



Research Article

Vol. ۳۱, No. ۲۶, Fall-Winter ۲۰۲۴, p. ۱-۱۸

A comparative study of the principles of international commercial arbitration with an emphasis on the protection of foreign investment

Sanaz Eshaghzadeh^{۱*} , Ruhollah Akhoundi Roshanavand^۲ , Seyyed Mohsen Hoseini pooya^۳ 

۱- PhD Student in Private Law, Department of Private Law, Neyshabur Branch, Islamic Azad University, Neyshabur, Iran. Email: Sanaz.eshaghzadeh@iaau.ac.ir

۲- Assistant professor, Department of Law, Faculty of Social Sciences, Payam Noor University, Tehran, Iran.
(*- Corresponding Author Email: akhundi@pnu.ac.ir)

۳- Assistant professor, Department of Law, Neyshabur Branch, Islamic Azad University, Neyshabur, Iran.
Email: m.hoseini.p@iaau.ac.ir

Received: ۲۸ October ۲۰۲۴	How to cite this article:
Revised: ۲۵ November ۲۰۲۴	Eshaghzadeh, S; Akhoundi Roshanavand, R. & Hoseini pooya, M. (۲۰۲۴). A comparative study of the principles of international commercial arbitration with an emphasis on the protection of foreign investment. <i>Encyclopedia of Economic Law Journal</i> , 31(۲۶): ۱-۱۸. (In Persian with English abstract).
Accepted: ۱۹ January ۲۰۲۵	https://doi.org/10.۲۲۰۶۷/economlaw.۲۰۲۵.۹۱۱۸۰.۱۴۱۱
Available Online: ۱۸ March ۲۰۲۵	

۱-INTRODUCTION

The growing trend of commercial and economic exchanges, especially investment at the international level and the resulting contracts, causes an increase in disputes and may lead to a feeling of insecurity in foreign investors. In other words, it should be said that in order to attract and support foreign investments, governments are obliged to respect all the rights of investors, including creating appropriate ways to settle claims arising from foreign investments. Foreign investors are less willing to go to the courts of the host country during the settlement of disputes arising from their business relations, due to the length of the proceedings, the lack of expertise of the courts and the high costs of proceedings in international disputes. In the meantime, arbitration as one of the methods of settling claims by the parties or agents of international trade is of particular importance. In fact, arbitration is used as a binding, fast and protected method from the political influence of governments as the dominant mechanism for resolving disputes between foreign investors and the government. For many years, the global trend has been towards international arbitration authorities to settle disputes impartially and away from the prejudices of domestic courts. The inclusion of an arbitration clause in bilateral or multilateral treaties is considered as a kind of guarantee for the protection of foreign investment and they raise protections beyond what is stated in the national laws of the host country. In this research, regardless of the general benefits of arbitration, we focus on the principles of commercial arbitration effective on foreign investment. Because referring to arbitration due to its inherent principles, especially "limited intervention of courts", "independence and impartiality of the arbitrator" and "lack of immunity of governments", arbitration is more preferred by the general commercial activists in the domestic and international arena. The principle of independence and impartiality of arbitrators is extremely important in international arbitration. The existence of the mentioned principle in the regulations and its observance by the arbitrators brings the judicial nature of arbitration closer to justice and makes it necessary for the arbitration award to be issued fairly and not face any problems during execution. Just as the judge of the state court should be independent and impartial, so should the arbitrator. Therefore, the arbitrator chosen by the parties should not be considered their lawyer. In the international commercial arbitration regulations



of the legal systems, the principle of independence and impartiality of the arbitrator has been emphasized a lot. In the aforementioned regulations, if there are circumstances that cause doubts about the principle of independence and impartiality, the arbitrator can be challenged or, as far as possible, the arbitrator's decision can be overturned. Regarding the limitation of the intervention of the courts, it should be said that due to the parallel activities of the arbitrator and the court in some cases and the close relationship between these two dispute authorities, it seems necessary to specify the scope of the court's intervention in the arbitration matter. Arbitration is a legal and quasi-judicial method with the aim of resolving disputes, confidentiality of arbitration, speed in resolving disputes, the possibility of better and faster execution of judgments. The exclusion of the court's jurisdiction does not mean the absolute non-interference of the courts in the arbitration proceedings. Arbitration cannot survive without the intervention of the court. But this intervention must be demarcated and limited, otherwise it may become a tool to avoid the goal of referring the matter to arbitration. In this regard, the minimum intervention of the court in the implementation of the arbitration award can be before the arbitration process, during the arbitration process or even after the issuance of the award. At each stage, this intervention, which may be supervisory or helpful, forms an important part of the court's proceedings in the arbitration process. In most legal systems, it has been addressed by passing independent laws and enactment of articles related to the intervention of courts in its process. On the other hand, in today's world, the participation of the government and government organizations in international trade has increased. Therefore, many commercial transactions are concluded between the government and foreign private individuals, and it is possible that an arbitration clause is included in a contract between the government and a private individual to resolve disputes in the future. According to the principles of arbitration, the condition of referral to arbitration is mandatory and the arbitrator's decision is valid for both parties. Now, in a situation where a contract is concluded between the government and a private individual and an arbitration clause is included, the implementation of the arbitration clause during a dispute may face the threat of the government invoking its principle of judicial immunity. In this way, the government may claim immunity from legal claims or arbitration, relying on the theory of government immunity and in order to neutralize the execution of the contract or the award resulting from the arbitration. Therefore, it is interesting to examine the issue that in the case of such an arbitration agreement, whether the government can rely on this theory to refuse the condition of referring to arbitration or its implementation, or whether the condition of arbitration can cause the express or implied abrogation of the immunity of the government. Considering that the use of arbitration in resolving commercial disputes is growing today, and besides that, the presence of the government in the business scene and the conclusion of various commercial contracts with private individuals is also increasing, and there have been cases in the judicial procedure where the government invoked its immunity during the implementation of the arbitration clause included in the contract and intended to avoid its implementation, it is necessary to check whether the government has such a right. If the government denies the arbitration clause by resorting to this tactic, it is actually a violation of justice and fairness. There is an opinion that the acceptance of an arbitration agreement by a government means consent to all the effects and results of arbitration, including the acceptance of the supervisory jurisdiction of the government of the seat of the court over the dispute arising from the interpretation and enforcement of the arbitration clause. This point of view has been manifested in the practice of some governments in the form of identifying symptoms of immunity or its fall in the aforementioned lawsuits.

۲-PURPOSE

We know that a foreign investor will feel worried about appearing in the courts of the host country when there is a dispute with the host government. It is also sought that the judge has independence and impartiality and avoids one-sided bias. On the other hand, in lawsuits arising from foreign investment, the other party of the investor is the government of a country, which in principle may enjoy immunity and the judgment issued against it may not be enforceable. In this research, we are trying to analyze and compare the principles of international commercial arbitration in Roman-German and Common Law legal systems, and find out the effect of these principles in order to attract and support foreign investment. In other words, in this research, the point of view of laws and sometimes arbitration procedures in comparative legal systems regarding the mentioned three principles is examined. Secondly, in this comparative study, the defects and shortcomings of international arbitration in Iran's domestic legal system have been found, so that perhaps a step can be taken in the direction of reforming these laws.

۳-METHODOLOGY

The writing of this article is based on extensive library and internet studies so that it is not enough to summarize repetitive and theoretical material.

۴- FINDINGS

Based on the researches and investigations carried out in this article, the desired findings in the Roman Germanic and Common law legal systems can be divided into the following three groups:

۱- One of the basic and important principles of international commercial arbitration, which has been emphasized in most of the legal systems of Roman, German and Common Law, is the principle of independence and impartiality of the arbitrator. In Iranian law, according to the first paragraph of Article ۱۲ of this law, the implementation of this issue has also been guaranteed. According to this paragraph, "the referee can be injured if the existing circumstances cause reasonable doubts about his impartiality and independence". With the clarification of Article ۱۳ on the guarantee of the execution of the arbitrator's injury, this principle has been legally protected. In French law, according to the second paragraph of Article ۱۴۵۶ of the French Civil Procedure Code, "the arbitrator is obliged to disclose any circumstances affecting his independence and impartiality before accepting his mandate. In British and American law, the condition of independence and neutrality is also stated as a concept. The guarantee of the implementation of the lack of independence and impartiality of the arbitrator in the American legal system will be the annulment of the arbitration award. So, in most legal systems, in case of lack of such qualities for the arbitrator, executive guarantee of violation or annulment of the decision is considered. If there is an arbitration clause in investment contracts, it should be known that regardless of the principle of independence and impartiality in the arbitration regulations, there is a greater guarantee of implementation, due to the fairer and fairer arbitration and issuance of the arbitration award, it is possible to support more foreign investment.

۲- Nowadays, the efforts of legal systems in international trade law contracts, especially foreign investment, are aimed not only at limiting the court's involvement in arbitration as much as possible, but also at defining the specific and precise cases of the court's involvement in cases that are necessary. Most of the legal systems have taken an important step towards reducing the supervisory intervention of the courts in the arbitration by emphasizing the doctrine of independence of the arbitration clause and in line with it accepting the "jurisdiction over jurisdiction" principle. According to this principle, the jurisdiction of the court is limited in examining and determining the jurisdiction of the arbitration authority. However, this principle does not mean the absolute absence of the court's involvement in the arbitration matter, and the courts' involvement in the arbitration matter should be demarcated and limited. It must be said, the role of courts in foreign investment arbitrations should be more supportive and supportive. In Iranian law, compared to common law legal systems, court supervisory cases, including obstacles related to the arbitrability of disputes, are more visible. Also, the mentioned cases related to annulment and annulment of the arbitration award in Iran's International Commercial Arbitration Law are worthy of consideration.

