

معرفی کتاب

درآمدی بر مکانیزم‌های

حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی

باقر انصاری

مقدمه

حقوق بازرگانی بین‌المللی هر روز بیش از پیش تحول یافته و از حقوق‌های ملی فاصله می‌گیرد. اگر روزگاری قواعد حل تعارض حقوق‌های ملی تنها وسیله حل و فصل اختلافات حقوقی در عرصه تجارت بین‌الملل بود اکنون سعی در عدول از آن قواعد است و آثار بارز گرایش نوین را در کنوانسیون‌های مربوط به بیع بین‌المللی و داوری شاهد هستیم. سازوکارهای حل اختلاف اگر در گذشته محصور در محاکم محلی و داوری بود امروز با جایگزین‌ها روبرو شده است. حتی اگر روزی داوری بهترین جایگزین دادگاه‌ها تلقی می‌شد اکنون سعی بر آنست که تا حد امکان از ارجاع اختلاف به داوری نیز پرهیز شود و به مکانیزم‌های جایگزین داوری توسل شود.

کار تحقیقی حاضر تلاشی است جهت معرفی سیر تاریخی تحول و تنوع در مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات در تجارت بین‌الملل که بر اساس یکی از فصول کتاب فرادادهای تجاری بین‌المللی^۱ تلخیص، ترجمه و تألیف شده است. مطالب حاضر در دو بخش کلی «مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات» و «داوری» تدوین شده و در موارد لزوم به قوانین ایران نیز اشاره شده است.

1. International Business Transactions; Ralph H. Folsom, Michael W. Gordon, John A. Spanogle, West Publishing Company, 1987.

بخش اول: مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات در تجارت بین‌الملل

بند اول: انواع اختلافات در تجارت بین‌الملل

روابط تجاری بین‌المللی به اعتبار طرفین آنها به دو دسته تقسیم می‌شود:

- ۱- روابط تجاری‌ای که هر دو طرف رابطه را اشخاص خصوصی تشکیل می‌دهند؛
- ۲- روابط تجاری‌ای که در یک طرف آن اشخاص خصوصی و در طرف دیگر آن دولت‌ها قرار دارند.

با توجه به این تقسیم‌بندی، اختلافات تجاری بین‌المللی نیز یا میان اشخاص خصوصی پدید می‌آید و یا میان یک یا چند شخص خصوصی و یک دولت.

چنانچه اختلاف میان اشخاص خصوصی باشد، علی‌الاصول، قواعد حل تعارض یا حقوق بین‌الملل خصوصی که در چارچوب نظام‌های حقوقی داخلی پذیرفته شده‌اند برای حل اختلاف به کار گرفته می‌شوند؛ لیکن، حقوق بازرگانی بین‌المللی، روش مذکور را سنتی قلمداد می‌کند که آهسته آهسته کنار گذاشته شده یا باید کنار گذاشته شود و از بطن آنها قواعد و مقرراتی که بر روابط تجار و عملیات تجاری در سطح بین‌المللی حکومت می‌کند و به «حقوق بازرگانی بین‌المللی» موسوم است استنباط می‌کند. برای مثال، در حقوق بین‌الملل خصوصی ضابطه بین‌المللی قلمداد شدن یک قرارداد آنست که قرارداد متضمن یک عنصر خارجی باشد و همین عنصر برون مرزی است که در مرحله رسیدگی و حل و فصل اختلاف ایجاد مشکل می‌کند. راه حل مشکل نیز توسل به قواعد حل تعارض است. در حالیکه در حقوق بازرگانی بین‌المللی، مهمترین عامل تمایز بیع بین‌المللی از بیع داخلی ملاحظات حقوقی و اقتصادی است. توضیح اینکه، معاملات بین‌المللی، در تمام اعصار با اعمال حاکمیت دولت‌ها در تضاد بوده است؛ اما، تا مدت زمانی، دولت‌ها برای آزادی معاملات برون مرزی موانع جدی ایجاد نمی‌کردند و صرفاً به وضع عوارض گمرکی برای معاملات انجام شده اکتفا می‌کردند تا هم درآمدی برای خود فراهم آورند و هم از فعالیت اتباع خویش حمایت کرده باشند. اکنون، وضع به گونه‌ای دیگر شده است: به دلیل بحران‌های اقتصادی همه‌گیر، اکثر کشورها ناچار به مداخله بیشتر در مبادلات بین‌المللی شده‌اند تا مبادا آزادی مبادلات سبب عدم توازن شدید پرداخت‌های خارجی آنان شود. نتیجه این سیاست، ایجاد یک نظام کنترل کم و بیش شدید مبادلات در آن کشورها است. چون این نظام کنترل، جنبه نظم عمومی دارد وجود آن تهدیدی دائمی برای قراردادهای خصوصی بوده و حتی مانع اجرای آنها می‌شود. چه بسا، کالای فروخته شده به خریدار تسلیم می‌شود ولی، تصمیمات دولت متبوع خریدار، انتقال هر گونه ارز به خارج کشور را ممنوع می‌سازد

(اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۷-۱۰). یکی دیگر از موارد عدول حقوق بازرگانی بین‌المللی از قواعد حل تعارض، حذف دخالت عامل تابعیت در بین‌المللی قلمداد شدن یک معامله است. چنانکه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰، وین)، محل تجارت بایع و مشتری را ضابطه بین‌المللی بودن دانسته است و نه تابعیت طرفین را. نتیجه این تحولات حقوقی در تجارت بین‌الملل، تغییر و تحول در مکانیزم‌های سنتی حل و فصل اختلاف و پیدایش ساز و کارهای نوینی است که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت.

در مورد اختلافات دسته دوم نیز ذکر این نکته لازم است که به طور کلی، مداخله دولت‌ها در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری، پس از جنگ دوم جهانی افزایش یافته و تعداد قراردادهایی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر آن شرکت بزرگ خارجی است هنوز هم در حال فزونی است. این قراردادها را به سبب آنکه یک طرف آن دولت است «قراردادهای دولتی» می‌نامند که گاهی خود دولت رأساً و گاهی نیز سازمان‌ها، مؤسسات و واحدهای وابسته یا تحت کنترل آن، این قراردادها را امضا می‌کنند. لذا، قرارداد دولتی قراردادی است که ناظر بر روابط دولت یا یک سازمان دولتی با یک شخصیت حقوقی خصوصی در زمینه یک فعالیت اقتصادی و بازرگانی. این قراردادها سه قسمند (موحد، ۱۳۷۴، ص ۸۰-۸۱):

۱- قراردادهای اداری که تابع حقوق عمومی است و کسی که طرف قرارداد است می‌داند با دولتی سروکار دارد که دارای اختیارات قانونی است. او می‌داند که دولت، در جریان اجرای قرارداد می‌تواند از اختیارات خود استفاده کند؛ برای مثال، ناگهان از اجرای قرارداد خودداری ورزد، بدون آنکه از بابت صرف عدم اجرا خسارتی بپردازد؛ یا به نام حاکمیت بسیاری از شروط و قیود قراردادی را تغییر دهد یا بر آنها بیافزاید و یا از آنها بکاهد. در این صورت، اگر اختلافی حادث شود، تنها زمانی به یک مرجع بین‌المللی قابل ارجاع است که طرف قرارداد نتواند حقوق خود را از مراجع داخلی به دست آورد و ناگزیر با استفاده از حمایت دیپلماتیک دولت متبوع خود نزد مرجع بین‌المللی اقامه دعوی کند.

۲- قراردادهایی که یک سازمان دولتی در لباس بازرگان و به عنوان یک عمل تجاری امضا می‌کند. در اینجا، دیگر دولت در قلمرو حقوق خصوصی وارد می‌شود و مقتضیات و الزامات آن را می‌پذیرد؛ بیشتر قراردادهای پرداخت وام که میان یک دولت و یک بانک خارجی منعقد می‌شود در زمره این قراردادها است. رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، معمولاً در صلاحیت انحصاری محاکم متبوع دولت طرف قرارداد نبوده و علی‌رغم این، نظر غالب در حقوق بین‌الملل خصوصی که «هرگاه یکی از طرفین قرارداد،

دولت باشد و طرف دیگر شخص خصوصی و طرفین در مورد قانون حاکم سکوت کرده باشند، قانون دولت طرف قرارداد لازم الاجرا خواهد بود» (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۶)، اختلاف طرفین در حکم اختلاف میان اشخاص خصوصی بوده و از احکام آن پیروی می‌کند.

۳- قراردادهایی که دولت یا سازمان‌های دولتی به عنوان نماینده و حافظ منافع و مصالح عمومی و طرف دیگر به عنوان شخص خصوصی انتفاعی در آنها وارد می‌شود؛ همانند قراردادهای مربوط به توسعه و بهره‌برداری از منابع ثروت‌های طبیعی نظیر نفت و گاز و جنگل. در چنین قراردادهایی، سلب مالکیت و مصادره مستقیم و غیرمستقیم اموال و منافع شخص خصوصی، مهمترین اسباب پیدایش اختلاف می‌باشد که ممکن است حتی به مسؤولیت بین المللی دولت طرف قرارداد نیز منجر شود (پیران، ۱۳۷۳).

