

معیار شناسایی وصف «تجاری» و «بین المللی» در شیوه های جایگزین حل اختلافات فراملی با تأکید بر داوری و میانجیگری

کامل حمید^۱، علی رستمی فر^۲، حمید قاسمی^۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۳۰

چکیده

مفاهیم «تجاری» و «بین المللی» در حل و فصل اختلافات فراملی از اهمیت والایی برخوردارند. دلیل این اهمیت، قلمروی شمول اسناد و مقررات مرتبط با «داوری» و «میانجیگری» در خصوص حل اختلاف طرح شده و رسیدگی داور و میانجی است. از آنجا که ماهیت اختلافات «تجاری» و «مدنی» و نیز «بین المللی» با «ملی» متفاوت و تصریحاً اختلافات مدنی و ملی مربوط به حقوق داخلی کشورها و از قلمروی اسناد بین المللی جدا خواهند بود؛ بنابراین، این پرسش مطرح است که ملاک و معیار شناسایی دو مفهوم مزبور در نظام حل اختلافات چگونه غیرقضایی چیست و کدام دعاوی را باید «تجاری» و «بین المللی» و کدام یک را «مدنی» و «ملی» برشمرد؟ نتیجه در این است که در رسیدگی داور و میانجی در اختلافات فراملی باید تفسیر دیگری از ماهیت قرارداد و نیز آیین رسیدگی در نظر داشت. در این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه به منابع کتابخانه ای گردآوری شده است، این نتیجه به دست آمد که در نظام حل و فصل اختلافات فراملی رویه واحدی برای تمیز ماهیت تجاری و بین المللی بودن اختلاف جز به تصریح سند حل اختلاف، قرارداد پایه و موافقت نامه حل اختلاف و یا اعلام طرفین وجود ندارد و اصولاً متصدیان حل اختلاف با نوعی سردرگمی در این زمینه مواجه خواهند بود. البته در برخی اسناد مانند کنوانسیون میانجیگری سنگاپور نسبت به تمیز میان وصف بین المللی از مدنی تمهید لازم اندیشیده شده است. به نظر می رسد در حل اختلاف به شیوه داوری این دو مفهوم تاحدودی قابل تمیز باشند اما در میانجیگری این تمیز دشوار است.

واژگان کلیدی: بین المللی، تجاری، رأی، داوری، میانجیگری، فراملی، ملاک شناسایی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران

۲. استادیار گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران (نویسنده مسئول)

arq119@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران

۱- مقدمه

حل و فصل اختلافات در تجارت بین الملل از جمله مسائل جدانشدنی و درهم تنیده به معاملات است که امروزه در هر قراردادی می‌توان به نمونه‌ها و مصادیق آن دست یافت. از جمله این شیوه‌ها که اقبال عمومی جامعه تجاری را به خود جلب کرده‌اند می‌توان به «میانجیگری» و «داوری» اشاره کرد. با وجود این، همواره این پرسش مطرح است که این شیوه‌ها از حیث ماهیت و قلمروی شمول کدام دسته اختلافات را در بر می‌گیرند؟ پاسخ به این پرسش از این جهت اهمیت دارد که برخی اسناد و مقررات بین المللی به صراحت تعداد محدودی اختلاف را داخل در دایره شمول آن سند دانسته و مفهوماً سایر اختلافات را خارج از قلمروی آن دانسته‌اند از جمله قانون نمونه داوری آنسیترال فقط روابطی تجاری را در قلمرو این قانون دانسته است و منظور از این رابطه را هرگونه معامله با ماهیت ذاتاً تجاری اعم از قراردادی و غیرقراردادی تعریف کرده است.

برخی دیگر اسناد بین المللی به صراحت داوری را خاصه اختلافات تجاری دانسته و غیر آن را از دایره شمول آن خارج کرده‌اند (مانند مواد ۴ و ۷ قواعد کمیسیون داوری اقتصادی و بین المللی چین، کنوانسیون‌های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۴ ژنو، کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی مصوب ۱۹۵۸، کنوانسیون اروپایی مصوب ۱۹۶۱، کنوانسیون واشنگتن در مورد حل و فصل سرمایه‌گذاری میان دولتها و اتباع دولتهای دیگر، کنوانسیون اروپایی برای تأمین قانونی یکنواخت در مورد داوری مصوب ۱۹۶۶، کنوانسیون حل و فصل اختلافات حقوق مدنی ناشی از همکاری اقتصادی، علمی و فنی از طریق داوری مصوب ۱۹۷۲، کنوانسیون بین آمریکایی داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۹۷۵، قانون نمونه سازش تجاری آنسیترال مصوب ۲۰۰۲ و اصلاحات ۲۰۱۸ و اخیراً کنوانسیون میانجیگری سنگاپور که روی واژه «تجاری» تأکید بسیار داشته است) علاوه بر این برخی از اسناد و مقررات بین المللی به شرطی داوری یا میانجیگری را حاکم بر روابط میان اشخاص می‌دانند که اختلاف دارای وصف «بین المللی» نیز باشد و صرف تجاری بودن کافی برای بهره‌مندی از مزایای شیوه‌های جایگزین حل اختلاف نخواهد بود. به عنوان نمونه کنوانسیون میانجیگری سنگاپور فقط اختلافاتی را داخل در قلمروی خود می‌داند که اصل اختلاف واجد وصف بین المللی باشد و منظور از آن نیز این است که حداقل دو طرف قرارداد حل و فصل، محل کسب و کار خود را در کشورهای مختلف قرار داده باشند.

در حقوق ایران، قانون داوری تجاری بین المللی ایران (مصوب ۱۳۷۶) به صراحت در بند ۱ از ماده ۲ (قلمرو اجرا) از «روابط تجاری بین المللی» در ابتدای این سند سخن گفته است و بدون تبیین مفهوم «تجاری» در شق «ب» از ماده ۱ تنها به مفهوم بین المللی اشاره کرده است. این رویه دقیقاً منطبق با رویه حقوق داخلی برخی کشورهای اروپایی و آمریکایی است (مانند ماده ۱۴۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، ماده ۳۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی رومانی، ماده ۱-۱۷۶ قانون حقوق بین المللی خصوصی سوئیس، ماده ۸۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا اصلاحیه مصوب ۱۹۹۴ و بخش ۲۰۲ قانون فدرال داوری ایالات متحده آمریکا و در حقوق بین الملل مطابق بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه داوری آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ و اصلاحات بعدی) و در برخی اسناد بین المللی واژگان تجاری و بین المللی به صورت توأمان مورد تصریح قرار گرفته‌اند (بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون میانجیگری سنگاپور و قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی) این تصریح دقیقاً منطبق با سند پیش نویس کنوانسیون مزبور است که توسط کارگروه آنسیترال در تدوین کنوانسیون سنگاپور مورد اشاره قرار گرفته است.

