

مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری
شماره سی و ششم، ۱۳۸۶، صص ۲۴۱ - ۲۰۱

«عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»

تألیف: پروفسور روی ام. گوود*

ترجمه دکتر حمیدرضا علومی یزدی**

۱- مقدمه

مطالعه آنچه که حقوق بازرگانی فراملی^۱ نامیده می‌شود با ابهاماتی همراه است: مقصود از حقوق بازرگانی فراملی چیست؟ آیا حقوق بازرگانی فراملی همان «حقوق عرفی متداول بین بازرگانان» (*lex mercatoria*) است یا معنای وسیع‌تری دارد؟ منابع آن کدامند؟ آیا می‌توان اصول کلی حقوق تجارت را از رسوم و عرف تدوین نشده تجاری بین‌المللی به‌طور مشخص متمایز نمود؟ اگر چنین است، وقتی این اصول در یک کنوانسیون یا مقررات یکنواخت که بر حسب قرارداد حاکم شده است بیان می‌گردد چه وضعیتی خواهد داشت؟ آیا اصول کلی در مواجهه با کنوانسیون و مقررات یکنواخت از بین می‌روند یا اینکه شکل اولیه خود را حفظ کرده و موازی با کنوانسیون به حیات خود ادامه می‌دهند، یا تغییر شکل داده و خود را با کنوانسیون یا مقررات یکنواخت مربوط هماهنگ می‌سازند؟ تا چه حد کنوانسیون‌ها و یا مقررات یکنواخت دال بر موجودیت قبلی این اصول و رسوم بوده یا در ایجاد اصول و رسوم جدید تأثیر دارند؟

*. این نوشته برگردان مقاله زیر است:

Goode, Roy M., USAGE AND ITS RECEPTION IN TRANSNATIONAL COMMERCIAL LAW, International and Comparative Law Quarterly, [vol. 46, Jan. 1997], pp. 1-36.

روی ام. گوود پروفسور و استاد کرسی حقوق انگلیس در دانشگاه آکسفورد و عضو کالج سنت جونز آکسفورد می‌باشد.
** استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی. بدین وسیله سپاس خود را از پروفسور گوود که اجازه دادند تا این مقاله را به فارسی ترجمه کنم تقدیم می‌دارم و امیدوارم حق مطلب را ادا کرده باشم [مترجم].
۱. مفهوم حقوق بازرگانی فراملی، ابتدائاً توسط پروفسور گلدمن (Prof. Berthold Goldman)، پروفسور اشمیتف (Prof. Clive Schmitthoff) و پروفسور گلدستان (Prof. Aleksander Goldstain) در اوایل دهه ۱۹۶۰ ابداع شد. هم‌اکنون مقدار قابل توجهی نوشته راجع به این موضوع وجود دارد.

عرف و پذیرش آن ... ❖ ۲۰۱

با بررسی متون مربوط به حقوق بین‌الملل، رابطه قابل توجهی بین موضوعاتی که توسط حقوقدانان بین‌المللی مورد بحث قرار می‌گیرد با موضوعاتی که ذهن دانشمندان حقوق بازرگانی فراملی را به خود مشغول داشته است پدیدار می‌شود. بی‌تردید حقوق بین‌الملل خرمن پرباری را برای حقوقدانان تجاری مهیا ساخته است، به این دلیل که دیوان دادگستری بین‌المللی در موارد متعددی احکامی در خصوص رابطه بین منابع متعدد حقوق بین‌الملل - بویژه رابطه بین عهدنامه‌ها و حقوق بین‌المللی عرفی - صادر نموده است. به هر حال تاکنون تألیفات مربوط به حقوق بین‌الملل و حقوق بازرگانی فراملی کاملاً مجزای از یکدیگر تکامل و توسعه یافته‌اند.

این مقاله بر عرف تجاری بین‌المللی تمرکز می‌نماید و ماهیت، قابلیت اجرا، شیوه‌های پیدایش، و رابطه آن با سایر عناصر سازنده حقوق تجارت را مورد بحث قرار خواهد داد. از خلال این موضوعات، این مقاله در صدد است تا مشخص نماید چه میزان شباهت و همسویی بین حقوق بازرگانی فراملی و حقوق بین‌الملل عمومی وجود دارد. این مقاله با بحثی راجع به ارتباط بین حقوق عرفی متداول بین بازرگانان (*lex mercatoria*) و موضوع تعارض قوانین و اعمال شیوه‌های مختلف پذیرفته شده در داورهای تجاری بین‌المللی خاتمه می‌یابد.

الف - ترمینولوژی: حقوق بازرگانی فراملی و حقوق عرفی بازرگانی (*lex mercatoria*)

به نظر می‌رسد اصطلاح «حقوق فراملی» ابتدائاً توسط Phillip C. Jessup در کتاب او که در سال ۱۹۵۶ تحت عنوان «حقوق فراملی» انتشار یافت، مشهور شد. ولی برداشت او از این عبارت به طرز قابل توجهی با برداشت ما از عبارت «حقوق بازرگانی فراملی» در زمینه‌های حقوق تجاری متفاوت است. او تصور می‌نمود که اصطلاحات «بین‌الملل و حقوق بین‌المللی (*International, International Law*)» گمراه‌کننده‌اند، چون این لغات روابط بین دولتها را به ذهن متبادر می‌سازند، از این رو وی از عبارت حقوق فراملی به جای حقوق بین‌المللی استفاده نمود تا در برگیرنده همه قواعد و مقرراتی که اعمال و وقایع را فراسوی مرزهای ملی تحت نظم در می‌آورند - شامل موضوعاتی که در تقسیم‌بندی استاندارد حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی قرار می‌گیرند و یا نمی‌گیرند - باشد. اما این تعریف در مورد حقوق تجارت - با هر ملاک و ضابطه‌ای - بسیار گسترده به نظر می‌آید زیرا شامل حقوق ملی مربوط به تجارت بین‌المللی و قواعد داخلی مربوط به تعارض قوانین نیز می‌شود. در حالی که حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان حقوقی شناخته می‌شود که مختص به یا محصول هیچ نظام حقوقی خاصی نیست، بلکه معرف مقررات همسویی است که از چند نظام حقوقی مختلف سرچشمه گرفته است؛ حتی از دیدگاه طرفداران افراطی آن مجموعه‌ای از قواعد است که به‌طور کلی غیرملی بوده و قدرت اجرایی خود

را از عرف بین‌المللی و نظارت جامعه بازرگانان به‌دست می‌آورد. به عبارت دیگر حقوق تجارت فراملی مجموعه‌ای از «قواعد» است. نه صرفاً اعمال و وقایعی. که از محدوده مرزهای ملی فراتر می‌رود.

با وجود این، اجماعی بر مفهوم یا محتوای حقوق بازرگانی فراملی وجود ندارد.^۲ برخی آن را معادل حقوق جدید متداول بین بازرگانان (*New lex mercatoria*) دانسته‌اند؛ هر چند این مفهوم نیز به طرق مختلفی تعریف شده است. اگر حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان محصول همگرایی قواعد حقوق تجارت از تمامی منابع و مأخذ حتی کنوانسیون‌ها و منابع بین‌المللی هم باشد پس محدوده آن، آشکارا، از حقوق ابداع شده توسط بازرگانان وسیع‌تر خواهد بود. حال آنکه مفهوم و جوهر حقوق عرفی متداول بین بازرگانان جز این نیست.

حقوق عرفی متداول بین بازرگانان بر اساس طبیعت و ذات خود تدوین نشده، غیرموضوعه و غیرقراردادی است. قواعد مندرج در یک کنوانسیون بین‌المللی می‌تواند صحیحاً به‌عنوان جزئی از حقوق عرفی بازرگانی فراملی توصیف شود، اما به‌عنوان قواعد نشأت گرفته از کنوانسیون، جزئی از حقوق عرفی متداول بین بازرگانان نمی‌باشد. چون کنوانسیونی که در آن قواعد مزبور درج شده است فقط به وسیله اراده دولتهایی که عضویت در آن کنوانسیون را پذیرفته‌اند یا به دلایل دیگری از آن تبعیت می‌کنند به اجرا درمی‌آید.

همچنین تدوین عرفهای نانوشته به‌صورت مجموعه‌ای از قواعد استاندارد که بر اساس توافق مقبولیت یافته‌اند آنها را موضوع قانون ملی حاکم بر قرارداد قرار می‌دهد. بنابراین یک کنوانسیون بین‌المللی یا مجموعه مقرراتی که به وسیله قرارداد اعتبار یافته است در نهایت گواه معتبری بر وجود قواعد تدوین نشده‌ای که از پیش وجود داشته است می‌باشد، چون به‌نظر نمی‌آید مقصود و هدف کنوانسیون‌ها یا مجموعه مقررات تدوین شده این باشد که عرفهای از پیش پذیرفته شده جهانی را مجدداً ایجاد کنند. چون در واقع عرفهایی با پذیرش جهانی وجود ندارد، بلکه هدف بیشتر این است که عرفهای موجود را شکل داده و بهترین راه‌حل‌ها را برای مسائل جاری فراهم نمایند. طبیعت همه کنوانسیون‌ها و مجموعه مقررات تدوین شده این است که صرفاً به حفظ وضع موجود نمی‌پردازند، بلکه در مواردی آن را شدیداً تغییر می‌دهند. اینکه کنوانسیون‌ها و مجموعه مقررات تدوین شده تا چه حد گواهی بر وجود قواعد عرفی پیشین هستند به سادگی از متون آنها قابل تعیین نیست. مگر اینکه متن سند یا کنوانسیون صریحاً اعلام نماید که این مقررات یا کنوانسیون اعلام دارنده عرف موجود است (اعلامی که همیشه قابل اعتماد نیست) یا

۲. نک.

Ole Londo, "The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration" (1985) 34, I.C.L.R. 747, 748 *et seq.*

اینکه صریحاً اعلام شود مقررات جدید جایگزین مقررات تدوین شده قبلی می‌گردد. آنچه می‌تواند تعیین‌کننده باشد بررسی اسناد و مدارکی است که در جریان تدوین مورد استفاده قرار گرفته‌اند (travaux preparatoires) و اگر آن هم کافی نبود، بررسی سایر مدارک یا ادله کتبی یا شفاهی که دلالت بر وجود و محتوای قواعد از پیش موجود داشته است.

بنابراین در این مقاله اصطلاح حقوق بازرگانی فراملی مورد استفاده قرار گرفته است تا دربرگیرنده همه قواعد و اصولی باشد که در تعدادی از نظام‌های حقوقی مشترک بوده و ریشه عرفی دارند و یا برخاسته از کنوانسیون، قرارداد و یا هر منبع دیگری باشند. در حالی که اصطلاح *lex mercatoria* - حقوق عرفی بازرگانان - استفاده شده تا نشانگر آن بخش از حقوق بازرگانی فراملی باشد که تدوین نشده بوده و شامل حقوق تجارت عرفی، قواعد عرفی مربوط به ادله و امور شکلی و اصول کلی حقوق تجارت، از قبیل نظم عمومی بین‌المللی، باشد.^۳

ب- عناصر تشکیل‌دهنده حقوق بازرگانی فراملی

در مورد حقوق عرفی متداول بین بازرگانان، همانند حقوق بین‌الملل عمومی، گفته شده است که به دست دادن فهرست کاملی از عناصر و منابع آن امکان‌پذیر نمی‌باشد. پروفیسور لاندو در مقاله معروف^۴ خود هشت «عناصر» برای حقوق عرفی بازرگانان برشمرده است: حقوق بین‌الملل عمومی، مقررات یکنواخت، قواعد کلی حقوق، مقررات مربوط به سازمان‌های بین‌المللی،^۵ عرفها و رسوم تدوین نشده،^۶ عرفها و رسوم تدوین شده توسط سازمان‌های بین‌المللی، شکل‌های استاندارد شده و از پیش طراحی شده قراردادها و آرا و تصمیمات گزارش شده مراجع داوری. در ترمینولوژی پذیرفته شده در این مقاله فقط اصول کلی حقوقی و عرفهای تدوین نشده، حقوق عرفی متداول بین بازرگانان را تشکیل می‌دهند؛ در حالی که مجموعه این عناصر با هم شکل‌دهنده حقوق بازرگانی فراملی هستند. شایان توجه است که به آرای دیوان دادگستری جامعه اروپا (The Court of Justice of The European Community) که صلاحیت خود را به‌طور کلی توسعه داده و همچنین به دادگاههای داخلی، آنگاه که اسناد یا عرفهای بین‌المللی را تفسیر یا اعمال می‌دارند، اشاره‌ای نشده است. حال آنکه اقتدار و آمریت چنین تصمیماتی بیش

۳. نک. پی‌نوشت شماره ۱۹ و ضمیمه ۱۶ این مقاله. برای بررسی آماری تطبیقی تمامی زمینه‌های حقوق بازرگانی فراملی نک.

Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*.

۴. پاورقی شماره ۲.

۵. این شامل تنظیم اصول کلی آماده شده توسط دانشمندان و منتشر شده توسط سازمان‌های بین‌المللی هم می‌شود. مانند اصول قراردادهای تجاری آماده شده توسط مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم (unidroit) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی آماده شده توسط کمیسیون حقوق قراردادهای اروپا.

۶. این دو واژه امروزه به‌جای یکدیگر هم استفاده می‌شوند و از این به بعد از آن به عرف نام می‌بریم. رک. پاورقی شماره ۲۰.

از آرای داوری بوده و باید به‌عنوان عناصر سازنده حقوق بازرگانی فراملی مورد توجه قرار گیرند. پروفیسور لاندو با توجه و قصد، از کلمه «عناصر» به جای «منابع» استفاده نموده است. کلمه عناصر دقیق‌تر است چون کلمه عناصر مبین این واقعیت است که موارد مذکور در فهرست مورد نظر از انواع گوناگونی هستند. برخی از آنان ایجاد‌کننده حقوقند، برخی اعلام‌کننده حقوق،^۷ و بعضی خودشان حقوق نیستند بلکه منشأ پیدایش حقوق ماهوی (Rights) هستند، و برخی به‌عنوان ادله و شواهد قانونی مورد استفاده قرار می‌گیرند، اسناد موجد حقوق می‌توانند نقش دلایل مستند را نیز ایفا نمایند. حقوق بازرگانی فراملی در این ویژگی با حقوق بین‌الملل مشترک است که هر دو برانگیزنده سؤالات اساسی مربوط به فلسفه حقوق همانند «حقوق چیست و منابع آن کدامند؟» می‌باشند؛ بررسی این‌گونه مسائل خارج از حیطه این مقاله قرار دارد.

هدف این مقاله این است که به‌طور خلاصه طبیعت و ماهیت عرف تدوین‌نشده تجاری بین‌المللی، نقش آن در حقوق بازرگانی فراملی، شیوه‌ها و وسایلی که به وسیله آن دادگاهها و داورها خود را به وجود یک عرف متقاعد می‌کنند، اثر درج عرفهای تدوین‌نشده در کنوانسیون‌های بین‌المللی یا قوانین نمونه که توسط سازمان‌های بین‌المللی شناخته شده، تدوین شده‌اند و به واسطه درج در قرارداد (به‌عنوان قانون حاکم) مؤثر واقع می‌شوند، را بررسی کند.

ج- سلسله مراتب قواعد

به‌عنوان یک موضوع تأثیرگذار، اگر از حقوقدان تجاری بخواهند تا بر اساس ترتیب اهمیت، قواعد حقوق بازرگانی فراملی را منظم کند احتمالاً کنوانسیون‌های بین‌المللی تجاری را در رأس و تألیفات دانشمندان حقوق را در پایین‌ترین رتبه و عرف بین‌المللی تجاری را جایی در وسط قرار می‌دهد، اما همیشه ظاهر با واقع مطابقت نداشته و استدلالی محکم می‌تواند این ترتیب را واژگون سازد. کنوانسیون در زمان پیدایش به هیچ‌وجه قانون نیست و در نهایت وجود آن نشان‌دهنده این است که دولتها متعهد به پذیرش آنند. برعکس، یک عرف تجاری بین‌المللی به دلیل اجتماع دو عنصر «نظریه علمای حقوق» و «استمرار» قاعده تلقی شده و اثر اجرایی دارد. مضافاً، از آنجا که کنوانسیون‌ها تنها با تصویب قانونی یا سایر شیوه‌های پذیرش اجرایی می‌شوند، موافقت دولتها بر متن یک کنوانسیون تنها نشان‌دهنده نظر مشروط آنها بر قابل قبول بودن آن متن می‌باشد، در حالی که محصول اجماع حقوقدانان، همانند اصول قراردادهای بین‌المللی بازرگانی (Unidroit Principles of International Commercial Contracts) یا اصول حقوق قراردادهای اروپایی منتشر شده توسط کمیسیون حقوق قراردادهای اروپا، نشانگر

۷. این نظریه کامن‌لو است، اما این امری شناخته شده است که در واقع حقوق موجود چارچوبی را ارائه می‌دهد که در آن محدوده، قاضی اختیاری محدود برای ایجاد حقوق دارد.

تعهد به متن توسط دانشمندان و حقوقدانان ذی‌ربط بوده و متناسب با موقعیت و جایگاه بین‌المللی آنها، مقبولیت و اعتبار می‌یابد.

به‌علاوه، حتی در کشورهایی که کنوانسیون اجرایی می‌شود، مقررات تکمیلی و غیرآمره آن در صورتی مؤثر و اجرایی خواهد بود که، علی‌رغم رسم معمول، برخلاف آنها تراضی نشده باشد و این تراضی شامل درج عرفها و رویه‌های متفاوت در قرارداد نیز می‌شود. بنابراین کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی معتبر، (The UNCITRAL Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credits) که بیشتر مقررات آن غیرامری و تکمیلی هستند^۸ در عمل به وسیله «عرفها و رویه‌های غیرالزام‌آور متحدالشکل اعتبارات اسنادی» (UCP) یا «قواعد یکنواخت برای ضمانتنامه‌های عندالمطالبه» (URDG) که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) تدوین شده و می‌تواند در قراردادها به‌عنوان قانون حاکم درج شود، جایگزین می‌شود.

همچنین به‌طور قطع نمی‌توان گفت که یک عرف ظاهراً پذیرفته شده و لازم‌الاجرای بین‌المللی الزاماً برای مثال بر اصول کلی حاکم بر قراردادهای تجاری (Unidroit) یا اصول حقوق قراردادهای اروپایی، رجحان و تقدم دارد، زیرا در هر مورد این اختیار دادگاه و یا داوران است که بگویند آیا این محصول همکاری مشترک دانشمندان و حقوقدانان شناخته شده بین‌المللی به جایی رسیده است که بهترین قواعد مربوط به حقوق قراردادهای تلقی شود و مقدم بر قواعد و عرفهای موجود پذیرفته شود، یا نه؟

د- دلایل توسعه مفهوم حقوق بازرگانی فراملی

توسعه تئوری حقوق بازرگانی فراملی در دهه‌های اخیر، تا حدودی نشانگر تمایلات عملی، روشنفکرانه و ذهنی و حتی احساساتی، نسبت به احیای بین‌المللی بودن حقوق تجارت در قرون وسطی است. بی‌تردید، عرف تجاری که توسط جامعه تجار به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور پذیرفته شده و توسط دادگاههای تجاری به اجرا گذاشته می‌شد، عامل هماهنگ‌کننده مهمی در مقررات تجارت و حمل و نقل بین‌المللی بود. در هر صورت این تمایل وجود دارد که مقررات حقوق تجارت عرفی را ستوده و با آن به‌منزله یک مجموعه متشکل از قواعد و مقررات با کاربرد جهانی و مشابه با حقوق کلیسا، برخورد شود. در حالی که در واقع حقوق تجارت (مقررات متداول بین تجار) هرگز یک مجموعه سازمان‌یافته از مقررات حقوقی نبوده، بلکه انبوهی از رسوم و رویه‌های گوناگون و متغیر تجاری بود که هر از چندگاهی به حالت تقریباً منظمی، کنار هم

۸. نک. ماده (۱) و مواد دیگر (مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۶) که به قواعدی که به‌طور عمومی مورد پذیرش قرار گرفته، عرف و رویه‌های استاندارد بین‌المللی ارجاع می‌دهد.

گذاشته شده بودند. آن مقررات بر رسوم و رویه‌های دریانوردی تأکید داشتند و نه عرفهای کلی تجاری و نیز ترکیبی از قواعد جزئی بودند که موضوعات خیلی خاص، ولی مشترک و متداول را، مخاطب قرار می‌دادند. مع‌هذا، تعدادی از این قواعد می‌توانند به‌منزله نشانه‌ای از قواعد وسیع‌تری که دارای کاربرد بیشتری هستند، تلقی شوند. از این رو، این قواعد، منبع مهمی از اصول کلی حقوقی قابل‌اعمال بر تجارت بین‌المللی را ارائه می‌دهند.

هر چند دادگاههای داخلی و دیوان‌های داوری همچنان به‌نحو گسترده‌ای به استفاده از قواعد حل تعارض برای یافتن قانون قابل‌اعمال بر قراردادهای متضمن عنصر خارجی ادامه می‌دهند، اما داوران در داوری‌های تجاری بین‌المللی تمایل فزاینده‌ای به کنار گذاشتن قیود حقوق بین‌الملل خصوصی و پرهیز از وابستگی، یا وابستگی انحصاری، به هر حقوق داخلی، به هر صورت که انتخاب شده باشد، از خود نشان داده‌اند و به جای آن کوشیده‌اند به حقوق جدید عرفی و متداول بین تجار و بازرگانان تمسک جویند. دلایل این رویکرد متعاقباً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

هـ- تأثیر شیوه حل و فصل اختلافات بر حقوق ماهوی

بدیهی است، آنگاه که طرح دعوا در دادگاه و یا مراجعه به داوری دو شیوه جایگزین برای حل و فصل اختلافات باشند، لاجرم تفاوت بین آن دو صرفاً شکلی نبوده، بلکه تأثیر قابل توجهی بر حقوق ماهوی نیز دارد. این مطلب امر بدیهی نیست. حتی در قرون وسطی، حقوق تجاری که توسط دادگاههای تجاری اعمال می‌شد به‌طور عمده متفاوت از قواعدی بود که توسط دادگاههای کامن‌لو اعمال می‌شد و قطعاً در حوزه‌ای که مشروعیت و قابلیت اجرا داشت، بر قواعد کامن‌لو مقدم داشته می‌شد.^۹ از این رو، ضرورتاً، اصول حقوقی قابل‌اعمال با تغییر مرجع رسیدگی تغییر خواهد کرد. این امر، امروزه حتی بیشتر از گذشته صادق است. داوران، بی‌تردید، از قضات ملی آزادی بیشتری دارند. هر چند مقررات و اقتضائات مربوط به قانون محل داوری باید در خصوص مواردی از قبیل اهلیت برای عمل، صلاحیت قضائی و شیوه داوری - چنانچه در نظر باشد رأی داوری مطابق کنوانسیون نیویورک به اجرا درآید - رعایت شوند، اما در حوزه صلاحیت داوران است تا در محدوده تراضی طرفین، امور شکلی و مقررات مربوط به قبول ادله و مدارک داوری را مشخص کنند؛ حتی به‌صورت گسترده‌ای پذیرفته شده است که در صورت فقدان شرط صریحی در قرارداد داوری^{۱۰} یا مقررات مورد اشاره آن، داورها بتوانند قواعد حل تعارض مورد نظر

9. Statute of the Staple, 27ed., Stat. 2 (1353) cc. 5.6, 21.

۱۰. برای مثال ماده (۱۳-۳) مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی.

خود را به کار گیرند، و به علاوه در صورت عدم انتخاب طرفین،^{۱۱} حتی مستقیماً قانون یا قواعدی را که خود مناسب می‌دانند انتخاب کنند و آزادانه‌تر اصول کلی حقوقی یا رویه‌های تجاری بین‌المللی را برای تعیین حقوق و تکالیف طرفین به کار گیرند.

مضافاً برخی از دانشمندان معتقدند که یک داور، بر خلاف یک قاضی ملی، آزاد است تا کنوانسیونی که اگر طرفین قانون حاکم را انتخاب نمی‌کردند، قانون حاکم بر قرارداد تلقی می‌شد را به جای قانونی که طرفین صراحتاً به‌عنوان قانون حاکم برگزیده‌اند، برگزیده و اعمال کند. به‌علاوه از آنجا که یکی از مزایای داوری، قطعیت آرای صادره است، به‌عنوان یک اصل در حقوق ملی کشورها- همان‌گونه که در قانون نمونه داوری آنسیترال آمده است- پذیرفته شده است که دادگاههای ملی در مداخله در آرای داوری، حتی اگر در رأی ظاهراً اشتباه در تشخیص موضوع یا حکم دیده شود، با تأنی و تأمل برخورد کنند. در نتیجه به‌طور تلویحی، جلوگیری از اجرای رأی داوری دشوارتر از تجدیدنظرخواهی از احکام صادره از دادگاهها خواهد بود. به همان میزان که قوانین داخلی اختیار دادگاههای ملی را در مداخله در آرای داوری محدود می‌سازد، به داوران در عمل آزادی داده می‌شود تا محدودیتهای نظری موجود در راه رسیدن به تصمیمات خود و اعمال قانون مناسب را برطرف کنند.

اما در هر حال، مراجع داوری دارای تعهد اخلاقی و همچنین حقوقی هستند تا بر اساس نظم و اصول معین شده عمل کنند، مگر اینکه طرفین قرارداد داوری، داوران را از چنین تعهدی معاف کرده باشند. بنابراین نظارتی که بر انجام وظایف داوران اعمال می‌شود نسبتاً ملایم بوده و نباید موجبی برای غیرمهم تلقی کردن مبانی و جهات حقوقی تصمیمات آنان شود.

۲- ماهیت، عناصر و محدوده عرف تجاری بین‌المللی

الف- ماهیت عرف نانوشته تجاری بین‌المللی

عرف نانوشته^{۱۲} تجاری بین‌المللی، رویه یا الگویی رفتاری است که بین بازرگانان با تکرار استقرار یافته و تا حدودی قدرت امره کسب کرده است. دو نظریه در مورد ماهیت عرف تجاری نانوشته (غیرمدون) وجود دارد:

بنا بر یکی از نظریات، عرف غیرمدون تجاری شکل خاصی از حقوق بین‌الملل عرفی

۱۱. چون، درحالی‌که قاضی ملی وظیفه دارد قواعد حل تعارض نظام خود را به‌عنوان قانون محل دادگاه اعمال کند، رابطه خاصی بین داور و محل داوری وجود ندارد. بنا به‌نظری، قانون محل داوری اصولاً وجود ندارد. در هر حال اختلاف نظر باقی است. نیز نک. به مبحثی که در همین مقاله در مورد عرف تجاری بین‌المللی و تعارض قوانین ارائه شده است.

۱۲. از واژه نانوشته (unwritten) در اینجا استفاده شده، تا حکایت از قاعده یا اصلی کند که به‌طور کلی به تحریر در نیامده است، نه در یک شکل الزام‌آور (مثل تصمیم قضائی، قانون یا کنوانسیون) و نه در شکل غیرالزام‌آور (مانند مجموعه‌های خصوصی یا انتشارات علمی یا تجاری).

است.^{۱۳} مطابق نظریه دیگر، که (از جمله) در حقوق انگلستان و همچنین در بند (۲) ماده (۹) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) پذیرفته شده، عرف به‌عنوان شرط ضمنی در قرارداد مؤثر واقع می‌شود. هرچند نظریه پذیرش عرف به‌عنوان شرط ضمنی قرارداد، از این جهت که به طرفین عرفی را تحمیل می‌کند که از وجود آن آگاهی نداشته‌اند، مصنوعی تلقی شده و مورد انتقاد قرار گرفته است، اما این تئوری با تلقی موضوعی از قرارداد، که به‌موجب آن شروط قرارداد باید مطابق با دریافت یک فرد منطقی از قرارداد تفسیر شود و نه قصد ذهنی طرفین، مطابقت دارد. هواداران حقوق عرفی بازرگانی داعیه مخالفت با تئوری قراردادی را دارند، چون آن را سازگار با موقعیت عرف تجاری بین‌المللی به‌عنوان قانون نمی‌بینند. در هر حال اثر تفکیک بین این دو تئوری، از نظر عملی بسیار اندک است.

ب- قدرت اجرایی عرف نانوشته تجاری بین‌المللی

تقریباً تا همین اواخر، عموماً پذیرفته شده بود که برای اینکه عرف تجاری بین‌المللی قدرت اجرایی داشته باشد، کافی نیست تا صرفاً یک الگوی رفتاری بین تجار ثابت گردد، بلکه لازم است علاوه بر آن نشان داده شود که این الگوی رفتار به دلیل یک نیروی الزام‌آور حقوقی، نه صرفاً اخلاقی و نزاکتی، یا به ملاحظات مصلحتی و یا به دلیل سهولت مورد عمل قرار می‌گیرد:^{۱۴}

«در هر حال یک دنیا تفاوت بین رویه‌هایی که به‌طور مداوم، یا حتی عادتاً، در یک قرارداد تجاری خاص به‌عنوان یک اصل نزاکتی دنبال می‌شود، با رویه‌هایی که طرفین ذی‌ربط قانوناً و به‌نحو الزام‌آوری مستحق‌اند تا اجرای آن را درخواست کنند، وجود دارد.»

۱۳. موضوع رویه تجاری (Trade usage) و عرف (Custom) با ابهاماتی از لحاظ زبان‌شناسی همراه است. گاهی از "usage" استفاده می‌شود تا رویه یا رفتاری را بیان کند و گاه برای بیان یک الگوی رفتاری که به مرز قاعده رسیده است از آن استفاده می‌شود. به‌طور سنتی "usage" از رویه "custom" تفکیک شده است، اما این تفکیک به‌گونه‌های مختلف و مبتنی بر فروضی متفاوت است، بنا بر برخی از مستندات "custom" عملکرد یک منطقه خاص است اما "usage" رویه و عملکرد تجاری، حرفه‌ای و شغلی است. برخی دیگر "usage" را صرفاً الگوی رفتار و "custom" را اعمال آن با دیدی الزام‌آور می‌دانند. دسته‌ای دیگر "custom" را براساس درجه و میزان جهانی بودن یا قدمت آن به دسته‌های مختلفی تقسیم کرده‌اند. روش جدید این است که این دو واژه را به‌عنوان دو واژه‌ای که به‌راحتی می‌توانند به جای یکدیگر به‌کار روند در نظر گرفته‌اند. در حقوق بازرگانی فراملی واژه "usage" و "usages" به‌طور کلی پذیرفته شده است. در حقوق بین‌الملل (عمومی) معمولاً از واژه "custom" استفاده می‌شود. برای سهولت امر در این مقاله از واژه "usage" (عرف و رویه) استفاده شده است تا حکایت از آن کند که "usage" رویه تثبیت شده‌ای است که قدرت امره به‌دست آورده و از این جهت معادل با "custom" است. اما از آنجا که از "usage" صفت مشتق نمی‌شود، در وجه مصدری از عبارت "Customary Law" یا "Customary rules" استفاده شده است. برای رفتار مکرر و مستمر از همین واژه یا واژه "Practice" استفاده شده است.

14. *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria* [1983] Q. B. 856, 874 (per slade LJ).

این نکته به‌طور دقیق در رأی قاضی استاگتن (Stoughton J.) در پرونده بانک عربی خارجی لیبی علیه شرکت بانکرز تراست،

Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co. ([1989] Q. B. 728)¹⁵

به شرح بالا منعکس شده است. در این پرونده خواهانها یک حساب سپرده یورو - دلاری نزد خواندگان در لندن داشتند. دولت ایالات متحده انتقالات ارزی توسط بانکهای امریکایی از و به حسابهای مربوط به اتباع لیبی را ممنوع کرده بود. خواهانها ادعا کردند که این ممنوعیت اثری در خارج از ایالات متحده ندارد و تقاضا کردند تا سپرده به‌صورت نقدی در لندن یا به هر وسیله دیگری که متضمن فعالیتی در امریکا نباشد به آنها بازپرداخت شود. خواندگان در دفاع خود ابراز نداشتند که ممنوعیت اثری فراسوی مرزهای امریکا دارد، اما ادعا کردند که عرف در بازار مبادلات ارزهای اروپایی - امریکایی این بوده که انتقالات از یک حساب خارج از ایالات متحده به شکل دلار امریکا تنها می‌تواند از طریق سیستم بانکی امریکا انجام شود، یعنی از طریق Chips یا Fedwire که این متضمن انجام اعمالی در نیویورک است که در نتیجه ممنوعیت دامن‌گیر آن می‌شود.

قاضی نظر داد در حالی که ممکن است رویه مستمری در خصوص انتقال دلار از طریق Chips یا Fedwire وجود داشته باشد، اما ادله ارائه شده ثابت نکرده است که استفاده از این شیوه‌ها تنها راههای انتقال است که یک سپرده‌گذار قانوناً استحقاق آن را دارد تا برای انتقال سپرده‌اش تقاضا کند. بنابراین، خواهانها محق هستند تا سپرده خود را به‌صورت نقد^{۱۶} یا به هر وسیله دیگری که متضمن گذر از Chips یا Fedwire نباشد، دریافت کنند.

مشابه این اصل در حقوق بین‌الملل عرفی نیز وجود دارد، اصلی که اجماع بین تکرار و استمرار (*usus*) با وجود رسم حقوقی الزام‌آور (*opinion juris sive necessitates*) را برای ایجاد یک قاعده یا اصل حقوق بین‌الملل ضروری می‌داند.^{۱۷} از این رو، ماده (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی، دیوان را مکلف نموده تا به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌المللی، «عرف بین‌المللی، به‌عنوان نشانه رویه عمومی پذیرفته شده به‌عنوان قاعده» را اعمال کند. همین مفهوم اما با عبارت زیباتری در قانون روابط خارجی ایالات متحده - ماده ۱۰۲ -

15. [1989] Q. B. 728.

۱۶. با توجه به اینکه مبلغ مورد درخواست ۲۹۲ میلیون دلار امریکا بود، رأی (به پرداخت نقدی) بسیار عجیب بود. در نهایت مقامات امریکایی با انتقال این وجه موافقت کردند و به این جهت ضرورت تقاضای پژوهش از رأی منتفی شد.
۱۷. نک.

Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law" (1974-75) XLVII B.Y.I.L., 1; G. M. Danilenko, Law - Making in the International Community, Chaps. IV and V; G. J. H. Van Hoof, Rethinking the Sources of International Law, Ch. VI; Karol Wolfke, Custom in Present International Law (2nd revised ed.).

بیان شده است: ماده ۱۰۲ مقرر می‌دارد:

«(۱) قاعده حقوق بین‌الملل، قاعده‌ای است که با این عنوان توسط جامعه بین‌المللی دولتها پذیرفته شده باشد.

(الف) در شکل حقوق عرفی: ...

(۲) حقوق بین‌الملل عرفی از رویه کلی و مستمر دولتها که دولتها از آن رویه به‌عنوان یک الزام قانونی تبعیت می‌کنند، ناشی می‌شود».

مسئله الزام‌آور بودن عرف به‌عنوان یک تعهد حقوقی، منجر به دور یا تضاد می‌شود، چون این نظریه اعتقاد به وجود یک وظیفه حقوقی را به‌عنوان پیش‌فرض مطرح می‌کند که اگر درست باشد موجب تکرار زاید می‌شود و اگر نادرست باشد موجودی غیرحقوقی را به اشتباه به موجودی حقوقی تبدیل می‌کند. شایان توجه است که ماده ۲۰۵-۱ از قانون یکنواخت تجاری امریکا (UCC) و ماده (۲) ۹ از کنوانسیون بیع بین‌المللی وین، هر دو عنصر وجود نظریه حقوقی یا رسم حقوقی (*opinion juris*) را از مفهوم عرف کنار گذاشته‌اند.

ماده ۲۰۵-۱ از UCC مقرر می‌دارد: «عرف تجاری، هر رویه یا روشی است که متداولاً در محل، موضوع و یا حرفه خاصی رعایت می‌شود به‌گونه‌ای که انتظار طرف را از رعایت آن در معامله مورد نظر توجیه می‌کند». ماده (۲) ۹ از کنوانسیون بیع وین (که همان‌گونه که قبلاً ذکر شد قدرت الزام‌آور عرف را به توافق ضمنی نسبت می‌دهد)، موضوع مشابهی را در عبارتی طولانی‌تر و ملال‌آورتر بیان می‌کند:

«مفروض است که طرفین قرارداد، جز در مواردی که به‌نحو دیگری توافق کرده‌اند، به‌طور ضمنی عرفی را که طرفین نسبت به آن آگاه بوده‌اند یا باید از آن مطلع می‌بوده‌اند، عرفی را که در تجارت بین‌المللی به‌طور گسترده‌ای شناخته شده و مکرراً توسط اطراف قراردادهای مشابه رعایت می‌گردد را بر قرارداد خود یا تشکیل آن قابل اعمال کرده‌اند».

در هر حال، هیچ‌یک از دو بیان فوق خالی از اشکال نیستند، زیرا عرف الزام‌آور را از عرفی که صرفاً براساس یک عادت، نزاکت، یا به‌جهت مصلحت و سهولت تمایل به رعایت آن وجود دارد و به‌طور اختیاری از آن تبعیت می‌شود، درحالی‌که مضر به حال کسی نیست، تفکیک نکرده‌اند. بی‌تردید باید تا حدودی التزام وجود داشته باشد، هرچند که این تعهد و التزام، تعهد و التزام به معنای کاملاً حقوقی آن نباشد و از قانون سرچشمه نگرفته باشد. شاید مناسب‌ترین شیوه برای توجیه عنصر تعهد و التزام بدون ارجاع به قانون، این است که بگوییم عرفی که به آن اتکا می‌شود باید عرفی باشد که جامعه تجاری مربوطه در ایجاد، اثبات، تفسیر، اجرا و مناسبات و

عرف و پذیرش آن ... ❖ ۲۱۱

روابط اطراف تجاری نسبت به یکدیگر به آن استناد کند.^{۱۸}

سؤالی مبتلابه که همواره در مباحث مربوط به طبیعت حقوق عرفی و حتی خود کامن لو هم مورد بحث قرار گرفته،^{۱۹} این است که آیا تلاقی و ترکیب استمرار (*usus*) و قاعده حقوقی (*opinion juris*) کافی است تا عرف را تشکیل دهد یا اینکه لازم است تا قاعده عرفی مورد نظر به وسیله مراجع قضائی - قانونی یا داوری نیز شناسایی شود؟ به طور دقیق موقعیت عرف تدوین نشده قبل از اینکه در یک دعوی قضائی مورد شناسایی قرار گیرد چیست؟ دست کم دو دیدگاه متفاوت در این باره وجود دارد. دیدگاه اول آن است که قبل از شناسایی عرف به صورت رسمی، عرف موجودیت ندارد، زیرا قدرت اجرایی آن منوط به داشتن ملاکهای معینی است - (ثبات و استمرار در عمل، منطقی بودن، شهرت، مطابقت با نظم بین المللی و قوانین امری داخلی قابل اجرا) - این ملاکها ظاهراً توسط قانون معین می شود و تنها تصمیم دادگاه می تواند مؤید احراز این شرایط باشد.

این دیدگاه منتسب به آستین، به این تضاد که اگر عمل دادگاه یا داور این است که قاعده حقوقی و از جمله قواعد حقوق عرفی را اعلام می کند، پس باید این قاعده قبلاً وجود داشته باشد، جوابی نداده است. تصمیم دادگاه یا داور قاعده موجود را تنفیذ می کند اما خود سازنده قاعده نیست. به علاوه، اگر عرف قبل از اعلام قدرت اجرایی نداشته باشد، چگونه می تواند حقوق طرفین قراردادی را که لزوماً قبل از تصمیم منعقد شده است متأثر کند! راه دیگر که توسط Hart، Salmond و دیگران مورد حمایت قرار گرفته،^{۲۰} این است که رأی دادگاه به نفع عرفی که واجد شرایط قانونی معین بوده است، صرفاً جنبه اعلامی داشته و منبع قدرت الزام آور بودن عرف از

۱۸. روش دیگر در خصوص ضمانت اجرا این است که فرض کنیم اگر عرف نمی بایست رعایت می شد، بخش مرتبط از جامعه تجاری، زیان دیده را مستحق جبران خسارتی به همان میزان می دید. اما این توجیه می تواند فقط در مورد عرفهای حاکم بر مراحل اجرایی قرارداد مناسب باشد، نه در مورد عرفهای مرتبط به تفسیر قرارداد.

۱۹. جرمی بن تام (Jermy Bentham)، کامن لو را از ابتدا تا انتها یک تصور و تخیل می خواند، (Collected Works, vol. IV, p. 483). اوارت (Ewart) (که به خاطر قاعده استاپل شهرت دارد) نظر مشابهی را در مورد حقوق بازرگانان (*law merchant*) که به عنوان مجموعه ای از قواعد فرض شده است، در مقاله روشنگرش تحت عنوان «حقوق بازرگانان چیست؟» انتخاب کرده است (3 Col. L. Rev. 135 (1903)).

همچنین نک به مقاله:

A. W. B. Simpson, "The Common Law and the Legal Theory", in Oxford Essays in Jurisprudence (2nd Series, ed. A. W. B. Simpson).

نویسنده موافق نظر اتخاذ شده توسط بلک استون (Black Stone) است که کامن لو را سیستم حقوق عرفی دانسته است. این سؤال در مورد حقوق بین الملل عمومی کمتر معنادار است. در جایی که نه منابع الزام آوری وجود دارد تا بر اساس آن قضاوت شود و نه انتظار می رود چنین قضاوتی انجام شود.

۲۰. برای دیدن تئوری پیچیده ای مبتنی بر تفکیک بین تصمیم قضائی در مورد اینکه چه چیز باید به عنوان روش و الگوی مطلوب پذیرفته شود و قدرت اجرایی به آن داده شود با تصمیم قضائی در مورد اینکه چنین الگو و روشی پذیرفته شده و با آن به عنوان یک قاعده الزام آور برخورد شده است، رک. کتاب:

John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 238 *et seq.*

نظر حقوقی نیست، گویی قدرت اجرایی عرف به عنوان منابع تکمیلی حقوق به چالش گرفته شده و دادگاه در حیطه صلاحیت خود به اعتبار آن رأی داده است. این دیدگاه که به طور موازی در حقوق بازرگانی فراملی نیز توسط هواداران حقوق عرفی تجاری جدید (*New lex mercatoria*) حمایت شده است، به نظر مرجع می‌رسد.

این نظریه بر مشکل دیگری هم فائق می‌آید، با این بیان که احراز عرف در یک داوری تنها طرفین داوری را به آن ملتزم می‌کند و نمی‌تواند در رابطه با اشخاص ثالث معرف وجود عرف باشد. فقط تداوم و استمرار رأی داوران به وجود یک عرف در سلسله‌ای از آرای داوری می‌تواند این اثر را داشته باشد. تا حدودی این مطلب در مورد آرای قضات داخلی هم صادق است، چون آرای آنان نیز برای اشخاص دیگر جز اطراف دعوا الزام‌آور نیست. اگر در مورد عرفهای محلی آنچه گفته شد صادق باشد به طریق اولی در مورد عرفهای بین‌المللی که نمی‌تواند توسط دادگاههای داخلی به نحو مؤثر و الزام‌آوری به گونه‌ای مورد حکم قرار گیرند که دادگاه واقع در حوزه صلاحیت قضائی دیگری را ملزم کند، موضوع نیز صادق خواهد بود. پس سؤال اساسی این است که توسط چه کسی، یا با چه استانداردی ضوابط و معیارهایی که باید براساس آنها اعتبار عرف تجاری بین‌المللی آزموده و احراز شود تعیین می‌شود.

ج- قلمرو

میزان نفوذ و گستره شمول عرفهای تجاری، همانند عرف در حقوق بین‌الملل عمومی، می‌تواند بسیار وسیع باشد. حوزه نفوذ آن به طرق گوناگونی معین و مشخص می‌شود، برای مثال:

- ۱- بر اساس تقسیمات جغرافیایی؛ با ارجاع به یک شهر خاص، بندر یا منطقه معین؛
- ۲- از نظر سیاسی؛ با ارجاع به دسته یا گروههای خاص سیاسی؛
- ۳- از نظر اقتصادی؛ با ارجاع به دسته یا گروههای خاص اقتصادی؛
- ۴- از نظر حقوقی؛ با ارجاع به سنتها و رسوم خاص حقوقی؛
- ۵- از نظر تجاری؛ با ارجاع به نوعی تجارت یا بازار خاص.^{۲۱}

هریک از دسته‌بندی‌های فوق تا حدودی مستقل از یکدیگرند، برای مثال یک عرف تجاری بین‌المللی می‌تواند به نوع خاصی از عملیات تجاری محدود شود (برای مثال تعهد بانک نسبت به پرداخت براساس اسناد)، اما ممکن است از نظر جغرافیایی جهانی و فراگیر باشد، درحالی‌که، از طرف دیگر، ممکن است عرفهایی وجود داشته باشد که به‌طور کلی به همه

۲۱. یا جغرافیایی (مانند بازار کالاهای خاص) یا سازمانی (مثل عرفهای بازارهای مالی).

فعالیت‌های تجاری قابل اعمال باشد اما فقط در یک محدوده جغرافیایی خاص، یا در نظام‌های حقوقی معین.

از جهت محتوایی، عرف می‌تواند یک قاعده یا مبنای رفتاری بسیار وسیعی را بیان کند یا قاعده و روش بسیار محدودی را. عرف‌هایی که بیانگر قواعد و رویه‌های گسترده‌ای هستند، چنانچه صرفاً به انواع خاصی از عملیات و قراردادهای تجاری محدود نشوند، در ردیف اصول کلی حقوقی قرار گرفته و یا در کنوانسیون‌های بین‌المللی انعکاس می‌یابد و بدین ترتیب موقعیت ویژه خود به‌عنوان عرف تجاری را از دست می‌دهند؛ برای مثال اصل "*Pacta Sunt Servanda*" (باید به قراردادها عمل کرد) اصل مشترکی در حقوق تجارت ملی و بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عمومی است که می‌توان گفت از حد یک اصل حقوق عرفی به اصول کلی حقوقی تکامل یافته است، یا در حقوق بین‌الملل عمومی، به‌عنوان یک قاعده مدون در ماده (۲۶) عهدنامه معاهدات وین انعکاس یافته است.

همان‌گونه که از حیث قلمرو اجرا، عرف‌های تجاری یک محدوده لزوماً در محدوده دیگر قابل اجرا نیستند، میزان عمومیت و شمول عرف (در یک موضوع یا همه موضوعات) ارتباطی با عمومیت و شمول اجرای آن ندارد؛ برای مثال اصلی که به طرف اجازه نمی‌دهد تا از قصور خود در اجرای قرارداد استفاده کرده و خود را از اجرای قرارداد به دلیل عدم توانایی خود یا اطراف دیگر قرارداد معاف دارد، اصلی بسیار وسیع است که اختصاص به نوع تجارت، مکان یا نظام حقوقی خاصی ندارد. جالب است ذکر شود که تقریباً همه قواعدی که در مقاله برجسته لرد ماستیل (L. Mustill)^{۲۲} (راجع به حقوق عرفی تجاری جدید) به‌عنوان قواعد حقوق عرفی تجار مستنبط از آرای داوری ذکر شده است، دارای همین گستردگی هستند. هنوز هم تعداد عرف‌های تجاری که از حیث قلمرو به‌طور گسترده‌ای مورد پذیرش قرار گرفته‌اند اما صرفاً در یک رشته و موضوع خاص کم نیستند؛ برای مثال در بانکداری بین‌المللی، فرصت معقولی که برای بازرسی اسناد در یک عملیات اعتبار اسنادی داده می‌شود بیش از چند روز نیست؛^{۲۳} یا بانک تنها به مرتب بودن ظاهر اسناد توجه می‌کند و نه اصالت یا صحت انتساب آنها.^{۲۴} درجه و میزان اختصاصی یا عمومی بودن یک عرف نانوشته تجاری بین‌المللی، می‌تواند با سهولت یا دشواری شناسایی آن عرف در مراجع داوری مرتبط باشد. چون هرچه عرف مورد نظر کلی‌تر و عمومی‌تر باشد، ارتباط آن با اصول کلی حقوقی بیشتر شده و دشواری کمتری در راه اثبات آن به‌عنوان عرف شناخته‌شده

22. "The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-Five Years", in Martine Bos and Ian Brownlie (Eds), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Chap. 11, at pp. 174-177.

23. *Bankers Trust Co. v. State Bank of India* [1991] 2 Lloyd's Rep. 443.

در حال حاضر نک. مواد ۱۳(b) و UCP ۱۴(d)(i) که حداکثر هفت روز را اجازه می‌دهند.

۲۴. ماده (۱۵) UCP.

وجود خواهد داشت.

۳- چگونه عرفهای غیرمدون ایجاد می‌شوند

الف- ماهیت موضوع

مشکل در مورد عرف غیرمدون، همانند سایر انواع حقوق عرفی، اثبات وجود آن است. تک‌تک افراد جامعه تجاری ممکن است تصویری کلی از مدلول یا معنای یک عرف خاص داشته باشند یا چنین تصور کنند که نسبت به آن عرف آگاه‌اند، اما معمولاً عرف مورد نظر تعریف نشده است، مرزها و شرایط آن مبهم است و حتی ممکن است دریابیم که در مفهوم و گنه آن هم جای بحث و گفتگو وجود دارد.

این واقعیت را تجربیات هر روزه حاصل از تجزیه و تحلیل سیر دادرسی‌ها تأیید می‌کند، همان‌گونه که در مورد اصول قابل قبول اما اعلام نشده کامن‌لو نیز همین مشکلات وجود دارد. تصور کنید که یک حقوقدان جوان انگلیسی که به امور حقوقی اشتغال دارد اما شناختی نسبت به چگونگی کارکرد سیستم‌های تهاتری بین‌بانکی در انگلستان ندارد، در جلسه متخصصین بانکداری شرکت می‌کند که موضوع آن جلسه چگونگی انجام عملیات تهاتری در مبادلات چندجانبه است که صرفاً در پایان روز تهاتر صورت می‌گیرد. حقوقدان جوان کنجکاو است تا بداند آیا دستور پرداختی که توسط مشتری به بانک داده می‌شود، پس از ارائه دستور به بانک و قبل از انجام عملیات تهاتری، توسط مشتری قابل استرداد است یا خیر؟ او می‌خواهد راجع به این مسئله سؤال کند اما از ابراز جهل خود نسبت به این موضوع پیش پا افتاده ابا دارد. در نهایت تشویق می‌شود تا سؤال خود را بپرسد. به احتمال فراوان وی بسیار شگفت‌زده خواهد شد وقتی بشنود که نیمی از شرکت‌کنندگان به سؤال او پاسخ مثبت می‌دهند و نیم دیگر پاسخ منفی. او قطعاً تجربه مشابهی پیدا می‌کند اگر قبل از صدور رأی در پرونده *Banque de l'Indochine*^{۲۵} در مورد معنا و اثر پرداخت مشروط به ذی‌نفع سؤال می‌کرد؛ گروهی از بانکداران پاسخ می‌دادند که بانک پرداخت‌کننده می‌تواند، در صورتی که طرف حساب اثبات کند که اسناد با اعتبار گشایش شده مطابقت نداشته، اعتبار پرداخت شده را از ذی‌نفع سند مسترد کند، در حالی که نیم دیگر، همان‌گونه که در پرونده فوق این نظر تأیید شد، پاسخ می‌دادند که بانک در صورتی می‌تواند اعتبار پرداخت شده را مسترد کند، که دارنده حساب از دریافت اسناد خودداری کند، ولو اینکه امتناع وی از دریافت اسناد متکی بر دلایل قانونی نباشد.

در واقع همه مواردی که بین کارشناسان نسبت به وجود محتوای عرفهای غیرمدون

25. *Banque de l'Indochine et de Suez. S A v. J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.* [1983] Q.B. 711.

اختلاف است، آشکار می‌سازد که غیرمدون باقی ماندن عرف راه را برای تردیدها در وجود و محتوای آن باز نگه می‌دارد، دقیقاً همان‌گونه که در کامن‌لو مادام که احقاق حق یا جبران خسارتی هنوز در تصمیمات دادگاهها و نظرات علمای حقوق انعکاس نیافته مشکلاتی در راه اثبات آن بوجود می‌آید. لازم به ذکر است که این تمایل در برخی از داوران وجود دارد تا عرف بین‌المللی را فراتر از ادله موجود و تجربیات شخصی خود، جستجو و احراز نمایند.

ب- عرف آنگونه که هست، و عرف آنگونه که تجار می‌خواهند باشد

قبل از بحث در مورد شرایطی که تحت آن شرایط وجود یک عرف توسط دادگاه یا دیوان داوری شناسایی می‌شود، مایلیم به نکته‌ای که تاکنون به آن پرداخته نشده است توجه کنم، و آن اینکه آیا عرف در وضعیت موجود باید همچنان مورد تأکید و توجه قرار گیرد و آیا حقیقت جز این است که عرف دیگر برای جامعه تجاری چندان قابل قبول نیست و صرفاً به این دلیل پذیرفته می‌شود که به صورت قراردادی برای طرفین لازم‌الاجرا می‌شود؟ در حقوق بین‌الملل، تفکیک ظریفی بین «قانون لازم‌الاجرا» (*lex lata*) و «قانون مطلوب» (*lex ferenda*) پذیرفته شده است.^{۲۶} مسلماً «قانون مطلوب» به سرعت می‌تواند تبدیل به «قانون لازم‌الاجرا» شود. همان‌گونه که تلاش جمعی دانشمندان حقوق در اسنادی نظیر «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» تدوین شده توسط مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی - رم (UNIDROIT) که بهترین راه‌حلهای استخراج شده از اصول پذیرفته شده را ارائه می‌دهد و در طول مدت دو سال از انتشارش در بسیاری از داوری‌ها و آرای قضائی اعمال گردیده، از موقعیت اینگونه‌ای برخوردار است.^{۲۷}

آنگاه که یک قاعده عرفی تدوین شده که دارای قدرت اجرایی و الزام است، به‌عنوان یک مانع یا مزاحم در سر راه یک دادگاه ظاهر می‌شود، دادگاه باید چه روشی را در پیش گیرد؟ اگر عرف تدوین نشده باشد، موضوع از شدت کمتری برخوردار خواهد بود، زیرا در این حالت آنچه که جامعه تجاری باید انجام دهد این است که آن عرف را رها کرده و رویه مطلوب‌تری را جایگزین آن کند.^{۲۸} اما آنگاه که عرف مدون می‌شود و در مجموعه قرارداد درج می‌شود، قدرت اجرایی قراردادی پیدا می‌کند مگر اینکه با توافق صریح طرفین نفی شده یا بر تغییر آن توافق شود،

۲۶. نک.

