

## نظریه حقوق فراملی بازرگانی

لعیا جنیدی\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۲/۱۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۱۲/۷)

### چکیده:

این مقاله نظریه حقوق فراملی بازرگانی را مورد مطالعه قرار می دهد که مبتنی بر اندیشه وجود یک نظام سوم حقوقی در کنار نظام حقوق ملی و نظام حقوق بین الملل جهت تنظیم روابط تجاری بین المللی است. بدین منظور، بسترهای پردازش و پیدایش، مفهوم موسع و مضیق و عناصر و منابع حقوق فراملی بازرگانی مورد بحث قرار گرفته است. جهت حفظ بیطرفی در بخش آخر پژوهش، انتقادات وارده بر نفس موجودیت و منابع حقوق فراملی بازرگانی و راه حل جایگزین ارائه شده از سوی برخی پژوهشگران نیز مطرح و سرانجام ارزیابی نهایی به عمل آمده است.

### واژگان کلیدی:

حقوق بازرگانان، حقوق فراملی بازرگانی، نظام حقوق ملی، نظام حقوق بین الملل، مفهوم موسع، مفهوم مضیق، عناصر حقوق فراملی بازرگانی، منابع حقوق فراملی بازرگانی، اصول کلی حقوقی، رویه داوری.

### ۱- مقدمه: بسترهای پردازش و پیدایش نظریه

یکی از شاخص‌ترین ویژگی‌های حقوق بازرگانی بین‌المللی در عصر حاضر، گرایش به غیر محلی کردن یا غیر ملی کردن آن از لحاظ ماهوی است. این جریان فکری از دهه ۱۹۴۰ با بحث‌های مربوط به وجود حقوق فراملی بازرگانی آغاز شده است (Goldman, 1983, p.379). اینک روند رو به رشد اعمال حقوق فراملی نسبت به روابط تجار بین‌المللی و ماهیت دعاوی تجاری بین‌المللی - به ویژه آنها که در مراجع داوری بین‌المللی طرح شده‌اند - روشن‌ترین بازتاب این گرایش است. نظریه حقوق فراملی بازرگانی بر این پیش فرض استوار است که در کنار دو نظام حقوق ملی و حقوق بین‌الملل، یک نظام سوم حقوقی به نام نظام حقوق فراملی بازرگانی در حوزه تجارت بین‌الملل کار گزار است (Houtte, 2002, p. 24 et seq) که بر خلاف دو نظام دیگر نیروی الزام آور خود را از قوای حاکم و اراده دولتها در سطح ملی یا بین‌المللی به عاریت نمی‌گیرد؛ بلکه به صورت خود جوش به وجود آمده و مورد عمل است. شاید در مقام بیان بسترها و به عبارت صحیح تر بسترسازی‌های مورد نیاز جهت پردازش، تکامل و اعمال (اعطای جنبه کار بردی به) نظریه بتوان به تلاش‌های زیر اشاره کرد:

#### ۱-۱. بین‌المللی سازی قراردادهای

طرفداران نظریه حقوق فراملی بازرگانی بر این اعتقادند که قراردادهای تجاری دارای عنصر خارجی واجد ماهیت بین‌المللی یا غیرمللی یا فوق ملی هستند و نمی‌توان آن‌ها را در چارچوب حقوق‌های ملی نظام مند کرد. با توجه به نارسایی و ناسازگاری نظام‌های حقوق ملی با مقتضیات اینگونه قراردادهای، چاره‌ای جز تنظیم نظامات حاکم بر این قراردادهای در یک بستر حقوقی فراملی و به تبع، پیدایش و تکامل نظام حقوق فراملی بازرگانی نبوده است. بر اساس این دیدگاه، حتی بررسی قراردادهای دولتی نشان می‌دهد که علی‌رغم میلی که از لحاظ نظری به اعمال مقررات طرف دولتی در این قراردادهای وجود دارد، در عمل ترکیبی از حقوق ملی کشور مربوط و سایر قواعد و اصول، پذیرفته و اعمال می‌شود. وارد کردن این گونه اصول و قواعد که نشأت گرفته از حقوق ملی نیست، به منظور بین‌المللی کردن قرارداد و به تبع غیرمحلی و غیر ملی کردن حقوق حاکم بر آن انجام می‌گیرد. از نمونه‌های بارز بین‌المللی کردن قرارداد، قرارداد منعقد شده بین کویت و شرکت نفت مستقل آمریکایی (American Independent Oil Company) در سال ۱۹۷۳ است که در آن مقرر شده است به توافقات طرفین " ... بر وفق اصول کلی حقوقی که نوعاً بوسیله کشورهای متمدن شناخته شده از جمله اصول حقوقی که بوسیله دیوان‌های بین‌المللی اعمال شده است " (Bouchez, 1991, p.101) ترتیب اثر داده شده، تفسیر و اجرا می‌شود. نمونه دیگر نیز ماده ۲ بیانه حل و فصل دعاوی ایران و آمریکا

است که به دادگاه اجازه مراجعه به اصول حقوق بازرگانی، حقوق بین‌الملل و عرفهای بازرگانی را داده است.

ارجاع به حقوق فراملی بازرگانی تنها به صورت یک شرط صریح ناظر به اعمال این حقوق نسبت به قرارداد نیست. شروط مندرج در قراردادهای بین‌المللی که مفید این امر هستند، بر سه نوعند:

**یک.** شروطی که صریحاً اعمال هرگونه حقوق داخلی را منع کرده و اعمال انحصاری اصول کلی و عرفهای تجارت بین‌الملل را مقرر می‌دارند. (ICC Case No 1569/1970: Derains, 1973, pp. 122 & 123). البته این شروط به اعتقاد محققان مانع از مراجعه به قانون داخلی - در مواردی که حقوق فراملی، حاوی قواعد عرفی و فراملی جهت حل و فصل برخی از موضوعات مورد نزاع نباشد - نیستند (Goldman, 1987, pp. 116-7).

**دو.** برخی دیگر از شروط قراردادی، اعمال یک قانون ملی را منع نمی‌کنند، ولی با ارجاع به اصول کلی حقوقی و حقوق بین‌الملل و عرفهای تجارت بین‌الملل یا با ارجاع به هر دو موجب ترکیب آن با یک حقوق داخلی می‌شوند (Ibid.). سه داوری معروف مربوط به قراردادهای امتیاز نفت لیبی یعنی نگزاکو، لیامکو و بی. پی. را باید از این دسته دانست.

**سه.** درج برخی از شروط قراردادی را می‌توان ارجاع ضمنی به حقوق فراملی تفسیر کرد؛ از این جمله هستند:

**الف.** شرط داوری بر اساس انصاف و کد خدامنشی؛ البته حقوق فراملی بازرگانی فقط انصاف نیست، بلکه مجموعه ای از اصول و قواعد حقوقی است که انصاف نیز یکی از آنها تلقی می‌شود. وقتی مصالحه دهنده مجاز باشد که بدون اعمال این قواعد تصمیم بگیرد، مسلماً ممنوع از مراجعه به آنها نیست. داور می‌تواند صحیحاً شرط داوری بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی را به عنوان ارجاع ضمنی و تلویحی به حقوق فراملی تفسیر کند. عناصر حقوق فراملی مانند عرفهای تجاری و اصول کلی حقوقی مبنای مناسبی برای تصمیمات داوری است که در یک دعوای بین‌المللی بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی داوری می‌کند (Ibid; Lando, 1987, p. 110 & 1980, p. 967).

**ب.** اندراج شرط داوری بین المللی اغلب وسیله بین‌المللی کردن قرارداد و در نتیجه، علی‌رغم عدم تصریح، ارجاع ضمنی به اصول کلی حقوقی و عرفهای تجاری بین‌المللی تلقی شده است (Lando, ibid.; Goldman, 1987, pp. 116-7; Goldman, 1979, p. 476; Weil, 1969, pp. 153-6).

یاد آور می‌شود برخی، این امر را به شرط ضمنی تعبیر نکرده بلکه از آن به گرایش تحلیلگران به اجرای خودبخود حقوق فراملی بازرگانی به عنوان مجموعه قواعد موجود و قابل اعمال نسبت به هر معامله یاد می‌کنند. مطابق این نظر، تنها استثناء اعمال حقوق فراملی در

موردی است که طرفین صریحاً اجرای حقوق مزبور را منع کنند (Toope, 1990, p.93). به نظر می‌رسد که بر اساس این طرز تفکر از لحاظ تئوریک اعمال حقوق فراملی فقط منوط به وجود دو شرط است: ماهیت قراردادی موضوع مورد اختلاف و خصیصه بین‌المللی قرارداد. البته در عمل بندرت در مراجع حل اختلاف به ویژه در داوری‌های بین‌المللی این دو شرط انکار شده است. روشن است که این روی کرد راه اعمال این حقوق را در عمل هموار می‌سازد.

