است.

نکته باقی‌مانده عبارت است از مفهوم جمله دوم ماده 42 (1) کنوانسیون بدین شرح: «... و آن قواعد حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشند...». در مقایسه متن انگلیسی این عبارت کنوانسیون با متن فرانسه و اسپانیایی آن که هر سه معتبر هستند، به دو تفاوت برمی‌خوریم. در نسخه فرانسه، به جای "rules of international law" مذکور در نسخه انگلیسی، واژه "principes" که همان "principles" انگلیسی است، آمده، ولی در

نسخه اسپانیایی به جای آن، واژه "normas" قید شده که معادل "rules" در انگلیسی است. بیان این تفاوت مشکل است، زیرا کمیته تهیه متن کنوانسیون به سه زبان، با اینکه به سه بخش تقسیم شده بود، در نشستی عمومی هر سه متن را تصویب کرده است. به نظر ما در هر حال "principles" نمی‌توانسته است مورد نظر تهیه‌کنندگان کنوانسیون بوده یا مقصود استثنای «قواعد» (rules) خاصی بوده باشد. تفاوت دیگر این است که متن انگلیسی و اسپانیایی کنوانسیون از آن قواعد حقوق بین‌الملل صحبت می‌کند که «قابل اجرا باشند»؛ در حالی که متن فرانسه چنین است: دیوان داور «قواعد حقوق بین‌الملل در مورد موضوع را اجرا می‌کند»: "en matiere" که معادل انگلیسی آن "on the subject" یا معادل بهتر آن که "relevent" است. به نظر ما بین «قواعد حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشد» و «قواعد ذیربط حقوق بین‌الملل» اختلاف ماهوی وجود ندارد. این سؤال اساسی‌تر که آیا قواعد یا اصول حقوق بین‌الملل می‌تواند مستقیماً در دعوی مطروحه اعمال و اجرا گردد یا نه،



به موجب متن کنوانسیون دارای پاسخی مثبت است. اگر مقصود این بود که صرفاً به قواعد حقوق بین‌الملل که به‌عنوان بخشی از حقوق داخلی کشور طرف دعوی قابل اجرا باشد، اشاره شود کنوانسیون می‌توانست به همان ترتیب که در مورد قواعد تعارض قوانین قید کرده است، موضوع را در متن ماده تصریح کند و چنین بیان نماید: «دیوان، قانون کشور متعاقد طرف اختلاف را (شامل قواعد تعارض قوانین و قواعد حقوق بین‌الملل آن) اجرا خواهد کرد». اشاره جداگانه کنوانسیون به حقوق بین‌الملل در ماده 42 خالی از ابهام و روشن است. این نظر به‌موجب گزارش مدیران اجرایی مرکزی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری که کنوانسیون به‌ضمیمه آن به دولتهای مختلف ارائه گردیده است، تأیید می‌شود:

«عبارت «حقوق بین‌الملل» در مفهومی که استفاده شده، باید به همان معنایی درك شود که در ماده 38 (1) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری درآمده است. با توجه به اینکه ماده 38 مذکور جهت اجرا در اختلافات بین دولتها

تدوین شده است، این تجویز توجیه  
می‌گردد.<sup>25</sup>

اشاره به حقوق بین‌الملل در ماده 42  
(1) از همان ابتدای امر به‌حق به‌عنوان  
یک موضوع واجد اهمیت شناخته شده و در  
اجلاس شورای منطقه‌ای، اجلاسهای کمیته  
مشورتی حقوقی آسیایی - افریقایی و  
بالاخره در جلسات مدیران اجرایی خود  
مرکز، به تفصیل مورد بحث و گفتگو قرار  
گرفته است.<sup>26</sup>

در مورد ارتباط بین حقوق کشور  
میزبان و حقوق بین‌الملل مذکور در جمله  
دوم ماده 42 (1) کنوانسیون، به نظر ما  
دیوان ابتدا حقوق کشور میزبان را بررسی  
کرده و در وهله اول همان حقوق را در  
مورد ماهیت دعوی اعمال و اجرا می‌کند؛

---

**25.** رك. به بند 40 گزارش. ماده 38 (1) اساسنامه دیوان  
به شرح زیر است:

"1. The court, whose function it is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a, international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contermining states: b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law: c. the general principles of law recognized by civilized nations: d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law".

**26** . For references, see History, vol.I, pp. 190-193.

سپس نتیجه حاصله از این مرحله را با حقوق بین‌الملل مقایسه و ارزیابی می‌نماید. در این روند، مسئله تأیید یا نفي اعتبار حقوق کشور میزبان مطرح نیست، ولی امکان دارد منتهی به عدم اجرای آن حقوق شود، مشروط بر این‌که حقوق مذکور یا اقداماتی که به استناد قواعد آن انجام شده است، حقوق بین‌الملل را نقض کند. همانطور که پیش از این اشاره کردیم، در این مفهوم است که حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی - به نحوی که در ماده 42 (1) آمده است - اولویت و تقدم دارد.

به‌طور خلاصه دیوان داورای که براساس مقررات و در چارچوب کنوانسیون مورد بحث تشکیل می‌شود، در چهار مورد این امکان را پیدا می‌کند که حقوق بین‌الملل را در دعوی مطروحه اعمال و اجرا کند:

1- در موردی که طرفین چنین توافق کرده باشند.

2- در موردی که حقوق کشور متعاقد طرف اختلاف، اجرای حقوق بین‌الملل را -

شامل حقوق حقوق بین‌الملل عرفی - ایجاب کند.

3- در موردی که موضوع اصلی مستقیماً مشمول حقوق بین‌الملل باشد، مانند عهدنامه بین کشور متعهد طرف دعوی و کشوری که تبعه او طرف دیگر دعوی است.

4- در موردی که قانون کشور متعهد طرف دعوی یا اقداماتی که به استناد آن قانون انجام شده است، حقوق بین‌الملل را نقض نماید. در این مورد حقوق بین‌الملل به‌عنوان تصحیح‌کننده حقوق داخلی عمل می‌کند.

آخرین نکته‌ای که در رابطه با ماده 42 باید مورد بحث قرار گیرد، بند سوم ماده است که مقرر می‌دارد بند اول آن در مورد قانون حاکم و بند دوم آن در مورد منع استناد به فقدان قانون\* به اختیار دیوان در رسیدگی و اتخاذ تصمیم براساس عدالت و انصاف لطمه‌ای نخواهد زد، مشروط بر اینکه طرفین چنین اختیاری را به دیوان اعطا کرده باشند. تصریح مندرج در بند اول ماده مذکور به خودی خود گویا است، زیرا اختیار تصمیم‌گیری و صدور رأی

---

\*. Non liquet.