بند دوم: مسایل اساسی در اختلافات تجاری بین المللی

در حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی باید نخست به چهار پرسش زیر پاسخ داد، زیرا پاسخ به این پرسش‌ها، شالوده سیستم حل و فصل اختلاف را به دست می‌دهد. این چهار پرسش عبارتند از:

۱- اختلاف باید در کدام دادگاه طرح شود؟ آیا می‌توان در محاکم بین المللی اقامه‌ی دعوی کرد؟ در دادگاه متبوع خریدار یا فروشنده چطور؟ یا اینکه در هیچکدام از این محاکم نمی‌توان طرح دعوی کرد و باید به دادگاه یک کشور ثالث مراجعه کرد؟

۲- آیا اختلاف از طریق مکانیزم‌های جایگزین همانند میانجیگری یا داوری و یا هر دو نیز قابل حل است؟ یا تنها باید از طریق قضایی حل و فصل شود؟

۳- چه قانونی بر حل و فصل اختلاف حاکم است؟ قانون متبوع فروشنده یا خریدار یا یک کشور ثالث یا برخی قواعد حقوق بین الملل؟

۴- چنانچه طرفین در قرارداد خود اشاره‌ای به پاسخ پرسش‌های فوق نکرده باشند، آیا می‌توان راه حل را با استناد به برخی اصول حقوقی مشخص کرد؟ یا اینکه طرفین باید در قرارداد خود، قانون حاکم، دادگاه صالح و شروط داوری اجباری را گنجانده باشند؟ یا اینکه در مورد پاره‌ای از مسایل، تصریح طرفین در قرارداد شرط است و در مورد پاره‌ای دیگر نیست؟

پاسخ تفصیلی به این پرسش‌ها را در آینده خواهیم دید. در اینجا به اجمال می‌گوییم که جز در مواردی که شروط صریح طرفین قرارداد آنها را از رجوع به محاکم قضایی ملی منع

نکرده باشد، برای حل اختلاف می‌توانند به «دادگاه‌های صالح» مراجعه کنند. مکانیزم داوری زمانی قابل استناد است که طرفین درباره به کارگیری آن خواه پیش از پیدایش اختلاف و خواه پس از پیدایش آن توافق کرده باشند.

در میانجیگری، طرفین هم باید در به کارگیری این مکانیزم توافق کرده باشند و هم این توافق را تا پایان حل اختلاف بر هم نزنند. میانجی، تنها مذاکرات طرفین را برای رسیدن به راه حل قابل قبول تسهیل می‌کند. لذا حق صدور رأی الزام‌آور ندارد. همچنین اگر یکی از طرفین از ادامه همکاری برای مذاکره سرباز زند، میانجیگری خاتمه می‌یابد.

بند سوم: مقایسه مکانیزم‌های اختلاف

مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات در تجارت بین‌الملل تحت سه عنوان کلی قابل مطالعه است:

الف) دادگاه‌های ملی

رجوع به دادگاه‌ها، در اختلافات تجاری بین‌المللی روز به روز کمتر و محدودتر می‌شود به گونه‌ای که در بسیاری از قراردادهای تجاری، طرفین قرارداد عموماً صریحاً تصریح می‌کنند که در صورت حدوث اختلافاتی در آینده روابط طرفین، هیچ‌یک حق مراجعه به دادگاه ملی را ندارد و اختلاف باید با توسل به مکانیزم‌های دیگری حل و فصل شود؛ یا اگر هم به یکی از طرفین، اجازه رجوع به دادگاه ملی را بدهند، سعی می‌کنند که قانون حاکم بر قرارداد را خود تعیین کنند.

عمده‌ترین معایب دادرسی‌های سنتی که سبب روی گردانی تجار از آنها شده است عبارتند از:

۱- تشریفات زیادی، دامنگیر رسیدگی‌های قضایی است. رعایت قواعد و مقررات مربوط به پیش از مرحله رسیدگی، جلسه رسیدگی، ادله استنادی و امکان تجدید نظرخواهی از آراء صادر شده که باعث طولانی شدن دادرسی‌ها می‌شود، از عیب‌های اساسی رسیدگی‌های قضایی هستند.

۲- در وضع کنونی، مدیران شرکت‌ها به آن تمایل دارند که دعوی یا اختلاف را به دست حقوقدانان یا وکلا سپرده و خود را خلاص کنند، چون حقوقدانان و وکلا هم متخصص در مسأله مورد اختلاف هستند و هم سریع‌تر به نتیجه می‌رسند. شمار زیادی از اختلافات بازرگانی مربوط به موضوعاتی است که فقط یک کارشناس فنی می‌تواند قاضی آن‌ها باشد،

از قبیل اختلاف در اوصاف کالاها، تحویل شده، خدمات و کارهای انجام شده، اگر این موضوعات به قضات ارجاع شوند آنان چاره‌ای ندارند جز آنکه به گزارش‌های کارشناسان متوسل شوند. پس ساده‌تر اینست که از همان بدو امر به این کارشناسان رجوع شده و از آنان نه کارشناسی صرف، بلکه تصمیمی دربارهٔ مسأله مورد اختلاف درخواست شود.

۳- عامل سوم تراکم و حجم زیاد دعاوی در دادگستری است.

۴- هزینهٔ مراحل قضایی در حل و فصل اختلافات به طریق دادرسی سنتی بسیار بالاست.

۵- مداخله‌های فزایندهٔ دولت در رسیدگی‌های دادگاه‌ها که در قالب اعمال حاکمیت صورت می‌گیرد، عامل دیگری اقبالی نسبت به حل و فصل اختلافات تجاری در دادگاه‌های ملی است.

ب) داوری

برای رهایی از مشکلات فوق، مکانیزم داوری مورد استقبال واقع شد که اکنون به دلیل پیدایش سازمان‌ها و کمیته‌های مختلف، حالت نهادی به خود گرفته است. زیرا، قواعد داوری آنسیترال، قواعد سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و سایر مراجع داوری همانند دیوان داوری بین‌المللی لندن، مرکز بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری، مقبولیت بسیاری در حل و فصل انواع اختلافات تجاری پیدا کرده‌اند به‌ویژه آنکه اکثر کشورها به کنوانسیون نیویورک (مصوب ۱۹۵۸) در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری ملحق شده‌اند.

ج) مکانیزم‌های جایگزین

مکانیزم‌های جایگزین به سه دسته مکانیزم‌های جایگزین مشورتی یا غیرالزام‌آور، مکانیزم‌های جایگزین نیمه الزام‌آور و مکانیزم‌های جایگزین الزام‌آور تقسیم می‌شوند. این مکانیزم‌ها با توجه به سیر تاریخی آنها احصا شده‌اند که ما نیز آنها را به همین ترتیب مورد مطالعه قرار می‌دهیم. یعنی ضعف و نارسایی‌های رسیدگی به اختلافات در دادگاه‌های ملی سبب عدول از این مکانیزم و توجه به مکانیزم داوری شده است و معایب رسیدگی‌های داوران نیز سبب ابداع و ایجاد مکانیزم‌های جایگزین گردیده است.

مکانیزم‌های جایگزین عمدتاً گفتگوی آزاد میان مدیران ارشد شرکت‌ها را که اختیار حل و فصل اختلاف با آنهاست تشویق می‌کنند. در این مکانیزم‌ها، استفاده از مطالبی که در

جریان گفتگو مبادله می‌شود، به عنوان دلیل در رسیدگی‌های رسمی ممنوع است. این مکانیزم‌ها سه دسته‌اند:

۱. مکانیزم‌های غیر الزام‌آور یا مشورتی: در این مکانیزم، یک ثالث بی‌طرف به عنوان مشاور و بی‌آنکه تصمیم الزام‌آوری بگیرد، به گونه‌ی محرمانه، دیپلماسی سازش را دنبال می‌کند. مهمترین ویژگی این مکانیزم آنست که طرفین به شخص واسطه اطمینان کرده و خواست‌های خود را هر کدام به طور محرمانه در اختیار او قرار می‌دهند و وی بدون اینکه خواست‌ها و صحبت‌های طرفین را به آنها منتقل سازد، خود، ابتکار حل و فصل قابل قبول برای پایان دادن به اختلاف طرفین را برعهده می‌گیرد. طرفین، همچنین می‌توانند توافق کنند که گفته‌های آنها در هیچ رسیدگی رسمی بعدی، به عنوان دلیل پذیرفته نشود.

۲. مکانیزم‌های نیمه‌الزام‌آور: در این مکانیزم‌ها، تصمیم مشاور بی‌طرف، پس از صدور، توسط هر یک از طرفین در رسیدگی‌های رسمی بعدی پذیرفته می‌شود؛ یعنی در این مکانیزم، تصمیم مشاور الزام‌آور نیست، لیکن دارای چنان بار اثباتی است که رسیدگی‌کننده بعدی ممکن است آن را مناسب‌ترین دلیل برای حل اختلاف تشخیص دهد.

