

حقوق تجارت بین الملل

جلد ہفتم

داوری تجارتی بین المللی

دکتر حسین خراعی

استاد پایه پنج دانشگاه تهران

دکتری دولتی حقوق تجارت بین الملل از دانشگاه پاریس

چاپ دوم با اصلاحات و اضافات

انتشارات جنگل

سرشناسه	خزاعی، حسین، ۱۳۲۷-
عنوان و نام پدیدآور	حقوق تجارت بین‌الملل (جلد هفتم داورى تجارتى بین‌المللى)/ حسین خزاعی.
وضعیت ویراست	[ویراست ۲].
مشخصات نشر	تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۱.
مشخصات ظاهری	۳۸۴ ص.
شابک	۹۷۸-۶۰۰-۳۱۶-۰۱۵-۶
وضعیت فهرست‌نویسی	فیبا
یادداشت	فهرست‌نویسی بر اساس جلد هفتم؛ ۱۳۹۱.
یادداشت	کتاب حاضر نخستین بار تحت عنوان "حقوق تجارت" در سال ۱۳۸۵ توسط نشر قانون منتشر شده است.
یادداشت	ج. ۷ و ۶ (چاپ اول: ۱۳۹۱) (فیبا).
مندرجات	ج. ۶ مشارکت تجاری- ج. ۷. داورى تجارتى بین‌المللى.
عنوان دیگر	حقوق تجارت
موضوع	حقوق تجارت -- ایران
موضوع	قانون تجارت -- ایران
موضوع	حقوق بین‌الملل
رده‌بندی کنگره	ی. ۱۳۹۰ ج ۷/خ ۴/ KM۹۲
رده‌بندی دیویی	۳۰۶/۵۵۰۷
شماره کتابشناسی ملی	۳۰۶۲۴۲۰

چاپخانه

عنوان کتاب: حقوق تجارت بین‌الملل (جلد هفتم داورى تجارتى بین‌المللى)
تألیف: دکتر حسین خزاعی
ناشر: انتشارات جنگل، جاودانه
ناظر فنی: امین لشکری
نوبت و سال چاپ: دوم (اول از ناشر)، ۱۳۹۲
قطع و تیراژ: وزیری، ۱۰۰۰ نسخه
قیمت: ۱۰۰۰۰۰ ریال
شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۳۱۶-۰۱۵-۶

[http:// www.junglepub.org](http://www.junglepub.org)

تلفن: ۰۲۱-۶۶۴۸۶۱۱۵-۹-۶۶۴۸۲۸۳۰

[email:// Info@junglepub.org](mailto:Info@junglepub.org)

۰۳۱۱-۳۲۰۵۰۶۷-۳۲۰۳۸۰۰-۹

«حق چاپ برای ناشر محفوظ است»

فهرست مطالب

سرآغاز چاپ دوم

مقدمه

فصل اول: معرفی داوری	۱
مبحث اول- پیشینه داوری	۱
الف- حقوق اسلامی	۲
۱- قرآن مجید	۲
۲- سنت پیغمبر اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع)	۲
ب- حقوق رم	۳
ج- قرون وسطی	۴
مبحث دوم- مقبولیت داوری	۶
الف- مقبولیت سیاسی و حقوقی داوری	۶
ب- مقبولیت فلسفی داوری	۶
ج- مقبولیت داوری در نظام‌های حقوقی	۸
مبحث سوم- تعریف داوری	۹
الف- قرارداد داوری و اصل آزادی انعقاد قراردادها	۹
ب- ماهیت حقوقی داوری	۱۵
ج- انواع داوری	۲۱
۱- داوری خاص	۲۱
۲- داوری نهادی	۲۱
مبحث چهارم- تفکیک از موارد مشابه	۲۲

۲۲	الف- فرق داوری و کارشناسی
۲۴	ب- تفاوت داوری و سازش
۲۵	ج- فرق داوری و رسیدگی قضائی
۲۷	مبحث پنجم- داوری و حقوق دولتی
۲۷	الف- داوری و انحصار دادگاہ ہا
۳۰	ب- داوری و حقوق عمومی
۳۴	مبحث ششم- علل رجوع بہ داوری
۳۵	الف- استفادہ از امتیازات قانونی داوری
۳۸	ب- امید بہ اعمال عدالتی بہتر
۴۶	ج- حل اختلافات غیر حقوقی
۵۲	د- حل خصوصی اختلاف
۵۵	ه- اثر خصوصی بودن بر محرمانہ بودن
۵۸	و- حل محرمانہ اختلاف
۶۰	۱- مشاورہ محرمانہ
۶۳	۲- اثر تعہد اصلی بر سایر تعہدات
۶۶	مبحث ہفتم- اہلیت برای انعقاد قرارداد داوری
۶۷	الف- حقوق های ملی
۶۷	۱- امور تجارتی
۷۲	۲- داوری حقوق مدنی
۷۴	ب- معاهدات بین المللی
۷۴	۱- ابتکار اتاق بازرگانی بین المللی
۷۵	۲- معاہدہ نیویورک
۷۶	۳- معاہدہ اروپایی سال ۱۹۶۱
۷۸	مبحث ہشتم- موضوع قرارداد داوری
۷۹	الف- معلوم و معین بودن
۷۹	۱- داوری ترافعی
۸۰	۲- داوری بہ منظور انعقاد و یا تغییر قرارداد
۸۲	۳- تفسیر قرارداد داوری

فهرست مطالب ♦ ز

ب- مشروعبیت.....	۸۳
ج- نظم عمومی.....	۸۴
د- روابط حقوق داخلی و روابط بین‌المللی.....	۸۶
ه- معاهدات بین‌المللی.....	۸۸
مبحث نهم- استقلال شرط رجوع به داوری.....	۹۱
الف- فرانسه و انگلستان.....	۹۳
ب- ایالات متحده آمریکا.....	۹۴
ج- مقررات قراردادی و قانونی.....	۹۴
د- معاهده‌های بین‌المللی.....	۹۵
۱- معاهده نیویورک.....	۹۶
۲- معاهده اروپایی ۱۹۶۰.....	۹۸
مبحث دهم- کاربرد داوری.....	۹۹
الف- بینش جدید داوری.....	۹۹
ب- نهادهای داوری.....	۱۰۲
۱- تنوع نهادهای داوری.....	۱۰۲
۲- مبنای فعالیت نهادهای داوری.....	۱۱۰
اول- شرط رجوع به داوری.....	۱۱۰
دوم- قواعد داوری.....	۱۱۲
فصل دوم: قابل داوری بودن موضوع اختلاف.....	۱۱۹
مبحث اول- قابلیت داوری موضوع اختلاف در حقوق داخلی.....	۱۲۱
الف- احصاء موضوعات غیر قابل ارجاع به داوری.....	۱۲۱
۱- قانون اساسی.....	۱۲۱
۲- قانون عادی.....	۱۲۲
ب- ضابطه تشخیص موضوعات قابل ارجاع به داوری.....	۱۲۴
۱- حقوق در تحت تسلط ذیحقی.....	۱۲۴
۲- ماهیت مالی اختلاف.....	۱۲۵
۳- صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی.....	۱۲۷
مبحث دوم- قابلیت داوری موضوع اختلاف در تجارت بین‌المللی.....	۱۲۸

الف- جستجوی ضابطه در رویه قضائی فرانسه	۱۳۹
ب- معاهدات و رویه بین‌المللی	۱۳۲
مبحث سوم- حقوق قابل اعمال بر قابل داوری بودن موضوع	۱۳۴
الف- قانون مورد نظر طرفین	۱۳۵
ب- قانون مقر دادگاه داوری	۱۳۶
ج- قواعد نظم عمومی خارجی	۱۳۸
د- دادگاه دولتی هم‌عرض دادگاه داوری	۱۴۰
ه- قاضی ابطال و اجرای حکم	۱۴۲
فصل سوم: حقوق حاکم بر داوری	۱۴۳
مبحث اول- حاکمیت نظام حقوق داخلی	۱۴۳
الف- نظام حقوق رسمی-ژرمنی	۱۴۳
۱- فرانسه	۱۴۳
۲- ایتالیا	۱۴۸
ب- کشورهای نظام کامن‌لا	۱۵۵
۱- انگلستان	۱۵۸
۲- ایالات متحده آمریکا	۱۶۱
مبحث دوم- حاکمیت حقوق بین‌الملل	۱۶۲
الف- اعمال قواعد حقوق داخلی	۱۶۳
۱- قانون قابل اعمال بر داوری	۱۶۴
۲- رژیم حقوقی داوری خارجی	۱۶۵
۳- قواعد خاص داوری‌های بین‌المللی	۱۶۹
ب- اعمال قواعد حقوق بین‌المللی	۱۷۰
۱- معاهده‌های بین‌المللی	۱۷۵
اول- پروتکل ۱۹۲۳	۱۷۵
دوم- معاهدات ژنو	۱۷۶
سوم- معاهده نیویورک	۱۷۷
چهارم- معاهده سرمایه‌گذاری	۱۸۱
۲- معاهده‌های منطقه‌ای	۱۸۲

اول- عهدنامه‌های لاتین و امریکایی	۱۸۳
دوم- معاهده پان امریکن	۱۸۳
۳- معاهده‌های دوجانبه	۱۸۴
مبحث سوم- حقوق قابل اعمال بر جنبه‌های مختلف داوری	۱۸۵
الف- حقوق قابل اعمال بر قرارداد داوری	۱۸۵
ب- حقوق حاکم بر آیین دادرسی	۱۸۸
۱- حقوق قابل اعمال در داوری بر اساس انصاف	۱۸۹
۲- حقوق قابل اعمال بر داوری بر اساس حقوق	۱۹۷
اول- انتخاب حقوق ملی	۱۹۷
دوم- حقوق‌های ملی و تجارت بین‌المللی	۲۰۰
سوم- اصول کلی حقوق	۲۰۱
ج- حقوق حاکم بر اجرای رای داوری	۲۰۵
۱- حقوق ملی	۲۰۶
۲- معاهدات بین‌المللی	۲۱۴
فصل چهارم: تمهیدات رسیدگی	۲۲۱
مبحث اول- اوصاف داور	۲۲۲
الف- اهلیت برای داور شدن	۲۲۲
۱- زنان	۲۲۳
۲- اشخاص حقوقی	۲۲۳
۳- اتباع بیگانه	۲۲۴
۴- صاحب‌منصبان قضائی	۲۲۶
ب- خصوصیات شغلی داور	۲۲۷
۱- استقلال و بی‌طرفی داور	۲۲۹
ج- داور طرفدار	۲۳۰
مبحث دوم- همکاری داوران	۲۳۴
الف- ترکیب دادگاه داوری	۲۳۵
۱- تعیین داور منفرد	۲۳۵
۲- تعیین هیأت داوری	۲۳۶

۲۴۱	اول- تعیین داوران
۲۴۴	دوم- داوری یک جانبہ
۲۵۲	سوم- روش تعیین داوران
۲۵۹	ب- تشکیلات اداری دادگاه داوری
۲۶۰	ج- تغییرات دادگاه داوری
۲۶۰	۱- اتخاذ تصمیم دادگاهی ناقص
۲۶۱	۲- بطلان داوری
۲۶۲	۳- تعیین داور جانبین
۲۶۲	مبحث سوم- جرح داور
۲۶۳	الف- شرایط جرح
۲۶۳	۱- مقدم بودن جرح بر توافق بر داوری
۲۶۴	۲- شرکت در تشریفات داوری
۲۶۴	ب- رسیدگی به ایرادات
۲۶۷	ج- موارد رد
۲۶۷	۱- اعمال موارد رد دادرس
۲۶۹	۲- سابقہ معاملہ داور یا یکی از طرفین
۲۷۰	۳- انواع روابط دیگر
۲۷۱	د- داوری حقوقی مدنی
۲۷۲	مبحث چهارم- مدت داوری
۲۷۲	الف- تعیین مدت
۲۷۴	ب- تمدید مهلت
۲۷۶	مبحث پنجم- اجرت داور
۲۷۶	الف- حق الرأی
۲۷۷	ب- رویہ داوری
۲۷۷	ج- مبلغ حق الرأی
۲۷۹	مبحث ششم- مسئولیت داور
۲۷۹	الف- تفاوت مسئولیت داوران و قضات
۲۸۱	ب- ساختار حقوقی حکم

۲۸۳.....	فصل پنجم: رسیدگی به پرونده
۲۸۳.....	مبحث اول- بررسی دلائل
۲۸۳.....	الف- پیشنهاد سازش
۲۸۴.....	ب- انتخاب محل داوری
۲۸۴.....	۱- اهیت محل داوری
۲۸۵.....	۲- انتخاب طرفین
۲۸۶.....	۳- حاکمیت قواعد داوری
۲۸۷.....	۴- قواعد تکمیلی
۲۸۸.....	مبحث دوم- تأیید صلاحیت داور
۲۸۸.....	الف- قرارداد داوری و شرط رجوع به داوری
۲۹۰.....	ب- صلاحیت در صلاحیت
۲۹۴.....	مبحث سوم- روش رسیدگی
۲۹۵.....	الف- تنوع رسیدگی قضائی
۲۹۸.....	ب- تنظیم قواعد رسیدگی توسط داور
۳۰۰.....	مبحث چهارم: بررسی اختلاف
۳۰۰.....	الف- رسیدگی غیابی
۳۰۰.....	ب- روش خاص داوری در حقوق انگلیس
۳۰۲.....	ج- کشورهای دیگر سیستم کامن لا
۳۰۳.....	مبحث پنجم- صدور رأی
۳۰۳.....	الف- تنظیم رأی داوری
۳۰۴.....	۱- شکل رأی
۳۰۵.....	۲- ماهیت رأی
۳۰۶.....	۳- تصمیم داور
۳۰۶.....	۴- امضای داوران
۳۰۷.....	۵- تاریخ و محل صدور رأی
۳۰۸.....	۶- ابلاغ و تسلیم رأی
۳۰۹.....	ب- دلائل صدور رأی داور
۳۰۹.....	۱- تفاوت آرای داوری و آرای قضائی

۲- مدلل نکردن رأی.....	۳۰۹
۳- تعهد بر مدلل کردن.....	۳۱۰
۴- آرای تجارتی بین‌المللی.....	۳۱۷
ج- روش مدلل نمودن رأی.....	۳۱۷
۱- قوانین داخلی.....	۳۱۷
۲- معاهده‌های بین‌المللی.....	۳۱۸
فصل ششم: اجرای رأی داوری و مصونیت دولتها.....	۳۲۱
مبحث اول- اجرای رأی داو.....	۳۲۱
الف- فرق بین آرای داوری ملی و آرای داوری خارجی.....	۳۲۲
ب- تجدیدنظرخواهی.....	۳۲۶
ج- شناسایی و اجرای رأی داوری.....	۳۲۶
۱- کنترل رأی داور.....	۳۲۷
۲- مقام صالح.....	۳۳۱
د- اجرای اجباری.....	۳۳۲
مبحث دوم- مصونیت دولتها از اجرای رأی داوری.....	۳۳۶
الف- مصونیت در حقوق ایران.....	۳۳۶
۱- حاکمیت قانون و مصونیت قضائی و اجرائی.....	۳۳۷
۲- خروج از حاکمیت قانون و نفی مصونیت قضائی و اجرائی.....	۳۴۰
ب- رویه قضائی بین‌المللی در مورد مصونیت.....	۳۴۶
۱- قبول داوری و انصراف از مصونیت.....	۳۴۶
۲- مصونیت و قراردادهای خصوصی.....	۳۵۰
۳- استنکاف از اجرای عدالت و مخالفت با نظم عمومی.....	۳۵۱
ج- مصونیت قضائی و اجرائی در حقوق کامن‌لا.....	۳۵۵
۱- حقوق ایالات متحده امریکا.....	۳۵۶
۲- در حقوق پادشاهی انگلستان.....	۳۵۸
د- مصونیت اجرائی در وضعیت فعلی.....	۳۵۹
منابع و مأخذ.....	۳۶۳

سرآغاز چاپ دوم

داوری دو جنبه علمی و عملی دارد. در علم حقوق داوری راه‌های رسیدن به عدالت از طریقی غیر از روش پیچیده و گران دادگستری دولتی مورد توجه است. در عمل و فن داوری رسیدگی شکلی و ماهوی به اختلاف و عملکرد ارگان‌های داوری اعم از خاص و نهادی و صدور رأی داوری مورد مطالعه قرار می‌گیرد. لذا کتاب حاضر در چاپ دوم در دو جلد داوری تئوری یا علمی و داوری عملی تدوین و چاپ می‌شود.

تقلید از کتاب داوری در تجارت بین‌المللی اثر (رنه داوید)^۱ مناسبترین شیوه بیان داوری تئوری به نظر رسید. لذا در نگارش این جلد از کتاب آن نویسنده استفاده شده است. با وجود این در ترکیب کتاب رنه داوید دخل و تصرف زیادی شده است. بعضی از فصول اصلی کتاب که منفعت زمانی خود را از دست داده بود (مسائل مربوط به حقوق اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی سابق) حذف و مباحث جدید روز به آن اضافه شده است به‌طوری‌که دیگر نام اقتباس به جزء بر مباحثی از آن صادق نیست. ولی کتاب همچنان تحت تأثیر افکار و نوشته‌های (رنه داوید) باقی مانده است.

کتاب (رنه داوید) از جمله کتاب‌های نادری است که بر دانش حقوق برای جامعه‌ای حقوقی در حال گذر از حقوق بد به حقوق خوب نوشته شده است به این علت زمان بر آن اثر منفی نگذاشته و اگرچه نسبتاً قدیمی ولی همچنان شایسته درس گرفتن و جهت‌یابی حقوقی است.

داوری تجارتی بین‌المللی درس اجباری کارشناسی‌ارشد گروه حقوق خصوصی و اسلامی و درس اختیاری دوره کارشناسی است. در مدت بیش از ده سالی که تدریس این درس در دوره کارشناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران بر عهده اینجانب بوده است، علی‌رغم اختیاری بودن همیشه با علاقه دانشجویان تداوم پیدا نموده و دانشجوی داوطلب بیش از حد نصاب لازم برای تشکیل کلاس را داشته است.

می‌بایست به این واقعیت توجه داشته باشند. سازمان‌های متعددی برای مدیریت داوری به میان می‌آید و قواعد داوری توسط این سازمان‌های تجارتی تدوین می‌شود. قوانین جدیدی برای اصلاح قوانین قدیمی وضع می‌شود. در مواردی که قوانین قدیمی پابرجا مانده است، رویه قضائی که وظیفه تفسیر آن را دارد به تفسیر موسع آن منطبق با نیازهای زمان همت می‌گمارد. معاهدات بین‌المللی نیز در این خصوص منعقد گردیده است.

در سطح جهانی تعداد زیادی کتاب و مقاله و مجله در خصوص داوری منتشر می‌شوند و به‌طوری‌که امروزه نوشته‌ها و منابع فراوانی به داوری اختصاص یافته است. با وجود این کتاب جامعی که به آموزش دانش داوری اهتمام ورزیده، وجود ندارد و انتشار کتابی در این خصوص ضروری است زیرا برای کتابی در خصوص داوری که معمولاً در طیف وسیعی مورد توجه حقوقدانان قرار دارد خلاصه ناخوشایند است. حقوقدانان قبل از هر چیز به تحقیق و شرح این موضوع علاقه‌مندند که دادگاه‌ها مخصوصاً دادگاه‌های کشورشان در مورد اعتراض به قرارداد داوری و یا رأی داور چگونه اقدام می‌نمایند. این سؤال مطمئناً اهمیت فراوان دارد. ولی دانستن اینکه چگونه طرفین اختلاف و تجار و کسانی که به‌عنوان داور تعیین می‌شوند به موضوع نگاه می‌کنند اهمیت کم‌تری ندارد. اشخاص با رجوع به داوری درصدد فیصله اختلاف در خارج از دادگاه هستند و اگر داوری اهمیت زیادی کسب نموده مطمئناً به این دلیل است که به این هدف (فیصله اختلاف خارج از دادگاه) نائل آمده است. اگر تنها به مواردی که داوری دخالت دادگاه را به دنبال داشته است توجه داشته باشیم (یعنی فقط به موارد شکست داوری) از این تأسیس برداشت درستی نخواهیم داشت. برای درک درست داوری باید آن را از نقطه‌نظر جامعه‌شناسی مانند جنب‌های صرفاً حقوقی نیز مورد توجه قرار دهیم. می‌بایست به رفتار داوران و انتظار طرفین اختلاف و موارد موفق داوری توجه داشت و فقط این سؤال را مطرح نکرد که اگر قاضی رأساً اقدام به رسیدگی می‌کرد چگونه در رابطه با این انتظار و این رفتار اتخاذ تصمیم می‌نمود.

در کنار داوری توافقی که حل اختلاف حقوقی را مدنظر دارد در این کتاب به نوع دیگری از داوری که موضوع آن تدقیق و یا تکمیل و یا تجدیدنظر در قراردادها است، نیز توجه خواهد شد. زیرا از بین بردن اتحاد ذاتی انواع داوری تجارتی بی‌معنی است.

از طرف دیگر ایده داوری تا حدودی بستگی به ایده متحدالشکل نمودن بین‌المللی حقوق یعنی گذشتن از تفکر کاملاً دولتی و ملی‌گرای قرن نوزدهم برای رسیدن به تفکر بین‌المللی و فراملی جدید دارد. داوری به‌عنوان تکنیکی شایسته برای تعدیل افراط‌های تفکرات قدیمی عمل می‌نماید. داوری در بعضی از موارد چارچوب جدید و مشی نو تشکیل حقوق عمومی^۱ و با حقوق فراملی^۲ با احتمالات و پیش‌داوری‌های حقوق ملی متفاوت ارائه می‌دهد.

موضوع خاص این کتاب «داوری تجارتي بین‌المللی» است. با وجود این امکان جدایی موضوع از داوری در کلیت آن وجود ندارد زیرا داوری بین‌المللی در اغلب موارد تابع قوانین ملی است. این قوانین به‌طور جانی حاوی قواعد مخصوص تجارت بین‌المللی می‌باشند. لذا سعی کرده‌ایم علل رجوع به داوری در تجارت بین‌المللی را مطرح کنیم و مشخصات وضع مقررات داخلی را برای کمک به این هدف بیان کنیم.

1- Jus gentium.

2- Lex mercatoria.