

قلمرو اعمال قانون در داوری تجاری بین‌المللی

عسگر حاجی پور*

علیرضا زاده**

محمد رضا فلاح***

چکیده

یکی از چالش‌های مهم در رسیدگی‌های داوری اعمال قانون حاکم بر آن می‌باشد. به نحوی که چارچوب این قانون حاکم باید در قرارداد داوری و یا قانون ملی به درستی تبیین و تشریح شده باشد که عموماً بسیاری از مشکلات مربوط به داوری ناشی از تفاسیر متفاوت از این نوع قانون می‌شود. مهمترین سوالی که در این پژوهش به دنبال پاسخگویی به آن هستیم این است که قانون داوری حاکم بر اختلافات تجاری بین‌المللی دارای چه ماهیت و ویژگی‌هایی است؟ در پاسخ به این سوال این فرضیه مطرح می‌شود: این نوع قانون، نوعی قانون تصریحی و بعضاً ضمنی در قراردادهای تجاری بوده و در موارد سکوت توسط قانون محل رسیدگی داوری تعیین و تبیین می‌گردد. هدف این پژوهش ارائه راهکاری نوین در روابط حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی بوده که در نهایت می‌خواهد به این نتیجه منتج شود که قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی اهمیت بسیاری در حل و فصل اختلافات دارد که در صورت عدم توجه به آن ممکن است کل روند داوری مورد چالش قرار گیرد. روش تحقیق در این نوشتار توصیفی-تحلیلی و روش گردآوری داده‌ها منابع کتابخانه‌ای می‌باشد.

واژگان کلیدی: داوری، تجاری، قانون حاکم، اختلاف، قرارداد داوری

۲۰۹

پژوهش‌های بین‌المللی
روابط بین‌الملل

فصلنامه

پژوهش‌های

روابط بین‌الملل،

دوره نخست، شماره

بیست و پنجم

پاییز ۱۳۹۶

* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحدامارات دانشگاه آزاد اسلامی،

دبی، امارات متحد عربی askarhajipoor@yahoo.com

** استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (مسئول مکاتبات) alirezazarajbade@gmail.com

*** استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران fallah_reza@yahoo.com

تاریخ پذیرش ۱۳۹۷/۷/۲۵

تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۶/۸

فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نخست، شماره بیست و پنجم، صص ۲۳۳-۲۰۹

امروزه اهمیت و توسعه داوری تجاری بین‌المللی به حدی است که بعضی آن را یکی از منابع حقوق بازرگانی بین‌المللی به شمار می‌آورند، یا دست کم قائلند که داوری بین‌المللی قابلیت این امر را دارد. در سالهای اخیر و به خصوص پس از ارجاع اختلافات ایران و آمریکا به داوری، اهمیت داوری و مسائل مرتبط با آن بیش از پیش برای حقوقدانان، دولت و دست‌اندرکاران امر تجارت بین‌الملل، در ایران نمودار شده است. همچنین جای خالی قانونی در این مورد به خوبی احساس می‌شد. بدین دلیل از یک سو شاهد اولین قدمها و کوشش‌ها جهت تبیین و تدریس حقوق تجارت بین‌الملل و داوری آن می‌باشیم و از طرف دیگر، کتب محدود، مقالات پراکنده، و واحدهای درسی دانشگاهی مرتبط اندک می‌باشد. لذا پرداختن به حقوق بازرگانی بین‌المللی داوریهی تجاری بین‌المللی، به ویژه بررسی اولین قانون در این زمینه حائز اهمیت می‌باشد. یکی از مهمترین دلایل هماهنگ کردن داوریهی تجاری بین‌المللی، ایجاد حقوق مستقل از قوانین ملی کشورها می‌باشد، امری که مورد آرزوی بسیاری از تجار بین‌المللی و حقوقدانان طرفدار وحدت حقوق در سطح جهان می‌باشد. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از قانون نمونه آنستیرال الهام گرفته است. قانون اخیر نیز به نوبه مبتنی بر فکر ایجاد وحدت و هماهنگی در داوریهی تجاری بین‌المللی است. قانون نمونه یکی از آخرین کوشش‌های بین‌المللی در جهت وحدت می‌باشد که توسط کمیسیون سازمان ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل - آنستیرال - انجام گرفته است؛ و به دولتهای عضو سازمان توصیه گردیده که آن در متن قانون ملی خویش وارد نمایند.

قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی - معروف به قانون نمونه آنستیرال - در سال ۱۹۸۱ توسط کمیسیون فوق‌الذکر در دستور کار قرار گرفت و به «گروه کار رویه‌ها ما درباره قراردادهای بین‌المللی» مأموریت داده شد تا طرح قانون نمونه را تهیه نماید. پس از تهیه طرح، کمیسیون مزبور از دبیر کل سازمان ملل تقاضا نمود که آن را برای کشورها و سازمان‌های بین‌المللی ذینفع ارسال دارد و نظرات آنان را وصول نماید. پس از جمع‌بندی این نظرات و دریافت گزارش تحلیلی در مورد طرح قانون نمونه از سوی

دبیر کل، کمیسیون مذکور در اجلاس هیجدهم خود در سال ۱۹۸۵ قانون نمونه را تصویب کردند.

۱. اعمال قانون داخلی در داوری تجاری بین‌الملل

ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی در ارتباط با قلمروی اعمال قانون تدوین گشته است، بویژه در بند ۱ آن قلمروی ماهوی اعمال قانون مورد توجه واقع گشته است. اما قلمروی قانون داوری تجاری بین‌المللی علاوه بر قلمروی ماهوی از جنبه‌های مختلفی قابل بحث می‌باشد: قلمروی جغرافیایی یا محل اعمال که در قانون داوری تجاری بین‌المللی مسکوت می‌باشد، مانند هر قانون داخلی بایستی تعیین گردد بویژه آنکه قانون نمونه در خصوص قلمروی اعمال محلی برخی مواد خود تفاوت‌های با قانون داوری تجاری بین‌المللی دارد. خاص بودن قانون داوری تجاری بین‌المللی که به نوعی مرتبط با قلمروی ماهوی آن می‌باشد و رابطه معاهده یا عهدنامه با قانون داوری تجاری بین‌المللی که انعکاس مسئله کلی تعارض میان قوانین داخلی و عهدنامه‌های بین‌المللی است. البته بعضی نویسندگان معتقدند که باید قانون منتخب طرفین برای تعیین قابلیت داوری ملاک قرار گیرد. و النهایه قابلیت ارجاع به داوری یا قابل داوری بودن چه از لحاظ موضوع مورد ارجاع به داوری و چه از لحاظ شخصی، جنبه‌های دیگر از مسئله مربوط به قلمروی اعمال قانون داوری تجارت بین‌المللی می‌باشد که در مباحث زیر بررسی می‌گردد. مهمترین سوالی که در این پژوهش به دنبال پاسخگویی به آن هستیم این است که قانون داوری حاکم بر اختلافات تجاری بین‌المللی دارای چه ماهیت و ویژگی‌هایی است؟ در پاسخ به این سوال این فرضیه مطرح می‌شود: این نوع قانون، نوعی قانون تصریحی و بعضاً ضمنی در قراردادهای تجاری بوده و در موارد سکوت توسط قانون محل رسیدگی داوری تعیین و تبیین می‌گردد.

۱-۱. قلمروی سرزمینی (محلی یا جغرافیایی)

قانون داوری تجاری بین‌المللی در این زمینه ماده‌ای ندارد. اما ق. نمونه در بند ۲ ماده ۱ خویش مقرر می‌دارد که «مقررات این قانون به استثنای مواد ۸ ف ۹، ۳۵ و ۳۶، در صورتی قابل اجرا است که محل داوری در قلمرو این کشور باشد».

پیش‌نویس ق. نمونه را که گروه کاری به نشست هیجدهم کمیسیون آنستیرال ارائه داد فاقد بند ۲ ماده ۱ فوق‌الذکر بود. در واقع مسئله قلمروی محلی یا جغرافیایی اعمال ق. نمونه صراحتاً معین نشده بود. می‌گوییم صراحتاً، زیرا به طور ضمنی دو احتمال در نظر گرفته شده بود. در مواد ۲۷ و ۴ طرح ق. نمونه به ترتیب از «رسیدگی داوری برگزار شده در این کشور یا تحت این قانون» و «آراء صادره (در قلمروی این کشور) (تحت این قانون)» صحبت شده بود که یک احتمال این بود که از عامل ارتباطی محل داوری استفاده گردد، فلذا قانون بر تمام داوری‌های انجام شده در کشور که قانون نمونه را تصویب کرده اعمال گردد. احتمال دیگر این بود که آزادی طرفین در انتخاب و گزینش قانونی بجز قانون محل داوری به رسمیت شناخته شود و داوری‌های انجام شده در کشوری که قانون نمونه را تصویب کرده، بغیر داوری‌هایی که طرفین آنها را تحت قانون دیگری قرار داده‌اند، و همچنین داوری‌های خارج از قلمروی کشور مزبور که تحت قانون آن کشور صورت گرفته است، تحت شمول قانون نمونه قرار گیرد.

نشست هیجدهم کمیسیون آنستیرال مقرره‌ی بند ۲ ماده ۱ را در متن نهایی قانون نمونه گنجانید. تصویب این مقرره حاکی از آن بود که دیدگاه غالب نشست هیجدهم به نفع محل داوری بعنوان معیار قلمروی جغرافیایی یا محلی قانون نمونه بود. برخی از دلایل، جهت پذیرش ضابطه‌ی «محل داوری» برای تعیین قلمروی جغرافیایی اعمال قانون نمونه عبارتند از: بسیاری از قوانین ملی این معیار را پذیرفته‌اند. قانون نمونه با محتوای آزاد منشانه خود نیاز کمتری را برای انتخاب قانون خارجی بجای قانون نمونه تصویب شده در کشور محل داوری، باقی می‌گذارد و متن خود ق. نمونه به طرفین آزادی وسیعی جهت شکل دادن به مراحل داوری داده است از جمله اختیار دادن به طرفین در خصوص توافق درباره‌ی مقررات آئین رسیدگی یک قانون خارجی مادام که در تعارض با مقررات آمره‌ی ق. نمونه نباشد.

با استثنا شدن مواد ۸ و ۹ و ۳۵ و ۳۶ از قلمروی محلی (جغرافیایی) اعمال قانون نمونه، این نتیجه حاصل می‌شود که: دادگاه‌های کشوری که ق. نمونه و این ماده آنرا به همین نحو پذیرفته‌اند، بدون ملاحظه‌ی محل داوری و یا قانونی که داوری مطابق آن جریان می‌یابد، صالح می‌باشند که مفاد مواد فوق را اعمال نمایند. بعبارت دیگر دادگاه ممکن

است با تحقق شرایط ماده ۸ طرفین را به داوری احاله دهد. همچنین دادگاه صالح می‌باشد که دستور موقت یا قرار تأمین مطابق ماده ۹ صادر نماید و مواد ۳۵ و ۳۶ راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری را نیز صرفنظر از محل داوری و قانون حاکم بر آن اعمال نماید. (اسکینی، ۱۳۸۶: ۶۵)

اگرچه داوری از واقعیت‌های عینی متعدد تشکیل می‌شود که با نصب داوران آغاز می‌شود و تا صدور رای نهایی ادامه می‌یابد، (Kroll Stefan, 2006: 171) اما «مقر» به معنای پایگاه حقوقی، و نه عینی و فیزیکی داوری است. (Kohler Gabrielle, 2013: 1318) گاهی نویسندگان با تسامح از مقر به «محل داوری» یا «محل صدور رای» نیز یاد می‌کنند. (Van den Berg, 2007: 118, 73) محل داوری نیز جایی است که داوری در آن انجام یافته است. (Kreindler Richard, 1997: 42) موضوع کنوانسیون نیویورک نیز این است که رای داوری در مقر داوری صادر می‌شود. (Lu, May, 2006: 754) نتیجه اینکه رای داوری در جایی صادر شده که داوری در آنجا واقع شده است. (Van den berg, 1981: 295) با سکوت قانون تجاری بین‌المللی در خصوص قلمروی جغرافیایی (محلی) اعمال خود، بایستی از اصول کلی جهت تعیین آن بهره جست. به نظر می‌رسد مقنن قلمروی جغرافیایی (محلی یا سرزمینی) اعمال قانون را به خودی خود و بخاطر عامل تصویب از طریق قوه مقننه روشن و بدیهی تلقی نموده است. این بدان معناست که قاعده محلی بودن یا درون مرزی بودن قوانین، مذکور در ماده ۵ قانون مدنی قلمروی اعمال قانون داوری تجاری بین‌المللی را معین می‌کند. لذا باید بر آن بود که هرگاه موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی را معین می‌کند. لذا باید بر آن بود که هرگاه موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی است در قلمروی ایران باشد، به زبان دیگر هرگاه محل داوری تجاری بین‌المللی ایران باشد، قانون داوری تجاری بین‌المللی قابلیت اعمال بر آن را دارا می‌باشد. بند ۱ ماده ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی دلیلی برای صحت این نظر می‌باشد، زیرا این ماده، دادگاه دارای صلاحیت محلی برای نظارت و دخالت در امور داوری تجاری بین‌المللی را براساس محل وقوع داوری در هر استان تعیین نموده است و این بدان معناست که دادگاههای مرکز هر استان زمانی صالح می‌باشند که نظارت و مساعدت در امر داوری تجاری بین‌المللی براساس

مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی داشته باشند که محل داوری در آن استان واقع شده باشد. نتیجتاً قلمروی محلی (جغرافیایی) اعمال قانون داوری تجاری بین‌المللی همان است که برای ق. نمونه در نظر گرفته شده است، با این تفاوت که ق. نمونه، صرفنظر از محل داوری و قانون قابل اعمال بر آن مفاد مواد ۸ و ۹ و ۳۵ و ۳۶ خود را قابل اعمال می‌دانند، اما مفاد همین مواد تنها زمانی از سوی دادگاه ایرانی اعمال و اجرا می‌شوند که محل داوری در ایران باشد. لذا صرفاً هر گاه محل داوری در ایران باشد، دادگاه مطابق ماده ۸ طرفین را به داوری در ارجاع می‌نماید یا بنا به خواست یک طرف قرار تأمین یا دستور موقت با مجوز ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی و مطابق مواد قانون داوری تجاری بین‌المللی و مطابق مواد قانون آیین دادرسی مدنی صادر می‌نماید و اجراء و شناسایی را نیز مطابق ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی انجام می‌دهد.

اما این سوال که اگر محل داوری در ایران نباشد، در صورت درخواست یکی از طرفین و در صورتی که دادگاه ایران خود را صالح به استماع و رسیدگی دعوی تشخیص دهد آیا طرفین را به داوری احاله می‌دهد یا اینکه دستور موقت یا قرار تأمین صادر می‌نماید یا خیر؟ مسئله‌ای است که خارج از قلمروی قانون داوری تجاری بین‌المللی و بایستی از دیدگاه حقوق بین‌المللی خصوصی و تعارض قوانین امکان آن بررسی گردد. مسئله اجرای آرای داوری خارجی یعنی آرای که در ایران صادر نشده نیز همین گونه است. لازم به تذکر می‌باشد که هر چند قانون ایران قلمروی اعمال خویش را براساس استقرار مقر داوری در قلمروی ایران تعیین کرده است و این امر بدان معناست که فقط در صورت تعیین محل داوری در ایران، قانون داوری تجاری بین‌المللی بر آن قابل اعمال می‌باشد، اما این بدان معنا نیست که طرفین نمی‌توانند قواعد داوری دیگری را بر داوری خویش حاکم نمایند. زیرا قانون داوری تجاری بین‌المللی به پیروی از ق. نمونه آزادی وسیعی را برای طرفین جهت تعیین قواعد حاکم بر آیین داوری و همچنین قانون حاکم بر ماهیت دعوی قائل شده است. لذا با اینکه می‌توان گفت قانون داوری تجاری بین‌المللی در خصوص آیین داوری حاکم بر داوری از دیدگاه سنتی (قابلیت اعمال قانون مقر داوری) پیروی کرده است، و حتی اگر براساس تفسیر سنتی قائل باشیم که صرفاً این قانون محل داوری است که می‌تواند بر داوری حاکم باشد باز باید بر آن بود

که داوری تجاری بین‌المللی در ایران از محدودیت‌های قانون داخلی ایران آزاد و رها می‌باشد چه خود قانون چنین امری را مجاز داشته است و مطابق دیدگاه‌های سنتی نیز داوری بین‌المللی در صورتی از محدودیت‌های «قانون محلی» آزاد می‌باشد که همان قانون محلی چنین امری را مجاز بداند و قانون ایران مجاز می‌داند طرفین قانونی دیگری و از جمله قانون خارجی را بر داوری خویش حاکم گردانند.

آیا می‌توان براساس قاعده درون مرکزی بودن قوانین - مندرج در ماده ۵ قانون مدنی تفسیر دیگری ارائه داد و گفت: اصل درون مرزی بودن باعث می‌گردد هر دعوایی که در دادگاه‌های ایران مطرح می‌گردد براساس قوانین داخلی - اعم از شکلی، ماهوی یا قاعده حل تعارض رسیدگی شود. بعبارت دیگر در موضوعات بین‌المللی هرگاه دادگاه ایرانی براساس مقررات راجع به صلاحیت محلی خود را صلاح بداند، رسیدگی را آغاز می‌نماید بدون توجه به اینکه آیا مرجع قضایی خارجی صلاحیت دارد یا خیر در این صورت نیز با استناد به قوانین داخلی به موضوع مرجوع‌الیه رسیدگی می‌نماید و اگر هم به قانون ماهوی خارجی رجوع می‌نماید بدین دلیل است که قاعده حل تعارض ایرانی به وی چنین دستوری می‌دهد. قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز همانند هر قانون ملی دیگر می‌باشد و لذا هرگاه دادگاه ایرانی خود را صالح بداند و موضوع مطروحه نزد وی نیز از مسائل مربوط به داوری تجاری بین‌المللی باشد - یعنی در قلمروی ماهوی قانون داوری تجاری بین‌المللی قرار گیرد، دادگاه برای رسیدگی به قانون داوری تجاری بین‌المللی استناد می‌نماید و این صرفنظر از محل داوری می‌باشد، زیرا قانون داوری تجاری بین‌المللی همانند ق. نمونه مقرره‌ای ندارد که تصریح نماید مقرراتش در صورتی اعمال می‌گردد که محل داوری در ایران باشد. برخی از مساعدتها، برای داوری تجاری بین‌المللی صرفنظر از محل آن مناسب می‌باشد، و آن را تسهیل می‌نماید، همانند ماده ۸ که دادگاه را مکلف می‌نماید دعوایی را که موضوع قرارداد داوری است به داوری ارجاع دهد، ماده ۹ راجع به امکان صدور قرار تأمین و دستور موقت توسط دادگاه ایرانی است، و ماده ۳۳ راجع به موارد درخواست ابطال رأی داوری. (صفایی، ۱۳۷۰: ۴۳) اگر این تفسیر پذیرفته شود، هرگاه موضوعی در دادگاه ایران مطرح شود و دادگاه ایران براساس مقررات صلاحیت محلی خود را صالح تشخیص دهد، صرفنظر از محل داوری می‌تواند

مستقیماً به قانون داوری تجاری بین‌المللی رجوع نماید و دیگر لازم نیست که بدین دلیل که محل داوری، ایران تعیین نشده از قانون داوری تجاری بین‌المللی صرف‌نظر نماید و براساس قوانین دیگر ایران تصمیم‌گیری نماید.

هر چند این تفسیر نکات مثبتی دارد، اما گسترش قلمروی قانون داوری تجاری بین‌المللی تا بدین حد، در واقع بدان معنا است که هرگاه محل داوری در خارج از ایران باشد و دادگاه ایرانی برای رسیدگی به اصل دعوی صالح باشد نیز لااقل کلیه مساعدتهای مندرج در قانون داوری تجاری بین‌المللی را اعمال نماید. به نظر نمی‌رسد هدف مقنن هرگز چنین چیزی بوده باشد، زیرا موارد مساعدت و نظارت دادگاه مندرج در ماده ۶ شامل مواردی است همانند: تعیین داور طرف ممتنع (بند ۳ ماده ۱۱)؛ اخذ تصمیم راجع به ختم مأموریت داور بعثت قصور یا ناتوانی (بند ۱ ماده ۱۴)؛ اخذ تصمیم در خصوص ایراد به صلاحیت داوری که مقدماً به صلاحیت خویش رأی داده (بند ۳ ماده ۱۶). تمامی مواد فوق برای شرایطی طراحی شده‌اند که محل داوری ایران باشد. نمی‌توان پذیرفت که صرفاً به این علت که دادگاه ایرانی، مطابق قواعد مربوط به صلاحیت محلی، برای رسیدگی به اصل دعوا صالح است، در صورتی که محل داوری در ایران نیز نباشد صالح به انجام مساعدتها و نظارت‌های فوق‌الذکر است. در حالیکه علی‌الاصول این دادگاههای محل تشکیل داوری می‌باشند که مساعدها و نظارت‌های لازمه در خصوص داوری را بعمل می‌آورند. (صفایی، ۱۳۷۰: ۴۴)

بنابراین تفسیر مناسب همان است که منجر بدین نتیجه شود که قانون داوری تجاری بین‌المللی در خصوص کلیه داوری‌هایی که محل آن در ایران است اعمال گردد، هر چند که این تفسیر موجب مضیق شدن قلمروی مواد ۸، ۹ و ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی خواهد شد. برای رفع این مضیق‌ه به نظر می‌رسد بهترین راه اصلاح قانون داوری تجاری بین‌المللی به نحو هماهنگ و مطابق با بند ۲ ماده ۱ قانون نمونه باشد، یعنی تصریح گردد قانون داوری تجاری بین‌المللی بر داوری‌هایی اعمال می‌گردد که محل آنها در ایران است به استثنای مواردی از مساعدت دادگاه همانند مواد ۸ و ۹ و کنترل دادگاه در مورد ماده ۳۳.

۱-۲. قلمروی ماهوی اعمال داوری تجاری بین‌المللی

ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی به قلمروی اجرا اختصاص یافته است و بند یک آن اعلام می‌دارد که:

«داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت».

۲۱۷

براساس ماده فوق دامنه مشمول قانون داوری تجاری بین‌المللی از لحاظ موضوع به زبان دیگر قلمروی ماهوی اعمال آن «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی» است.

در همین خصوص بند یک ماده ۱ قانون نمونه می‌گوید:

«این قانون بر داوری تجاری بین‌المللی اعمال می‌شود...»

بدین ترتیب قلمروی ماهوی اعمال قانون نمونه «داوری تجاری بین‌المللی است». جهت تبیین اصطلاح «داوری تجاری بین‌المللی» یا همان قلمروی ماهوی اعمال قانون نمونه، این قانون در زیرنویس ماده یک لیستی غیرحصری از اعمال تجاری بیان می‌دارد و در بند ۳ ماده ۱ نیز مواردی را که در داوری بین‌المللی است برمی‌شمارد.

بنابراین قانون داوری تجاری بین‌المللی به ویژگی بین‌المللی بودن «روابط تجاری» اشاره دارد و قانون نمونه قلمروی اعمالش را توسط ارجاع به خصوصیت بین‌المللی بودن «داوری» تعریف و تعیین می‌نماید. این در حالی است که قانون نمونه در بند ۳ ماده ۱ معیارهای بین‌المللی شدن داوری را ارائه می‌دهد ولی قانون داوری تجاری بین‌المللی هیچ تعریفی از روابط تجاری که بین‌المللی است ارائه نمی‌دهد. در قانون ایران هیچ دلالت و نشانی در مورد اینکه چه معیاری برای بین‌المللی بودن «روابط تجاری» باید در نظر گرفته شود دیده نمی‌شود و در عوض مقنن ایرانی در بند (ب) ماده ۱ تعریفی از داوری بین‌المللی ارائه می‌دهد و بیان می‌دارد:

«داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». بایستی بر آن بود که مقنن با تعریف

داورى بين‌المللى فى الواقع خواسته است قلمروى اعمال قانون را بيان دارد هر چند كه اين تعريف در ماده ۱ و ذيل تعريف و خارج از ماده ۲ باشد كه به قلمروى اعمال اختصاص يافته است. برخى اين امر را بخاطر ضعف طراحي و تنظيم لايحه اين قانون مى‌دانند. با توجه به توضيحات فوق بايستى جهت روشن شدن قلمروى ماهوى اعمال قانون داورى تجارى بين‌المللى معين نمود منظور از داورى كدام است و تجارى و نيز بين‌المللى چيست. در خصوص داورى قبلاً مطالبى بيان شد، در اينجا صرفاً چند نكته را يادآورى مى‌نماييم. براساس مبنائى داورى كه همان قرارداد يا توافق طرفين مى‌باشد منظور از داورى، داورى اجبارى نيمى‌باشد، به عبارت ديگر داورى اجبارى تحت شمول قانون قرار نيمى‌گيرد. از آنجا در تعريف داورى اختلاف نظر وجود دارد و بويژه اينكه راجع به رفع اختلاف به طريق حقوقى يا غيرحقوقى در تعريف‌ها اختلافى به چشم مى‌خورد بايد گفت براساس بند ۳ ماده ۲۷ و ماده ۲۸ قانون داورى تجارى بين‌المللى داورى براساس عدل و انصاف و نيز داورى از طريق سازش نيز تحت شمول اين قانون قرار مى‌گيرند. النهايه اين قانون همانند قانون نمونه تنها شامل مرحله رسيدگى داورى نيمى‌باشد به ديگر سخن اصطلاح «داورى» را نبايستى داورى در حال جريان يا رسيدگى داورى تفسير نمود، بلكه قبل و بعد از جريان رسيدگى داورى را نيز در برمى‌گيرد، بعنوان مثال مسائل مربوط به توافق‌نامه با قرارداد داورى قبل از رسيدگى داورى است و اجراى آراى داورى بعد از آن مرحله مى‌باشد كه هر دو تحت شمول قانون و در نتيجه اصطلاح داورى قرار مى‌گيرد.

الف) تجارى بودن

داورى اختلافاتى در حوزه قانون داورى تجارى بين‌المللى قرار مى‌گيرد كه ناشى از «روابط تجارى» باشد يا به زبان قانون نمونه، داورى‌هاى در قلمروى آن قرار دارند كه «تجارى» باشند. اما تجارى بودن «روابط» اعم از قراردادى و غيرقراردادى و در نتيجه تجارى بودن داورى ناشى از آن چگونه تعيين مى‌گردد؟

مفهوم تجارى بودن در سطح بين‌المللى آنچنان مورد اختلاف است كه برخى معتقدند كه حد و مرزى ميان خصيصه تجارى و غيرتجارى معادلات بين‌المللى مشخص نيست و

تجاری بودن با حقوق بین‌المللی میانه‌ای ندارد، زیرا علاوه بر اینکه مفهوم تجاری بودن جز در برخی سیستم‌های حقوقی یافت نمی‌شود - مثلاً در کشورهای آنگلو ساکسون حقوق مدنی و تجاری یکی است و تجاری بودن به معنی حقوقی کلمه ناشناخته است، در سیستم‌هایی هم که یافت می‌شود از کشورهایی به کشور دیگر متفاوت است. (شاپیرا، ۱۳۷۱: ۲۷-۲۴)

نظام‌های دیگری نیز هستند که به طور تلفیقی یا مختلط عمل می‌نمایند، یعنی هم به ماهیت عمل و هم به عامل توجه دارند. برخی با توجه به مواد ۲ و ۳ و ۵ قانون تجارت ایران سیستم حقوقی ایران را پیرو تلفیقی دانسته‌اند. (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۱)

همچنین استدلال شده، چون هیچکدام از نظرات شخصی و موضوعی جامع و کامل نیست؛ قانون تجارت ایران تعریف تاجر و عملیات تجاری را به هم مربوط ساخته و در ماده یک قانون تجارت کسی را تاجر می‌شناسد که مبادرت به عملیات تجاری می‌کند و در ماده ۲ همان قانون عملیات تجاری را یک به یک شرح می‌دهد و بعداً ماده ۳ به معادلات دیگری اشاره می‌کند و به اعتبار تاجر بودن طرف معامله آنها را تجاری اعلام می‌نماید. (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۳۳) به زبان دیگر در معادلات تجاری ذاتی - موضوع ماده ۲ قانون تجارت ایران - از معادلات تجاری پی به تاجر بودن می‌بریم، اما در مورد معاملات تجاری تبعی - موضوع ماده ۳ قانون تجارت - برعکس از خصیصه تاجر بودن شخص معامله‌گر پی به تجاری بودن معاملات وی می‌بریم. (ثابت سعیدی، ۱۳۷۴: ۲۱)

برخی دیگر نیز معتقدند هر چند که با توجه به ماده ۳ تجارت ایران در بدایت امر مفهوم شخص به ذهن متبادر می‌گردد، ولی در واقع می‌توان بر این عقیده بود که حقوق تجارت ایران متکی بر مفهوم موضوعی است. (قائم مقام فراهانی، ۱۳۷۱: ۱۲) بنابراین دیده می‌شود که در سیستم‌های حقوق ملی که حقوق تجارت و مدنی از یکدیگر جدا می‌باشند و مفهوم تجاری بودن شناخته شده است، تاجر، عملیات تجاری و در نتیجه روابط تجاری و داوری ناشی از آن، دارای قلمرو و تعریف‌های گوناگونی می‌باشد.

علاوه بر این حقیقت آن است که علمکردهای تجاری بین‌المللی چندی وجود دارد و در حال تعمیم نیز می‌باشد که موجد قراردادهای جدید متعدد و بسیار پیچیده ای است که مشابه آن در تجارت داخلی وجود ندارد، مانند قراردادهای کلیدی (نظارت و مشاوره) یا

قراردادهای توسعه. (ویرالی، ۱۳۶۴:۹۷) در همین حال اعمال تجاری بین‌المللی که در حقوق داخلی مشابه و مانند دارند به واسطه همان ویژگی بین‌المللی خود از جهات گوناگون متفاوت می‌گردند و این تفاوت چیزی بیش از صرفاً یک عنصر برون مرزی است که در آنها وجود دارد. مثلاً برای بیع بین‌المللی منابع متفاوتی را برمی‌شمارند که یک دسته منابع فراملی شامل منابع خصوصی نتیجه‌ی ابتکار انجمن‌های حرفه‌ای یا مؤسسات بین‌المللی غیردولتی، منابع دولتی مثل توافق‌نامه‌های دو جانبه، شرایط عمومی بین‌منطقه‌ای، کنوانسیون‌های بین‌المللی، و نیز منابع دیگری مانند: اصول کلی حقوق، آرای محاکم و داوری‌های بین‌المللی و عرف و عادت می‌باشند. دسته دیگر منابع داخلی - شامل منابع حقوق سنتی و مجموعه‌های قانونی نوین در زمینه مناسبات و روابط تجاری بین‌المللی است. (اسکینی، ۱۳۷۰:۱۱) به همین دلیل قوانین جدیدی در برخی کشورها وضع گردیده که هر چند جزء حقوق داخلی آنها است ولی قواعد حاکم بر فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی را الزاماً همانند مقررات حقوق تجارت که بر اعمال تجاری داخلی حکومت دارد نمی‌داند. (راژسکی، ۱۳۶۴:۷۷)

در کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به داوری تجاری بین‌المللی نیز اصطلاح تجاری تعریف نگردیده است. در کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی نیویورک ۱۹۵۸ علاوه بر اینکه تعریفی از اصطلاح «تجاری» وجود ندارد، این امکان پیش‌بینی گردیده که کشورهایی که آنها می‌پذیرند حق رزرو یا شرطی به شرح زیر برای خود قائل شوند: بند ۲ ماده ۱ این کنوانسیون می‌گوید:

«هنگام امضاء و تصویب یا الحاق به کنوانسیون حاضر هر دولتی می‌تواند اعلام دارد که کنوانسیون را منحصراً در مورد اختلافات ناشی از آن گونه که روابط حقوقی، اعم از قراردادی یا غیرقراردادی که حسب قوانین داخلی او تجاری تلقی شود، اعمال خواهد کرد». (کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی نیویورک، ۱۹۵۸: ۴۱۳)

حدود یک سوم کشورهای ملحق شده این حق شرط را پیش‌بینی کرده‌اند. که در این زمینه نیز استدلال گردیده: مفهوم تجاری آنچنان از یک کشور به کشور دیگر متفاوت می‌باشد که امکان یک تعریف متحدالشکل از آن در کنوانسیون غیرممکن می‌باشد و تنها امری که مورد توجه قرار گرفته این است که با توجه به تحولات روابط بین‌المللی از

تاریخ تصویب کنوانسیون تاکنون امکان بررسی حذف حق شرط (یا رزرو) مذکور بوجود آمده است.

در طراحی و مراحل تصویب قانون نمونه نیز این نکته مورد توجه واقع شده است که امکان تعریف صریح و عام‌القبولی از اصطلاح «تجاری» وجود ندارد. در همین حال واگذار کردن تفسیر «تجاری بودن» به قوانین ملی مطلوب نمی‌باشد زیرا هدف قانون نمونه شمول هر چه بیشتر آن بر انواع روابط تجاری بین‌المللی می‌باشد. از سوی دیگر تهیه و تأمین برخی راهنمایی‌های جهت تفسیر یکسان از این اصطلاح در گزارشات و نشست‌های گروه کاری طراح قانون نمونه و همچنین تهیه هر تفسیری درباره‌ی آن بدون ذکر در قانون نیز مطلوب نمی‌باشد، چه ممکن است اثر قانونی لازمه را نداشته باشد.

لذا راه حل میانه‌ای بکارگرفته شد و زیرنویس به ماده یک بعنوان کمک و مساعدت در تفسیر اصطلاح تجاری اضافه شده است که بیان می‌دارد: «اصطلاح تجاری» بایستی در مفهوم وسیع آن تفسیر شده: «به نحوی که موضوعات ناشی از هر گونه رابطه را که دارای ماهیت تجاری است، اعم از قراردادی یا غیرقراردادی، شامل شود. منظور از روابط دارای ماهیت تجاری، بدون قید انحصار، عبارت است از تهیه یا مبادله کالا یا خدمات، قرارداد، توزیع، نمایندگی یا کارگزاری تجاری یا حق‌العمل‌کاری، اجاره به شرط تملیک، ساختمان پروژه‌ها، مشاوره، مهندسی، پروانه امتیاز، سرمایه‌گذاری، تأمین اعتبار، بانکداری، بیمه، قرارداد بهره‌برداری یا امتیاز انحصاری یا مشارکت مدنی و انواع دیگر همکاری صنعتی یا تجاری، حمل و نقل کالا یا مسافر از طریق هوا، دریا یا راه‌آهن یا جاده». از لحاظ محتوا، متن فوق بر روش موضوعی مبتنی است. یعنی صرفنظر از طرفین یک رابطه تجاری اعمال فوق‌الذکر تجاری محسوب می‌گردد و می‌تواند اختلافات ناشی از آن را به داوری ارجاع داد. اما در این زمینه دو نکته قابل توجه وجود دارد: اول اینکه موضوعاتی که تجاری محسوب شده‌اند از باب تمثیل می‌باشند و حصری نیستند. دوم اینکه علاوه بر روابط قراردادی، روابط غیرقراردادی مانند دعاوی برای خسارت‌های ایجاد شده در اوضاع و احوال تجاری را نیز پوشش می‌دهند.

از لحاظ شکل، قانون نمونه از روش زیرنویس برای اصطلاح «تجاری» در ماده یک آن قانون استفاده نموده است. استفاده از این روش بعلت آنکه چنین تکنیک قانونگذاری در

برخی حقوق‌های ملی شناخته نشده و لذا فاقد ارزش حقوقی و قانونی خواهد بود، مورد مخالفت هم قرار گرفته و برخی معتقد بودند که توضیح راجع به واژه «تجاری» بایستی در متن قانون ارائه گردد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز بدون تعریف از «تجاری بودن» روابط، از یک لیست استفاده نموده، منتها چون از لحاظ شکلی با توجه به اینکه در تکنیک قانون‌نویسی ایران زیرنویس رایج نمی‌باشد آنرا در متن ماده جای داده است و در بند ۱ ماده ۲ روابط تجاری را «... اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری، و فعالیت‌های مشابه...» معرفی کرده است. همانند قانون نمونه سه نکته بارز در این ماده به چشم می‌خورد.

اول: مقنن ایرانی از روش موضوعی پیروی کرده است و لیستی از روابط تجاری صرف‌نظر از اینکه طرفین آن تاجر می‌باشند یا خیر ارائه نموده است.

دوم: این که غیرحصری است. این امر از کلمات «اعم از» در ابتدای لیست و «فعالیت‌های مشابه» در انتهای آن بخوبی روشن می‌باشد. ولی غیرحصری بودن آن باعث می‌گردد که علاوه بر مواردی که در قانون نمونه ذکر گردیده سایر موارد مشابهی که در هیچ یک از دو قانون ذکر نگردیده را نیز علی‌الاصول شامل گردد. این امر از یک سو با ماده ۲ قانون تجارت ایران مشابهت دارد که از روش موضوعی استفاده نموده است و از سوی دیگر دارای تفاوت با ماده ۲ قانون تجارت می‌باشد، زیرا ماده ۲ با وجود اینکه فعالیت‌های تجاری وسیعی را در برمی‌گیرد و در هر حال تعداد از اعمال تجاری بطور کلی بر شمرده و حصر گردیده است که به اعمال تجاری اصلی معرف گردیده است هر شخصی که به این اعمال دست یابد با شرایط خاصی مثل، شغل معمولی بودن یا تکرار عمل - تاجر شناخته می‌شود و سپس براساس ماده ۳ معاملات دیگر به اعتبار تاجر بودن متعاملین یا یکی از آنها تلقی می‌گردد که این اعمال به اعمال تجاری تبعی معروف می‌باشند. در حالیکه بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی با اعلام لیست غیرحصری از روابط تجاری ماهیت هیچ معامله‌ای را به اعتبار تاجر بودن متعاملین آن وابسته نمی‌گرداند، نکته سوم اینکه: قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز از اعمال یا

قراردادهای تجاری صحبت نمی‌کند بلکه در بند ۱ ماده ۲ از کلمه «روابط تجاری» استفاده می‌نماید و این امر بدان معنی است که این قانون شامل روابط تجاری غیرقراردادی هم می‌گردد این امر به وضوح از بند ج ماده ۱ همین قانون که در تعریف موافقت‌نامه داوری آمده است فهمیده می‌شود، زیرا صحبت از «اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی بوجود آمده یا ممکن است پیش آید» می‌نماید.

تفسیر وسیع، از واژه «تجاری» در قانون نمونه موجب برخی نگرانی‌ها درباره معاملات دولتها در کشورهای در حال توسعه شده است. مسئله این است که در کشورهای در حال توسعه بسیاری از معاملات تجاری از طریق مؤسسات دولتی انجام می‌شود، آیا معاملات آنها بایستی صرفاً تجاری محسوب گردد؟ در جایکه دولت از طرق اداری یا قانونی در تجارت دخالت می‌نماید، آیا معامله بایستی هنوز تجاری تلقی گردد یا اینکه این حوزه بایستی رها گردد و معامله حقوق عمومی محسوب گردد؟ یا معادلات مانند قراردادهای بهره‌برداری یا امتیاز انحصاری جزء لیست تجاری برشمرده شده در قانون نمونه می‌باشند، آیا این نوع قراردادها مشمول حق حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی نمی‌باشد که در برخی قوانین اساسی بر آن تأکید گردیده است؟

به نظر می‌رسد نگرانی فوق تا حدودی با «قابل ارجاع بودن به داوری» پاسخ داده می‌شود. بدین توضیح که قانون نمونه در بند ۵ ماده ۱ اختلافات خاصی را که به موجب قوانین کشور تصویب کننده قانون نمونه نمی‌توان به داوری ارجاع نمود از شمول مقررات آن خارج نموده است. همین امر در بند ۲ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز بیان گردیده است. استثناء فوق با توجه به قلمروی محلی یا جغرافیایی کشور تصویب کننده اعمال می‌گردد. در همان حال بر تمام داورها حتی داورهایی که قانون حاکم بر آیین داوری یا قانون حاکم بر ماهیت دعوی را قانون دیگری اعلام نموده باشند اعمال می‌گردد. آزادی تعیین قانون حاکم محدود به رعایت قواعد آمره قانون نمونه است و قانون نمونه بطور آمرانه مقرر می‌نماید این قانون شامل اختلافاتی که براساس قوانین ملی قابلیت ارجاع به داوری ندارند، نمی‌شود. لذا موضوعاتی که براساس قانون ملی غیرقابل داوری می‌باشند اساساً تحت شمول قانون نمونه و همچنین

قانون داوری تجاری بین‌المللی نمی‌باشند تا اینکه تحت شمول تفسیر واژه تجاری واقع شوند. مضافاً قانون نمونه به مسئله مصونیت دولت هیچ تعرضی نمی‌نماید و مثلاً نمی‌گوید که آیا امضاء قرارداد داوری توسط ارگان دولتی یا نماینده دولت اعراض از چنین مصونیتی محسوب می‌گردد یا خیر. این مسئله از شمول قانون نمونه خارج می‌باشد.

از سوی دیگر پذیرش تفسیر وسیع از اصطلاح تجاری که با صرفنظر کردن احتمال فوق‌الذکر تأمین می‌گردد به مصلحت نیز می‌باشد، زیرا هر چه رابطه تجاری وسیعتر تفسیر گردد قلمروی شمول ماهوی قانون داوری تجاری بین‌المللی فراتر می‌گردد و این امکان را فراهم می‌آورد که رغبت بیشتر جهت تعیین ایران بعنوان محل داوری فراهم آید و این امر با توجه به توسعه روابط اقتصادی منطقه‌ای در دنیای امروزی و بویژه نقشی ایران در اکو که به تازگی کشورهای عضو بیشتری را نیز جذب نموده، حائز اهمیت است. علاوه بر این سیاستگذاران اقتصادی ایران در وضعیت کنونی مشوق سرمایه‌گذاری در ایران می‌باشند. شمول قلمروی ماهوی این قانون بعنوان ایجاد یکی از زمینه‌های مساعد می‌تواند مورد توجه واقع شود، زیرا قانون داوری تجاری بین‌المللی از یک طرف صلاحیت‌های دادگاه‌های ملی را محدود می‌نماید و از سوی دیگر براساس بند ۱ ماده ۲۷ این امکان را فراهم می‌آورد تا طرفین قواعد حقوقی حاکم بر ماهیت اختلاف را نیز خود انتخاب نموده و بدین طریق از اعمال قاعده حل تعارض ایران بر ماهیت اختلاف و نتایج ناشی از آن پرهیز نمایند.

ب) « بین‌المللی » بودن

بطور کلی یک رابطه حقوقی را زمانی بین‌المللی تلقی کرده‌اند که با بیش از یک حقوق داخلی دارای ارتباط باشد. همین استدلال را می‌توان به معاملات بین‌المللی هم تسری داد. (شاپیرا، ۱۳۷۱: ۲۹) لذا یک قرارداد تجاری را زمانی بین‌المللی دانست که توسط یک عامل خارجی همانند محل انعقاد قرارداد، وقوع مال مورد معامله در کشور خارجی، تابعیت یا اقامتگاه متعاملین و ... (الماسی، ۱۳۹۵: ۶) با بیش از یک کشور یا یک حقوق داخلی مرتبط می‌باشد. در خصوص داوری هم بطور کلی و منحصر بیان گردیده یک

داوری وقتی بین‌المللی است که ناظر بر قراردادهای تجاری بین‌المللی باشد. (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۱ و ۲۲) تعریف فوق‌الذکر در حالیکه تعریف نسبتاً روشنی از داوری تجاری بین‌المللی ارائه می‌دهد مورد انتقاد هم می‌باشد. زیرا تنها بر قراردادهای تجاری تکیه دارد، در حالیکه گرایش‌های جدید نشان دهنده آن است که اختلافات غیرقراردادی هم قابلیت ارجاع به داوری را دارند. بند ۱ از ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام خارجی بیان می‌دارد:

«دول متعاهد هر موافقت‌نامه کتبی را که طرفین به موجب آن متعهد شده باشند، تمام یا قسمتی از دعاوی موجود یا دعاوی آتی خود را به داوری ارجاع نمایند و این دعاوی ناشی از رابطه حقوقی معین، اعم از قراردادی یا غیر آن بوده و موضوع آن از طریق داوری قابل حل و فصل باشد، به رسمیت خواهند شناخت».

بند ۱ از ماده ۷ قانون نمونه نیز امکان ارجاع اختلاف غیرقراردادی به داوری را پیش‌بینی نموده و همین امر در بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی به چشم می‌خورد. نکته دیگر مورد انتقاد این است که سیستم تعداد ارتباطات - یعنی سیستمی که به موجب آن قراردادی بین‌المللی شناخته می‌شود که با پیش از یک حقوق داخلی مرتبط باشد - در عین سادگی و وضوح صرفاً از ملاک‌های حقوقی استفاده نموده است. این انتقاد در نوشته‌های حقوقی فرانسه بیشتر به چشم می‌خورد که اعتقاد دارند که معیارهای شناخت یک رابطه اقتصادی بین‌المللی نبایستی حقوقی صرف بوده و حداقل حقوقی - اقتصادی باید باشند. (شاپیرا، ۱۳۷۱: ۲۸)

در ماده ۱۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه مصوب ۱۹۸۱ در تعریف داوری بین‌المللی چنین آمده است: «وقتی که منافع تجارت بین‌المللی مطرح می‌باشد، داوری بین‌المللی است». در خصوص مفهوم عبارت «منافع تجارت بین‌المللی مطرح باشد» در تعریف فوق با توجه به سابقه رویه قضایی فرانسه گفته شده است که: تعریف فقط موضوع اختلاف را مورد توجه قرار می‌دهد (و بنابراین، غالب اوقات، روابط قراردادی اولیه) و نه شرایط حل و فصل آن و صفات خاص داوری بین‌المللی را. همچنین عناصر خارجی صرفاً حقوقی نیز به کار گذاشته می‌شود. مانند: تابعیت طرفین و داورها، طبع نهاد داوری احیاناً انتخاب شده، محل و آیین داوری. آنچه اهمیت دارد فقط ماهیت

اختلاف، یعنی موضوع متنازع‌فیه است و در آنجا هم قرارداد فقط از لحاظ ارکان اقتصادی آن مورد توجه است. قصد و اداره طرفین (به عنوان مثال از جهت حقوق قابل اعمال) و محل انعقاد قرارداد اثری در خصومت ملی یا بین‌المللی بودن داوری ندارد. لذا کافی است موضوع متنازع‌فیه ناشی از عبور اموال، خدمات یا پرداخت از طریق مرزها باشد تا بین‌المللی محسوب گردد. (کلانتریان، ۱۹۸۲: ۵۴)

۲. داوری در دعاوی بازرگانی داخلی

روند داوری تجاری ابتدا در حوزه اختلافات و دعاوی ناشی از تخلف از وصف و مشخصات قراردادی کالا مطرح شده و توسعه یافته است. انجمن‌های بازرگانی و بورس‌های مبادله کالا برای حل و فصل اختلافات قراردادی مربوط به واقعیات و اوصاف معاملات خود اسلوب خاصی را تعیین و سازماندهی کردند و اعضا را تشویق می‌کردند برای حل این نوع اختلافات به هیأت‌هایی مراجعه کنند که اعضای آن با لسان و عرف صنعت یا تجارت مربوط آشنایی کافی دارند. حل و فصل اختلافات تجاری از طریق داوری رفته رفته، آیین‌های رسیدگی خاصی را به وجود آورد که حداقل تأخیر در رسیدگی، حداقل هزینه‌ها و غیرعلنی ماندن موضوع دعوا را تأمین می‌کرد.

۱-۲. داوری سازمانی

سازمانها و مؤسسات داوری نقش مهمی در توسعه داوری در ایالات متحده و خارج آن ایفا کرده‌اند. در آمریکا «انجمن آمریکایی داوری» که مؤسسه‌ای غیرانتفاعی و خصوصی است و دفتر مرکزی آن در نیویورک است، در سال ۱۹۲۶ تأسیس شده و فعال بوده است. در حل و فصل پاره‌ای دعاوی بین‌المللی غیرتخصصی نیز «دیوان بین‌المللی داوری» وابسته به اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یکی از نهادهای اصلی داوری به شمار می‌رود که از ۱۹۲۲ شروع به کار نموده است. البته همانند سایر مؤسسات داوری برجسته و علیرغم نام آنکه «دیوان بین‌المللی داوری» است، این دیوان رأساً به امر داوری و حل و فصل دعاوی نمی‌پردازد، بلکه در واقع بر هیأت‌های داوری که حسب مورد در هر پرونده خاص تشکیل می‌شود و متشکل از داوران منتخب خود اصحاب دعوا یا احياناً اتاق بازرگانی بین‌المللی است، نظارت می‌کند. «مؤسسه داوری اتاق بازرگانی

استکلهم» نیز از سال ۱۹۷۶ به عنوان یک نهاد داوری بین‌المللی تأسیس شده و به ویژه در حل و فصل دعاوی مربوط به قراردادهای بازرگانی شرق - غرب داوری کرده است. لندن

(87: 1977, stockholm chamber commerce) هم در زمینه دعاوی دریایی، بیمه و معاملات انواع کالا و مال‌التجاره مرکز داوری‌های بین‌المللی بوده است. «دادگاه داوری بین‌المللی لندن» قواعد داوری خاصی دارد که بارها اصلاح شده و آخرین آن از اول سال ۱۹۸۱ لازم‌الاجرا شده است. این دادگاه تحت نظارت و هدایت مشترک شهرداری، اتاق بازرگانی و مؤسسه داوران قسم خورده لندن می‌باشد. (66: 1983, Steyn)

مؤسسات داوری با تنظیم و تدوین مقرراتی برای برگزاری داوری‌های خصوصی یا پیشنهاد شرط داوری برای درج در قراردادها و نیز تدارک تسهیلات اداری و تدوین آیین دادرسی سهم مهمی در برانگیختن اعتماد بیشتر به داوری به عنوان اسلوب جایگزین محاکم دادگستری و رسیدگی قضایی داشته‌اند.

۲-۲. قراردادهای تجارت بین‌المللی و سرمایه‌گذاری بین‌المللی

داوری تجاری که از حمایت مؤسسات انجمن‌های داوری و نیز اقبال روز افزون بازرگانی داخلی نسبت به نهاد داوری به عنوان اسلوب مؤثر حل و فصل اختلاف در تجارت داخلی برخوردار بوده است. هماهنگ با رشد انبوه تجارت جهانی و توسعه سرمایه‌گذاری‌های بعد از جنگ جهانی دوم توسعه یافته و به پیش آمده است.^۱

۲-۳. داوری بین‌المللی یک روند مستقل است

برعکس مکانیزم‌های داخلی حل و فصل اختلافات که آیین دادرسی ثابت و قواعد شناخته شده‌ای دارند، داوری بین‌المللی مانند خود دعاوی بین‌المللی مستلزم وقوف به

۱. آمار وزارت بازرگانی آمریکا حاکی از آن است که سرمایه‌گذاری خارجی آمریکا شامل سرمایه‌گذاری به صورت نقدی یا وام به خارجیان، در سال ۱۹۸۰ بالغ بر حدود ۲۱۴ میلیارد دلار می‌شود که باید با رقم ۱۸۷ میلیارد دلار در سال ۱۳۷۸ و حدود ۹۵ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۵ و ۱۲ میلیارد دلار در سال ۱۹۵۰ مقایسه شود. توزیع سرمایه‌گذاری آمریکا در سال ۱۹۸۰ چنین است: در کانادا ۲۱٪، آمریکای لاتین ۱۸٪، اروپا ۴۵٪؛ در کشورهای توسعه یافته و توسعه نیافته به ترتیب ۷۵٪ و ۲۵٪ بوده است.

سیستم حقوقی بیش از یک کشور، اطلاع از مبانی گوناگون صلاحیت مراجع رسیدگی و نیز محتاج آگاهی از انواع آیین دادرسی و مقررات آنها در مورد ادله اثبات دعوا (مبانی و واقعیات)، قانون حاکم بر دعوا، اثبات قانون خارجی و بالاخره اجرای حکم می‌باشد. بنابراین دست‌اندرکاران داوری‌های داخلی که می‌خواهند به حوزه‌ی داوری بین‌المللی گام نهند، باید آمادگی لازم را برای عبور از نظام رسیدگی داخلی، که تک بعدی است. بهسازی ختارهای حل و فصل چند بعدی داوری بین‌المللی داشته باشند.

حتی پیدایش کشور های سوسیالیستی و کشور های تازه به استقلال رسیده و رواج بازرگانی دولتی در آنها و نیز افزایش نقش دولت ها در موافقتنامه های توسعه ی اقتصادی ، خود به خود معاملات بین المللی پیچیده ای را به دنبال آورده که نسبت به قرارداد های داخلی سنتی به مراتب متفاوت است. امتیازات داوری در دعاوی داخلی یعنی سرعت تصمیم‌گیری، کم هزینه بودن و غیررسمی بودن جریان رسیدگی، در داوری تجاری بین‌المللی نیز وجود دارد. دعاوی بین‌المللی به دلیل موانعی از قبیل گوناگونی زبان طرفین، بعد مسافت و مشکلات ارتباطات و مکاتبه بیشتر با خط تأخیر و اطاله رسیدگی مواجه می‌باشند و اغلب هزینه بیشتری در بردارند مانند هزینه اداره جریان داوری، حق‌الزحمه داوران، استخدام وکلای محلی، مترجم و بالاخره هزینه‌های مسافرت. در داوری بین‌المللی، جو غیررسمی و ساده‌ای که در داوری‌های داخلی وجود دارد به محیطی آمیخته به قواعد رسیدگی و آیین دادرسی پیچیده تر تبدیل می‌شود. با اینکه داوری داخلی و داوری بین‌المللی هر دو توسط داورانی اداره می‌شود که خود اصحاب دعوا منصوب کرده‌اند و دوران صلاحیت و اختیار خود را از توافق اولیه طرفین در مراجعه به داوری به دست می‌آورند.

به علت جنبه‌های فراملی نهفته در داوری‌های بین‌المللی، خواه ناخواه مسائل صلاحیتی در داوری بین‌المللی بیشتر پیش می‌آید. به همین لحاظ ضرورت درج شرط داوری در قرارداد اولیه به منظور رفع هر گونه ابهام و بلا تکلیفی از حیث مسائل صلاحیتی، امروزه تقریباً تبدیل به رویه‌ای بین‌المللی شده است. (Kerr, 2002: 98) در کشورهایی که مراکز بزرگ داوری در آنجا واقع است، قوانینی تصویب شده که احکام جداگانه‌ای برای داوری بین‌المللی و داخلی پیش‌بینی نموده و آن دو را از هم جدا می‌سازد. در قواعد

داوری مؤسسات داوری بین‌المللی نیز طبقه‌بندی داوری‌ها و تفکیک آنها در رابطه با معاملات مختلف بین‌المللی مورد توجه و تأکید قرار گرفته است.

۴-۲. نقش دادگاههای داخلی در داوری بین‌المللی

داوری تجاری بین‌المللی نمی‌تواند بدون مساعدت و همکاری محاکم داخلی، به طور مؤثر و کارآمد عمل کند. دادگاههای کشور محل داوری را نمی‌توان به کلی از صحنه بیرون گذاشت و با داوری غیرمرتبط دانست مگر اینکه طرفین در قرارداد اولیه ارجاع به داوری، به طور خاص در این زمینه توافق کرده باشند. دادگاه‌های کشور مبدا در هنگام بررسی قابلیت داوری یک اختلاف بین‌المللی، قانون خود را اعمال می‌کنند. اصولاً هر دادگاهی که به نوعی با رای داوری سر و کار پیدا کند، در هر نوع رسیدگی، قوانین کشور خود را در هنگام تصمیم‌گیری در خصوص قابلیت ارجاع اختلاف به داوری اعمال می‌کند. اما برخی دیگر با افزایش قلمروی بیش از حد نظارت دادگاه در داوری، به نوعی نقش مداخله‌جویانه‌ای را مورد توجه قرار داده‌اند. (Margaret L. Moses, 2008: 84) در صورت فقدان توافق برای ارجاع اختلاف به داوری سازمانی و بهره‌مندی از این ویژگی سازمان‌ها، طرفین باید ضمن توافق بر آیین رسیدگی، روند داوری را نیز مدیریت و کنترل نمایند. (شیرودی، ۱۳۹۱: ۲۲) از این رو طرفین برای بهره‌مندی از چنین مساعدت‌ها و خدماتی، اختلاف خود را به این سازمان‌ها ارجاع می‌دهند. (Icc Arbitration Rules Art.1) مؤثر بودن داوری از حیث صدور رأی قطعی و لازم‌الاجرا برای حل و فصل منازعه‌ای که به آن ارجاع شده، موکول است به آنکه اگر یکی از طرفین از اجرای رأی داوری تخلف نمود دادگاهی در کار باشد که رأی را به اجرا درآورد. داوری در مفهوم بین‌المللی آن متضمن صدور حکم الزام‌آور است با همان آثار حقوقی و قدرت اجرایی که حکم قطعی دادگاه دارد. اغلب کشورهایی که در امر تجارت فعال هستند قوانین خاصی در مورد داوری دارند اما در زمینه‌های حساس و مهم هنوز قضاوت هستند که با آرای خود عملاً قانونگذاری می‌کنند. «فرانسه و سوییس به طور سنتی بیش از انگلستان و آمریکا قانون مدار هستند و حجم بیشتری از قوانین موضوعه را در باب داوری دارند، معذک در موضوعات اساسی که در جریان داوری

پیش می‌آید مجموعه‌ای از رویه‌ها و آرای محاکم است که منبع اصلی مقررات داوری است.^۱

نتیجه‌گیری

امروزه، در تجارت بین‌المللی که با هدف توسعه اقتصادی کشورها و رفع نیازهای تجاری متقابل آن‌ها صورت می‌گیرد (در مبادلات بین اشخاص درگیر در این امور) نیاز به داوری به عنوان یک مرجع حل اختلاف با فراغت هر چه بیشتر از دخالت دولت‌ها روز به روز بیشتر احساس می‌شود. دعوا در داوری همچون دادگاه‌ها نیازمند تصمیم‌گیری در مسائل موضوعی و مسائل حکمی است، گرچه تفکیک این دو مسئله در دادگاه و قوانین دادرسی ملی بارزتر و برجسته‌تر از داوری می‌باشد. در داوری داور بیشتر بر جهات موضوعی تکیه دارد و جهات حکمی را براساس تشخیص و وجدان منصف و عادلانه خود نظر می‌دهد. برای مثال، در یک دعوای قراردادی، علاوه بر مسائل موضوعی و شرایط صریح قرارداد که داور بر آن‌ها متمرکز می‌شود، شرایط ضمنی که قانون آن را مکمل شرایط صریح قرارداد قرار داده است و قواعد قانونی که لزوماً باید بر قرارداد اعمال شوند، در داوری‌ها نیز مطرح می‌باشند، اما کمتر بر آن‌ها تأکید می‌شود یا داور کمتر از دادگاه آن‌ها را در داوری خود در نظر دارد. داور به هیچ وجه ملزم نیست که مانند قاضی دعوا را رسیدگی کند و مانند او به تصمیم برسد، لذا تمایز برجسته‌ای بین داوری قراردادی و حل و فصل کدخدا منشانه دعوا وجود ندارد. تفاوت داوری و دادرسی دولتی در بسیاری از سیستم‌های حقوقی در خصوص آیین داوری به رسمیت شناخته شده است. تشریفات آیین دادرسی در این کشورها برای داوری استثنا شده و استحکام ادله اثبات دعوا نیز در آن تضعیف گردیده است. حتی قانون‌گذاران ملی به طور کلی بین آیین داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی با داوری در دعوای داخلی تفاوت قایل شده‌اند؛ برای مثال، در حالی که در داوری‌های تجاری بین‌المللی به دوران

۲۳۰



قلمرو اعمال
قانون در داوری
تجاری
بین‌المللی

^۱. (در ایران برای داوری‌های داخلی مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی را داریم و در زمینه داوری‌های بین‌المللی نیز لایحه قانون داوری تجاری بین‌المللی که اخیراً به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. لکن رویه قضایی در زمینه داوری هیچ توسعه نیافته و از این حیث دچار کمبود جدی هستیم).

اجازه داده شده که در خصوص صلاحیت خود تصمیم بگیرند و به دادگاه مراجعه نشود، در داوری داخلی ممکن است چنین اجازه‌ای داده نشود و برای بررسی صلاحیت دیوان داوری مراجعه به دادگاه ضروری باشد. در داوری بین‌المللی بیشتر اجتناب از مداخله کارگاه در نظر است، در حالی که در داوری داخلی شاید قابل قبول باشد که به جهت انسجام در قواعد و قوانین داخلی و برقراری تعادل بین دادرسی دادگاهی و داوری، طرفین بیشتر در ضوابط قانونی و دخالت یا نظارت دادگاه قرار گیرند یا در دعاوی بین‌المللی از جهت قانون یا قواعد قابل اعمال بر داوری تفاوت‌های چشم‌گیری بین این دو وجود دارد.

۲۳۱

پژوهش‌های بین‌المللی
روابط بین‌الملل

فصلنامه
پژوهش‌های
روابط بین‌الملل،
دوره نخست، شماره
بیست و پنجم
پاییز ۱۳۹۶



منابع

- اسکینی، ربیعا . (پاییز و زمستان ۱۳۸۶). تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران*. (دوره یازدهم).
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۷۰). *حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی*. تهران: انتشارات میزان.
- شاپیرا، ژان. (۱۳۷۱). *حقوق بین‌المللی بازرگانی*. انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.
- جنیدی، لعیا. (۱۳۷۶). *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*. تهران: نشر دادگستر.
- ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۵). *حقوق تجارت*، تهران: نشر دادگستر، جلد اول.
- ثابت سعیدی، ارسلان. (۱۳۷۴). *حقوق بازرگانی*، تهران: انتشارات دانشگاه پیام‌نور.
- قائم مقام فراهانی، محمدحسین. نیمسال اول تحصیلی (۱۳۷۰-۱۳۷۱). درس حقوق تجارت ص ۱۲، جزوه درس دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ویرالی میشل. (۱۳۶۴). (مقاله) تفکری بر تئوری حقوق فراملی. ترجمه ناصر صبح‌خیز، *مجله حقوق* (شماره ۳، ص ۹۷).
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۶) مقاله حقوقی بین‌المللی. *مجله حقوقی*. (شماره ۷ ص ۱۱ به بعد).
- راژسکی، جرزوی. (۱۳۶۴). مقاله تدوین تدریجی حقوق تجارت بین‌الملل. ترجمه دکتر ناصر صبح‌خیز. *مجله حقوقی* (شماره ۲).
- کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی نیویورک. (۱۹۵۸). ماده ۱ بند ۳، *مجله حقوقی* (شماره ۱۴ و ۱۵، ص ۴۱۳).
- الماسی، نجاد علی. (۱۳۹۵). *تعارض قوانین*. تهران: انتشارات سمت.
- کلانتریان، مرتضی. داوری، بررسی مهمترین نظام‌های حقوقی داوری جهان، قسمت: داوری بین‌المللی در فرانسه پس از تصویب نامه ۱۲ مه ۱۹۸۲، فلیپ فرنشار استاد دانشکده حقوق فرانسه.
- شیرودی، عبدالحسین. (۱۳۹۱). *داوری تجاری بین‌المللی*. تهران: سمت.
- See stocholm chamber commerece. (1977). Arbitration in Sweden 8-9 .
- See Steyn, (1913), England in Yearbok commercial Arbitration.
- See Kerr, Footnote 2, supra 164
- Kroll. Stefan . (2006) . M. "Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems" in International Arbitration , Kluwerlew International. P.171.
- Kohler Gobielle Kanfmann . (2003) . Globalization of Arbitral Procedure . **Vanderbilt Journal of Transnational Law** , (Vol.36).
- Van den . Berg.(2007). **The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration , in Arbitration Insights** , Kluwer Law In tranational . **Bowmwn**.
- Kreindler.Richard.(1997).Particularities of International Financial Arbitration in the context of challenges to Arbitral Awards , **Yearbook of International Financial and Economic law** .
- Lu.May.(2006). The New York convention on the Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards : **Analysis of the seven Defense to**

Oppose Enforcement in the united states and England . 23 Ariz .J.Intl & Comp.L.

Van den.Berg and Albert Jan.(1981).The New York Arbitration Convention of 1958.**Kluwer Law and Taxation Publoishers.**

Margaret L.Moses,(2008 , p84). The principles and practice of International commercial Arbitration , Combridge university press.

Icc Arbitration Rules Art.1.

See de Vires , (Fordham Corp.L.Inst.1975). Arbitration of Disputes in

International Projects , in International Project Finance

۲۳۳

پژوهش‌های
روابط بین‌الملل

فصلنامه

پژوهش‌های

روابط بین‌الملل.

دوره نخست، شماره

بیست و پنجم

پاییز ۱۳۹۶

