



پژوهش حقوقی

شماره ۱۳۳
■ قانون ماهوی حاکم در لایحه داوری

پرتال جامع علوم انسانی



تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی «۳»

■ قانون ماهوی حاکم در لایحه داوری

منصور جعفریان

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

اشاره

در شماره‌های گذشته، این نوشتار به نقش مراکز داوری تجاری بین‌المللی و جنبه‌های گوناگون توافقنامه داوری مشتمل بر شکل، محتوا، اعتبار و استقلال توافقنامه داوری از قرارداد اصلی، طرفین توافقنامه و اثر توافقنامه داوری پرداخت. همچنین در بحث پیرامون داوران به تعداد داوران، انتصاب داور، حرج و تعویض داور و صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود سخن به میان آمد. اکنون در ادامه بررسی لایحه داوری تجاری بین‌المللی، قانون ماهوی حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی تشریح خواهد شد که دربرگیرنده دو عنوان کلی تعیین قانون ماهوی حاکم و منابع غیرمدون داوری است.

در داوریه‌های بین‌المللی، مرجع داوری با دو قانون سروکار دارد: قانون حاکم بر رسیدگی به اختلاف (یا به تعبیر دیگر، آیین دادرسی که از آن به قواعد شکلی نیز یاد می‌شود) و دیگری قانون ماهوی حاکم (که از آن به قواعد مادی نیز یاد شده است). در داوریه‌های سازمانی، مقررات مرجع داوری، همواره قانون حاکم بر رسیدگی به اختلاف را مشخص می‌کند.

مقررات مندرج در قانون نمونه داوری آنسیترال و به تبع آن، لایحه داوری تجاری بین‌المللی از این قاعده تبعیت می‌کنند و عمدتاً به قواعد شکلی مرتبط می‌شوند. به‌طور کلی در مقررات داوری بین‌المللی، کمتر به قواعد ماهوی پرداخته شده است. حتی ناظر ایتالیا در اجلاس مربوط به بررسی قانون نمونه داوری آنسیترال، در کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل اظهار کرد که: «اغلب نظام‌های حقوقی کشورها، متعرض قانون ماهوی حاکم بر داوری نشده‌اند»^(۱). در حالی که انتخاب قانون ماهوی حاکم در داوری بین‌المللی، در صورتی که طرفین دعوی آن را تعیین نکرده باشند، یکی از خطیرترین اموری است که داور باید درباره آن تصمیم بگیرد^(۲).

در لایحه داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۲۷ به قانون ماهوی حاکم اختصاص دارد. این ماده از ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس شده است.

در این فصل به بررسی چگونگی تعیین قانون ماهوی حاکم (که مشتمل بر انتخاب

قانون توسط طرفین اختلاف و انتخاب قانون توسط داور است) خواهیم پرداخت. پس از آن، دو منبع غیرمدون داوری تجاری بین‌المللی بررسی خواهد شد که شامل عدل و انصاف^(۳) و عرف بازرگانی است^(۴).

بند یکم - تعیین قانون ماهوی حاکم

بسندهای او ۲ ماده ۲۷ لایحه داوری

تجاری بین‌المللی

«۱- داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به‌هرنحو که صورت گیرد، به‌عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به‌نحو دیگری توافق کرده باشند.

«۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.»
بسندهای ۱ و ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال:

«۱- هیأت داوری برحسب قواعد حقوقی که طرفین به‌عنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند،

1- UNCITRAL Yearbook, Vol. XVI, 1985, p.482.

2- Lalive, Pierre, quoted from: Sammartano,

M.R.: "Int'l Arbitration Law", 1990, p.251

3- Ex Aequo et Bono

4- Usage of Trade

حقوق

کنوناسیون ژنو) درباره تعیین قانون ماهوی حاکم بر ماهیت دعوی چنین مقرر داشته است: «۱- طرفین آزاد هستند حقوقی را که داوران باید در ماهیت دعوی اعمال کنند، تعیین نمایند. در صورتی که طرفین، قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داوران با استفاده از قاعده تعارضی که در خصوص مورد، مناسب تشخیص می دهند، قانون حاکم را تعیین خواهند کرد. در هر دو مورد، داوران مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر خواهند گرفت.

۲- در صورتی که طرفین توافق کنند و قانون حاکم بر داوری آن را تجویز نماید، داوران به طور کسخدامنشانه^(۷) حکم خواهند کرد.

از این ماده چند قاعده به شرح زیر قابل استخراج است:

- تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوری بازرگانی بین المللی براساس توافق اراده طرفین است.

- در صورت سکوت طرفین، داوران با مراجعه به قاعده تعارض مناسب، قانون حاکم را تعیین خواهند کرد.

- در هر حال داوران مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر خواهند گرفت.

- در صورت توافق طرفین و تجویز

درخصوص اختلاف اتخاذ تصمیم خواهد کرد. هرگونه تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به عنوان ارجاع مستقیم به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد و نه قواعد حل تعارض آن، مگر اینکه طرفین به صورت دیگری توافق کرده باشند. ۲- در صورت عدم تعیین قانون ماهوی از جانب طرفین، هیأت داوری قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می گردد.»

با توجه به آنکه داوری براساس رضایت و توافق طرفین شکل می گیرد لذا بدیهی است که برای تعیین قانون ماهوی حاکم، در وهله نخست باید به توافق طرفین توجه کرد. طرفین ممکن است قانون ماهوی حاکم را به صراحت تعیین نمایند یا آنکه به طور ضمنی تمایل و اراده خود را به تعیین قانون ماهوی حاکم اعلام دارند. در صورت عدم تعیین قانون ماهوی حاکم توسط طرفین اختلاف، داور قانون را تعیین خواهد نمود. اگر طرفین، قانون ماهوی حاکم را به صراحت تعیین کرده باشند اما داور به نظر آنان وقعی ننهد، داور یقیناً به شدت مورد انتقاد قرار خواهد گرفت^(۵).

در برخی از مقررات مربوط به داوری تجاری بین المللی از تعیین قانون ماهوی حاکم سخن به میان آمده است. برای مثال ماده ۷ کنوانسیون اروپایی داوری بازرگانی بین المللی^(۶) مصوب ۱۹۶۱ (معروف به

5- Sammartano, M.R.: "Int'l Arbitration Law", p.251.

6- European Convention on International Commercial Arbitration

7- Amiable Compositeur

داوریه‌های بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۰، دی‌ماه ۱۳۷۰، صفحات ۳۰-۳۱.

۹- بندهای سه، چهار و پنج ماده ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر داشته است: «بند سه - طرفین آزاداند حقوقی را که داور باید در ماهیت دعوی اجرا کند، تعیین نمایند. در صورت عدم تعیین حقوق لازم‌الاجرا از سوی طرفین، داور قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قاعده تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهد، تعیین گردیده است.

بند چهار - اگر طرفین به داور اختیار داده باشند که به طور کدخدامنش دعوی را فیصله دهد، داور دارای چنین اختیاری خواهد شد.

بند پنج - در همه موارد باید مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر بگیرد».

۱۰- صفایی، دکتر سیدحسین: همان‌ماخذ، صفحه ۳۲-11- Sammartnao. M.R.: op.cit., p.252

۱۲- می‌دانیم که مبنای ارجاع اختلاف به داوری، توافقنامه داوری است. توافقنامه داوری نیز حاصل اراده دو طرف است. پس می‌توان آن را عقد دانست. حال اگر بپذیریم که تعیین قانون ماهوی حاکم، از مصادیق تعهدات ناشی از توافقنامه داوری است آنگاه از وحدت ملاک ماده ۹۶۸ قانون مدنی می‌توان مدد جست. مطابق ماده ۹۶۸ قانون مدنی: «تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع است مگر اینکه متعاقدین، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

بنابراین مطابق این ماده، قانون ماهوی حاکم بر تعهدات ناشی از توافقنامه داوری و از جمله قانون ماهوی حاکم بر حل و فصل اختلافات، قانون محل وقوع عقد است. طرفین در صورت تحقق دو شرط، می‌توانند قانون دیگری را حاکم بدانند:

شرط اول - هر دو طرف قرارداد اتباع خارجه باشند؛
شرط دوم - طرفین قرارداد صراحتاً یا ضمناً قرارداد را تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

لذا چنانچه دو طرف قرارداد با یکی از طرفین قرارداد ایرانی باشند، قادر نخواهند بود قانون حاکم بر قرارداد را با توافق تعیین نمایند. نظر اخیر تالی فاسد دربی خواهد داشت؛ زیرا اگر دو ایرانی قراردادی در آلمان منعقد نمایند و طبق آن بپذیرند که حل و فصل اختلافات آتی‌شان با توسل به داوری فیصله یابد خود به خود قانون

حقوق حاکم بر داوری، داوران به طوری کدخدامنشانه و انصاف و ملاحظات غیرحقوقی رأی خواهند داد^(۸).

بندهای ۳، ۴ و ۵ ماده ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^(۹) به حقوق حاکم بر ماهیت دعوی اختصاص دارد. مقررات مزبور، مشابه ماده ۷ کنوانسیون ژنو است با این تفاوت که در مورد رسیدگی و صدور حکم براساس کدخدامنشی، ماده ۱۳ اتاق بازرگانی بین‌المللی، نیازی به اجازه قانون ماهوی حاکم بر قرارداد داوری، نیست.

«به نظر می‌رسد که عدم ذکر شرط مزبور در مقررات فوق (اتاق بازرگانی بین‌المللی) منطبق با گرایش جدید در داوری بازرگانی بین‌المللی است. در گرایش جدید، قرارداد داوری را از شمول قوانین داخلی، خارج و تابع عرفهای بازرگانی بین‌المللی می‌دانند و در تشخیص این عرفها به آرای قضایی بین‌المللی، مراجعه و به آنها استناد می‌کنند^(۱۰)».

۱- قانون ماهوی منتخب طرفین دعوی
در داوری تجاری بین‌المللی، توافق صریح طرفین درباره تعیین قانون ماهوی حاکم، معیار اصلی تعیین قانون ماهوی حاکم است. این نظر مورد قبول تمامی حقوقدانان و حتی نظامهای حقوقی ملی است^(۱۱). در قوانین ایران در مورد تعیین قانون ماهوی حاکم، به صراحت اظهار نظر نشده است^(۱۲).

۸- برای اطلاع بیشتر رجوع شود به: صفایی، دکتر سیدحسین: «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در

آلمان، به عنوان قانون محل انعقاد قرارداد، بر آن حاکم خواهد بود و طرفین از نظر قوانین ایران، قادر نخواهند بود قانون دیگری، و از جمله قانون ایران را بر قرارداد خود حاکم نمایند. این نتیجه مطلقاً صحیح نیست و نباید برای طرفین اختلاف، تا این حد محدودیت بدون دلیل ایجاد کرد. به نظر می‌رسد قانونگذار ایرانی در زمان تدوین ماده ۹۶۸ قانون مدنی، صرفاً موردی را در نظر داشته است که طرفین در زمان انعقاد قرارداد در ایران حاضر هستند. بنابراین مطابق صدر ماده ۹۶۸، قانون ایران بر قرارداد حاکم می‌باشد. حال اگر یکی از طرفین یا هر دو طرف قرارداد ایرانی باشند، قادر نخواهند بود قانونی غیر از قانون ایران را بر قرارداد حاکم کنند.

بدین ترتیب قانونگذار نظر به حمایت از اتباع ایران داشته است غافل از آنکه ممکن است محل انعقاد قرارداد خارج از ایران باشد که در این صورت خودبه خود، قانون خارجی بر آن حاکم خواهد بود. در این صورت طرف یا طرفین ایرانی قرارداد، از امتیاز تبعیت از قانون ایران محروم خواهند ماند.

این نارسایی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ملاحظه می‌گردد در صورت تصویب لایحه داوران تجاری بین‌المللی، صرفاً در مورد قانون ماهوی حاکم بر اختلافاتی که از طرفین داوران تجاری بین‌المللی حل و فصل می‌گردد، مرتفع خواهد شد. اما کماکان در دیگر موارد، طرف ایرانی برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر قرارداد با این مشکل مواجه خواهد بود.

برای حل اصولی آن پیشنهاد می‌گردد که متن ماده ۹۶۸ حذف و متن زیر جایگزین آن گردد:

«ماده ۹۶۸ قانون مدنی - تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین آن را صریحاً یا ضمناً، تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

برای اطلاع از نظر مخالف در این مورد، رجوع شود به: - المساسی، دکتر نجادعلی، «تعارض قوانین»،

صفحات ۲۱۳ و ۲۱۴.

13- Crook, John R: "Applicable Law in Int'l Arbitration: The Iran-U.S Claims Tribunal Experience", AJIL, Vol. 83, No.2, 1989, p.283

14- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

این نظر که محل نشست داوران، تعیین کننده قانون ماهوی حاکم است طرفداران زیادی دارد. اما باید در نظر داشت که این قاعده همواره مناسب نیست. برای مثال دعوی بین «الف» و «ب» توسط «ج» دآوری می‌شود و صرفاً برای رفاه حال هر دو طرف، در محل «د» برگزار می‌گردد. اما آیا به راستی باید قانون کشور «د» را حاکم دانست؟

بر این اساس در کنوانسیون اروپایی داوران تجاری بین‌المللی در سال ۱۹۶۱ نظریه مزبور پذیرفته نشده است و طرفین دعوی برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر دعوی، صالح شناخته شده‌اند و حتی طرفین دعوی الزامی به ارجاع تعیین قانون ماهوی حاکم به قانون ملی خود ندارند. در صورت عدم توافق طرفین، داوران اختیار دارند در چارچوب بعضی از قواعد حل تعارض، قانون حاکم را انتخاب کنند^(۱۳).

در سالهای پس از ۱۹۶۱ رویکرد کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱، به طور منظم در تنظیم قواعد داوران مورد استفاده قرار گرفت. در سال ۱۹۶۵ ماده ۴۲ کنوانسیون حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر (ایکسید)^(۱۴) مقرر داشت که دیوان داوران ایکسید باید طبق قواعد قانونی که طرفین نسبت به آن تراضی می‌کنند، تصمیم گیرد. در صورت عدم توافق در این زمینه دیوان، قانون

دولت طرف قرارداد را به کار خواهد گرفت (۱۵).

مهمترین قواعد خصوصی آیین داورى که همانا مقررات داورى اتاق بازرگانى بين المللى است و همچنین مقررات داورى آنستیرال ۱۹۷۶ و قانون نمونه داورى آنستیرال ۱۹۸۵ در مورد تعیین قانون ماهوى حاکم از کنوانسیون اروپایى پیروى کرده اند. در همه این مجموعه مقررات بر صلاحدید طرفین داورى و نیز صلاحدید داور بر مبنای برخى از سیستمهای حل تعارض در انتخاب قانون ماهوى حاکم تأکید شده است. به عنوان نمونه بند سه ماده ۱۳

مقررات داورى اتاق بازرگانى بين المللى^(۱۶) و بند یک ماده ۳۳ مقررات داورى آنستیرال^(۱۷) توافق طرفین را عامل تعیینکننده قانون ماهوى حاکم دانسته اند^(۱۸).

در دیوان داورى ایران - ایالات متحده امریکا، علی رغم چندین مورد تصمیم گیری درباره نحوه انتخاب قانون ماهوى حاکم، رویه یکنواخت نبوده است. دیوان عموماً از رجوع به سیستمهای ملی حقوقى برای یافتن قواعد حاکم اجتناب ورزیده است. در مقابل به طور مرتب اصول غیر ملی مستخرجه از قراردادهای طرفین دعوى، اصول کلی حقوقى یا حقوق بين الملل عمومى را به کار گرفته است. دیوان نوعاً تحلیل دقیق یا توضیحى درباره نحوه انتخاب قانون ماهوى حاکم ارائه نداده است^(۱۹).

بند یک ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى

بين المللى، ناظر بر همین مورد است و مقرر داشته: «داور برحسب قواعد حقوقى که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقى یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوى آن کشور تلقى خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». این قسمت عیناً مقتبس از بند یک ماده ۲۸ قانون نمونه داورى آنستیرال است^(۲۰).

15- Crook, John.: op.cit., p.284

۱۶- بند سه ماده ۱۳ مقررات داورى اتاق بازرگانى بين المللى مقرر مى دارد: «طرفین در تعیین قانونى که داوران باید براساس آن به ماهیت دعوى رسیدگی کنند، آزاد هستند. در صورت عدم تعیین قانون حاکم از سوى طرفین، داور براساس قواعد حل تعارض، قانونى را که به عنوان قانون مناسب تشخیص مى دهد، اقدام خواهد کرد».

۱۷- مطابق بند یک ماده ۳۳ مقررات داورى آنستیرال: «دیوان داورى قانونى را مجرى خواهد داشت که طرفهای داورى آن را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف معین کرده باشند. در صورتی که طرفهای داورى چنین قانونى را معین نکرده باشند، دیوان داورى به تشخیص خود قانونى را مجرى خواهد داشت که قواعد تعارض قوانین آن را معین مى کنند».

18- Ibid., pp.284-285

19- Ibid., pp.286-287

۲۰- ماده ۱۸۷ قانون حقوق بين الملل خصوصى سويس به تعیین قانون ماهوى حاکم اختصاص دارد. مطابق بند یک ماده ۱۸۷: «مرجع داورى براساس قواعد حقوقى منتخب طرفین اتخاذ تصمیم خواهد کرد و در صورت عدم تعیین قانون ماهوى حاکم توسط طرفین اختلاف، مرجع داورى قواعد حقوقى که نزدیکترین ارتباط را با موضوع دارد، برخواهد

را اصطلاحی جدید و مبهم می‌دانست و معتقد بود، عمل موجب اشکال خواهد شد و پیشنهاد می‌کرد در قانون نمونه از الگوی کنوانسیون اروپایی داوری بازرگانی بین‌المللی ۱۹۶۱ و مقررات داوری آنستیرال ۱۹۶۷ تسبیت شود^(۲۷). در این باره شرکت‌کنندگان نظر واحدی نداشتند و برخی با پیشنهاد ایالات متحده آمریکا و برخی با پیشنهاد اتحاد جماهیر شوروی سابق موافق بودند^(۲۸).

در نهایت توافق شد که بندهای یک و دو ماده ۲۸ قانون نمونه داوری تلفیقی از دو نظر باشد. بند یک متمایل به پیشنهاد ایالات متحده آمریکا و بند دو متمایل به پیشنهاد اتحاد جماهیر شوروی سابق و رعایت بیشتر قواعد موجود تدوین گردد^(۲۹).

گزید».

21- "The arbitral tribunal shall apply the Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Parties may so designate any national law". quoted from Broches, Aron: "Commentary on the UNCITRAL Model Law", 1990, p.131

22- Ibid., p.131

23- Law

24- Rules of Law

25- Broches, Aron: op.cit., p.131

26- Ibid., p.132

27- Ibid., p.132

۲۸- برای اطلاع از اهم نظرات موافق و مخالف رجوع شود به:

Broches, Aron: op.cit., pp.132-134

29- Ibid., p.135

پیشنهاد اولیه متن بند یک ماده ۲۸ قانون داوری آنستیرال که در اجلاس کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل مطرح گردید عبارت بود از: «مرجع داوری قانونی را مجری خواهد داشت که طرفهای داوری آن را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف معین کرده باشند. طرفین داوری می‌توانند قانون ملی هر کشور یا کنوانسیون بین‌المللی مرتبط یا قانون نمونه را - حتی اگر لازم‌الاجرا نباشد، به عنوان قانون ماهوی تعیین کنند»^(۲۱). صدر این بند از بند یک ماده ۳۳ مقررات داوری آنستیرال مصوب ۱۹۷۶ اقتباس شده است^(۲۲).

در جریان بررسی، پیشنهادهایی مطرح گردید مبنی بر آنکه به جای کلمه «قانون»^(۲۳) در متن، «قواعد حقوقی»^(۲۴) جایگزین شود. استدلالی که مطرح گردید این بود که جایگزینی قواعد حقوقی سبب خواهد شد که طرفین اختلاف بتوانند قسمتی از قوانین نظامهای حقوقی ملی یا مقررات بین‌المللی را به عنوان قانون ماهوی برگزینند و حتی طرفین اختلاف قادر خواهند بود که تلفیقی از مقررات مختلف را به عنوان قانون ماهوی حاکم تعیین نمایند^(۲۵). ایالات متحده آمریکا و جمهوری فدرال آلمان پیشنهاد دهنده آن بودند^(۲۶).

در مقابل، گروهی با این پیشنهاد مخالفت کردند. یکی از آنها اتحاد جماهیر شوروی سابق بود که عبارت قواعد حقوقی

منطق حاکم بر داوری مطابقت دارد و هم با رویه پذیرفته شده بین‌المللی. از این رو با درج آن در لایحه داوری مخالفتی وجود ندارد.

ب) در حقوق بین‌الملل خصوصی، بین دو دسته از قواعد تفکیک قائل می‌شوند که عبارتند از: قواعد حل تعارض، قواعد ماهوی.

قواعد حل تعارض یا قواعد تعارض قوانین، قواعدی است که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوعی معین حکومت نماید، اکتفا می‌کند و مسأله مطروحه را مستقیماً حل نمی‌کند^(۳۵) مثلاً ماده ۹۶۸ قانون مدنی^(۳۶)، قاعده حل تعارض است، زیرا تنها قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را مشخص می‌کند بی‌آنکه حکم مسأله را مشخص نماید.

قواعد ماهوی (یا مادی یا اساسی) عبارت از قواعدی است که مربوط به اصل

امروزه بسیاری از قراردادها شامل شرایطی هستند که صریحاً آنها را تحت حاکمیت قانون یک کشور خاص قرار می‌دهد. هیچ موردی مشاهده نشده است که داور، قانونی را که طرفین صراحتاً انتخاب کرده‌اند، به علت فقدان ارتباط با نظام حقوقی مورد نظر کنار گذاشته باشد^(۳۰).

چندین حکم بر اساس قانون منتخب طرفین که با قرارداد ارتباطی نداشته، صادر شده است. در این گونه موارد اغلب به نظر می‌رسد که طرفین می‌خواهند قانونی بی‌طرف یا بسیار پیشرفته اعمال شود. شرایط مندرج در قرارداد که به قصد فرار از قانون صالح درج می‌شوند و طرفین توسط آن مرتکب عملی می‌گردند (که فرانسویها آن را تقلب نسبت به قانون^(۳۱) می‌نامند)، در داوری مشاهده شده است^(۳۲).

طرفین اختلاف می‌توانند قانون ملی یکی از طرفین اختلاف، قانون بی‌طرف، اصول حقوق بین‌الملل، اصول عمومی حقوقی، حقوق بازرگانی فرا ملی^(۳۳) را به عنوان قانون ماهوی حاکم بر داوری انتخاب نمایند^(۳۴).

ذکر نکاتی درباره بند یک ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی ضروری است:

الف) مطابق صدر بند یک، طرفین می‌توانند قانون ماهوی حاکم بر داوری را تعیین نمایند. همان طور که اشاره شد انتخاب قانون ماهوی توسط طرفین، هم با

30- Lando, Ole: "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", in "Essays on Int'l Commercial Arbitration", edited by Petar Sareevic, 1989, p.134

31- Fraude á la loi

32- Lando, Ole: op.cit., p.134

33- Lex Mercatoria

۳۴- برای اطلاع بیشتر از هر یک از موارد مزبور رجوع شود به:

-Sammartano, M.R.: op.cit., pp.252-255

۳۵- الماسی، دکتر نجادعلی: «تعارض قوانین»، صفحه ۱۶

۳۶- ماده ۹۶۸ قانون مدنی: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه باشند و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازع فیه را حل می‌کنند، بدون آنکه برای رفع اختلاف و حل دعوی به قانون دیگری ارجاع نماید^(۳۷).

برای مثال چنانچه قرارداد مربوط به بیع باشد و مطابق قواعد حل تعارض، قانون ایران، صالح شناخته شود؛ آنگاه با مراجعه به قواعد مربوط به عقد بیع، می‌توان حکم موضوع را صادر نمود. در این مثال قواعد مربوط به عقد بیع در قانون مدنی، قواعد ماهوی محسوب می‌شود.

در بند یک ماده ۲۷ لایحه دآوری تجاری بین‌المللی تصریح گردیده است که اگر طرفین، قانون یا سیستم حقوقی یک کشور را به عنوان قانون ماهوی حاکم بر دعوی تعیین نمایند، این امر به منزله ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور محسوب خواهد شد و قواعد حل تعارض مشمول این بند نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. بدین ترتیب مشخص می‌گردد که در لایحه دآوری تجاری بین‌المللی، بین قواعد مادی و قواعد حل تعارض قائل به تفکیک شده‌اند؛ این امر به علت جلوگیری از احاله^(۳۸) است. زیرا در صورتی که طرفین دعوی، قانون حاکم بر ماهیت دعوی را تعیین نمایند، اگر داور، قواعد مادی آن کشور را مبنا قرار دهد می‌تواند حکم موضوع را بیابد و رأی خود را صادر نماید. اما اگر قواعد حل تعارض آن کشور مطمح نظر قرار گیرد امکان دارد آن

۳۷- الماسی، دکتر نجاد علی: همان مأخذ، صفحه ۱۷
 ۳۸- منظور از احاله (Renvoi) وضعیتی است که بین دو یا چند سیستم حقوقی تعارض ایجاد شود به این ترتیب که تمامی نظامهای حقوقی مرتبط با موضوع، خود را فاقد صلاحیت بدانند. برای مثال مطابق ماده ۷ قانون مدنی، احوال شخصیه اتباع بیگانه، حتی اگر اقامتگاه دائمی‌شان در ایران باشد، تابع قانون دولت متبوع آنان است. حال اگر یک نفر انگلیسی در دادگاه ایران طرح دعوی کند و دادگاه برای احراز اهلیت وی به استناد ماده ۷ قانون مدنی، به حقوق انگلستان رجوع کند، مشخص می‌گردد که حقوق انگلستان در این قبیل موارد از خود سلب مسؤلیت کرده و موضوع را به قانون اقامتگاه آن شخص ارجاع داده است. بدین ترتیب هیچ یک از دو قانون مرتبط با موضوع (یعنی قوانین ایران و انگلستان) خود را صالح نمی‌دانند. به این وضعیت اصطلاحاً احاله گفته می‌شود.

در احاله ممکن است هر یک از قوانین مرتبط، تعیین قانون صالح را به کشور ثالثی ارجاع دهند که در این صورت، تعیین راه حل به مراتب دشوارتر خواهد بود.
 علت بروز احاله آن است که قوانین هر کشوری متشکل از قواعد مادی و قواعد حل تعارض است. حال هنگامی که قانون یک کشور، قانون کشور دیگری را صالح می‌داند، نمی‌توان تشخیص داد که منظور از قانون کشور جدید، قوانین مادی آن کشور است یا قوانین حل تعارض. لذا اگر به قواعد حل تعارض آن کشور مراجعه شود ممکن است آن قواعد، موضوع را به قانون کشور دیگری ارجاع دهند. اما اگر به قواعد مادی رجوع شود، حکم مسأله روشن خواهد شد و دیگر احاله رخ نخواهد داد. برای اطلاع بیشتر درباره احاله رجوع شود به.

- الماسی، دکتر نجاد علی: همان مأخذ، صفحات

۸۸-۱۰۲

- الماسی، دکتر نجاد علی: «بحثی پیرامون تعارض مسنفی یا احاله»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶-۱۴۷-۱۳۶۸، سال ۱۳۶۸، صفحات ۹۵-۱۰۵

- نصیری، دکتر محمد: «حقوق بین‌الملل خصوصی»، ۱۳۷۲، صفحات ۱۸۱-۱۸۶

- ارفع نیا، دکتر بهشید: «حقوق بین‌الملل خصوصی»، ۱۳۷۲، جلد دوم، صفحات ۶۴-۷۳

- عامری، دکتر حواد: «حقوق بین‌الملل خصوصی»، ۱۳۶۲، صفحات ۱۳۵-۱۳۹

قواعد، تعیین قانون ماهوی حاکم را به کشور دیگری ارجاع دهد. در این صورت مشکل دیگری نیز (یعنی یافتن راه حل احاله) بر مشکلات داور افزوده خواهد شد.

به طور کلی می‌توان گفت که کشورهای مختلف، آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال بر قراردادشان را به طور وسیعی پذیرفته‌اند. در نتیجه می‌توان آن را یک اصل کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن نامید^(۳۹).

۲- قانون ماهوی منتخب داور

در صورت عدم تعیین قانون ماهوی حاکم بر داور توسط طرفین، وظیفه تعیین آن به داور محول می‌شود؛ کماینکه بند دو ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى بين المللى به اقتباس از بند دو ماده ۲۸ قانون نمونه داورى آنستیرال مقرر کرده است: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد».

مشخصه اصلی موقعیت داور بین‌المللی که باید حقوق قابل اجرا بر ماهیت دعوی را تعیین کند، همانا آزادی و تشخیص او در تعیین حقوق قابل اجراست. داور با به کار گرفتن این آزادی است که به انتظار مشروع طرفین دعوی، پاسخ می‌دهد^(۴۰).

در کنفرانس مربوط به بررسی قانون نمونه داورى آنستیرال، راجع به این بند بحث بسیار شد. گروهی با محتوای این بند به

علت آنکه صلاحیت و اختیارات داوران را برخلاف گرایشهای جدید در داورى، محدود می‌سازد، مخالفت می‌کردند^(۴۱). در میان صاحب‌نظران کشورهای غربی عمدتاً این نظر غالب است که داور را نباید مانند دادگاه‌ها محدود به قواعد حل تعارضی کرد که دادگاه‌ها از آن استفاده می‌کنند بلکه باید به داور اختیار بیشتری اعطا کرد^(۴۲). حتی برخی عقیده دارند که داور مکلف نیست قاعده تعارض کشوری خاص را رعایت کند و حتی فوشار^(۴۳) اظهار می‌دارد که داور اگر قواعد تعارض قوانین کشورها را مناسب نداند، می‌تواند قاعده تعارض از خود بسازد^(۴۴).

این عقیده در کنفرانس حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل نیز مطرح شد. نمایندگان کشورهای ایالات متحده امریکا، آرژانتین، فرانسه، کانادا، سوئد و استرالیا اظهار داشتند که برای تعیین قانون حاکم توسط طرفین اختلاف نباید هیچ اشاره‌ای به قواعد حل تعارض شود و داور مطابق گرایش جدید در رویه داورى تجارى بین‌المللی باید فارغ از قواعد حل تعارض

39- Lando, Ole: op.cit., p.134

۴۰- درین، ایو (Derains, Yves): «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داورى بین‌المللی»، ترجمه دکتر محمد اشتری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی، شماره نهم، ۱۳۶۷، صفحه ۱۷۳

41- Broches, Aron: op.cit., p.130

42- Lando, Ole: op.cit., p.138

43- Fou' ard

۴۴- صفایی، دکتر سید حسین: همان مأخذ، صفحات ۲۷ و ۲۸

بند دو ماده ۲۷ حتی اگر قانونی به لحاظ ظاهر به موضوع مرتبط نباشد آیا داور می‌تواند به قواعد حل تعارض آن قانون تمسک جوید؟

توضیح آنکه در دعاوی که یکی از طرفین آن ایرانی باشد و طرفین بپذیرند که اختلاف خود را براساس مقررات داور تجاری آلمان فیصله دهند، داور نیز براساس قوانین آلمان حکم صادر کند، دادگاه ایرانی ممکن است در مرحله اعتراض و تجدیدنظر به حکم مزبور اعلام نماید که قواعد حل تعارض ایران ویژگی آمرانه دارد و برای تمام مراجع حل اختلاف، اعم از قضایی و داور، لازم‌الاتباع است. بنابراین به علت عدم رعایت قواعد حل تعارض

در مقابل، نمایندگان اتحاد جماهیر شوروی (سابق)، جمهوری دمکراتیک آلمان (سابق)، مصر، هندوستان، چین، کنیا، چکسلواکی (سابق)، الجزایر و فیلیپین با حفظ عبارت «قواعد حل تعارض» در متن بند دو موافق بودند^(۴۶). در نهایت رئیس جلسه به عنوان جمع‌بندی نظرات موافق و مخالف، پیشنهاد کرد بند یک ماده ۲۸ مطابق نظر گروهی که قائل به تغییر کلمه «قانون» به عبارت «قواعد حقوقی» بودند تغییر یابد و بند دو ماده ۲۸ مطابق نظر گروه دیگر با حفظ عبارت «قواعد حل تعارض» تصویب گردد. با این نظر موافقت شد^(۴۷).

تفاوت کوچکی بین بند دو ماده ۲۷ لایحه داور تجاری بین‌المللی و بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسترال ملاحظه می‌گردد. در بند دو ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسترال، تصریح گردیده که داور براساس قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص می‌دهد، قانون حاکم را تعیین می‌نماید^(۴۸). اما بند دو ماده ۲۷ لایحه داور تجاری بین‌المللی مشخص نمی‌سازد که آیا داور می‌تواند به صلاحدید خود، قواعد حل تعارض کشورهای دیگری - به جز کشورهای مرتبط با موضوع - را برگزیند و حتی براساس آنها حکم کند؟^(۴۹)

به بیان دیگر مشخص نیست که در

45- Broches, Aron: op.cit., p.130

46- Ibid., p.137

47- Ibid., pp.137-138

۴۸- مطابق بند دو ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسترال: «در صورت عدم تعیین قانون ماهوی توسط طرفین، هیأت داور قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌گردد».

اصل متن انگلیس بند دو ماده ۲۸ مزبور به شرح ذیل است:

Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

۴۹- مطابق بند دو ماده ۲۷ لایحه داور تجاری بین‌المللی: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد».

ایران، حکم بر بطلان رأی داوری صادر کند.

ابهام و تردید زمانی تشدید می‌شود که بدانیم متن مقدماتی لایحه داوری تجاری بین‌المللی، بیشتر با قانون نمونه داوری آنسیترال منطبق بوده است و در اصلاحات اعمال شده در آن، تفاوت میان قانون نمونه و لایحه داوری کاملاً مشخص و محرز گردیده است. بنابراین، سؤالی مطرح می‌شود که شاید حذف اختیار داور در تشخیص قاعده حل تعارض مناسب، سهواً انجام نشده و به عمد باشد، یا ممکن است به عقیده تدوین‌کنندگان لایحه داوری تجاری بین‌المللی، تعیین قاعده حل تعارض مناسب در صلاحیت داور باشد و لذا به لحاظ بدهت آن، نیازی به ذکر آن ندیده باشند.

به هر حال باید همواره در نظر داشت که حسن بزرگ داوری، فراغت از اصول محاکم قضایی است. داور باید اختیار بیشتری در تعیین قواعد حاکم بر داوری داشته باشد؛ زیرا در داوری اختیار تعیین قواعد حاکم بر داوری، اعم از قواعد ماهوی و شکلی، برای طرفین دعوی به رسمیت شناخته شده است. در حالی که در مراجع قضایی، طرفین دعوی کوچکترین اختیاری در تعیین قانون حاکم بر دادگاه (یا قواعد شکلی) و قانون حاکم بر دعوی (یا قواعد ماهوی) ندارند. بنابراین با توجه به ویژگی خاص داوری، داور نیز باید بتواند فسارغ از قوانین داخلی کشورها نظر خود را اعلام نماید.

در این باره گفته شده که داور برخلاف دادگاه‌ها، فاقد قانون دادگاه^(۵۰) است تا براساس آن حکم کند. پرفسور «لالیو»^(۵۱) در پرونده «دال میا»^(۵۲) اظهار داشت: «داور بین‌المللی، قانون دادگاه ندارد تا از قواعد حل تعارض آن قانون، استعانت جوید»^(۵۳). به همین ترتیب داور پرونده «آرامکو»^(۵۴) نیز اعلام داشته است «مرجع داوری فاقد قانون دادگاه است»^(۵۵)

نتیجه آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی آن است که در هر حال وی را از اجرای قاعده «قانون دادگاه» معاف می‌کند. از این نظر وضع داور با قاضی دادگاه در مواردی که با مسأله مربوط به تعارض قوانین مواجه می‌شود، به طور اساسی متفاوت است.

از نظر داور بین‌المللی، حذف قاعده قانون دادگاه، حداقل دو نتیجه مهم دربر دارد:

نتیجه اول آنکه برای داور، دیگر مفهوم قانون صالح بی‌معنا می‌شود؛ زیرا قانونی وجود ندارد که داور در بادی امر مکلف به اجرای آن باشد. البته اجرای قانون منتخب طرفین اختلاف، یک استثنا تلقی می‌شود؛ زیرا نتیجه اجرای یک قاعده خاص داوری بین‌المللی است (یعنی قاعده آزادی طرفین

50- Lex fori

51- Laiive

52- Dalmia

53- Sammartano, M.R.: op.cit., pp.258-259

54- Aramco

55- Sammartano, M.R.: op.cit., p.259

حقوق

خود با ایرانیان را به مراجع داوری غیرایرانی ارجاع دهند. از این رو لازم است متن مقررات داوری تجاری بین‌المللی به نحوی تنظیم شود که اطمینان همه طرفهای دعوی و از جمله خارجیان، را تأمین کند. بنابراین پیشنهاد می‌گردد عبارت «قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد» در بند دو ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی حذف و عبارت «قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص می‌دهد، تعیین گردد». جایگزین شود.

نکته دیگر اینکه آیا داور برای تعیین قانون حاکم، ملزم به رعایت رضایت ضمنی طرفین دعوی می‌باشد؟ در قانون نمونه داوری آنسیترال و لایحه داوری تجاری بین‌المللی اشاره‌ای به الزام داور از رضایت ضمنی طرفین نشده است. اما برخی از حقوقدانان اظهار داشته‌اند: «زمانی که رضایت ضمنی طرفین در مورد تعیین قانون ماهوی حاکم مشخص باشد، داور خود را به نظر طرفین محدود و ملزم می‌داند و برطبق نظر آنان عمل می‌کند»^(۵۹). در این صورت دلایل به قدری باید مستدل و معقول باشد که مبین قصد و رضایت طرفین دعوی باشد^(۶۰).

در حالی که به معیارهایی که برای تعیین

در انتخاب قانون حاکم) و نه نتیجه دخالت و اجرای قانون مقر دادگاه.

نتیجه دوم، که به ویژه توسط پرفسور «گلدمن»^(۵۶) تبیین شده، آن است که در داوری بین‌المللی، قانون خارجی به این معنا که جزو سیستم حقوقی مرجع رسیدگی به دعوی نباشد، وجود ندارد. تمام قوانین از نظر داور دارای ارزش یکسان هستند و هیچ‌یک از آنها از وضع و مرتبه ممتازی برخوردار نیست. این مطلب در مرحله اثبات مضمون و مفاد حقوق قابل اجراست. علاوه بر آن در مقام عامل محدودکننده و نظم عمومی پردکننده در دعوی نیز واجد آثار مهمی است و در واقع داور را از قانون ملی طرفین دعوی رهایی می‌بخشد. اصولاً داور بین‌المللی، موظف به رعایت مفاهیم صرفاً ملی نیست^(۵۷).

همچنین گفته شده است که: «داور نمی‌تواند بر مبنای برخی از قواعد حل تعارض مشخص عمل کند و خود را ملزم به انتخاب قانون حاکم، براساس اصولی که کمتر بدان می‌توان تکیه کرد، نماید. لازم به ذکر است که داور ملزم به تبعیت از قواعد تعارض یک کشور به جای قواعد حل تعارض کشور دیگر نمی‌باشد»^(۵۸).

بدیهی است خارجیانی که با حقوق ایران سروکار دارند چنانچه احساس کنند که قواعد داوری تجاری بین‌المللی ایران به وضوح از ایرانیان حمایت و جانبداری می‌کند، ترجیح خواهند داد که اختلافات

56- Goldman

57- درین، ابو: همان مأخذ، صفحات ۱۷۷ و ۱۷۸

58- Sammartano, M.R.: op.cit., p.258

59- Ibid., p.257

60- Lando, Ole: op.cit., p.134

چنانچه طرفین دعوی، قانون حاکم بر توافقنامه داوری را تعیین نکرده باشند داور ملزم به پذیرش نظر طرفین اختلاف است. در غیر این صورت داور خود، قانون حاکم بر توافقنامه داوری را تعیین خواهد کرد. بدیهی است داور در این مورد نیز، قواعد کلی مندرج در ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی را رعایت خواهد نمود.

بند دوم- منابع غیرمدون داوری

بسندهای ۴۰۳ ماده ۲۷ لایحه داوری

تجاری بین‌المللی:

«۳- داور در صورتی که طرفین طریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.

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

بسندهای ۴۰۳ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری

آنسیترال:

«۳- هیأت داوری صرفاً در صورتی براساس عدل و انصاف (exaequo et bono)

و احراز رضایت ضمنی طرفین به کار برده می‌شود، انتقادهای بسیاری شده است. معیارهایی از قبیل: قانون محل داوری^(۶۱)، قانون آیین دادرسی داوری^(۶۲)، در نظر گرفتن عوامل داخلی (مانند ارجاع به قواعد نظام حقوقی خاص، واحد پول مشخص و زبان مشخص) که طرفین در قرارداد درباره آن با یکدیگر توافق کرده‌اند. هیچ‌یک از این معیارها به دقت و درستی نمی‌تواند مبین رضایت واقعی طرفین اختلاف باشد^(۶۳). بنابراین احراز رضایت ضمنی طرفین بسیار دشوار است ولی در صورت احراز آن به قدر متیقن^(۶۴)، داور ملزم به رعایت نظر طرفین می‌باشد.

به هر حال آن چنان که حقوقدانان برجسته‌ای نظیر «لالیو» و «داوید»^(۶۵) اظهار داشته‌اند، داوری بین‌المللی چه از نظر حقوقی و چه از نظر عملی به جهتی تمایل می‌یابد که سکوت طرفین دعوی در تعیین قانون ماهوی حاکم را قرینه‌ای بر قصد آنان به آزاد گذاشتن داور به اعمال قانونی می‌داند که داور خود، مناسب تشخیص دهد^(۶۶).

نکته دیگر، تعیین قانون ماهوی حاکم بر توافقنامه داوری است. در قانون نمونه داوری آنسیترال و لایحه داوری تجاری بین‌المللی، قانون ماهوی حاکم بر توافقنامه داوری به صراحت تعیین نشده است. اما با توجه به قاعده کلی در مورد تعیین قانون ماهوی حاکم در ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی و تفکیک بین توافقنامه داوری و قرارداد اصلی، باید پذیرفت

61- Lex Loci Arbitri

62- lex Arbitri

۶۳- برای اطلاع بیشتر از دلایل له و علیه هر یک از این معیارها رجوع شود به:

Sammartano, M.R.: op.cit., pp.255-257

64- Reasonable Certainty

65- David

۶۶- اسکینی، دکتر ریبا: همان مأخذ، صفحه ۱۳۱

حقوق

ب) آیا اصطلاحاتی مانند عدل و انصاف، میانجیگری دوستانه را می‌توان در قانون نمونه تعریف کرد؟

پاسخ به پرسش اول مثبت بود؛ اما برای تعریف اصطلاحات، مشکلات زیادی وجود داشت. زیرا مفهوم اصطلاحات مزبور به درستی روشن نبود و حتی در نظامهای حقوقی مختلف، معانی مختلفی داشتند^(۷۰). از این رو حاضران در اجلاس از تعریف اصطلاحات مزبور منصرف شدند.

بند سه ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى بين المللى عيناً مقتبس از بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه داورى آنسترال است. صرفاً به جای اصطلاح "ex aequo et bono" در قانون نمونه داورى، «عدل و انصاف» در لایحه داورى تجارى بين المللى جایگزین آن شده است، هر چند ترجمه صحیح اصطلاح مزبور، «انصاف و عقل سلیم» است^(۷۱). این اصطلاح در بند دو ماده ۲۳ مقررات داورى آنسترال نیز درج گردیده

یا به عنوان میانجیگری دوستانه (amiable compositeur) اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای را به او داده باشند.

۴- هیأت داورى در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد کرد و عرف بازرگانى قابل اجرا در معامله مربوطه را مورد نظر قرار خواهد داد.»

در قانون نمونه داورى آنسترال و لایحه داورى تجارى بين المللى، از سه منبع داورى نام برده شده است. این منابع عبارتند از: عدل و انصاف^(۶۷)، میانجیگری دوستانه (یا کدخدامنشی)^(۶۸) عرف بازرگانى^(۶۹).

وجه مشترک هر سه منبع، غیرمدون بودن آنهاست. با توجه به آنکه دو مورد اول در بند سه و مورد آخر در بند چهار ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى بين المللى ذکر شده است، در قسمت اول به بررسی عدل و انصاف و میانجیگری دوستانه می‌پردازیم و در قسمت بعد به عرف بازرگانى خواهیم پرداخت.

۱- عدل و انصاف، میانجیگری دوستانه

در کنفرانس حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل برای بررسی قانون نمونه داورى، دو سؤال اساسی در مورد ماده ۲۸ قانون نمونه مطرح بود:

الف) آیا داور در صورت توافق طرفین می‌تواند حکم قضیه را براساس عدل و انصاف صادر کند؟

67- Ex aequo et bono

68- Amiable Compositeur

69- Usages of Trade

70- Broches, Aron: op.cit., o.138

۷۱- رجوع شود به:

- "Latin Words & Phrases for Lawyers".

edited by: R.S. Vasan, 1980, p.81

- "The International Law Dictionary", edited by:

J.C.Plano. 1987, No.13

- طالقانی، محمدرضا: «فرهنگ اصطلاحات حقوقی

لاتین - فارسی»، ۱۳۷۳، صفحه ۵۴

است.

در حقوق ایران قاعده عدل و انصاف این گونه تعریف شده است: «مفهوم ناشی از وجدان و فطرت که در قوانین موضوعه دیده نمی‌شود و یا خلاف آن دیده می‌شود. محل قاعده عدل و انصاف مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک شود. حکم عقل و وجدان در چنین صورتی، قاعده عدل و انصاف را تشکیل می‌دهد» (۷۲).

استناد به عدل و انصاف سبب خواهد شد که داور فارغ از قواعد حقوقی و به حکم وجدان تلاش نماید که احقاق حق شود. پذیرش عدل و انصاف در لایحه داور تجاری بین‌المللی: به عنوان یکی از منابع داور، منوط به پذیرش طرفین اختلاف شده است. به این لحاظ مشخص نبودن تعریف دقیق عدل و انصاف، مشکل خاصی ایجاد نخواهد کرد، زیرا داور همواره نمی‌تواند به عدل و انصاف استناد کند بلکه صرفاً در صورت پذیرش که طرفین از عدل و انصاف استفاده خواهد شد.

همچنین در بند سه ماده ۲۷ لایحه داور تجاری بین‌المللی با اصطلاح جدیدی مواجه می‌شویم: «کدخدامنشانه». معادل این اصطلاح در بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه داور تجاری آنسیترال، "Amiable Compositeur" است. این اصطلاح در بند دو ماده ۳۳ مقررات داور تجاری آنسیترال نیز درج گردیده است که از آن به میانجیگری دوستانه تعبیر شده است.

گفته شده است که مفهوم میانجیگری

دوستانه در نظامهای حقوقی مختلف، متفاوت است (۷۳). اما آیا می‌توان گفت که میانجیگری دوستانه و عدل و انصاف یکی هستند؟ در بدو امر به نظر می‌رسد که این دو اصطلاح از یکدیگر مجزا هستند؛ چرا که در غیر این صورت چه ضرورتی به درج هر دو اصطلاح در بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسیترال بود؟

در نوشته‌های مربوط به این موضوع نیز ابهام مشاهده می‌گردد. حتی پزفسور «برش» (۷۴)، که یکی از صاحب‌نظران داور تجاری بین‌المللی است و از جمله حاضران در اجلاس مربوط به بررسی قانون نمونه داور آنسیترال بود، در ملاحظاتی که پیرامون بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسیترال نوشته است بسیار گذرا از تفاوت میان عدل و انصاف و میانجیگری دوستانه گذشته است. صرفاً بر این نکته تأکید کرده است که برای رفع ابهام درباره دو اصطلاح مزبور، طرفین اختلاف می‌توانند تکالیف دیگری برای داور تعیین نمایند تا امکان تخطی داور رفع گردد (۷۵).

شایان توجه است که بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسیترال در طرح اولیه قانون مزبور درج نشده بود، بلکه در یکی از جلسات اجلاس، نماینده ایالات متحد آمریکا پیشنهاد کرد که با الهام از بند سه

۷۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر: «ترمینولوژی حقوقی»، ۱۳۶۳، شماره ۴۰۷۶

73- Sammartano, M.R.: op.cit., p.274

74- Broches

75- Broches, Aron: op.cit., p.139

و Amiable Compositeur صَحّه گذاشتند.

همچنین به نقل از فوشار و روبیر^(۸۰) گفته شده است که: «نوع دیگری داورى، داورى براساس انصاف (کدخدامنشى) است که آن را Amiable Compositeur یسا داورى Ex aequo et bono می‌گویند. در این قبیل داوریه‌ها، داور مکلف به اجرای مرّ (یا نظر صریح) قانون نیست بلکه ممکن است در اعمال انصاف از آن عدول کند. داور می‌تواند قانونی را که برخلاف انصاف تشخیص می‌دهد، نادیده گرفته برپایه انصاف رأی دهد»^(۸۱). ملاحظه می‌گردد در این تعریف نیز دو اصطلاح انصاف و کدخدامنشى معادل فرض شده‌اند. حتی برخی از حقوقدانان ترجیح داده‌اند اصطلاح Amiable Compositeur را به «داورى بر اساس انصاف» ترجمه کنند که در حقیقت معادل Ex aequo et bono است^(۸۲). پرفسور «لو»^(۸۳) نیز اظهار داشته است

ماده ۳۳ مقررات داورى آنسیترال، یک بند تحت عنوان بند سه به ماده ۲۸ قانون نمونه داورى آنسیترال اضافه شود^(۷۶). این پیشنهاد با موافقت گسترده‌ای مواجه شد.

پس از آن نماینده شورای بین‌المللی داورى تجارى^(۷۷) پیشنهاد کرد که میانجیگری دوستانه و عدل و انصاف معادل یکدیگرند. بنابراین بهتر است در متن نسخه قانون نمونه به زبان فرانسه، Amiable Compositeur درج و پس از آن اصطلاح Ex aequo et bono داخل در پرانتز قید گردد. همچنین در متن نسخه انگلیس قانون نمونه، اصطلاح Ex aequo et bono درج و در داخل پرانتز بلافاصله پس از آن اصطلاح Amiable Compositeur قید گردد تا مشخص گردد هر دو اصطلاحات هم معنی هستند و از تفسیر دو اصطلاح مزبور به عنوان دو مفهوم جداگانه اجتناب شود^(۷۸). هیچ یک از نمایندگان حاضر در جلسه با نظر نماینده شورای بین‌المللی داورى تجارى مخالفت نکرد. متعاقب آن رئیس جلسه اظهار داشت که پیشنهاد نماینده شورای بین‌المللی داورى تجارى، در حقیقت نکته‌ای مربوط به شیوه نگارش است^(۷۹). بدین ترتیب نمایندگان حاضر در جلسه بدون مخالفت با نظر نماینده شورای بین‌المللی داورى تجارى، بر یکسان بودن مفهوم دو اصطلاح Ex aequo et bono

76- UNCITRAL Yearbook, Vol. XVI, 1985, P.48

77- International Council for Commercial Arbitration

78- UNCITRAL Yearbook, op.cit., p.488

79- Ibid, p.488

80- Robert

۸۱- صفایی، دکتر سید حسین: همان مأخذ، صفحه ۳۷

۸۲- اسکینی، دکتر ربیعا: «مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل»، ۱۳۷۱، صفحه ۹۱

83- Lew

۲- عرفهای بازرگانی^(۸۷)

مطابق بند چهار ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی که عیناً مقتبس از بند چهار ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال است: «داور باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

در کنفرانس کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل تصمیم گرفته شد با اقتباس از بند سه ماده ۳۳ مقررات داوری آنسیترال، بند دیگری درباره استفاده از عرف بازرگانی در ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال گنجانده شود^(۸۸). البته برخی از نمایندگان عقیده داشتند که عبارت «قواعد حقوقی»^(۸۹) مندرج در بند یک ماده ۲۸ قانون نمونه به علت کلیت آن، در برگیرنده عرفهای بازرگانی نیز می‌شود و در نتیجه نیازی به درج مجدد عرفهای بازرگانی در

که شرط میانجیگری دوستانه، داور را قادر می‌سازد که براساس عدل و انصاف تصمیم بگیرد^(۸۴). از این رو به نظر می‌رسد وی نیز قائل به انطباق میانجیگری دوستانه و عدل و انصاف بر یکدیگر است.

در این باره نظر مخالف نیز وجود دارد. اظهار شده است که مرجع داوری که مجاز به استفاده از قاعده عدل و انصاف شده است، ملزم به رعایت حقوق ملی کشورها نمی‌باشد. بنابراین مفهوم عدل و انصاف به این معنا از مفهوم میانجیگری دوستانه در حقوق فرانسه وسیع‌تر است^(۸۵) بنابر مفهوم مخالف آن، در روش میانجیگری دوستانه، داور ملزم به رعایت حقوق داخلی کشورها می‌باشد، در حالی که در عدل و انصاف نیازی به رعایت حقوق داخلی کشورها نیست.

بنابراین با توجه به وجود ابهام در معنای دو اصطلاح میانجیگری دوستانه (یا کدخدامنشانه) و عدل و انصاف و با توجه به آنکه عدل و انصاف در برگیرنده آنچه‌ی است که از آن به کدخدامنشی یاد می‌شود، لذا پیشنهاد می‌گردد عبارت «یا به صورت کدخدامنشانه» از بند سه ماده ۲۷ لایحه داوری تجاری بین‌المللی حذف گردد.

در ماده ۱۸۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس نیز که از جمله مقررات داوری بین‌المللی متأخر است، صرفاً به عدل و انصاف تصریح گردیده است^(۸۶).

84- Goldman, Berthold: "The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria", in: "Contemporary Problems in Int'l Arbitration", edited by: J.D.M.Law, 1987, p.117

85- Blessing, M.: "The New Int'l Arbitration Law in Switzerland", J.Int. Arb., Vol.5, No.2,1988,p.64

۸۶- بند دو ماده ۱۸۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس مقرر می‌دارد: «طرفین دعوی می‌توانند توافق کنند که مرجع داوری براساس عدل و انصاف رأی دهد». و متن انگلیس آن چنین است:

- The parties may authorize the arbitral tribunal to decide ex aequo et bono".

87- Customs of Trade

88- Broches, Aron: op.cit., p.140

89- Rules of Law

بند چهار نیست (۹۰).

قانون ماهوی حاکم این باب نشده‌اند راهنمای دادگاهها و مراجع داورى قرار می‌گیرد» (۹۶).

بند چهار ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى بین‌المللى، عرف تجارى بین‌المللى را از منابع اصلى داورى تجارى بین‌المللى به شمار آورده و از این رو داور را ملزم کرده است همواره عرف بازرگانى مربوط به موضوع را موردنظر قرار دهد؛ حتى زمانى که طرفین درباره آن توافق نکرده باشند.

۳- حقوق بازرگانى فراملی

در سى سالة اخیر شاهد شکوفایی اصطلاحى هستیم که از آن به حقوق بازرگانى فراملی (۹۷) یاد می‌شود. این اصطلاح برای نخستین بار در نوشته‌های پرفسور «گلدمن» به کار گرفته شد. به اعتقاد وی، ریشه‌های حقوق بازرگانى فراملی به حقوق ملل (۹۸) در روم باستان می‌رسد (۹۹).

اصطلاح عرفهای بازرگانى در ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ و بند چهار ماده ۱۳ مقررات داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى و بند سه ماده ۳۳ مقررات داورى آنسیترال نیز به کار رفته است. عرف بازرگانى یکی از منابع حقوق بازرگانى بین‌المللى است که ممکن است کلی یا مربوط به رشته خاصی از بازرگانى باشد، در اغلب کشورها به عنوان منبع حقوق شناخته شده است. این عرفها که ناشی از عمل بازرگانان در طول سالهاست، به ندرت تدوین شده است ولی بازرگانان آنها را رعایت می‌کنند (۹۱).

در تعریف عرف و رسوم تجارت بین‌الملل گفته شده است: «عرف و رسوم در برخی از انواع تجارت، در قراردادهای بین‌المللى و داخلی هر دو به کار برده می‌شود و دسته دیگر از عرف و رسوم تجارى، صرفاً در روابط بین‌المللى اجرا می‌گردد. علاوه بر این، برخی از عرفهای دیگر نیز تدوین شده است. برای مثال مجموعه اصطلاحات بازرگانى بین‌المللى (۹۲)، عرفها و رویه متحدالشکل درباره اعتبارات اسنادی (۹۳)، وقوع شرایط غیرمترقبه (۹۴) و بروز دشواری در انجام قرارداد (۹۵) که به تازگی توسط اتاق بازرگانى بین‌المللى تدوین شده است. این عرفها و رسوم و شرایط قرارداد، حتى زمانى که توسط طرفین اختلاف به عنوان

90- Broches, Aron: op.cit., 141

۹۱- صفایی، دکتر سیدحسین: همان مأخذ، صفحات ۴۸ و ۴۹

92- Incoterms

93- The Uniform Customs & Practices for Documentary Credits

94- Force Majeure

95- Hardship Clause

96- Lando, Ole: op.cit., pp.144-146

97- Lex Mercatoria

98- Jus Gentium

99- Sammartano. M. R.: op.cit., p.269

می‌شد، آرای صادر می‌کردند که با منافع بازرگانان مغایرت داشت. بدین ترتیب حقوق بازرگانی به عنوان یک نظم حقوق بین‌المللی از میان رفت و قوانین ملی، ویژگی بازرگانی بین‌المللی را فقط تا حد محدودی توانستند حفظ کنند^(۱۰۲).

در قرن بیستم شاهد رونق تجارت بین‌الملتها هستیم و حقوق تجارت بین‌الملل همگام با نیازهای جدید، سعی در تدوین مقررات جدید داشته و دارد. جامعه بازرگانی دریافت که اجرای قوانین ملی مانع از رشد سریع تجارت جهانی می‌شود، بنابراین ایجاد قواعد حاکم بر معاملات را صرف‌نظر از محل انعقاد آنها، ضروری دانست. مجموعه اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی موسوم به «اینکو ترمز»^(۱۰۳) که در سال ۱۹۵۳ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین گردید، حاصل آن بود. همچنین تهیه مجموعه مقررات یکنواخت بازرگانی در ایالات متحد آمریکا^(۱۰۴) از جمله ابتکارات تازه برای رفع نیاز به قواعد جدید بود^(۱۰۵).

درباره حقوق بازرگانی فرا ملی، نظرات گوناگونی ابراز شده است. پرفسور «گلدمن»

«فوشار» اظهار داشته است که حقوق بازرگانی فرا ملی در واقع ساخته جامعه بین‌المللی بازرگانان است و از عرفها و رویه‌های بازرگانی در خارج از چارچوب مقررات دولتی تشکیل یافته است. می‌توان گفت بازرگانان بین‌المللی با توجه به نارسایی مقررات بازرگانی ملی و با همکاری یکدیگر در سطح جهانی و نیز از طریق ایجاد انجمنها و مؤسسه‌های صنفی بین‌المللی، حقوق خاصی را به وجود آورده‌اند که جدا از حقوق داخلی کشورهاست^(۱۰۰).

به لحاظ تاریخی، رژیمهای حاکم بر اروپای غربی سابقاً فنودالی بودند و قوانین منسجمی بر آنها حاکم نبود. از این رو تجار که دائم در حال سفر بودند مجبور شدند قواعد خاصی را که حاکم بر قراردادهایشان بود ایجاد نمایند. بدین ترتیب حقوق تجارت بین‌الملل از طریق رویه جامعه تجاری به وجود آمد^(۱۰۱).

پس از اینکه تجار در اروپای قرون وسطی، عرفهای تجاری را ایجاد کردند کشورهای اروپایی در قرون ۱۸ و ۱۹ و همزمان با رشد ملی‌گرایان این قواعد را در حقوق داخلی خود وارد کردند. در نتیجه حقوق بازرگانی تبدیل به حقوق داخلی کشورها گردید و از آن پس به اختلافات تجاری توسط قضات غیرتاجر رسیدگی می‌شد. این قضات به علت عدم آشنایی با موازین و عرفهای تجارت بین‌الملل که بنا به نیازهای تجاری دائماً اصلاح و تکمیل

۱۰۰- صفایی، دکتر سید حسین: همان مأخذ، صفحه ۴۰
 101- Stoecker, Christoph W.O: "The Lex Mercatoria: To What Extent Does it Exist?", J.Int. Arb., Vol.7, No.1, 1990, p.102
 102- Ibid., p.103
 103- Incoterms
 104- Uniform Commercial Code in the United States
 105- Stoecker, C.W.O: op.cit., p.104

حقوق

کشورهای دیگر متداول است؛ زیرا در این قبیل موارد اگر قرارداد تابع حقوق دولتی باشد که طرف قرارداد است، همواره مشخصی که با دولت قرارداد بسته است، دچار واگم خواهد بود زیرا دولتها می‌توانند تحت شرایط ویژه‌ای که مصلحت بدانند، قوانین داخلی خود را اصلاح نمایند و یا تغییر بدهند. اگر قانون کشور شخصی که طرف قرارداد است به عنوان قانون ماهوی تعیین گردد، در این صورت همیشه این احتمال وجود دارد که دولت مزبور، قوانین جدیدی به نفع و مصلحت تبعه خود وضع نماید که در آن صورت احتمال دارد حقوق طرف قرارداد، تضییع شود. به علت وجود این مشکلات، ممکن است دولت و شخصی حقوق خصوصی طرف قرارداد آن توافق نمایند که قرارداد مابین آنها تابع حقوق بازرگانی فراملی باشد^(۱۱۵).

106- Pacta Sunt Servanda

107- Rebus Sic Stantibus

108- Sammartano, M.R.: op.cit., p.269

109- General Principles of International Commercial Arbitration

110- Goldman, B.: op.cit., p.113

۱۱۱- برای اطلاع بیشتر از تعاریف مختلف حقوق بازرگانی فراملی رجوع شود به:

- Stocker, C.W.O.: op.cit., pp.105-106

112- Sammartano, M.R.: op.cit., p.270

113- Uncertainty

114- Sammartano, M.R.: op.cit., p.270

۱۱۵- رجوع شود به:

- ویرالی، میشل: «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»،

حیطه وسیعی برای حقوق بازرگانی فراملی قائل است که شامل عرفها، آرای مراجع داوری، راه‌حلهای مشترک و مکرری که در تجارت بین‌الملل به کار گرفته شده است، اصول معتبر حقوقی نظیر اصل وفای به عهد^(۱۰۶)، شرط تغییر اوضاع و احوال^(۱۰۷) می‌شود^(۱۰۸). وی به صراحت حقوق بازرگانی فراملی را از اصول عمومی حقوق تجارت بین‌الملل^(۱۰۹) جدا می‌داند^(۱۱۰). البته در تعریف حقوق بازرگانی فراملی تعاریف متنوع و بسیاری ارائه شده است که از درج آن خودداری می‌شود^(۱۱۱).

بدین ترتیب حقوق بازرگانی فراملی، نظام حقوقی محسوب می‌شود که به نظامهای حقوق ملی وابستگی ندارد. «گلدمن» حتی از این هم پیشتر می‌رود و اظهار می‌دارد که اگر حقوق بازرگانی فراملی را محدود به کشوری خاص بدانند، به معنای انکار آن خواهد بود^(۱۱۲).

از سوی دیگر حقوق بازرگانی فراملی

مورد انتقاد شدید نیز قرار گرفته است؛ زیرا در آن نشانه‌های غیر مشخصی^(۱۱۳) مشاهده می‌گردد و همواره این خطر وجود دارد که هر قاضی یا داوری براساس گرایشهای شخصی خود، حقوق بازرگانی فراملی را تفسیر و تأویل نماید^(۱۱۴).

استفاده از حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون ماهوی حاکم، بیشتر در قراردادهای بین اشخاص حقوق عمومی یک کشور با اشخاص حقوق خصوصی

بازرگانی فرا ملی مشمول بند چهار مزبور نیست. اما با توجه به اطلاق بند یک ماده ۲۷ لایحه داورى تجارى بين المللى كه طرفين دعوى را مخير ساخته كه از قاعده‌هاى حقوقى، در صورت توافق به عنوان قانون ماهوى حاكم بر قرارداد خود استفاده نمايند و از آنجا كه حقوق بازرگانى فرا مى، قاعده‌مند است، لذا مى توان به استناد بند يك ماده ۲۷ (در صورتى كه طرفين اختلاف توافق نمايند)، حقوق بازرگانى فرا مى را به عنوان قانون ماهوى بر داورى حاكم دانست.

□ □ □

ترجمه دكتور ناصر صبح خيز، مجله حقوقى دفتر خدمات حقوقى بين المللى، شماره ۳، ۱۳۶۴، صفحه ۹۵
- Lando, Ole: op.cit., pp.143-144

۱۱۶- رجوع شود به:

- صفابى، دكتور سيد حسين: همان مأخذ، صفحات ۵۱ و ۵۰

- Lando, Ole: cit., pp.144-147

- Sammartano, M.R.: op.cit., p.270

۱۱۷- لندو، آل (Lando, Ole): حقوق بازرگانى فراملى در داورى تجارى بين المللى، ترجمه محسن محبى، مجله حقوقى دفتر خدمات حقوقى بين المللى، شماره ۵ و ۱۳۶۵، صفحات ۱۰-۱۵

118- Audit

۱۱۹- صفابى، دكتور سيد حسين: همان مأخذ، صفحه ۵۱

حال بايد ديد كه آيا بين حقوق بازرگانى فراملى و عرفهاى بازرگانى تفاوتى هست؟ در اين باره گفته شده است كه حقوق بازرگانى فراملى، «عام» و عرفهاى بازرگانى، «خاص» محسوب مى شوند. به تعبير ديگر حقوق بازرگانى فراملى داراى مفهوم گسترده‌اى است كه عرفهاى بازرگانى را نيز در بر مى گيرد و عرفهاى بازرگانى هم يكي از منابع حقوق بازرگانى فراملى را تشكيل مى دهد^(۱۱۶). توضيح آنكه منابع موجود در حقوق بازرگانى فراملى را، شامل موارد ذيل دانسته‌اند: حقوق بين الملل عمومى، قوانين متحدالشكل، اصول كللى حقوقى، مقررات سازمانهاى بين المللى، عرف و رسوم، قراردادهاى استاندارد و آراى داورى منتشر شده^(۱۱۷).

«اودى»^(۱۱۸)، استاد فرانسوى در اين باره مى گويد: «اگر بخواهيم ارجاع به عرفهاى بازرگانى فايده‌اى داشته باشد، بايد آن را از حقوق بازرگانى فراملى تفكيك كنيم. در حالى كه عرفهاى بازرگانى، مربوط به رشته خاصى از فعاليت بازرگانى است يعنى حقوق بازرگانى فراملى، در سطحى كللى تر و بسالتر قرار مى گيرد»^(۱۱۹).

به نظر مى رسد ميان حقوق بازرگانى فراملى و عرفهاى بازرگانى بايد قائل به تفكيك شد. با توجه به آنكه بند چهار ماده ۲۷ لايحه داورى تجارى بين المللى، صرفاً ناظر بر عرفهاى بازرگانى است، بنابراین حقوق