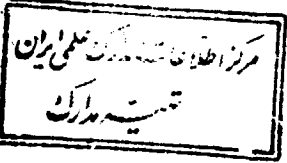


۲۰ / ۱۱ / ۱۳۷۹



دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

پایان نامه
برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

موضوع:
درج شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی دولتی

استاد راهنما:
دکتر اردشیر امیرارجمند

96115

اساتید مشاور:
دکتر هنجنی

.....
.....

نگارش:
حسن محمدی مطلق

ماه سال

۳۲۲۸۰

عنوان رساله:

درج شرط داوری در
قراردادهای بین‌المللی
دولتی



۳۲۲۱۰

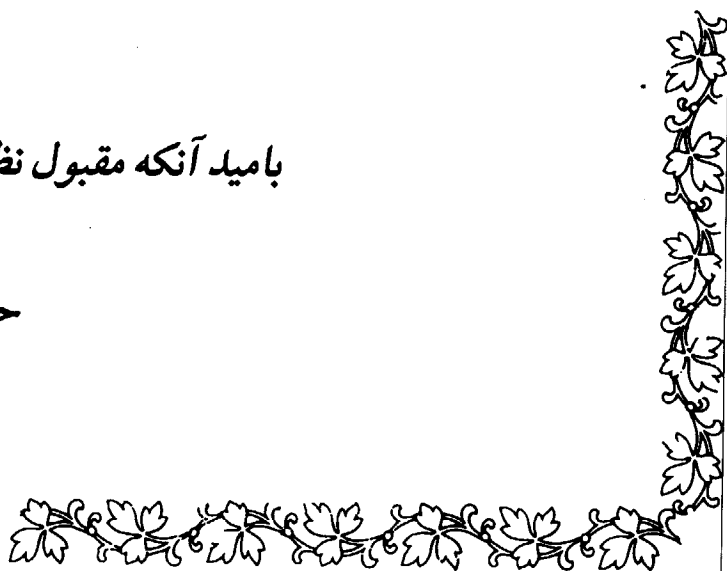
إِنَّ الْهَدَايَا كَانَتْ مِقْدَارَ مُهْدِيهَا

تقدیم به:

سروران و استادان گرامی و همه آن بزرگوارانی که کلمه‌ای را بمن آموختند و بمصداق «مَنْ عَلَّمَنِي حَرْفًا» این بنده را تمام عمر مدیون و مرهون خویش ساختند. علی‌الخصوص تقدیم می‌کنم به: استادان معزز و فرزانه جنابان آقایان دکتر امیر ارجمند و آقای دکتر هنجنی که با ارشادات و راهنمایی‌های دلسوزانه‌اشان در تنظیم رساله حاضر بذل عنایت و مساعدت فرموده‌اند.

بامید آنکه مقبول نظر بلند صاحب‌بنظران افتاده باشد

حسن محمدی مطلق



فهرست مطالب *

پیشگفتار

۱	مقدمه
۵	بخش اول: کلیات
۶	فصل اول: داوری
۶	الف. تعریف
۸	ب. سابقه تاریخی
۱۱	فصل دوم: نظام داوری در مقایسه با دیگر نظامهای حل اختلاف
۱۲	الف. اهلیت و شخصیت داور
۱۵	ب. آئین رسیدگی
۲۰	ج. آزادی طرفین اختلاف:
۲۰	۱- در انتخاب و جرح داور
۲۱	۲- در انتخاب روش حل اختلاف
۲۲	فصل سوم: گسترش مقبولیت داوری
۲۳	الف. نهادی شدن داوری
۲۶	ب. آمار موضوعات ارجاعی بدیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)
۲۹	بخش دوم: ماهیت حقوقی قراردادهای بین‌المللی دولتی
۳۳	فصل اول: تنوع قراردادهای بین‌المللی دولتی
۳۴	الف. قرارداد دو دولت بر اساس اصل برابری دولتها
۳۵	ب. قرارداد دولت با اشخاص حقوق خصوصی خارجی