### ۱-۲. عبور از نظریه سنتی تعارض قوانین

نظریه کلاسیک تعارض قوانین و اساساً دیدگاه تعارضی به یک نظام حقوق فراملی در کنار خود امکان پیدایش و رشد نمی‌دهد. زیرا نظریه تعارض قوانین، مبتنی بر این اندیشه است که در هر رابطه حقوقی واجد عنصر خارجی باید عامل ارتباط موثر را بر اساس قانون مقر دادگاه یافت و آن گاه بر پایه آن عامل ارتباط، نظام حقوق ملی مناسب را از میان تمام نظام‌های حقوقی احتمالاً مدعی اعمال برگزید و رابطه موضوع اختلاف را در بستر آن نظام مند کرد. گرچه، دیدگاه‌های تعارضی جدیدتر تلاش کرده‌اند که بر روی دیگر مراجع حل اختلاف (برخلاف مراجع قضایی و دادگاه‌های دولتی) درهائی نوین بگشایند و افق دید آنان در تشخیص حقوق مناسب را محدود به معیارهای تعارض قوانین مقرر نکنند و شیوه‌هایی منعطف تر مانند "اعمال جمعی سیستم‌های حل تعارض مرتبط با دعوی" یا اعمال "اصول کلی تعارض قوانین" را روا بدانند؛ ولی این شیوه‌های تعارضی نیز در نهایت بر اساس عامل ارتباطی که مرجع و موثر می‌دانند، خواه نا خواه رابطه حقوقی مورد نزاع را در نظام حقوق محلی کشوری که این عامل، مرجع حل اختلاف را بدان رهنمون می‌سازد، متمرکز و بدان وابسته می‌کند. بنا بر این، دیدگاه‌های تعارضی اصولاً نمی‌توانند به اعمال نظام حقوق فراملی منجر شوند. پس هرگونه ادعای وجود و قابلیت اعمال نظام حقوق فراملی بازرگانی، مقتضی میان بر و غیرضروری دانستن اعمال نظریه تعارض قوانین و اساساً دیدگاه تعارضی بوده است. از همین روی، طرفداران حقوق فراملی بازرگانی در بحث از تعارض صلاحیت‌های قانونی، "شیوه مستقیم انتخاب قانون" و عدول از نگرش‌های تعارضی را مطرح می‌کنند (جنیدی، ۱۳۸۱، صص ۴۲۱-۴۲۹؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۸۷ به بعد).

### ۱-۳. عبور از دادگاه‌های دولتی

مراجع قضایی که منظور از آن مشخصاً دادگاه‌های دولتی است، نه تنها پایبند به دیدگاه تعارضی هستند؛ بلکه مکلف به رعایت نظریه تعارض قوانین مقررند. به همین جهت، اگر صلاحیت قضایی حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی در انحصار یا عمدتاً در اختیار این

دادگاهها باشد، امیدی به تکوین و توسعه نظریه حقوق فراملی بازرگانی که اصولاً در این دادگاهها قابلیت اعمال (دست کم قابلیت اعمال ابتکاری و ابداعی) ندارد، نیست. گرچه، نارساییها و دیگر مشکلات دادگاههای دولتی دیر زمانی است که موجب گرایش به دیگر مراجع حل اختلافات تجاری بین‌المللی شده است، ولی بی تردید طرفداران نظریه حقوق فراملی بازرگانی نیز در قدرتمند تر کردن این روند بی اثر نبوده اند. زیرا، عملاً تنها راه عبور از نظریه تعارض قوانین و آزادی از نظامهای حقوق ملی خارج کردن دعاوی تجاری بین‌المللی از صلاحیت قضایی دادگاههای دولتی و سپردن آن به دیگر مراجع به ویژه داوریهای بین‌المللی است. این دسته از مراجع حل اختلاف آمادگی دارند که نه تنها از نظریه تعارض قوانین مقرر بلکه از هرگونه دیدگاه تعارضی عدول کرده و راهکاری چون "شیوه انتخاب مستقیم" را به کار بندند. با این همه باید توجه داشت که اثر حقوق فراملی بر تجارت بین‌الملل بسیار وسیع تر از اثری است که در داوریهای تجاری بین‌المللی دارد. در واقع انواع جدید از قراردادها و شروط به وسیله رویه تجاری به وجود آمده که مبتنی بر قانون‌گذاریهای داخلی نبوده و برای آنها ناشناخته است مانند شرط نفی عسر و حرج (*hardship clause*) و قراردادهای آماده بهره برداری (*turnkey contracts*)، Goldman, 1987, p.102; Boushez, 1991, p.102; Oppetit, 1974, pp.257-171).

(p.125)

بدین جهت شایسته است که بدانیم حقوق فراملی بازرگانی چیست و اجزاء و عناصر آن کدامند و بالاخره چه انتقادهایی متوجه این حقوق است.

## ۲- تعریف و عناصر حقوق فراملی بازرگانی

### ۲-۱. تعریف حقوق فراملی بازرگانی

«حقوق فراملی بازرگانی»، معادلی است که برای اصطلاح *Lex Mercatoria* در نظر گرفته شده است. معنی لغوی دقیق این اصطلاح لاتین حقوق بازرگانان است که با اندک مسامحه می‌توان آن را حقوق حاکم بر بازرگانان ترجمه کرد. برخی از فرهنگ نویسان معتقدند که این اصطلاح در لغت به معنی قانون تجارت و ناظر به رسوم و قوانین ملی و بین‌المللی مرسوم بین تجار در قرون وسطی است (طالقانی، ۱۳۷۳، ص ۹۵). به هر تقدیر، معنی این اصطلاح لاتین، در زمان حاضر تا حدی متفاوت است و همین امر موجب شد که اصطلاح "حقوق فراملی بازرگانی" به عنوان معادل آن برگزیده شود. از حقوق فراملی بازرگانی تعاریف متعدد بدست داده شده است. اشمیتوف آن را اصول مشترک در حقوق مربوط به معاملات تجاری بین‌المللی دانسته است (Schmithoff, 1982, p.19). تعدادی از حقوقدانان برجسته وجود "قواعد مشخصاً تجاری" که... نوعی قانون بازرگانی یا حقوق تجارت بین‌المللی است" (Fouchard, 1985, p.401)

بازرگانی یاد می‌کنند. با گذر از دیگر تعاریف اصطلاحی و لغوی روی دو تعریف که دارای نوعی جهت‌گیری شناختی است و تقابل آن دو به شناسایی ماهیت این حقوق کمک می‌کند تامل می‌کنیم:

### ۱-۲-۱. مفهوم وسیع

حقوق فراملی بازرگانی در مفهوم وسیع بر اساس موضوع منابع تشکیل دهنده آن قطع نظر از منشأ و ماهیت این منابع تعریف می‌شود. به این اعتبار حقوق فراملی بازرگانی، حقوق مناسب برای روابط اقتصادی بین‌المللی است (Goldman, 1987, p.113). این مفهوم نه تنها حقوق عرفی فراملی اعم از مدون و غیر مدون را در بر می‌گیرد بلکه شامل قوانین بین دولتها مانند کنوانسیون‌های وین و لاهه جهت متحدالشکل کردن قوانین مربوط به بیع بین‌المللی کالا و حتی قوانین دولتی مربوط به تجارت بین‌المللی، مانند بخشی از قوانین ملی برخی از کشورهای شرق اروپا نیز می‌شود که به تجارت بین‌الملل اختصاص دارد. وسعت این مفهوم تا به حدی است که قواعدی را که بوسیله رویه قضایی کشورها در حوزه تجارت بین‌الملل به وجود آمده است نیز در بر می‌گیرد. در بحث فعلی این مفهوم وسیع مد نظر نیست. زیرا مشکلات خاص مربوط به حقوق فراملی بازرگانی مثلاً مشکلات ویژه اصول کلی حقوقی و عرفها و رویه‌های تجاری در رابطه با قواعدی که منشأ دولتی یا بین دول دارند یا ساخته دست رویه قضایی هستند مطرح نمی‌شود. در ارتباط با عرفها و رویه‌های تجاری فراملی این بحث مطرح است که آیا چنین عرف یا رویه‌ای قاعده حقوقی است؟ آیا این عرف نظم حقوقی فراملی را ایجاد می‌کند که متمایز از نظم حقوقی ملی و نیز بین‌المللی است؟ هیچ کس تردید ندارد قواعدی که دارای منشأ دولتی یا بین دول یا رویه قضایی است، قواعد حقوقی بوده و بخشی از نظم عمومی کشورهایی را تشکیل می‌دهد که آن را اتخاذ کرده‌اند. نکته مهم این است که حقوق فراملی منشأ دولتی ندارد. ویرالی در همین باره می‌گوید: "تئوری حقوق فراملی مبتنی بر این تفکر است که نظام حقوقی ثالثی وجود دارد که بوسیله اشخاص برای تنظیم روابط خصوصی آنها بوجود آمده است. چون نظام حقوقی ملی، عمدتاً بر حقوق خصوصی استوار است، از این جهت نظام حقوقی فراملی به نظام حقوقی ملی نزدیک می‌شود بدون آنکه در گستره آن قرار بگیرد. بعلاوه نظام مزبور، به دلیل ماهیت غیر ملی خود، به نظام حقوقی بین‌المللی شبیه است. ماهیت غیر دولتی این نظام کاملاً آن را از حقوق ملی و بین‌المللی متمایز می‌سازد" (ویرالی، ۱۳۶۴، ص ۹۰).

