

سلاسل
الفضائل

١٤١٥٢٩

دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

مسئولیت بین المللی دولت ناشی از امتناع از شرکت در داوری یا عدم اجرای آرای داوری

استاد راهنما: جناب آقای دکتر سید جمال سیفی

استاد مشاور: جناب آقای دکتر هدایت الله فلسفی

نگارش:

وفا مشعل

۱۳۸۸/۱۲/۲

کتابخانه اطلاعیه مرکز علمی پژوهش
تهران

پایان نامه تحصیلی برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق بین الملل

تابستان ۱۳۸۷

۱۳۱۵۲۹



نام خانوادگی: مشعل

نام: وفا

دانشکده: حقوق

رشته تحصیلی: حقوق بین الملل

نام استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی

تاریخ فراغت: سال

عنوان پایان نامه: مسئولیت بین المللی دولت ناشی از امتناع از شرکت در داوری یا عدم اجرای آرای داوری

چکیده

مبنای مسئولیت بین المللی دولت در خصوص تعهدات ناشی از داوری، «انجام عمل از نظر بین المللی نادرست». در این حوزه رکن موضوعی «عمل از نظر بین المللی نادرست» را می توان در دو قالب شکلی و محتوایی بررسی کرد؛ به لحاظ شکلی، امتناع از شرکت در داوری بر صورتیکه دولت طی معاهده یا شرطی متعهد به شرکت در آن شده باشد موجبات مسئولیت بین المللی دولت یاد شده و در نتیجه اعاده وضعیت به شکل پیشین (جبران خسارت) و ترضیه خاطر زیاد دیده را فراهم می آورد و به لحاظ محتوایی، عدم اجرای رأی داوری به معنای عدم اجرای نتیجه تعهد است. دولتی که رضایت خود نسبت به داوری و نتایج آن را به وسیله شرط یا قراردادی نشان داده است، ملزم به اجرای آثار و نتایج داوری و از جمله اجرای رأی داوری نیز هست. در نتیجه عدم اجرای رأی داوری، موجب مسئولیت بین المللی دولت خاطی است.

در مورد رکن فاعلی استفاده کمیسیون حقوق بین الملل از واژه ی «نقض یک تعهد» به جای نقض یک هنجار یا قاعده بین المللی در بند ب ماده ۳ بخش نخست طرح مسئولیت نشان می دهد که نقض تعهد دولت، الزاماً از یک قاعده یا هنجار بین المللی ناشی نمی شود بلکه تصمیمات قضایی و داوری و تصمیمات سازمانهای بین المللی نیز می توانند منشأ این تعهدات باشند. بنابراین عدم اجرای رأی داوری مصداق بارز نقض تعهد دولت و «عمل از نظر بین المللی نادرست» است.

امروزه داوری از دیدگاه نهادهای بین المللی امری خصوصی نبوده و به یکی از مباحث مهم حقوق بین الملل تبدیل شده است. این نهادها جایگاه مهمی در حقوق بین الملل پیدا کرده و نقض تعهدات ناشی از آن، اعم از عدم شرکت در داوری و عدم اجرای آرای داوری موجبات مسئولیت بین المللی دولت خاطی را فراهم می آورد.

فهرست مطالب

مقدمه	۱
بخش نخست- داوری بین‌المللی، قلمرو و الزامات مربوط به آن	۷
فصل نخست- داوری بین‌المللی و الزامات مربوط به آن	۸
گفتار نخست- داوری بین‌المللی	۸
بند نخست- مفهوم داوری و رای داوری	۹
بند دوم- جایگاه داوری در ساختار جامعه بین‌المللی	۱۱
۱-۲- داوری حقوق بین‌الملل عمومی و ساختار کلاسیک جامعه بین‌المللی	۱۱
۲-۲- داوری بازرگانی بین‌المللی و تحول ساختار جامعه بین‌المللی	۱۲
گفتار دوم- اجرای رای داوری بین‌المللی و تفکیک آن از شناسایی	۱۴
بند نخست- تفکیک شناسایی و اجرا در اسناد بین‌المللی	۱۴
بند دوم- تمایز مفهوم اجرای رای داوری بین‌المللی از شناسایی آن	۱۵
۱-۲- اسناد بین‌المللی	۱۷
الف- کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک	۱۷
ب- کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن	۱۷
ج- کنوانسیون ۱۹۶۱ اروپایی	۱۹
د- کنوانسیون ۱۹۷۵ پاناما	۲۰
ه- معاهده آفریقایی ۱۹۹۳	۲۱
فصل دوم- حضور در داوری	۲۲
شیوه‌های ارجاع به داوری	۲۲
بند نخست- شرط داوری	۲۳
۱-۱- مفهوم شرط داوری و گونه‌های آن	۲۴
۱-۲- تکامل تاریخی شرط داوری	۲۵
۱-۳- ماهیت شروط داوری	۲۶
بند دوم- معاهده دائم داوری	۳۰
۲-۱- مفهوم معاهده دائم داوری	۳۱
۲-۲- شرایط شکلی و ماهوی معاهده دائم داوری	۳۲
الف- اصل وفای به عهد	۳۳
ب- اصل حسن نیت طرفین معاهده	۳۵
بخش دوم- مسئولیت بین‌المللی دولت در خصوص داوری	۴۰

- فصل نخست- مسئولیت بین‌المللی دولت ۴۱
- گفتار نخست- مبانی مسئولیت بین‌المللی دولت ۴۶
- بند نخست- اعمال موجه مسئولیت بین‌المللی ۴۶
- ۱-۱- مسئولیت مبتنی بر خطا ۴۷
- ۱-۲- مسئولیت مبتنی بر خطر ۵۲
- گفتار دوم- موارد مسئولیت‌زا و ضمانت اجرا ۵۷
- بند نخست- ارکان عمل از نظر بین‌المللی نادرست ۵۷
- ۱-۱- رکن فاعلی ۵۸
- ۱-۲- رکن موضوعی (نقض تعهد) ۵۹
- بند دوم- عمل دولت ۶۶
- ۲-۱- اعمال قابل انتساب به دولت ۶۶
- ۲-۲- اعمال غیرقابل انتساب به دولت ۶۷
- ۲-۳- رکن دولت ۷۰
- فصل دوم- مسئولیت بین‌المللی ناشی از تعهدات مربوط به داوری بین‌المللی ۷۳
- گفتار نخست- اصول عام مسئولیت ناشی از عدم اجرای رای داوری بین‌المللی ۷۳
- بند نخست- آثار حقوقی نقض ۷۳
- بند دوم- حکم به توقف اقدامات متخلفانه به عنوان جبران خسارت و اجرای آن ۷۵
- بند سوم- تکلیف به توقف نقض و عدم تکرار دولت متخلف از اجرای حکم ۷۶
- گفتار دوم- شیوه‌های سقوط تعهدات ناشی از عدم اجرای رای داوری بین‌المللی ۸۲
- بند نخست- جایگزینی ۸۲
- ۱-۱- حدود جایگزینی ۸۵
- بند دوم- جبران خسارت مالی ۸۷
- ۲-۱- مفهوم خسارت ۸۷
- ۲-۲- رابطه تامین خسارت و جایگزینی ۸۸
- ۲-۳- رابطه تامین خسارت و ترضیه خاطر زیان‌دیده ۸۹
- ۲-۴- اجزاء خسارت و چگونگی تشخیص آن ۹۰
- ۲-۵- پرداخت خسارت به صورت توافقی و یا صدور رای مبتنی بر مصالحه
- مرضی‌الطرفین ۹۲
- ۲-۶- خسارات وارده بر اشخاص ۹۲
- بند سوم- ترضیه خاطر زیان‌دیده ۹۲

۹۳	۳-۱- ماهیت حقوقی ترضیه خاطر زیان دیده.....
۹۳	۳-۲- اشکال مختلف ترضیه خاطر زیان دیده.....
۹۳	الف- کلیات.....
۹۳	ب- اعلان عمل خلاف توسط دیوان داوری یا محکمه قضائی بین المللی.....
۹۴	ج- اعلان توسط دولت زیان زننده.....
۹۵	د- مصونیت قضایی دولت و اجرای رای داوری.....
۹۷	- مصونیت قضایی دولت.....
۹۸	- حدود مصونیت قضایی دولت.....
۱۰۰	بند چهارم- جبران زیان ناشی از تعهدات مربوط به داوری بین المللی.....
۱۰۱	۴-۱- چگونگی تامین خسارت.....
۱۰۱	الف- جبران کامل.....
۱۰۲	ب- منشا تعهد به جبران.....
۱۰۳	۴-۲- سببیت.....
۱۰۴	۴-۳- تکلیف به تقلیل خسارات.....
۱۰۸	نتیجه گیری.....
۱۱۱	فهرست منابع.....

مقدمه

انعقاد معاهدات گوناگون داوری بین‌المللی، در کنار حجم انبوه معاهدات بین‌المللی که در آنها شرط داوری گنجانده شده است، گویای این واقعیت مهم است که امروزه داوری به عنوان یک شیوه گسترده برای رفع اختلافات در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است. همچنین آرای داوری نقش مهمی در تحول حقوق بین‌الملل داشته است که از جمله می‌توان به آرای داوری آلاباما^۱ میان آمریکا و انگلستان در ۱۸۷۲، جزیره پالماس^۲ ۱۹۲۸ در مورد تملک سرزمین و آرای دیوان مختلط داوری میان ایران و آمریکا^۳ به ویژه در زمینه مصادره اموال خارجی اشاره کرد. از اینرو اثبات اهمیت موضوعی چون داوری بین‌المللی نیاز به بحث چندانی ندارد.

1. Alabama Arbitration

2. Island of Palmaz Case (1898), 2 Rep of Int-Arbitral Award, 829

3. Amoco Finance Case, 15 Iran-U.S. CTRI 1890

۴. مقتدر، هوشنگ، حقوق بین‌الملل عمومی، موسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۱۵

داوری از نظر تاریخی، دارای قدمت بسیاری است و از زمان‌های بسیار دور وجود داشته است. در دوران باستان، در بین‌النهرین و به ویژه میان شهرهای یونان^۵ و نیز در قرون میانی از این روش به منظور حل اختلافات سیاسی و مرزی و مانند آن استفاده می‌شده است. اما می‌توان گفت که تاریخ داوری بین‌المللی جدید از زمان معاهده منعقد شده میان انگلستان - آمریکا (معاهده جی) در سال ۱۷۹۴ آغاز می‌شود.^۶

تحول داوری با وقوع حادثه آلاباما به اوج خود رسید و دنیا شاهد حل اختلاف دو قدرت بزرگ از طریق داوری بود. عهدنامه ۸ می ۱۸۷۱ واشنگتن برای نخستین بار تشکیل یک رکن و مرجع داوری را در یک معاهده بین‌المللی منعکس ساخت. این دادگاه مرکب از ۵ داور با تابعیت‌های گوناگون بود که رای خود را در ۱۴ دسامبر ۱۸۷۲ صادر کرده و دولت انگلیس را موظف به پرداخت غرامت نمود.^۷ تا سال ۱۸۵۰، داوری اجباری به سختی قابل شناسایی است.^۸ به این معنا که اساساً داوری‌ها اختیاری بوده‌اند. اما داوری کم‌کم از جنبه سیاسی و اختیاری، به جنبه حقوقی و اجباری، پیشرفت نمود. نخستین مرحله مهم این تحول مستمر، کنفرانس صلح ۱۸۹۹ لاهه بود که در آن، معاهده مربوط به حل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی مورد تصویب قرار گرفت و در آن برای نخستین بار احصای دعاوی حقوقی قابل طرح در حکمیت‌های اجباری از سوی دولت تزاری روس ارایه شد. عنوان چهارم و مواد ۱۵ تا ۵۷ این معاهده کلاً به داوری اختصاص دارد.

۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی چاپ سیزدهم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۴۲۸.

۶. میرعباسی، باقر، حقوق بین‌الملل عمومی، ج ۲، نشر دادگستر، چاپ نخست، زمستان ۱۳۷۶، ص ۱۱۰.

۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ماخذپیشین، ص ۴۲۸.

