

آفرینش و پویایی لکس مرکاتوریا در پرتو رویه داوری تجاری بین المللی

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

چکیده:

در آموزه‌های کلاسیک حقوق بین الملل خصوصی و در جستجوی تعیین حقوق ماهوی حاکم بر قرارداد، علی الاصول کوشش داور یا قاضی منجر به انتخاب یک نظام حقوقی مشخص یا ملی می شود. محدودیت های 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 می طلبد. در این راستا، ایده رجوع به یک نظام حقوقی جایگزین که از نارسایی های انتخاب یک نظام حقوقی داخلی مصون باشد، مدتهاست که مورد توجه دکتربین قرار گرفته است چنانکه از هنگام مطرح شدن تئوری ابتکاری گلدمن مبنی بر وجود یک نظام حقوقی مستقل و فراملی (موسوم به حقوق بازرگانی فراملی یا لکس مرکاتوریا) که مناسب و مختص روابط تجاری بین المللی باشد مدتها می گذرد 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 معطف و پویا غافل نشده اند بطوریکه گرچه پیشگامی در طرح این نظریه را می توان به دکتربین منتسب دانست اما بدون تردید عناصر سازنده این نظم حقوقی نوظهور را باید در رویه داوری تجاری بین المللی یافت. در این تحقیق تلاش می شود نقش و سهم داوری تجاری بین المللی 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 بین المللی، 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, 1999, p. 658). 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, 2001, p. 556).

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 تفاسیر داخلی یک کشور به جای توجه به رویه بازرگانی بین‌المللی، استثناء نظم عمومی که می‌توانست در حقوق داخلی توسط قضات ملی به نحو غیر منصفانه‌ای 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 پرهزینه می‌ساخت. در کنار این دلایل نیاز به وجود اصول یکنواخت تجاری، فراتر از سیاست‌های قانون‌گذاری

^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).

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

قراردادهای بین المللی انواع خاصی از روابط حقوقی را تشکیل می دهد که عناصر قراردادی آن با بیش از یک نظام حقوقی مرتبط می شوند. این موضوع در زمانی که اقامتگاه طرفین قرارداد، مکان انعقاد قرارداد یا مکان اجرای آن در کشورهای مختلفی قرار گرفته باشد تبلور میابد (Corte, 2012, p.348).

به طور مثال قراردادی که در پاریس امضاء شده و در تهران اجرا می شود، یک قرارداد بین المللی تلقی می شود. در این موارد از آنجایی که قرارداد منعقد با بیش از یک نظام حقوقی مرتبط شده است، لازم است که تعیین شود که چه قانونی نسبت به جنبه های 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 قواعد 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 ذریبط کرده^۱ و همچنین بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران^۲ مصوب ۱۳۷۶ و بند ۲ از ماده ۳۰ قواعد داوری مرکز منطقه ای تهران مصوب ۱۳۸۳ که صراحتاً امکان رسیدگی بر مبنای انصاف و کدخدامنشی را پیش‌بینی کرده^۳ 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 پیش‌بینی شده است. لازم به ذکر است که قابلیت پیش‌بینی از مزایای یک نظام حقوقی محسوب می‌شود که بر مبنای این ویژگی طرفین اختلاف که در فرض ما بازرگانان بین‌المللی هستند می‌توانند بدو با توجه به پیش‌بینی نتایج دادرسی این تصمیم را بگیرند که آیا بر مبنای تحلیل منافع و هزینه‌ها 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 بین‌المللی از یک طرف و جهان‌شمولی و قابل فهم بودن اصول و قواعد آن از طرف دیگر می‌تواند این مقوله مهم را برای بازرگانان فراهم کند. این ویژگی‌ها را در مقایسه با قوانین مختلف ملی از لکس مرکاتوریا بیشتر می‌توان انتظار داشت و از این جهت در ابطله با لکس مرکاتوریا تأکید شده که لکس مرکاتوریا را

۱- «داور» مکلف است در کلیه موارد، مطابق مفاد قرارداد تصمیم بگیرد و عرف و عادت تجاری ذریبط را رعایت کند.
 ۲- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.

۳- هر چند داوری بر مبنای انصاف و کدخدامنشی 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 هرچند 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 تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا هستند را در نظر بگیرد با این وجود داوری می‌تواند بر مبنای انصاف، لکس مرکاتوریا را با توجه به انطباق آن با رویه بازرگانی بین‌المللی، منصفانه‌ترین گزینه برای اداره یک معامله منعقد در قلمرو بازرگانی بین‌المللی تلقی کند. از این جهت تصریح به رسیدگی بر مبنای انصاف می‌تواند به معنای اختیار ضمنی نسبت به رسیدگی بر مبنای لکس مرکاتوریا نیز باشد.

باید حاوی اصول جهانی، به طور مثال اصل الزام آور بودن اجرای تعهدات^۱ بدانیم که اولاً این اصول معمولاً در هر نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده اند. دوماً لکس مركاتوريا را باید حاوی استانداردهای خاص اعمال نسبت به تشکیل (و اجرای) قراردادهای باشد و در نهایت اینکه لکس مركاتوريا باید صلاحیت رو به رشد داوری تجاری بین المللی را در نظر بگیرد. (Shmatenko, 2013, p.93)

بنابراین لکس مركاتوريا ظاهراً رسالت اداره مطلوب تر قراردادهای بازرگانی فراملی را به عهده دارد و در مقایسه با قواعد حل تعارض ملی نیز مناسب تر برای اداره این قراردادها 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 مبنای این اختیار، دادگاه های 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 قراردادهای در قواعد تعارض قوانین اکثر نظام های حقوقی حل تعارض به رسمیت شناخته شده امکان انتخاب قواعد بازرگانی فراملی یا همان لکس مركاتوريا را در قراردادهای بین المللی مقرر کرده است. با این وجود در تصمیمات مختلفی که به وسیله صلاحیت های قضایی مختلف ملی اتخاذ شده معمولاً طرفین قراردادی نمی توانند اعمال هرگونه قانون ملی را از طریق انتخاب منفی قانونی^۲ مستثنی کنند. با این وجود در رویه داوری تجاری بین المللی آراء ایی مشاهده می شود^۳ که در آن به این مقوله تأکید شده که عدم انتخاب هر قانون ملی به وسیله طرفین بر این مبنا تلقی می شود که آنها به طور ضمنی خواسته اند که اصول تجارت بین المللی یا همان لکس مركاتوريا را بر قرارداد حاکم نمایند (Janssen, 2009, 292). 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, 2007, p.557). در این رابطه تأکید شده که اعمال اصول قراردادهای تجاری بین المللی بستگی به مکان رسیدگی به پرونده، دادگاه های ملی یا محاکم داوری دارد (Klabbers &

^۱ - Pacta sunt servanda

^۲ Negative Choice of Law

^۳ ICC 7375/1996, ICC 7110/1995, ICC 7375/1996, ICC/ 8502/1996, ICCL9875/1999, ICC 10422/2001.

(Piiparinen, 2013, p.213) 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.

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 بین‌المللی هستند، توانسته در شاخه‌های مختلف تجارت به وسیله نهادهای خصوصی هنجارساز بازرگانی مانند بازارهای بین‌المللی، به خوبی تخصصی‌سازی شوند و از این جهت در لکس مرکاتوریا علم و رویه عملی توانسته‌اند به گونه موفقیت‌آمیزی با یکدیگر ترکیب شوند.

در بررسی ماهیت لکس مرکاتوریا در ابتدا می‌بایستی مفهوم و ماهیت لکس مرکاتوریا بررسی شود و در مرحله بعد نیز منابع تشکیل‌دهنده 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 پرونده‌ها ترجیح داده‌اند که به جای تمسک به قوانین ملی به لکس مرکاتوریا به عنوان اصول کلی تجارت بین‌الملل و اصول تجاری مشترک بین اکثر نظام‌های حقوقی استناد کنند.

۴- طرح نظریه لکس مرکاتوریا

علی‌رغم 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, 2001, p. 110). لکس مرکاتوریا که به عنوان یک نظام سوم حقوقی توصیف شده، در ادبیات حقوقی به نام‌های مختلفی مانند حقوق فراملیتی، حقوق تجاری فراملی، لکس مرکاتوریا، حقوق قراردادهای بین‌المللی توصیف شده است. گروهی از نویسندگان نیز با توجه به ویژگی‌های فرادولتی آن و با تأکید بر ماهیت غیر دولتی اصول تشکیل‌دهنده 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, 2016, p. 4). حامیان لکس مرکاتوریا معتقدند که لکس مرکاتوریا نشان دهنده بیانی خود جوش از عرف‌ها و اصول ناشی از فعالیت تجاری، در طول سالیان متمادی است (Campbell, 2010, 49).

برای اولین بار این قاضی جوزف^۱ 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 می کند و هم شامل حقوق بین الملل عمومی و خصوصی به عنوان قواعدی می شود که به طور کاملاً مناسب درون چنین دسته های استاندارد قرار نمی گیرند.

پروفسور گود^۲ مفهوم حقوق بازرگانی فراملی را به حقوق فراملی در رابطه با موضوعات تجاری ارجاع می دهد و در این رابطه استدلال می کند که حقوق فراملی شامل قوانین ملی مربوط به تجارت بین الملل و قواعد حل تعارض قوانین نیز می شود. مطابق نظر گود، حقوق تجاری فراملی به عنوان قانونی که اختصاص یافته یا محصول یک سیستم حقوقی است تلقی نمی شود بلکه لکس مرکاتوریا نشان دهنده همگرایی قواعد ترسیم شده از نظام های حقوقی مختلف است که حتی در دیدگاه مفسرانی که دیدگاه موسع تری دارند، مجموعه قواعدی تلقی می شوند که به طور کامل غیر ملی هستند و نیروی خودشان را از فضیلت^۳ عرف بین المللی می گیرند و به وسیله جامعه تجاری نیز رعایت می شوند (Maniruzzaman, 1999, p. 660). در دیدگاه دیگری لکس مرکاتوریا به عنوان آنالوگ معاصر از حقوق بازرگانی قرون وسطی تلقی شده که بازرگان خصوصی در راستای سازماندهی تجارت و حل و فصل کردن اختلافات تجاری از آن استفاده نموده اند. در واقع بر اساس یک سنت دیرینه در حقوق تطبیقی، نویسندگان جدید بر توسعه قانون تجاری بین الملل خصوصی، به ویژه قانون قراردادها و رشد داوری تجاری بین المللی تمرکز کرده اند. مطابق این دیدگاه، قانون جدید بازرگانی ترکیب پیچیده ایی از مقامات دولتی و خصوصی است که هر چند به عنوان «خصوصی» تلقی شده، نقش مهمی را در تخصیص ریسک ها، تنظیم دسترسی به بازار و ایجاد ارتباط بین قلمروهای محلی و جهانی بازی می کند. مطابق این دیدگاه لکس مرکاتوریا نمونه ای از قانون جهانی جدید تلقی می شود که مرزهای آن بازارها، جوامع حرفه ای و شبکه های اجتماعی بدون سرزمین در نظر گرفته شده است (Snyder, 2004, p. 6). مطابق این دیدگاه لکس مرکاتوریا با توجه به ریشه های آن در قرون وسطی و بر مبنای نیاز

¹ - Lord Jessup

² - Good

³ - Virtue

بازرگان نسبت به تنظيم روابط تجاري خود و با توجه به رشد و توسعه داوري به عنوان يك مكانيسم حل و فصل اختلافات تقريباً خصوصى، در جوامع حرفه اى بدون مرز كه روابط آنها بر مبنای روبه بازرگانى و آداب و رسوم مورد عمل بازرگانان در سطح بين المللى تشكيل شده، قرار گرفته است. در ديدگاه ديگرى لکس مركاتوريا به عنوان يك سيستم حقوقى فراملى، تشكيل شده از عرفهاى تجاري بين المللى و از اصول و قواعد مشترك ملت هاى پيشرفته توصيف شده است (Winnick, 2014, p. 847).

پروفسور گلدمن به عنوان يکى از مدافعان سر سخت لکس مركاتوريا، اين نظام حقوقى را به عنوان مجموعه اى از اصول کلى و قواعد عرفى كه به طور خودجوش ارجاع داده شده يا گسترش يافته در چهارچوب تجارت بين المللى مى داند كه به يك نظام حقوقى ملى خاص ارجاع داده نشده است (Maniruzzaman, 1999, p.661).

بنابراين مطابق نظر گلدمن لکس مركاتوريا يك نظام حقوقى مستقل غير دولتى است كه از اصول کلى و قواعد عرفى خودجوش بدون دخالت قانونگذارى دولتى تشكيل شده است. قاضى ماستيل در اين رابطه خاطر نشان مى كند كه قواعد لکس مركاتوريا ارزشى هنجارى مستقل از هر نظام حقوقى ملى دارد و بر اين اساس لکس مركاتوريا يك نظم حقوقى مستقل را تشكيل مى دهد (Lowenfeld, 1990, p. 144). در اين رابطه آنچه استدلال شده بر اين امر استوار شده است كه آداب و رسوم تجاري و عرفهاى تجارت مى توانند به عنوان منابع فراملى قانون تلقى شوند. اين امکان به اين دليل است كه آنها از طريق هر مقام دولتى مانند پارلمان يا قدرت قضايى يا اجرايى دولتى، ديكنه نشده اند بلكه آداب و رسوم و عرفهاى تجاري به وسيله اشخاص خصوصى بر مبنای اصل استقلال طرفين¹ ايجاد شده اند.

بنابراين قانون فراملى به عنوان يك قانون خود رسته از روبه تجاري بين المللى متولد شده كه منابع آن مبتنى بر عرفهاى تجاري است و روش حل و فصل اختلاف در قلمرو آن نيز داوري بين المللى است كه متفاوت از دادگاه هاى ملى يا بين المللى تلقى مى شود (Corte, 2012, p.348).

۵- نظريات مخالف

همانطورى كه مشاهده مى كنيد يك اختلاف نظر اساسى در رابطه با مفهوم لکس مركاتوريا وجود دارد. گروهى از نويسندگان لکس مركاتوريا را صرفاً داراى ماهيت خودجوش عرفى و در حقيقت يك نظام غير دولتى مى دانند كه قلمرو آن از قانونگذارى ملى صورت گرفته حتى در حوزه تجارت بين المللى نيز مستقل است. در مقابل گروه ديگرى از نويسندگان لکس مركاتوريا را شامل

¹ - Autonomy of Parties

قوانین دولتی یا بین دولتی اختصاص یافته برای تجارت بین الملل نیز می دانند. در رابطه با استدلال گروه اول، گلدمن از برجسته ترین حامیان این دیدگاه تلقی می شود. مطابق نظر گلدمن «لکس مركاتوريا 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 بین دولتی در بسط و اجرای آنها، خودجوش هستند». با این توصیف لکس مركاتوريا را می توان 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^۱، کلایوام اشمیتوف^۲ و اول لندو^۳ اتخاذ کرده است. در واقع گلدمن معتقد است که قوانین بین دولتی یا دارای منشأ دولتی مرتبط با تجارت بین الملل به طور خودکار قسمتی از لکس مركاتوريا تلقی نمی شود با این وجود او این پیشنهاد را نیز ارائه می دهد که آن قواعدی که در راستای وضعیت عرفی قانون از طریق تکرار (یا فراوانی) عملی^۴ ایجاد شده اند و یا اینکه عرف بین المللی یا اصول کلی قانونی را منعکس می کنند، می توانند بدون در نظر گرفتن سازندگان این قواعد یا قوانین به عنوان بخشی از لکس مركاتوريا تلقی شوند (Maniruzzaman, 1999, p.665).

با وجود تمام این اختلاف نظرها پروفیسور برگر^۵ در کتاب مهم خود با عنوان تدوین خزننده لکس مركاتوريا^۶ در سال ۱۹۹۹ توصیف واقعی از ماهیت لکس مركاتوريا را ارائه می دهد. برگر در این زمینه بیان می کند که دیدگاه در مورد ترمنولوژی و کیفیت حقوقی لکس مركاتوريا 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^۷ 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 دکترین 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

¹ - Judge Jessup

² - Clive Schmitthoff

³ - Ole Lando

⁴ - Practice

⁵ - Berger

⁶ - Creeping Codification of Lex Mercatoria

⁷ - Videly

(Pryles, 2008, p. 320).

بر اساس این دیدگاه لکس مرکاتوریا صرفنظر از تمام اختلاف نظرها در تعاریف و ماهیت آن به عنوان یک نظام حقوقی تلقی می‌شود که اصول و قواعد آن فراملی هستند و یا اینکه بر مبنای آداب و رسوم و رویه مشترک تجارت بین الملل استقرار یافته‌اند و با یک بررسی تطبیقی در اصول کلی مشترک بین اکثر نظام‌های حقوقی ملی نیز پیدا می‌شوند و این اصول به منظور دست‌یابی به یک راه حل معقول تجاری برای اختلافات مطرح در بازرگانی بین‌المللی ایجاد و توسعه یافته‌اند.

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

قوانین یکنواخت

اصول کلی قانونی

قواعد سازمانهای بین المللی

آداب و رسوم و رویه های بازرگانی (Maniruzzaman, 1999, p.672)

قراردادهای استاندارد

احکام داوری گزارش شده (Pryles, 2008, p.320).

نویسنده دیگری با اذعان به عدم وجود توافق در رابطه با منابع لکس مرکاتوریا حتی در میان دلسوز ترین 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 رویه های تجاری

قوانین یکنواخت و اصول تجاری بین المللی

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^۱ 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, 2014, p. 31-32).

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^۲ بر ویژگی خودجوش و غیر رسمی^۳ منابع لکس مرکاتوریا تأکید می کنند و در نتیجه آنها کنوانسیون های بین المللی و قوانین یکنواخت را استثناء می کنند. تأکید این

^۱ - Soft Law

^۲ - Narrow Approach

^۳ - Non - Statutory

گروه بر ویژگی غیرملی لکس مرکاتوریا است و در نتیجه کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین یکنواخت نمی‌توانند بخشی از آن تلقی شوند. بر مبنای این استدلال هیچ یک از قواعد از قوانین ملی یا حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌تواند 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 بین‌الملل بخشی از لکس مرکاتوریا محسوب می‌شوند. در این راستا خاطر نشان شده است که تجارت بین‌الملل قواعد متفاوتی را نسبت به فعالیت‌های تجارت داخلی دنبال می‌کند و جامعه بازرگانی بین‌المللی امور خودشان را تنظیم می‌کنند و قواعد خودشان را نیز ایجاد می‌کنند. این قانون متحدالشکل از لحاظ بین‌المللی، 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^۱، آداب و رسوم و عرفها، قراردادهای استاندارد^۲ 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 ملاحظیات 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

^۱ - Codes of Conduct

^۲ - Standard Form Contracts

مانند اصول کلی حقوقی در قوانین ملی کشورها نیز یافت شود بلکه این به رسمیت شناختن اصول کلی به نوعی می تواند حکایت از مقبولیت گسترده اصول و قواعد لکس مركاتوريا در میان اکثر نظام های حقوقی ملی داشته باشد که به نوبه خود ویژگی فرا دولتی این اصول را نشان می دهد. 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 المللی قرار نگرفته و به عبارت دیگر متداول و مرسوم در جامعه بازرگانی بین المللی نباشد، نمی تواند به عنوان بخشی از لکس مركاتوريا تلقی شود. بنابراین به نظر می رسد قاضی یا داور رسیدگی کننده در فرضی که اختیار اداره قرارداد بر مبنای لکس مركاتوريا 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 مركاتوريا 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 مركاتوريا در داوری تجاری بین المللی

برخی از نظام های حقوقی ملی با استفاده از کلمه قانون دولتی^۱ برای طرفین اختلاف امکان انتخاب لکس مركاتوريا 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^۲ با استفاده از واژه قواعد حقوقی^۳ 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 مركاتوريا 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^۴ از روند ساخت قانون توسط جوامع فرامرزی خصوصی حمایت نمی کنند، لکس مركاتوريا 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 مركاتوريا و داوری بین المللی به طور مستقیم با یکدیگر در ارتباط هستند. بیشتر

^۱ - State Law

^{۲۳} - فرانسه، سوئیس و هلند

^۳ - Rules of Law

^۴ - 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.

قراردادها و قواعد مربوط به داوری بین‌المللی که بعد از سال 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, 2009, p 36).

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^۱، در برخی از پرونده‌ها حتی با وجود عدم انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به وسیله طرفین اختلاف^۲، 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 می‌توانند 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 می‌کند:

«طرفین یک قرارداد داوری بین‌المللی، در برخی از موارد توافق بر یک قانون ملی خاص برای اداره قرارداد شان نمی‌کنند 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 می‌گزینند. در جایی که چنین قواعدی (به آسانی) قابل اثبات نباشد، داور قاعده‌ای را اعمال می‌کند و راه حلی را بر می‌گزیند 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 می‌شود (Maniruzzaman, 1999, p. 693).

بنابراین می‌توان بر این عقیده بود که داوری و لکس مرکاتوریا دو جزء مکمل از قانون کلی تجارت بین‌الملل را تشکیل می‌دهند. داوری کمک زیادی به تکامل لکس مرکاتوریا که به طور اساسی از طریق نظریه‌ها و رویه داوری تکامل یافته و به عنوان مؤلفه ماهوی قضاوت بین‌المللی خصوصی در نظر گرفته شده، می‌کند. در واقع بدون لکس مرکاتوریا داوری یک نهاد ناقص^۳ تلقی می‌شود. به طور برابر، درون چهارچوب داوری نیز لکس مرکاتوریا می‌تواند شکوفا شود و

^۱ - به استثناء قواعدی که می‌تواند اعتبار رأی داوری را خدشه دار کند.

^۲ - 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.

^۳ - Imperfect

موقعیت صحیح خود را دریابد (Bagheri, 2000, p. 195).

از این جهت رابطه داوری و لکس مركاتوريا يك رابطه مستقيم غير قابل انكار است كه در واقع ضرورت اين ارتباط را بايد در ويژگي فرادولتي لكس مركاتوريا و ماهيت خصوص داوري بين المللي دانست كه تركيب اين دو ويژگي محيط مناسبى را براى اداره قراردادهاي بين المللى از طريق در نظر گرفتن شرايط در حال تكامل بازرگانى بين المللى فراهم كرده است. نکته ديگرى كه لازم است به آن توجه شود اين است كه يك پديده حقوقى^۱ هميشه مستلزم توسل به دادگاه و اجراى قضايى نيست. يك قرارداد ممكن است مورد مذاكره واقع شود، پيش نويس گردد، امضا و اجرا شود بدون دخالت هر مقام قضايى. با اين وجود اگر مشكلى بوجود آيد كه حل و فصل كردن آن از طريق مذاكره غير ممكن باشد، طرفين به يك مقام بى طرف براى قضاوت كردن موضوع مورد اختلاف آنها نياز دارند. در اين رابطه بايد توجه نمود كه نياز براى اين مقام بى طرف^۲ تنها در مرحله دوم توسعه پديده حقوقى قرار دارد. در چنين مواردى، طرفين به طور متعارف نياز به يك قاضى ملى شايسته براى قضاوت كردن پرونده آنها دارند. عملكرد حوزه قضايى يكي از مؤلفه هاى ضرورى يك دولت مدرن محسوب مى شود كه در آن شعبه اى از حكومت به نام قوه قضائيه، مسئول پياده سازى و اجراى قانون است كه توسط شعبه ديگرى از حكومت به نام پارلمان تصويب شده است.

با استفاده از داورى، طرفين قرارداد كه شهروندان اين حكومت ها محسوب مى شوند، ممكن است براى دور زدن قدرت قانونى قضاات ملى استفاده كنند و در نتيجه از قدرت قضايى دولتى فرار كنند. از اين جهت ماهيت و مشروعيت داورى بين المللى براى مدت ها زير سؤال رفته بود. با اين وجود امروزه قوانين ملى، کنوانسيون هاى بين المللى و تصميمات عالى ترين دادگاه ها در سرتاسر جهان، داورى را به عنوان يك روش معتبر براى حل اختلاف در نظر گرفته و براى داوران نوعى كار كرد «قضايى»^۳ قائل شده اند. داوران بين المللى از انعطاف پذيرى بيشترى نسبت به قضاات ملى در راستاى تضمين قانون قابل اعمال نسبت به ماهيت اختلاف برخوردارند زيرا به طور كلى داوران معتمد به اعمال قواعد حل تعارض مكان داورى نيستند.^۴ در اين رابطه قواعد داورى بين المللى اتاق بازرگانى بين المللى، قانون نمونه آنسيترال در داورى تجارى بين المللى و قوانين

^۱ - Legal Phenomenon

^۲ - Neutral Authority

^۳ - Jurisdictional

^۴ - به طور مثال در پرونده شماره ۵۳۲۱ مورخ ۱۹۷۴ مطرح شده در ديوان داورى ICC داوران در راستاى نادیده گرفتن قواعد حل تعارض بيان كردند كه: لازم نيست قواعد حل تعارض قابل اعمال تعيين شود. محكمه داورى به طور كلى با توجه به قبول استقلال داورى بين المللى تصميم گرفته كه پرونده را مطابق اصول كلى حقوقى قراردادها كه در رويه محاكم داورى اثبات شده، حل و فصل كند.

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, 2012, p.357-358).

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 می کنند. این ویژگی داوری در مقابل قضات داخلی که نماینده دولتهای استخدام کننده آنها محسوب می شود باعث شده که داوران از طریق قدرت خلاق و آزادی عمل خود نیازهای تجارت بین الملل و محیط ایجاد و اجرای قراردادهای بازرگانی بین المللی را در نظر بگیرند و در این راستا در مقام انتخاب بین گزینه قوانین داخلی که طبیعتاً منجر به اعمال قواعد حل تعارض ملی می شود و لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام حقوقی فراملی، در برخی از موارد نظام اخیر را شایسته تر برای اداره قراردادهای بین المللی تلقی کنند.

۸- اعمال لکس مرکاتوریا به وسیله داوران

داوران لکس مرکاتوریا را به مناسبت های مختلفی اعمال می کنند. 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 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 قراردادها 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, 2013, p 4).

در برخی از موارد نیز داوران در غیاب انتخاب هر گونه 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 ایی^۱ 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

^۱-ICC Award No. 2152/1972, cited in: Journal du Droit International (1974)

طور انحصاری بوسیله ی 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 مریکاتوریا و از جمله اصول یونی دوغنا نسبت به اختلاف طرفین نمود. یکی از مهم ترین تصمیمات مربوط به اعمال لکس مریکاتوریا 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, 2009, 548). 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 داوری عدم ارجاع به یک قانونگذاری مشخص - ترکیه یا فرانسه - را مناسب تشخیص داد و اقدام به اعمال لکس مریکاتوریا بین المللی نمود». محکمه داوری در این پرونده همچنین استدلال نمود که «یکی از قواعد مهم و کلیدی لکس مریکاتوریا اصل حسن نیت است که باید تشکیل و اجرای قراردادها را اداره کند و علاوه بر آن لازم می داند که رفتار (طرفین) با اصل کلی مسئولیت مرتبط شود» (Jemielniak, 2016, 168). دادگاه داوری در نهایت بر مبنای لکس مریکاتوریا اینگونه استدلال کرد که تعهد حسن نیت را نورسولر نقض کرده و در نتیجه شرکت فرانسوی را محکوم به پرداخت هشتصد هزار فرانک فرانسه نمود (Alfons, 2010, 85).

در پرونده شماره ۹۴۷۴ در فوریه ۱۹۹۹ نیز دادگاه داوری ICC تصمیم به اعمال CISG به عنوان یکی از مصادیق لکس مریکاتوریا 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 می تواند به عنوان منبعی از استاندارد ها و قواعد قراردادهای بین المللی در نظر گرفته شود». سایر منابع برای چنین استانداردها و قواعدی از اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ و اصول یونی دوغنا^۲ نیز می تواند استنباط شود (Lassila, 2017, 125). 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 می نمود اظهار داشت که ارجاع به اینکوترمزها^۳ و یوسی پی^۴

^۱ - European Contract Law

^۲ - UNIDROIT Principles

^۳ - اینکوترمزها (Incoterms) اشاره به اصطلاحات بین المللی بازرگانی (International Commercial) دارد که توسط اتاق

بازرگانی بین المللی تهیه و تدوین می شوند.

^۴ - مقررات یوسی پی ۵۰۰ مصوب ۱۹۹۴ و یوسی پی ۶۰۰ مصوب ۲۰۰۷، مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی هستند.

در قرارداد، قصد طرفین را نسبت به اداره قراردادشان به وسیله عرف‌ها و آداب و رسوم تجارت بین‌الملل نشان می‌دهد (Petsche, 2017, 31). 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 نظام‌های حقوقی ملی اعمال کنند. حامیان لکس مرکاتوریا استدلال می‌کنند که زبان لکس مرکاتوریا که به طور رسمی جهانی است، قالبی حقوقی نسبت به آنچه برای عرف‌های تجاری ضروری است مهیا کرده و از این جهت تأکید بر مشروعیت آن برای ساخت تصمیم در داوری‌ها دارند (Mattli & Dietz, 2014, 115).

نتیجه‌گیری

هر چند لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام سوم حقوقی در کنار حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل از نظر ماهیت و منابع تشکیل‌دهنده 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 نتیجه 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 منصوب‌کننده 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.

پیشنهادها

باید به این نکته نیز توجه داشت که امروزه بیشتر از نود درصد قراردادهای منعقد شده در حوزه بازرگانی بین المللی حاوی بند داوری است و از این جهت احکام داوری که به عنوان یکی از منابع اصیل لکس مركاتوريا می باشد، دارای فراوانی بسیاری در تجارت بین الملل دارد. فلذا با توجه به قدرت خلاقانه این روش پیشنهاد می شود جهت حل اختلافات، توجه داوران بیشتر معطوف به لکس مركاتوريا به عنوان یک نظام منطبق با شرایط بازرگانی بین المللی شود تا در آینده بتوان شاهد شکوفایی هر چه بیشتر لکس مركاتوريا از طریق داوری بین المللی باشیم. در این مسیر آنچه نباید فراموش کرد این است که گذر از دیدگاه های سنتی حقوق که در پرتو نظریه پوزیتیویسم گرایی صرفا قدرت ساخت و ایجاد قانون را برای دولت ها و حاکمیت های 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 مركاتوريا پویای لازم را برای پیمودن این مسیر تکاملی دارد و از این جهت می توان عنوان نمود لکس مركاتوريا هر لحظه در حال تکامل و شکوفایی بیشتر است.

تشکر و قدردانی

پژوهشگران، از عزیزانی که در فرآیند ویراستاری ادبی و صفحه آرایی این مقاله همکاری و راهنمایی داشتند، کمال تشکر و امتنان را دارند.

منابع

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

References:

- Alfons, Claudia (2010). **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 (2009). **Iyengar, Radha, Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution**. Edward Elgar.
- Bagheri, Mahmood (2000). **International Contracts and National Economic Regulation: Dispute Resolution Through International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International.
- Born, Gary (2001). **International Commercial Arbitration: International and US Specs Commentary and Materials**. Springer.
- Campbell, Dennis (2010). **International Dispute Resolution**. Kluwer Law International.
- Cordero-Moss, Giuditta (2014). **International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability**. Cambridge University Press.
- Frick, Joachim (2001). **Arbitration in Complex International Contracts**. Kluwer Law International.
- Janssen, Andre; Meyer, Olaf (2016). **CISG Methodology, Sellier**. European Law Publ.
- Jemielniak, Joanna (2016). **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration**. Routledge.
- Klabbers, Jan; Piiparinen, Touko (2013). **Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance**. Cambridge University Press.
- Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien (2007). **Comparative Law of International Arbitration**. Sweet & Maxwell.
- Mattli, Walter, Dietz, Thomas (2014). **International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence**. Oxford University Press.
- Newman, Lawrence; Burrows, Michael (2013). **Practice of International Litigation**. Juris Publications.

Articles:

- Gimenez Corte, Cristián, Lex Mercatoria (2012). "International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement", **Transnational Legal Theory**, Vol. 3, No. 4: 345-370.
- H. Druzin, Bryan, Anarchy (2014). "Order and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging Vanderbilt", **Journal of Transnational Law**, Vol. 47, No. 3: 44-51.

- Lassila, Laura (2017). "General Principles and Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Uniformity under an Interpretation Umbrella?", **Russian Law Journal**, Vol. 5, No. 2: 31-44.
- Maniruzzaman, Abul (1999), "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" **American University International Law Review**, Vol. 14, No. 3: 100-121.
- Pryles, Michael (2008). "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", **UNSW Law Journal**, Vol. 31, No. 1: 204-225.
- Shmatenko, Leonid (2013). "Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?", **Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration**, Vol. 4, No. 1: 76-91.
- Winnick, Kyle (2014). "International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria, Cardozo", **Journal of Conflict Resolution**, Vol. 15, No. 4: 23-51 .