

فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل

سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

صفحات: ۲۱۵-۱۹۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۱۱؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۱۱/۲۰



آفرینش و پویایی لکس مرکاتوریا در پرتو رویه داوری تجاری بین‌المللی

ایوب پرتوی^۱، مصطفی ماندگار^{۲*}، رضا زارعی^۳

چکیده

در آموزه‌های کلاسیک حقوق بین‌الملل خصوصی و در جستجوی تعیین حقوق ماهوی حاکم بر قرارداد، علی‌الاصول کوشش داور یا قاضی منجر به انتخاب یک نظام حقوقی مشخص یا ملی می‌شود. محدودیت‌های این انتخاب ولو در حالتی که طرفین شخصا بخواهند از آزادی قراردادی خود برای تعیین قانون حاکم استفاده کنند، روشن است و تحلیل آن مجال دیگری می‌طلبد. در این راستا، ایده رجوع به یک نظام حقوقی جایگزین که از نارسایی‌های انتخاب یک نظام حقوقی داخلی مصون باشد، مدتهاست که مورد توجه دکتربین قرار گرفته است چنانکه از هنگام مطرح شدن تئوری ابتکاری گلدمن مینی بر وجود یک نظام حقوقی مستقل و فراملی (موسوم به حقوق بازرگانی فراملی یا لکس مرکاتوریا) که مناسب و مختص روابط تجاری بین‌المللی باشد مدتها می‌گذرد لیکن هنوز ابهام در مفهوم و عناصر سازنده و خاستگاه آن باعث ایجاد تردیدهای در اصالت و استناد به آن به عنوان یک منبع حقوقی مستقل و یا مکمل شده است. با این وجود، داوران در آراء خود از اتکاء به این منبع منعطف و پویا غافل نشده اند بطوریکه گرچه پیشگامی در طرح این نظریه را می‌توان به دکتربین منتسب دانست اما بدون تردید عناصر سازنده این نظم حقوقی نوظهور را باید در رویه داوری تجاری بین‌المللی یافت. در این تحقیق تلاش می‌شود نقش و سهم داوری تجاری بین‌المللی در بازتعریف لکس مرکاتوریا و شناسایی آن در ردیف منابع حقوقی مدون و شناخته شده مورد اشاره قرار گیرد. واژگان کلیدی: لکس مرکاتوریا، حقوق بازرگانی فراملی، رویه داوری تجاری بین‌المللی، حقوق قابل اعمال.

* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

(نویسنده مسئول) Drmandega@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

مقدمه

به طور کلی تلاش برای شناسایی و اعمال لکس مرکاتوریا ناشی از اعتقاد بسیاری از حقوقدانان بر این موضوع است که قانون داخلی و حقوق بین‌الملل را مناسب برای رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی در زمانی که افراد درگیر در یک معامله از کشورهای مختلف هستند نمی‌دانند.

مطابق نظر این حقوقدانان یک نظام حقوقی ملی نمی‌تواند به انتظارات طرفین اختلاف که از نظام‌های مختلف حقوقی با زمینه‌های مختلفی هستند پاسخ‌مطلوبی را ارائه دهد و حقوق بین‌الملل نیز در راستای رسیدگی به موضوعات مربوط به مبادلات تجاری فرا مرزی نمی‌تواند کافی تلقی شود. از این جهت یک نظام حقوقی سوم که به طور مشهور به عنوان لکس مرکاتوریا شناخته می‌شود که نه یک حقوق ملی و نه حقوق بین‌الملل بلکه ترکیبی با ویژگی‌های هر دو است، می‌تواند در این زمینه گزینه جذابی محسوب شود (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p. ۶۵۸).

مدافعان لکس مرکاتوریا آنرا قانون جامعه بازرگانی بین‌المللی می‌دانند که به اتفاق آراء به وسیله همه کشورهای درگیر در تجارت بین‌الملل مورد قبول واقع شده است (Born, ۲۰۰۱, p. ۵۵۶).

توجه به لکس مرکاتوریا از یک طرف در پرتو نیاز بازرگانان به یک نظام حقوقی بی‌طرف منطبق با شرایط بازرگانی بین‌المللی و از طرف دیگر با توجه به موانع مختلف حقوقی که روند انعقاد و اجرای معاملات را بر مبنای قوانین ملی دشوار می‌نمود، مورد توجه بازرگانان بین‌المللی قرار گرفت.

۲- تعارض قوانین

در کنار مشکلات مربوط به تعارض قوانین و عدم وحدت راه حل‌های قواعد حل تعارض در قوانین مختلف ملی، عدم وجود برداشت واحد از عبارات مشابه حقوقی، تقدم و تأخر راه‌های جبران خسارت^۱ در نظام‌های مختلف حقوقی، توجه به رویه و

^۱ - به طور مثال در حوزه کشورهای سیول لا مانند فرانسه اولین راه جبران خسارت اجرای عین تعهد (Specific Performance) است در حالی که در انگلستان مطالبه خسارت (Claim of Damage).

تفسیر داخلی یک کشور به جای توجه به رویه بازرگانی بین المللی، استثناء نظم عمومی که می توانست در حقوق داخلی توسط قضات ملی به نحو غیر منصفانه ایی تفسیر شود، عدم آشنایی و هزینه دار بودن یادگیری یک قانون ملی بیگانه، از جمله دلایلی بودند که در دید بازرگانان اداره قراردادهای فرا مرزی آنها به وسیله قانون ملی طرف دیگر قرارداد یا بر مبنای قانون یک کشور ثالث را دشوار و پر هزینه می ساخت. در کنار این دلایل نیاز به وجود اصول یکنواخت تجاری، فراتر از سیاست های قانون گذاری قوانین ملی مختلف که به طور خاص به اداره معاملات بازرگانی فراملی حاکم پردازد، در دهه های اخیر در کانون توجه نهادهای مختلف هنجارساز تجارت بین الملل نیز قرار گرفته است.

این توجه از این جهت دارای اهمیت است که چنانچه هر دولتی مجموعه متفاوت و مجزایی از اصول و قواعد را در راستای تنظیم قراردادهای منعقد در قلمرو تجارت بین الملل داشته باشد، امکان تحقق یکنواختی قوانین حاکم بر معاملات تجاری فراملی وجود ندارد و یا اینکه در یک سطح حداقلی بوجود خواهد آمد. اختلافات موجود در قوانین و مقررات ملی بر تفسیر و اجرای قراردادها اثر خواهد گذاشت و این موضوع سبب افزایش اختلافات و رسیدن به نتایجی از روند حل اختلافات حقوقی می شود که شاید نتیجه آنرا هیچکدام از طرفین دادخواهی پیش بینی نمی کردند.

این عدم اطمینان در رابطه با عدم امکان پیش بینی نتایج دادرسی باعث می شود که بازرگانان توانایی امکان تصمیم بر مبنای پیش بینی احتمالی نتایج دادرسی آینده از دست بدهند و این مقوله به نوبه خود می تواند باعث ایجاد تردیدها در ارجاع موضوع اختلاف به دادخواهی شود که این موضوع می تواند با توجه به شرایط مالی و اقتصادی طرفین اختلاف، سبب حل و فصل کردن اختلافات مطابق امیال و خواست طرف قوی تر گردد. به عبارت دیگر در فرضی که امکان پیش بینی نتایج دادرسی وجود نداشته باشد و بطور کلی قانون و مکانیسم حل اختلاف، دارای یک مکانیسم کارآمد نباشد، بدیهی است طرفین اختلاف و مخصوصاً طرف ضعیف تر مجبور به تراضی با طرف قوی تر در جهت اجرای قرارداد می شود که در این توافق آنچه مشخص است، بازرگانی که دارای موقعیت مالی ضعیفتری است نمی تواند از منافع مشروع اقتصادی خود که در پرتو اجرای منصفانه و عادلانه قرارداد به دست می آمد بهره مند شود.

با این وجود اختلاف در رابطه با قوانین ملی مختلف مرتبط با یک قرارداد در نهایت می تواند به نحو قابل توجهی منافع طرفین درگیر در یک معامله منعقد در قلمرو

۱۹۴....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

تجارت بین‌الملل را تحت تأثیر قرار دهد و از این جهت لازم است که قواعد و اصول یکنواخت بر معاملات بازرگانی فراملی حاکم باشند.

قراردادهای بین‌المللی انواع خاصی از روابط حقوقی را تشکیل می‌دهد که عناصر قراردادی آن با بیش از یک نظام حقوقی مرتبط می‌شوند. این موضوع در زمانی که اقامتگاه طرفین قرارداد، مکان انعقاد قرارداد یا مکان اجرای آن در کشورهای مختلفی قرار گرفته باشد تبلور میابد (Corte, ۲۰۱۲, p.۳۴۸).

به طور مثال قراردادی که در پاریس امضاء شده و در تهران اجرا می‌شود، یک قرارداد بین‌المللی تلقی می‌شود. در این موارد از آنجایی که قرارداد منعقد شده با بیش از یک نظام حقوقی مرتبط شده است، لازم است که تعیین شود که چه قانونی نسبت به جنبه‌های مختلف این قرارداد در صورت بروز اختلاف قابل اعمال خواهد بود. حقوق بین‌الملل خصوصی در راستای پاسخ به این سوال از وسیله کلاسیک خود، یعنی قواعد حل تعارض استفاده می‌کند که در عمل مشکلاتی را برای بازرگانان مانند عدم قابلیت پیش‌بینی نتیجه اعمال قواعد حل تعارض به دلیل عدم یکنواختی این قواعد در نظام‌های مختلف حقوقی ایجاد می‌کند که این مقوله به نوبه خود بر امکان پیش‌بینی نتایج دادرسی یا داوری و بر مبنای آن امکان اتخاذ تصمیمات مناسب برای آینده تأثیر خواهد گذاشت. بنابراین از این جهت است که به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز با توجه به بند ۴۲ ماده ۴۲ و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران که در پرتو اصل استقلال طرفین در انتخاب قانون حاکم، تأکید بر اتخاذ تصمیم بر مبنای قرارداد و عرف و عادت تجاری ذیربط کرده^۲ و همچنین بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران^۳ مصوب ۱۳۷۶ و بند ۲ از ماده ۳۰ قواعد داوری مرکز منطقه‌ای تهران^۴ مصوب ۱۳۸۳ که صراحتاً امکان رسیدگی بر مبنای انصاف و کدخدانمنشی را پیش‌بینی کرده^۵

۵- «داور» مکلف است در کلیه موارد، مطابق مفاد قرارداد تصمیم بگیرد و عرف و عادت تجاری ذیربط را رعایت کند.

۶- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمنشانه تصمیم بگیرد.

۷- هر چند داوری بر مبنای انصاف و کدخدانمنشی با داوری بر مبنای لکس مرکاتوریا متفاوت است با این وجود به نظر می‌رسد که داور می‌تواند با اختیار رسیدگی بر مبنای انصاف، لکس مرکاتوریا را منصفانه‌ترین قانون برای اداره اختلاف طرفین تشخیص دهد و از این اختیار اعطایی به او در راستای انتخاب و اعمال لکس مرکاتوریا استفاده کند. در واقع هر چند در داوری بر مبنای انصاف داور مکلف است که بر مبنای قواعد و اصول رفتار منصفانه رأی صادر کند در حالی که در داوری بر مبنای لکس مرکاتوریا داور می‌بایستی از اصول فراملی که تشکیل‌دهنده لکس مرکاتوریا هستند را در نظر بگیرد با این وجود داوری می‌تواند بر مبنای انصاف، لکس مرکاتوریا را با توجه به

در راستای اجتناب از حاکمیت قواعد تعارض قوانین و در راستای احترام به اراده طرفین اختلاف، امکان رسیدگی بر مبنای لکس مرکاتوریا نیز به طور ضمنی پیش بینی شده است. لازم به ذکر است که قابلیت پیش بینی از مزایای یک نظام حقوقی محسوب می شود که بر مبنای این ویژگی طرفین اختلاف که در فرض ما بازرگانان بین المللی هستند می توانند بدو با توجه به پیش بینی نتایج دادرسی این تصمیم را بگیرند که آیا بر مبنای تحلیل منافع و هزینه ها دادرسی در پرتو چگونگی رأی صادره، اختلافشان را به طور مسالمت آمیز حل و فصل نمایند و یا اینکه به محاکم داوری یا محاکم دادگستری رجوع نمایند. سادگی و پیچیده نبودن اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی از یک طرف و جهان شمولی و قابل فهم بودن اصول و قواعد آن از طرف دیگر می تواند این مقوله مهم را برای بازرگانان فراهم کند. این ویژگی ها را در مقایسه با قوانین مختلف ملی از لکس مرکاتوریا بیشتر می توان انتظار داشت و از این جهت در ابطه با لکس مرکاتوریا تأکید شده که لکس مرکاتوریا را باید حاوی اصول جهانی، به طور مثال اصل الزام آور بودن اجرای تعهدات^۶ بدانیم که اولاً این اصول معمولاً در هر نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده اند. دوماً لکس مرکاتوریا را باید حاوی استانداردهای خاص اعمال نسبت به تشکیل (و اجرای) قراردادها باشد و در نهایت اینکه لکس مرکاتوریا باید صلاحیت رو به رشد داوری تجاری بین المللی را در نظر بگیرد. (Shmatenko, ۲۰۱۳, p.۹۳)

بنابراین لکس مرکاتوریا ظاهراً رسالت اداره مطلوب تر قراردادهای بازرگانی فرا ملی را به عهده دارد و در مقایسه با قواعد حل تعارض ملی نیز مناسب تر برای اداره این قرار دادها تلقی می شود و از این جهت به وسیله بازرگانان به عنوان فعالان بازارهای مالی و اقتصادی مورد توجه قرار گرفته است زیرا بازرگانان بر مبنای تحلیل سود و هزینه خود نسبت به انتخاب یا عدم انتخاب یک نظام حقوقی اقدام می کنند.

لازم به ذکر است که در رسیدگی به قراردادهای بین المللی دادگاه های ملی اعمال قواعد حل تعارض خودشان را بر مبنای قدرت ناشی از صلاحیت قضایی شان ضروری می دانند و بر مبنای آن نیز قانون حاکم بر پرونده را مشخص می کنند. در حقیقت بر

انطباق آن با رویه بازرگانی بین المللی، منصفانه ترین گزینه برای اداره یک معامله منعقد در قلمرو بازرگانی بین المللی تلقی کند. از این جهت تصریح به رسیدگی بر مبنای انصاف می تواند به معنای اختیار ضمنی نسبت به رسیدگی بر مبنای لکس مرکاتوریا نیز باشد.

^۶ - Pacta sunt servanda

۱۹۶....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

مبنای این اختیار، دادگاه‌های ملی اختیار اتخاذ تصمیم در رابطه با موضوع شکلی قانون حاکم بر پرونده مطروحه نزد آنها را دارند.

اصل استقلال که به عنوان یکی از مشهورترین اصول حقوق قراردادها در قواعد تعارض قوانین اکثر نظام‌های حقوقی حل تعارض به رسمیت شناخته شده امکان انتخاب قواعد بازرگانی فراملی یا همان لکس مرکاتوریا را در قراردادهای بین‌المللی مقرر کرده است. با این وجود در تصمیمات مختلفی که به وسیله صلاحیت‌های قضایی مختلف ملی اتخاذ شده معمولاً طرفین قراردادی نمی‌توانند اعمال هرگونه قانون ملی را از طریق انتخاب منفی قانونی^۷ مستثنی کنند. با این وجود در رویه داوری تجاری بین‌المللی آراء ایی مشاهده می‌شود^۸ که در آن به این مقوله تأکید شده که عدم انتخاب هر قانون ملی به وسیله طرفین بر این مبنا تلقی می‌شود که آنها به طور ضمنی خواسته‌اند که اصول تجارت بین‌الملل یا همان لکس مرکاتوریا را بر قرارداد حاکم نمایند (Janssen, ۲۰۰۹, ۲۹۲). بر این مبنا برخی از نویسندگان معتقدند که استثناء قوانین ملی به منزله خواست طرفین نسبت به اداره قرارداد آنها به وسیله قواعد غیرملی تلقی شده است (Poudret & Besson, ۲۰۰۷, p.۵۵۷). در این رابطه تأکید شده که اعمال اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بستگی به مکان رسیدگی به پرونده، دادگاه‌های ملی یا محاکم داوری دارد (Klabbers & Piiparinen, ۲۰۱۳, p.۲۱۳) و در محاکم داوری در صورت سکوت طرفین، اراده طرفین معمولاً بر مبنای عدم انتخاب قوانین ملی استنباط می‌شود. در واقع از آنجایی که معمولاً محاکم داوری در رسیدگی به اختلاف طرفین، اولویت را به جستجوی مناسب‌ترین راه حل برای مدیریت کارآمد و اتخاذ تصمیم مناسب نسبت به اختلاف مطروحه نزد آنها می‌دهند و همانند قضات ملی خود را مکلف به رعایت قوانین مکان رسیدگی نمی‌دانند، با توجه به ویژگی غیر دولتی محاکم داوری آزادی عمل بیشتری در قبول صلاحیت فرادولتی لکس مرکاتوریا دارند.

در واقع از آنجایی که لکس مرکاتوریا تشکیل شده از عرف‌ها و رویه‌ها بازرگانان و سایر منابعی است که مناسب برای اداره بازرگانی بین‌المللی تلقی می‌شود، در مقایسه با قوانین ملی و حقوق بین‌الملل مناسب‌تر برای بازرگانان تلقی می‌شود.

۱۰. Negative Choice of Law

۱۲. ICC ۷۳۷۵/۱۹۹۶, ICC ۷۱۱۰/۱۹۹۵, ICC ۷۳۷۵/۱۹۹۶, ICC/ ۸۵۰۲/۱۹۹۶, ICCL۹۸۷۵/۱۹۹۹, ICC ۱۰۴۲۲/۲۰۰۱.

۳- تمایل به اجرای لکس مرکاتوریا

نکته دیگری که باید به آن توجه نمود این است که تمایل به سمت اجرای لکس مرکاتوریا یا همان حقوق بازرگانی فراملی از این جهت نیز دارای اهمیت است که قواعد و اصول لکس مرکاتوریا که منبعث از رویه بازرگانان در منابع مختص بازرگانی بین المللی هستند، توانسته در شاخه های مختلف تجارت به وسیله نهادهای خصوصی هنجارساز بازرگانی مانند بازارهای بین المللی، به خوبی تخصصی سازی شوند و از این جهت در لکس مرکاتوریا علم و رویه عملی توانسته اند به گونه موفقیت آمیزی با یکدیگر ترکیب شود.

در بررسی ماهیت لکس مرکاتوریا در ابتدا می بایستی مفهوم و ماهیت لکس مرکاتوریا بررسی شود و در مرحله بعد نیز منابع تشکیل دهنده این نظام حقوقی بررسی گردد و در قسمت پایانی این مقاله نیز به این مقوله توجه شود که چرا محاکم داوری در فرض سکوت طرفین در برخی از پرونده ها ترجیح داده اند که به جای تمسک به قوانین ملی به لکس مرکاتوریا به عنوان اصول کلی تجارت بین الملل و اصول تجاری مشترک بین اکثر نظام های حقوقی استناد کنند.

۴- طرح نظریه لکس مرکاتوریا

علی رغم گذشت بیش از نیم قرن از طرح مباحث پیرامون لکس مرکاتوریا، حتی در میان حامیان لکس مرکاتوریا نیز مباحث پیرامون ماهیت آن ادامه دارد (Frick, ۲۰۰۱, p. ۱۱۰). لکس مرکاتوریا که به عنوان یک نظام سوم حقوقی توصیف شده، در ادبیات حقوقی به نام های مختلفی مانند حقوق فراملیتی، حقوق تجاری فراملی، لکس مرکاتوریا، حقوق قراردادهای بین المللی توصیف شده است. گروهی از نویسندگان نیز با توجه به ویژگی های فرادولتی آن و با تأکید بر ماهیت غیر دولتی اصول تشکیل دهنده آن لکس مرکاتوریا را یک نظام حقوقی فرادولتی به جای فراملی تلقی کرده اند و بر این عقیده اند که مناسب تر است به جای واژه فراملی از واژه فرادولتی برای توصیف حقوق بازرگانان استفاده شود و بنابراین لکس مرکاتوریا را به عنوان حقوق بازرگانی فرادولتی تلقی کرده اند (Karimi, Kashani, & Nassiran, ۲۰۱۶, p. ۴). حامیان لکس مرکاتوریا معتقدند که لکس مرکاتوریا نشان دهنده بیانی خود جوش از عرف ها و اصول ناشی از فعالیت تجاری، در طول سالیان متمادی است (Campbell, ۲۰۱۰, ۴۹).

۱۹۸....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

برای اولین بار این قاضی جوزف^۹ بود که واژه حقوق فراملی را برای توصیف لکس مرکاتوریا استفاده کرد و در این رابطه ادعا نمود که لکس مرکاتوریا شامل همه قوانینی است که اعمال و رویدادهایی که فراتر از مرزهای ملی هستند را تنظیم می‌کند و هم شامل حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی به عنوان قواعدی می‌شود که به طور کاملاً مناسب درون چنین دسته‌های استاندارد قرار نمی‌گیرند.

پروفسور گود^{۱۰} مفهوم حقوق بازرگانی فراملی را به حقوق فراملی در رابطه با موضوعات تجاری ارجاع می‌دهد و در این رابطه استدلال می‌کند که حقوق فراملی شامل قوانین ملی مربوط به تجارت بین‌الملل و قواعد حل تعارض قوانین نیز می‌شود. مطابق نظر گود، حقوق تجاری فراملی به عنوان قانونی که اختصاص یافته یا محصول یک سیستم حقوقی است تلقی نمی‌شود بلکه لکس مرکاتوریا نشان‌دهنده همگرایی قواعد ترسیم شده از نظام‌های حقوقی مختلف است که حتی در دیدگاه مفسرانی که دیدگاه موسع‌تری دارند، مجموعه قواعدی تلقی می‌شوند که به طور کامل غیر ملی هستند و نیروی خودشان را از فضیلت^{۱۱} عرف بین‌المللی می‌گیرند و به وسیله جامعه تجاری نیز رعایت می‌شوند (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p. ۶۶۰). در دیدگاه دیگری لکس مرکاتوریا به عنوان آنالوگ معاصر از حقوق بازرگانی قرون وسطی تلقی شده که بازیگران خصوصی در راستای سازماندهی تجارت و حل و فصل کردن اختلافات تجاری از آن استفاده نموده‌اند. در واقع بر اساس یک سنت دیرینه در حقوق تطبیقی، نویسندگان جدید بر توسعه قانون تجاری بین‌الملل خصوصی، به ویژه قانون قراردادهای و رشد داوری تجاری بین‌المللی تمرکز کرده‌اند. مطابق این دیدگاه، قانون جدید بازرگانی ترکیب پیچیده‌ای از مقامات دولتی و خصوصی است که هر چند به عنوان «خصوصی» تلقی شده، نقش مهمی را در تخصیص ریسک‌ها، تنظیم دسترسی به بازار و ایجاد ارتباط بین قلمروهای محلی و جهانی بازی می‌کند. مطابق این دیدگاه لکس مرکاتوریا نمونه‌ای از قانون جهانی جدید تلقی می‌شود که مرزهای آن بازارها، جوامع حرفه‌ای و شبکه‌های اجتماعی بدون سرزمین در نظر گرفته شده است (Snyder, ۲۰۰۴, p. ۶). مطابق این دیدگاه لکس مرکاتوریا با توجه به ریشه‌های آن در قرون وسطی و بر مبنای نیاز بازرگان نسبت به تنظیم روابط تجاری خود و با توجه به رشد و

^۹ - Lord Jessup

^{۱۰} - Good

^{۱۱} - Virtue

توسعه داوری به عنوان یک مکانیسم حل و فصل اختلافات تقریباً خصوصی، در جوامع حرفه ای بدون مرز که روابط آنها بر مبنای رویه بازرگانی و آداب و رسوم مورد عمل بازرگانان در سطح بین المللی تشکیل شده، قرار گرفته است. در دیدگاه دیگری لکس مرکاتوریا به عنوان یک سیستم حقوقی فراملی، تشکیل شده از عرفهای تجاری بین المللی و از اصول و قواعد مشترک ملت های پیشرفته توصیف شده است (Winnick, ۲۰۱۴, p. ۸۴۷).

پروفسور گلدمن به عنوان یکی از مدافعان سر سخت لکس مرکاتوریا، این نظام حقوقی را به عنوان مجموعه ای از اصول کلی و قواعد عرفی که به طور خودجوش ارجاع داده شده یا گسترش یافته در چهارچوب تجارت بین الملل می داند که به یک نظام حقوقی ملی خاص ارجاع داده نشده است (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p. ۶۶۱).

بنابراین مطابق نظر گلدمن لکس مرکاتوریا یک نظام حقوقی مستقل غیر دولتی است که از اصول کلی و قواعد عرفی خودجوش بدون دخالت قانونگذاری دولتی تشکیل شده است. قاضی ماستیل در این رابطه خاطر نشان می کند که قواعد لکس مرکاتوریا ارزشی هنجاری مستقل از هر نظام حقوقی ملی دارد و بر این اساس لکس مرکاتوریا یک نظم حقوقی مستقل را تشکیل می دهد (Lowenfeld, ۱۹۹۰, p. ۱۴۴). در این رابطه آنچه استدلال شده بر این امر استوار شده است که آداب و رسوم تجاری و عرفهای تجارت می توانند به عنوان منابع فراملی قانون تلقی شوند. این امکان به این دلیل است که آنها از طریق هر مقام دولتی مانند پارلمان یا قدرت قضایی یا اجرایی دولتی، دیکته نشده اند بلکه آداب و رسوم و عرفهای تجاری به وسیله اشخاص خصوصی بر مبنای اصل استقلال طرفین^{۱۲} ایجاد شده اند.

بنابراین قانون فراملی به عنوان یک قانون خود رسته از رویه تجاری بین المللی متولد شده که منابع آن مبتنی بر عرفهای تجاری است و روش حل و فصل اختلاف در قلمرو آن نیز داوری بین المللی است که متفاوت از دادگاه های ملی یا بین المللی تلقی می شود (Corte, ۲۰۱۲, p. ۳۴۸).

^{۱۲} - Autonomy of Parties

۲۰۰....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

۵- نظریات مخالف

همانطوریکه مشاهده می‌کنید یک اختلاف نظر اساسی در رابطه با مفهوم لکس مرکاتوریا وجود دارد. گروهی از نویسندگان لکس مرکاتوریا را صرفاً دارای ماهیت خودجوش عرفی و در حقیقت یک نظام غیر دولتی می‌دانند که قلمرو آن از قانونگذاری ملی صورت گرفته حتی در حوزه تجارت بین‌الملل نیز مستقل است. در مقابل گروه دیگری از نویسندگان لکس مرکاتوریا را شامل قوانین دولتی یا بین‌دولتی اختصاص یافته برای تجارت بین‌الملل نیز می‌دانند.

در رابطه با استدلال گروه اول، گلدمن از برجسته‌ترین حامیان این دیدگاه تلقی می‌شود. مطابق نظر گلدمن «لکس مرکاتوریا شامل قواعد موضوعی است که عمدتاً هر چند نه انحصاراً، فرا ملی هستند و ریشه در عرف دارند و بنابراین با وجود مداخله احتمالی دولتی یا بین‌دولتی در بسط و اجرای آنها، خودجوش هستند». با این توصیف لکس مرکاتوریا را می‌توان نوعی قانون عرفی فرا ملی تلقی نمود.

با تنظیم استانداردهایی مانند عرفی، فراملی و خودجوش بودن، گلدمن در واقع دیدگاه مضیقی را نسبت به اساتیدی مانند قاضی جوزف^{۱۳}، کلایوام اشمیتوف^{۱۴} و اول لندو^{۱۵} اتخاذ کرده است. در واقع گلدمن معتقد است که قوانین بین‌دولتی یا دارای منشأ دولتی مرتبط با تجارت بین‌الملل به طور خودکار قسمتی از لکس مرکاتوریا تلقی نمی‌شود با این وجود او این پیشنهاد را نیز ارائه می‌دهد که آن قواعدی که در راستای وضعیت عرفی قانون از طریق تکرار (یا فراوانی) عملی^{۱۶} ایجاد شده‌اند و یا اینکه عرف بین‌المللی یا اصول کلی قانونی را منعکس می‌کنند، می‌توانند بدون در نظر گرفتن سازندگان این قواعد یا قوانین به عنوان بخشی از لکس مرکاتوریا تلقی شوند (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p.۶۶۵).

با وجود تمام این اختلاف نظرها پروفیسور برگر^{۱۷} در کتاب مهم خود با عنوان تدوین خزننده لکس مرکاتوریا^{۱۸} در سال ۱۹۹۹ توصیف واقعی از ماهیت لکس مرکاتوریا را ارائه می‌دهد.

^{۱۳} - Judge Jessup

^{۱۴} - Clive Schmitthoff

^{۱۵} - Ole Lando

^{۱۶} - Practice

^{۱۷} - Berger

^{۱۸} - Creeping Codification of Lex Mercatoria

برگر در این زمینه بیان می کند که دیدگاه در مورد ترمنولوژی و کیفیت حقوقی لکس مرکاتوریا خصوصاً در رابطه با ماهیت آن به عنوان یک نظام حقوقی ثالث در کنار حقوق داخلی و حقوق بین الملل عمومی، به طور گسترده ای واگرا^{۱۹} است. با وجود این حقیقت، شباهت های قوی در نقاط شروع همه نظریه ها در حقوق تجارت بین الملل وجود دارد: ترکیب چشم اندازی از حقوق تطبیقی، عرف ها، آداب و رسوم و رویه های تجاری بین المللی، منجر به تکامل اصول، قواعد و استانداردهای فراملی شده که در عمل نیز به منظور دست یابی به راه حل های معقول اقتصادی نسبت به اختلاف تجاری فراملیتی اعمال شده است. در این روش اولویت نسبت به راه حل های حقوقی ماهوی در راستای اجتناب از اثرات عدم قطعیت و غیر قابل پیش بینی بودن نتایج ناشی از اعمال پیچیده دکرین تعارض قوانین و از قواعد ماهوی حقوق داخلی که غالباً برای حل مشکلات حقوقی مربوط به حقوق تجارت بین الملل معاصر ناکافی هستند، انعکاس یافته است (Pryles, ۲۰۰۸, p. ۳۲۰).

بر اساس این دیدگاه لکس مرکاتوریا صرفنظر از تمام اختلاف نظرها در تعاریف و ماهیت آن به عنوان یک نظام حقوقی تلقی می شود که اصول و قواعد آن فراملی هستند و یا اینکه بر مبنای آداب و رسوم و رویه مشترک تجارت بین الملل استقرار یافته اند و با یک بررسی تطبیقی در اصول کلی مشترک بین اکثر نظام های حقوقی ملی نیز پیدا می شوند و این اصول به منظور دست یابی به یک راه حل معقول تجاری برای اختلافات مطرح در بازرگانی بین المللی ایجاد و توسعه یافته اند.

از این دیدگاه لکس مرکاتوریا یک نظام حقوقی است که اصول و قواعد آن مورد قبول رویه بازرگانی بین المللی و مورد تصدیق اکثر نظام های حقوقی است و به دلیل تکرار آن در رویه بازرگانی بین المللی و در حقیقت ارزش و هنجار تلقی شدن اصول و قواعد آن برای جامعه بازرگانان، در راستای اداره قراردادهای بازرگانی بین المللی در مقایسه با قوانین داخلی مناسب تر تلقی می شوند. لازم به ذکر است که داوران به صراحت و به گستردگی روزافزونی از لکس مرکاتوریا در روابط تجاری بین المللی بهره می برند و در این شرایط حتی اگر از نظر تئوری و یا به انگیزه حفظ منافع ملی و گسترش دایره شمول قانون داخلی بر روابط تجاری بین المللی قائل به حکومت قانون سرزمین معینی باشیم و قانون بازرگانی فراملی را انکار نماییم، و با تکیه به اینکه

^{۱۹} - Widely

۲۰۲....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

اینگونه قواعد فاقد هرگونه قدرت الزام آور هستند از پذیرش آن به عنوان قواعد حقوقی امتناع نماییم، هرگز نمی‌توان و نباید این واقعیت را انکار نمود که قواعد بازرگانی فراملی به عنوان «واقعیت حقوقی» به صورت وسیع مورد استفاده و استناد داوران قرار می‌گیرند (ایران پور، ۱۳۹۳: ۱۱۹-۱۱۸).

۶- منابع لکس مرکاتوریا

همانطوریکه عنوان شد دیدگاه‌های متفاوتی نسبت به ماهیت لکس مرکاتوریا وجود دارد. ریشه این تفاوت دیدگاه‌ها تا حدودی در عدم وجود یک دیدگاه واحد در رابطه با منابع لکس مرکاتوریا قرار گرفته است. در واقع با وجود تفاوت دیدگاه درباره منابع لکس مرکاتوریا که ماهیتاً عناصر و بدنه این نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند، نمی‌توان شاهد ارائه یک تعریف واحد از لکس مرکاتوریا بود.

در میان حامیان لکس مرکاتوریا نیز مباحثه پیرامون تعیین منابع لکس مرکاتوریا و اهمیت نسبی منابع آن رواج یافته است. پروفیسور اول لندو، چندین عنصر را به جای منابع، برای لکس مرکاتوریا فهرست می‌کند که عبارتند از:

- حقوق بین‌الملل عمومی
- قوانین یکنواخت
- اصول کلی قانونی
- قواعد سازمانهای بین‌المللی
- آداب و رسوم و رویه‌های بازرگانی (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p.۶۷۲)
- قراردادهای استاندارد
- احکام داوری گزارش شده (Pryles, ۲۰۰۸, p.۳۲۰).

نویسنده دیگری با اذعان به عدم وجود توافق در رابطه با منابع لکس مرکاتوریا حتی در میان دلسوزترین حامیان این نظام حقوقی، به طور کلی چهار عنصر مشترک را برای آن در نظر گرفته است که عبارتند از:

- اصول کلی حقوقی
- آداب و رسوم و رویه‌های تجاری
- قوانین یکنواخت و اصول تجاری بین‌المللی
- احکام داوری.

استاد دیگری با اذعان به عدم وجود یک تعریف استاندارد از مجموعه قواعد و اصولی که نسبت به قراردادهای بین المللی اعمال می شود، منابعی را که غالباً برای چنین حقوق فرا ملی ذکر شده به ترتیب ذیل دسته بندی نموده است: (۱) عرف ها (۲) اصول کلی حقوقی (۳) حقوق نرم^{۲۰} که اشاره به منابعی دارد که دارای نیروی الزام آور نیستند بلکه از طریق ملاحظه و توجه به آنها در محدوده اراده اختیاری طرفین نسبت به اعمال آنها برای طرفین الزام آور خواهد شد. (۴) اصول کلی حقوق بین الملل عمومی (۵) در بعضی از موارد نیز در یک تعریف گسترده تر علاوه بر موارد فوق، منابع ملی و بین المللی (مانند معاهدات و کنوانسیون ها) تا حدی که آنها تنظیم کننده فعالیت بازرگانی بین المللی هستند (Cordero-Moss, ۲۰۱۴, p. ۳۱-۳۲).

بنابراین یک دیدگاه واحد در خصوص منابع لکس مرکاتوریا وجود ندارد. ریشه عدم وجود این دیدگاه ها این است که اساساً دو رویکرد متفاوت درباره آنچه تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا است وجود دارد. این دو دیدگاه یکی با نگاه موسع به لکس مرکاتوریا نگاه می کند و نگاه دیگر مضیق است.

حامیان دیدگاه مضیق^{۲۱} بر ویژگی خودجوش و غیر رسمی^{۲۲} منابع لکس مرکاتوریا تأکید می کنند و در نتیجه آنها کنوانسیون های بین المللی و قوانین یکنواخت را استثناء می کنند. تأکید این گروه بر ویژگی غیرملی لکس مرکاتوریا است و در نتیجه کنوانسیون های بین المللی و قوانین یکنواخت نمی توانند بخشی از آن تلقی شوند. بر مبنای این استدلال هیچ یک از قواعد از قوانین ملی یا حقوق بین الملل عمومی نمی تواند بخشی از لکس مرکاتوریا تلقی شود.

از طرف دیگر در رویکرد گسترده تر به لکس مرکاتوریا تأکید کمتری بر ویژگی خودجوش و عرفی منابع آن شده، هر چند لکس مرکاتوریا به عنوان قانون تجاری فرا ملی تعریف شده است. مطابق این دیدگاه همه قواعد قابل اعمال نسبت به روابط تجاری بین الملل بخشی از لکس مرکاتوریا محسوب می شوند. در این راستا خاطر نشان شده است که تجارت بین الملل قواعد متفاوتی را نسبت به فعالیت های تجارت داخلی دنبال می کند و جامعه بازرگانی بین المللی امور خودشان را تنظیم می کنند و قواعد خودشان را نیز ایجاد می کنند. این قانون متحدالشکل از لحاظ بین

^{۲۰} - Soft Law

^{۲۱} - Narrow Approach

^{۲۲} - Non - Statutory

۲۰۴...تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

المللی، در راستای اجتناب از تعارض بین قوانین ملی مختلف وجود دارد. مطابق این مفهوم گسترده از لکس مرکاتوریا، کنوانسیون‌های بین‌المللی، قوانین یکنواخت، اصول کلی حقوقی، قوانین رفتاری^{۲۳}، آداب و رسوم و عرفها، قراردادهای استاندارد^{۲۴} و قواعد سازمانهای بین‌المللی بخشی از لکس مرکاتوریا هستند.

منتقدان در این راستا استدلال می‌کنند که از طریق الحاق و به رسمیت شناختن برخی از منابع لکس مرکاتوریا به وسیله دولت‌ها، این منابع را به عنوان بخشی از لکس مرکاتوریا تلقی نمی‌شوند نمی‌دانند و آنها را به عنوان منابع قوانین ملی در نظر گرفته‌اند.

نظریه اخیر نمی‌تواند مانع‌کننده باشند. در واقع چگونه می‌توان یک قاعده از یک نظام حقوقی خاص از بدنه این سیستم جدا شود و وارد یک قانون ملی مشخص صرفاً از طریق الحاق به آن شود؟ در این رابطه واقعیت این است که یک قاعده که بخشی از لکس مرکاتوریا است از طریق امکان الحاق آن قاعده یا اصل درون برخی از قوانین ملی، از دامنه لکس مرکاتوریا استثناء نمی‌شود. علاوه بر این، بسیاری از اصول کلی لکس مرکاتوریا در اکثر قوانین ملی نیز در نظر گرفته شده‌اند زیرا این قواعد برای آنها ملاحظات تجارت و رفتار منصفانه را انعکاس می‌دهد و قواعد مهمی برای عملکرد روان و شفاف بازرگانی تحت هر قانونگذاری محسوب می‌شود.

از این جهت به نظر می‌رسد تمام قوانین، اصول و قواعدی که دارای ماهیت فراملی هستند و برای روابط بازرگانی بین‌المللی و ترویج کسب و کار بازرگانی نیز مناسب هستند و مورد قبول رویه بازرگانی بین‌المللی و اکثر نظام‌های حقوقی ملی می‌باشند، هر چند این اصول و قواعد بخشی از قوانین ملی نیز باشند، با این وجود جزئی از بدنه لکس مرکاتوریا و به عنوان منبع آن تلقی خواهند بود. تأکید بر ماهیت خودجوش لکس مرکاتوریا منافاتی با این موضوع ندارد که منابع آن مانند اصول کلی حقوقی در قوانین ملی کشورها نیز یافت شود بلکه این به رسمیت شناختن اصول کلی به نوعی می‌تواند حکایت از مقبولیت گسترده اصول و قواعد لکس مرکاتوریا در میان اکثر نظام‌های حقوقی ملی داشته باشد که به نوبه خود ویژگی فرا دولتی این اصول را نشان می‌دهد. با این وجود آنچه مسلم است یک اصل یا قاعده حقوقی یا یک کنوانسیون که تنها در بین تعداد معدودی از کشورها وجود دارد و مورد قبول اکثریت جامعه بازرگانی بین

^{۲۳} - Codes of Conduct

^{۲۴} - Standard From Contracts

المللی قرار نگرفته و به عبارت دیگر متداول و مرسوم در جامعه بازرگانی بین المللی نباشد، نمی تواند به عنوان بخشی از لکس مرکاتوریا تلقی شود. بنابراین به نظر می رسد قاضی یا داور رسیدگی کننده در فرضی که اختیار اداره قرارداد بر مبنای لکس مرکاتوریا را دارد، در مقام شناسایی اصول و قواعد این نظام حقوقی می بایستی در کنار توجه به خصیصه فراملی یا به عبارت دیگر فرا دولتی آنها، به مقبولیت و متداول بودن این اصول و قواعد نزد جامعه بازرگانی بین المللی و اکثریت قوانین ملی نیز توجه کند. در این مسیر معمولاً داوران با یک بررسی تطبیقی و با توجه به منابع اصیل لکس مرکاتوریا مانند رویه داوری بین المللی و عرف و آداب و رسوم تجاری اصول و قواعد مشترک تجارت بین الملل را شناسایی و اجرا می کنند.

۷- لکس مرکاتوریا در داوری تجاری بین المللی

برخی از نظام های حقوقی ملی با استفاده از کلمه قانون دولتی^{۲۵} برای طرفین اختلاف امکان انتخاب لکس مرکاتوریا را جهت اداره قرارداد آنها به عنوان مجموعه ای از اصول و قواعد فرا دولتی در نظر نگرفته اند. با این وجود در برخی از نظام های حقوقی^{۲۶} با استفاده از واژه قواعد حقوقی^{۲۷} این امکان در نظر گرفته شده است. در حقیقت بسیاری از مفسران بر این اعتقادند که وقتی یک قانونگذار ملی برای طرفین امکان انتخاب قواعد حقوقی را برای اداره قراردادشان در نظر می گیرد، در حقیقت به طور ضمنی امکان انتخاب یک نظام غیر دولتی برای اداره قرارداد با عنوان لکس مرکاتوریا را نیز تصدیق و به رسمیت شناخته است. به طور کلی از آنجایی که برخی از نظام های حقوقی ملی در پرتو سنت پوزیتیویسم گرایی^{۲۸} از روند ساخت قانون توسط جوامع فرامرزی خصوصی حمایت نمی کنند، لکس مرکاتوریا در داوری تجاری بین المللی قابلیت اعمال و استناد بیشتری در مقایسه با دادگاه های دولتی دارد. از این جهت این واقعیت به طور کلی پذیرفته شده که لکس مرکاتوریا و داوری بین المللی به طور مستقیم با یکدیگر در ارتباط هستند. بیشتر قراردادها و قواعد مربوط به داوری بین المللی که بعد از سال

^{۲۵} - State Law

^{۴۳} - فرانسه، سوئیس و هلند

^{۲۷} - Rules of Law

^{۴۵} - سنت پوزیتیویسم گرایی اشاره به مشروعیت ایجاد قانون صرفاً توسط نظام های حکومتی دولتی دارد و ساخت قانون به وسیله نهادهای خصوصی را مشروع نمی داند.

۲۰۶....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

۱۹۵۰ تهیه شدند این مقوله را در نظر گرفته اند که داوران باید قواعد و اصول تجارت بین‌الملل را حتی اگر بند داوری به لکس مرکاتوریا ارجاع نداده باشد در نظر بگیرند (Güçer, ۲۰۰۹, p ۳۶).

از این جهت داوران نقش اساسی در رشد و توسعه لکس مرکاتوریا ایفاء کردند زیرا داوران با اختیار حاصله از قرارداد خصوصی طرفین و با توجه به عدم الزام داوران بر رعایت قوانین دولتی مقرر داوری^{۲۹}، در برخی از پرونده ها حتی با وجود عدم انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به وسیله طرفین اختلاف^{۳۰}، آنها توانستند لکس مرکاتوریا را در مقایسه با قوانین ملی طرفین اختلاف یا قانون یک دولت ثالث، مناسب تر تشخیص دادند و اقدام به صدور رأی بر مبنای آن کنند.

علاوه بر این داوران از قدرت خلاقانه تری در مقایسه با قضات ملی برخوردارند و می توانند همانند مهندس اجتماعی نقش سازنده، در پیدا کردن اصول لکس مرکاتوریا و طراحی مناسب آن نسبت اختلاف طرفین اختلاف داشته باشند. در این زمینه پروفیسور لندو به نقش خلاق داوران در توسعه لکس مرکاتوریا اشاره کرده است. لندو در این رابطه بیان می کند:

«طرفین یک قرارداد داوری بین‌المللی، در برخی از موارد توافق بر یک قانون ملی خاص برای اداره قرارداد شان نمی کنند و به جای آن، آداب و رسوم و عرفهای تجارت بین‌الملل، قواعدی از قانون که نسبت به همه یا بیشتر دولتهای درگیر در تجارت بین‌الملل یا نسبت به دولتهای مرتبط با اختلاف مشترک هستند را بر می گزینند. در جایی که چنین قواعدی (به آسانی) قابل اثبات نباشد، داور قاعده ای را اعمال می کند و راه حلی را بر می گزیند که در نظر او مناسب تر و منصفانه تر است. این روند قضایی که قسمتی از آن اعمال قواعد حقوقی و قسمت دیگر آن یک انتخاب و خلق روند یا رویه است، اعمال لکس مرکاتوریا نامیده می شود (Maniruzzaman, ۱۹۹۹, p. ۶۹۳).

بنابراین می توان بر این عقیده بود که داوری و لکس مرکاتوریا دو جزء مکمل از قانون کلی تجارت بین‌الملل را تشکیل می دهند. داوری کمک زیادی به تکامل لکس مرکاتوریا که به طور اساسی از طریق نظریه ها و رویه داوری تکامل یافته و به عنوان

^{۲۹} - به استثناء قواعدی که می تواند اعتبار رأی داوری را خدشه دار کند.

^{۴۸} - به طور مثال در پرونده شماره ۴۶۵۰ در سال ۱۹۸۷ دیوان داوری ICC در غیاب انتخاب قانون حاکم به وسیله طرفین اختلاف، تصمیم به پذیرش و اعمال لکس مرکاتوریا گرفت.

مؤلفه ماهوی قضاوت بین المللی خصوصی در نظر گرفته شده، می کند. در واقع بدون لکس مرکاتوریا داوری یک نهاد ناقص^{۳۱} تلقی می شود. به طور برابر، درون چهارچوب داوری نیز لکس مرکاتوریا می تواند شکوفا شود و موقعیت صحیح خود را دریابد (Bagheri, ۲۰۰۰, p. ۱۹۵).

از این جهت رابطه داوری و لکس مرکاتوریا یک رابطه مستقیم غیر قابل انکار است که در واقع ضرورت این ارتباط را باید در ویژگی فرادولتی لکس مرکاتوریا و ماهیت خصوصب داوری بین المللی دانست که ترکیب این دو ویژگی محیط مناسبی را برای اداره قراردادهای بین المللی از طریق در نظر گرفتن شرایط در حال تکامل بازرگانی بین المللی فراهم کرده است.

نکته دیگری که لازم است به آن توجه شود این است که یک پدیده حقوقی^{۳۲} همیشه مستلزم توسل به دادگاه و اجرای قضایی نیست. یک قرارداد ممکن است مورد مذاکره واقع شود، پیش نویس گردد، امضا و اجرا شود بدون دخالت هر مقام قضایی. با این وجود اگر مشکلی بوجود آید که حل و فصل کردن آن از طریق مذاکره غیر ممکن باشد، طرفین به یک مقام بی طرف برای قضاوت کردن موضوع مورد اختلاف آنها نیاز دارند. در این رابطه باید توجه نمود که نیاز برای این مقام بی طرف^{۳۳} تنها در مرحله دوم توسعه پدیده حقوقی قرار دارد. در چنین مواردی، طرفین به طور متعارف نیاز به یک قاضی ملی شایسته برای قضاوت کردن پرونده آنها دارند. عملکرد حوزه قضایی یکی از مؤلفه های ضروری یک دولت مدرن محسوب می شود که در آن شعبه ای از حکومت به نام قوه قضائیه، مسئول پیاده سازی و اجرای قانون است که توسط شعبه دیگری از حکومت به نام پارلمان تصویب شده است.

با استفاده از داوری، طرفین قرارداد که شهروندان این حکومت ها محسوب می شوند، ممکن است برای دور زدن قدرت قانونی قضاوت ملی استفاده کنند و در نتیجه از قدرت قضایی دولتی فرار کنند. از این جهت ماهیت و مشروعیت داوری بین المللی برای مدت ها زیر سؤال رفته بود. با این وجود امروزه قوانین ملی، کنوانسیون های بین المللی و تصمیمات عالی ترین دادگاه ها در سرتاسر جهان، داوری را به عنوان یک

^{۳۱}- Imperfect

^{۳۲}- Legal Phenomenon

^{۳۳}- Neutral Authority

۲۰۸....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

روش معتبر برای حل اختلاف در نظر گرفته و برای داوران نوعی کارکرد «قضایی»^{۳۴} قائل شده اند. داوران بین‌المللی از انعطاف پذیری بیشتری نسبت به قضات ملی در راستای تضمین قانون قابل اعمال نسبت به ماهیت اختلاف برخوردارند زیرا به طور کلی داوران معتهد به اعمال قواعد حل تعارض مکان داوری نیستند.^{۳۵} در این رابطه قواعد داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی، قانون نمونه آنسیترال در داوری تجاری بین‌المللی و قوانین ملی تنظیم شده بعد از قانون نمونه آنسیترال به صراحت به داوران اختیار وسیعی در راستای تعیین قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد اعطاء کرده اند (Corte, ۲۰۱۲, p.۳۵۷-۳۵۸).

اعطاء این اختیار گسترده ناشی از ماهیت خصوصی داوری و در احترام به اصل استقلال طرفین و قدرتی است که طرفین داوری در اداره مناسب قراردادهایشان به محکمه داوری اعطاء می‌کنند. این ویژگی داوری در مقابل قضات داخلی که نماینده دولتهای استخدام کننده آنها محسوب می‌شود باعث شده که داوران از طریق قدرت خلاق و آزادی عمل خود نیازهای تجاری بین‌الملل و محیط ایجاد و اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی را در نظر بگیرند و در این راستا در مقام انتخاب بین گزینه قوانین داخلی که طبیعتاً منجر به اعمال قواعد حل تعارض ملی می‌شود و لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام حقوقی فراملی، در برخی از موارد نظام اخیر را شایسته تر برای اداره قراردادهای بین‌المللی تلقی کنند.

۸- اعمال لکس مرکاتوریا به وسیله داوران

داوران لکس مرکاتوریا را به مناسبت های مختلفی اعمال می‌کنند. جدای از موقعیتی که طرفین به صراحت توافق بر اعمال لکس مرکاتوریا نسبت به قراردادشان نموده اند، در برخی از موارد داوران با توجه به شروط قرارداد مانند شروط استثناء کننده اعمال

^{۳۴} - Jurisdictional

^{۳۵} - به طور مثال در پرونده شماره ۵۳۲۱ مورخ ۱۹۷۴ مطرح شده در دیوان داوری ICC داوران در راستای نادیده گرفتن قواعد حل تعارض بیان کردند که: لازم نیست قواعد حل تعارض قابل اعمال تعیین شود. محکمه داوری به طور کلی باتوجه به قبول استقلال داوری بین‌المللی تصمیم گرفته که پرونده را مطابق اصول کلی حقوق قراردادهای که در رویه محاکم داوری اثبات شده، حل و فصل کند.

حقوق داخلی، چنین برداشت می کنند که طرفین از ذکر چنین شروطی قصد اعمال لکس مرکاتوریا را داشته اند. در این رابطه عنوان شده که در بعضی از موارد، هر چند در قراردادهای تصریح به امکان اعمال لکس مرکاتوریا نشده باشد اما ممکن است قرارداد به نحوی تنظیم شده باشد که امکان اعمال لکس مرکاتوریا از شروط این قرارداد استنباط شود. یکی از این موارد شروطی هستند که صریحاً اعمال هر گونه حقوق داخلی را منع کرده و اعمال انحصاری اصول کلی و عرف های تجارت بین الملل را مقرر می دارند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۹). مدافعان لکس مرکاتوریا استدلال می کنند که در بسیاری از داوری های بین المللی، داوران تمایل نسبت به اعمال قواعد انعطاف پذیر و شناخته شده به جای روش بیش از حد قانونی دارند (Newman & Burrows, ۲۰۱۳, p ۴).

در برخی از موارد نیز داوران در غیاب انتخاب هرگونه قانونی به وسیله طرفین، لکس مرکاتوریا را به عنوان بهترین گزینه برای اداره قراردادهای آنها تلقی می کنند. به طور مثال دیوان تجاری بین المللی در پرونده ای^{۳۶} اعلام کرد که: «خواننده اعلام کرده بند مربوط به قانون قابل اعمال را عامدانه در قرارداد در نظر گرفته نشده زیرا یک نهاد بین المللی، قراردادهای را تحت هیچ سیستم حقوقی ملی مورد توجه قرار نخواهند داد». بنابراین مطابق نظر این داور، قرارداد باید به طور انحصاری بوسیله اصول کلی پذیرفته شده در سطح فراملی اداره شود. در حکم شماره ۱۸۷۵ نیز دیوان داوری ICC در غیاب انتخاب قانون قابل اعمال به وسیله طرفین، داور تصمیم به اعمال لکس مرکاتوریا و از جمله اصول یونی دوغا نسبت به اختلاف طرفین نمود. یکی از مهم ترین تصمیمات مربوط به اعمال لکس مرکاتوریا توسط محاکم داوری که در جایی اتخاذ شد که طرفین اختلاف قانون حاکم بر قراردادشان را انتخاب نکرده بودند، در پرونده Pabalk بر علیه Norsolor در سال ۱۹۷۹ رخ داد. در پرونده نورسولر در واقع خواهان ترکیه ای دعوای مطالبه خسارت را برای نقض قرارداد نمایندگی بر علیه خواننده فرانسوی اقامه کرد (Ashenfelter & Iyengar, ۲۰۰۹, ۵۴۸). در حکم شماره ۳۱۳۱/۱۷۹، داوران در تصمیم اتخاذ شده برای حل اختلاف بیان کردند که: «در رسیدگی به مشکلات مربوط به انتخاب قانون، در راستای اعمال قانونی که به اندازه کافی جذاب و قانع کننده باشد، با توجه به ماهیت بین المللی توافق، دادگاه

۲۱۰... تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

داوری عدم ارجاع به یک قانونگذاری مشخص - ترکیه یا فرانسه - را مناسب تشخیص داد و اقدام به اعمال لکس مرکاتوریا بین‌المللی نمود.^{۳۷} محکمه داوری در این پرونده همچنین استدلال نمود که « یکی از قواعد مهم و کلیدی لکس مرکاتوریا اصل حسن نیت است که باید تشکیل و اجرای قراردادها را اداره کند و علاوه بر آن لازم می‌داند که رفتار (طرفین) با اصل کلی مسئولیت مرتبط شود» (Jemielniak, ۲۰۱۶, ۱۶۸). دادگاه داوری در نهایت بر مبنای لکس مرکاتوریا اینگونه استدلال کرد که تعهد حسن نیت را نوریسولر نقض کرده و در نتیجه شرکت فرانسوی را محکوم به پرداخت هشتصد هزار فرانک فرانسه نمود (Alfons, ۲۰۱۰, ۸۵).

در پرونده شماره ۹۴۷۴ در فوریه ۱۹۹۹ نیز دادگاه داوری ICC تصمیم به اعمال CISG به عنوان یکی از مصادیق لکس مرکاتوریا نمود. در این راستا دادگاه داوری بیان کرد که « حتی در فرضی که طرفین قرارداد CISG را به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان انتخاب نکرده باشند، CISG می‌تواند به عنوان منبعی از استانداردها و قواعد قراردادهای بین‌المللی در نظر گرفته شود». سایر منابع برای چنین استانداردها و قواعدی از اصول حقوق قراردادهای اروپایی^{۳۷} و اصول یونی دوغنا^{۳۸} نیز می‌تواند استنباط شود (Lassila, ۲۰۱۷, ۱۲۵). در حکم شماره ۸۵۰۲ نیز که از سوی ICC صادر گردید، دادگاه داوری در پاریس که به اختلاف بین یک فروشنده ویتنامی با یک خریدار هلندی رسیدگی می‌نمود اظهار داشت که ارجاع به اینکوترمزها^{۳۹} و یوسی پی ۴۰۵۰۰ در قرارداد، قصد طرفین را نسبت به اداره قراردادشان به وسیله عرف‌ها و آداب و رسوم تجارت بین‌الملل نشان می‌دهد (Petsche, ۲۰۱۷, ۳۱). مصادیق فوق که به عنوان نمونه‌ای از آراء صادره بر مبنای لکس مرکاتوریا تلقی می‌شود نشان داد که در برخی از پرونده‌ها داوران حتی در فرض عدم انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، ترجیح می‌دهند که به جای تمسک به قواعد حل تعارض قوانین مکان داوری و نهایتاً اداره قرارداد بر مبنای یک قانون ملی، لکس مرکاتوریا را به عنوان مجموعه‌ای از اصول فراملی مشترک در رویه بازرگانی بین‌المللی و بین اکثر نظام

^{۳۷} - European Contract Law

^{۳۸} - UNIDROIT Principles

^{۳۹} - اینکوترمزها (Incoterms) اشاره به اصطلاحات بین‌المللی بازرگانی (International Commercial) دارد که توسط اتاق

بازرگانی بین‌المللی تهیه و تدوین می‌شوند.

^{۴۰} - مقررات یوسی پی ۵۰۰ مصوب ۱۹۹۴ و یوسی پی ۶۰۰ مصوب ۲۰۰۷، مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی هستند.

آفرینش و پویایی لکس مرکاتوریا در پرتورویه داوری تجاری بین المللی..... ۲۱۱

های حقوقی ملی اعمال کنند. حامیان لکس مرکاتوریا استدلال می کنند که زبان لکس مرکاتوریا که به طور رسمی جهانی است، قالبی حقوقی نسبت به آنچه برای عرف های تجاری ضروری است مهیا کرده و از این جهت تأکید بر مشروعیت آن برای ساخت تصمیم در داوری ها دارند (Mattli & Dietz, ۲۰۱۴, ۱۱۵).

نتیجه‌گیری

هر چند لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام سوم حقوقی در کنار حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل از نظر ماهیت و منابع تشکیل دهنده آنها در معرض نظریات و دیدگاه‌های متعدد اساتید حقوق تجارت بین‌الملل قرار گرفته و حتی تعریف واحدی از این نظام حقوقی فراملی وجود ندارد با این وجود آنچه مسلم است این نیاز بازرگانان و شرایط و محیط قراردادهای منعقد در تجارت بین‌الملل است که در پرتو نارسایی‌های حقوق داخلی و مشکلات ایجاد شده به وسیله قواعد حل تعارض قوانین، ضرورت تئجه به یک نظام منبعث از منابع مختص تجارت بین‌الملل را برای جامعه بازرگانان برجسته نمود. در این راستا داوری به عنوان یک نهاد مستقل نقش ممتازی را ایفاء نمود توانست در پرتو اصل حاکمیت اراده و با توجه به استقلال و قدرت خلاقانه داوران به عنوان نمایندگان منتخب طرفین قرارداد، شرایط و مقتضیات هر پرونده را بررسی نمایند و چنانچه برای اداره قرارداد لکس مرکاتوریا را مناسبتر از قوانین ملی می‌دانستند، حتی در فرض عدم انتخاب آن به وسیله طرفین اختلاف، اقدام به انتخاب و اعمال لکس مرکاتوریا نسبت به قرارداد طرفین نمودند. در حقیقت داوران بر خلاف قضات ملی که نماینده رسمی دولت‌های منصوب کننده آنها محسوب می‌شوند، الزامی به تبعیت از قوانین مکان رسیدگی به اختلاف ندارند و از این جهت توانستند با به رسمیت شناختن لکس مرکاتوریا که در پرتو مشاهده عدم کارایی مناسب برخی از قوانین ملی برای رسیدگی به اختلافات مطروحه در سطح بازرگانی بین‌المللی بود، گامی ارزشمند در مسیر ایجاد و توسعه لکس مرکاتوریا بردارند.

پیشنهادات

باید به این نکته نیز توجه داشت که امروزه بیشتر از نود درصد قراردادهای منعقد در حوزه بازرگانی بین‌المللی حاوی بند داوری است و از این جهت احکام داوری که به عنوان یکی از منابع اصیل لکس مرکاتوریا می‌باشد، دارای فراوانی بسیاری در تجارت بین‌الملل دارد. فلذا با توجه به قدرت خلاقانه این روش پیشنهاد می‌شود جهت حل اختلافات، توجه داوران بیشتر معطوف به لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام منطبق با شرایط بازرگانی بین‌المللی شود تا در آینده بتوان شاهد شکوفایی هر چه بیشتر لکس مرکاتوریا از طریق داوری بین‌المللی باشیم. در این مسیر آنچه نباید فراموش کرد این است که گذر از دیدگاه‌های سنتی حقوق که در پرتو نظریه پوزیتیویسم گرایی صرفاً قدرت ساخت و ایجاد قانون را برای دولت‌ها و حاکمیت‌های ملی در نظر گرفته و

برای جوامع خصوصی مانند جامعه بازرگانان چنین قدرتی را مشروع نمی داند، آسان نیست و از این جهت می بایستی زمان های طولانی بگذرد تا ماهیت، منابع و به تبع آن اصول و قواعد این نظام حقوقی فرادولتی که مورد نیاز جامعه بازرگانان بین المللی است مسیر تکاملی خود را طی کند. یاد آوری می کنیم که منابع لکس مرکاتوریا پویای لازم را برای پیمودن این مسیر تکاملی دارد و از این جهت می توان عنوان نمود لکس مرکاتوریا هر لحظه در حال تکامل و شکوفایی بیشتر است.

۲۱۴....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال سیزدهم، شماره چهل و هفتم، بهار ۱۳۹۹

منابع

الف: منابع فارسی

-ایران پور، فرهاد (۱۳۹۳). نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، تحول از نظام های حقوق ملی به سمت نظام حقوقی فراملی، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

-جنیدی، لعیان (۱۳۹۰). «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱: ۱۴۸-۱۲۷.

ب: منابع لاتین

Books:

- Alfons, Claudia (۲۰۱۰). **Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: An Analysis of the Legal Framework and Its Interpretation in Case Law and Literature.** Peter Lang.
- Ashenfelter, Orley (۲۰۰۹). **Iyengar, Radha, Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution.** Edward Elgar.
- Bagheri, Mahmood (۲۰۰۰). **International Contracts and National Economic Regulation: Dispute Resolution Through International Commercial Arbitration.** Kluwer Law International.
- Born, Gary (۲۰۰۱). **International Commercial Arbitration: International and US Specs Commentary and Materials.** Springer.
- Campbell, Dennis (۲۰۱۰). **International Dispute Resolution.** Kluwer Law International.
- Cordero-Moss, Giuditta (۲۰۱۴). **International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability.** Cambridge University Press.
- Frick, Joachim (۲۰۰۱). **Arbitration in Complex International Contracts.** Kluwer Law International.
- Janssen, Andre; Meyer, Olaf (۲۰۱۶). **CISG Methodology, Sellier.** European Law Publ.
- Jemielniak, Joanna (۲۰۱۶). **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration.** Routledge.
- Klabbers, Jan; Piiparinen, Touko (۲۰۱۳). **Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance.** Cambridge University Press.
- Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien (۲۰۰۷). **Comparative Law of International Arbitration.** Sweet & Maxwell.
- Mattli, Walter, Dietz, Thomas (۲۰۱۴). **International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence.** Oxford University Press.
- Newman, Lawrence; Burrows, Michael (۲۰۱۳). **Practice of International Litigation.** Juris Publications.

Articles:

- Gimenez Corte, Cristián, Lex Mercatoria (۲۰۱۲). "International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States

- Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement", **Transnational Legal Theory**, Vol. ۳, No. ۴: ۳۴۵-۳۷۰.
- H. Druzin, Bryan, Anarchy (۲۰۱۴). "Order and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging Vanderbilt", **Journal of Transnational Law**, Vol. ۴۷, No. ۳: ۴۴-۵۱.
- Lassila, Laura (۲۰۱۷). "General Principles and Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Uniformity under an Interpretation Umbrella?", **Russian Law Journal**, Vol. ۵, No. ۲: ۳۱-۴۴.
- Maniruzzaman, Abul (۱۹۹۹), "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" **American University International Law Review**, Vol. ۱۴, No. ۳: ۱۰۰-۱۲۱.
- Pryles, Michael (۲۰۰۸). "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", **UNSW Law Journal**, Vol. ۳۱, No. ۱: ۲۰۴-۲۲۵.
- Shmatenko, Leonid (۲۰۱۳). "Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?", **Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration**, Vol. ۴, No. ۱: ۷۶-۹۱.
- Winnick, Kyle (۲۰۱۴). "International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria, Cardozo", **Journal of Conflict Resolution**, Vol. ۱۵, No. ۴: ۲۳-۵۱.