

# اصل حاکمیت اراده و تعیین حقوق فراملی بازرگانی به عنوان سیستم حقوقی حاکم بر تعهدات اسناد تجاری الکترونیکی

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۹/۲۳

نجداد علی الماسی<sup>۱</sup>

تاریخ تأیید: ۹۴/۰۶/۰۳

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مهدی حسین زاده<sup>۲</sup>

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

## چکیده

پدیدار شدن فرآیندهای تکنولوژی، مراودات حقوقی و روش‌های پرداختی را متأثر ساخته و منظر نوینی از ارتباطات را به روی بشر گشوده است. امکان صدور و انتقال سند تجاری الکترونیکی، تقاضا را برای استفاده از این اسناد گسترش داده و از طرفی چالش‌های جدیدی را درباره قانون حاکم بر این اسناد در محیط الکترونیکی برای قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد نموده است. در بسیاری از کشورها قوانین جدیدی همچون قوانین نمونه آنسیترال در پاسخ به پیدایش ارتباطات الکترونیکی تصویب و سعی نموده‌اند، با به کارگیری دو اصل برابری کاربری و بی‌طرفی رسانه‌ای بر این مشکل غلبه نمایند اما باز هم ممکن است، ایراداتی درباره قانون حاکم در فضای الکترونیکی ایجاد شود و برای رفع این چالش، گرایش جهانی به سمت پذیرش اصل حاکمیت اراده و در نهایت اعطای اختیار به طرفین برای تعیین حقوق فراملی بازرگانی به عنوان سیستم حقوقی حاکم بر تعهدات این اسناد است. واژگان کلیدی: تعهدات اسناد تجاری الکترونیکی، اصل حاکمیت اراده، حقوق فراملی بازرگانی.

## مقدمه

جهان حقوقی مدرن با سیستم‌های حقوقی مختلف و تعدد قوانین روبه‌رو است و این تعدد و تکثر قوانین، افزایش تعداد معاملات برون مرزی را با مشکلات جدی روبه‌رو کرده و باعث ایجاد رویه‌های متعدد در یک موضوع شده و محیط تجارت بین‌المللی را با عدم قطعیت روبه‌رو نموده است لذا حقوق بین‌الملل خصوصی برای پاسخ و کمک به غلبه بر تعدد قوانین، اصل حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم پذیرفته است (Ruhl, 2010: 1) و از طرفی بازرگانان نیز با توجه به اینکه قواعد ملی به تنهایی

1. Email: Almasi.nejadali@gmail.com

2. Email: Hosseinzadeh.mahdi@gmail.com

«نویسنده مسئول»

پاسخگوی نیازهای جامعه تجارت جهانی نبوده گرایش‌هایی به پذیرش حقوق فراملی ایجاد شد و اکنون در قوانین موضوعه کشورها و کنوانسیون‌هایی بین‌المللی نیز پذیرفته شده است.

اهمیت بررسی اصل حاکمیت اراده در تعیین سیستم حقوقی حاکم بر تعهدات اسناد تجاری پاسخ به سؤال‌های زیر را ضروری می‌نماید:

آیا درباره سیستم حقوقی حاکم بر اسناد تجاری الکترونیکی نیاز به وضع قواعد جدید است؟ یا اصل حاکمیت اراده در این اسناد قابلیت اعمال دارد؟

آیا طرفین یک سند حق انتخاب حقوق فراملی بازرگانی برای اعمال دارند؟

برای پاسخ به این سؤال در ابتدا این نکته را متذکر می‌شویم که علی‌رغم اینکه در سطح جهانی و منطقه‌ای برداشت‌های متعدد از ماهیت فضای مجازی وجود دارد، به گونه‌ای که برخی آن را صرفاً یک وسیله ارتباطی و بی‌نیاز از وضع قواعد جداگانه و برخی دیگر آن را فضای مستقل و خارج از حاکمیت تقنینی و اجرایی دولت‌ها می‌دانند (Boss, 2007: 2) اما در نهایت این اقدامات منجر به وضع مقررات جدید حقوقی در فضای مجازی نشده است (باقری، محمود؛ نوشادی، ابراهیم؛ ۱۳۹۰: ۲۷) و کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی با مبنا قراردادن دو اصل برابری کاربردی<sup>۱</sup> و بی‌طرفی رسانه ای<sup>۲</sup>، رویکرد انطباق قواعد حقوقی موجود بر اعمال حقوقی واقع شده در فضای مجازی را اتخاذ نموده‌اند. در مقاله حاضر با هدف ارائه دیدی کلی از گرایش به استفاده از حقوق فراملی بازرگانی در تعهدات اسناد تجاری، در ابتدا به تعریف اسناد تجاری الکترونیکی و تعهدات این اسناد می‌پردازیم و در ادامه برای تبیین موضوع مقاله اصل حاکمیت اراده در فضای مجازی و مسائل پیرامون انتخاب حقوق فراملی بازرگانی را بررسی می‌کنیم.

#### الف) بررسی تعاریف و مفاهیم

ما در این پژوهش صرفاً به بررسی سند تجاری الکترونیکی پرداخته و وارد بحث مصادیق اسناد نشده‌ایم؛ بنابراین تنها بیان می‌داریم که منظور ما از اسناد تجاری الکترونیکی، برات، سفته و چک الکترونیکی است.

۱. functional Equivalent theory این اصل در اسناد تجاری الکترونیکی در بحث تصرف سند بیان شده که مفهوم «کنترل» را به عنوان معادل «در اختیار داشتن» استفاده می‌شود، یکی از نویسندگان این اصل را با عنوان «هم عرضی عملکرد» به کار برده است. (حبیب زاده، ۱۳۹۰، ۱۲۲)

۲. media neutrality قانون یوتا، با اصل بی‌طرفی رسانه ای، ایجاد سند را با ثبت یا سابقه و امضای الکترونیکی به رسمیت شناخته است.

## ۱. اسناد تجاری الکترونیکی

پیشرفت‌های اخیر در زمینه تکنولوژی اطلاعات موجب تغییر شیوه نقل و انتقال تجاری کالاها و خدمات پرداختی شده و سرعت، کارایی، کاهش هزینه‌ها، بهره برداری از فرصت‌های زودگذر و عدم وجود مرزهای سرزمینی، ویژگی‌های کلیدی است که استفاده از تجارت الکترونیکی را گریزناپذیر می‌سازد. (Wang, 2010:4) از طرفی مهم‌ترین خصوصیت اسناد تجاری، توانایی در گردش پول بودن آن‌هاست؛ لذا این ابزارهای اعتباری بایستی به منظور اعتبار بخشی در فضای مجازی به کار برده شوند. قانونگذاران با ایجاد یک شکل قانونی جدید، سابقه انتقال<sup>۱</sup>، راه را برای استفاده از اسناد تجاری باز کرده‌اند و با توجه به اینکه سابقه انتقال معادل الکترونیکی یک سند تجاری است، در تعریف سند تجاری الکترونیکی باید بیان داشت که: «سند انتقالی که خصایص عمده برات را دارند؛ یعنی نماینده مبلغی وجه نقد هستند که پرداخت آن در رسید معین یا عندالمطالبه پیش‌بینی شده و قابل ظهورنویسی هستند و تمام مراحل صدور، قبول، تحویل، تأیید، پرداخت و انتقال با استفاده از فناوری شبکه الکترونیکی صورت می‌گیرد و با یک سیستم رمزنگاری امضا شده است» با استنباط از ماده ۶، ۷، ۸ و ۱۲ ق.ت.ا. باید گفت که در حقوق ایران نیز امکان صدور سند تجاری الکترونیکی وجود دارد و انتقال اسناد تجاری الکترونیکی با استفاده از تکنولوژی دیجیتال از طریق مؤسسات کارگزار مانند سوئیفت<sup>۲</sup>، انجام می‌شود، مؤسسات کارگزاری مانند سوئیفت یا اتاق تصفیه خودکار<sup>۳</sup>، به عنوان ثالث با احراز صحت امضای طرفین نسبت به مبادلات اسناد تجاری و انتقال ارز اقدام کرده‌اند. (Turner; Wunnicke, 2003:2)

## ۲. تعهدات ناشی از صدور و انتقال اسناد تجاری

ویژگی یک سند تجاری این است که از آن قراردادهایی توسط براتکش‌ها، قبول‌کننده و ظهرنویس یک برات یا به وسیله ایجادکننده یا ظهرنویس سفته یا چک صادر شده و حقوق و تعهدات مختلفی را برای طرفین آن به همراه دارد و این حقوق و تعهدات طرفین تا اندازه‌ای نسبت به یکدیگر متفاوت است. تعهدات ناشی از سند تجاری، تابع حقوقی مجزا از حقوق و روابطی است که به سبب آن‌ها این اسناد صادر می‌شوند؛ (رک: الماسی، حسین زاده، ۱۳۸۹: ۵)

۱. Transferable Record بخش ۲ (۱۳) یوتا و ۱۰۲ (a) یوسیتا. در تعریف Record آورده‌اند که «سابقه (سند) عبارت از اطلاعاتی که بر روی وسیله قابل لمس نوشته می‌شود یا اطلاعاتی که در یک وسیله الکترونیکی یا سایر وسایل ذخیره می‌شود و به شیوه قابل رویت قابل بازیافت است»

2. Society for World Wide Intra Bank Financial Telecommunication.

۳. Automated Clearing House (ACH) - این سیستم نقل انتقالات چک الکترونیکی را در آمریکا انجام می‌دهد.

بنابراین قانون حاکم شامل مسائل مختلفی مانند مسائل مربوط به تعهد و مسئولیت محیل در مقابل محتال و محال<sup>۱</sup> علیه و ظهرنویسان، مسئولیت هر یک از متعهدان در مقابل یکدیگر، حدود مسئولیت ضامن و مسئولیت دیگران در مقابل او می‌گردد.

### ۳. ماهیت اسناد تجاری

اسناد تجاری علی‌رغم اختلاف نظر بین حقوقدانان ایرانی، مال منقول اعتباری و دارای ارزش اقتصادی که کاربردی شبیه پول دارد، محسوب می‌شود و با توجه به ویژگی‌های خاص خود، سرمایه و اموال اعتباری جدیدی را در عرصه تجارت به وجود آورده‌اند که نمی‌توان آن‌ها را در تقسیم‌بندی سنتی اموال جای داد؛ به عبارت دیگر اسناد مزبور نه در دسته اعیان با تعریف شناخته شده آن قرار می‌گیرد و نه دین مطلق محسوب می‌شود تا بتوان نقل و انتقال آن‌ها را تابع انتقال دین یا طلب دانست. (رک: نیک فرجام، ۱۳۹۱: ۲۱۰) مال منقول را می‌توان به ۳ گروه تقسیم کرد: کالاها، اسناد لازم الاجرا<sup>۱</sup> و اموال دینی که این اسناد حد اوسطی را بین اموال عینی و اموال دینی تشکیل داده است. (Lawrence, 2002:2)

### ۴. توصیف قضایی اسناد تجاری

مقالات حقوقی نگارش یافته (Lobl, 2013:2)، (مختاری، مهدی، ۱۳۸۲: ۲۵) و برخی کتب (نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل، ص ۵۲) در باب تعارض قوانین معمولاً صدور و نقل انتقالات اسناد تجاری را نوعی قرارداد می‌دانند و معتقدند که سند تجاری در بردارنده عقود متعدد جداگانه‌ای بین براتکش، قبول کننده و ظهر نویس برات یا سفته و چک است. در همین راستا قانون بروات انگلیس مصوب ۱۸۸۲ درباره برات از دو نوع قرارداد نام می‌برد: قرارداد اصلی و قرارداد فرعی. قرارداد اصلی بین صادرکننده و اولین دارنده و قرارداد فرعی بین قبول کننده و دارنده یا ظهرنویس و هر یک از دارندگان بعدی منعقد می‌شود (Graveson, 1974,446) لذا در مقاله حاضر درباره مواقع سکوت مقررات، براساس قواعد حاکم بر قراردادها بحث می‌کنیم.

سؤالی که مطرح می‌شود این است چگونه قواعد حل تعارض قرارداد را درباره آن اعمال کنیم، در حالی که اسناد در طبقه اموال دسته‌بندی می‌شود؟ در پاسخ بیان می‌داریم که توصیف در حقوق بین‌الملل خصوصی به منظور تعیین نوع امر حقوقی داخل در هر دسته

۱. اسناد لازم الاجرا (Indispensable paper) شامل سه گروه اصلی هستند سند در وجه حامل (negotiable documents of title) اسناد تجاری (negotiable instruments) و مال منقول تضمینی (chattel paper).

ارتباط برای تعیین قانون حاکم صورت می‌گیرد و اگر گفته می‌شود که ارث در حقوق ایران ماهیت شخصی دارد، بدان سبب است که قاعده حل تعارض مربوط به احوال شخصیه رعایت گردد (ماده ۹۶۷ قانون مدنی) در حالی که ارث نیز دو جنبه شخصی و جنبه ذاتی (جنبه مالی داشتن) دارد و جنبه شخصی آن غلبه دارد و جنبه مالی ارث عبارت است از انتقال قهری اموال و یکی از اسباب تملک است. درباره اسناد تجاری نیز وقتی گفته می‌شود که اسناد تجاری ماهیت قراردادی دارد، بدان سبب است که مجموع اعمالی که در سند تجاری صورت می‌گیرد، وجه قراردادی آن غلبه دارد؛ زیرا همان‌گونه که ماده ۳۰۵ قانون تجارت مقرر داشته است: «... هر قسمت از سایر تعهدات براتی... نیز که در خارجه به وجود آمده، تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا وجود پیدا کرده است...» که این ماده شبیه ماده ۹۶۸ قانون مدنی درباره تعهدات قراردادی است. بنابراین سند تجاری هم دو جنبه دارد، یکی جنبه شکلی که مربوط به سند بودن آن است و دیگری تعهداتی که ضمن آن صورت می‌گیرد که در قسمت اخیر جنبه قراردادی دارد؛ بنابراین در اسناد تجاری تحت حقوق بین‌الملل خصوصی که در کشور مختلف صادر می‌شود، اصول به کار برده شده تا حدودی همان اصولی هستند که در حقوق مربوط به قراردادها به کار برده شده است (Beale, 1935:1)؛ هرچند که کنوانسیون رم ۱۹۸۰ و رم ۱، تعهدات ناشی از اسناد تجاری مانند برات، انواع چک، سفته تا جایی که قابلیت انتقال آنها، سبب تعهدات ناشی از آنها باشد، مشمول مقررات کنوانسیون قرار نداده‌اند. دلایل این امر بدین شرح است. اول اینکه تعهدات اسناد تجاری از خصوصیات قابل معامله بودن این اسناد پدید می‌آید و منعکس‌کننده ویژگی خاص آنهاست و تسهیل انتقال این قبیل اسناد با قواعد معمولی حل تعارض کارساز و ایده‌آل نیست دوم اینکه تمامی کشورهای که کنوانسیون رم را پذیرفته یا مشمول رم ۱ می‌شوند، قبلاً کنوانسیون ژنو را پذیرفته‌اند و مقررۀ جدید لازم نیست. (Giuliano & Lagarde, 1980: 11)

## ب) اصل حاکمیت اراده<sup>۱</sup> و تعیین حقوق فراملی بازرگانی

### ۱. اصل حاکمیت اراده در فضای مجازی

با توجه به افزایش معاملات تجاری الکترونیکی برون مرزی، دادگاه ممکن است، برای تدوین قواعد قانونی ماهوی مناسب با مشکل روبه رو شود. در نتیجه مشکل با انتخاب قانون توسط طرفین درباره تجارت الکترونیکی که طرفین از کشورهای مختلف و اغلب منافع رقابتی

1. Lex Voluntatis (L.)-loi d'autonomie- Autonomie des parties (F)-. Principle of Party Autonomy(E)

آن‌ها ایجاب می‌کند که از قوانین مورد توافق خود برای اعمال بر قرارداد فی مابین استفاده نمایند و انتخاب قانون قطعاً به اعتماد افزایش در استفاده از تجارت الکترونیک کمک می‌کند. (Wang, 2010: 93)

ولی سؤال اصلی این است که حاکمیت اراده طرفین و بیان آن از طریق ارتباطات الکترونیکی در اسناد تجاری الکترونیکی نفوذ حقوقی دارد؟

برابر قانون نمونه آنسیترال نقل و انتقال اعتباری مصوب ۱۹۹۲<sup>۱</sup> شرط تعیین قانون توسط طرفین از طریق ارتباطات الکترونیکی قابلیت تحقق دارد و در بند ۱ ماده «y» از قانون مزبور مقرر شده که: «قانونی که توسط طرفین انتخاب شده بر حقوق و تعهدات ناشی از یک پرداخت بایستی حاکم شود...» همچنین دستورالعمل استفاده از پرداخت‌های فرامرزی بین آمریکا و کانادا توسط انجمن اتاق تهاتر خودکار بین‌المللی<sup>۲</sup> نیز در ماده ۵ خود مقرر داشته است که «کاربرهای ورودی انتقال دهنده پرداخت‌ها، بایستی به‌طور کامل از این قواعد عملیاتی پیروی کنند؛ مگر اینکه توسط طرفین توافق دیگری صورت گرفته باشد.» (Banu Sit, 2005:165)

قانون نمونه تجارت الکترونیکی ۱۹۹۶ در زمینه ارتباطات الکترونیکی نیز با به رسمیت شناختن اصل برابری کاربردی، قراردادهای الکترونیکی را معادل قراردادهای کاغذی قرار داده و با وضع اصل بی‌طرفی فنی، زمینه را برای انطباق قواعد کنوانسیون بر فناوری‌های الکترونیک فراهم ساخته و بر این مبنا قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی را به رسمیت شناخته و به این قراردادها اثر حقوقی اعطا کرده است و با توجه به رویکرد یکسان دانستن قراردادهای کاغذی با قراردادهای الکترونیکی قاعده جدیدی را برای محیط الکترونیکی وضع نموده است؛ بنابراین شرط تعیین قانون توسط طرفین از طریق ارتباطات الکترونیکی قابلیت تحقق دارد؛ به همین دلیل اکثر شرکت‌هایی که در محیط الکترونیکی مبادرت به تجارت می‌نمایند، در وب سایت‌های خود یا در قراردادهای الکترونیکی منعقد، ماده ای را به شرط گزینش قانون حاکم اختصاص می‌دهند و از طریق آن شرط، قانون ماهیتی حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کنند. بر همین اساس آزادی طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی مورد تأکید کنوانسیون‌های بین‌المللی قرار گرفته است.

در حقوق ایران قواعد حل تعارض اسناد تجاری درباره اصل حاکمیت اراده، سکوت کرده است؛ بنابراین براساس قواعد حل تعارض موجود در قراردادها باید بیان داشت:

---

1. the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Credit Transfers  
2. National Automated Clearing House Association, Cross Border Payments User Guide (Guide)

اول اینکه: اصل حاکمیت اراده درست است که علی‌الظاهر ساخته حقوق غرب و به ویژه فرانسه و مکتب اقتصاد آزاد انگلیس است، اما در واقع دارای ریشه‌ای تاریخی در فقه اسلامی و آیات قرآنی است و فقها در ضمن مباحثی مانند معاطات، شرایط صحت عقد، لزوم یا عدم لزوم صیغه مخصوصه در عقود و عقد صلح، این مسئله را مورد بررسی دقیق قرار داده‌اند و در حقوق داخلی این اصل در جامه اصل آزادی قراردادی ظاهر شده و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است؛ پس حقوق ایران این اصل را به رسمیت شناخته است

دوم اینکه: علی‌رغم اینکه در تفسیر ماده ۹۶۸ قانون مدنی اختلاف نظر است اما بنا بر اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی و اینکه مقررات راجع به تعهدات اسناد تجاری نوعاً اختیاری است، بنابراین قاعده حل تعارض مطروحه در ضمن ماده ۹۶۸ قانون مدنی به تبع، یک قاعده تخییری یا تفسیری است.

سوم اینکه: حتی اگر احراز نظر مقنن را پشتوانه حقوقی امری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. بدانیم، باز جای خدشه و ایراد است؛ زیرا مقنن که با توجه به مصالح موجود در آن زمان و نظم عمومی ویژه جامعه آن روز این قاعده را به طور امری وضع کرده است؛ در حالی که یافتن عنصر خارجی در تجارت الکترونیک آسان است، در صورتی که یکی از طرفین قرارداد و سند تجاری الکترونیکی ایرانی است، اینکه بگوییم پس باید تابع قانون ایران باشد و امکان توافق به قانون دیگری نباشد، باعث اختلال در روابط بین‌المللی می‌شود؛ بنابراین مقرراتی از قبیل ماده ۹۶۸ قانون مدنی دیگر پاسخگوی نیاز جامعه الکترونیکی نیست.

چهارم اینکه: قانونگذار ایرانی از سال ۱۳۷۶ به بعد با تصریحی که در قانون دآوری تجاری بین‌المللی آمد، حق انتخاب صریح قانون حاکم را بر تعهدات قراردادی را پذیرفته است.

پنجم اینکه: در ضمن قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز تلویحا اصل حاکمیت اراده را در ماده ۵ پذیرفته است و مقرر داشته «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام با توافق یا قرارداد خاص طرفین معتبر است».

در نتیجه با قبول اینکه اصل حاکمیت اراده از اصول مسلم حقوق بین‌الملل خصوصی بوده و در حقوق ایران نیز براساس ماده ۱۰ قانون مدنی، قانون دآوری تجاری بین‌المللی و قانون تجارت الکترونیکی این اصل به رسمیت شناخته شده است و با توجه به اینکه اسناد تجاری الکترونیکی فاقد شکل خاصی نسبت به اسناد کاغذی بوده و اصول برابری کاربری و بی‌طرفی فنی که حکم می‌کنند که باید با اسناد کاغذی و اسناد الکترونیکی به طور یکسان برخورد شود،

این امکان به طرفین سند تجاری داده شده تا با اراده خود قانون حاکم را تعیین نمایند. البته قبول اصل حاکمیت اراده منافاتی با در نظر گرفتن محدودیت‌های مربوط به تعیین قانون حاکم، ندارد. (رک به: الماسی، حسین زاده، ۱۳۹۰، ۸۳)

آنچه که در حال حاضر موضوع جدیدی شمرده می‌شود، این است که آیا طرفین سند تجاری الکترونیکی می‌توانند حقوق فراملی بازرگانی را بر تعهدات سند حاکم نمایند و آیا انتخاب این قواعد به عنوان یک مرجع منحصر به فرد بوده یا مکمل آن است؟ بنابراین برای روشن شدن موضوع به بررسی این قواعد و نظرات موافقان و مخالفان می‌پردازیم.

## ۲. بررسی مفهوم و عناصر حقوق فراملی بازرگانی

### ۲-۱. مفهوم حقوق فراملی بازرگانی

حقوق فراملی در ابتدا توسط Phillip C. Jessup در سال ۱۹۵۶ انتشار یافت و مشهور شد ولی برداشت او از این عبارت به طرز قابل توجهی با برداشت ما از عبارت حقوق فراملی بازرگانی متفاوت است؛ زیرا تعریف چسب شامل قواعد ملی مربوط به تجارت بین‌المللی نیز می‌شود؛ در حالی که حقوق بازرگانی فراملی مختص هیچ نظام خاصی نیست. (روی ام. گوود، ۱۳۸۶: ۲۰۱)

حقوق فراملی بازرگانی، معادلی است که برای اصطلاح *Lex Mercatoria* در نظر گرفته شده است و به عنوان «حقوق بازرگانان»<sup>۱</sup> نیز نامیده می‌شوند و این نام در قرون وسطی در اروپا، از قواعد قراردادی مورد استفاده دیوان داوری که توسط بازرگانان تأسیس شده بود، گرفته شده است. (Basedow, Kono, Rühl, 2006: 63) یکی از نویسندگان این قواعد را به عنوان قواعد یکنواخت تجاری (نانوشته) که توسط جامعه تجارت بین‌المللی برای خدمت به نیازهای تجارت بین‌المللی ایجاد شده، تعریف نموده است (Shmatenko, 2013: 91) و برخی دیگر آن را به عنوان «قواعد فراملی تجاری»، «اصول کلی حقوق تجارت بین‌المللی»، «اصول مشترک در چندین سیستم حقوقی»، «عرف‌های تجاری بین‌المللی» و «قواعد نرم»، توصیف نموده‌اند. (Cordero- Moss, 2007: 21)

در نتیجه باید گفت که تعریفی معادل برای حقوق فراملی بازرگانی که بر اساس آن اکثر دکترین با آن موافق باشند، نمی‌توان یافت. معمولاً اکثر تعاریف بر اساس ارتباط بین حقوق فراملی بازرگانی و قوانین ملی یا براساس ویژگی اساسی از حقوق فراملی است. با در نظر گرفتن

۱. معنی دقیق این اصطلاح (Merchant law) حقوق بازرگانان است که در انگلیسی معادل *lex mercatoria* است و این اصطلاح آخر را می‌توان حقوق حاکم بر بازرگانان نیز ترجمه کرد. (جنیدی، ۱۳۷۶، ۲۲۰)



ارتباط حقوق فراملی بازرگانی با قوانین ملی، تمایزی ممکن است بین یک مفهوم مستقل و یک مفهوم اثباتی (پوزیتیویسم) ایجاد شود؛ از این رو، مفهوم مستقل به حقوق فراملی بازرگانی به عنوان دارنده ویژگی مستقل و غیر وابسته با هر نوع سیستم ملی قانونی اشاره دارد و مفهوم اثباتی، این قواعد را قادر به اعمال به عنوان جایگزینی برای قوانین ملی نیست. (Schmitthoff, 1996: 223)

از سوی دیگر مفهوم حقوق فراملی بازرگانی به دو صورت وسیع و مضیق می‌توان تعریف نمود که در مفهوم وسیع، براساس منابع تشکیل دهنده آن، قطع نظر از منشاء و ماهیت این منابع تعریف می‌شود و نه تنها شامل حقوق فراملی بازرگانی مدون، غیر مدون بلکه قوانین بین دولتی (مانند کنوانسیون‌های وین) را نیز مشمول شده است؛ در حالی که براساس مفهوم مضیق، باید با توجه به منشاء و ماهیت عناصر تشکیل دهنده آن، قلمرو این حقوق را تعیین نمود. به این اعتبار حقوق فراملی بازرگانی مرکب از قواعدی هستند که عمدتاً فراملی هستند و منشاء آن نیز عمدتاً عرف است؛ بنابراین خودجوش هستند؛ هرچند ممکن است در مقامات دولتی یا بین دولتی در ساخت یا اجرای آن دخالت داشته باشند. در این راستا یکی از حقوقدانان حقوق فراملی بازرگانی آن را «مجموعه‌ای از اصول کلی حقوقی و قواعد عرفی خودرسته که در چهارچوب تجارت بین‌الملل بدون مراجعه به هیچ نظام حقوق ملی خاص، تکوین پیدا می‌کنند، تعریف نموده است (Goldman; Lew, 1987: 116)؛ بنابراین علی‌رغم ابهام در معنای عبارت حقوق فراملی بازرگانی، می‌توان از کاربرد واژه قانون به این نتیجه رسید که برخلاف قانون که توسط دولت در یک کشور خاص وضع می‌شود، حقوق فراملی بازرگانی، ماهیتی غیرملی داشته و توسط یک دولت وضع نشده است، در نتیجه تعریف گلدمن از حقوق فراملی بازرگانی مورد اختیار ما نیز هست.

## ۲-۲- منابع و عناصر حقوق فراملی بازرگانی در اسناد تجاری

با توجه به مباحث گذشته باید گفت که یکی از منابع اصلی حقوق فراملی بازرگانی در اسناد تجاری اصول کلی حقوق است که به بررسی آن می‌پردازیم؛ هرچند برخی از حقوقدانان فهرستی از منابع قواعد فراملی بازرگانی ارائه داده‌اند که عبارت‌اند از: حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین بکنواخت؛ اصول کلی حقوقی؛ قواعد سازمان‌های بین‌المللی، آداب و رسوم و عرف‌های بین‌المللی تدوین نشده؛ عرف‌های تدوین شده به وسیله سازمان‌های بین‌المللی، قرارداد فرم استاندارد یا قرارداد نمونه و آرای داوری منتشر شده. (Mustill, 1988: 109) هرچند این لیست از نظر ما به دلیل این که قواعد منبعث از حقوق اسلامی را بیان نموده است، کامل نیست

### ۱-۲-۲- اصول کلی حقوق در اسناد تجاری

اصول کلی حقوق را می‌توان مجموعه اصولی دانست که به وسیله ملل مختلف در عرصه تجارت بین‌الملل شناسایی شده‌اند و منبعی مهم برای حقوق فراملی بازرگانی به شمار می‌روند. در زمینه اسناد تجاری نیز اصول کلی وجود دارد که اکثراً در قوانین دولتی هیچ‌ذکری از آن‌ها نشده است اما به عنوان اصول حاکم مورد پذیرش محاکم کشورها قرار گرفته است؛ مثل اصل عدم استماع ایرادات در برابر دارنده، اصول مربوط به دارنده با حسن نیت، اصل استقلال امضاها، الزام‌آور بودن تعهدات (اصل وفای به عهد)، اصل منجز بودن سند تجاری، عدم سوءاستفاده از حق، اصل استقلال تعهد، اشتغال ذمه، اصل مدیونیت، تجریدی بودن و غیره.

در حقوق ایران نیز می‌توان اصول را یکی از منابع معتبر شمرد؛ زیرا از یک سو ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ اصول حقوقی را به عنوان منبع تکمیل‌کننده و تفسیر قانون در کنار منابع معتبر فقهی و فتاوی قرار داده است.

#### ۳. نظریه محدودیت طرفین در انتخاب حقوق فراملی بازرگانی (اعمال قوانین ملی)

طرفداران این نظریه معتقدند که تنها قوانین ملی هستند که حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را تعریف و روش اجرای حقوقی آن‌ها را مقرر می‌کنند و هیچ چیزی قانونی نیست، مگر اینکه سیستم یک دولت پذیرفته باشد. همچنین معتقدند که حاکمیت باید حقوق و تعهدات طرفین را تعیین نماید و دادن اختیار تعیین قانون حاکم بر روابط قراردادی به طرفین را به منزله اعطای قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دانند؛ بنابراین طرفین قرارداد تنها در چارچوبی که قانون خاص، تعیین نموده، می‌توانند از امتیاز اصل حاکمیت اراده استفاده نماید (خمامی زاده، ۱۳۸۵، ۲۲۶) همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلأ وجود داشته باشد و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود. (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۲۱)

مهمترین ایرادات به حقوق فراملی بازرگانی به شرح ذیل است:

#### ۱-۳. ابهام و عدم اطمینان

مخالفان حقوق فراملی بازرگانی استدلال می‌کنند که بسیاری از قواعد فراملی مبهم و نامشخص است؛ به ویژه زمانی که آن‌ها غیرمدون است. و به دلیل عدم قطعیت نمی‌توان آن را به عنوان قانون حاکم انتخاب کرد. (Goode, 2005: 54)

در مقابل این نظر، یکی از نویسندگان حقوقی، ابهام نسبی یا عدم قابلیت تعیین و تحقیق اصول کلی را از امتیازات آن و از جمله علل انعطاف پذیری آن‌ها می‌داند. (ویوالی، ۱۳۶۴: ۱۰۵) و یکی از نویسندگان دیگر نیز بیان داشته است که: «ویژگی بارز این اصول، کلی بودن آنهاست... ابهام که بخشی از این کلی گویی است، مانع از این نشده که اصول کلی حقوق در تجارت بین‌الملل رونق نداشته باشد و داوران در آرای خود به این اصول استناد می‌نمایند.» (اسکینی، ۱۳۸۹: ۲۴) در نتیجه شاید بتوان گفت اول اینکه این عدم شفافیت محتوای این قواعد حسن محسوب شده و باعث می‌شود که قدرت دینامیک بالایی در حل اختلافات داشته باشند؛ زیرا اگر مثل قانون شفاف باشد این قواعد قابل تغییر نیست مگر با عرف جدید یا قانون جدید؛ دوم اینکه اخیراً تلاشی در جهت تدوین قواعد فراملی صورت پذیرفته و مجموعه قواعدی متشکل از حدود ۱۳۰ ماده، توسط مرکز حقوق فراملی و با همکاری دانشگاه کلن آلمان در سال ۲۰۰۹ منتشر گردید<sup>۱</sup>

### ۲-۳. قواعد فراملی بازرگانی قانون نیست تا قدرت الزام آور داشته باشند

ایراد اصلی به انتخاب حقوق فراملی بازرگانی این است که آن‌ها «قانون» نیستند، و قانون، حکم دائمی و عمومی قوه حاکمه است؛ لذا حقوق فراملی بازرگانی نه تنها فاقد یک نظام حقوقی ملی حمایت کننده به منظور کارکرد مؤثر خود است، بلکه دارای هیچ قدرت دولتی نیست که بتواند نوعی الزام را بر آن اعمال کند، لذا قراردادی که به قواعد فراملی بازرگانی استناد کند، در حقیقت یک قرارداد معلّق است. (Gesa Baron, 1998: 1) در مقابل این دیدگاه یکی از استادان به نام آقای گلدمن به همراه شاگردش بنام فلیپ کربت در مطالعات خود درباره شرایط عمومی قراردادهای نمونه، معتقدند که قدرت الزام آور این ابزار ناشی از اصل لزوم قراردادها یا اصل وفای به عهد است. به نظر این حقوقدان، حقوق فراملی بازرگانی فاقد ضمانت اجرا نیستند؛ زیرا قاعده‌ای که ضمانت اجرا نداشته باشد، معتبر و قابل استفاده نیست؛ هرچند ضمانت اجرای کلاسیک نیست بلکه ضمانت اجرای اخلاقی است (اسکینی، ۱۳۸۹، ۵۲).

### ۴. نظریه عدم محدودیت طرفین در اعمال قواعد حقوق فراملی بازرگانی

امروزه در دنیای مدرن هر کشوری مجموعه‌ای از قواعد حل تعارض را در قوانین خود دارد و قواعد حل تعارض یک کشور با قواعد کشور دیگر تفاوت‌هایی دارند؛ در نتیجه برای برطرف

1. Trans-Lex Principles (2009) <http://www.trans-lex.org>

کردن این تعارضات، بازرگانان به غیر ملی کردن آن گرایش پیدا کرده‌اند؛ بنابراین قواعد مذکور به طور فزاینده‌ای مورد استفاده قرار گرفت و بازرگانان سازمان‌هایی را نیز برای تدوین این حقوق فراملی بازرگانی از قبیل اتاق بازرگانی و یونیدروا تأسیس نمودند.

نظریه حقوق فراملی بازرگانی بر این پیش فرض استوار است که در کنار دو نظام حقوق ملی و حقوق بین‌الملل، یک نظام سوم حقوقی به نام نظام حقوق فراملی در حوزه تجارت بین‌الملل کارگزار است (Houtte, Hans van, 2002:24) که برخلاف دو نظام دیگر نیروی الزام آور خود را از قوای حاکم و اراده دولت‌ها در سطح ملی یا بین‌المللی به عاریت نمی‌گیرد بلکه به صورت خودجوش به وجود آمده و مورد عمل است (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۸) البته به این قواعد خودجوش محدود نمی‌شوند؛ زیرا قواعد تدوین شده توسط سازمان‌ها مثل UCP بخشی از حقوق فراملی را تشکیل می‌دهند که خودجوش نیستند.

طرفداران نظریه حقوق فراملی بازرگانی بر این اعتقادند که قراردادهای تجاری دارای عنصر خارجی واجد ماهیت بین‌المللی هستند و نمی‌توان آن‌ها را در چارچوب حقوق‌های ملی، نظام‌مند کرد (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۸) و استفاده از قواعد فراملی برای حل اختلافات تجاری، مشکلات انتخاب قانون نامناسب را ندارد. همچنین از آنجا که این قواعد در قراردادهای بین‌المللی اعمال می‌شود که طرفین از کشورهای مختلف با زبان و قوانین مختلف هستند و دادگاه بین‌المللی یا فراملی هم برای رسیدگی وجود ندارد، استفاده از قواعد فراملی بازرگانی مناسب است (Lando, 1985: 747) دکتر «مان» اشاره می‌کند که یکی از اهداف قواعد فراملی از بین بردن جستجو برای قانون مناسب قرارداد است. (Manriruzzaman 1999: 680) در نهایت ویژگی‌های خاص قواعد فراملی این است که الف) فراملیتی هستند؛ ب) دارای یک منشاء مشترک و انعکاسی از آداب و رسوم بازرگانی است؛ ج) توسط خود بازرگانان، توسعه داده شده‌اند و توسط شرکت‌های بازرگانی ترویج شده است؛ د) روش‌های سریع و غیر رسمی بوده و در نهایت به عنوان اصل برتر، بر آزادی قراردادی و تصمیم‌گیری براساس اصل عدل و انصاف تأکید دارند. (Berger, 1993: 525)

از مجموع مطالب یاد شده، باید بیان داشت که علی‌رغم اینکه ایرادات جدی درباره اعمال این قواعد مطرح است اما مطالعه آرای داوری بین‌المللی نشان می‌دهد که داوران هم در آرای خود از حقوق فراملی بازرگانی استفاده می‌کنند در رویه قضایی هم پس از مدت‌ها به تدریج این قواعد را به رسمیت شناخته است (Gaillard; Savage; 1999:185). در نتیجه این ایرادات مانع

از به کارگیری این قواعد در سطح بین‌المللی نبوده است؛ هر چند سازمان‌های بین‌المللی نیز مبادرت به تدوین این اصول نموده‌اند.

### ت) بررسی حقوق موضوعه دربارهٔ انتخاب حقوق فراملی بازرگانی توسط طرفین

#### ۱. حقوق فرانسه

هیچ ماده صریحی دربارهٔ قانون قابل اعمال و اصل حاکمیت اراده در این کشور در ابتدا وجود نداشت و کم‌کم در رویه قضایی حق انتخاب طرفین را در قرارداد با محدودیت انتخاب قانون دولتی به رسمیت شناخته شد البته در یک موضوع دعوی حقوقی بین شرکت بازرگانی امریکایی علیه شرکت کشتی‌سازی کبک به طرفین اجازهٔ انتخاب قواعد حقوقی غیرملی داده شده بود، مصوبه دولتی مورخه ۱۲ مه ۱۹۸۱ ماده جدید به قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اضافه کرده است به موجب ماده ۱۴۹۶، داور مقررات قانونی را در مورد قرارداد اجرا می‌کند که طرفین خود بر گزیده‌اند و چنانچه انتخابی صورت نگرفته باشد مقرراتی را اعمال می‌نماید که خود مناسب تشخیص دهد.

#### ۲. حقوق انگلستان

برابر بخش (۱) (ب) از قانون جدید داوری انگلیس<sup>۱</sup> به داور اجازه می‌دهد تا برای تصمیم‌گیری اختلاف «با توجه به ملاحظات دیگر» تنها در صورتی که طرفین موافقت نموده‌اند، از قواعد فراملی استفاده نمایند. البته عبارت «ملاحظات دیگر» در قانون تعریف نشده است. ممکن است، مسائل مختلف، از جمله قواعد فراملی، عرف‌های تجاری و غیره باشد. همچنین دادگاه استیناف انگلستان با اجرای رأی داوری که بر اساس اصول بین‌المللی از حقوق قراردادی در خصوص اکتشافات نفت در پرونده «DST v. Rakoil» در سوئیس صادر شد، موافقت نمود. (Manriruzzaman, 1999:709)

#### ۳. ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده، وضعیت روشن نیست و در دومین تفسیر رسمی قواعد تعارض قوانین آمریکا در ماده ۱۸۷ و در مقررات یکنواخت تجاری (یو.سی.سی) ماده ۱-۳۰۱(a) از قانون موضوعه یا دولتی<sup>۲</sup> صحبت می‌کنند. «دولت» در این مجموعه (دومین تفسیر رسمی) به عنوان

1. English Arbitration Act § 46 (1)(b). (1996).

2. "law of a state".

یک «واحد سرزمینی با داشتن نهاد مجزای حقوقی»، است این جمله‌بندی نشان می‌دهد که تنها استفاده - و انتخاب - قانون دولت در اندیشه است. (Rühl, 2007: 165) با این حال، تجزیه و تحلیل دقیق تر نشان می‌دهد که گویی در مجموع، نظریهٔ ارجاع ضمنی را به رسمیت می‌شناسد. دومین تفسیر رسمی، در مادهٔ ۱۸۷ اجازه می‌دهد تا طرفین به عنوان سمبل، در قرارداد خود با ارجاع به قواعد فراملی، آن‌ها را انتخاب کنند. (Symeonides, 2010:539) قواعد یکسان تجاری (یو.سی.سی) نیز اجازه داده که نوعی ادغام قراردادی، قاعده‌های فراملی در قواعد قابل تغییر اعمال شود؛ بنابراین طرفین تنها می‌تواند قواعد فراملی را جایگزین قواعد متغیر کنند. (Symeonides, 2006: 15)

همچنین در مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی که توسط ایالت لوئیزیانا<sup>۱</sup> و ایالت اورگان<sup>۲</sup> تصویب شده، از اصطلاح قانون موضوعه استفاده نموده و حق انتخاب قانون حاکم محدود به قانون موضوعه نیست. (Rühl, 2007: 6)

بعضی از نویسندگان بیان داشته‌اند که با توجه به گسترش سریع و وسیع معاملات در سطح سایبری، تنها قواعد فراملی هستند که قدرت سازگاری و انطباق با تحولات تجاری در فضای مجازی را دارد. (Burnstein, 1996: 81). در حقوق آمریکا داوران در صورتی مجاز به انتخاب قواعد فراملی هستند که طرفین به صراحت این اجازه را به داوران داده باشند. (Kirchner, 2007: 4)

#### ۴. حقوق ایران

در حقوق ایران مادهٔ ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی اجازه می‌دهد که طرفین یک انتخاب قانون الزام آور برای حکومت بر اختلافشان داشته باشند. این انتخاب نه تنها ممکن است، انتخاب قانون یک کشور باشد بلکه طرفین می‌توانند «قواعد حقوقی (قانونی)» بیش از یک سیستم حقوقی را انتخاب کنند، یا تصمیم بگیرند که اختلافشان براساس یک عهدنامه بین‌المللی یا یک قانون یکسان که هنوز به اجرا نشده است، رسیدگی شود. چنین اختیاری وسیع به طرفین قرارداد براساس عبارت «قواعد حقوقی» به کار گرفته شده، در این ماده است که به جای واژه «قانون» یک کشور در قواعد دآوری آنسیترال ۱۹۷۶ برگزیده شده است. (نیکبخت، ۱۳۸۰: ۱۳۸) همچنین برابر بند ۳ از مادهٔ ۲۷ قانون دآوری بین‌المللی ایران، چنانچه

1. Civil Code Art. 3540.

2. Oregon Revised Statute, s 81.120.

طرفین توافق داشته باشند که دیوان داوری براساس عدل و انصاف یا کدخدانشانه تصمیم بگیرد، بر این توافق ترتیب اثر می‌دهد و در بند ۴ این ماده بیان داشته که داور براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم خواهد نمود و عرف بازرگانی در معامله مربوطه را در نظر خواهد داشت. همچنین در ماده ۵ بیانیه الجزایر تحت عنوان قانون حاکم دیوان داوری ایران و آمریکا، حقوق بین‌الملل عرفی، اصول کلی حقوق نیز برای مسائل اختلافی فی مابین طرفین بیانیه الجزایر انتخاب شده است. در نهایت دلیل دیگر مبنی بر پذیرش قواعد فراملی مفهوم عرف است که در قانون مدنی نیز به رسمیت شناخته شده است؛ هرچند مفهوم عرف مدنظر قانون مدنی به اندازه مفهوم قواعد فراملی بازرگانی گسترده نیست.

یکی از حقوقدانان نیز در تفسیری که از جمله «قانون دیگر» در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ارائه داده است، بیان داشته است: «همان طور که قانون محل وقوع عقد، همان حقوق کشور محل وقوع قرارداد است، قانون دیگر مذکور در ماده ۹۶۸ ق.م. قطعاً حقوق کشور دیگری غیر از محل وقوع قرارداد است و ... می‌توان گفت، قانون در مفهوم کاملاً عام خود، به معنی مقررات است که می‌تواند حقوق دولتی و یا غیر دولتی باشد؛ ...دلیلی وجود ندارد که طرفین نتوانند حقوق‌های غیر دولتی را برگزینند». (پروین، اکبری رودپشتی: ۱۳۹۲: ۴۵)

### ث) بررسی کنوانسیون‌های بین‌المللی درباره انتخاب حقوق فراملی بازرگانی

#### ۱. کنوانسیون آنسیترال

ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ بیان می‌کند که «داوران باید اختلاف را مطابق با قواعد حقوقی که توسط طرفین انتخاب شده، تصمیم بگیرند». البته ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال که در سال ۲۰۱۰ مورد بازنگری قرار گرفته شده، مقرر می‌دارد که: «۱- دیوان داوری، قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قانون قابل اعمال معین کرده‌اند، بر ماهیت اختلاف اعمال می‌کنند...» (انصاری معین، ۱۳۸۹: ۴۶ و ۱۲۱)

#### ۲. کنوانسیون رم

در کنوانسیون رم در ماده ۳ (۱) به طرفین قرارداد اجازه انتخاب قانون حاکم را می‌دهد و از کلمه «Rules of law» استفاده می‌نماید اما درباره این که آیا این کلمه شامل قانون موضوعه یا قواعد فراملی می‌شود سکوت است و این امر باعث ایجاد اختلاف در تفسیر این ماده شده است.

عده‌ای از حقوقدانان بیان داشته‌اند که علی‌رغم سکوت ماده ۳، از مفاد مقررات در این کنواسیون به شرح ذیل فهمیده می‌شود که منظور قانون یک کشور است نه قواعد فراملی؛ زیرا: ۱- ماده ۱ کنواسیون صریحاً اعلام داشت که قواعد عهدنامه در وضعیت‌هایی که تعارض بین قانون دو «کشور» وجود دارد، اعمال می‌شود؛ لذا عهدنامه تنها انتخابی را معتبر تلقی می‌کند که قانون یک کشور انتخاب شده باشد. (Rühl, 2007: 16) ۲- در ماده ۳ (۳) مقرر می‌دارد که امکان انتخاب قانون خارجی نمی‌تواند اعمال مقررات امری کشوری را که تنها با قرارداد در ارتباط است، نقض کند. ۳- ماده ۴ (۱) این کنواسیون تصریح می‌کند که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قرارداد باید تابع قانون کشوری باشد که نزدیک‌ترین ارتباط را با آن دارد. ۴- و ماده ۷ (۱) به دادگاه اجازه می‌دهد که اعمال قوانین کشوری خاص به وسیله قواعد امری کشور دیگری را که ارتباط نزدیک‌تر با وضعیت مذکور دارد رد نپذیرد.

در مقابل عده‌ای بیان داشته‌اند، چون دیدگاه در کنواسیون به وضوح ذکر نشده، لذا کنواسیون حق انتخاب قواعد فراملی را به طرفین داده است (Lando&Nielsen, 2007:31-34) و جمله‌بندی مقدمه و خود مقررات از انتخاب قواعد فراملی توسط طرفین جلوگیری نمی‌کند. همچنین شیوه نگارش کنواسیون رم تغییر نموده و واژه «کشور» حذف شده که این گونه استنباط می‌شود که نظر تدوین کنندگان آنها، شناسایی حداکثر آزادی برای طرفین است. (Rühl, 2007: 19)

### ۳. کنواسیون رم ۱

پیش نویس کنواسیون رم ۱ در سال ۲۰۰۵ در ماده ۳ (۲) اجازه انتخاب اصول و قواعد ماهوی قراردادی را که در سطح بین‌المللی یا در اتحادیه اروپا شناخته شده است، به طرفین داده بود اما چون پیش نویس مباحث زیادی را ایجاد و بدون حل و فصل باقی گذاشت، در نتیجه قانونگذار اتحادیه اروپا در ماده ۳ کنواسیون رم ۱ از همان جمله بندی کنواسیون رم استفاده نموده است؛ با این حال در مقایسه با کنواسیون رم، مطالب مقدماتی لایحه رم ۱ روشن ساخته که انتخاب قانون فراملی مجاز است. لذا در مطلب شماره ۱۳ مقدماتی کنواسیون بیان شده که این مقررات، طرفین را از درج قانون یک کشور غیر عضو یا کنواسیون بین‌المللی به طریق عطف در قرارداد منع نمی‌کند و همچنین مطلب مقدماتی شماره ۱۴ وضعیتی است که طرفین ممکن است، قواعد ماهوی قراردادها را که توسط اتحادیه اروپا پذیرفته شده باشد، انتخاب کنند.



بنابراین به طور معمول طرفین نمی‌توانند قواعد فراملی را به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند اما می‌توانند فقط از طریق درج و الحاق به قاعده به طریق عطف و مرجع یا مکمل به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند. (Garcimartín Alférez, 2008: I-67)

#### ۴. کنوانسیون لاهه<sup>۱</sup>

اصول لاهه در انتخاب قانون در قرارداد بین‌المللی برای اولین بار در یک متن شبه قانونگذاری، به صراحت به طرفین اجازه انتخاب قواعد فراملی را می‌دهد. ماده ۳ این کنوانسیون مقرر می‌دارد که: «قواعد از قانون بر اساس این اصول، قواعد انتخاب شده توسط احزاب ممکن است، قواعد حقوقی است که به طور کلی در سطح بین‌المللی، فراملی و منطقه‌ای به عنوان یک مجموعه قواعد بی‌طرف و متعادل پذیرفته شده است، مگر اینکه قانون مرجع رسیدگی خلاف آن بیان کند.» با توجه به این ماده حق انتخاب قواعد فراملی برای طرفین صرفاً شامل قواعد فراملی که به صورت مجموعه‌ای از قواعد، بی‌طرف و متعادل و به طور کلی شناخته شده و بین‌المللی یا فراملی باشد. (Michaels, 2014: 16)

#### ج) اصل حاکمیت اراده و نحوه انتخاب حقوق فراملی بازرگانی

طرفین سند تجاری در چهارچوب قوانین امری مقرر دادگاه (قواعد حل تعارض مقرر دادگاه) صریحاً می‌توانند قواعد فراملی را انتخاب نمایند. در اغلب اسناد بین‌المللی که ناظر بر تعیین قانون حاکم هستند، به صریح بودن توافق انتخاب قانون حاکم تصریح شده است؛ بنابراین چنین انتخابی معمولاً در زمان تنظیم و صدور سند است اما ممکن است، طرفین بعد از بروز اختلاف اعلام نمایند که سند تابع چه قانون یا قاعده فراملی است. اما اگر قانون حاکم توسط طرفین صریحاً انتخاب نشود، ما باید به دنبال کشف اراده ضمنی طرفین باشیم و برای این کار باید تمام اوضاع و احوال حاکم بر تنظیم و صدور سند را مورد توجه قرار داده تا بر اساس آن اراده ضمنی طرفین را بر قانون خاص کشف نموده و آن قانون را حاکم نماییم؛ یعنی باید کشف اراده، به قاضی سپرده شود تا با توسل به قرائن و امارات به یافتن آن بپردازد. بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون رم و بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون مقررات یکم رم نیز به این موضوع اشاره کرده است که حتماً لازم نیست، قانون حاکم با شرط صریح تعیین شود می‌توان از اوضاع و احوال حاکم بر آن قانون حاکم را تعیین کرد.

1. Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, March 2014.

### نتیجه‌گیری

در حال حاضر، باتوجه به مطالب پیش گفته به طور کلی، سه رویکرد در موضوع قواعد فراملی وجود دارد؛ اولین رویکرد در جامعه اروپا و حقوق آمریکا یعنی طرفین نمی‌تواند قواعد فراملی به عنوان قانون حاکم، انتخاب کنند اما می‌تواند عنوان ارجاع ضمنی در قرارداد بگنجانند. رویکرد دوم به طرفین اجازه انتخاب قواعد فراملی را به عنوان قانون حاکم می‌دهد مگر اینکه چنین انتخابی بی‌معنی و یا غیرقابل اجرا باشد. رویکرد سوم فقط اجازه انتخاب انواع خاصی از قواعد فراملی از جمله قواعد فراملی مندرج کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا قوانین عرفی مدون را می‌دهند.

هرچند تحولات اخیر حقوق نشان از حضور قواعد فراملی با چهارچوب بیش از پیش منسجم دارد، در این سیستم طرفین فرصتی پیدا می‌کنند تا بتوانند در مقام انتخاب قانون حاکم قواعد فراملی را به عنوان سومین نظام حقوقی انتخاب کنند و از قواعد دولتی، قدری فاصله بگیرند. البته با توجه به شرایط فعلی قواعد فراملی بازرگانی (به ویژه اصول کلی حقوق در اسناد تجاری) نمی‌توانند به طور کامل جایگزین قوانین داخلی کشورها شود؛ بنابراین برای اینکه بتوان قواعد فراملی بازرگانی به عنوان قانون حاکم انتخاب نمود، باید اول اینکه در بین اشخاصی که آن را ایجاد کرده‌اند، مقبولیت داشته باشد، دوم اینکه در خارج از مجموعه بازرگانانی که آن را ایجاد کرده‌اند، نیز مورد شناسایی قرار بگیرد و در زمینه اسناد تجاری نیز اصول کلی وجود دارد که در قوانین دولتی هیچ‌ذکری از آن‌ها به میان نیامده است اما به عنوان اصول حاکم مورد پذیرش محاکم قرار گرفته است.

در نهایت باید گفت اعمال این قواعد بر اسناد تجاری بین‌المللی بهترین روش است. با این حال، این راه حل مستلزم آن است که مجموعه‌ای از قوانین تجاری بین‌المللی وجود داشته باشد و قواعد فراملی را توسعه و مورد شناسایی قرار دهد تا به راحتی بتوان بر اسناد تجاری بین‌المللی اعمال نمود. هرچند اخیراً تلاشی برای تدوین این قواعد بر اساس آرای داوری بین‌المللی، عهدنامه‌های بین‌المللی، قراردادهای استاندارد، عرف تجاری بین‌المللی، شروط نمونه قراردادی و دکترین حقوقی صورت پذیرفته است. امید است که در کشور ایران نیز حقوقدانان به فکر تدوین چهارچوب قواعد فراملی اسلامی از قبیل قاعده بنای عقلا، اصل دارا شدن ناعادلانه، اصل حسن نیت، العقود تابعه القصود... افتاده تا در قراردادهای بین‌المللی و اسناد تجاری مورد استناد بازرگانان اسلامی قرار گیرد.

## منابع

### الف - فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت بین‌الملل**، جزوه درسی دوره دکتری فقه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، سال ۱۳۹۰-۱۳۸۹.
۲. الماسی، نجاد علی؛ حسین‌زاده، مهدی؛ **تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری**، حقوق خصوصی، ش شانزدهم، ۱۳۸۹.
۳. الماسی، نجاد علی؛ حسین‌زاده، مهدی؛ **اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر شرایط ماهوی صدور اسناد تجاری**، نامه مفید، سال هفدهم، شماره ۸۸، ۱۳۹۰.
۴. انصاری معین، پرویز، **قواعد بازرگاری شده آنسیتراال (۲۵ ژوئن ۲۰۱۰) و رسیدگی‌های موازی در داوری**، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۵. باقری، محمود؛ نوشادی، ابراهیم؛ **چالش‌های اعمال حقوقی تجاری در فضای مجازی**، مجله برنامه ریزی و بودجه، شماره ۱۱۲، بهار ۱۳۹۰.
۶. پروین، فرهاد؛ اکبری رود پشته، عظیم، **رویکرد تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادهای**، مجله حقوق دادگستری، شماره ۸۲، ۱۳۹۲.
۷. جنیدی، لعیا، **قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، نشر دادگستر، بهار ۱۳۷۶.
۸. جنیدی، لعیا، **نظریه حقوق فراملی بازرگانی**، فصلنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰.
۹. حبیب زاده، طاهر، **حقوق فناوری اطلاعات، مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک**، جلد اول، انتشارات پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۰.
۱۰. خمایی‌زاده، فرهاد، **قواعد غیر دولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی** شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
۱۱. گوود، روی ام؛ عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی، ترجمه حمید رضا علوی یزدی، مجله حقوقی ریاست جمهوری، شماره ۳۶، ۱۳۸۶.
۱۲. مختاری، مهدی، **اسناد تجاری قابل نقل و انتقال در حقوق آمریکا**، بخش هفتم، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۴۳، ۱۳۸۲.
۱۳. نصیری، مرتضی، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران، انتشارات ویسمن، چاپ اول، ۱۳۵۲.
۱۴. نیکبخت، حمیدرضا، **ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی**، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۳۱-۳۲، ۱۳۸۰.

۱۵. نیک فرجام، کمال، رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۷، بهار ۱۳۹۱.
۱۶. میشل وبوالی، تفکری بر تئوری حقوق فراملی، ترجمه دکتر ناصر صبح خیز، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره سوم، پاییز ۱۳۶۴.

#### ب - لاتین

17. Baron, Gesa; Bonn/Edinburgh: **Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?**, Pace Law School Institute of International Commercial Law 1998.
18. Basedow, Jürgen; Toshiyuki Kono, Giesela Rühl, *An Economic Analysis of Private International Law*, Mohr Siebeck, Germany 2006.
19. Beale, Joseph H: *A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS* § 1.1 at 1. NEW YORK BAKER, VOORHIS & CO. 1935.
20. Berger, K.P: Klaus Peter: *International Economic Arbitration*, Boston, Kluwer Law International, Publisher: Kluwer Law International, Boston 1993.
21. Boss, Amelia H: **Electronic Registries and Transfer of Rights**, congress to celebrate the fortieth annual session of uncitral Vienna, 2007.
22. Burnstein, Matthew R: "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law', 1996.
23. Cordero Moss, Giuditta: **Good Faith in International Contracts**, Global Jurist, Vol. 7, 2007.
24. Gailard, Emmanuel and Savage, John (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Publisher: Kluwer Law International, 1999.
25. Garcimartín Alférez, Francisco J: **The Rome I Regulation: Much ado about nothing?** The European Legal Forum Journal, Issue 2, March/April 2008.
26. Graveson, R.H: *Conflict of Law*, seventh edition, London, 1974.
27. Giuliano, M and Lagarde, P: **Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (Giuliano-Lagarde Report)**, Official Journal C 282, 31 October 1980.
28. Goldman, Berthold: The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria”, in Julian D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*” Springer Netherlands, 1987.
29. Goode, Roy: **Rule, Practice, and Pragmatism in International Commercial Law**’ International and Comparative Law Quarterly, Volume 54 / Issue 03 / July 2005,

30. Houtte, Hans van, *The Law of International Trade*, Kluwer Academic Publishers, 2d ed., London: Sweet & Maxwell, 2002.
31. Kirchner, Stefan: **Transnational Law and the Choice-of-Law Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration**, SSRN's European Private Law eJournal):2007.
32. Lando, Ole: **The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration** International and Comparative Law Quarterly / Vol 34, n7,1985.
33. Lando, Ole And Nielsen ,Petre Arnt: **The Rome I Proposal** Journal of Private International Law, Volume 3, Number 1, April 2007
34. Lawrence, William H: *Understanding negotiable instruments and payments systems*, ebook, Publisher LexisNexis.New York, 2002.
35. Lobl, David M: "Promissory Notes", **Ontario Bar Association, Corporate Securities and Finance Law Report**, Vol. 19, No. 5, 2014.
36. Maniruzzaman, Abul F.M: **The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?"** American University International Law Rev 14, no. 3, 1999.
37. Michaels, Ralf: **Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**, Social Science Research Network (SSRN's European Private Law eJournal) 2014.
38. Mustill, Michael - The New Lex Mercatoria: *The First Twenty-five Years*, in: Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce. Edited by Maartin Bos and Ian Brownlie, Clarendon Press, Oxford 1987, at 149 et seq. (reprinted in: Arb.Int'l 1988, at 86 et seq.).
39. Rühl, Giesela: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency**, CLPE Research, Vol 3. No. 01, 2007.
40. Giesela Rühl, **Choice of Law and Choice of Forum in the European Union: Recent Developments**, Social Science Research Network (SSRN Electronic Journal) 2010.
41. Schmitthoff, Clive M: *International Business Law: A New Law Merchant, 2 CURRENT LAW AND SOCIAL PROBLEMS*, Canada, 1961.
42. Shmatenko, Leonid: *Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?*, Yearbook of Arbitration Vol III, 2013.
43. Sit, Banu: **Electronic Retail Payment Systems in Conflict of Laws**, Ankara Law Review Vol.2 No.2, 2005
44. Symeonides, Symeon C: Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: **The Lex Mercatoria that Isn't** SSRN European Private Law eJournal 2006.

45. Symeonides, Symeon C: **Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective**, SSRN European Private Law eJournal, 2010.
46. Turner, Paul S. & Wunnicke, Diane B: ***Managing the risks of payment systems***, Publisher: John Wiley & Sons, in Canada, 2003.
47. Wang, Faye Fangfei: ***Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China***, Cambridge University Press, New York. 2010.