

مقاله علمی پژوهشی

## بررسی چگونگی رفع مشکلات مربوط به اعمال تعارض قوانین در تجارت خارجی از طریق اعمال لکس مركاتوريا

محمد کریمی<sup>\*۱</sup>، مجیدرضا عرب احمدی<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

۲. استادیار گروه حقوق، واحد فراهان، دانشگاه آزاد اسلامی، فراهان، ایران

(دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۱ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۸)

### Examining How to Solve the Problems Related to the Application of Conflicting Laws in Foreign Trade Through the Application of Lex Mercatoria

Mohammad Karimi<sup>\*1</sup>, Majidreza Arab Ahmadi<sup>2</sup>

1. Ph.D. Student, Department of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran

2. Assistant Professor Department of Law, Farahan Branch, Islamic Azad University, Farahan, Iran

(Received: 23/Aug/2022

Accepted: 19/Nov/2022)

#### Abstract

How to administer contracts concluded in foreign trade, especially in relation to determining the appropriate law for managing disputes, has always been one of the challenging issues of contract law, which has been the subject of many discussions among jurists for decades. Examining the international commercial arbitration procedure shows that there are two important options for managing such contracts, which are the application of conflict resolution rules, which often lead to the application of a specific national law, and the other option is Lex Mercatoria, or transnational commercial law, which the main feature of its principles and rules is that it does not belong to a specific legal system, and in other words, its constituent principles and rules are extraterritorial. In this research, while analyzing the problems related to the application of conflict resolution rules in contracts concluded in international trade, we will show how to solve these problems through the application of Lex Mercatoria. The discussions raised in this article show that due to the many problems related to the application of national conflict resolution law, Lex Mercatoria can be a more efficient option for managing contracts concluded in foreign trade.

**Key Words:** Conflict of Laws, Lex Mercatoria, Legal Certainty, National Law, Arbitration.

#### چکیده

چگونگی اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی، بخصوص در رابطه با تعیین قانون مناسب برای اداره اختلافات، همواره از مسائل چالش برانگیز حقوق قراردادهای بوده که در طول دهه های متمادی مباحث بسیاری را میان حقوقدانان به خود اختصاص داده است. بررسی رویه داوری تجاری بین المللی نشان می دهد دو گزینه مهم برای اداره چنین قراردادهایی وجود دارد که عبارتند از اعمال قواعد حل تعارض که غالبا منجر به اعمال یک قانون ملی مشخص می شود و گزینه دیگر لکس مركاتوريا یا همان حقوق بازرگانی فراملی است که ویژگی اصلی اصول و قواعد آن عدم تعلق به یک نظام حقوقی مشخص و به عبارت دیگر فراسرزمینی بودن اصول و قواعد تشکیل دهنده آن است. در این تحقیق ضمن تحلیل مشکلات مرتبط با اعمال قواعد حل تعارض در قراردادهای منعقد در بازرگانی بین المللی، چگونگی رفع این مشکلات از طریق اعمال لکس مركاتوريا را نشان خواهیم داد. مباحث مطرح شده در این مقاله نشان می دهد که با توجه به مشکلات متعدد مرتبط با اعمال قواعد حل تعارض ملی، لکس مركاتوريا می تواند گزینه کارآمدتری برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی باشد.

**کلیدواژه‌ها:** تعارض قوانین، لکس مركاتوريا، قطعیت حقوقی، قانون ملی، داوری.

## مقدمه

در دنیای کنونی، تجارت بین‌الملل و معاملات منعقد در قلمرو آن به درون مرزهای حاکمیتی یک کشور معین محدود نمی‌شود، بلکه افراد یا دولت‌ها با تابعیت‌های متفاوت و در مکان‌های مختلف جغرافیایی منافع خود را از ورود به یک رابطه قراردادی تعقیب می‌کنند. علاوه بر این وجود اختلافات در بین نظام‌های مختلف حقوقی ملی از جهت ارائه راهکارهای متفاوت برای یک مسئله حقوقی واحد باعث شده تا افراد درگیر در معاملات بین‌المللی همیشه نگران این مسئله باشند که در نهایت کدام نظام حقوقی بر قرارداد آنها حاکم خواهد شد و تعهدات قراردادی آنها چگونه اجرا می‌شوند. وجود این نگرانی‌ها در خصوص معاملات منعقد در تجارت خارجی باعث شده تا فعالان بازرگانی در عرصه بین‌المللی از قرون وسطی تا کنون همواره به دنبال شناسایی و ایجاد چارچوب‌هایی برای شناخت یک نظام سوم حقوقی به نام لکس مرکاتوریا باشند تا از یک طرف نگرانی‌های مربوط به اداره قراردادهای بین‌المللی توسط نظام‌های حقوقی ملی را پوشش دهند و از طرف دیگر از تفاوت‌های موجود در نظام‌های حقوقی مختلف که می‌تواند منافع قراردادی آنها را تحت تأثیر قرار دهد، رها شوند.

به طور کلی لکس مرکاتوریا که با عباراتی همانند حقوق بازرگانان<sup>۱</sup> (Taubman and Watal, 2022: 688) و حقوق بازرگانی فراملی<sup>۲</sup> (Heidemann and Lee, 2018: 241) از آن نام برده شده، اشاره به مجموعه‌ای از اصول کلی و قواعد عرفی خودجوش گسترش یافته در چارچوب تجارت بین‌الملل، بدون ارجاع به یک نظام حقوقی ملی مشخص دارد (Lim, 2021: 13). بر مبنای این دیدگاه لکس مرکاتوریا ترکیب شده از قوانین ویژه ای است که فراملیتی هستند و ماهیت خودجوش<sup>۳</sup> عرفی دارند (Eduard 2014: 160, and Glitz, 2014) و در بستر آداب و رسوم، رویه‌ها، عرفهای تجاری بین‌المللی، اصول و قواعد مشترک در کنوانسیون‌ها و آراء داوری بین‌المللی در حال تکامل هستند. لازم به ذکر است اصول لکس مرکاتوریا ماهیتاً فراملی هستند و اختصاص به یک نظام حقوقی ملی مشخص ندارند و به جای وضع شدن از روند بالا به پایین توسط قانونگذاری ملی کشورهای مختلف، از پایین به بالا وضع شده

اند (Fabian, 2017: 861) و از این جهت متضمن قواعد بین‌المللی عرفی، بدون در نظر گرفتن مرزهای ملی و به طور مستقل از حقوق دولتی<sup>۴</sup> کشورهای مختلف هستند (Larsson, 2022: 47) که مطابق دیدگاه «فردریچ هایک»<sup>۵</sup> خرد جمعی کلی جامعه تجاری را نشان می‌دهند (Marrella and S Yoo, 2007:812).

به طور کلی دلایل متعددی در خصوص چرایی انتخاب لکس مرکاتوریا به جای قواعد حل تعارض ملی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مطرح شده که عمده آنها از یک طرف نشان دهنده ناکارآمدی قواعد حل تعارض ملی برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی و از طرف دیگر نشان دهنده مزیت‌های متعدد مربوط به انتخاب لکس مرکاتوریا و همچنین وجود نگرانی‌های متعدد در رابطه با اداره قراردادهای توسط قانون کشوری مشخص، بخصوص در فرضی که یک طرف قرارداد شرکت دولتی است، می‌باشد، چرا که هر فعال خصوصی در حال معامله با یک شرکت دولتی می‌تواند تمایلی به حل و فصل اختلافات احتمالی از طریق قانون ملی طرف دیگر نداشته باشد، چرا که بعد از انعقاد قرارداد ممکن است مفاد چنین قراردادی به نفع دولت خارجی با تغییر قانون ملی و یا ارائه تفسیری یکجانبه تغییر کند و از این جهت فعال خصوصی امکان تحصیل یک راه جبرانی عادلانه نزد دادگاه دولتی که با آن معامله کرده را از دست بدهد و در نتیجه طبیعی است که حاکمیت چنین قانونی را برای تنظیم روابط قراردادی نپذیرد.

از طرف دیگر یک حکومت یا شرکت دولتی با توجه به اهداف سیاسی مدنظرش ممکن است تمایلی برای اداره قرارداد به وسیله قوانین یک دولت خارجی نداشته باشد. در حقیقت شرکت‌های دولتی تمایلی به اداره قراردادهای خود از طریق هر قانون دولتی، غیر از قانون دولت متبوع خود ندارند.

البته چنین نگرانی‌هایی صرفاً در رابطه با روابط مرتبط با دولت یا شرکت‌های دولتی نیست، بلکه اعمال یک قانون ملی خارجی از این جهت نامناسب می‌تواند تلقی شود که قواعد و اصول آن اساساً نسبت به طرفین اختلاف ممکن است به اندازه کافی مدرن نباشد و یا اینکه برای ارائه پاسخی مناسب به مسائل پیش آمده در روابط قراردادی و برطرف کردن نیازهای طرفین، کامل و یا پیشرفته تلقی نشود. بنابراین در کنار مسائل

1. Law Merchant
2. Transnational Commercial Law
3. Spontaneous

4. Public Law
5. Fredrich Hayek

ممکن است به وسیله قانون نامناسی اداره شود، نمی کنند (Baddack, 2005: 120). در تجارت خارجی در واقع آنچه برای بازرگانان اولویت دارد انعقاد قرارداد بنحوی است که برای آنها بیشترین سود را از لحاظ تحلیل منافع اقتصادی به همراه داشته باشد و از این جهت تمرکز اصلی شان را معطوف مسائلی همانند چانه زنی بر روی کیفیت کالا یا قیمت خدمات ارائه شده می‌سازند و در نتیجه توجه جدی به مسائل حقوقی که می‌تواند تبعات اقتصادی برای آنها به دنبال داشته باشد، نمی‌کنند. علاوه بر این حتی در فرض توجه به مسائل حقوقی، بازرگانان به دلایل متعدد مانند عدم آشنایی با قانون طرف دیگر قرارداد، به سختی قبول می‌کنند قراردادشان از طریق قانون دولت متبوع طرف دیگر اداره شود (Baddack, 2005: 121).

توجه به مشکلات فوق در کنار سایر مواردی که در ادامه پژوهش به آنها خواهیم پرداخت، سبب گرایش به لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام حقوقی فراملی، بجای اعمال قواعد حل تعارض در تجارت خارجی شده است.

