

تعارض در منابع تفسیر قرارداد در پرتو کنوانسیونها و اسناد بین‌المللی

محمود حبیبی *

چکیده

در قراردادهای تجاری بین‌المللی ابزارها و لوازمی برای کشف مقصود مشترک طرفین وجود دارد. این ابزارها و لوازم به عنوان «منابع تفسیر قرارداد» شناخته می‌شوند. یکی از مباحث مهم و کلیدی در فرایند تفسیر قراردادهای بین‌المللی فرض «حدوث تعارض» در ابزارها و لوازمی است که مرجع حل اختلاف اعم از دادگاه یا داور با تمسک به آن‌ها در مقام کشف قصد واقعی یا نوعی متعاقدين برمی‌آید.

این مقاله ضمن بررسی موارد و مصادیق مهم تعارض در منابع تفسیر قراردادهای بین‌المللی، شیوه‌ها و طرق حل تعارض در این قراردادها را در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تبیین می‌نماید.

در این نوشتار دو هدف عمده و درهم تنیده را دنبال می‌کنیم. هدف اولیه این است که قراردادهای بین‌المللی مانند سایر قراردادها مخلوق و زاییده «اراده مشترک» طرفین آن است؛ بنابراین در فرض حدوث تعارض در منابع تفسیر قرارداد، تمامی نگاه‌ها را باید به این نکته معطوف نمود که کدام منبع یا ابزار از انعکاس بیشتری در ذهن متعاقدين برخوردار است؟ به عبارت دیگر کدام یک از منابع تفسیر قرارداد دلالت بیشتری بر قصد طرفین دارد؟ هدف دوم توجه به وصف «بین‌المللی» این قراردادها است. در واقع هرچند ممیزه بین‌المللی بودن برای این قراردادها از اوصاف عرضی و نه ذاتی محسوب می‌گردد، اما

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی.

همین وصف به قدری از اهمیت برخوردار است که دیگر نمی‌توان شیوه‌های حل تعارض در قراردادهای داخلی را در مورد قراردادهای بین‌المللی هم به کار برد. به این ترتیب سرعت، دقت، امنیت و اعتماد در نظام حقوق تجارت بین‌الملل اقتضا دارد مسأله تعارض در قراردادهای بین‌المللی از طریق سازوکارهای جدید و با توسل به کنوانسیون‌ها و مقررات یکنواخت حل و فصل گردد.

واژگان کلیدی

تعارض، منابع، ابزارها، قرارداد تجاری بین‌المللی، قصد واقعی، قصد نوعی.

مقدمه

در فرایند تفسیر قراردادهای بین‌المللی همواره با یک سؤال اساسی مواجه هستیم و آن اینکه در چه مواردی نیاز به تفسیر قرارداد وجود دارد؟ به عبارت دیگر «موارد ضرورت تفسیر قرارداد» کدامند؟ پاسخ به این سؤال به نحو صریح، در هیچ‌کدام از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تبیین نگردیده است. با وجود این با کمک تحلیل حقوقی و استفاده از اصول و قواعد حاکم بر قراردادها می‌توان گفت ابهام^۱، سکوت^۲، و تعارض^۳ مهم‌ترین و شاخص‌ترین موارد ضرورت تفسیر قراردادهای بین‌المللی هستند. تردیدی وجود ندارد که در بین موجبات تفسیر قرارداد، مطالعه موارد تعارض^۴ و شیوه‌های حل آن از پیچیدگی و

1. Ambiguity

2. Silence

3. Conflict

۴. در حقوق اسلامی یکی از مباحث مهم علم اصول بحث تعارض است که در حوزه‌های مختلفی کاربرد دارد و در کتب فقهی بیشتر با عنوان «التعادل و التراجیح» یا «تعارض الأدله مطرح شده است. واژه تعارض از واژه «عرض» اشتقاق یافته که هم معنای اظهار و ابراز دارد و هم به معنای پنهان در مقابل طول است. زیرا، هر یک از دو دلیل در مقابل هم ظاهر می‌شوند و ابراز وجود می‌کنند. همان‌طور که ممکن است بگوییم عرض اندام می‌کنند و خود را در مقابل دیگری از نظر حجیت هم‌عرض و اندازه می‌دانند. تعریف فقهی و حقوقی تعارض عبارت است از اینکه میان مدلول دو دلیل تنافی و ناسازگاری وجود داشته باشد. علمای علم اصول تعارض را به دو دسته تقسیم نموده‌اند:

الف: تعارض مستقر (پایدار): در مواردی که واقعاً میان مدلول دو دلیل تنافی و ناسازگاری به صورت تناقض (سلب و ایجاب) یا تضاد (عدم سلب و ایجاب) وجود داشته باشد آن را تعارض مستقر نامند.

ب: تعارض غیر مستقر (ناپایدار): در مواردی که تنافی میان مدلول دو دلیل ظاهری و غیرواقعی بوده و از نوع تناقض یا تضاد نباشد. تعارض غیر مستقر خود به چند دسته تقسیم می‌شود:

۱- تخصص: منظور خروج موردی از دایره موضوع دلیل به نحو حقیقی و تکوینی است. مانند خروج جاهل از حکم وجوب احترام دانشمندان که به نحو حقیقی بیرون است.



ظرافت خاصی برخوردار است. در واقع گستردگی و تنوع چشم گیر قراردادهای تجاری بین‌المللی در سه حوزه مبادله کالا، خدمات و مالکیت فکری^۵ سبب گردیده است، شیوه‌های حل تعارض در این قراردادها تحلیل‌های عمیق‌تر و تخصصی‌تری را نیاز داشته باشد. ضمن اینکه هر کدام از این حوزه‌ها خود دستخوش انشعاب‌های فراوان و موضوعات و

۲- ورود: منظور خروج حقیقی چیزی از موضوع دلیل به واسطه تعبد به دلیل دیگر است. مانند ورود ادله امارات بر اصول عملیه که تعبد به ادله امارات حقیقتاً موجب خروج شبهه از موضوع و اصول عملیه می‌گردد.

تفاوت ورود و تخصص در این است که در تخصص خروج موضوعی، ذاتی و تکوینی و بدون عنایت به تعبد است، اما خروج موضوعی ورود، ذاتی و تکوینی نیست، بلکه تعبدی است.

۳- حکومت: منظور تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دلیل دیگر به نحو توسعه و تعمیم و یا تضییق و تخصیص است. مثل اینکه یک حکم بگوید احترام به دانشمندان واجب است و سپس حکم دیگری مدلول حکم اول را توسعه دهد و بگوید احترام دانشمندان پس از مرگ آنان نیز لازم است. در اینجا دلیل دوم بر دلیل اول حاکم است، زیرا محمول دلیل اول را توسعه داده است.

۴- تخصیص: منظور خارج ساختن برخی افراد موضوع عام از شمول حکم با حفظ موضوع است. مثل خارج ساختن علمای زشت‌کردار از تحت وجوب احترام آنان.

تفاوت تخصیص و حکومت در نحوه بیان و به اصطلاح علم اصول در لسان دلیل است. در حکومت نحوه بیان و لسان دلیل جنبه تفسیری دارد، مانند اینکه بگوییم علمای زشت‌کردار عالم نیستند، ولی در تخصیص دلیل مخصص تفسیر نمی‌کند بلکه موردی را از تحت شمول حکم عام خارج می‌سازد، مانند خارج ساختن علمای زشت‌کردار از تحت وجوب احترام آنان.

در تعارض، تنافی بین مدلول دو دلیل در مقام تشریع و وضع است، اما در تراحم تنافی بین مدلول دو دلیل در مقام امتثال است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک: المظفر، الشیخ محمد رضا، اصول فقه، جلد سوم، مباحث الحجه، چاپ دوم، انتشارات جهان، صص ۲۱۳-۲۲۶، انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول و هوالرسائل، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، لبنان، ۱۴۱۱ هـ ق ۴۲۹ و الطباطبایی الحکیم، السید محسن، حقایق الأصول و هی تعلیقه علی کفایه المحقق خراسانی، جلد دوم، چاپ سوم، منشورات مکتبه بصیرتی، قم، ص ۵۶۱.

5. Intellectual Property (IP)

مسائل جدید شده است. بنابراین در صورت حدوث تعارض در قراردادهای بین‌المللی، پیدا کردن تمام زوایای تاریک و پنهان اراده طرفین از ژرفای خاصی برخوردار است. عمده‌تاً تعارض در قراردادهای تجاری بین‌المللی از دو حالت خارج نیست. حالت اول، تعارض در منابع تفسیر قرارداد^۶ است، مانند اینکه در یک قرارداد، مدلول عرف با شروط صریح قرارداد قابل جمع نباشد. حالت دوم، تعارض در اصول و تکنیک‌های تفسیر قرارداد است، مانند اینکه در یک قرارداد تجاری بین‌المللی، اصل تفسیر به زیان تنظیم‌کننده با اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد معارض باشند.

آنچه در این نوشتار مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تنها حالت اول تعارض است و بررسی موارد تعارض بین قواعد و تکنیک‌های تفسیر قرارداد نیازمند مطالعه جداگانه است و در جای خود باید مورد نقد و تحلیل قرار گیرد.

در بررسی موضوع مقاله حاضر، به مواد و مقررات کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه در مورد قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا^۷ (U.L.I.S)، کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه در مورد قانون متحدالشکل تشکیل قرارداد فروش بین‌المللی کالا^۸ (U.L.F) و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد بیع بین‌المللی کالا^۹، استناد شده است. همچنین از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۰} مصوب ۱۱۹۹۴ مؤسسه UNIDROIT و اصول اروپایی حقوق قراردادها^{۱۲}

۶. منظور از منابع تفسیر قرارداد، همان ابزارها و لوازم کشف قصد واقعی یا نوعی متعاقدين است.

7. Convention relating to the Uniform Law on the International Sale of Goods, 1964 (U.L.I.S).

8. Convention relating to the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, 1964 (U.L.F).

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

10. Principles of International Commercial Contracts, 1994 (PICC).as revised in 2004.



مصوب ۱۳۹۸^{۱۳} به عنوان مهم‌ترین اسناد یکنواخت در حوزه حقوق تجارت بین الملل استفاده فراوان شده است. در عین حال با توجه به الهام گرفتن تدوین‌کنندگان این اسناد از رویه قضایی انگلیس، بررسی نظام حقوقی این کشور نیز در این جستار مورد توجه قرار گرفته است.

گفتار اول: تعارض بین شروط و عبارات قرارداد

تردیدی وجود ندارد که متن قرارداد^{۱۴} شامل شروط، عبارات و مندرجات آن، بیشتر از هر عامل دیگری منعکس‌کننده حدود التزام و تعهدات متعاقدين می‌باشد. با وجود این، همین عامل خود در بسیاری از موارد منبع و مصدر اختلافات قراردادی تلقی می‌گردد، مانند اینکه بندها و شروط قرارداد نقیض یکدیگر باشند، یا اینکه عبارات و مندرجات آن از همخوانی و تناسب لازم برخوردار نباشد و موجب دو تفسیر متفاوت یا متناقض شود. در این موارد چه راه حلی باید اتخاذ نمود؟

به طور کلی در قراردادهای تجاری بین‌المللی دو فرض قابل تصور است:

۱. عبارات و مندرجات قرارداد در طول هم هستند، مانند اینکه پاره‌ای از قسمت‌ها به طور مشخص مورد مذاکره متعاقدين قرار گرفته و پاره‌ای دیگر مورد مذاکره قرار نگرفته‌اند. در این حالت شروط و عبارات مذاکره شده به دلیل نزدیکی به اراده در اولویت قرار دارند. حالت دیگر زمانی است که یک قرارداد تجاری بین‌المللی به صورت تیپ و

۱۱. در مباحث بعدی از این سند، به عنوان اصول مؤسسه تعبیر می‌گردد.

12. Principles of European Contracts Law, 1998 (PECL)

۱۳. در مباحث بعدی از این سند، به عنوان اصول اروپایی تعبیر می‌شود.

14. Text of Contract

نمونه از قبل تنظیم شده است و بعداً متعاقدين مواردی را به صورت دست‌نویس یا تایپ به آن اضافه می‌نمایند. حال سؤال این است که در صورت حدوث تعارض بین عبارات نمونه و دست‌نویس کدام یک مقدم‌اند؟

در بین کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی، اصول مؤسسه به این سؤال پاسخ روشن داده است. ماده ۱۹-۲ این سند، شروط استاندارد را چنین تعریف می‌کند: «آن دسته از مقررات نمونه و الگو که پیشاپیش از سوی یک طرف برای استفاده عمومی و مستمر آماده شده و در عمل بدون مذاکره با طرف دیگر از آن استفاده می‌شود.»^{۱۵} در صورت تعارض بین این شروط و شروطی که بعداً متعاقدين با توافق یکدیگر به قرارداد اضافه می‌نمایند، مورد اخیر به دلیل انتساب بیشتر به اراده آن‌ها مقدم خواهد بود. در همین ارتباط ماده ۲۱-۲ اصول مؤسسه بیان می‌دارد: «در صورت تعارض بین شروط استاندارد و شروط غیر استاندارد ارجحیت با شروط غیر استاندارد است.»^{۱۶}

این شیوه حل اختلافات قراردادی در حقوق داخلی کشورها نیز مورد پیروی قرار گرفته است.^{۱۷} رویه قضایی انگلیس در آراء متعددی^{۱۸} به‌طور قاطع پذیرفته است که در

15. Article 2.19(2): "standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party."

16. Article 2.21: "in case of conflict between standard terms and a term which is not a standard term the latter prevails."

17. Miller & jentz, Business Law Today, 6th edition, united state America: south western, Thomson, 2004, p.259.

18. Robertson V.French (1803)-Joyce V.Realm Insurance Co. (1827), Western Assurance Company of Toronto v. Poole (1903) – Addis V.Burrows (1948).

صورت تعارض بین شروط دست‌نویس^{۱۹} یا تایپ شده^{۲۰} که به‌طور مشخص مورد مذاکره متعاقدين قرار گرفته با شروط چاپی^{۲۱} که به صورت استاندارد تنظیم می‌گردند، اولویت با شروط دست‌نویس یا تایپ شده است.^{۲۲}

ماده ۱۶۵۱ قانون مدنی ایالت کالیفرنیا هم براین اساس تنظیم شده است.

۲. عبارات و شروط قرارداد در عرض هم هستند. مانند اینکه کل قرارداد به صورت نمونه و استاندارد تنظیم می‌گردد، یا اینکه تمام مندرجات و مفاد آن به صورت مشخص مورد مذاکره طرفین قرار گرفته است. در این موارد راه حل صریحی در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی پیش‌بینی نشده است و مسأله در هر مورد خاص باید با توجه به قرائن و اوضاع و احوال حاکم و با توسل به اصول و قواعد کلی تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی حل و فصل گردد.

نقد و بررسی

- بستر مناسب برای اجرای اصول و تکنیک‌های تفسیر قرارداد در حل اختلافات قراردادی، بیشتر در فرض تعارض بین شروط و عبارات قرارداد نمایان می‌گردد. بنابراین مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید تمام سعی و اهتمام خود را در مرتفع نمودن تنافی ظاهری میان عبارات و شروط قرارداد به کارگیرد و هیچگاه وجود تعارض ظاهری نباید موجبات لغو و بی اعتباری پاره‌ای از بندها و عبارات قرارداد را فراهم آورد.

19. Written.

20. typed

21. printed

22. lewison kim, interpretation of contracts, London: sweet& Maxwell, 2005. pp.203-204.

- در حقوق ایران در فرضی که عبارات و محتویات مصرح قرارداد با هم تعارض دارند و تعارض آن دو از نوع تعارض غیر مستقر می‌باشد، شیوه‌های خاصی برای رفع تنافی و تعارض وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها به شرح ذیل است:

الف) تقدم مقید بر مطلق.^{۲۳}

ب) تقدم خاص بر عام.

ج) تقدم عبارات دست‌نویس بر عبارات تایپی.

د) تقدم عبارات دست‌نویس یا تایپ‌شده بر عبارات چاپی.

با وجود این، ضابطه‌های ارائه شده قطعی و مسلم نیستند، بلکه صرفاً اماراتی هستند که امکان اثبات خلاف آن‌ها با توجه به قرائن و شواهد موجود امکان‌پذیر است.

گفتار دوم: تعارض متن قرارداد^{۲۴} با دیگر ابزارها

ممکن است عبارات و شروط صریح قرارداد با ابزارهای خارج از متن مانند عرف، شروط بنایی و یا مذاکرات مقدماتی در تعارض باشد. در این موارد مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید کدام یک را مقدم بداند؟ مطالب این گفتار در پاسخ به این سؤال تبیین گردیده است.

۲۳. در علم اصول بحثی وجود دارد مبنی بر اینکه دلالت مطلق بر اطلاق به واسطه وضع لفظ است یا به واسطه مقدمات حکمت؟ نظریه مشهور این است که دلالت مطلق بر اطلاق از باب مقدمات حکمت است و وضعی نیست. مراد از مقدمات حکمت مواردی است که در صورت جمع بودن آن‌ها می‌توان گفت مطلق دلالت بر اطلاق دارد. این مقدمات عبارتند از:

الف) امکان اطلاق و تقيید وجود داشته باشد. ب) گوینده در مقام بیان باشد. ج) قرینه تقيید در کلام وجود نداشته باشد. د) قدر متیقنی در مقام مخاطب وجود نداشته باشد. روشن است که قدر متیقن خارج از مقام مخاطب و محاوره زبانی به تمسک به اطلاق نمی‌رساند. بازگشت این سخن به این است که وجود قدر متیقن در مقام محاوره و مخاطبه، به منزله قرینه لفظیه بر تقيید است. بنابراین با فرض وجود آن، برای لفظ، ظهوری در اطلاق منعقد نمی‌شود. برای مطالعه بیشتر ر.ک: المظفر، الشیخ محمد رضا، اصول فقه، جلد اول، مباحث الألفاظ، چاپ دوم، انتشارات جهان، ص ۱۸۶.

۲۴. مراد از متن قرارداد (Text of Contract) در این گفتار، تنها الفاظ و عباراتی است که متعاقبین آن را به نحو صریح و روشن در قرارداد اصلی و متن نهایی، وسیله ابراز اراده خود قرارداده‌اند.

بند اول: تعارض متن قرارداد با عرف

در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی، عرف صرفاً ابزاری برای کشف قصد واقعی یا نوعی متعاقدين در فرایند تفسیر قرارداد محسوب می‌گردد و به هیچ وجه توان تکمیل قرارداد را ندارد. (ماده ۸-۴ اصول مؤسسه) به عبارت دیگر عرف تنها می‌تواند کاشف اراده طرفین قرارداد تلقی گردد، نه اینکه مکمل اراده آن‌ها به حساب آید. با این تحلیل سؤال این است که در صورت حدوث تعارض بین حکم عرف و عبارات و مندرجات صریح قرارداد، نیروی اراده متعاقدين زوال می‌پذیرد یا اینکه کاشفیت عرف در محاق خواهد رفت؟

پاسخ به این سؤال در هیچ کدام از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی به روشنی بیان نگردیده است، لیکن با توجه به مبانی تحلیلی حاکمیت اراده و نقش آن به عنوان جوهره اصلی و بنیان ایجاد تعهدات متعاقدين می‌توان گفت، عرف اماره‌ای است که اعتبار آن صرفاً به دلیل کاشفیت از قصد مشترک انشاء کنندگان قرارداد است و به هیچ وجه تاب مقاومت در برابر اراده صریح طرفین را ندارد. به عبارت دیگر عرف و شروط صریح قرارداد هر دو کاشف از اراده متعاقدين هستند، اما دلالت شروط صریح، قوی‌تر و انتساب آن به اراده به مراتب نزدیک‌تر و ملموس‌تر از حکم عرف است. آنچه این استدلال را تقویت می‌نماید این است که نظام حقوق تجارت بین‌الملل نظام «مبتنی بر اراده‌ها» است و اصولاً محاط به قواعد عرفی و مقررات آمره کشورها می‌گردد.^{۲۵} بنابراین عرف‌های مورد نظر در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل، برخلاف عرف‌های حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق معاهدات هر چقدر هم شناخته شده، منظم و جهانی باشند، جز در موارد استثنایی

۲۵. امروزه متأسفانه دخالت دولت‌ها در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل رو به فزونی است و این امر از طریق اعمال مقررات آمره نمایان می‌گردد. در حال حاضر این مسأله بیشتر در حوزه مالکیت فکری (Intellectual Property) مشاهده می‌گردد.

فاقد وصف آمره هستند و به راحتی می‌توانند تحت الشعاع اراده متعاقدين قرار گیرند. این تحلیل در حقوق داخلی کشورها هم از پشتوانه قوی برخوردار است. رویه قضایی انگلیس در دعوای معروف *Les Affreteurs Reunis Societe Anonyme v. Walford* در سال ۱۹۱۹ با بیانی روشن و صریح پذیرفت که عرف نمی‌تواند با اراده متعاقدين در تضاد و تغایر باشد. حقوق‌دانان انگلیسی هم معتقدند عرف برای ویران ساختن^{۲۶} و خنثی نمودن حقوق تعهدات و قراردادهای نیست، بلکه به منظور اجرای^{۲۷} درست آن پا به عرصه وجود می‌گذارد. بنابراین نباید با شروط صریح قرارداد معارض^{۲۸} باشد بلکه بیشتر باید به تقویت^{۲۹} این شروط پردازد و به هدف و سیاست کلی آن‌ها کمک نماید.^{۳۰} در حقوق آمریکا نیز عمده‌تأ همین شیوه مورد پذیرش قرار گرفته است؛ همچنانکه در بند ۴ ماده ۲۰۵-۱ و ماده ۲۰۸-۲ قانون یکنواخت تجاری آمریکا^{۳۱} به تقدم شروط صریح نسبت به عرف و مناسبات تجاری گذشته در فرایند تفسیر قرارداد تأکید گردیده است.^{۳۲} علاوه بر این، دکترین حقوقی در آمریکا بر این عقیده است که عرف تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند بر مقررات صریح قرارداد غلبه نماید.^{۳۳}

26. Destroy

27. Fulfill

28. Contradict

29. Reinforce

30. Cheshire, Fifoot and Furmston's, Law of Contract, 12th edition, London: Butter orths, 1991, p 135.

31. UCC.

32. Express Terms Control Both Course of Dealing and Usage of Trade

33. Twomey, Yenning, Fox Anderson's, Business Law and The Legal Environment, 18Th Edition, West Thomson Learning 2004, p.319.

نقد و بررسی

دانستیم که در صورت تعارض عرف با عبارات و شروط صریح قرارداد، کاشفیت عرف زائل می‌گردد. اما آنچه نیاز به تحلیل دارد این است که اگر در یک قرارداد تجاری بین‌المللی مدلول عرف با محتوای غیر مصرح عقد اعم از شروط ضمنی و بنایی متعارض گردد، کدام یک از آن دو باید مقدم دانسته شود؟

پاسخ به این سؤال در هیچ کدام از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تبیین نگردیده است. اما آنچه به کمک اصول و قواعد حاکم بر تفسیر قراردادها می‌توان گفت این است که ملاک تقدم یکی بر دیگری قوت ارتباط آن با اراده طرفین است. برای مثال ممکن است متعاقدين با توافق بر یک عرف خاص از مدلول شروط بنایی و ارتكازی دست کشیده باشند. از طرف دیگر ممکن است انعکاس شروط بنایی و ارتكازی در ذهن طرف‌های عقد مأنوس‌تر و آشکارتر از مدلول عرف باشد. با این توصیف پاسخ به این سؤال بر حسب شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد متفاوت خواهد بود.

بند دوم: تعارض متن قرارداد، با مذاکرات مقدماتی، شروط غیر صریح، اظهارات شفاهی و عملکرد متعاقدين

یکی از حالت‌های متداول و شایع تعارض در قراردادها، فرضی است که عبارات و شروط به کار رفته در متن نهایی قرارداد با مذاکرات قبل از عقد، اعمال و رفتار بعد از عقد، توافقات شفاهی و شروط غیر مصرح در تضاد و تناقض باشد. در این موارد سؤال این است که آیا مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید با ابتناء بر متن، همه ابزارها و دلایل خارجی^{۳۴} دیگر را نادیده بگیرد یا اینکه کاشفیت الفاظ و عبارات به کار خفته در متن نهایی را با وجود دلایل خارجی معارض بی اعتبار تلقی نماید؟

34. Extrinsic Evidence

این ابزارها و دلایل خارجی وسیله قابل اعتمادی برای کشف مقصود مشترک انشاء‌کنندگان قرارداد هستند، اما موضوع قابل توجه این است که دلایل خارج از متن در معارضه با متن نهایی قرارداد، خود زائل می‌شوند یا اینکه در عرض آن قرار می‌گیرند و در هر مورد مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید با توجه به قرائن و اوضاع و احوال موجود هر کدام را که کاشفیت بیشتری از قصد متعاقدين دارند برگزیند؟ در این موارد دو تحلیل به ذهن می‌رسد:

الف) در فرایند تفسیر، متن نهایی قرارداد بر دیگر عوامل خارجی رجحان دارد. زیرا، این امکان وجود دارد که پاره‌ای از مذاکرات مقدماتی، شروط بنایی و توافقات شفاهی در تنظیم متن نهایی قرارداد، متعلق قصد و اراده آن‌ها قرار نگرفته باشد؛ همچنین امکان دارد اعمال و رفتار بعدی متعاقدين مبتنی بر مسامحه نسبت به حقوق قراردادی باشد، اما الفاظ و عباراتی که در متن قرارداد به کار رفته است، حاصل قطعی‌ترین توافقات بوده و آخرین اراده متعاقدين را بیان می‌نماید. بنابراین در فرض تعارض، متن قرارداد از کاشفیت بیشتری برخوردار است.

ب) یک قرارداد تجاری بین‌المللی به صورت آنی منعقد نمی‌گردد، بلکه فرایند تشکیل آن عمدتاً تدریجی^{۳۵} و تکاملی بوده و در چندین مرحله صورت می‌پذیرد و ممکن است متعاقدين قبل از قرارداد اصلی، مذاکرات متعددی به صورت شفاهی و مکتوب داشته باشند که مبین بخشی از حقوق و تعهدات آن‌ها باشد. با این توصیف متن نهایی قرارداد تنها گوشه‌ای از مسائل و موضوعات قراردادی را که از اهمیت بیشتری برخوردار است، بیان می‌نماید و به هیچ وجه بیانگر تمام زوایای آشکار و پنهان اراده متعاقدين نیست. نتیجه این تحلیل آن است که متن قرارداد در عرض دلایل خارجی دیگر مانند مذاکرات مقدماتی

قرار می‌گیرد و در صورت حدوث تعارض بین آن دو، ملاک تقدم، انتساب بیشتر به اراده انشاء کنندگان قرارداد است.

نقد و بررسی

- آنچه در یک قرارداد تجاری بین المللی صریحا در متن نهایی بیان نمی‌شود، لیکن عقد بر اساس آن منعقد می‌گردد به منزله ذکر در عقد است و در فرایند تفسیر، در عرض الفاظ و عبارات به کاررفته در متن اصلی قرار می‌گیرد. اما آن دسته از توافقات و مذاکرات قبل از عقد که طرفین در زمان تنظیم قرارداد اصلی آن‌ها را کاملاً از یاد برده‌اند و عقد با ابتناء بر آن‌ها منعقد نگردیده است، در طول الفاظ و عبارات متن اصلی قرار می‌گیرند و در صورت حدوث تعارض، رجحان با شروط و عبارات صریح قرارداد است.^{۳۶}

۳۶. این تحلیل در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است. زیرا، در بسیاری از موارد قرارداد یک جریان ممتد و به هم پیوسته است و همه گفت و شنودهای پیشین و مذاکرات قبل از عقد در متن نهایی قرارداد درج نمی‌گردد. بنابراین تنها نمی‌توان با ابتناء بر متن اصلی، تمام پیشینه تکوینی یک قرارداد را نادیده انگاشت، اما نکته قابل توجه این است که با توجه به مبانی فقهی و حقوقی، مجموعه گفتگوهای پیش از عقد از ارزش یکسانی برخوردار نیستند و می‌توان آن‌ها را به دو دسته تقسیم نمود:

الف) شروط ابتدایی: منظور از شروط ابتدایی، آن دسته از شروط و توافقاتی است که کاملاً بی‌ارتباط با عقد هستند و طرفین در زمان تنظیم قرارداد اصلی آن‌ها را کاملاً از یاد برده‌اند.

ب) شروط بنایی: مراد از شروط بنایی، شروطی هستند که در عقد ذکر نمی‌شوند اما قرارداد با ابتناء بر آن‌ها تشکیل می‌گردد. نظر مشهور در فقه این است که این شروط الزام‌آور نیستند، چون در متن عقد ذکر نمی‌شوند (الشرط ان يلتزم به فی متن العقد)، اما گروهی دیگر از فقهای بزرگ مانند صاحب جواهر، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، محقق اصفهانی، میرزا حبیب الله رشتی و آیت الله خویی معتقدند شروط پیش از عقد چه به صورت کلمات رسمی و چه به صورت گفتگوی شفاهی، چنانچه متعلق قصد متعاقدين قرار گیرند در حکم ذکر در متن عقد می‌باشند. مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی بر پایه نظریه این دسته از فقها تنظیم یافته است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد سوم، مؤسسه النعمان، بیروت، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۱.

- در کلیه مواردی که بین متن یک قرارداد تجاری بین‌المللی با دلایل و ابزارهای خارج از متن تعارض پیش می‌آید، آشنایی با «دو نهاد» از اهمیت قابل توجهی برخوردار است:

۱. قاعده عدم پذیرش ادله شفاهی و غیرمکتوب^{۳۷}

قاعده عدم پذیرش ادله شفاهی و غیرمکتوب یا قاعده «parol evidence» یک نهاد برآمده از نظام کامن‌لا است که در فرایند تفسیر قراردادها از کاربرد فراوان برخوردار می‌باشد و می‌توان آن را «قاعده تأویل متن» یا «قاعده ابتناء بر اصالت متن قرارداد» نیز نامید. به موجب این قاعده در مواردی که یک قرارداد تماماً به صورت مکتوب منعقد می‌گردد، هیچ کدام از دلایل و ابزارهای خارجی نمی‌توانند به قرارداد اضافه شوند، آن را تغییر دهند یا با آن معارضه نمایند^{۳۸} و تنها چهارچوب^{۳۹} متن قرارداد از حرمت و قداست^{۴۰} برخوردار بوده و در فرایند تفسیر، نقش آفرینی می‌نماید، نه مذاکرات پیش از قرارداد، اظهارات شفاهی و سایر دلایل خارجی.

این قاعده نخستین بار در سال ۱۸۳۳ در پرونده Goss v. Lioyd Nugent توسط رویه قضایی انگلیس به رسمیت شناخته شد. در این پرونده دادگاه پذیرفت که متعلق قصد متعاقدين این است که سند مکتوب مبین تمام زوایای قرارداد آنها باشد. به همین دلیل ابزارها و دلایل خارجی نمی‌توانند به متن قرارداد^{۴۱} اضافه شوند، آن را تغییر دهند یا با آن در تضاد باشند.^{۴۲}

37. Parol evidence rule.

38. Where a contract is made wholly in writing no extrinsic evidence is admissible to add, vary or contradict the written terms.

39. Four Corners.

40. Sanctity.

41. Language of the document.

42. Willmott lindy, Christenen Shoron, Butler Des, Contract Law, Oxford University Press, 2001, P.231.

استناد به این قاعده در آراء متعددی از محاکم کامن‌لا مشاهده می‌گردد. برای مثال دادگاه انگلیس در سال ۱۹۲۴ و در پرونده *Jacobs v. Batavia and General plantations* مقرر داشت: «طبق قاعده *parol evidence* متعاقبین باید محدود^{۴۳} به مندرجات متنی باشند که خود انتخاب نموده‌اند و به هیچ وجه نمی‌توانند به توافقات شفاهی و دلایل خارجی استناد نمایند».

در دعوای دیگری در سال ۱۹۶۹ در کشور کانادا بین *Hawrish v. Bank of Montreal* یک وکیل دادگستری^{۴۴} به نمایندگی از شرکت، یک فرم عرضه شده^{۴۵} از طریق بانک را امضا نمود. وکیل به موجب این فرم شخصاً یک تضمین مستمری^{۴۶} را تا سقف ۶۰۰۰ دلار برای تمامی بدهی‌های حال و آینده شرکت به طرف مقابل اعطا نمود. پس از بروز اختلاف آقای وکیل در صدد بود که با ارائه دلایل خارج از متن قرارداد اثبات نماید که قصد او از تضمین بدهی شرکت، فقط حواله‌های بدون اعتبار ارزی^{۴۷} تا مبلغ ۶۰۰۰ دلار بوده است؛ اما دیوان عالی^{۴۸} کانادا با استناد به قاعده *parol evidence* استدلال ایشان را نپذیرفت. در حکم صادره از دیوان عالی کشور کانادا به دو مسأله اشاره شده است:

الف) قاعده *parol evidence* مختص قراردادهای نیست، بلکه در مورد تمامی اسناد مکتوب^{۴۹} کاربرد دارد.

43. Confine.

44. Solicitor.

45. Proffered.

46. Continuing Guarantee.

47. Current Overdraft.

48. Supreme Court.

49. Written Instruments.

ب) ممیزه اصلی قاعده مذکور این است که دادگاهها با استناد به آن به هیچ وجه درصدد کشف قصد واقعی متعاقدين نیستند و آنچه اهمیت دارد این است که قضات با توسل به معیارهای عینی، قصد آشکار شده^{۵۰} طرفین را از طریق عبارات به کاررفته در متن استنباط نمایند.^{۵۱}

قاعده مذکور در نظام حقوقی آمریکا از جایگاه خاص خود برخوردار است و حقوق دانان آمریکایی از آن به عنوان قاعده «چهارچوب متن»^{۵۲} تعبیر نموده‌اند.^{۵۳} مواد ۲۰۲-۲ A و

۲۰۲-۲ قانون یکنواخت تجاری آمریکا نیز در همین ارتباط مقرر می‌دارد: «در مواردی که طرفین، اراده نهایی خود را با انعقاد یک قرارداد مکتوب بیان می‌کنند، توافقات شفاهی پیشین یا همزمان^{۵۴} آن‌ها نمی‌تواند با متن اصلی در تعارض باشد، هرچند این توافقات شفاهی ممکن است متن اصلی را تفسیر یا تکمیل نمایند.» در بند ۲۰۱ ماده ۲۱۳ شرح حقوق قراردادهای آمریکا^{۵۵} با عنوان تأثیر توافق ادغام شده بر توافقات قبلی^{۵۶} آمده است: ۱. یک قرارداد ادغام شده تعهدآور، شروط اضافه شده بر قرارداد قبلی را تا حدی که با توافق ادغام شده تعارض دارد از بین می‌برد.

۲. توافقی که به‌طور کامل ادغام شده، توافقات قبلی را در حدودی که در قلمرو آن قرار می‌گیرد از بین می‌برد.

50. Manifested Intention

51. Cheshire Fifoot and Furmstons , Op.Cit, pp.123-124.

52 . Four Corner Rule.

53. Twomey, Yenning, Fox Op. Cit P316.

54. Contemporaneous.

55. Restatement of Contracts- Second.

56. Effect on Integrated Agreement on Prior Agreements .

ماده ۲۱۴ این قانون نیز با عنوان ادله مربوط به توافقات و مذاکرات قبلی یا همزمان^{۵۷} در واقع استثنائات قاعده را بر شمرده است. مطابق این مقرر، توافقات و مذاکرات قبلی یا همزمان در موارد ذیل به عنوان دلیل قابل قبول محسوب می‌شوند:

الف) اثبات اینکه یک سند مکتوب یک توافق ادغام شده است یا خیر.

ب) در فرض وجود چنین توافقی، ادغام به صورت جزئی صورت پذیرفته است یا کلی.

ج) تفسیر متن و درک معنی و مفهوم سند مکتوب، صرف نظر از اینکه یک توافق ادغام شده است یا خیر.

د) عدم مشروعیت، تقلب، اکراه، اشتباه، فقدان عوض یا دلایل دیگر بی اعتباری قرارداد.

ه) مبنای اعطای حق^{۵۸}، انکار حق فسخ^{۵۹}، اصلاح و تعدیل قرارداد^{۶۰}، ایفاء عین تعهد^{۶۱} یا شیوه‌های دیگر جبران خسارت.^{۶۲}

ماده ۱۶۳۹ قانون مدنی ایالت کالیفرنیا نیز بر پایه همین قاعده تنظیم گردیده است. قاعده parol evidence علاوه بر قوانین موضوعه، در رویه قضایی و دکتین حقوقی ایالات متحده آمریکا هم به رسمیت شناخته شده است.^{۶۳}

57. Evidence of Prior or Contemporaneous Agreements and Negotiations.

58. Ground for granting

59. Denying rescission

60. Reformation

61. Specific Performance

62. Farnsworth, E. Allen and Others, Selections For Contracts, First edition, Thomson West, Foundation Press, 2007, PP. 299-300.

