

مفهوم «حقوق نرم» و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین الملل

دکتر میرحسین عابدیان*

منا احمدی**

چکیده

فرآیند شکل‌گیری قواعد در تنظیم روابط حقوقی به تدریج از حالت سستی و انحصار دولت‌ها بیرون آمده و فعالان جدیدی در قالب سازمان‌ها و مؤسسات بین‌المللی و یا منطقه‌ای، برخی برآمده از قوای دولتی و پاره‌ای نیز به نحو مستقل و فراملی، پا به این عرصه گذاشته‌اند. در دهه‌های اخیر شاهد تلاش گسترده و مستمر دولت‌ها و نهادهای قاعده‌گذاری مذکور در نیل به آرمان وحدت حقوقی و رفع موانع ناشی از تنوع نامطلوب قواعد در یک حوزه می‌باشیم. تنظیم اسناد و مقررات متحدالشکل بین‌المللی مهم‌ترین ابزار حصول هماهنگی و یکنواخت‌سازی حقوق است که غالباً در قالب تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا تدوین مجموعه قواعد حقوقی نرم دنبال می‌گردد. اسناد حقوق نرم در عرصه تجارت بین‌الملل با تدوین عرف و رویه غالب تجاری و انعکاس بهترین راهکارهای علما و متخصصان حقوقی که در پرتوی تجربیات نظام‌های حقوقی مختلف در مبادلات تجاری بین‌المللی حاصل گردیده، در هماهنگ‌سازی تدریجی حقوق گام برمی‌دارند. وحدت و هماهنگی، افزایش قابلیت پیش‌بینی و ثبات را به همراه داشته و احساس امنیتی که در پرتوی این نظم و ثبات شکل می‌گیرد، تکامل و توسعه نظام حقوق تجارت بین‌الملل را به

* قاضی دیوان داورى دعاوى ایران و آمریکا (لااه)، عضو هیئت علمی مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

ارمغان خواهد آورد. همچنین مفاد اسناد نرم به سبب انعطاف‌پذیری و همگامی با اقتضائات و تحولات سریع تجارت بین‌الملل، در پاسخگویی به انتظارات و تأمین منافع بازیگران این عرصه اعم از طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی و یا مراجع حل اختلاف موفق نشان داده‌اند. آمار حکایت از آن دارند که افزایش آگاهی از مفاد و مزایای کاربرد اسناد حقوق نرم، نقش‌آفرینی هرچه بیشتر این اسناد و امکان بهره‌مندی از توان بالقوه آنها در کاهش اختلافات و موانع موجود در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی را به همراه خواهد داشت.

کلید واژگان

اسناد حقوق نرم، روابط تجاری بین‌المللی، هماهنگ‌سازی، یکنواخت‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل.

مقدمه

توسعه روزافزون حجم و ارزش اقتصادی معاملات تجاری بین‌المللی، با افزایش نیاز تجار به بهره‌مندی از مجموعه قواعد و مقرراتی که از توان پاسخگویی و همخوانی با ضروریات تنظیم روابط و انتظارات گوناگون و پیچیده آنها در این حوزه برخوردار باشند، همراه بوده است. به موازات این ضرورت، شاهد تلاش مستمر نهادهای دولتی و خصوصی (غیردولتی) در هماهنگ‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل و کاهش هزینه و موانع ناشی از تنوع قواعد، در جهت ایجاد ثبات و تسهیل روند اجرای معاملات بین‌المللی هستیم.

وحدت و هماهنگ‌سازی بین‌المللی در گام نخست با تدوین کنوانسیون‌های چندجانبه در سطوح منطقه‌ای و جهانی دنبال گردیده اما در این مسیر با چالش‌هایی مانند عدم حصول اجماع در برخی موضوعات خاص و حساس و یا تشریفات ویژه و زمان‌بر نظیر کسب حدنصاب لازم تصویب، جهت لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون مواجه هستیم. از این‌رو، مقررات پردازان حقوق اعم از دولتی و خصوصی بر آن شده‌اند که تا حد امکان از انحصار قاعده‌گذاری سنتی که توسط دولت‌ها و نهادهای وابسته به آنها و در چارچوب حقوق الزام‌آور نظیر قوانین ملی و یا کنوانسیون‌های بین‌المللی دنبال گردیده، فاصله گرفته و به روند رو به رشد تدوین مجموعه قواعد حقوقی با منشأ فراملی و فارغ از اعمال سلاقی حاکمیتی، در قالب اسناد بین‌المللی موسوم به اسناد حقوق نرم که مقررره آنها فاقد نیروی الزام‌آور (در معنای رایج خود) به حساب می‌آیند، روی آورند.

رواج اصل حاکمیت اراده و اعطای آزادی گسترده به طرفین یک رابطه حقوقی در انتخاب قانون حاکم، همچنین توسعه شیوه حل و فصل اختلافات از طریق داوری که با آزادی عمل بیشتر داوران در جستجوی بهترین راه‌حل‌ها در میان منابع حقوقی گوناگون و

اجتناب از وابستگی مطلق به قوانین ملی همراه است،^۱ منجر به ارتقای جایگاه و کاربرد اسناد حقوق نرم در ساماندهی مناسب تر روابط تجاری بین المللی و همگامی با توقعات قراردادی این عرصه گردیده است.

با وجود رشد فزاینده به کارگیری عملی مقرر حقوق نرم در نظام حقوق تجارت بین المللی، مفسرین حقوق در حصول یک تعریف واحد و جهان شمول از این مقررات با دشواری روبه رو بوده و در تحدید قلمروی آن اختلاف نظر دارند.^۲ در بررسی تألیفات موجود، عموماً به متونی بر می خوریم که در قالب بحث از هم گرایی و یکنواخت سازی اصول و قواعد کلی حقوق قراردادها، از اسناد حقوق نرم به عنوان یکی از ابزارهای مهم و اساسی حصول اهداف، مزبور یاد کرده و از این رهگذر و به نحو غیرمستقیم به نقش این اسناد در تعیین مفاد قراردادها و تنظیم روابط تجاری بین المللی می پردازند.

نوشتار حاضر با ابتدا بر فرضیه نقش آفرینی ویژه اسناد حقوق نرم و مطلوبیت و ضرورت به کارگیری توان بالقوه آنها در تنظیم مناسب روابط قراردادی بین المللی و کاهش اختلافات اجرایی ناشی از آنها، به تبیین مفهوم حقوق نرم در فضای تجارت بین المللی پرداخته است. بیشترین شناخت جامعه حقوقی از عنوان حقوق نرم^۳ به تلقی این مفهوم در

۱. داوران هرگز از آزادی کامل و بی حد و حصر در اعمال سلاقی و تصمیمات خود برخوردار نبوده و جز در فرض اعطای صریح اختیار حل و فصل منصفانه اختلاف از سوی طرفین (amiable compositeur or ex aequo et bono)، تعهد صریح یا ضمنی به اتخاذ تصمیم بر مبنای نظم حقوقی معینی دارند (به عنوان نمونه نگاه کنید به: ماده (۲) ۳۳ از قواعد داوری آنستیرال ۱۹۷۶). همچنین داوران می بایست چنان عمل کنند که حتی الامکان قابلیت اجرایی رأی خود را در نظام های مختلف حقوقی تضمین نمایند.

2. Jiang, Lili, "An Evaluation of Soft Law as a Method for Regulating Public Procurement from Trade Perspective", Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, July 2009, <www.nottingham.ac.uk/law/prospective/research-degrees>, accessed 23 March 2012, p 10.

3. Soft Law.

فضای حقوق بین‌الملل عمومی بازمی‌گردد و این در حالی است که نظام حقوق تجارت بین‌الملل با مؤلفه‌ها و اقتضائات خاص و منحصر به فرد خود همراه بوده و بررسی هر مفهوم در بستر آن، جلوه‌ای متفاوت به خود خواهد گرفت. لذا شناخت چیستی و ماهیت اسناد نرم، به عنوان شیوه خاص و غیرسنتی تنظیم و تنسيق روابط حقوقی از طریق وضع قواعد و بررسی جایگاه و مزایای بالقوه به کارگیری آنها در چارچوب خاص حقوق تجارت بین‌الملل ضرورتی غیرقابل انکار است و ذیلاً در قالب سه فصل مورد بحث قرار خواهد گرفت. فصل اول به مفهوم حقوق نرم و بیان ویژگی و ماهیت آن پرداخته و در راستای تبیین جایگاه آن در میان سایر منابع حقوقی، به قیاس این مفهوم با دو عنوان حقوق سخت و حقوق بازرگانی فراملی روی آورده است. فصل دوم از مصادیق بارز اسناد حقوق نرم در حوزه تجارت بین‌الملل یاد کرده و فصل سوم نیز به بررسی مزایای متصور از کاربرد اسناد نرم در عرصه روابط تجاری بین‌المللی می‌پردازد.

فصل اول: مفهوم حقوق نرم

تاکنون تعریف واحد و مشترکی از عنوان حقوق نرم ارائه نگردیده و توافق محرز و قابل استنادی در خصوص مفهوم و ماهیت آن در میان حقوق‌دانان به چشم نمی‌خورد. از این رو، لازم است که کیفیت و چگونگی نیروی الزام‌آور و همچنین محتوای تعهدات حاصله از اسناد حقوق نرم به خوبی روشن و از رهگذر این تعاریف، ماهیت آن به درستی تبیین گردد. تعاریف ارائه شده از حقوق نرم در متون حقوقی معمولاً با دو کاستی همراه

در ترجمه این عنوان تعابیر مختلفی نظیر "حقوق نرم"، "حقوق قوام نیافته"، "حقوق انعطاف‌پذیر"، "حقوق تحکیم نیافته" و... وجود دارد که به نظر می‌رسد در این میان، عبارت "حقوق نرم" از مقبولیت و رواج گسترده‌تری نزد صاحب‌نظران برخوردار بوده و در حوزه‌های حقوقی مختلف اعم از حقوق بین‌الملل عمومی و تجارت بین‌الملل مصطلح گردیده است.

است؛ نخست اینکه تلاش در ترسیم مرز میان این حقوق با حقوق سخت^۴ صورت گرفته اما تمایز میان حقوق نرم و عدم وجود هرگونه تعهد حقوقی اعم از الزام آور و یا غیرالزام آور به خوبی تبیین نشده است. دوم آنکه دامنه و گستره دقیق حقوق نرم در تعاریف روشن نبوده و انواع مختلف و نامشخصی را در بر گرفته است. در این فصل به تعاریف مختلف در بیان ماهیت حقوق نرم می پردازیم تا از دل این تعاریف و همچنین از رهگذر قیاس این پدیده با مفاهیم مرتبط نظیر حقوق سخت و حقوق بازرگانی فراملی به مفهوم اصلی آن رهنمون گردیم.

مبحث اول: ماهیت حقوق نرم

عنوان حقوق نرم بیشتر مفهومی سلیبی و نه ایجابی را به ذهن متبادر ساخته و متضمن این پیام است که قاعده مورد نظر فاقد آثار حقوقی نیست و در عین حال ذیل عنوان حقوق در معنای خاص و مضیق خود که ما آن را حقوق سخت و الزام آور می نامیم، نیز نمی گنجد. نظریه دوگانگی حقوق،^۵ مفهوم حقوق را با الزام آوری ملازم دانسته و غیر آن را حقوق به شمار نمی آورد. لذا برای حقوق نرم ماهیتی شبه حقوقی قائل و آن را چارچوب حقوقی مابین سیاست پردازی کلی^۶ صرف و قاعده پردازی الزام آور می پندارد که توسط مقررات-پردازان حقوق در قالب آرمان، امیال و خواسته هایی که جامه قاعده حقوقی بر تن کرده لیکن تمام مراحل و تشریفات لازم الاجرای را سپری نکرده اند، صادر می گردند و به

4. Hard Law.

در ترجمه این عنوان نیز که معمولاً در تقابل با عنوان حقوق نرم قرار می گیرد از تعبیری نظیر "حقوق سخت"، "حقوق قوام یافته"، "حقوق انعطاف ناپذیر"، "حقوق تحکیم یافته" و... استفاده می شود که ما به تبعیت از نظر اکثریت، تعبیر رایج و مصطلح "حقوق سخت" را به کار می بندیم.

5. Binary.

6. General policy.

اینترتیب خلأ مابین حقوق الزام آور و عدم وجود هرگونه نظم حقوقی را پوشش می دهند. به همین دلیل تفکیک آنها از امور کاملاً حقوقی و یا غیرحقوقی برای مفسران حقوق دشوار است و معمولاً در پرتو قیاس با مفاهیم روشن تر نظیر حقوق سخت، تعریف و سنجش می گردند.^۷

نظریه حقوق نرم با این اندیشه بنیان گرفت که قواعد حقوقی از درجات مختلف نیروی الزام آور برخوردارند. اگر در یک سو، مقرر حقوقی را که از الزام صد در صد بهره مند است و در سوی دیگر آنچه که حقوق تلقی نگردیده و لذا از هرگونه نیروی الزام آور عاری است، قرار دهیم؛ در حد فاصل میان این دو نهایت سفید و سیاه، محدوده ای خاکستری نیز متصور است که در آن درجات مختلفی از الزام آوری و آثار حقوقی خاص مرتب بر آنها وجود خواهد داشت.^۸ مراد از قاعده حقوقی سخت این است که ارزش حقوقی قاعده کاملاً تثبیت شده باشد و قاعده حقوقی نرم در مرحله ای از شکل گیری قواعد حقوقی قرار دارد.^۹ مفاد اسناد حقوقی نرم هنوز اعتبار قاعده حقوقی به معنای اخص را به دست نیاورده اما بدون تردید از میزانی از نیروی الزامی بیش از متون فاقد ارزش حقوقی و کمتر از متون دارای ارزش و آثار حقوقی کامل بهره مند می باشد^{۱۰} که آن را الزام

7. Guzman¹, Andrew T. and Meyer Timothy L., "International Soft Law", Journal of Legal Analysis, Spring 2010, Vol 2, No.1, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444>, accessed 25 March 2012, pp 174-175.