8. Hudson, m.o; The permanent court of International Justice, New York, 1972, p.3.

دیوان دایمی داوری در سالهای میان ۱۹۰۰ تا ۱۹۳۲ به بیست مورد از اختلافات مطرح شده رسیدگی کرد. با این وجود ترکیب دیوان در هر مورد آنقدر تفاوت دارد که نمی تواند رویه واحدی ایجاد کند.^۹

در کنفرانس دوم صلح لاهه، در سال ۱۹۰۷، دوباره مسئله داوری مطرح شد و با وجود اختلاف نظرهایی که وجود داشت، در نهایت، داوری اجباری^{۱۰} برای نخستین بار، مورد پذیرش واقع شد. در این عهدنامه، هدف و موضوع داوری حل اختلاف میان کشورها به وسیله دادرسان انتخابی خود بر اساس احترام به مقررات حقوقی معرفی شد.^{۱۱} از سال ۱۹۲۰ به بعد، دولت‌های گوناگون در حل مسالمت‌آمیز اختلافات به این شیوه توسل جسته و میثاق جامعه ملل در مواد ۱۲ و ۱۳ خود رجوع به داوری را برای حل اختلافات بین دولت‌های عضو الزامی تلقی کرد. ایجاد جامعه ملل و جنبش ملت‌ها به نفع حمایت از صلح، موجب پیشرفت‌های دیگری در زمینه داوری شد که از آن جمله می‌توان به پیمان عمومی داوری^{۱۲} اشاره کرد که به وسیله مجمع جامعه ملل به تصویب رسید.^{۱۳}

پس از پایان جنگ دوم جهانی، پیمان عمومی داوری مورد تجدیدنظر قرار گرفت. البته، منشور ملل متحد نیز در فصل ششم خود در ماده ۳۳ با عنوان حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، داوری را به عنوان یک راه حل اجباری در نظر گرفت. در این مرحله، همچنین قراردادهای ناحیه‌ای مربوط به حل مسالمت‌آمیز اختلافات، از جمله پیمان

۹. اکهرست، مایکل، حقوق بین الملل نوین، ترجمه دکتر بهمن آقایی، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۶، ص ۲۸۸

10. Obligatory Arbitration

۱۱. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، ماخذ پیشین، ص ۴۲۸

12. General Act of Arbitration

۱۳. میرعباسی، باقر، ماخذ پیشین، ص ۱۱۱.

۱۹۴۸ بوگوتا،^{۱۴} معاهده اروپایی ۱۹۵۷، پروتکل ۱۹۶۵ قاهره نیز زیر نظر اتحادیه آفریقایی منعقد شده که در آنها داوری به عنوان راه حل اختلافات در نظر گرفته شده است.^{۱۵} امروزه داوری به عنوان یک شیوه گسترده برای رفع اختلافات در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است.

از سویی می‌دانیم که پذیرش داوری، توافقی دوجانبه است و از اینرو، تابع تشریفات، آثار و نتایج چنین توافقی‌هایی است. بنابراین نقض قواعد مربوط به چنین توافقی می‌تواند موجبات مسئولیت دولت خاطی را فراهم آورد. با توجه به این پیش فرض، چنین مسئولیتی می‌تواند به سبب نقض یکی از ارکان سازنده تعهدات دولت در خصوص داوری یا تعهدات ضمنی مستتر در موافقتنامه داوری باشد که شامل «استنکاف از شرکت در داوری» و «عدم اجرای رای داوری» است. بررسی ابعاد نقض تعهدات دولت در خصوص دو مبحث یادشده، از سویی مستلزم شناخت داوری در نظام حقوق بین‌الملل است که خود متضمن پاسخ به این پرسش است که آیا هنوز باید به داوری به عنوان امری خصوصی نگریست؟ و اینکه این نهاد، می‌تواند به عنوان یکی از زمینه‌های حقوق بین‌الملل، قواعد حقوق یاد شده (و از جمله مسئولیت بین‌المللی) را منعکس نماید؟ از دیگر سو لازم است تا ابعاد اختصاصی و آثار مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قالب تعهدات شکلی و ماهوی تبیین شود.

14. Pact of Bogota

۱۵. همان.

از اینرو، پژوهش حاضر به دو بخش جداگانه تفکیک شده است. در بخش نخست، پس از رایه تعریفی از داوری و نیز شناسایی قلمرو، انواع و اهداف این نهاد به تحلیل و تبیین تعهدات و الزامات ناشی از موافقتنامه داوری پرداخته خواهد شد تا در موضع مقتضی، با استناد به مسئولیت دولت در صورت نقض تعهدات یاد شده به ویژه از طریق عدم حضور یا عدم اجرا، پاسخ پرسش‌های مطرح شده داده شود.

در بخش دوم، با معرفی مسئولیت ناشی از نقض قواعد حقوقی، به عنوان ستون فقرات نظام‌های حقوقی، در فصل نخست به تبیین مسئولیت بین‌المللی دولت پرداخته شده است. در این راستا، مبانی مسئولیت یاد شده، اعم از مبنای خطر و مبنای تقصیر، تحلیل شده و پس از آن در راستای شناسایی موارد مسئولیت‌زا و ضمانت اجرای آنها، ارکان عمل از نظر بین‌المللی نادرست اعم از رکن فاعلی و موضوعی شناسایی و بررسی شده‌اند. یکی از مسایل مطرح در این خصوص تشخیص این نکته است که حقوق بین‌الملل برای اثبات وجود احتمالی یک عمل از نظر بین‌المللی نادرست چه رفتاری را عمل درست تلقی می‌کند؟ از اینرو، بررسی مفهوم عمل درست و شرایط انتساب به آن، ادامه پژوهش را تشکیل می‌دهد، تا اعمال قابل انتساب و غیرقابل انتساب به دولت، مشخص شوند.

به منظور تبیین آثار و نتایج مسولیت ناشی از عدم حضور و عدم اجرای رای داوری، در فصل دوم، ابتدا اصول عام مسئولیت ناشی از عدم اجرای آرای داوری بین‌المللی به نگارش درآمده و در این راستا، آثار حقوقی نقض یادشده، حکم به توقف اقدامات متخلفانه و تکلیف به توقف نقض و عدم تکرار دولت خاطی به عنوان مباحث مربوط مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

شیوه‌های سقوط تعهدات ناشی از عدم اجرای رای داورى بین‌المللى، در گام بعدى، در قالب‌های جایگزینی، تامین خسارت و تامین رضایت دولت زیان‌دیده به بحث گذارده شده و از آنجا که بحث مسئولیت یا عدم مسئولیت دولت مستلزم پیش‌فرض عدم مصونیت دولت در این خصوص است، در گام بعدی به مصونیت قضائى دولت پرداخته شده و چگونگی تامین خسارت، بخش پایانی پژوهش حاضر را تشکیل داده است.

در تدوین این پژوهش بنیادین، از شیوه مطالعات کتابخانه‌ای به روش توصیفی-تحلیلى استفاده شده و تلاش بر آن بوده است تا با استناد به تئوری‌ها، کنوانسیون‌ها، آرای دیوان‌های بین‌المللى و اصول حقوق بین‌الملل، ابعاد گوناگون مسئولیت دولت در خصوص نقض تعهدات ناشی از داورى تحلیل شود.

لازم می‌دانم از زحمات استاد گرانقدرم، جناب آقای دکترستیفی که مسئولیت راهنمایی پژوهش حاضر را پذیرفتند و نیز جناب آقای دکتر فلسفی که نظرات ارزشمندشان در سمت استاد مشاور راهنمای تدوین این پژوهش بوده است، سپاسگزاری نمایم.

بخش نخست - داوری بین‌المللی، قلمرو و الزامات مربوط به آن

فصل نخست - داوری بین‌المللی و الزامات مربوط به آن

فصل دوم - حضور در داوری

فصل نخست - داوری بین‌المللی و الزامات مربوط به آن

برای تبیین هرچه بیشتر مسئله، در فصل حاضر به تبیین مفهوم و نقش داوری بین‌المللی و نیز مصونیت از داوری پرداخته می‌شود. در این راستا، پس از معرفی مفهوم اجمالی داوری، مبانی و اشکال گوناگون مراجعه به داوری بررسی شده و سپس پس از تبیین مسائل مربوط به شناسایی و اجرای رأی داوری بین‌المللی درباره مسئله مصونیت از داوری بحث خواهد شد.

گفتار نخست - داوری بین‌المللی

در این گفتار تلاش می‌شود با تعریف داوری، در مقابل پاره‌ای از مفاهیم دیگر، پدیده داوری بین‌المللی معرفی شود. از سوی دیگر، از آنجا که معرفی کامل پدیده مورد بحث مستلزم شناسایی اصول حاکم بر آن است، نخست به تبیین اصول یادشده و سپس

به تحلیل حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوریه‌های بین‌المللی پرداخته می‌شود تا تصویری نسبتاً کامل از مفهوم مورد بحث ارائه شود.

بند نخست - مفهوم داوریه و رای داوریه

مقررات بین‌المللی و قوانین ملی، به گونه‌ی غالب^{۱۶} تعریفی از داوریه بین‌المللی ارائه نداده‌اند.^{۱۷} اما در اندیشه‌های دانشمندان حقوق و متخصصان شاخه داوریه می‌توان تعریف‌هایی از آن یافت.^{۱۸} برای نمونه، رنه داوید داوریه را فنی معرفی می‌کند که هدف آن حل و فصل یک مسئله مربوط به روابط میان دو یا چند شخص به وسیله یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران است که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و برپایه آن قرارداد رأی می‌دهند، بی‌آنکه دولت چنین وظیفه‌ای را به آنان محول کرده باشد.^{۱۹}

این تعریف با آنچه قوانین و حقوقدانان در کشورهای گوناگون داوریه می‌نامند به گونه‌ی کامل تطبیق نمی‌کند. از این لحاظ، تعریف یادشده از جهاتی بیش از حد موسع و از

۱۶. قانون داوریه تجاری بین‌المللی ایران در بخش الف از ماده نخست، داوریه را عبارت از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله‌ی شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین یا انتصابی دانسته است. بنگرید به قانون داوریه تجاری بین‌المللی ایران، مصوب ۱۳۲۶، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، چاپ نخست، تابستان ۱۳۷۸.

۱۷. ماده ۲۷ عهدنامه ۱۹۰۷ لاهه چنین مقرر می‌دارد: «هدف و موضوع داوریه، حل اختلاف میان کشورها به وسیله دادرسان انتخابی خود براساس احترام به مقررات حقوقی است. در کنوانسیون ۱۸۹۷ لاهه، طرح ۱۹۰۲ و نیز طرح ۱۹۰۸ کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز تعریفهای مشابهی به چشم می‌خورد.

۱۸. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوریه بازرگانی خارجی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ نخست، بهار ۱۳۸۱، ص ۲۴.

۱۹. داوید رنه، مفهوم و نقش داوریه در بازرگانی بین‌المللی، ترجمه دکتر حسین صفایی، در حقوق بین‌الملل و داوریه‌های بین‌المللی، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۸۴.

جهاتی دیگر بیش از حد مضیق است؛ اما از دیدگاه حقوق تطبیقی، ممکن نیست تعریفی به دست داده شود که ویژگی‌های نظام‌های گوناگون حقوقی را که به گونه‌ی غالب تصنعی است، دربرداشته باشد. از این رو تلاش شده است تا با صرف‌نظر از این ویژگی‌ها، تعریفی به دست داده شود که ضمن در نظر گرفتن مبنا و هدف داوری؛ خطوط مشخصه این نهاد را نشان دهد.^{۲۰}

داوری از طرق قضایی حل و فصل دعاوی است و مانند همه راه‌های مسالمت آمیز نیازمند رضایت طرفین اختلاف است که ممکن است به صورت ویژه^{۲۱} و پس از حدوث اختلاف به وسیله موافقتنامه داوری به عمل آید و یا از پیش تعیین شده باشد (مانند شرط یا ماده ارجاع به داوری در قراردادها). آرای داوری برای طرفین دارای الزام قانونی است و طرفین با قبول ارجاع به داوری تعهد به اجرای رای را می پذیرند. معمولاً داوری یک شیوه حقوقی حل و فصل دعاوی است. زیرا هدف آن تعیین حقوق و تکالیف طرفین به موجب قواعد حقوقی و به ویژه حقوق بین الملل است.^{۲۲} این دیدگاه مورد تایید اسناد بین المللی چون معاهده ۱۹۰۷ لاهه و طرح کمیسیون حقوق بین الملل در ۱۹۵۳ و ۱۹۵۸ نیز هست. البته کمیسیون تنها درباره داوری بین الدولی بحث می کند. در حالیکه امروزه داوریهای بین الملل عمومی می تواند میان دولت و سرمایه گذار خارجی نیز مطرح باشد. ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، صلاحیت مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری را شامل همه اختلافات حقوقی می داند که به گونه مستقیم از سرمایه

۲۰. همان.

21. Ad Hoc

۲۲. مقتدر هوشنگ، ماخذ پیشین، ص ۱۱۳

گذاری میان دولتهای متعاقد (یا موسسات تابعه یا نمایندگیهای آنها) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر که طرفین آن به گونه کتبی موافقت خود را در مورد ارجاع آن به مرکز اعلام کرده باشند ناشی شده باشد.

برخلاف باور آنان که رأی داورى را عمل قضایی نمی دانند و حاکمیت امر مختوم را از ویژگی های آن نمی انگارند و این اثر را تنها از نتایج دستور اجرای دادگاه های دولتی نسبت به رای به حساب می آورند،^{۲۳} در مورد رای داورى که به اختیار اجرا می شود نیز حاکمیت امر مختوم وجود دارد^{۲۴} در حالی که هیچ دستور قضایی در مورد اینگونه آراء دیده نمی شود.

بند دوم - جایگاه داورى در ساختار جامعه بین المللی

۱-۲- داورى حقوق بین الملل عمومی و ساختار کلاسیک جامعه بین المللی

پیدایی داورى، پیشرفتی در جامعه بین المللی کلاسیک به شمار می آید. داورى، خلاء ناشی از نبود دادگاه های بین المللی را که نتیجه ی عدم امکان ایجاد یک نهاد دادگاهی در جامعه ای است که منحصر بر پایه روابط اداره می شود پر می کند. تنها ظهور سازمان های بین المللی تاسیس دادگاه های بین المللی را میسر ساخته است. اگر داورى حقوق بین الملل عمومی، با وجود ایجاد دادگاه های بین المللی باقی مانده بدان جهت بوده

۲۳. نصیری، مرتضی، اجرای آرای داورى خارجی، تهران، ۱۳۴۶، ص ۲۶.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعواى مدنی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ش ۸۶.

است که داوری، به علت احترام به اراده دولت‌ها، هم در توسل به ایتن شیوه و هم در تشکیل دادگاه داوری، کاملاً منطبق با ساختار کلاسیک جامعه بین‌المللی است.

در داوری قدیمی، به ویژه در داوری سران کشورها، آرای صادر شده نه بر عناصر حقوقی که بر ملاحظات سیاسی و دیپلماتیک مبتنی بوده است. بدین‌سان، داوری حقوقی حاکی از گسترش نقش حقوقی در جامعه بین‌المللی است. دادگاه قضایی رای خود را به نام جامعه بین‌المللی صادر می‌کند که حقوق آن را نیز اجرا می‌کند. در داوری، رای به نام دو دولت صادر می‌شود. در نتیجه، قواعدی که مبنای حل اختلاف می‌باشد تا حد زیادی به وسیله‌ی طرفین تعیین می‌شود.

رای‌ی که داور صادر می‌کند دارای وصف اجباری است. این رای دارای اعتبار نسبی امر مختوم است. از این جهت داوری در مقایسه با شیوه‌های سیاسی حل اختلاف پیشرفتی به شمار می‌آید. جنبه اجباری رای مورد پذیرش کنوانسیون‌های بزرگی چون کنوانسیون لاهه^{۲۵} واقع شده است.

۲-۲- داوری بازرگانی بین‌المللی و تحول ساختار جامعه بین‌المللی.

در روابط بازرگانی میان افرادی که دارای تابعیت‌های گوناگون هستند احساس بی‌اعتمادی نسبت به دادگاه‌های دولتی و ترس از پیچیدگی‌های ناشی از سیستم تعارض دادگاه‌ها طرفین را وادار می‌کند که به جای دادگاه‌های ملی که معمولاً صلاحیت دارند به داوران منتخب خود مراجعه کنند. به ویژه در روابط میان دولت‌ها و افراد بیگانه طرف معاهده دولت، آنان از روشی که دادگاه‌های دولتی ممکن است در رسیدگی دعوی مطرح

۲۵. مواد ۸۱ و ۸۴ کنوانسیون

شده به کار گیرند بیم دارند. با نبود یک قاضی بین‌المللی که بتواند به اختلافات میان دولت و افراد رسیدگی کند، طرفین امکان دارند با توافق اراده، داور را جایگزین دادگاه‌های ملی کنند.

مراجعه به داوری بین‌المللی خصوصی به جای دادگاه‌های دولتی که اصولاً صلاحیت‌دارند، تنها چهره‌ای از تحول و گسترش آن به شمار می‌آید. این جایگزین با رهایی داوری از سلطه دولتی تشکیل می‌گردد. این رهایی کامل نیست و غالباً به علت امتناع دولت‌ها از پذیرش یک نهاد مستقل داوری، در وضعیت ابتدایی قرار دارد. گرایش به رهایی دو هدف اساسی را پیگیری می‌کند که عبارتند از استقلال و آزادی در انتخاب حقوق حاکم و محدودیت مداخله قاضی ملی.

کار داور بین‌المللی به ماهیت حقوق حاکم بستگی دارد. اگر اهلیت طرفین معاهده داوری تابع قانون شخصی آنان است، تعیین حقوق حاکم بر معاهده داوری، بر آیین داوری و بر ماهیت دعوی قابل بحث است. انتخاب این حقوق از نظر تحول داوری و رهایی آن از سلطه دولتی دارای اهمیت است. تنها استقلال و آزادی طرفین این رهایی را تسهیل می‌کند.

با توجه به آنکه پژوهش حاضر ناظر بر مسوولیت ناشی از عدم حضور در داوری یا عدم اجرای رای داوری است تمرکز عمده بر داوری بین‌الملل عمومی بوده و در نتیجه فرضهایی نیز که اشخاص غیر از دولت در قضیه مورد بحث حضور داشته باشند بررسی خواهد شد.

گفتار دوم - اجرای رای داوری بین‌المللی و تفکیک آن از شناسایی

بند نخست - تفکیک شناسایی و اجرا در اسناد بین‌المللی

در کنوانسیون‌های بین‌المللی غالباً هم به شناسایی و هم به اجرای رای داوری بین‌المللی^{۲۶} اشاره می‌کنند. برای نمونه، در بند نخست ماده یک کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ آمده است: «در قلمرو دولت‌های معظم متعاهدی که این کنوانسیون اعمال می‌شود، رای داوری صادر شده متعاقب یک موافقتنامه ناظر بر اختلافات موجود یا آتی... مشمول پروتکل ژنو الزام‌آور شناخته شده و اجرا خواهد شد.» برای از میان بردن هرگونه تردید در مورد نیاز به تمیز میان شناسایی و اجراء، کنوانسیون یادشده در بند ۲ از ماده ۱ با استفاده از حرف ربط «یا» میان این دو واژه بیان می‌دارد: «جهت تحصیل شناسایی یا اجراء...»^{۲۷}

ماده یک کنوانسیون نیویورک در بند نخست خود حیطه اعمال این کنوانسیون را «شناسایی» و «اجرای» آرای می‌داند که در سرزمین کشوری غیر از محل درخواست شناسایی و اجرا صادر شده است. در جاهای متعددی از این کنوانسیون مفهوم شناسایی در کنار اجرا به کار رفته و در اکثر موارد^{۲۸} مسئله شناسایی و اجرا مورد رفتار یکسان واقع شده‌اند.^{۲۹}

26. M. Rubino-Sammartano. *International Arbitration Law*, Kluwer, 1990., P. 483.

۲۷. جنیدی، لعیا، ماخذ پیشین، ص ۸۸.

۲۸. به استثنای ماده ۶ این کنوانسیون که برپایه آن، تنها تصمیم به اجرای رای در صورت در جریان بودن درخواست تعلیق یا ابطال آن در کشور مبدا قابل توقیف است.

29. Van den Berg. A.J. "Annulment of Awards in International Arbitration", *International Arbitration the 2st Century towards Judicialization and Uniformy*, R. Fillich and C. Brower (ed), Transnational publishers Inc, New York, 1982.