

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و پنجم، ۱۳۸۵، صص ۱۴۶ - ۸۹

«صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری» (تحلیلی بر یک رأی^۱ صادره در مسئله صلاحیت)

دکتر محمدتقی عابدی*

چکیده

بخشی در حقوق و رویه قضایی ایران پیرامون لزوم یا عدم لزوم امتناع قاضی ملی از رسیدگی در فرض وجود یک شرط داوری بین‌المللی درگرفته است. زمانی که داوری ملی باشد مشکلی بروز نمی‌کند. چه، مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی طرفین می‌توانند اختلاف موجود یا محتمل خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع و احاله نمایند. ولی وقتی داوری بین‌المللی است، بخشی از دکترین و نیز قضات به‌طور سنتی بر این عقیده‌اند که قواعد حل تعارض دادگاه مانند ماده ۹۷۱ قانون مدنی و نیز ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران محاکم را ملزم می‌نماید در چنین مواردی بر صلاحیت خود باقی مانده و از رسیدگی خودداری نکنند. مفهوم این سخن آن است که قانونگذار ایران قائل به صلاحیت داوری بین‌المللی در مقابل صلاحیت قضایی نیست.

یک رأی مهم صادره در مسئله صلاحیت در سال ۱۳۷۴ توسط شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک سابق تهران در دعوی بین یک نهاد دولتی ایرانی و یک شرکت خصوصی انگلیسی نظر فوق‌الذکر را نشان می‌دهد. اگرچه می‌توان استدلال دادگاه را در خصوص الزام ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی پذیرفت، اصلی که تصویب هیئت وزرا و نیز مجلس شورای اسلامی را جهت معتبر تلقی کردن شرط

۱. چکیده این رأی در مجله منتشر شده از سوی جمعی از قضات محاکم سابق حقوقی یک و دو تهران تحت عنوان «گزیده آراء دادگاههای حقوقی»، فصل اول (آراء صادره در باب صلاحیت)، رأی شماره ۱، ص ۱۵ به بعد، نشر میزان، ۱۳۷۴، قابل ملاحظه است. لازم به توضیح است که این رأی توسط همکار سابق قضایی و دانشمند محترم جناب آقای دکتر عباس اجتهادی در زمان تصدی شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران صادر و انشاء گردیده است.
* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی - واحد تهران مرکزی و استاد مدعو دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

داوری ضروری می‌داند، با وجود این، توسل دادگاه به قواعد حل تعارض یاد شده این تصور را موجب می‌شود که صلاحیت محاکم ایران در هر شرایطی حتی اگر طرف داوری یک شخص حقوق خصوصی ایران باشد باید مفروض و مسلم تلقی شود! نتیجه اینکه تصمیم دادگاه در تعارض با دو اصل کاملاً جا افتاده در داوری تجاری بین‌المللی است یعنی از یک سو اصلی که به داور بین‌المللی اختیار می‌دهد رأساً نسبت به صلاحیت خود اعلام نظر نماید و از سوی دیگر، اصلی که به نام نظم عمومی بین‌المللی توسل یکی از طرفین به قواعد حقوق داخلی خود جهت طرد صلاحیت داور بین‌المللی را منع می‌کند.

به هر تقدیر، پس از تشریح و تبیین نظر خود مبنی بر اینکه قاضی ایرانی در فرض وجود شرط داوری بین‌المللی وظیفه دارد از رسیدگی خودداری نموده و قرار عدم استماع دعوی صادر نماید، در خصوص دو اصل یاد شده موضع گرفته و ضمن تقویت اصل اول، اصل دوم را که در تعارض با اصل ۱۳۹ مرقوم می‌باشد با استناد به حقوق قراردادهای به مفهوم سنتی آن طرد و رد کرده‌ایم.

مقدمه

در دعوایی که یک سازمان دولتی ایرانی علیه شرکت *اینترنشنال لیمیتد انگلیس* به خواسته اعلان بطلان قرارداد و الزام به جبران خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی مربوط به تأسیس یک تعمیرگاه مطرح کرده بود، شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران در قبال ایراد خوانده به صلاحیت دادگاه، نه تنها صلاحیت خود را به دلایلی که ذیلاً خواهد آمد مورد تأیید و تأکید قرار داده بلکه با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، توافق طرفین در ارجاع اختلاف به داوری یک سازمان بین‌المللی را فاقد اثر و نفوذ حقوقی اعلام نموده است. عمده ایرادات خوانده به صلاحیت دادگاه مرقوم اجمالاً عبارت بوده است از:

۱- در قرارداد مستند دعوا هیچ‌گاه به صلاحیت محاکم ایران توافق نشده است؛
۲- مطابق ماده ۱۸ قرارداد، رسیدگی به هرگونه اختلافی در صلاحیت یک کمیسیون داوری بوده است؛

۳- مضافاً، برابر تلکسهای مبادله شده بین طرفین، توافق شده بود اختلافات فی‌مابین ناشی از قرارداد مورد نظر، در پاریس توسط اتاق تجارت بین‌الملل (ICC) حل و فصل شود و بر همین اساس، آنها (شرکت خوانده) نیز مطابق مقررات داوری اتاق، داوران اختصاصی خود را تعیین و به مرجع یاد شده معرفی نموده و هزینه مربوط را نیز متقبل شده‌اند و حتی خواهان ایرانی مبادرت به طرح دعوای متقابل مشابه همین دعوای حاضر نموده و سابقه امر فعلاً از جهت صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل تحت بررسی است.

از آنجا که تصمیم دادگاه به شرح فوق، اگر نگوئیم در مخالفت، حداقل در ارتباط با دو اصل اساسی و مهم در حقوق داوری بین‌المللی است بنابراین، مناسب دیدیم مبانی نظری و عملی این قواعد در داوری و نیز رویه داوران بین‌المللی را به منظور ارزیابی استحکام رأی صادره و همچنین تبیین موضع قانونگذار ایرانی با توجه به تحولات عمیق در رشته داوری بین‌المللی مورد مطالعه قرار دهیم. بدین منظور، پس از ذکر مبانی حقوقی رأی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران (مبحث اول)، دو اصل یاد شده را که عبارتند از *اصل صلاحیت داوری* یا *Kompetenz-Kompetenz* (مبحث دوم) از یک سو و *اصل عدم پذیرش ادعای بعدی سازمانها* و *مؤسسات دولتی مبنی بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری بین‌المللی با استناد به مقررات ملی و داخلی* (مبحث سوم) از سوی دیگر، با تکیه بر تحولات قانونگذاری اخیر در حوزه داوری تجاری بین‌المللی در کشورمان مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

مبحث اول

تحلیل مبانی حقوقی رأی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران

دادرسی در رد ایراد خواننده به صلاحیت دادگاه که با استناد به توافق طرفین در قبول صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل عنوان شده بود اعلام داشته است:

«... ایراد خواننده مبنی بر اینکه هیچ‌گاه به صلاحیت مراجع قضائی ایران تسلیم نشده و بنابراین دادگاه حاضر فاقد صلاحیت برای رسیدگی به دعوی مطروحه می‌باشد موجه نیست، زیرا این قاعده که قاضی هر دادگاهی که دعوی نزد او مطرح شده آیین دادرسی کشور متبوع خود را برای احراز صلاحیت (یا اعلام عدم صلاحیت) اعمال می‌کند و در این رابطه فارغ از تسلیم یا عدم تسلیم طرف دعوا به صلاحیت آن است، قاعده شناخته شده‌ای است که بر اساس اصل استقلال و حاکمیت ملی کشورها استوار است و خارج از حوزه صلاحیت طرفین دعوا قرار می‌گیرد».

سپس دادگاه، ماده ۹۷۱ قانون مدنی^۲ و همچنین ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را که بر این قاعده اساسی تصریح دارند به‌عنوان مستند نظر خود آورده است. مطابق مقرره اخیر: «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوی که به آن رجوع شده با خود آن دادگاه است...».

باید اذعان کرد نظر دادگاه در خصوص اختیار حاصله از مواد مرقوم در صدور حکم به صلاحیت خود، مطابق با موازین پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک صادر گردیده و ظاهراً ایرادی بر آن وارد نیست. چه، اصلی در حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارد که به‌موجب آن قواعد مربوط به تعارض محاکم (در مقابل قواعد مربوط به تعارض قوانین) چون ناشی از حاکمیت سیاسی و ملی کشورهاست بنابراین از جمله قواعد آمره بوده و مضافاً یک‌جانبه^۳ می‌باشند. منظور این است که برخلاف قواعد حل تعارض قوانین که دوجانبه^۴ بوده و بنا به تجویز و اغماض قانونگذار ملی می‌توانند قاضی را خواه به اعمال قانون مقر دادگاه و خواه قانون خارجی که به‌نحوی با موضوع مرتبط می‌باشد راهنمایی کنند، قواعد مربوط به تعارض دادگاهها با توجه به خاصیت امری بودن آنها، قضات را صرفاً و در همه حال مکلف به اجرا و اعمال

۲. به‌موجب ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران «دعوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجع به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که دعوا در آنجا اقامه می‌شود. مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود».

3. Unilatérale

4. Bilatérale

مقررات ملی می‌نمایند.^۵

از جمله این قواعد آمره، اولاً تشخیص صلاحیت محکمه‌ای است که دعوا به آن ارجاع شده است که بنا به صریح ماده ۹۷۱ مرقوم «تابع قانون محلی (کشوری) است که دعوا در آنجا اقامه می‌شود». به عبارت روشن‌تر، اینکه دادگاه صالح به رسیدگی است یا خیر، اولاً مطابق قانون مقر دادگاه تعیین می‌شود و منوط به رضایت یا عدم رضایت یکی از طرفین دعوا نیست. یعنی، قاعده حل تعارض مقید در ماده ۹۷۱ هرگز به قاضی ایرانی اجازه نمی‌دهد در تشخیص صلاحیت خود تمایل طرفین دعوا را در نظر گرفته و یا به قانون کشور دیگری مراجعه نماید. و چون این امر، همان‌طور که دادگاه نیز بدان تصریح نموده است، با حاکمیت ملی کشورها تلاقی دارد، لذا قانونگذاران ملی از جمله قانونگذار ایران به شرح همین مقرره صلاحیت محاکم خود بر موضوعات ارجاعی به آنها را پیشاپیش مفروض و تابع قانون محل اقامه دعوا قرار داده‌اند. حتی اگر «همان دعوا در محکمه اجنبی» طرح شده باشد این امر موجب سلب صلاحیت از محکمه مرجوع‌الیه، که در اینجا بنا بر مفروض ایران است، نخواهد شد. ثانیاً، آیین دادرسی و تشریفات رسیدگی از قبیل نحوه طرح دعوا و تقدیم دادخواست، نحوه ابلاغ، تشکیل جلسات دادرسی، ادله اثبات دعوا، صدور رأی و اجرای آن همان اصول و مقرراتی خواهد بود که در مقر دادگاه مجری و معمول به است و قاضی نمی‌تواند از مقررات دادرسی مملکت متبوع خواهان یا خوانده خارجی و حتی کشور ثالثی بهره جوید. بدین ترتیب، احراز صلاحیت محکمه بر اساس قانون محل طرح دعوا و سپس اعمال و اجرای تشریفات دادرسی مقر دادگاه در فرض احراز صلاحیت مطلقاً بر قاضی ایرانی فرض و واجب خواهد بود.^۶

ولی، آنچه ممکن است محل سؤال و ایراد قرار گیرد این است که علی‌رغم اینکه شرکت خوانده با استناد به موافقتنامه داوری مورد ادعا اساساً به صلاحیت ذاتی دادگاههای ایران در رسیدگی به دعوای مطروحه ایراد کرده بود، شعبه ۲۵ در فراز پایانی رأی خود به یک قاعده حل اختلاف مرتبط با صلاحیت نسبی یا محلی محاکم ایران توسل جسته و اعلام می‌کند:

«... با توجه به مراتب پیش‌گفته و از آنجا که محل انعقاد قرارداد و همچنین محل اجرای

آن (احداث تعمیرگاه) در ایران بوده به استناد ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۱۳

۵. در رابطه با ویژگیهای قواعد حل تعارض قوانین و نیز قواعد حل تعارض دادگاهها خصوصاً رک.

H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.G., 1983, t. I, n. 250, t. II, n. 667 et s.; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international prive, 4 ed., Dalloz, pp. 89 et s.

۶. البته ممکن است (فرض نادری است) مقررات مجری در محل طرح دعوا دادگاه مربوط را برای رسیدگی صالح نداند که در اینجا قاضی رسیدگی‌کننده با عنایت به خاصیت یک‌جانبه بودن قواعد مربوط به تعارض دادگاهها ظاهراً باید صرفاً عدم صلاحیت خود را اعلام نماید و نمی‌تواند همزمان به صلاحیت کشور دیگری نظر دهد.

فعلی)^۷ این دادگاه در خصوص رسیدگی به دعوی حاضر اعلام صلاحیت می‌کند».

به عبارت دیگر، در حالی که خوانده اساساً صلاحیت محاکم ایران اعم از ذاتی، نسبی و محلی را نفی می‌کند، دادرسی طوری استدلال می‌نماید که گویی بحث و ایراد خوانده ناظر بر ملاکهای احراز صلاحیت محلی بوده و او در تشخیص صلاحیت خود بعضی از این ملاکها مانند محل انعقاد عقد و اجرای آن را با توسل به مقررۀ یاد شده بر بعضی دیگر ترجیح داده است. اگر چه این نحو استدلال ظاهراً مخدوش و قابل انتقاد به نظر می‌رسد ولی به نظر ما تا حدودی قابل توجیه است. چه، روشن است که دادگاه در مقام ترجیح صلاحیت خود در مقابل صلاحیت یک محکمه داخلی دیگر نبوده، بلکه بدین وسیله خواسته است علاوه بر مستندات قبلی که اساس استدلال او در احراز صلاحیتش را تشکیل می‌دهند، دلایل تکمیلی دیگری را که مورد استناد خواهان نیز بوده در همین راستا ارائه نماید.

مع الوصف، شاید مناسب بود دادگاه به سؤال مقدر مبنی بر اینکه در قضیۀ حاضر محل اقامت شرکت خوانده خارج از ایران و در انگلیس قرار داشته و مطابق یک قاعدۀ حل تعارض پذیرفته شده در کلیۀ نظامهای حقوقی جهان خواهان خوانده را در محل اقامت او تعقیب می‌کند، پاسخ گوید. در این رابطه، صدر ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ (ماده ۲۱ سابق) بدو مقرر می‌دارد: «دعوا باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده در حوزه قضائی آن اقامتگاه دارد...». ولی، بلافاصله همانند سایر قوانین ملی بنا به ضرورت استثنائاتی را به این اصل یا قاعده وارد کرده و اعلام می‌کند اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد و یا فاقد محل سکونت موقت یا مال غیر منقول که صلاحیت دادگاه محل وقوع هریک از این دو را توجیه می‌کند، باشد نهایتاً «خواهان در دادگاه محل اقامتگاه خود (که در قضیۀ مطروحه ایران می‌باشد)، طرح دعوا خواهد کرد».

به هر تقدیر، نباید فراموش کرد که در این مرحله مستمسک اصلی و اولیۀ دادگاه در صدور رأی به صلاحیت خود مواد ۹۷۱ قانون مدنی و ۴۶ قانون آیین دادرسی سابق (ماده ۲۶ فعلی) است که هر یک مضافاً به نوعی به اصلی اساسی تصریح دارند که مبنای مشروعیت اختیارات محاکم در رسیدگی و حل و فصل دعاوی در نظامهای قضائی کلیۀ کشورهای جهان می‌باشد، یعنی اصل صلاحیت محاکم رسمی دادگستری در رسیدگی به دعاوی. طبق این اصل،

۷. مطابق ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی فعلی: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادهای ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود».

صلاحیت مزبور که از آن به صلاحیت قضائی^۹ تعبیر شده، فقط مختص محاکم است که به حکم قانون ایجاد گردیده و رابطه تنگاتنگی با مسئله حاکمیت و حکومت سیاسی موجود دارند.^۹ بدین ترتیب، چون از نظر قاضی ایرانی صلاحیت دیگری به جز صلاحیت قضائی^{۱۰} اعم از ملی یا خارجی در عالم دعاوی متصور نیست بنابراین هرگونه توافق بر صلاحیت مراجع و مؤسسات داوری بین‌المللی رافع صلاحیت محکمه ملی نخواهد بود.

ولی، دو ملاحظه اساسی در این رابطه قابل طرح است: اولاً، با قبول این استدلال که علت امتناع یک کشور در نادیده انگاشتن صلاحیت محاکم خود به نفع صلاحیت یک مرجع قضائی اجنبی مبتنی بر اصل تساوی و استقلال حاکمیتها می‌باشد، آیا نمی‌توان در وسعت و شدت این اصل هنگامی که شائبه حاکمیت هم عرض اساساً وجود ندارد و یا ضعیف است، انعطاف نشان داد؟ منظور موردی است که طرفین قرارداد یا دعوا، مراجع غیر قضائی همچون داوری اعم از سازمانی یا غیر سازمانی بین‌المللی را که مستقل از دولتها به امر حل و فصل دعاوی اشتغال دارند برای قضاوت انتخاب نموده باشند. البته درست است که منظور قانونگذار از عبارت «محکمه اجنبی» مقید در ماده ۹۷۱ قانون مدنی ظاهراً تفسیربردار نیست. چه، اعلام عدم صلاحیت حتی به نفع یک مرجع قضائی خصوصی، ممکن است به حاکمیت سیاسی و قضائی یک دولت لطمه وارد آورد. ولی نباید از نظر دور داشت که فلسفه وضع و تقنین چنین قوانینی در کشور ما همچون کشورهای دیگر، در واقع وجود حاکمیت‌های هم عرض می‌باشد که در فرض داوری‌های بین‌المللی چنین حساسیتی، با توجه به فقدان مفهوم و عنصر حاکمیت در اقدامات مراجع بین‌المللی داوری، منتفی است.

ثانیاً و مهمتر از همه، امروزه قانونگذاران ملی تحت تأثیر دکترین، کنوانسیونهای مرتبط با داوری و نیز رویه داوران بین‌المللی، ویژگی ممتازی را برای موافقتنامه یا شرط داوری مقید در قراردادهای تجاری قائل شده و آن را بر دیگر شروط مقید در قرارداد اصلی ترجیح و تفوق داده‌اند. منظور این است که شرط داوری دیگر آن حالت وابستگی و پیوستگی با عقد اصلی را که به‌طور سنتی در نظریه عمومی شروط بدان معتقد هستیم از دست داده و بطلان عقد الزاماً در شرط داوری ضمن آن تأثیر ندارد. مفهوم این سخن آن است که چون شرط داوری در مقایسه با قرارداد اصلی یک مقرره مربوط به تشریفات دادرسی یا آن‌طور که بعضی از حقوقدانان گفته‌اند،

8. Competence judiciaire.

۹. در تأیید این اصل، اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر داشته است که «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است».

۱۰. البته، در حقوق داخلی صلاحیت مزبور به حکم قانونگذار (ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی) برای داوری داخلی تا حدودی شناخته شده است و به همین دلیل در فرض توافق بر داوری، دادگاه مکلف گردیده در هر مرحله‌ای از دادرسی موضوع را به داوری ارجاع دهد.

«یک قرارداد سرویس دهنده و خدمت»^{۱۱} است در نتیجه با دیگر شروط و تعهدات قراردادی تفاوت ماهوی داشته و خود یک قرارداد مستقل محسوب می‌شود و بنابراین برخوردار از یک نظام حقوقی مستقل از قرارداد اصلی است.^{۱۲} این نظام حقوقی محصول و برآیند بحث عمیق و جالبی است که از آن تحت اصطلاح *استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی* یاد می‌شود.

ولی، این تفوق یا به قول آقای آنسل^{۱۳} تقدسی که برای شرط داوری شناخته شد به شناسایی یک نظام حقوقی مستقل محدود نگردید. بلکه به تدریج توسعه یافته و در آثار و احکام نهائی آن منجر به شناسایی اصل صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی شده و در یک تعامل دوسویه نه تنها قضات ملی مکلف شدند در فرض وجود شرط داوری اعطاکنده صلاحیت به داوران یا مراجع داوری بین‌المللی، از رسیدگی امتناع کرده و موضوع را به داوری ارجاع دهند، بلکه متقابلاً به داوران اختیار داده شد در فرضی که صلاحیتشان از طریق اعلام بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد داوری مورد ایراد اصحاب دعوا یا یکی از آنها قرار گیرد، همانند قضات ملی اختیار داشته باشند بدو نسبت به صلاحیت خود اعلام نظر کرده و رأی مقتضی صادر نمایند.^{۱۴}

نتیجه اینکه، داوران همچون قضات ملی به تدریج قلمرو صلاحیتی مستقل و هم‌عرض با محاکم ملی پیدا می‌کنند. این بدان معنی است که مراجع قضائی ملزم هستند در فرض وجود توافقنامه داوری در دعوی مطروحه، تحت شرایطی از رسیدگی خودداری کرده و به اصطلاح اعلام عدم صلاحیت نمایند.^{۱۵} در واقع، مبحث دوم به شرح آتی در مقام تبیین و پاسخ به این سؤال است که در فرضی که دعوا بین دو شخص حقوق خصوصی در جریان است چرا نباید

11. J. Robert et B. Moreau, L'arbitrage, droit interne, droit international prive, 5 ed., Dalloz, 1983, n. 264, p. 230.

12. به همین دلیل، در بحث حقوق قابل اعمال بر قرارداد داوری، پذیرفته شده است که قانون قابل اعمال بر قرارداد اصلی الزاماً بر قرارداد داوری حاکم نبوده و می‌تواند از آن متمایز باشد، هرچند در عمل کمتر دیده شده است که طرفین صریحاً قانون متفاوتی را جهت حکومت بر قرارداد داوری تعیین نمایند. این امر که اصل وحدت قانون قابل اعمال بر قراردادهای را بر هم زده، در واقع همان بحث معروف تجزیه قرارداد یا (depeçage) است که در حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک محل نزاع و اختلاف بین حقوقدانان است. برای اطلاع از مبانی بحث رک.

P. Lagarde, Le depeçage dans le droit international privé des contrats, in Rivista di diritto internazionale privato, 1975, p. 649.

13. J.-P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDIP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, p. 79.

14. در حقوق ایران اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی و نیز صلاحیت داور بین‌المللی در صدور رأی بر صلاحیت خود به موجب بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ وارد نظام قانونگذاری ایران گردید. برای ملاحظه متن قانون رک. روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۳۵، مورخ ۱۳۷۶/۷/۲۸. برای اطلاع از مبانی و مفهوم اصل مزبور رک. مقاله دکتر حمید رضا نیکبخت فینی، استقلال شرط داوری، مجله تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، سال ۱۳۷۶.

15. البته، در حقوق داخلی، برابر مقررات و رویه مورد عمل وجود شرط داوری یکی از اسباب صدور قرار عدم استماع دعوا در وضعیت فعلی است و نه قرار عدم صلاحیت که قابل توجیه است. چه، در حقوق داخلی اصل بر صلاحیت محاکم قضائی است.

قاضی ایرانی، به صرف وجود شرط داوری که به مراجع و مراکز داوری بین‌المللی اعطای صلاحیت می‌کند، از رسیدگی امتناع نموده و طرفین را به داوری ارجاع و دلالت دهد؟

مبحث دوم

اصل صلاحیت داوری یا *Kompetenz-Kompetenz*^{۱۶} و تأثیر آن بر صلاحیت قضائی

اثر اساسی یک قرارداد داوری این است که دعوای احتمالی یا موجود را از صلاحیت محاکم خارج می‌نماید. این همان اثر مستقیم و منفی قرارداد داوری است که امروزه در حقوق داخلی اکثر کشورها در رابطه با *داوریه‌های ملی* پذیرفته شده است. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ که مقرر داشته «*کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند (بتوانند) با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاهها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند*». در واقع در مقام تجویز و بیان همین ویژگی منفی داوری بوده و در آن تردیدی نیست. منتها، باید توجه داشت که رویه قضات محاکم بر این است که چنانچه درخواست ارجاع به داوری در جریان دادرسی مطرح شود، از رسیدگی امتناع نموده و دعوا را به داوری ارجاع می‌دهند. ولی، چنانچه یکی از طرفین، علی‌رغم وجود شرط داوری در قرارداد، موضوع را در دادگاه طرح کرده باشد به خودی خود از موجبات صدور قرار عدم استماع دعوا در وضعیت فعلی خواهد بود حتی اگر خوانده با استناد به شرط داوری به صلاحیت داور ایراد ننماید، مگر اینکه خوانده دعوا مطابق بند ۱ ماده ۴۸۱ قانون مارالذکر از این حق خود صریحاً^{۱۷} یعنی از طریق

۱۶. این اصطلاح که منتسب به آلمانیهاست توسط بعضی از حقوقدانان به قاعده «صلاحیت نسبت به صلاحیت» (لیعا جنیدی، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، صص ۶۸ و ۷۲) و توسط بعضی دیگر به اصل «صلاحیت در تعیین صلاحیت» (دکتر سید جمال سیفی، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره بیست و سوم، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، صص ۳۵ به بعد، خصوصاً ص ۶۲) ترجمه شده است. به نظر ما، می‌توان آن را به قاعده «اختیار نسبت به صلاحیت» ترجمه کرد.

