

دکتر ربیعا اسکینی

## «اختیار دولتها و سازمانهای دولتی در مراجع به داوری تجاری بین‌المللی»

### مقدمه

یکی از ویژگی‌های قرن‌های گذشته در آن زندگی می‌کنیم دخالت بیش از پیش دولتها در امر تجارت بین‌المللی است. در واقع تا اوائل قرن اخیر دولتها نقش محدودی در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی بازی می‌کردند (۱) و تنها به این اکتفا می‌نمودند که از طرفی معاملات بین‌المللی مانعی در راه اعمال حاکمیت آنها ایجاد نکند و از طرف دیگر، با برقراری عوارض گمرکی برای این معاملات هم درآمدی برای خود فراهم نمایند و هم از فعالیت بازرگانان تابع خویش در مقابل بازرگانان خارجی حمایت کنند.

این وضع در حال حاضر تا حد بسیار وسیعی دگرگون شده و دولتها، از اوائل این قرن و بویژه از بعد از جنگ جهانی دوم، یا مستقیماً یا بوسیله سازمانها و شرکت‌هایی که برای پیشبرد توسعه اقتصادی خود تأسیس کرده‌اند، بدون توجه به ساختار سیاسی‌شان، در زندگی اقتصادی و بویژه در امر تجارت بین‌المللی دخالت فعال دارند (۲). این دخالت نه تنها به

1- V. Rene David, L'arbitrage dans le commerce international, *Economica* 1982, no 158 et 196.

2- Leboulanger (PH), Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, *Economica*, 1985, no 2.

صورت کنترل فعالیت بازرگانان خصوصی و تنظیم روابط آنها اعمال می‌شود بلکه به‌طور روزافزونی به‌صورت شرکت مستقیم به‌عنوان طرف اصیل در معاملات را بخود گرفته است. سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی که به‌عنوان ابزار این فعالیت دولت‌ها بکار گرفته می‌شوند، تقریباً در تمام شعب زندگی اقتصادی و تجاری چون بانکداری، فعالیت‌های صنعتی، بیمه، حمل و نقل، صادرات و واردات و امثال آن، دخیل هستند. این پدیده ارتباطی به کشورهای بخصوص، با رژیم سیاسی معین، ندارد بلکه به‌صورت همه‌گیر، کلیه کشورهای را شامل می‌شود (۳). هر گروه از کشورها در این راه هدف خاص خود را دنبال می‌کند.

در مورد کشورهای پیشرفته اروپا و آمریکای شمالی، هدف دولت‌ها از دخالت در حیات اقتصادی، در اختیار گرفتن بخش‌های مهم اقتصادی است. این دولت‌ها با نشانیدن سازمان‌های دولتی به‌جای افراد خصوصی در پاره‌ای از شعب اقتصادی، امکان یافته‌اند منافع عمومی مردم خود را بهتر تأمین کرده و به‌پیشرفت صنعتی و اجتماعی خود سرعت بیشتری بدهند، هدفی که رسیدن به آن با تکیه بر اراده و توانائی بازرگانان و صنعتگران خصوصی دشوار می‌نمود. *ملاحظات فزنی*

در خصوص کشورهای جهان سوم، که عمدتاً از کشورهای تازه استقلال یافته از یوغ استعمار غرب تشکیل می‌شوند، تحقق بخشیدن به توسعه اقتصادی و اجتماعی جز با بدست گرفتن بخش‌های عمده اقتصاد جامعه میسر به‌نظر نمی‌آید. این گروه از کشورها، بدون اینکه بخواهند تا حد دولتی کردن اقتصادشان پیشروی کنند، بخش‌های کلیدی اقتصاد خود نظیر کشف و بهره‌برداری از منابع طبیعی را بدست گرفتند.

بالاخره، در طول جنگ جهانی اول و در پایان جنگ جهانی دوم، گروه قابل ملاحظه‌ای از کشورها راه حکومت سوسیالیستی را در پیش گرفتند که در آن دولت، بطور مستقیم و یا غیر مستقیم از طریق

3- Fouchard, L'arbitrage commercial international, Dolloz, 1985, no 25.

سازمان‌های دولتی، انحصار کل تجارت و بویژه تجارت خارجی را در اختیار خود گرفته است.

فعالیت‌های تجاری و اقتصادی دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در سطح جهانی، اجباراً آنها را با یکدیگر و بویژه با شرکتهای خصوصی بیگانه در ارتباط قرار می‌دهد. قراردادهائی که دولت‌ها و سازمان‌های دولتی با اینگونه اشخاص منعقد می‌کنند، اغلب از نوع قراردادهای مهم است که اجرای آنها مدت زمان زیادی بطول می‌انجامد. قراردادهائی نظیر قرارداد کشف و بهره‌برداری از منابع طبیعی (قرارداد نفتی و قرار- دادهای راجع به منابع زیرزمینی) و یا قراردادهای ساخت تأسیسات اقتصادی (کارخانه، تأسیسات بندری و امثال آن) و یا قراردادهای همکاری اقتصادی (انتقال تکنولوژی، قرارداد مهندسی، قراردادهای تعاون فنی) و امثال آن (۴) جملگی در مدتی بین دو تا هفت سال دولت را در مقابل شرکت خارجی خصوصی قرار می‌دهند.

بدیهی است در طول این مدت احتمال بروز اختلاف میان دولت و یا سازمان دولتی و شرکت خارجی بسیار زیاد است و مسأله‌ای که مطرح می‌شود این است که، در صورت بروز چنین اختلافی، چه مرجعی به آن رسیدگی کرده و حل اختلاف می‌کند، با فرض اینکه طرفین اختلاف، پس از مذاکره، به نتیجه مطلوب نرسند؟

اولین فکری که به ذهن می‌رسد مراجعه به دادگاههای دولت طرف معامله است. ولی در اکثر قریب به اتفاق موارد، شرکتهای خارجی از قبول صلاحیت دادگاههای دولت طرف معامله خودداری می‌کنند چرا که بیم آن دارند که دادگاههای مزبور، تحت تأثیر سیاست دولت متبوع

۴- در مورد انواع قراردادها به مرجع زیر مراجعه شود:

Leboulanger, op. cit, no 30 et s.

خود (۵) تصمیماتی در رابطه با قرارداد اتخاذ کنند که با عدالت همراه نباشد (۶). سپردن اختلاف میان یک دولت و طرف خصوصی خارجی وی جز در صورت اراده دولت مزبور به دادگاه کشور ثالث نیز میسر نیست و اصل حاکمیت دولت طرف معامله اجازه نمی‌دهد که هیچ قانون دیگری را بر او تحمیل نمایند (۷).

بنابراین آنچه باقی می‌ماند، مراجعه به مرجعی است که نه وابسته به دولت طرف معامله باشد و نه تحت نظارت دولت متبوع شرکت خارجی خصوصی. این است که در بسیاری از قراردادهای منعقد شده میان دولت‌ها و سازمان‌های دولتی از یک سو و شرکت‌های خارجی خصوصی از طرف دیگر (۸)، شرطی گنجانده می‌شود که به موجب آن در صورت بروز اختلاف در تفسیر و یا اجرای قرارداد، و عدم توافق طرفین در حل اختلاف، موضوع داوروری یک یا چند نفر شخص خصوصی - که معمولاً از میان حقوقدانان بنام انتخاب می‌شوند - واگذار می‌گردد.

با وجود چنین شرطی در قرارداد، درپاره‌های موارد دولت‌ها و سازمان‌ها -

۵- زمانی که دولت تصمیم به تغییر محتوای قوانین خود می‌گیرد که با تعهدات وی در قرارداد منافات دارد.

۶- معمولاً برای حفظ تعادل میان طرفین، قرارداد مقرر می‌کند که اختلافات در مرجع دیگری جز دادگاه متبوع دولت طرف معامله رسیدگی شود ولی در عوض قانون دولت طرف قرارداد قانون حاکم بر ماهیت اختلاف قرارداد شده می‌شود. این روشی است که تقریباً در کلیه قراردادهای قبل از انقلاب میان سازمان‌های دولتی ایران و شرکت‌های خارجی پیش‌بینی شده است.

7- Mayer (P), Droit international privé, Paris.

۸- هرچند که داوروری بین‌المللی خاص اختلافات میان دولت‌ها و شرکت‌های خصوصی بیگانه نیست، ولی می‌توان گفت که نقش داوروری در حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهایی که در یک طرف آنها یک دولت و یا یک سازمان دولتی قرارداد و در طرف دیگر یک شرکت خصوصی خارجی، بیشتر از سایر قراردادهای است. در خصوص این مطلب به مرجع زیر مراجعه شود:

Leboulanger. op. cit, no 418.

های دولتی، از مراجعه به داوری خودداری می‌کنند و یا در داوری شرکت می‌کنند ولی به اعتبار حقوقی شرط داوری اعتراض کرده و خلاصه دولت و یا سازمان دولتی را خواه به دلیل داشتن مصونیت قضائی و خواه به دلیل ممنوعیت قانونی (قانون شخصی دولت و یا سازمان دولتی) قابل جلب به داوری نمی‌دانند (۹). مسأله‌ای که مطرح می‌شود این است که آیا دولت یا سازمان دولتی طرف معامله - که شرط داوری را امضاء نموده - میتواند قانوناً چنین شرطی را بپذیرد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا چنین شرطی را می‌توان، پس از انعقاد آن توسط دولت یا سازمان دولتی مردود و باطل اعلام نمود یا شرط مزبور، با وجود آنکه یکی از طرفین دولت است و بدین جهت قرارداد فیما بین ویژگی خاصی به نسبت قراردادهای منعقد شده میان اشخاص خصوصی پیدامی‌کند، قابل خدشه نیست؟

برای سؤال مزبور، به دلیل معضل بودن آن، نمی‌توان پاسخی جهانی و همه پسند ارائه داد (۱۰) و هدف این مقاله نیز چنین نیست. واقعیت این است که اختلاف نظرهای شدیدی که میان سیستم‌های حقوقی مختلف کشورها از یک طرف و میان دادگاه‌ها و مؤلفین حقوق در داخل بعضی

۹- پاره‌ای از حقوقدانان تصور می‌کنند که تنها بعضی دولت‌ها بویژه دولت‌های جهان سوم هستند که به عنوان مختلف اعتبار شرط داوری را مورد سؤال قرار می‌دهند و حال آنکه میل عدول از شرط داوری در همه دولت‌ها دیده می‌شود، چنانچه دولت فرانسه - همانطور که خواهیم دید - برای عدم اجرای تعهداتش در مقابل پاره‌ای از شرکتهای خارجی (انگلیسی) بارها به ممنوعیت قانونی ناشی از مواد ۸۳ و ۱۰۰۴ قانون آئین دادرسی مدنی خود استناد نموده تا شرط داوری موجود در قرارداد را بی‌اثر کند. واقعیت این است که دولت‌ها بهتر یا بدتر از اشخاص خصوصی نیستند و مثل هر بدهکاری نه میل دارند خود را متعهد کنند و نه بویژه علاقه دارند که ببازند و این چیزی است که به زمان حاضر محدود نمی‌شود. نمونه‌های متعددی را می‌توان از آغاز قرن هفدهم به این طرف مشاهده نمود. در این خصوص مراجعه شود به مرجع زیر:

Claude Reymond, "Souveraineté de l'Etat et Participation à l'arbitrage, Rev. arb., 1985, p. 517.

10- Delaume, L'arbitrage transnational et les tribunaux américains, Clunet, 1981, p. 788 et s.

کشورها از طرف دیگر وجود دارد، امکان دادن پاسخ واحد عالم‌پسند، چون هر موضوع حقوقی دیگری، وجود ندارد. هدف ما از مطرح کردن سؤال فوق این است که بررسی کنیم چه تحولی دردکترین وقانونگذاری، از ابتدای عنوان شدن مسأله اهلیت دولت‌ها در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی ایجاد شده است و آیا می‌توان از لابلای تمامی ابزارهای حقوقی موجود (اعم از داخلی و بین‌المللی) رویه واحدی را در رابطه با موضوع استنتاج نمود یا خیر؟

به این منظور ابتدا به مطالعه تطبیقی راه‌حل‌های کشورهای مختلف در خصوص موضوع می‌پردازیم (بخش اول)، سپس اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی را از لحاظ حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار می‌دهیم (بخش دوم).

### بخش اول: اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی از نقطه نظر حقوق تطبیقی

این نکته روشن است که دولت‌های در حال توسعه باطناً با مراجعه به داوری بین‌المللی موافقت ندارند. برای این عدم علاقه، بعضی‌ها این دلیل را عنوان می‌کنند که این دولت‌ها حل اختلافات راجع به اجرای قراردادی را که عمدتاً در کشور در حال توسعه اجرا می‌شود، امری داخلی و در صلاحیت دادگاه‌های داخلی خود تلقی می‌کنند (۱۱). واقعیت این است که تجربه تلخ پاره‌ای از این دولت‌ها در رابطه با دعاوی گذشته که نزد داورهای بین‌المللی مطرح کرده و محکوم شده‌اند، بی‌تأثیر در چنین

بی‌اعتمادی نسبت به داوری بین‌المللی نبوده است (۱۲). این عدم علاقه را کشورهای مزبور در «منشور حقوق و وظائف اقتصادی دولت‌ها» (۱۳) راجع به اختلافات ناشی از ملی کردن ثروت‌های داخلی، ابراز داشته‌اند (۱۴).

معدالك باوجود این بی‌علاقگی، دولت‌هایی که در حال صنعتی کردن خود هستند ناچار می‌شوند، در مقابل اصرار شرکت خارجی طرف معامله، از صلاحیت دادگاه‌های خود بگذرند و به داوری بین‌المللی تن در دهند، هر چند که، به غلط یا به صحیح، دولت‌های مزبور مراجعه به این نوع روش حل اختلاف را با اعمال حاکمیت خود مغایر می‌دانند. از این گذشته، اینگونه تصور می‌شود که قواعد داوری تجاری بین‌المللی حاصل فکر و عمل حقوقدانان متعلق به کشورهای توسعه یافته صنعتی است که طبعاً نمی‌تواند

۱۲- برای مثال کافی است به رأی دادگاه داوری در پرونده «آرامکو» میان دولت عربستان سعودی و یک شرکت آمریکائی اشاره کنیم که در آن داور، به نحو نسبتاً عجیبی، قانون عادی حاکم بر قرارداد - یعنی قانون عربستان سعودی را - کنار گذاشته و بجای آن متوسل به مقررات حقوق بین‌الملل عمومی شده است.

در پرونده دیگری داور برای رد قانون داخلی دولت طرف دعوی (دولت ابوظبی) چنین استدلال می‌کند که قانون این کشور فاقد مقررات پیشرفته و مناسب حل اختلاف در مسائل نفتی است. وی به «اصول کلی حقوق» اشاره می‌کند که قرارداد، در صورت لزوم، می‌بایست مطابق آنها حل و فصل شود و در تعریف «اصول کلی حقوق» چنان پیش می‌رود که آنها را چیزی جز اصول کلی حقوق انگلیس نمی‌داند، چرا که - به نظر وی - حقوق این کشور در واقع یک نوع «حقوق طبیعی نوین» به شمار می‌رود. بدین ترتیب داور نه تنها قانون داخلی کشور ابوظبی - یعنی قانون طبیعتاً قابل اعمال - را اجرا نمی‌کند، بلکه با استفاده از یک ترفند حقوقی، حقوق داخلی کشور انگلیس را بر روابط طرفین حاکم می‌نماید و حال آنکه منظور هیچکدام از طرفین قرارداد چنین نبوده است. در انتقاد از این رأی به مقاله نگارنده تحت عنوان: «منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی» در «مجله حقوقی»، شماره هفتم، زمستان ۶۵، صفحه ۲۸ و پاورقی ۴۴ مراجعه شود.

13- Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats.

14- Leboulanger, ibid.

بی طرف تلقی شود (۱۵).

ما تا حدود زیادی با این نظر موافقیم، اما این واقعیت را باید پذیرفت که امروزه کمتر قرارداد تجاری بین‌المللی پیدامی‌شود که در آن به‌مراجعه به‌داوری به‌عنوان تنها وسیله حل و فصل اختلافات طرفین، اشاره نشده باشد. بعلاوه ماهیت قراردادی داوری به‌طرفین اجازه می‌دهد که لااقل زیر یوغ دادگاه‌های یکدیگر قرار نگیرند.

با وجود این، همه کشورهای به‌یک‌نحو داوری را نمی‌پذیرند (۱۶) و بر حسب قدرت چانه‌زدنشان ممکن است تن به‌داوری بدهند یا ندهند. سنت حقوقی نیز نقش مهمی در این رابطه بازی می‌کند. در این قسمت از گفتار سعی خواهیم کرد اول رفتار کشورهای مختلف بیگانه و سپس روش ایران در خصوص موضوع را مورد نقد و بررسی قرار دهیم.

### مبحث اول : اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به‌داوری تجاری بین‌المللی از نظر نظام‌های حقوقی بیگانه

بطور کلی می‌توان سیستم‌های حقوقی بیگانه‌ها را در رابطه با موضوع این بحث به دو گروه اساسی تقسیم نمود: گروه اول از کشورهایی تشکیل می‌شود که داوری بین‌المللی را می‌پذیرند (الف)، گروه دوم کشورهایی هستند که آنرا رد می‌کنند (ب).

۱۵- در خصوص نکته اخیر به‌مرجع زیر مراجعه شود :

El Geddawy, Relations entre systèmes confessionnal et laïque en droit international privé, Dalloz, 1971.

16- Cf. M. Domke, The settlement of Trade Disputes in Regional Markets, in Legal problems in International Trade and Investment, New - York, 1962; Bockstigel, Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat, in 60 ème Anniversaire de La Cour d'Arbitrage de la CCI 1983.



طرز عمل آن گروه از کشورهایی که سنت داوری تجاری بین‌المللی را می‌پذیرند یکسان نیست. بعضی مطلقاً آن را قبول کرده‌اند و پاره‌ای نسبت به آن رفتاری دوگانه و محتاطانه دارند.

## الف : قبول داوری تجاری بین‌المللی

### ۱- قبول مطلق داوری تجاری بین‌المللی

در میان کشورهایی که داوری بین‌المللی را بدون قید و شرط خاص می‌پذیرند می‌توان از کشورهای شوروی و بلوک شرق نام برد. در این کشورها در واقع از سال‌ها پیش به این طرف، داوری بین‌المللی روش عادی حل اختلاف راجع به قراردادهای منعقد شده میان این کشورها و کشورهای صنعتی غرب محسوب می‌شود (۱۷). از این حیث اهمیت داوری در روابط تجاری بین‌المللی کشورهای عمده شورای تعاون اقتصادی متقابل (CAEM) بیشتر نمایان است چرا که سازمان‌های دولتی تابع کشورهای مزبور در روابط متقابل خود تنها داوری بین‌المللی را می‌پذیرند (۱۸). اگرچه، ظاهراً تا کنون مسأله اختیار دولت در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی در ایالات متحده آمریکا مطرح نشده است (۱۹) ولی تردید نیست که این کشور را نیز باید جزء آن گروه از کشورهایی که داوری بین‌المللی میان دولتها و سازمان‌های دولتی از یک سو و شرکت‌های

۱۷- در خصوص این مطلب به مراجع زیر مراجعه شود:

Sanders, Trade Arbitration between East and West, I.C.L.Q, 1966, 742;  
Zourek, Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du règlement judiciaire des différends nés du commerce entre les pays à structures économiques et sociales différentes, Clunet. 1959.

18- Cf. Stoupnitzky, Statut international de l'URSS, Etat Commerçant, thèse, Paris, 1936; Fouchard, op. cit., loc. cit.

19- Cf. Georges Delaume, op. cit., loc. cit.

خصوصی بیگانه از سوی دیگر را قبول دارند دانست (۲۰)، هرچند که برعکس در سیستم داخلی این کشور به سازمانهای دولتی در روابطشان با یکدیگر و با اشخاص ثالث چنین اجازه‌ای داده نشده است (۲۱).

همچنین است در کشورهای انگلیس و بلژیک و هلند که از دیرباز داوری تجاری بین‌المللی را قبول کرده‌اند. در یونان از مجموع مواد ۲۶۳ و ۲۶۴ قانون آئین دادرسی مدنی چنین برمی‌آید که داوری تجاری در روابط میان دولت و سازمانهای دولتی و اشخاص خصوصی مجاز است. از آنجا که قانون اخیر میان موردی که داوری دارای جنبه داخلی است و موردی که دارای خصیصه بین‌المللی می‌باشد تفاوتی قائل نشده است، مؤلفین حقوق این کشور چنین استنباط می‌کنند که داوری، در صورت توافق طرفین، اجباری است، حتی اگر داوری باید بموجب قرارداد آنها، در خارج از یونان جریان یابد (۲۲).

در رویه قضائی فرانسه (۲۳) با وجود میل دولت به داوری بین‌المللی، در پرونده‌هایی که دولت فرانسه را در مقابل شرکت‌های خصوصی خارجی قرار داده است، صراحتاً این نکته مورد قبول واقع شده است که دولت و سازمانهای دولتی فرانسه می‌توانند در روابط خود با اشخاص خارجی به داوری مراجعه نمایند. این رویه در پاره‌ای از کشورهای دیگر نیز دنبال گردیده است. در سوئیس - مثلاً - قانون فدرال راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ (۱-۲۳) همین راه حل را پذیرفته است، با قید این

20- Fouchard, op. cit. loc. cit.

21- Delaume, op. cit. loc. cit.

22- Cf. Kermeus, Arbitrage international et ordre juridique hellenique, Rev. arb, 1987, no 1, p. 35 et s; Foustoucos, L'arbitrage international en Grèce, ibid, p. 24 et s.

۲۳- در خصوص رویه قضائی کشور فرانسه، بعداً مفصلاً صحبت خواهیم نمود.

۱-۲۳- این قانون از ژانویه ۱۹۸۹ لازم‌الاجرا گردیده است. در این خصوص مراجعه شود به شماره چهاردهم سالنامه داوری بین‌المللی :  
(Yearbook of Commercial Arbitration)

نکته که: «دولت طرف معامله یا سازمان تحت نظر و کنترل او نمی‌تواند در صورت موافقت با قرارداد داوری، غیرقابل داوری بودن امر متنازع‌فیه را به این بهانه عنوان کند که حقوق خود او آنرا اجازه نمی‌دهد» (۲۴).

بدین ترتیب، قبول بی قید و شرط داوری ارتباطی به درجه صنعتی بودن و یا شکل سیاسی دولتها ندارد. این کشورها همگی از کشورهای صادرکننده تکنولوژی نیستند تا بتوان تصور نمود که هدفشان حمایت از شرکتها و سازمان‌های خصوصی تابع و یا تحت نظر آنها است. در پاره‌ای موارد، چون در مورد فرانسه در پرونده Myrtoon Steamship (۲۵)، قاعده مزبور حتی در جهت منافع شرکت‌های خصوصی خارجی در مقابل دولت فرانسه اتخاذ شده است (۲۶).

## ۲- قبول محدود داوری

در برخی کشورها اصل بر این است که دولت و سازمان‌های دولتی می‌توانند، در روابط تجاریشان با شرکت‌های خارجی، به داوری مراجعه کنند، مشروط بر اینکه رعایت پاره‌ای شرایط و احتیاط‌ها را که به موجب قانون معین شده است بنمایند. ماهیت این شرایط و احتیاط‌ها متفاوت است. در کلمبیا - مثلاً - دادگاه عالی این کشور چنین نظر داده است که مراجعه به داوری بین‌المللی ممکن است، مشروط بر اینکه داوری در کلمبیا

---

24- "L'Etat ou l'entreprise dominée ou l'organisation contrôlée par l'Etat parti à une convention d'arbitrage ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige visé par la convention d'arbitrage".

۲۵- نام و نشان این پرونده دریاورقی شماره ۷۸ این مقاله آمده است.

۲۶- در پرونده Myrtoon Steamship دادگاه استیناف تا آنجا پیش می‌رود که منع نمایندگان دولت را در مراجعه به داوری بین‌المللی مخالف مصالح آن کشور و مخالف عادات تجاری بین‌المللی می‌داند.

صورت گیرد (۲۷). این اصل در کشورهای اکوادور و پرو نیز اعمال می‌شود، هرچند اخیراً در پاره‌ایی قراردادهای نفتی پیش‌بینی شده است که داوری طبق مقررات داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی و در لندن انجام خواهد شد (۲۸).

در مصر، داوری داخلی و بین‌المللی هر دو مورد قبول است (۲۹). اما قراردادهای نفتی میان موردی که دولت خود امضاءکننده قرارداد است و موردی که خود دولت این مهم را انجام نمی‌دهد فرق قائل هستند: در صورت نخست داوری حتماً باید در مصر و براساس آیین داوری داخلی این کشور انجام پذیرد. برعکس، در صورتیکه دولت از طریق «شرکت ملی نفت مصر» (۳۰) قرارداد را تهیه و امضاء کند، اغلب به مقررات داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی مراجعه می‌شود (۳۱). این سنتی است که مصر از زمان عقد قراردادهایش با بعضی شرکت‌های غربی نظیر «فیلیپس» و «پان امریکن» رعایت نموده است. این قراردادها بوضوح میان دولت به‌عنوان قدرت عمومی و دولت به‌عنوان بازرگان تفاوت قائل شده‌اند (۳۲). در الجزایر، داوری بین‌المللی بطور اصولی مورد قبول قرار گرفته است لیکن در پاره‌ایی زمینه‌ها نظیر معاملات نفتی این شیوه رسیدگی به اختلافات ممنوع گردیده است. در مواردی که این کشور در جستجوی

27- Van den Berg, *L'arbitrage commercial en Amérique Latine*, Rev. arb. 1979, p. 145.

28- 15 Int'l Leg. Mat. 1976, no 1295 - 1342, 1336 - 1340.

29- Feurele, *Economic Arbitration in Egypt: The Influence of a Soviet Legal Institution*, Journ, Int, Law and Economics, 1976, 61.

30- Egyptian National Petroleum Company.

31- Leboulanger, *Le régime juridique des investissements pétroliers en Egypte*, Rev. egypt. dr. int. 1972, p. 130 et s.

32- Cf. El Kosheri, *Le régime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier*, RCADI 1975, 297 - 398.

کسب سرمایه‌های خارجی بوده است، قراردادهای منعقدۀ داوری را پذیرفته و بطور وسیعی به مقررات داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی اشاره نموده‌اند (۳۳). در مورد قراردادهای راجع به نفت، اختلافات باید، به موجب قانون ۱۲ آوریل ۱۹۷۱، انحصاراً در دادگاه‌های عمومی الجزایر مورد رسیدگی قرار گیرند (۳۴). معذالک این بدان معنی نیست که الجزایر اصل قبول داوری بین‌المللی را در مورد قراردادهای نفتی کلاً اجرا نکرده باشد. این دولت در واقع در مواردی که خود مستقیماً با سرمایه‌گذاران خارجی قرارداد منعقد نموده از طریق استعمال روش موسوم به «استفاه از پروتکل» (۳۵) به قبول داوری بین‌المللی رضایت داده است (۳۶).

به هر حال قبول مشروط داوری از ناحیۀ هر کشوری که باشد، نشانه این است که چنین کشوری در طلب تأسیس قواعدی است که در عین حال که پاسخگوی ضرورت داشتن روابط تجاری با کشورهای خارجی هستند، اصل حاکمیت دولت بر منابع و منافع داخلی را نیز تأمین می‌کنند. این چیزی است که در مورد کشورهای نیز که اصولاً داوری بین‌المللی را، در حل اختلاف میان سازمان‌های دولتی و شرکت‌های خصوصی بیگانه، ممنوع می‌دانند صدق می‌کند.

33- Cf. Belkacem et Amadio, La pratique du Code Algérien des investissements privés, Dr. et part. Com. Int, 1976, 215.

34- Cf. Belkacem, Le statut des intérêts pétroliers étrangers en Algérie depuis 1965, Thèse Paris, 1973.

۳۵- استفاه از پروتکل ظاهراً بوسیله هیچ قانونی پیش‌بینی نشده است، هر چند که از آن به نحو نسبتاً وسیعی استفاده می‌شود. در این خصوص به رجوع زیر مراجعه شود :

Terki, Les sociétés étrangères en Algérie, Alger 1976, p. 150.

36- Issad, "L'arbitrage en Algérie, Rev. Arb. 1977. p. 20 et s: Les techniques juridiques dans les accords de développement économique, in Dr. int. du développement, Alger. 1978 p. 179.

## ب: رد داوری تجاری بین‌المللی

کشورهای آمریکای لاتین قهرمان بی‌اعتمادی به داوری تجاری بین‌المللی هستند (۳۷). کشور ونزوئلا - مثلاً - داوری را برای دولت مطلقاً ممنوع اعلام کرده است. این سنت ممنوعیت داوری بین‌المللی ناشی از تأثیر نظریه معروف به «کالوو» (۳۸) است که از نام‌بنیانگذار آن «کارلوس - کالوو» حقوقدان آرژانتینی گرفته شده است. به موجب این نظریه، که از سال ۱۸۶۸ وضع شده و بعداً در قوانین اساسی پارهای از کشورهای آمریکای لاتین بعنوان یک اصل پذیرفته شده است، هر نوع شرکت خارجی که در این کشورها به فعالیت مشغول می‌گردد، باین عمل خود بطور ضمنی و رسمی از حمایت دیپلماتیکی که ممکن است از آن برخوردار باشد عدول کرده و صلاحیت انحصاری دادگاه‌ها و حقوق داخلی کشورهای مزبور را می‌پذیرد. اساس این نظریه بردو چیز استوار است. اول اینکه اصل بر این است که میان اشخاص تابع دولت و اشخاص خارجی نباید تفاوت رفتار قائل شد. دوم اینکه در حقوق بین‌الملل عمومی عدول از حمایت دیپلماتیک کاملاً قانونی و معتبر است (۱-۳۸) و شخص خصوصی حق دارد از اینکه دولتش از وی حمایت کند چشم‌پوشد و دولتی که چنین شخصی تابع آن است نمی‌تواند این حمایت را اعمال کند، مگر به درخواست شخص تابع (۳۹).

با وجود انتقادات شدیدی که از نظریه کالوو به عمل آمده است،

37- Cf. Van den Barg, op. cit, loc. cit.

38- Calvo.

38-1 Cf. Graham, The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection. Texas Int Law Forum 1971.

39- Garcia Amador, Introduction al Estudio del derecho International Contaporaneo, 1956, p. 345 et s. (cité par Leboulanger, op. cit, no 447, no 84).

نظریه مزبور هنوز هم در آمریکای لاتین مورد قبول است و حتی در موافقتنامه موسوم به «آندن» (۴۰) که منتهی به تنظیم یک «مجموعه قانون راجع به سرمایه‌گذاریهای خارجی» (۴۱) گردیده مورد تأیید قرار گرفته است (۴۲). به موجب این تصمیم، کشورهای عضو نمی‌توانند امتیازاتی به خارجی‌ان اعطا کنند که اشخاص تابع از آن برخوردار نیستند. بدین ترتیب جز در مورد تعداد نادری از کشورهای آمریکای لاتین نظریه «کالوو» هنوز معتبر و پابرجا و مورد عمل است. البته بعضی کشورها به منظور تعدیل تأثیر آن در روابط بین‌المللی خود «کنوانسیون بین دول آمریکائی راجع به داوری تجاری بین‌المللی» (۴۳) را امضاء کرده‌اند (۴۴). معذالک هنوز هم در اغلب این کشورها به داوری در روابط تجاری بین‌المللی بی‌اعتمادی و بی‌اعتنائی می‌شود چرا که به نظر این کشورها این روش حل و فصل اختلافات تجاری وسیله‌ای برای نادیده گرفتن حاکمیت ملی آنها است (۴۵).

40- Pacte Andin.

41- Code andin des investissements étrangers.

۴۲- مجموعه قوانین مزبور بتاريخ ۳۰ نوامبر ۱۹۷۶ تنظیم و مورد موافقت قرار گرفته است. موافقتنامه «آندن» بوسیله کشورهای بولیوی، کلمبیا، شیلی، اکواتور، ونزوئلا و پرو امضاء شده است. شیلی بعداً موافقتنامه را رها کرده است و در حال حاضر داوری تجاری بین‌المللی را کاملاً قبول دارد.

43- Convention Inter - americaine sur l'arbitrage commercial international.

۴۴- این کنوانسیون توسط کشور پاراگوئه امضاء شده است.

45- Cf. Van den Berg. op. cit. p. 146.

## مبحث دوم : اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به‌داوری تجاری بین‌المللی در نظام حقوقی ایران

پس از مطالعه راه‌حل‌هایی که سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف جهان اتخاذ کرده‌اند، می‌توان روش کشور ما را در رابطه با موضوع معین کرد. این روش در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده‌است که به‌موجب آن مراجعه به‌داوری در اختلافات میان دولت ایران و سازمان‌های دولتی ایرانی و طرفهای خارجی موکول به تصویب هیأت وزیران و مجلس گردیده است.

قبل از اینکه اصل ۱۳۹ قانون اساسی و اصولاً سیستم حقوقی ایران در ارجاع دعاوی دولتی به‌داوری بین‌المللی را مورد بررسی قرار دهیم (ب) بی‌فایده نیست که این نکته را ابتدائاً مطالعه کنیم که آیا در ایران انعقاد هرگونه قرارداد تجاری بین‌المللی توسط دولت باید به تصویب مجلس برسد و یا تنها قرارداد داوری است که باید از تصویب مجلس بگذرد و قراردادهای بین‌المللی در آن قسمت که به‌مورد داوری اشاره ندارند موکول به تصویب مجلس نیست (الف) ؟

### الف : اختیار دولت و سازمان‌های دولتی ایران در عقد قراردادهای تجاری بین‌المللی

به‌موجب اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد.» در اصل ۱۲۵ قانون اساسی نیز «امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمانهای مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی توسط رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی او، موکول به «تصویب مجلس شورای



اسلامی» گردیده است.

اشاره به «قراردادهای بین‌المللی» در این دو اصل این تصور را ایجاد کرده است که انعقاد هر گونه قرارداد توسط دولت و سازمان‌های دولتی ایران و طرف‌های خارجی نیاز به تصویب مجلس دار دو ضرورت تصویب مجلس محدود به معاهدات نمی‌گردد (۴۶). شورای نگهبان که در این خصوص به کرات مورد سؤال قرار گرفته است نظر جامعی ارائه نمی‌دهد. در نظری که شورای مزبور راجع به موافقتنامه همکاری فنی ایران ولیبی ابراز نموده است (۴۷) به این اکتفا می‌کند که «... قراردادهائی که بر مبنای موافقتنامه منعقد می‌شود و طبق اصل ۷۷ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی نیاز دارد، به موقوع به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید» بدون آنکه معین کند منظور از قراردادهائی که میان طرفین منعقد خواهد شد، هر نوع قراردادی است یا قراردادهای تجاری را شامل نمی‌شود.

در نظر دیگری که شورای نگهبان در پاسخ به نخست‌وزیری اعلام نموده است، قراردادهای دولتی ایران با شرکت‌های خصوصی خارجی از شمول اصل ۷۷ قانون اساسی خارج شده‌اند. به نظر شورا: «قراردادهائی که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسه یا شرکت دولتی (ایرانی) و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی می‌باشد، قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد» (۴۸).

گرچه شورای نگهبان اشاره صریحی به اصل ۱۲۵ قانون اساسی نکرده است ولی پیداست که شورا در اظهار عقیده‌اش اصل مزبور را در نظر داشته

۴۶- در خصوص کل موضوع به مقاله آقای دکتر سیدحسین عنایت تحت عنوان «تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران...» مندرج در «مجله حقوقی» شماره ۷، زمستان ۶۵، ص ۱۳۱ به بعد، مراجعه شود.

۴۷- نظر شورای نگهبان در مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱، ص ۱۸۴ چاپ شده است.

۴۸- نظریه شماره ۴۰۰۹ مورخ ۱۶/۸/۶۳، مجموعه قوانین ۱۳۶۳، ص ۳۵۷.

است که در آن قراردادهائی لازم‌التصویب شناخته شده‌اند که «دولت ایران با سایر دولت‌ها...» منعقد می‌کند. به هر حال در نظر اخیر نیز شورای نگهبان تعریفی از قراردادهای بین‌المللی بدست نمی‌دهد و معلوم نمی‌کند که منظور از قراردادهائی که اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی به آن اشاره نموده‌اند چه نوع قراردادهائی است.

برعکس انجام این مهم را در نظریه دیگر شورای نگهبان می‌بینیم که به موجب آن: «اصل ۷۷ قانون اساسی با توجه به اصل ۱۲۵ از قراردادهائی که برای انجام معامله بین وزارتخانه‌ها و سایر سازمان‌های دولتی ایران و شرکت‌های خارجی دولتی که دارای شخصیت حقوقی باشند منعقد می‌گردد، منصرف است و موارد خاص اینگونه قراردادها در صورتی که ضوابط کلی آن بموجب قانون عادی تعیین شده باشد، نیاز به تصویب مجلس شورای اسلامی ندارد» منظور شورا از «قراردادهائی که برای انجام معامله» منعقد می‌شود، قراردادهائی است که موضوع آن تجاری باشد یعنی قراردادهای خرید کالا و خدمت از خارج یا فروش کالا و خدمات به خارج.

از مجموع اظهار نظرهای شورای نگهبان چنین برمی‌آید که به عقیده این شورا، انعقاد قراردادهائی که دولت و سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی ایران با سازمان‌ها و مؤسسات خارجی دارای شخصیت حقوقی منعقد می‌کنند نیاز به تصویب مجلس ندارد. مفهوم مخالف این گفته این است که هرگاه قرارداد میان دولت ایران و دولت خارجی باشد، اعتبار آن موکول به تصویب مجلس خواهد بود، مهم نیست که موضوع قرارداد تجاری باشد و به حقوق بین‌الملل خصوصی ایران ارتباط پیدا کند و یا غیر تجاری و به حقوق بین‌الملل عمومی مربوط شود. ملاک لزوم یا عدم لزوم تصویب مجلس شورای اسلامی، شخصیت حقوقی طرفین قرارداد است: هرگاه طرف خارجی قرارداد سازمان، مؤسسات و یا شرکتی باشد که بتوان، به لحاظ داشتن شخصیت حقوقی، آنرا از دولت مجزا دانست انعقاد قرارداد نیاز به تصویب مجلس ندارد، ولی هرگاه طرف خارجی مقابل دولت ایران

يك دولت باشد تصویب مجلس ضروری است.

این طرز برخورد شورای نگهبان در آن قسمت که قراردادهای تجاری - انجام معاملات - را مشمول مقررات اصول ۷۷ و ۱۴۹ قانون اساسی و در نتیجه نیازمند تصویب مجلس نمی‌داند قابل تأیید است. ولی آنجا که قراردادهای بین‌الدولی را بدون توجه به موضوع آنها موکول به تصویب مجلس تلقی می‌نماید قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

به نظر ما، لزوم و عدم لزوم تصویب مجلس به چگونگی شخصیت طرف خارجی قرارداد ارتباطی ندارد. آنچه باید ملاک تشخیص قرار گیرد موضوع قرارداد می‌باشد که ممکن است ارتباط به حاکمیت دولت داشته یا نداشته باشد: در صورت اول قرارداد جنبه عمومی دارد و تابع مقررات حقوق بین‌الملل عمومی و در صورت دوم جنبه خصوصی داشته و تابع مقررات حقوق بین‌المللی خصوصی است. مقصود از قرارداد مندرج در اصول ۷۷ و ۱۲۹ قانون اساسی قرارداد عمومی است که نقض تعهدات ناشی از آن از ناحیه دولت‌های امضاءکننده به معنی نقض حقوق بین‌الملل عمومی تلقی خواهد شد و مآلاً موجب مسؤولیت بین‌المللی دولت به علت این نقض خواهد گردید: قراردادهای خصوصی یعنی قراردادهایی که به منظور خرید یا فروش کالا و سرویس منعقد می‌شوند، حتی اگر بین دو دولت منعقد شده باشند، تابع قواعد حقوق بین‌الملل عمومی نخواهند بود، چرا که اینگونه قراردادها به هیچوجه معاهده محسوب نمی‌شوند و با قرارداد-هائی که اشخاص خصوصی (بازرگانان) با یکدیگر منعقد می‌نمایند تفاوت ندارند، هر چند که شکل معاهده را داشته باشند. فرقی نمی‌کند که این قراردادها میان يك دولت و يك شخص حقوقی مستقل از دولت منعقد شوند - چنانکه شورای نگهبان پذیرفته است - و یا میان دو دولت - چنانکه ما معتقدیم. معاملات تجاری که دولت‌ها انجام می‌دهند تابع قواعد عمومی قراردادهای خصوصی هستند و این نکته‌ای است که با رویه قضائی بین‌المللی کاملاً موافقت دارد. در واقع دیوان دائمی دادگستری

بین‌المللی در رأی مورخ ۱۲ ژوئیه ۱۹۳۹ خود این مطلب را به‌روشنی بیان داشته است (۵۰). به‌نظر دیوان مزبور: «هر قراردادی که میان دولت‌ها بعنوان اشخاص صاحب حق و تابع حقوق بین‌الملل عمومی منعقد نمی‌شود پایه در قانون داخلی يك کشور دارد» (۵۰). این نظر دیوان یکبار دیگر در رأی مربوط به اختلاف میان دولت ایران و شرکت ایران و انگلیس مورد تأیید قرار گرفته است (۵۲).

این است که به عقیده ما جای تردید نیست که قراردادهای تجاری بین‌المللی منعقد میان دولت و سازمان‌های دولتی ایران از يك سو و اشخاص حقیقی یا حقوقی عمومی و خصوصی خارجی از سوی دیگر، هرچقدر هم که مهم باشد، نیاز به تصویب مجلس نخواهد داشت و دولت و یا سازمان دولتی ایرانی نمی‌تواند - برخلاف آنچه ظاهراً یکی از مؤلفین گفته است (۵۳) - اعتبار آنرا، به‌صرف اینکه مورد تصویب مجلس قرار نگرفته است مورد انکار یا تردید قرار دهد، مگر آنکه خود قرارداد (امضا شده توسط دو دولت) اعتبار آنرا به تصویب مجلس موکول کرده باشد. البته همانطور که شورای نگهبان عنوان کرده است «قانون عادی می‌تواند انعقاد بخشی از قراردادها (و از جمله قراردادهای تجاری) را بطور موردی

50- D.P. 1930. 2. 45, note Descensière - Ferronière.

51- "Tout contrat qui n'est pas un contrat entre les Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale".

۵۲- نظر دیوان راجع است به قراردادی که در ۲۲ آوریل ۱۹۳۳ میان ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس منعقد شده بود. در این پرونده دولت انگلیس مدعی شده بود که قرارداد منعقد شده يك معاهده است چون تحت نظارت جامعه ملل توسط ارگان گزارشگر آن به امضاء رسیده است. دیوان این ادعای دولت انگلیس را مردود می‌داند و چنین اعلام می‌دارد که قرارداد مذکور چیزی جز يك قرارداد اعطای امتیاز میان يك دولت و يك شرکت خصوصی نیست و در نتیجه مشمول مقررات حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌شود (رأی دیوان در مجموعه آرای ۱۹۵۳ چاپ شده است).

۵۳- ر.ك. به مقاله آقای دکتر عنایت - که قبلاً به آن اشاره شد - ، مجله حقوقی، شماره هفتم، ص ۱۳۶.

موکول به تصویب مجلس شورای اسلامی نماید» (۵۴).

### ب: اختیار دولت و سازمان‌های دولتی ایران در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی

اگرچه - به دلایلی که در بالا بیان نمودیم - قراردادهای بین‌المللی که موضوع آنها عملیات تجاری میان دولت و سازمان‌های دولتی ایران و اشخاص خارجی است نیاز به تصویب مجلس ندارد ولی، به حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در صورت بروز اختلاف در خصوص اجرای این قراردادها و ضرورت مراجعه به داوری، لزوم تصویب مجلس، علاوه بر تصویب هیأت وزیران، غیر قابل تردید است.

به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در موردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

گنجاندن اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع دعاویشان به داوری در قانون اساسی و موکول کردن این اختیار به تصویب مجلس - علاوه بر تصویب هیأت وزیران - دلیل اهمیتی است که تنظیم کنندگان قانون اساسی برای اصل صلاحیت محاکم داخلی ایران در رسیدگی به دعاوی دولتی قائل بوده‌اند. معذک نباید تصور نمود که راه حل ارائه شده در اصل ۱۳۹ ابداع عجیبی محسوب می‌شود. در حقوق داخلی ایران، قبل از انقلاب نیز مؤسسات دولتی از ارجاع اختلافاتشان به داوری ممنوع بودند. مطابق ماده ۲۹ آئین‌نامه معاملات دولتی مصوب کمیسیون قوانین

۵۴- مجموعه قوانین ۱۳۶۳، ص ۳۵۷. ناگفته نماند که از آنجا که به موجب اصل نود و هشتم تفسیر رسمی قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است، لذا نظر شورای نگهبان در موارد بالا لازم‌الرعايه بوده و دولت و سازمان‌ها مکلف به تبعیت از آن هستند.

دارائی مجلس شورای ملی مورخ ۱۳۳۴/۲/۱۰ در هیچیک از پیمانها نمی‌بایست حق ارجاع به‌داوری قید می‌گردید، ضمن اینکه مقنن، تصریحاً، مؤسسات دولتی را از ارجاع به‌داوری منع کرده بود (۵۵). تصویب‌نامه‌های متعددی نیز در گذشته از طرف دولت صادر گردیده که در قراردادهایی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند، منعقد می‌نمایند، قید ارجاع اختلاف به‌داوری موکول به‌صدور تصویب‌نامه از طرف هیأت وزیران خواهد بود (۵۶).

اما حداقل نوآوری قانون اساسی این است که، برای آنکه دولت یا سازمان‌های دولتی بتوانند به‌داوری مراجعه کنند لازم است علاوه بر تصویب هیأت وزیران - چنانچه در سابق هم معمول بود - تصویب مجلس شورا را نیز تقاضا نمایند، خواه دعوائی را که به‌مناسبت آن قصد مراجعه به‌داوری دارند قبلاً در دادگاه‌های دادگستری مطرح کرده و یا نکرده باشند (۵۷).

بدین ترتیب و در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی داخلی - همانطور که مطالعه کردیم - سیستم حقوقی ایران جزء آندسته از سیستم‌هایی است که مراجعه به‌داوری بین‌المللی را در اصل مورد قبول قرار داده‌اند. تنظیم‌کنندگان قانون اساسی - در واقع - نمی‌توانستند راه‌حل دیگری جز این را معین نمایند، چرا که رد کلی داورى با موازین شرعی اسلام

۵۵- این فکر ظاهراً ناشی از این است که دولت اصولاً در اغلب مواردی که اختلافات و دعاوی بین دولت و اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی به‌داوری ارجاع گردیده است، محکوم به بی‌حقی شده است و از این بابت خسارات هنگفتی به‌وی وارد آمده است.

۵۶- در این خصوص رك. به مقاله دکتر صادق برزگر، تحت عنوان «حکیمیت بازرگانی بین‌المللی» مندرج در نشریه «کانون سردفتران»، سال هشتم، شماره ۴ و ۵ تیر و مرداد ۱۳۴۳، ص ۹ به بعد.

۵۷- مستنبط از ماده ۶۳۲ قانون آئین دادرسی مدنی: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از اینکه در دادگاه‌های دادگستری طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد بتراضی به‌داوری یک یا چند نفر رجوع کنند.»

که اصل داورى را مورد قبول قرار داده است مخالف تلقى مى‌گردید (۵۸).  
النهاییه برای اینکه از زیاده روی‌ها و گشاده‌نظری‌های گذشته در قبول  
شرط داورى توسط دولت و سازمان‌های دولتی جلوگیری به عمل آید، ارجاع  
دعاوى آنرا به داورى - که در اصل باید در محاکم قضائى مطرح شود -  
موکول به تصویب مجلس نموده است.

به هر حال اصل ۱۳۹ قانون اساسی - به نحوی که تنظیم گردیده است -  
سؤالات چندی را مطرح می‌کند که باید به آن پاسخ داد.

سؤال اول این است که آیا مفاد اصل مورد بحث در مورد قراردادهای  
منعقد شده قبل از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قابل اجرا  
است، یا، تنها در مورد قراردادهائی قابلیت اجرائی دارد که از بعد از  
تصویب آن منعقد گردیده و یا می‌گردد؟ به عبارت دیگر، آیا اصل ۱۳۹  
دائر بر لزوم تصویب ارجاع دعاوى دولت به داورى، عطف به ماسبق می‌شود  
یا خیر؟ این نکته‌ای است که خود اصل ۱۳۹ آنرا روشن نمی‌کند.

به نظر ما مندرجات اصل ۱۳۹ عطف به ماسبق نمی‌شود چرا که طرفین  
قرارداد داورى - نیتشان هر چه بوده باشد - قرارداد را با توجه به موازین  
و قوانین زمان تنظیم و امضاء آن و به اتکاء این موازین و قوانین منعقد  
نموده‌اند. قراردادهای داورى که قبل از تصویب قانون اساسی جدید  
میان دولت و سازمان‌های دولتی ایرانی و شرکت‌های خارجی منعقد شده  
نیاز به تصویب مجلس ندارد. اصل عطف به ماسبق نشدن قانون که در ماده  
۸ قانون مدنی ایران بر آن تأکید شده است در مورد توافق‌های راجع به  
ارجاع دعاوى دولت و سازمان‌های دولتی ایران به داورى نیز صادق  
است. به موجب ماده مزبور: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت  
به ماقبل خود اثر ندارد، مگر اینکه مقررات خاصی نسبت به این موضوع  
اتخاذ شده باشد» در اصل ۱۳۹ نیز - همانطور که گفتیم - به هیچوجه

قید نشده است که مقررات اصل مزبور نسبت به دعاوی قبل از تصویب آن نیز لازم‌الرعایه است.

ممکن است گفته شود که، قاعده منعکس در اصل ۱۳۹ مربوط به نظم عمومی است و بنابراین به قراردادهای قبل از تصویب آن نیز خودبخود قابل تسری است و عدم مراعات مقررات اصل مزبور مخالف نظم عمومی ایران خواهد بود. ولی این عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد. به عقیده ما درست برعکس، تسری دادن اصل مزبور به روابط قبل از تصویب قانون اساسی ایران موجب بی‌اعتمادی اشخاص خارجی نسبت به قوانین ایران و عهد و پیمان‌های دولت و سازمان‌های دولتی ایران و نهایتاً بی‌اعتمادی به ایران خواهد شد و این چیزی است که با نظم عمومی کشورمان سازگار نخواهد بود. به همین دلیل است که گرچه - همانطور که ما گفتیم و معتقدیم - ارجاع دعاوی سابق دولت و سازمان‌های دولتی به داوری نیاز به مراجعه مجلس ندارد، مرجع اخیر، تقریباً در تمام مواردی که دولت، احتیاطاً، تصویب مجلس را در خصوص این مطلب درخواست نموده است، با ارجاع اینگونه دعاوی به داوری موافقت کرده است.

سؤال دوم: مطالعه دقیق اصل ۱۳۹ نشان می‌دهد که در آن قانونگذار صحبت از ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری می‌کند که باید به تصویب هیأت وزیران و مجلس برسد و نه از تصویب قراردادهای داوری. آیا می‌توان گفت که قانونگذار تنها در صورتی دخالت مجلس را ضروری می‌داند که در اثر اجرای يك قرارداد بین‌المللی اختلافی میان دولت و یا سازمان دولتی مربوطه و شرکت خارجی بروز کرده باشد؟ آیا قبل از ایجاد اختلاف و دعوی تصویب مجلس ضرورتی ندارد؟

اگر بپذیریم که ضرورت تصویب مجلس وقتی است که اختلاف و دعوی ایجاد شده و در نتیجه لازم می‌آید که این اختلاف و دعوی به داوری ارجاع شود، باید قبول کنیم که سازمان‌های دولتی می‌توانند، حین انعقاد قراردادهای بازرگانی خود با طرف‌های خارجی قبول کنند که در صورت بروز اختلاف مسأله به داوری ارجاع شود، بدون آنکه نیازی به تصویب



شرط داوری که به این ترتیب امضاء می‌شود داشته باشند.

به نظر ما اصل ۱۳۹ قانون اساسی - با وجود انشاء بدان - نظر به ارجاع اختلافات دولتی با خارجیان به داوری بطور مطلق داشته است. به عبارت دیگر، قبول ارجاع دعاوی میان طرفین از ناحیه طرف دولتی ایرانی نیاز به تصویب مجلس دارد، چه حین قبول داوری - یعنی حین انعقاد قرارداد اصلی باشد - یعنی زمانی که هنوز اختلاف ایجاد نشده است - چه بعد از آن - یعنی پس از بروز اختلاف، در هر مورد مسئله باید به نظر مجلس و تصویب آن برسد والا شرط داوری اگر در قرارداد آمده باشد باطل است و اگر نیامده باشد، نمی‌توان - در صورت بروز اختلاف - امر را به داوری ارجاع نمود. این است که - به نظر ما - شروطی را که در حال حاضر پاره‌ای از وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی با طرفهای خارجی منعقد کرده و در آن ارجاع به داوری قید می‌گردد نمی‌توان واجد اعتبار تلقی نمود مگر آنکه به تصویب هیأت وزیران و مجلس هر دو برسند.

ممکن است به ما این ایراد گرفته شود که این نظر از لحاظ علمی قابل قبول نیست، چرا که دولت و مجلس را مجبور می‌کند تا وقت زیادی را به بحث در مورد شرط داوری موجود در قراردادها و پیمان‌های عیدیه‌ای که دولت و سازمان‌های دولتی با اشخاص خارجی منعقد می‌کنند، اختصاص داده و به کارهای اساسی دیگر نرسد. ولی در مقابل نص صریح قانون اساسی، دولت و سازمان‌های دولتی کار دیگری نمی‌توانند بکنند جز آنکه قراردادهای داوری را که طرف‌های خارجی به آنها پیشنهاد می‌کنند و آنها نمی‌توانند - به دلایل خاص - رد کنند به نظر مجلس برسانند والا شرط داوری از نظر قانون ایران اعتبار نخواهد داشت (۵۹).

سؤال سوم: اصل ۱۳۹ که، بدین ترتیب، تصویب و کنترل مجلس را در ارجاع به داوری ضروری میداند میزبان اختیار و درجه کنترل مجلس

۵۹- البته، بطلان شرط داوری - به علت عدم تصویب مجلس - کل قرارداد را فاقد اعتبار نمی‌کند، چرا که قرارداد داوری به موجب يك اصل کلی مستقل از قرارداد اصلی است.

را معین نمی‌کند، آیا مجلس می‌تواند شرایط مندرج در شرط داوری را عوض کند و آیا می‌تواند در انتخاب داور - که چه کسی باشد - دخالت کند؟ از نظر قاعده کلی دخالت مجلس در امر داوری در همان حد دخالتش در کار دولت است. نمایندگان مجلس خواهند توانست کل قرارداد اصلی را مطالعه کنند، شرایط داوری را مطالعه و احیاناً تغییر دهند و یا شرط داوری را همانطور که هست بپذیرند و یا با اصل داوری مخالفت کنند. اما در عمل، نمایندگان هیچگاه از حد تصویب شرط داوری - که بصورت لایحه تک‌ماده‌ای به مجلس تسلیم می‌شود - بیرون نرفته‌اند. مثلاً در جلسه رسیدگی به تصویب اجازه ارجاع به داوری دعاوی علیه بانکهای ایران در خارج کشور به بانک مرکزی ایران، یکی از نمایندگان پیشنهاد نمود که در لایحه دولت قید شود که داور اختصاصی ایران باید مورد تأیید شورای عالی قضائی باشد. این پیشنهاد مورد موافقت هیچیک از نمایندگان حاضر قرارنگرفت (۶۰).

### نتیجه بخش اول

مطالعه سیستم‌های حقوقی متعدد در خصوص اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع اختلافاتشان با شرکت‌های خارجی نشان داد که راه‌حل‌های پیش‌بینی شده در این سیستم‌ها به هیچوجه یکسان نیست. پاره‌ای از کشورها مانند فرانسه ارجاع به داوری را در اختلافات دولت و سازمان‌های دولتی قبول دارند؛ پاره‌ای دیگر مانند کشورهای آمریکای لاتین آنرا قبول ندارند و رد می‌کنند و بالاخره بعضی از کشورها داوری در دعاوی دولتی با شرکت‌های خارجی را مشروط به شرایطی کرده‌اند که در

۶۰- روزنامه رسمی شماره ۱۷۰۴۹، مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی،

جلسه ۲۵۸، صفحه ۲۸. در عمل سازمان‌های دولتی در انتخاب داور اختصاصی و داور وسط راساً و با همکاری دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران اقدام می‌نمایند.

کلید کشورها به یک شکل عنوان نشده‌اند. آنجا که دولت و سازمان‌های دولتی به موجب قانون بدون قید و شرط قادر به ارجاع اختلافات خود به داوری نیستند مسئله‌ای ایجاد نمی‌شود. مشکل وقتی بروز می‌کند که در قراردادی که میان دولت یا یک سازمان دولتی و یک شرکت خصوصی خارجی منعقد می‌گردد ارجاع اختلافات احتمالی به داوری شرط می‌شود، در حالیکه قانون دولت طرف معامله یا داوری را کلا رد می‌کند و یا آنرا مشروط به شرطی می‌کند - چون تصویب هیأت وزیران و یا تصویب مجلس و امثال آن. در چنین حالتی، چه اعتباری می‌توان برای شرط داوری منعکس در قرارداد طرفین قائل شد؟ آیا دولت و یا سازمان امضاءکننده شرط داوری می‌تواند شرط را به این بهانه که قانون وی آنرا رد و یا مشروط به رعایت پاره‌ای شرایط می‌کند، مردود و باطل اعلام و از مراجعه به داوری خودداری نماید؟ مسلم است که هر گاه در قرارداد فیما بین قید شده باشد که اعتبار شرط داوری موکول به تصویب بعدی مقام و مرجعی است که قانون دولت و یا سازمان دولتی امضاءکننده معین نموده است، شرط داوری جز با تصویب بعدی مقام و مرجع مزبور قابل عنوان کردن نیست. ولی هر گاه چنین تصریحی در قرارداد نشده باشد چه اثری بر شرط داوری مترتب خواهد بود؟ پاسخ به این سؤال مستلزم بررسی اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع اختلافاتشان به داوری از نظر حقوق بین‌الملل است، که موضوع بخش دوم این مقال را تشکیل می‌دهد.

### بخش دوم: اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع

#### به داوری بین‌المللی از نظر حقوق بین‌الملل

قبل از اینکه پاسخ سؤالی را که در بالا مطرح نمودیم بدهیم، لازم است یک نکته را روشن کنیم. وقتی صحبت از «اختیار دولت و سازمان‌های دولتی» می‌کنیم، منظور ما این نیست که چه مقامی از مقامات دولتی و یا چه فردی از مسؤولین فلان سازمان دولتی حق امضاء قرارداد داوری

را دارد. این سؤالی است که پاسخ دادن به آن بسیار دشوار است و اصولاً هر کشوری خود و به موجب قوانین داخلی خودش معین می‌کند که چه مقام و یا مسؤولی و تحت چه شرایطی حق امضاء و قبول یک شرط داوری را دارد (۶۱). منظور از اختیار دولت و سازمان‌های دولتی اجازه خود دولت و سازمان‌ها است که به عنوان اشخاص حقوقی ممکن است حق ابراز اراده خود را به قبول داوری داشته یا نداشته باشند.

از این توضیح مختصر که بگذریم باید گفت که هیچ قاعده بین‌المللی یافت نمی‌شود که بطور کلی و صرف نظر از محتوای حقوق داخلی کشورها، آنها را به قبول داوری بین‌المللی در روابط تجاریشان با اشخاص خارجی مجبور نماید. معذک دولت‌های مختلف می‌توانند، از طریق انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا توافق‌های دوجانبه متعهد شوند که منازعاتشان را از طریق مراجعه به داوری حل و فصل نمایند و آرائی را که بر همین اساس صادر می‌شوند به مرحله اجرا درآورند. هرگاه چنین کنوانسیون‌هایی وجود داشته باشند، دولت‌های امضاءکننده باید مفاد آنها را مورد عمل قرار دهند (الف). برعکس در مواردی که اجرای چنین کنوانسیون‌هایی بر مورد متنازع فیه قابل اعمال نباشد، باید دید مقررات چه سیستم حقوقی را به مرحله اجرا درآوریم تا معلوم شود که دولت و یا سازمان دولتی امضاءکننده قرارداد داوری، قرارداد صحیحی امضاء کرده است (ب).

#### الف: راه حل مسأله از نظر حقوق بین‌الملل قراردادی (۶۲)

مطالعه کنوانسیون‌های مهم مراجعه به داوری نشان می‌دهد که مسأله اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع به داوری، مورد توجه چندانی

61- David, op. cit. no 195 et les références citées.

62- Droit conventionel.

قرارنگرفته است. کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ برای شناسائی و اجرای آرای داوری خارجی (۶۳) - مثلاً - در خصوص این موضوع ساکت است. تنها چیزی که کنوانسیون در این رابطه عنوان می‌کند این است که مرجعی که از او درخواست اجرای حکم داوری شده است حق ندارد از شناسائی و صدور اجرائیه (۶۴) خودداری کند، مگر آنکه طرفی که حکم علیه او ارائه می‌شود ثابت کند که «طرفین قرارداد (داوری)، به موجب قانون حاکم بر آنها، فاقد اهلیت می‌باشند...» این صراحتاً بدین معنی است که «هر کشوری در این خصوص قاعده‌ای را انتخاب می‌کند که ضروری تشخیص می‌دهد. به عبارت دیگر، این خود کشورها هستند که - بدون اینکه هیچگونه تعهد بین‌المللی آنانرا موظف کند - تصمیم خواهند گرفت که آیا دولت و سازمان‌های دولتی یا شرکت‌های تحت کنترل دولت اهلیت مراجعه به داوری خواهند داشت یا خیر» (۶۵).

به نظر نمی‌رسد که عدم اشاره کنوانسیون به الزام کشورهای تصویب کننده به قبول داوری بین‌المللی ناشی از عدم تمایل دولت‌های جهان به داوری بین‌المللی بوده باشد. آنچه احتمال می‌رود این است که کشورها نخواسته‌اند به قبول شرطی تن در دهند که بطور کلی آنان را در کلیه روابط تجاریشان مکلف به مراجعه به داوری بین‌المللی می‌کند. بویژه آنکه نمی‌توان کلیه عملیات تجاری و اقتصادی دولت‌ها را بی‌تأثیر در حاکمیت آنان دانست. به نظر پرفسور ساندرز، اختیار مراجعه به داوری در زمینه قراردادهای تجاری سنتی - نظیر بیع - نمی‌تواند خود بخود به دیگر

۶۳- در خصوص این کنوانسیون به مرجع زیر مراجعه شود:

Van den Berg, The New York Arbitration convention of 1958, Asser/Kluver,

La Haye / Deventer, 1981.

64- Exequatur.

65- David, op. cit. p. 264.

روابط اقتصادی تعمیم داده شود. وی در این خصوص چنین می‌گوید: «تردیدهای من زمانی آغاز می‌شوند، که دولت حق امتیازی را به یک شرکت خارجی اعطا می‌کند. در چنین قراردادی ممکن است که طرفین راه حل را در خود قرارداد قید نمایند یعنی شرط کنند که مقررات کنوانسیون نیویورک قابل اجرا خواهد بود. در غیر این صورت، عقیده من این است که قاعده مندرج در کنوانسیون به چنین قراردادی قابل اعمال نخواهد بود» (۶۶).

برعکس کنوانسیون نیویورک، کنوانسیون اروپائی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ راجع به داوری تجاری بین‌المللی (۶۷) بطور صریحی چنین اعلام می‌دارد که: [اشخاص حقوقی، که طبق قانون حاکم بر آنان اشخاص حقوقی تابع حقوق عمومی محسوب می‌شوند، اختیار خواهند داشت قراردادهای داوری را امضاء کنند (و اینگونه قراردادهای دارای اعتبار قانونی خواهند بود)] (۶۸). گرچه مفهوم «اشخاص حقوقی تابع حقوق عمومی» (۶۹) چندان روشن نیست ولی مسلم است که کنوانسیون دولت و سازمان‌های دولتی تحت نظارت و کنترل آنرا مورد نظر داشته‌است. قبول و اجرای کنوانسیون از ناحیه کشورها به معنی این خواهد بود که این کشورها مکلف به قبول اهلیت دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری هستند. معذک قسمت دوم ماده ۲ بالا به دولت‌ها امکان می‌دهد

66- Sanders, Arbitrage international Commercial, II. 298 (cité par David, op. cit, p. 264);

Benjamin, Yearbook of International Law, 1961, p.p. 418 - 495; Klein, Rev. crit. dr. int. pr., 1962, p. 663.

۶۷- در خصوص این کنوانسیون به تفسیرهای زیر مراجعه شود:

68- "Les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de personnes morales de droit public, ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage" (Art II).

69- Personnes morales de droit public.

که اجرای کنوانسیون را محدود به موارد خاص کنند (۷۰).

در هر حال کنوانسیون اروپائی جز در مورد اختلافات بین‌المللی دارای جنبه تجاری قابل اجرا نیست، به عبارت دیگر مقررات کنوانسیون تنها در مواردی قابل اجرا است که عمل دولتها و یا «اشخاص حقوقی تابع حقوق عمومی» نظیر عمل شرکت‌های خصوصی است. به همین دلیل می‌توان گفت که کنوانسیون به‌مسائلی نظیر اعطاء حق امتیاز از ناحیه دولتها قابل اجرا نیست، چرا که این عملی است که اشخاص حقوقی خصوصی قادر به انجام آن نیستند.

کنوانسیون دیگری که در آن اختیار دولتها و سازمان‌های دولتی به‌مراجعه به‌داوری بین‌المللی شناخته شده است، کنوانسیون تنظیمی «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه» می‌باشد که «مرکز بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولتها و اتباع دولتها» را تأسیس نموده است (۷۱). بدیهی است که کنوانسیونی که صراحتاً برای رفع اختلافات میان دولتها و اشخاص خصوصی ایجاد شده است نمی‌تواند چیزی جز قبول داوری بین‌المللی میان اشخاص مزبور را بپذیرد و کشورهایی که آنرا امضاء کرده و می‌کنند باید برای دولت و اشخاص حقوقی عمومی خود این حق را بشناسند که در صورت بروز اختلافات با اشخاص خارجی خصوصی دعوی خود را نزد مرکز داوری موضوع کنوانسیون مطرح نمایند.

70- Tout Etat pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa declaration.

۷۱- این کنوانسیون که به‌کنوانسیون واشنگتن نیز معروف است همراه با توضیحی در مورد آن در مجله حقوقی، شماره ۶ بخش اسناد بین‌المللی، ص ۲۶۱ به‌بعد به‌چاپ رسیده است. در مورد کنوانسیون مزبور به‌مرجع زیر مراجعه شود:

Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other States", Rec. ds Cours, Acad. dr. int., La Haye, 1972 II, P. p. 331 - 410.

همانطور که ملاحظه می‌شود، حقوق بین‌الملل قراردادی در مجموع نقش چندانی در یکسان کردن راه حل مسئله‌ای که ما را بخود مشغول نموده نداشته است و در هر حال تنها در نادر مواردی بکار گرفته می‌شود که بتواند حاکم بر قرارداد تلقی شود. مقررات کنوانسیون‌های موجود در مورد اکثر کشورهای جهان قابل اجرا نیستند و در خصوص قراردادهائی که در رابطه با این کشورها منعقد می‌گردد تنها مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی و به عبارت مشخص‌تر قواعد تعارض قوانین است که تعیین می‌کند که برای تشخیص اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع به‌داوری چه قانون داخلی قابل اجرا خواهد بود.

### ب : اختیار دولت و سازمان‌های دولتی در ارجاع به‌داوری از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی

از نقطه نظر حقوق بین‌الملل خصوصی به معنی سنتی آن - یعنی سیستم تعارض قوانین - برای آنکه معلوم شود دولت یا سازمان دولتی طرف قرارداد داوری می‌توانسته است شرط داوری را امضاء کند یا خیر، باید ابتدا قانون ملی حاکم بر شرط را پیدا کنیم و سپس با مطالعه قانون مزبور نظر دهیم که شرط داوری صحیحاً ایجاد شده است یا خیر. اما، این روش سنتی مراجعه به سیستم تعارض قوانین امروز آهسته آهسته در میان داوران بین‌المللی متروک می‌شود. این طرز عمل داوران بین‌المللی را با مطالعه آرائی که در این خصوص صادر گردیده است پس از مطالعه مسأله از نقطه نظر سیستم تعارض قوانین، بررسی خواهیم نمود.

#### ۱- راه حل مسأله در سیستم تعارض قوانین

بهرتر است برای فهم آسان‌تر مطلب این قسمت از مقال را با طرح يك مثال شروع کنیم. دريك قرارداد بین‌المللی، شرطی گنجانده می‌شود



که به موجب آن در صورت بروز اختلاف میان طرفین در خصوص اجرای قرارداد، مسأله به‌داوری ارجاع شود و حال آنکه قانون دولت امضاء کننده - هرگاه خود دولت امضاء کننده قرارداد باشد - و یا قانون دولت متبوع یکی از طرفین، مراجعه به‌داوری بین‌المللی را ممنوع و یا موکول به تصویب هیأت وزیران و یا مجلس نموده است. چه اعتباری بر شرط داوری منعقد مترتب است؟ برای تشخیص این مسأله باید ابتدا معین نمود چه قانونی بر شرط داوری حکومت می‌کند، هرگاه قانون ملی حاکم بر شرط اعتبار آنرا مورد تأکید قرار دهد طرفین مکلف به مراجعه داوری خواهند بود والا شرط باطل خواهد بود. اما چه قانونی حاکم بر صحت و اعتبار شرط داوری است؟

در کشورهای انگلوساکسون مسأله بیشتر در لفاف تئوری «مصونیت قضائی» دولت‌ها مورد بررسی قرار گرفته است. به موجب این تئوری، دولتی که از روی اراده می‌پذیرد که در صورت بروز اختلاف در اجرای قراردادی که با شرکت خارجی منعقد نموده است اختلاف به‌داوری یک یا چند داور واگذار شود، الزاماً از حاکمیت خود صرف‌نظر نموده و بدین ترتیب نمی‌تواند بعداً، به استناد اینکه قانون داخلی‌اش او را از مراجعه به‌داوری ممنوع نموده است، از قبول داوری خودداری کند.

در انگلستان، قبل از قانون موسوم به State Immunity Act قبول داوری به وسیله دولت دلیل عدول وی از مصونیت قضائی محسوب نمی‌شد، مگر بعد از بروز نزاع (۷۲). راه حل قانون فعلی در این خصوص متفاوت است یعنی چه قبل و چه بعد از بروز نزاع، قبول داوری از ناحیه دولت امضاء کننده قرارداد به منزله عدول از مصونیت قضائی محسوب می‌شود (۷۳) اما انتخاب قانون انگلیس به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به معنی

72- Sornarajah, Problems in applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, 3, ICLQ 1982, p. 661 et s.

73- Mann, B.Y.I.L. 50 (cité par Sornarajah, op. cit, lo. cit).

انتخاب صلاحیت دادگاههای انگلیس نیست بلکه این نکته باید صراحتاً در قرارداد قید شده باشد (۷۴).

در آمریکا قانون موسوم به Foreign Sovereign Immunity Act صراحتاً قید کرده است که قبول داورى بوسیله يك دولت دليل عدولوى از مصونیت قضائی والبتہ مصونیت داورى است. رویه قضائی بر این است که چنین دولتی نمی تواند بعداً به بهانه حق اعمال حاکمیت و داشتن مصونیت قضائی در داورى شرکت نکند (۷۵). این نظر بعداً در پرونده اختلاف میان دولت لیبی و یک شرکت آمریکائی لیبیائی (۷۶) و نیز در پرونده مربوط به اختلاف میان جمهوری گینه و یک مؤسسه آمریکائی، مورد تأیید قرار گرفته است (۷۷).

در تمام پرونده های مورد بحث، دولت های طرف معامله برای عدم شرکت در داورى متوسل به اصل حاکمیت و مصونیت قضائی خود شده اند و نه به مصونیت و یا محدودیت قانون شخصی خود. بدین ترتیب مسأله از جهت اینکه چه قانونی بر صحت چنین شرط داورى حاکم است - قانون شخصی دولت یا قانون قرارداد - مورد بررسی قرار نگرفته است و معلوم نیست که در صورت عنوان کردن حاکمیت قانون شخصی دادگاه های انگلوساکسون چه راه حلی را ارائه می دهند.

در فرانسه، برعکس، مسأله اختیار دولت و سازمان دولتی در مراجعه به داورى از دیدگاه قواعد تعارض قوانین، بسیار مورد بحث بوده است. پاره ای از آراء دادگاه های این کشور اختیار دولت را به اهلیت اشخاص

74- S. 12(1) and (2) of the State Immunity Act.

75- *Ipitrade International SA v. Federal Republic of Nigeria* (1978) 465 F. Supp 824 (D.D.C) (cité par Sornarajah, op. cit, note 155).

76- *Libyan American oil Company v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya* 91980) 482 F. Supp 1175 D.D.C.

77- *Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea* (M 81) 20 Int. Legal Materials, 669.

خصوصی تشبیه کرده و در نتیجه آنرا تابع قانون شخصی دولت دانسته‌اند. یکی از معروفترین این آراء رأی دادگاه شهرستان «سن» است در پرونده موسوم به Myrtoom Steamship (۷۸). به موجب این پرونده، دولت فرانسه در سال ۱۹۴۰ از شرکت یونانی Myrtoom Steamship یک کشتی اجاره کرده بود. قرارداد متضمن یک شرط داوری بود و داوری می‌بایست در لندن واقع می‌شد. داوری انجام گرفت بدون آنکه طرف فرانسوی در جلسات شرکت نماید. پس از حکم، دولت فرانسه از اجرای آن خودداری نمود. رئیس دادگاه «سن» دستور اجرای حکم داوری را صادر نمود که مورد اعتراض دادستان قرار گرفت. استدلال دادستان در عدم قبول حکم این بود که مطابق مواد ۱۰۰۴ و ۸۳ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه - یعنی قانون شخصی (ملی) دولت طرف پرونده - دولت و نیز سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی مجاز به قبول و امضای شرط داوری نیستند و چون امضای شرط داوری در قرارداد مورد اختلاف، برخلاف قانون صورت گرفته است، شرط مزبور باطل است و در نتیجه دادگاه حق نداشته است بر اساس یک شرط باطل به پرونده رسیدگی کرده و دستور اجرای رأی را صادر نماید. دادگاه استیناف پاریس این نظر را مردود دانست (۷۹) و اعلام نمود که صدور دستور اجرای حکم از ناحیه دادگاه نخستین صحیح بوده است، زیرا دولت فرانسه که حین قرارداد به اجرای قانون انگلیس - قانون قرارداد - تن داده بود می‌بایست محتوای این قانون را در مورد اهلیت دولت در مراجعه به داوری محترم شمارد و نمی‌تواند به بهانه اینکه قانون شخصی‌اش او را از مراجعه به داوری ممنوع می‌سازد، از زیر بار تعهداتی که قرارداد به عهده‌اش گذاشته است شانه خالی کند.

78- Tribunal gr. instance Seine, 7 Juillet 1985.

79- Rev. Crit. dr. int. privé, 1958, 120, note Loussouarn; 1957, II, 10078 note Motulsky; Clunet 1958, 1002 note B.G.

به نظر دادگاه «عدم اهلیت دولت، محدود به قراردادهای داخلی است و قابل اعمال در خصوص قراردادهائی که جنبه بین‌المللی داشته باشند نیست».

قراردادن اختیار دولت در مراجعه به داوری تحت حکومت قانون قرارداد - چنانکه رأی دادگاه استیناف پاریس عنوان نموده است - مورد انتقاد دانشمندان حقوق فرانسه قرار گرفته است. به نظر Motulsky (۸۰) مسأله ارتباطی به مشروعیت (۸۱) شرط داوری ندارد بلکه مربوط است به «قدرت دولت به اینکه چنین شرطی را امضاء کند. به عبارت دیگر مسأله يك مسأله مربوط به اهلیت دولت است و این چیزی است که به موجب حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه تابع قانون شخصی است و نه قانون قرارداد». نویسندگان مزبور البته قبول می‌کنند که راه حل پیشنهادی دادگاه استیناف از لحاظ عملی و منطقی درست است ولی استدلال حقوقی دادگاه را مورد تردید قرار می‌دهد. به نظر وی دادگاه فرانسه می‌توانست در این مورد به تئوری «لیزاردی» متوسل شود که به موجب آن اصل بر این است که اهلیت اشخاص تابع قانون شخصی آنان است جز در موردی که طرف خارجی حقاً بتواند ثابت کند که از اینکه قانون شخصی طرف مقابل او را غیر اهل می‌شناخته بی‌اطلاع بوده است. همین عقیده از ناحیه Loussouarn مورد تأیید قرار گرفته است. به عقیده این متخصص بزرگ حقوق بین‌الملل خصوصی مسأله مورد بحث «ارتباطی به اعتبار موضوعی شرط داوری ندارد بلکه يك مسأله مرتبط با اهلیت انجام معامله است که رویه قضائی سنتی فرانسه آنرا تابع قانون شخصی متعاملین می‌داند (۸۲).

80- J.C.P. 1957. II. 10078.

81- Licéité.

82- Note Sous l'arrêt Myrtoon Steamship, Rev. Crit, Dip. 1985, 120.

با وجود این انتقادات، دیوان کشور فرانسه در رأی موسوم به San Carlo ارتباط ممنوعیت دولت و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داور را بامسئله اهلیت موضوع بند (۳) از ماده (۳) قانون مدنی مورد تردید قرار داده و آنرا با قانون قرارداد مرتبط دانسته است (۸۳). این نظریه نیز مورد ایراد قرار گرفته است. به نظر پرفسور گلدمن (۸۴) این عقیده که اعتبار شرط داوری به محتوای قانون حاکم بر قرارداد ارتباط پیدا می‌کند این تالی فاسد را دارد که «انسجام رژیم حقوقی اعتبار شرط داوری را در قراردادهای بین‌المللی از میان برمی‌دارد» از طرف دیگر - به نظر این حقوقدان - هرگاه شرط داوری تابع قانون فرانسه باشد شرط باطل خواهد بود. این است که وی پیشنهاد می‌کند که دادگاه‌ها نباید اصلاً به سیستم تعارض قوانین برای جستجوی قانون حاکم بر شرط داوری متوسل شوند بلکه باید مستقیماً قاعده‌ای را بر شرط حاکم کنند که جنبه بین‌المللی دارد و به موجب آن ممنوعیت دولت در مراجعه به داورى يك قاعده داخلی است و قابل اجرا در روابط بین‌المللی دولت فرانسه نیست.

این نظری است که دیوان کشور فرانسه سرانجام در رأی موسوم به Galakis اتخاذ کرده است (۸۵). در این رأی که در تأیید رأی ۲۱ فوریه ۱۹۶۹ دادگاه استیناف پاریس مطرح شده است، دیوان کشور به این اکتفا می‌کند که دادگاه تالی تنها می‌بایست به این سؤال پاسخ دهد که آیا ممنوعیت دولت در مراجعه به داورى خاص قراردادهای داخلی است یا در مورد يك قرارداد بین‌المللی که برای رفع نیازهای بین‌المللی و مطابق شرایط مورد

83- Cass. lère, 14 avril 1965, 646, note Goldman.

84- Note Clunet 1965, 646.

85- Cass, civ. lère, 2 mai 1966, Rev. Critique 1967, 553, note Goldman; Clunet 1966, 648. note P. Level.

قبول عرف تجارت دریائی منعقد گردیده است، نیز صادق است.» به نظر دیوان مزبور «داد گاه به حق تصمیم گرفته است که ممنوعیت مورد بحث قابل تسری به یک چنین قرارداد (بین المللی) نیست».

بدین ترتیب دیوان کشور فرانسه بطور ضمنی قبول می کند که قانون حاکم بر مسأله ممنوعیت دولت در ارجاع به داوری قانون کشور فرانسه است که دولت را از مراجعه به داوری در قراردادهای بین المللی منع نمی نماید. البته متن مواد قانون آئین دادرسی مدنی تفاوتی میان روابط داخلی و بین المللی نگذاشته است. لیکن، رویه قضائی فرانسه در موارد دیگر نیز میان روابط داخلی و بین المللی تفاوت قائل شده است. مثلاً در رأی معروف Messageries Maritimes مورخ ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰، دیوان کشور فرانسه، شرط پرداخت به طلالی موجود در قرارداد بین المللی را با وجود آنکه قانون داخلی حاکم بر قرارداد آنرا باطل اعلام می کرد، کاملاً صحیح دانسته بود (۸۶).

رأی دیوان کشور فرانسه در پرونده Galakis چیزی جز دنباله رویه این کشور در پرونده Messageries Maritimes نیست: روابط بین الملل نیازمند قواعد ویژه ای است که الزاماً در روابط داخلی بکار گرفته نمی شوند.

بحث دکترین و رویه قضائی فرانسه بر سر ممنوع و یا مجاز بودن مراجعه دولت به داوری در واقع ناشی از عدم صراحت مواد آئین دادرسی مدنی در خصوص مسأله است. همانطور که در بخش اول این مقاله دیدیم، در پاره ای از کشورها قانونگذار داخلی صراحتاً مراجعه به داوری بین المللی را برای دولت ممنوع و یا محدود می سازد. در ایران محدودیت در مراجعه به داوری برای دولت به اندازه ای مهم تلقی گردیده است که جایش در قانون اساسی گنجانده شده است. ممنوع یا محدود کردن دولت در این خصوص به خاطر الزامات اقتصادی و تجاری این کشورهاست. در چنین حالتی آیا می توان دولت ممنوع کننده را محق دانست که در روابط

بین‌المللی‌اش به‌قانون شخصی خود متوسل شود و از مراجعه به‌داوری خودداری کند؟

اغلب داورهای بین‌المللی به‌این سؤال پاسخ منفی داده‌اند.

## ۲- راه حل مسأله از نظر داورهای بین‌المللی

البته داورهای بین‌المللی در توجیه نظریات خود مبنی بر عدم قبول ممنوعیت و یا محدودیت‌های پیش‌بینی شده توسط قوانین داخلی استدلالات متفاوتی نموده‌اند. در پاره‌ای از تصمیمات، داوران جستجو کرده‌اند ببینند آیا ممنوعیت دولت امضاء کننده شرط داوری از مراجعه به‌داوری از لحاظ بین‌المللی نیز قابل اجرا است یا خیر. «آندره پانشو» (۸۷) در یکی از آراء خود می‌گوید که حقوق داخلی کشور امضاء کننده (شرط داوری) چیزی جز آنچه که «حقوق مشترك» (۸۸) کشورها را تشکیل می‌دهد نیست. به نظر وی، وقتی که دولت مورد بحث قرارداد را تحت شرایط موجود در حقوق خصوصی و با هدفی کاملاً تجاری منعقد می‌کند قادر است قانوناً برای رفع اختلافات ناشی از چنین قراردادی به‌داوری مراجعه نماید (۸۹). بسیاری از آراء داوری در همین راستا، با تفسیر قانون داخلی کشورهای امضاء کننده شرط داوری نظر داده‌اند که قانون داخلی این کشورها باقاعده عمومی صحت قبول داوری از سوی دولت تفاوتی نداشته و شرط داوری امضاء شده از ناحیه دولت معتبر است (۹۰). بعضی آراء داوری چنین اظهار نموده‌اند که دولتی که قبول نموده در صورت بروز اختلاف در اجرای قراردادی به‌داوری مراجعه نماید نمی‌تواند خود را در معرض ایراد *Venire Contra Factum Proprium* قرار دهد. «چنین رفتاری طبق اصول کلی

87- André Panchaud.

88- Droit Commun.

89- Cité par Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, lib. Dalloz 1965. p.p. 101 - 102.

90- Claude Reymond, *Souveraineté de l'Etat et Participation à l'Arbitrage*, Rev. arb, 1985 p. 517 note 46.

91- Sentence intérimaire, aff. CCI no 2521, 1971, Clunet 1976 p. 992.

حقوق و ماده (۱۰۱) قانون (کشور امضاء کننده شرط داوری) مردود شناخته شده است.» (۹۱) به عبارت دیگر چنین رفتاری از ناحیه دولت، مخالف اصل حسن نیت در امور تجاری شناخته می شود و محکوم است (۱-۹۱). به هر حال، اساس آراء داوری هر چه باشد، اغلب این آراء بطور سیستماتیک ادعای دولت ها را مبنی بر اینکه مجاز به مراجعه به داوری نیستند مردود اعلام کرده اند. نویسندگان چندی این قاعده را دارای جنبه بین المللی می دانند. پروفیسور Jimeny de Arechaga رئیس سابق دادگاه بین المللی دادگستری در این مورد چنین می نویسد :

«رویه های قضائی گذشته نشان می دهند که دولتی که شرط داوری را امضاء می کند قانوناً نمی تواند به اراده یک طرفه و مثلاً با تغییر محتوای حقوق داخلی خود و یا فسخ یک جانبه قرارداد و یا امتیاز، از زیر بار تعهدی که شرط داوری به دوش او گذاشته است شانه خالی کند» (۹۲). از نظر Prosper Weil «دولت (که یک قرارداد داوری را امضاء کرده است) محق نیست که بطور یک جانبه آئین رسیدگی به اختلافاتی را که خود قبول کرده است زیر پا بگذارد چه بطور غیر مستقیم عمل کند - مانند موردی که رژیم حقوقی اعتبار شرط داوری را تغییر می دهد - چه بطور مستقیم و با خودداری کردن از قبول داوری چنانکه در قرارداد طرفین مقرر شده است یا با مانع ایجاد کردن در اجرای شرط داوری. چنین عملی از

۱-۹۱- در خصوص قاعده بالاکه معادل قاعده Estoppel در حقوق انگلوساکسن است به مراجع زیر مراجعه شود :

Emmanuel Gaillard, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui Comme principe général du droit du Commerce international (le principe de l'Estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)", Rev. arb., 1985, p. 241; Antoine Martin, L'Estoppel en droit international public, précède d'un aperçu de la théorie de l'Estoppel en droit anglais (Paris, 1970).

92- L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères", Mel. Gilbert Gidel, 1961, p. 367 et s.



ناحیه دولت، عمل غیر قانونی (۹۳)، محسوب می‌شود (و مردود است) « (۴۹) .  
بالاخره احمد صادق القشیری، احترام به شرط داوری را از ناحیه دولت‌ها  
پس از تصویب مقامات دولتی صالح، از تعهدات اساسی دولت امضاء کننده  
قرارداد می‌داند (۹۵) .

بدین ترتیب اکثریت داوران و نویسندگان حقوق بر اساس اصل احترام  
به تعهدات، دولت‌ها را همچون اشخاص خصوصی تلقی کرده و آنها را  
مکلف به اجرای شرط داوری می‌کنند که مقامات صالح امضاء نموده‌اند  
بدون آنکه این سؤال را ابتدائاً مطرح کنند که قانون حاکم بر اعتبار شرط  
داوری - از جهت اهلیت دولت و سازمان‌های تابعه آن - چه قانونی  
است.

پاره‌ای از نویسندگان حقوق (۱-۹۵) چنین می‌گویند که این مسأله  
که دولت‌ها نمی‌توانند به استناد ممنوعیت و یا محدودیت‌های حقوق داخلی  
خود شرط داوری منعقدہ توسط آنها را از اعتبار ساقط کنند، یک قاعده  
ماهوی حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌شود، همانگونه که اصل حاکمیت  
اراده به طرفین اجازه می‌دهد که، در یک قرارداد دولتی قواعد حقوقی  
حاکم بر قرارداد را معین کنند. این نظری است که در هر حال در حدود  
هیجده سال پیش در یکی از آراء داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی عنوان  
شده است. به موجب این رأی :

«نظم عمومی بین‌المللی با حدت و شدت مخالف این امر  
است که یک ارگان دولتی، که با اشخاص خارجی معامله می‌کند،  
بتواند بصورت آشکار و با علم و اراده شرط داوری را امضاء کند  
تا اعتماد طرف مقابل را جلب نماید و سپس ادعا کند که قول خود

93- Acte illicite.

94- P. Weil, problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un part -  
culier, 128 RCADI, 1969, p. 202.

95- El Kosheri, op. cit. loc. cit.

95-1- Claude Reymond, op. cit. loc. cit.

وی باطل بوده است، خواه این مسأله در جریان رسیدگی داورى مطرح شود و خواه در مرحله اجرای حکم داورى.» (۹۶).

همین نظر اخیراً، در رابطه با ادعای شرکت‌های خارجی علیه ایران مورد تأیید قرار گرفته است. یکی از این پرونده‌ها پرونده‌ای است که شرکت ملی نفت ایران را در برابر شرکت الف آکیتی قرار می‌داد. داور پرونده پروفیسور Gomard ادعای شرکت ملی نفت ایران را مبنی بر اینکه این شرکت نمی‌تواند، به دلیل وجود اصل ۱۳۹ قانون اساسی، بدون تصویب مجلس به داورى مراجعه کند، مردود دانسته است. به نظر داور مزبور به موجب حقوق بین‌الملل (عمومی) دولت مکلف به اجرای تعهدی است که به موجب آن قبول نموده است که در صورت اختلاف با طرف خارجی موضوع اختلاف به داورى ارجاع شود و نمی‌تواند بصورت یک‌جانبه و با برقراری مقررات حقوق داخلی تعهد خود را کان‌لم‌یکن نماید (۹۷). تقریباً در همان زمان، در پرونده «فراماتوم» به طرفیت سازمان انرژی اتمی ایران، داوران ضمن تأیید اهلیت سازمان انرژی اتمی به امضاء قرارداد داورى، از اهلیت دولت به قبول شرط داورى بعنوان یک «اصل کلی حقوق» یاد می‌کنند. به نظر آنان: این اصل کلی، که امروزه در سراسر جهان مورد شناسائی قرار گرفته و چه در روابط میان دولت‌ها و چه در روابط میان اشخاص خصوصی و بدون توجه به اساس آن - نظم عمومی بین‌المللی، عادات تجاری بین‌المللی یا اصل شناخته شده توسط حقوق بین‌الملل عمومی یا حقوق داورى بین‌المللی و یا Lex Mercatoria - اعمال می‌شود، مانع آن است که دولت ایران بتواند تعهد مراجعه به داورى را که خود و یا یک سازمان عمومی دولتی مثل سازمان انرژی اتمی امضاء

96- Sentence C.C.I. n. 1939, Clunet, p. 915 et notes. Y. Derains.

97- Senteences ELF. Aquitaine Iran C/NOIC, 14 janvier 1982, Rev. arb. 1984, p. 401 et s; Ph. Fouchard, "L'arbitrage ELF Aquitaine Iran c / NIOC", ibid, p. p. 333 - 359.

کرده است، نادیده بگیرد.» (۹۸)

این اظهارنظرها البته اغراق‌آمیز است. درست است که داوران بین‌المللی - که اغلب وابسته به جهان غرب و یا لاقلاً متأثر از فرهنگ حقوقی آن هستند - ممنوعیت حقوق داخلی کشورها را در ارجاع دعاوی دولتی به داوروی مردود دانسته‌اند، ولی اساس حقوقی قابل قبول عموم برای نظرات خود معرفی ننموده‌اند. شاید بتوان قبول نمود که عدالت و انصاف ایجاب می‌کند که تغییرات قانونی بعد از امضاء شرط داوروی توسط دولت پذیرفته نشود. ولی نمی‌توان دولت‌ها را به حساب وجود یک قاعده به اصطلاح بین‌المللی از اتخاذ تصمیماتی که آنها در رابطه با سیاست اقتصادی و تجاری خود اتخاذ می‌کنند محروم نمود. تجربه تلخ کشورمان که تقریباً در اغلب پرونده‌هایی که نزد داوران بین‌المللی مطرح شده محکوم به بی‌حقی شده است، نشان می‌دهد که در ارتباط با داوروی بین‌المللی نهایت احتیاط ضروری است. این که اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مراجعه به داوروی را برای دولت و سازمان‌های دولتی ممنوع نکرده است مسلماً راه حل عاقلانه‌ای است ولی محدودیت‌هایی که در این رابطه در اصل مزبور آمده است باید توسط داوران مورد توجه قرار گیرد. در پرونده‌های الف آکیتن و فراماتورم که قبلاً به آن اشاره شد، تأثیر تغییر بعدی قانون ایران در مورد مجاز بودن دولت به مراجعه به داوروی شاید حقاً قابل قبول نبود، لیکن از زمان تصویب قانون اساسی، قراردادهای داوروی که بدون رعایت تشریفات مندرج در اصل ۱۳۹ منعقد شده باشد باید باطل تلقی گردد مگر پس از تصویب مجلس. هیچ اصل بین‌المللی شناخته شده در جهان - بدان گونه که رأی فراماتوم عنوان کرده است - وجود ندارد که خلاف این ادعا را ثابت کند. پاره‌ای از حقوق‌دانان، ضمن قبول اینکه نظم عمومی داخلی کشورها کم‌کم در مقابل آزادی عقد قرارداد جا خالی می‌کند، به هیچ‌وجه قبول ندارند که این رشد آزادی نشان وجود

يك نظم عمومی واقعاً بین‌المللی باشد (۹۹) و همانگونه که یکی از مفسرین کنوانسیون واشنگتن (۱۰۰) عنوان کرده است حتی این کنوانسیون که برای رفع اختلافات میان دولت‌ها و اشخاص خصوصی تنظیم شده است، اهلیت دولت در مراجعه به داوری مرکز بین‌المللی موضوع کنوانسیون را مسأله‌ای مرتبط با حقوق داخلی دولت امضاءکننده می‌داند (۱۰۱). به عبارت دیگر این قانون شخصی دولت امضاءکننده شرط داوری است که تعیین می‌کند آیا دولت و یا سازمان دولتی تابعه آن دارای اهلیت مراجعه به داوری در حل اختلافات خود با طرف خارجی هست یا خیر. این راه حلی است که با قواعد کلاسیک حقوق بین‌الملل خصوصی که اهلیت را تابع قانون شخصی می‌داند موافق است و بی‌شک مورد قبول دولت‌ها و بویژه دولت‌های جهان سوم است که نسبت به داوری بین‌المللی نظر چندان خوشی ندارند.

این راه حل از لحاظ مقررات حقوق بین‌الملل عمومی نیز غیرقابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا غیر ممکن است که - به صرف اینکه دولت يك قرارداد داوری امضاء کرده است - قانون ملی آن برای تعیین «صلاحیت» ارگان‌هایش به نفع قانون دیگری کنارزده شود. لفظ صلاحیت البته شامل اهلیت دولت هم می‌شود. همانطور که گفته‌اند: «مسأله‌ای که مطرح است این نیست که آیا دولت می‌تواند قراردادی را که امضاء می‌کند تابع يك قانون خارجی قرار دهد یا خیر، کاری که می‌تواند انجام دهد. مسأله این است که ارگان‌های اداری - غیر مقننه - دولت صلاحیت و به عبارت دیگر اهلیت امضاء قرارداد داوری را دارند یا خیر، در حالیکه تنها

99- A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce* (Paris, 1984), p. 491 - 499.

۱۰۰ - در خصوص این کنوانسیون به پاورقی شماره ۷۱ مراجعه شود.

101- Georges Delaume, "L'arbitrage C.I.R.D.I. "Travaux pour le 60 ème anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I. p. p. 239, 243.

قانون حاکم بر این صلاحیت قانون داخلی کشور امضاء کننده است» (۱۰۲). این راه حل ممکن است غیر منصفانه باشد، ولی از نظر حقوق بین‌الملل عمومی کاملاً قابل قبول است، تنها راه‌حلی که باقی می‌ماند این است که دولتی که قرارداد دآوری را منعقد نموده و سپس بطلان آن را مطرح می‌کند مقصر قلمداد و از نقطه نظر بین‌المللی مسؤول شناخته شود. در این خصوص شرکت خارجی بیگانه می‌تواند از حمایت دیپلماتیک کشور خود برخوردار شود و از طریق دولت خویش مطالبه خسارت نماید.

### نتیجه کلی

مطالعات و بررسی‌های انجام شده نشان می‌دهد که مسأله اختیار دولتها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به دآوری تجاری بین‌المللی، دستخوش تحولی عمیق گردیده است.

در ابتدا مراجع قضائی و دآوری در پی حل این مسأله بودند که آیا، بموجب قانون حاکم بر قرارداد، و یا قانون شخصی دولت امضاء کننده شرط دآوری، شرط مزبور صحیحاً منعقد شده و یا به لحاظ ممنوعیت موجود در قانون دولت مورد نظر شرط دآوری باید باطل اعلام گردد. پیدا کردن راه حل قضیه مستلزم مراجعه به سیستم تعارض قوانین و یافتن قانون حاکم بر شرط دآوری بود. در این راستا، عقیده غالب بر این بود که صحت یا بطلان شرط دآوری بستگی به محتوای قانون شخصی دولت مورد نظر دارد. چه این قانون است که معین می‌کند دولت و یا سازمان دولتی طرف قرارداد دآوری «اهلیت» امضاء و قبول چنین قراردادی را داشته است یا خیر.

آراء مراجع قضائی و دآوری در سال‌های اخیر ظهور یک قاعده جدید

را در تصمیمات این مراجع نشان می‌دهد که بموجب آن هر شرط داوری که میان يك دولت و یا سازمان دولتی از يك سو و يك شخص بیگانه حقوقی و یا حقیقی از سوی دیگر منعقد می‌شود، دارای اعتبار است، بدون آنکه لازم باشد برای تعیین صحت شرط به قانون ملی خاصی مراجعه شود. اغلب آراء داوری از این قاعده بعنوان يك قاعده بین‌المللی یاد می‌کنند.

پاره‌ای آراء داوری حتی اساس و پایه این قاعده به اصطلاح بین‌المللی را که به زعم آنان مستقیماً بعنوان يك قاعده ماهوی قابل اعمال است، معین نمی‌کنند.

در آرائی نیز که داوران خواسته‌اند اساس حقوقی قاعده مزبور را بیان نمایند، وحدت نظر وجود ندارد. پاره‌ای از آن بعنوان يك «اصل کلی حقوق» یاد می‌کنند. بعضی آنرا برپایه اصل احترام به تعهدات دولت‌ها استوار کرده‌اند. عده‌ای آنرا ناشی از رعایت نظم عمومی بین‌المللی و جز آن می‌دانند.

این تشنت آراء، البته، دلیل تمایل داوران بین‌المللی بر عدول از قوانین داخلی کشورها است که در راستای کوشش حقوق‌دانانی ابراز می‌شود که از نیمه دوم قرن حاضر به بعد، اصرار داشته‌اند به تئوری موسوم به Lex Mercatoria جامعه عمل بپوشانند. به موجب این تئوری آنچه بر روابط بازرگانان بین‌المللی حاکم است نه قوانین داخلی کشورها بلکه نظام حقوقی فراملی است که مشترك میان ملل مختلف، مختص روابط بین‌المللی و مستقل از هر گونه نظام حقوقی داخلی کشورها است (۱۰۳).

معدالك کسانی که اختیار دولت و سازمان‌های دولتی را يك قاعده ماهوی بین‌المللی دانسته و بدون مراجعه به سیستم تعارض قوانین آنرا قابل اعمال می‌دانند، پایه و اساس حقوقی محکمی برای این نظر خود ندارند

۱۰۳- در خصوص چند و چون این حقوق بازرگانی فراملی ر.ک. به: لندو، حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه محسن محبی، «مجله حقوقی» شماره چهارم، سال ۶۴.

و قصد واقعی‌شان این است که دولت‌ها و سازمان‌های دولتی را در حد اشخاص خصوصی قراردادده و قوانین داخلی آنان را بلااثر کنند.

چنین قصد و اقدامی - هر چند مورد تأیید اکثر داوران بین‌المللی است - قابل انتقاد است. از نظر حقوقی، عدم رعایت سیستماتیک قوانین داخلی کشورها در این مورد بی‌احترامی به حاکمیت و اختیار آنان در تأسیس و ایجاد قواعد حقوقی متناسب با سیاست اقتصادی و تجاری آنان است. از نقطه نظر حقوق بین‌الملل عمومی به دولت‌ها باید اجازه داده شود که با وضع قانون خاص تصمیم بگیرند ارگانهای دولتی اداری، صلاحیت و اهلیت امضاء قراردادی که حل اختلاف راجع به اموال عمومی را به داور و قضاوت اشخاصی جز دادگاه‌های داخلی واگذار می‌کند، دارند یا خیر. این است که در تعیین صلاحیت و اختیار دولت در مراجعه به داور باید قانون خود وی را حاکم دانست و نه قانونی جز آن.

البته باید اذعان نمود که قانون حاکم بر اهلیت دولت حقاً قانونی است که حین انعقاد قرارداد داور و یا حین توافق طرفین بر مراجعه به داور (پس از بروز نزاع) مورد اجراست و نه قانونی که بعد از عقد قرارداد مزبور توسط دولت قرارداد ایجاد و یا تغییر داده می‌شود. در حالت اخیر - همانطور که گفتیم - عدالت ایجاب می‌کند که به شرط داور - هر گاه شرط بموجب قانون زمان امضاء آن معتبر بوده باشد - ترتیب‌اثر داده شود. تغییر بعدی قانون دولت متعامل در این خصوص نباید تأثیری در اعتبار شرط داور داشته باشد.

این است که اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هر چند که قابل اجرا و اعمال به قراردادهای داور قبل از تصویب آن نباشد، باید در مورد کلیه قراردادهای داور منعقد با کشورهای بیگانه مورد اجرا قرار گیرد، بویژه آنکه با توجه به نحوه انشاء آن و هدفی که تنظیم‌کنندگان آن دنبال می‌کرده‌اند، دارای جنبه نظم عمومی می‌باشد.