

## Feasibility of Applying Lex Mercatoria in Arbitration Based on Ex aequo et bono and Amiable Compositeur (Original Research)

Roshanak Darabi Ghasemi\*  
Ali Rezaee\*\*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.707426

Date Received: 2 Nov. 2022

Date Accepted: 3 Sep. 2023

### Abstract

Transnational commercial rules (*lex mercatoria*) as the third legal system along with the domestic and international legal systems, are used to regulate commercial relations. One of the controversial issues related to the transnational commercial rules is if the parties have agreed that their dispute should be resolved *ex aequo et bono* and or by way of amiable composition, would such agreement imply granting the arbitrator the authority to apply transnational commercial rules? In other words, this article examines if in cases where the arbitrator is empowered to act *ex aequo bono* or as amiable compositeur, they may, directly or indirectly, apply *lex mercatoria* or not. This disagreement stems from the fact that *ex aequo et bono* and amiable compositeur have been considered the core foundation and origin of most transnational commercial rules. Therefore, it is suggested that the application of transnational commercial rules over disputes, is an implicit prescription in proceedings based on *ex aequo et bono* or by way of amiable composition, and vice versa; That is, if the arbitrator is authorized to decide *ex aequo et bono* or by way of amiable composition, they can apply *lex mercatoria*. In this research, an attempt is made to analyze the above proposition in legal thoughts and practical procedures. It should be underlined that *ex aequo et bono* decision-making and amiable composition, due to the unicity of their foundation with *lex mercatoria*, would result in more flexibility in the arbitration process. In addition, the article examines what would be the arbitrator's scope of authorities in *ex aequo et bono* decision-making and amiable composition to set aside strict legal rules.

### Keywords

Lex mercatoria, Ex aequo et bono, Amiable Compositeur, General Legal Principles, Commercial Custom.

---

\* PhD Student of Private Law, Faculty of Law and Political Science Shiraz University, Shiraz, Iran, roxan\_law@yahoo.com

\*\* Corresponding Author, Associate Professor, Shiraz University, Shiraz, Iran , a-rezaei@shirazu.ac.ir



## امکان‌سنجی اعمال قواعد بازرگانی فراملی در داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی (پژوهشی)

روشنک دارابی قاسمی \*

علی رضایی \*\*

(DOI): 10.22066/CILAMAG.2023.707426

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۲

### چکیده

قواعد بازرگانی فراملی به‌عنوان نظام سوم حقوقی در کنار نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی جهت تنظیم روابط تجار مورد استفاده قرار می‌گیرد. یکی از موضوعات بحث‌برانگیز مربوط به قواعد بازرگانی فراملی این است که چنانچه طرفین توافق نموده باشند اختلاف ایشان بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی حل و فصل شود، آیا به‌طور ضمنی به منزله اعطای اختیار اعمال قواعد بازرگانی فراملی به داور نیز هست؟ به عبارت دیگر در این مقاله بررسی می‌شود آیا اعمال داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی، این اختیار و اقتدار را به داور می‌دهد تا قواعد بازرگانی فراملی را اعمال نماید. این اختلاف‌نظر ناشی از این موضوع است که اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی را به‌عنوان اصیل‌ترین منبع قواعد بازرگانی فراملی و به تعبیری شاکله آن معرفی می‌نمایند. از همین رو این نظریه مطرح می‌شود که حاکمیت قواعد بازرگانی فراملی بر اختلاف به منزله تجویز ضمنی رسیدگی بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی است و بالعکس؛ یعنی چنانچه داور مجاز در اعمال اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی باشد می‌تواند قواعد بازرگانی فراملی را به کار برد. در این پژوهش سعی بر آن است تا ضمن تحلیل نظریه فوق در اندیشه‌های حقوقی و رویه عملی، به این موضوع پرداخته شود که اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی با داشتن وحدت مبنا با قواعد بازرگانی فراملی، سبب تعدیل و تلطیف فرایند داوری می‌شوند. مضافاً بررسی می‌شود در فرض حاکمیت هر دو عنوان، حدود اختیارات داور در کنار نهادن قواعد محض و دست و پاگیر حقوقی چگونه است.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

roxan\_law@yahoo.com

\*\* نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، گروه حقوق خصوصی، شیراز، ایران

a-rezaei@shirazu.ac.ir

## واژگان کلیدی

قواعد بازرگانی فراملی، اصول مبتنی بر عدل و انصاف، روش کدخدانمنشی، اصول کلی حقوقی، عرف تجاری

## مقدمه

مفهوم لکس مرکاتوریا اصطلاحی است که باید خاستگاه آن را در دوره قرون وسطی و مشخصاً به‌عنوان راه‌حل در پاسخ به مشکلات فرامرزی تجار جستجو کرد. عبارت *lex mercatoria* یا *ley marchunt* در ابتدای قرن هفدهم توسط دادگاه‌های قرون وسطی در انگلستان برای اشاره به قواعدی به کار می‌رفت که از قوانین کامن‌لا متمایز بود. به عقیده تجار، مجموعه قوانینی باید وجود داشته باشد که برآمده از رفتار تجار بوده و به جای مقررات حاکمیتی، انعکاس‌دهنده عرف حاکم بر این قشر خاص باشد. این اصطلاح بیشتر به‌عنوان آیین شکلی نه چندان فراگیر مورد استناد قرار می‌گرفت، چرا که در آن زمان عقیده بر آن بود که اصول ماهوی همانند حریم حراست‌شده و غیر قابل تغییر است. لکس مرکاتوریا با عبور از فراز و نشیب‌های بسیار در مفهوم نوین، تجار را از قواعد خشک و سختگیرانه رها نمود و با اقتباس از اصول کلی حقوقی، عرف و عادات تجاری، رویه‌های متحدالشکل و کنوانسیون‌های بین‌المللی به‌عنوان مجموعه قواعدی است که مقام رسیدگی‌کننده، اعم از داور یا قاضی برای فصل خصومت می‌تواند به این منبع منعطف و پویا که مناسب روابط تجاری بین‌المللی است، اتکا کند. به عبارت دیگر، نظریه قواعد بازرگانی فراملی بر این دیدگاه استوار است که یک نظام سوم حقوقی در کنار دو نظام حقوق ملی و بین‌المللی وجود دارد که قدرت الزام‌آور خود را از قوانین موضوعه به عاریت نگرفته بلکه به‌صورت خودجوش مورد عمل قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> ویژگی‌هایی چون عدم وابستگی به قوای حاکمیتی، پویایی و هماهنگی با عرف خاص بازرگانان سبب شد تا داوران نیز در رسیدگی‌های خود، به قواعد بازرگانی فراملی توجه کنند، چرا که داوران به‌عنوان اشخاصی با اختیارات وسیع در مقایسه با قضات محاکم، در صدد اعمال مناسب‌ترین قاعده هستند.

در موارد عدم تصریح طرفین در خصوص حاکمیت قانون خاص یا ارجاع اختلاف به مفاهیمی چون اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشانه که از جمله منابع اصیل قواعد بازرگانی فراملی نیز هستند، دست داوران در اعمال هر یک از مفاهیم فوق‌الذکر است.<sup>۲</sup>

بر اساس نظر برخی افراد می‌توان گفت مهم‌ترین دلیل ترویج داوری‌های فراقضایی و اعمال قواعد بازرگانی فراملی، نامطلوب‌بودن رسیدگی‌های قضایی و در پاره‌ای موارد، عدم تطابق

۱. Jason Chuah, *Law of international trade: cross border commercial transactions* (London: Sweet & Maxwell Ltd, 2009).

۲. لعیا جنیدی، «نظریه حقوق بازرگانی فراملی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۱، ۱ (۱۳۹۰): ۱۳۹.

مقررات سختگیرانه با ماهیت اختلافات تجاری است. به عبارت دیگر، داوری مبتنی بر انصاف و روش کدخدامنشانه به جهت آنکه راه‌حل منعطف‌تر و آسان‌تری را نسبت به رسیدگی‌های قضایی فراهم می‌کند و به واسطه ایجاد یا اعاده تعادل قراردادی بین طرفین، همکاری متقابل آن‌ها را تسهیل می‌کند، از مطلوبیت بیشتر برخوردار است.

وجود دامنه وسیع اختیارات برای داوران سبب شده است تا در برخی موارد، رسیدگی بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشانه به منزله ارجاع تلویحی به قواعد بازرگانی فراملی تلقی شود. در این پژوهش علمی نظر موافقان و مخالفان ارزیابی و تحلیل شده و در نهایت، عقیده نگارندگان نیز ارائه می‌شود.

### ۱. مفهوم‌شناسی

برای بررسی، مقایسه تطبیقی و هم‌زمان داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشانه از یک طرف و حاکمیت قواعد بازرگانی فراملی از طرف دیگر، ابتدا باید به تبیین مفاهیم و تعیین قلمرو آن پرداخت تا چارچوب بحث روشن شود. از همین رو به اختصار مفاهیم فوق تفسیر و تحلیل می‌شود.

#### ۱-۱. تعریف حقوق بازرگانی فراملی

به عقیده گلدمن، قواعد بازرگانی فراملی در مفهوم موسع، نه تنها شامل حقوق عرفی فراملی اعم از مدون و غیرمدون می‌شود، بلکه کنوانسیون‌های وین و لاهه، مقررات مربوط به بیع بین‌المللی کالا را نیز در برمی‌گیرد. در این پژوهش، اراده این مفهوم از قواعد بازرگانی فراملی مطرح نیست. اما مفهوم مضیق قواعد بازرگانی فراملی بر مبنای منشأ و ماهیت ارکان آن تبیین و تفسیر می‌شود. از این رو می‌توان گفت قواعد بازرگانی فراملی متشکل از اصول و قواعدی است که دارای خصیصه فراملی بوده که منشأ آن عرف و رویه‌های مستمر میان بازرگانان است.

#### الف. تعریف از دیدگاه موافقان

در تعریف قواعد بازرگانی فراملی، نظریه گلدمن به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نظریه‌پردازان لکس‌مراکتوریا نسبت به سایر نظریات از اقبال بیشتری برخوردار شده است. به عقیده وی، قواعد بازرگانی فراملی عبارت است از اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی خودتنظیم که بدون اقتباس از قوانین موضوعه تکوین می‌یابند.<sup>۳</sup> گلدمن معتقد است در حوزه تعارض قوانین، قانون ملی

3. Berthold Goldman "The applicable law: general principles of law—the lex mercatoria". In *Contemporary problems in international arbitration*, edited by Julian D. M. Lew (London: Springer, Dordrecht, 1987), 116.

به تنهایی می‌تواند راهگشا باشد اما در زمینه قراردادهای تجاری بین‌المللی، استناد به قانون ملی راهکار مناسبی نیست. تئوری گلدمن به شدت متأثر از اتفاقات پسا استعمار میان شمال و جنوب و موفقیت داوری بین‌المللی است. این نظریه بر این مبنا استوار است که قواعد ماهوی قابل اعمال در داوری‌های فرامرزی به نظام حقوقی تبدیل شده که پاسخگوی اختلافات فی‌مابین تجار است. این نظام حقوقی که خودتنظیم<sup>۴</sup> یا خودبسند<sup>۵</sup> نامیده می‌شود، متشکل از اصول و هنجارهایی است که بی‌تابعیت بوده و فاقد خصیصه ملی هستند.<sup>۶</sup>

نظریه/شمیتوف برخلاف گلدمن، بیشتر تحت تأثیر دوره جنگ سرد میان بلوک غرب و شرق قرار داشت. به عقیده وی، سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی، مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل و آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی در صدد اتخاذ و ادغام اصول مشترک از نظام‌های حقوقی مختلف هستند تا در نهایت، مجموعه قوانین متحدالشکل و انسجام‌یافته‌ای که متناسب با ماهیت مناسبات تجاری و تاجر باشد، ارائه دهند. به دیگر سخن، دستاورد این نهادها، شناسایی اصول مشترک حقوقی است که انعکاسی از مفاهیم حقوقی نظام‌های ملی است تا عرف‌های کلی و مستمر در حوزه تجارت بین‌الملل تکوین و تثبیت شوند. خودرسته‌بودن، مهم‌ترین ویژگی است که این نظام بدان نیاز دارد و تنها با گذر از محدودیت‌های سرزمینی و نظام حقوق داخلی قابل تحصیل است.<sup>۷</sup> در حقیقت، اختلاف نظر این دو حقوق‌دان در آنجاست که گلدمن عقیده دارد عرف تجاری بین‌المللی همین که از سوی محاکم مورد استناد قرار گیرد و به درجه‌ای از تکرار و استمرار برسد، الزام‌آور تلقی می‌شود، حال آنکه/شمیتوف، عرف تجاری را تا زمانی که از سوی نهادهای حقوقی بین‌المللی مورد شناسایی واقع نشوند، واجد خصیصه الزام‌آور نمی‌داند.

به عقیده لوپز رودریگز، لکس مرکاتوریا مجموعه‌ای از اصول و قواعد است که پاسخگوی نیازهای دنیای تجارت بین‌الملل است. از نظر وی، لکس مرکاتوریا در سه مفهوم اصلی به کار می‌رود. اول آنکه به‌عنوان نظام حقوقی مستقل شناسایی می‌شود. دوم آنکه نقش جایگزینی داشته و در جایگاه قانون ملی استعمال می‌شود و در نهایت، فهرستی از اصول غالباً واجد جنبه تفسیری و تکمیلی است.<sup>۸</sup>

4. Self-regulate

5. Self-contained

۶. در خصوص بی‌تابعیت بودن قواعد بازرگانی فراملی، ن.ک:

Klause Peter Berger, *The Creeping Codification of The New Lex Mercatoria* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010).

7. Mert Elcin, "Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice." PhD diss., European University Institute (2012): 33-35; Harold J. Berman and Colin Kaufman, "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)." *Harvard International Law Journal* 19, 1 (1978): 203.

8. Ana M. López-Rodríguez, *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU* (Copenhagen: Djøf Publishing, 2003).

از دیدگاه دیگر، حقوق بازرگانی فراملی در دو مفهوم عام و خاص نیز به کار می‌رود. منظور از لکس مرکاتوریا در مفهوم خاص، عرف و عادات مستمر در یک رشته یا رشته‌هایی از حقوق تجارت بین‌الملل بوده که مصداق بارز آن اینکوئترمز است. بدیهی است این دیدگاه به نظریه اخیر که لکس مرکاتوریا را که واجد جنبه تفسیری و تکمیلی می‌دانست، بسیار نزدیک می‌شود. اما در معنای عام نیز لکس مرکاتوریا از عرف و عادات صرف، فراتر رفته و به مجموعه‌ای از اصول و مقررات و به‌طور کلی به نظام حقوقی اطلاق می‌شود و در همین معناست که قواعد بازرگانی فراملی یا حقوق بی‌تابعیت نامیده می‌شود.<sup>۹</sup>

از منظر شناسایی و اجرای آرای داورى صادره نیز اعمال لکس مرکاتوریا توجیه بسیاری دارد. چه بسا که اعمال قانون کشوری خاص با نظم عمومی یا قوانین امره کشور محل اجرای رأی یا مقر داورى در تعارض بوده و رأی قابل شناسایی و اجرا نباشد. اما چون لکس مرکاتوریا برگرفته از عرف و عادات پذیرفته‌شده توسط کشورها است که به نظام حقوقی خاص تعلق نداشته و اساساً تعارضی با قوانین امره و نظم عمومی کشوری خاص پیدا نخواهد کرد، چه بسا مشکل عدم شناسایی و عدم اجرای آرای داورى صادرشده موضوعیت پیدا نکند؛ موضوعی که دستاوردی بزرگ قلمداد می‌شود چرا که ممکن است اجرای رأی به‌عنوان ثمره فرایند داورى با دشواری یا مانع روبه‌رو شده و تمامی زحمات صورت‌پذیرفته به هدر رود. کنوانسیون نیویورک درباره شناسایی و اجرای آرای داورى خارجی که بسیاری از کشورها آن را پذیرفته‌اند، شاهد مثال خوبی در این زمینه است.

جهانی‌سازی حقوق نیز عامل دیگر در ضرورت به‌کارگیری لکس مرکاتوریا در حل و فصل اختلافات است. در واقع اعمال لکس مرکاتوریا نقش مهمی در تحقق جهانی‌شدن ایفا می‌نماید.<sup>۱۰</sup> گرایش به غیرملی یا غیرمحملی کردن حقوق بازرگانی از دهه ۱۹۴۰ آغاز شد و اعمال لکس مرکاتوریا در روابط بین‌تجار، روشن‌ترین بازتاب این گرایش است.

### ب. تعریف از دیدگاه مخالفان

در کنار پرداختن به نقاط مثبت کاربرد قواعد بازرگانی فراملی، برخی پژوهشگران تردیدهایی در خصوص انسجام ساختاری، فقد ضمانت اجرا و ابهام منابع این نظام حقوقی مطرح کرده‌اند که در اینجا به مهم‌ترین ایرادات وارد به این مفهوم اشاره می‌شود. از مهم‌ترین انتقادات مطرح‌شده آن است که از سوی یک قوه حاکمه وضع نشده و همین موضوع منشأ نارسایی‌های مهمی چون

۹. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: محمدعلی موحد، *درس‌هایی از داورى‌های نفتی*، (تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۴).

10. Alfonso-Luis Calvo Caravaca and Javier Carrascosa Gonzalez. "Lex mercatoria and private international arbitration." *Cuadernos Derecho Transnacional* 12 (2020): 67.

الزام‌آور نبودن و فقدان ضمانت اجرا است. البته به این ایراد این گونه پاسخ داده شده است که عرصه تجارت بین‌الملل به نحوی اداره می‌شود که نظام حقوقی ملی بدان التفات ندارد. مضافاً اینکه جامعه تجار نیز عموماً ضمانت‌اجراهای خاص خود را اعمال می‌کند، مانند اخراج از انجمن‌های مربوطه. همچنین عدم انسجام ساختار، کلی بودن منابع و ابهام آن از دیگر انتقادات وارده نسبت به لکس مرکاتوریا است، بدین ترتیب که چون تعریف واحد و یکسانی از لکس مرکاتوریا وجود ندارد و مصادیق آن متنوع و بعضاً محل اختلاف است، دادن اختیار به داوران در اعمال لکس مرکاتوریا باعث می‌شود داوران همانند قانونگذاران مبادرت به وضع قاعده متناسب با سلیقه و برداشت شخصی خود کنند، در حالی که داوران حق خلق نظام حقوقی را نداشته و تنها مجاز به اعمال عرف‌ها و رویه‌های مرسوم شناخته شده هستند، نه آنکه عرف‌ها و رویه‌های جدیدی را خلق و به تجار و بازرگانان بین‌المللی نسبت دهند.<sup>۱۱</sup> حتی برخی مخالفان اساساً وجود لکس مرکاتوریا را به‌عنوان نظام حقوقی مستقل مورد تردید قرار داده و آن را صرفاً قواعدی پراکنده مبتنی بر اصل آزادی اراده قلمداد کرده‌اند.<sup>۱۲</sup> اما در آخر باید اذعان داشت علی‌رغم همه مخالفت‌ها، قواعد بازرگانی فراملی در عمل توانسته است موجودیت خود را به‌عنوان واقعیت حقوقی به اثبات برساند.

## ۲-۱. قواعد بازرگانی فراملی، روش تصمیم‌گیری یا سیاهه‌ای از اصول<sup>۱۳</sup>

لکس مرکاتوریا در اصطلاح نوین که البته بنیانگذاران آن را می‌بایست گلدمن و/اشمیتوف معرفی کرد، تأثیر عمیقی در تلطیف آرای قضایی داشته است، تا آنجا که حتی برخی از دادگاه‌های ملی در کشورهایی مانند فرانسه و آلمان، تمایل خود را در به‌کارگیری قواعد بازرگانی فراملی به‌وضوح نشان داده‌اند.<sup>۱۴</sup> در حقیقت، قواعد بازرگانی فراملی به داور اجازه می‌دهد قواعد منسوخ و دست و پاگیر را که بعضاً در نظام‌های حقوقی ملی یافت می‌شود، کنار نهد.<sup>۱۵</sup> به عبارت دیگر در حوزه داوری تجاری بین‌المللی عموماً اختلافات با استناد به موازین غیرملی (چه در کنار موازین داخلی یا به‌صورت مستقل) حل و فصل می‌شوند؛ ضمن اینکه داوران تجاری بین‌المللی اکثراً ملتزم به قوانین ملی نبوده و صلاحیت آن‌ها صرف‌نظر از قانون داخلی، مطابق با اراده طرفین تعیین

11. *Ibid.*, 75.

12. Kyle Winnick, "International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria." *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 15 (2013): 48.

13. *The list method*

14. William W. Park, "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36 (2003): 36.

15. حمیدرضا علومی یزدی و رضا حاذق‌پور، «جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۵، ۱۹ (۱۳۹۶): ۱۰۷-۱۰۸.

می‌شود. در رویه داوری تجاری بین‌المللی می‌توان به ماده ۱۷ مقررات داوری اتاق بازرگانی، ماده ۳۳ قواعد داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال، ماده ۲۸ قواعد نمونه آنسیترال و ماده ۷ قواعد داوری اروپایی مصوب سال ۱۹۶۱ اشاره کرد که بیان می‌کنند طرفین آزاد هستند قوانینی را که داوران باید در ماهیت دعوا اجرا کنند، تعیین نمایند. چنانچه طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داوران با استناد به قواعد حل تعارض قوانین، قانونی را که در این خصوص مناسب تشخیص می‌دهند، تعیین خواهند کرد. باید گفت در هر دو مورد، داوران مندرجات قرارداد و عرف‌های بازرگانی را در نظر خواهند گرفت. به نظر می‌رسد این مواد، نمونه‌هایی از شناسایی قواعد بازرگانی فراملی به‌عنوان نظام حقوقی مناسب برای قراردادهای داوری تجاری بین‌المللی است. در بحث تعیین قانون حاکم، استفاده از لکس مرکاتوریا علی‌رغم اینکه با چالش‌های زیادی روبه‌روست، آثار مثبتی نیز به همراه دارد؛ بدین توضیح که چنانچه نتوان از قصد صریح یا ضمنی طرفین، قانون حاکم را شناسایی کرد، در زمینه تعیین قانون حاکم دو نظریه وجود دارد: در نظریه اول، داوران نمی‌توانند مستقیماً قانون حاکم را تعیین کنند بلکه باید از طریق مراجعه به قواعد حل تعارض، قانون حاکم را تعیین نمایند. در نظریه دوم، امکان انتخاب مستقیم قانون حاکم وجود دارد. به نظر می‌رسد چنانچه طرفین به داوران اجازه داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف یا کدخدانمنشی را داده باشند، داوران می‌توانند لکس مرکاتوریا را به‌عنوان قانون حاکم تعیین نمایند و اساساً اختلافی نیز حادث نمی‌شود تا انتخاب هر یک از دو نظریه فوق‌الذکر ضروری باشد. در واقع، در هر موردی که طرفین به داوران اختیار دهند تا بر اساس اصول عدل و انصاف یا کدخدانمنشی اختلاف را حل و فصل نمایند، این اختیار شامل تعیین قانون حاکم در فرض سکوت نیز می‌شود. این مطلب که داوران به موجب اجازه صریح طرفین قادر باشند بر اساس عدل و انصاف یا کدخدانمنشانه تصمیم بگیرند، در زیر عنوان قانون حاکم در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی آمده است که در جای خود و در قسمت موضع‌گیری نظام حقوقی ایران تحلیل و ارزیابی می‌شود.

باید در نظر داشت داوران در فرایند رسیدگی همواره با سؤالات مشخصی مواجه نیستند و تنوع عناصر به‌کاررفته در ماهیت اختلاف، ازجمله تابعیت طرفین و قانون حاکم، حاکمیت نظام حقوقی پویا را می‌طلبد. مقصود از نظام حقوقی پویا، نظامی است که از یک طرف امکان تصمیم‌گیری قضایی را فراهم آورده و از طرف دیگر به‌عنوان روش خاص تصمیم‌گیری در ایجاد رویه داوری تأثیرگذار باشد. خلاصه آنکه محتوا و درون‌مایه قواعد بازرگانی فراملی چنان وابسته به زمان و مقتضیات جامعه تجار است که می‌توان گفت با مقتضیات زمانه سازگاری دارد.

تفسیر دیگری که از سوی برخی حقوق‌دانان از لکس مرکاتوریا ارائه شده این است که آن را



صرفاً فهرستی از اصول و قواعد کلی مانند اصل حسن‌نیت،<sup>۱۶</sup> اوفوا بالعقود،<sup>۱۷</sup> اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد،<sup>۱۸</sup> تخلف ناشی از نقض قرارداد<sup>۱۹</sup> و اعتباربخشیدن به معانی<sup>۲۰</sup> می‌دانند.<sup>۲۱</sup> طرفداران این نظر معتقدند لکس مرکاتوریا چیزی جز اصول کلی منحصر به فرد که به صورت پراکنده از نظام‌های حقوقی مختلف اقتباس شده، نیست. در مقابل، مخالفان این نظر که شاخص‌ترین چهره آن‌ها پروفیسور گایار است، بر این باورند که لکس مرکاتوریا صرفاً فهرستی از اصول و قواعد نبوده بلکه رویکردی جهت‌شناسایی مناسب‌ترین قاعده با توجه به شرایط اوضاع و احوال هر قضیه است.<sup>۲۲</sup> به عقیده وی در هر قضیه یا دعوی خاص می‌بایست قاعده عرفی فراملی مرتبط با همان مورد را شناسایی کرد. مزیت این رویکرد در مقایسه با رویکردی که لکس مرکاتوریا را فهرستی از اصول می‌داند، در این است که در نگرش حاضر لزوماً پاسخی مشخص به هر دعوا وجود دارد.<sup>۲۳</sup> در واقع با اعمال این روش، قاعده مناسب با هر دعوا انتخاب می‌شود. در زمان اعمال لکس مرکاتوریا، داوران همواره باید به دو نکته اساسی توجه داشته باشند: اول آنکه ممکن است طرفین از اصطلاحات و عبارات ناشیانه در ضمن قرارداد استفاده کنند که مستلزم تفسیر و تأویل از سوی داور است. در این موارد، تکلیف اولیه داور این است که تا حد امکان، قصد مشترک طرفین را احراز نموده و در وهله بعد به دنبال تفسیر و تکمیل اراده طرفین باشند. دوم آنکه داوران باید توجه کنند آیا اختلاف مطرح‌شده از منظر اصول و قواعد حقوقی فراملی قابل حمایت است یا اینکه منعکس‌کننده نظام حقوقی ملی است.

طبق نظر رویینو نیز اختلافات فراملی می‌بایست از طریق ارجاع به *tronc commun*<sup>۲۴</sup> حل و فصل شود. این عبارت به معنای اعمال اصول مشترک در نظام‌های حقوق ملی است. در حقیقت *tronc commun* در مواردی به کار می‌رود که طرفین اختلاف، نه قانون ملی خود و نه قانون ملی دولت ثالث را حاکم می‌دانند. به عقیده نگارنده، از این دیدگاه، لکس مرکاتوریا نظریه جایگزین خواهد بود؛ بدین معنا که در صورت فقدان خواست صریح و ضمنی طرفین اعمال می‌شود.

16. Good faith
17. *Pacta sunt servanda*
18. *Rebus sic stantibus*
19. *Culpa in contrahendo*
20. *Ut res magis valeat quam pereat*
21. Michael Pryles, "Application of the lex mercatoria in international commercial arbitration". *University of New South Wales Law Journal* 31, 1 (2008): 319-329.
22. The functional method
23. Emmanuel Gaillard, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?". *Arbitration International* 17, 1 (2014): 59-72.
24. Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* (New York: Juris Net, 2001): 446-455

### ۳-۱. مفهوم اصول عدل و انصاف

اصطلاح *ex aequo et bono* دارای ریشه لاتین است که در نوشته‌های حقوقی به صور مختلفی متبلور شده از جمله: *aequum of bono*<sup>۲۵</sup> یا *aequitas* که در حقوق رم معادل عدالت و انصاف تفسیر شده است. برخی دیگر از حقوق‌دانان در صدد تفکیک دو کلمه *ex aequo* و *bono* برآمده و شق اول را به معنای عدالت طبیعی و شق دوم را به معنای مصلحت‌سنجی تعبیر کرده‌اند.<sup>۲۶</sup> معادل انگلیسی این اصطلاح لاتین، واژه انصاف *equity* است که به معنای اجازه قضاوت منصفانه در شرایط عدم پوشش به واسطه قوانین موضوعه است.<sup>۲۷</sup> نخستین سندی که این اصطلاح را در همین معنا در خود جای داده، بند ۲ ماده ۳۳ قواعد داوری آنستیرال نسخه ۱۹۷۶ است.<sup>۲۸</sup> بند (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌الملل دادگستری نیز از اصطلاح اصول مشترک مورد قبول ملل متمدن استفاده کرده است. اصول مشترک حقوقی به علت خصلت فراملی، ابتدا بر ارزش‌ها و انتزاعی بودن، نقش مؤثری در ایجاد انعطاف و تکامل قواعد حقوقی تجاری ایفا می‌کند. به نظر می‌رسد این اصول، حلقه ارتباط حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل با قواعد بازرگانی فراملی محسوب می‌شوند. این عبارت در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز در بند ۳ ماده ۲۷ در معنای اصول عدل و انصاف به کار رفته است. به نظر می‌رسد تعبیر اصول عدل و انصاف، معادل دقیق‌تری برای این اصطلاح باشد. در این شیوه از داوری طرفین اختلاف از رویکرد عادلانه که ضرورتاً مستلزم اجتناب از رویه‌های خشک و سختگیرانه است، برخوردار می‌شوند. باید در نظر داشت داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف از انتقاد مصون نمانده و در معرض ایراداتی چون عدم قطعیت، غیر قابل پیش‌بینی بودن و سوءاستفاده (داوران) از قدرت است. استفاده از این رویکرد در موارد خاص نه‌تنها روشی مناسب بلکه راهکاری بسیار کارآمد قلمداد می‌شود.

از جمله مهم‌ترین مزایای رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف، وابسته بودن آن به اوضاع و احوال معین است؛ توضیح آنکه برخلاف قواعد و مقررات حقوقی که نسبت به همه قضایا به‌طور یکسان حاکم می‌شوند، اصول عدل و انصاف، متناسب با شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه در صدد یافتن نتیجه منصفانه است؛ به این معنا که در فرض خلأ قوانین و فقدان قاعده حقوقی،

25. McInnis, J. A. "Amiable Composition: Whether The Direction of Hong Kong Arbitration Law." *Hong Kong Law Journal* 21, 3 (1991).

26. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: شهرام پاکدل رضایی، *اصل انصاف در روابط دولت‌ها با تکیه بر آرای دیوان بین‌المللی دادگستری*، (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۹۰).

27. Oxford Advanced Learner, S Dictionary, Wehmeier, Sally (New York: Oxford University Press, 6th Edition, 2004): 423.

28. زهرا محمودی کردی و سیده عاطفه قدیری‌نژاد، «اصول حقوقی، عامل پیوند حقوق تجارت فراملی و حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوق خصوصی* ۱۷، ۱ (۱۳۹۹): ۲۳۲.

مقام رسیدگی‌کننده می‌تواند به نام انصاف، قاعده جدیدی را که منطبق با اوضاع و احوال خاص قضیه باشد و منافع طرفین را بهتر تأمین نماید، حاکم کند؛ کما اینکه این مراتب از نظر *شویل*، قاضی اسبق دیوان بین‌المللی دادگستری این‌گونه مورد تصریح قرار گرفته است: «... آنچه منصفانه به نظر می‌رسد، مانند آب و هوای لاهه به‌شدت متغیر است». البته باید در نظر داشت مرجع رسیدگی‌کننده نباید به‌طور کامل قاعده حقوقی را نادیده بگیرد بلکه این نتیجه منصفانه و تعدیل‌شده باید برگرفته از قاعده حقوقی باشد. این مراتب در قضایای مربوط به صلاحیت ماهی‌گیری ۱۹۷۴ این‌گونه تکرار شده است: «مسئله فقط یافتن راه‌حل منصفانه نیست، بلکه مسئله یافتن راه‌حل منصفانه ناشی از قانون حاکم است».<sup>۲۹</sup>

#### ۴-۱. مفهوم روش کدخدامنشی

این اصطلاح دارای ریشه فرانسوی است که از دو جزء تشکیل شده است: *amiable* به معنای دوستانه و *compositeur* به معنای پیمان و مصالحه است. این مفهوم از عبارت *amicabilis compositor* برگرفته شده که ریشه آن را باید در قوانین شریعت مسیحی<sup>۳۰</sup> جستجو کرد.<sup>۳۱</sup> توضیح آنکه در حقوق شرعی فرانسه، داوران به جای آنکه مانند قاضی حکم دهند، به‌عنوان سازشگر یا میانجی عمل می‌کردند که البته رسیدگی آن‌ها مستلزم رعایت قوانین شکلی نبود. داوری کدخدامنشی نخستین بار در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۶ صریحاً از سوی قانونگذار استعمال شد که مطابق با این شیوه، داوران به قصد تلطیف مقررات، بر مبنای انصاف عمل می‌کنند. علی‌رغم اینکه این اصطلاح در اهم قوانین داوری و همچنین قانون نمونه آنسیترال مورد اشاره قرار گرفته، تا کنون تعریف دقیقی از این مفهوم ارائه نشده است. حل و فصل اختلاف به‌صورت روش کدخدامنشانه یا میانجیگری دوستانه بر این امر دلالت دارد که طرفین اختلاف، آگاهانه انتخاب می‌کنند که اختلافشان به‌صورت دوستانه و در راستای تأمین منافع قراردادی هر دو طرف حل و فصل شود.<sup>۳۲</sup> باید در نظر داشت داور مجاز در اعمال روش کدخدامنشانه نمی‌تواند بدون توجیه رأی و در خلاً تصمیم بگیرد. به عبارت دیگر، میانجیگر دوستانه در رسیدگی خود از آزادی مطلق برخوردار نیست و می‌بایست ملاحظات انصافی را در نظر آورد. به نظر می‌رسد از

۲۹. سیدباقر میرعباسی و رضوان باقرزاده، «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۰، ۲ (۱۳۸۹): ۳۵۲.

30. Droit canon, Droit canonique

31. Amir Dumiscic, "Advantages of amicable international arbitration: characteristics and scope of arbitrator powers". LLM thesis (2009): 11.

32. Julian D.M. Lew, *Contemporary problems in international arbitration* (London: Brill Archive, 1987).

میان تعاریف حقوق‌دانان، تعریف برتر/ند<sup>۳۳</sup> با ماهیت داوری کدخدامنشی انطباق بیشتری داشته باشد: داور مجاز در اعمال روش کدخدامنشی می‌بایست در وهله اول به قواعد و مقررات قانونی مراجعه نماید و چنانچه نتایج حاصل از اعمال مقررات قانونی را غیرمنصفانه بیابد بر مبنای انصاف عمل می‌کند. اتخاذ این تعریف سبب می‌شود طرفین نگران نباشند که داور صرفاً بر اساس برداشت شخصی و ذهنی خویش از مفهوم انصاف تصمیم گرفته است بلکه با اعمال این نظریه، رسیدگی داور از شفافیت و منطق بیشتری برخوردار خواهد بود.<sup>۳۴</sup>

### ۵-۱. وجه افتراق مفهوم اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی

علی‌رغم وجود مشابهت در هر دو روش رسیدگی، به نظر می‌رسد بین دو مفهوم اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی، هم در شیوه تصمیم‌گیری و هم در نتیجه تمایز وجود دارد. به عقیده رویینو سامارتانو، زمانی که به داور اجازه رسیدگی بر مبنای روش کدخدامنشی داده می‌شود، تصمیم متخذه، «رأی» در معنای مصطلح و دقیق کلمه نیست. توضیح آنکه این شیوه فاقد خصیصه ترافیعی است و رویه «شبه حل و فصل اختلاف»<sup>۳۵</sup> تلقی می‌شود؛ کما اینکه این برداشت از معنای لغوی کلمه composition به معنای حل و فصل کردن و موافقت کردن قابل حصول است. در واقع در رسیدگی بر مبنای روش کدخدامنشی، داور باید بر اساس موازین الزام‌آور قانونی اتخاذ تصمیم نماید. اما در عین حال مجاز است اثر برخی قوانین و مقررات را با هدف یافتن راه‌حل منصفانه در نظر نگیرد یا آثار آن را تلطیف کند؛ این در حالی است که در رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف، داور مجاز است قوانین آمره را کنار نهاده و صرفاً در چارچوب اصول اخلاقی تصمیم بگیرد.<sup>۳۶</sup> بنابراین مراتب رسیدگی بر مبنای روش کدخدامنشی همچون وضعیت قراردادی است که در آن کدخدامنش به‌عنوان نماینده منتخب طرفین تلقی شده که مطابق با خواست ایشان، اختلافاتشان را حل و فصل می‌نماید.<sup>۳۷</sup> باید در نظر داشت در هر دو قسم داوری،

33. Edouard Bertrand, "Amiable Composition: Report of ICC France Working Group." *International Business Law Journal* 6 (2005).

34. ریشه اتخاذ تصمیم بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی به‌صورت نمادین به عقاید قاضی ریچارد پوسنر برمی‌گردد. یکی از مؤثرترین چهره‌های حقوق آمریکا در نیمه قرن اخیر معتقد است: من به قوانین و مقررات موضوعه توجه اندکی معطوف می‌کنم، چرا که هر پرونده ماهیتاً یک اختلاف است و اولین چیزی که باید از خود بپرسید این است که راه‌حل معقول برای حل اختلاف چیست و برای پاسخ به این سؤال مسلماً باید قانون را فراموش کنید. برای دیدن این نظر، ن.ک:

Michael Pryles, "Application of the lex mercatoria in international commercial arbitration." *University of New South Wales Law Journal* 31, 1 (2008): 319-329.

35. Quasi-settlement proceeding

36. Belohlavek, Alexander J. "Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositur." *CYArb-Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives)* 3 (2013): 25-51.

37. برای دیدن تفاوت میان اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی، ن.ک:

اختیار داور نامحدود نبوده و همواره توجه به نظم عمومی و گستره اختیارات داور ضروری است. بعضی حقوق‌دانان وجود شرط داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی را به منزله اسقاط حق مراجعه به دادگاه‌های ملی بیان کرده‌اند؛ بدین شرح که وجود چنین شرطی به معنای آن است که طرفین، آگاهانه فرصت حل و فصل اختلاف بر اساس قانون ملی و نهادهای قضایی دولتی را کنار گذاشته‌اند.<sup>۳۸</sup>

در باب چگونگی اعمال روش کدخدانمنشی از سوی داور، دو رویکرد پیشنهاد شده است: اول آنکه داور می‌تواند بدون ارجاع به قواعد حقوقی، از اصول انصاف استفاده کند. دوم آنکه داور مجاز در اعمال روش کدخدانمنشی باید در ابتدا شرایط اختلاف و اوضاع و احوال آن را مطابق با قواعد حقوقی سنجیده و چنانچه از نظر وی به کارگیری این قواعد غیرمنصفانه باشد، قواعد حقوقی قابل اعمال را تعدیل و تلطیف نموده و مطابق با اصول انصاف و کدخدانمنشی تصمیم‌گیری کند.

به عقیده نگارندگان، راه‌حل دوم منطقی‌تر است، چرا که تکلیف اولیه داور آن است که رأیی در چارچوب اصول و موازین قانونی صادر کند و برای تحقق این امر می‌بایست در وهله اول با تتبع در اصول و قواعد حقوقی، راهکار قانونی متناسب با اختلاف را بیابد. ضمن اینکه اعمال این رویکرد، داور را از این اتهام که اسیر توهّمات شخصی خود شود، می‌رهاند.<sup>۳۹</sup> همین مضمون در رأی شماره ۳۷۴۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی تکرار شده است.<sup>۴۰</sup>

برخی حقوق‌دانان معتقدند میان اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی چنان مرز ظریفی وجود دارد که عملاً استعمال هر یک از این دو مفهوم صرفاً مسئله لغوی و زبانی است،<sup>۴۱</sup> چرا که نقطه مشترک هر دو مفهوم، رسیدگی به اختلاف بدون اعمال قواعد حقوقی خشک و سختگیرانه و حصول نتیجه‌ای منصفانه است و هرگز به اقسام مختلف رسیدگی اطلاق نمی‌شود.

## ۲. پیوند (ارتباط) میان لکس مركاتوريا و اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی

ازجمله مسائل مهمی که در حوزه داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف مطرح می‌شود این است که آیا داور مجاز به اعمال اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی می‌تواند قواعد بازرگانی فراملی را بر دعوا حاکم کند؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان گفت حاکمیت اصول عدل و انصاف و

Calaresu v. Pintus, Court of Appeal, Cagliari 29 April 1960, Rep. Foro It. 1961, No. 18, 161.

38. Mark Hilgard and Ana Elisa Bruder, "Unauthorised amiable compositeur." *Dispute Resolution International* 8 (2014): 51.

39. Bertrand, *Amiable Composition: Report of ICC France Working Group*, 753.

40. Jana Herbockova, "Amiable composition in the international commercial arbitration." *The Masaryk University* 1, 3 (2008): 1-11.

۴۱. عبدالحسین شیروی، *داوری تجاری بین‌المللی*، (جلد اول، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱). ص ۲۳۳.

روش کدخدانمنشی بر دعوا به منزله ارجاع ضمنی به قواعد بازرگانی فراملی است؟ در پاسخ به این پرسش دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. برخی صاحب‌نظران به جهت وجود نقاط مشترک و مشابهت‌های مبنایی میان این دو مفهوم، بر آن‌اند که ارجاع به هر یک به منزله ارجاع به دیگری نیز تلقی می‌شود. توضیح آنکه نقطه مشترک میان لکس مرکاتوریا که متشکل از اصول کلی حقوقی و عرف و عادات تجاری است و همچنین اتخاذ تصمیم مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی این است که هر دو از انواع تصمیم‌گیری‌های فراتر از قانون *contra legem* هستند؛ در مقابل، داوری به موجب قانون *infra legem* و مستلزم رعایت تشریفات و مقررات قانونی است.<sup>۴۲</sup> تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی بر مفاهیم عینی عدالت استوار است که مشخصاً اصول کلی حقوق و عرف و عادات خاص در زمره این مفاهیم‌اند. به عبارت دیگر در هر دو روش، داوران نه‌تنها الزامی به تصمیم‌گیری بر اساس قانون حاکم ندارند، چه بسا ممکن است حتی خارج از چارچوب قانون ملی داوری نمایند. اولین رگه‌های ارتباط میان لکس مرکاتوریا و داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی را می‌توان در قوانین تجارت قرون وسطایی یافت؛ زمانی که تجار به مجموعه قوانین خاصی نیازمند بودند تا روابط آن‌ها را تنظیم کند. این قواعد به تدریج توسط نهادهای شبه‌قضایی که در آن زمان از بدنه محاکم مستقل شده بودند، مورد استناد و استفاده قرار می‌گرفت. با استعمال این نظام حقوقی خودتنظیم، چهره عدالت میان بازرگانان سریع‌تر و بیشتر آشکار می‌شد. کاربرد این شیوه غیردادگاهی یا به اصطلاح «غیررسمی»، باعث صرفه‌جویی در هزینه و وقت تجار می‌شد. از همین رو آن‌ها نتیجه حاصل از این رویه را نسبت به خود منصفانه می‌پنداشتند. طرفداران این دیدگاه جهت تقویت نظریه خویش به عناصر سازنده مشترک هر یک از دو مفهوم (یکسانی در منشأ) و همچنین مشابهت در شرایط ارجاع به این قسم از داوری‌ها استناد می‌کنند که در قسمت‌های بعد، محور رسیدگی قرار می‌گیرد.

## ۱-۲. وجوه اشتراک میان لکس مرکاتوریا و داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی

قواعد بازرگانی فراملی و اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی متشکل از مفاهیم و هنجارهای کلی و پذیرفته‌شده مشترک در نظام‌های حقوقی هستند. از همین رو می‌توان این اصطلاحات را بهترین گزینه برای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی در نظر گرفت تا آنجا که فرض می‌شود اتخاذ هر یک، بدل از دیگری تلقی شده و به جهت مشابهت در عناصر

۴۲. داوری به موجب قانون به داوری‌ای اطلاق می‌شود که صرف‌نظر از عادلانه بودن، فقط بر اساس یک یا چند قانون اتخاذ تصمیم می‌شود. داوری به موجب قانون را قسمی از داوری *lex causae* می‌دانند.

تشکیل‌دهنده، نتایج یکسانی به همراه خواهد داشت. در این قسمت، اشتراکات این مفاهیم مورد مذاقه و بررسی قرار می‌گیرد.

## الف. وحدت منابع

اشتراک در منبع سبب می‌شود نتیجه هر دو نوع رسیدگی، به جهت تبعیت از الگوی واحد، مشابه باشد. اگرچه برشمردن منابع لکس مکتوریا و اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشانه در عمل غیرممکن است، در ذیل، مهم‌ترین منابع مشترک در هر دو مفهوم به اختصار آورده می‌شود.

### (۱) اصول کلی حقوقی

ویژگی اساسی اصول کلی حقوقی که بخش لاینفک هر نظام حقوقی است، فراهم‌نمودن انعطاف لازم جهت تکمیل و تفسیر خالاهای موجود در نظام حقوقی داخلی است. در حقیقت، اصول کلی حقوقی ریشه در دعاوی‌ای دارد که در نظام حقوقی ملی برای حل و فصل آن، راه‌حلی تدوین نشده است. این اصول که بازتابی از مفاهیم نظام‌های حقوقی داخلی است، صراحتاً در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری مورد اشاره قرار گرفته است. به نظر می‌رسد دلایلی که موجب عدم موفقیت اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل می‌شود، می‌تواند سبب موفقیت آن در حقوق فراملی باشد، چرا که حوزه حقوق فراملی، حوزه حقوق روابط خصوصی است.<sup>۴۳</sup> ناکارآمدی و نارسایی نظام حقوق ملی با مقتضیات قراردادهای تجاری بین‌المللی گویای این واقعیت است که اندیشه غیرملی و غیرمحل‌ی کردن حقوق حاکم بر قراردادها از دهه هشتاد میلادی به صورت رسمی وجود داشته است. به‌عنوان مثال می‌توان به قرارداد فی‌مابین کویت و شرکت نفت مستقل امریکایی در ۱۹۷۳ اشاره کرد<sup>۴۴</sup> که در آن صراحتاً آورده شده به توافق طرفین «... مطابق با اصول کلی حقوقی که توسط کشورهای متمدن و دیوان‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده، عمل می‌شود». مثال دیگر، دادگاه‌های آرژانتین هستند که قرارداد میان طرفین را بر مبنای اصول کلی مندرج در یونیدوگوا، که از آن به حقوق مدرن تعبیر می‌شود، تفسیر می‌کنند.<sup>۴۵</sup> همین رویه در هند نیز از سوی دادگاه عالی این کشور قابل اعمال است.<sup>۴۶</sup> در نظام حقوقی کامن‌لا اصول

۴۳. جنیدی، همان، ۱۲۷-۱۴۸.

44. Frédéric Bachand and Fabien Gélinas. *The UNCITRAL Model Law After Twenty-five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration* (New York: Juris Publishing, Inc., 2013).

45. A. V. Lowe and Colin Warbrick, "Current Developments: Public International Law, Recognition of States (Part 2)." *International and Comparative Law Quarterly* 42, 2 (1993): 75.

46. High Court of Delhi, 21 August 2006, CS (OS) No. 1599/1999, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1242&step=Abstract>

کلی حقوقی در ارتباط با اصل انصاف تأویل و تفسیر می‌شود.<sup>۴۷</sup> این همبستگی و ارتباط متقابل با انصاف، سبب نزدیک شدن هر چه بیشتر این دو مفهوم می‌شود زیرا هدف از کاربرد اصول کلی حقوقی، دست‌یافتن به چیزی است که قوانین موضوعه آن را به ارمغان نمی‌آورد. جهت تنقیح موضوع باید گفت پیوستگی با مفهوم انصاف، گستره‌ای از اصول مبتنی بر عدل و انصاف را برای داور به همراه خواهد داشت تا راه‌حلی را برگزیند که متناسب با اوضاع و احوال قضیه باشد. نکته قابل تأمل در خصوص کاربرد اصول کلی حقوق این است که اعمال آن برخلاف رویه دادگاه‌های ملی، صرفاً به تفسیر و تکمیل قرارداد محدود نمی‌شود بلکه مستقیماً در جهت حل و فصل اختلاف صورت می‌گیرد.

در اتاق بازرگانی بین‌المللی در قضیه شماره ۷۱۱۰ که مربوط به قرارداد خرید تسلیحات موشکی در قبل از انقلاب اسلامی از سوی دولت ایران از شرکت انگلیسی بریتیش ایروسپیس است، دیوان اظهار داشت: در داوری تجاری بین‌المللی مفهوم اصول کلی حقوقی صرفاً در مورد آیین رسیدگی و شکلی به کار نمی‌رود بلکه مشخصاً در جهت تحصیل راه‌حل ماهوی مناسب استعمال می‌شود.<sup>۴۸</sup> از منظر دیوان، دستیابی به انصاف از طریق اعمال اصول کلی حقوقی، در مقایسه با حاکمیت قانون ملی امکان‌پذیرتر خواهد بود زیرا در قانون ملی، اصول مبتنی بر عدل و انصاف و خردمندانه کمتر به چشم می‌خورد. حاکمیت این اصول در دیوان‌های داوری بیشتر مبتنی بر این پیش‌فرض است که در قضایای چند ملیتی، حاکمیت یک قانون ملی، شیوه نامناسبی تلقی شده و می‌بایست اصول مورد پذیرش مجموعه دولت‌ها حاکمیت پیدا کند.

همچنین در قضیه شماره ۷۳۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی راجع به اختلاف وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران با شرکت وستینگهاوس الکترونیک در مورد تأمین پوشش راداری کشور، هیئت داوری در مورد اینکه حذف قانون حاکم سهوی بوده یا با خواست و اراده طرفین و با نظر داشت اینکه هیچ‌یک از طرفین، خواهان حاکمیت ملی متبوع طرف مقابل نیست، چنین اظهار داشت: باید عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین را از دیدگاه سلبی تفسیر نمود؛ بدین معنا که قانون ملی هیچ‌یک از طرفین نباید بر دیگری تحمیل شود. از دیدگاه دیوان، هدف از کاربرد اصول کلی حقوقی این است که هر دو طرف را در برابر قانون ملی متبوع و مقررات غیرمنتظره که عملاً سختی با ماهیت فراملی قرارداد داوری ندارند، محافظت نماید.<sup>۴۹</sup>

47. Abul F.M. Maniruzzaman, "The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration." *American University International Law Review* 14, 3 (1998): 657.

48. ICC Award in Case No. 7110, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 10-2 (1999), at 44-45

49. اصول عدل و انصاف نه تنها در رویه‌های داوری تجاری بین‌المللی، بلکه در داوری بین‌المللی نیز از جایگاه خاصی برخوردار است. برای مثال می‌توان به پرونده‌های مربوط به دیوان دعوای ایران و امریکا اشاره کرد. وفق ماده ۵ بیانیه حل و



در قضیه شماره ۷۱۱۰ مرجع پیشین نیز دیوان اظهار داشت قواعد و اصول کلی حقوقی مرتبط با تعهدات قراردادی عمدتاً در اصول کلی یونیدوگوا منعکس شده‌اند. در حقیقت دیوان هسته مرکزی اصول کلی حقوق را یونیدوگوا می‌داند. این اصول توسط گروهی از علمای حقوق تجارت شناسایی و گردآوری شده و بر تمامی نظام‌های حقوقی سایه گسترانده است.<sup>۵۱</sup> اصول یونیدوگوا بیشتر مبتنی بر انصاف بوده و متناسب با ماهیت قراردادهای بین‌المللی است؛ ضمن اینکه از قواعد متحدالشکل نیز الهام گرفته است.<sup>۵۲</sup>

## ۲) عرف و عادات تجاری

رویکردهای سنتی اتخاذشده در خصوص عرف و عادات در نظام‌های حقوقی ملی به دو قسم اصلی تقسیم می‌شوند: نخست رویکرد ذهنی مبتنی بر این دیدگاه است که اعمال عرف و عادات تنها در فرضی قابل تصور است که در اقل مراتب، قصد ضمنی یا اظهار ضمنی طرفین مبنی بر کاربرد آن وجود داشته باشد.

دومین رویکرد که از آن می‌توان به رویکرد عینی تعبیر نمود، در صدد توصیف نیروی الزام‌آور عرف و عادات در روابط طرفین است. با این حال به نظر می‌رسد در رویکردهای سنتی نسبت به تفسیر عرف، کماکان سایه ابهام باقی است. تنوع رویکردها در تفسیر عرف و عادات ناشی از نیروی هنجاری آن در نظام‌های حقوقی ملی است. می‌توان گفت رویکرد موضوعی در صدد اعتباربخشیدن به نیروی هنجاری عرف بر مبنای اصل آزادی قراردادها است، در حالی که هدف رویکرد عینی کاهش ابهامات و محدودکردن قدرت دادگاه‌های ملی است.<sup>۵۳</sup> به‌عنوان مثال در

---

فصل دعوای در خصوص قانون حاکم، اجازه‌ای مبنی بر حاکمیت انصاف به دیوان داده نشده است، بلکه در ابتدای ماده مزبور، تصمیم‌گیری بر مبنای احترام به قواعد حقوقی (respect for law) مورد اشاره قرار گرفته است. با این حال، دیوان علی‌رغم عدم توافق صریح یا ضمنی طرفین در رجوع به اصول عادلانه و منصفانه، بر همین مبنای تصمیم‌گیری نموده و بارها عبارت would not be equitable را در آرای خود به کار برده است. به نظر می‌رسد اعمال این قسم از انصاف، فراتر از قواعد حقوقی و با هدف پرکردن خلأ قانونی باشد. ن.ک: انسیه مطیعی، جایگاه عدل و انصاف در دیوان دعوای ایران و امریکا (تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۱)، ۴۵-۴۷.

50. ICC Award in Case No. 7375, available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText>

51. ICC Award in Case No. 7110, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 10-2 (1999), at 49; The statements of the arbitral tribunal in ICC Case No 7110 as to the nature of the UNIDROIT Principles were cited in full by the arbitral tribunal in an ad hoc award of 2001 rendered in Costa Rica. Ad hoc Award (San José, Costa Rica), April 30, 2001, Costa Rican company vs. French company. Cited by Vargas, V. Pérez & D. Pérez Umana, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice." *Uniform Law Review* (2006): 181-182.

52. ICC Award in Case No. 7375, available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText>

53. Orsolya Toth, *The lex mercatoria in theory and practice* (New York: Oxford University Press, 1st edition, 2017): 254-255.

حقوق آلمان، تکرار مستمر یک رویه در موارد مشابه منجر به شکل‌گیری عرف خاص می‌شود. بدین ترتیب در دادگاه‌های حقوقی آلمان، زمانی که یک رویه به چنان درجه‌ای از تکرار و یکنواختی برسد، می‌توان گفت از قدرت اجرایی برخوردار شده است.<sup>۵۴</sup> در حقوق فرانسه نیز کیفیت و کاربرد عرف در مواردی که خلأ قراردادی وجود دارد، بنا به تشخیص قضات دادگاه است. اما دادگاه زمانی می‌تواند عرف را در قرارداد حاکم کند که طرفین ولو به‌طور ضمنی به نتایج حاصل از عرف پایبند باشند. از باب نتیجه‌گیری می‌توان گفت یکی از وجوه تمایز میان اصول کلی حقوقی و عرف و عادات تجاری، امری بودن قسم اول و تکمیلی و تفسیری بودن قسم دوم است؛ هرچند که این وجه افتراق، بیشتر به لحاظ نظری مطرح شده و در تصمیمات و رویه مراجع چندان مورد عمل قرار نمی‌گیرد.

در قضیه شماره ۱۶۴۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص اختیار رسیدگی بر مبنای عرف و عادت تجاری آمده است: در توافقنامه‌هایی که طرفین، حاکمیت قانون ملی را تصریح نکرده‌اند، به منزله اعطای اختیار ضمنی به داور است تا اختلاف ایشان را از طریق اعمال عرف‌های تجاری حل و فصل نماید.<sup>۵۵</sup>

شاید بتوان گفت مقصود گلدمن از حقوق خودتنظیم، ناظر بر همین معنا از قواعد بازرگانی فراملی باشد، چرا که سایر منابع لکس مرکاتوریا مانند قوانین متحدالشکل، اینکوئترمز و مانند آن در حقیقت همان عادات و رسوم و عرف‌های تجاری‌اند که مدون شده‌اند.

### ب. مشابهت در شرط تجویز

همان‌گونه که در سطور بالاتر مورد اشاره قرار گرفت، یکی از دلایل طرفداران یکسانی انتخاب اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی با قواعد بازرگانی فراملی، مشابهت در شرایط ارجاع به هر یک از این تعبیر است. شروط مندرج در قراردادهای بین‌المللی که مفید ارجاع به قواعد بازرگانی فراملی و اصول مبتنی بر عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی باشد در دو رسته کلی جای می‌گیرند:

(۱) شروطی که صراحتاً اعمال هر گونه قانون ملی را منع کرده و حاکمیت اصول کلی حقوقی و عرف‌های تجارت بین‌الملل را مقرر می‌کند.<sup>۵۶</sup> هرچند باید در نظر داشت این شروط، در مواردی که قواعد بازرگانی فراملی متضمن قواعد عرفی و فراملی جهت حل و فصل اختلاف نباشد، مانع اعمال

54. Nicole Kornet, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives* (Cambridge: Intersentia Publishers, 2006): 114.

55. Berthold Goldman, "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives." *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2, 1977 (1980): 221-270.

56. Emmanuel Gaillard, "La distinction des principes généraux du Droit et des usages du commerce international." *Etudes offertes à Pierre Bellet* (1991): 210.

قانون ملی نیستند.<sup>۵۷</sup> مهم‌ترین سند بین‌المللی که به این اصل پرداخته، قانون نمونه آنسیترال است که در بند ۱ ماده ۲۸ مقرر می‌دارد دیوان داوری بر اساس قواعد حقوقی که طرفین به‌عنوان قانون حاکم برگزیده‌اند، در ماهیت دعوا تصمیم‌گیری خواهد کرد. همچنین قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۲۰۱۷ در بند ۱ ماده ۲۱ به همین موضوع پرداخته و اشاره می‌کند: طرفین آزاد خواهند بود نسبت به قواعد حاکم بر ماهیت دعوا توافق کنند. بند ۱ ماده ۲۸ قواعد داوری انجمن داوری امریکا، بند ۳ ماده ۲۲ قواعد داوری بین‌المللی لندن، ماده ۴۶ قواعد داوری مؤسسه داوری هلند، بند ۱ ماده ۵۹ قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت فکری و بند ۱ ماده ۲۴ قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم با عباراتی مشابه، اصل حاکمیت اراده را در اتخاذ هر یک از دو مفهوم داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و قواعد بازرگانی فراملی پذیرفته‌اند. غالباً طرفین اختلاف ترجیح می‌دهند به جای قانون ملی، قواعد حقوقی را برگزینند که منافع مشترک آن‌ها را بهتر تضمین کند. بدیهی است قانون ملی در مواردی که عنصر خارجی دخالت دارد، مناسب نبوده و از طرفی همواره امکان تغییر قوانین ملی وجود دارد و این امر می‌تواند منافع یکی از طرفین را به خطر اندازد.<sup>۵۸</sup> به عبارت دیگر می‌توان گفت مهم‌ترین ویژگی انتخاب قواعد بازرگانی فراملی و همچنین اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی، قابلیت دسترسی و همچنین ثبات آن است. چنانچه طرفین، یک قانون ملی را انتخاب کنند به‌ناچار می‌بایست با صرف هزینه گزاف از اشخاص متخصص کمک بگیرند و همان‌گونه که شرح آن رفت، امکان تغییر قانون ملی همواره به‌عنوان تهدید جدی وجود دارد.<sup>۵۹</sup>

۲) نحوه اندراج برخی دیگر از شروط قراردادی به گونه‌ای است که حاکمیت قانون ملی را منح‌نموده، بلکه با ارجاع به اصول کلی حقوقی و عادات و عرف‌های تجارت بین‌الملل یا با ارجاع به هر دو، سبب التقاط آن با حقوق ملی می‌شوند.<sup>۶۰</sup> قراردادهای مربوط به امتیاز نفت لیبی یعنی تگزاکو، لیامکو و بی پی را باید از همین قسم دانست.

## ۲-۲. وجوه افتراق میان لکس مرکاتوریا و داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی

در مقابل دیدگاه فوق، برخی علمای حقوق به دلیل تمایزات میان اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی از یک سو و قواعد بازرگانی فراملی از سوی دیگر، این مفاهیم را کاملاً از یکدیگر

57. Goldman, *The applicable law: general principles of law—the lex mercatoria*, 115-117.

58. Frank Baddack, "Lex mercatoria: scope and application of the Law Merchant in arbitration". PhD diss., University of the Western Cape (2005).

59. Michael Joachim Bonell, "UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law". *Uniform Law Review* 1, 9 (2004): 5.

60. *Ibid.*

منفک دانسته و در مقام نفی یکسانی ارجاع به این تعابیر برآمده‌اند. نویسندگان به جهت آنکه بی‌طرفانه قلم زده باشند، نظر مخالفین را نیز مورد اشاره قرار می‌دهند. از جمله مهم‌ترین موارد قابل بررسی، تمایز در ماهیت و نتیجه است که در دو عنوان تبیین می‌شود.

### الف. تفاوت در ماهیت

قاضی *ماستیل* به‌عنوان یکی از مخالفین، از التقاط آرای مبتنی بر اعمال لکس مرکاتوریا و اصول عدل و انصاف ابراز تأسف نموده است.<sup>۶۱</sup> به عقیده این دسته از صاحب‌نظران، لکس مرکاتوریا یک روش است، حال آنکه انصاف یک نتیجه.<sup>۶۲</sup> به تعبیر دیگر، قواعد بازرگانی فراملی یک نظم حقوقی مستقل نیست بلکه فرایند رسیدگی است که بنا به مورد توسط قاضی یا داور جهت حل و فصل اختلافات تجاری دنبال می‌شود. دیدگاه مخالفین بر این استنباط استوار است که منبع تشکیل‌دهنده قواعد بازرگانی فراملی صرفاً اصول عدل و انصاف نیست. به عبارت دیگر، رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشی لزوماً معادل اعمال لکس مرکاتوریا نیست، چرا که در فرض حاکمیت قواعد بازرگانی فراملی، داور متعهد است مشخصاً مبتنی بر اصول لکس مرکاتوریا رسیدگی کند، هرچند با اعمال انصاف، نتیجه دیگری به دست آید. از این زاویه قواعد بازرگانی فراملی روشی است که شامل اصول کلی و ملاحظات منصفانه سیستم‌های حقوقی مختلف بوده و متناسب با ماهیت اختلاف بر آن اعمال می‌شود. به تعبیر دیگر، طرفداران عدم استقلال ماهیت لکس مرکاتوریا آن را صرفاً وسیله‌ای جهت تفسیر قرارداد می‌شمارند. مخالفان معتقدند نمی‌توان صدور رأی بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشی را به منزله اختیار تلویحی داور در صدور رأی مطابق با لکس مرکاتوریا تفسیر کرد.

### ب. تفاوت در نتیجه

مورد دیگری که سبب ایجاد تمایز در اعمال قواعد بازرگانی فراملی و داوری‌های مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشی می‌شود، نتایج هر یک از انواع رسیدگی است، چرا که نتایج حاکمیت قواعد بازرگانی فراملی، به جهت وسیع‌بودن عناصر سازنده آن، متنوع‌تر از نتایج رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشی است.<sup>۶۳</sup> در واقع در فرض اعمال قواعد

61. Jean Francois Poudret and Besson, *Comparative law of international arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 2007).

62. Alexander J. Bělohávek, F. Cerný, and N. Rozehnalova, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration-Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings-2013* (Juris Publishing, Inc, 2013).

63. Maniruzzaman, *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration*, 657.

بازرگانی فراملی، تفسیر عناصر قرارداد بر مبنای اصول حقوقی، عرف و عادات تجاری، رویه‌های متحدالشکل و ... صورت می‌گیرد بدون آنکه لزوماً منجر به حصول نتیجه منصفانه شود. اما در مواردی که طرفین اختلاف، تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمانه را می‌پذیرند، آنچه برای ایشان حائز اهمیت است، مشخصاً دست‌یافتن به نتیجه عادلانه، صرف‌نظر از چگونگی تحصیل آن است. این اختلاف‌نظرها ناشی از تفسیر مفهوم لکس مرکاتوریا است. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، برخی قواعد بازرگانی فراملی را صرفاً فهرستی از اصول می‌دانند در حالی که برخی دیگر آن را راهکاری جهت شناسایی مناسب‌ترین قاعده تلقی می‌نمایند.

### ۳. امکان اعمال لکس مرکاتوریا در داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی و استثنای آن: نظریه منتخب

با پرداختن به عقاید موافقان و مخالفان، نظریه منتخب تحت عنوان نظریه جایگزین مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. به عقیده نگارندگان، پذیرش مطلق هر یک از دیدگاه‌های فوق با نارسایی‌هایی همراه بوده و نمی‌تواند اراده طرفین را با اقتضائات خاص داوری تجاری هماهنگ سازد. بر اساس این دیدگاه، ارجاع به قواعد بازرگانی فراملی به منزله تجویز اتخاذ تصمیم بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی تلقی می‌شود که این امر مستلزم تحقق دو شرط است: اول شرطیت ارجاع به این قسم از داوری‌ها و دوم ماهیت فراملی بودن رابطه حقوقی فی‌مابین طرفین. بدیهی است این موضوع نیز استثنایپذیر است که در زیر به تبیین و تحلیل هر یک از موارد پرداخته می‌شود.<sup>۶۴</sup>

#### ۳-۱. شرط‌شدن ارجاع به داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و قواعد بازرگانی فراملی

اندراج شرط داوری بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی به‌طور غیرمستقیم به

۶۴. در برخی نسخ قدیمی قوانین و مقررات داوری مانند بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی معروف به کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱، بند ۲ ماده ۳۳ مقررات داوری آنسیترال نسخه ۱۹۷۶، بند ۲ ماده ۵۴ قواعد مربوط به تسهیلات اضافی ایکسید ۲۰۰۶ شرط تجویز قانون حاکم پیش‌بینی شده بود. اما امروزه با پیشرفت روزافزون داوری، آزادی عمل بیشتری برای طرفین اختلاف در نظر گرفته شده و قید تجویز قانون حاکم حذف شد. در واقع وجود چنین شرطی موجب سردرگمی داوران می‌شد، چرا که معلوم نبود منظور از تجویز قانون حاکم دقیقاً کدام قانون است؛ آیا این قانون، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری، قانون حاکم بر آیین رسیدگی، یا قانون مقر و ... است. این آثار نامطلوب در کنار احترام به اصل آزادی اراده، زمینه را برای حذف شرط مذکور فراهم ساخت.

منزله حاکم کردن قواعد بازرگانی فراملی نیز هست.<sup>۶۵</sup> البته باید در نظر داشت قواعد بازرگانی فراملی متشکل از انصاف به‌تنهایی نیست بلکه مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی است که بی‌شک انصاف نیز مهم‌ترین آن تلقی می‌شود. در حقیقت می‌توان گفت داور می‌تواند شرط داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و ملاحظات غیرحقوقی را به‌عنوان ارجاع ضمنی و تلویحی به لکس مرکاتوریا تفسیر کند. در تأیید این نگرش می‌توان به رویه اتاق بازرگانی بین‌المللی، به‌عنوان تأثیرگذارترین نهاد در امر داوری اشاره کرد. مطابق بند ۱ ماده ۲۱ قواعد ۲۰۱۷ دیوان داوری باید در وهله اول به قانون منتخب طرفین رجوع و در فرض سکوت آن‌ها قانونی را که مناسب می‌داند اعمال کند. از همین رو دست داوران باز است تا هر قانونی را که مناسب می‌داند بر ماهیت دعوا اعمال کنند.<sup>۶۶</sup> از ابعاد دیگری نیز می‌توان به تقویت این نظر پرداخت از جمله وحدت منشأ یا به تعبیری یکسان‌بودن عناصر سازنده اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی از یک طرف و لکس مرکاتوریا از طرف دیگر. همان‌گونه که شرح آن رفت، قواعد بازرگانی فراملی متشکل از اصول کلی حقوقی، عرف و عادات تجاری، قوانین و رویه‌های متحدالشکل است. زمانی که طرفین داوری اجازه اعمال قواعد بازرگانی فراملی را به داور اعطا می‌کنند، در عمل به‌طور ضمنی اجازه تصمیم‌گیری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی را به وی تفویض کرده‌اند. این ارتباط و همبستگی در منشأ نه‌تنها سبب مشابهت در تصمیم‌گیری بلکه مشابهت در نتایج حاصل از آن نیز خواهد شد. اصول عدل و انصاف و سایر ملاحظات که در بردارنده روش‌های مسالمت‌آمیز هستند، به‌عنوان بدنه لکس مرکاتوریا تلقی شده و اختیار اعمال قواعد بازرگانی فراملی در عمل چیزی به‌جز حاکم کردن اصول منصفانه نیست. همچنین می‌توان به رأی دیوان داوری روسیه در ۲۰۰۸ اشاره کرد. خواهان پرونده که شرکت آلمانی بود، دعوایی را بر علیه شرکت روسی به‌عنوان خواننده اقامه و مبالغی را بابت قرارداد فروش کالا مطالبه نمود. در قرارداد فروش کالا میان طرفین شرط شده بود که قرارداد تابع قانون روسیه باشد. پس از اجرای قرارداد، خواهان (شرکت آلمانی) ادعا کرد که طرفین شرایط مربوط به کمیت و زمان تحویل کالا را تغییر داده‌اند. در مقابل خواننده بر اجرای قرارداد مطابق با شروط اولیه تأکید داشت و ادعای نقض قرارداد و مطالبه خسارت در دیوان داوری را مطرح کرد. با توجه به تصریح

۶۵. برخی علمای حقوق معتقدند تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشانه و همچنین بر مبنای لکس مرکاتوریا به معنای انصراف از حاکمیت مقررات قانونی است و این امر مستلزم توافق صریح و روشن طرفین است. از همین رو تفسیر توافقی داور در این خصوص باید به‌طور مضیق انجام شود. ن.ک:

ICC Case No. 3380, 29 November 1980, Sigvard, Jarvin and Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer): 96-100.

۶۶. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: همایون مافی و فاطمه ابطحی، «اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی ۲۴، ۸۸ (۱۳۹۸).

طرفین، قرارداد می‌بایست بر اساس قانون فدراسیون روسیه اداره می‌شد که در این حالت، اصلاح قرارداد باید مشخصاً به صورت مکتوب انجام شود. خواهان ادعا کرد این مقررۀ شکلی از طریق ارسال پیامک، به عنوان سند الکترونیکی محقق شده است، در حالی که خوانده اظهار داشت اصلاحات باید در سند واحدی که به امضای طرفین رسیده باشد، صورت گیرد. در نتیجه به واسطۀ فقدان چنین سندی، درخواست رد خواستۀ خواهان را داشت. دیوان داوری با رد ادعای خوانده و با تأکید بر اصول عدل و انصاف اظهار داشت ارادۀ واقعی طرفین با توجه به مذاکرات، مکاتبات قراردادی، رویۀ مرسوم طرفین و شیوه‌های متعارف کسب و کار تفسیر می‌شود.

پروندۀ دیگر مربوط به دو شرکت ایتالیایی است که دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به آن رسیدگی کرد. در این قضیه دو شرکت ایتالیایی (الف) و (ب)، مجموعه‌ای از قراردادهای را منعقد کردند که به موجب آن، شرکت (الف) به مدت ۲۵ سال حق غیرقابل فسخ برای استفاده از بخشی از زیرساخت‌های ارتباطی متعلق به شرکت (ب) را همراه با خدمات نگهداری آن‌ها اعطا می‌کرد. در مقابل برای شرکت (ب) نیز حق مشابهی نسبت به بخشی از زیرساخت‌های متعلق به شرکت (الف) در نظر گرفته شد. پس از گذشت ۱۴ سال به دنبال خودداری شرکت (ب) از انجام مذاکرات مجدد برای قرارداد تعمیر و نگهداری، شرکت (الف) هزینه‌ای مقرر شده در خصوص تعمیر و نگهداری را پرداخت نکرده و مدعی نقض قرارداد از سوی شرکت (ب) شد. با درخواست شرکت (الف)، فرایند داوری آغاز شد. بدین ترتیب، شرکت (الف) درخواست کرد تا تخلفات شرکت (ب) احراز شود و متقابلاً شرکت (ب) نیز از دیوان درخواست صدور حکم به پرداخت مطالبات معوقه را نمود. در این پرونده، قانون قابل اعمال، قانون ملی ایتالیا در کنار اصول عدل و انصاف بود. دیوان داوری با حاکم کردن اصول منصفانه خصوصاً تأکید بر اصل حسن نیت و همچنین اصول ۲، ۳ و ۶ یونیدوگوا چنین اظهار کرد که شرکت (الف) قرارداد خدمات نگهداری را نقض کرده و ثانیاً شرکت (ب) هم از تکلیف خود مبنی بر برگزاری مجدد (جهت تعدیل قرارداد) تخلف کرده است. دیوان اعلام کرد طرفین در قراردادهای بلندمدت وظیفه دارند در صورت وجود اختلاف نسبت به شرایطی که در ابتدا به آن توافق شده، در مقایسه با شرایط بازار کنونی، مذاکره مجدد نمایند. در حقیقت، مقتضای اصول منصفانه و رعایت حسن نیت در قراردادهای مؤید این رفتار است. در نهایت دیوان تصمیم گرفت طرف زیان‌دیده باید در انجام مذاکرات قصد واقعی داشته باشد و به این بهانه نمی‌تواند از اجرای تعهدات سر باز زند.<sup>67</sup>

## ۲-۳. فراملی بودن رابطه حقوقی

شرط دیگری که برای اعمال این نظریه ضروری به نظر می‌رسد، فراملی بودن رابطه حقوقی

از جمله قرارداد منعقدۀ فی‌مابین طرفین است؛ بدین شرح که قراردادهای تجاری واجد عنصر خارجی، دارای ماهیت بین‌المللی یا غیر ملی یا فراملی هستند و استفاده از چارچوب‌های حقوق ملی با مقتضیات این‌گونه قراردادها مناسب نیست. در نتیجه چاره‌ای جز تنظیم این روابط در بستر حقوقی فراملی وجود ندارد. حتی بررسی قراردادهای دولتی که در آن‌ها به اعمال مقررات ملی تصریح شده، نشان می‌دهد در عمل تلفیقی از حقوق ملی و سایر اصول و قواعد فراملی اعمال می‌شود. قرارداد فی‌مابین کویت و شرکت نفت مستقل امریکایی در ۱۹۷۳ که در قسمت مفهوم اصول کلی حقوقی مورد اشاره قرار گرفت، بر همین شرط تأکید می‌ورزد. رویه‌های ایجادشده در اتاق بازرگانی بین‌المللی که با حاکمیت هر یک از دو مفهوم به آرای واحدی دست یافته، مؤید ضرورت این شرط است. در این خصوص می‌توان به قضیۀ شماره ۱۷۱۴۶ که در ۲۰۱۵ در دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مطرح شد، اشاره کرد. در موافقت‌نامه داوری فی‌مابین طرفین مقرر شده بود که اختلاف به مؤسسۀ داوری ارجاع شود که نام این مؤسسه متعاقباً در سند قراردادی جداگانه تعیین شود و این انتخاب در عمل صورت نگرفت. در این پرونده قانون قابل اعمال نسبت به ماهیت اختلاف پیش‌بینی نشده بود و صرفاً طرفین بر حاکمیت اصول عدل و انصاف توافق نموده بودند. خوانندۀ داوری به دلیل عدم تعیین نهاد داوری مشخص، به اعتبار بند داوری اعتراض کرد. دیوان داوری چنین استدلال نمود که اعتبار و دامنه توافقت‌نامه داوری (به دلیل تجویز حاکمیت اصول عدل و انصاف) با تکیه بر قواعد بازرگانی فراملی و اصول مشترک حقوقی بررسی می‌شود. در نتیجه با توجه به اصل ۴-۵ یونیدوگوا چنین استدلال کرد که قصد هیچ‌یک از طرفین، انتخاب داوری موردی نبوده است. اصول یونیدوگوا به‌عنوان یکی از اصیل‌ترین منابع لکس مرکاتوریا شناخته می‌شود. در حقیقت در پروندۀ مذکور، طرفین با تجویز اعمال اصول منصفانه به‌طور غیرمستقیم بر حاکمیت قواعد بازرگانی فراملی و عناصر تشکیل‌دهندۀ آن گردن نهاده‌اند. دیوان داوری نیز با عبور از دشواری‌های انتخاب قانون ملی که مغایر با بند ۳ ماده ۱۳ قواعد (آی سی سی) مبنی بر تکلیف داور به اعمال قاعدۀ حل تعارض است، با اختیار حاصله از اعمال اصول منصفانه، تصمیم به اعمال لکس مرکاتوریا گرفت. دیوان با این توجیه که ممکن است انتخاب قانون ملی به اندازه کافی قانع‌کننده نباشد، در نظر داشت به ماهیت فراملی توافق توجه کرده و هرگونه ارجاع به قانونگذاری دولت خاص را کنار بگذارد. مثال دیگر قضیۀ AGIP علیه دولت کنگو است<sup>۶۸</sup> که طرفین در پاراگراف دوم از ماده ۱۵ موافقت‌نامه داوری، قانون دولت کنگو را به‌عنوان قانون حاکم بر اختلاف تعیین کردند. با این حال طرفین از دیوان خواستند تا در

68. *AGIP Spa v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award November 30, 1979, Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965 (ICSID Reports), vol. 1, 1993, A Publication of the Research Center for International Law, University of Cambridge, 306-329.



صورت صلاحدید و به منظور پرکردن خلأهای قانون دولت کنگو، اصول حقوق بین‌الملل<sup>۶۹</sup> را اعمال کنند. در این پرونده علی‌رغم اینکه طرفین به حاکمیت اصول عدل و انصاف اشاره‌ای نکرده بودند، دیوان با تأکید بر خصلت فراملی قرارداد بر مبنای اصول عدل و انصاف و دوستانه اتخاذ تصمیم نمود.

### ۳-۳. استثنا: منع صریح اعمال اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا

از آنجا که داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و قواعد بازرگانی فراملی در حقیقت نوعی چشم‌پوشی از مزایای اعمال مقررات قانونی است، ممکن است طرفین به جای آنکه سرنوشت اختلاف را به مجموعه‌ای از قواعد کلی و انتزاعی واگذار کنند، ترجیح دهند به مقررات دقیق قانونی پایبند باشند تا در اقل مراتب، فرایند رسیدگی از قابلیت پیش‌بینی برخوردار باشد. در چنین شرایطی طرفین با انتخاب قانون معین و تأکید بر عدم اعمال اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا، عدم رضایت خود را بر حاکمیت مفاهیم فوق‌ابراز می‌کنند. البته باید در نظر داشت حالت پیش‌گفته در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد، چرا که ماهیت غیرملی (فراملی) قراردادهای تجاری، بستر مناسبی را جهت استناد به قواعد بازرگانی فراملی که اصیل‌ترین و شاخص‌ترین منبع آن اصول عدل و انصاف است، فراهم می‌کند. خلاصه آنکه بنا بر دیدگاه نویسندگان، تنها موردی که اساساً امکان رسیدگی وفق اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی و همچنین قواعد بازرگانی فراملی وجود ندارد، زمانی است که طرفین صراحتاً نارضایتی خود را در این خصوص اعلام و ابراز کرده باشند.

### ۳-۴. اعمال اصول عدل و انصاف و قواعد بازرگانی فراملی در فرض سکوت طرفین

سؤال مهم دیگری که پرداختن به آن ضروری می‌نماید آن است که چنانچه طرفین، حاکمیت اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا را به سکوت واگذار کرده باشند آیا این امر به تمایل طرفین نسبت به حاکمیت این مفاهیم دلالت می‌کند؟

همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد، چنانچه طرفین، قانون قابل اعمال را مشخص نکرده باشند و نسبت به حاکمیت اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا نیز سکوت کرده باشند، تردیدی نیست که داور می‌تواند آن‌ها را به کار گیرد. تردید بیشتر ناظر به فرضی است که قانون قابل اعمال از سوی طرفین تعیین شده، بدون اینکه نسبت به اعمال اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی تصریحی وجود داشته باشد. بنا بر دیدگاه نویسندگان، با تعیین قانون معین از

سوی طرفین، امکان استناد به انصاف و لکس مرکاتوریا وجود دارد. به نظر می‌رسد عدم توافق طرفین در این خصوص مانع استناد به انصاف نیست. این دیدگاه مکرراً به تأیید دیوان‌های داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی رسیده است. نخستین مثال، پرونده امین اوایل علیه دولت کویت در ۱۹۸۲ است.<sup>۷۰</sup> در این قضیه در خصوص قانون حاکم بر دعوا اختلاف نظر وجود داشت. توضیح آنکه دولت کویت با توجه به جایگاه اقتداری خود به‌عنوان قوای حاکمه تأکید داشت قرارداد تابع قانون دولت کویت است. در مقابل، شرکت امین اوایل، قرارداد را تابع اصول مشترک حقوقی از جمله انصاف می‌دانست. به عقیده این شرکت، اصول مشترک حقوقی خصوصاً انصاف، بیشترین ارتباط را با مناسبات تجاری طرفین دارد. با وجود اینکه طرفین صراحتاً اختیار اعمال اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا را به دیوان اعطا نکرده بودند، هیئت داوری در خصوص تعیین نرخ بازگشت سرمایه شرکت امین اوایل، به انصاف استناد نموده و اظهار داشت صرف تعیین قانون حاکم، مانع از رجوع به انصاف نیست. دیوان داوری در بخش سوم رأی خود به موضوع قانون حاکم پرداخت و این‌گونه استدلال نمود که اصول کلی حقوقی و قواعد بازرگانی فراملی با ماهیت اختلاف مستقیماً در ارتباط هستند، چرا که در رویه معمول دولت کویت، تفسیر قرارداد به‌ویژه در قراردادهای اعطای امتیاز به شرکت‌های خارجی که دارای خصلت فراملی هستند، بر اساس اصول مشترک قانون کویت و دولت متبوع شرکت طرف قرارداد صورت می‌گیرد.

دومین شاهد مثال، دعاوی شرکت نفت لیامکو علیه دولت لیبی است.<sup>۷۱</sup> در این پرونده علی‌رغم اینکه طرفین به حاکمیت اصول عدل و انصاف اشاره نکرده بودند، دیوان داوری اصول عدل و انصاف را مبنای تصمیم‌گیری قرار داده و از باب تقویت استدلال خویش بیان می‌کند این اصل به‌عنوان یکی از وجوه اصول مشترک حقوقی و به‌عنوان بدنه لکس مرکاتوریا، در نظام قانونی دولت لیبی نیز وجود دارد. در نتیجه به پرداخت مبلغی به‌عنوان غرامت منصفانه به نفع شرکت لیامکو رأی داد.<sup>۷۲</sup> با توجه به مراتب پیش‌گفته به نظر می‌رسد حالت اخیر، استثنای حاکمیت اصول عدل و انصاف و لکس مرکاتوریا در معنای دقیق کلمه نباشد.

#### ۴. موضع نظام حقوقی ایران در اعمال قواعد بازرگانی فراملی و داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی

در خصوص اظهار نظر نسبت به قابلیت یا عدم قابلیت اعمال قواعد بازرگانی فراملی و اصول عدل

70. *Government of Koweit v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Ad hoc Arbitral Tribunal, 24 March, 1982, International Legal Materials, vol. 21, Issue 5, September 1982, 976-1053.

71. *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 April, 1977, International Legal Materials, vol. 20, Issue 1, January 1981, 1-87.

72. Equitable Compensation

و انصاف و روش کدخدامنشی بر قرارداد، اصولاً قانونگذاران ملی به جای استفاده از عبارت قانون ملی state law از اصطلاح قواعد حقوقی rules of law استفاده می‌نمایند. از همین رهگذر بررسی ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ که احکام مربوط به قانون حاکم بر قرارداد را توصیف می‌کند، ضروری می‌نماید.<sup>۷۳</sup> از صدر بند اول ماده فوق که از عبارت «قواعد حقوقی» استفاده شده این‌گونه به ذهن متبادر می‌شود که قانونگذار ایرانی امکان اعمال لکس مرکاتوریا را بر قرارداد داوری پذیرفته اما در ادامه نگرش خود را کاملاً تغییر داده و عبارت «سیستم حقوقی یک کشور مشخص» و «قانون ماهوی آن کشور» را به کار برده است. به نظر می‌رسد بند ۱ ماده ۲۷ قانون مزبور به‌خوبی نگارش نشده و از سیاق بند فوق، امکان یا عدم امکان اعمال لکس مرکاتوریا با اِبْهَام جَدی مواجه است. باید افزود بند ۱ ماده ۲۷ قانون یادشده عیناً برگرفته از ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال است که الگوی قانونگذار ایرانی قرار گرفته است. عبارت قواعد حقوقی اعم است از «قوانین ملی» و «قواعد با منشأ غیردولتی». این تفکیک از سال ۱۹۷۵ با تغییر در قوعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی وارد حقوق داوری بین‌المللی شده و بعد از آن به‌تدریج از طریق قانون نمونه آنسیترال و قواعد داوری آنسیترال به قوانین داوری مرتبط تسری پیدا کرد. به این ترتیب بر اساس ماده ۱-۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران طرفین می‌توانند توافق کنند که هم قوانین ملی و هم قواعد با منشأ غیردولتی بر قرارداد و رسیدگی توسط داور حاکم شود اما در صورت سکوت طرفین، داور بر اساس بند ۲-۲۷ باید یک «قانون» را برای حل و فصل اختلاف مشخص کند و علی‌الاصول نباید بر اساس قواعد با منشأ غیردولتی حکم کند مگر در تفسیر قانون. همچنین جمله دوم ماده ۱-۲۷ هم ناظر بر موردی است که طرفین یک قانون دولتی را بر روابط خود حاکم کرده‌اند و در این فرض، ماده مزبور تصریح می‌کند که داور به احاله توسط قانون مزبور به قانون دیگر نباید توجه کند. برخی استادان بر این باورند که امکان استناد به لکس مرکاتوریا در حقوق ایران نیز وجود دارد، به این ترتیب که با استناد به بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی که مقرر می‌دارد: «داور بر حسب قواعد

۷۳. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶:

- ۱- داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به‌عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر آنکه طرفین به نحو دیگر توافق کرده باشند.
- ۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.
- ۳- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به‌صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.
- ۴- داور باید در کلیه مواردی که بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم می‌کند، عرف بازرگانی مربوط را مدنظر قرار دهد.

حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد»، این دیدگاه با برداشت موسع از قانون قابل تأیید است. بنابراین انتخاب اصول کلی حقوقی، عرف و عادات تجاری و امثال آن به وسیله طرفین منع قانونی ندارد. همچنین به موجب بند ۳ ماده ۲۷ «داور در صورتی که طرفین صراحتاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشانه تصمیم بگیرد». در نتیجه می‌توان گفت هنگامی که قانونگذار اجازه می‌دهد داوران با موافقت طرفین و فراتر از شروط قانونی و صرفاً بر مبنای آنچه عادلانه می‌پندارند اتخاذ تصمیم کند، پس به طریق اولی طرفین می‌توانند به داوران اجازه دهند بر اساس اصول مشترک حقوقی یا قواعد بازرگانی فراملی رأی دهند.<sup>۷۴</sup>

در خصوص پذیرش داورى مبتنى بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشى، بند ۳ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى صراحتاً تعيين تکليف کرده و رسيدگى بر مبنای اين قسم از داورى‌ها را پذيرفته است. همچنين بند ۴ و ۵ ماده ۳۱ قواعد جديد مرکز داورى اتاق ايران در پرتو اصل استقلال طرفين در انتخاب قانون حاکم، تصميم‌گيرى بر مبنای قرارداد و عرف و عادت تجارى و همچنين حاکميت اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشانه را تجویز می‌کند. بند ۲ ماده ۳۰ قواعد داورى مرکز منطقه‌ای تهران مصوب ۱۳۸۳ صراحتاً امکان رسيدگى بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشى را پيش‌بينى کرده است. از همين رو می‌توان گفت در راستای احترام به اراده طرفين و اجتناب از حاکميت قواعد تعارض قوانين، رسيدگى بر اساس قواعد بازرگانى فراملی نیز به‌طور ضمنی پيش‌بينى شده است. به عقیده نگارندگان، قابليت پيش‌بينى از جمله مزایای يك نظام حقوقى محسوب می‌شود که مطابق با آن در اين فرض، تجار بين‌المللى هستند که می‌توانند با توجه به پيش‌بينى نتایج داورى خصوصاً سنجيدن منافع و هزینه‌های ناشی از داورى تصميم بگیرند اختلافاتشان را به‌صورت مسالمت‌آمیز (با اعمال اصول منصفانه یا لکس مرکاتوریا) حل و فصل نمایند یا آنکه به ديوان‌های داورى و محاکم دادگستری رجوع کنند. در نتیجه، جهان‌شمولى، قابليت پيش‌بينى، سادگى و قابل فهم‌بودن اين اصول و قواعد، آن را به نظام حقوقى مطلوب برای بازرگانان بدل کرده است.

در واقع بهتر است اين گونه تأويل و تفسير شود که با وجود اختيار رسيدگى بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشى، لکس مرکاتوریا منصفانه‌ترين قانون برای فصل خصومت میان طرفين قلمداد می‌شود. هرچند در بادی امر داورى بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمشانه با داورى بر مبنای لکس مرکاتوریا متفاوت است، با اتخاذ دیدگاه فوق، داور می‌تواند مطابق با اصول منصفانه، لکس مرکاتوریا را با توجه به سازگارى ماهيت آن با رویه بازرگانى بين‌المللى، مناسب‌ترين راهکار برای اداره معاملات بازرگانان در نظر بگیرد. در نتیجه، اعطای

۷۴. عبدالحسين شيروى، داورى تجارى بين‌المللى (چاپ ششم، سمت، ۱۳۹۵)، ۲۲۶-۲۲۸.

اختیار رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی می‌تواند به منزلهٔ اختیار ضمنی نسبت به رسیدگی بر مبنای لکس مرکاتوریا نیز باشد. این آزادی عمل، قدرت خلافت‌ای در اختیار داوران قرار داده تا نیازهای تجارت بین‌الملل و جامعهٔ تجار را بهتر تأمین کنند. مؤید این نظر، قضیهٔ شمارهٔ ۳۱۳۱ در ۱۹۷۹ معروف به پروندهٔ نورسولر است. در این پرونده شرکت فرانسوی نورسولر با شرکت ترکیه‌ای پویاک قرارداد نمایندگی را منعقد نمودند؛ بدین ترتیب که شرکت پویاک کمیسیونی را بابت تحویل کالاهای خاص به شرکت ترکیه‌ای آسکا دریافت می‌کرد. با بروز اختلاف در روابط نورسولر و آسکا، شرکت فرانسوی نورسولر قرارداد خود را با شرکت پویاک فسخ کرد. در قرارداد داوری، قانون حاکم و مقر داوری از سوی طرفین تعیین نشده بود. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در این خصوص چنین اظهارنظر کرد که با توجه به ویژگی بین‌المللی توافق، دیوان حاکمیت قانون ملی اعم از فرانسه و ترکیه را مناسب تشخیص نداده و قواعد بازرگانی فراملی را به‌عنوان راهکار منصفانه برمی‌گزیند. دیوان داوری در نهایت شرکت نورسولر را به دلیل نقض حسن‌نیت در قراردادهای به پرداخت مبلغ ۸۰۰ هزار فرانک فرانسه محکوم کرد.<sup>75</sup>

## ۵. ضمانت اجرا

### ۵-۱. عدم حاکمیت اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی و لکس مرکاتوریا

#### علی‌رغم تصریح طرفین

موضوع مهمی که پرداختن به آن ضروری است، مسئلهٔ ضمانت اجرای تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدامنشی و همچنین قواعد بازرگانی فراملی بدون حصول شرایط مقرر است. بدیهی است ضمانت اجرای تعیین‌شده در این خصوص، قابلیت ابطال رأی است که در دو فرض مجزا بررسی می‌شود. در این حالت ممکن است داوران با وجود اینکه طرفین صراحتاً اختیار اعمال مفاهیم فوق را بر ماهیت اختلاف تجویز کرده‌اند، مع‌الوصف داوران بر اساس مقررات قانونی صرف اتخاذ تصمیم می‌نمایند. در چنین شرایطی به دلیل خروج از حدود اختیارات، تصمیم داوران در معرض ابطال قرار خواهد گرفت.<sup>76</sup>

75. Claudia Alfons, *Recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literature*. Vol. 12. (Frankfurt: Peter Lang, 2010): 85.

76. Shardul Srivastava, "Advantages of international commercial arbitration." *Supremo Amicus* 19 (2020): 457.

## ۲-۵. اعمال اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی و لکس مرکاتوریا بدون اجازه طرفین

این حالت ناظر به فرضی است که طرفین امکان تصمیم‌گیری بر اساس اصول منصفانه و لکس مرکاتوریا را به داوران اعطا نکرده و آن‌ها بدون داشتن چنین اختیاری بر پایه مفاهیم فوق اتخاذ تصمیم می‌نمایند؛ در خصوص قابلیت ابطال چنین رأیی دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول، عقیده حقوق‌دانانی است که اجازه و رضایت طرفین را شرط اصلی این قسم از داورها می‌دانند. در نتیجه هرگونه تصمیمی که به اتکای اصول منصفانه و لکس مرکاتوریا بدون اجازه صریح و روشن طرفین اتخاذ شود، در معرض ابطال قرار خواهد داشت. طرفداران این نظریه به آرای محدودی از جمله قضیه شرکت کلونکر علیه دولت کامرون در ۱۹۸۱ متوسل می‌شوند.<sup>۷۷</sup> در این پرونده به موجب قرارداد فی‌مابین که با هدف رسیدگی به امور یک کارخانه کود در کشور کامرون منعقد شده بود، شرکت کلونکر، تهیه تجهیزات این کارخانه را به مدت پنج سال بر عهده گرفت. در مقابل، دولت کامرون نیز تعهد نمود مکانی را برای احداث کارخانه در اختیار شرکت مذکور قرار داده و ضمانت وام‌های دریافتی آن را نیز بر عهده بگیرد. در قرارداد فی‌مابین، هیچ بندی در خصوص انتخاب قانون ماهوی قابل اعمال یا حاکمیت انصاف و لکس مرکاتوریا وجود نداشت. چندی پس از انعقاد قرارداد به دلیل بروز مشکلاتی در انجام پروژه، دولت کامرون قرارداد را به صورت یک‌طرفه فسخ کرد. متعاقب این اقدام، شرکت کلونکر مدعی دریافت غرامت و هزینه‌های انجام شده و خواهان آغاز فرایند داورى در دیوان داورى ایکسید شد. دیوان داورى ایکسید مطابق با بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون اظهار داشت: طرفین رابطه قراردادی متعهد به رعایت صداقت در برابر یکدیگر هستند. این معیار در روابط تجاری پیچیده مانند قرارداد حاضر لازم‌الاجراست. در نتیجه دیوان داورى ایکسید، شرکت کلونکر را به نقض تعهدات اساسی محکوم کرد. به زعم شرکت کلونکر، تصمیم دیوان به دلیل تجاوز از حدود اختیارات در معرض ابطال قرار داشته و این تصمیم توسط کمیته خاصی که برای رسیدگی به درخواست ابطال تشکیل شده بود، باطل اعلام شد.<sup>۷۸</sup> به موجب رأی این کمیته، دیوان داورى ایکسید صرفاً به اصول عدل و انصاف متوسل شده و از مقررات قانونی، آن‌گونه که طرفین توافق نموده بودند، تبعیت نکرده است.

77. *Klückner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon* (ICSID Case No. ARB/81/2). Award on the merits: October 21, 1983, Decision on Annulment: May 3, 1985. Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1965 (ICSID Reports), vol. 2, 1994, A Publication of the Research Center for International Law, University of Cambridge. 3-163 and at: <https://icsid.worldbank.org> (last visited 15/6/2023).

78. Decision on Annulment, May 3, 1985, ICSID Reports, vol. 2, 1994, 121.

در مقابل دیدگاه فوق، نظر دیگری نیز وجود دارد که قائل به جواز حاکمیت اصول عدل و انصاف و روش کدخدانشانه و همچنین لکس مرکاتوریا در فرض سکوت طرفین است. این مبحث ذیل قسمت استثنائات اعمال اصول عدل و انصاف و قواعد بازرگانی فراملی مورد تحلیل و تبیین قرار گرفته و قضایای مربوطه نیز آورده شدند. در اینجا اجمالاً بیان می‌شود عدم توافق طرفین در این خصوص مانع استناد به اصول کلی حقوقی و عرف و عادات مسلم که جزء منابع ارزشمند لکس مرکاتوریا و اصول منصفانه و کدخدانشانه است، نیست. به دیگر سخن این تعابیر خالهای موجود در قانون حاکم را مرتفع کرده و با اتخاذ رویکرد انعطاف‌پذیر، مشکلات و موانع فراراه داوری تجاری بین‌المللی را از میان بر می‌دارد و بدین سان سبب می‌شود نتیجه حاصله به آنچه طرفین قصد نموده‌اند نزدیک‌تر باشد. باید افزود داوری‌های فراقضایی که داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانشی و همچنین مبتنی بر قواعد بازرگانی فراملی شاخص‌ترین الگوی آن تلقی می‌شوند، شکل تعالی‌یافته اصل استقلال طرفین<sup>۷۹</sup> است.

### نتیجه

قواعد بازرگانی فراملی یا همان لکس مرکاتوریا به‌عنوان مجموعه نظام‌مند حقوقی در صدد اداره معاملات میان بازرگانان است که متشکل از اصول کلی حقوقی، عرف و عادات تجاری و رویه‌های متحدالشکل است. این نهاد به‌عنوان مبنایی جهت تصمیم‌گیری داوران در داوری‌های تجاری بین‌المللی بسیار کارآمد تلقی می‌شود. مشخصه‌هایی چون عدم وابستگی به قوای حاکمیتی، پویایی و هماهنگی با عرف خاص بازرگانان سبب شد تا داوران نیز در رسیدگی‌های خود قواعد بازرگانی فراملی را مطمح نظر قرار دهند. در مقاله حاضر بررسی شد که آیا اعمال قواعد بازرگانی فراملی به منزله رسیدگی بر اساس اصول عدل و انصاف و روش کدخدانشانه تلقی می‌شود یا خیر. پاسخ به این سؤال مانند سایر نظریه‌های مطرح‌شده در عالم حقوق، با اظهار نظر موافقان و مخالفان همراه بوده است. از منظر موافقان، وحدت در مبنای هر یک از دو مفهوم، نه تنها سبب مشابهت در تصمیم‌گیری، بلکه در نتایج آن نیز خواهد شد. در مقابل، مخالفان نیز با تکیه بر این استدلال که میان این دو مفهوم از نظر ماهیت و نتیجه تمایز وجود دارد، رسیدگی بر اساس لکس مرکاتوریا را معادل داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و روش کدخدانشانه نمی‌دانند. مخالفان معتقدند لکس مرکاتوریا، روش، ولی انصاف، نتیجه است. با این حال، نظریه منتخب نگارندگان با دیدگاه اول هماهنگی و تطابق بیشتری دارد. توضیح آنکه ترسیم مرزی میان هر یک از این اقسام رسیدگی در عمل خالی از فایده است، چرا که اصول عدل و انصاف و سایر ملاحظاتی که در بردارنده روش‌های مسالمت‌آمیز هستند، به‌عنوان بدنه

لکس مرکاتوریا تأویل و تفسیر شده و اختیار اعمال قواعد بازرگانی فراملی چیزی به جز انصاف نیست. در واقع می‌توان گفت با وجود اختیار رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی، لکس مرکاتوریا به‌عنوان منصفانه‌ترین قانون برای فصل خصومت میان طرفین است. هرچند در بادی امر، داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشانه با داوری بر مبنای لکس مرکاتوریا متفاوت است، با اتخاذ دیدگاه فوق، داور می‌تواند مطابق با اصول منصفانه، لکس مرکاتوریا را با توجه به سازگاری ماهیت آن با رویه بازرگانی بین‌المللی، مناسب‌ترین راهکار برای اداره معاملات بازرگانان در نظر بگیرد. در نتیجه اعطای اختیار رسیدگی بر مبنای اصول عدل و انصاف و روش کدخدانمنشی می‌تواند به منزله اختیار ضمنی نسبت به رسیدگی بر مبنای لکس مرکاتوریا نیز باشد. این آزادی عمل، قدرت خلاقانه‌ای را در اختیار داوران قرار داده تا نیازهای تجارت بین‌الملل و جامعه تجار را بهتر تأمین کنند. مؤید دیدگاه فوق، قضایای متعددی است که از باب تقویت آن دیدگاه، مورد اشاره قرار گرفت. نکته‌ای که در آخر نباید از نظر دور داشت این است که تعدیل و تلطیف قواعد در فرض حاکمیت هر یک از دو مفهوم، هرگز به معنای تصمیم‌گیری در خلأ یا تکیه بر توهّمات ذهنی داور نیست، چرا که در این قسم از داوری‌ها کماکان تکلیف داور به پایبندی به اصول و قواعد حقوقی وجود داشته و نباید اسیر درک شخصی خود از امور شود. نظریه منتخب بر پایه الگوهای ناشی از رویه‌های متعارف جامعه بازرگانی و حقوق طبیعی شکل گرفته است. اتخاذ این نظریه سبب می‌شود مقصود واقعی بازرگانان که همانا رسیدن به نتیجه‌ای منصفانه و متناسب با شرایط خاص هر اختلاف است، به نحو مقتضی حاصل شود.



## منابع:

## الف. فارسی

## \_ کتاب

۱. شیروی، عبدالحسین. *داوری تجاری بین‌المللی*. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
۲. مطیعی، انسیه. *جایگاه عدل و انصاف در دیوان دعاوی ایران و امریکا*. تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۱.
۳. موحد، محمدعلی، *درس‌هایی از داوری‌های نفتی*. تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۴.

## \_ مقاله

۱. انصاری، علی و حجت‌مبین، «قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران». *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی* ۴۰، شماره ۳ (۱۳۸۹).
۲. پرتوی، ایوب، مصطفی ماندگار و رضا زارعی، «آفرینش و پویایی لکس مرکاتوریا در پرتو رویه داوری تجاری بین‌المللی». *فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد* ۱۳، شماره ۴۷ (۱۳۹۹).
۳. جعفری، فیض‌الله و فاطمه حمیدیان، «بررسی تحلیلی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی». *مجله حقوقی بین‌المللی* ۳۶، شماره ۶۰ (۱۳۹۸).
۴. جنیدی، لعیا، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی». *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی* ۴۱، شماره ۱ (۱۳۹۰).
۵. خدابخشی، عبدالله، «گذری بر داوری مبتنی بر اصول عدل و انصاف و کدخدانمشی در حقوق تطبیقی». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی* ۴۸، شماره ۴ (۱۳۹۷).
۶. دهدار، فرزین، «ماهیت حقوق بازرگانی فراملی». *مطالعات حقوق تطبیقی* ۸ (۱۳۹۶).
۷. شهبازی‌نیا، مرتضی، فیض‌الله جعفری و فاطمه حمیدیان، «تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی* ۴۷، شماره ۲ (۱۳۹۶).
۸. علومی یزدی، حمیدرضا و رضا حاذق‌پور، «جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی». *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی* ۵، شماره ۱۹ (۱۳۹۶).
۹. مافی، همایون و فاطمه ابطحی، «اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی». *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی* ۲۴، شماره ۸۸ (۱۳۹۸).
۱۰. محمودی کردی، زهرا، مهدی زاهدی و سیده‌عاطفه قدیری‌نژاد، «از لکس مرکاتوریا تا حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی». *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی* ۸، شماره ۳۱ (۱۳۹۹).

۱۱. سیدباقر میرعباسی و رضوان باقرزاده، «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۰، شماره ۲ (۱۳۸۹).

### - پایان‌نامه

۱. پاکدل رضایی، شهرام، اصل انصاف در روابط دولت‌ها با تکیه بر آراء دیوان بین‌المللی دادگستری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۹۰.

### ب. انگلیسی و فرانسوی

#### - Books

1. Alfons, Claudia. *Recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards: an analysis of the legal framework and its interpretation in case law and literature*. Vol. 12. Frankfurt: Peter Lang, 2010.
2. Bachand, Frédéric, and Fabien Gélinas. *The UNCITRAL Model Law After Twenty-five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*. New York: Juris Publishing, Inc., 2013.
3. Bělohávek, Alexander J., Filip Cerný, and Naděžda Rozehnalova. *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration-Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings*. New York: Juris Publishing, Inc., 2013.
4. Berger, Klaus Peter. *The creeping codification of the new Lex mercatoria*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
5. Chuah, Jason. *Law of international trade: cross border commercial transactions*. London: Sweet & Maxwell Ltd., 2009.
6. Lew, Julian DM, *Contemporary problems in international arbitration*. London: Brill Archive, 1987.
7. Dellavalle, Sergio, "The Post-unitary Paradigms of Order I: Systems Theory and the New Lex Mercatoria." In *Paradigms of Social Order: From Holism to Pluralism and Beyond*, edited by Sergio Dellavalle, 291-325, Switzerland: Palgrave Macmillan, 2021.
8. Delvolvé, Jean-Louis, Jean Rouche, and Gerald H. Pointon. *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2009.
9. Goldman, Berthold. "The applicable law: general principles of law—the lex mercatoria." In *Contemporary problems in international arbitration*, edited by Julian D. M. Lew, 113-125, London: Springer, Dordrecht, 1987.
10. Kornet, Nicole, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, Cambridge: Intersentia Publishers, 2006.
11. López-Rodríguez, Ana M. *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*. Copenhagen: Djøf Publishing, 2003.

12. Poudret, Jean Francois and Besson, *Comparative law of international arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 2007.
13. Rubino-Sammartano, Mauro, *International Arbitration Law and Practice*, New York: Juris Net, 2<sup>nd</sup> Edition, 2001.
14. Skoczeń, Izabela, and Krzysztof Posłajko. "Expressivism and the ex aequo et bono adjudication method." In *Interpretivism and the Limits of Law*, edited by Tomasz Gizbert-Studnicki, 212-228, The United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2022.
15. Teramura, Nobumichi. "Challenging the arbitrariness perception of ex aequo et bono to (re-)discover procedural diversity." In *Diversity in International Arbitration*, edited by Shahla Ali and others, 229-241. The United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2022.
16. Toth, Orsolya. *The lex mercatoria in theory and practice*, New York: Oxford University Press, 2017.

#### - Articles

1. Belohlavek, Alexander J. "Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositeur." *CYArb-Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives)* 3 (2013).
2. Berman, Harold J., and Colin Kaufman. "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)." *Harvard International Law Journal* 19, no. 1 (1978).
3. Bertrand, Edouard. "Amiable Composition: Report of ICC France Working Group." *International Business Law Journal* 6 (2005).
4. Bonell, Michael Joachim. "UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law." *Uniform Law Review* 1, no 9 (2004).
5. Brunetti, Maurizio. "The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal." *Arbitration International* 18, no. 4 (2014).
6. Caravaca, Alfonso-Luis Calvo, and Javier Carrascosa Gonzalez. "Lex mercatoria and private international arbitration." *Cuadernos Derecho Transnacional* 12 (2020).
7. Chisa Onyejekwe & Eghosa Ekhatior, "AfCFTA and Lex Mercatoria: reconceptualising international trade law in Africa." *Commonwealth Law Bulletin* (2020).
8. De Mulder, Wim, Peggy Valcke, and Joke Baeck. "A collaboration between judge and machine to reduce legal uncertainty in disputes concerning ex aequo et bono compensations." *Artificial Intelligence and Law* (2022).

9. Gaillard, Emmanuel, "La distinction des principes généraux du Droit et des usages du commerce international." *Etudes offertes à Pierre Bellet* (1991).
10. Gaillard, Emmanuel. "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?." *Arbitration International* 17, no. 1 (2014).
11. Garro, A.M., and Moreno Rodriguez, "The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws." *Global Studies in Comparative Law* 50 (2020).
12. Goldman, Berthold. "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives." *Travaux du Comité français de droit international privé* 2, no. 1977 (1980).
13. Herboczkova, Jana. "Amiable composition in the international commercial arbitration." *The Masaryk University* 1, no. 3 (2008).
14. Hilgard, Mark, and Ana Elisa Bruder. "Unauthorised amiable compositeur." *Dispute Resolution International* 8 (2014).
15. Lando, Ole. "The law applicable to the merits of the dispute". *Arbitration international* 2, no. 2 (1986).
16. Lowe A. V., and Colin Warbrick, "Current Developments: Public International Law, Recognition of States (Part 2)." *International and Comparative Law Quarterly* 42, no. 2, 1993.
17. Maniruzzaman, Abul FM. "The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration." *American University International Law Review* 14, no. 3 (1998).
18. Maniruzzaman, A. F. M. "The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo Et Bono in Decision Making." *Mealey's International Arbitration Report* 18, no. 12 (2003).
19. Mazhorina, Mariya V. "Lex mercatoria: medieval myth or phenomenon of globalization?." *Pravo Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki*, no. 1 (2017).
20. McInnis, J. A. "Amiable Composition: Whether The Direction of Hong Kong Arbitration Law." *Hong Kong Law Journal* 21, no. 3 (1991).
21. Moskvina, Anastasia. "The Nature and Application of Lex Mercatoria in the Light of Amiable Composition." *Kutafin Law Review* 5, no. 2 (2018).
22. Park, William W., "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, Issue 4 (2021).
23. Patocchi, Paolo Michele. "Arbitration Ex Aequo et Bono (Amiable Composition)." *Romanian Arbitration Journal* 11, no. 4 (2017).
24. Pryles, Michael. "Application of the lex mercatoria in international commercial arbitration." *University of New South Wales Law Journal* 31, no. 1 (2008).
25. Rivadavia, Valentina. "Judicial decision's context and its special importance when deciding in equity or ex aequo et bono." *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)* 23 (2021).

26. Shang, Carrie Shu, and Wei Shen. "Embracing lex mercatoria through resistance: courts, arbitration and customs governing commercial relationships in China." *Asia Pacific Law Review* 28, no. 1 (2020).
27. Srivastava, Shardul. "Advantages of international commercial arbitration". *Supremo Amicus* 19 (2020).
28. Teramura, Nobumichi. "Ex Aequo et Bono and Arbitration Theories: An Arbitrator's Subjective Perspective of Fairness as the Final 'Gap-Filler'." *ASA Bulletin* 38, no. 2 (2020).
29. Teramura, Nobumichi. "The Strengths and Weaknesses of Arguments to Ex Aequo et Bono." *Asian International Arbitration Journal* 15, Issue 2 (2019).
30. Winnick, Kyle. "International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria." *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 15 (2014).

#### - Theses

1. Anderson, Nicholai Christopher. "Awards according to the length of an arbitrator's foot?: equity clauses, amiable composition and awards made ex aequo et bono." LLM Research Paper. Victoria University of Wellington, 2005.
2. Baddack, Frank. "Lex mercatoria: scope and application of the Law Merchant in arbitration." PhD diss., University of the Western Cape, 2005.
3. Dumisic, Amir. "Advantages of amicable international arbitration: characteristics and scope of arbitrator powers." LLM thesis, 2009.
4. Elcin, Mert. "Lex mercatoria in international arbitration theory and practice." PhD diss., European University Institute, 2012.
5. Teramura, Nobumichi. "Ex Aequo et Bono as a Response to the 'Over-Judicialisation' of International Commercial Arbitration." PhD diss., UNSW Sydney, 2018.

#### - Cases

1. *AGIP Spa v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award November 30, 1979.
2. *Calaresu v. Pintus*, Court of Appeal, Cagliari 29 April 1960, Rep. Foro It. 1961, No. 18.
3. Decision on Annulment, May 3, 1985, ICSID Reports, vol. 2, 1994.
4. *Government of Koweit v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Ad hoc Arbitral Tribunal, 24 March, 1982, International Legal Materials, vol. 21, Issue 5, September 1982.
5. High Court of Delhi, 21 August 2006, CS (OS) No. 1599/1999.
6. ICC Award in Case No. 7110, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 10-2 (1999).

7. ICC Award in Case No. 7375, available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText>
8. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon* (ICSID Case No. ARB/81/2). Award on the merits: October 21, 1983.
9. *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 April, 1977, International Legal Materials, vol. 20, Issue 1, January 1981.

- Website

1. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1242&step=Abstract>
2. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText>
3. <https://www.unilex.info/principles/case/2237>

