

از لکس مرکاتوریا تا حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی

زهرا محمودی کردی^۱، مهدی زاهدی^۲، سیده عاطفه قدیری نژاد^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۷/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۱۴

چکیده

با گسترش داوری‌های تجاری فراملی در قرن بیستم، تئوری «حقوق تجارت فراملی» توسط حقوقدانانی نظیر گلدمن و اشمیتوف، با ادعای ایجاد یک نظام حقوقی ثالث در کنار نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوق داخلی به منظور تنظیم روابط تجاری فراملی ارائه شد. در دکتترین حقوقی در خصوص مفهوم، ماهیت و سایر مسائل مربوط به حقوق تجارت فراملی اتفاق نظر وجود ندارد و مطالعه آن با ابهاماتی همراه است. برخی نویسندگان با نظر به پیشینه قواعد تجاری فراملی، این نظام حقوقی نوظهور را مترادف با لکس مرکاتوریا دانسته‌اند حال آن که لکس مرکاتوریا مفهوم ثابتی نبوده و در طول زمان متحول شده و تکامل یافته است. این مقاله بر اساس مطالعه کتابخانه‌ای و با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی سیر تحول لکس مرکاتوریا، رابطه آن را با مفهوم حقوق تجارت فراملی روشن ساخته و در نهایت به این نتیجه نائل شده است که نمی‌توان مطلقاً لکس مرکاتوریا را بدون تدقیق و مشخص کردن اوصافی از قبیل کلاسیک، مدرن و پست‌مدرن با مفهوم مطلق حقوق تجارت فراملی (اعم از مفهوم موسع و مفهوم مقتضی) مترادف دانست بلکه این انطباق را صرفاً می‌توان میان حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی و لکس مرکاتوریا پست‌مدرن یافت.

واژگان کلیدی: حقوق تجارت فراملی، لکس مرکاتوریا، پست‌مدرن، سیر تحول، داوری‌های تجاری فراملی.

۱. استادیار حقوق دانشگاه مازندران Z.mahmoudi@umz.ac.ir

۲. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) M_Zahedi@atu.ac.ir

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه مازندران s.a.ghadirinezhad17@gmail.com

مقدمه

امروزه با کم‌رنگ شدن مرزهای اقتصادی و حاکمیتی کشورها و نیز با گسترش معاملات تجاری در عرصه بین‌المللی، اهمیت تعیین قانون حاکم بر این نوع قراردادها، به دلیل نقش اساسی آن‌ها در انتقال سرمایه، افزایش یافته است. در گذشته، معاملات تجاری فراملی بر اساس قواعد سنتی تعارض قوانین، تابع قانون ملی کشور معینی قرار می‌گرفت اما با توسعه تجارت بین‌الملل بعد از جنگ جهانی دوم، این دیدگاه کلاسیک با انتقادهای شدیدی مواجه شده است تا جایی که امروزه این تفکر به وجود آمد که معاملات تجاری فراملی در چهارچوب قواعد حقوق داخلی نمی‌گنجد بلکه تابع «مجموعه‌ای از هنجارهای فراملی خاص تجارت بین‌الملل» است که در نوشته‌های حقوقی با عناوین متعددی از قبیل «حقوق تجارت فراملی»، «حقوق بازرگانی فراملی»، «حقوق قراردادهای تجاری» و «لکس مركاتوريا» شناخته می‌شود. این تشتت واژگان در عمل موجب ابهامات بسیاری شده، به علاوه، ارائه ترجمه‌های مختلف از عبارات انگلیسی واژگان فوق این ابهامات را دوچندان کرده و پیچیدگی آن برای محققان فارسی‌زبان افزوده است.

در پی گسترش چشمگیر فعالیت‌های تجاری بین‌المللی و مشخصاً با توسعه داوری‌های تجاری در دهه ۱۹۶۰ میلادی، تئوری «حقوق تجارت فراملی» باهدف حکومت قواعد غیر ملی بر معاملات تجاری فراملی ظهور کرد. تئوری مذکور که توسط حقوقدانانی نظیر گلدمن و اشمیتوف ارائه و توسط پیروان آن‌ها نیز تقویت شد، بر این پیش‌فرض مبتنی است که در کنار نظام‌های حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل عمومی، نظام حقوقی سومی تحت عنوان «نظام حقوق تجارت فراملی» وجود دارد که برخلاف دو نظام حقوقی دیگر، شکل‌گیری و اعتبار خود را وام‌دار اراده دولت‌ها نیست.^۱ در خصوص مفهوم حقوق تجارت فراملی و مسائل مختلف مرتبط با آن اختلاف‌نظرهای بسیاری میان حقوقدانان وجود دارد، به طوری که ارائه تعریف دقیق از حقوق تجارت فراملی را مشکل می‌سازد. بسیاری از نویسندگان آن را مترادف اصطلاح «لکس مركاتوريا» به کار برده‌اند. باید متذکر شد اگرچه این دو مفهوم پیوند نزدیکی باهم دارند اما لکس مركاتوريا مفهوم چالش‌برانگیزی است که در اصل بیانگر بخش عرفی و نانوشته حقوق تجارت سنتی قرون وسطا است، حال آنکه مفهوم آن در طول زمان ثابت نبوده و متحول شده و

۱. جنیدی، لعیا، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱ (۱۳۹۰)



تکامل یافته است.^۱

لکس مرکاتوریا نیز در دکترین حقوقی به اشکال مختلفی تعریف شده و خالی از ابهام نیست. اگرچه می‌توان رویه‌ها و عرف‌های تجاری رایج در قرون وسطا را منشأ اولیه حقوق تجارت فراملی دانست^۲، اما از آنجایی که مبحث لکس مرکاتوریا و سیر تحول و تکامل آن کمتر توسط محققان مورد بررسی کامل قرار گرفته و در پژوهش‌های فارسی موجود نیز از نظر دور مانده است، هنوز ابهاماتی در مفهوم لکس مرکاتوریا و به‌ویژه در خصوص رابطه آن با حقوق تجارت فراملی وجود دارد و همین امر است که ضرورت تعمق بیشتر را ایجاب می‌کند.

با توجه به آنچه گفته شد، مقاله پیش رو در صدد پاسخگویی به این سوال است که چه نسبتی میان مفهوم حقوق تجارت فراملی و مفهوم لکس مرکاتوریا وجود دارد و در چه شرایطی می‌توان این دو مفهوم را با یکدیگر منطبق و مترادف دانست؟

بدین منظور مقاله حاضر، از سه بخش اصلی تشکیل شده، بخش اول به شناخت دقیق لکس مرکاتوریا اختصاص یافته و سیر تحولات آن در بستر تاریخ مورد بررسی قرار گرفته، در بخش دوم به ارزیابی مفهوم حقوق تجارت فراملی پرداخته شده و در نهایت بخش سوم نتیجه حاصل از این پژوهش ارائه شده است که مبین رابطه دو مفهوم لکس مرکاتوریا و حقوق تجارت فراملی می‌باشد.

پیشینه پژوهش

قبل از ورود به مباحث اصلی مقاله، ابتدا لازم است مختصری از پیشینه پژوهش‌های مرتبط بررسی گردد. با توجه به بررسی‌های صورت گرفته توسط نگارندگان این مقاله، باید گفت که تاکنون در خصوص تحلیل روند تکامل لکس مرکاتوریا و رابطه آن با مفهوم حقوق تجارت فراملی، پژوهش فارسی صورت نگرفته، در مطالعات خارجی نیز پژوهشی در راستای پاسخ‌گویی به سوال اصلی این مقاله انجام نشده است. با این وصف، برای اثبات اصالت این مقاله می‌توان پژوهش‌های ذیل را به‌عنوان مطالعاتی مرتبط با تحقیق حاضر، ارائه نمود:

1. Hatzimihail, Nikitas E, «The Many Lives—And Faces—of Lex Mercatoria: An Essay on the Genealogy of International Business Law» Law and Contemporary Problems, No.3 (2008) p 2.

۲. عابدیان، میرحسین، احمدی، منا، «مفهوم حقوق نرم و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۰، (۱۳۹۱)، ص ۱۳.



الف- استون سوییت (۲۰۰۶)^۱، روند تحول تاریخی لکس مرکاتوریا را از قرون وسطا تا عصر جدید بررسی کرده و درنهایت به این نتیجه رسیده است که امروزه هنجارهای لکس مرکاتوریا جدید در داوری تجاری، بین‌المللی سازی شده‌اند.

ب- میشلز (۲۰۰۷)^۲، سیر تکامل لکس مرکاتوریا را در سه دوره تاریخی بررسی نموده و تئوری حقوق فراملی را نیز از سه دیدگاه دولت‌محور، تجارت‌محور و دیدگاهی میانی ارزیابی کرده است. پ- هات زیمیهال (۲۰۰۸)^۳، اظهار داشته لکس مرکاتوریا همیشه و به صورت همه‌جانبه در حال تحول و تکامل بوده، وی این روند تکاملی را از نظر دو حقوقدان برجسته این حوزه یعنی اشمیتهوف و گلدمن تحلیل نموده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود موضوع اصلی هیچ‌یک از مقالات یادشده، بررسی مناسبات میان حقوق تجارت فراملی و لکس مرکاتوریا نیست و از این جهت می‌توان قائل به جنبه نوآوری این پژوهش بود.

۱- اهمیت شناخت لکس مرکاتوریا

مفهوم چالش‌برانگیز لکس مرکاتوریا و سیر تکاملی آن در بستر تحولات تاریخی، کمتر مورد توجه و بررسی دقیق نویسندگان حقوقی قرار گرفته است و هنوز زوایای مبهم بسیاری در خصوص آن وجود دارد. در اهمیت بررسی لکس مرکاتوریا، همین بس که کشف رابطه میان لکس مرکاتوریا و حقوق تجارت فراملی، مستلزم شناخت دقیق لکس مرکاتوریا و بررسی تحولاتی که آن را متأثر نموده است. به عبارت دیگر، لازمه درک درست حقوق تجارت فراملی، شناخت جامع لکس مرکاتوریا و گونه‌های متنوع آن در طول زمان می‌باشد.

۱-۱- تعریف لکس مرکاتوریا

در اصطلاح لاتین، لکس^۴ به معنای قانون و حقوق بوده و مرکاتوریا^۵، به دو معنای بازرگان و تجارت آمده است بنابراین می‌توان معادل لغوی آن را در ادبیات فارسی، «حقوق بازرگانان»

1. Stone Sweet, Alec, «The new Lex Mercatoria and transnational governance» Journal of European Public Policy, Vol. 13 (2006).

2. Michaels, Ralf, «The True Lex Mercatoria: Private Law Beyond the State» Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.14, Iss.2 (2007).

3. Hatzimihail, Nikitas E, Ibid.

4. Lex.

5. Mercatoria.

یا «حقوق تجارت» دانست. باین وجود، مطلق لکس مرکاتوریا در اصطلاح حقوقی، به معنای «حقوق عرفی حاکم بر بازرگانان» می‌باشد.^۱

در دکتترین حقوقی لکس مرکاتوریا به اشکال مختلفی تعریف شده و این اختلاف نظرها، به ویژه زمانی که عبارت لکس مرکاتوریا به صورت مطلق یعنی بدون پسوندی از قبیل قرون و سطا، مدرن و یا پست مدرن به کار می‌رود، موجب ابهام و سردرگمی می‌شود و این سوال را به ذهن خواننده می‌رساند که کدام معنای لکس مرکاتوریا مراد نویسنده بوده است.

با بررسی تعاریف متعددی که توسط حقوقدانان مختلف ارائه شده همچنین با توجه به روند تحول و تکامل لکس مرکاتوریا، می‌توان سه مفهوم را برای آن در نظر گرفت: برخی از نویسندگان مانند پروفیسور گوده معنای «مضییق و کلاسیک» لکس مرکاتوریا را در مد نظر قرار داده و آن را بیانگر بخش نانوشته و عرفی حقوق تجار قرون وسطایی می‌دانند که بر اساس طبیعت و ذات خود، تدوین نشده، غیر موضوعه و غیر قراردادی است. به عقیده این دسته از حقوقدانان عرف‌های تجاری به همراه اصول کلی حقوق تجارت، اصل و محور لکس مرکاتوریا قرون وسطا را تشکیل می‌دادند.^۲

برخی دیگر از نویسندگان حقوقی، لکس مرکاتوریا را در معنای «موسع و مدرن» تعریف کرده‌اند، برای نمونه پروفیسور گلدمن لکس مرکاتوریا را به عنوان حقوق مناسب برای روابط اقتصادی بین‌المللی، مجموعه‌ای از اصول کلی و قواعد عرفی خود رسته‌ای می‌داند که توسط جامعه بازرگانان، در عرصه تجارت بین‌الملل ایجاد شده است، بدون آن که به نظام حقوقی ملی خاصی ارجاع شده باشد. گلدمن باور دارد تجارت بین‌الملل دارای «شخصیت منحصر به فردی است که گواه یک رژیم خاص و جداگانه حکومتی است». وی در رابطه با منابع لکس مرکاتوریا معتقد است که این حقوق علاوه بر اصول کلی و عرف‌های تجاری مدون و غیر مدون، شامل مقررات بین‌المللی مانند کنوانسیون‌های ۱۹۵۴ وین و ۱۹۸۰ لاهه در بیع بین‌المللی کالا و همچنین قوانین دولتی و رویه قضایی کشورها در خصوص تجارت بین‌الملل نیز می‌شود.^۳

۱. بازاریار، متین، مجموعه واژگان تخصصی حقوق تجارت بین‌الملل (تهران: انتشارات خرسندی: ۱۳۹۵). ص ۷۸.

2. Gode, Roy, «Usage and its Reception in Transnational Commercial Law» International Quarterly, London, Vol.46, Issue. 1 (1997) pp 3, 4.

1. Goldman, Berthold, «The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria» Lew J.D.M. (eds), Contemporary Problems in International Arbitration, 11 (1987) p 113.

امروزه با توجه به تحولات جامعه بین‌المللی، می‌توان قائل به شکل‌گیری «مفهوم جدیدتری» از لکس مركاتوريا بود که با عنوان «لکس مركاتورياي پست‌مدرن» شناخته می‌شود. در این راستا، دیدگاه پروفیسور لاندو شایسته توجه است که با حذف قوانین تجاری دولتی و رویه قضایی کشورها از منابع لکس مركاتوريا، منابع لکس مركاتورياي پست‌مدرن را علاوه بر عناصر لکس مركاتورياي کلاسیک، شامل مقررات حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، مصوبات سازمان‌های بین‌المللی، قراردادهای استانداردها و آراء منتشر شده داوری نیز می‌داند.^۱ در مجموع و با صرف‌نظر از پراکندگی تعاریف فوق، می‌توان لکس مركاتوريا را به‌عنوان مجموعه قواعدی با منشأ و محتوای متفاوت و در حال تغییر تعریف نمود که به‌منظور پاسخ‌گویی به نیازهای تجارت بین‌الملل، توسط جامعه تجار قرون وسطایی ایجاد شده و در دوره‌های بعد نیز با شکل و ماهیتی جدید و متناسب با تحولات جامعه بین‌المللی مورد عمل تجار واقع شده است.

۲-۱- لکس مركاتوريا در آینه زمان

بررسی روند تاریخی در مبحث لکس مركاتوريا از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، زیرا لکس مركاتوريا در طول زمان و تحت تأثیر تحولات جامعه بین‌المللی توسعه و تکامل یافته و به معنای جدیدی رسیده که با توجه به پیشرفت روزافزون تجارت بین‌الملل، می‌توان ادعا کرد که این روند تکاملی، در آینده نیز ادامه خواهد داشت؛ بنابراین شناخت دقیق لکس مركاتوريا مستلزم بررسی سیر تکاملی آن و تفکیک چهار دوره تاریخی به شرح ذیل است:

۱-۲-۱- قبل از قرون وسطا

لکس مركاتوريا که در حقوق انگلستان با عنوان «حقوق بازرگانان»^۲ شناخته می‌شود، مفهوم جدیدی نبوده و سابقه آن به قرن‌ها قبل بازمی‌گردد. میان حقوقدانان در خصوص پیشینه لکس مركاتوريا وفاق نظر وجود ندارد؛ برخی پژوهشگران معتقدند سابقه آن به دوران امپراتوری‌های مصر و یونان باستان و مراودات تجارت دریایی یونان و فونیکس بازمی‌گردد^۳، درحالی‌که

1. Lando, ole, «The Lex Mercatoria in International commercial Arbitration» International and Comparative Law Quarterly, Vol. 34, No.4 (1985) pp747, 748.

2. Mercantile law.

3. Schmitthoff, Clive, Chia-jui Cheng (ed.), Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, (Boston, London: Martinus Nijhoff publishers, 1988). p 23.

عده‌ای دیگر از حقوقدانان برجسته از جمله پروفیسور گلدمن، لکس مرکاتوریا را به رم باستان و حقوق خلق‌ها یا شهروندان^۱ رم منتسب می‌دانند. گلدمن این حقوق رم را منبع رسمی و مستقلی می‌داند که دارای ماهیت عرفی و بین‌المللی بوده و روابط اقتصادی میان تجار رومی با بیگانگان را تنظیم می‌کرده است. وی معتقد است که این حقوق عرفی فراملی با گذشت زمان دستخوش نوسانات سیاسی عصر فروپاشی امپراطوری رم و نظام حقوقی آن قرار گرفته و نهایتاً در سال‌های اولیه قرون وسطا با افول روابط اقتصادی بین‌المللی از بین رفته است.

با این وجود، سابقه متقن لکس مرکاتوریا به معنای امروزی آن به دوران قرون وسطا بازمی‌گردد.^۲

۲-۲-۱- قرون وسطا

لکس مرکاتوریا قرون وسطایی تقریباً هشتصد سال، یعنی در فاصله زمانی بین قرون یازدهم و دوازدهم میلادی، بر مراودات تجاری در سراسر اروپای غربی اعمال می‌شد. این حقوق عرفی حاصل تلاش‌های جامعه تجار قرون وسطا برای غلبه بر پراکندگی‌ها و قوانین منسوخ فئودالی و حقوق رم باستان بود، قوانینی که دیگر پاسخ‌گوی نیازهای جدید تجارت فراملی در قرون وسطا نبودند. قواعد جدید با انعطاف و پویایی خود، رژیم حقوقی نسبتاً گسترده و کارآمدی را به وجود آوردند که توسط تجار در قالبی فراملی اعمال می‌شد و بازرگانان را از تعارضات موجود میان قواعد محلی مختلف و همچنین اقامه دعوا نزد مقامات قضایی محاکم فئودالی و کلیسایی بی‌نیاز می‌ساخت.^۳ به تدریج، این عرف‌های نانوشته در قالب شروط و قراردادهای استاندارد میان بازرگانان استمرار یافتند و تا حدی قدرت آمره کسب کردند، به‌علاوه در فیصله اختلافات نیز مستند آراء داوری قرار می‌گرفتند و بدین ترتیب بود که عملاً وارد حیطه حقوق تجارت بین‌الملل شدند.

همگام با گسترش فعالیت‌های بازرگانی و دریایی و همچنین با افزایش بازارهای مکاره در اوایل قرن یازدهم میلادی، «مجامع صنفی» متعددی در اروپای غربی تشکیل شد و به مرور

1. Jus gentium

2. Baddack, Frank, Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration, A Thesis for the LL.M. Degree, Faculty of Law University of the Western Cape, South Africa, (2005) pp5,7.

3. Stone Sweet, Alec, op cit, p. 4.



گسترش یافت. از آنجایی که در آن زمان قوانین و سیستم قضایی مناسبی برای کنترل و نظارت بر فعالیت‌های تجاری وجود نداشت، تجار دعاوی تجاری خود را از طریق مجامع صنفی مذکور که توسط بازرگانان اداره می‌شد، حل و فصل می‌کردند.^۱ این مجامع صنفی تجاری که مشخصه اصلی لکس مرکاتورهای قرون وسطا هستند، ضمن کنترل فعالیت‌های تجاری، در مقام حل و فصل دعاوی میان اعضاء صنف، لکس مرکاتورها را در چهارچوب یک نظام حقوقی مبتنی بر عرف‌های تجاری اعمال می‌کردند. نتایج حاصل از این رسیدگی‌ها ثبت و منتشر می‌شد و بدین وسیله سابقه و اعتبار تجار قابل ارزیابی و نظارت بود. از سوی دیگر، تجار قرون وسطایی در روابط خارجی خویش با تجار سایر مناطق، طبق «اصول کلی مشترکی» فعالیت می‌کردند؛ به‌مرور زمان این درک مشترک و عملکرد مشابه تجار در سراسر اروپای غربی، منجر به شکل‌گیری رویه‌ها و عرف‌های «فراملی» شد که وابسته به منطقه خاصی نبودند.^۲

بنابراین می‌توان مهم‌ترین منابع لکس مرکاتورها در قرون وسطا را عرف‌ها و رویه‌های تجاری و اصول کلی حقوقی خاصی از جمله اصل وفای به عهد، اصل عمل متقابل، اصل عدم تبعیض میان خارجی‌ها و محلی‌ها در محل مبادلات، اصل حسن نیت و اصل انصاف دانست. مهم‌ترین ویژگی‌های لکس مرکاتورهای قرون وسطا را نیز می‌توان: عدم تعلق به منطقه خاص، حکومت بر روابط تجاری داخلی و خارجی، آئین دادرسی سریع و فاقد تشریفات، مجامع صنفی تجار برای فیصله منصفانه اختلافات توسط شخص ثالث برشمرد.

۳-۲-۱- تدوین لکس مرکاتورها: دوره گذار

به تدریج و با توسعه فعالیت‌های بازرگانی و رشد سریع حمل و نقل دریایی در قرن سیزدهم میلادی بخشی از عرف‌های تجاری در زمینه حمل و نقل دریایی تدوین شدند. اولین قانون حمل و نقل دریایی در سال ۱۲۰۵ در ونیز منتشر شد و متعاقباً در فرانسه و دوران پادشاهی ناپلئون نیز، تهیه مجموعه قوانین راجع به حمل و نقل دریایی آغاز گشت. علاوه بر این، کامل‌ترین مجموعه قوانین دریایی که مشتمل بر ۳۳۰ ماده بود و موضوعاتی همچون ساخت کشتی‌ها، تعیین شرایط اضطراری، نحوه توزیع خسارات دریایی و استخدام ناخدای کشتی را در

1. Marrella, Fabrizio, Yoo, Christopher S, «Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?» Virginia Journal of International Law, Vol. 47, No.4 (2007) p811.

۲. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، ویراست دوم، چاپ نهم (تهران: سمت، ۱۳۹۵). ص ۴۴.



برمی گرفت در اسپانیا تنظیم شد.^۱

از قرن شانزدهم میلادی و با ظهور دولت کشورها در جامعه بین‌المللی، نهضت تدوین قانون شتاب بیشتری گرفت و تجارت بین‌الملل را متأثر نمود؛ به این ترتیب ابتدا در انگلستان و بعد در سراسر قاره اروپا و سپس در آمریکا، «حکومت‌های ملی» به دنبال اعمال کنترل بر تجارت بودند. در همین راستا در انگلستان، قوانین تجاری جدیدی توسط قوه حاکمه تدوین شدند که رسیدگی به دعاوی تجاری را در صلاحیت دادگاه‌های ملی سلطنتی و یا محاکم خاص تجاری با درجه پایین‌تر از محاکم سلطنتی مانند دادگاه عالی دریایی قرار می‌دادند و بدین ترتیب منجر به از بین رفتن مجامع صنفی شکل گرفته در قرون وسطا شدند.^۲

افزایش ملی‌گرایی در طول قرن نوزدهم، موجب شد تا لکس مرکاتوریا بیش از پیش در حقوق داخلی کشورها گنجانده و با قوانین ملی ادغام شود، با این وصف لکس مرکاتوریا استقلال، یکنواختی و انعطاف خود را از دست داد و با محدود شدن به مرزهای ملی رو به افول نهاد؛ در نتیجه مانند سایر قوانین ملی به منشائی برای تعارض تبدیل شد. در سال‌های پایانی قرن نوزدهم، نظام‌های حقوقی ملی که تا حد زیادی بر روابط و معاملات تجاری فراملی حکومت می‌کردند، اختلافات تجاری فراملی را در محاکم ملی و با روش‌های حل تعارض سنتی فیصله می‌دادند. داوری‌های بین‌المللی که در معنای سنتی خود برای نخستین بار در این دوران ظهور کردند نیز در حل و فصل تعارضات، غالباً از منابع حقوق داخلی استفاده می‌کردند.

۴-۲-۱- تجدید حیات لکس مرکاتوریا در قالب حقوق تجارت فراملی

با آغاز قرن بیستم حقوق حاکم بر جامعه تجاری بین‌المللی حیات و جانی تازه گرفت و لکس مرکاتوریا با چهره جدیدی متولد شد. در این دوران جامعه تجاری بین‌المللی گسترش یافت و شامل طیف وسیعی از واردکنندگان و صادرکنندگان کالاها و تکنولوژی، صاحبان کشتی‌ها، بیمه‌گذاران دریایی، بانکداران تجاری و سایر افراد دخیل در عرصه‌های مختلف تجارت فراملی، می‌شد.

۱. همان، ص ۴۵.

2. Benson, Bruce L, «Customary law as a social contract: international commercial law» Constitutional Political, Economy, Vol. 3, No 13 (1992) p 19.



از عوامل اصلی تجدید حیات هنجارهای تجاری فراملی و شکل‌گیری «لکس مرکاتورهای جدید»^۱، تصویب قوانین تجاری متفاوت در سطح ملی و تعارض میان آنها بود که مانع مهمی برای گسترش فعالیت‌های تجاری فرامرزی محسوب می‌شد. به علاوه، با پیشرفت تجارت بین‌الملل در قرن بیستم و نقش‌آفرینی هرچه بیشتر اشخاص خصوصی در این عرصه، برخی معایب مقررات سنتی نیز نمایان شد، زیرا پیچیدگی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و کهنه شدن قوانین داخلی، سرعت و اطمینان موردنیاز جامعه تجار را تأمین نمی‌کرد.

در دوره تجدید حیات لکس مرکاتوریا که تا اواخر قرن بیستم ادامه داشت، تجار برای اجتناب از اعمال قوانین ملی در معاملاتشان راه‌حلی را در پیش گرفتند که پیش‌تر بازرگانان قرون وسطایی مشابه آن را جهت غلبه بر قوانین فئودالی به کار گرفته بودند. آن‌ها با تأسیس «اتحادیه‌های تجاری» و با استفاده از «شروط استاندارد» و «قراردادهای خودتنظیم»^۲ و با تدوین «عرف‌های تجاری» و به‌ویژه با احیای «داوری تجاری بین‌المللی» سیستم حقوقی خود بسنده و جدیدی را با ماهیت فراملی ایجاد کردند.^۳ در همین دوران بود «ثوری حقوق بازرگانی فراملی» با نظریات حقوقدانانی نظیر گلداستون، گلدمن و اشمیتووف باهدف احیای مجدد «لکس مرکاتوریا» ظهور کرد و به دلیل زمینه تاریخی این ثوری، در برخی نوشته‌های حقوقی با عنوان «لکس مرکاتورهای مدرن» مطرح می‌شود.

۱-۴-۲-۱- لکس مرکاتورهای مدرن: معتبر یا فاقد اعتبار

از زمان مطرح شدن دکترین لکس مرکاتورهای مدرن (ثوری حقوق تجارت فراملی) مسئله اعتبار آن به‌عنوان یک نظام حقوقی مستقل، همواره در دکترین محل اختلاف بوده و هست. می‌توان گفت که به‌طور کلی دو جبهه در مقابل آن شکل گرفته است؛ برخی‌ها با دیدگاه کلاسیک و دولت‌محور خود که ریشه در مکتب پوزیتیویست دارد، انتقاداتی را بر این ثوری وارد کرده و اعتبار آن را به‌عنوان یک نظام حقوقی زیر سوال برده‌اند.

در مقابل گروهی دیگر از حقوقدانان، با دیدگاه تجاری و پیروی از مکتب حقوق طبیعی،

1. New Lex Mercatoria.

2. Self-regulatory contracts.

3. Lopez Rodriguez, Anna, Lex Mercatoria, School of Law, Department of Private Law University of Aarhus, Rettid journal (2002) p 47.

به طرفداری از وجود یک نظام حقوقی خودبسنده و مستقل برای حکومت بر معاملات تجاری پرداخته‌اند که ذیلاً بررسی می‌گردد.

الف) دیدگاه مخالفان: حقوقدانان مخالف بر این عقیده‌اند که چون حقوق تجارت فراملی قدرت الزام‌آوری خود را از دولت نمی‌گیرد و از سوی قوه حاکمه وضع نشده و به تصویب پارلمان نرسیده است، به اندازه کافی مستحکم نیست و لذا نمی‌تواند مبنای مناسبی برای حل و فصل اختلافات حقوقی باشد. به زعم ایشان حتی در داوری‌های تجاری بین‌المللی که مجرای اصلی اعمال این حقوق است نیز تعداد محدودی از محاکم آراء خود را بر این موازین مستند نموده‌اند.^۱ به علاوه ساختار ناقص، کمبود منابع، کلی بودن، ابهام و اجمال قواعد از عمده ایراداتی است که به دکترین لکس مرکاتوریا مدرن وارد می‌شود و حتی در میان مخالفان کسانی هستند که در وجود مجموعه قوانینی تحت عنوان حقوق تجارت فراملی، تردید نموده‌اند و این موازین را صرفاً به صورت قواعدی پراکنده بر مبنای اصل آزادی اراده پذیرفته‌اند.^۲

ب) دیدگاه موافقان: با کم‌رنگ شدن اهمیت حاکمیت‌ها و ظهور تئوری‌های غیر پوزیتیویستی در حقوق، نظریات اثبات‌گرایانه کم‌کم به کنار می‌رود^۳، بنابراین در مقابل عقاید مخالفی که ذکر شد، حامیان تئوری حقوق تجارت فراملی بر این باورند که الزام آور بودن قواعد آن ناشی از اراده دولت‌ها نبوده، بلکه متکی بر این حقیقت است که به‌عنوان یک سیستم حقوقی رایج، هم از جانب تجار و هم از طرف مراجع دولتی به رسمیت شناخته شده است.^۴ گلدمن، کگل و اشمیتوف به‌عنوان اصلی‌ترین هواداران نظریه حقوق تجارت فراملی، آن را یک نظام حقوقی منسجم می‌دانند.^۵ از منظر ایشان انعطاف‌پذیری، منصفانه بودن، رهایی از پیچیدگی‌های توسل به مکانیزم سنتی تعارض قوانین، هماهنگی با مقتضیات تجارت بین‌المللی و همچنین

۱. علوم یزدی، حمیدرضا؛ حاذق پور، رضا، «جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی» فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۵، شماره ۱۹ (۱۳۹۶) ص ۶.

2. Winnick, Kyle, «International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, And The Lex Mercatoria» *Cardozo Journal Of Conflict Resolution*, Vol. 15 (2014) p 48.

3. Carbonneau, Tomas, «Arbitral Law-Making» *Michigan Journal of International Law*, University of Michigan Law School, USA, Vol. 25, Iss. 4 (2004) p. 265.

4. Schmitthoff, Clive, Deventer: Schmitthoff & Horn (ed), «Nature and Evolution of the transnational law of Commercial Transaction, The Transnational Law of International Commercial Transaction» Kluwer (1982) p. 24.

5. Shmatenko, Leonid, «Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?» *Czech (& Central European) in Yearbook of Arbitration*, Vol. III (2013) p. 89.



کاهش هزینه‌ها و اطاله دادرسی را مهم‌ترین دلایل اقبال این نظام حقوقی در عرصه تجارت فراملی می‌دانند که در قوانین داخلی منبعث از اراده دولت‌ها یافت نمی‌شود. باید اذعان داشت اگرچه تئوری حقوق تجارت فراملی به دلیل جدید بودن با ابهاماتی همراه است اما قدر مسلم آن که علی‌رغم همه مخالفت‌ها این حقوق در عمل توانسته خود را به‌عنوان «واقعیت حقوقی» به اثبات برساند و مبنای صدور آراء متعددی در داوری‌های تجاری فراملی باشد.^۱ با توسعه تجارت بین‌الملل بعد از جنگ جهانی دوم، ناخشنودی جامعه تجاری بین‌المللی و تلاش حقوقدانان و داوران برای گریز از اجرای قواعد سنتی حل تعارض، موجب ظهور اندیشه «عدول از قانون ملی» و گرایش به «اعمال قواعد غیر ملی مانند اصول کلی و عرف‌های تجاری بر معاملات فراملی شد؛ بنابراین داوران در صورت توافق طرفین قرارداد و یا در مواردی که معامله در انتخاب قانون حاکم ساکت بود، به اجرای قواعد تجاری فراملی پرداختند. اگرچه داوری‌های تجاری فراملی در این دوران هنوز کاملاً منسجم نبود اما به‌عنوان عنصر اصلی و بازوی اجرایی لکس مركاتوریای جدید، نقش تعیین‌کننده‌ای در تجدید حیات و تقویت لکس مركاتوریا داشته است. به‌علاوه، قوانین ملی برخی کشورها^۲ و مقررات داوری بین‌المللی^۳ نیز لکس مركاتوریای جدید را به رسمیت شناخته‌اند، لذا نمی‌توان منکر آن بود.

۵-۲-۱- بین‌المللی شدن لکس مركاتوریا در دوره پست‌مدرن

با توسعه روزافزون تجارت بین‌الملل از نیمه دوم قرن بیستم، لکس مركاتوریا نیز از جریان بی‌وقفه جهانی شدن عقب نماند و به سمت بین‌المللی شدن پیش رفت. در این دوره که با نام «لکس مركاتوریای پست‌مدرن»^۴ شناخته می‌شود، دولت‌ها دریافتند که رشد اقتصادی نیازمند همکاری‌های تجاری در سطح بین‌المللی است بنابراین می‌کوشند تا در سایه تشکیل اتحادی

۱. برای مثال می‌توان به رای شماره ۷۳۷۵ (۱۹۹۶) اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) اشاره نمود که در دعوی دولت ایران با شرکت وستینگهاوس آمریکایی صراحتاً به قواعد فراملی استناد نمود. علاوه بر این اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس در رای شماره ۳۳۲۷/۸۱ (۱۹۸۲) اصول کلی حقوقی را به‌عنوان لکس مركاتوریا شناسایی و بر اساس آن رای داده است.

۲. برای مثال می‌توان به ماده ۱۴۹۶ قانون آیین دادرسی جدید فرانسه، بند ۱ ماده ۱۸۷ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس و بند ۲ ماده ۱۰،۵۴ قانون داوری هلند ۱۹۸۶ اشاره کرد.

۳. برای مثال می‌توان به بند ۲ ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ۱۹۹۸، ماده ۳۳ قواعد داوری تجاری بین‌المللی آنستیرال، ماده ۲۸ قواعد نمونه در داوری آنستیرال، ماده ۷ قواعد داوری اروپایی مصوب ۱۹۶۱ اشاره کرد.

4. New New Lex Mercatoria

بزرگ‌تر، به فواید متعدد سیاسی، اقتصادی و اجتماعی دست یابند.^۱ تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین نمونه‌ای که جنبه‌های حقوق بین‌الملل خصوصی یا حقوق ماهوی معاملات بین‌المللی را هماهنگ‌سازی می‌کند و همکاری از طریق سازمان‌ها و دیگر نهادهای بین‌المللی برای متحدالشکل سازی قواعد تجاری، از مهم‌ترین اشکال این همکاری‌هاست.

۱-۲-۵-۱- شاخصه‌های لکس مرکاتوریا ی پست‌مدرن

در دوره پست‌مدرن لکس مرکاتوریا، حقوق تجارت فراملی منسجم‌تر شده و در حال گذر از حقوقی نرم و انعطاف‌پذیر به سمت تشکیل یک نظام حقوقی با قواعد مدون است که اصول آندوریت اولین و مهم‌ترین شاهد مثال برای این تکامل می‌باشد. در این دوره که از اواخر قرن بیستم شروع شده و همچنان ادامه دارد، قوانین نمونه و کنوانسیون‌های بی‌شماری در حوزه‌های داوری، فاکتور، لیزینگ، اعتبارنامه و بیع با «هدف یکسان‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل» به تصویب رسیده و موجب توسعه هرچه بیشتر لکس مرکاتوریا شده است.^۲ این پیشرفت‌ها در حالی صورت گرفته است که روند مذاکره و تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی پیچیده و زمان‌بر است و پیشینه اقتصادی، اجتماعی و حقوقی متفاوت کشورهای شرکت‌کننده بعضاً فرآیند انعقاد این کنوانسیون‌ها را طولانی کرده است.^۳ لذا می‌توان یکی از خصایص اصلی لکس مرکاتوریا ی پست‌مدرن را «تدوین» و «یکسان‌سازی» قواعد حقوقی توسط بازیگران حقوق بین‌الملل دانست. بازیگران جدید حقوق بین‌الملل در قالب ارگان‌های دولتی و غیردولتی بین‌المللی^۴ در پیشبرد قانون‌گذاری بین‌المللی باهدف «بین‌المللی سازی» قواعد فراملی و همچنین «عادلان‌تر کردن» قوانین ملی مربوط به معاملات تجاری فراملی، منابع لکس مرکاتوریا را گسترش دادند؛ به‌نحوی که امروزه بخش اعظمی از تجارت جهان بر اساس شروط قراردادهای استاندارد مصوب اتحادیه‌های تجاری تنظیم و کنترل می‌شود. دومین

۱. جلالی، محمود، شکوری، معصومه، «روند متحدالشکل سازی حقوق قراردادها در سطح بین‌المللی» مجله پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، دوره ۱، شماره ۳ (۱۳۹۳) ص ۳.

۲. Lopez, op cit, p. 5.

۳. یکی از کنوانسیون‌هایی که تصویب آن زمان‌بر بود کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در زمینه بیع بین‌المللی کالا است که فرآیند تصویب آن بیست سال به طول انجامید.

۴. برای مثال موسسه یکنواخت سازی حقوق بین‌الملل خصوصی، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد، اتاق بازرگانی بین‌المللی، آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی از فعالان این عرصه هستند.



ویژگی لکس مرکاتورهای پست مدرن را باید شکوفایی «داوری‌های تجاری بین‌المللی» و تشکیلاتی‌تر شدن آن‌ها دانست. امروزه به‌منظور رهایی از مشکلات ناشی از تعارض قوانین ملی، اجتناب از اطاله دادرسی دعاوی تجاری در محاکم داخلی و تخصص‌نداشتن اکثریت قضات محاکم دادگستری در امور تجاری، اختلافات تجاری بین‌المللی معمولاً به داوری ارجاع داده می‌شود؛ این داوری‌ها غالباً بر اساس قواعد اتحادیه‌های تجاری یا اتاق بازرگانی بین‌المللی به حل و فصل اختلافات می‌پردازند.^۱

۲- مفهوم حقوق تجارت فراملی

آن‌چنان‌که پیش‌تر اشاره شد «تئوری حقوق تجارت فراملی» با نظریات حقوقدانانی نظیر گلداستون، گلدمن و اشمیتووف باهدف احیای مجدد «لکس مرکاتوریا» در عصر مدرن و به دنبال توسعه تجارت بین‌الملل ظهور کرد. عبارت «حقوق فراملی»^۲ برای اولین بار در سلسله سخنرانی‌های فلیپ جساپ^۳ در سال ۱۹۵۶ مطرح شد و در کتاب حقوق فراملی او به کار رفت. از نظر فلیپ جساپ حقوق فراملی کلیه قوانین و مقرراتی را در برمی‌گیرد که اعمال و وقایع فراملی را تنظیم می‌کند و شامل حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق بین‌الملل خصوصی و سایر قواعدی می‌شود که در این دسته‌بندی استاندارد جای نمی‌گیرند^۴؛ اما تعریف جساپ برای حقوق تجارت فراملی گسترده بوده و تعریف مانعی نیست، زیرا اساساً قواعدی با ماهیت غیرتجاری را نیز در برمی‌گیرد و همچنین شامل قواعد حقوق داخلی کشورها در رابطه با تجارت بین‌الملل می‌باشد. در این راستا پروفیسور گوده معتقد است: «تعریف جساپ در مورد حقوق تجارت با هر ملاک و ضابطه‌ای بسیار گسترده به نظر می‌آید، زیرا شامل حقوق ملی مربوط به تجارت بین‌الملل و قواعد داخلی مربوط به تعارض قوانین نیز می‌شود در حالی که حقوق تجارت فراملی مختص یا محصول هیچ نظام حقوقی داخلی خاصی نیست بلکه از نظام‌های حقوقی مختلف نشئت گرفته و قدرت اجرایی خود را از عرف‌های فراملی و نظارت جامعه بازرگانان به

1. Berman, Harold J, «The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)» Harvard International Law Journal, Vol. 19, Issue 1 (1987) p. 10 .

2. Transnational law.

3. Philip C. Jessup.

4. Shaffer, Gregory, Coye, Carlos, «From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders» University of California, Irvine ~ School of Law, Legal Studies Research Paper, Series No-02 (2017) p. 1.



دست آورده است^۱، این عرف‌های تجاری ثمره عمل مداوم اعضاء جامعه تجار فراملی به همراه باور آنان به الزام آور بودن این عملکرد می‌باشند.

عبارت «حقوق بازرگانی فراملی»^۲ از دهه ۱۹۶۰ به‌طور گسترده‌تری در ادبیات حقوقی راه یافت که از نظر نویسندگان این مقاله، «حقوق تجارت فراملی» معادل مناسب‌تری برای ترجمه آن به فارسی می‌باشد. در رابطه با مفهوم حقوق تجارت فراملی در دکتترین حقوقی اجماعی وجود ندارد^۳ و تعریف آن از یک نظام حقوقی تا یک پدیده صرف متغیر است. عمده این اختلاف نظرها در خصوص مفهوم حقوق تجارت فراملی ریشه در نظریات و دیدگاه‌های موجود در خصوص ماهیت این حقوق دارد و پرداختن به مسئله ماهیت حقوق تجارت فراملی از حوصله این مقاله خارج است. در رابطه با مفهوم حقوق تجارت فراملی باید بیان داشت که بسیاری از نویسندگان حقوق تجارت فراملی را مترادف با لکس مرکاتوریا می‌دانند اما همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد مفهوم لکس مرکاتوریا در طول زمان ثابت نبوده و دستخوش تحولاتی شده که ماهیت آن را تغییر داده است. به این ترتیب که لکس مرکاتوریا در دوره مدرن در شمایل حقوق تجارت فراملی حیاتی نو یافت و نهایتاً در دوره پست مدرن متکامل تر شد. لذا مترادف دانستن حقوق تجارت فراملی با لکس مرکاتوریا نوعی سطحی‌نگری و ناشی از عدم توجه به تحولات جدیدتر لکس مرکاتوریا در عصر حاضر می‌باشد.

اثبات نسبت واقعی گونه‌های لکس مرکاتوریا با حقوق تجارت فراملی مستلزم آن است که مفهوم حقوق تجارت فراملی نیز تحلیل گردد، حقوق تجارت فراملی در ادبیات حقوقی در دو معنای موسع و مقتضی به کاررفته است که به شرح ذیل بررسی می‌شود.

۱-۲- حقوق تجارت فراملی در معنای موسع^۴

در بینشی موسع نسبت به عملکرد نظام فراملی، حقوقدانان بر این باورند که این نظم حقوقی به‌عنوان حقوق حاکم بر روابط تجاری فراملی اعمال خواهد شد؛ بنابراین حتی اگر طرفین قرارداد به‌صراحت یا به‌صورت ضمنی این نظام حقوقی را انتخاب نکرده باشند، این نظام مستقلاً

1. Goode, op cit, p. 2.

2. Transnational commercial law.

3. Bamodu, Gbenga, «Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, the New Lex Mercatoria and International Commercial Arbitration» International Law Quarterly (1998) p. 4, 5.

4. Broadest Sense.

و فارغ از انتخاب طرفین، بر رابطه حقوقی فی مابین حاکم می‌گردد. در معنای موسع مقصود از حقوق تجارت فراملی کلیه قوانین و مقرراتی است که روابط تجاری فرامرزی را متأثر می‌کند و شامل حقوق عرفی فراملی، مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی، قوانین دولتی مربوط به تجارت بین‌الملل و قواعد حاصل از رویه قضایی کشورها در حوزه تجارت بین‌الملل می‌شود.^۱ روابط تجاری بین‌المللی معمولاً تحت تأثیر مقررات بیش از یک کشور می‌باشند که این مقررات شامل حقوق قراردادها، مقررات کنترل ارز، مقررات مالیاتی، مقررات زیست‌محیطی، مقررات ایمنی و سلامت، مقررات ناظر به شرکت‌ها و امثال آن است که همه در قلمرو مطالعاتی حقوق تجارت فراملی قرار می‌گیرند.^۲

اگرچه این مفهوم موسع منطبق با مفهوم رایج لکس مرکاتوریا در عصر مدرن است اما به دلیل اتکا بر منابع حقوق داخلی، امروزه نمی‌تواند مفهوم مناسبی برای حقوق تجارت فراملی باشد چرا که با واقعیات فعلی جامعه بین‌المللی و سیر تکاملی لکس مرکاتوریا که پیش‌تر به آن اشاره شد، مطابقت و سازگاری ندارد.

۲-۲- حقوق تجارت فراملی در مفهوم مقتضی^۳

حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی شامل کلیه اصول و قواعد تجاری متحدالشکلی است که در سطح بین‌المللی شناسایی شده و یا به کاررفته است. اعتبار قواعد حقوق تجارت فراملی از نظام ملی خاصی نشأت نگرفته، بلکه قدرت اجرایی آن ناشی از عملکرد جامعه بازرگانان در طول زمان است. بر اساس این تلقی که مورد پذیرش اکثر حقوقدانان است، حقوق تجارت فراملی شامل مجموعه‌ای از مقررات حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، اصول کلی حقوقی، مقررات سازمان‌های بین‌المللی، عرف و رویه‌های تجاری مدون یا غیر مدون، قراردادهای استاندارد و آرای داوری تجاری بین‌المللی منتشر شده می‌باشد.^۴ بنابراین، قواعد تجاری حاصل از معاهدات بین‌المللی مانند کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱، همچنین قواعد سازمان‌های بین‌المللی مثل مقررات موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، قانون

1. Goldman, op cit, p. 113.

2. Horn, Norbet, in Horn/ Schmitthoff (eds.), «Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts, the Transnational Law of International Commercial Transactions» Kluwer (1982) pp. 12-14 .

3. Proper Sense.

4. Goode, op cit, pp. 2-4.

نمونه آنسیترال، کنوانسیون‌های وین و لاهه جهت متحدالشکل کردن قوانین بیع بین‌المللی کالا، رویه‌های مدون‌منتشره توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی مانند اینکو‌ترمز، مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی و متن ماده نمونه در فورس‌ماژور در زمره منابع حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی قرار می‌گیرند.

این نظام حقوقی نوظهور با استعانت از منابع حقوق بین‌الملل نظیر عرف، معاهده و اصول کلی حقوقی در راستای تطابق بیشتر با مقتضیات جامعه تجار بین‌المللی تکامل یافته و با ظاهر مناسب‌تر و باطن غنی‌تر به صورت یک نظام حقوقی خودمختار و مستقل از حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در عرصه تجارت بین‌الملل شکل گرفته است.

در عصر حاضر، می‌توان گفت حقوق تجارت فراملی در مفهوم مقتضی، نسخه تکامل یافته لکس مرکاتوریا قرون وسطایی است که در گذر زمان توسعه یافته و علاوه بر منابع خودرسته و اصیل لکس مرکاتوریا، شامل سایر منابع امروزی تجارت بین‌الملل نیز می‌شود، بنابراین نمی‌توان آن را با لکس مرکاتوریا کلاسیک یکی دانست. مفهوم مقتضی حقوق تجارت فراملی مترادف با لکس مرکاتوریا مدرن نیز نمی‌باشد و از آن متفاوت و متمایز است زیرا قوانین ملی کشورها در خصوص تجارت بین‌الملل و اصول تجاری برخاسته از رویه قضایی داخلی که در قلمرو لکس مرکاتوریا مدرن است را نمی‌توان منبع حقوق تجارت فراملی دانست. امروزه حقوق تجارت فراملی در معنای مقتضی خود همان مفهوم جدیدتر وسیع‌تری است که لکس مرکاتوریا در دوران پست‌مدرن به آن رسیده است.

نتیجه‌گیری

مفهوم لکس مرکاتوریا در ادوار تاریخی مختلف، تحول و توسعه یافته و در روند تکاملی خویش با مفهوم حقوق تجارت فراملی پیوند یافته است در حالی که چگونگی این پیوند در پژوهش‌های صورت گرفته، مبهم باقی‌مانده است، گو آن‌که دو عبارت لکس مرکاتوریا و حقوق تجارت فراملی اغلب با یکدیگر خلط شده‌اند.

لکس مرکاتوریا را می‌توان مفهومی متغیر دانست که در تعاریف ارائه شده از سوی حقوقدانان در سه معنای «کلاسیک»، «مدرن» و «پست‌مدرن» به کار گرفته شده، چنانچه لکس مرکاتوریا به صورت مطلق استعمال شود، بیانگر معنای کلاسیک و مضیق آن است که در این معنا، مقصود



از لکس مرکاتوریا موازین عرفی مستقلی است که ریشه در قرون وسطا دارد و منحصر به دو عنصر یعنی اصول کلی حقوقی و عرف‌های خودرسته و غیر مدون می‌باشد. لکس مرکاتوریا در مفهوم مدرن و موسع که به دنبال تحولات جامعه بین‌المللی، به‌ویژه تحت تأثیر جنبش ملی‌گرایی و همچنین پیشرفت تجارت بین‌الملل ظهور کرد، علاوه بر آن منابع اصیل و تدوین‌نشده، منابع جدیدی را در برمی‌گرفت که بعضاً ریشه در حقوق داخلی و یا حقوق بین‌الملل داشتند. نهایتاً، لکس مرکاتوریا در مفهوم پست‌مدرن، بافاصله گرفتن از منابع حقوقی داخلی و با بهره‌گیری از منابع حقوق بین‌الملل از جمله کنوانسیون‌های بین‌المللی و اصول کلی حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی به سمت هر چه بیشتر بین‌المللی شدن پیش می‌رود.

از دیگر سو، مفهوم حقوق تجارت فراملی نیز در ادبیات حقوقی چالش‌برانگیز بوده و محل اختلاف نظر است. این مفهوم در دو معنای موسع و مقتضی به کار می‌رود؛ حقوق تجارت فراملی در مفهوم موسع متضمن کلیه قوانین و مقرراتی است که روابط تجاری فرامرزی را متأثر می‌کند حال آن‌که مفهوم مقتضی حقوق تجارت فراملی شامل اصول و قواعد تجاری متحدالشکلی است که در سطح بین‌المللی شناسایی شده است و به هیچ نظام حقوق داخلی مشخصی اختصاص ندارد. از نظر این مقاله، در زمان حاضر حقوق تجارت فراملی در مفهوم مقتضی می‌تواند با واقعیات کنونی جامعه بین‌المللی و جهانی‌شدن حقوق تجارت سازگار باشد چرا که با بهره‌گیری از منابع حقوق بین‌الملل بهتر توانسته است بر مشکلات ناشی از اتکا بر قوانین داخلی از جمله از تعارض قوانین و پیامدهای آن غلبه یابد و به صورت یک نظام حقوقی خودبسنده در عرصه تجارت بین‌الملل ظهور کند.

در پایان می‌توان گفت برخلاف مطالعات پیشین که نسبت به مفهوم دقیق لکس مرکاتوریا و حقوق تجارت فراملی و تفاوت‌های این دو با یکدیگر بی‌توجه بوده‌اند، این پژوهش نشان می‌دهد حقوق تجارت فراملی در مفهوم مقتضی منطبق و مترادف با لکس مرکاتوریا پست‌مدرن است زیرا لکس مرکاتوریا کلاسیک، بسیار محدودتر از حقوق تجارت فراملی بوده و لکس مرکاتوریا مدرن نیز به دلیل تکیه بر قوانین ملی و اصول تجاری برخاسته از رویه قضایی داخلی، با واقعیات‌ها و نیازهای امروز جامعه تجاری و روند بین‌المللی سازی حقوق تجارت منطبق نیست.



منابع

فارسی

- بازیار، متین، مجموعه واژگان تخصصی حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵).
- جلالی، محمود، شکوری، معصومه، «روند متحدالشکل سازی حقوق قراردادها در سطح بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، بهار، دوره ۱، شماره ۳ سال، (۱۳۹۲).
- جنیدی، لعیاء، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران: بهار، دوره ۴۱، شماره ۱، سال (۱۳۹۰).
- شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ نهم، ویراست دوم، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵).
- عابدیان، میرحسین، احمدی، مناء، «مفهوم حقوق نرم و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، زمستان، دوره ۱۵، شماره ۱۵۱، سال (۱۳۹۱).
- علومی یزدی، حمیدرضا، حاذق پور، رضا، «جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تابستان، دوره ۵، شماره ۱۹، سال (۱۳۹۶).

English

- Baddack, Frank. (2005). *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, A Thesis for the LL.M. Degree (International Trade Law), Faculty of Law, University of the Western Cape.
- Bamodu, Gbenga. (1998). «Exploring the Interrelationships of Transnational Commercial Law, the New Lex Mercatoria and International Commercial Arbitration», the African Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, at 31 et seq.
- Benson, Bruce L. (1992). «Customary law as a social contract: international commercial law», Constitutional Political, Economy, Vol. 3, No 13.
- Berman, Harold. (1987). «The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)» Harvard International Law Journal, winter, Vol. 19, Issue 1.



- Carbonneau Tomas. (2004). «Arbitral Law-Making» Michigan Journal of International Law, University of Michigan Law School, Vol. 25, Iss.4.
- Gode, Roy. (1997). «Usage and its Reception in Transnational Commercial Law», International Quarterly, Jan, Vol.46, Issue. 1.
- Goldman, Berthold. (1987). «The Applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria, Contemporary Problems in International Arbitration», Lew J.D.M. (eds), International and Comparative Law Quarterly, Springe, Vol. 34, No.4.
- Hatzimihail, Nikitas E. (2008). «The Many Lives—And Faces—of Lex Mercatoria: An Essay on the Genealogy of International Business Law», Law and Contemporary Problems, summer, Vol.71, No.3.
- Horn, Norbet. (1982). «Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts», in: Horn/ Schmitthoff (eds.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, Kluwer.
- Lando, ole. (1985). «The Lex Mercatoria in International commercial Arbitration», The International and Comparative Law Quarterly, October, Vol. 34, No.4.
- Lopez Rodriguez, Anna. (2002). Lex Mercatoria, School of Law, Department of Private Law University of Aarhus, Denmark, Rettid journal.
- Michaels, Ralf. (2007). «The True Lex Mercatoria: Private Law Beyond the State», Indiana Journal of Global Legal Studies, summer, Vol.14, Iss.2, Art.11.
- Schmitthoff, Clive. (1988). *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Chia-jui Cheng Dordrecht (ed.), Boston, London, Martinus Nijhoff publishers, BRILL Publishing.
- Schmitthoff, Clive; Horn, Norbet. (1982). «Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transaction, The Transnational Law of International Commercial Transaction», Kluwer.
- Shaffer, Gregory; Coye, Carlos. (2017). «From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders», University of California, Irvine ~ School of Law, Legal Studies Research Paper, Series No-02.



- Shmatenko, Leonid. (2013). «Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?», Czech (&Central European) Yearbook of Arbitration, Volume III.
- Stone Sweet, Alec. (2006). «The new Lex Mercatoria and transnational governance», Journal of European Public Policy, August, Vol. 13. Available at: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/4/
- Winnick, Kyle. (2014). «International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria», Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 15.





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی