


اول لندو*
ترجمه: محسن محبی



حقوق بازرگانی فراملی
در
داوری تجاری بین المللی

* اول لندو Ole Lando استاد حقوق در انستیتوی حقوق بازار اروپا، مدرسه اقتصاد و مدیریت کینهاگ (دانمارک)، از صاحب نظران بنام حقوق تجارت بین الملل و داوری بین المللی است و در این زمینه، مقالات متعددی در مجلات حقوقی بین المللی معتبر از وی به چاپ رسیده است.



شپوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

موضوع این مقاله عبارت است از بررسی اجرا و کاربرد آنچه که به «حقوق بازرگانی فراملی»^۲ مشهور شده، در داوری تجاری بین‌المللی. اصولاً داوری وقتی بین‌المللی است که موضوع اصلی یا طرفین آن با سیستمهای حقوقی متعدّد ارتباط داشته باشند، مانند مواردی که اقامتگاه طرفین داوری در کشورهای مختلف واقع شده باشد. در طول چند دهه اخیر داوری بمنظور حلّ و فصل اختلافات بین‌المللی، اهمیّت روزافزونی یافته

۱ و ۲. «حقوق بازرگانی فراملی» معادلی است که برای Lex Mercatoria در نظر گرفته‌ایم. هرچند در عبارت لاتین مذکور، lex به معنای قانون و حقوق و Mercatoria، هم به معنای بازرگانی و هم به معنای تاجر است و لذا بایستی به «قانون بازرگانی» یا «حقوق بازرگانی» یا «قانون تجار» ترجمه شود، اما چون Lex Mercatoria غیر از مقرّرات بازرگانی داخلی یا ملی است و ضمناً با حقوق تجارت بین‌المللی نیز مفهوم یکسانی ندارد، علیهذا به نظر می‌رسد ترجمه آن به «حقوق بازرگانی فراملی» به مفهوم واقعی آن نزدیک‌تر باشد. بطور کلی این حقوق، محصول و مبعوث جامعه بین‌المللی بازرگانان است بدون اینکه از مقرّرات دولتهای متبوع ایشان متأثر باشد؛ زیرا جدا از حقوق داخلی کشورها است. مباحث و منابع این حقوق در بند ۲ همین مقاله مورد بحث قرار گرفته است. ضمناً منظور از اعمال، کاربرد، شمول یا اجرای این حقوق در داوری تجاری بین‌المللی که در سراسر این مقاله تکرار شده، اعمال آن به عنوان «قانون حاکم» بر اختلاف تحت داوری است. «مترجم»

است. مؤسساتی که هدفشان مشخصاً داوری تجاری بین‌المللی بوده است، در بسیاری از کشورها بوجود آمده و مؤسسات داوری فعلی نیز کراراً مورد مراجعه قرار گرفته‌اند.

طرفین یک قرارداد بین‌المللی، گاهی توافق می‌کنند که هیچ حقوق داخلی حاکم بر اختلافات آنها نباشد، بلکه در عوض، اختلافات خود را مشمول عرفها و کاربردهای [رسوم] تجارت بین‌المللی و قواعد و مقررات حقوقی که در تمام یا اغلب کشورهای درگیر با تجارت بین‌المللی یا کشورهایی که پیوندی با اختلافات مربوطه داشته باشند عمومیت دارند، قرار می‌دهند. در جایی که چنین قواعد عامی قابل تعیین و تحدید نیست، داوران قاعده و یا راه‌حلی را که به نظر آنها مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین است، اعمال می‌نمایند، و در چنین کاری، قوانین سیستمهای حقوقی گوناگون را نیز ملحوظ می‌دارند. این پروسه قضائی را که در بخشی، اجرای قواعد حقوقی و در بخش دیگر، روندی گزینشی و ابداعی است، اجرای حقوق بازرگانی فراملی می‌نامیم.

حقوق بازرگانی فراملی

در قاره اروپا، داوران کراراً حقوق بازرگانی فراملی را در حل و فصل اختلافات بین‌المللی اعمال می‌کنند.³ در قراردادهای بین دولت، یا واحدهای تجاری دولتی با واحدهای تجاری خصوصی، غالباً ماده‌ای که ناظر به همین مطلب است، درج و قید می‌گردد.⁴ دولتها میل ندارند که اختلافات ناشی از قراردادهای مذکور تحت قوانین یک کشور

3. Derains, "New Trends in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration" (1981) 3 N.W.J. Int. L. Bus. 40, and "Cours d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. Chronique des sentences arbitrales" [1982] Clunet 968.

4. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (1978), No. 139, pp. 367, 372.

خارجی حل و فصل شود. طرفهای خصوصی نیز علاقه ای ندارند که قرارداد، مشمول قوانین یک کشور خارجی باشد؛ زیرا ممکن است این قوانین پس از انعقاد قرارداد، به زیان آنان تغییر کند. مواد مربوط به احاله اختلاف به حقوق بازرگانی فراملی را در قراردادهای فیما بین واحدهای تجاری خصوصی نیز می توان یافت.

طرفین با انتخاب حقوق بازرگانی فراملی [به عنوان قانون حاکم]، از مسائل فنی سیستمهای حقوق داخلی خلاص می شوند و از [شمول] قواعد حقوقی که مناسب با قراردادهای بین المللی نیست، اجتناب می نمایند و به این ترتیب از تشریفات خاص، مواعد کوتاه زوال حق^۵ و بعضی مشکلات که ناشی از قوانین محلی است و در کشورهای دیگر شناخته شده نیست — مانند مقررات «کامن لو» در خصوص «عوض» و «اصل نسبی بودن قراردادها»^۶ — رها می شوند. علاوه بر این، کسانی که درگیر در دعوی هستند — طرفین، وکلا و داوران — همه در یک موقعیت مساوی، دفاع و استدلال می کنند و هیچکدام از آنها این امتیاز را ندارد که دعوی مطابق قوانین کشور متبوع او مورد دفاع و تصمیم گیری واقع شود و یا به اعتبار اینکه دعوی مشمول یک قانون خارجی است، در موقعیتی فروتر و عقب تر از بقیه بماند.

در کشورهای تابع حقوق نوشته یا «کامن لو»، اینکه آیا طرفین می توانند توافق کنند که قرارداد، مشمول حقوق بازرگانی فراملی باشد یا خیر، هنوز مسئله ای است مورد نزاع و بحث، که در مقاله حاضر مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ ولی ابتدا منابع فعلی حقوق بازرگانی فراملی و پروسه قضائی را که لازمه اجرا و اعمال این حقوق در ماهیت اختلاف است و آن را ایجاب می کند، مطالعه می کنیم.

۵. brief cut - off period انقضای مواعیدی که منتهی به زوال حق می شود؛ مانند مواعیدی که برای استفاده از

بعضی اختیارات وجود دارد. «مترجم»

۶. privity of contract اصل نسبی بودن قراردادها که بموجب آن قرارداد فقط نسبت به متعاملان و

قائم مقام آنها تأثیر دارد (ماده ۱۶۹ ق. م. ایران). «مترجم»



منابع موجود؛

«حقوق بازرگانی فراملی جدید»

در این مقاله، مواردی را که حقوق بازرگانی فراملی در آنها اولویت داشته و مجری است و قانون داخلی مشخصی حاکم بر قرارداد نیست، مورد بحث قرار می‌دهیم؛ یعنی مطالعه وضعیت‌هایی که هیچ حقوق داخلی که مقررات آمره آن در خصوص قرارداد قابل اجرا باشد و مقررات تکمیلی آن، خلأ ناشی از سکوت حقوق بازرگانی فراملی را پُر کند، در بین نباشد.^۷ ترکیب بین حقوق بازرگانی فراملی و حقوق داخلی در داوری بین‌المللی، تحقق‌پذیر است و مسائل خود را دارد که در این مقاله وارد آن نمی‌شویم؛ هر چند بعضی ملاحظات و نکات زیرین ناظر به این موضوع نیز هست. بهر حال ارائه و تهیه فهرست جامع و مانع کلیه عناصر و منابع حقوق بازرگانی فراملی، امکان‌پذیر نیست،^۸ ولی منابع ذیل قابل شمارش است:

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۷. بعضی از مؤلفان در بررسی خود به موضوع ترکیب و اختلاط قواعد عام در جامعه تجارت بین‌المللی - حقوق بازرگانی فراملی جدید - با قواعد سیستم حقوق داخلی نیز پرداخته‌اند. (رجوع کنید به:

(Goldmann, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage International: réalité et perspective*, clunet 475, 1979.)

ماده (۱) ۴۲ «کنوانسیون ۱۹۶۵ حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتها دیگر» نیز همین فرض را پیش‌بینی کرده است. بهر حال در چنین مواردی مسئله ترتب مطرح است. مثلاً آیا داور می‌تواند قواعد حقوق بازرگانی فراملی را در مواردی که این قواعد با مقررات آمره حقوق داخلی معارض باشد، اجرا کند؟ و آیا می‌تواند به جای مقررات تکمیلی حقوق داخلی، راه حل یا قواعدی را که گرچه هنوز در حقوق بازرگانی فراملی نیز وجود ندارد، ولی با قراردادهای بین‌المللی تناسب بهتری دارد، اجرا نماید؟

8. Fouchard, *L'arbitrage commercial international* (1965), No. 579.

الف. حقوق بین الملل عمومی

حقوق بین الملل عمومی یکی از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی بشمار می‌رود. قواعد حقوق بین الملل عمومی راجع به عهدنامه‌ها، در قراردادهای بین واحدهای تجاری دولتی و اشخاص خصوصی نیز اجرا شده است. بسیاری از مواد کنوانسیون ۱۳ مه ۱۹۶۹ وین در مورد معاهدات، انعکاس نقطه ثقل عمومی است که در سیستمهای حقوقی متعدد وجود دارد و بنابراین، برای قراردادهای بین المللی نیز مناسب می‌باشد. کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ بانک جهانی نیز مقرراتی را در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر^۹ پیش بینی کرده است. ماده ۴۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، دیوان داور، از جمله، به آن قواعد حقوق بین الملل که بتواند در خصوص مورد اجرا شود، استناد می‌نماید. همچنین پاره‌ای از قواعد حقوق بین الملل عمومی نیز می‌تواند در اختلافات فیما بین شرکتهای تجاری خصوصی اعمال شود.

ب. قوانین متحد الشکل پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مقررات متحد الشکلی که برای تجارت بین المللی مورد تصویب کشورها قرار گرفته نیز به عنوان منبع دیگر حقوق بازرگانی فراملی از اهمیت برخوردار است؛ مانند قانون متحد الشکل فروش اشیاء [منقول] که در سال ۱۹۶۴ توسط پاره‌ای کشورهای اروپائی تصویب شده است^{۱۰}، یا کنوانسیون راجع به قراردادهای فروش بین المللی اشیاء [منقول] ۱۹۸۰ که انتظار می‌رود بسیاری از کشورهای اروپائی آن را بپذیرند.^{۱۱}

9. World Bank Convention of 18 March 1965 establishing "International Centre for settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States".

10. Uniform Law on the sale of goods of 1964.

11. Convention on contract for the International sale of goods of 1980.

در مواردی که دادگاههای کشورهای که با طرفین یا موضوع اصلی اختلاف پیوندی دارند، مکلف باشند که قانون متحدالشکلی را [به لحاظ اینکه دولت متبوع آنها قانون مذکور را پذیرفته است] اجرا نمایند، داوران نیز ملزمند که به همین نحو عمل کرده و همان قانون را اعمال کنند. البته در اینکه گفتیم «داوران ملزمند»، به این نکته نیز توجه داشته ایم که در پاره ای موارد وظیفه داور در این خصوص انجام شدنی نیست و موانعی وجود دارد که در قسمت چهارم این مقاله توضیح خواهیم داد. بهرحال در سایر موارد، مقررات متحدالشکل مذکور داور را در اتخاذ تصمیم، صرفاً هدایت و راهنمایی می‌کند که اینک او را موظف به اجرای چنین مقرراتی بنماید که نمونه‌های زیادی از آن در آرای منتشره وجود دارد.^{۱۲}

ج. اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی که توسط ملل و جوامع تجارتي مورد قبول و شناسائی واقع شده نیز از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی است،^{۱۳} که از آن جمله است قاعده لزوم وفای به عهد^{۱۴} یا این اصل که هر کدام از طرفین قرارداد می‌توانند در صورت نقض اساسی آن توسط طرف مقابل، آن را فسخ کنند. تعیین اینکه کدامیک از قواعد، از اصول کلی حقوقی بشمار می‌رود، همیشه آسان نیست؛ هر چند به لحاظ توسعه ادبیات حقوقی امکان این تشخیص نیز روبه افزایش و رشد است. مشهور است که داوران برای یافتن اصول کلی سیستمهای حقوقی بزرگ جهان، از «دائرة المعارف حقوق تطبیقی»^{۱۵}، استفاده می‌کنند. تجزیه و تحلیل تطبیقی قوانین به داوران

۱۲. رجوع کنید به رای داوری ICC به شماره ۲۸۷۹/۷۸ - Clunet (۱۹۷۹) ، ۹۸۹.

۱۳. رجوع کنید به رای داوری ICC به شماره ۳۳۲۷/۸۱ - Clunet (۱۹۸۲) ، ۹۷۳.

14. Pata sunt servenda

۱۵. این دائرة المعارف مجموعه ای معتبر و بسیار غنی است که به صورت مسلسل و موضوعی زیر نظر و توسط پاره ای از صاحب نظران حقوق تطبیقی یا اساتید حقوق کشورهای مختلف تهیه و نوشته و منتشر می‌گردد. تا به حال در ۲۷ موضوع مختلف حقوقی (جمعاً ۱۰۵ شماره) انتشار یافته و عنوان انگلیسی آن چنین است:

می‌گوید که آیا قواعد موجود در سیستم‌های حقوقی، ولو به طرق مختلف تنظیم شده باشند، به نتایج واحدی منتهی می‌شوند یا خیر؟ معمولاً وقتی که داور با یک اصل کلی یا راه‌حل عمومی در خصوص موضوع تحت رسیدگی مواجه می‌گردد، مجبور است که از آن تبعیت کند.

پاره‌ای از مؤلفان، حقوق بازرگانی فراملی را یک حقوق جهانی تصور نموده‌اند؛ حال آنکه ضرورتی ندارد این حقوق در سراسر جهان یکسان باشد. داور توجه دارد که تحقیق و بررسی‌های او محدود به آن سیستم‌های حقوقی شوند که با موضوع اصلی دعوی ارتباط دارند. هرگاه این سیستم‌های حقوقی، قاعده یا قواعد عامی داشته باشند که به نتایج واحدی منتهی می‌گردند، داور ملزم است از این قاعده عمومی که حاکم سیستم‌های حقوقی مذکور است، پیروی کند و لو سیستم‌های حقوقی دیگر [که ارتباطی با موضوع اختلاف ندارند] نتایج متفاوتی به دست دهند.

د. قواعد سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی از قبیل سازمان ملل متحد، اونکتاد^{۱۶}، او. ای. سی. دی^{۱۷} و غیره راه‌حلی، پیشنهادات و مجموعه مقرراتی را که برای نحوه برخورد با مسائل مربوط به قراردادها ارائه شده، پذیرفته‌اند. این نوع تدابیر و مقررات که فاقد ماهیتی الزام‌آور هستند، غالباً متضمن و مبتنی بر اصل حسن نیت و معامله دوستانه می‌باشند. علاوه بر این، بایستی از کوشش‌های والای مربوط به متحدالشکل کردن قوانین تجاری نام برد. Unidroit^{۱۸} و کمیسیون اروپائی [تدوین] قانون قراردادها، مشغول وضع اصول کلی حقوق قراردادها، به ترتیب برای کلیه ملل جهان و دولتهای عضو

۱۶. UNCTAD = United Nation Conference on Trade and Development «کنفرانس

سازمان ملل متحد در مورد تجارت و توسعه». «مترجم»

۱۷. OECD = Organization of Economic Co-operation and Development «سازمان همکاری

و توسعه اقتصادی» «مترجم»

۱۸. Int'l Institute for The Unification of Private Law «انستیتوی بین‌المللی برای متحدالشکل کردن

حقوق خصوصی» «مترجم»

جامعه اروپائی هستند. این اصول به عنوان قواعدی که گرچه لازم الاتباع نیستند ولی از جمله راهنمای دیوانهای داوری بین المللی می باشند، سرانجام در معرض اطلاع عموم قرار خواهد گرفت.^{۱۸}

ه. عرف و کاربرد

عنصر بسیار مهم دیگر حقوق بازرگانی فراملی، عرفها [رویه ها] و کاربردهای [رسوم] تجارت بین المللی است. عرفها و کاربردهای بعضی انواع تجارت شامل قراردادهای بین المللی و داخلی، هر دو می باشد؛ ولی بعضی دیگر فقط شامل روابط بین المللی است. به این نکته بایستی برخی رویه های مدون از قبیل اینکوترم*، مقررات و رویه های متحد الشکل اعتبارات اسنادی و متن ماده نمونه در مورد فورس ماژور و موانع را که اخیراً توسط (ICC) تهیه و منتشر شده نیز اضافه نمود. این عرفها، کاربردها و مواد متحد الشکل قراردادی، فقط هنگامی قابل اجرا است که طرفین، در مورد شمول آنها موافقت کرده باشند. معذک حتی در مواردی که حاکم بودن آنها بر اختلافات مربوط، مورد توافق قبلی قرار نگرفته باشد، برای محاکم و داورها دست کم راهنمایی را به دنبال خواهد داشت.

و. قراردادهای استاندارد

قراردادهای استاندارد متعددی وجود دارد که مقبولیت بین المللی یافته اند؛ مانند «شرایط عمومی تهیه دستگاه و ماشین آلات جهت صدور» که بوسیله «کمیسیون اقتصادی اروپا» در سال ۱۹۵۳ تهیه شده است. پاره ای مواد استاندارد یا نمونه که برای درج در قراردادهای بین افراد خصوصی تهیه شده نیز از همین مقبولیت برخوردار می باشد. محاکم و همچنین مراجع

18. Bonell, "The Unidroit Initiation for the Progressive Codification of International Law" (1978) 27 I.C.L.Q. 413, and Lando, "European Contract Law" (1983) 31 A.J.C.L. 653. In 1976 UNCITRAL adopted Arbitration Rules for international arbitration ad hoc (UN Doc. No. E. 77. V. 6, 1977) which the UN General Assembly recommended for settlement of international commercial disputes (UNGA Res. 31/98 of 15 Dec. 1976).

* International Commercial Terms.

داوری تفسیرهائی از این قراردادهای استاندارد یا مواد قراردادی نمونه بعمل آورده‌اند. در مواردی که محاکم کشورهای مختلف نظریکسانی در باب تفسیر مواد خاصی از این نوع قراردادها ارائه کرده‌اند، چنین تفسیری برای داوران نیز الزام آور خواهد بود؛ ولی تفسیری که فقط در تصمیم یک دادگاه یا یک رأی داوری آمده است، برای داوران جنبه راهنمایی خواهد داشت.

ز. آرای داوری منتشره

بسیاری از آرای داوری منتشر نمی‌شود و حتی نسبت به اعضای رشته تجارت مربوطه نیز محرمانه نگهداری می‌گردد. این امر جای تأسف است؛ زیرا آرای داوری یکی از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی بشمار می‌رود. البته در طول چند دهه اخیر تمایلی در مورد توسعه انتشار این قبیل آرا بوجود آمده است. آنچه تاکنون منتشر شده است، چون نحوه برخورد های متعدد با دعاوی مختلف را نشان می‌دهد، برای داوران راهنمای مفیدی خواهد بود و ادبیات حقوقی آرای منتشره نیز بسیار غنی است.^{۱۹} بهر حال بایستی امیدوار بود که آرای هر چه بیشتری منتشر گردد تا در نتیجه تبادل نظر و مباحثات بین مؤلفان و داوران، از تشتت نظرات جلوگیری شود و یکسانی و هماهنگی در آرا به دست آید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی



حقوق بازرگانی فراملی: پروسه قضائی

حقوق بازرگانی فراملی هنوز پیکره حقوق نامنسجم و ناقصی است که با افزایش قوانین و مقررات متحد الشکل، عرفها و کاربردهای تجارت بین المللی و میزان روزافزون آرای منتشره توسعه می‌یابد؛ ولی هیچگاه

19. Lew, "Applicable Law in International Commercial" (1978), No. 139, pp. 367, 372. and Lando, "Conflict - of - Law Rules for Arbitrators", in Festschrift für Konrad Zweigert (1981), p. 157.

به سطح وسیع و جافتاده سیستمهای حقوق داخلی نمی‌رسد. این واقعیتی است که باید پذیرفت؛ ولی بطوریکه خواهیم دید، لازم نیست برای این منظور، این راه هم بپذیریم که پس حقوق بازرگانی فراملی نمی‌تواند اجرا شود و کاربُردی ندارد.^{۲۰}

الف. مکتبهای جزمیون و نوآوران

ماهیت ناقص حقوق بازرگانی فراملی موجب می‌گردد که پروسه داوری به چیزی بیش از صرف اعمال قواعد از قبل تعیین شده، مبدل شود. داور اغلب مجبور است از منابعی بجز حقوق بازرگانی فراملی — یعنی عمدتاً از حقوق داخلی — رهنمود بگیرد. گاهی اوقات بایستی راه حل جدیدی را ابداع کند و به این ترتیب مانند یک «مهندس اجتماعی» عمل نماید. مخالفان حقوق بازرگانی فراملی مدعی اند که این حقوق، نیروی الزام آور خود را از منابع دولت نمی‌گیرد و سیستمی را که به اندازه کافی مستحکم و ذاتی باشد، بنا نمی‌نهد و نمی‌تواند یک نظام حقوقی بشمار رود و بنابراین به عنوان یک مبنا جهت حل و فصل اختلافات حقوقی، مناسب نیست.^{۲۱} مکتب دیگری که مؤلف نیز بدان تعلق دارد، می‌گوید که نیروی الزام آور حقوق بازرگانی فراملی ناشی از این واقعیت نیست که این حقوق ساخته و برخاسته از اراده مقامات دولتی باشد؛ بلکه منبعث و متکی به این حقیقت است که به عنوان یک سیستم [حقوقی] متداول و دارای حاکمیت، از جانب جامعه تجاری و مراجع دولتی شناسائی شده است. این دو مکتب مختلف، بیان کننده دو طرز تلقی متفاوت از پروسه

۲۰. برای اطلاع از جایگاه این حقوق مراجعه کنید به «فکری بر تئوری حقوق فراملی»، میشل ویرالی، ترجمه دکتر ناصر صبح خیز، مجله حقوقی شماره ۳، صفحه ۸۷. «مترجم»

21. Mann, "Lex facit arbitrum", in International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke (1967), p. 157; Mustill and Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England (1982), p. 611; Russell on Arbitration (19th ed., 1979), p. 230; Schlosser and Pirrung, Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit (1975), Vol. 1. No. 159 et seq.; Klein, "De l'autorité et de la loi dans les rapports commerciaux internationaux", in Festschrift für F.A. Mann (1977), p. 617.

حقوقی هستند: یکی از آنها که متولی و جانبدار مقررات و رویه‌های قضائی است، عقیده دارد که حقوقدانان همواره می‌کوشند تا مسئله مطروحه نزد خود را تحت مقررات و رویه خاصی درآورند و با آن تطبیق دهند (جزمیون). نوآوران به منابع حقوق، به نحوی که جزمیون بدان تعلق خاطر دارند، دل بسته و وابسته نیستند؛ بلکه به مسئله مطروحه، از جوانب گوناگون نظر می‌اندازند و ملاحظات مخالف را نیز ارزیابی کرده و سپس انتخاب خود را می‌کنند.

ب. حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نوآوری

آن داوری که حقوق بازرگانی فراملی را در پرونده‌ای اعمال می‌کند، بیش از کسی که مجری حقوق داخلی است، نوآوری می‌نماید؛ در حالیکه با مواد اولیه حقوقی مشخصی که این حقوق پیش او می‌نهد مواجه است، غالباً مجبور است که از جای دیگری هم راهنمایی بگیرد و منبع اصلی که در این رابطه پیش رو دارد، سیستمهای حقوقی مختلف و مرتبط با پرونده است. هنگامی که این منابع با یکدیگر معارض هستند، بایستی بین آنها گزینش کند و یا راه حل جدیدی بجوید. از این رهگذر است که حقوق بازرگانی فراملی، غالباً روندی خلاق و نوآور می‌یابد.

داوران با ملیتهای مختلف که در مراجع داوری [حرفه‌ای] اختصاصی^{۲۲}، حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص اختلاف مطروحه اعمال کرده‌اند، برای رسیدن به نظر واحد نسبت به موضوع تحت رسیدگی با مشکلات بزرگی مواجه نبوده‌اند؛ زیرا هنگامی که حقوق مذکور، در خصوص دعوی مطروحه ساکت بوده ولی قانون داخلی مرتبط با آن چنین وضعی نداشته، بعضی از داوران به راه حلی تأکید ورزیده‌اند که سیستم حقوقی متبوع خود ایشان، مقرر می‌کرده است — به این عنوان که در صدد یافتن مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین راه حل برای پرونده مربوطه بوده‌اند.

۲۲. منظور، مراجع داوری است که برای رسیدگی به نوع خاصی از اختلافات تجاری تشکیل شده یا می‌شود؛ مانند مرکز داوری انجمن شکر در لندن که قواعد خاصی برای رسیدگی و سنجش حقوقی اختلاف و اتخاذ تصمیم در اختیار دارد. «مترجم»

داوران با اجرای حقوق بازرگانی فراملی می‌توانند از آزادی عملی که برای انتخاب بهترین قانون و قاعده حقوقی دارند - و محاکم گاهی از این آزادی عمل محرومند - استفاده نمایند. مثلاً «قانون فروش اشیاء» اسکاندیناویا مقرر می‌دارد خریداری که می‌خواهد به تأخیر در تسلیم مبیع استناد کند، بایستی بلافاصله پس از تسلیم، اختاریه‌ای ارسال نماید. این قاعده با بیع بین‌المللی سازگار نیست. خریداران غیر اسکاندیناویائی از این قاعده اطلاعی ندارند و چه بسا برای آنها دام و دردسری باشد. قاعده مقرر در ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی اشیاء که بموجب آن [در چنین مواردی] اختاریه بایستی در مدت معقولی ارسال گردد، راه حلّ بهتری را ارائه می‌کند.

اکثر داوران، مبادی و تصور عمومی از چگونگی انجام تجارت در دست دارند که ایشان را به اتخاذ جهت و سمت‌گیری مشابهی می‌کشاند. غالباً شّم و ملکه ذهنی ایشان، نتیجه کار را - قبل از اینکه بموجب ادله و استدلال به دست آید - به آنها می‌گوید. در حین کوشش برای استدلال، تشخیص می‌دهند که موضوع مشمول قاعده‌ای است که هنوز لازم است حدود و ثغور آن مشخص تر شود. حتی محاکم نیز بعضاً با چنین وضعی مواجه‌اند. دادگاههای اسکاندیناوی، گاهی به جای استناد به قواعد حقوقی در رأی خود، به واقعیاتی اشاره می‌کنند که آنها را به سنجش و نتیجه‌گیری خاصی از دعوی رهنمون شده است و پس از بیان این واقعیات، مثلاً چنین احراز می‌کنند که نقض قرارداد از جانب خوانده آنچنان غیرموجه بوده است که جایی برای استناد او به ماده [شرط] معافیت از مسئولیت مندرج در قرارداد، باقی نمی‌گذارد. در چنین مواردی روشن نیست که آیا دادگاه به یک قاعده عمومی مبنی بر اینکه «معافیت از مسئولیت با وجود نقض غیرموجه قرارداد، نمی‌تواند معتبر باشد»^{۲۳}، استناد کرده یا اینکه عقیده و نظر آن فقط ناظر به شرایط خاص دعوی مطروحه می‌باشد. کسی نمی‌تواند

۲۳. شرط عدم مسئولیت با وجود نقض قرارداد از جانب متعهد. «مترجم»

از داوران انتظار داشته باشد که استدلالهای علمی بیشتری از آنچه در این قبیل آرای محاکم می‌شود، بنمایند. بهر حال معمولاً چنین نحوه استدلالی، طرفین دعوی را ارضا می‌کند و برای ایشان قابل درک است.

بسیاری از داوران به تفسیر قرارداد تکیه می‌کنند. کشورهای دارای حقوق نوشته، مقررات موضوعه‌ای برای تفسیر دارند؛ ولی داوران در مقام تفسیر، بندرت به این مقررات استناد می‌نمایند. تفسیر یک قرارداد عموماً مبتنی بر عقل و منطق می‌باشد که دو ویژگی عمومی در همه انسانها است. حقوق بازرگانی فراملی در این کار [تفسیر] علاوه بر این دو ابزار، از تلقی و برداشت عمومی داوران که استدراک غنی تری را به دنبال دارد نیز برخوردار است. البته علی‌رغم این تلقی و برداشت عمومی که در داوران وجود دارد، ممکن است باز هم کسی فکر کند که در مجموعه غنی حقوق داخلی، آرای منسجم‌تر و آگاهانه‌تری صادر می‌شود.

در بسیاری از موارد، قانون داخلی بیش از حقوق بازرگانی فراملی سرانجام کار را بطور روشن و قطعی برای طرفین مشخص می‌نماید؛ خصوصاً در جایی که طرفین توافق کرده باشند که قرارداد فیما بین، مشمول قانون داخلی معینی بوده و داور نیز با قانون منتخب ایشان آشنا باشد. در مواردی که قانون قابل اجرا تعیین نشده، این تردید بوجود می‌آید که موضوع مشمول کدام قانون است. هر چند قواعد حل تعارض قراردادها رو به یکسانی و متحدالشکل شدن دارد، ولی هنوز هم مسائل و مشکلاتی وجود دارد.^{۲۴} یکی از این مسائل هنگامی بروز می‌کند که داور مکلف است قواعد سیستم حقوقی مشخصی را نسبت به موضوع اجرا کند که با آن سیستم بیگانه است. دعاوی مربوط نشان می‌دهد که مشکلات داوران در این قبیل موارد قابل ملاحظه می‌باشد^{۲۵} و اشتباه در گزینش [قانون مناسب] نیز کم نبوده است. حقوق بازرگانی فراملی این امتیاز را دارد که گرفتار قواعد حل تعارض

24. Lando, in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law, Chap. 24, Contracts, Nos. 4, 142.

25. Rabel, Conflict of Laws (1958), Vol. IV, p. 473.

که مورد اکراه و کلا نیز می‌باشد، نیست و آنها را به کناری نهاده است.^{۲۶} حتی در مواردی که داوران از حقوق داخلی که ملزم به اجرای آن در خصوص مورد هستند، اطلاع دارند، باز هم ممکن است به دامن مشکلاتی بیفتند که سرانجام تصمیم و رأی ایشان را غیر مستند و نامدلل سازد. قواعد مختلف حقوق داخلی، فقط برای روابط داخلی وضع شده‌اند و برای مواردی که متضمن یک عنصر خارجی باشد، مناسب نیستند. داوران حین مواجه شدن با این قواعد حقوقی، بعضاً در بلا تکلیفی بین اجرای قانون و انصاف قرار می‌گیرند. در چنین حالتی حقوق بازرگانی فراملی متضمن راه حل مشخص تر و قطعی تری است. برای اتخاذ تصمیم در یک دعوی و مثلاً در مورد اینکه آیا طرف زیان دیده در خصوص اخطار تأخیر در تسلیم مبیع، بموقع اقدام کرده است یا نه، حقوق بازرگانی فراملی — همانطور که فوقاً بیان شد — پاسخ را براساس ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی اشیاء خواهد داد. اما اگر قرار باشد این دعوی تحت قوانین دانمارک رسیدگی شود، این تردید بوجود می‌آید که آیا محاکم این کشور در مورد شرایط اخطاریه فوری [بلافاصله پس از تسلیم مبیع] هنگامی که خریداریک خارجی باشد، آسان تر می‌گیرند؟ به نظر می‌رسد که رویه قضائی دانمارک در این مورد مشخص نیست و مطلب هنوز حل نشده است. پاره‌ای از مؤلفانی که با حق طرفین در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم مخالف هستند، این را قبول دارند که طرفین می‌توانند توافق کنند که اختلافات مربوطه به صورت دوستانه و یا براساس انصاف حل و فصل شود. ولی ایندو نیز مبانی‌ای هستند که برای حل و فصل اختلافات، از حقوق بازرگانی فراملی نامشخص ترند. برخلاف نظر عمومی که وجود دارد، بین حقوق مذکور و انصاف فرق است. حقوق بازرگانی فراملی داور را ملزم می‌سازد که تصمیم خود را برضوابط این حقوق مبتنی سازد، حتی اگر انصاف، او را به نتیجه دیگری برساند.^{۲۷}

26. See e.g. the ICC award 20, Oct 1979; Ad Hoc Award of 23 July 1981 (1983) VIII Y.B. Comm Arb.

27. See judgment of 4 March 1981 by the Paris Tribunal de grande instance, [1981] Clunet 836.

قواعدی که بموجب آنها حق خریدار برای طرح دعوی معیوب بودن کالا، پس از سپری شدن مدت معینی زائل می‌شود، ممکن است برای کالاهائی که عمر زیادی دارند مناسب نباشند. اگر یک فروشنده اسکانیدیناویائی چنین کالائی را به یک خریدار آلمانی فروخته باشد، داور بایستی احراز کند که قبل از ارسال اظهاریه، مدت دو ساله اخطار عیب کالا وفق ماده ۳۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی اشیاء، نسبت به فروشنده در چه تاریخی منقضی شده است؛ هر چند منصفانه‌تر این باشد که انقضای مدت مذکور نسبت به خریدار، مورد بررسی و احراز قرار گیرد. مدت زوال حق بموجب کنوانسیون فوق‌الذکر طولانی‌تر می‌باشد از آنچه که در فصل ۵۴ قانون بیع اسکانیدیناوی و فصل ۷۷ قانون مدنی آلمان آمده است. از مراتب فوق چنین نتیجه می‌گیریم که حقوق بازرگانی فراملی قابلیت اجرا و کاربُرد را دارد، ولو اینکه سیستم حقوقی ناقص و تکامل نیافته‌ای باشد. تمام سیستمهای حقوق داخلی روزی ناقص بوده‌اند و برخی هنوز هم دچار کمبود هستند. ممنوع کردن بازرگانان از حق انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم، نوعی اعمال قیمومیت غیرمجاز و غیرموجه برایشان است. بعلاوه بطوریکه ذیلاً بررسی خواهیم کرد، انتخاب این حقوق، به این معنی نیست که برای طرفین، امکان یا فرصتی پیش آید تا از قواعد حقوقی آمره ظفره روند.

در بخش بعدی موضع بعضی سیستمهای حقوقی مشخص در خصوص آرای صادره براساس حقوق بازرگانی فراملی را بررسی می‌کنیم: اولاً، آیا در صورتیکه آرای محاکم داخلی مستنداً به حقوق بازرگانی فراملی صادر شده باشند، محکوم علیه می‌تواند بی اعتباری* آنرا بخواهد؟ آیا محکوم له می‌تواند آن را به شناسائی و اجرا در کشورهای دیگر برساند؟ ثانیاً، شناسائی و اجرای احکام مبتنی بر حقوق مذکور را مطالعه می‌کنیم. ثالثاً،

* Set aside. منظور این است که محکوم علیه در مقابل درخواست اجرای حکم (صدور اجرائیه) مدعی بی اعتباری حکم و ابطال آن شود. «مترجم»

وظیفه داور را در مورد رعایت نظم عمومی بین المللی و مقررات آمره کشورهای که با موضوع اصلی اختلاف پیوند نزدیکی دارند، مورد بحث قرار می دهیم.



موضع حقوق داخلی در مورد موافقتنامه ها و احکام داوری مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی

الف. قوانین

۱. کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱: هشت کشور اروپای غربی یعنی بلژیک، اتریش، دانمارک، آلمان غربی، فنلاند، فرانسه، ایتالیا و اسپانیا و بسیاری از کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی، «کنوانسیون اروپائی ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ در مورد داوری تجاری بین المللی»^{۲۸} را پذیرفته و تصویب کرده اند. این کنوانسیون ناظر به موافقتنامه داوری بین المللی بین اشخاصی که اقامتگاههای ایشان در قلمرو کشورهای مختلف عضو کنوانسیون باشد و همچنین ناظر به آئین رسیدگی داوری و احکام داوری است.

ماده (۱) ۷ این کنوانسیون مقرر می دارد: «طرفین آزادند که از طریق قرارداد، قانونی را که داوران بایستی در مورد ماهیت اختلاف اجرا نمایند، تعیین کنند. در صورتیکه هیچ نشانه و دلالتی بر قصد طرفین در مورد قانون حاکم وجود نداشته باشد، داوران قانون مناسب را بموجب قواعد حل تعارضی که خود قابل اجرا بدانند، تعیین و اعمال می نمایند. داوران در هر دو حالت، شرایط قرارداد و کاربردهای تجاری مربوط را نیز ملحوظ می دارند».

این ماده مبتنی بر این پیش فرض است که ماهیت اختلاف،

28. European Convention of 21 April 1961 on International Commercial Arbitration, see Lew op. cit. N. 252.

مشمول یک قانون ملی باشد. البته بموجب ماده (۲) همان کنوانسیون، در صورتیکه طرفین توافق کرده باشند، - مشروط بر اینکه اصولاً بموجب قانون حاکم برخورد داوری، بتوانند چنین توافقی بنمایند - داوران می‌توانند به عنوان «مصالحه دهنده عادل» [از سرخیرخواهی]،^{۲۹} اتخاذ تصمیم نمایند. منتهی با توجه به اینکه حقوق بازرگانی فراملی داوران را ملزم می‌سازد که بیش از آنکه به عنوان مصالحه دهنده عادل تصمیم بگیرند، قواعد حقوقی را رعایت کنند، دیگر نمی‌توان گفت که داور در صورتی می‌تواند براساس حقوق بازرگانی فراملی به دعوی رسیدگی نماید که هم طرفین قبلاً چنین توافق کرده باشند و هم طبق قانون حاکم برداوری، اجازه داشته باشند که نسبت به یک مصالحه دهنده از سر انصاف توافق نمایند.^{۳۰} توافق نمایند.^{۳۰}

کنوانسیون اروپائی مورد بحث بمنظور تسهیل شناسائی و اجرای احکام داوری تهیّه و تنظیم شده است. این کنوانسیون به دولتهای عضو اجازه می‌دهد - نه اینکه آنها را ملزم کند - که شناسائی و اجرای موافقتنامه‌ها و آرای داوری در کشور خود را محدود به آنهایی نمایند که منطبق با شرایط و مفاد کنوانسیون باشند. البته ممکن است دول عضو کنوانسیون، قلمرو این اجازه را به آنسوی این محدودیت نیز توسعه دهند، که فرانسه به همین نحو عمل کرده است.

۲. فرانسه: نویسندگان فرانسوی بطور وسیع از اعمال حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی دفاع و حمایت کرده‌اند^{۳۱} و کوششهای ایشان ثمراتی نیز داشته است. مصوبه دولتی مورخ ۱۲ مه ۱۹۸۱

29. amiable compositeur

۳۰. به عبارت دیگر حقوق بازرگانی فراملی غیر از صرف انصاف است. اتخاذ تصمیم براساس انصاف است که محتاج اجازه و توافق قبلی طرفین می‌باشد، آنهم در صورتیکه حسب قانون حاکم برداوری بتوانند چنین توافقی بنمایند؛ والا رسیدگی و صدور حکم براساس حقوق بازرگانی فراملی از مصادیق ماده (۲) ۷ محسوب نمی‌شود. «مترجم»

31. Fouchard, op. cit. p. 401 - 458.

مقررات جدیدی را در مورد داوری بین‌المللی، به آئین دادرسی مدنی اضافه کرده است. بموجب ماده ۱۴۹۶، داور مقررات قانونی را در مورد قرارداد اجرا می‌کند که طرفین خود برگزیده‌اند و چنانچه انتخابی صورت نگرفته باشد، مقرراتی را اعمال می‌نماید که خود مناسب تشخیص دهد. مقررات مذکور، احکام صادره از مراجع فرانسوی و بیگانه را که براساس حقوق بازرگانی فراملی و یا براساس سایر منابع حقوقی غیر داخلی صادر شده است، حتی در مواردی که طرفین چنین توافقی نکرده باشند، شناسائی کرده و معتبر می‌شمرد.^{۳۲}

۳. سوئیس و آلمان: مؤلفان سوئسی و آلمانی را بایستی برحسب اینکه آیا اجرای حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی را مجاز بدانند یا نه، از هم جدا کرد.^{۳۳} نگارنده به آرای داوری مرتبط با موضوع که منتشر شده باشد، دست نیافت؛ اما مؤلفان متعدّد، حتی کسانی که با حقوق بازرگانی فراملی مخالف بوده و با آن سرکین دارند^{۳۴}، در این نکته موافقند که حکم صادره براساس «عدالت و انصاف» را فقط در صورتی می‌توان بی اعتبار کرد که یکی از اصول مهمّ نظم عمومی آلمان را نقض کرده باشد و صرف اینکه مقررات امره حقوق آلمان نقض شده باشد، برای ابطال رأی کافی نیست.^{۳۵}

32. Robert, L'arbitrage, droit interne, droit international privé (1982), No. 330.

33. In favour of the *lex mercatoria*: von Hoffmann "Lex mercatoria vor internationalen Schiedsgerichten" [1984] IPRax. 106; Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (2nd ed., 1976), pp. 15 and 391; Lalive, "Les règles de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siège en Suisse" [1976] Revue de l'Arbitrage 155. Among those opposed are: Klein, op. cit. supra n. 21; Schlosser and Pirrung, op. cit. supra n. 21; Martiny, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1983), Vol. 7.

34. Schlosser and Pirrung, Recht der int'l privaten Schiedsgerichtsbarkeit 1975, Vol. 1, No. 623.

۳۵. بنابراین، صرف اینکه حکم داوری مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی است، برای ابطال آن طبق حقوق آلمان کافی نیست؛ بلکه ملاک این است که آیا خلاف نظم عمومی — آنهم اصول اساسی آن — هست یا

خیر؟ «مترجم»

۴. اتریش: دیوان کشور اتریش طی حکم مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۸۲ خود، رأی صادره از ICC وین و مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۷۹ را که مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی بود، ابرام کرده است.^{۳۶} طرفین دعوی مذکور، در قرارداد فیما بین نه در مورد شمول حقوق بازرگانی فراملی نسبت به اختلافات خود توافق کرده بودند و نه حلّ و فصل اختلافات را به «مصالحه دهنده عادل» ارجاع داشته بودند. موضوع و سئوال تحت رسیدگی داوران این بود که آیا خواهان اهل ترکیه — که عامل خواننده فرانسوی بود و برای محصولات او در ترکیه بازاریابی می‌کرد — می‌تواند خسارات حق العمل خود را پس از اینکه خواننده آن را رد کرده مطالبه کند یا نه؟ داوران نتوانستند قانون ملی را که اعمال آن در خصوص دعوی به اندازه کافی الزام آور باشد — اعم از اینکه قانون ملی فرانسه باشد یا ترکیه — بیابند، و بنابراین براساس حقوق بازرگانی فراملی رأی دادند. داوران سرانجام با استناد و اجرای اصل حُسن نیت و معامله دُستانه، اعلام کردند که فسخ قرارداد توسط خواننده موجه نبوده و مبلغ ۸۰۰,۰۰۰ فرانک فرانسه بابت خسارات به نفع خواهان رأی دادند. دیوان عالی اتریش احراز کرد که اجرای حقوق بازرگانی فراملی موجه و درست بوده و اشاره نمود که حکم مذکور هیچکدام از مقررات آمره ترکیه یا فرانسه را نیز نقض نکرده است.

۵. انگلیس و ولز: پاره ای از مؤلفان انگلیسی گفته اند که داور همواره بایستی قانون را اجرا کند.^{۳۷} ایشان احکام مبتنی بر «انصاف و حُسن نیت»^{۳۸} یا حقوق بازرگانی فراملی را نمی‌پذیرند.^{۳۹} عده دیگری از نویسندگان، اجرای این حقوق را درست و صحیح می‌دانند. به نظر می‌رسد که مفهوم حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک سیستم حقوقی اصیل و

36. Pabalk Ticaret v. Norsolor [1984] IPRax. 97.

37. See Mann, Mustill and Boyd, and Russell, op.cit. supra n. 21.

38. equity and good conscience.

39. Lew, op. cit. supra n. 4, at No. 343 et seq.; Schmitthoff, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", in Sources of the Law of International Trade (1964), p. 3.

بنیادی، هنوز برای داوران انگلیسی بیگانه می‌باشد و اینکه محاکم انگلیس چگونه با چنین احکامی برخورد می‌کنند، هنوز نامعلوم و محل تردید است. در مواردی که ذکر ادله و استدلال در متن رأی لازم نباشد و در متن رأی نیز استدلال بیان نشده باشد،^{۴۰} محاکم انگلیسی صالح نیز در مقام اجرا و شناسائی وارد در مبنای حقوقی آن نمی‌شوند.^{۴۱} پیش از ۱۹۷۸، محاکم مذکور آرائی را که مبتنی بر انصاف بود، ابطال می‌کردند؛ ولی در سال ۱۹۷۸ دادگاه استیناف، شرط داوری مندرج در یک قرارداد را که بموجب آن داوران «به رعایت مقررات قانونی خاصی ملزم نبودند، ولی ... مکلف بودند که هر نوع اختلافی را بر اساس تفسیری منصفانه از شرایط و مفاد قرارداد و نه تفسیر مضیق حقوقی آن، حل و فصل نمایند»، پذیرفت و معتبر دانست و این شرط قراردادی را «کاملاً معقول» یافت. به نظر دادگاه استیناف مذکور، شرط قراردادی مورد بحث، صلاحیت دادگاه را انکار نمی‌کرد؛ بلکه «تشریفات و ساختمان خاص آن را» کمی جابجا می‌نمود.^{۴۲} البته می‌توان سؤال کرد که آیا این حکم استینافی شامل شرط و ماده ناظر به اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» در قرارداد نیز می‌شود یا خیر؟^{۴۳، ۴۴}

علاوه بر این، طبق قانون داوری ۱۹۷۹، طرفین می‌توانند طی یک موافقتنامه کتبی حق طرح مسائل قانونی نزد دادگاه را از خود سلب کنند و حتی پس از بروز اختلاف نیز می‌توانند چنین توافقی بنمایند. طرفین یک قرارداد بین‌المللی هم در صورتیکه صریحاً توافق کنند که اختلافاتشان مشمول قانونی غیر از قانون انگلیس است، می‌توانند پیش از بروز اختلاف،

۴۰. معمولاً وقتی دعوی بر اساس عدالت و انصاف رسیدگی می‌شود، حکم فاقد استدلال و توجیه متداول حقوقی است. منظور این قبیل احکام است. «مترجم»

41. Mustill and Boyd, op. cit. supra n. 21, at p. 704.

42. Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Yuval Insurance Co. Ltd. [1978] 1 Lloyd's Rep. 357 (CA).

43. Mustill and Boyd op. cit. p. 605, 611.

۴۴. طرح این سؤال به این خاطر است که حکم استینافی مذکور راجع به قراردادی است که تفسیر منصفانه قرارداد، ملاک حل و فصل دعوی بوده نه خصوص حقوق بازرگانی فراملی. «مترجم»

به همین ترتیب از خود سلب حق نمایند. اکنون ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر طرفین یک قرارداد بین المللی، به جای قانون خارجی، حقوق بازرگانی فراملی را حاکم بر اختلافات خود دانسته باشند، آیا باز هم توافق ایشان به شرح فوق — یعنی اینکه پاره‌ای مسائل قانونی را نزد دادگاه انگلیسی مطرح نکنند — معتبر است یا خیر؟ آیا محاکم انگلیس که به چنین مسئله‌ای رسیدگی می‌کنند، می‌توانند از روح و اهداف قانون داوری ۱۹۷۹ که از جمله عبارت است از محدود کردن حق بازبینی و رسیدگی محاکم انگلیس نسبت به برداشتهای داوران از قانون مربوط در یک داوری بین المللی، تأثیر پذیرفته و تبعیت کنند؟^{۴۵}

نکته دیگر آنکه انگلیس به کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ «در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» ملحق شده است. اختلافات مذکور بایستی از طریق داوری حل و فصل شوند و حسب ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون، دیوان داوری بایستی مطابق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، در مورد اختلاف رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. طرفین نیز حق دارند نسبت به یک قانون غیرملی — مانند حقوق بازرگانی فراملی — به عنوان قانون حاکم توافق نمایند.^{۴۶} ماده (۱) ۴۲ مذکور همچنین مقرر می‌دارد که در صورت نبودن چنین توافقی، دیوان داوری، قانون دولت متعاهدی [عضو کنوانسیون] را که طرف اختلاف است [شامل قواعد حل تعارض آن] و نیز قواعدی از حقوق بین الملل را که قابل اجرا باشد، در خصوص اختلاف و دعوی مربوط، بکار گرفته و اعمال می‌نماید. به نظر می‌رسد که بطور کلی در این نکته اتفاق نظر وجود دارد که «قواعد حقوق بین الملل» نه تنها شامل قواعد حقوق بین الملل

۴۵. منظور این است که با توجه به روح قانون داوری ۱۹۷۹ می‌توان استدلال کرد که اگر قانون حاکم، حقوق بازرگانی فراملی باشد و طرفین نیز توافق کرده باشند که مسائل قانونی نزد دادگاه مطرح نشود، چون این توافق معتبر است، لذا حکم صادره بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی نیز از نظر حقوق انگلیس معتبر خواهد بود. «مترجم»

46. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Differends relatifs aux Investissements (CIRDI)" (1982) 109 Journal du Droit International 775, 825.

عمومی است، بلکه ناظر به آنچه که در این مقاله به عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» از آن نام می‌بریم نیز می‌باشد.^{۴۷} علاوه بر این، بموجب آرای داوری صادره براساس کنوانسیون مذکور، اکنون مسلم شده است که در صورت تعارض بین قوانین دولت متعاقد و «قواعد حقوق بین الملل»، قواعد حقوق بین الملل مرجح خواهد بود.^{۴۸} بهر حال هنوز معلوم نیست که آیا ماده ۴۲ کنوانسیون به شرح فوق می‌تواند بر طرز برداشت عمومی محاکم انگلیس از «حقوق بازرگانی فراملی» تأثیری داشته باشد یا خیر؟

۶. ایالات متحده: محاکم فدرال و بیشتر محاکم ایالتی اکراه دارند که احکام داوری را به استناد دلایل و مبانی حقوقی ابطال کنند. دیوان عالی امریکا طی یک نظریه قضائی اعلام نموده است که: «تفسیر قانون بوسیله داوران، برعکس بی‌اعتنائی آشکار به آن، نمی‌تواند در محاکم فدرال به لحاظ اشتباه در تفسیر، تحت بازبینی و رسیدگی قضائی مجدد قرار گیرد».^{۴۹} مواردی را که محاکم فدرال یک حکم را به اعتبار بی‌اعتنائی و خلاف قانون بودن آشکار آن ابطال کرده باشند، مشخص نیست. هر چند «حقوق بازرگانی فراملی» برای داوران امریکائی نیز بیگانه است، ولی بعید به نظر می‌رسد که موافقتنامه داوری که حاوی انتخاب حقوق مذکور به عنوان قانون حاکم باشد یا یک حکم داوری که براساس چنان موافقتنامه‌ای صادر شده باشد، در محاکم امریکا مورد ایراد و اعتراض قرار گیرد.

۷. کشورهای اسکاندیناویائی (نوردیک): مکتب واقع گرایان طرفدار رویه قضائی در کشورهای اسکاندیناویائی، عقیده دارند که حتی پیشرفته‌ترین سیستم حقوقی از این حیث که پاسخ از قبل تعیین شده و مستندی برای بسیاری از مسائل حقوقی ندارد، ناقص است.^{۵۰} نتیجه اینکه

47. Lew, op. cit. No. 345; Delaume, op. cit. at p. 828.

48. Award of 30 Nov. 1979; Delaume, op. cit. at p. 829.

49. San Martine Compania de Navegacion SA v. Saguenay Terminals Ltd., 293 F. 2d 796 (1961), Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration (1968), p. 245.

50. Ross, Ret og retfoerdighed, 1953, p. 51.

نمی‌توان بطور اصولی و مستدل از اجرای یک سیستم حقوقی مانند حقوق بازرگانی فراملی، صرفاً به اعتبار نازل بودن میزان بلوغ و غنای آن، خودداری کرد. این سخن بدان معنی است که محاکم اسکاندیناوی موافقتنامه‌های داوری را که متضمن شرط اجرای حقوق بازرگانی فراملی و یا آرای مبتنی بر حقوق مذکور است، ابطال نمی‌نمایند؛ گرچه هنوز این موضوع بطور کامل حل نشده است. محاکم مذکور در چنین مواردی به اغلب احتمال از اراده طرفین که هنگام انتخاب حقوق بازرگانی فراملی از کم و کیف آن آگاه بوده‌اند، پیروی می‌کند و به آن احترام می‌گذارد.

البته در مواردی که طرفین یا وکلای آنها دعوی خود را براساس این فرض که سیستم حقوقی خاصی حاکم بر موضوع است، ارائه و تعرفه کرده‌اند، داوران مکلفند که همان سیستم حقوقی مورد نظر ایشان را اجرا کرده و محترم شمرند. چنانچه داوران در چنین مواردی، حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص دعوی مربوطه اعمال نمایند، حال آنکه طرفین خود خواستار اجرای قانون داخلی خاصی بوده‌اند، در واقع دعوی را براساس و منطبق با توافق طرفین رسیدگی نکرده‌اند. بموجب ماده ۷ قانون داوری ۱۹۷۲ دانمارک، همین نحوه عمل می‌تواند از موارد ابطال رأی بشمار رود.

محاکم اسکاندیناوی حکم صادره براساس موافقتنامه داوری که حل و فصل اختلاف را توسط «مصالحه دهنده عادل» یا طبق «حقوق بازرگانی فراملی» پیش‌بینی کرده است، می‌پذیرند و اجرا می‌نمایند. هرگاه در داوری بین المللی قرار باشد که حکم براساس انصاف صادر شود، حقوق بازرگانی فراملی نیز می‌تواند مبنا و اساس مناسبی برای صدور چنین حکمی بشمار رود.^{۵۱}

51. Goldmann, "La Lex Mercatoria dans Les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspective", *clunet* 475. 1979. p. 215.

ب. نظریه و نتیجه

از مراتب فوق چنین نتیجه گرفته می‌شود که محاکم بسیاری از کشورهای فوق‌الذکر، موافقتنامه دآوری بین طرفین را که متضمن اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» باشد، و یا حکمی را که به دنبال چنین موافقتنامه‌ای صادر شده و مبتنی بر حقوق مذکور است، لغو و ابطال نمی‌کنند. قوه مقننه فرانسه صریحاً کاربرد این حقوق را اجازه داده و دیوان عالی اتریش نیز - ولو با شرایط و اوصاف خاصی - حکمی را که حاوی اعمال و اجرای حقوق مذکور باشد، پذیرفته و ابرام نموده است. فرانسه اجازه داده است که حتی در مواردی که طرفین نسبت به شمول حقوق بازرگانی فراملی توافقی نکرده‌اند نیز داوران آن را اجرا نمایند. معذک در اینکه محاکم سایر کشورها چگونه با اجرا و اعمال این حقوق در چنین مواردی [عدم توافق و پیش‌بینی قبلی طرفین در مورد شمول آن] برخورد خواهند کرد، تردید وجود دارد.

بدیهی است در مواردی که هر کدام از طرفین چنین استدلال و دفاع کنند که دآوری بایستی براساس یک قانون ملی انجام گیرد، دیگر داور مجاز نیست حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کند، و در صورتیکه غیر از این انجام دهد، در واقع نسبت به دعوی به طریقی اتخاذ تصمیم کرده که با وظیفه محوله به او منطبق نیست.



نحوه برخورد با اجرای احکام خارجی

ممکن است محکوم علیه در کشوری غیر از محل صدور حکم، اقامتگاه یا اموالی داشته باشد. در صورتیکه او حکم را طوعاً اجرا نکند، معمولاً محکوم له درصدد برمی‌آید که آن را در کشور دیگری که محل اقامت

یا اموال او است، اجرا نماید. در این قسمت به احکام داوری مشمول کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ نیویورک «در مورد شناسائی و اجرای احکام داوری»^{۵۲}، و احکام مشمول کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ می‌پردازیم. کنوانسیون نیویورک توسط بیش از ۶۰ کشور تصویب و قبول شده که از آن جمله است کشورهای عضو جامعه اروپائی و کامکون^{۵۳} و همچنین کشورهای اسکاندیناویائی و ایالات متحده آمریکا.

این کنوانسیون ناظر به احکامی است که در هر یک از کشورهای عضو و متعهد صادر شده باشد. محاکم کشورهای عضو بایستی چنین احکامی را شناسائی و اجرا نمایند مگر اینکه یکی از دلایل یا موارد مذکور در ماده ۵ کنوانسیون، برای رد آنها وجود داشته باشد؛ ولی صرف اینکه داور در مقام صدور حکم در مورد ماهیت اختلاف، به حقوق بازرگانی فراملی استناد و تکیه کرده است، از جمله موارد رد حکم که در ماده ۵ مذکور آمده، نمی‌باشد. مع الوصف کنوانسیون اجازه داده است که کشورهای عضو از شناسائی و اجرای احکامی که هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده و یا توسط مقامات صالحه کشور محل صدور و یا بموجب مقررات و قوانین کشور مذکور نقض و ابطال شده‌اند، امتناع ورزند. استناد به حقوق بازرگانی فراملی در یک حکم، بعضاً می‌تواند بموجب مقررات محلی از جمله موارد نقض و ابطال رأی در کشور محل صدور بشمار رود.

کنوانسیون نیویورک به کشورهای عضو این حق را می‌دهد که از شناسائی و اجرای آن دسته از احکام خارجی که نسبت به طرفین حکم الزام آور نشده و یا نقض شده‌اند، امتناع ورزند. تعبیر «می‌توانند» در قوانین و متونی که برخی از کشورهای عضو کنوانسیون برای محاکم داخلی خود

52. New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

۵۳. COMEcon یا CMEA=Council for Mutual Economic Assistance. «شورای کمکهای اقتصادی متقابل» در سال ۱۹۴۹ توسط شوروی و کشورهای اروپای شرقی به عنوان سازمانی شبیه «سازمان همکاری اقتصادی اروپا»، تأسیس شد و اهداف و برنامه‌هایی شامل رشد اقتصادی و همکاری کشورهای عضو در زمینه تولید، تأمین مواد خام و تحقیقات علمی و فنی دارد. «مترجم»

وضع کرده‌اند نیز کراراً آمده است: محاکم می‌توانند امتناع ورزند، ولی مکلف به امتناع نیستند. البته فرانسه یک قدم جلوتر رفته است؛ زیرا محاکم فرانسوی نمی‌توانند از شناسائی و اجرای احکامی که در خارج از فرانسه صادر شده‌اند، بنا به دلایلی — غیر از آنچه که برای نقض و ابطال احکام صادره در خود فرانسه لازم است — امتناع نمایند. (ماده ۱۵۰۲ و ۱۵۰۴ آئین دادرسی مدنی فرانسه). موارد امتناع از شناسائی و اجرای احکام خارجی که در ماده (e) (۱) کنوانسیون مذکور آمده است، جامع نیست. قوانین یا احکام صادره در محلّ داوری نمی‌توانند مانع شناسائی و اجرائی یک حکم خارجی در فرانسه بشوند. محاکم فرانسوی تکلیفی ندارند که تابعیت چنین حکمی را ملحوظ دارند و بنابراین، حکمی را که قابل انتساب به هیچ دولتی نباشد [احکام فاقد تابعیت] ^{۵۴} نیز به اجرا می‌گذارند.

البته اینکه آیا احکام داوریهای بین‌المللی می‌توانند فاقد تابعیت هر دولتی بوده و یا اینکه بایستی همواره تحت حکومت یک حقوق ملی باشند، مسئله‌ای است که مورد بحث بسیار قرار گرفته است. ^{۵۵} احکام داخلی را در صورتیکه برخلاف نظم عمومی محلی باشند، می‌توان بوسیله محاکم کشور محلّ صدور، نقض کرد؛ ولی احکام فاقد تابعیت نمی‌توانند از طریق محاکم داخلی نقض شوند. محاکم می‌توانند از شناسائی و اجرای احکام خارجی [که بهر حال وابسته به دولتی می‌باشند] امتناع ورزند. این بدان معنی است که داوری که در چهارچوب مقررات داخلی، یک حکم داخلی صادر می‌نماید، ملزم است که از نظم عمومی محلّ هم اطاعت کند؛

۵۴. Stateless منظور داوری یا احکام داوری است که مرتبط یا وابسته با هیچ دولتی نباشد، مانند داوریهای بین‌المللی که برخلاف داوریهای ملی و داخلی، از هیچ دولتی دستور نمی‌گیرد و متعلق به جامعه بین‌المللی هستند. چون بستگی داوری یا حکم داوری به یک دولت، به تابعیت آن دولت نیز تعبیر شده است، لذا «فاقد تابعیت» را به عنوان معادل فارسی برای این اصطلاح برگزیده‌ایم. «مترجم»

55. On the problems of stateless awards, see Paulsson, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin" (1981) 30 I.C.L.Q. 358; International Law Association, Report of the 30th Conference (1982), pp. 181 et seq., 269; Park, "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration" (1983) 32 I.C.L.Q. 21; Paulsson, "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters", idem, p. 53.

ولی وقتی که مبادرت به صدور حکم فاقد تابعیت می‌کند، تکلیفی ندارد که از نظم عمومی هیچ کشوری تبعیت نماید.

عده‌ای گفته‌اند که احکام فاقد تابعیت [بدون وابستگی به هیچ دولت خاص] نیز وجود دارند و همانند سایر احکام بایستی مورد شناسائی محاکم کشورها قرار گیرند. بسیاری از دعاوی که بموجب مقررات داوری اتاق تجارت بین‌المللی ICC تحت رسیدگی قرار می‌گیرد، حاوی هیچ تبعیت یا التزامی به کشور خاصی نیست.^{۵۶} در مواردی که قرار است داور بوسیله ICC انتخاب شود، دادگاه داوری ICC از کمیته ملی کشوری که هیچکدام از طرفین بدان تعلق ندارد، می‌خواهد که چنین انتخابی را انجام دهد و محلّ داوری را نیز یک کشور بیطرف قرار می‌دهد. انتخاب داور و محلّ داوری بیطرف امتیاز بزرگی است که در داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد. در این موارد، محلّ داوری و ملیت داوران هیچگونه ارتباطی به طرفین یا قرارداد ندارد، و لذا حاکم دانستن یا حاکم کردن قانون محلّ داوری یا هر قانون داخلی دیگری بر دعوی، همانطور که «پیر لالیو» بدرستی اشاره کرده، یعنی داوری را به ریسمان ضوابط دل‌پسندانه‌ای کشیدن که هیچکدام از طرفین هرگز به آنها بستگی یا نظر نداشته است.^{۵۷ و ۵۸}

همین نکته در مورد داوریه‌های اختصاصی نیز صادق است. این نوع داوریه‌ها همانند داوری ICC می‌توانند فاقد تابعیت باشند. فرض کنید که یک امریکائی و یک لهستانی اختلافات خود را به داوری تحت مقررات «آنستیرال» ارجاع کرده باشند.^{۵۹} مقام منصوب کننده، یک داور نوژی

۵۶. دادگاه داوری ICC تنها مؤسسه داوری در دسترس کلیه کسانی است که می‌خواهند یک مرجع داوری غیرملّی، در مورد اختلافات تجاری ایشان اتخاذ تصمیم و صدور حکم نمایند. مراجع داوری غیرملّی دیگر عبارتند از دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و مرکز بین‌المللی حلّ و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر.

57. Lalive, op. cit. 33, p. 155, 159.

۵۸. منظور انتقاد از این نظریه است که قوانین محلّ اجلاس داوری را حاکم بر موضوع دعوی می‌داند. «مترجم»

۵۹. برای اطلاع از مقررات مذکور و قلمرو آنها مراجعه کنید به مجله حقوقی شماره چهارم، زمستان ۶۴، اسناد

بین‌المللی، مقررات داوری آنستیرال. «مترجم»

را انتخاب می‌کند. پس از انتخاب وی، طرفین توافق می‌نمایند که داوری در کپنهاگ (دانمارک) انجام شود، صرفاً به خاطر اینکه برای کلیه طرفهای درگیر سهل‌تر و آسان‌تر است. در این صورت، هیچ دلیل متقاعد کننده‌ای وجود ندارد که موضوع داوری را مشمول قوانین نروژ یا دانمارک بدانیم.

هرچند، هم کنوانسیون نیویورک و هم کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ پیشاپیش فرض کرده‌اند که داوری و حکم صادره، هر دو مشمول و محکوم قانون داخلی می‌باشند، ولی به کشورهای عضو تکلیف نمی‌کنند که با چنین داوری یا حکمی که هیچ تبعیت و بیعتی با هیچ کشوری ندارند، نیز طوری برخورد کنند که گوئی مشمول یک قانون داخلی هستند.^{۶۰} کشورهای مذکور تکلیفی ندارند که ماده (e) (۱) ۵ کنوانسیون را در مورد چنین احکامی اجرا کنند و چنین نباید بکنند.

داوری بدون تابعیت [بین‌المللی]، به معنای داوری بدون قانون نیست. ذیلاً تکلیف داور در مورد ترتیب اثر دادن به نظم عمومی و مقررات آمره را مطالعه می‌کنیم.^{۶۱}

۶۰. بر اساس تجزیه و تحلیلی که «ون دن برز» در کتاب «کنوانسیون داوری نیویورک ۱۹۵۸، به سوی تفسیر قضائی یکسان»، ۱۹۸۱، صفحه ۳۴ به بعد، از سابقه تاریخی تصویب کنوانسیون نیویورک می‌نماید، عقیده دارد که کنوانسیون مذکور فرض کرده که حکم، مشمول یک قانون داخلی است. بنابراین احکام داوری فاقد تابعیت را نمی‌توان در چهارچوب این کنوانسیون به اجرا گذارد. و اثبات این امر که کار مشکلی نیز هست، برعهده خواننده است. خواننده فقط با دریافت و ارائه گواهی از دادگاه محل صدور حکم داوری مبنی بر اینکه حکم منطبق با مقررات داوری آن کشور نیست [و در نتیجه فاقد تابعیت است]، می‌تواند این مطلب را ثابت کند. چنین گواهی به معنای بی اعتبار بودن حکم داوری است که بموجب ماده (e) (۱) ۵ کنوانسیون موجب رد درخواست اجرای حکم خواهد شد. البته این استدلال درست نیست و مذاکرات منتهی به تصویب کنوانسیون حاکی از چنین نظر و اجماعی نمی‌باشد. بعلاوه هدف ماده مذکور این است که حکم داوری که قوانین محل صدور را نقض کرده اجرا نشود نه اینکه حتی حکمی که کشور محل صدور هیچ بستگی به آنها ندارد نیز بتواند به همین علت رد شود... احکام فاقد تابعیت نیز یک حکم خارجی است و بایستی همانند حکم خارجی در چهارچوب کنوانسیون با آنها رفتار شود.

۶۱. نظم عمومی و قوانین امری، هر دو مبنای قانونی دارند. منظور مؤلف نیز این است که صرف بدون تابعیت بودن داوری، آن را از هرگونه التزام به قانون - حتی نظم عمومی و قوانین آمره ذیربط - معاف نمی‌کند. «ترجم»



مقررات آمره

یکی از مسائل مهمی که در دعاوی مشمول «حقوق بازرگانی فراملی» مطرح می‌باشد، قلمرو رعایت نظم عمومی و قوانین آمره در آنها است.

الف. مقررات آمره و محاکم

در دعاوی بین‌المللی مطروحه نزد محاکم، قواعد حلّ تعارض کشور محلّ دادگاه است که تعیین می‌کند کدام قانون به عنوان قانون مناسب، حاکم بر قرارداد می‌باشد.^{۶۲} اصولاً محاکم، مقررات آمره و تکمیلی (تفسیری) قانون مناسب را اجرا می‌نمایند.^{۶۳} البته در صورتیکه اجرای قانون خارجی با اصول اساسی نظم عمومی کشور محلّ دادگاه متناسب و منطبق نباشد، بطور کلی از اعمال آن خودداری می‌کنند.

کنوانسیون جامعه اروپائی ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم «در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»^{۶۴} از همین الگوتبعیت کرده است. قواعد امری قانون مناسب، در مورد قرارداد نیز قابل اجرا است (ماده ۱۰ کنوانسیون). بموجب ماده ۱۶ کنوانسیون مذکور، در صورتی می‌توان از اجرای قانون خارجی امتناع ورزید که آشکارا برخلاف نظم عمومی محلّ باشد. نظم عمومی کشور محلّ دادگاه نیز ممکن است اجرای بعضی از

۶۲. منظور از قانون مناسب (proper law)، قانونی است که بموجب قواعد حلّ تعارض مربوط، به عنوان قانون نهائی حاکم بر موضوع، تعیین شده یا می‌شود که به آن قانون انطباق نیز می‌گویند. «مترجم»

63. Dacey and Morris, The Conflict of Laws (10th ed., 1980), p. 748, and Lando, op. cit. pp. 21, 177 - 231.

64. The EC Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligation این کنوانسیون در آرای داوری مختلف مورد استفاده قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به رأی داوری شماره ۲۷۳۰ ICC اشاره کرد.

مقررات قانونی را بدون توجه به اینکه قانون حاکم کدام است، تکلیف و الزامی نماید. به عنوان نمونه مقررات ضد تراست کشور محل دادگاه ممکن است در مورد دعوای مطروحه اجرا شود، ولو قانون آن کشور، همان قانون مناسب قرارداد نباشد. علاوه بر این، محاکم کشورهای عضو کنوانسیون که ماده (۱) ۷ آن را قبول و تصویب کرده اند، می‌توانند مقررات آمره کشور ثالثی — غیر از مقررات کشور محل دادگاه یا مقررات کشوری که قانون آن مناسب تشخیص داده شده است — را نیز اعمال نمایند.^{۶۵} مثلاً در صورتیکه اوضاع و احوال دعوی، پیوند نزدیکی با کشور ثالث داشته باشد و اگر بموجب قوانین همان کشور ثالث، مقررات آمره مذکور الزاماً بایستی اجرا شوند — بدون توجه به اینکه قانون مناسب قرارداد کدام است — محاکم کشورهای عضو کنوانسیون این قبیل مقررات آمره کشور ثالث را نیز اجرا می‌نمایند. هنگام بررسی این موضوع که آیا این مقررات آمره مؤثر در مقام هستند یا نه، بایستی به ماهیت و هدف و نتایج حاصله از اجرا یا عدم اجرای آنها توجه کافی مبذول شود. بموجب این ماده کنوانسیون یاد شده، قواعد حقوق عمومی قانون خارجی، مانند مقررات ضد تراست نیز قابل اجرا است، ولو اینکه قرارداد مشمول قانون کشور دیگری باشد.

ب. مقررات آمره و داوری

داوری که حقوق بازرگانی فراملی را اجرا می‌نماید، در موقعیتی متفاوت با یک دادگاه قرار دارد. او قانون ملی را به عنوان قانون مناسب قرارداد، اجرا نمی‌نماید. این نکته، هم در مورد داوریه‌های مشمول قانون ملی و هم در داوریه‌های بدون تابعیت (بین المللی) صدق می‌کند.

۱. داوریه‌های مشمول قانون ملی: در دعوای مطروحه نزد دیوانهای داوری ملی و غیر ملی که مشمول قانون داخلی هستند، داور مکلف است

۶۵. ماده ۲۲ کنوانسیون این حق را به دول عضو می‌دهد که ماده (۱) ۷ (اجرای مقررات آمره کشور ثالث) را نپذیرند.

نظم عمومی قانونی را که حاکم بر داوری است — از جمله مقررات آمره قابل اجرا در داوری را — ملحوظ و مورد توجه قرار دهد. در صورتیکه قانون حاکم بر داوری ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم را نیز در خود داشته باشد، آنگاه قوانین آمره سایر کشورها نیز ممکن است قابل اجرا بشود. ماده مذکور ناظر به مقررات قانونی است غیر از قانون مناسب قرارداد. قراردادهائی که قانون حاکم در آنها، «حقوق بازرگانی فراملی» است، فاقد قانون مناسب [به معنای اخص آن که در حقوق بین الملل خصوصی مورد نظر است] می باشند. بنابراین قاعده مندرج در ماده (۱) ۷ مذکور بایستی قلمرو اجرای وسیع تری بیابد و مقررات آمره قانونی را که سرانجام قانون مناسب قرارداد بشمار می رود نیز دربر گیرد. حتی در صورتیکه قانون حاکم بر داوری، مفاد ماده (۱) ۷ فوق الذکر را نپذیرفته باشد، به نظر می رسد که باز هم داور بایستی همان ملاحظات را که در ماده مورد بحث وجود دارد، راهنمای خود قرار دهد.

۲. داورهای فاقد تابعیت (بین المللی): مرجع داوری که عهده دار انجام داوری بدون تابعیت است، وابسته به نظم عمومی یا قواعد یک سیستم حقوقی خاص که مستقیماً قابل اجرا هستند، نخواهد بود. طرفینی را که به چنین مرجع داوری رجوع کرده اند نیز بایستی به ضوابط دل پسندانه کشور محل اجلاس داوری مأخوذ دانست و مشمول نظم عمومی خاص آن بشمار آورد. ولی البته این سخن به آن معنی نیست که داور، می تواند کلیه مقررات آمره را یکسره کنار نهد.

الف. نظم عمومی بین المللی: نوعی نظم عمومی وجود دارد که نسبت به تمام مراکز و واحدهای تجاری دارای عمومیت است. در یک دعوی مطروحه نزد (ICC) که مشمول حقوق بازرگانی فراملی بود، داور به نام آقای «گونار لاگرگرن» قراردادی را که از طریق رشوه به مقامات دولتی منعقد شده بود، ملغی و باطل اعلام کرد و چنین اظهار نمود:

«در مورد این اصل کلی حقوقی مورد شناسایی ملل متمدن جهان،

تردید نیست که قراردادهائی که اصول اخلاق حسنه یا نظم عمومی بین المللی را بطور جدی نقض کرده اند، معتبر نخواهند بود و یا حداقل قابل اجرا نیستند، و تردید نیست که محاکم یا داوران می توانند چنین قراردادی را رد کنند. این اصل کلی حقوقی خصوصاً برای استفاده در دیوانهای داوری بین المللی که فاقد «قانون محل دادگاه» به معنای عادی این اصطلاح هستند، بسیار مناسب است».^{۶۶}

در قلمرو مفهوم نظم عمومی بین المللی که مورد اشاره لاگرگرن قرار گرفته است، این اصل حقوقی نیز وجود دارد که قراردادها یا مواد قراردادی که گراف و غیرواقعی باشند،^{۶۷} قابل اجرا نیستند. این قاعده در قوانین بسیاری از کشورها آمده است. محاکم بعضی دیگر از کشورها نیز ولو بطور ضمنی و تلویحی، کمابیش آن را معتبر و مجری می دارند.^{۶۸}

ب. مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد: داور بایستی به مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد نیز ترتیب اثر دهد. البته برای اینکه چنین مقرراتی مورد توجه قرار گیرند، لازم است که صریحاً و یا به لحاظ یک تفسیر قانونی، خود را در مورد دعوی مطروحه قابل اجرا بدانند؛ هر چند داور نبایستی هرگونه مقررات آمره ای را که چنین صلاحیتی برای خود قائلند، مؤثر بشمار آورد. چه بسا دو سیستم حقوقی از این حیث که یکی از آنها آنچه را که دیگری ممنوع می داند، ضروری و لازم الاجرا تلقی می کند، با یکدیگر برخورد و تزامم داشته باشند. مثلاً در ۱۹۸۲ دولت ایالات متحده شعب فرعی شرکتهای امریکائی و نیز واحدهای تجاری را که از شرکتهای مذکور حق الامتیاز داشتند، از اجرای قراردادهای تهیة تجهیزات برای اتصال گاز از سیبری به اروپا، ممنوع اعلام کرد. از

۶۶. مراجعه کنید به رأی شماره ۱۱۱۰ مورخ ۱۵ ژانویه ۱۹۶۳ اتاق تجارت بین الملل ICC.

۶۷. *unconsciousable contract and contract clause* مفهوم این اصطلاح، «غیرمنصفانه» نیز هست. بطور کلی منظور قراردادی است که هیچ آدم با شعور و رشیدی که اغفال و مغیوب نشده باشد، نه آن را ایجاب می کند و نه قبول. «مترجم»

68. Lando, "Renegotiation and Revision of International Contracts" (1980) 23 German Year-book of International Law 37.

سوی دیگر، دولتهای انگلیس و فرانسه به چنین شرکتها یا واحدهای تجاری دارنده حق امتیاز، دستور داده بودند که قراردادهای مربوطه را اجرا نمایند.^{۶۹}

هنگام بررسی این نکته که آیا چنین مقررات آمره ای لازم الاتباع است یا خیر، داور بایستی به احتمال اجرای حکم توسط محاکم کشوری که این مقررات را وضع کرده است نیز توجه کافی مبذول نماید. در صورتیکه حکم داوری، نظم عمومی کشوری را — از آن جمله مقررات آمره قابل اجرای آن را — نقض کرده باشد، محاکم آن کشور از اجرای آن امتناع می کنند. بنابراین داور بایستی به نظم عمومی کشوری که اجرای حکم احتمالاً در آنجا مورد درخواست قرار می گیرد، توجه خاصی بنماید. علاوه بر این، داور بایستی این نکته را در نظر بگیرد که آیا قرارداد، چنان ارتباطی با اقتصاد کشور صاحب مقررات آمره مربوطه دارد که مؤثر دانستن و اجرای این مقررات آمره، موجه و معقول بشمار رود یا خیر؟^{۷۰} بهر حال داور بایستی به این نوع قوانین آمره ترتیب اثر دهد، حتی اگر پیش بینی کند که مراجع کشوری که در حکم صادره او [در مقام اجازه اجرای حکم] دخالت خواهند کرد، مقامات دون پایه و کوچکی هستند؛ همانطور که اگر احتمال زیادی در مورد اجرای حکم در کشور دیگری وجود داشته باشد، نیز باید چنین توجهی را به مقررات آمره آن کشور داشته باشد.

هر چند داور اختیار و حق تصمیم گیری نسبت به دعوی مطروحه را از اراده طرفین می گیرد، ولی نمی تواند فقط منافع ایشان را ملحوظ نماید؛ بلکه بایستی همانند محاکم حقوقی — که در حقیقت جانشین آنها هم بشمار می رود — هر اصل اساسی نظم عمومی کشوری را که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد نیز مورد توجه قرار دهد. اجرا و کاربرد حقوق بازرگانی

69. Schmitthoff [1982] J.B.L. Lowe, "Public International Law and the Conflict of Laws... (1984) I.C.L.Q. 515.

۷۰. به ماده ۲۶ مقررات داوری ICC — ۱۹۷۶ مراجعه شود که اجمالاً چنین مقررات داشته است که در صورت سکوت این مقررات، دیوان داوری بر اساس روح مقررات مذکور عمل می کند و نهایت کوشش را برای اطمینان از اینکه رأی، وفق مقررات قابل اجرا است، معمول می دارد.

فراملی به معنای بنا کردن تصمیم و حکم بر ملاحظات حقوقی است؛ در حالیکه منافع خصوصی و منافع عمومی نیز هر دو، مورد عنایت و توجه بوده‌اند. چشم‌پوشی از منافع عمومی کشورها و جوامعی که درگیر در موضوع هستند، یعنی صدور رأی در تاریکی و تغافل کردن.

هر داوری مکلف است که اهمیت حفظ و ابقای داوری تجاری را به‌عنوان یک ابزار حل و فصل دعاوی بین‌المللی همواره مورد توجه قرار دهد؛ چرا که امروزه داوری تجاری در بسیاری از کشورها مورد توجه فراوان است. دولتها در جریان و اداره داوری تجاری دخالت نمی‌کنند؛ ولی تأسیس و توسعه این نهاد در کشورهای خود را ترغیب و تشویق می‌نمایند. لذا اگر داوری به‌عنوان مفردی برای طفره رفتن از خط‌مشیها و مصالح کشوری که در موضوع اصلی مورد اختلاف ذینفع است، بکار گرفته شود، طبعاً آبرو و اعتبار آن لطمه می‌بیند. داوری تا جایی که مورد حمایت دولتها قرار گیرد، در نیل به اهداف خود کامیاب خواهد بود و دنیای تجارت نیز از مصون داشتن داوری از مداخلات دولتها، منتفع می‌گردد.

نمی‌توان قواعد دقیق مشخصی وضع کرد که داور چه موقع بایستی مقررات آمره کشوری را مؤثر در مقام دانسته و آن را اجرا کند. در پاره‌ای موارد، داور هیچ توجهی به چنین مقرراتی نمی‌کند، حتی اگر مقررات کشوری باشد که اجرای حکم از آن درخواست خواهد شد. موارد دیگری نیز وجود دارد که لازم است مقررات آمره مؤثر شناخته شوند، ولو اینکه حکمی که بدون توجه به این مقررات صادر شده است، بتواند در کشور دیگری که محاکم آن، مقررات آمره را لازم‌الاجرا می‌دانند، مورد اجرا قرار گیرد.

ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم حکایت از وحدت منافع و مسئولیت و استحکام بین‌المللی می‌نماید. دولتها بایستی در اجرای نظامها و مصالح حکومتی خود، یکدیگر را یاری دهند. داور نیز بایستی در این مسئولیت و استحکام بخشی شرکت نماید و نقش خود را بازی کند. هرگاه مقررات آمره مربوط به کشوری باشند که پیوند نزدیکی با قرارداد دارد، داور مکلف

خواهد بود که آنها را در جایی که اقتضای اجرا دارند، مؤثر در مقام و متبع بدانند، مشروط بر اینکه ترتیب اثر دادن به آنها خود منصفانه و معقول باشد. داوران نیز در موارد بسیاری چنین کرده‌اند.



شپوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



شپښه ښکاره علوم انساني و مطالعات فرېنجي
پر تال جامع علوم انساني