63. Miller & Jentz, Op. Cit, P430.

ایرادات وارد بر این قاعده به ویژه نادیده انگاشتن قصد واقعی متعاقدين سبب گردید به مرور زمان استثنائاتی بر آن وارد شود. مهم‌ترین این موارد که در آن‌ها دلایل خارج از متن نیز در فرایند تفسیر قرارداد قابل پذیرش می باشد^{۶۴} به شرح ذیل است:

الف) قراردادهایی که قسمتی از آن به صورت کتبی و قسمتی دیگر به صورت شفاهی تنظیم شده است.^{۶۵}

اگر تمام قرارداد به صورت کتبی منعقد نشده باشد، محملی برای اعمال و اجرای parol evidence وجود ندارد. برای مثال در سال ۱۹۷۶ در دعوای oiMerzar Ltd v. Andree J.evans & Son (Portsmouth) Ltd که وارد کننده ماشین آلات بودند، قراردادی را با خواندگان در خصوص حمل چند دستگاه ماشین به انگلستان منعقد کردند. مطابق شروط استاندارد حمل و نقل تجاری، خواندگان در انتخاب شیوه حمل و نقل آزادی کامل داشتند، مگر اینکه دستور مخالفی از طرف خواهان‌ها در این زمینه صادر می گردید. به موجب شرط ضمن عقد، خواندگان از مسئولیت تلف یا نقصان به کالاها در طول جریان حمل معاف بودند. قبل از سال ۱۹۶۷ به دلیل جلوگیری از خرابی ماشین در جریان حمل روی عرشه^{۶۶} کشتی، خواندگان ترتیبی اتخاذ نمودند که به موجب آن عملیات حمل از طریق صندوق‌ها یا بارکش‌ها زیر عرشه کشتی صورت پذیرد. در سال ۱۹۷۶ در جریان مذاکراتی که بین دو طرف قرارداد صورت پذیرفت، خواندگان یک

64. Cases in which extrinsic evidence is admissible.

65. Contracts partly written and partly oral.

66. on deck.

تضمین شفاهی^{۶۷} به خواهان‌ها اعطا نمودند که به موجب آن کانتینرها از زیر عرشه کشتی حمل گردد. بنابراین خواهان‌ها با حمل و نقل ماشین‌ها از طریق کانتینر موافقت کردند. به سبب اشتباه سهوی خواندگان، کانتینر روی عرشه آمد و پس از آن سقوط کرد. به دلیل خسارات وارده، خواهان‌ها دعوایی به خواسته مطالبه خسارت به طرفیت خواندگان مطرح نموده و مدعی شدند حمل کانتینر روی عرشه کشتی نقض قرارداد حمل و نقل محسوب می‌گردد.

دادگاه انگلیسی در این پرونده چنین رأی داد: «تضمین شفاهی به منزله شرط صریح قراردادی است و چون قسمتی از قرارداد شفاهی و قسمتی دیگر کتبی منعقد شده است، قاعده parol evidence قابلیت اعمال نداشته و مدرک شفاهی خارج از متن قابل استماع می‌باشد. بنابراین چون خواندگان تعهد شفاهی خود را نقض نموده‌اند، مسؤول جبران خسارات وارده به ماشین‌ها می‌باشند.»^{۶۸}

ب) قراردادهای تبعی یا فرعی^{۶۹}

در برخی موارد، مرجع حل اختلاف با دو قرارداد مواجه می‌گردد: یکی قرارداد کتبی که باید قاعده parol evidence را در آن اجرا کند و دیگری یک قرارداد تبعی شفاهی^{۷۰} که به هیچ وجه حق اعمال قاعده مذکور را در آن ندارد. برای مثال در پرونده De Lassalle v. Guildford در سال ۱۹۰۱ دادگاه پژوهش انگلیس مقرر داشت: بر روابط طرفین دو

67. oral assurance.

68. Poole Jill, Case Book on Contract, Second Edition, 1995, Black Stone Press Limited, p.223.

69. Collateral contract.

70. Oral collateral contract.

قرارداد حاکم است یکی قرارداد تبعی مربوط به زه‌کشی آب^{۷۱} که یک توافق مستقل^{۷۲} است و قاعده parol evidence در آن جریان ندارد و دیگری قرارداد کتبی اجاره^{۷۳} که قاعده مذکور در آن اعمال می‌گردد.^{۷۴}

ج) قراردادهای مکتوبی که هنوز معتبر و لازم‌الاجرا نگردیده اند.^{۷۵}

شرط اعمال قاعده parol evidence در قراردادهای مکتوب این است که آن قرارداد معتبر^{۷۶} و نافذ باشد. بنابراین دلایل و مدارک شفاهی مبنی بر اینکه قرارداد مکتوب هنوز نافذ و معتبر نگردیده، قابل استماع است.^{۷۷}

د) شروط ضمنی

قاعده parol evidence که بر پایه و اساس اصالت متن و ابتنا به شروط صریح قرارداد استوار است، نمی‌تواند سبب نادیده گرفتن شروط و تعهدات ضمنی متعاقدين گردد. به عبارت دیگر شروط و تعهدات ضمنی، صرف‌نظر از اینکه منشاء آن اراده طرفین، حکم قانون یا عرف باشد تأثیرگذار می‌باشند و در واقع قاعده parol evidence صرفاً ناظر به شروط صریح قرارداد است.^{۷۸}

71. Drains.

72. Separate Agreement.

73. Tenancy.

74. Willmott Lindy, Christenen Sharon, Butler Des, Op.Cit, p, 234.

75. Written contracts are not yet inforce.

76. validity.

77. Ibid, p.235.

78. Treitel G.H, An outline of the Law of Contract, Sixth Edition, Oxford University Press, 2004, p4.

(و) عرف

یکی دیگر از استثنائات قاعده parol evidence عرف و عادات تجاری است. رویه قضاء انگلیس در پرونده Hatton v. Warren در سال ۱۸۳۶ صراحتاً مقرر داشت: استناد به عرف در قراردادهای مکتوب، به‌ویژه در مورد موضوعاتی که طرفین نسبت به آن تعیین تکلیف ننموده‌اند، قابل پذیرش است.^{۷۹}

(ه) قراردادهای مکتوبی که از تمامیت برخوردار نیست^{۸۰}

قاعده parol evidence یک فرضیه قانونی است، که اثبات خلاف آن امکان‌پذیر است.^{۸۱} بنابراین در مواردی که مشخص شود متعلق قصد متعاقدين تنها ابتناء به الفاظ و عبارات متن قرارداد نبوده، استناد به دلایل خارجی و بیرونی به وسیله طرفین امکان‌پذیر است.^{۸۲} این مسأله در پرونده Gillespie v. Cheney Egar Co توسط قاضی دادگاه به رسمیت شناخته شد.^{۸۳}

۲. شرط ادغام

شرط ادغام یا Merger Clause در اصطلاح حقوقی به این معنا است که متعاقدين به موجب شرط ضمن عقد، صراحتاً می‌پذیرند که تنها متن قرارداد اصالت و محوریت داشته

79. Treitel G.H, The Law of Contract, Eleventh Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, 2003, P.198.

80. Written agreement not the whole agreement.

81. This presumption is reputable.

82. Cheshire Fifoot and Furmston's Op.Cit P125.

83. Lewison Kim Op.Cit p35.

و در واقع قرارداد مکتوب، تجسم مفاد مورد توافق است. بنابراین اظهارات یا توافقات پیشین آن‌ها نمی‌تواند مکمل یا ناقض این قرارداد باشد. با این تحلیل Merger Clause را می‌توان شرط «تأویل متن»، «ابتناء بر اصالت متن» یا «تمامیت قرارداد» نام نهاد.^{۸۴}

ریشه Merger clause را باید در نظام حقوقی انگلستان جستجو کرد. این نهاد در دهه هفتاد و هشتاد میلادی در قراردادهای تجاری این کشور با عنوان entire agreement clause مرسوم و متداول گردید.^{۸۵} این نهاد که انعکاسی از اصل آزادی قراردادهای^{۸۶} است، در بین اسناد بین‌المللی نخستین بار در اصول مؤسسه مطرح گردید. ماده ۱۷-۲ این سند بین‌المللی بیان می‌دارد: «یک قرارداد کتبی ممکن است متضمن شرطی باشد که به موجب آن متن قرارداد به طور کامل در بردارنده شروط مورد توافق طرفین است و اظهارات و توافقات قبلی آنان نمی‌تواند متن قرارداد را تکمیل یا نقض نماید. این اظهارات و توافقات را می‌توان در فرایند تفسیر متن به عنوان یک ابزار به کار برد».^{۸۷}

۸۴. در قراردادهای تجاری بین‌المللی هم عبارات و اصطلاحاتی مانند Integration clause, entire contract clause, entire agreement در واقع عبارت اخرای Merger Clause است.

۸۵. مدلول و مفهوم این نهاد در حقوق انگلیس به این شرح است:

"This agreement contains the entire agreement between the parties in relations to the subject matter thereof and supercedes all prior agreements..." Willmot Richard, QC smith, Construction Contracts Law and Practice, First edition, oxford university press, 2006.p.47.

86. Principle of Freedom of contract.

87.2.17: "A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However such statements or agreements may be used to interpreted the writing."

نویسندگان اصول اروپایی نیز با الهام از تدوین کنندگان اصول مؤسسه، این نهاد را در ماده ۱۰۵-۲ مورد امعان نظر قرارداده‌اند. در این مقرر با عنوان Merger clause آمده است:

۱. اگر یک قرارداد مکتوب متضمن شرطی باشد که به موجب آن متن قرارداد در بردارنده تمامی شروط مورد توافق بوده و این شرط به‌طور مشخص مورد مذاکره متعاقدين قرار گرفته باشد، تمامی اظهارات، تعهدات و توافقات پیشین کنار رفته و به هیچ وجه نمی‌توانند بخشی از قرارداد را تشکیل دهند.

۲. اگر Merger Clause به‌طور مشخص بین متعاقدين مورد بحث و مذاکره قرار نگرفته باشد، تنها اثر آن ایجاد و تثبیت اماره‌ای است که براساس آن طرفین قصد نموده‌اند تا اظهارات، تعهدات و توافقات قبلی آن‌ها جزئی از قرارداد محسوب نگردد. این قاعده را نمی‌توان مستثنی یا محدود نمود.

۳. اظهارات قبلی متعاقدين ممکن است ابزاری برای تفسیر قرارداد محسوب گردد. این قاعده را نمی‌توان مستثنی یا محدود نمود، مگر از طریق شرطی که به‌طور مشخص مورد مذاکره قرار گرفته باشد.

۴. یکی از طرفین قرارداد ممکن است به واسطه اظهارات یا عملکرد خود از ادعای Merger Clause در محدوده‌ای که طرف دیگر قرارداد به نحو متعارف به آن اظهارات و اعمال و رفتار اعتماد کرده است، ممنوع گردد.^{۸۸}

- با مقایسه و تطبیق ماده ۱۷-۲ اصول مؤسسه و ماده ۱۰۵-۲ اصول اروپایی موارد ذیل قابل استنباط است:

۸۸. ریشه این ممنوعیت در قاعده استاپل Estoppel نهفته است. بر این اساس مشخص می‌شود نویسندگان اصول اروپایی حقوق قراردادها در تنظیم این مقرر تحت تأثیر نظام حقوقی کامن‌لا قرار گرفته‌اند.

۱. عبارت بند ۱ ماده ۱۰۵-۲ اصول اروپایی مبنی بر ضرورت مذاکره مشخص و جداگانه متعاقدين در مورد Merger Clause گویای توجه و عنایت خاص نویسندگان این سند به حاکمیت اراده واقعی و درونی طرفین در تعیین این شرط است.

۲. آنچه نوعاً در مواد مربوطه در دو سند مورد تأکید و تصریح قرار گرفته این است که اظهارات و توافقات پیشین^{۸۹} طرفین نمی‌تواند در تعارض^{۹۰} با متن قرار گیرد، آن‌را تکمیل نماید^{۹۱} یا بخشی از قرارداد محسوب شود،^{۹۲} اما تردیدی وجود ندارد که این اظهارات و توافقات را می‌توان به عنوان ابزاری برای تفسیر متن اصلی و نهایی قرارداد به کار برد.

۳. شرط Merger Clause به کیفیتی که در اسناد بین‌المللی بیان گردیده تنها موجب نادیده گرفتن شروط بنایی، مذاکرات مقدماتی، توافقات و اظهارات پیشین می‌گردد، اما منابع و ابزارهای دیگر تفسیر قرارداد مانند عرف، رویه تثبیت‌شده و مقرر بین طرفین و عملکرد بعدی متعاقدين به قوت خود باقی می‌ماند. با این توصیف تردیدی وجود ندارد که نویسندگان اصول مؤسسه و اصول اروپایی، تنها جلوه ناقصی از نظریه «تمامیت قرارداد» و «تأویل متن» را در قالب Merger Clause پذیرفته‌اند. لذا جلوه کامل این نهاد تنها در صورتی محقق می‌گردد که طرفین یک قرارداد بین‌المللی با رعایت قواعد آمره توافق نمایند که تنها عبارات و شروط صریح عقد، مبنای تفسیر قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات آن‌ها قرار گیرد و سایر ابزارها و دلایل خارجی مانند عرف، مذاکرات مقدماتی و رویه‌های تثبیت‌شده، نه تنها توان نقض، تکمیل و معارضه با متن قرارداد را ندارند بلکه نمی‌توانند ابزار و وسیله‌ای برای تفسیر آن محسوب شوند.

89. Prior Statement or agreements.

90. Contradicted.

91. Supplemented.

92. Do not form part of the Contract.

نهاد Merger Clause در رویه قضایی و داوری بین‌المللی هم انعکاس زیادی داشته است، که برای نمونه تنها به دو مورد از این آرا اشاره می‌گردد:

الف) پس از حدوث اختلاف، خواهان دادخواستی به دیوان داوری بین‌المللی (ICC) تسلیم نمود. دیوان بعد از استماع اظهارات طرفین مقرر داشت: «با توجه به پیش‌بینی شرط Merger Clause در قرارداد و با استناد به ماده ۱۷-۲ اصول مؤسسه، اظهارات، توافقات پیشین و مذاکرات مقدماتی نمی‌توانند با متن قرارداد مغایر بوده و یا آن را تکمیل نمایند. بنابراین محوریت تنها با الفاظ و عبارات به کار رفته در متن نهایی قرارداد است».^{۹۳}

ب) یک شرکت آمریکایی، قراردادی با شرکتی از لوکزامبورگ در خصوص خرید قسمتی از سهام یک شرکت ثالث، که در مالکیت یکی از طرفین بود، منعقد کردند. قرارداد تحت حاکمیت قانون ایتالیا قرار گرفت. متعاقباً در قرارداد «شرط تعدیل قیمت»^{۹۴} را پذیرفته بودند لیکن در مورد مفهوم و معنای درست^{۹۵} آن اختلاف داشتند. یکی از طرفین ادعا می‌کرد این شرط باید در پرتو بند ۲ ماده ۱۳۶۲ قانون مدنی ایتالیا مورد تفسیر قرار گیرد که به موجب آن تمامی عملکرد طرفین، اظهارات و توافقات قبلی آن‌ها باید مورد امعان نظر قرار گیرد. طرف دیگر عقیده داشت با توجه به پیش‌بینی Merger Clause در قرارداد، تنها متن نهایی اصالت و محوریت دارد و باید آن را جایگزین تمامی مذاکرات مقدماتی، توافقات قبلی و بعدی، شروط فرعی و تعهدات شفاهی دانست. دیوان داوری بین‌المللی پس از استماع اظهارات طرفین، با استناد به ماده ۱۷-۲ اصول مؤسسه مقرر

93. ICC International Court of Arbitration Zurich, Date: 00.03.1998, No: 9117, Parties: unknown (available at: <http://www.unilex.info>).

94. price adjustment clause.

95. proper meaning.

نمود: آنچه به عنوان Merger Clause در قرارداد پیش‌بینی شده تنها مبین این است که اظهارات شفاهی، مذاکرات مقدماتی و توافقات پیشین نمی‌تواند مکمل یا ناقض قرارداد مکتوب باشد، اما هیچگاه به معنای این نیست که این ابزارها و دلایل خارج از متن نتوانند وسیله و ابزاری برای تفسیر قرارداد مکتوب محسوب شوند.^{۹۶}

۳- تفاوت parol evidence rule با Merger clause

این دو نهاد از جهت ابتناء بر متن قرارداد به عنوان منعکس‌کننده تمام مفاد مورد توافق، با هم مشابهت تام دارند، اما در عین حال بین آن دو تفاوت‌های بنیادین و محوری وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها به شرح ذیل است:

۱. قاعده parol evidence یک نهاد کامن‌لایی است که از درون آرا و اندیشه‌های قضات و حقوق‌دانان انگلیسی نشأت گرفته است، در حالی که Merger clause یک تأسیس نوپا و جدیدی است که در نظام حقوق تجارت بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است. هر چند نشأت گرفته از شرط تمامیت قرارداد^{۹۷} در حقوق انگلیس می‌باشد.

۲. نهاد parol evidence یک قاعده است و ارتباطی به توافق طرفین ندارد اما Merger clause یک شرط ضمن عقد است و وام‌دار اصل حاکمیت اراده می‌باشد.

۳. در parol evidence دلایل خارجی و اظهارات شفاهی نمی‌تواند چیزی به متن قرارداد بیافزاید،^{۹۸} آن را تغییر دهد^{۹۹} یا با آن معارضه نماید.^{۱۰۰} اما در Merger Clause معارضه

96. Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, Date: 28. 11. 2002, Parties: unknown (available at: <http://www.unilex.info>).

97. entire agreement clause .

98. To add.

کردن و تکمیل نمودن^{۱۰۱} متن قرارداد با اظهارات، تعهدات و توافقات پیشین ممنوع اعلام شده است.

۴. نهاد Parol evidence مخالف اصل حاکمیت اراده در قراردادها بوده و کاملاً جنبه تحمیلی دارد. به همین دلیل با اعمال این قاعده در بسیاری از موارد قصد متعاقدين نادیده گرفته می‌شود، در حالی که نهاد Merger Clause نه تنها با حاکمیت اراده مخالف نیست، بلکه کاملاً در راستای اثر بخشی به آن تأسیس شده است.

۵. قاعده Parol evidence در نظام حقوقی کامن‌لا با استثنائات فراوان مواجه شده است، اما در اسناد بین‌المللی به‌طور صریح هیچ عاملی به عنوان استثناء بر Merger Clause بیان نگردیده است.

بند سوم: تعارض متن قرارداد با قانون حاکم

در قراردادهای تجاری بین‌المللی بسیار مرسوم و متداول است که یکی از شروط و مندرجات قرارداد با قانون قابل اعمال بر آن مغایر و مخالف باشد.^{۱۰۲} برای مثال طرفین صریحاً اصول مؤسسه یا اصول اروپایی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نموده‌اند و از طرفی یکی از شروط ضمن عقد برخلاف پاره‌ای از مقررات قانون حاکم می‌باشد. در این موارد مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید کدام‌یک را مقدم بشمارد؟ آیا نیروی اراده

99. Vary.

100. Contradict .

101. Supplement.

۱۰۲. در این بحث تفاوتی وجود ندارد بین حالتی که متعاقدين خود صریحاً یا ضمناً قانون حاکم را انتخاب کنند یا اینکه مرجع حل اختلاف بین‌المللی با استفاده از شیوه‌ها و معیارهای عینی قانون مناسب را تعیین نماید.

صریح طرفین قرارداد به دلیل مخالفت با قانون حاکم زوال می‌پذیرد یا اینکه قانون قابل اعمال در محاق خواهد رفت؟ پاسخ به این سؤال در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی به روشنی تبیین نشده است، اما یافتن راه‌حل مناسب بیش از هر چیز بسته به جنبه تکمیلی یا امری بودن قانون حاکم دارد: ۱۰۳

- در ماده ۳ کنوانسیون لاهه در مورد قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی شده است که: «طرفین قرارداد می‌توانند اعمال مقررات این قانون را جزئاً یا کلاً به صورت صریح یا ضمنی نادیده بگیرند.»^{۱۰۴} و این امر به معنی این است که هیچ قاعده امری در کنوانسیون مذکور پیش‌بینی نشده و اراده صریح یا ضمنی متعاقدين در متن قرارداد می‌تواند بر خلاف احکام و مقررات آن باشد.

- در کنوانسیون وین، برتری حاکمیت اراده بر مقررات کنوانسیون به عنوان یک اصل به رسمیت شناخته شده است و به جزء ماده ۱۲، قاعده امری دیگری در آن پیش‌بینی نشده است؛ همچنان که ماده ۶ این سند مقرر می‌دارد: «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آن را تغییر دهند».

- در اصول مؤسسه و اصول اروپایی توافق صریح یا ضمنی طرفین تنها بر خلاف قواعد تکمیلی امکان‌پذیر است. ماده ۵-۱ اصول مؤسسه در همین زمینه مقرر می‌دارد «طرفین

۱۰۳. در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز هنگام تعارض قوانین، چنانچه قواعد قانون خارجی که اعمال آن مجاز شمرده شده مغایر با نظم عمومی یا قواعد آمره مقرر دادگاه باشد، قانون خارجی اعمال نخواهد شد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه: ر.ک: نیکبخت؛ دکتر حمید رضا «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۹.

104. Article 3: "The parties to a contract of sale shall be free to exclude the application thereto of the present law either entirely or partially. Such exclusion may be express or implied."

می‌توانند اعمال این اصول را مستثنی نموده یا از آثار هریک از مقررات آن شانه خالی کنند یا آن آثار را تغییر دهند، مگر در مواردی که خلاف آن در این اصول مقرر شده باشد. در بند ۲ ماده ۱:۱۰۲ اصول اروپایی نیز عیناً همین مفهوم تکرار گردیده است.

نقد و بررسی

- امروزه بر کسی پوشیده نیست که نظام حقوق تجارت بین‌الملل، نظام مبتنی بر «اراده‌ها» است و قواعد و مقررات آن عمدتاً محاط بر قواعد آمره کشورها می‌باشد، اما نظام حاکم بر مبادلات تجاری بین‌المللی اقتضاء می‌نماید اراده طرفین در تنظیم شروط و عبارات صریح قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات قراردادی با محدودیت‌هایی مواجه گردد.^{۱۰۵} یکی از این محدودیت‌ها قواعد آمره قانون حاکم بر قرارداد است. این قواعد بسته به اینکه موضوع در کدام سیستم حقوقی یا بر اساس کدام کنوانسیون یا سند بین‌المللی مورد مطالعه قرار می‌گیرد، متفاوت خواهد بود. بنابراین در فرض تعارض متن قرارداد با قانون حاکم، مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید قبل از هر چیز قواعد و مقررات قانون حاکم را به درستی مورد شناسایی قرار دهد و در صورتی که شروط و عبارات صریح قرارداد بر خلاف قواعد امری قانون حاکم تنظیم شده باشد از ترتیب اثر دادن به توافق طرفین خودداری نماید.

- با توجه به اصل حاکمیت اراده، مادام که امری بودن یک قاعده در قانون حاکم احراز نگردد، باید توافق طرفین بر خلاف آن را معتبر دانست. بنابراین در موارد تردید، اصل بر تکمیلی بودن مقررات قانون حاکم است و نتیجه آن اثربخشی به قصد مشترک متعاقدين است.

۱۰۵. در مورد اصل حاکمیت اراده در تعیین حقوق و تعهدات قراردادی دو نظریه عمده وجود دارد: نخست نظریه لیبرالیسم کلاسیک که بر اساس آن طرفین از قدرت و آزادی کامل برخوردارند. دوم نظریه پوزیتیویسم حقوقی است که متعاقدين را با محدودیت‌هایی گسترده مواجه می‌نماید. نظام حقوق تجارت بین‌الملل جزء در موارد بسیار نادر و استثنایی، از نظریه نخست تبعیت نموده است.

- در حقوق ایران نیز در فرض تعارض بین متن قرارداد با قانون باید بین مقررات امری و تکمیلی تمایز قائل شد. بدون تردید توافق صریح یا ضمنی بر خلاف قواعد تکمیلی معتبر و نافذ است، لیکن به موجب مسلمات حقوقی، دکترین و پاره‌ای از مواد قانونی مانند مواد ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی هرگونه توافق بر خلاف مقررات آمره محکوم به بطلان است.

گفتار سوم: تعارض عرف با عرف و یا با دیگر ابزارها

در قراردادهای تجاری بین‌المللی گاه یک عرف با عرف دیگر تعارض پیدا می‌نماید و گاه یک عرف با سایر ابزارها و لوازم کشف اراده متعاقدين معارضه می‌کند. در این گفتار در دو بند جداگانه به تبیین این موضوع می‌پردازیم.

بند اول: تعارض بین دو عرف

در حوزه حقوق تجارت بین‌الملل عرف از جنبه‌های گوناگونی قابل تقسیم است. حال می‌خواهیم ببینیم در فرض حدوث تعارض بین دو عرف، مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید کدام یک را بر دیگری مقدم شمارد؟

۱. تعارض بین عرف عام و خاص

ممکن است یک عرف عام تجاری که در تمامی رسته‌ها و زمینه‌های مبادلات بازرگانی بین‌المللی پذیرفته شده است با یک عرف خاص که ویژه صنف مشخصی از بازرگانان می‌باشد معارضه نماید. برای مثال در قراردادهای مربوط به انتقال تکنولوژی،^{۱۰۶} علاوه بر عرف‌های عام و شناخته شده که در تمامی قراردادهای حکم‌فرما است، یک دسته عرف‌های خاصی وجود دارد که به مرور زمان بین بازرگانان و تجار این رسته تجاری شکل گرفته

106. Transfer of Technology.

است. حال اگر در یک قرارداد مربوط به انتقال تکنولوژی این دو دسته عرف با هم در تعارض باشند کدام یک مقدم است؟ در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی ضابطه روشنی در پاسخ به این سؤال ارائه نگردیده است، اما با توجه به اصول و قواعد حاکم بر تفسیر قراردادهای بین‌المللی می‌توان گفت؛ مادام که اماره خلاف احراز نگردد کاشفیت و دلالت عرف خاص بر «قصد متعاقدين» به عنوان محور و مدار تفسیر قرارداد، قوی‌تر و آشکارتر از عرف عام است.

در حقوق ایران نیز در فرض تعارض میان این دو، عرف خاص باید مقدم دانسته شود، زیرا، ذهن اشخاصی که وابسته به عرف خاصی هستند نسبت به محتوای آن عرف، مأنوس‌تر و آشکارتر است و به همین جهت انعکاس محتوای چنین عرفی در اراده طرف‌های قرارداد به هنگام انشای عقد، آشکارتر از عرف عام است. در عین حال هرگاه معلوم شود که انعکاس عرف عام در ذهن متعاقدين به دلیل سابقه بیشتر، بارزتر و قوی‌تر از عرف خاص است، عرف عام باید مقدم شمرده شود.^{۱۰۷}

به همین دلیل هیچ قاعده کلی در این خصوص نمی‌توان ارائه داد و در هر مورد خاص باید با توجه به قرائن و اوضاع و احوال موجود، حکم مقتضی صادر نمود.

۲. تعارض بین عرف شخصی و نوعی

منظور از عرف شخصی، آن دسته از عرف و عاداتی است که متعاقدين صریحاً یا ضمناً در مورد آن توافق نموده‌اند. (بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون وین) اما مراد از عرف نوعی، عرف‌هایی است که هیچ توافق صریح یا ضمنی در مورد آن‌ها به عمل نیامده است، لیکن

۱۰۷. علوی، دکتر سیدمحمد تقی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، چاپ اول، تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۸۳، ص ۲۳۵.

به دلیل شناخته شدن در عرصه تجارت بین الملل و عمل به آن در قراردادهای مشابه نوعاً الزام آور هستند. (بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین)

حال سؤال این است که در فرض تعارض بین این دو دسته از عرف کدام یک بر دیگری مقدم است؟ پاسخ به این سؤال روشن است، زیرا عرف‌های شخصی نشأت گرفته از اراده واقعی طرفین قرارداد است، اما عرف‌های نوعی وام‌دار اراده مفروض و نوعی متعاقدين هستند، با این تحلیل تردیدی باقی نمی‌ماند که در فرض تعارض، مرجع حل اختلاف بین المللی باید عرف‌های شخصی را مقدم بدارد. این استدلال دقیقاً در حقوق ایران هم قابل پذیرش است.

۳. تعارض بین عرف آمره و غیرآمره

عرف‌هایی که در حوزه حقوق بین الملل عمومی بین دولت‌ها شکل می‌گیرد، عمده‌تاً عرف‌های آمره‌ای هستند که اراده طرفین یک قرارداد را تحت تأثیر قرار می‌دهند، اما برعکس در عرصه حقوق تجارت بین الملل اصل بر این است که اراده طرفین محاط بر همه ابزارها و معیارها است و عرف‌های شناخته شده و جهانی تحت الشعاع توافق متعاقدين قرار می‌گیرند. این تحلیل در قسمت اخیر بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین صراحتاً مورد پذیرش قرار گرفته است.

با وجود این در گستره حقوق تجارت بین الملل که مشتمل بر مبادله کالا، خدمات و مالکیت فکری در حوزه‌های متعدد است، اگر با یک عرف آمره مواجه شدیم که مدلول آن با عرف‌های غیرآمره و تکمیلی معارضه نمود تکلیف چیست و کدام یک از نهادهای متعارض را باید بر دیگری ترجیح داد؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت هرچند ممکن است عرف غیرآمره نسبت به عرف آمره از دلالت ظهوری بیشتری در کشف قصد متعاقدين برخوردار باشد، اما از آنجا که

اراده طرفین در بی‌اثر ساختن مدلول عرف آمره ناتوان است، بدون تردید باید عرف‌های آمره را مقدم دانست و از مدلول عرف‌های غیر آمره دست کشید.

بند دوم: تعارض عرف با دیگر ابزارها

موقعیت عرف را در تعارض با خود دیدیم، حال باید دید اگر مفاد عرف با ابزارها و منابع دیگر تعارض پیدا کند، کدام یک از نهادهای متعارض را باید بر دیگری ترجیح داد و ضابطه این ترجیح چه خواهد بود؟

۱. تعارض عرف^{۱۰۸} با رویه تثبیت‌شده بین متعاقدين^{۱۰۹}

عرف و رویه‌های تثبیت‌شده و مقرر بین متعاقدين دو نهاد متمایز و مستقل از هم هستند. حال سؤال این است که در فرض تعارض، کدام یک بر دیگری مقدم‌اند؟ در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی مقرر صریحی در این زمینه وجود ندارد، اما با توجه به اصول و قواعد حاکم بر حل اختلافات قراردادی می‌توان گفت؛ رویه‌های تثبیت‌شده و مقرر مانند مناسبات تجاری گذشته، در واقع معهود بین متعاقدين است و یک نوع شرط ضمنی خاص محسوب می‌گردد که انعکاس آن در ذهن طرفین قرارداد آشکارتر و مأنوس‌تر از هر نوع عرف دیگر است. بنابراین مادام که اماره خلاف احراز نگردیده است، شیوه‌ها و رویه‌های خاص معاملاتی بر هر گونه عرف عام و خاص مقدم است. در حقوق داخلی کشورها نیز بر تقدم رویه‌های تثبیت‌شده و مناسبات تجاری گذشته بر عرف تأکید شده است: بند ۴ ماده ۲۰۵-۱

108. Usage.

109. Established practice between the parties.

قانون یکنواخت تجاری آمریکا^{۱۱۰} در این زمینه بیان می‌دارد: «... مناسبات تجاری گذشته بر عرف تجاری مقدم خواهد بود».^{۱۱۱}

در حقوق ایران نیز رویه‌های تثبیت‌شده بین دو شخص که از آن به «عادت قراردادی و معاملاتی» تعبیر می‌گردد، نسبت به هر نوع عرف عام و خاص مقدم است. برای مثال فروشنده یک کالای خطرناک به حکم عرف باید آموزش لازم را در مورد نحوه استفاده و کارکرد کالای مذکور به خریدار ارائه نماید، اما هرگاه در اثر معاملات مستمر واقع شده بین دو شخص، خریدار خود شخصاً آموزش کافی و ضروری را ببیند، در واقع عادت معاملاتی بر عرف غلبه کرده است و انعکاس آن در ذهن متعقدین مأنوس‌تر و آشکارتر می‌باشد.

۲. تعارض عرف با متعارف و معقول بودن^{۱۱۲}

عرف یک امر کاملاً عینی و خارجی^{۱۱۳} است، اما متعارف بودن واجد جنبه روانی و شخصی^{۱۱۴} است که حاصل فرایند ذهنی و کاوش نظری مرجع حل اختلاف است. حال سؤال این است که در فرایند حل اختلافات قراردادی کدام یک باید بر دیگری مقدم شمرده شود؟ پاسخ به این سؤال در هیچ کدام از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تبیین نشده است، اما به طور کلی دو تحلیل می‌توان ارائه نمود:

110. UCC.

111. 1.205 (4) UCC: "... course of dealing controls usage of trade".

112. Reasonableness.

113. Objective.

114. Subjective.

۱. عرف مقدم است. برای تقدم عرف سه دلیل می‌توان بیان کرد:

الف) عرف برای تعیین حقوق و تعهدات قراردادی ضابطه دقیق‌تری است و در پاره‌ای از کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند بند ۱ ماده ۱۳ قانون یکنواخت نمودن مقررات راجع به تشکیل قرارداد فروش بین‌المللی کالا^{۱۱۵} تعریف روشن و صریحی از آن ارائه شده است، اما متعارف و معقول بودن مفهوم غیرقابل تعریف^{۱۱۶} و مبهمی است که توصیف و تطبیق آن در عمل سخت و دشوار می‌باشد.^{۱۱۷}

ب) عرف به جهت انسجام در ساختار بهتر از «متعارف و معقول بودن» در ذهن طرف‌های قرارداد انعکاس می‌یابد.

ج) نقش کاشفیت عرف از قصد واقعی یا نوعی طرف‌های قرارداد مأنوس‌تر و آشکارتر از معیار متعارف بودن است.

۲. متعارف بودن مقدم است. برای تقدم این ضابطه دو دلیل می‌توان ارائه کرد:

الف) هرچند در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی تعریف صریحی از متعارف بودن ارائه نشده، اما در پاره‌ای از اسناد بین‌المللی مانند ماده ۱۰۳-۲ اصول اروپایی، ضابطه شناخت آن تبیین شده است.

ب) متعارف بودن حاوی یک فرایند ذهنی و کاوش نظری است که در اثر تحقیق و بررسی در تمام جنبه‌ها و زوایای قرارداد موضوع اختلاف و شرایط حاکم بر آن به دست می‌آید، لیکن عرف یک معیار نوعی و خارجی است که هرچند از انسجام بیشتری

115. U.L.F

116. Indefinable.

۱۱۷. در قانون مربوط به شروط قراردادی ناعادلانه مصوب ۱۹۷۷ انگلیس، خطوط کلی برای اعمال معیار reasonableness بیان شده است، بدون اینکه مفهوم دقیق این نهاد تبیین گردد.

برخوردار است، اما شرایط و احوال حاکم بر قرارداد در اعمال آن کمتر مورد امان نظر قرار می‌گیرد. برای مثال عرف‌های مشمول بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین به دلیل شیوع و رواج در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل، در همه قراردادهای بین‌المللی اعمال می‌گردند، بدون اینکه مرجع حل اختلاف مکلف به بررسی اوضاع و احوال خاص قرارداد در اعمال آن‌ها باشد.

نقد و بررسی

در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل نهاد «عرف» یک نهاد قدیمی و سنتی است، اما نهاد «متعارف بودن» یک نهاد نوپا و جدید است. این دو معیار دارای ریشه‌های واحد هستند. به همین دلیل در بسیاری از موارد با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی نیز همخوانی و قرابت نزدیک بین این دو مشاهده می‌گردد، برای مثال بند ۲ ماده ۹ U.L.I.S و بند ۲ ماده ۱۳ U.L.F متعاقبین را ملزم به رعایت عرفی دانسته است، که «اشخاص متعارف» در اوضاع و احوال مشابه انجام می‌دهند. از طرف دیگر ماده ۳۰۲-۱ اصول اروپایی از «عرف» به عنوان یکی از ضابطه‌های تعیین «رفتار متعارف» یاد نموده است. بنابراین تعارض آن دو در یک قرارداد تجاری بین‌المللی عمدتاً یک تعارض ظاهری است که امکان جمع بین آن دو بدون حذف دیگری وجود دارد. با این حال اگر قرائن و اوضاع و احوال حاکم، مبین وجود تعارض واقعی بین این دو نهاد باشد، مرجع حل اختلاف باید «متعارف بودن» را مقدم بر «عرف» بدارد. زیرا، این معیار بیشتر از عرف به اوضاع و احوال خاص قرارداد توجه می‌نماید. به علاوه قسمت اخیر بند ۲ ماده ۸-۱ اصول مؤسسه و بند ۲ ماده ۱۰۵-۱ اصول اروپایی مبنی بر اینکه عرف‌های غیرمتعارف الزامی برای متعاقبین به وجود نمی‌آورد، حاکی از این است که «عرف» به «متعارف بودن» وابسته است و بدون آن کاشفیت خود را از دست می‌دهد و اعتبار آن در محاق خواهد رفت.

۳. تعارض عرف با قانون حاکم

در تعارض بین عرف و قانون حاکم^{۱۱۸}، قبل از هرچیز باید دید که آیا عرف با مقررات آمره قانون حاکم در تعارض است یا با قواعد تکمیلی آن. در فرض تعارض بین عرف و مقررات امری قانون حاکم، بدون تردید عرف اعتبار خود را از دست خواهد داد. زیرا، عرف به دلیل کاشفیت از قصد مشترک متعاقدين حیثیت و اعتبار می‌یابد و وقتی خود طرفین نمی‌توانند برخلاف قواعد امری توافق نمایند، به طریق اولی عرف که منکشف از اراده آنان است، نیز از چنین توانی برخوردار نیست. برای مثال اگر در یک قرارداد تجاری بین المللی، طرفین اصول مؤسسه را به عنوان قانون حاکم بر توافق خود برگزینند، عرف‌های مورد توافق یا عرف‌های نوعی و شناخته‌شده به هیچ وجه نمی‌توانند ناقض قواعد و مقررات آمره سند مذکور باشند.^{۱۱۹}

حالت دیگر که در قراردادهای تجاری بین‌المللی بسیار مرسوم و متداول می‌باشد، فرضی است که عرف با قواعد تکمیلی قانون حاکم تعارض می‌نماید. در این موارد بررسی موقعیت عرف در تعارض بسیار قابل توجه است. به همین دلیل به تبیین موضوع در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی می‌پردازیم:

- در ULF این مسأله مسکوت است، اما در U.L.I.S تکلیف این موضوع به صراحت بیان گردیده است. همچنان که بند ۲ ماده ۹ این سند بیان می‌دارد: «در صورت تعارض بین عرف و قانون حاضر، عرف مرجح خواهد بود، مگر اینکه طرفین توافقی برخلاف آن نموده

118. Applicable law.

119. "Unidroit Principles of International Commercial Contracts- Chapter1" available at: <http://www.Unidroit.org/English/principles/chapter-1.htm>.

باشند.^{۱۲۰} این مقررہ با اندکی تفاوت از مادہ ۱۴ پیش‌نویس^{۱۲۱} کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه اقتباس شده است.^{۱۲۲}

- در کنوانسیون وین مقررہ صریحی نمی‌توان یافت که در صورت تعارض بین عرف و مقررات کنوانسیون یکی را بر دیگری ترجیح داده باشد. در جریان تهیه و تنظیم مادہ ۹ این سند، نماینده چک و اسلواکی پیشنهاد کرد در صورت حدوث تعارض، مقررات کنوانسیون باید مقدم شمرده شود، اما این پیشنهاد که کاملاً در نقطه مقابل کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه قرار داشت در کنفرانس دیپلماتیک وین مردود اعلام گردید.^{۱۲۳} با این وصف این سؤال باقی می‌ماند که در صورت حاکمیت کنوانسیون وین بر یک قرارداد تجاری بین‌المللی و حدوث تعارض بین عرف‌های تجاری و مواد و مقررات کنوانسیون، کدام یک از نهادهای متعارض را باید بر دیگری ترجیح داد و ضابطه این تقدم چه خواهد بود؟ پاسخ به این سؤال مستلزم بررسی مواد و مقررات کنوانسیون است. مادہ ۶ کنوانسیون وین^{۱۲۴} حاکمیت اراده طرفین را در عدول یا تغییر مقررات کنوانسیون با رعایت مادہ ۱۲

120. Article 9(2) in the event of conflict with the present law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties.

121. Article 14(2)"..... in the event of conflict with the present law, these usages override the law, unless the parties have expressed a contrary intent..."

122. Diplomatic Conference on the unification of law governing the international sale of Goods, The Hague April 1964, records and documents of the conference, volume II and documents, published by the Ministry of the Netherlands the Hague 1966.P183.

123. Bout, Patrick "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (1998) available at: <http://www.CISG.law.pace.edu/CISG/biblio/bout.html> P2.

124. Article 6(CISG): "The parties may exclude the application of this convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provision".

مورد پذیرش قرارداد است. از طرفی عرف‌های مورد نظر در ماده ۹ این سند بین‌المللی، اعتبار و حیثیت خود را از قصد واقعی یا نوعی متعاقدين به عاریه می‌گیرند. جمع این دو ماده مبین این است که در فرض تعارض، نهاد عرف به دلیل اینکه وام‌دار اصل حاکمیت اراده است، بر تمامی مقررات تکمیلی کنوانسیون غلبه خواهد داشت، مگر اینکه متعلق قصد طرفین قرارداد، خلاف این امر را بیان دارد.

- در اصول مؤسسه و اصول اروپایی حکم صریحی در این مورد نمی‌توان یافت، اما با توجه به مبانی تحلیلی اعتبار عرف در این اسناد، می‌توان گفت، مادام که اماره خلاف احراز نگردیده است، حکم عرف مقدم است.

در نظام حقوقی ایران تعارض بین عرف‌های قراردادی و قانون همواره توجه دکترین حقوقی و رویه قضائی را به خود معطوف داشته است:

۱. در تعارض بین عرف و قانون امری، حکم قانون مرجح است؛^{۱۲۵} اعم از اینکه قانون امری مقدم بر عرف باشد یا مؤخر بر آن. زیرا، تعارض عرف با قوانین امری در واقع تعارض عرف با نظم عمومی است و عرفی که با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد در واقع با اراده قانون‌گذار مخالفت کرده است.^{۱۲۶}

۲. در تعارض بین عرف و قانون تکمیلی، حکم عرف مقدم است؛ اعم از اینکه عرف مقدم یا مؤخر بر قانون تکمیلی باشد. زیرا، مقررات تکمیلی جنبه تفسیری دارند و طرف‌های قرارداد می‌توانند از حاکمیت آن در روابط خویش اعراض و برخلاف آن توافق نمایند.

۱۲۵. برای مثال مدلول ماده ۳۸۷ قانون مدنی در مورد انفساخ بیع در اثر تلف مبیع قبل از قبض یک قاعده آمره است و توافق طرفین بر خلاف آن فاقد اعتبار است.

۱۲۶. کاتوزیان، دکترناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷، صص ۵۲۳-۵۲۱.

در نتیجه منشأ اصلی اعتبار عرف و مقررات تکمیلی یک چیز است و آن کاشف بودن از اراده طرف‌های قرارداد است، منتها عرف مستقیماً اراده مشترک را نشان می‌دهد، اما مقررات تکمیلی به‌طور غیرمستقیم و با اتکای به عرف زمان وضع، نشان‌دهنده اراده مشترک متعاقدين است. به عبارت دیگر دلالت عرف به قصد مشترک طرفین نزدیک‌تر و روشن‌تر از مقررات تکمیلی است و این امر از مواد ۲۸۰، ۳۸۱، ۳۸۲، ۳۷۵ و ۴۸۶ قانون مدنی ایران نیز قابل استنباط است.^{۱۲۷}

۴. تعارض عرف با حسن نیت^{۱۲۸}

هم عرف و هم حسن نیت وام‌دار قصد واقعی یا نوعی متعاقدين هستند. بنابراین از این جهت یکی بر دیگری مرجح نیست. با این وصف اگر در یک قرارداد تجاری بین‌المللی این دو نهاد با هم معارضه نمودند، مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید کدام یک از آن دو را بر دیگری ترجیح دهد؟

پاسخ این سؤال نیز در هیچ‌کدام از کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی بیان نشده است. در واقع نویسندگان اصول مؤسسه و اصول اروپایی، صرفاً این دو نهاد را در کنار یکدیگر به عنوان ابزارها و لوازم تفسیر قرارداد و کشف قصد واقعی یا نوعی متعاقدين قرارداده‌اند، بدون اینکه در توضیحات و تعلیقات^{۱۲۹} این دوسند، تعارض این دو نهاد مورد ارزیابی قرار گرفته باشد. با این حال در فرض تعارض آنها، دو تحلیل می‌توان ارائه نمود:

۱. تعارض حسن نیت با عرف یک تعارض ظاهری است. زیرا، این دو مفهوم در بسیاری از موارد با یکدیگر، هم‌پوشانی دارند. عرف خود یکی از شیوه‌ها و معیارهای احراز

۱۲۷. شهیدی، دکتر مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، چاپ اول، نشر حقوق دان، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۶۱.

128. Good faith.

129. Comments.

یا عدم احراز حسن نیت است. به عبارت دیگر برای اینکه بدانیم طرف قرارداد مطابق حسن نیت عمل نموده یا خیر، رفتار او را بر اساس معیارهای عرفی و نوعی ارزیابی می‌کنیم. بنابراین در فرضی که ظاهراً مدلول این دو مفهوم با هم معارضه نمودند باید از حذف یکی به نفع دیگری دست کشید و هر دوی آن‌ها را به عنوان دو نهاد همسو تفسیر نمود.

۲. تعارض حسن نیت با عرف یک تعارض واقعی است. زیرا، مؤلفه‌های آن دو باهم متفاوت است. عرف روشی عام و جاری در همه اقسام تجارت یا در تجارت یک صنف خاص از معاملات بازرگانی است و همواره واجد مفهوم عینی، نوعی و خارجی می‌باشد؛ اما حسن نیت با اینکه یک نهاد دوسویه است، لیکن جنبه شخصی و ذهنی^{۱۳۰} آن قوی‌تر است. بنابراین تعارض بین آن دو در بسیاری از موارد اجتناب‌ناپذیر است و مرجع حل اختلاف در هر مورد باید با توجه به شرایط و احوال حاکم بر قرارداد یکی را بر دیگری مقدم بدارد.

نقد و بررسی

- حسن نیت قاعده‌سازی می‌کند و احکام جدیدی از آن استنباط می‌گردد،^{۱۳۱} اما عرف تنها یک معیار کاشف است، بدون اینکه محور و مبنای ایجاد قواعد جدید باشد.

- حسن نیت مشابه قانون تنها به بیان احکام کلی می‌پردازد و در تشخیص صغریات کاربردی ندارد. برای مثال مدلول حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی این است که شخص باید مطابق رفتار یک انسان متعارف عمل کند؛ اما حسن نیت هیچگاه در مقام بیان این نیست که در این معامله آیا شخص مطابق یک انسان متعارف رفتار نموده یا خیر؟ در حالی

130. Mental.

۱۳۱. برای مثال در قراردادهای تجاری بین‌المللی، صداقت در گفتار و کردار، فقدان قصد تقلب و تدلیس در معامله و تلاش برای کسب منفعت متقابل احکام و فروعاتی است که از قاعده حسن نیت استخراج گردیده است. به همین جهت حسن نیت در نظام حقوق تجارت بین‌الملل شبیه قاعده لاضرر در فقه امامیه است.

که عرف هرچند در تعیین کبریات و امور کلی دخالتی ندارد، اما در تشخیص موضوعات و امور جزئی نقش آفرینی می‌نماید. برای مثال تشخیص اینکه در یک معامله خاص طرف قرارداد مطابق رفتار یک انسان متعارف عمل نموده یا خیر با عرف است نه با حسن‌نیت.

- حسن‌نیت در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل عمدتاً یک تأسیس آمره است، در حالی که عرف‌ها نوعاً غیر آمره و واجد جنبه تکمیلی هستند. همچنان‌که به دلالت بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون وین، توافق متعاقدين می‌تواند حتی عرف‌های شناخته‌شده و جهانی در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل را فاقد اثر نماید.

- در فرضی که در یک قرارداد تجاری بین‌المللی، عرف مورد توافق طرفین، به نحو ضمنی، دلالت نماید که متعاقدين ملتزم به رعایت حسن‌نیت نمی‌باشند، تعارض بین این دو نهاد نمایان می‌گردد. در این موارد دو تحلیل می‌توان ارائه نمود:

الف) منشاء اعتبار عرف، قصد واقعی طرفین است و دلالت ظهوری آن ملموس‌تر و آشکارتر از حسن‌نیت است. بنابراین در موارد تعارض، مدلول عرف را باید مقدم بر حسن‌نیت دانست.

ب) هرچند محتوای عرف مورد توافق، آشکارتر و روشن‌تر از حسن‌نیت در ذهن طرف‌های قرارداد انعکاس می‌یابد، اما وقتی اراده طرفین نمی‌تواند دایره اعمال حسن‌نیت را محدود یا مستثنی نماید،^{۱۳۲} چگونه عرف به عنوان کاشف اراده از چنین قدرت و توانی برخوردار است؟

آنچه به عنوان نتیجه تعارض واقعی عرف و حسن‌نیت در قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌توان گفت این است که مرجع حل اختلاف در هر مورد باید با توجه به قانون حاکم،

۱۳۲. بند ۲ ماده ۷-۱ اصول مؤسسه و بند ۲ ماده ۲۰۱-۱ اصول اروپایی.

بنای طرفین و ظاهر حال معاملات و آمره یا غیر آمره بودن این دو نهاد و وجود مرجحات را در یکی از آن دو دریابد و هر کدام که کاشفیت و دلالت بیشتری بر قصد مشترک متعاقدين نمود همان را مقدم بدارد.

گفتار چهارم: تعارض متعارف و معقول بودن با حسن نیت

پیدا کردن نقطه تعارض بین دو نهاد «متعارف بودن» و «حسن نیت» بسیار مشکل است. با این حال در مواردی که در یک قرارداد بین‌المللی هر یک از طرفین با استناد به یکی از این دو نهاد معنای مورد نظر خود را استنباط می‌نماید که با معنای طرف مقابل به ظاهر مخالف است، مرجع حل اختلاف بین‌المللی باید کدام یک از این دو را بر دیگری ترجیح دهد؟ در پاسخ به این سؤال دو دیدگاه می‌توان ارائه نمود:

۱. «حسن نیت» و «متعارف بودن» در بسیاری از موارد با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. این دو در واقع منکشف از هم هستند. از یک طرف برای اینکه بدانیم طرف قرارداد بر اساس حسن نیت عمل نموده یا خیر رفتار او را با عملکرد یک تاجر متعارف در همان اوضاع و احوال خارجی قیاس می‌کنیم و از طرف دیگر برای ارزیابی اینکه شخص به نحو متعارف عمل نموده یا خیر از معیار حسن نیت استفاده می‌نماییم.

ماده ۳۰۲-۱ اصول اروپایی در همین زمینه مقرر می‌دارد: «بر اساس این اصول، معیار متعارف بودن مطابق آنچه که اشخاص بر اساس حسن نیت عمل می‌نمایند... مورد قضاوت قرار می‌گیرد».^{۱۳۳}

133. Article 1.302: "under these principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith"

در اصول مؤسسه نیز مقرراتی وجود دارد که در آن‌ها مفهوم متعارف بودن با نهاد حسن نیت و معامله منصفانه عجین شده است. برای مثال بند ۲ از ماده ۱۰-۳ این سند بین‌المللی مقرر می‌دارد: «دادگاه می‌تواند بر مبنای درخواست طرفی که حق ابطال دارد، قرارداد یا شرطی از آن را تعدیل نماید تا با معیارها و استانداردهای متعارف تجاری در معامله منصفانه منطبق گردد».^{۱۳۴}

بنابراین هر کدام از این دو نهاد جزء لایتجزای نهاد دیگر است و در مواردی که شائبه تعارض بین آن دو به وجود می‌آید مرجع حل اختلاف باید از حذف یکی به نفع دیگری پرهیز کند و هردو را با هم مورد تفسیر قرار دهد.

۲. هرچند این دو نهاد در بسیاری از موارد با یکدیگر همخوانی داشته و منکشف از هم محسوب می‌شوند، لیکن این امر از نظر تحلیلی شائبه تعارض را مرتفع نمی‌کند و در مواردی امکان حدوث تعارض واقعی بین آن دو وجود دارد. آنچه این رویکرد را تقویت می‌نماید این است که مؤلفه‌های «حسن نیت» و «متعارف بودن» نوعاً با هم متفاوت هستند:

مؤلفه‌های حسن نیت عبارتند از:

الف) اعتقاد صادقانه.^{۱۳۵}

ب) فقدان سوء نیت.^{۱۳۶}

ج) فقدان نقشه برای فریب دیگری.^{۱۳۷}

134. Article 3-10(2): "upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing".

135. Honest belief.

136. Absence of malice.

137. Absence of design to defraud.

- (د) تلاش برای کسب منافع وجدانی. ۱۳۸
 (و) اقدام بر اساس معیارهای متعارف. ۱۳۹
 (ه) منع سوءاستفاده از حق؛ ۱۴۰
 (ی) حمایت از منافع متقابل. ۱۴۱
 در حالی که مؤلفه‌های «متعارف بودن» به شرح ذیل است:
 الف) توجه به اوضاع و احوال خاص. ۱۴۲
 ب) متعادل و متناسب. ۱۴۳
 ج) معقول و غیرافراطی. ۱۴۴
 د) شخص محتاط و محتاط به طور متعارف. ۱۴۵
 بنابراین امکان تعارض واقعی در یک قرارداد تجاری بین المللی بین این دو نهاد منتهی نیست و در این موارد باید با توجه به اوضاع و احوال و قرائن موجود یکی از آن دو بر دیگری ترجیح داده شود.

نقد و بررسی

- آنچه بیش از دیگر عوامل سبب تمایز «حسن نیت» و «متعارف بودن» شده و شبهه تعارض میان آن دو را تقویت می‌نماید، مؤلفه «توجه به اوضاع و احوال خاص» می‌باشد که

-
138. to seek an conscionable advantage
 139. To act according to reasonable standards.
 140. forbidden to abuse of right.
 141. Duty to protect each others interests.
 142. taking account to circumstances of the case.
 143. Moderate and suitable.
 144. Rational and unexcessive.
 145. Reasonably prudent and careful person.

در اعمال «متعارف بودن» ضروری و لازم است، اما در «حسن نیت» مورد امعان نظر قرار نگرفته است. به عبارت دیگر حسن نیت جامع‌نگر است و به عنوان یک قاعده فراگیر بر تمامی قراردادها حکومت می‌کند؛ در حالی که «متعارف بودن» جزئی‌نگر است و بیشتر توجه خود را به شرایط حاکم بر قرارداد معطوف می‌دارد. این تحلیل مبین این است که «متعارف بودن» به جهت بررسی موردی^{۱۴۶} ضابطه دقیق‌تر و ظریف‌تری در کشف اراده متعاقدين محسوب می‌گردد.

- حسن نیت یک قاعده آمره است و طرفین حق مستثنی یا محدود کردن آن را ندارند، اما «متعارف بودن» از این مزیت برخوردار نیست و امکان دارد به موجب شرط ضمن عقد، به وسیله طرفین قرارداد نادیده گرفته شود.

فرجام سخن اینکه «حسن نیت» و «متعارف بودن» یک روح در دو کالبد جدا هستند. بنابراین در بیشتر موارد، تعارض میان آن دو یک تعارض ظاهری است و امکان جمع آنها بدون حذف دیگری وجود دارد. اما اگر در یک مورد خاص مدلول آن دو در عالم واقع با هم معارض بودند باید دید با توجه به قرائن و اوضاع و احوال موجود، کدام یک از ظهور و دلالت بیشتری در کشف قصد مشترک متعاقدين برخوردار هستند.

نتیجه‌گیری

به طور خلاصه می‌توان موارد ذیل را به عنوان نتیجه مقاله حاضر بیان نمود:

۱. تعارض در منابع و ابزارهای تفسیر قرارداد، یکی از پیچیده‌ترین و بغرنج‌ترین مباحث مربوط به تفسیر قراردادها است. این امر در قراردادهای تجاری بین‌المللی غالباً به دلیل تفاوت فرهنگ، زبان و نظام حقوقی طرفین دو چندان می‌گردد. بنابراین حل تعارض در این قراردادها به دلیل ویژگی و طبع خاص آنها، نیاز به سازوکارهای جدید دارد و این قواعد و سازوکارها نوعاً باید در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی مورد مطالعه قرار گیرد. برای مثال در یک قرارداد تجاری بین‌المللی که بین یک ایرانی و یک آلمانی در تهران منعقد می‌گردد و طرفین با پذیرش نهاد داوری تهران، کنوانسیون وین را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب می‌نمایند، داور ایرانی نمی‌تواند تعارض در منابع و ابزارهای تفسیر قرارداد را با تمسک به مبانی فقهی و اصولی مانند مطلق و مقید، تخصص، حکومت، ورود و مانند آن مرتفع نماید. در عین حال حق استناد به قواعد و شیوه‌های حل تعارض در نظام حقوقی آلمان را ندارد، بلکه باید با تأسی از نظام حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل و لحاظ نمودن قانون حاکم، قرارداد را در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی و مقررات یکنواخت و توجه به وصف «بین‌المللی» آن تفسیر نماید.

۲- در کنوانسیون‌ها و اسناد متحدالشکل که در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل تدوین گردیده‌اند، شیوه‌های حل تعارض در منابع تفسیر قرارداد به روشنی تبیین نگردیده است؛ لیکن با تحلیل درست موضوع می‌توان گفت: یک قرارداد تجاری بین‌المللی مخلوق اراده متعاقدين است. بنابراین در فرض حدوث تعارض در منابع و ابزارهای تفسیر قرارداد، اصلی‌ترین ضابطه تقدم و ترجیح، کاشفیت و دلالت بیشتر و مأنوس‌تر از «قصد مشترک» انشاءکنندگان قرارداد است. به علاوه در فرایند حل تعارضات، اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و قرائن خارجی همواره باید مورد امعان نظر قرار گیرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. محقق داماد، دکتر سیدمصطفی، اصول عملیه و تعارض ادله، دفتر سوم، چاپ دوم، مرکز نشر علوم اسلامی، بهار ۱۳۸۱.
۲. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
۳. محمدی، دکتر ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، (اصول فقه)، چاپ ۱۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۴. علوی، دکتر سیدمحمد تقی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، چاپ اول، تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۸۳.
۵. کاتوزیان، دکتر ناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۶. نیکبخت، دکتر حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵.
۷. شهیدی، دکتر مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، چاپ اول، تهران: نشر حقوق دان، ۱۳۷۹.

۲. عربی

۸. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول و هو الرسائل، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، لبنان، ۱۴۱۱ ه.ق.
۹. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد سوم، مؤسسه النعمان، بیروت، ۱۴۱۰ ه.ق.

۱۰. ۱۰. المظفر، الشیخ محمد رضا، اصول فقه، جلد سوم، مباحث الحججه، چاپ دوم، انتشارات جهان.
۱۱. الطباطبائی الحکیم، السید محسن، حقایق الأصول و هی تعلیقه علی کفایه المحقق خراسانی، جلد دوم، چاپ سوم، منشورات مکتبه بصیرتی، قم.

۳. لاتین

12. Miller & jentz, Business Law today, 6th edition, united state America: Thomson, south western, 2004.
13. lewison kim, interpretation of contracts, London: sweet& Maxwell, 2005.
14. Cheshire Fifoot and Furmston's, law of contract, 12th edition, London: Butter worths, 1991.
15. Twomey, Yenning, Fox "Anderson's, Business Law and the Legal Environment, 18Th Edition, West Thomson Learning, 2004.
16. Willmott lindy, Christenen Shoron, Butler Des, Contract Law, Oxford University Press, 2001.
17. Poole Jill, Case Book on Contract, Second Edition, Black Stone Press, Limited, 1995.
18. Treitel G.H, An outline of the Law of Contract, Sixth Edition, Oxford University Press, 2004.
19. Treitel G.H, The Law of Contract, Eleventh Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, 2003.

20. Willmot Richard, QC smith, Construction Contracts Law and Practice, First edition, oxford university press, 2006.
21. "Arbitral Award", available at: [http:// www.Unilex.info](http://www.Unilex.info).
22. "Unidroit Pinciples of International Commercial Contracts, Chapter" available at: [http://www. nidroit.org/English/principles/chapter-1.htm](http://www.nidroit.org/English/principles/chapter-1.htm).
23. Bout, Patrick, "Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (1998) available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg /biblio/bout.html>.
24. Records and documents of the Diplomatic Conference on the unification of law governing the international sale of Goods(The Hague, April 1964), volume II and documents, the Hague, published by the Ministry of the Netherlands, 1966.

۴. کنوانسیون‌ها، اسناد و قوانین خارجی

25. Convention relating to a uniform law on the international sale of Goods 1964(U.L.I.S).
26. Convention relating to a uniform law on the Formation of contracts for the international sale of goods 1964 (U.L.F).
27. Convention on contracts for the international sale of Goods, 1980 (CISG).
28. Principles of international commercial contracts 1994 (PICC).
29. Principles of European contract law 1998 (PECL).
30. Uniform Commercial Code (UCC).