### مشکلات مربوط به اعمال قواعد تعارض قوانین در اداره قراردادهای تجاری بین المللی

شارحین و مفسران تعارض قوانین در سرتاسر جهان و به خصوص در قاره اروپا در طول چندین دهه مسائل مربوط به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را مورد توجه قرار داده و با مشاهده مشکلات متعدد مرتبط با اعمال قوانین ملی، تمرکزشان را بر روی توسعه یک قانون فراملی، قانون مشترکی که در سراسر قاره اروپا پذیرفته شده باشد، قرار دادند. این تلاش‌ها البته با توجه در نظر گرفتن مشکلات پیچیده حقوقی بود که در اعمال قواعد ملی بر فعالیت‌های بازرگانی و تجاری مرتبط با چند دولت، مشاهده می‌کردند. این وضعیت توجه محققان بزرگی همانند بارتولوس، ساسوفراتو<sup>۱</sup>، فردریک کارل وُن ساوینی<sup>۲</sup> و جوزف استوری<sup>۳</sup> را به خود جلب کرد. البته همان‌همان طوری که انتظار می‌رفت راه کارها و قواعدی که آنها در مواجهه با تفاوت های موجود در قوانین ملی ارائه دادند، به طور قابل توجهی با یکدیگر متفاوت بود و به مرور زمان این اختلاف نظرها نیز برطرف نشد (Juenger, 2000: 1).

مربوط به امکان خروج قضات از اجرای کامل عدالت، در فرضی که قرارداد را بر اساس قانون دولت یکی از طرفین حل و فصل می‌شود، این امکان وجود دارد که اساساً قانون ملی کشور مشخصی که برای اداره قرارداد انتخاب شده، از لحاظ مقررات و موازین فنی قابلیت‌های لازم برای اداره کارآمد چنین قراردادی را نداشته باشد.

علاوه بر نگرانی های فوق اگر در روابط بازرگانی که دربرگیرنده اشخاصی با تابعیت های مختلف است، قانون ملی یک کشور مشخص در نتیجه اعمال قواعد حل تعارض به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شود، هرکدام از دادگاه‌های ملی مرتبط با چنین قراردادی می‌توانند به آن نزدیک شوند که البته هر کدام از آنها تمایل به تفسیر قواعد حل تعارض به نحوی دارند که در نهایت منجر به اعمال قانون ملی کشورشان شود که چنین وضعیتی بدین معناست که عملاً در زمان بوجود آمدن اختلاف به راحتی امکان پیش بینی یک راه حل مشخص برای حل و فصل کردن اختلافات آینده وجود ندارد و تا حد زیادی تشخیص قانون حاکم به نظر دادگاه رسیدگی کننده به پرونده بستگی دارد، چرا که حتی در فرض توافق طرفین نسبت به صلاحیت قضایی یک کشور مشخص، دادگاه رسیدگی کننده ممکن است به این نتیجه برسد که صلاحیتی برای رسیدگی به اختلاف ندارد و یا برعکس دادگاه‌های دیگری که صلاحیت آنها نادیده گرفته شده ممکن است خود را صالح به رسیدگی بدانند. بنابراین به دلایل متعدد متعاقبین در تجارت خارجی ممکن است آگاهی کاملی از نظام حقوقی که در آینده بر قرارداد آنها حاکم خواهد شد، نداشته باشند و از این جهت عملاً نتوانند به طور کامل خود را با نیازها و شرایط قانونی نظام حقوقی که اختلاف آنها را در آینده اداره خواهد کرد، منطبق سازند.

البته با توجه به اصل آزادی طرفین نسبت به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد ممکن است بیان شود این اصل به اندازه کافی شرایط مناسبی را برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد فراهم کرده، با این وجود اولاً بسیار بعید است که بازرگانان با اکثر نظام‌های حقوقی موجود در کشورهای مختلف آشنا باشند و از این جهت توانایی کامل برای انتخاب نظام حقوقی که برای اداره روابط قراردادی آنها مناسب‌تر است ندارند و ثانیاً معمولاً بازرگانان توجه کمی به بند انتخاب قانون در قراردادها می‌نمایند؛ چرا که طرفین در تجارت خارجی تمایلی ندارند که با طرح مباحث حقوقی روند انعقاد قرارداد را به مخاطره اندازند و از این جهت توجهی به این موضوع که اختلاف احتمالی آنها

1. Bartolus of Sassoferrato  
2. Feriedrich Carl Von Savigny  
3. Joseph Story

(1136).

**روش شناختی<sup>۷</sup> موجود در قواعد حل تعارض ملی**

یکی از دلایل مرتبط با اینکه چرا عملکرد تعارض قوانین در برخی مواقع منجر به نتایج تعجب برانگیز و غیر قابل پیش بینی شده، مرتبط با پیچیدگی کارکردی و روش شناختی قواعد حل تعارض است. در این راستا باید به این نکته توجه داشت که تعارض قوانین متضمن یک نظم بسیار «تکنیکی»<sup>۸</sup> و در بر دارنده مفاهیم انتزاعی متعدد است و همانطوریکه کگل<sup>۹</sup> و اسپریرگ<sup>۱۰</sup> خاطر نشان کرده اند این وضعیت بدین سبب است که تعارض قوانین باید به طور بالقوه منافع مختلف و متعارض، از جمله منافع متعارض، نظمی<sup>۱۱</sup> و امری<sup>۱۲</sup> را مدنظر قرار دهد. در این زمینه اولین منفعتی که تعارض قوانین آشکارا آنرا دنبال می کند، منافع متعارض است که مستقیماً به اهداف تعارض قوانین در راستای چگونگی تعیین قانون مناسب برای اداره پرسش حقوقی مطرح شده یا یک رابطه حقوقی خاص توجه می کند که برای تعیین چنین قانونی منافع مختلفی همانند منافع طرفین، منافع جامعه و منافع نظمی باید در نظر گرفته شوند.

دومین گروه از منافی که قواعد تعارض دنبال می کنند، منافع نظمی هستند که مرتبط با یکنواخت سازی داخلی و بین المللی و به طور کلی تر اشاره به انسجام کلی سیستم حل تعارض دارد. برای مثال منافع «نظمی» اقتضاء دارد به سؤالاتی همانند اعتبار قرارداد یا ازدواج کردن، صرفنظر از اینکه هر دادگاهی چه چیزی را استنباط می کند، پاسخ یکسانی بدهد چرا که فقدان هماهنگی در عمل عدم قطعیت و عدم قابلیت پیش بینی را ایجاد می کند که می تواند سبب اتخاذ رفتار شبه تقلبی<sup>۱۳</sup> همانند جستجوی مساعدترین دادگاه<sup>۱۴</sup> شود.

آخرین منفعتی که قواعد تعارض قوانین آنرا دنبال می کند، منافع عمومی است که متضمن منافع دولتهایی است که قوانین آنها درگیر در یک اختلاف هستند. مطابق دیدگاه سنتی که به

لازم به ذکر است منتقدان کلاسیک تعارض قوانین تأکید بر غیر قابل پیش بینی بودن قواعد حل تعارض دارند<sup>۱</sup> و بر این اعتقادند که در زمانی که در تجارت خارجی اشخاص یا سازمان ها درگیر فعالیت خاصی همانند انعقاد و اجرای یک قرارداد می شوند، تشخیص اینکه چه قانونی بعداً بر روابط آنها، خصوصاً در رابطه با دعاوی احتمالی حاکم خواهد شد، دشوار است. در نظر این نویسندگان دلایل متعددی سبب این عدم قابلیت پیش بینی شده که از جمله آنها می توان به پیچیدگی بیش از حد روش شناختی<sup>۲</sup> قواعد حل تعارض اشاره کرد. البته علل دیگری نیز وجود دارد که مربوط به خود روش تعارض قوانین نیست، بلکه مرتبط با علت های خارجی، از جمله تمایل دادگاه ها ملی به اعمال قانون مقر دادگاه<sup>۳</sup> در جهت بی اعتنائی به قاعده حل تعارض قابل اعمال (به اصطلاح قانون ملی گرای<sup>۴</sup>) و یا به جهت فقدان قواعد تعارض قوانین متحد الشکل در کشورهای مختلف است که عملاً سبب عدم یکنواختی در قواعد تعارض قوانین در سطح بین المللی شده است ( Petsche, 2010: 458).

به طور کلی در کنار پیچیدگی های مرتبط با روش های حل تعارض، تمایل دادگاه ها در اعمال قانون مقر دادگاه در پرتو نظریه ملی گرای<sup>۵</sup> و عدم وجود یکنواختی در قواعد حل تعارض کشورهای مختلف سبب شده در زمان انعقاد قرارداد، امکان پیش بینی قانون حاکم نسبت به دعاوی احتمالی آینده و در نتیجه امکان پیش بینی نتایج دادرسی احتمالی بر مبنای قواعد حل تعارض دشوار باشد.

**۱. عدم قابلیت پیش بینی، پیچیدگی کارکردی<sup>۶</sup> و**

۱. پروفیسور برگر در این زمینه عنوان می دارد که روش کلاسیک تعارض قوانین سنتی نه منافع طرفین و نه منافع تجارت بین الملل را در نظر نمی گیرد و قواعد آن دادرسی تعارضی (Conflict Juristic) را بر دادرسی مادی (Material Juristic) ترجیح می دهد که سبب غیرقابل پیش بینی بودن چگونگی تصمیم گیری آینده دادگاه ها در رابطه با پرونده های تحت اداره آنها خواهد شد.

2. Methodological

3. Lex Fori

4. Lex Forism

۵. تمایل دادگاه به سمت رسیدن به نتایجی است که منجر به اعمال قانون داخلی شود.

6. Functional

7. Methodological

8. Technical

9. Kegel

10. Schurig

11. Public Interests

12. Interests of Order

13. Quasi - Fraudulent

14. Forum Shopping

۱۵. منظور از اصطلاح مساعدترین دادگاه یا shopping forum

شیوهایی است که بعضی از طرفین، دعاوی خود را در دادگاهی اقامه می کنند که احتمالاً رأی مساعدتری صادر خواهد کرد (حبیبیان و یزدانیان،

۱۳۹۰: ۸).

