

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۸، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۶

صفحات ۱۳۱ تا ۱۵۰

## ماهیت حقوق بازرگانی فراملی

فرزین دهدار\*

استادیار مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۲۹)

### چکیده

تئوری حقوق بازرگانی فراملی را باید نظریه‌ای در مرزهای علم حقوق دانست. حقوقی خودرسته که نه از سوی دولت‌های دارای حاکمیت، بلکه از طرف بازرگانان فعال در عرصه تجارت بین‌الملل ایجاد می‌شود و از طریق داوری‌های تجاری بین‌المللی اعمال می‌گردد. موضوعی که با پارادایم‌های زمانه ما در خصوص مبنای حقوق و منابع آن ناسازگار است. باوجوداین، کاربردهای عملی باعث می‌شود که داوران از حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان ابزاری عمل‌گرایانه بهره ببرند. نو بودن این نظریه خود موجب بروز اختلاف میان حقوق‌دانان در خصوص محتوای این حقوق شده است؛ گروهی آن را به‌عنوان متد و شیوه‌ای برای یافتن قاعده ماهوی مناسب تصور کرده‌اند، عده‌ای دیگر این حقوق را مجموعه‌ای از قواعد و اصول حقوقی دانسته‌اند، اما بحث‌برانگیزترین دیدگاه‌ها متعلق به کسانی است که حقوق بازرگانی فراملی را یک نظام حقوقی در کنار حقوق ملی و حقوق بین‌الملل عمومی می‌دانند.

### واژگان کلیدی

جامعه بازرگانان، حقوق بازرگانی فراملی، خودگردانی قضایی، قاعده حقوقی، نظام حقوقی.

## مقدمه

در داوری‌های تجاری بین‌المللی آنجا که از قانون حاکم بر ماهیت دعوا سخن می‌رود، در درجه اول داوران بر اساس اصل حاکمیت اراده قانون منتخب طرفین را اعمال خواهند کرد. در صورتی که طرفین حقوق ملی کشور خاصی را برگزیده باشند، داوران در اغلب موارد سعی دارند با اعمال قاعده حل تعارض مناسب قانون ماهوی را بیابند. اعمال قاعده حل تعارض لزوماً به یک حقوق ملی می‌رسد، ولی گاه طرفین قرارداد یا خود داوران تمایل دارند دعوی را بر اساس عرف‌های تجاری بین‌المللی یا اصول کلی حقوقی حل و فصل کنند. در این حالت، پای حقوق بازرگانی فراملی به میان می‌آید؛ حقوقی خودرسته که قواعد آن زاده عرف‌هایی است که خود تاجران برپا داشته‌اند یا از اصول کلی حقوقی نشئت گرفته که مورد قبول اغلب حقوق ملی یا حقوق بین‌الملل عمومی است.

زمانی که در یک دعوای تجاری بین‌المللی حقوق کشور مشخصی اعمال می‌شود، محتوای آن مجموعه‌ای از قوانین، عرف‌ها و رویه‌های قضایی حقوق آن کشور است. اعتبار یک قاعده حقوقی متعلق به نظام حقوق ملی است، اما آنچه با عنوان حقوق بازرگانی فراملی خوانده می‌شود، چه ماهیت و محتوایی دارد؟ جدید بودن تئوری حقوق بازرگانی فراملی موجب شده است که حتی در خصوص ماهیت و محتوای این حقوق اختلاف نظرهای عمیقی پدید آید. پیش‌فرض ذهنی زمانه، ما را به آنجا می‌کشاند که قواعد حقوقی را زاییده قدرت حاکمیتی برتر بدانیم؛ چیزی که اساساً در حقوق بازرگانی فراملی غایب است و همین امر برخی را به مخالفت‌های جدی واداشته و حتی تا پای انکار این حقوق کشانده است. تعدادی نیز تلاش کرده‌اند تا محتوا و درون‌مایه حقوق بازرگانی فراملی را چنان تعریف کنند تا با پارادایم‌های زمانه سازگاری یابد. از همین جا سه دیدگاه در خصوص ماهیت و محتوای حقوق بازرگانی فراملی پیدا شده است که این مقاله در پی ارزیابی این دیدگاه‌ها و مقایسه آن‌هاست: نخستین دیدگاه، اساساً حقوق بازرگانی فراملی را همچون شیوه و روشی برای حل و فصل اختلافات می‌داند؛ دیدگاه دوم، آن را مجموعه‌ای از قواعد تلقی می‌کند، بدون اینکه این مجموعه را یک نظام حقوقی بدانند؛ و دیدگاه سوم، حقوق بازرگانی فراملی را یک نظام حقوقی تمام‌عیار همچون نظام‌های حقوق ملی به‌شمار می‌آورد.

## حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک شیوه

### ۱. مفهوم نظریه

بر اساس این نظریه، حقوق بازرگانی فراملی نه مجموعه‌ای از قواعد و هنجارها، بلکه سازوکاری برای شناسایی قواعد و هنجارها است. به عبارت دیگر «حقوق بازرگانی فراملی شامل فهرست خاصی نیست بلکه از یک شیوه به دست می‌آید» (Gaillard, 1996, p.224). اگر طرفین خود روشی برای رسیدن به قواعد قابل اعمال بر دعوی تعیین نکرده باشند، مشاوران حقوقی یا داوران، قاعده یا قواعد مناسب را از مقایسه تطبیقی حقوق‌های ملی به دست خواهند آورد (همان، ص ۲۲۶). در همین راستاست که لون فیلد اعتقاد دارد: حقوق بازرگانی فراملی حقوقی است که از عرف‌ها، کنوانسیون‌ها، آرای سابقه و بسیاری از حقوق‌های ملی ساخته شده است که می‌تواند جایگزین تعارض قوانین برای تعیین قانون حاکم شود (Lowenfeld, 1990, p.143). بر اساس این ایده، حقوق بازرگانی فراملی یک مکانیسم هنجاری است که به ما اجازه می‌دهد قواعد و نرم‌های قابل اعمال بر دعوا را بشناسیم و این کار تقریباً شبیه کاری است که قواعد تعارض قوانین انجام می‌دهد. در این صورت حقوق بازرگانی فراملی می‌تواند فرایند انتخاب قانون را که بسیاری از حقوق‌دانان از آن نفرت دارند، کنار نهد (Lando, 1985, p.754). البته در اینکه حقوق بازرگانی فراملی یک روش انتخاب قانون در کنار سایر قواعد حل تعارض است یا اینکه می‌تواند جایگزین آن شود، محل اختلاف است، ولی هر دو نظر در روش بودن حقوق بازرگانی فراملی اتفاق دارند. در این حالت با اعمال حقوق بازرگانی فراملی در واقع قواعد حقوقی قابل اعمال بر دعوی را با به کار بردن شیوه خاص می‌یابیم. با این تعبیر، حقوق بازرگانی فراملی به یک واقعه و پدیده قضایی تبدیل می‌شود و نباید به عنوان هنجار جامعه بازرگانان به آن نگاه کرد. حقوق بازرگانی فراملی تصمیم‌گیری بدون حقوق (Mustill, 1988, p.9) یا بر مبنای صلح و سازش نیست (Lowenfeld, 1990, p.141).

همچنین با تعبیر حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک شیوه، این حقوق چیزی بیش از اجزای تشکیل دهنده خود می‌شود. داور در رویارویی با یک پرونده، قاعده  $x$  را از کشور  $A$  و قاعده  $y$  را از کشور  $B$  و قاعده  $z$  را از حقوق کشور  $C$  استخراج می‌کند. وقتی این قواعد شبیه به هم هستند آن‌ها را به عنوان یک قاعده فراملی اعمال می‌نماید. در واقع این شیوه را که از آن برای رسیدن به قاعده قابل اعمال استفاده می‌شود، با عنوان حقوق بازرگانی فراملی نام می‌برند.

### اعتبار قواعد ناشی از اعمال شیوه فراملی

اگر حقوق بازرگانی فراملی یک شیوه استخراج قاعده است، اعتبار قاعده مستخرجه از کجا ناشی

می‌شود؟ اولین پاسخ، حقوق‌های ملی یا حتی حقوق بین‌الملل است. ولی با کمی دقت متوجه نادرست بودن پاسخ می‌شویم. اعتبار قواعد  $x$ ،  $y$  و  $z$  به حقوق‌های ملی یا کنوانسیون‌های بین‌المللی یا حقوق بین‌الملل و... باز نمی‌گردد. این قواعد معتبرند، چون یک قاعده فراملی (حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک شیوه) به آن فرمان می‌دهد. «قواعد حقوق بازرگانی فراملی ارزش هنجاری دارند و اعتبار خود را از هیچ‌یک از حقوق‌های ملی نمی‌گیرند» (Mustill, 1988, p.88). «نیروی الزام‌آور حقوق بازرگانی فراملی وابسته به شناسایی و اعلام از سوی مقامات دولتی نیست، بلکه اعتبار آن از خود نظام خودگردان هنجارها ناشی می‌شود که از جانب بازرگانان پذیرفته شده است» (Lando, 1985, p.752). «قراردادهای بین‌المللی و آرای که اغلب به اصول کلی حقوقی ارجاع می‌دهند، نیروی الزام‌آور خود را از هیچ قاعده حقوق ملی نمی‌گیرند» (Bucher/Tschanz, 1988, p.105).

شبیه این اتفاق در دادگاه‌های ملی نیز روی می‌دهد. زمانی که یک دادگاه ملی در رسیدگی به پرونده با مطالعه تطبیقی قاعده‌ای را می‌یابد، در این حالت قاعده به‌دست آمده اعتبار خود را از نظام حقوقی دادگاه و همین‌طور نظام‌های حقوقی که از آن‌ها استخراج شده است، نمی‌گیرد (Canivet, 2004, p.28). در داور‌ها نیز داوران با اعمال حقوق بازرگانی به‌عنوان یک شیوه، قواعد را از نظام‌های گوناگون و شاید نظام حقوق بین‌الملل بیرون می‌کشند و سپس آن‌ها را با هم ترکیب می‌کنند و شاید این قواعد را از نو تعبیر و تفسیر نمایند. به قولی آن‌ها را فراملی می‌کنند تا با تجارت بین‌المللی سازگار شوند.

به این ترتیب با درپیش گرفتن فرایند پیش‌گفته، داوران «یک حقوق» (a law) و نه صرفاً «حقوق» (law) را اعمال می‌نمایند (Gaillard, 2001, p.62-63). تفاوت این دو چیست؟ وقتی صحبت از «حقوق» می‌کنیم به قواعد پراکنده و جدا از هم اشاره داریم که از نظام‌های مختلف حقوقی به‌دست می‌آید و از آن می‌توانیم به «قواعد حقوق» (rules of law) تعبیر کنیم. اما منظور از «یک حقوق مشخص» نظام به‌هم پیوسته‌ای از قواعد است؛ مجموعه همان قواعد پراکنده که البته این بار با عاملی به یکدیگر پیوند خورده و منسجم شده است. داور وقتی «حقوق» را اعمال می‌کند، می‌تواند برای بخش‌های مختلف یک قرارداد حقوق کشورهای مختلفی را اعمال کند. برای مثال، حقوق کشور A برای انعقاد قرارداد، حقوق کشور B برای قرارداد داور و حقوق کشور C به‌عنوان قانون ماهوی حاکم بر موضوع مورد اختلاف. در این حالت، داور نه «یک حقوق» بلکه «حقوق یا حقوق‌ها» را بر دعوی اعمال می‌کند؛ درحالی که نظام حقوقی دارای انسجام ارگانیک است و اعتبار قضایی مستقل خود را دارد.

وقتی که حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک شیوه تلقی می‌شود، درواقع این شیوه به ما می‌گوید که این یا آن قاعده ماهوی باید از منابع خود استخراج و بر موضوع اعمال شود. این

متد، همان چسبی است که از مجموعه پراکنده‌ای از قواعد حقوقی، یک حقوق مشخص می‌سازد و درواقع شیوه حقوق بازرگانی فراملی، روشی برای شناسایی قواعد حقوقی می‌شود. این تعبیر ما را به یاد قواعد اولیه و ثانویه هارت می‌اندازد. به یاد داریم که از نظر هارت، قواعد اولیه، قواعد رفتار بودند که باید و نبایدها را فرمان می‌دادند، ولی قواعد ثانویه یا قواعد شناسایی، بدون اینکه دستور رفتاری داشته باشند، بیان می‌کردند که چه قاعده‌ای به نظام حقوقی تعلق دارد و معتبر است. با این تفسیر، حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک شیوه درواقع یک قاعده شناسایی خواهد بود. سخن گایارد را به یاد بیاوریم که می‌گفت: «باید حقوق بازرگانی فراملی را از روی منابع آن شناسایی کرد و نه محتوای آن» (Gaillard, 2001, p.62). متیو کرامر در این باره می‌نویسد: «قاعده شناسایی در تمام نظام‌های حقوقی به‌عنوان یک سری از قواعد هنجاری از پیش فرض شده وجود دارد که زمینه و ساختار رفتار مأموران رسمی آن نظام حقوقی را تعیین می‌کند. آن قواعد، قواعد شناسایی‌اند و به مجریان قانون می‌گویند کدام هنجار الزام‌آور و کدام غیر الزام‌آور است» (Kramer, 2005, p.57).

به این ترتیب، وقتی حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک شیوه و متد به کار گرفته می‌شود، قاعده‌ای هنجاری است که به داوران می‌گوید که کدام قاعده را به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور اعمال کنند. این قاعده شناسایی صرف نظر از درجه دقت یا ابهام آن، وجه ممیزه یک نظام حقوقی از هنجارهای صرفاً اجتماعی است (Hart, 1994, p.91 et seq.). با این اوصاف، حقوق بازرگانی فراملی یک «نظام حقوقی» خواهد بود که مأمورین رسمی آن داورانی هستند که با اعمال قاعده ثانویه شناسایی (متد و روش)، تعیین می‌کنند که کدام هنجارها به حقوق بازرگانی فراملی تعلق دارند.

## حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول و قواعد

### اختصاصی

#### ۱. مفهوم نظریه

مبادلات تجاری بین‌المللی نیازمند مجموعه قواعد و قوانین خاصی است و پاسخ به نیاز مبادلات تجاری بین‌المللی (Loquin, 1989, p.163) موجب شده است تا حقوق بازرگانی فراملی در برابر حقوق‌های ملی شکل گیرد. در این دیدگاه، حقوق بازرگانی فراملی مجموعه‌ای از اصول و قواعدی است که داوران به هنگام اعمال حقوق بازرگانی فراملی باید به آن رجوع کنند؛ حال چه این اصول و قواعد احصا شده باشد و چه امکان افزودن بر آن‌ها وجود داشته باشد. برای مثال، لرد ماستیل این اصول را در ۲۰ اصل برشمرده است (Mustill, 1988, p.118) و یا مرکز

حقوق فراملی در آلمان (CENTRAL) در پایگاه اینترنتی خود از ۸۰ اصل نام می‌برد. شیوه احصای اصول در واقع پاسخ طرفداران حقوق بازرگانی فراملی به کسانی است که این حقوق را مبهم و غیرقابل پیش‌بینی می‌دانند. منتقدان بیان می‌دارند که طرفین قرارداد این حقوق را به‌عنوان حقوق حاکم بر دعوی خود انتخاب نمی‌کنند، زیرا نمی‌دانند اساساً محتوا و قواعد این حقوق چیست. البته در سال‌های اخیر انتشار مجموعه‌هایی مانند UNIDROIT تا اندازه‌ای طرفداران را آسوده‌خاطر کرده است و آن‌ها می‌توانند برای بیان محتوای حقوق بازرگانی فراملی به آن اصول اشاره نمایند.

این دیدگاه دوم در واقع حقوق بازرگانی فراملی را فهرست و گزارشی از قواعد حقوقی تلقی می‌کند، اما تا آنجا پیش نمی‌رود که برای آن اعتبار نظام حقوقی قائل شود. تفاوت این دیدگاه با دیدگاه اول (شیوه و متد) در این است که در اولی، قواعد با واسطه شیوه‌ای که حقوق بازرگانی فراملی نامیده می‌شد، به‌دست می‌آمد، ولی در این دیدگاه حقوق بازرگانی فراملی خود دارای دسته‌ای از قواعد حقوقی است و نقش واسطه را بازی نمی‌کند.

نظریه مجموعه قواعد، از سوی برخی از نویسندگان معاصر نیز تأیید شده است (Poudret, 2007, paras. 697, 70) و می‌تواند به همه کسانی که معتقد به وجود اصول و قواعد خاصی برای تجارت فرامرزی در حوزه تجارت بین‌الملل هستند، نسبت داده شود (Bucher, 1988, p.198). افزون بر این‌ها، متونی که اصطلاحاتی مانند «قواعد حقوق» را به جای «حقوق» به‌کار برده‌اند نیز مؤید این نظرنند. از جمله این متون می‌توان به قوانین ملی داوری برخی از کشورها<sup>۱</sup> و قواعد برخی از داوری‌های نهادی یا قانون نمونه آنسیترال یا کنوانسیون واشنگتن اشاره کرد. در اینکه مجموعه‌ای از اصول و قواعد در تجارت بین‌الملل مستقل از حقوق‌های دولتی وجود دارد، بحثی نیست (Bucher, 1988, p.105)؛ هرچند در خصوص قلمرو و محتوای این قواعد اختلاف نظر وجود دارد (Gaillard, 2001, p.59). به گفته هارولد برمان و فلیکس دسر: «چهارچوب تئوری هرچه باشد نباید از دیدن آنچه در مقابل چشمانمان می‌گذرد، خودداری کنیم و آن وجود قواعد و اصولی است که در عمل اعمال می‌گردد» (Berman, 1998, p.64). تردیدهایی از قبیل مفید یا کامل بودن یا عدم قطعیت این اصول موضوع دیگری است. به این ترتیب، اگر درباره حقوق بازرگانی فراملی تا حد یک نظام حقوقی پیش‌نرویم، بی‌گمان این حقوق یک تئوری محض هم نیست (Pradelle, 2003, p.134).

1. For instance the laws of the Germany (§ 1051 ZPO), Italy (Art. 834 al. 1 CPCI), the Netherlands (Art. 1054 WBR), France (Art. 1496 NCPC, Decree No.81-500 of May 12, 1981), Switzerland (Art. 187 PIL Act), and possibly Belgium (Art. 1700 Belgian Judicial Code, which refers to 'règles de droit', a language interpreted by some authors as meaning 'rules of law' outside a national legal system – e.g. DE BOURNONVILLE P., *Droit judiciaire: l'arbitrage*, Brussels 2000, p. 231 – and by others as meaning a national law – e.g. HUYS M./KEUTGEN G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussels 1981).

## ۲. اعتبار مجموعه قواعد حقوق بازرگانی فراملی

تئوری‌های گوناگونی برای توجیه اعتبار قواعد حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد و نه نظام حقوقی ارائه شده است که اولین آن‌ها مکتب حقوق طبیعی می‌باشد. توماس کربونو معتقد است که حقوق بازرگانی فراملی شامل اصول حقوق طبیعی است (Carbonneau, 1998, p.16). از این دیدگاه حقوق بازرگانی فراملی پدیده اجتماعی ذاتی دنیای تجارت بین‌المللی است و اعتبار خود را به‌طور مستقیم از ارزش‌هایی می‌گیرد که در پس هر تصمیم انسانی از قبل وجود دارند (Amselek P./Grzegorzczak C. 1989). چنین تصویری از منشأ اعتبار حقوق بازرگانی فراملی از قضا طرف‌دارانش از جمله کربونو را تا به آنجا کشانده است که حتی حقوق بازرگانی فراملی را در مرتبه‌ای بالاتر از حقوق‌های ملی قرار دهد. مشابه این نظر در توجیه حقوق بشر به‌کار می‌رود که در آن برای انسان صرفاً از آن نظر که انسان است، حقوقی متصور است. پشتوانه چنین دیدگاهی، اخلاق لیبرال است که از آزادی‌های فردی در برابر قدرت سیاسی حمایت می‌کند. معیار اعتبار قاعده حقوقی مشروعیت خود قاعده است که باید با قواعد اخلاقی والاتر انطباق داشته باشد (Coleman, 2001, p.415 et seq.). برای مثال همان‌گونه که برخی از حقوق فردی اساساً مشروع و اخلاقاً ضروری هستند و آن‌ها را حقوق طبیعی بشر می‌نامیم، به همین ترتیب، برخی از قواعد تجارت بین‌المللی را نیز طبیعی و ضروری می‌دانیم. اصل وفای به عهد معتبر است؛ نه به دلیل اینکه در همه نظام‌های حقوقی معتبر وجود دارد، بلکه به این دلیل که این اصل ذاتاً مشروع و اخلاقاً ستودنی است.

اتکا به مکتب حقوق طبیعی برای توجیه اعتبار قواعد حقوق بازرگانی فراملی با سه ایراد اساسی روبروست: نخست اینکه برای بسیاری از قواعد حقوق بازرگانی فراملی به دشواری می‌توان پایه‌ای اخلاقی یافت. بسیاری از این قواعد مانند زمان انتقال خطر در بیع بین‌المللی کالا صرفاً برای سهولت جریان تجارت هستند. دوم اینکه قضاوت درباره مشروع بودن یا اخلاقی بودن قاعده حقوقی بسیار بحث‌برانگیز و مایه اختلاف عمیق است. سوم اینکه اخلاق اساساً عنصر ضروری حقوق نیست؛ چراکه در طول تاریخ همواره نظام‌های حقوقی بوده‌اند که باوجود شیطانی بودنشان کسی در حقوقی بودن آن‌ها شک نمی‌کند، مانند نظام حقوقی آلمان نازی. با این توضیحات باید گفت که رویکرد عدالت طبیعی حداقل در خصوص حقوق بازرگانی فراملی جالب و راضی‌کننده نیست.

نظریه دیگری که سعی در توجیه حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول و قواعد دارد، گرایش افراطی پلورالیسم حقوقی است که از واقع‌گرایی حقوقی الهام گرفته است (Pospisil, 1971, p.96). بر مبنای این نظریه، قاعده حقوقی، قاعده رفتاری است که مؤثر باشد و در عمل پیروی شود (Arnaud, 1988, p.433). بر این اساس، حقوق بازرگانی فراملی آن

دسته از قواعدی خواهد بود که جامعه بازرگانان (Societas Mercatorum) از آن پیروی می‌کند. ممکن است این توجیه در نگاه اول جالب باشد، ولی با این تعبیر افراطی همه پرسش‌ها و مسائل را درباره چیستی حقوق به کلی کنار گذاشته‌ایم. برای مثال تقریباً همه بازرگانان در ملاقات با یکدیگر دست می‌دهند و از این رفتار پیروی می‌کنند، ولی آیا می‌توان گفت دست دادن قاعده حقوق بازرگانی فراملی است؟ اگر چنین بیندیشیم مرزهای میان هنجارهای حقوقی و اجتماعی به کلی فرو می‌ریزد.

در این میان مکتب پوزیتیویسم حقوقی می‌تواند برای توجیه حقوق غیردولتی، مبنای قابل اتکایی به دست دهد. البته در اینجا مقصودمان پوزیتیویسمی که میراث آستین یا بنتام باشد، نیست. این افراد پوزیتیویسم را در معنایی بسیار محدود و مضیق به کار می‌برند و رابطه ناگسستنی میان حقوق و دولت برقرار می‌سازند؛ چیزی که با شواهد تاریخی و به‌ویژه دوران پیش از تشکیل دولت سازگار نیست. در اینجا منظور از پوزیتیویسم فرایند شکلی است که یک هنجار را به یک نظام حقوقی پیوند می‌دهد (Hart, 1994, p.601-602). یک هنجار زمانی به هنجار حقوقی تبدیل می‌شود که با سازمان یافتن دوباره در نهادهای نظام حقوقی بازتعریف شود. این هنجار در واقع از سوی مقام صلاحیت‌دار آن نظام حقوقی پذیرفته می‌شود.<sup>۱</sup> به بیان هارت، این هنجار باید از آزمون قاعده ثانویه شناسایی سربلند بیرون آید و چنین هنجار اجتماعی پس از تأیید یک نهاد حقوقی به یک هنجار حقوقی تبدیل می‌شود. این تأیید با اعمال قاعده شناسایی (از طریق اعمال یک شیوه) صورت می‌پذیرد و اعمال قاعده شناسایی از سوی مقامات صلاحیت‌دار نظام حقوقی مورد بحث انجام می‌گیرد (Hart, 1994, p.90). با این توضیح، حقوقی بودن یک هنجار و تبدیل آن به قاعده حقوقی از تعلق آن به یک نظام حقوقی ناشی شده، در نتیجه اصولی مانند UNIDROIT دیگر قواعد حقوقی نخواهند بود. حتی اصول کلی حقوقی نیز به تنهایی و به صورت مجرد نمی‌تواند قاعده حقوقی را تشکیل دهد. «یده هنجار حقوقی مجزا و منفرد بی‌معناست» (Teubner, 1988, p.36) و بنابراین، هنجارها زمانی حقوقی می‌شوند که از سوی یک نظام حقوقی پذیرفته شوند.

### حقوق بازرگانی فراملی به عنوان نظام حقوقی

دیدگاه سوم، حقوق بازرگانی فراملی را به عنوان یک نظام حقوقی تلقی می‌کند (Goldman, 1964, p.177). پلورالیست‌ها حقوق بازرگانی فراملی را به عنوان نمونه‌ای موفق از حقوق جهانی بدون دولت مثال می‌زنند. در این نگرش حقوق بازرگانی فراملی به عنوان حقوقی همپایه حقوق

۱. در خصوص حقوق بازرگانی فراملی این شخص داور است.

دولتی تلقی می‌شود، طبیعتی جهانی دارد و مقصود اولیه و اصلی آن، خدمت به فعالان اقتصادی است. چنین برداشتی، باب بحث در خصوص افول حاکمیت دولت‌ها و مشروعیت دموکراتیکی که این دولت‌ها نمایندگی می‌کنند و ظهور قدرت‌های اقتصادی جهانی را گشوده است. در همین زمینه است که حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان نظام حقوقی همچون ابزاری له یا علیه چرخش ساختار قدرت به‌کار می‌رود (De Sousa Santos, 2002, p.90). در مقابل، اثبات‌گرایان مهم‌ترین مخالفان حقوق بازرگانی فراملی هستند. در این گفتار مهم‌ترین دلایل ایشان و اینکه چرا هنوز نمی‌توان از حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک نظام سخن گفت، آورده می‌شود.

اوصاف اساسی یک نظام حقوقی در دو گروه دسته‌بندی می‌شود؛ اوصاف داخلی و اوصاف خارجی. جنبه خارجی به ساختار نظام و خودگردانی آن در برابر نظام‌های حقوقی دیگر باز می‌گردد و جنبه داخلی، آن‌هایی هستند که به کیفیت هنجارها به صورت جمعی مربوط می‌شوند.

## ۱. اوصاف خارجی (ساختاری) نظام حقوقی

### ۱.۱. لزوم وجود یک جامعه سازمان‌یافته

یک نظام حقوقی باید از نظر ساختاری به اندازه کافی توسعه‌یافته باشد، وگرنه صرفاً نظامی از هنجارهای اجتماعی خواهد بود. لاگارد معتقد است که یک نظام حقوقی نمی‌تواند تنها به گروهی از هنجارها فرو کاسته شود. نظام حقوقی باید دارای عنصر «سازمان» و «ساختار» باشد که جنبه خارجی آن را تشکیل می‌دهند و به‌طور منطقی مقدم بر هنجارهایی هستند که محتوای آن نظام را می‌سازند (Lagarde, 1982, p.133). برای اینکه سازمان و ساختار موردنظر شکل بگیرد، باید عناصری موجود باشند که نخستین آن‌ها یک «جامعه پایدار» است؛ چراکه وجود «نظام اجتماعی» ذاتاً شرط لازم (و نه کافی) برای تشکیل نظام حقوقی است. به بیان کوالیه، حقوق درعین حال که در جامعه عمل می‌کند، خود محصول جامعه است (Chevallier, 1983, p.30). تنها یک جامعه می‌تواند ساختار اجتماعی را که برای توسعه حقوق لازم است ایجاد کند؛ گروهی که به‌خوبی سازمان یافته و در ارتباط با هم هستند و از بقیه جهان جدا می‌شوند. به بیان حقوقی‌تر، این نیاز به جامعه اساساً به «خودگردانی اجتماعی» نظام حقوقی باز می‌گردد؛ به این معنا که باید یک بدنه اجتماعی در زیر یک نظام حقوقی موجود باشد (Ost, 2002, p.25). «خودمختاری اجتماعی» خود شرط لازم (و نه کافی) برای شرط دیگری است که از آن با عنوان «خودمختاری هنجاری» یاد می‌شود که در واقع

توانایی نظام حقوقی برای تعیین این نکته است که کدام هنجار قسمتی از نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد.

در نگاه اول، یک نظام حقوقی به صورت دسته‌ای از قواعد به نظر می‌آید. همین‌که مردم شروع به گسترش پیوندهای اجتماعی برای تشکیل گروه نمودند، هنجارها به صورت گریزناپذیری شروع به پیدایش می‌کنند (Ost, 2002, p.368). جایی که کنش و واکنش اجتماعی وجود دارد، قواعد هم در آنجا موجود است. اساساً ماهیت این قواعد هنجارهای اجتماعی است. بعدها و تحت شرایط خاصی این هنجارها ممکن است توسعه یابند و شکل رسمی به خود بگیرند و سازمان‌یافته‌تر شوند. این کار از سوی نهادهایی که ظهور یافته و قدرت ویژه‌ای در خصوص این هنجارها دارند، صورت می‌پذیرد. این نهادها دارای قدرتی هستند که تعیین می‌کنند کدام یک از این هنجارها جزئی از مجموعه رسمی قواعد باشند و به دنبال آن همین نهادها قواعد را بر موارد جزئی اعمال می‌کنند و مردم را به پیروی از آنها وامی‌دارند (Locke, 1986, paras 124-126). در این فرایند است که بسیاری از این هنجارها به نظامی از قواعد کاملاً سازمان‌یافته تبدیل می‌شوند و در این پروسه، اعمال این قواعد به آنچه ما نظام حقوقی می‌گوییم نزدیک می‌گردد (نمونه اولیه و ابتدایی نظام حقوقی) (Marmor, 2001, p.39-42). در این حالت، تبدیل «هنجار اجتماعی» به «هنجار حقوقی» صورت گرفته است. چنین نگرشی به حقوق این درس را به ما می‌آموزد که نظام حقوقی لزوماً ریشه در «واحد جمعی اجتماعی» (Collective social unit) یعنی «جامعه» دارد (Perrin, 1997, p.40). چنانچه برای مثال ژان دوین گفته که «حقوق یک قاعده اجتماعی است که از گروه و برای گروه است» (Dabin, 1969, p.98). به عبارت دیگر، حقوق نیازمند بستری از سازمان‌یافتگی اجتماعی است و نمی‌تواند در غیاب چنین جامعه‌ای که حقوق را ایجاد و حفظ می‌کند، وجود داشته باشد. اگر جامعه‌ای وجود نداشته باشد، حقوقی هم موجودیت نخواهد داشت. وجود نهادهای اجتماعی برای عملکرد نظام هنجارها و نهادها به صورت سازمان‌یافته لازم است و چنین نهادهایی بخشی از معنای حقوق را تشکیل می‌دهند.

از این گفته نتیجه می‌شود، جامعه‌ای که حقوق می‌سازد باید واحد و فراگیر باشد و صرفاً وجود حوزه‌های اجتماعی متکثر سرهم شده کافی نیست. مجاورت این جوامع کوچک نمی‌تواند یک نظام حقوقی جهانی را بسازد. این جوامع کوچک ممکن است برای خود دسته‌ای از قواعد را داشته باشند، اما این دسته قواعد تنها قادر به ایجاد نظام‌های حقوقی خردتر یا سایر نظام‌های هنجاری (غیر از نظام حقوقی) هستند؛ درحالی که از یک واحد سازمان‌یافته فراگیر خبری نیست (Kahn, 1975, p.173 et seq.). به بیان سانتی رومانو، نظام حقوقی تنها مجموعه‌ای از قواعد نیست، بلکه همچنین بدنه اجتماعی است که این قواعد را می‌سازد (Romano, 1975, )

p.13 et seq). نظام حقوقی به بدنه اجتماعی نیاز دارد که خود قواعدی را به آن می‌دهد. حقوق در جایی می‌تواند وجود داشته باشد که جامعه تشخیص می‌یابد. این جامعه یا به بیان دقیق‌تر نهادهای درون جامعه است که حقوق را می‌سازد. دیگر اینکه گفته شده است جامعه باید به درجه‌ای از سازمان‌یافتگی رسیده باشد؛ تعدادی از افراد که به صورت آزادانه دور هم جمع شده و به فعالیت مشابهی می‌پردازند، جامعه به معنای صحیح کلمه را تشکیل نمی‌دهند، بلکه جامعه‌ای مد نظر است که بتواند هنجارهای خودش را اخذ کند و نهادهای حقوق‌ساز خویش را داشته باشد (همان، ص ۱۸)

با این اوصاف، جامعه جهانی سازمان‌یافته‌ای از بازرگانان وجود ندارد. زمینه‌ای که تجارت بین‌المللی در آن جریان دارد، چنان وسیع و متنوع و پراکنده است که تصور حداقلی از سازمان‌یافتگی را دشوار می‌کند (Lagarde, 1982, p.138) از نظر لاگارد، جامعه بازرگانان ادعایی که برای وجود حقوق بازرگانی فراملی ضروری است، دارای سازمان‌یافتگی عینی در عرصه فراملی نیست. وی یادآوری می‌کند که چنین سازمان‌یافتگی عینی به صورت خودبه‌خود از روابط تجاری بین‌المللی حاصل نمی‌شود، بلکه باید عیناً به وجود آمده باشد. به نظر می‌رسد چشم‌انداز تجارت بین‌المللی از سازمان‌های جزیره‌ای جدا از هم تشکیل شده و در نتیجه روشی اصلی که در آن قواعد خصوصی ظهور می‌کند به صورت تکرار و تعدد مقررات مشابه است (همان، ص ۱۳۹-۱۳۸). بنابراین، باید نتیجه گرفت «جامعه بازرگانانی» وجود ندارد که به دنبال آن بتوان صحبت از نظام حقوقی کرد و به این ترتیب، حقوق بازرگانی فراملی هم وجود نخواهد داشت.

## ۱.۲. خودگردانی و قدرت قضایی (jurisdictional power)

یک نظام حقوقی باید درجه‌ای از خودگردانی نسبت به محیط اطرافش داشته باشد؛ به طوری که بتواند قواعد خود را بسازد و اعمال کند (Kelsen, 1967, p.71). برای اینکه نظام حقوقی مؤثری داشته باشیم، باید آن نظام در تشکیل و اعمال و اجرای هنجارهایی که تشکیل‌دهنده نظام حقوقی هستند، خودمختار باشد و برای دستیابی به چنین خودمختاری‌ای، سیستم باید خود را به نهادهای مناسب برای این کار مجهز سازد. برای نظام هنجاری، وجود قواعد شناسایی به‌تنهایی کافی نیست (همان، ص ۱۴۱)، افزون بر آن، این قواعد باید مؤثر نیز باشند؛ به این معنا که قلمرو و محدوده نظام حقوقی را از نظام‌های حقوقی دیگر مشخص کنند. چنانکه فرانسوا ریگو عقیده دارد که نظام حقوقی باید ظرفیت «ایجاد» و «اعمال» و «اجرای» هنجارهای نظام حقوقی را داشته باشد (Rigaux, 1989, p.28).

قوه اجرا در اینجا بسیار مهم می‌نماید؛ چراکه در مفهومی از حقوق که به‌طور سنتی از سوی

کسانی چون امانوئل کانت (Kant, 1996, p.25)، جان آستین (Austin, 1998, p.13-14)، ایپهرینگ (Jhering, 1913, p.231)، ماکس وبر (Weber, 1978, p.313, 332)، هانس کلسن (Kelsen, 1967, p.33, 320) و جان رالز (Rawls, 1971, p.235) اراده شده است، قوه اجرایی و الزام نقش محوری دارد. حقوق بازرگانی فراملی برای اجرای آرا نیازمند این است که بر قدرت اجبارکننده نظام‌های حقوق ملی تکیه کند و در نتیجه از یکی از مهم‌ترین عناصر خودمختاری تهی است. وقتی حقوق بازرگانی فراملی برای اجرا به حقوق‌های ملی تکیه می‌کند، این نظام‌های حقوق ملی هستند که در واقع تعیین می‌کنند چه قاعده‌ای قابلیت اجرا دارد و چه قاعده‌ای ندارد. به این ترتیب، می‌توان گفت این دادگاه‌های ملی هستند که می‌گویند چه قاعده‌ای می‌تواند جزئی از حقوق بازرگانی فراملی باشد و چه قاعده‌ای نباشد. در این صورت حتی نمی‌توان چندان به قواعد شناسایی حقوق بازرگانی فراملی دل بست؛ به همین دلیل است که حتی برتولد گلدمن نیز حقوق بازرگانی فراملی را یک نظام حقوقی ناقص به‌شمار می‌آورد (Goldman, 1982, p.249).

## ۲. اوصاف داخلی قاعده حقوقی

حقوق در ذات خود «قاعده رفتار» است که بایستی قابل پیش‌بینی و پایدار باشد، به نحوی که فرد بتواند عواقب رفتارهای خود را پیش‌بینی کند. برای همین منظور مجموعه‌ی هنجارها نیز باید در کنار یکدیگر شرایطی را داشته باشند. این شرایط همان است که از آن با عنوان جنبه‌های داخلی نظام حقوقی یاد می‌شود. در واقع خود هنجارها هم باید دارای کیفیاتی باشند که جوهر آنچه را که حقوق نامیده می‌شود، تشکیل دهند. این قواعد مجموعاً باید دارای ویژگی‌هایی باشند که در طبیعت خود سازنده (formal) به حساب آیند.<sup>۱</sup>

۱. نظریه پرداز امریکایی، لون فولر، یکی از بهترین توضیحات را از دیدگاه اثبات‌گرایی درباره ویژگی‌های ذاتی یک نظام حقوقی و «محتوای هنجارهای» آن ارائه داده است. فولر این اوصاف را به صورت سلبی بیان کرده و آن‌ها را در هشت بند آورده است که با حضور هریک از این بندها نظام حقوقی دارای آن اخلاق درونی نیست و در نتیجه نباید از نظام حقوقی سخن گفت. این اوصاف سلبی عبارت‌اند از: ۱. رسیدگی به هر پرونده بر اساس تصمیمی اتفاقی (و نه قاعده کلی)؛ ۲. ناتوانی در آگاه گردن عموم نسبت به قوانین؛ ۳. عطف به ماسبق کردن قوانین؛ ۴. ناتوانی از وضع قوانین قابل فهم (عقاب بلا بیان)؛ ۵. وضع قوانین متعارض؛ ۶. وضع قوانینی که افراد برای پیروی از آن احتیاج به نیرویی فرای توانشان دارند (تکلیف مالایطاق)؛ ۷. تغییر سریع قوانین به طوری که افراد نتوانند رفتار خود را با آن تغییرات هماهنگ کنند؛ ۸. عدم تجانس بین قواعد اعلامی و نحوه اعمال واقعی آن‌ها (Fuller, 1969, p. 38-39). این هشت ویژگی است که فولر از آن‌ها به‌عنوان اخلاق درونی حقوق نام می‌برد و چون به صورت سلبی بیان شده‌اند باید این اوصاف مجموعاً در نظام هنجارها موجود نباشند تا حقوق شکل بگیرد (همان، ص ۴۳-۴۲).

از میان اوصاف قاعده حقوقی، دو وصف کاملاً در ارتباط با حقوق بازرگانی فراملی است و باید بررسی شود. کرامر از این دو وصف با عنوان «کلیت قواعد» و «قطعیت قواعد» نام می‌برد (Kramer, 2007, p.109-18, 144-53).

نظام حقوقی باید قواعد کلی داشته باشد. در صورتی که برای هر موقعیت خاص مقرره خاصی مربوط به همان موضوع وضع و اعمال شود، دیگر نمی‌توان از نظام حقوقی سخن گفت. قاعده حقوقی باید به اطلاع عموم برسد. افراد باید بدانند از آن‌ها انتظار چه رفتاری می‌رود و از دیگران باید انتظار چه نوع رفتاری داشته باشند. به عبارت دیگر، حقوق و تکالیف آن‌ها در برابر دیگران چیست؟ در صورتی که نظام ادعایی این ویژگی را نداشته باشد، نمی‌توان گفت که نظام حقوقی داریم. در این صورت حقوق نمی‌تواند نقش رهبری خود را ایفا کند. در خصوص حقوق بازرگانی فراملی چه کسی صلاحیت تعیین قواعد و اعلام آن را به عموم دارد؟ در این باره سه دسته را می‌توان برشمرد: ۱. مفسران و متخصصان حقوقی؛ ۲. طرفین قرارداد؛ ۳. داوران.

هرچند مفسران در شرح و بسط قوانین نقش دارند، باید دانست نقش مفسران و نویسندگان حقوقی جنبه تشریح و توضیح دارد و ایشان در مقام ساختن قواعد حقوقی نیستند، بلکه تنها آن را توصیف می‌کنند. به عبارت دیگر، دانشمندان حقوقی مأموران رسمی یا نهاد رسمی (نظیر قضا و پارلمان) برای ساختن و شناسایی قواعد حقوقی نیستند؛ هرچند ممکن است نوشته‌های آن‌ها در میان قضا و سایر مأمورین رسمی مؤثر افتد، به‌ویژه زمانی که ایشان از قوانین به گمان خود نادرست، انتقاد کنند. ولی این مقدار تأثیر، نقش سازنده حقوق را به آن‌ها اعطا نمی‌کند. رئالیست‌ها گاه در تحلیل‌های خود اشاره می‌کنند که ناهاری که یک قاضی می‌خورد یا آموزه‌های والدین قاضی در تصمیم قضایی وی مؤثر است. ولی هرگز کسی گمان ندارد که ناهار یا والدین نقشی سازنده در قواعد حقوقی دارد. در خصوص حقوق بازرگانی فراملی، این حقوق‌دانان حتی قسمتی از جامعه تجاری هم نیستند. البته بدیهی است که وقتی حقوق‌دان در نقش داور ظاهر می‌شود، موضوع تفاوت می‌کند. در آن حالت وی سازنده قاعده حقوقی است و نه مفسر آن. حتی وقتی گروهی از حقوق‌دانان متنی مانند UNIDROIT را می‌نویسند، نمی‌توان گفت آن‌ها در حال ایجاد حقوق بازرگانی فراملی هستند (Oppetit, 1982, p.44). به همین گونه وقتی فردی مانند پیتز برگر اصول کلی حقوقی را برمی‌شمرد، در حال ساختن حقوق بازرگانی فراملی نیست. نقش این متون مانند الهام گرفتن از قوانین خارجی برای بهبود قوانین داخلی است. قوانین خارجی الهام‌بخش هستند، ولی منبع سازنده نظام حقوقی داخلی شمرده نمی‌شوند.

اما در خصوص گروه دوم، یعنی طرفین قرارداد و اعضای جامعه بازرگانان (بر فرض وجود جامعه بازرگانان)، هرچند اعضای جامعه بازرگانان صلاحیت ایجاد هنجارها را دارند و البته

هنجارهایی میان بازرگانان وجود دارد، این امر به تنهایی برای ایجاد قاعده حقوقی کافی نیست، زیرا یک جامعه برای اینکه بتواند «هنجارهای اجتماعی» را به «هنجارهای حقوقی» تبدیل کند و به عبارت دیگر، نظام هنجاری اجتماعی به نظام هنجاری حقوقی تبدیل شود، باید نهادهایی منظم وجود داشته باشند تا بتوانند هنجارها را بار دیگر سازماندهی و به قواعد حقوقی تبدیل کنند. نظام هنجاری بدون این نهادهای خاص که قدرت شکل‌دهی، اعمال و اجرای هنجارها را نداشته باشند، یک «نظام هنجار اجتماعی» است، نه یک «نظام حقوقی». اعضای جامعه، خود می‌توانند منبعی برای حقوق باشند، ولی بدون ایجاد نهادهایی که بتوانند هنجارهای اجتماعی را به هنجار حقوقی تبدیل کنند، نمی‌توانند دارای نظام حقوقی شوند (Bohannan 1965, p.35 et seq).

گفته شده است که داوران تنها مقام‌های مسئول این امر در حقوق بازرگانی فراملی هستند (Pellet, 2000, p.56-57). داوران و دیوان‌های داوری از طریق شناسایی و اعمال و منظم کردن هنجارهای نانوشته (از جمله عرف‌های تجاری) حقوق بازرگانی فراملی را قضایی (Jural) می‌کنند (Oppetit, 1992, p. 394). این داوران هستند که در چارچوب سیاست عمومی بین‌المللی این اختیار را دارند که تعیین کنند حقوق بازرگانی فراملی چه قواعدی دارد (Bucher, 1988, p.113). به این ترتیب، مشارکت داوران در ایجاد حقوق بازرگانی فراملی به‌طور کلی پذیرفته شده است (Oppetit, 1992, p.394 et seq.). ظهور و بروز نهادهایی نظیر داوری است که یک نظام حقوقی را از نظام‌های هنجاری اجتماعی متمایز می‌کند (Kramer, 2005, p. 63). برای اینکه داوران بتوانند این نقش خود را به خوبی ایفا کنند، آرا و قواعدی را که ایجاد می‌کنند باید اوصاف قاعده حقوقی را داشته باشد و درواقع اگر احکام صادره قادر نباشد این اوصاف را برآورده سازد، نمی‌توان انتظار ایجاد نظام حقوقی را داشت.

از منظر تئوریک داوران می‌توانند هر دو شرط «کلیت» و «قطعیت» را که دو عنصر اساسی حقوق هستند، برآورده سازند؛ زیرا برخلاف نظر افرادی نظیر فولر، این دو شرط از طریق تصمیمات منفرد قضایی نیز برآورده می‌شود. فولر معتقد است قاعده حقوقی زمانی وصف کلیت و قطعیت دارد که به اطلاع عموم برسد. اما در مقابل افرادی نظیر ماتیو کرامر معتقدند: «برای تنظیم رفتار از طریق یک سری استانداردها و هنجارها، لزوماً نیازی به اعلام عمومی آن به مخاطبان نیست، بلکه این کار می‌تواند از طریق پذیرش یا رد اجرای الگوهای رسمی هنجارها و استانداردها هم صورت پذیرد» (Kramer, 1999, p.46). منظور کرامر این است که اگر هنجاری دائماً از سوی مقامات و نهادهای رسمی مانند قضات یا داوران تأیید شود و یا از طرف آن‌ها انکار گردد، مخاطبان متوجه می‌شوند که در شرایط خاص، قاعده خاصی بر رفتارشان حکومت می‌کند. به عبارت دیگر، لزومی ندارد برای تحقق کلیت و قطعیت قواعد حقوقی، این

قواعد به صورت قوانین مدون در اختیار مخاطبان قرار گیرد، بلکه با اعمال این قواعد از سوی نهادهای رسمی در حل و فصل اختلافات و دعاوی، و مطالعه فرایند تصمیم‌گیری این نهادها، مخاطبان می‌توانند قواعد کلی سازنده نظام حقوقی را استنتاج کنند. ولی برای اینکه این استنتاج در خصوص محتوای قواعد حقوقی به‌درستی انجام گیرد و در واقع فرایند و الگوی تصمیم‌گیری به‌خوبی درک شود، رعایت چند شرط لازم است:

نخست اینکه این تصمیمات که در اینجا رأی داوران است، باید به اندازه کافی فراوان و منظم باشد تا مخاطبان - که در اینجا بازرگانان عضو جامعه بازرگانان هستند - الگوهای قابل فهمی از قواعد ثابت و قابل پیش‌بینی به‌دست آورند (Kramer, 2007, p.113-115)؛ بنابراین اگر آرای دآوری را تنها وسیله بیان قواعد حقوق بازرگانی فراملی بدانیم، باید این آرا به اندازه‌ای باشد که مخاطبان از اعمال و تکرار آن بتوانند قواعد عمومی را استنباط کنند (کلیت قواعد حقوقی). قواعدی که خود را بروز و ظهور ندهد، نمی‌تواند نقش اساسی خود را در هدایت رفتار مردم ایفا کند (همان، ص ۱۱۴). به بیان کرامر، اگر این تصمیمات اندک و فاصله میان آن‌ها زیاد باشد، نمی‌توانند به اندازه کافی آگاهی‌بخش و قابل اتکا باشند و در نتیجه نمی‌توان به هنجارهایی که در پس این تصمیمات قرار دارد، دسترسی پیدا کرد.

دوم اینکه برای تحقق شرط قطعیت قاعده حقوقی باید آرای بعدی بر اساس آرای قبلی صادر شوند (Precedential force) و این قوه الزام‌آور آرا می‌تواند «قضایی و حقوقی» یا «عملی» باشد. اگر پیروی از آرای سابقه به صورت الزام‌آور و در چارچوب دکترین قاعده سابقه (مانند حقوق انگلستان) باشد، در این صورت در دسترس بودن آرای سابقه به‌تنهایی کافی است و چون دادگاه‌های بعدی ملزم به پیروی از رأی قبلی هستند، پس قطعیت حقوقی حاصل است (Kramer, 2007, p.114). ممکن است پیروی از آرای سابقه کاملاً جنبه روانی داشته باشد؛ در این حالت عملاً از آرای قبلی پیروی می‌شود، بدون اینکه آشکارا وظیفه پیروی از آرا بیان شود (Bhala, 1999, p.940-42). اگر هیچ‌کدام از تئوری‌های قاعده سابقه وجود نداشته باشد و از آنجایی که هیچ نهاد دیگری برای بیان قواعد نیست، بنابراین بسیار دشوار است که قواعد را از اعمال آن‌ها در محاکم استنتاج نمود و خطر اینکه بین آرا انحراف و اختلاف ایجاد شود، بسیار زیاد خواهد بود. منظور این است که اگر تنها بیان رسمی یک قاعده، اعلام آن در رسیدگی به اختلافات فردی باشد، کوچک‌ترین انحراف در اعمال قواعد، هر تلاشی برای انتشار آن قواعد را از طریق اعمال آن‌ها ناکام خواهد گذاشت. در این صورت دیگر قواعد قطعیت ندارند و از مجموعه پراکنده‌ای از آرا نمی‌توان قواعد کلی استخراج کرد. در این صورت باید بگوییم وقتی

۱. دکترین پیروی عملی از قاعده سابقه: De facto stare decisis

جامعه بازرگانان به حقوق بازرگانانی فراملی متوسل می‌شود، اداره آن از سوی داوران صورت می‌پذیرد، نه حقوق (Kramer, 2007, p.114).

این انتقاد وارد است که آرای داوری صادرشده بر مبنای حقوق بازرگانی فراملی، اندک و با فاصله زیاد از هم هستند. برخی از نویسندگان تعداد آرای اصداری بر این مینا را تنها ۲۵ عدد دانسته‌اند (Mustill, 1988, p.116). هرچند این آمار به حدود ۲۰ سال پیش تعلق دارد، ولی نمی‌توان گفت که آرای صادره در سال‌های اخیر افزایش چشمگیری یافته است. حتی اگر آرای صادر شده ولی منتشر نشده باشد، نمی‌توان گفت که این آرا نقش سازنده‌ای در ایجاد حقوق دارند. آرای هم که در دسترس نبوده و یا اینکه به‌طور کامل منتشر نشده است، اثر اندکی بر جای می‌گذارد (Gray, 1992, p.122). افزون بر اینکه اساساً آرای داوری تجاری اصلاً قدرت سابقه ندارند. هرگز شنیده نشده است که رأی داوری به دلیل عدم پیروی از رأی قبلی باطل شده باشد (Larroumet, 2006, p.5). هرچند برخی از نویسندگان ادعا کرده‌اند که آرای سابقه در داوری‌های تجاری بین‌المللی در عمل رعایت می‌شود، ولی دلیلی بر این ادعا ارائه نشده است (Carbonneau, 2004, p.1205). در عین حال، برخی تحقیقات جدید بر مبنای بررسی پرونده‌ها به صورت مورد به مورد نشان داده است که صرف نظر از آیین رسیدگی داوری، پیروی از آرای سابقه در عمل دیده نمی‌شود (Kaufmann-Kohler, 2007, p.363) و داوران هر پرونده را بدون در نظر گرفتن آرای قبلی و به صورت منحصر به فرد بررسی می‌کنند (همان). نتیجه این می‌شود که گاه حتی اعمال حقوق بازرگانی فراملی به نتایج متضاد بینجامد (Delaupe, 1989, p.595, 602). شاید این موضوع اساساً به نفع بازرگانان باشد، زیرا داوران در هر موردی با توجه به اوضاع و احوال خاص هر پرونده و قرارداد مذاکره شده میان طرفین، اقدام به صدور رأی می‌نمایند. آن‌ها در این حالت بیشتر به منافع بازرگانان توجه می‌کنند تا نگران ایجاد حقوق یا قاعده حقوقی باشند. ولی در هر حال، عدم انتشار آرا و نبود قدرت سابقه رأی نقش داوران را در ساختن قواعد حقوق بازرگانی فراملی عقیم می‌گذارد.

## نتیجه

ماهیت حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک تئوری نوین هم در عرصه تجارت بین‌المللی، به‌ویژه داوری‌های تجاری بین‌المللی، و هم در حوزه فلسفه حقوق مناقشه‌برانگیز و محل اختلاف است (دهدار، ۱۳۹۲، ص ۵۰). اما با مطالعه دیدگاه‌های مختلف می‌توان آن‌ها را در سه گروه جای داد: گروه اول، حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان شیوه‌ای برای یافتن قاعده مناسب برای اعمال بر دعوی از میان قواعد حقوق ملی، حقوق بین‌الملل، آرای داوری، عرف‌های تجاری و اصول کلی حقوقی تلقی می‌کنند؛ در این حالت، حقوق بازرگانی فراملی بیشتر به قاعده حل تعارض

شبهه است تا مجموعه‌ای از اصول و قواعد. اعتبار قواعد ناشی از آن نیز به یک قاعده فراملی باز می‌گردد که نقش آن شبهه قاعده ثانویه یا قاعده شناسایی است که هارت از آن سخن می‌گوید. گروه دوم، حقوق بازرگانی فراملی را مجموعه‌ای از هنجارها و قواعدی به‌شمار می‌آورند که میان بازرگانان پذیرفته شده است. این مجموعه قواعد گاه از سوی حقوق دانان یا سازمان‌های غیردولتی جمع‌آوری و بازشماری و درعمل از سوی داوران به آن ارجاع می‌شود. مبنای اعتبار این قواعد را نیز می‌توان در مکتب حقوق طبیعی یا پلورالیسم حقوقی جستجو کرد. از این دیدگاه انسجام قواعد حقوق بازرگانی فراملی تا اندازه‌ای نیست که بتوان از وجود یک نظام حقوقی سوم در کنار حقوق‌های ملی یا حقوق بین‌الملل عمومی نام برد. آنچه مهم است اعمال این قواعد از سوی داوران و شناسایی آرای صادره بر آن مبنا از طرف حقوق‌های ملی است. گروه سوم اما اندکی پا را فراتر گذاشته و حقوق بازرگانی فراملی را یک نظام حقوقی تمام‌عیار دانسته‌اند. ایراداتی که بر نظر گروه اخیر، به‌ویژه از سوی اثبات‌گرایان حقوقی وارد شده است، مانع از آن می‌شود که حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان یک نظام حقوقی مستقل بپذیریم. مهم‌ترین این دلایل عبارت‌اند از: نبود جامعه منسجم بازرگانان به‌عنوان زمینه‌ساز هنجارهای حقوقی، نداشتن ضمانت اجرای مستقل از حقوق‌های ملی و فقدان کلیت و قطعیت حقوقی که از اوصاف یک نظام حقوقی مستقل است. بنابراین در حال حاضر نمی‌توانیم حقوق بازرگانی فراملی را بیش از مجموعه اصول و قواعد پراکنده اما تأثیرگذار و قابل اعمال در داوری‌های تجاری بین‌المللی بدانیم. ولی نباید فراموش کنیم که گسترش ارتباطات جهانی به‌خصوص در حوزه تجارت بین‌الملل می‌تواند زمینه‌ساز ظهور حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان یک نظام حقوقی مستقل باشد؛ چنانچه این اتفاق برای حقوق بین‌الملل عمومی در سه قرن اخیر افتاده است.

## منابع و مآخذ

### الف) فارسی

- دهدار، فرزین (۱۳۹۲)، مبانی و منابع حقوق بازرگانی فراملی، پایان‌نامه دکتري حقوق خصوصی، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

### ب) خارجی

- Amselek, P./Grzegorzczak, C. (eds), (1989), Controverses autour de l'ontologie du droit, Paris: Presses Universitaires de France.

3. Arnaud A.-J., (1988), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, Paris: L.G.D.J.
4. Austin, J., (1998), *The Province of Jurisprudence Determined [1832]*, Indianapolis, Hackett.
5. Bhala, R., (1999), "The Myth About Stare Decisis and International Trade Law" (Part One of a Trilogy), in: *American University International Law Review*, Volume 14, Issue 4, pp. 845-956.
6. Berman H.J./Dasser F., (1998), *The «New» Law Merchant and the «Old»: Sources, Content, and Legitimacy*, in: CARBONNEAU T. (ed), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, The Hague: Kluwer Law International.
7. Bohannan, P., (1965), "The Differing Realms of the Law", in: *American Anthropologist*, volume 67, issue 6, pp. 33-42.
8. Bucher, A./Tschanz P.-Y., (1988), *International Arbitration in Switzerland*, Basle, Helbing & Lichtenhahn.
9. Canivet, G./Andenas, M./Fairgrieve, D. (eds), (2004), *Comparative Law Before the Courts*, London, BIICL.
10. Carbonneau T., (2004), "Arbitral Law-Making", in: *Michigan Journal of International Law*, Volume 25, issue 4, pp. 1183-1206.
11. Chevallier, J., (1983), "L'ordre juridique", in: *Le droit en procès*, Paris, P.U.F (Presses universitaires de France), pp. 7-49
12. Coleman, J., (2001), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2ed edition.
13. Dabin, J., (1969), *Théorie général du droit*, Paris, Dalloz.
14. Delaume, G., (1989), "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts": The Myth of the Lex Mercatoria, in: *Tulane Law Review*, Volume 63, pp. 575-610
15. De Sousa Santos B., (2002), *Toward a New Legal Common Sense*, London, Butterworths. 2nd ed.
16. Gaillard, Emmanuel, (2001), "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making?" *LCIA, Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, pp. 59-71
17. Gaillard, Emmanuel, (1996), *Efficient Arbitration Proceedings/The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, (Vienna 1994), van den Berg (ed), Netherlands, Kluwer Law International.
18. Goldman, B., (1964), "Frontières du Droit et Lex Mercatoria", *Archives de Philosophie du Droit*, volume 9, pp. 177-192.
19. Gray, C./Kingsbury, B., (1992), "Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945", in: *British Year Book of International Law*, Volume 63, issue 1, pp. 97-134
20. Hart, H.L.A., (1994), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed,
21. Kahn, P., (1975), "Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française", in: *Le contrat économique international*, Brussels, p. 200 et seq
22. Kaufmann-Kohler, G., (2007), "Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?", in: *Arbitration International*, Volume 23, Issue 3, pp. 357-378
23. Kant, I., (1996), *The Metaphysics of Morals [1797]*, Cambridge, Cambridge University Press.

24. Kelsen, H., (1967), *Pure Theory of Law*, Berkeley, California, University of California Press.
25. Kelsen, Hans, 1961, *General theory of law and state*, Anders Wedberg trans., New York: Russell & Russell, 2ed edition.
26. Kramer, M.H., (1999), *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, New York, Oxford University Press.
27. Kramer, M.H., (2007), *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
28. Kramer, M.H., (2005), "Of Final Things: Morality as One of The Ultimate Determinants of Legal Validity", in: *Law and Philosophy*, Volume 24, pp. 47-97.
29. Locke J., (1986), *The Second Treatise on Civil Government*, New York, Buffalo.
30. Lagarde, P., (1982), "Approche critique de la lex mercatoria", in: *Le droit des relations économiques international*, Etude offerte à Berthold Goldman, Paris, Litec, pp. 125-150
31. Lando, Ole, (1985), "The Lex Mercatoria in International Arbitration", *INT'L & COMP.L.Q.*, Volume 34, issue 4, pp. 747-768
32. Larroumet, C., (2006), "A propos de la jurisprudence arbitrale", *Gazette du Palais*, No 348, pp. 5-32
33. Loquin, E., (1989), "La réalité des usages du commerce international", *RIDéco*, Paris, at pp. 163-194
34. Lowenfeld, A., (1990), "Lex mercatoria: an arbitrator's view", *Arbitration International*, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Volume 6 London, pp. 133-150
35. Marmor, A., (2001), *Positive Law & Objective Values*, Oxford, England.
36. Mustill, M., (1988), "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years", in: *Arbitration International*, pp. 86-119
37. Oppetit, B., (1982), "La notion de source du droit et le droit du commerce international", in: *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, pp. 43-53.
38. Oppetit, B., (1992), "Le droit international privé, droit savant", in: *Hague Lectures*. Volume 234, pp. 331-434.
39. Ost F./Van De Kerchove M., (2002), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
40. Pellet A., (2000) "La lex mercatoria, tiers ordre juridique? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public", in: *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle: mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, pp. 53-74.
41. Perrin, J.-F., (1997), *Sociologie empirique du droit*, Helbing & Lichtenhahn, Basle.
42. Pospisil I.J., (1971), *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, Harper & Row New York.
43. Poudret J.-F./Besson S. (2007), *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd edn, London.
44. Pradelle G., (2003), *La justice privée*, in : GHERARI, H./SZUREK S. (eds), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?* Paris.

45. Rawls, J., (1971), A Theory of Justice, Cambridge MA, Harvard University Press.
46. Rigaux, F., (1989), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, Cours général de droit international privé, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, Leiden, Sijthoff, pp. 9-407.
47. Romano, S., (1975), L'ordre juridique, Paris, Dalloz.
48. Teubner, G., (1988), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlin, Walter de Gruyter.
49. Von Ihering, R., (1913), Law as a Means to an End [1877-83], Boston, The Boston Book Company.
50. Weber, M., (1978), Economy and Society [1925], Berkeley, Los Angeles, London.