

اعمال حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم بر قراردادها در داوری تجاری بین المللی

محمد کریمی^{۱*}

غلامرضا کریمی^۲

چکیده

حقوق بازرگانی فراملی یا همان لکس مرکاتوریا همواره به عنوان یکی از گزینه های مناسب برای اداره قراردادهای منعقد شده در تجارت خارجی مطرح شده و به دلایل متعدد داوران و بازرگانان در موقعیت های متفاوت بجای انتخاب و اعمال قوانین ملی تمایل به انتخاب لکس مرکاتوریا داشته اند. با این وجود مسئله ای که باید به آن توجه کرد، مناسبت های اعمال لکس مرکاتوریا می باشد که در واقع اشاره به موقعیت های دارد که داوران بین المللی می توانند لکس مرکاتوریا را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اعمال کنند. در این راستا بررسی موقعیت های اعمال لکس مرکاتوریا نشان می دهد اعمال این نظام حقوقی فراملی تنها از طریق انتخاب صریح آن به عنوان قانون حاکم بر قرارداد از سوی متعاقدین صورت نمی گیرد، بلکه موارد متعددی وجود دارد که حتی در فقدان انتخاب صریح لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، داوران آن را به عنوان قانون مناسب برای اداره قراردادهای منعقد شده در تجارت خارجی در نظر گرفته اند. این مقاله به روش تبیینی به اعمال حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم بر قراردادها در داوری تجاری بین المللی پرداخته است.

واژگان کلیدی: حقوق بازرگانی فراملی، داوری، قرارداد، تجارت خارجی، بازرگانان

۲۷۳



فصلنامه

پژوهش های

روابط بین الملل،

دوره دهم، شماره

دوم، شماره پیاپی

سی و هفتم،

تابستان ۱۳۹۹

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

* mohammadkarimi.law63@gmail.com

۲. مدرس دانشگاه، دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۳۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۸

فصلنامه پژوهش های روابط بین الملل، دوره دهم، شماره پیاپی سی و هفتم، صص ۲۹۳-۲۷۳

مقدمه

تلاش‌های صورت گرفته در راستای اعتباربخشی به یک نظام سوم حقوقی ناشی از اعتقاد برخی از حقوقدانان به این مقوله است که قوانین ملی و حقوق بین‌الملل برای اداره قراردادهایی که در آن طرفین اختلاف از کشور های مختلف هستند، مناسب نیستند. مطابق نظر این حقوقدانان، یک نظام حقوقی ملی نمی‌تواند به انتظارات طرفین اختلاف که از نظام های مختلف حقوقی هستند، پاسخ مناسبی دهد و حقوق بین‌الملل نیز نمی‌تواند برای رسیدگی به اختلافات مربوط به مبادلات تجاری فراملی مناسب باشد. بنابراین وجود یک نظام سوم حقوقی که معمولا به عنوان لکس مرکاتوریا شناخته می‌شود در راستای پوشش معاملات فراملی در عرصه تجارت بین‌الملل لازم و ضروری است و از این جهت امروزه در برخی از قوانین ملی و کنوانسیون های بین‌المللی پذیرفته شده که طرفین در صورت تمایل می‌توانند یک استاندارد قانونی غیر دولتی همانند لکس مرکاتوریا را برای اداره قراردادشان انتخاب کنند.

گرایش به سمت اعمال لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم در قراردادهای منعقد شده در تجارت خارجی در درجه اول مرتبط با ویژگی فراملی این نظام سوم حقوقی است که در عمل سبب شده داوران و بازرگانان را از درگیر شدن در مفاهیم پیچیده حقوق داخلی نظام های مختلف حقوقی تا حد قابل توجهی رها سازد، چرا که با اعمال لکس مرکاتوریا، اداره قرارداد بجای قوانین ملی با اتکاء به اصول و قواعد فراملی انجام خواهد شد که با توجه به ویژگی فراملی آنها که مبین خصیصه غیردولتی بودن آنها می باشد، عملا از آنجایی که این اصول با رویه ها و آداب و رسوم متداول در بازرگانی بین‌المللی منطبق هستند می‌توانند به نحو بهتری نیازهای بازرگانان را تجارت خارجی برآورده سازند. لازم به ذکر است مرجع وضع کننده اصول لکس مرکاتوریا بجای یک قوه قانونگذاری متمرکز دولتی، آداب و رویه مرسوم در تجارت خارجی هستند که فراتر از تمام سیاستهای قانونگذاری قوانین ملی بر رعایت هنجارها و آداب و رسوم متداول در جامعه بازرگانی بین‌المللی تأکید دارند و با توجه به ویژگی خودتنظیمی قواعد آنها می‌تواند عملا از دخالت سیاستهای خاص قانونگذاران ملی در اداره قراردادها منعقد شده در تجارت خارجی جلوگیری کند. در کنار توجه به جنبه های مختلف لکس مرکاتوریا

موقعیت‌هایی که داوران بین‌المللی حق اعمال لکس مرکاتوریا را در قراردادهای خارجی دارند از این جهت دارای اهمیت است که این موارد عملاً نشان‌دهنده مواردی در داوری تجاری بین‌المللی هستند که داوران در کنار انتخاب صریح لکس مرکاتوریا به وسیله متعاقدين، خود را مجاز به انتخاب و اعمال لکس مرکاتوریا دانسته‌اند.

۱. مفهوم حقوق بازرگانی فراملی (لکس مرکاتوریا)

اولین مطالعات پیرامون لکس مرکاتوریا در نیمه دوم قرن نوزدهم توسط برتولد گلدمن صورت گرفت. مقاله مشهور گلدمن تحت عنوان مرزهای قانون و لکس مرکاتوریا^۲ در سال ۱۹۶۴ انتشار یافت و در همین سال بود که کلایوآ اسمیتوف یک تحقیق به همان اندازه ارزشمند را نسبت به حقوق بازرگانی جدید یا همان لکس مرکاتوریا^۳ جدید در یک مجموعه مقالات ارائه شده در رابطه با منابع حقوق تجارت بین‌الملل انجام داد و از این زمان به بعد مبحث لکس مرکاتوریا به طور گسترده مورد توجه نوشته‌های حقوقی قرار گرفت. با این وجود همیشه یک بحث نظری گسترده پیرامون ماهیت، وجود و اعمال لکس مرکاتوریا وجود داشته داشته و عملاً تعریف واحدی از آنچه به عنوان لکس مرکاتوریا تلقی می‌شود وجود ندارد (Cordero-Moss, 2014: 65) و از این جهت امروزه مفهوم لکس مرکاتوریا هنوز نیز بحث‌برانگیز است (Ferrari and Kröll, 2010: 364). قاضی جوزف^۴ واژه حقوق فراملی^۴ را برای اولین بار در رابطه با لکس مرکاتوریا استفاده کرد و ادعا نمود حقوق فراملی شامل همه قوانینی است که اعمال و رویدادهایی را که فراتر از مرزهای ملی هستند تنظیم می‌کند. پروفیسور گو^۵ مفهوم حقوق بازرگانی فراملی را به موضوعات تجاری ارجاع می‌دهد و در این رابطه استدلال می‌کند حقوق بازرگانی فراملی به اندازه‌ای گسترده است که می‌تواند شامل قوانین ملی در حوزه تجاری بین‌المللی و همچنین قواعد حل تعارض ملی نیز گردد (Maniruzzaman, 1999: 660). امانوئل گایلارد^۶ به عنوان فعال‌ترین حامی لکس مرکاتوریا (Zumbansen, 2019: 470)، حقوق بازرگانی فراملی را به عنوان یک

1. Berthold Goldman

2. Frontières du droit et lex mercatoria

3. Jessup

4. Transnational law

5. Goode

6. Emmanuel Gaillard

ارزش مبتنی شده بر روش سنتی انتخاب قانون تلقی نمی‌کند بلکه لکس مرکاتوریا را بر مبنای حقوق تطبیقی که منجر به شناخت قاعده ایی می‌شود که به طور گسترده پذیرفته شده، تحلیل می‌نماید (Klabbers and Piiparinen, 2013: 205).

بر مبنای نظر پروفیسور گایلارد در زمانی که اختلافی بر مبنای لکس مرکاتوریا تصمیم‌گیری می‌شود داوران باید در یک تجزیه و تحلیل تطبیقی اکثر قوانین مربوط به موضوع اختلاف را در راستای حل و فصل کردن اختلاف بررسی نمایند و از این جهت داوران باید راه حلی را که به طور گسترده پذیرفته شده اعمال نمایند. گلدمن یکی از مدافعان قوی لکس مرکاتوریا مفهومی مضیق از لکس مرکاتوریا را ارائه می‌دهد. گلدمن قوانین دولتی را استثناء می‌کند و حقوق بازرگانی فراملی را ترکیب شده از قوانین ویژه ایی می‌داند که فراملیتی هستند و ماهیت خودجوش عرفی دارند. گلدمن همچنین ماهیت قراردادی لکس مرکاتوریا را رد می‌کند و نمی‌پذیرد که معنای لکس مرکاتوریا، آزادی قراردادی اشخاص باشد بلکه معتقد است قواعد آن تحت قواعد کلی و انتزاعی قرار دارند (Glitz, , 2014: 160). صرفنظر از اختلاف نظرهای فوق آنچه مسلم است لکس مرکاتوریا یک نظام حقوقی فرادولتی است که در راستای نیاز جامعه بازرگانی بین‌المللی به یک نظام غیردولتی با اصول و قواعد فراملی ایجاد و هر روز در حال تکامل است و از آنجایی که اصول و قواعد آن از منابع حقوقی فراملی همانند کنوانسیون‌های بین‌المللی، آراء داوری بین‌المللی منتشر شده، عرف‌ها و آداب و رسوم مرسوم در بازارهای بین‌المللی تشکیل شده، گزینه مناسب تری در مقایسه با قوانین ملی برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی محسوب می‌شود. لازم به ذکر است مفهوم لکس مرکاتوریا ارتباط نزدیکی با هماهنگ‌سازی و یکنواخت‌سازی قانون در سطح فراملی دارد چرا که ماهیت یکنواخت یا جهانی لکس مرکاتوریا که به عنوان پیش‌نیاز برای توسعه تجارت بین‌الملل در نظر گرفته شده (Elcin, 2012: 44) به وسیله هیچ دولت خاصی دیکته یا به رسمیت شناخته نشده، بلکه توانسته با روندی طبیعی از تعاملات تجاری که به دنبال توسعه دسترسی و کاهش عدم قطعیت تجاری بودند، گسترش یابد (Wright and Filippi, 2015: 44). در واقع شخصیت جهانی مربوط به رویه تجاری بین‌المللی و نیازهای مشترک بازرگانان در عمل توانست به عنوان وسیله‌ای بسیار خلاق و مبتکرانه تر

نسبت به قوانین ملی، «ارواح در حال حرکت»^۱ حقوق تجارت بین‌الملل جهانی یا همان لکس مرکاتوریا جدید را تشکیل دهد (Milenković-Kerković, 1997: 87-89) و امروزه به عنوان یک نوآوری خلاقانه بازار محور (Aguirre, 2008: 183) توانسته تکنیک‌های سیستم‌های حقوقی ملی را کنار بزند و سبب عدم اعمال قواعدی شود که برای قراردادهای بین‌المللی مناسب نیستند (Nygh, 1999:184). از این جهت مشاهده رویه داوری بین‌المللی نیز نشان می‌دهد لکس مرکاتوریا به طور فزاینده‌ای توسط داوران موقت و سازمانی در صدور رأی در اختلافات مطروحه در تجارت بین‌الملل مورد استفاده قرار گرفته شده است (Georgios, 2020: 127).

۲. مناسبت‌های اعمال حقوق بازرگانی فراملی در قراردادهای بین‌المللی

چگونگی اعمال لکس مرکاتوریا برای اداره روابط قراردادی متعاقدين در واقع مبین شرایطی است که بر مبنای آن لکس مرکاتوریا را می‌توان نسبت به قرارداد متعاقدين در تجارت خارجی اعمال کرد. در ادامه مقاله به بررسی این موقعیت‌ها با در نظر گرفتن شرایط فراملی قراردادهای منعقد در تجارت خارجی خواهیم پرداخت.

۲-۱. انتخاب حقوق بازرگانی فراملی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد

به طور کلی طرفداران لکس مرکاتوریا بر این اعتقادند که قراردادهای تجاری دارای عنصر خارجی، واجد ماهیت بین‌المللی یا فوق ملی هستند و از این جهت ماهیتا نمی‌توان آنها را در چارچوب مرزهای حقوق ملی نظامند کرد و از این جهت باتوجه به نارسایی و ناسازگاری نظام‌های حقوق ملی با مقتضیات اینگونه قراردادهای، چاره‌ای جز تنظیم نظامات حاکم بر این قراردادها در یک بستر حقوقی فراملی نبوده که این مقوله به نوبه خود از عوامل پیدایش و تکامل لکس مرکاتوریا تلقی می‌شود (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۸). با این وجود سوال مهم در این رابطه این است که غیر ملی سازی قرارداد که با هدف اداره قرارداد تحت اصول غیر دولتی صورت می‌گیرد به چه نحوی محقق می‌شود؟ به عبارت دیگر در چه صورتی می‌توان استنباط کرد که یک قرارداد می‌تواند بوسیله اصول کلی حقوق بازرگانان یا همان لکس مرکاتوریا اداره شود. در رابطه با امکان اعمال لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد استدلالهای مطرح شده که

^۱.Spirits Movens

عمدتاً اعلام اراده صریح طرفین قرارداد و تفسیر ضمنی شروط مقرر در قرارداد را به خصوص با توجه به دامنه اصل استقلال طرفین^۱ مورد توجه قرار داده اند.

۲-۲. حقوق بازرگانی فراملی و اصل استقلال طرفین

به طور کلی این قاعده کلی وجود دارد که اشخاص نسبت به انتخاب قانونی که باید ماهیت قراردادشان را اداره نماید، آزادی دارند (Carlquist, 2006: 11). اصلی که به طرفین برای تحقق چنین هدفی کمک می‌کند، اصل استقلال طرفین است. اصل استقلال طرفین یا به نحوی که برخی از گزارش‌های ارجاع شده آنرا آزادی قراردادی^۲ خوانده اند، همانطوریکه دین تالین^۳ به آن اشاره کرده، در دو مسیر متفاوت در حقوق تجارت بین‌الملل اعمال می‌شود: اولین مسیر اعمال این اصل در شکل کلاسیک آن است که بر مبنای آن طرفین نسبت به انتخاب قانون حاکم بر قراردادشان آزادی دارند. دومین مسیر مبین اعمال این اصل در مسیری انقلابی تر است و در واقع اشاره به این موضوع دارد که طرفین در تنظیم روابط قراردادیشان به نحویکه مستقل از هر قانون ملی باشد، آزادی دارند (Schmitthoff, 1988: 161). اصل استقلال طرفین به طور کلی بوسیله بیشتر نظام‌های حقوقی غربی در قراردادهای بین‌المللی، در جهت تجویز آزادی طرفین نسبت به انتخاب قانونی که می‌خواهند قراردادشان را تحت آن قرار دهند، به رسمیت شناخته شده است. به این اصل در زمینه‌های مختلف قانونی همانند قانون دآوری، قانون بازرگانی، حقوق اموال، حقوق بین‌الملل خصوصی و حتی در برخی مواقع در زمینه حقوق خانواده نیز ارجاع داده شده است (Fu, 2011: 5).

البته تأثیر این اصل صرفاً محدود به اعمال آن در مناطق مختلف حقوقی نمی‌شود بلکه نقش این اصل در نفس انعقاد قرارداد و به خصوص در معاملات انعقاد یافته در بازارهای ملی و بین‌المللی بدین نحو تبلور یافته که صرف قرارداد بستن نیز به عنوان ابزاری برای تحقق اصل استقلال تلقی شده است (Grundmann, 2002: 270). علاوه بر این بر مبنای اصل استقلال، امکان انتخاب طرف قراردادی مورد به طور آزادانه و همچنین توافق نسبت به شروط تعیین‌کننده جنبه‌های مختلف قرارداد را می‌توان تحلیل نمود.

¹Party Autonomy

²Freedom of Contract

³Deantalon

در رابطه با آثار اصل استقلال طرفین نسبت به قانون حاکم بر قرارداد، طرفداران لکس مرکاتوریا معتقدند گنجاندن بند داوری، انتخاب یک دیوان بین المللی یا بندی که اختلاف ها را ارجاع به یک مرکز داوری بین المللی می دهد، می تواند فی نفسه نشانه ایی برای اعمال لکس مرکاتوریا تلقی شود (Maniruzzaman, 1999: 678).

۲-۳. انتخاب قانون قابل اعمال در قرارداد

به طور کلی تأکید شده قراردادهای نمی توانند در یک خلاء قانونی^۱ وجود داشته باشند و چنانچه آنها بخواهند دارای اثر حقوقی باشند باید به یک سیستم حقوقی ارجاع داده شوند. (Marano et al, 2016: 328)، زیرا آنها بدون داشتن اثر قانونی فقط قطعه کاغذی هستند. این بیان نشان می دهد هر قراردادی الزاماً می بایستی بر مبنای یک قانون اداره شود و در غیر این صورت نمی توانند اثر حقوقی داشته باشند. مبحث عدم امکان وجود قراردادهای در خلاء قانونی برای اولین بار توسط لرد دیپلوک^۲ از مجلس اعیان انگلستان در سال ۱۹۸۳ در پرونده شرکت مهندسی دریایی امین رشید در برابر شرکت بیمه کویتی مطرح گردید.^۳ لرد دیپلوک در این تصمیم خاطر نشان کرد که باید قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد شناخته شود (Schwenzer et al, 20123: 51 and 52). بنابراین شناخت قانون حاکم بر قرارداد اهمیت دارد و در راستای تحقق چنین شناختی لازم است آن نظام حقوقی که طرفین مطابق اصل استقلال بر قرارداد شان حاکم نموده اند را مشخص نمود. در این مسیر آنچه اهمیت دارد احراز قصد طرفین است، هر چند ممکن است در برخی موارد تعیین قانون حاکم به طور واضح صورت گرفته نشده باشد. در رابطه با نحوه احراز قصد مشترک دایسی و موریس^۴ بیان می کنند قانون مناسب برای قرارداد اشاره به آن سیستم یا نظام قانونی دارد که طرفین قصد کرده اند قراردادشان را تحت آن سیستم قرار دهند و در زمانی که قصد آنها صراحتاً بیان نشده و از شرایط قراردادی نیز چنین قصدی استنباط نگردد، سیستم قانونی که دارای نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط با معامله آنها باشد، باید به عنوان قانون مناسب تلقی شود.

۲۷۹



اعمال حقوق
بازرگانی فراملی به
عنوان قانون حاکم
بر قراردادهای در
داوری تجاری بین
المللی

¹.Legal vacuum

².Peter Stone and Ouseph Farah

³.End amin Rasheed shipping corporation v Kuwait Insurance co (1983)

⁴.Dicey and Morris

۲-۴. انتخاب صریح حقوق بازرگانی فراملی

در تشخیص انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، اولین نکته ایی که محاکم داوری به آن توجه دارند، انتخاب طرفین قرارداد است. لرد رایت^۱ در پرونده محصولات غذایی ویتا بر علیه شرکت حمل و نقل با مسئولیت محدود آنوس در سال ۱۹۳۹ بیان کرد، استقلال طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در فرضی که این قصد به طور صریح بیان شده و هیچ دلیلی برای صرفنظر کردن از چنین انتخابی بر مبنای نظم عمومی وجود نداشته باشد، در درجه اول اهمیت قرار دارد.

قصد صریح طرفین از آنجایی ابتدایی ترین معیار در شناسایی قانون حاکم بر قرارداد تلقی میشود که اساساً قراردادها عرصه تلاقی اراده آزاد معاملاتی اشخاص هستند و قلمرو این آزادی اراده در پرتو اصل استقلال طرفین، شامل انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را نیز می شود که در رابطه با انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد نیز این موضوع صادق است. نمونه هایی از این انتخاب صریح را می توان در قرارداد منعقد شده بین کویت و شرکت نفت مستقل آمریکایی در سال ۱۹۷۳ مشاهده کرد که در آن مقرر شده توافقات طرفین: «.....بر وفق اصول کلی که نوعاً بوسیله کشورهای متمدن شناخته شده: از جمله اصول حقوقی که بوسیله دیوان های بین المللی اعمال شده است» ترتیب اثر، تفسیر و اجرا خواهد شد. نمونه دیگر ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی ایران و آمریکا است که به دادگاه اجازه مراجعه به اصول حقوق بازرگانی، حقوق بین الملل و عرف های بازرگانی داده شده است (جنیدی، ۱۳۹۰، ۱۲۹-۱۲۸).

امروزه امکان اداره قراردادها از طریق لکس مرکاتوریا در قوانین ملی کشورهای مختلف نیز مورد تأکید واقع شده است. به طور مثال ماده ۱۵۱۱ از قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه بیان می کند: «دیوان داوری باید اختلاف را مطابق قواعد حقوقی که بوسیله طرفین انتخاب شده تصمیم گیری نماید و در زمانی که چنین انتخابی وجود ندارد، مطابق با قواعد حقوقی که آنرا مناسب تلقی می نمایند، اتخاذ تصمیم کند».

این ماده قانونی در واقع به طرفین اجازه انتخاب قواعد حقوقی که مبین اصول و قواعدی هستند که از یک قانون ملی مشخص ایجاد نشده را داده و اعتبار احکام صادر

^۱. Lord Wright

شده بر مبنای لکس مرکاتوریا را به رسمیت شناخته است. ماده (۱) ۱۸۷ از قانون فدرال سوئیس در حقوق بین الملل خصوصی نیز بیان می‌کند: «دیوان داوری می‌بایستی مطابق قواعد حقوقی انتخاب شده بوسیله طرفین اتخاذ تصمیم نماید و در فقدان چنین انتخابی، دیوان داوری می‌بایستی مطابق قواعد حقوقی که با پرونده نزدیکترین ارتباط را دارند، اتخاذ تصمیم کند» که در این ماده نیز همانند حقوق فرانسه، با امکان انتخاب قواعد حقوقی به جای یک قانون ملی امکان اعمال لکس مرکاتوریا نسبت به روابط حقوقی طرفین به رسمیت شناخته شده است. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز عبارت قواعد حقوقی را مورد استفاده قرار داده است. بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی بیان می‌کند: «"داور" برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد». به طور کلی در خصوص موضع حقوق ایران در امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای منعقد در تجارت خارجی باید بیان کنیم هرچند وجود عبارت قواعد حقوقی در صدر بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌تواند دلیل بر امکان پذیرش حاکمیت لکس مرکاتوریا برای اداره اختلافات در حیطه تجارت بین‌الملل باشد، اما عبارات استفاده شده از سوی قانونگذار در ادامه بند یک ماده ۲۷ ذهن را در امکان پوشش قراردادهای تجاری بین‌المللی از طریق لکس مرکاتوریا با تردید مواجه می‌سازد. قانونگذار در ادامه ماده ۲۷ بیان می‌کند: «..... تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به هر نحو که صورت گیرد به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». عبارت «قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص» چنانچه تفسیر کننده جمله اول بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی باشد، مؤید این است که قانونگذار در قانون داوری تجاری بین‌المللی در صورتیکه تمایل به امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای تجاری داشت، همانند ماده ۱۱۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و یا ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌الملل خصوصی، می‌بایستی از ذکر عبارت دلالت کننده بر قانون یک کشور مشخص اجتناب می‌کرد. از این جهت به نظر می‌رسد که بند یک ماده

۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی به خوبی نگارش نشده و بهتر بود قانونگذار چنانچه تمایلی نسبت به امکان پذیرش اصول کلی حقوقی یا لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد می‌داشت از کلمه «یک کشور مشخص» در متن ماده ۲۷ استفاده نمی‌کرد و در راستای به رسمیت شناختن حکم موجود در جمله اول ماده ۲۷ و برطرف کردن هرگونه تردیدی در مورد امکان اداره قراردادهای تجاری تحت حاکمیت لکس مرکاتوریا، از عبارات دیگری استفاده می‌نمود.

علاوه بر عبارت «سیستم حقوقی یک کشور مشخص»، آوردن عبارات دیگری مانند «قوانین ماهوی آن کشور» یا «قواعد حل تعارض» نیز به نوبه خود تردید جدی در اراده قانونگذار در رابطه با امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، بر مبنای قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، ایجاد می‌کند. البته در دیدگاهی معارض بیان شده زمینه‌های امکان استناد به لکس مرکاتوریا در حقوق ایران فراهم است چرا که در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران پذیرفته شده که طرفین بتوانند به داوران اجازه دهند اختلافشان را نه بر مبنای اصول و قواعد حقوقی، بلکه بر مبنای آنچه عادلانه و منصفانه تشخیص می‌دهند یا حتی به صورت کدخدا منشانه اداره کنند. در این راستا به موجب بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی صراحتاً مقرر شده «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدا منشانه تصمیم بگیرد» و از این جهت هنگامی که قانونگذار اجازه داده داوران با موافقت طرفین بتوانند فارغ از شروط و اقتضاهای قانونی و صرفاً بر اساس آنچه عادلانه و منصفانه تشخیص می‌دهند رأی صادر کنند، به طریق اولی طرفین می‌توانند اجازه دهند که داوران بتوانند بر اساس اصول مشترک حقوقی یا حقوق بازرگانی رأی صادر کنند (شیروی، ۱۳۹۵: ۲۲۷-۲۲۶) که چنین تفسیری مبین امکان انتخاب لکس مرکاتوریا مطابق بند ۳ از ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران است.

۲-۵. انتخاب استنباط شده از شروط قرارداد

ارجاع به حقوق بازرگانی فرادولتی یا لکس مرکاتوریا همیشه در قراردادها به صورت صریح انجام نمی‌شود بلکه در مواردی احراز قصد طرفین در ارجاع به لکس مرکاتوریا از نحوه تنظیم قرارداد فی مابین و با توجه به شروط منعقد در آن استنباط می‌گردد.

۲-۶. شروط استثناء کننده اعمال حقوق داخلی

در بعضی موارد هرچند در قرارداد تصریح به امکان اعمال لکس مرکاتوریا نشده با این وجود قرارداد به نحوی تنظیم شده که امکان اعمال لکس مرکاتوریا از شروط قراردادی قابل استنباط است. یکی از این موارد شروطی هستند که صریحاً اعمال هرگونه حقوق داخلی را منع کرده و اعمال انحصاری اصول کلی و عرف های تجارت بین الملل را مقرر می دارند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۹). بنابراین در صورتی که در قرارداد اعمال قوانین ملی ممنوع شده و به اعمال اصول کلی و عرف های تجارت بین الملل ارجاع داده شده باشد، این شرط می تواند به داوران قدرت اعمال لکس مرکاتوریا را بدهد زیرا اصول کلی و عرف های تجارت بین الملل از مهم ترین منابع لکس مرکاتوریا محسوب می شوند و ارجاع به آنها می تواند دلالت بر اراده ضمنی متعاقدین در پذیرش حاکمیت لکس مرکاتوریا بر قراردادشان داشته باشد. لازم به ذکر است امروزه در روابط تجاری بین المللی به طور گسترده ایی پذیرفته شده که طرفین می توانند قراردادشان را تحت حاکمیت اصول کلی حقوقی قرار دهند. این مقوله به طور خاص در قراردادهای طولانی مدت بین المللی مناسب است، زیرا این اصول از آنجایی که از اسناد و آداب و رسوم بازرگانی بین المللی اقتباس شده اند، به خوبی می توانند نیازها و الزامات بازرگانان را در این زمینه مدنظر قرار دهند و می توانند اطمینان بیشتری را در رابطه با اداره قراردادهای طولانی مدت در تجارت خارجی نسبت به اعمال یک قانون ملی مشخص ارائه دهند، زیرا در قراردادهای طولانی مدت تجاری ممکن است در طول مدت قرارداد، قانونگذاری های ملی دستخوش تغییرات عمیقی گردند (و از این جهت) انتخاب اصول کلی حقوقی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به همراه یک شرط داوری می تواند به عنوان ابزاری تلقی شود که اطمینان از پیدا شدن راه حل واقعا بین المللی برای حل اختلافاتی که ممکن است در آینده به وجود آید را فراهم می کند (Gaillard, 1999: 214).

لازم به ذکر است در رابطه با امکان استثناء کردن هر قانون ملی به طور کلی دو دیدگاه مطرح شده است. برخی از محققان بر این عقیده اند که این شرط علی رغم صریح

¹. Icc Case No 1569/1970

بودنش مانع اعمال قوانین ملی در برخی از موارد نخواهد شد. در این رابطه به طور مثال این شروط مانع از مراجعه به قانون داخلی - در مواردی که حقوق فراملی فاقد قواعد عرفی و فراملی جهت حل و فصل برخی از موضوعات مورد اختلاف باشد - نخواهد شد. برخی دیگر نیز بر این اعتقادند که لکس مرکاتوریا می‌بایستی در زمانی که طرفین هرگونه اعمال قانون ملی را استثناء کرده اند اعمال شود و داوران می‌بایستی در این فرض تنها اصول کلی و عرف های تجارت خارجی را اعمال نماید (Maria Roba, 2011: 225). در این رابطه با موضوع فوق باید بیان داشت انتخاب قوانین ملی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد حتی در مواردی که قواعد و اصول لکس مرکاتوریا حاوی قواعدی برای حل موضوعات مورد اختلاف نباشد، می‌تواند عملی برخلاف قصد صریح طرفین تلقی شود و از این جهت تخطی از مفاد قرارداد، مخصوصاً توسط محاکم داوری که معمولاً در دامنه اصل استقلال و در حقیقت محکمه ای انتخابی با خصیصه خصوصی محسوب می‌شوند، می‌تواند به تدریج باعث از دست دادن اعتماد افراد به نهاد داوری به دلیل عدم توجه به خواست و اراده آنها شود.

از این جهت نویسندگان بر این اعتقاد است که داور می‌بایستی در مواردی که طرفین اختلاف، صراحتاً اعمال هرگونه قانون ملی را استثناء کرده اند، از اعمال هرگونه قوانین و مقررات ملی پرهیز کند و در مواردی که حکم صریحی در موضوع اختلاف در قواعد لکس مرکاتوریا وجود ندارد، علاوه بر بررسی بیشتر رویه های مرتبط با موضوع اختلاف و استنباط اصول کلی از آنها، همانند یک طراح ریزبین از قدرت خلاق داوری در ایجاد اصول جدیدی که منطبق با رویه های جامعه بازرگانی بین‌المللی و رویه ها و مراودات قبلی طرفین اختلاف است، استفاده نماید.

البته لازم به ذکر است در مواردی خاص، حتی اگر اعمال قوانین ملی استثناء شده باشد، در جهت احراز حکم برخی از موضوعات می‌بایستی به آنها مراجعه کرد. این موارد که دامنه اعمال آنها بسیار کم و تفسیرناپذیر هستند، در جرگه مواردی هستند که به نظر می‌آید از ابتدا طرفین تصمیم نداشته اند آنها را تحت اداره و حاکمیت اصول کلی حقوقی قرار دهند. به طور مثال در موردی که در اهلیت یکی از طرفین قرارداد تردید وجود داشته باشد، بدیهیست که پاسخ به این سوال از طرف محکمه داوری صرفاً با مراجعه به

قانون مطبوع شخصی که اهلیت او مورد تردید است صورت خواهد پذیرفت و این رجوع را نمی توان بر خلاف اراده صریح متعاقدین در استثناء اعمال قانون ملی دانست، چرا که اساساً فلسفه رجوع به اصول کلی حقوقی یا رویه های بازرگانی در راستای تسهیل اتخاذ تصمیم در خصوص اختلافات و موضوعات مربوط به جامعه بازرگانی بین المللی است و نه مرتبط با موضوعات مرتبط با احوال شخصیه. بنابراین رجوع به اصول و قواعد حقوقی بازرگانی بین المللی در صورتی امکان دارد که موضوع مورد اختلاف از مواردی باشد که جامعه بازرگانی بین المللی نسبت به آن هنجارسازی کرده و از این جهت موضوعات مربوط به سن رشد یا همان اهلیت انعقاد معامله به دلیل اینکه فاقد خصیصه بازرگانی و تجاری است، در دامنه مسائل هنجارساز حقوق بازرگانی قرار نمی گیرد و می بایستی الزاماً براساس قوانین ملی به آنها پاسخ داده شود.

۲-۶-۱. شروط ترکیبی

در برخی از موارد شروط قراردادی به نحوی تنظیم شده اند که هرچند اعمال یک قانون ملی را استثناء نکرده و صراحتاً بر اعمال لکس مرکاتوریا نیز تأکید نکرده اند، با این وجود با ارجاع به اصول کلی حقوقی و حقوق بین الملل و عرف های تجارت بین الملل یا با ارجاع به هر دو موجب ترکیب آن با یک حقوق داخلی شده اند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۹). در حقیقت در این نوع قراردادهای طرفین اختلاف با قرارداد یک شرط مبنی بر اعمال اصول کلی حقوقی و یا عرف های تجارت بین الملل تلاش نموده اند تا بستری مناسب جهت پوشش قرارداد از طریق عرفهای تجارت بین الملل را در کنار یک نظام ملی فراهم سازند که در چنین مواردی قواعد حقوق ملی در جهت پر کردن خلاء های حقوق بازرگانان (در اداره اختلاف) اعمال خواهد شد (Sarcevic, 1989: 144).

۲-۶-۲. شرط داوری بین المللی

وجود بند داوری بین المللی به عنوان نشانه ای تلقی می شود که تمایل طرفین را به بین المللی سازی قرارداد نشان می دهد. مطابق نظر گلدمن نفس قرار دادن بند داوری در یک قرارداد به منزله بین المللی سازی کردن قرارداد و قبول اصول کلی حقوق تجارت بین الملل است، حتی اگر به این مقوله تصریح نشده باشد (Baddack, 2005: 83).

این راستا به طور مثال در پرونده تگزاکو^۱ داور رسیدگی کننده^۲ دریافت که قرارداد بند داوری یکی از موارد غیرملمی سازی کردن قرارداد محسوب می شود (Peters, 2016: 293). در میان برخی از نویسندگان به طور کلی این اعتقاد وجود دارد که قرار دادن بند داوری سبب بین المللی سازی قرارداد می شود (Kristian Fauchald and Hunter, 2008: 155) چرا که در زمانی که حل و فصل کردن اختلاف می بایستی با توسل به داوری بین المللی صورت گیرد بدیهی است که در داوری بین المللی از یک طرف با توجه به خصیصه فراملی مرجع حل اختلاف ممکن است اصول و قواعد فراملی در راستای مدیریت اختلاف فراخوانده شود و از طرف دیگر نفس انتخاب یک مرجع حل اختلاف فراملی می تواند دلالت بر اراده ضمنی متعاقدین بر عدم مدیریت اختلاف آنها از طریق اصول و قواعد ملی، بخصوص در فرض عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داشته باشد. مشاهده رویه داوری بین المللی نشان داده به طور فزاینده ای داوران موقت و سازمانی در صدور رأی در دعاوی تجاری بین المللی به لکس مرکاتوریا استناد کرده اند (Georgios, 2020: 127)، که این وضعیت فی نفسه دلالت بر انطباق بیشتر لکس مرکاتوریا با شرایط قراردادهای بین المللی دارد..

۳. اعمال حقوق بازرگانی فراملی در موارد سکوت وعدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد

علاوه بر مواردی که متعاقدین صراحتاً اعمال لکس مرکاتوریا را در قراردادشان پیش بینی کرده اند و یا شروطی در قرارداد وجود دارد که دلالت ضمنی بر اعمال لکس مرکاتوریا دارد، مناسبت های وجود دارد که در فقدان انتخاب لکس مرکاتوریا و حتی در وضعیتی که طرفین به نحو دیگری توافق نموده اند، لکس مرکاتوریا توسط مراجع داوری به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده است.

۴. اعمال حقوق بازرگانی فراملی در فرض عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد

در قراردادهای تجاری بین المللی معمولاً طرفین انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را نادیده می گیرند و در نتیجه هیچ توافقی در خصوص قانون حاکم بر قرارداد انجام نمی شود.

^۱. The Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic

^۲. René-Jean Dupuy's

در چنین موقعیت‌هایی رویه داوری بین‌المللی نشان داده‌اند که در برخی از پرونده‌ها اقدام به اعمال عرف‌های تجاری فراملی بجای اعمال هر کدام از قوانین ملی مرتبط با اختلاف کرده‌اند. در واقع در فرض عدم وجود بند انتخاب قانون بخصوص در فرضی که یکی از متعاقدين دولت یا شرکت دولتی است، عدم اتخاذ تصمیم و در واقع نتیجه‌گیری^۱ به شدت توصیه شده (Caplan, 2020: 749) که نشان می‌دهد طرفین نتوانسته‌اند در خصوص اعمال قانون ملی یک کشور خاص به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان به توافق برسند که این وضعیت می‌تواند دلالت بر اراده متعاقدين در عدم اداره قرارداد به وسیله هر قانون ملی و مبین اراده آنها در اداره قراردادشان بر مبنای اصول تجاری بین‌المللی یا همان لکس مرکاتوریا داشته باشد (Janssen and Meyer, 2009: 292). لازم به ذکر است در آراء متعدد داوری نیز به این موضوع تأکید شده است.^۲ بنابراین مطابق این دیدگاه در هر زمانی که بند انتخاب قانون در قرارداد گنجانده نشده باشد، داوران می‌توانند قواعد حقوقی غیر ملّی و یا عرف‌های تجاری بین‌المللی را اعمال کنند. در این راستا به طور مثال در پرونده ۲۱۵۲/۱۹۷۲^۳، دیوان تجاری بین‌المللی (ICC) بیان کرد «خوانده اعلام کرده بند مربوط به قانون قابل اعمال، عامدانه در قرارداد ذکر نشده چرا که یک سازمان بین‌المللی، قرارداد را تحت هیچ سیستم حقوقی ملی قرار نخواهند داد» و از این جهت قرارداد باید به طور انحصاری از طریق اصول کلی پذیرفته شده در تجارت بین‌الملل اداره شود (Baddack, 2005: 162).

در توجیه اعمال لکس مرکاتوریا در فقدان بند انتخاب قانون، بر مبنای یک تئوری مربوط به مشروعیت‌سازی انتخاب لکس مرکاتوریا نیز چنین استدلال شده که چنین انتخابی به این دلیل به وسیله‌ی داوران صورت می‌پذیرد که لکس مرکاتوریا عملاً نشان‌دهنده اصول کلی مشترک نسبت به دولت‌های مرتبط (با موضوع اختلاف) است. علاوه بر این در فقدان انتخاب یک قانون ملی مشخص، هیچ دلیلی در خصوص اینکه چرا نباید لکس مرکاتوریا را به عنوان قانونی مناسب در جهت اداره حقوق طرفین تلقی کرد، وجود ندارد (Vardi, 2010: 163). البته این یک دیدگاه، یک نظر مطلق نمی‌باشد و مخالفانی

^۱. Negative Inference

^۲. ICC 7110/1995, ICC 7375/1996, ICC 8502/1996, ICC 9875/1999 AND ICC 10422/2001.

^۳. ICC Award No. 2152/1972, cited in: Journal du Droit International (1974), 889.

نیز دارد. منتقدان اعمال لکس مرکاتوریا معتقدند اعمال لکس مرکاتوریا تنها در صورتی امکان پذیر است که طرفین بر اداره قرارداد بر مبنای آن توافق کرده باشند و در غیاب چنین توافقی، محکمه داوری می‌بایستی قانون قابل اعمال را با توجه به قواعد حل تعارض ملی انتخاب کند چرا که هر چند مطابق بند یک ماده ۲۸ از قانون نمونه آنسیترال در داوری تجاری بین‌المللی به داور با آوردن عبارت «قواعد حقوقی»، اختیار اعمال لکس مرکاتوریا داده شده، با این وجود در بند دوم ماده ۲۸، قانون نمونه بر اعمال قواعد حل تعارض در راستای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد اشاره می‌کند. بدیهیست حکم مندرج در بند دوم ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال به محکمه داوری دستور می‌دهد که در صورت سکوت طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد، نمی‌تواند بر مبنای یک قانون غیر ملی اتخاذ تصمیم نماید. علی‌رغم این حکم با این وجود در قانون‌گذاری‌های ملی و بین‌المللی مواردی مشاهده می‌شود که امکان اعمال لکس مرکاتوریا در صورت عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در نظر گرفته شده است. در این راستا به طور مثال بند ۱ از ماده ۳۳ قانون داوری سوئیس مصوب ۲۰۱۲ نیز در نظر گرفته است که بیان می‌کند در فقدان بند انتخاب قانون در قرارداد، محکمه داوری باید «قواعد حقوقی که اختلاف با آن نزدیکترین ارتباط را دارد اعمال کند». ماده ۱۰۵۴ از قانون آیین دادرسی مدنی هلند مصوب ۱۹۸۶ نیز بیان می‌کند «اگر انتخاب قانون به وسیله طرفین صورت گرفته باشد، محکمه داوری باید حکم خود را مطابق با قواعد حقوقی انتخاب شده به وسیله طرفین صادر کند. در صورتی که طرفین نسبت به انتخاب قانون غفلت کرده باشند، محکمه داوری باید حکم خود را مطابق قواعد حقوقی که مناسب‌تر می‌داند، صادر کند». بنابراین مطابق مواد فوق محکمه داوری می‌تواند به جای قانون ملی، در صورت انتخاب طرفین، قواعد حقوقی که یکی از مصادیق آن لکس مرکاتوریا است را به عنوان قانون حاکم بر اختلاف انتخاب کند. به کاربردن عبارت «

۱. ماده ۲۸ در قواعد قابل اعمال نسبت به ماهیت اختلاف عنوان میدارد: «محکمه داوری می‌بایستی اختلاف را مطابق با قواعد حقوقی که بوسیله طرفین به عنوان قانون قابل اعمال نسبت به ماهیت اختلاف انتخاب شده، تصمیم‌گیری نماید...».

۲. «... در صورت عدم تعیین قانون قابل اعمال بوسیله طرفین، محکمه داوری باید قانون مشخص شده بوسیله قواعد تعارض قوانینی را که مناسب تشخیص می‌دهد، اعمال نماید».

قواعد حقوقی» به جای « قانون ملی» دلالت بر امکان اعمال لکس مرکاتوریا دارد و این حکم بدین معناست که به داوران این اختیار داده شده که مستقیماً لکس مرکاتوریا را نسبت به اختلافات ارجاع شده به داوری اعمال کنند (Lynch, 2003, P 324). علاوه بر موارد فوق نکته دیگری که باید به آن توجه نمود این است که در مواردی که طرفین یک قانون ملی را به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان انتخاب نکرده اند، غالباً چنین فرض می شود که آنها نتوانسته اند نسبت به انتخاب یک قانون ملی مشخص توافق کنند و از این جهت به طور ضمنی خواهان اعمال اصول و قواعدی با شخصیت فراملی شده اند. در این راستا به طور مثال در پرونده مشهور والنسیا که مربوط به شکایت شرکت اسپانیایی والنسیا بر علیه شرکت آمریکایی ذغال سنگ است هرچند قرارداد متعاقدين حاوی بند داوری ICC بود با این وجود در خصوص بند مربوط به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد انتخابی انجام نشده بود. متعاقب بروز اختلاف در روند اجرای قرارداد، طرفین در سال ۱۹۸۸ به داوری ICC مراجعه کردند. داور در رسیدگی به اختلاف براین اعتقاد بود که نه قانون آمریکا و نه قانون اسپانیا برای اداره پرونده مناسب نیست و با توجه به اینکه هیچگونه انتخاب قانونی در قرارداد صورت نگرفته بود، چنین استنباط کرد که طرفین در واقع قصد داشته اند قانون اسپانیا و آمریکا را استثناء کنند (Khadjavi, 1994: 95-96) و از این جهت داور تصمیم گرفت قرارداد را تحت « عرف‌های کلی تجارت بین‌الملل» اداره کند.

علاوه بر تحلیل اراده ضمنی متعاقدين در عدم امکان توافق بر یک قانون ملی مشخص، لازم به ذکر است در یک قرارداد بین‌المللی، گزینه ای که با اداره قرارداد منعقد شده حوزه تجارت خارجی ارتباط بیشتری دارد، لکس مرکاتوریا است، چرا که نظام‌های حقوقی ملی نتوانسته‌اند با رویه‌های در حال تحول جامعه بازرگانی بین‌المللی همگام شوند و با اعمال قوانین دولتی، قضات در واقع چنین اختلافاتی را ملی سازی می کنند (Siems, 2020: 365) که چنین رویکردی متناسب با شرایط بین‌المللی قراردادهای منعقد شده در تجارت خارجی نمی باشد.

۵. اعمال حقوق بازرگانی فراملی در مقابل اراده صریح طرفین

موضوع دیگری که باید به آن توجه نمود، موقعیت‌هایی است که طرفین نه تنها صراحتاً یک قانون ملی را انتخاب کرده‌اند، بلکه اعمال قانون فراملی را نیز استثناء کرده‌اند. احتمالاً حتی پرشورترین طرفداران لکس مرکاتوریا نیز موافق این برداشت هستند که اگر در یک قرارداد به طور صریح انتخاب قانون حاکم بر قرارداد صورت گرفته باشد، داور نمی‌تواند به عنوان یک داور سازشی عمل نماید و با اولویت تشخیصی خود، اعمال لکس مرکاتوریا را مرجح‌تر نسبت به قانون منتخب طرفین بداند چرا که دادن چنین اختیاری، عملاً نوعی بی‌احترامی به اراده طرفین تلقی خواهد شد و چنین حکمی قطعاً بوسیله دادگاه‌های ملی با توجه به عدم احترام به اصل حاکمیت اراده و در نظر نگرفتن قداست اراده اعلامی طرفین کنار گذاشته خواهد شد. با این وجود در این خصوص نیز استثنائی وجود دارد. در مواردی که اجرای قانون ملی یا اعمال یک قاعده مشخص به طور کامل غیر ممکن یا در تضاد با یک قاعده امری از حقوق بین‌الملل باشد، اعمال لکس مرکاتوریا یا اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل در راستای پیدا کردن یک راه حل مناسب، موجه‌تر از اعمال قوانین ملی به نظر می‌رسد و از این جهت در زمانی که قاعده حقوق بازرگانان نشان‌دهنده نظم عمومی بین‌المللی باشد، لازم است به آن احترام گذاشته شود، حتی اگر طرفین اختلاف به آن تصریح نکرده باشند (Baddack, 2005: 168).

نتیجه‌گیری

فرا‌تر از تمام نظام‌های حقوقی ملی، لکس مرکاتوریا که اصول و قواعد آن نشان‌دهنده رویه و آداب و رسوم متداول در تجارت خارجی است و در اکثر نظام‌های حقوقی ملی فعال در بازرگانی بین‌المللی نیز به رسمیت شناخته شده، در دیدگاه داوران همواره به عنوان گزینه‌ای کارآمد برای مدیریت اختلافات قراردادی در تجارت خارجی محسوب شده و در موقعیت‌های مختلف حتی در فرض عدم انتخاب صریح آن به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، داوران در پرونده‌های مختلف و به مناسبت‌های مختلف ترجیح داده‌اند لکس مرکاتوریا را برای اداره اختلاف متعاقدین انتخاب کنند. در این راستا به طور مثال در فرض عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و یا در فرضی که بند داوری بین

المللی در قرارداد وجود دارد، داوران با استدلال‌های مختلف چنین موقعیت‌های را در راستای بین‌المللی سازی قرارداد که مجوز اعمال لکس مرکاتوریا را می‌دهد، تفسیر کرده‌اند. چنین نگرشی در خصوص اعمال لکس مرکاتوریا در کنار مباحثی همانند تحلیل اراده ضمنی متعاقدين بر این مهم استوار شده که اصول و قواعد لکس مرکاتوریا، بر خلاف قوانین ملی ماهیتا فراملی و بر گرفته از منابع غیردولتی بازرگانی بین‌المللی هستند و در مقایسه با قوانین ملی که درون مرزهای سرزمینی یک دولت خاص ایجاد و تکامل یافته‌اند، گزینه مناسبتری برای تنظیم روابط قراردادی در تجارت خارجی محسوب می‌شوند. توجه به این مهم در کنار احترام به اصل حاکمیت اراده، باعث شده در قوانین داخلی کشورهای مختلف نیز امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به رسمیت شناخته شود و رویه داوری بین‌المللی نیز روند روبه افزایش استناد به لکس مرکاتوریا را نشان دهد. لازم به ذکر است فی‌نفسه ایجاد لکس مرکاتوریا تأکید بر این واقعیت دارد که تجارت در حوزه قضایی یک کشور خاص محدود نمی‌شود، بلکه به طور طبیعی به سمت جهانی شدن گرایش دارند و از این جهت مناسب‌ترین قواعد برای مدیریت آن نیز قواعد حقوقی بازرگانی فراملی بجای قوانین ملی یک کشور خاص می‌باشد.

منابع

- جنیدی، لعیا (۱۳۹۰)، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۴۸-۱۲۷.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، *داوری تجاری بین‌المللی*، چاپ ششم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).
- Aguirre, Daniel (2008), **The Human Right to Development in a Globalized World**, Ashgate Publishing, Ltd, England.
- Baddack, Frank (2005), **Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration**, LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law University of the Western Cape, Supervisor: Adv. M S Wandrag (University of the Western Cape).
- Barden, Garrett, Murphy, Tim (2010), **Law and Justice in Community**, OUP Oxford, New York.
- Caplan, Lee M (2020), **Iran-US Claims Tribunal Reports: Volume 40: 2019-2020**, Cambridge University Press.

- Carlquist, Helena (2007), **Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration**, Master Thesis, Department of Law School of Business, Economics and Law GÖTEBORG UNIVERSITY, Supervisor; Professor Svante O. Johansson.
- Cordero- Moss, Giuditta (2011), **Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law**, New York.
- Elcin, Mert (2012), **Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice, Volume 1**, Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, Prof. Fabrizio Cafaggi (EUI Supervisor).
- Ferrari, Franco, Kröll, Stefan (2010), **Conflict of Laws in International Arbitration: n.a., Issue 1**, Walter de Gruyter,
- Fu, Junwei (2011), **Modern European and Chinese Contract Law: A Comparative Study of Party Autonomy**, Kluwer Law International Netherlands.
- Gaillard, Fouchard (1999), «Use of General Principles of International law Long Term Contract,» **International Business Lawyer**, pp. 214 – 224.
- Glitz, Frederico Eduardo Zenedin (2014), **Globalization of Contract Law: A Brazilian Perspective**, CURITIBA EDIÇÃO DO AUTOR, Curitiba.
- Grundmann, Stefan, Mazeaud, Denis (2006), **General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification**, Kluwer Law International, Netherlands.
- Janssen, Andre, Meyer, Olaf (2009), **CISG Methodology**, sellier. european law publ, Munich.
- Khadjavi, Hodjat (1994), **Theory of Lex Mercatoria and Recent Developments**, [microform], Thesis (LL.M.) --McGill University, Quebec.
- Klabbers, Jan, Piiparinen, Touko (2013), **Normative Pluralism and International Law Exploring Global Governance**, Cambridge University Press, U.S.A.
- Kristian Fauchald, Ole, Hunter, David (2008), **Yearbook of International Environmental Law, Volume 17; Volume 2006**, Oxford University Press.
- Lynch, Katherine L (2003), **The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration**, kluwer law international, New York.
- Maniruzzaman, Abul F.M (1999), «The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?», **American University International Law Review**, Volume 14, Issue 3, Article 2, p. 657-734.
- Marano, Pierpaolo, Rokas, Ioannis, Kochenburger, Peter (2016), **The "Dematerialized" Insurance: Distance Selling and Cyber Risks from an International Perspective**, Springer, Switzerland.

- Maria Roba, Roxana (2011), «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration », **Juridical Current**, Vol. 14 Issue 4, pp. 223 – 228.
- Milenković-Kerković, Tamara (1997), « Origin, Development and Main Features of the New Lex Mercatoria », **The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS Series: Economics and Organization**, Vol.1, No 5, pp. 87 – 91.
- Peters, Anne (2016), **Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law**, Cambridge University Press.
- Sarcevic, Petar (1989), **Essays on International Commercial Arbitration**, **BRILL, UK**.
- Schmitthoff, Clive Maximilian (1988), **Clive M Schmitthoff Select Essays on International Trade Law**, Martinus Nijhoff publishers, London.
- Schwenzer, Ingeborg, Hachem, Pascal, Lee (2012), **Christopher, Global Sales and Contract Law**, OUP Oxford, New York.
- Siems, Mathias (2020), **Comparative Law**, Cambridge University Press.
- Sousa Santos, Boaventura de (2002), **Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation**, Cambridge University Press.
- Vardi, Noah (2010), **The Integration of European Financial Markets: The Regulation of Monetary Obligations**, Routledge, USA.
- Wright, Aaron, Filippi, Primavera De (2015), Decentralized Blockchain «Technology and the Rise of Lex Cryptographia,
- Zekos, Georgios I. (2020), **Advanced Artificial Intelligence and Robo-Justice**, Springer, USA.
- Zumbansen, Peer (2019), **The Oxford Handbook of Transnational Law**, Oxford University Press, New York.