

جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی

در داوری تجاری بین‌المللی

حمید رضا علومی یزدی * - رضا حاذق پور**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۱۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۲۳)

چکیده

حقوق عرفی بازرگانی به منزله مجموعه موازین عرفی است که در میان تجار و برای رفع نیازهای تجاری‌شان متداول گشته‌است، همگام با پیشرفت و توسعه روابط تجاری بین‌المللی و هم‌چنین سازوکارهای حل و فصل اختلافات به وسیله داوری، جایگاه و ماهیت این مجموعه موازین به‌عنوان یک نظام حقوقی مستقل از نظام‌های داخلی و هم‌چنین حقوق بین‌الملل، در زمره مهم‌ترین مباحث حقوق داوری تجاری بین‌المللی قرار گرفته است. مزایای توسل به نظام حقوقی عرفی و رویه‌ای تجار در زمینه حل و فصل اختلافات و هم‌چنین تناسب این موازین با مقتضیات امروزی روابط تجاری بین‌المللی از جمله مهم‌ترین دلایل استناد به حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر اختلافات تجاری بین‌المللی بوده و آرای زیادی صراحتاً یا ضمناً حقوق عرفی بازرگانی را مستند قرار داده‌اند، اما در عین حال، این مسئله که آیا این موازین به‌درستی نظام حقوقی مستقل تلقی می‌شوند و لذا استناد به آن‌ها در رویه داوری تجاری با توجه به این وصف بوده است هم‌چنان محل اختلاف آرا می‌باشد. در پژوهش حاضر بر آنیم ضمن تحلیل ماهیت حقوق عرفی بازرگانی و تبیین اختلافات پیرامون آن، به بررسی جایگاه این مجموعه موازین در رویه داوری تجاری بین‌المللی بپردازیم.

کلید واژگان: حقوق عرفی بازرگانی، داوری تجاری بین‌المللی، نظام حقوقی خودبسنده، حقوق بازرگانی فراملی

* دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

oloumi@atu.ac.ir

** دانشجوی دکتر حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی

hazeghreza@gmail.com



۱. مقدمه

حقوق عرفی بازرگانی مجموعه موازینی است که در میان تجار بین‌المللی و برای رفع نیازهای تجاری‌شان متداول گشته است. چنین نمونه متکامل از قانون تجار^۱ سال‌ها پیش در قرون وسطی رواج داشته که ماهیت عرفی و هم‌چنین مستقل از حقوق داخلی داشته است. با گذشت زمان این مجموعه موازین حقوقی با استعانت از حقوق داخلی و هم‌چنین منابع حقوق بین‌الملل نظیر عرف و اصول کلی متداول گشته و هم‌اکنون به صورت نظام حقوقی خودبسنده و مستقل از حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی در عرصه تجارت بین‌الملل متداول گشته است.^۲ چنین تعبیری از حقوق عرفی بازرگانی در عرصه تجارت بین‌الملل مقبول همگان نیست و هم‌چنان مخالفانی نیز دارد.

از منظر مخالفان، آنچه را که امروزه تحت عنوان حقوق عرفی بازرگانی مطرح است، نمی‌توان دقیقاً حقوق بازرگانی متداول در قرون وسطی دانست، چرا که حقوق مزبور کاملاً عرفی، مستقل از حقوق داخلی و رویه‌ای یکسان در میان تجار متداول بوده، در حالی که حقوق عرفی بازرگانی منبعث از حقوق داخلی است و هرگز چندان فراگیر و جامع نبوده که بتوان از آن تحت عنوان یک نظام حقوقی خودبسنده یاد کرد. به زعم این گروه حقوق عرفی بازرگانی، صرفاً اصول کلی حقوقی یا حقوق عرفی نامنسجمی هستند که در بهترین حالت، فقط هنگامی قابلیت اجرا دارند که در حقوق داخلی پیش‌بینی شده باشند.^۳ مهم‌ترین دلایل پذیرش نظام حقوقی عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون ماهوی مستقل، در مقام حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، انعطاف‌پذیری، گریز از پیچیدگی‌های توسل به نظام تعارض قوانین و هماهنگی با مقتضیات عرصه تجارت بین‌المللی است که به عنوان مهم‌ترین استدلال‌ها در رد این نظام حقوقی و در دفاع از نظام حقوق ملی می‌توان به عدم قطعیت موازین عرفی، عدم ضمانت اجرا و عدم مشروعیت قانونی آن‌ها اشاره نمود.

1. Mercantile law

2. Leonid Shmatenko, «Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?», Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume III, (2013), p:91.

3. Highet, K, *Lex Mercatoria and Arbitration*, (Thomas Carbonneau Juris Publishing, ۱۹۹۸), p:91.



به بیان دیگر، همگام با توسعه فزاینده‌ی موازین عرفی تجاری و حتی نفوذ آن‌ها در موازین داخلی، به وضوح می‌توان دریافت که تدوین و تبیین قوانین با توجه به پیشرفت جوامع و ارتباطات بین‌المللی، دیگر در صلاحیت انحصاری دولت‌ها نیست، بلکه با توسعه روابط تجاری بین‌المللی و نقش آفرینی روزافزون عناصر غیردولتی در حوزه روابط بین‌المللی - نظیر شرکت‌های چندملیتی، نهادهای داوری مستقل از دولت‌ها - موازین ایجاد شده توسط آن‌ها نیز در روابط فی‌مابین طرفین قراردادهای تجاری مشروع و لازم‌الاجرا می‌باشد، این عناصر امروزه چنان فعال هستند که نه تنها می‌توانند نظام حقوقی حاکم بر روابط تجاری فی‌مابین خود را تنظیم کنند بلکه قادرند سازوکارهایی برای تضمین اجرای آن‌ها بدون نیاز به حقوق داخلی و حاکمیت‌ها ایجاد نمایند.

حال در چشم‌انداز حل و فصل اختلافات داوری، قانون حاکم بر داوری به عنوان یکی از مهم‌ترین مسائل حل و فصل اختلافات می‌باشد. این در حالی است که بررسی رویه داوری بین‌المللی از گذشته تاکنون حکایت از آن داشته که طرفین داوری تجاری بین‌المللی در انتخاب قانون ملی یا بین‌المللی بر اختلاف خود بی‌میل بوده و این مسئله خود نقطه عطفی در شناسایی و پذیرش عرف فراملی به عنوان یک نظام حقوقی بوده است. انعطاف‌پذیری، منصفانه بودن عرف فراملی و هم‌چنین کاهش هزینه و اطاله دادرسی از جمله مهم‌ترین دلایل اقبال به این نظام حقوقی در رویه داوری بین‌المللی بوده است.

لذا در این مقاله بر آن شده ایم تا به این ارتباط و قابلیت، میان داوری تجاری بین‌المللی و حقوق بازرگانی فراملی اشاره داشته باشیم و هم‌چنین با مروری بر کلیات تئوری حقوق عرفی بازرگانی، نحوه توسعه، دکرترین مربوطه و نیز عناصر آن، به تحلیل و تبیین جایگاه این نظام حقوقی در رویه داوری بین‌المللی پردازیم. بررسی دلایل و نظریات حقوق دانان از سویی و تحلیل و بررسی آرای داوری در اختلافات مربوطه و مروری بر مستندات آنها حاکی از آن است که حقوق عرفی بازرگانی به واسطه مزایای آن در رویه داوری بین‌المللی مورد اقبال و استناد بوده و در صورت انتخاب طرفین یا سکوت یا فقدان قانون حاکم به عنوان نظام حقوقی خودبسنده مورد استناد قرار گرفته است.

۲. تئوری حقوق عرفی بازرگانی

پیشینه‌ی پیدایش یا تدوین حقوق عرفی بازرگانی را حتی در روم باستان می‌توان مشاهده نمود. هنگامی که در چارچوب حقوق خلق‌ها^۱ مجموعه‌ی موازین بازرگانی بر روابط تجار داخلی با تجار فرامرزی حکومت می‌کرد^۲، حتی برخی پژوهش‌های صورت گرفته در این زمینه مدعی آن هستند که سابقه وجود نظام بازرگانی فراملی را می‌توان در دوران وجود امپراتوری‌های مصر و یونان باستان و در مراودات تجاری بین آن‌ها نیز یافت^۳. با وجود این سابقه، متقن حقوق عرفی بازرگانی را بی‌گمان باید در دوران قرون وسطی، تحت عنوان حقوق بازرگانی بین تجار^۴ دانست. این دوران مصادف با زمانی است که به واسطه توسعه فزاینده ارتباطات اقتصادی اوایل قرن یازدهم میلادی در اروپای غربی، حقوق عرفی بازرگانی در چارچوب یک نظام حقوقی مبتنی بر عرف بازرگانی توسط محاکم متعدد اروپایی بر روابط بین تجار و در مقام حل و فصل اختلافات اعمال می‌گردید^۵.

همگام با پیشرفت تجارت بین‌الملل و نقش‌آفرینی اشخاص خصوصی در این عرصه در اوایل قرن بیستم، از برتری قوانین ملی در رابطه با اجرای قراردادهای تجاری فرامرزی کاسته شد و موازین عرفی مورد قبول تجار که آن را همان حقوق تجار می‌نامیدند در عرصه تجارت بین‌المللی و هم‌چنین داوری تجاری بین‌الملل نفوذ کرد. گرچه، چنین حقوقی دیگر صرفاً موازین شناخته‌شده‌ی عرفی بین تجار نبوده بلکه در مفهومی موسع، با تأثر از قواعد حقوق داخلی، معاهدات حقوق بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و رویه محاکم بین‌المللی، در عین حفظ جوهره عرفی خود، در عرصه تجارت بین‌المللی شناخته و مقبول واقع شد؛ اما به واسطه شباهت‌های مبنایی با حقوق متداول بازرگانان یا اصطلاحاً حقوق تجار، برخی از آن تحت عنوان نظام حقوقی بازرگانان نوین^۶ نام می‌برند. به عقیده مشهور حقوق دانان، عرف بازرگانی

1. Jus gentium

2. Lopez-Rodriguez, Ana Mercedes, «Lex Mercatoria», School of Law, Department of Private Law University of Aarhus, Rettid journal, (2002), p.56.

