

مقاله پژوهشی: لکس مرکاتوریا قانونی کارآمد برای بازرگانان

محمد کریمی* جواد کاشانی**

محسن محبی*** داود نصیران****

پذیرش: ۱۳۹۹/۵/۶

دریافت: ۱۳۹۸/۷/۲۵

لکس مرکاتوریا / تحلیل اقتصادی حقوق / انتخاب منطقی / هزینه معامله

چکیده

هر چند لکس مرکاتوریا به عنوان یکی از مهم ترین گزینه ها برای اداره قراردادهای منعقد در قلمرو بازرگانی بین المللی محسوب می شود با این وجود زمانی می توان اداره قراردادهای بین المللی را به آن واگذار کرد که در مقایسه با نظام های حقوقی ملی و از جمله قواعد حل تعارض، توانایی بیشتری برای برآورده کردن نیازهای جامعه بازرگانان داشته باشد. از این جهت انتخاب لکس مرکاتوریا در صورتی می تواند مقدم بر انتخاب قوانین ملی باشد که در عمل بتواند کارایی بیشتری را برای بازرگانان به همراه داشته باشد و سبب تسهیل و ترویج قراردادهای منعقد در بازرگانی بین المللی و متعاقب آن رونق یافتن بازارهای بین المللی و افزایش سطح رفاه اجتماعی گردد. در این پژوهش با توجه به معیارهایی مانند کاهش هزینه و با توجه به اهداف اقتصادی ترسیم شده برای حقوق قراردادها، به تحلیل لکس مرکاتوریا پرداخته ایم. مطالب ارائه شده در این مقاله نشان می دهد که لکس مرکاتوریا برای بازرگانان، گزینه مناسب تری در قلمرو بازرگانی بین المللی محسوب می شود.

طبقه بندی JEL: K22

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

** . دانشیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران kashani.lawyer@gmail.com

*** . استادیار گروه حقوق، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

**** . استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

مقدمه

حقوق بازرگانی فراملی یا همان لکس مرکاتوریا تقریباً از دهه ۱۹۶۰ میلادی و هم زمان با انتشار اثر «مرزهای قانون و لکس مرکاتوریا» توسط پروفیسور برتولت گلدمن^۱ در قانون توجه اندیشمندان حقوقی قرار گرفت. مباحث متعدد مربوط به وجود، ماهیت، منابع تشکیل دهنده، قابلیت یا عدم قابلیت تلقی لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام مستقل حقوقی و مناسبت‌های مربوط به اعمال لکس مرکاتوریا، به طور مثال در رابطه بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی^۲ آنچنان در این چند دهه در نوشته‌های اساتید مدافع لکس مرکاتوریا و اساتید مخالف آن شدت گرفته که تقریباً به جنگ سنگر به سنگر تشبیه شده است. با این وجود فراتر از همه این اختلاف نظرها، مبحثی که به طور جدی به آن پرداخته نشده و تا حدودی می‌تواند در پروسه انتخاب لکس مرکاتوریا برای اداره قراردادهای بین‌المللی کارگشا باشد، بحث ارزیابی کارآمدی لکس مرکاتوریا برای بازرگانان بین‌المللی است. در این مسیر نویسندگان، فراتر از درگیر شدن در مباحث گسترده حقوقی مرتبط با جنبه‌های مختلف لکس مرکاتوریا، به ارزیابی سودمندی و کارآمدی این نظام حقوقی برای جامعه بازرگانان بین‌المللی خواهند پرداخت. در این راستا در گام نخست به بررسی مفهوم لکس مرکاتوریا و ترسیم منابع آن و همچنین بررسی کارآمدی آنها پرداخته‌ایم و در گام بعدی نیز قابلیت لکس مرکاتوریا را در تحقق اهداف اقتصادی حقوق قراردادهای مد نظر قرار داده‌ایم. در بدو امر خاطر نشان می‌کنیم که ریشه‌های ایجاد و تکامل لکس مرکاتوریا به عنوان یک نظام حقوقی بازار محور، فی‌نفسه مؤید این مطلب است که فعالان بازرگانی بین‌المللی بر مبنای تعاملات فراسرزمینی و نیازی که به یک نظام حقوقی فرادولتی، فراتر از گرایش‌ها، پیچیدگی‌ها و محدودیت‌های خاص حقوقی کشورهای مختلف احساس می‌کردند، حقوق بازرگانان را به تدریج ایجاد و توسعه دادند و از این جهت به این موضوع تأکید شده که لکس مرکاتوریا قواعدی را شامل می‌شود که روابط تجاری ایجاد شده در قلمرو اقتصادی بازارهای بین‌المللی را فراتر از (دخالت) واحدهای سیاسی دولتی تنظیم می‌کند^۴. این قدرت خلاق جامعه بازرگانی بین‌المللی که فراتر از اعمال

1. Frontieres Du Droit et Lex Mercatoria, (1964).

2. Berthold Goldman

3. Mohebi, (1999).

4 Saputelli, (2018).

قدرت سیاسی دولت‌های ملی و در پرتو نقش هنجارساز بازرگانان و بازارهای بین‌المللی، در حال ایجاد و تکامل قواعد و اصول حقوقی برای جامعه بازرگانی بین‌المللی هستند، سبب شده تا اذعان به موفقیت آمیز بودن هنجارهای این نظام حقوقی با در نظر گرفتن رشد فزاینده فعالیت‌های اقتصادی در سطح بین‌المللی و نیاز به وجود یک قانون یکنواخت در این زمینه، در آثار حقوقی که اخیراً منتشر شده نیز مورد تأکید واقع شود^۱. البته امروزه اگرچه در قوانین ملی کشورهای مختلف^۲ و همچنین در برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی، قوانین نمونه و مقررات نهادهای داوری تجاری بین‌المللی^۳ شاهد به رسمیت شناخته شدن لکس مرکاتوریا هستیم^۴ توجه به چگونگی کارآمدی لکس مرکاتوریا در عمل مقوله‌ایی است که هنوز به طور جدی به آن پرداخته نشده است. در این راستا آنچه مسلم است و معیار کارآمدی اقتصادی ما را به آن رهنمون می‌سازد این است که بازرگانان همواره با در نظر گرفتن مصلحت و منافع اقتصادی خود تصمیم‌گیری می‌کنند و در رابطه با انتخاب قانون حاکم بر روابط حقوقی‌شان

1. Omorogbe and Okoye Ordor, (2018).

2. Article 1496(1) of the French New Code of Civil Procedure, article 1054 of the Dutch Code of Civil Procedure, article 834 of the Italian Code of Civil Procedure, article 187 Swiss Private International Law Statute, article 1051(1) of the German Code of Civil Procedure, article 46 (1) (b) of the UK Arbitration Act 1996, article 36 of Japanese Arbitration Law (2003), article 33 of article 28 of Danish Arbitration Act (2005).

3. Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), Article 28(1) of the UNCITRAL Model Law, Article 7(1) of ICC Rules, Article 4 of International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989), Article 39 of ACICA Arbitration Rules (2016), Article 27 of Vienna Rules of Arbitration and Mediation (2018).

۳. به طور کلی این عقیده در میان حقوقدانان تجارت بین‌الملل وجود دارد که در هر متن قانونی که قانونگذار در مقام بیان قانون حاکم بر اختلاف، از عبارت قواعد حقوقی (Rules of Law) به جای قوانین ملی (State Law) استفاده کرده، به طرفین قرارداد و داوران اجازه انتخاب و اعمال قواعد لکس مرکاتوریا را به جای اعمال قانون ملی یک کشور مشخص داده است. در رابطه با موضع حقوق ایران در خصوص امکان استناد به لکس مرکاتوریا برخی از اساتید بر این اعتقادند که امکان استناد به لکس مرکاتوریا در حقوق ایران نیز فراهم است و در این راستا با اشاره به بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که بیان می‌کند: «داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد» بر این اعتقادند که انجام یک برداشت موسع از این قانون قابل تأیید است و بنابراین انتخاب اصول کلی حقوقی، حقوق عرفی بازرگانی و امثال آن بوسیله طرفین منع قانونی ندارد. لازم به ذکر است که به موجب بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند براساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانشانه تصمیم بگیرد». از این جهت هنگامی که قانونگذار اجازه می‌دهد داوران بتوانند با موافقت طرفین فارغ از شروط و اقتضاهای قانونی و صرفاً براساس آنچه عادلانه و منصفانه تشخیص می‌دهند رأی صادر کنند، به طریق اولی طرفین می‌توانند به داوران اجازه دهند که داوران بتوانند براساس اصول مشترک حقوقی یا حقوق بازرگانی نیز رأی صادر نمایند (شیروی، ۱۳۹۵: ۲۲۷-۲۲۶).

نیز آنها به دنبال انتخاب قانونی هستند که به نحو بهتری بتواند منافع آنها را تأمین کند. بنابراین باید این مقوله را بررسی کرد که آیا انتخاب لکس مرکاتوریا در مقایسه با انتخاب قانون یک نظام حقوقی ملی مشخص می‌تواند برای بازرگانان گزینه کارآمدتری محسوب شود؟

۱. بررسی مفهوم و منابع لکس مرکاتوریا

در میان حقوقدانان دیدگاه واحدی در خصوص مفهوم و منابع تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا وجود ندارد و از این جهت نویسندگان مختلف دیدگاه‌های حقوقی متفاوتی را در خصوص بیان مفهوم لکس مرکاتوریا و منابع تشکیل دهنده آن ارائه داده‌اند.

۱-۱. مفهوم لکس مرکاتوریا

مسئله ارائه تعریفی از لکس مرکاتوریا به عنوان یکی از موضوعات اصلی بحث برانگیز درباره آن محسوب می‌شود^۱ زیرا حقوقدانان در رابطه با ماهیت و منابع تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا اتفاق نظر ندارند. به طور کلی دو دیدگاه غالب درباره لکس مرکاتوریا وجود دارد: گروهی از حقوقدانان تأکید بر ماهیت خودجوش و عرفی لکس مرکاتوریا دارند و قوانین وضع شده توسط قانونگذارهای ملی را هر چند مرتبط با تجارت خارجی باشند، از قلمرو لکس مرکاتوریا مستثنی می‌کنند. در این راستا اساتیدی مانند پروفیسور گلدمن^۲ ضمن استثناء کردن قوانین ملی وضع شده در قلمرو تجارت بین‌الملل از دامنه شمول لکس مرکاتوریا، آنرا متشکل از قواعد ویژه‌ایی می‌داند که فراملیتی هستند و ماهیت خودجوش عرفی دارند^۳. مطابق نظر ایشان، ویژگی متمایز این نظام حقوقی، ماهیت "عرفی" و "خودجوش" آن است^۴.

پروفیسور روی گود^۵ نیز لکس مرکاتوریا را شامل قسمتی از حقوق فراملی می‌داند که غیرمدون هستند و قوانین عرفی ادله اثبات، آیین دادرسی، اصول کلی حقوق و نظم عمومی بین‌المللی را نیز دربر می‌گیرند^۶. در مقابل این دیدگاه، برخی از حقوقدانان مانند کلایو.ام. اشمیتوف^۷

1. Heidemann, (2018).

2. Goldman

3. Glitz, (2014).

4. Blackaby & Others, (2009).

5. Rooy Goode

6. (Lynch, (2003).

7. Clive M. Schmitthoff

با نگرشی وسیع‌تر و فراتر از ماهیت عرفی و خودجوش لکس مرکاتوریا آنرا نه تنها شامل قواعدی می‌دانند که ماهیت عرفی دارند، بلکه شامل همه هنجارهای مرتبط با تجارت بین‌الملل، حتی اگر منشأ ملی داشته باشند نیز می‌دانند^۱. بر مبنای این دیدگاه قوانین مرتبط با تجارت بین‌الملل وضع شده در قلمرو داخلی کشورهای مختلف مانند قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز می‌تواند از منابع لکس مرکاتوریا تلقی شود. بر مبنای نظر پروفیسور گایلارد^۲ در زمانی که اختلافی بر مبنای لکس مرکاتوریا تصمیم‌گیری می‌شود داوران باید در یک تجزیه و تحلیل تطبیقی اکثر قوانین مرتبط با موضوع اختلاف را برای حل و فصل کردن موضوع بررسی نمایند و از این جهت آنها باید راه حلی را اعمال نمایند که به طور گسترده پذیرفته شده است^۳.

به طور کلی صرف‌نظر از تفاوت دیدگاه‌های موجود در میان نویسندگان مختلف با توجه به ماهیت فراملی و فرادولتی لکس مرکاتوریا می‌توان آنرا به عنوان یک نظام حقوقی فرادولتی تلقی نمود که متشکل از آداب و رسوم و قواعد حقوقی مرسوم در تجارت بین‌الملل که در اکثریت نظام‌های حقوقی ملی نیز به رسمیت شناخته شده، می‌باشد و از این جهت بر هیچ نظام حقوقی (ملی) مشخصی مبتنی نشده، بلکه دربرگیرنده قواعد تجاری بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، استانداردها و عرف‌های تجاری بین‌المللی است^۴.

۱-۲. منابع لکس مرکاتوریا

با توجه به اختلاف نظرها پیرامون مفهوم لکس مرکاتوریا در خصوص منابع آن نیز دیدگاه واحدی اتخاذ نشده است. در واقع نویسندگانی که قائل به ماهیت خودجوش و عرفی لکس مرکاتوریا هستند، عرف‌های تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی را تنها به عنوان منابع اصیل^۵ لکس مرکاتوریا می‌دانند. مطابق این دیدگاه، عرف‌های مدون تنها در صورتی می‌توانند به عنوان بخشی از لکس مرکاتوریا تلقی شوند که بازرگانان به آنها با چنان درجه‌ای از فراوانی ارجاع دهند که بتوان آنها را در تجارت بین‌الملل به عنوان مرجع تلقی کرد.

به این اعتبار حقوق فراملی بازرگانی مرکب از قواعدی است که موضوع آنها را اگر نگوییم

1. H. Boss and Kilian, (2008).

2. Emmanuel Gaillard

3. Maniruzzaman, (1999).

4. L. Moses, (2017).

5. Genuine Sources

انحصاراً دسته کم عمدتاً فراملی است و منشأ آن نیز عمدتاً عرف است و لذا اصولاً نوعی «حقوق خود رسته»^۱ یا خودجوش تلقی می‌شود که نیروی الزام آور خود را لزوماً از قوه حاکمه و اراده دولت نمی‌گیرد، گرچه ممکن است مقامات دولتی یا بین دول در ساخت یا اجرای آن دخالت داشته باشند.^۲

از طرف دیگر طرفداران مفهوم وسیع لکس مرکاتوریا تأکید کمتری به شخصیت عرفی و خودجوش منابع آن دارند. بر مبنای این دیدگاه همه قواعد قابل اعمال نسبت به روابط تجاری بین‌المللی بخشی از لکس مرکاتوریا هستند. در این راستا لندو^۳ لیست بزرگی از منابع را برای لکس مرکاتوریا پیشنهاد می‌کند که شامل حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، اصول کلی حقوقی، قواعد سازمان‌های بین‌المللی، قراردادهای استاندارد و احکام داوری گزارش شده می‌باشد.^۴ یکی دیگر از نویسندگان نیز عرف‌ها، اصول کلی حقوقی، حقوق نرم^۵، اصول کلی حقوق بین‌الملل عمومی را در جرگه منابع لکس مرکاتوریا دانسته و در بعضی از موارد نیز علاوه بر موارد فوق، منابع ملی و بین‌المللی (مانند معاهدات و کنوانسیون‌ها) را تا حدی که تنظیم‌کننده فعالیت بازرگانی بین‌المللی باشند به‌عنوان منابع لکس مرکاتوریا در نظر گرفته است.^۶ به‌طور کلی علی‌رغم وجود اختلاف نظرها پیرامون تعاریف و منابع لکس مرکاتوریا، آداب و رسوم تجاری، احکام داوری بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، قراردادهای استاندارد و کنوانسیون‌های بین‌المللی با توجه به ماهیت فراملی لکس مرکاتوریا در بیشتر آثار حقوقی به‌عنوان منابع آن تلقی شده‌اند.

۲. مفهوم کارآمدی لکس مرکاتوریا

به‌طور کلی بر مبنای عقلانیت اقتصادی مردم یک جامعه به‌دلیل کمبود منابع پیش روی خود و از جمله با توجه به دامنه محدود انتخاب قوانین به نحوی عمل می‌کنند که با در نظر گرفتن گزینه‌های انتخابی موجود، بهترین مسیر را برای رسیدن به نتایج مورد علاقه خود مدنظر

1. Droit Spontane

۲. جنیدی، (۱۳۹۰).

3. Ole Lando

4. Mercedes Rodriguez, (2002).

5. Soft Law

6. Cordero-Moss, (2014).

قرار دهند. در این راستا بر مبنای عقلانیت اقتصادی، علاقه مردم به حداکثرسازی ثروت که مبنای اصلی دیدگاه اقتصادی به حقوق قراردادهاست به این موضوع توجه دارد که قوانین حقوقی در صورتی در نظر انتخاب کنندگان کارآمد محسوب می‌شوند که در کنار انطباق با نیازها و الزامات افراد تحت حاکمیت آن بتواند به نحو مطلوب اهداف اقتصادی حقوق قراردادها را محقق سازد. بر مبنای این دیدگاه، لکس مرکاتوریا در صورتی گزینه مناسب تری برای بازرگانان در مقایسه با قوانین ملی در معاملات بازرگانی فراملی محسوب می‌شود که بتواند با الزامات و شرایط قراردادهای منعقد در قلمرو بازرگانی فراملی به نحو مطلوبی منطبق باشد و به طور مؤثری نیز بتواند اهداف اقتصادی حقوق قراردادها مانند کاهش هزینه‌های معامله یا جلوگیری از رفتارهای فرصت طلبانه و ... را محقق سازد.

۲-۱. کارآمدی لکس مرکاتوریا با توجه به منابع تشکیل دهنده آن

منابع لکس مرکاتوریا مبین عناصر تشکیل دهنده این نظام حقوقی هستند و از این جهت بررسی کارآمدی آنها نقش مهمی در تبیین ویژگی‌های اقتصادی این نظام حقوقی دارد.

۲-۱-۱. چگونگی کاهش هزینه‌های معامله از طریق اعمال آداب و رسوم تجاری

لکس مرکاتوریا یا همان حقوق بازرگانی فرادولتی، متشکل از اصول و قواعدی است که ریشه خود جوش فرادولتی دارند. این اصول و قواعد که نشأت گرفته از آداب و رسوم بازرگانان و مورد قبول اکثریت جامعه بازرگانی بین‌المللی هستند، در بیشتر نظام‌های حقوقی ملی مورد تصدیق واقع شده‌اند و به دلیل انطباق آنها با نیازهای در حال تکامل بازرگانان و سودمندی رعایت آنها برای جامعه بازرگانی بین‌المللی، به صورت یک فرهنگ در میان آنها نهادینه شده و بازرگانان رعایت این آداب و رسوم را در عمل جزئی از روند اجرای معامله خود می‌دانند.

لازم به ذکر است این عرف‌ها و رویه‌های خودجوش هسته مرکزی لکس مرکاتوریا را تشکیل داده‌اند و نشانه‌ایی از نظم خصوصی در حال تکامل (جامعه بازرگانان بین‌المللی) محسوب می‌شوند.^۱

1. Pamboukis, (2005).

2. Kadens, (2011).

عرف‌ها و آداب و رسوم تکامل یافته در محیط بازارهای بین‌المللی، با توجه به تأثیر پذیری آنها از بازار و اقتصاد بازار محور و همچنین ایجاد یک پل ارتباطی مستقیم بین قراردادهای و رویه‌های مرسوم در بازارها توانسته‌اند به‌عنوان یکی از مهم‌ترین عناصر تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا، نقش مهمی در اداره قراردادهای منعقد در قلمرو بازرگانی بین‌المللی داشته باشند زیرا استفاده از این آداب و رسوم از یک طرف در مقایسه با بیان مفصل شروط قراردادی مقرون به صرفه‌تر است و از طرف دیگر همواره این امکان وجود دارد که در ترجمه شروط قراردادی به زبان‌های مختلف اشتباهی صورت گیرد و در نتیجه سوء تفاهم‌هایی را در عمل و در مقام اجرای معاملات بازرگانی بوجود آورد.

از طرف دیگر استناد به آداب و رسوم بازرگانی بین‌المللی به طرفین فعال در یک تجارت خاص اجازه می‌دهد تا با شیوه‌هایی به حل و فصل کردن اختلافاتشان بپردازند که در طول زمان و در معاملات متعدد بارها توسط بازرگانان چانه زنی شده‌اند و با توجه به مرسوم بودن آنها در میان بازرگانان بین‌المللی تنظیم محتوای آنها نیز نیاز به انجام مذاکرات طولانی مدت با صرف هزینه‌ها و زمان‌های طولانی ندارد.

۲-۱-۲. کارکرد اقتصادی احکام داوری

پیدایش نیازهای جدید تجارت بین‌الملل بعد از جنگ جهانی دوم توانست کمک قابل توجهی به ظهور داوری به‌عنوان جایگزینی قابل قبول برای صلاحیت‌های قضایی دادگاه‌های ملی که مبین رویه‌های انعطاف‌ناپذیر موجود تحت قوانین ملی کشورهای مختلف و کنترل دادگاه‌های ملی نسبت به روابط بازرگانی بین‌المللی بود، نماید.^۱ اعتبار و توجه روزافزون به داوری، ناشی از امتیازات و جاذبه‌های است که این نهاد در مقایسه با سایر شیوه‌های حل اختلاف و به ویژه رسیدگی قضایی به همراه دارد^۲ که شرح آنها خود مقاله مستقلی را می‌طلبد و از دامنه شمول این بحث خارج است. با این وجود آنچه باید به آن پرداخت این است که لکس مرکاتوریا و داوری دارای اثر متقابلی بر یکدیگر هستند و از این جهت بیشتر اساتید مطرح در حقوق تجارت بین‌الملل از احکام داوری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع لکس

1. Elcin, (2012).

۲. کاشانی و شیخیانی، (۱۳۹۰).

مرکاتوریا نام می‌برند و تأکید کرده‌اند که این احکام نقش مهمی در توسعه و تکامل لکس مرکاتوریا داشته‌اند.^۱ لازم به ذکر است که با توجه به ویژگی خودجوش و در حال تکامل قانون بازرگانان یا همان لکس مرکاتوریا، داوران در برخی از موقعیت‌ها با استناد به آن توانسته‌اند به عنوان یک مخترع یا خالق قواعد جدید عمل نمایند.^۲ لکس مرکاتوریا به محکمه داوری این اجازه را در عمل داده که به منظور ایجاد یک راه حل برای حل اختلاف بتواند راه حل‌های موجود را گسترش دهد و در نتیجه داور در تصمیم‌گیری بر مبنای آن بتواند همانند یک مهندس اجتماعی^۳ عمل کند.^۴ از این جهت در آراء متعدد داوران بر انتخاب و اعمال لکس مرکاتوریا به عنوان قانونی مناسب برای اداره اختلافات در قلمرو بازرگانی بین‌المللی تأکید کرده‌اند.^۵

یکی از مهمترین پرونده‌های تصمیم‌گیری شده بر مبنای لکس مرکاتوریا که داوران ICC به آن رسیدگی کردند، پرونده شرکت فرانسوی نورسولر و شرکت ترکیه‌ای پوباک^۶ در سال ۱۹۷۹ میلادی است. در این پرونده که با توجه به نام خوانده آن به پرونده نورسولر معروف شده، شرکت فرانسوی نورسولر با شرکت ترکیه‌ای پوباک یک قرارداد نمایندگی^۷ را منعقد کرده بود که مطابق آن، پوباک کمیسیون را برای تحویل کالاهای خاص به شرکت ترکیه‌ای آسکا^۸ دریافت می‌کرد. به دنبال اختلافات بوجود آمده در روابط نورسولر با آسکا، نورسولر قرارداد خود را با

1. Bagheri, (2000).

2. Baddack, (2005).

3. Social Engineer

4. Cordero- Moss, (2014).

۵. تعدادی از این آراء عبارتند از:

ICC case No. 3540 (1980).

ICC case No.1512 (1980).

ICC case No.4761 (1984).

ICC case No.3267 (1984).

AAPL V. srilanka (1990).

Channel V.Balfour Beauty (1993).

ICC case No. 9474 (1999).

Watkins-Johnson Ltd Vs. The Islamic Republic of Iran- Bank Saderat Iran (1989).

ICC Case 9875, Award, March (2000).

ICAC award, 2 June 2009, case No 148/ 2008.

ICC, Case No 19127, Final Award, 2013.

6. PabalkTicaret Ltd V. Norsolor S.A, case 3131 of 1979.

7. Agency Agreement.

8. Turkish company Aska.

پوباک فسخ کرد.^۱ متعاقب اعتراض پوباک به عمل شرکت نورسولر در اعلام فسخ قرارداد، طرفین نسبت به داوری ICC بدون تعیین مکان داوری و تعیین قانون حاکم بر اختلاف توافق کردند.^۲

در داوری شرکت ترکیه‌ایی با توجه به نقض قرارداد نمایندگی توسط شرکت نورسولر مطالبه خسارت کرد. در رسیدگی به اختلاف طرفین که در وین صورت گرفت، محکمه داوری بر مبنای لکس مرکاتوریا اینگونه نتیجه‌گیری کرد که نورسولر تعهد حسن نیت را نقض کرده و در نتیجه شرکت فرانسوی را محکوم به پرداخت ۸۰۰,۰۰۰ فرانک فرانسه کرد.^۳ نکته‌ای که در رابطه با تصمیم‌گیری داوران ICC بر مبنای لکس مرکاتوریا در این پرونده باید به آن توجه کرد این است که هرچند طرفین در طراحی قانون قابل اعمال نسبت به اختلاف کوتاهی کرده بودند، داوران برخلاف بند ۳ از ماده ۱۳ قواعد ICC که مقرر می‌داشت: «داور باید قانون در نظر گرفته شده به‌عنوان قانون مناسب را از طریق قاعده حل تعارضی که مناسب تشخیص می‌دهد، اعمال کند»، دادگاه داوری به جای اعمال قانون ملی یک کشور خاص که می‌بایستی از طریق اعمال قواعد حل تعارض شناسایی می‌شد، تصمیم به اعمال لکس مرکاتوریا گرفت.^۴ دادگاه داوری در واقع در مواجهه با پیچیدگی و دشواری انتخاب قانونی ملی که ممکن است نتواند به اندازه کافی قانع‌کننده باشد، تصمیم گرفت که به ماهیت بین‌المللی توافق توجه کند و هرگونه ارجاع به قانونگذاری یک کشور خاص را کنار بگذارد و در نهایت لکس مرکاتوریا بین‌المللی را اعمال کند.^۵

در پرونده دیگری که در سال ۲۰۱۵ در دیوان ICC^۶ رسیدگی شد، قرارداد بین طرفین شامل یک بند داوری بود که مطابق آن می‌بایستی موسسه داوری به موجب یک سند قراردادی جداگانه تعیین می‌گردید، هرچند در عمل این انتخاب صورت نگرفت. خواننده با توجه به به عدم ارجاع به یک نهاد داوری، اعتبار بند داوری را مورد اعتراض قرار داد و این وضعیت باعث شد تا دادگاه داوری در راستای حل مسئله به تفسیر آن بپردازد. در این پرونده، قانون

1. Bagheri, (2000).

2. Cremades, (2012).

3. Alfons, 2010, p 85)

4. Ferrari and Kroll, (2000).

5. Bagheri, (2000).

6. ICC, Case No 17146, Award, 2015. (IBA Working Group on UNIDROIT Principles Compiled Summaries of Selected Cases).

قابل اعمال نسبت به اختلاف طرفین در قرارداد پیش‌بینی نشده بود و در نتیجه از آنجایی که طرفین از اتخاذ تصمیم در خصوص قانون قابل اعمال خودداری کرده بودند، دادگاه داوری چنین استدلال کرد که اعتبار و دامنه توافقنامه داوری باید با استناد به قوانین فراملی و رویه‌های تجاری مورد بررسی قرار گیرد... و در نتیجه با توجه به اصل ۴.۵ یونی دوغاً^۱ چنین تحلیل نمود که قصد هیچکدام از طرفین، انتخاب داوری موردی^۲ نبوده است...

در پرونده دیگری که در سال ۲۰۰۸ در دیوان داوری روسیه^۳ رسیدگی شد، خواهان پرونده که یک شرکت آلمانی بود دعوی را بر علیه یک شرکت روسی (خواننده پرونده) مطرح نمود و مبالغی را تحت قرارداد فروش کالاها مطالبه کرد. در قرارداد فروش کالاها منعقد شده بین طرفین چنین پیش‌بینی شده بود که قانون حاکم بر قرارداد باید قانون روسیه باشد.

در روند اجرای قرارداد خواهان پرونده ادعا کرد طرفین پس از انعقاد قرارداد با توافق یکدیگر شرایط مربوط به کمیت کالا و زمان تحویل و پرداخت را تغییر داده‌اند هر چند خواننده بر اجرای قرارداد مطابق شروط اولیه تأکید داشت و به‌طور متقابل نیز ادعای نقض قرارداد و مطالبه خسارات را در دیوان داوری مطرح نمود. با توجه به انتخاب طرفین، قرارداد می‌بایستی مطابق قانون فدراسیون روسیه اداره می‌شد که بر مبنای آن، اصلاح یک قرارداد مکتوب تنها باید به صورت کتبی انجام شود. خواهان مدعی بود که این الزام شکلی از طریق مبادله پیامک بین طرفین، به‌عنوان یک سند الکترونیکی نیز محقق شده، در حالی که در نظر خواننده، اصلاحات قراردادی می‌بایستی در سندی واحدی که توسط هر دو طرف امضاء شده باشد، صورت گیرد که چنین سندی نیز در روابط طرفین وجود نداشت. دیوان داوری با رد ادعای خواننده و با توجه به برخی از اصول یونی دوغاً^۴ چنین استدلال کرد که اراده واقعی طرفین می‌بایستی با در نظر گرفتن مذاکرات و مکاتبات قراردادی، رویه مرسوم طرفین و همچنین شیوه‌های متعارف کسب و کار آنها، تفسیر گردد.

با توجه به تفسیر فوق با استناد به اصول یونی دوغاً که یکی از مصادیق لکس مرکاتوریا

1. UNIDROIT Principles

۲. داوری موردی (ad hoc arbitration) یعنی روند داوری که طرفین تمام شرایط و نحوه رسیدگی داوری و انتخاب داور و ... را در قرارداد خود پیش‌بینی می‌نمایند و در مقابل داوری سازمانی (Institutional Arbitration) قرار دارد.

3. ICAC, Case No 83/2008, Award, 22 December 2008 (IBA Working Group on UNIDROIT Principles Compiled Summaries of Selected Cases).

4. Articles 2.1, 4.1, 4.2, and 4.3 of the UNIDROIT Principles (2004).

محسوب می‌شود، از منافع مشروع و مورد انتظار قراردادی خواهان حمایت و از رفتار فرصت طلبانه خواننده در استناد غیرمنصفانه به قانون روسیه، ممانعت به عمل آمد.

در پرونده دیگری که دیوان داوری ICC در سال ۲۰۱۷ به آن رسیدگی کرد،^۱ دو شرکت ایتالیایی مجموعه‌ایی از قراردادها را منعقد کردند که به موجب آنها به شرکت (الف) به مدت ۲۵ سال حق غیرقابل فسخ برای استفاده از بخشی از زیرساخت‌های ارتباطی متعلق به شرکت (ب) را همراه با خدمات نگهداری آنها اعطاء می‌کرد. در مقابل برای شرکت (ب) نیز حق مشابهی نسبت به بخشی از زیرساخت‌های متعلق به شرکت (الف) در نظر گرفته شد. پس از گذشت ۱۴ سال در پی امتناع شرکت (ب) از انجام مذاکرات مجدد برای قرارداد خدمات تعمیر و نگهداری، شرکت (الف) هزینه تعمیر و نگهداری مقرر در قرارداد را پرداخت نکرد و مدعی نقض قرارداد توسط شرکت (ب) شد. در ادامه طرفین با در نظر گرفتن طرح اقساطی در این زمینه مذاکره کردند با این وجود شرکت (الف) تنها بخشی از آن را رعایت کرد و در نتیجه طرف دیگر را مجبور به طرح دعوای مطالبه نزد یک دادگاه ایتالیایی کرد. با این وجود شرکت (الف) به صلاحیت دادگاه ایتالیای معترض شد و باتوجه به بند داوری که در قراردادها دزنظر گرفته شده بود، روند دادرسی داوری را آغاز کرد و از دادگاه داوری تقاضا نمود تا تخلف شرکت (ب) را در رابطه با قرارداد تعمیر و نگهداری تصدیق نماید و حق این شرکت برای مذاکره مجدد را نیز اعلام کند. در مقابل شرکت (ب) نیز از دادگاه داوری صدور حکم به پرداخت مطالبات معوقه را تقاضا کرد.

در این پرونده هر چند قانون قابل اعمال، قانون ایتالیا بود با این وجود دادگاه داوری در کنار توجه به ماده ۱۳۷۵ قانون مدنی ایتالیا (مربوط به اصل حسن نیت)، با توجه به اصل ۶:۲۰۳ از اصول یونی دوغا و اصل ۶:۱۱۱ اصول قراردادهای اروپایی^۲ بیان کرد که اولاً شرکت (الف) قرارداد خدمات نگهداری را نقض کرده و ثانیاً شرکت (ب) نیز از وظیفه خود برای انجام مذاکره مجدد در رابطه با قرارداد مذکور تخطی کرده است. ... دادگاه داوری تأکید کرد که طرفین در قراردادهای بلند مدت وظیفه دارند در صورت وجود اختلاف بین شرایط قراردادی که در ابتدا نسبت به آن توافق شده با شرایطی که در حال حاضر در بازار برای

1. ICC International Court of Arbitration 20757 (IBA Working Group on UNIDROIT Principles Compiled Summaries of Selected Cases).

2. Principles of European Contract Law (PECL)

اجرای مشابه وجود دارد، دوباره درباره قرارداد مذاکره کنند و در ضمن خاطر نشان کرد که درخواست مذاکره مجدد باید با انگیزه کافی انجام شود و به خودی خود به طرف محروم حق جلوگیری از اجرای قرارداد را نمی‌دهد.^۱ در پرونده فوق‌الذکر داور رسیدگی کننده بر مبنای اصل حسن نیت ضمن تأکید بر حق انجام مذاکرات مجدد در رابطه با قراردادهایی که دارای اجرای طولانی مدت هستند با استناد به اصول یونی دوغا و اصول قراردادهای اروپایی تأکید کرد که طرف زیان دیده باید اراده جدی در انجام مذاکرات داشته باشد و به این بهانه نمی‌تواند از اجرای تعهدات قراردادی امتناع ورزد و سبب ورود زیان به طرف مقابل شود.

۲-۱-۳. کارآمدی اصول کلی حقوقی

هر چند اصول کلی حقوقی به عنوان یکی از منابع مهم لکس مرکاتوریا محسوب می‌شود با این وجود این سوال مطرح می‌شود که آیا در عمل استناد به چنین اصولی می‌تواند در سطح فراملی هزینه‌های انجام معامله را برای طرفین قرارداد کاهش دهد و باعث افزایش کارآمدی لکس مرکاتوریا در مقایسه با نظام‌های حل تعارض ملی شود؟ در این راستا خاطر نشان می‌کنیم که این اصول هسته مرکزی مشترک میان ایده‌ها و ذهنیت‌های مختلف حقوقی هستند^۲ و از این جهت اولاً در اکثریت نظام‌های حقوقی ملی وجود دارند و ثانیاً با توجه به ویژگی و شخصیت تقریباً جهانی آنها بیشتر بازرگانان با محتوای این اصول آشنایی دارند. این ویژگی‌ها سبب می‌شود که بازرگانان و سایر فعالان تجاری از یک طرف با اصولی مواجه باشند که مفهوم آنها برای آنها شناخته شده است و در نتیجه آنها مشکل چندانی با نحوه قضاوت بر مبنای این اصول نخواهند داشت و از طرف دیگر احتیاجی به مطالعات عمیق، صرف وقت و هزینه در راستای کشف معنای واقعی آنها ندارند. مقبولیت جهانی این اصول و تصدیق آنها به وسیله بیشتر نظام‌های حقوقی ملی شرایطی را فراهم آورده تا داوران بین‌المللی نیز به راحتی بتوانند مبنا و شالوده تصمیم خود را بر آنها قرار دهند^۳ و این آسودگی خاطر را داشته باشند که رأی

1. <http://www.unilex.info/principles/case/2237>

۲. محبی و امینی (۱۳۹۳).

۳. در پرونده شماره ۱۳۰۱۲ ICC، محکمه داورى در اختلافی که بین یک شخص آمریکایی و فرانسوی بود، اعمال قانون داخلی را در سال ۲۰۰۴ نپذیرفت و به جای آن با توجه به ملاحظیات بی طرفی اتخاذ تصمیم نمود. در پرونده شماره ۱۰۴۲۲ دیوان داورى ICC در سال ۲۰۰۱ نیز در راستای انتخاب یک راه حل بی طرفانه برای حل اختلاف، محکمه داورى اقدام به اعمال قواعد و اصول قراردادهای بین‌المللی یا لکس مرکاتوریا نمود. اصول UNIDROIT نیز به عنوان بیانی از

صادرده در نظر طرفین اختلاف و از جمله کسی که رأی به ضرر او صادر شده، منطقی جلوه خواهد کرد و در نتیجه محکوم علیه مقاومت کمتری در برابر اجرای رأی داوری از خود نشان خواهد داد، زیرا او نیز به عنوان یک فرد معقول تصدیق می‌کند در فرضی که رأی داوری بر مبنای اصول کلی مورد قبول جامعه بازرگانان صادر شده، چنین حکمی به طور تبعیض آمیز یا با سیاست‌های حمایتی خاص، منافع یکی از طرفین داوری را به طور ناعادلانه بر طرف دیگر ترجیح نداده است.

از طرف دیگر حقوقدانانی مانند برگر معتقدند که قوانین داخلی یک چهارچوب هنجاری کافی برای معاملات بازرگانی بین‌المللی را ارائه نمی‌دهند. برگر در این رابطه استدلال می‌کند که اعمال قانون داخلی به معنای ملی سازی پرونده‌های تجاری بین‌المللی است و چنین پدیده‌ای با منافع جامعه تجاری بین‌المللی در تضاد است.^۱

۲-۱-۴. کارکرد اقتصادی و تجاری قراردادهای استاندارد

قراردادهای استاندارد در نظر بیشتر نویسندگان به عنوان یکی از منابع لکس مرکاتوریا شناخته شده است. برای این نوع قراردادها اهداف متعددی در نظر گرفته شده که برخی از آنها مانند: الف) کاهش هزینه‌های انتخاب در معاملات^۲ ب) ترویج اثر شبکه‌ای^۳ و در نهایت تسهیل کنترل هزینه‌های نمایندگی^۴ مطلوبیت اقتصادی دارند.

در رابطه با کاهش هزینه‌های انتخاب خاطر نشان می‌کنیم بازرگانان در هنگام انجام معامله با هزینه‌های مختلفی روبرو هستند که یکی از آنها هزینه مذاکره‌های طولانی مدت برای تعیین و تنظیم شروط قراردادی است. در واقع بازرگانی که در راستای فروش یک محصول قدم بر می‌دارد، مقداری از وقت و سرمایه خود را برای پیدا کردن خریداران بالقوه، به طور مثال از طریق تبلیغات اختصاص دهد. خریدار یا سرمایه‌گذار آینده نگر نیز نیاز دارد یک

لکس مرکاتوریا یا عرف‌های تجاری بین‌المللی در احکامی مانند حکم شماره ۷۱۱۰ در سال ۱۹۹۵، حکم شماره ۷۳۷۵ ICC در سال ۱۹۹۶ و حکم شماره ۸۵۰۲ در سال ۱۹۹۹ مورد استناد واقع شده‌اند.

1. Berger, (2010).
2. Reducing Transaction Costs Choices.
3. Promoting a Network Effect.
4. Cafaggi and Patterson, (2008).
5. Facilitate Control of Contract Terms.

کارگزار را در راستای پیدا کردن فرصت‌های خوب معاملاتی استخدام کند. علاوه بر این موارد، در زمانی که فعالان بازار یکدیگر را شناسایی کردند، آنها با هزینه‌های مذاکره که شامل هزینه‌های رسیدن به توافق است نیز رو به رو هستند. شروط مورد مذاکره احتیاج به صرف زمان، بازدید از سایت پروژه و استخدام وکیل برای تنظیم پیش نویس مفاد قرارداد دارد.^۱ مذاکره در رابطه با شروط قراردادی مستلزم برگزاری جلسات متعدد و استخدام مشاورین حقوقی است که این مهم صرف پول و هزینه برای بازرگانان را به دنبال خواهد داشت و در نتیجه سبب افزایش هزینه‌های معامله برای آنها خواهد شد. در این راستا توافق بر روی قراردادهای استاندارد می‌تواند تا حدودی هزینه‌های انجام معامله را به دلیل کاهش هزینه‌های مذاکره بر روی شروط متعدد قراردادی کاهش دهد.

از طرف دیگر قراردادهای استاندارد باعث ترویج اثر شبکه‌ای می‌شوند. اثر شبکه‌ای به‌عنوان ارزش یک کالا - در فرض ما ارزش قرارداد- تلقی می‌شود که هرچه اشخاص بیشتری از آن استفاده شود، ارزش بیشتری نیز پیدا می‌کند.^۲ در واقع در زمانی که بیشتر مردم از کالا یا محصول شما استفاده کنند، این کالا با ارزش‌تر جلوه می‌کند. اثر شبکه‌ای در عمل سبب ایجاد انگیزه برای انتخاب یک روش مشترک می‌شود و شرکت‌ها (و بازرگانان) به‌طور خاص تشویق به اتخاذ شروط استاندارد سازی شده در راستای پذیرش قواعد حقوقی مفروضی می‌کنند که برای تحلیل‌گران و سرمایه‌گذاران بیشتر آشنا هستند و در نتیجه می‌توانند هزینه‌های ارزیابی شرکت در سرمایه‌گذاری را کاهش دهد. اثرات شبکه‌ای در نتیجه می‌تواند سبب ارائه خدمات حقوقی ارزان‌تر برای شرکت‌ها شوند.^۳

قراردادهای استاندارد همچنین می‌توانند ارزش ذاتی قراردادها را افزایش دهند زیرا چنین قراردادهایی در عمل بیشتر به وسیله دادگاه‌ها بررسی شده‌اند و در نتیجه معنی و تفسیر قطعی‌تری از آنها ارائه می‌شود.^۴ بنابراین استفاده از قراردادهای استاندارد می‌تواند سبب ترویج یکنواختی در برداشت‌های قضایی شود و در نتیجه سبب افزایش اطمینان و قطعیت در رابطه با امکان پیش‌بینی تصمیمات دادگاه‌ها یا محاکم داوری شود. لازم به ذکر است در تحلیل ویژگی‌های یک نظام حقوقی دست‌یابی به این قطعیت از مهم‌ترین امتیازات محسوب می‌شود.

1. Dudek, (1996).

2. Cafaggi and Patterson, (2008).

3. Kraakman & Others, (2017).

4. Cafaggi and Patterson, (2008).

سومین امتیاز استفاده از قراردادهای استاندارد این است که می‌تواند کنترل هزینه‌های نمایندگی را آسان سازد. در واقع چنانچه نمایندگان مجاز به مذاکره نسبت به شروط قراردادی باشند، باید اصولی نیز برای نظارت بر عمل نمایندگان در جهت حصول اطمینان از اینکه اصلاحات قراردادی صورت گرفته به وسیله آنها تأثیر منفی بر مدل‌های قیمت گذاری نخواهد داشت، در نظر گرفته شود. نمایندگان ممکن است در راستای افزایش بهره وری خود شروطی را پیشنهاد کنند که منجر به انتقال ریسک‌های اصلی قراردادی به طرف معرفی کننده آنها شود و این در حالی است که مطابق شرایط قرارداد اصلی، این ریسک‌ها به طرف دیگر قرارداد اختصاص داشته است. بنابراین در عمل قراردادهای استاندارد از طریق نفی اختیار نمایندگان در امکان توافق بر روی هر گونه تغییرات مخالف با شروط اصلی قرارداد، می‌تواند به نحو مؤثری هزینه‌های نظارت بر نمایندگی را کاهش دهد.

۲-۱-۵. کارکرد اقتصادی کنواسیون‌های بین‌المللی

کنواسیون‌های بین‌المللی اصول و قواعدی با شخصیت بین‌المللی و فرا دولتی دارند و در بیشتر موارد با هدف ایجاد یکنواختی در روابط فراملی، راه حل‌های کلی پذیرفته شده در اکثر نظام‌های حقوقی را ارائه داده‌اند. در واقع این کنواسیون‌ها قواعد حقوقی ماهوی را با شخصیت بین‌المللی و با استفاده از روش تطبیقی انعکاس داده‌اند و در نتیجه راه حل‌هایی را که به طور کلی در جامعه حقوقی بین‌المللی پذیرفته شده ایجاد کرده‌اند.^۱ کنواسیون‌ها راه حل‌های تصدیق شده به وسیله اکثریت جامعه بین‌المللی را ترویج داده‌اند و از این جهت به عنوان یکی از منابع مهم لکس مرکاتوریا محسوب می‌شوند.

لازم به ذکر است آنها از طریق ایجاد قوانین متحدالشکل توانسته‌اند تا حدودی روند انجام معاملات در تجارت خارجی را تسهیل کنند. در این رابطه خاطر نشان می‌کنیم با توجه به اینکه در تجارت خارجی یک قرارداد می‌تواند با چندین نظام حقوقی مرتبط باشد (نظام حقوقی کشور محل انعقاد قرارداد، کشور محل اجرای قرارداد، کشور محل اقامت خواننده و ...) اتخاذ راه کارهای متفاوت حقوقی در قوانین کشورهای مختلف، چهارچوب‌های متنوع قانونی را برای افراد درگیر در تجارت خارجی بوجود آورده که این وضعیت می‌تواند باعث

ایجاد هزینه‌های مختلف در رابطه با صرف وقت و انجام هزینه برای آشنایی با اصطلاحات و راه کارهای قوانین ملی مختلف گردد. از این جهت وجود اصول و قواعد متحدالشکل برای اداره قراردادهای بین‌المللی که در قالب کنوانسیون‌هایی مانند CISG تبلور یافته تا حد زیادی سبب حذف مشکلات حقوقی، تسهیل بازرگانی بین‌المللی و همچنین ترویج روابط صلح آمیز در میان ملت‌ها شده است.^۱

بدیهی است که این تسهیل به نوبه خود می‌تواند منجر به افزایش سطح تجارت بین‌الملل از طریق کاهش هزینه‌های معامله^۲ و در نتیجه افزایش روند انعقاد معاملات و متعاقب آن افزایش گردش مالی بخش خصوصی و سطح رفاه در کشورهای عضو کنوانسیون شود.

۳. تحقق کارکردهای اقتصادی حقوق قراردادها با انتخاب لکس مرکاتوریا

اهداف اقتصادی متعددی برای حقوق قراردادها ترسیم شده است. با مطالعه متون حقوق اقتصادی می‌توان اهداف اقتصادی زیر را در رابطه با حقوق قراردادها ترسیم نمود که عبارتند از:

الف) جلوگیری از فرصت طلبی.^۳

ب) گنجاندن شروط کارآمد.^۴

ج) تخصیص ریسک به کسی که مرجح تر است.^۵

د) کاهش هزینه‌های حل و فصل کردن اختلافات.^۶

در ادامه نحوه تحقق اهداف اقتصادی حقوق قراردادها را در رابطه با لکس مرکاتوریا مورد توجه قرار خواهیم داد.

۳-۱. جلوگیری از رفتار فرصت طلبانه از طریق لکس مرکاتوریا

اقتصاددانان با روش تخصیص منابع سر و کار دارند و از این جهت می‌خواهند مطمئن شوند

1. Cordero-Moss, (2011).

2. Janssen, (2009).

3. Prevent Opportunism.

4. Interpolate Efficient Terms.

5. Allocate Risk to the Superior Risk Bearer.

6. Reduce the costs of Resolving contract Disputes.

که منابع موجود در مسیری که بیشترین ارزش را دارند، استفاده می‌شوند.^۱ در نظر آنها تغییر مسیر یا تغییر رفتار یکی از طرفین قرارداد در صورتی که به طور فرصت طلبانه باشد، می‌تواند پیش‌بینی و محاسبات متعاقدین را در رابطه با تخصیص کارآمد منابع بهم بریزد و باعث عدم توانایی در انتخاب یک گزینه عقلانی شود.

به طور کلی این اعتقاد وجود دارد که رفتار فرصت طلبانه می‌تواند سبب قربانی شدن وعده‌های متقابل^۲ شود.^۳ فرصت‌طلبی را می‌توان به منزله تخلف از روح قانون و زایل کردن انتظارات مشروع طرف مقابل دانست.^۴ در ادبیات حقوق اقتصادی کاهش فرصت‌طلبی تا آنجایی اهمیت دارد که در کنار حداکثرسازی رفاه^۵ و حداقل سازی هزینه‌های معامله^۶، عملکرد مطلوب دادگاه‌ها در راستای دستیابی به آن ارزیابی شده است.^۷ لازم به ذکر است فرصت‌طلبی مبین رفتاری است که ممکن است در موقعیت‌های مختلف قراردادی رخ دهد و از این جهت می‌توان آنرا شامل « انجام یا عدم انجام عملی دانست که به وسیله یکی از طرفین برخلاف شروط ضمنی، اهداف و انتظارات قراردادی طرف دیگر انجام می‌گیرد و بر مبنای چنین رفتاری یکی از طرفین بدون پرداخت هزینه یا تخصیص منابع اقتصادی لازم، در راستای تحصیل یک موقعیت مالی پیش‌بینی نشده در قرارداد با هزینه طرف مقابل یا در هزینه مشترک اقدام می‌کند». در پرونده مؤسسه بسته‌بندی آلاسکا برعلیه دمونیکو^۸، مالک کشتی گروهی از کارگران را برای گرفتن ماهی در سواحل آلاسکا استخدام کرد. هر چند قبل از آغاز سفر در رابطه با دستمزد کارگران توافق شده بود با این وجود زمانی که کشتی به سمت آبهای آلاسکا حرکت کرد، کارگران دستمزد بالاتری را تقاضا کردند. در این زمان راهی برای جایگزین کردن کارگران وجود نداشت و در نتیجه مالک کشتی با دستمزد در خواستی آنها موافقت کرد. زمانی که کشتی به سنفرانسیسکو بازگشت کارگران برعلیه مالک کشتی اقامه دعوا کردند، زیرا مالک خود را تنها متعهد به پرداخت مبلغ اولیه مورد توافق به کارگران

1. Veljanovski, (2007).

2. Relational Promises.

3. F. Brinig, (2000).

4. Turner, (2016).

5. Wealth Maximization.

6. Minimization of Transactions Costs.

7. DiMatteo, (2005).

8. Alaska Packers' association V. Domenico, (1902).

می‌دانست. در رسیدگی به دعوی مطروحه دادگاه بیان کرد که تعهد خوانده به پرداخت دستمزدهایی بالاتراز مبلغ ابتدایی مورد توافق، با توجه به ملاحظات جدید (وعده متقابل)^۱ حمایت نمی‌شود. این تصمیم کارآمد پسند^۲ بود چرا که در آینده می‌توانست انگیزه ارتکاب رفتارهای فرصت طلبانه را کاهش دهد^۳. لازم به ذکر است که ضرورت حمایت از متعاقدین در مقابل رفتارهای فرصت طلبانه طرف دیگر، از مهم‌ترین اهداف اقتصادی حقوق قراردادها محسوب می‌شود. لکس مرکاتوریا در راستای تحقق این کارکرد به‌طور موفقیت آمیز در دو مسیر عمل کرده است. در ابتدا لکس مرکاتوریا با اتکاء به اصل حسن نیت و رفتار منصفانه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول تشکیل دهنده آن توانسته از متعاقدین در مقابل رفتارهای فرصت طلبانه طرف دیگر محافظت کند. با توجه به اهمیت اصل حسن نیت در لکس مرکاتوریا، بسیاری از مفسران بر این عقیده‌اند که این اصل نه تنها بخشی از لکس مرکاتوریا محسوب می‌شود^۴ بلکه تطابق با حسن نیت را الهام بخش لکس مرکاتوریا بین‌المللی می‌دانند^۵ و از این جهت داوران نیز تکلیف کلی حسن نیت را به‌عنوان مهمترین محتوای آن تلقی کرده‌اند^۶. مطابق اصل کلی حسن نیت، در زمان انعقاد و اجرای قرارداد، طرفین باید مطابق با الزامات حسن نیت عمل کنند^۷. در بازرگانی نیز حسن نیت به معنای صداقت در عمل و رعایت استانداردهای معقول تجاری در اتخاذ رفتارهای منصفانه است^۸ و از این جهت یکی از متعاقدین نباید عملی را بر علیه منافع طرف دیگر به نحوی که شخصی معقول چنین عملی را انجام نمی‌دهد، مرتکب شود^۹. بنابراین همانطوریکه مکئی^{۱۰} بیان می‌کند: «حسن نیت» نقطه مقابل فرصت طلبی است زیرا در راستای جلوگیری از اعمال فرصت طلبانه که قانون به‌عنوان نیت بد^{۱۱} یا حداقل فاقد حسن نیت تلقی کرده، عمل می‌کند^{۱۲}. بنابراین با توجه به اینکه اصل

1. Reciprocal Promise

2. Efficiency- Friendly

3. Pejovich and Enrico, (2010).

4. Magg, (2004).

5. Frick, (2001).

6. Hesselink, (2002).

7. Ferreira de Almeida and Lima Rego, (2007).

8. Basedow & Others, (2010).

9. Grundmann and Mazeaud, (2008).

10. Mackaay

11. Bad Faith

12. Vaz Freire, (2016).

حسن نیت یکی از مهم‌ترین اصول لکس مرکاتوریا محسوب می‌شود در صورتی که داور بر مبنای لکس مرکاتوریا به اداره اختلاف بپردازد، می‌تواند به رفتارهای فرصت طلبانه هر کدام از طرفین قرارداد واکنش نشان دهد و چنین رفتارهایی را به رسمیت نشناسد. لازم به ذکر است که رفتار فرصت طلبانه در قراردادهای مختلف به اشکال مختلفی می‌تواند محقق شود و از این جهت می‌بایستی به وسیله یک استاندارد محافظتی سیال و فراگیر همانند حسن نیت به نحو مؤثری اداره شود و بنابراین تکلیف حسن نیت می‌تواند به عنوان ابزاری کارآمد برای جلوگیری از رفتار فرصت طلبانه در قلمرو حقوق قراردادهای محسوب می‌شود. در واقع تعهد به رعایت حسن نیت به طرفین اجازه نمی‌دهد که برای به دست آوردن منافع خود به طرف دیگر آسیب بزنند یا حقوق قراردادی خود را به نحوی اعمال کنند که به دیگری لطمه وارد شود.^۱ در این راستا به طور مثال در پرونده‌ایی که در سال ۲۰۰۲ رسیدگی شد^۲ دیوان داوری ضمن تجزیه و تحلیل مفاد قرارداد اظهار داشت که در روش پرداخت هیچ تغییری صورت نگرفته و از این جهت مبلغ ۱۰۰٪ پیش پرداخت برای حمل هر محموله توسط خواهان بر اساس فاکتور صادر شده از طرف خوانده که نشانگر ارزش کالاها می‌باشد، پرداخت شده که این مقوله ثابت می‌کند (با توجه به اینکه خلاف آن نیز ثابت نشده) قیمت نهایی کالاها که به وسیله خواهان به خوانده پرداخت شده بر اساس رویه‌ی معمول مورد توافق طرفین بوده است. در نتیجه دادگاه داوری چنین نتیجه گرفت که خوانده مطابق قرارداد استحقاقی برای به تأخیر انداختن حمل کالاها ندارد. علاوه بر این دادگاه داوری به این واقعیت توجه داشت که حتی اگر خوانده حق به تعویق انداختن حمل کالاها را داشت، عمل او برخلاف اصول حسن نیت و شیوه‌های تجارت منصفانه در تجارت بین‌الملل که در مواد ۱،۷ و ۵،۲ اصول یونی دوغانیز به رسمیت شناخته شده، تلقی می‌شود. بنابراین بر مبنای این استدلال حتی اگر مفاد قرارداد حقی را برای یکی از متعاقدين به رسمیت بشناسد، متعهدله نمی‌تواند با توجه به اصل حسن نیت، به طور فرصت طلبانه‌ایی حق خود را به ضرر طرف دیگر اعمال کند. در پرونده دیگری که در سال ۱۹۸۹ در ICC رسیدگی شد اختلافی بین یک شرکت اروپایی و تأمین‌کننده‌ایی از یک کشور در حال توسعه بوجود آمده بود. علت اصلی بوجود آمدن اختلافات در این

۱. شیروی، (۱۳۹۶).

2. ICAC, Case No 11/2002, Award, 5 June 2002 (IBA Working Group on UNIDROIT Principles Compiled Summaries of Selected Cases)

پرونده مربوط به شکایت مطرح شده از ناحیه فروشنده بود که بر مبنای آن چنین استدلال می‌کرد که هر چند در ارسال به موقع کالاها تأخیر داشته با این وجود لغو سفارش‌های بعدی خرید به وسیله خریدار، رفتاری نامناسب و غیر منصفانه در حق او محسوب می‌شود. این وضعیت متناقض در نهایت باعث شد که داور لغو سفارش‌های بعدی خرید از طرف خریدار را که البته به دلیل تأخیر صورت گرفته در ارسال کالاها بود، سوء استفاده از حق تلقی کند. در این راستا داور رسیدگی کننده بیان کرد که با توجه به عدم وجود دلیل قانع کننده برای فسخ قرارداد، ارسال نامه فسخ بدون دادن اخطار قبلی، عملی برخلاف حسن نیت که یکی از اصول لکس مرکاتوریا است، تلقی می‌شود.^۱

دومین مسیری که نشان دهنده قابلیت لکس مرکاتوریا در جلوگیری از رفتار فرصت طلبانه است، تشویق بازرگانان به تحصیل سود متقابل از طریق لکس مرکاتوریا است. در جامعه بازرگانان روابط تجاری به طور کلی سیال هستند و معامله‌گران در بازارها دارای نقش‌های در حال تغییر - زمانی به عنوان خریدار و در قراردادی دیگر به عنوان فروشنده - هستند که این وضعیت در معاملات تجاری، تکالیف بوجود آمده را به طور معکوس محقق می‌سازد.^۲

در بازارهای معاملاتی در واقع موقعیت بازرگانان نسبت به این قواعد در حال تغییر است و آنها در حالی که امروز به عنوان فروشنده محسوب می‌شوند، می‌توانند فردا به عنوان خریدار در همین بازارها ظاهر شوند و از این جهت می‌دانند که رعایت حقوق خریداران و فروشندگان در حقیقت رعایت حقوق احتمالی خود آنها در وضعیت سیال بازارهای بین‌المللی است. این نگرش به نوبه خود می‌تواند سبب نهادینه شدن هنجارها و آداب و رسوم بازارهای بین‌المللی نزد همه فعالان بازرگانی شود، زیرا آنها نفع خود را در رعایت دقیق هنجارهای متداول بازرگانی می‌دانند. بر مبنای این دیدگاه، به طور مثال بازرگانی که به یک قاعده خاص در زمان خرید استناد می‌کند و در عین حال حاضر به پیروی از همان قاعده در زمان فروش نیست به عنوان نقض‌کننده هنجارهای مورد قبول بازرگانان شناخته می‌شود و برای او هزینه‌های اعتباری و حیثیتی در جامعه بازرگانی به همراه خواهد داشت^۳. بنابراین لکس مرکاتوریا از یک طرف با تأکید بر اصل حسن نیت و از طرف دیگر از

1. Arena, (2011).

2. Druzin, (2014).

3. Rowley and Friedrich, (2008).

طریق تشویق بازرگانان به تبعیت از هنجارهای متداول بازرگانی توانسته نقش مؤثری در جلوگیری از رفتارهای فرصت طلبانه داشته باشد.

۳-۲. داخل کردن شرایط کارآمد^۱

یکی از مهمترین سوال‌های مطرح شده در حقوق قراردادها این است که قضات یا داوران چگونه باید شکاف‌های موجود در قراردادها را ناقص را پر کنند. در این زمینه به طور گسترده پذیرفته شده که دادگاه‌ها باید «مقلد اراده طرفین^۲» باشند^۳ و در نتیجه قانون باید از موضوعی که متعاقدين در شرایط توافق فرضی وجود آنرا اراده می‌کردند، حمایت کند^۴. البته استنباط این موضوع آسان نیست، زیرا اراده فرضی^۵ است و حقیقتاً نمی‌دانیم طرفین در زمان انعقاد قرارداد واقعاً به چیزی رضایت داده‌اند.

در این رابطه، رویکرد اقتصادی بینش قدرتمندتری را در نظر گرفته که بر مبنای آن اراده متعاقدين می‌بایستی به کارآمدترین شکل برای تنظیم قرارداد در نظر گرفته شود و از این جهت قواعد مفروضی که بهره قراردادی^۶ را به حداکثر می‌رساند، بهترین خدمت را می‌توانند ارائه کنند. این تفکر که بر مبنای آن پرکننده شکاف‌های قراردادی باید بهره قراردادی را به حداکثر برساند، بر این منطبق مشهور استوار گردیده که طرفین قرارداد معقول فرض می‌شوند و از این جهت با شروطی که سود مشترک آنها را به حداکثر برساند، موافق هستند^۷. در این راستا برای پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادها بین‌المللی، اصول و قواعد لکس مرکاتوریا در مقایسه با قوانین ملی یکی از متعاقدين یا قانون یک کشور ثالث کارآمدتر است زیرا لکس مرکاتوریا به عنوان مجموعه‌ای از اصول فراملی که منبعث از آداب و رسوم جامعه بازرگانی و اصول کلی مشترک پذیرفته شده در اکثر نظام‌های حقوقی است، توانایی بالایی در پر کردن شکاف‌های یک قرارداد فراملی در مقایسه با قوانین ملی دارد. روش «تدوین خزنده»^۸ که

1. Interpolate Efficient Terms
2. Mimic The Parties Will
3. Ben-shahar and Omri, (2009).
4. DiMatteo & Others,, (2013).
5. Hypothetical
6. Contractual Surplus
7. Ben-shahar and Omri, (2009).
8. Creeping Codification

توسط پروفیسور برگر^۱ برای لکس مرکاتوریا ارائه شده مبین یک نظام غیر ایستا و پایان باز^۲ است که می‌تواند با توجه به آخرین تحولات جامعه بازرگانی بین‌المللی، اصول خود را مدرن‌سازی کند و با شرایط جدید در کم‌ترین زمان ممکن منطبق شود. پروفیسور برگر در راستای بیان کارکرد موفقیت آمیز این روش در پر کردن شکاف‌های قراردادی و برطرف کردن نیازهای جدید جامعه بازرگانان بیان می‌کند که ویژگی باز بودن^۳ و، سبب بروزرسانی متوالی و گسترش اصولی شده که نه تنها می‌تواند نیازهای لکس مرکاتوریا را به‌عنوان یک قانون در حال فعالیت^۴ در نظر بگیرد، بلکه می‌تواند باعث اثربخشی و سودمندی نتایج به دست آمده از این فهرست شود... هدف اصلی چنین فهرستی تنها نگاه به (رویه‌های) گذشته و ارائه تصویری از وضع کنونی لکس مرکاتوریا نیست بلکه در راستای نگاه به آینده و فراهم کردن انگیزه برای تکامل آینده حقوق تجاری فراملی به‌عنوان یک سیستم حقوقی پایان باز عمل می‌کند. در واقع روش تدوین خزنده برگر به مدرن سازی دائمی اصول مربوط به اداره قراردادهای بین‌المللی در عوض انجماد آنها در طول زمان کمک می‌کند. لازم به ذکر است که تدوین لکس مرکاتوریا از طریق اصول ارائه شده در Translex نیز به صورت پایان باز و پویا است و از این جهت زمینه مناسبی را برای بروزرسانی و توسعه مداوم آنها فراهم کرده است.^۵ در عمل نیز در آراء متعدد داوری بر کارآمدی بیشتر قواعد لکس مرکاتوریا نسبت به قوانین ملی برای پر کردن شکاف‌های قراردادی تأکید شده است.^۶

۳-۳. تخصیص مطلوب ریسک‌های معامله به وسیله لکس مرکاتوریا

مطابق نظر ریچارد پازنر^۷ یکی از اهداف اقتصادی حقوق قراردادهای تخصیص ریسک‌های معامله به شخصی است که مناسب‌ترین فرد برای تحمل کردن آنها محسوب می‌شود. از این

1. Klaus Peter Berger

2. Open - End

3. Open-ended character

۴. ویژگی بازبودن اشاره به تدوین خزنده لکس مرکاتوریا در طول زمان دارد.

5. Law in Action

6. Pryles, Michael, (2008).

7. Neumann, (2012).

8. Pabalk Ticaret Ltd V. Norsolor S.A (1979) and Compania Valenciana de cementos Portland SAV Primary cool Inc (1989) and Fougerolle (France) V. Banque du proche Orient (Lebanon) (1982).

9. Richard A. Posner

جهت در نگرش اقتصادی به حقوق قراردادها به این مهم توجه شده که قانون باید هزینه‌های مورد انتظار قراردادی را کاهش دهد و منافع مشترک معاملاتی را به حداکثر برساند. در این مسیر تمایل به تخصیص مخاطرات اخلاقی^۱ و ریسک‌ها به شخصی است که با کم‌ترین هزینه می‌تواند از رخ دادن آنها جلوگیری کند. با این روش می‌توان منفعت معامله را از طریق پایین آوردن هزینه‌های مراقبت از کالاهای موضوع قرارداد، بهبود بخشید. در رابطه با نقش لکس مرکاتوریا و عناصر تشکیل دهنده آن در مدیریت ریسک‌های موجود در تجارت بین‌الملل خاطر نشان می‌کنیم که علی‌رغم وجود تفاوت‌های وسیع در م نظام‌های حقوقی ملی و مناطق حقوقی مجزا (کامن لا و سیول لا)، اکثر بازرگانان و شرکت‌های تجاری توانسته‌اند درجه بالایی از یکنواختی را در رویه‌های قراردادهای تجاری بوجود آورند و در عمل نیز مشاهده می‌شود که بسیاری از اسناد مربوط به تخصیص ریسک‌های صادرات و واردات کالاها در سرتاسر جهان به وسیله شرکت‌های فعال در بازرگانی خارجی مورد توجه واقع شده است. شروط تجاری بین‌المللی مربوط به تخصیص ریسک از دست دادن یا ورود خسارت به کالاها (اینکوترمزها)، بندهای مندرج در بارنامه‌ها و گواهینامه‌ها و اسناد بیمه دریایی، بندهای مندرج در اعتبارات اسنادی و همچنین مقررات یوسی پی ۵۰۰^۲ و یوسی پی ۶۰۰^۳، بندهای مندرج در موافقت نامه‌های داوری، در کنار سایر اسناد دیگر در جامعه بازرگانی مدرن پذیرفته شده و در کشورهای مختلف نیز اجرایی شده‌اند.^۴ در این راستا به‌طور مثال اصول و قواعد مندرج در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالاها مصوب ۱۹۸۰ وین^۵، به‌طور مشخص به دو عامل مهم در کاهش ریسک‌های معامله توجه کرده که عبارتند از تخصیص ریسک معامله به شخصی که با کم‌ترین هزینه می‌تواند از تحقق آنها جلوگیری کند^۶ و همچنین تخصیص ریسک‌ها به

1. Moral Hazard

2. UCP 500, which came into force on January 1, 1994.

3. UCP 600, which came into force on 1 July 2007.

4. Milenković-Kerković, (1997).

5. CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It.

۶. یکی از طرفین معامله معمولاً در موقعیت بهتری برای تحمل ریسک‌ها قرار دارد زیرا به نحو ارزانتری می‌تواند علیه این ریسک‌ها اقدام مقتضی را انجام دهد و در نتیجه می‌تواند هزینه‌های مربوط به اتخاذ اقدامات احتیاطی برای چنین ریسک‌هایی را قبل از بوجود آمدن آنها به حداقل برساند و یا اینکه با توجه به توانایی برتر خود، نوع خاصی از زیان‌ها را بعد از رخ دادن آنها کاهش دهد.

شخصی که به نحو بهتری می‌تواند آنها^۲ را پیش‌بینی^۳ نماید^۴. از این جهت منابع تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا مانند CISG مقرارت مناسبی را برای تخصیص ریسک‌های معامله در بازرگانی بین‌المللی مورد توجه قرار داده‌اند.

۳-۴. کاهش هزینه‌های حل اختلاف به وسیله لکس مرکاتوریا

کاهش هزینه‌های دادخواهی توسط قانون حاکم بر قراردادها نیز یکی از مهم‌ترین اهداف تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها محسوب می‌شود. بر مبنای این نظریه، قواعدی کارآمد هستند که بتوانند هزینه‌های دادخواهی را تا حد امکان کاهش دهند. در عمل هزینه‌های دادخواهی بر اساس لکس مرکاتوریا کمتر از هزینه‌های دادخواهی بر اساس قوانین داخلی است زیرا اعمال اصول و قواعد کلی بازرگانی که به‌طور وسیع در جامعه بازرگانی بین‌المللی به رسمیت شناخته شده‌اند و طرفین دادخواهی نیز با محتوا و کارکرد آنها آشنا هستند، در مقایسه با اعمال قوانین یک کشور معین که مستلزم صرف وقت و هزینه برای یادگیری آنها است، مناسب‌تر محسوب می‌شوند. در واقع اقامه دعاوی بازرگانی بین‌المللی بر مبنای قوانین داخلی، هزینه‌های مضاعفی مانند ضرورت اثبات و تشخیص ماهیت و محتوای قانون خارجی که مستلزم استخدام کارشناسان متخصص برای اثبات قانون خارجی و هزینه‌های مربوط به ترجمه چنین قواعدی است را به همراه دارد. لازم به ذکر است که به‌طور معمول طرفین در این دادخواهی‌ها کارشناسی آشنا به قانون قابل اعمال را به همراه دارند تا بتواند با اثبات محتوای قانون خارجی دادگاه را (به نفع او) متقاعد سازد^۴.

1. Foreseeability Rule

۲. قاعده قابلیت پیش‌بینی به‌طور مؤثر سبب کاهش هزینه‌های معامله با تخصیص هزینه نظارت بر ریسک‌ها به طرفی که آگاهی از وجود آنها دارد، می‌شود، زیرا چنین شخصی می‌تواند اقدامات احتیاطی مناسبی در این خصوص اتخاذ کند و یا اینکه با آشکار کردن ریسک‌ها برای طرف مقابل و معطوف کردن توجه طرفین به آنها، باعث شود در راستای جلوگیری از خطرات احتمالی آینده اقدامات مناسب اتخاذ شود.

۳. ماده ۷۴ کنوانسیون بیان می‌کند: «خسارات ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است. این خسارات نمی‌تواند از مقدار زیانی که نقض‌کننده در زمان انعقاد قرارداد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع به آنها واقف بوده یا می‌باید واقف می‌بوده، به‌عنوان اثر ممکن الحصول نقض قرارداد پیش‌بینی کرده یا می‌باید پیش‌بینی می‌کرده است، متجاوز باشد.»
بر مبنای این ماده از آنجایی که عدم اجرای تعهد افشاء اطلاعات می‌تواند در نهایت منجر به امکان مطالبه خسارات برای طرف مقابل شود، تأثیر مهمی در افشاء اطلاعات مربوط به کالاها و در نتیجه افزایش قابلیت پیش‌بینی خطرات یا ریسک‌های همراه کالاها دارد.

4. (Cuniberti, 2006, p 16)

علاوه بر هزینه‌های فوق، بازرگانانی که قوانین ملی را به جای لکس مرکاتوریا اعمال می‌کنند با هزینه‌های رسیدن به توافق در رابطه با قانون قابل اعمال و همچنین هزینه‌های مرتبط با مسکوت گذاشتن قانون قابل اعمال، در فرض عدم رسیدن به توافق نیز مواجه هستند.^۱ هزینه‌های مربوط به رسیدن به توافق شامل صرف وقت از طریق برگزاری مذاکرات برای انتخاب قانون قابل اعمال و بررسی محتوای قانون احتمالی با استفاده از مشاوران حقوقی متخصص است.

هزینه‌های تعیین قانون قابل اعمال در صورت عدم توافق طرفین نسبت به یک قانون ملی مشخص نیز می‌تواند شامل هزینه‌های مربوط به اعمال یک قانون ناآشنا به وسیله دادگاه رسیدگی کننده و همچنین هزینه‌های مربوط به بررسی کلیه قوانین مرتبط با قرارداد به‌عنوان قوانینی که به نحوی با پرونده مرتبط هستند و ممکن است بر اختلاف طرفین حاکم شوند و همچنین هزینه‌های مرتبط با امکان از دست دادن حقوق قراردادی به دلیل عدم شناسایی حقوق و تعهدات قراردادی تحت عناوین مرتبط با نظم عمومی یا حقوق ناقض سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی و ... باشد. با این وجود لکس مرکاتوریا که اصول و قواعد آن دارای شخصیت فراملی هستند و کارکرد و محتوای آنها در میان بیشتر نظام‌های حقوقی و رویه بازرگانی بین‌المللی نیز شناخته شده هستند، در مقایسه با قوانین ملی به نحو مؤثرتری می‌تواند هزینه‌های معامله، مانند هزینه‌های یادگیری آنها را برای بازرگانان کاهش دهد.

نتیجه‌گیری و ملاحظات

جامعه بازرگانی بین‌المللی قدرت ساخت قانون را دارد و می‌تواند فراتر از مرزهای سرزمینی یک دولت مشخص، با توجه به منافع مشترک فعالان خصوصی، بدون دخالت دولتهای ملی و به دور از سنت پوزیتیویسم گرایی حقوقی، اصول و قواعد حقوقی لازم برای اداره روابط حقوق قراردادی آنها را ایجاد کند. سودمندی منابع تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا و قابلیت آن در تحقق اهداف اقتصادی ترسیم شده برای حقوق قراردادهای، رابطه متقابل و کارآمد آن با داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان یک نهاد مطلوب برای حل و فصل اختلافات در جامعه بازرگانی بین‌المللی که در برخی از قراردادهای بین‌المللی به آن ارجاع داده شده، نقش مؤثر

1. Felemegas, (2000).

لکس مرکاتوریا در تشویق طرفین معامله به رعایت هنجارهای متعارف بازرگانی بین‌المللی، رها شدن بازرگانان از گرفتار شدن در مفاهیم مختلف، برداشت‌های متفاوت، راه حل‌های پیچیده و بعضاً متعارض نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف که می‌تواند سبب کاهش قطعیت حقوقی در اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی شود، شفافیت و جهان‌شمولی اصول تشکیل دهنده لکس مرکاتوریا، عدم نیاز به صرف هزینه و زمان برای رسیدن به توافق درباره قانون ملی یکی از متعاقدين یا قانون یک کشور ثالث، ترویج رفتار مبتنی بر حسن نیت و ایجاد چهارچوب حقوقی لازم در جهت کاهش رفتارهای فرصت طلبانه، ماهیت غیر ایستا و پایان باز اصول تشکیل دهنده آن که زمینه تطابق با نیازها و شرایط در حال تغییر بازرگانی بین‌المللی را به نحو مطلوبی فراهم کرده، کاهش هزینه‌های دادخواهی و سایر مزایایی که در این مقاله به آن پرداخته شد، همگی مبین آن است که تمایل داوران و بازرگانان بین‌المللی نسبت به انتخاب و اعمال لکس مرکاتوریا بر مبنای عقلانیت اقتصادی و در راستای مدیریت بهینه هزینه‌های حقوقی مرتبط با انجام معامله صورت گرفته است. از این جهت است که امروزه در برخی از نظام‌های حقوقی ملی مطرح و همچنین در قواعد سازمان‌های داری بین‌المللی^۱، امکان انتخاب لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به رسمیت شناخته شده است و در نتیجه متعاقدين می‌توانند بجای انتخاب یک قانون ملی، لکس مرکاتوریا را برای اداره اختلافشان در نظر بگیرند.

منابع

- جنیدی، لعیا. (۱۳۹۰). نظریه حقوق فراملی بازرگانی، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۵). داوری تجاری بین‌المللی، چاپ ششم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۶). حقوق قراردادها: انعقاد، آثار و انحلال، چاپ اول، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).

1. Article 21 of Ice Rules of Arbitration(2012), Article 22 of STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE ARBITRATION RULES (2010), article 28(1) of A A A International Dispute Resolution Procedures (2009), Article 42 of ICSID ARBITRATION RULES (2006), Rule 10 of CPR INTERNATIONAL ARBITRATION RULES (2007).

کاشانی، جواد، شیخیانی، مهدی. (۱۳۹۱). صدور قرار اقدامات احتیاطی قبل از تشکیل مرجع داوری توسط داور اضطراری طبق قواعد جدید مرکز داوری ICC و قانون داوری بین‌المللی سوئیس، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۲۹، شماره ۴۶.

محسن، محبی، امینی، اعظم. (۱۳۹۳). اصل انصاف و ظرفیت قاعده سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۱، شماره ۵۱ (پاییز - زمستان).

- Arena, Lorena Carvajal.(2011). Good faith in the Lex Mercatoria: an Analysis of Arbitral Practice and Major Western Legal Systems, The Thesis is Submitted in Partial Fulfilment of the Requirements for the Award of the Degree of Doctor of Philosophy of the University of Portsmouth.
- Ayoglu, Tolga. (2014). Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria, in International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria, Ahmet Cemil Yıldırım & Serhat Eskiyyoruk, (ed.), Istanbul, XII Levha Press.
- Baddack, Frank. (2005). Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration, LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape, Supervisor: Adv. M S Wandrag (University of the Western Cape).
- Bagheri, Mahmood. (2000). International Contracts and National Economic Regulation: Dispute Resolution Through International Commercial Arbitration, Kluwer Law Internationa, Netherlands.
- Basedow, Jürgen, Kono, Toshiyuki, Rühl, Giesela, Klass, Gregory. (2010). Contract Law in the USA, USA, Kluwer Law International.
- Ben-shahar, Omri, porat, Ariel. (2009). Fault in American Contract Law, USA, Cambridge University Press.
- Berger , klaus peter.(2010). The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2nd Edition, Germany, Kluwer Law International.
- Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan, Hunter, Martin.(2014). Redfern and Hunter on international arbitration, Oxford University Press, USA.
- Cafaggi, Fabrizio, Patterson, Mark R. (2008). Patterson, Mark R, "Agreements on Standard Form Contracts: Self-Regulation", Cost Reduction, or Collusion?, 1-29.
- Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-depth Guide and Sourcebook, Kluwer Law International B.V.
- Cordero-Moss.(2011). Giuditta, Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law, Cambridge University Press.
- Cordero- Moss.(2014). Giuditt, International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability, United Kingdom, Cambridge University Press.
- Cuniberti, Gilles .(2006). Is the CISG Benefiting Anybody?, Forthcoming, Vand. J. Transnationál L, 1-44.

- DiMatteo, Larry A, Zhou, Qi, Saintier, Severine .(2013). *Harmonisation of European Contract Law: Default and Mandatory Rules*, New York, Cambridge University Press.
- DiMatteo , Larry A., Dhooge, Lucien, Greene, Stephanie, Maurer, Virginia, Pagnattaro, Marisa.(2005). *International sales law : A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, New York, Cambridge University Press.
- Druzin, Bryan H .(2014). “Anarchy, Order, and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging”, *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 47:1049, 1049-1090.
- Dudek, Daniel J, Baert Wiener, Jonathan .(1996). “Joint Implementation, Transaction costs, and climate change”, *OCDE/GD(96)173T* <http://www.oecd.org/environment>, 1-69.
- Elcin, Mert .(2012). *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and [16] Practice*, Volume 1, Thesis submitted for assessment with a view to obtaining the degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, Prof. Fabrizio Cafaggi (EUI Supervisor).
- F. Brinig, Margaret .(2000). *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*, London, Harvard University Press.
- Felemegas, John .(2000). *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy.
- Ferreira de Almeida, Carlos, Lima Rego, Margarida .(2007). “Chapter 12 Contract Law”, *Portuguese Law - an Overview*, www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos, 183-196.
- Frick , Joachim .(2001), *Arbitration and Complex International Contracts*, Netherlands, Kluwer Law International.
- Grundmann, Stefan, Mazeaud, Denis .(2006). *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Netherlands, Kluwer Law International.
- Güçer, Sülün .(2009). “Lex Mercatoria in International Arbitration”, *ankarabarreview* 2009/1, 30-31.
- Heidemann, Maren.(2018). *Transnational Commercial Law*, Macmillan International Higher Education.
- Hesselink , Martijn .(2002). *The New European Private Law:Vol. 3:Essays on the Future of Private Law in Europe*, United Kingdom, Kluwer Law International.
- IBA Working Group on UNIDROIT Principles Compiled Summaries of Selected Cases.
- Janssen, Andre, Meyer, Olaf .(2009). *CISG Methodology*, Sellier.European Law Publ.
- Kadens, Emily .(2011).“The Myth of the Customary Law Merchant”, *Texas Law Review*, Vol. 90:1153, 1153-1206.
- Kraakman, Reinier, Armour, John, Davies, Paul .(2017). *The Anatomy of Corporate Law*,

- A Comparative and Functional Approach, Scotland, Oxford University Press.
- L. Moses, Margaret.(2017). The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press.
- Lopez, Rodriguez, Mercedes, Ana (2002). Lex Mercatoria, RETTID (2002) 46, available at [www. Rettid.dk](http://www.Rettid.dk).
- Lynch , Katherine L.(2003). The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration , kluwer law international , New York.
- Maniruzzaman, Abul F.M. (1999).The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? , American University International Law Review , Volume 14 , Issue 3, Article 2.
- Milenković-Kerković, Tamara .(1997). Origin, “Development and Main Features of the New Lex Mercatoria , The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS Series: Economics and Organization”, Vol.1, No 5, 87-91.
- Mohebi, Mohsen .(1999). The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers.
- Neumann, Thomas .(2012). The Duty to Cooperate in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG, Munich, Walter de Gruyter.
- Omorogbe, Yinka, Okoye Ordor, Ada.(2018), Ending Africa’s Energy Deficit and the Law: Achieving Sustainable Energy for All in Africa, Oxford University Press.
- Pamboukis, Ch .(2005-6). “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, Reproduced with permission of 25 Journal of Law and Commerce, Vol. 25:107, 107-131.
- Pejovich, Svetozar, Colombatto, Enrico .(2010). Law, Informal Rules and Economic Performance: The Case for Common Law, Edward Elgar Publishing.
- Pryles, Michael .(2008). “Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, UNSW Law Journal, Volume 31(1), 319-329.
- Rowley, Charles, Schneider, Friedrich .(2008). The Encyclopedia of Public Choice, USA, Springer Science & Business Media.
- Saputelli, Gabriella.(2018), The European Union, the Member States, and the Lex Mercatoria, Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 8 : Iss. 2 , Article 3.
- Vaz Freire, Paula .(2016). “Good Faith in Contractual Law: A «Law and Economics» Perspective”, RJLB, Ano 2 (2016), nº 4, 1381-1393.
- Veljanovski, Cento G .(2007). Economic Principles of Law, United Kingdom, Cambridge University Press. <http://www.unilex.info/principles/case/2237>