

54. Whyte, W. F., *Street Corner Society: The Social Structure of an Italian Slum*, Chicago, University of Chicago press, 1943.
55. Wonnacott, C., *New Legislation, The Counterfeit Contract; Reform, Pretence and Muddled Princilpes in the New Referral Order*, Child and Family Law Quarterly, vol. 11, no. 3, 1999.
56. Worrall, A., *Troubled or Troublesome? Justice for Girls and Young Women*, in Golson, B. (ed), *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, op cit.
57. Wright, A., *Towards an Approach Model of Diversion from the Criminal Court Process, Justice of the Peace*, 20 March, 1993.
58. *Youth justice Board for England and Wales, Draft National Standard for Youth Justice*, London, Youth Justice Board, 1999.

مقایسه جایگاه دادگاه و داوری

در حل اختلافات تجاری بین‌المللی*

- دکتر مصطفی سروی مقدم^۱
- استادیار حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی علیه السلام

چکیده

وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود پیدایش اختلاف حتمی است و برای حل آن به صورت سهل و سریع، طرفین این قراردادها بهتر است پیش از پیدایش اختلاف با تعیین مرجع حل اختلاف و نیز قانون حاکم بر قرارداد، خودشان به حل اختلاف کمک نمایند. دو مرجع مهم در این مورد «دادگاه» و «داوری» است. در پاسخ به اینکه صلاحیت «دادگاه» و «داوری» کدام اصل و کدام فرع است سه نظریه «صلاحیت انحصاری دادگاه»، «صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص» و «صلاحیت نسبی دادگاه و داوری» پیدا شده که امروزه اصولاً نظر سوم طرفداران بیشتری دارد.

در اینکه انتخاب کدام یک از دو روش فوق‌الاشاره نفع طرفین قرارداد بین‌المللی را بیشتر در بر دارد نیاز به بررسی و احصای امتیازات و نیز معایب هر

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۶/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۳.

یک از آن دو در برابر دیگری دارد که تحقیق حاضر این امر را جهت مشخص کردن تکلیف موضوع بر عهده گرفته و با رعایت اختصار یافته‌های مطالعه را همراه پیشنهادات تقدیم می‌دارد.

واژگان کلیدی: قرارداد تجاری بین‌المللی، مرجع انحصاری حل اختلاف، امتیازات و مشکلات دادگاه یا داوری، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد.

مقدمه

وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود امکان پیدایش اختلاف از جهات مختلف وجود خواهد داشت. لذا از طرفین این قراردادها انتظار این است که با تعیین مرجع حل اختلاف و نیز قانون حاکم بر قرارداد حل چنین اختلافات قراردادی را پیشاپیش خودشان تسهیل نمایند. البته برای حل اختلافات شیوه‌های مختلفی، از جمله مذاکره، مصالحه، داوری و دادگاه وجود دارد که در میان آنها دو شیوه اقامه دعوی در دادگاه (که در این تحقیق به اختصار «دادگاه» خوانده می‌شود) و «داوری» از اهمیت و کارایی ویژه‌ای برخوردارند. این دو شیوه دارای نقاط اشتراک و نیز افتراق هستند. از جمله نقاط مشترک آن دو یکی وجود روش رسیدگی مخصوص هر یک، و دیگری صدور رأی و در غایت اجرای آن می‌باشد. از موارد افتراق بین دو شیوه مزبور دولتی بودن دادگاه و لزوم رعایت آیین دادرسی مدنی در آن، و غیر دولتی و غیر رسمی بودن روش داوری که در آن استفاده از آزادی اراده طرفین دعوی و نیز داور در انتخاب نسبی نحوه رسیدگی به دعوی مطروحه و آزادی نسبتاً کامل آنان در تعیین قوانین قابل اعمال بر مسائل ماهوی دعوی می‌باشد.

در این تحقیق از میان مسائل مختلف بین این دو روش حل اختلاف، دو موضوع زیر نیازمند انجام مطالعه و مذاقه می‌باشد؛ زیرا به ملاحظه مشخص نبودن تکلیف کامل امر در مباحثات دانشگاهی، مراجع حل اختلاف و طرفین قراردادهای تجاری، این موضوعات حائز اهمیت خاص جهت بررسی و مطالعه می‌باشد:

- ۱) آیا برای رسیدگی ابتدایی به دعاوی تجاری بین‌المللی مرجع ذیصلاح انحصاری دادگاه است یا تحت شرایطی داوری یا صلاحیت نسبی آن دو مرجع؟
- ۲) آیا برای حل چنین اختلافاتی ارجاع دعوی توسط طرفین آن به مرجع دادگاه

به صرفه و صلاح طرفین است یا به مرجع داوری؟

مطالب این مقاله علاوه بر چکیده و مقدمه، شامل سه قسمت به ترتیب تعاریف مشترک، بررسی صلاحیت انحصاری یکی از آن دو مرجع در مقابل دیگری، امتیازات و مشکلات هر یک از آن دو در مقام مقایسه و بالاخره نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات لازم می‌باشد.