۱۷. اگرچه ماده ۴۸۱ قانون یادشده صرفاً اعراض صریح یعنی «تراضی کتبی طرفین دعوا» را از موارد زایل شدن و از بین رفتن داوری قرار داده است، با وجود این، شعبه اول دیوان عالی کشور در رأی صادره در سال ۱۳۲۱ رجوع از داوری به دلالت التزام و قرائن (اعراض ضمنی) را نیز به‌عنوان یکی از موارد تراضی کتبی پذیرفت. منظور این است که در فرض مطرح شدن موضوع در دادگاه توسط یک طرف، طرف دیگر به وجود شرط داوری و عدم صلاحیت دادگاه ایراد نکرده و در ماهیت دفاع نماید (رک. دکتر جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۳، ص ۴۵۱، رأی تمییزی، ش ۳۴۸۵ مورخ ۱۳۲۱/۱۱/۱۴؛ همچنین رک. رأی شماره ۲۱/۶۷۱ مورخ ۷۴/۱۲/۱۲ صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور به نقل از عبدالله بازگیر، داوری و احکام راجع به آن، نشر فردوس، ۱۳۸۰، ص ۲۴۱). برای ملاحظه یک نظر مخالف رک. آرای صادره از شعبه سوم دیوان عالی

«ترازی کتبی» با طرف دیگر، اعراض کرده باشد. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که در داوریه‌های داخلی صلاحیت داوران تقریباً هم سطح و موازی با صلاحیت قضات ملی پذیرفته شده است. آیا این حد از صلاحیت را می‌توان در مورد داوریه‌های بین‌المللی نیز در حقوق ایران شناسایی کرد؟ این سؤالی است که از دیرباز در رویه قضایی ایران جداً مورد بحث و تأمل بوده و قضات نوعاً از ترجیح صلاحیت یک مرجع داوری بین‌المللی بر صلاحیت محاکم داخلی استنکاف ورزیده‌اند. حتی تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب سال ۱۳۷۶ علی‌رغم گشایش قابل توجه در مسئله صلاحیت، کلیه محدودیتها را در این رابطه برطرف نکرده است. چه، علاوه بر سایر محدودیتهایی که در طول این مبحث به آنها اشاره خواهد شد، ماده ۸ قانون یاد شده شرط انتفاء صلاحیت محاکم در فرض وجود شرط داوری را منوط به اعلام و ایراد یکی از طرفین کرده است به این معنی که در صورت شرکت خوانده در دادرسی و عدم استناد به شرط داوری، صلاحیت محکمه کماکان محرز و مسلم خواهد بود (اعراض ضمنی).

شاید در بادی امر چنین به نظر برسد که بخش «ج» رأی دادگاه به‌طور ضمنی در مقام شناسایی صلاحیت داوری بین‌المللی در مقابل صلاحیت محاکم ملی است، آنجا که می‌گوید:

«... قسمت مهم ایراد خوانده هم مبنی بر اینکه طرفین قرارداد نسبت به ارجاع اختلافات خود

به داوری (بین‌المللی) توافق نموده‌اند قابلیت پذیرش را از نظر این مرجع ندارد زیرا:

۱- در قرارداد منعقد موضوع ارجاع اختلاف طرفین به داوری پیش‌بینی نشده و کمیسیون موردنظر خوانده مذکور در ماده ۱۸ قرارداد که مقرر بود با ترکیبی از تعداد مساوی از نمایندگان دو طرف و برای حل و فصل دوستانه اختلاف تشکیل شود، هم از حیث ترکیب و تعداد اعضا و هم از حیث عنوان و هدف آن منصرف از مرجع داوری به معنی و مفهوم خاص آن می‌باشد...»

ظاهراً، مستنبط از استدلال فوق خصوصاً عبارت «در قرارداد منعقد، موضوع ارجاع اختلاف طرفین به داوری پیش‌بینی نشده» و نیز عبارت «منصرف از مرجع داوری به معنی و مفهوم خاص آن می‌باشد» این است که در فرضی که برای دادرسی دادگاه، ارجاع اختلاف به داوری به مفهوم خاص و واقعی آن در ضمن قرارداد محرز بود و یا اینکه کمیسیون مقید در قرارداد بر همان مفهوم مصطلح داوری دلالت داشت، احتمالاً رأی به عدم صلاحیت خود و قبول داوری تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل صادر می‌کرد؟ استدلال مزبور از آن جهت اهمیت دارد که ممکن است ادعا شود اگر خواهان ایرانی یک شخص حقوقی خصوصی بود احتمالاً از نظر

کشور در سالهای ۱۳۷۱ و ۱۳۸۳ (به نقل از آقای بازگیر، پیشین، صص ۱۴۵ به بعد خصوصاً ص ۱۴۸) که با تکیه بر ظاهر بند ۱ مرقوم، صرفاً ترازی کتبی طرفین را در بر هم زدن داوری لازم دانسته است.

دادگاه منعی در صدور قرار عدم صلاحیت نبود. با وجود این، هرچند پذیرش و تقویت استدلال مزبور به لحاظ عملی گامی به جلو در شناسایی صلاحیت داور بین‌المللی در نظام قضائی ایران محسوب می‌شود ولی، چنین برداشت و ادعایی با مستندات اعلامی توسط دادگاه یعنی مواد ۹۷۱ و ۴۶ مرقوم و نیز سایر مبانی رأی به شرح پیش‌گفته منافات دارد. در واقع، به نظر می‌رسد منظور دادگاه بیشتر این بوده که حتی نفس ادعای خوانده مبنی بر وجود توافقی بر ارجاع اختلافات به داور در مفهوم مصطلح آن - صرف‌نظر از معارضه یا عدم قابلیت معارضه شرط موضوع قرارداد با صلاحیت دادگاه - اساساً بر دادگاه محرز نیست.^{۱۸}

به هر تقدیر، صرف‌نظر از ماهیت استدلال دادگاه، به لحاظ نظری با توجه به تحولاتی که در دهه‌های اخیر در قلمرو داور بین‌المللی و صلاحیت داوران در حقوق ایران و در سطح بین‌المللی اتفاق افتاده، بحث و تبیین موضع قانونگذار ایران در قبال صلاحیت داور و سنجش آن در قبال صلاحیت محاکم از ضروریات می‌باشد. موضوع بیشتر از آن جهت اهمیت دارد که ممکن است یک دولت، قواعد حل تعارض دادگاه یا صلاحیت قضائی بین‌المللی به نفع محاکم خود وضع نماید به طوری که رعایت آن امری و غیرقابل تخلف بوده و اتباع آن کشور در قراردادهای و روابط حقوقی خود با خارجی‌ان قادر به نفی و طرد صلاحیت محاکم ملی خود از طریق درج شرط داور یا تسلیم به صلاحیت محاکم یک کشور خارجی نباشند.

مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه نمونه بارز ایجاد چنین صلاحیتی به نفع محاکم فرانسوی بود، هرچند رویه قضائی به تدریج استثنائاتی را از جمله اجازه صرف‌نظر کردن از صلاحیت مزبور از طریق توافق بر درج یک شرط داور بین‌المللی در قرارداد بر آن وارد کرد.^{۱۹} مطابق این دو مقرر و همچنین از تاریخ لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون بروکسل مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸، چنانچه در دعوای مطروحه ولو در خارج، خواهان (ماده ۱۴) یا خوانده دعوا (ماده ۱۵) یک نفر فرانسوی یا هر شخص مقیم فرانسه باشد، محاکم فرانسه صالح به رسیدگی خواهند بود.^{۲۰}

۱۸. اشکالی که به استدلال دادگاه وارد به نظر می‌رسد این است که شرط ارجاع اختلافات به داور می‌تواند از یک سو همزمان در ضمن قرارداد به صورت شرط داور و یا در قرارداد علی‌حده‌ای ناظر بر اختلافات احتمالی در آینده باشد و از سوی دیگر ممکن است اساساً به صورت Compromis و با بروز اختلاف باشد که در دعوای حاضر نیز چنین بوده و طرفین پس از بروز اختلاف طی تلکس‌هایی ظاهراً به صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل تراضی نموده بوده‌اند. بنابراین، استدلال دادگاه مبنی بر اینکه «در قرارداد منعقد، موضوع ارجاع اختلاف طرفین به داور پیش‌بینی نشده» با مبانی شناخته‌شده در داور سازگاری ندارد.

۱۹. رویه مزبور، با معتبر شمردن کلیه شروط داور مقید در قراردادهای بین‌المللی، محاکم این کشور را در رسیدگی به دعوای موضوع قراردادهای مزبور غیر صالح اعلام کرد در این رابطه رک.

Cass. Civ., 6 juin 1978.907, note B. Oppetit, Rev. cr. Dr. int. pr., 1979.842.

۲۰. در واقع، بر مبنای این مقررات بسیار مضیق است که رویه قضائی فرانسه توانست از یک سو قاعده حل تعارضی تأسیس کند که به موجب آن مشکل مربوط به دعوای بین خارجی‌ان در فرانسه که حکم آن در این دو مقرر مسکوت گذاشته شده بود، حل گردیده و آنها نیز اجازه یافتند دعوای خود را در محاکم فرانسه مطرح کنند. مبنای تأسیس قاعده فوق، این سؤال بود که

در حقوق موضوعه ایران و مشخصاً در مقررات آیین دادرسی مدنی، ظاهراً چنین صلاحیتی برای محاکم داخلی پیش‌بینی نشده است و ذیل ماده ۹۷۱ قانون مدنی نیز که مقرر داشته «... مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود»، صرفاً یک قاعده حل تعارض است که به‌نحو امره و ایجابی، صلاحیت محکمه ایرانی را در مقابل محکمه خارجی تبیین و ترسیم می‌کند. به‌عبارت دیگر، مقررۀ مزبور در صدد توسعه صلاحیت محاکم ملی به خارج از مرزهای سرزمینی به‌منظور شمول آن بر اتباع ایران و یا اتباع کشورهای دیگر به‌نحوی که در مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه ملاحظه گردید، نیست. آنچه از ذیل ماده مزبور استفاده می‌شود این است که با توجه به تساوی حاکمیت دولتها، مطرح بودن همان دعوا در محکمه یک کشور خارجی نمی‌تواند موجب سلب صلاحیت از محکمه ایرانی که اصحاب دعوا یا یکی از آنها موضوع را در آن نیز مطرح کرده‌اند، باشد.

بدین ترتیب، به‌لحاظ تئوریک باید بر آن بود که در فرض فقدان صلاحیت بین‌المللی برای محاکم ایران که شائبۀ صلاحیت معارض را موجب می‌شود، اتباع ایران از یک سو می‌توانند با قید صلاحیت مراجع داوری بین‌المللی، صلاحیت محاکم ایران در رسیدگی به اختلاف با اتباع کشورهای دیگر را نفی و طرد نمایند کما اینکه این امر با وجود قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از این پس مفروغ‌عنه می‌باشد. و از سوی دیگر، محاکم داخلی موظف هستند در فرض مواجهه با یک شرط داوری در قرارداد موضوع اختلاف، رأساً و یا آن‌طور که قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد با اعلام حداقل یکی از طرفین از رسیدگی خودداری نموده و قرار عدم استماع دعوا صادر کنند. البته، باید توجه داشت که صحت این امر زمانی است که تبعۀ ایرانی (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) به اعتبار سمت رسمی و عمومی خود مبادرت به انعقاد قرارداد و پذیرش شرط داوری در ضمن یا خارج از آن نکرده باشد و آلا همان‌طور که می‌دانیم و در مبحث سوم به آن خواهیم پرداخت، به‌موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، چنین اشخاصی در مراجعه به داوری ملی و خصوصاً بین‌المللی با محدودیتهای شدیدی مواجه‌اند.

خوشبختانه، تحولات حقوقی و قانونگذاری در سطح ملی و بین‌المللی تا حدود زیادی در راستای اثبات ادعای ما یعنی صلاحیت داوری حرکت کرده است. در این رابطه، دو قانون

اگر به‌موجب مقررات داخلی، محکمه‌ای صالح به رسیدگی است که خواننده در حوزه سرزمینی آن اقامت دارد چرا به صرف وجود یک عنصر خارجی یعنی وقوع اقامتگاه خواهان در خارج، این قاعده نباید در فرضی نیز که اقامتگاه خواننده در فرانسه واقع است، اعمال شود؟ از سوی دیگر، رویۀ مزبور انصراف و تخلف فرانسویان از صلاحیت بین‌المللی محاکم فرانسه و مراجعه به محاکم کشور محل اقامت خود را مشروع دانست. برای اطلاع از مبانی قاعده و نیز رویۀ قضائی دیوان عالی کشور فرانسه و نظرات دکترین، رک.

H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.J. 1983, v. II, pp. 446 et s. spec. n. 669, p. 448 et n. 673; Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international prive, pp. 475 et s.

اخیرالتصویب در باب داوری بین‌المللی یا خارجی یعنی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ و همچنین ماده واحده قانون الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مصوب ۱۳۸۰^{۲۱} ابهام مربوط به امکان نفی صلاحیت محاکم داخلی از طریق درج شرط داوری بین‌المللی را برطرف کرده و صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی را اجمالاً تایید کرده است.^{۲۲} مطابق ماده ۸ قانون سال ۱۳۷۶:

«دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیرقابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی نخواهد بود».^{۲۳}

قسمت دوم بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک نیز بسیار دورتر در سال ۱۹۵۸ میلادی

مقرر می‌داشت:

«... دادگاه یک دولت متعهد در هنگام رسیدگی به دعوایی درباره موضوعی که طرفها در مورد آن موافقتنامه‌ای را در مفهوم این ماده منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از طرفها، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد مگر اینکه رأی دهد که آن موافقتنامه باطل و کأن لم یکن، بی‌اعتبار یا غیرقابل اجرا است».

آیا می‌توان ادعا نمود که با وجود مقررات فوق، مشکل صلاحیت داور بین‌المللی در حقوق ایران و به تبع کنوانسیون نیویورک، در حقوق کشورهای دیگر کاملاً برطرف شده است؟ دکتین این بحث را تحت عنوان *مطلق یا نسبی بودن عدم صلاحیت محاکم*^{۲۴} مطرح کرده و در پی آن است که بداند آیا الزام محاکم به ارجاع موضوع به داوری به شرح مقررات پیش‌گفته در فرض وجود شرط داوری، موجب عدم صلاحیت مطلق محاکم می‌باشد یا اینکه این امر نسبی و مقید به حصول قیودی است؟ با توجه به دوسویه بودن مشکل صلاحیت، به نظر ما منعی ندارد سؤال این‌گونه مطرح شود که با توجه به مقررات اعطاکننده صلاحیت، آیا صلاحیت داوری می‌تواند مطلق فرض شود یا اینکه نسبی بوده و عملاً و ذاتاً رقابت کامل بین این دو شیوه حل و فصل دعاوی در تمامی موارد ممکن نیست (گفتار اول). علی‌رغم نسبی بودن صلاحیت داوری به

۲۱. برای ملاحظه متن قانون ر.ک. روزنامه رسمی شماره ۱۶۳۷۴، مورخ ۱۳۸۰/۲/۲۹.

۲۲. سیفی، سید جمال، پیشین، ص ۵۵.

۲۳. این مقرر در واقع برگردان همان ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال می‌باشد که با اندک تغییری اخذ و اقتباس شده است.

24. Cf. Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, Paris, 1965, pp. 128 et s.

دلایلی که ناشی از مبنای قراردادی و خصوصی بودن آن می‌باشد، نهایتاً خواهیم دید این امر از اهمیت موضوع نمی‌کاهد. چه، با پذیرش اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود هنگامی که نسبت به اعتبار شرط داوری اعطاکننده صلاحیت ادعای تردید شده، آخرین موانع عمده شناسایی صلاحیت داوری درنور دیده شده است (گفتار دوم).

گفتار اول - مطلق یا نسبی بودن صلاحیت داوری؟

هرچند به ظاهر مستفاد از کنوانسیونهای بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط با داوری این است که عدم صلاحیت قضائی محاکم در فرض وجود قرارداد داوری، عام و بدون استثنا می‌باشد ولی چنانچه موضوع را با وسواس و دقت بیشتری بررسی نماییم، متوجه خواهیم شد که این امر خصوصاً در حقوق تطبیقی و رویه داوران بین‌المللی با تعدیلهای و استثنائات مهمی همراه است. چه، داوری به‌عنوان روش خصوصی حل و فصل دعاوی از هر جهت در رقابت کامل با محاکم قضائی نیست. این موارد استثنا، در قسمت عمده آن ناشی از مبنای قراردادی داوری است و موجب می‌شود قاضی ملی الزاماً در اعمال و اجرای داوری مداخله و همکاری نماید. در وضعیت فعلی داوری بین‌المللی، این همکاری در موارد زیر اجتناب‌ناپذیر می‌نماید:

- ۱- مواردی وجود دارد که قرارداد داوری خصوصاً از جهت عدم تعیین داوران و نیز نحوه تعیین و انتخاب آنان ساکت و غیرکامل است و علی‌رغم توصیه و الزامی که در رویه داوری و نیز بعضی از قوانین ملی در تعیین آنها توسط اشخاص ثالث وجود دارد، بیشتر قوانین ملی این وظیفه را در فرض درخواست طرفین یا یکی از آنها، به مراجع قضائی مکان داوری تفویض کرده‌اند.^{۲۵}
- ۲- یکی دیگر از مختصات و در واقع نواقصی که داوری با آن رو به روست و موجب می‌شود با قاطعیت در خصوص نسبی بودن صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی صحبت شود فقدان / امپریوم* یا قدرت اجرایی برای داور است که مطابق آن داور در نهایت امر برای اجرای رأی محتاج مداخله محاکم ملی است. احتمالاً، کسانی که معتقد به ماهیت قراردادی صرف برای داوری شده‌اند همین نقص و عدم رقابت‌پذیری را مستمسک عقیده خود قرار داده‌اند.^{۲۶}
- ۳- موردی که مطابق آن یکی از طرفین قبل از شروع داوری و یا در جریان داوری به قاضی ملی مراجعه کرده و صدور دستور موقت یا قرار تأمین را درخواست نماید. در این رابطه،

۲۵. در حقوق ایران مطابق بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، این وظیفه بر عهده دادگاه عمومی مرکز استان محل وقوع داوری و در فرض مشخص نبودن آن بر عهده دادگاه عمومی تهران قرار داده شده است.

*. Imperium.

۲۶. امروزه نظریه غالب بر این است که داوری در ایجاد و مبنای آن قراردادی و در اجرا و اعمال آن قضائی است و به همین اعتبار دکتترین برای آن یک ماهیت مختلط (Mixte) قائل شده است.

علی‌رغم تمایل و تلاش فزاینده‌ای که در سطح بین‌المللی^{۲۷} و نیز بعضی قوانین ملی^{۲۸} جهت تسری صلاحیت داوران بین‌المللی به این نوع دستورات تأمین وجود دارد، هنوز بعضی قوانین ملی و نیز مقررات سازمانهای داوری این امر را در سطح وسیعی، از اختیارات تقریباً اختصاصی محاکم قرار داده‌اند. برای نمونه، هرچند قانونگذار ایران به شرح ماده ۱۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در موارد ضروری و استثنائی به داور اجازه داده «در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هر کدام از طرفین (صرفاً) دستور موقت صادر نماید» که البته از جهت ملاک احراز فوری بودن یا عدم آن محل بحث است^{۲۹} ولی قاعده مینا در این خصوص، ماده ۹ همان قانون است که صدور چنین دستوراتی را از جمله صلاحیت دادگاههای ایران دانسته و به تبعیت از ماده ۹ قانون نمونه آنسیترال مقرر داشته است: «هریک از طرفین، قبل یا حین رسیدگی داوری می‌تواند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶، صدور قرار تأمین و یا دستور موقت را درخواست نماید».

مع‌ذلک، همگان بر این امر اجماع و اتفاق نظر دارند که با فرض پذیرش لزوم مداخله قاضی ملی جهت صدور دستور موقت یا صدور تأمین دلیل، قاضی مرجوع‌الیه نمی‌تواند ادعا و اعلام نماید در رابطه با مجموعه دعوی مطروحه نزد داور صلاحیت دارد.^{۳۰}

از این موارد استثنا که بگذریم، به نظر می‌رسد بحث اصلی در باب احراز صلاحیت مطلق یا نسبی داوری در جای دیگری باید پیگیری شود؛ فرضی که طرفین یا یکی از آنها علی‌رغم وجود شرط داوری، متعرض عدم صلاحیت محکمه نشوند و فرضی که قطع نظر از ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین، دادگاه به موجب مقررات موجود کماکان اختیار بررسی موافقتنامه داوری به‌منظور احراز بی‌اعتباری و بطلان آن را داشته باشد.

در رابطه با فرض اول این سؤال مطرح شده است که آیا قاضی ملی به محض ملاحظه شرط داوری در قرارداد، باید حکماً و بنابر وظیفه عدم صلاحیت خود را اعلام نماید یا اینکه این امر منوط به اعلام طرفین یا یکی از آنهاست؟ کشورهای بلوک شرق سابق مانند رومانی، یوگسلاوی و شوروی نظر اول را پذیرفته بودند. ولی، در قوانین اکثر کشورهای جهان و نیز در

۲۷. برای نمونه رک. بند ۱ ماده ۲۳ مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل که از اول ژانویه ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا شده است، به دیوان داوری اجازه می‌دهد از همان بدو امر بنا به درخواست یکی از طرفین، هرگونه دستور تأمین دلیل یا موقت را صادر نماید. البته، متقابلاً به شرح بند ۲ همان ماده اجازه می‌دهد طرفین قبل از تقدیم درخواست داوری جهت اخذ این دو نوع دستور به هر محکمه ملی مراجعه نمایند.

۲۸. رک. ماده ۱۸۳ مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس.

۲۹. رک. سیفی، سید جمال، پیشین، ص ۶۴.

۳۰. برای نمونه علاوه بر بند ۲ ماده ۲۳ اساسنامه داوری اتاق تجارت بین‌الملل، رک. بند ۴ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ که در این رابطه مقرر می‌دارد: «یک درخواست مربوط به دستورات موقت یا تأمین دلیل که از مرجع قضائی درخواست شده نباید به منزله انصراف از قرارداد داوری یا به معنای ارجاع ماهیت دعوا به محکمه قضائی تلقی شود».

مقررات بین‌المللی مرتبط با داوری، عدم صلاحیت محکمه باید توسط طرفین یا حداقل یکی از آنها اعلام شود و محکمه وظیفه ندارد رأساً عدم صلاحیت خود را اعلام کند. چنانچه طرفین یا حداقل یکی از آنها عدم صلاحیت ناشی از وجود شرط داوری را اعلام نکند مفروض این خواهد بود که طرفین از حق داوری خود به‌طور ضمنی عدول و اعراض نموده‌اند، اعم از اینکه طرفین متفقاً تصمیم بگیرند جهت حل و فصل اختلافات خود نزد محکمه ملی بروند یا اینکه صرفاً یکی از آن دو قبل یا در جریان داوری به قاضی ملی مراجعه کند. ظاهراً، در قضیه مطروحه در شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران همین اتفاق حادث شده بود به این معنی که طرف ایرانی، علی‌رغم حضور و دفاع از دعوای مطروحه توسط شرکت خارجی (خواننده) در اتاق تجارت بین‌الملل، متعاقباً و به‌طور یک‌جانبه، از محاکم ایران درخواست رسیدگی کرده بود.

کنوانسیونهای بین‌المللی نیز طریق دوم یعنی لزوم ایراد توسط حداقل یکی از طرفین را شرط عدم صلاحیت محکمه عنوان کرده‌اند؛ مطابق ماده ۴ پروتکل ۱۹۲۳ ژنو، محاکم قضائی نمی‌توانند رأساً اعلام عدم صلاحیت کنند و برای اینکه محکمه، موضوع دعوا را به داوران ارجاع نماید باید یکی از طرفین پیشاپیش آن را درخواست کرده باشد. کنوانسیون نیویورک نیز همین راه‌حل را پذیرفته و همان‌طور که پیش‌تر ملاحظه شد، در بند ۳ ماده ۲ این کنوانسیون، تقاضای یکی از طرفین را شرط ارجاع موضوع به داوری دانسته است.

همین‌طور است ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که ضمن پذیرش شرط مربوط به درخواست حداقل یکی از طرفین دعوا جهت امکان ارجاع موضوع به داوری، مضافاً وجود و حصول شرط دیگری را نیز ضروری دانسته است و آن اینکه این درخواست باید «تا پایان اولین جلسه دادگاه» صورت گیرد و الا ایراد صلاحیت پس از آن مسموع نخواهد بود. ظاهراً، باید بر آن بود که با توجه به اینکه مقررات کنوانسیون نیویورک نیز مطابق ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون داخلی ایران محسوب می‌شود بنابراین، بین بند ۳ ماده ۲ آن که در خصوص زمان ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین ساکت است و ماده ۸ قانون مرقوم که زمان ایراد عدم صلاحیت قاضی توسط یکی از طرفین را صراحتاً تعیین کرده تعارض وجود دارد؛ به این معنی که کنوانسیون مزبور با توجه به مؤخرالتصویب بودن آن، ناسخ عبارت «تا پایان اولین جلسه دادگاه» بوده و بدین ترتیب ایراد عدم صلاحیت مقید به زمان خاصی نبوده و در هر مرحله‌ای از دادرسی قابل طرح می‌باشد.

به‌نظر ما، وجود چنین تعارضی منتفی است. چه، کنوانسیون نیویورک اساساً در مقام بیان موعد نبوده تا سکوت و اطلاق آن به مفهوم نسخ و معارضه با موعد تعیین شده در ماده ۸ مرقوم تلقی شود. به‌عبارت دیگر، مقررۀ موصوف صرفاً در مقام تأکید بر این امر است که محکمه وظیفه ندارد با ملاحظه شرط داوری رأساً عدم صلاحیت خود را اعلام نماید و به همین دلیل، به ذکر

کبرای قضیه یعنی لزوم ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین بسنده کرده است و لاغیر. بنابراین، اطلاق کنوانسیون مقتضی تجویز ایراد صلاحیت در هر مرحله از دادرسی نیست. نتیجه اینکه، تحت کنوانسیون اخیر نیز باید تا پایان اولین جلسه دادرسی ایراد عدم صلاحیت به عمل آید. البته، اینکه طرفین یا یکی از آنان، چه زمانی باید به عدم صلاحیت موصوف استناد کنند در حقوق تطبیقی همیشه محل بحث بوده است. قوانین اکثر کشورها تقریباً پذیرفته‌اند که ایراد موصوف باید تا قبل از مبادله لوایح و ورود و دفاع در ماهیت امر صورت گیرد. همان‌طور که ذکر شد، قانونگذار ایران زمان آن را «تا پایان اولین جلسه دادگاه» قرار داده است و از این جهت از ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال که زمان طرح ایراد را تا تسلیم نخستین لایحه در ماهیت/اختلاف قرار داده تبعیت نکرده است. به نظر می‌رسد زمان انتخابی توسط قانونگذار ایران به لحاظ نظری زمان موسعی بوده و ممکن است طرفین با تسلیم لوایح تا اتمام جلسه اول وارد ماهیت دعوا شده و بدین ترتیب فلسفه وضع مقرره فوق که تعیین مناط در باب عدم تسلیم به صلاحیت دادگاه می‌باشد لوث شود. دلیل این ادعا، ماده ۸۴ ناظر بر ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است که مطابق آن، «... خوانده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند... (که) دادگاه صلاحیت نداشته (یا)... دعوا بین همان اشخاص در همان دادگاه یا دادگاه هم‌عرض دیگری قبلاً اقامه شده و تحت رسیدگی...» است. به هر تقدیر، با وجود قانونگذاریهایی که صرف وجود قرارداد داوری را عاملی در اعلام عدم صلاحیت قاضی ملی بنابر وظیفه و حتی بدون اعلام یکی از طرفین قرار داده‌اند، به نظر می‌رسد همصدا با آقای باتیقل باید بر آن بود که در سطح داوری بین‌المللی چون طرفین دعوا دقیقاً نمی‌توانند احکام و مقررات کشورها را در خصوص موضع اتخاذی آنها در باب ماهیت عدم صلاحیت قضائی بشناسند بنابراین، اعمال قانون مقر دادگاه جهت تشخیص این امر اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.^{۳۱}

با وجود این، باید توجه داشت که ارجاع موضوع به داوری توسط قاضی در فرض ایراد صلاحیت واجد استثنای مهم دیگری است (فرض دوم) که ظاهراً لاینحل مانده و به شرحی که در گفتار دوم همین مبحث خواهد آمد، با تجویز اختیار داوران در صدور حکم نسبت به صلاحیت خود تناقض دارد. عجیب اینکه این استثنا به‌عنوان یک قاعده و فرمول، ذیل هر دو مقرره مورد بحث یعنی ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و سایر اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری قابل ملاحظه است و مطابق آن محکمه مرجوع‌الیه اختیار دارد قطع نظر از ایراد صلاحیت توسط یکی از طرفین، موافقتنامه داوری را مورد بررسی قرار داده و

۳۱. به نقل از فوشار، پیشین، ش ۲۲۶، ص ۱۲۸.

در صورتی که احراز کند «... موافقتنامه باطل و کأن لم یکن، بی اعتبار یا غیر قابل اجراست»، به رسیدگی خود ادامه دهد!

ناگفته پیداست که چنین اختیاری دست قاضی را در اعمال سلیقه‌های شخصی در اعلان بطلان و بی اعتباری قرارداد داوری به منظور استمرار صلاحیت خود کاملاً باز می‌گذارد^{۳۲} و از این جهت استثنای بسیار مهمی بر صلاحیت داوری به شمار می‌رود. به همین دلیل، این بحث مطرح شده است که اساساً چرا قاضی نباید با اعلام عدم صلاحیت، تکلیف و اختیار بررسی اعتبار شرط داوری را به خود داور یا داوران بسپارد؟ این همان بحث معروف اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود می‌باشد که ذیلاً به آن می‌پردازیم.

گفتار دوم - اختیار داور یا داوران در رسیدگی و صدور حکم بر صلاحیت خود

اینکه قاضی ملی بتواند علی‌رغم ایراد عدم صلاحیت توسط یکی از طرفین، رأساً و یا با ادعای طرف مقابل، اعتبار قرارداد داوری را بررسی کرده و صرفاً در صورت احراز عدم بطلان و بی اعتباری آن،^{۳۳} دعوای مطروحه را به داوری ارجاع دهد نقص مهمی است که به‌طور سنتی ریشه در عدم اعتقاد قانونگذاران ملی و دکتربین به تقابل و هم‌عرض بودن صلاحیت داوری با صلاحیت قضائی دارد. بر همین مبنا، به لحاظ تاریخی، قوانین کشورهای مختلف در خصوص مسئله اختیار داور در رسیدگی و صدور حکم به صلاحیت خود همواره معارض بوده است، در حالی که به موجب قوانین یا رویه قضائی بعضی از کشورها،^{۳۴} در صورت ادعای بطلان یا بی اعتباری قرارداد داوری توسط یکی از طرفین، داور موظف بوده از رسیدگی امتناع نموده و موضوع صلاحیت نزد محکمه ملی مطرح شود، در قوانین بیشتر کشورهای اروپایی، انگلیس و امریکا پذیرفته شده بود که داور می‌تواند علی‌رغم ایراد صلاحیت، کماکان رسیدگی را ادامه داده و در خصوص اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری اعطاکننده صلاحیت شخصاً اتخاذ تصمیم نماید، با این قید و شرط مهم که محکمه ملی بتواند به‌عنوان مرجع نهایی و قاطع اختلاف، اعتراض به تصمیم داور در باب صلاحیت را مورد بررسی قرار دهد. بنابراین، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، حتی در کشورهای اخیر صلاحیت داور به‌طور کامل و صد درصد پذیرفته نشده بود. به نظر می‌رسد قانونگذار ایران به شرح ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (ماده

۳۲. در این خصوص رک. فوشار، پیشین، ش ۲۳۳، ص ۱۳۱.

۳۳. تازه، احراز اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری که علی‌الاصول و مطابق قواعد، در فرض عدم تعیین قانون قابل اعمال به‌طوری صریح یا ضمنی، باید با توسل به قاعده حل تعارض مجری در مقر دادگاه رسیدگی‌کننده صورت گیرد، بر پیچیدگی و صلاحیدیدی بودن موضوع می‌افزاید.

۳۴. کشورهای بلژیک، لوکزامبورگ و همچنین فرانسه به‌موجب رویه قضائی خود جزو این دسته از قانونگذاران به‌شمار می‌رفتند. برای اطلاع بیشتر رک. فوشار، پیشین، ش ۲۴۰، ص ۱۳۶.

۴۶۱ فعلی) جزو کشورهای دسته اول یعنی ممنوعیت مطلق داور در رسیدگی به صلاحیت خود در فرض ایراد به موافقتنامه داوری قرار دارد. مطابق این مقرر: «در مورد ماده قبل، هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه قبلاً به آن رسیدگی کرده، پس از احراز معامله و قرارداد داور ممتنع را معین می‌نماید...». صرف‌نظر از اختلافاتی که بین حقوقدانان در شمول و حدود قلمرو این مقرر وجود دارد، همگان بر این امر متفق‌القولند که مضمون ماده ناظر به ایراد به اعتبار قرارداد داوری و در نتیجه ایراد به صلاحیت داور است^{۳۵} که مطابق ماده یاد شده رسیدگی به آن در صلاحیت انحصاری دادگاه می‌باشد. ولی، چنانچه از پیشینه تاریخی و اصل بودن صلاحیت قضائی به دلیل ارتباط آن با مسئله حاکمیت سیاسی دولتها بگذریم، به لحاظ منطقی و عقلی توجیه چندانی در تمایز بین دو نوع صلاحیت مورد بحث وجود ندارد. توضیح اینکه، در مبحث صلاحیت همواره دو فرض زیر قابل تصور است:

۱- فرضی که مطابق آن دعوا ابتدائاً و صرفاً در محکمه طرح شده و در اینجا فقط قاضی ملی است که در باب صلاحیت یا عدم صلاحیت خود یا بررسی اعتبار یا عدم اعتبار شرط داوری اظهار نظر خواهد کرد. زمانی که وی شرط داوری ضمن عقد را به دلیل بطلان یا غیرقابل اجرا بودن یا تحت هر عنوان دیگر بی اعتبار اعلام نموده و صلاحیت خود را احراز کند حداقل این احتمال وجود دارد که طرفین با پذیرش غیرقابل اجرا بودن شرط داوری، به تصمیم وی اعتراضی نکرده و هیچ‌یک نزد داور نروند. در چنین فرضی، رد قرارداد داوری توسط محکمه، با اشکال مربوط به اعمال سلیقه شخصی یا خصومت با داوری مواجه نشده و مشکل خاصی نیز بروز نخواهد کرد.

۲- ولی، موضوع صلاحیت، اعم از قضائی و داوری معمولاً به سادگی و حالت انتزاعی متصوره به شرح فوق اتفاق نمی‌افتد. برعکس، غالباً یک نوع وابستگی و پیوستگی بین این دو نوع صلاحیت از جهت نحوه ایراد وجود دارد و آن موقعی است که یکی از طرفین در جریان داوری به محکمه ملی مراجعه کند؛ یک طرف دعوا که از سیر جریان داوری به ضرر خود بیمناک و نگران است و یا اساساً معتقد است که قرارداد داوری به موجب قانون قابل اعمال بر آن باطل است مبادرت به طرح دعوا خواه از جهت رسیدگی به اعتبار این قرارداد و خواه از جهت رسیدگی به ماهیت دعوا، نزد قاضی ملی می‌نماید. بدیهی و طبیعی است که در چنین وضعیتی طرف مقابل نیز به صلاحیت قاضی ملی اعتراض کرده و امتناع وی از رسیدگی را خواستار خواهد شد. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که در هر دو سوی قضیه یک ایراد و اعتراض در رابطه با

۳۵. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ص ۷۱؛ جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی «۱»، ص ۱۳۳.

مسئله صلاحیت وجود دارد و امتناع یا عدم امتناع یکی از این دو بر صلاحیت دیگری تأثیر مستقیم دارد. و چون اکثر قانونگذاران به قاضی ملی اجازه می‌دهند صلاحیت خود را از جهت اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری مورد بررسی قرار دهد، این امر از جهت و زاویه دیگر در واقع یک بحث مربوط به بررسی صلاحیت داور نزد قاضی ملی نیز هست.

در صورتی که قاضی ملی اعتبار قرارداد داوری را احراز نموده و موضوع را به داوری ارجاع دهد بازهم ظاهراً مشکلی بروز نمی‌کند و داور رسیدگی خود را در ماهیت تا زمان صدور رأی مقتضی ادامه خواهد داد. ولی، آنچه بسیار مطنون و قابل انتقاد می‌باشد فرضی است که دادگاه عدم اعتبار یا بطلان و یا غیرقابل اجرا بودن قرارداد داوری را به هر طریقی احراز کند. چه، ممکن است خواهان و مراجعه‌کننده به دادگاه، محکوم علیه احتمالی رأی باشد که داور یا داوران صادر خواهند کرد ولی او به قصد فرار از تبعات این رأی خواسته باشد با مراجعه بعدی به قاضی ملی پیشدستی کرده و خود را از عواقب ناخوشایند تصمیم داوران مصون دارد. آیا در چنین فرضی می‌توان تبعات ناشی از اعلام بی‌اعتباری یا بطلان قرارداد داوری را پذیرفت؟ چرا نباید به داور نیز همانند قاضی اختیار داد تا در فرض ایراد به صلاحیت وی با بررسی قرارداد داوری در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اعلام نظر نماید؟ بدیهی است نتیجه پذیرش این امر، لزوم امتناع قاضی ملی از رسیدگی و به عبارت دیگر عدم اختیار وی در بررسی اعتبار یا عدم اعتبار شرط داوری به مفهوم اعم آن بوده و ناچاراً در صورت ایراد عدم صلاحیت تا پایان اولین جلسه دادرسی توسط یکی از طرفین، باید موضوع را به داوری ارجاع دهد.

اینجاست که نقص کنوانسیونهای مرتبط با داوری بین‌المللی خصوصاً پروتکل ژنو ۱۹۲۳ و نیویورک ۱۹۵۸ و حتی قوانین ملی از جمله ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران آشکار می‌شود. چه، در این اسناد و قوانین مشابه آنها صرفاً فرض قابل اجرا و معتبر بودن قرارداد داوری و نتیجتاً تکلیف دادگاه به ارجاع موضوع به داوری در صورت اعلام یکی از طرفین پیش‌بینی شده است. ولی، در خصوص فرضی که قرارداد داوری ممکن است توسط قاضی غیرقابل اجرا اعلام شود تعیین تکلیف نشده است. ظاهراً، این کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ است که برای اولین بار به شرح بند ۳ از ماده ۶، فرض مزبور را مدنظر قرارداده و مقرر کرده است قاضی ملی باید از بررسی صحت شرط داوری خودداری نموده و به صرف ایراد طرف مقابل مبنی بر وجود شرط داوری، موضوع را به داوری ارجاع نماید.

مطابق مقرره یاد شده: «چنانچه قبل از هرگونه توسل به یک محکمه قضائی، یک درخواست داوری تقدیم شده باشد، محاکم قضائی دولتهای عضو کنوانسیون که بعداً بر اساس یک درخواست مرتبط با همان دعوا و بین همان طرفین (با مراجعه یکی از آنها) صلاحیت رسیدگی پیدا کند، و یا درخواست مزبور ناظر بر احراز عدم وجود، بطلان یا غیرقابل اجرا بودن

قرارداد داوری باشد، باید از رسیدگی و صدور رأی بر صلاحیت داور تا زمان صدور رأی داوری، به‌جز علل بسیار مهم و جدی، خودداری نماید».

صرف‌نظر از ایراداتی که ممکن است به این مقرر از جهت القاء این مطلب که خودداری از رسیدگی و اعلام صلاحیت قاضی ملی باید تکلیفاً و بدون اعلام حداقل یکی از طرفین صورت گیرد و خصوصاً عبارت «به‌جز علل مهم و جدی» که ممکن است دست قاضی را در بررسی اعتبار و وجود داوری با صلاحدید خود و به بهانه این‌که رسیدگی وی مبنای مهمی دارد باز گذارد،^{۳۶} باید اذعان کرد مقرر مزبور برای اولین بار صلاحیت داوری را در سطح بین‌المللی تقریباً هم‌سطح صلاحیت قضائی قرار داده است. چه، همان‌طور که آقای فوشار به‌درستی تأکید کرده مطابق این ابداع «فقط محکمه ملی است که باید در فرض تقدم مراجعه به داور از رسیدگی خودداری نماید نه اینکه داور موظف باشد در فرضی که حق تقدم مراجعه با محکمه بوده از رسیدگی خودداری کند».^{۳۷}

در رأی موضوع بحث این نوشتار، شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران نیز تقریباً با چنین وضعیتی روبه‌رو بوده است؛ به این معنی که طرف ایرانی علی‌رغم شروع و ادامه داوری در اتناق تجارت بین‌الملل، جهت فرار از تبعات رأی داوران، مبادرت به طرح دعوا نزد محکمه ایرانی کرده بود. هرچند دادرسی دادگاه مستمسک اصلی صلاحیت خود را توأمناً فقدان شرط داوری به مفهوم خاص و مصطلح آن (و نه بطلان یا غیرقابل اجرا بودن یا غیرمعتبر بودن آن) و نیز محدودیت‌های ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی قرار داده است. مع الوصف، چون هر دو استدلال به تنهایی و به‌نحو استقلالی در اثبات صلاحیتش کافی بوده است بنابراین، می‌توان ادعا کرد که اعلام صلاحیت با تکیه بر استدلال اول خصوصاً در داوریه‌های حقوق بین‌الملل خصوصی که پای هیچ نهاد یا سازمان دولتی در میان نیست، به‌دلایل پیش‌گفته مخدوش و قابل ایراد است.

بالاخره، مساعی دکترین و رویه قضائی بعضی از کشورها نتیجه بخشیده و اختیار داوران در صدور حکم به صلاحیت خود در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی مرتبط با داوری بین‌المللی به‌عنوان یک اصل جهانی مورد پذیرش قرار گرفت. قانونگذار ایران نیز به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال در بند ۱ ماده ۱۶ قانون مورد اشاره مقرر نمود: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به‌صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به‌عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...».

بدین ترتیب، نه تنها داور در رابطه با وسعت و قلمرو صلاحیت و مأموریت خود مثلاً در فرض جرح وی یا ادعای خروج وی از اختیارات تفویضی اتخاذ تصمیم خواهد کرد بلکه حق دارد

۳۶. در رابطه با این ایرادات و پاسخ آن رک. فوشار، پیشین، ش ۲۳۶ و ۲۳۷، ص ۱۳۳ به‌بعد.

۳۷. پیشین، ش ۲۳۵، ص ۱۳۲.

در خصوص اعتبار قرارداد داوری در فرض ایراد یکی از اصحاب دعوا و حتی بالاتر از آن اساساً در رابطه با وجود یا عدم وجود قرارداد مزبور اظهارنظر و اتخاذ تصمیم نماید. در واقع، اگر اثر مستقیم و منفی قرارداد داوری این است که دعوای احتمالی یا موجود را از صلاحیت محاکم ملی خارج نماید متقابلاً، اختیار داور یا داوران در صدور حکم به صلاحیت خود خصوصاً در مواقعی که شرط اعطاکنده صلاحیت با ادعای بطلان مواجه گردیده یک اثر غیر مستقیم، تکمیلی و مثبت قرارداد داوری است که همزمان با نفی صلاحیت محاکم ملی، داور را به نحو مثبت حاکم بر سرنوشت قرارداد اصلی می‌کند. همین اصل است که در ادبیات حقوقی بین‌المللی، به تبعیت از حقوقدانان آلمانی از آن تحت عنوان *Kompetenz-Kompetenz* و در حقوق ایران، مطابق تسمیه بعضی از حقوقدانان، از آن تحت عنوان *قاعده «صلاحیت نسبت به صلاحیت»*^{۳۸} یاد شده است. به نظر ما، نامگذاری آن به *قاعده «اختیار نسبت به صلاحیت»* بیشتر می‌تواند منعکس‌کننده مفهوم واقعی آن باشد.

با وجود این، باید توجه داشت که اصل مربوط به اختیار داور در صدور حکم به صلاحیت خود یکی از آثار و نتایج مهم پذیرش اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی است که به عنوان استثنایی مهم بر نظریه عمومی شروط در حقوق داخلی، به شرح بند ۱ ماده ۱۶ در قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد تصویب قانونگذار قرار گرفته است. مطابق این اصل، شرط داوری ضمن قرارداد تجاری یا خارج از آن، خود قرارداد مستقل و متفاوت از سایر شروط و تعهدات قراردادی بوده و برخلاف نظریه وحدت قرارداد، قانون اداره‌کننده هر یک از این دو قرارداد می‌تواند بنا بر خواست طرفین و یا در فرض سکوت آنها به دلالت اوضاع و احوال قضیه متفاوت باشند. نتیجه اینکه، بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی لزوماً موجب بطلان شرط داوری ضمن آن نشده و صحت و فساد شرط موصوف باید با توجه به قانون حاکم بر آن توسط خود داور احراز شود. بنابراین، به صرف ایراد بطلان یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی و حتی قرارداد داوری، صلاحیت داور کماکان جهت بررسی صحت و سقم این ادعا باقی است. آقای *آنسل* دلایل پذیرش چنین استقلالی را برای شرط داوری به‌خوبی بیان کرده است:

«برای تأمین و تضمین امنیت (تجارت بین‌الملل)، ضرورت ایجاد می‌کرده که شرط داوری نتواند به هر مناسبت و علتی زیر سؤال برود؛ لازم بوده حمایت حقوقی خاصی برای این قرارداد خاص ایجاد شود تا اعتبار و تأثیر آن تضمین شود، تأثیری که در صورت فقدان موجب می‌گردد داوری بین‌المللی به همان مشکلات و اتفاقات مربوط به یک دادرسی قضائی بین‌المللی مبتلا شده و از طرفین ارائه یک بحث مقدماتی طولانی در خصوص وجود و اعتبار قرارداد داوری از

۳۸. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ص ۷۲.

دیدگاه و منظر نظامهای حقوقی دخیل در قضیه درخواست شود، که البته این امر به نوبه خود به عنوان یک ضرورت مقدماتی مقتضی یک بحث پیرامون حقوق قابل اعمال بر قرارداد داور است...»^{۳۹}

ولی، اشاره به دو ایراد مهم اجتناب‌ناپذیر می‌باشد: ایراد اول که به نوعی مشعر بر تناقض و تعارض بین بند ۱ ماده ۱۶ مرقوم و استثنای ذیل ماده ۸ قانون داورى تجارى بین‌المللى است از توضیحاتی که پیرامون مضمون بودن تصمیم دادگاه در فرض ابطال یا غیرقابل اجرا شمردن قرارداد داورى داده شد تقریباً قابل استنباط است. توضیح اینکه، مفاد و مضمون بند ۱ ماده ۱۶ این است که با توجه به آنچه عملاً در بحث صلاحیت ممکن است مطرح شود و ما تحت عنوان فرض دوم به تشریح آن پرداختیم، دادگاه در صورت ایراد یکی از طرفین به صلاحیت دادگاه ناشی از شرط داورى، باید از رسیدگی و بررسی اعتبار شرط مزبور خودداری نموده و وارد بحث صلاحیت داور نشده و آن را به خود داور یا داوران واگذار نماید. این درحالی است که استثنای ذیل ماده ۸ برخلاف حکم موصوف مقرر داشته که دادگاه رأساً صلاحیت داور را بررسی کرده و فقط در فرض احراز اعتبار آن، داور صلاحیت رسیدگی و ورود در ماهیت دعوا را خواهد داشت!

دومین ایراد که البته مختص قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران نیست و شامل سایر مقررات بین‌المللى^{۴۰} و ملی مرتبط با داورى مانند قانون نمونه آنسیترال نیز می‌شود، قسمت ذیل بند ۳ ماده ۱۶ مرقوم است که تصمیم داور در باب صلاحیت خود را قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی از دادگاه موضوع ماده ۶ دانسته و مقرر داشته است: «در صورت ایراد به اصل صلاحیت و یا به وجود و یا اعتبار موافقتنامه داورى ... داور باید به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوا نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند ... چنانچه داور به عنوان یک امر مقدماتی به صلاحیت خود نظر بدهد، هریک از طرفین می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز پس از وصول ابلاغیه آن، از دادگاه مندرج در ماده (۶) درخواست کند که نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. مادام که درخواست مزبور در دادگاه تحت رسیدگی است داور می‌تواند به رسیدگی خود ادامه دهد و رأی نیز صادر کند».

سؤال این است که آیا قراردادن محکمه ملی به عنوان مرجع قضائی نهایی کنترل‌کننده تصمیم داور نسبت به صلاحیت خود، مجدداً نوعی بازگشت به محدودیت وارده به صلاحیت

39. J.-P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Communication au CFDP, Seance du mars 1992, Travaux, 1991-1993, ed. Pedone, Paris, 1994, p. 81.

۴۰. برای نمونه رک. بند ۳ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ ژنو که البته کنترل نهایی صدور حکم توسط داور نسبت به صلاحیت خود توسط محاکم ملی را مشروط به پیش‌بینی آن توسط قانون مقرر داورى دانسته و بدین ترتیب خواسته است تعارض بین قوانین ملی را دامن نزند.

داوری نیست؟ واقعیت این است که هرچند پیش‌بینی چنین کنترلی متقابلاً به‌منظور جلوگیری از اعمال سلیقه شخصی در بحث صلاحیت و خروج از قوانین موضوعه توسط داور می‌باشد و ظاهراً مفردی از این مقررده نبوده است ولی در تحلیل نهایی می‌توان گفت که در فرض تعارض بین دو صلاحیت مورد بحث، تفوق از آن صلاحیت قضائی است.

مبحث سوم

اصل عدم پذیرش ادعای بعدی سازمانها و مؤسسات دولتی مبنی بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری بین‌المللی

آنچه تاکنون در باب لزوم خودداری مراجع قضائی ملی از رسیدگی و ارجاع موضوع به داوری، خواه جهت رسیدگی به ماهیت اختلاف و خواه به‌منظور رسیدگی به مسئله صلاحیت تجویز گردیده صرفاً در داوریهای پذیرفته شده است که طرفین قرارداد یا دعوا، اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی باشند. ولی، در رابطه با آن دسته از داوریهای که یکی از طرفین یک سازمان یا مؤسسه عمومی یا دولتی است در حقوق ایران و بعضی کشورها محدودیت‌های شدیدی وجود دارد، به‌طوری‌که صحبت از صلاحیت داوری در مقابل صلاحیت قضائی به مفهومی که از نظر گذشت، امری صعب و بعضاً محال می‌نماید. توضیح اینکه، به‌لحاظ تاریخی کشورها در باب امکان مراجعه دولتها و سازمانهای تابعه آن به داوری به سه دسته تقسیم می‌شوند:

دسته‌ای از کشورها که امروزه اکثریت را تشکیل می‌دهند اساساً در خصوص مراجعه به داوری بین اشخاص حقوق خصوصی و حقوق عمومی تفاوتی قائل نیستند. کشورهای عمدتاً غربی، شامل اکثر کشورهای اروپایی، انگلیس و آمریکا پس از یک دوره تحولات قانونگذاری و قضائی، بالاخره محدودیت‌های موجود را یا به‌کلی از بین بردند و یا تشریفات قانونی را بسیار ساده و تسهیل کردند.^{۴۱} دسته دوم کشورهایی هستند که تحت تأثیر برخی آرای داوری تاریخی که

۴۱. ممنوعیت‌های اولیه در حقوق کشورهای غربی مانند یونان، آمریکا، هلند، فرانسه و امثالهم، به زمان لیبرالیسم محض برمی‌گردد. در آن زمان، با توجه به ساختار آزاد نظام اقتصادی، دولتها مجاز به مداخله مستقیم در معاملات و مبادلات تجاری بین‌المللی نبودند. مأموریت اصلی آنها دولت ژاندارم بوده و موظف به نظارت بر جریان آزاد مبادلات تجاری و اقتصادی بوده‌اند. اگرچه امروزه این ممنوعیتها تقریباً برداشته شده است ولی کماکان رعایت تشریفات اداری معینی در بعضی دیگر از این کشورها خصوصاً در ایتالیا، هلند، اتریش و آمریکا جهت انعقاد موافقتنامه‌های داوری ضروری بوده و تا حدودی نسبت به کشوری مانند انگلیس تشریفات مزبور محدودکننده است. در نظام حقوقی کشور اخیر، برخلاف کشورهای غربی دیگر، دولت و مؤسسات دولتی با توجه به قانون مصونیت دولت مصوب ۱۹۷۸ اختیار دارند بدون توسل به هرگونه تشریفات اداری مبادرت به انعقاد موافقتنامه‌های داوری نمایند. البته، نظام حقوقی بلژیک کماکان دولت و مؤسسات دولتی را به‌طورکلی از توسل به داوری، خواه در قراردادهای داخلی و خواه در قراردادهای بین‌المللی، جهت حل و فصل اختلافات تجاری منع کرده مگر اینکه قانون به‌طور موردی چنین مجوزی را به یک سازمان یا مؤسسه عمومی اعطا نماید و یا اینکه دولت بلژیک به کنوانسیون ملحق شود که چنین امری را تجویز می‌نماید. برای اطلاع بیشتر در این خصوص رک.

بعضاً نیز موهن تلقی شدند^{۴۲} کلاً به داوری بی‌اعتماد بوده و مراجعه دولت و سازمانهای دولتی به داوری را ممنوع کرده‌اند. عربستان سعودی^{۴۳} و اکثر کشورهای امریکای لاتین (به استثنای آرژانتین و مکزیک و تا حدودی شیلی) جزو این گروه از کشورها قرار دارند. با وجود این، اگر مبنای بی‌اعتمادی دولت عربستان به داوری، صدور بعضی آرای قابل انتقاد مانند رأی *آرامکو* و یا دعوی بین شیخ ابوظبی و شرکت بریتیش پترولیوم می‌باشد، در کشورهای امریکای لاتین این بی‌اعتمادی ناشی از دکتین معروف به *کالوو (Calvo)* حقوقدان معروف آرژانتینی است که معتقد بود اشخاص خصوصی خارجی که در امریکای لاتین سرمایه‌گذاری می‌کنند به‌طور ضمنی خود را تحت صلاحیت قضائی و قانونی دولت محل اجرای قرارداد قرار می‌دهند و این بدان معنی است که از حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خود صرف‌نظر کرده‌اند و چون اتباع داخلی از مراجعه به داوری ممنوع هستند بنابراین اصل برابری و مساوات اقتضا می‌کند که خارجی‌ان نیز مشمول این محدودیت قرار گرفته و از نظر حقوقی در موقعیت برتر قرار نگیرند.^{۴۴}

در این بین، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران روش دیگری که می‌توان آن را یک نظر میانه محسوب نمود ابداع کرده و بدین ترتیب گروه سوم از کشورها در مقوله مراجعه دولت و سازمانهای تابعه به داوری شکل گرفته است.^{۴۵} به‌موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی - که مدلول آن

M. Storme, l'arbitrage entre personne du droit public et personne du droit prive, Rev. arb., 1978, p. 113.

42. Cf. La sentence rendue par Lord Asquith of Bishopstone dans l'affaire petroliere opposant la Societe Petroleium Developpement (Trucial Coast) Ltd au Cheikh d'Abu Dkabi in Int. Comp. Law Qtly, 1952, 247; v. aussi la Sentence Aramco in Rev. cr. dr. int. pr., 1963, p. 351.

۴۳. در سال ۱۹۶۳ هیئت وزرای عربستان سعودی مصوبه‌ای را گذراند که به‌موجب آن کلیه دعوی بین دولت یا هریک از وزارتخانه‌ها، ادارات یا نمایندگی‌های وزارتخانه‌ها با یک شخص حقیقی یا حقوقی خصوصاً از ارجاع به داوری ممنوع گردید. این مصوبه که به فرمان شماره ۵۴ معروف است مانع غیرقابل‌عبوری در توسل به داوری در نظام حقوقی این کشور به‌شمار می‌رود. مع‌الوصف، به مرور دو استثنای مهم به فرمان مزبور وارد شده و از شدت ممنوعیت آن کاست؛ از یک‌سو، به‌موجب موافقتنامه متعده در سال ۱۹۷۶ مطابق با ۱۳۹۵ هجری قمری با کمپانی امریکایی اوپیک (Overseas Private Investment Corporation) که با یک فرمان شاهی به تصویب رسید، اجازه داده شد هر دعوا و اختلاف بین دولت سعودی یا نمایندگان آن با کارفرمای امریکایی که تحت بیمه و تضمین اوپیک قرار دارد و نیز هر نوع اختلاف با دولت امریکا (که در صورت پرداخت هزینه کارفرما جایگزین او خواهد شد) به‌موجب شرط داوری موجود در موافقتنامه یاد شده به داوری ارجاع شود. و از سوی دیگر، الحاق این کشور در سال ۱۹۸۰ به کنوانسیون بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه یا بIRD) قدم مهمی در تعدیل ممنوعیت ناشی از فرمان شماره ۵۸ می‌باشد. چه، این کنوانسیون که در سال ۱۹۶۵ توسط بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه تدوین شد یک مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر معروف به سیردی را ایجاد کرد. دولت عربستان علی‌رغم الحاق به آن دو، رزرو یا حق شرط مهمی را نسبت به اجرای آن در قلمرو این کشور اعلام کرد: ۱- اختلافات نفتی ۲- اعمال ناشی از حاکمیت ملی. برای کسب اطلاعات بیشتر در خصوص فرمان یاد شده و استثنائات قانونگذاری وارده بر آن رک. عبدالحمید الاحدب، داوری در کشورهای عرب، اکونومیکا، ۱۹۸۸، ص ۲۶۰ به‌بعد.

۴۴. البته، دکتین کالوو با توجه به اینکه یک شخص نمی‌تواند دولت متبوع خود را مقید و مکلف کند که از او حمایت سیاسی به‌عمل نیاورد در بعضی از آرای صادره مورد تردید و انتقاد قرار گرفت.

۴۵. بعضی از نویسندگان (لعیا جنیدی، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۴۲ و ۴۵) قانونگذاریهای موجود در این باب را کلاً در دو دسته «نظامهای حقوقی فاقد محدودیت» و «نظامهای حقوقی واجد

مورد بحث و اختلاف نظر بین حقوقدانان می‌باشد^{۴۶} و در رأی مورد بحث نیز دادرس اجمالاً به نظریات وارده در این باب اشاره کرده^{۴۷} - مراجعه مؤسسات و سازمانهای دولتی به داوری اعم از داخلی و بین‌المللی به‌عنوان اصل اولیه ممنوع نیست ولی تحت شرایطی منوط به تصویب هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی است:

« صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موقوف به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

این ابداع قانونگذار، در رأی صادره از شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران از نظر دادرس دور نمانده و نشان می‌دهد که او از تحولات بین‌المللی مربوط به موضوع کاملاً اطلاع داشته است. بر این اساس، در بند ۲ از قسمت «ج» رأی، بدون موضع‌گیری در خصوص ماهیت تلکسهای مبادله شده بین طرفین که دلالت آن بر موافقتنامه داوری در توضیحات و لوایح تقدیمی از ناحیه طرفین مورد اختلاف بوده،^{۴۸} سندیت موافقتنامه را (در فرض دلالت آن بر موافقتنامه داوری) صرفاً به دلیل عدم لحاظ مقررات اصل ۱۳۹ مرقوم (کسب اجازه از هیئت وزرا و مجلس) رد کرده و چنین بیان داشته است:

« تلکسهای متبادله بین طرفین نیز قطع نظر از اینکه به صورت مشروط تنظیم شده یا خیر و آیا شرایط خاص مذکور در آنها تحقق یافته یا خیر، اساساً از نظر این دادگاه نمی‌تواند اثر و نفوذ حقوقی داشته باشد. توضیح اینکه هرچند برخی از نظامهای حقوقی داخلی رجوع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی را به داوری بدون هیچ و قید و شرطی پذیرفته‌اند و اگرچه برخی دیگر به طور کلی آن را ممنوع اعلام داشته‌اند، نظام حقوقی ایران اصل رجوع دعاوی دولت و سازمانهای وابسته به آن را در مورد اموال عمومی و دولتی به داوری، مورد پذیرش قرار داده اما آن را مقید به شروطی نموده است...»

محدودیت» تقسیم کرده‌اند درحالی که محدودیت غیر از ممنوعیتی است که در بعضی کشورهای امریکای لاتین و افریقا معمول است!

۴۶. برای اطلاع از تفاسیر و مفهوم اصل ۱۳۹ رک، خصوصاً به: محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران، نشر ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۱۴۴ به بعد؛ جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، ۱۳۷۶، ص ۷۶ به بعد.

۴۷. گزیده رأی دادگاههای حقوقی، پیشین، ص ۱۷.

۴۸. خواننده دعوا در رد صلاحیت دادگاه مضافاً به تلکسهایی اشاره کرده بود که بر اساس آن طرفین توافق کرده بوده‌اند اختلافات خود ناشی از قرارداد مستند دعوا را به اتاق تجارت بین‌الملل در پاریس ارجاع دهند. خواهان نیز، صرف نظر از اینکه تلکسهای مورد نظر را «متضمن توالی عرفی در ایجاب قبول... نمی‌باشد» ندانسته، اساساً توافقنامه داوری ادعایی خواننده را به دلیل اینکه شرایط مقرر در اصل ۱۳۹ در آن رعایت نگردیده، باطل و غیرقابل استناد اعلام کرده است.

در واقع، اساس استدلال شعبه ۲۵ مرقوم در رد ایراد خوانده نسبت به صلاحیت دادگاه همانا محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد، هرچند در ابتدای رأی به دلایل دیگری نیز در اثبات صلاحیت خود استناد کرده که، همان‌طور که ذکر شد، نمی‌تواند به تنهایی مثبت صلاحیت قاضی و رد صلاحیت داور بین‌المللی باشد.

به هر تقدیر، صرف‌نظر از مباحث و پرسشهایی که در شرایط فعلی اقتصاد کشور در خصوص مشکلات ناشی از توسل به مکانیزم اصل ۱۳۹ از نقطه‌نظر وصول به رشد اقتصادی مورد نظر برنامه‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی پنج‌ساله کشور از طریق جلب و جذب سرمایه‌گذار بی‌های خارجی ممکن است مطرح شود، آنچه هدف غائی این نوشتار در بررسی اصل مزبور را تشکیل می‌دهد پاسخ به این سؤال است که در مقام تقابل و معارضه بین اصل مزبور که به نظر دادرسی دادگاه: «واجب جنبه نظم عمومی (ملی) است و نادیده گرفتن آن می‌تواند باعث ایجاد خدشه به حاکمیت دولت گردد» از یک سو، و اصل ناشی از رویه داوری بین‌المللی که بنا به اعلام همگان، یک اصل مربوط به «نظم عمومی بین‌المللی یا فراملی» است، کدام یک بر دیگری ترجیح و غلبه دارد؟ توضیح اینکه، مطابق اصل اخیر، طرف یک قرارداد داوری بین‌المللی نمی‌تواند با استناد به یک مقرر یا اصل حقوقی داخلی مانند اصل ۱۳۹ از تعهدات بین‌المللی خود در مقابل اشخاصی که با حسن‌نیت اقدام به انجام معامله و انعقاد قرارداد نموده‌اند، شانه خالی کرده و صلاحیت داور بین‌المللی را زیر سؤال ببرد. به عبارت دیگر، می‌خواهیم بدانیم اصل قانونی ملی مزبور در مواجهه با اصل معارض مجری در داوری‌های بین‌المللی به‌لحاظ نظری تا چه حد قابل استناد و اعمال است؟

نگارنده به این مطلب توجه دارد که به‌لحاظ عملی، محاکم داخلی مفردی از بی‌اعتبار دانستن موافقتنامه‌های داوری نقض‌کننده مقررات اصل ۱۳۹ نداشته و لاجرم با توجه به خصیصه امر آن همواره حکم به صلاحیت خود صادر خواهند کرد. مع‌ذلک، طرح سؤال مزبور از آن جهت اهمیت دارد که - همان‌طور که سابقاً ذکر شد - بحث صلاحیت قضائی و صلاحیت داوری در عمل از آنچنان وابستگی و پیوستگی نسبت به یکدیگر برخوردارند که نوعی هماهنگی راه‌حلها مشابه آنچه که در تعارض بین نظامهای حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها پیشنهاد شده، ضروری است.^{۴۹} خصوص اینکه در رأی مورد بحث، بنابر اعلام خواننده، خواهان که یک سازمان دولتی ایرانی بوده «مبادرت به طرح دعوی متقابل (مشابه دعوی مطروحه حاضر) نموده و پرونده امر (فعالاً از حیث بررسی امر صلاحیت) تحت رسیدگی در مرجع مزبور ...» یعنی ICC بوده است. ملاحظه اصل رأی صادره توسط داوران نیز ثابت می‌کند که اعلام یاد شده صحت

49. Cf. H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international prive, Dalloz, Paris, 1956, pp. 102 et s.

داشته و سازمان خواهان، چه از جهت عدم دلالت تلکسهای مبادله شده بر موافقتنامه داوری و چه از جهت عدم کسب مجوز از هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی و نتیجتاً عدم اهلیت یا فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری، به صلاحیت دیوان داوری رسیدگی کننده اعتراض کرده بوده است. لکن، با احتمال بودن این موضوع که داوران با توجه به اصل مورد اشاره در داوری بین‌المللی، از پذیرش ایراد موصوف استتکاف نموده و وارد ماهیت اختلاف بشوند، صلاح را در آن دیده است که مشابه دعوی متقابل مورد اشاره را نزد محاکم ایران مطرح نماید.^{۵۰}

این نحوه اقدام که موجب ناهماهنگی راه‌حلها در حقوق بین‌الملل می‌شود، می‌تواند در دراز مدت تعهدات بین‌المللی دولت ایران را زیر سؤال برد. خصوصاً این ظن همیشه وجود داشته و دارد که دولت و نمایندگان منتخب آن در سازمانها و وزارتخانه‌های مختلف با توجه به لزوم جذب سرمایه‌گذاری خارجی و روند طولانی تصویب مجلس و یا اساساً خوف از عدم تجویز آن توسط نمایندگان مردم و یا هر دلیل دیگری، مبادرت به انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی با طرفهای خارجی نموده و با پذیرش شرط داوری، از سر اجبار یا متعمدانه اصل ۱۳۹ قانون اساسی را زیر پا می‌گذارند و به ناچار هرگاه مواجه با طرح دعوا از سوی طرف مقابل در مراجع داوری می‌شوند، با طرح معاذیر ناشی از اصل ۱۳۹، از محاکم داخلی درخواست نمایند تا به ماهیت اختلاف رسیدگی کند!

بدیهی است صدور دو رأی متضاد و معارض در یک موضوع از دو مرجعی که صلاحیتشان ترجیحاً باید در طول و مکمل یکدیگر باشد، به هماهنگی راه‌حلها که همواره آرزوی دکترین و مورد تأکید قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری بوده صدمه جدی وارد خواهد کرد. در وضعیتی این‌چنین، که داوران بین‌المللی و قضات ملی هر یک فارغ از دغدغه دیگری به راه خود می‌روند، آیا امکان ارائه راه‌حلی مشترک برای این تضاد اساسی که نظامهای حقوقی داخلی و نظام حقوقی بین‌الملل را در بحث مربوط به اختیار سازمانهای دولتی در مراجعه به داوری روز به روز از یکدیگر جدا می‌سازد وجود دارد؟

بدین منظور، پس از ذکر بعضی آرای داوری بین‌المللی که در آنها به عدم پذیرش ادعای بعدی مؤسسات عمومی و دولتی (خصوصاً ایرانی) دائر بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داوری به‌عنوان یک اصل مربوط به نظم عمومی بین‌المللی یا فراملی و یا هر عنوان دیگر تصریح کرده‌اند (گفتار اول)، با یک دید انتقادی به رویه مزبور پرداخته و نهایتاً بازگشت به نظام سنتی و کلاسیک مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی یعنی حکومت قانون حاکم بر قرارداد در تشخیص صلاحیت داوران را به‌عنوان تنها طریق حل مشکل مربوط به تعارض صلاحیت قضائی

۵۰. نسخه‌ای از اصل رأی داوران که به زبان انگلیسی می‌باشد توسط قاضی محترم صادرکننده رأی جهت بهره‌برداری به رسم امانت نزد نگارنده موجود می‌باشد.

و صلاحیت داورى درباب رجوع دولت و مؤسسات وابسته به آن توصیه خواهیم کرد (گفتار دوم). مع الوصف، خواهیم دید که در حقوق داخلی نیز با توجه به وجود بعضی نواقص و خلأهای قانونی در رابطه با اصل ۱۳۹، اتخاذ یک سری اقدامات اجرایی و تقنینی به منظور هماهنگی راه‌حلیها در مسئله صلاحیت، ضروری و اجتناب‌ناپذیر است (گفتار سوم). در خاتمه، ضمن اشاره و اخذ ملاک از دو قرارداد مهم منعقد از نوع قراردادهای توسعه اقتصادی که اخیراً جهت اخذ مصوبه مبنی بر موافقت با رجوع به داورى در مجلس شورای اسلامی مطرح شد، به بررسی و بیان راهکاری عملی خواهیم پرداخت که به طرفهای ایرانی این نوع قراردادها کمک می‌کند بدون زیر پا گذاشتن مقررات اصل ۱۳۹، جمع بین دو مصلحت مورد اشاره یعنی لزوم کسب اجازه از مراجع قانونی از یک سو و لزوم سرعت در انعقاد قرارداد با طرفهای خارجی به منظور نیل به اهداف توسعه اقتصادی مورد نظر قانونگذار از سوی دیگر را ممکن می‌سازد (گفتار چهارم).

گفتار اول - آرای داورى مشعر بر رد ادعای بعدی مؤسسات عمومی و دولتی دائر بر فقدان اختیار قانونی در مراجعه به داورى

به جرئت می‌توان گفت داوران بین‌المللی، اصل موضوع بحث را عمدتاً در دعاوی ای که بین مؤسسات و سازمانهای دولتی ایران از یک سو و اشخاص و شرکتهای حقوقی خصوصی خارجی از سوی دیگر مطرح بوده استنباط و اعلام کرده‌اند، هرچند قوانین بعضی دیگر از کشورهای محدودکننده یا ممنوع‌کننده داورى نیز به مناسبتهاى مختلف مبنای اصل موصوف بوده است. توضیح اینکه، قراردادهای موضوع این دعاوی که همگی قبل از وقوع انقلاب اسلامی منعقد شده بودند متضمن شرطی مبنی بر ارجاع اختلاف احتمالی به داورى بودند. پس از وقوع انقلاب، شرکتهای طرف قرارداد که محل اجرای قرارداد و پروژه را خواه به میل خود و خواه به دلیل تغییر اوضاع و احوال اجتماعی و سیاسی ترک کرده بودند با استناد به شرط موصوف مبادرت به طرح دعوا نزد مراجع داورى صلاحیتدار نموده و جبران خسارات وارده را مطالبه کردند. طرف ایرانی نیز به‌طور سیستماتیک به اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر لزوم موافقت هیئت وزرا و مجلس شورای اسلامی برای امکان مراجعه به داورى استناد نموده و با این اعتقاد که اصل قانونی مزبور قابل تسری به قراردادهای قبل از انقلاب نیز می‌باشد دیوان داورى رسیدگی‌کننده به دعوا را غیر صالح دانستند. متقابلاً، داوران بین‌المللی با احراز صلاحیت خود اعلام کردند یک دولت یا سازمانهای وابسته به آن نمی‌توانند با استناد به مقررات داخلی لازم‌الاجرای خود، صلاحیت مراجع داورى مقید در قرارداد را که به نظر آنها صلاحیتشان مضافاً در دعاوی تجاری بین‌المللی محرز و حتی مقدم بر محاکم ملی است، زیر سؤال برده و بدین وسیله از تعهدات خود شانه خالی کنند. بدین‌گونه بود که داوران این اصل را به‌عنوان یک

رویه و مستند در آرای بعدی صادره عیناً مورد توجه و تأکید قرار دادند. ذیلاً، به نمونه‌های مهمی از این آرا که به اصل مورد بحث صریحاً تأکید کرده‌اند، اشاره می‌شود:

۱- رأی داورى صادره در سال ۱۹۸۱ در دعواى مطروحه توسط شرکت فرانسوى الف - آکیتن (Elf-Aquitaine) علیه شرکت ملی نفت ایران (N.I.O.C)،^{۵۱} در این قضیه، با بروز اختلاف بین طرفین، شرکت فرانسوى با استناد به شرط داورى مقید در قرارداد که قبل از انقلاب اسلامى منعقد شده بود از دیوان داورى اتاق تجارت بین‌الملل درخواست رسیدگی کرده بود. طرف ایرانی نیز با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید قرارداد داورى را باطل و غیرمعتبر می‌دانست. دیوان داورى رسیدگی‌کننده در بخشی از رأی خود اعلام نمود:

«... مطابق یک اصل شناخته شده در حقوق بین‌الملل، دولت موظف به پایبندی و اجرای شرط داورى مقید در قرارداد منعقدہ توسط خود او یا مؤسسۀ وابسته به اوست و نمی‌تواند به‌طور یک‌جانبه مانع از توسل طرف دیگر قرارداد به روش دادرسی و حل و فصل اختلافات مورد توافق طرفین شود.»

در اینجا، دیوان داورى با توسل به اصل لزوم وفای به عهد اعتبار قرارداد داورى را احراز کرده است.

۲- رأی داورى صادره تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل در ۳۰ آوریل ۱۹۸۲ در دعواى مطروحه توسط شرکت فراماتوم فرانسوى و دیگران علیه سازمان انرژی اتمی ایران در قضیۀ شماره ۳۸۹۶،^{۵۲} در قرارداد موضوع دعوا که در ۱۸ سپتامبر ۱۹۷۷ (قبل از انقلاب) مرتبط با احداث یک مرکز اتمی در چارچوب موافقتنامه‌های همکاری بین دو دولت منعقد شده بود، علاوه بر توافق به صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل، مقرر شده بود حقوق ایران حاکم بر قرارداد موضوع دعوا باشد. با بروز اختلاف و تشکیل دیوان داورى مطابق شرط داورى مقید در قرارداد، طرف ایرانی استدلال می‌کرد که با توجه به پذیرش حکومت قانون ایران بر قرارداد اصلی که شامل قوانین بعد از انقلاب خصوصاً اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید نیز می‌شود، شرط داورى ضمن قرارداد به دلیل عدم صدور مجوز از سوی مقامات صالح مملکتی بی‌اعتبار بوده و داوران صلاحیت رسیدگی ندارند.

اگرچه دیوان داورى حکومت قوانین ایران را پذیرفت ولی به صرف این قوانین اکتفا نکرده و بعضی اصول عمومی حقوق خصوصاً اصل حسن نیت و اصل ناظر بر قدرت الزام‌آور قراردادهای را نیز مبنای رأی خود در تمامی موارد مورد اختلاف از جمله بحث صلاحیت قرار داده و

51. V. Rev. arb., 1984, p. 397.

52. V. Clunet, 1984, pp. 58 s.

اعلام کرد که ویژگی الزامی تعهد مربوط به قبول داوری توسط یک دولت یا مؤسسات عمومی وابسته به آن ناشی از یک «اصل عمومی حقوق است که امروزه در سطح جهانی، چه در روابط بین دولتها و چه در روابط بین‌المللی خصوصی مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته و فرقی نمی‌کند که اصل مزبور به‌عنوان نظم عمومی بین‌المللی تلقی شود یا به‌عنوان اصلی که به رسوم تجاری بین‌المللی تعلق داشته باشد یا به اصول شناخته شده خواه توسط حقوق بین‌الملل عمومی و خواه حقوق داوری بین‌المللی یا حقوق بازرگانی فراملی...».

لازم به ذکر است که دیوان داوری در خصوص استدلال طرف ایرانی مبنی بر اینکه قانون اساسی جدید نیز مشمول شرط مربوط به حکومت قوانین ایران است و به اصطلاح از این جهت عطف به ماسبق شده و شرط داوری را نیز در بر می‌گیرد، ادعای طرف ایرانی را به این دلیل که اصل ۱۳۹ صریحاً شمول آن را بر قراردادهای قبلی اعلام نکرده، رد کرده بود.

در رأی صادره از شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک نیز دادرس به همان استدلال دیوان داوری در خصوص عطف بماسبق نشدن اصل ۱۳۹ تأکید کرده ولی از آنجا که شرط داوری، بر خلاف قرارداد اصلی، پس از انقلاب و در زمان حکومت اصل موصوف منعقد شده بود از این جهت دعوای مطروحه در باب صلاحیت را مشمول اصل ۱۳۹ دانسته و اعلام داشته است:

«دادگاه توجه دارد که اگر موضوع ارجاع اموال دولتی و عمومی از سوی دولت یا سازمانهای وابسته به آن قبل از تصویب قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مطرح بود موضع دادگاه می‌توانست متفاوت از موضع حاضر باشد. زیرا اصل بر این است که اثر قانون نسبت به آتیه است و عطف به ماسبق نمی‌شود مگر اینکه به این امر تصریح شده باشد... بنابراین، ارجاع اختلافات موضوع دعوای حاضر تابع قانون حاکم در زمان خود بود. اما...».

البته، این استدلال و نیز استدلال دیوان داوری برخلاف استنباطی است که شورای نگهبان قانون اساسی به شرح نظریه مورخ ۳ اردیبهشت ۱۳۶۵ به‌دست داده و اطلاق اصل ۱۳۹ را دلیلی بر تسری و شمول حکم آن بر موافقتنامه‌های منعقد شده پیش از پیروزی انقلاب دانسته است.^{۵۳}

۳- رأی داوری صادره تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل در سال ۱۹۸۶ در قضیه شماره ۴۳۸۱،^{۵۴} یک شرکت فرانسوی (خواهان) و یک شرکت دولتی ایرانی (خواننده) در قالب یک شرکت مشترک یک پروژه ساخت مشخصی را در ایران تأمین و تضمین می‌نمایند. پس از اینکه طرفین پروژه مزبور را به‌خوبی به انجام می‌رسانند بدون امضای قرارداد مشارکت جدید، شروع به

۵۳. رک. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، نشر کیهان، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۷.

۵۴. V. Clunet, 1986, pp. 1102 s., obs. Y. Derains.

اجرای طرح جدیدی می‌کنند.

مع‌ذلک، از تصویر یک نامه ارسالی به وزارتخانه متبوع شرکت ایرانی یعنی وزارت نیرو که توسط رئیس هیئت مدیره و مدیر عامل شرکت مشترک، به شرکت خواهان نیز ارسال شده بود چنین بر می‌آید که توافق اولیه با اصلاحات جزئی به پروژه دوم نیز قابل تسری بوده است. بروز اختلاف نظر بین طرفین در خصوص پروژه دوم، منبای تقدیم درخواست داورى توسط خواهان به اتاق تجارت بین‌الملل مطابق شرط مقید در قرارداد مربوط به ایجاد شرکت مشترک قرار می‌گیرد. علی‌رغم اینکه خواننده به صلاحیت دیوان داورى اتاق تسلیم بوده، خاطرنشان می‌کند که از یک سو نامه رئیس و مدیرعامل که به توافق مربوط به ایجاد شرکت مشترک اشاره داشته، هیچ‌گونه ارزش قراردادی ندارد. چرا که نامه مزبور نه تنها تحت فشار و اجبار تحریر شده بلکه رئیس هیئت مدیره صلاحیت چنین امری را نداشته است. و از سوی دیگر، مدعی بود که به‌عنوان یک شرکت دولتی، نمی‌توانسته یک قرارداد داورى را بدون تجویز مقامات صالح مملکتی منعقد نماید.

دیوان داورى که مقر آن استکهلم تعیین شده بود پس از بررسی منابع حقوقی که براساس مقررات آن اعتبار قرارداد داورى باید احراز شود، در خصوص ادعای مربوط به فقدان اختیار در انعقاد موافقتنامه داورى اعلام کرد که:

« ... مطابق رویه پذیرفته شده در داورى (بین‌المللی)، نظم عمومی بین‌المللی یک ارگان دولتی را که با علم و اطلاع و در کمال آزادی مبادرت به انعقاد قرارداد داورى با اشخاص خارجی نموده و به آنها از این جهت اطمینان داده، از اینکه بعداً بتواند خواه در جریان داورى، خواه در جریان اجرای رأی از بطلان تعهد خود منتفع شود، با قوت و قدرت ممانعت خواهد کرد؛ (ضمن اینکه) خواننده به‌عنوان یک شرکت دولتی، آشکارا از تعهد مربوط به روشن ساختن طرف مقابل از الزامات حقوق ایران در باب انعقاد قراردادها توسط اشخاص حقوق عمومی، سر باز زده و آن را مخفی نگه داشته است.»

در واقع، منبای تصمیم دیوان داورى در رأی فوق علاوه بر نظم عمومی بین‌المللی، به‌طور ضمنی مبتنی بر اصل حسن نیت، اصل لزوم وفای به عهد، اصل منع تناقض‌گویی یا قاعده استاپیل (*Estoppel*) و نیز اصل مربوط به لزوم ارائه اطلاعات و رفع ابهام از اختیارات قانونی می‌باشد.

۴- رأی داورى صادره در تاریخ ۲۶ ژوئن ۱۹۸۹ در دعوی بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت پانامایی گات اوپیل در این دعوا که بر عکس موارد قبلی، طرف ایرانی خواهان دعوا بود، شرکت خواننده به عدم اعتبار قرارداد داورى به دلیل عدم کسب مجوز لازم از مقامات صالحه

ایرانی یعنی عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ توسط خواهان استناد کرده بود. دیوان داوری لزوم چنین مجوزی را با استناد به دلایل مشابه رد کرد.^{۵۵} با توجه به اینکه محل داوری فرانسه بود محکوم‌علیه با بیان همان مبانی مبادرت به اعتراض به رأی مزبور در دادگاه استیناف پاریس نمود. دادگاه موصوف اعلام کرد:

«با توجه به اینکه دعوی حاضر جزو آن دسته از قراردادهای بین‌المللی است که تحت شرایط و نیازهای منطبق با عرف و رسوم تجارت بین‌الملل انعقاد یافته است و قرارداد داوری موضوع آن نیز که منطبق با نظم عمومی بین‌المللی است، شرکت ملی نفت ایران را از استناد و انتفاع از مقررات محدودکننده حقوق داخلی که به قصد فرار از تعهداتش پس از توافق بر مراجعه به داوری صورت گرفته، ممنوع می‌کند. همین‌طور، گات نیز نمی‌تواند اعتراض خود به اهلیت و اختیارات شرکت ملی نفت ایران در رجوع به داوری را مستند و مبتنی بر قوانین داخلی ایران نماید. چه، نظم عمومی بین‌المللی اساساً عنایت و اهمیتی به شروط و مقررات مربوط در خصوص چگونگی مراجعه مؤسسات عمومی و دولتی در نظام حقوقی داخلی به داوری به‌نحوی که در استدلال خوانده آمده، قائل نیست».^{۵۶}

ولی، همان‌طور که ذکر شد، آرای داوری که طی آنها استناد به مقررات داخلی به‌منظور نفی صلاحیت داوران رد گردیده مختص اختلافات مطروحه بین سازمانهای دولتی ایرانی با خارجیان نیست و در رابطه با کشورهای دیگر جهان سوم و قوانین داخلی آنها نیز مسبوق به سابقه است. نمونه بارز آن رأی زیر است.

۵- رأی صادره در قضیه شماره ۱۹۳۹ توسط داور منتخب اتاق تجارت بین‌الملل در سال ۱۹۷۳ در دعوی یک شرکت ایتالیایی علیه یک نهاد دولتی افریقایی، در این قضیه که علی‌رغم محرمانه بودن هویت دولت طرف دعوا و نیز مقرره داخلی ممنوع‌کننده رجوع مؤسسات دولتی به داوری، ظاهراً توسط انگلیسی‌های محرم اسرار از پرده برون افتاده! و معلوم شده شرکت خواننده وابسته به دولت اتیوپی بوده و مقرره داخلی نیز ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور می‌باشد،^{۵۷} دیوان داوری رسیدگی‌کننده دقیقاً در عباراتی مشابه رأی صادره در قضیه شماره ۴۳۸۱ صادره در سال ۱۹۸۶ (شماره ۳)، ماده ۳۱۵ مرقوم را که ویژگی نظم عمومی داخلی دارد، به‌نفع

55. N.I.O.C. c/ Societe Gatoil, Rev. arb., 1993, pp. 281 s., note H. Synvet.

۵۶. برای اطلاع از سایر آرائی که در آنها مؤسسات دولتی ایرانی خواهان دعوا بوده ولی ایراد مربوط به اصل ۱۳۹ قانون اساسی توسط خواننده خارجی به‌منظور نفی صلاحیت داوران عنوان شده رک. لعیا جنیدی، قانون حاکم، ص ۵۰ به‌بعد با رفرنسها.

۵۷. جنیدی، لعیا، پیشین، ص ۴۸ و ۴۹. به‌نظر می‌رسد نویسنده این اطلاعات را از تفاسیر نویسندگان انگلیسی زبان به شرح پاورقی شماره ۸۹ نقل کرده است.

نظم عمومی بین‌المللی کنار زده است.^{۵۸}

گفتار دوم - هماهنگی راه‌حلها در داوری بین‌المللی (انتقاد از اصل و لزوم بازگشت به نظام حقوقی کلاسیک)

اکنون سؤال این است که با توجه به لزوم هماهنگی راه‌حلها، خواه توسط قانونگذاران یا محاکم در سطح ملی، خواه توسط داوران در سطح بین‌المللی که نتیجه آن حتی الامکان جمع بین دو اصل معارض مورد بحث می‌باشد، چه پیشنهادات اصلاحی قابل ارائه است؟ به نظر می‌رسد به حصر عقلی دو راه بیشتر وجود نداشته باشد؛ یا باید مقرراتی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و مقررات ملی مشابه آن مانند ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایتویپی و امثالهم در انطباق با اصل پذیرفته شده در داوری بین‌المللی حذف و نسخ گردند یا اینکه داوران بین‌المللی با اتخاذ راهکارهای مناسب، هماهنگی بین دو نوع صلاحیت مورد بحث را فراهم آورند.

متأسفانه، به دلایلی که ذیلاً خواهد آمد، ناهماهنگی مزبور ناشی از انحراف داوران بین‌المللی از اصول حقوقی و قضائی پذیرفته شده بوده و نتیجتاً این رویه داوری است که باید خود را اصلاح و ترمیم کرده و با اصول مجری و پذیرفته شده در نظامهای حقوقی ملی منطبق شود. اینکه شخص نتواند با استناد به قانونی ملی خود از تعهداتش شانه خالی کند ابداع جدیدی نیست. قوانین ملی و رویه قضائی کشورها بیش از یک قرن است که با این مقوله آشنا بوده و آن را به کار می‌بندند. ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران نمونه بارز اجرای این قاعده است. مقررۀ یادشده که به‌عنوان یک قاعده حل تعارض در راستای مواد ۶ و ۷ همان قانون ناظر بر حکومت قانون ملی و شخصی هر کس بر احوال شخصیه او (اهلیت و وضعیت) وضع گردیده پس از آنکه در صدر ماده ۹۶۲ قانون مزبور «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن» و انعقاد قراردادها را قانون ملی او قرار می‌دهد بلافاصله به‌عنوان یک استثنا مقرر می‌کند:

«... مع ذلک اگر یک نفر تبعۀ خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق

قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتیکه قطع نظر از تابعیت خارجی او، مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد...»

مقررۀ موصوف که به‌منظور حفظ حقوق اتباع ایرانی و حتی غیرایرانی دارای حسن نیت در

58. Cf. Y. Derains, Le statut des usages de commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. arb., 1973, pp. 122 s., spec. p. 145.

انعقاد قرارداد با خارجیان دیگر به تبعیت از رأی معروف *لیزاردی* (*Lizardi*) صادره از محاکم فرانسه در سال ۱۸۶۱ اقتباس شده،^{۵۹} به محاکم کشور اجازه می‌دهد قانون ملی شخص خارجی معامله کننده در ایران را که مطابق قاعده حل تعارض در تشخیص اهلیت او برای معامله یا عدم آن صلاحیت دارد کنار زده و در فرضی که مشارالیه مطابق قانون ایران دارای اهلیت باشد او را به قرارداد منعقدہ ماخوذ و مجبور کند. در واقع، همان‌طور که در حقوق بین‌الملل خصوصی در بحث تعارض قوانین مطرح است، قانون ایران در اینجا به‌عنوان نظم عمومی استثنائکننده و کنار زنده قانون خارجی صلاحیتدار عمل می‌کند. آنچه اهمیت این تذکر را بیشتر می‌نمایاند این است که استثنای ناشی از ماده ۹۶۲ مرقوم نیز اتفاقاً در رابطه با کسانی است که مدعی عدم اهلیت قانونی مطابق قانون ملی متبوع خود در انعقاد قرارداد با خارجیان می‌باشند. بدین ترتیب، بدو این سؤال مطرح می‌شود که علت عکس شدن قاعده در رویه داوران بین‌المللی و پوشانیدن لباس اصل به این قاعده استثنایی چیست؟

به نظر ما، آنچه به‌عنوان اصل به شرح آرای پیش‌گفته مکرراً به آن استناد شده و همواره قابلیت اعمال قوانین ملی در مسئله صلاحیت داوران را نفی کرده در واقع مبتنی بر یک انحراف و یا جاه‌طلبی علمی است و الا همین اصل استنادی می‌تواند در قالب یک استثنا و قاعده مهم به شرح رویه *لیزاردی* توسط داوران بین‌المللی اعمال شده و هماهنگی راه‌حلی را به‌نحو مقبول و منطقی تضمین نماید.

توضیح اینکه، فقدان *قانون مقر دادگاه* یا (*lex fori*) در داوریه‌های بین‌المللی به‌عنوان یک ویژگی نه تنها عامل جذبه و مقبولیت این روش حل و فصل دعاوی بین بازرگانان و فعالین عرصه اقتصاد بین‌الملل به‌شمار می‌رود بلکه به‌دلیل عدم انتصاب داوران به این یا آن حاکمیت، این امکان را برای آنان فراهم آورده تا در استناد به قانون ملی هر کشوری که مناسب تشخیص می‌دهند هیچ‌گونه محدودیتی احساس نکنند. تا اینجا مشکل خاصی بروز نمی‌کند. چه، نهایتاً داور مسائل مطروحه از جمله مشکل صلاحیت را می‌تواند با کشف و اعمال یک قانون ملی صلاحیتدار حل کند.

۵۹. لیزاردی که یک نفر اهل مکزیك و ۲۳ ساله بود مقداری گردنبند طلا به مبلغ هشتاد هزار فرانک که در آن زمان مبلغ بالایی بود در پاریس خریداری کرده بود و در این رابطه تعدادی چک امضا و تحویل داده بود. زمانی که چکها در سر رسید جهت اخذ وجه آنها به بانک مربوط ارائه شد، لیزاردی ادعا می‌کند در زمان معامله مطابق قانون ملی خود که سن بلوغ را ۲۵ سال می‌داند، صغیر محسوب می‌شده و بنابراین چکها باطل و بی‌ارزش می‌باشند. ولی، صاحب جواهر فروشی او را مورد پیگرد قضائی قرار داده و در این خصوص موفق می‌شود رأی به نفع خود از محاکم فرانسه تحصیل کند. متعاقباً، فرجام‌خواهی لیزاردی از رأی دادگاه پژوهش که رأی بدوی را تأیید کرده بود در دیوان عالی کشور رد گردید. برای ملاحظه رأی رک. Req. 16 janv. 1861, D.P.1861.1.193: S.1861.1.305, note Masse, citee et commentee par H. Batiffol in Les contrats dans le droit international prive compares, Cours professe au Montreal, Institut de droit compare, McGill University, 1981, pp. 95 et s.

مشکل زمانی مطرح شد که داور بین‌المللی با توجه به جایگاه خاص خود و اینکه مضافاً «ملزم به استفاده از قاعده حل تعارض کشور معینی نیست»^{۶۰} و «می‌تواند از استفاده آن به‌طور کلی صرف‌نظر نماید»^{۶۱}، به این نتیجه رسید که اساساً حق دارد از استناد به هر قانون ملی مشخص امتناع نموده و بر مبنای شروط و محتوای خود قرارداد^{۶۲} و یا با توسل به رسوم تجارت بین‌الملل و نیز اصول عمومی حقوق که مشترکاً^{۶۳} و یا منفرداً^{۶۴} حسب ادعا موجد یک نظام حقوقی مستقل از نظامهای حقوقی ملی و بین‌الملل موجود بوده و مخصوص تجار و بازرگانان فعال در سطح بین‌المللی تحت عنوان مرسوم (*lex mercatoria*)^{۶۵} می‌باشد، به حل و فصل دعاوی نایل آید.

البته، اینجا در مقام بررسی صحت و سقم وجود و ظهور یک نظام حقوقی نوپا که بنا بر نظر طرفداران آن به تدریج با اعلام و استناد به آنها توسط مراجع قضائی بین‌المللی خصوصاً داوران بین‌المللی در حال شکل‌گرفتن می‌باشد، نیستیم. ولی، از آنجا که مبنای انحراف مورد اشاره، در همین تفکر مبنی بر عدم لزوم توسل به قوانین ملی در حل و فصل دعاوی ارجاعی به داوری بین‌المللی ریشه دارد، ارائه دو تذکر مهم را ضروری می‌دانیم:

اولاً، فقدان قانون مقر دادگاه در داوریه‌های بین‌المللی و به تبع آن استقلال داوران از دولتها و سپس اختیار آنها در حذف روش تعارض قوانین ذاتاً نمی‌تواند توجیه کافی و قوی جهت طرد قوانین ملی از قلمرو دعاوی مطروحه در داوری بین‌المللی باشد.^{۶۶} به عبارت دیگر، اینکه

60. H. Battifol, L'arbitrage et les conflits de lois, Conference au Centre de Droit compare, 31 mai 1957, Rev. arb., 1957, p, 110 s.

61. P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, RCADI, 1989, t. 217 de la collection, pp. 321 et s., spec. n. 80, 403.

62. P. Level, Contrat sans loi, Communication au CFDIP, séance du 27 mai 1966, Travaux, 1964-1966, spéc. pp. 230-231.

63. B. Goldman, «Frontière du droit et lex mercatoria», Archives, 1964, pp. 177 et s.; «La lex mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux : réalité et perspectives», JDI, 1979, p. 475.

64. E. Gaillard, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 203.; «Trente ans de la Lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», JDI, 1995, p. 5.

65. اصطلاح مزبور که بنا به پیشنهاد بعضی نویسندگان تحت عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» شهرت یافته است متضمن معنای واقعی آن یعنی «قانون تجار» یا تجارت در قرون وسطی، نیست. اختلاط و سهوی که در این خصوص پیش آمده این است که پیشنهاد دهنده محترم، حقوق بازرگانی فراملی را که بیشتر برگردان اصطلاح «Droit anational» یا «Droit transnational» می‌باشد با لکس مرکاتوریا یکی دانسته است.

66. مضافاً، رویه عملی نشانگر ابداع روش دیگری است که به تبعیت از پروفیسور لالیو به روش مستقیم شهرت یافته و به موجب آن داوران بین‌المللی می‌توانند بدون توسل به قواعد حل تعارض، مستقیماً و با تحلیل قرارداد موضوع اختلاف به تعیین حقوق ملی قابل اعمال نائل آیند. در این خصوص رک.

P. Lalive, Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Rev. arb. 1976, p. 181; v. également en ce sens, P. Mayer, op. cit., p. 403, n° 80.

فقدان قانون مقر دادگاه در داوری عاملی برای فرار از اعمال قوانین ملی صلاحیتدار توسط داور بین‌المللی باشد، نوعی تصنع و توهم است. چه، اگر این ادعا که «کلیه قوانین ملی برای داور بیگانه هستند صحت داشته باشد، در مقابل می‌توان ادعا کرد که همه قوانین نیز بالقوه قابلیت آن را دارند که بر موضوع اختلاف اعمال شوند».^{۶۷} از سوی دیگر، همان‌طور که بعضی از حقوق‌دانان به درستی اعلام کرده‌اند،^{۶۸} نظام حقوقی قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی نمی‌تواند صرفاً به این دلیل که مکانیسم و روش انتخابی جهت حل و فصل دعوا داوری است و نه محاکم ملی، تغییر یافته و دعاوی ارجاعی به داوری از سیطره قوانین ملی خارج شوند!

ثانیاً، با توجه به اینکه مبنای اصل عدم قابلیت استناد به مقررات داخلی جهت رد صلاحیت داوران عمدتاً ناشی از اصول موسوم به فراملی است آقای برونو/ویتی را بر آن داشته تا در شرح خود بر رأی فراماتوم^{۶۹} و همچنین دیگران به مناسبت‌های مختلف^{۷۰} رفتار داوران را در استناد به صورت یکجا به اصول مزبور بدون تعیین محتوا و نیز جایگاه دقیق آنها در طبقه‌بندی قواعد حقوقی و اینکه آیا همه این اصول ارزش برابر دارند یا متفاوت، به باد انتقاد و تمسخر بگیرند. لازم به ذکر است که داوران در رأی فراماتوم در رد اعتراض طرف ایرانی به صلاحیت دادگاه که با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز لازم‌الاجرا بودن قانون ایران بر موضوع اختلاف صورت گرفته بود به اصولی مانند «اصل عمومی حسن نیت»، «اصل عمومی حقوق»، «اصل اساسی و مبنایی قدرت الزام‌آور قراردادهای منعقد (و نیز) اصولی که مبنای کلیه ارتباطات قراردادی خصوصاً در روابط بین‌المللی بوده و ناشی از رسوم تجاری بین‌المللی و حقوق بین‌الملل است»^{۷۱} متوسل شده بودند.

67. J. Robert et B. Moreau, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6e éd., 1993, n° 356, p. 309.

68. J. Verhoeven, Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques?, Rev. arb., 1985, pp. 609 s.; «Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats » in Le contrat économique international: stabilité et évolution, Travaux des VIIes Journées d'études juridiques J. Dabin, Colloque organisé à Louvain, 22 et 23 novembre 1973, Pédone, 1975, pp. 115 s. l'auteur a fait valoir qu'« un régime normatif semble indépendant d'un mode de règlement.

69. B. Oppeti, Arbitrage et contrat d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran, Clunet, 1984, pp. 36 s.

۷۰. برای اطلاع از انتقادات وارده به اصولی که به نظر بعضی از داوران و نویسندگان غربی به تدریج یک حقوق موضوعه در کنار نظام حقوقی ملی و حقوق بین‌الملل تحت عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» را تشکیل داده‌اند خصوصاً رک.

A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria), LGDJ, Paris 1984; P. Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, Etudes Goldman, pp. 125 et s.; M. Mustil, «The New Lex Mercatoria : The First Twenty-Five Years », Int. Arb., Liber Amicorum for The Rt. Hon. Lord Wilberforce, 1987, pp.149 et s., reproduit également in Arbitration International, pp. 87 et s.

71. V. Sentence partielle rendue dans l'affaire n° 3896, en 1982, Clunet, 1983, pp. 914 s.

آیا برای گریز از این محظورات و جلوگیری از بروز شائبه‌هایی در باب عدم بی‌طرفی داوران و یا حداقل مسامحه آنها نسبت به حقوق اصحاب دعوا، مناسب و بهتر نیست داور یا داوران رسیدگی‌کننده، حقوق قابل‌اعمال بر قرارداد داور را که ممکن است صریحاً توسط طرفین تعیین شده یا به‌طور ضمنی از اوضاع و احوال قضیه کشف شود و یا اینکه در فرض سکوت و عدم وجود هرگونه نشانه‌ای در این رابطه، توسط داوران با استناد به قانون محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد کشف می‌شود، ملاک عمل و ارزیابی خود در اعتبار موافقتنامه داور را قرار دهند؟ این در واقع همان روش کلاسیک و سنتی کشف و اعمال حقوق قابل‌اعمال بر قراردادها در حقوق تطبیقی موسوم به تئوری تعیین و جایابی عینی قرارداد (*la theorie de la localisation objective du contrat*) منتسب به باتیفول است که در نظام‌های حقوقی جهان مقبولیت فزاینده‌ای دارد.^{۷۲}

البته، همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، در حقوق اکثر کشورهای دنیا قاعده پذیرفته شده در باب قانون حاکم بر اهلیت افراد در حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها، قانون ملی شخص است و علی‌الاصول این قانون باید مبنای عمل داوران قرار گیرد. ولی، از آنجا که این قانون در مواردی مورد انتقاد دکتربین معتبری است که اهلیت قراردادی را از مقوله احوال شخصیه افراد محسوب نکرده و به تبعیت از حقوق اکثر کشورهای انگلوساکسون آن را یک عنصر مربوط به تشکیل و انعقاد قرارداد می‌دانند^{۷۳} و از سوی دیگر امروزه برخی از حقوقدانان مسئله مراجعه دولت و مؤسسات وابسته به آن به داور را یک موضوع مربوط به اهلیت نمی‌دانند^{۷۴} بنابراین، قانون حاکم بر قرارداد با توجه به نفوذ و حاکمیت تقریباً مطلق اراده در قراردادها بهترین گزینه برای احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت داوران به‌شمار می‌رود.

بدون تعصب و یا پیش‌داوری، باید اذعان کرد بعضی از داوران در استناد به اصول کلی یاد شده که مورد تبعیت بعضاً کورکورانه عده‌ای دیگر از داوران و حتی بعضی از قضات^{۷۵} احساساتی و بی‌اطلاع از مبانی واقعی حقوقی قرار گرفته، حقیقتاً راه افراط پیش گرفته و از این رهگذر خسارات غیرقابل‌جبرانی را نه تنها به منابع مادی و ملی کشورهای عمده‌تأ جهان سومی وارد کرده‌اند بلکه اعتماد آنها را به داور و عدالت ناشی از این مکانیسم حل و فصل دعاوی از بین

72. H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international prive, 7 ed., L.G.D.J. 1983, v. II, pp. 257 et s. spec. n. 572 et s.

73. H. Batiffol, Les contrats dans le droit international prive compars, Cours precite, 1981, pp. 89.

74. جنیدی، لعیا، قانون حاکم، ص ۹۰ که معتقد است «در این‌گونه بحثها... ممنوعیتهای مطروحه در اصل ۱۳۹ را بر مبنای عدم اختیار یا محدودیت بهتر می‌توان تحلیل نمود». برای ملاحظه یک نظر مخالف رک. فوشار، پیشین، ش ۱۷۳، ص ۹۸.

75. رأی موصوف توسط یکی از قضات محاکم شهر نانت فرانسه صادر گردیده و حتی مورد تمسخر دکتربین این کشور قرار گرفت. متاسفانه، نگارنده نتوانست منبع رأی را به‌دلیل عدم دسترسی به آن در زمان نگارش قید کند.

برده یا به شدت تضعیف کرده‌اند. اگر تا این اواخر بعضی از حقوقدانان^{۷۶} از رفع سوء تفاهمات ناشی از بعضی آرای داوری همچون آرامکو و شیخ ابوظبی و امثالهم با اشاره به مقبولیت فزاینده داوری در این کشورها خصوصاً کشورهای عرب و جهان سوم اظهار مسرت و خوشحالی می‌کردند، ملاحظه آرائی چون فراماتوم که علی‌رغم تصریح طرفین بر حکومت قوانین ایران بر قرارداد، با اصول مبهم فوق ممزوج شده و معجون تلخی را تولید کرده است بار دیگر این تفکر را در اذهان زنده می‌کند که غریبان، با توجه به ورود و بسط ید فزاینده آنها در مؤسسات داوری بین‌المللی، این بار در قالبهای نو و الفاظ آراسته قصد بهره‌برداری و سوءاستفاده از داوری را دارند.^{۷۷} بنابراین، مادام که این رویه به شکل منطقی و منصفانه حل نشود مقرراتی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و ممنوعیتها و محدودیتهای مشابه در سایر کشورها کماکان عامل مهمی در مقابله با این نوع اعمال سلیقه‌های شخصی و دلیخواهی خواهد بود.

برای اقناع از آنچه که فوقاً از نظر گذشت، کافی است نگاهی ولو اجمالی به نحوه استدلال و سپس استنتاج دیوان داوری در قضیه شماره ۴۳۸۱ که قبلاً در عداد آرای اعلام‌کننده اصل مورد بحث به آن اشاره کردیم،^{۷۸} افکنده شود. در این قضیه، دیوان داوری بدو در جستجوی منابعی بر آمده که حقوق قابل اعمال بر اعتبار قرارداد داوری براساس مقررات آن تعیین خواهد شد و تذکر می‌دهد که این منابع باید با در نظر گرفتن نشانه‌های موجود در قرارداد داوری معین شود. و چون احراز می‌کند که طرفین تصریحی در خصوص اینکه منابع حقوق انتخابی توأمأ باید بر قرارداد اصلی، قرارداد داوری و احتمالاً بر آیین داوری حاکم باشد، نکرده‌اند بلافاصله اعلام می‌کند:

«... این وظیفه دیوان داوری است که منابع حقوقی قابل اعمال جهت تعیین اعتبار قرارداد داوری را بدون نیاز به حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال انتخاب کند... به شرطی که چنین انتخابی با قواعد داوری ایران و فرانسه منافات نداشته باشد».

سپس، همان‌طور که ملاحظه شد، داور منبع حقوقی مزبور را در اصول عمومی حقوق و رسوم تجاری مورد عمل در رویه تجار بین‌المللی یافته و از آن تحت عنوان نظم عمومی

76. Cf. Ph. Leboulanger, L'arbitrage international Nord-Sud, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 324 et s.; dans ce sens v. également: J. Paulsson, Le Tiers monde dans l'arbitrage commercial international, Rev. arb., 1983, pp. 3 et s.

77. تعجبی نیست از اینکه داوران در رأی فراماتوم به این اصول مبهم و شناور استناد کرده‌اند. چه، همان‌طور که آقای اوپتی در پاورقی شماره ۱ مقاله خود آورده، دیوان داوری رسیدگی‌کننده به این دعوا متشکل از آقایان پیر لالیو (رئیس)، برتولد گلدمن و ژان روبر (اعضا) بوده که (خصوصاً دو نفر اخیر) از طرفداران جدی حقوق بازرگانی فراملی به‌شمار می‌روند.

78. رک. ص ۳۲.

بین‌المللی که مشعر بر عدم امکان استناد به قوانین ملی برای بی‌اعتبار کردن قرارداد داوری است، یاد می‌کند. این در حالی است که اصلی‌ترین منبع حقوقی که اعتبار قرارداد داوری باید بر اساس آن تعیین شود و شارح رأی نیز با لحن خاصی به عدم اعتنای داور به آن اشاره کرده،^{۷۹} همانا قانون ملی شخص حقوقی ایرانی است که به‌عنوان قانون قرارداد با توجه به تصریح طرفین لازم‌الاجرا بوده است.

بی‌دلیل نیست که مؤسسات دولتی وابسته به کشورهای جهان سوم، برخلاف شرکتهای غربی طرف قرارداد، از اعمال آنچه که در ادبیات حقوقی به‌کار رفته توسط داوران رسوم تجاری و عناوین مشابه مانند اصول عدالت و انصاف نام گرفته به‌شدت وحشت داشته و استناد به آنها را مساوی با محق‌شدن طرف مقابل می‌دانند. رأی داوری صادره در قضیه شماره ۳۳۸۰ در سال ۱۹۸۰ از این جهت بسیار قابل تأمل است. در حالی که شرکت ایتالیایی طرف قرارداد بر اعمال رسوم تجاری و اصول عدالت و انصاف اصرار داشت، طرف سوریه‌ای، نهایت تلاش و استدلال خود را در رد قابلیت اعمال این اصول و لزوم اعمال قانون ملی صلاحیتدار که به‌نظر وی قانون سوریه می‌باشد به‌کار برده بود!^{۸۰}

مع‌ذک، نباید تصور شود که منظور ما از انتقاد به ملاکها و اصول استنادی داوران بین‌المللی این است که آنها هرگز نمی‌توانند یا نباید به اصول و رسوم تجاری که مورد تأیید مقررات سازمانهای داوری و نیز قوانین ملی از جمله بند ۴ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران است، استناد کنند. برعکس، آنچه مورد اختلاف می‌باشد نوع تلقی‌ای است که داوران از ماهیت این رسوم و اصول استنادی داشته و آنها را قواعد مربوط به یک نظام حقوقی مستقل و در واقع تافته جدا بافته نسبت به قوانین ملی و بین‌المللی می‌دانند. ولی همان‌طور که آقایان لگرد^{۸۱} و کاسیس^{۸۲} به‌درستی در طول نوشته‌های خود به اثبات رسانیده‌اند، این رسوم و اصول چیزی جز همان قواعد تکمیلی و تفسیری مورد اتمام و تأکید قانونگذاران ملی نیست. نتیجه اینکه، از نقطه‌نظر نظام حقوقی به مفهوم سنتی آن، اعمال رسوم تجاری همواره در طول راستای قوانین ملی است و نه در عرض و مستقل از آنها.

به هر تقدیر، با ملاک قرار دادن حقوق قابل‌اعمال بر قرارداد داوری به طرق کلاسیک که الزاماً همان قانون کشور محدودکننده مراجعه به داوری نخواهد بود و می‌تواند حقوق کشوری باشد که مراجعه نهادهای عمومی به داوری را مجاز می‌شمارد، رأی داوری صادره مبنای قضائی

۷۹. آقای درن در ملاحظیات خود (Clunet, p. 1104) اعلام می‌کند که رأی موصوف «در خصوص اهلیت هریک از طرفین جهت انعقاد قرارداد داوری که (برابر قواعد) تحت حکومت قانون ملی شخص می‌باشد» بی‌اعتنایی نشان داد است!

80. Cf. Clunet, 1981, pp. 928 et s.

81. P. Lagarde.

82. A. Kassis.

محکم و تقریباً غیرقابل ایرادی پیدا کرده و اعتماد به این روش دادرسی را در کشورهای جهان سوم بیش از پیش تضمین و تقویت خواهد کرد.

البته، صرف نظر از موردی که طرفین، قرارداد خود را صریحاً تابع قانون دیگری قرار داده باشند و یا اینکه داور با توسل به تئوری نشانه‌ها به‌طور ضمنی حکومت قانون دیگری را بر آن کشف کند، به نظر می‌رسد حقوق حاکم غالباً حقوق کشوری خواهد بود که مراجعه نهادهای عمومی و دولتی را به داوری محدود یا ممنوع می‌کند. چه، فراموش نکنیم که قراردادهای موضوع این آراء که از نوع قراردادهای دولتی یا توسعه اقتصادی^{۸۳} هستند در فرضی که بین یک شرکت خصوصی خارجی و یک مؤسسه دولتی جهان سوم منعقد شوند، اولاً در غالب اوقات متضمن شرط حاوی اعمال قانون کشورهای اخیر است و ثانیاً در فرض سکوت در خصوص قانون حاکم، نه تنها به‌طور معمول محل انعقاد عقد بلکه محل اجرای آن همیشه در این کشورها می‌باشد.

بدین ترتیب، با قابل اعمال بودن قانون این دسته از کشورها بر قرارداد، داور یا داوران مجبور خواهند بود قواعد مربوط به نظم عمومی کشوری که قانون آن بر قرارداد حاکم است^{۸۴} و از جمله اصل ۱۳۹ را به اجرا گذاشته و نفوذ شرط داوری را سد کرده و نهایتاً عدم صلاحیت خود را اعلام نمایند و یا به تبعیت از بعضی آرای داوری،^{۸۵} دادرسی را معلق و متوقف ساخته و با تعیین مهلت معقول، منتظر اخذ مجوز توسط مؤسسه دولتی طرف قرارداد از مقامات صالح مملکت متبوع خود باشند و همان‌طور که شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک در رأی مورد بحث در این نوشتار تأکید کرده «بدیهی است تصویب بعدی (مقامات یاد شده) اثر قهقراپی یافته و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر ساخته و بدان نفوذ حقوقی می‌بخشد».

نباید تصور شود تعلیق رسیدگی داور تا وصول موافقت مراجع ملی مربوط، نوعی وابسته و پیوسته کردن صلاحیت داوری به صلاحدید یک حاکمیت بوده و نتیجه آن تخریب اختیار داور در صدور حکم به صلاحیت خود می‌باشد. چرا که این امر پس از مرحله و پروسه اظهارنظر داور نسبت به صلاحیت خود مطابق قانون ملی حاکم صورت می‌گیرد و پذیرش آن در این مرحله صرفاً جهت تقویت صلاحیت داوری و از باب هماهنگی راه‌حلی می‌باشد و خواهیم دید که نه تنها قوه مجریه به‌عنوان یکی از مراجع معطی مجوز، نسبت به این امر نظر مساعد داشته و در لوایح تقدیمی به مجلس نیز به‌عنوان یک رویه موافق رجوع مؤسسات دولتی و عمومی به داوری است

83. State Contracts.

84. lex contractus.

۸۵. رک. به دو رأی صادره در قضایای شماره ۵۱۲۴ و ۵۵۱۷ که حسب اعلام خانم جنیدی، قانون حاکم، ص ۵۱، پاورقی ش ۹۷، (بدون ذکر منبع مربوط) تحت اشراف اتاق تجارت بین‌الملل صادر گردیده است. رأی مورد نظر در مجله حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه که نگارنده به آنها دسترسی دارد موسوم به کلونه، مباحث مربوط به رأی اتاق، قید نشده است.

بلکه این ایده که رد سیستماتیک ارجاع اختلافات به داوری به دلایل مختلف خصوصاً به لحاظ اقتصادی و سیاسی به مصلحت نمی‌باشد به تدریج در رویه نهاد قانونگذاری کشور و نمایندگان آن در حال شکل گرفتن است.

به هر تقدیر، با پذیرش مبنا بودن قانون ملی حاکم بر موافقتنامه داوری، می‌توان اعمال آن را نه به‌عنوان یک اصل متخذ از مفاهیم انتزاعی و شناور - آن‌طور که در رویه داوران ملاحظه می‌شود - بلکه با استناد به بعضی قواعد حقوقی مسلم و مشترک بین نظامهای حقوقی جهان به‌عنوان استثنای قابل توجه در موارد معتناهی کنار زده و نهایتاً با توسل به اصل الزام‌آور بودن تعهدات^{۸۶} یا اصل حسن نیت^{۸۷} و سایر اصول پذیرفته شده، اعتبار قرارداد داوری را احراز کرد. بر این اساس، در فرضی که مثلاً موافقتنامه داوری قبل از تصویب قانون محدودکننده داوری منعقد شده باشد، داور می‌تواند با استناد به قاعده جهانی عطف بماسبق نشدن قوانین (به شرط عدم تصریح) از اجرای قانون به ظاهر صلاحیتدار خودداری نموده و اعتبار موافقتنامه و نتیجتاً صلاحیت خود را احراز کند. اتفاقاً، داوران دخیل در قضیه *فر/ماتوم* جهت رد ادعای طرف ایرانی دائر بر شمول اصل ۱۳۹ مؤخرالتصویب بر موافقتنامه داوری، از این قاعده به‌عنوان یک قاعده پشتیبان و به‌منظور تقویت اصل عدم توسل به مقرره داخلی جهت نفی صلاحیت داور بین‌المللی سود برده‌اند. درحالی‌که منطقاً این امکان برای آنان وجود داشته که با مبنا قراردادن صرف حقوق قابل اعمال، از قاعده عطف بماسبق نشدن به‌عنوان یک استثنا جهت صدور حکم به صلاحیت خود بهره جسته و از انتقادات وارده دائر بر خروج از اختیارات خود مصون بمانند. البته، حتی در فرضی که داوران چنین می‌کردند به‌لحاظ نظری، همان‌طور که در مبحث مربوط به اثبات قانون خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح است، این بحث کماکان مفتوح بود که قاضی یا داور باید قانون خارجی را به‌عنوان یک دلیل آن‌طور که خود می‌فهمند اعمال کنند یا آن‌گونه که مقنن مربوط خواسته است.^{۸۸}

همچنین است در موردی که داور از اوضاع و احوال قضیه چنین استنباط کند که مؤسسه دولتی، طرف قرارداد را از عدم اختیار خود در مراجعه به داوری آگاه نکرده و یا با ارائه اطلاعات خلاف مبنی بر اخذ مجوز از مقامات صلاحیتدار، او را به داشتن اختیارات واهی مغرور نموده باشد.

86. *Pacta Sunt Srvanda.*

87. *Bonne foi.*

۸۸. همان‌طور که قبلاً تذکر داده شد (ص ۳۲)، شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۵ که تفسیری بودن آن به‌دلیل عدم حصول نصاب لازم (۹ نفر) مورد تردید قرار گرفته، اطلاق اصل ۱۳۹ را مقتضی تسری و شمول آن به موافقتنامه‌های قبل از انقلاب دانسته است. البته، این تفسیر یک شمشیر دو لبه است و نباید تصور کرد استناد به آن همواره به نفع طرف ایرانی خواهد بود. بر عکس، در مواردی که طرف ایرانی خواهان باشد مانند آنچه که در قضیه شماره ۵۱۲۴ اتاق تجارت بین‌الملل مطروحه توسط ایران علیه کمیساریای انرژی اتمی فرانسه قابل ملاحظه است، می‌تواند علیه کشورمان مورد استفاده قرار گیرد. اتفاقاً، این نظریه شورا در رابطه با همین قضیه در جواب نخست وزیر وقت داده شده بود!

اتفاقاً، دیوان داوری در رأی شماره ۴۳۸۱ که اجمال آن پیش‌تر از نظر گذشت، بدواً به این قاعده اشاره کرده و اعلام داشته است: «... مع‌ذلک باید این واقعیت را در نظر گرفت که نقصی که قرارداد داوری از جهت عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ با آن مواجه است هنگام انعقاد قرارداد داوری به اطلاع و آگاهی خواهان نرسیده بود».^{۸۹} ولی، نهایتاً اصل عدم قابلیت استناد به مقررات داخلی برای بی‌اعتبار شمردن قرارداد داوری را به‌عنوان یک قاعدهٔ مربوط به نظم عمومی بین‌المللی ملاک اصلی تصمیم خود در قابل‌اجرا نبودن اصل ۱۳۹ قرارداد است.

به‌نظر می‌رسد در فرضی که طرف قرارداد با علم و اطلاع از ضرورت وجود چنین مجوزی و نیز با اطلاع از عدم اختیار مؤسسهٔ دولتی طرف قرارداد در مراجعه به داوری، ریسک انعقاد موافقتنامه را مثلاً به امید عدم بروز اختلاف و یا به هر غرض دیگری به جان خریده باشد و صحت این امر برای داور به‌نحوی ثابت شود در این صورت مطابق قاعدهٔ عقلی/اقدام، مأخوذ به تصمیم و ریسک خود خواهد شد و داور باید مطابق قانون ملی صلاحیتدار، عدم صلاحیت خود را اعلام نماید.

گفتار سوم - هماهنگی راه‌حلها در حقوق داخلی

اگرچه به شرح دلایل تقدیمی در مبحث سوم، قویاً توصیه گردید رویهٔ داوری از طریق بازگشت به نظام حقوقی کلاسیک به ترمیم و بازسازی خود پرداخته و داوران بین‌المللی با تحلیل قرارداد موضوع اختلاف و ملاک قراردادن قانون ملی حاکم بر قرارداد به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کنند و کماکان همین طریق را تنها علاج هماهنگی راه‌حلها در دو سوی مسئلهٔ صلاحیت می‌دانیم ولی، نباید فراموش کرد که رویهٔ فعلی داوران در رد قابلیت اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران، متقابلاً ناشی از نقائص و خلأهایی است که در حقوق داخلی، خواه از جهت اجرایی و خواه از جهت قانونگذاری با آن مواجه هستیم. به‌عبارت دیگر، لازم است با اتخاذ راهکارهای مؤثر در داخل کشور مشکل عدم اعتنای داوران بین‌المللی به مقررات اصل یاد شده را از مبنا و ریشهٔ آن حل کنیم. بدین منظور، منطقاً و نیز به‌لحاظ عملی راهکارهای زیر قابل مطالعه و تأمل است.

بند اول: حذف کامل یا اصلاح اصل ۱۳۹ قانون اساسی

ممکن است گفته شود که حذف اصل مزبور بهترین روش حل مشکل است. چه، نه تنها از این پس شاهد تلاش بی‌حاصل طرف ایرانی جهت متقاعد کردن داور یا داوران در صدور رأی

89. Clunet, 1986, p. 1106.

به عدم صلاحیت خود با استناد به اصل مزبور نخواهیم بود بلکه با توجه به اینکه کشور ما به شدت به سرمایه‌گذاری خارجی و اصلاح زیربنای اقتصادی از طریق انعقاد قراردادهای کلان اقتصادی نیازمند است و ظاهراً نیل به اهداف برنامه‌های پنجساله توسعه اقتصادی جز با انعقاد قرارداد با شرکتهای خارجی میسر نیست و طرفهای خارجی^{۹۰} نیز غالباً راضی به صلاحیت محاکم کشورمان در فرض اختلاف در اجرای قراردادها یا تفسیر آن نبوده و داوری را ترجیح می‌دهند و عدم پذیرش داوری می‌تواند عامل قوی برای صرف‌نظر کردن آنها از قرارداد داوری باشد بنابراین، حذف کامل آن از صحنه قانونگذاری، آرامش روانی لازم در انعقاد قراردادها و پیشبرد اهداف کلان اقتصادی را میسر می‌سازد، ضمن اینکه ابتکار و سرعت عمل مدیران اجرایی و مسئولین قانونی شرکتهای دولتی را بالا برده و کمک می‌کند من بعد شاهد زیر پا گذاشتن اصل مزبور از سوی آنان نباشیم!

واقعیت این است که حذف کامل اصل مورد بحث یا اصلاح آن مثلاً از طریق رفتار برابر با خارجی‌ان به طوری که ارجاع قراردادهای منعقد شده با آنان نیز همانند مورد اتباع داخلی صرفاً در موارد مهم^{۹۱} به تصویب مجلس برسد به علل و فلسفه وجودی تقنین آن برمی‌گردد و هرگونه اظهارنظری در این خصوص باید با در نظر گرفتن این امر صورت گیرد. به عبارت دیگر، باید دید آیا علل تصویب این اصل در زمان حاضر نیز به قوت خود باقی است یا در گذر زمان به نحو کلی یا جزئی دستخوش تغییر و تحول شده است.

اگرچه مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی به‌طور مصداقی منعکس‌کننده انگیزه‌ها و دلایل ریز تصویب چنین اصلی نمی‌باشد و بلکه با مفروض و مسلم دانستن لزوم تصویب آن، بیشتر وقت خبرگان به ترکیب و جمله‌بندی عبارات و نیز مفهوم حاصله از اصل اختصاص یافته است ولی از مجموع مذاکرات صورت‌گرفته علل زیر را می‌توان استظهار نمود:

۱- دغدغه شدید حفظ اموال عمومی و دولتی از طریق نظارت و تصویب مجلس، با توجه به اینکه پیش‌نویس و طرح اولیه اصل ۱۳۹،^{۹۲} مبنا و مدار در «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری در هر مورد» موکول به تصویب هیئت وزیران قرار داده و صرف اطلاع مجلس را «در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی» کافی

۹۰. البته، هرچند محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ خصوصاً تصویب مجلس فقط شامل خارجی‌ان نبوده و اتباع ایرانی را نیز در «موارد مهم داخلی» شامل می‌شود ولی چون شرکتهای و اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی هنوز تا آن حد از توسعه فعالیت‌های اقتصادی خود نرسیده‌اند و یا هنوز در ابتدای کار هستند بنابراین، معمولاً بحث از اصل مزبور در خصوص خارجی‌ان، به عنوان مورد غالب مطرح می‌شود.

۹۱. متأسفانه، هنوز فرصتی پیش نیامده است تا شورای نگهبان قانون اساسی مبادرت به ارائه نظریه تفسیری در خصوص ملاک‌هایی که قراردادهای مهم را از غیر مهم متمایز می‌سازد، ارائه دهد. ضمناً، در فرض اصلاح اصل مزبور، به نظر می‌رسد بهترین روش، در وهله اول احصای موارد مهم و آلا ارائه ملاک‌های مشخص و بدون ابهام در خود قانون اساسی است.

۹۲. قبل از اصلاح قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، این اصل تحت عنوان اصل ۱۱۴ مورد بحث و تصویب قرار گرفته بود.

می‌دانست، بعضی از خبرگان این امر را خطرناک و نامناسب اعلام کرده بودند.^{۹۳} در این رابطه، بی‌مناسبت نخواهد بود چنانچه فرازی از سخنان یکی از خبرگان تدوین‌کننده قانون اساسی در لزوم تصویب و موافقت نهایی مجلس (و نه هیئت دولت) با صلح دعاوی یا ارجاع آن به داوری اموال عمومی و دولتی را عیناً نقل کنیم:

«... این اصل بسیار مهمی است. ما آمدیم... مسئله دعوی خارجی (و موارد مهم داخلی) را فقط گفتیم به اطلاع مجلس برسد. در حالی که فرض بفرمایید که شما صد عدد هواپیمای فانتوم از امریکا خریدید و یک اختلافی ایجاد شده که متجاوز از میلیاردها تومان است. هیئت وزیران می‌آید و تصمیم می‌گیرد و... می‌گوید ما نه طلبکاریم نه بدهکار و فقط این را به مجلس شورای ملی اطلاع بدهد و کارش تمام می‌شود درحالی که در بار اول من اعتراض کردم... مسئله قراردادهای خارجی را همه متفق بودند که اول به تصویب مجلس برسد. موضوع اختلاف ما روی مسائل مهم داخلی بود. اینکه من گفتم دو بار رأی متناقض شد همین بود. برای اینکه بار اول همه قبول کردند که موارد مهم داخلی هم باید به تصویب مجلس برسد. حالا در این اصلی که در اینجا چاپ شده در موارد مهم داخلی که به تصویب مجلس مناسبت نیست به جای خود، موارد خارجی را هم گفته‌اند (صرفاً) به اطلاع مجلس برسد. این مسئله با سرنوشت یک مملکت و میلیاردها بودجه مملکت سروکار دارد. این است که اولاً حتماً باید در دعوای خارجی به هر صورت و به هر شکل با تصویب مجلس باشد، در مورد موارد مهم داخلی هم باید با تصویب مجلس باشد منتها تشخیص موارد مهم را می‌گذاریم به اختیار خود مجلس. قانون تعیین می‌کند که چه مواردی مهم است و چه مواردی غیر مهم است...»^{۹۴}

۲- ذهنیت تاریخی منفی ناشی از بعضی آرای داوران غیر عادلانه و بعضاً موهن و نیز عدم بی‌طرفی بعضی داوران و مؤسسات داوران بین‌المللی، در این رابطه، یکی از اعضای خبرگان تدوین قانون اساسی تذکر می‌دهد که: «من معتقدم... در قراردادهای با خارج (طرف خارجی)، داوران به وسیله مؤسسات داخلی کشور انجام شود و مؤسسات بین‌المللی را منع کنید برای اینکه

۹۳. در این رابطه آقای دکتر گلزاده غفوری اعلام می‌کند: «به نظر می‌رسد که مسئله اموال عمومی یک مسئله خیلی دامنه‌داری است و اختیارش را به هیئت وزیران دادن خیلی خطرناک است... به نظر می‌رسد که اصولاً این‌گونه تصمیمات بستگی به تصویب مجلس داشته باشد و آن مقدار استثناً هم به همان اندازه باشد که مجلس به تصویب هیئت وزیران واگذار کرده است. به نظر می‌رسد که مجلس در امانت‌داری سهم بیشتری دارد و حتی‌الامکان جلوی احتمالات علیه امانتهای ملی را باید گرفت و هر چه در این زمینه دقت شود بهتر است. به هر حال ذیل این اصل (با اطلاع مجلس) خیلی نامناسب است»، رک. مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی، جلسه ۴۸، ص ۱۰۴۷.

۹۴. این اظهارات منتسب به شهید آیت است و نهایتاً همین دیدگاه مورد تصویب قرار گرفت. پیشین، ص ۱۰۴۸.

مشکلاتی به وجود خواهد آمد چون در گذشته به استناد همین موضوع مشکلاتی داشتیم».^{۹۵}

۳- داوری به عنوان رقیبی برای محاکم ملی و عامل محدودکننده حاکمیت دولتها در حیطه حقوق عمومی: در واقع، می توان گفت مبنای کلیه مجادلات و مباحثات اتفاقاً ناشی از این امر است که مرجع و روش دیگری غیر از محاکم که مراجع رسمی و عمومی حل و فصل دعاوی و اختلافات هستند در اصل مزبور به عنوان جایگزین مطرح بوده و الا نباید چنین حساسیتی بروز نماید.

اگرچه دلایل موصوف کمابیش در زمان ما موجود بوده و اتخاذ حداکثر احتیاطات لازم در حفظ اموال عمومی و دولتی توجهاً به کثرت قراردادهای اقتصادی منعقد ضروری به نظر می رسد ولی، نباید در استناد به علل موصوف اغراق شود. چه، امروزه ضرورت رعایت بعضی از مصالح مهمتر مقتضی اعمال اصلاحات لازم در اصل مورد بحث می باشد از جمله لزوم سرعت در انعقاد قراردادهای اقتصادی به منظور حصول به رشد مطلوب اقتصادی، ایجاد انگیزه و اطمینان در مدیران که لازمه مدیریت نوین و نیز توفیق در برنامه های توسعه است و بالاتر از همه فراگیر شدن داوری در سطح جهانی به طوری که امروزه به دلیل وجود بعضی کنترلها و مکانیسمها، اعتماد بیشتری به این روش حل و فصل دعاوی پیدا شده و دولتها نیز به آن نه به چشم رقیب و محدودکننده حاکمیت خود بلکه به عنوان پشتیبان در حل و فصل دعاوی می نگرند و کمتر کشوری است که امروزه مقررات مستقلی تحت عنوان داوری تجاری بین المللی (علاوه بر مقررات مربوط به داوری داخلی) به تصویب نرسانیده باشد. بنابراین، لازم است در قلمرو کنترل و نظارت مجلس قدری تجدیدنظر کرده و دایره دخالت هیئت وزیران را که در نظام سیاسی ما او نیز به نحوی منبعث از اراده عمومی است، توسعه داد. اتفاقاً، این دیدگاه که دقیقاً معارض دیدگاه قبلی مبنی بر لزوم نظارت و تصویب مجلس می باشد در اظهارات بعضی دیگر از خبرگان به شرح زیر به چشم می خورد:

«... این اصل که مربوط به صلح دعاوی است نسبت به اموال و معاملات دولتی... ما اگر به طور کلی جلوی دولت و فعالیت آن را بگیریم و در هر موردی ارجاع به مجلس یا یک مقام دیگری بکنیم دولت و وزارتخانه ها نمی توانند کارشان را انجام بدهند. مثلاً راهسازی یا خرید فلان جنس و یا فلان ماشین. خلاصه متاعی که مربوط به مملکت و مربوط به کارشان است و نوعاً هم این طور نیست که همیشه بین دو طرف قرارداد دعوائی و اختلافی پیش بیاید. قرارداد بسته می شود و طبق آن قرارداد عمل می شود. پس اولاً این نادرست است و ثانیاً اگر بخواهیم

۹۵. پیشین، ص ۱۰۴۶. این پیشنهاد نظر مساعد نایب رئیس مجلس شهید دکتر بهشتی را جلب کرده و خطاب به خبرگان می گوید: «معلوم است ... دوستان موافقتند که این قید را اضافه کنیم؟ آقای دانش راد می گویند طرف قرارداد می خواهد داخلی باشد می خواهد خارجی باشد داوری باید داخلی باشد و تذکر خوبی است». پیشین، ص ۱۰۴۷.

در هر موردی چه داخلی چه خارجی این را به یک مقام دیگری ارجاع بدهیم دولت نمی‌تواند امور کشور را اداره کند ... و اگر به همین متن که مطرح است رأی بدهند اشکالی ندارد».^{۹۶}

بدین ترتیب، به نظر ما لازم است اولاً با محصور و محدود کردن قلمرو دخالت مجلس به موارد مهم اعم از داخلی و خارجی، در فرصت مقتضی و مناسب نسبت به اصلاح اصل موصوف اقدام شود، ضمن اینکه مکانیسم مربوط به اطلاع و اعلام مصوبات توسط هیئت دولت به مجلس در هر مورد، همان طور که خبرگان قانون اساسی در موارد عدیده به آن تصریح کرده‌اند،^{۹۷} خود روش نظارتی مهمی است که می‌تواند در صورت مشاهده تخلف از عوامل بازخواست و نیز استیضاح وزرا باشد. ثانیاً، لازم است ذیل همین اصل یا ترجیحاً به موجب قانون عادی مصوب مجلس، ملاکهای نوعی مشخصی که موارد مهم بر اساس آن تشخیص داده خواهند شد ضمن ایجاد کمیسیون تام‌الاختیاری مرکب از نمایندگان مجلس و دولت تعیین شده و به کلیه مباحث نظری و مشکلات عملی پایان داده شود.

بند دوم: لزوم تسهیل تشریفات قانونی مربوط به بررسی پیشنهادات واصله در خصوص ارجاع به داوری در هیئت دولت و مجلس

صرف نظر از مورد یا مواردی که ممکن است مدیران و مسئولین مؤسسات و شرکتهای عمومی و دولتی شخصاً و یا مستظهر به پشتیبانی سیاستمداران و مسئولین اجرایی مملکتی بدون رعایت پروسه مربوط به اصل ۱۳۹ قانون اساسی مبادرت به انعقاد قراردادهای خرد یا کلان اقتصادی نمایند،^{۹۸} در سایر موارد، علت عدم کسب اجازه از مقامات صالح مملکتی در انعقاد قراردادهایی که ارجاع دعاوی احتمالی به داوری بین‌المللی را مجاز می‌شمرد، می‌تواند نوعاً طولانی بودن پروسه تصویب خصوصاً در مجلس باشد که برابر مقررات قانون اساسی و آیین‌نامه

۹۶. اظهارات منتسب به مرحوم علی‌تهرانی، پیشین، صص ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹.

۹۷. برای نمونه، پاسخ نایب رئیس مجلس خبرگان به یکی از اعضا که در رابطه با خاصیت اطلاع به مجلس سؤال و ایراد کرده بود. در این رابطه قابل توجه است، پیشین، صص ۱۰۴۷.

۹۸. این نحوه اقدام که به دلیل محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ صرفاً در خصوص قراردادهای متعده بعد از انقلاب اسلامی محتمل‌الوقوع است ظاهراً تاکنون مشاهده نشده است. چه، در قانون اساسی مشروطیت چنین محدودیتی وجود نداشته و اکثر دعاوی مطروحه در مراجع داوری پس از پیروزی انقلاب نیز که در آنها طرف ایرانی لزوم رعایت اصل ۱۳۹ را گوشزد کرده مربوط به قراردادهای قبل از انقلاب می‌باشد. البته، همان‌طور که پیش‌تر نیز ذکر شد، با توجه به انعقاد قراردادهای عظیم اقتصادی و سرمایه‌گذاری پس از پیروزی انقلاب اسلامی نظیر قراردادهای بیع متقابل و امثالهم، این ظن (فقط در حد ظن و احتمال) وجود دارد که اصل ۱۳۹ در آنها رعایت نشده باشد، هرچند هم اکنون در بعضی قراردادها که طرفین در اجرای آنها به اختلاف و دعوا برخورداند و تفصیلاً در خصوص آنها صحبت خواهیم کرد طرف ایرانی توانسته است طرف خارجی را به پذیرش فرمولی متقاعد سازد که اصل مزبور در آنها به نحو معلق شرط شده است. برای اطلاع بیشتر از این فرمول رک. صفحات پایانی این مقاله.

داخلی مجلس که خود قانون مهمی به شمار می‌رود لازم است تشریفات مقرر در باب نحوه تقدیم و تصویب لوایح در قوه قانونگذاری و حتی در هیئت دولت حکماً رعایت شود.

گردش کار اجمالاً چنین است که وزارتخانه دخیل و ذی‌نفع در قضیه پس از اتمام مذاکرات اولیه و توافق درباره کلیه شروط و تعهدات قراردادی با طرف خارجی، در خصوص آخرین شرط پیشنهادی که عبارت از مکانیسم و نحوه حل و فصل دعاوی ناشی از اجرای قرارداد یا تفسیر تعهدات طرفین می‌باشد نتواند موافقت طرف مزبور را برای حکومت صلاحیت محاکم ایران در فرض بروز اختلاف جلب نماید و تنها جایگزین رجوع به داوری باشد، طی نامه‌ای به امضای عالیترین مقام وزارتخانه و ضمن ذکر جزئیات امر و احتمالاً دلایل و منافی که پذیرش پیشنهاد طرف خارجی در باب داوری را توجیه می‌کند به‌عنوان رئیس جمهور یا معاون اول وی ارسال می‌دارد. پس از وصول نامه، مراتب حسب دستور از طریق دفتر هیئت دولت جهت بحث و بررسی به کمیسیون یا کمیسیونهای ذی‌ربط خصوصاً معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ارجاع می‌شود. پس از بررسی کارشناسی و جمع‌بندی نظرات واصله از معاونتهای حقوقی سایر وزارتخانه‌ها، نظر واحدی جهت اتخاذ تصمیم نهایی به هیئت دولت ارسال می‌شود. چنانچه هیئت دولت در جلسه عمومی خود با پیشنهاد موافقت نماید آنگاه مراتب با دلایل توجیهی و پیوست مدارک و اسناد قرارداد طی لایحه‌ای به مجلس ارسال می‌شود. پس از وصول لایحه، به ترتیبی که در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی شده وصول آن در صحن علنی مجلس رسماً اعلام می‌شود.^{۹۹} پس از آن، کمیسیون مربوط در هیئت رئیسه مجلس تعیین می‌شود^{۱۰۰} که معمولاً کمیسیون امور قضائی و حقوقی است. سپس، اداره قوانین مجلس نسبت به چاپ آن با ردیف و شماره خاصی که از این پس معرف لایحه تقدیمی می‌باشد اقدام نموده به ترتیب اولویت آن را در قالب لایحه یک شوری^{۱۰۱} جهت کار کارشناسی و اعلام نظر به کمیسیون مربوط ارسال می‌نماید. پس از وصول آن در کمیسیون، اینجا نیز به ترتیب اهمیت و تاریخ وصول، در دستور کار هفتگی کمیسیون قرار گرفته و در روز معین با دعوت از کارشناسان و متخصصین از وزارتخانه‌ها یا افراد مستقل موضوع بررسی شده و تصمیم لازم در قبول یا رد آن اعلام می‌شود. آنگاه، کمیسیون نیز طی گزارشی با رعایت تشریفات لازم موضوع را به هیئت رئیسه مجلس

۹۹. ماده ۱۴۴.

۱۰۰. ماده ۱۴۵.

۱۰۱. معمولاً، لوایح مزبور و نیز لوایح مربوط به معاهدات دو یا چندجانبه به صورت یک شوری می‌باشند به این صورت که پس از اعلام وصول در صحن علنی مجلس، به طریق عادی و ترتیب تاریخ وصول جهت بحث در جزئیات امر به کمیسیون مربوط ارجاع شده و پس از اظهار نظر کمیسیون، گزارش مربوط به طریق عادی به صحن علنی اعاده و در وقت معینه مورد بررسی نمایندگان قرار گرفته و رأی‌گیری به عمل می‌آید و نباید لوایح یک شوری را با لوایح دارای یک فوریت (موضوع ماده ۱۶۴) که آن هم یک شوری بوده ولی امر ارجاع و رسیدگی و تکثیر متن آنها در مجلس و کمیسیونها به‌طور فوق‌العاده و خارج از نوبت صورت می‌گیرد، اشتباه شود.

اعلام و حسب دستور صادره با رعایت اولویت طرحها و لوایح و نیز تاریخ وصول، در دستور جلسه هفتگی مجلس قرار گرفته و در روز و ساعت معین شده و به شرطی که طرحها و لوایح اولویت‌دار دیگری حسب درخواست تعداد معینی از نمایندگان جایگزین آن نشود، گزارش و نیز نظر کمیسیون توسط مخبر مربوط قرائت شده و رأی‌گیری به عمل می‌آید.^{۱۰۲}

بدین ترتیب، با توجه به لزوم تسریع در انعقاد قراردادها به دلیل زمانبندی طرحها و پروژه‌های مربوط به توسعه اقتصادی موردنظر قانونگذار و اینکه پروسه طولانی تصویب احتمالاً فرصتها و منافع مشروعی را که طرفین در انعقاد قرارداد به آن چشم دوخته‌اند از بین خواهد برد، آنان را وادار می‌کند که از انعقاد قرارداد که با صرف وقت و هزینه فراوان به مرحله نهایی و امضا رسیده چشم‌پوشی کنند و یا اینکه طرف ایرانی مجبور می‌شود بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ به شرط داوری ضمن قرارداد تن دهد. البته در موارد بسیار نادری ممکن است عدم رعایت اصل مزبور حتی ناشی از عدم اطلاع، اهمال یا مسامحه مدیران و مسئولین مؤسسه دولتی و عمومی باشد.

با توجه به مراتب معروضه، لازم است در اصلاحاتی که هم‌اکنون در دوره هفتم مجلس شورای اسلامی در قانون مربوط به آیین‌نامه داخلی مجلس به منظور رفع مشکلاتی که در عمل پیش آمده و ماشین قانونگذاری را با کندی و مشکل مواجه کرده مقرراتی ناظر بر تسریع در تصویب لوایح مربوط به اجرای این اصل قانون اساسی، خواه از جهت نحوه وصول و ایصال آنها در مجلس و کمیسیونها و خواه فوریت آنها (مثلاً یک فوری یا دو فوری بودن آنها) به نحو خاص تصویب شود. البته، آیین‌نامه فعلی مجلس به شرح ماده ۱۶۹ به دولت این اجازه را می‌دهد تا ضمن لایحه تقدیمی اعمال اصل ۸۵ قانون اساسی متضمن واگذاری امر تصویب به کمیسیون حقوقی و قضائی را درخواست نماید که البته پذیرش آن منوط به تصویب در جلسه علنی است و عمل به همین طریق می‌تواند بسیار مشکل‌گشا باشد.

خوشبختانه، موضوع در سطح قوه مجریه تا حدودی تسهیل گردیده است. چه، هیئت دولت به موجب مصوبه شماره ۲۹۳۰۳/۱۹۷۵۵ ت ه مورخ ۱۳۷۷/۵/۷ با درک ضرورت سامان دادن به اجرای اصل ۱۳۹، ارجاع دعاوی داخلی به داوری را به وزیر عضو کمیسیون اقتصاد هیئت دولت تفویض کرده است مشروط بر اینکه وزیر مرتبط و دخیل در قرارداد موضوع داوری، در مباحث و تصمیم‌گیری کمیسیون اقتصاد دولت حضور داشته باشند.

در اینجا یادآوری دو نکته مهم ضروری است:

اولاً، بنا به اطلاع نگارنده، تاکنون موردی که از همان بدو امر (در فاصله بین مذاکرات

۱۰۲. در رابطه با نحوه بررسی طرحها و لوایح در مجلس و کمیسیونها رک. مواد ۱۴۵ الی ۱۵۰ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

قراردادی و قبل از امضا) درخواست موافقت با ارجاع اختلاف احتمالی به داوری از مجلس شورای اسلامی شده باشد مشاهده نگردیده است و آنچه در قالب لایحه در مجلس اعلام وصول شده و به کمیسیون مربوط ارجاع شده مربوط به دعاوی پس از انعقاد قرارداد (به شرحی که خواهد آمد) بوده است. ضمناً، رویه دولت نیز تا این اواخر موافقت با کلیه موارد واصله از وزارتخانه‌ها و ارسال آنها به مجلس در قالب «لایحه اجازه ارجاع اختلافات بین (نام و مشخصات طرف ایرانی و خارجی) ... به داوری مثلاً اتاق تجارت بین‌الملل» بوده است.

ثانیاً، صرف نظر از مناقشاتی که بین حقوقدانان در خصوص مفهوم الفاظ و اصطلاحات به کار رفته در اصل ۱۳۹ از قبیل «دعاوی»، «ارجاع» و غیره در گرفته است^{۱۰۳} و نیز قطع نظر از اینکه اصل موضوع بحث را بر مبنای نظریه نمایندگی تفسیر کنیم یا نظریه عدم اهلیت و یا هر نظریه دیگر، به نظر ما اطلاق اصل ۱۳۹ مقتضی کسب اجازه از مقامات صلاحیتدار قبل از انعقاد و امضای قرارداد است. مع الوصف، همان طور که شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران نیز به حق تأکید کرده، در صورت عدم رعایت این امر توسط مؤسسات عمومی و دولتی و نتیجتاً پذیرش شرط داوری، «تصویب (و اجازه بعدی مقامات مزبور) اثر قهریابی یافته و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر ساخته و بدان نفوذ حقوقی می‌بخشد». مفهوم این سخن آن است که امضا و انعقاد قرارداد داوری توسط مؤسسات یاد شده به لحاظ حقوقی همچون عقد فضولی یا حداقل در حکم آن می‌باشد ولی نفوذ و تأثیر عمل حقوقی انجام گرفته منوط به کسب اجازه است. چه، کلمه دعاوی به کار رفته در اصل مزبور هم شامل دعوا و اختلاف ایجاد شده است مانند موردی که قرارداد داوری به نحو فضولی منعقد شده و پس از بروز اختلاف بین طرفین،^{۱۰۴} از مقامات درخواست موافقت با داوری شود و هم شامل دعوا و نزاع احتمالی است که گفته شد اطلاق اصل مقتضی کسب اجازه پیش از انعقاد قرارداد داوری است.^{۱۰۵} و می‌دانیم هر دو طریق ارجاع اختلاف به داوری که امروزه در قوانین داوری غالب کشورها از جمله ایران از آنها تحت عنوان «موافقتنامه داوری» نام برده می‌شود، برابر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و خصوصاً بند «ج» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ تجویز و پذیرفته شده است.^{۱۰۶}

۱۰۳. برای اطلاع از این نظریات رک. جنیدی، لیا قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، صص ۷۷ به بعد بویژه صص ۸۲ و ۸۳.

104. *A posteriori*.

105. *A Priori*.

۱۰۶. به موجب این مقرر: «موافقتنامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی اختلافاتی که... به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود...».

بند سوم: وضع قانون عادی به منظور مجازات متخلفین از اصل ۱۳۹

راه‌حل یا پیشنهاد مزبور در واقع مبتنی بر این پیش فرض است که در شرایطی که هنوز فلسفه و علل وجودی اصل ۱۳۹ در صیانت از اموال عمومی و دولتی در مقابل تجاوز متجاوزین به بیت‌المال و ثروتهای عمومی باقی است یکی از راههای بازدارنده و مؤثر، وضع مقرراتی تحت عنوان قانون اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. البته، در این قانون لازم است کلیه ابهامات برطرف گردد که بعضی از آنها به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- تعیین دقیق اموال عمومی و دولتی با ارجاع به قوانینی که به‌نظر قانونگذار متکفل بیان این نوع اموال هستند، به‌شرطی که خود قانون موجد ابهام جدیدی نباشد؛
- ۲- تعیین اینکه اجازه و تصویب دولت و مجلس باید پیشاپیش باشد یا پس از آن نیز به‌شرطی که شرط داوری مقید و منوط به رعایت اصل ۱۳۹ باشد، ممکن است یا خیر؛
- ۳- پروسه و چگونگی تصویب در هیئت دولت؛
- ۴- تعیین اینکه لوایح تقدیمی از سوی دولت مثلاً باید یک فوریتی یا دو فوریتی (بسته به نوع قرارداد از جهت مبلغ، ضرورت و اهمیت آن) باشد؛
- ۵- تعیین مجازات برای مباشرین و معاونین عدم رعایت اصل مزبور. مجازات معینه می‌تواند یک عنوان مجرمانه مستقل بوده و مجازاتهای مشخصی برای مرتکبین از قبیل انفصال موقت یا دائم یا حبس و یا جزای نقدی مقرر نماید و یا اینکه تحت یکی از عناوین قانون مجازات اسلامی قرار گیرد.

اگرچه تعیین مجازات ممکن است با این استدلال که انگیزه مدیران شرکتها و سازمانهای دولتی را از بین ببرد، مورد انتقاد شدید کسانی قرار گیرد که در عرصه قراردادهای بین‌المللی جایی برای جرم و مجازات قائل نیستند ولی، مشاهده اقدامات بعضی مسئولین و مدیران دولتی که مؤسسات و سازمانهای دولتی و عمومی تحت اشراف خود را همچون حیاط خلوت خود تلقی می‌کنند و در حیف و میل اموال عمومی، ساخت و پاخت با شرکای خارجی به‌منظور مشروع جلوه دادن قراردادهای منعقد، دریافت و پرداخت کمیسیونها و حق دلالی‌های غیرقانونی و امثالهم از هیچ اقدام و تخلفی فروگذار نمی‌کنند، چاره‌ای برای توصیه چنین قانونگذاریهایی باقی نمی‌گذارد، ضمن اینکه بدین ترتیب مجبور می‌شوند به وظایف قانونی خود عمل نمایند.

گفتار چهارم - پیشنهاد یک راهکار عملی به مؤسسات و سازمانهای دولتی

در شرایط فعلی که حذف یا اصلاح اصل ۱۳۹ به مصلحت نیست و یا به زمان و توجیهات قوی نیاز دارد و از سوی دیگر، طولانی بودن تشریفات طرح درخواست در دولت و مجلس با مصلحت مربوط به سرعت در انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی قابل جمع نیست،

خوشبختانه ملاحظه بعضی قراردادهای مهم که به دلیل بروز اختلاف بین طرفین در اجرای قرارداد علنی شده و در قالب لایحه اجازه ارجاع اختلاف به داوری به صحن علنی مجلس کشیده شده این امکان را فراهم آورده تا به ابداعی پرداخته شود که در قراردادهای مزبور در خصوص رعایت اصل ۱۳۹ از همان بدو انعقاد اتخاذ شده است. توضیح اینکه، در این قراردادها طرف ایرانی موفق شده است لازم/اجرا بودن شرط داوری را منوط و معلق به رعایت اصل موصوف نماید. البته، این نحو توافق می‌تواند به نوبه خود خطرات و مشکلاتی را برای طرف ایرانی به همراه داشته باشد. چرا که ممکن است داوران به لزوم رعایت تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ قبل از ورود در ماهیت توجه نکرده و به صرف وجود شرط داوری صلاحیت خود را مفروض و مسلم اعلام کنند. با این حال، در وضعیت فعلی تنها طریق جمع بین دو مصلحت فوق، تمسک به طریق یادشده می‌باشد، ضمن اینکه مؤسسه دولتی می‌تواند خود را از اتهام عدم رعایت قانون اساسی مبرا نماید. ذیلاً به دو مورد از این قراردادها پرداخته می‌شود:

بند اول: قرارداد منعقدہ برای تأسیس کارخانه آلومینا با یک شرکت اروپایی^{۱۰۷}

در مناقصه مربوط به تأسیس کارخانه آلومینا^{۱۰۸} وابسته به یکی از وزارتخانه‌های ایران در سال ۱۳۷۰، یک شرکت اروپایی با مسئولیت محدود توانسته بود امتیاز احداث کارخانه را به دست آورده و در همان سال به عنوان پیمانکار مبادرت به انعقاد «موافقتنامه قرارداد شامل ۹ ماده و شش ضمیمه» با وزارتخانه مزبور جهت تولید بوکسیت به میزان ۲۸۰۰۰۰ متریک تن آلومینا در سال نماید. موافقتنامه، مطابق معمول قراردادهای از این نوع، دارای متنی به عنوان «شرایط عمومی پیمان یا قرارداد» بود. به موجب ماده ۸ موافقتنامه مقرر شده بود «حل و فصل اختلافات طبق بند ۳۵ شرایط عمومی قرارداد» به عمل آید. در این رابطه، بند ۱ ماده ۳۵ مقرر می‌کرد:

«هرگونه اختلاف، عدم توافق یا ادعای ناشی از قرارداد، فسخ و یا تفسیر این قرارداد و یا هر موضوع مرتبط دیگر چنانچه از طریق مذاکره دوستانه بین طرفین حل نشود بنا به درخواست هر دو طرف یا یکی از طرفین قرارداد به داوری ارجاع خواهد شد. داوری در ژنو، سوئیس، و مطابق آیین دادرسی مقید در مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل، پاریس، برگزار و تحت حکومت قوانین ذکر شده در ماده ۳۰ شرایط عمومی قرارداد حل و فصل خواهد شد.»

۱۰۷. بعضی از جزئیات قرارداد، پیوست «لایحه اجازه ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد طرح آلومینا ... با شرکت ... به داوری» در ترتیب چاپ شماره ۱۲۶۶ مورخ ۸۱/۴/۲۶ اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، سال سوم، دوره ششم قانونگذاری، ۱۳۸۱-۱۳۸۲ در دسترس همگان قرار دارد.

۱۰۸. موضوع قرارداد شامل تأمین تجهیزات، طراحی - مهندسی، انتقال دانش فنی، نظارت بر نصب، آموزش، نظارت بر راه‌اندازی بود.

مؤسسه ایرانی طرف قرارداد نه تنها موفق شده بود قانون ایران را به‌عنوان قانون قابل‌اعمال توسط داوران به قرارداد اصلی و نیز موافقتنامه داوری به طرف خارجی بقبولاند^{۱۰۹} بلکه، از طریق درج بند ۷ ماده ۳۵ دایرة اعمال بند ۱ ماده ۳۵ را محدود و منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی کرده بود. مطابق این مقرر: «اجرای این ماده (بند ۱ ماده ۳۵) منوط به مقررات ماده (اصل) ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود». مضافاً، از باب ایضاح موضوع، طی بند ۸ ماده ۳۵ موافقتنامه مقرر شده بود:

«چنانچه مجلس شورای (اسلامی) ایران از اجازه ارجاع اختلاف یا هرگونه عدم توافق خاص یا ادعا به داوری به شرحی که فوقاً اشاره شد امتناع نماید، چنین اختلاف، عدم توافق یا ادعا تحت صلاحیت رسیدگی محکمه ایران قرار خواهد گرفت».

پس از بروز یکسری مشکلات^{۱۱۰} خصوصاً وجود ایراد اساسی در یکی از قسمتهای مهم کارخانه به نام واحد ۱۱ موسوم به واحد انحلال لوله‌ای که به‌دلیل طراحی و ساخت غلط شیرهای کنترل آن و نیز عدم رفع عیب توسط پیمانکار، رابطه قراردادی طرفین از حالت دوستانه خارج می‌شود، طرف ایرانی مبلغ ۲ میلیون دلار از ضمانتنامه بانکی تودییی از سوی شرکت را به‌دلیل عدم انجام تعهد قراردادی و راه‌اندازی به‌موقع و رفع عیب از واحد ۱۱ کارخانه ضبط می‌نماید که این امر منجر به اعتراض شرکت و نهایتاً ترک محل کارگاه توسط پرسنل و مدیران شرکت می‌شود. متعاقباً، طرف ایرانی بقیه ضمانتنامه حسن انجام کار به مبلغ ۲۴/۴ میلیون دلار را جهت رفع عیب و ادامه عملیات ضبط نموده و از اواسط مهرماه ۱۳۸۰ یک شرکت چینی به‌عنوان مشاور خارجی استخدام می‌شود تا معایب واحد ۱۱ و سایر واحدها را رفع نماید. با توجه به قطع رابطه کاری و قراردادی طرفین، شرکت اروپایی در تیرماه ۱۳۸۰ با استناد

۱۰۹. مطابق ماده ۳۰: «قرارداد و کلیه اسناد قرارداد در تمامی جنبه‌های آن تحت قوانین جمهوری اسلامی ایران و در سایه این قوانین تفسیر، قرائت و اداره خواهد شد».

۱۱۰. بدو، پس از توافق طرفین به حل و فصل اختلافات ناشی از تأمین مبلغ ارزی پروژه در سال ۱۹۹۴ و ۱۹۹۵، پیمانکار متعهد می‌شود کارخانه را تا تاریخ ۲۵ دی ماه ۱۳۷۸ (۱۵ ژانویه ۲۰۰۰) راه‌اندازی و تحویل نماید. در تاریخ مقرر پس از بررسی‌های لازم، طرف ایرانی متوجه ایراد اساسی در یکی از قسمتهای مهم کارخانه به نام واحد ۱۱ یعنی واحد انحلال لوله‌ای می‌گردد که به‌دلیل طراحی و ساخت غلط شیرهای کنترل واحد یادشده، غیرقابل‌استفاده بودن آن را به پیمانکار اعلام می‌نماید و ظاهراً پیمانکار در مهلت اعطایی موفق به رفع عیب نمی‌شود. مجدداً، برابر توافق به‌عمل آمده بین طرفین در سال ۱۳۷۹ به پیمانکار مهلت داده می‌شود تا جهت رفع عیب واحد ۱۱ اقدام و در تاریخ ۱۳۸۰/۷/۱۵ کارخانه را جهت تولید قطعی و تضمینی تحویل دهد. همزمان، علی‌رغم پرداخت مبلغ ۲۵۷ میلیون دلار به شرکت اروپایی و تعهد به پرداخت ۷ میلیون دلار بقیه در ازای انجام باقیمانده فعالیت‌های مربوط به راه‌اندازی و تکمیل به‌صورت فایل‌استون (پرداخت در قبال انجام فعالیت‌های مشخص)، طرف ایرانی در قبال مطالبه شرکت با این استناد که شیرهای کنترل به‌صورت سالم و با استاندارد مطلوب تحویل نگردیده است ادعای وی را رد و شرکت پیمانکار نیز با این عنوان که نیاز به مطالعه و اصلاح شیرهای کنترل معیوب است راه‌اندازی کارخانه را به مدت یک‌سال دیگر به تأخیر می‌اندازد.

به بند ۱ ماده ۳۵ «شرایط عمومی قرارداد» که مطابق ماده ۸ موافقتنامه، حاکم بر حل و فصل اختلافات فیما بین بوده مبادرت به تقدیم درخواست داورى به دیوان بین‌المللی اتاق تجارت ICC نموده و اعاده ضمانتنامه و سود آن، بازگشت به کار جهت اتمام طرح، عدم به‌کارگیری مشاور خارجی دیگر و نیز محکومیت طرح تولید آلومینا به دلیل انتشار شایعات علیه اعتبار و شهرت شرکت را تقاضا می‌نماید.

کارخانه آلومینا از طریق مراجع مسئول طی نامه‌ای به اتاق تجارت بین‌الملل، با استناد به بند ۲ ماده ۶ مقررات داورى اتاق^{۱۱۱} و با اعلام اینکه قرارداد داورى میان طرفین مشروط به اعمال مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است به صلاحیت دیوان اعتراض و قرارداد داورى را به دلیل عدم حصول قید یادشده غیرنافذ اعلام می‌نماید. دیوان داورى بین‌المللی اتاق تجارت نیز با اعلام اینکه صلاحیت اتاق ظاهراً و اجمالاً (*prima facie*) در قرارداد منعقد قید شده و اینکه تصمیم نهایی در خصوص صلاحیت مطابق بند ۲ ماده ۶ مرقوم با هیئت داورى منتخب خواهد بود، رسیدگی به ایراد را به دیوان داورى محول می‌کند.

متعاقباً، طرفین داوران خود را معرفی و چون در خصوص تعیین سرداور توافق به عمل نمی‌آید، مطابق بند ۳ ماده ۳۵ شرایط عمومی قرارداد، سرداور توسط رئیس اتاق تجارت بین‌الملل تعیین و معرفی می‌شود. با تنظیم صورتجلسه مربوط به وظایف و مأموریت داوران در جلسه ۱۰ اسفند ۱۳۸۰، طرف ایرانی از هیئت داورى درخواست می‌کند در اجرای بند ۷ ماده ۳۵ شرایط عمومی قرارداد، به منظور اخذ مجوزهای مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، داورى معلق و متوقف شود که این امر از سوی هیئت داورى رد شده ولی درخواست دیگر طرف ایرانی مبنی بر تفکیک رسیدگی به ماهیت و صدور رأی مقدماتی در خصوص صلاحیت مورد قبول واقع می‌شود. در تاریخ ۱۱ و ۱۲ تیرماه ۱۳۸۱ هیئت داورى بنا به درخواست طرف ایرانی مبنی بر رسیدگی نسبت به ایراد عدم صلاحیت جهت استماع دلایل و شهود طرفین تشکیل جلسه داده و پس از استماع اظهارات و دلایل طرفین، اعلام می‌نماید هیئت داورى قصد دارد رأی خود در مورد صلاحیت را حداکثر تا مهرماه ۱۳۸۱ صادر کند و اینکه از ۱۲ تیرماه به بعد هیچ لایحه‌ای را از ناحیه طرفین در مورد صلاحیت نخواهد پذیرفت.

از همین جا، مسئولین طرح آلومینا در وقت باقیمانده با این استدلال که سرداور سوئیسی در خصوص مشروط بودن توافق داورى با به تأخیر انداختن تصمیم به شرح فوق در واقع به آنان

۱۱۱. مطابق این مقرر که از اول ژانویه ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا می‌باشد، چنانچه «... یکی از طرفین به یک یا چند ایراد مرتبط با وجود، اعتبار یا محتوای قرارداد داورى متمسک شود، دیوان داورى بین‌المللی اتاق، بدون پیش داورى در خصوص قابل‌پذیرش بودن یا صحت این ایراد یا ایرادات و به شرطی که اجمالاً نظرش بر این باشد که وجود یک قرارداد داورى که مقررات داورى اتاق را ملاک حل و فصل دعوا قرار داده ممکن و موجود است، می‌تواند تصمیم بگیرد که داورى برگزار خواهد شد. در چنین فرضی، این حق دیوان داورى منتخب خواهد بود که هرگونه تصمیمی را در خصوص صلاحیت خود اتخاذ نماید...».

مهلت داده تا تصمیم مجلس را نفیاً یا اثباتاً قبل از انقضای فرجه یادشده اخذ و به هیئت داوری ارائه نمایند، مبادرت به تسلیم لایحه‌ای از طریق هیئت دولت تحت عنوان «لایحه اجازة ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد طرح آومینا ... با شرکت ... به داوری» به مجلس شورای اسلامی نموده و درخواست می‌کنند نظر مجلس تا پایان شهریور سال ۱۳۸۱ اعلام شود زیرا در غیر این صورت تأخیر زمانی نامعقول در اخذ مجوزهای لازم، از نظر هیئت داوری به منزله نفی حق دادخواهی شرکت اروپایی تلقی و موجب به خطر افتادن حقوق حقه طرح تولید آومینا خواهد شد. پس از اعلام وصول لایحه در جلسه علنی مجلس و ارجاع آن به کمیسیون قضائی، کمیسیون مزبور نیز با حضور کارشناسان و مسؤولین طرح آومینا و پس از بحث و تبادل نظر، با ارجاع دعوا به داوری مخالفت کرده و در واقع بر بند ۱ ماده ۳۵ موافقتنامه که صلاحیت محاکم ایران در فرض عدم تجویز مراجعه به داوری از سوی مجلس را مفروض اعلام کرده، صحه می‌گذارد. بالاخره، تصمیم و گزارش کمیسیون قضائی در جلسه علنی مجلس شورای اسلامی مطرح و تصمیم کمیسیون با اکثریت آراء به تصویب می‌رسد.^{۱۱۲}

آنچه قابل ذکر و در عین حال جالب است اینکه دیوان داوری علی‌رغم استناد طرف خارجی (خواهان) به اصل متخذ از رویه داوران بین‌المللی مبنی بر غیرقابل‌پذیرش بودن ادعای عدم اعتبار قرارداد داوری با استناد به ممنوعیت مراجعه به داوری ناشی از مقررات داخلی خواننده، استدلال طرف ایرانی مبنی بر عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعوی مطروحه را مورد پذیرش قرارداده و خصوصاً پس از مرور و اشاره به آرای مختلفی که در رد اصل ۱۳۹ توسط داوران بین‌المللی و بعضی محاکم خارجی صادر گردیده، اعلام می‌کند:

«مع‌ذلک، قرارداد حاضر کاملاً و به‌طور مبنایی با قراردادهای موضوع آرای یادشده متفاوت است. در هیچ‌یک از آنها اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران یا مقررات مشابه آن مثل قرارداد حاضر در شرط داوری ادغام نشده بود (تا اجرای شرط منوط و مقید به رعایت و اجرای اصل مزبور گردد). بنابراین، قضیه حاضر باید از آرای مورد اشاره کاملاً متمایز و تفکیک شود.»

چه، همان‌طور که دیوان در فراز دیگری از رأی خود متذکر شده، بندهای ۷ و ۸ ماده ۳۵ قرارداد منعقد قلمرو اجرای بند ۱ همان ماده ناظر بر صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل را مشروط و مقید به رعایت اصل ۱۳۹ کرده و به این اعتبار، اصل مرقوم نه شرط اعتبار قرارداد داوری (آن‌طور که خواهان مدعی است) بلکه شرط اعمال و اجرای قرارداد بوده است، به خصوص اینکه عدم تصویب مجلس موجب استقرار صلاحیت محاکم ایران قرار داده شده است.

۱۱۲. رک. روزنامه رسمی، مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۶۸۷۵، جلسه ۲۸۲، صص ۲۴ و ۲۵.

بند دوم: قرارداد منعقدہ بین یک شرکت صنایع چوب ... و یک کنسرسیوم

خارجی^{۱۱۳}

بهموجب قرارداد مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ یک کنسرسیوم متشکل از چهار شرکت متعهد بوده کلیه کارهای مربوط به طراحی، مهندسی، ساخت، تأمین تجهیزات و قطعات یدکی، نظارت بر عملیات، نصب و راه‌اندازی و آموزش پرسنل، آزمایش‌های اثبات ظرفیت و نیز رفع نواقص مستند به خود و تعهدات دوران گارانتی مربوط به احداث یک مجتمع تولید کاغذ را به اتمام رساند.

در این قرارداد، به شرح ماده ۳۷ مقررات مفصلی در ده بند تحت عنوان «حل و فصل اختلافات و داوری» مورد توافق طرفین قرار گرفته بود. در بند ۱ آن بدو طرفین مکلف شده بودند در فرض بروز هرگونه اختلاف یا عدم توافق در تفسیر یا مفهوم هر ماده‌ای از قرارداد، نهایت تلاش و سعی خود را جهت حل اختلاف از طریق مذاکره مستقیم و تفاهم به عمل آورند و چنانچه اختلاف و تعارض ادامه یافت، هر طرف شخصی را جهت مذاکره و حل اختلاف معرفی نماید. در فرض عدم توفیق، این دو نفر شخص سوم بی‌طرفی را مشترکاً انتخاب نمایند تا مجتمعاً به رفع مشکل اقدام کنند. چنانچه تلاش هر سه نفر نیز ظرف شش ماه منتج به نتیجه‌ای نشد، در آن صورت به شرحی که خواهد آمد به داوری مراجعه نمایند (بند ۱-۱ ماده ۳۷).

آنگاه پس از ذکر جزئیات دیگری در خصوص نحوه و زمان مراجعه به داوری، کیفیت ادامه و اجرای تعهدات متقابل ناشی از قرارداد حتی در جریان داوری و سایر مسائل به شرح بند ۲ الی ۷، بالاخره در بند ۸ توافق کرده‌اند: «داوری در شهر نوشاتل سوئیس مطابق قواعد و اساسنامه اتاق تجارت بین‌الملل برگزار و کل جریان دادرسی نیز به زبان انگلیسی خواهد بود. حقوق حاکم و قابل اعمال مطابق ماده ۳۶ خواهد بود»^{۱۱۴}.

با وجود این، بند ۹ مقررۀ مورد بحث در انطباق با لزوم رعایت اصل ۱۳۹ مقرر داشته

است:

«تصویب پیشاپیش پارلمان جمهوری اسلامی ایران جهت امکان ارجاع اختلاف به داوری مورد بحث ضروری و لازم است. شرکت (ایرانی) متعهد خواهد بود چنین مصوبه‌ای را تحصیل نماید و پیمانکار نیز با ارائه مدارک و مستندات لازم به این امر مساعدت خواهد کرد». و بلافاصله به شرح بند ۱۰ همان ماده مقرر شده: «چنانچه مصوبۀ پارلمان ظرف ۱۲ ماه کسب نشود، اختلاف جهت حل و فصل نهایی به محکمۀ صالح جمهوری اسلامی ایران ارجاع خواهد شد».

۱۱۴. بعضی جزئیات قرارداد، پیوست «لایحۀ اجازه ارجاع اختلافات بین شرکت صنایع چوب ... و کنسرسیوم موضوع قرارداد ... مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ به داوری اتاق تجارت بین‌الملل» طی ترتیب چاپ شماره ۳۳۳ اداره قوانین مجلس شورای اسلامی، دورۀ هفتم قانونگذاری - سال اول، مورخ ۱۳۸۳/۶/۳ تقدیم مجلس شورای اسلامی گردیده است.

۱۱۴. متأسفانه، در پیش‌نویس لایحه و ضمیمه، متن ماده ۳۶ منعکس نشده است.

در راستای اجرای قرارداد، موارد اختلاف متعددی بروز می‌کند که عمدتاً ناشی از طراحی ناقص، عدم حصول شاخصهای مورد تضمین کنسرسیوم و همچنین عدم ایفای تعهدات قراردادی بوده به طوری که مجتمع را مجبور نموده بود مبالغ معتنا بهی را جهت حل مقطعی معضلات و جرایم ناشی از تأخیر و جرایم کمی و کیفی محصولات به حساب کنسرسیوم بپردازد، خصوصاً معایب زیست‌محیطی که عدم رفع آنها می‌تواند تعطیلی کارخانه را به دنبال داشته باشد.

گزارش مجتمع حکایت از آن دارد که چون هدفش فراهم بودن مجتمعی کامل، بدون نواقص عمده و قابل اطمینان مطابق شرایط قراردادی بوده بنابراین، با اتخاذ مواضع انعطاف‌پذیر، طرف خارجی را ترغیب به رفع نواقص و تکمیل کار کرده و حتی جهت نشان دادن حسن نیت از حق قراردادی خود مبنی بر ضبط ضمانتنامه‌های حسن انجام کار استفاده نکرده است. متأسفانه، کنسرسیوم نه تنها همکاری لازم را به عمل نیاورده بلکه مبادرت به طرح دعوا به خواسته ۷۲ میلیون دلار در دیوان بین‌المللی داوری اتاق تجارت نموده است. این در حالی است که اواسط سال ۸۱ پیشنهاد کرده بود در قبال نواقص و اختلافات موجود با پرداخت مبلغ ۶/۷ میلیون مارک مصالحه شود!

با طرح موضوع در اتاق تجارت بین‌الملل، مجتمع از یک سو از مراجع مسئول می‌خواهد موضوع را نزد دیوان مزبور پیگیری نماید، که در همین راستا، مرجع مربوط نیز طی لایحه‌ای عدم صلاحیت دیوان را اولاً به دلیل طی نشدن مرحله میانجیگری مقدماتی پیش‌بینی شده در قرارداد و ثانیاً مشروط و معلق بودن صلاحیت اتاق تجارت بین‌الملل به تصویب و پذیرش شرط داوری از سوی مجلس شورای اسلامی با استناد به بند ۲ ماده ۶ اساسنامه اتاق، اعلام می‌نماید. و از سوی دیگر، از طریق وزارت مربوط موضوع را جهت اخذ مجوز از مجلس به هیئت دولت منعکس می‌کند که پس از بررسی و اخذ نظر از کارشناسان و وزارتخانه‌ها، با نظر موافق لایحه‌ای تحت عنوان «لایحه اجازه ارجاع اختلافات بین شرکت صنایع چوب ... و کنسرسیوم موضوع قرارداد ... مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۴ به داوری اتاق تجارت بین‌الملل» تهیه و به مجلس ارسال می‌شود.

به هر تقدیر، علی‌رغم اینکه در وضعیت فعلی پذیرش شرط داوری و لازم‌الاجرا بودن آن به‌نحو معلق و مشروط بر تصویب و اجازه مجلس شورای اسلامی، تنها طریق ممکن برای جمع بین دو مصلحت مربوط به لزوم تسریع در انعقاد قراردادهای توسعه اقتصادی و رعایت تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ معرفی شد ولی باید توجه داشت که اولاً، با توجه به پذیرش جهانی اصل مربوط به اختیار داوران بین‌المللی در صدور حکم به صلاحیت خود، مستبعد نیست داوران موصوف در مواردی به این امر که صلاحیتشان منوط به موافقت یک حاکمیت باشد واقعی ننهادند و به‌صرف وجود شرط داوری صلاحیت خود را احراز و اعلام نمایند. ثانیاً، به هنگام قید لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در قرارداد منعقد، لازم است به ترکیب عبارات و کلمات به‌کار رفته توجه

کافی مبذول شود تا- همان‌طور که در قضیه کارخانه آلومینا از نظر گذشت و دیوان داورى رسیدگی‌کننده نیز در عدم صلاحیت خود بر روی آن انگشت گذاشته بود- رعایت اصل موصوف قید لازم/اجرا بودن شرط داورى تلقی شود و نه قید صلاحیت داوران. چرا که بدین‌وسیله هرگونه شائبهٔ مربوط به نفی اصل اختیار داوران در اظهارنظر و صدور حکم بر صلاحیت خود از بین می‌رود. ثالثاً، نفی و رد منظم لوایح مربوط به داورى توسط مجلس شورای اسلامی، نه تنها موجب می‌شود رویهٔ پیشنهادی به مؤسسات ایرانی مبنی بر منوط کردن لزوم شرط داورى به رعایت اصل ۱۳۹ لوث شده و در دراز مدت به مثابهٔ شرط لغو تلقی شود، مضافاً تمایل و رغبت طرفهای خارجی در پذیرش چنین قیدی را از بین خواهد برد.

نتیجه

به هر تقدیر، به‌نظر می‌رسد در حقوق داورى ایران اعم از ملی و بین‌المللی، باید بین دو مورد از داوریه‌ها قائل به تفکیک شد: موردی که اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی حل دعاوی و اختلافات خود را به داورى بین‌المللی واگذار می‌کنند و موردی که مؤسسات و سازمانهای دولتی ایرانی در قراردادهای منعقد شده شرط صلاحیت داورى ملی یا بین‌المللی را قید می‌کنند. در قسم اول پذیرش صلاحیت داورى در عرض صلاحیت قضائی و در نتیجه تعلیق جریان رسیدگی و حتی صدور عدم صلاحیت قابل دفاع به‌نظر می‌رسد. چه، تراضی بر صلاحیت داور یا داوران منتخب متعلق اراده افراد خصوصی بوده و با منافع عمومی و حاکمیت دولتها چندان تلاقی و تنافی ندارد. این امر با تصویب قانون داورى تجاری بین‌المللی خصوصاً ماده ۸ آن صراحت بیشتری یافته است. با وجود این، بحث در خصوص دامنه و شمول صلاحیت داورى و مطلق بودن آن با توجه به مشروط بودن صلاحیت موصوف به درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه و همچنین نیاز داورى به مداخله مراجع قضایی در موارد چندی از جمله صدور قرار تأمین و نصب داور طرف ممتنع و مانند آن مفتوح است. ولی، در داورى قسم دوم به‌دلیل برخورد موضوع با منافع عمومی و حاکمیتی و با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی پذیرش اصل صلاحیت داورى در حقوق ایران با مانع و ایراد جدی مواجه است و به همین دلیل نمی‌توان و نباید از اصل پذیرفته شده در داورى بین‌المللی مبنی بر غیرقابل قبول بودن استناد به مقررات داخلی جهت نفی صلاحیت داوران بین‌المللی تمکین نمود.