البته برخی دیگر به اختلافات مدنی و تجاری در یک سند واحد اشاره کرده‌اند که هر دو اختلاف در دایره شمول آن قرار گرفته‌اند (دستورالعمل میانجیگری اتحادیه اروپا راجع به دعاوی مدنی و تجاری مصوب ۲۰۰۸ میلادی، مقررات میانجیگری سازمان جهانی مالکیت فکری باختصار «وایپو»)^۱ همچنین، در بیشتر این اسناد و مقررات، تدوین کنندگان تنها به تصریح قلمروی اختلافات و دعاوی تحت الشمول پرداخته و از تبیین مفهوم یا تعریف آن خودداری کرده‌اند که این رویه قطعاً موجب بروز تفاسیر مختلف و بعضاً اشتباه در فرآیند حل و فصل اختلاف اعم از سازوکار داوری یا میانجیگری خواهد شد.

بر این اساس، در این پژوهش سعی خواهیم کرد که معیار شناسایی دو مفهوم اساسی و بنیادین در نظام حل و فصل اختلافات فراملی را مورد بحث و بررسی قرار دهیم که در مبحث نخست به مفهوم «تجاری» و در مبحث دوم به مفهوم «بین المللی» اشاره خواهیم کرد.

۱- مفهوم و معیار شناسایی واژه «تجاری»

شناسایی و تبیین واژه «تجاری» در نظام حل و فصل اختلافات بین از این حیث مهم است سایر اختلافات با ماهیت غیرتجاری (مدنی، خانواده و ...) خارج از دایره شمول رسیدگی داوران، میانجی ها و سایر اشخاص شرکت کننده در فرآیند حل و فصل اختلاف) قرار بگیرند. در واقع با این تمهید توان و قابلیت نظام حل و فصل اختلاف سرگرم دعاوی غیرمهم و یا دعاوی که رسیدگی به آنها ذاتاً در صلاحیت مراجع قضایی ملی است هزینه نشود. از یک سو نظام حل و فصل اختلافات بین الملل شیوه جایگزین حل اختلاف است و نمی‌تواند در همه مسائل جایگزین مراجع قضایی ملی و بین المللی قرار گیرد و از سویی نیز نمی‌توان از مراجع حل اختلاف غیردولتی این انتظار را داشت که به همه اختلافات و دعاوی رسیدگی کنند. بنابراین، هرگاه سخن از مفهوم تجاری در روابط بین الملل می‌شود مقصود این است که هدف از انعقاد معامله یا قرارداد صرفاً کسب سود و منفعت اقتصادی بوده و اساساً قصد تبرّع یا احسان و مانند آن در میان نیست؛ زیرا این مسائل مربوط به حقوق داخلی کشورها می‌باشند.

در رویه حقوق تجارت بین الملل هرگاه از واژه «تجاری» استفاده می‌شود بنا بر این نهاده خواهد شد که دعاوی مدنی و اختلافاتی که مربوط به حقوق خصوصی افراد می‌شود خارج از دایره شمول این حوزه است مانند کنوانسیون میانجیگری سنگاپور که مطابق پارگراف «ه» از بند ۲ ماده ۱، اختلافات و دعاوی مربوط به حقوق خانواده، حقوق ارثیه و روابط ناشی از کار را به صراحت از شمول این کنوانسیون خارج کرده است (معبودی نیشابوری و رضائی، ۱۳۹۹: ۱۷۱) همچنین در همین سند به صراحت از سه ویژگی اصلی برای ترتیب اثر دادن به سازش نامه های تنظیمی در دادگاههای ملی کشورهای عضو اشاره شده است از جمله سازش نامه باید ناشی از میانجیگری باشد، سازش نامه دارای وصف بین‌المللی باشد و

^۱ - برخی اسناد و مقررات بین المللی در زمینه حل و فصل اختلافات میان بازرگانان و دولتها به صراحت واژه «تجاری» را در عنوان خود جای داده اند که این خود نشان می دهد این اسناد منحصراً به اختلافات و دعاوی تجاری اختصاص دارند و غیر آن را تحت الشمول خود ندارند مانند قانون سازش تجاری آنتیسترال (مصوب ۲۰۰۲) که در سال ۲۰۱۸ به قانون نمونه میانجیگری آنتیسترال تغییر نام داد. برخی دیگر نیز مانند کنوانسیون میانجیگری سنگاپور با این که در عنوان خویش به دو واژه تجاری و بین المللی اشاره نکرده است اما در ماده ۱ خود به صراحت و بدون هیچ ابهام یا اجمالی دایره شمول این کنوانسیون را فقط اختلافات و دعاوی تجاری که واجد وصف بین المللی نیز هستند قرار داده است که البته از بین دو مفهوم مذکور فقط مفهوم اخیر یعنی بین المللی تشریح شده است و تشخیص نوع، ماهیت و کیفیت رابطه تجاری در حین رسیدگی میانجی و تنظیم سازش نامه، اولاً باید توسط ایشان مورد بررسی قرار گیرد و در صورت تشخیص این موضوع که اختلاف ماهیتاً تجاری نیست از رسیدگی امتناع نماید و اگر به اشتباه وارد رسیدگی شد و نهایتاً مبادرت به تنظیم سازش نامه کرد، این دادگاههای دولتهای عضو هستند که باید به استناد ماده ۵ (جهات رد سازش نامه) از ترتیب اثر (اجرا و شناسایی) آن امتناع نمایند.

سازش نامه مربوط به دعوای تجاری باشد (معبودی نیشابوری و رضائی، ب/ ۱۳۹۹: ۷۸۴) این رویکرد بیان می‌دارد که دو عنصر تجاری و بین‌المللی اساس و قاعده کلی نظام حل و فصل اختلافات در تجارت بین‌الملل است و غیر از آن، هر یک بگونه‌ای خاص از این قلمرو خارج شده‌اند (البته در برخی اسناد در کنار اختلافات تجاری، بعضاً اختلافات مدنی هم به طور مشخص در قلمروی شمولیت سند حل اختلاف قرار گرفته است مانند دستورالعمل اروپایی جنبه‌های خاصی از میانجیگری در امور مدنی و تجاری مصوب ۲۰۰۸ میلادی) بنابراین واضح است که برخی از اسناد و مقررات بین‌المللی به واژه تجاری در کنار وصف بین‌المللی، برخی در کنار وصف مدنی و برخی نیز به تنهایی برای آن ارزش حقوقی قائلند که هر یک بار اثباتی و تخصصی خود را خواهد داشت. در ذیل سعی شده است به اهم این اسناد و مقررات اشاره گردد.