براساس عدالت و انصاف، به گفته اوکانل، عبارت است از «اختیار در تصمیم‌گیری بدون مراجعه به قواعد حقوقی». <sup>27</sup> اشاره خاص بند سوم ماده 42 کنوانسیون به بند دوم آن که محصول کار کمیته فرعی کمیته حقوقی تهیه پیشنهادیست، <sup>28</sup> در جایی که مفاد آن هیچ‌گونه مطلب مهمی را به دست نمی‌دهد، جالب است؛ زیرا به‌درستی تأکید می‌نماید که حتی رسیدگی و صدور حکم براساس انصاف و عدالت، خلأ ناشی از فقدان قانون را پر نمی‌کند و نمی‌تواند جانشین آن شود.\*

اختیار اتخاذ تصمیم بر مبنای انصاف و عدالت براساس توافق طرفین، در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری سابق و فعلی نیز وجود دارد. شرط اجازه صدور رأی بر مبنای انصاف و عدالت، اعم از اینکه مبتنی بر توافق قبلی طرفین باشد یا خیر، در بسیاری از

---

27. International Law, p. 14 (1970).

28. History, vol. II, p. 863.

\*. ظاهراً مقصود این است که دیوان داوری نمی‌تواند در مواردی که با فقدان قانون مواجه می‌گردد، دعوی را براساس عدالت و انصاف حل و فصل کند و رأی بدهد؛ یعنی عدالت و انصاف را برای پر کردن خلأ ناشی از فقدان قانون به‌کار گیرد و به جای آن گذارد - م.

عهدنامه‌ها وجود دارد؛ ولی رویه‌ای در دیوان دائم بین‌المللی دادگستری سابق (PCIJ) و نیز دیوان بین‌المللی دادگستری فعلی (ICJ) وجود نداشته و به‌نظر می‌رسد رویه مهم دیگری در سایر موارد نیز وجود نداشته است. معذک بحث‌های اساسی فراوانی در این خصوص به‌عمل آمده است که در اینجا نمی‌توان راجع به آنها داوری کرد.<sup>29</sup> اما چون به عقیده ما حق اتخاذ تصمیم براساس عدالت و انصاف از اهمیت بالقوه زیادی در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری برخوردار است، لذا بد نیست نظرات و پیشنهادات چندی در اطراف آن ارائه کنیم، با این امید که در آینده بتوانیم آنها را بیشتر مورد بحث و تحقیق قرار دهیم.

به‌طوری که فوقاً اشاره کردیم این انتظار وجود ندارد که تصمیمات مبتنی بر عدالت و انصاف خلأ ناشی از فقدان قانون را پر کند و جانشین آن گردد. در اینجا باید اضافه کنیم که علاوه بر این نکته، رسیدگی و صدور حکم براساس عدالت و

---

**29.** See. E.g. Sohn 108 Recueil des cours, I, pp. et seq. (1963) (with extensive bibliography) and in "International Arbitration", Liber Amicorum for Martin Domke, pp. 330 et seq. (The Hague, 1967).

انصاف نباید به‌عنوان تنها روش منحصر به به فرد حل و فصل اختلافات غیرحقوقی در مقابل دعاوی حقوقی به‌شمار رود. کنوانسیون مسلماً این نظر را رد می‌کند، زیرا فقط دعاوی حقوقی در صلاحیت مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری هستند، و این نوع دعاوی می‌توانند با توجه به تصریح ماده 42 (3) براساس عدالت و انصاف مورد بررسی و صدور رأی واقع شوند. همانطور که مؤلف در یکی دیگر از تألیفات خود اشاره نموده است:

«حل و فصل دعوی بر مبنای عدالت و انصاف، بیشتر از آنکه مبتنی بر ضوابط حقوقی باشد منحصراً ریشه در تصمیم خود طرفین در انتخاب چنین راه‌حلی دارد؛ نه از طبیعت اختلاف نشأت می‌گیرد و نه از حقوق بین‌الملل.»<sup>30</sup>

آیا ویژگیها و محدودیتهای رسیدگی و صدور رأی بر مبنای عدالت و انصاف کدام است؟ به‌طور خلاصه دیوان داور نمی‌تواند در این مقام فقط ملاحظات و مبانی انصافی

---

30. Degan, *L'equitein droit international*, p. 239 (1970) (own translation of the French text).

را که به دنبال آن تفسیر قانون\* یا تکمیل قانون\*\* به دست می‌آید، در نظر بگیرد و آن را اساس کار خود قرار دهد، بلکه صرفاً می‌توان بدون توجه به قانون،\*\*\* یعنی با کنار گذاردن قانون، مبادرت به صدور رأی کند، آن هم در صورتی که اصول عدالت و انصاف آن را ضروری و اقتضا نماید. از سوی دیگر محدودیتهایی هم در این زمینه وجود دارد. دیوان داور می‌تواند روابط بین طرفین را تغییر دهد، ولی در این کار آزادی عمل کامل ندارد، همانطور که هودسن در بحث خود از دیوان دائمی گفته است:

«دیوان نمی‌تواند خودسرانه و دلخواهانه در این مورد (صدور حکم براساس عدالت و انصاف) عمل کند. آنجا که موضوع از قلمرو قانون حاکم خارج است... دیوان باید بر مبنای ملاحظات عینی ناشی از آنچه عادلانه و منصفانه است به دعوی رسیدگی نماید. این قبیل ملاحظات تا حدود زیادی بسته به ترجیحات شخصی خود قاضی رسیدگی‌کننده

---

\*. *Infra legem.*

\*\* . *Praeter legem.*

\*\*\* . *Contre legem.*



است؛ ولی باز هم دیوان داوری نمی‌تواند نتیجه‌ای را توجیه کند و بپذیرد که نتوان آن را بر مبنای عقلانی تبیین نمود.»<sup>31\*</sup>

سرمایه‌گذاریهای بزرگ در کشورهای در حال توسعه تقریباً همیشه دارای قراردادهایی است که از نظر زمانی طولانی هستند و توافق نسبت به شرایطی که در تمام طول اجرای قرارداد همواره صحیح و مناسب بماند، بسیار مشکل است. حتی در مواقعی که هر دو طرف به طور صادقانه تدبیر و تلاش صمیمانه‌ای مبذول می‌دارند تا تحولات محتمل آتی را پیش‌بینی کنند نیز این واقعیت صادق است و امکان دارد تحولات بعدی مذاکره و انعقاد مجدد قرارداد را ایجاب کند. ضرورت مذاکره و انعقاد مجدد قراردادهای سرمایه‌گذاری قبل از دهه‌های 1920-1940 به زحمت مطرح می‌شد. در مورد بعضی قراردادها طرف

---

\* منظور این است که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری نمی‌تواند هر نتیجه حاصله از رسیدگی بر اساس عدالت و انصاف را بپذیرد، بلکه تنها در صورتی آن را قابل توجیه می‌داند که حداقل دارای مبنا و توجیه عقلی باشد.

31. Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, p. 620 (1943).

سرمایه‌گذار تمایلی به مذاکره و انعقاد مجدد قرارداد نداشت و حتی در اکثر موارد کشور میزبان سرمایه به اقدامات یکجانبه‌ای دست می‌زد. نیازی نیست که آثار نامطلوب چنین دعاوی و اختلافاتی را که نه تنها در مورد مسئله سرمایه‌گذاری بلکه در زمینه روابط بین‌المللی به‌طور کلی نیز بروز می‌کرده است مورد بررسی و تفصیل قرار دهیم.

بعضی از قراردادهای سرمایه‌گذاری اخیر شامل ماده‌ای درخصوص مذاکره مجدد قرارداد است و بعضاً موارد و مبنای چنین امری را مشخص می‌نماید. بدیهی است آری مبتنی بر عدالت و انصاف در موارد مقتضی، نه تنها به حل و فصل مطلوب موضوع اختلاف می‌انجامد، بلکه مهمتر این است که ادامه همکاری کشور میزبان سرمایه را نیز فراهم می‌آورد و آن را توسعه می‌بخشد. البته منظور از این سخن آن نیست که چنین آرای همواره به نفع کشور طرف اختلاف نیز صادر شده باشد.

مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری حداقل پنج مورد را سراغ دارد که در قرارداد سرمایه‌گذاری آنها

شرط داوري بر مبنای عدالت و انصاف وجود داشته است.<sup>32</sup> با توجه به انعطافی که کنوانسیون برای طرفین فراهم نموده است، با شرط داوری‌هایی در قراردادها مواجه می‌شویم که صدور رأی بر اساس عدالت و انصاف را صرفاً در پاره‌ای موضوعات خاص پیش‌بینی کرده و سایر موضوعات را به عهده قواعد حقوقی محول نموده است. بالاخره حتی در مواردی که شرط داوری در قرارداد از این حیث ساکت باشد، طرفین همواره می‌توانند پس از بروز اختلاف به دیوان داوری اجازه دهند که بر اساس عدالت و انصاف رسیدگی و حکم صادر کند.

## 2

### رأی نهایی و الزام‌آور بودن آن

یکی دیگر از مطالب قابل بحث شناسایی و اجرای آرای داوری‌های انجام شده در چارچوب کنوانسیون می‌باشد که

---

**32.** For an example see the Convention of Establishment between Mauritania and SOMIMA (Societe des Mines de Mauritanie) 1967, Article 50 reproduced at 6 International Legal Materials 1085 (1967).

مواد 53، 54 و 55 کنوانسیون راجع به آن است. بدیهی است این موضوع از اهمیت زیادی برخوردار است. البته سه ماده مذکور دارای پاره‌ای بدعت‌های است که تهیه‌کنندگان کنوانسیون دو هدف از آن داشته‌اند: یکی از این اهداف دستیابی به توازن عادلانه بین منافع سرمایه‌گذار و کشور میزبان سرمایه بوده است که در سایر بخش‌های کنوانسیون نیز وجود دارد؛ هدف دوم تضمین و تأمین مؤثر بودن کنوانسیون بوده است که خود از طریق اجرا و اعمال حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در دعوی مطروحه حاصل می‌شود. البته اجرای حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی به شرح مذکور نیز خود با ملحوظ داشتن قلمرو قضایی طرفین در دعوی مطروحه که نهایتاً منجر به یک ساختار قضایی مختلط می‌گردد، صورت می‌گیرد.

**الف - الزام آوردن رأی نسبت به اصحاب دعوی**

ابتدا باید به ماده 53 (1) توجه کرد که می‌گوید<sup>33</sup> «رأی نسبت به طرفین الزام آور است...» و «هر کدام از طرفین باید از مفاد رأی تبعیت کند و مؤادی آن را اجرا نماید...». دو عبارت نقل شده از ماده 53 فی‌الواقع تکرار قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است: یکی بیان قاعده «الزام وفای به عهد»،\* و دیگری بیان قاعده «اعتبار قضیه مختومه». \*\* ماده 37 «کنوانسیون 1907 لاهه در مورد حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی»، مفهوم قاعده «لزوم وفای به عهد» را چنین بیان کرده است: «مراجعه به داور متضمن التزام با حسن نیت در تسلیم به رأی نیز هست». ماده 81 کنوانسیون 1907 مقرر می‌دارد: «با صدور و ابلاغ صحیح رأی به نماینده رابط طرفین، دعوی به‌طور قطعی و بدون تجدیدنظر مختومه می‌گردد». به عقیده ما هدف ماده مذکور در واقع همانا تدوین مفهوم «اعتبار قضیه مختومه» در

---

**33.** Article 53 (1) provides: "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 the relevant provisions of this Convention".

\*. Pacta sunt servanda.

\*\* . Res judicata.

حقوق بین‌الملل عرفی بوده است. در قضیه اسکابل علیه دولت یونان، دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری (سلف دیوان بین‌المللی دادگستری فعلی) می‌گوید: «معنای شناسایی رأی به‌عنوان یک رأی دارنده «اعتبار قضیه مختومه» چیزی جز شناسایی و قبول این واقعیت که مفاد رأی قطعی و الزام‌آور است، نمی‌باشد».<sup>34</sup>

با وجود اینکه اصول مذکور به‌طور عام مورد قبول واقع شده است، ولی این واقعیت نیز وجود دارد که نه‌تنها گاهی محکوم‌علیه از تن دادن به مفاد حکم امتناع می‌ورزد بلکه در عین امتناع، با ادعای داشتن حقی، مدعی بطلان رأی می‌گردد. موارد و مبانی بطلان رأی به‌نحوی که در رویه مورد عمل دولتها آمده عبارت است از: عدم صلاحیت مرجع داور، نقض اصول عدالت طبیعی، فقدان استدلال در رأی، تقلب، و وجود اشتباهات بیّن در رأی.<sup>35</sup> بدین‌ترتیب، هر رأیی موجب استقرار قاعده «اعتبار قضیه مختومه» یعنی التزام محکوم‌علیه «به تسلیم همراه

---

34. (1939) PCIJ Publications, Series AIB, No. 78, p. 175.

35. O'Connell, *International Law*, p. 1110 (1970).

با حُسن نیت به رأی» نمی‌شود و ماده 37 کنوانسیون 1907 لاهه باید به معنای التزام به رأی صحیح و رأی معتبر تلقی شود. از آنجا که داوریه‌های بین‌الدولی خارج از چارچوب سازمانی مشخص انجام می‌گیرد، لذا محکوم علیه عملاً در اغلب موارد با یک رأی قطعی مواجه بوده و راه اعتراض بر او بسته است؛ در حالی‌که در داوریه‌های سازمانی مشخص در صورت صدور رأی ناصحیح و غیرمعتبر می‌توان اقدام کرد و آن را ابطال نمود یا تغییر داد.\*

کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در این زمینه قواعدی

---

\* منظور این است که چون در داوریه‌های سازمانی، داور تحت نظر یک سازمان یا نهاد داور بین‌المللی و در چارچوب مقررات داور همان سازمان یا نهاد انجام می‌شود و از طرفی مقررات مذکور اغلب یا شرایط نهایی و غیرقابل اعتراض محسوب شدن رأی داور را مشخص کرده‌اند و یا موارد اعتراض به رأی داور را - ولو به صورت محدود و معدود - تعیین نموده‌اند، لذا طرفی که به رأی اعتراض دارد می‌تواند از مقررات مذکور استفاده نماید و از نهایی شدن رأی جلوگیری کند. اما در داوریه‌های غیرسازمانی، راهی برای اعتراض به رأی در مقررات داور مربوط وجود ندارد. بالاخص در مواردی که دولتها طرف داور بوده باشند، مسئله اعتراض به رأی داور با مشکل دیگری نیز مواجه می‌شود و آن اینکه مرجعی که صلاحیت رسیدگی به چنین اعتراضی را داشته باشد، وجود ندارد و دخالت محاکم داخلی نیز با اصل تساوی دولتها در صحنه بین‌المللی و نیز حق حاکمیت آنها معارضه می‌باید م.

**قانون حاکم و اجرای احکام... ❖ 213**

پیش‌بینی کرده که هم روشن‌تر است و هم عادلانه‌تر. کنوانسیون مذکور راه‌حلهای مختلفی را مقرر نموده است، ولی در عین حال تصریح کرده که راه‌حلهای مذکور تنها چاره منحصر در قبال رأی داوری است. ماده 53 (1) می‌گوید: «رأی، قابل پژوهش یا هرگونه اعتراض دیگر، به‌جز آنهایی که در خود کنوانسیون پیش‌بینی شده است، نخواهد بود». این ماده معافیت هرکدام از طرفین از تعهد به رعایت مفاد رأی را فقط «تاجایی که به استناد مواد مربوط در خود کنوانسیون اجرای رأی قابل توقف و تعویق باشد» مجاز می‌داند.

اینک می‌توانیم سه مورد را که برای اعتراض به رأی داوری طی مواد 50 و 51 و 52 کنوانسیون - به‌ترتیب در مورد درخواست تفسیر، تجدیدنظر، و ابطال رأی - پیش‌بینی شده است، مختصراً بررسی نماییم. به‌طوری‌که اشاره کردیم طرف متقاضی می‌تواند درخواست توقیف اجرای رأی را بنماید. در مورد درخواست تجدیدنظر و ابطال رأی داوری، این درخواست به‌صورت توقیف موقت اجرای رأی،



به شرط آنکه دستوری در این زمینه صادر شود، انجام می‌گیرد.

درخواست تفسیر معنی یا قلمرو رأی می‌تواند از جانب هرکدام از طرفین به عمل آید. در صورت امکان (یعنی وجود دیوان داوری‌ای که رأی را صادر کرده است) چنین درخواستی به همان دیوان صادرکننده رأی تسلیم می‌شود. اگر چنین امکانی وجود نداشته باشد، دیوان داوری جدید مطابق همان شرایط کنوانسیون که حاکم بر تشکیل دیوان اولیه بوده است، تأسیس می‌گردد تا به درخواست تفسیر رأی رسیدگی و اظهارنظر نماید.

درخواست تجدیدنظر می‌تواند «به استناد کشف بعدی بعضی واقعیات که به طور قطعی در رأی موثر است»، به عمل آید. چنین واقعیاتی می‌باید بر دیوان و نیز بر تجدیدنظرخواه مجهول مانده باشد و جهل تجدیدنظرخواه نسبت به آنها نباید ناشی از غفلت او بوده باشد. درخواست تجدیدنظر باید ظرف 90 روز از تاریخ کشف چنین واقعیاتی و نیز منحصراً ظرف سه سال از تاریخ صدور رأی به عمل آید. درخواست تفسیر رأی در صورت امکان (یعنی وجود

دیوان داوری) باید به همان دیوانی تسلیم گردد که رأی را صادر کرده است، و چنانچه این امکان وجود نداشته باشد، باید به دیوان جدیدی که مطابق مفاد کنوانسیون تشکیل می‌گردد، تسلیم شود.

طبق ماده 52 کنوانسیون درخواست ابطال رأی داوری می‌تواند به استناد يك یا چند مورد از موارد زیر به عمل آید:

«الف. دیوان داوری صحیحاً تشکیل نشده باشد؛

ب. دیوان آشکارا از اختیارات خود تجاوز کرده باشد؛

ج - یکی از اعضای دیوان رشوه گرفته باشد؛

د. یکی از قواعد اساسی مربوط به آیین دادرسی نقض شده باشد؛

ه . در صورتی که دلایل مبنای رأی بیان نشده باشد».

درخواست ابطال رأی باید ظرف 120 روز پس از صدور، یا در صورت وقوع رشوه پس از 120 روز بعد از کشف آن، و به هر حال ظرف سه سال به عمل آید.

بدیهي است درخواست ابطال رأي به ديواني که آن را صادر کرده است، تسليم نمي‌شود، بلکه توسط يك کمیته سه نفره خاص\* که اعضاي آن به وسيله رئيس شوراي اداري مرکز حل و فصل اختلافات ناشي از سرمايه‌گذاري و از میان گروه داوران مرکز منصوب مي‌شوند، مورد رسيدگي قرار مي‌گيرد. رئيس شوراي اداري در اين انتصاب با محدوديتهايي مواجه است که در ماده 52 (3) کنوانسيون قيد شده و هدف از آنها اين است که بي‌طرفي و آزادي عمل اعضاي «کميته خاص» تأمين و تضمين شود. در هر حال، کمیته مذکور مي‌تواند رأي مورد تجديد نظر را کلاً يا جزئاً ابطال نمايد.

بار ديگر به ماده 53 کنوانسيون باز مي‌گرديم که بند دوم آن مقرر نموده است «رأي شامل هرگونه تصميمات مربوط به تفسير، تجديد نظر يا ابطال رأي [اوليه] مي‌شود...».

همانطور که توضيح داديم، رأي بدون قيد و شرط الزام آور است، ولي نسبت به چه کسي؟ ماده 53 مي‌گويد نسبت به طرفين، و اضافه مي‌کند که هريك از طرفين مکلف است

---

\*. Ad hoc.

که از رأی تبعیت نماید. می‌دانیم که یکی از طرفین داوری همانا یک کشور متعهد و عضو کنوانسیون و یا یکی از سازمانها یا نمایندگیهای تابعه آن است که با حدوث شرایط خاصی لزوماً یکی از اصحاب دعوی بوده است. تردیدی نیست که کشور متعهد به موجب کنوانسیون متعهد به اجرای تعهدات سازمانهای تابعه خود نیز می‌باشد. تخلف کشور متعهد از انجام تعهداتی که به موجب کنوانسیون پذیرفته است، دو پی‌آمد در سطح بین‌المللی را به دنبال می‌آورد: اول موجب پیدایش حق حمایت سیاسی دولت متبوع طرف مقابل (سرمایه‌گذار) می‌گردد، و دوم موجب طرح دعوی از جانب دولت مذکور - یا به نظر ما هر دولت متعهد دیگری - علیه کشور متخلف و نزد دیوان بین‌المللی دادگستری می‌شود (ماده 64 کنوانسیون).<sup>36</sup>

با اینکه طرف دیگر دعوی، یعنی سرمایه‌گذار، اصولاً دولت نیست بلکه یک واحد خصوصی است که عضو کنوانسیون هم نیست، ولی کنوانسیون تعهدات مشابهی با آنچه برای کشورهای عضو کنوانسیون

---

36. See supra, p. 379.

در خصوص تبعیت از خصلت الزام آوری رأی داوری شناخته، برای او قائل شده است. اما آیا با وجود چنین واقعیاتی در مورد طرف سرمایه‌گذار کنوانسیون می‌توانسته است چنین تعهدی برای او پیش‌بینی نماید؟ همانطور که دیده ایم کنوانسیون در واقع برای سرمایه‌گذار خصوصی جایگاه و وضعیتی بین‌المللی قائل گردیده است؛ یعنی اهلیت و امکان مراجعه او به داوری با یک دولت و در یک مرجع بین‌المللی. در این صورت آیا کنوانسیون نمی‌توانسته است تعهدات مستقیمی را نیز برای طرف خصوصی مذکور بشناسد؛ بالاخص تعهدی که فقط نتیجه اعمال همان اهلیت مربوطه آیین دادرسی (مشارکت و عضویت در داوری با یک دولت) در مورد او بوده است؟ پاسخ مثبت است. هرچند ممکن است طرح این نکته موجب بروز پیچیدگی‌های تئوریک شود، ولی در ارتباط با این بحث جا دارد بدان اشاره کنیم: اصولاً در حقوق بین‌الملل هیچ‌گونه ضمانت اجرایی مستقیمی برای اشخاص خصوصی وجود ندارد.<sup>37</sup> با توجه به این مطلب، آیا منظور کنوانسیون این بوده است که

---

37. Norgaard, The Position of the Individual in International Law, pp. 81-95 (1962).

کشور متبوع سرمایه‌گذار خصوصی، به‌لحاظ امضای کنوانسیون، مسئول ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل در قبال نقض تعهدات از جانب سرمایه‌گذار مذکور خواهد بود؟ تهیه‌کنندگان کنوانسیون با گذشتن از کنار راه‌حلهای گوناگون در این خصوص یک راه‌حل عملی را برگزیده‌اند؛ بدین معنی که ضمن کنوانسیون، برای کشورهای متعهد، مقرراتی را در مورد شناسایی و اجرای احکام وضع کرده‌اند که به‌موجب آنها تکلیف سرمایه‌گذار به تبعیت از مفاد رأی تضمین و تأمین می‌شود.

### ب - شناسایی و اجرای رأی

ماده 54 کنوانسیون برای کشورهای متعهد وظیفه‌ای را قائل شده است که صرفاً مربوط به همان کشور متعهد طرف دعوی یا کشور متعاهدی که تبعه او به‌عنوان سرمایه‌گذار طرف دعوی بوده، نیست، بلکه راجع است به کلیه کشورهای متعهد عضو کنوانسیون.<sup>38</sup> این وظیفه

---

**38.** Article 54 provides: "(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

عبارت است از شناسایی رأی داوری صادره تحت مقررات کنوانسیون به‌عنوان يك رأی الزام آور؛ به‌نحوی که به منزله يك رأی نهایی صادره از محاکم داخلی همان کشور تلقی شود، آن هم به صرف ارائه نسخه‌ای از رأی که توسط دبیرکل گواهی شده باشد. همانطور که ماده 53 کنوانسیون خاصیت الزام‌آوری رأی در سطح بین‌المللی را تأیید و تصریح کرده است، ماده 54 نهایی بودن آن در قلمرو برون‌مرزی - یعنی در برابر دادگاه‌های داخلی [کشورهای متعاقد]- را مورد تأیید قرار داده است. رأی داوری صادره تحت کنوانسیون در هر کدام از کشورهای متعاقد دارای اعتبار قضیه مختومه می‌باشد.

البته ماده 54 برای کشورهای عضو کنوانسیون تکلیفی بیش از صرف شناسایی و قبول رأی به‌عنوان دارنده اعتبار قضیه

---

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 which such State shall have designated for this purpose a copy of the 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".

**قانون حاکم و اجرای احکام... ❖ 221**

مختومه شناخته است، زیرا ماده مذکور همچنین هرکدام از کشورهای مذکور را ملزم می‌سازد که تعهدات مالی ناشی از رأی را در قلمرو سرزمین خود اجرا نمایند، به نحوی که رأی را به منزله یک رأی نهایی صادره از محاکم داخلی خود را به شمار آورند، که در این مورد نیز صرف ارائه نسخه گواهی شده رأی کفایت می‌نماید.

اکنون پس از پاره‌ای نظرات که در اطراف ماده 54 خواهیم داد، ابتدا رژیم یا نظامی را که ماده مذکور در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری صادره تحت مقررات کنوانسیون وضع نموده، با رژیم حقوقی شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی در مواردی که عهدنامه‌ای وجود نداشته باشد و سپس در مواردی که عهدنامه‌هایی (از جنگ جهانی اول به این سو) در این زمینه وجود داشته باشد، مقایسه می‌نماییم.

در وهله اول باید اشاره کنیم که اجرای رأی داوری موضوع ماده 54 محدود به الزامات مالی ناشی از رأی می‌باشد. به عبارت دیگر، اجرای رأی شامل دستور



موقت - اعم از اینکه مبتنی بر فعل یا ترك فعل باشد - نمی‌شود. البته مفروض است که رأی داور در هر حال متضمن الزامات مالی است، مانند رأی به پرداخت وجه التزام، جریمه‌ها و غیره که در صورت عدم اجرای عین تعهدات ناشی از قرارداد صادر می‌شود.

همچنین باید به جمله دوم ماده 54 (1) کنوانسیون نیز توجه نمود. جمله مذکور به کشورهای که دارای تشکیلات فدرال هستند اجازه می‌دهد که رأی داور را از طریق محاکم فدرال خود به اجرا درآورند، و ضمناً مقرر می‌کند که محاکم فدرال نیز باید رأی داور را به منزله رأی نهایی صادره از محاکم دولت مرکزی خود تلقی کنند. ایالات متحده آمریکا در وضع مقررات مربوط به اجرای آرای داور صادره تحت مقررات کنوانسیون از این شرط مقرر در ماده 54 مذکور بهره‌برداری لازم را کرده است.<sup>39</sup>

---

**39.** The Convention on the Settlement of Investment Disputes Act of 11 August 1966, 80 State, 344, provides: "The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States".

بالاخره ماده 54 (3) پیش‌بینی کرده است که اجرای رأی داوری مشمول قوانین معتبر و جاری راجع به اجرای احکام در کشوری خواهد بود که اجرای رأی در قلمرو سرزمین آن مورد تقاضا واقع شده است. به علت تکنیکهای حقوقی متفاوتی که در سیستمهای حقوق نوشته، کامن‌لا، یا سایر سیستمها وجود دارد، همچنین به لحاظ اختلافاتی که سیستم قضایی کشورهای دارای حکومت مرکزی یا فدرال یا غیرمرکزی با یکدیگر دارند، ماده 54 کنوانسیون هیچ‌گونه روش خاصی را برای اجرای رأی داوری در داخل کشور بیان نکرده است، بلکه هر کدام از کشورهای عضو کنوانسیون را ملزم نموده که مفاد ماده مذکور را متناسب و مطابق با سیستم حقوقی خودش رعایت کند.<sup>40</sup>

کنوانسیون تعهد به شناسایی و اجرای رأی داوری را برای کلیه کشورهای متعهد شناخته است. در صورتی که ماده 54 وجود نمی‌داشت، چه بسا آرای داوری مذکور از حیث شناسایی و اجرا در کلیه کشورها يك

---

**40.** And note that Article 69 provides that 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".

«رأی خارجی» تلقی می‌شد؛ اعم از کشوری که خود طرف دعوی بوده یا کشوری که سرمایه‌گذار تبعه آن، طرف دعوی بوده است.

هیچ کشوری به‌موجب حقوقی بین‌الملل مکلف نیست احکام دادگاه‌های خارجی را شناسایی و اجرا نماید، همچنین است در مورد آرای داور خارجی.<sup>41</sup> بنابراین کشورها آزادند که از شناسایی و اجرای رأی امتناع ورزند یا آن را موکول به شرایط و قیودی کنند که خود مقرر نموده‌اند. از اوایل سال‌های 1920 کوشش‌هایی جهت کاهش بلا تکلیفی اصحاب دعوی که ناشی از چنین وضعی است، به‌عمل آمده است.<sup>42</sup> بازتاب این کوشش‌ها را که نتیجه موفقیت‌آمیزی داشته است می‌توان در اسنادی از این قبیل ملاحظه کرد: کنوانسیون 1927 ژنو در مورد اجرای آرای

---

41. For a discussion of the recognition and enforcement of foreign judgments see, e.g., Dawson and Head, *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*, pp. 256-290 (1971).

42. See Note by the United Nations Secretary-General relating to the draft of *Arbitral Awards*, cited by Firth, 25 *Arbitration Journal* 10 (1970): "The extent of judicial control over the recognition and enforcement of arbitral awards must be defined with precision, so as to avoid the possibility that a losing part could invoke without adequate justification a multiplicity of possible grounds for objections in order to frustrate the enforcement of awards rendered against it".

داوري خارجي،<sup>43</sup> کنوانسيون 1958 نیویورک در مورد شناسايي و اجرائي آرائي داوري خارجي،<sup>44</sup> کنوانسيون 1961 سازمان ملل (ژنو) در مورد داوري بين المللي،<sup>45</sup> و نیز کنوانسيون 1966 شوراي اروپايي (استراسبورگ) در مورد قانون متحدالشکل داوري<sup>46</sup> – که هنوز لازم الاجرا نشده است – . اين اسناد بين المللي تحول فزاينده اي در خصوص توجه به مسئله شناسايي و اجرائي احکام داوري خارجي به وجود آورده است. کنوانسيونهاي مذکور در حد کفايت حاوي تکنیکهاي ضروري براي اين منظور مي باشند و در بيان احکام قضيه به اختصار و ايجاز بسنده نکرده اند. البته به منظور تعميم بحث مي توان گفت که تحولات انجام شده در اين خصوص به طور اساسي در دو زمينه بوده است:

**اول:** کنوانسيون 1927 ژنو که شرايطي را براي طرفي که متقاضي اجرائي رأي است مقرر کرده و مضافاً موارد امتناع و رد شناسايي و اجرائي رأي را نیز پيش بيني

---

43. 92 LNTS 301 (1929).

44. 330 UNTS 38 (1959).

45. 484 UNTS 364 (1963).

46. European Treaty Series, No. 56.

نموده است. بزرگترین تحولي که با کنوانسیون 1958 نیویورک حاصل شده عبارت است از جابجا کردن بار دلیل و گذاردن آن به عهده طرفي که به اجرائي رأی اعتراض دارد. توضیح اینکه طرفي که خواستار شناسایی و اجرائي حکم است (محکومٌ لیه) فقط باید نسخه‌ای از موافقتنامه داوري و نیز نسخه‌ای از رأی داوري را ارائه نماید؛ ولي طرفي که معترض است (محکومٌ علیه) مکلف است برای رد درخواست اجرائي حکم دلیل کافی ارائه کند.

**دوم:** از زمان تصویب کنوانسیون 1958 نیویورک به این سو موارد رد درخواست شناسایی یا اجرائي حکم، اساساً به لحاظ آزادي و اختیار بیشتری که در مورد انتخاب قانون آیین دادرسي و نیز قانون ماهوي برای طرفین شناخته شده، کاهش یافته است. با وجود این تحولات، هر کشوري همچنان می‌تواند از شناسایی و اجرائي حکم امتناع ورزد، مشروط بر اینکه طبق قوانین آن کشور دعوي اصولاً قابل

ارجاع به داوري نباشد و يا حکم صادره برخلاف نظم عمومي آن کشور باشد.<sup>47</sup> در بحثهايي که منتهي به تهيه کنوانسيون مربوطه ايجاد مرکز حل و فصل اختلافات ناشي از سرمايه‌گذاري گرديده است، هيچ مشکلي براي توافق بر سر اين اصل کلي که احکام داوري مرکز در محاکم داخلي کشورهاي متعاقد داراي اعتبار قضيه مختومه خواهند بود و لذا قابل تجديد نظر در محاکم مذکور نيستند، وجود نداشته است. البته اين نظر نيز ابراز شده است که اصل کلي مذکور يك استثنا دارد و آن، تباین حکم داوري با نظم عمومي کشور محل اجراي رأي است. طبق اين نظر، هيچ کشوري ملزم نيست در مواردی که شناسايي و اجراي رأي با نظم عمومي آن معارض است، رأي را شناسايي و اجرا کند. اشکالي که اين اظهار نظر به دنبال دارد آن است که اگر تعارض رأي با نظم عمومي، به عنوان يك استثنا بر اصل کلي (شناسايي رأي به عنوان قضيه مختومه) قبول شود،

---

47. See Broches, "Promotion of the Improvement of Conventions on Arbitration", Cooperation among Arbitration organizations, pp. 325-337 (Milan 1970), translated and republished as: "Promotion du perfectionnement des conventions en matiere d'arbitrage", Revue de l'arbitrage, No. 4, pp. 271-284 (1969).

ناگزیر باید برای کلیه کشورها قابل استناد باشد - از جمله همان کشوری که خود طرف دعوی بوده است - و این، تهدید و زیان خطرناکی برای طبیعت الزام آوری رأی داوری خواهد داشت. به همین لحاظ بود که در کنوانسیون تصمیم گرفته شد به طور کلی چنین استثنایی مجاز دانسته نشود.<sup>48</sup>

دعاوی قضایی نزد محاکم و نیز دعاوی داوری نزد مراجع داوری که علیه دولتها طرح می‌شوند همواره با یک خدشه جدی و واقعی ناشی از استناد دولت خوانده دعوی به اصل مصونیت دولت\* مواجه اند و از این طریق مورد حمله و تخدیش واقع می‌شوند.<sup>49</sup>

اصل مصونیت حاکمیت دولت گاهی مانع از صلاحیت نسبت به دعاوی مطروحه در محاکم داخلی همان دولت خوانده دعوی است، ولی

---

**48.** For discussions during drafting stage, see, History, e.g., Vol. II, pp. 424-431 and 899-904.

\*. طبق دکترین یا اصل مصونیت حاکمیت خارجی دولت (Foreign Sovereign Immunity) که عمدتاً یک قاعده مربوط به سیستم کامن‌لا است، نمی‌توان علیه دولت یا دستگاههای دولتی که عهده دار اعمال حاکمیت دولت هستند، در محاکم قضایی یا مراجع داوری طرح دعوی کرد (مصونیت قضایی)، یا حکم صادره علیه آنها را در یک کشور خارجی اجرا نمود (مصونیت اجرایی) و اگر چنین دعوایی علیه آنها طرح گردد، دولت خوانده می‌تواند به اصل مذکور استناد نماید، که خود شرایط و احکام خاصی دارد. م.

**49.** See O'Connell, op.cit., pp. 841 et seq., and Delaume, Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing, pp. 204-208 (1967).

اغلب مانع از صلاحیت محاکم یک کشور خارجی در دعوی مطروحه علیه دولت می‌باشد. بعضی از کشورها قائل به مصونیت مطلق برای دولت هستند و بعضی در مواردی برای دولت مصونیت قضایی قائلند که عمل دولت از جمله اعمال حاکمیت آن باشد و در مورد اعمال تصدی، معتقد به مصونیت نیستند. با توجه به شرایط و مفاد کنوانسیون مورد بحث، در دعوی داوری مطروحه براساس کنوانسیون مذکور، هیچ مشکلی از حیث مصونیت دولت خوانده دعوی به وجود نمی‌آید؛ زیرا خود کنوانسیون این نوع مصونیت را حذف کرده است، چرا که وجود آن اصولاً با اهداف و مقاصد کنوانسیون سنخیت و هماهنگی نداشته است. مصونیت قضایی را باید از مصونیت اجرایی تفکیک کرد. به جز چند استثنای محدود،<sup>50</sup> محاکم داخلی کشورها - حتی در مواردی که به علت محسوب شدن عمل دولت در شمار اعمال تصدی، از مصونیت قضایی صرف‌نظر شده باشد، یا حتی در مواردی که

---

50. E. g., *Socobelge v. Greek State and Bank of Greece*, Civil Trib. Brussels, 30 April 1951, *Journal des Tribunaux*, Col. 298 et seq. (1951) and 47 *Am J. Int'l L.* 508-509 (1953); and *United Arab Republic v. Madame X*, 10 Feb. 1960, *Rec. Off.* 86.1.23, 88 *Journal du droit int'l* 459 et seq. (1961) and 55 *Am. J. Int'l L.* 167 et seq. (1961).



دولت اصولاً آن را قبول نداشته باشد -  
مصونیت اجرایی مطلق را برای دولت  
مذکور قائل هستند.<sup>51</sup>

تهیه‌کنندگان کنوانسیون با این سؤال  
مواجه بوده‌اند که آیا در کنوانسیون شرط  
انصراف دول متعاقد از مصونیت اجرایی را  
قید کنند یا خیر؟ پاسخ کنوانسیون بدین  
سؤال منفی است. بی‌تردید هر کوششی برای  
آوردن چنین شرطی در متن کنوانسیون با  
مخالفت متفق کشورهای در حال توسعه  
روبرو می‌گردد. به‌علاوه مسائل مربوط به  
مصونیت حاکمیت دولت در کلیه کشورها از  
ظرافتها و دقت‌هایی برخوردار است و با  
اینکه دکترین مصونیت حاکمیت بخشی از  
حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌رود، اما رویه  
دولتها و نیز رویه مورد عمل در محاکم  
داخلی چنان اختلاف و گوناگونی را در این  
زمینه نشان می‌دهد که هماهنگی و ایجاد  
یک نظام حقوقی جدید در چارچوب  
کنوانسیون و برای این مسئله، آشکارا با

---

51. B.g., Republique socialiste federative de Yougoslavie v. Societe europeenne d'etudes et d'entreprises, 6 July 1970, 98 Journal du droit int'l 131-139 (1971); Clerget v. Banque Commerciale pur l'Europe du Nord et autres, 2 November 1971, Juriscl. Per., II, 16969 (1972); and New York and Cuba M.S.S. Co. v. Republic of Korea, 13 July 1955, 132F. Supp. 684, S.D.N.Y.

ضيق وقت مواجهه بوده است. در واقع اينك  
كنوانسيون كاملاً روشن کرده كه اصولاً چنين  
قصدی در بين نبوده و به همین لحاظ ماده  
55 مقرر نموده است كه «هيچ چيز در ماده  
54 به معنای انصراف كشور متعاهد از  
مقررات جاری خود در مورد مصونيت اجرائی  
آن كشور یا هر كشور خارجی ديگری نخواهد  
بود». به عبارت ديگر، ماده 54  
كنوانسيون كشور متعاهد را ملزم کرده  
است كه رأی داوری را معادل و همانند با  
احكام نهایی صادره از محاكم داخلی خود  
تلقی نماید. ماده مذکور كشورهای متعاهد  
را به چيزی بيش از اين ملزم نمی‌داند، و  
نيز آنها را متعهد به اجرای اجباری  
آرای داوری مركز - در مواردی كه احكام  
نهایی دادگاههای داخلی كه مشابه با  
چنان رأی داوری است نتواند به اجرا  
درآید - نکرده است.

عده‌ای در مورد مفاد صریح ماده 55  
كنوانسيون انتقاد و اظهار نگرانی  
کرده‌اند؛ در حالی‌كه اين واقعیت را  
نادیده می‌گیرند كه ماده 55 حاوی چيزی  
بيش از بیان رویه دولتها در مورد رعایت  
مصونيت اجرائی دولتها نیست. بنابراین

قلمرو ماده 54 که در ماده 55 به آن ارجاع و اشاره شده با رویه مورد عمل دولتها هماهنگ و همسو است. مثلاً اگر رویه يك کشور متعاقد، در حال حاضر یا در آینده، اجرائی اجباری حکم صادره علیه يك دولت را که در رابطه با اعمال تصدی آن بوده است مجاز بداند، آنگاه تعهد متقابلی برای اجرائی آرائی داوری که در چارچوب کنوانسیون صادر شده نیز خواهد داشت. شاید واقع‌بینانه نباشد که انتظار تغییر مهمی را در رویه مورد عمل دولتها در باب رعایت مصونیت اجرائی دولت داشته باشیم. از سوی دیگر، مسلماً در حال حاضر نیز برخی سیستمهای حقوقی داخلی هستند که قاعده مصونیت محدود قضایی و اجرائی را در مورد دستگاهها و سازمانهای فرعی دولتی رعایت و اجرا می‌کنند، که انتظار داریم این روند همچنان ادامه یابد.<sup>52</sup>

### ج - ارزیابی

بهرتر است با ارزیابی اجمالی نظام حقوقی که طی مواد 53 تا 55 کنوانسیون

---

52. See for a recent examplū N.V. Cabolent V. National Iranian Oil Company, Hague Court of Appeal, 28 Nov. 1968, 9 Int'l L. Mat. 152 (1970), Nederlands jurisprudentie, 69/481.

مقرر گردیده است، از دیدگاه منافع کشور میزبان سرمایه و نیز منافع طرف سرمایه‌گذار به نتیجه‌گیری از مباحث فوق پردازیم. همانطور که در مقدمه گفتیم، یکی از علائق تهیه‌کنندگان کنوانسیون اصولاً دسترسی به توازن منطقی بین این دو گروه از اصحاب دعوی - کشور میزبان و سرمایه‌گذار - بوده است.

مواد 53 تا 55 تقریباً کلیه تضمینها و اطمینان‌هایی را که طرف سرمایه‌گذار می‌تواند آرزو کند، یا می‌تواند با واقع‌بینی انتظار آنها را داشته باشد، برای او فراهم کرده است. اگر طرف سرمایه‌گذار حکمی علیه کشور میزبان یا سازمان‌های تابعه آن تحصیل نماید، کشور مذکور به‌موجب تعهد ناشی از کنوانسیون ملزم به اجرای حکم مذکور می‌باشد. به‌نظر ما بسیار غیرمحمتمل است که چنین کشوری به تعهد خود عمل نکند، مگر در شرایطی که هیچ‌گونه ضمانت اجرای قانونی مؤثری در بین نباشد. حتی اگر محکومٌ علیه، خود کشور متعاهد نباشد بلکه یکی از سازمان‌های تابعه آن باشد، باز هم عقلاً

این امکان وجود دارد که کشور مذکور حکم را اجرا نماید.

کشورهای متعهد نه تنها قانوناً خود را ملتزم به تبعیت از رأی داوری کرده‌اند، بلکه علاوه بر این، تخلف از چنین التزامی را به معنای معارضه و مقابله با جامعه صادرکنندگان سرمایه دانسته‌اند. البته نظر کشورهای مذکور معطوف به این نکته نیز بوده است که چه بسا نتوانند حکم داوری صادره علیه طرف سرمایه‌گذار را در مواردی که محکوم‌له، کشورهای یاد شده می‌باشند، به اجرا درآورند. به‌منظور مطمئن کردن کشورهای میزبان سرمایه در قبال این خطر بوده است که تهیه‌کنندگان کنوانسیون قواعدی را برای اجرای احکام داوری صادره علیه سرمایه‌گذار خصوصی در قلمرو داخلی کشورهای متعهد، در متن کنوانسیون آورده‌اند. با اینکه به‌نظر می‌رسد گویا قواعد مذکور در درجه اول حاوی منافع کشورهای متعهد میزبان سرمایه هستند، ولی به‌نحوی در کنوانسیون بیان شده‌اند که به‌طور کلی در عین حال که قابل اجرا

می‌باشند متضمن منافع بالقوه طرف  
سرمایه‌گذار نیز هستند.