Danilenko, *op. cit.*, *supra* n. 24, at pp. 16-22.

۲۷. M. J. Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?" (1996) II Uniform L. Rev. 229.

۲۸. تبدیل وضعیت عرف نانوشته به عرف نوشته سؤال جدی دیگری را مطرح می‌کند که آیا در یک زمان معین هر دو عرف در رقابت برای اجرا هستند یا اینکه هیچ‌کدام از آن دو اعمال نمی‌شود.

چنین عرفی جز با تغییر در مجموعه مدون شده قابل تغییر نیست.

ممکن است گفته شود، در هر حال وظیفه دادگاه اجرای مقررات است، صرف نظر از اینکه عرف موجود مطلوب و راضی کننده باشد یا نه. اما در مواردی از این قبیل دادگاهها از آن جهت تمایل به اجرای قاعده مدون به عنوان عرف موجود دارند که قاعده تجلی آن چیزی است که مطلوب است دارند، نه صرفاً آنچه که انجام شده است.

برای نمونه، وقتی که ابتدائاً در سال ۱۹۳۳ عرفها و رویه‌های یکنواخت مربوط به اعتبارات اسنادی، توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر شد، در آن قاعده‌ای ذکر شده بود که به موجب آن همه اعتبارات اسنادی قابل برگشت بودند مگر اینکه غیرقابل برگشت بودن آن تصریح می‌شد. از این جهت که در این قاعده حمایت کاملی از حقوق ذی‌نفع اعتبارات اسنادی انجام نشده بود، در عمل تقریباً تمامی اعتبارات اسنادی به صورت غیرقابل برگشت صادر می‌شد. به عبارت دیگر، اگرچه این قاعده در زمان تدوین منعکس کننده نیازها و رویه‌های متداول بین تجار بود، اما از مدتها پیش این خاصیت را از دست داده بود. مع‌هذا، این قاعده برای ۶۰ سال لازم‌الاجرا باقی ماند، اما از زمان تجدیدنظر در سال ۱۹۹۳ این قاعده این گونه تغییر داده شد که همه اعتبارات اسنادی غیرقابل برگشتند مگر اینکه خلافشان تصریح شده باشد.^{۲۹} تصور کنید که در سال ۱۹۹۰ یک اعتبار اسنادی با شکل و ظاهر سنتی و متداول صادر می‌شود اما در خصوص قابل برگشت بودن یا غیرقابل برگشت بودن آن تصریحی وجود ندارد و به مقررات UCP هم اشاره‌ای نشده است، حال داوری که وظیفه می‌یافت به این سؤال که آیا عرف تجاری، این اعتبار اسنادی را قابل برگشت می‌داند یا غیرقابل برگشت پاسخ دهد، چه نظری باید اتخاذ می‌کرد؟ از یک طرف روشن بود که مطابق UCP، اعتبار قابل برگشت است، مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد و از طرف دیگر، در رویه جا افتاده قدیمی که خواهان اعتبارات غیرقابل برگشت به جای اعتبارات قابل برگشت بود. آیا مرجع داوری نمی‌بایست به رویه (چنانچه به نحو مناسبی احراز و اثبات می‌شد یا قابل احراز از نظر قضائی بود) توجه می‌کرد، به جای آنکه قاعده مذکور در UCP را نشانه‌ای از عرف و رویه یا اصول کلی حاکم بر اعتبارات اسنادی تلقی می‌نمود؟ برای تعمیم سؤال، اگر کسانی که سلسله قواعدی را با درج در قرارداد، بر روابط خود حاکم نموده‌اند، همواره یکی از آن قواعد را استثنا کرده باشند، آیا آن قاعده همچنان باید قرینه‌ای بر قصد افراد دخیل در آن تجارت تلقی شود، به گونه‌ای که اگر طرفین شمول آن را بر روابط خود استثنا نکنند، قاعده بر آنان مجری خواهد بود.

متأسفانه پاسخ منفی به این سؤال بی‌درنگ موجب بروز مشکلی می‌شود، و آن اینکه،

۲۹. ماده ۶(c) از UCP.

اکثر افراد در واقع UCP و در نتیجه قاعده مذکور در آن را پذیرفته‌اند. بحثی در مورد اینکه قاعده قبلی چه بوده است نیست، بلکه چه باید باشد مورد بحث است. بنابراین مسئله این نیست که طرفین تصمیم بر ایجاد عرف جدیدی خارج از مقررات UCP گرفته‌اند، بلکه بالعکس آنچه انجام شد این بود که طرفین آزادی داده شده توسط UCP را اعمال می‌کردند تا غیرقابل برگشت بودن اعتبار اسنادی را جانشین قاعده مفروض قبلی کنند. از این رو، درحالی که اکثریت جامعه تجاری قاعده را منطبق با نیازهای خود ندانسته، الزام آور بودن آن را پذیرفته است. بنابراین وقتی که «استمرار» در صدور اعتبارات اسنادی غیرقابل برگشت اثبات شد، دیگر جایی برای استنباط قاعده حقوقی که بگوید صدور اعتبار اسنادی وظیفه غیرقابل برگشتی بر عهده صادرکننده می‌گذارد باقی نمی‌ماند.

ج- پذیرش عرف توسط دادگاه یا مرجع داوری

از طریق یکی از سه شرط اساسی زیر دادگاه یا دیوان داوری می‌تواند وجود عرف تجاری را بپذیرد. اول اینکه عرف آنقدر شناخته شده و معروف باشد که دادگاه بتواند از نظر قضائی وجود آن را احراز کند، دوم آنگاه که شهادت کتبی یا شفاهی توسط شهود کارشناس ارائه شود، و سوم اینکه وجود عرف از کنوانسیون‌های بین‌المللی، قواعد یکنواخت آماده شده توسط سازمان‌های بین‌المللی، قراردادهای استاندارد، تألیفات دانشمندان حقوق و مشابه آن احراز شود. دو مورد اول نیازمند توضیح خاصی نیستند، جز توجه به اینکه داوران بین‌المللی ظاهراً آماده‌تر از دادگاهها هستند تا به وجود عرفهای بین‌المللی اذعان نمایند و وجود آنان را از نظر قضائی احراز کنند. اما استنتاج عرف از کنوانسیون‌ها و دیگر اسناد بین‌المللی و مکتوبات، برانگیزنده سؤالات جدی در مورد اینکه چه چیزهایی به لحاظ قانونی قابل استنباط هستند و نیز اثر این نوشته و یا سند بر عرفهای موجود چیست، می‌باشد. بی‌تردید، از بسیاری جهات، نقش و جایگاه عرف تجاری بین‌المللی در مقایسه با سایر عناصر حقوق بازرگانی فراملی، علی‌رغم حجم قابل توجه تألیفاتی که به این موضوع اختصاص یافته، مبهم باقیمانده است.

د- تعیین دامنه نفوذ عرف

یک عرف می‌تواند، بدون آنکه جهانی باشد، بین‌المللی باشد؛ قطعاً تعداد عرفهای جهانی بسیار محدودند و شناسایی آنها نیز مشکلات غیرقابل حلی را در پی دارد. در هر حال، اعمال یک عرف بین‌المللی، مستلزم این پیش‌فرض است که هر دو طرف در دامنه نفوذ آن عرف فعالیت دارند. برای معاملاتی که در یک بازار نظام‌مند منعقد شده یا مبادلاتی که در یک منطقه یا مکان معین انجام می‌شود تحقق این فرض دشوار نیست، چون معمولاً همه اطراف به آن عرف ملتزم

می‌باشند. اما در سایر موارد احراز این پیش شرط دشوارتر خواهد بود. عرفهای تجاری، در آن بخش‌هایی از دنیا که سیستم‌های حقوقی تکامل یافته‌ای داشته و به حاکمیت اراده اهمیت داده می‌شود، تکامل و توسعه بیشتری یافته است. تصور نمائید که محل تجارت یک طرف یک قرارداد بین‌المللی برای عرضه (یا تأمین) در چنین بخشی از دنیا واقع شده باشد، درحالی‌که طرف دیگر قرارداد در کشوری مستقر است که در آن حقوق تا حدودی توسعه نیافته و تابعی از اهداف سیاسی و اقتصادی است و از این رو نقش قرارداد تضعیف شده است. تلاش طرف اولی (که معمولاً تأمین‌کننده است) در توسل به عرف بین‌المللی احتمالاً با این اعتراض طرف مقابل روبرو می‌شود که چرا ما باید به عرفی پایبند باشیم که کشور ما و کشورهای مشابه ما از حیث دیدگاه و وضعیت اقتصادی و توسعه نقشی در شکل‌گیری آن نداشته‌اند و معمولاً مخالف با دیدگاهها و رویکردهای ماست. اگر هیچ راهی برای تشخیص اینکه قرارداد در کدام یک از این دو حوزه قرار می‌گیرد، وجود نداشته باشد، در قلمرو نفوذ تأمین‌کننده یا مشتری، چاره دیگری جز توسل به اعمال قانونی که توسط قواعد تعارض قوانین دادگاه تعیین می‌شود، وجود نخواهد داشت.

۴- رابطه عرف تجاری بین‌المللی با دیگر عناصر حقوق بازرگانی فراملی

الف- عرف تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی

به نظر من این خاصیت ذاتی عرف تجاری بین‌المللی است. و همین آن را از اصول کلی حقوقی متمایز می‌کند. که عرف مختص به شکل و نوع خاصی از تجارت بین‌المللی یا امور مالی یا انواع دیگر عملیات و قراردادهای مرتبط با تجارت بین‌المللی است؛ برای مثال می‌توان به عرفهایی اشاره نمود که مرتبط با بیع بین‌المللی یا حمل و نقل بین‌المللی کالا است یا عرفهایی که به قراردادهای بین‌المللی ساخت مربوط می‌شوند یا عرفهای مرتبط با تضمین پرداخت یا اجرای تعهد از طریق اعتبارات اسنادی و یا سایر انواع دیگر تضمین‌های تقاضا شده. اما وقتی عرف به درجه‌ای از پذیرش عمومی رسید که مستقل و غیروابسته به هریک از انواع خاص عملیات تجاری شد، عرف بودن آن خاتمه یافته و در زمره اصول کلی حقوقی قرار می‌گیرد. مثال‌های آن اصل «لزوم وفای به عهد» و «تغییر بنیادین اوضاع و احوال» است. این بیان گزاف نخواهد بود اگر بگوییم که اصول کلی حقوقی، تا آنجا که ناقض مقررات مربوط به نظم عمومی بین‌المللی نباشد، تعمیم داده شده آن چیزی است که عرفها و کنوانسیون‌های بین‌المللی (نه الزاماً جهانی) قبلاً بیان داشته‌اند. اصول کلی حقوقی پذیرفته شده توسط ملل متمدن به موجب بند (ج-۱) از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی از منابع حقوق بین‌المللی شناخته شده‌اند (بعضی از نویسندگان ادعا کرده‌اند که استنباط اصول کلی حقوقی از خود حقوق بین‌المللی هم ممکن

است)، اما در عمل چندان به آنها متوسل نمی‌شوند.

مجموعه قوانین گوناگون مربوط به دریانوردی در قرون وسطی، همان‌گونه که انتظار می‌رود، نشان می‌دهد که بازرگانان و دریانوردان توجهی به اصول کلی و یا سیاستها و جهت‌گیری‌های کلی نداشته‌اند، بلکه خواست آنها اعمال یکنواخت عرف جاری توسط محاکم و همکارانشان بود. یک مثال خوب برای مجموعه‌هایی از این قبیل مجموعه کاتولونیا است که در قرن پانزدهم میلادی تألیف و گردآوری شده و به «راهنمای دریاها» (The Consulate of the Sea) شهرت یافته است.^{۳۰} این مجموعه مشتمل بر جزئیات زیادی بوده و در زمان خود دارای نفوذ و تأثیر قابل ملاحظه‌ای بود. این مجموعه^{۳۳۴} ماده‌ای دربرگیرنده تقریباً همه موضوعات شناخته شده و مرتبط از مسئولیت ناخدا نسبت به شرکا و تجار گرفته تا مجازاتهای دریانوردانی که به‌نحو نامناسبی در شب لباس^{۳۱} پوشیده‌اند و از مقررات حاکم در مورد حمل کالا با قایق روباز تا روابط شرکا در ساختمان یک کشتی، بود.

مع‌هذا، قواعد مشروح مذکور در «راهنمای دریاها» همگی برگرفته و بازتابی از اصول کلی ناگفته در این مجموعه است. مقرراتی همانند: وظیفه اعلام واقعیات،^{۳۲} اثر الزام‌آور قراردادهای غیررسمی^{۳۳} و شفاهی که فقط با دست دادن منعقد می‌شد،^{۳۴} معافیت از پرداخت خسارت مطالبه نشده،^{۳۵} وظیفه ناخدا برای حفظ اموال و جان مسافری،^{۳۶} فورس ماژور (قوه قاهره) به‌عنوان عذر عدم اجرای قرارداد-^{۳۷} اما نه جایی که عدم توانایی در اجرا از قصور خود شخص ناشی شده است-^{۳۸} عدم مسئولیت در مواردی که بدون تقصیر کالای امانی گم شده،^{۳۹} لزوم پس دادن حساب سود و زیان به شریک در مورد کشتی مشاع،^{۴۰} حق خریدار برای مطالبه زیان و ضرر وارده به خود در نتیجه نقض تعهد توسط فروشنده با ارزیابی و تعیین تفاوت بین

۳۰. ترجمه شده توسط Stanley S. Jados - ۱۹۷۵.

۳۱. که برای هر متخلف عبارت بود از سه بار غوطه‌ور شدن در اقیانوس درحالی‌که دست و پایش بسته شده بود و با ریسمانی نگه داشته شده بود. (ماده ۱۷).

۳۲. وظیفه ناخدای کشتی برای دادن پاره‌ای اطلاعات به‌صورت علنی به سرمایه‌گذاران احتمالی در کشتی - در ماده (۴۷) آمده است.

۳۳. مواد ۴۸، ۸۹، ۹۰، ۱۰۲ و ۱۹۴.

۳۴. مواد ۴۸ و ۸۹.

۳۵. مواد ۵۰ و ۵۱ (سهامداران مسئول پرداخت مبلغ اضافی به ناخدا از این بابت که کشتی بزرگتر از آنچه که توافق شده ساخته شده نیستند).

۳۶. مواد ۶۱ و ۶۹.

۳۷. مواد ۶۶، ۲۶۲ و ۲۸۲.

۳۸. ماده ۸۵ (ناتوانی بازرگان از ارسال کالا به دلیل فروش به شخص ثالث).

۳۹. مواد ۲۰۶ و ۲۵۵.

۴۰. مواد ۲۴۱، ۲۵۶ و ۲۸۷.

ارزش کالای تضمین شده در قرارداد با کالای تسلیم شده [ارش].^{۴۱} آنچه همه این تعهدات و مقررات را به هم ارتباط می‌دهد و همانند رشته تسبیح عمل می‌کند اصولی کلی مانند تعهد به رفتار منطقی و مطابق با حسن نیت است و همچنین در موارد خطر اعمال میزان مناسبی از احتیاط و مهارت.^{۴۲}

اصول کلی حقوقی، به جز قواعد مربوط به نظم عمومی بین‌المللی، آنچنان گسترده‌اند که در عمل نمی‌توانند چندان مطلوب واقع شوند، جز اینکه به‌نوعی به داور اطمینان دهند یا موجب تحصیل اعتبار برای رأی داور شوند. اصل لزوم وفای به عهد در همه جا پذیرفته شده است. آنچه برای ما اهمیت دارد شرایطی است که اجرای قرارداد را فراهم می‌کند. اصل تغییر بنیادین اوضاع و احوال، اصل کلی مفیدی است اما بسیار مبهم‌تر از آن است که بتواند در عمل مؤثر واقع شود. این اصل علی‌رغم اینکه در ماده ۶۲ عهدنامه معاهدات وین هم درج شده، در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی نیز به‌طور موفق اعمال نشده است.^{۴۳} در کنوانسیون‌های بین‌المللی و نیز اصول حاکم بر قراردادهای تجاری موضوعاتی از این قبیل درج شده است.^{۴۴} هنوز هم می‌توان اصول کلی حقوقی را از کنوانسیون‌ها یا از عرف استنباط کرد، اما دامنه این منبع با پذیرش روزافزون قواعد تفسیری بیان شده در کنوانسیون بیع بین‌المللی وین کاهش یافته است، زیرا در این کنوانسیون برای تفسیر ابتدائاً توسل به اصول کلی مستنبط از خود کنوانسیون و در صورت فقدان آن ارجاع به قانونی که به‌موجب قواعد حل تعارض قابل اعمال بر قرارداد است تجویز شده است. از طرف دیگر، اصول مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه بین‌المللی دارای چنان قدرت و اعتباری است که به‌راحتی عرف مخالف را نسخ نموده و جایگزین آن می‌شود؛ برای مثال، این موضوع که قراردادی که با ارتشاء منعقد شده است باطل و غیرقابل اجرا است، صرف‌نظر از اینکه در محل انعقاد قرارداد رشوه امری متداول است یا نه، مورد اتفاق نظر همگی است.

ب- عرف تجاری و کنوانسیون‌های بین‌المللی

رابطه بین کنوانسیون‌ها با عرفهای تجاری به همان پیچیدگی این رابطه در حقوق

۴۱. ماده ۲۹۳.

۴۲. برخی از قوانین حاکم بر دریاها و دریانوردی سابقه طولانی دارند. برای مثال در مجموعه قواعد اولرون (Sea Law Oleron) که مربوط به قرن دوازدهم است، مقرر شده بود که اگر ناخدایی از به کارگیری مهارت لازم برای آوردن کشتی به بندر قصور کند و نتواند عمل خود را توجیه کند، باید سر خود را از دست بدهد. سیصد سال بعد امکان توجیه از بین رفت و قطع سر بهای قطعی خطای ناخدا شد.

۴۳. برای مثال ماده ۷۹ کنوانسیون بیع وین.

۴۴. برای مثال اصول حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم، اصول حاکم بر حقوق قراردادهای اروپایی مصوب کمیسیون حقوق قراردادهای اروپا.

بازرگانی فراملی است.^{۴۵} کنوانسیون می‌تواند گواه و مدرکی بر وجود عرف باشد به این نحو که کنوانسیون پذیرش عرف را وقتی که خود کنوانسیون قابل اعمال نیست، تجویز کند؛ آنگاه که کنوانسیونی در معاملات بازرگانی فراسوی مرزها یا توسط کشورهای دیگری علاوه بر کشورهای عضو به‌طور یکپارچه پذیرفته می‌شود می‌تواند به‌صورت همزمان با عرف به اجرا درآید، می‌تواند جایگزین عرف شود و می‌تواند عرف جدید ایجاد کند یا گواه بر وجود عرف جدیدی باشد. به‌علاوه همان‌گونه که کنوانسیون می‌تواند گواه بر وجود عرف باشد، متقابلاً عدم پذیرش کنوانسیون هم می‌تواند از اهمیت آن به‌عنوان گواه و مؤید بر عرف بکاهد.

۱- کنوانسیون‌های تجاری بین‌المللی به‌عنوان گواه عرفهای موجود تجاری

به حق می‌توان بر یک کنوانسیون تجاری بین‌المللی در شرایط خاصی به‌عنوان گواهی بر عرف از پیش موجود تکیه کرد، همان‌گونه که یک عهدنامه بین‌المللی می‌تواند گواهی بر وجود قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل عرفی باشد.^{۴۶} به‌عنوان یک خصیصه، هیچ کنوانسیونی نمی‌تواند به‌نحو دقیق محدوده کاربری و اعمال خود را معین کند، زیرا آن محدوده ممکن است با قرارداد، عرف، سابقه و توافق ضمنی گسترش یابد.

سؤال اساسی این است که آیا واقعاً کنوانسیون منعکس‌کننده عرف موجود است یا اینکه بالعکس عرف را تغییر می‌دهد؟ بسیاری از نویسندگان به این نکته اشاره کرده‌اند که غیرممکن است حقوق نوشته همه قواعد حقوق غیرمردون را دقیقاً در خود منعکس کند، زیرا محدوده حقوق نانوشته به حسب ذات غیرمشخص و قابل تغییر است، به‌علاوه ممکن است وقتی قواعد مزبور به حالت نوشته درمی‌آید از جهاتی ناقص و نامناسب تشخیص داده شوند. این تصور که تدوین‌کنندگان به‌هنگام تدوین با وفاداری کامل می‌نشینند تا همه قواعد حقوق عرفی را تدوین کنند، صرفاً یک افسانه است، خصوصاً اینکه در سطح بین‌المللی احتمال وجود تفاوت‌های قابل توجهی بین قواعد یک نظام حقوقی با قواعد نظام‌های دیگر وجود دارد. آنگاه که متخصصین حقوقی برای تدوین کنوانسیون یا قواعد یکنواختی گرد هم جمع می‌شوند، معمولاً دبیرخانه سازمان اداره‌کننده جلسه، گزارش جامعی که منعکس‌کننده قواعد و رویه‌های موجود در بعضی از کشورهاست را در اختیار آنها قرار می‌دهد. هر یک از شرکت‌کنندگان تخصص و دانش مربوط به نظام حقوقی خود را به‌همراه می‌آورد و می‌توان انتظار داشت که هر نماینده قواعد پیشنهاد شده را در مقایسه با قواعد نظام حقوقی خود بیازماید تا ببیند آیا پیش‌نویس از موضوعی بی‌توجه گذشته است یا بالعکس توسعه و تکاملی را پیشنهاد داده است. اما اگر تدوین‌کنندگان یک کنوانسیون و یا قواعد یکنواخت

۴۵. نک. زیرنویس شماره ۱۸ و ۳ The North Sea Continental Shelf Cases, 1969 ICJ Reports

۴۶. رک. زیرنویس قبلی.

معتقد باشند تمام قواعد و رویه‌های شناخته شده نزد آنان موجود است و باید صرفاً تلاش کنند تا این قواعد را به هم پیوند بزنند، هیچ پیشرفتی نخواهند داشت؛ زیرا این کار چیزی جز حیات مجدد دادن به حقوق موجود نیست، و صرفاً موجب ایجاد ملقمه‌ای از قوانین قبلی با تغییرات اندکی در برخی از حوزه‌ها می‌شود. در هر حال این روش، روشی نیست که موجب توفیق روند یکنواخت‌سازی قوانین بشود. آنچه که باید اشخاص دخیل در این طرح مد نظر داشته باشند این است که به بهترین راه حل در مورد یک موضوع مشخص برسند، راه‌حلی که چندان هم از رویه موجود دور نیفتاده باشد تا موجب عدم پذیرش آن شود. بنابراین تغییرات لازمه هر تقریر و تدوین است، خواه نوشته باشد یا نانوشته. بدین ترتیب محصول کار تلفیقی از قواعد موجود، قواعد اصلاح شده و قواعد کاملاً جدید خواهد بود.

حال چگونه دادگاه یا مرجع داوری می‌تواند تشخیص دهد که کنوانسیون یا مجموعه تدوین شده قوانین، عرف موجود را مجدداً بیان کرده است یا اینکه آن را تغییر داده است؟ اگر قبلاً عرف در متن کنوانسیون یا مجموعه قوانینی ذکر شده باشد، تنها با مقایسه دو متن به این پرسش به آسانی پاسخ داده می‌شود. اما وقتی که به کنوانسیون یا مجموعه قوانین به عنوان دلیلی بر عرف موجود نانوشته استناد می‌شود، مرجعی [برای مقایسه] در دسترس نیست. اگر موجودیت عرف ادعا شده مورد اختلاف قرار گیرد - جز در مواردی که شبهه جهانی و همه‌گیر باشد که باید مورد توجه دادگاه قرار گیرد - دادگاه ملی می‌تواند تقاضای اثبات عرف ادعا شده را با ارائه ادله و مدارک از مدعی بخواهد. این مدرک انواع گوناگونی می‌تواند داشته باشد که کاراترین آن گزارش گزارشگران و اسناد مربوط به مراحل مقدماتی و تنظیم پیش‌نویس کنوانسیون است.^{۴۷} تعجب‌آور اینکه بعضی از مراجع داوری آمادگی دارند تا بدون هیچ دلیل و مدرکی، چنین پندارند که بهترین معرف عرف موجود مقررات کنوانسیون‌ها یا مجموعه قوانین بین‌المللی هستند.

مثال جالبی برای این موضوع، رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پرونده شماره ۵۷۱۳-۵ در سال ۱۹۸۹ است.^{۴۸} فروشنده به موجب قرارداد فروش منعقد شده در سال ۱۹۷۹ برای دریافت مانده ثمن به داوری متوسل شده بود. خریدار ادعا می‌نمود که وی به دلیل عدم مطابقت مبیع با توصیف مذکور در قرارداد حق دارد از ثمن بکاهد. در ضمن رسیدگی این سؤال مطرح شد که آیا خریدار در موعد مقرر عدم مطابقت را به فروشنده اعلام داشته است یا خیر. مرجع داوری با اعمال قواعد حل تعارض مورد پذیرش عموم، قانون حاکم بر قرارداد را قانون کشور فروشنده

۴۷. باید به خاطر داشت که موضوع بحث، تفسیر مجموعه قوانین یا کنوانسیون نیست که در مورد آن ارجاع به اسناد مقدماتی جز در موارد ابهام متن یا استنباط غیرمنطقی و عبث از متن، مجاز نیست (برای مثال نک. ماده ۳۲ عهدنامه معاهدات وین)، بلکه موضوع بحث ارتباط متن با عرفهای از پیش موجود است، که وجود چنین عرفهایی با صرف ارجاع به متن، جز در مواردی که صراحتاً به وجود عرف قبلی اشاره شده است، قابل استنباط نیست.

48. (1990) XX I.C.C. A.Y.B. 70, Jarvin *et al.* Collection of ICC Arbitral Awards, vol. II, p. 223.

تشخیص داد. هر چند قانون حاکم به لزوم دادن اخطار عیب در مدت کوتاهی اشاره داشت، اما دیوان آن را مخالف عرف تجاری مورد قبول همگان قلمداد نمود. در نتیجه مرجع داوری از اعمال قانونی که به موجب قواعد حل تعارض، قانون قابل اعمال بر قرارداد بود عدول کرد و در عوض مواد ۳۸ و ۳۹ کنوانسیون بیع وین را اعمال نمود.

«محکمه دریافت که هیچ منبعی برای تعیین عرف تجاری حاکم بهتر از مقررات کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا مصوب یازدهم آوریل ۱۹۸۰، که معمولاً «کنوانسیون وین» نامیده می‌شود، وجود ندارد. هر چند که هیچ‌یک از دو کشور خریدار یا فروشنده عضو کنوانسیون نیستند. اگر آنها عضو کنوانسیون بودند، آنگاه کنوانسیون به‌عنوان قانون و نه فقط به‌عنوان منعکس‌کننده عرف تجاری قابل اعمال بر پرونده بود. کنوانسیون وین که در هفده کشور قابلیت اجرا یافته است، انصافاً می‌تواند به‌عنوان منبعی در نظر گرفته شود که عرف تجاری مورد قبول همگانی راجع به عدم مطابقت کالا در بیع بین‌المللی را منعکس می‌کند.»

مرجع داوری رأی داد که خریدار اخطار عدم مطابقت را در ظرف مهلت زمانی مقرر در مواد ۳۸ و ۳۹ داده است، و اینکه در هر صورت فروشنده به‌موجب ماده ۴۰ از توسل به مهلت زمانی مقرر در این مواد منع شده است چون فروشنده از عدم مطابقت کالا مطلع بوده ولی آن را افشا نکرده بود، و اینکه بنابراین خریدار مستحق جبران خسارت است که با مطالبات فروشنده قابل تهاوتر است. این نکته به‌طور منطقی می‌تواند از این گزارش کوتاه داوری استنتاج شود که مطابق قانون قابل اعمال بر قرارداد، حکم بر این می‌شد که خریدار در خارج از مهلت مقرر اخطار عدم مطابقت را صادر نموده است.

آنچه در مورد این رأی داوری تعجب برانگیز است این نیست که رأی دامنه کنوانسیون را به ماورای مرزهایی که خود بیان کرده توسعه داده است. چون این امر از طرق مختلف ممکن است اتفاق بیفتد، من جمله تلقی کنوانسیون به‌عنوان دربر دارنده عرفهای موجود. بلکه تعجب این است که رأی کاملاً قانون حاکم بر قرارداد را نادیده گرفته است و با این کار، بدون هیچ بحثی تصور نموده که کنوانسیون بیع وین عرف مربوطه تجاری را دربر دارد. با توجه به نکته اخیر دست‌کم چهار نکته ذیل می‌بایست ذهن مرجع داوری را به خود مشغول می‌کرد:

(۱) زمانی که قرارداد منعقد می‌شد (زمانی که به‌عنوان نقطه ایجاد حقوق و تکالیف پذیرفته شده است)، کنوانسیون بیع وین نه تنها از تعداد لازم امضا که کنوانسیون را لازم‌الاجرا گرداند برخوردار نبود، بلکه حتی منعقد هم نشده بود. با کمال تعجب و شگفتی، مرجع داوری خاطر نشان ساخت که کنوانسیون می‌توانست مستقیماً اعمال

شود اگر که هر دو طرف به امور تجاری در کشورهای عضو اشتغال داشتند.

(۲) در آن زمان کنوانسیون دیگری لازم‌الاجرا بود، یعنی، سلف کنوانسیون وین، قانون یکنواخت برای بیع بین‌المللی (ULIS) ۱۹۶۴. پس چرا مرجع داوری آن کنوانسیون را اعمال نکرد یا حتی به آن ارجاع نداد؟ تنها می‌شود حدس زد. شاید محکمه در نظر گرفته بود که قواعد «قانون یکنواخت برای بیع بین‌المللی» در مورد مهلت معاینه کالا سخت و انعطاف‌ناپذیر است^{۴۹} و خریدار را بدون جبران خسارت باقی می‌گذارد. پاسخ دیگر می‌تواند این باشد که تا سال ۱۹۷۹، یعنی پانزده سال پس از انعقاد ULIS تنها ۸ کشور به آن ملحق شده و فقط یک کشور آن را تصویب کرده بود، در مقایسه با ۱۷ الحاق [به کنوانسیون وین ۱۹۸۹] و سایر مواردی که در رأی به آن ارجاع داده شده و اینکه پذیرش ULIS توسط ۹ کشور به قدر کافی قوی و مؤثر تلقی نشد تا دلیلی بر عرف حاکم تجاری بین‌المللی باشد. اگر چنین چیزی در مورد ULIS صادق است، به همان نحو باید به طریق اولی در مورد کنوانسیونی که در زمان انعقاد قرارداد هنوز به شکل پیش‌نویس بوده و می‌توانست به همان اندازه ULIS غیرموفق باشد، نیز صادق باشد.

(۳) در کنفرانس دیپلماتیک ۱۹۸۰ بحث مشروح و مفصلی راجع به ماده ۳۹ کنونی که قبلاً ماده ۳۷ بود، وجود داشت و دو نمایندگی در دو موقعیت مختلف به این نکته اشاره کردند که ماده موضوع بحث یکی از بحث‌برانگیزترین مواد در کل کنوانسیون است.^{۵۰} این مباحث به‌دشواری می‌تواند پایه قوی و محکمی برای تلقی این موارد به‌عنوان عرف بین‌المللی تثبیت شده، تلقی شود. درست است که متن کنوانسیون آنسیترال که جهت بررسی توسط کنفرانس دیپلماتیک ارائه شده بود و منتهی بر آنچه که امروزه ماده ۳۹ است بود می‌تواند تا حدودی بحث را تقویت کند چون ارائه‌کننده دیدگاه‌های گروه‌های کاری و تمامی کمیسیون آنسیترال است، اما چرا باید وزن بیشتری از مقررات محدودتر کنوانسیونی که قبلاً برای چهارده سال لازم‌الاجرا بوده است، به آن داد؟

۴۹. رک.

John Honnold, *Uniform Law for International Sales* (2nd ed.), paras. 250-252.

پروفسور هانولد در پاراگراف ۲۵۰ چنین می‌گوید: «در جریان تدوین UNCITRAL این امکان وجود داشت که مقررات مربوط به بازرسی کالا را انعطاف‌پذیرتر و در انطباق بیشتری با رویه جاری تجاری تدوین نمود».

۵۰. نک. اظهارات نماینده سنگاپور در جلسه شانزدهم و نماینده پاکستان در جلسه بیست و یکم.

John Honnold, *Documentary History for the Uniform Law on International Sales*, p. 542, para. 51, p. 500, para. 6.

عرف و پذیرش آن ... ❖ ۲۲۵

۴) کنوانسیون‌های بین‌المللی تجاری توسط دولتها منعقد می‌شوند نه بازرگانان و بنابراین توسط اعضای جامعه‌ای که فرض بر این است عرف آنها را در بر می‌گیرد تدوین نمی‌شوند. معمول است که کنوانسیون‌ها به این دلیل که کاملاً منعکس‌کننده ذهنیت‌ها و رویه‌های جامعه تجاری حاکم نیستند، مورد پذیرش قرار نگیرند. مثال خوبی در مقررات هامبورگ ارائه شده، که هرچند از نظر فنی مفید و کارا است اما نشانه‌هایی از پوسیدگی در آن آشکار شده است. امروزه تلاش‌های بیشتری می‌شود تا دیدگاه‌های مرتبط با منافع تجاری را در پیش‌نویس کنوانسیون‌های تجاری بین‌المللی مد نظر قرار دهند - مسلماً سازمان‌هایی که نمایندگی آنان را بر عهده دارند ممکن است در مراحل مقدماتی به‌عنوان ناظر حضور داشته باشند - اما تصمیمات اساسی و تهیه پیش‌نویس کلاً توسط حقوقدانان انجام می‌شود و این حقوقدانان هستند که هیئت‌های نمایندگی دولتهایشان را در یک کنفرانس دیپلماتیک که منجر به انعقاد کنوانسیون می‌شود راهبری می‌کنند. متأسفانه در گزارش داوری (که آنچنان که مرسوم است به‌نحوی تهیه شده است تا از افشای مشخصات پرهیز شود) اشاره نشده که آیا هیچ‌یک از مباحث بالا در محکمه مطرح گردیده، یا، تحقیقاً، فرصتی داده شده یا هیچ سعی شده تا با این فرض که آیا ماده ۳۹ کنوانسیون بیع وین منعکس‌کننده عرف جاری در زمان قرارداد، یا، تحقیقاً، در زمان انعقاد کنوانسیون بوده، برخورد شود. مسئله دیگری نیز هست که باید در نظر گرفته شود. قواعد شاخص یک کنوانسیون بین‌المللی تجاری، حتی اگر به‌طور کاملاً دقیقی منعکس‌کننده عرف موجود باشد، ممکن است توسط عرف بعدی جایگزین شود.^{۵۱} چگونه یک محکمه می‌تواند اطمینان حاصل کند که کنوانسیون هنوز هم عرف تجاری را منعکس می‌کند؟ شکی نیست که قرینه‌ای به نفع بقای اعتبار کنوانسیون به‌عنوان گواه عرف وجود دارد، اما باید به‌طور قطع این قابلیت را داشته باشد تا با ارائه دلیل رد گردد.

مسیر استنتاج عرف تدوین نشده از یک کنوانسیون تجاری بین‌المللی معماهای زیادی را برمی‌انگیزد. تا چه اندازه محکمه محق است به فهم و درک خود اعتماد کند. در رأی داوری که در بالا به آن اشاره شد محکمه درحالی که پرونده‌ای را ده سال پس از انعقاد قرارداد تصمیم‌گیری می‌کرد، به این حقیقت اعتماد کرد که کنوانسیون بیع وین در ۱۷ کشور، معتبر و مؤثر تلقی شده

۵۱. اینکه آیا در حقوق بین‌الملل رویه دولتها بتواند جایگزین یک عهدنامه شود، موضوعی بسیار بحث‌انگیز است. رک. زیرنویس ۱۸.

است. فرض کنیم که استماع نه در سال ۱۹۸۹، بلکه در سال ۱۹۸۱ انجام شده بود، وقتی که کنوانسیون هنوز مورد تصویب هیچ کشوری قرار نگرفته بود. آیا این امر تفاوتی در تصمیم مرجع داوری ایجاد می‌کرد؟ مسلماً در آن مرحله هیچ گزینه‌ای دال بر میزان حمایتی که کنوانسیون ممکن بود کسب کند وجود نداشت. عدم تصویب کنوانسیون توسط کشورها نمی‌توانست اثر عمده‌ای داشته باشد، چون بسیار زود بود که بتوان از آن چیزی استنباط کرد. فرض اینکه اگر در زمانی که دعوا در واقع استماع شد، هنوز هم هیچ کشوری کنوانسیون را تصویب نکرده بود، می‌توانست نشان بارزی بر این باشد که کنوانسیون حمایت هیچ دولتی را جذب نکرده و به‌نظر نمی‌رسد که بکند. آیا محکمه باید به این واقعیت در اعلام نظرش در سال ۱۹۸۹ توجه می‌نمود، درحالی‌که اگر در سال ۱۹۸۱ رأی می‌داد اهمیت قابل توجهی به عدم تصویب کنوانسیون داده نمی‌شد؟

اگر پذیرش کنوانسیون باید به‌عنوان گواه بر عرف مورد توجه قرار گیرد، یا عدم پذیرش آن به‌عنوان گواه نفی‌کننده عرف، آیا لازم است ما به این نکته توجه کنیم که چرا کنوانسیون مورد قبول قرار گرفته است، یا اینکه لازم نیست. این احتمال وجود دارد که مقررات خاص موضوع بحث، اختلافی و بحث‌برانگیز بوده و دور از واقعیات تجاری باشد^{۵۲} اما مزایای کنوانسیون در کل در مقابل عدم مزایای یک ماده خاص، در نظر گرفته شده و موجب ترجیح کنوانسیون شده باشد. بالعکس، دولت‌ها ممکن است اجماعاً موافق کنوانسیون به‌عنوان منعکس‌کننده عرف جاری باشند، ولی از جهات دیگر با کنوانسیون مخالفت کنند.^{۵۳} مضافاً، این واقعیت که کنوانسیون ممکن است لازم‌الاجرا نشود، لزوماً از اهمیت آن نمی‌کاهد، چون کنوانسیون ممکن است این توان را داشته باشد تا در بین جامعه تجاری، عرف جدید ایجاد کند.

به‌طور مشابهی، در زمینه حقوق بین‌الملل قابلیت عهدنامه‌ها در ایجاد حقوق [بین‌الملل] عرفی قبل از اینکه به اجرا در آیند به‌طور وسیعی شناخته شده است، مانند شناسایی ۲۰۰ مایل منطقه انحصاری اقتصادی در طول مذاکره و پس از پذیرش متن نهایی کنوانسیون حقوق دریاهای ۱۹۸۲ سازمان ملل متحد.

اعتماد بر کنوانسیون‌ها به‌عنوان گواه بر عرف تجاری بین‌المللی در آن واحد یک نقطه قوت و در عین حال یک خطر است. همان‌گونه که قبلاً خاطر نشان شد، نتیجه می‌تواند این باشد که قلمرو کنوانسیون را به ورای محدوده قابل اجرای مصرح در آن توسعه دهد. قبلاً به رأی داوری‌ای ارجاع شد که ماده ۳۹ کنوانسیون بیع وین را به دعوی اعمال نمود که به‌هنگام بروز آن کنوانسیون هنوز وجود نداشت، و حتی در زمان صدور حکم سال‌ها بعد کنوانسیون بر اساس

۵۲. همانند مقررات ULIS (قانون متحدالشکل بیع) برای فسخ خود به خودی قرارداد در صورت نقض اساسی قرارداد.

53. Mark E. Villger, *Customary International Law and Treaties*, p. 164.

شرایط خودش نمی‌توانست اعمال شود چون هیچ یک از اطراف قرارداد در کشوری که عضویت کنوانسیون را پذیرفته بودند تجارت نمی‌کردند. توسعه‌هایی از این نوع برای داوران مشکل‌ساز نیست، اما به مراتب برای قضاات ملی قابل توجه‌تر است، چون اثر آن می‌تواند به دادگاههای ملی وظیفه اعمال مقررات کنوانسیونی را که دولت آنها از امضای آن خودداری کرده است، تحمیل کند. اعتراض مشابهی به تئوری برخی دانشمندان وارد شده که به موجب آن اطراف قرارداد می‌توانند قراردادشان را تابع شرایط و مقررات یک کنوانسیون قرار دهند نه از طریق اشتراط قواعد در قرارداد، بلکه از طریق انتخاب قانون قابل اعمال به موجب قواعد حل تعارض؛ شیوه نخست مورد انتقاد قرار نگرفته، چون مقررات کنوانسیون مندرج در قرارداد همانند سایر شروط مندرج در قرارداد موضوع قواعد امره قانون قابل اعمال قرار می‌گیرد، اما قسم اخیر به شدت مورد اعتراض قرار گرفته است، چرا که اگر معتبر تلقی شود به اطراف خصوصی این حق را می‌دهد که کنوانسیون را بر خلاف خواست دولتی که امضاکننده کنوانسیون نیست و محاکمه در آن جریان دارد، اعمال کنند. به هر صورت، این موضوع مجدداً مطرح شده که درحالی که این نگرش در مورد قضاات ملی قابل اعتنا است ولی کاربردی در خصوص داورها ندارد، داورانی که نوعاً مقام رسمی در محل داورى نیستند و در واقع ارتباطی خاص با دولت متبوع محل داورى ندارند.⁵⁴

مسئله باید اذعان شود که دادگاهها و مراجع داورى و اطراف حاضر در نزد آنها (اصحاب دعوا یا داورى) احتمال کمی دارد که اطلاعات تفصیلی راجع به بیش از تعداد اندکی از نظام‌های حقوقی داشته باشند و نمی‌توان انتظار داشت که آنها به مطالعات تطبیقی اشتغال داشته یا سعی زیادی در دریافت تعاقب (سیر تکاملی) کنوانسیون‌هایی که به آنها ارائه شده است کرده باشند. در طی مراحل لازم و ضروری برای حل اختلاف، مگر اینکه خلاف آن اثبات شود، نمی‌توان گفت که آنها غیرمنطقی عمل کرده‌اند، اگر استنباط کنند که یک کنوانسیون خاص منعکس‌کننده وجود قبلی عرف است. اما این مسئله منوط به وجود شواهد و مدارک و نیازمند اثبات است. مشکل استفاده از آرای داورى قبلی به عنوان سابقه این است که اطلاع اندکی راجع به حقایق دعوا و مباحث آنها داریم. اغلب در گزارش‌های داورى حتی تاریخ قرارداد موضوع دعاوى را با اینکه می‌تواند بسیار مؤثر باشد، ذکر نمی‌کنند. کشورهای درگیر و پیشینه تجاری دعوا، معمولاً به دلیل محرمانه بودن حذف می‌شود، و این مشکل خواهد بود حتی بدانیم چه مباحثی در داورى مطرح شده و تا چه حد دیوان داورى به دانسته‌های خود و نه ادله ارائه شده، توجه کرده است.

54. See the note by Yves Derains (1995), Clunet 1020, Criticising the award in ICC Case no. 6754 of 1993.

۲- اثر کنوانسیون تجاری بین‌المللی بر عرف موجود

تعیین اثر یک کنوانسیون تجاری بین‌المللی بر عرف موجود می‌تواند بسیار دشوار باشد. بسته به میزان تغییر جهتی که کنوانسیون نشان می‌دهد، ممکن است عرف جدیدی تأسیس کند، یا دادگاه و داورها را ترغیب به پذیرش عرف جدید به جای عرف موجود نماید. در هر حال ممکن است که عرف موجود قابل اجرا باقی بماند و به‌طور موازی با کنوانسیون در مورد معاملاتی که کنوانسیون به آنها اعمال نمی‌شود اعمال گردد، یا حتی ممکن است کنوانسیون را در خصوص موضوعاتی که به آنها نپرداخته تکمیل نماید.

۳- توسعه قلمرو کنوانسیون‌های تجاری بین‌المللی از طریق عرف تجاری

بین‌المللی

دقیقاً به همان نحو که یک کنوانسیون می‌تواند عرف نانوشته تجاری بین‌المللی را تغییر دهد، عرف نیز می‌تواند قواعد حقوقی (موجد حق) کنوانسیون را نسخ کرده یا تبیین کند. به‌علاوه، در مواردی که کنوانسیون گواه بر وجود عرف است، مقررات آن می‌تواند به‌عنوان عرف حتی جایی که ارتباط با یک دولت عضو که وجود آن به‌موجب کنوانسیون برای اعمال کنوانسیون لازم شناخته شده است وجود نداشته باشد قابل اعمال باشد، برای مثال وقتی که در یک بیع بین‌المللی کالا، یکی از طرفین دارای محل تجارت در یکی از دولتهای متعاقد نیست. مجدداً، این موضوع در حقوق بین‌الملل مورد مشابه می‌یابد، جایی که یک دولت از کنوانسیونی به‌عنوان رویه تبعیت می‌کند بدون آنکه عضو آن باشد.^{۵۵}

ج- عرف تجاری و تدوین آن توسط سازمان‌های بین‌المللی

وقتی که بر مجموعه‌های تدوین شده توسط سازمان‌های بین‌المللی تکیه می‌شود ملاحظات مشابهی اعمال می‌گردد. این مجموعه‌ها اشکال مختلفی دارد: قواعد یکنواخت یا شرایط تجاری برای درج در قرارداد، راهنمایی‌های حقوقی، به‌نظم درآوردن اصول حقوقی توسط دانشمندان و موارد مشابه.

از میان سازمان‌های انتشاردهنده قواعد یکنواخت و شروط تجاری، «اتاق بازرگانی بین‌المللی» سرشناس‌ترین است، که طی سال‌ها تعداد بی‌شماری از قواعد یکنواخت و شروط تجاری را که با اشتراط در قرارداد به اجرا در می‌آیند آماده و منتشر کرده است. مثال‌ها عبارتند از «عرفها و رویه‌های یکنواخت راجع به اعتبارات اسنادی»، «قواعد یکنواخت برای تضمینات

55. Christine Chinkin, Third Parties in International Law, Ch. 3.

درخواست شده»، «قواعد یکنواخت برای تعهدات قراردادی» - که همه آنها قواعدی را وضع می کنند که توسط بانکهای درگیر و اطراف دیگر معاملات مربوط باید رعایت شوند - و اینکوترمز (Incoterms)، شرایط استاندارد مربوط به تسلیم و پرداخت ثمن در قراردادهای بیع، که هر شرط یک سلسله وظایف تعریف شده‌ای را برای فروشنده و خریدار به همراه دارد. چنین قواعدی از خود قدرت امره ندارند؛ مسلماً حتی قراردادهایی که این قواعد و شروط را دربر دارند نیز نمی‌توانند به‌خودی خود جزئی از حقوق بازرگانی فراملی باشند، چون هرچند این قراردادها منبع ایجادکننده حق و تکلیف هستند اما تنها بین اطراف خود قرارداد اعمال می‌شوند و خود موجد حقوق نیستند بلکه از حیث اثر وابسته به حقوق و قانون هستند. در نتیجه اگر چنین قواعدی که در قراردادها درج شده‌اند می‌بایست نقشی در صحنه حقوق بازرگانی فراملی بازی کنند، نقشی که به آنها داده شده، نقش گواه و مدرک دال بر عرف موجود یا ابداع‌کننده عرف جدید می‌باشد.

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (Unidroit) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی - آماده شده توسط کمیسیون حقوق قراردادهای اروپایی - بکلی از نوع متفاوتی هستند. این دو که اصول کلی و قواعد حقوق قراردادهای را بیان می‌دارند توسط دو گروه مختلف از دانشمندان (هرچند برخی در هر دو گروه عضویت داشتند) آماده شده است. این دو سند قدرت الزام‌آور ندارند، هرچند که برای اطراف قرارداد این اختیار وجود دارد تا این اصول را در قراردادهای خود با ارجاع به آنها درج نمایند.

آنچه که اهمیت بیشتری دارد در دسترس بودن آنها به‌عنوان ابزار کار برای دادگاهها و داورانی است که در جستجو هستند تا قواعد و ملاکهای ایجاد شده توسط عرف تجاری یا اصول کلی حقوقی را شناسایی کرده، تا مشخص کنند در تفکر حقوقی جاری بهترین راه‌حل برای مسائل خاص و مشخص قراردادی و پُر نمودن خلأ کنوانسیون‌های موجود کدام است. اعمال چنین فرمول‌هایی، بویژه در مورد معاملات فراسوی مرزها که در آن محکمه، با توجه به اینکه حداقل یکی از طرفین متعلق به حوزه دیگری است، رغبت بیشتری برای اعمال اصول یا قواعدی دارد که تا حدودی از قانون ملی خود متفاوت است، رواج بیشتری دارد. انتشارات و تألیفات دانشمندان ممتاز از دیرباز در شکل‌گیری اصول حقوقی خصوصاً (و نه انحصاراً) در زمینه حقوق بین‌الملل عمومی مؤثر بوده است. در زمینه جایگاه آنها امروزه در ماده (د) (۱) ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی در ضمن مواردی که باید مورد توجه دادگاه قرار گیرد به «آموزش‌ها و تعالیم بهترین و خبره‌ترین نویسندگان ملتهای مختلف» اشاره شده است. توجه و علاقمندی زیادی که «اصول قراردادهای تجاری Unidroit» به خود معطوف داشته نشان‌دهنده اثر نتایج همکاری روشنفکران و دانشمندان عالی‌رتبه از خانواده‌ها و نظام‌های گوناگون است. به‌طور کلی‌تری، اثر فزاینده منابع غیررسمی حقوق - حقوق قوام نیافته (Soft-Law) - باید به همان نحو

که در حقوق بین‌الملل عمومی وجود دارد در حقوق بازرگانی فراملی نیز لحاظ شود. هر دو دسته از اصول به قواعد امری قانون قابل اعمال به موجب قواعد حل تعارض ارجاع می‌دهند؛ به این ترتیب آنها به‌طور واقع‌بینانه بر این واقعیت صحنه می‌گذارند که اصول کلی حقوقی و عرفها نمی‌توانند به‌طور کامل جایگزین قوانین داخلی کشورها شوند، چون آنها یک نظام کامل حقوقی را شکل نمی‌دهند. جالب اینکه هر دو دسته از اصول، خود برخی از قواعد آمره را بیان می‌دارند، همانند لزوم حسن‌نیت و قواعد راجع به تعیین یک‌جانبهٔ ثمن. ممکن است پرسیده شود چگونه اصولی که خود دارای خصیصهٔ الزام‌آور نیستند می‌توانند به‌طور منطقی دربردارندهٔ قواعدی الزام‌آور باشند؟ حداقل به دو دلیل موضوع به اندازه‌ای که به‌نظر می‌رسد عجیب نیست. اول، طرفین می‌توانند به انتخاب خود این اصول را در قراردادهایشان درج کنند که در این حالت قواعد آن اصول برای آنها الزام‌آور فرض خواهد شد، چون در اصول مندرج این قواعد الزام‌آور ذکر شده است یا استثنا از آن تجویز نشده است. دوم اینکه قواعدی که آمره تلقی شده‌اند حکایت از پذیرش عمومی و مقبولیت قواعدی از این نوع دارد، به‌گونه‌ای که این‌گونه قواعد را غیرقابل استثنا کردن با ارادهٔ طرفین می‌کند. هرچند که قانون قابل اعمال بر قرارداد به‌نحو دیگری مقرر نماید، به بیان دیگر باید این‌گونه قواعد را امری (*jus cogens*) تلقی نمود.

۵- عرف تجاری بین‌المللی و تعارض قوانین

الف- ناسازگاری بین حقوق عرفی بازرگانی (*lex mercatoria*) و تعارض قوانین

قواعد ملی تعارض قوانین به‌عنوان جزئی و دسته‌ای از جریان ملی شدن قوانین توسعه یافت. از آنجا که حقوق مبتنی بر قانون کلیسا- حقوق مدنی رومی و حقوق عرفی بازرگانی در قرون وسطی- واحد بود، لازم نبود قواعدی وضع شود تا تعیین کند قانون چه دولتی اعمال شود. اما با جایگزینی تدریجی دادگاههای تجاری توسط دادگاههای مرکزی و جایگزینی قوانین ملی به‌جای قوانین بین‌المللی، ضرورت یافت تا هر نظام حقوقی با توسعه قواعد خود مشخص نماید (از میان سایر امور) کدام قانون بر اختلافی که واجد یک عنصر خارجی است قابل اعمال می‌باشد. قاضی لرد ماستیل (Lord Justice Mustill) در مقالهٔ خود به‌نام *lex mercatoria*^{۵۶} اشاره کرد که هدف تعارض قوانین کاملاً با حوزهٔ حقوق عرفی بازرگانی ناسازگاری دارد، زیرا اولی تلاش می‌کند تا قانون ملی قابل اعمال بر دعوا را بیابد، درحالی‌که دومی به‌عنوان یک قانون فوق ملی (*Anational*) شکل گرفته است.

۵۶. نک. زیرنویس شمارهٔ ۲۳.

ب- اعمال قواعد تعارض قوانین

قضات ملی به طور کلی خود را همچنان موظف می‌دانند که تکلیف هر دعوا را با رجوع به یک قانون ملی تعیین شده توسط قواعد تعارض قوانین دادگاه تعیین نمایند. داوران در داورهای تجاری بین‌المللی همچنین غالباً به قواعد حل تعارض متوسل می‌شوند تا قانون قابل اعمال را بیابند.^{۵۷} مع‌هذا، تفاوت در شیوه دادگاهها و داورها به وضوح در دو دهه اخیر بیشتر شده است. ادله زیادی وجود دارد که وجود چیزی به عنوان «قانون محل دادگاه» را در مورد داورى انکار می‌کند، بر این اساس که داور توسط اطراف قرارداد منصوب شده است نه دولت، و اینکه ارتباط یک داور با محل داورى معمولاً موقت و ضعیف است، بنابراین دلیلی نیست که داور الزاماً نسبت به اعمال قواعد حل تعارض دولتی که داورى در آن محل تشکیل می‌شود، احساس تعهد کند. بنابراین تعدادی از داورها خود را آزاد حس کرده‌اند تا تصمیم بگیرند قواعد حل تعارض چه سیستمی را باید اعمال کنند. گروه دیگر از این هم فراتر رفته‌اند، آنها خود را ملزم به رعایت قواعد حل تعارض هیچ نظامی ندانسته‌اند بلکه (در حالتی که طرفین صریحاً قانونی را انتخاب نکرده‌اند) به سادگی اصول کلی تعارض قوانین یا به جای آن قاعده حل تعارض (یعنی عامل ارتباطی) که به نظر آنها مناسب رسیده را اعمال کرده‌اند، برای مثال در یک قرارداد بیع، حقوق طرفین به وسیله قانون محل تجارت فروشنده تعیین می‌شود. چنین اقتداری در «قواعد سازش و داورى» اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۸۸ منعکس است،^{۵۸} هر چند به نظر می‌رسد آنگاه که کنوانسیون رم اعمال می‌شود این قواعد قابل اجرا نباشد.^{۵۹}

۵۷. شیوه‌ای که در «قطعهنامه راجع به داورى در حقوق بین‌الملل خصوصی» که توسط چهاردهمین کمیسیون انجمن حقوق بین‌الملل آماده شده و در اجلاس آن در آمستردام در سال ۱۹۷۵ به تصویب رسیده است، از آن حمایت شده است. در هر حال در قطعهنامه‌ای که در سال ۱۹۹۲ در اجلاس قاهره پذیرفته شد اعلام شد که صرف این واقعیت که رأی داورى بر قواعد فراملی (مانند اصول کلی حقوقی، اصول مشترک بین چند نظام حقوقی، حقوق بین‌الملل، عرف تجاری و ...) استوار شده نباید اعتبار آن را خدشه‌دار کند، اگر اطراف داورى (۱) توافق کرده باشند که داورها می‌توانند قواعد فراملی را به کار گیرند، (۲) در خصوص قانون قابل اعمال سکوت اختیار کرده باشند.

۵۸. ماده (۱۳۳) آن مقرر می‌دارد: «در صورت عدم ذکر قانون قابل اعمال توسط طرفین، داور می‌تواند قانونی را که به موجب قواعد حل تعارض، قانون مناسب تشخیص می‌دهد اعمال کند». حتی در حقوق انگلیس که تمایل به محدود کردن اختیار داورها در آن وجود دارد، دادگاهها پذیرفته‌اند که ارجاع به «قانون» و «قانون مناسب» در ماده (۱۳۳) شامل قواعد حقوقی، یا اصول کلی حقوقی است و اعمال قانون ملی خاصی را اقتضا نمی‌کند.

۵۹. چون این معمولاً به معنی لزوم رجوع به یک نظام حقوقی تلقی می‌شود. در هر حال اگر قضیه از این قرار باشد که داورها ملزم نباشند تا قواعد حل تعارض محل داورى را اجرا کنند، یا به طور قطع، نه هیچ نظام حقوقی خاص دیگری را (که موضع اتخاذ شده در اینجا است)، پس به نظر می‌رسد که آنها ملزم به رعایت کنوانسیون رم هم نخواهند بود، حتی اگر در یک کشور عضو کنوانسیون مستقر باشند. در هر حال آنها ملزم هستند که به قواعد نظم عمومی بین‌المللی احترام گذارند. برای تحلیل برجسته این موضوع نک.

Pierre Lalive, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (ICCA Congress Series no. 3) pp. 256 et seq.

ج- تکمیل یا نادیده گرفتن قانون قابل اجرا

این تفاوت شیوه در تعیین قانون حاکم مسلماً می‌تواند به نتایج گوناگون قابل توجهی منتهی شود. اما تمام راههای ممکن به آخر نرسیده است. اگر قانون مقرر داور یا قانون داور پذیرفته شده توسط قرارداد به نحو دیگری مقرر ننموده باشند، داور می‌تواند از همه قواعد حل تعارض بگذرد و مستقیماً به سراغ قانون (قانون ماهوی)، یا قواعد حقوقی، که او مناسب می‌داند برود.^{۶۰} همچنین تعدادی از داورها وجود دارند که در آنها مرجع داور، عرف تجاری بین‌المللی یا حقوق عرفی بازرگانی را یا به‌عنوان مکمل یا جایگزین قانون قابل اجرای تعیین شده توسط مرجع داور اعمال کرده است. این امر به‌طور کلی پذیرفته شده است که دیوان داور نمی‌تواند انتخاب طرفین را نادیده بگیرد. سؤال ظریف‌تر این است که آیا در صورتی که طرفین انتخابی نکرده‌اند، داور می‌تواند حقوق عرفی بازرگانی را علاوه بر، یا به‌عنوان جایگزین آنچه که او قانون حاکم یافته است اعمال کند؟^{۶۱} در خصوص تکمیل قانون قابل اجرا، ماده ۱۰ کنوانسیون بین‌المللی امریکایی سازمان دولتهای امریکایی راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی (۱۹۹۴) دارای اهمیت خاص است که مقرر می‌دارد:

«علاوه بر مقررات مواد پیشین، راهنمایی‌ها، عرفها و اصول حقوق تجارت بین‌المللی و همین‌طور عرفها و رویه‌های تجاری به‌طور کلی پذیرفته شده، اعمال خواهند شد تا پاسخگوی نیاز به عدالت و انصاف در موارد خاص باشند.»

اعمال حقوق عرفی بازرگانی بدون توجه به قانون قابل اعمال مدخل اعتراض به روش اتخاذ شده توسط داوران در رأی داور افاق بازرگانی بین‌المللی می‌باشد که قبلاً به آن اشاره شد. روشن نیست چرا داوران برای رسیدن به نتیجه‌ای که می‌خواستند به آن برسند ضروری دیدند قانون قابل اعمال را نادیده بگیرند. به‌طور کلی، مقررات مربوط به خرید و فروش غیرمصرف‌کننده آمره نیستند، آنها می‌توانند به راحتی با توافق طرفین جایگزین شوند یا عرف تجاری مربوط با توافق طرفین جای آنها را بگیرد، خواه عرف محلی باشد یا بین‌المللی. بنابراین در اکثر موارد ضرورت ندارد اجرای اختیاری قانون قابل اجرا طبق اصل حل تعارض را رد کنیم، چون آن قانون در رابطه با مقررات اختیاری و غیرامری‌اش تفوق قرارداد یا عرف را ممکن می‌سازد. فقط زمانی که قانون مورد نظر امری است لازم می‌شود که همه آن را به‌طور کلی دور زد و نادیده گرفت.

۶۰. مقررات چندین نظام قضائی صراحتاً این اختیار را اعطا کرده‌اند.

۶۱. اینکه آیا داوران می‌توانند حقوق عرفی بازرگانی را به‌عنوان قانون قابل اعمال انتخاب کنند سؤال جداگانه‌ای است که بعداً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

د- حقوق عرفی بازرگانی به عنوان قانون قابل اعمال

در فرض اینکه بنا به دلایلی قانون قابل اجرا به موجب قواعد سنتی حل تعارض، اجازه ندهد که مقررات آن به وسیله عرف بین‌المللی مغایر جایگزین شود، سؤال این است آیا محکمه به جای اینکه نادیده گرفتن آن قانون را صراحتاً بیان کند، نمی‌تواند زیرکانه به نتیجه مشابهی، با اعمال آنچه که به نظر او قاعده حل تعارض مناسب است برسد؟ تا اینکه رأساً حقوق بازرگانی بین‌المللی را به عنوان قانون قابل اعمال به شمار آورد. تا آنجا که حقوق عرفی بازرگانی، قواعد کلی حقوقی مشترک بین دولتهای ذی ربط را منعکس می‌کند،^{۶۲} دلیلی به نظر نمی‌رسد که آن قواعد نتواند به عنوان قانون مناسب حاکم بر حقوق ماهوی اطراف قرارداد اعمال شود. این شیوه در رویه قضائی پذیرفته شده است.^{۶۳} اینکه آیا آن قسمت از حقوق عرفی بازرگانی که توسط عرف تجاری بین‌المللی ارائه شده است به طور صریح یا ضمنی در قرارداد طرفین مندرج نشده است، می‌تواند در این راه به کمک گرفته شود سؤال دیگری است. قبل از بررسی این موضوع لازم است ببینیم چرا تعدادی از مراجع داورى ممکن است مایل باشند از ارجاع به قانون ملی برای فصل خصومت امتناع ورزند.

ه- دلایل برای اعمال قانون غیرملی

همان‌گونه که مقاله لرد ماستیل نشان داده است، بیشتر پرونده‌های گزارش شده‌ای که در آن داورها اعمال حقوق عرفی بازرگانی را انتخاب کرده‌اند می‌توانست دقیقاً بر اساس قانون قابل اعمال تعیین شده توسط یک قاعده حل تعارض تصمیم‌گیری شود. پس چرا طرفین یا داورها تلاش می‌کنند تا از اعمال قانون ملی مربوطه خودداری کنند؟

در مرحله انعقاد قرارداد می‌تواند دلیل این باشد که اطراف قرارداد قادر نیستند بر یک قانون ملی که حاکم بر قرارداد باشد توافق کنند. وقتی که قصد اجتناب از انتخاب قانون یک طرف یا اطراف دیگر است، مسئله می‌تواند بعضاً با قرار دادن قرارداد تابع اصول کلی مشترک بین دو نظام حقوقی حل شود. این شیوه‌ای بود که در موافقتنامه "Chanel Tunnel" [تونل زیرگذر دریای مانش که انگلیس را به اروپای قاره‌ای متصل می‌کند] پذیرفته شد و موجبی برای ایجاد

۶۲. این مسئله که به کدام دولتها مربوط می‌شود در اینجا مورد بحث قرار نگرفته است.

۶۳. برای مثال نک. رأی برجسته دادگاه پژوهشی انگلیس در پرونده ذیل:

Deutsche Schacht bau-und Tiebohrsgesellschaft GmbH v. R'As al-Khaimah National Oil Co. [1987] 3 W.L.R. 1023.

این رأی تصمیم داورانی را تأیید نمود که به موجب موافقتنامه داورى‌ای که تحت حاکمیت قانون سوئیس منعقد شده و اعتبار یافته بود، با به‌کارگیری «اصول قابل قبول بین‌المللی حاکم بر روابط قراردادی» در خصوص اختلافی در مورد اکتشاف نفت رأی داده بودند.

عدم اطمینان شد، چون ریسک زیادی وجود دارد که اصول کلی یا به‌طور کلی قابل‌شناسایی نباشند یا به شیوه‌های گوناگونی اعمال شوند یا کلی‌تر از آن باشند که در حل مسئله‌ای خاص کمک کنند. راه‌حل بهتر این است که قانون کشور بی‌طرفی را انتخاب کرد. اما طرفین بعضاً تصمیم می‌گیرند از ارجاع به هر قانون ملی خودداری کنند، شاید با این نظر که به مرجع داوری انعطاف‌پذیری بیشتری بدهند و واکنشی مناسب‌تر نسبت به عرف تجاری بین‌المللی از خود بروز دهند.

در مرحله داوری، حداقل هفت دلیل ممکن برای مرجع داوری وجود دارد که چرا ممکن است بخواهد از تعیین قانون قابل اعمال یا اعتماد بر قانونی که معمولاً می‌تواند قابل اعمال باشد امتناع کند. اول، ممکن است پرونده‌هایی وجود داشته باشد که قانون قابل اعمال فرضی آنچنان توسعه نیافته باشد که قادر باشد راه‌حلی برای موضوع مورد نظر ارائه کند. نظام‌های حقوقی غیردینی توسعه نیافته، چنین احتمالی را می‌پذیرند،^{۶۴} اما این مسئله در کشورهای اسلامی به تجربه گذاشته شده است، جایی که حقوق مقدماً جنبه مذهبی دارد و با در نظر داشتن این نکته اطراف قرارداد بعضاً مقررات صریحی برای توسل به اصول کلی حقوقی یا عرف تجاری بین‌المللی در جایی که قانون قابل اعمال پاسخی ندهد در قرارداد خود ذکر می‌کنند. در چنین حالتی نادیده گرفتن قانون قابل اعمال تنها راه‌حل عملی به نظر می‌رسد. دوم، قانون دو طرف با هم تضاد دارند و استفاده از قواعد حل تعارض منجر به انتخاب قانون برنده می‌شود، از این رو توسل به حقوق عرفی بازرگانی راه بی‌طرفانه حل اختلاف است، بدون اینکه حساسیت‌های بازنده را تحریک کند. سوم، قوانین دو طرف، یا کشورهای مختلفی که قرارداد با آنها ارتباطی نزدیک دارد، در خصوص موضوع مورد بحث مشابهند و محکمه داوری به‌طور تفاهم‌انگیزی احساس می‌کند که دنبال کردن اینکه کدام قانون باید اجرا شود راه‌حل مفیدی به‌دست نخواهد داد. وجود این ویژگی در نظام حقوقی، عملکرد مرجع داوری را در تعیین حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون قابل اعمال توجیه می‌نماید. چهارم، قواعد سیستم‌های رقیب متفاوتند، و انتخاب بین قانون ملی و قانون دیگر تحت قواعد حل تعارض آنقدر ظریف و دقیق است که مرجع داوری این کار را دشوار می‌یابد تا یکی را به دیگری ترجیح دهد،^{۶۵} در این حالت ارجاع به حقوق عرفی بازرگانی راه‌حلی برای این مشکل ارائه می‌دهد. پنجم، انتخاب یک نظام حقوق ملی، خواه با توسل به قواعد حل تعارض یا شیوه دیگری، توسط مرجع داوری ذاتاً غیرارضاءکننده تشخیص داده می‌شود، چون مستلزم

۶۴. بنابراین شگفت‌آور است که در پرونده *SPP v. Arab Republic of Egypt*, ICC Case no. 233 of 1992 دیوان داوری دریافت که حقوق مصر پاسخی به این سؤال که از چه تاریخی بهره قابل محاسبه است نداده است، بنابراین موضوع باید بر اساس حقوق بین‌الملل حل و فصل شود. همچنین نک.

Emmanuel Gaillard, "Trente ans de *Lex Mercatoria*", (1995) *Clunet* 5, 13.

۶۵. برای مثال اختلافی را در نظر بگیرید که بین چند ملت بر سر لوله نفتی‌ای که از شش کشور می‌گذرد، بوجود می‌آید.

اعمال قانون داخلی و ملی بر معاملات بین‌المللی است، درحالی‌که این‌گونه قوانین اصولاً برای معاملات داخلی طراحی شده است. ششم، مرجع داوری صرفاً از قاعده قابل اعمال نظام ملی یا نتیجه حاصل از آن خرسند نیست و در صدد است تا راهی برای اجتناب از آن پیدا کند. مسئله در رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که قبلاً ذکر شد از این قبیل بود. و در نهایت، محکمه هوادار مفهوم حقوق عرفی بازرگانی است و می‌خواهد در هر فرصتی آن را اعمال کند و حوزه تأثیر آن را توسعه دهد.

و- اعمال حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان «قاعده حقوقی»

بیشتر دلایلی که در بالا به‌منظور جستجوی راه فراری از اعمال قواعد حل تعارض ذکر شد حداقل تا حدودی از اعتبار برخوردار هستند،^{۶۶} و آن دلایل بیان می‌کنند که پافشاری بر این نکته که داورها ملزم به اعمال قواعد تعارض قوانین یا نظام حقوقی ملی خاصی هستند،^{۶۷} یا اینکه در مورد یک عرف تجاری بین‌المللی باید نشان داده شود که عرف در یکی از نظام‌های حقوقی قبل از اینکه قوه آمره کسب کند به رسمیت شناخته شده است، بی‌ثمر خواهد بود.

این نتیجه با توجه به شیوع و شناسایی گسترده این اصل که آرای داوری تنها در شرایط و موقعیت‌های استثنایی می‌توانند نقض شوند قدرت اجرایی می‌یابد. طرفین قبلاً بستر خود را آماده کرده‌اند، پس باید بر آن تکیه کنند. رأی داوری در مواردی که از بررسی مجدد قضائی بر اساس قانون محل داوری معاف است یا برای جلوگیری از اجرای آن لازم نیست به‌موجب کنوانسیون نیویورک مورد بررسی قرار گیرد، قابل اجرا خواهد بود و هرگونه اعتراضی نسبت به اعمال حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون قابل اعمال، تنها دارای فواید نظری است. در چنین مواردی مرجع داوری به‌نحو مؤثری آزاد است تا به هر مدرکی که می‌خواهد استناد کند تا به نتیجه مطلوب خود برسد. این به این دلیل است که نه تنها قصور طرفین در تعیین قانون قابل اعمال نوعی انتخاب تلویحی و ضمنی حقوق عرفی بازرگانی تلقی می‌شود،^{۶۸} بلکه طرفین با حذف انتخاب قانون قابل اعمال، نمی‌توانند اگر که مرجع داوری به قانونی که به‌نظر خودش

۶۶. به‌نظر من فقط دو قسم اخیر غیرقانونی هستند؛ اولی به این دلیل که پس از احراز قانون قابل اعمال، داوران حق ندارند صرفاً به این دلیل که قانون دیگری را بهتر می‌دانند، آن را نادیده بگیرند و دومی به این دلیل که طرفین داوری نباید دستخوش تمایلات شخصی داورها شوند.

۶۷. برای دیدن نظریه مخالف و جانبداری از لزوم اعمال قانون ملی نک.

Fredrick K. Juenger, *American Conflicts Scholarship and the Law Merchant*, 28 Vand. J. Trans. L. 487 (1995).

۶۸. نک. K.P. Berger, *International Commercial Arbitration*. برگرد (در ص. ۵۶۱) به‌طور جدی ادعا می‌کند که معمولاً راهی برای دانستن دلیل واقعی حذف بند مربوط به انتخاب قانون حاکم وجود ندارد، بنابراین بسیار خطرناک است که از آن قصد بر حاکم کردن حقوق عرفی بازرگانی را نتیجه بگیریم.

مهمترین راه حل است توجه کند، از رأی داوری شکایت کنند. تاکنون دادگاههای ملی عدم تمایل خود را در امتناع از به اجرا گذاشتن رأی داوری صرفاً بر این اساس که محکمه داوری حقوق عرفی بازرگانی را اعمال کرده است نشان داده اند. اگر وقتی که قانون محل داوری نسبت به موضوع ساکت است قضیه از این قرار باشد، به طریق اولی، قضیه به نحو مشابهی خواهد بود آنگاه که قانون محل داوری انتخاب حقوق عرفی بازرگانی را به عنوان قانون قابل اعمال تجویز کند.^{۶۹} و نیز چنین خواهد بود، وقتی که هر چند صریحاً به حقوق عرفی بازرگانی اشاره نشده، اما قانون محل داوری اجازه داده که داورها قواعد حقوقی را اعمال کنند و خود را مقید به قانون خاصی در معنای یک نظام حقوقی نکرده است. ماده ۱۴۹۶ آیین داوری مدنی فرانسه، چنین شیوه‌ای را در یک قانون نوشته به رسمیت شناخته است:

« داور موضوع دعوا را مطابق قانونی که توسط طرفین انتخاب شده است مورد تصمیم‌گیری قرار می‌دهد، در صورتی که طرفین از انتخاب قانون حاکم قصور ورزیده باشند، داور مطابق قانونی که به نظر او مناسب‌ترین قانون است موضوع را مورد تصمیم‌گیری قرار خواهد داد.»

مقرراتی با اثر مشابه در ماده (۲) ۱۰۵۴ قانون داوری هلند ۱۹۸۶ و ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن حاکم بر اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری یک طرف دولتی ۱۹۶۵، یافت می‌شود. اما به نظر می‌رسد چنین انتخابی در داوری‌های تحت قانون نمونه آنسیترال امکان‌پذیر نباشد، زیرا ماده ۲۸ آن اعمال «قانون تعیین شده توسط قواعد تعارض قوانین» را اقتضا می‌کند.

ز- آیا حقوق عرفی بازرگانی فوق ملی است؟

آیا این بدین معناست که حقوق عرفی بازرگانی در واقع فوق ملی و خودمختار است؟ طرح سؤال بدین گونه ایجاد ابهام می‌نماید، به دلیل اینکه اعتراضات نسبت به مفهوم کلی حقوق عرفی بازرگانی به طرق گوناگونی بیان شده است.^{۷۰} اعتراض نخست این است که حقوق عرفی بازرگانی که از اصول کلی حقوقی و عرفهای تجاری بین‌المللی تشکیل شده یک نظام حقوقی کامل نیست، بنابراین برای اطراف قرارداد بی‌فایده خواهد بود که در صدد تعیین آن به عنوان قانون قابل اعمال بر قراردادشان باشند. بدیهی است که حقوق عرفی بازرگانی یک نظام حقوقی کامل نیست. اما این بدان معنا نیست که انتخاب آن به عنوان قانون قابل اعمال کاملاً بی‌ثمر و بی‌نتیجه است، و صرفاً در مواردی که قواعد آن به سؤال موضوع اختلاف پاسخ ندهد، ضروری خواهد بود

69. David W. Rivkin, *Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria*, (1993), *Arb. Int.* 67.

۷۰. نک. مباحث کتاب ذیل:

Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, (2nd ed.), pp. 603-609.

تا به قانون ملی قابل‌اعمالی ارجاع شود.

اینکه آیا اصول حقوق عرفی بازرگانی به سؤال مورد بحث پاسخ می‌دهد یا نه باید توسط محکمه داورى با توجه به مدارک در دسترس تصمیم‌گیری شود. دوم، این امر مورد اعتراض قرار گرفته است که حقوق عرفی بازرگانی مجموعه‌ای خودمختار و مستقل از قواعد نیست چون به وسیله قواعد نظم عمومی و قواعد آمره حقوق داخلی کنترل می‌شود. این مطلب نیز درست است اما از آن نتیجه نمی‌شود که حقوق عرفی بازرگانی قدرت اجرایی ندارد و صرفاً تابع قواعد بالاتر است؛ این امر بسیار مشابه آن است که اصول وضع شده توسط دادگاهها می‌توانند تحت تأثیر قانونگذاری قرار گیرند. سوم، ادعا شده است که قدرت آمره هر عرف [تجاری] بین‌المللی منوط به شناسایی آن توسط یک قانون ملی است. این شرط در مورد عرفهایی که متضمن قواعد کلی حقوقی مشترک بین دولتها (یا دولتهای مربوطه، به هر نحو که تعریف شوند) هستند نیز وجود دارد. موضوع قابل بحث این است که آیا باید اثبات شود که عرف، مورد پذیرش حقوق ملی قرار گرفته است. اگر منظور حقوق ملی خاصی باشد، مسلماً انتخاب قانون ملی مشخصی را به‌عنوان قانون قابل اعمال اقتضا می‌کند؛ چون این قانون ملی است که مرتبط با مسئله است. از آنجا که داوران گاهی دعاوی را مطابق عرف تجاری بین‌المللی بدون ارجاع به قانون ملی خاصی مورد تصمیم‌گیری قرار می‌دهند و تصمیمات آنها مورد قبول دادگاهها قرار می‌گیرد، بسیار بی‌ثمر خواهد بود که تأثیر و نفوذ آرایى از این قبیل را مورد انکار قرار دهیم. حتی ما نمی‌توانیم بگوییم، مطابق با رویه‌های داورى، که عرف [تجاری] بین‌المللی الزاماً باید در منطقه مشترک بین قواعد حقوقی نظام‌های مختلف قرار گیرد، چون چنین عرفی همچنین می‌تواند از کنوانسیون‌هایی که تاکنون قابلیت اجرا نیافته‌اند یا، اگر قابل اجرا هستند، هنوز مورد تصویب دولتهای مربوطه قرار نگرفته‌اند، استخراج شود.

همه‌جا پذیرفته شده است که قدرت آمره عرف، خواه ملی یا بین‌المللی، بسته به داشتن شرایط و ملاکهای اساسی خاصی است. اما باید به کجا نگاه کنیم تا این ملاکها را پیدا کنیم؟ عرف خود نمی‌تواند راجع به اعتبار خود سخن گوید. بی‌تردید، عرفهایی وجود دارند که دارای آنچنان کاربردی وسیع و جهانی هستند که مورد شناسایی هر نظام حقوقی توسعه‌یافته‌ای خواهند بود و مسلماً این احتمال وجود دارد که ویژگی خود را به‌عنوان عرف تجاری از دست داده و موقعیت یک اصل کلی حقوقی را به‌دست آورده باشند. اما اصول وسیعی از این قبیل، همانند لزوم انجام تعهدات قراردادی، آنچنان با شروط و مرزهایی که از یک نظام حقوقی به نظام دیگر متفاوت است مقید شده‌اند که فقط به‌طور جزئی مفید واقع می‌شوند، مگر اینکه به‌عنوان وسیله‌ای که با کمک آن مرجع داورى بتواند از تصمیم خود بدون تعیین قانون قابل اعمال حمایت کند، مورد استفاده قرار گیرند. خارج از این اصول وسیع ما نمی‌توانیم به برخی از قواعد جهانی اشاره

کنیم که با آن اعتبار عرف را می‌توان سنجدید. چون چنین قانونی وجود ندارد؛ هر دو خصیصه عرف [تجاری] بین‌المللی و شرایط اعتبار آن از یک حوزه قضائی به حوزه دیگر متفاوت است.^{۷۱} پس چگونه محاکم داوری می‌توانند بدون توسل به یک قانون ملی خود را اقناع کنند که یک عرف [تجاری] معتبر است؟

پاسخ کوتاه این است که اگر عرفی واقعاً بین‌المللی است وجود آن نمی‌تواند وابسته به قانون ملی خاصی یا تصمیمات دادگاه ملی خاصی باشد. این امر موجب محلی کردن و داخلی کردن چیزی که بنا بر فرض بین‌المللی است می‌شود.^{۷۲} اما پذیرش عرف بین‌المللی به‌عنوان تعیین‌کننده حقوق ماهوی وابسته به حقوق داخلی به معنای دیگری است (جدای از قواعد آمره و قواعد نظم عمومی)، به این معنا که وجود عرف بین‌المللی می‌تواند فقط توسط محاکم دارای صلاحیت مورد حکم قرار گیرد، و در مورد مرجع داوری، صلاحیت توسط قانون محل داوری تعیین می‌گردد. در همه جا قضیه به همین نحو خواهد بود که رأی داور کنار گذاشته می‌شود آنگاه که داوران از صلاحیت خود بالاتر رفته باشند؛ و همچنین به‌موجب کنوانسیون نیویورک این زمینه‌ای برای خودداری از اجرای رأی داوری است.^{۷۳} اساساً این قانون محل داوری است که شرایطی که در آن داوران می‌توانند رأی معتبری صادر کنند را کنترل می‌کند. در محدوده تعیین شده توسط این شرایط، و در صورت عدم انتخاب قانون توسط طرفین، داوران می‌توانند به هر منبعی که به نظر آنان مناسب می‌رسد برای تعیین حقوق ماهوی اطراف متوسل شوند. بنابراین، قدرت امره عرف بین‌المللی وابسته به آنچه که حقوق ملی راجع به عرف می‌گوید نیست، بلکه وابسته به این است که آیا قدرت تصمیم‌گیری بر وجود و محتوای چنین عرفی توسط مرجعی که به‌موجب قانون محل داوری دارای صلاحیت است و در مطابقت با رویه مقررات شکلی لازم اعمال شده است یا نه.^{۷۴} قانون‌های ملی، از طریق تفویض اختیار و قدرت تصمیم‌گیری به مراجع داوری، این اختیار را به آنها داده‌اند که به نمایندگی از آنها تصمیم بگیرند که آیا ملاک‌های لازم برای شناسایی یک عرف [تجاری] بین‌المللی وجود داشته است و بدین منظور به مستنداتی که به نظر آنان مناسب می‌رسد توجه کنند.^{۷۵} همچنان که پروفیسور اشمیتف سال‌ها پیش دوراندیشانه

71. Clive M. Schmitthoff, *Interpretation and Application of International Trade Usages*, a Study prepared for the ICC.

۷۲. این‌طور نیست که قوانین ملی هیچ حرفی برای گفتن نداشته باشند. برای مثال به ماده (۲) ۶۲ از قانون بیع انگلستان (۱۹۷۹)، که صراحتاً در خصوص قرارداد بیع کالا به مقررات کامن‌لو از جمله مقررات بین‌تجار، اشاره می‌کند توجه کنید.

۷۳. کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، ماده (ج) (۱) ۵.

۷۴. نیاز به کنترل این نوع که مفهوم قانون محل داوری را ضروری می‌سازد و قوی‌ترین استدلال‌ات علیه مفهوم غیرمحملی کردن داوری است، وجود دارد. بنابراین ماده ۱۷۷ قانون قضائی بلژیک، دادگاه‌های این کشور را از اعمال حق کنترل قضائی بر داوری، وقتی که هیچ‌کدام از طرفین اتباع بلژیک نیستند باز داشته و آن را نامناسب تشخیص داده است.

۷۵. رک. ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه.

نظر داده است: «... حقوق تجاری جدید به عنوان مقررات حقوقی مستقل و خودمختار، بر پایه همکاری و تعامل حاکمیت اراده و داوری بنا شده است.»^{۷۶}

۶- عرف تجاری بین‌المللی و جستجو برای یکنواختی

انگیزه اساسی برای قدرت دادن به حقوق عرفی تجاری جدید تمایل به بازگشت دوران طلایی گذشته است، زمانی که حقوق تجارت نسبتاً جهانی بود و احتمال داشت که نتیجه دعوا در هر کشوری که توسط بازرگانان و بر اساس عرف تجاری بازرگانی مورد تصمیم‌گیری قرار می‌گرفت، یکسان باشد.

نخستین نکته‌ای که باید یادآور شد اینکه، این دوران طلایی هرگز در واقع وجود نداشته است. عرف بین‌المللی با عرف داخلی با هم درآمیخته بودند، هر مجموعه قانونی در یک محل خاص از معاصرین و پیشینیان خود متفاوت بود، قواعد کامل نبودند و در بسیاری از موارد از نظر محتوا و هدف نامشخص و بسیاری از آنها صرفاً موقتی بودند.

حتی اگر ما بپذیریم (و ما باید بپذیریم) که برخی از نتایج و ثمرات یکنواخت کننده توسط حقوق بین‌المللی تجار ایجاد شده‌اند، اما گوناگونی و تنوع شیوه‌های اکنون پذیرفته شده، آن را کم‌اثر جلوه می‌دهد. اول، باید توجه کرد که تفاوت‌های مشخص بین شیوه‌ها و اقتدارات دادگاهها با داورها، منجر به افزایش این احتمال شده که نتیجه اختلاف در موضوعات حقوقی بستگی به شیوه پذیرفته شده [برای حل دعوا، یعنی داوری یا دادگاه] خواهد داشت. دوم، برخوردهای بسیار متنوع نسبت به موضوع استنباط عرف بین‌المللی تجاری از کنوانسیون‌هایی که بر اساس شرایط خود قابل اعمال نیستند، این معنی را می‌دهد که در یک دسته از دعاوی قانون قابل اعمال، اعمال می‌شود و در دسته دیگر قواعد غیرامری آن به وسیله عرف تجاری قابل اعمال به قرارداد جایگزین می‌شود. سوم، اختلاف نظر نسبت به اینکه آیا قانون محل داوری وجود دارد یا نه، به این معنی است که، مگر اینکه توسط طرفین به نحو دیگری توافق شده باشد یا توسط داورها قانونی که آنها باید بر طبق آن عمل کنند معین شده باشد، یک مرجع داوری قواعد حل تعارض حوزه‌ای را اعمال می‌کند که داوری در آن محل تشکیل می‌شود، در حالی که محکمه دیگر به قواعد حل تعارض دولت دیگری استناد می‌کند و محکمه سوم قاعده‌ای را تعیین می‌کند که به نظر خودش مناسب به نظر می‌رسد، بدون اینکه به قواعد حل تعارض سیستم حقوقی خاصی رجوع دهد. چهارم، یک مرجع داوری در پی یافتن قانون قابل اعمال تحت یک قاعده حل تعارض یا یک نظام حقوقی است، در حالی که محکمه دیگری یک قانون ملی را مستقیماً بدون توجه به

76. *International Business Law: A New Law Merchant*, in Clive M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law* (ed. Chia - Jai Cheng), 20 at p. 33.

قاعده حل تعارض خاصی انتخاب می‌کند، و محکمه سوم همه قوانین ملی را نادیده می‌گیرد و به‌سادگی آنچه را که به‌عنوان حقوق عرفی بازرگانی می‌شناسد اعمال می‌کند. نهایتاً، آنگاه که محاکم داوری تلاش می‌کنند از اعمال قواعد ملی حل تعارض شانه خالی کنند، کنوانسیون‌های بین‌المللی تجاری مدرن تقریباً همیشه شامل برخی از مقررات ناظر به وضع مقررات یکنواخت حل تعارض راجع به موضوع خاصی یا ارجاع موارد خاصی به قانون قابل اعمال تحت قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی هستند.

در هر حال آنچه به‌نظر برخی هرج و مرج می‌رسد قویاً از آن توسط افراد دیگری دفاع می‌شود، بر این اساس که این جزء خصیصه ذاتی داوری است که انعطاف‌پذیر باشد و شیوه‌های گوناگونی را بپذیرد، و اینکه در حالی که تصمیمات دادگاهها الگویی از اصول و قواعدی که به کامن‌لو کمک و یاری می‌دهد و می‌توان به آن برای پیش‌بینی نتایج دعوای آینده متوسل شد، ارائه می‌دهند، وظیفه آرای داوری این نیست که دانش حقوق بین‌الملل را توسعه دهند.

همه این مباحث منتهی به این می‌شود که مرجع داوری به نتیجه‌ای برسد که نظر خود را بتواند به یک فرد منطقی و متعارف فقط در خصوص دعوی خاص بقبولاند. اینکه قضیه از این قرار است، از خصیصه خصوصی بودن داوری (که با کارکرد آن به‌عنوان یک نهاد سازنده حقوق مغایرت دارد) و نیز عدم تمایل اطراف داوری به اجازه دادن انتشار متن کامل رأی استفاده می‌شود. بنابراین شاید توسل فزاینده به عرف تجاری بین‌المللی، به منظور کنار گذاشتن قانون ملی، بعد از همه اینها چیز چندان بدی نباشد.