3. Ibid, p.46.

4. Law of Merchant

5. Sülün Güçer, «Lex Mercatoria in International Arbitration», Ankara bar review, vol12, issue 1(2009), p.78.

6. New Merchant Law

فراملی شاخه‌ای از حقوق داخلی نبوده و حتی از حیث ضمانت اجرا و موازین حل اختلاف به حقوق داخلی وابسته نیست بلکه در برخی مواقع به‌عنوان مکمل قانون داخلی مستند رأی دادگاه‌های ملی بوده است. عناصر اصلی این مجموعه قواعد حقوقی، اصول کلی حقوقی و عرف تجاری بین‌المللی است گرچه در مفهوم موسع برخی عناصر دیگری نظیر رویه داوری بین‌المللی، مفاد ناشی از معاهدات تجاری بین‌المللی و هم‌چنین قراردادهای نمونه بین‌المللی، رویه قضایی تجاری بین‌المللی را نیز از جمله موازین عرفی بازرگانی فراملی می‌دانند اما آنچه اکثر نویسندگان حقوقی به آن اذعان دارند آن است که عرف تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی به‌عنوان عناصر اصلی و مفهوم مضیق این نظام حقوقی است.^۱

لازم به ذکر است مفهوم حقوق عرفی بازرگانی معادل واژه لاتین «لکس مرکاتوریا»^۲ است. این نوع قواعد از آن دسته قواعد تجاری فراملی که بعضاً ریشه در کنوانسیون‌های بین‌المللی دارند، نیست بلکه خصیصه بارز این نظام حقوقی، عرفی بودن، نانوشته بودن، غیر موضوعی و غیر قراردادی بودن است لذا از قواعدی که به‌صرف اراده دولت‌ها تدوین و اجرا می‌شوند متمایز است.^۳

حقوق دانانی نظیر «گلد من»^۴، «کگل»^۵ و «اشمیتوف»^۶، حقوق عرفی بازرگانی فراملی را ماهیتاً یک نظام حقوقی منسجم عرفی بازرگانی می‌دانند.^۷ اما برخی دیگر حتی از پذیرش چنین موازینی در قالب یک نظام حقوقی منسجم و مستقل از قوانین داخلی امتناع کرده و نهایتاً این موازین را به‌صورت قواعدی پراکنده و بر مبنای اصل آزادی اراده پذیرفته‌اند.^۸ مهم‌ترین مبنای اختلاف بین بازرگانان، در خصوص «ماهیت» حقوق عرفی فراملی است،

۱. جنیدی لعی، «نظریه حقوق فراملی»، نشریه حقوق، دوره ۴۱، بهار - شماره ۱، (۱۳۹۰)؛ ص ۱۳۵

2. *Lex mercatoria*

۳. گوود، روی ام، عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی، ترجمه حمید رضا علموی یزدی، مجله حقوقی، شماره سی و ششم، (۱۳۸۶)، ص ۲۰۳.

4. *Goldman*

5. *Kegel*,

6. *Schmitthoff*

7. Shmatenko, op cit, p.89.

8. Winnick Kyle, «International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, And The Lex Mercatoria», *Cardozo Journal. Of Conflict Resolution*, Vol. 15. (2014), p.84.

بدین معنی که برخی از حقوق دانان با طرح برخی ایرادات، اساساً وجود چنین نظامی را در کنار حقوق داخلی و حقوق بین الملل به عنوان یک مجموعه موازین مستقل انکار نموده‌اند. از جمله مهم ترین ایرادات مطرح شده آن است که چنین موازینی از سوی یک قوه حاکمه وضع نشده^۱ و با ابهاماتی از حیث مفادی نظیر کلی بودن مفاد قواعد و استناد به این موازین در مقابل نظام های حقوقی مدون مواجه است^۲ به ویژه آنکه در داوری تجاری بین المللی که مجرای اصلی اعمال و اجرای حقوق عرفی بازرگانی است نیز تعداد محدودی از محاکم صراحتاً آرای خود را بر این موازین مستند نموده‌اند.

رابطه حقوق عرفی بازرگانی و حقوق داخلی را می توان از دو دیدگاه متفاوت ارزیابی نمود. در دیدگاه نخست، حقوق عرفی بازرگانی را می توان یک نظام حقوقی مستقل ارزیابی نمود به این معنا که حقوق مذکور هم با حقوق داخلی و هم با موازین بین المللی تفاوت مبنایی و محتوایی دارد و از هیچ یک نشأت نگرفته است^۳. در دیدگاه دیگر گفته شده است که چنین موازینی صرفاً از آن دست قواعد حقوقی هستند که از قوانین داخلی نشأت گرفته و صرفاً چنانچه توسط حقوق داخلی مورد حمایت قرار گیرند در زمره قواعد لازم الاجرا در عرصه حقوق تجارت بین الملل مطرح خواهند شد^۴. طرفداران ایده اخیر با تأکید بر رکن ضمانت اجرای قوانین، موازین عرفی تجاری فراملی را تنها زمانی به عنوان مفهوم قانون می پذیرند که توسط نظام حقوقی داخلی لازم الاجرا تلقی شده و در واقع ملبس به لباس ضمانت اجرا شوند. در حالی که نظریه پردازان مقابل این رویکرد با تخدیش عنصر ضمانت اجرا و هم چنین تعبیر متفاوت از ضمانت اجرای حقوق عرفی فراملی، بر مستقل بودن این نظام حقوقی تأکید دارند با توجه به اهمیت ماهیت این نظام حقوقی از جهت استقلال یا وابسته بودن آن به حقوق داخلی بایسته است دلایل و استدلال های ارائه شده در این زمینه را تحلیل و بررسی نمایم.

1. JH Dalhuisen, «Legal Orders And Their Manifestation: The Operation Of The International Commercial And Financial Legal Order And Its Lex Mercatoria», Berkeley Journal of International Law, no ۱۲۹. (۲۰۰۶), p.167.

2. Winnick, op.cit, p.848.

3. Shmatenko, Op.Cit. 91.

4. Clive Maximilian Schmitthoff, *Select Essays On International Trade Law*, (BRILL Publishing, ۲۰۰۶), p.173.



۱.۲ حقوق عرفی بازرگانی به عنوان یک نظام مستقل و خودبسنده^۱ (خودمختار)

در ارائه تعریفی مناسب از نظام حقوقی خودبسنده می توان گفت: «رژیمی است دربردارنده‌ی قواعدی که نه تنها زمینه‌ای خاص یا روابط واقعی را با وضع حقوق و تکالیف بازیگران متعلق به این رژیم تنظیم می نماید (قواعد اولیه)، بلکه شامل دسته‌ای از قواعد می باشد که ابزارها و سازوکارهایی را برای اجرا، حل و فصل اختلاف و همین طور جرح و تعدیل یا اصلاح تعهدات و واکنش به نقض (قواعد ثانویه) ارائه می نماید»^۲.

به زعم طرفداران مستقل بودن حقوق عرفی بازرگانی، مشخصه بارز این نظام حقوقی، ماهیت خصوصی واضعان آن، یعنی جامعه‌ی تجار از زمان‌های دور تاکنون است. همان گونه که «برمان»^۳ نیز به آن اشاره داشته است، در خلال سال‌های بین ۱۰۰۰ تا ۱۲۰۰ میلادی، حقوق عرفی بازرگانی از میان مجموعه‌ای از رویه‌های متداول نانوشته و موازین مدون در قراردادهای تجاری به وجود آمد، در همین زمان، در قراردادهای تجاری، حقوق و تعهدات طرفین به صورت یکنواختی تکرار شد و این یکنواختی قواعد حاکم بر قراردادها همراه با گسترش تجارت بین‌المللی مرزها را درنوردید تا جایی که علی‌رغم اینکه هر یک از دول یا ایالات، حقوق تجاری مختص به خود را داشتند، اما تجار آن دولت‌ها فعالیت‌های فرامرزی خود را مطابق با اصول و موازین متداول فراملی تبیین می نمودند. مبنای استدلال طرفداران نظریه‌ی خودمختاری عرف بازرگانی فراملی، آن است که عرف به خودی خود با ترکیب دو عنصر: یکی تکرار و تداوم و دیگری اعتقاد به الزام آور بودن، در زمره قواعد حقوقی قرار می گیرد و برای قانونی شدن نیازی به ضمانت اجراهای پیش‌بینی شده در قوانین داخلی و طی تشریفات شکلی نیست^۴.

1. Self-Contained

۲. سادات میدانی، سید حسین، «جبران خسارات افراد به دلیل نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه توسط دولتها: حال و آینده (ترجمه؛ و تحقیق)»، سال‌نامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره سوم، (۱۳۸۹)، ص ۲۶۴.

3. Harold Berman

4. Joanna Jemielniak, «Legitimization Arguments In The Lex Mercatoria Cases», International Journal For The Semiotics Of Law, Vol18, (2005), p.178.

۲.۲ حقوق عرفی بازرگانی در رویکرد پوزیتیویست‌ها

به عقیده حقوق‌دانان طرفدار این رویکرد، در ورای نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی، مجموعه موازین عرفی زیادی وجود دارند که در روابط تجاری بین‌المللی نقش آفرین و قاعده ساز هستند و این بدان معنی نیست که تمامی آن نظام‌های حقوقی مستقل از حقوق داخلی هستند زیرا که موازین عرفی یا معاهداتی حقوق تجارت بین‌الملل، گرچه کاملاً منبعث از قوانین و رویه قضایی داخلی نیستند ولی در نهایت در انطباق کامل با نظام معاهداتی و نظام حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی می‌باشند که همگی برخاسته از اراده و خواست دولت‌ها است. پس به‌طور کلی نمی‌توان این نظام حقوقی را مجزا از نظام حقوق داخلی دانست.^۱ مبنای تحلیل پوزیتیویستی در خصوص حقوق عرفی بازرگانی ریشه در تعریف قانون بر مبنای این رویکرد دارد؛ چراکه در این نگرش، ضمانت اجرا مهم‌ترین عنصر یک نظام حقوقی و وجه تمایز حقوق از اخلاق است. مطابق این رویکرد، نظام حقوقی اساساً ناشی از سازوکارهای دولتی است.^۲ چنین برداشتی الزاماً حقوق را منبعث از دولت می‌داند. استدلال دیگر در جهت رد ماهیت مستقل حقوق عرفی بازرگانی آن است که در فرض پذیرش این نظام حقوقی، مسئله‌ی مطرح آن خواهد بود که چگونه محاکم داخلی چنین قانونی را بپذیرند و اجرا کنند در حالی که موازین آن به‌طور رسمی از مجاری وضع قانون عبور نکرده و قدرت حاکمه نقشی در تدوین آن‌ها نداشته است لذا در برابر چنین موازینی، محاکم صلاحیت اجرا و اعمال آن را نخواهند داشت چراکه این موازین از منظر آنان مشروع تلقی نخواهد شد.^۳

1. Dasser Felix, *International Arbitration and Lex Mercatoria*, (Polygraphischer, Verlag, Zurich, 1989), p.89.

۲. ویرالی، میشل، «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، ترجمه ناصر صبح خیز، مجله حقوقی بین‌المللی - شماره ۳، (۱۳۶۴)، ص ۹۱.

۳. همان.



۲.۳ منابع حقوق عرفی بازرگانی:

در رابطه با منابع و عناصر تشکیل دهنده حقوق عرفی بازرگانی فراملی، اختلاف نظرها هم چنان بر مبنای تفاوت نظرات در خصوص ماهیت این نظام حقوقی می باشد. پروفیسور گلدمن عرف تجاری بین المللی و اصول کلی حقوقی را ارکان تشکیل دهنده حقوق عرفی بازرگانی قلمداد می کند^۱ در حالی که پروفیسور اشمیتوف معتقد است عرف و رسوم تجاری زمانی می توانند به عنوان عناصر تشکیل دهنده یک نظام حقوقی تلقی شوند که توسط نهادهای بین المللی نظیر اتاق بازرگانی بین المللی یا معاهدات بین المللی تدوین شده باشند^۲. اختلاف این دو حقوق دان در اینجاست که برخلاف گلدمن که معتقد است، عرف تجاری بین المللی همین که توسط محاکم مورد استناد قرار می گیرند و به درجه ای از تکرار و تداوم می رسند الزام آور تلقی شده و منبع حقوق و تکالیف قرار می گیرند، اشمیتوف عرف تجاری را تا زمانی که توسط نهادهای حقوقی بین المللی و محاکم داخلی مورد شناسایی قرار نگیرند واجد وصف الزام آور بودن نمی داند^۳.

با این حال به نظر می رسد باید به نظریه ای میان این دو نظریه دست یافت زیرا هر دو نویسنده به حق به ایرادات و مزایای بازرگانی فراملی به عنوان یک قانون و ارتباط آن با ضمانت اجرا اشاره کرده اند ولی نکته حائز اهمیت این است که عرف حقوقی بر خلاف عرف دیگر حوزه ها، نوعی ضمانت اجرا نیز با خود به همراه دارد به این صورت که آن چه را قانون، داوری آن را به عرف واگذار کرده باشد، خود قانون نیز از این داوری حمایت خواهد کرد. توضیح آنکه عرف های حقوقی در پناه ضمانت اجرای حقوقی قرار دارند. به نظر می رسد مبنای اختلاف این دو نویسنده تلقی متفاوتی است که هر یک از آنها از عرف تجاری دارند از نظر یکی عرف تجاری وارد حوزه حمایت حقوقی نشده است ولی دیگری معتقد است

۱. Goldman, Berthold, *The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria*, in *Contemporary Problems in International Arbitration*, (London, 1986, Lew), p.123.

2. Goldman

3. Harold J. Berman and Colin Koffman, «*The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*», *Harv. Int'l. L. J.* no 221. (2003), p.203.

که عرف تجاری جزئی از حقوق بوده و دارای ضمانت اجراست. در نهایت به نظر می‌رسد که جهت تحقق بخشیدن به ضمانت اجرا در یک حوزه نیاز به تعریف آن در حقوق داخلی نداریم بلکه بسیاری از موارد حقوق بین‌الملل نیز وجود دارد که برای آن‌ها ضمانت اجرا تدوین شده است.

پروفسور «لاندو»^۱ در راستای تبیین حقوق عرفی بازرگانی بین‌المللی، منابع حقوق عرفی بازرگانی را هفت مورد ذکر می‌کنند: (۱) حقوق بین‌الملل عمومی، (۲) موازین متحدالشکل و مدون تجاری بین‌المللی، (۳) اصول کلی حقوقی شناخته شده توسط ملل متمدن، (۴) رویه سازمان‌های بین‌المللی، (۵) عرف و رویه تجاری بین‌المللی، (۶) استانداردهای قراردادی و (۷) رویه قضایی محاکم تجاری بین‌المللی.^۲ به موجب تحلیلی دیگر که از سوی پروفسور «گوود»^۳ ارائه شده است، برخی از مواردی که در لیست مذکور ارائه شده خارج از مفهوم مضیق حقوق عرفی بازرگانی است چراکه این موازین، ماهیتاً عرفی و مستقل هستند لذا، اساساً عرف تجاری دارای دو عنصر رسوم و رویه بین‌المللی و اصول کلی تجاری بین‌المللی است. بنابراین مطابق با این رویکرد، حقوق عرفی بازرگانی از حقوق تجاری فراملی تفکیک شده و عناصر خارج از مفهوم مضیق حقوق عرفی بازرگانی در چارچوب کلی حقوق تجاری فراملی قرار می‌گیرند.^۴ لذا در مفهوم مضیق می‌توان، حقوق عرفی بازرگانی را متشکل از عناصر زیر دانست:

الف) اصول کلی حقوقی^۵

مطابق با تعریف مشهور، اصول کلی حقوقی هنجارهای کلی و پذیرفته شده مشترک در همه نظام‌های حقوقی است. در رابطه با حقوق تجارت بین‌الملل این اصول شامل اصل وفای به عهد، اصل حسن نیت در قراردادها، اصل استاپل، حق فسخ در مقابل نقض قرارداد توسط

^۱ Lando

^۲ Ole Lando, «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», The International and Comparative Law Quarterly Vol. 34, No. 4, (1985), p.474.

^۳ Goode

^۴ Goode R. *New Developments in International and Consumer Law*, (Oxford, Hart Publishing, 1989), p.45.

^۵ General Principles of Law

طرف مقابل و نظایر آن است. این اصول به طور مکرر در رویه تجاری بین‌المللی مستند احکام داورها بوده است.^۱

(ب) رسوم و عرف بین‌المللی:

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، عرف بازرگانی جوهره اصلی حقوق عرفی بازرگانی است، برخلاف حقوق داخلی، در اسناد تجاری بین‌المللی همانند یونیدروا و کنوانسیون بیع بین‌المللی به جای واژه «عرف» از رویه‌ی متداول استفاده می‌شود چراکه در نظام حقوقی تجارت بین‌الملل که مبتنی بر اصل آزادی قراردادها می‌باشد، تکرار یکنواخت اصولی الزام‌آور در چنان سطحی که واجد مفهوم عرف بین‌المللی است، به ندرت اتفاق می‌افتد. لذا به نظر می‌رسد کاربرد چنین اصطلاحی، صحیح است.^۲

۳. حقوق عرفی بازرگانی و داوری تجاری بین‌المللی

در حوزه داوری تجاری بین‌المللی، اختلافات معمولاً با استناد به موازین غیر ملی (چه در کنار موازین ملی یا به صورت مستقل) حل و فصل می‌گردند. داوران تجاری بین‌المللی اکثراً ملتزم به قوانین ملی نیستند و صلاحیت آن‌ها نیز اغلب تابع اراده طرفین قرارداد است که صرف‌نظر از قانون داخلی آن‌ها تعیین می‌شود. در رویه داوری تجاری بین‌المللی آرای بسیاری وجود دارد که به عرف و رسوم تجاری استناد شده است و هم‌چنین در اسناد تجاری نیز به نقش عرف تجاری در حل و فصل اختلافات اشاره شده است. به عنوان مثال ماده ۱۷ مقررات داوری اتاق بازرگانی، ماده ۳۳ قواعد داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال، ماده ۲۸ قواعد نمونه در داوری آنسیترال، ماده ۷ قواعد داوری اروپایی مصوب ۱۹۶۱، اشاره داشته‌اند: «طرفین آزاد هستند قوانینی را که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند، تعیین نمایند.

۱. به عنوان مثال می‌توان به قضایای زیر اشاره داشت:

Westland Helicopters Ltd. (U.K.) v. Arab Org. for Industrialization, ICC Interim Award of March 5, 1984, case no. 3879

2. Tolga AYOĞLU, «Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria», (Istanbul On İki Levha Yayıncılık Publishing, 2014), p.27.

در صورتی که طرفین، قانون حاکم را تعیین نکرده باشند، داوران با تمسک به قواعد حل تعارض قوانین، قانونی را که در این خصوص مناسب تشخیص می‌دهند، تعیین خواهند کرد. در هر دو مورد داوران مندرجات قرارداد و عرف‌های بازرگانی را در نظر خواهند گرفت.» به عقیده موافقان حقوق عرفی بازرگانی، این مواد مصادیقی از شناسایی این مجموعه مقررات به‌عنوان نظام حقوقی مناسب برای قراردادهای تجاری بین‌المللی است.

شایان ذکر است علی‌رغم مخالفت‌ها، استناد به حقوق عرفی بازرگانی در برخی آرای داوری مورد پذیرش قرار گرفته است، توضیح اینکه پذیرش حقوق عرفی بازرگانی بر منافع اشخاصی که حل و فصل اختلافات خود را از طریق داوری بر مبنای حقوق عرفی بازرگانی قرار می‌دهند اثر می‌گذارد، طرفین با درج حقوق عرفی بازرگانی^۱ در قرارداد به‌عنوان قانون حاکم، خود را در معرض اعمال اختیار گسترده داوران و نتایج غیر منتظره تصمیم آن‌ها قرار می‌دهند^۲. توماس کاربونایه در رابطه با استناد به عرف بازرگانی در داوری معتقد است که استناد به حقوق عرفی بازرگانی، یگانگی و لزوم برابری رویه‌ها در داوری را به چالش می‌کشد و از این دیدگاه مورد انتقاد است^۳؛ اما باید اذعان داشت که گستردگی پذیرش حقوق عرفی بازرگانی، در دعاوی رسیدگی شده در دیوان‌های داوری به‌گونه‌ای بوده که انتقادات مذکور نتوانسته هیچ تغییری در موضع دیوان‌های داوری در اجرای عرف مذکور در رسیدگی‌ها ایجاد نماید.

در رابطه با مبنای اعمال حقوق عرفی تجاری در داوری‌های تجاری بین‌الملل نیز برخی معتقدند یکی از انتقادهای مهمی که از قانون عرف بازرگانی می‌شود این است که قانون‌گذاری حق دولت است و اشخاص خصوصی فاقد قدرت و پذیرش سیاسی لازم برای

1. Lex Mercatoria.

۲. معزی، امیر، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، نشر دادگستر، (۱۳۹۰)، ص ۴۲۲.

3. E. Carbonneau, Thomas, Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays, (New York, Juris Publishing, 2010), p.34.



اتخاذ مقرراتی هستند که هم‌سنگ قانون تلقی شود.^۱ لذا اینکه لازم است در استناد به مقررات عرف تجاری از سوی داوران مبنای قانونی استفاده از عرف تجاری نیز ذکر شود یا خیر تبدیل به موضوع مناقشه‌آمیزی در خصوص داوری تجاری بین‌الملل شده است، در رویه برخی از داوری‌های مشاهده می‌شود که در استناد به قانون عرفی بازرگانی به ماده ۱۸۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی فدرال سوئیس^۲ استناد نموده‌اند که مقرر داشته: «دیوان داوری باید در خصوص پرونده با توجه به قواعد منتخب طرفین و یا در فقدان این قانون با توجه به قانونی که بیشترین ارتباط موضوعی با مسئله را دارد تصمیم‌گیری نماید. طرفین دعوا می‌توانند اختیار دیوان داوری را در استفاده از اصل صلاح و صوابدید برقرار نمایند» این آرا با توجه به نظریه‌ای که پذیرش حقوق عرفی بازرگانی را بر مبنای یک قانون رسمی امکان‌پذیر می‌داند صادر شده‌اند.^۳

در برخی از آرای دیگر اتاق بازرگانی بین‌المللی^۴ در اختلاف میان یک فروشنده مراکشی و خریدار آلمانی با توجه به اینکه طرفین قانون حاکم را مشخص نکرده بودند، داوران تعیین قانون مبنایی برای تشخیص و اعمال قواعد را لازم ندانسته و در خصوص پرونده با توجه به حقوق عرفی بازرگانی و هم‌چنین عرف مربوط به انعقاد قراردادها که در رویه داوری‌های قبلی شکل گرفته بود اتخاذ تصمیم نمودند.^۵ در این رابطه برخی از داوران بین‌المللی معتقدند که قدرت تقنینی به‌طور ضمنی به ایشان واگذار شده است و وظایف آن‌ها در مسائل تجاری فراملی به داوری‌های بین‌المللی تفویض گردیده و آن را به یک فرایند رسیدگی داوری

۱. موحد، محمد علی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی، تهران، نشریه دفتر ملی ایران، (۱۳۷۴)، ص ۵۱.

2. *Switzerland Federal Statute on Private International Law*, available at: ng/alphabetisch/haas/lehrveranstaltungen/fs2016/int-comm-arb-bl-lp/PILA.pdf last see 10/02/2016.

3. Frick, Joachim, *Arbitration in Complex International Contracts*, (Hague, Kluwer Law International publishers, 2001), p:125.

4. ICC Arbitration Case no 5321/1987.

5. Frick, Joachim, op.cit.

خصوصی تبدیل نموده‌اند، بنابراین آن‌ها قانون‌گذار بخش غیر قابل انکار از فرایند داوری‌های تجاری بین‌المللی هستند.^۱

اکنون که می‌دانیم برای ارجاع به قانون عرف بازرگانی نیازی به قاعده حقوقی و یا عامل ربط و ماده قانونی مشخص در قوانین متبوع طرفین اختلاف و یا قانون مورد استناد قرارداد تجاری نیست، لازم است گستره پذیرش عرف قانون تجاری را در داوری‌های بین‌المللی مشخص نماییم، در این رابطه اعتقاد عمومی بر این است که قواعد عرف بازرگانی تا جایی که بعنوان قواعد و اصول عمومی پذیرفته شده بین‌المللی مطرح شوند^۲ در دعاوی داوری بین‌المللی قابل استناد هستند^۳، در پرونده شماره ۷۳۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۴ نیز بر همین رویه تکیه شده است، در این پرونده که از سوی دولت ایران علیه یک شرکت تسلیحاتی مطرح شده بود طرف ایرانی با استناد به عوامل ربط و قواعد حل تعارض تلاش داشت که قانون ایران را قانون مناسب برای حل اختلاف جلوه دهد، از دید دولت ایران کل قراردادهای مربوط به حل اختلاف در ایران منعقد شده بودند، محل اجرای تمام قراردادها ایران بود، مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد در ایران انجام شده بود و اینکه قرارداد با حقوق ایران نسبت به سایر مقررات ارتباط و همبستگی بیشتری داشت. دیوان داوری، قواعد قابل اعمال از عرف بین‌المللی، عرف بازرگانی^۵ و قواعد عرفی بازرگانی را تنها در صورتی بر حل اختلاف حاکم دانست که یا مطابق با اصول و قواعد پذیرفته شده بین‌المللی باشند یا اینکه آن‌ها باید واقعاً نمایانگر اصول و قواعد پذیرفته شده بین‌المللی باشند.

۱. معزی، امیر، پیشین، ص ۴۲۴

2. generally accepted principles and rules.

3. Jarvin, Sigvard, Magnusson, Annette, *SCC (Stockholm Chamber of Commerce) Arbitral Awards, 1999-2003*, (New York, Juris Publishing, 2006), p.332.

4. ICC International Court of Arbitration, Paris 7375 available at URL:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>

last seen 10/02/2016.

5. Trade Usages.

ممکن است حقوق عرفی بازرگانی به عنوان قواعد تکمیلی در کنار قانون یک کشور خاص نیز بکار گرفته شوند.^۱ در رأی ۹۸۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ میان طرفین ژاپنی و فرانسوی، دیوان داوری اگرچه قانون محل اجرا یعنی قانون ژاپن را به عنوان قانون حاکم بر حل و فصل اختلافات مورد شناسایی قرارداد، اما امکان استناد به قواعد عرفی بازرگانی بین‌المللی را نیز در کنار قانون حاکم مورد تصریح قرارداد داده است، در این زمینه می‌توان این‌طور استدلال نمود که گستره قواعد عرفی تجاری به عنوان زمینه تکمیلی قانون حاکم بکار گرفته شده است بنابراین در خصوص گستره اعمال قانون عرفی بازرگانی در دعاوی داوری تجاری باید اذعان داشت که این قواعد باید به شکلی کلی و در کنار عرف بین‌المللی و عرف بازرگانی مورد استفاده قرار گیرند، ضمن اینکه حتی در صورت وجود و احراز قانون حاکم با توجه به رأی شماره ۹۸۷۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، قوانین عرفی بازرگانی می‌توانند به عنوان قانون مکمل در کنار قانون حاکم برای حل اختلاف بکار گرفته شوند.

نهایتاً در خصوص تفاوت مفهومی عرف بازرگانی و حقوق عرفی بازرگانی^۳ باید توجه داشت که عرف بازرگانی عرفی است عام و مشروع و معقول در سطح بین‌الملل که در معاملات معین، طرفین یا از آن آگاهند و یا به اندازه‌ای محکم و استوار استقرار یافته که به‌طور فراگیر و یکنواخت مورد عمل قرار می‌گیرد و حتی اگر در قرارداد ذکر نشده باشد، بدون ذکر هم به منزله تصریح در قرارداد است، اما همان‌طور که در خصوص گستره اعمال حقوق عرفی بازرگانی گفتیم، رویه دیوان‌های داوری فقط آن دسته از قواعد حقوق عرفی

1. Joachim Bonell, Michael, «UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», Unif. Law. Rev. n5, (2006), p.13.

2. ICC International Court of Arbitration 9875, available from URL:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=675>

last seen 11/2/2016.

3. Trade Usages & Lex Mercatoria for more information see: Schäfer, Erik, Verbist, Herman, Imhoos, Christophe, *ICC Arbitration in Practice*, (Hague, Kluwer Law International, 2005), p86, or: Mattli, Walter, Dietz, Thomas, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, (Oxford, Oxford University Press, 2014), p.115.

که با عرف بازرگانی و بین‌المللی تطابق داشته باشند یا قواعدی که بیانگر عرف باشند را در حل و فصل اختلافات، قابل اجرا می‌دانند.

۳.۱ حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون مناسب حاکم بر قرارداد

این موضوع که بین عرف تجاری و داوری بین‌المللی ارتباط مستقیمی وجود دارد حقیقتی غیرقابل انکار است. بسیاری از معاهدات و مقرراتی که پیرامون داوری بین‌الملل از سال ۱۹۵۰ به بعد تصویب شده‌اند، به این نکته اشاره دارند که داوران باید مقررات و اصول تجارت بین‌الملل را در نظر بگیرند حتی اگر در قرارداد طرفین بدان اشاره نشده باشد. چنین مؤلفه‌ای در واقع با ماهیت اصلی حقوق تجارت بین‌الملل هم‌خوانی دارد و هدف از تأسیس آن، رفع خلأهای حقوقی موجود در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی است. امروزه اغلب قراردادهای تجاری بین‌المللی حاوی شروطی در خصوص نحوه داوری هستند که صریحاً یا ضمناً به عرف تجاری فراملی اشاره کرده‌اند و آن را به‌عنوان قانون مناسب برشمرده‌اند. شناسایی و پذیرش قوانین عرفی بازرگانی در وهله اول می‌تواند مبتنی بر انتخاب این قوانین توسط طرفین به‌عنوان قانون مناسب باشد. طرفین ممکن است به برخی مقررات معاهدات داوری که صراحتاً به عرف تجاری اشاره داشته است تمسک نمایند^۱.

باید خاطر نشان کرد که وقتی طرفین به‌واسطه‌ی اراده‌ی خود، عرف تجاری بازرگانی را به‌عنوان قانون مناسب، انتخاب می‌کنند آن عرف تجاری باید از جمله قوانینی باشد که در حوزه‌ی داوری، قابل اعمال است؛ بنابراین داوران باید با تلاشی خلاقانه اصول و قواعد حقوق عرفی بازرگانی که در اختلافات مطروحه قابل اعمال است را بیابند. لذا در این رابطه ایراد شده که با وجود آنکه داوری اصولاً دارای روندی انعطاف‌پذیر بوده و چنین انعطافی لازمه حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی است، اما ابهام و عدم قطعیت حقوق عرفی بازرگانی

1. Gaillard, Emmanuel, «Thirty Years Of Lex Mercatoria: Towards- The Selective Application Of Transnational Rules», Icsid Review-Foreign Investment Law Journal, No 10, (1999), p.164.



نیز مسئله‌ای غیرقابل انکار است، نکته‌ی حائز اهمیت آن است که اعمال این موازین با توجه به حق انتخاب قانون مناسب از سوی طرفین مشروع است و از این حیث ایرادی ندارد^۱. به‌عنوان مثال در ماده هفت کنوانسیون اروپایی در خصوص داوری تجاری بین‌المللی چنین آمده است «طرفین آزاد خواهند بود قانونی را که در وقت اختلاف توسط داوران قابل اعمال است، تعیین نمایند».

۳.۲ اولویت حقوق عرفی بازرگانی بر قوانین ملی به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر داوری

قانون حاکم بر قرارداد، دارای چارچوبی است که به‌موجب آن مفاد قرارداد و اراده طرفین بر مبنای آن تفسیر و اجرا می‌گردد^۲. هنگامی که محاکم داخلی در برخورد با قراردادهای واجد عنصر خارجی به قاعده تعارض قوانین استناد می‌کنند، این امر معمولاً منجر به اعمال قانون ملی می‌شود (حال قانون ملی مقر دادگاه یا کشور خاص دیگر) در این حالت حتی با وجود شرط حاکمیت موازین عرفی تجاری بر قرارداد - در چارچوب شرط ضمن عقد و مستند به قانون منتخب طرفین - این قوانین، صرفاً با قوانین تکمیلی و مطابق با موازین امری قانون حاکم بر قرارداد ترکیب می‌شوند^۳.

چنین برتری و اولویتی برای قوانین داخلی، با سهولت و قطعیت که در روابط تجاری بین‌المللی مرسوم است منافات دارد. چراکه داخلی کردن قراردادهای بین‌المللی و حاکم ساختن قانون داخلی قاعده‌تاً به‌صورت گزینشی و بدون قاعده از سوی دولت‌ها و محاکم قضایی آن‌ها صورت می‌پذیرد. این در حالی است که معاهدات و عرف تجاری بین‌المللی منجر به ارتباط بین نظام‌های حقوقی گوناگون بوده و در بسیاری از جهات نسبت به حقوق داخلی کامل‌تر و جامع‌تر است. از سوی دیگر، موازین عرفی تجاری بین‌المللی نسبت به

1. Ibid.

2. Von Hoffmann, B. *Contract Conflicts*, (Ed. P. North, Publications of the Permanent Court of International Justice, series A(1982), Judgments Nos. 14 and 15, at p. 222.

3. Ibid.

موازن داخلی ارتباط بیشتری با فضای تجاری بین‌المللی و هم‌چنین عملکرد بهتری در رفع نیازهای تابعان روابط تجاری بین‌المللی دارد. به‌عنوان مثال در رابطه با تجارت الکترونیک تعیین محل وقوع قرارداد و هم‌چنین قانون حاکم بر آن به‌واسطه ویژگی‌های خاص فضای مجازی معمولاً دشوار است و اعمال قواعد تعارض قوانین، به جهت پیچیدگی‌های خاص خود مشکل‌ساز خواهد بود این در حالی است که پویایی عرف و رویه تجاری بین‌المللی در این موارد اغلب راه‌گشای مسائل نوظهور خواهد بود.^۱

از دیگر دلایل اقبال داوران به حقوق عرفی تجاری آن است که عرف تجاری نسبت به الزامات تجارت جهانی، انتظارات طرفین و ماهیت حقوقی داوری مقتضی‌تر است. هم‌چنین باید خاطر نشان کرد که بیشتر اسناد و معاهدات بین‌المللی که اصول داوری بین‌المللی را وضع می‌کنند، به اصول و مقررات تجاری جهانی و هم‌چنین عرف تجاری مراجعه می‌نمایند و تصریح می‌کنند که این مقررات و عرف باید توسط داوران به کار گرفته شوند. حتی اگر ارجاع ضمنی به یک قانون ملی وجود داشته باشد.^۲

مشکل دیگر در رابطه با اعمال قوانین داخلی در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی، در رابطه با قراردادهایی مطرح می‌شود که یکی از طرفین آن شخص خصوصی و طرف دیگر آن دولتی باشد. در این موارد اعمال موازین قانون داخلی که اغلب مطلوب طرف دولتی است منجر به رعایت مساوات نمی‌شود^۳ و نهایتاً این که مقررات داخلی برای حاکمیت بر قراردادهای داخلی تدوین شده‌اند و نسبت به قراردادهای بین‌المللی و مقتضیات خاص آن‌ها کارایی چندانی ندارند چرا که این مقررات، مطلق یک‌جانبه و غیر پویا هستند، در حالی که

1. Luke Nottage, « The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration», the university of Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 06/51, December, (2006), p.89.

2. Ibid.

3. Shmatenko, ,op cit, p.95.

عرف تجاری فراملی با مقتضیات عرصه تجارت بین‌الملل هماهنگ است و نیازهای فعالان این عرصه را به‌خوبی پوشش می‌دهد.^۱

در مقابل، مخالفان اعمال حقوق عرفی بازرگانی نیز معتقدند چنین مقرراتی فاقد سلسله مراتب و انتظام درونی است و صرفاً مجموعه‌ای از اصول کلی حقوقی پراکنده است لذا در مقام اعمال، اولاً باعث اتخاذ تصمیم‌های سلیقه‌ای گشته و ثانیاً نسبت به فضای اختلافات فاقد حکم خاص و صریح است. از سوی دیگر، مسئله مشروعیت این مقررات است چراکه دقیقاً مشخص نیست کدام نهاد حقوقی این موازین را تدوین و تصویب نموده است. لذا برخلاف حقوق بین‌الملل خصوصی و قواعد تعارض قوانین، موازین عرفی تجاری در خلأ حقوقی به وجود آمده‌اند. چون که نه تنها مقام واضح آن مشخص نیست بلکه مقام شناسایی آن‌ها نیز مشخص نشده است. البته در این بین نکته‌ای از جانب مخالفان اعمال حقوق عرفی بازرگانی مغفول مانده است و آن روند پذیرش عرف تجاری در قوانین داخلی و بین‌المللی است به‌گونه‌ای که در برخی قوانین داخلی صراحتاً اعمال و اجرای این موازین پذیرفته شده است، به‌عنوان مثال در ماده ۳۴۶ قانون تجارت آلمان، چنین آمده است که:

«در رابطه با تفسیر ایفای تعهد و عدم اجرای آن، عرف و رسوم تجاری متداول میان تجار باید مدنظر قرار گیرند»

هم‌چنین ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌الملل^۲ نیز با تعبیری مشابه، چنین بیان داشته است: «۱. طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول فی‌مابین می‌باشند.

۲. فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌باید وقوف می‌داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده و طرفین در

1. Howarth, Richard J, «Lex Mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?», Canter Law Rw, vol2, (2004), p.123.

2. United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980)

قراردادهای مشابه آن نوع تجارت خاص، به طور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فی مابین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.^۱»

با این وجود، این نظام داخلی یا موازین بین المللی است که به حقوق عرفی بازرگانی هویت بخشیده و اجرای آن ها را در کنار قوانین داخلی تجویز نموده است. به زعم مخالفین اعمال حقوق عرفی، این مجموعه موازین هرگز نمی تواند به جای قانون داخلی بر قراردادهای تجاری حاکم شوند^۲، به عقیده اینان صرف نظر از مشکل مشروعیت و تشتت اصول نامنسجم و هم چنین مسائل ناشی از اثبات موازین عرفی، حقوق عرفی بازرگانی هرگز از چنان استقبالی برخوردار نبوده و نخواهد شد که بتواند جایگزین قوانین داخلی شود. به عبارتی دیگر در نظام حقوق تجارت بین الملل هرگز یک عرف تجاری جهانی وجود نداشته است و رویه های عرفی هرگز در تمام جهان به صورت کاملاً یکنواخت مورد عمل قرار نمی گرفتند لذا نسبت به قوانین داخلی همواره با مسئله عدم قطعیت روبه رو بوده اند^۳. به موجب این تحلیل، حقوق عرفی بازرگانی زمانی لازم الاجرا و مقبول است که در قوانین داخلی منعکس شده باشند؛ در غیر این صورت تا وقتی که عملکردهای مشترک دادگاه های داوری آن چنان منسجم نگردد که اعتبار عادات مسلم را کسب نماید، این دادگاه ها قطعاً باید به یک حقوق خاص ملی توسل جویند. با این رویکرد، دادگاه ها با نفی ایده یک حقوق فراملی، مسلماً کمکی به

1. Article 9: (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

2. Mustill, M. «Arbitration, Imagination, and the Culture of Compromise». Inaugural Clayton Utz International Arbitration Lecture, co-hosted by the University of Sydney, delivered in the Banco Court on 11 June, (2002), p.89.

3. ibid

تشکیل چنین نظام حقوقی نمی‌نمایند؛ اما آن‌ها درعین حال می‌توانند از حقوق بین‌الملل و یا از اصول کلی حقوق کمک بگیرند.^۱

تحلیل اخیر گرچه در وهله اول مبتنی بر واقعیات می‌باشد؛ اما باید متذکر شد که اگرچه امروزه رویه و رسوم تجاری بین‌المللی شاید آن‌چنان فراگیر و یکنواخت اعمال نشوند که بتوان با عنوان عرف بین‌المللی منتسب شوند با این وجود ضمانت اجرا و لزوم اجرای این موازین نیز چندان بدون موجب و سبب نیست. امروزه بسیاری از رسوم تجاری و رویه‌های متداول، مستند احکام داورهای بین‌المللی قرار گرفته‌اند. چنین رویه‌ای شاید به‌خودی‌خود لازم‌الاجرا تلقی نشود اما می‌تواند شاهدهی بر مدعای ما مبنی بر روند تدوین عرف تجاری بین‌المللی باشد.^۲

از جهت اثبات حقوق عرفی بازرگانی نیز، علیرغم عام بودن برخی اصول کلی و هم‌چنین رویه و رسوم تجاری، یافتن حکم خاص حاکم بر قضیه مطروحه در داوری در صلاحیت نهاد داوری است. چنین امری چندان هم مشکل‌آفرین نیست چراکه درست است که در عرصه تجاری بین‌المللی دادگاه تجاری یا نهاد شناسایی عرف و رویه رسمی وجود ندارد اما رویه داوری بین‌المللی آن‌چنان پویا و کامل هست که می‌توان این موازین عرفی را از خلال آن شناسایی نمود.

۳.۳ حقوق عرفی بازرگانی و مسئله ضمانت اجرای آن

-
1. Gopalan, Sandeep «New trends in the Making of International Commercial Law» Journal of Law & Com.no 33, (2002), p.142.
 2. Edwin Mwangi, Matiho, «The New Lex Mercatoria: Applicability of Lex Mercatoria as Substantive Law in International Commercial Arbitration», theses, University Of Cape Town School For Advanced Legal Studies Faculty Of Law Department of Commercial Law, (2007), p.45.

همان گونه که پیش تر اشاره شد، پذیرش و اعمال حقوق عرفی بازرگانی در داوری تجاری بین‌المللی بستری برای تشکیل نظام حقوقی فراملی گشته است با این وجود تحقق این نظام حقوقی مستلزم یک عنصر حقوقی دیگر تحت عنوان ضمانت اجرای موازین است، بدون وجود این عنصر تلقی حقوق عرفی بازرگانی به عنوان یک نظام حقوقی فراملی خودبسنده محل ابهام و تردید است. مخالفان حقوق عرفی تجاری معتقدند مهم‌ترین دلیل بر عدم استقلال این نظام حقوقی از حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، مسئله ضمانت اجرای آن است، به‌زعم این حقوق‌دانان، بدیهی است که آرای داوری بین‌المللی به‌ویژه از سوی طرفی که حکم دیوان به ضررش صادر شده به صورت داوطلبانه اجرا نمی‌شود و لذا طرف پیروز برای اجرای این احکام ناگزیر است به سازوکارهای ملی یا بین‌المللی متوسل شود. نتیجتاً حقوق عرفی بازرگانی در پیشگاه دادگاه‌های داخلی چنانچه پذیرفته و مقبول باشند مشمول ضمانت اجراهای داخلی و یا بین‌المللی می‌شوند؛ بنابراین حقوق عرفی بازرگانی به‌زعم مخالفان مستنداً به دلیل مذکور یک نظام حقوقی خودبسنده تلقی نمی‌شود.^۱

در پاسخ به ایراد فوق برخی حقوق‌دانان نظیر گیلیارد^۲، معتقدند، حقوق عرفی بازرگانی حتی بدون وجود ضمانت اجرا نیز نظام حقوقی خودبسنده تلقی می‌شود. به عقیده وی قابلیت اجرای موازین از طریق سازوکارهای دولتی آن‌گونه که پوزیتیویست‌ها مدعی آن هستند، معیار تحقق نظام حقوقی نیست.^۳ در این مقال مجال اشاره به اختلافات عمیق میان پوزیتیویست‌ها و مکتب حقوق طبیعی در خصوص مفهوم حقوق نیست اما به‌طور خلاصه باید گفت که آنچه طی سالها به‌عنوان عنصر تمایز بخش نظام حقوقی از نظام‌های اخلاقی و مذهبی بوده، مسئله ضمانت اجرا بوده است.^۴

1. Smit Hans, «Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis, (Transnational Juris Publications(1990)), p.97.

2. Gaillard

3. Gaillard, op cit, p.122.

4. Gimenez Corte Cristián, «Lex Mercatoria, International Arbitration And Independent Guarantees: Transnational Law And How Nation States Lost The Monopoly Of Legitimate



به عقیده برخی دیگر از حقوق دانان، تضمین های مستقل قراردادی^۱ می تواند فقدان عنصر ضمانت اجرا را جبران نماید. امروزه در رویه جاری تجارت و بانکداری بین المللی نوع جدیدی از ضمانت اجرا تحت عنوان تضمین مطلق و یا تضمین مستقل پذیرفته و متداول شده است. در این موضوع بحث تضمین های مستقل قراردادی است، این نوع از تضمین ها در واقع، قراردادی است میان مشتری یا بیمه گزار و کارگزاری که معمولاً بانک است، طبق قرارداد مذکور، کارگزار متعهد می شود در صورت نقض قرارداد توسط طرف مقابل مشتری، خسارات قراردادی را به مشتری پرداخت نماید. در این راستا، حکم داوری، به منزله سندی است که مشتری برای دریافت خسارات قراردادی مبتنی بر قرارداد مستقل ضمانت، آن را مستند اثبات خسارات قرار می دهد.

نوع دیگری از این تضمین های مستقل قراردادی، تحت عنوان تضمین عندالمطالبه، قراردادی است که به موجب آن ضامن یا کارگزار متعهد می شود به محض تقاضای ذی نفع و بدون نیاز به اثبات نقض قرارداد موضوع ضمانت، خسارت ناشی از آن را پرداخت کند.^۲

در این رابطه از دیگر روش های موجود برای تضمین اجرای قراردادها در عرصه تجارت بین الملل قراردادهایی همانند رهن بیمه های بین المللی نیز معمولاً به عنوان روش های فرعی مورد استفاده قرار می گیرند چنین قراردادهایی مبین آن است که در عرصه تجارت بین المللی تضمین تعهدات قراردادی تنها توسط سازوکارهای داخلی و بین المللی محقق نمی شود و همان گونه که تجار می توانند عرف فی مابین خود را به عنوان یک نظام حقوقی مستقل از نظام

Enforcement», *Transnational Legal Theory*, Volume 3, Number 4, (2010), p.67.

1. Independent Contract Guarantees

2. Roeland Bertrams, «Bank Guarantees In International Trade: The Law And Practice Of Independent (First Demand) Guarantees And Standby Letters Of Credit In Civil Law And Common Law Jurisdictions», *Kluwer Law Review*, No 23, (2004), p.37.

حقوقی داخلی بر قراردادهای خود حاکم سازند می‌توانند روش‌های تضمین اجرای مفاد آن را نیز به صورت مستقل مهیا سازند.^۱

منشأ و چهارچوب حقوقی تضمین‌های مستقل قراردادی چیست؟ رویه‌های تجاری و بانکی، خاستگاه تضمین‌های مستقل قراردادی می‌باشند. این تضمین‌ها از طریق عرف تجاری و کاربردهای آن توسعه پیدا می‌کنند. قوانین تجاری به دلایل گوناگونی مانند دلایل اقتصادی و سیاسی به وجود می‌آیند. تضمین‌های مستقل قراردادی استثناً بر این قاعده نیست. «کیمل میجر»^۲ استدلال می‌کند که بی‌ثباتی سیاسی کشورهای جهان‌سومی (که بنام کشورهای نوظهور یا در حال توسعه نیز شناخته می‌شوند) منجر به رشد و توسعه‌ی این نوع خاص از تضمین‌ها شده است که عمیقاً مفاهیم حقوقی کلاسیک را دگرگون نموده است.

۴. حقوق عرفی بازرگانی در رویه داوری بین‌المللی

از جمله آرای داوری تجاری بین‌المللی که در آن، داور بین‌المللی به حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر قرارداد استناد کرده است می‌توان به قضیه‌های زیر اشاره داشت:

۱- رأی شماره ۱۲۱۱۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۳

در قضیه مربوط به حقوق و تعهدات قراردادی، طرفین اختلاف از حقوق بین‌الملل عمومی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد نامبرده بودند موضوع اصلی اختلاف نیز قانون حاکم بر قرارداد عنوان شده، یکی از طرفین تبعه انگلیس و طرف دیگر تبعه رومانی بود. در این قضیه به‌زعم فرد انگلیسی در غیاب موازین خاص بین‌المللی قانون ملی انگلیس باید بر قضیه حاکم

1. Gimenez Corte, op cit, p.357.

2. Kemelmajer

3. ICC International Court of Arbitration 12111 available at:
<http://www.unilex.info/case.cfm?id=956>.



شود. در این پرونده داوری بین‌المللی با این استدلال که با عنوان کردن قانون بین‌المللی، طرفین صلاحیت موازین ملی را رد کردند لذا قانون ملی نمی‌تواند بر اختلاف حاکم باشد. در رابطه با قانون مناسب چنین رأی داد که: «حقوق عرفی بازرگانی و موازین مندرج در اینکوترمز به‌عنوان موازین عرفی مدون بر قرارداد حاکم است.»

۲- رأی شماره ۱۱۷/۱۹۹۹ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱

این اختلاف مابین یک شرکت لوکزآمبورگی و یک شرکت چینی بود. این دو شرکت هر دو دارنده مجوز بوده و از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۵ با یکدیگر رابطه‌ی قراردادی داشتند. در سال ۱۹۹۸ این دو کمپانی با یکدیگر ارتباط قراردادی محرمانه برقرار کرده و به‌موجب آن متعهد به حفظ اسرار تجاری فی‌مابین خود می‌شوند. شرکت اروپایی با ادعای نقض تعهد به رازداری توسط شرکت چینی دادخواستی را تقدیم اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌نماید و خساراتی را برای نقض تعهد رازداری مطالبه می‌نمایند. این دعوی در جولای ۲۰۰۰ به دیوان داوری ارجاع داده شد. محل داوری شهر استکهلم بود و دیوان داوری متشکل از دو داور سوئدی و یک داور چینی بودند. در ۲۴ اکتبر ۲۰۰۰، هر دو شرکت موضوع اختلاف را اعمال قانون مناسب اعلام نمودند، در قرارداد فی‌مابین آن‌ها هیچ اشاره‌ای به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نشده بود، با توجه به اینکه طرفین قرارداد قانون مناسب را انتخاب نکرده بودند، تعیین قانون حاکم بر قرارداد در صلاحیت دیوان قرار گرفت.^۲

گزینه‌های موجود برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، قانون ملی سوئد، چین و لوکزآمبورگ (به‌عنوان قانون مقر دادگاه) و هم‌چنین اصول کلی یونیدروا به‌عنوان عرف تجاری فراملی بود. در این رابطه قانون ملی چین به خاطر تعارض با قانون ملی سوئد و کنوانسیون ۱۹۸۰ روم

1. Separate Arbitral Award rendered in 2001 in SCC Case 1999/117, STOCKHOLM. Arbitration report 59 (2002).

2. Mustelids Lukas, (2003). *Unidroit Principles Applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish Arbitral Award*, 8 uniform law review 630, p.78.

نمی‌توانست حاکم بر اختلاف باشد هم‌چنین قانون ملی سوئد نیز گزینه مناسبی نبود چون که کاربرد این قانون در سیستم حل تعارض منجر به دور احاله می‌گردید بنابراین دیوان با توجه به اصول یونیدروا به‌عنوان حقوق عرفی بازرگانی، اختلاف مزبور را حل و فصل نمود. به‌زعم دیوان اصول مزبور منعکس‌کننده اصول کلی حقوقی پذیرفته شده در اکثر کشورها و هم‌چنین رویه متداول بین بازرگانان در عرصه تجاری بین‌المللی است.

۳- دعوی شماره ۸۵۰۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی

نمونه دیگر از اعمال اصول یونیدروا و عرف تجاری، دعوی شماره ۷ ۸۵۰۲ می‌باشد.^۱ اختلاف بر سر قراردادی بود که در آن قرارداد توافق کتبی یا شفاهی بین طرفین در خصوص قانون حاکم بر اختلافات ناشی از آن وجود نداشت. محل داوری اختلاف مذکور شهر پاریس بوده و طرفین آن یک فروشنده ویتنامی و یک خریدار هلندی بودند که طرف هلندی از طریق شعبه فرانسوی خود نسبت به ایفای تعهدات خویش اقدام می‌کرد. این اختلاف مانند مورد فوق با چندین قانون ملی در ارتباط بود که همه آنها ممکن بود نقش مرتبطی داشته باشند. مطابق با ماده ۱۳(۳) قانون داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان می‌بایست حکم قضیه مطروحه را با توجه به قانون مناسب حاکم بر قرارداد حل و فصل کند که به‌زعم دیوان در این رابطه اصول عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و مقبول تجاری و در یک کلام حقوق عرفی بازرگانی فراملی مقبول به نظر می‌رسید.

۲.۴ شرایط اعمال حقوق عرفی بازرگانی در داوری تجاری بین‌المللی

در رابطه با ماهیت و حدود اجرای حقوق عرفی بازرگانی در داوری‌ها برخلاف سایر مباحث مربوط به حقوق عرفی بازرگانی، آنچه کمتر به آن توجه شده این نکته است که بر فرض

1. ICC Case No. 8502. Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=395>



پذیرش حقوق عرفی بازرگانی به عنوان قانون مناسب، چه هنگامی می توان این موازین را در رابطه با اختلافات طرفین اعمال نمود؟

در این رابطه برخی معتقدند تنها زمانی می توان این مقررات را مبنای حکم داوری تجاری قرارداد که طرفین اختلاف صراحتاً آن را به عنوان قانون حاکم بر اختلاف تعیین کرده باشند؛ و در غیاب هرگونه اراده صریح طرفین، داور باید فرآیند سه مرحله ای را به این شرح طی کند. ابتدا به حل این مسئله پردازد که آیا قانون ملی هریک از طرفین برای حاکمیت بر قرارداد مناسب هست یا خیر، در صورت منفی بودن، وی باید تعیین کند که آیا برای پیدا کردن قانون مناسب باید ترکیبی از قوانین ملی را انتخاب کند یا به قواعد ملی حل تعارض قوانین رجوع کند. در فرض اخیر داور باید قوانین حل تعارض موجود را با در نظر داشتن فاکتورهای تأثیرگذار و تفسیر آن ها جهت تعیین قانون حاکم به داوری به کار بندد. اولین فاکتور تابعیت طرفین است، این که طرفین داوری از تابعیت یکسان یا متفاوت برخوردار باشند در رابطه با قانون حاکم تأثیرگذار است. فاکتور دیگر شخصیت طرفین است این که طرفین قرارداد هر دو شخص حقیقی یا شخص حقوقی دولتی یا وابسته به دولت باشد بسیار تأثیرگذار است^۱.

شاخص تأثیرگذار دیگر، ماهیت بین المللی قرارداد تجاری است. با این توضیح که چنانچه تابعیت طرفین قرارداد متفاوت نباشد دقیقاً نمی توان میزان تأثیر وصف بین المللی قرارداد تجاری را مشخص کرد، به عنوان مثال اگر در یک قرارداد تجاری بین المللی وصف بین المللی آن انتقال مبیع در مرزهای دو کشور باشد، چنانچه تابعیت طرفین آن یکسان باشد، این وصف بین المللی به تنهایی چگونه می تواند موجبی برای اعمال موازین حقوق عرفی

1. Mustil, op cit, p.210.

بازرگانی باشد؟ پاسخ به این سؤال در صورتی که به طور معمول قانون یکی از دو کشور مبدا یا مقصد بر اختلاف حاکم باشد نیز مبهم است^۱.

حال سؤال این است که اگر طرفین قرارداد، نظام حقوقی عرفی را به عنوان قانون حاکم تعیین کنند، آیا این اراده طرفین می تواند موجبی جهت رد صلاحیت قانون ملی باشد؟ به عبارت دیگر اگر موجبی برای صلاحیت قانون ملی در قضیه وجود داشته آیا داور بین المللی اختیار رد صلاحیت آن و حاکمیت مطلق حقوق عرفی بازرگانی را دارد؟ در اکثر موارد که طرفین نظام حقوقی عرفی بازرگانی را به جای قانون ملی بر معاملات تجاری خود حاکم می سازند مسائل مذکور مطرح می شوند که پاسخ صریحی نیز در دکتترین حمایت از حقوق عرفی برای آنها وجود ندارد.^۲ موضوع اختلافات و قراردادهای تجاری، نیز چندان بی تأثیر نیست. اغلب نویسندگان حقوقی در بررسی نقش حقوق عرفی بازرگانی، به آرای صادر شده در قضایای پیچیده و قراردادهای اجرای پروژه های طولانی مدت و بزرگ اشاره داشته اند. چنین امری طبیعی به نظر می رسد چرا که نهاد صالح در رابطه با این قضایا که معمولاً نهادهای بین المللی صاحب نامی نظیر اتاق بازرگانی بین المللی که به طور کلی به جهت ماهیت مستقل آنها و مقبولیت احکام و آرای صادره از سوی آنها، تمایل بیشتری به پذیرش نظام حقوقی عرفی بازرگانی به عنوان یک نظام مستقل و هم چنین قابل اجرا در داورهای بین المللی دارند.

در نهایت گفته می شود که خواست و اراده صریح طرفین بر اجرای حقوق عرفی بازرگانی به عنوان مهم ترین شرط اعمال این موازین است و در فقدان چنین خواست صریحی، اعمال موازین قانون داخلی یکی از طرفین، یا یافتن قانون مناسب بر مبنای قواعد حل تعارض تنها شیوه صحیح حل و فصل اختلافات در داورهای بین المللی است. استدلال موافقان این نظر آن

1. ibid

2. Gaillard Emmanuel, (1999) «Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts», International' Business lawyer, no27, (1999), p.227.

است که در رابطه با فقدان اراده صریح طرفین مبنی بر حکومت قانون خاص، اعمال موازین ملی از آن روست که مبتنی بر اراده ضمنی طرفین است در واقع به زعم طرفداران این ایده، عدم پیش‌بینی قانون ملی حاکم بر اختلافات از آن رو بوده که چنین گزاره‌ای آن‌چنان بدیهی بوده است که لزومی به ذکر آن نبوده است. از سوی دیگر اصل آن است که در داوری‌های تجاری بین‌المللی فی‌مابین تجار، هر یک از طرفین بدو تابع قانون ملی متبوع خویش هستند لذا حاکمیت این قانون بر قرارداد نسبت به حاکمیت عرف تجاری از منظر وی در اولویت قرار داشته است^۱. این‌ها مهم‌ترین شرایطی هستند که در داوری‌های تجاری بین‌المللی، داور می‌تواند برخلاف اصل حاکمیت قانون ملی، قانون فراملی را مستند قرار دهد با این وجود دکترین حقوقی هم‌چنان در رابطه با سؤالاتی نظیر آنکه کدام‌یک از این شاخص‌ها در ارزیابی نهایی برای اعمال قانون مناسب، بااهمیت‌تر است یا اینکه، به کدام‌یک باید اولویت بالاتری اختصاص داده شود هنوز پاسخ روشنی ارائه نکرده است.

۵. نتیجه‌گیری

حقوق عرفی بازرگانی به‌عنوان یک حقوق مستقل و لازم‌الاجرا همواره مورد انکار و تردید بوده است دلایلی از جمله عدم مشروعیت، فقدان ضمانت اجرا، عدم قطعیت، همواره از مهم‌ترین دلایل رد این نظام حقوقی جهت حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی بوده است. در مطالبی که گذشت با بررسی مبانی تاریخی و حقوقی این بنیان حقوقی و بررسی دیدگاه‌های موافقین و مخالفین چنین نظامی نتیجه می‌گیریم که گرچه حقوق عرفی بازرگانی از آن دست قوانینی نیست که در چهارچوب قانون‌گذاری دولتی به عرصه‌ی ظهور رسیده باشد با این حال این به معنای عدم مشروعیت حقوقی و هم‌چنین فقدان ضمانت اجرای آن نیست. مهم‌ترین دلیل بر این مدعا آن است که در دنیای کنونی و در روابط بین‌الملل به‌ویژه

1. Davidson, Matthew , «The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database» , Pace LawSchool Institute of International Commercial Law, June ۱st (2003) , p.264.

حوزه‌هایی نظیر حقوق تجارت بین‌الملل، دیگر وضع قوانین و تضمین اجرای آن‌ها در انحصار مطلق دولت‌ها قرار نگرفته است.

در واقع در تحلیل تئوری پیرامون حقوق عرفی فراملی و بررسی ماهیت و نحوه اعمال آن در دو دکترین مطرح در این مقاله به نظر می‌رسد امعان نظر به واقعیات و ماهیت اختلافات تجاری هم‌چنین اقتضائات آن حکایت از آن دارد که نظر پروفیسور گلدمن همسویی بیشتری با رویه داوری بین‌المللی موجود داشته است. در واقع به نظر می‌رسد فارغ از مسائل نظری کاربرد عرف تجاری فراملی در بسیاری از اختلافات تجاری بیش از دیگر قوانین ملی و بین‌المللی در حل و فصل منصفانه اختلافات مؤثر بوده است. مهم‌ترین دلیل آن است که نظام‌های حقوق ملی یا حقوق بین‌الملل عمومی وابستگی کامل و مستقیم به دولت‌ها دارند اما حقوق عرفی فراملی، چنانکه که از تعریف آن گفته شد مجموعه موازینی است که بوسیله اشخاص برای تنظیم روابط خصوصی آنها بوجود آمده است، مفاهیم و وابستگی‌های سنتی را مورد تردید قرار می‌دهد. و از این روست که همسو با مقتضیات تجارت بین‌الملل و فارغ از محدودیت‌های تعارض قوانین، تحصیل راه حلی منصفانه بایسته فعالان عرصه تجارت بین‌الملل به واسطه قانونی برخاسته از نیازهای ایشان با سهولتی بیشتر میسر خواهد شد.

البته فقدان ضمانت اجرا نقضی است که حقوق بازرگانی فراملی از آن رنج می‌برد و این حقوق هنوز نتوانسته است اجرای آرای صادره از داوری‌ها را تنها از طریق سازوکارهای مخصوص به خود اجرا کند و در اجرای آراء هم‌چنان محتاج حقوق‌های ملی است. ولی دو نکته این ضعف را تعدیل می‌کند: نخست اینکه ضمانت اجرا نباید تنها به ضمانت اجراهای فیزیکی فروکاسته شود؛ ضمانت‌هایی مانند اخراج از گروه و عدم معامله با تاجران متخلف و لطمه به شهرت تجاری گاه بسیار مؤثر است. دوم اینکه حقوق‌های ملی ندرتاً وارد مباحث ماهوی آرای داوری می‌شوند و تمایل برای کنترل قضایی آرای داوری تجاری بین‌المللی



توسط دادگاه‌های ملی کمتر می‌شود. البته از منظر دیگر می‌توان به این مسأله نگاه کرد، آن چیزی که در عرف و اصول کلی حقوق به عنوان منبع حقوق بازرگانی فراملی وارد شده است حتماً دارای حمایت قانونی یا قراردادی قرار خواهد گرفت هرچند ضمانت اجرای تخلف از حقوق بازرگانی فراملی مشخص نشده است ولی می‌توان از باب نقض تعهد (تعهد به الزام به عرف و اصول کلی حقوق)، شخص نقض کننده را ملزم به اجرای تعهد بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی نمود و یا این که در قرارداد داوری به ضمانت اجرای عدول از تعهدات قراردادی اشاره کرد که در صورت عدم توجه طرفین قرارداد به اصول بازرگانی فراملی، داوران بتوانند از ضمانت اجرای قراردادی استفاده کنند.

بنابراین چنانچه خواست و اراده طرفین در انتخاب نظام حقوقی عرفی بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم به صورت صریح یا ضمنی به عنوان مهم‌ترین شرط حاکمیت این نظام حقوقی محقق گردد، مانعی برای پذیرش آن در رویه داوری به استناد آرای موجود در این خصوص وجود ندارد، بنابراین به واسطه انعطاف‌پذیری، جامعیت و هم‌چنین سهولت در به‌کارگیری، موازین عرفی بازرگانی، مستند آرای متعددی بوده است، لزوم اجرای این موازین ناشی از عملکرد متداول در عرصه تجاری بین‌المللی و هم‌چنین خواست و اراده اشخاص خصوصی است.

منابع

فارسی

- جنیدی، لعیاء، «نظریه حقوق فراملی»، نشریه حقوق، دوره ۴۱، بهار، شماره ۱، (۱۳۹۰).
- سادات میدانی، سید حسین، «جبران خسارات افراد به دلیل نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه توسط دولتها: حال و آینده» (ترجمه؛ و تحقیق)، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره سوم، (۱۳۸۹).
- گوود، روی ام، «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه حمید رضا علوم یزدی، مجله حقوقی، شماره سی و ششم، (۱۳۸۶).
- موحد، محمد علی، *درسهایی از داوریهایی نفتی*، (تهران، نشریه دفتر ملی ایران، ۱۳۷۴).
- معزی، امیر، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، (تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۰).
- ویرالی، میشل، «تفکری بر تئوری حقوق فراملی، ترجمه ناصر صبح خیز، حقوقی بین‌المللی» - شماره ۳، (۱۳۶۴).

لاتین

- Clive Maximilian Schmitthoff, *Select Essays On International Trade Law*, (BRILL Publishing, 1998).
- Carbonneau, Thomas, *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*, Huntington, (New York, 2010, Juris Publishing)
- Cristián Gimenez Corte, «Lex Mercatoria, International Arbitration And Independent Guarantees: Transnational Law And How Nation States Lost The Monopoly Of Legitimate Enforcement», *Transnational Legal Theory*, Volume 3, Number 4, (2010).
- Davidson, Matthew T '«The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database»' *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, June 19th, (2003).



- -Edwin Mwangi,matiho, «The New Lex Mercatoria: Applicability of Lex Mercatoria as Substantive Law in International Commercial Arbitration,theses,» University Of Cape Town School For Advanced Legal Studies Faculty Of Law Department of Commercial Law, (2007).
- Felix Dasser, *International Arbitration and Lex Mercatoria*,(Zurich, 1989Polygraphischer, Verlag).
- Frick,Joachim, *Arbitration in Complex International Contracts*, (Hague,(2001), Kluwer Law International publishers)
- Goode R, *New Developments in International and Consumer Law*,(Oxford, Ziegel, J.S. (ed.), Hart Publishing, 1998).
- -Gaillard Emmanuel, «General Principles Of Law In International Commercial Arbitration– Challenging The Myths»,World Arbitration &Meditation Review,Vol 5,No2, (2011).
- Gopalan, Sandeep «New trends in the Making of International Commercial Law»' Journal of .Law.& Com.no23, (2002).
- Gaillard, Emmanuel, «Thirty Years Of Lex Mercatoria:Towards- The Selective Application Of Transnational Rules», Icsid Review-Foreign Investment Law Journal,No 10, (1995).
- Gaillard Emmanuel, «Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts», International Business lawyer. No27, (1999).
- -Howarth, Richard J, «Lex Mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?» CanterLawRw, vol2, (2004).
- -Hight, K., *Lex Mercatoria and Arbitration*, (Thomas Carbonneau Juris Publishing, Kluwer Law International, 1998).
- Harold J. Berman and Colin Koffman, «The Law of International Commercial Transactions(Lex Mercatoria)», Harvard. International 'law, Journal ,no 221, (2003).
- Hans Smit, *Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis' in Thomas E Carbonneau (ed), Lex Mercatoria and Arbitration* (Transnational Juris Publications,1990).
- JH Dalhuisen, Legal Orders And Their Manifestation: The Operation Of The International Commercial And Financial Legal Order And Its Lex Mercatoria, Berkeley Journal of International Law, No129, (2006).
- Joanna Jemielniak, Legitimization Arguments In The Lex Mercatoria Cases, International Journal For The Semiotics Of Law, Vol18, (2005).



- Leonid Shmatenko, «Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?», Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume III, (2013).
- Luke Nottage, «The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration», the university of Sydney Law Schoo, Legal Studies Research Paper No. 06/51, December ,(2006).
- Lopez-Rodriguez, Ana Mercedes, «Lex Mercatoria», School of Law, Department of Private Law University of Aarhus, Rettid journal, (2002).
- Michaels Ralf, «The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State», Duke Law School Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 220, (2008).
- Mazzacano, Peter, «The Lex Mercatoria as Autonomous Law», CLEA 2008 Meetings Paper; CLPE Research Paper, No. 29, (2008).
- Mustill, M. «Arbitration, Imagination, and the Culture of Compromise', Inaugural Clayton Utz International Arbitration Lecture», (2002) co-hosted by the University of Sydney, delivered in the Banco Court on 11 June, (2002).
- Ole Lando, «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», The International and Comparative Law Quarterly Vol. 34, No. 4, (1985).
- Roeland Bertrams, «Bank Guarantees In International Trade: The Law And PracticeOf Independent (First Demand) Guarantees And Standby Letters Of Credit In Civil Law And Common Law» Jurisdictions, Kluwer Law Review, No 23, (2004).
- Sülün Güçer, «Lex Mercatoria in International Arbitration», Ankara bar review,vol12, issue1, (2009).
- Tolga Ayoğlu, *Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria*, (Istanbul, 2014, On İki Levha Yayıncılık publishing).
- Zhuldyz Talgatovna Sairambaeva and Zulfiya Mazhitovna Baimagambetova ,«The Role of Lex Mercatoria in the Regulation of International Trade Relations», Middle-East Journal of Scientific Research,vol16,(2013).
- Winnick Kyle, «International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, And The Lex Mercatoria», Cardozo Journal Of Conflict Resolution,Vol 15, (2014).
- Westland Helicopters Ltd (U.K.) v. Arab Org. for Industrialization, ICC Interim Award of March 5, case no. 3879, (1984).



- Von Hoffmann, B. (1982), Contract Conflicts, Ed. P. North, Publications of the Permanent Court of International Justice, series A (Judgments Nos. 14 and 15), at p. 41
- Documents:
- Separate Arbitral Award rendered in 2001 in SCC Case ۱۹۹۹/۱۱۷, STOCKHOLM.
- ICC International Court of Arbitration 9875.
- ICC Case No. 8502.
- ICC International Court of Arbitration 12111