۳- In the reviewed legal systems, absolute immunity has never had a place and it is acceptable in contrast to limited immunity which includes judicial and executive immunity. But this type of immunity of the government against the arbitration authority and also against the court that exercises its supervisory jurisdiction over the arbitration process or is formed for the purpose of arbitration cannot be proposed because the arbitration authority is independent and basically derives its jurisdiction from the arbitration agreement between a government and a foreign person. Of course, regarding the limited immunity, there is this view that a distinction should be made between the sovereign acts and the commercial acts of the governments. In fact, it can be said that when a government enters the business scene, it should be treated as a private person and prevented from resorting to the principle of

۵- CONCLUSION

In international commercial arbitrations, there are principles that each country's commitment to them undoubtedly has a direct effect on the level of attracting and supporting foreign investment in that country. The most important of these principles are "the principle of independence and impartiality of the arbitrator", "the principle of limitation of judicial intervention" and "the principle of non-immunity of the government" which, based on the studies conducted, most of the legal systems have moved towards the expansion and development of these principles with the passage of time. Institutionalizing the principle of arbitrator's independence and impartiality in legal systems is necessary for fair proceedings and due to the protective aspect, it leads to foreign investors' desire for arbitration. The existence of the aforementioned principle in the regulations and its observance by arbitrators brings the judicial nature of arbitration closer to justice and ensures that the arbitration award is

issued fairly and does not encounter any problems during its implementation. Regarding court interventions in arbitration matters, it should be said that, despite the fact that arbitration has superior advantages over the court, the non-interference of the court in the arbitration process cannot be considered absolute. Therefore, the cooperation and assistance of the court to help facilitate the arbitration process starts from the moment the dispute is referred to arbitration and continues until the end of the judgment. But there are some judicial interventions in the arbitration process that weaken the confidence of foreign investors to invest in the country. This type of intervention, which generally occurs before the arbitration proceedings and is related to the determination of the validity of the arbitration agreement and the competence of the arbitrator, or after the issuance of the decision and is related to the annulment of the decision, has a supervisory aspect. On the other hand, the role of the courts in issuing a temporary order and securing the demand, or handling objections and judicial appeals, will have a supportive aspect. Therefore, the role of courts in foreign investment arbitrations should be more supportive and supportive. On the other hand, when the government enters into a transaction with private individuals in the international trade scene, after a dispute arises between the investor and the government, it is possible that the government refuses to implement the arbitration clause by resorting to its judicial and executive immunity. This is more apparent in foreign investment contracts. Today, with international developments, it is no longer possible to implement the theory of absolute immunity and this theory has lost its place. In contrast to this theory, the theory of limited immunity can be proposed, which includes two stages of judicial and executive immunity of governments. This theory regarding immunity has distinguished between tenure and state sovereignty. With the provision of the arbitration clause in the investment contract, according to the principle of the fall of the immunity of the government, the possibility of the government invoking judicial and executive immunity is ruled out. Because the government has waived its immunity by signing the arbitration agreement and this is an issue that is accepted in most legal systems. Although today in most of the legal systems, the fall of the immunity of the government in the matter of arbitration and in order to support the foreign investor has been accepted in most of the legal systems, but some countries still show tolerance regarding the executive immunity of the government. In the end, relying on the basic principles of commercial arbitration, i.e. the principle of limiting the intervention of the courts, the principle of independence and impartiality of the arbitrator, and the principle of non-immunity of the government, the worry and fear of foreign investors regarding the application of unfair laws of a foreign country has been reduced, and for the parties of foreign investment, a fair trial has been achieved.

Keyword: Independence and impartiality of the referee, International commercial arbitration, Foreign investment, Immunity of governments, Court intervention.



مقاله پژوهشی

دوره ۳۱، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، ۱-۱۸

بررسی تطبیقی اصول داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی

ساناز اسحاق زاده^۱، روح الله آخوندی روشناوند^۲، سید محسن حسینی پویا^۳

دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۳۰

چکیده

امروزه بی‌تردید شایع‌ترین شیوه حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی در تجارت بین‌الملل، داوری است. درج شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی درواقع نوعی تضمین برای حمایت از سرمایه‌گذاری به‌شمار می‌رود. براین‌اساس داوری و به‌ویژه قوانین و اصول داوری تجاری بین‌المللی مناسب، نو و پیش‌رو در همه کشورها بدون استثنا می‌تواند نقش به‌سزایی در حمایت و در نهایت افزایش سرمایه‌گذاری خارجی داشته باشد و این خود دلیلی بر اهمیت و ضرورت قوانین داوری تجاری بین‌المللی از جمله در نظام حقوقی ایران است. در این پژوهش درصدد بوده تا ضمن بررسی تحلیلی و مقایسه‌ای، تأثیر اصول داوری تجاری بین‌المللی را برای جذب حداکثری سرمایه‌گذاری بررسی شود. بدون شک با تکیه بر سه اصل اساسی داوری تجاری بین‌المللی یعنی اصل محدودیت مداخله دادگاه‌ها، اصل استقلال و بی‌طرفی داور و اصل عدم مصونیت دولت، نگرانی و هراس سرمایه‌گذاران خارجی از ناحیه اعمال قوانین ناعادلانه یک کشور بیگانه کاهش یافته و برای طرفین سرمایه‌گذاری خارجی، دادرسی منصفانه‌ای به ارمغان می‌آید. براین‌اساس ضمن بررسی نظری سه اصل مذکور، به رویکرد نظام‌های حقوقی در قبال اعمال این اصول در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته می‌شود.

کلیدواژه‌ها: استقلال و بی‌طرفی داور، داوری تجاری بین‌المللی، سرمایه‌گذاری خارجی، مصونیت دولت‌ها، مداخله دادگاه.

^۱ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران. Email: Sanaz.eshaghzadeh@iau.ac.ir

^۲ - استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسئول: Email: akhundi@pnu.ac.ir)

^۳ - استادیار گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران. Email: m.hoseini.p@iau.ac.ir

مقدمه

بزرگ‌ترین مانع بر سر راه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای در حال توسعه، احساس عدم امنیت سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. نظر به این که کشورهای در حال توسعه برای بهبود شرایط اقتصادی خویش نیازمند سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند، می‌بایست برای ایجاد محیطی مناسب برای سرمایه‌گذاری، همواره راه‌کارهای ویژه برای حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری‌های خارجی در نظر گرفته شود. از مهم‌ترین راه‌کارهای حقوقی در این زمینه، توجه ویژه به شیوه‌های حل و فصل اختلافات تجار و سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. در اغلب قوانین سرمایه‌گذاری جدید، حل و فصل اختلافات میان دولت و سرمایه‌گذاران خارجی از طریق داوری پیش‌بینی شده است. سرمایه‌گذاران خارجی در جریان حل و فصل اختلافات ناشی از روابط تجاری خویش، به دلیل اطلاع دادرسی در دادگاه‌ها، علنی بودن محاکم، غیرتخصصی بودن دادگاه‌ها و نیز پرهزینه بودن دادرسی‌های حقوقی در اختلافات بین‌المللی، تمایل کمتری به مراجعه به دادگاه‌های کشور میزبان دارند. از همین رو پیش‌بینی سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف به‌ویژه داوری در نظام حقوق بین‌الملل افزایش یافته است. علاوه بر این به دلیل تصویب و الحاق به کنوانسیون‌هایی^۴ که برای اجرای آرای داوری فراهم گشته‌اند، علی‌الاصول رأی صادره از سوی داور نسبت به آرای اصداری دادگاه‌ها، دارای ضمانت اجرای بیشتری می‌باشد. شایان ذکر است داوری با لحاظ از جمله سه اصل اساسی «محدودیت مداخله دادگاه‌ها»، «استقلال و بی‌طرفی داور» و «عدم مصونیت دولت‌ها» همواره مورد توجه عموم فعالان تجاری در عرصه داخلی و بین‌المللی واقع شده است. در این پژوهش با صرف نظر نمودن از پرداختن به مزایای عمومی داوری، بر اصول داوری تجاری مؤثر بر سرمایه‌گذاری خارجی تمرکز گشته است. بدین منظور ابتدا به عنوان مبادی تصویری پژوهش، به تعریف و بیان کلی این سه اصل بنیادین در داوری تجاری بین‌المللی پرداخته و سپس با بررسی تطبیقی احکام این اصول سه‌گانه در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه، انگلستان و نیز ایالات متحده آمریکا، به مبادی تصدیقی پژوهش پرداخته‌ایم تا بتوانیم از تأثیر این اصول در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بهره‌مند گردیم.

نخست: اصل استقلال و بی‌طرفی داور

استقلال و بی‌طرفی داور از موجبات تضمین رسیدگی‌های منصفانه است (Calvo, ۱۹۹۸: ۶۴). نبود این ویژگی باعث می‌شود که نتوان به فرایند حل اختلاف اعتماد کرد و آن را عادلانه تلقی نمود. وجود اصل استقلال و بی‌طرفی داوران در داوری‌های تجاری بین‌المللی و رعایت آن توسط داوران، داوری را بیش از پیش به عدالت نزدیک نموده و موجب می‌گردد تا رأی داوری به‌طور عادلانه صادر گردیده و در هنگام اجرا با ایراد بی‌طرفی و عدم استقلال مواجه نگردد (اسدی نژاد، ۱۳۹۱، ۲).

در اصطلاح حقوقی، داور مستقل به شخصی گفته می‌شود که هیچ رابطه نزدیک پیشین و کنونی حرفه‌ای، تجاری و شخصی با طرف دیگر ندارد. این که داور، مشاور و یا نماینده یا وکیل یکی از طرفین باشد، می‌تواند یک رابطه حرفه‌ای تلقی گردد. یک رابطه تجاری می‌تواند دربرگیرنده یک مشارکت تجاری باشد که در آن داور، سمت اجرایی یا غیراجرایی داشته و یا شریک معامله تجاری است. درخصوص رابطه شخصی می‌توان به دوستی میان داور یا یکی از طرفین اختلاف اشاره نمود (Trakman, Ibid: ۶). هرچه این روابط نزدیک‌تر باشد موجب استقلال کمتر داور می‌شود.

«بی‌طرفی» به معنای جانب‌داری و تمایل ذهنی نسبت به طرفین یا موضوع می‌باشد (Steenkamp, ۲۰۰۷: ۷۶). قوانین مختلف داوری به‌طور معمول تعریف روشنی از اصطلاح «بی‌طرفی» یا رهنمودی برای تفسیر آن ارائه نداده‌اند، هرچند این اصطلاح در نوشته‌های حقوقی، با تعابیر متفاوتی بازگو شده است. مقصود از بی‌طرفی این است که مرجع رسیدگی نباید متمایل به سوی یکی از طرفین دعوا باشد و یا خواهان موقعیت برتر یکی و موقعیت بدتر دیگری باشد، بلکه مرجع رسیدگی‌کننده باید در رسیدگی و استماع اظهارات طرفین و بررسی ادله ایشان، کوچک‌ترین فرق و تبعیضی را قائل نشود. بدین لحاظ بی‌طرفی برخلاف استقلال که یک ویژگی عینی و ناظر بر رفتار بیرونی است، جنبه شخصی دارد و به‌همین دلیل نسبت به مفهوم استقلال، پیچیده‌تر و تشخیص فقدان آن نیز دشوارتر است (Redish, ۲۰۰۱: ۱۲). رفتار جانب‌دارانه موجب می‌شود داور صلاحیت لازم را از دست بدهد و حالت ذهنی او که گرایش به یک سمت است بر وجدان او که باید قضاوت عادلانه نماید غالب گردد و وی را به سوی

^۴ - کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک)

بر تابعیت داور علی‌الظاهر به اصل بی‌طرفی اشاره داشته است، طرفین نمی‌توانند در صورت بروز اختلاف به داور یا داورانی رجوع نمایند که دارای تابعیت یکسان با تابعیت طرف یا اطراف او باشد. در بند نخست ماده ۱۲ این قانون نیز به ضمانت اجرای این موضوع پرداخته شده است. به موجب این بند «داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی درخصوص بی‌طرفی و استقلال او شود». بند چهارم ماده ۱۱ قانون نیز شرایطی را بیان نموده تا از هرگونه تعدی داور از اصل استقلال و بی‌طرفی خودداری شود «... مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در موافقت‌نامه برای تعیین داور مقرر داشته‌اند رعایت نموده و استقلال و بی‌طرفی داور را ملحوظ نمایند». با تصریح ماده ۱۳ بر ضمانت اجرای جرح داور، این اصل مورد حمایت قانونی قرار گرفته است. بر اساس این ماده، چنانچه اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی درخصوص بی‌طرفی و استقلال داور شود و یا این که داور واجد اوصاف مورد توافق طرفین نباشد و یا شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد، هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در بی‌طرفی و استقلال او می‌شود را افشا نماید، از موارد جرح داور خواهد بود. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار بین دو واژه استقلال و بی‌طرفی قائل به تفکیک شده است.

شهرت حقوق فرانسه در بی‌طرفی در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، یکی از عوامل مهم موفقیت این کشور در داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد (بطحائی و دیگران، ۱۳۹۷، ۲۸). به موجب پاراگراف دوم ماده ۱۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه «داور موظف است پیش از پذیرش مأموریتش هرگونه اوضاع و احوال اثرگذار بر استقلال و بی‌طرفی خویش را افشا نماید. همچنین او موظف است بدون تأخیر هرگونه اوضاع و احوال این چنینی که پس از پذیرش مأموریتش ایجاد می‌شود را افشا نماید». براساس قوانین فرانسه اگر اصل گواهی‌نامه داور دچار مشکلاتی مانند منقضی شدن گردد یا در صورت هرگونه تردید در استقلال و بی‌طرفی او، می‌توان به استناد آن نسبت به جرح داور حتی پس از صدور حکم اقدام نمود (عزیزیانی و یکتایی، ۱۴۰۱، ۲۳۷). به نظر می‌رسد که نظام حقوقی فرانسه، میان اصل استقلال و بی‌طرفی داور تفاوتی قائل نشده است. چنانکه در متن داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) واقع در پاریس نیز تنها به شرط استقلال توجه شده است.^۵ واضعین مقررات داوری اتاق

یک طرف سوق دهد که در آن شرایط او قادر نباشد وظایف خود را به‌طور بی‌طرفانه به انجام رساند. این در حالی است که داور باید مقتضیات عدالت طبیعی را در یک رسیدگی عادلانه، رعایت نماید و با موضوع مطرح شده در نزدش به‌همان شکلی رفتار نماید که دادرس منصوب از سوی دولت رفتار می‌نماید (Vencent, ۲۰۰۳: ۴۹۲).

برخی از حقوق‌دانان (مافی، ۱۳۹۴، ۱۷۴) معتقدند میان دو واژه استقلال و بی‌طرفی باید قائل به تفکیک گشت. در مقابل پارهای از حقوق‌دانان دیگر (۶۰: ۲۰۰۷، Trakman) بر این عقیده هستند که این دو مفهوم دارای هم‌پوشانی است.

در دعوای شرکت تأسیسات زیربنایی آفکون علیه شرکت راه‌آهن ویکاس نیگام در ۲۹ می ۲۰۱۷ در دیوان عالی هلند، بحث بر سر این موضوع بود که آیا کارمندان پیشین خوانده به موجب بند پنجم بخش ۱۲ قانون داوری، صلاحیت منصوب شدن به داوری را دارند یا خیر؟ شرکت آفکون در دادگاه اظهار داشت که انتصاب کارمندان سابق به عنوان داور که در گذشته با کارفرما رابطه تجاری داشته‌اند، بی‌طرفی داور را زیر سؤال می‌برد. این شرکت ادعا می‌کرد که داور تعیین شده، کارمند و مشاور خوانده دعوا بوده و دارای رابطه تجاری با شرکت ویکاس نیگام می‌باشد. در مقابل شرکت راه‌آهن ویکاس نیگام اظهار داشت که این شرکت دارای هویتی مستقل است و نمی‌توان ادعا کرد کارمندان پیشین با آن ارتباط دارند. دادگاه با توجه به این که انتخاب کارمندان پیشین شرکت خوانده موجب تردید جدی در استقلال و بی‌طرفی داور می‌شود و اعتماد کامل در داوری از ملزومات این امر است، ضمن خاتمه دادن به دعوا، اعتراض شرکت آفکون را وارد دانست و خوانده را به جایگزینی داور ملزم نمود. به نظر می‌رسد که در پرونده مزبور، دیوان عالی هلند با به کار بردن لفظ صریح استقلال و بی‌طرفی در خصوص داور منصوب شرکت راه‌آهن، میان دو واژه استقلال و بی‌طرفی قائل به تفکیک نشده و هر دو را به یک مفهوم دانسته است.

درخصوص قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۶، برخی صاحب‌نظران یکی از موفقیت‌های قانون مزبور را تأکید زیاد بر اصل استقلال و بی‌طرفی همه داوران صرف‌نظر از شیوه انتخاب آن‌ها دانسته است (بطحائی و دیگران، ۱۳۹۷، ۴۴). براساس بند نخست ماده ۱۱ این قانون که با تأکید

^۵ - براساس ماده ۱۱) مقررات مذکور، هر داور باید مستقل از طرفین باقی بماند.

بازرگانی بین‌المللی ممکن است مفهوم استقلال را شامل بی‌طرفی دانسته و نیازی به قید اصطلاح بی‌طرفی نداشته‌اند. به هر حال یک داور ضمن مستقل بودن از شخص تعیین‌کننده او، نباید به‌گونه‌ای عمل نماید که گویی نماینده یا عامل شخص تعیین‌کننده است، به عبارتی باید به‌طور بی‌طرفانه عمل کند (Paulsson, ۱۹۹۰: ۲۱۲).

کمیته مشورتی تدوین قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان در خصوص عدم نیاز به شرط استقلال داوری در انتخاب داور گفته است «فقدان استقلال مهم نیست مگر این که موجب شک در بی‌طرفی داور شود». بی‌طرفی مبنای جرح داور است. بنابراین ضرورتی ندارد به استقلال به‌عنوان مبنای جرح داور توجه شود، مگر این که عدم استقلال بر عدم بی‌طرفی دلالت داشته باشد (Born, ۲۰۱۸: ۱۷۷۶). در همین خصوص، عالی‌ترین دادگاه انگلستان با این اظهار که «داور منتخب از سوی یک طرف در برابر آن طرف که او را انتخاب نموده، مستقل باقی می‌ماند و آن داور را نباید براساس قانون کار به‌عنوان یک کارمند آن طرف دعوا تلقی نمود» (Cohen, ۲۰۱۱: ۶۳۳)، مفهوم استقلال و بی‌طرفی را یکی دانسته است. با این حال در حوزه حقوق دریایی و حقوق تجارت، به‌نظر می‌رسد در حقوق انگلستان دیدگاه‌های دیگری مطرح است. در این حوزه‌ها قاعده حاکم این است که دو داور تشکیل‌دهنده دیوان داوری، هر یک نقش نماینده یا وکیل طرف انتخاب‌کننده خود را برعهده دارند (Mustill, ۱۹۹۱: ۳۹۲).

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در ابتدا برخی دادگاه‌ها اظهارنظر نموده‌اند که داور منتخب طرفین می‌تواند در ماهیت موضوع دعوا روابط یک‌طرفه با یکی از دوطرف اختلاف، وکیل یا وکلا و شهود او داشته باشد (Lieberman, ۲۰۰۳: ۲۳۳). توضیح آن که در یک دیوان داوری با سه داور، هر یک از طرفین می‌توانند داوری که اصولاً لازم نیست بی‌طرف باشد، را برای خویش انتخاب نمایند و آن‌گاه این دو داور باید داور سوم و بی‌طرفی را انتخاب نمایند. انجمن داوری آمریکا و بسیاری از متخصصان داوری با اعمال چنین روشی مخالفت نموده و به‌جای آن توصیه نموده‌اند که همه داوران از جمله داوران منتخب طرفین باید ضوابط عالی بی‌طرفی را رعایت نمایند (Nathan, ۲۰۰۶: ۱۸-۲۱). در سال ۱۹۷۷ انجمن داوری و قانون وکلای آمریکا با اعتقاد به این که منافع جامعه ایجاب می‌نماید که برای راهنمایی

داوران و طرفین، رعایت ضوابطی اخلاقی لازم است، مبادرت به تهیه قواعد اخلاقی در داوری تجاری نمودند. این منشور اخلاقی که نخستین اقدام جامع برای تدوین یک مجموعه از قواعد اخلاقی برای داوران تلقی می‌شود، درصدد ارائه مهم‌ترین تعهدات اخلاقی داوران در برابر اجتماع و همچنین طرفین دعوا برآمده است (Born, ۲۰۱۸: ۱۸۳۳). هدف از این مجموعه قوانین، در اختیار نهادن یک‌سری رهنمودهای اخلاقی بوده است که کاربرد آن نباید تنها محدود به پرونده‌های انجمن داوری یا مواردی که داوران حقوق‌دانان هستند باشد، بلکه باید درخصوص همه‌ی داوران در داوری‌های تجاری قابل اعمال باشد. افشای منافع و روابطی که می‌تواند بی‌طرفی داور را خدشه‌دار کند یا شکل تعصب و طرفداری را به خود بگیرد از جمله رهنمودهای این مجموعه باارزش است. در سازمان فینرا^۶ که بزرگ‌ترین سازمان خودانتظام در بازار سرمایه‌ی آمریکا (بورس اوراق بهادار) می‌باشد، داوران بدون محدودیت از تمام اقشار و طبقات جامعه و بدون تبعیض جنسیتی از سراسر کشور انتخاب می‌شوند. این داوران پس از ثبت‌نام و دیدن آموزش‌های لازم در آزمون داوری فینرا شرکت نموده و درصورت تأیید به‌عنوان داور سازمان فینرا انتخاب می‌شوند. آنچه مهم است این است که داور باید فردی مستقل و آگاه به موضوع باشد. به‌نظر می‌رسد در این مرجع اصل استقلال و بی‌طرفی در قالب یک مفهوم عنوان شده است. قانون داوری فدرال آمریکا در ماده ده اصلاحی ۱۵ نوامبر ۱۹۹۰ با به-کارگرفتن عباراتی عام و مطلق کلیه داوران را ملزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی دانسته است. به‌موجب این ماده دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا می‌توانند در صورتی که حکم بر مبنای فساد، تدلیس یا سوءنیت صادر شده باشد و یا در صورتی که جانب‌داری مسلمی رخ داده باشد یا فساد یا در هر یک از داوران احراز شده باشد، به درخواست یکی از طرفین، نسبت به بطلان رأی داوری اقدام نماید (Born, Ibid: ۱۸۰۸).

در صورت نبود چنین اوصافی، در برخی نظام‌های حقوقی مانند ایران ضمانت اجرای جرح داور و در برخی دیگر مانند ایالات متحده آمریکا ضمانت اجرای ابطال رأی داوری پیش‌بینی شده است. با این حال تأکید بر تابعیت داور برای رعایت این اصل که تنها در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بحث شده است جای بسی تأمل دارد، چراکه امروزه در بازرگانی بین‌المللی منع نمودن داور یا داوران بیگانه از صدور رأی داوری، به‌وضوح مانعی

^۶ - Financial Industry Regulatory Authority (FINRA).

وجود شرط داوری، دکتین استقلال شرط داوری به حساب می-آید. اغلب نظام‌های حقوقی با برجسته شدن دکتین استقلال شرط داوری و هم‌سوی با آن پذیرش «اصل صلاحیت بر صلاحیت» و نیز تصمیم‌گیری شخص داور به هنگام ایراد عدم صلاحیت داور یا موافقت‌نامه داوری گام مهمی در جهت کاهش مداخله نظارتی دادگاه‌ها در امر داوری برداشته‌اند. «اصل صلاحیت بر صلاحیت» به مرجع داوری اختیار می‌دهد تا نسبت به ایراد به صلاحیت داور ناشی از اعتبار و قلمرو موافقت‌نامه داوری اظهارنظر کند (۲۷: ۲۰۰۷، Carboneau). به‌موجب این اصل، صلاحیت دادگاه در بررسی و تعیین صلاحیت مرجع داوری محدود می‌گردد و مرجع داوری اولین مرجع در بررسی صلاحیت خود است (۹۵: ۲۰۱۰، Kronke et al). اختیار مرجع داوری در تعیین صلاحیت خود یک موضوع ناشی از طبیعت موافقت‌نامه داوری بوده و به‌وسیله «دکتین استقلال شرط داوری» حمایت می‌شود.

باوجود این، این اصل به معنای عدم دخالت مطلق دادگاه در امر داوری نمی‌باشد اما دخالت دادگاه‌ها در امر داوری باید مرزبندی و محدود شود وگرنه می‌تواند به ابزاری برای دور شدن از هدف ارجاع موضوع به داوری تبدیل گردد. به‌طورکلی مداخله دادگاه در داوری در نظام‌های مختلف حقوقی را می‌توان به سه مرحله مداخله قضایی پیش از داوری، حین رسیدگی داوری و پس از صدور رأی داوری تفکیک نمود.

۲-۱- پیش از تشکیل دیوان داوری یا پیش از رسیدگی

اصل محدودیت مداخله دادگاه در داوری تجاری بین‌المللی در مرحله پیش از تشکیل دیوان داوری در دو مورد قابل بررسی است که در زیر به آن پرداخته می‌شود.

۱-۱-۲- قابلیت ارجاع دعوا به داوری

حسب بند نخست ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی «در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به‌موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد»، رای داور اساساً باطل و غیر قابل اجرا است. از سوی دیگر، مطابق با اصل ۱۳۹ قانون اساسی «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع

بر سر راه توسعه داوری تجاری بین‌المللی و نیز جذب و حمایت سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد. وانگهی نفس این موضوع که تابعیت لزوماً جانب‌داری و خروج از اصل استقلال و بی‌طرفی به حساب می‌آید، اعتقاد درستی نیست و با فرض اثبات بی‌طرفی چنین داوری و امکان جرح او، جمع بین دو مصلحت توسعه داوری و جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از طرفی و نیز التزام به اصل استقلال و بی‌طرفی داور به‌راحتی فراهم است. علاوه-براین با در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده و ضرورت انعطاف-پذیری قوانین داوری، اعمال قوانین سخت‌گیرانه‌ای مانند بند نخست ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، چندان ضروری به نظر نمی‌رسد.^۷

باوجود این باید اذعان نمود چون از مهم‌ترین دغدغه‌های سرمایه‌گذاران در قراردادهای سرمایه‌گذاری این است که دادرسان ملی نوعاً در حل و فصل اختلافات تجاری ایشان از اصل استقلال و بی‌طرفی کامل فاصله می‌گیرند و این سرمایه‌گذاران در غیاب شرط داوری برای حل و فصل اختلافات خویش ملزم به مراجعه به دادگاه‌های ملی کشور سرمایه‌پذیر و تمکین به آرای دادرسان ملی آن کشور می‌باشند و به‌ویژه هنگامی که دادرس دادگاه با طرف مقابل دعوا دارای تابعیتی یکسان باشد، دغدغه و نگرانی ایشان از شدت بیشتری برخوردار خواهد بود، بنابراین در صورت وجود شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری باید دانست هر اندازه اصل استقلال و بی‌طرفی در مقررات داوری از ضمانت اجرای بیشتری برخوردار باشد، به دلیل عادلانه‌تر و منصفانه‌تر بودن داوری و صدور رأی داوری، امکان حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر فراهم است.

دوم- اصل محدودیت مداخله دادگاه در داوری تجاری

بین‌المللی

به‌طورکلی وجود شرط داوری در قراردادها موجب می‌شود که دعوا در صلاحیت داور قرار بگیرد و دادگاه دولتی از رسیدگی به آن ممنوع گردد مگر به دلایل موجهی مانند عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری و یا خروج موضوع دعوا از صلاحیت دیوان داوری که در این صورت دادگاه صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. مبنای حقوقی این امر یعنی صلاحیت نخستین داور در صورت

^۷ - برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: دی ام لیو، جولیان، ای میستلیس، لوکاس و ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۷۵.

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 می‌نماید. براین اساس در دعاوی تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی چنانچه موضوع دعوا مربوط به اموال عمومی و دولتی باشد، ارجاع به داورى منوط به تصویب هیأت وزیران و مجلس خواهد بود. فارغ از جنبه حمایتی این اصل از منافع ملی، اصل مزبور به دلیل لزوم مراجعه سرمایه‌گذاران خارجی به دادگاه‌های ملی درخصوص اختلافات اموال عمومی و دولتی، یک محدودیت در جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به‌شمار می‌آید. علاوه بر این در حقوق ایران برخلاف برخی کشورها^۸ در موضوعات مربوط به مالکیت فکری با توجه به این که اصل بر داورى‌پذیری بودن دعاوی بوده و ممنوعیت صریحی در این خصوص وجود ندارد، این موضوعات قابل ارجاع به داورى است.

قانون‌گذار فرانسه درخصوص داورى‌پذیری موضوعات، مشابه قانون‌گذار ایران عمل نموده است، با این تفاوت که در برخی قوانین مانند قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۷۸ درمورد پروانه اختراع^۹ و قانون چهار ژانویه ۱۹۹۱ درمورد علائم تجاری،^{۱۰} صلاحیت انحصاری پیش‌بینی شده تحت شرایطی قابل رجوع به داورى است.^{۱۱}

باید گفت فرانسه در مفهوم نظم عمومی و داورى‌پذیری در فضای داخلی و بین‌المللی رویه یکسانی ندارد و بسیاری از مسائل از جمله داورى‌پذیری اموال دولتی که در حقوق داخلی فرانسه غیرقابل داورى است در حقوق بین‌المللی، داورى‌پذیر تلقی شده است (Lehmann, ۲۰۰۴: ۶۱). بنابراین از این جهت نیز این نظام حقوقی با ایران متفاوت است. در نظام حقوقی انگلستان اصل بر این است که اگر موضوع قابل ارجاع به داورى، خلاف نظم عمومی باشد و در آن خصوص رأیی صادر گردد، چنین رأیی باطل

تلقی می‌شود. البته باید اذعان داشت که آراء محاکم قضایی انگلستان نقش مهمی در حقوق این کشور داشته و در دعاوی مختلف از جمله حقوق رقابت، حقوق کار، مالکیت فکری و اموال دولتی حکم به داورى‌پذیری این دعاوی داده شده است. براین اساس حقوق دانان معتقدند که امروزه حقوق انگلستان داورى را در قلمروی نظم عمومی اجازه می‌دهد و درخصوص موضوع اختلاف که به داورى ارجاع می‌گردد هیچ‌گونه محدودیتی وجود ندارد (Lehmann, Ibid: ۷۴). در حقوق ایالات متحده آمریکا، قانون داورى فدرال،^{۱۲} داورى‌پذیری در موضوعات مختلف را پذیرفته است. براین اساس دعاوی حقوق رقابت، مالکیت فکری و اوراق بهادار با مانع داورى‌ناپذیری روبه‌رو نیستند. درواقع باید ریشه به رسمیت شناختن داورى در دعاوی مالکیت‌های صنعتی را در حقوق آمریکا جستجو نمود. با اصلاحات قانونی در سال ۱۹۸۳ داورى‌پذیری دعاوی اعتبار پروانه اختراع صریحاً شناسایی شد. مطابق ماده ۲۹۴ قانون فدرال پروانه اختراع،^{۱۳} دعاوی اعتبار پروانه اختراع قابل ارجاع به داورى است. برخلاف پروانه اختراع، قانون فدرال، داورى‌پذیری علائم تجاری را به بحث نگذاشته است. یکی از دلایل چنین امری، کمبود رابطه قراردادی در زمینه علائم تجاری نسبت به پروانه اختراع است. اما به نظر می‌رسد که امروز مانعی بر سر راه داورى این دعاوی نباشد (Martin, ۱۹۹۷: ۹۴۱). همچنین در حقوق آمریکا حتی هنگامی که دعاوی اعتبار، داورى‌پذیر محسوب نمی‌شد، رویه قضایی ارجاع این دعاوی به داورى را پذیرفته بود (Petrakis, ۱۹۹۷: ۲۵).

۲-۱-۲- عدم اعتبار موافقت‌نامه داورى

به موجب ماده هشت قانون تجاری بین‌المللی ایران، در صورت وجود موافقت‌نامه داورى دادگاه می‌بایست دعوا را به داورى احاله نماید^{۱۴} مگر این که احراز نماید موافقت‌نامه‌ی داورى

^۸ - در کشور آلمان، به‌رغم تلاش‌های صورت گرفته در پذیرش دعاوی مربوط به اعتبار حقوق ثبت شده، تأثیر عملی اصلاحات چشمگیر نبوده است. همچنین در ایتالیا تنها در برخی از آراء داورى علائم تجاری با تأکید بر اثر نسبی رأی داور پذیرفته شد.

^۹ - La loi n° ۷۸-۷۴۲ du ۱۳ Juillet ۱۹۷۸ modifiant et complétant

^{۱۰} - La loi n° ۹۱-۷ du ۴ Janvier ۱۹۹۱ relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service

^{۱۱} - ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه دعاوی ناظر به حقوق قابل واگذاری را داورى‌پذیر می‌داند و ماده ۲۰۶۰ همان قانون اعلام می‌دارد که تمام موضوعات مربوط به نظم عمومی قابل ارجاع به داورى نیست. از طرفی در قانون پروانه حق اختراع و علائم تجاری، صریحاً اعلام شده است که صلاحیت انحصاری

پیش‌بینی شده در این قوانین با رعایت مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون مدنی مانع رجوع به داورى نمی‌شود.

^{۱۲} - Federal Arbitration Act (FAA)

^{۱۳} - Consolidated Patent Laws (۳۵ U.S.C)

^{۱۴} - دادنامه صادره به شماره ۱۴۰۲۵۳۹۰۰۴۹۶۶۵۷۳ مورخ ۱۴۰۲/۰۴/۲۹ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی «درخصوص تجدیدنظرخواهی شرکت ... به طرفیت تجدیدنظرخوانندگان آقای ... و خانم ... نسبت به دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۷۸۰۵۵۴۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۴ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد که به موجب آن حکم به ابطال سند رسمی صادر گردیده است، با عنایت به این که برابر مقررات بند ۱۴ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، اختلافات اعضای شرکت‌های تعاونی با شرکت تعاونی در مرکز داورى اتاق استان و اتحادیه مربوطه حل و

مناسب دانسته شده است (جعفری، ۱۳۹۷، ۸۴). هرچند در این میان در برخی دعاوی^{۱۷} با این استدلال که روح کنوانسیون آنسیترال، دادگاه را از اقدام و عمل در هر مقام به جز حکم داورى منع می‌نماید، دستور توقیف اموال از سوی دادگاه‌ها را بر نمی‌تابند. علاوه بر دستور موقت و یا توقیف اموال، دستور دیگری که طرفین می‌توانند از دادگاه بخواهند، دستور منع اقامه دعا یا پیگیری است. گاهی درحالی که داورى در یک کشور در جریان است همان دعا در دادگاه‌های کشور دیگری نیز تحت رسیدگی موازی قرار می‌گیرد. در این صورت به منظور جلوگیری از صرف هزینه، زمان اضافی و دادرسی تکراری چنانچه قانون آیین دادرسی مدنی اجازه دهد، یک طرف دعاوی داورى می‌تواند از دادگاه‌های آن کشور درخواست صدور منع اقامه یا پیگیری دعا را بنماید.^{۱۸}

۳-۲- پس از رسیدگی یا صدور رأی

وارسی قضایی رأی داورى در مرحله‌ی اجرا سبب می‌شود یا رأی داورى به اجرا درآید یا به دلایل ویژه‌ی مصرح قانونی، رأی داورى ابطال گردد (۴۲۳: ۲۰۰۸، Movsesian). ماده ۳۳ ق. د. ت. ب. ا موارد مربوط به ابطال رأی داورى را احصا نموده است، که به مراتب مفصل‌تر از موارد احصاء شده‌ی قانون داورى آنسیترال می‌باشد.^{۱۹} قانون‌گذار ایران در ماده ۳۳، برخلاف قانون نمونه آنسیترال موارد ابطال رأی را به وضوح گسترش داده است. به عنوان مثال هرچند در بندهای «الف»، «ب» و «ه» درخواست ابطال رأی ضروری به نظر می‌رسد، لیکن موارد بندهای «ج»، «و»، «ح» و «ط» با اعتراض و درخواست تجدیدنظر نسبت به رأی داورى هم قابل طرح می‌باشد و اصولاً نیازی به ابطال رأی داورى نیست. بدیهی است این موضوع به اعتبار و ثبات آرای

باطل یا غیرقابل اجرا می‌باشد. در حقوق فرانسه وفق بند نخست ماده ۱۵۲۰ ق. آ. د. م. دادگاه آن‌جاکه داور به دلیل عدم اعتبار موافقت‌نامه‌ی داورى صلاحیت ندارد، باید مداخله فعال داشته باشد. به همین شکل در حقوق انگلستان و آمریکا از جمله موارد دخالت دادگاه در داورى، بی‌اعتباری قرارداد داورى است که حتی ممکن است همراه با دستوراتی از طرف دادگاه باشد (جعفری، ۱۳۹۷، ۶۱).

۲-۲- حین رسیدگی داورى

در قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران تحت‌تأثیر قانون نمونه آنسیترال^{۱۵} دخالت دادگاه در جریان داورى در مواردی از جمله جرح داور، صدور دستور موقت و قرار تأمین خواسته به عنوان شیوه‌ای حمایتی پذیرفته شده است. قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در بند دوم و سوم ماده ۱۵۱۹ برگزیدن شیوه ابلاغ را در وهله نخست به اراده طرفین وانهاده است و سپس اگر در این زمینه توافقی حاصل نگردد، مقرر نموده تا ابلاغ از سوی مأمور دادگاه صورت پذیرد (۲۷۶: ۱۹۷۸، Holtzman). قانون داورى انگلستان مصوب ۱۹۹۶ نسبت به قانون نمونه آنسیترال، درخصوص مداخله قضایی زمینه‌های بیشتری را پذیرفته است (رید، ۱۳۸۵، ۲۰۱). در بخش ۴۴ این قانون به صراحت از امکان مداخله قضایی به موازات اختیارات دیوان داورى سخن به میان آمده است. در حقوق آمریکا نیز به اقسام دخالت دادگاه در جریان داورى اشاره شده است. نمونه این مورد اقدامات تأمینی است؛ باینکه در این نظام حقوقی اختیارات گسترده‌ای برای صدور دستورات تأمینی به داوران داده شده است،^{۱۶} دستور توقیف اموال خوانده از سوی دادگاه به عنوان تضمینی برای رأی صادر شده،

^{۱۸} - The US decision in General Electric Co v.

Deutz AG , ۱۳(۱۰) mealet's IAR CI (۱۹۹۸)

^{۱۹} - براساس این ماده ابطال رأی می‌تواند به یکی از دلایل زیر و به درخواست طرفین از دادگاه تقاضا شود. الف) یکی از طرفین فاقد اهلیت باشد، ب) موافقت‌نامه داورى به موجب قانون مورد توافق حاکم بر داورى معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون، مخالف صریح قانون ایران باشد، ج) مقررات این قانون درخصوص ابلاغ اختیارات تعیین داور رعایت نشده باشد، د) درخواست کننده ابطال به دلیلی که خارج از اختیار او بوده موفق به ارائه مدارک خود نشده باشد، ه) داور خارج از حدود اختیارات خود رأی داده باشد، و) ترکیب هیأت داورى مطابق با آیین دادرسی موافقت‌نامه داورى نباشد و یا در صورت سکوت یا عدم وجود موافقت‌نامه مخالف این قانون باشد، ح) رأی داورى مستند به سندی باشد که جعلی بودن آن ثابت شده است، ط) پس از صدور رأی داورى مدارکی یافت شود که دلیل بر حقانیت معترض بود و ثابت شود که آن مدارک را طرف مقابل مکتوم داشته یا باعث کتمان آن‌ها شده است.

فصل می‌گردد و ... هیأت دادگاه طرح ابتدایی خواهان‌ها پیش از اظهار مرکز داورى را مسموع ندانسته و دادنامه مورد اعتراض را شایسته تأیید نمی‌داند و به استناد ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان‌های اولیه را صادر و اعلام می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.

^{۱۵} - آنسیترال یا کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد که با قطع‌نامه ۲۲۰۵ در ۱۷ سپتامبر ۱۹۶۶ تأسیس گردید. این سازمان در سال ۱۹۸۵ قوانین مرتبط با داورى تجاری بین‌المللی را به عنوان قانون نمونه به تصویب رساند.

^{۱۶} - برای مثال قواعد انجمن داورى آمریکا مقرر می‌دارد که داوران می‌توانند برای حفظ اموال دستوراتی صادر نمایند و صدور این دستورات خدشه‌ای به حقوق طرفین یا تصمیم نهایی درخصوص اختلاف وارد نمی‌کند.

^{۱۷} - حکم دادگاه ایالت در یک پرونده بین‌المللی در سال ۱۹۸۲، ام هولتزمن، هواردام (۱۳۸۱)، ترجمه علی قاسمی، داورى در ایالات متحده آمریکا، فصل - نامه دیدگاه‌های حقوقی، ۷۱.

داوری آسیب جدی می‌زند و دادگاه را به‌نحوی مرجع تجدیدنظر از آرای داوری معرفی می‌نماید که با فلسفه نهاد داوری که یک نوع رسیدگی کاملاً خصوصی با رأی قطعی است ناسازگار می‌باشد. ماده ۳۴ ق. د. ت. ب. ا به موارد بطلان رأی اختصاص یافته است.^{۲۰} قانون‌گذار ملی در ماده ۳۴ مزبور، آشکارا با پا فرا گذاشتن از اصول و استانداردهای معمول داوری دخالت دادگاه را حتی در صورت عدم اعتراض طرفین تجویز نموده است. فارغ از مصالحی که قانون‌گذار را به تصویب این موارد واداشته است، باید دانست هرچه دامنه دخالت دادگاه و ابطال رأی داوری گسترانده‌تر می‌شود، به‌همان میزان دامنه حمایت از قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی فروکاسته می‌شود، چراکه همیشه میان یک داوری معتبر و مصون از تعرضات قضایی و امنیت سرمایه‌گذاری، رابطه مستقیم و وثیقی برقرار است.

در حقوق فرانسه به‌صراحت ماده ۱۵۲۰ ق. آ. د. م. ف درخواست ابطال رأی تنها در صورتی قابل طرح است که الف) دیوان داوری به اشتباه خود را صالح یا غیرصالح اعلام کرده باشد، ب) دیوان داوری به شیوه صحیح تشکیل نشده باشد، ج) دیوان داوری مطابق مأموریت محوله اتخاذ تصمیم نکرده باشد، د) اصل تناظر رعایت نشده باشد و نهایتاً و) شناسایی و اجرای رأی مغایر با نظم عمومی بین‌المللی باشد. قانون داوری تجاری انگلستان (۱۹۹۶) نیز بخش‌های ۶۷ تا ۶۹ خود را به زمینه‌های به چالش کشیده شدن آرای داوری اختصاص داده است. طبق بخش ۶۷ این قانون یک طرف رسیدگی می‌تواند تصمیم داور را درخصوص صلاحیت ماهوی دیوان داوری به چالش بکشد و خواستار ابطال جزئی یا کلی رأی داوری شود. مبنای دیگر به چالش کشیدن آرای داوری «بی‌نظمی جدی» است که در بخش ۶۸ قانون ذکر گردیده است. یکی از طرفین داوری با استناد به بی‌نظمی جدی که دیوان رسیدگی را تحت تأثیر قرار داده باشد، می‌تواند به رأی اعتراض نماید که نتیجه این اعتراض، ابطال کلی یا جزئی رأی داوری خواهد بود. در پرونده ادونگو^{۲۱} بدین دلیل که داور به طرفین اجازه ابراز دلایل به‌صورت شفاهی و نیز رویارویی بایکدیگر را نداده بود، رأی داوری نقض شد. مبنای دیگر پیش‌بینی شده در بخش ۶۹ این قانون، مربوط به اعتراض به رأی داوری از نقطه‌نظر حکمی می‌باشد. باوجود محدودیت‌های وسیع

قانون انگلستان درخصوص اعتراض حکمی، این حق به طرفین داوری تجاری داده شده است تا یک مسأله حکمی ناشی از رأی داوری را به دادگاه بکشانند. چنان‌که گذشت قانون انگلستان موارد زیادی را برای اعتراض آرای داوری پیش‌بینی نموده است. هرچند برخی از این موارد منطقی و ضروری هستند، لیکن برخی از آن‌ها قابل توجیه نمی‌باشد. به‌عنوان مثال مبنای ارائه شده در ماده ۶۸ قانون درخصوص بی‌نظمی با مسأله حق داور برای هدایت جریان رسیدگی به‌صلاحدید خود و با حسن نیت و رعایت انصاف در تناقض است یا مبنای ارائه شده در ماده ۶۹ که با آزادی طرفین برای انتخاب قانون حاکم چندان سازگاری ندارد. به‌طور کلی روند اعتراض به آرای داوری در انگلستان، باعث ایجاد ابهامات زیادی درباره قطعیت آرای صادره، گشته است. کلی‌گویی قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶) تحت عبارات «بی‌نظمی جدی در رسیدگی» تاب تفسیر بیشتری داشته و می‌تواند موارد بیشتری را برای اعتراض آرای داوری دربرگیرد (علی‌حانی و عباسی، ۱۳۹۱، ۱۰۲-۱۰۱). در نظام حقوقی آمریکا نیز موارد بسیار محدودی وجود دارند که تنها به استناد آن‌ها می‌توان از دادگاه تقاضای ابطال رأی داوری را نمود. با توجه به گوناگونی قوانین ایالات متحده، برای بررسی دیدگاه نظام حقوقی ایالات متحده چاره‌ای جز تکیه بر حقوق فدرال نیست. براساس قوانین فدرال در موارد زیر دادگاه اختیار دارد رأی داوری را ابطال نماید ۱- رأی داوری با فساد و تقلب صادر شده باشد، ۲- خروج از اصل بی‌طرفی داور، ۳- عدم استماع دلایل توسط داوران و ۴- تجاوز داوران از اختیارات قانونی. باید دانست قوانین فدرال آمریکا تنها امکان ابطال آرای داوری را پیش‌بینی نموده است و امکان تجدیدنظرخواهی از آرای داوری وفق قوانین فدرال وجود ندارد، مگر طرفین در این خصوص توافق نموده باشند. امروزه اغلب کشورها در نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا، در راستای جذب بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی با محدود نمودن مداخله قضایی در امر داوری و نیز جلوگیری از استفاده افراطی شیوه‌های ابطال رأی داوری به کنوانسیون نیویورک ملحق گشته‌اند.

امروزه در قراردادهای حقوق تجارت بین‌الملل طرفین قرارداد تلاش می‌نمایند که با به‌کارگیری روش‌های نوین حل و فصل اختلاف از جمله داوری خود را از مراجعه به محاکم ملی

^{۲۰} - O'Donoghue v. Enterprise Inns Plc, ۲۰۰۸, Arbitration, Practice & Procedure Case Data Base, Op Cit, P۱.

^{۲۱} - به‌موجب این ماده، رأی داوری در موارد زیر اساساً باطل و بی‌اثر است. الف) داوری‌پذیر نبودن موضوع اختلاف، ب) مخالفت رأی با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا قواعد آمره و ج) رأی داوری درخصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره یا مفاد اسناد رسمی معتبر در تعارض باشد.

شده است متعدد است^{۲۲} که خود جای بسی اصلاح دارد. چراکه دادرسان ایرانی باید از ستیز با داوری خودداری کرده و با شناسایی و اجرای آراء داوری، آنرا به عنوان شیوه‌ای امن برای تجارت و سرمایه‌گذاران خارجی معرفی و بدین ترتیب زمینه توسعه تجارت بین‌الملل در ایران را مهیا سازند.

سوم- اصل سقوط مصونیت دولت‌ها در داوری تجاری بین‌المللی

در قراردادهای سرمایه‌گذاری دولتی، نظریه مصونیت دولت به عنوان یکی از مفاهیم حقوق بین‌الملل عمومی بیشتر خودنمایی می‌کند (۲۲۶: ۲۰۰۶، Murphy). درواقع، یکی از نگرانی‌های مهم سرمایه‌گذاران خارجی به هنگام بروز اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری این است که دولت طرف قرارداد بخواهد به مصونیت قضایی یا مصونیت اجرایی خود استناد نموده و از سپردن اختلاف به داوری سرباز زند. مصونیت دولت هنگامی موضوعیت می‌یابد که دادگاه‌های داخلی یک دولت درصدد تحمیل صلاحیت قضایی خویش بر دولت دیگر برآیند.

مسئله مصونیت دولت به دو شکل کلی قابل طرح است. نخست، مصونیت مطلق و دوم، مصونیت محدود که شامل مصونیت قضایی^{۲۳} و مصونیت اجرایی^{۲۴} می‌باشد. در مصونیت مطلق، کلیه فعالیت‌های دولت اعم از تجاری، حاکمیتی و یا فعالیت‌های زیان‌بار آن از هرگونه رسیدگی در خارج از قلمرو سرزمینی‌اش مصون فرض می‌شود. با تحولات بین‌المللی قرن بیستم، قاعده مصونیت مطلق دولت به تدریج مورد انتقاد دولت‌ها قرار گرفت. نقطه مقابل مصونیت مطلق مصونیت محدود بوده که چنانچه از نوع مصونیت قضایی باشد، مصونیت دولت از تعقیب قضایی مطرح است و چنانچه از نوع مصونیت اجرایی باشد، مصونیت دولت از توقیف اموال دولتی مدنظر است. مصونیت قضایی دولت‌ها حقی است که مفاد آن مشعر بر خروج دولت‌ها از حیطه اعمال صلاحیت دادگاه‌های سایر کشورها می‌باشد (۳: ۱۹۹۷، Brohner). با این حال باید اذعان داشت مصونیت قضایی دولت در برابر مرجع داوری و نیز در برابر دادگاهی که صلاحیت نظارتی خود را بر روند داوری اعمال می‌نماید و یا به مناسبت داوری تشکیل شده است، قابل طرح و بسط نیست، چراکه مرجع داوری مستقل از حاکمیت‌های سیاسی است و اساساً صلاحیت خود را از توافق‌نامه داوری میان یک دولت و یک

یک کشور رها ساخته و با مسائلی همچون قوانین سخت‌گیرانه آیین دادرسی یک کشور، عدم محرمانگی دادرسی و افشای اطلاعات، صدور آرای متناقض و... مواجه نگردند. این موضوع در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی از اهمیت دوچندانی برخوردار است. داوری در این حوزه بایستی به گونه‌ای باشد که نه تنها دخالت دادگاه در آن محدود بوده بلکه موارد مشخص و دقیق دخالت دادگاه در مواردی که ضروری است باید مشخص گردد تا راه هرگونه اختلاف نظری در این خصوص را به روی طرفین ببندد. آن گونه که از بررسی مقایسه‌ای نظام‌های حقوقی ملاحظه گردید باید گفت، این شیوه حل و فصل اختلاف هنوز مستقل و خودکفا نیست و در معرض دخالت‌های متعدد دادگاه‌های ملی قرار دارد. باین حال در راستای حمایت از قراردادهای تجاری بین‌المللی به ویژه سرمایه‌گذاری خارجی چاره‌ای جز محدودیت هرچه بیشتر مداخله قضایی در امر داوری نیست. قانون نمونه آنسیترال درخصوص داوری زمینه‌های مداخله قضایی در امر داوری را تا حد قابل توجهی کاهش داده است. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با اقتباس از قانون نمونه می‌کوشد تا دخالت دادگاه‌های ایران را در احکام داوری محدود و نقش داوری را در دعاوی تجاری بین‌المللی و سرمایه‌گذاری خارجی تقویت نماید. همچنین در اغلب نظام‌های حقوقی با روی کار آمدن دکترین استقلال شرط داوری و همسوی با آن پذیرش «اصل صلاحیت بر صلاحیت» و نیز تصمیم‌گیری شخص داور در زمان ایراد عدم صلاحیت داور یا موافقت‌نامه داوری گام مهمی در جهت کاهش مداخله دادگاه در امر داوری برداشته شده است. نکته حائز اهمیت دیگر آن است که هدف دادگاه از ایفای نقش در داوری در برخی موارد مانند صدور قرار تأمین خواسته، صدور دستور موقت و یا شناسایی و اجرای رأی جنبه مساعدتی و در برخی دیگر مانند اعتراض و ابطال رأی جنبه نظارتی دارد. به وضوح می‌توان گفت هراندازه نقش مساعدتی و حمایتی دادگاه در امر داوری بیشتر باشد، در راستای حل اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری جنبه حمایتی آن بیشتر به چشم می‌خورد. در مقابل نظام‌های حقوقی ملی باید تلاش نمایند تا در راستای حمایت از دعاوی تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد امنیت حقوقی کامل جنبه‌های نظارتی دادگاه‌ها در امر داوری به ویژه در خصوص ابطال و اعتراض رأی را کاهش دهند. به عنوان مثال در حقوق ایران، موارد مربوط به نقض و ابطال آرای داوری خارجی که در ایران صادر

^{۲۲} - Immunity from execution.

^{۲۳} - بند ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران
^{۲۴} - Immunity from jurisdiction.

نیز آرای صادره از آن داور را اسقاط نموده است و دیگر حق قابل استنادی برای دولت در این زمینه وجود ندارد.

درخصوص اجرای آرای داور خارجی، دولت ایران در سال ۱۳۸۰ به کنوانسیون بین‌المللی شناسایی و اجرای آرای داور خارجی معروف به کنوانسیون نیویورک ملحق شده است. به موجب ماده سوم کنوانسیون، دولت‌های متعاهد ضمن به رسمیت شناختن آرای داور خارجی براساس آیین دادرسی مدنی کشوری که در آن تقاضای اجرای رای می‌گردد، متعهد به اجرای رای می‌باشند. نظر به الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک، مصونیت اجرایی دولت درخصوص آرای داور خارجی اساساً منتفی است. وانگهی در این کنوانسیون، موارد رد دستور اجرای رای داور صراحتاً برشمرده شده است^{۲۶} و دولت‌ها فقط در موارد احصاء شده در این کنوانسیون و با اثبات این موارد، مجاز به رد تقاضای اجرای حکم می‌باشند.

بنابر موارد فوق، درخصوص اجرای آرای داور ایرانی با آرای داور خارجی باید قائل به تفاوت شد. نحوه اجرای آرای داور که به موجب قانون داور تجاری بین‌المللی صادر شده در ماده ۳۵ آن قانون بیان شده است. به موجب این ماده به استثنای موارد مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴، آرای داور که مطابق با مقررات قانون مزبور صادر شود، قطعی و قابل اجراست. چنانچه رأی داور خارج از ایران صادر شده باشد و تقاضای اجرای آن از دادگاه ایران به عمل آید، دادگاه در این صورت به موجب کنوانسیون نیویورک نسبت به اجرای رأی داور اقدام می‌کند.

براساس رویه‌ی قضایی فرانسه به محض این که دولت یا هر شخصیت حقوقی دارای مصونیتی در هر نوع داور اعم از موردی یا سازمانی (نهادی) تن به پذیرش داور بدهد، صرف پذیرش داور به معنی اعراض از هرگونه مصونیت قضایی و اجرایی است. در این رابطه دادگاه تجدیدنظر روان^{۲۷} فرانسه در سال ۱۹۹۶ در دعوی علیه یک شرکت دولتی تونس رأی صادر می‌نماید که در آن به روشنی حقوق خصوصی را از حقوق عمومی تفکیک نموده و بر لزوم متابعت از شرط رجوع به داور در مسائل مربوط به حقوق خصوصی تأکید نموده است. دادگاه در این رأی اعلام نمود که با پذیرش شرط رجوع به داور که بدون پذیرش و تمکین به آن اساساً قراردادی امضاء و منعقد نمی‌گشت، دولت

شخص خارجی تحصیل می‌نماید. دولتی که شرط داور را با اراده آزاد پذیرفته باید به صلاحیت داور پایبند باشد و حق ندارد به مصونیت خویش در روند داور استناد نماید. باوجود این این بدان معنی نیست که یک دولت نمی‌تواند به صلاحیت دیوان داور اعتراض نماید. به عنوان مثال، دولت ذیربط می‌تواند مدعی باشد که اصلاً طرف توافق داور نبوده است (Tweddale, ۲۰۰۷: ۱۳۵).

برخلاف مصونیت قضایی، مصونیت اجرایی دولت‌ها فقط در دادگاه‌های دولتی که مقر اجرای رأی داور می‌باشند قابل استناد است. اما باید گفت، در معاملات تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی که دولت از باب اعمال تصدی خود قرارداد داور را با شخص سرمایه‌گذار خارجی منعقد می‌نماید، حق توسل به این حربه را چه در مرحله تعقیب قضایی و چه در مرحله اجرای رأی داور نخواهد داشت.

در پرونده سدلمایر علیه روسیه^{۲۸} در داور اتاق بازرگانی بین‌المللی، سدلمایر موفق شد که رأی داور را به مبلغ چندین دلار علیه روسیه بدست آورد. در روند اولیه اقامه دعوا، کشور روسیه از هرگونه استناد به مصونیت منع شد، چراکه امضای قرارداد داور توسط او هرگونه ادعای مصونیت را ساقط کرده بود. براساس کنوانسیون نیویورک نیز اجرای رأی داور علیه این دولت امکان‌پذیر بود، اما اسقاط مصونیت از اجرا شامل همه جنبه‌های رأی داور نمی‌شد. براین اساس، سدلمایر علیه روسیه اعتراض نمود و اجرای کلی رأی را خواستار شد. دادگاه عالی این نظر را رد کرد و چنین نظر داد که این اموال مصون از اجرا هستند. در نهایت سدلمایر توانست که رأی داور را درخصوص یکی از اموال دولت روسیه در کشور آلمان اجرا کند. دادگاه آلمان چنین نظر داد که اموال مورد تقاضا برای اهداف تجاری اختصاص یافته و مصون از اجرا نیستند.

در حقوق ایران به نظر می‌رسد به دلیل توافقی بودن داور میان طرفین، امکان استناد به مصونیت قضایی از سوی دولت در طول فرایند داور، فاقد وجهت قانونی است. به عبارت ساده‌تر، پس از آن که دولت توافق‌نامه داور را امضا می‌نماید و می‌پذیرد که حل اختلاف تجاری خویش را به داور ارجاع دهد، به-طورضمنی اصل مصونیت قضایی خویش در برابر روند داور و

^{۲۶} - ماده پنجم کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داور خارجی (کنوانسیون نیویورک)

^{۲۷} - Court of Appeal of Rouen

^{۲۸} - Mr. Frans Sedelmayer v. the Russia federation, ۲ stockholm int arb. Rev. ۳۷, ۴۸, ۷۲ (۲۰۰۵), available at: <http://www.sccinstitute.com>.

داوری در کشور دیگر یکی از مصادیق اعراض ضمنی از مصونیت دولت به حساب می‌آید (Dickinson et al, ۲۰۰۵: ۲۴۶). براین اساس هنگامی که دولت‌های خارجی با طرف آمریکایی قراردادهای تجاری با پیش‌بینی داوری برای حل اختلافات تجاری خویش منعقد می‌نمایند، دادگاه‌های ایالات متحده عموماً نظر بر این دارند که چنین قراردادهایی ماهیتاً معاملات تجاری هستند و دولت خارجی نمی‌تواند مستند به اصل مصونیت دولت، از داوری اجتناب ورزد.

شایان ذکر است وفق ماده ۱۷ کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص مصونیت‌های قضایی دولت‌ها و اموال آن‌ها مصوب ۲۰۰۴ میلادی، رضایت به مراجعه به داوری متضمن رضایت به اعمال صلاحیت نظارتی دادگاه‌های دولتی در توافق داوری شناخته شده است که بر این اساس نیز دارای صلاحیت نظارتی بر اجرای رأی داوری می‌باشند. ماده ۱۷ این کنوانسیون در خصوص دعوی ناشی از مبادلات تجاری به کار رفته و مطابق با آن دادگاه می‌تواند به هر نحوی با دعوی مربوط ارتباط صلاحیتی برقرار کند.

در تحلیل اصل عدم مصونیت دولت، در داوری‌های نوین تجاری بین‌المللی باید اذعان نمود که هدف شخص یا اشخاص سرمایه‌گذار از ورود به داوری، امنیت بخشیدن به قرارداد سرمایه‌گذاری خود است، بنابراین اگر مصونیت قضایی و اجرایی دولت در میان بیاید، امنیت داوری نقض می‌گردد و دیگر داوری-های تجاری بین‌المللی از اعتبار لازم برای حمایت از سرمایه-گذاری خارجی برخوردار نخواهد بود. اگر دولتی به عنوان محکوم-علیه در دعوی از اجرای رأی داوری سرباز زند، لاجرم سرمایه‌گذار باید زمان و منابع معتنا بهی را صرف کند تا مشخص نماید کدام دارایی و اموال دولت از مصونیت برخوردار است یا ماهیت معامله را اثبات کند که این امور خود ممکن است سال‌ها به طول بیانجامد و کار را برای اشخاص حقوق خصوصی دشوار نماید (Blane, ۲۰۱۲: ۱۳۱). درواقع این اصل که یکی از مهم‌ترین اصول داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد، نقش به‌سزایی در اجرای عدالت قراردادی در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی دارد و نگرانی‌های شخص سرمایه‌گذار را برای ورود به قراردادهای سرمایه‌گذاری که یک طرف آن دولت است، به‌طور جدی کاهش می‌دهد. از سوی دیگر سرمایه‌گذاران خارجی به جهت برخورداری از حمایت بیشتر در صحنه قراردادهای سرمایه‌گذاری با دولت‌ها

پذیرفته که مقررات تجارت بین‌المللی در روابط فی‌مابین اجرا گردد و در نتیجه چنین دولتی از مصونیت قضایی خود اعراض نموده است (خضری، ۱۳۹۱، ۶۳). دادگاه‌های فرانسه در سطوح مختلف و در آرای بی‌شماری به‌طور مداوم از پذیرش داوری از سوی دولت یا سازمان مستقل بین‌المللی، انصراف از مصونیت را استنتاج نموده‌اند.

در حقوق انگلستان تا پیش از تصویب قانون مصونیت دولت مصوب ۱۹۷۸، پذیرش داوری از سوی دولت دلیلی بر اعراض از مصونیت قضایی به حساب نمی‌آمد. لیکن در بخش نهم این قانون راه‌حل متفاوتی در این زمینه پیش‌بینی شد. براساس این بخش از قانون مزبور، هرگاه چنین قراردادی از سوی دولتی منعقد شود، آن دولت در جریان رسیدگی قضایی از جمله در امور ذیل مصونیت نخواهد داشت: ۱- تعیین و نصب دیوان داوری، ۲- خلع یک داور، ۳- تعیین صلاحیت نخستین دیوان داوری، ۴- درخواست اعمال اختیارات دادگاه همراه با انجام داوری، ۵- صدور حکم در مورد رأی یا ثبت رأی و ۶- نپذیرفتن یا تجدیدنظرخواهی از هر رأیی. براین اساس در حقوق انگلستان نیز هنگامی که دولت یا سازمان مستقل بین‌المللی مانند هر شخص حقوقی یا حقیقی دیگر شرط رجوع به داوری را پذیرفته باشد، به‌موجب قانون از مصونیت قضایی خویش اعراض نموده است. تصویب قانون مصونیت ۱۹۷۸ در انگلستان یک سال پس از پذیرش نظریه مصونیت محدود (نسبی) به‌وسیله رویه قضایی این کشور صورت گرفت و می‌توان گفت این در راستای پذیرش هر دو نوع مصونیت محدود (قضایی و اجرایی) می‌باشد.

ایالات متحده آمریکا که خود روزگاری پیش‌تاز نظریه مصونیت مطلق دولت بوده است و با تکیه بر اصل تساوی حاکمیت دولت‌ها اساساً اعمال دول خارجی را قابل تعقیب و شکایت در مراجع داخلی و خارجی سایر کشورها نمی‌شناخت و براین اساس حمایت از حقوق اتباع خارجی را منحصر به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع آن اتباع در سطح بین‌المللی می‌نمود، نیز در سالیان اخیر اقدام به اصلاح قوانین مصونیت خود در خصوص داوری نموده است. مهم‌ترین علت روند تحدید مصونیت دولت در ایالات متحده آمریکا، فعالیت مؤسسات و شرکت‌های دولتی بوده است، چراکه دولت نمی‌تواند به استناد حاکمیت خویش بدون پرداخت ضرر و زیان مقتضی، قرارداد منعقد با دولت خارجی را فسخ نماید. در رویه‌ی قضایی دادگاه‌های ایالات متحده پذیرش

۲۸ - British Government Immunity Act Approved in ۱۹۷۸

می‌بایست حقوق ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی دولت طرف قرارداد را بررسی کنند. براین اساس در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی لازم است با تصویب قوانین خاص و با توجه به تفکیک اعمال حاکمیتی از اعمال تصدی از بروز مشکلات ناشی از مصونیت دولت‌ها جلوگیری نمود.

نتیجه‌گیری

در داورهای تجاری بین‌المللی اصولی وجود دارد که میزان التزام هر کشوری به آن‌ها بی‌تردید بر میزان جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در آن کشور، تأثیر مستقیمی دارد. از مهم‌ترین این اصول «اصل استقلال و بی‌طرفی داور»، «اصل محدودیت مداخله قضایی» و «اصل عدم مصونیت دولت» می‌باشد که براساس بررسی تجربه تقنینی اغلب کشورهای توسعه یافته، نظام‌های حقوقی با گذشت زمان کم‌وبیش به سمت بسط و توسعه این اصول پیش رفته‌اند. نهادینه کردن اصل استقلال و بی‌طرفی داور در نظام‌های حقوقی لازمه رسیدگی منصفانه بوده و به دلیل جنبه حمایتی منجر به تمایل سرمایه‌گذاران خارجی به امر داور می‌گردد. براین اساس با در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده و ضرورت انعطاف‌پذیری قوانین داور، اصلاح ماده ۱۱ قانون داور تجاری بین‌المللی ایران ضروری به نظر می‌رسد.

مداخله دادگاه‌ها در روند داور به سه مرحله پیش از داور، حین رسیدگی داور و پس از صدور رأی داور قابل تفکیک است. هرچند مداخله قضایی در برخی موارد مانند صدور قرار تأمین خواسته، صدور دستور موقت، شناسایی یا اجرای رأی داور به دلیل لزوم جنبه حمایتی و صیانتی آن ضروری نیز می‌باشد، با این حال برخی مداخلات قضایی در روند داور وجود دارد که باعث تضعیف اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی به سرمایه‌گذاری در کشور می‌گردد. این نوع مداخلات قضایی که عموماً منجر به ابطال، بطلان و اصلاح رأی داور می‌شود، واجد جنبه نظارتی است، درحالی که نقش دادگاه‌ها در داورهای سرمایه‌گذاری خارجی می‌بایست بیشتر جنبه مساعدتی و حمایتی داشته باشد. براین اساس، نظام حقوق ایران باید هم‌سو با سایر نظام‌های حقوقی تا حد امکان بر محدود نمودن مداخلات نظارتی دادگاه‌ها در امر داور متمرکز شود.

هرچند سقوط مصونیت دولت در امر داور امروز در اغلب نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، لیکن هنوز در خصوص مصونیت اجرایی دولت برخی کشورها تسامح به خرج می‌دهند. به نظر می‌رسد ایران باید با تصویب قوانین خاص در راستای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، اصل عدم مصونیت دولت را هم‌سو با تحولات حقوقی روز دنیا در برابر روند داور با قوت دنبال نماید.

References

- [۱] Asadinejad, M. (۱۳۹۱). The principle of independence and impartiality in international commercial arbitrations, The quarterly journal of legal knowledge and research, ۲, ۲-۲۲. (In Persian).
- [۲] Mholtzman, H. (۱۳۸۱). Arbitration in the United States of America, Translated by Ali Ghasemi, Legal Perspectives Quarterly, ۲۵, ۵۵-۸۰. (In Persian).
- [۳] Bathaei, F. Shams, A. Bahmani, M. Joneidi, L. (۱۳۹۷). A comparative study of the independence and impartiality of the dedicated referee, ۳۶, ۳۲-۵۵. (In Persian).
- [۴] Jafari, M. (۱۳۹۷). The role of national courts in investment arbitration in the field of energy, a comparative study of Iranian and American law, Master's thesis, Tehran: Khatam non-profit university, Faculty of Law and Political Sciences. (In Persian).
- [۵] Khezri, M. (۱۳۹۱). Exception to arbitration agreement on the principle of government immunity, Research paper of legal ideas, ۴۷, ۴۹-۷۲. (In Persian).
- [۶] Reid, A. (۱۳۸۵). Harmonization or non-harmonization of the UNCITRAL Model Law with the English Arbitration Law in the field of international commercial arbitration, Translated by Dr. Farhad Khomamizadeh, Specialized magazine of theology and law, ۱۹, ۱۸۸-۲۱۰. (In Persian).
- [۷] Dmllo, J. Amistelis, L. Mkroul, S. (۱۳۹۱). Comparative International Commercial Arbitration, Translated by Mohammad Habibi Majandeh, Tehran: Mofid University, First edition. (In Persian).
- [۸] Aziziani, M. Yektayi, S. (۱۴۰۱). The limits of the intervention of the will of the parties, the arbitrator and the court in compulsory arbitration in Iranian and French law with the approach of citizenship rights, Scientific Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives, ۱۰۰, ۲۲۵-۲۵۰. (In Persian).
- [۹] Alikhani, H. Abasi, S. (۱۳۹۱). New achievements of the ۱۹۹۶ UK Arbitration Law compared to Iran's International Commercial Arbitration Law, Journal of legal research, ۲۱, ۹۸-۱۲۰. (In Persian).
- [۱۰] Mafi, H. (۱۳۹۴). A description of Iran's international commercial arbitration law, Tehran: Publications of the University of Judicial Sciences, Second edition. (In Persian).
- [۱۱] Blane, A. (۲۰۱۲). Sovereign immunity as a bar to the execution of international arbitral awards, New York: university of law.
- [۱۲] Born, G. B. (۲۰۱۸). International Commercial Arbitration, The Netherlands, Kluwer Law International, ۲, ۱۷۷۶-۱۸۳۳.
- [۱۳] Brohner, J. (۱۹۹۷). State immunity and the violation of human rights, the Nether Lands, Kluwer law international.
- [۱۴] Bruno, O. (۱۹۸۴). Arbitrage et contrats d'Etat, Clunet.
- [۱۵] Calvo, A.M. (۱۹۹۸). The Challenge of the ICC Arbitration, Theory and Practice, Journal of International Arbitration, ۱۳, ۵۰-۷۲.
- [۱۶] Carbonneau, T. (۲۰۰۷). Case and Materials on the Law and Practice of Arbitration, Thomson, West.
- [۱۷] Cohen, D. (۲۰۱۱). Independence des Arbitres et Conflit d'Interets, Revue de l'arbitrage, ۳, ۶۲۰-۶۳۸.
- [۱۸] Dickinson, A. Lindsay, R. Loonam, J. (۲۰۰۵). State Immunity, Oxford: Oxford University Press.
- [۱۹] Holtzmann, H. M. (۱۹۷۸). L'arbitrage et les tribunaux: Des associes dans un system de justice international, Revue de l'arbitrage.
- [۲۰] Kronke, H. (۲۰۱۰). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Netherland, Kluwer Law International.
- [۲۱] Lehmann, M. (۲۰۰۴). A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice, ۴۲, ۵۵-۷۲.

- [۲۲] Liberman, S. H. (۲۰۰۳). Something's Rotten in the State of Party- Appointed Arbitration, *Healing Adr'S Black Eye That is, Nonneutral Neutrals*.
- [۲۳] Martin, J. (۱۹۹۷). Arbitration in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of International Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution, *Stanford Law Review*, ۹۴, ۹۲۲-۹۵۰.
- [۲۴] Movsesian, M. (۲۰۰۸). International Commercial Arbitration and International Court, *Faculty Publication*, ۹۸, ۴۱۸-۴۴۰.
- [۲۵] Murphy, S.D. (۲۰۰۶). *Principles of International Law*, United States of America, Thomson.
- [۲۶] Mustill, L. (۱۹۹۱). Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, *Revue de l'arbitrage*, ۲, ۳۸۳-۴۱۵.
- [۲۷] Nathan, K V S K. (۲۰۰۶). The Independence of Arbitrators, *Amicus Curiae*, ۶۸, ۱۵-۲۹.
- [۲۸] Park Paulsson, C. (۱۹۹۰). *International chamber of Commerce Arbitration*, Paris, Oceana & ICC.
- [۲۹] Petrakis, K. (۱۹۹۷). The Role of Arbitration in the Field of Patent Law, *Dispute Resolution Journal*, ۲۵, ۱۵-۳۵.
- [۳۰] Redish, M. Lawrence, C. (۲۰۰۱). Adjudicatory Independence and the Values of Procedural dueProcess, *YALE.L.J.* ۴۵۵, ۸-۲۲.
- [۳۱] Steenkamp, T. Independence and Impartiality of Arbitrators, *Dissertation Submitted in Fulfilment of the Requirements for the Degree Magister Legum at the North-West, University Potchefstroom Campus*.
- [۳۲] Trakman, L. (۲۰۰۷). The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered, *International Commercial Arbitration Law Review*, ۱۰, ۴۵-۷۲.
- [۳۳] Tweddle, A. Tweddle, K. (۲۰۰۷). *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press.
- [۳۴] Vencent, G. (۲۰۰۳). *Procedure Civile*, Paris: Dalloz.