۱-۱- مفهوم «تجاری» در قانون نمونه داوری آنسیترال

«قانون نمونه داوری آنسیترال»^۱ اصطلاح «تجاری» را در پانوشتی این گونه توصیف می‌کند: اصطلاح «تجاری» بایستی در مفهوم وسیع آن تفسیر شود، به نحوی که موضوعات ناشی از هرگونه رابطه را که دارای ماهیت تجاری است، اعم از قراردادی با غیر قراردادی، شامل شود (مولایی بیرگانی، ۱۳۹۷: ۱۶) در این معنا، منظور از روابط دارای ماهیت تجاری، بدون قید انحصاری عبارت است از: «تهیه یا مبادله کالا یا خدمات، قرارداد توزیع نمایندگی با کارگزاری تجاری، حق العمل کاری، اجاره به شرط تملیک ساختمان پروژه‌های مشاوره مهندسی پروانه امتیازی سرمایه‌گذاری تأمین اعتبار، بانکداری، بیمه، قرارداد بهره‌برداری با امتیاز انحصاری، مشارکت مدنی و انواع دیگر همکاری صنعتی یا تجاری و حمل و نقل کالا با مسافر از طریق هوا، دریا، راه‌آهن یا جاده» با آن که این تعریف در یک پانوشت آمده است، ولی جزئی جدانشدنی از قانون نمونه است. تدوین‌کنندگان قانون نمونه می‌خواستند توصیفی جامع و آن‌ها بسیار از اصطلاح تجاری ارائه دهند. قصد این بود که تعریفی فراهم آید که به خصوص توسط دولت‌هایی که مجموعه‌ای متمایز از حقوق تجارت ندارند مورد استفاده قرار گیرد تا قانون نمونه نسبت به همه ابعاد تجارت بین‌المللی قابل اعمال باشد (همان‌گونه که در صدر نخست ماده ۱ این قانون «قانون داوری نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵»، با رعایت هرگونه موافقت‌نامه معتبری که بین این کشور و یا کشورهای دیگر وجود دارد شامل داوری تجاری بین‌المللی خواهد بود) بعضی از کشورهایی که قانون نمونه را اختیار کرده‌اند متن این پانوشت را بخشی از قانون ساخته‌اند به کشورهای دیگر این متن را فقط در جدولی باز آورده‌اند.^۳

^۱ - این قانون برای اولین مرتبه در سال ۱۹۸۵ میلادی توسط کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد تدوین و در همان سال تصویب شد (در سال ۱۹۸۶ لازم‌الاجراء گردید) متعاقب آن در سال ۲۰۱۰ مورد بازنگری قرار گرفت و بعدها و در سال ۲۰۱۶ برای مرتبه دوم با ایجاد الحاقات و اضافاتی مورد بازنگری مجدد قرار گرفت.

^۲ - Commercial.

^۳ - جهت مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک. به: شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۵). بررسی قانون نمونه آنسیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی، فصلنامه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۴، شماره ۱۰، صص ۷۶-۴۵.

۲-۲- مفهوم «تجاری» در قواعد داوری داخلی و بین المللی

۲-۲-۱- قواعد داخلی داوری

در حقوق ایران مفهوم «تجاری» را ناگزیر باید از قوانین و مقررات تجاری (مبنای قانونی) و عرف تجاری استخراج کرد. با این وجود، به نظر می‌رسد این عرف است که سبب می‌شود یک عمل «تجاری» باشد یا نباشد. با وجود این، همه حقوقدانان بر این مفهوم هم عقیده هستند که «اعمال تجاری» اعمالی است که مصداق خارجی مفهوم تجارت را افاده می‌کنند.

تجارت نیز به معنای معامله به قصد انتفاع (سود و منفعت مالی) به طوری که «عرفاً» به آن عمل «تجارت» گفته شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴۷۱) البته باید گفت در حقوق ایران این مفهوم تابع مطلق هیچ یک از نظریه‌های مطرح شده برای شناسایی اعمال تجاری نیست (نظریه شخصی و نظریه موضوعی) زیرا در برخی اعمال، نظر قانونگذار ایرانی بر تجاری بودن و در برخی دیگر بر غیرتجاری بودن است. مواد ۲ و ۳ قانون تجارت ایران مؤید این مطلب است؛ در ماده ۲ نظریه موضوعی و در ماده ۳ با عدول از این نظریه، نظریه شخصی پذیرفته شده است. با پذیرش این نظریه، اعمال موضوع ماده ۳ تحت شرایطی غیرتجاری (مدنی) محسوب می‌شوند.

۲-۲-۲- قواعد بین الملل داوری

تعریف اصطلاح «تجاری» را می‌توان در ماده (۴) قواعد کمیسیون داوری اقتصادی و تجاری بین‌المللی چین یافت.^۱ اختلافات تجاری که بر اساس ماده (۷) قواعد سال ۲۰۰۱ این کمیسیون قابل حل است، شامل اختلافات میان بنگاه داران سرمایه‌گذاری خارجی و دیگر اشخاص حقیقی یا حقوقی چینی، یا سازمان اقتصادی یا ناشی از تأمین مالی پروژه، دعوت به مناقصه، مزایده، ساخت و ساز و دیگر فعالیت‌های صورت گرفته توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی چینی و یا سایر سازمان‌های اقتصادی که از طریق به کارگیری سرمایه، فناوری یا خدمات از کشورهای خارجی، سازمان‌های بین‌المللی یا از مناطق هنگ کنگ، ماکائو و تایوان است.^۲ این قواعد تلاش دارد «بین‌المللی» را با «تجاری» در آمیزد و بیشترین قلمرو شمول را فراهم آورد. در اکثر موارد، بین‌المللی مترادف با تجاری به کار رفته است (جولیان دی ام لیو و همکاران، ۱۳۹۱: ۸۱).^۳

۲-۲-۳- معنای تجاری در کنوانسیون‌های بین المللی

«کنوانسیون‌های داوری بین‌المللی»^۴ هم به ماهیت تجاری معاملات اشاره دارند. این کنوانسیون‌ها لزوماً قلمرو خود را به اختلافات تجاری محدود نمی‌سازند. البته اکثر آن‌ها فقط در مورد معاملات تجاری کاربرد دارند (همان) به عنوان

^۱- امروزه کمیسیون داوری بین‌المللی تجاری و اقتصادی چین یکی از نهادهای اصلی داوری دائمی در دنیا است.

^۲- قابل ذکر می‌باشد که کمیسیون داوری تجاری و اقتصادی بین‌المللی چین، با نام اختصاری «CIETAC»، در سال ۱۹۵۶ میلادی تأسیس و اکنون به عنوان دادگاه داوری بازرگانی بین‌المللی در چین شناخته شده است. بدیهی است این سازمان، قدیمی‌ترین و بزرگ‌ترین نهاد داوری در چین است.

^۳- جهت مطالعه تفصیلی در زمینه قواعد داوری آنسیترا، ر.ک. به: انصاری معین، پرویز، قواعد بازرگانی شده داوری آنسیترا، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹ و عباسی، احسان، داوری تجاری بین‌المللی با رویکرد قواعد داوری آنسیترا، چاپ اول، تهران، انتشارات شریف زاده، ۱۴۰۱.

^۴- مانند کنوانسیون‌های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۴ ژنو، کنوانسیون نیویورک (در مورد شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی مصوب ۱۹۵۸ میلادی)، کنوانسیون اروپایی مصوب ۱۹۶۱، کنوانسیون واشنگتن در مورد حل و فصل سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر، کنوانسیون اروپایی برای تأمین قانونی یکنواخت در مورد داوری مصوب ۱۹۶۶، کنوانسیون حل و فصل اختلافات حقوق مدنی ناشی از همکاری اقتصادی، علمی و فنی از طریق داوری مصوب ۱۹۷۲، کنوانسیون بین‌آمریکایی داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۹۷۵ و غیره.

نمونه کنوانسیون نیویورک اجازه می‌دهد در داوری تجاری و غیرتجاری تفکیک به عمل آید. این مطلب در بند (۳) ماده (۱) منعکس است که حاوی مقررہ معروف به (حق) شرط تجاری است: «هر دولتی به هنگام امضاء، تصویب یا الحاق به کنوانسیون حاضر می‌تواند به اعلام دارد که این کنوانسیون را فقط بر اختلافات ناشی از روابط حقوقی، اعم اثر قراردادی یا غیر قراردادی که بر اساس قانون داخلی کشور شرط کننده، تجاری محسوب می‌شوند، اعمال خواهد کرد». «حق شرط تجاری»^۱ به این دلیل در کنوانسیون وارد گردید که در کنفرانس ۱۹۵۸ نیویورک عقیده بر این بود که بدون این شرطه برخی کشورهای دارای نظام حقوق نوشته که میان معاملات تجاری و غیرتجاری تفکیک قائل می‌شوند، امکان الحاق به کنوانسیون را نخواهند داشت.

ابل ذکر است که حدود یک سوم کشورهای متعاہد از این حق شرط تجاری استفاده کرده‌اند (مولایی بیرگانی، پیشین: ۱۷) همچنین، کنوانسیون نیویورک گویای آن است که وصف «تجاری» باید بر پایه قانون داخلی مشخص شود. در عمل، دادگاه‌های داخلی به این سمت گرایش دارند که دامنه شمول وصف «تجاری» را به طور موسّع تفسیر کنند.^۲ البته در رویه قضایی هند به مواردی برمی‌خوریم که تفسیری مشتق از اصطلاح «تجاری» ارائه می‌کنند و بر آنند که این اصطلاح به معنای «تجاری» بر اساس مقررہای معتبر و مورد اجرا در قانون هند است. در نتیجه، دادگاه‌های هند رأی داده‌اند که احداث یک کارخانه به همراه انتقال فناوری و نیز قرارداد دانش فنی ماهیت تجاری ندارند (مولایی بیرگانی، پیشین: ۱۸) همچنین، دادگاه تمیز تونس از تجاری دانستن قرارداد مربوط به یک برنامه طراحی شهری که مهندسان تهیه کرده بودند امتناع ورزیده است (همان) دیدگاه موسّع تر را می‌توان در ایالات متحده شاهد بود که فقط امور ناشی از روابط حقوقی، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی را که بر اساس قانون داخلی آمریکا تجاری شمرده نمی‌شوند از قلمرو شمول کنوانسیون نیویورک خارج می‌کند.^۳

علاوه بر این کنوانسیون اروپایی داوری تجارت بین‌المللی در بردارنده تعریفی مشخص از اصطلاح «تجاری» نیست. این کنوانسیون در ماده ۱ (الف) با اشاره به «موافقت‌نامه‌های داوری منعقد به منظور فیصله اختلافات ناشی از تجارت بین‌المللی تعریفی کلی را پذیرفته است. دیوان داوری در پرونده‌ای مرتبط با این پند از کنوانسیون اروپایی نظر داده است که این اصطلاح باید مستقل از مفاهیم و مقوله‌های حقوق داخلی به اجرا درآید و قراردادهای اقتصادی منعقد توسط دولت را می‌توان در تعریف کنوانسیون جای داد.

همچنین، کنوانسیون عربی مصوب ۱۹۸۷ آمان (اردن) در مورد داوری تجاری هم تعریف روشنی از معاملات تجاری

^۱- Commercial Bet Rights.

^۲- مفهوم تجاری بودن در سطح بین‌المللی آنچنان مورد اختلاف است که به اعتقاد برخی حقوقدانان، حد و مرزی میان خصیصه تجاری و غیرتجاری معادلات بین‌المللی مشخص نیست و تجاری بودن با حقوق بین‌المللی میانه‌ای ندارد، زیرا علاوه بر اینکه مفهوم تجاری بودن جر در برخی سیستم‌های حقوقی یافت نمی‌شود (مثلاً در کشورهای تابع نظام حقوقی آنگلو ساکسون، حقوق مدنی و تجاری یکی است و تجاری بودن به معنی حقوقی کلمه ناشناخته است)، در سیستم‌هایی هم که یافت می‌شود، از کشورهای دیگر متفاوت است. نک: به: شاپرا، ژان، حقوق بین‌المللی بازرگانی، ترجمه ربیعا اسکینی، چاپ اول، تهران، نشر سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱، صص ۲۴ الی ۲۷. به نقل از: حاجی پور، عسکر؛ رجب‌زاده، علیرضا و فلاح، محمدرضا، قلمرو اعمال قانون در داوری تجاری بین‌المللی، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نخست، شماره بیست و پنجم، پاییز ۱۳۹۶، ص ۲۱۹.

^۳- حق شرط ایالات متحده آمریکا هنگام الحاق به کنوانسیون نیویورک (لازم الاجراء از ۲۹ دسامبر ۱۹۷۰). برداشت این است که امور شخصی، خانوادگی و اشتغال داخلی ماهیت تجاری ندارند.

ندارد.^۱ همچنین «کنوانسیون بین آمریکایی داوری تجاری بین المللی» (معروف به «کنوانسیون پاناما»^۲ امضاء شده در ۳۰ ژانویه ۱۹۷۵) در ماده (۱) چنین مقرر می‌دارد: «موافقت‌نامه‌ای که در آن طرف‌ها متعهد می‌شوند هر اختلافی را که ممکن است میان آنان در خصوص معامله‌ای تجاری بروز کند به تعمیم داوری ارجاع دهند معتبر است»^۳ و وقتی می‌خواهیم دامنه «معامله تجاری»^۴ را مشخص و محرز کنیم، باید به خصوصیت بین‌المللی یک کنوانسیون و لزوم گسترش و ترویج یکنواختی را مورد توجه قرار دهیم؛ بنابراین، فقط تفسیر و توصیفی مستقل و تطبیقی مناسب خواهد بود.

۲-۲-۴- معنای تجاری در کنوانسیون میانجیگری سنگاپور

با توجه به ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور که دلالت صریح بر اختلافات تجاری بین‌المللی به عنوان حوزه ی کاربرد این سند دارد، درک معنای «تجاری» بسیار مهم خواهد بود؛ زیرا به طور قطع دیگر اختلافات خارج از قلمروی این کنوانسیون تلقی می‌گردند. با این وجود، کارگروه تدوین این کنوانسیون مفهوم «تجاری» را در متن این سند نیاورده است. به نظر می‌رسد گردآورندگان این کنوانسیون با پیروی از قانون داوری آنستیرال «تجاری» را حمل بر موضوع معاملات و قراردادهای تجاری کرده‌اند؛ این بدان معناست که هرگاه معامله‌ای بین دو تاجر برای انجام امور تجاری باشد (با احراز قصد کسب سود و منفعت) چنین معامله‌ای ماهیتاً تجاری تلقی شده و بی آن که نیاز به تعریف یا بیان مصادیق و نمونه‌های آن بود، معامله مزبور را تجاری تلقی کرد. این رویه در قانون نمونه داوری آنستیرال (نسخه ۱۹۸۵) به وضوح قابل مشاهده است. در ماده ۱ این قانون بی آن که معاملات تجاری تعریف شوند، فقط به تعریف وصف بین‌المللی پرداخته شده است؛ این بدان معناست که معاملات تجاری نیاز به ارائه تعریف نداشته و از نوع، کیفیت و قصد طرفین معامله می‌توان به ماهیت اصلی آن پی بُرد. علاوه بر این، مطابق قواعد عمومی کشورهای عضو این کنوانسیون، هر معامله‌ای که مدنی محسوب نشود، می‌تواند تجاری تلقی شود که این می‌تواند به شناسایی معاملات موضوع این کنوانسیون کمک شایانی نماید.

۲- مفهوم و معیار شناسایی واژه «بین‌المللی» در حل و فصل اختلافات

در این که چه زمانی و به چه نحو یک قرارداد، معامله یا موافقت‌نامه (اعم از داوری یا میانجیگری) «بین‌المللی» محسوب می‌شود، در نظام‌های حقوقی مختلف به طور مشخص معیار و رویه واحدی وجود ندارد؛ هر چند در برخی نظام‌ها به طور ناکافی یا جهت انسداد برخی تفاسیر ناروا، معیارهایی نیز ارائه شده است مانند بند «ب» ماده ۱ قانون داوری تجاری ایران (مصوب ۱۳۷۶) که مقرر می‌دارد: «داوری بین‌المللی عبارتست از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد»

^۱- ماده (۲) این کنوانسیون، فقط مقرر می‌دارد که «کنوانسیون نسبت به اختلافات تجاری میان اشخاص حقیقی یا حقوقی یا تابعیتی که با معاملات تجاری با یکی از دولت‌های متعاقد با یکی از اتباع آنان پیوند یافته‌اند یا مقر اصلی آنان در یکی از این دولت‌هاست اعمال می‌شود».

^۲- Panama Convention.

^۳- “An agreement in which the parties undertake to refer any dispute that may arise between them regarding a commercial transaction to general arbitration is valid”.

^۴- Business Transaction.

در حقوق سوئیس این رویه پذیرفته نشده و اعتقاد بر این است که «بین المللی» زمانی صادق است که لااقل یکی از طرفین اختلاف در خارج از آن کشور اقامت داشته باشند؛ این یعنی در فرض اول (حقوق ایران) مبنای بین المللی بودن تابعیت یکی از طرفین اختلاف و در فرض دوم (حقوق سوئیس) محل اقامت یکی از طرفین مبنا قرار داده شده است. در ایتالیا «بین المللی» زمانی است که یکی از طرفین در خارج سکونت داشته یا اینکه محل تجارت یکی از طرفین در خارج و یا اینکه محل اجرای بخش مهمی از تعهد در خارج از ایتالیا باشد و در فرانسه نیز بین المللی زمانی صادق است که ناظر به مصالح تجارت بین الملل باشد (ماده ۱۵۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی جدید) و منظور از آن هرگونه عملیاتی است که مبادله کالا، مال، خدمات یا پرداخت را در آن سوی مرزها نهاده و یا حداقل به اقتصاد دو کشور متفاوت ارتباط داشته باشد.

در قانون نمونه داوری آنسترال (مصوب ۱۹۸۵) مانند رویه مشابه حقوق سوئیس عمل شده است؛ زیرا در بند ۳ ماده ۱ (قسمت a) آمده است: «اگر محل تجارت طرفین اختلاف داوری در زمان انعقاد قرارداد، در کشورهای مختلف باشد»^۱ مطابق این ماده همچنین مقرر شده است که اگر محل داوری مطابق قرارداد در بخش عمده تعهد (ناشی از رابطه تجاری) در کشور دیگری باشد (خارج از محل تجارت طرفین) در این صورت نیز این داوری «بین المللی» تلقی می شود (قسمت b) و اگر طرفین اختلاف صراحتاً توافق کرده باشند که موضوع توافق نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط داشته باشد نیز چنین داوری «بین المللی» خواهد بود که این تقریر خالی از اشکال نخواهد بود (قسمت c) بنابراین همان گونه که مشاهده می گردد در توصیف وصف «بین المللی» رویه ای جامع و قابل اتکایی در نظام حل و فصل اختلافات وجود دارد؛ هر چند که تدوین کنندگان کنوانسیون سنگاپور سعی کرده اند این نقیصه را تا حدود زیادی مرتفع کنند. در مطالب ذیل این مبحث ابتدا معیار شناسایی وصف بین المللی شیوه های حل و فصل اختلافات تجاری (گفتار اول) سپس به توصیف این واژه در کنوانسیون میانجیگری سنگاپور اشاره خواهد شد که برای این عنصر اهمیت بسیار قائل شده است (گفتار دوم)؛ زیرا مطابق این کنوانسیون صرفاً اختلافاتی قابل ارجاع به میانجیگری مطابق رویه کلی کنوانسیون مذکور هستند که اولاً تجاری، ثانیاً بین المللی ثالثاً ناشی از میانجیگری باشند.

۲-۱- معیار شناسایی و تشخیص وصف بین المللی

به طور کلی سه شیوه برای تشخیص و احراز خصلت بین المللی نظام حل و فصل اختلافات وجود دارد. بنابراین، با اتکاء به این رویه، میانجیگری یا داوری ممکن است به این دلایل، بین المللی شناخته شود: (۱) موضوع یا آیین با سازمان آن بین المللی باشد؛ یا (۲) به طرف های درگیر داوری با نظام های صلاحیتی و قضایی متفاوتی پیوند داشته باشند؛ یا (۳) ترکیبی از این دو وجود داشته باشد.

۲-۱-۱- معیار عینی «بین المللی»

«معیار عینی»^۲ بر موضوع اختلاف و خصلت «بین المللی» یا ملی بر معامله منشأ دعوا تمرکز دارد. از این رو، منافع تجاری بین المللی با عنصر فرامرزی قرارداد منشأ اختلاف با این امر که اختلاف به یک نهاد داوری واقع بین المللی همچون دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی، دیوان داوری بین المللی لندن یا ایکسید، ارجاع شده است، کفایت می کند تا داوری وصف «بین المللی» به خود بگیرد.

^۱ - "If the place of business of the parties to the arbitration dispute is in different countries at the time of concluding the contract".

^۲ - Objective Criterion.

معیار عینی را در ساده‌ترین شکل می‌توان در قانون فرانسه یافت. ماده (۱۴۹۳) قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه می‌گوید: «داوری در صورتی بین‌المللی است که متضمن منافع تجاری بین‌المللی باشد» رویه قضایی قابل توجهی در فرانسه در مورد مفهوم معامله بین‌المللی وجود دارد. دادگاه‌های فرانسه در تبیین صرفاً اقتصادی داوری بین‌المللی رویکردی موسّع اختیار کرده‌اند با این توصیف که: «داوری در صورتی بین‌المللی است که ناشی از اختلافی باشد که اقتصاد بیش از یک کشور در آن دخیل باشد».^۱

به طور خاص دادگاه استیناف پاریس نظر داده است که: «ماهیت بین‌المللی داوری باید بر پایه واقعیت اقتصادی فرآیندی که در خلال آن پدید می‌آید تعیین شود (حمید، ۱۳۹۹: ۴۶) در این خصوص، تنها چیزی که لازم است این موضوع خواهد بود که معامله اقتصادی باید مستلزم نقل و انتقال کالا، خدمات یا وجوه در خارج از مرزهای ملی باشد، در حالی که تابعیت طرف‌ها، قانون حاکم بر قرارداد با داوری و محل داوری امور بی‌ارتباط هستند». رویکرد دادگاه‌های فرانسه دارای انسجام و یکپارچگی بوده و به گونه مؤثری داوری تجاری بین‌المللی را تشویق کرده است.

قانون آیین دادرسی مدنی رومانی در ماده (۳۶۹) رویکرد سنتی تعارض قوانین را در پیش گرفته است. با این مضمون که: «داوری‌ای که در رومانی انجام می‌شود در صورتی بین‌المللی محسوب می‌شود که ناشی از رابطه حقوقی خصوصی دارای عنصر خارجی باشد» ضعف بارز و ذاتی این نحوه نگرش به داوری بین‌المللی به تعریف «منافع تجاری بین‌المللی»^۲ بر می‌گردد، در حالی که اصطلاح «عنصر خارجی»^۳ اشکال کمتری تولید می‌کند و به اندازه کافی هم عام و گسترده است (جولیان دی ام لیو دیگران، پیشین: ۸۴).

۲-۱-۲- معیار شخصی «بین‌المللی»

تمرکز رویکرد «شخصی»^۴ بر تابعیت یا اقامتگاه یا محل تجارت متفاوت طرف‌های موافقت‌نامه داوری است؛ بنابراین، برای بین‌المللی بودن داوری، باید طرف‌ها از حوزه‌های قضایی مختلفی برخاسته باشند (همان) قوانین سابق داوری در انگلیس رویکرد شخصی داشتند.

این رویکرد در حال حاضر در ماده ۱۷۶ (۱) قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس برگزیده شده است. «مقررات این فصل نسبت به هرگونه داوری اعمال خواهد شد؛ به شرطی که مقر دیوان داوری در سوئیس باشد و در صورتی که در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری، حداقل یکی از طرفین اقامتگاه یا محل سکونت عادی او در سوئیس نباشد. معیار شخصی ممکن است به صورت قابل توجهی قلمرو داوری بین‌المللی را محدود کند» (همان) نمونه‌ای از نارسایی احتمالی این رویکرد را می‌توان در قرارداد توزیع مشاهده کرد. دو شرکت متعلق به یک کشور قرارداد توزیع منعقد می‌کنند و مطابق آن یکی از دو شرکت حق توزیع محصولات شرکت دیگر را در سطح جهانی دریافت می‌دارد اختلافات ناشی از چنین قراردادی مطابق قانون سوئیس داخلی خواهد بود؛ به شرطی که «مقر»^۵ هر دو شرکت در سوئیس باشد (حمید، پیشین: ۴۹) اما چنین اختلافی بر اساس قانون فرانسه اختلافی بین‌المللی است (بازگیر، ۱۳۸۰: ۲۳ به بعد).

^۱- "L'arbitrage est international s'il découle d'un différend impliquant l'économie de plusieurs pays".

^۲- International Business Interests.

^۳- Foreign Element.

^۴- Personal.

^۵- Saet.

۲-۱-۳- معیار تلفیقی «بین‌المللی»

رویکرد سوم هر دو رویکرد شخصی و عینی را ترکیب می‌کند. گرایش جدید به معیار ترکیبی را می‌توان در قانون نمونه مشاهده کرد. مطابق ماده ۱ (۳): «داوری در صورتی بین‌المللی است که: الف) مرکز فعالیت (اقامتگاه) طرفین موافقت‌نامه داوری، در زمان انعقاد قرارداد مذکور، در کشورهای مختلف باشد، یا (ب) یکی از محل‌های زیر، خارج از کشوری باشد که مرکز فعالیت طرفین در آن کشور واقع است.

(۱) محل داوری، در صورتی که موافقت‌نامه داوری (تصریح) با به موجب آن تعیین شده باشد؛

(۲) هر محلی که قسمت اساسی تعهدات ناشی از روابط تجاری بایستی در آن محل اجرا شود، یا محلی که موضوع اصلی اختلاف نزدیک‌ترین ارتباط را با آن محل دارد، یا (ج) طرفین صریحاً توافق کرده باشند که موضوع اصلی موافقت‌نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط دارد».

قانون نمونه آنسیترال، نظامی انعطاف‌پذیر و کارآمد برای تعیین خصلت بین‌المللی داوری ایجاد می‌کند. نگرش قانون نمونه متشکل از معیارهای جایگزین است و نیز قاعده تعارض قوانین را برای ربط دادن اشخاص حقوقی به یک نظام حقوقی خاص در بر می‌گیرد.

در همین راستا، قسمت (ج) بند (۳) ماده (۱) از این جهت مورد انتقاد واقع شده که بسیار گسترده است و به طرف‌های اختلاف اجازه می‌دهد بدون دلیلی روشن با پیوندی خارجی اختلاف را بین‌المللی سازند. در نتیجه، برخی کشورها به هنگام تصویب قانون نمونه این مورد آخر از موارد بین‌المللی بودن داوری را حذف کرده‌اند. بعضی کشورهای دیگر هم مانند هنگ کنگ، به طرف‌های داوری اختیار می‌دهند اختلاف خود را به قانون داوری داخلی یا بین‌المللی ارجاع دهند (مولایی بیرگانی، پیشین: ۲۱)

نمونه دیگر از تلفیق موفق معیارهای شخصی و عینی را می‌توان در اصلاحیه ۱۹۹۴ ماده (۸۳۲) قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا ملاحظه کرد: «چنانچه در تاریخ امضای شرط داوری با موافقت‌نامه داوری حداقل یکی از طرفین اقامتگاه یا مرکز اصلی فعالیتش در خارج از کشور باشد، یا چنانچه قسمت اساسی تعهدات ناشی از رابطه‌ای که اختلاف به آن مربوط می‌شود بایستی در خارج از کشور اجرا شود، مندرجات فصل‌های ۱ تا ۵ این عنوان تا جایی اعمال خواهد شد که از این فصل تخطی نکرده باشد مقررات معاهدات بین‌المللی در هر حال قابل اعمال خواهد بود» (Bernardini, 1994: 483). در همین حال، بخش (۲۰۲) قانون فدرال داوری ایالات متحده تعریف موافقت‌نامه داوری با حکم داوری مشمول کنوانسیون نیویورک را به دست می‌دهد. در حالی که معیار تابعیت به لحاظ اجرای کنوانسیون نیویورک مورد استفاده قرار می‌گیرد، رویه دیوان عالی ایالات متحده معیار عینی را پدید می‌آورد. این همزیستی به طور مؤثری عمل می‌کنند (بخش ۲۰۲ قانون فدرال داوری ایالات متحده آمریکا)

۳- معنای وصف «بین‌المللی» در کنوانسیون میانجیگری سنگاپور

کنوانسیون میانجیگری سنگاپور، وصف «بین‌المللی» را به دو صورت تعریف می‌کند؛ اولاً: اختلاف در صورتی بین‌المللی است که «حداقل دو طرف قرارداد حل و فصل محل کسب و کار خود را در کشورهای مختلف داشته باشند»^۱ ثانیاً: یک اختلاف می‌تواند بین‌المللی نیز باشد اگر «دولتی که طرفین قرارداد حل و فصل محل کسب و کار خود را در آن دارند با:

^۱ - At least two parties to the settlement agreement have their place of business in different countries.

۱. دولتی که در آن بخش قابل توجهی از تعهدات تحت توافق حل و فصل در آن انجام می شود، متفاوت باشد، ۲. دولتی که در آن موضوع توافق نامه حل و فصل نزدیکترین ارتباط را دارد»^۱.

این رویه نشان می دهد که کارگروه آنسیترال در تدوین نسخه نهایی کنوانسیون سنگاپور به هر دو رویکرد شناسایی و معیار تشخیص مفهوم بین المللی میانجیگری و موافقت نامه های ناشی از آن توجه داشته اند و مانند برخی اسناد و مقررات بین المللی مشابه تنها از یک رویه استفاده نکرده است؛ زیرا در قسمت نخست ماده ۱ (۱) مبنای بین المللی بودن اختلاف، محل خارجی کسب و کار است این یعنی اختلاف بر سر موضوعی باشد که به حقوق ملی طرفین ارتباط معنایی (حاکمیتی) نداشته باشد. اما چون این کنوانسیون فقط توافق نامه های بین المللی را تحت پوشش و قلمروی خود قرار داده است، لذا تلاش کرده است که از این حیث دارای جامعیت باشد.

بدین منظور در ادامه چنین مقرر کرده است که اگر دولتی که محل کار طرفین قرارداد حل و فصل در آن است با یکی از موارد ذیل متفاوت باشد در این صورت نیز میانجیگری بین المللی محسوب می گردد: دولتی که در آن بخش قابل توجهی از تعهدات در حال اجرا باشد (i) همچنین دولتی که موضوع توافق نامه حل و فصل با آن ارتباط نزدیکتری دارد (ii) که در حقوق بین الملل خصوصی از این نهاد با عنوان تابعیت عملی یا مؤثر یاد می کنند؛ این یعنی تابعیتی که به دلایل مؤثر و قابل قبول با دولتی معین همخوانی بیشتری دارد مانند اجرای بهتر سازش نامه، محل فعالیت میانجی، تأمین بهتر دلایل اثبات اختلاف و شهادت شهود یا کارشناسی، توافق طرفین و مواردی از این قبیل. نکته مهم در اینجا این است که اگر در مواردی که طرف اختلاف دارای بیش از یک محل تجاری باشد، محل کسب و کار مربوطه باید محلی باشد که با توجه به شرایط شناخته شده یا مورد نظر طرفین، با در نظر گرفتن شرایطی که طرفین در زمان انعقاد قرارداد حل و فصل شناخته شده یا در نظر گرفته اند. (ماده ۲ (۱) الف)، کنوانسیون سنگاپور در مورد میانجیگری^۲

()

علاوه بر این اگر یک طرف اختلاف محل کسب و کار نداشته باشد، باید به محل اقامت معمول و رایج وی که اقامت اصلی محسوب می گردد مراجعه کرد (ماده ۲ (۱) ب)، کنوانسیون سنگاپور در مورد میانجیگری^۳ به نظر می رسد اتخاذ این رویکرد توسط کارگروه تدوین کنوانسیون سنگاپور ناشی از گرایش آن به ارائه تعریف گسترده از وصف بین المللی در موافقت نامه های میانجیگری است، زیرا برخلاف دیگر اسناد و مقررات بین المللی مشابه (در زمینه داوری یا میانجیگری) که وصف بین المللی در یک حالت مشخص بیان شده است، در این سند تلاش شده است که بین المللی محدود به تابعیت خارجی یکی از طرفین اختلاف، محل خارجی کسب و کار طرفین و یا اجرای تعهدات در کشور دیگر نباشد و حتی الامکان از رویکرد تلفیقی و گسترده استفاده شده است تا بتواند اختلافات بسیاری را در قلمروی خویش قرار دهد (با رعایت وصف تجاری اصل اختلاف)

¹- A dispute can also be international if “the state in which the parties to the settlement agreement have their place of business is different from:

1. The state in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement are performed;
2. The state in which the subject of the settlement agreement is most closely related.

2 Article 2(1) (a), Singapore Convention on Mediation

3 Article 2(1) (b), Singapore Convention on Mediation

۴- نتیجه گیری

در بیشتر اسناد و مقررات بین المللی مربوط به حل و فصل اختلافات به شیوه جایگزین مانند داوری و میانجیگری که واجد دو عنصر کلیدی «تجاری» و «بین المللی» می باشند، همواره این ضرورت احساس می گردد که تدوین کنندگان اسناد مزبور نسبت به ارائه تعریف صحیح و منطبق با مواد همان سند اقدام مؤثر انجام نمایند، زیرا اصولاً این اقدام سبب خواهد شد طرفین اختلاف و دادگاههای ملی در اجرای سازش نامه ها تنظیمی و آرای داوری با مشکل در اجرا مواجه نشوند.

از یک سو ممکن است داور یا میانجی ناخواسته وارد رسیدگی به اختلافی شود که از بدو امر در صلاحیت وی نبوده (بنا به تفسیر اشتباه از ماهیت و موضوع اختلاف که تجاری است یا خیر و یا اینکه واجد وصف بین المللی خواهد بود و یا ملی بوده باشد و اساساً ارتباطی به حقوق بین الملل نداشته است) و از سویی، در بسیاری از اسناد و مقررات بین المللی به صراحت تصریح شده است که این سند فقط شامل موافقت نامه های بین المللی می گردد و برای شناسایی و معیار تشخیص آن از موارد مشابه داخلی (ملی) تمهیداتی نیز اندیشیده است (مانند کنوانسیون میانجیگری سنگاپور)

بنابراین طبیعی است که کارگروههای تدوین مقررات بین المللی در زمینه حل و فصل اختلافات دو مفهوم «تجاری» و «بین المللی» را در همان سند تعریف و نسبت به معیارهای شناسایی آنها تمهیدات لازم را اتخاذ کرده باشند. البته در برخی از این اسناد از واژه «تجاری» روی گردان شده است و تنها به تعریف واژه «بین المللی» بسنده شده است که به نظر می رسد این گروهها از رویه هایی پیروی کرده اند که حقوق مدنی را در قلمروی صلاحیت های قضایی ملی دولتها برشمرده و همواره «اصل» در نظام حل و فصل اختلافات بین المللی را بر «تجارت بین الملل» و مسائل مربوط به آن در نظر گرفته اند، اما به اعتقاد ما این رویکرد نمی تواند گره گشا باشد، زیرا ممکن است در برخی نظام های حقوقی داخلی کشورها اعمال و رویه های تجاری با برخی دیگر تفاوت بنیایی داشته باشند.

در این فرض، اگر دو شرکت یا شخص حقیقی و یا حتی دولتها با یکدیگر اختلافی داشته باشند و مطابق با یک سند مشخص تمایل به حل اختلاف داشته باشند، اینکه اصل اختلاف ماهیتاً جنبه تجاری دارد یا خیر و آیا در قلمروی شمول سند حاکم بر رسیدگی داور یا میانجی قرار خواهد گرفت یا خیر، خود، اختلاف دیگری است که بی تردید فرآیند حل اختلاف را با اطاله و تغییرات محتوایی بیشتر مواجه می کند. در برخی کشورها قانونگذاران از مفهوم تجاری نه در مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات بلکه در مقررات مربوط به حقوق تجارت نسبت به ارائه معیار شناسایی پرداخته اند مانند قانونگذار ایرانی که در مواد ۱ تا ۴ قانون تجارت به معیار تشخیص تاجر از غیر تاجر و مفهوم اعمال تجاری از غیر تجاری پرداخته است اما هیچ گاه بیان نکرده است که منظور از تجارت چیست یا حقوق تجارت به چه معناست.

به نظر می رسد در این حالت ناگزیر باید از همان مفهوم رایج تجاری و تجارت استفاده کرد که هدف کسب سود و منفعت و قصد انجام صرفاً انتفاع است که به اعتقاد ما با توجه به گستردگی حقوق تجارت و شاخصه های آن در فراسوی مرزها شاید این معیار دیگر مانند گشته کارایی و تأثیر خود را بر فرآیند حل و فصل اختلافات بین المللی را نداشته باشد و همان گونه که بیان گردید نتواند کمکی به اشخاص مشارکت کننده در حل اختلاف نماید. هر چند همین گروه از قانونگذاران از مفهوم بین المللی ارائه تعریف نموده و از این حیث اجمال موجود را تا حدودی رفع کرده اند هر چند که این تعاریف از هر نظام حقوقی با نظام دیگر دارای تفاوت آشکار است (مانند تعریف ارائه شده از مفهوم بین الملل در قانون داوری تجاری بین المللی ایران و قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا، فرانسه و رومانی و قانون حقوق بین الملل

خصوصی سوئیس) و یا تعریف بین المللی در قانون نمونه داوری آنسترال و اخیراً ارائه معیار شناسایی و تمیز بین المللی در کنوانسیون میانجیگری سنگاپور.

بنابراین، پیشنهاد می گردد برای رفع این تهافت و چنددستگی دیدگاهها و رویکردها که هر یک به سمت و سویی گرایش داشته اند نسبت به یک رویکرد و دیدگاه واحد، منسجم و متحدالشکل درآیند تا بدین ترتیب نظام حل و فصل اختلافات تجاری که امروزه مرزهای ملی را در هم نوردیده و به همه دنیا تعمیم داده شده اند، وصف «بین المللی» را به شکل منظم تری لحاظ کنند. این رویکرد سبب خواهد شد که استنباط ها و برداشت ها از وصف بین المللی اختلاف ناصحیح نبوده و منطبق با موازین حقوق تجارت بین الملل باشد اعم از اینکه در این راهبرد از مؤلفه های همچون تابعیت استفاده شود، محل کسب و کار، محل اجرای تعهدات یا بخشی از آنها، اقامتگاه و یا توافق طرفین اختلاف یا شاخصه های دیگر. همچنین، همه اسناد بین المللی مربوط به حل اختلاف به شیوه جایگزین مانند داوری و میانجیگری از رویه جدید کنوانسیون میانجیگری سنگاپور پیروی کنند که برخی اختلافات غیرتجاری را صراحتاً از محتوای این سند خارج کرده است پیروی نمایند. به این ترتیب، داور یا میانجی به آسانی می تواند از رسیدگی به دعاوی غیرتجاری براساس تصریح سند حاکم بر رویه حل اختلاف امتناع نماید.

از این رویه مناسب است قانونگذار ایرانی بهره وری حداکثری را نماید؛ زیرا در حال حاضر هیچ سند قانونی درایران ناظر به این موضوع وجود ندارد؛ قانون داوری تجاری نیز با دشواری توانسته است اختلافات بین المللی را از ملی متمایز سازد.

فهرست منابع

- شاپیرا، ژان (۱۳۷۱). **حقوق بین‌المللی بازرگانی**، ترجمه ربیعا اسکینی، چاپ اول، تهران، نشر سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). **دائرة المعارف علوم اسلامی قضایی**، جلد ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جولیان دی ام لیو؛ لوکاس ای مسیتلیس و استفان ام کرول (۱۳۹۱). **داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی**، ترجمه محمدحبيب مجنده، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه علامه مفید.
- حاجی پور، عسکر؛ رجب‌زاده، علیرضا و فلاح، محمدرضا (۱۳۹۶). قلمرو اعمال قانون در داوری تجاری بین‌المللی، **فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل**، دوره نخست، شماره بیست و پنجم، صص ۲۰۱-۱۷۸.
- حمید، کامل (۱۳۹۹). **ارزش اثباتی و استنادپذیری ادله اثبات دعاوی در داوری های تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، اهواز، انتشارات کتابکده آرشید.
- حمید، کامل، (پاییز ۱۴۰۳) قواعد حاکم بر نظام حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی در کنوانسیون سنگاپور، **فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری**، شماره ۳، دوره ۲۰، صص ۸۷-۱۰۴.
- معبودی نیشابوری، رضا و رضائی، سیدعلیرضا (۱۳۹۹). تحلیل دعاوی مستثنی شده از قلمرو کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه، **فصلنامه مطالعات حقوقی معاصر**، سال یازدهم، شماره بیستم، صص ۱۹۴-۱۶۹.
- معبودی نیشابوری، رضا و رضائی، سیدعلیرضا (۱۳۹۹). قلمرو سازش نامه های مشمول کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۵۰، شماره ۴، صص ۸۰۱-۷۸۳.
- مولایی بیرگانی، پوران (۱۳۹۷). **بررسی ابعاد حقوقی داوری تجاری بین‌المللی در فضای مجازی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد الکترونیکی.
- Bernardini, Piero. (1994). **L Arbitration en Italie Apres Al Recent Reforme**, Rev Arb 479.
- Saumya, Ayushi. (2020). **Singapore Convention on Mediation: A Historic Evolution of the Mediation Landscape**, International Journal of Law Management & Humanities, Vol. 3 Iss 5.

The criteria for identifying the description of "commercial" and "international" in alternative ways of solving transnational disputes with an emphasis on arbitration and mediation

Kamel Hamid¹, Ali Rostami Far², Hamid Ghasemi³

Abstract:

The concepts of "commercial" and "international" are of great importance in the resolution of transnational disputes. The reason for this importance is the scope of the documents and regulations related to "arbitration" and "mediation" regarding the resolution of the proposed dispute and the proceedings of the arbitrator and mediator. Since the nature of "commercial" and "civil" as well as "international" disputes is different from "national" and explicitly civil and national disputes are related to the domestic laws of countries and will be separate from the scope of international documents; therefore, the question arises as to what is the criterion and standard for identifying the two aforementioned concepts in the non-judicial dispute resolution system and which claims should be considered "commercial" and "international" and which ones should be considered "civil" and "national"? The result is that in the proceedings of the arbitrator and mediator in transnational disputes, another interpretation of the nature of the contract and the procedure for the proceedings should be considered. In this study, which was collected using a descriptive-analytical method and relying on library resources, it was concluded that in the transnational dispute resolution system, there is no single procedure for distinguishing the commercial and international nature of a dispute except for the clarification of the dispute resolution document, the basic contract and the dispute resolution agreement or the declaration of the parties, and in principle, the dispute resolution officers will face a kind of confusion in this regard. Of course, in some documents such as the Singapore Mediation Convention, necessary measures have been taken to distinguish between international and civil characteristics. It seems that in dispute resolution by arbitration, these two concepts can be distinguished to some extent, but in mediation, this distinction is difficult.

Keywords: international, commercial, award, arbitration, mediation, transnational, identification criteria.

¹ . PhD Student in Private Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran

² . Assistant Professor, Department of Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran.
(Responsible author)

arq119@yahoo.com

³ . Assistant Professor, Department of Law, Bandar Abbas Branch, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran