

حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین المللی

اول لندو*

ترجمه: محسن محبی

موضوع این مقاله عبارت است از بررسی اجرا و کاربرد^۱ آنچه که به «حقوق بازرگانی فراملی»^۲ مشهور شده، در داوری تجاری بین المللی. اصولاً داوری وقتی بین المللی است که موضوع اصلی یا طرفین آن با سیستم های حقوقی متعدد ارتباط داشته باشند، مانند مواردی که اقامتگاه طرفین داوری در کشورهای مختلف واقع شده باشد. در طول چند دهه اخیر داوری به منظور حل و فصل اختلافات بین المللی، اهمیت روزافزونی یافته

*. 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.

۱ و ۲. «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 نزدیک تر 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 ۲ 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».

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

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

۱

حقوق بازرگانی فراملی

در قاره اروپا، داوران کراراً حقوق بازرگانی فراملی را در حل و فصل اختلافات بین‌المللی اعمال می‌کنند.^۳ در قراردادهای بین دولت، یا واحدهای تجاری دولتی با واحدهای تجاری خصوصی، غالباً ماده‌ای که ناظر

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.

به همین مطلب است، درج و قید می‌گردد.^۴ دولت‌ها میل ندارند که اختلافات ناشی از قراردادهای مذکور تحت 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 حق^۵ و بعضی مشکلات که ناشی از قوانین محلی است و در کشورهای دیگر شناخته شده نیست – مانند مقررات (کامن لو) در خصوص (عوض) و (اصل نسبی بودن قراردادها)^۶ – رها می‌شوند. علاوه بر این، کسانی که درگیر در دعوا هستند – طرفین، وکلا و داوران – همه در یک 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 یک قانون خارجی است، در موقعیتی فروتر و عقب‌تر از بقیه بماند.

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

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

۶. Privity of contract اصل نسبی بودن قراردادها که بموجب آن قرارداد فقط نسبت به متعاملان و قائم مقام آنها تأثیر دارد (ماده ۱۶۹ ق.م.ایران). «مترجم».

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.

۲

منابع موجود:

«حقوق بازرگانی فراملی جدید»

در این مقاله، مواردی را که حقوق بازرگانی فراملی در آنها اولویت داشته و مجری است و قانون داخلی مشخصی حاکم بر قرارداد نیست، مورد بحث قرار می‌دهیم؛ یعنی مطالعه وضعیتی 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.^۷ ترکیب بین حقوق بازرگانی فراملی و حقوق داخلی در داوری بین‌المللی، تحقق‌پذیر

۷. بعضی از مؤلفان در بررسی خود به موضوع ترکیب و اختلاط قواعد عام در جامعه تجارت بین‌المللی - حقوق بازرگانی فراملی جدید - با قواعد سیستم حقوق داخلی نیز پرداخته‌اند. (رجوع کنید به: Goldman, La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage Internationaux: rélité et perspectiv, clunet 475, 1079).

ماده (۱) ۴۲ «کنوانسیون ۱۹۶۵ حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» 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؟

است و مسائل خود 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،^۸ 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 ۱۳ مه ۱۹۶۹ وین در مورد معاهدات، انعکاس نقطه ثقل عمومی است که در سیستم‌های متعدد وجود دارد و بنابراین، برای قراردادهای بین‌المللی نیز مناسب می‌باشد. کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ بانک جهانی نیز مقرراتی را در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر^۹ پیش‌بینی کرده است. ماده ۴۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، دیوان داوری، 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.

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

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

ب. قواعد متحدالشکل

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

در مواردی که دادگاه‌های کشورهای 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.^{۱۲}

ج. اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی که توسط ملل و جوامع تجارته‌ای مورد قبول و شناسایی واقع شده نیز از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی است،^{۱۳} که از

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

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

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

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

آن جمله است قاعده لزوم وفای به عهد^{۱۴} یا این اصل که هر کدام از طرفین قرارداد می‌توانند در صورت نقض اساسی آن توسط طرف مقابل، آن را فسخ کنند. تعیین اینکه کدامیک از قواعد، از اصول کلی حقوقی به‌شمار می‌رود، همیشه آسان نیست؛ هرچند به لحاظ توسعه ادبیات حقوقی امکان این تشخیص نیز رو به افزایش و رشد است. مشهور است که داوران برای یافتن اصول کلی سیستم‌های حقوقی بزرگ جهان، از «دائرةالمعارف حقوق تطبیقی»^{۱۵} استفاده می‌کنند. تجزیه و تحلیل تطبیقی قوانین 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 یک اصل کلی یا راه حل عمومی در خصوص موضوع تحت رسیدگی مواجه می‌گردد، مجبور است که از آن تبعیت کند.

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

14. Pata sunt servenda.

15. این دائرةالمعارف مجموعه‌ای معتبر و بسیار غنی است که به صورت مسلسل و موضوعی زیر نظر و توسط پاره‌ای از صاحب‌نظران حقوق تطبیقی یا اساتید حقوق کشورهای مختلف تهیه و نوشته و منتشر می‌گردد. تا به حال در ۱۷ موضوع مختلف حقوقی (جمعاً ۱۰۵ شماره) انتشار یافته و عنوان انگلیسی آن چنین است:

International Encyclopedia of Comparative Law.

د. قواعد سازمان‌های بین‌المللی

سازمان‌های بین‌المللی از قبیل سازمان ملل متحد، اونکتاد،^{۱۶} او. ای. سی. دی.^{۱۷} 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، به ترتیب برای کلیه ملل جهان و دولت‌های عضو جامعه اروپایی هستند. این اصول به‌عنوان قواعدی که گرچه لازم‌الاتباع نیستند ولی از جمله راهنمای دیوان‌های داوری بین‌المللی می‌باشند، سرانجام در معرض اطلاع عموم قرار خواهد گرفت.^{۱۸}

هـ عرف و کاربرد

عنصر بسیار مهم دیگر حقوق بازرگانی فراملی، عرفها [رویه‌ها] و کاربردهای [رسوم] تجارت بین‌المللی است. عرف‌ها و کاربردهای بعضی

۱۶. UNCTAD= United Nation Conference on Trad and Development «کنفرانس سازمان ملل

متحد در مورد تجارت و توسعه». «مترجم».

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

توسعه اقتصادی» «مترجم».

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

حقوق خصوصی» «مترجم».

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

انواع تجارت شامل قراردادهای 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 باشند. معذک حتی در مواردی که حاکم بودن آنها بر اختلافات مربوط، مورد توافق قبلی قرار نگرفته باشد، برای محاکم و داوری‌ها دست کم راهنمایی‌هایی را به‌دنبال خواهد داشت.

و. قراردادهای استاندارد

قراردادهای استاندارد متعددی وجود دارد که مقبولیت بین‌المللی یافته‌اند؛ مانند (شرایط عمومی تهیه دستگاه و ماشین‌آلات جهت صدور) که به‌وسیلهٔ (کمیسیون اقتصادی اروپا) در سال ۱۹۵۳ تهیه شده است. پاره‌ای مواد استاندارد یا نمونه که برای درج در قراردادهای بین افراد خصوصی تهیه شده نیز از همین مقبولیت برخوردار می‌باشد. محاکم و همچنین مراجع داوری تفسیرهایی از این قراردادهای استاندارد یا مواد قراردادی نمونه به‌عمل آورده‌اند. در مواردی که محاکم کشورهای مختلف نظر یکسانی در باب تفسیر مواد خاصی از این نوع قراردادها ارائه کرده‌اند، چنین تفسیری برای داوران نیز الزام‌آور خواهد بود؛ ولی تفسیری که فقط در تصمیم یک دادگاه یا یک رای داوری آمده است، برای داوران جنبه راهنمایی خواهد داشت.

*. International Commercial Terms.

ز. آرای داوری منتشره

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

۳

حقوق بازرگانی فراملی: پروسه قضائی

حقوق بازرگانی فراملی هنوز پیکره حقوق نامنسجم و ناقصی است که با افزایش قوانین و مقررات متحدالشکل، عرف‌ها و کاربردهای تجارت بین‌المللی و میزان روزافزون آرای منتشره توسعه می‌یابد؛ ولی هیچگاه به سطح وسیع و جا افتاده سیستم‌های حقوق داخلی نمی‌رسد. این واقعیتی است که باید پذیرفت؛ ولی به‌طوری که خواهیم دید، لازم نیست برای این منظور،

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.

این را هم بپذیریم که پس حقوق بازرگانی فراملی نمی‌تواند اجرا شود و کاربردی ندارد.^{۲۰}

الف. مکتب‌های جزمیون و نوآوران

ماهیت ناقص حقوق بازرگانی فراملی موجب می‌گردد که پروسه داوری به چیزی بیش از صرف اعمال قواعد از قبل تعیین شده، مبدل شود. داور اغلب مجبور است از منابعی بجز حقوق بازرگانی فراملی - یعنی عمدتاً از حقوق داخلی - رهنمود بگیرد. گاهی اوقات بایستی راه حل جدیدی را ابداع کند و به این ترتیب مانند یک (مهندس اجتماعی) عمل نماید. مخالفان حقوق بازرگانی فراملی مدعی‌اند که این حقوق، نیروی الزام‌آور خود را از دولت نمی‌گیرد و سیستمی را که به اندازه کافی مستحکم و ذاتی باشد، بنا نمی‌نهد و نمی‌تواند یک نظام حقوقی به‌شمار رود و بنابراین به‌عنوان یک مبنا جهت حل و فصل اختلافات حقوقی، مناسب نیست.^{۲۱} مکتب دیگری که مولف نیز بدان تعلق دارد، می‌گوید که نیروی الزام‌آور حقوق بازرگانی فراملی ناشی از این واقعیت نیست که این حقوق ساخته و برخاسته از اراده مقامات دولتی باشد؛ بلکه منبعث و متکی به این حقیقت است که به‌عنوان یک سیستم [حقوقی] متداول و دارای حاکمیت، از جانب جامعه تجاری و مراجع دولتی شناسایی شده است.

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

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

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

ب. حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نوآوری

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

داوران با ملیت‌های مختلف که در مراجع داوری [حرفه‌ای] اختصاصی،^{۲۲} حقوق بازرگانی فراملی را در خصوص اختلاف مطروحه اعمال کرده‌اند، برای رسیدن به نظر واحد نسبت به موضوع تحت رسیدگی با مشکلات بزرگی مواجه نبوده‌اند؛ زیرا هنگامی که حقوق مذکور، در

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

خصوص دعوی مطروحه ساکت بوده ولی قانون داخلی مرتبط با آن چنین وضعی نداشته، بعضی از داوران به راه حلی تاکید ورزیده‌اند که سیستم حقوقی متبوع خود ایشان؛ مقرر می‌کرده است - به این عنوان که در صدد یافتن مناسب‌ترین و منصفانه‌ترین راه حل برای پرونده مربوطه بوده‌اند.

داوران با اجرای حقوق بازرگانی فراملی می‌توانند از آزادی عملی که برای انتخاب بهترین قانون و قاعده حقوقی دارند - و محاکم گاهی از این آزادی 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، اختاریه‌ای ارسال نماید. این قاعده با بیع بین‌المللی سازگار نیست. خریداران غیر اسکاندیناویائی از این قاعده اطلاعی ندارند و چه بسا برای آنها دام و دردسری باشد. قاعده مقرر در ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی اشیا که به‌موجب آن [در چنین مواردی] اختاریه 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 به‌موجب ادله و استدلال به‌دست 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 مسئولیت مندرج در قرارداد، باقی نمی‌گذارد. در چنین مواردی روشن نیست که آیا دادگاه به یک قاعده عمومی مبنی بر اینکه (معافیت از مسئولیت با وجود نقض غیر موجه قرارداد، نمی‌تواند معتبر باشد)،^{۲۳} استناد کرده یا اینکه عقیده و نظر آن فقط ناظر به شرایط خاص دعوای مطروحه می‌باشد. کسی نمی‌تواند از داوران انتظار داشته باشد که استدلالات 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 به‌طور 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 به‌وجود می‌آید که موضوع مشمول کدام قانون است. هرچند قواعد حل تعارض قراردادها

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

رو به یکسانی و متحدالشکل شدن دارد، ولی هنوز هم مسائل و مشکلاتی وجود دارد.^{۲۴} یکی از این مسائل هنگامی بروز می کند که داور مکلف است قواعد سیستم حقوقی مشخصی را نسبت به موضوع اجرا کند که با آن سیستم بیگانه است. دعاوی مربوط نشان می دهد که مشکلات داوران در این قبیل موارد قابل ملاحظه می باشد^{۲۵} 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 و کلا نیز می باشد، نیست و آنها را به کناری نهاده است.^{۲۶} حتی در مواردی که داوران از حقوق داخلی که ملزم به اجرای آن در خصوص مورد هستند، اطلاع دارند، باز هم ممکن است به دامن مشکلاتی بیفتند که سرانجام تصمیم و رأی ایشان را غیر مستند و نامدلّ سازد. قواعد مختلف حقوق داخلی، فقط برای روابط داخلی وضع شده اند و برای مواردی که متضمن یک عنصر خارجی باشد، مناسب نیستند. داوران حین مواجه شدن با این قواعد حقوقی، بعضاً در بلا تکلیفی بین اجرای قانون و انصاف قرار می گیرند. 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 میبع، به موقع اقدام کرده است یا نه، حقوق بازرگانی فراملی – همانطور که در فوق بیان شد – پاسخ را براساس ماده (۲) ۴۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی اشیا خواهد داد. اما اگر قرار باشد این دعوا تحت قوانین دانمارک رسیدگی شود، این تردید به وجود می آید که آیا محاکم این

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.

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

کشور در مورد شرایط اختاریه فوری [بلافاصله پس از تسلیم مبیع] هنگامی که خریدار یک خارجی باشد، آسان تر می گیرند؟ به نظر می رسد که رویه قضائی دانمارک در این مورد مشخص نیست و مطلب هنوز حل نشده است.

پاره‌ای از مؤلفانی که با حق طرفین در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم مخالف هستند، این را قبول دارند که طرفین می توانند توافق کنند که اختلافات مربوطه به صورت دوستانه و یا بر اساس انصاف حل و فصل شود. ولی این دو نیز مبانی‌ای هستند که برای حل و فصل اختلافات، از حقوق بازرگانی فراملی نامشخص ترند. بر خلاف نظر عمومی که وجود دارد، بین حقوق مذکور و انصاف فرق است. حقوق بازرگانی فراملی داور را ملزم می سازد که تصمیم خود را بر ضوابط این حقوق مبتنی سازد، حتی اگر انصاف، او را به نتیجه دیگری برساند.²⁷

قواعدی که به موجب آنها حق خریدار برای طرح دعوی معیوب بودن کالا، پس از سپری شدن مدت معینی زائل می شود، ممکن است برای کالاهایی که عمر زیادی دارند مناسب نباشند. اگر یک فروشنده اسکانداویایی 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 ۳۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی اشیاء، نسبت به فروشنده در چه تاریخی منقضی شده است، هر چند منصفانه تر این باشد که انقضای مدت مذکور نسبت به خریدار، مورد بررسی و احراز قرار گیرد. مدت زوال حق به موجب کنوانسیون فوق الذکر طولانی تر می باشد از آنچه که در فصل ۵۴ قانون بیع اسکانداوی و فصل ۴۷۷ قانون مدنی آلمان آمده است.

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

از مراتب فوق چنین نتیجه می‌گیریم که حقوق بازرگانی فراملی قابلیت اجرا و کاربرد را دارد، ولو اینکه سیستم حقوقی ناقص و تکامل نیافته‌ای باشد. تمام سیستم‌های حقوق داخلی روزی ناقص بوده‌اند و برخی هنوز هم دچار کمبود هستند. ممنوع کردن بازرگانان از حق انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم، نوعی اعمال قیمومیت غیر مجاز و غیر موجه برایشان است. به‌علاوه به‌طوری 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 پیوند نزدیکی دارند، مورد بحث قرار می‌دهیم.

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

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

الف. قوانین

۱. کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱: هشت کشور اروپای غربی یعنی بلژیک، اتریش، دانمارک، آلمان غربی، فنلاند، فرانسه، ایتالیا و اسپانیا و بسیاری از کشورهای سوسیالیست اروپای شرقی، (کنوانسیون اروپایی ۲۱، آوریل ۱۹۶۱ در مورد داوری تجاری بین‌المللی)^{۲۸} را پذیرفته و تصویب کرده‌اند. 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 (۱) ۷ 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 به‌موجب 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 به‌موجب ماده (۲) ۷ همان کنوانسیون، در صورتی که طرفین توافق کرده باشند - مشروط بر اینکه اصولاً به‌موجب

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

قانون حاکم بر خود داوری، بتوانند چنین توافقی بنمایند - داوران نمی‌توانند به‌عنوان (مصالحه‌دهنده عادل) [از سر خیرخواهی]،^{۲۹} 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 داوری، اجازه داشته باشند که نسبت به یک مصالحه‌دهنده از سر انصاف توافق نمایند.^{۳۰} کنوانسیون اروپایی مورد بحث به‌منظور تسهیل شناسایی و اجرای احکام داوری تهیه و تنظیم شده است. این کنوانسیون به دولت‌های عضو اجازه می‌دهد - نه اینکه آنها را ملزم کند - که شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌ها و آرای داوری در کشور خود را محدود به آنهایی نمایند که منطبق با شرایط و مفاد کنوانسیون باشند. البته ممکن است دول عضو کنوانسیون، قلمرو این اجازه را به آن‌سوی این محدودیت نیز توسعه دهند، که فرانسه به همین نحو عمل کرده است.

۲. فرانسه: نویسندگان فرانسوی به‌طور وسیع از اعمال حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی دفاع و حمایت کرده‌اند^{۳۱} و کوشش‌های ایشان ثمراتی نیز داشته است. مصوبه دولتی مورخ ۱۲ مه ۱۹۸۱ مقررات جدیدی را در مورد داوری بین‌المللی، به آیین دادرسی مدنی اضافه کرده است. به‌موجب ماده ۱۴۹۶، داور مقررات قانونی را در مورد قرارداد

29. Amiable compositeur.

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

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

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 اساس سایر منابع حقوقی غیر داخلی صادر شده است، حتی در مواردی که طرفین چنین توافقی نکرده باشند، شناسایی کرده و معتبر می‌شمرد.^{۳۲}

۳. سوئیس و آلمان: مؤلفان سوئسی و آلمانی را بایستی برحسب اینکه آیا اجرای حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی را مجاز بدانند یا نه، از هم جدا کرد.^{۳۳} نگارنده به آرای داوری مرتبط با موضوع که منتشر شده باشد، دست نیافت، اما مؤلفان متعدد، حتی کسانی که با حقوق بازرگانی فراملی مخالف بوده و با آن سر کین دارند،^{۳۴} 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 نقض شده باشد، برای ابطال رأی کافی نیست.^{۳۵}

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

33. In Favour of the lex mercatoria: von Hoffmann "Lex mercatoria vor internationalen Schiedsgerichten" [1984] IPRax. 106; Neuhas, 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 Prirung, op. cit. supra n. 21; Martiny, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1983), Vol.7.

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

۳۵. بنابراین، صرف اینکه حکم داوری برحقوق بازرگانی فراملی است، برای ابطال آن طبق حقوق آلمان کافی نیست؛ بلکه ملاک این است که آیا خلاف نظم عمومی - آنها اصول اساسی آن - هست و یا خیر؟ «مترجم».

۴. اتریش: دیوان کشور اتریش طی حکم مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۸۲ خود، رای صادره از ICC وین و مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۷۹ را که مبتنی بر حقوق بازرگانی فراملی بود، ابرام کرده است.^{۳۶} طرفین دعوای مذکور، در قرارداد فی‌مابین 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 خواننده فرانسوی بود و برای محصولات او در ترکیه بازاریابی می‌کرد - می‌تواند خسارات حق‌العمل خود را پس از اینکه خواننده آن را رد کرده مطالبه کند یا نه؟ داوران نتوانستند قانون ملی را که اعمال آن در خصوص دعوا به اندازه کافی الزام‌آور باشد - اعم از اینکه قانون ملی فرانسه باشد یا ترکیه - بیابند و بنابر این بر اساس حقوق بازرگانی فراملی رای دادند. داوران سرانجام با استناد و اجرای اصل حسن نیت و معامله دوستانه، اعلام کردند که فسخ قرارداد توسط خواننده موجه نبوده و مبلغ ۸۰۰,۰۰۰ فرانک فرانسه بابت خسارات به‌نفع خواهان رای دادند. دیوان عالی اتریش احراز کرد که اجرای حقوق بازرگانی فراملی موجه و درست بوده و اشاره نمود که حکم مذکور هیچ‌کدام از مقررات آمره ترکیه یا فرانسه را نیز نقض نکرده است.

۵. انگلیس و ولز: پاره‌ای از مؤلفان انگلیسی گفته‌اند که داور همواره بایستی قانون را اجرا کند.^{۳۷} ایشان احکام مبتنی بر (انصاف و حسن نیت)^{۳۸} یا حقوق بازرگانی فراملی را نمی‌پذیرند.^{۳۹} عده دیگری از نویسندگان،

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

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

38. Equity and good conscience.

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

اجرای این حقوق را درست و صحیح می‌دانند. به نظر می‌رسد که مفهوم حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک 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،^{۴۰} محاکم انگلیسی صالح نیز در مقام اجرا و شناسایی وارد در مبانی حقوقی آن نمی‌شوند.^{۴۱} پیش از ۱۹۷۸، محاکم مذکور آرایشی را که مبتنی بر انصاف بود، ابطال می‌کردند، ولی در سال ۱۹۷۸ دادگاه استیناف، شرط داوری 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 مذکور، شرط قراردادی مورد بحث، صلاحیت دادگاه را انکار نمی‌کرد، بلکه «تشریفات و ساختمان خاص آن را» کمی جابجا می‌نمود.^{۴۲} 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؟^{۴۳، ۴۴}

علاوه بر این، طبق قانون داوری ۱۹۷۹، طرفین می‌توانند طی یک موافقتنامه کتبی حق طرح مسائل قانونی نزد دادگاه را از خود سلب کنند و

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

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

42. Eagle 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.

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

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 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 داوری ۱۹۷۹ که از جمله عبارت است از محدود کردن حق بازبینی و رسیدگی محاکم انگلیس نسبت به برداشت‌های داوران از قانون مربوط در یک داوری بین‌المللی، تاثیر پذیرفته و تبعیت کنند؟^{۴۵}

نکته دیگر آنکه انگلیس به کنوانسیون ۱۸ مارس ۱۹۶۵ «در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر» ملحق شده است. اختلافات مذکور بایستی از طریق داوری حل و فصل شوند و حسب ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون، دیوان داوری بایستی مطابق مقررات قانونی که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، در مورد اختلاف رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند. طرفین نیز حق دارند نسبت به یک قانون غیر ملی – مانند حقوق بازرگانی فراملی – به‌عنوان قانون حاکم توافق نمایند.^{۴۶} ماده (۱) ۴۲ مذکور همچنین مقرر می‌دارد که در صورت نبودن چنین توافقی،

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

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

دیوان داوری، قانون دولت متعاهدی [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 به طور 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 به‌عنوان «حقوق بازرگانی فراملی» از آن نام می‌بریم نیز می‌باشد.^{۴۷} علاوه بر این، به موجب آرای داوری صادره بر اساس کنوانسیون مذکور، اکنون مسلم شده است که در صورت تعارض بین قوانین دولت متعاهد و «قواعد حقوق بین‌الملل»، قواعد حقوق بین‌الملل مرجح خواهد بود.^{۴۸} به هر حال هنوز معلوم نیست که آیا ماده ۴۲ کنوانسیون به شرح فوق می‌تواند بر طرز برداشت عمومی محاکم انگلیس از «حقوق بازرگانی فراملی» تأثیری داشته باشد یا خیر؟

۶. ایالات متحده: محاکم فدرال و بیشتر محاکم ایالتی اکراه دارند که احکام داوری را به استناد دلایل و مبانی حقوقی ابطال کنند. دیوان عالی امریکا طی یک نظریه قضائی اعلام نموده است که: «تفسیر قانون به وسیله داوران، برعکس بی‌اعتنایی آشکار به آن، نمی‌تواند در محاکم فدرال به لحاظ اشتباه در تفسیر، تحت بازبینی و رسیدگی قضائی مجدد قرار گیرد».^{۴۹} مواردی را که محاکم فدرال یک حکم را به اعتبار بی‌اعتنایی و خلاف قانون بودن آشکار آن ابطال کرده باشند، مشخص نیست. هرچند «حقوق بازرگانی فراملی» برای داوران امریکایی نیز بیگانه است، ولی بعید

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

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

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

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.

۷. 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.^{۵۰} 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 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

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

منطبق با توافق طرفین رسیدگی نکرده‌اند. به موجب ماده ۷ قانون داوری ۱۹۷۲ دانمارک، همین نحوه عمل می‌تواند از موارد ابطال رای به‌شمار رود. محاکم اسکاندیناوی حکم صادره بر اساس موافقت‌نامه داوری که حل و فصل اختلاف را توسط «مصالحه‌دهنده عادل» یا طبق «حقوق بازرگانی فراملی» پیش‌بینی کرده است، می‌پذیرند و اجرا می‌نمایند. هرگاه در داوری بین‌المللی قرار باشد که حکم بر اساس انصاف صادر شود، حقوق بازرگانی فراملی نیز می‌تواند مبنا و اساس مناسبی برای صدور چنین حکمی به‌شمار رود.^{۵۱}

ب. نظریه و نتیجه

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

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

بدیهی است در مواردی که هر کدام از طرفین چنین استدلال و دفاع کنند که داوری 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 به طریقی اتخاذ تصمیم کرده که با وظیفه محوله به او منطبق نیست.

۵

نحوه برخورد با اجرای احکام خارجی

ممکن است محکوم علیه در کشوری غیر از محل صدور حکم، اقامتگاه یا اموالی داشته باشد. در صورتی که او حکم را طوعاً اجرا نکند، معمولاً محکوم له در صدد برمی آید که آن را در کشور دیگری که محل اقامت یا اموال او است، اجرا نماید. در این قسمت به احکام مشمول داوری کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ نیویورک «در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری»^{۵۲} و احکام مشمول کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ می پردازیم. کنوانسیون نیویورک توسط بیش از ۶۰ کشور تصویب و قبول شده که از آن جمله است کشورهای عضو جامعه اروپایی و کامکون^{۵۳} و همچنین کشورهای اسکاندیناویایی و ایالات متحده امریکا.

این کنوانسیون ناظر به احکامی است که در هریک از کشورهای عضو و متعاهد صادر شده باشد. محاکم کشورهای عضو بایستی چنین

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

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

احکامی را شناسایی و اجرا نمایند مگر اینکه یکی از دلایل یا موارد مذکور در ماده ۵ کنوانسیون، برای رد آنها وجود داشته باشد، ولی صرف اینکه داور در مقام صدور حکم در مورد ماهیت اختلاف، به حقوق بازرگانی فراملی استناد و تکیه کرده است، از جمله موارد رد حکم که در ماده ۵ مذکور آمده نمی‌باشد. مع الوصف کنوانسیون اجازه داده است که کشورهای عضو از 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 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 احکامی که در خارج از فرانسه صادر شده‌اند، بنا به دلایلی - غیر از آنچه که برای نقض و ابطال احکام صادره در خود فرانسه لازم است - امتناع نمایند. (ماده ۱۵۰۲ و ۱۵۰۴ آیین دادرسی مدنی فرانسه). موارد امتناع از شناسایی و اجرای احکام خارجی که در ماده (e) (۱) ۵ کنوانسیون مذکور آمده است، جامع نیست. قوانین یا احکام صادره در محل داوری نمی‌توانند مانع شناسایی و اجرای یک حکم خارجی در فرانسه بشوند. محاکم فرانسوی تکلیفی ندارند که تابعیت چنین

حکمی را ملحوظ دارند و بنا بر این، حکمی را که قابل انتساب به هیچ دولتی نباشد [احکام فاقد تابعیت]^{۵۴} نیز به اجرا می‌گذارند.

البته اینکه آیا احکام داوری‌های بین‌المللی می‌توانند فاقد تابعیت هر دولتی بوده و یا اینکه بایستی همواره تحت حکومت یک حقوق ملی باشند، مسئله‌ای است که مورد بحث بسیار قرار گرفته است.^{۵۵} احکام داخلی را در صورتی که بر خلاف نظم عمومی محلی باشند، می‌توان به‌وسیله 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 مقررات داوری اتاق تجارت بین‌المللی ICC تحت رسیدگی قرار می‌گیرد، حاوی هیچ تبعیت یا

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

55. On the problems of staeless 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 Conferece (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.

التزامی به کشور خاصی نیست.^{۵۶} در مواردی که قرار است داور به وسیله ICC انتخاب شود، دادگاه داوری ICC از کمیته ملی کشوری که هیچکدام از طرفین بدان تعلق ندارد، می‌خواهد که چنین انتخابی را انجام دهد و محل داوری را نیز یک کشور بی‌طرف قرار می‌دهد. انتخاب داور و محل داوری بی‌طرف امتیاز بزرگی است که در داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد. در این موارد، محل داوری و ملیت داوران هیچ‌گونه ارتباطی به طرفین یا قرارداد ندارد و لذا حاکم دانستن یا حاکم کردن قانون محل داوری یا هر قانون داخلی دیگری بر دعوا، همانطور که «پیر لالیو» به درستی اشاره کرده، یعنی داوری را به ریسمان ضوابط دل‌پسندانه‌ای کشیدن که هیچکدام از طرفین به آنها بستگی یا نظر نداشته‌است.^{۵۷، ۵۸}

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.^{۵۹} مقام منصوب‌کننده، یک داور نیروژی را انتخاب می‌کند. پس از انتخاب وی، طرفین توافق می‌نمایند که داوری را در گپنهاگ (دانمارک) انجام شود، صرفاً به‌خاطر اینکه برای کلیه طرف‌های درگیر سهل‌تر و آسان‌تر است. در این صورت، هیچ دلیل

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

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

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

۵۹. برای اطلاع از مقررات مذکور و قلمرو آنها مراجعه کنید به مجله حقوقی شماره چهارم، زمستان ۶۴، اسناد بین‌المللی، مقررات داوری آنسیترال. «مترجم».

متقاعدکننده‌ای وجود ندارد که موضوع داوری را مشمول قوانین نروژ یا دانمارک بدانیم.

هرچند، هم کنوانسیون نیویورک و هم کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ پیشاپیش فرض کرده‌اند که داوری و حکم صادره، هردو مشمول و محکوم قانون داخلی می‌باشند، ولی به کشورهای عضو تکلیف نمی‌کنند که با چنین داوری یا حکمی که هیچ تبعیت و بیعتی با هیچ کشوری ندارند، نیز طوری برخورد کنند که گویی مشمول یک قانون داخلی هستند.^{۶۰} کشورهای مذکور تکلیفی ندارند که ماده (e) (۱) ۵ کنوانسیون را در مورد چنین احکامی اجرا کنند و چنین نباید بکنند. داوری بدون تابعیت [بین‌المللی]، به معنای داوری بدون قانون نیست. ذیلاً تکلیف داور در مورد ترتیب اثر دادن به نظم عمومی و مقررات آمره را مطالعه می‌کنیم.^{۶۱}

۶

مقررات آمره

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

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

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 به‌عنوان قانون مناسب، حاکم بر قرارداد می‌باشد.^{۶۲} اصولاً محاکم، مقررات آمره و تکمیلی (تفسیری) قانون مناسب را اجرا می‌نمایند.^{۶۳} 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 ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم «در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»^{۶۴} از همین الگو تبعیت کرده است. قواعد امری قانون مناسب، در مورد قرارداد نیز قابل اجرا است (ماده ۱۰ کنوانسیون). به‌موجب ماده ۱۶ 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

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

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 داوری مختلف مورد استفاده قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به رأی داوری شماره ۲۷۳۰ ICC اشاره کرد.

دعوای مطروحه اجرا شود، ولو قانون ان کشور، همان قانون مناسب قرارداد نباشد. علاوه بر این، محاکم کشورهای عضو کنوانسیون که ماده (۱) ۷ آن را قبول و تصویب کرده‌اند، می‌توانند مقررات آمره کشور ثالثی - غیر از مقررات کشور محل دادگاه یا مقررات کشوری که قانون آن مناسب تشخیص داده شده است - را نیز اعمال نمایند.^{۶۵} مثلاً در صورتی که اوضاع و احوال دعوا، پیوند نزدیکی با کشور ثالث داشته باشد و اگر به موجب 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. به موجب این ماده کنوانسیون یادشده، قواعد حقوق عمومی قانون خارجی، مانند مقررات ضد تراست نیز قابل اجرا است، ولو اینکه قرارداد مشمول قانون کشور دیگری باشد.

ب. مقررات آمره و داوری

داوری که حقوق بازرگانی فراملی را اجرا می‌نماید، در موقعیتی متفاوت با یک دادگاه قراردادار. 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.

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

۱. 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 (۱) ۷ کنوانسیون رم را نیز در خود داشته باشد، آنگاه قوانین آمره سایر کشورها نیز ممکن است قابل اجرا بشود. ماده مذکور ناظر به مقررات قانونی است غیر از قانون مناسب قرارداد. قراردادهایی که قانون حاکم در آنها، (حقوق بازرگانی فراملی) است، فاقد قانون مناسب [به معنای اخص آن که در حقوق بین‌الملل خصوصی مورد نظر است می‌باشند. بنابراین قاعده مندرج در ماده (۱) ۷ مذکور بایستی قلمرو اجرای وسیع‌تری بیابد و مقررات آمره قانونی را که سرانجام قانون مناسب قرارداد به شمار می‌رود نیز در برگیرد. حتی در صورتی که قانون حاکم بر داوری، مفاد ماده (۱) ۷ فوق‌الذکر را نپذیرفته باشد، به نظر می‌رسد که باز هم داور بایستی همان ملاحظاتی را که در ماده مورد بحث وجود دارد، راهنمای خود قرار دهد.

۲. 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 بایستی به ضوابط دل‌پسندانه کشور محل اجلاس داوری ماخوذ دانست و مشمول نظم عمومی خاص آن به شمار آورد. ولی البته این سخن به آن معنی نیست که داور، می‌تواند کلیه مقررات آمره را یکسره کنار نهد.

الف. نظم عمومی بین‌المللی: نوعی نظم عمومی وجود دارد که نسبت به تمام مراکز و واحدهای تجاری دارای عمومیت است. در یک دعاوی

مطروحه نزد (ICC) که مشمول حقوق بازرگانی فراملی بود، داور به نام آقای «گونارلاگرگن» قراردادی را که از طریق رشوه با مقامات دولتی منعقد شده بود، ملغی و باطل اعلام کرد و چنین اظهار نمود:

«در مورد این اصل کلی حقوقی مورد شناسایی ملل متمدن جهان، تردیدی نیست که قراردادهایی که اصول اخلاق حسنه یا نظم عمومی بین‌المللی را به‌طور جدی نقض کرده‌اند، معتبر نخواهند بود و یا حداقل قابل اجرا نیستند و تردیدی نیست که محاکم یا داوران می‌توانند چنین قراردادی را رد کنند. این اصل کلی حقوقی خصوصاً برای استفاده در دیوان‌های داوری بین‌المللی که فاقد «قانون محل دادگاه» به‌معنای عادی این اصطلاح هستند، بسیار مناسب است».^{۶۶}

در قلمرو مفهوم نظم عمومی بین‌المللی که مورد اشاره لاگرگن قرار گرفته است، این اصل حقوقی نیز وجود دارد که قراردادهای یا مواد قراردادی که گزاف و غیر واقعی باشند،^{۶۷} قابل اجرا نیستند. این قاعده در قوانین بسیاری از کشورها آمده است. محاکم بعضی دیگر از کشورها نیز ولو به‌طور ضمنی و تلویحی، کمابیش آن را معتبر و مجری می‌دارند.^{۶۸}

ب. مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد: داور بایستی به مقررات آمره کشوری که با قرارداد پیوند نزدیکی دارد نیز ترتیب اثر دهد. البته برای اینکه چنین مقرراتی مورد توجه قرار گیرند، لازم است که صریحاً و یا به‌لحاظ یک تفسیر قانونی، خود را در مورد دعوی مطروحه قابل اجرا بدانند، هرچند داور نبایستی هرگونه مقررات

۶۶. مراجعه کندی به رأی شماره ۱۱۱۰ مورخ ۱۵ ژانویه ۱۹۶۳ اتاق تجارت بین‌الملل. ICC.

۶۷. Unconsciousable contract and contract clause مفهوم این اصطلاح، «غیرمنصفانه» نیز هست. بطور کلی منظور، قراردادی است که هیچ آدم با شعور و رشیدی که اغفال و 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.

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 ۱۹۸۲ دولت ایالات متحده شعب فرعی شرکت‌های امریکایی و نیز واحدهای تجاری را که از شرکت‌های مذکور حق امتیاز 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 امتیاز، دستور داده بودند که قراردادهای مربوطه را اجرا نمایند.^{۶۹}

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 است نیز توجه کافی مبذول نماید. در صورتیکه حکم داوری، نظم عمومی کشوری را - از آن جمله مقررات آمره قابل اجرای آن را - نقض کرده باشد، محاکم آن کشور از اجرای آن امتناع 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 مؤثر دانستن و اجرای این مقررات آمره، موجه و معقول به‌شمار رود یا خیر؟^{۷۰} به هر حال داور بایستی به این نوع قوانین آمره ترتیب اثر دهد، حتی اگر

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

۷۰. به ماده ۲۶ مقررات داوری ICC - ۱۹۷۶ مراجعه شود که اجمالاً چنین مقرر داشته است که در صورت سکوت این مقررات، دیوان داوری براساس روح مقررات مذکور عمل می‌کند و نهایت کوشش را برای اطمینان از اینکه رأی، وفق مقررات قابل اجرا است، معمول می‌دارد.

پیش‌بینی کند که مراجع کشوری که در حکم صادره او [در مقام اجازه اجرای حکم] دخالت خواهند کرد، مقامات دون پایه و کوچکی هستند، همان‌طور که اگر احتمال زیادی در مورد اجرای حکم در کشور دیگری وجود داشته باشد، نیز باید چنین توجهی را به مقررات آمره آن کشور داشته باشد.

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

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

ماده (۱) ۷ کنوانسیون رم حکایت از وحدت منافع و مسئولیت و استحکام بین‌المللی می‌نماید. دولت‌ها بایستی در اجرای نظام‌ها و مصالح حکومتی خود، یکدیگر را یاری دهند. داور نیز بایستی در این مسئولیت و استحکام بخشی شرکت نماید و نقش خود را بازی کند. 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.