۱. مفاهیم و تعاریف

برای درک بهتر موضوعات مورد بررسی ابتدا لازم است که تعریفهایی در مورد اصطلاحات «داوری»، «موافقتنامه داوری» و «دادگاه» ارائه گردد. البته همان طوری که در مقدمه هم ذکر شد منظور از «دادگاه» در این تحقیق استفاده از روش اقامه دعوی در دادگاه و منظور از «داوری» حل اختلاف از طریق داوری می‌باشد. در میان تعاریف مختلف مطروحه در کتب و مجلات حقوقی، تعریفهای مصوب قانونگذار در مواد ۱ و ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران که ذیلاً با تأکیدات نقل گردیده، از نظر تجاری بودن آنها بیشتر مرتبط با موضوع به نظر می‌رسد:

الف) «داوری» عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی.

ب) «داوری بین‌المللی» عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.

ج) «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. موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد.

ماده ۷- «شکل موافقتنامه داوری» - موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه

مزبور دلالت نماید،^۱ یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود.

د) «داور» اعم از داور واحد و یا هیأت داوران است.

ه) منظور از «دادگاه» در این قانون یکی از دادگاههای تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

با استفاده از مفهوم مخالف تعریف «داوری» در جزء الف فوق و با توجه به مفهوم خاصی که در این تحقیق به دادگاه داده شده می‌توان گفت که دادگاه در این تحقیق عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در دادگاه به وسیله قاضی دولتی و با رعایت تشریفات مقرر در آیین دادرسی مدنی کشور.^۲

۲. نظریه‌های صلاحیت انحصاری «دادگاه»

و در شرایطی «داوری» و صلاحیت نسبی آنها

طرح مسئله

به فرض، قراردادی بین دو شرکت تجاری بین‌المللی با سه فرض زیر منعقد شده است. در فرض نخست هیچ شرطی و قیدی راجع به ارجاع اختلافات به داوری وجود ندارد، ولی در فروض دوم و سوم شرط ارجاع اختلافات به داوری خاص مورد توافق طرفین قرار گرفته است با این فرق که در فرض دوم تصویر موافقتنامه داوری پیوست دادخواست تقدیمی به دادگاه شده لیکن در فرض سوم فقط در جلسه رسیدگی دادگاه یکی از طرفین به آن استناد نموده و طرف دیگر از اعتراض به آن امتناع کرده است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در فرض دوم و سوم تکلیف شرط ارجاع آن اختلاف به داوری مورد توافق از نظر قوانین و

۱. مشابه این متن در بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، که طبق ماده واحده مصوب مجلس در ۱۳۸۰ در ایران لازم‌الاجرا شده، دیده می‌شود.

۲. توضیح اینکه در حقوق انگلیس در برخی دعاوی قاضی در دادگاه در نقش داور (judge-arbitrator) عمل می‌کند (ر.ک: Brown, W.J., 1989: 48 & 61).

رویه قضایی کشورها و حقوق بین‌الملل به ویژه کنوانسیونهای مرتبط چیست؟ آیا این انتخاب محترم است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال خیلی ساده نیست زیرا در اعتبار آزادی اراده طرفین داوری بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و شرایط اعتبار آن سه نظریه مختلف قابل استنباط از ادبیات حقوقی موجود است که طرفداران دو مورد نخست آن نسبتاً افراطی هستند، یعنی نظریه صلاحیت انحصاری دادگاه و نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص؛ ولی نظریه سوم متعادل و نسبی می‌باشد که ذیلاً طی سه گفتار مطالبی به اختصار در مورد هر یک ارائه می‌گردد.

۱-۲. نظریه صلاحیت انحصاری دادگاه

طرفداران این نظریه معتقدند که دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات عمومی است^۱ و دادگاهها که به موجب قوانین دولتی ایجاد و کنترل می‌شوند صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی و اختلافات مردم را دارند و حتی حق عدول و یا واگذاری صلاحیت خود را [به غیر محاکم عدلیه مثل داوری] ندارند (خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۶). در همین رابطه در قوانین اساسی بعضی کشورها قید شده که شغل قضاوت فقط توسط دادگاههای عادی که طبق قوانین سازماندهی قضایی گردیده‌اند اعمال می‌شود^۲ و این به معنای منع قانونگذار از وضع قوانین مبتنی بر ایجاد دادگاههای استثنایی است (همان). لذا با تسری این تفکر به «داوری» که در بعضی از سیستمهای حقوقی شبه قضایی تلقی می‌گردد به اشخاص اجازه داده نمی‌شود که با انعقاد قراردادهای خصوصی از صلاحیت دادگاههای دولتی خارج شوند.

از دیگر دلایل طرفداران صلاحیت انحصاری دادگاه، که در کشورهای کامن‌لا، به ویژه انگلستان و آمریکا، و نیز در کشورهای سوسیالیستی رواج داشته می‌توان به ترس از ترویج داوری و اعمال قوانین غیر ملی در آن و در نتیجه سست شدن و یا به خطر افتادن اعتبار و اقتدار قوانین دولتی و کم‌رنگ شدن مأموریت دادگاهها در حفظ نظم عمومی و حاکمیت قوانین کشور نام برد (همان: ۴۸). مضافاً چون در طول

۱. اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. نظیر اصل ۱۵۲ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا (به نقل از: خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۶).

تاریخ امر قضاوت و حل و فصل اختلافات مخصوص سلاطین و رؤسای کشورها و یا نمایندگان خاص آنان بوده است و سپردن این سمت به دست اشخاص عادی و بدتر از آن به دست نمایندگان کارتلها و تراستهای تولیدی و اقتصادی ممکن است منافع ملی و حاکمیت را با خطر مواجه نماید (همان: ۵۰-۵۲).

۲-۲. نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص

به موجب نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی حق دارند موافقت کنند که در صورت پیدایش اختلافات قراردادی رسیدگی ابتدایی به آن اختلافات را به داوری شخص یا اشخاص مورد توافق ارجاع دهند و دادگاه به هیچ وجه، مگر در موارد پیش‌بینی شده در قانون، حق دخالت در آن را ندارد؛ زیرا با تحقق شرایط خاصی از دادگاه در آن مورد در واقع سلب صلاحیت گردیده است (ر.ک: جنیدی، ۱۳۷۸: ۴۹-۵۰).

تأثیر این نظریه در آثار برخی از نویسندگان بزرگ حقوق نظیر پروفیسور رنه دیوید و در برخی از کنوانسیونها و قوانین نمونه قابل مشاهده است. رنه دیوید ضمن اعلام اینکه طبق قانون اساسی ۱۹۷۱ فرانسه، «قانونگذار حق فیصله قطعی اختلافات از طریق داوری را در هیچ موردی از شهروندان سلب نخواهد کرد» به شرح اقسام دعاوی پرداخته و قسمتی از آنها را فقط در صلاحیت داوری اعلام نموده است (ر.ک: خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۵-۵۲). به موجب مقررات کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن (ICSID)^۱ که حدود ۱۵۵ کشور در آن عضویت دارند، در صورت تحقق شرایطی از جمله رضایت طرفین به صلاحیت ایکسید، صلاحیت انحصاری داوری طبق ماده ۲۶ آن محقق گردیده و هیچ دادگاهی حق دخالت در آن نخواهد داشت (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷، ۱۸ و ۱۳۲). و بالاخره، ماده ۵ قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵^۲ نظریه مذکور را جمع به داوری تجاری بین‌المللی را چنین بیان نموده است: «هیچ دادگاهی در موضوعات تحت حاکمیت این قانون دخالت نخواهد کرد، مگر در جایی که در این

1. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID).
2. UNCITRAL Model Law on Int'l Commercial Arbitration (1985).

قانون چنین پیش‌بینی شده باشد» (ر.ک: نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۴۷).

این نظریه شبیه نوعی داوری موسوم به «داوری بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه»^۱ یا به قول یکی از حقوقدانان «داوری براساس عدل و انصاف یا به عنوان میانجیگری دوستانه» (جنیدی، ۱۳۷۸: ۱۸۰) است که در بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال درج شده و از آن طریق به ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران راه یافته است. حکمیت بر اساس این نوع داوری از استقلال بیشتری برخوردار بوده و اصولاً نیاز به استدلال و استناد به منابعی ندارد. به ملاحظه همین ویژگی است که در دو ماده مذکور تأکید شده که آن صرفاً در صورتی مجاز است که طرفین داوری صراحتاً بر آن اجازه داده باشند.

۲-۳. نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری

نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری در واقع حالت تعدیل شده دو نظریه نسبتاً افراطی صلاحیت انحصاری دادگاه و صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص می‌باشد، که بر خلاف آنها، این نظریه امروزه از اقبال بالایی در حقوق برخوردار است. طبق این روش صلاحیت عام دادگاه دادگستری برای رسیدگی ابتدایی به اختلافات به رسمیت شناخته می‌شود لیکن صلاحیت دادگاه به محض حصول توافق طرفین بر داوری یا در صورت وجود توافقنامه داوری لزوماً متوقف می‌گردد مگر اینکه دادگاه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی‌الاثراً یا غیر قابل اجرا می‌باشد. در غیر این صورت قاضی مکلف و ملزم به ارجاع دعوی به داوری خواهد بود.^۲

تفصیل مسائل این نظریه به ملاحظه اهمیت ویژه آن در ذیل در دو سطح جداگانه، ابتدا در حقوق بین‌الملل، به اعتبار وجود ریشه این بحث در آن، و سپس در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۳-۱. در حقوق بین‌الملل و برخی از کشورها

نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری به شرح فوق در پاره‌ای از اسناد بین‌المللی

1. Ex aequo et bono or amiable compositeur.
 ۲. این مفهوم در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران وجود دارد.

و کشورها دیده می‌شود که ذیلاً به عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره می‌گردد.

در ماده ۸ قانون نمونه ۱۹۸۵ آنسیترال در داوری تجاری بین‌المللی مقرر شده که: دادگاهی که نزد او در خصوص امری که موضوع موافقتنامه داوری است اقامه دعوی شده، در صورت درخواست یکی از طرفین که دیرتر از تسلیم نخستین لایحه او در ماهیت دعوی به عمل نیامده باشد، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد، مگر اینکه احراز نماید موافقت مزبور باطل و فاقد اثر یا غیر قابل اجراست... (ر.ک: نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۴۸).