8. Klabbers, Jan, "The Redundancy of Soft Law", Nordic Journal of International Law, 1996, Vol 65, <<http://www.HeinOnline>>, accessed 10 April 2012, p 167.

۹. ایدلاریو شی، "شکل گیری قواعد بین المللی در دنیایی رو به تحول- نقد مفهوم 'حقوق قوام نیافته' (soft law)", ترجمه اردشیر، امیرارجمند، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۶، ش ۲۰-۱۹، ص ۵۵۲.

۱۰. همان، ص ۵۵۶.

غیرقانونی،^{۱۱} به معنای فقدان الزام ناشی از قانون، به حساب می‌آورند. به بیان دیگر حقوق نرم عبارت است از مقررات حقوقی که از الزام قانونی و به تبع آن، الزام قضائی^{۱۲} برخوردار نبوده و لذا اصولاً از طریق پذیرش اختیاری^{۱۳} در روابط حقوقی وارد و الزام قراردادی^{۱۴} به دست می‌آورند. اسناد حقوق نرم از قدرت اجرایی الزام‌آور حقوق سخت بهره‌مند نبوده و عموماً ماهیت اقتناعی و ارشادی^{۱۵} دارند. مفاد این اسناد می‌توانند الگو و زمینه‌ساز ایجاد قواعد حقوقی الزام‌آور قرار گرفته و در قانون‌گذاری‌های ملی و یا تنظیم کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد استفاده قرار گیرند. همچنین به موجب رضایت طرفین قرارداد به عنوان قواعد الزام‌آور بر روابط قراردادی حاکم گردیده و یا توسط مراجع حل اختلاف اعم از قضائی و داوری در حل اختلافات قراردادی مورد تمسک قرار گیرند.^{۱۶}

تعریف با رویکرد کاربردی، بیشتر بر میزان تعهدات حاصله از قواعد حقوقی نرم و نه بحث الزام‌آوری و درجات مختلف آن متمرکز است. نتایج و تعهدات حاصله از این اسناد، اگرچه تعهد و التزام به معنای کاملاً حقوقی آن نبوده و از قانون سرچشمه نمی‌گیرند، هرگز

11. Non-Legally Binding.

در این نوشتار هرجا سخن از غیرالزام‌آوری اسناد نرم آید مراد دقیق از آن، فقدان الزام قانونی است و به عبارت دیگر الزام را در معنای مضیق خود که همان الزام قانونی است، به کار بسته‌ایم.

12. Legally & Judicially Binding effect.

مقرره حقوق نرم به خودی خود تعهدی را که مبنای طرح دعوی در محکمه گردد به بار نمی‌آورد.

13. Voluntary Acceptance.

14. Binding by Agreement.

15. Persuasive Nature.

16. Gabriel, Henry Deeb, "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and The HAGUE Conference", Brooklyn Journal of International Law, 2009, Vol 34, p 656.

فاقد آثار و پیامد حقوقی^{۱۷} نیز به حساب نخواهند آمد. اسناد حقوق نرم علی‌رغم آنکه به کمال حقوقی لازم جهت الزام قانونی نرسیده‌اند اما از مرز حقوقی نبودن نیز گذشته، استاندارد و الگوی خاص رفتاری تعیین کرده و نوعی انتظار تبعیت و مسئولیت ایجاد می‌کنند و یا حداقل ذهنیت تابعان حقوق را در خصوص چگونگی تفسیر و التزام به قواعد الزام‌آور شکل می‌دهند و به این ترتیب در پروسه غیر رسمی قاعده‌گذاری حقوقی^{۱۸} ایفای نقش می‌نمایند.^{۱۹}

مبحث دوم: مفاهیم مرتبط

به منظور درک بهتر مفهوم و ماهیت حقوق نرم و تبیین جایگاه آن در میان سایر منابع حقوق، به قیاس این مفهوم با مفاهیم روشن‌تر که توسط صاحب‌نظران حقوقی بیشتر پرداخته شده، تمسک می‌جوئیم. در این راستا به مفهوم حقوق سخت، در مقام "تعرف الاشياء بالاضدادها" اشاره داشته و سپس بر رابطه حقوق نرم با حقوق بازرگانی فراملی که از پیوند نزدیکی برخوردارند، متمرکز می‌گردیم.

گفتار اول: حقوق سخت

بررسی اسناد حقوقی نشان می‌دهد که در غالب موارد محتوا و مفاد^{۲۰} اسناد با ظرف و قالب^{۲۱} آنها همخوانی داشته و هر دو نرم یا سخت به حساب می‌آیند؛ به این معنا که سندی

17. Legal Effect & Consequence.

18. Law-Making.

19. Guzman¹, Andrew T. and Meyer Timothy L., Supra note 7, p 176.

20. Negotium (content).

21. Instrumentum (container).

با شکل و عنوان نرم گویای مقرر حقوقی نرم است و قالب اسنادی سخت، قواعد حقوقی سخت و الزام آور را دربرمی گیرد و البته موارد ناهمگونی و عدم تطابق نیز به ندرت دیده می شود.^{۲۲} از عدم تطابق مذکور چنین نتیجه می گیریم که در شناسایی و توصیف حقوق نرم نباید صرفاً بر معیار شکلی و ظاهری سند نظیر عنوان انتخابی آن تکیه نمود و هدف اولیه تنظیم کنندگان سند را نادیده انگاشت. علاوه بر این عواملی نظیر دقت، و صراحت مفاد سند، صلاحیت مقام صادرکننده سند، شرایط شکلی و نحوه تصویب و همچنین واکنش های عملی حقوقی و غیرحقوقی نسبت به آن می تواند در شناسایی اسناد نرم مؤثر واقع گردند.^{۲۳} بر این اساس بررسی شکل و محتوای سند در خلأ و به تنهایی راهگشا نخواهد بود بلکه در این مسیر بایستی پیوند عوامل مختلف مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

تمایز میان حقوق نرم و حقوق سخت در وجوه مختلف بروز می یابد. آنچه در وهله اول و بیش از هر امر دیگر حائز اهمیت است، مقوله تفاوت در الزام و تعهدات حاصله از اسناد حقوق نرم می باشد. مقرر حقوق نرم از الزام قانونی برخوردار نبوده و به خودی خود برای مخاطبین تعهد حقوقی به بار نمی آورد. مفاد این اسناد الگوی رفتاری مرجح است که به

۲۲. این ناهمگونی و عدم مطابقت در حوزه حقوق تجارت بین الملل که اصولاً به ابتدای بر اراده ها مشهور بوده و مقرر حقوقی سخت آن نیز در بسیاری موارد جنبه اختیاری و تکمیلی دارد، مورد اعتنای بسیار واقع نگردیده اما در حوزه حقوق بین الملل عمومی به کرات دیده شده و از حیث پیامدهای حقوقی متفاوت شایان توجه می باشد.

برای توضیح بیشتر در این زمینه به منابع زیر مراجعه نمایید:

Aspremont, Jean, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", The European Journal of International Law, 2008, Vol.19, No.5, pp 1081-1087; Dupuy, Pierre-Marie, "Soft Law and International Law of the Environment", Michigan Journal of International Law, Winter 1991, Vol 1:420, pp 429-430.

۲۳. مهدی، هداوند، و آرمان، سیف اللهی؛ "جایگاه حقوق نرم در توسعه حقوق بین الملل"، فصلنامه راهبرد، ۱۳۸۸، ش ۵۰، صص ۱۳۵-۱۳۲.

سبب کسب شناخت و مقبولیت جهانی مورد تصریح قرار گرفته است. به عبارت بهتر اساس این حقوق، چارچوب ساز و برنامه مدار است و نه تکلیف ساز و دستورمدار و اعمال الزام و تعهد را با ارائه دستورالعمل های راهگشا در اصلاح و حل معضلات رایج جایگزین نموده است.^{۲۴}

همان طور که پیش از این نیز گفته شد فقدان الزام قانونی با فقدان هرگونه آثار و پیامدهای حقوقی ملازمه نخواهد داشت. در جوامع امروزی روابط اجتماعی و تأمین عدالت لزوماً با توسل به حقوق (در معنای خاص) و ضمانت اجراهای آن سامان نمی یابند. اسناد حقوق نرم حاوی تعهداتی هستند که نقض یا ترک آنها به کسب نتایج و ضمانت اجراهای حقوقی منتهی نمی شود اما در برابر یک سند حقوق نرم نیز التزام و ضمانت اجرایی هرچند نرم قابل تصور است که در قالب ایجاد انتظار و تقاضای تبعیت منعکس گردیده و معمولاً از طریق ابزارهای غیر قضائی نظیر اخلاق حرفه ای، اعتبار صنفی و... تضمین می گردند.^{۲۵}

هم چنین در راستای تحکیم اجرا^{۲۶} و یا تفسیر مقرره های حقوق سخت اصولاً ساختار و سازوکارهای خاصی پیش بینی گردیده اما در حقوق نرم چنین پیش بینی و ضمانت اجرای قانونی صورت نگرفته است. به همین جهت اسناد نرم از امکان تفسیر موسع و انعطاف پذیری دلخواه تابعان حقوق در اجرای قاعده برخوردار هستند. در بادی امر به نظر می رسد که این مشخصه از درجه اعتبار و نفوذ^{۲۷} قاعده مورد نظر در رفتار متابعین می کاهد اما واقعیت آن است که این انعطاف، مخاطب را تشویق و مجاب به پذیرش مقرره هایی

۲۴. همان، ص ۱۳۱.

۲۵. همان، ص ۱۳۴.

26. Enforcement.

27. Effectiveness.

می‌کند که آزادی عمل بیشتری برای وی به ارمغان آورده‌اند.

تفاوت دیگر در ادبیات و شیوه بیان مقرر حقوق نرم به چشم می‌خورد؛ عبارات به کار رفته در اسناد حقوق نرم برخلاف حقوق سخت به صورت عام و فاقد ضمانت اجرای خاص و صریح گزینش می‌گردند. لذا در معنای دقیق و مضیق بایستی بسیاری از مقرره‌های حقوق نرم را استاندارد حقوقی و نه قاعده حقوقی به شمار آورد، زیرا، ابهام و عدم صراحت در قاعده حقوقی نوعی نقص به حساب می‌آید. مفاد اسناد نرم معمولاً از ادبیات غیر امری و واژه‌های نرم و منعطفی که بیشتر نشان‌دهنده توصیه و تعیین رفتار مناسب طرفین قرارداد و نه ایجاد الزام و تعهد خاص است، برخوردارند.^{۲۸} این عدم صراحت، انعطاف بیشتر و التزام کمتری را به همراه خواهد داشت. به این ترتیب مقرر این اسناد گستره وسیعی از راه‌حل‌ها که بهترین گزینه‌های ممکن در معضلات رایج نیز محسوب می‌گردند، به منصه ظهور می‌گذارند.

لازم به ذکر است که رابطه میان حقوق نرم و سخت برخلاف ظاهر بیشتر از جنس تعامل و نه تقابل است. گاهی حقوق نرم در طول زمان و به واسطه شناسایی و مقبولیت گسترده و روزافزون، تکامل یافته و در عمل به شکل حقوق سخت درمی‌آیند. به این ترتیب اسناد نرم خود زمینه‌ساز و مقدمه‌ای در شکل‌گیری حقوق سخت آتی به شمار می‌آیند و یا آنکه در خدمت تفسیر و شفاف‌سازی حقوق سخت موجود درآمده و به این وسیله این حقوق را شرح و بسط می‌دهند.^{۲۹}

۲۸. برای مثال از واژه‌های امری نظیر "باید" (shall) پرهیز و بر واژه‌های توصیه‌ای و نرم مانند "بهنر و یا مناسب است" (should) تأکید می‌ورزند.

29. Shaffer, Gregory C. and Pollack, Mark A., "Hard versus Soft Law in International Security", University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, March 2011, No. 11-13, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1786836>, accessed 30 March 2012, p 8.

گفتار دوم: حقوق بازرگانی فراملی^{۳۰}

حقوق بازرگانی فراملی در اصطلاح حقوقی دارای دو مفهوم عام و خاص است. در مفهوم عام شامل قوانین متحدالشکل، مقررات عام حقوق بین‌الملل، قواعد سازمان‌های بین‌المللی، عرف، قراردادهای استاندارد و آرای داوری می‌باشد.^{۳۱} در این معنا حقوق بازرگانی فراملی به مجموعه قواعد و اصولی اطلاق می‌شود که محصول یا مختص هیچ نظام حقوق داخلی خاصی نبوده بلکه در مقام بیان مقررات تنظیم روابط تجاری بین‌المللی است که در میان بسیاری از نظام‌های حقوقی مشترک بوده، گاهی ریشه عرفی دارند و یا برخاسته از کنوانسیون، قرارداد و یا هر منبع دیگر می‌باشند.^{۳۲}

30. Lex Mercatoria.

تعدادی از حقوق‌دانان میان مفهوم حقوق بازرگانی فراملی با معادل انگلیسی Transnational Commercial Law و حقوق عرفی بازرگانان با معادل لاتین Lex Mercatoria تفکیک قائل می‌شوند زیرا، حقوق بازرگانی فراملی را نظام غیرملی حقوق پنداشته که محصول و یا مختص هیچ نظام حقوقی خاصی نبوده اما منبع آن می‌تواند کنوانسیون‌ها و منابع بین‌المللی که ناشی از اراده دولت‌های عضو و یا الحاقی است، نیز باشد در حالی که حقوق عرفی بازرگانان با مفهومی اخص و صرفاً ناشی از عرف و رویه متداول میان تجار است و ذاتاً غیر قراردادی و غیر موضوعه می‌باشد. ما در اینجا به تبعیت از نظر اکثریت Lex Mercatoria را معادل با عنوان حقوق بازرگانی فراملی است قرار داده و مجال ورود به مباحث اختلافی در تبیین مفهوم دقیق این عنوان که مستلزم ارائه فهرست کاملی از عناصر و منابع آن بوده و به زعم بسیاری غیرممکن نیز می‌نماید نداشته و صرفاً به تعیین جایگاه اسناد حقوق نرم و رابطه آن با مفهوم کلی و مصطلح Lex Mercatoria می‌پردازیم.

برای توضیح بیشتر در خصوص تفکیک مذکور به منبع زیر مراجعه نمایید:

Goode, Roy M., "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", International and Comparative Law Quarterly, January 1997, Vol 46, pp 2-3.

۳۱. محمود، حبیبی؛ تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۵۹.

۳۲. گوود، روی إم؛ "عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی"، ترجمه حمیدرضا، علومی یزدی، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۶، ش ۳۶، ص ص ۲۰۴-۲۰۲.

اما در مفهوم خاص حقوق بازرگانی فراملی تنها به اصیل‌ترین عناصر تکوینی این عنوان، یعنی عرف و اصول کلی حقوقی توجه شده و عبارت است از مجموعه عرف‌های مرسوم و متداول و اصول کلی حقوقی که در مبادلات تجاری بین‌المللی مستقل از هرگونه نظام حقوقی داخلی، میان بازرگانان تکوین و تنظیم گردیده و نیروی الزام‌آور کسب کرده است. با این توصیف این حقوق دارای ماهیتی خصوصی و غیردولتی بوده و از درون رفتار و عملکرد تجار در سطح معاملات تجاری بین‌المللی نشئت گرفته است.^{۳۳}

نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی توسط دولت‌ها تنظیم و اداره می‌گردند اما حقوق بازرگانی فراملی ساختار حقوقی ثالثی است که ضرورتاً از منابع داخلی و یا معاهدات بین‌المللی ناشی نمی‌گردد. به عبارت دیگر دولت‌ها در ایجاد و اجرای آن نقش کمی ایفا کرده و به‌طور تاریخی و سنتی از رسوم، رویه و عرف‌های تجاری و آرای محاکم خاص تجاری شکل گرفته و بر معاملات تجارت بین‌الملل اعمال می‌گردد. بایستی توجه داشت که حقوق فراملی متمایز از حقوق داخلی و بین‌المللی اما بی‌نیاز و بی‌ارتباط با چارچوب آنها نیست. نمونه‌ای از ارتباط مقامات حقوقی داخلی را می‌توان در مداخله محاکم ملی در اجرای آرای بین‌المللی که با ابتدای بر حقوق بازرگانی فراملی صادر گردیده‌اند، ملاحظه نمود. لذا چنین نتیجه می‌گیریم که حقوق بازرگانی فراملی به رغم جهان‌شمولی، در عمل و بر حسب درجه پذیرش آن در هر یک از نظام‌های ملی حقوقی دارای جایگاه و تأثیرگذاری متفاوت خواهد بود.^{۳۴}

۳۳. محمود، حبیبی؛ منبع مذکور در پانویشت ۳۱ فوق، به نقل از:

Ramberg, Jan, "International Commercial Transactions" Edition 1, ICC Publishing sa, 1998, pp 21-22.

34. Svilpaita, Egle, " Non-State Actors and Law-Making: Refreshing the Development of International Law?", 2008, <<http://phase1.nccr-trade.org>>, accessed 28 March 2012, pp 2-3.

در مقایسه میان اسناد حقوقی نرم و حقوق بازرگانی فراملی به نقاط اشتراک و در عین حال وجوه تمایزی بر می‌خوریم. اصول کلی حقوقی در مبادلات تجاری بین‌المللی که از طریق مطالعه تطبیقی و یافتن راه‌حل‌های مشترک در میان نظام‌های حقوقی مختلف به دست آمده و بخش اعظمی از مفاد اسناد نرم را به خود اختصاص می‌دهند، در کنار قواعد خودجوش عرفی و متداول میان تجار (نوشته یا نانوشته) از عناصر اساسی حقوق بازرگانی فراملی نیز به حساب می‌آیند.^{۳۵} این در حالی است که اسناد حقوق نرم لزوماً و همواره به انعکاس عرف واقعی و جاری تجاری نمی‌پردازند و در بسیاری موارد صرفاً بیانگر بهترین راه‌حل‌های دکرین در معضلات رایج روابط تجاری بین‌المللی است که صرف‌نظر از میزان مقبولیت و شناسایی جامعه تجاری در قالب اسناد نرم به تدوین درآمده‌اند.^{۳۶} البته این مقررهای نرم بی‌شک از توان بالقوه در ایجاد زمینه و بستر مناسب در تکوین حقوق عرفی جدید برخوردار می‌باشند.

همچنین حقوق بازرگانی فراملی در مفهوم عام خود شامل اسناد حقوقی سخت نظیر کنوانسیون‌ها و قوانین متحدالشکل متأثر از قوانین نمونه است که از الزام قانونی برخوردار بوده و در محدوده حقوق نرم نمی‌گنجند. با عنایت به ملاحظات مذکور و اذعان بر وجود پیوند نزدیک و در عین حال عدم انکار افتراقات موجود، چنین به نظر می‌آید که بتوان رابطه اسناد حقوق نرم با حقوق بازرگانی فراملی را از جنس رابطه "عموم و خصوص من وجه" توصیف نمود.

35. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement-UNIDROIT, 2002, p 123.

36. Ibid, p 121.

فصل دوم: انواع اسناد حقوق نرم

یکنواخت و هماهنگ‌سازی حقوق با کاهش قدرت انحصاری دولت‌ها و تقویت نقش فعالان غیردولتی در امر قاعده‌گذاری همراه است. اسناد حقوق نرم حاصل فعالیت کارگزاران تجارت بین‌الملل اعم از دولتی و خصوصی می‌باشد؛ کارگزاران دولتی نظیر قانون‌گذاران و یا سازمان‌های بین‌المللی دولتی و کارگزاران غیردولتی مانند سازمان‌های بین‌المللی خصوصی و یا مؤسسات و انجمن‌های حرفه‌ای و صنفی تجارتی می‌باشند. میزان نفوذ و توان اقناعی اسناد حقوق نرم منوط به عوامل گوناگون است. اعتبار و شهرت مقام تنظیم‌کننده سند، مفاد و کیفیت قواعد مندرج در آن، شیوه و روند تنظیم، میزان استقبال کارگزاران بین‌المللی اعم از اشخاص و مراجع حل اختلاف قضائی و داوری و میزان آرائی که با ابثنا و یا ارجاع به سند نرم صادر گردیده‌اند، در اعتبار و مقبولیت این اسناد تأثیرگذار می‌باشند.^{۳۷}

عنوان حقوق نرم چنان کلی است که گستره وسیعی از اسناد حقوقی را که لزوماً از سنخ یکسان نبوده و در مشخصات و کارکرد نیز مشابهت زیادی ندارند، دربرخواهد گرفت.^{۳۸} این گستردگی موجب می‌گردد که ارائه فهرست جامع و کاملی از این اسناد با

37. Vogenauer, Stefan, "Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?", Legal Research Paper Series, University of Oxford, March 2010, <<http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm?RequestTimeout=50000000>>, accessed 5 April 2012, pp 16-17.

۳۸. به عنوان مثال قوانین نمونه (پیش از پذیرش آن به عنوان قانون الزام‌آور در هر نظم حقوقی معین) از مصادیق بارز اسناد نرم به شمار آمده اما به واقع از همه خصوصیات یک قانون، به جز الزام‌آوری آن برخوردارند. در مقابل قواعد و شروط یکنواختی وجود دارند که توسط سازمان‌های خصوصی صرفاً برای درج و اشتراط در قرارداد منتشر گردیده و جز از این طریق و با اعمال رضایت طرفین قابلیت اجرا نخواهند داشت.

دشواری بسیار همراه و یا حتی غیرممکن جلوه کند. اسناد نرم برحسب مبانی مختلف اعم از مقام تنظیم کننده، اهداف تنظیم سند و یا ماهیت و کارکرد مقرر آن قابل تقسیم بندی می باشند. در این فصل انواع اسناد نرم را با تکیه بر هدف اصلی از تنظیم هر سند و مخاطب ملحوظ آن تقسیم بندی کرده و در دو مبحث قوانین نمونه و کنوانسیون غیر لازم الاجرا (مبحث اول) و مقررات متحدالشکل و قراردادهای و شروط قراردادی نمونه (مبحث دوم) ارائه می دهیم. در چارچوب دسته بندی مذکور و ضمن توصیف انواع اسناد نرم، به مصادیق بارز و مشهور هر یک از آنها در نظام تجارت بین الملل نیز اشاره ای هر چند مختصر خواهیم نمود.

مبحث اول: قوانین نمونه و کنوانسیون های غیر لازم الاجرا

دولت ها در راستای ایجاد وحدت و هماهنگ سازی حقوق ملی از دو ابزار الحاق به کنوانسیون و یا الگوبرداری از قوانین نمونه در تنظیم قوانین بهره می جویند. تفاوت گسترده سیاست های ملی و تنوع نظام های حقوقی منجر می شوند که در بسیاری موارد دستیابی به یک کنوانسیون واحد اگرچه آرمان ایده آلی است اما در عمل میسر نگردیده و یا در فرض تدوین نیز، از اقبال لازم و کسب حد نصاب لازم الاجرای بهره مند نگردد. در این میان قوانین نمونه به دلیل داشتن قابلیت تغییر مفاد و همخوانی با اقتضائات منحصر به فرد ملی، از سازگاری بیشتر با حاکمیت دولت ها بهره مند بوده و لذا با پذیرش و اقبال گسترده تری روبه رو می گردند.

گفتار اول: قانون نمونه^{۳۹}

قوانین نمونه مجموعه مقرراتی هستند که در عرصه های مختلف و با هدف یکسان سازی

39. Model Law.

حقوق داخلی کشورها تدوین می‌گردند. این دسته از اسناد نرم از ابتدا و به‌طور ویژه به عنوان الگوی قانون‌نویسی طراحی گردیده و بالتبع با دغدغه و ملاحظات حقوقی لازم در پذیرش یک سند حقوقی توسط دولت‌ها و همخوانی با مناسبات حاکمیتی آنها همراه می‌گردند.^{۴۰}

قوانین نمونه ابزار دولت‌ها و قانون‌گذاران ملی آنها، در اصلاح و به‌روز کردن قوانین داخلی و بین‌المللی خود به شمار آمده و مجال مناسبی در دسترسی دولت‌های کم‌تجربه در امر قانون‌گذاری، به بهره‌مندی از مجموعه مقرراتی است که توسط متخصصین امر و با مطالعات تطبیقی در تجربیات نظام‌های حقوقی مختلف فراهم گردیده است.^{۴۱} مزیت این نوع اسناد در مقایسه با کنوانسیون‌ها در این است که دولت‌ها و قانون‌گذاران آنها از آزادی عمل و امکان ایجاد تغییر و هماهنگی آن در جارجوب نظام حقوق ملی خود برخوردار هستند و البته این خصوصیت از دستاورد ایجاد وحدت و هماهنگی توسط این اسناد تا حدودی خواهد کاست. تجربه ثابت کرده است که قوانین نمونه در غالب موارد در تنظیم الگو و استانداردهای داخلی و بین‌المللی قانون‌گذاری موفق عمل کرده و در فرض اشتراط طرفین قرارداد نیز در مقام قانون حاکم بر قرارداد مجال ایفای نقش خواهند داشت. یکی از مصادیق بارز و موفق قوانین نمونه در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل، "قانون

۴۰. ملاحظاتی شبیه آنچه در تنظیم و تهیه یک کنوانسیون بین‌المللی لحاظ گردیده تا زمینه تصویب و پذیرش آنی آن توسط قانون‌گذاران ملی را فراهم کند و به این ترتیب لازم‌الاجرا شدن آن را تضمین نماید، به منظور تضمین پذیرش و مقبولیت این اسناد در میان قانون‌گذاران ملی ملحوظ نظر قرار می‌گیرد.

41. Anderson, Kent, "Testing the Model Soft Law Approach to International Harmonization: A Case-Study Examining the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency", Australian Year Book of International Law, 2004, Vol 23, <<http://www.HeinOnline>>, accessed 10 April 2012, pp 1-4.

نمونه آنسیترال^{۴۲} در داوری تجاری بین‌المللی "مصوب ۱۹۸۵ و اصلاحیه آن در سال ۲۰۰۶ است.^{۴۳} انگیزه اصلی تصویب این قانون وجود اختلاف و تعارض در قوانین ملی کشورها در زمینه داوری تجاری بود و تاکنون الهام‌بخش بیش از چهل کشور از جمله آلمان، اتریش، آمریکا، استرالیا، مصر، چین، مکزیک، کانادا، هند و... در زمینه قانون‌گذاری ملی در عرصه داوری شده است.^{۴۴} "قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران" مصوب ۱۳۷۶ نیز از قانون مذکور اقتباس گردیده است.

"قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیترال"^{۴۵} مصوب ۱۹۹۶ نمونه‌ای دیگر از قوانین نمونه است که در تدوین قوانین ملی نظیر "قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی آمریکا"^{۴۶}، "قانون یکنواخت تجارت الکترونیک کانادا"^{۴۷} و "قانون معاملات الکترونیکی

42. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال): ارگان فرعی مجمع عمومی سازمان که در سال ۱۹۶۶ به منظور هماهنگی و یکنواخت‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل شکل گرفت و متشکل از ۶۱ عضو دولتی با تنوع جغرافیایی می‌باشد که از سایر اعضای سازمان ملل و سازمان‌های غیر دولتی نیز برای شرکت در جلسات و مباحثات خود دعوت به عمل می‌آورد.

برای توضیح بیشتر در این خصوص به منبع زیر مراجعه نمایید:

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity", *Journal of International Dispute Settlement*, August 2010, <www.jids.oxfordjournals.org> , accessed 25 March 2012, pp 9-11.

43. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, revised in 2006.

44. Gabriel, Henry Deeb, *Supra* note 16, p 10.

45. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, 1996.

46. American Uniform Electronic Transactions Act, National Conference of Commissioners on Uniform State Law, 1999.

47. Canadian Uniform Electronic Commerce Act, Uniform Law Conference of

استرالیا^{۴۸} مورد اقتباس قرار گرفته است.^{۴۹} این سند در سال ۱۳۸۲ الگوی قانون گذار ایران در تصویب قانون تجارت الکترونیک نیز قرار گرفت. انتقال اعتبار یکی از روش های رایج پرداخت در مبادلات تجاری بین المللی محسوب گردیده و "قانون نمونه آنستیرال در انتقال های بین المللی اعتبار" مصوب ۱۹۹۲^{۵۰} از این حیث حائز اهمیت است.

گفتار دوم: کنوانسیون غیر لازم الاجرا

کنوانسیون را مؤثرترین و کارآمدترین منبع در نیل به آرمان وحدت حقوقی می دانند. کنوانسیون حاصل توافق دولت ها است و برای اتباع دول متعاقد در حکم قانون داخلی و الزام آور^{۵۱} تلقی گردیده و حکومت آن نیازمند تراضی و اشتراط در قرارداد نخواهد بود. به همین جهت شاید در بادی امر ذکر آن در ذیل عنوان اسناد نرم با خصیصه فقدان الزام قانونی کمی عجیب به نظر آید. لازم به توضیح است که مراد ما کنوانسیون های غیر لازم الاجرا است؛ به این معنا که اصولاً کنوانسیون به حد نصاب لازم تصویب دولت ها جهت لازم الاجرائی نرسیده و یا به طور خاص توسط دولت متبوع طرفین و یا دولت ثالث که قانون آن، منتخب طرفین قرارداد است، مورد تصویب قرار نگرفته و در نتیجه از الزام قانونی بهره مند نمی باشد. به این ترتیب تمام و یا بخشی از مقرر یک کنوانسیون می تواند با توافق صریح و یا ضمنی طرفین به عنوان قانون حاکم پیش بینی شود^{۵۲} و یا در فرض عدم

Canada, 1999.

48. Australian Electronic Transactions Act, 1999.

49. Gabriel, Henry Deeb, Supra note 16, p 659.

50. UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992.

51. Application by Law.

52. Application by Agreement.

تراضی خلاف، مقرره‌های خاصی از آن در مقام انعکاس عرف غالب تجاری^{۵۳} به اراده طرفین قرارداد منتسب گردد. در این حالت چنین فرض می‌شود که طرفین با علم و لحاظ عرف مدون در کنوانسیون، قرارداد را منعقد نموده‌اند.

دیوان‌های داوری متشکله تحت قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۵۴} در پرونده‌های متعدد، بخش‌هایی از کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین‌المللی کالا^{۵۵} را به عنوان منعکس‌کننده عرف عمومی و غالب پذیرفته‌شده در رویه تجاری اعمال نموده‌اند.

برای نمونه می‌توان از پرونده ۸۵۰۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی به این شرح یاد کرد: قرارداد بیعی فی‌مابین صادرکننده ویتنامی و خریداران فرانسوی و هلندی منعقد شده و از آنجا که محل تجارت فروشنده (ویتنام) از دول غیرمتعاهد کنوانسیون ۱۹۸۰ وین بوده، قرارداد تحت پوشش کنوانسیون مزبور قرار نگرفته است اما دیوان داوری با استناد به مقرره مذکور در بند (۳) و (۵) ماده ۱۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مصوب ۱۹۸۸^{۵۶} مبنی بر اعطای اختیار به داور در تعیین قانون مناسب با لحاظ عرف تجاری، ارجاع به کنوانسیون و همچنین اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مصوب ۱۹۹۴ را با این استدلال که گوا و گویای رویه و عرف پذیرفته‌شده در حقوق تجارت بین‌الملل هستند، مجاز دانسته است. بر این اساس، دیوان داوری، مواد ۷۶ کنوانسیون وین و ۶-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی را در تأیید حق خریدار در مطالبه مابه‌التفاوت میان ثمن

53. Prevailing Trade Usage.

54. ICC Arbitration Rules.

55. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980.

56. Article 13 of the ICC Arbitration Rules, 1988, revised in 1998.

لازم به ذکر است که تاریخ صدور رأی به پیش از اصلاح قواعد داوری اتاق در سال ۱۹۹۸ باز می‌گردد و مشابه مقرره ماده ۱۳ مذکور در ماده ۱۷ قواعد اصلاحی نیز منعکس گردیده است.

قرارداد با بهای رایج مورد استناد قرار داده است.^{۵۷}

کنوانسیون وین راجع به بیع بین‌المللی کالا در سال ۱۹۸۰ توسط آنستیرال تدوین گردید^{۵۸} و با اقبال وسیع جامعه تجاری روبه‌رو شد؛ به‌طوری که در حال حاضر بیش از ۲/۳ تجارت جهان تحت حاکمیت این کنوانسیون انجام می‌گیرد. یکی از دلایل اصلی موفقیت و سرعت زیاد الحاق به این کنوانسیون ماهیت تکمیلی و غیر آمره آن است زیرا، مطابق ماده ۶ اساس آن مبتنی بر اصل آزادی قراردادهای^{۵۹} شکل گرفته است.

از دیگر مصادیق بارز کنوانسیون‌ها در حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌توان به کنوانسیون ۱۹۸۶ لاهه در خصوص "قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا"^{۶۰} که توسط کنفرانس لاهه پیرامون حقوق بین‌الملل خصوصی^{۶۱} تدوین یافته است، کنوانسیون ۱۹۵۶ ژنو در خصوص قرارداد حمل‌ونقل بین‌المللی کالا از طریق جاده^{۶۲} که توسط کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد برای اروپا^{۶۳} تهیه گردیده و یا کنوانسیون

57. '... as evidencing admitted practices under international trade law.' See ICC Case, No.8502, Final Award rendered on November 1996, (1999) 10:2 ICC ICArb.Bull.72 at 73.

۵۸. در مباحث بعدی به دلیل رعایت اختصار به کنوانسیون ۱۹۸۰ وین تعبیر می‌گردد.

59. Principle of Freedom of Contract.

60. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, 1986.

61. The Hague Conference on Private International Law.

کنفرانس لاهه یک سازمان بین‌المللی دولتی است که با هدف یکنواخت‌سازی قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی در لاهه تشکیل گردید. و متشکل از ۴۵ عضو است که اکثر آنها با اعضای مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی مشترک می‌باشند.

62. Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, 1965, revised in 1978.

63. United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), 1947.

۲۰۰۸ رتردام در خصوص قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق دریا^{۶۴} که توسط سازمان ملل تنظیم گردیده، اشاره نمود.

مبحث دوم: مقررات متحدالشکل و قراردادهای و شروط نمونه

سازمان‌های بین‌المللی دولتی و خصوصی و انجمن‌های صنفی و حرفه‌ای به تدوین عرف و رویه‌های نانوشته تجاری در قالب اسناد حقوقی فراملی، اعم از مجموعه مقررات متحدالشکل و یا شروط و قراردادهای نمونه می‌پردازند. دستاورد تلاش آنها در اختیار تابعان حقوق تجارت بین‌الملل اعم از اشخاص، نهادهای خصوصی ذی‌ربط و مراجع حل اختلاف قضائی و داوری قرار گرفته که با کاهش موانع ناشی از تنوع قواعد و رویه‌های حقوقی، به تسهیل و رونق مبادلات بین‌المللی منجر می‌گردد. همچنین استمرار به‌کارگیری این اسناد در جامعه تجاری بین‌المللی، ما را به آرمان یکسان و هماهنگ‌سازی حقوق تجارت بین‌الملل رهنمون می‌سازد.

مجموعه مقررات یکنواخت گواه و دالّ بر وجود عرف و اصول مشابه در رویه عملی هستند اما این به آن معنا نیست که لزوماً و همواره منعکس‌کننده آنچه در عمل جاری است، بوده باشند؛ بلکه گاهی هدف از تهیه آنها ارائه بهترین راه‌حل در حل معضلات رایج در مناسبات تجاری بین‌المللی است. اسناد مذکور تا حد امکان مبتنی بر رویه و عرف جاری پیش رفته اما هرگز نمی‌توانند به صرف بازگویی وضع موجود^{۶۵} بسنده نموده و اصلاح، تغییر و اضافه نمودن آرمان‌های مطلوب با ذات آنها عجین گردیده است. لذا متن حاصله در این مقررات، ترکیبی از قواعد از پیش موجود، قواعد موجود اصلاح شده و

64. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Rotterdam, 2008.

65. Status que.

همچنین قواعدی کاملاً جدید است.^{۶۶}

گفتار اول: مجموعه مقررات متحدالشکل^{۶۷}

اتاق بازرگانی بین‌المللی^{۶۸} سرشناس‌ترین سازمان انتشاردهنده مجموعه قواعد یکنواخت و شروط تجاری متحدالشکل محسوب می‌گردد. این قواعد به خودی خود نیروی آمره نداشته و با اشتراط در قرارداد به اجرا درمی‌آیند و به همین دلیل تاب معارضه با قواعد آمره قانون حاکم را نخواهند داشت. از آنجا که غالب قوانین داخلی در حوزه تجارت بین‌الملل جنبه تکمیلی دارند، لذا با تراضی طرفین در اعمال اسناد نرم متحدالشکل بر قرارداد تجاری بین‌المللی، نوبت به حکومت قانون ملی نخواهد رسید. ذیلأ به مصادیق بارز مقررات متحدالشکل در حقوق تجارت بین‌الملل در سطح جهانی و منطقه‌ای اشاره خواهیم داشت.

بند اول: جهانی

الف) یکی از مهم‌ترین مصادیق قواعد یکنواخت "قواعد (عرف‌ها و رویه‌های) متحدالشکل در خصوص اعتبارات اسنادی"^{۶۹} است که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی

66. Goode, Roy M., Supra note 30, p 3 & 19-20.

67. A Set of Uniform Rules.

68. International Chamber of Commerce (ICC).

اتحادیه غیر دولتی متشکل از تجار و سازمان‌های تجاری که در سال ۱۹۱۹ در پاریس مستقر گردید و اعضای آن بیشتر بر حسب تخصص تجاری و فنی و نه بر مبنای شهرت علمی و آکادمیک انتخاب گردیده و به امر قاعده‌گذاری و استانداردسازی در حوزه تجارت بین‌الملل، بدون مداخله دولت‌ها مشغول بوده و طبق مقرره منشور ملل متحد یک مرجع مشورتی محسوب می‌گردد.

69. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, last revised in 2007, (UCP 600).

در مباحث بعدی به دلیل رعایت اختصار از آن به عنوان اصول و قواعد حاکم بر اعتبار اسنادی یاد می‌شود.

آماده و منتشر گردیده است.^{۷۰} مفسران حقوق آن را موفق‌ترین اقدام در راستای هماهنگی-سازی حقوق تجارت بین‌الملل قلمداد کرده و از مقبولیت تقریباً جهان‌شمول در سیستم بانکی ۱۸۰ کشور دنیا برخوردار است.^{۷۱} اولین نسخه این سند در ۱۹۹۳ تدوین و در فواصل زمانی مختلف مورد تجدید نظر و اصلاح قرار می‌گیرد. آخرین اصلاح مربوط به سال ۲۰۰۷ است که در آن اصول اعتبار اسنادی ۶۰۰ جایگزین اصول اعتبار اسنادی ۵۰۰ گردید.

اصول اعتبار اسنادی برگرفته از عرف و رویه مسلم و متداول^{۷۲} در مبادلات تجاری بین-المللی بوده و از چنان مقبولیتی برخوردارند که به نوعی قواعد پیش‌فرض^{۷۳} تبدیل گردیده-اند. لذا به رغم لزوم انتخاب صریح یا ضمنی قواعد حقوق نرم در قرارداد، حکومت مقررات این مجموعه قواعد در عمل و در فرض فقدان شرط مخالف، مفروض تلقی و به اراده طرفین قرارداد منتسب می‌گردد. التزام عملی به یک سند نرم، حاکی از تکامل تدریجی آن، از یک استاندارد صرف به سمت قاعده حقوقی واقعی خواهد بود. رویه جاری چنین است که بسیاری از متعاقدين، این سند را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب کرده و یا محاکم ملی به رغم وجود مقرره داخلی در موضوع اختلافی، این قواعد را به کار می‌گیرند. نظام بانکی بسیاری از کشورها بدون حکومت اصول اعتبار اسنادی بر قرارداد، اعتباری صادر نکرده و همچنین بسیاری از قواعد آن، در قالب توافقات الزام‌آور بین‌المللی نظیر مفاد یک کنوانسیون تدوین گردیده است.

۷۰. مصادیق دیگر نظیر "قواعد یکنواخت در تضمینات درخواست شده" مصوب ۱۹۹۲ و یا "قواعد یکنواخت در تعهدات قراردادی" مصوب ۱۹۹۳ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی قابل ذکر هستند.

71. Roy Goode et al, Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2007, p 37 & 207

72. Rules of Practice.

73. Default Rules.

تکامل عملی و تدریجی سند نرم "اصول و قواعد حاکم بر اعتبار اسنادی" و تبدیل آن به عرف غالب و مسلم در دیدگاه نهاد تنظیم کننده این سند یعنی کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز مشهود است؛ با این توضیح که در نسخه اول این قواعد تأکید می‌شود که راهکارهای مطروحه در این سند هیچ اثر حقوقی الزام‌آوری به بار نمی‌آورند. در نسخه بعدی نیز بر فقدان نیروی الزام‌آور اذعان داشته اما نقش اقناعی و هدایتی قواعد آن مورد تصریح قرار می‌گیرد و اما در آخرین نسخه، بدون ذکر از مقوله الزام و یا عدم الزام‌آوری، صرفاً به هدف ارائه سند که همانا تقویت ثبات معاملات و هماهنگ‌سازی قواعد پیرامون اعتبارات اسنادی است و همچنین چگونگی کاربرد آن اشاره شده است.^{۷۴}

ب) از دیگر مصادیق رایج مقررات متحدالشکل، مجموعه اینکوترمز^{۷۵} است که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی اولین بار در سال ۱۹۳۶ برای تفسیر اصطلاحات مرسوم و متداول تجاری در قراردادهای بیع بین‌المللی تنظیم گردیده و مقررات آن به طور منظم و به صورت دوره‌ای با شرایط روز تطبیق داده می‌شود. این اصلاحات در سال‌های ۱۹۵۳، ۱۹۶۷، ۱۹۸۰، ۱۹۹۰ و ۲۰۰۰ و برای آخرین بار در سال ۲۰۱۰ صورت پذیرفته است.

قواعد اینکوترمز به خودی خود قدرت آمره ندارند بلکه در تهیه و تنظیم فرم‌ها و قراردادهای نمونه نقش مهمی داشته، همچنین درج آن در قراردادها سبب کاهش اختلافات ناشی از تفسیر شروط و اصطلاحات می‌گردد و در زمان بروز اختلاف و ضرورت تفسیر مفاد قرارداد نیز از اهمیت قابل توجهی برخوردار هستند.

دیوان داوری متشکله بر اساس قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پرونده ۲۴۳۸

74. Levit, Janet Koven, "A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments", The Yale Journal of International Law, 2005, Vol 30:125, pp 140-141.

75. International Commercial Terms (INCOTERMS).

در خصوص ماهیت مجموعه شروط متحدالشکل اینکوترمز، به درستی، چنین اظهار می- دارد که این شروط در واقع عرف‌های واقعی بیع بین‌الملل را طبقه‌بندی و تنظیم کرده است.^{۷۶}

ج) "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی"^{۷۷} مصوب ۱۹۹۴ و اصلاحیه آن در سال‌های ۲۰۰۴ و ۲۰۱۰^{۷۸} حاصل همکاری و پژوهش‌های گسترده تطبیقی علمای ممتاز و برجسته حقوق با سوابق فرهنگی و حقوقی مختلف در مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی^{۷۹} است که از مهم‌ترین و بنیادی‌ترین اسناد نرم بین‌المللی در زمینه حقوق تجارت

76. ICC Case, No.2438, Award rendered in 1975, cited in Kessler, Hilmer Raeschke, "The UNIDROIT Principles in Contemporary Contract Practice", ICC Bulletin, 2002, p 103.

77. Principles of International Commercial Contracts (PICC), 1994, last revised in 2010.

۷۸. اصلاحات مذکور تغییری در اصول قبلی صورت نداده و عمدتاً بر افزودن مقرره در خصوص موضوعات جدید تمرکز داشته‌اند؛ به عنوان مثال در نسخه ۲۰۰۴ موادی در خصوص مرور زمان، تهاتر و... و در نسخه ۲۰۱۰ نیز پیرامون استرداد و اعاده مال، عدم مشروعیت، تعدد متعهد و یا متعهدله و همچنین شروط قراردادی مقرر گردیده است. لازم به ذکر است که در تهیه نسخه آخر اصول مؤسسه کار گروهی متشکل از ۱۸ عضو و تعداد زیادی ناظر از سازمان‌ها و مراکز داوری ذی‌ربط نظیر آنسیتال، کنفرانس لاهه، دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی، انجمن‌های داوری آلمان و سوئیس، کانون وکلای نیویورک و... مشارکت داشته‌اند. به نقل از:

Bonell, Michael J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future", Australian International Law Journal, 2010, Vol 17, < <http://www.HeinOnline> >, accessed 10 April 2012, pp 177-178

79. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

این مؤسسه با هدف هماهنگ‌سازی و وحدت حقوق بین‌الملل خصوصی در سال ۱۹۲۶ به عنوان ارگان فرعی جامعه ملل در رم بنیاد گرفت و در ۱۹۴۰ به سازمان بین‌الدولی اما مستقل (Independent Inter-)

بین الملل محسوب می گردد.

صورت مذاکرات در تدوین کنوانسیون ۱۹۸۰ وین گویای آن بود که این کنوانسیون حداکثر دستاوردی است که در پیشبرد آرمان یکسان سازی حقوق تجارت بین الملل، در سطح قانون گذاری و ایجاد حقوق سخت حاصل گردیده؛ از این رو، مؤسسه یکنواخت سازی حقوق بین الملل خصوصی، بازگویی اصول و عرف های مسلم تجاری و تنظیم بهترین و کارآمدترین راهبردها در حل معضلات رایج در عرصه قراردادهای تجاری بین المللی، در قالب حقوقی اسناد نرم را جایگزین آرمان تهیه سند یکنواخت الزام آور قانونی ساخت. اصول مؤسسه به اکثر زبان های اصلی دنیا ترجمه شده و در تنظیم قراردادها به کار گرفته می شود. پذیرش و اقبال از این سند فراتر از میزان انتظار و تا حدی است که زمزمه و تمایل تبدیل آن به حقوق سخت نیز شنیده شده است.^{۸۰}

دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی در پرونده ۹۴۷۹ خاطر نشان می سازد که "اصول قراردادهای تجاری بین المللی" بازتاب درست و دقیقی، اگرچه غیر کامل از عرف های تجارت بین الملل می باشند.^{۸۱}

Governmental Organization) تبدیل گردید که اعضای آن از ۶۳ کشور از نظام های حقوقی مختلف و به نمایندگی از سوی شش قاره دنیا تشکیل گردیده است.

80. Hartkamp, Arthur S., "Modernisation and harmonisation of contract law: objectives, methods and scope", Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law- "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration.", Rome, September 2002, <http://ec.europa.eu/justice/.../private_law_university_amsterdam_en.pdf>, accessed 23 March 2012, pp 234-235

81. '...UNIDROIT Principles are an accurate representation, although incomplete, of the usages of international trade' See ICC Case, No.9479, Final Award rendered on February 1999, (2001) 12:2 ICC IArb.Bull.67 at 69.

بدیهی‌ترین و روشن‌ترین شیوه اعمال "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" در مواردی است که طرفین تمام و یا بخشی از مقررہ آن را بر قرارداد خود حاکم می‌سازند. علاوه بر این سند مزبور ابزار کمکی و هدایتی محاکم قضائی و داورانی است که در جستجوی بهترین راه‌حل‌های منبعث از عرف و رویه جاری تجاری و یا در مقام شفاف‌سازی و یا رفع خلأ از قوانین ملی و کنوانسیون‌ها هستند. مجموعه "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" با الهام از تجربیات نظام‌های حقوقی مختلف در بسیاری موارد راه‌حل‌های جدیدی پیشنهاد داده است. لذا به صرف بازگویی عرف موجود بسنده نکرده و در گسترش قواعد حقوقی نیز مؤثر واقع گردیده‌اند؛ به عنوان مثال می‌توان به مقررہ این اصول در خصوص تعسر در اجرای قرارداد^{۸۲} اشاره داشت که ریشه در عرف و رویه تجاری سابق نداشته و راه‌حل نو و سنجیده تنظیم‌کنندگان سند در حل یک معضل رایج در عرصه روابط تجاری بین‌المللی است.^{۸۳}

برای نمونه در پرونده ۸۸۷۳، که در آن قانون اسپانیا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد احداث^{۸۴} یک پروژه میان یک شرکت فرانسوی با یک شرکت اسپانیایی انتخاب شده بود، پیمانکار از ارجاع به هر قانون دیگر امتناع کرده و با این توجیه که "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" منعکس‌کننده عرف تجاری به حساب می‌آیند، به مقررہ این اصول در خصوص تعسر استناد می‌نمود. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از پذیرش این نظر با این استدلال که اصول مذکور در این خصوص با عرف و رویه جاری تجارت بین‌المللی ضرورتاً مطابقتی ندارد، سرباز زده و چنین اظهار می‌دارد:

82. Hardship, See Article 6.2.1 and 6.2.3 of PICC.

83. Goode, Roy M., "Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law", International and Comparative Law Quarterly, July 2005, Vol 54, pp 552-553

84. Construction Contract.

"نقش تکمیلی و یا گاهی تغییری عرف تجاری نسبت به قانون حاکم بر قرارداد، منوط به وجود عرف واقعی است و عرفی را واقعی قلمداد می‌نماییم که کاملاً شناخته شده بوده و در تجارت خاص مربوطه به طور منظم توسط طرفین قراردادها رعایت گردد."^{۸۵}

نمونه دیگر پرونده ۹۰۲۹ است که در آن قانون ایتالیا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تأمین اعتبار^{۸۶} پروژه هوانوردی میان دو طرف ایتالیایی و اتریشی انتخاب گردیده و طرف اتریشی به مقررات "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" در خصوص اختلاف فاحش^{۸۷} و تعسر در اجرای قرارداد^{۸۸} به عنوان عرف‌های تجاری استناد می‌کرد؛ اما دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی از اعمال مقررات "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی"، با این استدلال که توسل به آن لزوماً با توسل به عرف تجاری بین‌المللی واقعی و موجود در این موارد همخوانی نداشته، امتناع ورزید.^{۸۹}

بند دوم: منطقه‌ای

الف) "اصول اروپایی حقوق قراردادهای"^{۹۰} توسط کمیسیون اروپایی حقوق قراردادهای

85. ICC Case, No.8873, Award rendered on July 1997, (1999) 10:2 ICC IC Arb.Bull.78 at 79-80.

86. Finance Contract.

87. Gross Disparit, See Article 3.10 of PICC.

88. Supra note 82.

89. '...recourse to the UNIDROIT Principles is not purely and simply the same as recourse to an actually existing international commercial usage.'

See ICC Case, No.9029, Final Award rendered on March 1998, (1999) 10:2 ICC IC Arb.Bull.88 at 90.

90. European Principle of Contract Law, (PECL), 1995 (First Part), 1999 (Second Part) and 2002 (Third Part).

در سال‌های ۱۹۹۵، ۱۹۹۹ و ۲۰۰۲ تدوین گردیده است.^{۹۲} در تنظیم این اصول از حقوق داخلی کشورهای اروپایی، بازگویی حقوق قراردادهای ایالات متحده آمریکا^{۹۳} و مقررات کنوانسیون ۱۹۸۰ وین الهامات زیادی گرفته شده است. هدف از تنظیم این اصول در ماده ۱:۱۰۱ این سند، حکومت آن به عنوان قواعد کلی حقوق قراردادها در اتحادیه اروپا، به عنوان مقدمه‌ای در یکسان‌سازی حقوق در سطح اروپا، عنوان شده است. همچنین از آنجا که اکثریت اعضای تدوین‌کننده اصول اروپایی با اعضای تنظیم‌کننده "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" مشترک بوده‌اند، بسیاری از مقرره‌های آن، اقتباسی از آن مجموعه اصول به شمار می‌آیند.^{۹۴}

اصول اروپایی کارکرد و موقعیت مشابهی نظیر "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" داشته و به منظور حکومت بر قراردادهای تجاری بین‌المللی و یا ابزاری برای مراجع حل اختلاف در رفع خلاهای قانونی و جستجوی بهترین راه‌حل‌ها تنظیم گردیده‌اند. این مجموعه اصول نیز بیانگر برخی مقرره‌های جدید نظیر قاعده تغییر اوضاع و احوال^{۹۵}

در مباحث بعدی به دلیل رعایت اختصار به اصول اروپایی تعبیر می‌گردد.

91. Commission on European Contract Law.

این کمیسیون در سال ۱۹۸۲ در راستای تحقق وحدت کامل اروپا و ایجاد قواعد یکنواخت حقوقی در بین کشورهای عضو اتحادیه اروپا تشکیل گردید.

