

دکتر سید حسین صفائی *

تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوریه‌های بین المللی * *

مقدمه

۱- تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی یکی از مسائل مهمی است که در داوریه‌های بازرگانی بین المللی و به دیگر سخن در داوریه‌های فراملی مطرح است. این مسئله اساساً مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که در داوریه‌های بین المللی چهره خاصی پیدا می کند و با قواعد عمومی پذیرفته شده در حقوق بین الملل خصوصی انطباق کامل ندارد .

در داوریه‌های بازرگانی بین المللی همانند دانشگاه‌های داخلی که به مسائل بین المللی رسیدگی می نمایند ، تعیین حقوق حاکم بر ماهیت واجد اهمیت خاصی است : دانشگاه داوری بین المللی یا دانشگاه داخلی باید تعیین کند که حقوق حاکم بر ماهیت دعوی کدام است ، به دیگر سخن باید مشخص نماید که مسائل ماهوی مورد نزاع تابع کدام قانون است و بر طبق کدام قواعد باید حل و فصل شود .

البته در دانشگاه‌های داخلی قاضی به قانون دولت متبوع خود مراجعه و با توسل به قواعد تعارض آن ، قانون حاکم را تعیین می نماید . ولی در داوریه‌های

*- استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران .

* * - بخشی از این مقاله اقتباس از تحقیقی است که مؤلف در دفتر خدمات حقوقی

بین المللی ، شعبه لاهه ، در سال ۱۳۶۲ انجام داده است .

بازرگانی بین المللی چون داور وابسته به کشور خاصی نیست و به اصطلاح حقوقی فاقد « قانون مقرّ دانگاه » است ، لذا تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوریه‌های مزبور از اهمیت بیشتری برخوردار و با مشکل بیشتری مواجه است .

۲- در داوریه‌های بازرگانی بین المللی علاوه بر حقوق حاکم بر ماهیت ، حقوق حاکم بر قرارداد داوری ، حقوق حاکم بر اهلیت طرفین و حقوق حاکم بر آئین دادرسی هم مطرح می شود که هر يك نیاز به بحث جداگانه ای دارد و بررسی آنها در این مقاله مورد نظر نیست . آنچه در اینجا مورد بحث واقع می شود ، حقوق حاکم بر ماهیت و به دیگر سخن حقوقی است که داور باید در حل و فصل دعوی اعمال کند . در بخش اول از نظریه های حقوقی که در این باب وجود دارد ، سخن می گوئیم و در بخش دوم پاره ای از متون و مقررات بین المللی بویژه ماده ۵ بیانیه الجزایر درباره حل و فصل ادعاها را مورد بررسی قرار می دهیم .

قابل ذکر است که بحث ما مربوط به داوری بازرگانی بین المللی است و مقصود ما از داوری بین المللی هم ، همین نوع داوری است و تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوریه‌های حقوق بین الملل عمومی (داوری بین دولتها) در اینجا مورد نظر نخواهد بود ، جز آنکه ماده ۵ بیانیه الجزایر درباره حل و فصل ادعاها که هم به داوری بازرگانی بین المللی و هم به داوری بین دولتها مربوط می شود ، نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت و بخش عمده سخن ما به تجزیه و تحلیل آن اختصاص خواهد یافت .

بخش اول - نظریه های حقوقی

۳- بر تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوریه‌های بین المللی ، اراده طرفین مبنا و اساس کار است ، یعنی این اصل پذیرفته شده است که طرفین قرار دادی توانندگان حاکم بر ماهیت را تعیین کنند و داوران مکلف به اجرای

قانونی هستند که طرفین تعیین کرده اند. در صورت سکوت طرفین

قرارداد، چهار سیستم عمده برای تعیین قانون حاکم پیشنهاد شده است:^۱

۱-۳- سیستم تعیین قانون حاکم به موجب قاعده تعارض

کشور محل داوری: طبق این نظریه، داور باید به حقوق بین الملل خصوصی و قواعد تعارض قوانین کشور محل داوری رجوع و بر اساس قاعده تعارض این کشور قانون لازم الاجرا در ماهیت را تعیین کند. در این نظریه، داوری به دادرسی قضایی در محاکم داخلی تشبیه و قاعده تعارض محل داوری به منزله قانون مقر دادگاه^۲ تلقی شده است. مثلاً اگر قاعده تعارض محل داوری، قانون محل انعقاد قرارداد را لازم الاجرا می داند (مانند ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران)، داور باید آن را اجرا کند و اگر قانون محل اجرای قرار داد را لازم الاجرا معرفی می کند، داور باید همان را به موقع اجرا گذارد. این نظریه که سهل و ساده است، مورد انتقاد شدید واقع شده و بویژه گفته اند که رابطه حقوقی ارگانیک بین دعوی و کشور محل تشکیل داوری وجود ندارد و دادگاه داوری جزء سازمان قضایی کشور مزبور نیست. و به هر حال در تأیید آن هیچ رأیی از مراجع داوری بین المللی صادر نشده است؛ ولی این نظریه مورد قبول مؤسسه حقوق بین الملل در سال ۱۹۵۲ و بعضی از علمای حقوق بین الملل خصوصی واقع شده است.

۲-۳- سیستم آزادی داور: به موجب این نظریه، داور در صورت

سکوت طرفین، آزاد است که قاعده تعارضی را که مناسب می داند، انتخاب و از طریق آن قانون لازم الاجرا را تعیین کند. مطابق این نظریه داور مکلف نیست که قاعده تعارض کشور خاصی را رعایت کند و حتی بنا به قولی،

1- KLEN (F.E), " The Law to be applied by the arbitators to the substance of the dispute", in Art of Arbitration, 1982, pp. 190-191; Robert (J), L'arbitrage, droit interne, droit international Prive', See'd., Paris 1983, No 324 s.

2- Lex fori.

اگر قواعد تعارض قوانین کشورها را مناسب نداند، می تواند قاعده تعارضی از خود بسازد.^۳ بعضی این راه حل را به اراده طرفین نسبت داده و گفته اند: طرفین قرارداد به طور ضمنی به داور بین المللی اختیار داده اند که حقوق حاکم بر ماهیت را تعیین کند. حتی بعضی بر آنند که داور بین المللی می تواند بدون توسل به قاعده تعارض که نقش واسطه در تعیین حقوق حاکم را ایفا می کند، قواعد حقوقی قابل اجرا را به طور مستقیم تعیین و اجرا کند. ماده ۱۴۹۶ قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۸۱ ظاهراً از این نظر تبعیت کرده است.

اشکال مهمی که بر این نظریه وارد شده این است که اگر داور آزاد باشد قواعد لازم الاجرا را مستقیماً از هرمنبعی انتخاب کند، فرق او با داوری که به طور کدخدامنشی (بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی)^۴ رای می دهد، چیست؟^۵

۳-۳- سیستم حل مسئله با تعیین محل رابطه حقوقی:

مطابق این نظریه که در بعضی از آراء بین المللی هم اعمال شده است، داور در هر مورد، محلی را برای رابطه حقوقی مورد نظر با توجه به ماهیت آن تعیین و قاعده تعارض آن محل را رعایت خواهد کرد. به عبارت دقیق تر، اگر رابطه حقوقی با کشور خاصی پیوند کافی یا پیوند بیشتری داشته باشد، همان کشور محل رابطه حقوقی محسوب می شود و قاعده تعارض آن کشور قانون لازم الاجراء را تعیین می کند. در مورد اختلاف ناشی از قرارداد، کشوری که قرارداد با آن ارتباط بیشتری دارد، تعیین و با توسل به حقوق

3- FOUCHARD (F.), L' arbitrage commercial international , Paris, 1965 , no 559 .

4-Amiable compositeur.

5- BELLEt (P) et MEZGER, (E)" L'arbitrage international dans le nouveau Code de proc'e dure civile",Rev. Crit. dr.int. pr.1981,p. 632.

بین الملل خصوصی آن کشور قانون حاکم بر ماهیت مشخص خواهد شد .

۳-۴- نظریه اعمال حقوق بین الملل: سیستم دیگری که از سوی برخی از دانشمندان حقوق بین الملل عنوان شده ، این است که در صورتی که طرفین قرارداد قانون خاصی را حاکم قرار نداده باشند ، داور باید اصول حقوق بین المللی قراردادها را اجرا کند ، بدون اینکه به قواعد تعارضی یا قواعد ماهوی کشور خاصی رجوع نماید . بدینسان رابطه قرارداد بین المللی با يك کشور خاص قطع ، و این قرارداد تابع حقوق بین الملل می شود . این نظریه مورد تأیید بعضی از آراء بین المللی واقع شده ، ولی مورد انتقاد شدید علمای حقوق قرار گرفته است . بویژه این نظریه از دو جهت قابل ایراد است : اولاً از لحاظ اینکه معیار و ضابطه دقیقى برای بین المللی کردن^۷ قرارداد وجود ندارد و ثانیاً وجود « حقوق بین المللی قراردادها » محل تردید است . زیرا این امر مستلزم آن است که اشخاص خصوصی طرف قرارداد با دولت ، طرف و دارنده حق و تکلیف^۸ در حقوق بین الملل باشند ، در حالی که معمولاً فقط دولتها و سازمانهای بین المللی را طرف حق و تکلیف در این رشته می دانند .^۹

بخش دوم - قانون حاکم بر ماهیت در پاره ای از متون و مقررات راجع به داوری بازرگانی بین المللی

۴- مقررات و متون راجع به داوری بازرگانی بین المللی که در آنها از تعیین حقوق حاکم بر ماهیت سخن رفته است ، متعدد و بحث از همه آنها در

۶- رجوع شود بویژه به رای Texaco مورخ ۹ ژانویه ۱۹۷۷ . برای توضیح بیشتر رجوع شود به:

LEW (J. D. M.), Applicable law in International commercial Arbitration , 1978 , P. 403 s .

7- Internationalisation.

8- Sujet.

9-BATIFFOL (H.) , Droit international privé , T . II , Paris 1983, No . 577 , P. 285 .

این مختصر ممکن نیست. در اینجا فقط به برخی از این مقررات که از لحاظ عملی اهمیت بیشتری دارند، اشاره می‌کنیم. نخست از کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی مورخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ معروف به کنوانسیون ژنو و سپس از مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی سخن می‌گوییم و بالاخره ماده ۵ بیانیه دولت جمهوری دمکراتیک الجزایر راجع به حل و فصل دعاوی را مورد بحث قرار می‌دهیم. با توجه به جدیدتر بودن بیانیه الجزایر و فایده بیشتر بحث از آن برای حقوقدانان ایرانی صفحات بیشتری را به تفسیر ماده ۵ بیانیه حل و فصل اختصاص می‌دهیم.

الف - کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی (۱۹۶۱)

۵- ماده ۷ کنوانسیون مزبور در باره تعیین قانون حاکم بر ماهیت

چنین مقرر می‌دارد:

«۱- طرفین آزاد هستند حقوقی را که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند، تعیین نمایند. در صورتی که طرفین قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داوران با استفاده از قاعده تعارضی که در خصوص مورد مناسب تشخیص می‌دهند، قانون حاکم را تعیین خواهند کرد. در هر دو مورد داوران مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر خواهند گرفت.»

۲- داوران به طور کدخدا منشی حکم خواهند کرد، در صورتی که اراده طرفین بر آن باشد و قانون حاکم بر داوران آن را تجویز نماید.»

از این ماده چند قاعده به شرح زیر قابل استخراج است:

۱-۵- تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوری بازرگانی بین‌المللی اصولاً

تابع اصل حاکمیت اراده است. به دیگر سخن، قانون حاکمیت اراده، یعنی قانونی که طرفین با توافق تعیین کرده‌اند، در این باب اصولاً لازم‌الرعایه است. به طور کلی، در داوریها که ناشی از اراده طرفین است، بویژه در داوریهای بین‌المللی، اصل حاکمیت اراده همواره مورد توجه است و نهایت

احترام به آن گذارده می شود .

۲-۵- در صورت سکوت طرفین ، داوران با مراجعه به قاعده تعارض مناسب قانون حاکم را تعیین خواهند کرد . از آنجا که قاعده تعارض (یعنی قاعده ای که قانون حاکم بر روابط طرفین در صورت وجود عامل خارجی را تعیین می نماید) بر حسب کشورها متفاوت است ، با توجه به گرایش جدید در داوریهای بین المللی ، به داوران اختیار داده شده است که قاعده تعارضی را که مناسب تشخیص می دهند ، انتخاب و با استفاده از آن قانون ملی حاکم بر ماهیت دعوی را تعیین و اجرا نمایند . بنابراین کنوانسیون ژنو از نظریه های مختلفی که گفته شد ، نظریه آزادی داور را انتخاب کرده که هماهنگ با گرایش جدید در داوریهای بین المللی است .

۳-۵- در هر حال داوران مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر خواهند گرفت . اصل حاکمیت اراده چه در روابط داخلی و چه در روابط بین المللی اقتضا می کند که مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی که اراده ضمنی طرفین را تشکیل می دهد ، محترم شمرده شود . حتی شروط و مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی مربوط ، بر قواعد تفسیری (تعویضی) حقوق حاکم مقدم خواهد شد .

۴-۵- در صورت توافق طرفین و تجویز حقوق حاکم بر داوری ، داوران به طور کدخدا منشی و به تعبیر دیگر بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی رأی خواهند داد ، یعنی داوران می توانند از مرّ قانون با توجه به عدالت و انصاف عدول نمایند . قابل ذکر است که مقصود از حقوق حاکم بر داوری ، حقوق حاکم بر قرارداد داوری است که ممکن است غیر از حقوق حاکم بر ماهیت باشد .

ب- مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی

۶- در بند ۳ ماده ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی در باره

حقوق حاکم بر ماهیت چنین آمده است:

«طرفین آزادند حقوقی را که داور باید در ماهیت دعوی اجرا کند ، تعیین نمایند . در صورت عدم تعیین حقوق لازم الاجرا از سوی طرفین داور قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قاعده تعارضی که مناسب تشخیص می دهد، تعیین شده است .»

در بند ۴ همان ماده مقرر شده است :

« اگر طرفین به داور اختیار داده باشند که به طور کدخدامنشی دعوی را فیصله دهد ، او دارای چنین اختیاری می باشد.»

بالاخره بند ۵ ماده مزبور چنین مقرر داشته است:

«در همه موارد داور باید مندرجات قرارداد و عرفهای بازرگانی را در نظر بگیرد.»

۷-چنانکه ملاحظه می شود ، مقررات فوق مشابه ماده ۷ کنوانسیون ژنو است ، با این تفاوت که در مورد رسیدگی و صدور حکم بر اساس کدخدامنشی ، ماده ۷ کنوانسیون علاوه بر توافق طرفین اجازه قانون حاکم بر قرارداد داوری را نیز شرط دانسته است ، در حالی که در بند ۴ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی چنین شرطی دیده نمی شود .

به نظر می رسد که عدم نکر شرط مزبور در مقررات فوق منطبق با گرایش جدید در داوری بازرگانی بین المللی است . طبق این گرایش ، قرارداد داوری را از شمول قوانین داخلی خارج و تابع عرفهای بازرگانی بین المللی می دانند و در تشخیص این عرفها به آراء قضایی بین المللی مراجعه و به آنها استناد می کنند.^۱ و با توجه به عرفهای مزبور ، توافق طرفین در مورد اختیار داوری به طور کدخدامنشی یا براساس انصاف ، صرف نظر از قوانین داخلی ، محترم شناخته می شود.

ج - کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه گذاری (۱۹۶۶)

۸- ماده ۴۲ (بند ۱) کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه گذاری

بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر مورخ ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ درباره قانون حاکم بر

ماهیت چنین مقرر می‌دارد:

« دانشگاه در باره اختلاف برطبق قواعد حقوقی که طرفین پذیرفته‌اند، حکم خواهد کرد. در صورت عدم توافق طرفین، دانشگاه حقوق دولت طرف قرارداد را که طرف دعوی نیز می‌باشد - از جمله قواعد مربوط به تعارض قوانین - و همچنین اصول حقوق بین الملل را در آن زمینه اجرا خواهد کرد.»

این عبارت از لحاظ توجه به اراده طرفین و مقدم داشتن آن بر منابع دیگر قابل مقایسه با متون مشابهی است که قبلاً مورد بحث واقع شد و نیز قابل مقایسه با ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی است که ذیلاً مورد بررسی قرار خواهد گرفت. مع هذا در ماده ۴۲ کنوانسیون یاد شده، از اصل آزادی داور در صورت سکوت طرفین قرارداد راجع به قانون حاکم تبعیت نشده است و از این لحاظ ماده مزبور با مقررات کنوانسیون ژنو و مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی تفاوت دارد. به موجب ماده ۴۲ کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه گذاری، داور در صورت سکوت طرفین به قانون دولت طرف قرارداد - از جمله قواعد تعارض آن دولت - و نیز به اصول حقوق بین الملل مراجعه می‌نماید. این ماده از لحاظ ارجاع به حقوق داخلی و حقوق بین الملل مشابه ماده ۵ بیانیه حل و فصل است، هر چند که ماده اخیر، چنانکه خواهیم دید (شماره ۹ به بعد)، آزادی بیشتری در تعیین و اجرای حقوق حاکم برای دانشگاه داوری قائل شده است.

قابل ذکر است که طبق نظریه غالب در حقوق بین الملل خصوصی هر گاه يك طرف قرارداد دولت و طرف دیگر شخص خصوصی باشد و طرفین در مورد قانون حاکم سکوت کرده باشند، قانون دولت طرف قرارداد (طرف دعوی) لازم الاجرا خواهد بود. کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه گذاری هم با توجه به اینکه ناظر به حل اختلافات اشخاص خصوصی با دولتهای طرف قرارداد در مورد سرمایه گذاری است، از همین نظریه تبعیت کرده است.

د- بیانیه الجزایر راجع به حل و فصل دعاوی

۹- در ۲۹ دی ماه ۱۳۶۱ دو موافقت نامه بین المللی تحت عنوان بیانیه

دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر (بیانیه کلی یا اصلی) و بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر در باره حل و فصل ادعاهای (بیانیه حل و فصل) توسط دولت ایالات متحده و دولت جمهوری اسلامی ایران به امضاء رسید که تعهداتی برای دولتین ایجاد کرد و بر اساس آنها یک دانشگاه داورى بین المللى به نام «دیوان داورى نعاوى ایران - ایالات متحده» تأسیس گردید که کار آن هنوز پایان نیافته است. ماده ۵ بیانیه حل و فصل مربوط به حقوق حاکم بر ماهیت در این دانشگاه است که از مواد مهم و تا حدی مبهم و قابل بحث به شمار می آید. اصل این ماده به انگلیسی بوده و سپس به فارسی ترجمه شده است.

۱۰- در ترجمه رسمی ماده ۵ چنین آمده است:

«هیات داورى، اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل را به کار خواهد برد و در این موارد کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت.»

این ترجمه با متن انگلیسی ماده مذکور کاملاً تطبیق نمی کند و به نظر

می رسد که ترجمه زیر دقیق تر و به متن نزدیک تر است:

«دانگاه باید در همه موارد بر اساس احترام به حقوق (قواعد حقوقی) تصمیم بگیرد و آن (سته) از قواعد انتخاب حقوق (قواعد تعارض قوانین) و اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل را که قابل اجرا تشخیص می دهد، به موقع اجرا گذارد و در عین حال باید عرفهای بازرگانی مربوط، مندرجات قرارداد و اوضاع و احوال تغییر یافته را در نظر بگیرد.»^{۱۱}

11-ARTICLE V :

The tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law , applying such choice of law rules and principles of commercial and international Law as the tribunal determines to be applicable , taking into account relevant usages of the trade , contract provisions and changed circumstances .

در این ترجمه کلمه Law به حقوق برگردانده شد که معنی نوعی آن منظور است و می توان به جای آن « قواعد حقوقی » گذاشت . در حقوق بین الملل خصوصی معمول است که در این معنی به جای حقوق کلمه « قانون » را به کار می برند و از انتخاب قانون حاکم یا لازم الاجرا سخن می گویند و به جای اصطلاح قواعد انتخاب حقوق Choice of Law rules « قواعد تعارض قوانین » استعمال می کنند، چنانکه در ترجمه فرانسوی ماده ۵ بیانیه حل و فصل^{۱۲}، اصطلاح les re'gles de conflit de lois بکار رفته و در بند ۱ ماده ۳۲ اصلی مقررات آنسیترال^{۱۳} نیز کلمات the conflict of laws rules استعمال شده است.^{۱۴}

۱۲- رجوع شود به ترجمه فرانسوی بیانیه حل و فصل به وسیله Bernard Audit استاد دانشگاه پاریس که در مجله حقوق بین الملل (Clunet) Journal de Droit International، ۱۹۸۱، صفحه ۷۷۶ به بعد به عنوان ضمیمه مقاله ای تحت عنوان : " Les accords d'Alger du 19 janvier 1981 tenant au r'eglement des diff'erents enter les Etats-Unis et L'IRAN. " ۱۳- UNCITRAL مقصود مقررات داوری مصوب کمیسیون سازمان ملل برای حقوق بازرگانی بین المللی است که با اصلاحاتی که در آن انجام شده است ، مقررات حاکم بر آئین دادرسی دیوان داوری ایران - ایالات متحده را تشکیل می دهد. این مقررات در مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی ، شماره ۳ به چاپ رسیده است .

۱۴- قواعد تعارض قوانین یا قواعد انتخاب حقوق همان قواعدی است که گاهی تحت عنوان حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار می گیرد و هدف آن هدف آن تعیین حقوق لازم الاجرا بر موضوعات مختلف حقوق خصوصی است که به دو یا چند کشور به نحوی مرتبط بوده و جنبه بین المللی داشته باشند . قواعد تعارض خود مستقیماً اختلاف را حل نمی کنند، بلکه قاضی یا داور را به حقوق کشور خاصی که در مسئله مورد نزاع لازم الاجرا است ، هدایت می نمایند . به تعبیر دیگر قواعد تعارض تعیین می کنند که در هر دسته از روابط حقوق خصوصی بین المللی قانون کدام کشور حاکم است . مثلاً به موجب ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران ، تصرف و مالکیت



۱۱- ماده ۵ بیانیه کلمات و اصطلاحات احترام به حقوق ، قواعد انتخاب حقوق ، اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل ، عرفهای بازرگانی ، مندرجات قرارداد، اوضاع و احوال تغییر یافته و نیز کلمه «در نظر گرفتن»^{۱۵} قابل بحث هستند و به عبارت دیگر، ماده ۵ بیانیه حل و فصل نیاز به تفسیر دارد .

در تفسیر ماده ۵ می توان آن را به دو قسمت تقسیم کرد . در قسمت اول ماده، بعد از اشاره به اینکه داوری باید بر اساس قواعد حقوقی باشد، سه منبع مهم برای تعیین قانون حاکم ذکر شده است : قواعد تعارض قوانین ، اصول حقوق بازرگانی و اصول حقوق بین الملل . در قسمت دوم دادگاه مکلف شده است که سه منبع دیگر : عرفهای بازرگانی ، مفاد قرارداد و تغییر اوضاع و احوال را نیز مورد توجه قرار دهد. اینک بجاست به شرح و تجزیه و تحلیل قسمت اول پردازیم .

۱- قسمت اول ماده ۵:

۱۲- قسمت اول ماده ۵ بدین شرح است : « دادگاه باید در همه موارد بر اساس احترام به حقوق (قواعد حقوقی) تصمیم بگیرد و آن (سته از)

اموال منقول و غیر منقول تابع قانون کشور محل وقوع مال است ، بر طبق ماده ۹۶۸ تعهدات ناشی از عقود اصولاً تابع قانون محل وقوع عقد است و نیز برابر مواد ۶ و ۷ قانون مدنی ، احوال شخصیه و اهلیت تابع قانون دولت متبوع شخص است . این قواعد در اصطلاح قواعد تعارض قوانین یا قواعد انتخاب حقوق نامیده می شوند . در واقع قواعد مزبور جهت حل تعارض بین قوانین دو یا چند کشور هستند که مسئله مورد نزاع ارتباطی با آنها دارد . قواعد تعارض را به پلیس یا چراغ راهنمایی تشبیه کرده اند که راه را به رانندگان نشان می دهد. در حالی که قواعد تعارض فقط راهنمای دادرس در پیدا کردن حقوق لازم الاجرا هستند، قواعد ماهوی *re'gles substantielles - substantive rules* قواعدی را گویند که به طور مستقیم و بدون واسطه برای حل و فصل دعوی بکار می روند ، مانند قواعد راجع به شرایط اساسی صحت معامله و غیر آن .

قواعد انتخاب حقوق و اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل را که قابل اجرا تشخیص می دهد ، به موقع اجرا گذارد ... ».

جمله اول ماده که مقرر می دارد دادگاه بر اساس احترام به حقوق تصمیم بگیرد ، قابل بحث است . سؤالی که در اینجا مطرح می شود ، این است که مقصود از احترام به « حقوق » law در این ماده چیست ؟ آیا دادگاه داوری باید بر اساس قواعد حقوقی رأی دهد یا می تواند بر پایه انصاف یا به طور کدخدامنشی حکم کند . دو نوع داوری در دنیا وجود دارد : یکی داوری بر اساس حقوق یا قواعد حقوقی . در این نوع داوری ، داور نمی تواند از قواعد لازم الاجرای حقوقی ، اعم از اینکه منشاء آنها قانون به معنی خاص یا رویه قضایی یا عرف و عادت یا منبع معتبر دیگری باشد ، تخطی کند . البته شك نیست که مبنای اصلی حقوق عدل و انصاف است و اجرای قواعد حقوقی در اغلب موارد با رعایت انصاف همراه است . مع هذا در این نوع داوری انصاف به تنهایی و جدا از حقوق نمی تواند مستند و مبنای رأی داور باشد . داور باید قانون را اجرا کند ، هر چند که در پاره ای موارد بر خلاف انصاف باشد . نوع دیگر داوری ، داوری بر اساس انصاف (کدخدامنشی) است که آن را *amiable composition* یا داوری *ex aequo et bono* می گویند . در این گونه داوری ، داور مکلف به اجرای مرّ قانون نیست بلکه ممکن است در اعمال انصاف از آن عدول کند . داور می تواند قانونی را که بر خلاف انصاف تشخیص می دهد ، نادیده گرفته بر پایه انصاف رأی دهد. ۱۶

در داوریهایی بین المللی این اصل پذیرفته شده که داور فقط هنگامی می تواند بر اساس انصاف رأی دهد که طرفین در این خصوص توافق کرده باشند . بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ و بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون ۱۹۶۶ برای حل اختلافات سرمایه گذاری و بند ۴ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و بند ۲ ماده ۳۳ اصلی مقررات آنسیترال بدین اصل تصریح کرده اند .

حال ببینیم آیا داوری بر اساس انصاف به موجب ماده ۵ بیانیه مجاز است یا نه. بعضی از اهل فن با توجه به اینکه در ماده مزبور کلمه احترام *respect* بکار رفته و گفته نشده است که دادگاه باید بر اساس حقوق یا قواعد حقوقی تصمیم بگیرد، اظهار نظر کرده اند که داوری بر اساس انصاف مورد قبول بیانیه است. ولی این تفسیر را اکثریت داوران نپذیرفته اند و جمله اول ماده ۵ را با توجه به ظاهر آن چنان تفسیر کرده اند که اصولاً داوری بر اساس انصاف را نفی می کند و فقط داوری بر اساس قانون (قواعد حقوقی) را می پذیرد. بر اساس همین فکر، بند ۲ ماده ۲۳ مقررات آنسیترال بدین گونه اصلاح شده است: « دیوان داوری تنها در صورتی به طور کدخدامنشی یا بر اساس انصاف تصمیم خواهد گرفت که طرفهای داوری صریحاً و کتباً اجازه چنین امری را به دیوان داده باشند ». مفهوم مخالف این عبارت آن است که اگر طرفین دعوی صریحاً اجازه داوری بر اساس انصاف را نداده باشند، دادگاه نمی تواند به استناد انصاف حکم کند بلکه مکلف به اجرای قانون است. مع هذا به نظر می رسد که انصاف می تواند جایی در این داوری داشته باشد. نفی داوری بر اساس انصاف بدین معنی نیست که دادگاه همواره مقید به رعایت حقوق ملی خاصی بوده و به هیچ وجه نتواند آن را تعدیل کند. حقوق قابل اجرا در دادگاه داوری با توجه به ماده ۵ بسیار قابل انعطاف است. از آنجا که ماده مزبور دادگاه را در انتخاب قواعد تعارض و اصول حقوق بین الملل و حقوق بازرگانی قابل اجرا آزاد گذارده است و حتی او را مکلف کرده است که عرفهای بازرگانی و تغییر اوضاع و احوال را در نظر بگیرد، دادگاه می تواند با استفاده از اختیارات خود اصول و مقتضیات انصاف را نیز مورد توجه قرار دهد و از اعمال قانون ملی خاص در مواردی که آشکارا بر خلاف موازین انصاف است، خودداری کند.^{۱۷} جالب این است که در برخی از آراء

17-AUDIT(B.), "Les accords d'Alger du 19 janvier 1981," Clunet 1981, pp. 771-772.

دادگاه داورى ایران - ایالات متحده نیز به انصاف استناد شده است. ۱۸

۱۳- جمله دوم از قسمت اول ماده ۵ مقرر می دارد که دادگاه باید آن دسته از «قواعد انتخاب حقوق» و «اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل» را که قابل اجرا تشخیص می دهد، اجرا نماید. این عبارت مفید اصل آزادی دادگاه در انتخاب حقوق حاکم است که معمولاً در داوریهای بین المللی پذیرفته می شود. در واقع راه حل مورد قبول بیانیه تلفیقی از نظریه آزادی داور در انتخاب قاعده تعارض و نظریه اعمال حقوق بین الملل است که در متون مشابه دیده نمی شود. اینک بجاست توضیح بیشتری در باره «قواعد انتخاب حقوق» و «اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل» داده شود.

قواعد انتخاب حقوق:

۱۴- قواعد انتخاب حقوق، چنانکه گفتیم، همان قواعد تعارض قوانین است و بجای آن می توان اصطلاح قواعد تعارض قوانین را بکار برد، چنانکه در بند ۱ ماده ۲۳ اصلی مقررات آنسیترال بکار رفته است. (ر ک به: ش. ۱۰).

وقتی که ماده ۵ به دادگاه داورى اختیار می دهد که «قواعد انتخاب حقوق» یا «قواعد تعارض» مناسب را تعیین و اجرا کند، این بدان معنی است که دادگاه باید با هدایت قاعده تعارضی که مناسب تشخیص می دهد، به يك حقوق ملی رجوع و مقررات آن را اجرا نماید. پس بکار بردن اصطلاح «قواعد انتخاب حقوق» در واقع ارجاع به حقوق ملی است. در حقیقت یکی از منابعی که دادگاه داورى در آراء خود مورد توجه و استناد قرار می دهد، حقوق ملی کشوری است که بر اساس قاعده تعارض مناسب تعیین می نماید.

۱۸- رجوع شود به رأی شماره ۳۵ صادره از شعبه ۲ در پرونده شماره ۲۱۹. در این رأی می خوانیم: «شرط انصاف نیست would be inequitable که چنین بانکی از زیر بار مسئولیت در قبال صاحب ذی نفع و جوه موضوع چک برگشتی مورد بحث فرار کرده و بانک وجوهی را که نسبت به آنها هیچ حقی ندارد، نگاه دارد. (صفحه ۸ ترجمه فارسی).

البته اگر طرفین حقوق کشور خاصی را لازم الاجرا شناخته باشند ، همان حقوق ، چنانکه در داوریه‌های بین المللی معمول است ، اجرا خواهد شد. به تعبیر دیگر در این گونه موارد قاعده تعارضی که به اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون لازم الاجرا ارج می نهد ، مناسب تشخیص داده می شود.

اصول حقوق بازرگانی:

۱۶- منبع دیگری که برای آراء و تصمیمات دانشگاه داورى در ماده ۵ ذکر شده است ، « اصول حقوق بازرگانی » است . مقصود از حقوق بازرگانی ، حقوق بازرگانی ملی یا داخلی نیست ، چه با جمله « قواعد انتخاب حقوق » به حقوق داخلی اشاره شده است ، بلکه مقصود اصول حقوق بازرگانی بین المللی است^{۱۹} که از آن گاهی به *lex mercatoria* و گاهی به حقوق غیرملی^{۲۰} یا فرادولتی^{۲۱} یا فراملی^{۲۲} تعبیر شده است . این حقوق در واقع ساخته جامعه بین المللی بازرگانان است و از عرفها و رویه های بازرگانی در خارج از چارچوب مقررات دولتی فراهم آمده است.^{۲۳} می توان گفت بازرگانان بین المللی با توجه به نارسایی مقررات بازرگانی ملی و با همکاری یکدیگر در سطح جهانی و نیز از طریق ایجاد انجمنها و مؤسسات صنفی بین المللی حقوق خاصی به وجود آورده اند که جدا از حقوق داخلی کشورها است . کوشش بازرگانان بین المللی بر این است که خود را از تبعیت قوانین دولتی که آنها را نامناسب و غیر منطبق با نیازهای بازرگانی بین المللی می دانند و به تعبیر «انجمن آمریکایی ابریشم» از «مسائل فنی و حقوقی»^{۲۴} رهایی بخشیده ، از حقوق دیگری که ساخته خود آنان و مولود نیازهای آنان و متناسب

19- AUDIT ,op.cit. p . 772 .

20-Anatonal .

21- Extra´e tatique .

22- Transnational .

23- Fouchard . op.cit . No. 577.

24- Legal technicalities .

با مقتضیات بازرگانی بین المللی است ، پیروی کنند. ^{۲۵} داوران و موسسات داوری بین المللی نیز در ایجاد این حقوق نقش مهمی ایفا می کنند . پروفیسور داوید در این زمینه می گوید:

« داوری و گسترش نوین آن نشان می دهد که در حقیقت بازرگانان همواره در پی آنند که حقوقی خاص خود داشته باشند ... حقوق حاکم بر بازرگانی فقط از لحاظ نظری (تئوری) در مقررات کدها و قوانین ساخته حقوقدانان وجود دارد. در واقع این حقوق خیلی بیشتر در قراردادهای نمونه ، عبارات یکنواخت و شرایط کلی مندرج در قراردادهای بازرگانی یافت می شود ... بدینسان بازرگانان عدالت دانگها را برای حل اختلافات بین خود رها می کنند و در داوری عدالتی متمایز از عدالت دانگها جستجو می نمایند. » ^{۲۶}

اصول حقوق بین الملل:

۱۶- منبع دیگری که در ماده ۵ بیانیه برای آراء دانگاه داوری ذکر شده ، « اصول حقوق بین الملل » است . و ظاهراً اصول حقوق بین الملل در نظر نویسندگان بیانیه چیزی غیر از اصول حقوق بازرگانی بوده است . به نظر می رسد که مقصود ، اصول حقوق بین الملل عمومی است که باید مورد توجه دانگاه قرار گیرد . یکی از مؤلفان تعجب می کند که چرا حقوق بین الملل در صدر منابع قرار نگرفته و پس از قواعد تعارض قوانین و اصول حقوق بازرگانی آمده است و در مقام ایراد گفته است: می توان پذیرفت که داوران در تعیین قاعده تعارض و اصول حقوق بازرگانی آزادی داشته باشند، ولی در مورد حقوق بین الملل نمی توان این گونه آزادی برای آنان قایل شد؛ سپس برای رفع ایراد اعلام داشته است که ارجاع به منابع سه گانه در حقیقت شگفت انگیز نیست، چه ارزش منابع مذکور بر حسب مورد متفاوت است. ^{۲۷}

25- Fouchard , op.cit . No. 579 .

26- DAVID (R.) L'arbitrage dans le commerce inernationanl, Paris, 1982, No. 16.

27- AUDIT , op.cit., p . 772 .

مقصود نویسنده این است که ذکر حقوق بین الملل در آخر منابع سه گانه دلیل بر این نیست که اصول این حقوق در همه موارد اهمیت کمتری داشته باشد. مثلاً اگر دعوی مربوط به تفسیر یا اجرای بیانیه و به طور کلی بین دولتین باشد، چون طرفین دعوی دو دولت هستند، حقوق بین الملل عمومی حاکم بر ماهیت خواهد بود. حتی در مورد دعاوی که یک طرف آنها دولت و طرف دیگر یک شرکت خصوصی است، باز می توان گفت در حل پاره ای مسائل مربوط به نقض حقوق بین الملل و مسئولیت دولت (مانند سلب مالکیت از بیگانگان) اصول حقوق بین الملل لازم الاجرا خواهد بود.

۱۷- در میان قراردادهای و متون حقوقی مشابه ماده ۵ که در پیش به آنها اشاره کردیم، ماده ۴۲ کنوانسیون ۱۹۶۵ راجع به حل اختلافات سرمایه گذاری از لحاظ ارجاع به حقوق بین الملل قابل مقایسه با ماده ۵ است. (رک به: ش ۸) در آن ماده، اول از حقوق دولت طرف قرارداد سخن رفته و سپس از اصول حقوق بین الملل یاد شده است. در گزارش مدیران بانک جهانی در تفسیر این اصطلاح چنین می خوانیم: ۲۸

« اصطلاح حقوق بین الملل در اینجا باید به معنی منظور در بند ۱ ماده ۲۸ اساسنامه دیوان بین المللی دانگستری^{۲۹} تفسیر گردد. مع هذا بدین نکته باید توجه شود که ماده ۲۸ برای اجرا در روابط بین دولتهاست.»

بدینسان به نظر می رسد که « اصول حقوق بین الملل » با « اصول کلی

28- VEIL(P.) Principes généraux du droit et contrats d'Etat, in Le Droit des Relations économiques internationales, Paris, 1982.P. 298.

۲۹- در بند ۱ ماده ۲۸، منابع حقوق بین الملل عمومی که دیوان بین المللی دانگستری بر اساس آنها رأی صادر می کند، ذکر شده است. این ماده به طور خلاصه قراردادهای بین المللی، عرف بین المللی، اصول کلی حقوقی مشترك بین ملل متمدن، و تا حدودی تصمیمات قضایی بین المللی و نظریه های معتبرترین علمای حقوق عمومی ملتهای مختلف را قابل اجرا در دیوان تلقی کرده است.

حقوقی مشترک بین ملل متمدن « که در بند ۱ (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به عنوان یکی از منابع حقوق بین الملل ذکر شده، متفاوت است و اعم از آن می باشد. به تعبیر دیگر « اصول حقوق بین الملل » قلمروی گسترده تر دارد و کلیه اصول حقوق بین الملل عمومی را، اعم از اینکه منبع آن عهدنامه یا عرف و عادت بین المللی یا منبع دیگری باشد، در برمی گیرد.

رای معروف تکزاکو^{۳۰} که در سال ۱۹۷۷ به وسیله پروفیسور دوپویی^{۳۱} صادر شده است، به وضوح بین این دو اصطلاح فرق گذاشته و اعلام داشته است که « اصول حقوق بین الملل » شامل مجموعه قواعد لازم الاجرای حقوق بین الملل است. و از این رو « قلمروی وسیع تر از اصول کلی حقوقی دارد»، چه این اصول همراه عناصر دیگر چیزی را تشکیل می دهند که اصول حقوق بین الملل نامیده شده است. ضمناً داور مذکور « اصول کلی حقوقی مشترک » را چنین تعریف می کند: « پاره ای اصول مشترک بین نظامهای حقوقی کشورهای مختلف جهان و حقوق بین الملل».^{۳۲}

ولی در رای لیامکو که در همان سال به وسیله محمضانی صادر شده است، این تفکیک کاملاً روشن نیست چه از يك سو « اصول حقوق بین الملل » را به عنوان اصول مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین المللی معرفی می کند، ولی از سوی دیگر اعلام می کند که در صورت اختلاف بین حقوق لیبی و « اصول حقوق بین الملل » باید به عنوان منبع ثانوی، « اصول کلی حقوقی » بدان گونه که در اندکاهای بین المللی اجرا شده است، به موقع اجرا گذارده شود.^{۳۳} اگر « اصول حقوق بین الملل » معنای عامی داشته و همه

30-Texaco.

31-Dupuy.

32-Texaco - Calasiatic v . Liby ,1977 , Internaional Law Reports, Vol. 53, 1977.P. 398 s.

33- Liamco v. Liby 1977,I. L.M,1981.p.15 , Rev.Arb. 1980, P. 134 s.

منابع حقوق بین الملل عمومی را در بر گیرد ، اصول کلی حقوقی چیزی جدا از اصول حقوق بین الملل نیست و رابطه بین آنها رابطه خاص و عام است و در این صورت عبارت محمصانی معنایی ندارد .

آیا اصل ، اجرای حقوق بین الملل است؟

۱۸- از آنچه گفتیم ، روشن شد که دانشگاه داوری از يك سو ممکن است با انتخاب قواعد تعارض مناسب که یکی از آنها اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون لازم الاجرا است ، به حقوق داخلی کشور خاصی توجه و آن را در حل و فصل دعوی اعمال کند، البته اگر حقوق مزبور نارسا باشد، داور می تواند از اصول حقوق بازرگانی و عرفهای تجاری بین المللی برای تکمیل اراده طرفین و رفع نارساییهای حقوق حاکم کمک بگیرد و بویژه بجای مقررات تفسیری (تعویضی) حقوق حاکم، اصول حقوق بازرگانی و عرفهای تجاری بین المللی را مستند اخذ تصمیم قرار دهد؛ از سوی دیگر ممکن است دانشگاه اصول حقوق بین الملل عمومی را اجرا کند. مسئله مهم و قابل بحث این است که قلمرو اعمال حقوق ملی و حقوق بین الملل کجاست و اجرای کدام يك از آنها اصل محسوب می شود؟

۱۹- هرگاه هم خواهان و هم خواننده دعوی دولت باشند ، اصولاً حقوق بین الملل عمومی حاکم بر روابط آنهاست . اما در نماوی مربوط به حقوق خصوصی که يك طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خصوصی است و بویژه در اختلافات ناشی از « قراردادهای دولتی »^{۲۴} (قراردادهایی که يك طرف ، آن دولت است) به نظر می رسد که اصل در این باب اجرای يك حقوق ملی است . آراء مورخ ۱۲ ژوئیه ۱۹۲۹ صادره از دیوان دائمی دانگستری بین المللی در باره پرداخت وامهای مختلف برزیلی و صرب در این زمینه قابل استناد است . در این آراء چنین آمده است:

« هر قراردادی که يك قرارداد بین دولتها به عنوان مخاطب حقوق بین الملل نباشد ، مبنای آن در يك حقوق ملی است. مسأله تعیین این

حقوق موضوع آن رشته از حقوق است که امروزه اغلب حقوق بین الملل خصوصی یا نظریه تعارض قوانین نامیده می شود. قواعد آن ممکن است مشترک بین چندین کشور باشد یا به موجب قراردادهای بین المللی یا عرف و عادت مقرر شده و در مورد اخیر جنبه يك حقوق بین المللی حقیقی را که حاکم بر روابط بین دولتها است، داشته باشد. لیکن در غیر این صورت باید بر آن بود که قواعد مذکور جزء حقوق داخلی است.» ۲۵

از عبارت فوق چنین بر می آید که در مورد قراردادهای خصوصی که يك طرف آن دولت است، اصل، اجرای حقوق ملی است.

۲۰- مع هذا در مورد دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و ماده ۵

بیانیه حل و فصل از نظریه دیگری نیز دفاع شده است:

بیانیه و دادگاه داوری لاهه که يك دادگاه واقعا بین المللی است، مظهر بارز حمایت دیپلماتیک است و دعاوی که در این دادگاه مطرح می شود، هرچند به ظاهر خواهان يك شخص حقوق خصوصی بوده و دعوی خود را مستقیماً در دادگاه مطرح کرده باشد، از باب حمایت سیاسی است و در واقع دعوی بین دولتی مطرح است و مسئله اساسی در این دعاوی نقض حقوق بین الملل و مسئولیت بین المللی دولت است. به عبارت روشن تر، دعوی اصلی اتباع ایالات متحده علیه ایران و مؤسسات تحت کنترل آن در واقع این است که ایران نقض حقوق بین الملل کرده و مسئول است در حل این مسئله اساسی بی شك اصول حقوق بین الملل عمومی حاکم است نه حقوق داخلی. البته ممکن است برای حل پاره ای از مسائل مقدماتی یا طاری مراجع به حقوق ملی کشور خاصی لازم باشد. مثلاً در اختلافات ناشی از قرارداد دادگاه برای اینکه احراز کند که آیا نقض حقوق بین الملل از سوی دولت ایران در رابطه با شرکتهای تحت کنترل آن روی داده است یا نه، باید نخست بررسی کند که آیا شرکت

۲۵- رجوع شود به متن رأی مورخ ۱۹۲۹ مندرج در مجله حقوق بین الملل خصوصی:

Revue de Droit international privé, 1929, T.xxiv, p. 452.

مورد نظر از اجرای تعهدات قراردادی خود سرباز زده و به موجب حقوق حاکم بر قرارداد متخلف و مسئول شناخته می شود یا نه . این يك مسئله مقدماتی است که برای حل آن مراجعه به حقوق ملی کشور خاصی (حقوق حاکم بر قرارداد) لازم است ، ولی اخذ تصمیم در مسئله اصلی (نقض حقوق بین الملل و مسئولیت بین المللی دولت) بر اساس اصول حقوق بین الملل خواهد بود .

پروفسور ریگو استاد بنام بلژیکی نظریه فوق را مطرح و از آن به شایستگی دفاع کرده است.^{۳۶}

۲- قسمت دوم ماده ۵ :

۲۱- ماده ۵ بیانیه ، بعد از ذکر منابع سه گانه فوق ، در قسمت دوم مقرر می دارد که دادگاه در اخذ تصمیم باید به سه منبع دیگر نیز توجه کند : عرفهای بازرگانی ، مندرجات قرارداد و تغییر اوضاع و احوال . بر خلاف سه منبع قبلی که معیارهای کلی و هنجاری^{۳۷} بودند در واقع حقوق عام و قواعد کلی حاکم بر ماهیت دعاوی را تشکیل می دادند ، سه منبع اخیر جزئی و ناظر به موارد و اوضاع و احوال خاص هستند و معیارها و نورمهای کلی به شمار نمی آیند .

قبل از بحث از این منابع بجاست به معنی کلمات « در نظر گرفتن »^{۳۸} که

۳۶- رجوع شود به نظر مشورتی ریگو و ورهون در تفسیر بند ۳ ماده ۷ بیانیه حل و فصل (متن فرانسه) ص ۱۵-۱۸ و نظریه ایشان در پرونده آموکو Amoco (متن فرانسه) ص ۷ به بعد .

37- Normatif.

۳۸- در فرهنگ و بستر بزرگ در معنی Take into account چنین آمده است :

to make allowance for(as in passing judgment)<judge took the boy's age into account.>

ترجمه : در نظر گرفتن یا توجه کردن به (در موقع صدور حکم) مثلاً قاضی سن پسر را در نظر می گیرد .

در ماده ۵ آمده است ، توجه کنیم. ممکن است تصور شود که این جمله به دادگاه اختیار می دهد که نگاهی به عرفهای بازرگانی ، مندرجات قرارداد و تغییر اوضاع و احوال بپفکند، بی آنکه مکلف به رعایت یا اجرای آنها باشد. ولی این تفسیر درست به نظر نمی رسد . در متون مشابه (بند ۵ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی ، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ ، بند ۳ ماده ۳۳ مقررات اصلی آنسیترال) هم جمله مذکور بدین گونه تفسیر نشده است .

بنابراین توجه به عرفهای بازرگانی ، مندرجات قرارداد و تغییر اوضاع و احوال و ترتیب اثر دادن به آنها الزامی است و بر خلاف قسمت اول ماده ۵ که به دادگاه در انتخاب و تعیین قانون حاکم اختیار داده است ، به موجب قسمت دوم دادگاه مکلف شده است که عوامل سه گانه مذکور را مورد توجه قرار دهد .

۲۲- ممکن است در تفاوت بین قسمت اول و قسمت دوم ماده ۵ گفته شود که قسمت اول شامل منابع و مستندات اصلی رأی و قسمت دوم مشتمل بر منابع و مستندات فرعی است. و به همین جهت در قسمت اول کلمه « اجرا » و در قسمت دوم کلمه « در نظر گرفتن » بکار رفته است . در واقع دادگاه قانون حاکم بر ماهیت دعوی را براساس قسمت اول ماده تعیین می کند ، ولی در اجرای قانون حاکم ، به عرفهای بازرگانی ، مندرجات قرارداد و تغییر اوضاع و احوال نیز توجه می نماید.

اشکالی که براین نظر وارد است ، این است که مندرجات قرارداد و اراده طرفین نمی تواند يك منبع فرعی باشد. اگر بتوان عرفهای بازرگانی و تغییر اوضاع و احوال را منابع فرعی تلقی کرد، مندرجات قرارداد در داوریهایی بین المللی بی شك منبعی اصلی است و برطبق رویه قضایی و دکتترین بین المللی در درجه اول اهمیت قرار می گیرد (رك به ش ۲۸) و جای تعجب است که ماده ۵ بیانیه آن را در ردیف پنجم ذکر کرده است .

توجهی که بیشتر قابل قبول به نظر می رسد ، این است که ماده ۵ منابع و معیارهای کلی و هنجاری را از منابع و ضوابط خاص و ناظر به مورد تفکیک کرده و از این رو به دو دسته از منابع قایل شده و برای دسته اول که حقوق و

قواعدحاکم از طریق آنها یا از میان آنها تعیین می شود ، کلمه اجرا و برای بسته دوم که از نظر جزئی و خاص الشمول بودن اهمیت کمتری دارد ، کلمه « در نظر گرفتن » را بکار برده است .

۲۳-سؤال دیگری که در اینجا مطرح می شود و در مورد ماده ۷ کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ هم مطرح شده،^{۳۹} این است که آیا در نظر گرفتن عرفهای بازرگانی و مندرجات قرارداد و تغییر اوضاع و احوال به وسیله دادگاه فقط تا حدی است که حقوق حاکم بر ماهیت اجازه داده یا با آن سازگار باشد ، یا اینکه دادگاه باید به این عوامل ترتیب اثر دهد ، هر چند که بر خلاف حقوق حاکم باشند. ماده ۵ به این سؤال پاسخی نمی دهد و ظاهراً نسبت دادگاه در این خصوص باز است . فقط در مورد مندرجات قرارداد با توجه به اهمیت فوق العاده اراده طرفین قرارداد در داوریهای بین المللی و گرایشهای جدید در این زمینه می توان گفت : دادگاه اصولاً باید مندرجات قرارداد را بر هر قاعده دیگری مقدم دارد، مگر اینکه توافق طرفین برخلاف نظم عمومی بین المللی باشد.^{۴۰}

عرفهای بازرگانی:

۲۴- حال ببینیم معنی عرفهای بازرگانی^{۴۱} در ماده ۵ بیانیه چیست ؟ این اصطلاح در ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ و بند ۴ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و بند ۳ ماده اصلی مقررات آنسیترا ل نیز بکار رفته است . عرفهای بازرگانی یکی از منابع حقوق بازرگانی بین المللی است که ممکن است کلی یا مربوط به رشته خاصی از بازرگانی باشد. عرفهای بازرگانی در

39- LEW (j . D . M) op.cit. P . 293 .

۴۰- نظم عمومی در بازرگانی بین المللی که موضوعی جالب و قابل بحث است ، نیاز به بررسی جداگانه ای دارد. رجوع شود به : لیبو ، کتاب مذکور ، ش ۴۰۱ به بعد .

۴۱- usages of trade به نظر می رسد که در اینجا کلمه usages مترادف

customs است، هرچندکه گاهی بین آن دو فرق می گذارند. ر ک به :

Black's Law Dictionary

اغلب کشورها به عنوان منبع حقوق شناخته شده است. این عرفها که ناشی از عمل بازرگانان در طول سالهاست، به ندرت تدوین شده است، ولی بازرگانان آنها را رعایت می کنند. در حقوق داخلی، قاضی برای پرکردن خلأ قرارداد یا تفسیر کلمات مندرج در آن به عرف رجوع می کند؛ گاهی قانونگذار خود بدین منظور به عرف حواله می دهد (رك به: مواد ۲۲۴، ۲۲۵، ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی). در داوری بین المللی مسئله روشن تر است. داور بین المللی نماینده دولت خاصی نیست. قانون مقرر دانگاه او را مقید نمی کند. بنابراین این منطقی است که داور مزبور عرفهای بین المللی مربوط به قرارداد یا رابطه حقوقی منشأ دعوی را اجرا کند. ولی این گونه عرفها در هیچ مجموعه کاملی گرد آوری نشده و تنها مسئله این است که آیا عرف در رشته خاصی از بازرگانی شناخته شده است یا نه. به هر حال در قراردادهای بین المللی و مقررات اکثر نهادهای داوری برای داوران حق یا تکلیف رجوع به عرفهای بازرگانی مربوط به دعوی شناخته شده است و در برخی از آراء صادره در داوریهایی بین المللی نیز بدان تصریح گردیده است.^{۴۲}

شاید معروفترین رأی داوری که در آن عرفهای بازرگانی به موقع اجرا گذارده شده اند، رأی آرامکو است. در این رأی در مسائل حقوق خصوصی، حقوق کشور عربستان سعودی (کشور امتیاز دهنده) لازم الاجرا شناخته شده ولی اعلام گردیده است که: «این حقوق عند الاقتضاء باید به وسیله اصول کلی حقوقی و عرف و عمل تفسیر و تکمیل شود».^{۴۳}

فرق بین عرف بازرگانی و حقوق بازرگانی بین المللی

۲۵- در قسمت اول ماده ۵ از اصول حقوق بازرگانی سخن رفته که

مقصود از آن، چنانکه گفته شد، حقوق بازرگانی بین المللی است، ولی در

42- Lew . op.cit . p . 465 .

43- Saudi Arabia v . ARABIAN - AMERICAN oil company(ARAMCO)

1958 . I.L.R , vol . 27 , 1963. p. 169 .

قسمت دوم ماده به عرفهای بازرگانی مربوط که آن نیز باید جنبه بین المللی داشته باشد، ارجاع شده است. فرق بین این دو مفهوم چیست؟ می توان گفت: حقوق بازرگانی بین المللی عام و عرفهای بازرگانی خاص است. به تعبیردیگر حقوق بازرگانی بین المللی دارای مفهوم گسترده ای است که عرفهای بازرگانی را نیز در برمی گیرد و عرفهای بازرگانی یکی از منابع حقوق بازرگانی است.^{۴۴}

۲۶- حقوق بازرگانی بین المللی بنا بر آنچه برخی از مؤلفان^{۴۵} گفته اند، دارای سه منبع به شرح زیر است:

۱-۲۶- قواعد ناشی از قراردادهای بین المللی چند جانبه مربوط به تجارت و قوانین یکنواخت^{۴۶} که به وسیله چندکشور طی قراردادهای بین المللی پذیرفته شده اند، مانند قانون یکنواخت راجع به بیع بین المللی کالاها و نیز قوانین یکنواخت مربوط به برات و چک مورخ ۱۹۲۰ و ۱۹۳۱.

۲-۲۶- مجموعه های مقررات بازرگانی بین المللی: برای تسهیل بازرگانی بین المللی، سازمانهای بین المللی مختلف چه عمومی و چه خصوصی، مقررات و ضوابطی با عنوان قراردادهای نمونه، شرطهای استاندارد، قواعد یکنواخت و تعاریف کلی تهیه کرده و در اختیار بازرگانان گذارده اند. هدف این مقررات که « کدهای عملکرد»^{۴۷} نیز نامیده شده اند، آن است که تعارض قوانین را حذف یا لااقل کم کنند. مثلاً کمیسیون اقتصادی برای اروپا قراردادها و شرایط نمونه ای برای معاملات مختلف فراهم آورده است. همچنین اتاق

۴۴- در ماده ۷ کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ فقط عرفهای بازرگانی ذکر شده و آن رابه معنی عام و مترادف با *Lex mercatoria* تلقی کرده اند. رجوع شود به:

RIGAUX (F.), *Droit international prive*, T.II, Bruxelles, 1979, No. 1231; ROBERT, op.cit. nos 328 - 329.

45- Lew, op.cit. p. 442 s.

46- Uniform Laws.

47-Codes of Practice.

بازرگانی بین المللی در این زمینه فعالیت چشم گیری داشته است. مجموعه ای که این سازمان به نام Incoterms (اصطلاحات بازرگانی بین المللی) تهیه کرده و شامل قواعدی در تفسیر اصطلاحات بازرگانی است، معروف است.

۲۶-۳- عرفها و رسوم بازرگانی بین المللی.

۲۷- با توجه به توضیح فوق ممکن است گفته شود که با ذکر اصول حقوق بازرگانی در قسمت اول ماده ۵ تصریح به عرفهای بازرگانی در قسمت دوم زائد است، چه عام، خاص را هم شامل می شود.

در پاسخ می توان گفت: مقصود از «اصول حقوق بازرگانی» قواعد و ضوابط کلی است که در زمینه های مختلف بازرگانی بین المللی معمول است و کاربردی گسترده دارد، اما منظور از «عرفهای بازرگانی مربوط» عرفهای ویژه مربوط به رشته خاصی از تجارت مثلاً تجارت دریایی یا اسناد بازرگانی و امثال آن است. استعمال کلمه «اصول»^{۴۸} در قسمت اول ماده و ب

کلمه «مربوط»^{۴۹} در قسمت دوم می تواند مؤید این نظر باشد. اودی، استاد فرانسوی در این باره می گوید: «اگر بخواهیم ارجاع به عرفهای بازرگانی فایده ای داشته باشد، باید آن را از اصول حقوق بازرگانی تفکیک کنیم، در حالی که عرفهای بازرگانی مربوط به رشته خاصی از فعالیت بازرگانی است، اصول حقوق بازرگانی در سطحی کلی تر و بالاتر قرار می گیرد».^{۵۰}

مندرجات قرارداد:

۲۸- دومین منبعی که در قسمت دوم ماده ۵ ذکر شده، مندرجات قرارداد است. جای تعجب است که مندرجات قرارداد که علی القاعده در درجه اول اهمیت قرار دارد، در کنار عرف بازرگانی و تغییر اوضاع و احوال که

48- Principles .

49- relevant.

50- AUDIT . op.cit . P . 772 .

درحقیقت منابع فرعی و مفسرو مکمل اراده طرفین قرارداد هستند، آمده است.^{۵۱} در ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ هم به مندرجات قرارداد اشاره شده است، ولی قبل از عرفهای بازرگانی (رک به: ش ۵).

توجه به مندرجات قرارداد و اعمال شرایط و قواعد مذکور در آن مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و اصل الزامی بودن قرارداد^{۵۲} است که عموماً در دکترین و رویه قضایی داخلی و بین المللی پذیرفته شده است. اصل مزبور در بازرگانی و داوری بین المللی اهمیت بیشتری پیدا می کند، زیرا بازرگانی و داوری بین المللی قبل از هر چیز از قرارداد جان می گیرد، قراردادی که به طرفین امکان می دهد تا قوانین داخلی کشورها را که مانع گسترش این بازرگانی است، نادیده بگیرند. از آنجا که قرارداد بین المللی مرزهای کشورهای را درمی نوردد، درحقیقت قانون طرفین محسوب می شود.^{۵۳}

در رأی صادر در دعوی تکزاکو، داور در پاسخ به این سؤال که آیا طرفین می توانند حقوق یا سیستم حقوقی حاکم بر قرارداد را تعیین کنند، می گوید: « پاسخ به این سؤال نخستین بی شک مثبت است، همه نظامهای حقوقی، از هر گونه باشند، اصل حاکمیت اراده طرفین را در قراردادهای بین المللی اعمال می کنند. درباره ماهیت دعوی، همه نظامهای حقوقی این اصل را تأیید می کنند و به نظرمی رسد که اصل مزبور يك اصل مقبول جهانی است، هر چند ممکن است همیشه معنی و قلمرو واحدی نداشته باشد... »^{۵۴}

در رأی آرامکو نیز در این زمینه چنین می خوانیم: « برای تعیین قانونی که باید اجرا شود، باید به اصول شناخته شده حقوق بین الملل خصوصی از جمله اصل حاکمیت اراده رجوع کرد. به موجب این اصل در هر قراردادی که

51-AUIT, op.cit. p. 772 .

52- Pacta sunt servenda .

53-ROBERT (J.) .op.cit. no 328 .

54- TEXACO v . libya , 977 ,I.L.R , vol . 53 , P . 442 .

جنبه بین المللی داشته باشد، نخست حقوقی که طرفین صریحاً تعیین کرده اند، باید اجرا شود و ثانیاً اگر طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند، حقوقی که بر طبق اراده فرضی طرفین تعیین می شود، قابل اجرا خواهد بود. ۵۵

این نمونه ای است از آرائی که در تأیید اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم صادر شده است و اصل مزبور آنچنان در حقوق داخلی و بین المللی جا افتاده که قابل شك و تردید نیست. بنابراین این مندرجات قرارداد و قواعد مذکور در آن و حقوقی که طرفین قرارداد به عنوان حقوق حاکم تعیین کرده اند، بر هر چیز مقدم خواهد شد.

۲۹- اصل حاکمیت اراده، هم به عنوان يك قاعده تعارض برای تعیین حقوق ملی حاکم و هم به عنوان يك اصل متبّع در تعیین قواعد ماهوی، یعنی قواعدی که مستقیماً در حل و فصل دعوی قابل اجرا هستند، باید مورد توجه واقع شود.

پروفسور ریگو و پروفسور ورهون درباره نقش حاکمیت اراده در تعیین حقوق حاکم بر ماهیت چنین می گویند:

« ارجاع (ماده ۵ بیانیه) به اراده طرفین و بدینسان به شرط احتمالی راجع به حقوق حاکم که در قراردادها مندرج است، ممکن است بدین گونه تفسیر شود که دانگاه ملزم به شناسایی اختیار طرفین در تعیین حقوق حاکم و اعمال قانون حاکمیت اراده (قانون منتخب طرفین) است. باید در نظر داشت که ارجاع به عرفهای بازرگانی نیز دارای همین اثر است. زیرا در واقع قانون حاکمیت اراده، به عنوان قاعده تعارض، نه به عنوان يك قاعده ماهوی، ممکن است يك قاعده عرفی حقوق بین الملل خصوصی تلقی شود که مشترك بین اغلب کشورها است ... این قاعده بر آمده از مقایسه نظامهای حقوق بین الملل خصوصی، محتوای همه قراردادهای بین المللی راجع به تعارض در زمینه قراردادها و رویه معمول به هنگام عقد قراردادهای اقتصادی است. این تفسیر مورد تأیید داوریهایی

راجع به حقوق بین الملل خصوصی و داوریهای فوق ملی راجع به قراردادهای دولتی است.»^{۵۶}

سپس مؤلفان در تأیید این نظر، به آراء متعدد صادر در داوریهای

بین المللی ارجاع می کنند.^{۵۶}

۳- آنچه این استادان در عبارات فوق گفته اند، مربوط به اصل حاکمیت اراده به عنوان يك قاعده تعارض است، یعنی نقش اراده طرفین در تعیین حقوق حاکم بر قرارداد، ولی آنان اختیار طرفین را در تعیین قواعد ماهوی که مستقیماً قابل اجرا در حل و فصل دعوی باشد، نفی نمی کنند. اطلاق عبارت ماده ۵ هم مؤید اختیار گسترده طرفین و ارج نهادن به اصل حاکمیت اراده هم در تعیین نظام حقوقی حاکم و هم در انتخاب قواعد ماهوی خاص حاکم بر روابط طرفین قرارداد است.

۴- با اینکه اصل حاکمیت اراده واجد اهمیت فوق العاده در داوریهای بین المللی است و رکن اصلی آن محسوب می شود و دانشگاه طبق اصول کلی حقوقی و عرف بین المللی باید در تعیین حقوق حاکم به آن احترام گذارد، دیوان دآوری نعاونی ایران - ایالات متحده در پاره ای از آراء خود از آن عدول کرده و خود را مقید به قانون منتخب طرفین ندانسته است.

شعبه سوم دیوان در قرار اعدانی شماره ۳-۱۶-۶۵ مورخ ۲۲/۱۲/۶۵ راجع به پرونده آناکاندا، ضمن اشاره به اینکه ماده ۵ بیانیه حل و فصل کاربرد وسیعی دارد و دست دیوان را در تعیین قانون حاکم در هر مورد کاملاً باز گذارده و به او در این باب آزادی داده است، می گوید:

« دیوان البته ملزم است قواعد زیربط حاکم بر انتخاب قراردادی قانون را به طور جدی در نظر گیرد، ولی اگر دیوان تشخیص دهد که برای عدم اعمال آنها دلیلی معتبر در دست دارد، در آن صورت مکلف به اعمال آنها نمی باشد.^{۵۷}»

۵۶- رجوع شود به نظریه پروفیسور ریگو و پروفیسور ورهون در رد نظریه

پروفیسور داوید در پرونده اموکو، متن فرانسه، ص ۱۰ و ۱۱.

۵۷- متن فارسی رأی منتشر شده از سوی دیوان دآوری، شماره ۱۳۱، صفحه ۵۷.

در حکم شماره ۳-۲۴۵۲-۹۹ صادر از شعبه دوم دیوان در پرونده سی-۴۱-آی اینترنشنال اینکورپوریتد نیز با اینکه قانون منتخب طرفین قانون ایالت آیداهو بوده و با اینکه رجوع به آن قانون طبق اظهار دیوان به نتیجه گیری بسیار متفاوت منتهی نمی شده است، با اشاره به عدالت و انصاف چنین مقرر گردیده است:

« دیوان حداقل تا آنجا که مسئله تعیین میزان خسارت مطرح است، معتقد نیست که اکیداً مقید به قانون مندرج در قرارداد است ... دیوان ترجیح می دهد که موضوعات مربوط به خسارات را بیشتر بر طبق اصول کلی حقوق تجزیه و تحلیل نماید...» ۵۸

به هر حال این گونه آراء قابل انتقاد است و با نظریه ها و اصول حقوقی پذیرفته شده در داوژیهای بین المللی وفق نمی دهد و باید آنها را استثنایی و خلاف اصل تلقی کرد.

تغییر اوضاع و احوال

۳۲- تغییر اساسی در اوضاع و احوال اقتصادی که در موقع عقد قرارداد قابل پیش بینی نبوده است، در برخی از کشورها مؤثر در قرارداد و موجب معافیت متعهد و یا تعدیل قرارداد شناخته شده است. البته این کشورها تغییر اوضاع و احوال را در صورتی مؤثر در قرارداد می دانند که تعادل اقتصادی قرارداد را آنچنان بر هم زند که اگر اجرای قرارداد غیر ممکن نشده و از این رو قوه قاهره (فورس ماژور) محسوب نمی شود، لاقلاً با این تغییر اجرای قرارداد دشوار گردد. این وضع ممکن است در نتیجه جنگ یا بحران اقتصادی و تورم شدید و غیر منتظره پیش آید. کشورهایی که تغییر اوضاع و احوال را مؤثر در قرارداد می دانند، متعهد را در نتیجه این تغییر از اجرای

۵۸- ر.ک به : متن فارسی رای مندرج در مجموعه آراء تکثیر شده از سوی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ج ۴، ص ۴۱۰ و ۴۱۱.

تعهد معاف می کنند یا به دانشگاه اجازه می دهند که قرارداد را تعدیل کند، چنانکه مبلغی را که باید در اداء انجام کاری یا تحویل کالایی به یک طرف قرارداد داده شود، افزایش دهد. در حقوق آلمان و انگلیس و امریکا تغییر اساسی در اوضاع و احوال اقتصادی درپاره ای موارد مؤثر در قرارداد شناخته شده است. در رویه قضایی انگلیس و امریکا گاهی این مسئله تحت عنوان فراستریشن^{۵۹} مطرح می شود. دیوان تمیز فرانسه تجدید نظر در قرارداد به علت تغییر اوضاع و احوال اقتصادی را نپذیرفته است ولی شورای دولتی فرانسه آن را در قراردادهای اداری، در راه مصلحت جامعه و برای جلوگیری از قطع خدمات عمومی، اعمال کرده است.^{۶۰}

در دکتترین فرانسه، این مسأله تحت عنوان نظریه عدم پیش بینی^{۶۱} مطرح شده است و تجدیدنظر در قرارداد به علت حوادث پیش بینی نشده طرفدارانی دارد.^{۶۲}

۳۳- مهمترین دلیلی که در تأیید این نظریه آورده شده ، این است که یک شرط ضمنی در قرارداد وجود دارد که به موجب آن بقاء قرارداد منوط به ادامه اوضاع و احوالی است که در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته است و در صورت تغییر اساسی در اوضاع و احوال ، قرارداد دیگر لازم الاجرا نخواهد بود . این شرط ضمنی در اصطلاحات حقوقی لاتینی ، به شرط *Rebus sic stantibus* معروف است .

این استدلال درحقوق ایران هم قابل قبول است و با همین استدلال بعضی از استادان حقوق قایل به حق فسخ به علت تغییر اوضاع و احوال در بسیاری از قراردادهای شده اند و در برخی از آراء صادر از محاکم ایران نیز

59- Frustration.

60- Zweigert(k.) and Kotz, An Introduction to Comparative law, T. II, Amsterdam, 1977, p.188 s.

61- Théorie l' imprévision .

62-Cf . CARBONNIER (J .) Droit civil , T.4, Paris 1972, no 67 .

می توان انعکاسی از نظریه مذکور را ملاحظه کرد.^{۶۲}

۳۴- ماده ۶۲ عهدنامه وین در باره حقوق معاهدات مورخ ۱۹۶۹ تغییر بنیادی اوضاع و احوال را تاحدی مؤثر در عهدنامه های بین المللی شناخته است. به موجب این ماده:

جهت فسخ یا انصراف از معاهده ای نمی توان به تغییر بنیادی شرایطی استناد کرد که تحت آن ، انعقاد معاهده صورت گرفته است مگر آنکه:

الف-) وجود آن شرایط مبنای اساسی موافقت طرفهای معاهده در پذیرفتن تعهدات مربوط به معاهده بوده باشد.

ب) تأثیر این تغییر میزان تعهداتی را که همچنان باید به موجب معاهده ایفا کردند، اساساً دگرگون سازد.^{۶۴}

۳۵- اینک با توجه به کلیاتی که در باره تغییر اوضاع و احوال گفته شد، می توان آخرین جمله ماده ۵ بیانیه حل و فصل را تفسیر کرد. در ذیل ماده ۵ مقرر شده است که دادگاه باید «اوضاع و احوال تغییر یافته»^{۶۵} را در نظر بگیرد. در اینجا چند نکته قابل ذکر است :

۳۶-۱ در اینجا طبق نظر بعضی از مفسران بیانیه ، تغییر اوضاع و احوال به معنی تغییر اوضاع و احوال سیاسی ناشی از انقلاب اسلامی ایران است ،^{۶۶} هر چند که دگرگونی وضع اقتصادی را نیز به دنبال داشته است . شاید به همین جهت «اوضاع و احوال تغییر یافته» استعمال شده است، نه «تغییر اوضاع و احوال».^{۶۷} بنابراین این نظر ، تغییر اوضاع و احوال مذکور در

۶۲- رك به : ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی ، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، آثار قرارداد ، چاپ تهران ۱۳۶۸ ، ش . ۵۴ ، ص ۹۵ به بعد .

۶۴- رك به : ترجمه دفتر خدمات حقوقی بین المللی از عهدنامه مذکور مندرج در کتاب دوم از مجموعه اسناد و مدارك رسمی در ارتباط با دعاوی بین المللی ، از انتشارات همان دفتر ، چاپ تهران ۱۳۶۸ .

65- changed circumstances .

66- AUDIT . op.cit. p. 773 .

67- chang of circumstances.

ماده ۵ با تغییر اوضاع و احوالی که در حقوق داخلی کشورها مورد بحث است و صرفاً جنبه اقتصادی دارد و موجب بر هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد می شود ، متفاوت است . لیکن به نظر می رسد که تغییر اوضاع و احوال در این ماده مطلق است و هر دو نوع نگرگونی را در بر می گیرد و در حقیقت ارتباط نزدیک بین نگرگونیهای سیاسی و تغییرات اقتصادی و به طور کلی بین سیاست و اقتصاد وجود دارد .

به هر حال ، بر اساس ذیل ماده ۵ می توان استدلال کرد که در مواردی که انقلاب اسلامی و تغییر رژیم سیاسی باعث عدم اجرای بعضی از قراردادهای شده است و به تعبیر دیگر ، اجرای برخی از قراردادهای با اصول و مبانی آرمانهای انقلاب اسلامی منافات داشته یا تحولات عمیق اقتصادی ، مانع اجرای آنها بوده است ، قرارداد منفسخ شده یا فسخ قرارداد به وسیله ایران موجه بوده است ، هر چند که شرایط فورس ماژور محقق نبوده است .

دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در رأی شماره ۱-۵۹-۱۹۱ مورخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۸۵ صادر در پرونده کونستک اینکور پوریتد و وزارت دفاع جمهوری اسلامی ایران ، ضمن اشاره به اینکه مفهوم تغییر اوضاع و احوال در بسیاری از نظامهای حقوقی وارد شده ، به طوری که می توان آن را يك اصل کلی حقوقی دانست ، فسخ يك قرارداد پیچیده و حساس نظامی به وسیله وزارت دفاع را موجه تشخیص داده و بدین جهت خواهان را مستحق سود آتی (عدم النفع) نشناخته است . دیوان در این رأی می گوید:

تغییرات بنیادی در اوضاع و احوال سیاسی ایران در نتیجه انقلاب ، طرز برخورد متفاوت دولت جدید سیاست خارجی جدید بویژه در رابطه با ایالات متحده که قویاً مورد تأیید توده های وسیع مردم بود ، تغییر فاحش بر اهمیت قراردادهای بسیار حساس نظامی نظیر قرارداد حاضر... همگی عواملی هستند که موجب آنچنان تغییری در اوضاع و احوال شدند که خواننده را ذیحق به فسخ قرارداد ساختند... ۶۸

۲-۳۶- تغییر اوضاع و احوال نمی تواند در صلاحیت دادگاه مؤثر باشد .
 به عبارت دیگر در مواردی که به موجب اراده طرفین قرارداد دادگاههای ایران صلاحیت انحصاری دارند، نمی توان به استناد تغییر اوضاع و احوال دادگاه داوری لاهه را صالح دانست ، زیرا چنانکه در پیش گفته شد، ماده ۵ برای تعیین قانون حاکم در ماهیت است و هنگامی مطرح می شود که مسئله صلاحیت قبلاً حل شده باشد وانگهی طرفین بیانیه با توجه به تغییر وضع سیاسی در ایران و پذیرش آن توافق کرده اند که دعاوی ناشی از قراردادهایی که در آنها مشخصاً رسیدگی به دعاوی مربوط در صلاحیت انحصاری دادگاههای ایران قرار داده شده است ، خارج از صلاحیت دادگاه داوری باشد و هر گونه تفسیر از جمله آخر ماده ۵ که با این استثنا مابینت داشته باشد، مخالف اراده صریح طرفین بیانیه خواهد بود .

دیوان داوری هم در برخی از آراء صلاحیتی با رد استدلال ایالات متحده مبنی بر اینکه شرط صلاحیت دادگاههای ایران که در پاره ای قراردادها آمده است ، الزام آور نیست ، چه از زمان انعقاد قرارداد تغییرات اساسی در ایران روی داده است^{۶۹} ، در واقع این نظر را پذیرفته است که تغییر اوضاع و احوال مؤثر در صلاحیت دیوان داوری نمی باشد .

۳-۳۶- آیا دادگاه می تواند به استناد تغییر اوضاع و احوال قانونی را که اصولاً باید حاکم بر قرارداد باشد، -مانند قانونی که طرفین قرارداد باتوافق تعیین کرده اند- تغییر دهد، یا اینکه تغییر اوضاع و احوال بعد از تعیین قانون حاکم مطرح می شود ؟ از آنجا که در ماده ۵ بعد از اشاره به قانون حاکم و منابع آن و در آخرین مرحله به تغییر اوضاع و احوال اشاره شده است ، می توان گفت دادگاه فقط بعد از تعیین قانون حاکم و به هنگام

۶۹- رك به : آراء اعدائی هیئت عمومی دیوان به شماره های ۵۱-۲ و ۶۸-۳ و ۱۲۱-۴ و ۱۴۰-۵ و ۱۵۹-۶ و ۲۹۳-۸ مندرج در مجموعه آراء دیوان، تکثیرشده از سوی دفتر خدمات ، ص ۳۵۷ به بعد .

اخذ تصمیم بر ماهیت می تواند به تغییر اوضاع و احوال توجه و با در نظر گرفتن آن حدود مسئولیت طرفین قرارداد را مشخص کند. بعلاوه گمان نمی رود که هیچ یک از طرفداران نظریه تغییر اوضاع و احوال یا تجدیدنظر در قرارداد، به علت حوادث پیش بینی نشده برای این تغییر آن اثر را قایل شده باشند که بتواند قانون حاکم بر قرارداد را عوض کند. تغییر اوضاع و احوال یک امر موضوعی است که فقط می تواند در حدود مسئولیت طرفین قرارداد مؤثر باشد. گذشته از آن، اگر آن را مبتنی بر اراده ضمنی طرفین بدانیم، این تأثیر تا حدی است که با اراده صریح طرفین قرارداد مبیانت نداشته باشد.

نتیجه

۳۷- از آنچه درباره مقررات راجع به تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوریه‌های بازرگانی بین المللی گفته شد، نتایج زیر را می توان بدست آورد:

۱-۳۷- در داوریه‌های بازرگانی بین المللی اراده طرفین مبنا و اساس کار است. بدین جهت در تعیین حقوق حاکم بر ماهیت نیز نهایت احترام به اصل حاکمیت اراده گذارده می شود. بنابر این، اگر طرفین قانون حاکم بر ماهیت را تعیین کرده باشند، داور باید از آن تبعیت نماید و اصولاً نمی تواند از آن عدول کند. اصل حاکمیت اراده نه تنها به عنوان یک اصل تعارض قوانین برای تعیین حقوق حاکم مورد قبول واقع شده است، بلکه به عنوان یک قاعده ماهوی هم لازم الرعایه است، بدین معنی که مندرجات قرارداد نیز، در صورتی که متضمن مقرراتی باشد که مستقیماً قابل اعمال است، باید محترم شمرده شود. این اصل هم در کنوانسیونها و متون راجع به داوریه بازرگانی بین المللی منعکس شده و هم مورد تأیید دکترین و رویه قضایی بین المللی است.

۲-۳۷- در پاره ای آراء صادر از دیوان داوریه دعاوی ایران - ایالات متحده

علی رغم قاعده فوق از قانون منتخب طرفین به استناد اینکه ماده ۵ بیانیه حل و فصل نست دانگاه داوری را در انتخاب حقوق حاکم باز گذارده است ، عدول شده و این امر بر خلاف اصل و قابل انتقاد است .

۳-۳۷- هر گاه قانون حاکم بر ماهیت به وسیله طرفین قرارداد تعیین نشده باشد ، طبق گرایش جدید در داوریهای بین المللی و نظریه ای که امروزه طرفداران بیشتری دارد ، به داور در انتخاب قاعده تعارض مناسب اختیار داده می شود ، یعنی داور می تواند قاعده تعارضی را که مناسب تشخیص دهد ، انتخاب و از طریق آن به يك قانون ملی جهت حل و فصل دعوی رجوع نماید. (ماده ۷ کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱، بند ۳ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و قسمت اول ماده ۵ بیانیه حل و فصل ادعاها) .

در کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه گذاری (۱۹۶۶) به این قاعده اشاره نشده بلکه قانون کشور طرف قرارداد، در صورت سکوت طرفین ، لازم الاجرا شناخته شده است . زیرا این کنوانسیون مربوط به حل اختلافات بین دولتهای طرف قرارداد با اشخاص خصوصی است و در این گونه موارد طبق نظریه ای که طرفداران زیادی دارد، فرض می شود که اعمال حقوق کشور قرارداد مورد نظر بوده است

۴-۳۷- در داوریهای فراملی عرفهای بازرگانی نیز یکی از منابع حقوقی قابل اعمال است. این عرفها، بویژه هنگامی که قرارداد خلأهایی داشته باشد، مورد استفاده و استناد واقع می شود . در واقع عرفهای بازرگانی اراده ضمنی طرفین را تشکیل داده و خلأهای قرارداد را پر می کند. در کنوانسیون ژنو (ماده ۷) ، مقررات اتاق بازرگانی بین المللی (بند ۵ ماده ۱۳) و ماده ۵ بیانیه حل و فصل (قسمت دوم) به این عرفها اشارت رفته است .

۵-۳۷- اصولاً داور بر اساس قانون و قواعد حقوقی حکم می کند و مجاز به عدول از ضوابط قانونی نیست. به دیگر سخن، داور نمی تواند به طور کدخدانمنشی یا بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی به حل و فصل دعوی بپردازد ، مگر اینکه طرفین صریحاً چنین اختیاری به او داده باشند (بند ۲

ماده ۷ کنوانسیون ژنو ، بند ۴ ماده ۱۳ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی و بند ۲ ماده ۳۳ مقررات اصلی آنسیترال و مقررات اصلاح شده دیوان داوری (نعاوی ایران - ایالات متحده).

۶-۳۷- در ماده ۵ بیانیه حل و فصل اختیار گسترده ای در تعیین حقوق حاکم بر ماهیت به دیوان داوری داده شده و از این لحاظ این ماده با مقررات مشابهی که مورد بحث واقع شد، متفاوت است. این ماده بعد از اشاره به اینکه دیوان باید برطبق ضوابط حقوقی حکم کند ، آن را مکلف می کند که با توجه به قاعده تعارضی که مناسب تشخیص می دهد ، قانون حاکم را تعیین نماید. بعلاوه اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین الملل (عمومی) را به موقع اجرا بگذارد. اینها منابع اصلی حقوقی قابل اعمال در این داوری است. لیکن ماده ۵ در قسمت دوم به منابع دیگری نیز اشاره می کند که عبارتند از: عرفهای بازرگانی مربوط ، مندرجات قرارداد و اوضاع و احوال تغییر یافته. منابع بسته اول منابع کلی و هنجاری هستند و منابع بسته دوم منابع خاصی هستند که بر حسب مورد و قرارداد تفاوت می کنند و از این لحاظ می توان آنها را منابع فرعی تلقی کرد. مع هذا ماده ۵ از لحاظ اینکه اراده طرفین را که منبع اصلی و درجه اول در داوریهای بازرگانی بین المللی است ، در آخر ماده و قبل از « اوضاع و احوال تغییر یافته » آورده است ، قابل انتقاد به نظر می رسد.

۷-۳۷- با اینکه انصاف يك منبع مستقل حقوقی در داوریهها به شمار نمی آید (جز در مواردی که طرفین اختیار داوری بر اساس انصاف را به داور داده باشند)، مع هذا همیشه انصاف در تفسیر و اجرای مقررات و در طول قانون- نه در عرض و مقابل آن - بویژه در داوریهها مورد توجه واقع می شود. خصوصاً دیوان داوری (نعاوی ایران - ایالات متحده) با اختیار گسترده ای که ماده ۵ بیانیه حل و فصل در تعیین حقوق حاکم به آن داده است و بالاخص با استناد به « تغییر اوضاع و احوال » می تواند مقتضیات انصاف را در نظر بگیرد، هر چند که آراء دیوان ، رعایت انصاف را به ندرت نشان می دهد.