

مبانی فلسفی حقوق بازرگانی فراملی

فرزین دهدار*

دکترای حقوق خصوصی از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۱/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۲/۸)

چکیده

امروزه گرایش‌های نوین در داورهای تجاری بین‌المللی سعی در غیرمحملی کردن و استقلال هرچه بیشتر داور از حقوق ملی دارد. اوج این خودمختاری در تئوری حقوق بازرگانی فراملی نمود می‌یابد. در سال‌های اخیر حقوق بازرگانی فراملی از مرزهای یک تئوری صرف فراتر رفته و به قوانین ملی کشورها از جمله هلند، فرانسه و هند وارد شده است. افزون‌براین، دادگاه‌ها و مراجع ملی بیش‌ازپیش به شناسایی و اجرای آرای صادره مبتنی بر حقوق غیرملی برای حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی تمایل نشان می‌دهند. آنچه کمتر طرف توجه بوده، یافتن مبنایی فلسفی برای حقوق بازرگانی فراملی است که ادعا دارد در برابر حقوق ملی و حقوق بین‌الملل به عنوان نظام سوم حقوقی قد علم کرده است. توجیه مبنای این حقوق نورسته با سه مانع عمده روبرو است: رابطه نزدیک حقوق و دولت، ضمانت اجرا، و مفهوم «حقوق». از سوی دیگر، رابطه حقوق بازرگانی فراملی با نظام‌های حقوقی دیگر اعم از رسمی و غیررسمی، چالشی اجتناب‌ناپذیر است.

واژگان کلیدی

جامعه و حقوق، حقوق بازرگانی فراملی، حقوق و اقتصاد، ضمانت اجرا، کثرت‌گرایی حقوقی، مفهوم حقوق.

مقدمه

تئوری حقوق بازرگانی فراملی از نظریه‌های بحث‌برانگیز دهه‌های اخیر در حوزه فلسفه حقوق و داوری‌های تجاری بین‌المللی است که مدعی وجود نظام سوم حقوقی در کنار حقوق ملی و حقوق بین‌الملل عمومی است. در بستر داوری‌های تجاری بین‌المللی که اساساً شیوه حل و فصل خصوصی اختلافات است، گرایش‌هایی قوی به چشم می‌خورد تا به این داوری‌ها استقلال و خودمختاری بیشتری داده شود. (جنیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸)؛ به این معنا که نه تنها سعی می‌شود ارتباط داوری با مقر داوری و محل اجرای رأی داوری به حداقل ممکن برسد، بلکه حتی حقوقی که داوری‌های تجاری بین‌المللی را از نظر شکل و ماهیت اداره می‌کند، غیردولتی یا غیرملی و خودمختار باشد. از همین جاست که حقوق بازرگانی فراملی از میان تاریخ حقوق حاکم بر بازرگانان دوباره جان می‌گیرد و به عنوان حقوق بازرگانی فراملی جدید (New Lex Mercatoria) مطرح می‌شود. هرچند به دلیل نبودن این حقوق، تعریف آن از نظام کامل حقوقی تا صرفاً یک پدیده حقوقی، متغیر است؛ ولی دیوان‌های داوری، این حقوق یا قواعد آن را به صراحت یا ضمنی به کار می‌گیرند (ایرانی‌پور، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵). به همین دلیل در سه دهه اخیر، قوانین ملی برخی از کشورها و نیز مقررات داوری بین‌المللی اعمال این حقوق را به رسمیت شناخته‌اند^۱. هرچند از نظر تکنیکی بحث‌های مفصلی در خصوص حقوق بازرگانی فراملی شده، ولی کمتر به ریشه‌ها و پایه‌های فلسفی آن پرداخته شده است؛ به عبارت دیگر کمتر به مبنای این حقوق اشاره شده است. انتخاب این مبنا نه تنها در شناسایی قاعده حقوقی نقش حیاتی دارد، بلکه حتی در تعریف «حقوق» و اوصاف «قاعده حقوقی» تأثیر می‌گذارد. اگر حقوق بازرگانی فراملی ادعا دارد که نظام سوم حقوقی در کنار حقوق ملی و حقوق بین‌الملل، عمومی است (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۲) و استقلال دارد و دارای مبانی و منابع مستقل می‌باشد، باید بتوان آن را بر مبانی و اندیشه‌های بنیادین حقوقی استوار کرد تا چهره مستقل خود را بیابد. در این مقاله تلاش بر این است که از مباحث تکنیکی حقوق بازرگانی فراملی عبور کرده، اساساً پایه‌های فلسفی این تئوری مطالعه شود.

۱. ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۹۸م، ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی جدید فرانسه، قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس ماده ۱۸۷ بند ۱، قانون داوری هلند ۱۹۸۶م ماده ۱۰۵۴ بند ۲، قانون داوری و میانجی‌گری هند ۱۹۹۶م ماده ۲۸ بند ۱ قسمت b شماره‌های ۱ و ۳، قواعد دیوان داوری لندن ۱۹۹۸م ماده ۲۲، ۳، قواعد مؤسسه داوری هلند ۲۰۱۰م ماده ۴۶، قواعد داوری مؤسسه داوری آمریکا ماده (۱) ۲۸.

گفتار اول: معرفی حقوق بازرگانی فراملی و دشواری توجیه آن

بند اول، تئوری حقوق بازرگانی فراملی

اصطلاح حقوق بازرگانی فراملی در این مقاله در برابر واژه «lex mercatoria» به کار می‌رود. در ادبیات حقوقی، «transnational law» نیز برای بیان حقوق بازرگانی فراملی کاربرد دارد. بیشتر نویسندگان نظیر گلدمن، اشمیتوف و برگر، این دو واژه را معادل هم به کار بردند (Goode, 1998, p3-35)، ولی برخی دیگر میان این دو اصطلاح لاتین تفاوت قائل شدند؛^۱ به این شرح که به «transnational law» مفهومی گسترده‌تر داده و این واژه را برای کلیه حوادث و وقایعی که فرای مرزهای ملی است، به کار می‌گیرند که شامل حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی و دیگر موضوعات فرامرزی دیگر می‌شود که در این دو دسته اخیر نمی‌گنجد (همان). تعاریف متعددی از حقوق بازرگانی فراملی شده است؛ گلدمن آن را «یک دسته از اصول کلی و قواعد عرفی که به صورت خودبه‌خود به چهارچوب تجارت بین‌المللی ارجاع یا در آن چهارچوب ایجاد می‌شود بدون اینکه به نظام حقوق ملی خاصی ارجاع شده باشد»، می‌داند (Goldman, 1986, p113)، یا از آن به عنوان «نظامی برای تجارت بین‌المللی که به صورت خودبه‌خود و رو به گسترش توسط جامعه بازرگانان ایجاد می‌شود»، یاد می‌کند (Goldman, 1986, p116). اشمیتوف حقوق بازرگانی فراملی را اصول مشترک حقوقی مربوط به معاملات تجاری بین‌المللی به‌شمار می‌آورد (Schmitthoff, 1982, p19). وی می‌گوید: «عرصه معاملات تجاری بین‌المللی فضایی است که حقوق بازرگانی فراملی در آن رشد کرده و متحول می‌شود. این حقوق اساساً بر مبنای مشابهت‌هایی است که نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف در قلمروی به کار می‌بندند که دولت‌ها اساساً نفعی در آن حوزه ندارند» (همان، ص ۲۱). کرمادس حقوق بازرگانی فراملی را «یک مجموعه خودرسته از حقوق که به وسیله جامعه بین‌المللی تجار تشکیل شده است» تعریف می‌کند (Cremades, 1984, pp 317,324). نائون می‌گوید: «آن یک نظام حقوقی التقاطی است که منابعش را باید در حقوق ملی و بین‌المللی یافت و در یک تعریف مبهم حوزه اصول کلی است که حقوق فراملی خوانده می‌شود» (Naón, 1982, pp89,90). هرن در تعریف حقوق بازرگانی فراملی بیان می‌دارد: «یک پدیده واحد از قواعد یکسان که در خدمت نیازهای تجارت بین‌المللی است» (Horn, 1982, p14). آنچه از این تعاریف برمی‌آید، نشان‌دهنده اختلاف نظری است که در این حوزه به چشم می‌خورد و ارزش حقوق بازرگانی فراملی از یک «سیستم حقوقی کامل» تا مجموعه قواعد کمتر نظام‌یافته و یا حتی یک «پدیده» در نوسان است. از این

۱. مانند فیلیپ ژسوپ (Philip C. Jessup) که اثرش را در این خصوص، «Transnational law» نام‌گذاری کرده است.

تعریف‌ها به اوصاف حقوق بازرگانی فراملی از دیدگاه موافقان و طرفداران آن پی می‌بریم. از نظر ایشان:

حقوق بازرگانی فراملی یک نظام حقوقی است؛ به این معنا که اولاً قواعد آن ارزش هنجاری داشته و اجبارکننده است و ثانیاً دارای سلسله مراتب قواعد از اصول کلی‌تر به قواعد جزئی‌تر می‌باشد و رابطه میان آن‌ها تعریف می‌شود. بنابراین حقوق بازرگانی فراملی چیزی بیش از دسته‌بندی عرف‌ها و رویه‌های تجاری است. این حقوق غیرملی^۱ است؛ یکی از دلایل طرح دوباره حقوق بازرگانی فراملی، ناتوانی نظام‌های حقوقی موجود در پاسخ به نیازهای جهان جدید و ناسازگاری با تحولات سریع آن می‌باشد. مهم‌ترین عامل ناسازگاری، ضعف سیستم‌های حقوق ملی و توجه به حاکمیت و منافع ملی در مقابل حمایت جهانی از تجار بین‌المللی است. **حقوق بازرگانی فراملی بر روابط تجاری میان بازرگانان که در عرصه بین‌المللی فعالیت دارند حکومت می‌کند؛** بنابراین موضوع این حقوق، رابطه تجاری میان بازرگانان است و در نتیجه احوال شخصی و روابط مدنی افراد همچنان در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی باقی می‌ماند. حقوق مصرف‌کنندگان و حقوق سیاسی و مدنی افراد نیز از حیطة موضوع این شاخه خارج است. روابط میان دولت‌ها و اشخاص حقوق بین‌الملل عمومی نیز در قلمرو حقوق بازرگانی فراملی جای نمی‌گیرد.^۲ **حقوق بازرگانی فراملی خودرسته و خودکفا^۳ است؛** به این منظور که نظام حقوقی بتواند قواعد خود را ایجاد و ضمانت اجرای آن را خود و مستقل از حقوق‌های ملی یا بین‌الملل عمومی فراهم نماید.

با این توضیح می‌توان گفت: حقوق بازرگانی فراملی «مجموعه قواعدی هنجاری، نظام‌مند و خودرسته و مستقل است که بر روابط تجاری بازرگانان در عرصه بین‌المللی تحت شرایط خاصی حکومت می‌کند»^۴. پس از آشنایی اجمالی با مفهوم حقوق بازرگانی فراملی، نوبت به شناسایی ریشه‌های قواعد آن می‌رسد.

بند دوم، دشواری توجیه مبنای حقوق بازرگانی فراملی

حدود پنج دهه پیش، هنگامی که تئوری حقوق بازرگانی فراملی مطرح شد، دو جبهه در مقابل این تئوری شکل گرفت؛ جبهه اول در حل و فصل دعاوی تجاری بین‌المللی بر به‌کار بردن

1. anational

۲. امروزه پذیرفته شده است که وقتی دولت‌ها اقدام به انعقاد قرارداد تجاری می‌کنند، نه به عنوان یک دولت، بلکه به عنوان یک بازرگان عمل می‌نمایند

3. autonomous

۴. حکومت حقوق بازرگانی فراملی به شرطی است که طرفین یک اختلاف، به گونه‌ای حکومت آن را خواستار شده باشند.

قواعد حل تعارض اصرار داشتند و این حقوق را صرفاً یک پدیده اجتماعی^۱، افتادن در بی‌وزنی حقوقی^۲ (Moser, 1986, p 67, 72)، آرمانشهر حقوقی^۳ (Steindorff, 1977, p 87, 100) یا نخل عدالت^۴ (Mann, 1990, p 20) می‌نامیدند. از دیدگاه این گروه هر معامله‌ای که در فضای بین‌المللی صورت می‌گیرد، دارای یک مرکز ثقل^۵ در حقوق ملی است که داوران باید با تشخیص این مرکز ثقل و با اعمال قاعده حل تعارض، قانون مناسب را بیابند. جبهه دوم حامیان حقوق بازرگانی فراملی هستند که با رد این دیدگاه معتقدند که در کنار حقوق‌های ملی و بین‌الملل عمومی، نظام حقوقی سومی نیز وجود دارد که بر معاملات بازرگانی فراملی اعمال می‌گردد. با اعمال این حقوق، اولاً از نتایج غیرقابل پیش‌بینی که در اثر اعمال قواعد حل تعارض به وجود می‌آید، اجتناب می‌شود و ثانیاً اعمال حقوق بازرگانی فراملی چهارچوب حقوقی انعطاف‌پذیرتری را برای مبادلات تجاری بین‌المللی فراهم می‌سازد (Gaillard, 2001, p 53, 63).

دشواری عمده‌ای که در فهم نظام‌های حقوقی و رای دولت‌ها با آن روبرو هستیم، رابطه تنگاتنگی است که برخی تئوری‌های حقوقی میان حقوق و دولت برقرار می‌کنند و گاه تا اتحاد حقوق و دولت پیش می‌روند. مبنای حقوق اراده دولت است و دولت نیز خودبه‌خود زائیده قواعد حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۷۳). این نظریه در فلسفه حقوق در نتیجه نفوذ عقاید فلسفی هگل به وجود آمد و اوج آن را باید در نظریه حقوق محض کلسن ملاحظه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۳۱). کسانی چون لولین و فینیس، فلسفه حقوق را مختص حقوق داخلی و در نهایت حقوق بین‌الملل می‌دانند. آنها امکان پیدایش هرگونه حقوق غیردولتی مانند حقوق تجاری فراملی یا حقوق بشر پذیرفته‌شده از سوی عام را نفی می‌کنند (باقری، ۱۳۸۸، ص ۵۸). دشواری توجیه حقوق بازرگانی فراملی نیز در همین پیوند ناگسستنی میان حقوق و دولت است. از نظر طرف‌داران این دیدگاه، طبیعی است که حقوقی جز حقوق ملی وجود ندارد و حتی حقوق بین‌الملل عمومی نیز به دشواری عنوان حقوق می‌یابد.

گفتار دوم: مبنای حقوق بازرگانی فراملی در نظریات کلاسیک

مکتب تحقیقی اجتماعی را که سال‌ها پیش جامعه‌شناسان و حقوق‌دانانی چون دورکیم، برول، اریکس، وبر، گورویچ (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۶۲ و بعد) مطرح کرده‌اند، پایه و مبنای مناسبی برای توجیه حقوق بازرگانی فراملی در اختیار می‌گذارد. تنها باید عناصر این مکتب را بر حقوق بازرگانی فراملی منطبق کرد.

-
1. sociological phenomenon
 2. trip into legal weightlessness
 3. legal utopia
 4. palm tree justice
 5. center of gravity

بند اول، حقوق به عنوان هنجار گروه‌های انسانی

آنان که از دیدگاه جامعه‌شناسی به حقوق می‌نگرند، مبنای حقوق را در رابطه ناگسستگی با دولت نمی‌یابند. از دیدگاه پیروان این مکتب، حقوق در درجه اول یک پدیده اجتماعی و زاییده گروه‌های اجتماعی است و در رفع نیازهای آنها ریشه دارد. این مکتب به جای دولت و حقوق، رابطه تنگاتنگی را میان جامعه و حقوق برقرار می‌نماید. احکام و قواعدی که افراد جامعه ملزم به رعایت آن هستند، ریشه در خود اجتماع دارد و برخلاف مکتب‌های الهی، فطری، تاریخی و تحققی - دولتی، ریشه‌های حقوق را نباید در فطرت و طبیعت آدمی، عرف به‌تنهایی و یا اراده دولت جستجو کرد. از این منظر، حقوق یک پدیده اجتماعی نظیر زبان و فرهنگ است که در بستر اجتماع شکل می‌گیرد. حقوق نه تنها یک پدیده اجتماعی بلکه یک نهاد اجتماعی است که کارکرد آن «کنترل اجتماعی» می‌باشد. هدف نهایی کنترل اجتماعی نیز برآوردن نیازهای یک جامعه متمدن است (علیزاده، ۱۳۸۲، ص ۱۸۱). در این حالت قواعد حقوقی برای تولد به عوامل فرای جامعه نیازی ندارد. کفایت گروهی از انسان‌ها در کنار یکدیگر بتوانند یک جامعه را تشکیل دهند تا قاعده حقوقی شکل گرفته، رشد کند. به گفته لوی برون: «حقوق از منظر جامعه‌شناسی بیش از هر چیز یک پدیده اجتماعی است که لحظه به لحظه توسط گروه مورد تعلق تحمیل می‌شود» (لوی برون، ۱۳۸۸، ص ۳۷). از سوی دیگر، حقوق خود به عنوان ابزاری تأثیرگذار بر اجتماع شناخته می‌شود و وسیله‌ای در دست سیاست‌گذاران اجتماعی است که بتوانند راهبری و سمت و سوی آینده جامعه را با آن تعیین کنند؛ به عبارت دیگر، میان حقوق و جامعه کنش متقابل وجود دارد. از دیدگاه ارسطو، واقعیات زنده حقوق فقط در یک محیط اجتماعی به کرسی تأیید می‌نشیند. در هر گروه به‌اندازه‌ای که حس همبستگی^۱ وجود دارد، به همان میزان هم نوع حقوق موجود است (گورویچ، بی‌تا، ص ۴۵). گروسوس و لایبنیتز و پرودن^۲ در فرانسه و گی‌یرکه در آلمان هم نظم حقوقی جامعه را در برابر نظم حقوقی دولت می‌نشانند و بر این باورند که هر گروه اجتماعی یا هر گونه تلفیقی از این گروه‌ها، خود کانون خاص تکوین نظم حقوقی است (همان، ص ۶۰). حقوق و دولت یک زوج جدایی‌ناپذیر نیستند. اگر گسترش حقوق می‌تواند به دولت منجر گردد، دولت نیز می‌تواند از حقوق صرف‌نظر کند؛ همان‌طور که در جوامع شرقی دولت محور، به حقوق بی‌توجهی می‌شود. در نتیجه حقوق می‌تواند بدون دولت وجود داشته باشد؛ همان‌گونه دولت نیز می‌تواند بدون حقوق وجود داشته باشد (رولان، ۱۳۹۰، ص ۸۴).

1. filia

2. proudhon

تأثیر جامعه‌شناسی در حقوق گاه شکل‌های افراطی نیز به خود دیده است. یورگن ارلیخ در کتاب خود، «اصول بنیادین جامعه‌شناسی حقوقی» معتقد است که مرکز ثقل توسعه حقوقی را در تمامی زمان‌ها بایستی نه در قانون‌گذاری، علم حقوق یا آرای دادگاه‌ها، بلکه در خود جامعه یافت (کلی، ۱۳۸۲، ص ۵۲۵). به این ترتیب، قواعد الزام‌آور حقوقی تنها ناشی از جامعه سیاسی یا گروه انسانی که دولت را تشکیل داده‌اند، نیست. حقوقی وجود دارد که خارج از جامعه کل به وجود می‌آید و تحمیل می‌شود. گروه‌های اجتماعی مولد حقوق می‌توانند در سطح فراملی یا فروملی باشند. در سطح فراملی می‌توان به حقوق مذهبی، حقوق بازرگانان و سازمان‌های بین‌المللی، و در سطح فروملی می‌توان به گروه‌های ورزشی یا سندیکاها اشاره کرد. در سطح فراملی، حقوق مذهبی از جمله حقوق اسلامی، حقوق کلیسایی^۱ و حقوق کهن قوم یهود و برخی از ادیان شرقی و خاور دور، مثال بارز و روشنی است. متون مذهبی همچون قرآن، انجیل و تورات تنها به قلمرو دینی صرف محدود نمی‌شوند، بلکه شامل دستورات و قوانین کاملاً زمینی و انسانی مانند مالکیت، ارث، تعهدات و امثال آن هستند؛ در حالی که هیچ دولتی در ابتدا این قوانین را وضع نکرده است. ولی قبل از تشکیل دولت (به مفهوم مدرن)، چنین قواعد حقوقی از جانب پیروان آن مذاهب با دقت پیروی می‌شده است. حقوق بازرگانی فراملی نیز در این دسته جای می‌گیرد و باید آن را نوعی حقوق فراملی در برخی از نهادهای عرفی حرفه‌ای دانست که در شمار فراوانی از کشورها بدون توجه به مرز کشورها یا تابعیت افراد ذی‌نفع توسعه و تعمیم یافته‌اند. این حقوق در قرون وسطا رواج کامل داشت و همانند حقوق ملی رعایت می‌شد (برول، ۱۳۸۸، ص ۴۲ و ۴۳). حقوق بین‌الملل عمومی نیز از سوی هیچ دولت جهانی وضع نشده است، ولی امروزه کمتر حقوق‌دانی در حقوقی بودن قواعد آن تردید می‌کند. حقوق بین‌الملل در قلمرو اخلاق جای نمی‌گیرد و از حقوق طبیعی کاملاً متمایز است، اما به صرف اینکه قدرت سیاسی و اجرایی برای اعمال این حقوق وجود ندارد، آیا می‌توان قواعد آن را حقوقی ندانست؟ در حقوق فرودولتی هم قواعدی که بر گروه‌های ورزشی حاکم است، مثال روشنی است. گروه‌های ورزشی نظیر تیم‌های فوتبال قواعدی را در میان خود پذیرفته‌اند که از طرف هیچ دولتی وضع نشده است. این قواعد هرچند دارای ضمانت اجرای دولتی نیست، ولی با دقت از سوی اعضای گروه رعایت می‌شود. اما اگر بپذیریم که منشأ قواعد حقوقی گروه‌های انسانی هستند و نه دولت، پس ضمانت اجرای تخلف از قواعد حقوقی چه سرنوشتی پیدا می‌کند؟

بند دوم، حقوق و ضمانت اجرا

ضمانت اجرا وجه تمایز حقوق از دیگر هنجارها از جمله هنجارهای اخلاقی و مذهبی است. پوزیتیویست‌های دولتی ضمانت اجرای حقوق را قوای قاهره دولت می‌دانند و جدا کردن حقوق از دولت این پرسش را به میان می‌آورد که در نبود دولت، تضمین قواعد حقوقی چگونه خواهد بود؟ افرادی مانند کلسن تفاوت حقوق با دیگر نظام‌های هنجارین را در ویژگی اجباری بودن حقوق می‌دانند. از این دیدگاه حقوق یک نظم اجباری است. تا اینجا مشکلی وجود ندارد، ولی دشواری زمانی پیش می‌آید که اجبار به اجبار مادی فروکاسته می‌شود (باقری، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷ و ۱۲۸). دوگی در بیان فرآیند عبور از ضرورت‌های اجتماعی به هنجارهای حقوقی معتقد است: «تغییر شکل هنجار اجتماعی به هنجار حقوقی، زمانی تحقق می‌یابد که توده افرادی که گروه اجتماعی را تشکیل می‌دهند، آگاهی داشته باشند که قاعده حقوقی همان‌قدر که برای زندگی اجتماعی و دفاع از همبستگی اجتماعی اساسی است، به همان میزان نیز دخالت زورمدارانه برای مجازات نقض آن قاعده از نظر اجتماعی ضروری است. هرگاه چنین فرآیندی طی شود حقوق به وجود می‌آید» (بیگدلی، ۱۳۸۷، ص ۷۰).

در نبود یک دولت، ضمانت اجرای حقوق چگونه تأمین می‌شود؟ عده‌ای عقیده دارند که اساساً داشتن ضمانت اجرا از خصوصیات قاعده حقوقی و دلیل پیروی از قانون نیست؛ چراکه تعداد قابل توجهی از مواد قانونی مانند مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، و ۱۱۷۸ قانون مدنی دارای ضمانت اجرا نیستند (همان، ص ۲۰). بنابراین «صحیح نیست که هر نظام حقوقی را تنها بر اساس ضمانت اجرای آن مورد مطالعه قرار دهیم. بهتر است حقوق را به عنوان مجموعه قواعدی که معمولاً مورد متابعت قرار می‌گیرند، مطالعه کنیم نه اینکه توجه خود را صرفاً معطوف این امر کنیم که اگر آن قواعد نقض شد، چه اتفاقی خواهد افتاد» (M. Akhurst, 1988, p 7)

با حذف ضمانت اجرا، مرز میان حقوق و دیگر هنجارها درهم می‌ریزد. اما آیا باید ضمانت اجرا همواره اجبار مادی باشد؟ در هر رشته از حقوق ضمانت اجرا شکل بخصوصی به خود می‌گیرد. در حقوق کیفری ضمانت اجرا اغلب قاهرانه است؛ درحالی‌که در حقوق مدنی ضمانت اجرا بیشتر به شکل صحت و بطلان اعمال و یا غیر نافذ جلوه‌گر می‌شود. جامعه بازرگانان نه تنها از طریق ایجاد قواعد خودگردان نظم حقوقی ایجاد می‌کنند، بلکه در زمینه ضمانت اجرا نیز نظریاتی وجود دارد که می‌توان از آن به برقراری نظم خصوصی^۱ در میان تجار یاد کرد. در جامعه بازرگانان ضمانت اجرا ممکن است به صورت تهدید به اخراج از گروه بازرگانان جلوه‌گر شود که بسیار مؤثر است؛ زیرا سلب امکان تجارت برای تاجر به منزله مرگ حرفه‌ای اوست. برای این ضمانت اجرا نیازی به قوای قاهره نیست و انجمن‌های تجاری

1. private ordering

می‌توانند خود به اعمال آن بپردازند. خصوصی‌سازی نظم در واقع، اجرای قرارداد از طرق خصوصی را با اجرای آن از طریق دادگاه‌های دولتی مقایسه می‌کند. به عبارت دیگر، موضوع بر سر انتخاب راه‌های خصوصی و عمومی اجرای قرارداد است (Yadlin, 2000, p 98). مؤسسات داوری تجاری که درون یک تجارت بخصوص مانند غلات یا بیمه تأسیس می‌شود، به‌عنوان یکی از نهادهای رسیدگی خصوصی به اختلافات، اقدام به رسیدگی و صدور رأی می‌کنند و همگی اعضای مؤسسه ملزم به رعایت و اجرای آرای صادره هستند؛ در غیر این صورت با خطر تحریم از سوی اعضای دیگر روبه‌رو می‌شوند. هم‌اکنون می‌توان از بیش از پنجاه انجمن و مؤسسه در سطح بین‌المللی نام برد که در زمینه غلات، چای، لاستیک، برنج، فیلم، کتان و ... فعالیت می‌کنند (Bernstein, 1996, p 108). تدوین‌کنندگان مقررات این انجمن‌ها مأمورین دولتی و نمایندگان مجلس نیستند، بلکه کارمندان شرکت‌ها و یا انجمن‌های صنفی هستند که از اعضا حقوق می‌گیرند و قضاوت‌کنندگان هم نه قضات دولتی بلکه داورانی هستند که از سوی طرفین یا انجمن منصوب شده‌اند. هارت در خصوص ضمانت اجرای حقوق بیانی گویا دارد: «در صورتی قواعد تعهدزا انگاشته می‌شوند که تقاضای عام برای انطباق با آن‌ها مصرانه باشد و فشار اجتماعی بر آن‌هایی که از قواعد پیروی نمی‌کنند یا تهدید به عدم پیروی می‌کنند، زیاد باشد. چنین قواعدی ممکن است کاملاً ریشه در عرف داشته باشند، ممکن است سیستم متمرکزی از مجازات‌ها برای تخلف از این قواعد وجود نداشته باشد» (کلی، ۱۳۸۲، ص ۵۸۶). دشواری فهم نظام‌های نورسته و جدید حقوقی تنها به موضوع دولت و ضمانت اجرا محدود نمی‌شود، بلکه خود مفهوم «حقوق» مانعی بر سر راه است.

گفتار سوم: مبانی حقوق بازرگانی فراملی در نظریات مدرن

از دشواری‌های توجیه حقوق بازرگانی فراملی با تکیه بر تئوری‌های سنتی این است که این مکاتب پیش‌فرض‌هایی از تعریف حقوق دارند که تمامی آن‌ها در فضای تقدس حاکمیت ملی و در چهارچوب حقوق‌های ملی شکل گرفته‌اند. البته در این فضا نیز حقوق‌دانان در تعریف حقوق با یکدیگر اتفاق ندارند. این پرسش که حقوق چیست، از زمان افلاطون تاکنون پاسخ‌های متفاوتی دریافت کرده است که نه تنها یکسان نیستند، بلکه گاه با یکدیگر متناقض‌اند (Hart, 1961, p1).^۱ این اختلافات عده‌ای را بر آن داشته است تا رویکرد متفاوتی نسبت به تعریف حقوق داشته باشند و بر این اساس مکاتب جدیدی به‌وجود آمد.

۱. ماکس وبر حقوق را متعلق به گروهی از مردم می‌داند که آماده‌اند هنجارهای اجباری را اعمال کنند. مالبینوفسکی آنرا قواعد اجباری می‌داند که بیشتر جنبه‌های اجتماعی را اداره می‌کند. اریلیخ حقوق را قواعد خودرسته‌ای می‌داند که شامل نظم درونی مؤسسات می‌شود. از نظر راسکو پاند حقوق کنترل اجتماعی در جامعه‌ای است که از نظر سیاسی سازمان یافته است. دونالد

بند اول، تحول مفهوم حقوق

از دیدگاه نوگرایان، حقوق معنای عینی واحدی ندارد، بلکه همان چیزی است که گروه انسان‌ها در هر دوره برچسب حقوق به آن می‌زنند (Tamanaha, 1995, 501-535). مفهوم حقوق در طول زمان تغییر کرده است و فرهنگ‌های مختلف برداشت‌های متفاوتی از مفهوم حقوق دارند. واقعیت این است که مفهوم واحدی از حقوق وجود ندارد. وقتی که از مفهوم حقوق سخن می‌گوییم، در واقع از مفهومی که حقوق نزد ما دارد، سخن رانده‌ایم (Raz, 2005, p 331). چنین تعبیری از حقوق به ما کمک می‌کند تا در توصیف حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق کلیسایی، حقوق شریعت و حقوق بازرگانی فراملی دچار تکلف نشویم. زیرا از یک طرف این نظام‌های حقوقی به صورت واقعیتی ملموس در زندگی ما حضور دارند و نمی‌توان آن‌ها را به راحتی نادیده انگاشت و تنها از آن‌ها به عنوان اخلاق یا نزاکت بین‌المللی نام برد و از سوی دیگر، با تعاریفی که در روزگار ما از حقوق می‌شود و بیشتر تحت سلطه نظریات پوزیتیویستی است، سازگار نیستند. امروزه جامعه‌شناسان بیش‌ازپیش بر تمرکززدایی فرآیند تشکیل حقوق و ایجاد آن از طریق گروه‌های اجتماعی تأکید می‌ورزند و آن را نمونه‌ای از حقوق انعکاسی^۱ به‌شمار می‌آورند. منظور این است که به جای اینکه حقوق شکل خاصی از رفتار را به جامعه تحمیل کند، ایجاد حقوق از طریق واکنش به واقعیات و توسعه زندگی واقعی صورت می‌پذیرد (Teubner, 1996, p355). به این ترتیب، نیروها و فرآیندهای ایجاد حقوق از دولت‌های حاکم به گروه‌های خصوصی یا نهادهای غیردولتی منتقل می‌شوند. این اثر را می‌توان ناشی از فرآیند جهانی شدن دانست. فرآیند جهانی شدن به شیوه‌ای بنیادین، اهمیت مرزهای ملی و اجتماعی را تغییر داده و به‌طور کلی (نه حتمی) آن‌ها را کم‌اهمیت‌تر نموده است (باقری، ۱۳۸۸، ص ۵۲). هم‌زمان با کم‌رنگ شدن اهمیت حاکمیت‌ها و ظهور تئوری‌های غیرپوزیتیویستی در حقوق، نظریات اثبات‌گرایانه اندک‌اندک به کنار می‌رود (Carbonneau, 1997, p265). در این حالت، ایجاد و توسعه حقوق تنها از طریق دولت و زیر لوای منافع عمومی صورت نمی‌گیرد و سازمان‌های دولتی در عرصه بین‌المللی تنها ایجادکنندگان حقوق نیستند. در کنار این‌ها، قدرت ناشی از خودانتظامی^۲ و رابطه افراد خصوصی است که الزام‌های هنجاری را توجیه می‌کند. در نحوه تفکر رایج، نظم حقوقی در چهارچوب نظم حقوقی داخلی و نظم حقوقی حقوق بین‌الملل عمومی مطالعه می‌شوند. اما امروزه بررسی حقوق و نظم حقوقی باید به‌گونه‌ای باشد که اشکال بالقوه نظم‌های

بلک حقوق را کنترل اجتماعی دولتی می‌داند. از نظر هارت، حقوق شامل قواعد اولیه است که بر رفتار اجتماعی حاکم است و قواعد ثانویه که مأموران رسمی برای شناسایی، تغییر و اعمال قواعد اولیه به‌کار می‌بندند. از دیدگاه لوهمان، حقوق جنبه‌ای از نظام اجتماعی است که انتظارات رفتاری را تسهیل می‌کند (Tamanaha, 1995, 501-535).

1.reflexive law
2.self-regulation

حقوقی در حال ظهور را شامل گردد که حقوق بازرگانی فراملی بی‌گمان یکی از آنهاست. جهانی شدن روش‌شناسی حقوق را نیز تغییر داده و به این ترتیب راه را برای تحول مفهوم حقوق باز کرده است. هنوز رابطه میان جهانی شدن و تغییر در روش‌شناسی حقوق چنان‌که باید و شاید توجه حقوق‌دانان معاصر را به خود جلب نکرده است و همچنان نادیده گرفته می‌شود. در زمینه تجارت بین‌الملل تغییر در روش‌شناسی حقوقی در دو حوزه مرتبط با هم تأثیر گذاشته است. نخست همان‌گونه که اشاره شد، کم‌رنگ شدن حاکمیت دولت‌ها چنانچه در تئوری‌های سستی حقوق بر آن تأکید شده است و دوم به‌عنوان نتیجه تضعیف این حاکمیت، پررنگ شدن تراضی قراردادی که نقش منبع حقوق را ایفا می‌نماید. در این حالت قرارداد تنها در روابط میان طرفین قرارداد مؤثر نیست، بلکه به‌گونه‌ای کل جامعه تجاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. نفی انحصار دولت در ایجاد قواعد حقوقی موجب می‌شود که دیگر نه از یک نظام حقوقی بلکه از نظام‌های متعدد حقوقی سخن به میان آید و به این ترتیب راه به کثرت‌گرایی حقوقی می‌رسد.

بند دوم، کثرت‌گرایی حقوقی

با رویکرد جدیدی که میان محققان حقوقی در خصوص حقوق و نظام‌های حقوقی پیدا شده است، دیگر حقوق و دولت رابطه ناگسستنی ندارند. دولت تنها منشأ حقوق نیست، بلکه نظام‌های مختلف حقوقی می‌توانند در کنار یکدیگر در آن واحد بر شخص یا عمل حقوقی معین حکومت داشته باشند. از جمله جریان‌های فکری که این ایده را دنبال می‌کند، جریان پلورالیسم حقوقی است. پلورالیسم از واژه پلورال^۱ در انگلیسی مشتق شده است و می‌توان آن را آیین کثرت نامید (داریوش آشوری، ۱۳۶۶، ص ۵۹). این واژه در حوزه‌های گوناگون اخلاق، سیاست، مذهب و حقوق کاربرد دارد، ولی حد مشترک آن‌ها پذیرش کثرت در برابر وحدت است (ربانی کلپایگانی، ۱۳۷۸، ص ۱۹). البته به‌کار بردن پلورالیسم در حوزه‌های مانند فلسفه دین یا اخلاق با انتقادات جدی روبرو شده است که خارج از مجال این مقاله است. اما در حوزه حقوق و به‌ویژه در حقوق حاکم بر بازرگانی خارجی، ایده کثرت‌گرایی حقوقی می‌تواند مانع از تعارض نظام‌های حقوقی شده، در حل و فصل دعاوی تجاری بازرگانی فراملی مؤثر افتد. چه در این صورت، در یک دعوی تجاری بین‌المللی نظام‌های حقوقی مختلف با یکدیگر در تعارض و تقابل نخواهند بود. نظام حقوقی ملی در برخورد با نظام‌های هنجاری دیگر - که می‌توانند نظام‌های حقوقی غیرملی باشند - حالت‌های مختلفی به خود می‌گیرد که از نفی و ممنوعیت و برخورد تا حمایت و جذب را شامل می‌شود. جذب هنجارهای دیگر حالتی است که نظام

1. plural

حقوق ملی سعی دارد که هنجارهای عرفی، مذهبی، اقتصادی یا اجتماعی را در درون خود جذب کند و یا اینکه آن‌ها را به رسمیت بشناسد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۸، ص ۱۰). نمونه آن شناسایی آرای داوری از سوی نظام قضایی ملی است. آرای داوری از نهادهای داوری که متعلق به هنجارهای اقتصادی هستند ناشی می‌شوند؛ ولی نظام حقوقی نه تنها از این نهاد حمایت می‌کند، بلکه آن را تشویق کرده، در توسعه آن کمک می‌نماید. دلایل متعددی برای حمایت نظام حقوقی از نظام‌های هنجاری دیگر وجود دارد؛ جایگزین خصوصی یک هنجار حقوقی ممکن است کارکرد بهتری داشته باشد؛ مأموران دولتی ممکن است نسبت به اعتبار مشروعیت هنجارها و نهادها یا سودمندی سیاسی آن‌ها اعتقاد داشته باشند؛ یا این هنجارها به سادگی بسیار قدرتمندتر از آن باشند که نظام حقوقی رسمی بتواند آن‌ها را از میان بردارد. جذب یک نظام هنجاری درون نظام حقوقی رسمی حتی به‌عنوان وسیله‌ای برای کنترل یا خنثی کردن فعالیت‌های آن نظام به کار می‌رود (Tamanaha, 2008, p30).

انسان‌شناسان و جامعه‌شناسان حقوقی، نخستین افرادی هستند که نظریات کلی مربوط به کثرت‌گرایی حقوقی را مطرح کرده و آن را توسعه داده‌اند. کثرت‌گرایی حقوقی یک جریان فکری است و بر این امر تأکید می‌کند که کثرت گروه‌های اجتماعی با نظام‌های حقوقی متعدد که با روابط همکاری، همزیستی، رقابت، یا نفی پیوند می‌خورد، تناسب دارد و فرد، بازبگر این کثرت‌گرایی حقوقی است و بر اساس تعلق چندجانبه به این شبکه‌ها تعریف می‌گردد (رولان، ۱۳۹۰، ص ۶۵). کثرت‌گرایی بیش از آنکه یک پدیده یا مکتب فکری باشد یک مفهوم است. این مفهوم در تعریف موسع به نظام‌های حقوقی، شبکه‌ها یا نظام‌های همزیست در فضای جغرافیایی واحد اشاره دارد (باقری، ۱۳۸۸، ص ۷۱). مثال‌های متعددی برای نظام‌های کثرت‌گرا می‌توان آورد. از جمله در مطالعه تحولات قضایی قبل از مشروطه به محاکم عرف و شرع برمی‌خوریم. محاکم شرع علی‌القاعده به دعاوی که دارای ماهیت شرعی بودند، رسیدگی می‌کردند. در این محاکم قضات از میان روحانیان انتخاب می‌شدند و قوانین شرعی بر آن حاکم بود که ریشه در کتاب و سنت داشت. صلاحیت این محاکم البته به درستی روشن نبود؛ اما اجمالاً ارث و وصیت، ازدواج و طلاق در صلاحیت این محاکم قرار می‌گرفت. محاکم عرفی نیز بر اساس قوانین مدون و ثابتی اداره نمی‌شدند و اغلب در آن‌ها به جرایم سیاسی و امور مربوط به اقتدار دولت رسیدگی می‌شد (ولز، ۱۳۶۳، ص ۸۷). تانزانیا در دهه ۶۰ یک نظام حقوقی کثرت‌گرا داشت که شامل قانون‌گذاری ملی، اسلامی، هندو و حقوق عرفی بود. از ۱۷۷۲م در هندوستان دو دادگاه تأسیس شده بود؛ دیوان عدالت^۱ که به دعاوی مدنی

می‌پرداخت و دیگری فوجداری عدالت^۱ که صلاحیت رسیدگی به جنایات و جنحه‌ها را به‌عهده داشت. دادگاه‌های مدنی در خصوص مسلمانان، قوانین اسلامی و در خصوص هندوها قوانین هندو را اعمال می‌کرد؛ دادگاه‌های کیفری نیز انحصاراً قوانین کیفری اسلام را اعمال می‌نمودند (Tamanaha, 2008, p13).

این مفهوم کثرت‌گرایی را شاید بتوان مفهوم سنتی کثرت‌گرایی نامید. زیرا در روزگار ما اینکه فرد خود را تحت حاکمیت مجموعه‌ای از نظم‌های قانونی بیابد امری بدیهی است. کثرت‌گرایی حقوقی جدید به توجیه یک رابطه منظم و پیچیده میان اشکال رسمی و غیررسمی نظم تمایل دارد (همان).

در مفهوم جدید، دیگر نباید به تأثیر و تأثر متقابل نهادهای مجزا از هم پرداخت، بلکه سخن از مشارکت در یک زمینه اجتماعی واحد است که از سوی نظام‌های حقوقی و همچنین نظم‌های غیررسمی خودمختار یا نیمه خودمختار اداره می‌شود. در این حالت حقوق را نمی‌توان تنها در یک جامعه بسته و محدود در مرزهای ملی مطالعه کرد؛ لذا راه برای شناسایی نظم‌های محلی، ملی و فراملی، منطقه‌ای و جهانی که همگی می‌توانند بر وضعیتی مشابه اعمال شوند، گشوده می‌شود (باقری، ۱۳۸۸، ص ۷۲).

البته پلورالیسم حقوقی مشکلات بسیاری را در فهم ما از حقوق و مرزبندی آن با دیگر هنجارها به‌وجود می‌آورد؛ شاید علت این است که ما حقوق را صرفاً به عنوان یک علم می‌بینیم و سعی در تعریف علمی آن داریم. گاه فراموش می‌شود که حقوق اساساً یک مفهوم اجتماعی و متعلق به فرهنگ عامه مردم است. آنچه امروز حقوق می‌نامیم شاید در زمان و مکان دیگر حقوق نباشد و یا برعکس. حقوق آن است که مردم آن را حقوق بدانند؛ هنجارهایی الزام‌آور که خود را به تبعیت از آن‌ها موظف بینند. به همین دلیل امروز می‌توان جلوه‌های گوناگون حقوق، نظیر حقوق بین‌الملل، حقوق عرفی، حقوق مذهبی، حقوق بازرگانی فراملی و حقوق طبیعی را مشاهده کرد (Tamanaha, 2008, p 27).

گردون وودمن از ویراستاران مجله پلورالیسم حقوقی نیز به ناتوانی طرف‌داران پلورالیسم حقوقی در ارائه تعریفی یکسان از حقوق اشاره می‌کند و آن‌ها را از کشیدن خطی روشن میان حقوق و غیرحقوق ناتوان می‌بیند. وی سرانجام نتیجه‌گیری می‌کند که حقوق باید پیوستاری را شامل شود که یک سر آن روشن‌ترین شکل حقوق یعنی حقوق دولتی است و سر دیگر آن شکل مبهم حقوق یعنی کنترل اجتماعی غیررسمی است (Woodman, 1998, p21,42). جان گریفیس این مسئله را به شکل دیگری بیان می‌کند؛ از نظر او «همه کنترل‌های اجتماعی کمابیش حقوقی‌اند» (Griffiths, 1986, n3). بر همین اساس تئوریسین‌های جدید پلورالیست

پیشنهاد می‌کنند که حقوق می‌تواند در برخوردهای روزانه افراد نظیر رویارویی با یک فرد بیگانه در خیابان، انتظار در صف یا تعامل با شخص بالادستی یا پایین‌دستی یافت گردد (Berman, 1998, p 53).

در این میان شاید بتوان تعریف گریفیس را بهترین تعریف حقوق از منظر پلورالیستی دانست که بیشتر تکثرگراها آن را پذیرفته‌اند (حداقل افرادی که از منظر انسان‌شناسی یا جامعه‌شناسی به موضوع نگاه می‌کنند). وی مفهوم «حوزه اجتماعی شبه خودمختار»^۱ را که سالی فالک مور^۲ مطرح کرده است، بهترین راه برای تشخیص حقوق از دیدگاه پلورالیسم می‌داند (Griffiths, 1986, p 38). منظور از «حوزه اجتماعی شبه خودمختار» آن حوزه‌های اجتماعی هستند که ظرفیت تولید و اعمال قوانین را دارند. حوزه‌های گوناگونی در جامعه وجود دارند که دارای چنین صلاحیتی هستند (Moore, 1973, p 223) و در نتیجه نظام‌های حقوقی متعددی وجود خواهند داشت. برای نمونه می‌توان به حوزه خانواده، شرکت‌ها، لیگ‌های ورزشی اشاره کرد که قواعدی مخصوص به خود دارند.

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، مشکلی که در این شیوه نگرش به حقوق وجود دارد- و در آن نظمی برجسب حقوق (و نه حقوق دولتی) می‌گیرد- این است که در کجا سخن گفتن از حقوق تمام می‌شود و ما خود را به‌سادگی در زندگی اجتماعی می‌یابیم. به این نکته گلاتر نیز اشاره دارد:

«زندگی اجتماعی سرشار از قواعد است. در واقع زندگی اجتماعی شبکه وسیعی از هم‌پوشانی قواعد و الزام آن‌هاست. چگونه ما می‌توانیم حقوق بومی را از زندگی اجتماعی عمومی جدا کنیم» (Glanter, 1981, p 57). بحث‌ها و نظریات موافق و مخالف در این زمینه ادامه دارد، اما آنچه مسلم است کثرت‌گرایی حقوقی راه را برای شناسایی و پذیرش نظام‌های متنوع حقوقی غیر از حقوق دولتی گشوده است.

بند سوم، حقوق بازرگانی فراملی از دیدگاه اقتصادی

مکتب تحلیل اقتصادی حقوق در دهه‌های اخیر ابزار توانمندی در اختیار حقوق‌دانان و اقتصاددانان گذاشته تا بتواند با ابزارهای اقتصادی به تحلیل قواعد حقوقی، کارکرد نهاد‌های حقوقی و ارزیابی کارایی آن‌ها بپردازند. در واقع از منظر این مکتب، اصل به حداکثر رساندن رفتار و عکس‌العمل افراد، نه تنها در اقتصاد، بلکه نسبت به حقوق و قواعد حقوقی هم صدق می‌کند (بادینی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۲). برای مثال در حقوق مالکیت سعی در اثبات این نکته شده است که

1. Semi- autonomous social field
2. Sally Falk Moore

مالکیت خصوصی بهترین و کاراترین شیوه حفظ و استفاده از اموال است یا در حقوق قراردادهای، حمایت از قراردادهایی که طرفین آزادانه منعقد می‌کنند، موجب تخصیص بهتر منابع می‌شود.

در کنار تحلیل‌هایی که از منظر جامعه‌شناسی حقوقی و پلورالیسم حقوقی برای توجیه و تبیین حقوق بازرگانی فراملی ارائه شد، می‌توان از دیدگاه اقتصادی نیز به بررسی حقوق بازرگانی فراملی پرداخت. پرسش این است که نظام حقوقی سومی که واضعان و عاملان آن خود بازرگانان هستند، تا چه اندازه می‌تواند از نظر اقتصادی کارآمد باشد؟ کارآمدی اقتصادی به این معناست که اعمال حقوق بازرگانی فراملی نسبت به حقوق‌های ملی از راه کاهش هزینه بتواند در نهایت هزینه‌های مبادلات اقتصادی بین‌المللی و در نتیجه هزینه کالاها و خدماتی را که به‌دست مصرف‌کننده می‌رسد، کاهش دهد.

طرفین قرارداد همواره این احتمال را در نظر دارند که طرف دیگر ممکن است به تعهدات خود عمل نکند. تردیدی نیست که مراجعه به دادگاه یا مرجع حل اختلاف پرهزینه و زمان‌بر است. هرچند درصد اندکی از قراردادهای با مشکل روبه‌رو می‌شوند (در امریکا حدود پنج درصد دعاوی به دادگاه می‌رود (Cooter, 2000, p377)، ولی فرد حسابگر همواره این احتمال را در نظر گرفته، در قیمت تمام‌شده کالا یا خدمات خود به حساب می‌آورد. برای نمونه، فرض کنید شخص الف سالانه ده قرارداد منعقد می‌کند و ارزش قرارداد او با در نظر گرفتن قیمت تمام‌شده محصولات و سود او ۱۰۰۰ ریال باشد. اگر از هر ده قرارداد شخص الف، یکی با مشکل حقوقی روبرو شود و هزینه مراجعه به دادگاه ۲۰۰ ریال باشد. برای جبران هزینه دعاوی، الف باید به قیمت تمام‌شده محصولات خود در هر قرارداد ۲ درصد اضافه کند تا بتواند هزینه دعاوی حقوقی خود را جبران نماید. حال اگر هزینه مراجعه به دادگاه به جای ۲۰۰ ریال ۵۰۰ ریال باشد، پنج درصد به مبلغ هر قرارداد اضافه می‌شود. اگر الف بخواهد به جای طرح دعوی در هر قرارداد، تضمین مؤثرتری مانند ضمانت‌نامه بانکی یا وثیقه ملکیتی اخذ کند، هزینه هر قرارداد بالاتر خواهد رفت؛ درحالی‌که اگر هزینه طرح دعوا کاهش یابد، قیمت تمام‌شده کمتر و کارایی اقتصادی بیشتر خواهد شد.

در عرصه تجارت بین‌الملل از طریق اعمال حقوق بازرگانی فراملی می‌توان هزینه‌های دعوی حقوقی را کاهش داد؛ هرچه محدوده اعمال قوانین خاص‌تر و موضوعات مشمول آن تخصصی‌تر باشد، کارایی آن افزایش می‌یابد. برای مثال در کشورهای مختلف برای فعالیت‌های تجاری، مجموعه قوانین جداگانه‌ای تصویب می‌شود؛ درحالی‌که فعالیت‌های تجاری ذاتاً تفاوتی با فعالیت‌های مدنی ندارند. ولی انگیزه کسب سود یا انجام فعالیت از سوی تجار باعث می‌شود تا قانون‌گذار مجموعه جداگانه‌ای را تدوین نماید. زیرا معتقد است اعمال قوانین مدنی

بر امور تجاری، با توجه به طبع خاص آن‌ها، کارآمد نیست. برای افزایش کارایی قواعد حقوقی به طوری که بتوان بهترین راه‌حل‌ها را در اختلافات احتمالی در نظر گرفت، این است که تدوین قواعد حقوقی به دست اندرکاران آن سپرده شود. مکتب تحلیل هنجاری حقوق و اقتصاد دقیقاً در پی یافتن قواعدی است که بالاترین کارایی را داشته باشند (بادینی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۹).

از دیرباز دولت‌ها حوزه‌هایی را برای نظم خصوصی^۱ پذیرفته‌اند که افزون‌بر کاهش هزینه‌ها، اهداف فنی یا سیاسی داشته است. از جمله این حوزه‌ها، می‌توان به حوزه اینترنت و اختصاص شماره پروتکل اشاره کرد که در امریکا به «بنگاه اینترنت برای اختصاص نام و شماره»^۲ سپرده شده که شرکتی غیرانتفاعی است. این بنگاه افزون‌بر اینکه قواعدی را در این راستا وضع کرده، به اختلافات احتمالی از جمله ادعای مشابهت نام‌ها رسیدگی و اتخاذ تصمیم می‌کند. اما در بازرگانی هدف از این کار بی‌تردید کاهش هزینه‌هاست (Schwarz, 2002, p3)، زیرا هدف بازرگانان کسب سود است و خود بهتر از هرکس دیگری با مفهوم کاهش هزینه و کسب سود آشنایی دارند. به این ترتیب می‌توان گفت قواعدی که بنگاه‌های خصوصی وضع می‌کنند، با تخصیص بهینه منابع عمومی و بدون دخالت انگیزه‌های خارجی نظیر مسائل سیاسی یا گروه‌های فشار، در عرصه تجارت کارآمدتر عمل می‌کنند. اما آیا کارآمدی تنها هدف وضع قوانین تجاری است؟ معلوم است که اهداف دیگری مانند توزیع عادلانه ثروت یا منصفانه بودن قرارداد هم وجود دارد. در صورتی که اهداف اخیر برآورده نشوند، چگونه می‌توان از مشروعیت قواعد خصوصی سازمان‌های حرفه‌ای در عرصه تجارتی سخن گفت؟ این پرسش در عرصه داخلی یک کشور بی‌گمان دغدغه‌آفرین است، ولی آیا سخن گفتن از توزیع ثروت در بازرگانی خارجی منطقی است؟

هرچند ایجاد قواعد حقوقی از سوی بازرگانان از راه عرف‌های تجاری یا قواعد سازمان‌های حرفه‌ای کارآمدتر است، در مقابل محتوای مبهم حقوق بازرگانی فراملی تا اندازه‌ای از کارایی آن می‌کاهد، زیرا طرفین باید زمان و هزینه بیشتری برای یافتن قواعد حقوق بازرگانی فراملی صرف کنند (Melkomian, 2010, p45). با وجود این، در سال‌های اخیر بدون کردن قواعد مربوط به تجارت بین‌الملل از جانب نهادهای بین‌المللی در قالب اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۳، اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۴، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، یا انتشار مقررات یک‌شکل در خصوص اعتبارات اسنادی، حمل و نقل بین‌المللی، ضمانت‌نامه‌های بانکی از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی یا تدوین قراردادهای استاندارد از

1. private ordering

2. (ICANN) Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

3. UNIDROIT

4. PECL

جانب انجمن‌های تخصصی مانند بیمه لویدز یا فیدیک^۱ و ...، تا حدود زیادی از این ابهام کاسته است.

از سوی دیگر ضمانت‌های جایگزین اجبار مادی، مانند لطمه به شهرت تجاری یا تهدید به اخراج از اتحادیه‌های صنفی و یا معامله نکردن با شخص متخلف، راه‌های بسیار کم‌هزینه‌تری نسبت به ضمانت‌های دولتی می‌باشند. حقوق بازرگانی فراملی در هر حال به حاکمیت‌های ملی برای اجرای احکام احتیاج دارد، ولی اگر بتواند سازوکارها و ضمانت‌های مخصوص به خود را تدارک ببیند، قطعاً در کاهش هزینه‌ها و افزایش کارایی اقتصادی موفق‌تر خواهد بود.

نتیجه

هرچند در تعریف و قلمرو حقوق بازرگانی فراملی اختلاف‌نظرهای عمیقی به چشم می‌خورد، ولی به عنوان واقعیتی غیرقابل انکار به‌ویژه در حوزه داوریه‌های تجاری بین‌المللی به آن توجه شده است. مبنای فلسفی قواعد حقوقی حقوق بازرگانی فراملی را در سه حوزه می‌توان تحلیل کرد:

نخست، مطالعات جامعه‌شناسی و انسان‌شناسی نشان می‌دهد گروه‌های اجتماعی می‌توانند خود ایجادکننده قواعد حقوقی باشند و اجرای قواعد را تضمین کنند. ضمانت اجرا هرچند وصف اساسی حقوق است و نمی‌توان حقوق را بدون ضمانت اجرا تصور کرد، ولی ضمانت اجرای حقوقی لزوماً مادی نیست. فرآیند خصوصی‌سازی حقوق چه در مرحله ایجاد قواعد و چه اجرای آن، از سوی جامعه بازرگانان صورت می‌پذیرد. بازرگانان از راه مؤسسات و نهادهای تجاری فراملی قواعد و استانداردهایی را میان خود رایج می‌کنند که در کنار عرف‌های تجاری و اصول کلی حقوقی، نظامی حقوقی را می‌سازد که مستقل از دولت‌هاست. این قواعد را مراجع بین‌المللی اعمال می‌کنند. شرکت‌ها و بازرگانانی که آرا را اجرا نکنند با خطر از دست دادن اعتبار و طرد از گروه بازرگانان روبه‌رو می‌شوند که در عالم تجارت ضمانت اجرای بسیار مؤثری است و به مرگ حرفه‌ای تعبیر می‌شود.

دوم، دولت‌ها و قانون‌گذاری‌های ملی کثرت‌گرایی حقوقی را حداقل در محیط تجارت بین‌المللی پذیرفته‌اند و دادگاه‌های ملی هرچه بیشتر آرای داوریه را بدون ورود در ماهیت آن می‌پذیرند و اجرا می‌کنند و مراجع حل و فصل اختلافات نیز بیش‌ازپیش قواعد حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان حقوق حاکم بر دعوی، اعمال می‌نمایند. هم‌زمان، تحول مفهوم حقوق توضیح نظام‌های حقوقی را که ورای دولت‌ها ایجاد می‌شوند، آسان‌تر کرده است.

سوم، وجود یک نظام حقوقی که حاکم بر مبادلات تجاری بین‌المللی باشد، کارایی اقتصادی را افزایش خواهد داد (Goldstajn, 1961, p12) و این خود عامل مهمی در روی آوردن بازرگانان به اعمال قواعد یکسان در تجارت بین‌الملل و توجیه عملی و اقتصادی حقوق بازرگانی فراملی است. از این روست که گسترش سازمان‌های غیردولتی، کاهش اهمیت حقوق بین‌الملل خصوصی، تأکید بر انصاف و معقولیت در تجارت بین‌الملل، موفقیت معاهداتی چون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، تأکید بر خصوصی‌سازی حقوق یا فرآیند غیررسمی ایجاد حقوق، هم در زمینه حقوق خصوصی و هم حقوق بین‌الملل، همگی به توسعه حقوق بازرگانی فراملی کمک کرده‌اند (BERGER, 2001, p 4).

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. آزاد ارمکی، تقی (۱۳۸۶). نظریه‌های جامعه‌شناسی. چاپ چهارم، تهران: انتشارات سروش.
۲. آشوری، داریوش (۱۳۶۶). فرهنگ سیاسی. چاپ یازدهم، تهران: انتشارات مروارید.
۳. ایرانپور، فرهاد (۱۳۹۰). نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی. چاپ اول، تهران: نشر شهر دانش.
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۶۲.
۵. باقری، محمود (۱۳۸۸). مکاتب فلسفی در حقوق بین‌الملل. چاپ اول، تهران: نشر بنیاد حقوقی میزان.
۶. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶). قانون حاکم بر داوریهای تجاری بین‌المللی. چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۷. جنیدی، لعیا (۱۳۹۰). نظریه حقوق بازرگانی فراملی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱.
۸. جیمز ولز، چارلز (۱۳۶۳). تاریخ اجتماعی ایران در عهد قاجاریه. ترجمه سید عبدالله، به کوشش جمشید دودانگه و مهرداد نیکنام، تهران: انتشارات زرین.
۹. دل‌سوکیو، گئورگیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق. ترجمه جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۰. ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۷۸). تحلیل و نقد پلورالیسم دینی. چاپ اول تهران: دانش و اندیشه معاصر.
۱۱. رحمانی فرد، شهرداد (۱۳۸۶). جامعه‌شناسی حقوق. چاپ اول، تهران: انتشارات دنیای سبز.
۱۲. رحیمی، مصطفی، (۱۳۷۱). حقوق و جامعه‌شناسی. گزیده و ترجمه، تهران: انتشارات سروش.
۱۳. رولان، نوربرت (۱۳۹۰). انسان‌شناسی حقوقی. ترجمه رضا موسی‌زاده، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۴. ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۷). حقوق بین‌الملل عمومی. چاپ سی و ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۵. علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۲). جامعه‌شناسی حقوق. مجله حوزه و دانشگاه، سال نهم، شماره ۳۵.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). فلسفه حقوق. جلد ۱، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). کلیات حقوق. چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کلی، جان (۱۳۸۲). تئوری حقوقی در غرب. ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو.
۱۸. کوئن، بروس (۱۳۸۷). مبانی جامعه‌شناسی. ترجمه دکتر غلامعباس توسلی - دکتر رضا فاضل، چاپ بیستم، تهران: انتشارات سمت.
۱۹. گورویچ، ژرژ (بی‌تا). مبانی جامعه‌شناسی حقوقی. ترجمه حسن حبیبی، تهران: چاپخانه بهمن.
۲۰. گورویچ، ژرژ (۱۳۵۲). درآمدی بر جامعه‌شناسی حقوقی. ترجمه حسن حبیبی، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی.
۲۱. گورویچ، ژرژ (بی‌تا). جامعه‌شناسی حقوقی. ترجمه حسن حبیبی، تهران: چاپخانه بهمن.
۲۲. لوی برول، هانری (۱۳۸۸). جامعه‌شناسی حقوقی. ترجمه قاضی شریعت پناهی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.

میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۸). پلورالیسم حقوقی. مجل آموزه های حقوقی، دانشگاه علوم رضوی.
 ۲۳. وثوقی، منصور، نیک خلق، علی اکبر (۱۳۸۶). مبانی جامعه‌شناسی. چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات بهینه.

(ب) خارجی

1. Berger, Klaus Peter, (2001), *Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
2. Berman, Harold J. & Dasser, Felix J., (1998), The "New" Law Merchant and the "Old": Sources, Content, and Legitimacy, in *LEX MERCATORIA AND ARBITRATION: A DISCUSSION OF THE NEW LAW MERCHANT* 53 (Thomas E. Carbonneau ed., rev. ed.).
3. Bernstein, Lisa, (1996), *Private Commercial Law*, 144 U. PA. L. REV. 1765.
4. Burke-White, William W., (2004), *International Legal Pluralism*, 25 Mich. J. Int'l L. 963.
5. Caenegem, R.C. van., (1991), *Legal History: A European Perspective*, London: Hambledon Press.
6. Cooter, Robert, (2000), *Law and Economics*, USA: Addison Wesley.
7. Cremades, Bernardo & Plehn, Steven, (1984), *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of the of International Commercial Transactions*, 2 B.U. INT'L L. REV. 317, 324.
8. Crevelde, van., (1999), *The Rise and Decline of the State*, Cambridge: Cambridge Univ. Press.
9. Dauvergne, Catherine, (ed.), (2003), *Jurisprudence for an Interconnected Globe* Aldershot: Ashgate press.
10. David, (1969) in: *Int'l. Encyclopedia of Comparative Law*, Ch. 5, at 212.
11. Davies, Margaret, (2005), *The Ethos of Pluralism*, 27 Sydney L. Rev. 87.
12. Drahozal, Christopher R., (2009), *Private Ordering and International Commercial Arbitration*, 113 Penn State Law Review 1031.
13. Engle Merry, Sally, (1988), *Legal Pluralism*, 22 Law & Soc'y. Rev. 869,869.
14. Evans, G.R. (2002), *Law and Theology in the Middle Ages*, London: Routledge.
15. Gaillard, (2001), *The Practice of Transnational Law*. In: Berger (ed.), London: Kluwer.
16. Glanter, marc, (1981), *Justice in many rooms, courts, private ordering and indigenous law*, journal of legal pluralism., Available at: www.jlp.bham.ac.uk/volumes/19/galanter-art.pdf.
17. Goldman, Berthold, (1986), *The Applicable Law: General Principles of Law—the Lex Mercatoria*, in *CONTEMPORARY PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION* 113, 116 (Julian Lew ed.)
18. Goldman, Berthold, (1990) *Introduction*, in *LEX MERCATORIA AND ARBITRATION, A DISCUSSION OF THE NEW LAW MERCHANT* 77 (Thomas Carbonneau ed.)
19. Goldstajn, (1961), *the new law merchant*, J.Bus.L.
20. Goode, R., (1998), *New Developments in International and Consumer Law*, Ziegel, J.S. (ed.), Oxford: Hart Publishing.
21. Griffiths, John, (1986), *What is Legal Pluralism?* 24 J. of Leg. Pluralism 1,38.
22. Hadfield, Gillian K, (2001), *Privatizing Commercial Law*, University of Toronto, spring. (www.cato.org/pubs/regulation/regv24n1/hadfield.pdf).
23. Hooker, M.B. (1979), *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford: Clarendon Press.
24. Horn, Norbert, (1982), *Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts*, in: Horn/ Schmitthoff (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt.
25. Kelley, Donald, (1990), *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard Univ. Press.
26. Maitland, Frederick W., (1898). *A Prologue to the History of English Law*, 14 L.Q. Rev. 13.
27. Malinowski, Bronislaw, (1926), *Crime and Custom in Savage Society*, London: Routledge.
28. Melkomian, Gayaneh Melkom, (2010), *International Business Law*, CMPL 604, Research Essay, Winter.
29. Melissaris, Emmanuel, (2004), *The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism*, 13 Soc. & Leg. Studies 57.

- 30.Mommsen, W.J. and Moor, J.A. de, (1992), *European Expansion and Law*, Oxford: Berg Publishers.
- 31.Moore, Sally Falk, (1973), "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study," 7 *Law & Soc. Rev.*
- 32.Morrall, J.B., (1980), *Political Thought in Medieval Times*, Toronto: Univ. of Toronto Press.
- 33.Naón, Horacio Grigera, (1982), *THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS*, Deventer:
- 34.Omri, Yadlin, (2000), A Public Choice Approach to Private Ordering: Rent-Seeking at the World's First Futures Exchange, 98 *MICH. L. REV.* 2620.
- 35.Pospisil, Leopold, (1971), *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law* New York: Harper and Row.
- 36.Raz, Joseph., (2005), Can There Be a Theory of Law?, in *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson ,Oxford: Blackwell Publishing.
- 37.Robinson, O.F. Fergus, T.D. and Gordon, W.M., (2000), *European Legal History*, London: Butterworths.
- 38.Schmitthoff, C. (1982), *Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transaction*, *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, Deventer: Schmitthoff & Horn (ed).
- 39.Schwarcz, Steven L., (2002), *PRIVATE ORDERING*, *Northwestern University Law Review*.
- 40.Sousa Santos, Boaventura de, (1987), Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, 14 *J. of L. & Soc.* 279.
- 41.Steindorff, (1977), *New Directions for International Trade Laws*, in: *UNIDROIT* (ed.)
- 42.Tamanaha, Brian Z., (1995), *An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law*, *Oxford J. Leg. Stud.*
- 43.Tamanaha, Brian Z., *UNDERSTANDING LEGAL PLURALISM: PAST TO PRESENT, LOCAL TO GLOBAL*, *LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES*, Electronic copy available at: <http://ssrn.com>
- 44.Tamanaha, Brian Z., (2001), *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press.
- 45.Teubner, Gunther, (1992), The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism, 13 *Cardozo L. Rev.* 1443.
- 46.Ullmann, W., (1969), *The Medieval Idea of Law*, NY: Barnes and Noble.
- 47.Williams, Glanville L., (1945), *International Law and the Controversy Concerning the Word "Law"* *Brit.Y.B. Int'l. L.*
-