

ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران

دکتر حمیدرضا نیکبخت

مقدمه

ماده ۹۶۸ قانون مدنی:

«تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

این ماده که از زمان تصویب جلد دوم قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ وارد سیستم حقوقی ما گردیده است به عنوان تنها قاعده حل تعارض مربوط به تعهدات قراردادی محسوب می‌شود. از جهت استقلال و آزادی اراده طرفین قراردادها در خصوص تعیین قانون حاکم نص ماده به گونه ای است که دو تفسیر مختلف را جذب می نماید یکی اینکه این ماده استقلال و آزادی اراده طرفین قراردادها را کلاً پذیرفته است، دیگر آن که این ماده فقط برای طرفین قراردادها که خارجی باشند و نه برای ایرانیها، حتی اگر طرف دیگر قرارداد خارجی باشد، این استقلال و آزادی را به رسمیت شناخته است.

در سال ۱۳۷۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که ماده ۲۷ آن نیز با عنوان «قانون حاکم» در خصوص قاعده حل تعارض مربوط به قراردادهاست (قراردادهایی که اختلاف مربوط بدان به داوری ارجاع می‌شود). این ماده به وضوح و بدون هیچ ابهامی استقلال یا آزادی اراده طرفین قراردادها را به رسمیت می‌شناسد. به علاوه این ماده متضمن مسائلی از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد که با نیازهای جدید تجارت بین‌الملل بیشتر تطبیق می‌نماید تا ماده ۹۶۸ ق.م. که بعضی از آن موضوعات را یا به صورت سنتی مطرح می‌کند یا به طور کلی دربر ندارد. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین است:

«ماده ۲۷- قانون حاکم

- ۱- «داور» برحسب قواعد حقوقی که طرفین درمورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد.
- تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به‌عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.
- ۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین «داور» براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد.
- ۳- «داور» در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.

۴- «داور» باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد.
در این مقاله ابتدا به تحلیل ماده ۹۶۸ ق.م. می پردازیم با این نظر که این ماده استقلال یا آزادی اراده را برای ایرانیهایی که طرف قراردادهای بین‌المللی هستند نمی‌پذیرد، سپس به بررسی ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ که ماده‌ای است جامع خواهیم پرداخت و در خاتمه به نتیجه‌گیری از مباحث مطروحه خواهیم رسید.

۱

تحلیل ماده ۹۶۸ قانون مدنی

ماده ۹۶۸ ق.م. به‌عنوان یکی از قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها و تنها ماده مربوط به تعهدات ناشی از قراردادها از زمان تصویب، در سال ۱۳۱۳، تاکنون قاعدتاً باید مستند دادگاههای ایران در دعاوی مربوط به قراردادهایی که در آن یک عنصر خارجی وجود داشته است (قراردادهای بین‌المللی) قرار گرفته باشد همچنین هنگامی که اختلاف مربوط به یک قرارداد تجاری بین‌المللی به داوری ارجاع می‌شد و لازم بود که داور قاعده حل تعارض سیستم حقوقی ایران را اعمال نماید باید همین قاعده ماده ۹۶۸ را به کار می‌گرفت.

ماده ۹۶۸ ق.م. زمانی به تصویب قوه قانونگذاری ایران می‌رسد و وارد سیستم حقوقی ما می‌گردد که مشابه آن در سیستم‌های حقوقی برخی از کشورهای دیگر نظیر انگلستان، فرانسه، بلژیک، سویس، اتریش و بعضی

از کشورهای اروپای شرقی و امریکای جنوبی وجود داشته* و بعضی نیز معتقدند که این قاعده از سیستم حقوقی خارجی (فرانسه) وارد حقوق ایران شده است.^۱ اما، گرچه صورت ظاهر این ماده با آنچه در سایر کشورها وجود داشته است اختلاف عمده ای مشاهده نمی شود، در عمل آنچه وارد سیستم حقوقی ما گردیده تفاوت فاحشی با آنچه در سایر سیستمها بوده است دارد. در آن سیستمها قاعده این گونه بوده است: قرارداد (یا تعهدات ناشی از عقود) تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.^۲

به علاوه در ایران آن زمان موضوع استعمار و استثمارگری خارجیهها مطرح بوده و معمولاً خارجیهها به ایران می آمده و با طرفهای ایرانی در ایران قراردادهای تجاری و به خصوص قراردادهای اکتشاف و بهره برداری نفت و معادن و خرید و فروش لوازم و محصولات آنها را منعقد می نموده اند، و ایرانیها نسبت به خارجیهها از قدرت معاملاتی ضعیف تری برخوردار بوده اند و لذا برای مسؤولین و ارکان کشور این دغدغه و حساسیت وجود داشته است که حتی الامکان از نفوذ و تأثیرات ناروای خارجیهها در قراردادها از طریق قانون حاکم بر قرارداد، جلوگیری نمایند یا

*. به عنوان نمونه دیده شود:

Boullenois, *Traité de la Personnalité et de la Réalité des lois*, (Paris 1766).

۱. الماسی، دکتر نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۳۷۳، ص ۲۱۳.

۲. به عنوان مثال در فرانسه دیده شود:

Batiffol and Lagard, *Droit International Privé* (2 nd vol.), Sixth ed., Paris, 1974.

در انگلستان دیده شود:

P. & O. Steam Navigation Co. v. Shand (1865) 3MOO.P.C. (N.S) 272.

آن را کاهش دهند، و همچنین از ایجاد زحمت و مشکلات از این طریق برای ایرانیان ممانعت به عمل آورند.^۳

با سابقه و زمینه فوق، لایحه متضمن این قاعده حل تعارض (ماده ۹۶۸ ق.م.) در مجلس مطرح و مورد شور و بررسی قرار می گیرد. مذاکرات ثبت شده مجلس شورای ملی در سال ۱۳۱۳ مؤید آن است که متن ماده ۹۶۸ ق.م. در شور اول مجلس شورای ملی فاقد عبارت «اتباع خارجه» بوده و به اینگونه تصویب شده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند»^۴ و عبارت «اتباع خارجه» در شور دوم بدان افزوده شده است، با این قصد که تنها اگر اتباع خارجه در ایران عقدی را بین خودشان منعقد نمایند بتوانند تابع قوانین کشور خودشان قرار دهند و این شامل ایرانیها نشود.^۵ یکی از نمایندگان مجلس (آقای کاشف) خطاب به وزیر عدلیه (دادگستری) می گوید: «... در شور دوم قسمت اتباع خارجه را اضافه کرده اند، بنده هم در این قسمت پیشنهاد داده بودم که تا اندازه ای رفع آن اشکالاتی که در شور اول داشت کرده، ولی بنده خواستم توضیحی از طرف آقای وزیر عدلیه داده شود که این حقی را که ما در اینجا در واقع

۳. مثلاً در خصوص شکل قراردادها در مذاکرات ثبت شده مجلس شورای ملی سابق نماینده ای می گوید: «اسنادی که در ایران تنظیم می شود حتماً باید به زبان فارسی نوشته شود لاغیر» یک دلیل عمده آن را این بیان می نماید که: «ممکن است اتباع ایرانی یا خارجیان، نوشته یا سندی را که به زبان خارجی است امضاء و رد و بدل کنند و چون ایرانیها اغلب السنه خارجی را نمی دانند بالاخره یک چیزی را می نویسند و امضاء می کنند و بعد به زحمت می افتند» - مذاکرات مجلس، دوره نهم تقنینیه، جلسه ۱۲۱، ششم بهمن ماه ۱۳۱۳، صص ۴۹ و ۱۶۴۸.

۴. مذاکرات مجلس، دوره نهم تقنینیه، جلسه ۱۱۸ روز پنجشنبه ۲۰ دی ماه ۱۳۱۳ مطابق ۴ شوال ۱۳۵۳ (هـ.ق) صفحه ۱۶۱۰.

۵. مذاکرات مجلس، دوره نهم تقنینیه، جلسه ۱۲۱، ششم بهمن ۱۳۱۳، صص ۱۶۴۸ و ۱۶۴۹.

برای اتباع خارجه قایل می‌شویم، این حق در صورتی است که سایرین هم مقابله به مثل بکنند و در این قسمت این حق را به ایرانیان بدهند. مثلاً اگر دو نفر اتباع ایران در یک کشوری که اتباع آنها در اینجا این حق را دارند آنها هم حائز این حق باشند اشکالی ندارد. مثل این که تذکر بدهند اسناد و عقود که مابین دو نفر اتباع ایرانی در خارجه درست می‌شود آنها هم حق دارند اشاره بکنند به قانون مملکت خودشان...»^۶

بنابراین ماده ۹۶۸ ق.م. نتیجه یک پیشنهاد است که مشخص نیست تا چه حد کار کارشناسی روی آن صورت گرفته بوده است. به علاوه، به نظر می‌رسد نظر پیشنهاددهنده عبارت «اتباع خارجه بوده» این بوده که در صورتی حق انتخاب قانون به خارجیان داده شود که کشور خارجیان نیز به اتباع ایرانی این حق را بدهند، در واقع مقابله به مثل بکنند. آنچه مسلم است آن است که در تصویب این ماده توجه کافی به این نکته نبوده است که ماده ۹۶۸ به عنوان قاعده حل تعارض کلاً برای دادگاههای ایران تعیین تکلیف می‌کند و عمل متقابلی در کار نیست. وضع قاعده ماده ۹۶۸ در واقع به عنوان قاعده حل تعارض، راهنما و مجوز برای دادگاههای ایران است و لذا چنانچه ایرانیها و خارجیها قراردادی منعقد نمایند و در آن قانونی را انتخاب نمایند، فقط زمانی این انتخاب معتبر یا بی‌اعتبار خواهد بود که

۶. همان منبع. وزیر عدلیه پاسخ می‌دهد، «... آن قسمت که پیشنهاد کرده اند، اصلاح شد، به این ترتیب که متعاقدين اگر اتباع خارجه باشند و در مملکت ایران بخواهند عقدي را بين خودشان ببندند یا تعهد و قراردادی بکنند، می‌توانند تابع قوانین مملکت خودشان قرار بدهند و این شامل ایرانی نخواهد بود و از این جهت قید شده است که متعاقدين باید ایرانی نباشند، یک نفرشان هم ایرانی باشد نمی‌تواند این کار را بکنند...» همان منبع - ص ۱۶۴۹. منبر کمیسیون عدلیه نیز می‌گوید «... ماده در شور اول به طور عموم بود و در اینجا محدود شده است که در صورتی که متعاقدين هر دو اتباع خارجه باشند می‌توانند این کار را بکنند، لیکن اگر یک طرف ایرانی شد دیگر نمی‌توانند...» (همان منبع).

اختلاف مربوط به آن به دادگاههای ایران ارجاع شود والا چنانچه طرفین برای حل اختلاف این قرارداد به دادگاههای خارجی مراجعه نمایند دیگر ماده ۹۶۸ ق.م. ما نمی تواند برای دادگاههای خارجی تعیین تکلیف نماید (به استثنای مواردی که احاله وجود داشته باشد). آن دادگاهها برای پذیرش یا عدم پذیرش قانون منتخب طرفین کلاً تابع قواعد حل تعارض خود خواهند بود. بنابراین در وضع این قاعده ملحوظ نمودن رفتار متقابل تأثیر خاصی نخواهد داشت.

گرچه به نظر می رسد غرض قانونگذار این بوده است که این حق به ایرانیها داده شود که در ممالک خارج بتوانند قانون ایران را انتخاب کنند،^۷ اما در عمل پیشنهاد داده شده نتیجه معکوس برجای گذاشته و حقی که در این ماده به طرفین خارجی قراردادها داده شده است یکطرفه بوده و ایرانیها را از این حق محروم نموده است. البته امروز غالب سیستم های حقوقی این آزادی را برای طرفین قراردادها با هر ملیتی به رسمیت می شناسند، اما با وجود ماده ۹۶۸ در شکل و فرم کنونی اش که فقط برای دادگاههای ایران تعیین تکلیف می کند و کاربرد دارد به نظر نمی رسد امکان پذیرش این آزادی برای ایرانیها در دادگاههای ایران وجود داشته باشد. در هر حال با توجه به مذاکرات مجلس تردیدی باقی نمی ماند که نظر قانونگذار این بوده است که یک ایرانی در قرارداد خود با یک خارجی نتواند قانون خارجی را انتخاب کند و این حکم ماده ۹۶۸ ق.م. یک امر قانونگذار است و به اختیار طرفین نیست.

۷. مستنبط از مذاکرات مجلس، منبع پیشین.

ممکن است گفته شود، براساس مذاکرات نمایندگان مجلس، مورد نظر قانونگذار عقود ایرانیهایی بوده است که در ایران منعقد می‌گردند.^۸ منطوق ماده ۹۶۸ همچنان ایجاد اشکال می‌کند، مثلاً چنانچه یک ایرانی با یک خارجی در کشور خارجی قرارداد منعقد نماید و قانون کشور خارجی دیگری را انتخاب نمایند و دعوی خود را به دادگاه ایران ببرند، آیا دادگاه ایران براساس این ماده قانون منتخب طرفین (قانون کشور خارجی دیگر) را خواهد پذیرفت یا طبق منطوق ماده قانون محل انعقاد را اعمال خواهد نمود؟ البته ممکن است پاسخ داده شود که در اینجا می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی^۹ کمک گرفت و انتخاب طرفین را توجیه نمود. این برخورد دوگانه با قراردادهای بین‌المللی فاقد وجاهت حقوقی بوده و بعید به نظر می‌رسد مورد نظر قانونگذار بوده باشد.

همچنین، اگر بپذیریم که ماده ۹۶۸ مختص قراردادهایی است که در ایران منعقد می‌گردند، مسائل مختلف دیگری ایجاد می‌شوند، مثل این که اولاً چنین تخصیصی در نص ماده وجود ندارد، ثانیاً این سؤال مطرح خواهد شد که قاعده حل تعارض قراردادهای منعقد در خارج از ایران در سیستم حقوقی ایران چیست؟ ثالثاً، آیا با وجود ماده ۹۶۸ در قانون مدنی و در مخالفت صریح با آن می‌توان با استناد به ماده ۱۰ ق.م. به طرفین قراردادهای منعقد در خارج از ایران اجازه داد که هر قانونی را (حتی قانون غیر از ایران) را انتخاب کنند، در حالی که آنها اجازه ندارند در ایران

۸. سلجوقی، دکتر محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تعارض قوانین، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، صص ۴۱۶-۴۱۵ (مستند به جزوه درسی دکتر محمد نصیری، در دانشکده حقوق دانشگاه تهران).
 ۹. ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

چنین انتخابی را داشته باشند، و آیا راه تقلب نسبت به قانون تسهیل نخواهد شد، به گونه‌ای که ایرانیها برای این که قراردادشان تابع قانون ایران نباشد محل انعقاد آن را کشور خارجی قرار دهند. رابعاً، در صورتی که قرارداد منعقد در خارج از ایران فاقد قانون حاکم منتخب طرفین باشد، ماده ۱۰ ق.م. پاسخی برای چگونگی تعیین قانون حاکم توسط دادگاه، ندارد.

برای توجیه و برطرف نمودن آثار نامطلوب ماده ۹۶۸ ق.م.، برخی از علمای حقوق بین‌الملل خصوصی متوسل به تفسیر این ماده و قایل به اختیاری بودن قاعده مذکور در این ماده شده‌اند.^{۱۰} تلاش برای اختیاری تفسیر کردن این ماده برای از بین بردن نواقص و اشکالاتی است که آن ماده در عمل ایجاد می‌کند و لذا این تلاش قابل درک است، اما در واقع اجتهاد در مقابل نص محسوب می‌شود و به نظر نمی‌رسد که آن ماده تاب چنین تفسیری را داشته باشد، زیرا اولاً، این ماده همانطور که بیان گردید از قواعد حل تعارض است و حکم خلاف اصل را دارد (یعنی اصولاً قوانین داخلی کشورها در دادگاههای آنها باید اعمال شوند، اما توسط قواعد حل تعارض، دادگاهها قانون کشورهای دیگر را هم به طور استثنایی اعمال

۱۰. نصیری، دکتر مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ پیکان، ۱۳۵۲، صص ۵۸ و ۵۹؛ الماسی، دکتر نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۳۷۳، صص ۲۱۳ و ۲۱۴؛ اخلاقی، دکتر بهروز، اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل، مجله حقوقی، شماره ۱۲، ص ۱۱۱. آقای دکتر محمود سلجوقی در کتاب تعارض قوانین خود، اگرچه ذکری از اختیاری یا امری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. ندارند، اما صریحاً اظهار می‌دارند که قاعده آزادی اراده در «ماده ۹۶۸ قانون مدنی به صورتی معیوب انعکاس یافته است». سپس ایشان با نقل مطلبی در این خصوص از آقای دکتر محمد نصیری، به نظر می‌رسد در نتیجه گیری با وی هم نظر باشند که بیان می‌نمایند: «... بنابراین؛ با پذیرفته شدن اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا درباره قراردادها در این ماده؛ در مورد قراردادهای منعقد در خارجه تفاوتی میان اتباع ایران و اتباع بیگانه در بهره مندی از این اختیار نیست» - سلجوقی، دکتر محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تعارض قوانین، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، صص ۴۱۶-۴۱۵.

می‌نمایند) بنابراین یک چنین قواعدی باید مضیق و محدود و مطابق با نظر مقنن (در صورت مشخص بودن) تفسیر یا به کار گرفته شوند و نمی‌توانند تابع اختیار و نظر افراد باشند یا موسع تفسیر شوند. ثانیاً، قواعد حل تعارض کلاً از قواعدی هستند که با اصل حاکمیت کشورها مربوط می‌شوند و بنابراین چنین قواعدی نمی‌توانند اختیاری باشند. ثالثاً، سیاق عبارات ماده حکایت از غیراختیاری بودن آن دارد. رابعاً، علاوه بر صراحت مذاکرات نمایندگان مجلس در خصوص تصویب ماده ۹۶۸، تغییر شکل ماده از متون مشابه خارجی آن حکایت از آن دارد که قانونگذار قصد خاص محدود کردن ایرانیها در انتخاب قانون حاکم بر قراردادشان را داشته است گرچه ناقص و حتی دور از منطق حقوقی به نظر آید. لذا نمی‌توان با اختیاری تفسیر کردن این ماده آن هدف قانونگذار را نادیده گرفت یا از میان برد.

تحلیل ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی

قانون داوری تجاری بین المللی در سال ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این قانون، از قانون نمونه داوری آنسیترال سال ۱۹۸۵^{۱۱} اقتباس و در نه فصل و ۳۶ ماده تنظیم گردیده است.^{۱۲}

ماده ۲۷ این قانون با عنوان «قانون حاکم»، قاعده حل تعارض مربوط به ماهیت اختلاف قراردادی می باشد. این ماده تقریباً جامع کلیه موضوعات مربوط به تعارض قوانین مربوط به قراردادی است که به داوری ارجاع می شود. در ذیل به بررسی موضوعات مندرج در این ماده می پردازیم. قبل از آن، توضیح دو نکته ضرورت دارد، یکی آن که این ماده معادل ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال است.^{۱۳} در واقع به نظر می رسد ترجمه

11. UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION,
Adopted by the United Nations Commission On International Trade Law, 21 June 1985.

۱۲. برای اطلاعات بیشتر دیده شود: افتخارجهرمی، دکتر گودرز، تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران: دستاوردهای آن در حوزه داوری بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷-۲۸، ۱۳۷۸، ص ۲۸ به بعد؛ سیفی، دکتر سیدجمال، الزامات قانونی ناشی از قانون جدید ایران در خصوص داوری تجاری بین المللی (به زبان انگلیسی)، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷-۲۸، ۱۳۷۸، ص ۱۱۱.

13. ARTICLE 28. RULES APPLICABLE TO SUBSTANCE OF DISPUTE.

- (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of the that State and not to its conflict of laws rules.
- (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.
- (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

آن ماده به صورت ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. لذا در بررسی این ماده ۲۷ می‌توان از مباحثات و نظریات و رویه‌های بین‌المللی در خصوص ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسترال استفاده نمود. نکته دیگر آن است که اقتباس ماده ۲۷ از ماده ۲۸ به‌طور ناقص صورت گرفته یا این که ترجمه فارسی وارد شده در قانون داوری تجاری بین‌المللی به‌نظر دقیق نمی‌رسد.^{۱۴} دو اختلاف عمده ظاهری و مفهومی بین متن انگلیسی ماده ۲۸ و ترجمه وارده در ماده ۲۷ به چشم می‌خورد که در بررسی ماده ۲۷ باید بدان توجه شود.

الف - در ماده ۲۷ آمده:

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

۱۴. متأسفانه تنها ترجمه انگلیسی از این ماده که در مجموعه ای به صورت ترجمه کامل از قانون داوری تجاری بین‌المللی موجود می‌باشد، وافی به مقصود نیست و با متن فارسی آن قانون و یا با متن قانون نمونه داوری آنسترال تطبیق نمی‌کند. آن ترجمه چنین است:

Article 27- Applicable law

1- The arbitrator shall take a decision under the legal rules which the parties have selected in respect of merit of the dispute.

Determination of law or legal system one certain state in any way made, shall be considered as a reference to substantive rules of that state, the conflict of laws rules shall not include this rule, unless the parties have agreed otherwise.

2- In case of lack of determination of the applicable law by the parties, the arbitrator shall legally examine the merit of dispute that he recognizes it as appropriate under the conflict of laws rules.

3- The arbitrator may decide according to what is just and good (ex aequo et bono), if the parties have explicitly allowed it.

4- The arbitrator shall take a decision in all cases under the contractual clauses and shall take into consideration the commercial usages of the subject of issue.

«تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود».^{۱۵}

عبارت جمله دوم (خط کشی شده) این متن نامفهوم است و با متن انگلیسی تطبیق نمی‌کند. به جای آن، ترجمه صحیح «... و نه به قواعد تعارض قوانین آن» باید باشد.

ب - در بند ۲ ماده ۲۷ آمده:

«در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین «داور» براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد».^{۱۶}

براساس متن انگلیسی بند ۲ ماده ۲۸، عبارت قسمت خط کشی شده اگر چنین باشد، «دیوان داوری براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که توسط قواعد تعارض قوانینی که قابل اعمال تشخیص دهد، تعیین گردد»، واضح و گویاتر خواهد بود.

و اما موضوعات مندرج در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی

ایران:

الف: استقلال یا آزادی اراده

در ماده ۲۷ اجازه داده می‌شود که طرفین یک انتخاب قانون الزام‌آور برای حکومت بر اختلافشان داشته باشند. این انتخاب نه تنها ممکن

۱۵. خط کشی برای تأکید و از نویسنده می‌باشد.

۱۶. خط کشی برای تأکید و از نویسنده می‌باشد.

است انتخاب قانون یک کشور باشد (که هیچ ارتباطی هم با قرارداد نداشته باشد) بلکه طرفین می‌توانند «قواعد حقوقی (قانونی)» بیش از یک سیستم حقوقی را انتخاب کنند، یا تصمیم بگیرند که اختلافشان براساس یک عهدنامه بین‌المللی یا یک قانون متحدالشکل که هنوز به اجرا درنیامده است رسیدگی شود، یا مایل باشند که قسمتهایی از قانون کشورهای مختلف بر دعویشان حاکم باشد، یا قانون کشورهای مختلف بر جنبه‌های مختلف رابطه قراردادی آنها حاکم باشد.^{۱۷} یک چنین اختیار وسیع به طرفین قرارداد براساس عبارت «قواعد حقوقی» به کار گرفته شده در این ماده است که به‌جای واژه «قانون» یک کشور در قواعد داوری آنسترال ۱۹۷۶ برگزیده شده است.^{۱۸}

در این ماده اشاره ای بر این که آیا انتخاب طرفین باید صرفاً صریح باشد یا انتخاب ضمنی هم پذیرفته خواهد شد وجود ندارد. اما، به نظر می‌رسد انتخاب قواعد حقوقی (قانونی) توسط طرفین می‌تواند صریح باشد یا ضمنی. یعنی چنان چه داور از شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال حاکم بر قضیه کاملاً مطمئن شود که طرفین قانون حاکم بر اختلاف را انتخاب کرده‌اند (انتخاب ضمنی)، همان را اعمال خواهد نمود بدون این که وارد بحث فقدان انتخاب شود.^{۱۹}

17. Dépeçage.

18. UNCITRAL Arbitration Rules (1976). See, Commission Report A/40/17, pp.804-05; Fourth Working Group Report A/CN.9/245, para 94, p.781. Article 33(1) reads: "The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute"

برای متن کامل قواعد داوری آنسترال ۱۹۷۶، ببینید: مجله حقوقی، شماره سوم، پاییز ۵۴ ص ۱.

19. See, H.R. Nikbakht, Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, Revue de Recherche Juridique, Nos. 27-28, 1378, p.135 at pp.145-146.

باید به خاطر داشت که این آزادی وسیع تنها برای طرفین وجود دارد. در صورت فقدان انتخاب قواعد قانونی توسط آنها، دیوان داوری در تعیین قانون حاکم محدود خواهد بود. اولاً، باید به قواعد حل تعارض رجوع نماید، ثانیاً، «قانون» و «نه قواعد قانونی» را که آن قواعد حل تعارض معین می‌نماید اعمال خواهد کرد.^{۲۰}

ب: منع احاله

در بند ۱ ماده ۲۷ تصریح گردیده است که هر قانون یا سیستم حقوقی کشوری که تعیین می‌شود، به معنای قواعد ماهوی [مادی] آن کشور می‌باشد و قواعد حل تعارض آن را شامل نمی‌شود. این بدان معناست که چنانچه فرضاً طرفین قانون کشور خاصی را به عنوان قانون حاکم بر دعوی خود انتخاب کرده باشند یا در فقدان انتخاب آنها دیوان داوری با اعمال قواعد حل تعارض مناسبی قرار شود که قانون کشور خاصی را اعمال نماید، قواعد مادی آن کشور را اعمال خواهد کرد و به قواعد حل تعارض آن کشور مراجعه نخواهد نمود و لذا وقتی به این قواعد مراجعه نشود دیگر احاله مطرح نخواهد شد.

ج: قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین

بند ۲ ماده ۲۷ چگونگی تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین را بیان می‌نماید. همانگونه که قبلاً ذکر گردید، نحوه نگارش عبارت

مقاله نویسنده در مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۸-۲۷، ۱۳۷۸، صص ۱۴۶-۱۴۵.
۲۰. توضیحات بیشتر را در ذیل، در قسمت ج، ببینید.

این بند که معادل بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال ۱۹۸۵ می‌باشد، ایجاد ابهام می‌نماید. مشخص نیست که منظور از قواعد حل تعارض مذکور در این بند کدام قواعد حل تعارض است؟ آیا قواعد حل تعارض محل داوری (ایران) است، یا قاعده حل تعارض کشور دیگر یا قاعده حل تعارضی که در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است. برای رفع ابهام شاید بتوان از همان قاعده ماده ۲۸ آنسیترال که قانون ایران از آن الهام گرفته یا اقتباس گردیده است، کمک گرفت. براساس آن قواعد، داور قانون حاکم را تعیین خواهد کرد، آنهم براساس قواعد حل تعارض مناسب. به عبارت دیگر، این ماده قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در فقدان تعیین قانون حاکم توسط طرفین را، قانونی می‌داند که داور آن را به موجب قواعد حل تعارضی که مناسب تشخیص دهد، تعیین خواهد کرد. این بند داور را ملزم می‌نماید همانند قاضی دادگاههای ملی، با مراجعه به قاعده حل تعارض به‌طور غیرمستقیم، قانون حاکم را معین نماید و اجازه نمی‌دهد که او با اختیار خود و بدون مراجعه به قاعده حل تعارض، قانون حاکم را تعیین نماید.

علیرغم بند ۱ که به طرفین اجازه می‌دهد هر قانون یا قواعد حقوقی را که مایلند مستقیماً انتخاب نمایند، در پاراگراف ۲ آزادی محدودتری به دیوان داوری یا داور داده شده است. همانطور که قبلاً گفته شد اولاً، آن را ملزم می‌نماید که به قواعد تعارض قوانین رجوع نماید، ثانیاً، با ارجاع به قواعد حل تعارض یک سیستم حقوقی، باعث می‌شود داور لزوماً یک قانون ملی را بر اختلاف اعمال نماید و نه قواعد حقوقی یا قانونی که تنها در سطح بین‌المللی وجود دارد. در همین جهت است که در متن این بند

اشاره به «قانون» معین شده توسط قواعد حل تعارض دارد و نه به «قواعد حقوقی».^{۲۱}

به نظر می‌رسد این طریقه قابلیت پیش‌بینی و اطمینان بیشتر را دربر دارد و باعث می‌شود که دیوان داور برای انتخابش دلیل ارائه نماید.^{۲۲} با اختیار کلی که به داور داده می‌شود که براساس هر قواعد حل تعارضی که مناسب می‌داند قانون حاکم را تعیین نماید، معمولاً داوران طبق قواعد حل تعارضی که در سیستمهای حقوقی پیشرفته یا عهدنامه‌های بین‌المللی وجود دارد عمل خواهند کرد. به عنوان مثال ماده ۴ عهدنامه ۱۹۸۰ رم و ماده ۹ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی)، هر دو درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی قانون حاکم را در فقدان انتخاب طرفین، قانون کشور نزدیکترین ارتباط می‌دانند.^{۲۳} لذا این احتمال ضعیف است که داور از قواعد حل تعارض سنتی که قاضی یا داور را به قانون محل انعقاد، محل اجرا، اقامتگاه یا کشور متبوع طرفین قرارداد ارجاع می‌دهد، استفاده نماید.

۲۱. گفته شده است واژه «قانون» به جای «قواعد قانونی» استفاده شده در بند ۲ از ماده ۲۸، بدین لحاظ بوده است که قواعد حل تعارض سیستمهای حقوقی ملی هنوز «قواعد قانونی» را برای اعمال بر ماهیت اختلافات نپذیرفته اند - دیده شود:

Commission Report, A/40/17, para 239, p. 807 infra.

22. See Commission Report, A/40/17, para, 236, p.800 et seq.

۲۳. برای توضیحات بیشتر، ببینید: نیک بخت، دکتر حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲-۲۱، ۱۳۷۶، صص ۲۱۲-۲۰۸.

د: تصمیم‌گیری براساس عدل و انصاف یا کدخدامنشانه^{۲۴}

در بعضی از سیستمهای حقوقی حل و فصل اختلافات براساس عدل و انصاف یک روش پذیرفته شده می‌باشد، و در برخی نیز روش کدخدامنشانه به‌عنوان روشی متفاوت با طریقه عدل و انصاف معمول است. البته در بعضی سیستمها فقط تفاوت در انتخاب دو واژه می‌باشد.^{۲۵}

بند ۳ از ماده ۲۷ نیز، چنانچه طرفین توافق داشته باشند که دیوان داورى براساس عدل و انصاف یا کدخدامنشانه تصمیم بگیرد، بر این توافق ترتیب اثر می‌دهد.

از آثار مثبت به رسمیت شناختن این روش تصمیم‌گیری در داورى آن است که علاوه بر آن که روشی را که در بعضی از سیستمهای حقوقی وجود دارد منع نمی‌نماید (آن را مجاز می‌شمارد)، باعث کم‌اهمیت نمودن محل داورى در داورى‌های تجاری بین‌المللی می‌شود و لذا طرفین می‌توانند هر محلی را با اطمینان خاطر برای داورى خود انتخاب کنند و دیوان داورى در آنجا براساس توافق طرفین (به صورت کدخدامنشانه یا عدل و انصاف) رأی صادر خواهد نمود.

ه: اعمال عرف و رسم بازرگانی

بند ۴ ماده ۲۷ مقرر می‌دارد که داور براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد نمود و عرف بازرگانی در معامله مربوطه را در نظر خواهد داشت. درخصوص این بند ۲ سؤال مطرح است.

24. Ex aequo et bono or amiable compositeur.

25. See Second Working Group Report. A/CN.9/232, para 169, p.780 et seq.

۱- چنانچه شرایط قرارداد خلاف صریح قانون یا قواعد آمره ایران (موضوع مواد ۱۰ و یا ۹۷۴ قانون مدنی) باشد آیا باز هم داور شرایط قرارداد را ترجیح خواهد داد؟ ماده ۳۴ قانون داورى تجارى بين المللى كه موارد بطلان رأى داورى را پيش بينى مى نمايد، در بند ۲ مقرر مى دارد: «۲- در صورتى كه مفاد رأى مخالف با نظم عمومى يا اخلاق حسنه كشور يا قواعد آمره اين قانون باشد». گرچه قسمت اخير اين بند اشاره به «... قواعد آمره اين قانون...» دارد، ممكن است گفته شود چنانچه داور شرایط قرارداد را كه خلاف صریح قانون یا قواعد آمره باشد معتبر در نظر گرفته و رأى صادر نماید، این رأى براساس این بند باطل و غیرقابل اجرا خواهد بود، یعنی به طور غیرمستقیم به چنین شرطی ترتیب اثر داده نخواهد شد.

۲- آیا عرف بازرگانی مشخصی برای معاملات وجود دارد و اگر وجود دارد آیا در همه سیستمهای حقوقی به طور متحدالشکلی به رسمیت شناخته شده و دارای آثار یکسان در همه سیستمهای حقوقی می باشد؟ در این خصوص نظریات مختلف وجود دارد،^{۲۶} قابل ذکر است که چنین قاعده‌ای قبلاً در قواعد داورى آنسىترال^{۲۷} و عهدنامه اروپایی در خصوص

۲۶. به عنوان نمونه دیده شود:

C.W.O. Stoecker, *The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?*, *J. Int. Arb.* v. 7, No.1, 1990, p.118; O.Lando, *The Lex Mercatoria in Interantional Commercial Arbitration*, 34 *ICLQ*, 1985, 747; *LIAMCO v. Government of the Libyan Arab Republic*, 1981, 62 *Int.L.R.* 140; *Kuwait v. Aminoil*, 1984, 64 *Int.L.R.* 518.

27. *UNCITRAL Arbitration Rules*, Art.33 (3).

داوری تجاری بین‌المللی^{۲۸} پذیرفته شده است. همچنین ماده ۹ عهدنامه سازمان ملل در خصوص قراردادهای فروش و بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)^{۲۹} عرف بازرگانی را به رسمیت شناخته است.

۳

آیا ماده ۹۶۸ ق.م. با ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى نسخ گردیده است؟

چنانچه نسخ قانون را عبارت از سلب اعتبار قانون توسط قانونگذار بدانیم و صور معمول نسخ قوانین را در نظر بگیریم که ممکن است صریح و ضمنی باشد و این که قوانین ناسخ و منسوخ باید از یک جنس (مربوط به یک موضوع و یک مرجع رسیدگی) باشند یا نسبت به یکدیگر عام و خاص باشند،^{۳۰} ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى مصوب ۱۳۷۶ ناسخ ماده ۹۶۸ قانون مدنى مصوب ۱۳۱۳ نمى‌تواند باشد. ماده ۹۶۸ ق.م. قاعده حل تعارض مربوط به دادرسی‌های (رسیدگی‌های) قضایی یا دادگاهها، و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين المللى قاعده حل تعارض مربوط به رسیدگی‌های داورى یا دیوانهای داورى می‌باشد. قاعده اول متناسب با ماهیت دادگاهها که مراجع دولتی هستند بوده و قاعده دوم متناسب با

28. European Convention on International Commercial Arbitration, Art VII(1), 484, U.N.T.S 349 (Geneva 1961).

29. United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods (Vienna 1980).

۳۰. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ دوازدهم، ۱۳۶۹، انتشارات مدرس، ص ۱۷۵ به بعد.

ماهیت دیوان داورى که مراجع خصوصى و منتخب یا محصول اراده طرفین مى باشد.

حتى اگر فرضاً، ماده ۹۶۸ قانون مدنی را عام و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین المللى را خاص بدانیم، قانون عام سابق فقط در محدوده قانون خاص جدید نسخ ضمنى شده و غیر قابل اعمال خواهد بود، به عبارت دیگر قانون خاص جدید اجرائى حکم عام سابق را در مورد خاص نمى پذیرد.^{۳۱}

با این نگرش به ماده ۹۶۸ ق.م. و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین المللى، در عمل برای یک موضوع اختلاف (اختلاف قراردادى بین المللى) در دو مرجع (دادگاه و دیوان داورى) در یک کشور و یک سیستم حقوقى، دو قاعده حل تعارض کاملاً متفاوت وجود خواهد داشت که مى تواند منتهى به دو نتیجه مختلف در حل اختلاف مزبور شود. يعنى، مثلاً در یک قرارداد بین المللى که طرفین قانون کشور X را انتخاب کرده اند و محل انعقاد آن قرارداد کشور Y مى باشد، چنانچه اختلاف به داورى در تهران برده شود و داورى براساس قانون داورى تجارى بین المللى ایران تشکیل شود، قانون حاکم، قانون کشور X (طبق ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین المللى) خواهد بود، اما چنانچه همین اختلاف به دادگاههای تهران (ایران) برده شود، قانون حاکم، قانون کشور Y خواهد بود. به عبارت دیگر، اگر طرفین اختلاف، داورى را به عنوان وسیله حل اختلاف خود انتخاب کنند، آزادى اراده آنها در تعیین قانون حاکم بر قراردادشان پذیرفته مى شود، اما چنانچه به دادگاه مراجعه نمایند آزادى اراده آنها پذیرفته

۳۱. همان منبع.

نخواهد شد. به نظر می‌رسد این تعارض در قانونگذاری باشد که بهتر است در جهت ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی حل شود.

۴

نتیجه‌گیری

وجود ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی در قوانین ما اکنون باعث پیدایش دو قاعده حل تعارض متفاوت در خصوص (تعهدات مربوط به) قراردادها در سیستم حقوقی ایران شده است. براساس یکی (ماده ۹۶۸ ق.م.) ایرانیهای طرف قراردادهای بین‌المللی اختیار تعیین قانون حاکم بر قراردادشان را ندارند و براساس دیگری (ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی) این اختیار در حد وسیعی به آنها داده شده است.

در خصوص استقلال یا آزادی اراده ایرانیها در قراردادهای بین‌المللی، در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، چنانچه بپذیریم که قانونگذار در زمان تصویب این ماده در سال ۱۳۱۳، در اندیشه قراردادهای منعقد در ایران بوده و نظر آن این نبوده است که ایرانیها را از انتخاب قانون حاکم بر قراردادشان محروم نماید، اولاً، منطوق و کلیت این ماده چنین نمی‌نماید، ثانیاً، به نظر نمی‌رسد قانونگذار واقعاً قصد تفکیک قراردادهای بین‌المللی (منعقد در ایران و منعقد در خارج از ایران) را داشته است، ثالثاً، اگر فرض کنیم در خصوص قراردادهای منعقد در ایران ماده ۹۶۸ ق.م. اعمال گردد و در مورد قراردادهای منعقد در خارج براساس ماده ۱۰ قانون مدنی عمل

شود، الف) ماده ۹۶۸ ق.م. باعث می‌شود که قراردادهای ایرانیها کمتر در ایران منعقد شوند و طرفین این قراردادها برای حاکم گرداندن قانون موردنظر خود سعی خواهند کرد قرارداد مربوطه را در خارج از ایران منعقد نمایند، یا با زحمت قواعد قانون خارجی مورد نظر خود را در قرارداد درج نمایند (incorporation، ب) غرض قانونگذار از تفکیک قراردادها بی‌معنا یا مبهم خواهد بود. بنابراین تردیدی باقی نمی‌ماند که ماده ۹۶۸ ق.م. یک قاعده کلی حل تعارض قراردادها (تعهدات قراردادی) در سیستم حقوقی ایران است و افراد نمی‌توانند از آن عدول نمایند، و اثر آن محروم نمودن ایرانیها از انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی‌شان می‌باشد. به علاوه نسبت به این ماده مسائل دیگری نیز مطرح می‌باشند که نیازمند پاسخ صریح و رفع ابهام می‌باشند، از قبیل این که: موضوعات مربوط به تعهدات ناشی از عقود چه هستند؛ انتخاب ضمنی چیست؛ آیا انتخاب صریح طرفین می‌تواند هر قانونی (از جمله قانون کشوری که ارتباطی با قرارداد ندارد) را شامل شود؛ آیا احاله منع شده است؛ آیا عرف و رسم تجاری یا قواعد فراملی پذیرفته شده است؟ در این صورت ماده ۹۶۸ قانون مدنی قاعده‌ای ناقص و نامتناسب با نیازهای امروز جامعه حقوقی و تجاری ایران است.

از طرف دیگر با تصویب قانون دאوری تجاری بین‌المللی در سال ۱۳۷۶ توسط مجلس شورای اسلامی، در ماده ۲۷ آن قانون، گرچه صورت مصوب آن دارای نواقص و ابهامات نگارشی می‌باشد (البته با تطبیق با اصل آن، یعنی با قانون نمونه دאوری آنسیتراال ۱۹۸۵، قابل حل می‌باشد)، با اندکی مسامحه می‌توان گفت سؤالات یا ابهامات موجود در ماده ۹۶۸ قانون

مدنی، مطرح نیستند. قانونگذار با توجه به قواعد جدید و به روز در جهت توسعه تجاری اقتصادی ایران حرکت نموده و در واقع با توسعه تجارت و اقتصاد بین‌الملل همگام گردیده است. در یک چنین وضعیتی به نظر می‌رسد که مناسب نباشد در یک سیستم حقوقی دو قاعده حل تعارض ناهمگن و در عمل متعارض با یکدیگر وجود داشته باشد. بنابراین شایسته خواهد بود قاعده حل تعارض مذکور در ماده ۹۶۸ ق.م. مورد بازنگری قرار گرفته و در راستای قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران متحول گردد.