

حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین المللی

اول لندو*
ترجمه: محسن محبی

موضوع این مقاله عبارت است از
بررسی اجرا و کاربرد¹ آنچه که به

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

1 و 2. «حقوق بازرگانی فراملی» معادلی است که برای Lex Mercatoria در نظر گرفته ایم. هرچند در عبارت لاتین مذکور، lex به معنای قانون و حقوق و Mercatoria، هم به معنای بازرگانی و هم به معنای تاجر است و لذا بایستی به «قانون بازرگانی» یا «قانون تجار» ترجمه شود، اما چون Lex Mercatoria غیر از مقررات بازرگانی داخلی یا ملی است و ضمناً با حقوق تجارت بین المللی نیز مفهوم یکسانی ندارد، علیهذا به نظر می رسد ترجمه آن به «حقوق بازرگانی فراملی» به مفهوم واقعی آن نزدیکتر باشد. بطور کلی این حقوق، محصول و مبعوث جامعه بین المللی بازرگانان است بدون اینکه از مقررات دولتهای متبوع ایشان متأثر باشد؛ زیرا جدا از حقوق داخلی کشورها است. مبانی و منابع این حقوق در بند 2 همین مقاله مورد بحث قرار گرفته است. ضمناً منظور از اعمال، کاربرد، شمول یا اجرای این حقوق در داوری تجاری بین المللی که در سراسر این مقاله تکرار شده، اعمال آن به عنوان «قانون حاکم» بر اختلاف تحت داوری است. «مترجم».

حقوق بازرگانی فراملی ❖ 5

«حقوق بازرگانی فراملی»² مشهور شده، در داوری تجاری بین‌المللی. اصولاً داوری وقتی بین‌المللی است که موضوع اصلی یا طرفین آن با سیستم‌های حقوقی متعدد ارتباط داشته باشند، مانند مواردی که اقامتگاه طرفین داوری در کشورهای مختلف واقع شده باشد. در طول چند دهه اخیر داوری به‌منظور حل و فصل اختلافات بین‌المللی، اهمیت روزافزونی یافته است. مؤسساتی که هدفشان مشخصاً داوری تجاری بین‌المللی بوده است، در بسیاری از کشورها به‌وجود آمده و مؤسسات داوری فعلی نیز کراراً مورد مراجعه قرار گرفته‌اند.

طرفین یک قرارداد بین‌المللی، گاهی توافق می‌کنند که هیچ حقوق داخلی حاکم بر اختلافات آنها نباشد، بلکه در عوض، اختلافات خود را مشمول عرفها و کاربردهای (رسوم تجارت بین‌المللی و قواعد و مقررات حقوقی که در تمام یا اغلب کشورهای درگیر با تجارت بین‌المللی یا کشورهای که پیوندی با اختلافات مربوطه داشته باشند عمومیت دارند، قرار

می‌دهند. در جایی که چنین قواعد عامی قابل تعیین و تحدید نیست، داوران قاعده و یا راه حلی را که به نظر آنها مناسبترین و مذهبانه‌ترین است، اعمال می‌نمایند، و در چنین کاری، قوانین سیستم‌های حقوقی گوناگون را نیز ملحوظ می‌دارند. این پروسه قضائی را که در بخشی، اجرای قواعد حقوقی و در بخش دیگر، روندی‌گزینشی و ابداعی است، اجرای حقوق بازرگانی فراملی می‌نامیم.

1

حقوق بازرگانی فراملی

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

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

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

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

طرفین با انتخاب حقوق بازرگانی فراملی [به‌عنوان قانون حاکم]، از مسائل فنی سیستم‌های حقوق داخلی خلاص می‌شوند و از [شمول] قواعد حقوقی که مناسب با قراردادهای بین‌الملل نیست، اجتناب می‌نمایند و به این ترتیب از تشریفات خاص، مواعد کوتاه زوال حق⁵ و بعضی مشکلات که ناشی از قوانین محلی است و در کشورهای دیگر شناخته شده نیست – مانند مقررات (کامن لو) در خصوص (عوض) و (اصل نسبی بودن قراردادها)⁶ – رها می‌شوند.

5. Brief cut – off period انقضای مواعیدی که منتهی به زوال حق می‌شود؛ مانند مواعیدی که برای استفاده از بعضی خیارها وجود دارد. «مترجم».

6. Privity of contract اصل نسبی بودن قراردادها که بموجب آن قرارداد فقط نسبت به متعاملان و قائم مقام آنها تأثیر دارد (ماده 169 ق.م.ایران). «مترجم».

علاوه بر این، کسانی که درگیر در دعوا هستند طرفین، وکلا و داوران - همه در يك موقعیت مساوی، دفاع و استدلال می‌کنند و هیچ‌کدام از آنها این امتیاز را ندارند که دعوا مطابق قوانین کشور متبوع او مورد دفاع و تصمیم‌گیری واقع شود و یا به اعتبار اینکه دعوا مشمول يك قانون خارجی است، در موقعیتی فروتر و عقبتر از بقیه بماند.

در کشورهای تابع حقوق نوشته یا (کامن لو)، اینکه آیا طرفین می‌توانند توافق کنند که قرارداد، مشمول حقوق بازرگانی فراملی باشد یا خیر، هنوز مسئله‌ای است مورد نزاع و بحث، که در مقاله حاضر مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ ولی ابتدا منابع فعلی حقوق بازرگانی فراملی و پروسه قضائی را که لازمه اجرا و اعمال این حقوق در ماهیت اختلاف است و آن را ایجاب می‌کند، مطالعه می‌کنیم.

2

منابع موجود؛

«حقوق بازرگانی فراملی جدید»

9 ❖ حقوق بازرگانی فراملی

در این مقاله، مواردی را که حقوق بازرگانی فراملی در آنها اولویت داشته و مجری است و قانون داخلی مشخصی حاکم بر قرارداد نیست، مورد بحث قرار می‌دهیم؛ یعنی مطالعه وضعیت‌هایی که هیچ حقوق داخلی که مقررات آمره آن در خصوص قرارداد قابل اجرا باشد و مقررات تکمیلی آن، خلأ ناشی از سکوت حقوق بازرگانی فراملی را پر کند، در بین نباشد.⁷ ترکیب بین حقوق بازرگانی فراملی و حقوق داخلی در دایره بین‌المللی، تحقق‌پذیر است و مسائل خود

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

(Goldmann, La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage International: rélité et perspectiv, clunet 475, 1079).

مادة (1) 42 «کنوانسیون 1965 حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهاي ديگر» نیز همین فرض را پیش‌بینی کرده است. بهرحال در چنین مواردی مسئله ترتب مطرح است. مثلاً آیا داور می‌تواند قواعد حقوق بازرگانی فراملی را در مواردی که این قواعد با مقررات آمره حقوق داخلی معارض باشد، اجرا کند؟ و آیا می‌تواند به جای مقررات تکمیلی حقوق داخلی، راه حل یا قواعدی را که گرچه هنوز در حقوق بازرگانی فراملی نیز وجود ندارد، ولی با قراردادهای بین‌المللی تناسب بهتری دارد اجرا نماید؟

را دارد که در این مقاله وارد آن نمی‌شویم؛ هرچند بعضی ملاحظات و نکات زیر ناظر به این موضوع نیز هست. به هر حال ارائه و تهیه فهرست جامع و مانع کلیه عناصر و منابع حقوق بازرگانی فراملی، امکان‌پذیر نیست،⁸ ولی منابع ذیل قابل شمارش است:

الف. حقوق بین‌الملل عمومی

حقوق بین‌الملل عمومی یکی از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی به‌شمار می‌رود. قواعد حقوق بین‌الملل عمومی راجع به عهدنامه‌ها، در قراردادهای بین واحدهای تجاری دولتی و اشخاص خصوصی نیز اجرا شده است. بسیاری از مواد کنوانسیون 13 مه 1969 وین در مورد معاهدات، انعکاس نقطه ثقل عمومی است که در سیستم‌های متعدد وجود دارد و بنابراین، برای قراردادهای بین‌المللی نیز مناسب می‌باشد. کنوانسیون 18 مارس 1965 بانک جهانی نیز مقرراتی را در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع

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

دولت‌های دیگر⁹ پیش‌بینی کرده است. ماده 42 این کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، دیوان داور، از جمله، به آن قواعد حقوق بین‌الملل که بتواند در خصوص مورد اجرا شود، استناد می‌نماید. همچنین پاره‌ای از قواعد حقوق بین‌الملل عمومی نیز می‌تواند در اختلافات فیما بین شرکت‌های تجاری خصوصی اعمال شود.

ب. قواعد متحدالشکل

مقررات متحدالشکلی که برای تجارت بین‌المللی مورد تصویب کشورهای قرار گرفته نیز به‌عنوان منبع دیگر حقوق بازرگانی فراملی از اهمیت برخوردار است؛ مانند قانون متحدالشکل فروش اشیاء [منقول] که در سال 1964 توسط پاره‌ای کشورهای اروپایی تصویب شده است،¹⁰ یا کنوانسیون راجع به قراردادهای فروش بین‌المللی اشیاء [منقول] 1980 که انتظار

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

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

می‌رود بسیاری از کشورهای اروپایی آن را بپذیرند.¹¹

در مواردی که دادگاه‌های کشورهای پدیدار با طرفین یا موضوع اصلی اختلاف پیوندی دارند، مکلف باشند که قانون متحدالشکلی را [به لحاظ اینکه دولت متبوع آنها قانون مذکور را پذیرفته است] اجرا نمایند، داوران نیز ملزمند که به همین نحو عمل کرده و همان قانون را اعمال کنند. البته در اینکه گفتیم (داوران ملزمند)، به این نکته نیز توجه داشته‌ایم که در پاره‌ای موارد وظیفه داور در این خصوص انجام شدنی نیست و موانعی وجود دارد که در قسمت چهارم این مقاله توضیح خواهیم داد. به هر حال در سایر موارد، مقررات متحدالشکل مذکور داور را در اتخاذ تصمیم، صرفاً هدایت و راهنمایی می‌کند. اینکه او را موظف به اجرای چنین مقرراتی بنماید که نمونه‌های زیادی از آن در آرای منتشره وجود دارد.¹²

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

12. رجوع کنید به رأی داور ICC به شماره 2879/78 – Clunet (1979)، 989.

ج. اصول كلي حقوقي

اصول كلي حقوقي که توسط مزلل و جوامع تجارتي مورد قبول و شناسايي واقع شده نيز از منابع مهم حقوق بازرگاني فراملي است،¹³ که از آن جمله است قاعده لزوم وفاي به عهد¹⁴ يا اين اصل که هر کدام از طرفين قرارداد مي‌توانند در صورت نقض اساسي آن توسط طرف مقابل، آن را فسخ کنند. تعيين اينکه کداميك از قواعد، از اصول كلي حقوقي به‌شمار مي‌رود، هميشه آسان نيست؛ هرچند به‌لحاظ توسعه ادبيات حقوقي امکان اين تشخيص نيز رو به افزايش و رشد است. مشهور است که داوران براي يافتن اصول كلي سيستم‌هاي حقوقي بزرگ جهان، از «دائرة المعارف حقوق تطبيقي»،¹⁵ استفاده مي‌کنند. تجزيه و تحليل تطبيقي قوانين

13. رجوع کنید به رأي داوري ICC به شماره 3327/81 – (1982) Clunet، 973.

14. Pata sunt servenda.

15. اين دائرة المعارف مجموعه‌اي معتبر و بسيار غني است که به صورت مسلسل و موضوعي زير نظر و توسط پاره‌اي از صاحبان نظران حقوق تطبيقي يا اساتيد حقوق کشورهاي مختلف تهيه و نوشته و منتشر مي‌گردد. تا به حال در 17 موضوع مختلف حقوقي (جمعاً 105 شماره) انتشار يافته و عنوان انگليسي آن چنين است:

International Encyclopedia of Comparative Law.

به داوران می‌گوید که آیا قواعد موجود در سیستم‌های حقوقی، ولو به طرق مختلف تنظیم شده باشند، به نتایج واحدی منتهی می‌شوند یا خیر؟ معمولاً وقتی که داور با يك اصل كلي يا راه حل عمومي در خصوص موضوع تحت رسیدگی مواجه می‌گردد، مجبور است که از آن تبعیت کند.

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

د. قواعد سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی از قبیل سازمان ملل متحد، اونکتاد،¹⁶ او. ای. سی. دی.¹⁷ و غیره راه حل‌ها، پیشنهادات و مجموعه مقرراتی را که برای نحوه برخورد با مسائل مربوط به قراردادها ارائه شده، پذیرفته‌اند. این نوع تدابیر و مقررات که فاقد ماهیتی الزام‌آور هستند، غالباً متضمن و مبتنی بر اصل حسن نیت و معامله دوستانه می‌باشند. علاوه بر این، بایستی از کوشش‌های والای مربوط به متحدالشکل کردن قوانین تجاری نام برد. *Unidroit** و کمیسیون اروپایی [تدوین] قانون قراردادها، مشغول وضع اصول کلی حقوق قراردادها، به‌ترتیب برای کلیه ملل جهان و دولتهای عضو جامعه اروپایی هستند. این اصول به‌عنوان قواعدی که گرچه لازم‌الاتباع نیستند ولی از جمله راهنمای دیوان‌های داورى بین‌المللی

16. UNCTAD= United Nation Conference on Trad and Development «کنفرانس

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

17. OECD= Organization of Economic Co - opration and Development «سازمان

همکاری و توسعه اقتصادی» «مترجم».

*. Int'l Institute for The Unification of Private Law «انستیتوی بین‌المللی

برای متحدالشکل کردن حقوق خصوصی» «مترجم».

می‌باشند، سرانجام در معرض اطلاع عموم قرار خواهد گرفت.¹⁸

هـ. عرف و کاربرد

عنصر بسیار مهم دیگر حقوق بازرگانی فراملی، عرفها [رویه‌ها] و کاربرد های [رسوم] تجارت بین‌المللی است. عرفها و کاربردهای بعضی انواع تجارت شامل قرارداد های بین‌المللی و داخلی، هر دو می‌باشد؛ ولی بعضی دیگر فقط شامل روابط بین‌المللی است. به این نکته بایستی برخی رویه‌های مدون از قبیل اینکوترم،* مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی و متن ماده نمونه در مورد فورس ماژور و موانع را که اخیراً توسط (ICC) تهیه و منتشر شده نیز اضافه نمود. این عرفها، کاربردها و مواد متحدالشکل قراردادی، فقط هنگامی قابل اجراست که طرفین، در مورد شمول آنها موافقت کرده

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

*. International Commercial Terms.

باشند. معذلك حتي در مواردی كه حاكم بودن آنها بر اختلافات مربوط، مورد توافق قبلي قرار نگرفته باشد، براي محاكم و داوريها دستكم راهنمايهاي را به دنبال خواهد داشت.

و. قراردادهای استاندارد

قراردادهای استاندارد متعددي وجود دارد كه مقبوليت بين المللي يافته اند؛ مانند (شرایط عمومي تهيه دستگاه و ماشين آلات جهت صدور) كه به وسيله (كميسيون اقتصادي اروپا) در سال 1953 تهيه شده است. پاره اي مواد استاندارد يا نمونه كه براي درج در قراردادهای بين افراد خصوصي تهيه شده نيز از همين مقبوليت برخوردار مي باشد. محاكم و همچنين مراجع داوري تفسيرهاي از اين قراردادهای استاندارد يا مواد قراردادي نمونه به عمل آورده اند. در مواردی كه محاكم كشورهاي مختلف نظر يكساني در باب تفسير مواد خاصي از اين نوع قراردادهای ارائه کرده اند، چنين تفسيري براي داوران نيز الزام آور خواهد بود؛ ولي تفسيری كه فقط در تصميم يك دادگاه يا

يك راي داوري آمده است، براي داوران جنبه راهنمايي خواهد داشت.

ز. آراي داوري منتشره

بسياري از آراي داوري منتشر نمي‌شود و حتي نسبت به اعضاي رشته تجارت مربوطه نيز محرمانه نگهداري مي‌گردد. اين امر جاي تأسف است؛ زيرا آراي داوري يكي از منابع مهم حقوق بازرگاني فراملي به‌شمار مي‌رود. البته در طول چند دهه اخير تمايلي در مورد توسعه انتشار اين قبيل آرا به وجود آمده است. آنچه تاکنون منتشر شده است، چون نحوه برخورد هاي متعدد با دعوي مختلف را نشان مي‌دهد، براي داوران راهنمايي مفيدي خواهد بود و ادبيات حقوقي آراي منتشره نيز بسيار غني است.¹⁹ به هر حال بايستي اميدوار بود كه آراي هرچه بشتر منتشر گردد تا در نتيجه تبادل نظر و مباحثات بين مؤلفان و داوران، از تشكوت نظرات جلوگیری شود و يكساني و هماهنگي در آرا به دست آيد.

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

حقوق بازرگانی فراملی: پروسه قضائی

حقوق بازرگانی فراملی هنوز پیدکره حقوق نامنسجم و ناقصی است که با افزایش قوانین و مقررات متحدال شکل، عرف ها و کاربردهای تجارت بین المللی و میزان روزافزون آرای منتشره توسعه میابد؛ ولی هیچگاه به سطح وسیع و جا افتاده سیستمهای حقوق داخلی نمی رسد. این واقعیتی است که باید پذیرفت؛ ولی به طوری که خواهیم دید، لازم نیست برای این منظور، این را هم بپذیریم که پس حقوق بازرگانی فراملی نمیتواند اجرا شود و کاربردی ندارد.²⁰

الف. مکتبهای جزمیون و نوآوران

ماهیت ناقص حقوق بازرگانی فراملی موجب می گردد که پروسه داورى به چيزي بیش از صرف اعمال قواعد از قبل تعیین شده، مبدل شود. داور اغلب مجبور

20. برای اطلاع از جایگاه مراجعه کنید به «تفکری بر تئوری حقوق فراملی» میشل ویرالی، ترجمه دکتر ناصر صبحخیز، مجله حقوقی شماره 3، صفحه 87، «مترجم».

است از منابعي بجز حقوق بازرگاني فراملي - يعني عمدتاً از حقوق داخلي - رهنمود بگيرد. گاهي اوقات بايستي راه حل جديدي را ابداع کند و به اين ترتيب مانند يك (مهندس اجتماعي) عمل نمايد. مخالفان حقوق بازرگاني فراملي مدعي اند که اين حقوق، نيروي الزام آور خود را از دولت نمي گيرد و سيستمي را که به اندازه کافي مستحکم و ذاتي باشد، بنا نمي نهد و نمي تواند يك نظام حقوقي به شمار رود و بنا بر اين به عنوان يك مبنا جهت حل و فصل اختلافات حقوقي، مناسب نيست.²¹ مکتب ديگري که مولف نيز بدان تعلق دارد، مي گويد که نيروي الزام آور حقوق بازرگاني فراملي ناشي از اين واقعيت نيست که اين حقوق ساخته و برخاسته از اراده مقامات دولتي باشد؛ بلکه منبعت و متکي به اين حقيقت است که به عنوان يك سيستم [حقوقي] متداول و

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

داراي حاكميت، از جانب جامعه تجاري و مراجع دولتي شناسايي شده است. اين دو مكتب مختلف، بيان‌كننده دو طرز تلقي متفاوت از پروسه حقوقي هستند: يكي از آنها كه متولي و جانبدار مقررات و رويه‌هاي قضائي است، عقیده دارد كه حقوقدانان همواره مي‌كوشند تا مسئله مطروحه نزد خود را تحت مقررات و رويه خاصي درآورند و با آن تطبيق دهند (جزميون). نوآوران به منابع حقوق، به نحوي كه جزميون بدان تعلق خاطر دارند، دلبسته و وابسته نيستند؛ بلكه به مسئله مطروحه، از جوانب گوناگون نظر مي‌اندازند و ملاحظات مخالف را نيز ارزيابي کرده و سپس انتخاب خود را مي‌كنند.

ب. حقوق بازرگاني فراملي به عنوان يك نوآوري

آن داوري كه حقوق بازرگاني فراملي را در پرونده اي اعمال مي‌كند، بيش از كسي كه مجري حقوق داخلي است، نوآوري مي‌نمايد، در حالي كه با مواد اوليه حقوقي مشخصي كه اين حقوق پيش او مي‌نهد

مواجهه است، غالباً مجبور است که از جای دیگری هم راهنمایی بگیرد و منبع اصلی که در این رابطه پیش رو دارد، سیستم‌های حقوقی مختلف و مرتبط با پرونده است. هنگامی که این منابع با یکدیگر معارض هستند، بایستی بین آنها گزینش کند و یا راه حل جدیدی بجوید. از این رهگذر است که حقوق بازرگانی فراملی، غالباً روندی خلاق و نوآور می‌یابد.

داوران با ملیت‌های مختلف که در مراجع داوری [حرفه‌ای] اختصای،²² حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص اختلاف مطروحه اعمال کرده‌اند، برای رسیدن به نظر واحد نسبت به موضوع تحت رسیدگی با مشکلات بزرگی مواجه نبوده‌اند؛ زیرا هنگامی که حقوق مذکور، در خصوص دعوی مطروحه ساکت بوده و لی قانون داخلی مرتبط با آن چنین وضعی نداشته، بعضی از داوران به راه حلی تاکید ورزیده‌اند که سیستم حقوقی متبوع خود ایشان؛ مقرر

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

می‌کرده است - به این عنوان که در صد یافتن مناسبترین و منصفانه‌ترین راه حل برای پرونده مربوطه بوده‌اند.

داوران با اجرای حقوق بازرگانی فراموشی می‌توانند از آزادی عملی که برای انتخاب بهترین قانون و قاعده حقوقی دارند - و محاکم گاهی از این آزادی محرومند - استفاده نمایند. مثلاً (قانون فروش اشیا) اسکاندیناویا مقرر می‌دارد خریداری که می‌خواهد به تأخیر در تسلیم مبیع استناد کند، بایستی بلافاصله پس از تسلیم، اخطاریه‌ای را سال نماید. این قاعده با بیع بین‌المللی سازگار نیست. خریداران غیر اسکاندیناویایی از این قاعده اطلاعی ندارند و چه بسا برای آنها دام و دردسری باشد. قاعده مقرر در ماده (2) 49 کنوانسیون 1980 بیع بین‌المللی اشیا که به‌موجب آن [در چنین مواردی] اخطاریه بایستی در مدت معقولی ارسال گردد، راه حل بهتری را ارائه می‌کند.

اکثر داوران، مبادی و تصور عمومی از چگونگی انجام تجارت در دست دارند که ایشان را به اتخاذ جهت و سمت‌گیری مشابهی می‌کشاند. غالباً شم و ملکه ذهنی

ایشان، نتیجه کار را - قبل از اینکه به موجب ادله و استدلال به دست آید - به آنها می‌گوید. در حین کوشش برای استدلال تشخیص می‌دهند که موضوع مشمول قاعده‌ای است که هنوز لازم است حدود و ثغور آن مشخص‌تر شود. حتی محاکم نیز بعضاً با چنین وضعی مواجه‌اند. دادگاه‌های اسکاندیناوی، گاهی به‌جای استناد به قواعد حقوقی در رای خود، به واقعیاتی اشاره می‌کنند که آنها را به سنجش و نتیجه‌گیری خاصی از دعوی رهنمون شده است و پس از بیان این واقعیات، مثلاً چنین احراز می‌کند که نقض قرارداد از جانب خواننده آنچنان غیر موجه بوده است که جایی برای استناد او به ماده [شرط] معافیت از مسؤلیت مندرج در قرارداد، باقی نمی‌گذارد. در چنین مواردی روشن نیست که آیا دادگاه به یک قاعده عمومی مبنی بر اینکه (معافیت از مسؤلیت با وجود نقض غیر موجه قرارداد، نمی‌تواند معتبر باشد)،²³ استناد کرده یا اینکه عقیده و نظر آن فقط ناظر به شرایط خاص

23. شرط عدم مسؤلیت با وجود نقض قرارداد از جانب متعهد. «مترجم».

د عوای مطروحه می‌باشد. کسی نمی‌تواند از داوران انتظار داشته باشد که که استدلال‌های علمی بیشتری از آنچه در این قبیل آرای محاکم می‌شود، بنمایند. به هر حال معمولاً چنین نحوه استدلالی، طرفین دعوا را ارضا می‌کند و برای ایشان قابل درک است.

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

در بسیاری از موارد، قانون داخلی بیش از حقوق بازرگانی فراملی سرانجام کار را به طور روشن و قطعی برای طرفین مشخص می‌نماید، خصوصاً در جایی که طرفین توافق کرده باشند که قرارداد فی‌مابین، مشمول قانون داخلی معینی بوده و داور نیز با قانون منتخب ایشان آشنا باشد. در مواردی که قانون قابل اجرا تعیین نشده، این تردید به وجود می‌آید که موضوع مشمول کدام قانون است. هرچند قواعد حل تعارض قراردادهای رو به یکسانی و متحدالشکل شدن دارد، ولی هنوز هم مسائل و مشکلاتی وجود دارد.²⁴ یکی از این مسائل هنگامی بروز می‌کند که داور مکلف است قواعد سیستم حقوقی مشخصی را نسبت به موضوع اجرا کند که با آن سیستم بیگانه است. دعاوی مربوط نشان می‌دهد که مشکلات داوران در این قبیل موارد قابل ملاحظه می‌باشد²⁵ و اشتباه در گزینش [قانون مناسب] نیز کم نبوده است. حقوق بازرگانی فراملی این امتیاز را دارد که گرفتار قواعد حل تعارض که مورد اکراه

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

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

و کلا نیز می‌باشد، نیست و آنها را به کناری نهاده است.²⁶ حتی در مواردی که داوران از حقوق داخلی که ملزم به اجرای آن در خصوص مورد هستند، اطلاع دارند، باز هم ممکن است به دامن مشکلاتی بیفتند که سرانجام تصمیم و رأی ایشان را غیر مستند و نامدلّ سازد. قواعد مختلف حقوق داخلی، فقط برای روابط داخلی وضع شده‌اند و برای مواردی که متضمن یک عنصر خارجی باشد، مناسب نیستند. داوران حین مواجه شدن با این قواعد حقوقی، بعضاً در بلاتکلیفی بین اجرای قانون و انصاف قرار می‌گیرند. در چنین حالتی حقوق بازرگانی فراملی متضمن راه حل مشخص و قطعی تری است. برای اتخاذ تصمیم در یک دعوا و مثلاً در مورد اینکه آیا طرف زیان دیده در خصوص اخطار تأخیر در تسلیم مبیع، به موقع اقدام کرده است یا نه، حقوق بازرگانی فراملی – همانطور که در فوق بیان شد – پاسخ را براساس ماده (2) 49 کنوانسیون 1980 بیع بین‌المللی اشیا خواهد داد. اما اگر قرار باشد این دعوا

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

تحت قوانین دانمارک رسیدگی شود، این تردید به وجود می‌آید که آیا محاکم این کشور در مورد شرایط اختاریه فوری [بلافاصله پس از تسلیم مبیع] هنگامی که خریدار یک خارجی باشد، آسان‌تر می‌گیرند؟ به نظر می‌رسد که رویه قضائی دانمارک در این مورد مشخص نیست و مطلب هنوز حل نشده است.

پاره‌ای از مؤلفانی که با حق طرفین در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم مخالف هستند، این را قبول دارند که طرفین می‌توانند توافق کنند که اختلافات مربوطه به‌صورت دوستانه و یا بر اساس انصاف حل‌وفصل شود. ولی این‌دو نیز مبانی‌ای هستند که برای حل‌وفصل اختلافات، از حقوق بازرگانی فراملی نامشخص‌ترند. بر خلاف نظر عمومی که وجود دارد، بین حقوق مذکور و انصاف فرق است. حقوق بازرگانی فراملی داور را ملزم می‌سازد که تصمیم خود را بر ضوابط این حقوق مبتنی سازد، حتی اگر انصاف، او را به نتیجه دیگری برساند.²⁷

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

قواعدی که به موجب آنها حق خریدار برای طرح دعوی معیوب بودن کالا، پس از سپری شدن مدت معینی زائل می‌شود، ممکن است برای کالاهایی که عمر زیادی دارند مناسب نباشند. اگر یک فروشنده اسکاندیناویایی چنین کالایی را به یک خریدار آلمانی فروخته باشد، داور بایستی احراز کند که قبل از ارسال اختاریه، مدت دو ساله اختار عیب کالا وفق ماده 39 کنوانسیون 1980 بیع بین‌المللی اشیاء، نسبت به فروشنده در چه تاریخی منقضی شده است، هرچند مذصفانه‌تر این باشد که انقضای مدت مذکور نسبت به خریدار، مورد بررسی و احراز قرار گیرد. مدت زوال حق به موجب کنوانسیون فوق‌الذکر طولانی‌تر می‌باشد از آنچه که در فصل 54 قانون بیع اسکاندیناوی و فصل 477 قانون مدنی آلمان آمده است.

از مراتب فوق چنین نتیجه می‌گیریم که حقوق بازرگانی فراملی قابلیت اجرا و کاربرد را دارد، ولو اینکه سیستم حقوقی ناقص و تکامل‌نیافته‌ای باشد. تمام سیستم‌های حقوق داخلی روزی ناقص بوده‌اند

و برخی هنوز هم دچار کمبود هستند. ممنوع کردن بازرگانان از حق انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم، نوعی اعمال قیمومیت غیر مجاز و غیر موجه برایشان است. به علاوه به طوری که ذیلاً بررسی خواهیم کرد، انتخاب این حقوق، به این معنی نیست که برای طرفین، امکان یا فرصتی پیش آید تا از قواعد حقوقی آمره طفره روند.

در بخش بعدی موضوع بعضی سیستم‌های حقوقی مشخص در خصوص آرای صادره بر اساس حقوق بازرگانی فراملی را بررسی می‌کنیم: اولاً، آیا در صورتی که آرای محاکم داخلی مستنداً به حقوق بازرگانی فراملی صادر شده باشند، محکوم‌علیه می‌تواند بی‌اعتباری* آن را بخواهد؟ آیا محکوم‌له می‌تواند آن را به شناسایی و اجرا در کشورهای دیگر برساند؟ ثانیاً، شناسایی و اجرای احکام مبتنی بر حقوق مذکور را مطالعه می‌کنیم. ثالثاً، وظیفه داور را در مورد رعایت نظم بین‌المللی و مقررات آمره کشورهای که با موضوع اصلی اختلاف

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

پیوند نزدیکی دارند، مورد بحث قرار
می‌دهیم.

4

موضوع حقوق داخلی در مورد
موافقتنامه‌ها
و احکام داوری مبتنی بر حقوق بازرگانی
فراملی

الف. قوانین

1. کنوانسیون اروپایی 1961: هشت کشور
اروپایی غربی یعنی بلژیک، اتریش،
دانمارک، آلمان غربی، فنلاند، فرانسه،
ایتالیا و اسپانیا و بسیاری از کشورهای
سوسیالیست اروپایی شرقی، (کنوانسیون
اروپایی 21، آوریل 1961 در مورد داوری
تجاری بین‌المللی)²⁸ را پذیرفته و تصویب

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

کرده اند. این کنوانسیون ناظر به موافقتنامه داوری بین‌المللی بین اشخاصی که اقامتگاه‌های ایشان در قلمرو کشورهای مختلف عضو کنوانسیون باشد و همچنین ناظر به آیین رسیدگی داوری و احکام داوری است.

ماده (1) 7 این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «طرفین آزادند که از طرفین قرارداد، قانونی را که داوران بایستی در مورد ماهیت اختلاف اجرا نمایند، تعیین کنند. در صورتی که هیچ نشانه و دلالتی بر قصد طرفین در مورد قانون حاکم وجود نداشته باشد، داوران قانون مناسب را به موجب قواعد حل تعارضی که خود قابل اجرا بدانند، تعیین و اعمال می‌نمایند. داوران در هر دو حالت، شرایط قرارداد و کاربرد‌های تجاری مربوط را نیز ملحوظ می‌دارند».

این ماده مبتنی بر این پیش‌فرض است که ماهیت اختلاف، مشمول یک قانون ملی باشد. البته به موجب ماده (2) 7 همان کنوانسیون، در صورتی که طرفین توافق کرده باشند - مشروط بر اینکه اصولاً به موجب قانون حاکم بر خود داوری،

بتوانند چنین توافقی بنمایند - داوران نمی‌توانند به‌عنوان (مصلحه‌دهنده عادل) [از سر خیرخواهی]،²⁹ اتخاذ تصمیم نمایند. منتهی با توجه به اینکه حقوق بازرگانی فراملی داوران را ملزم می‌سازد که بیش از آنکه به‌عنوان مصالحه‌دهنده عادل تصمیم بگیرند، قواعد حقوقی را رعایت کنند، دیگر نمی‌توان گفت که داور در صورتی می‌تواند بر اساس حقوق بازرگانی فراملی به دعوا رسیدگی نماید که هم طرفین قبلاً چنین توافق کرده باشند و هم طبق قانون حاکم بر داور، اجازه داشته باشند که نسبت به یک مصالحه‌دهنده از سر انصاف توافق نمایند.³⁰ کنوانسیون اروپایی مورد بحث به‌منظور تسهیل شناسایی و اجرای احکام داور، تهیه و تنظیم شده است. این کنوانسیون به دولت‌های عضو اجازه می‌دهد - نه اینکه

29. Amiable compositeur.

30. به عبارت دیگر حقوق بازرگانی فراملی غیر از صرف انصاف است. اتخاذ تصمیم براساس انصاف است که محتاج اجازه و توافق قبلی طرفین می‌باشد، آنهم در صورتی‌که حسب قانون حاکم بر داور، بتوانند چنین توافقی بنمایند، و الا رسیدگی و صدور حکم براساس حقوق بازرگانی فراملی از مصادیق ماده (2) 7 محسوب نمی‌شود. «مترجم».

آنها را ملزم کند - که شناسایی و اجرای موافقتنامه‌ها و آرای داور در کشور خود را محدود به آنهایی نمایند که منطبق با شرایط و مفاد کنوانسیون باشند. البته ممکن است دول عضو کنوانسیون، قلمرو این اجازه را به آن سویی این محدودیت نیز توسعه دهند، که فرانسه به همین نحو عمل کرده است.

2. فرانسه: نویسندگان فرانسوی به‌طور وسیع از اعمال حقوق بازرگانی فراملی در داور جاری بین‌المللی دفاع و حمایت کرده‌اند³¹ و کوشش‌های ایشان ثمراتی نیز داشته است. مصوبه دولتی مورخ 12 مه 1981 مقررات جدیدی را در مورد داور بین‌المللی، به آیین دادرسی مدنی اضافه کرده است. به‌موجب ماده 1496، داور مقررات قانونی را در مورد قرارداد اجرا می‌کند که طرفین خود برگزیده‌اند و چنانچه انتخابی صورت نگرفته‌باشد، مقرراتی را اعمال می‌نماید که خود مناسب تشخیص دهد. مقررات مذکورف احکام صادره از مراجع فرانسوی و بیگانه را که بر اساس حقوق بازرگانی فراملی و یا بر

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

اساس ساير منابع حقوقي غير داخلي صادر شده است، حتي در مواردی که طرفین چنین توافقی نکرده باشند، شناسایی کرده و معتبر می‌شمرد.³²

3. سوئیس و آلمان: مؤلفان سوئیسی و آلمانی را بایستی برحسب اینکه آیا اجرای حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی را مجاز بدانند یا نه، از هم جدا کرد.³³ نگارنده به آرای داوری مرتبط با موضوع که منتشر شده باشد، دست نیافت، اما مؤلفان متعدد، حتی کسانی که با حقوق بازرگانی فراملی مخالف بوده و با آن سرکین دارند،³⁴ در این نکته موافقند که حکم صادره بر اساس (عدالت و انصاف) را فقط در صورتی می‌توان بی‌اعتبار کرد که یکی از اصول مهم نظم عمومی آلمان را نقض کرده باشد و صرف اینکه مقررات آمره حقوق آلمان

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

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

34. Schlosser and Pirrung, Recht der in¹ privaten Schiedsgerichtsbarkeit 1975, Vol.1, No. 623.

نقض شده باشد، برای ابطال رأی کافی نیست.³⁵

4. اتریش: دیوان کشور اتریش طی حکم مورخ 18 نوامبر 1982 خود، رای صادره از ICC وین و مورخ 26 اکتبر 1979 را که مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی بود، ابرام کرده است.³⁶ طرفین دعوی مذکور، در قرارداد فی مابین نه در مورد شمول حقوق بازرگانی فراملی نسبت به اختلافات خود توافق کرده بودند و نه حل و فصل اختلافات را به (مصالحه‌دهنده عادل) ارجاع داشته بودند. موضوع و سوال تحت رسیدگی داوران این بود که آیا خواهان اهل ترکیه – که عامل خوانده فرانسوی بود و برای محصولات او در ترکیه بازاریابی می‌کرد – می‌تواند خسارات حق‌العمل خود را پس از اینکه خوانده آن را رد کرده مطالبه کند یا نه؟ داوران نتوانستند قانون ملی را که اعمال آن در خصوص دعوا به اندازه کافی الزام‌آور

35. بنابراین، صرف اینکه حکم داور بر حقوق بازرگانی فراملی است، برای ابطال آن طبق حقوق آلمان کافی نیست؛ بلکه ملاک این است که آیا خلاف نظم عمومی – آنهم اصول اساسی آن – هست و یا خیر؟ «مترجم».

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

باشد - اعم از اینکه قانون ملي فرانسه باشد يا ترکیه - بیابند و بنابر این بر اساس حقوق بازرگانی فراملي رای دادند. داوران سرانجام با استناد و اجرای اصل حسن نیت و معامله دوستانه، اعلام کردند که فسخ قرارداد توسط خوانده موجه نبوده و مبلغ 800,000 فرانك فرانسه بابت خسارات به نفع خواهان رای دادند. دیوان عالی اتریش احراز کرد که اجرای حقوق بازرگانی فراملي موجه و درست بوده و اشاره نمود که حکم مذکور هیچ کدام از مقررات آمره ترکیه یا فرانسه را نیز نقض نکرده است.

5. انگلیس و ولز: پاره ای از مؤلفان انگلیسی گفته اند که داور همواره بایستی قانون را اجرا کند.³⁷ ایشان احکام مبتنی بر (انصاف و حسن نیت)³⁸ یا حقوق بازرگانی فراملي را نمی پذیرند.³⁹ عده دیگری از نویسندگان، اجرای این حقوق را درست و صحیح می دانند. به نظر می رسد که مفهوم حقوق بازرگانی فراملي به عنوان يك

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

38. Equity and good conscience.

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

سیستم حقوقی اصیل و بنیادی، هنوز برای داوران انگلیسی بیگانه می‌باشد و اینکه محاکم انگلیس چگونه با چنین احکامی برخورد می‌کنند، هنوز نامعلوم و محل تردید است. در مواردی که ذکر ادله و استدلال در متن رأی لازم نباشد و در متن رأی نیز استدلال بیان نشده باشد،⁴⁰ محاکم انگلیسی صالح نیز در مقام اجرا و شناسایی وارد در مبانی حقوقی آن نمی‌شوند.⁴¹ پیش از 1978، محاکم مذکور آرای را که مبتنی بر انصاف بود، ابطال می‌کردند، ولی در سال 1978 دادگاه استیناف، شرط داور مندرج در یک قرارداد را که به موجب آن داوران «به رعایت مقررات قانونی خاصی ملزم نبودند، ولی... مکلف بودند که هر نوع اختلافی را بر اساس تفسیری منصفانه از شرایط و مفاد قرارداد و نه تفسیر مضیق حقوقی آن، حل و فصل نمایند»، پذیرفت و معتبر دانست و این شرط قراردادی را «کاملاً معقول» یافت. به نظر دادگاه استیناف

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

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

مذكور، شرط قراردادي مورد بحث، صلاحیت دادگاه را انکار نمی‌کرد، بلکه «تشریفات و ساختمان خاص آن را» کمی جابجا می‌نمود.⁴² البته می‌توان سوال کرد که آیا این حکم استینافی شامل شرط و ماده ناظر به اجرای «حقوق بازرگانی فراملی» در قرارداد نیز می‌شود یا خیر؟^{43, 44}

علاوه بر این، طبق قانون داور 1979، طرفین می‌توانند طی یک موافقتنامه کتبی حق طرح مسائل قانونی نزد دادگاه را از خود سلب کنند و حتی پس از بروز اختلاف نیز می‌توانند چنین توافقی بنمایند. طرفین یک قرارداد بین‌المللی هم در صورتی که صریحاً توافق کنند که اختلافاتشان مشمول قانونی غیر از قانون انگلیس است، می‌توانند پیش از بروز اختلاف، به همین ترتیب از خود سلب حق نمایند. اکنون ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر طرفین یک قرارداد

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

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

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

بین‌المللی، به جای قانون خارجی، حقوق بازرگانی فراملی را حاکم بر اختلافات خود دانسته باشند، آیا باز هم توافق ایشان به شرح فوق – یعنی اینکه پاره‌ای مسائل قانونی را نزد دادگاه انگلیسی مطرح نکنند – معتبر است یا خیر؟ آیا محاکم انگلیس که به چنین مسئله‌ای رسیدگی می‌کنند، می‌توانند از روح و اهداف قانون داور 1979 که از جمله عبارت است از محدود کردن حق بازبینی و رسیدگی محاکم انگلیس نسبت به برداشته‌های داوران از قانون مربوط در یک داور بین‌المللی، تاثیر پذیرفته و تبعیت کنند؟⁴⁵

نکته دیگر آنکه انگلیس به کنوانسیون 18 مارس 1965 «در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر» ملحق شده است. اختلافات مذکور بایستی از طریق داور حل و فصل شوند و حسب ماده (1) 42

45. منظور این است که باتوجه به روح قانون داور 1979 می‌توان استدلال کرد که اگر قانون حاکم، حقوق بازرگانی فراملی باشد و طرفین نیز توافق کرده باشند که مسائل قانونی نزد دادگاه مطرح نشود، چون این توافق معتبر است، لذا حکم صادره بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی نیز از نظر حقوق انگلیس معتبر خواهد بود. «مترجم».

کنوانسیون، دیوان داوری بایستی مطابق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، در مورد اختلاف رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. طرفین نیز حق دارند نسبت به یک قانون غیر ملی - مانند حقوق بازرگانی فراملی - به عنوان قانون حاکم توافق نمایند.⁴⁶ ماده (1) 42 مذکور همچنین مقرر می‌دارد که در صورت نبودن چنین توافقی، دیوان داوری، قانون دولت متعا هدی [عضو کنوانسیون] را که طرف اختلاف است [شامل قواعد حل تعارض آن] و نیز قواعدی از حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا باشد، در خصوص اختلاف و دعوی مربوط، به کار گرفته و اعمال می‌نماید. به نظر می‌رسد که به‌طور کلی در این نکته اتفاق نظر وجود دارد که «قواعد حقوق بین‌الملل» نه تنها شامل قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است، بلکه ناظر به آنچه که در این مقاله به عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» از آن نام می‌بریم نیز می‌باشد.⁴⁷ علاوه بر این، به‌موجب آرای داوری صادره بر اساس کنوانسیون مذکور،

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

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

اکنون مسلم شده است که در صورت تعارض بین قوانین دولت متعاهد و «قواعد حقوق بین الملل»، قواعد حقوق بین الملل مرجح خواهد بود.⁴⁸ به هر حال هنوز معلوم نیست که آیا ماده 42 کنوانسیون به شرح فوق می تواند بر طرز برداشت عمومی محاکم انگلیس از «حقوق بازرگانی فراملی» تأثیری داشته باشد یا خیر؟

6. ایالات متحده: محاکم فدرال و بیشتر محاکم ایالتی اکراه دارند که احکام داور را به استناد دلایل و مبانی حقوقی ابطال کنند. دیوان عالی امریکا طی یک نظریه قضائی اعلام نموده است که: «تفسیر قانون به وسیله داوران، برعکس بی اعتنائی آشکار به آن، نمی تواند در محاکم فدرال به لحاظ اشتباه در تفسیر، تحت بازبینی و رسیدگی قضائی مجدد قرار گیرد».⁴⁹ مواردی را که محاکم فدرال یک حکم را به اعتبار بی اعتنائی و خلاف قانون بودن آشکار آن ابطال کرده باشند، مشخص نیست. هر چند «حقوق بازرگانی فراملی» برای داوران امریکایی نیز بیگانه است، ولی

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

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

بعید به نظر می‌رسد که موافقتنامه داوری که حاوی انتخاب حقوق مذکور به‌عنوان قانون حاکم باشد یا یک حکم داوری که بر اساس چنان موافقتنامه‌ای صادر شده باشد، در محاکم امریکا مورد ایراد و اعتراض قرار گیرد.

7. کشورهای اسکاندیناویایی (نوردیک):

مکتب واقع‌گرایان طرفدار رویه قضایی در کشورهای اسکاندیناویایی، عقیده دارند که حتی پیشرفته‌ترین سیستم حقوقی از این حیث که پاسخ از قبل تعیین شده و مستندی برای بسیاری از مسائل حقوقی ندارد ناقص است.⁵⁰ نتیجه اینکه نمی‌توان به‌طور اصولی و مستدل از اجرای یک سیستم حقوقی مانند حقوق بازرگانی فراملی، صرفاً به اعتبار نازل بودن میزان بلوغ و غنای آن، خودداری کرد. این سخن بدان معنی است که محاکم اسکاندیناوی موافقتنامه‌های داوری را که متضمن شرط اجرای حقوق بازرگانی فراملی و یا آرای مبتنی بر حقوق مذکور است، ابطال نمی‌نمایند، گرچه هنوز این موضوع به‌طور کامل حل نشده است. محاکم مذکور در چنین

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

مواردی به اغلب احتمال از اراده طرفین که هنگام انتخاب حقوق بازرگانی فراملی از کم و کیف آن آگاه بوده‌اند، پیروی می‌کند و به آن احترام می‌گذارد.

البته در مواردی که طرفین یا وکلای آنها دعوی خود را بر اساس این فرض که سیستم حقوقی خاصی حاکم بر موضوع است، ارائه و تعرفه کرده‌اند، داوران مکلفند که همان سیستم حقوقی مورد نظر ایشان را اجرا کرده و محترم شمرند. چنانچه داوران در چنین مواردی، حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص دعوی مربوطه اعمال نمایند، حال آنکه طرفین خود خواستار اجرای قانون داخلی خاصی بوده‌اند، در واقع دعوا را بر اساس و منطبق با توافق طرفین رسیدگی نکرده‌اند. به موجب ماده 7 قانون دآوری 1972 دانمارک، همین نحوه عمل می‌تواند از موارد ابطال رای به‌شمار رود.

محاکم اسکاندیناوی حکم صادره بر اساس موافقتنامه دآوری که حل و فصل اختلاف را توسط «مصالحه‌دهنده عادل» یا طبق «حقوق بازرگانی فراملی» پیش‌بینی کرده است، می‌پذیرند و اجرا می‌نمایند.

هرگاه در داوري بين المللي قرار باشد که حکم بر اساس انصاف صادر شود، حقوق بازرگاني فراملي نيز مي تواند مبنا و اساس مناسبی برای صدور چنين حکمی به شمار رود.⁵¹

ب. نظريه و نتیجه

از مراتب فوق چنين نتيجه گرفته می شود که محاکم بسياري از کشورهاي فوق الذکر، موافقتنامه داوري بين طرفين را که متضمن اجرای «حقوق بازرگاني فراملي» باشد و یا حکمی را که به دنبال چنين موافقتنامه ای صادر شده و مبتنی بر حقوق مذکور است، لغو و ابطال نمی کنند. قوه مقننه فرانسه صریحاً کاربرد این حقوق را اجازه داده و دیوان عالی اتریش نیز – ولو با شرایط و اوصاف خاصی – حکمی را که حاوی اعمال و اجرای حقوق مذکور باشد، پذیرفته و ابرام نموده است. فرانسه اجازه داده است که حتی در مواردی که طرفین نسبت به شمول حقوق بازرگاني فراملي توافقی نکرده اند نیز

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

داوران آن را اجرا نمایند. مع ذلك در اینکه محاکم سایر کشورها چگونه با اجرا و اعمال این حقوق در چنین مواردی [عدم توافق و پیش‌بینی قبلی طرفین در مورد شمول آن] برخورد خواهند کرد، تردید وجود دارد.

بدیهی است در مواردی که هرکدام از طرفین چنین استدلال و دفاع کنند که داور بایستی بر اساس یک قانون ملی انجام گیرد، دیگر داور مجاز نیست حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کند و در صورتی که غیر از این انجام دهد، در واقع نسبت به دعوا به‌طریقی اتخاذ تصمیم کرده که با وظیفه محوله به او منطبق نیست.

5

نحوه برخورد با اجرای احکام خارجی

ممکن است محکوم‌علیه در کشوری غیر از محل صدور حکم، اقامتگاه یا اموالی داشته باشد. در صورتی که او حکم را طوعاً اجرا نکند، معمولاً محکوم‌له در صدور برمی‌آید که آن را در کشور دیگری که محل

اقامت یا اموال او است، اجرا نماید. در این قسمت به احکام مشمول داورى کنوانسیون 10 ژوئن 1958 نیویورک «در مورد شناسایی و اجرای احکام داورى»⁵² و احکام مشمول کنوانسیون اروپایی 1961 می پردازیم. کنوانسیون نیویورک توسط بیش از 60 کشور تصویب و قبول شده که از آن جمله است کشورهای عضو جامعه اروپایی و کامکون⁵³ و همچنین کشورهای اسکاندیناویایی و ایالات متحده امریکا. این کنوانسیون ناظر به احکامی است که در هر یک از کشورهای عضو و متعهد صادر شده باشد. محاکم کشورهای عضو بایستی چنین احکامی را شناسایی و اجرا نمایند مگر اینکه یکی از دلایل یا موارد مذکور در ماده 5 کنوانسیون، برای رد آنها وجود داشته باشد، ولی صرف اینکه داور در مقام صدور حکم در مورد ماهیت اختلاف، به حقوق بازرگانی فراملی استناد

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

53. CMEA= Council for Mutual Economic Assistance یا COMEcon «شورای کمک‌های اقتصادی اروپا» تأسیس شد و اهداف و برنامه‌هایی شامل رشد اقتصادی و همکاری کشورهای عضو در زمینه تولید، تأمین مواد خام و تحقیقات علمی و فنی دارد. «مترجم».

و تکیه کرده است، از جمله موارد رد حکم که در ماده 5 مذکور آمده نمی‌باشد. مع الوصف کنوانسیون اجازه داده است که کشورهای عضو از شناسایی و اجرای احکامی که هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده و یا توسط مقامات صالحه کشور محل صدور و یا به موجب مقررات و قوانین کشور مذکور نقض و ابطال شده‌اند، امتناع ورزند. استناد به حقوق بازرگانی فراملی در یک حکم، بعضاً می‌تواند به موجب مقررات محلی از جمله موارد نقض و ابطال رای در کشور محل صدور به‌شمار رود.

کنوانسیون نیویورک به کشورهای عضو این حق را می‌دهد که از شناسایی و اجرای آن دسته از احکام خارجی که نسبت به طرفین حکم الزام آور نشده و یا نقض شده‌اند، امتناع ورزند. تعبیر «می‌توانند» در قوانین و متونی که برخی از کشورهای عضو کنوانسیون برای محاکم داخلی خود وضع کرده‌اند نیز کراراً آمده است: محاکم می‌توانند امتناع ورزند ولی مکلف به امتناع نیستند. البته فرانسه یک قدم جلوتر رفته است؛ زیرا محاکم فرانسوی نمی‌توانند از شناسایی و اجرای

احكامي كه در خارج از فرانسه صادر شده اند، بنا به دلایلي - غير از آنچه كه براي نقض و ابطال احكام صادره در خود فرانسه لازم است - امتناع نمايند. (ماده 1502 و 1504 آيين دادرسي مدني فرانسه). موارد امتناع از شناسايي و اجراي احكام خارجي كه در ماده (e) (1) 5 كنوانسيون مذکور آمده است، جامع نيست. قوانين يا احكام صادره در محل داوري نمي‌توانند مانع شناسايي و اجراي يك حكم خارجي در فرانسه بشوند. محاكم فرانسوي تكليفي ندارند كه تابعيت چنين حكمي را ملحوظ دارند و بنا بر اين، حكمي را كه قابل انتساب به هيچ دولتي نباشد [احكام فاقد تابعيت]⁵⁴ نيز به اجرا مي‌گذارند.

البته اينكه آيا احكام داوري هاي بين‌المللي مي‌توانند فاقد تابعيت هر دولتي بوده و يا اينكه بايستي همواره تحت حكومت يك حقوق ملي باشند، مسئله اي

54. Stateless منظور داوري يا احكام داوري است كه مرتبط يا وابسته به هيچ دولتي نباشد، مانند داوري‌هاي بين‌المللي كه برخلاف داوري‌هاي ملي و داخلي، از هيچ دولتي دستور نمي‌گيرد و متعلق به جامعه بين‌المللي هستند. چون بستگي داوري يا حكم داوري، به يك دولت، به تابعيت آن دولت نيز تعبير شده است، لذا «فاقد تابعيت» را به عنوان معادل فارسي براي اين اصطلاح برگزيده ايم. «مترجم».

است که مورد بحث بسیار قرار گرفته است.⁵⁵ احکام داخلی را در صورتی که بر خلاف نظم عمومی محلی باشند، می‌توان به وسیله محاکم کشور محل صدور، نقض کرد؛ ولی احکام فاقد تابعیت نمی‌توانند از طریق محاکم داخلی نقض شوند. محاکم می‌توانند از شناسایی و اجرای احکام خارجی [که به هر حال وابسته به دولتی می‌باشند] امتناع ورزند. این بدان معنی است که داوری که در چهارچوب مقررات داخلی، یک حکم داخلی صادر می‌نماید، ملزم است که از نظم عمومی محل هم اطاعت کند، ولی وقتی مبادرت به صدور حکم فاقد تابعیت می‌کند، تکلیفی ندارد که از نظم عمومی هیچ کشوری تبعیت نماید.

عده‌ای گفته‌اند که احکام فاقد تابعیت [بدون وابستگی به هیچ دولت خاص] نیز وجود دارند و همانند سایر احکام بایستی مورد شناسایی محاکم کشورها قرار گیرند. بسیاری از دعاوی که به موجب

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

مقررات داوري اتاق تجارت بين المللي ICC تحت رسيدگي قرار مي گيرد، حاوي هيچ تبعيت يا التزامي به کشور خاصي نيست.⁵⁶ در مواردی که قرار است داور به وسيله ICC انتخاب شود، دادگاه داوري ICC از کمیته ملي کشوري که هيچکدام از طرفين بدان تعلق ندارد، ميخواهد که چنين انتخابي را انجام دهد و محل داوري را نيز يك کشور بي طرف قرار مي دهد. انتخاب داور و محل داوري بي طرف امتياز بزرگي است که در داوري تجاري بين المللي وجود دارد. در اين موارد، محل داوري و ملليت داوران هيچگونه ارتباطي به طرفين يا قرارداد ندارد و لذا حاکم دانستن يا حاکم کردن قانون محل داوري يا هر قانون داخلي ديگري بر دعوا، همانطور که «پير لاليو» به درستي اشاره کرده، يعني داوري را به ريسمان ضوابط دلپسندانه اي کشيدن

56. دادگاه داوري ICC تنها مؤسسه داوري در دسترس کليه کساني است که ميخواهند يك مرجع داوري غيرملي، در مورد اختلافات تجاري ايشان اتخاذ تصميم و صدور حکم نمايد. مراجع داوري غيرملي ديگر عبارتند از ديوان داوري دعاوي ايران - ايالات متحده و مرکز بين المللي حل و فصل اختلافات ناشي از سرمايه گذاري بين دولتها و اتباع دول ديگر.

که هیچکدام از طرفین به آنها بستگی یا نظر نداشته است.^{57,58}

همین نکته در مورد داوری‌های اختصاصی نیز صادق است. این نوع داوری‌ها همانند داوری ICC می‌توانند فاقد تابعیت باشند. فرض کنید که یک امریکایی و یک لهستانی اختلافات خود را به داوری تحت مقررات (آنسیترال) ارجاع کرده باشند.⁵⁹ مقام منصوب‌کننده، یک داور نیروژی را انتخاب می‌کند. پس از انتخاب وی، طرفین توافق می‌نمایند که داوری را در گپنهایگ (دانمارک) انجام شود، صرفاً به‌خاطر اینکه برای کلیه طرف‌های درگیر سهل‌تر و آسان‌تر است. در این صورت، هیچ دلیل متقاعدکننده‌ای وجود ندارد که موضوع داوری را مشمول قوانین نیروژی یا دانمارک بدانیم.

هرچند، هم کنوانسیون نیویورک و هم کنوانسیون اروپایی 1961 پیشاپیش فرض کرده‌اند که داوری و حکم صادره، هر دو

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

58. منظور انتقاد از این نظریه است که قوانین محل اجلاس داوری را حاکم بر موضوع می‌دانند. «مترجم».

59. برای اطلاع از مقررات مذکور و قلمرو آنها مراجعه کنید به مجله حقوقی شماره چهارم، زمستان 64، اسناد بین‌المللی، مقررات داوری آنسیترال. «مترجم».

مشمول و محكوم قانون داخلي مي‌باشند، ولي به كشورهاي عضو تكليف نمي‌كنند كه با چنين داوري يا حكمي كه هيچ تبعيت و بيعتي با هيچ كشوري ندارند، نيز طوري برخورد كنند كه گويي مشمول يك قانون داخلي هستند.⁶⁰ كشورهاي مذكور تكليفي ندارند كه ماده (e) (1) 5 كنوانسيون را در مورد چنين احكامي اجرا كنند و چنين نبايد بكنند. داوري بدون تابعيت

60. براساس تجزيه و تحليلي كه «ون دن برژ» در كتاب «كنوانسيون داوري نيو يورك 1958، به سوي تفسير قضائي يكسان»، 1981، صفحه 34 به بعد، از سابقه تاريخي تصويب كنوانسيون نيو يورك مي‌نمايد، عقیده دارد كه كنوانسيون مذكور فرض کرده كه حكم، مشمول يك قانون داخلي است. بنابراین احكام داوري فاقد تابعيت را نمي‌توان در چهارچوب اين كنوانسيون با اجرا گذارد. و اثبات اين امر كه كار مشكلي نيز هست، برعهده خواننده است. خواننده فقط با دريافت و ارائه گواهي از دادگاه محل صدور حكم داوري مبني بر اينكه حكم منطبق بر مقررات داوري آن كشور نيست [و در نتيجه فاقد تابعيت است]، مي‌تواند اين مطلب را ثابت كند. چنين گواهي به معنای بي‌اعتبار بودن حكم داوري است كه بموجب ماده (e) (1) 5 / كنوانسيون موجب رد درخواست اجراي حكم خواهد شد. البته اين استدلال درست نيست و مذاكرات منتهي به تصويب كنوانسيون حاكي از چنين نظر و اجماعي نمي‌باشد. بعلاوه هدف ماده مذكور اين است كه حكم داوري كه قوانين محل صدور را نقض کرده اجرا نشود نه اينكه حتي حكمي كه كشور محل صدور هيچ بستگي به آنها ندارد نيز بتواند به همين علت رد شود ... احكام فاقد تابعيت نيز يك حكم خارجي است و بایستی همانند حكم خارجي در چارچوب كنوانسيون با آنها رفتار شود.

[بین‌المللی]، به معنای داوری بدون قانون نیست. ذیلاً تکلیف داور در مورد ترتیب اثر دادن به نظم عمومی و مقررات آمره را مطالعه می‌کنیم.⁶¹

6

مقررات آمره

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

الف. مقررات آمره و محاکم

در دعاوی بین‌المللی مطروحه نزد محاکم، قواعد حل تعارض کشور محل دادگاه است که تعیین می‌کند کدام قانون به عنوان قانون مناسب، حاکم بر قرارداد می‌باشد.⁶² اصولاً محاکم، مقررات آمره و

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

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

تکمیلی (تفسیری) قانون مناسب را اجرا می‌نمایند.⁶³ البته در صورتی که اجرای قانون خارجی با اصول اساسی نظم عمومی کشور محل دادگاه متناسب و منطبق نباشد، به‌طور کلی از اعمال آن خودداری می‌کنند. کنوانسیون جامعه اروپایی 19 ژوئن 1980 رم «در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»⁶⁴ از همین الگو تبعیت کرده است. قواعد امری قانون مناسب، در مورد قرارداد نیز قابل اجرا است (ماده 10 کنوانسیون). به‌موجب ماده 16 کنوانسیون مذکور، در صورتی می‌توان از اجرای قانون خارجی امتناع ورزید که آشکارا بر خلاف نظم عمومی محل باشد. نظم عمومی کشور محل دادگاه نیز ممکن است اجرای بعضی از مقررات قانونی را بدون توجه به اینکه قانون حاکم کدام است، تکلیف و الزامی نماید. به‌عنوان نمونه مقررات ضد تراست کشور محل دادگاه ممکن است در مورد دعوی مطروحه اجرا شود، ولو قانون آن

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

64. The EC Convention of 19 June 1980 on the law Applicable to Contractual. Obligation این کنوانسیون در آرای داوران مختلف مورد استفاده قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به رأی داوران شماره 2730 ICC اشاره کرد.

کشور، همان قانون مناسب قرارداد نباشد. علاوه بر این، محاکم کشورهای عضو کنوانسیون که ماده (1) 7 آن را قبول و تصویب کرده اند، می‌توانند مقررات آمره کشور ثالثی - غیر از مقررات کشور محل دادگاه یا مقررات کشوری که قانون آن مناسب تشخیص داده شده است - را نیز اعمال نمایند.⁶⁵ مثلاً در صورتی که اوضاع و احوال دعوا، پیوند نزدیکی با کشور ثالث داشته باشد و اگر به‌موجب قوانین همان کشور ثالث، مقررات آمره مذکور الزاماً بایستی اجرا شوند - بدون توجه به اینکه قانون مناسب قرارداد کدام است - محاکم کشورهای عضو کنوانسیون این قبیل مقررات آمره کشور ثالث را نیز اجرا می‌نمایند. هنگام بررسی این موضوع که آیا این مقررات آمره موثر در مقام هستند یا نه، بایستی به ماهیت و هدف و نتایج حاصله از اجرا یا عدم اجرای آنها توجه کافی مبذول شود. به‌موجب این ماده کنوانسیون یاد شده، قواعد حقوق عمومی قانون خارجی، مانند مقررات ضد تراست

65. ماده 22 کنوانسیون این حق را به دول عضو می‌دهد که ماده (1) 7 (اجرای مقررات آمره کشور ثالث) را نپذیرند.

نیز قابل اجرا است، ولو اینکه قرارداد
مشمول قانون کشور دیگری باشد.

ب. مقررات آمره و داوری

داوری که حقوق بازرگانی فراملی را
اجرا می‌نماید، در موقعیتی متفاوت با یک
دادگاه قراردادارد. او قانون ملی را
به‌عنوان قانون مناسب قرارداد، اجرا
نمی‌نماید. این نکته، هم در مورد
داوری‌های مشمول قانون ملی و هم در
داوری‌های بدون تابعیت (بین‌المللی) صدق
می‌کند.

1. داوری‌های مشمول قانون ملی: در

دعاوی مطروحه نزد دیوان‌های داوری ملی و
غیر ملی که مشمول قانون داخلی هستند،
داور مکلف است نظم عمومی قانونی را که
حاکم بر داوری است - از جمله مقررات
آمره قابل اجرا در داوری را - ملحوظ و
مورد توجه قرار دهد. در صورتی که قانون
حاکم بر داوری ماده (1) 7 کنوانسیون رم
را نیز در خود داشته باشد، آنگاه
قوانین آمره سایر کشورها نیز ممکن است
قابل اجرا بشود. ماده مذکور ناظر به

مقررات قانونی است غیر از قانون مناسب قرارداد. قراردادهایی که قانون حاکم در آنها، (حقوق بازرگانی فراملی) است، فاقد قانون مناسب [به معنای خاص آن که در حقوق بین‌الملل خصوصی مورد نظر است می‌باشند. بنابراین قاعده مندرج در ماده (1) 7 مذکور بایستی قلمرو اجرای وسیع‌تری بیابد و مقررات آمره قانونی را که سرانجام قانون مناسب قرارداد به‌شمار می‌رود نیز در برگیرد. حتی در صورتی که قانون حاکم بر داوری، مفاد ماده (1) 7 فوق‌الذکر را نپذیرفته باشد، به‌نظر می‌رسد که باز هم داور بایستی همان ملاحظاتی را که در ماده مورد بحث وجود دارد، راهنمای خود قرار دهد.

2. داوری‌های فاقد تابعیت (بین‌المللی):

مرجع داوری که عهده‌دار انجام داوری بدون تابعیت است، وابسته به نظم عمومی یا قواعد یک سیستم حقوقی خاص که مستقیماً قابل اجرا هستند، نخواهد بود. طرفینی را که به چنین مرجع داوری رجوع کرده‌اند نیز نبایستی به ضوابط دل‌پسندانه کشور محل اجلاس داوری ماخوذ دانست و مشمول نظم عمومی خاص آن به‌شمار

آورد. ولي البتة اين سخن به آن معني
نيست كه داور، مي‌تواند كليه مقررات
آمره را يكسره کنار نهد.

الف. نظم عمومي بين المللي: نوعي نظم
عمومي وجود دارد كه نسبت به تمام مراكز
و واحدهاي تجاري داراي عموميت است. در
يك دعوي مطروحه نزد (ICC) كه مشمول
حقوق بازرگاني فراملي بود، داور به نام
آقاي «گونارلاگرگن» قراردادي را كه از
طريق رشوه با مقامات دولتي منعقد شده
بود، ملغي و باطل اعلام كرد و چنين
اظهار نمود:

«در مورد اين اصل كلي حقيقي مورد
شناسايي ملل متمدن جهان، ترديدي نيست
كه قراردادهايي كه اصول اخلاق حسنه يا
نظم عمومي بين المللي را به طور جدي نقض
كرده اند، معتبر نخواهند بود و يا حداقل
قابل اجرا نيستند و ترديدي نيست كه
محاكم يا داوران مي‌توانند چنين
قراردادي را رد كنند. اين اصل كلي
حقيقي خصوصا براي استفاده در ديوانهاي
داوري بين المللي كه فاقد «قانون محل

دادگاه» به معنای عادی این اصطلاح هستند، بسیار مناسب است».⁶⁶

در قلمرو مفهوم نظم عمومی بین‌المللی که مورد اشاره لاگرگن قرار گرفته است، این اصل حقوقی نیز وجود دارد که قراردادها یا مواد قراردادی که گزاف و غیر واقعی باشند،⁶⁷ قابل اجرا نیستند. این قاعده در قوانین بسیاری از کشورها آمده است. محاکم بعضی دیگر از کشورها نیز ولو به طور ضمنی و تلویحی، کمابیش آن را معتبر و مجری می‌دارند.⁶⁸

ب. مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد: داور بایستی به مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد نیز ترتیب اثر دهد. البته برای اینکه چنین مقرراتی مورد توجه قرار گیرند، لازم است که صریحاً و یا به لحاظ يك تفسیر قانونی،

66. مراجعه کندي به رأي شماره 1110 مورخ 15 ژانويه 1963 اتاق تجارت بين الملل ICC.

67. Unconsciousable contract and contract clause مفهوم این اصطلاح، «غیرمنصفانه» نیز هست. بطور کلی منظور، قراردادی است که هیچ آدم با شعور و رشیدی که اغفال و مغبون نشده باشد، نه آن را ایجاب می‌کند و نه قبول. «مترجم».

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

خود را در مورد دعوای مطروحه قابل اجرا بدانند، هرچند داور نبایستی هرگونه مقررات آمره‌ای را که چنین صلاحیتی برای خود قائلند، مؤثر به‌شمار آورد. چه بسا دو سیستم حقوقی از این حیث که یکی از آنها آنچه را که دیگری ممنوع می‌داند، ضروری و لازم‌الاجرا تلقی می‌کند، با یکدیگر برخورد و تزامم داشته باشند. مثلاً در 1982 دولت ایالات متحده شعب فرعی شرکت‌های امریکایی ونیز واحدهای تجاری را که از شرکت‌های مذکور حق الامتیاز داشتند، از اجرای قراردادهای تهیه تجهیزات برای اتصال گاز از سیبری به اروپا، ممنوع اعلام کرد. از سوی دیگر، دولت‌های انگلیس و فرانسه به چنین شرکت‌ها یا واحدهای تجاری دارنده حق الامتیاز، دستور داده بودند که قراردادهای مربوطه را اجرا نمایند.⁶⁹

هنگام بررسی این نکته که آیا چنین مقررات آمره‌ای لازم‌الاتباع است یا خیر، داور بایستی به احتمال اجرای حکم توسط محاکم کشوری که این مقررات را وضع کرده

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

است نیز توجه کافی مبذول نماید. در صورتیکه حکم داور، نظم عمومی کشوری را - از آن جمله مقررات آمره قابل اجرای آن را - نقض کرده باشد، محاکم آن کشور از اجرای آن امتناع می‌کنند. بنا براین داور بایستی به نظم عمومی کشوری که اجرای حکم احتمالاً در آنجا مورد درخواست قرار می‌گیرد، توجه خاصی بنماید. علاوه بر این، داور بایستی این نکته را در نظر بگیرد که آیا قرارداد، چنان ارتباطی با اقتصاد کشور صاحب مقررات آمره مربوطه دارد که موثر دانستن و اجرای این مقررات آمره، موجه و معقول به شمار رود یا خیر؟⁷⁰ به هر حال داور بایستی به این نوع قوانین آمره ترتیب اثر دهد، حتی اگر پیش‌بینی کند که مراجع کشوری که در حکم صادره او [در مقام اجازه اجرای حکم] دخالت خواهند کرد، مقامات دوطرفه و کوچکی هستند، همان‌طور که اگر احتمال زیادی در مورد اجرای حکم

70. به ماده 26 مقررات داور ICC - 1976 مراجعه شود که اجمالاً چنین مقرر داشته است که در صورت سکوت این مقررات، دیوان داور براساس روح مقررات مذکور عمل می‌کند و نهایت کوشش را برای اطمینان از اینکه رأی، وفق مقررات قابل اجرا است، معمول می‌دارد.

در کشور دیگری وجود داشته باشد، نیز باید چنین توجهی را به مقررات آمره آن کشور داشته باشد.

هرچند داور اختیار و حق تصمیم‌گیری نسبت به دعوی مطروحه را از اراده طرفین می‌گیرد، ولی نمی‌تواند فقط منافع ایشان را ملحوظ نماید، بلکه بایستی همانند محاکم حقوقی - که در حقیقت جانشین آنها هم به‌شمار می‌رود - هر اصل اساسی نظم عمومی کشوری را که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد نیز مورد توجه قرار دهد. اجرا و کاربرد حقوق بازرگانی فراملی به‌معنای بنا کردن تصمیم و حکم بر ملاحظات حقوقی است، در حالی که منافع خصوصی و منافع عمومی نیز هر دو، مورد عنایت و توجه بوده‌اند. چشم‌پوشی از منافع عمومی کشورها و جوامعی که درگیر در موضوع هستند، یعنی صدور رای در تاریکی و تغافل کردن. هر داور مکلف است که اهمیت حفظ و ابقای داور تجاری را به‌عنوان یک ابزار حل‌وفصل دعاوی بین‌المللی همواره مورد توجه قرار دهد؛ چرا که امروزه داور تجاری در بسیاری از کشورها مورد توجه

فراوان است. دولت‌ها در جریان و اداره داورى تجارى دخالت نمى‌کنند، ولي تأسيس و توسعه اين نهاد در کشورهاي خود را ترغيب و تشويق مى‌نمایند، لذا اگر داورى به‌عنوان مفري براي طفره رفتن از خط مشي‌ها و مصالح کشورى که در موضوع اصلي مورد اختلاف ذى‌نفع است، به‌کار گرفته شود، طبعاً آبرو و اعتبار آن لطمه مى‌بیند. داورى تا جایی که مورد حمايت دولت‌ها قرار گیرد، در نيل به اهداف خود کامياب خواهد بود و دنيای تجارت نيز از مصلحت داورى از مداخلات دولت‌ها، منتفع مى‌گردد.

نمی‌توان قواعد دقيق مشخصي وضع کرد که داور چه موقع بایستی مقررات آمره کشورى را موثر در مقام دانسته و آن را اجرا کند. در پاره‌اي موارد، داور هیچ توجهی به چنین مقرراتی نمی‌کند، حتی اگر مقررات کشورى باشد که اجرائی حکم از آن درخواست خواهد شد. موارد دیگری نيز وجود دارد که لازم است مقررات آمره موثر شناخته شوند، ولو اینکه حکمی که بدون توجه به اين مقررات صادر شده است، بتواند در کشور دیگری که محاکم آن،

مقررات آمره را لازم الاجرا می‌دانند، مورد اجرا قرار گیرد.

ماده (1) 7 کنوانسیون رم حکایت از وحدت منافع و مسئولیت و استحکام بین‌المللی می‌نماید. دولت‌ها بایستی در اجرای نظام‌ها و مصالح حکومتی خود، یکدیگر را یاری دهند. داور نیز بایستی در این مسئولیت و استحکام بخشی شرکت نماید و نقش خود را بازی کند. هر گاه مقررات آمره مربوط به کشوری باشند که پیوند نزدیکی با قرارداد دارد، داور مکلف خواهد بود که آنها را در جایی که اقتضای اجرا دارند، مؤثر در مقام و متبع بدانند، مشروط بر اینکه ترتیب اثر دادن به آنها خود منصفانه و معقول باشد. داوران نیز در موارد بسیاری چنین کرده‌اند.