

فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی  
مقاله پژوهشی، دوره ۲۴، شماره ۸۸، زمستان ۱۳۹۸، صفحات ۸۱ تا ۱۰۲  
تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۱۹

## اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی

| همایون مافی\* | دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران  
| فاطمه ابطحی | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

### چکیده

در حل اختلافات راجع به داوری تجاری بین‌المللی طرفین می‌توانند به‌جای انتخاب قانون یک کشور، حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوی برگزینند. این انتخاب در صورتی امکان‌پذیر است که قواعد حل تعارض قابل اعمال، چنین اختیاری را برای طرفین شناسایی کرده باشد. اصل حاکمیت اراده در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی، در بسیاری از قوانین ملی و مقررات دیوان‌های داوری به رسمیت شناخته شده است. مهم‌ترین ویژگی این نظام جدید عدم وابستگی به هیچ دولت و یا حاکمیت می‌باشد که موجب افزایش مطلوبیت آن در عرصه داوری تجاری بین‌المللی و انتخاب آن به‌وسیله طرفین اختلاف شده است؛ از این‌رو، باید دید منظور از قواعد بازرگانی فراملی که به‌عنوان یک حقوق خودجوش ناشی از عرف‌های تجاری ظهور یافته چیست و از چه ماهیتی برخوردار است. آیا می‌توان آن را یک نظام حقوقی کامل محسوب کرد و آیا حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی که از هیچ قانون ملی تبعیت نمی‌کند، قابلیت اعمال به‌عنوان قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی را دارد یا خیر. یافته‌های این مقاله حاکی از این است که مراجع داوری حقوق بازرگانی فراملی را در مواردی اعمال کرده‌اند که قانون ماهوی حاکم بر قرارداد توسط طرفین تعیین نشده باشد لذا اعمال آن به‌عنوان قانون ماهوی در موارد نادری صورت گرفته است.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، تجارت بین‌المللی، حقوق بازرگانی فراملی، قانون حاکم

## مقدمه

حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک مکانیسم حل و فصل اختلافات قراردادی با توسل به نظم تجاری بین‌المللی تعریف شده است که قابلیت اعمال بر ماهیت اختلافات در داوری بین‌المللی را دارد. توسل به حقوق بازرگانی فراملی بر اساس انتخاب صریح طرفین معمول‌ترین شیوه اعمال آن محسوب می‌شود. داوران نیز مقید و مأخوذ به قواعد ماهوی تعیین شده در قرارداد طرفین هستند. اما در انتخاب قواعد ماهوی به عنوان قانون حاکم، طرفین همواره اختیار دارند که به یک قانون ملی یا قواعد غیرملی ارجاع دهند. انتخاب قانون حاکم توسط طرفین از چالش بعدی انتخاب قانون حاکم به وسیله مرجع داوری جلوگیری به عمل می‌آورد. این تعیین برای مرجع داوری الزام‌آور تلقی می‌گردد. انتخاب قواعد حقوقی می‌تواند تعیین قواعدی بیش از یک نظام حقوقی و حتی شامل قواعد حقوقی توسعه‌یافته در سطح بین‌المللی باشد. از این‌رو نظام منتخب ماهوی حاکم بر روابط قراردادی طرفین ممکن است: اصول کلی حقوقی، قانون ملی هر یک از طرفین، حقوق بازرگانی فراملی یا اصول حقوق بین‌الملل باشد.

همواره این سؤال مطرح شده است که مکانیزم حل اختلافات قراردادی بین اشخاص خصوصی در معاملات فرامرزی یا بین یک شخص خصوصی و یک دولت چگونه می‌باشد. در پاسخ به این سؤال باید گفت که طبق قواعد حل تعارض قوانین که ریشه در حقوق داخلی کشورها دارد؛ ابتدا باید طبق قانون ملی طرفین قرارداد از قانون ملی حاکم در حل اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی استفاده کرد؛ اگرچه قواعد حل تعارض قوانین عموماً در حل اختلافات قراردادی بین‌المللی ناکافی بوده و اعمال آن‌ها به نتایج غیرقابل پیش‌بینی و غیرمعین منجر می‌شود. در مرحله بعدی می‌توان با کمک حقوق بازرگانی فراملی به حل اختلاف پرداخت. حقوق بازرگانی فراملی از یک نظام حقوقی ایجاد شده در محدوده مرزهای دولتی و حاکمیتی منبعث نمی‌شود، بلکه منابع آن بر منابع حقوقی غیرملی و بین‌المللی نظیر: آراء داوری، حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق متحدالشکل، کنوانسیون‌های بین‌المللی، اصول کلی حقوقی و عرف و عادت تجاری همانند اینکوترمز و عرف‌ها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی و توصیه‌نامه‌ها و کردارنامه‌های<sup>۱</sup> پذیرفته‌شده توسط نهادها و سازمان‌های بین‌المللی نظیر آنسیترال و مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی بنا شده است (Schmitthoff, 1964: 35; Sairambaeva and Baimagambetova, 2013: 790).

---

1. Code of Conduct

امروزه حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک نظام حقوقی مستقل<sup>۱</sup> در جامعه بازرگانان اثرگذار بوده و خصلت پویا و متحول آن مورد توجه بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است. با این اوصاف که آیا قواعد مزبور، می‌تواند به‌عنوان نظم حقوقی جدید مطرح شود؟ آیا طرفین می‌توانند این مقررات را به‌عنوان قانون منتخب برگزینند؟ مقاله حاضر که در مقام پاسخ‌گویی به این سؤالات نگارش شده است، در قسمت اول به بیان مفهوم و منابع حقوق بازرگانی فراملی پرداخته و در قسمت دوم، امکان یا عدم امکان اعمال قواعد مزبور را در داوری تجاری بین‌المللی مورد بررسی و واکاوی قرار داده است.

### ۱. مفهوم حقوق بازرگانی فراملی

حقوق‌دانان در خصوص مفهوم حقوق بازرگانی فراملی اختلاف نظر داشته و اجماعی میان آن‌ها دیده نمی‌شود. به نظر گلدمن، حقوق بازرگانی فراملی<sup>۲</sup> صرف‌نظر از منشأ آن و ماهیت این منابع قانون مناسب روابط اقتصادی بین‌المللی خواهد بود؛ این حقوق نه تنها شامل حقوق عرفی تجاری (تدوین شده باشد یا نباشد)، بلکه دربرگیرنده حقوق بین‌دولتی‌ها نیز می‌باشد که به تجارت بین‌الملل ارتباط می‌یابند. از این رو کنوانسیون وین در مورد بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ نیز جزئی از حقوق بازرگانی فراملی خواهد بود. همین شمول در خصوص قوانین ملی که موضوع خاص و انحصاری آن‌ها تجارت بین‌الملل باشد صادق است. همین قاعده در مورد قواعد خاص تجارت بین‌الملل که در رویه قضایی ملی پدیدار شده؛ مانند: مفاهیم فرانسوی آزادی اراده طرفین، اعتبار کلی موافقت‌نامه‌های داوری

---

۱. حجم اندک رویه دیوان در خصوص در «نظر گرفتن عرف تجاری ذی‌ربط» به اندازه‌ای نیست که بتوان به یقین نظر داد که دیوان داوری دعوی ایران و ایالات متحده آمریکا، حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان یک منبع یا مجموعه حقوقی مستقل به‌عنوان قانون حاکم اعمال کرده است؛ در حالی که بررسی دقیق عقیده طرفداران اعمال حقوق بازرگانی فراملی از رویه‌های دیوان به نتیجه مخالف می‌انجامد. برای مثال در پرونده شرکت وایت وستینگهاوس علیه ایران دیوان استدلال‌های خوانده بر اساس ماده ۱۱ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبار اسنادی را مردود دانست. در پرونده «شرکت لیشم علیه ایران» نیز دیوان به راستی به دنبال اعمال رسوم و رویه متحدالشکل اعتبار اسنادی نبوده است. در هر دو مورد، نظر دیوان در اعمال بازرگانی فراملی منفی بوده است و حتی سختی اشاره دیوان به قانون متحدالشکل آمریکا را با این عنوان که «این قانون هر چند ریشه در قانون یک ایالت دارد ولی منعکس‌کننده رویه تجار در حقوق آمریکا است» را می‌توان به منزله اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌وسیله دیوان محسوب کرد. از طرفی استشهاد بر اعمال کنوانسیون ۱۹۳۲ ژنو در مورد برات نیز دلیل کافی بر اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک منبع مستقل حقوقی به‌وسیله دیوان نیست؛ زیرا استناد به کنوانسیون‌های بین‌المللی خود جلوه‌ای از اعمال حقوق بین‌الملل یعنی معاهدات است و نه اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون ماهوی حاکم. برخی از نویسندگان قابلیت اعمال حقوق بازرگانی فراملی را در داوری بین‌المللی میان دولت‌ها و طرفین خصوصی مورد تشکیک قرار داده‌اند چه رسد به اینکه صرف عرف تجاری را به‌عنوان یک منبع مستقل حقوقی حاکم بدانند. (نک: محبی، ۱۳۸۳: ۲۰۴-۲۰۲)

2. LexMercatoria

بین‌المللی و یا اهلیت دولت و نهادهای دولتی در ملتزم ساختن خود به چنین موافقت‌نامه‌هایی صدق می‌نماید (لیو و همکاران ۱۳۹۱: ۴۶۳). برخی از حقوق‌دانان حقوق بازرگانی فراملی را مجموعه قواعدی دانسته‌اند که بر اثر رفتار طرفین در معاملات تجاری و شیوه‌های حل اختلاف آنان شکل گرفته است (Bui, 2014: 7). به عبارت دیگر، اصولی که در حقوق مربوط به معاملات تجاری بین‌المللی مشترک است. در طول زمانی که طرفین یک رفتار تجاری را سودمند تلقی نمایند، آن را در معاملات بعدی نیز تکرار کنند؛ این امر به نوبه خود توسعه یافته و بدین ترتیب آداب و رسوم تجاری شکل می‌گیرد. در این دیدگاه، قواعد بازرگانی فراملی مقرراتی محسوب می‌شوند که ریشه آن در رویه تجاری است. هرچند مقررات مزبور به شکل قانون درنیامده و سابقه آن در قوانین ملی کشورها دیده نمی‌شود، لیکن این قواعد به طور گسترده‌ای توسط نقش آفرینان عرصه تجارت به رسمیت شناخته شده است. بر این اساس قواعد فراملی واژه‌ای است که برای رویه تجاری فعلی به کار می‌رود.

به اعتقاد لویز رودریگز حقوق بازرگانی فراملی می‌تواند به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد که توسط جامعه تجاری برای تأمین نیازهای تجارت بین‌الملل ایجاد شده تعریف گردد. در مورد چگونگی ماهیت آن سه مفهوم اصلی از حقوق بازرگانی فراملی وجود دارد. اول این که حقوق بازرگانی فراملی یک نظم حقوقی مستقل به شمار می‌رود. دوم این که حقوق بازرگانی فراملی مجموعه‌ای از قواعد قابل اعمال به‌عنوان بدیل و جایگزین قانون ملی قابل اعمال محسوب می‌شود. سوم این که حقوق بازرگانی فراملی شامل مجموعه‌ای از عرف‌ها و انتظارات در تجارت بین‌الملل به حساب می‌آیند که می‌تواند قانون حاکم را تکمیل کند. حقوق بازرگانی فراملی قواعد مشخصاً تجاری است که نوعی قانون بازرگانی محسوب می‌شود و در واقع می‌توان آن را معادل و مترادف حقوق تجارت دانست. حقوق بازرگانی فراملی برای نشان دادن بخش نانوشته حقوق تجارت به کار می‌رود<sup>۱</sup> (Lopezrodriguez, 2002: 46-47). موسع‌ترین تعریف از حقوق بازرگانی بین‌المللی آن را به‌عنوان مقوله‌ای از حقوق بین‌الملل تعریف می‌کند که مستقل از هر نظم ملی بوده و قابل اجرا بر معاملات تجاری بین‌المللی است (Roba, 2011: 224). منظور از مستقل بودن این حقوق این است که توسعه آن بدون نظارت یک ارگان کنترل‌کننده صورت می‌پذیرد و قواعد مندرج در آن آزادانه و بدون محدودیت‌های قانونی حکومت‌ها شکل گرفته است.

همچنین اصطلاح حقوق بازرگانی فراملی را در دو معنای موسع و مضیق می‌توان استفاده کرد. در معنی مضیق منظور از آن عمل مرسوم و مکرر در یک رشته یا رشته‌های معینی از تجارت بین‌الملل است. مقررات اینکوئترمز که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده، از این قبیل است. در این

1. "Used to indicate that part of transnational commercial law which is unwritten".

معنی، حقوق بازرگانی فراملی نمی‌تواند مستقلاً عمل کرده و نقش قانون حاکم را بازی کند بلکه همیشه نقش فرعی و تکمیلی دارد. اما در معنی موسع، حقوق بازرگانی فراملی از عرف بازرگانی فراتر رفته و به اصول کلی حقوقی نزدیک می‌شود و حتی قواعدی را که به‌طور مستقیم از منابع حقوق بین‌الملل مانند کنوانسیون‌ها و آراء مراجع رسیدگی بین‌المللی به‌دست می‌آید را به‌عنوان منبع مشکله خود قرار می‌دهد. در این معناست که، حقوق بازرگانی همان حقوق بازرگانی فراملی یا حقوق بی‌ملیت می‌باشد (موحد، ۱۳۷۴: ۵۰).<sup>۱</sup>

در نتیجه می‌توان گفت حقوق بازرگانی فراملی، اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی خودجوشی است که در چهارچوب تجارت بین‌الملل شکل گرفته است؛ لذا قواعد مزبور ماهیت غیرملی دارد و به هیچ‌یک از نظام‌های ملی وابسته نیست. همچنین این دسته از قواعد مستقل از حقوق تجارت است چراکه اعتبار حقوق تجارت به نظام ملی یک کشور محدود می‌شود اما قواعد فراملی، رویه‌ای در حقوق تجارت است که به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان بخشی از قواعد نانوشته حقوق تجار به رسمیت شناخته می‌شوند.

## ۲. حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان نظم حقوقی جدید

در مورد حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک نظم یا نظام حقوقی جدید در میان حقوق‌دانان اختلاف نظر عمیق دیده می‌شود. برخی مثل پروفیسور گلدمن<sup>۲</sup> بر این عقیده‌اند که حقوق بازرگانی فراملی یک نظم حقوقی محسوب می‌شود که می‌تواند همان کارکردهای قانون دولتی را ایفا کند. به عبارتی حقوق بازرگانی فراملی بر این مبنا استوار است که در کنار دو نظام حقوق ملی و حقوق بین‌الملل، یک نظام سوم حقوقی به نام حقوق بازرگانی فراملی در حوزه تجارت بین‌الملل را به وجود آورده است. برخلاف دو نظام دیگر، این نظام نیروی الزام‌آور خود را از قوای حاکم و اراده دولت‌ها نمی‌گیرد، بلکه به‌صورت خودجوش به وجود آمده و همان‌طور هم مورد عمل قرار می‌گیرد.

شناسایی حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان نظم حقوقی جدید، مستلزم تبیین منابع و ویژگی‌های آن است. هرچند اکنون این نظم یک نظم ناقص و غیرکامل است. به تعبیر بسیاری از طرفداران حقوق بازرگانی فراملی، مبانی اصلی این حقوق قواعد کلی حقوقی است. از طرفی مخالفین حقوق بازرگانی

---

۱. در مورد این که آیا حقوق بازرگانی فراملی یک نظام بی‌ملیت است یا خیر (نک: Berger, Klaus, 2010). به عقیده برخی از حقوق‌دانان حقوق بازرگانی فراملی یک حقوق غیرملی محسوب نمی‌شود، بلکه یک حقوق تجاری جهانی است که آزادانه عناصر ملی و غیرملی را در خود ترکیب کرده است. این حقوق فراملی یک چالش اساسی در مفاهیم سنتی قواعد دارای منشأ دولتی ایجاد کرده است:

Michaeles, Ralf, The True LexMercatoria: Law Beyond the State, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol 14. Issue 2, p 447.  
2. Goldman

فراملی بر این باورند که نیروی الزام‌آور این حقوق، ناشی از قدرت دولت نیست، لذا یک نظام اساسی کافی و یک پارچه ارائه نمی‌کند (Manirizzaman, 1999: 698-702). به عقیده لرد ماستیل، حقوق بازرگانی فراملی دارای دو ویژگی است: این که قواعد حاکم بر یک قرارداد تجاری بین‌المللی در فقدان انتخاب صریح قانون از مجموعه‌ای قوانین ملی و ماهوی ناشی نمی‌شود. اینکه قواعد حقوق بازرگانان دارای یک ارزش هنجاری است که مستقل از هرگونه نظام مستقل حقوقی است. از این رو، حقوق بازرگانان یک نظم حقوقی مستقل و علی‌حده را تشکیل می‌دهد (Mustill, 1998: 88).

حقوق بازرگانی بین‌المللی از دو جهت مورد اعتراض قرار گرفته است. نخست ارجاع به چنین قانونی درحقیقت به صورت جامع و مضبوط وجود ندارد. به علاوه، استفاده از آن، دست داور را کاملاً باز می‌گذارد تا بر طبق سلیقه خود حکم جاری کند. از طرف دیگر، این امر باعث می‌شود تا همواره جانب بازرگانان گرفته شود. در صورتی که در قراردادهایی که یک طرف آن دولت یا سازمان دولتی قرار دارد می‌باید ملاحظات منافع عمومی در جانب ملاحظات بازرگانی یا حداقل هم‌سطح با آن‌ها مورد توجه قرار گیرد (موحد، ۱۳۷۴: ۵۲).<sup>۱</sup>

## ۲-۱. منابع حقوق بازرگانی فراملی

تعیین منابع حقوق بازرگانی فراملی، بستگی به مفهوم ارائه شده از آن دارد. مطابق یک دیدگاه، حقوق بازرگانی فراملی از عادات تجاری تشکیل می‌شود که به وسیله نهادهای بین‌المللی و مجامع قانون‌گذاری بین‌المللی تنظیم و تدوین شده است. به عنوان مثال اتاق بازرگانی بین‌المللی، اقدام به تنظیم قواعدی در خصوص اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی یا اینکوترمز<sup>۲</sup> نموده است. لذا این قواعد به عنوان منبع حقوق بازرگانی فراملی مورد توجه قرار دارد. در دیدگاه دیگر که بر ویژگی استقلال حقوق بازرگانی بین‌المللی تأکید دارد، تعیین منابع به شکل دیگری صورت می‌گیرد. طبق این دیدگاه،

۱. عقیده به استقلال حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نظام حقوقی، بر خلاف سنت پذیرفته شده‌ای است که اقتدار یک دولت حاکم را در ایجاد هنجارهای حقوقی مستقل ضروری و رد هرگونه اختیار موجودیت‌های دیگر را در ایجاد حقوق لازم می‌داند. در این صورت منافع تجار در اعمال عوائد تجاری از طریق تجارت فرامرزی نمی‌تواند قدرت قانون‌سازی تجار جامعه بین‌المللی را توجیه کند. پس باید یک عنصر الزام‌آوری وجود داشته باشد تا تبعیت تجار از قواعد ایجاد شده توسط آن‌ها را میسر کند. در غیر این صورت، حقوق بازرگانی فراملی همیشه به نفع ایجادکنندگان این قواعد خواهد بود و به این وسیله اعتبار خود را نزد مخاطبین خود از دست خواهد داد. امروزه، حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نظام حقوقی سوم در کنار نظام‌های حقوق داخلی و بین‌الملل به رسمیت شناخته نمی‌شود:

Elcin, Mert. (2006). *Applicable Law to International Commercial Contract and the Status of Lex Mercatoria With a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the European Community*. Dissertation.com, Boca Raton, Florida, USA. pp 16-17.

2. INCOTERMS.

عادات مسلم تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی منابع حقوق بازرگانی فراملی را شکل می‌دهند. عادات تجاری، در صورتی جزء حقوق بازرگانی بین‌المللی محسوب می‌شود که تجار بین‌المللی به اندازه‌ای به آن‌ها ارجاع دهند که به منابع تلویحی و ضمنی تبدیل شوند (Lopez rodriguez, 2002: 48).

در واقع منابع حقوق بازرگانی بین‌المللی متشکل از قوانین متحدالشکل، اصول کلی حقوقی، حقوق بین‌الملل عمومی، قواعد سازمان‌های بین‌المللی، عرف و کاربردها، قراردادهای استاندارد و آراء داوری به بیان دیگری همچنین، حقوق بازرگانی فراملی، حقوق خودجوشی است که از رویه تجاری و اصول کلی حقوق تجارت همچون نظم عمومی بین‌المللی شکل گرفته است. از این منظر، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به عنوان کامل‌ترین منبع حقوق بازرگانی فراملی معرفی شده است. این امر به نوعی شناسایی حقوق بازرگانی بین‌المللی آن به‌عنوان یک نظام حقوقی بدون پشتوانه دولتی است. با توجه به نظرات مطرح شده، چنین به نظر می‌رسد که اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی عناصر اصیل حقوق بازرگانی فراملی را تشکیل می‌دهد. لذا عناصر مذکور به اختصار مورد تبیین و تحلیل قرار خواهد گرفت.

#### ۱-۲-۱. اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی بخش لاینفک هر نظام حقوقی است که ویژگی اساسی آن فراهم نمودن انعطاف لازم برای نظام در حال تحول؛ از این‌رو اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده توسط کشورها را باید یک عنصر مهم از حقوق بازرگانی فراملی محسوب کرد.

به نظر عده‌ای از حقوق‌دانان، بعضی از اصول که از راه تعمیم و تجرید در یک نظام حقوقی حاصل می‌شوند مختص به همان نظام مفروض‌اند و برخی دیگر مشترک بین آن نظام و سایر نظامات حقوقی هستند. پس از اصول کلی حقوقی همین مشترکات نظام‌های مختلف است که وجود آن‌ها با وجود هر نظام حقوقی تلازم دارد و در درون هر نظام بر حسب زمینه و مقتضیات رشد و نمو می‌یابد (موحد، ۱۳۷۴: ۶۰).<sup>۱</sup> برخی بر این عقیده‌اند که اصول مذکور را نمی‌توان یک نظام مستقل به

---

۱. ارجاع به اصول کلی حقوقی در قراردادهای، گاهی همراه با قانون مشخص و گاهی بدون آن خواهند بود؛ یعنی در صورتی که اصول کلی حقوقی همراه با قانون یا نظام حقوقی مشخصی به عنوان قانون قابل اعمال شناخته شود، اشکالی پیش نمی‌آید؛ به این معنی که قانون یا نظام حقوقی مشخص اگر از رشد و توسعه کافی برخوردار باشد اساساً نیازی به اعمال اصول کلی حقوقی پیدا نمی‌شود و اگر چنین نباشد اصول کلی حقوقی به عنوان منبع مکملی و کمکی در نقشی فرعی و متفاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد. ولی، آنجا که اصول کلی حقوقی به تنهایی و بدون نام بردن از قانون یا نظام حقوقی مشخصی باشد، اختلاف دیدگاه‌های موافقان و مخالفان پدیدار می‌شود. به نظر مخالفان اصول کلی حقوقی به

حساب آورد بلکه این اصول، حاصل تجرید ذهن از مطالعه نظام‌های بزرگ جهان است لذا داوران و قضات برای پرکردن خلأ موجود در یک نظام مشخص حقوقی همواره از آن‌ها سود می‌برند. از این رو، هدف اصول کلی حقوقی را نباید قانون حاکم بر یک قرارداد محسوب کرد. زیرا برای اصول حقوقی دو کاربرد وجود دارد. اول وقتی که قرارداد از اصول کلی یک نظام حقوقی که به‌صراحت به‌عنوان قانون حاکم تعیین شده، نام می‌برد؛ در این صورت ارجاع به اصول کلی یک قید اضافی می‌باشد. دوم این که قرارداد اصول کلی را به‌عنوان قانون حاکم بر خود ذکر کرده اما نظام حقوقی خاصی را معلوم نمی‌کند. در این حالت داور این وظیفه را خواهد داشت که نظام حقوقی که حاوی چهارچوب اصول کلی مورد نظر طرفین قرارداد باشد را کشف کند (خلیلیان، ۱۳۸۲: ۱۹۴).

در پرونده اتاق بازرگانی بین‌المللی به شماره ۷۳۷۵ دیوان دآوری، مقرر داشت که فقدان شرط انتخاب قانون را می‌باید به‌عنوان یک گزینش منفی طرفین استنباط کرد. به عبارت دیگر، با فقدان نص صریح در قرارداد مبنی بر انتخاب قانون حاکم، منظور طرفین نفی حکومت قانون کشور معین است. به این معنا که هیچ‌یک از قوانین طرفین نباید در مورد قرارداد اعمال شود. در اینجا دیوان تصمیم گرفت که اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل را که به نظر دیوان دارای مزیت حمایت از طرفین در مقابل اعمال قانون ملی داشت به کار گیرد. به عقیده دیوان آزاد کردن طرفین از محدودیت‌های قوانین ملی تضمین خواهد کرد تا اختلاف را با توجه به قواعد و مفاهیم حقوقی عموماً پذیرفته‌شده حل و فصل نمایند. از نظر دیوان دآوری تنها راه حل برقراری توازن بین توقعات معقول طرفین، اعمال استانداردهای واقعاً بین‌المللی است؛ همان‌گونه که در اصول کلی حقوقی انعکاس یافته است.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۲. عرف و رویه تجاری

منظور از عرف و رویه تجاری، رفتارها و عادات تجار در مورد عمل خاصی از تجارت است که مستمراً در روابط بازرگانی رعایت شد. هنجاری الزام‌آور میان بازرگانان ایجاد می‌کند. عرف‌های تجاری یکی از منابع حقوق بازرگانی فراملی یا حقوق بازرگانان محسوب می‌شود که در کنار سایر منابعی همچون: حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی ناظر بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و مجموعه رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، وصولی‌ها و نیز اصطلاحات بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان منبع تدوین نشده حقوق بازرگانی قرارداد (مافی، ۱۳۹۷: ۳۳۶-۳۳۷). به‌عنوان مثال، می‌توان به اینکوترمز،

تنهایی کافی نیست و داور در این موارد باید ابتدا به سراغ قانون قابل اعمال برود و بعد از بررسی نقد این سکوت قانون حاکم است که می‌تواند به اصول کلی حقوقی استناد کند. ذکر اصول کلی حقوقی در قرارداد از منظر مخالفان حداکثر به عنوان شاخصی برای نفی اعمال قانون ملی تلقی می‌شود (موحد، ۱۳۷۴: ۶۱).

1. ICC: Award in Case No.7375 available at: <http://www.unilex.inf/case.cfm?pid=28docase&id=625&step=Fulltext>.



عرف‌ها و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی و شرایط قوه قاهره و عسرو حرج مندرج در قرارداد که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی به تصویب رسیده است اشاره کرد. اهمیت نقش عرف‌های تجاری باعث گردیده که بسیاری از اسناد بین‌المللی و مقررات مربوط به داوری آن‌ها را مورد توجه قرار دهند. در این رابطه می‌توان به بند یک از ماده ۵ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱، ماده ۹ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا ۱۹۶۶ و بند ۳ از ماده ۳۵ قواعد آنسیترال اشاره کرد.

باید توجه داشت که میان عرف تجاری و اصول کلی حقوقی تفاوت وجود دارد. توضیح اینکه اصول کلی حقوقی نوعی قواعد ماهوی هستند که ریشه در قوانین ملی کشورها دارد، در حالی که عرف تجاری ریشه در عملکرد تجار داشته و نوعی قواعد تکمیلی محسوب می‌شوند. به‌عنوان مثال، حسن‌نیت را نمی‌توان یک عرف تجاری دانست در حالی که ماهیتاً یک اصل حقوقی محسوب می‌شود (نیکبخت و پیری، ۱۳۹۱: ۴۴). به‌طور نمونه در پرونده شماره ۸۵۰۲ مورخ ۱۹۹۹ جایی که قرارداد حاوی شرط انتخاب قانون حاکم را نداشت، دیوان داوری با ذکر این که اعمال عرف‌های تجاری در واقع مطابق ماده ۱۳ (۵) قواعد اتاق بازرگانی و رویه داوری است تصمیم گرفت تا اختلاف قراردادی را با اعمال عرف‌های تجاری و اصول پذیرفته شده تجارت بین‌الملل حل و فصل کند. همچنین دیوان مقرر داشت. «هر زمانی که اوضاع و احوال اقتضا کند دیوان به مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی یا اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در اثبات رویه‌های مورد قبول حقوق تجارت بین‌الملل رجوع خواهد کرد.»<sup>۱</sup>

## ۲-۲. ویژگی‌های حقوق بازرگانی فراملی

یکی از پیشرفت‌های قابل‌ملاحظه در حقوق تجارت بین‌الملل در پنجاه سال اخیر پذیرش تدریجی وجود یک حقوق بازرگانی جدید یا حقوق بازرگانی فراملی بوده که در سایه نظام‌های حقوقی ملی، توسط جامعه بین‌المللی ایجاد شده است (Cuniberti, 2014: 371). در این دیدگاه حقوق بازرگانی فراملی از ویژگی استقلال برخوردار است، به این معنا که به هیچ‌یک از سیستم‌های حقوقی ملی دولت یا حاکمیتی وابسته نیست. لذا قواعد ماهوی قابل‌اعمال بر قرارداد، از یک نظام تعارض قوانین ملی به یک نظام حقوقی مستقل حاکم بر حل و فصل اختلافات خصوصی با ویژگی فرامرزی استحاله و تبدیل می‌شود.

از دیگر ویژگی‌های این نظام نوین، این است که حقوق بازرگانی فراملی از معیارهای خاص خود تبعیت کرده و پیرو قانون ملی مشخصی نیست. مستقل بودن حقوق بازرگانی فراملی به این معنا است

1. ICC Award in1 Case No9479. ICC International Court of Arbitration Bulletin,12-2,Fall 2011,at 69.

که قواعد آن آزادانه و بدون دخالت یک نهاد نظارت‌کننده توسعه یافته است و دولت‌ها نمی‌توانند تغییری در پذیرش و شناسایی وسیع این قواعد و در رویه حقوق تجارت ایجاد کنند. در واقع ویژگی اصلی حقوقی هنجارهای حقوق بازرگانی فراملی ناشی از منابع حقوقی غیرملی است. در واقع این حقوق، مقررات مرسوم خودجوش و خودرسته تجارت بین‌الملل را تشکیل می‌دهند. مقررات مزبور، از عرف و عملکرد جامعه تجار در حالی که هرگز به وسیله قانون‌گذاری ملی وضع نشده است.

البته ویژگی اخیر موجب شده است که برخی از حقوق‌دانان، از پذیرش این قواعد به‌عنوان نظم حقوقی جدید امتناع کنند و ایراداتی را همچون فقدان ضمانت‌اجرا در حقوق ملی را مطرح سازند (Gucer, 2009: 34). در مجموع ویژگی‌های حقوق بازرگانی فراملی را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

۱. حقوق بازرگانی فراملی توسط جامعه تجار نظارت و کنترل می‌شود.
۲. حقوق بازرگانی فراملی انعکاسی از نیازها و منافع تجاری بین‌المللی است.
۳. حقوق بازرگانی فراملی تابع قانون کشور خاصی نیست و فراملی بودن این حقوق، ویژگی اصلی آن است.
۴. منبع اصلی حقوق بازرگانی فراملی عرف تجاری است.
۵. حقوق بازرگانی فراملی یک نظام حقوقی متحدالشکل حاکم بر معاملات تجاری بین‌المللی است و از تفاوت‌های نظام‌های ملی احتراز می‌کند.
۶. حقوق بازرگانی فراملی هم بر تنظیم و تسهیل روابط تجاری بین‌المللی مؤثر بوده و هم در تکوین و هم در شکل‌گیری عرف‌ها و رویه‌های تجاری متحدالشکل تأثیرگذار می‌باشد.

### ۳. اعمال حقوق بازرگانی فراملی

مباحث زیادی راجع به اعتبار حقوق بازرگانی فراملی و اعمال آن به‌عنوان قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی در کنار قانون ملی طرفین و نیز قانون مقر داوری مطرح شده است. در ادامه این موارد بررسی می‌شود:

#### ۳-۱. عدم شناسایی حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان نظم حقوقی جدید

از مهم‌ترین ایراداتی که به‌عنوان دلایل عدم شناسایی حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان نظم حقوقی، مطرح شده، این است که این حقوق به‌وسیله یک مرجع قانونی و قوه حاکمه وضع نشده‌اند؛ لذا نمی‌توان از عنوان «حقوق» برای این مقررات استفاده کرد، چراکه مقررات حقوقی از اراده دولت نشئت می‌گیرد. در حقیقت رابطه تنگاتنگی میان حقوق و دولت برقرار است؛ از سویی مبنای حقوق، اراده دولت

می‌باشد و از سوی دیگر دولت زائیده قواعد حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۳). با این استدلال نه تنها اعتبار حقوق بازرگانی فراملی بلکه اعتبار حقوق بین‌الملل عمومی نیز مورد تردید است. در این مورد می‌توان گفت که مکتب تحقیقی اجتماعی، پایه و مبنایی مناسب برای توجیه حقوق بازرگانی فراملی است. در این مکتب به جای دولت و حقوق، رابطه تنگاتنگی میان جامعه و حقوق برقرار است. یعنی مقرراتی که افراد جامعه مکلف به رعایت آن هستند، ریشه در اجتماع دارد. در این حالت، شکل‌گیری قواعد حقوقی نیازی به عواملی مختلف از جمله قوه قانون‌گذاری ندارد. بلکه کافی است گروهی از انسان‌ها در کنار یکدیگر یک جامعه را تشکیل دهند تا قاعده حقوقی شکل بگیرد.<sup>۱</sup> ایراد دیگری که به عنوان مانعی برای شکل‌گیری حقوق بازرگانی فراملی به عنوان نظم حقوقی مطرح شده است، فقدان ضمانت اجرا است. یعنی مقررات مزبور، توسط قوه قانون‌گذاری ایجاد نشده و مورد تأیید کنوانسیون‌های بین‌المللی قرار نگرفته‌اند و لذا الزام‌آور محسوب نمی‌شود. در واقع تفاوت میان هنجار حقوقی با سایر هنجارها، اجباری بودن حقوق است.<sup>۲</sup> بر این اساس مقررات مزبور، هنجار حقوقی نبوده و همچون سایر هنجارهای جامعه از جمله هنجارهای اخلاقی و مذهبی محسوب می‌شود. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که از سویی مفهوم قانون تا حد زیادی از ویژگی ضمانت اجرا فاصله گرفته و از سوی دیگر نوع ضمانت اجرا در مسائل مختلف متفاوت می‌باشد. ضمانت اجرا همیشه به شکل اجبار مادی بروز نمی‌کند. در حقوق کیفری، غالباً ضمانت اجرا، قاهرانه است، در حقوق مدنی بیشتر از شکل صحت و بطلان اعمال استفاده می‌شود. ضمانت اجرای حقوق بازرگانی فراملی نیز ممکن است به صورت تهدید به اخراج گروه بازرگانان بروز کند که از میزان اثرگذاری بالایی برخوردار است، چراکه سلب امکان تجارت برای تاجر، به منزله مرگ حرفه‌ای او

۱. حقوق ابزار و وسیله‌ای در دست سیاست‌گذاران اجتماعی است تا با کمک آن جامعه را هدایت کنند. بر این اساس باید گفت میان حقوق و جامعه کنش متقابل وجود دارد. البته حقوق و دولت یک زوج جدایی‌ناپذیر نیستند؛ یعنی همچنان که گسترش حقوق می‌تواند منجر به تشکیل دولت شود، دولت نیز می‌تواند از حقوق چشم‌پوشی کند، همانگونه که در جوامع شرقی دولت محور وجود دارد؛ در نتیجه حقوق می‌تواند بدون دولت وجود داشته باشد، همانطور که دولت نیز می‌تواند بدون حقوق وجود داشته باشد (دهدار، ۱۳۹۳: ۱۹۲).

۲. در این راستا می‌توان به نظر دوگی در خصوص فرآیند شکل‌گیری هنجارهای حقوقی اشاره کرد. وی معتقد است «تغییر شکل هنجار اجتماعی به هنجار حقوقی، زمانی تحقق می‌یابد که توده افرادی که گروه اجتماعی را تشکیل می‌دهند، آگاهی داشته باشند که قاعده حقوقی همان قدر که برای زندگی اجتماعی و دفاع از همبستگی اجتماعی اساسی است، به همان میزان نیز دخالت زورمدارانه برای مجازات نقض آن قاعده از نظر اجتماعی ضروری است. پس هرگاه چنین فرآیندی طی شود حقوق به وجود می‌آید.»

تلقی می‌شود. برای این ضمانت اجرا، نیازی به قوای دولتی و تمسک به قوه قهریه نیست و انجمن‌های تجارتي می‌توانند آن را اعمال کنند (دهدار، همان: ۱۹۵-۱۹۴).

در عدم استقبال از نظریه حقوق بازرگانی فراملی دو جهت را می‌توان یافت: اول این که ارجاع به چنین قانونی به صورت جامع و مضبوط وجود ندارد. دوم این که عرف و عادت بازرگانی همیشه طرف بازرگان را می‌گیرد، در حالی که در قراردادهایی که یک طرف آن دولت و یا سازمان دولتی است، ملاحظات مبتنی بر منافع عامه نیز باید در کنار ملاحظات بازرگانی و هم‌سطح با آن‌ها مورد لحاظ قرار گیرد (موحد، ۱۳۷۴: ۵۲).

### ۲-۳. ابهام و نقص حقوق بازرگانی فراملی

برخی از مخالفان حقوق بازرگانی فراملی بر این عقیده هستند که از سویی تجار به شیوه یکسانی عمل نکرده لذا از قراردادهای متحدالشکلی برای معاملات خود بهره نمی‌گیرند؛ به همین دلیل تنوع و کثرت موجود، مانع از پذیرش آن به‌عنوان یک منبع قانونی همگن و منسجم است و از سوی دیگر، حقوق بازرگانی فراملی نواقص بسیاری دارد. توضیح اینکه تعداد کمی از اصول کلی حقوق تجارت در جهان به رسمیت شناخته شده‌اند و این تعداد کم، نمی‌تواند پایه و اساس حقوق بین‌الملل را شکل دهد. در حقیقت حقوق بازرگانی فراملی پاسخی برای مسائل حقوقی مختلف از قبیل اعتبار یا شکل قرارداد در اختیار ندارد (Lopezrodriguez, 2002: 46).

اصول حقوق بازرگانی فراملی مشخص نبوده و قلمرو اعمال آن نیز نامعلوم است. در مورد منابع آن نیز اجماعی بین حقوق‌دانان وجود ندارد. لذا حقوق بازرگانی فراملی از انتظام کافی و انسجام لازم به‌عنوان یک نظام حقوقی جدید برخوردار نمی‌باشد. در این حالت داوری با اعمال معیارهای غیرملی همانند اصول کلی حقوقی یا عرف‌های تجاری بین‌المللی از صلاحدید و انعطاف زیادی در مورد قانون حاکم برخوردار هستند که به نوبه خود باعث می‌شود این دیوان از اعمال قواعد مشخص ملی عدول کنند. هرچند حقوق بازرگانی فراملی جایگاهی در نظام قانون‌گذاری جهانی ندارد؛ اهمیت این حقوق بیشتر ناشی از شروط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی است که به دیوان‌های داوری

۱. گایارد اصطلاحات «قواعد فراملی» (Transnational rules) و «اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل» (General principles of international commercial law) را نسبت به حقوق بازرگانان ارجح می‌داند. زیرا این اصول دلالت بر این دارند که راه حل مشکلات جامعه بازرگانی می‌تواند در نظام‌های حقوقی ملی جست‌وجو شود. در حالی که حقوق بازرگانان به نظر می‌رسد که ویژگی هنجارهای فراملی را پیشنهاد می‌کند، پس «قواعد فراملی» یا «اصول کلی» حاکی از این هستند که چنین قواعدی ریشه در نظام‌های حقوقی ملی دارند (نک: مافی، ۱۳۹۷: ۳۴۰-۳۳۹).

اجازه می‌دهد تا با عدول از قواعد حقوقی معین به اصول حقوقی رایج و عرف تجاری متوسل شوند. با وجود، چنین آرایه‌ای به دلیل برخورد با نظم عمومی مقرر داورى قابل ابطال می‌باشند. با اینکه حقوق بازرگانی فراملی تا حد زیادی در قراردادهای بین‌المللی و داورى‌های تجاری بین‌المللی مورد استفاده قرار گرفته‌اند هنوز موانع جدی در پذیرش بیشتر این حقوق به‌عنوان یک نظام اصیل حقوقی وجود دارد. برای مثال یکی از این موانع فقدان اطلاع و آگاهی در مورد محتوای دقیق این حقوق می‌باشد. این که به‌راستی این حقوق چیست و متضمن چه اصولی است و قواعد و اصول حاکم بر آن کدام هستند؟ مانع دیگر را می‌توان فقدان قدرت اجبارکننده آن دانست. عرف‌ها و رویه‌های تجاری فاقد همراهی اقتدار قانون می‌باشند مگر این که در قانون یک کشور استحاله شوند و به شکل رسمی به قانون آن کشور تبدیل شوند.

#### ۴. اعمال حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر اختلاف

در بیشتر قراردادهای طرفین صریحاً قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب می‌کنند، اما در مواردی نسبت به این موضوع، تصمیمی نمی‌گیرند. در این گفتار امکان اعمال حقوق بازرگانی فراملی در شرایط نامعین بودن قانون حاکم قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱. اصل حاکمیت اراده در انتخاب حقوق بازرگانی فراملی

اصل استقلال یا آزادی اراده طرفین در بسیاری از قوانین و خصوصاً مقررات داورى مورد پذیرش قرار گرفته است. طبق این اصل، طرفین می‌توانند خود قانون حاکم بر اختلاف را تعیین نمایند. در این صورت دیوان داورى ملزم به رعایت قانون منتخب طرفین است. جایی که طرفین با استفاده از اصل حاکمیت اراده یک چهارچوب حقوقی بی‌طرف را بر نیازهای تجاری بین‌المللی خود حاکم می‌کنند. شاکله این قواعد را حقوق خصوصی تشکیل می‌دهد لذا طرفین با ارجاع قرارداد خود به حکومت قواعدی غیر از قواعد ملی توافق و تراضی می‌کنند. بارزترین قانونی که به اصل حاکمیت اراده توجه داشته، قانون نمونه آنسیترال است. ماده (۱) ۲۸ قانون مزبور در بیان این اصل مقرر می‌کند: «دیوان داورى بر اساس آن قواعد حقوقی که توسط طرفین به‌عنوان قانون قابل اعمال در مورد ماهیت دعوا انتخاب شده‌اند دعوا را تصمیم‌گیری خواهد کرد...» همچنین قواعد داورى آی. سی. سی. ۲۰۱۷، در بند یک ماده ۲۱ به همین موضوع اشاره داشته و مقرر کرده است: «طرفین آزاد خواهند بود بر قواعد قانونی که باید بر ماهیت دعوا توسط دیوان داورى اعمال گردد، توافق نمایند.» علاوه بر اینکه بند یک ماده ۳۵ قواعد داورى آنسیترال، ماده (۱) ۲۸ قواعد داورى انجمن داورى آمریکا، ماده (۳) ۲۲ قواعد داورى بین‌المللی لندن، ماده ۴۶ قواعد داورى مؤسسه داورى هلند، ماده (۱) ۵۹ قواعد داورى سازمان جهانی مالکیت فکری و ماده (۱) ۲۴ قواعد داورى مؤسسه داورى اتاق بازرگانی

استکهلم با عباراتی مشابه به اصل حاکمیت اراده اشاره داشته‌اند. با توجه به اینکه مقررات و کنوانسیون‌های مزبور قیدی ندارند که قواعد منتخب طرفین باید قواعد یک حقوق ملی باشد، لذا طرفین در انتخاب حقوق فراملی آزادند.

غالباً قانون منتخب طرفین قانون ملی است؛ با وجود این ممکن است طرفین حقوق بازرگانی فراملی را بر قوانین ملی ترجیح دهند تا منافع مشترک آن‌ها بهتر تأمین شود، چراکه قواعد مختلف حقوق داخلی، فقط برای روابط داخلی وضع شده‌اند و برای مواردی که عنصر خارجی دخالت دارد، مناسب نیستند. علاوه بر اینکه امکان تغییر قوانین ملی وجود دارد و این امر می‌تواند منافع یکی از طرفین را به خطر اندازد (Baddack, 2005: 119).

البته شایان ذکر است که آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر اختلاف، در صورتی امکان‌پذیر است که قانون مقرر داور این امر را پیش‌بینی کرده باشد. به عبارت دیگر، قانون مقرر داور، شرایط و ویژگی‌های داورهای برگزارشده در مقرر خود را تعیین می‌کند. به‌عنوان مثال، کشور انگلستان هنوز تصمیم قاطعی نسبت به امکان انتخاب حقوق بازرگانی فراملی توسط طرفین اتخاذ نکرده است (Howarth, 2004: 3).

سه ویژگی خودرسته بودن (با این معنا که از سوی هیچ شخص، دولت و یا سازمانی ایجاد نشده است)، جهان‌شمول بودن و مستقل از نظام حقوقی ملی و بین‌المللی بودن، مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق بازرگانی فراملی است که باعث مطلوبیت آن در داور تجاری بین‌المللی می‌شود تا جایی که طرفین با انتخاب حقوق بازرگانی فراملی از قواعد و اصطلاحات فنی حقوق ملی فاصله می‌گیرند، به‌علاوه از اعمال قواعدی که برای یکسان‌سازی قراردادهای بین‌المللی تصویب شده‌اند، جلوگیری می‌کنند، همچنین با انتخاب حقوق بازرگانی فراملی، مسائل اختلافی در یک شرایط برابر مطرح شده و مورد بحث قرار می‌گیرند، در این صورت طرفین اختلاف، در شرایط مساوی قرار گرفته، نسبت به یکدیگر برتری و مزیتی ندارند و بر اساس قانون ملی آنان تصمیمی گرفته نمی‌شود. بنابراین هیچ‌کس به دلیل حاکمیت قانون خارجی در موضع ضعیف‌تری نسبت به طرف مقابل قرار نمی‌گیرد (انصاری و مبین، ۱۳۸۹: ۴۳).

اصولاً طرفین، انتخاب حقوق بازرگانی فراملی را به‌صورت صریح و به‌عنوان یکی از شروط قراردادی پیش‌بینی می‌کنند؛ حال قصد صریح ممکن است با انتخاب آشکار در قرارداد، لوایح کتبی یا اظهارات شفاهی در داور صورت بگیرد.

دادگاه‌های ملی هنگام تعیین قانون قابل اعمال، بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی یا اعمال قواعد حل تعارض قوانین مقرر رسیدگی کرده و نهایتاً، رأی خواهند داد. در نتیجه، ارجاع به اصول کلی حقوقی احتمالاً به معنی ارجاع به قواعد فراملی قابل اعمال در چهارچوب حقوق ملی و نه یک نظام

حقوقی بدیل و جایگزین بر قرارداد تلقی خواهد شد. دلیل این امر روشن است؛ زیرا اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به‌طور معمول به انتخاب یک نظام حقوقی ملی منجر خواهد شد. با وجود این و علی‌رغم عدم شناسایی حقوق بازرگانی فراملی در دادگاه‌های ملی به‌عنوان یک نظام حقوقی حاکم بر رابطه قراردادی، این امر مانع از شناسایی و اجرای آراء داوری صادره بر اساس حقوق بازرگانی فراملی نیست. در چنین صورتی، دادگاه‌ها محق به رسیدگی ماهوی نیستند و صرفاً با وجود شرایط مقرر در ماده ۵ کنوانسیون نیورک در مورد شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی مورخ ۱۹۵۸ با محدودیت مخالف نظم عمومی بودن و... می‌توانند از اجرای آراء صادره خودداری نمایند.

در مورد این سؤال یعنی امکان انتخاب حقوق بازرگانی فراملی در قراردادها توسط طرفین به‌عنوان قانون قابل اعمال، نوع نگاه و اینکه بسته مرجع داوری با توجه به مناسبت حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون قابل اعمال و در محدوده شرایط تعیین شده توسط قانون محل داوری چه تصمیمی را اتخاذ نماید. در مواردی که قانون مقرر داوری، امکان انتخاب حقوق بازرگانی فراملی را پیش‌بینی کرده و طرفین چنین انتخابی داشته باشند، دیوان داوری مکلف به تبعیت از قانون منتخب است و باید رأی خود را با استناد به این حقوق صادر کند؛ لذا در صورتی که داوران از قانون منتخب طرفین تبعیت نکرده و رأی خود را بر اساس قانون ملی یا قواعد حقوقی دیگری صادر کنند، چنین رأیی قابل ابطال است؛ چراکه بیشتر قوانین از جمله ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، عدم تطابق آیین داوری با توافق طرفین را به‌عنوان یکی از موارد ابطال رأی داوری بیان داشته است.

#### ۲-۴. اعمال حقوق بازرگانی فراملی به دلیل سکوت طرفین

چنانچه طرفین قانون حاکم را انتخاب کرده باشند، مشکلی برای داور به‌وجود نمی‌آید؛ چراکه داور قدرت خود را از اراده طرفین می‌گیرد، لذا باید خواست آنان را در خصوص انتخاب قانون صالح اجرا کند. مسئله زمانی مطرح می‌شود که طرفین، قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند؛ در چنین مواردی انتخاب قانون حاکم بحث‌برانگیز است.

در این حالت، در این راستا ممکن است داور با ملاحظه محتویات پرونده و اوضاع و احوال موجود، حقوق بازرگانی فراملی را مناسب‌ترین سیستم حقوقی تشخیص دهد. همچنان که داور می‌تواند سیستم حقوقی را که مناسب می‌داند اعمال کند.

بنابراین، در صورتی که قانون حاکم بر داوری یا قواعد داوری سازمانی، اعمال حقوق بازرگانی فراملی را تجویز نکرده باشند، داوران نمی‌توانند بر مبنای این حقوق رأی صادر نمایند. در این راستا برخی بیان داشته‌اند اگر دیوان داوری به اشتباه، حقوق بازرگانی فراملی را انتخاب کرده و بر مبنای آن رأی صادر کند، نمی‌توان دیوان داوری را محکوم به تجاوز از حدود اختیارات خود کرد. پس، چنین اشتباهی نمی‌تواند دلیل

ابطال رأی داوری قرار بگیرد و یا موجبی برای عدم شناسایی رأی داوری در چهارچوب عهدنامه نیویورک ۱۹۵۸ تلقی شود زیرا در این موارد بررسی اشتباه دیوان داوری متضمن بازبینی ماهوی رأی داوری خواهد بود، در حالی که بازبینی ماهوی صرفاً در موارد مشخصی مانند صدور رأی مبتنی بر تقلب، شهادت کذب و سند معجول امکان‌پذیر است (نیکبخت و پیری، ۱۳۹۱: ۴۹).

در مقابل این نگرش که در فرض سکوت طرفین امکان اعمال حقوق بازرگانی فراملی وجود ندارد، بسیاری از کشورها و سازمان‌های داوری، اعمال حقوق بازرگانی فراملی را در فرض سکوت طرفین تجویز کرده‌اند. از جمله سازمان‌های داوری که از اعمال حقوق بازرگانی فراملی سخن گفته است، دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی است. سازمان مزبور که به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان حقیقی‌ترین سیستم داوری در بین کلیه سیستم‌های داوری است (اشمیتوف، ۱۳۷۸: ۱۰۲۹)، قواعدی در خصوص نحوه داوری دارد. وفق بند یک ماده ۲۱ قواعد ۲۰۱۷، دیوان داوری مکلف است در ابتدا به قانون منتخب طرفین توجه کند و در صورت سکوت طرفین، قانونی را که مناسب می‌داند اعمال نماید. لذا داوران می‌توانند هر قانونی را که مناسب می‌دانند، بر ماهیت دعوی اعمال نمایند. این حکم دست داوران را از جمله برای اعمال حقوق بازرگانی فراملی در صورت عدم انتخاب طرفین، باز گذاشته است.

### ۳-۴. آراء داوری صادره مبتنی بر اعمال حقوق بازرگانی فراملی

برخی از آراء داوری صادر شده است که در آن‌ها داوران به حقوق بازرگانی فراملی استناد کرده‌اند. برای مثال در یکی از آراء صادره به شماره ۹۷ که در سال ۲۰۰۲ توسط دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادر گردید؛ بخش ۳-۲ رأی در مورد قانون قابل اعمال مقرر می‌دارد که دعوی باید بر اساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ حل و فصل شود و تنها موضوعاتی که به وسیله کنوانسیون فیصله نمی‌یابند می‌باید بر اساس قانون مدنی فدراسیون روسیه مورد حل و فصل قرار گیرند (Jemieniak, 2013: 164).

در پرونده شماره ۱۹۹۹/۱۱۷ مطروحه در اتاق بازرگانی انستیتوی داوری استکهلم در سال ۲۰۰۱ در رابطه با اختلاف بین یک شرکت لوکزامبورگی و یک شرکت چینی ناشی از نقض قرارداد عدم افشا در سال ۱۹۹۸، شرکت لوکزامبورگی تقاضای داوری می‌کند. در حالیکه قراردادهای بین دو شرکت قانون حاکم تعیین نشده بود، قانون داوری سوئد دیوان داوری را مجاز می‌کرد تا بر اساس قواعد حقوقی که برای رسیدگی به ماهیت دعوا مناسب تشخیص می‌دهد تصمیم‌گیری کند؛ بنابراین دیوان داوری اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی را به‌عنوان بخشی از حقوق بازرگانی فراملی اعمال کرد،



با این بیان که این اصول از شناسایی وسیع برخوردار بوده و اصول اساسی روابط تجاری در بیشتر کشورهای توسعه‌یافته را منعکس می‌نماید.<sup>۱</sup>

مثال دیگر از اعمال حقوق بازرگانی فراملی را می‌توان در پرونده شماره ۸۵۰۲ به تاریخ ۱۹۹۶ مشاهده کرد. در این پرونده قرارداد فروشنده ویتنامی و خریدار هلندی در مورد قانون ماهوی حاکم بر قرارداد ساکت بود. البته قرارداد صرفاً به عرف‌های تجاری بین‌المللی از قبیل اینکوترمز ۱۹۹۹ و عرف و رویه متحدالشکل اعتبارات اسنادی شماره ۵۰۰ اشاره کرده بود. دیوان داوری تصمیم گرفت تا رأی خود را بر اساس عرف‌های تجاری و اصول پذیرفته‌شده تجارت بین‌الملل مبتنی سازد. اینکوترمز به نظر دیوان مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین در مورد قراردادهای بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به‌عنوان رویه پذیرفته‌شده و بر اساس حقوق تجارت بین‌الملل است؛ لذا استنباط دیوان این بود که قصد طرفین مبنی بر حکومت عرف‌های تجاری و اصول پذیرفته‌شده تجارت بین‌الملل بوده است.<sup>۲</sup>

تاکنون رویه داوری، حداقل در اتحادیه اروپا اعمال این حقوق توسط مراجع داوری را ثابت می‌کند. برای مثال دیوان داوری در رأی شماره ۲۰۰۵/۱۴۷ مورخ ۳۰ ژانویه ۲۰۰۷ مقرر داشت: قانون حاکم تصریحی بر جبران خسارت اجرای عین تعهد برای خریدار نکرده است. بنابراین، دیوان مناسب می‌داند که اصول تجاری بین‌المللی و به‌ویژه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی را اعمال کند.<sup>۳</sup> همچنین در پرونده داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به شماره ۱۲۱۱۱ مورخ ۶ ژانویه ۲۰۰۳ وقتی قرارداد طرفین مقرر می‌داشت که قانون حاکم بر قرارداد حقوق بین‌الملل است؛ به عقیده داور منظور طرفین از این امر، عدول آن‌ها از نظام ملی است، لذا طبق نظر داور واحد مستفاد از عبارت به‌کار رفته در قرارداد تحت عنوان حقوق بین‌الملل قواعد بین‌المللی قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی است. همین‌طور به نظر وی اصطلاح حقوق بین‌الملل مورد استفاده توسط طرفین مشعر و ناظر بر حقوق بازرگانی فراملی و اصول کلی قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین‌المللی منعکس در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌باشد (Ibid).

1. Mistelis, Loukas, Unidroit Principles Applied as "Most Appropriate Rules of Law" in a Swedish Arbitral Award, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelis1.html#30>

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

3. Hiero, Antonio, and Malo Cuatrecasas, Miguel angel. (2010). LexMercatoria Revisited, The European & Middle Eastern Arbitration Review 2009. available at: <<http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-arbitration-review-2009/1036549/lex-mercatoria-revisited>>. last visited on 20 /8/2017.

در پرونده اتاق بازرگانی بین‌المللی به شماره ۷۱۱۰ که شامل سه رأی جزئی در سال‌های ۱۹۹۵ و ۱۹۹۸ و ۱۹۹۹ در مورد قراردادهای مختلف بود، داوران ارجاع طرفین به قواعد عدالت طبیعی<sup>۱</sup> را به معنای قصد طرفین بر حکومت قواعدی غیر از قوانین داخلی و اعمال اصول و قواعد کلی حقوقی تفسیر کردند. به نظر دیوان این قواعد به حکم ضرورت در معاملات بین‌المللی پذیرفته شده است. به طوری که: «اصول و قواعد کلی حقوقی برخوردار از اجماع بین‌المللی بوده و قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین‌المللی می‌باشد؛ این اصول ابتدائاً در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است.» در نتیجه بدون در نظر گرفتن مقررات قراردادهای و عرف ذی‌ربط، دیوان معتقد است که قراردادهای تابع اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بوده و در مورد کلیه مسائل تحت شمول، بر طبق این اصول تفسیر می‌گردند (International Chamber of Commerce, 2015: 12).

### نتیجه‌گیری

از بررسی آنچه در این مقاله به آن‌ها اشاره شد می‌توان به نتایج و یافته‌های زیر دست یافت: اگرچه در مفهوم حقوق بازرگانی فراملی اختلاف نظر وجود دارد، اما به طور کلی می‌توان گفت منظور از این مقررات اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی خودجوشی است که در چهارچوب تجارت بین‌الملل شکل گرفته است، قواعد مزبور ماهیت غیر ملی داشته و به هیچ‌یک از نظام‌های ملی وابسته نیستند. سه ویژگی خودبه‌خودی (خودزایشی)، جهان‌شمول بودن و مستقل از نظام حقوقی ملی و بین‌المللی بودن، مهم‌ترین ویژگی‌های حقوق بازرگانی فراملی است که باعث مطلوبیت آن در داوری تجاری بین‌المللی می‌شود. حقوق بازرگانی فراملی وقتی می‌تواند جایگزین مناسبی برای قواعد ملی کشورها باشد که بتواند معیارهای کیفی این قواعد را از جمله قطعیت حقوقی در اجرای آراء داوری محقق سازد؛ در غیر این صورت، تنها می‌توان از حقوق بازرگانی فراملی به عنوان مجموعه‌ای از قواعد فرعی و تکمیلی و نه یک نظم حقوقی مستقل استفاده کرد.

به‌رغم ویژگی‌های منحصر به فرد حقوق بازرگانی بین‌المللی، امکان اعمال آن به‌عنوان قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی مورد تردیدهای جدی قرار گرفته است. تردید از آن‌جا ناشی می‌شود که محتوای حقوق مزبور به‌عنوان یک مجموعه حقوق خودکفا همچنان مبهم و ناقص بوده و فاقد قطعیت، کلیت و شفافیت می‌باشد. همچنین فقدان ضمانت اجرای مستقل در حقوق ملی و عدم وضع آن به وسیله یک قدرت حاکمیتی، مشروعیت آن را به‌عنوان نظم حقوقی به زیر سؤال برده است. برخی از منابع این حقوق به دلیل ابهام و اجمال نمی‌تواند به‌عنوان منبع ثابت و یکسان از قواعد دارای ارتباط با یکدیگر در داوری بین‌المللی به کار برده شود. نمی‌توان از ساختار پراکنده و شکننده حقوق

1. Natural justice

بازرگانی فراملی عدول نمود اما با رشد و گسترش مقررات یکنواخت، عرف‌ها و رویه‌های بین‌المللی تجاری و نیز آراء داوری، صادره، حقوق بازرگانی بین‌المللی در حال رشد و توسعه است. در بیشتر قراردادهای طرفین صریحاً قانون حاکم را انتخاب می‌کنند و در این انتخاب، معمولاً یک قانون ملی را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوی برمی‌گزینند. با وجود این، ممکن است طرفین انتخاب حقوق بازرگانی فراملی را بر قوانین ملی ترجیح دهند تا منافع مشترک آن‌ها به‌نحو بهتری تأمین شود. قوانین بسیاری از کشورها، همچنین مقررات بسیاری از سازمان‌های داوری از اعمال حقوق بازرگانی فراملی در صورت تصریح طرفین سخن گفته‌اند. داوران زمانی قانون منتخب طرفین را اعمال می‌کنند که مانعی برای اجرای قواعد امری که باید مطابق قانون ملی اجرا شود وجود نداشته باشد.

در صورتی که طرفین قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب نکرده باشند، دیوان‌های داوری باید قانون حاکم را تعیین و اعمال کنند. منظور از قانون منتخب طرفین مجموعه کامل و جامعی از قواعد تصمیم‌گیری است که می‌تواند برای حل و فصل اختلاف به‌کار گرفته شود. به هر تقدیر، اعمال حقوق بازرگانی فراملی در غیاب توافق طرفین قرارداد مستلزم به‌کارگیری یک نظام تعارض قوانین می‌باشد تا اعمال این حقوق را در داوری بین‌المللی تجویز کند. به بیان دیگر، اعمال حقوق بازرگانی فراملی در داوری‌های بین‌المللی اقتضا دارد تا یک قاعده بین‌المللی تعارض قوانین بر اعمال این حقوق به‌عنوان قانون ماهوی مناسب قرارداد صحه بگذارد. با وجود این، اجرای آراء داوری که قانون قابل اعمال آن حقوق بازرگانی فراملی است منوط و مشروط به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی کشور محل اجرای رأی داوری است.

نظام حقوق بین‌الملل خصوصی امکان اعمال حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی نمی‌دهد. در واقع، قواعدی که بخشی از یک نظام حقوق ملی را تشکیل ندهند، تنها وقتی که در چهارچوب حقوق ملی قابل اعمال باشند می‌توانند به‌کار برده شوند. برای مثال وقتی که طرفین این قواعد را در قرارداد خود درج کنند یا این که این قواعد از طریق عرف تجاری قابلیت اعمال بر قرارداد را بیابد.

حقوق بازرگانی فراملی در پرونده‌هایی اعمال شده است که قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین تعیین نشده است. در هر حال، این حقوق مستقلاً به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر قراردادها در مواردی معدودی اعمال شده است و کاربرد آن بیشتر به‌عنوان تکمیل‌کننده قانون ماهوی بوده است. بنابراین، در حال حاضر از این حقوق صرفاً می‌توان به‌عنوان «حقوق نرم، Soft law» در مقابل حقوق قوام‌یافته داخلی نام برد و تا زمانی که حقوق بازرگانی فراملی نتواند به‌عنوان اصول یک نظام قابل اعتنا که مورد قبول جامعه بین‌المللی باشد قرار گیرد، این حقوق تحت تأثیر عدم قطعیت قرار خواهد داشت؛ لذا

رویکرد ترجیحی همچنان می‌باید استفاده از اعمال قوانین ملی کشورها در قراردادهای تجاری بین‌المللی را مورد توجه قرار دهد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع

### فارسی

- اشمیتوف، کلاویو ام. (۱۳۷۸). حقوق تجارت بین‌الملل. ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران. جلد دوم. چاپ اول. تهران: سمت.
- انصاری، علی و مبین، حجت. (۱۳۸۹). «قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. دوره ۴۰. شماره ۳.
- خلیلیان، سیدخلیل. (۱۳۸۲). دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه. شرکت سهامی انتشار. دهدار، فرزین. ۱۳۹۳. «مبانی فلسفی حقوق بازرگانی فراملی». فصلنامه حقوق. دوره ۴۴. شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). کلیات حقوق. جلد اول. چاپ چهارم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- لیو، جولیان دی ام، میستلیس، لوکاس ای و کرول، استفان ام. (۱۳۹۱). داوری تجاری بین‌المللی. ترجمه محمد حبیبی مجنده. چاپ اول.
- مافی، همایون. (۱۳۹۷). شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران. چاپ دوم. تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی.
- محبی، محسن. (۱۳۸۳). دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا. ماهیت - ساختار، عملکرد. مترجم حبیبی مجنده. محمد.
- موحد. محمدعلی. (۱۳۷۴). درس‌هایی از داوری‌های نفتی. چاپ اول. تهران: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی.
- نیکبخت، حمیدرضا و پیری، فرهاد. (۱۳۹۱). «اعمال اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی توسط دیوان داوری به‌عنوان قانون حاکم بر دعا». مجله حقوقی بین‌المللی. شماره ۴۶.

### لاتین

- Baddack, Frank. (2005). *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, LL. M. (Faculty of Law) University of the Western Cape, South Africa: University of the Western Cape.
- Bui, Jade Ngoc Bich (2014). *Arbitration's Influence on the Development of Lex Mercatoria*. Norway: University of Oslo.
- Cuniberti, Gilles. (2014). "Three Theories of Lex Mercatoria". *Columbia Journal of Transnational Law* 52.
- Gaillard, Emmanuel, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 10, Issue 2, Fall 1995, Pages 208-231, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/10.2.208>
- Elcin, Mert. (2006). *Application Law to International Commercial Contract and the Status of Lex Mercatori With a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the European Community*. Dissertation.com, Boca Raton, Florida, USA.
- Güçer, Sülün (2009). "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*. No 1.
- Hiero, Antonio, and Malo Cuatrecasas, Miguel Angel. (2009). *Lex Mercatoria Revisited*, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*. available at <http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern->

- arbitration-review-2009/1036549/lex-mercatoria-revisited, 2010, (last visited on 20/8/2017).
- Howarth, Richard. (2004). Lex Mercatoria: Can General Principles of Law Govern International Commercial Contracts?, Canterbury Law Review 36.
  - Jemieniak, Joan. (2013). Legal Interpretation in International Commercial Arbitration. Ashgate Publishing. Ltd.
  - LopezRodriguez, Ana Mercedes. (2002). Lex Mercatoria, RETTID 46, available at: <http://www.rettid.dk/artikler/20020046.pdf#search=lex%20mercatoria>.
  - Maniruzzaman, Abdul F.M. (1999). The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?. American University International Law Review, Vol. 14.
  - Michaelles, Ralf. (2007). The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.14.Issue 2.
  - Mustill, Michael (1998). The New LexMercatoria: The First Wwenty-five Years, Arbitration InternationalDocument-ID:126900: <http://www.trans.org/126900>.
  - Roba, Roxana Maria (2011), Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, CurentulJuridic, Vol.47.
  - Sairambaeva, ZhuldyyzTalgatovna and Baimagambetova, Zulfiya Mazhitovna (2013), The Role of Lex Mercatoria in the Regulation of International Trade Relations, Middle East Journal of Scientific Research 15
  - Schmitthoff, Clive. (1964). The Sources of International Trade Law, Publisher: Frederick A. Praeger.
  - Selden, Barton S. (1995). Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Closer Look, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.2.Issue.