۹۲. مشابه این سند در خصوص قاره آفریقا نیز موجود است؛ اصول حقوق بازرگانی سازمان هماهنگ‌سازی حقوق تجاری آفریقا از نمونه‌های بارز اسناد نرم در راستای ایجاد وحدت حقوقی در این قاره محسوب می‌گردد. (Organization for Harmonization of Business Law in Africa)

93. American Restatement of the Law of Contracts (such as Restatement Second of Contracts).

۹۴. محمود؛ حبیبی، منبع مذکور در پانویشت ۳۱ فوق، ص ۱۴۵-۱۴۴، به نقل از:

Carr, Indira, "International Trade Law", Cavendish publishing Limited, Third Edition, 2005, p 95.

95. Change of Circumstances, See Article 6.111 of PECL.

می‌باشند که از سابقه عرفی برخوردار نیستند.

ب) آخرین پیش‌نویس "نظام مشترک قراردادهای"^{۹۶} توسط شورای عدالت و امور داخلی^{۹۷} اتحادیه اروپا در فوریه ۲۰۰۹ منتشر گردیده است. این سند (در حال تدوین) نظیر اصول اروپایی برای کشورهای عضو اتحادیه اروپا تنظیم^{۹۸} و از حیث محتوا و کارکرد شبیه آن است. این سند به منظور پوشش همه انواع قراردادها و نه صرف قراردادهای تجاری طراحی گردیده اما برخی مقرره‌های آن خاص طرفین معاملات تجاری تنظیم گردیده است؛ در مقایسه با "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" محدود به قراردادهای بین‌المللی نگردیده و به‌طور کلی قراردادهای منعقد در حوزه اروپا اعم از داخلی و بین‌المللی را تحت پوشش خود قرار می‌دهد. همچنین مانند اسناد اصول مؤسسه و اصول اروپایی با هدف اولیه حکومت بر قراردادها، تنظیم گردیده اما می‌توان برای آن نقش راهنما در تنظیم قوانین ملی و یا ابزار کمکی مراجع قضائی و داوری در حل اختلافات قراردادی بین‌المللی نیز در نظر داشت.^{۹۹}

گفتار دوم: قراردادهای و شروط نمونه

این دسته از اسناد حقوق نرم معمولاً توسط اتحادیه‌های صنفی و حرفه‌ای تهیه شده و استفاده مکرر از آنها در تنظیم قراردادهای تجاری بین‌المللی، به تدریج موجب حاکمیت یک استاندارد و الگوی واحد بر قراردادها گردیده و به این‌سان در مسیر یکنواخت‌سازی

96. Draft Common Frame of Reference (DCFR), February 2009.

97. Justice and Home Affairs Council.

۹۸. در این پیش‌نویس برخلاف اصول اروپایی تصریحی به چهارچوب قاره اروپا نشده اما جوانب امر حکایت از تعیین این حوزه داشته و بی‌تردید انس ذهنی تجار و یا محاکم ملی و داوری اروپایی با این اسناد بیش از سایرین خواهد بود.

99. Vogenauer, Stefan, Supra note 37, pp 3-8.

حقوق گام برمی دارند.

بند اول: قرارداد نمونه^{۱۰۰}

قرارداد نمونه یا همان فرم های نمونه قراردادی بایستی شامل تمامی مسائل ویژه تجارت مربوطه بوده و لذا در هر حوزه تجاری، قرارداد نمونه خاص خود تنظیم می گردد. این اسناد در مرحله تنظیم قراردادها نقش بسزایی دارند اما آشنایی با آنها از این حیث که مبین حقوق و تعهدات متعاقدين می باشند، در فرآیند تفسیر قرارداد و پرهیز از بروز اختلافات قراردادی نیز حائز اهمیت فراوان خواهد بود.

در قراردادهای نمونه عادات و رسوم رایج قراردادی از حالت شخصی خارج شده و به شکل عادات نوعی یک صنف و یا یک نوع خاص قرارداد تدوین می گردند. رعایت مفاد این اسناد به لحاظ نظری الزامی نیست و طرفین می توانند شرایط قرارداد را به میل و صلاحدید خود معین سازند اما نفوذ و اعتبار معنوی اتحادیه های صنفی، در عمل اعضای آنها را ناگزیر به رعایت مفاد این اسناد می نماید.^{۱۰۱}

در میان مؤسسات و اتحادیه های تدوین کننده قراردادهای نمونه، نقش کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا بیشتر از سایرین به چشم می خورد. از آن جمله می توان به راهنمای تنظیم قراردادهای صنعتی، انتقال فناوری، ساخت کارخانه ها و تأسیسات و... یاد کرد.^{۱۰۲}

نمونه دیگر فرم های نمونه در قراردادهای پیمانکاری و ساختمانی است که مبتکر آن

100. Standard Form Contract.

۱۰۱. ناصر، کاتوزیان؛ فلسفه حقوق، جلد دوم منابع حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، چاپ اول، ص ۴۸۸ و ص ص ۶۷۵-۶۷۴.

۱۰۲. محمود، حبیبی، منبع مذکور در پانوش ۳۱ فوق، ص ص ۱۴۹-۱۵۰.

اتحادیه بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک) می‌باشد.^{۱۰۳} فیدیک قراردادهای نمونه خود را در قالب کتاب‌های مختلف که هر یک به گونه‌ای از قراردادها اختصاص دارد، تنظیم می‌نماید. برای نمونه در نسخه جدید کتاب سبز بر قرارداد ساخت و احداث، در نسخه جدید کتاب زرد بر قرارداد تجهیزات و نقشه‌کشی ساختمان، در کتاب نقره‌ای بر پروژه‌های پیمانکاری کلید در دست و در کتاب طلایی که آخرین دستاورد فیدیک در سال ۲۰۰۷ می‌باشد، بر قرارداد عملیات طراحی و ساخت تمرکز گردیده است.^{۱۰۴}

همچنین قرارداد نمونه در خصوص خرید و فروش غلات توسط انجمن غلات و تجارت آزاد^{۱۰۵} و یا "قرارداد نمونه بیع تجاری بین‌المللی کالاهای فاسدشدنی"^{۱۰۶} که توسط آنکاد^{۱۰۷} در سال ۱۹۹۹ تنظیم گردیده، قابل ذکر می‌باشند.

بند دوم: شرط قراردادی نمونه^{۱۰۸}

شرط قراردادی نمونه در تنظیم قراردادهای تجاری بین‌المللی و یا تفسیر آنها به هنگام بروز اختلاف به کار گرفته می‌شوند. از مصادیق بارز این شروط می‌توان به "شرط نمونه

103. Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils/International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 1913.

104. Mirosław J.Skibniewski and A.J.Clark, Introduction to FIDIC Conditions of contract, Project Management, Education at the University of Maryland, 2011.

105. The Grain and Free Trade Association, (GAFTA), 1878.

106. UNCTAD Model Contract on International Commercial Sale of Perishable Goods, 1999.

107. United Nations Commission on Trade and Development (UNCTAD).

کمپسیون سازمان ملل در زمینه تجارت و توسعه که در سال ۱۹۶۴ تشکیل گردید. متر آن در ژنو است و تاکنون نقش مؤثری در تنظیم مقررات یکنواخت تجاری داشته است.

108. Model Contractual Clause.

اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص داوری^{۱۰۹} مصوب ۱۹۹۸ اشاره داشت.^{۱۱۰} با توجه به اینکه داوری به رایج‌ترین شیوه حل و فصل اختلاف در روابط تجاری بین‌المللی تبدیل گردیده است، درج این شرط در قراردادها در موارد بسیاری دیده می‌شود. همچنین "شرط نمونه اتاق بازرگانی در خصوص فورس‌ماژور"^{۱۱۱} و "شرط نمونه اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص تعسر"^{۱۱۲} مصوب ۲۰۰۲ نیز قابل ذکر می‌باشند.

شرط فورس‌ماژور (*force majeure*) زمانی موضوعیت می‌یابد که متعهد به واسطه بروز ممانعی خارج از حوزه اقتدار و ریسکی که غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل دفع است، امکان ایفای تعهد را نداشته باشد. برای مثال موردی که متعهد، به دلیل تغییر ناگهانی در سیاست گمرکی دولت متبوع که پس از انعقاد قرارداد رخ داده و در حین قرارداد برای طرفین قابلیت پیش‌بینی نداشته، امکان صدور کالای موضوع قرارداد به خارج از کشور را نداشته باشد.

همچنین شرط تعسر در اجرای قرارداد (*Hardship*) زمانی به اجرا درمی‌آید که وقوع حادثه خارجی غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل دفع، پس از انعقاد قرارداد تعادل معاملاتی میان عوضین را به نحو اساسی برهم زند، به نحوی که هیچ‌گونه تناسب معقولی بین تعهدات متقابل قراردادی دو طرف باقی نماند. تغییر بنیادین در شرایط قرارداد به دو شکل بروز می‌یابد: با افزایش فاحش بهایی که یک طرف به منظور اجرای تعهد متحمل می‌شود و یا با کاهش فاحش ارزش آنچه به نفع متعهدله ایفا می‌شود به نحوی که ممکن است در مواردی

109. ICC Model Clause on Arbitration, 1998.

۱۱۰. لازم به ذکر است که امروزه تقریباً تمامی سازمان‌های مهم فعال در عرصه داوری بین‌المللی، شرط نمونه داوری، به منظور اندراج در قراردادهای تجاری بین‌المللی پیشنهاد می‌نمایند.

111. ICC Model Clause on Force Majeure, 2002.

112. ICC Model Clause on Hardship, 2002.

اجرای تعهد برای متعهدله کاملاً فاقد ارزش گردد.^{۱۱۳}

فصل سوم: مزایای حقوق نرم

به کارگیری اسناد حقوقی نرم و بهره‌مندی از آثار و دستاوردهای ممتاز و حائز اهمیت آنها در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی از روندی رو به رشد برخوردار بوده است. کاربرد این اسناد در نگاه کلی تضمین‌کننده توسعه و پیشبرد اهداف عالیه نظام حقوق تجارت بین‌الملل است و بدون شک و به تبع آن، تأمین منافع بازیگران تجاری و به‌ویژه طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی را نیز به دنبال خواهد داشت.

تفکیک مزایای حاصله از کاربرد اسناد نرم در توسعه تجارت بین‌الملل، از آنچه به تأمین منافع بازیگران و فعالان این عرصه می‌انجامد عملاً غیر ممکن است. واقعیت این است که این دو کلی واحدی را که همان جامعه تجاری بین‌المللی است، تشکیل داده و نمی‌توان چنین تصور نمود که آنچه به اعتلای حقوق تجارت بین‌الملل منتهی گردد، در موقعیت فعالان این حوزه و تأمین منافع آنها مؤثر واقع نشود. لذا دسته‌بندی موضوع مورد نظر در قالب دو مبحث جداگانه، صرفاً بر مبنای اثر مستقیم و بلاواسطه کاربرد اسناد حقوق نرم و در راستای سهولت احصای مزایای این اسناد، بدون ترسیم مرز روشن و غیرقابل انکار میان آنها صورت پذیرفته است.

مبحث اول: توسعه حقوق تجارت بین‌الملل

اسناد حقوق نرم در چارچوب فراملی و فارغ از تقیدات حاکمیتی دولت‌ها تهیه و همگام با ضروریات روابط تجاری بین‌المللی تنظیم و اصلاح می‌گردند. همچنین این اسناد

۱۱۳. محمدعلی، نوری؛ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم، تهران، کتابخانه گنج-دانش، ۱۳۷۸، چاپ اول، ص ص ۱۷۱-۱۷۰.

ابزار ویژه و منحصر به فرد یکنواخت و هماهنگ سازی حقوق تجارت بین الملل در عرصه جهانی به حساب می آیند. تأمین انتظارات تابعان حقوق و ثبات و امنیت ناشی از وحدت و هم گرایی در عرصه روابط تجاری بین المللی، توسعه نظام حقوق تجارت بین الملل را به ارمغان خواهد داشت.

گفتار اول: مطابقت با مقتضیات تجارت بین الملل

اسناد حقوق نرم دربردارنده راه حل های سنجیده، متعارف و عملی هستند که در پرتوی تجربیات بسیار نظام های حقوقی بزرگ در عرصه مبادلات تجاری بین المللی حاصل گردیده و در مقام همخوانی با ضرورت های تجاری و اقتصادی کنونی و پاسخگویی به توقعات جامعه تجاری بین المللی برآمده اند.^{۱۱۴} مفاد این اسناد علاوه بر اینکه ریشه در رویه و عرف رایج در نظام های حقوق داخلی دارند، در راستای اقتضات تجارت بین الملل و در جهت پیشبرد، تسهیل و ترویج آن، واجد نوآوری هایی در حل معضلات رایج در تنظیم روابط این عرصه نیز می باشند.

اسناد نرم توسط متخصصین واجد دانش و فنون حرفه ای و آگاه به رویه های بین المللی تجاری و آرای صادره توسط محاکم قضائی و داوری در این حوزه تنظیم می گردند. در تهیه آنها به نقاط مشترک میان نظام های حقوقی مختلف توجه و تلاش در ارائه بهترین راه حل های ممکن صورت می پذیرد. از مجرای این اسناد نگاه واقع بینانه تری به مسائل حقوقی شده و قواعد از آنچه که هستند و بایستی باشند، به سمت آنچه بهتر است باشند، پیش رفته

114. Derains, Yves, "The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement- UNIDROIT, 2002, p 9.

است.^{۱۱۵} به بیان دیگر در تنظیم این اسناد تلاش بر آن است تا فاصله میان "قانون واقعی و موجود"^{۱۱۶} با "قانون مطلوب"^{۱۱۷} تا حد امکان کم‌رنگ گردد.

به عنوان مثال دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در رأی شماره ۸۷۶۹ خود، نرخ بهره مقرر در ماده ۹-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که معادل با نرخ متوسط وام کوتاه‌مدت بانکی است، را با تأکید بر آنکه نرخ مذکور در این ماده از حیث تجاری معقول و مناسب^{۱۱۸} می‌باشد، اعمال می‌نماید.^{۱۱۹}

مطابقت با ضرورت‌های تجارت بین‌الملل از آنجا نشئت می‌گیرد که از یک سو اسناد حقوق نرم با منشأ فراملی و به دور از تضيیقات تصویب مقررات ملی و مداخله دولت‌ها با به منصفه ظهور گذاشته‌اند و از سوی دیگر مفاد این اسناد به‌طور ویژه و با مشارکت بیشتر فعالان غیر دولتی، خاصاً مناسبات تجاری بین‌المللی و همسو با اقتضائات آنها طراحی گردیده است. همچنین انعطاف‌پذیری زیاد و وجود تشریفات حداقلی در ایجاد و اصلاح اسناد نرم، امکان به روز شدن و مطابقت با تحولات سریع احتمالی در عرصه تجارت را فراهم آورده و بر مقبولیت جهان‌شمول این اسناد می‌افزاید.^{۱۲۰}

115. Pate, R. Ashby, "The Future of Harmonization: Soft Law Instruments and The Principled Advance of International Lawmaking", 2009. <<http://works.bepress.com/Robert-pate/article/1000/type/.../viewcontent/>>, accessed 27 March 2012, pp 12-13 & 19-20.

116. Lex Lata.

117. Lex Ferenda.

118. Commercially Reasonable.

119. ICC Case, No.8769, Final Award rendered on December 1996, cited in (1999) 10:2 ICC ICArb.Bull.75.

120. Fazio, Silvia, The Harmonization of International Commercial Law, Kluwer Law International, 2007, pp 17-18.

حقوق نرم در قالب نظامی مستقل و کارآمد که تار و پود آن نه به دست مقنن داخلی و مبتنی بر منافع ملی خاص یک دولت بلکه به دست فعالان جامعه تجاری اعم از مؤسسات و نهادهای مستقل تجاری، تجار و یا داوران بین‌المللی و به بهانه حفظ و توسعه منافع دنیای تجارت بین‌الملل نقش بسته است و روز به روز بر دامنه اعمال و شفافیت قواعد آن افزوده می‌شود.^{۱۲۱} به این ترتیب این قواعد بهتر از هر قانون ملی یا بین‌المللی دیگر انتظارات متعارف و منصفانه طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی را برآورده خواهند ساخت.

گفتار دوم: هم‌گرایی قواعد و ثبات رویه‌ها

هماهنگ‌سازی حقوق داخلی کشورها از طریق تصویب کنوانسیون‌ها و قوانین نمونه دنبال می‌شود. ایراد اساسی از آنجا نشئت می‌گیرد که تطبیق حقوق داخلی با راه‌حل‌های نوین تجارت بین‌الملل، به سبب وجود سیاست‌های ملی متفاوت و همچنین لزوم اقتباس عملی از مفاهیم نامأنوس سایر نظام‌های حقوقی، بیم برهم زدن تعادل تقنینی حاکمیت‌ها و تأثیرپذیری سایر قواعد نظام حقوقی حاکم را به دنبال خواهد داشت. لذا دولت‌ها از الحاق به بسیاری از کنوانسیون‌ها امتناع نموده و در فرض الحاق نیز، محاکم ملی هر یک از آنها تفاسیر متفاوتی از قواعد یکسان ارائه و آن را مطابق با مختصات حقوقی خود بومی‌سازی می‌نمایند. از این‌رو، رهیافت غیردولتی و مبتنی بر قواعد فراملی به صورت بالقوه از توان ایجاد هماهنگی بهتر و بیشتری بهره‌مند است.^{۱۲۲}

پذیرش و مقبولیت کنوانسیون منوط به تصویب و اقبال دولت‌ها است، اما اسناد نرم به پشتوانه تهیه‌کنندگان خود و تخصص و اعتبار آنها از نفوذ بین‌المللی برخوردار می‌گردند.

۱۲۱. فرهاد، ابراهیم؛ "نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دولت"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۲، ش ۶۲، ص ۵۴.

122. Gabriel, Henry Deeb, Supra note 16, p 3.

شایان توجه است که مقررہ کنوانسیون‌ها در حوزه تجارت نیز در غالب موارد اختیاری و تکمیلی است و منوط به عدم توافق خلاف می‌باشد؛ حال آنکه این تراضی خلاف ممکن است به نحو اراده مفروض و مستنبط از عرفی کاملاً شناخته‌شده که در اسناد حقوق نرم انعکاس یافته، اثبات گردد.

از ایرادات وارده بر اعمال حقوق نرم، عدم امکان ارزیابی و شناسایی دقیق مفاد^{۱۲۳} و در نتیجه فقدان پیش‌بینی روشن از نتایج انتخاب آنها توسط طرفین قرارداد می‌باشد. عملکرد متفاوت مراجع حل اختلاف در اعمال و مواجهه با حقوق نرم و یا محدودیت انتشار آرای داوری به دلیل حفظ اصل محرمانگی، بر عدم قابلیت پیش‌بینی نتایج حاصل از رفع اختلافات مبتنی بر این حقوق می‌افزاید. در پاسخ به این انتقاد می‌توان گفت که اولاً: با تدوین اسناد و انتشار نمونه‌های برجسته و شناخته‌شده‌ای از اصول و قواعد حقوق نرم در حوزه تجارت بین‌الملل نظیر مجموعه "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" و یا اصول اروپایی و همچنین روند رو به رشد افشا و انتشار آرای داوری در دهه‌های اخیر نظیر آنچه در مجله حقوق بین‌الملل کلونت^{۱۲۴} و یا کتاب سال داوری تجاری^{۱۲۵} به نحو مستمر صورت می‌پذیرد، امکان شناخت مفاد و قابلیت پیش‌بینی و ثبات نتایج حاصل از اعمال قواعد حقوق نرم بیش از پیش میسر گردیده است. ثانیاً: کارگزاران عرصه مبادلات تجاری بین‌المللی ابهام جزئی احتمالی در این قواعد را به اعمال قانون دولتی که متناسب با مقتضیات روابط تجاری آنها نبوده و از مطلوبیت و کفایت لازم در حل چالش‌های خاص روابط بین‌المللی برخوردار نیست، ترجیح می‌دهند.^{۱۲۶}

123. Indeterminacy.

124. Clunet.

125. Yearbook of Commercial Arbitration.

۱۲۶. فرهاد، خمایی‌زاده؛ "قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد"، مجله تحقیقات حقوقی،

حصول اجماع بین‌المللی^{۱۲۷} در بسیاری از مقرره‌های اسناد حقوق نرم که تا حد زیادی منعکس‌کننده عرف و رویه‌های تجاری مسلّم و بسیار شناخته‌شده نیز می‌باشند، هم‌گرایی و یکنواختی راه‌حل‌ها را به ارمغان آورده و بر قابلیت پیش‌بینی^{۱۲۸} و امکان ارزیابی بهتر نتایج حاصله، در صورت بروز اختلاف می‌افزاید.

در اینجا لازم است که بر ضرورت هماهنگ‌سازی و وحدت بیشتر قواعد مشابه و هم-عرض که در اسناد نرم موازی در یک حوزه خاص مقرر گردیده‌اند، نظیر آنچه در حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی، در خصوص دو سند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و اصول اروپایی حقوق قراردادهای وجود دارد، تأکید ورزید؛ زیرا، اختلافات غیرضروری در عبارات و راهبردهای به‌کار رفته در این اسناد از اقتدار و نفوذ آنها به شدت خواهد کاست.^{۱۲۹}

مبحث دوم: تأمین منافع بازیگران تجارت بین‌الملل

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد هر آنچه به توسعه و بهبود روابط تجاری بین‌المللی بیانجامد، در حصول منافع بیشتر برای فعالان این عرصه نیز مؤثر واقع می‌گردد اما برخی مزایای حقوق نرم نظیر بی‌طرفی قواعد، انعطاف مقرره‌های آن و تسهیل در تنظیم قراردادهای تجاری بین‌المللی از آثار مستقیم این اسناد در تأمین منافع و انتظارات مطلوب متعاقدين تجاری محسوب می‌گردند.

← ۱۳۸۵، ش ۴۳، ص ۲۲۹.

127. International Consensus.

128. Predictability.

129. Kessler, Hilmer Raeschke, Supra note 76, p 102.

گفتار اول: انعطاف‌پذیری^{۱۳۰}

احتمال اعمال و چگونگی تفسیر یک سند رابطه مستقیم با موقعیت حقوقی آن دارد. کنوانسیون‌های بین‌المللی به دلیل الزام قانونی و تعهدات حقوقی حاصله از آن، خشک و دقیق تفسیر می‌شوند؛ تفسیر آنها اساساً مبتنی بر واژه و عبارات متن، تحت‌اللفظی و بسیار مضیق است. در مقابل اسناد نرم با ویژگی تکمیلی و غیرالزام‌آور خود که حاکی از انعطاف‌پذیری بیشتر آنها است، به نحو موسع‌تری تفسیر گردیده و در این فرآیند به عوامل فرامتنی نظیر مقدمه که اهداف سند در آن برشمرده می‌شود و سایر شرایط بیرونی حاکم، در کنار تفسیر ماده به ماده سند عنایت می‌شود. لازم به ذکر است که هر یک از استانداردها و قواعد حقوقی موجود در فضای تجارت منوط به محیط اجتماعی و اقتصادی محل فعالیت، میزان و مهارت فنی خاص موضوع آن و عوامل دیگر از درجه انعطاف-پذیری متفاوتی برخوردار می‌گردند.^{۱۳۱}

دنیای پرتحول کنونی در عرصه تجارت بین‌الملل ضرورت بازنگری و تطبیق مستمر مقررات با شرایط روز جهان و کارآمدی و سرعت در مقررات‌گذاری و تنظیم روابط بین-المللی را ایجاب می‌نماید. از آنجا که اسناد نرم تشریفات تصویب و لازم‌الاجرائی کنوانسیون‌های بین‌المللی را طی نمی‌کنند، از استقرار کمتری برخوردار و این مزیت را دارند که در صورت تغییر شرایط و بروز ضرورت، بسیار انعطاف‌پذیر بوده و به آسانی مورد بازبینی^{۱۳۲}، تغییر^{۱۳۳} و یا اصلاح^{۱۳۴} قرار گیرند. لذا در مواردی که بیم احتمال تغییر

130. Flexibility.

131. Dessemontet, Francois, "Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement-UNIDROIT, 2002, pp 41-42.

132. Revision.

133. Alteration.

شرایط در موضوعات خاصی زیاد است، تمایل به تنظیم قواعد در قالب حقوقی اسناد نرم بیشتر خواهد بود.

انعطاف‌پذیری اسناد نرم ریشه در فقدان الزام قانونی آنها دارد که امکان تفسیر موسّع از مقررّه این اسناد و برقراری مطابقت بیشتر با شرایط خاص هر پرونده را فراهم می‌سازد. این میزان از انعطاف برای مراجع حل اختلاف و به‌ویژه محاکم داورى که از اسناد نرم به عنوان راهنما و دستورالعمل بهره می‌برند، مناسب و مطلوب است و لذا در ارجاع به این اسناد تمایل زیادی از خود نشان می‌دهند. در مقابل انعطاف زیاد گاهی برای طرفین و وکلایشان تبدیل به کابوسی می‌شود که آنها را از پیش‌بینی تصمیمات آتی داوران و ارزیابی نتایج پرونده عاجز ساخته و چه بسا به همین دلیل رویه جامعه تجاری گویای آن است که انتخاب اسناد نرم به عنوان قانون حاکم بر اختلاف توسط طرفین قرارداد در عمل به ندرت دیده می‌شود.^{۱۳۵}

گفتار دوم: ایجاد موقعیت برابر و کاهش زمان و هزینه مذاکرات قراردادی

حکومت قواعد بی طرف با منشأ فراملی مانع از امتیازدهی نابه‌جا به طرف قوی قرارداد و تمکین به خواست وی مبنی بر انتخاب قانون متبوع به عنوان قانون حاکم بر قرارداد در مرحله انعقاد قرارداد می‌شود. همچنین انتخاب اسناد حقوق نرم با این مزیت همراه است که در مرحله بروز اختلاف و مراجعه به محاکم نیز همه اطراف درگیر در دعوا اعم از طرفین، وکلای ایشان و داوران از موقعیت برابر در برابر قانون و امکان استدلال و دفاع متوازن برخوردار هستند. بی‌طرفی قواعد حقوقی حاکم بر روابط بین‌المللی، اطمینان و امنیت بیشتر

134. Amendment.

135. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement-UNIDROIT, 2002, p 121.

سرمایه‌گذاران خارجی را فراهم نموده و به این ترتیب در ترویج روابط تجاری بین‌المللی مؤثر واقع می‌گردند.

در دنیای تجارت بین‌الملل پروسه انعقاد قراردادها بایستی سریع و کوتاه باشد و تا حد امکان از چانه‌زنی و مذاکرات طولانی پرهیز گردد. ضرورت هماهنگ‌سازی در تعاملات تجاری فراملی از آنجا ناشی می‌شود که اختلافات قابل توجه قوانین و سیاست‌های ملی منجر به افزایش هزینه معاملات می‌گردد، تا حدی که این تفاوت‌ها و لزوم انجام مطالعات تطبیقی پیرامون آنها، خود به عنوان یک مانع عملی بر سر راه تجارت بین‌الملل قرار می‌گیرند.

اسناد حقوقی نرم با فراهم کردن شروط و تعهدات قراردادی متعارف، هماهنگ و معتبر و کاستن از ابهامات حقوقی و سوءبرداشت‌های ناشی از کاربرد زبان و ترمینولوژی متفاوت در انعقاد یک قرارداد، سعی در مرتفع ساختن موانع و تسهیل روند تنظیم قرارداد از طریق کاهش زمان و هزینه مذاکرات قراردادی دارند.^{۱۳۶} اعمال اسناد حقوق نرم با توجه به ماهیت فراملی و فراغت از محدودیت‌های تجملی ناشی از اعمال قواعد سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی، قابلیت پیش‌بینی و هم‌گرایی بیشتر نتایج را به بار آورده و به کاهش هزینه و ریسک قراردادها و روابط تجاری بین‌المللی می‌انجامد.

136. Shelton, Dinah L., "Soft Law Handbook of International Law", The George Washington University Law School, Legal Studies Research Paper, 2007, No.322, <<http://ssrn.com/abstract=1003387>>, accessed 5 April 2012, p 13.

نتیجه‌گیری

تبیین مفهوم حقوق نرم در چارچوب خاص و منحصر به فرد روابط تجاری بین‌المللی، با شناسایی ماهیت اسناد حقوق نرم و تعیین جایگاه این اسناد در میان منابع حقوق تجارت بین‌الملل حاصل می‌گردد. شناسایی ماهیت اسناد نرم مستلزم آگاهی از کیفیت و میزان نیروی الزام‌آور و تعهدات حاصله از مقررات این اسناد خواهد بود. نظریه حقوق نرم با این اندیشه بنیان گرفت که قواعد حقوق از درجات مختلف الزام‌آوری برخوردارند؛ بر این اساس اسناد نرم در حد فاصل الزام کامل قانونی و فقدان هرگونه نیروی الزام‌آور قرار داشته و به این ترتیب نتایج حاصل از آنها تعهد و الزام ناشی از قانون نبوده اما هرگز فاقد آثار و پیامدهای حقوقی نیز به حساب نخواهند آمد. التزام به اسناد نرم در قراردادهای تجاری بین‌المللی به خودی خود بوجود نیامده و منتسب به اراده واقعی و یا مفروض طرفین می‌گردد.

مقرره اسناد حقوق نرم در غالب موارد گواه رویه و عرف جاری تجاری و یا در مقام انعکاس اصول حقوقی رایج هستند و اما گاهی خود عامل و زمینه‌ساز ایجاد عرف و رویه آتی در روابط تجاری بین‌المللی می‌گردند. در این حالت کمترین نقشی که می‌توان برای آنها در نظر داشت، این است که ارجاع به مفاد این اسناد را ارجاع به دکترین حقوقی تلقی نمود که حاصل همکاری و پژوهش‌های تطبیقی گسترده و بی‌طرفانه علمای ممتاز و برجسته حقوق، با سوابق فرهنگی و حقوقی مختلف است و در قالب اسناد بین‌المللی موثق و شناخته‌شده تدوین گردیده است.

اسناد حقوق نرم محصول و مختص به نظام حقوقی خاصی نبوده و توسط حقوق‌دانان مستقل و متخصصین حرفه‌ای و آشنا به رویه‌های جاری تجاری که بر اشتراکات نظام‌های حقوقی مختلف و واکنش‌ها و انتظارات بازیگران تجاری اعم از اشخاص خصوصی و یا مراجع حل اختلاف اشراف دارند، احراز و تنظیم گردیده است. خصیصه انعطاف‌پذیری و قابلیت اصلاح سریع و همراه با تشریفات اندک این اسناد نیز، امکان مطابقت با تحولات

پرشتاب عرصه تجارت بین‌الملل و مجال نگاه واقع بینانه و منصفانه‌تر به مسائل حقوقی را فراهم ساخته و به این ترتیب قواعد حقوقی را از آنچه که باید باشند به سمت آنچه بهتر است باشند، پیش می‌برند.

به کارگیری و اعمال اسناد حقوق نرم در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی، با هدف بهره‌مندی از توان بالقوه این اسناد در کاهش اختلافات ناشی از اجرای قراردادهای تجاری بین‌المللی و ایجاد هماهنگی و ثبات بیشتر در جهت نیل به آرمان توسعه و ترویج تجارت بین‌الملل دنبال می‌گردد. چنین به نظر می‌رسد که راهکارهای ذیل بتوانند در تسهیل و افزایش کاربرد این اسناد مؤثر واقع گردند:

۱. افزایش مقبولیت و پذیرش اسناد حقوق نرم در میان تابعان حقوق تجارت بین‌الملل اعم از اشخاص و مراجع حل اختلاف که با ارتقای آگاهی از مصادیق متعدد و مفاد این اسناد و ایجاد انس و اعتماد هرچه بیشتر افکار عمومی به مطلوبیت کاربرد آنها حاصل می‌گردد. آموزش‌های آکادمیک و ترویج مطالعات تطبیقی در راستای آشنایی نسل آینده حقوق‌دانان (وکلا، مشاوران حقوقی، قضات و داوران) با مصادیق مختلف و مزایای حاصل از کاربرد اسناد نرم، تمایل و اقبال بیشتر به این اسناد را به ارمغان خواهد داشت؛ در مقابل استفاده کورکورانه و فاقد ارزیابی و توجه مناسب اسناد حقوق نرم، به جایگاه و موقعیت این اسناد لطمه وارد ساخته که این امر بایستی با افزایش آگاهی از نقش واقعی و شرایط مناسب و صحیح اعمال آنها کنترل گردد. لازم به ذکر است که استمرار کاربرد اسناد حقوق نرم در رویه حل اختلافات تجاری بین‌المللی، بر کیفیت تنظیم این اسناد نیز تأثیرگذار بوده و به تدریج بر شفافیت ابعاد مختلف و استنباط روشن و دقیق از مفاد آنها می‌افزاید.

۲. تلاش در هماهنگ‌سازی و رفع تناقضات نامطلوب و ناهم‌جا میان مقرره‌های اسناد متعدد حقوق نرم که در یک حوزه خاص قابلیت اعمال دارند. در این راستا بر ضرورت مشارکت و تعامل هرچه بیشتر نهادهای متولی تنظیم این اسناد، به منظور اجتناب از اتلاف

زمان و هزینه در انجام پروژه‌های موازی در یک حوزه تأکید می‌گردد؛ زیرا، حفظ انسجام و یکپارچگی تدابیر اتخاذی در قواعد حقوق نرم، سبب اعتماد و وثوق بیشتر به این اسناد و همچنین سهولت تصمیم‌گیری مراجع حل اختلاف در تمسک به آنها می‌گردد. در این میان مراجع حل اختلاف نیز می‌توانند با ارجاع هم‌زمان به مقرر اسناد موازی و تمرکز بیشتر بر اشتراکات میان آنها در کم‌رنگ نمودن اختلافات گام مؤثری بردارند. روش جالب و ابتکاری ارجاع هم‌زمان به دو نمونه برجسته اسناد نرم در حوزه قراردادهای تجاری بین‌المللی- "اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی" و اصول اروپایی- را می‌توان در آرای صادره توسط داوران، به‌ویژه داوران اروپایی، مشاهده نمود.

منابع

الف) فارسی

۱. ایرانبور، فرهاد؛ "نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دولت"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، ۱۳۸۲.
۲. حبیبی، محمود؛ تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. خمایی‌زاده، فرهاد؛ "قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد"، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۳، ۱۳۸۵.
۴. ربو شی، ایدا؛ "شکل‌گیری قواعد بین‌المللی در دنیایی رو به تحول- نقد مفهوم 'حقوق قوام نیافته' (Soft Law)"، ترجمه امیرارجمند، اردشیر، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۰-۱۹، ۱۳۷۶.
۵. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد دوم- منابع حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۶. گوود، روی‌ام، "عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی"، ترجمه علمی یزدی، حمیدرضا، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳۶، ۱۳۸۶.
۷. نوری، محمدعلی؛ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی - مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم، کتابخانه گنج‌دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۸. هداوند، مهدی و سیف‌اللهی، آرمان؛ "جایگاه حقوق نرم در توسعه حقوق بین‌الملل"، فصلنامه راهبرد، ش ۵۰، ۱۳۸۸.

ب) لاتین

1. Anderson, Kent, "Testing the Model Soft Law Approach to International Harmonization: A Case-Study Examining the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency", Australian Year Book of International Law, Vol 23, 2004,

<<http://www.HeinOnline>>.

2. Aspremont, Jean, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", *The European Journal of International Law*, Vol.19, No.5, 2008.
3. Bonell, Michael J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future", *Australian International Law Journal*, Vol 17, 2010, < <http://www.HeinOnline>>.
4. Derains, Yves, "The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement- UNIDROIT, 2002.
5. Dessemontet, Francois, "Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement- UNIDROIT, 2002.
6. Dupuy, Pierre-Marie, "Soft Law and International Law of Environment", *Michigan Journal of International Law*, Vol 1:420, Winter 1991.
7. Fazio, Silvia, *The Harmonization of International Commercial Law*, Kluwer Law International, 2007.
8. Gabriel, Henry Deeb, "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and The HAGUE Conference", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 34, 2009.
9. Goode, Roy M., "Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 54, July 2005.
10. Goode, Roy M., "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 46, January 1997.

11. Goode, Roy M. and Kronke Herbert and Mckendrick Ewan and Jeffry Wool, *Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2007.
12. Guzman¹, Andrew T. and Meyer Timothy L., "International Soft Law", *Journal of Legal Analysis*, Voi 2, No.1, Spring 2010, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444>.
13. Hartkamp, Arthur S., "Modernisation and harmonisation of contract law: objectives, methods and scope", Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law- "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration.", Rome, 27-28 September 2002. <http://ec.europa.eu/justice/.../private_law_university_amsterdam_en.pdf>.
14. Jiang, Lili, "An Evaluation of Soft Law as a Method for Regulating Public Procurement from Trade Perspective", Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, July 2009, <<http://www.nottingham.ac.uk/law/prospective/research-degrees>>.
15. Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity", *Journal of International Dispute Settlement*, August 2010, <www.jids.oxfordjournals.org>.
16. Kessler, Hilmer Raeschke, "The UNIDROIT Principles in Contemporary Contract Practice", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement- UNIDROIT, 2002.
17. Klabbers, Jan, "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International*

- Law, Vol 65, 1996, <<http://www.HeinOnline>>.
18. Levit, Janet Koven, "A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments", The Yale Journal of International Law, Vol 30:125, 2005.
 19. Pate, R. Ashby, "The Future of Harmonization: Soft Law Instruments and The Principled Advance of International Lawmaking", 2009, <<http://works.bepress.com/context/Robert-pate/article/1000/type/.../viewcontent/>>.
 20. Shaffer, Gregory C., Pollack, Mark A., "Hard versus Soft Law in International Security", University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, No. 11-13, March 2011, < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1786836>.
 21. Shelton, Dinah L., " Soft Law Handbook of International Law", The George Washington University Law School, Legal Studies Research Paper, No.322, 2007, <<http://ssrn.com/abstract=1003387>>.
 22. Svilpaite, Egle, " Non-State Actors and Law-Making: Refreshing the Development of International Law?", 2008, <<http://phase1.nccr-trade.org>>.
 23. Vogenauer, Stefan, "Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?", Legal Research Paper Series, University of Oxford, March 2010, <<http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm?RequestTimeout=50000000>> .

Regulations and International Instruments (arranged alphabetically)

1. American Uniform Electronic Transactions Act, National Conference of

- Commissioners on Uniform State Law, 1999.
2. Canadian Uniform Electronic Commerce Act, Uniform Law Conference of Canada, 1999.
3. Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, 1965.
4. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980.
5. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, 1986.
6. Draft Common Frame of Reference, Feb 2009.
7. European Principle of Contract Law, 1998.
8. ICC Arbitration Rules, 1998.
9. ICC Model Clause on Arbitration, 1998.
10. ICC Model Clause on Force Majeure, 2002.
11. ICC Model Clause on Hardship, 2002.
12. International Commercial Terms, 2010.
13. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Rotterdam, 2008.
14. UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992.
15. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, 1996.
16. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2003.
17. UNCTAD Model Contract on International Commercial Sale of Perishable Goods, 1999.
18. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010.

19. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007.

Cases

1. ICC Case, No.2438, Award rendered in 1975.
2. ICC Case, No.8502, Final Award rendered on November 1996, (1999) 10:2 ICC ICarb.Bull.
3. ICC Case, No.8769, Final Award rendered on December 1996, (1999) 10:2 ICC ICarb.Bull.
4. ICC Case, No.8873, Award rendered on July 1997. (1999) 10:2 ICC ICarb.Bull.
5. ICC Case, No.9029, Final Award rendered on March 1998, (1999) 10:2 ICC ICarb.Bull.
6. ICC Case, No.9479, Final Award rendered on February 1999, (2001) 12:2 ICC ICarb.Bull.