۳. مکانیزم‌های الزام‌آور: ویژگی این مکانیزم‌ها آن است که تنها با توافق طرفین قابل اعمال هستند. یکی از این مکانیزم‌ها، تشکیل «خرده محاکم» در نزدیک کارشناس دادگستری یا کارشناس خاص منصوب از سوی دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اختلاف را دارد. در این مکانیزم، طرفین، نخست توافق دادگاه را برای انجام تحقیقات محدود نسبت به مسائلی که برای آنها حایز اهمیت است به دست می‌آورند و نظریه کارشناس خاص، تا آنجا که دربردارنده نتیجه‌گیری‌ها و استنباط‌های حقوقی باشد از سوی دادگاه نیز مورد بررسی مجدد قرار می‌گیرد اما راجع به یافته‌های موضوعی برای طرفین دعوی قاطع است.

داوری نیز در زمره‌ی این مکانیزم‌ها است. البته در این مکانیزم نتیجه‌گیرهای حقوقی و موضوعی داور - هر دو - برای طرفین الزام‌آور است مگر اینکه بر اساس قانون محلی حاکم بر داوری، دفاعی برای نادیده گرفتن آنها وجود داشته یا بر اساس کنوانسیون نیویورک این امکان وجود داشته باشد.

بند چهارم: انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح

در مورد دادگاه‌ها باید بگوییم که تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی، منجر به شناسایی قواعد حل تعارض و به تبع آن، قانون حاکم بر ماهیت دعوی خواهد شد. یعنی همین که دادگاه

خود را صالح تشخیص دهد، علی‌الاصول مطابق با قواعد حل تعارض مربوط، قانون ماهوی حاکم بر دعوی را نیز مشخص می‌کند.

به طور کلی، در زمینه انتخاب قانون حاکم و دادگاه صالح برای حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی سه گرایش در حال حاضر وجود دارد:

۱- در برخی زمینه‌های تجاری، قانون حاکم و دادگاه صالح به دقت مشخص می‌شود.
 ۲- در دیگر زمینه‌های تجارت بین‌الملل و برخی انواع معاملات، هیچ‌گونه اثری از انتخاب قانون حاکم یا دادگاه صالح بر چشم نمی‌خورد. دلیل این امر نیز غالباً چند چیز است: یا طرفین، چنین معاملاتی را ساده و پیش‌پا افتاده قلمداد کرده و بر قواعد حل تعارض اعتماد می‌کنند؛ یا اینکه طرفین احساس می‌کنند که انتخاب صریح قانون حاکم و دادگاه صالح، شانس‌ها و فرصت‌های مؤثر و مفید جهت همکاری آنها را از بین خواهد برد لذا در این باره سکوت می‌کنند. برای مثال، در قراردادهای همکاری چند جانبه و دراز مدت همانند قراردادهای مشارکت در استخراج منابع طبیعی، شرط صریحی از انتخاب قانون حاکم یا دادگاه صالح به چشم نمی‌خورد. یا در قراردادهایی که با سازمان‌های بین‌المللی همانند بانک جهانی به امضا می‌رسد، طرفین برای پرهیز از اعمال یک قانون ملی، همواره، سکوت در این زمینه را بر تصریح ترجیح می‌دهند.

۳- در برخی قراردادها همانند قراردادهای دولتی که شرح آنها گذشت، انتخاب صریح قانون حاکم یا دادگاه صالح به عنوان سپر و پوششی در برابر ترس از نتایج حقوقی غیر قابل پیش‌بینی مطرح بوده و مورد توجه طرفین قرار می‌گیرد. در این قراردادها، دولت‌های طرف قرارداد، بر اعمال حقوق‌های ملی خود اصرار دارند. در کشورهای در حال توسعه، کشورهای آمریکای لاتین و در قراردادهای کشورهای عربی، این گرایش بسیار به چشم می‌خورد. منتها، معایبی که این گرایش با خود دارد آن است که گاهی حقوق داخلی، برای حل مسایل حقوقی ناشی از یک معامله بین‌المللی راه حل مناسبی ندارد؛ یا اینکه دادگاه‌های داخلی، توجه منصفانه‌ای به طرفین خارجی نمی‌کنند.

بند پنجم: امکان یا عدم امکان رجوع به دیوان‌های بین‌المللی

آیا برای حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی می‌توان به دیوان‌های بین‌المللی مراجعه کرد؟ برخی حقوقدانان علی‌رغم پذیرش این که - جز در موارد استثنایی نظیر حمایت دیپلماتیک - تنها دولت‌ها می‌توانند برای حل و فصل اختلافات خود به دیوان‌های بین‌المللی مراجعه کنند، معتقدند چنانچه طرف یک قرارداد تجاری مورد اختلاف، یک دولت خارجی

باشد، تنها مرجع منطقی برای حل اختلاف، یک دادگاه بین‌المللی همانند دیوان دادگستری بین‌المللی (ICJ) است. اینان به برخی قراردادها و معاهدات داورى استناد می‌کنند که به اشخاص خصوصی اجازه حضور نزد دیوان دادگستری بین‌المللی را داده‌اند؛ به ویژه آنکه ماده ۳۴ دیوان دادگستری بین‌المللی نیز این امر را مجاز دانسته است.

دلیل استثنایی بودن این امکان آن است که حکومت‌ها یا دولت‌ها کاملاً از اشخاص متمایز هستند و آنها را نمی‌توان مجبور به پاسخگویی در برابر اشخاص کرد؛ زیرا، طبق اصول حقوق بین‌الملل، دولت‌ها تنها به همتایان و اشخاص برابر با خود پاسخ می‌دهند.

بدین ترتیب، دیوان دادگستری بین‌المللی، تنها به اختلافات میان دولت‌ها رسیدگی می‌کند و نه به دعاوی تجاری بین‌المللی بین اشخاص خصوصی یا بین یک شخص خصوصی و یک دولت، هر چند که چنین اختلافاتی در قالب نقض حقوق بین‌الملل نیز قابلیت طرح داشته باشند. لیکن، دولت‌ها می‌توانند به نمایندگی از اتباع خویش، در صورتی که شرایط حمایت دیپلماتیک فراهم باشد، دعاوی آنها را تعقیب کنند که در این صورت چون اختلاف از حالت خصوصی بودن خارج می‌شود و به اختلاف میان دو دولت تبدیل می‌شود، ایراد مربوط به صلاحیت دیوان دادگستری بین‌المللی مرتفع می‌شود و اختلاف در قلمرو ماده ۳۴ دیوان قرار می‌گیرد.

اصل مذکور ممکن است به گونه‌ی صریح توسط یک عهدنامه یا کنوانسیون مورد انکار قرار گرفته و به خلاف آن تصریح شود. برای مثال، ماده ۲۵ کنوانسیون حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دیگر دولت‌ها یا ماده ۱۷۳ معاهده تأسیس جامعه اقتصادی اروپا (بازار مشترک) اصل مذکور را رد کرده‌اند.

بند ششم: رجوع به دادگاه‌های خارجی

در زمینه امکان رجوع به دادگاه‌های خارجی و اینکه آیا چنین دادگاه‌هایی اصلاً صلاحیت رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی را دارند و اگر صالح هستند چه محدودیت‌هایی در مورد رسیدگی آنها وجود دارد. به بررسی قواعد چند کشور که در زمینه تجارت بین‌الملل فعال هستند می‌پردازیم.

الف) کانادا

طبق قواعد فعلی، زمانی می‌توان علیه یک شخص یا شرکت خارجی در کانادا طرح دعوا کرد که دعوا مربوط به موارد زیر باشد:

۱. دعوا مربوط به مال غیر منقولی باشد که در کانادا واقع است یا مربوط به اداره‌ی ترکیبی شخصی باشد که در زمان فوت در کانادا مقیم بوده است؛
۲. دعوا مربوط به یک تراست^۱ باشد که باید در کانادا اجرا شود؛
۳. دعوا مربوط به رهن اموال منقول یا غیر منقول واقع در کانادا باشد؛
۴. درباره‌ی دعاوی مربوط به قراردادهای صرف نظر از اینکه قرارداد در کجا منعقد شده است؛

- ۱-۴. در صورتی که ادعا شود نقض قرارداد در کانادا صورت گرفته است؛
- ۲-۴. چنانچه طرفین بر صلاحیت دادگاه‌های کانادا توافق کرده باشند.
۵. دعوی مسئولیت مدنی^۲ در صورتی که ادعا شود فعل زیانبار در کانادا صورت گرفته است؛

۶. دعوی مربوط به خساراتی که در کانادا به بار آمده است و این خسارت ناشی از یک جرم مدنی یا نقض قراردادی باشد که در جای دیگری صورت گرفته است؛
۷. دعوا برای صدور قرارهای توقیفی در رابطه با اعمالی که در کانادا انجام می‌شوند؛
۸. دعوا علیه شخصی که خارج از کانادا زندگی می‌کند، ولی حضور وی برای رسیدگی به دعوی که در دادگاه‌های کانادا اقامه شده است لازم است.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

ب) فرانسه

- مواد ۱۴ و ۱۵ قانون مدنی فرانسه از صلاحیت عام دادگاه‌های فرانسه صحبت می‌کنند:
۱. ماده ۱۴ می‌گوید: یک خارجی، حتی اگر ساکن فرانسه هم نباشد، ممکن است برای اجرا کردن تعهداتی که در فرانسه طی قراردادی با یک فرانسوی بر عهده گرفته است به دادگاه‌های فرانسه احضار شود. وی ممکن است به خاطر تعهداتی که در کشورهای خارجی، طی قراردادی با یک فرانسوی به عهده گرفته است، به دادگاه‌های فرانسه خوانده شود.
 ۲. ماده ۱۵ مقرر می‌دارد، یک فرانسوی، ممکن است به خاطر تعهداتی که در یک کشور خارجی حتی با یک خارجی، طی قراردادی به عهده گرفته است به دادگاه‌های فرانسه احضار شود.
- در واقع، قانون‌گذار فرانسوی با توجه به عامل تابعیت، صلاحیت قضایی خود را بر

فرانسویان در هر کجای دنیا که باشند اعمال می‌کند. اما طرفین قرارداد، می‌توانند با توافق صریح یا ضمنی از احکام این مواد عدول کنند؛ زیرا مواد مذکور در زمره قواعد امری به شمار نمی‌روند.

ج) کره جنوبی

ماده ۵۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی کره، که در سال ۱۹۶۰ تصویب شده و در سال ۱۹۶۳ نیز اصلاح شده است، در زمینه صلاحیت دادگاه‌های این کشور مقرر می‌دارد:

۱. **انجام تجارت یا حضور در کره:** شرکتی یا شخصی که شعبه یا دفتر تجاری در کره باز می‌کند تحت صلاحیت دادگاه‌های این کشور قرار می‌گیرد؛ خواه سبب اصلی دعوی، مرتبط با عملیات شعبه موجود در کره باشد خواه نباشد. صرف حضور یک شعبه یا دفتر برای اعمال صلاحیت بر آن رشته تجارت کافی است. همین حکم در مورد اشخاصی نیز که دفتر یا محل تجارتشان در کره است جاری می‌باشد.

۲. **تماس حداقل موضوع مورد اختلاف با اعمال صلاحیت:** برای مثال، اگر محل انجام عمل غیر قانونی کره بوده باشد؛ یا مکان اجرای تعهد، کره باشد، یا بحث مالکیت اموال غیر منقول واقع در کره مطرح باشد دادگاه‌های کره صالح به شمار می‌روند.

۳. **دیگر مبانی صلاحیت دادگاه‌های کره:** چنانچه اقامتگاه یا محل سکونت شخص در کره باشد، صرف نظر از هر تابعیتی که می‌تواند داشته باشد مشمول صلاحیت دادگاه‌های کره قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب، برخلاف قانون فرانسه، قانون آئین دادرسی مدنی، به دادگاه‌های این کشور صلاحیت اقامه دعوا و صدور حکم در مورد بر خارجیانی را که با اتباع کره در خارج از کره معامله می‌کنند اعطا نکرده است.

د) ایالات متحده آمریکا

صلاحیت دادگاه‌های آمریکا به دو قسم تقسیم‌بندی شده است:

۱. **صلاحیت شخصی:** طبق این ضابطه، دادگاه‌های آمریکا چنانچه به دلیل وجود یکی از شرایط و اوضاع و احوال زیر، بر یکی از طرفین دعوا صلاحیت داشته باشد برای رسیدگی به موضوع دعوی وی نیز صلاحیت دارد:

۱-۱. هر دعوایی که علیه شخصی اقامه شده که آن شخص در زمان اقامه دعوا:

۱-۱-۱. به عنوان یک شخص حقیقی در آمریکا ساکن یا حاضر است؛

۲-۱-۱. به عنوان یک شخص حقیقی در آمریکا اقامتگاه دارد؛

۳-۱-۱. یک شرکت محلی یا بومی است؛

۴-۱-۱. دارای فعالیت‌های مهم در آمریکا است.

۲-۱. **دعای راجع به فعل یا ترک فعل:** در هر دعوی راجع به جبران خسارتی که به اشخاص یا به اموال آنها که در داخل یا خارج از آمریکا قرار دارد وارد شده، ولی این خسارت، از فعل یا ترک فعل خواننده دعوی در داخل آمریکا ناشی شده است.

۳-۱. **زیان محلی باشد ولی عمل خارجی:** در دعوی راجع به مطالبه خسارات وارد شده به اشخاص یا اموال شخصی آنها که در آمریکا قرار دارد، ولی زیان از عمل شخصی که در خارج قرار دارد وارد شده است، دادگاه‌های آمریکا در موارد زیر صلاحیت دارند:

۱-۳-۱. فعالیت‌های مشاوره و خدماتی در آمریکا توسط خواننده یا از جانب وی انجام شده باشد؛

۲-۳-۱. تولیدات، مواد یا چیزهای عرضه شده یا خدمات ارائه شده توسط خواننده، در آمریکا مورد استفاده قرار گرفته یا در جریان عادی تجاری افتاده باشد.

۴-۱. خدمات، کالاها یا قراردادهای محلی:

۱-۴-۱. دعوی دربارهٔ قراردادهایی که صرف نظر از محل انعقاد خود، انجام کار یا خدمتی را در آمریکا به نفع خواهان پیش‌بینی کنند در صلاحیت دادگاه‌های آمریکاست؛

۲-۴-۱. دعوی راجع خدماتی که توسط خواننده، در این کشور برای خواهان انجام شده‌اند؛

۳-۴-۱. دعوی مربوط به تعهداتی که صرف نظر از محل انعقاد قرارداد موجد تعهد، به نفع خواهان پیش‌بینی می‌کنند که خواننده، کالاها یا اسناد را در این کشور (آمریکا) تسلیم کند یا از این کشور ارسال کند.

۲. **صلاحیت عینی یا شبه عینی:** دادگاه‌های آمریکا در موارد زیر صلاحیت عینی برای رسیدگی به دعوی دارند:

۱-۲. اگر موضوع دعوی، مال عینی یا دینی واقع در آمریکا باشد و خواهان بر آنها حق رهن داشته یا ادعای این حق را داشته باشد؛ یا خواسته دعوا، تماماً یا جزئاً شامل محروم ساختن خواننده از هر نوع انتفاع از این اموال یا از تصرف در این اموال باشد؛

۲-۲. هنگامیکه دعوا برای فک رهن از یک مال عینی اقامه شده باشد که در این کشور قرار دارد؛

۳-۲. هنگامی که خواننده، اموالی در آمریکا دارد که توقیف شده‌اند یا بدهکاری دارد که

اموال او از سوی طلبکار وی توقیف شده است (با اقامه دعوی غیر مستقیم علیه بدهکار مدیون).

ه) انگلستان

دادگاه‌های انگلستان مشروط به موارد زیر، نسبت به دعوی ناشی از روابط قراردادی صلاحیت دارند (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۱۰۵۴).

۱. اگر خواننده در انگلستان وولز باشد و اخطاریه‌ای در محل‌های مزبور به او ابلاغ شود؛

یا

۲. اگرچه در انگلستان یا ولز نیست؛

۱-۲. صلاحیت قضایی دادگاه‌های انگلیس را پذیرفته باشد؛ یا

۲-۲. دادگاه‌ها مطابق با دستورالعمل شماره ۱۱ «قواعد دیوان عالی» صلاحیت نسبت به

او را مفروض بدانند. این «قواعد» به وسیله قضات و به موجب اختیارات قانونی ایجاد شده‌اند.



بخش دوم: داوری

با آنکه داوری نهاد دیرینه‌ای است، تا نیمه قرن نوزدهم، در روابط بین افراد و جز برای حل اختلاف مردمانی که با هم زندگی می‌کردند معمول نبود. لذا گسترش داوری در بازرگانی بین‌المللی پدیده‌ای نسبتاً جدید است.

بند اول: علل رجوع به داوری

علل رجوع به داوری متعدد است (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۹۰). طرفین اختلاف می‌خواهند، اختلاف آنها سریع‌تر، با هزینه کمتر و با یک آئین دادرسی انعطاف‌پذیر حل و فصل شود؛ آن هم به وسیله‌ی اشخاصی که مورد اعتماد طرفین هستند، یا از چنان اطلاعات فنی برخوردارند که نمی‌توان آن را از قضات انتظار داشت. همچنین طرفین می‌خواهند که اختلاف آنها، در ماهیت، به طریقی جز آنچه قضات حکم می‌کنند فیصله یابد. یعنی درصددند تا حقوق صنفی مبتنی بر عرف‌های بازرگانی یا حقوق بازرگانی فراملی که از نظام‌های ملی متمایز هستند در مورد آنها اجرا شود؛ بی‌آنکه در ادامه روابطی که طرفین می‌خواهند در آینده با یکدیگر داشته باشند اختلالی ایجاد شود.

در زمینه بازرگانی بین‌المللی، داوران متمایل به کنار گذاشتن قواعد ملی و ایجاد یک نوع

حقوق تجارت مشترک بین بازرگانان هستند. آنها در صدد هستند تا این آرزوی دیرینه پاره‌ای از مؤلفان را که داوری بین‌المللی روزی موفق به ایجاد یک «حقوق خصوصی بین‌المللی»، به جای «حقوق بین‌المللی خصوصی» خواهد شد، برآورده سازند (اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۳۴). بدین ترتیب مهمترین علل رجوع به داوری را می‌توان چنین برشمرد:

الف) رسیدگی بدون تشریفات و با هزینه کمتر: یکی از مهمترین علل عدول از رسیدگی‌های قضایی، تشریفات بودن رسیدگی‌های آنها بود. یعنی طرفین اختلاف باید پیش از شروع رسیدگی، در خلال مدت رسیدگی و پس از صدور حکم، قواعد پریچ و خم آئین دادرسی را رعایت کنند. برای مثال، ابلاغ اوراق قضایی تشریفات خاص و مدت نسبتاً زیادی را لازم دارد؛ در حالی که داور به هر طریقی از جمله تلفن می‌تواند درخواست‌های طرفین را به یکدیگر ابلاغ کند. در اداره‌ی ادله، دست قاضی محدود به قوانینی است که وی تابع آنهاست؛ در حالی که داور، هر نوع دلیلی را که مناسب تشخیص دهد می‌تواند مبنای صدور حکم قرار دهد. برای مثال اگر در رسیدگی‌های قضایی تردید خوانده یا خواهان در سندی که طرف دیگر به عنوان دلیل ارائه کرده است سبب شود آن سند از عداد دلایل خارج شود تا صحت و سقم آن اثبات شود؛ یا شاهد باید واجد مشخصات و اوصاف خاصی باشد، چه به لحاظ سن و جنسیت و چه به لحاظ ویژگی‌های فردی؛ یا ادای سوگند باید تشریفات خاص داشته باشد و نظایر این تشریفات و قواعد که داور ملزم به رعایت عین این تشریفات نیست. در نتیجه روش داوری به دعوا یا اختلاف مرجوع‌الیه سریع‌تر رسیدگی می‌کند. علنی بودن رسیدگی‌های قضایی نیز که از اصول مسلم این نوع دادرسی‌ها به شمار می‌رود، در رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی چندان مطلوب نیست و تجار نمی‌خواهند تا از اسرار حرفه‌ای آنها، دیگران نیز مطلع شوند. برای نمونه، قراردادهای کمک فنی را در نظر می‌گیریم که در روزگار ما میان مؤسسات اقتصادی کشورهای صنعتی و برخی از کشورهای جهان سوم منعقد می‌شود. این قراردادها محتوای بسیار متنوعی می‌توانند داشته باشند؛ بنگاه اقتصادی می‌تواند متعهد شود که کارخانه‌هایی را مونتاژ کند، تجهیزات و ماشین‌آلات را فراهم کند، کارکنانی را که قادر به کاراندازی کارخانه باشند آموزش دهد، بر فعالیت کارخانه نظارت کند، لوازم یدکی یا مواد اولیه تحویل دهد، پیشرفتهای فنی قابل استفاده را به اطلاع برساند و پروانه‌های بهره‌برداری را اعطا کند، حال اگر اختلافی درباره قلمرو تعهدات

طرفین ایجاد شود، رجوع به دادگاهها به خاطر انتشار شیوه‌های ساخت یا اطلاعات فنی که به موجب پروانه تضمین و حمایت نشده و ناگزیر به اشخاص ثالث فاش می‌شوند، منجر شود (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۹۴).

ب) رسیدگی به دعوا بر اساس حقوقی غیر از حقوقهای ملی: داوری و توسعه نوین آن نشان می‌دهد که بازرگانان در جستجوی آنند که حقوقی خاص برای خود داشته باشند. وحدت حقوق مدنی و حقوق بازرگانی غالباً جز ظاهری فریبنده نیست؛ چون، حقوق حاکم بر بازرگانی فقط در تئوری در مقررات کدها و قوانین ساخته حقوقدانان یافت می‌شود. در حالیکه در عمل، این حقوق بیشتر در قراردادها و اسناد نمونه و شرایط کلی قراردادهای بازرگانی وجود دارد. قوانین، خیلی کلی و مجرد بوده، لذا تکنیک مناسبی برای تنظیم عملیات بازرگانی به شمار نمی‌روند. برای مثال مفهوم کلی فورس ماژور که در قانون می‌آید یا تعهداتی که قوانین در مورد دریافت کالاهایی که با قرارداد تطبیق نمی‌کند بر عهده خریدار می‌گذارد ماهیت کالاهای مورد معامله را در نظر نمی‌گیرند. بازرگانان به جای این مقررات، قراردادهای نمونه را می‌گذارند که بر حسب اینکه کالاها ضایع شدنی یا ضایع نشدنی، فرآورده‌های صنعتی یا کشاورزی، اشیاء مورد فروش متداول یا اشیایی که خصوصاً برای خریدار ساخته شده‌اند و غیر اینها منظور باشند متفاوتند (همان، ص ۹۸).

بازرگانی بین‌المللی در صدد طرد مقررات خشک و خشن حقوقهای ملی چه در زمینه انعقاد قراردادها، چه در زمینه اجرای آنها و چه در زمینه نقض قرارداد و شیوه‌های جبران می‌باشد. برای مثال اگر در مقررات قوانین داخلی کشورها در مورد تعریف و شرایط ایجاب گفته می‌شود که ایجاب باید کامل باشند، منظور این است که حداقل ارکان معامله باید در ایجاب مشخص شده باشند؛ یعنی کالا و ثمن باید معلوم باشد و الا ایجاب معتبر نیست. در حالی که در بازرگانی بین‌المللی ممکن است گاه کالا معین نباشد و گاه نیز ثمن مشخص نشده باشند که در چنین مواردی به استناد عرفهای خاص آن نوع تجارت، ثمن زمان فروش یا زمان تحویل کالا به عنوان ثمن معامله قلمداد می‌شود. یا در قوانین ملی، قبول مشروط را قبول معتبر ندانسته و آن را ایجاب متقابل می‌شمارند؛ در حالیکه بازرگانان بین‌المللی، قبول مشروطی را که متضمن تغییرات اساسی در محتوای ایجاب نباشد معتبر می‌دانند. همچنین در زمینه اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی با مفاهیم خاصی مواجه می‌شویم که

اثری از آنها در حقوقهای داخلی به چشم نمی خورد. برای مثال می توان از مفاهیمی همچون «اجرای اساسی»، «نقض اساسی» یا «غیر عملی شدن تجارت» نام برد که هر کدام آثار حقوقی شناخته شده ای برای بازرگانان به بار می آورد.

علاوه بر این، برای بازرگانان بین المللی، پیش بینی اینکه کدام حقوق ملی بر قرارداد آنان حاکم خواهد بود مشکل است، حتی حقوقدانان نیز در پاسخ به برخی سؤالات بازرگانان عاجز هستند در حالیکه پاسخ به این سؤالات و مسایل برای بازرگانان جنبه حیاتی دارد. از جمله مسایل مذکور می توان به این موارد اشاره کرد: قواعد حاکم بر تفسیر قرارداد آنان، گستره تضمینی که به طرف قرارداد خود داده اند، اوضاع و احوالی که موجب سقوط تعهد اجرای قرارداد یا مجوز درخواست تجدیدنظر در آن می گردد، اعتبار یا آثار شرط عدم مسؤولیت مندرج در قرارداد، نحوه ارزیابی خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد و غیر اینها. تمام آنچه یک حقوقدان می تواند بگوید این است که بر حسب اینکه فلان یا فلان دادگاه به دعوا رسیدگی کند، فلان یا فلان حقوق اجرا خواهد شد و بر طبق حقوق ملی ای که بدینسان اجرا خواهد شد، فلان یا فلان قواعد بر قرارداد حکومت خواهد کرد؛ لیکن حقوقدان باید همچنین به آنان بگوید که در نظامهای حقوقی مختلف که اجرای آنها قابل تصور است قواعد ماهوی متفاوت حاکم است (همان، ص ۱۰۱).

بدین ترتیب، طرفین اختلاف، همواره این واقعیت را در نظر می گیرند که در مقابل داوران جوی آرامتر حاکم است؛ آئین دادرسی دارای انعطاف بیشتری است؛ مباحثات با خشونت کمتری انجام می شود و حقوقی که داوران اجرا می کند، امکان تداوم روابط آنها را فراهم می آورد.

ج) شناسایی و اجرای احکام دادرسی در مقایسه با آرای قضایی آسان تر است: شناسایی و اجرای احکام داوران در مقایسه با آرای قضایی به دو دلیل آسان تر است: اول اینکه در زمینه شناسایی و اجرای احکام خارجی، عنصر حاکمیت مداخلت دارد؛ برخی دولتها از شناسایی و اجرای احکام خارجی امتناع می کنند، یا شناسایی و اجرا را مشروط به رعایت تشریفات خاص کرده و یا آنها به گونه ای جزئی اجرا می کنند. در حالیکه در داورانهای بازرگانی بین المللی، چنین عنصری - عنصر اعمال حاکمیت یک کشور خارجی - وجود ندارد. دوم اینکه اکثر کشورها به کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک که شناسایی و اجرای احکام داوران خارجی را تسهیل کرده است ملحق شده اند؛ در حالی که در زمینه اجرای آرای قضایی، چنین کنوانسیونی به چشم نمی خورد.

بند دوم: نحوه رجوع به داوری

رجوع به داوری یا پیش از پیدایش اختلاف میان طرفین قراردادهای تجاری صورت می‌گیرد یا پس از پیدایش اختلاف. چنانچه ارائه ارجاع اختلاف پدید آمده به داوری در قالب یک قراردادی صورت گیرد، از آن قرارداد به «قرارداد داوری» تعبیر خواهد شد. این راه‌حل تضمین مناسبی برای امنیت حقوقی نیست؛ زیرا، به هیچ‌وجه معلوم نیست که پس از بروز اختلاف، طرفین برای رجوع به داوری توافق خواهند کرد یا نه.

اما، چنانچه طرفین قرارداد تجاری، در متن همان قرارداد، توسل به داوری را پیش‌بینی کنند و صلاحیت دادگاههای دولتی را نفی کنند، از این شرط به «شرط داوری» تعبیر می‌شود. امروزه، به دلیل ضرورت‌های فنی خاص هر یک از قراردادهای، شروط داوری تنوع و گسترش زیادی پیدا کرده است. به اعتقاد برخی حقوقدانان درج شروط داوری در قراردادهای دولت‌ها با اشخاص خصوصی که غالباً پاسخگویی ضرورت‌های فنی است در پاره‌ای موارد نیز نتیجه پدیده سلطه خارجی است که به حاکمیت اقتصادی دولت لطمه می‌زند، برای مثال در قراردادهای نفتی‌ای که میان دولتهای خاورمیانه و شرکتهای نفتی خارجی در مورد اعطای پاره‌ای امتیازات یا حق بهره‌برداری‌ها از لوله‌های نفت منعقد می‌شوند چنین وضعی قابل مشاهده است.

ماده ۱ قواعد داوری آنسیترال در مورد نحوه ارجاع اختلافات به داوری می‌گوید:^۱

«۱. هرگاه طرفین قراردادی، کتباً موافقت کرده باشند که اختلافات ناشی از آن قرارداد را طبق قواعد داوری آنسیترال به داوری ارجاع نمایند، اختلافات مزبور طبق این قواعد و هر نوع اصلاحی که با توافق کتبی طرفین در قواعد مزبور به عمل آید، حل و فصل خواهد شد.

۲. این قواعد بر داوری حاکم خواهد بود؛ مگر در مواردی که هر یک از آنها با مقررات قانون ناظر بر داوری در تعارض بوده و طرفین نتوانند از آن مقررات عدول نمایند که در این صورت همان مقررات مجری خواهد بود».

۱. «قانون داوری تجاری بین‌المللی» ایران نیز که با اقتباس از قانون آنسیترال تهیه و تصویب شده است موافقتنامه داوری و شرط داوری را در بند ج ماده ۱۶ این چنین تعریف می‌کند:

بند ج ماده ۱۶ مقرر می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید به داوری ارجاع می‌شود».

بند ۱ ماده ۱۶ نیز که در مقام بیان استقلال شرط داوری است اعلام می‌کند که «شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الایر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

بند سوم: داوری‌های موردی و نهادی

داوری‌های تجاری بین‌المللی، به لحاظ ارکان داوری بر دو قسمتند: گاه طرفین بدون ارجاع به یک نهاد سازمان‌یافته اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌کنند و گاه یک سیستم سازمان‌یافته را برای حل و فصل اختلافات از طریق داوری تعیین می‌کنند. در فرض نخست با داوری موردی و در فرض دوم با داوری نهادی یا سازمانی مواجه هستیم.

الف) داوری موردی

این نوع داوری خصوصاً در روابط میان دولتها و اشخاص خصوصی مناسب است؛ چون تعیین داور، تعداد آنها، محل داوری، قانون حاکم بر ماهیت دعوی و قانون حاکم بر آئین دادرسی تابع اراده طرفین است. در حالیکه در داوری سازمانی چون اکثر سازمانهای داوری در قلمرو سرزمینی کشورهای خاصی قرار دارند، قوانین مقرر داوری در مراحل رسیدگی یا تجدیدنظر از آرای صادر شده توسط داوران، مداخله می‌کند. حسن دیگر این گونه داوری‌ها آن است که اسرار حرفه‌ای طرفین اختلاف بر دیگران فاش نمی‌شود. لیکن این گونه داوری‌ها معایبی نیز دارد. از جمله اینکه گاه یکی از طرفین از تعیین داور امتناع می‌کند؛ یا داوران استعفا داده و کناره‌گیری می‌کنند؛ یا اینکه طرفین یا یکی از آنها داوران یا داور خود را عزل می‌کنند، ولی نمی‌توانند در تعیین داوران جدید به توافق برسند و داوری را دچار وقفه می‌سازند.

ب) داوری نهادی

در این نوع داوری، طرفین از پیش، صلاحیت کم و بیش کامل مقررات سازمان داوری را برای حل و فصل اختلافات خود می‌پذیرند. البته نهاد یا سازمان داوری، خود به حل و فصل اختلاف نمی‌پردازد؛ بلکه در تشکیل دادگاه داوری، تعیین داوران، پیش‌بینی شیوه‌های عزل و نصب داور یا داوران یا سرداور و نیز قوانین و مقررات یا قواعد حاکم بر آئین دادرسی یا حاکم بر ماهیت اختلاف مشارکت می‌کند. مهمترین امتیاز این گونه مراجع داوری آن است که مانع وقفه در جریان رسیدگی‌های داوری می‌شود. چون برای تمام مواردی که ممکن است سبب وقفه در رسیدگی‌های داور شود چاره‌اندیشی شده است. علاوه بر این، چون اکثر نهادهای داوری در زمینه‌ی مسائل خاص صلاحیت دارند (مثل اتاق داوری پنبه‌ها و یا قواعد کنوانسیون بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه که در زمینه‌ی حل و فصل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری تخصص دارد) رسیدگی‌هایی که تحت نظارت یا طبق مقررات آنها انجام

می‌شود، برای طرفین اختلاف قابل اعتماد بوده و طرفین معمولاً به آرای صادر شده، با طیب خاطر گردن می‌نهند.

مهمترین عیب داوریهای نهادی، امکان مداخله‌های قضایی دولت در انجام داورى در مراحل پیش از رسیدگی، در جریان رسیدگی و پس از رسیدگی است. برای مثال در داوریهای LCA که در لندن انجام می‌شود و تابع قوانین انگلیس است؛ احتمال دارد که محاکم انگلستان چندین بار در رسیدگی‌ها مداخله کنند. یا در داوریهای ICC که در پاریس انجام می‌شود و تابع قوانین داورى فرانسه است؛ موقعیتهای زیادی برای مداخله محاکم فرانسه وجود دارد.

در داورى‌های AAA که در آمریکا انجام می‌شود، اعتقاد مؤلفان بر آن است که مداخلات قضایی در مراحل رسیدگی‌های داورى کمتر از هر جای دیگر است. دادگاههای ایالات متحده، چنانچه از آنها صدور قرار یا دستور موقت درخواست شود، معمولاً صلاحیت دیوان را مورد بررسی قرار می‌دهند، لیکن، همین که رسیدگی‌ها شروع شده باشد این کار را نمی‌کنند. تصمیم دیوان راجع به عدم صلاحیتش نیز در محاکم آمریکا قابل تجدیدنظر نیست. در حالیکه در فرانسه و انگلستان، دادگاهها، بارها در موارد مشابه فوق، رسیدگی‌ها را به تأخیر انداخته‌اند.

در این میان، بانک‌ها وضعیت خاصی برای حل اختلافات خود انتخاب کرده‌اند که هدف آن حل اختلاف نه از طریق دادگاه و نه از طریق داورى است. بانک‌ها همواره درصددند که از طریق مذاکره‌ی مستقیم با مشتریان خود، اختلافات خود را حل و فصل کنند، تا مبادا بر حسن شهرت آنها کوچکترین لطمه‌ای وارد آید. البته در روابط بین‌المللی بانکها، ارجاع اختلاف به داورى پیشنهاد شده است.

بند چهارم: قانون حاکم بر آئین داورى

دیدگاه سنتی در مورد قانون حاکم بر داورى، حکومت قانون مقر و محل انجام داورى است؛ یعنی قانون کشوری که داورى در آنجا صورت می‌گیرد. دلایل طرفداران این دیدگاه به شرح زیر است (جنیدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۰۹):

۱. حکومت قانون مقر داورى بر آئین داورى، اطمینان و اعتقاد و به عبارتی قابلیت پیش‌بینی نسبت به نحوه اتخاذ تصمیم فراهم می‌آورد زیرا یک نظام ملی قواعد روشنی را مقرر می‌دارد که دادگاههای ملی مقرّ بر اجرای آنها نظارت می‌کنند.
۲. اصول مربوط به حاکمیت دولت و نظم عمومی مقتضی اجرای خودبخود قانون مقر

داوری نسبت به رسیدگی‌هاست. دولت‌ها نفع مشروعی در حمایت از درستی و تمامیت جریان دادرسی و حفظ حقوق اشخاص ثالث دارند که این نفع و مصلحت برتر از اصل حاکمیت اراده است که داور غیر محلی معمولاً بر اساس آن توصیه می‌شود.

۳. دیدگاه سنتی، شناسایی و اجرای آسان آرای داور را تشویق می‌کند؛ زیرا، کنوانسیون نیویورک، مورخ ۱۹۵۸، از مقبولیت عامی برخوردار شده است که تسهیلات زیادی برای اجرای اینگونه آراء پیش‌بینی کرده است.

اما دیدگاه جدید در صدد غیر محلی کردن آئین داورها است.^۱ مهمترین مبنای این دیدگاه، اصل حاکمیت اراده است. کنوانسیون نیویورک و کنوانسیون ژنو نیز این دیدگاه را پذیرفته‌اند.

بند ۶ ماده ۸ کنوانسیون نیویورک، در مقام بیان یکی از مواردی که می‌توان از شناسایی و اجرای حکم داور خودداری کرد می‌گوید: «در صورتی که ترکیب مراجع داور یا تشریفات آن با قرارداد داور منعقد شده میان طرفین مغایرت داشته یا در صورت عدم قرارداد، با قانون کشوری که داور در آن انجام شده مغایر باشد».

بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون ژنو نیز مقرر می‌دارد که «طرفین می‌توانند قواعد آئین داور را مشخص کنند که این قواعد برای داوران لازم‌الاتباع است. اگر طرفین، قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند، داوران می‌توانند آیین دادرسی خود را تعیین کنند و اگر این کار را نکنند، آئین دادرسی از سوی اتاق بازرگانی ذی‌صلاح یا کمیته‌ی خاص تعیین خواهد شد».

بند پنجم: قانون حاکم بر ماهیت دعوا

در تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوا، اصل بر حاکمیت اراده طرفین است. در صورت سکوت طرفین قرارداد، چهار سیستم عمده برای تعیین قانون حاکم پیشنهاد شده است (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۱).

۱. سیستم تعیین قانون حاکم به موجب قاعده حل تعارض کشور محل داور: در این نظریه، داور به دادرسی قضایی در محاکم داخلی تشبیه شده و قاعده حل تعارض محل انجام داور به منزله قانون مقر دادگاه تلقی می‌شود. مثلاً اگر قاعده حل تعارض محل

۱. بند ۱ و ۲ ماده ۱۹ قانون داور تجاری ایران (مصوب ۱۳۷۶) درباره قانون حاکم بر آئین داور، دیدگاه جدید را پذیرفته است.

بند ۱ ماده ۱۹: «طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات امره این قانون در مورد آئین رسیدگی داور توافق نمایند».

بند ۲ ماده ۱۹: «در صورت نبودن چنین توافقی، داور با رعایت مقررات این قانون. داور را به نحو مقتضی اداره و تصدی می‌نماید.

تشخیص ارتباط و موضوعیت و ارزش هرگونه دلیل بر عهده داور است».

داوری، قانون محل انعقاد قرارداد را لازم‌الاجرا بداند (همانند ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران) داور باید آن را اجرا کند. این نظریه مورد قبول مؤسسه حقوق بین‌الملل (۱۹۵۲) و بعضی علمای حقوق بین‌الملل خصوص قرار گرفته است. ولی هیچ رأیی از مراجع بین‌المللی در تأیید این نظر صادر نشده است.

۲. سیستم آزادی داور: طبق این نظریه، داور آزاد است تا قاعده حل تعارضی را که مناسب می‌داند انتخاب کرده و قانون لازم‌الاجرا را طبق آن تعیین کند. داور مکلف نیست که قاعده حل تعارض کشور خاصی را رعایت کند و بنا بر قولی، حتی اگر قواعد حل تعارض کشورها را مناسب نداند می‌تواند قاعده حل تعارضی از خود بسازد. ماده ۱۴۹۶ قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۸۱ ظاهراً از این نظر پیروی کرده است.

۳. سیستم حل مسأله با تعیین محل رابطه حقوقی: یعنی داور در هر مورد، محلی را برای رابطه‌ی حقوقی مورد نظر با توجه به ماهیت آن تعیین کرده و قاعده‌ی حل تعارض آن محل را اجرا خواهد کرد. به دیگر سخن، اگر رابطه‌ی حقوقی با کشور خاصی پیوند کافی یا پیوند بیشتری داشته باشد همان کشور، محل رابطه‌ی حقوقی محسوب می‌شود و قاعده‌ی حل تعارض آن کشور قانون لازم‌الاجرا را تعیین می‌کند.

۴. نظریه اعمال حقوق بین‌الملل: نظر برخی علمای حقوق بین‌الملل این است که در صورت سکوت طرفین، داور باید اصول حقوق بین‌المللی قراردادها را اجرا کند بی‌آنکه به قواعد تعارض یا قواعد ماهوی کشور خاصی رجوع نماید. با آنکه در برخی از آرای بین‌المللی این نظریه اعمال شده است انتقادهای اساسی نیز از اعمال این نظریه شده است از جمله اینکه اعمال این ضابطه مستلزم آن است که اشخاص خصوصی طرف قرارداد با دولت، طرف و دارنده‌ی حق و تکلیف در حقوق بین‌الملل باشند؛ در حالیکه معمولاً فقط دولتها و سازمانهای بین‌المللی را طرف حق و تکلیف در این رشته می‌دانند.

نظریه‌های فوق در کنوانسیون‌های بین‌المللی به صورت زیر منعکس شده است:^۱

۱. ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران با اقتباس از قانون نمونه آنستیرال قانون حاکم بر ماهیت دعوا را به شرح زیر مشخص کرده است:

۱- داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد.

۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، داور بر اساس قانونی که به موجب قواعد حل و تعارض مناسب تشخیص می‌دهد حل اختلاف خواهد کرد.

۳- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند به طور کدخدانسانه تصمیم بگیرد.

۴- داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.

بند سوم ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی در مورد داوری مقرر می‌دارد: «طرفین می‌توانند آزادانه حقوقی را که داور باید در ماهیت دعوی اجرا کند تعیین کنند. در صورت عدم تعیین حقوق لازم‌الاجرا از سوی طرفین، داور قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قاعده‌ی حل تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهد تعیین شده است». بند چهارم همان ماده اضافه می‌کند: «اگر طرفین به داور اختیار داده باشند که به طور کدخدامنشی دعوی را فیصله دهد، او دارای چنین اختیاری خواهد بود»؛ بالاخره آنکه بند پنجم، داور را ملزم به رعایت مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی می‌گرداند.

بند ۱ ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری نیز در زمینه قانون حاکم بر ماهیت دعوا مقرر کرده است: «دادگاه درباره‌ی اختلاف بر طبق قواعد حقوقی که طرفین پذیرفته‌اند حکم خواهد کرد. در صورت عدم توافق طرفین، دادگاه حقوق دولت طرف قرارداد را که طرف دعوا نیز می‌باشد - از جمله قواعد مربوط به تعارض قوانین - و همچنین اصول حقوق بین‌الملل را در آن زمینه اجرا خواهد کرد».

بالاخره آنکه کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی (مصوب ۱۹۶۱) در ماده ۷ خود پیش‌بینی کرده است که:

۱. طرفین آزادند تا حقوقی را که داوران باید در ماهیت دعوا اجرا کنند تعیین کنند. در صورتی که طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داوران با استفاده از قاعده‌ی حل تعارضی که در خصوص مورد مناسب تشخیص می‌دهند قانون حاکم را تعیین خواهند کرد. در هر دو مورد داوران مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر خواهند گرفت.

۲. در صورتی که طرفین اراده کرده باشند و قانون حاکم بر داوران تجویز نماید، داوران می‌توانند به طور کدخدامنشانه حکم دهند».

بند ششم: اجرای احکام خارجی

احکام خارجی تنها در صورتی در دادگاههای داخلی قابل اجرا هستند که مورد شناسایی دادگاههای داخلی قرار گیرند، به طور معمول، کشورها در شناسایی و اجرای احکامی که موضوع آنها الزام به انجام عین تعهد است، طفره می‌روند و آن را به دشواری می‌پذیرند، ولی در احکامی که موضوع آنها پرداخت پول است، شناسایی و اجرا با سهولت بیشتر انجام

می‌شود. برای توضیح بیشتر در این باره، به تشریح قواعد حقوقی آمریکا، حقوق فرانسه در زمینه اجرای احکام خارجی می‌پردازیم:^۱

الف) حقوق آمریکا

یک قاضی آمریکایی در برابر درخواست اجرای یک حکم خارجی ممکن است یکی از دو کار زیر را انجام دهد:

۱-۱- حکم خارجی را به عنوان رأی خودش قبول کرده و آن را به شیوه‌ی آرای داخلی اجرا کند؛ یا اینکه بدون پذیرش آن به عنوان رأی خودش، آن را اجرا کند. بنابراین، می‌تواند از اعطای مشروعیت پیش از موعد به حکم خارجی امتناع کند. شاید تنها دلیل اجرا در اینجا، رعایت نزاکت بین‌المللی باشد یا لحاظ شرط رفتار متقابل با کشوری که رأی در آنجا صادر شده است.

۲-۱- ممکن است رأی خارجی را مطلقاً نپذیرد و آن در صورتی است که اجرای یک رأی علیه تبعه‌ای که در قلمرو صلاحیت داخلی قرار دارد، مستلزم طرح دعوا منحصراً در دادگاه صالح داخلی باشد. به همین دلیل، قاضی باید ببیند که آیا مفاهیم حقوق داخلی در صدور رأی رعایت شده است یا نه.

دادگاهی که اجرای حکم خارجی از آن درخواست شده است می‌تواند یکی از دو اثر زیر را به آن حکم بدهد:

۱. آن را فقط شناسایی کند؛ یعنی به عنوان حاکم معتبر مورد پذیرش قرار دهد.
۲. علاوه بر شناسایی، اجرا هم بکند؛ یعنی شناسایی، مقدمه‌ی اجراء است ولی با اجرای حکم شناسایی شده‌ی ملازمه‌ای ندارد. پس ممکن است حکمی شناسایی شود، ولی اجرای آن با موانعی مواجه شود؛ ولی هیچ حکمی را بدون شناسایی نمی‌توان اجرا کرد.

۱. ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، شرایط لازم جهت شناسایی و اجرای احکام خارجی را چنین برشمرده است:

۱- شرط رفتار متقابل؛

۲- عدم مخالفت حکم با نظم عمومی؛

۳- قطعیت و لازم‌الاجرا بودن حکم؛

۴- صدور دستور اجرای حکم از مقامات صلاحیتدار کشور محل صدور رأی؛

۵- عدم صدور احکام متعارض از دادگاههای ایران؛

۶- رسیدگی به دعوا در صلاحیت انحصاری دادگاههای ایران نبوده باشد؛

۷- عدم مخالفت با عهود بین‌المللی دولت ایران یا قوانین مخصوص.

ب) حقوق فرانسه

دادگاههای فرانسه در زمینه اجرای احکام خارجی با توجه به مسایل زیر تصمیم‌گیری می‌کنند:

۱. رأی صادر شده باید توسط دادگاهی صادر شده باشد که طبق قواعد حل تعارض فرانسه، صلاحیتدار شناخته می‌شود. چنانچه دادگاههای فرانسه، صلاحیت رسیدگی و حل و فصل اصل اختلاف را داشته باشند و آن صلاحیت از سوی محکوم‌علیه‌ای که رأی علیه او اجرا می‌شود اعراض نشده باشد، قرار اجرای حکم صادر نمی‌شود. همچنین است در صورتی که طرفین بر صلاحیت انحصاری محاکم فرانسه توافق کرده باشند، ولی دادگاه خارجی بر خلاف این توافق رأی داده باشد.

۲. رأی صادر شده در خارج باید حداقل استانداردها و ضوابط عدالت در دادرسی را که به دلیل نظم عمومی رعایت آنها لازم شمرده شده است واجد باشد. برای مثال، باید به خواننده ابلاغ مقتضی شده باشد و اگر خواهان، آدرس خوانده را می‌دانسته یا می‌توانسته پیدا کند، ابلاغ از طریق روزنامه مسموع نبوده و با فرض امکان ابلاغ واقعی، ابلاغ قانونی پذیرفته نمی‌شود.

۳. دادگاه خارجی باید «قانون مناسب» را به کار برده باشد؛ یعنی دست‌کم قانون قابل اعمال طبق قواعد حل تعارض فرانسه و قانون اعمال شده، باید نتیجه‌ی یکسانی بدهند والا قانونی که به موجب قواعد حل تعارض فرانسه مناسب تشخیص داده می‌شود باید اجرا شود.

۴. رأی صادر شده نباید خلاف نظم عمومی باشد.

۵. رأی صادر شده باید قطعی و قابل اجرا باشد. هرگونه امکان تجدید نظر در محل صدور رأی، اجرا را تا حصول نتیجه‌ی تجدید نظر متوقف می‌کند.

بند هفتم: اجرای احکام داوری

برخی کشورها، آرای داوری خارجی را در حکم احکام محاکم خارجی دانسته و اجرای هر دو را تابع ضوابط یکسانی می‌شمارند. آن دسته از کشورهایی که احکام جداگانه‌ای راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری و احکام قضایی دارند، در زمینه شناسایی و اجرای آرای داوری با تساهل بیشتری برخورد می‌کنند؛ چون آرای داوری به خلاف احکام قضایی تعارضی با حاکمیت دولت‌ها ندارد. دلیل دیگری که اجرای آرای داوری را آسان کرده است، کنوانسیون نیویورک در زمینه شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مصوب ۱۹۵۸ است

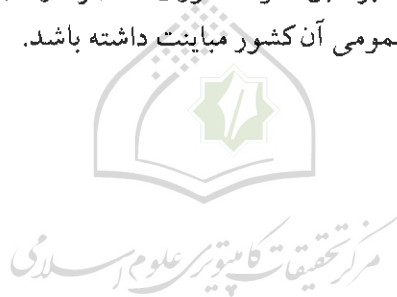
که دولت‌های زیادی به آن ملحق شده‌اند.^۱ کنوانسیون مزبور در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری صادر شده در قلمرو دولتی غیر از دولتی که شناسایی و اجرای احکام داوری از آن درخواست شده است برای اختلافات میان اشخاص اعم از حقوقی و حقیقی لازم‌الاجراست (ماده ۱، بند ۱).

طبق ماده پنج این کنوانسیون، مواردی که می‌توان از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی امتناع کرد به شرح زیر است:

۱. قانون قابل اجرا در مراحل مختلف داوری (اهلیت طرفین، قرارداد داوری، آئین داوری) نقض شده باشد؛

۲. در مواردی که رأی بوسیله مرجع ذیصلاح کشور محل صدور رأی یا کشوری که رأی طبق قانون آن صادر شده است ابطال یا معلق شده باشد؛

۳. در مواردی که اختلاف بر طبق قانون کشوری که اجرا در آنجا درخواست شده است قابل داوری نبوده یا با نظم عمومی آن کشور مبیانت داشته باشد.



۱. متن کنوانسیون نیویورک تقریباً در تدرین قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مورد اقتباس قرار گرفته است، این قانون موارد امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی در ایران را به شرح زیر دانسته است:

۱- چنانچه قوانین راجع به موافقتنامه داوری یا آئین داوری رعایت نشود یا داور خارج از توافق طرفین عمل کند [رأی داور قابل ابطال است]؛

۲- در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل ارجاع به داوری نباشد [رأی داور اساساً باطل است]؛

۳- در صورتی که مفاد رأی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور یا قواعد آمره قانون مزبور مخالف باشد [رأی داور اساساً باطل است]؛

۴- اگر رأی داور در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران یا قوانین آمره ایران یا با مفاد اسناد رسمی معارض باشد [رأی داور اساساً باطل است].

فهرست منابع و مآخذ

اسپکینی، ربیعا، «منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره هفتم، زمستان ۱۳۶۵.

میرمحمد، محمدعلی، (۱۳۷۴). داوری‌های نفتی؛ تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل.

صفایی، حسین، (۱۳۷۵). مقالاتی درباره حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، تهران: نشر میزان.

پیران، حسین، مصادره غیر مستقیم در حقوق بین‌الملل و رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی، شماره‌های ۱۸ و ۱۹، سال ۱۳۷۳.

اشمیتوف، کلایو ام، (۱۳۷۸). حقوق تجارت بین‌الملل؛ ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و سایرین، جلد دوم، تهران: انتشارات سمت.

چندی، لعیا، (۱۳۷۶). قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر.