

قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد

دکتر فرهاد خمایی زاده*

چکیده

یکی از محدودیت‌هایی که در رابطه با آزادی طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر آن مطرح شده، الزام ایشان به انتخاب یک قانون ملی می‌باشد؛ در حالی که قوانین ملی ممکن است به حد کافی جامع و پیشرفته نبوده و مناسب برای حل مشکلات و مسائل ناشی از قرارداد به نحو مطلوب نباشند. اگر چه محاکم ملی بر لزوم انتخاب یک قانون ملی در این رابطه اصرار دارند مع ذلک داورهای تجاری بین‌المللی تمایل رو به رشدی در احترام به انتخاب قواعد غیردولتی داشته‌اند.

واژگان کلیدی: قرارداد، اصل حاکمیت اراده، قانون حاکم بر قرارداد، قواعد دولتی، قواعد غیردولتی.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۱- مقدمه

اختیار طرفین یک قرارداد بین‌المللی یعنی قرارداد دارای عامل خارجی^۱، در تعیین قانون حاکم^۲ بر آن که در قالب اصل حاکمیت اراده^۳ عنوان شده در حقوق اکثر کشورها پذیرفته شده و در کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در رابطه با قانون حاکم بر تعهدات قراردادی بین کشورهای عضو جامعه مشترک اروپا^۴ درج گردیده ولی، حدود اختیار مذکور همواره مورد بحث بوده است. یکی از محدودیت‌هایی که در این رابطه مطرح شده لزوم انتخاب قانون دولتی^۵ و ناشی از یک حاکمیت است و نه هر نوع مقرراتی که خود طرفین برای اعمال بر روابط قراردادی خود ایجاد نموده‌اند و یا مقررات غیردولتی دیگر که به وسیله مؤسسات و نهادهای خصوصی ایجاد شده‌اند.

در این رابطه نظریات مختلفی از سوی حقوقدانان مطرح شده‌است. در قوانین کشورها یا کنوانسیون‌هایی نیز که حق طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قراردادها را پذیرفته‌اند، معمولاً حق مذکور به طور کلی و

۱. مع ذلک بعضی معتقدند که تفاوت یک بیع داخلی با یک بیع بین‌المللی تنها در وجود یک عنصر خارجی در بیع بین‌المللی نیست و این دو اختلافات دیگری نیز دارند. رک. اسکینی، دکتر ربیعا، «منابع حقوقی بیع تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۷، زمستان ۱۳۶۵، ص ۸ به بعد.

2. Loi Applicable; Applicable Law; Governing Law.

3. Autonomie de la Volonte. Loi d'Autonomie; Party Autonomy, Freedom of Choice.

4. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980.

این کنوانسیون از اول آوریل ۱۹۹۱ به مرحله اجرا درآمده است. برای مطالعه این کنوانسیون رک. پل، لاگارد، "حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹۸۰"، ترجمه اشتری، دکتر محمد، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.

در مورد انتخاب قانون حاکم ذکر شده و لذا هر چند این گونه قواعد معمولاً به صورتی تفسیر شده‌اند که طرفین قرارداد را ملزم به انتخاب قانون دولتی یک کشور می‌نمایند، مع ذلک در مواردی هم از آنها چنین برداشت شده که طرفین قرارداد انتخاب هر گونه قواعد و مقررات دولتی یا غیردولتی را دارند.

در مقاله حاضر پس از معرفی مختصر اصل حاکمیت اراده، ابتدا انواع قواعد غیردولتی، روش‌های انتخاب این قواعد و نظریات عنوان شده در رابطه با لزوم یا عدم لزوم دولتی بودن قواعد تعیین شده به وسیله طرفین قرارداد تشریح و سپس مواضع متخذه در حقوق کنوانسیون، حقوق داخلی کشورها، آرای محاکم بین‌المللی و داوری‌های تجاری بین‌المللی مورد بررسی قرار خواهند گرفت. در خاتمه از مباحث عنوان شده نتیجه‌گیری خواهد شد.

۲- پیدایش و تحول اصل حاکمیت اراده

هنگامی که یک تبعه کشور (الف) با یک تبعه کشور (ب) قراردادی را در کشور (ج) منعقد می‌نمایند که به موجب آن (الف) کالایی را به طرف مقابل می‌فروشد و قرار می‌شود که مبیع در کشور (د) تحویل خریدار گردد، تعیین اینکه چنین قراردادی اصولاً به موجب قانون کدام کشور باید ایجاد شود، شرایط و آثار آن را کدام قانون مشخص خواهد کرد، کمال اهمیت را دارد. از زمان طرح این مسئله راه‌حل‌های مختلفی برای آن پیشنهاد شده و با گذشت زمان و توسعه تجارت بین‌المللی روز به روز اهمیت و لزوم یافتن راه‌حل مناسب در این رابطه، که هم متضمن

رعایت اراده طرفین و هم متناسب با مقتضیات خاص حاکمیت باشد، بیشتر مشهود شده است.

قدیمی ترین عامل ارتباط متخذه در این رابطه محل انعقاد قرارداد^۶ بوده و به وسیله مکتب ایتالیایی که نخستین مکتب تعارض قوانین است^۷، در قرون وسطی پیشنهاد شد. گرچه این راه حل مورد استقبال بسیاری از سیستم های حقوقی قرار گرفته، مع ذلک تحت تأثیر قاعده آزادی اراده طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر آن که متعاقباً مطرح شد، واقع و از رونق آن کاسته شد.

در واقع تا قبل از قرون وسطی قرارداد برای اینکه معتبر و قابل اجرا باشد باید به اشکال معینی منعقد می شد و آزادی اراده در رابطه با ایجاد و آثار آن وجود نداشته است. از قرن ۱۲ میلادی به تدریج موضوع تأثیر اراده در قراردادها مطرح و مورد پذیرش واقع گردید. یکی از علل مهم این امر را می توان ظهور مسیحیت و حاکم شدن قانون کلیسا دانست که

6. *Lex Loci Contractus*.

در توجیه این راجل از جمله عنوان شده که سبب اعتبار هر قرارداد، هر چند به قوانین کشورهای دیگر نیز مرتبط باشد در آغاز بدین مناسبت است که توافق طرفین درباره آن در کشوری معین صورت گرفته و شمول قوانین آن کشور نسبت به آن نیز در این واقعیت نهفته که انعقاد آن در آن کشور رخ داده است. از این رو احترام این قاعده، یعنی قابل اجرا بودن قانون محل وقوع عقد درباره آن همچنان محفوظ است، مگر آنکه معلوم گردد در وقوع عقد در آن کشور عاملی جز تمایل طرفین به فرار از حاکمیت قوانین نامساعد کشورهای که قرارداد با آنها مرتبط بوده در میان نبوده یا جهتی خاص اجرای قانون کشوری دیگر را درباره آن ایجاب نماید. سلجوقی، دکتر محمود، "حقوق بین الملل خصوصی"، جلد دوم - تعارض قوانین، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۴۱۰.

قانون محل اجرا (*Lex Solutionis*) و قانون متبوع طرفین قرارداد نیز از جمله مهمترین راه حل های دیگری بوده اند که به موازات قانون محل انعقاد قرارداد در کشورهای مختلف اعمال شده اند.

۷. این مکتب را مکتب شارحان حقوق رم نیز نامیده اند. برای مطالعه بیشتر در رابطه با تاریخچه تعارض قوانین رک. الماسی، دکتر نجادعلی، "تعارض قوانین"، چاپ چهارم، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵، ص ۳۸.

لزوم احترام به تعهدات، از سوی متعهد و عقوبت الهی وی در صورت تخلف از انجام تعهدات صرف نظر از اینکه قرارداد موجب تعهد به چه شکلی منعقد شده باشد، را مطرح نمود. به علاوه رونق اقتصادی در قرون وسطی ایجاب می نمود که صرف توافق طرفین به عنوان مبنای ایجاد تعهد مورد پذیرش واقع شود، چنانکه محاکم ایتالیا در قرن ۱۴ میلادی طبق قواعد عدالت حکم می دادند و در اجرای عدالت فرقی بین عقود شکلی و سایر تعهدات قائل نمی شدند.^۸

شارل دومولن که در قرن ۱۶ میلادی برای اولین بار اختیار طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر آن را مطرح نمود، معتقد بود که قرارداد مخلوق اراده طرفین و در واقع نوعی محدودیت ارادی حقوق متعاملین است، لذا منطق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند.^۹ متعاقباً روشوس کورتیوس* از متأخرین مکتب مذکور در همین راستا علت اجرای قانون محل انعقاد قرارداد را این دانست که "طرفین به طور ضمنی به اجرای قانون آن محل رضایت داشته اند".^{۱۰}

۸. حائری، مسعود، "مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی ایران"، چاپ دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۳، ص ۱۲ به بعد.

۹. الماسی، دکتر نجادعلی، همان منبع، ص ۲۰۵. به نظر بعضی دومولن اعمال اصل حاکمیت اراده را صرفاً در رابطه با قواعد اختیاری (Suppletive) جایز می دانسته و نه قواعد آمره (Imprative). رک.

Level. P., "Le contrat dit sans Loi", Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1964-66, p.15.

*- Rochus Curtius.

۱۰. الماسی، دکتر نجادعلی، همان منبع.

این گونه توجیهات نخستین گام‌ها در جهت پذیرش قاعده آزادی اراده و اختیار طرفین یک قرارداد برای تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی‌شان تلقی گردیده است. در قرون ۱۸ و ۱۹ اندیشه حاکمیت اراده به منتهی درجه اهمیت رسید، تا جایی که فلاسفه قرن ۱۸ فرانسه اراده را منشأ تمام حقوق می‌دانستند، خواه به طور مستقیم در قرارداد یا به طور غیر مستقیم و ضمنی در تعهداتی که به وسیله قانون به شخص تحمیل می‌شود. به نظر ایشان افراد انسان مساوی و آزادند و هر قراردادی که نتیجه مذاکرات آزاد طرفین باشد لزوماً منصفانه است. هر مانع قانونگذاری این تعادل را به خطر می‌اندازد و سبب بی‌عدالتی می‌شود. از نظر اقتصادی نیز آزادی اراده در قرارداد، نیروی ابتکار را در افراد تقویت می‌کند و اصولاً رونق تجارت نتیجه آزادی نامحدود است و مقررات قانونی رکود را به همراه می‌آورد و مانع رقابت و ابتکار می‌شود.^{۱۱}

پس از تدوین قواعد حقوق و حقوق بین‌الملل خصوصی در قرن ۱۹ کماکان قاعده محل انعقاد قرارداد در کشورهای اروپای غربی مرجع شمرده می‌شده و باز هم بعضی این راه‌حل را مبتنی بر قصد ضمنی طرفین تلقی می‌نموده‌اند.^{۱۲} در اواخر قرن ۱۹ اصل حاکمیت اراده در قراردادها به طور صریح در سیستم‌های مختلف حقوقی وارد شد، تاجایی که امروزه از اصول اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب می‌شود^{۱۳} و علی‌رغم

۱۱. شهیدی، دکتر مهدی، "حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات"، جلد اول، چاپ دوم، مجد، ۱۳۸۰، ص ۵۹.

۱۲. به نقل از نیکبخت، حمید رضا، "تعارض قوانین در قراردادها- قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده"، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.

۱۳. نیکبخت، دکتر حمید رضا، "چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی"، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۲۲-۲۱، ص ۱۸۴.

انتقاداتی که به آن وارد گردیده^{۱۴}، در اکثر سیستم‌های حقوقی، کنوانسیون‌های بین‌المللی، آرای صادره از محاکم و داوری‌های بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده‌است؛ به عنوان مثال می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

در کشور فرانسه به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی قراردادهایی که به طور قانونی تشکیل شده‌اند نسبت به اشخاصی که آن را تشکیل داده‌اند جانشین قانون محسوب می‌شوند و برای اولین بار به موجب رأی صادره به وسیله دیوان کشور در ۵ دسامبر ۱۹۱۰ پذیرفته شد که قانون مورد انتخاب طرفین یک قرارداد، حاکم بر ایجاد، شرایط و آثار آن می‌باشد.^{۱۵}

در بلژیک رأی صادره توسط دیوان عالی این کشور در ۲۴ فوریه ۱۹۳۸ اصل حاکمیت اراده را مطرح نمود. در ایتالیا نیز به موجب مقررات مقدماتی قانون مدنی این آزادی برای طرفین قرارداد پیش بینی شده‌است. در جمهوری اسلامی ایران به تبعیت از فقه امامیه^{۱۶} حاکمیت اراده به عنوان

۱۴. از جمله عنوان شده که الزام آور بودن قراردادها به موجب قانونی خاص است که ضمانت اجرا برای آنها در نظر گرفته است و درست نیست که تعیین ضمانت اجرای مذکور به طرفین قرارداد سپرده شود. به علاوه با قراردادن اختیار تعیین قانون حاکم به طرفین قرارداد ایشان می‌توانند از حاکمیت قانونی که بر قرارداد حاکم است بگریزند و به این ترتیب از قانون سلب اختیار می‌شود. در این رابطه رک. سلجوقی، دکتر محمود، همان منبع، صص ۴۲۲-۴۲۱.

15. American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited, Cass.Civ., 5 Dec., 1910. Recueil General des Lois et Arrêts 1911. I, 129.

۱۶. در فقه اسلامی که اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران است، حاکمیت اراده به عنوان یک اصل با عبارت "العقود تابعة للقصد" شناخته شده‌است. شهیدی، دکتر مهدی، همان منبع، ۱۳۸۰، ص ۵۶. مع ذلک در رابطه با سابقه امر در فقه اسلامی عنوان شده که اگرچه اصطلاحاتی نظیر آزادی قراردادها و نظایر آن بین کلمات فقها دیده نمی‌شود، ولی از نظر ماهوی این بحث در فقه وجود دارد و فقها در ضمن مباحثی مانند معاطات، شرایط صحت عقد، لزوم یا عدم لزوم صیغه مخصوصه در عقود، عقد صلح، و بعضاً به طور

یک اصل پذیرفته و اعلام شده است. به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی این کشور "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است" و بنابراین متعاملین اصولاً در انعقاد عقد و ایجاد التزام آزادند و آثار قرارداد نیز وابسته به اراده طرفین آن می باشد.

آرای صادره از داورهای بین المللی نیز همگی حق طرفین قرارداد را در انتخاب قانون مورد نظرشان محترم شمرده اند. از جمله می توان به رأی داور ۱۹۵۸ در پرونده مطروحه بین عربستان سعودی و شرکت آرامکو اشاره نمود که در آن تصریح شد: "در قراردادی که خصوصیت بین المللی دارد، ابتدا باید قانونی که به طور صریح به وسیله طرفین تعیین شده است اجرا شود."^{۱۷} قواعد داورى اتاق بازرگانی بین المللی پاریس (ICC) و قواعد داورى آنسیترال (UNCITRAL) نیز اصل حاکمیت اراده را به طور صریح پذیرفته اند.

در همین رابطه بسیاری از کنوانسیون های بین المللی اختیار طرفین قرارداد برای تعیین قانون حاکم بر قراردادشان را مورد تأکید قرار داده اند. از جمله ماده ۲ کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه در مورد قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین المللی اشیاء منقول مادی مقرر می دارد "قراردادهای بیع تابع قانون داخلی کشور تعیین شده به وسیله طرفین قرارداد است."^{۱۸}

پراکنده در ضمن مباحث دیگر این مسئله را مورد بررسی دقیق قرار داده اند. حائری، مسعود، همان منبع، ص ۱۵.

17. Saudi Arabia v. Arabia American Oil Company (Aramco), 29 Aout 1958, International Law Reports(I.L.R), Vol.27, pp.117-233,165.

18. Convention de La Haye du 15 Juin 1955 sur la Loi Applicable aux Ventes a Caractere International d'Objets Mobiliers Corporels .

همچنین در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در رابطه با قانون حاکم بر تعهدات قراردادی آمده است: "یک قرارداد تابع قانون منتخب طرفین می‌باشد."^{۱۹} در ماده ۵ کنوانسیون لاهه ۱۹۷۸ ناظر بر تعیین قانون حاکم بر قرارداد نمایندگی تصریح شده که "قانون تعیین شده به وسیله اصیل و نماینده در روابط فیما بین حاکم خواهد بود."^{۲۰} در ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۹۴ کشورهای آمریکایی در رابطه با تعیین قانون حاکم بر قراردادها نیز اختیار طرفین در انتخاب قانون حاکم تصریح شده است.^{۲۱}

مع ذلک امروزه با توجه به اینکه عموماً پذیرفته شده که حاکمیت انحصاری دولت‌ها است که تعیین کننده راه‌حل‌های متخذه در زمینه تعارض

Article 2: "La vente est regie par la loi interne du pays designe par les parties contractantes".

19. Article 3: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties".

20. Convention on the Law Applicable to Agency, The Hague, 19 March 1978.

Article 5 : "The internal law chosen by the principal and agent shall govern the agency relationship between them"

21. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, 17 March 1994.

Article 7: "The contract shall be governed by the law chosen by the parties...".

برای موارد مشابه رک.

ماده ۷ کنوانسیون ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ در رابطه با قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی .

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, 22 December, 1986.

ماده ۵ کنوانسیون مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای واسطه‌گری و نمایندگی

Convention sur la Loi Applicable aux Contracts d'Intermediaries et a la Representation.

ماده (۱) ۲۸ قواعد نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵.

United Nations Document A/40/17, Annex 1, as Adopted by the United Nations, Commission on International Law, on 21 June 1985.

برای مطالعه بیشتر درخصوص انعکاس اصل آزادی اراده در قوانین ملی، تصمیمات داوری و عهدنامه‌های بین‌المللی رک. نیکبخت، دکتر حمید رضا، "تعارض قوانین در قراردادهای"، همان منبع، ص ۳۸ به بعد.

ماده (۱) ۱۷ قواعد داوری ICC ۱۹۸۸.

قوانین است، در قوانین کشورهای مختلف ضمن پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها، محدودیتهایی در رابطه با نحوه استفاده از این اختیار برقرار شده است؛ مثلاً در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر شده است تنها در صورتی که طرفین قرارداد از اتباع خارجی باشند انتخاب قانون صریح یا ضمنی ایشان مؤثر خواهد بود. بنابراین در قراردادهای منعقد در ایران که طرفین یا یکی از آنها ایرانی باشند تعیین یک قانون خارجی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد منشأ اثر نخواهد بود.^{۲۲} در مقابل در قراردادهای منعقد در خارج از ایران طرفین چه ایرانی باشند و چه خارجی می توانند قانون مورد نظر خود را انتخاب نمایند.

در انگلستان که تنوری قانون مناسب از سال ۱۸۶۵ میلادی جایگزین قانون محل انعقاد قرارداد گردیده^{۲۳} و به موجب آن به طرفین قرارداد حق انتخاب قانون حاکم بر روابط قراردادیشان اعطا شده، اعمال این حق مشروط به حسن نیت طرفین^{۲۴} و مشروع بودن^{۲۵} انتخاب و عدم مغایرت آن

۲۲. شهیدی، دکتر مهدی، "قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای حقوق بین الملل خصوصی"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱، ص ۳۲؛ سلجوقی، دکتر محمود، "حقوق بین المللی خصوصی، جلد دوم، تعارض قوانین، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۷، ص ۴۱۵.

۲۳. نیکبخت، حمید رضا، "تعارض قوانین در قراردادها"، همان منبع، ص ۲۸.

24. - Bona Fide.