حاکم بر روابط حقوقی در نظر گرفته شده که بر مبنای آن اگر طرفین قانون قابل اعمال بر قرارداد را انتخاب نکرده باشند «قرارداد باید به وسیله قانون کشوری که نزدیک ترین ارتباط را دارد، اداره شود». تشخیص قانونی که نزدیکترین ارتباط را دارد، بر عهده مرجع رسیدگی کننده به اختلاف است که در هر مورد این مراجع باید براساس معیارها و ضوابط عینی به تعیین قانون یاد شده اقدام نماید. با این حال، یکی از مشکلات ذاتی این قاعده این است که تا حد زیادی به بررسی عوامل مرتبط با نامعلوم بودن نتیجه در دستیابی به تعادل بین کشور خریدار و کشور فروشنده می انجامد. متقابلاً این بحث به عمل می آید که قاضی کدام عامل از عوامل محل وقوع عقد، نوع پول پرداختی، محل اجرا و محل سکونت عادی مجری شاخص قرارداد را بایستی با اهمیت تلقی کند ( مافی و تقی پور، ۱۳۹۴: ۱۵۸ ) که این موضوع نیز به نوبه خود سبب پیچیدگی و عدم امکان پیش بینی قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی خواهد شد. در رابطه با حکم مندرج در این بند همچنین تصریح شده که در همه قراردادهای غیر از قراردادهای مرتبط با حمل کالا یا اموال غیر منقول، اماره قوی این است که قرارداد معمولاً بیشترین ارتباط را با کشور طرفی دارند که یا قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد، یا در آنجا سکونت دارد و یا در مورد یک شرکت ثبت شده یا شرکتی که هنوز ثبت نشده، مرکز اداره امور شرکت در آنجا قرار دارد که البته هر کدام از این اماره ها با ارائه دلیل مخالف، قابل رد نیز می باشند. بنابراین نظر به امکان تفاسیر مختلف در رابطه با مفهوم نزدیک ترین رابطه، دست قاضی رسیدگی کننده برای انجام تفاسیر احتمالی جهت تأمین منافع مورد نظر خود همواره باز است چرا که در رابطه با مفهوم شاخص قرارداد اختلاف نظرهایی وجود دارد. در این رابطه به طور مثال این مسئله که آیا اعتبار قرارداد در فرضی که ادعای عدم اهلیت یکی از متعاقدین مطرح است، باید به عنوان سؤال مرتبط با قراردادهای تلقی شود و یا اینکه سؤالی در قلمرو اهلیت حقوقی اشخاص است، مسئله ای بحث بر انگیز است که بدیهی است اتخاذ هر کدام از این دیدگاه ها، سبب ارائه پاسخ به وسیله حوزه های متفاوت دانش حقوق، قانون قراردادهای<sup>۳</sup> و یا قانون اشخاص<sup>۴</sup> خواهد شد. علاوه بر موارد فوق احاله نیز یکی از عوامل پیچیده شدن قواعد تعارض قوانین است چرا که مطابق این اصل قاضی

وسیله اغلب نویسندگان آمریکایی در این زمینه بیان شده، قواعد حل تعارض هر چند در اختلافات بین منافع عمومی درگیر نمی شوند و اختلافهای بین حاکمیتها را مورد توجه قرار نمی دهند و در درجه اول به منافع خصوصی، یعنی منافع افراد یا نهادهای خصوصی درگیر در فعالیت های بین المللی توجه می کنند، با این وجود تعارض قوانین باید منافع عمومی را در زمانی که رعایت نظم عمومی یا هنجارهای امری مورد تهدید واقع می شود، مورد توجه قرار دهد. در واقع روش شناسی تعارض قوانین اجازه اعمال رفتارهایی که نظم عمومی محل دادگاه رسیدگی کننده به پرونده را مختل می سازد، نمی دهد (Petsche, 2010: 459-460); چرا که در هر کشوری قواعدی وجود دارد که برای حفظ منافع عمومی یک کشور بسیار مهم هستند، مانند قواعد مرتبط با سازماندهی سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی که مهم و اساسی تلقی می شوند. این قواعد که متضمن احکامی برای حفاظت از مشتریان، مستخدمین، واحدهای تجاری، میراث فرهنگی یا قواعد دیگری هستند که نادیده گرفتن آنها متعاقبین را به سمت اجرای برخی فعالیت غیر قانونی سوق می دهد ( Rogerson and Collier, 2013: 323), عمدتاً با توجه به تداخل آنها با مسائل اقتصادی، آمره تلقی می شوند ( Ferrari and Kroll, 2010: 370) و از این جهت قانونگذاران بر ضرورت رعایت آنها در جهت حفظ منافع کلان اقتصادی تأکید دارند.

بدیهی است دستیابی به چنین منافع متعددی که شامل منافع متعارض، نظم و عمومی می شود درجه بالایی از پیچیدگی های روش شناختی را به همراه دارد که توجه به چنین پیچیدگی هایی، نوعی آشفتگی را در اعمال قواعد حل تعارض به همراه خواهد داشت و از این جهت این قواعد غالباً مبهم هستند و پالایش مضاعفی را در رویه های قضایی می طلبند. لازم به ذکر است این وضعیت حتی در رابطه با سند موقفی همانند کنوانسیون رم در قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی<sup>۱</sup> نیز قابل مشاهده است، چرا که در نظر نویسندگان، قواعد حل تعارض این کنوانسیون نیز تا حدودی مبهم است (Petsche, 2010: 460). مطابق بند ۳ از ماده ۴ کنوانسیون فوق، قاعده نزدیکترین ارتباط<sup>۲</sup> برای تعیین قانون

3. Law Contractus  
4. Person Law

1. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, June 19, 1980.  
2. Closest Connection

و غیر قابل پیش بینی از سوی محاکم شده است. به طور مثال در رابطه با معیار انتخاب قانونی که نزدیکترین ارتباط یا مهم ترین ارتباط<sup>۱</sup> را با پرونده دارد، این معیار در عمل نتایج غیر قابل پیش بینی و متناقضی را ایجاد کرده؛ زیرا در هنگام تحلیل عناصر ارتباطی، دادگاهها و محاکم داوری معیار نزدیکترین ارتباط را غالباً در جهت رد کردن عوامل ارتباطی مختلف و در راستای تلاش برای انتخاب یک عامل یا انتخاب عامل دیگری که نزدیکترین ارتباط را با خواست و اراده آنها دارد تحلیل کرده اند و در نتیجه ملاک تشخیص برای تعیین این معیار، غالباً خودسرانه و غیر قابل پیش بینی است؛ چرا که یک مبنای اصولی برای تشخیص اینکه کدام معیار در رابطه با احراز مهم-ترین ارتباط از سوی محاکم باید در نظر گرفته شود وجود ندارد. از این جهت تصمیمات اتخاذ شده در رابطه با اعمال قاعده نزدیکترین ارتباط عملاً از یک نقص اساسی رنج می برد و در عمل اذعان به ناتوانی دادگاهها در ترجیح یک فاکتور بر سایر فاکتورها دارد و البته هنوز نیز یک دستور العمل قابل پیش بینی در این خصوص ارائه نشده است (Born, 2014: 832).

## ۲. تأثیر رویه دادگاهها بر عدم قابلیت پیش بینی تعارض قوانین

آنچه مبرهن است محل اجرای قواعد حل تعارض، دادگاه های ملی هستند و بدیهی است که این دادگاه ها تمایل به اجرای قوانین دولت متبوع خود به عنوان قانون مقرر دادگاه دارند و از این جهت جوزف سینگر<sup>۲</sup> بیان می کند که دادگاهها در پرونده های حل تعارض معمولاً قانون مقرر دادگاه را اعمال می کنند... و وین برگ<sup>۳</sup> نیز بر این اعتقاد است که از لحاظ تاریخی قانون مقرر دادگاه، انتخاب غالب در رسیدگی های قضایی بوده است (Whytock, 2009: 732).

بنابراین در رویه دادگاههای داخلی نوعی درون گرایی یا همان ملی گرایی که اعمال قانون مقرر دادگاه را بر سایر قوانین

پرونده به جای اعمال قانون طراحی شده به وسیله قاعده تعارض قوانین مقرر دادگاه (قانون الف)، هنجارهای تعارض قوانین آنرا بررسی می کند و چنانچه هنجارهای تعارض قوانین آن متفاوت از هنجارهای قانون مقرر دادگاه باشد، یعنی اگر قانون دیگری (قانون کشور ب یا قانون مقرر دادگاه) به عنوان قانون صالح تعیین شده باشد، قاضی پرونده عملاً قاعده تعارض قوانین خارجی را دنبال و آن را اعمال خواهد کرد.

بنابراین در راستای تعیین و قابلیت پیش بینی چگونگی عمل کردن قواعد حل تعارض، این مقوله به تنهایی کافی نیست که هنجارهای تعارض قوانین قانون مقرر دادگاه بررسی شود، بلکه آشنایی با هنجارهای تعارض قوانین کشوری که قوانین قابل اعمال، تحت قواعد حل تعارض آن کشور اداره می شوند نیز ضروری است و از این جهت قابل درک است که چرا نویسندگان به کرات نگرانی هایشان در رابطه با تأثیر زبان آور احاله را مطرح کرده اند (Petsche, 2010: 461-462) و بر این اعتقادند که استثناء یا حذف احاله از قواعد تعارض قوانین می تواند عملاً قطعیت و قابلیت پیش بینی بیشتری را فراهم کند (Eidenmüller, 2008: 286).

علاوه بر موارد فوق منافع عمومی نیز عملکرد تعارض قوانین را تحت تأثیر قرار می دهد؛ چرا که این منافع تحت شرایط خاصی از یک طرف می تواند در جهت اعمال هنجارهای امری مختص قانون خارجی در نظر گرفته شود (قانونی که در صورت عدم اعمال قواعد حل تعارض، اجرا می شد) و از طرف دیگر نیز می تواند هنجارهای خاص قانون خارجی قابل اعمال و یا وضعیت حقوقی ایجاد شده به وسیله آنها را به سبب مغایرت با نظم عمومی مقرر دادگاه، غیر قابل اجرا اعلام کند. لازم به ذکر است از آنجایی که مفهوم نظم عمومی تا حدودی مبهم و از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، شناسایی هنجارهای امری که به طور بالقوه می توانند نسبت به اختلاف اعمال شوند نیز دشوار است که این وضعیت به طور قابل توجهی قابلیت پیش بینی قواعد حل تعارض را دشوار می سازد (Petsche, 2010: 462).

خاطر نشان می شود در خصوص معیارهای جدیدی نیز که در تعارض قوانین برای تشخیص قانون مناسب برای اداره قرارداد در نظر گرفته شده، مشکلات مرتبط با اعمال آنها در تجارت خارجی نیز قابل مشاهده است؛ چرا که حتی اتخاذ چنین روشهایی محلی را برای اتخاذ تصمیمات خودسرانه باقی گذاشته و این وضعیت در عمل باعث اتخاذ تصمیمات متناقض

### 1. Significant Relationship

۲. پروفیسور جوزف ویلیام سینگر (Joseph William Singer) از سال ۱۹۹۲ در حال تدریس در دانشکده حقوق هاروارد است و یکی از نظریه پردازان حقوقی آمریکا محسوب می شود.

۳. لوئیز وین برگ (Louis Weinberg) اسناد حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه تگزاس و صاحب چندین اثر در زمینه تعارض قوانین در حقوق دریایی است.

### ۳. فقدان یکنواختی در رابطه با قوانین حل تعارض در سطح بین‌المللی

با توجه به فقدان قوانین حل تعارض یکنواخت در سطح بین‌المللی همواره به ضرورت وجود قواعد حل تعارض یکنواخت تأکید شده (Volken and Bonomi, 2007: 99)؛ چرا که عدم یکنواختی در احکام حل تعارض در سطح بین‌المللی، قابلیت پیش‌بینی چگونگی اعمال این قواعد را دشوار ساخته است.

لازم به ذکر است در رابطه با یک قرارداد منعقد در تجارت خارجی، اختلافات مرتبط با چنین معامله‌ای می‌تواند نزد دادگاه‌های کشورهای مختلف مرتبط با قرارداد مطرح شود که ممکن است در قواعد حل تعارض آنها راهکارهای متفاوتی برای حل یک مسئله خاص در نظر گرفته نشده باشد که چنین وضعیتی در عمل سبب عدم امکان تشخیص دادگاهی خواهد شد که در نهایت اختلافات احتمالی متعاقبین را رسیدگی می‌کند.

در سطح بین‌المللی البته در راستای دستیابی به قابلیت پیش‌بینی بیشتر چندین نهاد بین‌المللی به دنبال ترویج قواعد تعارض قوانین متحدالشکل هستند؛<sup>۳</sup> با وجود این، از آنجایی که قواعد حل تعارض تحت سیاست‌های خاص تقنینی کشورهای مختلف وضع می‌شوند، رسیدن به چنین قواعد یکسانی بسیار دشوار است و بدین دلیل همواره در سطح فراملی نوعی عدم قطعیت و عدم قابلیت پیش‌بینی در اعمال قواعد حل تعارض وجود دارد. دیوان عالی کشور آمریکا با توجه به این عدم قطعیت در اعمال قواعد حل تعارض بیان کرده: "با توجه به اینکه هر قراردادی (در تجارت خارجی) با دو یا چند کشور مرتبط می‌شود که هر کدام از آنها قوانین ماهوی و قواعد تعارض قوانین خاص خود را دارند، تقریباً به نحو غیر قابل اجتناب (همواره) نوعی عدم قطعیت وجود خواهد داشت"<sup>۴</sup> (Born and Kalelioglu, 2021: 47) و از این جهت عدم قطعیت، در هر قراردادی که مرتبط با دو یا چند کشور

مرتبط ترجیح می‌دهد، قابل مشاهده است. به طور کلی در رابطه با تمایل دادگاه‌های ملی به اعمال قانون مقر دادگاه، دلایل متعددی مطرح شده که از جمله آنها می‌توان به عدم آگاهی از وجود مسئله حل تعارض (به دلیل عدم ارائه استدلال‌های کافی از سوی طرفین)، دانش ناکافی دادگاه‌ها از قانون خارجی قابل اعمال (با این اعتقاد که بهتر است قانون مقر دادگاه به درستی اعمال شود تا اینکه قانون خارجی به طور اشتباه) و با توجه به وجود این اعتقاد است که قانون داخلی، بهتر یا برتر از قانون خارجی معارض است.

لازم به ذکر است در زمان اعمال قانون مقر، دادگاه‌ها به یک (یا چند) ابزار روش‌شناختی مختلف مربوط به تعارض قوانین (همانند شاخص‌ها، احاله، نظم عمومی، هنجارهای امری و...) متوسل می‌شوند تا اجازه دست‌کاری در روند انتخاب قانون را داشته باشند... چارچوب اغراق‌آمیز گرایش به سمت اعمال قانون مقر دادگاه در واقع اشاره به نهضت مفرگرایی در پروسه انتخاب قانون دارد که تنها در شرایط استثنائی اجازه اعمال قانون خارجی را می‌دهد و از این جهت برخی از نویسندگان تأیید می‌کنند که تمایل به اعمال قانون مقر دادگاه بخشی از واقعیت تصمیم‌گیری در محاکم قضایی است، هر چند نگرش‌ها در این خصوص از دادگاهی به دادگاه دیگر ممکن است متمایز باشد. با این وجود صرف‌نظر از واقعی بودن فرضیه‌ای که دادگاه‌های داخلی یا قانونگذاران<sup>۲</sup> را متهم به تمایل به اعمال گسترده قانون مقر دادگاه می‌کند، نفس علاقه داشتن و مرجع دانستن اعمال قوانین داخلی توانسته پیش‌بینی عملکرد قواعد حل تعارض را به طور قابل توجهی دشوار سازد که چنین وضعیتی در عمل با انتظارات اشخاصی است که به قانونگذاری و نظریه تعارض قوانین اعتماد کرده‌اند، در تعارض است (Petsche, 2010: 464)؛ چرا که چنین تمایلی سبب عدم قطعیت راهکارهای پیش‌بینی شده در قواعد حل تعارض و در نتیجه عدم اعتماد به اجرای منصفانه آنها در نظر طرفین قرارداد که معمولاً از ملیت‌های مختلف هستند، شده است.

۳. به عنوان مثال کنفرانس لاهه در حقوق بین‌الملل خصوصی (Hague Conference on Private International Law) (HCCH)، در سال ۱۹۸۳ تلاش برای یکنواخت‌سازی قواعد حقوق بین‌المللی خصوصی را آغاز کرده است. این کنفرانس، کنوانسیون‌های متعددی را در زمینه‌های تعارض قوانین، صلاحیت قضایی و قانون قابل اجرا توسعه داده است.

4. Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 516-17 (1974).

#### 1. Characterization

۲. در کنار Lex forism (تمایل به اعمال قانون مقر دادگاه)، نظریه Legislative Lex forism نیز مطرح شده که در کنار رویه دادگاه‌ها، تمایل قانونگذاران داخلی را در رابطه اداره قراردادها به وسیله قانون داخلی یا همان قانون مقر دادگاه نشان می‌دهد.

است، تا زمانی که قوانین ماهوی و قواعد حل تعارض خاص خود را دارند، اتفاقی رایج است (Refaat, 2019: 146).

#### ۴. عدم قابلیت پیش بینی انتخاب قانون قابل اعمال حتی در پرتو اصل استقلال طرفین

در پاسخ به برخی از مشکلات مرتبط با اعمال قواعد حل تعارض این ایراد مطرح شده که با توجه به اصل حاکمیت اراده، بسیاری از مشکلات مربوط به اعمال این قواعد برطرف می-شود؛ چرا که قوانین اکثر کشورها در صورتی که طرفین قانونی را برای اداره قراردادشان انتخاب کرده باشند، چنین انتخابی را محترم می-شمارند و در نتیجه با در نظر گرفتن چنین انتخابی نوعی قطعیت در خصوص چگونگی مدیریت اختلافات احتمالی ایجاد خواهد شد؛ زیرا انتخاب صریح قانون حاکم بر اختلاف می-تواند از امکان اجرای قواعد حل تعارض متناقض در کشورهای مختلف جلوگیری کند (Mills, 2009: 293). بنابراین در پرتو مزیت قابل توجه اصل حاکمیت اراده می-توان قطعیت لازم را به وجود آورد؛ چرا که برای طرفین و دادگاه‌ها شناخت قانون قابل اعمال و در نتیجه تشخیص حقوق و تعهدات طرفین تا حد قابل توجهی در پرتو اصل حاکمیت اراده آسان شده است (Tu, 2015: 40). از این جهت به نظر می-رسد عدم قابلیت پیش بینی مرتبط با قواعد حل تعارض با توجه به وجود این اصل از بین خواهد رفت؛ زیرا ظاهراً نه پیچیدگی روش‌شناسی و نه تمایل دادگاه‌ها به اعمال قانون مقرر دادگاه و نه حتی فقدان یکنواختی بین‌المللی در رابطه با قواعد حل تعارض نمی-تواند انتخاب قانون منتخب طرفین را تحت تأثیر قرار دهد.

این برداشت اگر چه تا حدودی قابل تأیید است با این وجود باید توجه داشت که اصل حاکمیت اراده، تنها امکان انتخاب قانون قابل اعمال را فراهم ساخته و این بدین معنا نیست که در اغلب اوقات یک قانون (مشخص) را متعاقدين به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب می-کنند؛ چرا که رویه قراردادهای بین‌المللی نشان داده در برخی موارد متعاقدين خواه عامدانه و یا در اثر غفلت انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را نادیده می-گیرند و بندی در قرارداد با عنوان قانون قابل اعمال<sup>۱</sup> بر قرارداد پیش‌بینی نمی-کنند.

علاوه بر این باید توجه داشت که دامنه واقعی اصل

حاکمیت اراده تحت دو محدودیت مهم قرار دارد که بر مبنای آنها اولاً اراده طرفین نمی-تواند اعمال هنجارهای امری یا نظم عمومی را استثناء کند و ثانیاً قانون انتخاب شده به وسیله طرفین نمی-تواند نسبت به تمام مسائل قراردادی اعمال شود؛ زیرا به طور مثال مطابق قواعد حل تعارض بسیاری از کشورها، قانون منتخب طرفین در زمینه بررسی اعتبار رسمی و شکلی قرارداد اعمال نمی-شود، بلکه این قانون محل تنظیم اسناد است که بر نحوه تنظیم و تشکیل<sup>۲</sup> قراردادها حکومت دارد<sup>۳</sup>.

بنابراین هر چند اصل حاکمیت اراده می-تواند به طور قابل توجهی قابلیت پیش‌بینی قواعد حل تعارض را افزایش دهد، با این وجود در فرض عدم انتخاب قانون قابل اعمال به وسیله طرفین و همچنین با توجه به محدودیت‌های این اصل در مواجهه با قواعد آمره مرتبط با نظم عمومی یا احکام خاص پیش‌بینی شده در قانون مقرر دادگاه که مبین استثنائات اصل حاکمیت اراده است، عملاً کارکرد موفقیت‌آمیز این اصل تا حدودی کاهش یافته است.

در کنار محدودیت‌های فوق‌الذکر باید به تفاسیر ارائه شده از مفاهیمی همانند نظم عمومی و قواعد امری در نظام‌های مختلف حقوقی نیز توجه داشت، چرا که چنین تفاسیری که مطابق قانون ملی یک کشور خاص (معمولاً قانون مقرر دادگاه رسیدگی‌کننده) و بر مبنای تفاسیر انجام شده درون مرزهای ملی صورت می-گیرد، با توجه به امکان تفاسیر متفاوت می-تواند قابلیت پیش‌بینی نتایج دادرسی در خصوص امکان یا عدم امکان اعمال تعهدات قراردادی در پرتو استثناء نظم عمومی و سایر قواعد امری را تحت تأثیر قرار دهد.

#### ۵. عدم توانایی قواعد تعارض قوانین در برآورده کردن نیازهای تجاری بین الملل

در ابتدا باید خاطر نشان کنیم که حقوق داخلی در پاسخ به نیازهای ویژه تجارت بین‌الملل ناتوان است. در واقع در فرضی که قراردادی بر اساس قواعد حل تعارض ملی اداره می-شود، غالباً قاضی پرونده از میان قوانین کشورهای مرتبط با پرونده، تصمیم به انتخاب و اجرای یکی از قوانین ملی مرتبط با اختلاف، متعاقب اعمال قواعد حل تعارض خواهد گرفت و از

## 2. Principle Locus Regit Actum

۳. مطابق ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران نیز: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل خود می‌باشند».

## 1. Clause Applicable Law



قراردادهای منعقد در تجارت خارجی احتیاج به قانونی دارد که با توجه به ویژگی تغییرپذیری سریع شرایط و احوال تجارت بین‌الملل، به سرعت بتواند به‌روزرسانی و منطبق با شرایط در حال تغییر بازارهای بین‌المللی شود و این در حالی است که پروسه ساخت قانون در نظام‌های ملی کاملاً تشریفاتی و مستلزم تصویب در مجالس قانون‌گذاری است که چنین انجمادی با شرایط در حال تغییر تجارت خارجی سازگاری ندارد.

علاوه بر این امروزه بازارهای بین‌المللی نقش هنجارساز در تنظیم روابط حقوقی فراملی بازرگانان دارند؛ چرا که در سطح بین‌المللی با توجه به ویژگی‌ها و نیازهای مشترک بازرگانان در تجارت خارجی، گرایش‌ها به سمت چارچوب‌های مستقل معاملاتی، بدون نیاز به هر قوه قانون‌گذاری مستقل ایجاد و تکامل یافته است. در این راستا مکانیسم‌های بازار به طور خودجوش توانسته‌اند یک چارچوب حقوقی را برای پوشش قراردادهای منعقد در تجارت خارجی ایجاد کنند که محتوای آن نشأت گرفته از منابع فراملی بازرگانی بین‌المللی همانند رویه و آداب و رسوم بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون‌های بین‌المللی، آرای داوری بین‌المللی هستند که به دلیل انطباق اصول و قواعد آن با شرایط بازارهای بین‌المللی گزینه مناسب‌تری در مقایسه با قوانین ملی برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی محسوب می‌شوند. این نظام سوم حقوقی در واقع همان حقوق بازرگانی فراملی یا به عبارت لاتین لکس مرکاتورای بین‌المللی است که از جهات مختلف توانسته مشکلات مرتبط با اعمال قواعد حل تعارض ملی را کاهش دهد.

## ۶. مشکلات ایجادشده به وسیله تعارض قوانین در

### داوری تجاری بین‌المللی

اعمال قواعد حل تعارض در داوری تجاری بین‌المللی از جنبه‌های مختلف مشکلات متعددی را به وجود آورده است. در واقع با توجه به اینکه سیستم‌های حل تعارض قابل اعمال نسبت به اختلافات مطروحه در تجارت بین‌الملل با طیف گسترده‌ای از مسائل مرتبط می‌شوند، در هر پرونده ممکن است مسائلی به وجود آید که هر کدام از آنها مباحث متعددی را به خود اختصاص دهد که این موضوع به نوبه خود مدیریت اختلاف از طریق قواعد حل تعارض در داوری بین‌المللی را پیچیده می‌سازد. برخی از این مسائل به طور فهرست‌وار عبارت‌اند از:

- مسائل مرتبط با موافقت‌نامه داوری، اعتبار، دامنه و

این جهت نتیجه اعمال قواعد حل تعارض به ویژه در کشورهایی که صرفاً اجازه اداره قراردادهای به وسیله یک قانون ملی (به جای قوانین غیر ملی همانند لکس مرکاتورای) را داده‌اند، چنین است که در نهایت قانون ملی یک کشور خاص که اصول و قواعد آن درون مرزهای ملی ایجاد و تکامل یافته بر قرارداد حاکم خواهد شد که این وضعیت در خصوص اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی نگرانی‌های متعددی را به وجود آورده است.

اولین موضوع نگران‌کننده در این خصوص این است که قوانین داخلی معمولاً یک راه حل مناسب برای بر طرف کردن مشکل بی طرفی ارائه نمی‌دهند و از این جهت در قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفین معمولاً رضایت به اعمال قانون طرف مقابل نمی‌دهند و غالباً اعمال قانون یک کشور ثالث را بر می‌گزینند؛ چرا که با چنین انتخابی برای آنها حداقل این اطمینان حاصل می‌شود که قانون قابل اعمال با توجه به ثالث بودن آن از لحاظ ماهوی بی طرف است، هرچند این بی طرفی ماهوی<sup>۱</sup> برای آنها هزینه‌هایی را در بر دارد؛ چرا که انتخاب قانونی که برای هر دو طرف به طور قابل توجهی ناشناخته است، طبیعتاً ریسک روبرو شدن با نتایج حقوقی غیر قابل پیش‌بینی را به همراه دارد (Petsche, 2010: 475).

دومین نگرانی در رابطه با اعمال قانون یک کشور ثالث این است که انجام این انتخاب می‌تواند هزینه‌های حل اختلاف را تا حدودی افزایش دهد؛ چرا که انتخاب چنین قانونی هزینه‌های متعددی را در رابطه با زمان و وقت لازم برای یادگیری حقوق کشور ثالث و همچنین استخدام وکیل یا مشاور حقوقی متخصص در این زمینه به همراه دارد که صرف چنین هزینه‌هایی باعث افزایش هزینه‌های معامله در زمان انعقاد و انجام دادخواهی‌های احتمالی در آینده خواهد شد.

سومین موضوع در رابطه با اعمال قواعد حل تعارض و انتخاب قانون ملی یک کشور ثالث این است که چنین قانونی به هر حال یک قانون داخلی محسوب می‌شود و از این جهت به طور کامل نمی‌تواند عناصر و شرایط بین‌المللی را در تجارت خارجی در نظر بگیرد؛ چرا که اصول و قواعد آن درون مرزهای سرزمینی یک دولت مشخص ایجاد و تکامل یافته و از این جهت نمی‌تواند به عنوان گزینه مناسبی برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی محسوب شوند. علاوه بر این اداره

### 1. Substantive Neutrality

## مدیریت کارآمد قراردادهای منعقد در تجارت

### خارجی از طریق اعمال لکس مرکاتوریا

با توجه به مشکلات متعدد مرتبط با اعمال قواعد تعارض قوانین و عدم مناسب بودن آنها برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی، بازرگانان در عرصه فراملی از قرون وسطی تمایل به سمت یک نظام حقوقی فرادولتی پیدا کردند که قواعد آن به جای وضع شدن توسط کشوری خاص، از رویه و آداب و رسوم بازرگانان و سایر منابع بازرگانی فراملی همانند کنوانسیون‌های بین‌المللی، آرای داوری بین‌المللی منتشر شده، قراردادهای استاندارد و اصول کلی حقوق بین‌الملل نشأت گرفته شده بود که این نظام حقوقی از جهات مختلف در مقایسه با قواعد حل تعارض ملی گزینه مناسب‌تری برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی است.

### ۱. رفع مشکل غیرقابل پیش‌بینی و عدم قطعیت

#### تعارض قوانین از طریق اعمال لکس مرکاتوریا

یکی از استدلال‌هایی که به نفع اعمال لکس مرکاتوریا در مقایسه با قواعد حل تعارض در قراردادهای بین‌المللی مطرح شده این است که لکس مرکاتوریا از آنجایی که توانسته مجموعه‌ای از قواعد شناخته‌شده فراملی را برای معاملات بین‌المللی به رسمیت شناسد، اعمال آنها سبب اجتناب از به کاربردن قواعد متنوع حقوق داخلی شده است. در واقع امروزه در سطح بین‌المللی و به خصوص در میان جوامع تخصصی بازرگانی بین‌المللی این اعتقاد وجود دارد که اقتصاد مدرن توانسته بسیاری از جوامع بازرگانی تخصصی را پیرامون یک تکنولوژی همانند نرم‌افزارهای کامپیوتری یا مجموعه‌ای از دانش‌ها از قبیل حسابداری و یا یک محصول خاص همانند کارت‌های اعتباری تشکیل دهد که البته هرکجا چنین جوامعی به وجود آمده، آداب و رسومی نیز برای هماهنگ کردن روابط آنها به تدریج و در نتیجه تبادل افراد فعال در این جوامع تشکیل شده که این هنجارها در واقع توسط خرده نظام‌های جهانی مستقل (Tuori, 2021: 218) و بدون دخالت یک قدرت قانونگذاری متمرکز دولتی تشکیل شده‌اند و از این جهت توانسته‌اند به نحو کارآمدی قواعد و اصول حاکم بر معاملات بازرگانی جوامع مختلف را سازماندهی کنند (Bernstein, 2013: 9). بنابراین فراتر از قلمرو سرزمینی دولت‌های ملی، مرزهای لکس مرکاتوریا که همان بازارها، جوامع حرفه‌ای و شبکه‌های اجتماعی بدون سرزمین می‌باشند (Snyder,

گسترش موافقت‌نامه نسبت به کسانی که آن را امضاء نکرده‌اند، الزامات شکلی، ادله اثبات، مصونیت دولتی، اطلاع‌رسانی در رابطه با مراحل داوری.

• بررسی مسائل مرتبط با امکان انجام داوری، به طور مثال اینکه آیا یک شخص دولتی می‌تواند یکی از طرفین موافقت‌نامه داوری باشد و یا اینکه آیا اختلافی خاص (همانند ورشکستگی یا اختلافات مربوط به مالکیت فکری) را می‌توان به داوری ارجاع داد یا خیر؟

• مسائل مرتبط با آیین رسیدگی داوری، چگونگی دسترسی به عدالت، استانداردهای مرتبط با دادرسی منصفانه، ادله اثبات دعوا، استقلال و بی‌طرفی داوران، محرمانه بودن داوری، اقدامات (دستورات) موقت محکمه داوری و سایر الزامات مرتبط با احکام داوری.

• موارد مرتبط با حقوق قابل اجرای متعاقبین که مرتبط با مسائلی همانند اعمال محدودیت‌های ناشی از قواعد امری مقر داوری است.

• به رسمیت شناختن یا عدم به رسمیت شناختن احکام دادگاه‌های قبلی و یا احکام داوری که ممکن است در مسائل مرتبط با داوری صادر شده باشند.

در رابطه با چگونگی بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص مسائل فوق با توجه به اعمال قواعد حل تعارض به طور گسترده‌ای محکمه داوری باید پرسش‌های ذیل را مورد توجه قرار دهد:

- ویژگی‌های و عناصر ارتباطی مرتبط با هر یک از مسائل فوق؛

- چگونگی اجرای قواعد حل تعارض نسبت به هر کدام از موضوعات؛

- حصول اطمینان از احکام قانون قابل اعمال نسب به مسائل مطرح‌شده؛

- چگونگی احراز و اجرای نظم عمومی یا بررسی اتفاق یا عدم اتفاق افتادن قاعده تقلب نسبت به قانون حاکم.

در تمام موارد فوق محکمه داوری در راستای تعیین اینکه آیا قواعد حل تعارض مقر داوری را می‌تواند اعمال کند یا خیر (Ferrari and Kroll, 2010: 4-5)، باید اتخاذ تصمیم کند که البته چنین وضعیتی در هر مرحله می‌تواند سبب پیچیده شدن پروسه اداره اختلاف توسط داوران بین‌المللی شود.

بخصوص در فرض عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد، تمایل به اعمال لکس مرکاتوریا بین المللی داشته باشند. در این راستا به طور مثال دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی<sup>۱</sup> در پرونده شماره ۲۱۵۲<sup>۲</sup> بیان می‌کند از آنجایی که «خواننده پرونده داوری اعلام کرده بند مربوط به قانون قابل اعمال عامدانه در قرارداد ذکر نشده و این وضعیت به این دلیل است که یک سازمان بین‌المللی رضایت نمی‌دهد قراردادش تحت یک نظام حقوقی ملی اداره شود»، بنابراین در نظر محکمه داوری قرارداد تنها باید به وسیله اصول کلی پذیرفته شده در تجارت خارجی اداره شود (Baddack, 2005: 162). لازم به ذکر است در سطح بین‌المللی اسناد مختلف مرتبط با حقوق قراردادها نیز که توسط مؤسسات حقوقی بین‌المللی غیر دولتی تنظیم شده، همانند اصول یونی دوگا در اصول قراردادهای بازرگانی بین-المللی (UNIDROIT)<sup>۳</sup> و یا اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)<sup>۴</sup> نیز در جرگه مصادیق لکس مرکاتوریا طبقه‌بندی می‌شوند (Lohmann, 2022: 163) که با توجه به ویژگی بی طرفی قواعد آنها به دفعات در داوری‌های بین‌المللی به آنها استناد شده است.

در این راستا به طور مثال در پرونده شماره ۱۳۰۱۲ دیوان داوری بین‌المللی یا همان ICC، در اختلاف مطروحه بین یک آمریکایی با یک شخص فرانسوی، اعمال هر قانون ملی را در سال ۲۰۰۴ نپذیرفت و به جای آن با توجه به ملاحظات بی طرفی، محکمه داوری تصمیم گرفت آنچه را به عنوان «قواعد کلی لکس مرکاتوریا و عرف‌های تجاری» تلقی می‌نمود، اعمال کند (Garimella and Jolly, 2017: 35-36).

در پرونده دیگری به شماره ۱۰۴۲۲ دیوان داوری ICC در سال ۲۰۰۱ در مقام تشخیص یک راه حل بی طرفانه برای حل اختلاف، اقدام به اعمال قواعد و اصول قراردادهای بین‌المللی یا همان لکس مرکاتوریا نمود و از این جهت اصول UNIDROIT را به عنوان بیانی از لکس مرکاتوریا یا عرف‌های تجاری بین‌المللی اعمال کرد. در احکام متعدد دیگری همانند حکم شماره ۷۱۱۰ در سال ۱۹۹۵، حکم شماره

6 (2004) به طور خودجوش و تحت تأثیر شرایط بازاریهای بین‌المللی توانستند اصول و قواعد یکنواختی را که در بسیاری از جوامع تخصصی بازرگانان مرسوم بودند، بدون دخالت هر قانون‌گذاری دولتی به رسمیت شناسد که این اصول و مقررات از آنجایی که ماهیت و نحوه عملکرد آنها برای اکثریت جامعه شناخته شده است، اداره اختلاف بر مبنای آنها خواه از طریق رسیدگی قضایی و یا بر مبنای داوری تا حد قابل توجهی قابل پیش‌بینی است و در مقایسه با قواعد حل تعارض، قطعیت بالاتری را برای متعاقبین به ارمغان می‌آورد و از این جهت بیان شده قواعد تجاری لکس مرکاتوریا در عمل برای جامعه بازرگانی قطعیت و طراوت را به ارمغان آورده است (Davis, 79: 2022). بنابراین لکس مرکاتوریا با توجه به اینکه توانسته مجموعه روشنی از قواعد ماهوی را برای اداره فعالیت بازرگانی و تحصیل قطعیت (حقوقی) طراحی کند، می‌تواند به عنوان جایگزین مناسبی برای قواعد حل تعارض ملی در نظر گرفته شود (Wasserstein-Fassberg, 2004: 77)؛ چرا که بازرگانانی که قرارداد آنها به وسیله لکس مرکاتوریا اداره می‌شود از یک طرف به دلیل دور بودن از نظام‌های مختلف حل تعارض ملی و از طرف دیگر به دلیل قابل پیش‌بینی بودن اصول کلی حقوقی حاکم بر بازرگانی بین‌المللی و بی‌طرف بودن آنها، قطعیت بیشتری در خصوص پیش‌بینی نتایج دادرسی‌های احتمالی به وجود آورده‌اند (Bonell, 2009: 103).

## ۲. حل مشکل بی طرفی قواعد تعارض قوانین با اعمال لکس مرکاتوریا

ویژگی فراملی اصول و قواعد لکس مرکاتوریا باعث شده تا محتوا و کارکرد آن منطبق با سیاست‌های خاص تقنینی هیچ کشور مشخصی نباشد و از این جهت برای هر دو طرف دادخواهی بی‌طرف و منصفانه تلقی شود؛ چرا که لکس مرکاتوریا یک قانون جهانی بدون دولت است که ریشه در عرف‌ها و آداب و رسوم بازرگانی فراملی دارد (Kjaer and Lam, 2022: 245) و در واقع مجموعه‌ای از اصول کلی و قواعد عرفی خودجوش ارجاع یا گسترش یافته در چارچوب تجارت بین‌الملل محسوب می‌شود (کریمی و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۱) و از این جهت اصول و قواعد آن متعلق به هیچ کشور مشخصی نم‌باشد. ویژگی بی طرفی لکس مرکاتوریا باعث شده تا داوران بین‌المللی در مقایسه با اعمال قواعد حل تعارض

1. International Chamber of Commerce (ICC).  
 2. ICC Award No. 2152/1972, cited in: Journal du Droit International (1974).  
 3. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.  
 4. The Principles of European Contract Law (PECL).

مبتنی بر آداب و رسوم و شیوه‌های تجاری که در طول زمان در جهت انطباق با شرایط جدید تجارت تکامل ( Hutchison and Myburgh, 2020: 162 ) یافته بر نظام‌های حل تعارض ملی ترجیح داده‌اند. بنابراین به طور کلی از آنجایی که لکس مرکاتوریا مستقل از تمام سیستم‌های قانون‌گذاری ملی، متضمن اصول و قواعد حقوقی بازرگانی بین‌المللی است که عرف‌های تجاری و شرایط قراردادی متعاقبین در تجارت خارجی را در نظر گرفته (Lohmann, 2022: 162) در مقایسه با قوانین ملی گزینه مناسب‌تری برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی محسوب می‌شود.

علاوه بر این، برخلاف قواعد حل تعارض ملی، مرزهای لکس مرکاتوریا بجای محدود شدن به یک قلمرو سرزمینی مشخص، بازارها، جوامع حرفه‌ای و شبکه‌های اجتماعی بدون سرزمینی هستند (Snyder, 2004: 6) که فراتر از مرزهای قانون‌گذاری ملی، تحت تأثیر جوامع حرفه‌ای مختلف در بازرگانی بین‌المللی ایجاد شده‌اند. در این خصوص باید بیان کنیم که پویایی بازارهای جهانی به تدریج توانست قالب‌های باریک و تنگ‌نظرانه حقوق ملی را در هم شکنند و در عمل یک نظام حقوقی فراملی، متناسب با نیاز بازرگانان را ایجاد کند که با توجه به ماهیت فراملی اصول و قواعد آنف عملاً یک قانون تجاری جهانی، فراتر از قوانین رسمی دولت-ملت‌ها و مستقل از مداخله آنها را به وجود آورد (Harste, 2016: 335) که قواعد و اصول آن به جای وضع شدن توسط یک نیروی قانون‌گذاری دولتی بر مبنای شرایط تجارت خارجی استوار شده و از این جهت انطباق بیشتری با شرایط بازرگانی در سطح بین-المللی دارد. بنابراین بر خلاف قانون‌گذاری ملی، با پروسه ساخت خصوصی قانون در تجارت بین‌الملل (همانند لکس مرکاتوریا)، الزامات روابط تجاری خارجی در نظر گرفته شده (Siems, 2022: 365) و از این جهت این قواعد فراملی گزینه مناسب‌تری برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی در مقایسه با قواعد حل تعارض ملی محسوب می‌شوند؛ چرا که اساساً هدف از ایجاد و به رسمیت شناخته شدن آنها، تأمین نیازهای جامعه تجاری بین‌المللی از جهت ضرورت وجود یک نظام حقوقی خصوصی برای مدیریت معاملات آنها در تجارت فرامرزی بوده است (karimi et al, 2016: 3).

#### ۴. ایجاد قواعد حقوقی یکنواخت از طریق اعمال لکس مرکاتوریا

بر خلاف قواعد حل تعارض ملی، یکی از دلایل ایجاد و توسعه

در سال ۱۹۹۶ و حکم شماره ۸۵۰۲ در سال ۱۹۹۹ نیز دیوان ICC اعمال لکس مرکاتوریا بین‌المللی را مورد توجه قرار داد. بنابراین فراوانی استناد به لکس مرکاتوریا بین‌المللی به عنوان یک نظام حقوقی بی طرف که بر مبنای سیاست‌های تقنینی هیچ کشور خاصی ایجاد و تکامل نیافته، در عمل سبب شده با انتخاب این نظام حقوقی از شائبه طرفداری از نظام‌های حقوقی ملی یکی از طرفین اختلاف جلوگیری شده و هم در داوری‌های موردی و هم داوری‌های سازمانی در صدور حکم در خصوص اختلافات مربوط به تجارت خارجی به طور فزاینده‌ای به آن استناد شود (Zekos, 2022: 127). لازم به ذکر است امروزه این اعتقاد وجود دارد که لکس مرکاتوریا تنها یک قانون نیست بلکه یک نظم حقوقی فراملی واقعی<sup>۱</sup> است که به طور فزاینده‌ای نیز در حال فراگیر شدن است (Bassan, 2021: 86).

#### ۳. مناسب بودن لکس مرکاتوریا برای اداره قراردادهای بین‌المللی

یکی از ایرادات جدی مرتبط با اعمال قواعد حل تعارض ملی، عدم مناسب بودن آنها برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی است و این وضعیت به این دلیل است که محیط ایجاد و تکامل قواعد حل تعارض ملی به جای بازرگانی بین‌المللی، درون مرزهای ملی کشورهای مختلف است. با این وجود، در مقایسه با قواعد حل تعارض ملی اصول و قواعد لکس مرکاتوریا بین‌المللی با توجه به اینکه محیط ایجاد و تکامل و همچنین منابع تشکیل دهنده آنها فراملی هستند<sup>۲</sup>، انطباق بیشتری با نیازهای تجارت خارجی دارند و از این جهت بازرگانان با انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان سیستمی از قواعد غیرمحلّی سازی شده<sup>۳</sup> (Draetta, 2011: 6)، عملاً نظام-های حقوقی ملی یا حتی منطقه‌ای که در فضای ملی‌سازی شده باقی مانده‌اند (Lindhal, 2013: 59) را کنار گذاشته اند و لکس مرکاتوریا را به عنوان یک نظم حقوقی خصوصی

#### 1. Real Transnational Legal Order

۲. گُرد ماستیل (Lord Mustill) از اساتید مطرح در تجارت خارجی منابع لکس مرکاتوریا را شامل: حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، اصول کلی حقوقی، قواعد سازمان‌های بین-المللی، آداب و رسوم و عرف‌ها بین‌المللی، قراردادهای استاندارد و احکام داوری منتشر شده می‌داند (Pryles, 2008: 320).

#### 3. Delocalized

جمله این اصول می‌توان به لزوم رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در اجرای قراردادهای در تجارت خارجی<sup>۵</sup>، پرهیز از رفتار متناقض<sup>۶</sup> و ... اشاره کرد که ویژگی مشترک این اصول، جهان شمولی تقریبی و به کارگیری آنها توسط اکثر نظام‌های حقوقی ملی فعال در تجارت خارجی است.

بنابراین از آنجایی که اصول و قواعد تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا به وسیله هیچ نظام ملی خاصی ایجاد نشده، بلکه به طور خودجوش از تعاملات بازرگانی که به دنبال گسترش دسترسی و کاهش عدم قطعیت تجاری هستند، تکامل یافته‌اند (Wright and Filippi, 2015: 44)، در عمل بستر مناسبی را برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی، فراتر از تمام تفاوت‌های موجود در نظام‌های حقوقی مختلف ملی ایجاد کرده‌اند. بنابراین لکس مرکاتوریا با توجه به محتوای فراملی خود توانسته از سیاست‌های خاص اشخاص و دولت‌های ملی دور شود و در جهت انجام وظایف خود نسبت به جامعه بازرگانی بین‌المللی گام بردارد؛ چرا که اساساً هدف از اعمال آن فراتر از تفاوت‌های موجود در مسائل حقوقی کشورهای مختلف، ترویج ارزش‌های مشترک تجاری در جامعه بازرگانی بین‌المللی بوده است (K. Tabb, 2004: 166).

### بحث و نتیجه‌گیری

متعاقب گرایش فزاینده به سمت تجارت خارجی در پرتو روند جهانی‌سازی بازارهای بین‌المللی، قواعد و مقررات حقوقی نیز به سمت رهایی از قید و بندهای حقوق داخلی در راستای کاهش موانع حقوقی مرتبط با تجارت خارجی گرایش یافت. در این مسیر از آنجایی که مشکلات گسترده اعمال قواعد حل تعارض ملی در طول دهه‌های متمادی نتوانست منافع بازرگانان بین‌المللی را تأمین کند، بلکه با توجه به مشکلاتی نظیر غیرقابل پیش‌بینی بودن نتیجه اعمال آنها که ناشی از پیچیدگی کارکردی و روش‌شناختی قواعد حل تعارض بود و همچنین مناسب نبودن قواعد حل تعارض ملی برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت خارجی از جهت عدم انطباق سریع این قواعد با شرایط در حال تغییر بازارهای بین‌المللی و علاوه بر این عدم یکنواختی قواعد حل تعارض در سطح بین‌المللی که عملاً نوعی عدم قطعیت در قابلیت پیش‌بینی نتایج دادرسی‌های احتمالی را به ارمغان آورد و سایر ادله‌ای که در این پژوهش به آن پرداخته

لکس مرکاتوریا در راستای ایجاد یکنواختی و انجام رفتار برابر، بدون دخالت سیاست‌های خاص قانونگذاری ملی در میان افراد فعال در تجارت بین‌الملل بوده است. در این راستا لکس مرکاتوریا به عنوان مجموعه‌ای مستقل و هنجارساز از اصول و قواعد حقوقی مرسوم در تجارت خارجی و همچنین با توجه به یکنواختی موجود در منابع آن که از جمله شامل رویه تجاری و قراردادهای استاندارد می‌شود، در عمل به نوعی هماهنگی و یکنواختی در سطح جهانی دست یافت (Eduard and Glitz, 2014: 151) و این مهم به این دلیل تحقق یافت که اصول و قواعد تشکیل دهنده این نظام حقوقی در واقع همان اصول و قواعد حقوقی مشترک در جامعه بازرگانی بین‌المللی بود که تقریباً در اکثر نظام‌های حقوقی فعال در تجارت خارجی نیز به رسمیت شناخته شده و بازرگانان به آنها عمل می‌کردند. در این راستا برخی از نویسندگان همانند ماستیل<sup>۷</sup> حتی فهرست‌های مدونی از اصول مشترک لکس مرکاتوریا را در سطح بین‌المللی ارائه دادند و برخی دیگر<sup>۸</sup> نیز روش‌هایی مانند تدوین خزنده<sup>۹</sup> را برای یافتن چنین اصول مشترکی که در اکثر منابع حقوقی مرتبط با بازرگانی بین‌المللی به رسمیت شناخته شده بودند، ارائه کردند<sup>۱۰</sup> که ویژگی اصلی آنها شفاف بودن مفاد و کارکرد آنها برای بازرگانان در تجارت خارجی است که از

1. Michael Mustil
2. Klaus Peter Berger
3. Creeping Codification

۴. پروفیسور برگر به عنوان مبتکر اصلی ایده "تدوین خزنده لکس مرکاتوریا" ضمن تأکید بر ماهیت پایان باز "open end" اصول حقوقی بازرگانی بین‌المللی، بر قابلیت انطباق سریع این اصول با نیازهای جامعه بازرگانی تأکید دارد. این اصول حقوقی مشترک در Translex، عملاً به عنوان مرکز فرمول‌نویسی یا وقایع‌نگاری<sup>۱۱</sup> قانون تجاری فراملی جدید عمل می‌کند و با تنظیم اصول و قواعد حقوقی مشترک در این فهرست و تبیین ارتباط آنها با اجزاء مختلف حقوق تطبیقی، از جمله رویه‌های داوری و اسناد بین‌المللی همانند اصول یونی دوغا (UNIDROIT) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) که روی پلت‌فرم تکثیر می‌شوند، اصول فراقانونی فرضی را که در فهرست اصول لکس مرکاتوریا هستند را نشان می‌دهند که تکثیر یا بازتولید شده‌اند. لازم به ذکر است با توجه به اینکه تدوین لکس مرکاتوریا از طریق اصول ارائه شده در Translex به صورت پایان باز و پویا صورت می‌گیرد در عمل می‌تواند بستر مناسبی را برای به‌روزرسانی و توسعه مداوم آنها فراهم کند (Neumann, 2012: 44-45).

5. Good faith and fair dealing in international trade
6. Prohibition of inconsistent behavior

رسمیت شناختن روزافزون لکس مرکاتوریا در کنوانسیون ها و قوانین نمونه بین‌المللی<sup>۱</sup> به نوبه خود مبین تصدیق عملی کارآمدی لکس مرکاتوریا برای مدیریت قراردادهای منعقد در تجارت خارجی در مواجهه با مشکلات اعمال قواعد حل تعارض ملی است.

### منابع

- حبیبیان، هدیه، یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۰، «فوائد جبران خسارات هسته ای بر مبنای کنوانسیون‌های بین‌المللی»، نشریه پژوهش‌های حقوقی، دوره ۱۰، شماره ۱۹، صص ۵۹-۸۶.

کریمی، محمد؛ کاشانی، جواد؛ نصیران نجف‌آبادی، داود (تابستان ۱۳۹۸). «داوری تجاری بین‌المللی بر مبنای «انصاف»، «میانجیگری دوستانه» و «حقوق بازرگانی فراملی»»، پژوهش‌های روابط بین‌الملل، شماره ۳۲، صص ۲۳۸-۲۱۵.

مافی، همایون؛ تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۴). «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۴، شماره ۱۳، صص ۱۴۷-۱۷۹.

Ahunwan, Boniface (2021). *Globalization and Corporate Governance in Developing Countries: Micro Analysis of Global Corporate Interconnection between Developing African Countries and Developed Countries*. BRILL, USA.

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).

شد، عملاً پروسه انعقاد و حل اختلاف در تجارت خارجی بر مبنای قواعد حل تعارض ملی پر هزینه و ناکارآمد ساخت و در نتیجه به تدریج جوامع تخصصی در بازرگانی بین‌المللی فراتر از سیاست‌های تقنینی خاصی که قواعد حل تعارض کشورهای مختلف آنها را دنبال می‌کردند، یک نظام سوم حقوقی به نام لکس مرکاتوریا را ایجاد نمود که توانست فراتر از تمام اختلافات موجود در سطح بین‌المللی، اصول و قواعد فراملی را که در اکثر نظام‌های حقوقی فعال در تجارت خارجی مرسوم بودند، برای اداره قراردادهای منعقد در تجارت بین‌الملل استفاده کند. این اصول با توجه به ویژگی فراملی، شناخته‌شده بودن کارکرد و محتوای آنها برای جامعه بازرگانی بین‌المللی، انطباق آنها با رویه‌ها و آداب و رسوم تجاری و عدم وجود پیچیدگی مرتبط با قواعد حل تعارض ملی، به تدریج در آرای متعدد از سوی داوران بین‌المللی نیز مورد استناد واقع شدند. لازم به ذکر است این نظام حقوقی که وجود آن توسط عوامل بسیاری همانند توسعه جامعه جهانی، بازارهای جهانی و رویه شرکت‌های چندملیتی مورد حمایت قرار گرفت ( Ahunwan, 2021: 44 )، در عمل انعطاف‌پذیری و احترام بیشتری را برای رویه‌های مرسوم تجاری، فراتر از قوانین داخلی فراهم ساخت (Guo, 2021: 157) و از این جهت توانست بستر مناسبی را برای اداره قراردادهای منعقد در قلمرو بازرگانی بین‌المللی ایجاد نماید. لازم به ذکر است نگرش اقتصادی به حقوق قراردادهای امروزه نشان داده قابلیت پیش‌بینی و قطعیت حقوقی در خصوص چگونگی عملکرد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی اهمیت قابل توجهی دارد؛ چرا که هر چه قابلیت پیش‌بینی نتایج دادرسی بیشتر باشد، امکان اتخاذ اقدامات کارآمد همانند ورود به پروسه صلح و سازش قبل از رجوع به مراجع حل اختلاف آسان‌تر است و این بدین جهت است که تنها با تحلیل نتایج قابل پیش‌بینی دادرسی‌های احتمالی است که متعاقبین می‌توانند بررسی نمایند آیا انجام سازش در مقایسه با شروع دادخواهی‌ها، منافع‌شان را بهتر تأمین می‌کند یا خیر، که بررسی این وضعیت عملاً با توجه به پیچیدگی‌های مختلف قواعد حل تعارض و امکان اداره یک قرارداد واحد تحت قوانین کشورهای مختلف بسیار دشوار است و این در حالی است که با توجه به شفافیت اصول و قواعد لکس مرکاتوریا مدیریت قراردادهای بر مبنای آن چنین دشواری‌هایی را به همراه ندارد. مشاهده رویه داوران تجاری بین‌المللی نیز که دلالت بر استناد روزافزون داوران به لکس مرکاتوریا به خصوص در فرض عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد دارد، در کنار به

۱. بند ۱ از ماده ۴۲ حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری بین‌المللی (ایکسید) (۱۹۶۵)، ماده ۱۰ کنوانسیون بین‌المللی آمریکایی در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی مصوب ۱۹۹۴ (کنوانسیون مکزیک)، ماده ۱۰ قواعد داوران مؤسسه داوران اتاق بازرگانی استکهلم مصوب ۲۰۱۰، ماده ۲۱ قواعد داوران ICC مصوب ۲۰۱۲، ماده ۲۱ قواعد داوران ICC مصوب ۲۰۱۷.



- Bernstein, Lisa (2013). « Merchant Law in a Modern Economy», *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 639*.
- Born, Gary B. (2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Netherlands.
- Born, Gary, Kalelioglu, Gary (2021). "Choice-of-Law Agreements in International Contracts", 50 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 44.
- Celia, Wasserstein-Fassberg (2004). « Lex Mercatoria — Hoist with Its Own Petard?», *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, Article 7, p. 67—90.
- Draetta, Ugo (2011). *Behind the Scenes in International Arbitration*. Juris Publishing, Inc, USA.
- Eduardo, Frederico, Glitz, Zenedin (2014). *Globalization of contractual law: a brazilian perspective*. Frederico Glitz.
- Eidenmüller, Horst, Kieninger, Eva-Maria (2008). *The Future of Secured Credit in Europe, The Future of Secured Credit in Europe*. Walter de Gruyter, Germany.
- Fabian, Ewa (2017). «Blockchain, Digital Music and Lex Mercatoria», *US-China L. Rev.*, vol. 14, p. 852.
- Ferrari, Franco, Kroll, Stefan (2010). *Conflict of Laws in International Arbitration*. Issue 1, Walter de Gruyter, Munich.
- Garimella, Sai Ramani, Jolly, Stellina (2017). *Private International Law: South Asian States Practice*. Springer.
- Guo, Peng (2021). *Good Faith in Long-Term Relational Supply Contracts in the Context of Hardship from A Comparative Perspective*. Springer Nature, Australia
- Harste, Gorm (2016). *Law and Intersystemic Communication: Understanding 'Structural Coupling'*. Routledge, London.
- Hutchison, Andrew, Myburgh, Franziska (2020). *Research Handbook on International Commercial Contracts*. Edward Elgar Publishing, United Kingdom.
- Juenger, Friedrich K. (2000). «The Lex Mercatoria and Private International Law», *Louisiana Law Review*, Volume 60 | Number 4, p. 1133 – 1150.
- K. Tabb, William (2004). *Economic Governance in the Age of Globalization*. Columbia University Press.
- Karimi, Mohammad, Kashani, Javad, Nassiran, Dawood (2016). *Lex Mercatoria as an Independent Legal System*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2857888> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857888>.
- Larsson, Nils (2022). *Unblocking the Chain Blockchain Implementations in the Digital Music Industry*. Master's Thesis in European and International Trade Law, Lund University School of Economics and Management, LUSEM.
- Lianos, Ioannis, Ivanov, Alexey, Davis, Dennis, (2022). *Global Food Value Chains and Competition Law*. Cambridge University Press.
- Lim, C. L. (2021). *The Cambridge Companion to International Arbitration*. Cambridge University Press
- Lindahl, Hans (2013). *Fault Lines of Globalization*. Legal Order and the Politics of A-Legality, Oxford University Press.
- Lise Kjaer, Anne, Lam, Joanna (2022). *Language and Legal Interpretation in International Law*. Oxford University Press.
- Lohmann, Anna M. (2022). *The Arbitrator's Discretion in Conflict of Laws Matters: Article 1(1) of the CISG in International Arbitration*, *Nomos*



- Verlag.
- Marrella, Fabrizio, S. Yoo, Christopher (2007). «Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47:4.
- Mastracci, Marco (2020). *The International Distribution Agreement: A Practical Approach to Transnational Contracting across the European Union*. the United States and Latin America (2nd edition), Universal-Publishers, USA.
- Mills, Alex (2009). *The Confluence of Public and Private International Law: Justice. Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- Neumann, Thomas (2012). *The Duty to Cooperate in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG*. Walter de Gruyter, Munich.
- Petsche, Markus A (2010). «International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory», *Michigan State Journal of International Law* [Vol. 18:3, <http://digitalcommons.law.msu.edu/ilr/vol18/iss3/8>, p. 454- 493.
- Pryles, Michael (2008). «Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», *UNSW Law Journal*, Volume 31(1), p. 319-329.
- Refaat, Mahmoud (2019). *International Arbitration and Conflict of Laws.*, The European Institute for International Law and International Relations.
- Rogerson, Pippa, Collier, John (2013). *Collier's Conflict of Laws*. Cambridge University Press, New York.
- Siems, Mathias (2022). *Comparative Law*, Cambridge University Press.
- Snyder, Francis (2004). *Globalisation and the Law in the 21st Century*. In: Sarat, Austin, (ed.) *The Blackwell Companion to Law and Society*. Blackwell Companions to Sociology, Blackwell Publishing, pp. 624-640. ISBN 0631228969.
- Taubman, Antony, Watal, Jayashree (2022). *Trade in Knowledge: Intellectual Property*. Trade and Development in a Transformed Global Economy, Cambridge University Press.
- Tuori, Kaarlo (2021). *Properties of Law*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- Volken, Paul, Bonomi, Andrea (2009). *Yearbook of Private International Law XI*. sellier. european law publ, Germany.
- Whytock, Christopher A. (2009). «Domestic Courts and Global Governance», *Tulane Law Review*, Vol. 84, No. 67, p. 68-123.
- Wright, Aaron, Filippi, Primavera De, (2015). «Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia», <https://papers.ssrn.com/sol3/papers>, p. 1-58.
- Zekos, Georgios I. (2022). *Advanced Artificial Intelligence and Robo-Justice*, Springer Nature.

## COPYRIGHTS



© 2022 by the Authors. Licenses PNU, Tehran, Iran. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY4.0) (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>)