

General Principles of Law; the Contact Point of Transnational Commercial Law and International Law

Zahra Mahmoodi Kordi^{1*}, Seyedeh Atefeh Ghadirinezhad²

1. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

2. MSc, Faculty of Law & Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

(Received: March 6, 2020 ; Accepted: May 8, 2020)

Abstract

The "General Principles of law" have always been the important source of transnational commercial law that their scope has expanded in line with the development of transnational law, so that today it embodies two types, including "common principles" between legal systems and "specific principles" of international trade. In international law, "General principles of law" as norms that are rooted in national legal systems, obtained through "comparative" studies by international judges and in accordance with Article 38 of the ICJ statute, they are source of international law. Because of their "supranational character" and "dual nature" that stemming from their fundamental personality, these principles have the potential to be present in any legal system, including transnational commercial law. They enter into transnational commercial law through "comparative" method and "codification-based" method; thus, to resolve transnational commercial disputes, the arbitrators are using common principles as result of the studies of international judges. The purpose of this article is to evaluate the role of "general principles of law" in linking transnational law to international law and to this end, the "nature" of the general principles and their "entrance" in transnational law are discussed by analyzing the theories and arbitral awards. The finding of this paper is that the general principles of transnational commercial law are the same general principles of law which recognized by civilized nations as source of international law; these have been entered into transnational commercial law by the actors of international law and in the accepted forms of international law.

Keywords

General Principles of Law, Transnational Commercial Law, International law, Comparative method, Codification-based method.

*Corresponding Author, Email: Z.mahmoudi@umz.ac

اصول کلی حقوقی، عامل پیوند حقوق تجارت فراملی و حقوق بین الملل

زهرا محمودی کردی^{۱*}، سیده عاطفه قدیری نژاد^۲

۱. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۹)

چکیده

«اصول کلی حقوقی» همواره یکی از منابع مهم حقوق تجارت فراملی به شمار می‌رفته که قلمرو مفهومی آن هم‌گام با توسعه این حقوق بسط یافته است؛ طوری که امروزه متضمن دو قسم اصول، شامل «اصول کلی مشترک» میان نظام‌های حقوقی و «اصول خاص» تجارت بین‌الملل، است. در حقوق بین‌الملل نیز اصول کلی حقوقی به منزله هنجارهای برخاسته از نظام‌های حقوقی ملی، که از طریق مطالعات تطبیقی توسط قضات بین‌المللی به دست آمده و به این عرصه راه یافته، مطابق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، منبع حقوق بین‌الملل هستند. اصول کلی مشترک به علت «خصلت فراملی» و «ماهیت دوجبهی»، که از شخصیت بنیادین آن‌ها نشئت می‌گیرد، امکان حضور در هر نظام حقوقی را دارند، از جمله نظام در حال تکوین حقوق تجارت فراملی، و از طریق دو روش «تطبیقی» و «تدوینی» به این حوزه وارد می‌شوند. به این ترتیب داوران در مقام فیصله اختلافات تجاری فراملی از اصول کلی مشترک به مثابه ماحصل مطالعات قضات بین‌المللی بهره می‌برند. هدف از پژوهش حاضر ارزیابی نقش اصول کلی حقوقی در پیوند میان حقوق تجارت فراملی و حقوق بین‌الملل بود. بدین منظور، ضمن تحلیل نظریات حقوق دانان و آرای داوران، ماهیت اصول کلی حقوق تجارت فراملی و نحوه ورود آن‌ها به قلمرو این حقوق بررسی شد و این نتیجه به دست آمد که اصول کلی حقوق تجارت فراملی همان اصول کلی حقوقی مورد پذیرش ملل متمدن به عنوان منبع حقوق بین‌الملل هستند که ورودشان به حقوق تجارت فراملی مدیون و مرهون نقش‌آفرینی بازیگران حقوق بین‌الملل و انتفاع از قالب‌های این نظام حقوقی است.

کلیدواژگان

اصول کلی حقوقی، حقوق بین‌الملل، حقوق تجارت فراملی، روش تطبیقی، روش تدوینی.

* رایانامه نویسنده مسئول: Z.mahmoudi@umz.ac

مقدمه

جهانی شدن اقتصاد، با توسعه روابط تجاری برون مرزی و ادغام بازارهای ملی، حقوق حاکم بر تجارت در بازارهای جهانی را متأثر ساخته و آن را از انحصار قوانین ملی خارج کرده است. در چنین فضایی، تجار بین المللی، به منظور تضمین هر چه بیشتر منافع خویش، اغلب به دنبال اعمال مقرراتی متحدالشکل با خصوصیت فراملی هستند که آنان را از حقوق دولتی بی نیاز سازد (Saputelli 2018: 1). بر همین اساس، در دهه های اخیر تئوری «حقوق تجارت فراملی»^۱، با ادعای پیدایش یک «نظام حقوقی» مستقل و غیر دولتی در عرصه تجارت بین الملل، توسط حقوق دانانی که حقوق داخلی و حقوق بین الملل را برای رسیدگی به اختلافات فراملی مناسب نمی دانستند شکل گرفت.

اما، با وجود گذشت چند دهه از طرح تئوری یادشده، هنوز در دکتترین حقوقی اجماع قاطعی در خصوص ماهیت حقوق تجارت فراملی حاصل نشده است.^۲ اگرچه امروزه حقوق تجارت فراملی با استقبال فزاینده جامعه تجار مواجه است و دست کم در عرصه داوری های تجاری بین المللی به اثبات رسیده است، در حوزه تئوری اختلاف نظر در خصوص منابع حقوق تجارت فراملی به قوت خود باقی است و این موضوع مطالعه درباره آن را مشکل می سازد. وجود فهرست های نسبتاً متفاوت از منابع بالقوه حقوق تجارت فراملی به وضوح دلیلی بر این ادعاست (Linarelli 2018: 15). در برخی از فهرست های موجود اشاره ای به «اصول کلی حقوقی» نشده است. اما، در برخی دیگر اصول یادشده در زمره منابع حقوق تجارت فراملی آمده است. مثلاً در حالی که اشمیتوف کنوانسیون های بین المللی قوانین نمونه و همچنین عرف تجار را به عنوان منبع این حقوق برمی شمارد، گلدمن فهرستی متضمن هفت منبع شامل اصول کلی حقوقی، عرف تجار، قانون گذاری بین المللی، مقررات متحدالشکل، قراردادهای استانداردها، ضوابط رفتاری، و آرای داوری را ارائه می دهد. لاندو نیز به منظور ارائه فهرستی جامع از عناصر تشکیل دهنده حقوق تجارت فراملی از اصول کلی حقوقی، حقوق بین الملل عمومی،

1. Transnational Commercial Law

۲. بررسی تألیفات موجود نشان دهنده دیدگاه های مختلفی است که ماهیت حقوق تجارت فراملی را از یک «روش تصمیم گیری قضایی» تا «مجموعه ای نامنسجم از اصول و قواعد حقوقی» و حتی یک «نظام حقوقی تمام عیار» متغیر می دانند. با در نظر گرفتن واقعیات و مقتضیات کنونی حاکم بر تجارت بین الملل، می توان قائل به دیدگاهی میانه بود که حقوق تجارت فراملی را در مرحله گذار از یک نظم حقوقی به سمت نظام حقوقی مستقل تلقی می کند.

مقررات متحدالشکل، مصوبات و رویه سازمان‌های بین‌المللی، عرف‌های مدون و غیر مدون، قراردادهای استاندارد، و آرای داوری یاد می‌کند. چنان که مشخص است، اگرچه وجود اصول کلی حقوقی در فهرست منابع حقوق تجارت فراملی محل مناقشه است، اکثر نظریه‌پردازان اصلی حقوق تجارت فراملی اصول یادشده را در زمره منابع این حقوق برشمرده‌اند. به علاوه، در آرای متعدد داوری، انتخاب «اصول کلی حقوقی مشترک» به عنوان قانون حاکم مورد تأیید داوران قرار گرفته است (شیروی ۱۳۹۵: ۴۷). اصول کلی حقوقی به واسطه اوصاف ذاتی از قبیل کلیت، ابتنا بر ارزش‌ها، انتزاع، و پویایی نقش مؤثری در ایجاد انعطاف و تکامل قواعد حقوقی تجاری ایفا می‌کنند.

حقوق تجارت فراملی، در عین حفظ موجودیت منحصر به فرد خود، از یک سو به علت ابتنا بر موضوعات حقوق خصوصی به نظام حقوقی ملی نزدیک است و از سوی دیگر، به اقتضای قلمرو فراملی که دارد، ناگزیر با نظام حقوق بین‌الملل در تعامل است (ویرالی ۱۳۶۴: ۹۰). اصول کلی حقوقی، به منزله منبعی که در نظام‌های حقوقی ملی مشترک بوده و در حقوق بین‌الملل نیز به رسمیت شناخته شده است، حلقه اتصال حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل و حقوق تجارت فراملی محسوب می‌شود. بنابراین، شناخت این حلقه پیوند اهمیت زیادی برای حقوق‌دانان متخصص در هر سه عرصه دارد؛ به‌ویژه آنکه مفهوم اصول کلی در حقوق تجارت فراملی، همانند حقوق بین‌الملل، موضوعی بحث‌برانگیز است و به‌رغم اهمیتش مبهم باقی مانده است، چه به لحاظ ماهیت چه به لحاظ نحوه شناسایی آن در حقوق تجارت فراملی. مطالعه در زمینه ماهیت این اصول به منزله منبع حقوق تجارت فراملی نشان می‌دهد عبارات متعدد نظیر «اصول کلی حقوق قراردادهای بین‌المللی»، «اصول کلی حقوق بین‌الملل»، «اصول کلی مشترک» و ... برای اشاره به این اصول استفاده شده است. در برخی نوشته‌ها و آرای داوری، اصول کلی حقوق تجارت فراملی^۱ همان اصول کلی مورد قبول ملل متمدن، مندرج در بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، تلقی شده است؛ درحالی‌که در برخی دیگر از تألیفات بر یکسان نبودن اصول کلی حقوق تجارت فراملی با اصول کلی حقوقی به عنوان منبع حقوق بین‌الملل تأکید شده است (Ayoglu 2014: 28).

در این پژوهش، ضمن ارزیابی دو دیدگاه یادشده، که به شناخت بهتر مفهوم و ماهیت اصول

کلی حقوق تجارت فراملی می‌انجامد، دیدگاه نخست و انعکاس آن در رویه داوری واکاوی می‌شود. زیرا بررسی این دیدگاه ما را با تعاملات میان حقوق تجارت فراملی و حقوق بین‌الملل آشنا می‌سازد. بر این اساس، سؤال اصلی این پژوهش آن است که چگونه اصول کلی حقوقی حلقه اتصال حقوق تجارت فراملی و حقوق بین‌الملل است؟ بدین منظور باید مشخص شود اولاً آیا می‌توان اصول کلی حقوقی تجارت فراملی را همان اصول مندرج در بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری دانست؟ ثانیاً در صورت مثبت بودن پاسخ پرسش نخست، این اصول چگونه به حوزه حقوق تجارت فراملی راه پیدا می‌کند؟

ازین‌رو، مقاله از دو بخش اصلی تشکیل شده است؛ ابتدا ماهیت اصول کلی حقوق تجارت فراملی بررسی شده و سپس روش‌های رایج در گردآوری و تدوین این اصول ارزیابی شده است.

ماهیت اصول کلی حقوق تجارت فراملی

مشخص کردن ماهیت اصول کلی حقوق تجارت فراملی، علاوه بر آنکه لازمه کشف ارتباط این اصول با مفهوم مندرج در بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری است، زمینه‌ساز طرق شناسایی و تدوین اصول یادشده نیز هست. ریشه تضارب دیدگاه‌های موجود درباره ماهیت اصول کلی حقوق تجارت فراملی و به تبع ارتباط بحث‌برانگیز آن با اصول کلی حقوقی مورد پذیرش ملل متمدن را می‌توان در وهله نخست در دوره‌های تاریخی حیات حقوق تجارت فراملی، از ابتدا تا کنون، و در وهله بعد در منشأ این اصول جست‌وجو کرد.^۱

سیر تحول تاریخی اصول کلی حقوقی در حقوق تجارت فراملی

بررسی روند تاریخی در مبحث حقوق تجارت فراملی اهمیت بسزایی دارد. زیرا این حقوق در طول زمان تحولاتی را از سر گذرانده‌اند که منابع آن را متأثر کرده‌اند. اکثر محققان حقوقی ریشه حقوق تجارت فراملی کنونی را حقوق عرفی بازرگانی قرون وسطا می‌دانند که از آن با عنوان

۱. گفتنی است در چارچوب این مقاله حقوق تجارت فراملی یک نظام حقوقی ماهوی است که خصیصه فراملی دارد و در پی غیر ملی کردن حقوق حاکم بر ماهیت روابط تجاری بین‌المللی است. ازین‌رو، اصول کلی حقوقی شکلی و اصول تعارض قوانین به دلیل فقدان جنبه ماهوی در این مقاله مورد نظر نیستند.

«حقوق بازرگانان»^۱ یا «حقوق تجارت» یاد می‌شود (Baddack 2005: 5). ضوابط این حقوق توسط خود تجار و صرفاً برای تنظیم روابط آن‌ها به وجود آمده و هدف اصلی آن ایجاد راهکارهایی کارآمد جهت افزایش تضمین معاملات تجاری فرامرزی بوده است (شیروی و وکیلی مقدم: ۱۲۵). در واقع، تجار قرون وسطایی اروپا در روابط خارجی خویش با تجار سایر مناطق طبق اصولی مشترک و قابل قبول فعالیت می‌کردند. به مرور زمان این درک مشترک و عملکرد مشابه تجار در سراسر اروپای غربی به شکل‌گیری رویه‌ها و عرف‌های فراملی انجامید که به منطقه خاصی اختصاص نداشت (شیروی، ۱۳۹۵: ۴۴). بنابراین، می‌توان منابع اصلی لکس مرکاتوریا در قرون وسطا را عرف تجار و اصول کلی حقوقی از جمله حسن‌نیت و انصاف دانست.

بعد از ظهور دولت‌کشورها در جامعه بین‌المللی و شتاب گرفتن نهضت تدوین قانون، تجارت بین‌الملل نیز متأثر شد که نتیجه آن اعمال کنترل حکومت‌های ملی بر تجارت بود. با افزایش ملی‌گرایی در طول قرن ۱۹، لکس مرکاتوریا بیش از پیش با قوانین ملی ادغام شد و ضمن از دست دادن استقلال و جنبه فراملی خود، مانند سایر قوانین ملی، به منشأیی برای تعارض بدل شد (Gucer 2009: 34).

متعاقباً با آغاز قرن ۲۰ و قوت گرفتن پدیده جهانی شدن، حقوق حاکم بر جامعه تجار بین‌المللی حیات و جانی تازه گرفت و لکس مرکاتوریا با چهره‌ای جدید متولد شد که شبیه به مفهوم قرون وسطایی خود بود. در همین دوران «تئوری حقوق تجارت فراملی» با نظریات حقوق‌دانانی نظیر گلدمن و اشمیتوف، با هدف احیای مجدد لکس مرکاتوریا، ظهور کرد (Ali 2019: 3). این نظریه به دلیل زمینه‌های تاریخی آن بعضاً با عنوان «دکترین لکس مرکاتوریای مدرن» شناخته می‌شود. در این دوران قلمرو حقوق تجارت فراملی گسترش یافت و علاوه بر عرف تجار و اصول کلی حقوقی، به عنوان منابع اصیل، شامل همهٔ هنجارهای تنظیم‌کننده تجارت برون‌مرزی، خواه با منشأ داخلی خواه با منشأ بین‌المللی، می‌شد (Goldman 1987: 113).

با توسعه روزافزون تجارت بین‌الملل از نیمه دوم قرن ۲۰ به این سو، حقوق تجارت فراملی به سمت «بین‌المللی‌تر شدن» پیش رفت؛ طوری که امروزه دربردارنده کلیه اصول کلی حقوقی و قواعد تجاری متحدالشکلی است که در سطح بین‌المللی شناسایی شده‌اند یا به کار می‌روند.

تصویب قوانین نمونه، کنوانسیون‌های متعدد، و همچنین تهیه مجموعه‌های متحدالشکل و مدون از اصول و قواعد فراملی زمینه‌ساز و ثمره این تکامل است. بنابراین، می‌توان یکی از خصایص اصلی حقوق تجارت فراملی در این دوران را تدوین و یکسان‌سازی توسط بازیگران بین‌المللی دانست. حتی می‌توان گفت در این مقطع، که به عصر پست‌مدرن حیات لکس مرکاتوریا معروف است، حقوق تجارت فراملی منسجم‌تر شد و در حال گذار به سمت یک نظام حقوقی با اصول و قواعد فراملی و مدون است (Michaels 2007: 467).

بررسی سیر تاریخی حقوق تجارت فراملی نشان‌دهنده این حقیقت است که اصول کلی حقوقی همواره، از قرون وسطا تا امروز، یکی از منابع مهم آن به شمار می‌آمده و با تحول حقوق تجارت فراملی ماهیت این اصول دستخوش تغییر شده است. در زمان حاضر، که به عصر جهانی شدن نیز معروف است، حقوق تجارت فراملی بیش از پیش از ظرفیت‌های حقوق بین‌الملل بهره برده است؛^۱ به طور خاص، در خصوص اصول کلی حقوقی که تا مدت‌ها نانوشته و غیر مدون بوده و امروزه با بهره‌گیری از فن تدوین توسط بازیگران حقوق بین‌الملل گردآوری شده است.^۲ مضاف بر این، در بسیاری از نوشته‌های حقوقی و

۱. در دهه‌های اخیر و تحت تأثیر جنبش جهانی شدن، حقوق بین‌الملل از حالت سنتی و بین‌الدولی صرف خارج شده و تحول یافته است. حقوق بین‌الملل در نسخه مدرن و جهانی‌شده خود، هم به لحاظ بازیگران هم از نظر منابع، گسترده‌تر شده و عرصه حضور و نفوذ آن به حوزه‌های جدید فراملی، از جمله حقوق تجارت فراملی، بسط یافته است. در روند توسعه و تکامل حقوق تجارت فراملی اثرگذاری حقوق بین‌الملل مدرن به‌روشنی دیده می‌شود. زیرا امروزه تدوین محتوای حقوق تجارت فراملی عمدتاً توسط سازمان‌های بین‌المللی به عنوان تابعان حقوق بین‌الملل و در قالب منابع سنتی و مدرن این نظام حقوقی انجام می‌شود. در حال حاضر، سازمان‌هایی از قبیل کمیسیون تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد، کنفرانس سازمان ملل متحد در تجارت و توسعه، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی ملل متحد، مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی رم، کمیسیون اروپایی حقوق قراردادها، و ... وظیفه تدوین کنوانسیون‌های تجاری و اسناد حقوقی نرم، مانند مجموعه‌های مدون اصول حقوق قراردادها، فرم‌های قراردادی استاندارد، توصیه‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها، و ... را به عهده گرفته‌اند.

۲. از اسناد مهم مدون و متحدالشکل بین‌المللی، که متضمن ارائه لیستی از اصول کلی حقوقی قابل اعمال بر تجارت فراملی است و توسط بازیگران حقوق بین‌الملل تهیه شده، می‌توان به اصول حقوق قراردادها، تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا)، اصول حقوق قراردادها، اروپایی، و اصول متحدالشکل سازمان هماهنگ‌سازی حقوق تجارت در آفریقا (اصول اوهادا) اشاره کرد.

نیز آرای داور، از اصول کلی حقوقی مندرج در بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به عنوان منبع حقوق تجارت فراملی، یاد شده که البته با مخالفت‌هایی مواجه شده است. بنابراین، لازم است به اصلی‌ترین استدلال مخالفان نیز توجه شود.

منشأ دوگانه اصول کلی حقوق تجارت فراملی

در حالی که برخی حقوق‌دانان^۱ منشأ اصول کلی حقوق تجارت فراملی را نظام‌های حقوقی ملی می‌دانند، عده دیگر نظر مخالف دارند و بر آن‌اند که این اصول ریشه در عرف تجار دارند. در این میان، دیدگاه گلدمن، در مقام یکی از نظریه‌پردازان مهم حقوق تجارت فراملی، از جامعیت بیشتری برخوردار است. وی قائل به مفهومی عام با دو منشأ مجزا برای اصول کلی حقوقی حاکم بر روابط تجاری فراملی است و بر همین اساس اصول یادشده را به دو دسته تقسیم می‌کند (Goldman 1980: 475). قسم نخست اصول کلی مشترک میان همه یا اکثر قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی ملی است. اصولی نظیر وفای به عهد، حسن‌نیت، تغییر بنیادین اوضاع و احوال، دارا شدن ناعادلانه،^۲ و ... که ریشه در ادراکات عقلی و اخلاق و وجدان حقوقی جهانی دارند و از نظام‌های حقوقی اصلی نشئت می‌گیرند و قسم دوم اصول خاص تجارت بین‌الملل. مانند اطلاع‌رسانی به موقع و تشریک مساعی،^۳ مذاکره مجدد در صورت تغییر اوضاع و احوال،^۴ و ... است. این قسم اصول اعتبار و اصالت خود را نه از نظام‌های حقوقی، بلکه از عملکرد و رویه مستمر جامعه تجار بین‌المللی اخذ می‌کنند. به عبارت دیگر، هنگامی که عرف تجاری از اقبال عمومی برخوردار شود، در صورتی که قلمرو عام داشته و به محل مشخص یا نوع خاصی از تجارت اختصاص نداشته باشد، به حد یک اصل کلی اعتلا می‌یابد (Goode et al 2015: 43).

با توجه به تحولاتی که اصول کلی حقوقی به عنوان منبع حقوق تجارت فراملی در طول حیات این حقوق از سر گذرانده و قلمرو آن از اصول مشترک به اصول خاص نیز تعمیم و بسط یافته است، به نظر می‌رسد دیدگاه گلدمن با تکامل تاریخی، مقتضیات، و واقعیات کنونی تجارت بین‌الملل سازگارتر است.

۱. غالباً منکران استقلال حقوق تجارت فراملی از حقوق داخلی این دیدگاه را دارند.

2. Unjust Enrichment
3. Duty to notify/ to cooperate
4. Duty to Renegotiate

تعهد به مذاکره مجدد شامل تجدیدنظر در قرارداد، قیود قراردادی موجود، و پر کردن خلأها می‌شود.

گفتنی است مجموعه اصول حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا) نمونه عملی پذیرش دیدگاه گلدمن است که هم متضمن اصول کلی مشترک است هم اصول برگرفته از حقوق عرفی بازرگانان را در خود جای داده است. در مقدمه اصول یونیدروا تصریح شده این اصول ممکن است در مواردی اعمال شود که طرفین بر حاکمیت اصول کلی حقوقی یا حقوق عرفی بازرگانان بر قرارداد فیما بین توافق کرده‌اند. رویه مراجع داوری بین‌المللی نشان می‌دهد داوران در مقام حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهایی که متضمن چنین توافقی هستند، ضمن استناد به اصول یونیدروا، بعضاً به منشأ دوگانه و مجزای اصول کلی حقوقی و اصول برگرفته از حقوق عرفی بازرگانان توجه می‌کنند. مثلاً، در پرونده شماره ۷۳۶۵ مطرح شده نزد دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس، دیوان، ضمن تأیید حق فسخ یک‌جانبه قرارداد به علت تغییر بنیادین اوضاع و احوال و همچنین تأکید بر تعهد طرفین به مذاکره مجدد جهت تطبیق قرارداد با تحولات، اظهار کرد که تغییر بنیادین اوضاع و احوال (ربوس) یک اصل کلی حقوقی مشترک است که از نظام‌های حقوقی نشئت می‌گیرد و اصل مذاکره مجدد در تمایل و رویه جامعه تجاری بین‌المللی ریشه دارد (ICC Arbitration Award, Paris 7365/FMS1997). بنابراین، آوردن دو اصطلاح «اصول کلی حقوقی» و «حقوق عرفی بازرگانان» در کنار هم در مقدمه اصول یونیدروا، با توجه به رویه داوری، اماره‌ای است بر قلمرو عام و منشأ دوگانه هنجارهای مندرج در این مجموعه.

ارتباط اصول کلی مشترک با اصول کلی حقوقی مورد پذیرش ملل متمدن

اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به عنوان سند معتبر بین‌المللی، در مقام احصای منابع قابل استناد دیوان در فیصله اختلافات، در بند ج ماده ۳۸، از اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متمدن به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل نام برده است. از آنجا که منشأ اصول کلی مشترک حقوق تجارت فراملی نیز نظام‌های حقوقی ملی است، ایده یکسان بودن این دو مفهوم به ذهن متبادر می‌شود که حکایت از وجود یک منبع مشترک در حقوق بین‌الملل و حقوق تجارت فراملی دارد. بر همین اساس، لازم است ابتدا منظور از اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متمدن مشخص شود. هرچند شناخت اصول کلی حقوقی خود موضوعی گسترده است، در مطالب پیش رو سعی شده در حد بضاعت این مقاله تعریفی که بیشترین انطباق را با رویکردهای حال حاضر دارد ارائه شود.

در خصوص عبارت اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متمدن سخن بسیار گفته شده است. با این حال، تفسیر ارائه شده از سوی مؤسسه حقوق بین‌الملل از مقبولیت بیشتری برخوردار است که مطابق آن مقصود از اصول کلی حقوقی هنجارهای عالی و موجد سایر قواعد و همچنین استانداردهای راهنمای تفسیرند که ریشه در وجدان جامعه جهانی، ارزش‌ها، و ضروریات اجتماعی و اقتصادی دارند و اکثر یا حداقل تعداد قابل توجهی از کشورهای در هر فرهنگ یا خانواده حقوقی^۱ آن را مورد شناسایی قرار داده‌اند (The Institute of International Law, 1987, Report delivered at the Session of Cairo). بنابراین، منظور از اصول کلی حقوقی مندرج در ماده ۳۸ اساس نامه دیوان بین‌المللی دادگستری اصولی است که به واسطه کار خلاقانه قاضی بین‌المللی در بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی داخلی مختلف دنیا استنتاج می‌شود و چنانچه مشخص شود که اصلی از سوی همه یا اکثر آن نظام‌های حقوقی به صورت یکسان مورد پذیرش واقع گرفته، در صورت سازگاری با خصایص بنیادین نظام بین‌المللی، می‌تواند به عنوان یک اصل کلی به عرصه حقوق بین‌الملل راه یابد (محمودی ۱۳۹۷: ۳۳۷). در واقع، اصول یادشده مبین ارتباط میان نظام‌های حقوقی ملی و حقوق بین‌الملل‌اند. اما این موضوع که آیا می‌توانند مرجع پیوند حقوق تجارت فراملی و حقوق بین‌الملل باشند را در مباحث پیش‌رو، از دو بعد نظری و عملی، بررسی می‌کنیم.

دیدگاه‌های نظری

مطالعات صورت گرفته نشان می‌دهد استدلال مخالفان این همانی اصول کلی مشترک حقوق تجارت فراملی و اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل، عمدتاً بر دو محور اصلی مبتنی است. اولاً، از آنجا که اصول مشترک در قالب قوانین ملی تجارت در اکثر نظام‌های حقوقی موجود است و بخشی از حقوق داخلی کشورهاست، هر جا اعمال اصول مشترک لازم باشد ارجاع به همان قوانین ملی کفایت می‌کند (Goode et al 2015: 34). به زعم ایشان اساساً اصول کلی حقوقی منبع مجزا و مستقلاً از حقوق ملی کشورها به حساب نمی‌آید و بنابراین وجود واسطه‌ای به نام حقوق بین‌الملل نیز از این منظر محلی از اعراب ندارد؛ بلکه این اصول مستقیم از طریق حقوق داخلی به دست می‌آیند. ثانیاً اصول کلی حقوقی مندرج در ماده ۳۸ بیشتر ناظر بر حقوق بین‌الملل‌اند و ماهیت عمومی دارند، درحالی‌که

1. By a Prevailing or at Least a Significant Number of Nations within each Legal Culture

کارکرد حقوق تجارت فراملی رسیدگی به مسائل ناشی از قراردادهای تجاری بین‌المللی است که اغلب خصلت و ماهیت خصوصی دارند؛ بنابراین بهتر است برای معرفی اصول حقوق تجارت فراملی از عبارت «اصول کلی حقوق قراردادهای بین‌المللی»، که مفهومی مرتبط با حقوق خصوصی تطبیقی و مستقل از حقوق بین‌الملل است، استفاده شود.

به منظور پاسخ به ایرادهای یادشده، مطالعه دیدگاه‌های برجسته‌ترین حقوق‌دانان نظریه‌پرداز حوزه تجارت فراملی، نظیر گلدمن و گوده و لاندو و برگر، قابل توجه است که برآیند دیدگاه‌های ایشان تکیه بر دو ویژگی مهم اصول کلی مشترک، یعنی خصلت فراملی و ماهیت دوجبه‌ای، است. این ویژگی‌ها از شخصیت حقوقی بنیادین و نهادی اصول کلی حقوقی ناشی می‌شود که به این اصول امکان می‌دهد در هر نظام حقوقی، فارغ از تفاوت‌های آن‌ها، قابل اعمال باشد.

خصلت فراملی

حقوق تجارت فراملی به دنبال قانونمند کردن مناسبات تجاری فراملی است. وضعیت خاص این مناسبات به گونه‌ای است که اولاً فقط به یکی از دو نظام حقوقی ملی یا بین‌المللی متعلق نیستند و وضعیت حقوقی آن‌ها به بیش از یک نظم حقوقی مرتبط است و ثانیاً کل یا بخشی از این مناسبات خارج از قلمرو حقوق یک دولت مشخص و بیرون از مرزهای حقوق برخاسته از دولت‌ها (خواه حقوق بین‌الملل خواه حقوق ملی) شکل می‌گیرند (عطار و ابراهیم‌گل ۱۳۹۷: ۵۲ - ۵۳). در میان منابع حقوق تجارت فراملی، اصول کلی مشترک بیش از سایرین گویای خصلت فراملی است. اصول یادشده فی‌نفسه و به اقتضای ذات فراملی هستند و این خصلت ویژه در وصف کلیت اصول و نیز میزان پذیرش آن‌ها ریشه دارد. اساساً یک هنجار زمانی به مرتبه یک اصل کلی مشترک میان نظام‌های حقوقی اعتلا می‌یابد که مورد پذیرش همه یا اکثر نظام‌های حقوقی ملی و حقوق بین‌الملل قرار گیرد و از سوی جامعه تجار بین‌المللی نیز به عنوان یک اصل عام و برتر شناسایی شود. به عبارت دیگر، این قسم اصول به یک نظام حقوقی خاص تعلق ندارند و نمی‌توان آن‌ها را قاعده حقوق داخلی کشوری مشخص دانست؛ بلکه باید آن‌ها را حاصل تعامل نظام‌های حقوقی مختلف، اعم از ملی و حقوق بین‌الملل، به شمار آورد.

در همین زمینه، گلدمن اظهار می‌کند در مواردی که قرارداد فراملی تابع حقوق تجارت فراملی است و طرفین یا داوران به اصول کلی حقوقی تجارت فراملی استناد می‌کنند، بدون شک، این

اصول را باید بخشی از حقوق فراملی دانست. زیرا در چنین شرایطی اصول کلی حقوقی به عنوان یک اصل برتر و فراملی^۱ مورد توجه طرفین هستند، نه صرفاً اصلی برگرفته از نظام حقوقی یک کشور مشخص (Goldman 1987: 115).

ماهیت دووجهی (عمومی و خصوصی)

ماهیت اصول مشترکی از قبیل وفای به عهد^۲، نسبی بودن قراردادها^۳، حسن‌نیت^۴، انصاف^۵،

1. Supranational

۲. اصل وفای به عهد یا احترام به عهود قاعده یا اصل بنیادینی است که هر قاعده حقوقی، اعم از حقوق بین‌الملل، حقوق داخلی و حقوق فراملی بر آن استوار است. این اصل مبنای مشترکی برای الزام‌آوری معاهدات بین‌المللی و قراردادهای خصوصی است که ماده ۲۶ عهدنامه وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) و همچنین ماده ۳-۱ اصول یونیدروا به‌روشنی آن را منعکس می‌کنند. در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

ICC International Court of Arbitration Arbitral Award, Case No. 13012 (00-00-2004); at <http://www.unilex.org>. & ICC Award No. 14470, Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011, at page 945 et seq; ICC Award No. 10422, Clunet 2003, 1142 et seq, at "<https://www.translex.org/919000>" (Accessed 17/2/2020).

۳. اصل نسبی بودن عقود در واقع از این قاعده حقوق خصوصی روم اقتباس شده است که «عقد میان دو طرف حق یا تکلیفی برای شخص ثالث ایجاد نمی‌کند.» با این حال، در موضوعه بودن اصل نسبی بودن در حقوق معاهدات جای هیچ تردیدی نیست و مسلماً باید آن را یک اصل کلی حقوقی مشترک در حقوق قراردادها و حقوق معاهدات بین‌المللی دانست (ضیائی بیگدلی ۱۳۹۲: ۱۲۷). این اصل، علاوه بر آنکه در مواد ۲۶ و ۳۴ عهدنامه‌های حقوق معاهدات درج شده، در مواد ۳-۱ و ۱-۲-۵ اصول یونیدروا نیز منعکس شده است. در رابطه با اعمال اصل مزبور به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 12745 (00-00-2005)

۴. ماده ۲۶ عهدنامه حقوق معاهدات از اصل حسن‌نیت به عنوان یک اصل کلی حقوق بین‌الملل، یاد کرده است. علاوه بر این، حسن‌نیت به عنوان یک اصل کلی حقوق تجارت فراملی در ماده ۷-۱ اصول یونیدروا و آرای ذیل مورد توجه قرار گرفته است:

International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitral Award, Case No. 177/2012 (16-07-2013); ICC International Court of Arbitration, Paris, Arbitral Award, Case No. 14108, (00-08-2008); ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 11849, (00-00-2003) at <http://www.unilex.org>. (Accessed 17/2/2020).

۵. به منظور مشاهده کارکرد اصل انصاف به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی ←

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), PCA Case No. 2010-17 (04-06-2014); ICSID, Case No. ARB/06/18 (28-03-2011); ICSID, Case No. ARB/03/17 (30-07-2010); ICC International Court of Arbitration, Paris, Arbitral Award, Case No. 7365/FMS1997 (05-05-1997) at <http://www.unilex.org> (Accessed 17/2/2020).

استاپل^۱، تغییر بنیادین اوضاع و احوال^۲، قوه قهریه، تعهد به کاهش خسارات^۳، و اصول کلی مسئولیت در خصوص جبران کامل خسارات ناشی از نقض تعهد به گونه‌ای است که هم در موضوعات حقوق عمومی هم در حقوق خصوصی به کار گرفته می‌شوند. این اصول، علاوه بر آنکه به عنوان یک اصل کلی حقوقی در روابط معاهداتی میان بازیگران دولتی حقوق بین‌الملل لازم‌الرعایه هستند و بارها در آرای دیوان دادگستری بین‌المللی بدان‌ها استناد شده است، در عرصه روابط قراردادی اشخاص خصوصی به عنوان بخشی از حقوق تجارت فراملی نیز مجری هستند. گردآوری اصول مورد بحث در مجموعه اصول حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا) به روشنی گواه این مدعاست. ماهیت دو وجهی اصول یادشده کاملاً در جهت هدف

۱. اصل استاپل یا منع تناقض‌گویی یک اصل کلی حقوقی به عنوان منبع مشترک حقوق بین‌الملل و حقوق فراملی است که هم توسط محاکم بین‌المللی، نظیر دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری (در قضیه کارخانه کورزوف)، دیوان بین‌المللی دادگستری (در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای)، و دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای (در قضیه ساحل عاج) به رسمیت شناخته شده و هم در رویه داورهای تجاری بین‌المللی به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی تبیین شده است. در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitral Award, Case No. 91/2012 (25-01-2013); ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 12456, Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011, at "https://www.translex.org/212456", ICC Interim Award to Case No. 10671, Clunet 2006, at https://www.translex.org/210671. (Accessed 17/2/2020).

۲. اصل ربوس یا تغییر اوضاع و احوال در صورتی که اساسی باشد و مبنای عینی قرارداد را از مختل سازد، موجب اجرای اصل ربوس و فسخ قرارداد است. این اصل از حقوق خصوصی قرون وسطا اقتباس و به قلمرو حقوق بین‌الملل وارد شده و در ماده ۶۲ عهدنامه حقوق معاهدات درج شده است (ضیائی بیگدلی ۱۳۹۲: ۲۷۴). در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

Tribunal Supremo, Spain, Case No. 64 (24-02-2015); Tribunal Supremo, Spain, Case No. 333 (30-06-2014); at http://www.unilex. (Accessed 17/2/2020).

3. Mitigation of Damages

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گابچیگوو-ناگیماروس، در اختلاف میان مجارستان و چکاسلواکی، اظهار کرد این یک اصل کلی حقوق بین‌الملل است که طرف متضرر از عدم اجرای قرارداد توسط طرف دیگر باید تلاش کند خسارات وارده به خود را کاهش دهد. اصل یادشده در رویه داورهای تجاری بین‌المللی نیز به عنوان یک اصل کلی حقوق تجارت فراملی به رسمیت شناخته شده است. در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 16369, YCA (2014), at page 169 et seq; ICSID Award, AMCO Asia Corp. et al. v. The Republic of Indonesia, YCA (1992), at 73 et seq.

حقوق تجارت فراملی در حل و فصل اختلافات فراملی میان طیف وسیعی از بازیگران تجاری دولتی و غیر دولتی بر اساس یک حقوق ماهوی مستقل است (Ali 2019: 2). مثلاً اصل قوه قهریه یا فورس ماژور به عنوان یک اصل مشترک در همه نظام‌های حقوقی و حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است (ضیائی بیگدلی ۱۳۹۲: ۲۶۸). این اصل، که یکی از مصادیق اصول کلی حقوقی به عنوان منبع حقوق بین‌الملل است، در ماده ۶۱ عهدنامه‌های حقوق معاهدات و همچنین در ماده ۲۳ مشترک طرح مواد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و طرح مربوط به سازمان‌های بین‌المللی مطرح شده است. مشابه همین، در حوزه حقوق تجارت فراملی، ماده ۷ قسمت اول فصل ۷ اصول یونیدرو بیانگر اصل فورس ماژور به عنوان یکی از معاذیر عدم اجرای تعهدات قراردادی است.^۱ به‌علاوه، جبران کامل خسارت نیز اصل مشترک دیگری است که در حقوق مسئولیت بین‌المللی و حقوق قراردادهای بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. این اصل، علاوه بر آنکه موضوع ماده ۳۱ مشترک طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و طرح مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی است، در ماده ۱ قسمت چهارم از فصل ۷ اصول یونیدرو نیز منعکس شده است.^۲ بر همین اساس، لاندو استدلال مخالفان در عمومی بودن محض اصول مندرج در ماده ۳۸ را رد کرده و بر آن است که این اصول در گستره روابط خصوصی و آن قسمت از حقوق عمومی که به حقوق خصوصی نزدیک‌تر است نیز قرار می‌گیرند و چه‌بسا حتی در عرصه حقوق خصوصی امکان بیشتری برای رشد و نمو دارند (Lando 1991: 145-146).

بنابراین، هر نظام حقوقی به یک سری معیارها و اصول مبنایی نیاز دارد که قواعد جدید در پرتو آن‌ها قابل تکوین باشد و همین شخصیت حقوقی بنیادی یا نهادی اصول کلی آن‌ها را به عنوان عنصر تشکیل‌دهنده و منبع حقوق تجارت فراملی توصیف می‌کند، نه لزوماً ماهیت تجاری و

۱. در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

ICC International Court of Arbitration, Paris, Case No. 15949 (00-05-2012); ICC Arbitration, Mexico City, Arbitral Award, Case No. 12949, (07-10-2004) at <http://www.unilex>. (Accessed 17/2/2020)

۲. در رابطه با اعمال اصل یادشده به عنوان یک اصل حقوق تجارت فراملی می‌توان به آرای ذیل اشاره کرد:

Permanent Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 2009-04 (10-01-2019); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/12/25 (18-04-2017); International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitral Award, Case No. 166/2012, (27-05-2013); ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. 12193 (00-06-2004); at <http://www.unilex>. (Accessed 17/2/2020)

خصوصی اصول یادشده (Berger 2010: 270). به علاوه، اگرچه اصول کلی مشترک عمدتاً در مواردی مورد استناد قرار می‌گیرند که حداقل یکی از طرفین اختلاف دولت است، اساساً منعی برای اعمال آن‌ها در اختلافات میان طرف‌های خصوصی نیز وجود ندارد (Note 1988: 1823)؛ کما اینکه در رویه دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی موارد متعددی از اعمال اصول کلی مشترک وجود دارد که طرفین اختلاف اشخاص خصوصی هستند. نکته قابل توجه آن است که در هر دو حالت یادشده اصول کلی حقوق تجارت فراملی، به دلیل خصلت فراملی و ماهیت دوجبهی که دارد، منبع مناسبی برای فیصله یافتن اختلافات تجاری فراملی است و می‌تواند مرجع پیوند حقوق تجارت فراملی با حقوق بین‌الملل باشد.

رویکردهای عملی

علاوه بر استدلال‌های نظری پیش‌گفته، رویکرد اتخاذی در شماری از آرای قابل دسترس داوری‌های تجاری بین‌المللی، نظیر مرکز بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) و دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، شایان توجه است که به نوعی ارتباط اصول کلی مشترک حقوق تجارت فراملی را با مفهوم مندرج در بند ج ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان می‌دهد. در این زمینه می‌توان به گزارش ارائه‌شده از آنتونیو پارا در خصوص دو پرونده مطرحه نزد ایکسید اشاره کرد که پرونده‌های یادشده به اصول یونیدروا به منزله سندی متضمن قواعد حقوق بین‌الملل و به عنوان اصول کلی حقوقی به معنای مندرج در ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری استناد شده است (Brower & Sharpe 2004: 212). گفتنی است به موجب بند ۳ مقدمه اصول حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی (اصول یونیدروا) یکی از موارد اعمال این اصول توافق طرفین یک قرارداد تجاری فراملی بر حاکمیت اصول کلی حقوقی بر قرارداد فیما بین است. داوری‌های تجاری بین‌المللی نیز با توجه به همین مقرر در پرونده‌های متعدد به اصول یونیدروا به عنوان سندی که متضمن اصول کلی حقوقی است استناد می‌کنند. به علاوه، در آرای متعدد اشاره شده است که اصول کلی حقوقی مندرج در سند یونیدروا، مانند اصل حسن‌نیت و اصل جبران خسارت و ...، مضمونی مشابه مفهوم مندرج در ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی

دادگستری، به عنوان منبع حقوق بین‌الملل، دارد.^۱ مثلاً ایکسید در پرونده شماره ARB/03/15 اصول یونیدرو را به عنوان یک سند بین‌المللی مبین اصول و قواعد حقوق قراردادها، که از سوی اکثر نظام‌های حقوقی ملی اعمال می‌شوند، تلقی کرده (ICSID, El Paso Energy International, Company vs The Argentine Republic, 2011, ARB/03/15) و بر همین اساس در جای دیگر اظهار می‌کند مراجعه به سند یادشده، برای یافتن اصول کلی مشترک، دیوان را از رجوع به نظام‌های حقوقی ملی بی‌نیاز می‌سازد (ICSID, Gemplus & Talsud v Mexico, 2010, ARB(AF)/04/3 and ARB(AF)/04/4).

مشابه همین، دیوان داوری ICC در پرونده شماره ۱۳۰۱۲ از اصول کلی مشترک حسن‌نیت و وفای به عهد به عنوان دو اصل مبنایی^۲ یاد کرده که در اصول یونیدرو منعکس شده است (ICCArbitration Award, 13012/2004). دیوان یادشده پیش‌تر نیز در پرونده شماره ۷۳۶۵، به منظور تعیین محتوای اصول کلی حقوق بین‌الملل^۳، به عنوان قانون منتخب طرفین، به اصول یونیدرو، از جمله اصول حسن‌نیت و رفتار منصفانه، متوسل شده بود (ICC Arbitration Award, Paris 7365/FMS1997). همین رویکرد توسط دیوان دائمی داوری در موارد متعدد، از جمله در یکی از پرونده‌های مطروحه جدید، به شماره ۴-۲۰۰۹، اتخاذ شده است (Permanent Court of Arbitration, Arbitral Award, 2009-04/2019).

دیوان داوری ICC در توصیف اصول کلی حقوقی قابل اعمال بر قراردادهای تجاری بین‌المللی از تعبیری استفاده کرده است که پایبندی این نهاد به یکسانی اصول یادشده با اصول کلی حقوقی، به عنوان منبع حقوق بین‌الملل، را نشان می‌دهد. مثلاً در پرونده شماره ۱۲۱۱۱ از تعبیر «اصول کلی حقوقی پذیرفته‌شده در اکثر نظام‌های حقوقی» استفاده شده که یادآور مفهوم «اصول کلی حقوقی

۱. البته گفتنی است مجموعه یونیدورا در صدد تدوین و ارائه کلیه اصول و قواعد حقوقی قابل اعمال بر قراردادهای تجاری بین‌المللی و متشکل از اصول کلی حقوقی مشترک میان نظام‌های حقوقی متمدن، اصول خاص حقوق تجارت بین‌الملل، و سایر قواعد جزئی‌تر موجود در این حوزه حقوقی است. اما، از آنجا که این بخش از مقاله حاضر در صدد تبیین ارتباط اصول کلی حقوق تجارت فراملی با اصول ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری است، صرفاً مفهوم اصول کلی مشترک موجود در مجموعه یونیدورا مد نظر قرار گرفته است.

2. Fundamental

3. General Principles of International Law

مورد پذیرش ملل متمدن» است (ICCArbitration, First Partial Award, 12111/2003) یا در پرونده شماره ۷۳۷۵ به صراحت اصول یونیدرو را «بیان مجدد اصول حقوقی بین‌المللی» قابل اعمال بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دانسته که توسط متخصصان بین‌المللی تابع نظام‌های حقوقی متمدن تهیه شده است (ICCArbitration Award, 7375/1996). دیوان یادشده همچنین در پرونده ۱۴۱۰۸ اظهار کرد اصول یونیدرو با توجه به تجربه برخی از نظام‌های اصلی حقوقی تهیه شده‌اند و راه‌حل‌های معقولی برای پاسخگویی به نیازهای اقتصادی مدرن ارائه می‌دهند (ICCArbitration Award, 14108/2008). به‌علاوه، اتاق بازرگانی بین‌المللی در بیانیه رسمی خود در معرفی منابع حقوق تجارت فراملی عبارت «اصول کلی حقوقی که از طریق مطالعه تطبیقی و یافتن راه‌حل‌های مشترک در میان نظام‌های حقوقی مختلف به دست می‌آیند» را به کار گرفته است (ICC Bulltin 2002: 123).

عبارات به‌کاررفته در آرای یادشده و بیانیه اشاره‌شده، هرچند به‌ظاهر متفاوت‌اند، جملگی منعکس‌کننده مفهوم اصول کلی حقوقی مندرج در ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری‌اند که بر رویکرد این‌همانی اصول مشترک حقوق تجارت فراملی با اصول کلی حقوقی در حقوق بین‌الملل صحه می‌گذارد.

ورود اصول کلی مشترک به قلمرو حقوق تجارت فراملی

تبیین ماهیت اصول کلی حقوقی به عنوان منبع حقوق تجارت فراملی، علاوه بر پرداختن به منشأ، مستلزم بررسی نحوه ورود اصول مشترک به حقوق تجارت فراملی نیز هست؛ به‌ویژه آنکه طریقه ورود اصول یادشده به عرصه فراملی مدیون و مرهون حقوق بین‌الملل عمومی است. به‌رغم آنکه روند تألیفات در حوزه تجارت فراملی غالباً مستقل از حقوق بین‌الملل عمومی توسعه یافته، پیوند این دو همواره مورد تأیید بسیاری از نویسندگان حقوقی بوده است و همان‌طور که گوید حقوق بین‌الملل عمومی خرمن پربری را برای حقوق‌دانان تجارت فراملی فراهم آورده است (Goode 1997: 2). در نگاه برخی حقوق‌دانان این پیوند آن‌قدر محکم است که استقلال حقوق تجارت فراملی را نادیده انگاشته و تحت تأثیر تئوری دوگانگی نظام‌های حقوقی (حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل) حقوق تجارت فراملی را بخشی از حقوق بین‌الملل عمومی می‌دانند. پروفیسور

برگر، استاد و محقق معاصر حقوق تجارت بین‌الملل، اذعان می‌کند شباهت و پیوند میان حقوق تجارت فراملی، به عنوان حقوق حاکم بر تعاملات فرامرزی میان تجار خصوصی، و حقوق بین‌الملل عمومی، به عنوان حقوق حاکم بر روابط بین‌الدولی، به تلاقی آن‌ها در یک نقطه منجر می‌شود که آن نقطه «تدوین» است (Berger 2010: 253).

قدر مسلم آن است که اثبات و احراز یک مفهوم به عنوان اصل کلی حقوقی و عرضه آن در قالب مجموعه‌ای که به سهولت قابل دسترسی باشد کار راحتی نیست (Cunibert 2014: 381). اصولاً، استخراج و گردآوری اصول کلی حقوقی در حقوق تجارت فراملی حال حاضر اغلب تحت تأثیر دو رویکرد فهرست‌گرا^۱ و کارکردگرا^۲ به عنوان روش‌های تعیین کلیه مفاد حقوق تجارت فراملی صورت می‌گیرد. با وجود این، مطالعه نوشته‌های حقوقی و بررسی آرای داورهای بین‌المللی نشان می‌دهد مشخصاً در خصوص اعمال اصول کلی حقوقی یک روش زیربنایی و دو روش تبعی وجود دارد. روش زیربنایی همان روش تطبیقی و کارکردی است که برای استخراج اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متمدن در حقوق بین‌الملل به کار گرفته می‌شود و روش‌های تبعی، که ما از آن تحت عنوان روش تدوینی یاد می‌کنیم، شامل دو رویکرد جدیدتر، یعنی استناد به اصول یونیدروا و رجوع به پایگاه داده‌های حقوق فراملی،^۳ است که اصول

1. The List Method

2. The Functional Method

۳. گردآوری اینترنتی اصول کلی حقوق تجارت فراملی توسط مرکز حقوق فراملی دانشگاه کلن آلمان در پایگاه داده‌هایی تحت عنوان «اصول حقوق فراملی» روش جدیدتری است که هنوز مورد استقبال داورهای بین‌المللی واقع نشده است. اما به لحاظ آکادمیک و علمی حائز اهمیت است. اصول حقوق فراملی، که سابقه آن به سال ۱۹۹۲ بازمی‌گردد، مشتمل بر بیش از ۱۳۰ اصل و قاعده متداول حقوق فراملی، مانند اصل وفای به عهد، حسن‌نیت، استاپل، تعهد به کاهش خسارت، تعهد به پرداخت بهره یا جبران خسارات ناشی از سلب مالکیت نامشروع، و ... است که همراه سیاهه‌ای جامع از آرای داورهای بین‌المللی، تصمیمات محاکم داخلی، قوانین اساسی کشورها، کنوانسیون‌های بین‌المللی، اسناد حقوقی نرم، شامل بیان اسناد بین‌المللی مبین حقوق قراردادهای، فرم‌های قراردادی استاندارد و بندهای قراردادهای، رویه‌های تجاری، و منابع آکادمیک مرتبط است که منبع کامل و پرباری را در اختیار کاربران قرار می‌دهد (Berger 2011: 79). به‌علاوه، برای هر اصل یا قاعده کامتری وجود دارد که چگونگی اجرای آن اصل یا قاعده در عمل و ارتباط آن با سایر اصول حقوق فراملی را نشان می‌دهد. کارکرد اخیر از این جهت حائز اهمیت بسیار است که کم و کیف توسعه و تکامل تدریجی حقوق تجارت فراملی به سمت یک نظام حقوقی واقعی را تبیین می‌کند (Berger 2010: 270).

مستخرج از روش تطبیقی را در قالب فهرست‌های مدون ارائه می‌دهند. از آنجا که رجوع به پایگاه داده‌های حقوق فراملی هنوز در رویه عملی داوری بین‌المللی جایگاهی ندارد، در این پژوهش بدان پرداخته نمی‌شود. در ادامه، ضمن پرداختن به دو روش تطبیقی و تدوینی سعی می‌شود نقش حقوق بین‌الملل در هموار کردن مسیر ورود اصول کلی حقوقی مشترک به حوزه تجارت فراملی نشان داده شود.

روش تطبیقی: روشی مبتنی بر تلاش قضات دیوان بین‌المللی دادگستری

مطابق روش تطبیقی، در مواردی که طرفین معاملات تجاری فراملی بر حاکمیت اصول کلی حقوقی بر روابط قراردادی فیمابین توافق می‌کنند، داوران در مقام فیصله دادن به اختلافات در هر پرونده باید با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی ملی اصولی را که در اکثر نظام‌های یادشده مشترک‌اند استخراج و بر قضیه مطروحه اعمال کنند. چنان که اشاره شد، این روش در بیانیه رسمی ICC در خصوص منابع حقوق تجارت فراملی مورد تأیید قرار گرفته است (ICC Bulletin 2002: 123). روش احراز اصول در بیانیه یادشده عیناً همان شیوه‌ای است که قضات دیوان بین‌المللی دادگستری برای احراز اصول کلی حقوقی، به عنوان منبع حقوق بین‌الملل، به کار می‌بندند که پیش‌تر بدان اشاره شد.

در عمل مشاهده می‌شود که داوران غالباً از ماحصل بررسی‌های تطبیقی صورت‌گرفته توسط قضات دیوان بین‌المللی دادگستری بهره می‌برند و همان اصولی را به عنوان اصول کلی حقوق تجارت فراملی اعمال می‌کنند که پیش‌تر در حقوق بین‌الملل تثبیت شده است.^۱ به عبارت دیگر بیش از یک قرن است که قضات بین‌المللی یک سری حداقل‌های مشخص و اصول کلی را، که به صورت ذاتی در هر نظام حقوقی وجود داشته‌اند و ملل متمدن آن‌ها را به رسمیت شناخته‌اند و از

۱. اگرچه داور همان اصولی را به کار می‌بندد که پیش‌تر قاضی بین‌المللی با مطالعات تطبیقی استخراج کرده است، داور نیز همانند قاضی تا حدودی خلاقیت به خرج می‌دهد و به تعبیر لاندو به مثابه یک مهندس اجتماعی عمل می‌کند. درحالی‌که خلاقیت قاضی بین‌المللی در این است که اصول مشترک سازگار با خصایص بنیادین نظم بین‌المللی را به قلمرو حقوق بین‌الملل وارد کند؛ داور آن اصول مشترکی را به عنوان منبع حقوق تجارت فراملی به رسمیت می‌شناسد که با اقتضات و خصوصیات جامعه تجار بین‌المللی همخوانی داشته باشد و تشخیص این سازگاری با داور است.

اجماع نظام‌های حقوقی ملی نشئت گرفته‌اند، در کنار عرف و معاهدات، منبع اصلی حقوق بین‌الملل به حساب آورده‌اند. اصول یادشده به دنبال تضمین عدالت قضایی حقیقی هستند و بارها مراجع بین‌المللی حل اختلاف، اعم از دیوان بین‌المللی دادگستری و محاکم سرمایه‌گذاری بین‌المللی و دیوان‌های داوری تجاری، آن‌ها را به کار گرفته‌اند (Linarelli 2018: 26).

روش تدوینی: روشی مبتنی بر قانون‌گذاری غیر رسمی بین‌المللی

در جامعه بین‌المللی کنونی، علاوه بر روش سنتی مرسوم قانون‌گذاری بین‌المللی - تدوین معاهدات توسط بازیگران دولتی - که اصطلاحاً حقوق سخت نامیده می‌شود، روش‌های غیر رسمی و جدیدتری نیز رایج شده که عمدتاً توسط بازیگران غیر دولتی به کار گرفته می‌شوند و ماحصل آن‌ها در قالب‌های حقوقی نرم ارائه می‌شود. تهیه مجموعه اصول یونیدروا به عنوان بیان مجدد اصول کلی حقوق قراردادها^۱ از سوی مؤسسه یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم یک نمونه موفق از قانون‌گذاری بین‌المللی غیر رسمی جهت به نظم کشیدن تجارت فراملی است که راهنما و راهگشای داوران به شمار می‌رود (Linarelli 2018: 23). کارگروه تخصصی مؤسسه رم در پیشبرد پروژه تدوین اصول یونیدروا، ضمن به‌کارگیری روش تطبیقی در استخراج اصول کلی مشترک، به دنبال آن بود تا اصول کلی حقوقی حاکم بر تجارت فراملی را در فهرست‌هایی مدون و طبقه‌بندی‌شده، به شکلی کاربرپسند^۲ و سهل‌الاستفاده، به جامعه تجاری بین‌المللی عرضه کند (Gaillard 2001: 62). مراجعه به اصول یونیدروا در استناد به اصول کلی حقوقی تجارت فراملی، امروزه، به عنوان بهترین رویکرد از حیث سهولت در رویه داوری بین‌المللی تثبیت شده است. آرایه چند، از جمله پرونده شماره ۱۳۰۱۲ دیوان داوری ICC (ICC Arbitration Award,) و پرونده ۱3012/2004 و پرونده ۴۵۸۶۳ دیوان دائمی داوری (Permanent Court of Arbitration,) (Award, PCA 45863/2010)، به روشنی مؤید این موضوع است.

وانگهی، در عصر حاضر مجموعه‌های مدون و فهرست‌های اصول عمدتاً با دخالت بازیگران حقوق بین‌الملل و با یاری جستن از قالب‌های این نظام حقوقی تنظیم می‌شوند و به این ترتیب

1. The Restatements of General Principles of contract law

2. User-Friendly

حقوق بین‌الملل راه ورود آن‌ها به قلمرو حقوق تجارت فراملی را هموار می‌سازد. «اصول حقوق قراردادهای اروپایی»^۱ و «اصول اوهادا در خصوص قراردادهای تجاری بین‌المللی»^۲، که با الهام از اصول یونیدروا تهیه شده‌اند، دو نمونه دیگر از فهرست‌هایی هستند که با دخالت حقوق بین‌الملل تنظیم شده‌اند. موضوعی که نباید از آن غافل شد این است اگرچه روش تدوینی آسان است و به همین جهت مورد اقبال داوران و تجار واقع شده است، روشی تبعی است و اصیل نیست. چون اساساً استخراج اصول کلی مشترک از منشأ حقوق داخلی و ورود آن به حقوق تجارت فراملی فقط با روش تطبیقی صورت می‌گیرد و در مرحله بعد، به منظور تسهیل دسترسی، به صورت مدون ارائه می‌شود. به علاوه، آرایه‌ای که اخیراً صادر شده نشان می‌دهد به‌رغم وجود اسناد تدوین‌شده روش اول کماکان معتبر و مورد استفاده داوران است.

نتیجه

در خصوص مفهوم چالش‌برانگیز اصول کلی حقوق تجارت فراملی، خواه در نظریه خواه در رویه نهاد‌های داور، دیدگاه واحدی وجود ندارد. این عدم اجماع از یک سو ریشه در منشأ دوگانه اصول یادشده دارد و از سوی دیگر به روش احصا و نحوه ورود آن‌ها به قلمرو حقوق تجارت فراملی برمی‌گردد که هر دوی این عوامل اصول کلی حقوقی را به مجرای پیوند و ارتباط حقوق تجارت فراملی با نظام حقوق بین‌الملل تبدیل می‌کنند. نخستین وجه این پیوند در آن قسم از اصول کلی حقوق تجارت فراملی است که به عنوان «اصول کلی مشترک» برخاسته از نظام‌های حقوقی ملی شناخته می‌شود. یافته پژوهش حاضر این است که به‌رغم برخی دیدگاه‌ها اصول کلی مشترک به عنوان منبع حقوق تجارت فراملی همان اصول کلی حقوقی مورد پذیرش ملل متمدن است که در ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان منبع اصلی حقوق بین‌الملل معرفی شده است. این قسم اصول کلی به علت «خصلت فراملی» و «ماهیت دووجهی» که دارند منبع مشترک و «حلقه اتصال» حقوق بین‌الملل و حقوق تجارت فراملی محسوب می‌شوند. دومین وجه پیوند حقوق تجارت فراملی با حقوق بین‌الملل به استخراج اصول مشترک از منشأ

-
1. The Principles of European Contract Law
 2. OHADAC Principles on International Commercial Contracts

و مسیر ورود آن‌ها به قلمرو حقوق تجارت فراملی مرتبط است. اصول کلی حقوقی مشترک حقوق تجارت فراملی عمدتاً بر اساس دو روش تطبیقی و تدوینی استخراج و گردآوری می‌شوند. روش نخست، که رویکرد اصلی و مبنایی استخراج اصول مشترک حقوق تجارت فراملی است، بر مطالعات کارکردی حقوق تطبیقی، که توسط قضات بین‌المللی برای استخراج اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متمدن به کار گرفته می‌شود، مبتنی است و داوری‌های تجاری همان اصولی را اعمال می‌کنند که پیش‌تر در حقوق بین‌الملل تثبیت شده است. روش دوم مبتنی بر تدوین اصول مستخرج از روش تطبیقی در قالب فهرست‌های مدون، مانند اصول یونیدورا، است و به همین جهت جنبه تبعی دارد. در رویه داوری بین‌المللی استناد به اصول یونیدورا به عنوان رایج‌ترین و سهل‌ترین روش احصای اصول کلی حقوق تجارت فراملی به رسمیت شناخته شده است. اصول یونیدورا توسط یکی از بازیگران حقوق بین‌الملل و با استفاده از قالب‌های مورد پذیرش این نظام حقوقی در قالب سند حقوقی نرم تهیه شده است. به عبارت دیگر، احصا و گردآوری اصول کلی حقوقی مشترک بر اساس هر دو روش یادشده ظرفیتی است که حقوق بین‌الملل در اختیار حقوق تجارت فراملی قرار می‌دهد.

منابع

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵). حقوق تجارت بین‌الملل، ج ۹، ویراست ۲، تهران، سمت.
- شیروی، عبدالحسین؛ محمدحسین وکیلی مقدم (۱۳۹۲). «حقوق غیر دولتی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱ (۴)، صص ۱۱۷ - ۱۳۵.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲). حقوق معاهدات بین‌المللی، ج ۵، تهران، گنج دانش.
- عطار، محمد صالح؛ علی رضا ابراهیم‌گل (۱۳۹۷). «ارزیابی مبانی نظری ظهور حقوق فراملی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۲ (۱)، صص ۵۱ - ۸۰.
- محمودی، زهرا (۱۳۹۷). «ماهیت اصول کلی حقوقی و کارکردهای آن در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۸۵ (۳۵)، صص ۳۲۹ - ۳۶۴.
- ویرالی، میشل (۱۳۶۴). «تفکری بر تئوری حقوق فراملی»، مترجم: ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳، صص ۸۷ - ۱۰۸.

References

- Ali, S. F (2019). "Transnational Commercial Law of Arbitration - Developments and Controversies, OUP Handbook of Transnational Law", *Oxford University Press* (forthcoming, Peer Zumbansen, Ed).
- Attar, M. S. & Ebrahimgol, A. (2018). "The evaluation of the theoretical basis for the emergence of transnational law", *IJBQ*, 22 (1), pp. 51-80. (in persian)
- Ayoglu, T. (2014). "Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria", In: Yildirim/Eskiyörük (eds.), *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, pp. 27-36
- Baddack, F. (2005). *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*, A Thesis for the LL.M. Degree (International Trade Law), Faculty of Law, University of the Western Cape.
- Berger, K. P. (2010). *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Second edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, ISBN 9789041131799.
- (2011). Codification of the new lex mercatoria through the internet: The translex principles at www.trans-lex.org, DO- 10.1163/ej.9789004191433.i-591.25, pp. 79-106.
- Brower, C. N. & Sharpe, J. K. (2004). "The Creeping Codification of Transnational Commercial Law: An Arbitrator's Perspective", Reproduced with permission of 45 *Virginia Journal of International Law*, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, pp. 199-221. Last updated September 16, 2005.
- Cunibert, G. (2014). "Three Theories of Lex Mercatoria", *Columbia Journal of Transnational Law*, 52 (369), pp. 372-434.

- El Paso Energy International Company vs. the Argentine Republic*, (2011). International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/03/15, available at URL: <http://www.unilex.info>, (accessed 17/2/2020).
- Gaillard, E. (2001). "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making?", *LCIA*, 17: pp. 59-71.
- Gemplus & Talsud v. Mexico (2010). ICSID, Case No. ARB(AF)/04/3 and ARB(AF)/04/4, available at URL: <http://www.unilex.info> (accessed 17/2/2020).
- Goldman, B. (1980). "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2, pp. 221-270.
- (1987). The applicable law: general principles of law — the *lex mercatoria*. In: Lew J.D.M. (eds) *Contemporary Problems in International Arbitration*. Springer, Dordrecht.
- Goode, R., Kronke, H., & McKendrick, E. (2015). *Transnational Commercial Law: Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press is a department of the University of Oxford, Second Edition.
- Gucer, S. (2009). "Lex Mercatoria in International Arbitration", *ankarabarreview*, 1: pp. 30-39.
- ICC International Court of Arbitration (1996). Case No. 7375, Arbitral Award. available at URL: <http://www.unilex.info> (accessed 23/1/2020).
- ICC International Court of Arbitration (2003). Case No. 1112, Arbitral Award, First Partial Award. available at URL: <http://www.unilex.info> (accessed 23/1/2020).
- ICC International Court of Arbitration (2004). Case No. 13012, Arbitral Award. available at URL: <http://www.unilex.info> (accessed 23/1/2020).
- ICC International Court of Arbitration Bulltin (2002). Special Supplement-UNIDROIT.
- ICC International Court of Arbitration, Paris (1997). Case No. 7365/FMS Arbitration Award, available at URL: <http://www.unilex.info> (accessed 14/2/2020).
- ICC International Court of Arbitration, Paris (2008). Case No. 14108, Arbitral Award.
- Lando, O. (1991). *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: Sarcevic (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London.
- Linarelli, J. (2018). "Global Legal Pluralism and Commercial Law", Paul Schiff Berman (ed.), *Oxford Handbook on Global Legal Pluralism* (Oxford University Press 2019 Forthcoming), pp. 1-69.
- Mahmoudi, Z. (2018). "The Nature of General Legal Principles and their Functions in International Law", *International Law Journal*, 85 (35), pp. 364-329. (In Persian)
- Michaels, R. (2007). "The True Lex Mercatoria: Private Law beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14: pp. 447-468.
- Note, G. (1987). "General Principles of Law in International Commercial Arbitration", *Harv.L.Rev*, 8 (101), pp. 1816-1834.
- POLIS FONDI IMMOBILIARI DI BANCHE POPOLARE SGR.p.A vs INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT (2010). Permanent Court of Arbitration, Arbitral Award, Case No. PCA 45863.
- Saputelli, G. (2018). "The European Union, the Member States, and the Lex Mercatoria", *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2 (8), pp. 1-14.

- Shiravi, A. & Vakili Moghadam, M. H. (2015). "Non state law", *Comparative Law Review*, 1 (4), pp. 117-135. (in persian)
- Shiravi, A. (2016). *International Trade Law*, Tehran, Samt, Second Edition. (in persian)
- Virally, M. (1986). "Thinking about the theory of transnational law", Translate by Dr. Nasser SobhKhiz, *International Law Review*, No. 3, pp. 87-108. (in persian)
- Ziaee Bigdeli, M. R. (2013). *Law of International Contract*, Tehran, Ganjedanesh, Fifth Edition. (in persian)