25. Legal.

در این رابطه رک. رأی صادره در پرونده Vita Food Products v. Unus Shipping در ۱۹۳۹. موضوع در رابطه با قانون حاکم بر قرارداد حمل کالا از نیوفوندلند به نیویورک بود. طرفین قرارداد در بارنامه ذکر نموده بودند که قانون انگلیس بر آن حاکم است، در حالی که به موجب قانون حمل و نقل دریایی ۱۹۳۴ نیوفوندلند باید در کلیه بارنامه های صادره تصریح می شد که قواعد کنوانسیون لاهه باید بر آنها حاکم باشد که در بارنامه مورد بحث این امر رعایت نشده بود. مع ذلک به نظر دادگاه انگلیسی قانون مورد انتخاب طرفین می بایستی اجرا شود. همچنین در این پرونده تصریح شد که لازم نیست بین قرارداد و

با نظم عمومی گردیده است. به علاوه بعضی قوانین نیز در این کشور وجود دارد که طرفین یک قرارداد را در رابطه با انتخاب قانون مورد نظر خود در موضوعات خاصی با محدودیت مواجه می‌کنند.^{۲۶} همچنین در نظام حقوقی انگلستان وجود ارتباط واقعی^{۲۷} میان قانون انتخاب شده و قرارداد ضروری شمرده شده است.

در ایالات متحده آمریکا نیز بارها دادگاهها اعلام نموده‌اند که انتخاب قانون باید با حسن نیت باشد یا ساختگی^{۲۸} نباشد.

یکی دیگر از محدودیت‌هایی که در رابطه با اعمال اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطرح شده، لزوم انتخاب قانون ناشی از یک حاکمیت است و اینکه طرفین قرارداد نمی‌توانند قواعد غیردولتی و نشأت گرفته از منابع خصوصی یا قواعدی را که خود تهیه و تنظیم نموده‌اند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد فی‌مابین انتخاب نمایند. شناسایی انواع قواعد غیردولتی و روش‌های انتخاب این قواعد موضوع بحث آتی خواهد بود.

۳- انواع قواعد غیردولتی و روش‌های انتخاب این قواعد

الف- انواع قواعد غیردولتی

قانون منتخب طرفین ارتباط وجود داشته باشد و کافی است که انتخاب با حسن نیت و مشروع بوده و مخالف نظم عمومی نباشد.

۲۶. مثل ماده (۵) ۱۵۳ قانون حمایت از کارگر (مستخدم) (قانون ادغام ۱۹۷۸ Employment Protection (Consolidation Act 1978

به نقل از نیکبخت، دکتر حمید رضا، "تعارض قوانین در قراردادها"، همان منبع، ص ۲۸.

27. Real Connection.

28. Fictive.

رک. سلجوقی، دکتر محمود، همان منبع، ص ۴۱۹.

در پی قائل شدن اختیار تعیین قواعد حاکم بر قرارداد برای طرفین آن، مسئله احتمال تعیین قواعدی غیردولتی توسط طرفین یک قرارداد که منبعث از فردگرایی افراطی^{۲۹} می باشد، مطرح شده است. این قواعد ممکن است به وسیله خود طرفین قرارداد تنظیم شده باشند، مثل "شرایط عمومی بیع" که مجموعه حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار^{۳۰} در آن مشخص شده و توسط خود بازرگانان تهیه شده است. مسلماً این گونه قواعد تا زمانی که طرفین بیع آن را نپذیرفته و اجرا ننموده اند برای ایشان ایجاد الزام نمی نماید.

همچنین قواعد غیردولتی مذکور ممکن است توسط مؤسسات و انجمن های خصوصی تهیه شده باشد. بسیار مرسوم است که طرفین یک قرارداد تجاری بین المللی اعم از اینکه یکی از آنها دولت یا یک مؤسسه تجاری دولتی باشد یا اینکه هر دو واحدهای تجاری خصوصی باشند، توافق نمایند که در صورت بروز اختلاف در روابط قراردادی شان، قواعد متداول در روابط بازرگانان که به حقوق بازرگانی فراملی^{۳۱} موسوم گردیده و همزمان با پیدایش تجارت بین المللی در پایان قرن ۱۱ و اوایل قرن ۱۲ در اروپای غربی شکل گرفته^{۳۲}، به وسیله مرجع رسیدگی کننده که معمولاً داوری است، اجرا گردد. این قواعد را می توان به شرح ذیل طبقه بندی نمود:

29. Individualisme Excessif.

30. Conditions Generales de Vente, Conditions Generales d'Achat.

رک. اسکینی، دکتر ربیعا، همان منبع، ص ۱۲.

31. *Lex Mercatoria*, Usages du Commerce International.

۳۲. این قواعد در واقع ریشه در "*Jus Gentium*" رم دارند. فیلیپ کان نیز در آثار خود به وجود یک سری روابط و نهادهای حقوقی - جامعه بین المللی بازرگانان - در زمینه بیع تجاری بین المللی اشاره نموده است. همچنین Fouchard, F. حقوقی تحت عنوان "*Droit commun des Nations*" را

- قواعد عرفی و مبتنی بر رسوم تجاری تهیه شده به صورت مدون توسط مؤسسات حرفه‌ای خصوصی از قبیل: اتحادیه تجاری ذرت لندن^{۳۳} که در سال ۱۸۷۷ تأسیس شد و قراردادهای نمونه‌ای را بر اساس عرف و عادت تجاری تجارت غله تنظیم نمود و اتحادیه تجاری ابریشم امریکا^{۳۴} که مقرراتی را در زمینه تجارت ابریشم تهیه کرد. به طور کلی این مؤسسات نسبت به شناسایی و جمع‌آوری رسوم و عرف‌های تجاری در رشته‌های مختلف تجاری که سال‌ها مورد عمل تجار بوده و به آن آشنایی دارند، اقدام نموده‌اند.

- قواعد ناشی از اتحادیه‌های بین‌الدولی حرفه‌ای مثل اتاق تجارت بین‌الملل^{۳۵} که از جمله مجموعه اینکو ترمز،^{۳۶} منتشره از سال ۱۹۳۶،

معرفی نموده و نهایتاً عنوان "*Lex Mercatoria*" به این دسته از حقوق اطلاق شده است. اوج قوت این قواعد در کشور انگلستان در قرون ۱۸ و ۱۹ میلادی بوده است.

Nikbakht, Hamid Reza, "Conflict of Laws in International Commercial Arbitration", *Revue de Recherche Juridique*, No. 27-28, Université Chahid Behechti, p 148.

Goldman, B., "La *Lex Mercatoria* dans les Contrats et l'Arbitrage Internationaux: Realite et Perspectives", *Clunet*, 1979, 476.

در رابطه با تاریخچه ایجاد این قواعد رک. ژان شاپیرا، "حقوق بین‌المللی بازرگانی"، ترجمه اسکینی، دکتر ربیعا، چاپ اول، انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، تهران، ۱۳۷۱، ص ۷ به بعد.

33. London Corn Trade Association.

34. Silk Association of America در سال ۱۸۷۳ تأسیس شده است.

35. Chamber of Commerce Internationale.

36. International Commercial Terms.

ابتدا در سال ۱۹۳۶ منتشر شد و سپس در سال‌های ۱۹۵۳، ۱۹۷۴ و ۱۹۸۳، ۱۹۹۰ تجدید چاپ شده است. این مجموعه، قواعد و اصطلاحات اساسی متداول در قراردادهای بیع بین‌المللی را ارائه و تفسیر نموده است. بنابراین اگر دو تاجر در قراردادهای قید نمایند که روابطشان تابع قواعد ۱۹۸۳ اینکو ترمز خواهد بود، در صورت بروز اختلاف، با رجوع به مقررات تعیین شده محدوده حقوق و تعهدات هر یک از ایشان مشخص می‌شود.

مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبار اسنادی^{۳۷} را برای حل مشکلات ناشی از پرداخت‌های بین‌المللی تنظیم و ارائه نموده‌است. مسلماً قواعدی از این قبیل تنها در صورتی در روابط طرفین لازم الاجرا خواهد بود که خود در هنگام انعقاد قرارداد در این مورد توافق نموده باشند. بعضی از مؤسسات نیز نسبت به تنظیم قراردادهای نمونه^{۳۸} مبادرت نموده‌اند که به تعاملین الگویی برای انعقاد قرارداد فیما بین ارائه می‌نمایند.

- قواعد تهیه شده به همت سازمان‌های بین‌الملل عمومی^{۳۹} مثل شورای اقتصادی اروپا^{۴۰}، سازمان ملل متحد یا کومکون^{۴۱} که متشکل از کشورهای اروپای شرقی می‌باشد و مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی^{۴۲} از جمله دستاوردهای مهم مؤسسه اخیر انعقاد کنوانسیون ۱۹۶۴ حاوی قانون متحدالشکل در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی^{۴۳} می‌باشد که قواعد درج شده در آن ممکن است بدون اینکه الزام آور تلقی شوند در دعاوی مطروحه در رابطه با قراردادهای بین‌المللی خارج از محدوده

37. Regles et Usances Uniformes Relatives aux Credits Documentaries.

این مجموعه که اختصاراً U.C.P. نامیده می‌شود پس از آخرین تجدید نظر در سال ۱۹۹۳ امروزه تقریباً توسط اکثریت بانک‌های جهان مورد عمل قرار می‌گیرد و نقش عمده‌ای در تسهیل معاملات تجاری بین‌المللی ایفا می‌نماید.

38. Contracts-Types.

39. Organisations Internationales Publiques.

40. Counceil Conomique pour L'Europe.

41. Comecom.

42. UNIDROIT.

43. Uniform Law on the Sale of Goods of 1964.

مع ذلک این کنوانسیون موفقیت چندانی به دست نیاورد و تنها در تعدادی از کشورهای امضاکننده از جمله بلژیک، انگلستان و ایتالیا به تصویب رسید.

برای مطالعه بیشتر رک. اسکیتی، دکتر ربیعا، همان منبع، ص ۲۳.

کشورهای امضاکننده کنوانسیون مورد استفاده و استناد قرار گیرند. با توجه به عدم موفقیت کنوانسیون اخیر، متعاقباً در سال ۱۹۸۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد در رابطه با قراردادهای بیع بین‌المللی کالاهای منقول^{۴۴} به امضا رسید که طی ۱۱۰ ماده قواعد جدیدی را در رابطه با بیع بین‌المللی و حقوق و تعهدات خریدار و فروشنده مطرح نموده است. مفاد این کنوانسیون‌ها بی‌تردید از منابع مهم حقوق بازرگانی فراملی در زمینه بیع بین‌المللی می‌باشد.

- عرف‌ها و رسوم تجاری غیر مدون. عرف و عادت همواره به عنوان مهم‌ترین منبع حقوق تجارت بین‌الملل تلقی شده‌است و خصوصاً از قرن ۲۰ به طور خاصی مورد توجه قرار گرفته و حتی در مواردی بر قانون ترجیح داده شده است؛ مثلاً به موجب بند ۱ ماده ۹ قانون متحد الشکل ضمیمه کنوانسیون ۱۹۶۴ ناظر بر بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی "طرفین متعهد به رعایت عرف‌ها و رویه‌هایی هستند که صریحاً یا به طور ضمنی بر قراردادهای حاکم نموده‌اند. همچنین باید به روش معمول در روابط فیما بینشان پای‌بند باشند". و در بند ۲ ذکر شده "طرفین همچنین به رعایت مواردی که اشخاص معمولی در شرایط آنها به طور طبیعی در قراردادهای رعایت و بدان عمل می‌کنند متعهد هستند. در صورت تعارض بین این موارد و قانون حاضر، مواد مذکور ارجحیت خواهند داشت مگر اینکه طرفین بر خلاف آن تراضی نمایند".

44. Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandise.

در حقوق داخلی نیز به عنوان مثال می‌توان به ماده ۲۲۵ قانون مدنی ایران اشاره نمود که به موجب آن "متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است". بنابراین حتی اگر طرفین یک قرارداد اجرای قواعد عرفی را پیش بینی ننموده باشند، قاضی ممکن است بر اساس عرفی که تشخیص می‌دهد در مورد روابط قراردادی تصمیم‌گیری نماید. مع ذلک عرف مورد استناد در یک قرارداد تجاری بین‌المللی نباید عرف خاص یک مملکت باشد، بلکه باید عرفی باشد که به جهت رعایت آن به وسیله اکثریت قریب به اتفاق تجاری که در سطح بین‌المللی فعالیت دارند، آگاهی طرفین از آن را بتوان مفروض دانست.^{۴۵}

- اصول کلی حقوقی.^{۴۶} حتی در صورتی که قانون کشور خاصی برای حکومت بر قرارداد تعیین شده باشد ممکن است به عنوان مکمل، به لازم الاجرا بودن "اصول کلی حقوقی" در جریان اجرای قرارداد یا بروز اختلاف بین طرفین تأکید گردد. منظور از اصول کلی حقوقی، قواعد و چارچوب‌هایی است که علی‌رغم اختلافاتی که بین سیستم‌های حقوقی جهان وجود دارد، مورد قبول همه آنها می‌باشد؛^{۴۷} از جمله لزوم وفای به عهد^{۴۸} در جریان

۴۵. به موجب بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون وین ۱۹۸۰ "فرض این است که طرفین در قرارداد و در رابطه با انعقاد آن، به طور صمیمی، عرفی را پذیرفته‌اند که به آن آشنایی داشته‌اند یا می‌بایستی به آن آشنایی داشته باشند و در تجارت بین‌الملل به نحو گسترده‌ای به رسمیت شناخته شده و به طور معمول در قراردادهای مشابه و در رشته تجاری مربوطه مورد عمل طرفین می‌باشد".

46. Principes Generaux du Droit =General Principles of Law.

47. Fonds Commun.

48. Pacta Snt Servanda.

مع ذلک در رأی داوری صادره توسط "Lord Asquith of Bishopstone" عنوان شده که منظور از اصول کلی حقوقی همان اصول حقوقی پذیرفته شده در حقوق انگلیس می‌باشد.

اجرای قرارداد یا اصل ممانعت از دارا شدن بلاجهت.^{۴۹} با توسل به قواعدی از این قبیل مقام رسیدگی کننده به دعوای ناشی از یک قرارداد این امکان را می‌یابد تا از آثار نامطلوب اجرای قانون داخلی اجتناب نماید یا احیاناً نقایص قانون مذکور را جبران نماید. در واقع در این موارد مقام رسیدگی کننده با انجام مطالعات تطبیقی آنچه را که مورد قبول بازرگانان و به طور کلی جامعه تجار بین‌المللی است کشف می‌نماید.

- قواعد منبعث از آرای صادره در محاکم بین‌المللی و داوری‌ها. محاکم قضایی بین‌المللی نقش چندانی در ایجاد قواعد غیردولتی که بتوانند به عنوان بخشی از پیکره حقوق بازرگانی فراملی باشند، ندارند؛ این‌گونه محاکم عمدتاً به موضوعات مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی و حل اختلافات دولت‌ها می‌پردازند.^{۵۰} مع ذلک به عنوان نمونه دخالت محاکم قضایی بین‌المللی در این رابطه می‌توان به تصمیمات متعدد صادره در زمینه امور تجاری توسط دیوان اتحادیه اروپا اشاره نمود که مورد تبعیت دول عضو نیز قرار گرفته‌اند، به نحوی که در حال حاضر آرای صادره از این مرجع یکی از منابع حقوق معاملات بین‌المللی بین کشورهای عضو محسوب می‌گردد.^{۵۱}

Petroleum Development (Trucial Coast)Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi. Int.Comp Law Quarterly (1952), pp.243-261.

به نقل از اسکینی همان منبع، ص ۲۸.

49. Enrichissement Sans Cause.

۵۰. در این رابطه رک. مثال‌های ارائه شده در اسکینی. همان منبع، ص ۳۰.

۵۱. سماواتی، حشمت اله، "حقوق معاملات بین‌المللی"، چاپ اول، ققنوس، ۱۳۷۷، ص ۳۰.

در مقابل، محاکم داوری نقش زیادی را در رابطه با ایجاد قواعد حقوق تجارت بین‌الملل داشته‌اند. بسیاری از قراردادهای تجاری بین‌المللی دارای شرط رسیدگی به اختلافات در داوری هستند؛ راه‌حلی که به موجب رأی صادره توسط مرجع داوری تعیین شده‌ارائه می‌شود در موارد بسیاری ممکن است در آینده توسط طرفین قراردادهای تجاری در مفاد قرارداد گنجانده شود و یا اینکه در پرونده‌های مطروحه در مراجع داوری مورد استفاده واقع شود. به نظر مونتولسکی و براون روزی خواهد آمد که داوری صلاحیت و توانایی ایجاد یک حقوق خصوصی بین‌المللی را پیدا کند و بتواند جانشین حقوق بین‌الملل خصوصی شود.^{۵۲}

ب- روش‌های انتخاب قواعد غیردولتی توسط طرفین قرارداد

- انتخاب صریح. انتخاب طرفین ممکن است به صورت صریح باشد که به دو صورت متصور است. گاهی در یک قرارداد صریحاً داور از اعمال قواعد دولتی و حقوق موضوعه یک کشور منع می‌شود و مکلف به اجرای اصول کلی و عرف‌های تجارت بین‌الملل می‌گردد. سابقه نشان می‌دهد که این انتخاب توسط داوران رعایت شده است.^{۵۳} گاهی نیز طرفین قرارداد

52. "Tendances et Perspectives de l'Arbitrage international", Revue International de Droit Compare, 1957.717.

به نظر میشل ویرالی "گسترش داوری‌های فراملی می‌تواند به ایجاد حقوق مشترکی در زمینه تجارت بین‌المللی کمک نماید که در عین اینکه نقش یک حقوق جانشین را ایفا می‌کند در بعضی موارد جنبه آمره نیز داشته باشد" مع ذلک وی معتقد است "تا وقتی که عملکردهای مشترک محاکم داوری آنچنان منسجم نگردد که اعتبار عادات مسلم را کسب نماید، این دادگاهها قطعاً باید به حقوق خاص ملی توسل جویند". به نقل از سماواتی، حشمت اله، همان منبع، ص ۳۰، پاورقی.

۵۳. در این رابطه رک. آرای داوری ذکر شده توسط Clunet, 1978.997; Derians, Y.

بدون ممنوع نمودن اعمال هر گونه قواعد دولتی اجرای این قواعد را به صورت توأم با قواعد غیردولتی تصریح می‌نمایند. غالباً در این موارد در شرط قراردادی اصل، اجرای قواعد غیردولتی از قبیل اصول کلی حقوقی یا اصول حقوق بین‌الملل است که در واقع جزئی از قواعد بازرگانی فراملی می‌باشند. در این حالت قانون تعیین شده تنها برای پر کردن خلأ قواعد غیردولتی و در صورت عدم تعارض با این قواعد اعمال می‌شود.^{۵۴}

انتخاب ضمنی. روش دیگر، ارجاع ضمنی یا غیرمستقیم طرفین قرارداد به قواعد غیردولتی می‌باشد. ممکن است طرفین در شرط داوری مندرج در قرارداد، بر دخالت یک مصالحه دهنده عادل^{۵۵} توافق و یا بدون اینکه به داور صریحاً اختیار مصالحه مذکور را اعطا نمایند مجموعه قانون و انصاف را بر قراردادشان حاکم نموده باشند. بالاخره عنوان شده که ارجاع به یک داوری بین‌المللی عموماً به خودی خود وسیله‌ای برای بین‌المللی نمودن قرارداد و در نتیجه ارجاع به قواعد کلی حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، حتی اگر ارجاع اخیر صریحاً در قرارداد عنوان نشده باشد.^{۵۶}

البته باید توجه داشت که مسائلی از قبیل اهلیت طرفین قرارداد را داور بر اساس قانون تعیین شده به وسیله سیستم حل تعارضی که برمی‌گزیند^{۵۷} بررسی خواهد نمود؛ مثلاً بر اساس ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران اهلیت طرفین معامله بر مبنای قانون کشور متبوعشان مورد ارزیابی واقع می‌شود.

54. Goldman, B "Lex Mercatoria dans les Contrats et l'Arbitrage Internationaux: Realite et Perspectives", Clunet, 1979, p. 479.

55. La Clause d'Aimable Composition.

56. Goldman, B., ibid., 481.

57. درخصوص نظریات مربوط به سیستم حل تعارضی که باید اجرا شود رک. اسکینی، دکتر ربیعا، همان منبع، ص ۱۹۳ به بعد.

۴- بررسی نظریات مختلف در رابطه با تعیین قواعد غیردولتی

توجیه یا رد اختیار طرفین قرارداد در تعیین قواعد غیردولتی بسته به این است که چه محدوده‌ای را برای اعمال اصل حاکمیت اراده، قائل باشیم. اصولاً از زمان طرح اصل حاکمیت اراده، در رابطه با اعمال آن دو نظریه تعیین کننده محدوده اجرای اصل مذکور بوده است:

- نظریه لیبرالیسم کلاسیک. عده‌ای معتقدند طرفین قرارداد باید در تعیین قانون مورد نظرشان برای حکومت بر روابط فیما بین آزادی مطلق داشته باشند.

- نظریه پوزیتیویسم حقوقی. طرفداران این نظریه معتقدند این حاکمیت است که باید حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را تعیین نماید و دادن اختیار تعیین قانون حاکم بر روابط قراردادی به طرفین را به منزله اعطای قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دانند. بنابراین طرفین قرارداد تنها در چارچوبی که قانونی خاص، مثل قانون کشور محل انعقاد عقد، تعیین نموده می‌توانند از امتیاز اصل حاکمیت اراده استفاده نمایند.

با این ترتیب، چنانچه برای طرفین قرارداد آزادی مطلق قائل باشیم، آنها می‌توانند قواعد غیردولتی را نیز بر قرارداد حاکم نمایند؛ بر عکس اگر قائل شویم که طرفین قرارداد با تعیین قانون حاکم زمینه جاییابی^{۵۸} آن به وسیله قاضی را فراهم می‌کنند غیر ممکن است قراردادی را جدا از حقوق موضوعه یک کشور بپذیریم، زیرا جاییابی دقیقاً ربط به یک سیستم حقوقی

58. Localisation.

در رابطه با هر دو تئوری رک.

Cheshire & North S., "Private International Law", 11 ed.,Batterworths, 1987, p.449

است. در این صورت قرارداد بدون قانون نمی‌تواند وجود داشته باشد. "این قانون منتخب نیست که خصوصیت قراردادی می‌یابد، بلکه قرارداد است که در چارچوب قانون حاکم بر آن قرار می‌گیرد".^{۵۹} نظریه اخیر با رد عقاید آزادی مطلق اراده، معتقد به عدم پذیرش اختیار تعیین قواعدی غیردولتی برای حکومت بر قرارداد است.^{۶۰}

از دید صرف تکنیک قراردادی اینکه ادعا شود طرفین قرارداد توانایی پیش‌بینی همه چیز را دارند و لذا قواعد پیش‌بینی شده در خود قرارداد کافی می‌باشد، بیهوده است.^{۶۱} حتی وقتی که موضوع قرارداد ایجاب می‌نماید که جدا از هر سیستم دولتی باشد - مثل مورد شرکت‌های بین‌المللی - قوانین در نبود یک حقوق مشترک شرکت‌ها، به طور جانشین به یک قانون دولتی ارجاع می‌دهند. به علاوه، قرارداد را نمی‌توان جدا از محل اجرای تعهدات آن تصور نمود. منافع عمومی و منافع ثالث باید حفظ شوند و لذا قرارداد نمی‌تواند جدا از هر قانونی باشد. به نظر باتیفول "وجه مشخصه و مختصات روابط بازرگانی بین‌المللی نمی‌تواند توجیه‌کننده این باشد که قرارداد بین‌المللی به خودی خود کافی است. توسعه روابط بین‌المللی منجر به ایجاد یک جامعه شده است. اگر یک سری روابطی ایجاد می‌شود که نمی‌توان برایشان عامل ارتباط واقع‌گرایانه‌ای یافت این امر ما را به ساخت یک سیستم جدید هدایت می‌نماید: یک سیستم حقوق خصوصی بین‌المللی".^{۶۲}

59. Loussuarn Y., Bourel, Pierre "Droit International Prive", 4ed. Dalloz Paris pp 171-172.

60. Deby-Gerard, F., "Le Role de la Regle de conflit dans le Reglement des Rapports Internationaux", Dalloz, 1973, p. 181.

61. Batiffol, H., "Aspects Philosophiques du Droit International Prive", Paris, 1956, p. 99.

62. Batiffol, H., "Problemes des Contrats Prive Internationaux", Cour de l'Institute des Hautes Etudes Internationales, Paris, 1961-2, p. 110.

نی بوايه در همين رابطه معتقد است که قرارداد لامحاله در قلمرو قانون به خصوصي ايجاد می شود و متعاملين حق ندارند با توافق یکدیگر از قواعد امري اين قانون اجتناب ناپذير تخلف نمایند.^{۶۳} به نظر وی "یک قرارداد چه داخلی باشد و چه بین‌المللی باید به موجب قانونی که بر آن حاکم است معتبر باشد...نبودن قرارداد تحت پوشش هیچ قانونی یک امر غیر معمول است."^{۶۴}

در همين رابطه ونگلر معتقد است "جدا از اين واقعيت که هر موضوع مربوط به تشکيل قرارداد و اعتبار توافق طرفين بدون رجوع به مقررات یک حقوق ملی قابل ارزیابی و قضاوت نیست، غیرممکن است که همزمان از یک سو ادعا نماییم که دعاوی ناشی از قراردادهای بین‌المللی که در رابطه با حقوق خصوصي هستند باید برای به رسمیت شناخته شدن به محاکم ملی ارجاع شوند - یا به محاکم داوری صالح که در این صورت آرای‌شان با کمک مقامات ملی اجرا می‌شوند- و از طرف دیگر قائل شویم بر اینکه هیچ دولتی نمی‌تواند برای طرفین در رابطه با آزادی ایشان برای تعیین تعهدات قراردادی‌شان محدودیت ایجاد نماید."^{۶۵}

در همين رابطه در بلژیک ریگو معتقد است "ما نمی‌توانیم بپذیریم که یک قرارداد بدون قانون وجود داشته باشد، یعنی قراردادی که مرتبط با یک سیستم حقوقی ملی نباشد. این دقیقاً چنین عامل ارتباطی است که قاعده حاکمیت اراده انتخابش را به طرفین قرارداد واگذار می‌نماید."

"Precis de Droit International Prive", Bruxelles, 1968, N. 87, p. 125

۶۳- الماسی، دکتر نجادعلی، همان منبع، ص ۲۱۰.

64.Siray, Recueil General des Lois et Arrest, 1942, 2.29.

۶۵. به نقل از :

Deby-Gerard, F., op.cit., p.182, note 11

برخی ایرادات نیز در رابطه با مبهم بودن قواعد غیردولتی می باشد؛ مثلاً در رابطه با اعمال قواعد حقوق بازرگانی فراملی عنوان شده که این قواعد چون ناشی از منابع دولتی نیستند، موجب ایجاد تردید و عدم قطعیت در جریان اجرای قرارداد و اختلافات ناشی از آن می شوند. به نظر گوالدا عرف و عادت، رسوم و امثال اینها تعریف شده نیستند و اجرای آنها منجر به هرج و مرج و آناارشی می شود و امنیت حقوقی را از بین می برد.^{۶۶}

در مقابل این ادعاها گفته شده است، نیروی الزام آور این قواعد ناشی از منشأ دولتی آنها نیست، بلکه متکی بر این واقعیت است که به عنوان یک سیستم حقوقی متداول و دارای حاکمیت از سوی جامعه تجاری و مراجع دولتی شناسایی شده اند.^{۶۷} در واقع بازرگانان و کسانی که به نحوی درگیر معاملات تجاری بین المللی می باشند، عدم قطعیت و ابهام ادعایی در رابطه با قواعد حقوق بازرگانی فراملی را به اعمال قانونی دولتی که متناسب با مقتضیات روابط تجاریشان نباشد ترجیح می دهند. قواعد حقوق موضوعه یک کشور با توجه به اینکه اصولاً برای حل مشکلات مربوط به روابط داخلی وضع شده اند توان حل موضوعات بین المللی را ندارند؛ مثلاً به موجب قانون بیع اشیاء در اسکانندیناویا خریدار در صورتی که بخواهد به تأخیر در

66. (Gavalda) Level, P., op.cit., p. 39.

در این رابطه رک.

Nikbakht, Hamid Reza, "Conflict of Laws in International Commercial Arbitration", Revue de Recherche Juridique, No. 27-28, Université Chahid Behechti, p. 147.

همچنین رک. به منابع ذکر شده در اول لندو (Ole Lando)، "حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین المللی"، ترجمه محبی، دکتر محسن، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی ج.ا.ا، شماره ۵، ۱۳۶۵، ص ۱۶.

۶۷. همان منبع.

تسلیم مبیع استناد نماید باید بلافاصله پس از تسلیم، اختاریه‌ای در این رابطه ارسال نماید. چنین راه‌حلی از دید خریداران غیر اسکاندینا و مطلوب نیست و چه بسا در این رابطه اجرای قاعده مندرج در ماده ۴۹(۲) کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی اشیاء که ارسال اختاریه را در مدت معقولی مقرر می‌دارد، مناسب‌تر باشد.^{۶۸}

همچنین وقتی که یک شرکت نفتی اروپایی قراردادی را با یکی از دول عربی خاورمیانه منعقد می‌نماید، در صورت بروز اختلاف بین طرفین در رابطه با آثار قرارداد فیما بین، اجرای قانون کشور مذکور (در فرض اینکه عوامل موجود در پرونده منجر به صلاحیت قانون محلی شود) معمولاً منطبق با نیازهای روز نیست. مضافاً اینکه در این حالت انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد تابع اراده یکی از طرفین قرارداد که متن قانون مورد اجرا را تهیه نموده، خواهد بود. در این حالت چون اجرای قانون دولت دیگری هم وجاهت ندارد، نیاز به پذیرش قرارداد تحت شمول قواعد غیردولتی احساس می‌شود.^{۶۹} گاهی در این گونه قراردادهای پس از اینکه قانون کشور تولیدکننده به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود بر لزوم رعایت اصول کلی حقوقی به عنوان قواعد مکمل تأکید می‌گردد.

مع ذلک اکثر قریب به اتفاق کسانی که قدرت انتخاب طرفین قرارداد را محدود به قوانین دولتی نمی‌دانند، این آزادی را برای طرفین قرارداد قائل

۶۸. همان منبع. به عقیده مکتب واقع‌گرایان طرفدار رویه قضایی در کشورهای اسکاندیناوی حتی پیشرفته‌ترین سیستم‌های حقوقی برای بسیاری از مسائل حقوقی پاسخی ندارند و لذا نمی‌توان در چنین مواردی از اجرای یک سیستم حقوقی مثل حقوق بازرگانی فراملی صرفاً به لحاظ نازل بودن میزان بلوغ و غنای آن خودداری نمود. همان منبع، ص ۲۸.

69. Batiffol, H., "Problemes des Contrats Prive Internationaux", op.cit., p. 108.

در رابطه با تفاوت یک بیع داخلی با بیع بین‌المللی رک. اسکینی، دکتر ربیعا، همان منبع، ۱۳۶۵، ص ۷.

نیستند که با صرف اراده خویش حقوق و تکالیف متعاملین را تعیین نمایند و قواعدی خود ساخته را در این رابطه حاکم بدانند. گلدمن در این رابطه معتقد است بی شک طرفین حق تعیین قواعدی خود ساخته برای حکومت بر قراردادهای خود را ندارند. مع ذلک سؤال این است که آیا طرفین قرارداد می-توانند مجموعه قواعدی مستقل از اراده‌شان را که منبث از منبعی غیر دولتی باشد بر آن حاکم نمایند؟ آیا یک سیستم حقوقی غیردولتی وجود دارد که بتوان گفت قرارداد بدون قانون یک دولت می‌تواند وجود داشته باشد و نه قرارداد بدون قانون؟^{۷۰}

به نظر لوسوارن در وضعیت فعلی روابط بین‌المللی بهتر است داوران آزادی عمل بیشتری نسبت به قضات داشته باشند. مع ذلک وی در رابطه با وجود یک حقوق بازرگانی بین‌المللی کافی، علی‌رغم تمام رویه‌ها و عرف‌های موجود، ابراز تردید می‌نماید. وی ضمناً پیشنهاد می‌نماید مبانی مشترک^{۷۱} قوانین مختلف مشخص شوند. در نظر وی قرارداد متکی بر قواعد خودساخته مردود است، ولی نفی قرارداد در حکم بدون قانون (conrat dit sans loi) را دور از واقعیت می‌داند.^{۷۲} در همین رابطه عنوان شده

70. Level, P., "Le Contrat Sans Loi", Travaux du Comite Francais de Droit International Prive, 1964-66, p. 16.

در این رابطه گلدمن نیز معتقد است چه در برابر داور و چه در برابر قاضی، قرارداد بدون قانون منتفی است. قرارداد به خودی خود کافی نیست. قرارداد یا تابع قانون دولتی است یا حقوق جامعه بین‌المللی بازرگانان. بنابراین تنها می‌توان قائل بر وجود "Le Contrat dit Sans Loi" بود و نه "Le Contract Sans Loi Travaux de Comite Francais de Droit International Prive, 1966, p. 48."

71. Fonds Commun.

72. Level, P., op.cit., pp. 41-42.

که باید به داوران اختیار دهیم، یا پس از جاییابی، قانون ملی یک کشور را اجرا کنند و یا اینکه با کنار گذاشتن قانون ملی، یک حقوق حرفه‌ای ناشی از عرف، رویه داوری شناخته شده برای ایشان یا برداشت از انصاف تجاری را اعمال نمایند.^{۷۳}

۵- تعیین قواعد غیردولتی در قرارداد از دیدگاه در حقوق داخلی، حقوق کنوانسیون و آرای محاکم بین‌المللی و داوری‌های تجاری بین‌المللی

الف - حقوق کنوانسیون

در کنوانسیون‌های مربوط به تعیین قانون حاکم بر قراردادها عموماً اختیار طرفین قرارداد در رابطه با تعیین قانون حاکم محدود به انتخاب از بین قوانین دولتی نشأت گرفته از یکی از حاکمیت‌های موجود گردیده است؛ مثلاً ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه در رابطه با قانون حاکم بر قرارداد بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی،^{۷۴} طرفین قرارداد را در تعیین قانون داخلی یک کشور آزاد می‌داند. همین امر در کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو در رابطه با داوری^{۷۵} تصریح شده است.

Bellet نیز امتیاز داوری را یافتن مبانی مشترک قوانین مختلف می‌داند که این قواعد را قضاوت بعدها مورد استفاده قرار می‌دهند، ولی به هر حال حرف آخر را قاضی خواهد زد، زیرا می‌توانند از صدور دستور احرا خودداری نمایند یا به نظم عمومی استناد کند. همان منبع ص ۴۱.

73. Loussuarn, Y., Bourel, P., op.cit., p. 173, note 2.

74. Convention de la Haye sur la Vente Internationale des Objets Mobiliere Lorporals.

75. European Convention of 21 April 1961 on International Commercial Arbitration.

این کنوانسیون از جمله توسط کشورهای بلژیک، اتریش، دانمارک، آلمان غربی و فرانسه امضا و به تصویب نیز رسیده است. قابل ذکر است که عبارت ماده ۱-۴۲ که ابتدائاً مقرر داشته که داور باید "قواعد

عهدنامه ۱۹۴۰ مونتو ویدئو نیز در همین راستا استقلال واقعی اراده را نمی‌پذیرد و در ماده ۵ پروتکل الحاقی به این عهدنامه، قانون ملی تعیین کننده ارزش اراده، تعریف، قلمرو و آثار آن می‌باشد.^{۷۶}

در رابطه با ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم که حق انتخاب قانون توسط طرفین قرارداد را پذیرفته است، یا عنوان گردیده که "منظور از قانون دولتی یا قانون ملی در مقابل نظام حقوقی غیردولتی، مجموعه مقررات لازم-الاجرا به ویژه قوانین موضوعه است که در اکثر دولتهای عضو کنوانسیون منبع درجه اول حقوق محسوب می‌شود و برای حل و فصل اختلافات بین افراد مورد استفاده قرار می‌گیرد"^{۷۷} و یا اینکه ادعا شده قرارداد بدون قانون در این کنوانسیون تلویحاً محکوم دانسته شده است.^{۷۸}

با این تفسیر اگر طرفین قراردادی قواعد تهیه شده توسط یک مؤسسه غیر دولتی را حاکم بر روابط فیما بینشان نموده باشند، مثل این است که اصلاً انتخابی ننموده باشند. در این حالت آنچنان که در بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون فوق‌الذکر تصریح شده "قرارداد تابع قانون کشوری خواهد بود

Deby, Gerard, F., op.cit., p.196.

۷۶. معاهده مونتو ویدئو توسط اروگوئه، پاراگوئه و آرژانتین تصویب شده است. در ماده ۵ پروتکل الحاقی آمده است: "دادگاه یا قانون صلاحیتدار به موجب معاهده نمی‌تواند توسط طرفین قرارداد تغییر یابد مگر در حدودی که خود قانون مربوطه این اجازه را می‌دهد".
-Second South-American Congress on Private International Law of Montevideo, 1940 Protocolo Adicional, Art.5.

به نقل از: نیکبخت، دکتر حمید رضا، "تعارض قوانین در قراردادها"، همان منبع، ص ۲۱.

۷۷. اشتیری، دکتر محمد، همان منبع، پاورقی ش ۳۲.

78. Loussouarn, Y., Bourel, P., op.cit., p. 400.

مع ذلک رک.

Audit, B., "Droit International Prive", No. 798, p. 694.

که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد.^{۷۹} در ادامه پیش‌بینی شده که ممکن است یک قسمت قرارداد با کشور (الف) بیشترین ارتباط را داشته باشد، در حالی که قسمت دیگر با کشور (ب) بیشترین ارتباط را دارد که در این صورت قرارداد قابل تجزیه است.

در مقابل در ماده ۹ قانون متحدالشکل در مورد بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی ضمیمه کنوانسیون ۱۹۶۴ مقرر شده است "۱- طرفین متعهد به رعایت عرف‌ها و رویه‌هایی هستند که صریحاً یا به طور ضمنی بر قراردادشان حاکم نموده‌اند. همچنین باید به روش معمول در روابط فیما بینشان پای‌بند باشند". در ادامه آمده است "طرفین همچنین باید مواردی را که اشخاص معمولی در شرایط آنها در قراردادشان رعایت و به آن عمل می‌نمایند، رعایت نمایند. در صورت تعارض با این قانون، عرف‌ها و عادات مذکور مرجح خواهند بود..."^{۸۰}

ب- قرارداد در حقوق داخلی

در حقوق داخلی کشورها عموماً مواضع مثبتی در رابطه با قراردادهای بدون قانون مشاهده نمی‌شود. در این رابطه بررسی اجمالی سیستم حقوقی فرانسه قابل اهمیت است.

79. Article 4(1) : "To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected".

همین راه‌حل در ماده ۹ کنوانسیون کشورهای آمریکایی در مورد قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی ۱۹۹۴ اتخاذ شده است.

۸۰، برای مطالعه متن کنوانسیون رک. خمامی زاده، دکتر فرهاد، "درآمدی بر روند یکسان‌سازی حقوق خصوصی"، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۹ و ۱۰، ص ۲۴۵ به بعد.

در فرانسه به طور کلی موضع محاکم در قبال قراردادهایی که در آنها قانون دولتی به عنوان قانون حاکم تعیین نشده مبهم است.^{۸۱} بعضی معتقدند که در همان رأی پیش گفته شده (۱۹۱۰) قاضی با اعلام اینکه "هر قرارداد بین‌المللی الزاماً تابع قانون به خصوصی خواهد بود" طرفین قرارداد را ملزم به تعیین یک قانون دولتی نموده است.^{۸۲} در قضیه "Les Messageries Maritimes" دادگاه پاریس در رأی ۲۴ آوریل ۱۹۴۰^{۸۳} مؤسسه "Massageries" را مطابق شرط مندرج در قرارداد محکوم به پرداخت طلا نموده بود، در حالی که قانون ۱۹۳۷ کانادا شرط پرداخت به طلا را ممنوع می‌دانست. استدلال مؤسسه مذکور این بود که "قرارداد ضرورتاً باید تابع قانون یک کشور معین باشد ... در واقع قراردادهایی که در آنها شرط پرداخت به طلا منظور گردیده، قانون طرفین را تشکیل نمی‌دهند... بی‌تردید طرفین می‌توانند قراردادشان را تابع قانون یک کشور خاص نمایند ولی در قرارداد مورد بحث و در رابطه با مسائل مطروحه در دعوا نشانه خاصی از تعیین قانون به وسیله طرفین مشاهده نمی‌شود". دیوان عالی کشور فرانسه طی رأی مورخ ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ تصریح نموده: "هر قرارداد بین‌المللی هم ناگزیر به قانون کشور معین مربوط است".^{۸۴}

81. Loussuarn, Y., Bourel, P., op.cit., p. 173.

۸۲. الماسی، دکتر نجاد علی، همان منبع ص ۲۱۰. در همین رابطه به نظر بعضی قواعد، بازرگانی فراملی یک حقوق واقعی نیست و پدیدرش آن به عنوان قانون منتخب طرفین یک قرارداد بر خلاف اصل پذیرفته شده در این رأی است. برای اجتناب از هر بحثی در این رابطه بهتر است در چنین مواردی یک قانون دولتی نیز به طور فرعی "Subsidaire" تعیین شود.

Gourion, P.A., Payard, G., "Droit Commerce International", 3 ed., L. G.D.J., Paris. 2001.

83. Sirey. 1942. 2. 29, note Niboyet.

84. Batiffol, H., Lagarde, P., "Private International Law", T. 2, 1981-83, L.G.D.J., Paris, No. 547.

به طور کلی هر چند با توجه به آرای ذکر شده شاید بتوان نتیجه گرفت که محاکم قضایی فرانسه تنها بر مبنای قواعد حل تعارض کشور خود عمل نموده‌اند و اختیار طرفین برای خارج کردن قراردادشان از حاکمیت هر سیستم حقوقی دولتی اعم از اینکه خود ساخته باشد یا ناشی از یک سیستم حقوقی غیرملی، پذیرفته نشده است، مع ذلک متعاقباً آرایسی در فرانسه صادر شده که با شناسایی اختیار بیشتر برای طرفین قرارداد، در این نتیجه‌گیری ایجاد تردید می‌نماید.^{۸۵} در این رابطه می‌توان به پرونده "Zanarelli" علیه شرکت فرانسوی "B.S.N." اشاره نمود. به موجب یک قرارداد کاری، "Zanarelli" ایتالیایی نماینده "B.S.N." در ایتالیا شد. در قرارداد دو شرط قید شده بود؛ یکی اعراض از هر گونه حق مطالبه غرامت و دیگر اعطای صلاحیت به شورای حل اختلاف کارگری لیون که این شروط به موجب قانون فرانسه بی‌اعتبار بودند. با اعلام فسخ قرارداد توسط "B.S.N."، نماینده این شرکت که به نمایندگی از سوی وی در ایتالیا فعالیت می‌نمود در فرانسه به استناد قانون این کشور درخواست غرامت نمود. دیوان عالی فرانسه متعاقب صدور رأی توسط دادگاه پژوهشی اعلام داشت که طرفین قرارداد قصد اجرای قانون فرانسه را نداشته‌اند،

85. Cass. soc., 5 Mars 1969, Zanarelli, *Revue Critique de Droit International Prive*, 1970.279, note Batiffol, Paris. Sch., 19 Jun 1970, Hecht *Juris Classeur Periodique* (Semain Juridique), 1971.II.16927, note Goldman, *Clunet*, 1971.833, note B.Oppetit, *Revue Critique de Droit International Prive*, 1971-692, note P. Level, *Revue Trimistrielle de Droit Civil*, 1971-136, obs. Loussuarn, *Rev.tr.dr.com.*, 1971-205, obs.Loussuarn.

مع ذلک برخی، از ماده ۱۴۹۶ مصوبه دولتی ۱۲ می ۱۹۸۱ که مقرر می‌دارد داور، مقررات قانونی مورد انتخاب طرفین را در مورد قرارداد ایشان اجرا می‌کند، نتیجه می‌گیرند که احکام داخلی یا خارجی صادره بر اساس قواعد بازرگانی فراملی و یا سایر قواعد غیردولتی در فرانسه قابل شناسایی هستند.

Robert, "L' Arbitrage, Droit Interne, Droit International prive", 1982, N. 330.

بنابراین قانون مذکور قابل اجرا نیست و در این راستا نظر دادگاه پژوهشی مبنی بر اینکه طرفین به روشنی اجرای قانون فرانسه را رد نموده‌اند و در نتیجه بر اجرای "صرف و ساده قرارداد تنظیم شده توافق نموده‌اند که مطالبه غرامت را نمی‌پذیرد..." مورد قبول دیوان کشور قرار گرفته است. هرچند متعاقباً در پرونده مشابهی در رابطه با یک قرارداد نمایندگی تجاری، دادگاه پژوهشی لیموژ در ۱۹۷۱ با تصریح به اینکه طرفین قرارداد حق تعیین قانون ملی یک کشور را دارند، حکومت صرف مفاد قرارداد را بر روابط ایشان رد نموده است.^{۸۶}

دیوان عالی کشور آلمان نیز در رأی ۲۸ می ۱۹۳۶ اعلام داشته: "تنها اطاعت نامحدود از قانون معین می‌تواند تضمین کند که تنظیم رابطه حقوقی، بر خلاف اراده خودخواهانه طرف قوی‌تر از نظر اقتصادی یا حتی هر دو طرف، طبق اصول حقوقی مشترک دولت‌های دارای یک مدنیت با منظور داشتن منافع عمومی در هر مورد صورت گرفته است."^{۸۷}

در ایتالیا حسب ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند قانون مورد نظر خود را انتخاب نمایند؛ در صورت عدم انتخاب، قانون متبوع ایشان یا قانون محل انعقاد قرارداد قابل اجراست و محاکم این کشور تنها حکومت قانون دولتی را بر قرارداد می‌پذیرند.

در کشورهای سوسیالیست نیز عمدتاً قانون منتخب، به وسیله قواعد حل تعارض مقرر دادگاه اجرا شده است. در این رابطه می‌توان به ماده ۱۲۶

86. Noblesse c/ Haviland, Revue Eritique de Droit International Prive, 1971, 703, note Simon Depitre.

۸۷. همان منبع. مع ذلك تعداد زیادی از نویسندگان آلمانی معتقدند که حکم صادره باید براساس "عدالت و انصاف" اجرا شود، مگر مخالف نظم عمومی آلمان باشد. اول لندو، همان منبع، ص ۲۴.

قواعد حقوق مدنی شوروی سابق و مواد ۹ و ۱۰ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی چکسلواکی (۱۹۶۳) و مواد ۲۵ تا ۲۹ فصل نهم قانون حقوق بین‌الملل خصوصی لهستان (۱۹۶۵) اشاره نمود.^{۸۸}

در کشور ج.ا.ا. در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ پذیرفته شده است که "متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملتزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند" و در رابطه با قانون حاکم بر ماهیت دعوا، بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی^{۸۹} مصوب ۱۳۷۶ مقرر نموده که "داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد...". بنابراین اگر طرفین، قواعدی غیردولتی را تعیین نموده باشند قاعداً باید این‌طور تلقی شود که انتخاب قانونی صورت نگرفته است. در این صورت حسب بند ۲ ماده مذکور "داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد".^{۹۰}

88. Deby, Gerard, F., op.cit., p.189.

۸۹. این قانون از قانون نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵ اقتباس شده که نه فصل و ۳۶ ماده دارد.
۹۰. در این رابطه رک. پاره‌ای از قوانین داوری، مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ج.ا.ا. ۱۳۸۲/۸/۱. مع ذلک مطالعه سایر بندهای این ماده در این رابطه ایجاد تردید می‌نماید. به موجب بند ۳ "داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد". به موجب بند ۴ "داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نماید و عرف بازرگانی موضوع مربوطه را مد نظر قرار دهد".

باتوجه به این موضع‌گیری صریح به نظر می‌رسد منظور از قانونی که طرفین خارجی یک قرارداد حسب ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران می‌توانند انتخاب نمایند قانون یک کشور است نه قواعد غیردولتی.

در محاکم بعضی کشورها دستور اجرای آرای صادره بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی صادر شده است؛ مثلاً در اتریش دیوان عالی کشور، درخصوص رأی صادره از ICC وین به تاریخ ۲۶ اکتبر ۱۹۷۹، طی حکم مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۸۲ اجرای قواعد بازرگانی فراملی را با وجود اینکه مورد انتخاب طرفین قرارداد قرار نگرفته بود، تأیید نمود.^{۹۱}

خلاصه اینکه در رابطه با محاکم داخلی عمدتاً پذیرفته شده که طرفین نمی‌توانند نسبت به اجرای قواعد غیردولتی و به طور خاص قواعد عرفی تجارت بین‌الملل در رابطه با قراردادهایی که توسط آنها تابع این قواعد قرارداده شده‌اند، اقدام نمایند، زیرا این امر در تضاد با قواعد ملی می‌باشد که محاکم دولتی اصولاً ملزم به اجرای آنها هستند.

ج- آرای محاکم بین‌المللی و داوری‌های تجاری بین‌المللی

نمونه‌های متعددی از آرای صادره از محاکم بین‌المللی در دست است که بر لزوم حکومت یک قانون ملی بر قرارداد تصریح نموده‌اند. در این

متن قانون در روزنامه رسمی شماره ۱۵۳۳۵-۱۳۷۶/۷/۲۷ درج شده است. همچنین برای مطالعه بیشتر رک. نیکبخت، دکتر حمید رضا، "ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران"، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۱-۳۲، ص ۱۲۶.

91. Pabalk Ticaret v. Norsolar, 1984, IPRax.97

اول لندو، همان منبع، ص ۲۵.

رابطه می‌توان به رأی صادره از دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در ۱۲ ژوئن ۱۹۲۹ اشاره نمود که طی آن اعلام شد "تمام قراردادهایی که بین دولت‌ها به عنوان موضوعات حقوق بین‌الملل نیست ریشه در یک قانون ملی دارد. برای تعیین این قانون باید به حقوقی که امروزه غالباً از آن به عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی یا تئوری تعارض قوانین نام برده می‌شود، مراجعه نمود"^{۹۲}.

در رابطه با داوری‌های تجاری بین‌المللی باید به این نکته توجه نمود که در قراردادهای تجاری بین‌المللی به طور معمول شرط رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد درج می‌گردد، زیرا وقتی طرفین قرارداد دارای تابعیت‌های متفاوت (الف) و (ب) هستند، هیچ‌یک تمایلی به واگذاری حل اختلافات قراردادی‌شان به محاکم قضایی کشور متبوع طرف مقابل ندارند. در همین رابطه معمولاً قواعدی فراملی و غیر دولتی برای تشخیص حقوق و تکالیف طرفین تعیین می‌شود؛ برای اینکه یک طرف قرارداد مایل نیست قانون کشور طرف دیگر در روابط قراردادی فیما بین تعیین کننده باشد. از جمله آرای داوری که اجرای قانون غیردولتی منتخب طرفین را پذیرفته‌اند می‌توان از آرای صادره توسط "Lord Asquith" در پرونده ، Petroleum Development c/ Cheik Abu ، "Dhabi"، رأی صادره در پرونده "Soc. Europeene d'Etudes et d'Enterprises c/ Republique Federative d'Yougoslavie" و رأی

92. Ler Arret Gouvernement de la Republique Francaise c/ Gouvernement du Royaume des Serbes-Croates-Slovenes; 2er Arret. Gouvernement de la Republiques francaise c/ Gouvernement Federal du Bresil, Dalloz Prive, 1930.2.5, note Desensiere- Ferrandiere; Clunet, 1929, 927.977, note Andre-Prudhomme et Revue Critique de Droit International Prive, 1929.427, note Niboyet.

صادره توسط "Cassin" در پرونده "Grande Bretagne c/ Grece" نام برد.^{۹۳}

لازم به ذکر است، در بسیاری از موارد حتی با اینکه طرفین یک قرارداد اجرای قواعد بازرگانی فراملی را پیش‌بینی ننموده‌اند، داوران قواعد مذکور را در مورد اختلافات فی‌مابین اجرا نموده‌اند؛ مثلاً در موارد سکوت طرفین در رابطه با تعیین قانون قابل اجرا "نرم‌های حقوقی و در صورت نبود آنها عرف‌های تجاری" را اعمال نموده‌اند^{۹۴} و یا همچنین در همین موارد وقتی که در حالت سکوت طرفین با توجه به وجود چند محل انعقاد یا محل اجرا، قانون حاکم قابل تعیین نبوده، به طریق مذکور عمل شده است.^{۹۵} از چنین آرای‌هایی نتیجه گرفته شده که صلاحیت این گونه قواعد موکول به ارجاع صریح یا ضمنی در قرارداد نیست.

محاكم داوری حتی تا آنجا پیش رفته‌اند که گاهی قانون دولتی قابل اجرا به طور معمول را که خلاف نظم عمومی بین‌المللی تشخیص داده‌اند کنار گذاشته و به جای آن قواعد و اصول بازرگانی عرفی فراملی را اجرا نموده‌اند.^{۹۶}

93 The International and Comparative Law Quarterly, 1952.247; Revue Critique de Droit International Prive, 1963. 272 et s., Clunet, 1959. 1074; Revue Critique de Droit International Prive, 1956. 278.

94. Sentence C.C.I., aff. 1641/69; Clunet, 1964 888; C.C.I., aff. 2291/75, Clunet 1976. 989, 2583/76; Clunet, 1977. 950

95. C.C.I., aff. 1375/65, cite par Y.Derains" Rev. arb.1973. 131; aff. 1859/73, cite par Y. Drains, ibid., 133.

96. Goldman, B., Les Conflits de Lois dans l'Arbitrage International de Droit Prive: Cours La Haye, 1963. Vol. 1, p. 347, p. 430 s., Chapelle, A., Les Fonctions de l'Ordre Public en Droit International Prive, These Paris II, 1979, p. 479 S.

به نظر کان "اگر حقوق منبعث از قراردادهای تیپ یا شرایط عمومی، منوط به تصویب محاکم دولتی ... و تابع قواعد آمره حاکم در هر کشور بودند و به وسیله قضات مختلف به صورت‌های متفاوت تفسیر می‌شدند، وحدت و یکپارچگی این حقوق شکسته می‌شد و استقلال آن مورد مصالحه واقع و خدشه‌دار می‌گردید".^{۹۷} از نظر تجار حسن پروسه داوری در همین است که بدون برخورد با قواعد حل تعارض دولتی، براساس آنچه در روابط تجار معمول است به موضوع مطروحه رسیدگی می‌نماید، در حالی که محاکم دولتی اصولاً مقید به اجرای قواعد حل تعارض خود و قانون تعیین شده توسط آن می‌باشند.

در رابطه با اجرای آرای صادره از داور بر اساس قواعد غیردولتی توجه به این نکته لازم است که معمولاً رأی صادره توسط مرجع داوری مورد توافق طرفین بدون نیاز به دخالت دستگاه قضایی ملی اجرا می‌شود. در واقع اغلب مقررات داوری به طرفین تکلیف می‌کند که پیشاپیش حق هر گونه اعتراض بر علیه رأی داور را از خود سلب نمایند. تنبیهاتی نیز در صورت عدم رعایت این امر پیش‌بینی می‌شود که به وسیله خود گروه تجاری مربوطه در مورد خاطی اعمال می‌شود، مثل آگهی نام وی یا اخراج او از گروه. البته بررسی‌های انجام شده نشان داده که تقریباً تمام آرای داوری تجاری بدون مشکل به مرحله اجرا درآمده‌اند.^{۹۸} مع ذلک با توجه به موضع مخالف محاکم قضایی نسبت به اجرای قواعد غیردولتی منتخب

۹۷. Kahn. به نقل از:

Level, P., op.cit., p.20.

۹۸. شاپیرا، ژان، همان منبع، ص ۷۱.

طرفین یک قرارداد که قبلاً ذکر شد، مسلماً در صورتی که خود طرفین به رأی داوری صادره تمکین نکنند، اجرای چنین آرای داوری با مشکل برخورد خواهد نمود.

۶- نتیجه

عدم مطلوبیت و عدم کفایت قوانین داخلی کشورها برای تنظیم روابط تجاری بین‌المللی موجب شده تا بحث اختیار طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی برای حاکم ساختن قواعد خود ساخته یا تهیه شده به وسیله مؤسسات و انجمن‌های خصوصی یا آداب و رسوم تجاری معمول در روابط تجاری مطرح شود. واقعیت این است که تجار در جریان اجرای تعهدات قراردادی‌شان با وجود طرح ایراد ابهام و عدم قطعیت که در رابطه با قواعد غیردولتی وارد شده، اجرای این قواعد را به قواعد دولتی معمولاً نامتناسب با عرف و رویه‌های تجاری، ترجیح می‌دهند.

اغلب حقوقدانان گرچه اختیار طرفین را در قرار دادن قراردادهای خود تحت قواعدی خودساخته پذیرفته‌اند، ولی اجبار ایشان بر تعیین یک قانون دولتی در قراردادهای خود را هم رد نموده‌اند. در مقابل عموماً این حق برای طرفین یک قرارداد تجاری شناخته شده که قواعد بین‌المللی منبث از عرف تجاری بین‌المللی را بر روابط قراردادی‌شان حاکم گردانند.^{۹۹} مع ذلک در سیستم قانونگذاری کشورها خارج بودن قرارداد از شمول هر گونه قواعد دولتی پذیرفته نشده و در محاکم قضایی کشورها نیز از این ایده استقبال نشده است و قضات اصولاً تنها بر مبنای قواعد حل تعارض کشور خود که

99. Deby – Gerard, F., op.cit., p.176.

به طور معمول قانون کشوری معین را بر قرارداد حاکم می‌دانند، عمل می‌نمایند.^{۱۰۰}

در مقابل، اجرای قواعد غیردولتی در داوری‌های تجاری بین‌المللی که معمولاً توسط طرفین قرارداد به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات ایشان تعیین می‌شود به طور روز افزونی پذیرفته شده و آرای بسیاری با استناد به قواعد مذکور صادر گردیده است. اجرای آرای مورد بحث نیز معمولاً با مانع خاصی برخورد نمی‌کند، زیرا خود محکوم علیه با توجه به تضییقاتی که ممکن است در نتیجه عدم تمکین از سوی جامعه تجاری مربوطه برایش ایجاد شود، رأی صادره را اجرا خواهد نمود. مع ذلک در صورتی که محکوم علیه از اجرای رأی استنکاف ورزد و محکوم له درخواست صدور دستور اجرای رأی داوری مبتنی بر قواعد غیردولتی را به یک دادگاه ملی ارائه نماید، تصمیم دادگاه مذکور بستگی به موضع کلی سیستم حقوقی ملی‌اش در قبال اجرای قواعد غیردولتی خواهد داشت.

با گسترش روز افزون روابط تجاری بین‌المللی و پیچیده‌تر شدن این - گونه روابط اصلح به نظر می‌رسد که سیستم‌های حقوق ملی از اصرار بر محدود نمودن اختیار طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی بر انتخاب یک قانون دولتی دست بردارند و اجازه دهند در رابطه با این قراردادها قواعدی برخاسته از عرف تجاری که به وسیله مؤسسات و گروه‌های معتبر تجاری در بخش‌های مختلف تنظیم و مطرح گردیده و ثابت شده به نحو مناسب - تری می‌توانند روابط تجار را سامان بخشند، اجرا گردد.

100 Level, P., "Le Contrat Dit Sans Lois", op.cit., p. 231.