۳۶	فصل دوم: پیش‌بینی روش حل اختلاف در قرار داده‌ها
۳۸	الف . قرار داد فاقد شرط داوری
۴۰	ب . قرار داد واجد شرط داوری
۴۱	فصل سوم: مقررات خاص قرار دادهای دولتی
۴۴	الف . محدودیت صلاحیت مراجعه دستگاههای دولتی به داوری
۴۷	ب . توصیه‌های سازمانهای بین‌المللی
۵۰	بخش سوم: دولت و امور تجاری
۵۲	فصل اول: تقسیم‌بندی اعمال دولت
۵۵	فصل دوم: اصل مصونیت دولتها
۵۸	الف . محدوده توسل به قاعده مصونیت
۶۲	ب . عدم استناد به قاعده مصونیت
۶۴	فصل سوم: درج شرط داوری در قرار داده‌ها
۶۵	الف . تاریخچه
۶۸	ب . موضوعگیری متفاوت دولتها
۶۹	۱- دولتهای پیشنهاد دهنده درج شرط داوری در قرار داده‌ها
۷۲	۲- دولتهای طرف پیشنهاد درج شرط داوری
۷۵	* دغدغه وابستگی مجدد
۷۶	* شرط کالوو
۷۸	* تعدیل در نظریات
۸۲	فصل چهارم: بررسی يك نظام عینی داوری و مطالعه تطبیقی
۸۳	الف . لایحه داوری تجاری بین‌المللی در نظام حقوقی ایران

دولت‌های جدید - بمعنای که در حقوق بین الملل آمده - هنوز هم بر اساس اصل تساوی حاکمیت‌ها با یکدیگر روابط برقرار کرده و می‌کنند. اما مقتضیات زمان و ضرورت‌های گوناگون دولت‌ها را بدور از جزمیت‌های حاکمیتی: در فصول و دیدگاه‌های مشترک بهم نزدیک‌تر گردانید.

پیوستن دولت‌ها به‌قافله‌نامه‌ها، کنوانسیون‌ها، پذیرش مقررات سازمان‌های بین‌المللی و متعهد شدن در قبال آنها، بیانگر نوعی عدول آن دولت‌های حاکم از بخشی از حاکمیت خدشه‌ناپذیر خود بخاطر مصالح بزرگتر جهانی که در سطح گسترده‌تر از مرزهای جغرافیائی کشورهای بنحسب و انکارناپذیری وجود دارد، میباشند.

گذشت زمان و پیچیده‌تر شدن مناسبات جهانی شرایط دیگری را دیکته می‌کرد که دولت‌ها را مستقیماً "به‌صحنه رقابت تجاری بین‌المللی می‌کشاند". لذا از نیمه دوم قرن بیستم دولت‌ها بیشتر از پیش در قالب واحدهای تجاری دولتی با اشخاص خصوصی خارجی قرار دادهای مختلف منعقد کرده‌اند. طرف خارجی با آینده‌نگری از اینکه مبادا طرف دولتی در صورت ایجاد اختلاف بی‌صونیت‌های ناشی از حاکمیت دولت‌ها، استناد بجوید و حقوق وی را خایع کند، برای حل اختلافات احتمالی، درج شرط داوری در قرارداد را پیشنهاد می‌کنند. از دیگر سو طرف دولتی قرار داد علیرغم نیاز به مفاد قرارداد، بدلیل محدودیتها و ممنوعیت‌های قانونی که در قبول شرط داوری مقرر شده است، با مشکلاتی مواجه می‌گردد، که البته دولت‌ها برای حل این مشکل که حاصل تضاد منافع طرفین است، هر کدام راهکارهای خاصی را مشخص کرده‌اند.

همچنین پژوهش حاضر، هدف خود را مطالعه بر خور کشورهای منجمده ایران اسلامی با پیشنهاد داوری و نهایتاً "میزان پذیرش آنها، قرار داده است". موضوع داوری بطور کلی در ایران سابقه دارد ولی مقررات مربوط به سازش در دعاوی و داوری معاملات خارجی که در قانون آئین دادرسی

در شرایط کنونی مناسبات بین‌المللی، کشورها با نظام‌های متفاوت و موضع‌گیریهایی احیاناً "متضاد"، روابط اقتصادی و سیاسی در سطوح مختلف، با یکدیگر برقرار مینمایند. بطوریکه ادامه حیات جوامع در چنین عرصه پرجنب و جوش جهانی را موکول به داشتن روابط با دیگر کشورهای عنوان می‌کنند و در قالب پیمانها، عهدنامه‌ها و معاهدات، فارغ از مرزبندی‌های نژادی و مذهبی، بر اساس نقاط مشترک - هر چند کم و محدود - با پرهیز از وجوه اختلاف، سعی بر تحکیم و تعمیق و گسترش این روابط داشته و دارند. و لذا نمی‌توان در عصر حاضر، کشوری را کاملاً "منزوی و بدون هیچ رابطه‌ای با دیگر کشورها فرض نمود."

معدود کشورهایی که بدلائل گوناگون برای مدتی خود را در پس حصارهای آهنین محبوس کرده بودند، در گذر زمان و پیشرفت و توسعه اقتصادی و تغییرات کلی در احوال جهانی، تسلیم شرائط جدید گردیده و از گام برداشتن در جهت خلاف مسیر حرکت جامعه جهانی بازگشته و تدریجاً "دروازه‌های بسته را گشودند. زیرا اصولاً "هیچیک از اعضای جامعه جهانی علاقه‌ای به انزواطلبی و تنها زیستن ندارند. زیرا "منزوی کردن"، "بایکوت" قطع روابط سیاسی و اقتصادی و تحریم اقتصادی، از جمله مجازاتها و اهرم‌های فشاری است که سازمانهای بین‌المللی علیه کشورهای متجاوز از اصول حقوق بین‌الملل اعمال می‌کنند و بی‌گناهی آنها در روابط متقابل خود دست بچنان اقدامات تحریم‌آمیز علیه یکدیگر می‌زنند."

✱ روابط بازرگانی اولین نمودهای رابطه ملت‌ها

از نظر تاریخی، کهن‌ترین روابط بین دو ملت که در محدوده مرزهای جغرافیایی جدا از هم روزگار می‌گذرانده‌اند، روابط اقتصادی و بازرگانی بوده است. قرن‌ها قبل از آنکه دولت،

مشخصاً " منطبق با تعاریف امروزی بوجود آید مبادلات و داد و ستدهای بازرگانی و تجاری میان حکومتها و دولتهای آن اعصار وجود داشته و همین مبادلات موجب اختلاط فرهنگها و برقراری روابط سیاسی گردیده و در قرون بعدی ، انعقاد پیمانهای مودت و اتحاد را فراهم آورده است .
پروفسور زایدل استاد حقوق بین الملل عمومی دانشگاه وین در کتاب حقوق بین الملل اقتصادی در این زمینه میگوید :

" روابط دوستانه بین موضوعات حقوق بین الملل (کشورها)

نهایتاً " بمیزان بسیار وسیعی مستقیماً " مربوط بمبادلات

اقتصادی (روابط اقتصادی) میباشد . "

کشورها با هم به تجارت و تبادل اطلاعات و نظریات علمی پرداخته و در قالب قراردادهای فیما بین وارد همکاریهای منطقه‌ای و جهانی میشوند . بعلاوه گسترش روابط بازرگانی و تدوین و تنظیم مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد ، تدریجاً " زمینه ساز وضع مقررات متحدالشکل در روابط بازرگانی که نزد همه ملتها پذیرفته شده است گردیده کسه می‌توان پیدایش حقوق بین الملل را دنباله تنظیم مقررات بازرگانی دانست .

*** پیش بینی حل اختلافات احتمالی**

از آنجا که در روابط تجاری ، اختلافاتی در چهار چوب روابط بین طرفین بروز می‌کند ، برای حل و فصل سریع آن ، از همان گذشته‌های دور بموازات استقرار نظام مبادلات ، مکانیزم‌هایی نیز برای رفع این قبیل اختلافات پیش‌بینی می‌کردند . البته گاه اختلاف ، صورت خشن بخود گرفته

1- Ignaz Zeidle " International Economic Law." Netherlands. 1989, P.1

و یکطرف بخاطر مجاب کردن طرف مقابل ، متوسل به لشکرکشی می‌شد و گاه نیز طرفین اختلاف ، معقولانه و با تبعیت از روش‌های مسالمت آمیز به رفع مشکل می‌پرداختند .

رفته رفته با پیشرفت زمان ، بویژه از اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم با موضعگیریهای اجتماعی از سوی روشنفکران ، نویسندگان ، علما و سیاستمداران و با برپائی کنفرانس‌ها و تدوین معاهدات و تنظیم کنوانسیونهای بین‌المللی دایره بر عدم توسل به جنگ بخاطر باز پرداخت بدهی علیه کشورهای بدهکار ، حکومت‌ها از توسل به جنگ در رفع و رجوع اختلافات قراردادی پرهیز کرده و روش دوم (حل مسالمت آمیز اختلافات) را جایگزین آن نمودند .

این روش از آثار ارزشمند همان روابط دیرین بازرگانی بین ملت‌هاست و در طول تاریخ روابط بین کشورها ، آنچنان توسعه یافت که در حل اختلافاتی همانند اختلافات مرزی و عقیدتی و امثالهم که احتمال برافروختن آتش جنگ میرفت - نیز بکار گرفته می‌شد . در قرون بعدی این رویه ادامه یافته و هنوز هم در شکلی متکامل‌تر ، یکی از روشهای معتبر حل اختلافات میباشد . شایسته بهمین دلیل باشد که " حقوق بین الملل اقتصادی را حقوق صلح نامیده‌اند . "

ترازی طرفهای اختلاف در ارجاع موضوع مختلف‌فیه بداور یا داوران از مصادیق بارز روش غیر خصمانه و مسالمت آمیز حل اختلافات است . نظام داوری با توجه به قدمتی که نزد ملل مختلف دارد و بلحاظ صلاحیت وسیع و آزادی عمل داور ، سرعت رسیدگی و سهولت اجرای رای صادره از سوی داور ، مقبول و مطلوب طرفین قرارداد بوده و هست .

✱ دولتها و امور تجاری

با ورود دولتها به صحنه تجارت بین المللی و انعقاد قراردادهای بازرگانی با اتباع خارجی مساله بروز اختلافات و انتخاب روش حل و فصل را وارد مرحله جدیدی کرد . دولتها بعنوان تابعان حقوق بین الملل ، شناخته شده‌اند و معمولاً " طرف قرارداد با دولتهای هم سطح خود قرار می‌گیرند .

در اینصورت روابط موجود در قلمرو حقوق بین الملل عمومی مطالعه میشوند . دولتها با همان ویژگیهای غیر قابل تغییر و مختص بخود مانند اشخاص حقوق خصوصی به تجارت و بازرگانی می پردازند و طرف تعهد آنها میشوند . خواه اینگونه قراردادها را مستقیما " خودشان منعقد کنند یا از طریق واحدهای دولتی تحت نظارت خود اینکار را انجام دهند . این اقدام دولتها در راستای سیاست هائی است که آنها را از درگیری با اعمال تصدی فارغ کرده و درجهت پرداختن بیشتر به اعمال حاکمیت و نظارت یاری می کنند . تمرکززدائی ، تفویض اختیارات ، تشکیل شرکتهای اقماری و رها شدن تدریجی از اشتغالات غیر حاکمیتی ، نمونه هائی از آن سیاست گذاریها میباشد .

طرفهای خارجی این قراردادها که با يك دولت یا نماینده آن وارد معامله شده و از نظراراده آزاد در موقعیتی نابرابر قرار گرفته اند ، بلحاظ تشویش خاطر از نفوذ و دخالتهای بعدی دولت طرف قرارداد و احتمال تضييع حقوقشان ، از پذیرش قانون ملی طرف دولتی احتراز نموده و همواره خواستار درج شرط داوری در قراردادها ، هستند تا داوران منتخب بدون تاثیر پذیری از قوانین ملی هر يك از طرفین قرارداد به حل و فصل مشکل موجوده بپردازند . دولتها یا واحدهای تجاری تحت کنترل دولت در مقابل این خواسته ، برخوردهای متفاوتی با موضوع داوری داشته اند . بعضا " بطور کلی با چنین شرطی مخالفت کرده و بعض دیگر بنحو مشروط و بقیه بدون قید و شرط آنرا پذیرفته اند .

با دگرگون شدن مقتضیات زندگی مدرن بین المللی ، همبستگی و پیوستگی کشورها و برقراری ارتباطات گسترده اقتصادی سیاسی را ضروری تر از هر زمان دیگر جلوه گر ساخته است . این ضرورت دولتها را به سمت و سوی نظام و رژیم حقوقی سوق می داد که مقرراتی غیر از مقررات موضوعه داخلی و قوانین و مقررات ملی دارد و در عین حال که نزد همه ملل پذیرفته شده است . دامنه

محدودیت‌هایی که غالباً " قوانین ملی بلحاظ رعایت اصل حاکمیت ملی بر روابط بازرگانی خارجی
تحمیل می‌کنند . را می‌کاهد . مقررات و رویه‌های متحدالشکل پیشنهادی سازمانها و نهادهای
بین المللی و مقررات نمونه و کنوانسیونها ، بنحو فراگیری مورد قبول دولتها قرار گرفتند و
بخشی از آن مقررات وارد حقوق داخلی‌شان گردید و یا از آنها در تدوین مقررات داخلی اقتباس
شده است .

* تدوین مقررات خاص بازرگانی

اوائل قرن چهاردهم میلادی در انگلستان " فرمان Mercatoria " مساعدتهای
معموله نسبت به تجار خارجی را توسعه داد و در سال ۱۳۱۱ میلادی امتیازات بیشتری را برای
بازرگانان قائل شد ، این فرمان بعدها بصورت " قانون بازرگانی " درآمد که توسط محاکم
تجاری اعمال می‌شد این مجموعه قوانین دارای دو ویژگی بود که گواه بر فرضیه‌های مذکور است .
ویژگی اول آنکه :

" این قانون را مجموعه مقرراتی می‌دانستند که با

قانون عمومی داخلی یعنی با قانونی که توسط محاکم

عمومی اجرا می‌گردید ، تفاوت اساسی داشت ."

بدین ترتیب مقرراتی که در زمینه فعالیت‌های بازرگانی توسط نهادهای غیر ملی تدوین

یافته بود در داخل قلمرو کشورها به اجرا در می‌آمد . دومین ویژگی عبارت بود از اینکه " قانون

۲ و ۳- پروفیسور آرتورنوس بام . " تاریخ مختصر روابط بین الملل " ترجمه دکتر متین دفتری

بازرگانی " يك قانون معمولی و علی السویه برای تمام کشورهای جهان " ۳

مجموعه منکور بعنوان اصول و مقررات تجاری مورد قبول بازرگانان ، مبنای نظام عام و فراگیری بنام *Lex Mercatoria* گردیده که از آن امروزه به " حقوق بازرگانی فراملی " یاد می‌کنند . این مجموعه مقررات محصول و منبعث از اراده بازرگانان و رویه معمول در روابط بین آنها است . بدون آنکه مستقیماً " متأثر از مقررات و قوانین ملی بازرگانان باشد ، " بعنوان يك سیستم حقوقی متداول و دارای حاکمیت از جانب جامعه تجاری و مراجع دولتی شناسائی شده است . " ۴

* فعالیت سازمانهای بین المللی در این زمینه

سازمانهای بین المللی اعم از منطقه‌ای یا سازمانهای خصوصی ، راه حل ها و مجموعه مقررات یکسان را پیشنهاد و یا قوانین نمونه تنظیم می‌کنند که از سوی دولتها مورد پذیرش قرار گرفته است . سازمان بین المللی انکتاد (کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد توسعه و تجارت) از جمله سازمانهای فرعی سازمان ملل متحد در زمینه تجارت ، توصیه‌ها و پیشنهادات و مقرراتی را تنظیم می‌کند . کمیسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق تجارت بین المللی (انسیترال) قانون نمونه و مقررات متحدالشکل تنظیم کرده و برای استفاده دول عضو در اختیار آنان قرار می‌دهند .

سازمانهای منطقه‌ای نیز علاوه بر فعالیت سازمانهای مانند انکتاد و موسسه حقوق بین الملل ، در محدوده قاره‌ای به فعالیتهایی از همین دست مبادرت می‌ورزند . " انسیتیوی

۴- مجله حقوقی شماره ۵ از انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی صفحه ۱۶

بین الملل برای متحدالشکل کردن حقوق خصوصی و کمیسیون اروپائی تدوین قانون قراردادهای
مسئول وضع اصول کلی حقوق قراردادهای به ترتیب برای کلیه ملل جهان و دول عضو جامعه اروپائی
هستند. " ۵

پیوستن دولتها به موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت^۶ و ایجاد تسهیلات گمرکی در وارد شدن
سرمایه ، خدمات و کالای خارجی و همچنین صدور سرمایه و خدمات نمونه عملی گرایش دولتها به
مقررات متحدالشکل میباشد. از سازمانهای بین المللی که ماهیتی خصوصی دارند و لسی
احکام و مقررات بین المللی تدوین می کنند ، اتاق بازرگانی بین المللی (۱۹۱۹) است که
از مهمترین سازمانهای بین المللی تجاری است . مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی ،
اسناد وصولی بانکی ، ضمانتنامه های قراردادی ، برنامه های مرکب حمل و نقل ، تدوین
اصطلاحات بازرگانی بین المللی اینکوئترمز از جمله استانداردهائی است که محصول تلاش
اتاق بازرگانی بین المللی است . بعلاوه در کشورهای عضو کمیته هائی بنام کمیته ملی اتاق
تجارت بین المللی تاسیس گردیده و از آن طریق با مرکز اتاق در پاریس ارتباط دارند .

* دولتها و شرط داوری در قراردادهای

۵- مجله حقوقی شماره ۵ از انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی صفحه ۱۵

6- General Agreement on Tarrif and Trade.

" یکی از اهداف اصلی گات این است که اعضایش در مسائل تعرفه و تجارت

نسبت به یکدیگر تسهیلات اعطا کنند . "

" Ignaz Zeidle " Int'l Economic Law " printed in Netherlands. 1981. P.90

دولتها با پذیرفتن این رویه‌ها و مقررات یکسان، در قرارداد با طرفهای خارجی ناگزیر از اتخاذ موضع واقعی در برابر پیشنهاد ارجاع اختلاف داورى هستند. نیازهای اقتصادی و مسائل حاکمیتی از يك سو و لزوم مذاکره بر سر توافقات قراردادی منجمله " شرط داورى " سولاتی را پیش روی قرار می‌دهد که آیا واحدهای تجاری دولتی می‌توانند یا ناگزیرند که داورى را پذیرفته و اختلافات را به آن ارجاع دهند؟ آیا اهلیت و صلاحیت لازم در مراجع داورى دارند؟ کدام مقررات اعطای صلاحیت می‌کند و حدود آن کجاست؟ مراجعه داورى چه آثار و پیامدهائی خواهد داشت؟ اجرای احکام داورى و اعتراض به آن چگونه است؟ راجع به مسائل مربوط به حضور واحدهای دولتی در قراردادهاى تجاری بین المللی و نحوه برخورد دولتها با درج شرط داورى، تحقیقات گسترده‌ای توسط موسسه و رویه حقوق تجارت بین المللی وابسته به اتاق بازرگانی بین المللی انجام گرفته که خود نشاندهنده اهمیت و حساسیت قضیه است. این موسسه در ارائه گزارش از مطالعات انجام گرفته، توسط واحدهای ذیربط اعلام می‌دارد:

" کمیته داورى انجمن حقوق بین الملل ۰۰۰ داورى بین دولتها

یا واحدهای تحت کنترل دولت از یکطرف و واحدهای تجاری خارجی

از طرف دیگر را مورد مطالعه قرار داده‌مان انجمن درکنفرانس

مونترال (۱۹۸۲) ۰۰۰ تصمیم گرفت این تحقیق را ادامه دهد. " ۷

۷- کارل هانیز بولک اشتیگل " داورى و موسسات تجاری - دولتی " ترجمه محسن محبی .

بنابر این ملاحظات و با توجه به شرایط فعلی جهان و گرایش دولتها به نظامهای متحد الشکل ، بررسی شرط داوری در قراردادهای خارجی دولتی خالی از فائده نخواهد بود که امید است نتیجه این بررسیها بیش از هر زمان دیگری بتواند مورد استفاده قرار بگیرد .