لازم به تذکر است که مشابه همین متن در بند ۲ ذیل ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، که ایران در سال ۱۳۸۰ به آن ملحق شد نیز با اندک تفاوتی به شرح ذیل مقرر شده است:

... دادگاه یک دولت متعاقد در هنگام رسیدگی به دعوی درباره موضوعی که طرفها در مورد آن موافقتنامه‌ای را در مفهوم این ماده منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از طرفها، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد مگر اینکه رأی دهد که آن موافقتنامه باطل و کأن لم یکن، بی اعتبار و یا غیر قابل اجراست.

در حقوق انگلستان، در ماده ۹ قانون داوری ۱۹۹۶ طی ۴ بند به همین موضوع پرداخته شده است. طبق شرایط مندرج در ذیل آن ماده، دادگاه باید در صورت درخواست ذی نفع با استناد به موافقتنامه داوری قرار توقف رسیدگی را صادر نماید مگر اینکه قانع شود که موافقتنامه مزبور باطل، ملغی‌الاثرب یا غیر قابل اجراست (Cracknell, 1998: 170).

۲-۳-۲. در حقوق ایران

در مورد رابطه صلاحیت دادگاه و داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی در حقوق ایران باید گفت که بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات شناخته شده و تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها هم منوط به حکم قانون است. لذا برای تعیین تکلیف موضوع باید به طور کلی گفت که صلاحیت عام دادگاه دادگستری برای رسیدگی ابتدایی به اختلافات حتی در داوری تجاری به رسمیت شناخته می‌شود، اما این صلاحیت دادگاه در صورت وجود

توافقتنامه داوری یا از زمان حصول توافق بین طرفین بر داوری در مرحله رسیدگی به اصل دعوی، حتی در مرحله استیناف (ر.ک: قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۹۴)، باید متوقف و موضوع جهت رسیدگی به دعوی به داوری ارجاع گردد، مگر اینکه دادگاه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی‌الاثرب یا غیر قابل اجرا می‌باشد.

سؤالی که در اینجا نیاز به طرح و ارائه پاسخ دارد این است که منع قانونی قاضی از رسیدگی به چنین دعوی از زمان اطلاع او، به هر نحوی، از وجود چنین موافقتنامه داوری است یا از زمان درخواست طرفین یا یکی از آنها از دادگاه مبنی بر ارجاع دعوی به داوری؟ پاسخ دقیق به این سؤال مقتضی بررسی قوانین و رویه قضایی ایران در دو دوره قبل و بعد از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی در ۱۳۷۶/۶/۲۶ است.

۱) دوره قبل از تاریخ ۱۳۷۶/۶/۲۶

بررسی حقوقی در این دوره حاکی از فقدان نص صریح در موضوع و در نتیجه وجود اختلاف نظر جدی در رویه قضایی در رابطه با زمان ممنوعیت قانونی قاضی از رسیدگی به چنین دعوی می‌باشد. برای نمونه، در دادنامه شماره ۲۳/۳۸۸ مورخ ۶۹/۷/۳ (کلاسۀ پرونده ۴۲۹۸/۷-۲۳) شعبۀ ۲۳ دیوان عالی کشور ممنوعیت قاضی از رسیدگی را از زمان اطلاع او از وجود موافقتنامه داوری دانسته و دادنامه شماره ۸-۹۸/۱/۲۲ صادره از شعبۀ ۳۴ دادگاه حقوقی یک را که قاضی آن معتقد به منع قانونی مورد نظر از زمان درخواست طرفین داوری بوده، نقض نموده‌اند. در حالی که در پرونده‌های دیگر دلیل نقض رأی صادره از دادگاه بدوی ادامه رسیدگی توسط قاضی و صدور دادنامه با بی‌اعتنایی به درخواست طرفین یا یکی از آنها از دادگاه مبنی بر ارجاع دعوی به داوری اعلام گردیده است.

از دلایل اینکه اختلاف نظر در موضوع حاضر در رویه قضایی این دوره بسیار شدید بوده این است که حتی یکی از شعبات دیوان عالی کشور در دو پرونده تجدید نظر مطروحه با همان موضوع نتوانسته بر یک نظر واحد استناد کند و در هر یک از آن دو پرونده رأی صادره ناقض رأی دیگر همان شعبه است. در هر حال در دادنامه‌های شماره ۲۱/۲۹۴ مورخ ۱۳۶۷/۴/۹ و شماره ۲۱/۶۷۱ مورخ ۷۴/۱۲/۱۲ که

هر دو از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در ممنوعیت قانونی قاضی از رسیدگی به پرونده دارای موافقتنامه داوری صادر شده، در رأی اول ممنوعیت قانونی مزبور از زمان اطلاع او از وجود موافقتنامه داوری و در دادنامه دوم ممنوعیت قاضی را از زمان درخواست طرفین داوری اعلام کرده‌اند (ایوبی‌فر، ۱۳۸۴: ۲۳-۳۳).

۲) دوره بعد از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی

در دوره بعد از ۱۳۷۶/۶/۲۶ که بیشتر تحت تأثیر مقررات نوین قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقتبس از قانون مدل ۱۹۸۵ آنسیترال در داوری تجاری می‌باشد، به نابسامانی در حقوق ایران به ویژه رویه قضایی در ما نحن فیه در دوره قبل پایان داده شد. در این قانون برای اهمیت دادن به داوری تجاری مقرر شده که: کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۲، بند ۲).

قانونگذار ایران در تأیید و تأکید بر قید «در هر مرحله که باشد» در متن فوق، در قانون دیگری در همین دوره مقرر داشته است که حتی در صورت طرح دعوایی در مرحله فرجامی و توافق طرفین به ارجاع آن به داوری، دیوان عالی کشور باید پرونده را جهت ارجاع به داوری به دادگاه صادرکننده رأی فرجام‌خواسته ارسال نماید (قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۹۴).

و بالاخره مقنن با تصویب ماده ۸ قانون داوری تجاری ایران و جهت فیصله دادن به تعارض رویه قضایی در موضوع در دوره قبل از تصویب همین قانون، نقطه زمانی ممنوعیت قاضی از رسیدگی به پرونده موصوف را مشخص و به صورت آمره چنین اعلام نموده است:

دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داوری نخواهد بود.

۳. مقایسه امتیازات و معایب روشهای «دادگاه» و «داوری»

نسبت به یکدیگر

پس از روشن شدن موضع طرفداران نظریه سوم، یعنی اینکه امروزه طبق قوانین کشورها و کنوانسیونها اصل صلاحیت ابتدایی محاکم عدلیه بوده لیکن در صورت وجود موافقتنامه داوری و یا درخواست طرفین بر ارجاع دعوا به داوری قاضی دادگستری از رسیدگی به آن منع گردیده است، نوبت می‌رسد به بررسی اینکه آیا نفع یا مصلحت طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی در انتخاب کدام یک از این دو روش فوق است. مسلماً هر یک از آن دو روش دارای امتیازات و محسناتی نسبت به دیگری است که در اینجا اهم آنها در دو مبحث، یکی امتیازات و معایب دادگاه، و دیگری امتیازات و معایب داوری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳. نقاط قوت و نقاط ضعف «دادگاه»

در بالا ملاحظه شد که هر یک از روشهای حل اختلاف مزبور در مقایسه با روش دیگر دارای ویژگیهای مثبت و منفی است. گرچه از قدیم در مورد دادگاه گفته‌اند که قاضی کارا می‌تواند نصف نقصان موجود در قانون را جبران، و قاضی غیر کارا نصف قانون خوب را بی‌اثر کند، مع الوصف اصولاً چون دادگاههای دادگستری در تمام کشورها دارای تشریفات رسمی و آیین دادرسی مدنی لازم‌الاجرا هستند و در مقابل داوری فاقد چنین تشریفات و رسمیت است، لذا همین ویژگیها ممکن است از جهتی امتیاز و از لحاظی ضعف تلقی گردد. در این مبحث ابتدا نقاط مثبت یا قوت «دادگاه» طی گفتار اول، و سپس مشکلات یا معایب آن در گفتار دوم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳. نقاط قوت یا مزایای «دادگاه»

در مورد نقاط قوت و مزایای دادگاه، مطلبی در آثار نویسندگان مشاهده نمی‌شود، لیکن با اندک دقت می‌توان نقاط قوتی ولو اندک در مقایسه با داوری پیدا کرد که ذیلاً به مواردی از آنها اشاره می‌گردد:

۱- قضات دادگاه از نظر آشنایی با مسائل حکمی^۱ یا قانونی پیچیده دارای تخصص هستند در حالی که داوران اصولاً فاقد چنین توانایی می‌باشند (Barker, 2002: 63)؛

۲- آرای قضایی دادگاهها برای پیش‌بینی نتیجه دعوی اقامه‌شده در دادگاه قابل استفاده است در حالی که آرای داوران قاعداً صرفاً در پرونده‌ی مربوط اثر داشته و ایجاد سابقه نمی‌کند (Ibid: 62-64).

۳- قرارها و احکام دادگاهها در کشور محل صدور از نظر اعتبار و اجرا دارای جایگاه ویژه‌ای است که در داوری از آن جایگاه برخوردار نیست.

۴- به قول نویسنده‌ای گاهی ممکن است زمان رسیدگی و صدور رأی در دادگاه و اجرای آن سریع‌تر، ارزان‌تر و یا راحت‌تر از آنچه عموماً برای دادگاه یا داوری متصور است صورت گیرد یا گاهی با داوری فرقی نداشته باشد (Carr, 1999: 319)، ولی به نظر می‌رسد که بهتر باشد آن را به حساب خوش‌شانسی خواهان گذاشت و نه امتیاز دادگاه.

۳-۱-۲. نقاط ضعف یا معایب دادگاه

در واقع آنچه ذیلاً در گفتار یک مبحث دوم این قسمت در نقاط قوت روش داوری قید گردیده منطقیاً باید از نقاط ضعف روش دادگاه تلقی شود، مع‌الوصف، اشاره به چند مورد مهم در اینجا خالی از وجه نخواهد بود.

۱- تهیه فرمهای چاپی دادخواست و تنظیم آن، آماده‌سازی پیوستهای برابر با اصل شده، ابطال تمبر و ثبت آنها در دفتر خاص در دادگستری، ارجاع به شعبه دادگاه خاص، رفع نقص، تعیین و ابلاغ وقت دادرسی به طرفین دعوی، تشکیل دادگاه و رسیدگی به پرونده امر طی جلسات متعدد و مختلف با رعایت مقررات و تشریفات خاص آیین دادرسی مدنی، نیاز به زمان طولانی دارد.

۲- جلسات دادگاه اصولاً به صورت علنی تشکیل می‌شود مگر اینکه قاضی دلیل خاصی برای غیر علنی بودن جلسه رسیدگی اعلام نماید.^۲ علنی بودن دعوی تجاری شرکتها گاهی ممکن است سبب فاش شدن مسائل حساس و رمز موفقیت یک

1. Point, matter, question, mistake, subject or issue of law.
 ۲. طبق اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی محاکم جز در شرایط خاص علنی می‌باشد.

شرکت گردیده و موجبات ضرر غیر قابل جبران شرکت را فراهم آورد.

۳- در صورتی که رأی صادره از دادگاه کشوری باید به سبب وجود اموالی از محکوم علیه در کشور دیگر برای شناسایی و صدور دستور اجرا در مرجع قضایی کشور مزبور مطرح باشد، اصولاً مقنن و مرجع مذکور نسبت به اجرای رأی دادگاه کشور دیگر کراهیت نشان می‌دهد، در حالی که در اجرای رأی داوری چنین سختگیری کمتر دیده می‌شود (Barker, 2002: 63).

۴- اصولاً هزینه اقامه دعوی و اخذ رأی و اجرای آن از طریق دادگاه با انتخاب وکیل هزینه‌ای به مراتب سنگین‌تر از داوری به طرفین تحمیل می‌نماید.

۵- رسیدگی دادگاهها اصولاً مراحل مختلفی دارد از جمله مرحله بدوی، تجدیدنظر و استیناف، که هر یک با تشریفات زمان‌بر و رسمی که دارد با مسائل بازرگانی ناسازگار است.

۳-۲. امتیازات و معایب داوری

داوری هم مثل دادگاه دارای امتیازات یا نقاط قوت و نقاط ضعف یا مشکلات می‌باشد که ذیلاً به اهم آنها در طی دو گفتار اشاره می‌گردد:

۳-۲-۱. امتیازات و مزایای داوری

در مورد نقاط قوت و مزایای داوری، نویسندگان حقوقی امتیازات مختلف و متعددی را بیان کرده‌اند. اهم این نکات، علاوه بر خصوصی و غیر رسمی بودن تعیین زمان و مکان و آیین رسیدگی داوری، به رسمیت شناخته شدن حق تعیین داور با ویژگی مورد نظر طرفین و نیز حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین می‌باشد که این حق در قانون ۳۶ ماده‌ای داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران به صورت صریح و تحت شرایطی به رسمیت شناخته شده است. ذیلاً به اهم این نکات به اختصار اشاره می‌گردد:

۱- داوری همچون دادگاه از حمایت‌های وسیع قانونگذار برخوردار است و قوانین مختلف ضمن اعلام اعتبار آن شرایط لازم را هم مقرر می‌دارند.

۲- طرفین قراردادهای بین‌المللی اصولاً می‌توانند هر شخص یا اشخاصی را که

به تشخیص خود دارای تخصص و سایر ویژگیهای مطلوب باشد به عنوان داور انتخاب نمایند.

۳- طرفین این قراردادها اصولاً می‌توانند قانون حاکم بر ماهیت اختلافات قراردادی خود را که متناسب با موضوع و شرایط حرفه خود تشخیص می‌دهند و مایلند که داور بر اساس آن داوری نماید، انتخاب کنند (ر.ک: قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۲۷).

۴- طرفین داوری اصولاً می‌توانند آیین رسیدگی داوری، به عبارت دیگر نحوه عمل داور و روش اداره و ارزیابی ادله ارائه شده به داوری را خودشان مشخص نمایند به شرطی که ناقض قوانین آمره کشور محل داوری نباشد (ر.ک: قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۷۷؛ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۱۹). البته قانونگذاران و نیز قضات بسیاری از کشورها از شناخت این حق به تجار بین‌المللی کراهت دارند؛ زیرا آیین دادرسی با حاکمیت دولت ارتباط نزدیک دارد.^۱

۵- طرفین این قراردادها تحت شرایطی می‌توانند قانون حاکم بر اعتبار خود موافقتنامه داوری را انتخاب کنند (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۳۳، بند ب).

۶- داوری به ملاحظه اعطای حق تعیین مکان متناسب به طرفین دعوی جهت تشکیل و رسیدگی داوری، در عمل امتیاز مهمی است.

۷- داوری از لحاظ امکان تعیین زمان متناسب برای رسیدگی به دعوی مزیت بزرگی تلقی می‌شود.

۸- داوری از حیث سرعت در رسیدگی و تعیین تکلیف دعوی بدون اتلاف وقت امتیاز خاصی دارد (نصیری، ۱۳۸۳: ۴۳۲).

۹- اینکه با داوری اسرار تجاری شرکتها از افشا شدن مصون می‌ماند امتیاز ویژه برای شرکتهای تجاری موفق و بزرگ است (اشمیتوف، ۱۳۷۸: ۹۸۷). زیرا طبق قانون، جلسات دادگاهها باید علنی تشکیل گردد مگر در شرایط خاص مندرج در قوانین

۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران در ماده ۱۹ این حق را با همان شرط به رسمیت شناخته است.

(Carr, 1999: 317; نیز ر.ک: صفایی، ۱۳۷۵: ۹۳).

۱۰- حفظ روابط تجاری و دوستانه بین تجار با استفاده از روش حل اختلاف داوری بهتر قابل تأمین می‌باشد.

۱۱- هزینه‌های داوری اصولاً نسبت به هزینه‌های مختلف و گزاف دادگاه بسیار ناچیز می‌باشد.

۱۲- طرفین داوری حق دارند علاوه بر تعیین نحوه صدور رأی داوری، روش اجرای رأی مزبور را هم به میل خودشان مشخص نمایند.

۱۳- چنانچه محکوم له داوری بخواهد رأی داوری را در کشوری غیر از محل صدور رأی به اجرا بگذارد، مقنن و دادگاههای آن کشور تمایل بیشتری به اجرای رأی مزبور نشان می‌دهند تا به اجرای رأی دادگاه کشور دیگر (Barker, 2002: 63).

۱۴- رأی داوری در اغلب موارد قطعی است مگر در موارد مقرر در قانون یا اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.^۱

۱۵- با استفاده از روش حل اختلاف داوری می‌توان نسبت به سبک شدن بار سنگین دادگاهها و کاستن از تراکم پرونده‌ها در آن کمک کرد.

۲-۲-۳. نقاط ضعف و معایب داوری

نقاط ضعف داوری در برابر امتیازات متعدد آن بسیار ناچیز می‌باشد. لیکن آنچه در مبحث اول این قسمت در نقاط قوت دادگاه قید گردید منطقاً باید نقاط ضعف داوری تلقی شود، مع الوصف اشاره به چند مورد مهم در اینجا خالی از لطف نخواهد بود:

۱- داور علی‌الاصول فاقد اطلاعات لازم جهت مواجهه با مسائل حکمی پیچیده، قوانین موجد حق، آمره و قواعد حل تعارض در رسیدگی به برخی از دعاوی می‌باشد، لذا امکان نقض آرای داوری در مواقع اعتراض طرف ناراضی وجود دارد (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، مواد ۳۳-۳۴).

۲- آرای داوری ایجاد سابقه نمی‌کند و فقط در پرونده‌های مربوط مؤثر می‌باشد

۱. ماده ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران موارد قابل اعتراض را برشمرده و رأی دادگاه را قطعی اعلام نموده است.

و لذا امکان پیش‌بینی نتیجه دعوی اقامه شده در داوری کم است (Ibid: 62-64).
۳- تبعیض و جانبداری از یکی از طرفین داوری، به ویژه در داوری موردی، به ملاحظاتی از جمله مشابهت‌های فرهنگی، دینی، زبانی، تطمیع، تهدید و غیره، محتمل‌تر است (Hunt, 2000: 59).

نتیجه و پیشنهاد

در این تحقیق مقایسه دو روش دادگاه و داوری به عنوان دو مرجع مهم حل اختلاف تجاری بین‌المللی از لحاظ تعارض صلاحیت ابتدایی و نیز امتیازات و مشکلات هر یک در مقابل دیگری با رعایت اختصار انجام گرفته است. به نکات مهم آن در ذیل به اختصار اشاره شده و در پایان چند پیشنهاد ضروری مرتبط با موضوع ارائه گردیده است.

۱) نتیجه

۱- وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی جهت رفع نیاز ناشی از واردات یا صادرات منعقد می‌شود امکان پیدایش اختلاف از جهات مختلف وجود دارد.

۲- برای حل اختلافات ناشی از قرارداد تجاری بین‌المللی شیوه‌های مختلفی وجود دارد که در میان آنها دو شیوه دادگاه و داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. از جمله نکات مشترک این دو شیوه تشکیل پرونده، رسیدگی، صدور رأی و در غایت اجرای آن می‌باشد.

۳- در مقام مقایسه امتیازات و معایب دو روش مزبور، گرچه هریک از صفات مثبت و منفی خاص خود برخوردار است، لیکن امتیازات داوری نسبت به دادگاه، با توجه به امتیازات مختلف آن از جمله حق تعیین داور، قانون حاکم و نحوه رسیدگی، کمی هزینه، سرعت، غیر رسمی و غیر علنی بودن، به مراتب بیشتر بوده و لذا بهتر صرفه و صلاح طرفین را تأمین می‌نماید.

۴- امتیازات و مزایای مختلف روش داوری تجاری بین‌المللی سبب شده تا داوری از اهمیت خاصی برخوردار شده و نتیجتاً طرفداران زیادی پیدا کند طوری که در بین این دو روش حل اختلاف اکنون نوعی تعارض صلاحیت پیدا شده است.

گرچه اصولاً بر صلاحیت عام دادگستری و دادگاه اعتراضی نیست لیکن عده‌ای بر صلاحیت انحصاری و مطلق «دادگاه» در هر شرایطی معتقدند. در حالی که به نظر جمعی دیگر در صورت وجود توافق صریح بر داوری در امور تجاری بین‌المللی مرجع ذی صلاح انحصاری برای رسیدگی ابتدایی به آن دعاوی تحت شرایطی «داوری» می‌باشد و دادگاه ممنوع از رسیدگی به آن دعاوی است. نظر دیگری که متعادل بین آن دو نظر نسبتاً افراطی به وجود آمده، مبتنی بر قائل بودن به صلاحیت نسبی آن دو مرجع می‌باشد به شرحی که در متن بیان گردیده است.

۲) پیشنهاد

۱- به ملاحظه اینکه وجود موافقتنامه دال بر ارجاع اختلاف به داوری یا دادگاه همراه قانون حاکم که صریحاً تعیین شده باشد، برای حل اختلاف خیلی مهم است، لذا به طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی اکیداً توصیه می‌گردد که در قراردادهای خود مرجع حل اختلافات آتی را، خواه دادگاه باشد یا داوری خاص، صریحاً تعیین نمایند. مضافاً، قانون حاکم بر مسائل ماهوی و شکلی قرارداد اصلی و داوری را خودشان به صراحت تعیین نمایند تا وقت دادگاه و یا داوری، صرف بررسی آن نشده و موجبات اطاله رسیدگی فراهم نگردد.

۲- همچنین به طرفین قراردادهای مزبور توصیه می‌شود که قبل از تعیین قطعی قانون خاصی به عنوان قانون حاکم بر مسائل ماهوی و شکلی، سعی کنند محتوا و مقررات قوانین مورد نظر برای انتخاب از لحاظ مختلف به ویژه مشکلات حقوقی اجرای احکام داوری خارجی دقیقاً مورد بررسی کامل قرار گیرند تا در آینده ندانسته گرفتار مشکلات پریپیچ و خم حقوقی نگردند.

۳- چون ممکن است قانون کشور مقرر داوری، قانون منتخب طرفین را به عنوان قانون حاکم به رسمیت نشناسد، لذا لازم است مقررات قوانین کشوری که قرار است در همین رابطه به عنوان مقرر داوری تعیین گردد، قبل از انتخاب مورد بررسی کامل قرار گیرد.

۴- چنانچه قانون مورد نظر طرفین برای انتخاب به عنوان قانون حاکم متعلق به کشوری با سیستمهای حقوقی مختلف باشد، مثل کشورهای فدرال، لازم است که قانون ایالت یا سیستم حقوقی خاص مورد نظر مشخص گردد.

۱. اشمیتوف، کلابو، حقوق تجارت بین‌الملل، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران، سمت، ۱۳۷۸ ش.
۲. ایوبی‌فر، ف.، چگونه با داوری اختلافات حقوقی خود را حل کنیم، سخن گستر، ۱۳۸۴ ش.
۳. جنیدی، لعبا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.
۴. خزاعی، حسین، حقوق تجارت بین‌الملل - داوری، ج ۷، تهران، قانون، ۱۳۸۶ ش.
۵. شهبازی‌نیا، مرتضی و همکاران، حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، ۱۳۸۶ ش.
۶. صفایی، سیدحسین، حقوق بین‌المللی و داوریهای بین‌المللی، تهران، میزان، ۱۳۷۵ ش.
۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۸. قانون [۱۳۸۰] الحاق ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ (کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک).
۹. قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹ ش.
۱۰. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مصوب ۱۳۷۶ ش.
۱۱. کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی.
۱۲. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۳ ش.
۱۳. نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین دادرسی»، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، ۱۳۸۸ ش.
14. Barker, D. & C. Padfield, *Law Made Simple*, Burlington, USA, 11th ed, 2002.
15. Carr, Indira, *Principles of Int'l Trade Law*, London, Covendish Publishing Ltd., 1999.
16. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (ICSID).
17. Cracknell, D. G., et al., *Cracknell's Statutes - Law of Int'l Trade*, London, Old Barley Press, 1998.
18. Hunt, Martin, *A Level and as Level Law*, London, Sweet & Maxwell, 2000.
19. *UNCITRAL Model Law on Int'l Commercial Arbitration*, 1985.

حمایت از کی‌رایت در حقوق کیفری*

- جواد صالحی^۱ (عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان)
- علی غلامعلی‌پور (عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان)

چکیده

ضرورت حمایت از کی‌رایت با ظهور و توسعه صنعت چاپ و فناوری نرم‌افزاری، دولت‌ها را با نگرانی مواجه کرده است. کی‌برداری غیر مجاز همواره در نظم عمومی جوامع بشری، ایجاد اختلال کرده و افزون بر این امنیت مالی و سیاسی انسانها و دولت‌ها را در معرض خطر قرار داده است. بدین لحاظ برخی از کشورها به دلیل ارزش والای میراث فکری بشر و علاقه جمعی در حمایت از خالقان آثار فکری، نقض کی‌رایت را یک جرم کیفری قلمداد کرده‌اند. مقنن ایرانی نیز برای آنکه حمایت از این دسته حقوق را با ضمانت اجرای کافی پاسخگو باشد، به جرم‌انگاری کی‌رایت غیر مجاز پرداخته است. در این مقاله سعی بر آن است تا با بررسی قوانین کیفری در زمینه کی‌رایت به شناخت مؤلفه‌های سازنده حمایت کیفری و همچنین نوع ابزارهای قهرآمیز

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۷/۸.