

## ضمانت اجرای احکام داوری بین المللی در زمینه سرمایه گذاری خارجی در کشور ثالث

کوثر کرمی<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان.

### چکیده

هدف این تحقیق بررسی و مطالعه ضمانت اجرای احکام داوری در حقوق داوری در زمینه سرمایه گذاری خارجی در کشور ثالث می باشد که با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و مراجعه به اسناد و منابع معتبر در این زمینه درصدد پاسخگویی به سوالات پژوهش می باشد. تصویب و اجرای مقررات مربوط به تسهیلات مختلف قانونی، تمایل قانونگذاران را در تلاش برای همگامی با تحولات اقتصادی و اجتماعی جهت گسترش و تشویق سرمایه گذاری های خارجی در کشور تأیید می کند. تعیین دستگاه قضائی کشورهای میزبان به عنوان مرجع حل اختلاف و سپردن سرنوشت دعاوی سرمایه گذاران خارجی به مرجع مزبور به لحاظ شائبه عدم بی طرفی آن، علت اصلی دغدغه و نگرانی بسیاری از سرمایه گذاران خارجی است. انتظار سرمایه گذار خارجی دسترسی به یک مرجع قضایی بی طرف و مستقل در صورت بروز اختلاف ناشی از سرمایه گذاری است. اگر چه روش داوری در حل اختلافات مزبور سیستم ترجیحی است، اما در این روش نیز نگرانی از حاکمیت و تسلط احتمالی کشور میزبان می باید به نحوی محسوس از اذهان زدوده شود. مرکز داوری «ایکسید» به عنوان مرجع حل اختلاف سرمایه گذاری های بین المللی که از سوی بسیاری از کشورهای دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است با اهمیت دادن به روش خاص داوری به عنوان روش حل اختلافات سرمایه گذاری، در واقع با رویکردی سخاوتمندانه به اراده طرفین به برقراری توازن میان منافع در کشور میزبان و سرمایه گذار خارجی، از طریق شناسایی تضمین های حقوقی مناسب به جلب اعتماد محسوس پرداخته است. با پذیرش کنوانسیون «ایکسید»، کشورهای متعهد اعم از اینکه از در اختلافات سرمایه گذاری یکی از طرفین باشند و یا به نحوی با آن مرتبط باشند و یا نباشند، پذیرش رای قطعی داوری و اجرای آن را در کشور متعهد می شوند.

**واژه های کلیدی:** داوری اکسید، سرمایه گذاری خارجی، کنوانسیون نیویورک، واشنگتن، مرکز داوری.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## بیان مساله

آن نوع مقررات قانونی مربوط به روابط حقوقی میان کشور و شرکت های تجاری بستانکار و سرمایه گذار خارجی، که الزاما از نظام حقوقی داخلی کشور میزبان با سرمایه پذیر پیروی می کند و هر گونه اختلاف ناشی از سرمایه گذاری های مزبور را در صلاحیت انحصاری دادگاه های داخلی می داند اعتماد و امنیت سرمایه گذارهای خارجی را تضمین نمی کند و از این رو عملا در روابط تجاری بین المللی فاقد جایگاه است

۱

معمولا تردید و نگرانی سرمایه گذاران خارجی نسبت به نظام قضائی کشور میزبان، آنها را به حل اختلافات با روش داوری ترغیب می کند و در اعمال و انجام روش مزبور نیز فراهم ساختن زمینه عادلانه و برقراری برابری حقوقی در کشور میزبان، برای طرف ساختن دغدغه آنها، خواسته مشخص و مؤکد سرمایه گذاران خارجی است. در حال حاضر قوانین ملی کشورها که هدفشان ایجاد حس امنیت و رغبت سرمایه گذاری خارجی است، کارایی و اثربخشی لازم را ندارند. سرمایه گذاران خارجی با پس دادن توان های پر هزینه به این نتیجه رسیده اند که قوانین داخلی به لحاظ تغییرپذیری و یا احتمال لغو آنها برای آنان فاقد تضمین لازم هستند .

۲

شرط حل و فصل اختلافات از طریق داوری، که در پاره ای از قراردادهای میان کشور و سرمایه گذاران خارجی مقرر می گردد، به لحاظ اینکه احتمال بروز موانعی از نظر نظام حقوق داخلی کشور برای رجوع به داوری وجود دارد و یا ممکن است دشواری هائی در ترکیب داوری و قانون حاکم بر ماهیت دعوی و آئین دادرسی و خصوصا از نظر اجرای احکام به وجود آید، نه تنها انگیزه و رغبتی را ایجاد نمی کند، بلکه باعث یاس نیز می گردد.

کشورهای میزبان یا سرمایه پذیر بیشتر در جهان سوم قرار دارند و سرمایه گذاران مختلف خارجی را نیز شرکت های عظیم بین المللی و حتی چند ملیتی تشکیل می دهند که غالباً برخوردار از نفوذ فراوان هستند؛ لذا چون در پاره ای موارد در توافق های بین المللی کشورها یک نوع محدودیت در اختلافات قابل ارجاع به داوری مقرر یا اعمال می شود این امر باعث سلب اطمینان سرمایه گذار خارجی به بی طرفی دادگاهها در حل و فصل اختلافات می شود .

۳

سرمایه گذار خارجی به امکان دسترسی مستقیم به یک دادگاه بی طرف داوری برای حل و فصل اختلافات محتمل میان او و کشور میزبان علاقه دارد، زیرا از این طریق جوازی پیدا خواهد کرد تا به جای تعقیب اختلاف خود از طرق سیاسی به روند حقوقی روی آورد. بنابراین با توسل به روند حقوقی مطلوب بدون اینکه به روابط متقابل دو کشور خدشه ای وارد کند حل و فصل خواهد شد و در نتیجه به اختلاف سیاسی میان دولت متبوع سرمایه - گذار و کشور میزبان نخواهد انجامید. از این رو

۱ لستفا م کرلی، جولینا، سع م لید، لوکاس ی میستلا (۲۰۱۹) دوا ی تج ی بین المللی تطبیق، مترجم: محله حقی مجناه ص ۲۵

۲ مایف همایوف و یقه ویز در ی تقیه محله حقی (۱۳۹۶) مله حقوق دوا ی فضلنه پژوه حقی خصوص، و و ۶ ش و ۲۱ ص ۲۱

۳ علوم یه سع محله ضوا و آ زا سع یسلح (۱۳۹۴) دوا ی نه و جایگا لاد ردوا ی تج ی یه المللی فضلنه پژوه حقی خصوص، لما سع ش و ی ز هم ص ۱۲

دادرسی بی طرفانه نه در یک سیستم قضائی، بلکه در داوری در یک کشور بی طرف و در یک دادگاه بی طرف مورد خواسته آنهاست. توافق به حل و فصل اختلافات به وسیله داوری، که بر مبنای قرارداد حقوق خصوصی انجام می شود، به لحاظ بروز مشکلات عملی مختلف، باعث می شود که کشورهای صادر کننده و با سرمایه گذار تعهد بین المللی را بر داوری ترجیح دهند عهدنامه هائی که با موضوعات سرمایه گذاری میان کشورها منعقد می شود سعی در خروج اختلافات احتمالی از نظام حقوق داخلی کشورهای سرمایه پذیر و قرار دادن آن در یک قالب بین المللی دارد تا از آن طریق در رجوع به آئین های دادرسی از نوع غیرملی برای فیصله اختلافات تعهد بین المللی ایجاد شود .<sup>۴</sup>

البته وضع و ایجاد نظام مزبور از نظر برخی از کشورهای سرمایه پذیر، به جهت اینکه تعهد مزبور به عنوان شرط دریافت سرمایه های خارجی به شمار می آید، اساساً به مثابه خدشه بر حاکمیت آنان تلقی می شود. این قبیل کشورها معاهدات مربوط به حمایت از سرمایه گذاری های خارجی را نشانی از حمایت سیاسی می دانند. به نحوی که کشورهای متبوع سرمایه گذاران خارجی حق مداخله در اموری را پیدا می کنند که در واقع داخل در صلاحیت های ملی کشورهای میزبان است. از این رو انعقاد عهدنامه های دو جانبه ای که به موجب آن اساساً داوری های موردی به عنوان طریقه حل اختلاف میان کشورهای سرمایه گذار و کشور های سرمایه پذیر مقرر می شود به نحوی تحمیل می شود که اگر به جای آن معاهده ای چند جانبه موجود داوری سازمانی با مشارکت کشورهای سرمایه گذار و سرمایه پذیر منعقد شود، تعهد پذیرش داوری از حالت غیر شخصی جدا شود و در نتیجه مراجعه مستقیم سرمایه گذاران خارجی به مراجع بین المللی تأمین می گردد و این خود در تعدیل و تخفیف برتری موقعیت کشور سرمایه گذار تأثیر به سزائی خواهد داشت. مجرد خروج وضعیت اختلاف از جنبه شخصی اسباب خروج آن را از حالت سیاسی فراهم می آورد و بدین ترتیب مسأله صرفاً حقوقی می شود.

انعقاد کنوانسیون داوری موسوم به «ایکسید»، تأسیس «مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری» را تدارک دیده است که با برخوردی از ارکان تخصصی نظیر شورای اداری، دبیر خانه و هیات های سازش و داوری به عنوان یک مرکز بین المللی مرجعیت جهانی حل اختلاف میان اشخاص و کشورها شناخته شده است به همین دلیل، به تدریج اقبال بین المللی را بر انگیخته است و کشورهای زیادی تاکنون به آن ملحق شده اند.

با توجه به این مقدمات، سوال اصلی این تحقیق این است که ضمانت اجرای احکام داوری بین المللی در زمینه سرمایه گذاری خارجی در کشور ثالث به چه صورتی است؟

۴ سلیمانیا، عسگر (۲۰۰۱) جایگاه داور و رفع و فصل اختلافات جزو رقابتها تجاری چطور در کشورها می شود رچشم الا ز

## ۱. مفهوم داوری

«داوری» در لغت به معنای قضاوت، حکمیت، محاکمه، حکومت و حکم است. گفته شده است که داور در اصل دادور بوده، به معنای صاحب داد که برای آسانی تکلم، دال دوم آن حذف شده است. داور کسی است که درباره‌ی موضوعی که به او ارجاع شده است قضاوت می‌کند و در مورد این که حق با چه کسی است، اظهار نظر می‌کند. یکی از صفات خداوند «داور» بودن است، زیرا خداوند در روز جزا در خصوص اعمال بندگان قضاوت و حکم می‌کند.

به نظر رنه داوید، داوری ابزاری است که بوسیله‌ی آن، حل یک مسأله‌ی مورد علاقه دو یا چند شخص، به یک یا چند شخص دیگر، داور یا داوران سپرده می‌شود که اختیارات خود را از توافق خصوصی و نه از مقامات یک دولت می‌گیرند و قرار است بر اساس چنین توافقی به موضوع رسیدگی کنند و درباره‌ی آن تصمیم بگیرند.

از آن جا که داوری سازوکاری پویا و متحول برای حل اختلاف است که حسب قانون رویه‌ی بین‌المللی متفاوت می‌شود، قوانین ملی سعی نمی‌کنند تعریفی نهایی از آن ارائه دهند. بنابراین، در برخی قوانین هر چند تعریفی از داوری به دست نمی‌دهد، ولی نکاتی روشن و اصولی در مورد انتظارات از داوران بیان می‌دارد.

## ۲. شرایط تعیین قانون حاکم بر اساس موافقت‌نامه داوری

تعیین قانون قابل اعمال یا حاکم، یک علم و عمل مستقل در روند حل و فصل اختلافات در دادرسی‌های دادگاهی می‌باشد. در داوری تجاری بین‌المللی نیز این یک موضوع بسیار اساسی است. در واقع مشخص شدن قانون یا قواعد حقوقی که برای ارزیابی حقوق و تکالیف طرفین لازم است مهم‌ترین موضوع داوری بین‌المللی می‌باشد و نه تنها از لحاظ حقوقی، بلکه از جنبه‌ی عملی نیز بر هر داوری تأثیر گذار است.

بر این اساس، در هر اختلافی باید ابتدا بررسی شود که آیا آنچه منظور قرارداد بوده عمل و حاصل شده است یا خیر؟ برای مثال آیا کیفیت یا اوصاف کالا یا تحویل آن یا انجام موضوع قرارداد یا پرداخت بهای آن همان چیزی است که طرفین در قرارداد می‌خواسته‌اند و توافق کرده‌اند؟ یعنی ابتدا باید قصد طرفین را معین کرد و سپس این قصد را ملاک بررسی قرارداد که آیا عملی شده است؟ این همان چیزی است که دادگاه‌ها در رسیدگی به ماهیت دعوا انجام می‌دهند و ناگزیر دیوان‌های داوری نیز باید چنین کنند.

در رسیدگی‌های دادگاهی، دادگاه‌ها باید قانون حاکم بر دعوا را تعیین کنند. برای این منظور آن‌ها لزوماً به قواعد حل تعارض مقرر خود رجوع می‌کنند و هر قانونی را که این قواعد مشخص کنند، اعمال می‌نمایند. این قانون ممکن است قانون

۵ بهمن، مه‌ز ۳۸۲، نشر علمی و حقوقی، تهران، مؤسسه فرهنگی راه به برهان

\*Arbitration.

۳ جولیا، ج ۱، لودس، استیو، لستفا، م کرلی، ۳۹۱، دوا، ی تجاری بین‌المللی، تطبیق، ترجمه، محله حبی، مجله، اتنل رات مفید، چاپ اول، ص ۲۸

منتخب طرفین یا هر قانون دیگری مانند قانون محل اجرا، انعقاد یا تابعیت طرفین قرارداد یا قانون کشوری که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد دارد، باشد. بنابراین، در رسیدگی های دادگاهی، این قواعد حل تعارض ملی دادگاه است که قانون حاکم را تعیین می نماید.

بحث تعیین قانونی که باید بر ماهیت دعوا اعمال شود، یکی از موضوعات پیچیده‌ی داوری بین المللی است. این موضوع که با عناوینی همچون «انتخاب داوران»، «قانون قابل اعمال»، «قانون حاکم»، «قانون مناسب» نیز شناخته می شود، بخشی از حوزه‌ی عام حقوق بین الملل خصوصی تعارض قوانین است. این موضوع به طور معمول در سراسر جریان داوری بین المللی (یا با عنصر خارجی) مطرح می باشد. در مرحله‌ی نخست، این داوری باید بر طبق یک آیین یا تشریفات داوری ویژه برگزار شود که تعیین یا انتخاب قواعد رسیدگی مطرح می باشد. سپس، ممکن است اعتبار یا وجود موافقت‌نامه‌ی داوری مورد اعتراض قرار گیرد و داور باید با مراجعه و استناد به یک قانون در این خصوص تصمیم گیری کند که در اینجا نیز قانون قابل اعمال بر اعتبار یا وجود قرارداد مطرح است. سرانجام و مهم تر آنکه داور باید قانونی را برای رسیدگی به ماهیت (اصل) دعوا و صدور رأی نهایی، اعمال نماید تا حد زیادی به روند اجرا یا اداره داوری و قانونی که توسط داور اعمال می شود، بستگی دارد. بنابراین، روشی که داور بر طبق آن در مراحل مختلف داوری یعنی، اداره و برگزاری داوری، تصمیم گیری در مورد وجود اعتبار قرارداد داوری، مرحله رسیدگی به ماهیت دعوا و صدور رأی نهایی، به قانون حاکم دست خواهد یافت، برای طرفین دعوا از اهمیت ویژه‌ی برخوردار است و آن ها باید مراقب آن باشند.

لذا در رابطه با اصول حاکم بر رسیدگی داوری باید گفت؛ مساله مقررات مربوط به نحوه رسیدگی داوری را دو امر تشکیل می‌دهد: یکی اصل حاکمیت اراده و اراده داوری بر اساس توافق طرفین و دیگری که ناظر به موارد سکوت طرفین است، اصل انعطاف‌پذیری و آزادی داوران در اداره جریان داوری است. دو اصل حاکمیت اراده و انعطاف‌پذیری حتی در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی هم ذکر شده است. ماده‌ی ۴۷۷ این قانون مقرر داشته است که داورها در رسیدگی و رأی تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.

در عین حال، برخی از حقوق دانان بر این اعتقادند که آزادی طرفین و داوران در نحوه رسیدگی بی حد و حصر نیست، دست کم دو اصل اجباری دادرسی را به دنبال خود آورده است. اصول مزبور از جمله قواعد مربوط به نظم عمومی دادرسی هستند و عبارتند از اصل بی طرفی و رفتار مساوی با طرفین و اصل رعایت حق دفاع.

<sup>۸</sup> Choice of law

<sup>۹</sup> Applicable law

<sup>۱۰</sup> Governing law

<sup>۱۱</sup> Proper law

<sup>۱۲</sup> نیکبخت، حمید، (۱۳۹۸)، دوا بی تج بی بی المللی (آی بی دوا بی)، نشر مجد، ص ۴

<sup>۱۳</sup> نیکبخت، حمید، (۱۳۸۸)، دوا بی تج بی بین المللی، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های بزرگانی، ص ۳۸۶.

اصل بی‌طرفی، اصلی بدیهی است که نیاز به استدلال ندارد. جلوه‌های این اصل در مقررات مختلف دیده می‌شود. داور همواره وظیفه دارد هر اوضاع و احوال جدیدی که بتواند استقلال و بی‌طرفی او را زیر سوال برد به طرفین اطلاع دهد و اصولاً موضوع جرح برای اطمینان از بی‌طرفی و استقلال داور مورد توجه قرار گرفته است. ماده‌ی ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز بیان داشته است که «رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد...».

طرفین قرارداد داوری ممکن است به جای انتخاب «قانون» یک کشور، «قواعد حقوقی» را به عنوان قانون حاکم بر دعوی خود برگزینند. انتخاب قواعد حقوقی توسط طرفین تنها در صورتی ممکن می‌باشد که قواعد حل تعارض قابل اعمال، چنین اختیاری را به آنان اعطا نماید. اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قواعد حقوقی در برخی از اسناد و قوانین به رسمیت شناخته شده است، اما آزادی دیوان داوری در انتخاب این قواعد محدود می‌باشد. با این وجود امروزه در پرتو دیدگاه غیرملمی نمودن داوری، آزادی این دیوان‌ها در حال گسترش می‌باشد. در اسناد، دعاوی و قراردادهای بین‌المللی، قواعد و اصولی رشد و نمو نموده و در حال توسعه می‌باشند که تحت عنوان «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» شناخته می‌شوند.

پس از ارجاع اختلاف طرفین به داوری، دیوان داوری باید به آن رسیدگی نموده و رأی نهایی خود را صادر نماید. دیوان می‌تواند بسیاری از اختلافات ارجاعی مانند مطابقت کالا با قرارداد و پرداخت ثمن را به طور مستقیم از طریق تفسیر و اعمال شروط قرارداد و بدون ارجاع به مقررات یک قانون خاص، حل و فصل نماید. در برخی از موارد نیز که امکان صدور رأی صرفاً بر مبنای شروط قراردادی طرفین ممکن نمی‌باشد، دیوان داوری باید ضرورتاً به یک قانون یا مجموعه قواعد حقوقی رجوع نماید. چنین قانون یا قواعد حقوقی ممکن است توسط طرفین قرارداد به صورت صریح یا ضمنی تعیین شده باشد و در صورت فقدان چنین انتخابی، دیوان داوری آن را تعیین و اعمال خواهد نمود.

### ۳. مبنای گسترش شرط داوری به اشخاص ثالث

«هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قایل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذی نفع بداند، می‌تواند مادامی که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقت‌نامه و آئین داوری و «داور» را بپذیرد و ورود وی مورد ایراد هیچ کدام از طرفین واقع نشود.»

در داوری‌هایی که مانند رسیدگی‌های قضایی می‌باشد، مسائل مربوط به اشخاص ثالث در موارد متعددی ممکن است مطرح شود. به عنوان مثال، علاوه بر طرفین اصلی، ممکن است اشخاص ثالث ورود پیدا کنند و روند رسیدگی، داوری سه جانبه پیدا کند. این مبحث تنها بر تسری داوری به اشخاص ثالث متمرکز است.

این یک قاعده‌ی کلی است که موافقت‌نامه‌ی داوری تنها برای کسانی الزام‌آور است که با آن موافقت کرده‌اند. اما در عمل، در رویه‌ی قضایی سوئیس و نظریه‌ی حقوق دانان در مورد این قاعده برخی استثنائاتی وجود دارد.

#### ۱-۳ فرض رضایت شخص ثالث

<sup>۱۴</sup> شیروز، محمد الحلیق، ۳۸۵، ۱، ۲۰۰۹، قانون نمونه آنستید لا رضو ص نطاش تجاری بین‌المللی، مجله اندیشه‌های حقوقی، ص ۸۹

مسائل مربوط به رضایت در مواردی مطرح می شود که شرط داوری قرار است به طرف‌های ثالث که قرارداد را امضاء نکرده اند یا آن را به سمت و ظرفیت متفاوتی امضاء کرده اند تسری یابد.

### ۲-۳ فرض رضایت صریح شخص ثالث

این فرض ناظر به مواردی است که شخص غیر امضاء کننده‌ی شرط داوری، به صورت صریح و کتبی رضایت خود را مبنی بر الزام قرارداد داوری منعقد شده بین طرفین اصلی، بیان می کند. اظهار رضایت صریح ممکن است به صورت کتبی باشد یا شفاهی. بیان شفاهی صرف نظر از مشکلات اثباتی که در پی دارد، با این مشکل مهم روبه روست که در برخی از نظام‌های حقوقی، کتبی بودن شرط داوری الزامی است. بنابر این در صورتی که قانون حاکم بر قرارداد داوری کتبی بودن شرط داوری را ضروری بداند ممکن است اظهار شفاهی رضایت ثالث، از سوی دیوان داوری پذیرفته نشود.<sup>۵</sup>

«به نظر می رسد که صرف رضایت صریح شخص ثالث نیز در مواردی، نمی تواند منجر به گسترش شرط داوری به وی شود. در واقع تسری شرط داوری مستلزم آن است که دیوان داوری احراز کند، اراده مشترک تمام طرف‌های قرارداد بر این بوده که حقوق و تعهدات ناشی از شرط داوری به شخص ثالث نیز تسری پیدا کند.»<sup>۶</sup>

### ۳-۳ فرض رضایت ضمنی شخص ثالث

در همه موارد شخص ثالث رضایت خود را به طور صریح بیان نمی کند. «در فرض فقدان توافق صریح بر داوری، طرف دعوا می تواند برخی مواقع با رضایت ضمنی، شخص ثالث را در جریان داوری درگیر نماید.» در واقع اوضاع و احوال ویژه ای وجود دارد که دیوان داوری می تواند با احراز آنها، رضایت ضمنی شخص ثالث را اثبات نماید. در این موارد رضایت شخص ثالث بیشتر از افعال و رفتار او مانند مشارکت فعال در مذاکره یا اجرای قرارداد حاوی شرط داوری، استنباط می گردد.

تئوری رضایت ضمنی شخص ثالث خود ممکن است در قالب نظریه های حقوقی مختلفی بیان گردد. مهم ترین نظریه های موجود در خصوص رضایت ضمنی عبارت است از تعهد ضمنی و دکترین گروه شرکت‌ها. تئوری تعهد ضمنی، بیشتر در روابط بین شرکت اصلی با شرکت های فرعی تابع آن مطرح می شود. این موضوع به ویژه در جایی بروز می کند که شرکت فرعی که اقدام به انعقاد قرارداد داوری نموده است، جهت انجام تعهدات قراردادی خویش سرمایه کافی ندارد. در اینجا طرف قرارداد تلاش دارد که شرکت مادر و اصلی را در روند داوری وارد نماید که در واقع کنترل کننده شرکت فرعی است. «مدعی تسری شرط داوری به موجب تئوری تعهد ضمنی، باید وجود تعهد ضمنی شرکت مادر را نسبت به اعمال شرکت فرعی تابع آن اثبات نماید.»

دکترین گروه شرکت ها، دارای منشأ فرانسوی است و در دیگر کشورها به طور گسترده پذیرفته نشده است. بر اساس این دکترین شرکت های عضو یک گروه هر چند دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند، اما می توان آنها را در یک واحد

۵۵ کاشانی، شیخانی: (۱۳۹۱) دوا یی علی مخطاد رقیه جلیلی دوا یی علی لبزرگانی مجله پژوهش های حقوقی و ۱۹ ص ۱۳۴

۱۶ هفت ۸



اقتصادی برشمرد و یکی از شرکت های عضو گروه که قرارداد داوری را امضا نکرده و رضایت صریحی نیز ابراز ننموده اند، می توانند از مزایای قرارداد داوری که شرکت دیگری از اعضای گروه امضاء کرده است، استفاده کنند و حتی از سوی طرف های دیگر به آن قرارداد داوری ملزم شوند. «این تجزیه و تحلیل بر روی پیوندها و ارتباطات بین شرکت های دارای شخصیت حقوقی مستقل در یک گروه و نقش نسبی آن شرکت در انعقاد، اجرا و انقضای قرارداد مربوط متمرکز است.»

دکترین گروه شرکت ها بر این مبنا استوار است که گروه باید به عنوان یک مجموعه و یا یک واحد اقتصادی نگریسته شود. صرف عضویت شرکت امضا کننده در گروهی از شرکت ها، جهت تسری شرط داوری منعقد شده از سوی یکی از اعضای گروه، به شرکت غیر امضا کننده کافی نیست، در واقع حداقل اثبات قصد یا رضایت ضمنی طرفین قرارداد داوری برای ملزم کردن شرکت غیر امضاء کننده به جریان داوری ضروری است.

#### ۴-۳ فرض فقدان رضایت شخص ثالث

مواردی وجود دارد که دیوان های داوری شخص ثالثی را ملزم به داوری می نماید در حالی که رضایت صریح یا ضمنی وی نسبت به داوری احراز نشده است. استدلال ها و نظریه های حقوقی مختلفی در فرض عدم رضایت شخص ثالث و غیر امضا کننده قرارداد داوری ارائه شده است.

یکی از مهم ترین نظریات ابراز شده، «دکترین» عبور از شخصیت حقوقی شرکت است. این دکترین به معنای صرف نظر کردن از شخصیت حقوقی شرکت و ملزم نمودن سهامداران شرکت در برابر تعهدات شرکت است. هدف از این نظریه، کشف هویت صاحبان اصلی شرکت است. انگیزه اصلی خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، یافتن ذینفع واقعی است و در عمل ممکن است برای هدف قرار دادن عضوی از این شرکت باشد که دارای بیشترین اعتبار است. این تئوری معمولاً محدود به مواردی است که سهامداران شرکت رفتاری توأم به سوء استفاده از حق، تقلب یا کلاهبرداری دارند.<sup>۷</sup>

دیگر تئوری در این زمینه قاعده «استاپل» است. استاپل یک قاعده مربوط به اثبات دعوا یا قاعده ای حقوقی است که شخص را از انکار حقیقت داشتن اظهار قبلی اش یا انکار وقایعی که قبلاً مدعی آنها بوده، منع می کند. این قاعده ممکن است تحت عنوان «منع سوء استفاده از حق»، «ضرورت حسن نیت» یا «منع تناقض گویی به ضرر دیگری» مطرح شود. شرایط شمول و صدق قاعده استاپل این است که اولاً امتیازی نصیب طرف مشمول قاعده شود (کسی که اظهارات متناقض نموده است) و ثانیاً ضرری متوجه طرف اعتماد کننده به این اظهارات گردد. فقدان هر کدام از این دو شرط، نافی سوء نیت است.

<sup>۱۷</sup> شهبان نیل مرتضی و دیگران (۱۳۹۰)، «راز شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب نکود رحتی اذنا و انگلیه» مجله حقوقی، ص ۹۴۹، ش ۵، ص ۹۴۹.

<sup>۱۸</sup> لمانل، گالی (۱۳۸۶) «قاعده لمانل یا منع تناقض گویی به ضرر دیگری» ترجمه و تلخیص: ناصر صبحی، مجله حقوقی، ش ۶، ص ۱۳۶۵.



قاعده مذکور مبتنی بر عقل و عدالت بوده و علاوه بر آن که قاعده ای حقوقی است می توان آن را اصلی اخلاقی نیز به حساب آورد. در واقع استاپل تناقض یا حيله منجر به بی عدالتی را ممنوع می سازد. قاعده مذکور در حوزه داوری دارای دو قلمرو است، اول اینکه طرف امضا کننده قرار داد داوری که از منافع قرار داد حاوی شرط داوری استفاده می کند، نمی تواند ادعا نماید که شرط داوری نسبت به ثالث غیر امضا کننده قابل اعمال نیست. دوم اینکه شخص ثالثی که از قرارداد حاوی شرط داوری نسبت به نفع خود استفاده کرده است، نمی تواند برای جلوگیری از اعمال شرط داوری نسبت به خود، به عدم امضاء قرار داد کتبی استناد نماید.

«تئوری نمایندگی» و «تئوری شخص ثالث ذینفع» از جمله دیگر نظریات ارائه شده در خصوص فرض فقدان رضایت شخص ثالث است. رسیدگی های داوری چند طرفه ممکن است از یک موافقت نامه داوری مندرج در اساسنامه یک شرکت ناشی شود، به گونه ای که همه سهام داران ملزم به آن موافقت نامه داوری باشند در فرض چندین موافقت نامه داوری چند جانبه رضایت رسیدگی های داوری چند جانبه می تواند از چندین قرارداد همراه با شرط داوری که اولاً، برای داوری با مشخصات یکسان مقرر شده است و ثانیاً، ارجاع صریحی به قرارداد دیگر دارد، فهمیده و اثبات شود حتی اگر طرفین، رسیدگی چند طرفه در موافقت نامه های داوری خودشان را را رد کرده اند، داوری چند جانبه ممکن است، از قانون داوری حاکم ناشی شود. «در داوری های چند طرفه، به جای آن که چند داوری به موازات هم تشکیل و رسیدگی کنند، یک جریان رسیدگی واحد شکل می گیرد. این امر به دو دلیل قابل توجیح بوده و بر رسیدگی های متعدد و موازی ترجیح داد: دلیل اول که در واقع دلیل اصلی است عبارت است از ضرورت اجتناب از صدور آرای متعارض و دلیل دوم، ریشه در اجتناب از دوباره رسیدگی کردن به یک موضوع دارد. «موضوع و بحث داوری های چند طرفه» وقتی جایگاه دارد که داوری به عهده هیأت سه نفره باشد. اگر تمام طرفهای داوری موافقت بر داور منفرد داشته باشند، این بحث منتفی است. یا اگر تعداد داورها را بیش از سه نفر تعیین کرده باشند باز هم سالبه به انتفاء موضوع است، زیرا هیأت داوری به همان تعدادی تشکیل می شود که طرفیت قرارداد داوری تعیین کرده اند.»

#### ۴. ضمانت اجرای آرای داوری در باب سرمایه گذاری در کشور ثالث

قوانین «داوری تجاری بین المللی»، «الحاق ایران به کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی» و «قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی» که به ترتیب در سال های ۱۳۷۶ و ۱۳۸۰ و ۱۳۸۱ از سوی قانون گذاران کشورمان تصویب شده است، نشانگر تمایل و اراده کشور در ایجاد بستر مناسب قانونی به منظور جلب و جذب سرمایه و فناوری های خارجی و ملاً توسعه اقتصادی پایدار است. تصویب معافیت مالیاتی ۱۵ ساله سرمایه گذران در مناطق تجاری آزاد، تاسیس مناطق تجاری آزاد و سرمایه گذاری خارجی در این مناطق و حتی یکسان سازی نرخ ارز و امثال آن نیز تحولات تسهیلی

<sup>۱۹</sup> انتظاریه، وگدر زو دیگر نا (۱۳۸۳) و به قاعده مللاید ر حقو انگلی و لریک «، مجله حقو، ش ۳۰، ص ۱۳.

<sup>۲۰</sup> شم، شوم (۱۳۸۹) دوا ی کل چند طرف، مباحث از دوا ی کل به لملیل، مجموعه همای کل مرکز مطلق ی توه نا، جل هم، ص ۱۴۲

<sup>۲۱</sup> و به معنی، لطمه (۱۳۸۸) دوا ی به المللاید ر حقو بلز ریگ، توه نا، نشر با دگست، چا هم، ص ۲۱۷.

در جهت تشویق سرمایه‌گذاری‌های خارجی را نشان می‌دهد. رشد روز افزون مناسبات بین‌المللی ناشی از سرمایه‌گذاری‌های خارجی، ناگزیر پاره‌ای اختلافات حقوقی مرتبط با آن را نیز به دنبال دارد و مسلماً فضای اطمینان و اعتماد متقابل طرفین در حل و فصل اختلافات مزبور، تداوم سرمایه‌گذاری‌های خارجی را فراهم خواهد ساخت.

اگر چه کشورمان به دلیل تصویب کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک عملاً متعهد به شناسائی آرای صادره دیوان داوری مرکز «ایکسید» است. زیرا به تصریح این کنوانسیون، متعهدین ملزم به رسمیت شناختن آرای داوری خارجی از جمله آرای داوری ایکسید و اجرای آنها در قلمرو خود هستند (جلالی: ۶۷۰). لکن وجود موانع اساسی فرا راه اجرای آن، ممکن است دشواری‌هایی جدی در اجرای کامل آرای داوری ایکسید به وجود آورد. از این رو الحاق ایران به کنوانسیون داوری ایکسید که نام دیگر آن «کنوانسیون واشنگتن» است گام تکمیلی در بسترسازی کامل و مناسب برای سرمایه‌گذاران خارجی و پر کردن خلاء حقوقی موجود خواهد بود.

«مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع دیگر کشورها» که با انعقاد کنوانسیون تأسیس گردیده است در واقع پاسخی مناسب به یک نیاز بین‌المللی به حساب می‌آید. انعقاد «کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها و اتباع دیگر کشورها»، با نام اختصاری «ایکسید»، منجر به ایجاد «مرکز حل اختلاف» شده است که مقر آن در محل بانک جهانی یعنی شهر واشنگتن امریکا قرار دارد. ارکان مهم این مرکز شورای اداری و دبیرخانه است. شورای اداری متشکل از نمایندگان کشورهای عضو، و دبیرخانه متشکل از دبیر کل، معاونین و کارکنان آن است. رئیس بانک جهانی رئیس شورای اداری ایکسید نیز تلقی می‌شود. در مرکز مزبور «سازش و داوری» طرق پیش‌بینی شده برای حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری‌های خارجی است. رسته‌هایی مانند سازشگران یا «مصلحین» و همچنین «داوران» در رکن تخصصی مرکز قرار دارند. «ایکسید» یا «کنوانسیون واشنگتن» که از سال ۱۹۶۶ قدرت اجرائی پیدا کرده، از سوی ۱۵۷ کشور امضا شده است و در حدود ۱۳۹ کشور نیز آن را تصویب و به مورد اجرا گذاشته‌اند.

در حل و فصل اختلافات میان یک کشور و اتباع سایر کشورها، اساساً نظام خاص داوری که با دیگر داوری‌ها تفاوت دارد، مورد پذیرش «مرکز ایکسید» قرار گرفته است. اما گرایش ارادی که ویژگی اساسی داوری است، در این نظام نیز جایگاه خاص خود را دارد، به نحوی که در تشکیل دادگاه داوری و تصمیم‌گیری‌های آن، طرفین دعوی همچنان تعیین‌کننده هستند و نقش عمده را ایفا می‌کنند.

چشم‌گیرترین مورد در داوری ایکسید توجه به برقراری تعادل و توازن میان منافع کشور میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است که با ایجاد تضمین‌های حقوقی مناسب امکان جلب اعتماد و اطمینان سرمایه‌گذاران خارجی به صورت واقعی فراهم شده است و این خود علت وجودی اصلی کنوانسیون به شمار می‌آید.

می‌توان ادعا کرد که داوری ایکسید حس بی‌اعتمادی و تردید سرمایه‌گذاران خارجی را نسبت به کشورهایی که در آنجا سرمایه‌گذاری می‌کنند، به طور محسوس برطرف ساخته و شرایطی مناسب و محیطی مطلوب را برای رقابت حقوقی نه سیاسی با یک دولت از جهت داشتن موقعیت برابر و مساوی فراهم ساخته است. به این ترتیب، کشور میزبان ضمن اینکه امکان جذب سرمایه خارجی را به دست می‌آورد، در عین حال از منافع و مصالح خود نیز عدول نمی‌کند و مجبور به دادن پاره‌ای امتیازات

نامتعارف نمی‌شود. آثار چنین امری، و فراهم ساختن برابری حقوق و منافع طرفین در رجوع به داوری، تشکیل هیأت داوران، آثار رأی و در نهایت اجرای رأی و مراحل آن است.

شناسائی نظام داوری ایکسید که از طریق الحاق کشور به معاهده تحقق می‌یابد، صلاحیت اقامه دعوی در دادگاه ایکسید را برای سرمایه‌گذاران خارجی فراهم می‌سازد که به نوبه خود در جهت تضمین حمایت از سرمایه‌گذار خارجی گام مهمی به شمار می‌رود، زیرا چنین امری امکان دسترسی به یک دادگاه بی‌طرف جهت فیصله دادن به اختلافات احتمالی میان سرمایه‌گذار و کشور سرمایه‌پذیر (میزبان) را تأمین می‌کند. مزیت این امر، دادن اختیار به سرمایه‌گذار خارجی برای پیگیری اختلاف خود از طریق حقوقی و غیرسیاسی است. از این‌رو اختلاف احتمالی مزبور، به اختلاف میان کشور متبوع سرمایه‌گذار و کشور میزبان تبدیل نخواهد شد و دو کشور خواهند توانست همچنان به روابط خود تداوم بخشند.

در گروه‌بندی اختلافات بین‌المللی که به اعتبار طرفین آن انجام می‌شود، گروه نخست به اختلافات میان دولت‌ها با یکدیگر و گروه دوم به اختلافات میان اشخاص حقوق خصوصی و گروه سوم نیز به اختلافات دولت‌ها و اشخاص خارجی حقوق خصوصی اختصاص می‌یابد. در کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها با اتباع دولت‌های دیگر که موضوع داوری «ایکسید» است، نوع سوم اختلافات قابل طرح و رسیدگی است.

در مقایسه با اتاق تجارت بین‌المللی پاریس (ICC) که یک نهاد خصوصی بین‌المللی به حساب می‌آید و از سوی بخش خصوصی ایجاد شده است و دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) که تشکل عمومی بین‌المللی است، مرکز داوری «ایکسید» دارای ماهیت متفاوت و به واقع دوگانه‌ای می‌باشد. زیرا هر چند ایجاد آن به وسیله کشورها صورت گرفته اما اشخاص خصوصی نیز می‌توانند در آن طرف دعوا قرار گیرند. از این‌رو کنوانسیون ایکسید معاهده‌ای است که اشخاص موضوع حقوق خصوصی را به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل به رسمیت می‌شناسد. سابقه طولانی این مرکز در رسیدگی‌های مربوط به اختلافات سرمایه‌ای که موجد رویه‌های قضائی داوری نیز شده یکی از منابع مهم در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به شمار می‌رود. همراه با مقررات قابل انعطاف آن، عمده نگرانی و بی‌رغبتی را که از سوی پاره‌ای کشورها از جمله کشورهای امریکای لاتین وجود داشته، به تدریج با جلب اعتماد دولت‌ها و بازرگانان برطرف ساخته است به نحوی که با الحاق برخی از آنها مانند آرژانتین دعای عیدیه- ای راجع به سرمایه‌گذاری در نزد مرکز مزبور امکان طرح پیدا کرده است (جلالی: ۶۳).

در حل و فصل اختلافات سرمایه‌ای «ایکسید»، سازش خود روش حل و فصل جداگانه‌ای است و غالباً در موارد عدم حصول نتیجه در آن، گزینه‌های دیگر از جمله داوری مورد رجوع قرار می‌گیرد. آرای صادره در سازش الزام‌آور نیست و مقررات اعتبار امر مختومه نیز آرای مذکور را در بر نمی‌گیرد (همان). اگر چه هر دو طرف قرارداد یعنی دولت و سرمایه‌گذار خارجی امکان عملی توسل به روش‌های سازش و داوری برای حل اختلاف را دارند، اما سرمایه‌گذاران خارجی عمدتاً آغازگران و مراجعین آنها هستند و کشورهای میزبان به ندرت در سمت خواهان قرار می‌گیرند.

در رکن تخصصی سازش و داوری مرکز ایکسید، مقررات خاصی توسط هیات‌هایی که مرکب از اشخاص مطلع و مجرب هستند، مورد استفاده قرار می‌گیرند. البته مرکز ایکسید خود مباشرت مستقیمی در امر سازش و یا داوری نمی‌کند، بلکه با برخورداری

از هیات‌هائی متبخر، زمینه‌سازی لازم برای تعیین مصلح و یا داوران را به عمل می‌آورد. دولت و سرمایه‌گذار خارجی با پذیرش روش حل و فصل اختلاف «ایکسید» در واقع تمایل خود را به توصیه مصلح و یا التزام خود را به رأی داوری آن اعلام می‌کنند.

کشورهای متعاهد «ایکسید» اعم از اینکه طرف اختلاف باشند، یا نه و اعم از اینکه مرتبط با اختلاف باشند، یا نه، با پذیرش رأی داوری که منطبق با کنوانسیون صادر و به قطعیت رسیده باشد، اجرای آن را در کشور خود متعهد می‌شوند. ماده ۵۴ کنوانسیون با وضع این مقررات ویژه تأکید دارد که هر دولت طرف قرارداد رأی صادره بر اساس کنوانسیون ایکسید را باید به رسمیت بشناسد و تعهداتی را که رأی مزبور در قلمرو آن کشور ایجاد می‌کند، شناسائی کند به نحوی که گوئی از دادگاه داخلی خودش صادر شده است.

### ۵. رسیدگی داوری مرکز ایکسید

دولت متعاهد و یا اتباع دولت متعاهد دیگر که به داوری ایکسید رجوع می‌کنند، ابتدا مراتب دعوی را به صورت کتبی به دبیر کل مرکز تقدیم می‌کنند. درخواست داوری باید حاوی مشخصات طرفین، موضوع اختلاف، مستندات و مدارک آن و هم چنین موافقت نامه داوری باشد. دبیر کل باید رونوشت درخواست و ضامنه تقدیمی را به طرف مقابل ابلاغ کند.

افزون براین، در صورتی که دبیر کل تشخیص دهد که مورد اختلاف در صلاحیت مرکز نیست، نسبت به رد درخواست ثبت اقدام خواهد کرد. با توجه به گرایش آزادی داوری، تعیین و تشکیل هیأت داوری با طرفین است (مواد ۴۰ - ۳۸ و ب آ ۳۷/۴) آنها می‌توانند داوران را از میان اسامی داوران که در مرکز ایکسید ثبت شده انتخاب کنند. محل داوری محل مرکز ایکسید است. اما با توافق امکان تعیین محل دیگر نیز وجود دارد (ماده ۶۳). تعیین محل داوری در هر یک از موسسه و سازمان‌های رسمی و یا خصوصی و حتی دیوان دائمی داوری با رایزنی و تصویب دبیر کل مرکز به عمل خواهد آمد. بنابراین تعیین محل دیگر می‌باید با صلاحدید دبیر کل مرکز انجام شود. هر کشور متعاهد تعداد چهار نفر را به هیأت داوران مرکز معرفی می‌کند. داوران متصف به صفات عالیه علمی و اخلاقی هستند و در زمینه‌های مختلف خصوصاً حقوق تجارت و غیره متبخراند.

#### ۱-۵ صلاحیت

هرگونه اختلاف حقوقی که به صورت مستقیم ناشی از سرمایه‌گذاری میان کشورهای متعاهد کنوانسیون و اتباع کشور متعاهد دیگر باشد، می‌تواند در صلاحیت مرکز قرار گیرد (ماده ۲۵). احراز صلاحیت مرکز، مستلزم تحقق شرایط عمده زیر است:

#### الف) توافق نامه

نخستین شرط در صلاحیت داوری مرکز ایکسید لزوم انعقاد توافق کتبی میان طرفین است که قبل و یا بعد از حدوث اختلاف به عمل می‌آید. غیر از کتبی بودن توافق طرفین، ضابطه شکلی دیگری مقرر نشده است. طرفین از طریق قرارداد میان دولت متعاهد و یک تبعه دولت متعاهد دیگر که متضمن شرط رجوع اختلاف به داوری ایکسید است و یا طی موافقت نامه سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه میان دولت‌ها که حل و فصل اختلافات میان متعاهد و تبعه سرمایه‌گذار دولت دیگر متضمن پیش‌بینی داوری ایکسید به عنوان روش حل و فصل اختلاف است و یا با تصویب قوانین تشویق سرمایه‌گذاری خارجی که حل و فصل

منازعات میان دولت متعاقد و سرمایه‌گذاران خارجی را به رجوع به داوری ایکسید پیش‌بینی کرده باشد، متعهد و ملتزم به آن می‌شوند. توجه به این نکته لازم است که بعد از پذیرفتن صلاحیت مرکز (ایکسید) از سوی طرفین، انصراف و عدول یک جانبه از آن امکان‌پذیر نیست (ماده ۲۵) و نکته مهم دیگری که از مضمون مقدمه کنوانسیون مستفاد است، صرف تصویب کنوانسیون، به دیوان داوری آن، صلاحیت رسیدگی نمی‌دهد (همان: ۵۰). بنابراین تصویب کنوانسیون از سوی دولت به تنهایی تکلیفی برای رجوع به مرکز ایکسید جهت حل اختلاف ایجاد نخواهد کرد. این مهم به منظور بر طرف ساختن احتمال هر گونه تفسیر متفاوت، در مقدمه کنوانسیون مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است.

بدین ترتیب، تصویب کنوانسیون صرفاً برای ابراز تمایل استفاده از روش آن است و کشور متعاقد به صرف تصویب و پذیرش یا موافقت با کنوانسیون و یا بدون رضایت، به ارجاع هر اختلافی جهت سازش و داوری آن ملزم نخواهد بود. از این رو لازمه ارجاع اختلاف به داوری، متعاقد بودن دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار در کنوانسیون و توافق با رسیدگی مرکز ایکسید است اما رجوع به داوری مرکز ایکسید برای کشور متعاقد الزامی نیست و چنین موردی کاملاً اختیاری است.

کشورها می‌توانند پاره‌ای اختلافات خاص از قبیل اختلافات مربوط به اموال غیرمنقول و امثال آن را از شمول صلاحیت مرکز ایکسید خارج سازند و از حق شرط استفاده کنند (ماده ۷۰). چنان که کنوانسیون تأکید می‌کند، عضویت آزمایشی نیز در کنوانسیون مجاز شناخته شده است. بنابراین هر دولتی می‌تواند به صورت آزمایشی نسبت به پذیرش کنوانسیون اقدام کند و در صورت بروز تبعات منفی و عوارض زیان بار به عضویت خود پایان دهد (ماده ۷۱). افزون بر آن، چنانچه اختلافی ناشی از تفسیر یا اجرای کنوانسیون حادث شود، دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان مرجع صالح به تقاضای هر یک از طرفین، رسیدگی خواهد کرد و تصمیم خواهد گرفت.

از طرفی، کنوانسیون صرفاً بر صلاحیت رسیدگی به دعاوی‌ای حقوقی و از میان آنها نیز دعاوی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری است، تأکید دارد. پیش‌بینی مراتب فوق که به نوعی حمایت از منافع کشورهای سرمایه‌پذیر است، در واقع جهت بر طرف ساختن دغدغه‌های احتمالی کشورهای است که در الحاق به کنوانسیون تأملاتی دارند. در صورتی که مورد اختلاف در رجوع به داوری مرکز ایکسید، به تشخیص دبیر کل خارج از صلاحیت مرکز باشد درخواست از سوی او رد خواهد شد (ماده ۳۶/۳).

### ب - اختلاف میان اتباع کشور متعاقد با کشور متعاقد دیگر

اوصاف و هویت طرفین اختلاف شرط دیگر صلاحیت داوری ایکسید است. بر این اساس یک طرف اختلاف دولت متعاقد و طرف دیگر نیز می‌باید تبعه یک دولت متعاقد دیگر باشد. این یک موقعیت متفاوت است که شخص موضوع حقوق خصوصی به عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عمومی مطرح می‌شود. به دلیل سهولت تشخیص تابعیت اشخاص حقیقی معمولاً مسئله‌ای در آن زمینه بروز نمی‌کند. اشخاص فاقد تابعیت و همچنین پناهندگان نیز اصولاً از شمول صلاحیت کنوانسیون خارج‌اند. زیرا در آن عبارت «از اتباع سایر کشورهای متعاقد» آورده شده است که با این وصف اشخاص فاقد تابعیت را شامل نمی‌شود (ماده

۲۵). در موارد تابعیت چندگانه نیز صراحت و شفافیت لازم وجود دارد و بر اساس اصل پیوند یا عدم پیوند به تابعیت کشور میزبان، موضوع تفکیک شده است (بروچس ، ۲۰۱۷: ۳۵۷) بنابراین می‌باید:

- سرمایه‌گذار برخوردار از تابعیت مضاعف علاوه بر داشتن تابعیت کشور طرف اختلاف، تابعیت کشور دیگری را هم داشته باشد.
- سرمایه‌گذار به رغم اینکه تابعیت کشور میزبان را ندارد، می‌باید حداقل یکی از تابعیت‌های او مربوط به یکی از کشورهای متعاقد باشد.

هر گاه سرمایه‌گذار دارای تابعیت کشور میزبان باشد و همزمان تابعیت یکی دیگر از کشورهای متعاقد ایکسید را هم داشته باشد، به لحاظ اصلی تلقی شدن تابعیت کشور میزبان، شرط پیش‌بینی شده در داوری ایکسید برای اعمال صلاحیت آن محقق نخواهد شد (ماده الف ۲/۲۵). به عبارت دیگر سرمایه‌گذار نخواهد توانست علیه کشوری که در آن سرمایه‌گذاری کرده است، از داوری مرکز ایکسید استفاده کند. در صورتی که سرمایه‌گذار بیش از یک تابعیت داشته باشد، اما تابعیت کشور میزبان را نداشته باشد، رجوع به داوری مرکز ایکسید امکان‌پذیر خواهد بود.

سهولتی که در تشخیص و احراز تابعیت اشخاص حقیقی وجود دارد در تشخیص تابعیت اشخاص حقوقی وجود ندارد، لذا در اجرا و اعمال کنوانسیون احتمال بروز پاره‌ای مسائل دور از انتظار نیست. در کنوانسیون واشنگتن تعیین تابعیت اشخاص حقوقی اصولاً مبتنی بر اصل «محل تأسیس» است. با در نظر گرفتن اصل محل تأسیس در صورتی که شرکتی فرضاً در انگلستان تأسیس شود و اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری در ایران برای او پدید آید، چنین اختلافی با فرض متعاقد بودن ایران در کنوانسیون، قابل رجوع به داوری ایکسید است. اما شرکت‌هایی که در ایران تأسیس شوند، در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری - های خود را نمی‌توانند به داوری مرکز رجوع کنند. زیرا چنان که از نام و عنوان کنوانسیون نیز مستفاد است، صلاحیت آن ناظر بر اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع دیگر کشورها است.

افزون بر تعیین و تشخیص تابعیت اشخاص حقوقی براساس «محل تأسیس» به دلیل پاره‌ای مقررات، سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، ممکن است باعث ایجاد مسائلی شود. به طور مثال شرکتی که با سرمایه خارجی در ایران تأسیس شده و با دولت و یا سازمان‌های دولتی اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری داشته باشد، امکان یا عدم امکان رجوع آن شرکت به داوری ایکسید، محل تأمل است. زیرا شرکت موصوف به عنوان یک شخص حقوقی افزون بر داشتن تابعیت کشوری که با آن اختلاف پیدا کرده است اگر به صورت همزمان تابعیت کشور دیگری را هم داشته باشد، به دلیل «کنترل و اعمال نظارت خارجی» آن در صورتی که توافقی راجع به اعمال رفتار تبعه کشور دیگر به عمل آمده باشد با شخص حقوقی مزبور مانند تبعه کشور متعاقد خارجی رفتار خواهد شد (ماده ب - ۲/۲۵). افزون بر این، وجود مشکل یاد شده موجب شده است تا کنوانسیون درج شرط «رفتار بمانند تبعه خارجی» را پیشنهاد کند. زیرا بسیاری از کشورها شرکت‌هایی را که با سرمایه خارجی تأسیس شده‌اند، به عنوان شرکت‌های تبعه خود می‌پذیرند. از این‌رو شرکت‌هایی که حتی با سرمایه خارجی ایجاد و تشکیل شوند، از نظر تابعیت به عنوان شرکت داخلی یا ملی به شمار خواهند رفت. بدین جهت کشور، علیه اتباع خود و یا اتباع علیه کشور متبوع نمی‌تواند از



داوری ایکسید استفاده کنند. از آنجائی که با چنین وضعیتی بسیاری از اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی بیرون از صلاحیت مرکز ایکسید قرار می‌گرفت، لذا رعایت اصل «رفتار تبعه خارجی» به اعتبار «کنترل خارجی»، به عنوان طریقه خروج از معضل حقوقی مزبور مقرر و توصیه شده است. همچنین برای تحقق «کنترل خارجی»، صرف وجود درصد کمی از سهام با مدیریت خصوصی کافی است و لزومی به درصد بالای مالکیت سهام یا اکثریت وجود ندارد. بی‌شک اعمال این اصل مستلزم توافق و تراضی طرفین است. یعنی میان کشور میزبان و شرکتی که در آنجا تأسیس می‌شود، لزوماً باید موافقت‌نامه مربوط به اعمال «رفتار تبعه کشور خارجی» منعقد شود.

### ج- سرمایه‌گذاری خارجی

سومین شرط برخورداری از داورى ایکسید، سرمایه‌گذاری با منشاء خارجی آن در اختلاف است. کنوانسیون واشنگتن تعریف مشخصی از سرمایه به عمل نیآورده است. بنابراین مشارکت‌های سنتی سرمایه‌ای با عنوان سرمایه‌گذاری مشارکتی، قراردادهای خدماتی و همچنین قراردادهای انتقال فناوری، به طور اعم صور متعارف و رایج سرمایه‌گذاری به شمار می‌روند که با تفسیر گسترده‌ای از سرمایه، اختلافات ناشی از انواع خدمات معین و مقررات ساختاری و مالی مربوط به قراردادهای اعطای امتیاز، همگی تحت عنوان سرمایه‌گذاری سنتی و کلاسیک، می‌توانند در شمول داورى مرکز ایکسید قرار بگیرند.

بررسی‌های انجام شده نشان می‌دهد که غالب اختلافات ارجاعی به «ایکسید» با منشاء سرمایه در مفهوم جدید آن بوده و در این زمینه ایرادی به صلاحیت مرکز مطرح نشده است. از این‌رو مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون، می‌باید دربرگیرنده مناسبات سرمایه‌گذاری میان کشورها و سرمایه‌گذاران به صورت اعم و کلی مورد تعبیر و تفسیر قرار گیرند.

### ۶. آئین رسیدگی در مرکز ایکسید

مرکز داورى ایکسید در رسیدگی‌های خود شیوه و فرایند مشخصی را دنبال می‌کند که در ذیل به آن پرداخته می‌شود:

#### الف - تشخیص صلاحیت داوران

کنوانسیون با تشریح نوع اختلاف و همچنین طرفین آن صلاحیت را تعریف کرده است. بنابراین اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌های متعاقد (یا موسسات تابعه یا نمایندگی‌های آنها که به وسیله آن دولت به مرکز معرفی شده باشد) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر، قابلیت ارجاع به داورى مرکز را دارد که از آن به عنوان «صلاحیت» نام برده شده است (ماده ۲۵). در مقابل، اختیار جهت اعمال صلاحیت نیز به عنوان «اهلیت» تعریف شده است. بنابراین اهلیت به هر یک از اختلافات خاصی که براساس توافق داورى، می‌باید فیصله یابد، مربوط می‌شود. از این‌رو نوعاً تمایزی بین اهلیت و صلاحیت در کنوانسیون، به ترتیب بالا آمده است.

در هر یک از موارد فوق داوران خود راساً بررسی آن را انجام می‌دهند اما هر یک از طرفین نیز می‌توانند با استناد به مورد خاص ایراد وارد کنند (ماده ۴۱). در بررسی‌های به عمل آمده معلوم شده است که عمده ایراداتی که در این زمینه وارد شده است حول محور موضوعاتی چون فقدان سرمایه، حقوقی نبودن اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری، اتمام سرمایه قبل از اجرای موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری، عدم وقوع سرمایه در محل و محدوده اراضی طرف و فقدان موافقت‌نامه بوده است همچنین فقدان



رابطه تابعیتی خواهان با کشور متعاقد، عدم مراجعه به روش‌های داخلی حل اختلاف، عدم امکان ارجاع اختلاف از سوی مؤسسات محلی و یا دولتی به دولت، عدم اقدام به اعمال مقررات سازش قبل از داوری نیز از دیگر ایرادات مطرح شده است که بیشتر از سوی دولت‌های خوانده مطرح شده و معمولاً به عنوان امر مقدماتی مورد رسیدگی قرار گرفته است. اما بعضاً نیز در مرحله رسیدگی به ماهیت اختلاف، تحت رسیدگی و اظهار نظر قرار گرفته‌اند.

### ب - اقدامات تأمینی

مرکز ایکسید با اختیار حاصله از ماده ۴۷ کنوانسیون، به منظور صیانت و پیش‌گیری از تضییع حقوق هر یک از طرفین، می‌تواند نسبت به اتخاذ تدابیر لازم در خصوص اقدامات تأمینی تصمیم‌گیری کند البته طرفین می‌توانند به جای آن قبلاً طرز دیگری را در این خصوص مورد موافقت قرار دهند.

### ج - حقوق قابل اعمال

در مقررات مرکز داوری ایکسید راجع به حقوق قابل اعمال در ماهیت دعوی، به صورت گسترده و کامل به آزادی ارادی اهمیت داده شده است. از این‌رو ماده ۴۲ کنوانسیون در رسیدگی به اختلاف به چار چوب قواعد و مقررات حقوقی تعیینی و مورد توافق طرفین تأکید می‌کند که دیوان مرکز موظف به رعایت آن است. در صورتی که توافقی وجود نداشته باشد اختلاف بر اساس قانون کشور طرف اختلاف، از جمله قواعد حل تعارض آن حل و فصل می‌شود. افزون بر این در صورتی که اختلاف به طرق مزبور قابل حل و فصل تشخیص داده نشود، مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل عمومی قابلیت اعمال پیدا خواهد کرد. بر نظریه اعمال قواعد حقوق بین‌الملل عمومی که در بعضی از آرای داوری تجاری بین‌المللی مانند رای موسوم به «آرامکو» بین عربستان سعودی و شرکت‌های امریکائی طرف قرارداد و **Texaco-calasiatic** و دولت لیبی مورد استناد قرار گرفته است، از سوی حقوقدانان انتقاد وارد شده است. انتقادات بر این محور اساسی استوار است که قواعد حقوق بین‌الملل عمومی مربوط به دولت‌ها و قابل تسری به اشخاص خصوصی نیست.

این استدلال راجع به آن دسته از قراردادهای اشخاص خصوصی با دولت که در آنها اینکه اشخاص مزبور مستقیماً طرف قرارداد با دولت طرف و دارنده حق و تکلیف در حقوق بین‌الملل نیستند، موجه است اما از آنجائی که در قراردادهای مرتبط با مرکز ایکسید شخص موضوع حقوق خصوصی، طرف قرارداد با دولت قرار می‌گیرد و مقررات ناشی از آن منبعت از معاهده بین‌المللی است، چندان غیرمنطقی و قابل انتقاد به نظر نمی‌رسد.

اگر چه برای داوران در موارد عدم تعیین حقوق و یا احتمال خلاء حقوقی، تکلیفی وجود ندارد با این حال راه مراجعه به اصل انصاف نیز به شرط تراضی طرفین بسته نشده است. یعنی داوران بدون مراجعه به حقوق کشور طرف اختلاف و یا مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل، با توافق طرفین می‌توانند براساس اصل عدالت و انصاف رای دهند (ماده ۴۲/۳). افزون بر این، آنچه

۲ دوا بع وحلا و صفا، مپ۳۹۹ (۱) مطالعه بقا و طلو حکم ر ذلین دوا ی تج ی ربه اللیا نخست کفر با حق فق و فرگه، شل ز ص ۱۴۲.

در اعمال قانون راجع به ماهیت جلب توجه می‌کند داوران مجاز به استناد به فقدان قانون و در نتیجه امتناع از دادن رای نیستند (ماده ۴۵).

مقررات مربوط به آئین رسیدگی داورى نیز با تعیین طرفین است. اما چنانچه توافق در تعیین آن وجود نداشته باشد، مطابق قواعد کنوانسیون و مقررات داورى ایکسید عمل خواهد شد. هرگاه داوران با اشکال اصولی مواجه شوند که در مقررات تعیینی طرفین و یا مقررات داورى ایکسید مورد پیش‌بینی قرار نگرفته باشد، خود نسبت به یافتن راهکاری مناسب مبادرت خواهند کرد (ماده ۴۴). همچنین داوران همیشه اختیار مطالبه مدرک و دلیل از طرفین را دارند و برای کشف حقیقت می‌توانند هرگونه بازجوئی و معاینات محلی به عمل آورند (ماده ۴۳) مگر اینکه توافقی میان طرفین در خلاف مورد مزبور به عمل آمده باشد.

## ۷. رأی داورى

بعد از پایان رسیدگی و اعلام ختم آن مرحله صدور رای است که در ذیل به آن پرداخته می‌شود:

### الف- اتخاذ تصمیم در رای داورى به اکثریت انجام می‌شود.

هر یک از داوران نظرات مثبت و یا منفی خود را در رای خواهند آورد. رای که الزاماً به صورت کتبی خواهد بود ذیل آن از سوی همه داوران امضا می‌شود. در رأی صادره موضوع اختلاف و مستندات اصولی ذکر و قید می‌شود و بدون موافقت طرفین انتشار رأی از سوی مرکز ایکسید مجاز نیست (ماده ۴۸).

هر یک از داوران می‌تواند نظر خود را در رأی به صورت کتبی قید کند. رأی صادره ابتدا به دبیرخانه تسلیم می‌شود و رونوشت گواهی شده آن از طریق دبیرخانه به طرفین ابلاغ می‌شود و از تاریخ ابلاغ لازم‌الاجرا است. قلم افتادگی‌های احتمالی از تاریخ صدور رأی ظرف ۴۵ روز بنابه درخواست هر یک از طرفین قابل بررسی و صدور رأی اصلاحی است. اشتباه در محاسبه، سهو قلم و امثال آن نیز قابل بررسی و اعمال در رأی است (ماده ۴۹) هر رأی اصلاحی جزئی جداناپذیر از رأی اصلی داورى است و باید منضم به آن، به طرفین ابلاغ شود.

### ب- امکان تجدید نظر در آرای صادره به سه طریق امکان‌پذیر است:

نخست: در صورت درخواست تفسیر رأی (ماده ۵۰)،

دوم: در صورت وقوع رویدادی مؤثر و درخواست تجدیدنظر در رأی (ماده ۵۱)،

سوم: در صورت وجود جهات لازم برای اعلام بی‌اعتباری رأی (ماده ۵۲)،

## ۸. آثار رأی داورى ایکسید

آرای داورى از آثار زیر برخوردار است:

## نخست: قطعیت و الزام آوری

آرای صادره داوری برای طرفین قطعی و الزام آور است و از این رو قابل تجدیدنظر در مرجعی دیگر نیست. بنابراین چنانچه موردی برای تفسیر، اصلاح و یا بی اعتباری رأی وجود نداشته باشد، طرفین ملزم به اجرای آن هستند (ماده ۵۳/۱).

## دوم: الزام آوری برای کشورهای متعاقد

براساس تصریحات کنوانسیون هر کشور متعاقد باید آرای داوری را که منطبق با کنوانسیون صادر شده به رسمیت شناخته و الزاماتی را که در قلمرو کشور مزبور ایجاد شده معتبر دانسته و اجرا نماید (ماده ۵۴/۱).

## سوم: اجرا

هر یک از طرفین که شناسائی و اجرای رأی را در یکی از کشورهای متعاقد درخواست کرده باشد می باید رونوشت گواهی شده از سوی دبیرخانه را به مرجع صلاحیتدار آن کشور تقدیم نماید (ماده ۵۴/۲) پذیرش چنین روشی آسان زمینه اعتراض به شناسایی و اجرای آرای داوری در حقوق های داخلی و کنوانسیون های بین المللی از جمله کنوانسیون نیویورک را عملاً مسدود ساخته است. بدین ترتیب احتمال توقف اجرای رأی از میان برداشته شده و اصولاً راه هر گونه شکایت در مرحله شناسائی و اجرا بسته خواهد بود. افزون بر مراتب حتی با ادعای مخالفت بانظم عمومی امکان عدم شناسائی و عدم اجرای رأی وجود ندارد (ماده ۴۲).

## چهارم: حقوق اجرا

اجرای آرای داوری یکسید براساس حقوق کشور محل اجرا به عمل می آید (ماده ۵۴/۳). وجود تفاوت های اجرائی در حقوق کشورهای اروپایی و امریکایی و همچنین سایر نظام های حقوقی باعث شده است فعلاً روش همگون و یکسانی در حقوق داخلی جا نیافتد. از این رو اجرای آرای داوری بر مبنای حقوق های داخلی هر یک از کشورهای متعاقد به عمل خواهد آمد.

## نتیجه گیری

در بحث قانون حاکم بر قرارداد داوری بسیاری از متفکران معتقدند تشخیص قابلیت ارجاع امر به داوری بسته به قانون حاکم بر قرارداد می باشد و همین قانون است که باید مرجع و مآخذ بسیاری از پرسش ها باشد. به طور کلی باید توجه داشت که خصیصه ی قرارداد داوری موجب پذیرش حکومت اصل حاکمیت اراده در عمده حوزه های داوری و از جمله حوزه ی قانون حاکم شده است. قانون حاکم بر موافقت نامه ی داوری نیز در درجه ی اول تحت حکومت اراده طرفین است. به عبارتی دیگر، طرفین در تعیین قانون حاکم بر موافقت نامه ی داوری آزادند ولی قانون حاکم بر قرارداد اصلی و به طور کلی رابطه حقوقی موضوع قرارداد داوری، حتی اگر به طور صریح توسط طرفین تعیین شده باشد، لزوماً نسبت به موافقت نامه داوری قابل اعمال نیست و از این

نظر تفاوت نمی‌کند که موافقت‌نامه به صورت قرارداد مستقل باشد یا به صورت شرط داوری. بنابراین، طرفین باید به طور صریح و به طور مشخص قانون حاکم بر موافقت‌نامه را تعیین کنند تا این انتخاب موثر باشد.

## منابع

استفان ام کرول، جولیان دی ام لیو، لوکاس ای میستلیس (۲۰۱۹)، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، مترجم: محمد حبیبی مجنده.

افتخار جهرمی، گودرز و دیگران (۱۳۸۳)، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا»، مجله حقوقی، ش ۳۰.

امانوئل گایار (۱۳۸۶)، «قاعده استاپل یا منع تناقض گویی به ضرر دیگری» ترجمه و تلخیص: ناصر صبح خیر، مجله حقوقی، ش ۶.

جولیان دی ام لیو، لوکاس ای میستلیس، استفان ام کرول (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه‌ی محمد حبیبی مجنده، قم، انتشارات مفید، چاپ اول.

داودی، روح اله و صفایی، مریم (۱۳۹۹)، مطالعه قواعد و اصول حاکم بر فرایند داوری تجاری بین الملل، نخستین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، شیراز.

سلیمانیان، عسگر، (۱۴۰۰)، جایگاه داوری در حل و فصل اختلافات حوزه قراردادهای تجاری، چهارمین کنفرانس ملی حقوق در چشم انداز ۱۴۰۴، رشت.

شمس، شهرام (۱۳۸۹)، داوری های چند طرفه، مباحثی از داوری های بین المللی، مجموعه همایش های مرکز منطقه ای تهران، جلد دوم.

شهبازی نیا، مرتضی و دیگران (۱۳۹۰)، «عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس» مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۵.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۵)، بررسی قانون نمونه‌ی آنسیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی، مجله اندیشه‌های حقوقی، علمی یزدی، محمدرضا و آزادی، یاسمن (۱۳۹۴)، داوری نامه و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره یازدهم.

کارل هانس بوکشتگل، داوری و واحدهای تجاری دولتی، ترجمه محسن محبی، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی (۱۳۹۸)، تهران.

کاشانی، شیخیانی (۱۳۹۱)، داوری های مختلط در قواعد جدید داوری اتاق بازرگانی، مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۱۹.

مافی، همایون و تقی پور درزی نقیبی، محمد حسین (۱۳۹۶)، ماهیت حقوقی داوری، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۲۱.

میر معزی، احمد (۱۳۸۸)، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم.

نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۹۸)، داوری تجاری بین المللی (آیین داوری) ، نشر مجد.

نیکبخت حمیدرضا (۱۳۸۸)، داوری تجاری بین المللی: تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.

