

اعمال اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی توسط دیوان داوری به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا

حمیدرضا نیکبخت*
فرهاد پیری**

چکیده

طرفین قرارداد داوری ممکن است به‌جای انتخاب «قانون» یک کشور، «قواعد حقوقی» را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوی خود برگزینند. انتخاب قواعد حقوقی توسط طرفین، تنها در صورتی ممکن است که قواعد حل تعارض قابل اعمال، چنین اختیاری را به آن‌ها اعطا نماید. اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قواعد حقوقی در برخی از اسناد و قوانین به رسمیت شناخته شده است اما آزادی دیوان داوری در انتخاب این قواعد محدود می‌باشد. باوجود این، امروزه در پرتو دیدگاه غیرملمی کردن داوری، آزادی این دیوان‌ها در حال گسترش است. در اسناد، دعاوی و قراردادهای بین‌المللی، قواعد و اصولی رشد و نمو پیدا کرده و در حال توسعه است که تحت عنوان «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» شناخته می‌شود. گفته می‌شود این اصول به‌عنوان قواعد حقوقی متناسب، قابلیت اعمال بر دعاوی تجاری بین‌المللی توسط دیوان‌های داوری را دارد. این مدعی یا فرض در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: داوری، داوری بین‌المللی، دعوا، دعاوی تجاری، قواعد حل تعارض، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی.

hr.nikbakht@sbu.ac.ir

f.Piri@mail.sbu.ac.ir

* نویسنده مسئول، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل و وکیل پایه یک دادگستری

پس از ارجاع اختلاف طرفین به داوری، دیوان داوری باید به آن رسیدگی و رأی نهایی خود را صادر کند. دیوان می‌تواند بسیاری از اختلافات ارجاعی مانند مطابقت کالا با قرارداد و پرداخت ثمن را به‌طور مستقیم از طریق تفسیر و اعمال شروط قرارداد و بدون ارجاع به مقررات یک قانون خاص، حل‌وفصل نماید.^(۱) در برخی موارد نیز که امکان صدور رأی صرفاً بر مبنای شروط قراردادی طرفین ممکن نیست، دیوان داوری باید ضرورتاً به یک قانون یا مجموعه قواعد حقوقی رجوع کند. چنین قانون یا قواعد حقوقی ممکن است توسط طرفین قرارداد به‌صورت صریح یا ضمنی تعیین شده باشد و در صورت فقدان چنین انتخابی، دیوان داوری آن را تعیین و اعمال خواهد نمود.^(۲)

امروزه بر مبنای نظریه «غیرملی‌کردن دعاوی»^(۳) داوری، دیدگاه‌های جدیدی در حال شکل‌گیری است که بر مبنای آن، طرفین قرارداد و دیوان‌های داوری می‌توانند به‌جای انتخاب یک «قانون»^(۴) ملی، «قواعد حقوقی»^(۵) را به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف برگزینند. قوانین برخی از کشورها نیز امکان انتخاب قواعد حقوقی توسط طرفین را پذیرفته‌اند. البته معمولاً آن‌ها در مقابل، امکان انتخاب چنین قواعدی را از سوی دیوان‌های داوری (در مواردی که چنین انتخابی از سوی طرفین قرارداد به عمل نیامده است) محدود ساخته‌اند.^(۶)

1. ICC Case no. 9479 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 67-73, Unilex: 'In case the arbitral tribunal does not find in the contract or in the usages of international trade a solution to the problems raised by the parties' claims, it must revert to the law applicable to the contract'; P. Lalive, *The Unidroit Principles as Lex Contractus, With or Without an Explicit or Tacit Choice of Law: An Arbitrator's Perspective*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special supplement, 2002, pp. 77-8.

۲. در رابطه با مفهوم «ماهیت اختلاف» ن.ک:

V. Heiskanen, *Dealing with Pandora: The Concept of 'Merits' in International Commercial Arbitration*; 22(4), *Arbitration International Quarterly*, 2006, p. 297.

همچنین در رابطه با قانون حاکم بر دعوا (به‌طور کلی) ن.ک: نیکبخت، حمیدرضا، *داوری تجاری بین‌المللی: آیین داوری*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۰، صص ۳۶۴-۳۱۷.

F. Ferrari & S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, 2011, pp. 257-408.

۳. در این رابطه (به‌طور کلی) ن.ک:

K. Lynch, *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 168-95.

4. Law

۵. "Rules of law" این عبارت نخستین بار در ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (۱۹۸۱) به کار گرفته شد. ن.ک:

E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, para. 1444.

۶. مانند کشورهایی که از قانون داوری نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) با اصلاحات (۲۰۰۶) به‌عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده کرده‌اند. ماده ۲۸ این قانون مقرر داشته است:

'(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such *rules of law* as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute [...];

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply *the law* determined by the conflict of laws rules which it considers applicable [...]' (Emphasize added).

علی‌رغم ابهام موجود در معنای عبارت «قواعد حقوقی»، می‌توان از کاربرد آن در برابر واژه «قانون» به این نتیجه رسید که برخلاف قانون که توسط یک دولت در یک کشور خاص وضع می‌شود (قانون ملی)، قواعد حقوقی، ماهیتی غیرملی داشته و توسط یک دولت وضع نشده است. برای مثال می‌توان مقررات فقهی یا شرعی،^(۷) اصول کلی حقوقی، عرف تجاری و قواعد تنظیم‌شده توسط سازمان‌های بین‌المللی همچون اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی را که توسط «مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی»^(۸) تهیه شده است در زمره قواعد حقوقی قرار داد.^(۹) این اصول و قواعد به‌طور کلی ناشی از و توسعه‌یافته در متون حقوقی، اسناد حقوقی بین‌المللی، قراردادها و دعاوی بین‌المللی است.

امروزه از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (از این پس «اصول») به‌عنوان سندی کاملاً شناخته‌شده در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل یاد می‌شود^(۱۰) که در عمل به‌طور گسترده‌ای به‌منظور حل و فصل اختلافات مورد استفاده قرار می‌گیرد.^(۱۱) باوجود این به‌عنوان قاعده‌ای کلی باید به این مطلب نیز توجه کرد که انتخاب قواعد حقوقی به‌عنوان قانون حاکم نمی‌تواند مانع اجرای قواعد امری شود که مطابق با قواعد قانون ملی مانند قواعد تعارض قوانین، قابل اعمال تشخیص داده می‌شوند اعم از اینکه منشأ آن‌ها، بین‌المللی یا فراملی باشد.^(۱۲)

ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز بیان داشته است: «(۱) داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد [...]»؛

(۲) در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به‌موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد [...]».

7. *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor K.C.F.C. (Kuwait)* [2000] 1 Lloyd's Rep. 480; *Musawi v. RE International (UK) Ltd. and others* [2007] E.W.H.C. 2981 (Ch.), Unilex.

8. The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) Principles of the International Commercial Contracts (1994, amended in 2004 and 2010) < <http://www.unidroit.org> >.

9. ICC Case no. 10114 (00.03.2000), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 82-4, Unilex: 'The Unidroit Principles are rules of law in the sense of article 17(1) ICC Rules [then in force]'; M. Bühler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration*, 2nd edn., Thomson - Sweet & Maxwell, 2008, paras. 17-43; M. Gusy, J. Hosking & F. Schwarz, *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2011, paras. 28-03.

10. ICC Case no. 15089 (15.09.2008), Unilex: 'In the meantime, they [i.e. the Unidroit Principles] were well-known, not least due to many hundreds of publications and more than 150 documented arbitral awards and court decisions'.

مقایسه کنید با:

ICC Case no. 12111 (06.01.2003), Partial Award, Unilex: 'As to the application of the PECL [i.e. the Principle of European Contract Law], i.e., principles established further to an initiative of the Commission of the European Union in order to harmonize private law within the State members of the European Union [...] they constitute an academic research, at this stage not largely well-known to the international business community and are a preliminary step to the drafting of a future European Code of Contracts, not enacted yet'.

11. ICAC Case no. 100 (30.10.2009), Unilex: 'The Principles were broadly applied in international commercial practice and widely used by international business community as a background for settling the disputes'; CAM Case (30.11.2006), Unilex: 'The Unidroit Principles have been applied in a great number of international arbitration proceedings'.

۱۲. برای مثال ن.ک: ماده ۴۰۱ اصول. همچنین در این رابطه (به‌طور کلی) ن.ک:

در این نوشتار ابتدا در قسمت اول به انتخاب صریح اصول توسط طرفین قرارداد پرداخته خواهد شد و در قسمت دوم، انتخاب ضمنی اصول توسط طرفین بررسی می‌شود. در قسمت سوم نیز اعمال اصول به وسیله دیوان‌های داوری در صورت فقدان انتخاب آن توسط طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد.

قسمت اول - انتخاب صریح اصول توسط طرفین قرارداد

در بیشتر قراردادهای طرفین صریحاً قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب می‌نمایند و در این انتخاب غالباً یک قانون ملی را به عنوان قانون حاکم بر دعوا برمی‌گزینند.^(۱۳) با وجود این ممکن است طرفین، انتخاب قواعد حقوقی را بر قوانین ملی ترجیح دهند تا منافع مشترک آن‌ها به نحو بهتری تأمین شود، چرا که اصول می‌تواند به عنوان مجموعه‌ای منجمد از قواعد حقوقی متناسب با قراردادهای تجاری بین‌المللی، راهگشای طرفین باشد. به منظور بررسی انتخاب صریح اصول توسط طرفین یک قرارداد، ابتدائاً باید به این بحث پرداخته شود که آیا طرفین می‌توانند این اصول را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف انتخاب کنند یا خیر و در صورتی که پاسخ این سؤال مثبت باشد، روش‌های انتخاب صریح اصول توسط طرفین کدام خواهد بود.

۱. امکان انتخاب صریح اصول توسط طرفین قرارداد

آزادی و محدودیت اراده طرفین یک قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را باید در قانون (آیین داوری) مقر داوری جست‌وجو کرد. در واقع این قانون مقر داوری است که شرایط و ویژگی داوری‌های برگزار شده در قلمرو خود را تشریح و تجویز می‌نماید.^(۱۴) سازمان‌های داوری نیز که دارای قواعد داوری مخصوص به خود هستند، تنها می‌توانند در چهارچوب قوانین امری مقر داوری، اختیار انتخاب قواعد حقوقی را به طرفین اعطا کنند.

G. Bermann & L. Mistelis (eds.), *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, Juris Publishing, 2011.

۱۳. برای مثال ۷۹/۸ درصد از قراردادهایی که در رابطه با آن‌ها دعوی در اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۲۰۰۷ به ثبت رسیده است، صریحاً قانون حاکم در آن‌ها مشخص شده بود که از این میان تنها در سه قرارداد، طرفین به جای قوانین ملی، قواعد حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر دعوا برگزیده بودند. این رقم در سال ۲۰۰۸ به ۸۶/۸ درصد رسید که تنها در ۳ درصد از این رقم طرفین قواعد حقوقی را انتخاب کرده بودند و در سال ۲۰۰۹ این رقم به ۸۸ درصد رسید که تنها در ده قرارداد، طرفین قواعد حقوقی را برگزیده بودند. همچنین از میان پرونده‌های ثبت شده در سال ۲۰۱۰، تنها در ده قرارداد طرفین قواعد حقوقی را انتخاب نموده بودند. بر اساس این آمارها، طرفین قراردادها بیشتر متمایل به انتخاب عهدنامه سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی کالاها (عهدنامه وین ۱۹۸۰)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، قانون اتحادیه اروپا، قانون سازمان هماهنگی حقوق بازرگانی در آفریقا (OHADA) و اصول کلی حقوقی به عنوان قواعد حقوقی بوده‌اند. ن.ک:

Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, no. 1, 2008, p. 12; Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20, no. 1, 2009, p. 12; Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, no. 1, 2010, p. 12; Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, no. 1, 2011, p. 14, <http://www.iccdri.com>

14. J-F. Poudret & S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, S. Berti & A. Pontitrs., 2nd edn., Thomson - Sweet & Maxwell, 2007, p. 573.

در مقدمه اصول و در مقام بیان موارد اعمال آن، ذکر شده است که در صورت انتخاب اصول توسط طرفین قرارداد، اصول «باید» اعمال شود. با وجود این باید توجه کرد که امکان انتخاب (و به‌طور کلی اعمال) اصول، نمی‌تواند با استناد به مقررات ذکر شده در مقدمه اصول صورت پذیرد بلکه امکان اعمال اصول باید مستند به قانون مقرّ داورى یا قواعد سازمان داورى باشد.^(۱۵) در همین رابطه، هم قوانین ملی^(۱۶) و هم قواعد داورى سازمان‌هاى داورى،^(۱۷) امکان انتخاب «قواعد حقوقی» را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا توسط طرفین پذیرفته‌اند.

مهم‌ترین مزایای انتخاب اصول، قابلیت دسترسی به آن و همچنین ثبات آن است. در صورتی که طرفین، یک قانون خارجی را انتخاب کنند ناچار خواهند بود تا با پرداخت هزینه از اشخاص متخصص در زمینه قانون خارجی کمک بگیرند. همچنین امکان تغییر قانون نیز به‌عنوان یک خطر حقوقی (به‌ویژه در مواردی که یکی از طرفین قرارداد، دولت یا یک نهاد وابسته به دولت می‌باشد) همواره وجود دارد.^(۱۸) در حالی که مجموعه اصول توسط هر حقوق‌دانی قابل فهم و استفاده می‌باشد و طرفین می‌توانند با انتخاب یکی از نسخه‌های اصول (برای مثال نسخه ۲۰۱۰) از هرگونه تغییر بعدی مصون بمانند.

در صورتی که قانون مقرّ داورى یا قواعد سازمان داورى امکان انتخاب اصول را به طرفین نداده باشند، انتخاب

15. ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex: 'The application of the Unidroit Principles does not depend on their self-given criteria of application, but on the powers vested with this tribunal under article 13(3) of ICC Arbitration Rules [then in force]'.

۱۶. مانند کشورهایی که از قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵ با اصلاحات ۲۰۰۶) به‌عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده کرده‌اند. ماده ۲۸ این قانون مقرر داشته است:

'The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such *rules of law* as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute [...]' (Emphasize added).

ماده (۱) ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران (۱۳۷۶) نیز مقرر داشته است: «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد [...]». همچنین ن.ک: ماده (۲) ۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۱۹۸۶)، ماده (۱) ۱۸۷ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس (۱۹۸۷)، ماده (ب) (۱) ۴۶ قانون داورى انگلستان (۱۹۹۶)، ماده (۱) ۱۰۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (۱۹۹۸)، ماده ۱۷۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی بلژیک (۱۹۹۸)، ماده ۸۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا (با اصلاحات ۲۰۰۶) و ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات ۲۰۱۱).

۱۷. برای مثال ماده (۱) ۲۱ قواعد داورى اتاق بازرگانی بین‌المللى (ICC) (۲۰۱۲) مقرر نموده است:

'The parties shall be free to agree upon *the rules of law* to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute [...]' (Emphasize added)'.^(۱۹)

همچنین ن.ک: ماده (۱) ۵۹ قواعد داورى سازمان مالکیت فکری جهانی (WIPO) (۱۹۹۴)، ماده (۱) ۳۰ قواعد داورى مرکز منطقه‌ای داورى تهران (۲۰۰۵)، ماده (۱) ۲۸ قواعد داورى انجمن داورى آمریکا (۲۰۰۹)، ماده (۱) ۲۲ قواعد داورى مؤسسه داورى استکهلم (۲۰۱۰) و ماده (۱) ۳۳ مؤسسه داورى اتاق بازرگانی سوییس (۲۰۱۲).

۱۸. در رابطه با انتخاب اصول به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد در قراردادهای دولتی (به‌طور کلی) ن.ک:

K. Böckstiegel, *The Application of the Unidroit Principles to Contracts Involving State of Intergovernmental Organizations*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2002, pp. 51-5; J. Crawford & A. Sinclair, *The Unidroit Principles and Their Application to State Contracts*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2002, pp. 57-96.

این اصول بی‌اثر نخواهد بود بلکه در چنین مواردی دیوان داوری باید همچنان اصول را به همراه قواعد امری قانون حاکم بر دعوا اعمال کند.

۲. روش‌های انتخاب صریح اصول توسط طرفین قرارداد

طرفین یک قرارداد می‌توانند اصول را به روش‌های گوناگونی انتخاب کنند. برای مثال می‌توانند صریحاً بیان کنند که قرارداد آن‌ها تنها تابع اصول خواهد بود یا اینکه قرارداد خود را تابع اصول و یک قانون ملی نمایند.^(۱۹) همچنین گفته شده است که میان انتخاب اصول به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد یا درج آن در قرارداد، تفاوت عملی چندانی وجود ندارد.^(۲۰)

چنین انتخابی معمولاً در زمان تنظیم قرارداد و پیش از بروز اختلاف صورت می‌گیرد و در مواردی نیز طرفین در مبادله‌ی لوائح در ابتدای رسیدگی داوری یا در ابتدای جلسه‌ی دادرسی (و غالباً به پیشنهاد داوران) اصول را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا برمی‌گزینند.^(۲۱)

در مواردی که قواعد حل تعارض مقرّ داوری، امکان انتخاب اصول توسط طرفین را تجویز کرده و چنین انتخابی توسط آنان صورت پذیرفته است، داوران باید اصولاً از چنین انتخابی تبعیت و رأی خود را با استناد به اصول صادر کنند.^(۲۲) در صورتی که داوران از انتخاب طرفین تبعیت نمایند و رأی خود را بر مبنای قانون ملی یا قواعد حقوقی دیگری غیر از اصول صادر کنند، چنین رأیی قابل ابطال است زیرا در چنین مواردی، «آیین داوری مطابق موافقت طرفین نبوده» و انتخاب قانون حاکم توسط طرفین نیز بخشی از توافق آن‌ها نسبت به «آیین داوری» بوده است. عدم تطابق آیین داوری با توافق طرفین، دلیلی است که در بیشتر قوانین به‌عنوان یکی از موارد ابطال رأی داوری بیان شده است.^(۲۳)

۱۹. در همین رابطه، در متن اصول، دو شرط نمونه به‌منظور درج در قرارداد ارائه شده است:

'This contract shall be governed by the Unidroit Principles (2010) [except as to Articles ...];

This contract shall be governed by the Unidroit Principles (2010) [except as to Articles...], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X]'.^(۲۴)

20. S. Vogenauer & J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009, p. 38.

21. CAM Case no. A-1795/51 (01.12.1996), Unilex; ICAC Case no. 116 (20.01.1997), Unilex; ICC Case no 8331 (00.12.1996), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 65-8, Unilex; Ad hoc Arbitration Award (Paris) (21.04.1997), Unilex; ICC Case no. 10114 (00.03.2000), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 82-4, Unilex; ICC Case no. 11265 (00.00.2003), Unilex; ICC Case no. 12889 (00.00.2004), Unilex.

۲۲. ممکن است در مواردی انتخاب طرفین، مخالف قانون آمره یا نظم عمومی باشد. در این صورت دیوان داوری می‌تواند قانون یا قواعد حقوقی دیگری را به‌غیر از آنچه توسط طرفین انتخاب شده است اعمال کند. ن.ک:

G. Moss, *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?*, (2005) 1 *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, 2005, pp. 7-11.

۲۳. برای مثال ن.ک: ماده (چهار) الف (۲) ۳۴ قانون داوری نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) با اصلاحات ۲۰۰۶ و ماده (و) ۳۳(۱) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶).

همچنین ممکن است این اقدام داوران به‌عنوان اقدام خلاف قواعد امره قانون داورى مقرر محسوب شده و باعث بطلان رأى داورى بشود. در ماده (د) ۵(۱) عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داورى خارجى ۱۹۵۸ (عهدنامه نیویورک) نیز عدم تطابق آیین داورى با توافق طرفین به‌عنوان یکی از دلایل عدم شناسایی و عدم اجرای رأى داورى بیان شده است.^(۳۴)

قسمت دوم - انتخاب ضمنی اصول توسط طرفین قرارداد

ممکن است در مواردی انتخاب صریحی در قرارداد وجود نداشته باشد اما اوضاع و احوال و شرایط و مفاد قرارداد، دلالت بر وجود انتخاب قانونی در قرارداد داشته باشد. در این صورت آن قانون به‌عنوان انتخاب ضمنی طرفین پذیرفته و حاکم بر قرارداد فرض خواهد شد.^(۳۵) برای مثال در صورتی که یکی از طرفین به اصول (به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا) استناد کند و طرف دیگر اعتراض خود را به این اقدام بیان نکند، می‌تواند حمل بر انتخاب ضمنی اصول توسط طرفین شود.^(۳۶)

در مقدمه اصول، اعمال آن در مواردی که طرفین، قراردادشان را تابع اصول کلی حقوقی، لکس مرکاتوریا (قواعد، عرف و رسم تجارت بین‌الملل) یا موارد مشابه آن‌ها قرار داده باشند، تشویق شده است. در برخی از آرای داورى نیز گفته شده است که انتخاب چنین مواردی می‌تواند به‌عنوان «انتخاب ضمنی منفی» قانون حاکم یعنی عدم اعمال هرگونه قانون ملی تلقی شود.^(۳۷) باوجود این، دیوان داورى باید اوضاع و احوال هر پرونده را به‌دقت بررسی کند و صرف انتخاب اصول کلی حقوقی یا لکس مرکاتوریا را حمل بر انتخاب اصول قرار ندهد.

24. H. Kronke, P. Nacimiento & D. Otto (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, p. 296.

25. J. Lew, L. Mistelis & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, paras. 17-13: 'Implied choice will be found in words or acts which manifest the intention and expectation of the parties that a particular law govern their relation. The parties' choice, express or implied, must be demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case'.

امروزه که در ارتباط با داورى تجارى بین‌المللی قواعد داورى مدون در سطح سازمان‌های داورى بین‌المللی و نیز در بسیاری از کشورها قانون ملی (آیین داورى) وجود دارد، انتخاب ضمنی قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوى داورى در صورتی توسط دیوان‌های داورى باید پذیرفته و اعمال شود که قواعد یا قوانین داورى حاکم بر داورى، چنین انتخابی را تجویز کرده باشد. برای مقایسه، در رسیدگی‌های دادگاهی، دادگاه‌ها به این دلیل انتخاب ضمنی قانون قابل اعمال را می‌پذیرند که قواعد حل تراض قانون ملی آن‌ها چنین اجازه‌ای را به آن‌ها داده است. برای مثال ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۳ عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی قابل ملاحظه است. برای مطالعه بیشتر، ن. ک: نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۹، شماره ۳۲-۳۱، ص ۱۲۵ به بعد.

26. ICC Case no. 11174 (00.00.2002), Unilex: 'Since Respondent did not object to the application of the provisions of the Unidroit Principles referred to by Claimant, the Arbitral Tribunal held that both parties consented to their application'.

27. ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex: 'Through references to "natural justice" and the like, the parties indicated their intention that their Contracts be governed by substantive rules not belonging to any discrete national legal system and appropriately responding to their concerns about neutrality in the applicable law'; ICC Case no. 12111 (06.01.2003), Unilex: 'The arbitral tribunal held that by referring to "international law" the parties had made it clear that they did not want the application of any domestic law'.

۱. انتخاب اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی را می‌توان مجموعه‌ای اصولی دانست که میان تمام (یا حداقل بسیاری از) کشورها مشترک می‌باشد مانند اصل حسن نیت و اصل لزوم قراردادها.^(۲۸) بنابراین اصول کلی حقوقی، ریشه در قوانین ملی کشورها دارد که در مواردی ممکن است در یک معاهده بین‌المللی (و تا جایی که چنین معاهده‌ای منعکس‌کننده این اصول کلی می‌باشد) منعکس گردد.^(۲۹) انتخاب اصول کلی حقوقی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد، ابتدا در قراردادهایی به کار گرفته شد که یک طرف آن دولت بوده است.^(۳۰) همچنین در مواردی به‌کارگیری عباراتی همچون «قواعد عدالت طبیعی»،^(۳۱) «اصول حقوق آنگلوساکسون»،^(۳۲) «اصول کلی انصاف»^(۳۳) و «حقوق بین‌الملل»^(۳۴) توسط طرفین قرارداد، حمل بر انتخاب اصول کلی حقوقی گردیده است. گفته شده است که اصول، یک بازگویی جهانی از حقوق قراردادها می‌باشد.^(۳۵) بنابراین، اصول، زیرمجموعه‌ای از

28. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd (edn)., Kluwer Law International, 2009, vol I, p. 2231: 'The meaning of this formula is controversial, but it is generally intended to refer to principles of law common to leading legal systems. There are inevitable difficulties in identifying the contents of such principles, in particular with sufficient specificity to provide meaningful guidance in commercial context'.

29. Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 14 above), pp. 591-5.

30. E.g. Railway Contract between Turkey and the "Compagnie générale pour l'exploitation des chemins de fer de la Turquie Europe" (1872); Concession Agreement between Government of Iran and National Iranian Oil Company (1957); LIAMCO Concession Agreement (1955); TOPCO Concession Agreement (1963); AMINOIL Concession Agreement (1979); Chanel Tunnel Construction Contract (1987).

برای مشاهده متن قراردادهای مزبور ن.ک: <http://www.trans-lex.org/000011> (accessed 20 August 2012)

31. "Laws or Rules Of Natural Justice"; ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex.

32. "Anglo-Saxon Principles of Law"; LCA Case (00.00.1995), Unilex.

33. "General Principles of Equity"; ICC Case no. 9797 (28.07.2000), Unilex.

34. "International Law"; ICC Case no. 12111 (06.01.2003), Unilex.

35. ICC Case no. 9797 (28.07.2000), Unilex: 'The Unidroit Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law in international arbitration for they contain in essence a restatement of those "principes directeurs" that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice'; Ad hoc Arbitration Award (30.04.2001), *Uniform Law Review*, 2006, pp. 181-3, Unilex: '[T]he Unidroit Principles of International Commercial Contracts are a restatement of international legal principles applicable to international commercial contracts [...]'; ICC Case no. 15089 (15.09.2008), Unilex: 'The PICC were shaped by the laws of the community of trading nations and constituted an international re-statement (and pre-statement) of modern contract law in its most authoritative form'; ICSID Case no. ARB/03/15 (27.10.2011), Unilex: 'The Unidroit Principles on International Commercial Contracts a sort of international restatement of the law of contracts reflecting rules and principles applied by the majority of national legal systems'; M. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 3rd edn., Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 9ff.

«اصول کلی حقوقی» و در واقع بیان‌کننده آن است.^(۳۶) در پرتو این دیدگاه، حتی در مواردی که طرفین در قرارداد، خود از اعمال اصول کلی حقوقی (یا عبارات نزدیک به آن) نام برده‌اند، داوران، اصول قراردادهای را اعمال نموده‌اند.^(۳۷) باوجود این به نظر می‌رسد نمی‌توان بیان نمود که اصول قراردادهای کاملاً منعکس‌کننده اصول کلی حقوقی می‌باشد.^(۳۸) در پاره‌ای از مقررات، نویسندگان قواعدی را برگزیده‌اند که «مناسب» تشخیص داده‌اند بدون آنکه مشخصاً میان بیشتر کشورهای مشترک باشند مانند انتخاب اصل وظیفه دستیابی به نتیجه‌ای مشخص (موضوع ماده ۴، ۱، ۵) از حقوق فرانسه، اصل اعطای مدت زمان اضافی برای اجرای تعهد (موضوع ماده ۵، ۱، ۷) از حقوق آلمان و اصل نقض قابل

36. ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex: 'General rules and principles enjoying wide international consensus [...] are primarily reflected by the Unidroit Principles'; ICC Case no. 8264 (00.04.1997), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 62-5, Unilex: 'The Unidroit Principles consecrate rules [...] broadly recognised throughout the world and the practice of international contracts'; ICC Case no. 9474 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 60-7, Unilex: 'Arbitral Tribunal decided to apply together with CISG other recent documents that express the general standards and rules of commercial law such as the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law'; ICC Case no. 12111 (06.01.2003), Unilex: 'The terms "international law" used by the parties refer to *lex mercatoria* and general principles of law applicable to international contractual obligations such as the ones arising out of the Contract. Such general principles are reflected in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts'; ICC Case no. 13012 (00.00.2004), Partial Award, Unilex: 'Several ICC cases have considered that the Unidroit Principles of International Commercial Contracts ("Unidroit Principles") are the best approach to apprehend the general principles of law'; ICAC Award no. 100 (30.10.2009), Unilex: 'The arbitral tribunal applied the Unidroit Principles which it defined a document [...] reflecting the most common approaches of the majority of national legal systems in regulating problems of international commercial transactions'; PCA Case no. 45863 (17.12.2010), Unilex: 'The Unidroit Principles may indeed be regarded as indicative of recognized principles in the field of international commercial law'.

37. ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex; ICC Case no. 8264 (00.04.1997), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 62-5, Unilex; ICC Case no. 7365/FMS (05.05.1997), *Uniform Law Review*, 1999, p. 796, Unilex; ICC Case no. 9474 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 60-7, Unilex; ICC Case no. 9797 (28.07.2000), Unilex; ICC Case no. 13012 (00.00.2004), Partial Award, Unilex.

38. ICC Case no. 7375 (05.06.1996), *Uniform Law Review*, 1997, pp. 598-9, Unilex: 'The Tribunal will apply [...] the Unidroit Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules'; ICC Case no. 9029 (00.03.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 88-96, Unilex: 'It having been made clear that the Unidroit Principles are not part of normative sources of production, and that they are designed to constitute a uniform model for regulating the negotiation of contractual relations, whatever their connection with the *lex mercatoria* and with international commercial usages in particular, and it is also clear that the Unidroit Principles are only partly valid, and in many ways are innovative'; H. Raeschke-Kessler, *The Unidroit Principles in Contemporary Contract Practice*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special supplement, 2002, pp. 99-104.

پیش‌بینی (موضوع ماده ۷,۳,۳) از نظام حقوق عرفی.^(۳۹) حتی در مواردی که مقررات کشورهای داخلی مناسب با قراردادهای تجاری بین‌المللی نبوده است، نویسندگان مقررات جدیدی را متناسب با نیازهای قراردادهای تجاری بین‌المللی مطرح کرده‌اند که می‌توان برای مثال به مقررات مربوط به عسرورجح و تهاتر اشاره نمود.^(۴۰) بنابراین در مواردی که دیوان داوری خواهان اعمال اصول کلی حقوقی می‌باشد، باید هر یک از مواد اصول را بررسی نماید تا پی برد که آیا ماده مزبور، یک اصل کلی حقوقی می‌باشد یا خیر؟ به همین دلیل در برخی از آراء دیوان داوری بدون آنکه مجموعه اصول را منعکس‌کننده اصول کلی حقوقی بداند صرفاً مواد خاصی از آن را واجد این ویژگی دانسته است.^(۴۱)

۲. انتخاب عرف تجاری بین‌المللی

عرف تجاری بین‌المللی را می‌توان مجموعه‌ای از رفتارهایی دانست که توسط عملکرد فعالان عرصه روابط تجاری شکل گرفته و به‌طور گسترده توسط آنان اعمال می‌گردد. بنابراین لازم است میان عرف تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی تفاوت گذارد زیرا اصول کلی حقوقی نوعی قواعد ماهوی است که ریشه در قوانین ملی کشورها دارد درحالی‌که عرف تجاری ریشه در عملکرد تجار داشته و نوعی قواعد تکمیلی محسوب می‌شود. بنابراین و برای مثال، حسن‌نیت و استاپل را نمی‌توان یک عرف تجاری دانست درحالی‌که ماهیتاً یک اصل کلی حقوقی‌اند.^(۴۲)

ممکن است در مواردی طرفین در قرارداد خود تصریح نمایند که تعهدات آنان تابع عرف تجاری بین‌المللی خواهد بود. چنین تصریحی از این جهت مهم به نظر می‌رسد که طرفین یک قرارداد اصولاً ملزم به تبعیت از عرف تجاری‌اند و چنین عرفی تا جایی که مخالف با قواعد امری قانون داوری نباشد، برای آنان لازم‌الاتباع است.

39. M. Fontaine, *The Unidroit Principles: An Expression of Current Contract Practice?*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2002, pp. 95-8.

40. ICC Case no. 10422 (00.00.2001), Unilex: '[F]or questions concerning general contract law, reference can be made to the "Unidroit Principles of International Commercial Contracts" which represent – except for a few provisions (such as for example the provisions on hardship: see ICC Award no. 8873 of 1998, in *Journal du Droit International*, 1998, 1017) – a "restatement" of the rules that parties engaged in international trade consider to be consonant with their interests and expectations'; Bonell, *op. cit.* (no. 35 above), pp. 45-56; Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *op. cit.* (no. 20 above), pp. 26-7, p. 87.

41. ICC Case no. 7819 (00.09.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 56-7, Unilex: 'According to the Arbitral Tribunal the validity of sales contracts without an express determination of the price was also a generally accepted principle in international trade as demonstrated [...] by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts'; ICAC Case no. 18/2007 (08.02.2008), Unilex: 'One of the basic principles of international trade, i.e. the principle of good faith as laid down in general terms in Article 1.7 of the Unidroit Principles [...]'; ICC Case no. 11849, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 31, 2006, pp. 148-71: 'Article 7.4.2 of the principle [of Unidroit] also provides, as an expression of a generally accepted principle of law'.

42. ICC Case no. 13954, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 35, 2010, pp. 218-40: '[T]he concept of trade usages in the ICC Rules [...] does not include substantive law principles such as good faith, apparent authority and estoppel'; E. Gaillard, *La Distinction des Principes Généraux du Droit et des Usages du Commerce International*, in *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 203-17.

بنابراین می‌توان چنین فرض نمود که طرفین قرارداد تنها خواهان اعمال عرف تجاری بدون اعمال هرگونه قانون ملی بوده‌اند. همچنین ممکن است قصد طرفین از انتخاب عرف تجاری، اعمال اصول کلی حقوقی بوده باشد.^(۴۳) در موارد بسیار معدودی گفته شده که می‌توان اصول را زمانی که طرفین، قرارداد خود را تنها تابع عرف تجاری بین‌المللی دانسته باشند اعمال نمود. بنابراین بر طبق این دیدگاه، اصول منعکس‌کننده عرف تجاری بین‌المللی نیز می‌باشد.^(۴۴) باوجود این، همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان و آرای داوری به‌درستی اشاره نموده‌اند، نمی‌توان مجموعه مواد اصول را بیان‌کننده عرف تجاری دانست هرچند ممکن است «برخی» از مواد اصول، منعکس‌کننده چنین عرفی باشد.^(۴۵) بنابراین دیوان داوری در چنین مواردی باید مواد اصول را به‌طور مجزا مورد بررسی قرار دهد و در صورتی که مواد مزبور را بیان‌کننده عرف تجاری بداند، آن را اعمال نماید.

۳. انتخاب لکس مرکاتوریا (قواعد، عرف و رسم تجارت بین‌الملل)

در رابطه با معنای دقیق و حتی وجود یک سیستم حقوقی تحت عنوان «لکس مرکاتوریا» (قواعد، عرف و رسم تجارت بین‌الملل)^(۴۶) تردیدهای جدی وجود دارد.^(۴۷) این نظریه کاملاً بر مبنای دیدگاه‌های حقوق‌دانان و با هدف

43. Gaillard & Savage (eds), *op. cit.* (no 5 above), para. 1448.

44. ICC Case no. 10114 of 2000, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 82-4, Unilex: 'International practices including Unidroit Principles'; ICC Case no. 8502 (00.11.1996), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 72-4: 'Although the Contract contains no choice of law clause, it refers to international trade usages [...] It thus appears that the Parties have, to a large extent, agreed to submit their relationship to recognized trade usages [...], the Arbitral Tribunal finds that it shall decide the present case by applying to the Contract entered into between the Parties trade usages and generally accepted principles of international trade. In particular, the Arbitral Tribunal shall refer, when required by the circumstances, to the [...] Principles of International Commercial Contracts enacted by Unidroit, as evidencing admitted practices under international trade law'; G. Aksen, *The Law Applicable in International Arbitration: Relevance of Reference to Trade Usages*, *ICCA Congress Series*, no. 7, 1994, p. 476.

45. ICC Case no. 8873 (00.07.1997), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 78-81, Unilex: '[T]he Arbitral Tribunal held that the provisions of the Unidroit Principles on hardship do not correspond, at least presently, to current practices in international trade'; ICC Case no. 9029 (00.03.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 88-96, Unilex: '[A]lthough the Unidroit Principles constitute a set of rules theoretically appropriate to prefigure the future *lex mercatoria* should they be brought into line with international commercial practice, at present there is no necessary connection between the individual [provisions of the] Principles and the rules of the *lex mercatoria*, so that recourse to the Principles is not purely and simply the same as recourse to an actually existing international commercial usage'; ICSID Case no. ARB/06/18 (14.01.2010), Unilex: 'The Unidroit Principles are neither treaty, nor compilation of usages, nor standard terms of contract. They are in fact a manifestation of transnational law'; Fontaine, *op. cit.* (no. 39 above), pp. 95-8; Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *op. cit.* (no. 20 above), p. 89.

46. *Lex Mercatoria*

47. ICC Case no. 9029 (00.03.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 88-96, Unilex: '[L]ex mercatoria is an expression of notoriously very wide scope and interpretation, and could even

جلوگیری از اعمال قوانین ملی (به‌ویژه در قراردادهای دولتی) شکل گرفته^(۴۸) و با وجود آنکه ادبیات حقوقی بسیار وسیعی در رابطه با آن شکل گرفته است، در عمل قراردادهایی که در آن‌ها لکس مرکاتوریا به‌عنوان قانون حاکم انتخاب گردیده است، بسیار نادر است.^(۴۹)

امروزه تلاش‌های بسیاری در جهت احصانمودن عناصر تشکیل‌دهنده لکس مرکاتوریا صورت پذیرفته است و برای مثال گفته شده است که می‌توان عرف تجاری بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، عهدنامه‌های بین‌المللی و آرای (رویه) داوری را به‌عنوان عناصر تشکیل‌دهنده آن معرفی نمود.^(۵۰)

اخیراً تلاشی در جهت تدوین لکس مرکاتوریا بر اساس آرای داوری بین‌المللی، قوانین ملی، عهدنامه‌های بین‌المللی، قراردادهای استاندارد، عرف تجاری بین‌المللی، شروط نمونه قراردادی و دکتترین حقوقی صورت پذیرفته است و مجموعه قواعدی متشکل از حدود ۱۳۰ ماده، توسط مرکز حقوق فراملی و با همکاری دانشگاه کلن آلمان

be termed imprecise and debatable'; ICC Case no. 9419 (00.09.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 104-6, Unilex; 'The undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of *lex mercatoria* and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must necessarily lead to the identification of a national law'; ICC Case no. 10385 (00.03.2002), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2005, pp. 80-2, Unilex; 'The very definition and scope of the *lex mercatoria* was far from being unanimously accepted among scholars and in international arbitration practice'; ICC Case no. 13129, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 34, 2009, pp. 231-47: 'I [i.e. the sole arbitrator] have reservations as to the real existence of anything that can be described as *lex mercatoria*';

۴۸. در این باره مشخصاً ن. ک: دیدگاه نویسندگان ذیل و تأثیر آن بر خلق لکس مرکاتوریا:

C.M. Schmitthoff, *International Business Law: A New Law Merchant*, in R. Macdonald (ed.), *Current Law and Social Problems*, University of Toronto Press, 1961, vol. II, pp. 129-42; A. Goldstajn, *The New Law Merchant*, *Journal of Business Law*, 1961, pp. 12-17; B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, pp. 177-92.

۴۹. Born, *op. cit.* (no. 28 above), p. 2237: 'Notwithstanding the academic attention it has attracted, virtually no arbitral agreement select, and very few arbitral awards have been based on, *lex mercatoria* [...] Indeed, at the risk of harshness, *lex mercatoria* has attracted vastly more interest in the academic than the commercial world, where it has been, at best, a curiosity which businesses virtually never want, use, or take seriously'.

۵۰. Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 14 above), p. 599.

مقایسه کنید با:

ICC Case no. 9875 (00.01.1999), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 95-7, Unilex: '[T]he *lex mercatoria*, that is the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like Unidroit and its recently published Principles of International Commercial Contracts'.

در سال ۲۰۰۹ منتشر گردید.^(۵۱) این سند برخلاف اصول که تنها در رابطه با حقوق قراردادهای می‌باشد، مقررات متنوعی را حتی در رابطه با حقوق داوری، ادله اثبات دعوا و تعارض قوانین تدوین نموده است. باوجود این، موفقیت این مجموعه را باید در آرای داوری آینده جست‌وجو نمود.

برخی از حقوق‌دانان، اصول را نیز تدوین‌کننده لکس مرکاتوریا دانسته‌اند^(۵۲) و پاره‌ای از آرای داوری از چنین دیدگاهی تبعیت نموده‌اند.^(۵۳) باوجود این، با توجه به اینکه عناصر اصلی لکس مرکاتوریا اصول کلی حقوقی و همچنین عرف تجاری بین‌المللی می‌باشند، مباحث مطرح‌شده در رابطه با دو موضوع مزبور را نیز می‌توان به لکس مرکاتوریا گسترش داد؛ بدین معنا که دیوان داوری باید مواد اصول را به‌طور موردی مورد بررسی قرار دهد و در صورتی که مواد مرتبط را منعکس‌کننده یک اصل کلی حقوقی یا عرف تجاری بین‌المللی دانست، آنان را اعمال نماید.

قسمت سوم - اعمال اصول در صورت فقدان انتخاب آن توسط طرفین

همان‌طور که ذکر گردید در بیشتر قراردادهای طرفین صریحاً قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب می‌نمایند و مواردی که قرارداد طرفین نسبت به قانون حاکم ساکت می‌باشد، رو به کاهش است.^(۵۴)

51. Trans-Lex Principles (2009) < <http://www.trans-lex.org> >; K Berger, *The Translex Principles: An Online Research Tool for the Vis Moot and International Arbitration*, in S. Kröll & Others (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, pp. 33-54.

این مواد نسخه اصلاح‌شده مجموعه دیگری است که مرکز حقوق فراملی بین سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۹ منتشر کرد و مورد توجه برخی از آرای داوری نیز قرار گرفت. ن.ک:

ICC Case no. 11926 (00.00.2003), Unilex.

52. Y. Fortier, *The New Lex Mercatoria, or, Back to the Future*, *Arbitration International Quarterly*, vol. 17, no. 2, 2001, p. 121; K. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2nd (edn.), Kluwer Law International, 2010, pp. 10-1, pp.177ff.

53. ICAC Case no. 11/2002 (05.11.2002), Unilex: 'The Tribunal [...] decided to apply the Unidroit Principles as an expression of the general principles of the *lex mercatoria*'.

مقایسه کنید با:

ICC Case no. 9419 (00.09.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 104-6, Unilex; 'With regard to the Principles drawn up by Unidroit, it is quite true that these may be considered as a kind of codification of the *lex mercatoria*, but once again these are the results of highly commendable work of academic research and comparison, as well as the reflection of an increasingly eager aspiration to arrive, as it were, at a globalization of legal thinking, though without attributing any binding value to such Principles'.

۵۴. برای مثال ۲۰/۲ درصد از قراردادهایی که در رابطه با آن‌ها دعوی در اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۲۰۰۷ به ثبت رسیده است، صریحاً قانون حاکم در آن‌ها مشخص نشده بود. این رقم در سال ۲۰۰۸ به ۱۳/۲ درصد و در سال ۲۰۰۹ به ۱۲ درصد رسید. همچنین گفته شده است که در اکثریت قراردادهایی که دعوی در رابطه با آن‌ها در سال ۲۰۱۰ در نهاد مزبور به ثبت رسیده است، طرفین، قانون حاکم را تعیین کرده بودند. ن.ک:

Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, no. 1, 2008, p. 12; Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 20, no. 1, 2009, p. 12; Statistical Report, *ICC International*

در صورت فقدان انتخاب صریح یا ضمنی قانون حاکم توسط طرفین قرارداد، دیوان داوری خود قانون حاکم را تعیین خواهد نمود. فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، همواره به دلیل سکوت قرارداد آنان نسبت به قانون حاکم نمی‌باشد. برای مثال در صورتی که در قرارداد قانون متبوع هر دوی طرفین به عنوان قانون حاکم انتخاب شده باشد و این قوانین با یکدیگر متعارض باشند، انتخاب مزبور بی‌اثر بوده و دیوان داوری می‌تواند قانون دیگری را انتخاب نماید.^(۵۵)

۱. امکان انتخاب اصول توسط داوران

قوانین ملی رویکرد یکسانی نسبت به امکان انتخاب «قواعد حقوقی» به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف توسط داوران نداشته‌اند. برخلاف پاره‌ای از کشورها که دیوان داوری را «ملزم» نموده‌اند تا اصول را (به عنوان قواعد حقوقی) مورد توجه قرار دهند،^(۵۶) رویکرد مابقی کشورها را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم نمود. دسته نخست آن‌هایی‌اند که در صورت سکوت طرفین نسبت به قانون حاکم، داوران را ملزم به اعمال یک «قانون» ملی نموده‌اند.^(۵۷) و دسته دوم کشورهایی‌اند که اختیار تعیین «قواعد حقوقی» را به داوران اعطا نموده‌اند.^(۵۸) قواعد سازمان‌های داوری نیز غالباً اختیار تعیین قواعد حقوقی را به داوران داده‌اند.^(۵۹)

Court of Arbitration Bulletin, vol. 21, no. 1, 2010, p. 12; Statistical Report, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22, no. 1, 2011, p. 14, <http://www.iccdri.com>

55. ICAC Case no. 11/2002 (05.11.2002), Unilex: '[T]he parties' reference to both their legal systems was tantamount to the absence of any choice of national law'.

۵۶. ماده ۲۷ قانون داوری پاناما (۱۹۹۹) مقرر داشته است:

'The arbitral tribunal shall rely on the terms of the contract in applying the law governing contractual relations and shall take account of trade usages and practices and of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts'.

۵۷. مانند کشورهایی که از قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵ با اصلاحات ۲۰۰۶) به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده کرده‌اند. ماده ۲۸(۲) این قانون مقرر داشته 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 (Emphasize added)'.

همچنین ن.ک: ماده ۲۷(۲) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶) و ماده ۱۰۵۱(۲) قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (۱۹۹۸).

۵۸. برای مثال ماده ۱۰۵۴(۲) قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۱۹۸۶) بیان می‌دارد:

'If a choice of law is made by the parties, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law chosen by the parties. Failing such choice of law, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with *the rules of law* which it considers appropriate' (Emphasize added).

همچنین ن.ک: ماده ۱۸۷(۱) قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس (۱۹۸۷)، ماده ۸۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا (با اصلاحات ۲۰۰۶) و ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات ۲۰۱۱).

۵۹. برای مثال ماده ۲۱(۱) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۳) مقرر کرده است:

'The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply *the rules of law* which it determines to be appropriate' (Emphasize added).

بنابراین در صورتی که قانون حاکم بر داوری یا قواعد داوری سازمانی چنین اختیاری به داوران اعطا ننموده باشند، آنان مجاز به اعمال اصول نمی‌باشند. با وجود این، در صورتی که دیوان داوری قواعد حل تعارض مقرر در قوانین ملی و قواعد سازمان داوری را به نحو اشتباهی اجرا نماید که منجر به اعمال (برای مثال) اصول گردد، در چنین صورتی اشتباه دیوان داوری در انتخاب قانون حاکم اصولاً نمی‌تواند نوعی «تجاوز دیوان از حدود اختیارات خود» تلقی گردد. بنابراین چنین اشتباهی نمی‌تواند دلیل ابطال رأی داوری قرار گیرد.^(۶۰) همچنین نمی‌تواند دلیلی برای عدم اجرا و عدم شناسایی رأی داوری در چهارچوب عهدنامه نیویورک ۱۹۵۸ قرار گیرد^(۶۱) زیرا در تمام این موارد بررسی اشتباه دیوان داوری متضمن بازبینی ماهوی رأی داوری خواهد بود، درحالی که بازبینی ماهوی تنها در موارد معدودی همچون صدور آرای داوری مبتنی بر تقلب، شهادت کذب و سند مجعول ممکن است.^(۶۲)

عدم اعطای اختیار انتخاب اصول به عنوان قانون حاکم، منجر به ایجاد رویکرد خاصی به منظور اعمال اصول در دیوان‌های داوری گردیده است. برخی از قوانین ملی^(۶۳) و قواعد سازمان‌های داوری^(۶۴) داوران را ملزم نموده‌اند تا در

همچنین ن.ک: ماده (۱) ۵۹ قواعد داوری سازمان مالکیت فکری جهانی (WIPO) (۱۹۹۴)، ماده (۱) ۲۸ قواعد داوری انجمن داوری امریکا (۲۰۰۹)، ماده (۱) ۲۲ قواعد داوری مؤسسه داوری استکهلم (۲۰۱۰) و ماده (۱) ۳۳ قواعد داوری مؤسسه داوری اتاق بازرگانی سوییس (۲۰۱۲).

60. Lalive, *op. cit.* (no 1 above), p.78: '[A]n error in law, and specially in the selection on the applicable *lex contractus*, is not a recognized ground for setting aside an arbitral award'; Born, *op. cit.* (no. 28 above), p. 2152: 'In practice, however, the arbitrators' selection of the substantive law applicable to the parties' dispute is virtually never invoked as grounds for annulling or denying recognition of an award'.

61. District Court, Southern District of California, 7 December 1998 (*The Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of The Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc*), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 24, 1999, pp. 875-881 (US no. 282); Landesgericht [Regional Court], Hamburg, 18 September 1997 (Bank A v. Bank B), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 25, 2000, pp. 710-3 (Germany no. 49).

62. Kroenke, Nacimiento & Otto (eds.), *op. cit.* (no. 24 above), pp. 272-3, p. 296: 'Such conflict-of-law cases do not fall under the scope of article V(1)(d) or the Convention at all. If the arbitrators make such a mistake, reviewing that mistake would be a review on the merits, which is not done under the convention'.

در رابطه با تلاش در جهت تعدیل این دیدگاه ن.ک:

L. Silberman & F. Ferrari, *Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong*, in Ferrari & Kröll (eds), *op. cit.* (no. 2 above), pp.284-286; Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 14 above), pp. 588-9.

۶۳. مانند کشورهایی که از قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵ با اصلاحات ۲۰۰۶) به عنوان راهنمای قانون‌گذاری استفاده کرده‌اند. ماده (۴) ۲۸ این قانون مقرر داشته است:

'In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction'.

همچنین ن.ک: ماده (۴) ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)، ماده (۴) ۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۱۹۸۶)، ماده (۴) ۱۰۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان (۱۹۹۸) و ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی فرانسه (با اصلاحات ۲۰۱۱). ماده (۱) عهدنامه اروپایی داوری تجاری بین‌المللی (۱۹۶۱) نیز حاوی حکم مشابهی است.

۶۴. برای مثال ماده (۲) ۲۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲) مقرر کرده است:

صدور رأی، «عرف تجاری قابل اعمال بر معامله» را مورد نظر قرار دهند. در رابطه با معنای عرف تجاری در چنین مواردی، دو دیدگاه متقابل مطرح گردیده است: در دیدگاه مبتنی بر تفسیر موسع، عبارت «عرف تجاری» مقرر در اسناد مزبور معادل اصول کلی حقوقی (و به طور کلی لکس مرکاتوریا) خواهد بود. بنابراین بر طبق این تفسیر، دیوان داوری می‌تواند اصول را به عنوان عرف تجاری بین‌المللی اعمال نماید^(۶۵) و در تفسیر مضیق، عرف تجاری تنها شامل عرف‌های شناخته شده در یک رشته خاص یا رویه‌های ایجاد شده میان طرفین قرارداد خواهد بود.^(۶۶)

'The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages (Emphasize added)'.

همچنین ن.ک: ماده (۱) ۵۹ قواعد داوری سازمان مالکیت فکری جهانی (WIPO) (۱۹۹۴)، ماده (۱) ۳۰ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای داوری تهران (۲۰۰۵)، ماده (۲) ۲۸ قواعد داوری انجمن داوری امریکا (۲۰۰۹)، ماده (۱) ۲۲ قواعد داوری مؤسسه داوری استکهلم (۲۰۱۰)، ماده (۳) ۳۳ قواعد مؤسسه داوری اتاق بازرگانی سوییس (۲۰۱۲).

65. ICAC Case no. 229/1996 (05.06.1997), Unilex: '[T]he recourse to the Unidroit Principles was also justified on the ground that they reflect usages of which the parties knew or ought to have known and which are widely known to in international trade and are therefore applicable according to article 9(2) CISG'; Ad hoc Arbitration Award (Buenos Aires) (10.12.1997), *Uniform Law Review*, 1998, pp. 179-80, Unilex: 'The Unidroit Principles constituted usages of international trade reflecting the solutions of different legal systems and of international contract practice, and as such, according to Art. 28(4) of the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, they should prevail over any domestic law'; ICC Case no. 9479 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 67-73, Unilex: 'The Arbitral Tribunal decided to apply, in addition to the terms of the agreement, the usages of international trade [...] and for this purpose to refer to the Unidroit Principles which it considered an accurate representation, although incomplete, of the usages of international trade'; ICAC Case no. 302/1997 (27.07.1999), Unilex: 'The Arbitral Tribunal applied the Unidroit Principles which in its view are gradually gaining the status of internationally recognized trade usages'; ICC Case no. 10021 (00.00.2000), Unilex: 'As authorized by Article 17 of the [ICC Arbitration] Rules [then in force], the Arbitrators refer to the relevant trade usages [...]. In this respect the reference to the Unidroit Principles, as codified trade usages, is rather of persuasive than binding nature'; ICC Case no. 10022 (00.10.2000), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, p. 100, Unilex: 'The Arbitral Tribunal decided that it would refer, when necessary, to "the relevant trade usages" according to Article 17 of the ICC Rules of Arbitration [then in force], and that such reference included but was not limited to the Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law'; ICC Case no. 11265 (00.00.2003), Unilex: '[T]he Unidroit Principles may be seen as a codification of trade usages and an expression of the general principles of contract law'; CIETAC Case (00.00.2007), Unilex: 'The Tribunal qualified the Unidroit Principles as international usages'; FTCA Case no. T-9/07 (23.01.2008), Unilex: 'Taking into account not only the parties' agreement but also Article VII(1) of the European Convention of 1961 on Arbitration as well as Article 50(4) of the Serbian Law on Arbitration of 2006 (both requesting the Arbitral Tribunal to take in all cases into account trade usages, the Arbitral Tribunal decided to apply [...] the Unidroit Principles 2004 (as *lex mercatoria*)'; B. van der Bend, M. Leijten & M. Ynzonides (eds.), *A Guide to the NAI Arbitration Rules: Including a Commentary on Dutch Arbitration Law*, Kluwer Law International, 2009, p. 223.

66. ICC Case no. 11256 (00.00.2003), Unilex: 'The Unidroit Principles propose reasonable solutions to meet the needs of international trade in the light of the experience of some of the major legal systems but do not generally

۲. نحوه انتخاب اصول توسط داوران

قوانین کشورها و قواعد سازمان‌های داوری که امکان انتخاب قواعد حقوقی به داوران را اعطا نموده‌اند نیز رویکرد یکسانی نسبت به نحوه انتخاب چنین قواعدی نداشته‌اند. در برخی از موارد داوران می‌توانند قواعد حقوقی را که «مناسب» و «قابل اعمال» تشخیص می‌دهند انتخاب نمایند.^(۶۷) برخی دیگر نیز داوران را ملزم به اعمال قواعد حقوقی نموده‌اند که دارای «ارتباط نزدیک» با اختلاف می‌باشند^(۶۸) و برخی دیگر نیز در رابطه با نحوه انتخاب چنین قواعدی سکوت نموده‌اند.^(۶۹)

reflect the trade usages referred to in Article 17(2) of the ICC Rules of Arbitration [then in force]'; ICC Case no. 12446 (00.00.2004), Unilex: 'There is no empirical study showing that Unidroit Principles are practiced as trade customs or usages by worldwide business people [...]. It is not a compilation of world trade customs. Though this arbitration Tribunal does not deny that Unidroit Principles indicate well thought good rules, that fact does not make the Unidroit Principles worldwide trade customs or usages. This Tribunal concludes that Unidroit Principles cannot apply to this case'; ICAC Case no. 174/2003 (12.11.2004), Unilex: 'In its arguments the Respondent invoked also the application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts which it argued were applicable as they reflected recognized international standards and were becoming a usage of international trade [...] The Arbitration Court decided not to apply the Unidroit Principles in the case at hand as the contract did not provide for their application and the Claimant expressly objected to their application in the course of the arbitral proceedings'; ICC Case no. 13954, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 35, 2010, pp. 218-40: 'The prevailing and better view is that the concept of trade usages is much more limited. It confined to [1] practice known to and customarily followed in a particular business, industry or professional field and [2] practices arising out of the parties own course of dealing. Unlike general principle of international commercial law or *lex mercatoria*, trade usages are therefore internal, not external, to the parties' agreement'; Bühler & Webster, *op. cit.* (no. 9 above), paras. 17-62.

۶۷. برای مثال ماده (۲) ۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی هلند (۱۹۸۶) بیان می‌دارد:

'If a choice of law is made by the parties, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law chosen by the parties. Failing such choice of law, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law which *it considers appropriate*' (Emphasize added).

همچنین ن.ک: ماده (سه) (ب) ۲۸(۱) قانون داوری و سازش هند (۱۹۹۶)، ماده ۸۱۳ قانون آیین دادرسی لبنان (با اصلاحات ۲۰۰۲) و ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (با اصلاحات ۲۰۱۱).

قواعد داوری پاره‌ای از سازمان‌های داوری نیز حاوی مقرره مشابهی است، برای مثال ن.ک: ماده (۱) ۵۹ قواعد داوری سازمان مالکیت فکری جهانی (WIPO) (۱۹۹۴)، ماده (۱) ۲۸ قواعد داوری انجمن داوری امریکا (۲۰۰۹) ماده (۱) ۲۲ قواعد داوری مؤسسه داوری استکهلم (۲۰۱۰)، و ماده (۱) ۳۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲).

۶۸. برای مثال ماده (۱) ۱۸۷ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس (۱۹۸۷) مقرر داشته است:

'The tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence thereof, according to the rules of law with which *the case has the closest connection*' (Emphasize added).

همچنین ن.ک: ماده (۲) ۳۹ قانون داوری مصر (۱۹۹۴) و ماده (۱) ۳۳ قواعد داوری مؤسسه داوری اتاق بازرگانی سوییس (۲۰۱۲).

۶۹. ن.ک: ماده ۸۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا (با اصلاحات ۲۰۰۶):

با وجود اختلافاتی که میان سه مورد مذکور وجود دارد، به نظر می‌رسد در نهایت همگی حکم مشابهی را مقرر نموده‌اند زیرا در مواردی که دیوان داوری می‌تواند قواعد حقوقی «مناسب» و «قابل اعمال» را انتخاب نماید اختیار دیوان در تعیین چنین قواعدی، مطلق و بدون قید نمی‌باشد. اصولاً دیوان داوری باید با بررسی عوامل ارتباط پرونده، مانند محل اقامت یا حرفه طرفین، محل اجرای قرارداد یا بین‌المللی بودن آن، قواعد حقوقی را در راستای انتظارات معقول طرفین انتخاب نماید^(۷۰) و در این رابطه، دلایل چنین انتخابی را نیز ذکر نماید زیرا اصولاً در رأی داوری باید «دلایلی که رأی مبتنی بر آن است»، ذکر گردد.^(۷۱) در این رابطه دیوان‌های داوری نیز غالباً قواعد حقوقی دارای «ارتباط نزدیک» با قرارداد را انتخاب می‌نمایند زیرا امروزه از انتخاب قانون دارای ارتباط نزدیک با اختلاف، به‌عنوان یک اصل کلی حقوق تعارض قوانین یاد می‌شود.^(۷۲) بنابراین در عمل تفاوت چندانی میان دو روش انتخاب قواعد حقوقی «مناسب» و «قابل اعمال» از یک طرف و روش انتخاب قواعد حقوقی که دارای «ارتباط نزدیک» با اختلاف است از سوی دیگر، وجود ندارد^(۷۳) تا جایی که حتی برخی از نویسندگان، این دو روش را معادل یکدیگر دانسته‌اند.^(۷۴)

'The arbitrators shall decide their award according to the rules of law unless the parties have, through any expression whatsoever, authorized them to settle the dispute *ex aequo et bono*'.

۷۰. برای مثال ماده (سه) (ب) (۱) ۲۸ قانون داوری و سازش هند (۱۹۹۶) مقرر داشته است:

'Failing any designation of the law under clause (a) by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate, *given all the circumstances surrounding the dispute*' (Emphasize added).

71. ICC Case no. 13954, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 35, 2010, pp. 218-40: 'Under both the ICC Rules and the French Code of Civil Procedure, where the parties have not chosen the governing law the arbitral tribunal may determine that law directly. It must also give reasons for its determination'; Silberman & Ferrari, *op. cit.* (no. 62 above), p. 276.

72. Bühler & Webster, *op. cit.* (no. 9 above), paras. 17-30: 'Moreover, the reference to the principle of the closest connection in the Rome Convention is probably one of the main principles that will be used by arbitrators in applying the *voie directe*'.

73. G. Kaufmann-Kohler & B. Stucki (eds.), *International Arbitration In Switzerland: A Handbook For Practitioners*, Kluwer Law International, 2004, p. 130: 'The practical effect of this restriction [i.e. the closest connection criteria] is nevertheless limited, since the arbitral tribunal enjoys considerable freedom in applying the closest connection test'; Poudret & Besson, *op. cit.* (no. 14 above), pp. 587-8: '[T]he difference between the approach of PILS, article 187, based on the closest connection, and the direct method seems minimal'.

74. ICC Case no. 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, no. 2, 1999, pp. 39-54, Unilex: '[T]he very distinction between "*voie indirecte*" and "*voie directe*" becomes blurred and on the verge of fading away, since both would pursue the same ends through essentially the same means, namely, the application of the "better law", i.e. the substantive rules, laws and principles best adapted to a just and fair decision of the dispute on the basis of the circumstances of the case and the parties' expectations by directly taking into account, for so doing, the contents of the substantive rules and principles to be applied'; N. Blackaby & Others (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn, Oxford University Press, 2009, paras. 3-223ff.

وجود اختیار دیوان‌های داوری در انتخاب قواعد حقوقی به جای قوانین ملی، منجر به اعمال اصول در بسیاری از موارد به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف گردیده است، به‌ویژه در مواردی که یکی از طرفین رسیدگی داوری، دولت یا یک نهاد وابسته به آن بوده است.^(۷۵) گفته شده است اعمال اصول می‌تواند در بسیاری از موارد موافق انتظارات معقول طرفین نیز باشد زیرا این اصول حاوی مقرراتی است که منافع درگیر در یک رابطه تجاری بین‌المللی را بهتر از قوانین ملی تأمین می‌نماید.^(۷۶) باوجود این، دیوان داوری نباید در تمام مواردی که قرارداد طرفین نسبت به قانون حاکم ساکت است، از اختیار خود استفاده نموده و اصول را اعمال نماید. در چنین مواردی اعمال اصول در دو مورد قابل اعمال تشخیص داده شده است:^(۷۷) یکی در صورتی که قرارداد طرفین با چند قانون ملی مرتبط است اما نمی‌توان یکی از قوانین مزبور را به‌عنوان قانونی که دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد است، تعیین نمود؛^(۷۸) و دیگری در صورتی که از اوضاع و احوال پرونده چنین

75. LCA Case (00.00.1995), Unilex; ICC Case no. 7375 (05.06.1996), (1997) *Uniform Law Review*, pp. 598-9, Unilex; ICC Case no. 8261 (27.09.1996), Unilex; ICC Case no. 8547, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. 28, 2003, pp. 27-38; ICC Case no. 9875 (00.01.1999), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 95-7, Unilex; ICAC Case no. 152/1998 (16.04.1999), Unilex; SCC Case no. 117/1999 (00.00.2001), Partial Award, Unilex; ICC Case no. 10422 (00.00.2001), Unilex; ICAC Case no. 88/2000 (25.01.2001), Unilex; ICC Case no. 11926 (00.00.2003), Unilex; ICC Case no. 12097 (00.00.2003), Unilex; ICC Case no. 13012 (00.00.2004), Partial Award, Unilex; SCC Case (29.03.2005), Unilex; ICC Case no. 15089 (15.09.2008), Unilex; ICAC Case no. 100 (30.10.2009), Unilex.

در رابطه با تردیدهای موجود نسبت به مناسب بودن اصول برای قراردادهای دولتی ن.ک:

Crawford & Sinclair, *op. cit.* (no. 18 above), pp. 57-96.

76. SCC Case no. 117/1999 (00.00.2001), Partial Award, Unilex: 'The Unidroit rules have wide recognition and set out principles that in the Tribunals opinion offers a protection for contracting parties that adequately reflects the basic principles of commercial relations in most if not all developed countries' (emphasize added); Y. Derains, *The Role of the Unidroit Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2002, p. 14.

77. Official Comments 4(c) to Preamble (2010) 5: 'Normally arbitral tribunals will apply a particular domestic law as the proper law of the contract, yet exceptionally they may resort to anational or supra-national rules such as the Principles. This may occur when it can be inferred from the circumstances that the parties intended to exclude the application of any domestic law (e.g. where one of the parties is a State or a government agency and both parties have made it clear that neither would accept the application of the other's domestic law or that of a third country), or when the contract presents connecting factors with many countries none of which is predominant enough to justify the application of one domestic law to the exclusion of all the others'; Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *op. cit.* (no. 20 above), p. 91.

78. ICC Case no. 9875 (00.01.1999), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, no. 2, 2001, pp. 95-7, Unilex: '[A] contract [...] concerning a license to manufacture products and to sell them in various parts of the world is not appropriately governed by the national law of one of the parties, failing agreement on such a choice'.

❖ ۵۳ اعمال اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ...

نتیجه

به نظر می‌رسد اصل حاکمیت (آزادی) اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، در قوانین مرتبط با داوری کشورها در حال گسترش می‌باشد و قانون‌گذاری‌های ملی در جهت اعطای اختیار تعیین «قواعد حقوقی» به جای انتخاب «قانون» ملی به طرفین در حال توسعه می‌باشند. در مقابل هنوز کم نیستند قوانین کشورهایی که اختیار دیوان‌های داوری در تعیین چنین قواعدی را به‌ویژه در صورت سکوت طرفین قرارداد نسبت به قانون حاکم، منع می‌نمایند. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به‌عنوان اصول و قواعد ناشی و توسعه‌یافته در متون حقوقی، اسناد حقوقی بین‌المللی، قراردادها و دعاوی بین‌المللی، که توسط مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی منتشر گردیده است.

طرفین قراردادها این اصول را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا انتخاب می‌نمایند و دیوان‌های داوری نیز اصولاً از چنین انتخابی تبعیت نموده‌اند. در مواردی طرفین قرارداد، خود را تابع عبارات کلی و تا حدودی مبهم نظیر «اصول کلی حقوقی»، «عرف تجاری بین‌المللی» و «لکس مریکاتوریا» می‌نمایند. در چنین مواردی دیوان‌های داوری با توجه به اوضاع و احوال پرونده و انتظارات معقول طرفین قرارداد، اصول را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد اعمال خواهند نمود. با وجود این، به‌کارگیری اصول در چنین مواردی و در رابطه با قراردادهای دولتی می‌تواند مخالف با ماهیت چنین قراردادهایی باشد.

در صورتی که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب ننموده باشند، دیوان‌های داوری باید قانون حاکم را تعیین و اعمال کنند. اعمال اصول در چنین مواردی باید با دقت صورت پذیرد. دیوان داوری نمی‌تواند سکوت طرفین را حمل بر «انتخاب ضمنی منفی» هرگونه قانون ملی بداند و در نتیجه اصول را به‌عنوان یک مجموعه قواعد فراملی اعمال نماید. ضرورت توجه به اوضاع و احوال هر پرونده و در نظر گرفتن ماهیت قرارداد و انتظارات طرفین، مسئله‌ای است که دیوان داوری باید پیش از اعمال اصول در چنین مواردی، به‌کارگیرد.

79. ICC Case no. 10422 (00.00.2001), *Journal du Droit International*, 2003, pp. 1142-50, Unilex: As concerns the applicable law, Article 12 of the Contracts makes reference to the ICC and to a “neutral legislation specified by mutual agreement by the parties”. Now, in the absence of an express indication as to the domestic law of a third country, the most appropriate solution in the case in which the parties express their desire for a neutral solution is to apply the general rules and principles of international contracts [...] In this context, for questions concerning general contract law, reference can be made to the “Unidroit Principles of International Commercial Contracts” [...].

- Berger, Klaus, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2nd edn., Kluwer Law International, 2010.
- Bonell, Michael, *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 3rd edn, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2nd edn, Kluwer Law International, 2009.
- Bühler, Michael & Thomas Webster, *Handbook of ICC Arbitration*, 2nd edn., Thomson - Sweet & Maxwell, 2008.
- Ferrari, Franco & Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, 2011.
- Jean-Francois, Poudret & Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, translated by Stephan Berti & Annette Ponti, 2nd edn., Thomson - Sweet & Maxwell, 2007.
- Kronke, Herbert, Patricia Nacimiento & Dirk Otto (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International 2010.
- Stefan, Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

(۲) مقالات

- Fontaine, Marcel, “The Unidroit Principles: An Expression of Current Contract Practice?”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2002.
- Lalive, Pierre, “The Unidroit Principles as *Lex Contractus*, With or Without an Explicit or Tacit Choice of Law: An Arbitrator’s Perspective”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2002.

(۳) آرای داوری

- Ad hoc Arbitration Award (Paris) (21.04.1997), Unilex.

- Ad hoc Arbitration Award (Buenos Aires) (10.12.1997), *Uniform Law Review*, 1998, pp. 179-80, Unilex.
- Ad hoc Arbitration Award (30.04.2001), *Uniform Law Review*, 2006, pp. 181-3, Unilex.
- Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC):
- SCC Case (29.03.2005), Unilex.
- 17/1999 (00.00.2001), Partial Award, Unilex.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC):
- CIETAC Case (00.00.2007), Unilex,
- Chamber of Arbitration of Milan (CAM):
- CAM Case No. A-1795/51 (01.12.1996), Unilex.
- CAM Case (30.11.2006), Unilex.
- Foreign Trade Court of Arbitration Attached to the Serbian Chamber of Commerce (FTCA):
- FTCA Case No. T-9/07 (23.01.2008), Unilex.
- International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC):
- ICAC Case No. 11/2002 (05.11.2002), Unilex.
- ICAC Case No. 18/2007 (08.02.2008), Unilex.
- ICAC Case No. 88/2000 (25.01.2001), Unilex.
- ICAC Case No. 100 (30.10.2009), Unilex.
- ICAC Case No. 116 (20.01.1997), Unilex.
- ICAC Case No. 152/1998 (16.04.1999), Unilex.
- ICAC Case No. 174/2003 (12.11.2004), Unilex.
- ICAC Case No. 229/1996 (05.06.1997), Unilex.
- ICAC Case No. 302/1997 (27.07.1999), Unilex.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID):
- ICSID Case No. ARB/06/18 (14.01.2010), Unilex.
- ICSID Case No. ARB/03/15 (27.10.2011), Unilex.
- International Court of Arbitration (ICC):
- ICC Case No 7110 (00.06.1995), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 7365/FMS (05.05.1997), *Uniform Law Review*, 1999, Unilex.

- ICC Case No. 7375 (05.06.1996), *Uniform Law Review*, 1997, Unilex.
- ICC Case No. 7819 (00.09.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 8261 (27.09.1996), Unilex.
- ICC Case No. 8264 (00.04.1997), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 8331 (00.12.1996), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 8502 (00.11.1996), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 8547, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 28, 2003.
- ICC Case No. 8873 (00.07.1997), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 9029 (00.03.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 9419 (00.09.1998), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex.
- ICC Case No. 9474 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 9479 (00.02.1999), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 9797 (28.07.2000), Unilex.
- ICC Case No. 9875 (00.01.1999), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 10021 (00.00.2000), Unilex.
- ICC Case No. 10022 (00.10.2000), Partial Award, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 10114 (00.03.2000), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12, No. 2, 2001, Unilex.
- ICC Case No. 10385 (00.03.2002), *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special supplement, 2005, Unilex.

- ICC Case No. 10422 (00.00.2001), Unilex.
- ICC Case No. 11174 (00.00.2002), Unilex.
- ICC Case No. 11265 (00.00.2003), Unilex.
- ICC Case No. 11849, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 32, 2006.
- ICC Case No. 11926 (00.00.2003), Unilex.
- ICC Case No. 12097 (00.00.2003), Unilex.
- ICC Case No. 12111 (06.01.2003), Partial Award, Unilex.
- ICC Case No. 12446 (00.00.2004), Unilex.
- ICC Case No. 12889 (00.00.2004), Unilex.
- ICC case No. 13012 (00.00.2004), Partial Award, Unilex.
- ICC Case No. 13129, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 34, 2009.
- ICC Case No. 13012 (00.00.2004), Partial Award, Unilex.
- ICC Case No. 13954, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 35, 2010.
- ICC Case No. 15089 (15.09.2008), Unilex.
- London Court of Arbitration (LCA):
- LCA Case (00.00.1995), Unilex.
- Permanent Court of Arbitration (PCA).
- PCA Case No. 45863 (17.12.2010), Unilex.
- <http://www.unilex.info>.
- <http://www.unidroit.org>.
- <http://www.iccdrl.com>.
- <http://www.trans-lex.org>.

