



حل تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی

*بهشید ارفع نیا **سمیه قاسمی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۲

چکیده

از آن جایی که امروزه داوری در بازرگانی بین‌المللی نقش مهمی را ایفا می‌کند و هدف آن بیشتر نفی صلاحیت دادگاه‌های دولتی است و در این خصوص سازمان‌های متعددی برای اعمال داوری ایجاد شده‌اند. همان‌طور که می‌دانیم داوران اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و بر اساس آن قرارداد رای می‌دهند. در داوری‌های بین‌المللی موضوع رسیدگی یک دعوی بین‌المللی است که در آن حاکمیت هیچ کشور خاصی لحاظ نشده است و این طرفین هستند که قانون حاکم بر داوری را تعیین می‌نمایند. حال اگر طرفین در قرارداد سکوت اختیار کرده و قانون حاکم را تعیین ننمایند. تکلیف داور چیست.

براین اساس در این مقاله بر آن شدیم تا پیرامون موضوع نحوه حل تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی و موانع آن در نظام‌های حقوقی گوناگون بپردازیم.

سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا بحث تعارض قوانین در تعیین قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی امکان پذیر است؟ چرا که در این صورت داور بایستی قاعده مناسب حل تعارض را بیابد. سوال دیگری که در این مقاله به آن پاسخ داده می‌شود این است که طرفین قرارداد داوری چه سیستم حقوقی را باید به عنوان حقوق قابل اعمال نسبت به دعوی خود انتخاب نمایند؟

در این مقاله به پرونده ۷۳۷۵ آی سی سی رای موضوع مقدماتی (۵ جون ۱۹۹۶) خواهیم پرداخت تا بررسی شود در صورت نبود قانون حاکم در قرارداد، داور چگونه رای خواهد داد و کدام قانون را حاکم خواهد دانست و به دو دیدگاه عینی و ذهنی در این زمینه اشاره می‌گردد که هر یک از دو دیدگاه عناصر تعیین قانون حاکم را برمی‌شمارند و در آخر داور از میان آن‌ها راهکار مناسب حل تعارض را انتخاب می‌نماید.

سوال آخر این‌که در ایران در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین، آیا در صورت تعارض قوانین، قانون قابل اعمال بر قراردادها را حاکم می‌داند یا قاعده آزادی اراده طرفین و یا به اصل کلی سرزمینی بودن قوانین به عنوان قانون حاکم بر قرارداد داوری می‌پردازد.

واژگان کلیدی: ۱- قانون حاکم ۲- تعارض قوانین ۳- داوری تجاری بین‌المللی ۴- قواعد حل تعارض

۵- موانع تعارض

مقدمه

موضوعی که در این مقاله در مورد آن بحث می‌شود، نحوه حل تعارض قوانین و تشخیص قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی است. با توجه به عدم یکسانی روش‌های تعیین قانون حاکم در نظام‌های حقوقی گوناگون، برای رفع این مشکل داور باید با مراجعه به سیستم‌های تعارض قوانین، قانون حاکم را تعیین نماید. به دلیل روشن نبودن این بحث در امر داوری تجاری بین‌المللی ناگزیریم نحوه حل تعارض و موانع آن را در داوری‌های تجاری بین‌المللی مورد بحث قرار دهیم و به لحاظ وجود انواع راه حل‌های تعریف شده در سیستم‌های حل تعارض در رویه بین‌الملل و در نهایت نگاهی کوتاه به حقوق ایران به جمع بندی منطقی در باب این مسأله بپردازیم.

*دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

**دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

جهت حل تعارض در قانون حاکم برداوری‌های تجاری بین‌المللی باید وارد حیطه‌ی حل تعارض در قراردادهای شد. زیرا داوری نیز نوعی قرارداد است که یا به صورت مستقل و یا به صورت شرط ضمن قرارداد اصلی بر اختلافات طرفین در قرارداد اصلی حاکم می‌گردد که در هر دو صورت نوعی توافق میان طرفین می‌باشد.

از سویی دیگر زمانی قیود تجاری و بین‌المللی بر یک قرارداد داوری حمل می‌گردد که یک یا چند عنصر مشخص خارجی در قرارداد وجود داشته باشد و رابطه‌ی طرفین یک رابطه‌ی تجاری باشد چه قراردادی و چه غیر قراردادی. البته در این موضوعات در مباحث بعدی توضیحات بیشتری ارائه خواهد شد.

سؤالی که در این تحقیق به دنبال پاسخ آن می‌باشیم این است که آیا وقوع بحث تعارض قوانین در تعیین قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی امکان‌پذیر است و در صورت مثبت بودن پاسخ، راه‌های حل این تعارض چیست؟ و داور چگونه در فرض فوق اقدام به حل و فصل موضوع کرده و اتخاذ تصمیم می‌نماید؟ فرضیه اصلی که در تحقیق حاضر مفضلاً در مورد آن بحث شده این است که طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد دارای آزادی نسبی می‌باشند، لکن در فرض سکوت ایشان در این باب احتمال ایجاد تعارض قوانین موجود به دلیل این که قوانین کشورها راجع به قراردادهای و قوانین حاکم بر آن‌ها از جمله قرارداد داوری متحد الشکل نیستند و داور نیز به اندازه‌ی دادگاه‌ها در حل تعارض و حاکم نمودن قانون مقرر داوری آزادی ندارد و با محدودیت‌هایی روبروست، بنابراین با ارائه راه حل‌هایی در مباحث بعدی خواهد آمد می‌تواند تعارض را برطرف نماید.

به این ترتیب تحقیق حاضر در دو فصل گردآوری شده است. فصل نخست به کلیات اختصاص دارد و فصل دوم با عنوان ایجاد تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی و حل آن خواهد بود. در پایان نیز نتیجه بیان می‌گردد.

فصل نخست - کلیات

در فصل نخست مفاهیم اصلی را جهت تسهیل در فهم موضوع در دو گفتار بیان می‌داریم در گفتار یکم مفهوم و نقش داوری در تجارت بین‌الملل مورد بحث قرار داده می‌شود و برای روشن شدن مطلب به قانون نمونه آنسیترال و قانون داوری تجاری بین‌المللی اشاره خواهد گردید. در گفتار دوم به تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا در داوری‌های تجاری بین‌المللی می‌پردازیم.

گفتار یکم) مفهوم و نقش داوری در تجارت بین‌الملل

امروزه داوری در بازرگانی بین‌المللی نقش مهمی را ایفا می‌کند. قراردادهای بازرگانی بین‌المللی چه بسا متضمن یک شرط ارجاع به داوری است، که پیش‌بینی می‌کند اگر مشکلاتی از آن قراردادهای ناشی شود با توسل به داوری حل و فصل خواهد شد. نهادهای دایمی داوری تاسیس شده‌اند که در پاره‌ای بخش‌ها به صورت دادگاه‌های واقعی بازرگانی بین‌المللی درآمده‌اند. با این که داوری نهادی بسیار دیرینه است لکن تا نیمه قرن نوزدهم در روابط بین‌افراد جز برای حل اختلافات مردمانی که با هم زندگی می‌کردند معمول نبود و آن هم تنها به قصد ایجاد روابط حسنه در میان خود بود مانند اعضای یک خانواده، همسایگان و شرکا.

امروزه نوع کاملاً جدیدی از داوری توسعه یافته است، بدین صورت که غالباً قبل از ایجاد اختلاف، داوری پیش‌بینی می‌شود و به نظر می‌رسد که هدف آن بیشتر نفی صلاحیت دادگاه‌های دولتی و جلوگیری از اطاله رسیدگی است. مقرراتی که در نظام‌های متفاوت حقوقی برای نوع سنتی داوری وضع شده، غالباً با داوری نوع جدید منطبق نیست، محافل بازرگانی حقوقدانان، قضات و قانون‌گذاران به ناچار به این نکته توجه کرده‌اند. در نتیجه سازمان‌های متعددی برای اعمال داوری ایجاد شده‌اند و مقرراتی به وسیله‌ی مؤسسات بازرگانی برای داوری تنظیم شده و قوانین جدیدی برای نوسازی قوانین قدیم به تصویب رسیده است. هم چنین توسعه و تکامل رویه‌ی قضایی و انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی و کنوانسیون‌های مختلف در این زمینه بیانگر اهمیت موضوع داوری در تجارت بین‌الملل می‌باشد.^۱

در بیان مفهوم داوری باید گفت: «داوری فنی است که هدف آن حل و فصل یک مسأله‌ی حقوقی اختلافی مربوط به روابط بین دو یا چند شخص است به وسیله‌ی یک یا چند شخص دیگر به نام داور یا داوران که اختیارات خود را از یک قرارداد خصوصی می‌گیرند و بر اساس آن قرارداد رأی می‌دهند بی آن که دولت چنین وظیفه‌ای را به آنان محول کرده باشد».^۲

۱. اسماعیل تشکری بافقی، پایان نامه ارشد، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، استاد راهنما؛ دکتر نجاد علی الماسی، دانشگاه

تهران مرکز، سال ۸۱-۱۳۸۰، ص ۱۰ و ۹

۲. حسن صفایی، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، ص ۸۴

در تعریف داوری بین‌المللی باید گفت: داوری است که در داخل یا خارج از جغرافیای سیاسی یک کشور باشد، لیکن موضوع رسیدگی داوری، یک دعوی بین‌المللی باشد و در آن اعمال حاکمیت هیچ کشور خاصی نشده باشد، مثل داوری در اختلاف ایران و آمریکا (بیانیه الجزایر)، البته این نوع داوری مختص حقوق بین‌الملل عمومی می‌باشد.^۳

در تعریف قرارداد تجاری بین‌المللی گفته شده قراردادی است که حداقل واجد یک عنصر خارجی است. بنابراین داوری را در صورتی می‌توان بین‌المللی دانست که موضوع آن حل و فصل اختلافات ناشی از، یک قرارداد تجاری باشد که دست کم واجد یک عنصر خارجی است.

قانون نمونه آنسیترال در بند سه از ماده یک تعدادی از عناصر خارجی را برشمرده و داوری را هنگامی بین‌المللی می‌داند که یکی از عناصر ذیل را دارا باشد:

بند اول: مرکز تجارت طرفین موافقت نامه داوری، در زمان انعقاد قرارداد مذکور در کشورهای مختلف باشد.

بند دوم: یکی از محل‌های زیر، خارج از کشوری باشد که مرکز تجارت طرفین در آن کشور واقع است:

۱- محل داوری ۲- هر محلی که قسمت اساسی تعهدات ناشی از روابط تجاری باید در آن محل اجرا شود یا محلی که موضوع اصلی اختلاف نزدیکترین ارتباط را با آن محل دارد. ۳- طرفین صریحاً توافق کرده باشند که موضوع اصلی موافقت‌نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط دارد.^۴

بند ۲ از ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی (ایران) مقرر داشته است که «داوری در صورتی بین‌المللی است که احد از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران، تبعه ایران نباشد». همان گونه که ملاحظه می‌شود در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز عنصر خارجی همانند دیگر قوانین به چشم می‌خورد اما قانون کشور ما معیار را ایرانی نبودن معرفی کرده است.

در توضیح واژه تجاری بودن نیز ماده یک قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد که:

«اصطلاح تجاری باید در مفهوم وسیع آن تفسیر شود، به نحوی که موضوعات ناشی از هرگونه رابطه را که دارای ماهیت تجاری است اعم از قراردادی یا غیرقراردادی شامل شود. منظور از روابط دارای ماهیت تجاری، بدون قید انحصار عبارتست از تهیه یا مبادله کالا یا خدمات، قرارداد توزیع نمایندگی یا کارگزاری تجاری، حق العمل کاری.....»

در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ در مورد تجاری بودن داوری، در بند ۱ ماده ۲ مقرر شده است که «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای سرمایه گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق این قانون صورت خواهد پذیرفت».^۵

در هر دو قانون منظور از روابط تجاری اعم از قراردادی یا غیرقراردادی است و از طرفی نیز چون در هیچ یک واژه تجاری تعریف نشده سلسله‌ای گسترده‌ای از فعالیت‌ها را همانند آن چه در بند ۱ ماده ۲ قانون جدید فهرست شده، شامل می‌گردد.

گفتار دوم) تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا در داوری‌های تجاری بین‌المللی

تئوری حاکمیت اراده و پذیرش اصل آزادی قراردادی

اهمیت قراردادها امروزه با توسعه صنعت و تجارت رو به افزایش است و جهت تسهیل کار، قانون‌گذار باید از قراردادها حمایت کند از این رو در قراردادهایی که جنبه بین‌المللی دارند به موجب قاعده حاکمیت اراده که در اغلب کشورها پذیرفته شده است هرگاه طرفین قرارداد، قانونی را در مورد قرارداد خود تعیین نمایند، همان قانون لازم الاجرا خواهد بود.^۶

۳. اسماعیل، تشکری بافقی، منبع پیشین، ص ۱۸

۴. قانون نمونه درباره داوری‌های تجاری بین‌المللی

۵. ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶

۶. بهشید ارفع نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، انتشارات بهتاب، ۱۳۷۶، ص ۶۹

بدیهی است که آزادی طرفین قرارداد مطلق نیست، حتی هواداران آزادی کامل اراده طرفین در قراردادها در نظرات خود یادآور شده‌اند که انتخاب قانون باید از روی حسن نیت یا منطقی باشد. بنابراین می‌توان گفت آنان نیز در این نکته با هواداران محدودیت آزادی در این زمینه هم صدا هستند که نباید طرفین قراردادها از حق خود در این زمینه استفاده‌های ناروا نمایند.^۷ البته نظر اشاره شده در حقوق بین‌الملل خصوصی ارایه گردیده و نمی‌تواند به طور کامل در داوری اجرایی باشد چرا که اساساً تاسیس داوری به دلیل ارج نهادن به خواست طرفین بوده است بنابراین آزادی اراده بیش از هر تاسیس حقوقی دیگر در داوری اهمیت دارد.

البته یکی از مسائلی که در مورد قانون حاکم بر ماهیت دعوی جلب توجه نموده و آن را از معیارهای سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی دور می‌سازد، عدم توجه به لزوم ارتباط بین قانون منتخب طرفین با قرارداد است. یعنی در هیچ رأی داوری قانونی که از سوی طرفین به عنوان قانون حاکم تصریح شده، به علت عدم ارتباط با قرارداد کنار گذاشته نشده است و حتی برخی از آرا انتخاب قانون غیر مرتبط با قرارداد را، به واسطه انگیزه احتمالی طرفین بر بی طرفی قانون یا پیشرفته بودن آن، تأیید کرده‌اند.^۸

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز به وضوح اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. بند ۱ از ماده ۲۷ مقرر می‌دارد که «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد».

۲- انتخاب قانون حاکم

۲-۱- انتخاب حقوق ملی یا فراملی و یا اجازه داوری براساس اصل انصاف مسأله‌ای که مطرح می‌شود این است که طرفین چه سیستم حقوقی را باید به عنوان حقوق قابل اعمال نسبت به دعوی انتخاب کنند؟

آیا انتخابشان به انتخاب سیستم حقوقی ملی محدود می‌شود یا می‌توانند فراتر از این هم بروند و قواعد حقوقی همچون حقوق فراملی را نیز انتخاب کنند؟ در پاسخ باید گفت طرفین مختار هستند سیستم حقوقی ملی مانند حقوق ملی فرانسه، ایتالیا یا حقوق یک دولت فدرال مانند نیویورک را انتخاب کنند و یا سیستم حقوقی منتخب آن‌ها حقوق فراملی باشد مانند حقوق فراملی بازرگانی و عناصر آن یعنی اصول کلی حقوقی و عرفها و رویه‌های تجاری بین‌المللی همانند اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی. هم چنین طرفین ممکن است ترکیبی از حقوق ملی و فراملی را انتخاب کنند در این‌جا حقوق فراملی به عنوان تنظیم کننده حقوق ملی عمل می‌کند تا آن که اطمینان دهد که حداقل استاندارد بین‌المللی در رفتار با سرمایه گذاران خارجی رعایت خواهد شد.

حتی طرفین ممکن است موافقت کنند که اختلافشان براساس اصل انصاف و ملاحظات غیرحقوقی حل و فصل شود. داوران به تدریج نیازمند می‌شوند که اختلافات را براساس آن چیزی که منصفانه و معقول است، غیر از ملاحظات حقوقی حل و فصل کنند چنین اختیاری براساس آن چه که شروط انصاف نامیده می‌شود اعطا می‌گردد و دیوان داوری براساس انصاف به جای تفسیر حقوقی خشک و یا به طور دوستانه و کدخدا منشی تصمیم خواهد گرفت. حتی قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در بند ۳ ماده ۲۷ خود این روش حل و فصل را مورد توجه قرار داده است که مقرر می‌دارد: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند براساس عدل و انصاف و به صورت کدخدا منشانه تصمیم بگیرد».^۹

۲-۲- خلأ قانونی در قراردادها

منظور از طرح این مسئله این است که آیا طرفین باید در درون چهارچوب نظام حقوقی معینی باشند یا آن که می‌توانند مندرجات قرارداد را تنها قانون حاکم بر روابط خود بدانند؟ این قضیه با موازین حقوقی سازگار نمی‌آید و تاکنون دادگاهها و مراجع بین‌المللی نیز اعتباری بر آن قایل نشده‌اند. حق این است که هر قرارداد مبتنی بر نظام حقوقی معینی است و توافق طرفین در داخل مقررات آن سیستم و تا جایی که مقررات مزبور آن را مجاز شناخته باشند معتبر تلقی می‌شود. اگر قانونی در میان نباشد صرف توافق دو طرف الزام آور نخواهد بود. به عبارت دیگر الزام آور بودن تعهدات طرفین وقتی متصور است که قانونی بالاتر از اراده طرفین چنین اثری را برای آن شناخته باشد.^{۱۰}

۷. محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، ج دوم، نشر دادگستر، سال ۱۳۷۷، ص ۴۱۹

۸. لعیا جنیدی، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۹۰

۱. مهدی، اسد زاده نحوی، قانون ماهوی حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌الملل با توجه به قانون داوری تجاری بین‌الملل در ایران، پایان نامه ارشد، ۷۹ - ۱۳۷۸، استاد راهنما؛ نصراله ابراهیمی، ص ۲۳

۱۰. همان، ص ۳۵، به نقل از دکتر محمد علی موحد، درس‌هایی از داوری‌های نفتی (البته نظر ارایه شده خلاف اصل حاکمیت اراده است و تنها قواعد آمره می‌تواند اراده افراد را محدود کند).

زیرا هر قراردادی هر چه جامع و مفصل هم باشد نمی‌تواند جزئیات مربوط به جریانات و اتفاقاتی را که در طول مدت اجرا وقوع خواهد یافت، پیش بینی کند. علاوه بر اختلافاتی که ممکن است در خصوص تعبیر و تفسیر مفاد قرارداد بروز کند مسلماً در طی عمل مسایل دیگر از قبیل اشتباه، تدلیس، تقصیر، نقض تعهد، غیر قابل اجرا شدن و غیره... می‌تواند مطرح گردد و بدیهی است که پاسخ این گونه مسایل را در خود قرارداد نمی‌توان جست بلکه احکام و مقررات قانون حاکم همیشه خلایق را که در توافق‌های بین افراد وجود دارد پر می‌کند.^{۱۱}

خلأ قانونی در یک قرارداد می‌تواند زمینه بروز تعارض قوانین و تفاسیر متعدد در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد را ایجاد نماید. در این مورد در فصل آتی توضیحات مفصل‌تری ارائه خواهد شد.

فصل دوم) ایجاد تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی و حل آن

این فصل در سه گفتار بیان می‌شود. در گفتار اول عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین، در گفتار دوم قواعد حل تعارض مناسب، در گفتار سوم حقوق حاکم بر قرارداد داوری مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد.

گفتار یکم) عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین

قاعدتاً هرگاه طرفین در قرارداد خویش قانون حاکم بر آن را معین کرده باشند، مشکلی در برابر داور قرار نمی‌گیرد. در واقع چون داور فاقد اقتدار عمومی در محل رسیدگی است و اقتدارش را از اراده طرفین می‌گیرد، خواست آن‌ها در خصوص انتخاب قانون صالح را باید اجرا کند. اما مسأله این است که هرگاه طرفین قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انتخاب نکرده باشند، یا وقتی که اختلافی نزد داور مطرح می‌شود که تابع قانون انتخابی طرفین نیست، داور چگونه قانون حاکم بر ماهیت دعوا را جستجو و معین خواهد کرد؟ اگر این مسأله در برابر قاضی دادگاه‌های داخلی یک کشور مطرح شود مشکلی ایجاد نمی‌کند زیرا در واقع به موجب یک اصل کلی حقوق بین‌الملل خصوصی قاضی در چنین فرضی لزوماً از سیستم تعارض قوانین کشور خود یاری می‌گیرد. اما داور بین‌المللی برعکس، در چنین موقعیتی قانون مقرر دادگاه ندارد، قانون وی قرارداد طرفین است و به نام هیچ کشوری رای صادر نمی‌کند تا ملزم به تبعیت از قانون آن کشور باشد، نه کشور خود و نه کشور محل صدور رأی و نه کشور دیگر. عدالتی که داور در پی گستردن آن است یک عدالت خاصی است که بر طبق قانون خصوصی یعنی قرارداد طرفین برگزار می‌شود در نتیجه قراردادی که قانون حاکم بر ماهیت آن مشخص نیست باید توسط او معین شود.^{۱۲}

در صورت سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم راه حل‌ها و نظرات مختلفی پیشنهاد گردیده است، از جمله اجرای سیستم تعارض محل داوری (مقر داوری). نظریه اعمال اصول کلی حقوق بین‌الملل، نظریه آزادی داور در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا، که این نظریه با توجه به گرایش‌های جدید در غیر محلی کردن داوری مورد توجه بوده است.

از دیگر مواردی که می‌تواند موجب ایجاد تعارض در قانون حاکم بر قرارداد داوری تجاری گردد، همان طور که در فصل گذشته مطرح گردید عبارتست از خلأ قانونی، به این معنی که طرفین بنا را خود قرارداد بگذارند بدون این که قانون یا نظام حقوقی مشخصی در آن تعیین نمایند. این مسأله هم همان اثر عدم تعیین قانون در قرارداد را دارد که در نهایت ممکن است منجر به تعارض قوانین گردد.

بنابراین مسأله تعارض قوانین هنگامی مطرح می‌شود که یک رابطه حقوقی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا می‌کند و این مسأله زمانی تبدیل به یک مسأله تعارض قوانین می‌شود که طرفین قانون مشخصی را برای قرارداد فی مابین حاکم ننموده باشند و در هنگام ایجاد اختلاف میان آن‌ها داور بلا تکلیف باشد که از چه قانونی استفاده نماید. در این موارد کشور متبوع هر یک از طرفین ممکن است راه حلی را پیشنهاد نموده باشند لکن زمانی که راه حل‌های آنان به یک نتیجه ختم نگردد و در این مورد به تفاهم نرسند بحث تعارض قوانین به وجود خواهد آمد و در این مورد داور باید به حل و رفع این مشکل اقدام نماید و ناچار است که با مراجعه به سیستم‌های تعارض قوانین قانون حاکم را تعیین نماید.

جهت روشن شدن بحث مثالی در این باب می‌آوریم؛ زمانی که قراردادی بین یک شرکت انگلیسی و یک شرکت فرانسوی مبنی بر ساخت یک پروژه مشترک در ایران در کشور سوییس منعقد می‌شود، قرارداد منعقد به نظام حقوقی انگلستان و نظام حقوقی فرانسه به عنوان قانون متبوع یکی از طرفین مشارکت ارتباط پیدا می‌کند. قرارداد مذکور هم چنین با نظام حقوقی سوییس و ایران

۱۱. همان، ص ۲۶

۱۲. ربیعا اسکینی، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱، ص ۱۲۳

نیز مرتبط می‌شود، زیرا سوییس محل انعقاد قرارداد و ایران محل اجرای قرارداد محسوب می‌گردد. از آنجا که هر کدام از این نظام‌های حقوقی ملی خود را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد صالح می‌دانند و قرارداد واحد نیز نمی‌تواند تحت حاکمیت بیش از یک نظام ملی قرار گیرد، در این صورت تعارض قوانین بروز می‌کند.

نظام‌های حقوقی ملی برای مقابله با تعارض مزبور و انتخاب مناسب‌ترین قانون، قواعدی را مقرر نموده‌اند، که به قواعد حل تعارض شهرت پیدا کرده است. لکن از آنجا که قواعد حل تعارض در نظام‌های گوناگون یکسان نیست نتیجه رجوع به قواعد حل تعارض نیز طبیعتاً یکسان نمی‌باشد. چنانچه قواعد حل تعارض کشورها با هم یکسان باشد می‌توان به آسودگی خاطر، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب و یا در صورت سکوت مشخص نمود که چه قانونی بر قرارداد حاکم خواهد بود و مشکلی پیش نخواهد آمد. به همین دلیل در سطح بین‌المللی تلاش شده تا قواعد حل تعارض کشورها یکسان شود. این جا به سه نمونه از تلاش‌های بین‌المللی اشاره می‌نماییم؛

۱) کنوانسیون راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی معروف به «کنوانسیون رم ۱۹۸۰» این نمونه موفق‌ترین در نوع خود می‌باشد. این کنوانسیون سه بخش و مشتمل بر ۳۳ ماده می‌باشد، به طور کلی قواعد حل تعارض برای انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در دادگاه‌های کشورهای متعاقد را تعیین می‌کند. در این قواعد، پذیرفته شده است که با لحاظ شرایطی، قانونی که طرفین برای حکومت بر تعهدات خود در قرارداد، تعیین نموده‌اند، حاکم گردد. هم چنین چنانچه چنین انتخابی وجود نداشت یا به هر دلیلی قانون انتخابی، صالح نبود، مقررات دیگری پیش بینی گردیده است که قانون حاکم را معین سازد.

۲) «کنوانسیون راجع به قانون حاکم بر فروش بین‌المللی کالا» معروف به کنوانسیون ۱۹۵۵ لا‌هه.

۳) کنوانسیون بین‌آمریکایی راجع به تعارض قوانین راجع به چک «معروف به کنوانسیون پاناما ۱۹۷۵»^{۱۳}

با این وجود تجار و حقوق‌دانان درگیر در تنظیم قراردادهای بین‌المللی به تجربه دریافته‌اند که صرف انتخاب قانون حاکم بر قرارداد همیشه برای رفع نیازهای بازرگانی کافی نیست. زیرا اولاً، بعضی از نظام‌های ملی محدودیت‌هایی در انتخاب قانون حاکم ایجاد کرده‌اند. پس در این نظام‌های ملی طرفین قرارداد کاملاً آزاد نیستند تا هر قانونی را که مناسب می‌دانند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب کنند بلکه مثلاً باید قانونی را انتخاب کنند که به نحوی با قرارداد ارتباط داشته باشد، یا این آزادی در مواردی به رسمیت شناخته شده که طرفین قرارداد هر دو از اتباع خارجی باشند. ثانیاً، در بسیاری موارد طرفین نمی‌توانند در مورد قانون حاکم بر قرارداد به توافقی برسند. مخصوصاً اگر قانون پیشنهاد شده قانون متبوع یکی از طرفین قرارداد باشد. ثالثاً قانون انتخاب شده ممکن است به اندازه کافی توسعه یافته نباشد که بتواند جوابگوی نیازها و انتظارات طرفین قراردادهای بازرگانی و پیچیده بین‌المللی باشد. در این موارد است که حتی قانون تعیین شده نیز نمی‌تواند مشکلات یک قرارداد و یا آثار آن را حل کند. بنابراین با عدم تعیین قانون حاکم تفاوتی ندارد و همان معضلات عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد ایجاد خواهد شد.^{۱۴} به این ترتیب تسلط بر قواعد حل اختلاف خصوصاً در بحث داوری ضرورت می‌یابد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ در بند ۲ ماده ۲۷ چنین مقرر می‌دارد: «در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داورها بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهند کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهند».

در این صورت داوری چه احتمال یا امکانی را برای انتخاب در پیش رو دارد؟

دو بینش در این قضیه وجود دارد:

یکی از آن دو در پی تکمیل سکوت طرفین یا عدم توافق آن‌ها بر انتخاب قانون حاکم بر ماهیت اختلاف به وسیله مفروضات قانون‌گذار است تا در لابلای برخی از عوامل و ارکان و عناصر قرارداد، قصد آنان را بیابد این دیدگاه را ضابطه ذهنی می‌نامند. «subjective Approach»

۱۳. عبدالحسین شیروی، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چ دوم ۱۳۹۰، ص ۱۴۶

۱۴. همان، ص ۱۵۰

دیگری با بینشی متفاوت به دنبال اراده ضمنی طرفین نمی‌رود بلکه در واقع ضوابطی از حقوق بین‌الملل خصوصی را بررسی می‌کند و به دنبال یافتن ارتباط عینی است تا به کمک آن بتواند قانون یا قواعد حقوقی قابل اعمال بر ماهیت اختلافات را بیابد. این نگرش به دیدگاه یا ضابطه عینی شهرت دارد. «Objective Approach»^{۱۵}

در دو بند ذیل دو دیدگاه نامبرده را قدری عمیق‌تر و بهتر بررسی خواهیم نمود.

۱) دیدگاه ذهنی (در جستجوی اراده مشترک طرفین)

این طرز تفکر هیأت داوری را به دنبال اراده فرضی طرفین می‌فرستد. تا با این روش قواعد و مقررات حقوقی را که با توجه به انتظارات معقول و منصفانه طرفین که در هنگام انعقاد قرارداد می‌توانستند پیش بینی کنند بیابد. البته در داوری‌های بین‌المللی تقریباً می‌توان اعلام کرد که عموماً به دنبال دیدگاه ذهنی نیستند و مفروضاتی را به اراده طرفین نسبت نمی‌دهند. لکن دیوان‌های داوری در عمل به کلی از این تئوری دست برداشته‌اند مانند نمونه زیر:

مثال: پرونده ۷۳۷۵ آی سی سی آی موضوع‌های مقاماتی (۵ جون ۱۹۹۶).^{۱۶}

در این پرونده خواهان نیروی هوایی ایران و خواننده شرکت وستینگهاوس الکترونیک کورپوریشن است این رأی به دلیل محرمانه بودن موضوع آن منتشر نشده است، اما ذکر نکاتی از آن لازم به نظر می‌رسد.

الف) خواهان (نیروی هوایی ایران) مدعی است که نبود قانون حاکم در قرارداد را باید به شرح زیر تکمیل کرد:

- قراردادها در ایران مذاکره و در همان جا به امضا رسیده‌اند. بنابراین قانون محل وقوع عقد (ماده ۹۶۸ ق.م ایران) را بر قرارداد حاکم می‌داند.

- ایران تحت هیچ شرایطی در زمان انجام مذاکرات قراردادی قصد قبول قانون ملی طرف را نداشته و به دلایل زیر باید قانون ایران حاکم شود:

۱- تمام ۹ قرارداد مورد اختلاف در ایران امضا شده‌اند.

۲- بخش عمده این قراردادها باید در ایران اجرا شوند.

۳- کلیه مذاکرات در تهران صورت گرفت.

۴- این قراردادها ارتباط ویژه با ایران دارند.

۵- انتخاب مقر داوری در سوئیس نمی‌تواند موجب اعمال قواعد حل تعارض سوئیس شود.

علاوه بر این قراردادها دولتی است و فرض قبول حاکمیت قانون ملی طرف مقابل به کلی منتفی است. بنابراین چون قراردادها با مقاصد سیاسی خاصی همراه بوده‌اند باید بر اساس اصول کلی حقوقی و بدون ملیت تصمیم‌گیری شود.

ب) خواننده «وستینگهاوس» در لوائح خود دفاع می‌کند که اگر قرار بود قانون ایران حاکم باشد هرگز با نیروی هوایی قرارداد امضا نمی‌کرد و باید قانون مریلند آمریکا بر اختلافات حاکم گردد. در این رابطه ضمن استناد به بند ۳ ماده ۱۳، به بند ۱ ماده ۱۸۷ قانون محل داوری یعنی سوئیس نیز استناد می‌کند و عوامل ارتباط را به شرح زیر بیان می‌دارد:

۱- محل فعالیت شرکت مریلند است.

۲- مهم‌ترین کار قرارداد ساخت و ساز و تأمین تدارکاتی است که در آمریکا صورت می‌گیرد.

۳- شرایط تحویل در بنادر آمریکا است.

۴- پرداخت بهای قراردادی به دلار آمریکا در بانک نیویورک است.

۱۵. احمد، امیر معزی، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، نشر دادگستر، چ دوم، ۱۳۸۸، ص ۴۲۶

۱۶. همان، ص ۴۲۷

این هیأت داوری در برابر استدلال‌های طرفین دعوا به شرح زیر استدلال می‌نماید:

اولاً - فقط قرارداد شماره یک از ۹ قرارداد مورد اختلاف شرط داوری دارد و تنها قانون حاکم بر این قرارداد را داور تعیین می‌نماید.

ثانیاً - در این پرونده به دلیل ویژگی خاص آن فقط می‌توان با اعمال ضابطه ذهنی قانون مناسب آن را معین کرد.

سوابق مذاکراتی و شکل‌گیری قرارداد منبع مناسبی برای یافتن قانون مورد نظر طرفین است. پیش‌نویس‌ها و شهادتنامه‌های کتبی و شفاهی مذاکرات و تدوین‌کنندگان متن قرارداد بررسی می‌شود. اگر بندی در قرارداد مسکوت بماند، احتمالاً طرفین در آن موضوع نتوانستند به توافق برسند. یا برای اجتناب از ترک قرارداد ترجیح داده‌اند که موضوع قانون حاکم مسکوت بماند. می‌توان نتیجه‌گیری کرد که طرفین با این عمل قصد دوری از قوانین ملی را داشته‌اند. چون قرارداد فروش یک کالای نظامی و استراتژیک امر ساده‌ای تلقی نمی‌شود و از طرفی هر یک از طرفین نیز می‌دانستند که مشکلاتی در اجرای این قرارداد پدید خواهد آمد. پس طرفین عمداً تعیین قانون حاکم را مسکوت گذاشته‌اند، تا بتوانند از مشکل شدن انعقاد قرارداد خودداری نمایند و سکوت در تعیین قانون حاکم را ترجیح داده‌اند. دیوان داوری در سوییس با بررسی پیش‌نویس‌ها و کاربرگ‌ها و اظهارات شهود به این نتیجه رسید که طرفین نمی‌خواستند قانون ملی طرف دیگر بر قرارداد حاکم شود. خودداری آگاهانه طرفین در تعیین قانون حاکم از نظر دیوان به منزله شرط ضمنی در قرارداد به حساب می‌آید. بنابراین باید بر اساس قواعد و اصول کلی حقوقی به آن رسیدگی شود.

۲- دیدگاه عینی (عوامل عینی و مادی موثر در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد)

آن چه مسلم است طرفین قصد انعقاد و اجرای قرارداد را دارند. در حال حاضر دیدگاه غالب در نبود انتخاب صریح برای قانون حاکم، پیروی از ضابطه ارتباط مهم می‌باشد. بنابراین در نبود انتخاب صریح، ماهیت و اوضاع و احوال و محتوای هر قرارداد بررسی می‌شود تا معلوم گردد که با کدام نظام حقوقی نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد. مثلاً در بیع کالا اقدامات فروشنده مهمتر از اقدام خریدار است یا در روابط نمایندگی اقدام نماینده مهمتر از اقدام اصیل است. این قبیل ضابطه‌ها را به عنوان عامل نزدیکترین ارتباط با قانون آن محل مطرح می‌کنند. طبق این ضابطه داورها به دنبال یافتن اراده فرضی طرفین نیستند و کاری ندارند که طرفین اراده فرضی دارند یا نه. بلکه با استفاده از ضوابط مادی به دنبال تعیین رژیم حقوقی یا مقررات قابل اعمال هستند. در این دیدگاه ضوابط تعیین قانون حاکم از مسایل موضوعی یعنی عنصر مادی است. البته نکته کلیدی بحث در این دیدگاه آن است که در نهایت برای تشخیص عامل ارتباط به دیدگاه ذهنی متکی هستند زیرا ارزش‌گذاری هر عامل ارتباط با عنصر روانی و ذهنی صورت می‌گیرد.

در پرونده آی سی سی رأی ۱۹۹۶ که پیش از این بحث آن به میان آمد، معیارهایی که برطبق آن ضوابطی به کارگرفته شده‌اند عبارتند از:

- طرفین حق انتخاب را طبق بند ۳ ماده ۱۳ قواعد داوری آی سی سی به داورها داده‌اند. قانونی را که داورها مناسب می‌دانند از طریق قواعد حل تعارض انتخاب می‌کنند. تنها قیدی که داورها الزام به رعایت آن دارند واژه «مناسب» است. لذا هیأت داوری می‌تواند با این روش به این نتیجه برسد که «قانون مناسب» برای یک قرارداد خاص می‌تواند به جای قانون ملی، اصول کلی حقوقی باشد.

- داورها باید قواعد حل تعارض را به کار ببرند، قاعده حل تعارض جهان شمول قاعده نزدیکترین ارتباط است. البته در کشورهای دیگر اصطلاحاتی نظیر مرکز ثقل قرارداد و یا مهمترین رابطه خاص را به جای نزدیکترین ارتباط در قوانین به کار برده‌اند.

- اغلب آرای داوری و حقوق بین‌الملل خصوصی بهای زیادی به فعالیت تجاری یا اقامتگاه طرفی می‌دهند که قرارداد در آن جا باید اجرا شود. یعنی محل انجام خدمات را قوی‌ترین عامل ارتباط می‌دانند. پس نزدیکترین ارتباط با قرارداد را محل اجرای آن می‌دانند و نهایتاً قانون آن محل را به عنوان قانون حاکم انتخاب می‌کنند.

بر اساس مطالب فوق عامل‌های ارتباط در پرونده مورد بحث ما به شرح زیر خواهد بود:

- ساخت سیستم پدافند هوایی در بالتیمور آمریکا است، طراحی و کنترل کیفیت نیز در محل کارخانه است.

- پذیرش کالا نیز در محل کارخانه (بالتیمور آمریکا) خواهد بود.

- خوانده متعهد شد برای کمک به خواهان از امکانات دولت آمریکا برای ساخت تجهیزات استفاده کند.

- پرداخت بهای قرارداد به دلار آمریکا و در بانک خوانده در نیویورک انجام می‌شود.

با احصای عوامل فوق بیشترین ارتباط بین قرارداد و اقامتگاه خوانده (آمریکا) برقرار است. اگر هیأت داوری این قاعده را اعمال کند، نتیجه آن حاکمیت قانون ملی خوانده خواهد بود، که بنا به فرض نیروی هوایی ایران قصد قبول حاکمیت آن را نداشته است. به همین دلیل هیأت داوری از اعمال ضابطه نزدیکترین ارتباط عدول می‌کند.

گفتار دوم) قواعد حل تعارض مناسب

هیأت داوری براساس اعمال قواعد حل تعارض مناسب قانون حاکم را تعیین می‌کند. وقتی اصحاب دعوا قانون حاکم را در قرارداد تعیین نکرده‌اند، نبود قانون حاکم در بسیاری از پرونده‌ها مورد بحث قرار می‌گیرد و حداقل از جهات آکادمیک پیرامون آن گفتگوی مستدلی صورت می‌گیرد. پیچیدگی مسأله در جایی آشکار می‌شود که در بسیاری از کشورها مسایل ماهوی حل اختلاف در قوانین مدون شکلی آیین دادرسی گنجانده می‌شود. بنابراین در دعوی که به اختلاف تجاری دو طرف با ملیت‌های متفاوت رسیدگی می‌شود، چنان چه طرفین قانون حاکم بر دادرسی را مشخص نکرده باشند با این مشکل اساسی روبرو می‌شوند که کدام قانون را بر قرارداد حاکم بدانند؟ کشورهای مختلف برای حل مسایل شکلی مربوط به آیین داورى اقدام به تصویب مقررات مختلفی نموده‌اند. قانون‌گذار کشورمان ایران نیز در قانون داورى بین‌المللی اقدام به ایجاد آیین دادرسی داوری نموده است.

به طور مثال در کشورهای تابع حقوق نوشته، منبع اصلی تعارض قوانین، قانون و در کشورهای کامن لو مثل آمریکا و انگلستان رویه‌های قضایی می‌باشد.^{۱۷}

از طرفی درست است که مفاد متن قرارداد در درجه اول اجرا می‌شود و به دنبال اصول زیر بنایی نیستند ولی از حیث تعبیر و تفسیر و اعتبار قرارداد و تعیین آثار، به هر حال نیاز دارند که قانونی را معین کنند. برای تعیین آن قانون روش‌های متفاوتی وجود دارد:

۱) اعمال سیستم حل تعارض قانون محل داوری

اگر فرض کنیم که مقر داوری سوییس باشد، در این صورت داور به قانون داوری محل داوری رجوع می‌کند. طبیعی است در چنین وضعیتی خواهان به دلایل گوناگون مدعی اعمال قانون ملی خویش است و خوانده نیز همین شیوه را در پیش می‌گیرد. این روش بسیار قدیمی و کلاسیک حل تعارض است. برطبق این روش اعتقاد دارند که همان روشی را در تعارض قوانین باید اعمال کرد که در دادگاه‌های دولتی اجرا می‌شود. یعنی سیستم تعارض قوانین محل محکمه را اعمال می‌کنند. این طرز تفکر مدت‌ها در رویه آ‌ی سی هم وجود داشته، ولی بعداً آن را کنار گذاشته‌اند. مقایسه محاکم قضایی با دیوان‌های داوری از بیخ و بن غلط است. بنابراین اعمال این قانون در صورتی درست است که طرفین آن را انتخاب کرده باشند در واقع برای اعمال قانون محل داوری، در صورت عدم تعیین قانون توسط طرفین، توجیه قابل قبولی وجود ندارد. فقط می‌توان گفت داورها تنها راحتی کار برای خود را ملاک قرار داده‌اند.^{۱۸}

۲) تعیین قانون حاکم به روش تجميع

انواع روش انتخاب را که داورها احتمال می‌دهند مناسب باشد آزمایش می‌کنند. محصول نهایی این روش از انتخاب قانون، بررسی قواعد حل تعارض چندین کشور است که با موضوع اختلاف به نحوی ارتباط دارد. وقتی به یک نتیجه معین می‌رسند رضایت داورها جلب می‌شود. زیرا نهایتاً اعمال قواعد حل تعارض چندین کشور به انتخاب یک قانون مادی قابل اعمال منتهی می‌گردد.

در واقع محل داوری جز این که مقر داوری است ارتباط دیگری با موضوع ندارد پس قواعد حل تعارض آن را لازم نیست به کار ببرند.

۱۷. حمید رضا، نیکبخت، تعارض قوانین در قراردادهای، منبع سایت www.Iranbar.com

۱۸. احمد، امیر معزی، احمد، پیشین، ص ۴۳۶

با آوردن یک مثال بحث واضح‌تر خواهد شد؛ قراردادی تجاری میان ایران و مصر منعقد گردید، قاعده حل تعارض قانون ایران در ماده ۹۶۸ ق.م. محل وقوع عقد را حاکم می‌داند و قرارداد فی مابین هم در ایران به امضا رسید. از سوی دیگر ماده ۱۹ ق.م مصر هم قانون اقامتگاه مشترک طرفین را حاکم می‌داند و در صورت نبودن اقامتگاه مشترک، قانون محل انعقاد عقد حاکم می‌شود. هر دو کشور به قانون محل انعقاد عقد اتفاق نظر دارند بنابراین اکثریت هیأت داوری نیز به حاکمیت قانون ایران حکم نمودند.

لکن داور مصری با این نظر مخالفت کرد و این گونه استدلال نمود: داورها مخیرند هر کدام از قواعد حل تعارض را مناسب می‌دانند بدون توجه به قانون ملی، انتخاب کنند. خواه قانون محل داوری باشد یا قانون ملی یکی از طرفین، فرقی نمی‌کند. سوابق داوری آی سی سی هم نشان می‌دهد که داورها به قواعد حل تعارض اصلاً کاری ندارند. به دنبال قانونی هستند که بیشترین ارتباط را با موضوع اختلاف دارد.

مصر با فاکتورهایی که بر می‌شمارد مثل صدور مجوز صادرات در مصر، ساخت کالا در مصر، تحویل آن با شرایط FOB در بندر یا فرودگاه مصر، بازرسی و بسته بندی در مصر، قانون مصر را حاکم می‌داند.

ایران در این قرارداد فقط پول پرداخت کرده و این عامل در تعیین قانون ایران بسیار ضعیف است. نظر داور مصری با مقررات کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و قوانین بسیاری از کشورهای اروپایی از جمله فدرال سوییس هماهنگ است و به عنوان عامل قوی در انتخاب قانون به کار گرفته می‌شود. قانون سوییس که برای پر کردن خلأ انتخاب گردیده نیز به این ضابطه توجه دارد. عواملی که شمارش گردید، از عناصر تعیین قانون حاکم در دیدگاه عینی محسوب می‌گردند.

لکن دیوان ملزم نیست که حتماً از میان روش‌های مورد درخواست خواهان و خوانده قانون حاکم را تعیین کند. داوری بر اساس اراده و خواست طرفین به وجود آمده و باید قانون حاکم را هم با در نظر گرفتن اراده طرفین انتخاب کند. طرفین بر انتخاب قانون ملی طرف دیگر توافق ندارند. در این پرونده دیوان متقاعد شده که طرفین نمی‌خواستند قرارداد فی مابین تابع قانون ملی طرف دیگر باشد.

استدلال‌های معارض علیه اعمال قانون ملی طرف مقابل سبب می‌شود که دیوان استدلال هر دو طرف را کنار گذارد و به روش جدید بدون ملیت کردن قرارداد و عدم اختصاص آن به یکی از دو محل روی آورد. این روش با اراده طرفین مبنی بر خودداری از قبول حاکمیت قانون ملی طرف مقابل سازگار است. طرفین قبول کردند که در هیأت سه نفره داوری هیچ یک از داورها هم تابعیت با طرفین قرارداد نباشد و تحت نظارت آی سی سی اختلافات خود را با حفظ تعادل و برابری رفتار با طرفین حل کنند. ضمن احترام به اراده طرفین، اختلافات فی مابین را بر اساس مفاد قرارداد و در صورت وجود نقص و نارسایی در مفاد آن با استفاده از اصول کلی حقوقی در تجارت بین‌المللی حل خواهد کرد. هنگام به کارگیری قواعد فوق از عرف و عادت تجاری بر طبق بند ۵ ماده ۱۳ قواعد داوری آی سی سی نیز استفاده خواهد کرد.^{۱۹}

گفتار سوم) حقوق حاکم بر قرارداد داوری و نگاهی به حقوق ایران

بحث این گفتار در محور تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری تجاری بین‌المللی در حقوق ایران دور می‌زند و می‌خواهیم بدانیم که سیستم تعارض قوانین داخلی ما، در فرض سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم بر قراردادشان چه راه حلی را در نظر گرفته است.

در حقوق ایران ماده‌ای که قانون حاکم بر قراردادها را تعیین می‌کند ماده ۹۶۸ ق.م است که تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع می‌داند. همان طور که می‌بینیم ماده مزبور ناظر بر قانون حاکم بر ایجاد قرارداد و تکوین شرایط اساسی آن نیست بلکه ناظر بر آثار آن می‌باشد. در واقع قانون ایران در این زمینه ساکت است. به نظر برخی از علما حقوق سکوت قانون‌گذار را می‌توان چنین تعبیر کرد که مقنن شمول قاعده را نسبت به خود عقد بدیهی و بیان آن را زائد می‌دانسته است، زیرا هنگامی که تعهد ناشی از عقد در آن تابع محل وقوع دانسته شده، به قیاس اولویت باید خود عقد را هم تابع قانون آن محل دانست، از این گذشته چگونگی اندیشه قانون‌گذار درباره این قاعده ایجاب کرده که درباره شمول آن نسبت به خود عقد سکوت اختیار شود، زیرا به طوری که این ماده نشان می‌دهد غرض از وضع آن تعیین قاعده درباره تعهدات ناشی از عقد بوده. به این جهت در آن افزون بر قاعده محل عقد بازتاب محدود قاعده آزادی اراده را نیز می‌توان دید. ولی اگر قانون‌گذار می‌خواست در آن به شمول قاعده نسبت به خود عقد نیز تصریح کند ناگزیر بود یا عبارت این ماده را به گونه‌ای تنظیم نماید که قاعده آزادی اراده شامل خود عقد

نگردد و یا آن که درباره آن به تنظیم ماده‌ای دیگر بپردازد که در هر حال چنین روشی برخلاف روش قانون‌گذاری که بنای آن بر ایجاز است، دانسته می‌شود.^{۲۰}

بنا به نظر برخی دیگر از اساتید حقوق در فرض سکوت قانون ایران در تعیین قانون حاکم بر ایجاد قرارداد باید به اصل کلی سرزمینی بودن قوانین که در ماده ۵ ق. م ایران منعکس است مراجعه نمود.^{۲۱}

از این ماده می‌توان به این نتیجه رسید که کسانی که در ایران قراردادی منعقد می‌کنند علی‌الاصول تابع قانون ایران می‌باشند. یعنی قانون ایران به عنوان قانون محل انعقاد عقد نسبت به شرایط ایجاد عقد حکومت خواهد کرد.^{۲۲} در فصل هفتم و در ماده ۳۳ و بند ب از قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران^{۲۳} نیز شاهد همین رویکرد می‌باشیم.

اگر بخواهیم قانون حاکم بر قرارداد داوری تجاری بین‌المللی را قانون محل انعقاد این قرارداد بدانیم با مشکلاتی همراه است. از جمله این که چه بسا نتوانیم محل عقد را به طور مشخص تعیین کنیم، زیرا خیلی از عقود بین‌الملل از راه دور و از طریق تبادل ایجاب و قبول صورت می‌گیرند و بالطبع محل تشکیل یک قرارداد واحد از کشوری به کشور دیگر با توجه به قوانین داخلی کشورها پیرامون محل تشکیل یک قرارداد، متغیر می‌باشد.^{۲۴} اما با وجود تمامی خلاءهایی که وجود دارد انتخاب قانون محل انعقاد هم سهل‌تر و هم به اراده طرفین قرارداد نزدیکتر خواهد بود.

نتیجه گیری

در پایان با توجه به سوال اصلی تحقیق باید بیان نمود که در فرض سکوت طرفین در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد و داوری، داور موظف است با استفاده از ظواهر امر و شرایط و زمان انعقاد قرارداد ابتدائاً اراده ضمنی طرفین را در این مورد جستجو نماید و چنانچه در این امر توفیقی نیافت در صورتی که با توجه به یکسان نبودن روش‌های تعیین قانون حاکم در نظام‌های حقوقی گوناگون تعارض به وجود آمد، ناگزیر به رفع این مشکل است و باید قاعده مناسب حل تعارض را بیابد.

این قاعده یا می‌تواند؛ (۱) اعمال سیستم حل تعارض محل داوری باشد و یا (۲) تعیین قانون حاکم به روش تجمیع. بدین صورت که دیدگاه‌های مختلف اعم از ذهنی و عینی و هم چنین راه کارهای متفاوت قوانین دولت‌های متبوع طرفین و یا قانون محل انعقاد عقد و یا اجرای آن را پیشنهاد داده و به صورت آزمایشی به کار می‌بندد و از میان آن‌ها راهکار مناسب حل تعارض را انتخاب می‌نماید.

البته استفاده از یک رویه واحد بین‌المللی در زمینه تجاری به منظور حل تعارض‌های پیش آمده در داوری پیشنهاد نویسنده مقاله حاضر است که می‌تواند جهت حل مشکل بسیار مفید باشد. زیرا غالباً عرف‌ها و رویه‌های تجاری هستند که در صحنه بین‌المللی تعیین کننده سرنوشت یک قرارداد می‌باشند و علت این امر هم چیزی نیست جز گوناگونی و تنوع قوانین کشورها که اعمال هر یک و آزمودن آن‌ها در یک قرارداد داوری تجاری بین‌المللی علاوه بر هدر رفتن زمان، موجب بی عدالتی در حل و فصل دعاوی تجاری بین‌المللی و عدم رعایت بی طرفی داور خواهد شد. بنابراین استفاده از یک عرف واحد (که می‌تواند همان حاکم نمودن مقررات کنوانسیون‌هایی است که به منظور یکسان نمودن قواعد بین‌المللی در این باب تصویب شده‌اند، باشد) در این موارد علاوه بر این که از بسیاری از مشکلات جلوگیری می‌کند، موجب اتحاد و یک نواختی قراردادهای تجاری بین‌المللی و توابع آن‌ها از جمله داوری نیز خواهد گردید.

۲۰. لعیا، جنیدی، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، ص ۶۸

۲۱. ماده ۵: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد»

۲۲. نجاد علی، الماسی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی تهران، ۱۳۸۰، چاپ هشتم، ص ۲۱۲

۲۳. ماده ۳۳- درخواست ابطال رای ۱-رای داوری در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است:الف- یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد. ب- موافقتنامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقتنامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد.

...

۲۴. محمود، سلجوقی، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی او ۲، نشر میزان، تابستان ۸۵، چ سوم، ص ۳۷۶

فهرست منابع

۱. ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۲، انتشارات بهتاب، سال ۱۳۷۶
۲. اسد زاده نحوی، مهدی، قانون ماهوی حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌الملل با توجه به قانون داوری تجاری بین‌الملل در ایران، استاد راهنما؛ نصراله ابراهیمی، سال ۷۹-۱۳۷۸
۳. اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، نشر دانش امروز، سال ۱۳۷۱
۴. امیر معزی، احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، نشر دادگستر، چ دوم، سال ۱۳۸۸
۵. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چ هشتم، سال ۱۳۸۰
۶. تشکری بافقی، اسماعیل، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، دانشگاه آزاد تهران مرکز، استاد راهنما؛ دکتر نجاد علی الماسی، سال ۸۱-۱۳۸۰
۷. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، جلد ۲، نشر دادگستر، سال ۱۳۷۷
۸. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چ دوم، سال ۱۳۹۰
۹. جنیدی، لعیاء، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، سال ۱۳۷۶
۱۰. نیکبخت، حمید رضا، تعارض قوانین در قراردادهای منبع سایت