## ۲-۱-۲. مفهوم مضیق

مفهوم مضیق حقوق فراملی بازرگانی متکی بر منشاء و ماهیت عناصر تشکیل دهنده آن است و قلمرو آن نیز بر همین اساس تعیین می‌شود نه صرفاً بر پایه موضوع آن. به این اعتبار حقوق فراملی بازرگانی مرکب از قواعدی است که موضوع آنها اگر نگوییم انحصاراً دست کم عمدتاً فراملی است و منشاء آن نیز عمدتاً عرف است و لذا اصولاً نوعی "حقوق خود رسته" (*Droit spontané*) یا خود جوش تلقی می‌شود که نیروی الزام آور خود را لزوماً از قوه حاکمه و اراده دولت نمی‌گیرد، گرچه ممکن است مقامات دولتی یا بین دول در ساخت یا اجرای آن دخالت داشته باشند. به این اعتبار شاید بتوان این نظریه را نوعی فاصله گرفتن از مکتب تحقیقی حقوقی تلقی کرد که در دهه‌های اخیر دارای تفوق نسبی بوده است. گلدمن به عنوان یکی از بزرگ‌ترین تئوری پردازان در این باره در تعریف حقوق فراملی بازرگانی می‌نویسد: "حقوق فراملی بازرگانی دست کم عبارت است از یک دسته اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی خودرسته که در چهارچوب تجارت بین‌الملل، بدون مراجعه به هیچ نظام حقوق ملی خاص، به آنها ارجاع داده شد و یا تکوین پیدا می‌کنند" Goldman, 1987, p.116; Goldman, (1979,) pp.475-9.

از لحاظ نظری می‌توان اصول کلی حقوقی را با دو وجه امتیاز از قواعد عرفی مزبور ممتاز

کرد:

۱. اصل کلی منبع چیزی بیش از یک قاعده حقوقی و قابل اعمال به چندین دسته از وقایع است. بنابراین، اوفوا بالعقود که یک اصل کلی است نه تنها تعهدات هر یک از طرفین قرارداد به ایفای وعده هایشان، بلکه تعهد به انجام با حسن نیت وعده‌ها و جبران خسارات وارده به طرف دیگر در نتیجه عدم انجام وعده مزبور و نیز تعهد به خاتمه ندادن قرارداد بطور یکجانبه را در بر می‌گیرد. بدین ترتیب، اصل کلی حقوقی منشاء پیدایش قواعد حقوقی متعدد بوده و حاکم بر تفسیر آنهاست در حالیکه یک قاعده عرفی فراملی، مانند هر قاعده حقوقی دیگر حاکم بر یک موقعیت خاص است. طبق این وجه مایز شاید بتوان تعهد به کاهش میزان زیان (*Mitigation of loss*) را یک قاعده عرفی دانست و نه یک اصل کلی.

۲. وجه تمایز دیگر اصول کلی از قواعد عرفی فراملی، خصیصه نظم عمومی و به عبارتی آمره بودن دسته اول و اختیاری بودن دسته دوم است. پذیرش این تمایز بطور ضمنی مفید یک نظم عمومی مخصوص حقوق فراملی بازرگانی است (Goldman, 1987, p.115). وجود این نظم عمومی فراملی را برخی از نویسندگان تأیید (Mority, 1989, p.3 et seq; Lalive, 1982, p.329) (et seq.; Lalive, 1986, p. passim) و برخی دیگر انکار کرده‌اند (Kassis, 1984, p.433). آراء داوری در باره اهلیت دولت جهت انعقاد قرارداد داوری (ICC Case No. 1939/1971: Derains, 1973).

(p.145) و ارتشاء El- (ICC Case No. 1110/1963: Lew, 1978, pp. 553 et seq; Koshiro & Leboulanger, 1984, p.3 et seq) را شاید بتوان موید نظر نویسندگان دسته اول دانست.

علی رغم تفاوت هایی که از لحاظ نظری بین قواعد عرفی و اصول کلی وجود دارد، در عمل در تصمیمات مراجع حل اختلاف از جمله در آراء داوری توجه خاص جهت تمیز و تفکیک آن دو از هم مبذول نمی ود؛ لذا تعریف سابق گلدمن از حقوق فراملی وافی به مقصود است. همچنین در ذیل بحث از مفهوم مضیق حقوق فراملی بازرگانی باید افزود که در چارچوب این مقاله و در این مرحله نگارنده در مقام بررسی یک نظام حقوق ماهوی است که دارای خصیصه فراملی و در پی غیرمحملی و غیر ملی کردن حقوق حاکم بر ماهیت روابط و دعاوی تجاری بین المللی است. بنا بر این، اصول کلی حقوق شکلی و اصول کلی تعارض قوانین از این بحث خارج هستند. توضیح بیشتر آنکه برخی از قوانین داخلی مانند قانون جدید آئین دادرسی فرانسه و قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس و نیز قواعد موسسات داوری بین المللی به مراجع غیر قضایی مثلاً به مرجع داوری اجازه می دهند که قواعد رسیدگی را که خود برگزیده اند اعمال کنند بدون اینکه نیاز به ارجاع به هیچ قانون آئین دادرسی داخلی باشد. این اختیار می تواند موجب پیدایش آئین رسیدگی عرفی بین المللی شود. هم اینک نیز سخن از شکل گیری آیین دادرسی فراملی است که مشتمل بر اصول کلی حقوق شکلی مانند اصل استقلال و بی طرفی، اصل رفتار مساوی، اصل رعایت حق دفاع، اصل تناظر، اصل ابلاغ به موقع و... است. با این وصف، این اصول که حاوی حکم ماهوی نیستند و اختصاص به روابط حقوقی بین المللی یا حتی روابط بازرگانی ندارند، در این مقاله مورد نظر نیستند.

اصول کلی تعارض قوانین هم به دلیل فقدان جنبه ماهوی و نیز به دلیل اینکه مانند دیگر دیدگاه های تعارضی، پایگاه نظری اعمال حقوق ملی نسبت به روابط حقوقی بین المللی هستند، به طور مبنایی در تعارض با نظام حقوقی واجد خصیصه فراملی قرار می گیرند و به همین جهت، در این مقاله موضوعیت ندارند.

## ۲-۲. عناصر اصیل حقوق فراملی بازرگانی

با توجه به مطالب بالا، اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی از اصیل ترین عناصر حقوق فراملی بازرگانی هستند. شاید بتوان به این دو رویه داوری های بین المللی را نیز افزود. به همین جهت، بحث از عناصر فوق در تشریح حقوق فراملی بازرگانی در مفهوم مضیق خود ضروری است. با این همه، گاه برخی از نویسندگان، حقوق بین الملل را نیز به عنوان یکی از این عناصر یاد کرده اند که در انتهای این قسمت جهت تبیین موضوع بدان اشاره خواهد شد. باید توجه



داشت که عناصر حقوق فراملی بازرگانی را بسیاری بیش از این دانسته اند. لندو فهرستی جامع را از آن بدست داده و حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، اصول کلی حقوقی، قواعد سازمان‌های بین‌المللی، عرف و کاربردها، قراردادهای استاندارد و آراء دواری منتشره را در آن گنجانیده است (لندو، ۱۳۶۴، ص ۱۲). منتها چون در این مقاله تاکید بر مفهوم مضیق حقوق فراملی و عناصر اصیل است، به عناوین مطروحه در ابتدای بحث محدود خواهیم ماند. خصوصاً که بسیاری از منابع دیگر، اگر بوسیله دولتها ابداع نشده و محصول مستقیم اراده آنان نباشند، در این عناصر قابل ادغام هستند.

## ۲-۲-۱. اصول کلی حقوقی

### ۲-۲-۱-۱. مفاد اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی، موضوع ماده ۳۸ اساسنامه دادگاه دادگستری، ناظر به اصول مشترک مورد قبول بوسیله نظام‌های حقوقی متمدن جهان است. این اصول در واقع انعکاسی از مفاهیم حقوقی نظام‌های حقوق ملی است و دستیابی به آنها در نتیجه پژوهش در حقوق تطبیقی ممکن می‌شود. لذا اصول کلی حقوقی غیر از اصول کلی حقوق بین‌الملل است (ویرالی، ۱۳۶۴، ص ۱۰۳). با توجه به ارتباط مستقیم حقوق عمومی با قدرت سیاسی و اختلافات قابل ملاحظه که دولتها و نظام‌های حقوقی بزرگ جهان از مفهوم حقوق عمومی و اصولی دارند که باید بر آن حاکم باشد، این گمان قوی است که "اصول کلی حقوقی" در گستره روابط خصوصی، یعنی در حقوق خصوصی و آن قسمت از حقوق عمومی که نزدیک تر به حقوق خصوصی است، امکان بیشتر برای پیدایش و گسترش داشته باشند (همان، صص ۱۰۳-۱۰۴). شاید به همین دلایل است که به سختی می‌توان موردی را یافت که دیوان دادگستری بین‌المللی به استناد قسمت ج از بند یک ماده ۳۸ اساسنامه خود اصلی را اعمال کرده باشد. دلایلی که موجب عدم موفقیت اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل می‌شود، می‌تواند از دلایل موفقیت آن در حقوق فراملی باشد (همان، ۱۰۵). زیرا حوزه حقوق فراملی، حوزه روابط خصوصی است. البته گلدمن تاکید می‌کند که اصول کلی حقوقی تنها محدود به اصولی که در ماده ۳۸ اساسنامه اشاره شده نیست و شامل اصولی نیز می‌شود که بر اساس عرفهای کلی و مستمر به تدریج در حوزه تجارت بین‌الملل تکوین و تثبیت می‌شوند (Goldman, 1979, p. 475).

در مورد نحوه استخراج اصول حقوقی که در مورد قواعد عرفی نیز صدق می‌کند دو روش مبتنی بر فهرست (*The list method*) و مبتنی بر کارایی (*The functional method*) وجود دارد. در روش اول فهرست اصول و قواعد جمع آوری می‌شوند (Berger, 1999, p. 212) مانند اصول حقوق قراردادهای اروپایی (*Principles of European Contract Law/Lando Principles*) و نیز

آنچه تحت عنوان اصول کلی قراردادهای تجاری بین‌المللی از سوی موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT General Principles of International Commercial Contracts) تدوین شده است. چون این گونه مجموعه‌ها (اصول موسسه یکنواخت سازی و اصول لندو) از انعطاف کافی برخوردار نیست و پس از تدوین دچار ایستایی شده و قدرت پویایی و تطبیق خود با تحولات را از دست می‌دهد، برگر بانک داده‌ها را در این خصوص ابداع و ایجاد کرده که با توجه به تحولات سریع حوزه بازرگانی بین‌المللی اطلاعات را روز آمد می‌کند (Berger, 2002, pp.83-94). روش دوم که باید امانوئل گایار را مبدع آن دانست، مبتنی بر این نگرش است که با وقوع هر مسئله یا دعوای خاص باید قاعده ویژه و مرتبط حقوق فراملی بازرگانی را در آن مورد خاص شناسایی کرد. بدین ترتیب، نگرش مبتنی بر کارایی و کار کرد، حقوق فراملی بازرگانی را به منزله روش تعیین اصل یا قاعده مناسب در هر مورد خاص می‌داند (Gaillard, 2001, pp.62-63). گایار امتیاز این روش را نسبت به روش فهرستی در این نکته می‌داند که در این روش هر ادعایی که بوسیله یک طرف در دعوای فرضی طرح شود ضرورتاً پاسخی در حقوق فراملی بازرگانی خواهد داشت؛ امری که لزوماً در روش دیگر صادق نیست (Ibid., p.64). نکته‌ای که برخی پژوهشگران مورد تاکید قرار می‌دهند این است که فهرست‌های اصول، منبع حقوق فراملی بازرگانی به حساب نمی‌آیند بلکه بخشی از مفاهیم و محتویات موجود در حقوق فراملی بازرگانی را مدون و منعکس می‌سازند (Mayer, 2002, p. 111; Fortier, 2001, pp.124-125). اینک پرسش اصلی آن است که آیا اصول کلی و قواعد حقوقی از جمله قواعد عام عرفی، یک نظام حقوقی را بوجود می‌آورند یا خیر. برخی از متخصصان مجموعه این اصول و قواعد را موجد یک نظام حقوقی مستقل می‌دانند (David, 1982, p.484; Lalive, 1964, p.992). برخی دیگر مانند وردرس آن را یک نظام حقوقی تلقی نمی‌کنند بلکه مجموعه‌ای از قواعد می‌دانند که می‌توانند برای پر کردن خلاءهای قرارداد مورد استفاده قرار گیرند (Toope, 1990, p.69). اعم از اینکه معتقد باشیم اصول کلی حقوقی یک نظام حقوقی مستقل را تشکیل می‌دهند یا خیر، قابلیت آنها برای رفع نقصها و اختلافات قراردادی مورد انتقاد است. از جمله به این دلیل که با توجه به سیستم‌های اجتماعی و اقتصادی متفاوت کشورها که موجب پیدایش رژیم‌های متفاوت و متنوع در حقوق قراردادها شده است، جمع آوری ماهرانه اصولی که هم بقدر کافی عام و هم برای حکومت بر اوضاع و احوال خارجی مشخص و دقیق باشند، بسیار مشکل شده است (Ibid, p.71). ممکن است بیان برخی از طرفداران حقوق فراملی بازرگانی را نیز موید این نظر دانست. لندو می‌نویسد: "دوری که تنها به اصول کلی حقوقی استناد کند اغلب قادر نیست اصولی را بیابد که واقعاً کلی باشند بدین معنی که به جوهر مشترک همه نظام‌های حقوقی یا حقوق‌های مرتبط با دعوی متعلق باشند. لذا تا حد

زیادی باید از خلاقیت و ابتکار خود استفاده کرده، به عنوان یک مهندس اجتماعی عمل کند" (Lando, 1987, p.110).

### ۲-۱-۲. استناد به اصول کلی در دادگاه‌های داوری

علی‌رغم همه انتقادهایی که به اصول کلی حقوقی از نظر کم بودن تعداد و نامعین بودن مفاد آنها می‌شود، استناد به آنها در رویه داوری معمول و مکرر است. در رأی معروف اتاق بازرگانی در پرونده هند و پاکستان، داور منفرد، پروفیسور لالیو، از جمله به «اصول کلی تفسیر قرارداد» استناد کرده است (ICC Case No. 1512/1971: I Yearbook, 1976, p.128). در یک رأی قدیمی تر اتاق بازرگانی نیز آمده است: "طرفین در توافقات و مراسلات خود به قانون ملی که در نظر دارند رابطه شان یا اختلافشان تحت حکومت آن باشد، اشاره نکرده‌اند. بنابراین، بطور ضمنی به داور اختیار داده اند که به منظور تفسیر تعهداتشان معیارهای حقوقی، و در نبود آن، عرف های تجاری را اعمال کند" (ICC Case No. 1641/1969: 101 Clunet, 1974, p.888).

داوران در دعاوی که اختیار رسیدگی بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی را نداشته‌اند نیز بدون ارجاع به یک حقوق ملی خاص، به اصول کلی حقوقی و عرف های بازرگانی استناد کرده‌اند (ICC Case No. 1859 /1973: Derains, 1973, p.133). همچنین در رویه داوری از اعمال اصول کلی حقوقی نسبت به قراردادهای دولتی پشتیبانی شده است. از این جمله‌اند پرونده‌های سافیر (Sapphir: 35 ILR, 1967, p.136)، لیامکو (Liamco: 20ILM, 1981, p.41)، تگزاکو (Texaco, 53 ILR, 1979, pp.447-8)، شرکت پترولیوم دولپنت (18 ILR, 1951, p.149) و پرونده شماره ۵۰۶۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی (114 Clunet, 1987, p.1041).

بررسی عملکرد دیوان دعاوی ایران و آمریکا نیز نشان می‌دهد که اصول کلی حقوقی در این دیوان از جایگاهی شایسته برخوردار بوده است، مثلاً دیوان فورس ماژور را اصل کلی حقوقی شناخته است به نحوی که حتی اگر قرارداد حاوی شرط فورس ماژور نباشد نیز این اصل تعلیق یا خاتمه کامل یا جزئی قرارداد را مجاز می‌دارد. مثلاً در دعاوی شرکت آناکندا-ایران علیه ایران آمده است:

"...اگر نگوئیم در همه نظام‌های حقوقی {دست کم} در اکثریت نظام‌های حقوقی، فورس ماژور تحت عناوین و اسامی مختلف مطرح گردیده و به عنوان عذری برای عدم انجام قرارداد مورد شناسایی قرار گرفته است. بنابراین، فورس ماژور می‌تواند یک اصل کلی حقوقی تلقی شود... حق استناد به فورس ماژور منوط به یک شرط صریح قراردادی یا ناشی از آن نیست" (Iran - 13 US CTR 1986 IV, pp.211-212).

از دیگر اصول مهم مورد استناد دیوان اصل دارا شدن غیر عادلانه (*unjust enrichment*) است که در چندین دعوی مورد استناد قرار گرفت (2US CTR, 1983 I, p.100 & p.232; 6Iran – US CTR, 1984 II, p.168; 14 Iran – US CTR, 1987 I, pp.188-9). به عنوان مثال در یکی از دعاوی، خواهان، برای کاری که به درخواست ایران انجام داده بود، ادعای اجرت کرد. دیوان حکم داد: "تقاضای کار و انجام آن طبق تقاضا، بدون توجه به موجود یا عدم قرارداد، این ایران را حداقل با اندازه اجرت المثل مسئول می‌سازد."

نوعی ابهام نسبی را باید از خصایص این منبع حقوق فراملی تلقی کرد. حتی در مورد اصل مسلمی چون اوفوا بالعقود نیز ویرالی- در یکی از آراء- آورده است: "کافی نیست به اوفوا بالعقود استناد شود زیرا حقوق قراردادهای از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و حقوق قراردادهای ملی نیز با حقوق معاهدات بین‌المللی تفاوت دارد، لذا باید بعلاوه تعیین شود که به این قاعده در کدام حوزه حقوقی استناد می‌شود."

با این وصف، هم او اصول کلی حقوقی را شالوده حقوق فراملی تلقی و ابهام نسبی یا عدم قابلیت تعیین را از امتیازات آن و از جمله علل انعطاف پذیر این منبع دانسته است (ویرالی، ۱۳۶۴، صص ۱۰۲ و ۱۰۵).

## ۱-۲-۲. کاربردها، رسوم و عرف های تجاری

با توجه به رشد سریع کاربردها و رسوم و عرف های تجاری، این منبع از یکسو می‌تواند شکاف های موجود در قانون قابل اعمال نسبت به دعوی را پر کند و از سوی دیگر خود می‌تواند به عنوان جانشین حقوق ملی مورد ارجاع واقع شود. امکان اعمال مستقیم عرفها، کاربردها و رسوم تجاری توسط قاضی نسبت به قراردادهای، بیشتر و بیشتر از سایر منابع حقوق فراملی و تقریباً بدون بحث و مجادله پذیرفته شد. لیو در این باره می‌نویسد: "به هنگام مواجهه با نوعی خاص از قرارداد یا رابطه حقوقی، داوران توجه خواهند کرد که آیا یک قاعده شناخته شده مناسب با رویه‌ای که پذیرفته شده یا رسمی که در آن حوزه تجاری ویژه مورد تبعیت باشد، وجود دارد؟ چنانچه یک قاعده مناسب یا رویه یا رسم وجود داشته باشد، به عنوان یک مقرر حقوق تجارت بین‌المللی مستقیماً نسبت به قرارداد مزبور قابل اعمال است" (Lew, 1978, p.437).

وی در قسمت دیگر همین بحث می‌نویسد: "مشخصه واقعی قواعد، رویه‌ها، عرفها و رسوم مورد اتباع در تجارت بین‌المللی هر چه باشد، حق و در واقع تکلیف داوران در اینکه آنها را مورد ملاحظه قرار داده و به آنها ارجاع دهند و آراء خود را مبتنی بر آنها سازند، بخوبی محرز و محقق است" (Ibid).

از نظر تحلیلی می توان معتقد بود که بسیاری از منابع دیگر از جمله قوانین متحدالشکل (مثل پیمان‌های راجع به قراردادهای فروش بین‌المللی اشیاء منقول)، قواعدی چون یو.سی.پی.، اینکوترمز، یا شرایط عمومی خرید یا فروش که توسط انجمن‌های حرفه‌ای تهیه شده، قراردادهای استاندارد و مانند آن، در واقع عمدتاً همان کاربردها و عرف‌های تجاری اند که مدون شده‌اند.

به نظر می‌رسد که منظور گلدمن (Goldman, 1979, p.476; Goldman, 1987, p.116) از "حقوق خود رسته" بیش از هر چیز، همین منبع از حقوق فراملی بازرگانی باشد. لزوم توجه به کاربردها و عرف‌های مرتبط در بسیاری از قوانین و اسناد بین‌المللی آمده است. بند یک از ماده ۵ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ و ماده ۹ از قانون متحد الشکل بیع بین‌المللی کالا ۱۹۶۶ و بند ۳ از ماده ۳۲ قواعد آنسیترال و بند ۵ از ماده ۱۳ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی را می‌توان در این رابطه نام برد. هنگامی که ماده اخیر در مقررات ۱۹۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی گنجانده شد، ژان روبر (Jean Robert) نایب رئیس وقت دیوان داوری اظهار داشت: "اینک بجاست که فکر کنیم این قاعده راه را بر نوعی از داوری کم و بیش آزاد از محدودیت‌های قانون در آینده گشوده است" (Carig & Park & Paulsson, 1990, p.294).

در ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی ایران و آمریکا نیز عرفهای بازرگانی مربوط، یکی از عناوین قانون حاکم بر ماهیت دعوی دانسته شده است، در حالی که در قسمت اول ماده، اصول حقوق بازرگانی، بطور مستقل و به عنوان منبعی جداگانه آمده است. محققان معتقدند مقصود از اصول حقوق بازرگانی، قواعد و ضوابط کلی است که در زمینه‌های مختلف بازرگانی معمول است و کاربردی گسترده دارد؛ اما منظور از عرف‌های بازرگانی مربوط، عرفهای ویژه مربوط به رشته‌ای خاص از تجارت مثلاً تجارت دریایی یا اسناد بازرگانی و امثال آن است (صفایی، ۱۳۷۲، ص ۵۱).

### ۱-۲-۲. رویه مراجع داوری بین‌المللی

به نظر می‌رسد که بتوان رویه دیوان‌های داوری بین‌المللی را دارای نقشی موثر در شکل‌گیری و تکامل حقوق فراملی بازرگانی و در ردیف عناصر اصیل آن دانست، خصوصاً با توجه به این نکته که این مراجع حل اختلاف دارای ماهیت خصوصی بوده و به نام حاکمیت و دولت مقرر عمل نمی‌کنند. این نقش به ویژه در آراء و تصمیماتی که جنبه ابداعی داشته و متضمن نوعی مهندسی حقوقی- اجتماعی است، دو چندان است.

## ۲-۲-۲. حقوق بین‌الملل

آنچه موجب تردید در کارکرد حقوق بین‌الملل به عنوان یک عنصر اصیل و موثر حقوق فراملی بازرگانی است، این نکته است که حقوق بین‌الملل علی‌الاصول برای حکومت بر روابط بین دولتهاست. به طور سنتی، اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی - مگر در مورد برخی قوانین مربوط به حقوق بشر - موضوع حقوق بین‌الملل نیستند. به همین جهت، امکان اعمال مستقیم حقوق بین‌الملل در روابط خصوصی آن گونه که در مورد حقوق فراملی انتظار می‌رود، مردد و دور از دسترس می‌نماید. برخی محققان معتقدند که جز بر پایه یک شرط قراردادی، حقوق بین‌الملل - خواه قراردادی یا عرفی - فی‌نفسه نمی‌تواند در مورد قرارداد اعمال شود. به عبارت دیگر، اقتدار حقوق بین‌الملل بستگی به شرط مندرج در قرارداد دارد (ویرالی، ۱۳۶۴، ص ۱۰۰). نیز اینان بر این اعتقادند که: "نتایج عملی وارد کردن حقوق بین‌الملل در قرارداد مشکوک بنظر می‌رسد. حقوق بین‌الملل، در روابط بین دولتها اعمال می‌گردد. در حقیقت حقوق بین‌الملل نوعی حقوق عمومی است که بر حسب ویژگی‌های روابط بین‌الملل تدوین شده است. اعمال چنین حقوقی بر روابط خصوصی که دارای ماهیت متفاوت است، بدون اشکال نیست، کما اینکه اعمال قواعد حقوق خصوصی بر روابط بین‌المللی مشکل به نظر می‌رسد" (همان).

به عقیده یکی از سردمداران معروف امکان اعمال حقوق بین‌الملل بر قرارداد به عنوان قانون حاکم بر آن (Mann, 1987, p.445 et seq)، این حقوق، تنها سیستم غیر محلی ممکن جهت اعمال نسبت به قراردادهای بین‌المللی است. وی در مقام توجیه این دیدگاه استدلال می‌کند: "تجاری کردن معاهدات همانند بین‌المللی کردن قراردادها دو جنبه مختلف یک اندیشه اساسی هستند. دیگر جاذبه‌ای برای این طرز تفکر وجود ندارد که حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی هر یک قلمرو اعمال مخصوص بخود دارند. قلمرویی که بوضوح و حتی شاید بطور غیر قابل انعطاف تعریف و از قبل تعیین شده است. استدلال انتزاعی در این زمینه جاذب نیست. از این قبیل است قاعده‌ای که حقوق بین‌الملل عمومی را تنها بین اشخاص بین‌المللی قابل اعمال می‌داند و یا روابط بین اشخاص بین‌المللی را ضرورتاً تابع حقوق بین‌الملل عمومی می‌داند. هر دو شاخه حقوق، شاخه‌های درخت واحد هستند، لذا بر طبق نیازهای عدالت متعارف انصاف { و مقتضیات عملی اعمال می‌شوند. این دو شاخه حقوق، رابطه عموم و خصوص من وجه دارند و در یکدیگر نفوذ می‌کنند و هر دو شاخه به شرکت در تحول تدریجی حقوق فراخوانده می‌شوند" (Ibid, P.456). این عقیده در دکتترین جایگاهی بدست آورده است (Weil, 1969, pp.185-9; David, 1982, p.480) و در برخی اسناد بین‌المللی نیز منعکس شده است. این اسناد از

جمله عبارتند از ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن و ماده ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی ایران و امریکا.

می‌دانیم که هر دو سند ناظر به قراردادهای دولتی است. بنابراین، اگر بتوان حقوق بین‌الملل را یکی از عناصر حقوق فراملی بازرگانی دانست، باید اعتراف کرد که این عنصر عمدتاً به حوزه‌ای خاص از قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یعنی قراردادهایی که یکطرف آن دولت است، محدود می‌شود. رویه داوری بین‌المللی نیز مؤید این امر است. رأی تگزاکو (Texaco 53ILR, 1979, p.443)، صریح‌ترین رأی در این زمینه است.

یک بررسی تخصصی‌تر در آراء صادره از سوی دیوان دعاوی ایران و آمریکا و بسیاری دیگر از آراء نشان می‌دهد که از دعاوی مربوط به اخراج و برخی موضوعات دیگر حوزه حقوق بین‌الملل عمومی، مانند اختلافات مربوط به تفسیر بیانیه که بگذریم، عمده‌ترین حوزه اعمال حقوق بین‌الملل عمومی دعاوی مربوط به سلب مالکیت و غرامت و خلاصه دعاوی مربوط به مسئولیت دولت بوده است (XIII Yearbook, 1988, pp.292-3). این دسته از دعاوی از حوزه‌های سنتی اعمال حقوق بین‌الملل عمومی است و قواعد عرفی قابل توجه در حقوق بین‌الملل در این باره شکل گرفته است.

### ۳- میزان اعتبار حقوق فراملی بازرگانی

این مقاله بدون بحث از میزان اعتبار و مقبولیت حقوق فراملی بازرگانی در سطح بین‌المللی (یعنی در پیمان‌ها و دیگر اسناد بین‌المللی و رویه مراجع داوری) و در سطح ملی یعنی در قوانین و رویه قضایی نظام‌های حقوق ملی از جمله نظام حقوقی ایران کامل نیست و دیدی جامع از موضوع بدست نمی‌دهد. به همین جهت بخش سوم این مقاله به بررسی میزان اعتبار عملی این نظریه در سطح ملی و بین‌المللی و نیز در حقوق اسلام به دلیل نوعی سنخیت ساختاری در هر دو سیستم هنجاری که به ناگزیر باید در کنار نظام‌های حقوق موضوعه به معنای مصطلح هم زیستی نمایند، اختصاص یافته بود. ولی، این بحث، با توجه به مقررات شکلی حاکم بر حجم مقالات قابل چاپ در مجلات پژوهشی از این مقاله حذف و به مقاله مستقل دیگر واگذار شد.

### ۴- نقد نظریه حقوق فراملی بازرگانی

در مقابل طرفداران وجود حقوق فراملی و لزوم اعمال آن، نویسندگانی نیز در مقام نفی یا انتقاد از آن بر آمده‌اند (Baxter, 1990, p.289; Weil, 1969, p.184; Stoecker, 1990, p.101).

(Luzzatto, 1977, p. 24). نگارنده برای این که بی طرفانه قلم زده باشد، انتقادات و راه حل‌های منتقدان را هم در زیر بیان کرده است:

#### ۴-۱. انتقادات مطروحه پیرامون حقوق فراملی

##### ۴-۱-۱. نقص، کمبود و ابهام منابع

نویسندگان و پژوهشگران نوعاً به نقص و کامل نبودن ساختار حقوق فراملی بازرگانی از یک سو (Mustill, 1987, p. 151; Lagarde, 1982, p. 130) و کمبود منابع و کلی بودن و به تبع ابهام و اجمال آن از سوی دیگر انتقاد کرده‌اند. قاضی ماستیل در پژوهش خود اصول کلی حقوقی شناخته شده در سراسر جهان را اندک و محتوای آنها را کلی تر از آن دانسته که عملاً چندان مفید فایده باشد (Mustill, ibid., p. 174-177). برخی از محققان این ابهام را تا بدان حد دانسته‌اند که اصلاً در اینکه هیچ مجموعه قوانینی تحت عنوان حقوق فراملی بازرگانی مندرج باشد، تردید کردند. توپ با اتکا بر پژوهش قاضی ماستیل می‌نویسد وی با مرور بر اصولی که ادعا می‌شود بخشی از حقوق فراملی بازرگانی را تشکیل می‌دهند، توانست تنها بیست قاعده را بدست آورد. هفت قاعده از این قواعد بی نهایت انتزاعی و کلی است. از این جمله اصولی مانند اوفوا بالعقود، تغییر اوضاع و احوال، سوء استفاده از حق و اجرای با حسن نیت و... سیزده قاعده باقیمانده که بنحوی دقیق تر هستند مانده قاعده پیش بینی و قاعده الزام متضرر به کاستن از میزان ضرر، تقریباً حاصل نسبتاً اندک چیزی در حدود ۲۵ سال داوری بین‌المللی است. او از این تحقیق نتیجه گرفته است که برای متخصصان حقوق تجارت بین‌الملل بسیار مشکل است که منابعی را برای حقوق فراملی بازرگانی فرضی پیدا کنند (Toope, 1990, p. 95).

لندو گرچه این نقص را چنین بزرگ نیافته، ولی به وجود آن اعتراف کرده است. او می‌گوید وقتی طرفین از داور می‌خواهند که حقوق فراملی را اجرا کند، باید مزایا و عیوب آن هر دو را در نظر داشته باشند. یکی از این عیوب، کمیابی منابعی است که داور می‌تواند تصمیم خود را بر آن مبتنی سازد. نیز داور نمی‌تواند تحقیقات وسیع جهت تعیین جوهر مشترک بسیاری از نظام‌های حقوقی انجام دهد و لذا اغلب باید از ذوق سلیم خود استفاده کند (Lando, 1987, p. 110).

##### ۴-۱-۲. عدم وضع به وسیله یک قوه حاکمه

یکی دیگر از مهم ترین انتقادات مطروحه آن است که چون قواعد حقوق فراملی قواعدی نیست که یک قوه حاکمه آن را وضع کرده باشد، لذا حقوق فراملی یک سیستم حقوق ماهوی مؤثر را بوجود نیاورده، نمی‌تواند یک نظام حقوقی نام گیرد (Stoeker, 1990, p. 118). وضع



نشدن به وسیله قوه حاکمه (دولت در سطح ملی و دولتها در سطح بین‌الملل) خود به خود منشا نارسایی مهم دیگر یعنی الزام آور نبودن و فقدان ضمانت اجرا خواهد شد (Berger, 1999, p. 40 et seq). پاسخ داده شده است که این طرز تلقی شکل گرا و تشریفاتی به این واقعیت توجه ندارد که از یک سو جامعه تجار ضمانت اجراهای خاص خود مانند اخراج از انجمن‌های مربوط را تحمیل می‌کند (Ibid., p. 29) و از سوی دیگر تجارت بین‌الملل از بسیاری جهات به طریقی اداره می‌شود که حقوق‌های ملی بدان التفات ندارند. همانطور که بازرگانان قدیمی سیستم‌های قضایی (دادگاه‌های تجاری) مخصوص به خود را به وجود آوردند، امروز نیز تجار برای برآورده کردن نیازهای خود در مورد اختلافات متوسل به داوری شده‌اند. آنان حق دارند که انتظار داشته باشند مشکلاتشان بدون محدودیت‌های نظام‌های حقوق ملی که مناسب بازرگانی بین‌المللی و داوری نیست، حل شود (Stoeker, 1990, p.118).

اگر به راستی در عمل، این پاسخها موثر افتاده و حقوق بازرگانی فراملی تکامل یافته و در حد یک نظام سوم حقوقی به نحو تاثیر گذار خود را مطرح سازد باید این امر را سرآغازی بر قدرتمندی بیشتر مکاتب تحقیقی اجتماعی و کاستن از تفوق مکاتب تحقیقی حقوقی دانست که تکوین و تکامل نظام‌های حقوقی را به اراده دولت پیوند زده اند.

### ۳-۱-۴. محدود بودن رویه داوری مستند به حقوق فراملی

یکی دیگر از انتقادات مطرح شده، عبارت از کمی تعداد آرای است که در آنها صریحاً به حقوق فراملی بازرگانی استناد شده است و نیز اقلان کننده نبودن آنها. به عنوان مثال، منتقدان، علت ابرام رأی نرسلر بوسیله دیوانعالی اتریش را استناد هیئت داوری به اصل حسن نیت، به عنوان یکی از اصول راهنمای حقوق فراملی بازرگانی دانسته‌اند، اصلی که بسختی قابل اعتراض و بحث است. آنان می‌گویند معلوم نیست که اگر دادگاه داوری احتیاط کمتری در کیفیت اعمال حقوق فراملی می‌کرد باز دیوانعالی اتریش همین نظر را می‌داد (Toope, 1990, pp.91-92). اینان تائید رأی داوری صادره علیه شرکت ملی نفت رأس الخیمه را نیز متقاعد کننده نمی‌دانند زیرا دادگاه استیناف خود توجه داده که انتخاب قانون بوسیله دادگاه داوری جنبه فرعی داشته و دعوی عملاً بر اساس واقعیات موجود در پرونده تعیین تکلیف شده است. بدین ترتیب، انتخاب قانون قابل اعمال با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه از اهمیت بسیار کم برخوردار بوده است (Ibid, p.92). تحقیقات اخیر نیز تعداد آرای داوری مستند به حقوق بازرگانی فراملی را به ویژه به طور انحصاری محدود و عمدتاً صادره از مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نشان می‌دهد (Dasser, 2008).

#### ۴-۱-۴. عدم تأمین مصالح کشورهای جهان سوم

برخی دیگر از انتقادات، رنگ سیاسی به خود می‌گیرد. مثلاً به نظر بعضی نویسندگان، حقوق باصطلاح فراملی بازرگانی عمدتاً کوششی است در این جهت که به منافع و مصالح شرکت‌های غربی به عنوان "قانون" مشروعیت بخشد (Ibid, p.96). توپ به نقل از یک حقوقدان برزیلی بیان می‌دارد: "داوری تجاری بین‌المللی به عنوان سلاح مؤثری جهت پیدایش حقوق بازرگانی فراملی جدید تلقی می‌شود... داوری، به عنوان یک عامل فعال در جهت غیر محلی کردن (یا بین‌المللی کردن) قرارداد، دعوی را از حوزه تصمیم دادگاه‌های محلی که قوانین محلی را اعمال می‌کنند خارج کرده و به حوزه‌ای انتقال می‌دهد که قواعد بوسیله مصالح و منافع عمده تجاری بین‌المللی ایجاد می‌شود، پروسه‌ای که کشورهای جهان سوم از آن حذف شده و در ایجاد آن نقشی ندارند" (Toope 1990, p.96).

#### ۴-۲. راه حل جایگزین

برخی از نویسندگان به رد و نقض حقوق فراملی اکتفاء نکرده و برای پاسخگویی به نیازهای تجارت بین‌الملل در مقام ارائه راه حل برآمده‌اند. بکستر را باید از این جمله دانست. او طی سه مقاله متوالی (Baxter, 1990, p.92 et seq.; Baxter, 1987, p.538 et seq.; Baxter, 1985, p.288 et seq.) سعی کرده است قانون مناسب برای حکومت بر دعوی تجاری بین‌المللی را تشریح کند. بکستر مانند بسیاری از طرفداران حقوق فراملی روش سنتی برخورد با این دعوی یعنی توسل به قواعد تعارض قوانین جهت انتخاب قانون مناسب برای حل دعوی تجاری بین‌المللی را اساساً ناقص، نارسا و نامناسب می‌داند (Baxter, 1990, p.288; Baxter, 1987, p.112). بکستر معتقد است تجارت بین‌المللی محتاج روشها و اهداف و معیارهای خاص خود جهت رفع اختلافات است. منتهی او در اینجا راه خود را از طرفداران حقوق فراملی جدا می‌کند. او وجود حقوق فراملی را انکار کرده، قبول عام آن را امری موهوم و خیالی می‌داند (Baxter, 1990, p.289). در عوض پیشنهاد می‌کند که هر کشوری در قانون مقرر خود مجموعه‌ای از قواعد و اصول حقوقی را برای موضوعات تجارت بین‌المللی ایجاد کند. وی می‌افزاید این بخش می‌تواند با تصمیمات قضایی، معاهدات بین‌المللی و رویه‌های تجارت بین‌المللی توسعه یابد (Ibid).

برخی دیگر از نویسندگان نیز پیشنهادی مشابه بکستر را عنوان کرده‌اند (Stoecker, 1990, pp.24-5). به اعتقاد آنان، مزیت عمل به این پیشنهاد که در برخی از کشورهای شرق اروپا عملی شده، این است که چنانچه طرفین یا دادرس یا داور قانون کشوری را برای حکومت بر قرارداد یا ماهیت دعوی انتخاب کنند، مقررات تجارت بین‌المللی سیستم حقوقی آن کشور

اعمال می‌شود (Ibid, pp.290 & 298). مشکل این راه حل، اختلاف نظام‌های مختلف حقوقی در بعد تجارت بین‌الملل است؛ ولی بکستر معتقد است می‌توان هماهنگی لازم را بوسیله معاهدات و قواعد ناظر به رویه‌ها و کاربردهای شناخته شده مانند اینکوترمز یا مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی و... بوجود آورد (Ibid, p.290). افزون بر مشکل فوق، این دیدگاه از لحاظ نظری و عملی در معرض انتقادات دیگر است. انتخاب قانون بوسیله طرفین که در فوق مطرح شد، اعتبار خود را از اصل حاکمیت اراده می‌گیرد و اصل مزبور از نظر طرفداران تئوری حقوق فراملی بازرگانی یک اصل کلی حقوقی و از نظر طرفداران تئوری تعارض قوانین، یکی از اصول کلی حل تعارض است. شاید همین امر استقلال تئوریک و تحلیلی این نظریه را تا حدی مخدوش سازد.

از سوی دیگر، کنوانسیونها و رویه‌ها و کاربردهای شناخته شده، مانند اینکوترمز و مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی از نظر طرفداران حقوقی فراملی از عناصر اصلی این حقوق است و با وحدت محتوی، تفاوت نام تأثیری نخواهد داشت. انتقاد عملی آنکه، به فرض تحقق این نظریه در کشورهای مختلف جهان یعنی تصویب مقررات مربوط به تجارت بین‌الملل در همه یا عمده نظام‌های حقوقی، این امر چنان بطنی خواهد بود که نیازهای امروز بی پاسخ خواهند ماند و لذا چاره‌ای از روش سنتی یعنی توسل به نظریه تعارض قوانین یا روش جدید یعنی توسل به نظریه حقوق فراملی نخواهد بود.

## ۵- ارزیابی و استنتاج

در این مقاله تلاش شده است که به نحو اختصار نظریه حقوق فراملی بازرگانی را که نخستین بار در حدود هفتاد سال پیش به وسیله برتلد گلدمن پردازش و طرح شد از نظر اصل وجود، محتوی، عناصر و نیز انتقادات وارده مورد بررسی قرار دهد. با توجه به اینکه پس از گذشت هفتاد سال علی‌رغم برخی پیشرفتهای هنوز در خصوص وجود و محتوای آن و به ویژه، قابلیت طرح آن به عنوان یک نظام سوم حقوقی در کنار حقوق داخلی و بین‌المللی تردیدها و انتقاداتی مطرح است، نگارنده در مقام ارزیابی و استنتاج خطرات و موانع موجود بر سر راه تثبیت نظریه و ظهور چنین نظام سومی را که نیازمند نوعی شناسایی جهانی است، عمدتاً در ملاحظات زیر می‌داند:

۱. نیاز به تکامل نسبی که یکپارچگی، قابلیت پیش‌بینی و شفافیت در حد معقول و نیز موثر بودن و ضمانت اجرا داشتن آن را تامین کند. این تکامل نسبی محتاج جمع آمدن عوامل متعدد است ولی بدون شک باید در زمان معقول یعنی زمانی که بتواند پاسخگوی نیازهای امروز باشد تحقق یابد والا چنان که خواهد آمد راههای جایگزین و رقیب دست کم فرصت

تکامل مطلوب را سلب کرده و مانع از ظهور آن به عنوان یک نظام حقوقی تمام عیار خواهند شد. چنانکه هم اکنون نیز سخن از این است که حقوق فراملی بازرگانی بیشتر یک روش یافتن قاعده مناسب است تا یک نظام سوم حقوقی.

۲. چنانکه اشاره رفت شیوه‌های جایگزین در راه هستند و در مقام رقابت. اگر حقوق فراملی بازرگانی نتواند به نحو نسبتاً کامل تر و کارآمدتر نیازهای امروز را پاسخ گوید بعید نیست که حقوق دولتی که در یکی دو قرن گذشته سیستم‌های هنجاری رقیب را کنار زد با توجه به نیروی بیشتر در تولید قواعد و هنجارها، در سطح ملی و بین‌المللی به نحو موثرتر عمل کند. سازمان تجارت جهانی و دیگر سازمان‌های مشابه کارآیی قابل ملاحظه در این راستا از خود نشان داده‌اند. سرعت و سهولت تولید مقررات ناشی از اراده دولتها در سطح ملی و بین‌المللی به ویژه از طریق سازمان‌های بین‌المللی ممکن است حقوق فراملی بازرگانی در حال شکل‌گیری را از متن حوزه تجارت بین‌الملل به حاشیه براند و نقش آن را محدود به پر کردن برخی خلاها در موارد استثنایی سازد و امکان شکل‌گیری یک نظام سوم حقوقی را عقیم گذارد. هم اکنون نیز استناد به عرفهای بین‌المللی مربوط به رابطه حقوقی مورد نزاع که همیشه در نظام‌های حقوقی ملی دارای اعتبار است و نیز اصول حقوقی دست کم مورد قبول نظام‌های مرتبط با دعوی بیشترین توفیق را در قابلیت استناد برای پر کردن خلاها داشته‌اند.

۳. با توجه به تردیدهای موجود در کشورهای کامن لا که شاید به دلیل نوعی آیین‌گرایی تاریخی از یک نظام حقوقی توقع انضباط بیشتر را دارند و نیز کشورهای جهان سوم که به دلیل بدبینی سیاسی و احتمال نادیده گرفته شدن منافع خود توقع اعتدال بیشتر را دارند و به همین جهت چندان روی خوش به این پدیده حقوقی نشان نمی‌دهند، در مقام استخراج و تدوین اصول و عرف‌ها باید بیشترین درجه مشارکت دادن نظام‌های حقوقی جهت مداخلیت دادن ارزشها و هنجارهای این کشورها و به تبع اطمینان از حصول آن انضباط و این اعتدال به عمل آید. به واسطه مواجهه با همین مشکلات است که حتی طرفداران جدی حقوق فراملی بازرگانی که این حقوق را دست کم در اروپا یک واقعیت می‌دانند- واقعیتی که داوران آن را اعمال می‌کنند و دادگاه‌هایی که با چنین آراییه مواجه شده‌اند، اعمال آن را پذیرفته‌اند (Lando, 1987, p. 104) - ولی در عین حال، به دادگاه‌های دآوری توصیه می‌کنند که راسا به حقوق فراملی بازرگانی استناد نکنند. زیرا مبتنی کردن رای بر حقوقی که مشروعیت آن ممکن است نزد بسیاری از دادگاه‌های ملی روشن نباشد، غیر محتاطانه و خلاف واقع بینی است (Craig & Park & Paulsson, 1990, p. 300). شاید از آن زمان کمی فضای پیرامون این پدیده حقوقی جهت رشد و نمو آن معتدل تر و ملایم تر شده باشد، ولی هنوز نه تنها در کشورهای جهان سوم، بلکه در انگلستان و آمریکا هم این تردیدها زدوده نشده است.

## منابع و مآخذ

## الف- فارسی

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۹)، "اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل"، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره دوازدهم.
۲. الماسی، نجاد علی (۱۳۷۰)، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم.
۳. جنیدی، لعیا (۱۳۸۸)، "حقوق قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی"، بر منبج عدل، انتشارات دانشگاه تهران.
۴. جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر.
۶. لندو، اول (۱۳۶۴)، «حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی»، ترجمه محسن مجیبی، مجله حقوقی دفتر خدمات، ش ۴.
۷. صفایی، سید حسین (۱۳۷۲)، "تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی" نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۰.
۸. طالقانی، محمد علی (۱۳۷۳)، فرهنگ اصطلاحات حقوقی لاتین- فارسی، تهران، موسسه نشریلدا.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهنشر.
۱۰. نصیری، مرتضی (۱۳۴۶)، اجرای آراء داوری خارجی، تهران.
۱۱. نصیری، مرتضی (۱۳۵۲)، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، چاپ پیکان.
۱۲. ویرالی، میشل (۱۳۶۴)، «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، ترجمه ناصر صبح خیز، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره سوم.

## ب- خارجی

- 1- Abderrahmane, D.B. (1993), "New Algerian Legislation on International Arbitration", Middle East Executive Reports, V.16, No. 12.
- 2- Baxter, Ian F. (1990), "International Business Disputes" 39 International and Comparative Law Quarterly.
- 3- Baxter, Ian F. (1987), "International Business and Choice of Law", 36 International and Comparative Law Quarterly.
- 4- Baxter, Ian F. (1985), "International Conflict of Laws and International Business", 34 International and Comparative Law Quarterly.
- 5- Berger, P.K. (1999), *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer.
- 6- Berger, P.K. (2002), "Lex Mercatoria Online: The Central Transnational Law Database at www.tldb.de", Arbitration International.
- 7- Bouchez, L.J. (1991), "The Prospects for International Arbitration: Disputes between States and State Enterprises" Journal of International Arbitration, Vol. 5, No.1.
- 8- Bockstiegel, K.H. (1984), *Arbitration and State Enterprises*, Kluwer.
- 9- Bockstiegel, K.H. (1984), "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or States- Controlled Entities", 60 years of ICC Arbitration, Paris.
- 10- Broches, A. (1990), "Commentary on UNCITRAL Model Law", International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement 11.
- 11- Carig, W. L. , W. Park & J. Paulsson, (1990), *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publication Inc.
- 12- Dasser, Felix (2008) "Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the Lex Mercatoria", in: Zimmermann et al (eds.) *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Mohr Siebeck, 2008.
- 13- David, R. (1982), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, p.7.
- 14- Derains, Y. (1973), "L'statute des usage du commerce international devant les juridictions arbitrales", *Revue de l'arbitrage*.
- 15- El-Kosheri, A.S. & Ph. Leboulanger, (1984), "L'arbitrage face a la corruption et aux traffics d'influence", *Revue de l'arbitrage*.

- 16-Fortier, L.Y. (2001), "New, New Lex Mercatoria or Back to the Future", Arbitration International, Vol. 17.
- 17-Fouchard, Ph. (1985), *Larbitrage commercial international*, Paris.
- 18-Gaillard, E. (2001), "Transnational Law a Legal System or a Method of Decision Making", Arbitration International, Vol. 17.
- 19-Goldman, B., (1983), "La Bataille judiciaire autour de la lex mercatoria", Revue de l'arbitrage.
- 20- Houtte, Hans van (2002), *Law of International Trade*, Kluwer.
- 21-Goldman, B. (1987), "The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria", Contemporary Problems in International Arbitration, J.D.M. Lew(ed.), Martinus Nijhoff Publishers.
- 22-Goldman, B. (1979), "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realite et perspectives", 106 Clunet.
- 23- Kassis, A. (1984), *Theorie general des usages du commerce*, Paris.
- 24-Lagarde, P. (1982) "Approche critique de la lex mercatoria", in Le driot des relations economiques internationals: etudes offertes a Berthold Goldman.
- 25-Lalive, P. (1987), "Arbitration with Foreign States of State Controlled Entities: Some Practical Questions", Contemporary Problems in International Arbitration, J.D.M. Lew (ed.) Martinus Nijhoff Publishers.
- 26-Lalive, P. (1986), "Transnational (or Truly International) Public Policy", Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, P. Sanders (gen. ed.), Kluwer.
- 27- Lalive, P. (1982), "Ordre public transnational (ou reellement international) et arbitrage international", Revue de l'arbitrage.
- 28-Lalive, P. (1964), "Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company", 13 International and Comparative Law Quarterly.
- 29- Lando, O. (1987), "Applicable Law to the Merits of the Disputes" Contemporary Problems in International Arbitration, J.D.M. Lew(ed.).
- 30- Lew, J.D.M. (1978), *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publication Inc.
- 31-Luzzatto, R. (1977) "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", 157 Recueil des cours.
- 32- Mann, F.A. (1987), "Proper Law in the Conflict of Laws", 36 International and Comparative Law Quarterly.
- 33- Mayer, P. (2002), "UNIDRIT Principles in Contemporary Contract Practice", in ICC Bulletin Special Supplement: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts- Reflections on their use in international commercial arbitration.
- 34- Mority, J.H. (1989), "Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria", Revue de l'arbitrage.
- 35-Mustill, Lord J (1987), "The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five Years", in M. Bos & I. Brownlie, eds., *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*.
- 36- Oppetit, B. (1974), "L'adaption des contrats internationaux aux circonstances: la clause d' hardship", 102 Clunet.
- 37-Schmithoff, C.M. (1982), "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commerical Transaction", The Transnational Law of International Commercial Transactions, Schmitoff and Horn (ed.), Deventer.
- 38- Stoecker, C.W.D. (1990), "The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?" J. Int. Arb., Vol. 7. No. 3.
- 39-Toope, S.J. (1990), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Grotius.
- 40- Weil, P. (1969), "Problems relatifs aux contras passes enter un etat et une particulier", 28 Recueil des cours.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

۱. «تضامن و آثار و اوصاف آن» سال ۱۳۷۵، شماره ۳۵. «تقسیر زیان‌دیده»، سال ۱۳۷۸، شماره ۶.
۲. «تعهد به دادن اطلاعات در قراردادها»، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۶. «دادگاه صلاحیت‌دار جهت ابطال رای داور در داوری‌های بین‌المللی» سال ۱۳۸۷، شماره ۲. «مسئله اجرای آرای داوری ابطال شده»، سال ۱۳۸۷، شماره ۴. «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار» سال ۱۳۸۸، شماره ۲.
۳. «شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکت‌های سهامی عام» سال ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱.