حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی

**"مجموعه مقالات مشترک"**

**کتاب اول**

 **قراردادها و بیع بین المللی**

**دکتر حمید رضا نیک بخت**

**"استاد دانشگاه شهید بهشتی"**

فهرست اجمالی مطالب

فهرست تفصیلی مطالب

دیباچه

فصل اول - حقوق تجارت بین الملل، حقوق نفت و گاز و حقوق سرمایه گذاری بین المللی (در نظام آموزش عالی حقوقی ایران)

 « معرفی »

فصل دوم - نیک بخت، حمید رضا، آثار قوه قاهره و انتفاي قرارداد ، مجله حقوقی بین المللی، 1376 شماره 21 ، صص. 144 – 95

فصل سوم - نیک بخت، حمید رضا، مروري بر تنظيم قراردادهاي دولتي «درحقوق تجارت بين الملل»، مجله تخصصیالهيات و حقوق، 1384، شماره 15 و 16 ، صص. 50 - 17

فصل چهارم - نیک بخت، حمید رضا و ماشاالله بناء نیاسری، قابلیت معامله اعتبار در حقوق اعتبارات اسنادی: مطالعه ای در مفهوم، شرایط، آثار، و ماهیت حقوقی «معامله» اعتبار، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1390، ویژه نامه شماره 5، صص. 412 - 367

فصل پنجم - نیک بخت، حمید رضا و عباس کاظمی نجف آبادی، مبانی قاعده نقض قابل پیش بینی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1390، ویژه نامه شماره 6، صص. 381- 345

32 – فصل ششم - نیک بخت، حمید رضا و علی رضایی، جنبه های حقوقی تامین مالی پروژه ، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1392، (ویژه نامه شماره 14)، صص. 48-11

فصل هفتم - نیک بخت، حمید رضا و فرهاد پیری، لزوم کتبی بودن قرارداد داوری درعهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1393، شماره 67، صص. 66 - 35

فصل هشتم - نیک بخت، حمید رضا و شهاب جعفری، تقابل فرم ها در قرارداد بیع، - بررسی نظریات موجود در نظامهای حقوقی و بحث تطبیقی با عهد نامه بیع بین المللی کالا، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، 1394، شماره 10، صص. 161 – 141

پیوست ها

 \*\*

فهرست تفصیلی مطالب

دیباچه

**فصل اول: : حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی (در نظام آموزش عالی حقوقی ایران)**

**« معرفی »**

مقدمه و کلیات

**قسمت اول: دوره های آموزشی کارشناسی ارشد و دکترای حقوق تجارت و سرایه گذاری بین الملل**

الف- تحصیل در دوره کارشناسی ارشد

ب- دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل در خارج از ایران

ج – حوزه های حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین الملی

د- تحصیل در دوره دکترای حقوق تجارت بین الملل

**قسمت دوم: تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل و آموزش داوری نوین تجاری بین الملی در ایران**

الف- **تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل**

**ب - مسایل حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی**

**ج- آموزش داوری نوین تجاری بین الملی در ایران**

**قسمت سوم: فعالیت برون مرزی در ارتباط با دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل**

الف- فعالیت برون مرزی

**ب- همکاری آموزشی و پژوهشی مشترک خارجی**

**قسمت چهارم تاسیس دوره های دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل و حقوق نفت و گاز در ایران**

**الف- آموزش حقوق سرمایه گذاری بین المللی**

**ب- آموزش حقوق نفت و گاز**

1. **کلیاتی در حقوق نفت و گاز**

**2- دکترای حقوق نفت و گاز**

**قسمت پنجم - فعالیتهای پژوهشی و عملی شخصی درحوزه حقوق تجارت وسرمایه گذاری بین المللی**

**الف- فعالیتهای پژوهشی**

**ب- فعالیت های حرفه ای**

**نتیجه گیری**

فصل دوم: **آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد**

**مقدمه**

**قسمت اول: تعریف و مصادیق قوه قاهره و انتفای قرارداد**

**قسمت دوم: تأثیر قوه قاهره و انتفای قراداد بر قرارداد یا تعهدات طرفین**

**الف- آثار قوه قاهره**

**ب-آثار دکترین انتفای قرارداد**

**قسمت سوم: تأثیر قوه قاهره و انتفای قرارداد برخسارت (مسئولیت متعهد)**

**الف- تأثیر قوه قاهره**

**ب- تأثیر دکترین انتفای قرارداد**

1. **اعلان حالت قوه قاهره یا وجود حادثه منتفی کننده**

**نتیجه گیری**

**فصل سو م:** مروري بر تنظيم قراردادهاي دولتي (درحقوق تجارت بين الملل)

چکیده

**مقدمه**

**قسمت اول: نکا**ت‌ اسـاسی‌ مـربوط به قراردادهای دولتی

**الف- مفهوم قراردادهای دولتی**

**ب- خصوصیات قراردادهای‌ دولتی**

**ج - مـذاکره‌**

**د - مـوقعیت‌ طرفین**

**ه‍‌ - وضعیت‌ دولتهای‌ طرف قراردادها**

**و- ماهیت حقوقی قـراردادهای دولتـی**

 **قسمت دوم: مواد** (بندهای) حقوقی در قراردادهای دولتی

**الف - قانون‌ قابل‌ اعمال یا قانون حاکم بر قرارداد**

**ب- مادّة (شرط‌) ثبات‌ قـراردادها**

ج - شـیوة حلّ و فصل اختلافهای طرفین

**د - قـوّة قـاهره**

**نـتیجه‌گیری**

فصل چهارم: **قابلیت معامله‌ی اعتبار در حقوق اعتبارات اسنادی، مطالعه‌ای در مفهوم، شرایط، آثار، و ماهیت حقوقی «معامله‌ی» اعتبار**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول : مفهوم «معامله نمودن اعتبار» و «اعتبار قابل معامله»**

**الف - مفهوم معامله کردن سند تجاری**

**ب- مفهوم معامله کردن اعتبار اسنادی و اعتبار اسنادی قابل معامله**

**قسمت دوم: شرایط معامله نمودن اعتبار**

**الف - لزوم تصریح به قابل معامله بودن اعتبار در عنوان یا در متن اعتبارنامه**

**ب - لزوم «تعیین» («تعریف») بانک یا بانک‌هایی جهت معامله نمودن اعتبار**

**ج - لزوم پرداخت قیمت خرید از سوی معامله‌کننده‌ی اعتبار، ....**

**د. عدم صدور برات عهده‌ی بانک معرفی شده‌ای که مبادرت به معامله‌ی اعتبار می‌نماید.**

**قسمت سوم. آثارو ماهیت حقوقی معامله‌ی اعتبار**

 **الف - آثار معامله‌ی اعتبار**

**ب- ماهیت حقوقی معامله کردن اعتبار**

نتیجه‌گیری

**منابع**

فصل پنجم: **مبانی قاعدۀ نقض قابل پیش­بینی**

چکیده

مقدمه

**قسمت اول: مباني موجود**

**الف. سهولت در عمل**

**ب. غير ممکن شدن اجرای قرارداد**

**ج. نقض واقعی**

**د. نقض گريزناپذير**

**ه. حمايت از انتظارات معقول**

**و. مسئوليت غيرقراردادی**

**ز. تهديد به نقض**

**ح. ايجاب و قبول**

**ط. شرط ضمنی**

**ی. پيش‌شرط ضمنی**

**ک. تئوری غیرحقوقی**

**قسمت دوم: مبنای پیشنهادی**

**الف. مبنا و هدف قاعده**

**1- تسهيل عملی**

**2- حمايت از انتظارات معقول**

**3- جلوگيری از اتلاف منابع**

**4- حمايت از متعهدله در مورد تهديد**

**ب. مبنای فنی قاعده**

نتیجه‌گیری

منابع

فصل ششم: **جنبه‌های حقوقی تامین مالی پروژه در تجارت بین‌الملل**

**چكيده**

**مقدمه**

**قسمت اول: مفاهیم وکليات**

**الف - مفهوم تامين مالي پروژه**

**ب- اشخاص مشارکت‌کننده در تامین مالی پروژه**

1. **حمایت‌کننده پروژه**
2. **شرکت پروژه**

**3- دولت میزبان**

**4- تامین کننده** **و خریدار محصول**

**5- قرض‌دهندگان تجاری**

6- پیمانکار و عامل یا بهره‌بردار

7- آژانس رتبه‌بندی و ممیز الگو

**8- مشاوران**

**قسمت دوم: ساختار و چارچوب‌ قراردادی تامین مالی پروژه**

**الف - ساختارهای تامین مالی پروژه**

1. **شرکت**

**2- مشارکت‌های عام**

1. **مشارکت‌های محدود**

**4- شرکت‌ با مسئولیت محدود**

**5- امتیاز**

**6- ساخت، بهره‌برداری و انتقال**

**7- سرمایه‌گذاری مشترک**

**8- تامین مالی اسلامی**

**ب- چارچوب­های قراردادی تامین مالی پروژه**

1. **توافقنامه اعتبار**

**2- قرارداد وثیقه**

**3- قرارداد ساخت**

1. **-قرارداد بهره‌برداری، حفظ و نگهداری**

**5- قراردادهای تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه**

**6- قراردادهای خرید و فروش محصول**

**نتیجه­گیری**

**چکیده انگلیسی**

منابع

فصل هفتم: **لزوم کتبي بودن قرارداد داوري در عهدنامه شناسايي و اجراي آراي داوري خارجي 1958**

**چکيده**

**مقدمه**

**قسمت اول: اقسام قرارداد داوري کتبي در ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک**

**الف - قرارداد داوري امضاء شده**

1. **امضاي قرارداد داوري توسط طرفين**

**2- امضاي قرارداد داوري توسط نماينده**

**ب- قرارداد داوري موجود در اسناد مبادله شده**

1. **لزوم مبادله**
2. **وسيله‌ی مبادله**
3. **شخص مبادله‌کننده**

**ج- قرارداد داوري از طريق ارجاع**

**1-ارجاع صريح**

**2-ارجاع کلي**

**قسمت دوم: رويکردهاي خاص ملي و بين‌المللي در تفسير ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک**

**الف - رويکردهاي خاص ملي در تفسير ماده (2)2**

**1- تفسير عهدنامه‌ی نيويورک در پرتو قانون داوري نمونه آنسيترال**

 **2- عدم لزوم وجود امضا يا مبادله اسناد در شرط داوري**

**3-عدم اعمال ماده (2)2 عهدنامه در مرحله‌ی شناسايي يا اجراي رأي داوري**

**4-اعمال قاعده‌ی حسن‌نيت**

**ب - رويکردهاي خاص بين‌المللي در تفسير ماده (2)2**

1. **صدور توصيه‌نامه توسط آنسيترال**
2. **پاسخ اعضاي عهدنامه‌ی نيويورک به توصيه‌نامه‌ی آنسيترال**

**نتيجه‌گيري**

منابع

فصل هشتم: **تقابل فرم‌ها در قرارداد بیع؛ بررسی نظریات موجود در نظام‌های حقوقی و بحث تطبیقی با عهدنامه بیع بین‌المللی کالا**

چکیده

**مقدمه**

**قسمت اول: طرح مسأله و نظریات**

**الف - طرح مسأله، تعریف و سؤالات اساسی**

**ب -** **نظریات موجود در تعیین مفاد قراردادی در تقابل فرم‌ها**

1. **نظریه‌ی"آخرین کلام"**

**2- نظریه "تساقط شروط متعارض"**

1. **نظریه "اولین فرم"**

**قسمت دوم: تقابل فرم‌ها در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا و نطریات مطرح**

**الف - تقابل فرم‌ها و قواعد مربوط به ايجاب و قبول در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا**

**1- تقابل فرم‌ها در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا**

**2 -** **قواعد مربوط به ايجاب و قبول در عهدنامه**

ب - **بررسی نظریات موجود در خصوص عهدنامه در تقابل فرم‌ها**

**1 - نظریه‌ی عدم وجود مقرره‌ای برای حل تقابل فرم‌ها در عهدنامه**

**2- نظریه‌ی وجود مقرره‌ای برای حل تقابل فرم ها در عهدنامه**

**اول - انتساب نظریه‌ی آخرین کلام به عهدنامه**

**دوم - انتساب نظریه‌ی تساقط شروط متعارض به عهدنامه**

**نتیجه‌گیری**

**منابع**

**چکیده انگلیسی**

پیوست ها

**پیوست یک:** عهدنامه ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین المللی کالا- عهدنامه 1980 وین (سی آی اِس جی)

**پیوست دو: عهدنامه مربوبط به قانون متحد الشکل در خصوص تشکیل قراردادهای بیع بین المللی کالا (یو اِل اِف سی) - (لاهه، 1 جولای 1964)**

**پیوست سه: عهدنامه مربوبط به قانون متحد الشکل در خصوص بیع بین المللی کالا (یو اِل آی اِس)**

 **(لاهه، 1 جولای 1964)**

مقدمه

# از منظر حقوقی انجام مبادلات و دادو ستد هر مالی مادی یا معنوی و خدماتی و تامین مقدمات آنها، یعنی فعالیت در فراهم نمودن مواد اولیه ، ساخت، تولید، و عرضه آنها، از رو و زیر زمین و از سطح و زیر سطح دریا و در فضای آسمان، که با هدف کسب سود و منفعت در کوتاه یا دراز مدت توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی و خصوصی یا عمومی صورت می گیرد تجارت یا بازرگانی و سرمایه گذاری می نامیم. مجموعه یا اجزای این عملیات می تواند در در جهت تقویت تصمیم گیریها و توان اقتصادی کشور یا تولید ملی و همچنین در راستای سیاستها یا روشهای توسعه اقتصادی کشور قرار داشته باشد.

# همراه با تعریف بالا، برای تجسم گستردگی و تنوع موضوعات در تجارت و سرمایه گذاری، نگاهی گذرا داشته باشیم به سه قانون نسبتا جدید که اعمال و معاملات متعددی را تجارت و سرمایه گذاری قلمداد می کنند:

# ‌الف- ‌قانون داوری تجاری بین‌المللی مورخ 26/6/1376، در ماده 2 این قانون از روابط تجاری (بین المللی) نمونه هایی را ذکر می کند که عباتند از : «خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای ،‌سرمایه‌گذاری، همکاریهای فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمانکاری و فعالیتهای مشابه».

ب- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مورخ 19/12/1380، در ماده 1 در تعریف سرمایه‌گذاری خارجی بیان میدارد که آن عبارت است از «بکارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود پس از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری»؛ یا در آیین نامه اجرایی این قانون یعنی «آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی»، در ماده 3 روشهای سرمایه گذاری را مشخص می کند که به دو صورت است : «**الف:** سرمایه گذاری مستقیم خارجی... **ب:** سرمایه گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی شامل (انواع روشهای ساخت، بهره برداری و واگذاری)، ( بیع متقابل ) و(مشاركت مدنی)»

#  ج- لایحه جدید قانون تجارت مورخ 6/۱۰/ ۱۳۹۰ كميسيون قضائي و حقوقي مجلس شوراي اسلامي، در ماده 1 در واقع اعمالی که اشتغال به آنها معاملات تجاری محسوب می شود مشخص می نماید، بعلاوه آنکه در ماده 2 همه اعمالی را که شرکت تجاری انجام میدهد را تجاری میداند. این دو ماده چنین مقرر می نمایند:

# «ماده ۱- تاجر شخصي است كه براي خود به هريك از اعمال زير اشتغال دارد:

۱- تحصيل هر نوع مال منقول اعم از مادي و غيرمادي چه در آن تصرفاتي شده يا نشده باشد به قصد فروش، اجاره و يا هر معامله معاوضي ديگر

۲- استيجار هر نوع مال منقول چه در آن تصرفاتي شده يا نشده باشد به قصد اجاره و يا هر معامله ديگر با اثر نقل منفعت يا برقراري حق انتفاع

۳- دلالي، حق العمل كاري و نمايندگي تجارتي

۴- هر نوع فعاليت مالي و اعتباري از قبيل عمليات بانكي و صرافي

۵- هر نوع عمليات بيمه اي به جز بيمه هاي اجتماعي

۶- هر نوع معامله مربوط به اوراق بهادار

۷- صدور، ظهرنويسي و تضمين چك، سفته و برات و قبول آن

۸- تصدي هر نوع فعاليت خدماتي از قبيل:

۱-۸- حمل و نقل كالا و يا مسافر از طريق خشكي، آب و يا هوا

۲-۸- امور مربوط به كاريابي و تأمين نيروي كار

۳-۸- عمليات حراجي

۴-۸- اداره نمايشگاه عمومي

۵-۸- اداره انبار عمومي

۶-۸- عمليات بارگيري، تخليه و يا ترخيص كالا

۷-۸- اداره تأسيسات مربوط به امور رفاهي، تفريحي و يا ورزشي

۸-۸- اداره سالن‌هاي برگزاري مراسم، كنفرانس و يا نمايش

۹-۸- اداره چاپخانه، بنگاه نشر، تايپ و يا ترجمه

۱۰-۸- اداره خبرگزاري ها و يا بنگاه‌هاي خبررساني

۱۱-۸- ارائه خدمات پستي

۱۲-۸- ارائه خدمات تبليغي يا فني

۱۳-۸- اداره تأسيسات مربوط به آب رساني، گازرساني و يا برق رساني

۱۴-۸- امور مربوط به فناوري اطلاعات و ارتباطات شامل ارائه نام دامنه ملي و يا عمومي، ارائه خدمات دسترسي به شبكه هاي ارتباطات مخابراتي و يا رايانه اي، ارائه خدمات ميزباني و يا مراكز داده و امور مربوط به تأمين محتواي الكترونيك و يا تأمين نرم افزارهاي رايانه اي

۱۵-۸- عمليات ساخت در امور عمراني از قبيل احداث ساختمان، راه و يا شبكه هاي آب رساني

۹- هر نوع فعاليت معدني

۱۰- تأسيس كارخانه يا كارگاه و يا بهره برداري از آنها، براي غير از رفع حوائج شخصي

۱۱- تأسيس كشتارگاه، سردخانه، مجتمع كشاورزي، مجتمع پرورش حشرات و يا حيوانات از قبيل دام، طيور، آبزيان و يا بهره برداري از آنها براي غير از رفع حوائج شخصي

۱۲- كشتي سازي، خريد و فروش كشتي، كشتيراني داخلي و يا خارجي و معاملات مربوط به آنها

ماده ۲- شركت تجارتي تاجر محسوب مي شود، هر چند موضوع فعاليت آن از اعمال مندرج در ماده (۱) اين قانون نباشد.

محموعه قواعد و مقررات مرتبط با موارد ذکر شده فوق بعلاوه موضوعات حقوقی ورشکستگی، مسئولیت مدنی، امورگمرکی، کنترل ارز حقوق تجارت و سرمایه گذاری را تشکیل می دهند. اکنون به آسانی می توان تجسم و تصور نمود که چه حجم انبوهی از مسایل حقوقی در مجموعه این عناوین وجود دارد.

اگر به گونه ای عنصر خارجی وارد آن عناوین تمثیلی و نه حصری شود و توجهی هم داشته باشیم بر تاثیراتی که بعضی از رشته های حقوقی مانند حقوق بشر؛ حقوق محیط زیست، حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین- تابعیت)، حقوق مصرف کننده، حقوق کار، حقوق کیفری (پولشویی، کلاهبرداری، جعل، ارتشاء) می توانند بر این موضوعات با عنصر خارجی داشته باشند، و نیز تمهیدات خاص و جدید حل وفصل اختلافات در آن ها را در نظر بگیریم، وادی دیگری گشوده خواهد شد که مسایل حقوقی شان بسیار گسترده بوده و یک نظام حقوقی نوین را پایه گذاری می کنند که به «حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی» شناخته می شود.

همان طور که بیان گردید، گستردگی و تنوع مسایل حقوقی در این حوزه در مقیاسی است که می توان گفت امروزه یک نظام حقوقی جدید در کنار دو نظام حقوقی سنتی بوجود آمده است. نظام حقوقی ملی، نظام حقوقی بین المللی (دو نظام جهانی سنتی) و نظام حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی (نظام جهانی جدید). این نظام هم قوانین ماهوی مختص به خود دارد و هم قوانین شکلی (آیین دادرسی یا آیین حل و فصل اختلاف)، و هم در سطح جهانی مطرح است و هم در سطح ملی. در داخل نظام حقوقی ملی، نظام حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در بسیاری از موضوعات آن که عنصر خارجی دارند قانون گذاری ملی وجود دارد، و حتی سیستم حل و فصل اختلافات جداگانه، یا از طریق دادگاههای ملی یا از طریق داوری و روشهای جایگزین دیگر، برای آن پیش بینی شده است. از این جهت این سیستم قسمتی از نظام حقوق ملی محسوب می شود. از طرف دیگر، در سطح بین المللی هم قواعد و مقرراتی به صورت مدون، در سازمانهای بین المللی و عهدنامه ها و معاهدات مرتبط با موضوع، یا ناشی از عرف و رسم تجارت (لکس مرکتوریا) و سرمایه گذاری بین المللی، هم از جهت ماهوی و هم از جهت شکلی برای رسیدگی به دعاوی و اختلافات این موضوعات شکل گرفته اند. این نوع قوانین و قواعد بین المللی علاوه بر آنکه در مواردی مکمل قوانین ملی هستند، بطور مستقل نیر پاسخگوی نیازهای حقوقی ماهوی و شکلی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی می باشند.

کشورها در سطح ملی در صدد برآمده اند تا با وضع قوانین مختلف و تنظیم و انعقاد اسناد بین المللی، نیازهای قانونی و حقوقی خود در خصوص موضوع را تامین کنند. در سطح بین المللی نیز سازمانهای متعدد تشکیل شده تا هریک به گونه ای نیاز حقوقی موضوع را در سطح بین المللی پاسخ گویند. برای مثال می توان به سازمانهایی از قبیل کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد( آنسیترال)؛ سازمان توسعه صنعتی ملل متحد (یونیدو)؛ موسسه بین المللی یکسان سازی حقوق خصوصی (یونیدرویت یا یونیدقوا)؛ اتاق بازرگانی بین المللی (آی سی سی)؛ بانک جهانی (مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری- ایکسید)؛ دادگاه داوری بین المللی(پی سی اِی)؛ سازمان تجارت جهانی (دبلیو تی اُ)؛ سازمان مالکیت فکری (دبلیو پی اُ - وایپو) اشاره نمود. نهادها و موسسات ملی فراوان نیز وجود دارند که به امور حقوقی مسایل تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در سطح بین المللی می پردازند.

این است که نیاز کشور یا نیاز ملی مطرح می شود، و وجود متخصص یا کارشناس حقوقی یا حقوق دان متخصص در موضوعات این نظام حقوقی ملی- بین المللی ضرورت می یابد. یعنی نیروی انسانی حقوق دان و توانمند لازم است تا آن همه موضوعات حقوقی که تا کنون تبیین گردید را عالمانه و تخصصی فرا گرفته و در عرصه ملی و بین المللی به عمل در آورد و نیاز کشور بر آورده گردد. در پاسخ به این ضرورت در حد بضاعت، بر آن شدم تا علاوه بر اقدامات و فعالیتهای آموزشی و پژوهشی که تاکنون در این عرصه داشته ام (خلاصه از آن در مصاحبه یا پرسش و پاسخ در قسمت بعد آمده است) مقالات و مصاحبه های علمی- حقوقی ذیربط خود را که طی سالیان گذشته به صورت انفرادی یا مشترک با دانشجویان ( فارغ التحصیلان) صاحب انگیزه و علاقه مند به پدیده های نو حقوقی و با استعداد خاص، در دوره های کارشناسی ارشد و دکترا ی حقوق منتشر شده گرد آوری نموده و یک جا نشر و باز نشر نمایم.

 آنچه تا کنون در ارتباط با موضوع از نشریه های مختلف علمی پژوهشی یا مطبوعات کثیر الانتشار جمع آوری گردیده درمجموعه ی پنج کتاب با عنوان کلی حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی جای گرفته است. هر کتاب از این مجموعه به فراخور مقالاتی که در آن درج شده نام گذاری گردیده است: کتاب اول، «قراردادها و بیع بین الملل»، کتاب دوم، «حقوق بین‌الملل خصوصی - تعارض قوانین در تعهدات»، کتاب سوم، « حل و فصل اختلافات – داوری – روشهای جایگزین»، کتاب چهارم، «سرمایه گذاری»، و کتاب پنجم، «انرژی».

 امید است که انتشار آنها بدین صورت استفاده برای علاقمندان را تسهیل نموده و باعث آگاهی و انگیزه بیشتر برای ورود به مسایل حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی کشورمان شود.

کتاب حاضراز هشت فصل تشکیل شده است که هریک مشتمل بر یک مقاله کامل علمی - پژوهشی است، و در هشت عنوان، طراحی شده است؛ ذیل هر عنوان، در بخشهای مختلف، و تقریبا به طور جامع در هر عنوان، به موضوعاتی از دو حوزه قراردادهای بین المللی و بیع بین المللی پرداخته است.

عناوین فصول یا مقاله های اصلی، که هر کدام مبین محتوای حوزه خود می باشند و عموماً عینا (مگر با تغییر اندک درقالب و طرح فهرست مطالب و عناوین) به ترتیب زمان انتشار قرار گرفته اند، به شرح زیر می باشد:

فصل اول - حقوق تجارت بین الملل، حقوق نفت و گاز و حقوق سرمایه گذاری بین المللی (در نظام آموزش عالی حقوقی ایران) - « معرفی »

فصل دوم - آثار قوه قاهره و انتفاي قرارداد

فصل سوم - مروري بر تنظيم قراردادهاي دولتي «درحقوق تجارت بين الملل»

فصل چهارم - قابلیت معامله اعتبار در حقوق اعتبارات اسنادی: مطالعه ای در مفهوم، شرایط، آثار، و ماهیت حقوقی «معامله» اعتبار

فصل پنجم - مبانی قاعده نقض قابل پیش بینی

32 – فصل ششم - جنبه های حقوقی تامین مالی پروژه

فصل هفتم - لزوم کتبی بودن قرارداد داوری درعهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی 1958 نیویورک

فصل هشتم - تقابل فرم ها در قرارداد بیع، - بررسی نظریات موجود در نظامهای حقوقی و بحث تطبیقی با عهد نامه بیع بین المللی کالا

 در قسمت انتهای این مجموعه (پیوست ها)، سه عهدنامه بین المللی در خصوص قراردادها، **تشکیل قراردادها، و قانون متحد الشکل** بیع بین المللی کالا برای سهولت دسترسی و رجوع پیوست گردیده است.

عرصه کاربرد این مجموعه اساسا قراردادها ی بین المللی و خرید و فروشهای کالا در صحنه بین المللی است. این نوشتار به طورخاص با هدف تسهیل استفاده دانشجویان رشته حقوق، وکلای دادگستری و قضات و نیز حقوق دانان و عموم دست اندرکاران دو حوزه مذکور است. امید است مورد بهره برداری شایسته آنها قرار گیرد.

جا دارد که از فرد فرد همکاران و نشریاتی که در تهیه، تولید و انتشار مطالب و مفاهیم جدید علمی در سیستم نوپای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی شرکت داشته اند و در این کتاب از آنها نام برده می شود بطور خاص تشکرنموده و برایشان آرزوی موفقیت در این سیستم حقوقی داشته باشم. همچنین از شرکت چاپ و نشر بازرگانی که انتشار این محموعه را تقبل نموده اند، از مدیریت محترم و کارکنان پرتلاش آن، سپاسگزاری می نمایم.

حمید رضا نیک بخت

اول محرم الحرام 1446

 17 تیرماه 1403

**فصل اول: حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی(در نظام آموزش عالی حقوقی ایران)- «معرفی»**

**مقدمه و کلیات**[[1]](#footnote-1)

**استاد، جنابعالی موسس و بنیانگذار دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل و دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، در واقع در ایران، هستید، شما را پدر حقوق تجارت بین الملل و آغازگر آموزش داوری تجاری بین المللی یا داوری نوین در ایران می نامند. تعریف و توضیحاتی را در قالب پاسخ به سوالاتی که برای ما مطرح هستند، ارایه بفرمایید.**

س: حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی چیست؟

حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی مجموعه قواعد و مقررات قانونی و عرفی، ملی و فراملی است که مربوط می شوند به روابط تجاری و سرمایه گذاری اتباع یا دولت یک کشور با کشور دیگر و به روابط آن ها با سازمانهای تجاری یا سرمایه گذاری بین المللی. این مجموعه به حدی گسترده است که یک نظام حقوقی جامع را تشکیل می دهد . قواعد حقوقی ماهوی، قواعد حقوقی شکلی و سیستم حل و فصل اختلافات ملی و بین المللی اختصاصی، اجزای تشکیل دهنده این نظام حقوقی هستند. فعالان این عرصه، همان طور که از تعریف بر می آید، اشخاص حقیقی و حقوقی، دولتها، اشخاص دولتی و عمومی و سازمان های بین المللی می باشند و همه در یک سطح و تحت حاکمیت قواعد و مقررات حقوقی یکسان قرار دارند. در این حوزه، حقوق تجارت ملی که مربوط به تجارت یا داد و ستد ومشارک تهای اقتصادی داخلی و و عمدتاً منافع خصوصی می شود نقش قابل قیاس ندارد؛ در دو موضوع مورد سوال، بیشتر مبادلات تجاری یا خرید و فروش کالا و خدمات به صورت صادرات و واردات ، و ورود و خروج سرمایه یک کشور عموماً در ارتباط با منافع عمومی و توسعه کشورمطرح می باشند به ویژه آن که دولتها هم نقش کنترل و تنظیم گری خود را در اموری مانند مانند صادرات و واردات، تعرفه های تجاری، امور گمرکی، ثبت شرکت ها، ارایه مجوز های بهره برداری (لیسانس)، مالیات ها، نفت، گاز، برق، معادن، امور مناطق آزساد تجاری، انعقاد یا تصویب معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه و چند جانبه و عضویت در سازمانهای بین المللی یا منطقه ای، ایفا می کنند. لذا، هم تجارت و هم سرمایه گذاری معنای خاص خود را دارند حتی سرمایه گذاری قسمتی از تجارت محسوب می شود، و کلاً موضوع آن ها بر اساس قواعد و مقررات حقوقی (بین المللی) و تحت حمایت یا نظارت و کنترل دولت ها در حرکت از کشوری به کشور دیگر می باشد. حقوق این چنین تجارت و سرمایه گذاری، به طور مستقل و خود بسنده تشکیل شده و توسعه یافته است، به طوری که می توان گفت، آن ترکیبی نو از حقوق خصوصی بین المللی و حقوق عمومی بین المللی است.

 س: وصف بین المللی برای دو موصوف آن (تجارت و سرمایه گذاری) حاکی از چیست و چه ویژه گی در حقوق این دو موضوع ایجاد می کند؟

وصف بین المللی برای این دو موضوع از چهار جهت است:

اول، هر دو موضوع در هر کشور جنبه بین المللی دارند، یعنی تجارت یا سرمایه گذاری داخلی یا ملی یک کشور نیستند. آن ها واجد عنصر خارجی هستند؛ یا بین عموم کشورها ی مختلف مشترک (متقابل) و یا در عموم آن کشورها یکسان رواج دارند. برای مثال، در روابط مرتبط با این دو یک یا چند عامل خارجی وجود دارد، مانند خرید و فروش های وارداتی و صادراتی یا حضور سرمایه گذار خارجی. دوم، قواعد و مقررات مرتبط با آنها عموما بین المللی هستند و اسناد بین المللی برای شان تنظیم گردیده، در مواردی هم که قانون ملی برای آن ها وضع شده یا عینا اسناد بین المللی وارد قانونگذاری ملی شده یا از آنها الگو برداری شده است. مانند، قوانین گمرکات، یا قوانین حمل و نقل بین المللی، یا بیع بین المللی، یا سرمایه گذاری خارجی ، یا معاهدات دو جانبه یا چند جانبه سرمایه گذاری خارجی. سوم، سازمان های بین المللی برای جنبه های متعددی از این موضوعات تشکیل شده اند که آن ها را نظارت یا کنترل و اداره یا اجرا می کنند. مانند، سازمان تجارت جهانی، سازمان مالکیت فکری جهانی، سازمان و مجمع کشورهای صادر کننده نفت وگاز. چهارم، وصف بین المللی دلالت بر این دارد که این موضوعات در سطح جهانی و بین المللی و عبور از مرزها ی جغرافیایی در رفت و آمد، مطرح و مورد توجه بوده و کاربرد دارند. برای مثال، حمل و نقل کالا از طریق دریا، هوا، جاده و ریل ، یا ورود و خروج سرمایه از کشوری به کشور دیگر. لذا می توان گفت وصف بین المللی برای تجارت و سرمایه گذاری کشورها حاکی از مجموعه قواعد و مقررات مرتبط با بخش از روابط حقوقی کشورها در سطح جهانی است که حقوق بین الملل تجارت و سرمایه گذاری را تشکیل داده اند.

 س: اشاره داشتید به اسناد و سازمان های بین المللی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی، لطفا نمونه ای از آنها را بیان بفرمایید؟

همانطور که گفته شد در جنبه های مختلف تجارت و سرمایه گذاری بین المللی اسناد بین المللی متعدد و گوناگون و همچنین قواعد و مقررات قانونی و عرفی فراملی وجود دارند، و سازمانهای جهانی و منطقه ای مختلف در این زمینه ها تشکیل شده اند. به عنوان نمونه می توان اشاره کرد به عهد نامه های متعدد بین المللی و منطقه ای در ارتباط با بیع بین الملل، پرداخت های بین المللی (ماننداعتبارات اسنادی)، حمل و نقل کالا از طریق دریا، هوا، زمین (ریل و جاده)، انتقال، قوانین نمونه توسط کمیسیون ها یا کمیته های مربوطه سازمان ملل متحد مانند کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد (آنسیترال) یا سازمان بین الدولی توسعه و تجارت ملل متحد (آنکتاد) ، اسناد تنظیم و ارایه شده توسط موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در ایتالیا (یونیدرویت یا یونیدقوا)، اسناد تنظیم و ارایه شده توسط اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس، عهدنامه های متعدد دوجانبه و چند جانبه سرمایه گذاری، عهدنامه و مرکزحل و فصل اختلافات سرمایه گذاری(ایکسید)، قواعد و مقررات سازمان تجارت جهانی و سازمان مالکیت فکری جهانی، معاهده منشور انرژی، سازمان کشورهای صادر کننده نفت (اُپک)، مجمع کشورهای صادر کننده گاز (اُپک گازی)، اسناد جامعه اقصادی اروپایی یا اتحادیه اروپا، جامعه اقتصادی کشورهای غرب آفریقا، اتحادیه اقتصادی آفریقا، قرارداد تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)، موافقتنامه های همکاری اقتصادی در سازمان همکاری شانگهای، همکاریهای گروه بریکس، موافقتنامه های اتحادیه اقتصادی اوراسیا از جمله توافقنامه تجارت آزاد میان ایران و کشورهای اوراسیا و بسیاری از اسناد و سازمانهای بین المللی دیگر.

**س: نقش یا تاثیراین اسناد و سازمانها ی بین المللی در ایران چیست؟**

ایران هم همانند سایر کشورهای جهان و به عنوان عضوی از جامعه جهانی و این که از زمینه ها و توانایی های بالقوه و بالفعل فراوان در تجارت و سرمایه گذاری برخوردار است، باید از امکانات یا فرصتهای بین المللی بهرمند شود. در همین راستا کشور ما، هم بسیاری از نیازمندیهای خود را از این طرق برطرف می نماید، و هم اینکه کالا و خدمات وسرمایه مازاد خود را به متقاضیان خارجی عرضه می کند. برای این منظورها، جمهوری اسلامی ایران عضو بسیاری از معاهدات و عهدنامه های تجارت و سرمایه گذاری بین المللی است و در مواردی قوانین ملی مربوط خود را از این اسناد اقتباس نموده است. ایران عضو برخی از سازمانهای بین المللی از جمله آن ها که قبلاً ذکر شدند، نیزمی باشد.

**قسمت اول: دوره های آموزشی کارشناسی ارشد و دکترای حقوق تجارت و سرایه گذاری بین الملل**

**س: چطور شد که به فکرآموزش تخصصی و در سطح عالی (****تاسیس دوره کارشناسی ارشد و دکترا) حقوق تجارت بین الملل و داوری تجاری بین المللی در ایران افتادید؟**

به نظرم به این سوال باید در چند قسمت پاسخ دهم:

**الف- تحصیل در دوره کارشناسی ارشد**

قبل از آن که از دوره کارشناسی حقوق فارغ التحصیل شوم (سال 1363) بیشتر انگیزه و علاقه به قضاوت و قاضی شدن داشتم، و مقداری هم تلاش کرده بودم. گاهی فکر ادامه تحصیل هم به ذهنم می آمد هم چون بسیاری از دانشجویان کنونی. ادامه تحصیل در ایران در دوره کارشناسی ارشد با توجه به محدودیتهای آموزش عالی آن زمان کمی دور از انتظار بود. در آن زمان دانشگاهها بعد از تعطیلی انقلاب فرهنگی مدتی بود بازگشایی شده بودند. تا آنجا که بخاطر دارم دو دوره کارشناسی ارشد در رشته حقوق از قبل از پیروزی انقلاب اسلامی یکی در دانشگاه تهران و دیگری در دانشگاه ملی سابق (شهید بهشتی کنونی) وجود داشت. به طور کلی همین دو دانشگاه رشته حقوق شناخته شده داشتند. لذا پیگیری ادامه تحصیل در خارج از ایران را باری به هر جهت در نظر داشتم تا اینکه موقعیتی پیش آمد که مرا در مسیر گذراندن دوره کارشناسی ارشد در کشور خارجی (انگلستان) قرار داد. با سختیهای فراوان آن زمان برای ورود به آن کشور و تحصیل در آنجا، من بالاخره برای گذراندن دوره کارشناسی ارشد در سال 1365 شمسی (1986 میلادی) وارد دانشکده حقوق دانشگاه یکی از شهرهای آن کشور (اِکسِتر) شدم. هیچگاه فراموش نمی کنم که اولین روزی که وارد کتابخانه این دانشکده شدم چقدر متحیر شده بودم از آن همه کتاب و منابع و اسناد حقوقی. فکر می کردم من یک دوره کارشناسی حقوق رابه طور جامع و بسیار خوب در دانشگاهی خوب در ایران خوانده بودم و آماده به کار برای قضاوت یا سایر حرفه های حقوقی در کشورم بودم، و لذا یک حقوق دان کامل هستم. اما باورم نمی شد که این همه کتاب و منابع در حقوق وجود داشته باشد و من هیچ اطلاع یا تصوری از آنها نداشته باشم. جالب است که آنچه مرا شگفت زده کرده بود کتابخانه یک دانشکده در یک دانشگاه در یک شهر نسبتا کوچک بود. تصور کنید بعدا که کتابخانه مرکزی همان دانشگاه و سایر دانشگاههای بزرگ و معروف آن کشور را که دیدم چه حالتی داشتم. در آن زمان ارتباطات الکترو نیکی و کامپیوتری و یا مجازی مثل پایگاه های جستجوی اینترنتی کنونی وجود نداشت. قطعا مبهوت از اینکه اینها چیست و من چه میدانم؟ این همه کتاب و نوشته در حقوق وجود دارد و من از آن هیچ نشنیده ام و نمیدانم. در آن دانشکده غالب کتابها و منابع، که در کنار کتاب های حقوقی ملی برای من چشمگیر بودند و جلب توجه می کردند، در مورد موضوعات مختلف حقوق تجارت بین الملل بودند.

 **ب- دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل**

در زمان شروع تحصیل من در دوره کارشناسی ارشد، در سه یا چهار کشور در دانشکده های حقوق دوره کارشناسی ارشد حقوقی وجود داشت که به مسایل حقوقی در ارتباط با تجارت بین الملل می پرداختند. رشته ای با این عنوان یا در برگیرنده این عنوان، در واقع نوظهور بود، شاید چند سالی بیش نبود که در آن کشورها، به خصوص در انگلستان که به نظر می رسید سردمدارسایر کشورها در این رشته بود، تاسیس شده بود. دوره کارشناسی ارشدی هم که من وارد شده بودم در دانشگاه شهر اِکسِتر انگلستان جدیدالتاسیس بود و ترجمه نام آن «فوق لیسانس در مطالعات حقوق بازرگانی بین المللی» بود. دانشجویان باید چهار موضوع آموزشی کلی از موضوعات ارایه شده در این دوره را برای حضور در کلاس و امتحان پایان دوره انتخاب می کردند، و در پایان یک پایان نامه هم می نوشتند. من موضوعاتی را انتخاب کردم که برای ایران و آینده ایران مفید باشد. وارد دوره و دروس شدم چه مباحث خوب و بدیعی بودند و همه مورد نیاز حال و آینده ایران: بیع بین الملی، قراردادهای بین المللی، عهدنامه ای که در ارتباط با قراردادبیع بین الملل کالا که در سال1980 توسط کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد، در وین (کشور اتریش) تنظیم شده بود «عهد نامه در خصوص قرادادهای بیع بین الملل کالا - وین 1980 (معروف به سی آی اِ س جی - پیوست این مجموعه می شود)؛ مقررات جهانی تجارت مانند موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات 1954)؛ مالکیت فکری جهانی؛ انتقال تکنولوژی؛ معاهدات سر مایه گذاری دو جانبه؛ حل و فصل اختلافات دعاوی تجارت بین الملل؛ داوری تجاری بین المللی؛ قانون حاکم بر قراردادها و دعاوی بین المللی (تعارض قوانین)؛ صلاحیت دادگاهها در امور مدنی و تجاری بین المللی و سرمایه گذاری بین المللی، نحوه پرداختها، تضمینها و بیمه های بین المللی و مسایل حقوقی آنها در تجارت و سرمایه گذاری بین الملل؛ حمل ونقل بین المللی کالا از طریق دریا، هوا و زمین (جاده و ریل)، نمونه هایی از عناوینی بودند که در آن چهار موضوع باید می خواندیم و امتحان می دادیم. قابل توجه است که از لحاظ تدریس، آموزش و تحصیل موارد یا عناوینی مانند آن ها که نام بردم نه تنها هیچ سابقه ای در زمان تحصیل ما در ایران وجود نداشت، بلکه حتی در تحصیلات عالی دانشگاهی شناخته هم نمی شدند.

**ج – حوزه های حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین الملی**

 برای توضیح بیشتروروشنتر شدن وضعیت آموزش حقوقی در کشور در مقایسه با موضوعات حقوقی موجود در سطح جهانی، در آن زمان، به چند نمونه به عنوان مثال اشاره می کنم. سالها قبل از اینکه من وارد دانشکده حقوق در ایران شوم، یا پیش از آن که وارد دانشگاه خارجی شوم، برای نمونه بیان کنم، در سال 1964 در شهر لاهه – هلند دو عهدنامه در خصوص بیع بین الملل کالا تنظیم و توسط برخی از کشورها امضاء شده بود، یکی قانون متحد الشکل در خصوص بیع بین الملل کالا، و دیگری قانون متحدالشکل در خصوص تشکیل قرارداد بیع بین الملل کالا (هر دو پیوست این مجموعه می شوند). در سال 1966 سازمان ملل متحد در راستای توسعه و تنظیم قواعد و مسایل حقوقی تجارت بین الملل، کمیسیون حقوق تجارت بین الملل (آنسیترال) را تشکیل میدهد. جالب توجه است که ایران هم از اولین کشورهای عضو کمیسیون است (از سال 1968 میلادی) و نماینده ای در آن داشته است. همان طور که قبلاً بیان شد، همین کمیسیون عهد نامه قرادادهای بیع بین الملل کالا را در وین در سال 1980 تنظیم می نماید. در ارتباط با یکی از موضوعات بسیار مهم تجارت بین الملل که مسایل حقوقی خاص و گسترده ای دارد یعنی پرداخت های بین المللی، در سال 1933 اتاق بازرگانی بین المللی در پاریس قواعد متحد الشکلی ازعرف و رویه بین المللی برای اعتبارات اسنادی (یو سی پی) تنظیم و منتشر می نماید که بانکها و طرفهای تجاری در سراسر دنیا برای پرداختهای تجاری از آنها استفاده می کنند (در حال حاضر اصلاحات و نسخه ششم از آن قواعد با عنوان یو سی پی 600 (سال 2007) در بیش از 175 کشور مورد استفاده قرار دارد) و بانکهای ایرانی نیز از آن استفاده می کنند. در سال 1954 موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات ) منعقد گردیده است (ازسال 1995 سازمان تجارت جهانی جایگزین آن شده است و سالهاست که ایران در صدد عضویت در این سازمان است). در سال 1966 مرکز بین المللی برای حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری، به موجب عهد نامه حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولت های دیگر (عهد نامه واشنگتن – 18 مارس 1965 میلادی) تشکیل می شود. در سال 1976 کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد (آنسیترال) قواعد داوری برای برگزاری داوری های در ارتباط با امورتجارت و سرمایه گذاری بین المللی وضع نموده است (قواعد داوری آنسیترال). در سال 1359 (1981 میلادی) ایران با ایالات متحده امریکا توافق کرده است تا دعاوی و اختلافات بین یک دیگر و اتباع خود را به یک دیوان داوری (دیوان دعاوی ایران- ایالات متحده) ارجاع دهد که قواعد این دیوان همان قواعد داوری آنسیترال (1976) با تعدیلات باشد. از سال 1923 اتاق بازرگانی بین المللی با قواعد داوری مختص به خود شروع به پذیرش دعوی بین تجار بین المللی نموده تا آنها از طریق داوری حل و فصل شوند. از سالهای دور ایران با برخی از شرکتهای نفتی خارجی دعاوی نفتی داشته است که از طریق داوری بین المللی حل و فصل شده اند. ایران همچمین از سالهاست که عضو معاهدات دوجانبه دوستی و دریانوردی یا حمایت و تشویق سرمایه گذاری با برخی از کشورها بوده است، مثلا در سال 1955 با ایالات متحده، یا در سال 1965 با آلمان وارد این گونه معاهدات شده است، و موارد متعدد دیگر که در تجارت بین الملل در سطح جهانی مطرح بوده و یا ایران در آنها نقش داشته یا تجارت بین المللی ایران بر آن ها تاثیر داشته است. مانند معاهدات مختلفی در حمل و نقل بین المللی کالا از طریق دریا، هوا و زمین (جاده و ریل) که ایران عضو آنها بود. اما، شخصی که دوره کارشناسی حقوق را در ایران تمام کرده، مهیای خدمات حرفه ای بسیار مهم قضاوت، وکالت، مشاوره های حقوقی است تقریبا هیچ اطلاعاتی از آنها در آن زمان ندارد. منظورم این نیست که یک فارغ التحصیل کارشناسی حقوق باید این مسایل حقوقی را از دوره کارشناسی می دانست، اما باید دور نما یا ذهنیتی از آنها می داشت یا داشته باشد. به عبارت دیگر حد اقل آگاه باشد یا فکر کند که دوره های آموزشی برای چنین مسایلی وجود دارد. البته اشکال از آن زمان تا کنون کامل مرتفع نشده است، و شاید به این دلیل است که اشکال تا حدودی ریشه ای است و به سیستم آموزشی موضوعات حقوقی در دوره کارشناسی حقوق و قدیمی بودن آن بر می گردد. اینها قسمتی از مسایل و موضوعات حقوقی نظام حقوقی کشور ما را تشکیل می دادند و می دهند. تفاوت زمان حال با گذشته در این است که دانشجویان کنونی به آسانی می توانند به اطلاعات روزآمد در مورد مسایل حقوقی نوین دسترسی داشته باشند. آن ها با اندک پرس و جو و تحقیق از اساتید دانشکده های حقوق و حقوق دانان متعدد دیگرو نیز با استفاده از امکانات سیستم های جستجوی الکترونیکی بر بسیاری از عناوین حقوقی فراتر از دوره کارشناسی کنونی وقوف می یابند.

 **س: شما در واقع وارد یک دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل شدید با موضوعات**  و عناوین **حقوقی که برایتان غیر منتظره بوده و تازگی زیاد داشته، درست است؟**

بله، همینطور است. دوره کارشناسی ارشد را در طول یک و نیم سال با گستره ای از موضوعات، مباحث و ایده های حقوقی جدید همه در حوزه حقوق تجارت بین الملل (در سالهای 1367-1365) گذراندم. سعی من بر این بود که در آن کشور خارجی، همان طور که بیان کردم، بر موضوعات حقوقی تمرکز کنم که در ایران وجود نداشت، یا علی رغم نیاز کشور مان، در دانشگاه های خودمان با آن آشنایی نداشتیم. لذا، علاوه بر آن که چهار موضوع درسی کلاسهایم، همه موضوعات بدیع در حقوق تجارت بین الملل و تاحدودی مرتبط به سرمایه گذاری بین الملل بودند، و هیچ گاه مطلبی از آنها در ایران و یا در سطح دانشگاهی نشنیده بودم، موضوع پایان نامه کارشناسی ارشد را هم در حقوق تجارت بین الملل انتخاب و به دانشکده پیشنهاد دادم و تصویب شد. آن موضوع، مقایسه ای بود بین بعضی از جنبه های عهدنامه ای که جدیداَ با آن آشنا شده بودم، یعنی عهد نامه در خصوص قرادادهای بیع بین الملل کالا - وین 1980، و دو قانون ملی ایران و انگلستان. شاید اولین نفر یا از اولین نفرات ایرانی باشم که در ارتباط با بیع بین الملل و عهدنامه بین المللی مربوط بدان به تحقیق و نگارش پایان نامه در دوره کارشناسی ارشد پرداخته باشم.

**د- تحصیل در دوره دکترای حقوق تجارت بین الملل**

در این بخش از پاسخ به سوال اصلی، باید بگویم بلافاصله پس از اتمام دوره کارشناسی ارشد، برای ورود به دوره دکترا همچنان با همان فکر که موضوع رساله ام باید موضوعی حقوقی کاملاً مرتبط با تجارت بین المللل و در بر گیرنده مسایلی از سرمایه گذاری بین المللی و همچنین بدون سابقه آموزشی-پژوهشی در ایران، اما مورد نیاز ایران، باشد، در صدد یافتن دانشگاهی که چنین ایده یا طرحی را از من بپذیرد، برآمدم. در اینجا این توضیح لازم است که در کشور انگلستان، دوره تحصیلی دکترا پژوهش محور است، در مقایسه با ایران که آموزش و پژوهش محور است؛ در دانشگاههای آن کشور بر اساس موضوعی که دانشجو مایل است و طرح یا پیشنهاد ارایه داده است برای طی دوره دکترا یعنی نگارش رساله پذیرفته می شود، و روی موضوع تحت نظر استاد راهنما به پژوهش و نگارش می پردازد، و کلاس آموزشی وجود ندارد. بعلاوه، دوره دکترا با نام معین آن طور که ما اکنون در ایران داریم، وجود نداشت و ندارد. به عبارتی از جهت نام، دوره دکترا در آن کشور، موضوع و علاقه محور( یا استاد محور) است. متقاضی دوره دکترا، موضوع یا عنوان مورد علاقه خود را به دانشگاهی ارا یه می دهد، استادی در آن جا علاقمند به موضوع، آن را می پذیرد، و سپس از دانشگاه به متقاضی با عنوان پیشنهادی خودش پذیرش داده می شود. در پایان هم دانشجوی دکترا با مدرک دکترا با همان عنوان اولیه که پیشنهاد داده و پذیرش گرفته بود فارغ التحصیل می شود.من هم در نهایت تلاشها، موفق شدم از همان دانشکده حقوق دوره کارشناسی ارشدم (دانشگاه اِکسِتر) در موضوع مورد نظر و علاقه خودم، به صورتی که بیان کردم، پذیرش بگیرم. موضوعی در حقوق تجارت بین الملل، با عنوان «قراردادهای دولتی و داوری». در حقیقت با انتخاب این موضوع، و پیشنهاد آن به دانشگاه برای اخذ پذیرش، هدف دیگری را هم دنبال می کردم . آن این بود که، این انتخاب این امکان را به من می داد تا برای یک رساله دکترا دو موضوع را بررسی و تحقیق کنم و در پایان هم در زمینه هر دو موضوع اطلاعات تخصصی پیدا کنم و تز داشته باشم. علیرغم گستردگی موضوع و کار دوره دکترا، آن را در حد اقل زمان ممکن تمام کردم، و بلافاصله به ایران بازگشته شروع به تدریس در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی کردم. پیوسته در این اندیشه بودم که آن همه نیازهای کشور در ارتباط با دروسی که من در دوره کارشناسی ارشد و دکترا خوانده و در آنها اطلاعات و آگاهی کسب نموده ام و نیاز مبرم کشور می باشد، کجای کارآموزشی و زندگی حرفه ای من قرار می گیرد؟ نیازهای موجود و فردای کشور به مباحث حقوق تحارت و سرمایه گذاری بین الملل را چگونه باید پاسخ داد و چه کسی یا چه افرادی می خواهند پاسخ دهند؟ وظیفه من در این زمینه چیست؟ در دانشکده حقوق به عنوان عضوی از گروه حقوق خصوصی از دروس اصلی آموزشی من حقوق بین الملل خصوصی، تعارض قوانین در تعهدات، صلاحیت بین المللی دادگاه ها داوری بود که خود از موضوعات اساسی و برجسته در حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل مطرح هستند و من می توانستم دانشجویان را از این طریق وارد قسمتی از مباحث عملی حقوق این دو حوزه کنم. اما این نمی توانست کاملاً برای من قانع کننده باشد. سوالات بسیارکلی برای من این بودند که کشور ما که مثل هر کشور دیگری مجبور است در تعاملات تجاری و پولی یا سرمایه ای با کشورهای دیگر دنیا باشد، برای او، در وهله اول، مسایل مقدماتی این تعاملات مثل یافتن شریک تجاری و سرمایه گذار خارجی مناسب و مذاکره با طرفهای خارجی چیست؟ و در وهله دوم ، مسایل مختلف حقوقی مطرح برای انعقاد قرارداد با طرفهای خارجی، و این که خواه ناخواه در چنین تعاملاتی اختلافات (تجاری) اجتناب ناپذیراست، پس تنظیم و مبادله اسناد و حل اختلافات یا دعاوی مربوط چگونه است ؟ با مذاکره، یا با مراجعه به دادگاه (دادگاه کدام کشور) یا طرق دیگر؟ اگر دعوای بین المللی در دادگاههای کشور ما اقامه شود قضات و حقوق دانان ما چگونه با آن مواجه خواهند شد (آن را رسیدگی خواهند کرد)؟ یا، آیا باید اختلاف حقوقی بین المللی ایران در داوری رسیدگی شود (چگونه)؟ حقوق دانان ما در این تعاملات و موضوعات یا دعاوی حقوقی چه کسانی هستند؟ ما که در ایران در دانشگاهایمان ودر رشته حقوقمان چنین آموزشهایی نداریم پس نیروی انسانی ما از کجا می آید یا چگونه تامین می شود؟ آیا باید از نیروها و حقوقدانان خارجی استفاده کنیم؟ این حالات و وضعیتها بود که باعث شد من شدیداً و مجدانه در صدد ایجاد دوره های کارشناسی ارشد و دکترای حقوق تجارت بین الملل و سرمایه گذاری بین الملل برآیم.

**قسمت دوم: تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل و آموزش داوری نوین تجاری بین الملی در ایران**

الف- **تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل**

**س: دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل چه زمانی تاسیس گردید؟**

همان طور که گفتم، من در دانشکده حقوق در شروع تدریس و ابتدا عضو گروه حقوق خصوصی بودم. اما، همواره به حقوق تجارت بین الملل و سرمایه گذاری خارجی در ایران می اندیشیدم. افکار حقوق تجارت بین الملل هم در من همچنان خود را بروز میداد، بطوریکه برای مثال دو کارگاه آموزشی داوری بین المللی با همکاری سازمان دولتی ایران و با مشارکت داوران مجرب بین المللی خارجی برگزار کردیم. یا اولین کنفرانس داوری بین الملل در ایران را با مشارکت صاحبنظران داخلی و خارجی داوری در دانشگاه شهید بهشتی برگزار نمودم (گزارش این اقدامات در چند شماره نشریه مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی آمده است). با این افکار و اقدامات پراکنده و تلاش برای طرح و تاسیس دوره کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل در دانشکده حقوق و در موقعیت ها و مجامع مختاف ، مدتی سپری شد، تا اینکه از سال 1380 عملاً شروع به تعریف چنین دوره ای نمودم. سرانجام تعریف این دوره که نیازمند تحقیقات و بررسیهای جامع و گسترده در دوره های مشابه در کشورهای دارای این رشته بودند، در سال 1383 نهایی شد و خود پیگیر آن بودم تا روند و مراحل مصوبات در داخل دانشکده حقوق و دانشگاه شهید بهشتی و وزارت علوم، تحقیقات و فناوری طی شد. در همین سال که مصوبات نهایی آن اخذ گردید اولین گروه دانشجو نیز پذیرفته شد. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی که در طی این سالها به جذب اساتید حقوق با تخصص حقوق تجارت بین الملل پرداخته بود، اکنون به خوبی می توانست با اساتید با علم روز گروه اختصاصی برای این دوره تشکیل دهد – گروه حقوق تجارت بین الملل- که چنین کرد.

**ب- مسایل حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین الملل**

**س: آیا مسایل حقوقی تجارت بین الملل در ایران با سایر کشورها متفاوت است؟**

 مسایل حقوقی تجارت بین الملل در ایران کلاً در مقایسه با این مسایل در کشور های دیگر تفاوتی ندارد. برای مثال، چگونگی عملیات تجاری که تحت عناوین کلی صادرات و واردات یا خرید و فروش بین المللی و یا سرمایه گذاری خارجی در یک کشور مطرح هستند، تقریبا در همه کشورها یکسان می باشند. اما، قواعد و مقررات قانونی این عملیات در کشورها تا حدودی، و نه مطلق، اختصاصی و انحصاری می شوند. یعنی، در موارد جزیی یا خاص که رابطه تجاری یا سرمایه گذاری بین المللی وارد سیستم قانونی یا حقوقی ایران می شود، مانند ورود به مقررات صادرات و واردات یا گمرکی ایران (صادرت و واردات کالاهای موجود ومورد نیاز)، مقررات سازمان ها و شرکت های تجاری یا قانون و مقررات تجارت ایران، مسایل حقوقی ذیربط ملی یا داخلی می شوند. حتی می توان گفت که در مبحث حل و فصل اختلافات این عملیات هم اختلاطی از قواعد و مقررات عام و خاص (عموم کشورها یا خصوص کشورها)، مانند قواعد و مقررات مربوط به تعارض قوانین یا حل و فصل اختلافات کشورها، واقع می شود. بنابر این، آن چه بیشتر و اساساًموجب اختلاف و تنوع درمسایل حقوقی تجارت بین الملل است زبان کشورهاست که آن هم با کاربرد یک زبان بین المللی (انگلیسی) حل می شود. بنابر این می توانم گفت اصول این قواعد و مقررات درتجارت بین المل و سرمایه گذاری خارجی در ایران و در سایر کشورها تفاوتی وجود ندارد. این که در بسیاری از موضوعات و مسایل تجارت و سرمایه گذاری بین الملل قواعد و مقررات حقوقی یکسانی برای تمامی کشورها وجود دارد به دو علت است، یکی وجود عهدنامه ها و معاهدات بین المللی چند جانبه یا دوجانبه که اغلب کشورها عضو آنها هستند، و دیگری به علت ایجاد رویه و عرف های تثبیت شده ای است که برای همه کشورها یکسان قابل استفاده است و یا بر آنها اعمال می گردد. برای مثال در زمینه حمل و نقل بین المللی کالا چه از طریق دریا و چه از طریق هوا یا زمین معاهدات بین المللی وجود دارد که مسایل حقوقی آنها در همه کشورها ی عضو یکسان است، فرقی نمی کند که موضوع آن در ایران به عنوان کشور عضو یا کشوردیگرعضو باشد؛ یا اگر موضوع اعتبارات اسنادی برای یک پرداخت بین المللی را در نظر بگیریم مسایل حقوقی چنین پرداختی چه در ایران و چه در یک کشور خارجی دیگر (مثلاً کشورهای اروپایی یا آسیای) که هر دو لزوما باید بر اساس مقررات متحد الشکل یو. سی. پی. عمل کنند، یکسان خواهد بود؛ یا اگر اختلاف یک رابطه حقوقی تجاری یا سرمایه گذاری بین المللی ایران به داوری ارجاع شود، برای مثال به داوری آی.سی.سی، داوری و قواعد آن در این پرونده با اختلاف مشابه از کشوری دیگرتقریباً تفاوتی ندارد؛ همینطور است اگر فرضاً ایران عضو سازمان تجارت جهانی شود مسایل حقوقی مرتبط با آن که در ایران مورد بحث و بررسی قرار گیرند با همان مسایل حقوقی که در کشورعضو دیگر همین سازمان مطرح باشند، تفاوتی نخواهد کرد. لذا، آنچه در دانشگاههای یک کشور خارجی در این موارد تدریس می شود با آنچه در ایران تدریس می شود تقریباً یکسان خواهد بود

بدیهی است که در ارتباط با موضوعات و مسایل حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل قواعد و قوانین ملی که در کشورها با یکدیگر متفاوت هستند مطرح می شوند، اما سطح و گستره آن ها محدود تر است نسبت به قواعد و مقررات بین المللی و فرا ملی که جنبه اساسی دارند.

**س: بنابر این، تاسیس چنین دوره یا رشته ای در ایران با اساتید مجرب و عالم به علم روز در این زمینه و آشنا به زبان خارجی می توانست باعث جذب دانشجویان خارجی شود تا آنها مسایل حقوقی تجارت بین الملل عام را در ایران بخوانند و برای کشورشان استفاده کنند، درست است؟**

 قطعا صحیح است و می توانست چنین باشد. عدم وجود تفاوت در مسایل حقوق تجارت بین الملل در ایران با سایر کشورها خود موضوعی است که دغدغه وجود خلاء و داشتن توانایی پر کردن آن توسط ما را دو چندان می کرد. به این معنا که وقتی مسایل حقوق تجارت بین الملل در ایران تفاوت اصولی با همین مسایل در یک کشور خارجی (آسیایی، اروپایی یا امریکایی) ندارد و ما در ایران هم به حقوق دان این موضوعات نیاز داریم پس به ناچار و اگر نخواهیم در این مسایل از حقوقدان خارجی استفاده کنیم باید حقوق دان ما برای تحصیل این موضوعات به دانشگاههای خارجی بروند. یعنی عدم تحرک آموزشی در این زمینه بمثابه سوق دادن نیازهای کشور یه سمت خارج از ایران. از طرف دیگر سوال بعدی برای ما این بود که با احساس توان مندی آموزشی ما چرا دانشجویان خارجی برای آموختن موضوعات حقوقی مشابه برای کشورخودشان، به ایران نیایند. لذا، در نظر داشتم این دوره در آن زمان در منطقه ودر میان کشورهای آسیایی معرفی بشود و بتوانیم دانشجویانی از این کشورها را در ایران به زبان فارسی یا زبان خارجی آموزش بدهیم (که این خود منفعت بزرگی برای کشور در بر داشت).

جالب توجه است که، موضوعات درسی که برای دوره حقوق تجارت بین الملل در ایران طراحی شدند تقریباً در رشته حقوق ما در کشور سابقه نداشتند به طوری که در آن زمان در مورد آن ها به زبان فارسی یا منبعی وجود نداشت یا بسیار کم بود.

**ج- آموزش داوری نوین تجاری بین الملی در ایران**

**س: در ایران شناخت واستقبال از داوری در حل و فصل اختلافات تجاری و سرمایه گذاری، در سطح ملی و بین المللی، چگونه است،** و **قواعد و مقررات مربوط به داوری چه زمانی تدوین شده اند ؟ در ارتباط با تعلیم و آموزش داوری در کشور و به خصوص در سطح عالی دانشگاهی توضیح بفرمایید.**

**در پاسخ به این سوال (در این جا) به سابقه تاریخی داوری در ایران که قدمتی بس طولانی دارد، و همجنین** به قوانین و مقررات متعددی که در ارتباط با عنوان داوری در دعاوی و اختلافات مسایل مختلف حقوقی در قلمرو ایران وجود دارد**، نمی پردازم، اما مناسب به نظر می رسد، فهرست گونه به جریان معاصر تقنینی (عمده) داوری اشاره داشته باشم، در کشور ما :**

1. در سال 1329 هجری قمری (1289 هجری شمسی) که اولین قانون جامع آیین رسیدگی به دعاوی و اختلافات (دادرسی) یعنی «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» مدون شد، قواعد و مقررات حکمیت یا داوری نیز تدوین و در مواد 757 تا 779 ازفصل دوم از باب هفتم آن قانون جای گرفت.
2. در سال 1313 هجری شمسی، «قانون حکمیت» جدید وضع شد.
3. در 25 شهریور سال 1318 که قانون آیین دادرسی مدنی جدید و جامع ایران تدوین شد، قانون حکمیت 1313 با تغییراتی وارد این قانون شد و باب هشتم این قانون از ماده 632 تا 680 را تشکیل می داد.
4. در سال 1358، در قانون اساسی ایران به موجب اصل 139، داوری در دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی پذیرفته شد(گرچه با شرایطی) . این بدان معناست که داوری به عنوان مرجع مستقل از دادگستری برای حل و فصل اختلافات (دعاوی) حقوقی دولتی و عمومی به صراحت، و برای نظام حل و فصل اختلافات حقوقی ایران بطور ضمنی، به رسمیت شناخته شده است.
5. در سال 1359 (1981 میلادی)، جمهوری اسلامی ایران در یک همکاری بین المللی، می پذیرد که دعاوی و اختلافات بین خود و ایالات متحده امریکا را از طریق داوری بین المللی در یک مرجع بین الدولی، دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده، در شهر لاهه کشورهلند، حل و فصل نماید.
6. در سال 1379 قانون آیین دادرسی مدنی 1318 اصلاح شد و با عنوان «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی» در مجلس شورای اسلامی تصویب شد. مواد مربوط به داوری درقانون سال 1318، با تغییراتی اندک، باب هفتم، از مواد 454 تا 501، این قانون جدید را تشکیل می دهد. این باب یا مواد را «قانون داوری ملی» می نامیم.
7. در سال 1376 برای اولین بار «قانون داوری تجاری بین‌المللی» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.
8. در سال 1380 قانون «اساسنامه مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران و صنایع و معادن ایران» وضع شد که بر اساس آن مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران تاسیس گردید.
9. در سال 1380«قانون موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیایی- آفریقایی راجع به تاسیس مرکز منطقه‌ای داوری در تهران» از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت و بر اساس آن در سال 1384 «مرکز داوری منطقه‌ای تهران» تشکیل شد.
10. در سال 1380، ایران به عضویت عهدنامه [کنوانسیون] 1958 نیویورک درخصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی درآمد. در این سال، به‌ موجب «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ 10 ژوئن 1958 میلادی (03/04/1337 هجری شمسی)»، این عهدنامه [کنوانسیون] در ایران لازم الاجرا گردید.
11. در سالهای قبل از 1380، ایران عهد نامه های تشویق و حمایت ازسرمایه گذاری متعدد با دیگر کشورها منعقد نموده که در آن ها حل و فصل اختلافات عهد نامه ای و قراردادی را به طریق داوری پیش بینی شده است. ناگزیر در آینده هم چنین عهدنامه ها و موافقت نامه هایی قابل پیش بینی بود که داوری را روش مرسوم می نمودند.

موارد بالا حکایت از فرهنگ غنی داوری ملی و بین المللی در ایران دارد که به نظر می رسد نتوان کشور دیگری را با چنین ظرفیت بزرگی یافت. با این وجود داوری در کشور مهجور و مغفول مانده بود، حتی در رشته حقوق و برای بسیاری از حقوقدانان نیز از جهاتی ناشناخته بود. البته گرچه در سطح بین المللی هم فعالیت هایی در ایجاد و توسعه آن انجام شده بود، در سالهای مقارن تحصیل من در دوره دکتری شروع دوره رشد و توسعه آن است. به هر حال، در کشور عمل، علم و آگاهی عمومی نسبت به آن اگر نگوییم هیچ بود، در ضعف و مقدار اندک بود. شناختی و کاربردی از آن در جامعه مشاهده نمی شد. در آن زمان در میان موضوعات آموزشی و بطور مشخص در رشته حقوق جای گاهی نداشت. علی رغم این که، همان طور که در فهرست بالا بیان گردید، حدود پنجاه ماده از مواد قانون آیین دادرسی ما را از سال 1318 به عنوان آیین حل و فصل اختلافات حقوقی تشکیل میداد، یا دو قانون مهم دیگر در این زمینه در سالهای 1376 و 1380به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود، در دانشگاهها یا دانشکده های حقوق به آموزش آن توجهی نمی شد (احتمالاً در مواردی نادر در در دروس آیین دادرسی مدنی در حد اندک، یا در حد یک درس یک واحدی اختیاری، به آن پرداخته می شد، و درس داوری تجاری بین المللی در دوره های کارشناسی ارشد و دکترای حقوق خصوصی هم وجود داشت اما از دروس اختیاری بود و جدی گرفته نمی شد). گرچه معتقدم بحث احقاق حق و اجرای عدالت در آن جای تامل دارد، به هر صورت جای آموزش عالی آن در رشته و دانشکده های حقوق است که خالی بود.

از لحاظ بین المللی، شرط حل و فصل اختلافات از طریق داوری در قراردادهای بین المللی جزء جدا نشدنی از این قراردادهاست و در قراردادهای مربوط به ایران و ایرانیان نیز پر اهمیت و با کاربرد وسیع است. از لحاظ ملی، داوری طریقه مطلوب و مناسب حل و فصل اختلافات است، یک روش مردمی است و نقش بزرگی در کاهش دعاوی در دادگستری می تواند داشته باشد، در آن مزایای فراوان نهفته است. از این روی مردم و مسولین ذیربط کشوری باید به آن توجه و اهتمام کافی داشته باشند. ترویج و توسعه داوری در سطح ملی خود مقدمه و پیش ران پذیرش و استقبال از داوری در سطح بین المللی است. بنابر این آموزش داوری در کشور از جنبه های ملی و بین المللی ضروری به نظر می رسید.

با توجه به این که قسمتی از رساله دکترای من داوری (بین المللی) بود و من در مطالعات و تحقیقاتم به این نتیجه رسیده بودم که روش داوری برای حل و فصل اختلافات حقوقی بین المللی روش مطلوب برای ایران و جامعه جهانی است، در فکر احیا و ترویج آن در ایران و در تراز جهانی بودم. از طرف دیگر وقتی بحث از رشته حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی و ایجاد یک دوره کارشناسی ارشد برای آن است، یکی از ستونهای اصلی آن تدبیر و تعلیم برای حل و فصل اختلافات و جلوگیری از دعاوی احتمالی در ارتباط با موضوع آن است که مناسبت ترین روش داوری بود. پس جایگاه و عرصه مناسب برای آموزش داوری همین دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل بود. لذا، یک درس اصلی یا الزامی دو واحدی به عنوان داوری تجاری بین المللی اختصاص داده شد. از این طریق دانشجویان دوره کارشناسی ارشد باید به طور رسمی و الزامی و برای نخستین بار داوری را آموزش می دیدند.

س: در راستای توسعه داوری ملی و بین المللی علاوه بر آموزش رسمی و عالی آن اقدامات دیگری هم داشته اید؟

در پاسخ به این سوال هم فهرست گونه برخی از اقداماتم را بیان می کنم:

1. در سالهای 1367 تا 1370 کار پژوهشی گسترده در قالب رساله دکترا در محدوده داوری در قراردادهای دولتی انجام دادم که منتهی به اخذ مدرک دکترا در دانشگاه اکستر انگلستان شد.
2. برگزاری اولین کنفرانس داوری بین المللی در ایران در سال 1378 در دانشگاه شهید بهشتی که داوران و صاحب نظران خارجی در آن شرکت نمودند و مجموعه مقالات برگزیده آن منتشر گردید. من ایده و پیشنهاد برگزاری را به دانشکده و دانشگاه ارایه نمودم و تمامی امور اجرایی آنرا بر عهده بوداشتم.
3. در سالهای1379 و 1380 دو کارگاه آموزش داوری بین المللی با حضور داوران و متخصصین داوری ازچند کشور با همکاری یکی از سازمان های دولتی ایرانی برگزار نمودیم. امور علمی و اجرایی آن ها بر عهده من بود.
4. در سال هایس 84-1383 دو طرح تحقیقاتی در موضوعات داوری، به یکی از موسسات علمی-پژوهشی دولتی ارایه نمودم که تصویب و اجرا گردید. پس از آن ها، طرحی برای سازمان دولتی دیگر برای تاسیس مرکز داوری اختلافات مرتبط با فضای مجازی و مخابراتی، با عنوان «ترجمه و تنظیم قواعد داوری برای فضای مجازی ایران» انجام دادم.
5. در سال 1387 ایده و پیشنهاد برگزاری یک همایش داوری به مناسبت یکصدمین سال تدوین داوری در ایران (1289) را با همکاری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، به دانشکده حقوق و مدیر مرکز ارایه نمودم. به دلیل مسولیت حرفه ای در خارج از ایران پیگیری و برگزاری آن بوسیله مرکز داوری اتاق بازرگانی در سال 1388 انجام شد. من هم یک مقاله ارایه نمودم و در مجموعه مقالات آن همایش چاپ شده است.
6. داور منتخب اشخاص دولتی و خصوصی در پرو نده های داوری بین المللی و ملی بوده ام. اولین پرونده داوری بین المللی که در آن به عنوان داور منتخب سازمان دولتی ایران انتخاب شدم، در سال 1373 (سه سال پس از ورود به آموزش در دانشگاه)، می باشد. در این پرونده ها علاوه بر آن که به عنوان داور و به اتفاق دو داور دیگر باید مسایل ماهوی حقوقی را تصمیم می گرفتیم، مسایل مختلف آیین داوری نیز مطرح می شدند و باید اظهار نظر می کردیم. من دد این موارد رای و نظریات جداگانه داشتم که مکتوب نموده و به طرفین و سازمان داوری گزارش و ارایه می شد.
7. اولین پرونده بین المللی که اصل 139 قانون اساسی جمهوری اسلامی به عنوان مانع رسیدگی داوری (مانع ارجاع اختلاف به داوری)، بعد از سال ها و پرونده های متعدد، پذیرفته شد و رای بر عدم صلاحیت دیوان داوری در کشور سوییس (مقر داوری) صادر شد، یکی از پرونده هایی است که من داور منتخب سازمان دولتی ایرانی بودم. بر اساس این رای، دعوی نباید در داوری مطرح می شد و لذا پرونده در داوری ادامه نیافت؛ اگر خواهان مایل بود (بر اساس قرارداد) فقط می توانست دعوا را در دادگاه های ایران اقامه و پیگیری نماید. این رای، در پرونده دیگری که داور منتخب سازمان دیگر ایرانی بودم، موثر واقع شد و باعث شد که طرف خارجی به مذاکره و مصالحه با طرف ایرانی اختلاف خود را حل کنند.
8. در حال حاضر چند کتاب تالیفی و چندین مقاله علمی- پژوهشی در ارتباط با داوری و داوری تجاری بین المللی از من چاپ و منتشر شده است. می توان گفت اولین یا از اولین تالیفات در حوزه داوری، گزارش های طرح های تحقیقاتی و کتاب های من در سال های1383 و 1385 و 1388 می باشند.
9. راهنما یی، مشاور و داوری ده ها پایان نامه کارشناسی ارشد و رساله دکترا در موضوع داوری و داوری بین المللی را برعهده داشته ام.

احتمالاً موارد بالا باعث شده باشند که به نظر برسد اولین نفر هستم، یا شاید دیگران بخصوص دانشجویان حقوق تجارت بین الملل فکر می کنند (آن طور که شنیده ام و شما هم می فرمایید) که من اولین نفر هستم که در ارتباط با آموزش داوری ملی و بین المللی (تجارت بین الملل) در ایران اقداماتی به عمل آورده ام.

**قسمت سوم: فعالیت برون مرزی در ارتباط با دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل**

الف- فعالیت برون مرزی

س- آیا در ارتباط با **دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل** فعالیت برون مرزی هم انجام شده است؟

 بله. در راستای اهداف تاسیس دوره با مجوز وزارت علوم، تحقیقات و فناوری با تاسیس یک شعبه دانشگاهی وارد برگزاری آن در یکی از کشورهای خارجی هم شدیم. چند دوره برگزار کردیم اما به دلایل خاص (غیر آموزشی) ادامه نیافت. در حقیقت اکنون هم ما توانایی و امکانات آموزش حقوق تجارت بین الملل به دانشجویان کشور خودمان را داریم، و هم می توانیم به دانشجویان سایر کشورها آموزش دهیم. در گذشته علیرغم تمایل و توانایی ما، زمینه کافی برای انجام امور فرامرزی آن طورکه انتظار می رفت فراهم نبود، این در حالی است که با تاسیس این دوره و رشته عرصه این فعالیت ها فراهم و هموار شده بود و می باشد.

**ب- همکاری آموزشی و پژوهشی مشترک خارجی**

**سوال: به برگزاری این دوره در یک کشور خارجی اشاره نمودید، آیا با دانشگاههایی از کشورهایی که قبل از ما این رشته را داشته اند همکاری یا ارتباط نداشتید؟**

سوال خوبی است. خوشبختانه آنقدر به کار خودمان در تعریف دوره و توانایی خودمان در برگزاری دوره به زبان فارسی و حتی به زبان خارجی اعتماد داشتم که اقداماتی را به عمل آوردیم برای همکاری آموزشی مشترک و اعطای مدرک مشترک یا مدرک دوگانه با دانشگاههای معتبر صاحب نام. با آنها وارد مذاکره شدیم، پس از معرفی دوره به آنها، و بررسی های جامعی که آنها از دوره ما داشتند، قرارداد همکاری آموزشی و پژو هشی مشترک منعقد شد. در حقیقت به موجب این قراردادها، دانشگاههای معتبر خارجی کیفیت و نحوه برگزاری دوره ما را در سطح دوره های خودشان ارزیابی کرده و همچنین دروس و نحوه آموزش ما را به عنوان قسمتی از آموزش مشترک و اعطای مدرک کارشناسی ارشد پذیرفتند. به این صورت که، در بخش آموزش مشترک و اعطای مدرک دوگانه، دانشجویان پس از گذراندن قسمتی از آمزش دوره در ایران و قسمتی در دانشگاه خارجی پان نامه های خود را با اساتید مشترک از دانشکده و دوره ما و از دانشکده و دوره خارجی نوشته و دفاع می کردند و همزمان دو مدرک کارشناسی ارشد از دانشگاه ما و از دانشگاه خارجی به آن ها اعطا می شد.

**قسمت چهارم تاسیس دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در ایران**

**الف- آموزش حقوق سرمایه گذاری بین المللی**

**س: اشاره کردید به دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی، در ارتباط با حقوق سرمایه گذاری بین المللی از لحاظ آموزشهای دانشگاهی آیا اقدامی شده است؟ اصولا این حقوق جدا از حقوق تجارت بین الملل به حساب می آید؟**

سرمایه گذاری بین المللی را امروزه نمیتوان از حقوق تجارت بین الملل جدا کرد، در واقع سرمایه گذار بین المللی با سرمایه خود و با ورود به کشور دیگر در پی تجارت یا کسب و کار است. به مبادله ای می پردازد که مثل هر تجارت دیگر عوض و معوض در آن وجود دارد و سرمایه گذار انتظار دارد همانطور که در کشور میزبان با سرمایه وارد شده است مابه ازای سرمایه خود را که اصل وسود است با خود به کشورش باز گرداند. البته در این موضوع باید گفت که تا حدودی قواعد اختصاصی تحت عنوان حقوق سرمایه گذاری بین الملل ایحاد شده و توسعه یافته است. بطوریکه حقوق دانان متخصص حقوق تجارت بین الملل لاجرم باید وارد این قواعد اختصاصی هم بشوند. با این ذهنیت، و برای اینکه در کشور خود از لحاظ متخصص حقوق تجارت بین الملل به معنای گسترده و وسیع آن که شامل سرمایه گذاری بین المللی می شود خود کفا شویم، بعد از تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل در صدد تحقق اندیشه و ایده تاسیس دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل بر آمدم. در سال 1392 تعریف این دوره به پایان رسید و آماده بحث و بررسی و تصویب در شوراهای دانشکده و دانشگاه شد و مصوبات مریوطه اخذ گردید. پیگیری تا تصویب دوره در مراجع ذیربط خارج از دانشگاه انجام شد تا سرانجام در سال 1394 از تصویب مراجع ذیربط در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری گذشت و آماده اجرا در دانشگاه ها گردید. بنابر این، اکنون مدتی است که در دانشگاه شهید بهشتی و همچنین در چند دانشگاه دیگر در این دوره دانشجو پذیرفته می شود.

**ب- آموزش حقوق نفت و گاز**

1. **کلیاتی در حقوق نفت و گاز**

**س: نکاتی در ارتباط با حقوق سرمایه گذاری بین المللی مطرح فرمودید، در مورد حقوق نفت و گاز و ارتباط آن با حقوق تجارت بین الملل و حقوق سرمایه گذاری بین المللی توضیح بفرمایید. آیا کار اختصاصی برای این موضوع باید صورت بگیرد و نیاز به تشکیل دوره آموزشی عالی خاص برای آن می باشد؟**

از دغدغه های دیگرمن این بود که ایران به عنوان کشوری که دارای صنعت عظیم نفت و گازمی باشد، علاوه بر مطرح بودن مسایل خاص حقوقی برای امورآن در سطح داخل کشور، بیش از یک قرن است که قراردادهای بین المللی در اکتشاف و استخراج و معاملات نفت منعقد می کند؛ ایران از بنیانگزاران و اعضای موثر  **اُپِک** (**سازمان کشورهای صادرکننده نفت**) می باشد؛ در سال های اخیر هم امورگازطبیعی در کشور در سطح داخلی و بین المللی گستردگی ویژه یافته؛ در سطح جهانی اپک گازی (مجمع کشور های صادر کننده گاز) تشکیل شده و ایران از موسسین و اعضای موثر آن است. بالتبع سوالات زیادی در ارتباط با امور حقوقی بخصوص در مراودات و مبادلات بین المللی نفت و گاز مطرح بود. برای مثال، مسایل حقوقی بین المللی این صنعت در ایران چیست و آیا حقوق دان متخصص و آگاه به مسایل حقوقی در این صنعت، در حد نیاز، در ایران وجود دارد؟ دانش حقوقی این صنعت را باید از کجا کسب کرد؟ چرا از این مسایل و وضعیتهای حقوقی در سطح دانشگاهها و دانشکده های حقوق نا آگاهیم و چیزی وجود ندارد؟ از سالهای دور ایران قراردادهای نفتی در قسمت بالا دستی نفت ونیز در بخش پایین دستی آن، درقسمت فروش نفت و فرآورده های آن منعقد می کرده است که در تجارت بین الملل ایران نقش عمده داشته اند. ایران چه در داوری های بین المللی، و یا در داوری های دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده دعاوی بین المللی بسیار مهم در زمینه نفت داشته است. حقوق دانان ما غیر از آنها که در سازمان های نفتی کشور سابقه داشته اند، تا چه حد از این گونه مسایل حقوقی یا قضایی یا داوری آگاهی دارند؟ در کل، چه مسایل حقوقی در ارتباط با نفت و گاز وجود دارد؟ اختلافات قراردادی نفتی و گازی ما چه یا چگونه هستند، و توسط چه کسانی حل و فصل می شوند، حقوق دانان وکارشناسان ایرانی یا خارجی؟ در پاسخ به این ابهامات و خلاء ها شاید برای اولین بار بود که در ایران در تعریف دروس کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل درس حقوق نفت و گاز را به طور رسمی وارد دروس حقوقی در دانشکده حقوق کردیم. گرچه حقوق نفت وگاز بالقوه امکان و شرایط یک دوره اختصاصی کارشناسی ارشد را دارا بود، اما با ایجاد دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل، به نظر می رسید موقعیت مغتنمی است تا این درس در این دوره گنجانده شده و آموزش آن، گرچه به صورت کلی آغاز شود؛ ضمن آنکه بسیاری از مسایلی که در دوره حقوق تجارت بین الملل قرار بود آموزش داده شوند در تجارت بین الملل نفت و گاز هم مورد نیاز بودند و کاربرد داشتند. بنابر این، می توان گفت برای اولین بار حقوق نفت وگاز از طریق دوره حقوق تجارت بین الملل وارد آموزش عالی دانشگاهی شد. علاوه بر این، در صدد هم بودم تا در دانشگاه مرکز مطالعات حقوقی نفت و گاز ایجاد کنیم. در سالهای گذشته تلاشهایی داشتم و بخوبی هم جلو رفتیم، اما با تغییرات در سطح مدیریت دانشگاهی و وزارتی، در این خصوص هنوز موفقیت حاصل نشده است.

1. **دکترای حقوق نفت و گاز**

**س: آیا در حال حاضر دوره ای اختصاصی برای حقوق نفت و گاز در دانشکده وجود ندارد؟**

چرا، دوره دکترا وجود دارد. در سال 1390 مطلع شدیم که وزارت علوم، تحقیقات و فناوری دوره دکترای حقوق نفت و گاز را تصویب نموده است. بلافاصله در گروه حقوق تجارت بین الملل، به عنوان مدیر گروه، اقدام نمودم و متقاضی برگزاری این دوره در گروه و در دانشکده شدیم. با اخذ مصوبات لازم در دانشکده و دانشگاه و پیگیریهای مستمر بالاخره موفق شدیم این دوره را در دانشکده تاسیس کنیم و از شروع ترم اول همان سال (1390)، دانشجوپذیرفته وآموزش آن را شروع کنیم. اکنون چندین سال است که این دوره برگزارو دانشجو یان آن فارغ التحصیل می شوند. از لحاظ کمیت و تعداد افراد متخصص هم موقعیت خوبی برای کشور و صنعت نفت و گاز فراهم آمده است. همچنین، در دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی نیزکه بعد از ایجاد دوره حقوق نفت و گاز تاسیس شد (در سال1394) از عمده عرصه های های طرح مباحث آموزشی مسایل حقوق صنعت نفت و گاز، مانند حقوق تجارت بین الملل نفت و گاز و فرآورده ها و مشتقات آن ها و نیز سرمایه گذاری خارجی در این صنعت است.

**قسمت پنجم - فعالیتهای پژوهشی و عملی شخصی درحوزه حقوق تجارت وسرمایه گذاری بین الملل**

**الف- فعالیتهای پژوهشی**

 **سوال: گذشته از آموزش موضوعات مختلف حقوق تجارت بین الملل، فعالیتهای پژوهشی جنابعالی در این حوزه چه بوده است؟**

فسمتی از پاسخ به این سوال در سوالات قبلی بیان شد. اجمالاً در اینجا توضیح دهم که پس ار تشکیل دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل، علاوه بر اینکه در این دوره درسهای بیع بین الملل، قراردادهای بین المللی، حقوق انتقال فناوری ، تعارض قوانین تطبیقی وصلاحیت بین المللی دادگاه ها و داوری بین المللی را تدریس نموده ام، راهنمایی دهها یایان نامه کارشناسی ارشد همین رشته را بر عهده داشته ام و همچنین در پایان نامه های بسیاری مشاور یا داور بوده ام. همزمان در سالهای گذشته تلاش داشته ام تا از جهت پژوهشی در موضوعات متعدد حقوق تجارت بین الملل فعال و پویا باشم. طرح های تحقیقاتی عمده هم داشته ام .سالها تمرکزم بر روی پژوهش در زمینه های مختلف حل و فصل اختلافات تجارت و سرمایه گذاری بین المللی و بخصوص داوری بین المللی بود ه است که حاصل آنها تالیف سه کتاب در موضوعات داوری و داوری تجاری بین الملل می باشد، که به چاپ رسیده اند. مقالات متعدد علمی-پژوهشی در مسایل مختلف حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی مانند قراردادهای بین المللی، بیع بین الملل، تعارض قوانین در تعهدات بین المللی، انرژی و سرمایه گذاری از من به طور انفرادی یا مشترک چاپ شده است. پس از آنکه پیشرفت مراتب دانشگاهی ام از لحاظ شکلی به پایان رسید و در زمانی که دیگر کارهای پژوهشی از جهت تشریفات دانشگاهی برای من اثری نداشت همچنان با همان انگیزه گسترش و توسعه آموزش و پژوهش موضوعات حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل، و آماده سازی حقوق دانان توانمند در این حوزه، به امور پژوهشی با دانشجویان روی آورده ام تا هم آنها به تحقیق و پژوهش در این حوزه تشویق شوند، و هم به مطالعات و پیشرفتهای علمی آنها کمک کنم. همان طور که بیان شد، پذیرش راهنمایی و مشاوره و داوری پایان نامه های دانشجویان کارشناسی ارشد و دکترا در ارتباط با حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی و نگارش و انتشار مقاله های مشترک متعدد در نشریات مختلف علمی-پژوهشی حقوقی با دانشجویان که برخی اکنون در سمت عضویت هیات علمی دانشگاه ها به آموزش همین رشته از حقوق اشتغال دارند و بعضی مشغول به تحصیل در دوره دکترا هستند و بعضی هم اشتغال به حرفه وکالت یا مشاوره حقوقی درزمینه این رشته دارند، حاصل این انگیزه و تلاش است.

**ب- فعالیت های حرفه ای**

**س: استاد ما می دانیم که شما خودتان سالهاست در عرصه بین المللی عملاً وارد امور و موضوعات حقوق تجارت بین الملل و مربوط به کشورمان شده اید، یعنی دانش حقوقی بین المللی را در عمل به کار گرفته اید و تجربه عملی دارید. لطفا در این زمینه مقداری توضیح بفرمایید.**

گرچه مواردی را فهرست گونه قبلا بیان کرده ام، خیلی کلی ادامه دهم که، از لحاظ حرفه ای هم پس از فراغت از تحصیل در دوره دکترا بلافاصله وارد دانشگاه و تدریس شدم. علاوه بر اشتغال به امور آموزشی و پژوهشی، در امور اجرایی دانشگاه از جمله امور مدیریتی روابط بین الملل دانشگاه هم وارد شدم. در این موقعیت، که تا حدود زیادی در راستای رشته تحصیلی و علاقه مندی من بود، در جهت مذاکرات و انعقاد تفاهم نامه ها و قراردادهای همکاری علمی-آموزشی با دانشگاههای کشورهای متعدد داشتم. ارتباط برقرار کردن با مراکز علمی و دانشگاهی و یافتن شرکا و همکاران بین المللی (طرف های مبادلاتی خارجی مناسب)، مذاکره بین المللی و انعقاد قرارداد بین المللی از اصول اولیه و زیربنایی در روابط بین المللی دانشگاه محسوب می شوند. همین اصول با همین اهمیت اساسی در آن ها از توانمندی بالایی برخوردار باشد مطرح هستند و حقوق دان این حوزه باید در آن ها از توانمندی بالایی برخوردار باشد. من همزمان و تقریبا در تمام مدت درکنار فعالیت های دانشگاهی به امورعملی موضوعات حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل که برخی از آنها را قبلاً بیان کردم، به عنوان داور در دعاوی و اختلافات حقوقی بین المللی و ملی مشغول بوده ام، همچنین فعالیتهای کارشناسی و تخصصی حقوق ایران، و مشاوره های حقوقی در پرونده های مختلف بین المللی داشته ام. ورود به دعاوی یا اختلافات حقوقی و داوری به این معناست که در ارتباط با این موضوعات نیزبسیاری از موضوعات حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در عمل مطرح بوده و در آنها تخصص و تجربه عملی خوبی کسب نموده ام. اینها خود انگیزه مرا برای ایجاد دوره های آموزشی، رسمیت بخشیدن و تسجیل آموزش موضوعات حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی در نظام آموزش عالی حقوقی کشورمان، تشدید نموده است. فعالیت در دو عرصه دانشگاهی و بین المللی جای خالی حقوقدانان کشورمان را در این حوزه برایم آشکار و نمایان تر نموده، و احساس وظیفه در اقدام، و به گونه ای ادای دین در جهت پر کردن این خلاء، را در من دو چندان کرده است.

**س: آیا هم اکنون همچنان در آموزش و عمل به امور حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی اشتغال دارید؟**

بله. در حال حاضر، من چند سال است که به عنوان داور منتخب دولت جمهوری اسلامی ایران در دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده امریکا که یک سازمان بین المللی بین دولتین ایران و ایالات متحده می باشد (در تشکیل آن چند دولت دیگر هم مشارکت داشته اند – سازمان بین المللی مستقل است)، به امور داوری دعاوی و اختلافات مطروحه در این دیوان مشغول هستم. البته، به عنوان استاد، به تدریس برخی از موضوعات حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی نیز اشتغال دارم. بنابر این، هر دو حرفه همچنان در ارتباط با حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی می باشند.

نتیجه گیری

**س: بعد ازچندین سال از تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل، و دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی، ارزیابی خودتان از موفقیت این دوره ها و از آنچه گذشته، از جهت توسعه کمی و کیفی این رشته ها و تعلیم و آماده نمودن حقوق دان مورد نیاز در این موضوعات، چیست؟**

اکنون که حدود دودهه از تاسیس دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل در ایران می گذرد، چند دانشگاه دیگر، غیر از دانشگاه شهید بهشتی، با اختلاف زمانی چندین ساله این دوره را برگزار می کنند. می توان گفت که اکنون تنها از دانشگاه شهید بهشتی بیش از 300 نفردر دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل فارغ التحصیل شده اند. در کنار فعالیتهای معمول آموزشی رسمی این دوره در کشور، فعالیتهای دیگری در همین راستا صورت گرفته، از جمله پذیرش و آموزش چندین نفردانشجو، در چند دوره، از طریق کنکورو سازمان سنجش و آموزش کشور، برای یک سازمان دولتی فعال و بسیار تاثیر گذار در امر تجارت و سرمایه گذاری بین المللی ایران، این دوره ها به صورت آموزشهای مشترک با دانشگاههای خارجی انجام شده است؛ آموزش برخی از دروس این دوره به دانشجویان رشته مدیریت دانشگاه آماد به اشتغال درآن سازمان دولتی مذکورصورت گرفت. همکاری این گروه آموزشی با دانشکده مدیریت دانشگاه شهید بهشتی و تاسیس یک دوره کارشناسی ارشد میان رشته ای بین رشته حقوق تجارت بین الملل و مدیریت (بازرگانی)؛ این رشته هم با همکاری اساتید مجرب دانشکده مدیریت تعریف شد و مجوز دانشگاه و وزارت علوم، تحقیقات و فناوری برای برگزاری آن اخذ گردید. اکنون در دانشگاههایی که این دوره برگزار می شود بعضی از اساتید آن از دانش آموختگان همین دوره هستند، یا اساتیدی هستند که رساله های دکترای خود را در موضوعات تجارت بین الملل نوشته و دفاع کرده اند. علی رغم آن که هنوز این دوره و فارغ التحصیلانش در کشور خوب شناخته نشده اند، بعضی از دانش آموختگان این دوره در امور مهمی مرتبط با حقوق تجارت بین الملل ایران اشتغال دارند و بعضی هم در ادامه تحصیل وارد دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی یا دکترای رشته های دیگر حقوق مانند حقوق خصوصی و حقوق بین الملل شده اند، در واقع تامین کننده نیاز کشور بوده و خواهند بود. بعضی از فارغ التحصیلان هم در خارج از ایران به ادامه تحصیل در همین زمینه یا به امور حرفه ای و کار در همین رشته در ارتباط با ایران اشتغال دارند.

حدود از یک دهه از تاسیس دوره **دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی نیز می گذرد** و اکنون در این رشته و دوره چند نفر فارغ التحصیل شده اند. پذیرش و آموزش دانشجو توسط دانشگاههای توانمند و قادر به آموزش و تعلیم این دوره،در سطحی خوب ادامه دارد و فارغ التحصیلان آن ها وارد عرصه عمل وحرفه تخصصی می شوند.

جالب توجه است که، این رشته ها مورد استقبال فراوان از بهترین و با استعدادترین دانشجوبان رشته حقوق و برخی از رشته های دیگر دانشگاهی قرار گرفته است. رویهم رفته اکنون می توان این گونه ادعا کردکه اساتید و حقوق دانان ما به موضوعات حقوقی تجارت و سرمایه گذاری بین المللی به خوبی آگاه و مسلط هستند. قطعاً موضوعاتی از حقوق تجارت بین الملل وجود دارد که در برنامه درسی مرتبط با این دوره گنجانده نشده است، اما برای فارغ التحصیلان و حقوق دانان ما در این رشته و دوره به راحتی قابل درک و هضم است؛ به عبارت دیگر باعث تعجب و شگفتی فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل نیستند. از طرفی، برخی از مسایل حقوقی پیچیده و نادری هم در تجارت بین الملل وجود دارند، یا واقعا مواردی بوجود می آید که جای بحث و آموزش آنها در دوره دکترای حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین الملل می باشد، که خوشبختانه هردو رشته در کنار و درطول هم در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و چند دانشگاه دیگر ایجاد شده و در جریان برگزاری هستند.

**استاد از اینکه وقتتان را در اختیار ما قرار دادید و اجازه دادید سوالاتمان را خدمتتان مطرح کنیم و با صبوری و گشاده رویی پاسخ دادید بسیار سپاسگزاریم.**

من هم، لازم است در اینجا عرض کنم که اقدامات من، در مواردی که مرتبط با امور اداری یا اجرایی بخصوص در تاسیس رشته ها و دوره ها در دانشکده حقوق و دانشگاه شهید بهشتی می باشد، بدیهی است مرهون همکاری و مساعدت اشخاص بسیاری به ویژه همکاران دانشگاهی است. آن چه که انجام داده ام گرچه صرفاً به دلیل علاقه و احساس مسئولیت معلمی و آموزشی و نیز با انگیزه برداشتن قدمی در جهت رفع نیازی از کشور، و بدون هیچگونه چشم داشت مادی و مقامی بود، اگرس نبود همکاری و مساعدت های مسؤلین گرانقدر وقت این دو سازمان که عضو کوچکی از آن ها بودم، موفقیتی حاصل نمی شد. از این جهت باید سپاسگزاری خود را تقدیم همه آن ها نمایم.

همچنین، از زحمات و تلاشهای شما و روزنامه وزین و ارزشمندتان در نشر و اشاعه مطالب و موضوعات حقوقی، و بخصوص از اهتمامتان به مسایل و موضوعات حقوقی جدید و روزآمد در سیستم آموزش عالی حقوقی ایران، تشکر می نمایم و برایتان توفیقات الهی مسئلت دارم.

 متشکرم

فصل دوم: **آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد**

**مقدمه**

در سال­های اخیر "قوه قاهره و انتفای قرارداد" به صورت کلی مورد بحث و بررسی­های نسبتاً گسترده مقاله­های حقوقی[[2]](#footnote-2) و تحقیقات دانشگاهی[[3]](#footnote-3) قرار گرفته­اند. بخصوص پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران دعاوی بسیاری در ارتباط با قراردادها مطرح شده­اند که اگر نه در همه بلکه در غالب آن­ها بحث قوه قاهره یا انتفای قرارداد، به لحاظ وجود مصادیقی از موضوع که در رأس آن­ها انقلاب و اعتصاب­ها و جنگ می­باشد، مطرح بوده است.[[4]](#footnote-4) لذا ضرورتی دیده نمی­شود که به بررسی مفصل و مجدد آنچه تاکنون انجام شده و نیز به مسائلی که روشن و واضح گردیده پرداخته شود. در مقاله حاضر سعی می­شود بخشی از موضوع قوه قاهره و انتفای قرارداد که بیشتر در عمل مطرح می­باشد و تاکنون هم چندان مورد بررسی قرار نگرفته، مورد تحلیل قرار گیرد، و آن عمدتاً به آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد مربوط می­شود.

بنابراین، دراین مقاله به بررسی آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد با توجه خاص به قراردادهای خصوصی، پرداخته خواهد شد. برای این منظور لازم است که در قسمت اول مروری داشته باشیم بر کلیاتی در ارتباط با تعریف قوه قاهره و انتفای قرارداد و مصادیقی از این دو دکترین و سپس در قسمت دوم به تأثیر قوه قاهره و انتفای قرارداد بر قرارداد یا تعهدات طرفین پرداخته شود. در قسمت سوم مقاله نیز اثر این دو نهاد حقوقی بر خسارت وارده به طرف قرارداد (مسئولیت متعهد) مورد تحقیق قرار خواهد گرفت. دراین قسمت مشخصاً تأثیر اطلاع دادن یا ندادن وقوع یا وجود حالت قوه قاهره و انتفای قرارداد به طرف دیگر قرارداد بر مسئولیت متخلف از قرارداد، تحت بررسی خواهد بود و در پایان به نتیجه­ گیری می­پردازیم.

**قسمت اول: تعریف و مصادیق قوه قاهره وانتفای قرارداد**

درزبان فارسی قوه قاهره یا قوه قهریه را معادل "فورس ماژور"[[5]](#footnote-5) که یک اصطلاح فرانسوی است استعمال می­نماییم. عبارت فورس ماژور در زبان فرانسه از دو کلمه "فورس" به معنای نیرو یا قوه و "ماژور" به معنای بزرگتر یا عمده تشکیل شده است و ترکیب این دو کلمه در معنای نیروی بزرگ غیرقابل مقاومت یا حادثه­ای که شخص نمی­تواند از آن جلوگیری کند و مسئول آن هم نیست به کار می­رود.[[6]](#footnote-6) قوه قاهره در قانون مدنی فرانسه بکار رفته اما تعریفی از آن به عمل نیامده است.[[7]](#footnote-7) آقای دکتر صفایی ضمن بیان اینکه درحقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنای عام و معنای خاص است به نقل از فرهنگ اصطلاحات حقوقی فرانسوی Lexique de Terms Juridiques می­نویسند: "در تعریف "فورس ماژور" چنین آمده است: حقوق مدنی- به معنای عام، هر حادثه غیر قابل پیش­بینی و غیرقابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور موجب برائت است. فورس ماژور به معنی خاص، درمقابل حادثه غیرمترقبه قرار می­گیرد و عبارت از حادثه برونی است؛ بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه باشخص متعهد باشد (نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث)".[[8]](#footnote-8) بنابراین از نظر حقوقی حادثه­ای قوه قاهره محسوب خواهد شد که اولاً، غیرقابل اجتناب باشد، ثانیاً، غیرقابل پیش­بینی باشد و ثالثاً، خارجی باشد.

در فرهنگ فارسی قوه به معنای قوت، زور، قدرت، نیرو و قاهره به معنای غالب، مقهور کننده و چیره می­باشد.[[9]](#footnote-9) در قانون مدنی ایران نیز نه تنها تعریف جامعی از عبارت قوه قاهره وجود ندارد بلکه این عبارت بکار هم نرفته است.[[10]](#footnote-10) اما حقوقدانان ایرانی از قوه قاهره تعریفی تقریباً مشابه تعریف حقوقی فرانسوی ارائه می­دهند. مثلاً در تعریفی چنین آمده: "آنچه قابل پیش­بینی نبوده و قابل اجتناب نیز نباشد و متعهد را درحالت عدم قدرت بر اجرای تعهد خویش قرار دهد و یا موجب معافیت کسی که به علت عدم توانایی خسارتی به متعهد له، خود یا متضرر دیگری وارد کرده است گردد، مانند حریقی که بدون عمد و تخطی صاحب کارخانه در کارخانه اتفاق افتد و درنتیجه او نتواند سفارشاتی را که قبول کرده به انجام برساند...".[[11]](#footnote-11)

درخصوص مصادیق قوه قاهره، سیستم­های حقوقی مختلف ساکت هستند. از این رو تعیین مصداق اولاً، بستگی به توافق طرفین دارد و ثانیاً درصورت فقدان توافق بستگی به نظر دادگاه خواهد داشت که هر علت یا حادثه­ای را که دارای خصوصیات مذکور در تعاریف بالا ببیند قوه قاهره محسوب نماید. اما رویه قضایی و آرای بین­المللی و نظر علمای حقوق موارد بسیاری را از قبیل وقوع جنگ، انقلاب، اعتصاب، شورش، سیل، زلزله، آتش­سوزی به عنوان مصادیق قوه قاهره برشمرده اند. لذا در غالب قراردادها به خصوص قراردادهای بین­المللی، طرفین با توافق و نظر خود قوه قاهره را تعریف و مصادیق آن را به صورت شرط قرارداد ذکر می­نمایند.[[12]](#footnote-12) درخصوص توافق طرفین در مورد قوه قاهره باید در نظر داشت که قاعدتاً قواعد قانونی مربوط به قوه قاهره در سیستم­های حقوقی از قواعد تخییری یا تفسیری محسوب می­شوند و لذا توافق طرفین برخلاف آن قواعد معتبر می­باشد. بنابراین در چنین قراردادی قوه قاهره در همان حد قاعده قراردادی توافق شده (قصد طرفین) تفسیر خواهد شد.[[13]](#footnote-13)

انتفای قرارداد یا عقیم شدن قرارداد را معادل فارسی واژه انگلیسی فراستریشن[[14]](#footnote-14) بکار می­بریم. دکترین فراستریشن قرارداد از نهادهای نظام حقوقی کامن­لا و مشخصاً سیستم حقوقی انگلستان می­باشد و کاربرد آن با تفاوت­های خاصی مشابه قوه قاهره در نظام حقوقی نوشته می­باشد. فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی انتفای قرارداد را چنین تعریف کرده است: "هنگامی که واقعه یا تغییر اوضاع و احوال آن چنان اساسی است که بر بنیان قرارداد به طور کلی (یکجا) تأثیر می­گذارد و فراتر از حد انتظار چیزی است که مورد نظر طرفین بوده است، قرارداد منتفی (عقیم) شده محسوب می­شود".[[15]](#footnote-15) در تعریف مفهوم حقوقی منتفی شدن قرارداد تنها زمانی واقع می­شود که متعاقب انعقاد قرارداد، وضعیت اساساً متفاوتی به طور غیر منتظره رخ دهد و درواقع اجرای قرارداد به صورتی که مورد نظر طرفین بوده است غیرممکن شود.[[16]](#footnote-16) در سیستم حقوقی انگلستان، بیان کلاسیک دکترین انتفای قرارداد توسط لردرادکلیف در پرونده "Davis Contractors Ltd., v. Farehom Urban, District Council[[17]](#footnote-17) ارائه گردیده است. وی می­گوید:

"... انتفای قرارداد واقع می­شود هرگاه قانون تصدیق نماید که اجرای تعهد قراردادی بدون کوتاهی یا قصور هر کدام از طرفین غیر مقدور شده، زیرا اوضاع و احوالی که اجرای قرارداد در آن قرار می­گیرد، آن را از بنیان با آنچه که به موجب قرارداد تعهد شده بود متفاوت می­سازد. این آن امری نبود که من انجامش را تعهد کردم "(Non haec in foedera veni)" ".

بنابراین معیار اینکه آیا واقعه­ای منتفی کننده قرارداد محسوب می­شود این است که آن واقعه اجرای نهایی تعهدات قراردادی مربوطه را در مقایسه با آنچه که به موجب قرارداد تعهد شده بود "از بنیان متفاوت" نماید.[[18]](#footnote-18) در این صورت تفاوتی بین واقعه موقتی و دائم نمی­باشد و کافی است که تأخیر در اجرا، آنچنان اجرای قرارداد را عمیقاً دگرگون کند که منتهی به اجرای تعهدی کاملاً متفاوت با آنچه در ابتدا مورد نظر طرفین قرارداد بوده است بشود. دراین صورت طرفین برای همیشه از تعهداتشان معاف خواهند شد.[[19]](#footnote-19)

در سیستم حقوقی انگلستان، ارائه فهرست کاملی از وقایع منتفی کننده قرارداد امکان­پذیر نیست. اما موارد ذیل نمونه­هایی هستند که به موجب رویه قضایی انگلستان غالباً منتفی کننده قرارداد محسوب شده­اند:

1. از بین رفتن موضوع قرارداد. چنانچه اجرای قرارداد بستگی به وجود یک شخص یا شیء خاص داشته باشد و پس از انعقاد قرارداد آن شخص یا شیء به طور فیزیکی از بین برود؛[[20]](#footnote-20)
2. غیرقانونی شدن غیرمترقبه (ناگهانی) . چنانچه بعد از انعقاد قرارداد معتبری، جنگی واقع شود یا قانونی عوض شود یا مثلاً ممنوعیت­های صادرات و واردات برقرار شود، یا دولت دخالت کند (مثل مصادره اموال)، انجام قرارداد غیرقانونی و درنتیجه منتفی خواهد شد؛[[21]](#footnote-21)
3. هنگامی که یکی از طرفین فوت کند یا اهلیت خود را از دست بدهد. در قراردادهایی که خدمات شخصی مطرح است، فوت یا بیماری حاد شخصی که قرار است آن خدمت را ارائه دهد موجب منتفی شدن قرارداد خواهد شد؛[[22]](#footnote-22)
4. هنگامی که قرارداد بستگی به رویداد خاصی دارد و آن رویداد واقع نشود، قرارداد منتفی شده محسوب خواهد شد؛[[23]](#footnote-23)
5. تغییر اساسی اوضاع و احوال، چنانچه بعد از انعقاد قرارداد آنچنان تغییرات اساسی در اوضاع و احوال واقع شود به طوری که بنیان قرارداد از بین برود یا قرارداد منتهی به قرارداد جدیدی متفاوت با قرارداد اولیه که توسط طرفین توافق شده بشود، قرارداد منتفی خواهد شد.[[24]](#footnote-24)

باید توجه داشت که قراردادی که موجب منتفی شدن آن خود شخص[[25]](#footnote-25) یا اشخاصی که وی مسئول عمل آن­هاست، بوده است، مانع مسئولیت او نخواهد بود. ماهیت دکترین منتفی شدن قرارداد این است که نباید به واسطه عمل یا انتخاب خود طرف (متعهد) باشد.[[26]](#footnote-26)

**قسمت دوم: تأثیر قوه قاهره و انتفای قراداد بر قرارداد یا تعهدات طرفین**

**الف - آثار قوه قاهره**

قوه قاهره اصولاً یک دفاع است. لذا قاعدتاً زمانی مطرح می­شود که یک طرف (متعهدله) ادعای نقض قرارداد را توسط طرف دیگر (متعهد) مطرح می­کند و مطالبه خسارت می­نماید.[[27]](#footnote-27) این دعوا دو حالت دارد، یکی اینکه متعهد تعهد خود را ایفا ننموده و قصد ایفای آن را هم ندارد یا کلاً دیگر نمی­تواند ایفا نماید و متعهدله به این نتیجه رسیده است که از طریق اقامه دعوا، خسارت مطالبه کند و یا اجبار متعهد را به انجام تعهد درخواست نماید. دیگر اینکه به علت وقوع قوه قاهره درحین انجام قرارداد، اجرای آن برای مدتی متوقف و سپس کار (اجرا) از سر گرفته شده و به لحاظ این توقف خساراتی به متعهدله وارد آمده است و اکنون وی آن خسارت را مطالبه می­نماید. پرسش دیگری که دراین زمینه مطرح است آن است که چنانچه یک طرف قرارداد به علت قوه قاهره تعهد خود را ایفا ننماید تکلیف طرف دیگر چیست؟ آیا طرف دیگر باید تعهد مربوط به خود را انجام دهد؟

بنابراین گرچه مطلب اساسی در قوه قاهره تصمیم­گیری درخصوص خسارت توسط دادگاه می­باشد، اما برای این منظور ممکن است مسأله تعهد طرف مقابل (متعهدله) درحالت قوه قاهره ( برای متعهد) نیز مطرح شود. بدین معنی که چون فقط متعهد درحالت قوه قاهره بوده بنابراین متعهدله باید تعهد خود را انجام می­داد و چون او تعهد خود را انجام نداده (در برابر متعهد) ناقض قرارداد است. پس قبل از بررسی خسارت، دادگاه نیازمند مشخص نمودن وضعیت خود قرارداد در حالت قوه قاهره خواهد بود.

قوه قاهره به یکی از دو صورت زیر بر قرارداد یا تعهدات طرفین اثر خواهد کرد:

1. ممکن است در اثر قوه قاهره اجرای تعهدات قراردادی توسط هر دو طرف غیرممکن گردد، مثل وقوع انقلاب که باعث شود پیمانکار نتواند کار احداث پروژه ساختمانی را ادامه دهد و کارفرما هم نتواند وجه مقرر در قرارداد را در زمان خود بپردازد.
2. ممکن است در اثر قوه قاهره اجرای تعهد یکی از طرفین غیرممکن شود مثل اینکه ریزش برف سنگین جاده­ها را مسدود کرده و مانع شود شرکت حمل کننده کالا که کرایه حمل را قبلاً دریافت داشته است محموله را در زمان مقرر به مقصد برساند و باعث ضرر و زیان به صاحب محموله شود.

در هر دوصورت اثر قوه قاهره بر تعهدات یا قرارداد طرفین ممکن است کوتاه مدت و موقتی یا دراز مدت و دائمی باشد و درهر دو حالت مسأله نقض تعهد یا قرارداد (به علت قوه قاهره) مطرح خواهد بود. این بدان جهت است که در همه سیستم­های حقوقی مختلف اصل لزوم قراردادها یا وفای به عهد[[28]](#footnote-28) پذیرفته شده است و قراردادی که صحیحاً بین طرفین منعقد شده است در هر شرایطی برای آن­ها الزام­آور می­باشد. در نتیجه چنانچه یکی از طرفین به هر دلیلی از جمله قوه قاهره به تعهد خود عمل نکند خلاف اصل عمل کرده و ناقض قرارداد می­باشد.

ماده 219 قانون مدنی ایران، در بیان اصل لزوم قراردادها مقرر می­دارد که: "قراردادی که بین طرفین منعقد شده بین آن­ها و قائم مقامشان لازم­الاتباع است" و براساس ماده 221 قانون مدتی درصورت تخلف یکی از طرفین، متخلف مسئول خسارات طرف مقابل خواهد بود. به این ترتیب، حتی در مواردی که علت تخلف از اجرای قرارداد قوه قاهره باشد، اصل وجود تخلف از قرارداد و نقض آن منتفی نخواهد شد. به عبارت دیگر، به علت قوه قاهره هیچ تعهد قراردادی از طرفین ساقط نخواهد شد مگر پرداخت خسارت که آن هم برحسب قانون ساقط می­شود. این است که درماده 264 قانون مدنی که موجبات سقوط تعهدات را مشخص نموده قوه قاهره از موارد سقوط تعهدات ذکر نکرده است.[[29]](#footnote-29) مواد 227 و 229 قانون مدنی نیز مقرر می­دارند که متخلف از انجام تعهد در صورت اثبات وجود قوه قاهره از پرداخت خسارت (که در غیر موارد قوه قاهره الزامی است) معاف خواهد بود. بنابراین در قانون مدنی ایران اصل بر آن است که قرارداد در هر وضعیتی باید اجرا شود وحتی با عدم اجرای تعهد توسط یکی از طرفین، طرف دیگر نمی­تواند از اجرای تعهد خود امتناع نماید یا به عبارتی قرارداد را منحل یا فسخ نماید، مگر در مواردی خاص.[[30]](#footnote-30)

قواعد کلی مربوط به قوه قاهره در قانون مدنی (مواد 227 و 229 ق.م.) درخصوص وضعیت قرارداد درحالت قوه قاهره ساکت می­باشند. پس این دادگاه است که با درنظر گرفتن شرایط، اوضاع و احوال و زمان و مکان تصمیم می­گیرد که آیا قراردادی که در حالت قوه قاهره قرار گرفته معلق می­شود یا منحل، و یا قابل ابطال است و یا قابل فسخ. قطعاً دادگاه در این تصمیم­گیری به اراده طرفین توجه خاص خواهد نمود و درخصوص اینکه آیا قرارداد پس از برطرف شدن قوه قاهره به اجرا درآید مسائلی از قبیل اینکه آیا اجرای مجدد قرارداد همان فایده اولیه را برای طرفین دارد یا مطابق اراده آن­ها می باشد، و آیا ماهیت قرارداد بعد از تعلیق و اجرای مجدد همان ماهیت اولیه است، درنظر خواهد گرفت، بدیهی است چنانچه قوه قاهره موقتی باشد و پس از مدت کوتاهی از بین برود اثر آن بیشتر تعلیق اجرای تعهد خواهد بود و بعد از آن اجرای تعهد یک طرف یا طرفین از سر گرفته خواهد شد. اما چنانچه قوه قاهره در مدت طولانی ادامه داشته باشد و باعث عدم امکان دائمی اجرای تعهد شود، اثر آن بیشتر انحلال قرارداد خواهد بود.[[31]](#footnote-31)

در قانون مدنی حالات خاصی که ممکن است بعضاً آن­ها را به قوه قاهره تفسیر نمود، نسبت به پاره­ای از عقود معین پیش­بینی شده که قانونگذار حکم صریح و مشخص در این حالات درخصوص وضعیت قرارداد

مربوطه مقرر کرده است.[[32]](#footnote-32) همچنین در قانون دریایی ایران در موارد خاصی تأثیر قوه قاهره بر قراردادهای مربوطه را به صورت فسخ قرارداد،[[33]](#footnote-33) انحلال یا کان لم یکن تلقی شدن قرارداد[[34]](#footnote-34) و تعلیق قرارداد[[35]](#footnote-35) پیش­بینی نموده است.

بنابراین قاعده مربوط به تأثیر قوه قاهره بر تعهدات طرفین یا قرارداد این است که با وجود قوه قاهره قرارداد به قوت خود باقی است و طرفی که نمی­تواند تعهد مربوط به خود را انجام دهد به هرحال متخلف محسوب می­شود اما معاف از پرداخت خسارت به طرف دیگر خواهد بود، مگر در مواردی که حکم قانونی خاصی وجود دارد.

در قانون مدنی فرانسه بیان صریحی از نتیجه غیرممکن شدن کامل اجرای قرارداد وجود ندارد. اما مدلول موادی نظیر مواد 1722، 1741،1788، 1790، 1867 این قانون حاکی است که متعهد از تعهدش خلاص می­شود.[[36]](#footnote-36) در این صورت مسأله خطر تلف (تئوری ریسک) بخصوص در قراردادها (عقود) دوطرفه و درازمدت مطرح می­شود. پرسش این است که چه کسی مسئول خسارت­های وارده بر اثر عدم انجام قرارداد به موجب قوه قاهره برطرفی است که در حالت قوه قاهره قرار گرفته است؟ به عبارت دیگر گرچه متعهد مسئول عدم اجرای تعهد خود نیست اما آیا می­تواند اجرای متقابل را از طرف دیگر طلب کند؟ پاسخ این سؤال با توسل به دکترین علت (cause) که حاکی از اصل وابستگی تعهدات طرفین به یکدیگر می­باشد، منفی است. زیرا تعهد هریک از طرفین علت تعهد طرف دیگر می­باشد و منتفی شدن یکی انتفای دیگری را در پی دارد و چنانچه یک طرف به علت قوه قاهره از تعهد خودش رها شود طرف دیگر هم از تعهد مروبط به خود خلاص می­شود. بنابراین نه تنها نمی­توان از طرف مقابل خواست که به تعهدات خود عمل کند بلکه خطر و خسارت وارده برطرفی که تعهدش به وسیله قوه قاهره منتفی شده است برعهده خود او می­باشد و چنانچه اجرای متقابلی هم از جانب طرف مقابل صورت گرفته باشد وی مسئول جبران آن قسمت اجرا شده خواهد بود.[[37]](#footnote-37) بدیهی است که این نتیجه با فرض متخلف دانستن متعهد در عدم انجام تعهد خود به واسطه قوه قاهره نیز توجیه پذیر است.

در سیستم حقوقی فرانسه چنانچه منحل شدن قرارداد به موجب قانون یا توافق طرفین در قرارداد نباشد، به موجب ماده 1184 ق.م. فرانسه، لازم است که انحلال قرارداد با اثر عطف به ماسبق شونده یا تنها با اثر فوری و نسبت به آینده، از دادگاه درخواست شود. دادگاه پس از احراز وجود قوه قاهره تصمیم خواهد گرفت که نتیجه آن آیا تعلیق قرارداد و یا انحلال و ابطال آن است.[[38]](#footnote-38) براساس تئوری خطر و دکترین علت که بدان اشاره شد نتیجه غیرممکن شدن قرارداد، بطلان تعهدات هر دو طرف قرارداد می­باشد بدون نیاز رجوع به دادگاه برای فسخ قرارداد و درهر کجا که لازم باشد جبران عمل طرف مقابل را هم در پی خواهد داشت. این قاعده مطابق اصل است و روشی است که توسط دکترین پذیرفته شده است،[[39]](#footnote-39) به هر حال رویه قضایی تثبیت شده ماده 1184 قانون مدنی را اعمال می­نماید که فسخ قرارداد درصورت عدم اجرای قرارداد، توسط دادگاه را پیش­بینی می­کند. دادگاه­ها با اعمال این ماده، اختیار دارند که قرارداد را فسخ نمایند یا در صورتی که عدم اجرای نسبی (مربوط به قسمتی از قرارداد است) یا موقتی است آن را قابل ادامه تلقی کنند و فسخ ننماید.[[40]](#footnote-40)

**ب - آثار دکترین انتفای قرارداد**

تا قرن هفدهم میلادی قاعده در سیستم حقوقی انگلستان غیر قابل انعطاف و مطلق بودن قراردادها بوده است. براساس این قاعده طرف قرارداد باید تعهد قراردادیش را انجام می­داد حتی اگرچه اجرای قرارداد بعداً غیرممکن می­شد.[[41]](#footnote-41)

بنابراین تا آن زمان هیچ حادثه­ای حتی حادثه منتفی کننده قرارداد نمی­توانست بر قرارداد یا تعهدات طرفین اثری داشته باشد. اما به تدریج این قاعده بدین صورت تغییر کرد که "چنانچه طرفی به موجب قرارداد وظیفه یا تعهدی مطلق و غیر مشروط برای خود ایجاد کند، ملزم می­شود که آن را عمل کند، علی­رغم هر ضرورت غیر قابل اجتناب".[[42]](#footnote-42) لذا طرفین می­توانستند با تصریح موارد معافیت از مسئولیت در قرارداد خود از این حالت سخت رهایی یابند. اما بالاخره در سال 1863 با پذیرفته شدن دکترین منتفی شدن قرارداد به عنوان استثناء بر قاعده سابق[[43]](#footnote-43) اثر آن بدین گونه درحقوق انگلستان تثبیت شد که وقوع حادثه منتفی کننده قرارداد را فوراً و بدون نیاز به هیچ چیز دیگری به طور خود به خود خاتمه می­دهد.[[44]](#footnote-44)

قاضی انگلیسی، لردرایت، درخصوص اثر حادثه منتفی کننده قرارداد می­گوید: از زمان وقوع حادثه "به نظر من قرارداد به طور خودبخود (اتوماتیک) نسبت به آینده خاتمه می­یابد، زیرا در آن تاریخ، اجرای بعدی و بیشتر قرارداد در شرایطی که هیچ مسئولیتی برای خسارت به لحاظ قصور، برعهده هیچ یک از طرفین وجود ندارد، غیرممکن می­شود".[[45]](#footnote-45) لرد سایمون نیز دراین زمینه می­گوید: "اثر حقوقی دکترین [انتفای قرارداد] این نیست که به عنوان دفاع یک طرف در مقابل ادعای طرف دیگر اقامه شود. این دکترین خود قرارداد را می­کشد و از بین می­برد و دوطرف قرارداد را خودبه خود از مسئولیت [اجرا] معاف می­کند. بنابراین قرارداد از تاریخ وقوع حادثه منتفی کننده باطل می­شود و طرفین از مسئولیت اجرای بعدی [بیشتر] قرارداد معاف می­گردند و تنها آنچه باقی می­ماند تعیین تکلیف تعدیل حقوق و تکالیف طرفین است، به موجب قرارداد، در ارتباط با زمان قبل از وقوع حادثه منتفی کننده".[[46]](#footnote-46)

**قسمت سوم: تأثیر قوه قاهره و انتفای قرارداد برخسارت (مسئولیت متعهد)**

**الف - تأثیر قوه قاهره**

بدیهی است چنانچه پس از انعقاد عقد و بخصوص درحین انجام آن، قوه قاهره واقع شود و انجام تعهد یکی از طرفین یا هر دو طرف قرارداد غیر مقدور شود خساراتی برای طرف دیگر یا هر دو طرف خواهد داشت. گرچه همانگونه که در بالا ذکر گردید، چنانچه یکی از طرفین قرارداد در انجام تعهدش قصور نماید، اصولاً مسئول خسارت طرف مقابل نیز خواهد بود، اما درصورتی که طرف متخلف اثبات نماید که عدم انجام تعهد به واسطه قوه قاهره بوده است سیستم حقوقی فرانسه و همچنین سیستم حقوقی ایران پذیرفته­اند که متخلف از پرداخت خسارت معاف خواهد بود. ماده 1147 قانون مدنی فرانسه مقرر می­دارد:

"متعهد به پرداخت خسارت محکوم می­شود، درصورت اقتضاء، خواه به لحاظ عدم اجرای تعهد خواه به لحاظ تأخیر در اجرای آن، هرگاه نتواند ثابت کند که عدم اجرا به واسطه علت خارجی بوده است که نمی­شود به وی استناد نمود، هرچند که سوء نیت هم از طرف وی وجود نداشته باشد".

ماده 1148 قانون مدنی فرانسه نیز بیان می­دارد که:

"مناسبتی برای پرداخت خسارت وجود ندارد، هنگامی که در نتیجه قوه قاهره [Force majeure] یا حادثه غیر مترقبه [Cas fortuity] متعهد متعذر شده باشد از انتقال یا انجام آنچه که متعهد بوده، یا انجام داده باشد آنچه را ممنوع از انجام آن بوده".[[47]](#footnote-47)

مواد 227 و 229 قانون مدنی ایران به ترتیب معاد لدو ماده 1147 و 1148 از قانون مدنی فرانسه می­باشد. بنابراین قوه قاهره در سیستم حقوقی فرانسه و ایران جز در مواردی که نص قانونی خلاف وجود داشته باشد، به طور خودبه خود تأثیر حقوقی بر قرارداد ندارد بلکه اثر آن در مرحله نتایج نقض قرارداد است و طرف متخلف از اجرای تعهد باید وجود آن را به عنوان مانع اجرا و در دفاع در مقابل دعوای خواهان اثبات نماید که دراین صورت تخلف وی در اجرای قرارداد و پرداخت خسارت مربوطه بخشیده خواهد شد و مسئولیتی به دنبال نخواهد داشت.

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که خسارت چیست؟ همانگونه که قبلاً ذکر گردیده ماده 221 قانون مدنی مقرر می­دارد: "درصورت تخلف متعهد در انجام تعهد، وی [متخلف] مسئول "خسارت" طرف مقابل خواهد بود". همچنین درماده 226 قانون مدنی آمده است: "در مورد عدم ایفای تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی­تواند ادعای "خسارت" کند...". از طرفی نیز ماده 728 قانون آیین دادرس مدنی مقرر می­دارد: "درصورتی دادگاه حکم "خسارت" می­دهد که مدعی ثابت کند که ضرر به او وارد شده ... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می­شده است". گفته شده است خسارت در ماده 221 به معنای ضرر می­باشد و در ماده 226 به معنی چیزی که برای جبرات ضرر داده می­شود.[[48]](#footnote-48) بنابراین از مجموع مواد فوق­الذکر مواد 227 و 229 قانون مدنی چنین نتیجه می­شود که متخلف از انجام تعهد چنانچه وقوع قوه قاهره را اثبات نماید محکوم به پرداخت ضررهای وارده به طرف دیگر (اعم از بین رفتن مالی یا فوت شدن منفعتی از وی) نخواهد شد.

دربعضی موارد خاص که قانون مدنی یا سایر قوانین ایران به نوعی قوه قاهره را پیش­بینی نموده­اند وضعیت مسئولیت متعهد را نیز روشن کرده­اند. مثلاً ماده 387 ق.م. مقرر می­دارد: "چنانچه مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، ثمن باید به مشتری مسترد گردد"؛ یا ماده 386 قانون تجارت مقرر می­دارد: "چنانچه مال التجاره در اثر حوادثی که هیچ متصدی مواظبی نمی­تواند از آن جلوگیری نماید تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن نخواهد بود": یا ماده 104 قانون دریایی برای وجود نوعی قوه قاهره برای حمل کننده کالا مقرر می­دارد: "قرارداد بدون پرداخت خسارت فسخ خواهد شد و فرستنده محموله مسئول مخارج مربوطه خواهد بود" و همچنین در ماده 150 در بند (الف) برای وجود نوعی دیگر از قوه قاهره که قرارداد را برای مدت متعارف معلق می­نماید خسارت ناشی از تأخیر در حرکت کشتی را قابل مطالبه نمی­داند و در بند (ب) مقرر می­دارد: "مال­الاجاره اضافی نسبت به مدت اضافی که کشتی اجاره شده به علت قوه قهریه متوقف شده تعلق نمی­گیرد و در ایام توقف غذا و مسکن کارکنان کشتی جزء خسارت وارده حساب می­شود".

همان گونه که قبلاً بیان گردید، در سیستم حقوقی فرانسه که دادگاه­ها براساس ماده 1184 ق.م. درخصوص فسخ یا عدم فسخ قرارداد تصمیم می­گیرند در جایی که قسمتی از قرارداد قبل از وقوع قوه قاهره انجام شده است یا جایی که قوه قاهره موقتی و جزئی است و تماماً یا دائماً انجام قرارداد را منع ننموده، دادگاه ممکن است قرارداد را فسخ و دستور جبران دهد یا از این کار امتناع نماید. البته دادگاه نمی­توانند حکم به پرداخت خسارت دهد، اما می­تواند اجرای تقلیل یافته یا ناقص بدهکار (متعهد) را به حساب آورد و تعهد متعهدله را تقلیل یا تغییر دهد.[[49]](#footnote-49) نتیجه دیگری که از اقدام به موجب ماده 1184 گرفته می­شود این است که چنانچه دادگاه دستور بر فسخ قرارداد صادر کند، اثر آن عطف به ماسبق شده و به ابتدای قرارداد برمی­گردد و نتیجه فرعی آن این است که جبران عین تعهد یا جبران پولی آن برای منافعی که هریک از طرفین (از اجرای قرارداد) حاصل نموده­اند، باید به عمل آید.[[50]](#footnote-50)

**ب - تأثیر دکترین انتفای قرارداد**

قاعده غالب درحقوق انگلستان تا قبل از سال 1943 این بود: "هریک از طرفین باید تعهدات قراردادی خود را تا آن مقدار که قبل از وقوع حادثه منتفی کننده باید انجام شوند، انجام دهند، اما آن­ها نسبت به مقداری که بعد از واقعه باید انجام شوند معاف می­گردند".[[51]](#footnote-51) بنابراین طبق این قاعده قرارداد از ابتدا باطل نبوده و تا قبل از حادثه منتفی کننده به اعتبار کامل و تمام خود باقی می­ماند و دکترین "از بین رفتن کامل عوض"[[52]](#footnote-52) در اینجا جاری نمی­شد مگر اینکه قرارداد از ابتدا باطل می­بود. اثر این قاعده این بود که چنانچه مثلاً در ارتباط با قرارداد پولی قبل از وقوع حادثه منتفی کننده سررسید می­شد، متعهد باید آن را می­پرداخت "گرچه قرارداد بعداً منتفی شده و متعهد نمی­توانست از آن استفاده­ای ببرد)، اما چنانچه سررسید پول بعد از وقوع حادثه می­بود، دیگر متعهد مسئول پرداخت آن نبوده و ضرر برعهده متعهدله قرار می­گرفت.[[53]](#footnote-53)

قاعده فوق برای یک طرف قرارداد ایجاد سختی می­کرد و عدم رضایت عمومی را در پی داشت، تا اینکه در سال 1942 در پرونده Fibrosa دادگاه عالی انگلستان (مجلس اعیان) تلاش کرد آثار سخت و ناروای این قاعده را از بین ببرد. دادگاه موفق شد نتایج این قاعده را که قرارداد تا لحظه وقوع حادثه منتفی کننده به لحاظ عدم از بین رفتن کامل عوض به قوت کامل خود باقی می­ماند، نادیده بگیرد. در این پرونده تصمیم گرفته شد که امکان بازپس گیری پول پرداخت شده قبل از وقوع حادثه منتفی کننده (مثل پیش­پرداخت­هایی که در قراردادها صورت می­گیرد) وجود دارد. در سال 1943، نظریات کمیته تجدیدنظر قانون انگلستان درخصوص اصلاح قانون مربوط به منتفی شدن قرارداد، منتهی به وضع "قانون 1943 قانون اصلاحی (قراردادهای منتفی شده)" شد.[[54]](#footnote-54)

اکنون به موجب ماده (1)1، این قانون جایی که "قراردادی تحت حاکمیت قانون انگلستان است و از لحاظ اجرا غیرممکن یا به طریق دیگری منتفی شده است و طرفین آن بدان جهت از اجرای بیشتر (بعدی) قرارداد معاف شده­اند" اعمال خواهد شد. این قانون به طور کلی دو تغییر اساسی در قواعد قبلی مربوط به منتفی شدن قرارداد ایجاد می­کند. یکی اینکه تصمیم متخذه در پرونده Fibrosa را بسط داده و اجازه استرداد پیش­پرداخت را می­دهد. حتی اگر چه در زمان منتفی شدن قرارداد، دکترین "از بین رفتن کامل عوض" مطرح نباشد و عوض تماماً از بین نرفته باشد. دیگر اینکه این قانون می­پذیرد که طرفی که در اجرای قرارداد قبل از حادثه منتفی کننده، مقداری از کار یا قرارداد را انجام داده است می­تواند درخواست جبران برای نفعی که از بابت آن کار عاید طرف دیگر شده است بنماید. بنابراین ماده (2)1 "قانون 1943 قانون اصلاحی (قراردادهای منتفی شده)"، درخصوص استرداد پول پرداخت شده اینگونه مقرر می­نماید:

"همه مبالغی که به هریک از طرفین به موجب قرارداد، قبل از زمانی که طرفین [از اجرای قرارداد] معاف بشوند...، پرداخت شده یا قابل پرداخت باشند، چنانچه پرداخت شده باشند، از او به عنوان پولی که وی برای استفاده طرفی که پول را پرداخته دریافت داشته است، قابل استرداد خواهند بود و درصورتی که آن مبالغ در آینده قابل پرداخت باشند (سررسید نشده باشد)، پرداخت آن­ها متوقف خواهد شد... چنانچه طرفی که پول به وی پرداخت شده یا قابل پرداخت است قبل از زمان معاف شدن [ از اجرای قرارداد]، به منظور اجرای قرارداد هزینه­هایی متحمل شده باشد، دادگاه ممکن است، درصورتی که با درنظر گرفتن کلیه اوضاع و احوال پرونده عادلانه ببیند، به وی اجازه دهد تمام یا قسمتی از مبلغ پرداخت شده به خود را نگه دارد، یا درصورت قابل پرداخت بودن مبلغی به وی، آن را وصول نماید، البته نباید آن مقدار بیش از هزینه­های متحمل شده باشد".

ماده (3)1 نیز حق جبران (وصول غرامت) برای اجرای قسمتی از قرارداد (اجرای نسبی) را بدین گونه پیش­بینی می­نماید:

"در مواردی که یک طرف قرارداد به واسطه هر مقدار عملی که طرف دیگر قرارداد در اجرا یا درجهت اجرای قرارداد انجام داده، نفع با ارزشی قبل از زمان معاف شدن [از اجرای قرارداد] عایدش شده باشد (به غیر از پرداخت پول ...)، آن طرف دیگر، چنانچه دادگاه منصفانه بداند، حق وصول مبلغی (هر مقدار که باشد) که متجاوز از ارزش نفع مذکور برای طرفی که منتفع شده نخواهد بود، خواهد داشت".

باید درنظر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان در ارتباط با منتفی شدن بعضی از انواع قراردادها قواعد خاصی وجود دارد که "قانون اصلاح قانون (قراردادهای منتفی شده) 1943"، متعرض آن­ها نمی­شود. لذا این قانون تصریح دارد که بر قراردادهای حمل و نقل دریایی، قراردادهای اجاره کشتی در بستی، قراردادهای بیمه و قرارداد بیع کالا (عین) معین تحت ماده 7 قانون بیع کالای 1979، اعمال نخواهد گردید. همچنین توافقات طرفین قراردادها درخصوص منتفی شدن قرارداد، قلمرو اعمال این قانون را محدود خواهد کرد. بنابراین در قراردادهایی که مقررات خاصی برای وضعیت منتفی شدن قرارداد پیش­بینی شده و یا اینکه طرفین قصد داشته­اند که علی­رغم وضعیت منتفی کننده، قراردادشان به عنوان قرارداد یا توافق الزام­آور باقی بماند[[55]](#footnote-55) قانون 1943 کاربردی ندارد. پس آنچه که امروزه بخصوص در قراردادهای بین­المللی متداول است و طرفین قواعدی را درخصوص نوع حوادث قوه قاهره یا منتفی کننده قرارداد و آثار آن در قراردادشان پیش­بینی می­کنند به فرض که قرارداد مربوطه تابع قانون انگلستان هم باشد، به عنوان توافق ارادی طرفین معتبر و قانون 1943 بر آن بی­تأثیر است.

1. **اعلان حالت قوه قاهره یا وجود حادثه منتفی کننده**

سؤال این است که آیا برای اینکه یک طرف قرارداد بتواند به دکترین قوه قاهره یا منتفی شدن قرارداد استناد نماید یا کلاً برای بکار آمدن این دو دکترین باید قبلاً وقوع حادثه یا علت را به طرف دیگر اعلام کرده (اطلاع داده) باشد؟ به نظر می­رسد این سؤال در دکترین منتفی شدن قرارداد به طور کلی بی­مورد باشد. زیرا همان­گونه که قبلاً اشاره شد وقوع حادثه منتفی کننده، قرارداد را به طور اتوماتیک و بدون نیاز به هیچ چیز دیگری خاتمه می­دهد و اثر حقوقی آن بستگی به نظر و اطلاع طرفین از واقعه ندارد.[[56]](#footnote-56) بنابراین صرف اثبات وقوع حادثه کافی است که قرارداد منتفی شده محسوب شود.

درحالت قوه قاهره نیز به نظر نمی­رسد که اعلان آن حالت، تکلیف طرفی باشد که بعداً می­خواهد بدان استناد نماید. اینکه بار اثبات وجود حالت قوه قاهره برعهده خوانده (کسی که در صدد اتکا بر قوه قاهره است) می­باشد، می­تواند بدین دلیل باشد که غالباً خواهان، اطلاعی از وقایعی که مانع انجام قرارداد شده­اند نداشته و همچنین وسایلی برای کشف وضعیت امور در اختیار ندارد، و چنین اطلاع و وسایلی اختصاصاً در اختیار خوانده می­باشد. و به این دلیل است که بار اثبات قوه قاهره بر عهده خوانده توجیه عادلانه می­یابد والا چنانچه خوانده را موظف بدانیم که قبلاً وجود قوه قاهره را به طرف دیگر اعلان نماید در این حالت ناعادلانه می­نمود که بار اثبات وجود قوه قاهره بر عهده خوانده باشد، بلکه باید بار اثبات عدم آن به همراه اثبات دعوا برعهده خواهان باشد.

به هر حال، باید در نظر داشت که ممکن است مسأله اعلان قوه قاهره در قراردادهای داخلی چندان مطرح نباشد، اما در قراردادهای بین­المللی می­تواند دارای اهمیت خاصی باشد زیرا ممکن است یک طرف قرارداد از اینکه طرف دیگر که در کشور دیگری است و درعدم اجرای قرارداد مواجه با قوه قاهره می­باشد بی­اطلاع بوده و اقداماتی را به عمل آورد که درصورت آگاه بودن از وقوع قوه قاهره یا حادثه منتفی کننده به عمل نمی­آورد و خسارت کمتری متحمل شود. لذا ممکن است استدلال شود که اصول حسن نیت در اجرای قراردادها و اجرای منصفانه آن­ها[[57]](#footnote-57) ایجاب می­کند که طرفی که درحالت قوه قاهره قرار می­گیرد وضعیت را به طرف دیگر اعلام نماید. دراینجا باید متذکر شد که این اصول نمی­توانند مبنای عدم کاربرد دکترین قوه قاهره قرار گیرند.[[58]](#footnote-58) نمی­توان به صرف عدم آگاه نمودن طرف مقابل از قوه قاهره، متخلف را دارای سوء نیت دانسته و از دفاع قوه قاهره محروم و وی را مسئول خسارت­های ناشی از نقض قرارداد دانست زیرا نه نص قانونی دراین خصوص وجود دارد و نه توافق طرفین.

ممکن است به کمک قواعد مربوط به تسبیب گفت که عدم اطلاع وقوع قوه قاهره توسط طرفی که موضوع آن قرار گرفته موجب خسارت به طرف دیگر شده و لذا وی مسئول این خسارت (خسارت ناشی از عدم دادن آگهی) است. اما نکته آن است که در تسبیب عنصر تقسیر وجود دارد و پرداخت خسارت بر مبنای تقصیر موکول به اثبات سه امر است: وجود ضرر، ارتکاب فعل زیانبار و وجود رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرری که وارد شده است.[[59]](#footnote-59) یعنی ضرر وارده باید ناشی از فعل زیانبار باشد و برای اینکه شخص در برابر دیگری متعهد به جبران خسارت گردد باید رابطه سببیت بین فعل زیانبار و آن ضرر وجود داشته باشد. اما عدم دادن آگهی نسبت به وجود قوه قاهره در واقع یک فعل منفی یا به طریقی ترک فعل است که به خودی خود نمی­تواند موجب مسئولیت مدنی باشد و نیاز به مجوز قانونی یا تعهد قراردادی (توافق) دارد.[[60]](#footnote-60)

بنابراین برای اینکه بتوان متخلف از اجرای قرارداد را مسئول خسارت­های وارده ناشی از عدم گزارش وقوع قوه قاهره به طرف دیگر قلمداد نمود یا باید لزوم آن در قانون مقرر شده باشد یا طرفین الزام­ آن را در قرارداد خود پیش­بینی نموده باشند. بدین جهت است که طرفین قراردادها بخصوص قراردادهای بین­المللی معمولاً گزارش وقوع قوه قاهره را در قرارداد خود شرط می­کنند. این نکته در عهدنامه­های بین­المللی نیز مورد توجه بوده کما اینکه به عنوان نمونه عهدنامه بیع بین­المللی 1980 وین[[61]](#footnote-61) درماده 79 پس از مقرر نمودن قواعد مربوط به قوه قاهره در بندهای 1، 2 و 3، در بند 4 لزوم دادن آگاهی را بدین صورت پیش­بینی می­کند: "طرفی که در اجرا قصور می­کند باید طرف دیگر را از مانع و تأثیر آن بر قدرت انجام خود آگاه نماید. چنانچه اعلان توسط طرف دیگر دریک مدت زمان معقولی پس از آن مدت که طرفی در انجام قصور نموده از مانع آگاه شده یا باید آگاه می­شد، دریافت نگردد، مسئول خسارت ناشی از چنین عدم دریافتی خواهد بود".[[62]](#footnote-62) جالب توجه است که در عهدنامه سلف عهدنامه بیع بین­الملل وین یعنی عهدنامه درخصوص "قانون متحدالشکل مربوط به بیع بین­المللی کالا (ULISُ)، 1964"، علی­رغم پیش بینی قوه قاهره در ماده 74، مطلبی درخصوص دادن آگاهی در ارتباط با وقوع قوه قاهره به طرف مقابل وجود ندارد. تدوین کنندگان این عهدنامه درخصوص درج مقرره­ای مربوط به گزارش قوه قاهره به طرف مقابل معتقد بودند: "گرچه این ایده ظاهراً جذاب است، اما ممکن است مسائل مشکلی را درخصوص اعلان موانع قریب­الوقوع یا ممانعت کننده اجرا ایجاد کند، مثلاً چنانچه بیم قطع اجرای قرارداد وجود داشته باشد، آیا طرف قرارداد مکلف به آگاه نمودن طرف دیگر از این بیم می­باشد؟"[[63]](#footnote-63)

**نتیجه گیری**

1. درباره آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد باید به این نکته اساسی و عمده توجه داشت که در نظام­های حقوقی نوشته و فرانسه قوه قاهره در سیستم اصل مسئولیت مقصر (fault liability) مطرح است درحالی که انتفای قرارداد قاعده­ای در نظام­های حقوقی کامن لاو انگلستان می­باشد که تفکر و ایده مسئولیت مطلق (absolute liability) حکم فرماست. در سیستم حقوقی فرانسه بار اثبات عدم تقصیر برعهده کسی گذاشته شده است که متخلف از اجرای تعهدات است و اوست که می­تواند به قوه قاهره استناد نماید، ولی در سیستم حقوقی انگلستان دکترین انتفای قرارداد به عنوان یک عامل تعدیل کننده و استثنا بر تئوری مسئولیت مطلق پذیرفته شده است و به عنوان خاتمه دهنده قرارداد هر دو طرف می­توانند بدان استناد نمایند.
2. در قوه قاهره مسأله این است که آیا حادثه منتهی به قوه قاهره، اجرای قرارداد یا تعهد را متعذر و ممتنع نموده است یا نه. اما در منتفی شدن قرارداد باید فرض شود که حادثه مطلقاً قصد مشترک طرفین را نفی می­کند.
3. در قوه قاهره مسأله عدم امکان اجرای یک یا چند تعهد یک طرف قرارداد مطرح است، درحالی ه در منتفی شدن قرارداد، عدم امکان اجرای تمامی قرارداد. گرچه این دو در مواردی با هم منطبق می­شوند و عدم اجرای تعهد درواقع عدم اجرای قرارداد خواهد بود، اما همیشه اینگونه نیست. قوه قاهره ممکن است باعث تأخیر در اجرای قرارداد یا اجرای تعهدی از قرارداد (اجرای قسمتی از قرارداد partial impossibility) یا به عبارت دیگر باعث تعلیق اجرای قرارداد شود. عدم امکان اجرای موقت یا قسمتی از قرارداد درحقوق انگلستان شناخته شده نیست و عدم امکان اجرایی که در این دکترین مطرح است تمامی قرارداد را منتفی می­نماید که منتهی به خاتمه قرارداد می­شود. بنابراین در قوه قاهره موقت یا مؤثر بر قسمتی از قرارداد، متعهد (مدیون) معاف از مسئولیت پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در اجرا خواهد بود، درحالی که درحقوق انگلستان امکان بحث و بررسی اثر موانع موقت یا موانع مؤثر بر قسمتی از قرارداد که بر تمامی قرارداد اثر نمی­کنند و آن را خاتمه نمی­دهند، وجود ندارد.
4. در سیستم حقوقی انگلستان موارد بسیاری مطرح می­شود که اجرا توسط یک طرف قرارداد غیر ممکن می­گردد و تعهد طرف دیگر باقی می­ماند. درچنین حالتی دراین سیستم حقوقی طرفی که نمی­تواند تعهد خود را انجام دهد به قاعده غیرممکن شدن قرارداد استناد می­کند و طرف دیگر به دکترین از بین رفتن کامل عوض (Total failure of Consideration) دراین صورت دکترین منتفی شدن قرارداد مشابه دکترین قوه قاهره می­شود که در کشورهای حقوق نوشته به عنوان دفاع مطرح می­گردد.
5. در قوه قاهره معافیت از مسئولیت برای پرداخت خسارت مطرح است که این مغایر دکترین منتفی شدن قرارداد است که قرارداد را خاتمه یافته می­داند. در سیستم حقوقی فرانسه چنانچه یک طرف قرارداد را اجرا نکند، دادگاه برحسب ماده 1184 قانون مدنی فرانسه، قرارداد را منحل یا فسخ خواهد نمود و در صورتی که قوه قاهره دائماً یا تماماً اجرای قرارداد را غیرممکن نسازد، می­تواند تعهد متعهد را تقلیل یا تغییر دهد؛ درحالی که در سیستم حقوقی انگلستان با وقوع حادثه منتفی کننده، قرارداد به طور اتوماتیک در زمان وقوع حادثه خاتمه می­یابد و مشروط به منحل کردن توسط یک یا دو طرف قرارداد نیست و قاعدتاً آثار منتفی شدن قرارداد مربوط به بعد از وقوع حادثه است و تعهدات آینده قرارداد را خاتمه می­دهد و اثری بر تعهداتی که باید قبل از حادثه انجام شوند ندارد (به شرط اعمال قانون 1943). به عبارت دیگر قوه قاهره به خودی خود موجب سقوط تعهد نیست، اما دکترین منتفی شدن قرارداد، خاتمه و پیش هنگام قرارداد را مقرر می­کند و از موجبات سقوط تعهدات (discharge of contract) محسوب می­شود.
6. به طور کلی مشکلات مربوط به خسارت تا حدی در "قانون اصلاح (قانون قراردادهای منتفی شده)" 1943 انگلستان پیش­بینی شده­اند، اما در سیستم حقوقی فرانسه و ایران بحث چندانی از آن­ها نیست. البته دامنه محدود قوه قاهره نسبت به دکترین منتفی شدن قراردادها اهمیت عملی این موضوع را تا حدی تقلیل می­دهد.
7. در سیستم حقوقی انگلستان، متخلف از انجام تعهد باید ثابت ند که اجرای قرارداد غیرممکن است یا اجرای آن به گونه­ای عمیقاً تغییر کرده است که منتهی به اجرای تعهدی غیر از آنچه در قرارداد مقرر شده و در نظر طرفین بوده است می­شود. درحالی که در سیستم حقوقی فرانسه، طرف متخلف از تعهد باید تقصیر را نفی کند (اثبات اینکه عدم اجرا به واسطه عاملی غیر قابل پیش­بینی یا خارج از کنترل بوده است).

نتیجه نهایی و کلی قوه قاهره این است که خطرات (زیان­های) آینده عدم اجرای قرارداد را برعهده متعدله می­گذارد واین حالتی است تحمیلی و موضوعی است که در دکترین منتفی شدن قرارداد، به لحاظ مشخص شدن وضعیت خسارت طرفین توسط قانون تا حدی حل شده است. بعلاوه، اینکه طرف متأثر از قوه قاهره تکلیفی برای اعلان آن به طرف دیگر ندارد، در پاره­ای موارد بخصوص در قراردادهای بین­المللی می­تواند آثار ناروایی برای طرف دیگر داشته باشد. طرفین می­توانند با درج شرطی مناسب و مقتضی درخصوص قوه قاهره در قرارداد، (Force Majeure Clause) با تخصیص این خطرات و آثار با یکدیگر توافق نموده و آن نتیجه تحمیلی را تعدیل نمایند در شرط قوه قاهره می­توان مقرر نمود که طرفی که می­خواهد به قوه قاهره استناد نماید، باید وقوع آن را در مدت زمان خاصی به طرف دیگر اعلام کرده باشد. بدیهی است چنین مقرره­ای توأم با ضمانت اجرا، تقویت کننده جو سالم و تفاهم­آمیز و با حسن نیت طرفین که لازمه همکاری­ها و مبادلات تجاری بین اشخاص در سطح داخلی و بین­المللی است، بوده و نیز می­تواند برای هر دو طرف قرارداد سودمند باشد؛ به طرف دیگر (متعهدله) این فرصت را می­دهد که آسان­تر بتواند درخصوص ایجاد وسعت قوه قاهره بررسی کند و مانع از این خواهد شد که طرف متأثر (متعهد)، سال ها بعد از وقوع قوه قاهره ناگهان در دعوایی بدان متمسک شود.

**فصل سوم :** ‌ ‌‌‌مـروری‌ بر تنظیم قراردادهای دولتی[[64]](#footnote-64) «در حقوق تجارت بین‌الملل»

چکیده

قراردادهای‌ دولتـی‌ بـا‌ آنـکه در تجارت بین‌المللی از مقبولیت و گستردگی بسیاری برخوردار است، بنا به دلایل متعددی همچون‌ نابرابری دو طرف، بـحث‌انگیز بوده و ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بسیاری در‌ پی داشته است. این‌ وضعیت‌، نـگرانیهایی را نسبت به آیندة قـراردادهای مـزبور برای طرفهای قرارداد (که بخشهای دولتی و خصوصی کشورمان نیز به گونه‌ای درگیر این قراردادها هستند) ایجاد می‌کند.

این نوشتار، با بررسی نکات اساسی این‌ قراردادها، مانند خصوصیات، چگونگی مذاکره، موقعیت طـرفها، تفاوت بین دولتها و ماهیت آنها از یک سو و مواد تخصّصی ـ حقوقی عمدة قراردادهای مزبور، همچون قانون قابل اعمال، شرط ثبات، روش حلّ و فصل اختلافات‌ و قوة‌ قاهره از سوی دیگر، باعث می‌شود تا طرفهای آن بـتوانند آنـها را بهتر و موفق‌تر منعقد کرده و در فضایی آرام و دور از سوء تفاهم‌ اجرا‌ کنند.

**کلید واژگان**: قراردادهای دولتی، تجارت بین‌الملل، قانون قابل اعمال، مادة (شرط) ثبات، روشهای حلّ و فصل اختلافات.

**مقدمه**

امروزه کشورها در تجارت بـین‌الملل مـعمولاً به دو صورت فعّال‌اند؛ هم‌ از‌ طریق اشخاص خصوصی (بخش خصوصی) و هم از طریق دولت یا مؤسسات و سازمانهای دولتی (بخش دولتی). این فعّالیت، در قالب تنظیم قراردادهای کوچک و بزرگ یا ساده و پیچیده صورت مـی‌گیرد. کـشورهای‌ در‌ حال‌ توسعه غالباً از طریق بخش‌ دولتی‌، واردکننده‌ و یا میزبان تجارت بین‌الملل و کشورهای توسعه‌یافته از طریق بخش خصوصی، صادرکننده و میهمان این تجارت به شمار می‌روند. البته تجارت بین‌الملل در‌ بین‌ کشورهای‌ تـوسعه‌یافته یـا کـشورهای در حال توسعه نیز به‌ صـورت‌ دادوسـتدهای مـتقابل جریان دارد.

از میان قراردادهای متنوّع و مختلف رایج در عرصة تجارت بین‌الملل، نوعی از قراردادها موسوم به‌ قراردادهای‌ دولتی‌ (قراردادهایی که یک طرف آن دولت و طرف دیـگر شـخص خـصوصی‌ خارجی است) به رغم اینکه نسبت به سـایر قـراردادها مقبولیت و گستردگی بیشتر دارد، در حقوق تجارت بین‌الملل بحث‌انگیزتر‌ بوده‌ و با‌ ابهامها و خطرهای حقوقی و همچنین سیاسی و اجتماعی بیشتری مواجه است. ایـن وضـعیت‌، بـدین‌ سبب است که مسائل غیرمتعارفی در آنها مطرح است؛ از قبیل طـرفین نابرابر، قدرت معاملاتی نابرابر‌، موضوعات‌ قراردادی‌ حیاتی و اقتصادی بسیار مهم، عدم انسجام و تثبیت و یک‌نواختی قواعد حقوقی یا قـوانین‌ حـاکم‌، تـأثیرات‌ سیاسی و اجتماعی.

در این قراردادها، یک طرف آن، دولت با ابزار و امکانات حاکمیت اسـت‌ و طـرف‌ دیگر‌، شخص خصوصی خارجی با ابزار و امکانات سرمایه‌ای و اقتصادی و بعضاً با حمایت و اغراض پنهان دولتهای‌ خـود‌. گـرچه دولتـها انعقاد این قراردادها را برای خود مفید و لازم می‌دانند، از اثرهای‌ جانبی‌ آنها‌ نگران‌اند کـه بـعضاً هـم ممکن است ناروا باشد.

ممکن است اَعمال و اقدامهای اشخاص خارجی‌ طرف‌ قرارداد در جهت اجـرای قـرارداد در کـشور دیگر، نوعی مداخله در امور داخلی‌ دولت‌، یا‌ نوعی بهره‌کشی از کشور مربوط تلقّی گردد، یـا آن دولت، چـنین قراردادهایی را مانع آزادی‌ اراده‌ یا حاکمیت و اِعمال اقتدار حکومتی خود بداند و یا بـه تـدریج از نـیاز‌ به‌ استفاده‌ از توانایی و تخصّص یا سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی در آن کشور بکاهد. شخص خصوصی خارجی هـم‌ از‌ ایـن‌ نگران است که از طرف دولت، در روند قرارداد مشکلی ایجاد شود‌ و با‌ توسل به ویـژگیهای حـاکمیتی‌اش در اجـرای قرارداد مانع ایجاد کند؛ مثلاً با استفاده از قدرت قانون‌گذاری‌ خود‌، بعضی از قوانین مرتبط را تغییر دهـد و عـملاً اجرای قرارداد را غیر‌ ممکن‌ سازد و یا طرف دیگر را در اجرای‌ آن‌ با‌ زیـان عـمده مـواجه کند و حتی ممکن است‌ به‌ اعمالی مانند ضبط یا مصادرة اموال طرف قرارداد اقدام کـند. بـنابراین، دو طـرف‌ قرارداد‌ نسبت به اطمینان از آیندة‌ وضعیت‌ قرارداد نگران‌اند‌.

از‌ این‌ رو، به سبب ایـن شـرایط خاص‌ و اینکه‌ در کشور ما نیز چنین قراردادهایی هم برای بخش دولتی و هم برای‌ بخش‌ خصوصی مـطرح اسـت و هر کدام به‌ گونه‌ای با این قراردادها‌ درگیرند‌، این مقاله، برآن اسـت تـا‌ برای‌ انعقاد هرچه بهتر و موفق‌تر و همچنین ایـجاد فـضایی آرام و دور از زمـینه‌های سوء تفاهم‌ برای‌ اجرای آنها به تـبیین نـکات‌ اساسی‌ در‌ این قراردادها بپردازد‌، ابهامهای‌ موجود در این باره‌ را‌ مطرح سازد و روش برطرف کردن و شـفاف سـاختن آنها را ارائه کند.

در نوشتار حاض‌، در‌ قسمت نـخست، نکات اسـاسی مـربوط بـه‌ قراردادهای‌ دولتی، مانند‌ خصوصیات‌، نحوة‌ مـذاکره، مـوقعیت طرفین، تفاوت‌ بین دولتها و ماهیت آنها، و در قسمت دوم، مواد تخصصی ـ حقوقی عمدة ایـن نـوع قراردادها، همچون‌ قانون‌ حاکم، مادّة ثـبات، روش حلّ و فصل‌ اختلافها‌ (دعـاوی‌) و قـوة‌ قاهره‌ بررسی می‌شود.

**قسمت اول: نکات‌ اسـاسی‌ مـربوط به قراردادهای دولتی**

**الف - مفهوم قراردادهای دولتی**

مراد از قراردادهای دولتی، قراردادهایی است که از‌ سـوی‌ دولتـها‌ (اعم از مؤسسات دولتی فاقد مـاهیت حـقوقی‌ مـجزا‌ از‌ دولت‌ یا‌ دارای شـخصیت حقوقی مستقل) با اشـخاص خـصوصی خارجی (اعم از حقیقی یا حقوقی) منعقد می‌شود. قراردادها یا موافقتنامه‌های بین دولتها یا بـین دولت و سـازمانهای بین‌المللی داخل این بحث‌ نیست.[[65]](#footnote-65) روشـن اسـت که یـک دولت مـی‌تواند وارد قـراردادهای متنوّع با طرفهای خـصوصی خارجی شود.

کلاً این قراردادها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

1.قراردادهای مربوط به معاملات سـاده‌؛ از‌ قـبیل قراردادهای مربوط به خرید و فروش (صـادرات و واردات) کـالاهای مـورد نـیاز یـا تولیدات معمولی یـک کـشور؛ مثل غلات، روغن، شکر، منسوجات و وسایل حمل و نقل کوچک و بزرگ و... . این قراردادها با‌ عنوان‌ کلّی «قـراردادهای خـرید و فـروش» نیز شناخته می‌شوند.

2. قراردادهای مربوط به مـعاملات پیـچیده و مـهم؛ از قـبیل قـراردادهای مـربوط به کشف، استخراج معادن و مخازن طبیعی‌؛ قراردادهای‌ مشترک تولیدی، کمکهای فنّی و انتقال‌ فن‌آوری‌؛ قراردادهای مربوط به امور کشاورزی و سازندگی، تأسیسات صنعتی (کارخانه‌ها و نیروگاهها)؛ قراردادهای ساختمانی عمده بـرای احداث شهر، شهرکها، بندرها، جاده‌ها، بزرگراهها و فرودگاهها؛ و از این قبیل‌. این‌ قراردادها با عنوان کلّی‌ «قراردادهای‌ اجرای پروژه» یا «قراردادهای طولانی‌مدت» هم معروف‌اند.

در این دو دسته از قراردادها جنبه‌های حقوقی مشترک فراوان وجود دارد، ولی از آنـجایی کـه دستة دوم، همان‌طور که اشاره شد، از‌ پیچیدگی‌ و اهمیت زیادی برخوردار است و اجرای غالب این نوع قراردادها ممکن است برای مدّتهای طولانی

(سالها) ادامه یابد، در این مقاله، بیشتر بررسی می‌شود.[[66]](#footnote-66)

**ب - خصوصیات قراردادهای‌ دولتی**

قراردادهایی که بین‌ دولتها‌ و اشـخاص خـصوصی خارجی منعقد می‌شود، با قراردادهایی که بین اشخاص خصوصی از دو کشور مختلف منعقد می‌شود، تفاوتهایی دارد. پاره‌ای از این تفاوتها از این قرار است:

1. قراردادهای دولتی مورد بحث‌، غالباً برای یک مدّت طولانی 5 تـا 20 سـال و حتی بـیشتر منعقد می‌شود.

2. غالباً دولت طرف قرارداد، یک کشور در حال توسعه است و طرف خصوصی خارجی، یک شرکت بزرگ یـا چندملّیتی است‌ که‌ موجودیت حقوقی آن در کشورهای صنعتی و توسعه‌یافته قرار دارد.

3. در این قـراردادها تـا حـدّ زیادی، عناصر سیاسی و اجتماعی ممکن است مؤثر باشد؛ چون بعضاً دولت طرف قرارداد مجبور است قسمتی‌ از‌ خاک یـا ‌ ‌سـرزمین خود را در اختیار طرف دیگر نهد، یا امکانات خاصّی از لحاظ مالکیت، صادرات و واردات برای وی فـراهم کـند و یـا حتی مقررات و قوانینی اختصاصی در امور‌ خاصّی‌، مانند مالیات، حقّ مالکیت، اجاره، گمرک و... برای عملکرد طـرف دیگر وضع کند، یا ممکن است افکار عمومی در سرنوشت قراردادی که موضوع آن، مـنابع حیاتی کشور است، نـقشی اسـاسی‌ داشته‌ باشد‌؛ از این رو، موضوعاتی نظیر‌ حقّ‌ مالکیت‌ یا حقّ اعمال حاکمیت که از موارد خاصّ قراردادهای دولتی است، در قراردادهای خصوصی مطرح نیست.

4. خطر عمده‌ای این قراردادها را‌ تهدید‌ می‌کند‌؛ بدین معنا که چـون یک طرف قرارداد، دولت‌ با‌ در دست داشتن کلیة ابزارهای قدرت است، ممکن است در هر شرایطی و در هر مرحله‌ای، بنا به صلاح‌دید خود‌، قرارداد‌ را‌ یک‌طرفه فسخ کند و یا شرایطی از آن را تغییر دهد‌ و چنانچه طـرف خـصوصی، حقّی داشته باشد، آن را نادیده بگیرد‌ و هیچ‌گونه‌ غرامتی‌ هم نپردازد.[[67]](#footnote-67)

5 . ایـن قـراردادها ممکن است مورد سوء استفادة دولت متبوع شخص‌ خصوصی‌ خارجی‌ طرف قرارداد قرار گیرد و به ابزاری برای مداخله در امور سیاسی و اقتصادی کشور دولت‌ طرف‌ قرارداد‌ (خصوصاً در کشورهای ضعیف و در حال تـوسعه) تـبدیل شود؛ بنابراین، این احتمال هست که‌ دولتها‌، قراردادهای منعقد شده از سوی اتباع خود را در جهت اهداف سوء خود‌ سوق‌ دهند‌.[[68]](#footnote-68)

6 . چگونگی حلّ اختلاف در این نوع قراردادها از مسائل مهم و پیچیده اسـت. اصـولاً در‌ قـرارداد‌، مقرراتی درج می‌شود که تا حـدّ امـکان از بـروز اختلاف جلوگیری کند و نیز‌ قرارداد‌ را‌ از حالت تزلزل خارج سازد و از فسخ، ابطال یا تغییر یک‌جانبة آن جلوگیری کند؛ با‌ وجود‌ این، اختلاف در بـعضی مـوارد اجـتناب‌ناپذیر است و در سطح بین‌المللی، دیوان دادرسی‌ مشخصی‌ برای‌ رسـیدگی بـه چنین اختلافی وجود ندارد. از این رو، در این قراردادها طرفین معمولاً روش‌ حلّ‌ اختلاف‌ (دعوا) را از راه داوری بین‌المللی بر سایر روشها ترجیح مـی‌دهند.[[69]](#footnote-69)

**ج - مـذاکره‌**

نـخستین‌ مرحلة مذاکره در تنظیم قراردادهای دولتی، مشخص کردن موضوع قرارداد‌ است. هـدف از مـذاکره، رسیدن طرفین‌ به‌ فهم‌ و درکی‌ کامل‌ از ماهیت و دامنة‌ قراردادی‌ است که مـی‌خواهند مـنعقد کـنند؛ چراکه کلیة جوانب و زوایای آن باید بدون هیچ ابهام و تردیدی برای‌ طرفین‌ روشن‌ شود. این فـرض کـه یـک طرف قرارداد‌، همة‌ جوانب‌ امر‌ را‌ می‌داند‌ و اطلاعات کامل را در اختیار طرف دیگر نـیز قـرار می‌دهد، اشتباه است. در مذاکره، هر یک از طرفین باید جزئیات لازم را از طرف دیگر بخواهد، در‌ واقع، هر دو طرف بـاید بـه طور کامل به تبادل خواسته‌ها و انتظاراتشان از همدیگر و نیز از قرارداد بپردازند.

در مواردی، دولت طـرف قـرارداد، از موضوع آن یا پروژة مورد نظرش‌، در‌ حدود کلیات آگـاهی دارد، در واقـع، اصـطلاحاً طرح خامی از آن را در اندیشه دارد؛ از این رو، باید در برخی مـوضوعات حـتی قبل از ورود به بحث از‌ تنظیم‌ قرارداد، مطالعات جزئی اجرایی را دربارة آن داشته باشد تا بـتواند بـه نتیجه یا تصمیم‌گیری نهایی بـپردازد و سـایر دستگاههای مـربوط را آگـاه کـند‌ و در‌ صورت لزوم، موافقت یا مجوز‌ سایر‌ اشـخاص یـا ارگانها را (همچون اعضای کابینه یا بخش خاصّی از کابینه یا قوة مقننه و یـا سـایر مراجع ذیربط) کسب کند. ممکن اسـت دولت‌ مربوط‌ به کـسب اطـلاعات مشخص‌ و مفصّلی‌ نیاز داشته بـاشد مـبنی بر اینکه موضوع قرارداد منظور، چه تأثیری در توسعه و پیشرفت بخشهای مربوط کشورش مـی‌گذارد و از نـظر اقتصادی نیز چه منافعی را نـصیب کـشورش مـی‌کند؛ یعنی، مثلاً‌ از‌ نـظر مـسائل کارگری و ایجاد اشتغال وبـه‌کارگیری اتـباع آن، تا چه اندازه مؤثر خواهد بود و چه تحرّک و انگیزه‌ای را برای سایر صنایع یا فـعالیتهای تـجاری ایجاد خواهد کرد. برای روشن شـدن‌ مـوارد‌ فوق، لازمـ‌ اسـت افـزون بر شروطی که در قـرارداد ذکر می‌شود، یادداشتی دربردارندة نکات لازم (گزارش توجیهی) نیز به‌ دولت ارائه گردد؛ برای نمونه، حسب موضوع قـرارداد تـخمینی از بازدهی‌ موضوع‌ مورد‌ قرارداد، تخمین مـقدار خـریدهایی کـه در داخـل کـشور انجام خواهد شـد، تـخمین به‌کارگیری کارگران محلّی در موضوع ‌‌قرارداد‌ و دستمزدهایی که به آنها پرداخت خواهد شد، تخمین مالیاتی که از طـرح ایـجادشده‌ در‌ اثـر‌ قرارداد اخذ خواهد شد و پیش‌بینی صرفه‌جویی در ارز خـارجی و بـنا بـه مـورد، پیـش‌بینی ایـجاد یا‌ افزایش توان صادراتی از موضوع قرارداد و ارز خارجی که عاید دولت خواهد شد‌ و...، ممکن است برای انعقاد‌ قراردادی‌ خوب و مطمئن، مفید باشد؛ از جمله اینکه توضیحات توجیهی در قرارداد ممکن اسـت حمایت عمومی را در کشور دولت طرف قرارداد جلب کند. می‌توان قسمتهایی از آنچه در گزارش یا یادداشت‌ توجیهی آمده است، به صورت کلّی در مقدمه یا دیباچة قرارداد درج کرد تا از آنها در مراحل بعدی برای تـفسیر قـرارداد استفاده گردد، اما باید تلاش شود مطالب به گونه‌ای‌ باشد‌ که تعهّدات یا الزامهایی افزون بر شرایط قرارداد برای طرفین ایجاد نکند.

از طرف دیگر، شخص خصوصی خارجی نیز بـرای انـعقاد قرارداد با یک دولت به اطلاعات جامع نیاز دارد‌. مذاکرات‌ برای این منظور، منبع مهمی به شمار می‌رود. او برای انعقاد یک قرارداد مؤثر و فراگیر کـه مـنافعش را تأمین کند، باید اطلاعات کـافی از اوضـاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور‌ دولت‌ طرف قرارداد داشته باشد. نخست اینکه باید شناخت و آگاهی خوبی از قوانین آن کشور داشته باشد، خصوصاً اینکه معمولاً دولتها تـأکید دارنـد که قانون کشورشان، قـانون قـابل اعمال (قانون‌ حاکم‌) بر‌ قرارداد باشد؛[[70]](#footnote-70)از این رو‌، شخص‌ خصوصی‌ خارجی باید مطالعه و تحقیقی عمیق از اوضاع مختلف کشور دولت مربوط به عمل آوَرَد و آگاه باشد که قانون اساسی آن کشور‌، از‌ اهمیت‌ خاصّی برخوردار اسـت.[[71]](#footnote-71)

مـطالعة اوضاع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی‌ کشور‌ دولت طرف قرارداد، در بسیاری از موارد، ممکن است آیندة قرارداد و عملی یا اجرایی بودن آن را روشن سازد‌. برای‌ اطلاع‌ از این اوضاع و جوّ سرمایه‌گذاری یا انتقال سرمایه و نیروی کـار‌ و فـن‌آوری در کشور طـرف قرارداد، دولت متبوع شخص خصوصی از طریق وزارت امور خارجه یا دفتر اقتصادی ـ تجاری‌ مربوط‌، کمک‌ بزرگی برای او خواهد بـود. سازمانهای دیگر دولت متبوع نیز ممکن‌ است‌ در برخی از زمینه‌های مذکو، اطلاعات خوبی برای شخص خصوصی، از کشور مورد نظر داشته باشند‌. هـمچنین‌ گاهی دولت متبوع شخص خصوصی، ممکن است مناسب بودن مذاکره برای انعقاد قرارداد‌ را‌ بـه‌ وی اعلام کند.[[72]](#footnote-72)سفارتخانة کـشور دولت طـرف قرارداد در کشور متبوع شخص خارجی و انتشارات‌ سازمان‌ ملل نیز ممکن است اطلاعات خوبی به شخص خصوصی ارائه دهد.

اهمیت آگاهی‌ از‌ قانون‌ اساسی کشور دولت طرف مذاکره، بدین سبب است که اساساً ماهیت دولت را بـرای شخص‌ خارجی‌، حدود اختیارات دولت یا مؤسسه‌ای خاص که ممکن است طرف قرارداد باشد‌ و همچنین‌ شرایط‌ و چگونگی انعقاد قرارداد از سوی دولت را مشخص می‌کند. بعلاوه، پاسخ سؤالاتی دربارة محدودیتهای دولت‌ در‌ بخش‌ تجارت یا اقـتصاد، مـحدودیتهای موجود برای خارجیها یا سرمایه‌گذاری خارجی و وجود حمایتهای‌ احتمالی‌ برای اشخاص خارجی در قرارداد با دولت و امثال این موارد را روشن می‌کند.

قوانین وضع شدة‌ دولت‌ نیز باید بررسی شود؛ زیرا این کـار، مـقررات قابل اعمال بر سازمانها‌ و شرکتهای‌ خارجی طرف قرارداد و همچنین چگونگی، اَشکال و وضعیت‌ سازمانهای‌ تجاری‌ خصوصاً شرکتهای خارجی و ثبت آنها را تعیین‌ می‌کند‌. همچنین بررسی قوانین مالیاتی و قوانین مربوط به صـادرات و واردات و مـحدودیتهای آنها در کشور‌ طرف‌ قرارداد و نیز مقررات مربوط به‌ کنترل‌ و خروج ارز‌ از‌ کشور‌، حدود منافع اقتصادی و مشکلات احتمالی شخص‌ خصوصی‌ خارجی را روشن می‌کند.

افزون بر این، اهمیت آگاهی از این قوانین‌ و مـقررات‌ مـمکن اسـت به این دلیل باشد‌ کـه مـوضوع هـمة آنها‌ در‌ کنترل طرف دولتی بوده و احتمال‌ تغییر‌ آنها از سوی دولت و ایجاد خطر برای‌ طرف‌ خصوصی‌ خارجی‌ را‌ در بر داشـته‌ بـاشد‌. شـخص خصوصی خارجی نیز با اطلاع از این قوانین برای اطمینان از برخورداری از سـود لازمـ‌، انتقال‌ سود‌ و سرمایة خود به خارج از آن کشور‌ در‌ هر‌ زمان‌ و نیز‌ اجرای‌ قرارداد در شرایط مناسب بدون مـواجه شـدن بـا مشکلات غیر منتظره، تدابیر لازم را می‌اندیشد.

یادآوری می‌شود که ممکن است معاهدات بـین‌المللی دو یـا چـند جانبه بین‌ دولت طرف قرارداد و دولت متبوع شخص خصوصی خارجی نیز وجود داشته باشد که حـقوقی را بـرای شـخص خصوصی خارجی مقرر کرده باشد؛ مانند تعهّد به رفتار غیر تبعیض‌آمیز، یا پرداخت‌ غـرامت‌ عـادلانه در صورت مصادرة اموال و یا قواعدی را برای رسیدگی به اختلافات طرفین و اجرای احکام صـادره از سـوی مـراجع خاص پیش‌بینی کرده باشد.[[73]](#footnote-73) اطلاع از چنین معاهداتی نیز همانند‌ موارد‌ فوق، از مسائل مهمی اسـت کـه ممکن است در مذاکرات تبیین گردد.

در هر صورت، به‌کارگیری حقوق‌دانانی مبرّز و تأثیرناپذیر از کشور دیـگر نـه‌تنها‌ از‌ نـظر اینکه از قانون کشور‌ خود‌ مطلع‌اند، بلکه بدین سبب که بسیاری از جنبه‌های وضعیت سیاسی، اجتماعی و اقـتصادی کـشور خود را هم می‌دانند، ممکن است مفید باشد.

دربارة طرف دولتی‌، قطعاً‌ نـمایندگانی از دولت، مـأمور‌ مـذاکره‌ و تهیة مقدمات قرارداد خواهند بود. گرچه این نمایندگان، اصولاً از طرف سازمانهای دولتی‌اند، این احتمال هـست کـه آنـها از طبقة وزرا یا اجزایی از کابینه یا معاونان آنها باشند. این‌ افراد‌، گرچه مـمکن اسـت از لحاظ پست و مقام، شایستگی و توانایی لازم را دارا باشند، بعید است که بیشتر آنها از ملاحظات تجاری و مشکلات عملی حـقوقی یـا رسوم تجاری که ممکن است‌ قرارداد‌ با آن‌ مواجه باشد، اطلاع کـافی داشـته باشند.

بنابراین، آنچه تاکنون در خصوص نیاز شـخص خـصوصی بـه اطلاعات ذکر‌ شد، در بسیاری از موارد، برای دولت طـرف قـرارداد نیز مطرح‌ است‌. طرف‌ دولتی نیز برای اجرای قرارداد، به آگاهی از کفایت و تـوانایی شـخص خصوصی خارجی علاقه دارد. مـمکن‌ اسـت‌ شخص‌ خصوصی، یک مؤسسة بزرگ پیمانکاری و دارای شهرت جهانی باشد، اما برای نـمایندگان طـرف مذاکره مهم‌ است که از فعالیتهایش آگـاه باشند و بدانند چه فـعالیتهایی بـرای موفقیت موضوع مورد‌ قرارداد بـه‌کار گـرفته می‌شود‌؛ برای‌ مثال، امکانات تحقیقاتی، لوازم فن‌آوری و در صورت لزوم، امکانات پخش و بازاریابی وی چیست؟ برای این مـنظور، یـک یادداشت یا گزارش سابقه کـه در آن، شـخص خـصوصی معرفی شده و عـملکردش در کـشورها، مکانها‌ و شرایط مختلف بـا درجـة موفقیتش بیان شده باشد، لازم خواهد بود. در هر صورت، فرض آن است که طرف دولتی، بـا بـه کار بردن کلیة تمهیدات و آشنایی کـامل بـا طرف خـارجی‌ خـود‌، تـمامی جوانب موضوع قرارداد بـرایش روشن و از کلیة حقوق و مزایای قرارداد خود آگاه است.

در مذاکرات معمولاً آگاهی از حدود اختیارات و مسئولیتهای نـمایندگان دولتـی برای طرف خصوصی خارجی لازم است‌؛ بـنابراین‌، اگـر فـرضاً طـرف دولتـی قرارداد، یکی از ارکـان دولت یـا مؤسسه‌ای از دولت باشد، باید حدود اختیارات وی و همچنین ماهیت حقوقی و گسترة فعالیتش برای طرف خارجی مشخص شود؛ زیـرا‌ مـمکن‌ اسـت این اشکال شود که آیا اصولاً مـذاکره‌کننده، صـلاحیت لازم را بـرای مـذاکره یـا انـعقاد قرارداد داشته است یا نه و آیا طرف قرارداد، مؤسسة دولتی به شمار می‌رود یا‌ نه‌ و استقلال‌ حقوقی او چگونه است؟ بنابراین، باید‌ با‌ دلایل‌ و اسناد قطعی، مانند سند نـمایندگی و اساسنامة مؤسسه، مشخص گردد که نمایندگان دولت دارای کلیة اختیارات و وضعیتهای لازم برای انعقاد قرارداد هستند‌ و تصمیم‌ یا‌ امضای آنها، نافذ، الزام‌آور و اجراشدنی است.

دربارة تکنیک‌ یا‌ فنّ مذاکره باید متذکّر شد کـه اسـاساً به سختی می‌توان ادّعا کرد که یک راه جامع و کامل وجود دارد‌، یا‌ یک‌ روش بر دیگر روشها برتری دارد؛ بنابراین، نمی‌توان راه خاصّی‌ را برای مذاکره تجویز کرد. این امر، به توانایی، تجربه و حـتی شـخصیت مذاکره‌کننده بستگی دارد. یک مذاکره‌کنندة کارآمد‌ حتی‌ ممکن‌ است از تجربه و سوابق کاری دیگران نیز بهره گیرد، اما در‌ نهایت‌، در شرایط و موارد خاص، باید با اتـکا بـه نظر و درایت خود عمل کـند. چـنانچه مذاکره توسط‌

نماینده‌ انجام‌ می‌شود، گاهی لازم است در جهت نفع و صلاح اصیل خود در رفع‌ نارساییها‌ و موانع‌ با طرف دیگر نیز همکاری کند تا به تـفاهمی مـشترک از موضوعات برسند، در‌ واقع‌، بـاید‌ تـلاش کند تا طرفین را از هر لحاظ، شکلی یا ماهیتی به همدیگر نزدیک‌ سازد‌. به هر صورت، در نهایت، طرفین یا نمایندگان آنها باید مطمئن شوند که‌ از‌ تمام‌ نکات لازم و جوانب قرارداد و همچنین مـقررات حـقوقی مربوط به آن، کاملاً آگاه‌اند.

همان‌طور که‌ گفته‌ شد، هدف از مذاکره، تنظیم موافقت‌نامه‌ای (قراردادی) است که کاملاً برای طرفین آن‌ مفهوم‌، و فاقد‌ نکات مبهم و نامعلوم باشد. طرفین مذاکره‌کننده تلاش می‌کنند پیـش‌نویسی از قـرارداد را تهیه کـنند که‌ با‌ در نظر گرفتن ملاحظات خاصّ سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، تجاری و حقوقی که ممکن‌ است‌ با‌ آن مواجه شـود، با موضوع قرارداد مناسبت تنگاتنگی داشته باشد.

باید در نظر داشت کـه‌ مـمکن‌ اسـت‌ مذاکره‌کننده از طرف دولت برای نهایی کردن مذاکرات و امضای قرارداد، به تصویب‌ یا‌ تأیید اقدامهای خود از سوی سایر ارکـان ‌ ‌دولت یـا قوة مقننه نیاز داشته باشد؛ از این‌ رو‌، همیشه ممکن است آنها بازکردن مجدد هـر قـسمت از مـذاکرات قبلی را‌ خواهان‌ باشند تا بررسیها و توضیحات لازم را داشته‌ باشند‌. به‌ هر حال، اگر طرف دیگر مـذاکره (شخص‌ خصوصی‌ خارجی) از ابتدای مذاکرات، نکات خاص و بنیادی را درک و بررسی کرده باشد، در‌ این‌ مـوارد، مشکلی در پیش رو‌ نخواهد‌ داشـت.

**د - مـوقعیت‌ طرفین‌**

برخلاف‌ قراردادهای خصوصی بین دو تبعة بیگانه‌، یا‌ یک موافقت‌نامه بین دو دولت، موقعیت طرفین قرارداد در قراردادهای دولتی یکسان‌ و برابر‌ نیست. در این قراردادها یک طرف‌ آن، دولت با تمامی‌ ابزارهای‌ قدرت و کنترل است،[[74]](#footnote-74) درحالی کـه‌ طرف‌ دیگر، شخصی خصوصی است که چنین خصیصه‌ای را ندارد. دولت طرف‌ قرارداد ممکن است یک کشور کـوچک یـا از کشورهای در حال توسعه باشد که‌ با‌ این حال، دارای تمامی اختیارات، حقوق‌ و مصونیتهایی‌ است که‌ در‌ روابط‌ حقوق بین‌الملل برای دولتها‌ متصوّر است و می‌تواند از همة آنها بهره‌مند شود و در صورت لزوم، آنها را به اجـرا‌ گـذارد‌. دولت، دارای قدرت قانون‌گذاری است و می‌تواند‌ با‌ اِعمال‌ این‌ قدرت‌، بسیاری از شرایط‌ قرارداد‌ را کنترل و یا محدود کند و قوانین و مقرراتی را که در لوای آنها قرارداد اجرا می‌شود، تغییر‌ دهد‌ یا‌ نسخ کند و عملاً اجـرای قـرارداد را غیر‌ ممکن‌ سازد‌.

قلمرو‌ حاکمیت‌ یا‌ سرزمین دولت طرف قرارداد، محلّ اجرای قرارداد است و شخص خصوصی خارجی باید در این قلمرو، عملیات اجرایی خود را انجام دهد؛ از این رو، دولت به مثابه‌ میزبان و شـخص خـصوصی خـارجی، میهمان است. برای شخص خـارجی مـوارد فـراوانی در کشور میزبان و در محدودة اختیارات دولت طرف قرارداد مطرح است که با نظر و تصمیم دولت و معمولاً به صورت‌ وضع‌ قوانین و مقررات از سوی دولت کنترل مـی‌شود؛ مـواردی از قـبیل ورود و خروج افراد مورد نیاز شخص خصوصی خارجی بـه کـشور مذکور، نقل و انتقال آزادانة اموال مورد نیاز، حمل و نقل‌ و ارتباطات‌ داخل و خارج از کشور، استفاده از اموال دولتی در داخل کشور و نـیز بـعضاً اسـتفاده از اموال خصوصی دیگران و سلب مالکیتشان از آنها به‌ منظور‌ بهره‌برداری شـخص خصوصی خارجی از‌ آنها‌ برای اجرای قرارداد، در هرجا که لازم باشد، صدور مجوز یا اخذ مجوزهای لازم برای ساختمان و احداث تـأسیسات، امـکان بـه‌کارگیری کارگران محلّی و خارجی، تنظیم‌ روابط‌ بعضی از مؤسسات داخلی‌ با‌ شخص خـارجی، نـقل و انتقال ارز خارجی به داخل و خارج از کشور، پرداخت عوارض مختلف مربوط به صادرات و واردات و مالیات، انتقال عواید مـربوط بـه شـخص خصوصی خارجی، سرمایه و امکانات وی به‌ خارج‌ از کشور، و موارد مشابه دیگر.

دولت، دارای حقّ حـاکمیت اسـت و مـی‌تواند با توسل به این حق، قراردادهایی را که خصوصاً به منابع طبیعی یا حیاتی آن کـشور یـا ارائة بـعضی‌ از‌ خدمات مهم‌، مربوط می‌شود، لغو و باطل کند، اموال و سرمایة شخص خارجی را مصادره یا مـلّی کـند و حتی از پرداخت‌ غرامت به او امتناع ورزد.[[75]](#footnote-75) این خطر، زمانی بیشتر است که‌ قانون‌ حـاکم‌ بـر قـرارداد، قانون کشور طرف دولتی باشد؛ زیرا دولت می‌تواند با استفاده از قدرت قانون‌گذاری خود، قانون ‌‌حـاکم‌ را نـیز تغییر دهد، یا قانون جدیدی را وضع کند و در نتیجه، اجرای‌ تعهّدات‌ خود‌ یا مـؤسسه‌اش را مـشکل یـا کاملاًغیر ممکن سازد، یا حتی عملاً باعث ابطال قرارداد‌ یا اجرا نشدن آن گردد.

نـابرابری مـوقعیت طرفین قرارداد دولتی در هنگام بروز‌ اختلاف یا اقامة دعوا‌ از‌ مشکلات مهم، بـه‌ویژه بـرای شـخص خصوصی طرف قرارداد، خواهد بود؛ زیرا مسئولیت دولتها تابع قواعد حقوقی بین‌المللی است، در حالی کـه مـسئولیت اشـخاص خصوصی، تابع قوانین ملّی است. چنانچه اختلافی بین‌ دو دولت به وجود آید، قـواعد حـقوق بین‌الملل عمومی بر آن حاکم می‌باشد و اگر بین دو شخص خصوصی (بیگانه) ایجاد شود، با قوانین داخلی یـک کـشور مرتفع می‌شود.[[76]](#footnote-76) اما هنوز این‌ مسئله‌ که اختلاف بین اشخاص خصوصی خـارجی و دولتـها تابع چه قانونی است، حل نشده و نـظریه‌ها در ایـن بـاره، بسیار متفاوت است. همچنین در سطح بین‌الملل، دادگـاه یـا مرجعی نیست که شخص‌ خصوصی‌ بیگانه بتواند با توسل به آن، علیه یک دولت، اقـامة دعـوا کند.

رسیدگی به اختلاف بـین شـخص خصوصی خـارجی و دولت، مـمکن اسـت با یک روش زمان‌بر و سخت‌ِ دیپلماتیکی انـجام‌ گـیرد‌، به این صورت که دولت متبوع شخص خصوصی، دعوای تبعه‌اش را با عنوان حـمایت دیـپلماتیک[[77]](#footnote-77)بر عهده گیرد و آن را در یک دادگاه بـین‌المللی (دیوان بین‌المللی دادگستری)[[78]](#footnote-78) اقـامه کـند‌. از‌ طرف‌ دیگر، اقامة دعوا عـلیه یـک‌ دولت‌ در‌ دادگاههای داخلیِ کشوری غیر از کشور آن دولت نیز با موانع خاصّی روبه‌رو است کـه بـاعث می‌شود دادگاه مزبور نتواند بـه‌ دادخواهی شخص خصوصی خارجی عـلیه یـک‌ دولت بـپردازد؛ مـثلاً «اصل مصونیت قـضایی»[[79]](#footnote-79)و «نـظریة عمل دولتها»[[80]](#footnote-80)ممکن است از موانع عمدة احقاق حقّ شخص‌ خارجی‌ از‌ یک دولت باشد.[[81]](#footnote-81)

همچنین به فرض ایـنکه شـخص خـصوصی خارجی بتواند نهایتاً‌ دولت‌ ناقض‌ قرارداد را تـعقیب قـضایی کـند و حـکم مـحکومیت او را بـگیرد، در مرحلة اجرای حکم‌ هم‌ بدین‌ سبب که محکومٌ‌علیه، یک دولت است، با مشکلات و موانع مهمی رودرروست، خصوصاً اینکه ممکن‌ است‌ دولت با کمک دو اصل فوق، اجرای حکم را کاملاً عـقیم سازد.

**ه‍‌ - وضعیت‌ دولتهای‌ طرف قراردادها**

دولتهای طرف قرارداد با اشخاص خصوصی خارجی، همان‌گونه که گذشت، غالباً از‌ کشورهای‌ در حال توسعه‌اند و در موارد اندکی ممکن است این دولتها از کشورهای توسعه‌یافته‌ باشند‌. در‌ هـر صـورت، شرایط و اوضاع حاکم بر انعقاد قرارداد با دولت، در کشورهای مختلف متفاوت است‌. یک‌ کشور ممکن است از سیستم حقوقی بسیار پیشرفته‌تر، قانون مدنی پیشرفته، قوانین‌ سرمایه‌گذاری‌ خاص‌، قوانین مالیاتی و حتی قـانون خـاص برای موضوع قرارداد (مثل قوانین منابع طبیعی) برخوردار باشد، اما‌ در‌ کشور‌ دیگر، یک سیستم حقوقی ابتدایی و مبهم حاکم باشد. همچنین سیستم قضایی یـک‌ کـشور‌ ممکن است شهرت خوبی از نـظر تـوانایی و استقلال در دادرسی داشته باشد، در حالی که کشور‌ دیگر‌، چنین شهرتی را نداشته باشد، تا آنجا که تعهّد غیر رسمی یک‌ دولت‌ در عرصة تجارت بین‌الملل از نـظر اعتبار مالی‌ ممکن‌ است‌ همچون تعهّد رسمی‌ دولت‌ دیگر قابل اتّکا و الزام‌آور‌ باشد‌.

قانون اساسی یا بـعضی قوانین دیگر وضع‌شده در بعضی از کشورها ممکن است تسهیلات‌ و مقرراتی‌ برای حـمایت از قـراردادهای دولتـی مثل‌ موارد‌ مرتبط با‌ سرمایه‌گذاری‌ خارجی‌، پیش‌بینی کرده باشد و یا‌ دولت طرف قرارداد، طرف معاهدات بین‌المللی دو یا چـند ‌ ‌جـانبه‌ای باشد که مشارکت اشخاص خصوصی‌ خارجی‌ را در توسعة اقتصادی ـ تجاری کشورش‌، تشویق‌ و تسهیل‌ کـند‌ و آنـها‌ را در مـقابل‌ خطرهای‌ احتمالی حفظ و حمایت کند. در یک کشور ممکن است محرّکهای خاصّی برای انعقاد قراردادهای دولتـی یا‌ مواردی‌ مانند‌ سرمایه‌گذاری و جذب سرمایه‌های خارجی در یک کشور‌ [کشور‌ سرمایه‌پذیر‌ خارجی]‌ پیـش‌بینی‌ شده‌ باشد، اما در یـک کـشور دیگر، ممکن است انواع محدودیتهای حقوقی در این باره وجود داشته باشد؛ مثلاً تمام یا بخشی از فعالیتهای خاصّ اقتصادی در رشته‌های‌ معیّن به بخش عمومی واگذار شود و هر قراردادی در این باره، به بـخش عمومی منحصر باشد، یا اینکه قانوناً برای اجرای هر قرارداد مهمی باید به نسبتی از نیروی کار‌ محلّی‌ استفاده گردد و یا اینکه آموزش اتباع آن کشور بخشی از قرارداد مربوط باشد.

سرانجام اینکه بـعضی از کـشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه، در صورت نقض تعهّدات و قراردادهایشان، برخی‌ از‌ مقررات و اصول موجود بین‌المللی در این باره را معتبر نمی‌دانند، بلکه آنها را قدیمی، کهنه و یک طرفه به نفع کشورهای پیشرفته می‌دانند؛ از‌ این‌ رو، بـرای آنـها اهمیتی قائل‌ نیستند‌، در حالی که برخی دیگر، به‌ویژه کشورهای پیشرفته، بر نفوذ، اعتبار و اعمال آنها تأکید دارند.

حال، باید به این نکته نیز اشاره کرد که‌ اگر‌ قرار اسـت مـؤسسه‌ها یا‌ سازمانهایی‌ از دولت، طرف قرارداد باشند، باید ماهیت حقوقی و استقلال آنها دقیقاً مشخص شود؛ چه این مؤسسه‌ها و سازمانها متفاوت‌اند، بعضی، از هر نظر مستقل‌اند و آیین‌نامة اداری و اجرایی خاصّ خود را دارند‌ و می‌توانند‌ در امـور مـربوط بـه خود تصمیم بگیرند که در مـقابل، دولت، فـقط نـقش ناظر یا کنترل‌کننده دارد. حتی این قبیل مؤسسه‌ها یا سازمانها به کارهایی می‌پردازند (صرفاً فعالیتهای تجاری) که‌ ارکان‌ دولت نیز‌ آنها را انجام نـمی‌دهند، در حـالی کـه برخی دیگر، جزئی از دولت به شمار می‌روند و به عـنوان‌ وسـیله و بازوی او، دستورها و تصمیمهای او را اجرا می‌کنند و تقریباً استقلالی‌ از‌ دولت‌ ندارند. مسلّم است که در چنین صورتی، بین دولت و این قبیل مؤسسه‌ها یـا سـازمانهای دولتـی تفاوتی نیست‌. ‌‌اهمیت‌ تمایز بین این دو دسته از مؤسسه‌ها و سازمانها (کـه هر دو دولتی نامیده‌ می‌شوند‌) به‌ سبب این اعتقاد است که در محدودة حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق تجارت بین‌الملل، فـقط قـراردادهای‌ دسـتة دوّم ممکن است از ضوابط و قواعد حاکم بر اَعمال دولتها (اِعمال حاکمیت‌) تـبعیت کـند و در هنگام‌ بروز‌ اختلاف و اقامة دعوای مربوط به این قراردادها، مزیت و امتیازات ویژه‌ای که برای دولتها مـمکن اسـت وجـود داشته باشد؛ مثل اصل مصونیت دولتها، یا اقامة دعوا علیه طرف دولتـی در دادگـاههای کـشور‌ آن دولت، اعمال‌شدنی است.

در همین راستا، باید در نظر داشت که مؤسسه‌ها و سازمانهای دولتی نیز که شـخصیتی مـستقل از دولت نـیستند، ممکن است از لحاظ وظایفی که بر عهده دارند‌، متفاوت‌ باشند؛ یعنی هر کدام در انـجام دادن امـر خاصّی تخصص داشته باشند؛ از این رو، انعقاد قرارداد خاصّی ممکن است در محدودة وظایف یـک مـؤسسة دولتـی نباشد، بلکه در تخصّص‌ مؤسسه‌ای‌ دیگر باشد. بنابراین، در انعقاد یک قرارداد با مؤسسه‌ها و سازمانهایی از دولت بـاید بـه حدود وظایف و اختیارات آنها هم توجّه شود و هر تردید احتمالی در این باره را بـاید‌ از‌ ابـتدا بـرطرف کرد و یا در هر شرایطی، دولت را طرف مسئول در قرارداد درج کرد، در غیر این صورت، ممکن است دولت به آسـانی بـه صورت مانعی در اجرای‌ تعهّدات‌ مذکور‌ در قرارداد یکی از سازمانهایش‌ یا‌ وابسته‌ به خـودش ظـاهر شـود؛ مثلاً مقرراتی وضع کند که مؤسسه یا سازمان دولتی طرف قرارداد نتواند تعهّداتش را به خـوبی ایـفا‌ کـند‌، یا‌ بدون اینکه مسئولیتی برای خود تصوّر کند، قرارداد‌ را‌ فسخ کند، یـا اجـرای قرارداد را به اجرا شدن یا فراهم آمدن شرایط خاصّ دیگری که خارج از عهدة‌ مؤسسه‌ یا‌ سـازمان دولتـی و در اختیار دولت است، مقیّد سازد و دولت نیز‌ در این باره، با آن مؤسسه یا سازمان وابـسته، بـه طور شایسته‌ای همکاری نکند.

**و- ماهیت حقوقی قـراردادهای دولتـی‌**

مـوضوع‌ ماهیت‌ حقوقی قراردادهای دولتی و آثار منتج از آنـها، مـوضوع بسیار گسترده‌ای است‌ که‌ در این مقاله، مجالی برای تفصیل آن نیست، اما اهمیت آن بـاعث مـی‌شود که اشاره‌هایی به‌ آن‌ داشـته‌ بـاشیم. قواعد یـا قـوانین خـاصّی، به‌ویژه در سطح بین‌المللی، وجود ندارد کـه‌ مـاهیت‌ حقوقی‌ این نوع قراردادها را مشخص کند؛ آیا همانند قرارداد بین دو شخص خـصوصی و مـوضوع‌ حقوق‌ خصوصی‌ است، یا همانند قـرارداد بین دو دولت و موضوع حقوق بـین‌الملل عـمومی است.

توافق طرفین‌ قرارداد‌ در مـتن و شـروط قرارداد ممکن است تا حدّ زیادی تعیین‌کنندة ماهیت قرارداد باشد‌؛ بنابراین‌، برای‌ شـناسایی مـاهیت حقوقی قراردادهای دولتی ممکن اسـت از قـانون حـاکم بر قرارداد کـه مـورد‌ نظر‌ طرفین است، کـمک گـرفت. اگر این قانون، قانون داخلی یک کشور باشد، با‌ موردی‌ که‌ این قانون، غـیر از یـک قانون داخلی است (مثلاً قواعد حـقوقی بـین‌المللی یا عـرف و رسـوم‌ تـجارت‌ بین‌الملل [در صورت وجود داشـتن]) وضعیت متفاوت خواهد بود.

در قوانین داخلی‌ یک‌ کشور‌ ممکن است قانون خاصّی دربارة قراردادهای دولت بـا اشـخاص خصوصی خارجی وجود نداشته باشد، امـا‌ شـاید‌ بـتوان‌ در مـجموعِ قـوانین کشورهایی که بـا چـنین قراردادهایی درگیرند، مقررات مختلفی را‌ یافت‌ که با موضوع مرتبط باشد.[[82]](#footnote-82) این قوانین و مقررات در کشورهای مختلف مـمکن اسـت مـتفاوت باشد، به‌ گونه‌ای‌ که مثلاً در یک کـشور، ایـن قـراردادها در مـحدودة قـواعد حـقوق عمومی‌ و در‌ کشور دیگری، تحت مقررات حقوق خصوصی باشد‌، به‌ طوری‌ که بین دولت و اشخاص خصوصی خارجی به‌ عنوان‌ دو طرف قرارداد، هیچ فرقی وجود نداشته باشد.

قانون اساسی یـک کشور نیز‌ ممکن‌ است کاملاً به دولت اجازة‌ انعقاد‌ قرارداد با‌ اشخاص‌ خارجی‌ را ندهد، یا با شرایط خاصّی‌، این‌ اجازه را بدهد، یا شیوة حلّ اختلاف در این قراردادها را به‌ روش‌ خاصّی مـشخص کـند؛ مثلاً فقط صلاحیت‌ دادگاههای داخلی را بپذیرد و یـا‌ مـراجع‌ قضایی‌ خاصّی (جدا از‌ مراجع‌ عمومی) را برای رسیدگی‌ به‌ این گونه دعاوی تعیین کند، یا قرارداد داوری را که دولت یک طرف آن‌ باشد‌، نپذیرد، یا ایـن حـق را برای‌ دولت‌ محفوظ بدارد‌ کـه‌ هـر‌ کجا اقتضا کند و بنا‌ به هر دلیلی که خودش تشخیص دهد، قراردادش را فسخ یا نقض کند و یا اگر‌ مؤسسه‌ یا سازمانی دولتی طرف قـرارداد اسـت‌، آن‌ را‌ منحل‌ کند‌ یـا مـاهیت آن‌ را‌ تغییر دهد و قراردادش را باطل اعلام کند، یا اجرای آن را غیر ممکن سازد و حقّی هم‌ برای‌ طرف‌ دیگر قرارداد قائل نباشد.

اهمیت موضوع ماهیت‌ قراردادهای‌ دولتی‌ بدین‌ سبب‌ است‌ که در صـورت فـقدان توافق طرفین، تعیین‌کنندة قانون یا قواعد حاکم بر قرارداد و در نتیجه، تعیین‌کنندة وضعیت آیندة قرارداد، حقوق و تکالیف قانونی طرفین آن خواهد بود. ماهیت‌ قرارداد به طرفین قرارداد این نگرش را می‌دهد که تـا چـه اندازه قـادرند به ثبوت و اعتبار شرایط قرارداد در آینده امیدوار باشند. اگر فرضاً ماهیت قراردادهای دولتی را خصوصی یا‌ عمومی‌ و تـابع قوانین داخلی کشور دولت طرف قرارداد بدانیم، در واقع، آنها را با اوصاف مـذکور در بـالا، دسـتخوش ارادة دولت قرار داده‌ایم، یا اگر آنها را کاملاً خصوصی و تابع‌ قوانین‌ ملّی (غیر از کشور دولت طرف قرارداد) بدانیم، با ایـن ‌ ‌تـفسیر روبه‌رو هستیم که این نوع قراردادها در قالب قراردادهای خصوصی داخلی به‌ هیچ‌وجه‌ بـا ارادة یـک طـرف، فسخ‌شدنی‌ یا‌ تغییرپذیر نیست؛ یعنی قرارداد در این سیستم، نتیجة توافق ارادة دو طرف است و فسخ یا تـغییر آن، جز با توافق هر دو طرف ممکن‌ نیست‌.

این نظر هم وجود‌ دارد‌ که در مـحدودة قوانین ملّی، چنین قـراردادهایی بـه عنوان قراردادهای عمومی ممکن است در شرایطی مثل رعایت نفع عمومی یا تغییر اوضاع، ایجاد تغییر در شرایط قرارداد و حتی ابطال آن‌ از‌ طرف دولت، میسّر باشد. از طرف دیگر، اگر آنها را دارای ماهیت توافقها و پیمانهای بـین‌المللی دولتها بدانیم، قرارداد تابع قانون داخلی نخواهد بود. در این صورت، نه‌تنها قرارداد را از‌ سیطرة‌ ارادة یک‌ طرفه خارج کرده، بلکه آن را تحت ضوابط و مقررات حقوق بین‌المللی قرار داده‌ایم؛ بدین معنا که عدّه‌ای‌ بر ایـن عـقیده‌اند قراردادهای دولتی، قراردادهای نیمه بین‌المللی است که باید‌ تابع‌ قواعد‌ و ضوابط حقوق بین‌الملل باشد. افزون بر این، معتقدند اصول حاکم بر قراردادهای بین دولتها و معاهدات، بر قراردادهای ‌‌دولتی‌ نیز اعـمال‌شدنی اسـت؛ از این رو، اصول شناخته‌شدة بین‌المللی همچون اصل محترم شمردن‌ پیمانها[[83]](#footnote-83)یا‌ اصل حسن نیّت یا اصل حسن اراده[[84]](#footnote-84)بر قراردادهای دولتی حاکم بوده و آنها را در‌ هر شرایطی، نقض‌نشدنی و تغییرناپذیر می‌کند.

در ایـنجا بـر آن نیستیم که نظریه‌های مختلف‌ را دربارة دو سیستم‌ ملّی‌ و بین‌المللی یا فراملّی بودن ماهیت قراردادهای دولتی که بحثی بسیار گسترده است، بررسی کنیم، بلکه فقط به ذکر این نکته بسنده مـی‌کنیم کـه در هـر دو سیستم، نظریه‌های موافق و مخالف بـسیار‌، ولی در حـدّ نـظریه وجود دارد. در عمل، در هر دو سیستم، تلاش می‌شود که قراردادهای دولتی را در هر شرایطی فسخ‌نشدنی و یا تغییرناپذیر بدانند؛ اگرچه این تلاشها دربارة سیستم مـلّی‌، خـصوصاً‌ در مـقایسة قراردادهای دولتی با قراردادهای عمومی داخلی، ضعیف و بـی‌نتیجه بـوده است.

با عنایت به موارد فوق، به منظور رفع ابهام بجاست که طرفین تنظیم‌کنندة قرارداد، ماهیت آن را در‌ خود‌ قرارداد روشـن سـازند؛ یـعنی چه نوع محدودیتهایی که قرارداد برای طرفین ایجاد می‌کند، مـشخص کنند و تأکید کنند که قرارداد به هیچ وجه، یک طرفه فسخ‌شدنی یا تغییرپذیر نیست و یا‌ هر‌ تغییری در شـرایط قـرارداد بـدون توافق طرف دیگر، بی‌اعتبار و تخلّف از قرارداد است و برای متخلّف، مسئولیت‌آور اسـت.

**قسمت دوم: مـواد (بندهای)[[85]](#footnote-85) حقوقی در قراردادهای دولتی**

در هر قراردادی، از جمله قراردادهای‌ دولتی‌، هر‌ یک از مواد و شروط آن‌، اهمیت‌ خـاصّی‌ دارد و نـمی‌توان گـفت کدام یک از مواد آن، از اهمیت بیشتری برخوردار است و بالعکس. برخی از مواد، به دلیـل مـوقعیت خـاص‌ و نقش‌ تعیین‌کننده‌ای‌ که در مـواقع ضروری و حساس برخوردار است، شایسته است که مذاکره‌کنندگان یا تنظیم‌کنندگان قرارداد، بیشتر بـه آنـها‌ دقـّت‌ کنند‌. باید به موادی از قرارداد که جنبة حقوقی دارد و چگونگی رسیدگی‌ به‌ اختلافهای طرفین را بـیان مـی‌کند و در زمانهای بحرانی یا مواقع اختلاف کارآیی ویژه دارد، توجّه خاصّی‌ شود‌؛ از‌ این رو، در این بـخش، مـعمول‌ترین ایـن مواد، یعنی قانون قابل اعمال‌ یا‌ قانون‌ حاکم،[[86]](#footnote-86) مادة ثبات قرارداد،[[87]](#footnote-87) روش حلّ اختلافها (دعاوی)[[88]](#footnote-88) و قـوة قـاهره[[89]](#footnote-89) را بررسی می‌کنیم.

**الف - قانون‌ قابل‌ اعمال یا قانون حاکم بر قرارداد**

در وهـلة نـخست، بـاید به این نکته توجّه‌ کرد‌ که قرارداد، خود، قانون حاکم بر طرفین قرارداد است؛ از ایـن رو، بـاید‌ تـا‌ حدّ‌ امکان، جامع، روشن، صریح، عاری از کلّی‌گویی و ابهام باشد. انتظار طرفین از قـرارداد و مـواردی‌ که‌ تاکنون اشاره شد، نظیر وضعیت کار و کارگری، منافع کارگران، مسئلة رفت و آمد یا‌ اقامت‌ و اشـتغال‌ بـه‌کار افراد خارجی مرتبط با قرارداد در کشورهای ذی‌ربط، مقررات گمرکی و مالیاتی، مسئلة نـقل و انـتقال‌ سرمایه‌ و اموال مورد نیاز شخص خصوصی خـارجی بـه داخـل یا خارج از کشور‌ مربوط‌ و سایر‌ موارد ضـروری، بـاید به صراحت و روشنی در قرارداد مشخص شود، به‌ویژه باید به رابطة شرایط‌ قرارداد‌ بـا‌ قـوانین دولت طرف قرارداد توجّه شود. هـمچنین مـواردی که در ایـن قـوانین‌ یـافت‌ نمی‌شود و وجود آنها ضرورت دارد، باید در قـالب تـوافق طرفین در قرارداد گنجانده شود.

شرح صریح‌ و دور‌ از ابهام شرایط قرارداد، فهم، درک و تفسیر آن را آسـان مـی‌کند و تا‌ حدّ‌ بسیار زیادی از مشکلات و حـتی تعارضها و نهایتاً‌ اختلافهای‌ بـین‌ طـرفین می‌کاهد. همچنین برای مؤسسه‌ها و سـازمانهای خـاصّی‌ از‌ دولت که در قرارداد دخیل‌اند، ولی مستقیماً در تنظیم آن مشارکت ندارند، نیز‌ راهگشا‌ بوده و مذاکره‌کنندگان و تنظیم‌کنندگان قـرارداد از‌ طـرف‌ دولت را‌ قادر‌ می‌سازد‌ که مشکلات و اعـتراضهای چـنین مـؤسسه‌ها‌ و سازمانهایی‌ را به راحـتی پاسـخ دهند.

گرچه‌ شفافیت و جـامعیت قـرارداد ممکن‌ است‌ از بروز بسیاری از اختلافها‌ جلوگیری‌ کند، بدان معنا نیست که در چنین قراردادی، هـیچ اخـتلافی بین طرفین رخ‌ نمی‌دهد‌؛ چرا کـه گـاهی، بروز اخـتلاف‌ اجـتناب‌ناپذیر‌ بـوده‌ و ممکن است دلایل‌ مـختلفی‌ نیز داشته باشد. اختلاف‌ ممکن‌ است در خصوص صلاحیت یا اهلیت طرفین برای انعقاد قرارداد، اجـرا نـشدن پاره‌ای از‌ شرایط‌ قرارداد، تفسیر قرارداد و مـوارد مـنتهی بـه‌ نـقض‌ قـرارداد (خواه‌ به‌ عـلّت‌ قـصور یک طرف و خواه‌ به سبب قوّة قاهره یا خارج از کنترل طرفین) و اعتبار (تشکیل یا نفوذ) قـرارداد یـا‌ هـر‌ شرطی از قرارداد باشد، چه از‌ لحاظ‌ شکلی‌ و صـوری‌ و چـه‌ از لحـاظ مـاهوی‌؛ مـثل‌ انـعقاد قرارداد بدون رعایت تشریفات مقرر قانونی، یا انعقاد قرارداد از روی اکراه و اجبار، یا تعارض‌ قرارداد‌ با‌ برخی از قواعد آمرة قانونی و یا اصول‌ نظم‌ عمومی‌ محلّ‌ اجرای‌ قرارداد.

بـنابراین، بسیار مهم و ضروری است که طرفین باید از قبل، قانونی را تعیین و مشخص کنند که بر چنین اختلافهایی حکومت کند و طرفین یا مراجع صالح بتوانند با‌ رجوع به آن، ابهام یا اختلاف ایـجادشده را حـلّ و فصل کنند. چنین قانونی را اصطلاحاً «قانون قابل اعمال»، «قانون حاکم بر قرارداد»،[[90]](#footnote-90)«قانون صالح» و یا «قانون مناسب»[[91]](#footnote-91)می‌نامند. موضوع قانون‌ حاکم‌ یا مناسب، بحث مفصّل و گسترده‌ای است که پیـوسته از سـوی حقوق‌دانان، تجزیه و تحلیل می‌شود.[[92]](#footnote-92)

حال، به ذکر کلّیاتی در این باره، بسنده می‌کنیم. در قراردادهای دولتی ممکن است یکی‌ از‌ چهار سیستم حقوقی ذیل، به عـنوان قـانون حاکم بر قرارداد انتخاب شـود:

1. قـانون ملّی یکی از طرفین قرارداد یا قانون ملّی یک کشور‌ ثالث‌؛

2. قواعد حقوق بین‌الملل؛

3. یک مجموعه قواعد حقوقی جدا از سیستم ملّی و بین‌المللی (قواعد حقوقی فراملّی)؛ مانند اصول کلّی حقوق مشترک (شناخته‌شده) بین سیستمهای حقوقی مختلف[[93]](#footnote-93)، اصول و قـواعد نـاشی از‌ خود‌ قرارداد (در صورتی که به تفصیل تنظیم شده باشد)[[94]](#footnote-94) و یا مخلوطی از عرف، سنّتها، قواعد تجاری و قوانین وضع شدة ملّی[[95]](#footnote-95)؛

4. ترکیبی از چند سیستم حقوقی فوق.[[96]](#footnote-96)

انتخاب یکی از سیستمهای‌ فوق‌ و درج آن‌ بـه طـور صریح در قـرارداد، از بسیاری از مسائل و مشکلات احتمالی در آینده جلوگیری می‌کند. در غیر‌ این صورت، مرجع رسیدگی‌کننده با توسل به راههایی کـه برایش میسّر‌ است‌، از‌ جمله استناد به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی یـا تـعارض قـوانین (یک سیستم حقوقی داخلی یا بین‌المللی) برای ‌‌یافتن‌ قانون مناسب یا حاکم بر قرارداد در اختلافهای احتمالی اقـدام ‌ ‌مـی‌کند.[[97]](#footnote-97) البته این‌ امر‌ ممکن‌ است اتلاف وقت و هزینة زیادی را در پی داشته باشد و نیز احـتمالاً بـه اِعـمال قانونی‌ منجر شود که حداقل به هیچ‌وجه مورد نظر یکی از طرفین نباشد.

در‌ انتخاب قانون حـاکم بر‌ قرارداد‌ باید دقّت شود؛ زیرا همان‌طور که پیش از این گفته شد، سـیستمهای مختلف حقوقی فوق، مـاهیتهای مـتفاوتی برای قرارداد ایجاد می‌کند؛ مثلاً عقیده بر آن است که انتخاب قواعد حقوق بین‌الملل‌ به قرارداد، ماهیتی بین‌المللی می‌بخشد، در حالی که انتخاب سیستمی که نه ملّی باشد و نه بین‌المللی، ماهیتی نیمه بـین‌المللی و یا فراملّی برای آن فراهم می‌کند.

هرگاه ماهیت قرارداد تغییر کند، شرایط‌ مسئولیت‌ طرفین قرارداد نیز تغییر می‌کند؛ از این رو، این امر ممکن است خصوصاً برای طرف دولت، محدودیتهایی ایجاد کند؛ بدین‌ صورت‌ که‌ دولتی که تنها در قبال‌ دولت‌ دیگری‌ مسئولیت بین‌المللی دارد، با بین‌المللی شدن قرارداد، در قبال شـخص خـصوصی خارجی طرف قرارداد نیز از نظر بین‌المللی مسئول شناخته می‌شود‌؛ یعنی‌ هر‌ تخلّف یا نقضی در قرارداد از سوی دولت‌، تابع‌ قواعد و قوانین بین‌المللی به شمار می‌رود.

از طرف دیگر، انتخاب قانون داخـلی مـبیّن ایـن است که نظر طرفین قـرارداد‌ ایـن‌ نـبوده‌ است که قواعد و قوانین بین‌المللی بر روابط آنها حاکم باشد‌، به خصوص اگر قانون ملّی طرف دولتی، قانون حاکم باشد کـه در ایـن صـورت، مسئولیت دولت براساس قوانین‌ و مقررات‌ داخلی‌ خودش سنجیده مـی‌شود، افـزون بر آن، ممکن است دولت با استفاده‌ از‌ اقتدار حاکمیتی خود، همان‌گونه که گذشت، در قبال تعهّدات قراردادیش از خود رفع مسئولیت کند؛ بـنابراین‌، بـدیهی‌ اسـت‌ که دولت طرف قرارداد، مصرّانه تلاش کند که قانون حاکم، قـانون ملّی‌ کشورش‌ باشد‌ و همچنین مایل نباشد به لحاظ استقلال[[98]](#footnote-98) و منزلت حاکمانة[[99]](#footnote-99)خود و بنا بر اصل برابری دولتها[[100]](#footnote-100)، تـابع‌ قـانون‌ کـشور دیگری باشد.

شخص خصوصی خارجی طرف قرارداد نیز به لحاظ ایـنکه خـود را‌ از‌ خطر تغییر شرایط یا نقض یک جانبة قرارداد از طرف دولت مصون دارد‌ و در‌ صورت‌ بروز خطر، از سوی قواعد یـا قـوانین بـین‌المللی حمایت شود، اصرار می‌ورزد که قرارداد‌ را‌ بین‌المللی کند و یا حداقل آن را از محدودة قـوانین داخـلی دولت طـرف قرارداد‌ خارج‌ گرداند‌.

باید در نظر داشت که در صورت عدم تعیین صریح قانون حاکم بـر قـرارداد، مـمکن‌ است‌ مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف مربوط، براساس تفسیری که خود از ماهیت قرارداد‌ می‌کند‌، آنـ‌ را تـابع یکی از سیستمهای فوق بداند؛ یعنی در چنین حالتی، طرفین قرارداد تعیین قانون‌ حاکم‌ را‌ در اخـتیار مـرجع رسـیدگی‌کننده گذاشته‌اند. البته رویّه‌های قضایی و داوری بین‌المللی عمدتاً از‌ آن‌ حاکی است که دولتها در قراردادهایشان با اشـخاص خـصوصی خارجی، تابع قواعد حقوق بین‌الملل و قواعد حقوقی فراملّی هستند.[[101]](#footnote-101)

**ب - مادّة (شرط‌) ثبات‌ قـراردادها**

بـرای ثـابت ماندن شروط و مواد اساسی‌ قرارداد‌ و مصونیت‌ یافتن قرارداد از خطرهای غیر معمول تجاری‌، مادّه‌ای‌ در قراردادهای دولتـی درج مـی‌گردد که اصطلاحاً «مادّة (شرط) ثبات قرارداد» نامیده می‌شود‌. در‌ حقیقت، این مادّه (شـرط) بـاید‌ حـقوق‌ طرفین قرارداد‌ را‌ تثبیت‌ کند، اما عملاً طرف دولتی را‌ از‌ توسل به قدرت قانون‌گذاری و اجرایی خود بـرای تـغییر شـرایط یا فسخ قرارداد‌ به‌ طور یک جانبه منع می‌کند؛ بنابراین‌، اگرچه شـرط ثـبات قرارداد‌، شخص‌ خصوصی خارجی را از مداخله‌ و تصمیم‌گیری‌ یک جانبه دربارة شرایط قرارداد باز می‌دارد، عملاً مانعی اسـت بـرای دولت طرف‌ قرارداد‌ مبنی بر اینکه مقررات و قوانین‌ جاری‌ کشورش‌ را که به‌ هـر‌ شـیوه‌ای با قرارداد ارتباط‌ دارد‌، همچنان بسان زمان انـعقاد قـرارداد، ثـابت نگهدارد و به هیچ عملی که به تـغییر وضـعیت‌ و شرایط‌ قرارداد منجر شود، اقدام نکند. در‌ نتیجه‌، این شرط‌، دولت‌ را‌ از دست یازیدن بـه‌ اقـدامهایی نظیر ضبط، مصادره یا مـلّی کـردن اموال و مـنافع طـرف دیـگر قرارداد (شخص خصوصی خارجی‌) منع‌ مـی‌کند.

مـعمولاً در مادّة ثبات قرارداد‌، برای‌ تجدید‌ مذاکرات‌ بین‌ طرفین، پیش‌بینیهای لازم‌ به‌ عـمل مـی‌آید که طبق آن، طرفین در موعدهای معیّنی بـه بررسی مجدد شروط مـهم و اسـاسی قرارداد‌ می‌پردازند‌ و آنها‌ را با شـرایط و اوضـاع جدید تطبیق می‌دهند‌.

مادّة‌ مذکور‌، مزایای‌ دیگری‌ نیز‌ دارد:

1. بـه طـرفین این فرصت را می‌دهد که هرگاه هر کدام، خسارت و ضرر و زیانی غیر منتظره را احتمال بدهد‌ یا‌ متحمّل آن شود، باب‌ مذاکره‌ را با دیگری بگشاید و از آن وضع، جلوگیری کند.

2. این مـادّه، خود باعث استحکام قرارداد می‌شود؛ چون دیگر دلیلی برای توسل به اقدامهای یک طرفه برای نقض قرارداد و یا بطلان‌ آن‌ وجود ندارد، به‌ویژه آنکه دولت طرف قرارداد را از مبادرت به اقدامهایی نـظیر مـلّی کردن یا مصادرة موضوع قرارداد منع می‌کند.

دربارة تأثیر حقوقی این مادّه و اعتبار محدودیتهای حاصل از‌ آن‌ از نظر‌ دولت مربوط، جای بحث و تأمل است. نتیجه آنکه این مادّه، قدرت یا اخـتیار اعـمال حاکمیت دولت را‌ (در موارد خاص) محدود می‌کند؛ از این رو، بحث اصلی این‌ است‌ که‌ آیا امکان محدود کردن قدرت حاکمیت یک دولت وجود دارد و اینکه اگر دولتی، خـود را بـه اعمال ‌‌نکردن‌ قدرت حاکمیتش مـقیّد کـند، آیا همیشه در این حالت باقی می‌ماند؟

پاسخ به این‌ سؤالها‌، احتمالاً‌ مثبت نیست؛ زیرا:

اولاً، اصول معتبر و شناخته‌شدة بین‌المللی که به دفعات در قطعنامه‌های سازمان ملل‌ هـم تـأکید شده است، حاکمیت دائمـی دولتـها را بر منابع طبیعی کشورشان محرز‌ و مسلّم می‌داند؛ از این‌ رو‌، هر قراردادی که در این زمینه‌ها به محدودیت این حاکمیت منجر شود، ممکن است بی‌اعتبار شمرده شود.

ثانیاً، یک دولت، مسئول حفظ منافع عـمومی کـشورش است و هرگاه احساس کند که این‌ منافع، به خطر افتاده یا خواهد افتاد، ممکن است خود را محق بداند که هر قرارداد یا تعهّدی را حتی با دربرداشتن مادّة ثبات قرارداد، نـادیده بـگیرد و در جهت خـلاف آن‌ یا‌ نقض آن عمل کند که در این صورت، حتی از نظر قواعد حقوقی بین‌المللی نیز بیش از پرداخت غـرامت متعارف به طرف دیگر قرارداد، مسئولیتی نخواهد داشت.

بنابراین، برای نـمونه‌ مـی‌توان‌ گـفت که مصادرة اموال یا منافع اشخاص خارجی (که ممکن است نقض و ابطال قرارداد دولتی را دربرداشته باشد) بـه ‌ ‌دلیـل نفع عمومی، موجَّه و مشروع به شمار می‌رود. در هر‌ حال‌، وجود مادّة ثبات قـرارداد در ایـن شـرایط نیز تا حدّی، مفید و مورد استفادة شخص خارجی طرف قرارداد خواهد بود؛ برای مثال، در صـورت نقض قراردادی که این مادّه در‌ آن‌ مندرج‌ است، شخص خصوصی طرف قرارداد‌، مـستحقّ‌ غرامت‌ بیشتری خواهد بـود.

**ج - شـیوة حلّ و فصل اختلافهای طرفین**

در قراردادهای دولتی روش حلّ و فصل اختلافها معمولاً به دو صورت پیش‌بینی می‌شود‌:

1. شیوه‌های‌ دوستانه‌ (مذاکرة مستقیم و به‌کارگیری مساعی خود).

2. کمک گرفتن از‌ دیگران‌ (اشخاص ثالث).

در شیوة دوم، در وهلة نخست، از راه واسطه و مـیانجیگری و سپس اقامة دعوا در یک دیوان داوری‌ یا‌ در‌ یک دادگاه قضایی، اختلافها را حلّ و فصل می‌کنند.

در برخی‌ از قراردادها ممکن است فقط صورت دوم و فقط مورد اخیر آن برای حلّ و فصل اختلافها به‌کار گرفته شود‌.

در‌ سـطح‌ بـین‌المللی، روش خاص و واحدی برای رسیدگی به اختلافها در قراردادهای دولتی‌ وجود‌ ندارد. همان‌طور که پیش از این گذشت، هیچ دادگاه قضایی یا دیوان داوری بین‌المللی‌ای وجود ندارد‌ که‌ شخص‌ خصوصی بتواند در آنجا علیه یـک دولت خـارجی اقامة دعوا کند.[[102]](#footnote-102) البته‌ ممکن‌ است‌ بین دولت طرف قرارداد با دولت مـتبوع شـخص خـصوصی‌ خارجی‌، معاهدات دو یا چند جانبه‌ای حاکم باشد که روش خاصّی برای حـلّ اخـتلافهای‌ قراردادی‌ بین هر یک از دولتها‌ و تبعة‌ دولت دیگر‌ مقرر‌ کند‌. امروزه، معاهدات دو جانبة سرمایه‌گذاری متقابل‌ و فراوانی‌ بـین دولتـهای مـختلف وجود دارد که هدف آنها تسهیل سرمایه‌گذاری در بخشهای‌ مختلف‌ کشور هر یک از طـرفین مـعاهده‌ از سـوی اتباع طرف‌ دیگر‌ است. در این معاهدات، مقررات‌ مختلفی‌ در خصوص قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری پیـش‌بینی شـده اسـت؛ از جمله مقررات ویژة‌ روش‌ حلّ اختلاف اتباع یک دولت‌ با‌ دولت‌ دیگر در قراردادهای‌ دولتـی‌.

در هـر صورت، طرفین‌ قراردادهای‌ دولتی باید روشی برای حلّ و فصل اختلافهای احتمالی، پیش‌بینی کـنند و آن را بـه صـورت‌ یک‌ مادّه، در قرارداد بگنجانند. در این‌ صورت‌، واضح است‌ که‌ طرف‌ دولتی ترجیح می‌دهد کـه‌ هـر دعوایی در خصوص قرارداد، در دادگاههای کشورش بررسی شود؛ چراکه دولتها معمولاً صلاحیت دادگاههای‌ کـشورهای‌ دیـگر را نـمی‌پذیرند؛ چون آن را‌ خلاف‌ اصول‌ استقلال‌، شأن‌ و برابری دولتها می‌دانند‌. از‌ طرف دیگر، برای شخص خصوصی خارجی طـرف قـرارداد نیز پذیرش اینکه دعوایش در دادگاه کشوری رسیدگی‌ شود‌ که‌ دولت آن کشور خود طـرف دعـواست، سـخت‌ خواهد‌ بود‌. این‌ سختی‌ ممکن‌ است دلایل مختلفی داشته باشد؛ مثلاً آن شخص تصوّر کند کـه چـنین دادگـاهی نمی‌تواند بی‌طرف باشد و دادرسی عادلانه‌ای را برگزار کند، و یا مقررات دادرسی در آن کشور‌ بـرای وی بـغرنج، هزینه‌ساز و وقت‌گیر است.

در خصوص اقامة دعوا در دادگاههای کشور ثالث یا حتی کشور متبوع شخص خارجی طـرف قـرارداد نیز همان‌طور که قبلاً اشاره شد، این خطر‌ برای‌ وی وجود دارد که دولت طـرف دعـوا با توسل به اصل مصونیت قضایی دولتـها یـا نـظریة عمل دولتها، به صلاحیت آن دادگاه ایراد وارد کـند و آن را از رسـیدگی‌ به‌ دعوا باز دارد.[[103]](#footnote-103)

بـنا بر این، دلایل و مـزیتهای ذاتـی داوری، در قراردادهای دولتی، معمولاً حلّ اخـتلافها بـه شیوة داوری پیش‌بینی می‌شود. با گزینش این روش، طرفین قرارداد موافقت می‌کنند که یک یـا چـند‌ نفر‌ (داور) که مستقیم یا غـیر مـستقیم انـتخاب می‌کنند، به اخـتلاف آنـها رسیدگی کنند و این رأی بـرای آنـها الزام‌آور باشد. وضعیت و موقعیت طرفین دعوا در مقابل دیوان داوری، یکسان و برابر است‌ و نظریة‌ غالب در‌ سـطح بـین‌المللی این است که با موافقت ارجـاع اخـتلاف به داوری، دولت طـرف دعـوا از امـتیازهایی که‌ در دادگاههای قضایی کـشورش برایش فراهم است، صرف نظر می‌کند؛ یعنی‌ دولت‌ طرف‌ دعوا نمی‌تواند با تمسّک به اصـول و نـظریه‌های بین‌المللی که مانع صلاحیت دادگاههاست، مـانع اجـرای داوری شـود.

در ‌‌خـصوص‌ داوری نـیز باید به چـند نـکته توجّه کرد. در یک قرارداد دولتی ممکن‌ است‌ شیوة‌ حلّ اختلاف به صورت شرط داوری (شرط ارجاع‌دهندة دعـوا بـه داوری) در قـرارداد درج شود‌ (شرط ضمن عقد اصلی)[[104]](#footnote-104) و آیین داوری بـه هـر صـورتی کـه طـرفین مـوافق باشند‌ با جزئیات لازم، در‌ قرارداد‌ مشخص شود. همچنین ممکن است شرط داوری به صورت یک مادّة کلّی در قرارداد قید شود و سپس برای آیین یا تشریفات داوری به قواعد سازمانها یـا مؤسسه‌های بین‌المللی داوری اشاره کرد‌؛ مثل قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس،[[105]](#footnote-105)قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متّحد (قواعد داوری آنسیترال)[[106]](#footnote-106) یا دیگر قواعد موجود در مؤسسه‌های داوری بین‌المللی فعلی.[[107]](#footnote-107) این ارجاع‌ دعـوا‌ بـه داوری را می‌توان در قالب یک توافقنامة مجزا (قرارداد داوری) مشخص کرد که کلیة جزئیات آیین یا تشریفات داوری را دربرگیرد، یا به قواعد داوری سازمان داوری‌ خـاصّی اشـاره کند.

برگزاری داوری را نیز می‌توان بـراساس شـرایط تعیین‌شده و توافقات طرفین، بر عهدة داور یا داوران گذاشت (داوری اختصاصی‌ یا‌ موردی‌)،[[108]](#footnote-108) یا آن را به یک سازمان داوری بین‌المللی‌، مانند‌ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) یا مراکز داوری مشهور در برخی از کـشورها واگـذار کرد (داوری سازمانی).[[109]](#footnote-109)

مشخص شـدن آیـین‌ یا‌ تشریفات‌ داوری (خواه در صورت موردی یا در صورت سازمانی) در‌ قرارداد یا شرط داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. قواعد یا قانون حاکم بر داوری را نیز باید‌ مشخص‌ کرد‌؛ زیرا یک داور بر خلاف یک قـاضی دادگـاه که مجبور است‌ آیین‌ دادرسی موجود در کشور خویش را اعمال کند، چنین اجباری ندارد، بعلاوه، چنین آیینی نیز برای‌ او‌ وجود‌ ندارد. وجود داور براساس توافق طرفین است و حدود اختیاراتش نیز از سوی‌ طـرفین‌ تـعیین‌ می‌شود؛ از ایـن رو، باید براساس توافق طرفین و نیز براساس قواعد یا قوانینی که‌ طرفین‌ تعیین‌ کرده‌اند، عمل کند، در غیر ایـن صورت، باید به گونه‌ای مناسب و مقتضی و با در‌ نظر‌ گرفتن مصلحت طـرفین، ایـن قـواعد یا قوانین را تعیین کند. در صورت اخیر‌، بی‌تردید‌، هم‌ دیوان داوری و هم طرفین، با مشکلاتی روبه‌رو خواهند بود و نـتیجه ‌ ‌نـیز ممکن است برای‌ طرفین‌ یا یکی از آنها خوشایند نباشد. در واقع، تعیین چنین قـواعد یـا قـوانینی‌ با‌ توافق‌ طرفین از قبل، در بسیاری از موارد راهگشا خواهد بود؛ برای نمونه، توافقات قبلی طرفین‌ دربـارة‌ چگونگی تشکیل دیوان داوری و آغاز داوری و مسائلی که به داوری ارجاع شده‌ است‌ (حدود‌ و اختیارات داور)، تـسهیل‌کنندة برگزاری داوری خواهد بود.

کـمک ایـن دادگاهها در خصوص اقدامهای احتیاطی تأمینی‌ قبل‌ و بعد‌ از آغاز داوری (مثل صدور حکم توقیف و ضبط موقّت اموال)، یا در‌ حین‌ اجرای رأی داوری (خصوصاً شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی)، عمدتاً به قانون حاکم بر آیین داوری‌ یا‌ قـانون محلّ داوری بستگی دارد که با مشخص بودن این قانون یا‌ محلّ‌ داوری، داوری بسیار آسان‌تر برگزار خواهد شد‌.

تعیین محلّ داوری (مقرّ‌ داوری‌)[[110]](#footnote-110) نیز از نکاتی است که باید به آن توجّه خاص شود. محلّ داوری‌ مـمکن‌ اسـت کشور یکی از طرفین‌ قرارداد‌ یا کشور‌ ثالث‌ باشد‌.[[111]](#footnote-111) در تعیین محلّ داوری باید ملاکهایی‌ مهم‌ و سرنوشت‌ساز مدّ نظر باشد؛ برای مثال، مترقّی بودن قوانین محلّ داوری خصوصاً‌ قوانین‌ مربوط به داوری، عضویت در کنوانسیونهای‌ بـین‌المللی اجـرای آرای داوری‌،[[112]](#footnote-112)عدم‌ مداخلة ناروا در امر داوری‌ (چه‌ از طریق مراجع قضایی و چه از طریق مراجع اجرایی)، همکاری مراجع قضایی محلّ‌ داوری‌ با داور و تسهیل اجرای رأی‌ داوری‌ در‌ محل، وجود اموالی‌ از‌ طرفین یـا یـک طرف‌ قرارداد‌ (احتمالاً خوانده) در محل و در نهایت، پایین بودن هزینة برگزاری داوری و سهولت رفت‌وآمد افراد‌ مرتبط‌ با دعوا (سهولت دسترسی به کشور‌ محلّ‌ داوری)، از‌ اموری‌ است‌ که یک کشور را‌ از جایگاه مناسبی بـرای اجـرا یـا برگزاری امر داوری برخوردار می‌کند.

بـاید تـوجّه داشـت که‌ امروزه‌ تعیین مقرّ داوری، تأثیر زیادی بر‌ اجرای‌ داوری‌ و اعتبار‌ اقدامها‌ و رأی دیوان داوری‌ دارد‌؛ چراکه بسیاری از کشورها، طی چند دهة اخیر، دارای قـوانین داوری (تـجاری) بـین‌المللی شده‌اند که بر‌ داوریهای‌ انجام‌شده‌ در قلمرو آنها حـاکمیت دارد؛ بـدین‌صورت که‌ این‌ داوریهای‌ صورت‌گرفته‌، در‌ صورتی‌ مورد توافق (انتخاب) آنها و معتبر خواهد بود که در قالب آن قانون بگنجد؛ برای مثال، اگـر قـواعد و قـوانین مورد توافق طرفین، خلاف قواعد آمرة آن قانون نباشد‌، از سوی دیـوان داوری، اعمال‌شدنی است، در غیر این صورت، رأی آن داوری از نظر مقرّ داوری، اعتباری ندارد، یا مثلاً قانون محلّ داوری، موارد دخالت یا کمک دادگـاههای مـقرّ‌ داوری در داوری یا چگونگی و زمان اعتراض به اقدامهای دیوان

داوری و رأی داوری را مـشخص مـی‌کند. خلاصه آنکه اجرای داوری با نظارت و کنترل قانون داوری (تجاری) بین‌المللی کشور مقرّ داوری است.[[113]](#footnote-113)

**د - قـوّة قـاهره**

اجـرای قراردادهای دولتی همان‌گونه‌ که‌ پیش از این گذشت، معمولاً به یک دورة زمانی طولانی نیاز دارد. در ایـن مـدّت، این احتمال هست که وضعیتهایی به وجود آید که از اراده و کنترل یکی از طرفین‌ خـارج‌ بـاشد و بـر‌ اجرای قرارداد از ناحیة او تأثیر گذارد؛ مثلاً بلایایی طبیعی، چون زلزله، سیل، طوفان و... (که اصطلاحاً قضا‌ و قـدر الهـی نامیده می‌شوند)، یا اعمال انسانی، مانند جنگ، شورش، انقلاب‌، عملیات‌ خراب‌کاری‌، تـصادفات، تـحریمها و... . هـر یک از این موارد، ممکن است مانع از اجرای کلّی یا جزئی قرارداد شود‌، ‌‌یا‌ اجرای تـعهّدات یـکی از طـرفین را به تأخیر اندازد.

در سیستمهای حقوقی مختلف‌، چنین‌ وضعیتهایی‌، عنوانهای حقوقی خاصّی دارد؛ مـانند «قـوّة قاهره»[[114]](#footnote-114) در سیستمهای حقوقی نوشته، «عقیم شدن یا انتفای‌ قرارداد»[[115]](#footnote-115) در سیستمهای حقوقی عرفی. آثار حقوقی متفاوتی بـر ایـن عنوانها اطلاق می‌شود‌. در صورتی که قرارداد‌ تحت‌ این عنوانها قرار گیرد، سـؤالها یـا حتی اختلافهایی بین طرفین مطرح خواهد شـد کـه بـه وضعیت قرارداد و وضعیت خسارتهای وارده به طرف مـقابل پس از واقـعه مربوط می‌شود. بنابراین، ضرورت دارد‌ طرفهای مذاکره‌کننده به طور خاص، دربارة احتمال بروز حـالت قـوّة قاهره در طول اجرای قرارداد تـمهیداتی بـیندیشند و تا حـدّ امـکان، مـصادیق و آثار آن را در قرارداد مشخص کنند.[[116]](#footnote-116)

**نـتیجه‌گیری**

از آنـچه تاکنون مطرح گردید، می‌توان دریـافت کـه در‌ تـهیة‌ پیش‌نویس و تنظیم یـک قـرارداد دولتی، مشکلات و ملاحظات خـاصّی وجـود دارد. این قراردادها غالباً به منافع عمومی یک کشور و منابع ملّی و حیاتی آن مربوط می‌شود و نـمی‌توان آنـها را با قراردادهای‌ ساده‌ بین‌ افراد خـصوصی مـقایسه کرد و نـمی‌توان‌ آنـها‌ را‌ بـی‌تأثیر از عوامل سیاسی، اقتصادی و اجـتماعی آن کشور دانست. بعلاوه، طرف دیگر این قراردادها شخص خصوصی خارجی است که غالباً از‌ توان‌ مـالی‌ زیـادی برخوردار است که می‌تواند بر امـور سـیاسی‌، اقـتصادی‌ و اجـتماعی آن کـشور تأثیرگذار باشد.

طـرفین ایـن قراردادها به فکر تأمین حداکثر سود و منافع خود هستند. دولتهای مربوط، به‌ویژه‌ دولتهای‌ کشورهای‌ در حال تـوسعه، خـود را بـه چنین قراردادهایی نیازمند می‌بینند‌؛ زیرا درآمد حـاصل از مـوضوع ایـن قـراردادها کـه عـموماً پروژه‌های بسیار بزرگ و ملّی است، معمولاً قسمت عمده‌ای از‌ بودجة‌ دولت‌ را تأمین می‌کند و نیز برای ادامة طرحهای اقتصادی دیگر و کمک به‌ بهبود‌ و توسعة شرایط اقتصادی و اجتماعی آن کشور از اهـمیت بالایی برخوردار است. شخص خصوصی خارجی نیز در‌ صدد‌ کسب‌ بهرة کامل خود است و ممکن است برای اجرای قرارداد به سرمایه‌گذاری عمده‌ای‌ در‌ کشور‌ طرف قرارداد اقدام کند و امکانات و وسائل بسیار زیـادی را بـه داخل کشور مربوط انتقال‌ دهد‌ و آنها‌ را به‌کار گیرد. بنابراین، هر دو طرف قرارداد منطقاً باید مراقب منافع خویش باشند‌ و اقدامهای‌ لازم را برای تنظیم قرارداد به عمل آورند به گونه‌ای که در اجـرا‌ بـا‌ اشکال‌ و مانع مواجه نگردند و در صورت نقض احتمالی یا سوء استفاده از آن از سوی‌ یک‌ طرف، حقوق طرف دیگر محفوظ بماند.

امروزه بسیاری از دولتها به دلایـل مـختلفی‌ از‌ جمله‌ به لحاظ شهرت بـین‌المللی و نـفع اقتصادی خود در انعقاد قراردادهای دولتی و جلب سرمایه‌های خارجی، برخورد‌ و رفتارشان‌ نسبت به طرف دیگر منطقی و منصفانه است، خصوصاً با این فرض که‌ اشخاص‌ خـصوصی‌ خـارجی با اغراض سیاسی و اسـتعماری یـا استثماری وارد قرارداد نمی‌شوند و در عین حال که در‌ صدد‌ تأمین‌ منافع مادّی خود می‌باشند، در پیشبرد اقتصادی کشور طرف قرارداد نیز مشارکت‌ دارند‌؛ بنابراین، در کنار حفظ حسن تفاهم و حسن رفتار طرفین نسبت بـه یـکدیگر، با مطالعه و آمادگی کافی‌ و با‌ اطمینان از اینکه طرفین از کلیة مشکلات و موانع آگاهی یافته و آنها را‌ درک‌ کرده‌اند و سرانجام، با تنظیم قراردادی جامع، صریح‌ و روشن‌، می‌توان‌ نگرانیها و خطرهای احتمالی را از میان برداشت‌. بـا‌ وجـود این، نـباید انتظار داشت که به کلّی هیچ مشکلی در آینده بروز‌ نخواهد‌ کرد. با تدابیر حقوقی و قضایی‌ مناسب‌ و حـمایت طرفین‌ به‌ گونه‌ای‌ که در این نوشتار گذشت، می‌توان‌ کمترین‌ مشکل در اجـرای قـرارداد و حـلّ عادلانة اختلافها را انتظار داشت.

به نظر‌ می‌رسد‌ در مذاکره برای تنظیم و انعقاد یک‌ قرارداد دولتی جامع باید‌ نـخست‌، ‌ ‌خـواستة طرف دولتی یا موضوع‌ قرارداد‌ و سپس توانایی شخص خصوصی خارجی و در صورت لزوم، نکات تـوجیهی او از قـرارداد‌ بـه‌ روشنی مطرح کرد و در مرحلة‌ بعد‌، مسائل‌ و مشکلات انعقاد و اجرای‌ قرارداد‌ تبیین گردد. بنابراین، در‌ غالب‌ مـوارد مناسب خواهد بود پس از طی این مراحل، دولت طرف قرارداد، یک نمونه‌ از‌ قرارداد را که تـمامی نکات مهم‌ و ضروری‌ مـوضوع قـرارداد‌ را‌ در‌ بر داشته باشد، ترسیم‌ کند و آن را اساس و مبنای تنظیم قرارداد خود با شخص خارجی قرار دهد. تحقّق این‌ امر‌ ممکن است یک دستورالعمل فراهم‌شده از‌ قبل‌ برای‌ شخص‌ خصوصی‌ باشد که با‌ فـکر‌ و اندیشه‌ای مشخص وارد قرارداد با دولت شود، و از این جهت که قرارداد در یک فرصت مناسب‌ و با‌ شفافیت‌ کافی تنظیم می‌شود، از هرگونه سوء تفاهم‌ و بسیاری‌ از‌ اختلافها‌ در‌ آینده‌ جلوگیری کند؛ بدین ترتیب، طرفین به منظور ایـجاد جـوّی تفاهم‌آمیز گام برداشته و نیز زمینه را برای هرچه بهتر و عادلانه‌تر شدن مبادلات تجاری ـ اقتصادی بین‌المللی فراهم می‌کنند.

فصل چهارم: **قابلیت معامله‌ی اعتبار در حقوق اعتبارات اسنادی مطالعه‌ای در مفهوم، شرایط، آثار، و ماهیت حقوقی «معامله‌ی» اعتبار**

**چکیده**

«معامله»‌ی اعتبار که می‌توان آن را «نقد کردن اعتبار» یا «دادوستد اعتبار» نیز نامید، یکی از گونه‌های تصرف ناقله در حقوق ناشی از رابطه‌ی اعتبار اسنادی از سوی ذینفع اعتبار به شمار می‌رود که سبب سقوط تعهد گشاینده در برابر ذینفع، و تنجّز تعهد معلق گشاینده در برابر معامله‌کننده‌ی (نقدکننده) اعتبار است. واژه‌ی «معامله» یا «دادوستد» اعتبار که در حقوق اعتبارات اسنادی به‌عنوان راهی از راه‌های در اختیار ذینفع قرار گرفتن وجه اعتبار معرفی شده است، و وصف «قابل معامله» که برای توصیف قسمی از اعتبارات اسنادی که دارای چنین قابلیتی است، به کار می‌رود، اصطلاحی است که در سایر حوزه‌های حقوق تجارت، خاصه حقوق اوراق بهادار (سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه و غیره) و حقوق اسناد تجاری به معنای خاص (برات و سفته و چک) نیز فراوان کاربرد دارد، و به‌عنوان طریقه‌ی تجاری انتقال مالکیت این گونه اسناد شمرده می‌شود، چندان که گاه به این اسناد تجاری به اعتبار این ویژگی، «اسناد قابل معامله» یا «اسناد قابل دادوستد» نیز اطلاق می‌گردد. لیکن با وجود این اشتراک لفظی و به‌رغم وجود وحدت در پاره‌ای از احکام، تفاوت‌های مهمی میان «معامله‌ی اعتبار» و هم‌چنین «اعتبار قابل معامله» از یک سوی، و مفهوم «معامله‌ی سند تجاری» و «اسناد قابل معامله» از سوی دیگر، وجود دارد. معانی متفاوتی که از اصطلاح «معامله» یا «نقد کردن» در حقوق اعتبارات اسنادی و حقوق اسناد تجاری اراده می‌شود، و انس و تبادر معنایی‌ای که غالب حقوق‌دانان با مفهوم «معامله‌ی سند تجاری» در ذهن دارند، سبب شده است مباحث راجع به «اعتبار قابل معامله» و «معامله کردن اعتبار» به یکی از پیچیده‌ترین و مبهم‌ترین مباحث در قلمرو حقوق اعتبارات اسنادی تبدیل گردد. نویسنده در مقاله حاضر می‌کوشد به قدر وسع خویش پرده از این ابهام بردارد، و فهم دانش واژه‌ی «معامله و داد و ستد اعتبار» را بر حقوق‌دانان ایرانی ساد‌تر سازد.

کلید واژگان:

 اعتبار اسنادی، اعتبار اسنادی قابل معامله، معامله‌ی اعتبار

**مقدمه**

1. اعتبار، اصطلاحی پرتکرار در قلمرو حقوق خصوصی، خاصّه حقوق تجارت است. در زبان عرف هنگامی که از اعتبار تجاری یک بازرگان سخن می‌رود، مقصود میزان خوش‌حسابی و پای‌بندی آن شخص به تعهدات خویش است. در اصطلاح حقوق‌دانان، واژه‌ی اعتبار علاوه بر معنای عرفی فوق، غالباً برای اشاره به «پرداخت‌های وعده‌دار» استفاده می‌شود. بر اساس این معناست که به بیع نسیه گاه «بیع اعتباری» نیز اطلاق می‌گردد؛ و آن هنگام که برات یا سفته‌ای به شکل وعده‌دار صادر می‌شود، بر سر زبان‌هاست که از سند تجاری به‌عنوان وسیله‌ای برای «تحصیل اعتبار» استفاده شده است. به راستی میان دو معنای فوق پیوندی برقرار است: به‌طور معمول، فروشنده به کسی حاضر است کالایی را به شکل نسیه (اعتباری) بفروشد که شخصی خوش‌حساب و پای‌بند به تعهدات خویش شناخته شود؛ هم‌چنان که طلب‌کار، برات یا سفته‌ی وعده‌دار را به‌طور معمول در صورتی می‌پذیرد که خوش‌حسابی و ملائت مالی متعهد اصلی و یا متعهدان فرعی آن سند، و قابلیت اعتماد به ایشان بر او محرز شده باشد. اصطلاح «اعتبار» در قلمرو حقوق بانک‌داری، در معنای اخص از این استعمال می‌شود. در این حوزه از دانش حقوق، واژه‌ی اعتبار غالباً به معنای «تعهد به دادن وام» استفاده می‌شود که ماهیتی متفاوت از خود قرارداد وام دارد. به‌عنوان مثال، واژه‌ی اعتبار در عباراتی هم‌چون «افتتاح خط اعتباری» و «اعتبار در حساب جاری» که از جمله خدمات بانک‌ها به مشتریان خود می‌باشند، در همین معنا به کار رفته است. واژه‌ی اعتبار در عنوان «اعتبار اسنادی» نیز یکی از مصادیق استعمال لفظ مورد بحث در این معنا تواند بود. در این سازوکار نیز متعاقب قراردادی که میان متقاضی اعتبار و بانک طرف تقاضا منعقد می‌شود، بانک متعهد می‌گردد در برابر شخص سومی که از سوی متقاضی اعتبار تعیین شده، التزامی را دایر به پرداخت بر عهده گیرد. مبلغی که بدین‌سان بانک گشاینده متعهد به پرداخت آن به ذینفع اعتبار می‌گردد، بر حسب ادعا یا واقع در زمره‌ی دیون متقاضی اعتبار به شخص ثالث تعیین شده محسوب می‌گردد. بنابراین، در این مقام نیز، گشاینده‌ی اعتبار تعهدی را دایر به دادن مبلغی پول به‌عنوان وام بر عهده می‌گیرد، منتها مفاد تعهد گشاینده چنان است که بنا به قراردادی که پیشاپیش بین متقاضی اعتبار و گشاینده منعقد شده، این مبلغ به جای آن که به خود متقاضی اعتبار پرداخت شود، به شخص دیگری که قبلاً از سوی متقاضی اعتبار تعیین شده، پرداخت می‌شود.
2. از فرض استثنایی اعتبار اسنادی دوجانبه که بگذریم، در سایر موارد سازوکار اعتبار اسنادی از سه طرف علی حده، و از کنار هم قرار گرفتن سه رابطه‌ی حقوقی مجزا و منفک از یکدیگر ترکیب یافته است. چنان‌چه اعتبار اسنادی از نوع اعتبار اسنادی تجاری باشد، سه طرف دخیل در این رابطه عبارت خواهند بود از متقاضی اعتبار (خریدار در قرارداد پایه)، ذینفع اعتبار (فروشنده در قرارداد پایه)، و گشاینده‌ی اعتبار (متعهد بر اساس اعتبار). خریدار در مقام تقاضای گشایش اعتبار به‌طور معمول به بانکی واقع در کشور خود مراجعه می‌کند. به دیگر سخن، بانک گشاینده‌ی اعتبار غالباً بانکی واقع در کشور خریدار است. لذا، در عمل بانک گشاینده در فرایند تشکیل اعتبار یا اجرای مفاد اعتبار چه‌بسا ناگزیر است از خدمات بانک یا بانک‌های ثانوی نیز مدد بگیرد؛ بانک یا بانک‌هایی که در کشور محل اقامت فروشنده (ذینفع اعتبار اسنادی) به فعالیت بانک‌داری اشتغال دارد (دارند). به مجموع بانک‌هایی که در مرحله‌ی تشکیل اعتبار یا اجرای مفاد اعتبار در سازوکار اعتبار اسنادی دخالت دارند، اصطلاحاً «بانک واسط» یا «بانک ثانوی» می‌گوییم. توسل بانک گشاینده به بانک دومی جهت تشکیل اعتبار یا اجرای مفاد اعتبار به ویژه از آن روی ضرورت می‌یابد که سازوکار اعتبار اسنادی، در بیش‌تر موارد یک عمل بانکی بین‌المللی است، و چه‌بسا بانک گشاینده در کشور محل اقامت ذینفع اعتبار دارای شعبه یا نمایندگی نباشد، و لذا ناگزیر گردد به منظور ابلاغ مفاد اعتبار به ذینفع، یا دریافت اسناد ارائه شده از سوی ذینفع و تطبیق آنها با مفاد اعتبار و نهایتاً در اختیار قرار دادن وجه اعتبار از خدمات بانک‌های محلی واقع در اقامتگاه ذینفع در قبال دادن اجرت به آن‌ها، استمداد جوید. تنها بانک ثانوی‌ای که در مرحله‌ی تشکیل رابطه‌ی اعتبار اسنادی ممکن است مداخله نماید، «بانک ابلاغ‌کننده» است که صرفاً به ابلاغ مفاد اعتبارنامه به ذینفع اقدام می‌کند، بی آن که خود در برابر ذینفع تعهدی را عهده‌دار گردد. بر عکس، در مرحله‌ی اجرای مفاد اعتبار اعم از دریافت اسناد مورد ارائه‌ی ذینفع و تطبیق آن‌ها با مفاد اعتبار، دادن اطلاعیه‌ی عدم انطباق، و نهایتاً در اختیار قرار دادن وجه اعتبار ممکن است بانک‌های مختلفی دخالت داشته باشند که بر حسب نقش و وظیفه‌ای که هر یک ایفاء می‌نمایند، نام‌های گوناگونی نیز دارند. در پاره‌ای از مقررات موجود در زمینه‌ی اعتبار اسنادی، به مجموع بانک‌های ثانوی‌ای که در مرحله اجرای مفاد اعتبار دخالت دارند، اصطلاحاً «بانک معرفی شده» اطلاق شده است.[[117]](#footnote-117) چنان‌که اشاره رفت، اعتبار اسنادی تجاری سه جانبه حداقل از سه رابطه‌ی حقوقی مجزا و منفک از یکدیگر ترکیب یافته است؛ سه رابطه‌ی حقوقی‌ای که مجموع آن‌ها زنجیره‌ای قراردادی را شکل داده که ما اعتبار اسنادی به معنای عام می‌نامیم، عبارت است از رابطه‌ی معاملاتی پایه بین خریدار و فروشنده، قرارداد گشایش اعتبار بین خریدار در مقام متقاضی اعتبار و بانک طرف مراجعه‌ی او، و رابطه‌ی اعتبار اسنادی به معنای خاص فی ما بین بانک گشاینده‌ی اعتبار و فروشنده در مقام ذینفع اعتبار. اما، باید دانست که در اعتبار اسنادی سه جانبه‌ی مدل فوق، ساده‌ترین شکل این نوع اعتبار است، و در عمل هم‌چنان که پای بانک‌های ثانوی در مقام اجرای مفاد اعتبار به میان می‌آید، روابط حقوقی دیگری نیز میان گشاینده‌ی اعتبار و بانک یا بانک‌های ثانوی، و میان ذینفع اعتبار و بانک یا بانک‌های ثانوی ایجاد می‌گردد. رابطه حقوقی ناشی از «تأیید اعتبار» و رابطه حقوقی ناشی از «تعیین بانک یا بانک‌هایی جهت معامله کردن اعتبار» از جمله مهم‌ترین روابط حقوقی‌ای است که متعاقب تشکیل اعتبار، به منظور اجرای مفاد اعتبار بین گشاینده و بانک یا بانک‌های ثانوی از یک سوی، و میان ذینفع اعتبار و بانک یا بانک‌های ثانی از سوی دیگر شکل می‌گیرد. در این میان، مقاله‌ی حاضر در مقام بررسی مسائل حقوقی ناشی از «تعیین بانک یا بانک‌های ثانوی جهت معامله کردن اعتبار» می‌باشد. هم‌چنان که از مطلب فوق می‌توان دریافت، حکمت تعیین بانک یا بانک‌هایی جهت معامله‌ی اعتبار، از جمله تسهیل انجام تعلیقات اعتبار (ارائه‌ی اسناد به بانکی محلی) و آسان نمودن دسترسی ذینفع اعتبار به مبلغ اعتبار از طریق بانک یا بانک‌هایی واقع در محل اقامت خویش است.[[118]](#footnote-118)
3. اعتبار اسنادی به معنای خاص، یعنی رابطه‌ی حقوقی بین گشاینده و ذینفع اعتبار، عبارت است از تعهدی لازم، یک جانبه و بی‌نیاز از قبول متعهدله، از سوی گشاینده‌ی اعتبار در برابر ذینفع مبنی بر پرداخت مبلغی معین در صورت ارائه‌ی منطبق توسط ذینفع یا ذینفع‌های معین شده در اعتبار. ارائه‌ی منطبق از سوی ذینفع که معلّق‌علیه التزام یک‌جانبه‌ی گشاینده‌ی اعتبار محسوب می‌گردد، ممکن است به شکل «ارائه‌ی اسنادی» یا «ارائه‌ی غیر اسنادی» باشد. هنگامی که مطابق مفاد اعتبار، دریافت وجه اعتبار به صرف مطالبه‌ی ذینفع در مکان و زمان معین شده در اعتبار قابل انجام باشد، گفته می‌شود که ارائه، ارائه‌ای «غیر اسنادی» است، و چنین اعتبارنامه‌ای را «اعتبارنامه‌ی پاک» می‌خوانند؛ در مقابل، چنان‌چه مطالبه‌ی وجه اعتبار از سوی ذینفع مستلزم ارائه‌ی اسنادی مشخص در زمان و مکان معین شده در اعتبار باشد، ارائه را ارائه‌ای «اسنادی» می‌نامند، و به تبع آن اعتبارنامه را «اعتبارنامه‌ی اسنادی» یا «اعتبارنامه‌ی مستلزم ارائه‌ی اسناد» اطلاق می‌کنند. قدر مسلم آن است که اعتبار چه به ‌صورت «اعتبار مستلزم ارائه‌ی اسناد» گشایش یابد، چه به‌ صورت «اعتبار پاک و بی‌نیاز از ارائه‌ی اسناد»، در هر دو حال ارائه باید از جمیع جهات منطبق با مفاد اعتبار باشد تا گشاینده مکلف به ایفای تعهد اعتبار (پرداخت) به حساب آید. تعریف فوق، بیانی کلی و مجرد از عمل حقوقی اعتبار اسنادی است؛ به دیگر سخن، تعریفی است فارغ از اوصاف ویژه‌ای که هر یک از انواع اعتبارات اسنادی به خود می‌گیرد. بنا به این تعریف، اعتبار اسنادی عملی حقوقی‌ای است که به اعتقاد ما ماهیتاً «ایقاع معلّق» شمرده می‌شود. اعتبارات اسنادی دارای اقسام و انواع گوناگونی است که بازرگانان با توجه به نیازها و مقاصد خود، نوع مورد نظر را از آن میان برمی‌گزینند. اعتبارات اسنادی در کلان‌ترین تقسیم‌بندی به اعتبار اسنادی «تجاری» و اعتبار اسنادی «تضمینی» تقسیم می‌شود. اعتبار اسنادی تجاری که از نظرِ گاه‌شمار تاریخی مقدم بر اعتبار اسنادی تضمینی پدید آمده است، روشی برای پرداخت ثمن در معاملات بیع بین‌المللی، و تمهیدی برای برقرارسازی امکان ایفای هم‌زمان تعهدات خریدار و فروشنده با مداخله‌ی شخص ثالث بی‌طرفی به نام «گشاینده‌ی اعتبار» است؛ حال آن که کار ویژه‌ی اصلی اعتبارنامه‌ی تضمینی، اطمینان دادن به متعهدله در جبران خسارات تخلف از قرارداد است. این دو قسم از اعتبارات اسنادی، با وجود تفاوت در کارکرد و پاره‌ای تفاوت‌های جزئی دیگر، تابع قواعد عمومی و مشترک فراوانی می‌باشند، چندان که این دو را می‌توان در نظم حقوقی واحدی مطالعه کرد؛ و پاره‌ای از نویسندگان این دو نهاد تضمینی را به همراه «ضمانت‌نامه‌ی مستقل بانکی» که بدیل اروپایی «اعتبارنامه‌ی تضمینی» است، «تعهدات پرداخت مجرد» [[119]](#footnote-119)نام داده‌اند.[[120]](#footnote-120) در اعتبار اسنادی تجاری، به‌عنوان قسم قدیمی‌تر اعتبارات اسنادی به معنای امروزین کلمه، پس از آن که خریدار و فروشنده به هنگام مذاکره بر سر نحوه‌ی پرداخت ثمن بر اصل این موضوع که اعتبار اسنادی به‌عنوان روش پرداخت انتخاب شود، به توافق رسیدند، به‌طور معمول اوصاف و ویژگی هایی که در نظر متعاملین دارای اهمیت است و در جلب رغبت ایشان مؤثر، هم‌چون موضوع تأیید اعتبار، قابلیت معامله‌ی اعتبار و غیره را نیز مورد تراضی قرار می‌دهند. خریدار در مقام مشروط‌علیه شرط پرداخت به روش اعتبار اسنادی، جهت افتتاح اعتبار به نفع فروشنده، یعنی مشروط‌له در قرارداد بیع، به بانکی واقع در کشور خود مراجعه می‌کند. چنان‌چه خریدار موفق به جلب موافقت بانکی جهت گشایش اعتبار شد، مکلف است گشایش همان نوع اعتباری را تقاضا کند که در قرارداد پایه‌ی بیع متعهد به آن شده است؛ در غیر این صورت، وی از شرط فعل حقوقی مندرج در قرارداد پایه‌ی بیع تخلف نموده است. به هر روی، از جمله تقسیم‌بندی فرعی‌ای که از هر دو نوع اعتبار فوق (اعتبار تجاری و اعتبار تضمینی) به دست داده می‌شود، و در پاره‌ای مقررات موجود در زمینه‌ی اعتبار اسنادی هم‌چون ویرایش‌های اخیر «یوسی پی» پیوسته تلویح تکرار شده و آثاری عملی بر آن مترتب شده است، تقسیم اعتبار از حیث «نحوه‌ی قرار دادن وجه اعتبار در اختیار ذینفع» می‌باشد. اعتبار اسنادی از منظر چگونگی قرار گرفتن وجه آن در اختیار ذینفع بر چهار نوع است: (یک) اعتبار اسنادی به رؤیت[[121]](#footnote-121)، (دو) اعتبار اسنادی قبولی[[122]](#footnote-122)، (سه) اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار[[123]](#footnote-123) و (چهار) اعتبار اسنادی قابل معامله.[[124]](#footnote-124)
4. تقسیم فوق که بر حسب ظاهر بر پایه‌ی معیار نحوه‌ی قرار گرفتن وجه اعتبار در اختیار ذینفع استوار است، از آن نظم منطقی‌ای که علم حقوق در ارائه‌ی تقسیم‌بندی‌ها بدان پای‌بند است، فاصله دارد. در واقع، این تقسیم بر پایه‌ی معیار‌های متفاوتی استوار است، و ملاک‌های متفاوتی در بطن این تقسیم مستتر است. توضیح این که از یک سوی، اعتبار را از نظر حالّ یا موجّل بودن تعهد گشاینده می‌توان به اعتبار اسنادی حالّ (دیداری) و اعتبار اسنادی موجّل (مدت‌دار) تقسیم کرد. بر این اساس، اعتبار به رؤیت به‌عنوان اعتبار اسنادی حالّ، و در مقابل اعتبار اسنادی قبولی و اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار به‌عنوان اعتبار اسنادی موجّل شمرده خواهد شد. در عین حال، اعتبار اسنادی قابل معامله که به‌عنوان قسمی علی‌حده از اعتبارات اسنادی در کنار اعتبارات فوق شمارش شده است، ممکن است حالّ یا موجّل باشد. بر اساس معیار دیگر، اعتبار اسنادی موجّل را از نظر این که آیا مطالبه و پرداخت وجه آن با صدور برات مدت‌دار یا بدون دخالت برات مدت‌دار انجام پذیرد، به اعتبار اسنادی قبولی و اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار می‌توان تقسیم کرد: اعتبار اسنادی قبولی، اعتبار اسنادی موجّلی است که مطالبه و پرداخت وجه آن از طریق صدور برات مدت‌دار به‌طور معمول بر عهده‌ی گشاینده‌ی اعتبار صورت می‌پذیرد؛ بر عکس، اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار، اعتبار اسنادی موجّلی است که مطالبه و پرداخت وجه آن از طریق صدور برات مدت‌دار انجام نپذیرد، بلکه با مطالبه‌ی عادی (بدون دخالت برات وعده‌دار) یا با صدور برات به رؤیت در وعده‌ی مقرر انجام گیرد. در این میان، اعتبار اسنادی قابل معامله، چنان‌چه از نوع اعتبار موجّل باشد، ممکن است به هر یک از دو شکل اعتبار اسنادی قبولی یا اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار دیده شود! به بیان دقیق‌تر، در ارائه‌ی تقسیم فوق دو عنصر حال یا موجّل بودن تعهد گشاینده، و هم‌چنین وجود یا عدم دخالت برات در سازوکار اعتبار موجّل لحاظ گردیده، و در عین حال تقسیم اعتبار بر حسب قابلیت یا عدم قابلیت معامله‌ی اعتبار که با هیچ یک از این دو عنصر مذکور مناسبتی ندارد، بر این تقسیم افزوده شده است. به تعبیر دیگر، هر یک از سه قسم اعتبار اسنادی به رؤیت، اعتبار اسنای قبولی، و اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار ممکن است در عین حال از نوع اعتبار اسنادی قابل معامله یا اعتبار اسنادی غیر قابل معامله باشد. قابلیت یا عدم قابلیت معامله اعتبار وصفی علی‌حده و مستقل از وصف حالّ یا موجّل بودن اعتبار است؛ کما این که در جای خود خواهیم دید، وجود قابلیت یا عدم قابلیت معامله‌ی اعتبار ارتباطی به استفاده یا عدم استفاده از برات به‌عنوان یک سند قابل معامله در سازوکار اعتبار اسنادی نیز ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد بهتر بود نویسندگان «یوسی پی» نخست اعتبار اسنادی را از حیث حالّ بودن یا موجّل بودن تعهد گشاینده، به اعتبار اسنادی حال و اعتبار اسنادی موجّل (یوزانس) تقسیم می‌کردند، و آن گاه طی تقسیمی علی‌حده، اعتبار اسنادی موجّل را نیز بر حسب این که مستلزم صدور برات مدت‌دار باشد یا نباشد، به اعتبار اسنادی قبولی و اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار بخش می‌نمودند. وانگهی، تحت تقسیم جداگانه‌ای، اعتبار را از حیث قابلیت معامله اعتبار یا عدم آن، به اعتبار اسنادی قابل معامله و اعتبار اسنادی غیر قابل معامله تقسیم می‌کردند. صرف‌نظر از آشفتگی منطقی این تقسیم، از حیث عملی آثار مهمی بر تقسیم مورد اشاره مترتب است. به هر تقدیر، بررسی اعتبار اسنادی حالّ و اعتبار اسنادی موجّل که در تقسیم‌بندی فوق دیده می‌شود، و متعاقب آن مطالعه‌ی اعتبار اسنادی قبولی و اعتبار اسنادی پرداخت وعده‌دار به‌عنوان دو قسم از اعتبار اسنادی موجّل، از موضوع این مقاله خارج است. آنچه می‌ماند، تقسیم اعتبار اسنادی به اعتبار اسنادی قابل معامله و اعتبار اسنادی غیر قابل معامله است که درست یا غلط، در جنب تقسیم‌بندی فوق آمده است.
5. چنان که اشاره رفت، اعتبار اسنادی در معنای خاص و مرسوم کلمه بر رابطه‌ای اطلاق می‌شود که متعاقب تشکیل اعتبار میان گشاینده و ذینفع اعتبار برقرار می‌گردد. رابطه‌ی اعتبار اسنادی معمولاً یک فعالیت بانکی بین‌المللی به حساب می‌آید، چندان که طرف‌های این رابطه (گشاینده و ذینفع اعتبار) در اکثر قریب به اتفاق موارد در دو کشور مختلف اقامت دارند. در چنین شرایطی، ذینفع اعتبار ترجیح می‌دهد بتواند اسناد مقرر در اعتبار را به بانکی محلی ارائه دهد، و مبلغ اعتبار را از بانکی واقع در کشور خود دریافت دارد. استفاده از اعتبار اسنادی قابل معامله یکی از راه‌هایی است که دست‌یابی به این مقصود را برای ذینفع اعتبار میسور می‌سازد. بر این اساس، یکی از تقسیم‌بندی‌هایی که از اعتبار اسنادی شده است، تقسیم اعتبار از حیث قابلیت «معامله‌ی اعتبار» به «اعتبار اسنادی قابل معامله»[[125]](#footnote-125) و «اعتبار اسنادی غیر قابل معامله»[[126]](#footnote-126) است. فهم این تقسیم در گرو شناخت مفهوم «معامله کردن اعتبار»[[127]](#footnote-127) است که در ادامه به تفصیل خواهد آمد. اما، در این‌جا به اجمال اشاره می‌کنیم که در اعتبار اسنادی قابل معامله، گشاینده‌ی اعتبار بنا به اذن خاص یا اذن عام، یک یا چندین بانک را مأذون می‌سازد در قبال دادن قیمت اعتبار به ذینفع یا تعهد به دادن قیمت آن قبل از تاریخ انقضای اعتبار، اسناد مقرر در اعتبار را از ذینفع اعتبار «خریداری» یا به تعبیر دقیق‌تر «معامله کنند»؛ و افزون بر آن بانک گشاینده ملتزم می‌گردد، چنان‌چه بانک مأذون به معامله اعتبار که در حقوق اعتبارات اسنادی به آن اصطلاحاً «بانک معرفی شده» گفته می‌شود، به مفاد اذن عمل کند، وجه اعتبار را به این بانک که به مناسبت معامله‌ی اعتبار «بانک معامله کننده» می‌نامند، بازپرداخت خواهد کرد. بر پایه‌ی تحلیلی که در جای خود خواهیم دید، اعتبار اسنادی قابل معامله از همان بدو تشکیل، دارای دو ذینفع است: نخستین ذینفع اعتبار، همان شخصی است که از سوی متقاضی اعتبار تعیین شده، و اعتبار به واقع به نفع او افتتاح می‌شود. دومین ذینفع اعتبار، همانا بانک معرفی شده‌ای است که به مفاد اذن عمل کرده، و اعتبار را مطابق آن‌چه در اعتبار اسنادی جهت معامله‌ی اعتبار مشخص شده، معامله کرده است. به تعبیری، زبان حال گشاینده‌ی اعتبار در اعتبار اسنادی قابل معامله در برابر بانکی که جهت معامله‌ی اعتبار تعیین (معرفی) نموده چنین است: این‌جانب در برابر ذینفع اعتبار متعهد می‌باشم چنان‌چه وی اسناد مقرر در اعتبار را به من ارائه کند، وجه اعتبار را بدون حفظ حق رجوع به وی تأدیه کنم؛ چنان‌چه شما وجه اعتبار را به ذینفعی تأدیه کنید که اگر او ارائه را به بنده صورت می‌داد، من ملتزم به پرداخت وجه اعتبار به او بودم، این‌جانب متعهد می‌باشم وجه اعتبار را بدون حفظ حق رجوع به شما بازپرداخت کنم. بنابراین، می‌توان گفت اعتبار اسنادی قابل معامله از همان آغاز دو متعهدله به نحو معلق دارد، چندان که در این قسم از اعتبار اسنادی دو رابطه بر اساس اعتبار ایجاد می‌گردد: یکی از این روابط میان گشاینده‌ی اعتبار و ذینفع مقرر در اعتبار، و دیگری میان گشاینده‌ی اعتبار و بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار برقرار می‌گردد. این هر دو رابطه تابع حقوق اعتبارات اسنادی می‌باشد. در مقابل، اعتبار اسنادی غیر قابل معامله، اعتبار اسنادی‌ای است که از این امتیاز و قابلیت بی‌بهره است؛ و چنان‌چه در اعتبار اسنادی غیر قابل معامله، بانک دیگری مبادرت به دادن مبلغ اعتبار به ذینفع اعتبار کند، در فرضی که این عمل از طریق خرید برات صادره روی اعتبار انجام گیرد، چنین بانکی از آن جهت که منتقل‌الیه سند تجاری مزبور است، حقوق خود را بر اساس حقوق حاکم بر اسناد تجاری تحصیل خواهد کرد نه بر اساس حقوق اعتبارات اسنادی، و چنان‌چه مطالبه و پرداخت وجه اعتبار از راه صدور برات نباشد، آن بانک انتقال گیرنده‌ی طلب ناشی از اعتبار به حساب آمده، و همان حقوق منتقل‌الیه عادی طلب را خواهد داشت که بحث از آن در حقوق مدنی دیده می‌شود.
6. اگر چه تقسیم اعتبار اسنادی به اعتبار اسنادی قابل معامله و اعتبار اسنادی غیر قابل معامله، تقسیمی است که در مقررات موجود در زمینه اعتبار اسنادی صریحاً مورد شناسایی واقع نشده است، اما اصطلاحات «معامله‌ی اعتبار»، «بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار»، و «تعیین بانکی جهت معامله‌ی اعتبار» در زمره‌ی دانش واژگانی است که در لابلای این مقررات دیده می‌شود، به نحوی که در این مقررات بر مفاهیم مزبور آثار عملی‌ای مترتب شده، و فهم پاره‌ای از احکام موجود در این مقررات متوقف بر دانستن این تقسیم‌بندی می‌باشد. در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی («یوسی پی»)[[128]](#footnote-128) به‌عنوان قدیمی‌ترین قواعد مورد قبول در سطح بین‌المللی به معامله نمودن اعتبار اسنادی اشاره رفته است. تا پیش از «یوسی پی 400» نهاد «معامله کردن اعتبار» با نهاد «معامله نمودن برات صادره بر اساس اعتبار» گره خورده بود، چندان که مرز قاطعی میان معامله‌ی اعتبار و معامله‌ی برات صادره به موجب اعتبار ترسیم نشده بود. از مقررات «یوسی پی 290» به سال 1974 است که رفته رفته پرده‌ی ابهام از مفهوم «معامله‌ی اعتبار» کنار زده می‌شود، و شرایط اتصاف اعتبار به‌عنوان «اعتبار قابل معامله» معین می‌گردد، تحولی که در مقررات «یوسی پی 400» در سال 1983 تکامل می‌یابد. اصطلاح «تعیین» بانک که امروزه یکی از شرایط قابلیت معامله‌ی اعتبار به‌عنوان نهادی متمایز از معامله‌ی برات صادره به موجب اعتبار، شناخته می‌شود نخستین‌بار در بند (ه) از مقررات و تعاریف کلی «یوسی پی 270» به کار گرفته شد. اشاره به این اصطلاح در مقررات «یوسی پی 400» به نحو روشن‌تری دیده می‌شود، به نحوی که در این بازنگری مطابق بند (ب) ماده 11 برای نخستین‌بار اصطلاح «بانک معرفی شده» به کار رفت، و اصطلاح مزبور مورد تعریف قرار گرفت؛ اصطلاحی که در ویرایش‌های بعدی این مقررات تا کنون باقی مانده، و هم‌چنان که در بیان شرایط قابلیت معامله‌ی اعتبار خواهیم دید، قابلیت معامله‌ی اعتبار مستلزم «تعیین بانک یا بانک‌هایی» به این منظور در اعتبار است؛ و وجود همین شرط است که قابلیت معامله‌ی اعتبار را از قابلیت معامله‌ی برات صادره به موجب اعتبار ممتاز می‌سازد. به هر روی، در ویرایش کنونی مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی که از آن با نام «یوسی پی 600» یاد می‌شود، از «معامله نمودن اعتبار» و شرایط قابلیت معامله‌ی اعتبار صریحاً سخن رفته است. در مجموعه مقررات موسوم به «عرف‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی» که اختصاراً «آی اس پی 98»[[129]](#footnote-129) نام گرفته، نیز به معامله‌ی اعتبار اشاره رفته است. هم‌چنین، در مقررات باب پنجم قدیم و جدید کد متحد تجارت ایالات متحده آمریکا پاره‌ای از احکام و آثار حقوقی معامله‌ی اعتبار در متن کد یا در شرح رسمی مواد آن مذکور افتاده است. با توجه به این‌که در دکترین و عرف اعتبارات اسنادی «اعتبار قابل معامله» در برابر «اعتبار غیر قابل معامله» استعمال می‌شود، و در مقابل مفهوم «قابلیت معامله‌ی اعتبار»، «عدم قابلیت معامله‌ی اعتبار» قرار دارد، می‌توان قائل بدان بود که تقسیم اعتبار اسنادی به «اعتبار قابل معامله» و «اعتبار غیر قابل معامله» فی الجمله و به نحو تلویح در مقررات فوق الذکر مورد پذیرش قرار گرفته است.

**قسمت اول: مفهوم «معامله نمودن اعتبار» و «اعتبار قابل معامله»**

1. اصطلاح «معامله نمودن»[[130]](#footnote-130) اعتبار، دانش واژه‌ای است که از حقوق اسناد تجاری به معنای خاص (حقوق ناظر به برات و سفته و چک) به عاریت گرفته شده و از آن حوزه به قلمرو اعتبارات اسنادی راه یافته است. لیکن باید دانست، در انتقال این مفهوم از حقوق اسناد تجاری به حقوق اعتبارات اسنادی، هم در مفهوم و هم در شرایط این عمل حقوقی تغییراتی رخ نموده است. به دیگر سخن، امروزه اصطلاح «معامله» یا همان «نقد نمودن» به‌عنوان یک عمل حقوقی ناقله که سبب انتقال مالکیت طلب به گونه‌ای خاص است، در حقوق اسناد تجاری و حقوق اعتبارات اسنادی شرایط و مفهومی متفاوت دارد. به این مناسبت، شایسته است برای درک تفاوت مفهومی «معامله کردن سند تجاری» و «معامله کردن اعتبار اسنادی»، مباحث این بخش را طی دو بند جداگانه پی بگیریم: نخست مفهوم «معامله کردن سند تجاری» را مطالعه می‌کنیم (یک)؛ در ادامه، به بررسی مفهوم «معامله کردن اعتبار اسنادی» و بیان تعریف اعتباری که از این قابلیت بهره‌مند است، یعنی «اعتبار قابل معامله» خواهیم پرداخت (دو).

**الف - مفهوم معامله کردن سند تجاری**

1. طلب نیز جزئی از دارایی طلب‌کار قلمداد می‌شود، و مطابق اصل انتقال‌پذیری حقوق مالی، طلب قابل واگذاری به دیگری است. منتها، مطابق این قاعده که «هیچ کس نمی‌تواند بیش از آن‌چه را که داراست، به دیگری انتقال دهد»[[131]](#footnote-131)، در اثر واگذاری طلب، طلب همراه با کلیه‌ی عیوب و ایرادات به منتقل‌الیه انتقال می‌یابد. بنابراین، در صورت واگذاری طلب به دیگری، بدهکار هم‌چنان حق دارد به کلیه‌ی ایرادات و دفاعیاتی که می‌توانست در برابر طلب‌کار سابق (انتقال‌دهنده طلب) توسل نماید، در برابر مالک جدید طلب، یعنی منتقل‌الیه طلب، نیز استناد جوید. به منظور ارتقای سطح «کارآمدی اقتصادی»، اجرای قاعده‌ی فوق در قلمرو حقوق اسناد تجاری به تمام و کمال پذیرفته نشده است. به راستی، اگر قرار است از اسناد تجاری به جای پول نقد در معاملات استفاده شود، امتیازاتی باید برای این اسناد تجاری قائل بود تا وجود این امتیازات هزینه‌های استفاده از این ابزارهای پرداخت را کاهش دهد، و در جلب رغبت اشخاص در پذیریش این اسناد به جای پول مؤثر افتد. قابلیت انتقال مالکیت طلب مندرج در سند تجاری عاری از ایرادات و دفاعیات ناشی از رابطه‌ی بلافصل، یا عیوب موجود در ید یا ایادی سابق از جمله امتیازات اسناد تجاری است؛ امتیازی که در واگذاری مدنی طلب از آن نمی‌توان نشانی دید. قابلیت معامله‌ی سند تجاری، یعنی امکان انتقال مالکیت طلب مندرج در سند تجاری به دیگری بی‌آن‌که در برابر منتقل‌الیه سند عیوب و ایرادات ناشی از رابطه‌ی مستقیم (رابطه‌ی معاملاتی پایه) یا عیوب موجود در مالکیت ید یا ایادی سابق در صورت جمع بودن سایر شرایط قابل استناد باشد، تکنیکی حقوقی است که نقدشوندگی اسناد تجاری را تسهیل می‌نماید. به درستی گفته می‌شود که ارزش هر مالی به درجه‌ی نقدشوندگی آن مال وابسته است: هر چه مالی سهل و آسان‌تر قابل نقد شدن در بازار باشد، آن مال دارای ارزش بیش‌تری در بازار است. [[132]](#footnote-132) به هر روی، با توجه به آن‌چه مذکور افتاد در تعریف معامله کردن سند تجاری می‌توان گفت، معامله کردن سند تجاری عملی حقوقی است که به مقتضای آن در صورت جمع بودن سایر شرایط (هم‌چون حسن نیت منتقل‌الیه) مالکیت طلب مندرج در سند تجاری عاری از عیوب و ایرادات موجود در رابطه معاملاتی پایه یا عیوب موجود در مالکیت دارنده یا دارندگان پیشین سند به دارنده‌ی جدید سند تجاری انتقال می‌یابد. در این معنا، معامله نمودن سند تجاری روش تجاری انتقال اسناد براتی بوده، و در نقطه‌ی مقابل عمل حقوقی واگذاری مدنی طلب قرار دارد. در این که آیا سند تجاری از آن حیث که سند تجاری است، از قابلیت معامله بهره‌مند می‌باشد یا خیر میان طرز تلقی کشورهای کامن‌لا از یک سوی و کشورهایی که نظام حقوق اسناد تجاری آنها مبتنی بر پیمان متحدالشکل ژنو راجع به برات و سفته است از سوی دیگر، اختلاف وجود دارد. در کشورهای کامن‌لا، سند تجاری به صرف آن‌که سند تجاری است، سند قابل معامله تلقی نمی‌شود بلکه به منظور آن‌که واجد این وصف و قابلیت گردد باید «به حواله کرد» شخص معین یا «در وجه حامل» صادر شود. در مقام مقایسه، مطابق ماده‌ی 11 پیمان متحدالشکل ژنو برات یا سفته علی‌الاصول قابل معامله است، ولو آن‌که عبارت «به حواله کرد» در سند آورده نشده باشد. آری، در صورتی که عبارت «به حواله کرد» در سند قلم گرفته شده است، دیگر چنین سندی از طریق تجاری (معامله نمودن) قابل انتقال نیست، و انتقال چنین سند تجاری‌ای در چارچوب واگذاری مدنی طلب قابل تحلیل می‌باشد. به هر تقدیر، معامله کردن سند تجاری‌ای که «به حواله کرد» صادر شده منوط به «ظهرنویسی توأم با قبض و اقباض سند» می‌باشد. در مقابل، سند تجاری «در وجه حامل» را گذشته از آن‌که می‌توان از طریق «ظهرنویسی توأم با قبض و اقباض سند» معامله نمود، به صرف «قبض و اقباض سند» و بی‌نیاز از ظهرنویسی نیز قابل معامله و نقد کردن است.[[133]](#footnote-133)

**ب - مفهوم معامله کردن اعتبار اسنادی و اعتبار اسنادی قابل معامله**

1. برات به‌عنوان یک سند تجاری قابل معامله از همان آغاز رواج اعتبارات اسنادی تجاری امروزین در این سازوکار پرداخت مورد استفاده بوده است[[134]](#footnote-134) ، هر چند در دهه‌های اخیر بنا به دلایل اقتصادی (تعلق حق تمبر و مالیات بر صدور برات) و دلایل حقوقی (پیچیده شدن مسائل حقوقی مطرح در اعتبارات اسنادی در صورت استفاده از برات و وقوع تعارض میان قواعد حقوق اسناد براتی و قواعد حقوق اعتبارات اسنادی) کاربرد برات در سازوکار اعتبارات اسنادی رو به افول نهاده است، و مطالبه و پرداخت وجه اعتبار به‌طور معمول از طریق مطالبه‌نامه‌ی عادی صورت می‌پذیرد. با وجود کاربرد برات در سازوکار اعتبار اسنادی، خود اعتبارنامه (اعم از اعتبارنامه‌ی تجاری و اعتبارنامه‌ی تضمینی) در عداد اسناد تجاری (اسناد قابل معامله) به شمار نمی‌رود؛ و اساساً هدف از پیدایش اعتبارنامه‌ی تجاری یا اعتبارنامه‌ی تضمینی آن نبوده است که هم‌چون برات یا سفته یا چک به‌عنوان ابزاری جانشین پول مورد استفاده قرار گیرد، یا نیاز به حمل و نقل فیزیکی پول را در تجارت بین بازگانان دور از یکدیگر برطرف سازد. اعتبارنامه‌ی تجاری و اعتبارنامه‌ی تضمینی گذشته از آن‌که بر خلاف اسناد تجاری به معنای خاص (برات و سفته و چک) فاقد وصف شکلی می‌باشد، از جهات دیگر نیز تفاوت‌های بنیادینی با اسناد تجاری دارد: اولاً، اعتبارنامه همواره معرّف تعهدی معلق به پرداخت است. به عبارتی، اعتبارنامه‌ها و ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی دارای وصف «تعلیقی» می‌باشند. در مقابل، اسناد تجاری به معنای خاص، معرّف تعهدی منجّز و غیر مشروط به پرداخت مبلغی پول هستند؛ و لذا گفته می‌شود که اسناد براتی دارای وصف «تنجیزی» اند؛ ثانیاً، اعتبارنامه‌ها همواره به نفع متعهدله مشخصی صادر می‌شوند، و نقل و انتقال حقوق ناشی از اعتبارنامه از طُرق معینی (شامل واگذاری مالکیت طلب اعتبار، انتقال اعتبار، یا معامله‌ی اعتبار) که هر یک شرایط و آثار ویژه‌ی خود را دارند، میسر است. بر عکس، اسناد تجاری علاوه بر این که ممکن در وجه شخص معین صادر شود، به‌طور معمول «به حواله کرد شخص معین» یا «در وجه حامل» صادر می‌شوند؛ و به منظور آن‌که بتوان آن‌ها را به‌عنوان «سند تجاری قابل معامله» توصیف کرد، لاجرم باید «به حواله کرد» یا «در وجه حامل» صادر گردند. در اسناد تجاری، سازوکار انتقال حقوق مالی منعکس در سند یکی از دو عمل حقوقی واگذاری مدنی طلب، یا انتقال تجاری سند (معامله‌ی سند تجاری) است که حسب مورد از طریق ظهرنویسی به همراه قبض و اقباض (در مورد سند به حواله کرد) یا به صرف قبض و اقباض انجام می‌گیرد؛ عملی حقوقی‌ای که از حیث شرایط و آثار متفاوت از انتقال اعتبار اسنادی و هم‌چنین معامله‌ی اعتبار است. بر خلاف اسناد تجاری به معنای خاص (برات و سفته و چک)، اعتبارنامه‌ی تجاری یا اعتبارنامه‌ی تضمینی سند تجاری‌ای نیست که «به حواله کرد» ذینفع اعتبار یا «در وجه حامل» صادر شود، چندان که ذینفع (دارنده اعتبارنامه) بتواند از طریق ظهرنویسی و قبض و اقباض آن ورقه یا به صرف قبض و اقباض ورقه، آن را معامله نماید.
2. در دوره‌های آغازین رواج اعتبارات اسنادی نوین، یعنی دورانی که سند تجاری برات قرین و ملازم این سازوکار پرداخت بود، مرز قاطعی میان معامله‌ی برات صادره بر اساس اعتبار و معامله نمودن خود اعتبار ترسیم نمی‌شد. در آن دوران، امکان معامله کردن اعتبار مستلزم استفاده از برات بود، و در عمل به معامله‌ی برات صادره بر اساس اعتبار، معامله‌ی اعتبار گفته می‌شد. اما، امروزه میان این دو عمل حقوقی تفاوت نهاده می‌شود: اعتبار اسنادی در صورت جمع بودن شرایطی که در بخش بعدی مقاله خواهیم دید، اعتبار قابل معامله است، ولو آن‌که در این سازوکار پرداخت از برات استفاده نشده باشد. بر عکس ممکن است مکانیسم اعتبار اسنادی متضمن استفاده از برات باشد، اما هم‌چنان اعتبار به‌عنوان اعتبار غیر قابل معامله توصیف گردد. به بیان دیگر، معامله‌ی برات صادره به موجب اعتبار، و معامله کردن خود اعتبار دو عمل حقوقی علی‌حده با شرایط و آثار حقوقی متفاوتی می‌باشد، و دو نظم حقوقی علی‌حده بر هر یک از این دو عمل حکومت می‌کند. اولی (معامله‌ی برات) تابع حقوق اسناد تجاری، و دومی (معامله‌ی خود اعتبار) تابع حقوق اعتبارات اسنادی است. برات «به حواله کرد» یا برات «در وجه حاملی» که در سازوکار اعتبار اسنادی صادر شده است، در هر حال مطابق حقوق اسناد تجاری قابل معامله است، هر چند اعتبار از نوع اعتبار قابل معامله نباشد. بر عکس، چنان‌چه چنین براتی در اعتبار اسنادی قابل معامله صادر شده، و مطابق شرایطی که در بخش بعد خواهیم دید معامله گردد، علاوه بر این‌که برات بر اساس حقوق اسناد تجاری مورد معامله قرار گرفته است، اعتبار نیز در معنای مصطلح در حقوق اعتبارات اسنادی معامله شده است. خلاصه‌ی کلام این‌که امروزه برای توصیف اعتبار به‌عنوان «اعتبار قابل معامله» و هم‌چنین تحقق «معامله‌ی اعتبار» در حقوق اعتبارات اسنادی، وجود یا فقدان سند تجاری برات در این مکانیسم پرداخت محلی از اعراب ندارد، بلکه توصیف اعتبار اسنادی به‌عنوان اعتبار قابل معامله، و تحقق عنوان «معامله»‌ی اعتبار تابع شرایط ویژه خود است که در بخش بعدی مقاله این شرایط را به تفصیل مطالعه خواهیم کرد.
3. در شماره پیشین دیدیم که در اثر تحول عرف بانک‌داری و دکترین حقوقی، امروزه میان دو عمل حقوقی «معامله نمودن برات صادره در سازوکار اعتبار اسنادی» و «معامله نمودن خود اعتبار اسنادی» تمایز نهاده می‌شود. اینک به این بحث می‌پردازیم که معامله نمودن اعتبار به‌عنوان عمل حقوقی متمایز از معامله کردن برات مورد استفاده در اعتبار دارای چه تعریفی است. از میان مقررات سه‌گانه‌ای که پیش از این نام بردیم، تنها «یوسی پی» است که صریحاً تعریفی از عمل حقوقی «معامله کردن اعتبار» به دست داده است. سابقه‌ی ارائه‌ی تعریف از معامله نمودن اعتبار به مقررات «یوسی پی 500» که از سال 1994 قابل اجرا گردید، باز می‌گردد. در طول تاریخ «یوسی پی» نخستین بار شق (2) از بند (ب) ماده 10 «یوسی پی 500» بود که معامله کردن اعتبار را با این عبارت تعریف کرد: «معامله نمودن اعتبار عبارت است از دادن قیمت برات (بروات) و یا سند (اسناد) از سوی بانک مأذون به معامله‌ی اعتبار...».[[135]](#footnote-135) دادن قیمت اعتبار در حقیقت مسبوق به خرید اعتبار، و از آثار خرید اعتبار از سوی بانک مأذون به خرید می‌باشد. بنابراین، معامله‌ی اعتبار را از دیدگاه نویسندگان مقرره‌ی فوق می‌توان به معنای خرید اعتبار از سوی بانک مأذون به خرید توصیف کرد. در ویرایش جدید این مقررات که از آن با نام «یوسی پی 600» یاد می‌شود، صریحاً به این معنا اشاره رفته، و اصطلاح «معامله نمودن اعتبار» به نحو روشن‌تری تعریف شده است. در ماده‌ی 2 از مقررات «یوسی پی 600» که اختصاص به تعریف پاره‌ای از اصطلاحات به کار رفته در این مجموعه دارد، از جمله در تعریف «معامله نمودن اعتبار» آمده است: «**معامله کردن اعتبار** عبارت است از خرید بروات (صادره عهده‌ی بانکی غیر از بانک معرفی شده) و یا خرید اسناد مورد ارائه‌ی منطبق از سوی بانک معرفی شده، و دادن یا تعهد به دادن وجوه به ذینفع در روز بانکی‌ای که بازپرداخت وجه از سوی بانک معرفی شده در آن روز قابل مطالبه است یا در تاریخی مقدم بر آن».[[136]](#footnote-136) این تعریف از آن حیث دقیق‌تر از تعریفی است که در ویرایش «یوسی پی 500» از معامله نمودن اعتبار شده بود که اولاً صریحاً معامله‌ی اعتبار را «خرید برات یا اسناد» محسوب داشته، و در ثانی زمانی را که ثمن خرید تا آن زمان باید پرداخت گردد تا عمل مورد نظر معامله نمودن اعتبار به حساب آید، مشخص ساخته است. حال که مفهوم «معامله نمودن اعتبار» را هر چند به اجمال دریافتیم، باید گفت اعتبار اسنادی قابل معامله اعتباری است که از قابلیت خرید به مفهوم گفته شده برخوردار باشد. به منظور آن‌که اعتباری قابل معامله شناخته شود، باید عبارت «قابل معامله» در عنوان سند اعتبار آورده شود، یا عبارتی مشیر بر این معنا در متن اعتبارنامه درج شده باشد. به علاوه، در اعتبارنامه‌ی بانک با بانک‌های معین یا عموم بانک‌ها مأذون به معامله‌ی اعتبار شده باشند. به اذنی که جهت معامله‌ی اعتبار به بانک‌های ثانوی داده می‌شود، اصطلاحاً «تعیین بانک جهت معامله‌ی اعتبار» یا «معرفی بانک جهت معامله‌ی اعتبار» گفته می‌شود که در جای خود درباره‌ی آن توضیحات بیش‌تری را ارائه خواهیم داد.
4. طلب ناشی از اعتبار اسنادی در هر حال، حتی اگر اعتبار از نوع اعتبار غیر قابل معامله نیز باشد، از طریق مدنی قابل واگذاری به غیر است، مگر این‌که در اعتبار شرط عدم امکان واگذاری طلب درج شده باشد؛ هم‌چنان که اگر این طلب در قالب سند تجاری برات انعکاس یافته باشد، برات مزبور که معرّف طلب ناشی از اعتبار است بر اساس حقوق اسناد تجاری قابل معامله می‌باشد. پیش از این اشاره کردیم که معامله‌ی برات صادره به موجب اعتبار عملی متمایز از معامله نمودن خود اعتبار است. در این‌جا می‌افزاییم که «واگذاری مدنی طلب ناشی از اعتبار»[[137]](#footnote-137) که موضوع ماده‌ی 39 «یوسی پی 600» می‌باشد، نباید با «معامله نمودن اعتبار» اشتباه گرفته شود. معامله نمودن اعتبار طریقه‌ی تجاری انتقال مالکیت طلب ناشی از اعتبار است، و دارای شرایط و آثاری متفاوت با «واگذاری مدنی طلب اعتبار» می‌باشد. طلب ناشی از اعتبار علی‌الاصول از طریق مدنی قابل واگذاری به دیگری است، حال آن‌که اصل بر عدم قابلیت معامله کردن اعتبار است، مگر این‌که دلیلی بر قابلیت معامله‌ی اعتبار موجود باشد. از سوی دیگر، «انتقال اعتبار»[[138]](#footnote-138) و «اعتبار قابل انتقال»[[139]](#footnote-139) نهادی متمایز از «معامله نمودن اعتبار» و «اعتبار قابل معامله» است. اعتبار اسنادی قابل معامله با اعتبار اسنادی قابل انتقال متفاوت است؛ هم‌چنان که میان عمل حقوقی «انتقال اعتبار» و «معامله نمودن اعتبار» هم از حیث شرایط و هم از حیث آثار حقوقی تفاوت‌های بنیادین وجود دارد. در انتقال اعتبار که ماهیتاً تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهد و تبدیل متعهدله توصیف می‌شود، منتقل‌الیه اعتبار تعلیقات اعتبار (تهیه و ارائه‌ی اسناد مقرر در اعتبار) را به نام و حساب خویشتن انجام می‌دهد. با انتقال اعتبار، ذینفع نخست اعتبار (انتقال‌دهنده) از رابطه‌ی اعتبار اسنادی کنار می‌رود، و ذینفع ثانوی (منتقل‌الیه) طرف رابطه‌ی اعتبار اسنادی با گشاینده و یا بانک تأییدکننده‌ی اعتبار قرار می‌گیرد. حال آن‌که در معامله‌ی اعتبار، گذشته از آن‌که تعلیقات اعتبار (ارسال کالا و تهیه‌ی اسناد مقرر در اعتبار و نهایتاً ارائه‌ی آن‌ها و به عهده گرفتن تضمیناتی که انجام این تعلیقات به همراه دارد) از سوی خود ذینفع اعتبار انجام می‌پذیرد، با معامله‌ی اعتبار ذینفع یک‌سره از رابطه‌ی اعتبار اسنادی که میان او و گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار برقرار گشته است، خارج نمی گردد. معامله‌کننده‌ی اعتبار مالک طلب ناشی از اعتبار، البته عاری از عیوبی که این طلب داشته، می‌گردد نه آن‌که هم‌چون انتقال اعتبار، تبدیل تعهد صورت گیرد و رابطه‌ی اعتبار اسنادی به‌طور کلی منحل و رابطه‌ی اعتبار اسنادی جدیدی میان معامله‌کننده‌ی اعتبار و گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار شکل بگیرد.[[140]](#footnote-140)

**قسمت دوم - شرایط معامله نمودن اعتبار**

1. در حقوق اسناد تجاری به معنای خاص، چنان‌چه دارنده‌ی سند به‌عنوان «دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت» قابل توصیف باشد، امتیاز ویژه‌ای برای حمایت از وی در نظر گرفته شده است؛ امتیازی که تحت عنوان «اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در برابر دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت» در حقوق اسناد براتی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. به منظور آن‌که منتقل‌الیه سند تجاری، دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت تلقی گردد، و از امتیازات این عنوان بهره‌مند باشد، لازم است سند از طریق «معامله» به وی انتقال یافته باشد. در غیر این صورت، قواعد عمومی قائم مقامی در انتقال حق جاری بوده، و حقوق منتقل‌الیه سند در همان حد حقوق انتقال‌دهنده‌ی سند خواهد بود. به هر روی، برای تحقق عمل حقوقی «معامله» در حقوق اسناد تجاری، گذشته از آن‌که سند موضوع انتقال باید واجد اوصاف شکلی لازم برای اسناد تجاری باشد، سند باید به نحو «در وجه حامل» یا «به حواله کرد» صادر شده باشد، یا حداقل مطابق حقوق کشورهای پیرو پیمان متحدالشکل ژنو عبارت «به حواله کرد» در سند قلم گرفته نشده باشد. عمل حقوقی معامله‌ی سند تجاری به صرف قصد انشاء محقق نمی گردد، بلکه عملی تشریفاتی‌ است که در مورد سند «به حواله کرد» مستلزم ظهرنویسی سند به همراه قبض و اقباض آن، و در مورد سند «در وجه حامل» نیازمند قبض و اقباض سند می‌باشد. برای اتصاف شخص به‌عنوان «دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت سند تجاری» شرایط دیگری نیز لازم است که باید در حقوق اسناد براتی مطالعه شود. شرایطی هم‌چون لزوم حسن‌نیت منتقل‌الیه و جهل وی نسبت به عیوب و ایرادات موجود در مالکیت ایادی سابق، و در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی لزوم دادن مالی در قبال انتقال سند تجاری از جمله‌ی این شرایط است.
2. پیش از این به اجمال اشاره رفت که در اوایل رواج اعتبارات اسنادی امروزین، معامله نمودن اعتبار چیزی جز همان معامله کردن برات مورد استفاده در سازوکار اعتبار اسنادی نبود. با گذشت زمان، عمل حقوقی معامله کردن اعتبار از معامله کردن برات جدا گشت، و دارای شرایط و آثار حقوقی متفاوتی گردید. امروزه دیگر برای امکان معامله‌ی اعتبار نیازی به استفاده از برات در سازوکار اعتبار اسنادی نیست، و برای معامله نمودن اعتبار اسنادی شرایطی لازم است که تا حد زیادی متفاوت از شرایط مقرر برای معامله کردن سند تجاری برات می‌باشد. از میان مقررات سه‌گانه‌ای که پیش از این نام بردیم، ویرایش جدید مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، یعنی «یوسی پی 600» به جامع‌ترین نحو شرایط معامله نمودن اعتبار را شمارش کرده است. عمده‌ی این شرایط در ضمن تعریفی که ماده 2 «یوسی پی 600» از عمل حقوقی «معامله کردن اعتبار» به دست داده، دیده می‌شود. مطابق این تعریف: «معامله نمودن اعتبار عبارت است از خرید بروات (صادره به عهد‌ه‌ی بانکی غیر از بانک معرفی شده) و یا خرید اسناد مورد ارائه‌ی منطبق توسط بانک معرفی شده، و دادن یا تعهد به دادن وجوه به ذینفع در روز بانکی‌ای که بازپرداخت از سوی بانک معرفی شده قابل مطالبه است، یا در تاریخی مقدم بر آن روز». بر شرایط مذکور در این تعریف باید لزوم «تعیین بانک یا بانک‌هایی جهت معامله‌ی اعتبار» را نیز به‌عنوان یکی دیگر از شرایط لازم برای امکان معامله نمودن اعتبار افزود. بنابراین، شرایط لازم برای معامله نمودن اعتبار را بدین شرح می‌توان برشمرد: (الف) لزوم تصریح به قابل معامله بودن اعتبار در عنوان یا در متن اعتبارنامه؛ (ب) لزوم دادن اذن به بانک یا بانک‌های ثانوی جهت معامله نمودن اعتبار (لزوم «تعیین» یا «تعریف» بانک جهت معامله کردن اعتبار)؛ (ج) خرید اعتبار و شرطیت پرداخت قیمت خرید یا تعهد به پرداخت و پرداخت قیمت حداکثر تا تاریخی که بازپرداخت از سوی بانک معرفی شده قابل مطالبه است؛ و (د) عدم صدور برات به عهده‌ی خود بانک معرفی شده‌ای که مبادرت به معامله‌ی اعتبار می‌کند. در ادامه، هر یک از شرایط فوق را طی عنوانی جداگانه به تفصیل مطالعه می‌کنیم، هر چند مورد (د) را از نظر تحلیلی باید مانع تحقق عنوان «معامله»‌ی اعتبار شمرد، نه شرط.

**الف - لزوم تصریح به قابل معامله بودن اعتبار در عنوان یا در متن اعتبارنامه**

1. در کشورهایی که حقوق اسناد تجاری آن‌ها بر پایه پیمان متحدالشکل ژنو راجع به برات و سفته استوار شده است، اصل بر قابلیت معامله‌ی سند تجاری از طریق ظهرنویسی می‌باشد، بی آن‌که امکان معامله‌ی سند مستلزم ذکر عبارت «به حواله کرد» در سند برات باشد. آری در این نظام‌های حقوقی، قلم گرفتن عبارت «به حواله کرد» دلالت بر سلب حق معامله‌ی سند از طریق ظهرنویسی از دارنده دارد. در مقابل، در حقوق اسناد تجاری کشورهای خانواده‌ی حقوقی کامن‌لا، سند برات در صورتی قابل معامله است که یکی از دو عبارت «به حواله کرد» یا «در وجه حامل» در سند قید شده باشد. بر خلاف اسنادی تجاری که عبارات «به حواله کرد» و «در وجه حامل» در آن‌ها نشان‌دهنده‌ی قابلیت معامله‌ی سند است، در اعتبارنامه‌های تجاری و اعتبارنامه‌های تضمینی عبارت فوق برای نشان دادن قابل معامله بودن اعتبارنامه استعمال نمی‌شود. حکمت پیدایش اعتبارات اسنادی استفاده از آن به‌عنوان ابزای جانشین پول نبوده است؛ لذا، آن دسته از مقررات که جهت سهولت نقل و انتقال (معامله) اسناد تجاری در حقوق اسناد براتی شکل گرفته است، در مورد اعتبارات اسنادی ضرورت نمی‌یابد. در حقوق اعتبارات اسنادی اصل بر غیر قابل معامله بودن اعتبار است؛ بنابراین، دلیلی باید قابلیت معامله‌ی اعتبار و وجود این وصف در اعتبار را به اثبات برساند. آثار مهمی که توصیف اعتبار به‌عنوان اعتبار قابل معامله به همراه دارد، ایجاب می‌کند قصد گشایش چنین اعتباری صریحاً ابراز شود. برای نشان دادن این وصف، استعمال لفظ یا عبارات خاصی در اعتبارنامه شرط نیست. به منظور آن‌که اعتبار، اعتبار قابل معامله تلقی شود گذشته از آن‌که اعتبارنامه باید متضمن عبارت صریحی دال بر تعهد صریح گشاینده به بازپرداخت وجه اعتبار به بانکی که مبادرت به معامله کردن اعتبار نموده است باشد، بلکه در اعتبارنامه باید بانک یا بانک‌هایی جهت معامله کردن اعتبار «تعیین» شده باشند. به هر روی، برای تصریح به قابلیت معامله‌ی اعتبار ممکن است عبارت «قابل معامله» در عنوان اعتبارنامه درج شود، یا ممکن است ستونی که در کنار آن اعلام شده «اعتبار از طریق معامله کردن در دسترس است»، علامت زده شود. عبارت زیر شرطی است که به‌طور سنتی برای نشان دادن قابلیت معامله‌ی اعتبار در اعتبارنامه ها درج می‌شود: «گشاینده در برابر صادرکننده‌ی برات، ظهرنویس، و دارنده‌ی با حسن‌نیت برات صادره بر اساس اعتبار که مطابق با مفاد اعتبار باشد متعهد می‌گردد در صورت ارائه و تسلیم اسناد مذکور در اعتبارنامه وجه برات را خواهد پرداخت».[[141]](#footnote-141)

**ب. لزوم «تعیین» («تعریف») بانک یا بانک‌هایی جهت معامله نمودن اعتبار**

1. با توجه به طبع بین‌المللی معاملات اعتبار اسنادی در عمل گریزی از آن نیست که چه در مرحله تشکیل اعتبار و چه در مرحله‌ی اجرای مفاد اعتبار از خدمات بانک یا بانک‌های ثانوی‌ مدد گرفته شود. مداخله‌ی بانک یا بانک‌های دیگری در سازوکار اعتبار اسنادی همواره مستلزم وجود اذن بر این امر از سوی گشاینده‌ی اعتبار است؛ در غیر این صورت، عمل بانکی که بدون داشتن اذن از سوی گشاینده در این سازوکار پرداخت مداخله نموده است، فضولی محسوب شده و منشأ آثار حقوقی مقصود در رابطه‌ی میان گشاینده و بانک مزبور و هم‌چنین در رابطه‌ی ذینفع با گشاینده‌ی اعتبار نخواهد بود. اعطای اذن از سوی گشاینده جهت مداخله‌ی بانک یا بانک‌های دیگر در مکانیسم اعتبار اسنادی ممکن است ناظر به دادن اذن برای تأیید اعتبار، یا دادن اذن جهت معامله نمودن اعتبار یا انجام عملی تحت عنوان دیگری باشد. به عمل اعطای اذن از سوی گشاینده جهت مداخله‌ی بانک یا بانک‌های دیگر برای تأیید اعتبار، معامله نمودن اعتبار یا انجام عمل دیگر، در حقوق اعتبارات اسنادی اصطلاحاً «تعیین» یا «تعریف»[[142]](#footnote-142) بانک ثانوی گفته می‌شود؛ و به بانکی که بدین‌سان مأذون به تأیید اعتبار، مأذون به معامله کردن اعتبار یا مأذون به انجام عمل دیگری شده است، «بانک معرفی شده» یا «بانک تعیین شده»[[143]](#footnote-143) اطلاق می‌گردد. در حوزه‌ی حقوق اعتبارات اسنادی اصطلاح «بانک معرفی شده» در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در مقررات باب پنجم جدید کد متحد تجارت آمریکا، و هم‌چنین «یوسی پی 600» به مجموع بانک‌های ثانوی‌ای که در مرحله‌ی اجرای مفاد اعتبار از سوی گشاینده مأذون به انجام عملی شده‌اند، بانک معرفی شده عنوان داده شده است. در مقررات «آی اس پی 98» حتی از این نیز پای فراتر نهاده شده، و عموم بانک‌های ثانوی مأذون از جانب گشاینده جهت انجام امری، یعنی حتی بانک ابلاغ‌کننده که در مرحله‌ی تشکیل اعتبار به خدمت گرفته می‌شود، بانک معرفی شده خطاب شده است. معنای فوق، یعنی اطلاق بانک معرفی شده به کلیه‌ی بانک‌های ثانوی مأذون به انجام امری در مرحله‌ی اجرای مفاد اعتبار، یا مأذون به انجام امری در مرحله‌ی تشکیل یا اجرای مفاد اعتبار، معنای عام اصطلاح «بانک معرفی شده» است. تعریفی که شق (11) از بند (الف) ماده‌ی 102-5 باب پنجم جدید کد متحد تجارت آمریکا از اصطلاح «شخص معرفی شده» ارائه می‌دهد، اشاره به همین معنای عام اصطلاح مزبور دارد. شق (11) از بند (الف) ماده‌ی فوق از باب پنجم جدید کد متحد تجارت آمریکا در تعریف «شخص معرفی شده» بیان می‌دارد: ««شخص معرفی شده عبارت است از شخصی که او را گشاینده (یک) تعیین یا مأذون به پرداخت، قبول برات، معامله کردن اعتبار، یا دادن مالی به نحو دیگر مطابق اعتبار نموده است، و (دو) به موجب توافق یا مطابق عرف و عادت متعهد به بازپرداخت شده است».[[144]](#footnote-144) در مقابل، اصطلاح بانک معرفی شده در معنای خاص صرفاً به بانکی که جهت معامله نمودن اعتبار تعیین شده است، گفته می‌شود. تعریفی که «یوسی پی 600» در ماده‌ی 2 از اصطلاح «بانک معرفی شده» به دست می‌دهد، ناظر به همین معنای خاص است. مطابق تعریف ماده‌ی 2 «یوسی پی 600»: «**بانک معرفی شده** عبارت است از بانکی که اعتبار نزد آن در دسترس است، یا در مورد اعتباری که نزد هر بانکی قابل دسترسی است، عموم بانک‌ها، بانک معرفی شده می‌باشند».[[145]](#footnote-145) به هر روی، صرف تعیین بانکی جهت تأیید اعتبار، معامله نمودن اعتبار یا انجام عملی دیگر، موجد تعهدی بر دوش بانک معرفی شده نیست. ماده‌ی 12 «یوسی پی 600» که تحت عنوان «تعیین» بانک در این مجموعه مقررات دیده می‌شود، در بند (الف) به همین معنا تصریح می‌نماید: «الف. مگر در صورتی که بانک معرفی شده بانک تأییدکننده باشد، اذن به پرداخت یا اذن به معامله‌ی اعتبار هیچ تعهدی را بر آن بانک معرفی شده مبنی بر پرداخت یا معامله نمودن اعتبار نمی‌گذارد...».[[146]](#footnote-146) در بند (ب) از ماده‌ی 107-5 باب پنجم جدید آمریکا نیز همین حکم مذکور افتاده است. مطابق این بند: «ب. شخص معرفی شده‌ای که تأییدکننده‌ی اعتبار نباشد، متعهد به پرداخت یا دادن مالی به نحو دیگر در قبال ارائه‌ی اسناد نیست».[[147]](#footnote-147) اعتبار اسنادی قابل معامله از حیث بانکی که جهت معامله تعیین و معرفی می‌شود، به دو دسته قابل تقسیم است: یک. اعتبار اسنادی قابل معامله‌ی خاص، و ب. اعتبار اسنادی قابل معامله‌ی عام (اعتبار اسنادی‌ای که آزادانه قابل معامله است). اعتبار اسنادی قابل معامله‌ی خاص، اعتبار اسنادی‌ای است که تنها نزد بانک یا بانک‌های معینی که در اعتبار نام برده شده، قابل معامله است. در مقابل، اعتبار اسنادی قابل معامله‌ی عام (اعتبار اسنادی‌ای که آزادانه قابل معامله است)، اعتباری است که نزد هر بانکی در یک کشور معین یا در یک منطقه‌ی جغرافیایی معین یا در یک شهر معین، یا حتی نزد عموم بانک‌های جهان قابل معامله باشد.
2. امکان تحقق عمل حقوقی معامله‌ی اعتبار همواره مستلزم «تعیین» بانک یا بانک‌هایی برای این منظور نیست. توضیح این‌که معامله نمودن اعتبار ممکن است از سوی یکی از دو دسته از بانک‌های زیر انجام پذیرد: (1) بانک یا بانک‌های متعهد. گاه مفاد تعهد گشاینده و یا مفاد تعهد بانک تأییدکننده‌ی اعتبار آن است که ایشان متعهد به معامله نمودن اعتبار می‌شوند (تعهد به معامله‌ی اعتبار)؛ (2) بانک یا بانک‌های غیر متعهد. گاه عمل معامله‌ی اعتبار از سوی بانک‌هایی که تعهدی بر اساس اعتبار در مقابل ذینفع ندارند، به انجام می‌رسد. لازم به ذکر است که در مورد نخست، «تعیین» یا همان «تعریف» بانک به منظور معامله نمودن اعتبار معنا نمی‌یابد. تنها در فرض دوم، یعنی موردی که بانک غیر متعهد قرار است مبادرت به معامله نمودن اعتبار نماید، تعیین بانک یا بانک‌هایی لازم می‌نماید، و شرط است. بنابراین، به‌طور خلاصه می‌توان گفت معامله‌ی اعتبار لزوماً نیازمند «تعیین» بانک ثانوی برای انجام این عمل حقوقی نیست، و بانک گشاینده خود می‌تواند متعهد به معامله نمودن اعتبار گردد؛ کما این‌که عمل معامله نمودن اعتبار محدود به بانک ثانوی مأذون به معامله‌ی اعتبار (بانک معامله کننده) نیست، بلکه بانک تأییدکننده‌ی اعتبار نیز ممکن است متعهد به معامله‌ی اعتبار گردد. لذا، شرطیت «تعیین» بانک یا بانک‌هایی برای تحقق عمل حقوقی معامله‌ی اعتبار محدود به فرضی است که بانک ثانوی متعهد به معامله نمودن اعتبار نباشد، یا به عبارتی بانک تأییدکننده‌ای نباشد که ملتزم به معامله کردن اعتبار شده باشد. «تعیین» یا «تعریف» در مورد بانک گشاینده یا تأییدکننده‌ی اعتبار که ملتزم به معامله کردن اعتبار شده‌اند، مصداق نمی‌یابد. این‌که مفاد تعهد گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار ممکن است التزام به معامله نمودن اعتبار باشد، نکته‌ای است که صریحاً در شق (5) از بند (الف) ماده‌ی 7 «یوسی پی 600»، و شق (2) از بند (الف) ماده‌ی 8 «یوسی پی 600» که به ترتیب به بیان تعهد بانک گشاینده و تعهد بانک تأییدکننده‌ی اعتبار اختصاص یافته‌اند، مذکور افتاده است. بر این اساس، می‌توان گفت که امروزه در چارچوب مقررات «یوسی پی 600» اصطلاح «معامله نمودن اعتبار» در دو فرض مختلف به کار می‌رود: از یک سوی، اصطلاح معامله‌ی اعتبار بیان‌گر نوعی از تعهد است که از سوی بانک گشاینده و یا بانک تأییدکننده‌ی اعتبار داده می‌شود مبنی بر این‌که برات صادره عهده‌ی متقاضی یا بانک گشاینده‌ی اعتبار به ترتیب در مورد برات صادره عهده‌ی متقاضی توسط گشاینده و در مورد برات صادره به عهده‌ی گشاینده اعتبار، توسط تأییدکننده‌ی اعتبار مورد معامله قرار بگیرد. به ایفای این تعهد، معامله‌ی اعتبار گفته می‌شود. از سوی دیگر، اصطلاح معامله نمودن اعتبار ناظر به موردی است که بانک گشاینده‌ی بانک یا بانک‌هایی را «تعیین» می‌نماید، یعنی به آن بانک یا بانک‌ها اذن می‌دهد بروات یا اسناد مورد ارائه‌ی مطابق اعتبار را معامله می‌کنند، بی آن‌که این بانک یا بانک‌ها مأذون باشند در برابر ذینفع تعهد خود را بر تعهد گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار بیافزایند. در این‌جا، به انجام مفاد اذن از سوی بانک یا بانک‌های معرفی شده، «معامله نمودن اعتبار» می‌گوییم، و به بانک معرفی شده‌ای که به مفاد اذن عمل می‌کند، و مبادرت به معامله‌ی اعتبار می‌کند، «بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار» می‌گوییم. بین دو مفهوم فوق از اصطلاح «معامله‌ی اعتبار» تفاوت‌های مهمی وجود دارد: اولاً، در مورد نخست (معامله‌ی اعتبار از سوی بانک متعهد به معامله) صرف‌نظر از این‌که برات عهده‌ی خود بانک متعهد معامله‌کننده صادر شده باشد یا عهده شخصی غیر از او، معامله‌ی اعتبار قابل تحقق است. اما، بر عکس در مورد دوم (معامله‌ی اعتبار از سوی بانک مأذون به معامله‌ی اعتبار)، برات ممکن است به عهده‌ی بانک گشاینده، بانک تأییدکننده، متقاضی اعتبار یا شخص ثالثی صادر شده باشد، اما نباید برات عهده‌ی بانک معامله‌کننده صادر گشته باشد که در این صورت بر عمل بانک مزبور معامله‌ی اعتبار صدق نخواهد کرد، و چنین بانکی، «بانک معامله کننده» نخواهد بود، بلکه عمل مزبور «پرداخت برات از سوی محال‌علیه برات» بوده که پرداختی نهایی است، و به چنین بانکی نیز «بانک پرداخت کننده»[[148]](#footnote-148)
3. اطلاق می‌گردد، نه «بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار»[[149]](#footnote-149)؛ ثانیاً، چنان‌که در بحث از آثار معامله‌ی اعتبار خواهیم دید، معامله‌ی اعتبار از سوی بانک متعهد به معامله‌ی اعتبار، «معامله‌ی اعتبار بدون حق رجوع» است؛ چرا که بانک متعهد به معامله‌ی اعتبار در واقع با معامله‌ی اعتبار تعهد خویش را «ایفاء» می‌کند، و اصل بر نهایی بودن و عدم قابلیت استرداد وجه پرداختی از سوی بانک متعهد است. حال آن‌که در صورت معامله‌ی اعتبار از سوی بانک ثانوی مأذون به معامله‌ی اعتبار، معامله‌ی اعتبار با حق رجوع» خواهد بود.
4. شرط لزوم تعیین بانک یا بانک‌هایی جهت معامله‌ی اعتبار جهت معامله‌ی اعتبار برای تحقق عنوان معامله‌ی اعتبار یکی دیگر از تفاوت‌های موجود میان معامله‌ی برات به مفهوم مورد مطالعه در حقوق اسناد تجاری، و معامله نمودن اعتبار اسنادی در مفهوم مطرح در حقوق اعتبارات اسنادی می‌باشد. در حقوق اسناد براتی، هر شخصی که برات «به حواله کرد» او صادر شده، یا برات ظهرنویسی و به او تسلیم شده، یا هر شخصی که متصرف برات در وجه حامل باشد، می‌تواند برات را مورد معامله قرار دهد. در حوزه‌ی حقوق اسناد تجاری شرط نیست که به منظور امکان معامله‌ی برات قبلاً شخص یا اشخاصی برای انجام این امر «تعیین» و «معرفی» شده باشد (باشند). به علاوه، در حقوق اسناد تجاری این دارنده‌ی سند است که معامله‌کننده‌ی سند می‌باشد؛ یعنی معامله‌ی برات فعلِ دارنده‌ی سند است. بر عکس، در حقوق اعتبارات اسنادی گذشته از آن‌که برای امکان تحقق عمل حقوقی معامله‌ی اعتبار تعیین بانکی برای این امر شرط است، و در صورت فقدان «تعیین» معامله نمودن اعتبار امکان پذیر نیست، معامله نمودن اعتبار فعلِ بانک معرفی شده است، نه فعلِ ذینفع اعتبار یا صادرکننده‌ی برات. صرف تعیین بانکی برای معامله‌ی اعتبار، بانک تعیین شده را ملزم به خرید اعتبار نمی‌سازد، بلکه قصد انشای بانک معرفی شده نقش سازنده دارد، هر چند خرید اعتبار متعاقب پیشنهاد ذینفع اعتبار از سوی بانک معرفی شده به انجام می‌رسد. به هر روی، چنان‌چه بانکی جهت معامله‌ی اعتبار در اعتبارنامه تعیین نشده باشد، معامله‌ی اعتبار قابل تحقق نیست ولو آن‌که برات صادره در سازوکار اعتبار اسنادی به واقع «به حواله کرد» ذینفع صادر شده باشد از نظر حقوقی (به مفهوم مطرح در حقوق اسناد تجاری) مورد معامله و انتقال به شخص دیگری قرار گیرد. خلاصه‌ی کلام این‌که، در حقوق و رویه‌ی اعتبارات اسنادی معامله‌ی اعتبار محدود است به بانک یا بانک‌هایی که برای انجام این عمل تعیین و معرفی شده‌اند. معامله‌ی برات صادره در سازوکار اعتبار اسنادی مطابق حقوق اسناد تجاری تشکیل‌دهنده‌ی معامله‌ی اعتبار نیست، مگر این‌که منتقل‌الیه برات، بانک معرفی شده برای معامله‌ی اعتبار باشد.[[150]](#footnote-150)

**ج - لزوم پرداخت قیمت خرید از سوی معامله‌کننده‌ی اعتبار، یا تعهد به پرداخت قیمت خرید و پرداخت قیمت حداکثر تا تاریخی که بازپرداخت از سوی معامله‌کننده قابل مطالبه است.**

1. همین که بانک معرفی شده جهت معامله‌ی اعتبار مبادرت به معامله‌ی اعتبار نمود، مشروط به این‌که قیمت خرید را پرداخت یا تعهد به پرداخت آن نمود و حداکثر تا تاریخی که بازپرداخت قابل مطالبه است، قیمت خرید را پرداخت، دیگر «بانک معامله‌کننده‌‌ی اعتبار» نامیده می‌شود. در حالی که در خرید و فروش سایر اموال و حقوق، لزوم پرداخت قیمت خرید (تأدیه‌ی ثمن) از تعهدات ناشی از قرارداد بیع می‌باشد، در مورد خرید (معامله) اعتبار لزوم پرداخت قیمت خرید جزو ارکان مقوِّم عمل حقوقی معامله‌ی اعتبار اسنادی است، چندان که بدون پرداخت قیمت خرید یا تعهد به پرداخت و انجام پرداخت حداکثر تا تاریخی که بازپرداخت از سوی بانک معامله‌کننده قابل مطالبه است، عمل حقوقی معامله‌ی اعتبار محقق نشده است. در حقیقت، چنان‌که در بحث از آثار معامله‌ی اعتبار خواهیم دید، معامله نمودن اعتبار سبب آن است که معامله‌کننده‌ی اعتبار در زمره‌ی اشخاص مصون در برابر ایراد تقلب شمرده شود. هم‌چنان که در حقوق اسناد تجاری گفته می‌شود به منظور اتصاف شخص به «دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت» و بهره‌مندی وی از «اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات» باید سند در برابر دادن مالی (ارزشی) به وی منتقل شده باشد، در حقوق اعتبارات اسنادی نیز به درستی پذیرفته شده است که معامله‌کننده‌ی اعتبار در صورتی مستحق بهره‌مندی از امتیاز فوق (مصونیت در برابر ایراد تقلب) می‌باشد که قیمت خرید را پرداخته باشد. چه عملی دادن ارزش اعتبار از سوی بانک معرفی شده محسوب می‌شود؟ با توجه به اهمیت تشخیص این امر در توصیف بانک معرفی شده به‌عنوان بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار، مقررات «یوسی پی 600» می‌کوشد حدود و ثغور عملی را که می‌توان دادن ارزش اعتبار از سوی بانک معرفی شده به ذینفع اعتبار توصیف کرد، مشخص و روشن سازد. ممکن است کل مبلغ اعتبار خریداری شود یا تنها بخشی از آن خریداری گردد. خریدار اعتبار (معامله‌کننده‌ی اعتبار) ممکن است پرداخت ثمن معامله را از طریق گشایش اعتبار اسنادی وثیقه‌ای (اعتبار اسنادی پشت به پشت) به انجام رساند. بنابراین، می‌توان تصور کرد که بانک معرفی شده جهت معامله‌ی اعتبار در مقام پرداخت ثمن معامله‌ی اعتبار، بنا به درخواست ذینفع اعتبار، اعتبار اسنادی دیگری را به تقاضای ذینفع اعتبار اسنادی مورد معامله به نفع فروشنده‌ی دست ماقبل که کالا را به ذینفع اعتبار فروخته، بگشاید. به منظور تحقق معامله‌ی اعتبار از این طریق، پرداخت وجه اعتبار اسنادی دوم باید مقدم بر آخرین تاریخی باشد که بازپرداخت اعتبار مورد معامله از سوی بانک معرفی شده جهت معامله‌ی اعتبار می‌تواند درخواست گردد. هم‌چنان که در حقوق اسناد تجاری دادن ارزش در قبال تحصیل سند تجاری، شرط تحقق مفهوم «معامله‌ی سند تجاری» و تعلق عنوان «دارنده‌ی ثالث با حسن‌نیت سند تجاری» است، در حقوق اعتبارات اسنادی نیز دادن ارزش شرط تحقق عنوان معامله‌ی اعتبار است. بانک معرفی شده برای معامله‌ی اعتبار باید ارزش اعتبار را به ذینفع داده باشد تا تبدیل به بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار گردد. زمان دادن این ارزش باید قبل از تاریخی باشد که مبلغ اعتبار به بانک معرفی شده قابل بازپرداخت است. به دیگر سخن، چنان‌چه بانک معرفی شده در برابر ذینفع متعهد شده باشد پس از آن‌که وجه اعتبار را از گشاینده دریافت داشت، آن را به ذینفع خواهد داد، معامله‌ی اعتبار رخ نداده، و بالمال میلغ اعتبار هم‌چنان جزو دارایی ذینفع اعتبار است نه جزو دارایی بانک معرفی شده. در «یوسی پی 600» این‌که اعتبار به چه مبلغی معامله (خریداری) شود به اراده‌ی متعاملین (ذینفع اعتبار و معامله‌کننده‌ی اعتبار) وانهاده شده است (جریان اصل آزادی قراردادی). چنان‌چه اعتبار مورد معامله از نوع اعتبار اسنادی مؤجّل باشد، بدیهی است با توجه به ارزش زمانی پول، بانک معامله‌کننده با کسر مبلغی از اعتبار (تنزیل) آن را خریداری خواهد کرد. البته در فرض معامله‌ی اعتبار اسنادی مؤجّل نیز بانک معامله‌کننده ممکن است با معامله‌ی اعتبار متعهد گردد که در سررسید قیمت اعتبار را به ذینفع بپردازد. در این صورت، می‌توان انتظار داشت که اعتبار با تنزیل مبلغ خریداری نشود، بلکه بانک معامله‌کننده بابت معامله‌ی اعتبار از ذینفع تنها کارمزد دریافت دارد. اعتبار ممکن است به هر مبلغی خریداری شود، و زمان تأدیه‌ی ثمن معامله نیز هر زمان تا پیش از سررسید تعهد به بازپرداخت بانک متعهد در برابر بانک معرفی شده می‌تواند تعیین شود. بنابراین، تعیین قیمت و تعیین زمان پرداخت قیمت خرید با رعایت محدوده‌ی زمانی فوق‌الذکر به اراده‌ی متعاملین وانهاده شده است. چنان‌چه بانک معرفی شده اعتبار را خریداری کرده باشد، ولی میان ذینفع اعتبار و خریدار اعتبار مقرر شده باشد ثمن خرید پس از دریافت بازپرداخت اعتبار صورت گیرد، معامله‌ی اعتبار به معنای مصطلح در حقوق اعتبارات اسنادی محقق نشده است، بلکه چنین خریدی از نوع «واگذاری مدنی مالکیت طلب اعتبار» شمرده خواهد شد که آثاری متفاوت با معامله‌ی اعتبار دارد.

**د. عدم صدور برات عهده‌ی بانک معرفی شده‌ای که مبادرت به معامله‌ی اعتبار می‌نماید.**

1. پیش از این دیدیم که معامله‌ی اعتبار ممکن است از سوی بانک متعهد به معامله‌ی اعتبار (بانک گشاینده و یا بانک تأییدکننده‌‌ی اعتبار) صورت پذیرد، یا آن‌که بانک مأذون به معامله مبادرت به معامله‌ی اعتبار نماید. در موردی که بانک متعهد به معامله‌ی اعتبار، اعتبار را معامله می‌کند منعی وجود ندارد که برات به‌ عهده‌ی همان بانک متعهد به معامله صادر شده باشد یا عهده‌ی بانک دیگری. این نوع معامله‌ی اعتبار، در حقیقت ایفای تعهدی است که بانک مزبور پیش‌تر به عهده گرفته است. بر عکس، در فرضی که بانکی مأذون به معامله‌ی اعتبار اقدام به حرید اعتبار می‌کند، چنان‌چه برات به عهده‌ی همان بانک صادر شده باشد، معامله‌ی اعتبار صدق نمی‌کند. چنین بانکی در حقیقت بانک محال‌علیه برات محسوب می‌شود که مطابق حقوق اسناد تجاری متعهد اصلی سندی که قبول کرده محسوب می‌شود، و لذا در صورت پرداخت مبلغ برات تعهد ناشی از قبول برات را ایفاء می‌کند، و «بانک پرداخت کننده» نامیده می‌شود، نه بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار.

**قسمت سوم: آثار معامله‌ی اعتبار**

1. معامله‌ی اعتبار دو اثر مهم را در پی دارد که یکی جنبه‌ی سلبی و دیگری جنبه‌ی ایجابی دارد: از حیث سلبی، معامله‌ی اعتبار سبب سقوط (مستقر یا متزلزل) تعهد گشاینده و یا تأییدکننده در برابر ذینفع اعتبار می‌گردد. با این حال، باید دانست که معامله‌ی اعتبار موجب انحلال رابطه‌ی اعتبار اسنادی به‌طور کلی نیست. از حیث جنبه‌ی ایجابی، معامله‌ی اعتبار سبب تنجز تعهد گشاینده در برابر بانک معرفی شده که اینک با معامله‌ی اعتبار با عنوان بانک معامله‌کننده نامیده می‌شود، می‌گردد. به دیگر سخن، با معامله‌ی اعتبار، تعهد بانک گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر ذینفع اصلی اعتبار به نحو مستقر (در صورت معامله‌ی اعتبار بدون حق رجوع) یا به نحو متزلزل (در صورت معامله‌ی اعتبار با حق رجوع) ساقط می‌شود، و ذمه‌ی بانک گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر معامله‌کننده‌ی اعتبار مشغول می‌گردد. در حقیقت، بانک معرفی شده‌ای که مأذون به معامله‌ی اعتبار است، از همان آغاز متعهدله دوم (ذینفع دوم) اعتبار اسنادی قابل معامله است، و گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار به نحو معلق در برابر او خویشتن را بر اساس اعتبار متعهد ساخته‌اند؛ معلق‌علیه تعهد گشاینده و تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر شخص معرفی شده‌ای که مأذون به معامله‌ی چنین اعتباری است، اولاً، معامله‌ی اعتبار مطابق اذنی که به او داده شده، و ثانیاً ارائه‌ی اسناد منطبق با مفاد اعتبار می‌باشد. معامله‌کننده‌ی اعتبار قائم مقام ذینفع اولی اعتبار در مراجعه به گشاینده یا تأییدکننده‌ی اعتبار نمی‌شود، بلکه حق او در برابر گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار حقی مستقل و اصلی است؛ گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار از همان آغاز به نحو مستقیم و مستقل در برابر او خویشتن را به نحو معلق متعهد ساخته‌اند. لذا، به علت عدم جریان نظریه‌ی قائم‌مقامی در مورد معامله‌کننده‌ی اعتبار، با وجود آن‌که ممکن است ایراد تقلب در برابر خود ذینفع قابل استناد باشد، این ایراد در برابر معامله‌کننده‌ی اعتبار قابل استناد نخواهد بود، و در حقیقت بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار در زمره‌ی اشخاصی است که در برابر ایراد تقلب مصون است. به هر تقدیر، ماحصل کلام آن است که معامله‌ی اعتبار و حقوق معامله‌کننده‌ی اعتبار مبتنی بر نظریه‌ی قائم‌مقامی در انتقال مالکیت طلب ناشی از اعتبار نیست. به تعبیر موجز، معامله‌کننده‌ی اعتبار قائم‌مقام ذینفع اصلی اعتبار نیست، بلکه حقوقی مستقل از او دارد. نتیجه این تحلیل آن است که ایرادی که گشاینده می‌توانست در برابر ذینفع مورد استناد قرار دهد، نمی‌تواند در برابر معامله‌کننده‌ی اعتبار آن ایراد را مورد استناد قرار بدهد.[[151]](#footnote-151)
2. پرسشی که در این‌جا قابل طرح به نظر می‌رسد آن است که آیا چنان‌چه بانک معامله‌کننده موفق به دریافت مبلغ اعتبار از بانک گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار نگردد، حق خواهد داشت به ذینفع اعتبار که اسناد را نزد این بانک معامله کرده، رجوع نماید؟ پاسخ این پرسش وابسته بدان است که معامله‌ی اعتبار با حفظ حق رجوع یا بدون حفظ این حق انجام پذیرفته باشد. معامله‌ی اعتبار ممکن است توأم با حفظ حق رجوع (در صورت عدم پرداخت مبلغ اعتبار به بانک معامله کننده) یا بدون حفظ حق رجوع باشد. معامله‌ی اعتبار از حیث قابلیت رجوع به ذینفع از سوی معامله‌کننده به دو نوع تقسیم می‌شود: (یک) معامله‌ی اعتبار ممکن است با حفظ حق رجوع («معامله با حق رجوع)[[152]](#footnote-152) ، یا (دو) بدون حفظ حق رجوع («معامله‌ی بدون حق رجوع»)[[153]](#footnote-153) باشد. در فرضی که معامله‌ی اعتبار با حفظ حق رجوع صورت می‌گیرد، چنان‌چه به هر دلیلی معامله‌کننده‌ی اعتبار نتواند وجه اعتبار را از گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار دریافت نماید، حق خواهد داشت برای فسخ معامله‌ی اعتبار و بازپس گرفتن مبلغ پرداختی به ذینفع مراجعه نماید. بنابراین، می‌توان گفت معامله‌ی اعتبار با حفظ حق رجوع، سبب سقوط تعهد گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر ذینفع اعتبار به نحو متزلزل می‌شود، چندان که اگر معامله‌کننده معامله‌ی اعتبار را فسخ نماید، و برای استرداد وجه پرداختی به ذینفع رجوع کند، و وجه پرداختی را بازپس بگیرد، دوباره ذمه‌ی گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر ذینفع بر اساس رابطه‌ی اعتبار اسنادی مشغول می‌گردد. در مقابل، در فرض معامله‌ی اعتبار بدون حق رجوع، خطر عدم موفقیت در دریافت مبلغ اعتبار توسط بانک معامله‌کننده از بانک گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار را خود بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار بر دوش می‌کشد. لذا، معامله‌ی اعتبار بدون حق رجوع سبب سقوط مستقر تعهد گشاینده و یا تأییدکننده‌ی اعتبار در برابر ذینفع اعتبار است. اگر معامله‌ی اعتبار را به‌عنوان بیع حقوق ذینفع به معامله‌کننده توصیف کنیم، «معامله‌ی اعتبار با حق رجوع» به منزله‌ی بیعی می‌باشد که در آن به نفع خریدار (معامله‌کننده‌ی اعتبار)، حق فسخی درج شده است.
3. هنگامی که مطالبه‌ی وجه اعتبار اسنادی قابل معامله، با صدور برات صورت می‌گیرد، برات مزبور ممکن است به حواله کرد خود براتکش (ذینفع اعتبار/بایع) صادر شود. در این صورت، ذینفع اعتبار هم به‌عنوان صادرکننده‌ی برات و هم به‌عنوان دارنده‌ی برات به شمار خواهد آمد، و به هنگام پرداخت وجه اعتبار برات موردنظر، توسط ذینفع اعتبار به نفع بانکی که پرداخت را صورت می‌دهد، ظهرنویسی و به همراه سایر اسناد حمل به آن بانک تسلیم خواهد شد. برعکس، ممکن است ذینفع اعتبار (بایع) برات را در وجه حامل یا به حواله کرد بانکی صادر نماید که مبلغ اعتبار قابل معامله را می‌پردازد. در این صورت، هم‌زمان با پرداخت وجه اعتبار، برات مزبور به همراه سایر اسناد حمل به بانک تسلیم خواهد شد. در فرضی که برای مطالبه و پرداخت وجه اعتبار اسنادی از برات استفاده می‌گردد، این پرسش قابل طرح به نظر می‌رسد که آیا چنان‌چه بانک معامله‌کننده‌ی اعتبار (درانده برات معامله شده) در دریافت وجه اعتبار از بانک تأییدکننده یا بانک گشاینده، حسب مورد،، ناکام ماند بانک مزبور حق دارد در مقام دارنده‌ی برات به براتکش (ذینفع اعتبار) یا ظهرنویس (ظهرنویس‌های) ماقبل خود مراجعه کند؟ قاعده‌ عمومی حاکم بر اسناد تجاری آن است که هر دارنده‌ی سند تجاری، جز در صورتی که حق رجوع به صادرکننده یا ظهرنویس‌های ماقبل را از خود سلب کرده باشد، حق دارد در صورت عدم پرداخت وجه سند توسط محال‌علیه، پس از انجام واخواست عدم تأدیه تا مهلت معینی جهت مطالبه وجه سند تجاری به صادرکننده یا ظهرنویس (ظهرنویس‌های) ماقبل خود مراجعه نماید. با این حال، اعمال این قاعده‌ی عمومی در مورد رجوع براتی به ذینفع اعتبار وابسته به آن است که اعتبار به نحو قابل رجوع معامله شده باشد یا به نحو غیر قابل رجوع. معامله‌کننده‌ی اعتبار، تنها در صورتی که معامله با حفظ حق رجوع بوده باشد، حق رجوع براتی به ذینفع اعتبار (انتقال دهنده‌ی برات به بانک معامله کننده) را دارا خواهد بود.

**ب- ماهیت حقوقی معامله کردن اعتبار**

1. عمل حقوقی «معامله‌ی اعتبار» را می‌توان «خرید اسناد و حقوق مرتبط با اعتبار» دانست.[[154]](#footnote-154) البته، خریدی که باعث می‌شود خریدار (معامله‌کننده‌ی اعتبار) حقوقی بیش از فروشنده (ذینفع اعتبار) تحصیل می‌کند چندان‌که تحت وجود شرایطی ایراد تقلب با آن‌که اگر ذینفع به مطالبه می‌پرداخت، در برابر او قابل استناد بود، اینک در برابر خریدار (معامله‌کننده‌ی اعتبار) قابل استناد نیست. هم‌چنین، در اثر خریداری این اسناد، معامله‌کننده تعهداتی را که ذینفع در مورد تضمین عیوب پنهانی اسناد به عهده‌ی ذینفع است، به عهده نمی‌گیرد. معامله‌کننده‌ی اعتبار، بنا به این تعبیر، در این تضمینات قائم‌مقام ذینفع اعتبار نمی‌گردد. اگر معامله‌ی اعتبار به‌عنوان خرید اسنادی که ذینفع ارائه می‌دهد، بازتعبیر می‌شود، این نه از آن جهت است که اسناد مورد ارائه خود موضوعیت و مالیت یافته‌اند، بلکه از آن روی است که این اسناد نماینده‌ی حقوقی می‌باشند که ذینفع بر اساس قراردادهای منجر به صدور آن اسناد، در برابر صادرکننده‌ی آن اسناد (بیمه‌گر، متصدی حمل و غیره)، دارا می‌باشد. لذا، می‌توان گفت معامله‌ی اعتبار گذشته از آن‌که معامله‌کننده‌ی اعتبار را به نحو قطعی متعهدله تعهدی می‌سازد که گشاینده و یا تأییدکننده در برابر شخص معرفی شده (معامله کننده) به‌عنوان ذینفع دوم اعتبار به عهده گرفته است، افزون بر این، در اثر معامله‌ی اعتبار حقوقی که بر اساس قراردادهای حمل و نقل، بیع، بیمه و غیره ذینفع اعتبار دارا شده، و اسناد حمل دلیل آن حقوق است، به معامله‌کننده‌ی اعتبار (خریدار اسناد) انتقال می‌یابد، بی‌آن‌که مسئولیت‌ها و تعهدات ناشی از قراردادهای حمل، بیمه، بیع و غیره به بانک معامله‌کننده‌ی اسناد انتقال یابد، و بر دوش بانک معامله‌کننده‌ی اسناد بیافتد. این اثر که معمولاً محل اعتنای معامله‌کننده‌ی اعتبار نیست، تنها در مورد اعتبارات اسنادی تجاری که اسناد حمل در آن ارائه می‌شود، قابل تصور است. لیکن، از آنجا که در مورد اعتبارات اسنادی تضمینی، اسناد ارائه شده حقوقی را نمایندگی نمی‌کنند، ترتب چنین اثری نیز متصور نیست. به هر روی، به‌طور خلاصه باید گفت که معامله‌ی اعتبار را در حقیقت می‌توان خرید طلب به همراه اسناد مرتبط با آن طلب در قالب عمل حقوقی ویژه‌ای که «معامله‌ی اعتبار» نامیده می‌شود، و دارای آثار و احکام ویژه‌ای است، توصیف نمود. عمل حقوقی‌ای که با خرید عادی طلب که اصطلاحاً واگذاری طلب اعتبار نامیده می‌شود، هم از حیث شرایط انعقاد و هم از حیث آثار تفاوت‌های اساسی دارد. به دیگر سخن، معامله‌ی اعتبار طریق تجاری واگذاری طلب ناشی از اعتبار به دیگری، و «واگذاری مالکیت طلب اعتبار» طریق مدنی (عادی و عمومی) واگذاری این طلب است. با توجه به عام بودن طریق دوم، نیازی به تصریح به قابلیت واگذاری طلب اعتبار در اعتبارنامه یا قرارداد گشایش اعتبار نیست؛ اما، بر عکس از آن‌جا که معامله‌ی اعتبار طریق خاص واگذاری طلب ناشی از اعتبار است، وجود این قابلیت همواره نیازمند تصریح در خود اعتبار می‌باشد. بنابراین، باید گفت که معامله‌ی اعتبار عبارت است از خرید اعتبار بر اساس اذن سابقی که گشاینده‌ی اعتبار داده است توسط شخص معرفی شده. این خرید در حقیقت، خرید طلب ناشی از اعتبار است، و ممکن است به همان مبلغ واقعی اعتبار یا با کسر مبلغی از آن صورت گیرد که در فرض اخیر اصطلاحاً «تنزیل» نامیده می‌شود. از آن‌جا که خرید طلب اعتبار توأم با انتقال اسناد به خریدار انجام می‌پذیرد، گاه از خرید اعتبار به‌عنوان «خرید اسناد» نیز یاد می‌شود. روشن است که هر خریدی متضمن تعهد به پرداخت ثمن است. در مقررات موجود در زمینه‌ی اعتبار اسنادی از تعهد به پرداخت ثمن این خرید، اصطلاحاً «دادن ارزش اعتبار» اطلاق شده است. دادن ارزش اعتبار ممکن است به شکل حال (نقد) یا موجل (تعهد به دادن ارزش) دیده شود. خرید و فروش طلب اعتبار، حتی در صورتی که گشاینده اذن به معامله‌ی (خرید تجاری) اعتبار را نداده است، نیز امکان‌پذیر است، لیکن در این صورت خرید به‌عنوان «خرید عادی طلب اعتبار» توصیف شده، و چنین خریداری فاقد حمایت‌هایی خواهد بود که در حقوق اعتبارات اسنادی در فرض «معامله‌ی اعتبار» یعنی «خرید تجاری طلب اعتبار» مورد اجرا می‌باشد. هر گاه خرید طلب اعتبار توسط غیر از شخص معرفی شده انجام گیرد، خرید مدنی (واگذاری مدنی طلب) رخ داده است. النهایه، چنان‌که بارها گفته‌ایم، برای معامله‌ی اعتبار ضرورتاً وجود برات شرط نیست، بلکه طلب اعتباری نیز که در قالب برات نیامده است، نیز قابل معامله است، و این یکی از ضوابطی است که «معامله‌ی اعتبار» را از «معامله‌ی اسناد تجاری» جدا می‌سازد.

نتیجه‌گیری

1. انتقال‌پذیری حق، امتیازی است که از سرشت حق مایه می‌گیرد، و صفت ممیّزه‌ي «حق» از «حکم» است. حقوق دینی (حق بر طلب) نیز به‌عنوان قسمی از حقوق مالی از این امتیاز بی‌بهره نیست، اگر چه در گذشته در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی – هم‌چون نظام حقوقی کامن‌لا - حق دینی، حقی قائم به شخص تلقی می‌شده، و در امکان انتقال آن محدودیت‌هایی وجود داشته است. قاعده‌ي عمومی در انتقال حقوق، اعم از حقوق عینی یا حقوق دینی، آن است که منتقل‌إلیه حقوقی در حد حقوق انتقال‌دهنده‌ي حق تحصیل می‌کند، نه کمتر از او و نه بیش از او. این قاعده که در تمام نظام‌های سرشناس پذیرفته شده، و ریشه در منطق دارد بدین‌گونه نیز باز تعبیر می‌شود که «هیچ‌کس نمی‌تواند بیش از آن‌چه دارا است، به دیگری انتقال دهد». منطق حکم می‌کند که «معطی شیء فاقد شیء نیست». مقتضای این قاعده در انتقال یا توثیق مطالبات آن است که طلب با جمیع عیوب و ایرادات و عوارض آن به طلب‌کار جدید انتقال می‌یابد (یا نزد او وثیقه قرار می‌گیرد). در نتیجه، بدهکار می‌تواند در مقابل منتقل‌إلیه (طلب‌کار جدید) به تمام عیوب و ایراداتی که می‌توانست در مقابل طلب‌کار یا طلب‌کاران سابق استناد نماید، پس از انتقال طلب هم‌چنان در برابر طلب‌کار جدید نیز به آن عیوب و ایرادات استناد جوید. وجود این اثر برای «واگذاری مدنی طلب»، یعنی واگذاری طلب بر اساس قواعد عمومی، از رغبت بازار برای «خرید دین» یا به وثیقه پذیرفتن طلب جهت دادن وام یا اعطای اعتبار می‌کاهد. به دیگر سخن می‌توان گفت این قاعده و مقتضای آن، به رغم ظاهر منطقی و فریبنده‌اش، یکی از بزرگ‌ترین موانع بر سر راه «روش‌های تأمین مالی مبتنی بر انتقال یا توثیق مطالبات» به شمار می‌رود. اگر بپذیریم که «علم اقتصاد منطق حقوق تجارت است»، و اگر بپذیریم که افزودن بر حجم کیک ثروت جامعه ارزشی فائق در این شاخه از حقوق است، ارزشی که از آن با نام «کارایی اقتصادی» یاد می‌شود، و در قلمرو حقوق تجارت بسیاری از ارزش‌های دیگر به پای آن قربانی می‌گردد، دست‌کم در حوزه‌ي حقوق تجارت باید در پی تغییر قاعده‌ي فوق بود. این همان راهی است که حقوق تجارت سال‌ها است آن را پیموده است. عمل حقوقی Negotiation که در زبان فارسی دانش‌واژه‌های «معامله» یا «دادوستد» ترجمان آن است، نهادی است که برای خنثی کردن آثار نامطلوب قاعده فوق در حقوق تجارت اندیشیده شده است. خاستگاه اولیه‌ی عمل حقوقی «معامله» یا «دادوستد»، حقوق اسناد تجاری (حقوق ناظر به برات و سفته و چک) است؛ ولی این مفهوم به آن شاخه از حقوق تجارت محدود نماید، بلکه در سایر شاخه‌های حقوق تجارت هم‌چون حقوق اوراق بهادار (حقوق ناظر به اوراق سهام، اوراق قرضه، اوراق مشارکت، و غیره) نیز می‌توان رد پای آن را جست. از میان نظام‌های حقوقی صاحب نام، حقوق تجارت آمریکا بیش از هر نظام حقوقی دیگری مفهوم مورد اشاره را به کار گرفته، و در توسعه‌ي دایره‌‌ي آن کوشیده است چندان که در این نظام حقوقی، بر خلاف حقوق دیگر کشورها، انتقال اسناد بازرگانی معرف مالکیت کالا (شامل بارنامه و دستور تحویل کشتی و قبض انبار) از طریق «معامله» صورت می‌پذیرد. به رغم تفاوت در کاربردهایی که این اصطلاح در شاخه‌های مختلف حقوق تجارت یافته، جوهر واحدی در این کاربردهای گونه‌گون دیده می‌شود که به سان ریسمان تسبیحی این دانه‌های پراکنده را به یکدیگر پیوند می‌دهد. عمل حقوقی «معامله» در این معنای مشترک اشاره به انتقال حق عاری از عیوب و ایراداتی دارد که در ذیحقی ید یا ایادی سابق وجود داشته است. در واقع، حقوق تجارت با کاربست این نهاد می‌کوشد منافع متصرف با حسن‌نیت یک سند تجاری را که به اعتماد ظاهر حال و با حسن‌نیت و در اثر جهل به واقع مالی را در قبال گرفتن سند تجاری از کف داده، بر منافع دارنده‌ی واقعی آن سند مقدم دارد. در اثر اعمال این مفهوم حتی ممکن است سارق یا غاصب یک سند تجاری، مالکیتی معتبر به منتقل‌إلیه آن سند اعطاء نماید! با توجه به آثار ناعادلانه‌ای که گاه اجرای این مفهوم در پی دارد، نظام‌های حقوقی کوشیده‌اند شرایط تحقق عمل حقوقی «معامله» را به نحو دقیق احصاء نمایند تا بدین‌سان منتقل‌الیهی را که مستحق چنین حمایتی است از منتقل‌الیه غیر مستحق قابل تمییز سازند. حقوق اعتبارات اسنادی یکی از شاخه‌های حقوق تجارت است که مفهوم «معامله» بدان راه یافته است. اعتبار اسنادی (اعتبارنامه) اساساً یک سند قابل معامله شمرده نمی‌شود؛ و برای اهداف اقتصادی‌ای غیر از اهدافی که در پیدایش اسناد تجاری مراد بوده، طراحی شده است. بر خلاف اسناد قابل معامله که معرّف تعهدی منجّز (بی‌قید و شرط) به پرداخت مبلغی پول می‌باشد، اعتبار اسنادی همواره معرّف تعهدی معلّق به پرداخت است (وصف تعلیقی اعتبار اسنادی در برابر وصف تنجیزی اسناد قابل معامله). به عبارت دیگر، در اعتبار اسنادی (تجاری) امکان مطالبه‌ي وجه از بانک متعهد همواره در پیوند با انجام تعهدات موضوع قرارداد پایه است، هر چند احراز انجام این تعهدات از طریق بررسی اسناد مورد ارائه صورت می‌پذیرد نه با تحقیق در وقایع خارجی مذکور در اسناد (یعنی اعتبار اسنادی اسناد محور است نه واقعیت محور). وجود این تعلیق در این سازوکار پرداخت اعتبار اسنادی، مانع معامله‌پذیری اعتبار اسنادی با آن سهولت و سادگی‌ای است که در اسناد قابل معامله دیده می‌شود. وانگهی، در مورد اسناد قابل معامله تمام حقوق دارنده‌ي سند در خود سند تجلی یافته، و به عبارتی «حقوق دارنده‌ي سند تجاری از خود سند ناشی می‌شود». لذا، سند تجاری خود موضوعیت و مالیت یافته، و خود سند به‌عنوان یک مال انتقال می‌یابد. بر عکس، ورقه‌ی اعتبارنامه خود فی‌نفسه ارزش مالی ندارد و مال محسوب نمی‌شود. در اعتبار اسنادی (به جز موردی که اعتبار مطابق شرایطی که در انتقال اعتبار باید مطالعه شود، انتقال یابد یا موردی که اعتبار معامله گردد) ارائه‌ی اسناد تنها از سوی خود ذینفع باید صورت گیرد؛ چرا که ارائه اسناد معرف اجرای معامله‌ی دیگری است که همانا معامله‏‌ی پایه است، معامله‌ای که اجرای آن از تعهدات او است. لذا، ارائه‌ی اسناد و اعتبارنامه از سوی هر شخص دیگری ولو آن‌که مالکیت طلب اعتبار به طریق مدنی به آن شخص منتقل شده باشد، به‌عنوان ارائه از سوی وکیل ذینفع به حساب می‌آید. وانگهی، از آن‌جا که هدف از پیدایش اسناد قابل معامله استفاده از آن‌ها به جای پول نقد در بازار بوده است، تمام تکنیک‌های حقوقی در این عرصه از حقوق به سهولت نقل و انتقال و دادوستد این اسناد توجه دارند. در مقابل، اعتبار اسنادی برای جلوگیری از فرصت‌طلبی در معاملات و امکان اجرای هم‌زمان تعهدات متقابل در معاملات بین اشخاصی که شناخت کافی از یکدیگر ندارند، پدیدار گشته است. لذا، حقوق نیازی ندیده است که تکنیک‌هایی را فراهم آورد تا نقل و انتقال خود اعتبار، یا دادوستد طلب ناشی از اعتبار همانند حقوق اسناد تجاری سهل و ساده باشد. بر خلاف حقوق اسناد تجاری که اصل بر قابلیت معامله‌ی سند است، مگر این‌که عبارتی صریح در سند مبنی بر عدم قابلیت معامله آورده شود، یا با خط زدن عبارت «به حواله کرد» این اراده نشان داده شود، در حقوق اعتبارات اسنادی اصل بر عدم قابلیت معامله‌ی اعتبار است، و از آن‌جا که اعتبار اسنادی قابل معامله استثناء است، اراده‌ی گشایش چنین اعتباری باید مورد تصریح قرار گیرد. به علاوه، در حقوق اعتبارات اسنادی بر خلاف حقوق اسناد تجاری برای امکان معامله‌‌ی اعتبار شرط است که بانک یا بانک‌هایی برای معامله کردن اعتبار «تعیین»، یعنی مأذون به این عمل، گردند. مهم‌ترین اثر عمل حقوقی «معامله» که همانا انتقال مالکیت سند (در حقوق اسناد تجاری) و انتقال مالکیت طلب (در حقوق اعتبارات اسنادی) است در این دو حوزه از حقوق تجارت فی‌الجمله یکسان است. هم‌چنان که معامله‌ی سند تجاری، منتقل‌إلیه سند را مصون از ایرادات قابل استناد در برابر ناقل می‌گرداند، معامله‌کننده‌ی اعتبار اسنادی نیز در زمره اشخاصی است که در برابر ایراد تقلب که چه‌بسا در برابر خود ذینفع قابل استناد بود، مصون می‌باشد. اما، حتی در این مورد نیز هم‌چنان تفاوتی میان معامله‌ی سند تجاری از یک سوی و معامله کردن اعتبار اسنادی از سوی دیگر دیده می‌شود: معامله‌ی سند تجاری منتقل‌إلیه را تنها در برابر «ایرادات و دفاعیات شخصی« مصون می‌دارد، اما هم‌چنان «ایرادات و دفاعیات عینی» هم‌چون فقدان امضاء یا جعل در برابر شخصی که سند از طریق معامله به او انتقال یافته، قابل استناد است، حال آن‌که در مورد معامله‌ی اعتبار اسنادی، ایردی به نام «ایراد عینی» مطرح نیست، و تنها ایراد مورد اتفاق همگان همان ایراد تقلب است که آن نیز در مورد معامله‌کننده‌ی اعتبار اسنادی قابل استناد نیست. با توجه به عدم قابلیت استناد به ایراد تقلب در برابر معامله‌کننده‌ی اعتبار، حقوق اعتبارات اسنادی کوشیده است حدود و ثغور مفهوم «معامله نمودن اعتبار» را با دقت هر چه تمام معین سازد.

منابع

 1. Adodo, Ebenezer, Establishing Purchase of Documents under a Negotiation Letter of Credit, Singapore Journal of Legal Studies 618, 2009.

 2. Byrens, James E., Negotiation in Letter of Credit Practice and Law: The Evolution of the Doctrine, 42 Texas International Law Journal 561, 2007.

 3. Chung, Chan-Hyung, A Holder In Due Course of Commercial Paper under the U.C.C. and a Good Faith Purchaser of Bills and Checks under the Geneva Uniform Law, 18 Korean Journal of Comparative Law 1,1990.

 4. Dolan, John F., Negotiation Letters of Credit, 119 Banking Law Journal 409, 2002.

5. Dole, Jr., Richard F., The Effect of UCP 600 upon U.C.C. Article 5 with respect to Negotiation Credits and the Immunity of Negotiating Banks from Letter-of-Credit Fraud, 54 Wayne Law Review 735, 2008.

6. Goode, Roy, Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce, 39 Saint Louis University Law Journal 725, 1995.

7. Goode, Roy, Abstract Payment Undertakings in International Transactions, 22 Brooklyn Journal of International Law 1, 1996.

 8. Mann, Ronald J., Searching for Negotiability in Payment and Credit Systems, 44 UCLA Law Review 951,1997.

9. Pawlowic, Dean, Letters of Credit: A Framework for Analysis of Transfer, Assignment, Negotiation and Transfer by Operation of Law, 39 Wayne Law Review 1, 1992.

10. The American Law Institute & National Conference of Commissioners on Uniform States Law, Uniform Commercial Code: Official Text and Comments, Thomson/West, 2005 edition.

فصل پنجم: **مبانی قاعدۀ نقض قابل پیش­بینی**

چکیده

قاعد‌ی نقض قابل پیش­بینی، با وجود اصول ثابتی که دارد، همواره پرسش‌های زيادی را با خود به همراه داشته و با ابهاماتی مواجه بوده است. اين پرسش‌ها و ابهامات، حقوق‌›دانان را بر آن داشته تا هر يک، بر اساس انديشه­های خود، مبنايي حقوقی برای اين قاعده مطرح کنند تا بتوانند بر اساس آن مبنا، جنبه­های تاريک و ناشناخته‌ی قاعده را پاسخ گويند. لذا در حقوق ملی، در توجيه قاعده‌ی نقض قابل پیش­بینی، مبانی بسيار متفاوتی مطرح شده است. تسهیل عملی، غیرممکن شدن اجرای قرارداد، نقض واقعی، نقض گریزناپذير، حمایت از انتظارات معقول، مسئولیت غیرقراردادی، تهدید به نقض، ایجاب و قبول، شرط ضمنی، پيش‌شرط ضمنی و تئوری غیرحقوقی، نظریه‌هایی هستند که برای توجیه این قاعده ارائه شده‌اند. اما به نظر می‌رسد هیچ‌یک از این نظریات، نمی‌تواند به‌طور کامل و جامع این قاعده را توجیه نماید. به نظر می‌رسد با تفکیک شرط مدت در قرارداد، و حذف آن در شرایط وقوع نقض، می‌توان به مبنای بهتری برای توجیه این قاعده رسید که هم با اصول حاکم بر قراردادها تناسب کامل دارد و هم عملکرد قاعده را به‌خوبی توجیه کرده و زوایای تاریک آن را روشن می‌سازد.

واژگان کلیدی:

 نقض قابل پیش­بینی ، ایجاب و قبول، شرط مدت، اجرای قرارداد.

مقدمه

قاعده‌ی نقض قابل پیش‌بینی، زمانی مطرح می­شود که پس از انعقاد قرارداد،[[155]](#footnote-155) و قبل از فرا رسيدن موعد اجرا،[[156]](#footnote-156) مسئله‌ی عدم اجرای تعهدات قراردادی متعهد مطرح گردد؛ به عبارت ديگر، عدم توانايي يا اراده‌ی يک طرف قرارداد در اجرای تعهداتش، قبل از موعد اجرا، مشخص گردد.[[157]](#footnote-157) نقض قابل پیش‌بینی، به نقضی گفته می­شود که قبل از رسيدن موعد اجرای قرارداد، از طريق اعلام متعهد مبنی بر عدم انجام تعهدات قراردادي‌اش يا بر اساس اظهارات يا عملکرد او که نشان از عدم قصد يا توانايي او در اجرای تعهداتش در موعد مقرر دارد، محقق می­شود. قاعده‌ی نقض قابل پیش­بینی، با وجود اصول ثابتی که دارد، همواره پرسش‌های زيادی را با خود به همراه داشته و با ابهاماتی مواجه بوده است.[[158]](#footnote-158) از جمله این‌که چگونه ممکن است قبل از سررسید قرارداد، قرارداد نقض شود؟ چه موقع این نقض واقع می‌شود؟ آیا نقض قابل پیش‌بینی با رد قراداد از سوی متعهد محقق می‌شود یا نیاز به قبول آن از سوی متعهدله دارد؟ در این صورت معنا و مفهوم این قبول چیست؟ متعهد تا چه زمانی می‌تواند از رد قرارداد برگردد؟ در این نقض معیار محاسبه‌ی خسارت چه زمانی است؟ اين پرسش‌ها و ابهامات، حقوق‌دانان را بر آن داشته تا هر يک، بر اساس انديشه­های خود، مبنايي حقوقی برای اين قاعده مطرح کنند تا بتوانند بر اساس آن مبنا، جنبه­های تاريک و ناشناخته‌ی قاعده را پاسخ گويند. لذا در حقوق ملی، در توجيه قاعده‌‌ی نقض قابل پیش­بینی، مبانی بسيار متفاوتی مطرح شده است.[[159]](#footnote-159) در این مقاله ضمن تشریح و بررسی نظریه‌های گوناگونی که برای توجیه این قاعده‌ی حقوقی، که منشاء حقوق عرفی[[160]](#footnote-160) دارد، ارائه شده است، سعی می‌شود با ارائۀ یک نظریه‌ی جدید، مبنایی و و قابل پذیرش‌تر نسبت به نظریات قبلی ارائه شود. این مقاله در دو قسمت تنظیم شده است. در قسمت اول، به بررسی مبانی ارائه شده جهت توجیه قاعده می‌پردازیم و در قسمت دوم، مبنای پیشنهادی جدید را تشریح می‌کنیم.

**قسمت اول: مباني موجود**

**الف - سهولت در عمل**[[161]](#footnote-161)

يکی از مبانی، که از ابتدای ايجاد قاعده‌ی نقض قابل پیش­بینی مطرح گرديد، مبنای سهولت در عمل است. دکترين نقض قابل پیش­بینی تا اندازه‌ی زيادی بر اساس سهولتی که در عمل ايجاد می­کند، شکل گرفته است.[[162]](#footnote-162) به عبارت ديگر، وقتی مشخص شد که متعهد نمی­تواند يا نمی­خواهد تعهد خود را در آينده انجام دهد، راحت‌تر خواهد بود به متعهدله اجازه داده شود که به قرارداد پايان دهد.[[163]](#footnote-163)

به نظر برخی، مهم‌ترين مبنايي که می­تواند قاعده را توجيه کند، همين تسهيلی است که در عمل ايجاد می‌شود.[[164]](#footnote-164) مهم‌ترين دليل عملی که اجازه‌ی اقامه‌ی دعوا را به متعهدله در زمان رد قرارداد، پيش از فرا رسيدن موعد می­دهد، اين است که امکان اقامه‌ی دعوا در آن زمان، منجر به حفظ منابع موجود و جلوگيری از اتلاف می­شود.[[165]](#footnote-165) اگر تا قبل از اين که موعد قرارداد برسد و قرارداد عملاً نقض شود، هيچ مجوزی برای اقامه‌ی دعوا وجود نداشته باشد، خسارات هنگفتی از عدم امکان اقامه‌ی دعوا وارد می­شود. بنابراین امکان اقامه‌ی دعوا، بلافاصله پس از رد قرارداد، که می­تواند از وقوع این خسارات جلوگيری کند، بهترين مجوز برای قاعده است.[[166]](#footnote-166)

اين مسئله مخصوصاً در قراردادهای طولانی­مدت، از اهميت خاصی برخوردار است.[[167]](#footnote-167)در این دعاوی، دعوا هر چه زودتر اقامه شود، طرفين زودتر می­توانند تکاليف خود را بشناسند و اقدامات مؤثر خود را متناسب با آن انجام دهند.[[168]](#footnote-168) در واقع، تجویز پایان دادن به قرارداد پس از رد آن از سوی يکی از طرفين، يکی از مصاديق قاعده‌ی کلی حاکم بر قراردادها (قاعده‌ی کاهش خسارت) است[[169]](#footnote-169) که می­گويد: خواهان مکلف به کاهش خسارات يا حداقل جلوگيری از افزايش خساراتی است که آن را از خوانده مطالبه می­کند.[[170]](#footnote-170)

بر اين مبنا اشکال گرفته شده است که هرچند ممکن است تسهيلی که در عمل ايجاد می­شود، بر ريزبينی‌هاي منطقی غلبه کند، اما نمی­تواند مجوزی باشد تا از اصول حقوقی تجاوز شود. اصول حقوقی نه تنها در زمان مراجعه به دادگاه­ها، بلکه در حل و فصل اختلافات در جامعه نيز مبنا هستند. اين اصول، تنها از زيان‌ديده حمايت نمی­کنند، بلکه خوانده نيز به نوعی زيان­ديده است که تحت حمايت آن در می­آيد، چرا که او مسئول جبران خسارت است، در حالی که تنها تعهد به اجرای قرارداد در موعدی که هنوز نرسيده است را داشته است. گسترش دامنه‌ی نقض به پيش از موعد قرارداد، می­تواند به متعهد صدمه بزند و برای مثال، حق رجوع به قرارداد را از او سلب کند.[[171]](#footnote-171) در واقع متعهدله، تا قبل از رسيدن موعد، صاحب حق مطالبه يا متحمل خسارتی نشده است که متعهد مکلف به جبران خسارات او باشد و بگوئيم با اين قاعده، در عمل، تسهيل ايجاد شده و متعهدله می­تواند خسارات را مطالبه کند.[[172]](#footnote-172)

ضمن اين که اين مبنا، علاوه بر اين که کليت قاعده را توجيه نمی­کند، برای مثال مشخص نمی­نمايد که چه دليل خواهان حق دارد قرارداد را ادامه دهد و در موعد اقامه‌ی دعوا آن را نقض نمايد، این مبنا نمی­تواند جنبه­های مختلف فنی قاعده را نیز تبين نمايد.

با اين حال به نظر می­رسد تسهيل عمل، هرچند مبنای خوبی برای توجيه کلیت لزوم قاعده است، مبنای خوبی برای توجيه فنی آن نيست. سهولت در عمل، همانند عدالت و ايجاد نظم در روابط، يکی از معيارهای کلی برای تنظيم روابط حقوقی است که به خصوص در اين قاعده جلوه‌ی خاصی يافته است. اما رسيدن به اين اهداف کلی، با استفاده از توجیهات حقوقی و منطقی شکل گرفته و در قالب تئوری­های ظريف­تر تجلی می­يابد. بی‌گمان يکی از شاخصه­های تمامی قواعد حقوقی اين است که در حد امکان، روابط طرفين را، مخصوصاً در دادوستدهای تجاری، تسهيل بخشند. لذا اين مبنا، بيشتر مبنايي برای توجيه قاعده و مشروعيت اصل آن است که بايد با ساير اصول و قواعد حقوقی مانند عادلانه بودن يا اصل ثبات قراردادها جمع گردد.

**ب -غير ممکن شدن اجرای قرارداد**[[173]](#footnote-173)

يکی ديگر از نظرياتی که در مورد قاعده‌ی نقض پيش از موعد مطرح است، اين است که اين قاعده، بر اساس نظريه‌ی غيرممکن شدن اجرای قرارداد شکل گرفته است[[174]](#footnote-174) به این معنا که در آن متعهدله، با رد قرارداد يا نقض پيش از موعد، اجرای آن را در موعد مقرر غيرممکن می­سازد.[[175]](#footnote-175)

زمینه‌ی تاریخی: در نظام حقوق عرفی، از قديم پذيرفته شده بود که هر کدام از طرفين قرارداد که خود يا طرف ديگر را از انجام قرارداد ناتوان ساخته يا مانع او گردد، ناقض قرارداد شناخته می­شود، حتی اگر اين کار قبل از رسيدن موعد اتفاق بیفتد.[[176]](#footnote-176) در قرن شانزدهم، اين مسئله در مورد دعوای اجازه‌ی زمين رخ داد.[[177]](#footnote-177) و بعد به قراردادهای ازدواج تسری پيدا کرد.[[178]](#footnote-178) پس از حدود دويست سال سکوت، در اوايل قرن نوزدهم، این قاعده، دوباره احیا[[179]](#footnote-179) و در دعاوی مختلف به آن حکم داده شد و مبنای اصلی در صدور رأی هاچستر[[180]](#footnote-180) به‌عنوان رأی سازنده‌ی قاعده قرار گرفت.

در اين دعاوی، زيان­ديده، بلافاصله و بدون اين که لازم باشد تا رسيدن موعد مقرر در قرارداد منتظر بماند، می­توانست اقامه‌ی دعوا نمايد.[[181]](#footnote-181)

غیرممکن ساختن اجرا و نقض قابل پیش­بینی: در قاعده‌ی نقض قابل پیش­بینی نيز، کسی که قرارداد را رد می­کند، در حکم کسی است که اجرای قرارداد را غيرممکن می­سازد.[[182]](#footnote-182)او با رد قرارداد، خود را از اجرای آن ناتوان می­سازد و اجرای آن را از سوی خود غيرممکن می­کند.[[183]](#footnote-183) اين مطلب که اجرای قرارداد غيرممکن شود، يک توصيف دقيق منطقی نيست، بلکه يک فهم عرفی است. همان‌طور که فروشنده­ای که با انتقال زمين خود به ثالث اجرای قرارداد فروش را غيرممکن می­سازد،[[184]](#footnote-184) ممکن است قبل از رسيدن موعد، زمين خود را پس بگيرد[[185]](#footnote-185) يا مردی که با ازدواج با ثالث، اجرای تعهد ازدواج[[186]](#footnote-186) را غيرممکن کرده[[187]](#footnote-187)ممکن استبا فوت همسرش قبل از رسیدن موعد، توانايي ازدواج با خواهان را پيدا کند،[[188]](#footnote-188)يا موجری که با انتقال منافع به ديگری، امکان عمل به تعهد خود مبنی بر تمديد اجاره را از بين می­برد،[[189]](#footnote-189)ممکن است قبل از رسيدن سررسيد، با فسخ اجاره، دوباره صاحب منافع خانه گردد.[[190]](#footnote-190)در همه‌ی اين موارد، خواهان می­تواند به علت غيرممکن شدن اجرای قرارداد پيش از رسيدن موعد، اقامه‌ی دعوا نمايد،[[191]](#footnote-191)در حالی که در هيچ يک، اجرای قرارداد به‌طور مطلق غيرممکن نشده است. در رد پيش از موعد نيز، خوانده با رد قرارداد، خود را از اجرا ناتوان و اجرای قرارداد را غيرممکن می­سازد، هرچند که اجرای قرارداد به‌طور مطلق غيرممکن نشده است.

به هر رو قاعده‌ی نقض قابل پیش‌بینی، قديمی­تر از آن چيزی است که تصور می­شود[[192]](#footnote-192) يا حداقل، اصل آن قبل از 1853 شناخته شده و راه برای تثبيت آن به‌عنوان يک نقض هموار بود.[[193]](#footnote-193)

انتقادات: در انتقاد به اين مبنا می­توان گفت، هرچند غيرممکن ساختن اجرای قرارداد می­تواند به‌عنوان يکی از مصاديق رد پذيرفته شود، اما نقض به علت غيرممکن ساختن اجرای قرارداد، با نقض دانستن به علت رد قرارداد، کاملاً متفاوت است و دليل آن نيز مخالف­هايي است که در آراء دادگاه‌ها و نظريات حقوق‌دانان، علی­رغم پذيرش قاعدة اول در نظام حقوق عرفی، با قاعدة دوم صورت گرفت. عرف نيز به هيچ وجه، رد قرارداد را برابر با غيرممکن ساختن اجرای آن از طرف متعهد تلقی نمی­کند. گذشته از آن، غيرممکن ساختن اجرا در آثار، تفاوت زيادی با نقض پيش از موعد دارد. همچنين، بسياری از مسائل مجهول در نقض پيش از موعد، در غيرممکن ساختن اجرا نيز وجود دارد و مبنا دانستن آن، کمکی به روشن شدن زوايای تاریک قاعده نمی­نمايد.

**ج - نقض واقعی**[[194]](#footnote-194)

يکی از مبانی مطرح شده در مورد نقض پيش از موعد، مبنای نقض واقعی است.[[195]](#footnote-195) ماده‌ی (1)253 بازگويي قراردادهای آمريکا[[196]](#footnote-196) می­گويد: «وقتی متعهدی پيش از نقض قرارداد به واسطه‌ی عدم اجرای آن و قبل از آن که عوض را به‌طور کامل دريافت کرده باشد، اجرای قرارداد را رد می­کند، رد قرارداد به تنهايي، حق اقامه‌ی دعوا بر اساس نقض را به وجود می­آورد».[[197]](#footnote-197) بر اساس اين مبنا، نبايد قرارداد را تنها در اجرای آن خلاصه کرد، بلکه بايد اصل آن را نيز مدنظر قرار داد.[[198]](#footnote-198) «قرارداد، يک حق نيمه‌تمام برای متعهدله ايجاد می­کند تا قرارداد اجرا شود که اين حق در سررسيد کامل می­شود. تا قبل از سررسيد، این حق برای متعهدله وجود دارد که قرارداد هم‌چنان به درستی، به حيات خود ادامه دهد.»[[199]](#footnote-199) لذا رد قرارداد همواره به معنی نقض قرارداد است، چه قبل از رسيدن موعد اجرا باشد و چه پس از آن، و به متعهدله اين امکان را می­دهد که «رد قرارداد توسط طرف ديگر را به‌عنوان نقض و پايان قرارداد حساب کند و بلافاصله، بر اساس نقض قرارداد، اقامه‌ی دعوا نمايد و... تمام خساراتی را که از عدم اجرای قرارداد در موعد اجرا به او وارد می­آيد، مطالبه کند».[[200]](#footnote-200)

اين استدلال نخستین‌بار در دعوای فروست علیه نایت[[201]](#footnote-201) مطرح شد. پس از آن در دعوای روهم علیه هورست[[202]](#footnote-202) کامل‌تر گشت و سپس در دادگاه عالی ايالات متحده در دعوای شرکت تراست سنترال علیه انجمن شیکاگو اوتیدوریوم[[203]](#footnote-203) نيز استفاده گرديد.[[204]](#footnote-204)

انتقادات: اين نظريه در آمريکا به‌عنوان مبنای برتر پذیرفته شده،[[205]](#footnote-205) ولی در انگلستان با استقبال مواجه نشده است.[[206]](#footnote-206) انگلیسی‌ها استدلال می­کنند که اگر رد قرارداد، به خودی خود، نقض محسوب شود، چگونه است که اگر رد مورد پذيرش متعهدله قرار نگيرد، هيچ حقی برای اقامه‌ی دعوا و مطالبه‌ی خسارت به وجود نمی­آيد؟[[207]](#footnote-207)

به‌طور کلی به نظر می­رسد بر خلاف اين نظریه که ابتکار عمل را در اختيار متعهد قرار می­دهد، در تجارت بين­الملل، ابتکار عمل به دست متعهدله است که بنابر موقعيت و منافع خود تصميم می­گيرد. به هر رو اين نظريه، به نحو مطلوبی، توضيح می­دهد که چرا بايد با پذيرش نقض قابل پیش­بینی، متعهد خسارات نقض واقعی را بطور کامل بپردازد.

**د. نقض گريزناپذير**[[208]](#footnote-208)

يکی ديگر از مبانی قاعده‌ی نقض پيش از موعد، که باز می­توان آن را از استدلالات دادگاه در رأی فروست علیه نایت[[209]](#footnote-209) استنباط کرد، نقض گريزناپذير است.[[210]](#footnote-210) در این رأی آمده است: « [با رد قابل پیش‌بینی قرارداد،] اجرای آن در تاريخ مقرر منتفی شده و مسئله‌ی نقض قرارداد[[211]](#footnote-211) در مورد قراردادی که در آينده اجرا نمی­شود، به‌عنوان يکی از نتايج عملی رد قرارداد، مبنای دعوا قرار گرفته است؛ و لذا عدم اجرای قرارداد در آينده را، پيش از رسيدن موعد اجرا، به‌عنوان مبنای دعوا مطرح ساخته است».[[212]](#footnote-212) لذا اين مبنا می­گويد: «زيان­ديده حق دارد نقض حتمی و گريزناپذير قرارداد را پيش­بينی کند و مکلف نيست تا زمان تحقق آن صبر نمايد».[[213]](#footnote-213) بنابراين نقضی که مبنای اقامه‌ی دعوا قرار می­گيرد، با آن نقضی که پس از رسيدن موعد بايد عملاً اتفاق می­افتاد، هيچ تفاوتی در اوصاف و آثار ندارد.[[214]](#footnote-214)

انتقادات: به اين مبنا اشکال شده که بيش از آن‌که مبنايي برای قاعده باشد، توجيهی برای آثار قاعده است.[[215]](#footnote-215) در عمل هم، اين دو نقض يکسان نيستند؛[[216]](#footnote-216) گذشته از اين‌که اطمينان از گريزناپذير بودن، به راحتی قابل استنباط و اثبات نيست.[[217]](#footnote-217)

**ه. حمايت از انتظارات معقول**[[218]](#footnote-218)

 يکی ديگر از مبانی مطرح شده در مورد قاعده، حمايت از انتظارات معقول دوطرف در اجرای قرارداد، يعنی انتظار اجرای قراداد از سوی طرف مقابل است.[[219]](#footnote-219) با اطمينان می­توان گفت هدف از قاعده‌ی نقض پيش از موعد، حمايت از انتظار متعهدله در دريافت مابه ازای قراردادی است.[[220]](#footnote-220) يک طرف قرارداد انتظار دارد که طرف مقابل، نه تنها تعهدات آتی خود را در سررسيد انجام دهد، بلکه تا قبل از رسيدن موعد، مرتکب عملی که باعث ايراد صدمه‌ی جدی به اين انتظار می­شود نيز نگردد.[[221]](#footnote-221) اگر حمايت از اين انتظار معقول، متضمن منفعت مشروعی برای متعهدله باشد، قانون می­تواند طرف مقابل را مکلف کند اين منفعت را از بين نبرده و قرارداد را از اعتبار نيندازد.[[222]](#footnote-222) بنابراین رد قرارداد، نقض اين تکليف قراردادی و مبنايي برای اقامه‌ی دعواست؛ هر چند نقض واقعی قرارداد، به معنای لغوی، بر آن صدق نکند.[[223]](#footnote-223)

در دعوای فروست علیه نایت،[[224]](#footnote-224) استدلال شد که حق اقامه‌ی دعوا پيش از موعد بدين دليل است که رد قرارداد، با خراب کردن ارزش آن، يک ضرر واقعی ايجاد می­کند. اعتبارات تجاری، تا حد گسترده­ای بر اساس انتظار معقول از قراردادهای مدت‌داری که ارزش شناخته­شده­ای دارند و در سررسيد آينده به اجرا در می­آيند، شکل می­گيرد، و همان اصلی که به متعهدله اين حق را می­دهد که به قرارداد ادامه دهد تا از نتايج آن بهره­مند گردد، او را محق می­دارد که توانايي متعهد نسبت به اجرای به موقع قرارداد ادامه يابد.[[225]](#footnote-225)

انتقادات: در انتقاد به اين مبنا گفته شده است که دفاع از انتظارات معقول متعهد، می­تواند با معاف دانستن او از انجام تعهدات متقابل و اقامه‌ی دعوا در سررسيد تأمين گردد و نيازی به تجويز مطالبه‌ی خسارت قبل از رسيدن موعد نيست.[[226]](#footnote-226) ضمن اين که هدف و انگيزه با مبنا متفاوت است و نمی­توان از آن برای تشريح ويژگی‌های قاعده استفاده کرد.[[227]](#footnote-227)

با اين حال به نظر هرچند حمايت از انتظار معقول طرفين بتواند به‌عنوان توجيهی برای لزوم قاعده مورد استفاده قرار بگيرد، اما نمی­تواند مبنای فنی­ای برای قاعده باشد. پذيرش اين که نقض انتظار علت اجرای قاعده است، حق انتخاب را از متعهدله می­گيرد و مبنای محاسبه‌ی خسارات را عوض می­کند.

**و - مسئوليت غيرقراردادی**[[228]](#footnote-228)

از دیگر مبانی مطرح در مورد قاعده، مسئوليت متعهد بر اساس جنبه‌ی غيرقراردادی آن است.[[229]](#footnote-229) اساس اين استدلال، بر حفظ رابطه‌ی تجاری است؛[[230]](#footnote-230) رابطه‌ی قراردادی، برای طرفین ارزش تجاری فراونی دارد،[[231]](#footnote-231) هرچند که هنوز موعد اجرای قرارداد نرسيده است.[[232]](#footnote-232) برای مثال، اين رابطه‌ی تجاری به فرد اعتبار می­دهد و او می­تواند بر اساس آن وام بگيرد.[[233]](#footnote-233) اين رابطه که دارای ارزش تجاری است، با رد پيش از موعد قرارداد از بين می­رود، بدون اين که از بين­برنده‌ی آن، عذر موجهی برای اين کار داشته باشد. لذا عمل او تخلف محسوب شده و مسئول جبران خسارات وارده است.[[234]](#footnote-234)

اين گونه حمايت قانونی از روابط دارای ارزش تجاری، در موارد ديگر هم وجود داشته است.[[235]](#footnote-235) حتی در نظام حقوق عرفی، شخص ثالثی که يکی از طرفين قرارداد را به رد قرارداد يا نقض آن تشويق کرده است، مسئول جبران خسارت­های وارد به متعهدله شناخته شده است.[[236]](#footnote-236) همین استدلال می­تواند مبنای قاعده‌ی نقض پيش از موعد نيز باشد.[[237]](#footnote-237) فلسفه‌ی اين مسئوليت، حمايت از منافع عمومی است؛ اين تکليف عمومی که هيچ‌کس نبايد عملی انجام دهد که باعث زيان ديگران شود.[[238]](#footnote-238)

انتقادات: اين تئوری با اين اشکال عمده مواجه است که رابطه‌ی غیرقراردادی مورد اشاره، در نقض واقعی هم وجود دارد، در حالی که در نقض واقعی، اصلاً به آن اشاره نمی­شود، لذا در نقض قابل پیش‌بینی نیز، به طريق اولی، قابل استناد نيست.[[239]](#footnote-239)

**ز - تهديد به نقض**[[240]](#footnote-240)

يکی ديگر از مبانی پيشنهادی برای قاعده در حقوق ملی، استوار ساختن آن بر مبنای تهديد به نقض است.[[241]](#footnote-241) اين نظریه که بيش‌تر با هدف توجيه امکان اقامه‌ی دعوا پيش از فرا رسيدن موعد و در پاسخ به اين انتقاد که اين قاعده باعث گسترش و افزايش تعهدات می­شود، ارائه گردیده،[[242]](#footnote-242) مقرر می‌دارد: زمانی که متعهدله، با رد قرارداد، به نقض قرارداد تهديد شده است، نبايد منتظر عملی شدن اين نقض باشد. بلکه می­تواند با اقامه‌ی دعوا در همان زمان، متعهد را ملزم به اجرای تعهد خود، مبنی بر عدم نقض قرارداد نماید.[[243]](#footnote-243) هرچند رد قرارداد پیش از رسیدن موعد، نقض واقعی قرارداد نیست، ولی بدين دليل که تهديد به نقض، مبنای خوبی برای اقامه‌ی دعواست و بدين دليل که خواهان بايد خود را، با تحصيل رأيي مبنی بر اجرای عين قرارداد، نسبت به نقض احتمالی محافظت کند، می‌توان اقامه‌ی دعوا نمود.[[244]](#footnote-244)

انتقادات: مشخص است که با اين مبنا، حکم دادگاه بايد دستور اجرای عين تعهد در سررسيد باشد.[[245]](#footnote-245) با اين حال، پذيرش مبنای تهديد در مورد حق فسخ، صحيح به نظر نمی­رسد. از یک‌سو مشخص شدن نقض اساسی در آينده[[246]](#footnote-246) ديگر تهديد نيست و يک واقعيت است که در آينده به وقوع می­پيوند و از سوی دیگر، فسخ يک قرارداد دو جانبه به صرف تهديد، عقلايي به نظر نمی­رسد. هم‌چنین این نظریه، حق اقامه‌ی دعوا و مطالبه‌ی خسارت را توجيه نمی­کند. به نظر نمی­توان ضمانت اجرای فسخ را برای صرف تهديد به نقض، قائل شد.

**ح - ايجاب و قبول**[[247]](#footnote-247)

يکی از نظریه‌های قديمی و مشهور برای توجيه قاعده‌ی نقض قابل پیش‌بینی، نظریه‌ی ايجاب و قبول است که به‌طور گسترده، در آراء و نوشته­های حقوقی منعکس شده و چنین می‌نماید که بيش از هر چيز، به امکان­ پذيرش يا عدم پذيرش رد قرارداد توسط متعهدله[[248]](#footnote-248)و امکان رجوع يا عدم رجوع از رد قرارداد[[249]](#footnote-249) نظر دارد. در واقع، در قاعده‌ی نقض پيش از موعد، وقتی متعهد «رد قرارداد توسط خوانده را، به‌صورت صريح يا در عمل، به‌عنوان نقض قرارداد انتخاب می­کند، به روابط قراردادی طرفين، به جز آن‌چه که به منظور اقامه‌ی دعوا برای مطالبه‌ی خسارت لازم است، پايان داده می­شود»،[[250]](#footnote-250) چرا که متعهدله می­تواند ميان قبول يا عدم قبول رد، يکی را انتخاب کند: با عدم قبول، قرارداد را هم‌چنان تا رسيدن موعد، به نفع هر دو طرف، زنده نگاه دارد يا با تخلف دانستن رد، به آن خاتمه داده و اقامه‌ی دعوا بنمايد.[[251]](#footnote-251)

بنابر این، قاعده اين گونه توجيه می­شود که رد کننده‌ی قرارداد، در واقع، ايجابی انشاء کرده است. محتوای ایجاب این‌گونه است: من نمی­خواهم به قرارداد عمل کنم. من پايان قرارداد را اعلام می­کنم و تمام نتايج آن، از جمله اين که برای دادن خسارت در دادگاه تحت تعقيب قرار بگيرم را می­پذيرم. طرف ديگر می­تواند اين ايجاب را بپذيرد يا آن را رد کند. اگر او آن را پذيرفت، قرارداد با تراضی پايان يافته، ولی حق اقامه‌ی دعوا عليه رد کننده‌ی قرارداد باقی مانده است.[[252]](#footnote-252)

پس رد قرارداد توسط متعهد، پس از پذيرش توسط متعهدله، منجر به لغو قرارداد می­شود. در واقع، قرارداد جديدی شکل می­گيرد که موضوع صريح آن، پايان قرارداد قبلی، و شرط ضمنی آن، پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد قبلی است.[[253]](#footnote-253)

نظریه‌ی ايجاب و قبول، که در رأی جون استون علیه میلینگ[[254]](#footnote-254) به طور کامل بيان شد،[[255]](#footnote-255) در حقوق انگلستان جايگاه مناسبی پيدا کرد و هنوز، به‌عنوان يکی از مبانی به آن استناد می­شود.[[256]](#footnote-256) اما از اين نظریه در آمريکا استقبال نشد و مخصوصاً از سوی اکثر نويسندگان[[257]](#footnote-257) مورد انتقاد قرار گرفت و لذا تنها در حد يک نظریه باقی ماند. در واقع، حقوق آمريکا ترجيح داد با باطل شناختن قرارداد در صورت رد، امکان کاهش خسارات را فراهم کند.[[258]](#footnote-258) اين مطلب، در ماده‌ی 318 بازنگری[[259]](#footnote-259)و ماده‌ی 610-2 قانون يکنواخت تجاری آمريکا منعکس شده است.

انتقادات: در مورد اين مبنا گفته شده است هرچند نقش آن در گسترش دکترين و توجيه ويژگی­های منحصر به فرد آن قابل انکار نيست و جوهره‌ی اين نظریه، که همان قدرت انتخاب متعهدله است، در قاعده باقی مانده است،[[260]](#footnote-260) اما نمی­تواند به‌عنوان مبنای قاعده پذيرفته شود.[[261]](#footnote-261)

اگر رد قرارداد، ايجابی باشد که زيان­ديده آن را قبول می­کند، قرارداد با توافق طرفين فسخ شده و نقضی صورت نگرفته که خسارت مطالبه شود. اگر بگوئيم اين ايجاب و قبول، مقيد به جبران خسارت است، گذشته از اين که چنين شرطی ساختگی و تصنعی است، باز هم نقض شدن قرارداد منتفی می­شود و در واقع، يک تبديل تعهد صورت گرفته است.[[262]](#footnote-262) ضمن اين که نمی­توان گفت متعهدله به قرارداد پايان بخشيده، اما هم‌چنان حق اقامه‌ی دعوا بر اساس آن و مطالبه‌ی خسارات را دارد. اساساً اين ايجاب، با قبول متفاوت بوده و هيچ تراضی مشترکی وجود ندارد که منجر به انعقاد قرارداد جديد شود.[[263]](#footnote-263) ضمن اين که پذيرش اين مبنا مشکلات عملی ايجاد می­کند. برای مثال، با پذيرش اين مبنا، حکم به اجرای عين تعهد قابل تصور نيست.[[264]](#footnote-264)

از لحاظ تاريخی نيز، اين مبنا نبايد صحيح باشد، زيرا تا قبل از ايجاد قاعده، امکان ابطال دوجانبه‌ی قرارداد، برای پايان بخشيدن به آن وجود داشت. ويژگی قاعده و نوآوری آن اين بود که رد قرارداد را به‌عنوان نقض شناخت.[[265]](#footnote-265) لذا پيشنهاد شده است که به منظور شفافيت مباحث، اصطلاحات ايجاب و قبول کنار گذارده شده و تصميم متعهدله به پذيرش رد را يک «انتخاب» به شمار آوردند؛[[266]](#footnote-266)حقی که به وسيله‌ی قانون به متعهدله داده شده و منشاء آن، همان قرارداد اصلی است.[[267]](#footnote-267)

**ط - شرط ضمنی**[[268]](#footnote-268)

يکی ديگر از نظریه‌هایی که از ابتدای پيدايش قاعده برای توجيه آن ارائه شده،[[269]](#footnote-269) نظریه‌ی شرط ضمنی است که بيان می­داد: در قراردادهايي که به‌صورت مدت­دار منعقد می­شوند، اين شرط ضمنی وجود دارد که طرفين قرارداد، عملی مخالف قرارداد انجام ندهند و رد قرارداد، نقض اين شرط ضمنی است و متعهد به جهت اين عهد­شکنی، می­تواند بلافاصله تحت تعقيب قرار گيرد.[[270]](#footnote-270) البته برخی، اين مبنا را، مخصوص قراردادهای خاصی می­دانند.[[271]](#footnote-271)

انتقادات: در انتقاد از اين مبنا گفته شده که وجود چنين تعهدی، بعيد و خارج از تراضی طرفين است، چرا که دو طرف قرارداد، در زمان تشکيل آن، به اجرا فکر می­کنند نه به نقض.[[272]](#footnote-272) هم‌چنین، در صورت پذیرش شرط، باید گفت نقض هر شرطی، منجر به ختم قرارداد نمی­شود. به علاوه، پذيرش اين مبنا محاسبه‌ی خسارات را با مشکل مواجه می­سازد.[[273]](#footnote-273)

**ی. پيش‌شرط ضمنی**[[274]](#footnote-274)

يکی ديگر از نظریه‌ها، نظریه‌ای است که بر مبنای شرط ضمنی عدم ممانعت از انجام پيش‌شرط اجرای تعهدات متقابل طرف مقابل، در قررادادهای دو جانبه مطرح شده است.[[275]](#footnote-275)

زمینه‌ی تاریخی: در حقوق انگلستان، در زمانی که هر يک از تعهدات متعاقدين مستقل از تعهدات طرف مقابل فرض می­شد، در صورتی طرف قرارداد می­توانست به علت عدم اجرای تعهدات قراردادی طرف مقابل، از اجرای تعهدات خود سرباز زند که چنين حقی، برای او، به‌صورت شرط در قرارداد، تصريح می­گردید که اجرای تعهدات او، وابسته به اجرای تعهدات طرف مقابل است.[[276]](#footnote-276) در واقع، با این شرط، تعهدات طرف مقابل، پيش‌شرط[[277]](#footnote-277) اجرای تعهدات او به شمار می­رفت.[[278]](#footnote-278) پس از مدت‌ها پذيرفته شد که اين مطلب نياز به تصريح ندارد و در قراردادهای دوجانبه ممکن است اين شرط ضمنی وجود داشته باشد که اجرای تعهدات هر يک، وابسته به انجام تکاليف قراردادی از سوی طرف مقابل است.[[279]](#footnote-279)

بنابراين، شرط مطالبه‌ی انجام تعهد، اين شد که مطالبه­کننده، تعهد خود را انجام دهد[[280]](#footnote-280) و اگر يک طرف قرارداد، آن را رد می­کرد، طرف ديگر در عدم انجام تعهداتش معذور بود، با اين استدلال که طرف مقابل، به شرط متقدم عمل نکرده است.[[281]](#footnote-281)

اين نظریه مقرر می‌دارد زمانی که اجرای تعهدات قراردادی يک طرف، شرط انجام تعهدات طرف مقابل است، هر يک از دو طرف، به‌طور ضمنی، متعهد می­گردد مانع از انجام پيش‌شرط قراردادی توسط طرف مقابل نشود؛ برای مثال، خريدار متعهد می­شود کالای ارائه شده از سوی فروشنده را بپذيرد و بدين ترتيب، مانع او در اجرای پيش‌شرط انجام تعهد خود نشود.[[282]](#footnote-282) بنابراين کسی که بدون هيچ توجيهی، قرارداد را رد می­کند، يکی از مصاديق نقض تعهد به عدم ممانعت را مرتکب شده است.[[283]](#footnote-283) او با رد بدون دلیل قرارداد، تعهد خود یعنی پیش‌شرطی را که برای انجام تعهدات قراردادی از سوی طرف مقابل لازم بوده است، انجام نداده و در عمل، مانع از انجام تعهدات طرف مقابل شده است. به عبارت ديگر، متعهد، مانع متعهدله از اجرای پيش‌شرط قراردادی می­شود. در نتیجه، تعهد قراردادی فوق­الذکر خود را نقض کرده است و عدالت اقتضا می­کند، در این صورت، طرف مقابل، با رد قرارداد، از انجام تعهدات متقابل معاف گردد.[[284]](#footnote-284)

پذيرش اين مبنا، بسياری از مشکلات فنی مطرح در قاعده را حل می­کند. يکی اين که نقض، نقض تعهد واقعی است و به زيان­ديده حق می­دهد بلافاصله اقامه‌ی دعوا نمايد. ديگر این‌که نقض، مربوط به تعهدات اصلی قرارداد نمی­شود که لازم باشد تا رسيدن موعد صبر کنيم.[[285]](#footnote-285) زمان تحقق نقض، زمانی خواهد بود که عملکرد متعهد، طرف مقابل را به اين نتيجه می‌رساند که از اجرای تعهدات متقابل معاف شده است[[286]](#footnote-286) و به عبارت ديگر، زمانی که او، عدم اجرای طرف مقابل را می­پذيرد. معيار تعيين خسارت، زمان اجرای تعهد خواهد بود، چرا که متعهد، با عملکرد خود، قرارداد را منتفی ساخته و متعهدله قرارداد، بايد در شرايطی قرار بگيرد که در صورت اجرای صحيح قرارداد برايش به وجود می­آمد.[[287]](#footnote-287)

انتقادات: گذشته از این‌که مقدمات و استدلالاتی که مبنای این نظریه را تشکیل می­دهند، محل تأمل و تردید است، این نظریه بیش از حد پیچیده و وابسته به زمینه‌ی تاریخی آن به نظر می­رسد و پذیرش آن به‌عنوان یک نظریه‌ی فراگیر، قابل تصور نیست.

**ک - تئوری غیرحقوقی**

بسياری از نويسندگان تأکيد کرده­اند که قاعده‌ی نقض قابل پیش‌بینی، هيچ منطقی ندارد.[[288]](#footnote-288) بهترين مبنای آن، ملاحظات اقتصادی است[[289]](#footnote-289) و تنها به علت سهولتی که در عمل ايجاد می­کند، قابل پذيرش است.[[290]](#footnote-290) تسهيل عملی­ای که قاعده، در رسيدگی سريع به اختلافات طرفين ايجاد می‌کند، غيرقابل انکار است؛[[291]](#footnote-291) هم از معطل ماندن مطالبه‌ی خسارت جلوگيری می­کند،[[292]](#footnote-292) و هم فشارهای روانی و نگرانی­هایی را که ممکن است برای طرفين، تا رسيدن سررسيد وجود داشته باشد، از بین می­برد.[[293]](#footnote-293) هم‌چنين، در قراردادهايي که طولانی‌مدت هستند، پذیرش قاعده، مانع از بين رفتن اسناد و مدارک می­گردد.[[294]](#footnote-294) لذا اين سهولت عملی، بر اصل و و منطق حقوقی برتری دارد.[[295]](#footnote-295)

**قسمت دوم: مبنای پیشنهادی**

به نظر می­رسد در مورد مبنای قاعده‌ی نقض پيش از موعد، بايد دو مسئله را از هم تفکيک کرد. اول، نظریه‌هایی که مبنا و هدف قاعده را بيان می­کنند و بسترهای ايجاد کننده‌ی آن را مطرح می­سازند، و دوم، نظریه‌هایی که توجيه منطقی قاعده را بر عهده دارند و در پی انطباق آن با اصول و مبانی شناخته شده‌ی حقوق قراردادها هستند.

**الف - مبنا و هدف قاعده**

می­توان گفت، قاعده‌ی نقض پيش از موعد، بر اساس چهار زمينه و مبنا به وجود آمده است. در واقع، چهار نظریه‌ی مطرح در مورد مبنای قاعده، تئوری­هايي هستند که ضرورت ايجاد و هدف­ها و کارکردهای آن را بيان می­کنند. اين مبانی و اهداف با هم در تعارض نيستند و هر يک قسمتی از قاعده را توجيه می­نمایند.

**1- تسهيل عملی**

يکی از کارکردها و اهداف قاعده‌ی نقض پيش از موعد، تسهيلی است که در عمل به وجود می­آورد. به عقيده‌ی بسياری از نويسندگان حقوق ملی، هيچ مبنای ديگری به جز اين مبنا نمی­تواند قاعده را توجیه کند. اين مبنا در اولين آراء صادره در حقوق ملی نيز منعکس شده است.

با پذيرش قاعده‌ی نقض پيش از موعد، وقتی يک طرف نمی­تواند يا نمی­خواهد قرارداد را در موعدی که در آينده است انجام دهد، طرف مقابل او می­تواند به قرارداد پايان دهد. با اين اقدام، روابط قراردادی پايان يافته و فشارهای روانی و کاری ناشی از آن به اتمام می­رسد و نگرانی از نقض قرارداد پايان می­پذيرد. زيان­ديده می‌تواند بلافاصله اقامه‌ی دعوا کرده و تکليف خود را نسبت[[296]](#footnote-296) به وضعيتی که در آن قرار گرفته است، مشخص کند. سرعت در رسيدگی افزايش می­يابد[[297]](#footnote-297) و متعهدله زودتر و بهتر به آن‌چه استحقاق دارد، دست می­يابد. در طرف مقابل نيز با اتمام قرارداد، تکاليف متعهد پايان پذيرفته و او می­تواند با فراغ بال، برای ساير امور خود برنامه­ريزی نماید. لذا پذيرش قاعده، به‌طور کلی، باعث تسهيل امور و تسريع در رسيدگی به وضعیت قرارداد می­شود.

**2- حمايت از انتظارات معقول**

متعهد بايد حق داشته باشد انتظار او در مورد اجرای قرارداد مورد حمايت قرار گيرد.[[298]](#footnote-298) همان‌طور که در حقوق ملی، هدف اصلی قاعده، حمايت از انتظارات معقول طرفين قرارداد دانسته شده است،[[299]](#footnote-299) در حقوق بين‌الملل نيز، اين مسئله، به‌عنوان مأموريت عهدنامه‌ی بيع بين­الملل به‌طور اعم،[[300]](#footnote-300) و قاعده‌ی نقض پيش از موعد به‌طور اخص،[[301]](#footnote-301) مورد تأکيد نويسندگان قرار گرفته است.

متعاقدين برای رسيدن به عوض قراردادی وارد معامله شده­اند. آن‌ها همان‌طور که انتظار دارند در موعد مقرر، با انجام تعهدات از سوی طرف مقابل، به مطلوب خود برسند، انتظار دارند در دوره‌ی زمانی قبل از اجرای تعهد نیز، تعهدات حفظ شده و اراده‌ی مبنی بر اجرای آن وجود داشته باشد. وقتی يکی از طرفين با رد قرارداد از سوی طرف مقابل مواجه شده يا متوجه می­شود که متعهد نمی­تواند به تعهداتش عمل کند، حمايت از انتظارات معقول او ايجاب می­کند بتواند با فسخ قرارداد و اقامه‌ی دعوا، خود را از زير بار قراردادی که به نتيجه نمی­رسد رها ساخته و با مطالبه‌ی خسارت، آن‌چه را که قصد داشته از اجرای تعهدات به دست آورد، کسب نمايد. عدم اجرای تعهدی که انتظار آن می­رود، معادل عدم اجرايي است که به هنگام رسيدن موعد اجرا محقق شده است.[[302]](#footnote-302)

**3- جلوگيری از اتلاف منابع**

يکی ديگر از مبانی و اهداف قاعده‌ی نقض پيش از موعد، جلوگيری از اتلاف منابع است.[[303]](#footnote-303) اگر مشخص شود نقض قرارداد در آينده اتفاق می­افتد، عدم اقدام فوری برای معامله‌ی جايگزين، منجر به افزايش خسارات می­شود و تکليف به کاهش خسارت ايجاب می­کند قرارداد فسخ شود. اگر با وجود پيش­بينی نقض، متعهدله هم‌چنان مکلف باشد تا رسيدن موعد صبر کند، متحمل خسارات خواهد شد و اعمال قاعده‌ی نقض قابل پيش‌بینی، این خسارات را کاهش می­دهد.[[304]](#footnote-304)

**4- حمايت از متعهدله در مورد تهديد**

هرچند معقول به نظر نمی­رسد که بتوان بر مبنای تهديد يک طرف قرارداد، به او حق فسخ و مطالبه‌ی خسارت داد، اما نمی­توان کسی را که سرمايه و اموال خود را در معرض خطر می­بيند، بدون پشتوانه‌ی حقوقی رها کرد.

اگر بخواهيم وضعيت نقض پيش از موعد را، در جايي که احتمال نقض وجود دارد، درجه­بندی کنيم، شايد بتوان دوحالت کلی در نظر گرفت. حالت اول اين است که درجه‌ی احتمال، بسيار بالا و نقض، تا اندازه‌ی زيادی قطعی باشد؛ همانند جايي که متعهد صريحاً انجام تعهد را رد می­کند. حالت دوم، در جايي است که تهديد به نقض وجود دارد، اما اين تهديد در حد احتمال است و به حدی نيست که نقض اساسی را قطعی سازد. قاعده‌ی نقض پيش از موعد، هر دو حالت را پوشش داده است. در جايي که نقض اساسی قطعی است، ضمانت اجرای فسخ و در جايي که نقض اساسی قطعی نيست، ضمانت اجرای مطالبه‌ی تضمین را در اختيار متعهدله قرار می­دهد. در قسمت اخير، به‌طور خاص، می­توان هدف و فلسفة اصلی قاعده را حمايت از متعهدله در برابر تهديد نقض قرارداد دانست؛ چه اين که با دادن تضمين از سوی طرف مقابل، حالت روانی تهديد از بين رفته و اطمينان خاطر به متعهدله باز می­گردد.

**ب. مبنای فنی قاعده**

به نظر ما، هيچ‌يک از نظریه‌هایی که جهت توجيه قاعده‌ی نقض مطرح شده است، نمی­تواند به‌طور کامل اين قاعده را تشريح نمايد، کما اين که در حقوق ملی نيز هيچ‌يک از آن‌ها نتوانسته از حمایت قاطبه‌ی دادگاه­ها و حقوق‌دانان برخوردار شود؛ گذشته از اين که معمولاً اين نظریه‌ها بر اساس مبانی خاص حقوق ملی و زمينه‌های تاريخی آن شکل گرفته و از فضای ساده و مشترک قواعد تجارت بين­الملل، که بايد مبتنی بر مبانی مشترک همه‌ی نظام­های حقوقی و قابل فهم توسط آن‌ها باشد، به دور افتاد است. لذا در اين قسمت، مبنای ديگری برای قاعده پيشنهاد می­شود که علاوه بر ساده و فراگیر بودن، بتواند جنبه‌های مختلف قاعده را به خوبی توجیه کند.

موضع نزاع: می­دانيم که نقض مجوز فسخ، يعنی عدم انجام قرارداد يا انجام ناقص آن به طوری که اهداف اساسی قرارداد را از بين ببرد، محقق نمی­شود مگر زمانی­ که موعد انجام قرارداد رسيده باشد. مهم‌ترين چالشی که نقض قابل پیش­بینی با آن مواجه است، اين است که چگونه پيش از رسيدن زمان اجرا، قرارداد نقض می‌شود.

مقدمه‌ی اول: به نظر می­رسد در قراردادهای مدت­دار بايد ميان تعهدات اساسی قرارداد تفکيک کرد. همان‌طور که از اسم اين قراردادها مشخص است، اين گونه از قراردادها از دو قسمت تشکيل شده­اند: 1ـ قرارداد 2ـ مدت­دار بودن. به عبارت ديگر، در قراردادهای مدت­دار، تعهداتی بر عهده‌ی طرفين می­آيد که بايد در آينده انجام شود. لذا محتوای اين قراردادها از دو جزء تشکيل شده است: 1ـ ايجاد تعهد 2ـ انجام تعهد در موعد مقرر. برای اين که مسأله واضح­تر شود، آن را در قالب مثالی می­بينيم:

نفر «الف» و نفر «ب» با هم قرارداد می­بندند که «الف» يک تن برنج در پايان تابستان که محصول خود را برداشت می­کند، به نفر «ب»، به ازاء هر کيلو هزار تومان، بفروشد. اين قرارداد از دو جزء اصلی تشکيل شده است. اول: فروش برنج يا تعهد به فروش برنج و دوم: انجام معامله (تحویل برنج) در پايان تابستان. «الف» متعهد است اولاً، به «ب» برنج بفروشد. ثانياً، اين کار را در پايان تابستان انجام دهد.

پس می­توان گفت، قراردادهای مدت­دار، از دو قرارداد جزئی­تر تشکيل می­شوند: اول، تعهد اولیه‌ی قرارداد بدون عنصر زمان، که می­تواند همان فروش يا اجاره يا ساخت و مانند آن باشد. دوم، تعهد ثانویه‌ی قرارداد که اين قرارداد در چه تاريخی به اجرا درآيد. اين تعهد اگر چه محور و هسته‌ی اصلی قرارداد را تشکيل نمی­دهد، اما برای طرفين اهميت اساسی دارد و نقض آن، نقض اساسی قرارداد محسوب می­شود.

مقدمه‌ی دوم: نکته‌ی دیگری که باید مد نظر داشت این است که تعهدات در قرارداد دوجانبه است، به گونه­ای که تعادل ميان منافع دو طرف حفظ شود؛ برای مثال در يک قرارداد بيع، بايع مبيع و مشتری ثمن را به دست می­آورد.

اما تعهدات قراردادی دوجانبه بر دو نوع است: اول، تعهداتی که مجزا از يکديگر و در مقابل يکديگرند و مجموع آن‌ها تعادل را ايجاد می­کند، مانند تعهد به دادن مبيع و ثمن که هر يک از آن‌ها مستقل از يکديگر و ضامن منافع يکی از طرفين است و در عين حال مجموع آن دو، که در مقابل هم هستند، به نفع هر دو طرف و برقرار کننده‌ی تعادل‌اند. دوم، تعهداتی که يک جزء بيش‌تر ندارند، اما همين يک جزء، منافع دو طرف را در بر دارد. برای مثال، تعهد به انجام قرارداد در زمانی که مورد توافق دو طرف است، يک جزء بيش‌تر ندارد. اما این تعهد برای هر دو طرف است. برای نمونه زمان تحويل برنج در آخر تابستان تعيين می­شود، اين تعهد هم به نفع فروشنده است، که تا آن زمان فرصت دارد کالای خود را تهيه کند، و هم به نفع خريدار، که تا آن زمان ثمن را آماده می­سازد. نتيجه اين که اين‌گونه از تعهدات نيز، هرچند از يک جزء تشکيل شده، اما متضمن منافع هر دو طرف است، با اراده‌ی مشترک هر دو طرف به‌وجود آمده و تنها با اراده‌ی مشترک دو طرف نيز قابل تغيير یا حذف است.

تحلیل رد صریح قرارداد: اجازه بدهيد در بررسی نقض پيش از موعد، در ابتدا حالتی را در نظر بگيريم که متعهد صريحاً اعلام کرده است که تعهد خود را انجام نمی­دهد. سپس نظريه را به کل موارد گسترش می­دهيم.

وقتی متعهد در قرارداد مدت­دار صراحتاً می­گويد که قادر يا حاضر به اجرای تعهدات قرارداديش نيست، او در واقع دو مسئله را بيان می­کند:

مسئله‌ی اول، قرارداد، از لحاظ زمانی، متضمن تعهد انجام موضوع آن در زمان خاصی است، برای مثال قرارداد باید در آخر تابستان انجام شود. اما چون من نمی­خواهم يا نمی­توانم به قرارداد پاي‌بند باشم، می­خواهم که اين تعهد را لغو کنم. لذا «ای آقای متعهدله! قبول کن که موعد قرارداد را حال کنيم» چون هر دو توافق کرده بوديم که يک يا چند ماه ديگر موعد برسد، الان من پيشنهاد و به عبارت صحيح­تر، ايجاب می­کنم تغيير زمان اجرا را به زمان حال تغییر دهیم.

مسئله‌ی دوم، تعهد قراردادی متضمن انجام تعهد اصلی است، برای مثال متعهد مکلف بوده در آخر تابستان به خريدار برنج تحويل بدهد. اکنون پس از پيشنهاد اول، عنوان می­دارد «اگر پيشنهاد مرا پذيرفتی و موعد قرارداد عوض و قرارداد مدت­دار به يک قرارداد حال تبديل شد، من اعلام می­کنم که تعهدات آن را انجام نمی‌دهم.» بنابراين قرارداد نقض شده و متعهدله حق فسخ و اقامه‌ی دعوا دارد.

متعهدله، در برابر آن‌چه متعهد بيان کرده، می­تواند یکی از دو گزينه را انتخاب کند:

اول، بپذيرد که موعد قرارداد تغيير يافته و قرارداد حال شده است. در اين حالت، متعهد بايد به تعهدات خود عمل کند، در حالی که او می­گويد من به آن پاي‌بند نيستم. پس بارزترین شکل نقض قرارداد، که همان عدم انجام تعهد در موعد است، اتفاق افتاده و متعهدله می­تواند با فسخ قرارداد، بلافاصله اقامه‌ی دعوا نماید.

دوم، نپذيرد که موعد قرارداد تغيير يافته و قرارداد حال شده است. در نتيجه، قرارداد هم‌چنان مدت­دار باقی می­ماند. متعهدله تا سررسيدی که از ابتدا مشخص شده، صبر می­کند و پس از عدم اجرای تعهد توسط متعهد، به علت نقض قرارداد، عليه او اقامه‌ی دعوا می‌کند.

بنابراين، مبنای نقض پيش از موعد، نقضی واقعی و نسبت به قرارداد اصلی است. حق فسخ و اقامه‌ی دعوا، بلافاصله به وجود می­آيد و بسياری ديگر از زوايای اين قاعده، که دادگاه­ها و رويه‌ی قضايي نيز به تجربه به آن رسيده است، ملموس و قابل توجيه می­گردد.

تحلیل نقض قابل پیش‌بینی: اکنون که چارچوب قاعده مشخص شد، آن را به وضعیت کلی که اعم از رد صريح قرارداد توسط متعهدله است، تعميم می­دهيم. زمانی که مشخص می­شود متعهد قراردادی، در تاريخی که در آينده مقرر شده است، نمی­خواهد يا نمی­تواند به تعهدات خود عمل کند، قانون­گذار، بر مبنای حمايت از انتظار معقول متعهدله، تسهيل عملی امور و کاهش خسارات، اين حق را به او می­دهد که از موعد صرف­نظر کند؛ به عبارت ديگر، متعهد با کلام يا کردار خود می­گويد که قادر يا حاضر به انجام تعهدات قراردادی‌اش نيست. قانون‌گذار از سوی او به متعهدله می­گويد حال که متعهد نمی­تواند تعهدش را انجام دهد، من از جانب او پيشنهاد می­کنم، شرط مدت از قرارداد حذف شود و با نقض قرارداد، حق اقامه‌ی دعوا و مطالبه‌ی خسارت به وجود آيد. متعهدله می­تواند با پذيرش اين پيشنهاد قانون­گذار و حذف شرط زمان، به تعهدی برسد که به علت عدم انجام آن با نقض مواجه شده است، لذا به قرارداد پايان داده و عليه متعهدله اقامه‌ی دعوا نمايد؛ يا اين پيشنهاد را نپذيرد و هم‌چنان قرارداد را الزام­آور نگاه دارد تا سررسيد فرا رسد. پس حق فسخی که قانون به متعهدله می­دهد، از دو لايه تشکيل شده است. در واقع اين حق، حق پذيرش حذف شرط زمان است که با پذيرش آن متعهدله با قرارداد حال، اما نقض شده مواجه گشته و می­تواند به علت نقض، عليه متعهد، اقامه‌ی دعوا نماید.

نتیجه‌گیری

با تفکیک شرط زمان در قراردادهای مدت‌دار، به نظر می‌رسد می‌توان توجیه مناسبی برای قاعده‌ی نقض پیش از موعد به دست داد. در این صورت، وقتی متعهد قرارداد را رد می‌کند در واقع از متعهدله می‌خواهد که شرط مدت قرارداد حذف شود و وقتی متعهدله با آن موافقت می‌کند، قرارداد حال شده و قرارداد حال شده‌ای که اجرا نمی‌شود، نقض می‌گردد. لذا متعهد تا زمانی که متعهدله پیشنهاد او را نپذیرفته باشد، می‌تواند از رد قرارداد برگردد. اگر تا مدتی که ایجاب باقی می‌ماند، متعهدله پاسخی به رد ندهد، رد اثر خود را از دست می‌دهد. اگر متعهدله، رد را بپذیرد، قرارداد به‌صورت واقعی نقض می‌شود و معیار محاسبه‌ی خسارات، همان زمان پذیرش رد است.

منابع

الف: فارسی

مؤسسة بين­المللی يکنواخت کردن حقوق خصوصی**، اصول قراردادهای تجاری بين­الملی، ترجمه و تحقيق: بهروز اخلاقی، فرهاد امام، تهران: مؤسسة مطالعات و پژوهش­های حقوقی شهر دانش، 1379، چ. اول.**

ب: انگلیسی

1- Ballantine, Henry Winthrop, **Anticipatory Breach and the Enforcement of Contract Duties**, Michigan Law Review, 1923-1924, vol. 22, pp. 329-352.

2- Carter, J. W., **Breach of Contract**, Sydney: The Law Book Company Limited, ed. 2th , 1991.

3- Carter, J. W., **The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach**, The Modern Law Review, 1984, vol. 47, pp. 422–436.

4- Dawson, Francis, **Metaphors and Anticipatory Breach of Contact**, Cambridge Law Journal, 1981, vol. 40, pp. 83–107.

5- Farrell, John M., **Anticipatory Breach of Contract in Florida** (note), University of Florida Law Review, 1949, vol. 2, pp. 244-249.

6- Honnold, John O., **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention***,* The Hague: Kluwer Law International, ed. 3th, 1999.

7- Kerr, A. J., **Anticipatory Breach of Contract: Some Problems Discussed**, The South African Law Journal, 1972, vol. 89, pp. 465–471.

8- Limburg, Herbert R., **Anticipatory Repudiation of Contracts**, The Cornell Law Quarterly, 1914-1925, vol. 10, pp. 135-180.

9- Lookofsky, Joseph, **The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in International Encyclopedia of Laws**, J. Herbots, R. Blanpain (general editor), International Encyclopaedia of Laws - Contracts, [Kluwer Law International](http://www.kluwerlaw.com/), 2000.

10- Lubbe, Gerhard, **Retraction of Repudiation: A Doctrine Writ in Water?**, Stellenbosh Law Review, 1996, vol. 7, pp. 147–162, p. 157.

11- Nienber, P. M., **The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy**, The Cambridge Law Journal, 1962, pp. 213–233.

12- Rapids, Mich. Grand; Campbell, L. l. M. Colin P., **The Doctrine of Anticipatory Breach**, Contract Law Journal, 1905, vol. 60, pp. 64-69.

13- Riley, Robert J., **The Doctrine of Anticipatory Breach as Applied in West Virginia**, West Virginia Law Quarterly, vol. 31, 1924–25, pp. 182–191.

14- Rothschild, Alfred, **Anticipatory Contract Repudiation and It`s Nullification**, Iowa Law Review, 1945–46, vol. 31, pp. 383–395.

15- Rowley, Keith A., **A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law**, University of Cincinnati Law Review, 2000-2001, vol. 69, pp. 565-639.

16- Swanson, Vernon, **Renunciation of Contracts**, Wisconsin Law Review, 1930-31, vol. 6, pp. 144-165.

17- Stoljar, Samuel, **Some Problems of Anticipatory Breach**, Melbourne University Law Review, 1973-74, vol. 9, pp. 355-369.

18- Thomson, J. M., **The Effect of a Repudiation Breach**, The Modern Law Review, 1978, vol. 41, pp. 137–146.

19- Vernon, **Renunciation of Contracts**, Wisconsin Law Review, 1930-31, vol. 6, pp. 144-165.

20- Vold, L., **Repudiation of Contract**, Nebraska Law Bulletin, 1926–27, vol. 5, pp. 269-323.

21- Vold, L., **The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contract**, Harvard Law Review, 1927–28, vol. 41, pp. 340–376.

22- Williston, Samuel, **Repudiation of Contract II**, Harvard Law Review, 1900-1901, vol. 14, num.7 , pp. 421–441.

فصل ششم: **جنبه‌های حقوقی تامین مالی پروژه در تجارت بین‌الملل**

**چكيده**

سرمایه گذاری کلان در پروژه یا طرح های مختلف زیرساخت‌های اقتصادی از نیازهای هر کشور می‌باشد و تامین مالی پروژه از شایعترین روش‌های سرمایه‌گذاری در آن کشور به حساب می‌آید.

در این روش که به منظور ساخت، اجرا و یا بهره‌برداری از یک طرح در صنعتی خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد، برخی با فراهم آوردن منابع مالی، از محل درآمدهای حاصل از اجرای آن طرح مبادرت به وصول مطالبات خویش می‌نمایند. بدیهی است ریسک‌های مختلفی وجود داشته که می‌توانند موفقیت پروژه را با مشکل جدی مواجه نمایند. ریسک‌های تجاری، سیاسی، حقوقی و ریسک‌های محیطی و اجتماعی از مهمترین انواع ریسک می‌باشند. با ارزیابی، تخصیص و به بیان بهتر مدیریت موثر ریسک می‌توان به حذف و یا کاهش آن اقدام نمود.

در تامین مالی یک پروژه، ساختارهای مالکیت و قراردادهای مختلفی مورد استفاده قرار گرفته که تفکیک چارچوب‌های قراردادی از ساختارها یک امر اساسی و ضروری به شمار می‌رود. آثار و نتایج حاصل از این تفکیک می‌تواند در پیشبرد و کارایی پروژه نمود و جلوه خاصی پیدا نماید. توجه به حل و فصل اختلافات با پیش‌بینی شرط مربوط به آن از قبیل توسل به دادگاه‌های داخلی، داوری و یا سایر روش‌های جایگزین از دیگر موارد مهم در قرارداد می‌باشد. به دلیل مزایای بیشتری که داوری در مقایسه با دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف به ویژه دادگاه‌های داخلی دارد از این شیوه به طور گسترده استفاده می‌گردد.

در تطبیق و بررسی موضوع با نظام حقوقی و قوانین و مقررات ایران آشکار می‌گردد که با وجود مشوق‌ها و ابزارهای مختلف، موانع مهمی در تامین مالی پروژه نیز وجود دارد که ناشی از عوامل مختلف قانونی، فکری و فرهنگی، اقتصادی و مالی، اداری، اجرائی و سیاسی می‌باشد. در همین راستا به منظور هماهنگي و رفع نقايص، پيشنهادها و راهکارهاي عملي لازم ارائه می‌گردد.

**واژگان کليدي:** تامين مالي طرح‌های اقتصادی (پروژه)، حقوق تجارت بين‌الملل، حل و فصل اختلافات، سرمايه‌گذاري خارجي، حقوق تطبيقي.

**مقدمه**

هرکشور خواه توسعه یافته و یا در حال توسعه، نیازمند داشتن برنامه اقتصادی، سرمایه، نیروی انسانی و منابع مالی مورد نیاز جهت پیشبرد اهداف و رسیدن به تعالی و پیشرفت است. این مهم به ویژه در عصر حاضر نمود و جلوه خاصی پیدا نموده است. ماندن و به تعبیر درستر، بهتر ماندن در نظم نوین جهانی، تعامل و ارتباط تنگاتنگ با دیگر اعضا را طلب می‌نماید. تعامل بهتر و ارتباط سازنده‌تر، نقش کشور را از تاثیرپذیری به تاثیرگذاری بدل می‌کند؛ عاملی که یکی از مشخصه‌های اصلی قدرت یک کشور به شمار می‌رود. در زمینه اقتصادی نیز دولت هم باید مبادرت به سرمایه‌گذاری نموده و هم سرمایه لازم را جذب نماید. سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری درست، صحیح و منطبق با نیازهای کشور، آئین و روش خاص خود را دارد. عدم رعایت معیارها و استاندارهای موجود چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌المللی، مسائل و مشکلات عدیده‌ای را به دنبال خواهد داشت. در خصوص فراهم نمودن زیرساخت‌ها و انجام طرح‌های مورد نیاز، دست‌اندرکاران باید با فراهم نمودن زمینه‌ها و منابع لازم جهت عملی شدن این طرح‌ها گام بردارند.

گاهی کشور خود منابع و سرمایه لازم را جهت اجرائی نمودن پروژه در اختیار داشته و گاهی نیز بی‌بهره از آنهاست که در هر دو مورد تامین مالی از منابع مختلف ضرورتی انکارناپذیر است. لذا تامین مالی پروژه یا طرح از مهمترین اقدامات مربوط به اجرای پروژه‌های اقتصادی است. در حقیقت، تامین مالی پروژه یک روش مناسب سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری است. در این روش، سرمایه‌گذاران با آوردن سرمایه خویش تمایل دارند تا با مشارکت در اجرائی شدن پروژه در سود حاصل از آن، شریک شوند. مشارکت دولت میزبان نیز یکی دیگر از مسائل مهم مربوط به تامین مالی پروژه است. این مشارکت گاه به صورت تهیه مقدمات لازم از قبیل فراهم نمودن زیرساخت‌ها و صدور مجوزها و حمایت‌های تقنینی است و گاه دولت خود به عنوان مالک طرح مبادرت به سرمایه­گذاری می­نماید.

ریسک­های مختلفی در تامین مالی پروژه وجود دارد که مستلزم شناسایی، ارزیابی و اختصاص آنها به اطراف مختلف مشارکت­کننده می­باشد. بی­تردید، ساختارها و قراردادهای مختلفی بدین منظور بکار گرفته شده که تفکیک بین ساختارها از قراردادها ضرورت دارد.

نظر به پیچیدگی ساختاری و قراردادی تامین مالی پروژه، بروز اختلاف امری عادی و طبیعی به شمار می­رود. بنابراین، درج شرط مربوط به حل و فصل اختلاف و مسائل مرتبط با آن یعنی قانون حاکم و مرجع صالح خود از دیگر مباحث بحث برانگیز می‌باشد.

در این مقاله تلاش می‌شود تا در حد امکان جنبه‌های مختلف تامین مالی پروژه به ویژه مسائل حقوقی آن بررسی شده و از زوایای گوناگون مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در همین راستا، در قسمت نخست با عنوان کلیات به مفهوم تامین مالی پروژه و اطراف مشارکت‌کننده و منابع تامین مالی پروژه پرداخته می‌شود و در قسمت دوم چارچوب‌های قراردادی و ساختارهای تامین مالی پروژه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**قسمت اول: مفاهیم وکليات**

از آنجا که موضوع مقاله حاضر، تامین مالی پروژه است، ناگزير از طرح برخي مسائلي هستيم که براي ورود به بحث ضروري مي‌نمايد. لذا، تبیین مفهوم تامین مالی پروژه، اطراف مشارکت‌کننده در تامین مالی از موضوعاتی هستند که در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**الف -** **مفهوم تامين مالي پروژه**

از تامين مالي پروژه، تعاريف متعددي ارائه شده است و از این اصطلاح در زمینه‌های مختلفی استفاده می‌گردد.در حقيقت، مفهوم تامين مالي پروژه به قدري پويا، در حال تحول و گسترده است که تعريف جامع و مختصر از آن، به آساني ميسر نيست. با اين وجود، تعاريف نسبتاً گويايي در اين زمينه وجود دارد که در زير به پاره‌اي از آن‌ها اشاره مي‌شود:

1. «تامين مالي يک پروژه سرمايه‌اي، نوعي تسهيلات است که در آن وام‌دهنده به طور اصولي جريان وجوه و درآمد ناشي از پروژه‌ها را به عنوان منبع بازپرداخت دانسته و دارايي‌هاي پروژه را به عنوان وثايق براي وام پرداختي مي‌پذيرد». [[305]](#footnote-305)

2. «اگرچه تعاریف بسیار زیادی برای تامین مالی پروژه وجود دارد، اما می‌توان تامین مالی پروژه را به تامین مالی جهت گسترش و یا بهره‌برداری از یک حق، منبع طبیعی و یا دیگر سرمایه‌ها در مواردی که اکثریت تامین مالی به شکل سهام سرمایه‌ای فراهم نشده، بلکه اساساً از محل درآمدهای آتی پروژه تامین می‌گردند، تعریف نمود».[[306]](#footnote-306)

3. «اصطلاح تامین مالی دارای یک معنای خاص حقوقی نمی‌باشد. همانگونه که توسط جامعه بانکی بکار گرفته می‌شود این واژه دارای چندین معنی است. از این اصطلاح برای توصیف انواع تامین مالی پروژه‌ها از جمله صدور سهام جدید، اوراق قرضه و یا اسناد تجاری استفاده می‌شود. اما در معنای خاص که در سال‌های اخیر به ویژه در جامعه بانکی مورد استفاده قرار می‌گیرد، تامین مالی پروژه عبارتست از تامین مالی یک پروژه خاص که در آن، وام‌های قرض‌دهنده از درآمدهای پروژه و وثایق آن پرداخت می‌گردد». [[307]](#footnote-307)

4. «تامین مالی پروژه را می‌توان به تامین مالی گسترش و یا انتفاع حق، منبع طبیعی و یا دیگر سرمایه‌هایی تعریف کرد که انبوهی از تامین مالی از طریق بدهی انجام شده و اصولاً بازپرداخت آن خارج از سرمایه و براساس درآمدهای آن طرح صورت می‌گیرد. طرح در این معنا می‌تواند یک طرح نفتی یا گازی، معدن، تلفن همراه و یا کابل شبکه، عوارض تونل، پل، بزرگراه، پالایشگاه، ایستگاه انرژی و یا خطوط لوله باشد. لذا هرگونه مخاطره و ریسکی که می‌تواند یک درآمد منظمی را تولید کند به محض اینکه اجرائی شد، داخل در این تعریف قرار می‌گیرد».[[308]](#footnote-308)

صرفنظر از تعاريف فوق، می‌توان تامين مالي پروژه را به ساختار مالي بدون حق رجوع و يا با حق رجوع محدود که متشکل از بدهي، آورده شرکاء و افزايش اعتبار است و براي ساخت، اجرا و يا تامين مالي مجدد يک طرح مورد استفاده قرار مي‌گيرد، تعریف نمود. بدين توضيح که به موجب اين ساختار، تامین‌کننده تنها از محل درآمد‌هاي حاصل از اجراي آن طرح و صرفنظر از دارايي عمومي و يا اعتبار تامين‌کننده طرح، مبادرت به دريافت مطالبات خود مي‌نمايد. در واقع، درآمد حاصل از فعالیت موضوع و يا ديگر جريانات نقدي حاصل شده، برای بازپرداخت بدهي استفاده مي‌شود.[[309]](#footnote-309) با دقت در تعاریف فوق و به ویژه تعریف اخیر می‌توان اتکای سرمایه‌‌گذاران به درآمد‌هاي حاصل از فعالیت پروژه، صرفنظر از دارايي و يا اعتبار مشارکت‌کنندگان را بارزترین مشخصه مفهوم تامین مالی پروژه برشمرد.

**ب - اشخاص مشارکت‌کننده در تامین مالی پروژه**

یکی از عوامل پیچیدگی تامین مالی پروژه، درگیری اشخاص مختلف در آن است که هر کدام با داشتن نقش خاص در جهت اجرای پروژه گام بر می‌دارند. هدف از این بخش، اشاره‌ای در خصوص اشخاص مهم درگیر در یک تامین مالی پروژه است.

**۱-** **حمایت‌کننده پروژه**[[310]](#footnote-310)

حمایت‌کننده پروژه و یا توسعه دهنده،[[311]](#footnote-311) شخصی است که دیگر اشخاص درگیر در پروژه را نیز سازماندهی می‌نماید. آنها معمولاً آورده‌ها را کنترل کرده و مبادرت به سرمایه‌گذاری در شرکت پروژه و یا دیگر موسساتی که مالک پروژه به شمار می‌آیند، می‌نمایند. اگر بیش از یک حمایت‌کننده وجود داشته باشد، آنها اغلب یک شرکت و یا مشارکت مدنی و یا دیگر ترتیبات را تشکیل می‌دهند. با این روش، حمایت‌کنندگان یک شرکت پروژه را تشکیل داده که مالک پروژه است و بدین ترتیب، حقوق و مسئولیت‌های خود را در خصوص پروژه برقرار می‌سازند. [[312]](#footnote-312)

**2- شرکت پروژه**[[313]](#footnote-313)

شرکت پروژه موسسه‌ای است که نسبت به تملک، گسترش، ساخت، اجرا و حفظ پروژه اقدام می‌کند. همچنین از شرکت پروژه به شرکت با هدف خاص (واسط)[[314]](#footnote-314) یاد می‌شود که معمولاً به منظور هدفی خاص و در جهت اجرای پروژه مبادرت به همکاری می‌نمایند.[[315]](#footnote-315) این شرکت متشکل از حمایت‌کنندگان پروژه بوده که ممکن است سرمایه‌گذار و یا دارای منافعی خاص در پروژه باشند همانند پیمانکاران و عاملان. شرکت پروژه، وسیله‌ای برای قرض دادن منابع مالی جهت تامین مالی پروژه و سهیم کردن آورده حمایت‌کنندگان است. این شرکت همچنین مبادرت به انعقاد موافقتنامه‌های قراردادی لازم با دولت میزبان، پیمانکار ساخت، اجراکننده (عامل یا بهره‌بردار) (که اغلب یک شرکت عامل خارجی می‌باشد) و تامین‌کنندگان تجهیزات و مواد لازم و دیگران می‌نماید.

**3- دولت میزبان**[[316]](#footnote-316)

دولت میزبان، دولت کشوری است که پروژه در آن واقع شده است. صرفنظر از نقش دولت میزبان به عنوان یکی از اعضای شرکت‌کننده در پروژه، این دولت می‌تواند نقش‌های دیگری را نیز ایفا نماید. جذابیت‌های یک پروژه برای سرمایه‌گذاری خصوصی تا حد بسیار زیادی به روشی که دولت میزبان به بیان مسائل حقوقی اساسی می‌پردازد از قبیل اجرای قراردادها، مالکیت خصوصی، توافقنامه‌های مربوط به ضمانت و وثایق، مالیات‌ها، ارز خارجی و سود آن که همگی در موفقیت سرمایه‌گذاری خارجی پروژه نقش اساسی دارند، بستگی دارد. در بسیاری از موارد، دولت میزبان از طریق پایان دادن به عمر یک پروژه، درصدد به دست آوردن آن است که البته این مسئله تا حدی به ساختار و اهمیت استراتژیک آن پروژه بستگی دارد. [[317]](#footnote-317) حمایت‌های دولت میزبان می‌تواند به شکل مجوزهای تسهیلات، قراردادهای الزام‌آور قانونی و وضع قانون های مناسب باشد. بدین ترتیب، دولت میزبان عموماً می‌تواند صادرکننده مجوزها، مجوزهای بهره‌برداری‌ و امتیازها باشد. این دولت همچنین می‌تواند اعطا‌کننده مستندات مربوط به ارز خارجی و امتیازهای مالیاتی باشد.[[318]](#footnote-318) دولت میزبان همچنین می‌تواند مالک پروژه باشد. به بیان کلی، دولت میزبان به ویژه در مورد پروژه‌های زیربنائی دارای یک نقش بسیار حیاتی، مهم و متنوع در تامین مالی پروژه می­­باشد. [[319]](#footnote-319)

**4- تامین کننده**[[320]](#footnote-320) **و خریدار محصول**[[321]](#footnote-321)

تامین‌کنندگان، شرکت‌هایی هستند که کالاهای اساسی از قبیل مواد خام، سوخت و یا دیگر محصولات و خدمات مورد نیاز یک پروژه خاص را تامین می‌نمایند. تامین‌کنندگان به ویژه تامین‌کنندگان ماشین‌ها، اغلب حمایت‌کنندگان پروژه هستند که در اثر فشار ناشی از رقابت زیاد، مجبور به مشارکت دادن دارایی خویش در پروژه می‌گردند. اگر تامین بلند مدت و مستمر مواد اولیه برای پروژه لازم باشد، همانند سوخت برای پمپ‌بنزین، یک قرارداد تامین بلند مدت منعقد می‌گردد. این قرارداد تامین میزان مشخصی از مواد اولیه با قیمت مشخص و ثابت را برای یک دوره توافق شده، تضمین می‌نماید. به دلیل اهمیت محصولات برای پروژه، حمایت‌کنندگان و قرض‌دهندگان پروژه در ارتباط کامل با امکان‌سنجی اقتصادی، موافقتنامه‌های مربوط به تهیه و تامین مواد و همچنین تامین‌کنندگان می‌باشند. در مواردی که رقابت زیادی در بازار وجود دارد شایسته آنکه بیش از یک تامین‌کننده برای تهیه و تامین مواد و یا خدمات انتخاب گردد. [[322]](#footnote-322)

خریدار محصول به منظور فروش و خرید تمامی محصولات، کالاها و یا خدماتی که از پروژه تولید می‌گردد، با شرکت پروژه یک قرارداد خرید طولانی مدت منعقد می‌نماید. این قرارداد این اطمینان را به وجود می‌آورد که خریدار مطمئنی برای محصول پروژه با قیمت مشخص وجود دارد. قرض‌دهندگان پروژه، اغلب قبل از انعقاد قرارداد اعطای وام، چنین الزام می‌کنند که یک خریدار مطمئن و ضمانت‌شده‌ای وجود داشته باشد. خرید محصول توسط خریدار نقش عمده‌ای را در تامین مالی بسیاری از پروژه‌های بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود ایفا می‌نماید. سه رویکرد (رهیافت) در خصوص ارتباط و تعامل شرکت پروژه با خریدار وجود دارد. نخستین رویکرد، انعقاد قرارداد قبل از اجرای پروژه با خریدار خاصی به منظور خرید محصول پروژه برای مدت زمان طولانی است. این راه‌حل ریسک بازار را کاهش داده و اغلب برای پروژه‌هایی که محصولات آنها به عموم عرضه نمی‌گردد و همچنین در مواردی که دولت میزبان مقرر نموده است که مقدار خاصی از محصول صادر شود، مورد استفاده قرار می‌گیرد. دومین رویکرد مشتمل بر فروش محصول به بازار آزاد است. فروش محصولات نفتی نمونه‌ای از این رویکرد می‌باشند. اما این راه‌حل، مشارکت‌کنندگان را با نوسانات قیمت مواجه می‌نماید. سومین رویکرد، تلفیقی از رویکرد نخست و دوم می‌باشد که به موجب آن، مقداری از محصول به بازار آزاد عرضه شده و مقداری دیگر از قبل به خریدار خاصی که در پروژه دخالت دارد، فروخته می‌شود که اغلب از آن به عنوان قراردادهای بیع متقابل[[323]](#footnote-323) یاد می‌شود و در آنها چنین موافقت می‌شود که شرکت پروژه محصول پروژه را خریداری نماید. در بسیاری از تامین‌های مالی بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود، خریدار محصول حمایت اعتباری را برای تامین مالی عمده به عمل می‌آورد. شایان ذکر است که هم خریدار و هم فروشنده باید به قواعد حاکم بر خرید و یا فروش اطلاع و آگاهی داشته باشند. [[324]](#footnote-324)

**5- قرض‌دهندگان تجاری**[[325]](#footnote-325)

قرض‌دهنده در تامین مالی پروژه، یک موسسه مالی و یا گروهی از موسسات مالی هستند. این موسسات به منظور توسعه و ساخت پروژه وام‌هایی را اعطا می‌کنند و از تمام سرمایه پروژه وثیقه اخذ می‌نمایند[[326]](#footnote-326).

 قرض‌دهندگان تجاری شامل بانک‌ها، شرکت‌های بیمه، شرکت‌های اعتباری و دیگر قرض‌دهندگان از قبیل آژانس‌های چند ملیتی و دوجانبه، وام مورد نیاز پروژه را تامین مالی می‌نمایند. دارندگان اوراق قرضه نیز می‌توانند به عنوان قرض‌دهنده به پروژه به شمار آیند. بسیاری از پروژه‌ها هستند که نیاز به سرمایه بیشتری برای تامین مالی دارند و لذا یک قرض‌دهنده به تنهایی سرمایه لازم و کافی را برای تامین مالی اجرای تمام پروژه در اختیار ندارد. در نتیجه، مجموعه‌ای از قرض‌دهندگان، نقش بسزایی را در اینگونه پروژه‌ها ایفا می‌نمایند. قرض‌دهندگان بیشتر به جریان نقدی که از پروژه حاصل می‌شود تکیه می‌کنند تا به دارایی‌ها و ارزش سرمایه‌ای پروژه. به بیان دیگر، پس از تکمیل پروژه و آغاز بکار تولید محصول آن، قرض‌دهندگان به منظور وصول مطالبات خویش باید به خود پروژه فکر کنند و نه به پشتوانه حمایت‌کنندگان.[[327]](#footnote-327) طبیعی است که ریسک قرض‌دهندگان می‌تواند بیشتر از دیگر مشارکت‌کنندگان در پروژه باشد. این اشخاص ممکن است اقسام مختلفی از بدهی را برای پروژه فراهم آورند. [[328]](#footnote-328)

6- پیمانکار[[329]](#footnote-329) و عامل یا بهره‌بردار[[330]](#footnote-330)

پیمانکار ساخت جهت طراحی، مهندسی و ساخت پروژه با شرکت پروژه قرارداد می‌بندد. اگر پروژه یک پروژه ساخت جدید باشد، شرکت پروژه با پیمانکاری که مسئول طراحی و ساخت پروژه است، مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید. این قرارداد معمولاً قرارداد با قیمت ثابت و یا مبنای کلید در دست است که به موجب آنها پیمانکار، یک قیمت توافق شده برای ساخت داشته و مسئولیت تاخیر در تکمیل و دیگر هزینه‌های اضافی را بر عهده دارد. پیمانکار اغلب یک سهامدار در شرکت پروژه بوده و همچنین ممکن است سهم خود را پس از ساخت نگه دارد و یا به دیگر سهامداران و یا اشخاص خارج از شرکت بفروشد. در بسیاری از پروژه‌ها، پیمانکار مسئول اولیه، هزینه‌های دوره ساخت را متحمل می‌گردد.

عامل پروژه، یک شخص متخصص و معمولاً با تجربه عملی موفق است که مبادرت به بهره‌برداری، نگهداری، مدیریت و تعمیر پروژه همانند سرمایه‌گذاری‌های تجاری می‌نماید. عامل با شرکت پروژه یک قرارداد بلند مدت برای بهره‌برداری و نگهداری روزانه پروژه در طول مدت امتیاز منعقد می‌نماید. اگر که در پایان مدت امتیاز، قرار است پروژه به مقام عمومی بازگردانده شود، یک معیار مشخص نگهداری در ابتدای شروع پروژه با عامل توافق می‌گردد. در برخی از پروژه‌ها، این نقش توسط یکی از مالکان شرکت پروژه ‌ایفا می‌گردد. در دیگر پروژه‌ها، نقش بهره‌بردار توسط شخص ثالث و به موجب موافقتنامه بهره‌برداری صورت می‌گیرد.

7- آژانس رتبه‌بندی[[331]](#footnote-331) و ممیز الگو[[332]](#footnote-332)

در مواردی که پروژه‌ها از طریق دسترسی به بازارهای بدهی عمومی تامین مالی می‌گردند، آژانس‌های رتبه‌بندی به منظور ارائه رتبه‌های اعتباری برای بدهی مهم مورد مشاوره و استفاده قرار می‌گیرند. بند 21 ماده 1 قانون بازار اوراق بهادار، از «موسسات رتبه‌بندی» به عنوان یکی از نهادهای مالی فعال در بازار اوراق بهادار نام برده است. [[333]](#footnote-333) افشای ریسک‌های مرتبط با اوراق بهادار و کاهش تقارن اطلاعاتی در میان فعالان بازار، هدف اصلی این دسته از نهادهای مالی (البته در بازار سرمایه) برشمرده شده است.[[334]](#footnote-334) ممیز الگو در خصوص مسائل مرتبط با مدل تامین مالی پروژه اظهارنظر می‌کند. قرض‌دهندگان به منظور ارزیابی قابلیت پروژه در توانائی نسبت به ایفای بدهی مطابق با شرایط مندرج در اسناد تامین مالی از مدل و اظهارنظر ممیز الگو استفاده می‌کنند. اقدامات بازرسی مدل، متنوع بوده و شامل تجزیه و تحلیل مدل تامین مالی، فرمول‌ها و الگوریتم‌ها، بررسی مطابقت مدل اجرا شده با مدل پیش‌بینی شده در اسناد معامله می‌باشد.[[335]](#footnote-335)

**8- مشاوران**[[336]](#footnote-336)

مشاوران، متخصصان و کارشناسان در زمینه‌های مختلف بوده که در ابتدا توسط حمایت‌کنندگان به کار گرفته می‌شوند تا نسبت به منافع قرض‌دهندگان قبل از شروع پروژه به تحقیق و تفحص بپردازند. اگرچه مشاوران عموماً داخل در هسته مرکزی تیم معامله قرار نمی‌گیرند اما یافته‌های آنان برای تامین مالی معامله اساسی و مهم می‌باشد. مشاوران مالی نیز مبادرت به تهیه گزارش‌های مقدماتی در خصوص بازاریابی محصول پروژه نموده و قرض‌دهندگان نیز بر اساس گزارش آنان به تجزیه و تحلیل ریسک‌ها پرداخته و در نهایت در خصوص سرمایه‌گذاری و اعطای وام تصمیم‌گیری می‌نمایند. مهندس مستقل/مشاور فنی، مشاور تهیه و تامین مواد اولیه، مشاور بازار، مشاور وسائط نقلیه و حمل و نقل، مشاور بیمه، مشاور شرایط و محیط، نمونه‌هایی از مشاوران مختلف می‌باشند. [[337]](#footnote-337)

**قسمت دوم: ساختار و چارچوب‌ قراردادی تامین مالی پروژه**

در تامین مالی پروژه، قراردادهای مختلفی منعقد شده و ساختارهای مختلفی نیز وجود دارند. هرچند در بسیاری از موارد، این دو مسئله با یکدیگر خلط شده، با این وجود در این بخش تلاش می‌شود تا به تفکیک، ساختارها، قراردادها و توافقنامه­های مختلف مورد بررسی و مطالعه قرار گیرند.

**الف - ساختارهای تامین مالی پروژه**

اگرچه حمایت­کنندگان ممکن است چنین تصمیم بگیرند که به تنهایی پروژه را اجرا کنند اما به عنوان یک موضوع عملی در اکثر پروژه­های بزرگ، مالکیت و یا نظارت بر پروژه به طور مشترک صورت می‌‌پذیرد. دلایل انتخاب ساختار مشترک از جمله عبارتست از، توزیع و تقسیم ریسک میان تعداد بیشتری از مشارکت­کنندگان، میزان نیاز بیشتر آورده نسبت به بدهی، به حداکثر رساندن مزایای ترکیب مهارت‌ها، فناوری و منابع و اعطای فرصت به مشارکت­کنندگان جهت کار بر روی پروژه­ای که از توانایی و ظرفیت یک شخص خارج است. ساختار مالکیت پروژه تحت تاثیر اهداف و مسائل مالی، حقوقی، حسابداری و مالیاتی حمایت­کنندگان قرار دارد. انعطاف­پذیری مدیریت ساختار، سهولت تقسیم و توزیع عواید، به حداقل رساندن بار مالیاتی، تملک اموال غیرمنقول، ضرورت مشارکت اشخاص محلی به ویژه در پروژه­های زیربنائی و تشکیل شرکت پروژه، دامنه حمایت و ملاحظاتی در خصوص انحلال از جمله مسائلی هستند که تصمیم­گیری در خصوص بهره­برداری از پروژه صحیح را تسهیل کرده و راهنمایی می­نماید. از جمله مسائل مهم در خصوص ساختار مالکیت، مشارکت دولت میزبان در مالکیت پروژه است. به طور کلی، شروط و لوازم مالکیت دولت در میان بخش­ها و کشورهای میزبان متفاوت بوده و به میزان ریسک تخصیص یافته، تعهدات و وظایف و تمایل به تهیه و تدارک زیرساخت‌های اجتماعی و همچنین عوایدی که از پروژه نصیب دولت میزبان می­گردد، بستگی دارد. به طور کلی می­توان چنین ابراز عقیده نمود که دولت میزبان در فراهم نمودن ساختارهای زیربنائی نقش عمده و اصلی را دارد و بیشتر هم با در اختیار گذاشتن زیرساخت­ها در مالکیت پروژه سهیم می­گردد. مشارکت بیش از یک سهامدار و یا شریک در مالکیت پروژه از دیگر خدمات مربوط به مالکیت پروژه است. بدیهی است در صورت تعدد مشارکت‌کنندگان، امکان توزیع ریسک میان اطراف مختلف بیشتر بوده و در نتیجه میزان ضرر کمتر و سود بیشتری عاید مشارکت­کنندگان می­گردد. الزامات و قوانین و مقررات داخلی و محلی که پروژه در آن اجرا می­گردد نیز در موضوع مالکیت پروژه دارای اهمیت است. چه بسا که به موجب قانون داخلی، شخص یا اشخاصی از مالکیت در پروژه خاصی ممنوع شده و یا محدودیت­هایی وضع گردیده باشد. مسائل حسابدارای و مالیاتی نیز در توانائی شرکت پروژه به استرداد سود سهامداران نیز تاثیر بسزائی دارد. خودداری شرکت مادر از مداخله و سرمایه­گذاری مستقیم در پروژه در کشور میزبان از جمله توصیه­های مهم دیگر است. مدیریت صحیح مسائل گوناگون مطرح در مالکیت پروژه نیز از دیگر مسائلی است که باید مورد توجه جدی قرار گیرد. با درنظر گرفتن مطالب فوق و با تذکر این نکته که «ساختارهای تامین مالی پروژه تقریباً با خلاقیت و انعطاف متخصصان امور بانکی و حقوقدانان نامحدود است»،[[338]](#footnote-338) به مهمترین ساختارهای تامین مالی پروژه پرداخته می­شود. باید خاطر نشان ساخت که تنها مسائل اساسی و مهم هر ساختار مطرح گردیده­اند؛ چرا که هر یک از این ساختارها خود می­تواند موضوع پژوهش مستقلی قرار گیرد.

**1- شرکت**[[339]](#footnote-339)

این قالب، ساده­ترین و شاید رایجترین ساختار تامین مالی پروژه به شمار می­رود. در این ساختار، حمایت‌کننده با تشکیل یک موسسه که اغلب مالکیت تمام آن را داراست، مبادرت به گسترش، ساخت، مالکیت، بهره­برداری و حفظ یک پروژه خاص در یک مکان مشخص می­نماید. یک شرکت با هدف خاص ممکن است به موجب قانون کشوری که پروژه در آن قرار دارد و یا قوانین دیگر کشورها شکل گرفته و شرایط لازم برای انجام داد و ستد در کشوری که پروژه در آن قرار دارد را داشته باشد. از شرکت با هدف خاص اغلب زمانی استفاده می­گردد که گردش سرمایه در میان مزایای مالیاتی برای شریکان در سرمایه‌گذاری، بحرانی و حاد نبوده و کنترل مدیریت تمرکز یافته که در میان ساختار شرکت وجود دارد، مطلوب به نظر می‌رسد. [[340]](#footnote-340) از مزایای این نوع روش مالکیت را می‌توان 1) دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل و در نتیجه برخوردار شدن از حقوق و تعهدات 2) محدودیت ناچیز در انتقال حقوق 3) محدودیت مسئولیت سهامداران و از معایب آنها عبارتست از 1) امکان پرداخت مالیات مضاعف هم به عنوان سهامدار و هم از شرکت 2) تابعیت از مقررات پیچیده اداری 3) ساختار شرکت ممکن است از انعطاف اجرائی کمتری نسبت به دیگر جایگزین­ها برخوردار باشد. از دلایل انتخاب این ساختار آن است که قالب شرکت موسسه تجاری به مالکان شرکت اجازه برخورداری از مسئولیت محدود در قبال اقدامات آن شرکت را می­دهد. مدیریت این شرکت مبتنی بر چارچوب قانونی است و به طور کلی، جلسات رسمی مدیران و سهامداران ضروری و ارائه گزارش­های مالی نیز الزامی می‌باشد.[[341]](#footnote-341) در حقوق ایران شرکت بر دو نوع است، شرکت تجاری و شرکت غیرتجاری (شرکت مدنی). قوانین نیز تعریف دقیقی از آنها به عمل نیاورده است و تعریفی که ماده 571 قانون مدنی[[342]](#footnote-342) از شرکت نموده تنها شامل اشاعات است و در مورد شرکت­های تجاری صادق نیست. [[343]](#footnote-343) بنابراین این قالب باید به شکل یکی از هفت قالب شناخته شده در قانون تجارت قرار گیرد تا عنوان شرکت بر آن صدق نماید؛ چراکه به موجب نظام حقوقی ایران، شرکت مدنی شخصیت حقوقی ندارد. [[344]](#footnote-344)

**2- مشارکت‌های عام**[[345]](#footnote-345)

مشارکت عام یک موسسه تجاری است که به موجب قرارداد، قانون و یا هر دو ایجاد شده و همه شریکان به میزان مشارکت در مدیریت و درآمد (یا ضرر) آن سهیم می­باشند. در این ساختار، تمامی شرکاء به صورت منفرداً متضامناً مسئول می­باشند. همچنین هر یک از شرکا در مقابل اقدامات دیگر شرکاء مسئولیت دارد. حمایت­کنندگان ممکن است یک مشارکت عمومی تشکیل دهند. در بسیاری از کشورها، مشارکت به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل به رسمیت شناخته شده و در نتیجه می­تواند به نام خود، مالک شده، بهره­برداری نموده و مبادرت به انعقاد قراردادهای تامین مالی بنماید. در برخی کشورها نیز از لحاظ مالیاتی، مشارکت دارای یک شخصیت حقوقی نمی­باشد یعنی مالیات به آن تعلق نمی­گیرد؛ هرچند که برای به دست آوردن و حفظ اطلاعات مربوط به آن از جمله میزان سرمایه، درآمد، سود، ضرر و دیگر مسائل، دارای پرونده مالیاتی است. در نتیجه زمانی که مالیات برای پروژه یک مسئله مهم و حیاتی است، معمولاً از این قالب استفاده می­گردد. از آنجا که هر یک از مشارکت‌کنندگان به طور مستقل و متضامناً مسئول بدهی­های ناشی از مشارکت خویش می­باشند، حمایت­کننده غالباً یک شعبه مستقل تشکیل داده تا به عنوان مشارکت­کننده عمومی، کارهای وی را انجام دهد. هدف از انتخاب این ساختار عموماً آن است که حمایت‌کننده قادر نیست تا به تنهایی تمامی سرمایه شرکت را تامین نموده لذا از مشارکت دیگر افراد نیز بهره­مند می­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­گردد.

**3- مشارکت‌های محدود**[[346]](#footnote-346)

مشارکت محدود همانند مشارکت عام بوده بجز آنکه این ساختار، هم شرکای با مسئولیت عام دارد و هم شرکای با مسئولیت محدود. لذا شریک عام مسئول تمامی بدهی­ها و تعهدات مشارکت محدود می‌باشد. مسئولیت شریک با مسئولیت محدود نیز محدود به میزان مشارکت آنها در سرمایه شرکت می‌باشد. به دلیل وجود مسئولیت محدود شرکای با مسئولیت محدود، تامین مالی مشارکت محدود، برای مشارکت آورده توسط سرمایه­گذاران منفعل پروژه مناسب و سودمندتر می‌باشد. برای مثال، از این ساختار، به عنوان مکانیزمی برای مشارکت پیمانکاران و تامین­کنندگان تجهیزات استفاده می­شود. البته مدیریت در این ساختار همانند مسئولیت متفاوت است. سهامداران با مسئولیت محدود علیرغم اینکه از امتیاز مسئولیت محدود در شرکت بهره­منده نبوده اما دارای حقوق مدیریتی نیز می­باشند. البته این حق قابل انتقال به شریک عام می‌باشد.[[347]](#footnote-347)

**4- شرکت‌ با مسئولیت محدود**[[348]](#footnote-348)

شرکت­های با مسئولیت محدود در واقع حد وسط شرکت و مشارکت محدود می­باشند. مسئولیت اعضای این شرکت محدود به میزان سرمایه آنها در شرکت است. به موجب ساختار شرکت با مسئولیت محدود، هر یک از اعضا نیز به نسبت سرمایه از منافع و سود بهره­مند خواهد شد. برخلاف مشارکت محدود لازم نیست تا اعضا از حق کنترل مدیریت خویش صرفنظر کرده تا از مسئولیت محدود برخوردار باشند. ماده 94 قانون تجارت ایران نیز در تعریف شرکت با مسئولیت محدود بیان می­دارد: «شرکت با مسئولیت محدود شرکتی است که بین دو یا چند نفر برای امور تجارتی تشکیل شده و هر یک از شرکاء بدون اینکه سرمایه به سهام یا قطعات سهام تقسیم شده باشد فقط تا میزان سرمایه خود در شرکت مسئول قروض و تعهدات شرکت است».[[349]](#footnote-349)

**5- امتیاز**[[350]](#footnote-350)

در اکثر پروژه­های مهم بخش عمومی که تامین مالی می­گردند، دولت و یا شهرداری و یا دیگر مقامات عمومی به شرکت پروژه، امتیازی را در قالب «مجوز بهره‌برداری»[[351]](#footnote-351) برای مالکیت انحصاری تسهیلات و یا سرمایه برای سال‌های مشخصی اعطا می­کنند. در پایان مدت امتیار، سرمایه با شرایط خاصی به بخش عمومی بازگردانده می­شود. امتیاز که برخی اوقات از آن تحت عنوان قرارداد اجرای پروژه نیز اشاره می­شود، قراردادی اولیه میان دولت و شرکت پروژه و مبنایی برای دیگر قراردادهایی است که بعداً منعقد می­گردند. معمولاً امتیاز به شرکت پروژه، حق ساخت، تامین مالی و بهره­برداری از تسهیلات را برای یک دوره معین می­دهد؛ اگرچه انواع مختلف دیگری نیز وجود دارند. [[352]](#footnote-352) بنابراین، امتیاز اساساً مجوزی است که معمولاً توسط دولت و یا یک نهاد شبه دولتی[[353]](#footnote-353) اعطا می­شود. دولت میزبان امتیازی را بدین شرط که شرکت پروژه (که معمولاً شرکت واسط است) متعهد می­گردد تسهیلات مورد نیاز را در مدت زمان خاصی طراحی کرده و بسازد و از تسهیلات برای مدت زمانی بهره‌برداری کرده و پس از پایان آن مدت زمان، مالکیت آن تسهیلات را به دولت میزبان انتقال دهد.

مهمترین نکته در قراردادهای امتیاز بین­المللی آن است که چنین قراردادهایی به طور خودکار تابع قانون کشور میزبان می­باشند. ملاحظه می­گردد تعریف فوق مشتمل بر سه عنصر اساسی است: نخست انعقاد یک قرارداد امتیاز است. قبل از انعقاد این قرارداد، صاحب امتیاز اغلب از طریق فرایندی همانند دعوت یا اعلان عمومی انتخاب می­گردد. دومین عنصر، تعهد صاحب امتیاز به فراهم نمودن خدمات مشخص به عموم مردم است. ویژگی عجیب و غریب در اینجا، انتقال یک وظیفه عمومی به یک شرکت بخش خصوصی است؛ بنابراین این انتقال مستلزم تحدید حدود تعهدات صاحب امتیاز می­باشد. سومین عنصر، اجرت و یا کارمزد صاحب امتیاز است. صاحب امتیاز با دادن خدمات به بخش عمومی، اجرت خویش را از پروژه تحصیل می­نماید. لذا مسائل اصلی که در یک قرارداد امتیاز مطرح می‌باشند، عبارت از هدف امتیاز، مدت زمان و انتقال تسهیلات، تعهدات شرکت پروژه به طراحی و ساخت تسهیلات مرتبط، بهره­برداری از تسهیلات، اجرت صاحب امتیاز، اعطای وثیقه و انتقال امتیاز و غیره می‌باشد. این قرارداد همچنین ممکن است دربردارنده نظام حقوقی و مالیاتی قابل اعمال بر پروژه از جمله تعهدات زیست محیطی شرکت پروژه باشد. مفاد و شرایط این قرارداد باید از سوی تمامی اطراف مشارکت­کننده در پروژه از جمله قرض­دهندگان محقق شده و رعایت گردد. در عمل، قرارداد امتیاز با قرارداد خرید محصول و تامین مواد اولیه در یک قرارداد قابل جمع می­باشند. [[354]](#footnote-354)

**6- ساخت، بهره‌برداری و انتقال**[[355]](#footnote-355)

ساخت، بهره­برداری و واگذاری به ساختاری اطلاق می­شود که در آن، طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی، برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار می­گردد؛ پس از ساخت، امتیاز بهره­برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده و او مالک طرح و منافع حاصل از آن می‌گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد، مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می­یابد. بدین ترتیب، شرکت خصوصی تامین مالی طرح زیربنایی را به عهده گرفته، آن را ساخته و پس از مدتی بهره‌برداری، مالکیت طرح را به طور مجانی یا معوض به دولت منتقل می­کند تا از آن به بعد، دولت به عنوان مالک، آن را در راستای منافع عموم مورد بهره­برداری قرار دهد.[[356]](#footnote-356) یک ساختار ساخت، بهره‌برداری و واگذاری اغلب مبتنی بر قرارداد امتیاز و توسعه میان یک دولت و یا آژانس دولتی و شرکت پروژه می­باشد. شایان ذکر است این ساختار یکی از رایجترین ساختارها برای گسترش زیرساختارها در کشورهای در حال توسعه به شمار می‌آید. [[357]](#footnote-357)

**7- سرمایه‌گذاری مشترک**[[358]](#footnote-358)

سرمایه‌گذاری مشترک اتحادیه‌ای میان موسساتی است که تمایل داشته تا با یکدیگر پروژه را برای یک هدف تجاری خاص به انجام رسانند. این قالب مالکیت از انعطاف بیشتری در زمینه مدیریت برخوردار بوده و در پروژه‌های بزرگ نفتی و گازی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، سرمایه‌گذاری مشترک مجموعه‌ای از موسسات برای رسیدن به یک هدف خاص است. این ساختار، یک قالب منعطف از شرکت تجاری است که انعطاف زیادی را به اعضا در مدیریت و بازبینی سرمایه‌گذاری می‌دهد. از دلایل انتخاب این ساختار آن است که سرمایه‌گذاری مشترک توسط حمایت‌کننده‌ای تشکیل می‌شود که قادر نبوده و یا تمایل نداشته به تنهایی در پروژه مشارکت نموده بلکه تمایل داشته تا با همکاری دیگر موسسات که دارای منابع مدیریتی، فنی و مالی می‌باشند و همچنن تقسیم و توزیع ریسک در پروژه مشارکت نماید. البته سرمایه‌گذاری مشترک می‌تواند به سرمایه‌گذاری مشترک سهامی[[359]](#footnote-359) و سرمایه‌گذاری مستقیم نقدی[[360]](#footnote-360) تقسیم گردد. سرمایه‌گذاری مشترک سهامی عموماً نیازمند تشکیل و ایجاد شخصیت حقوقی مستقل است ولی سرمایه‌گذاری مستقیم نقدی به این شرکت نیازی ندارد. مدیریت و یا بهره‌برداری سرمایه‌گذاری مشترک نیز معمولاً به موجب موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک بازبینی می‌شود. البته موضوع تعارض منافع نیز از موضوعاتی است که می‌توان آن را منحصر به این ساختار دانست؛ چراکه سرمایه‌گذاران ممکن است دارای منافعی در دیگر پروژه‌ها باشند. با این وجود، بحث محرمانه بودن اطلاعات از اهمیت خاصی برخوردار است. سرمایه‌گذاری مشترک، مسئولیت محدود و یا بدون حق رجوع نیز به حمایت‌کنندگان پروژه اعطا نمی‌کند بلکه اعضای این ساختار تلاش می‌کنند تا مسئولیت خویش را به میزان سرمایه خویش محدود نمایند. [[361]](#footnote-361)

در ایران، مطابق ماده 3 قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرائی «از تاریخ تصویب این قانون، ارجاع کارهای خدمات مهندسی مشاور و پیمانکاری ساختمانی، تاسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی، صرفاً به موسسات و شرکت‌های داخلی مجاز است و در صورت عدم امکان یا پیشنهاد دستگاه اجرایی و تصویب شورای اقتصاد، از طریق مشارکت از شرکت‌های ایرانی - خارجی مجاز خواهد بود. حداقل سهم ارزی کار طرف ایرانی پنجاه و یک درصد (51%) خواهد بود» و به موجب بند ب ماده 3 قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، مشارکت مدنی به عنوان یکی از ترتیبات قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی یاد شده است که به اعتقاد برخی «این مشارکت مدنی شامل هر نوع مشارکت قراردادی و یا سرمایه‌ای (و از جمله سرمایه‌گذاری مشترک) می‌شود».[[362]](#footnote-362)

**8- تامین مالی اسلامی**[[363]](#footnote-363)

با حدود 5/1 میلیارد مسلمان، جمعیت جهانی مسلمانان حدود 22 درصد از جمعیت جهان را تشکیل می‌دهد. با توجه به رشد فزاینده رفاه و امنیت در بسیاری از کشورهای خاورمیانه و تمایل تعداد قابل توجهی از دولت‌ها، موسسات مالی و مسلمانان به سرمایه‌گذاری مطابق با اصول شریعت اسلام، تامین مالی اسلامی، نمود و جلوه خاصی پیدا می‌نماید. تامین مالی اسلامی در ارتباط با اقدامات و فعالیت‌های مالی و تجاری مطابق با حقوق اسلامی می‌باشد. در خاورمیانه و بخشی از آسیا، سهم فزاینده‌ای از تامین مالی پروژه مطابق با اصول تامین مالی اسلامی صورت می‌پذیرد. با توجه به شیوع استفاده از ابزارهای تامین مالی اسلامی در ایران و ضرورت عدم تغایر دیگر ساختارها با اصول و قواعد شریعت مقدس اسلام، تامین مالی اسلامی در ایران از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.[[364]](#footnote-364)

**ب - چارچوب­های قراردادی تامین مالی پروژه**

سرتاسر ساختار حقوقی تامین مالی پروژه دربردارنده اساس و مبانی توافقنامه­های قراردادی میان اشخاص مختلف در یک پروژه است. این قراردادها نقش هر یک از طرفین را تعریف کرده و به نحو آشکاری، مسئولیت­ها و وظایف آنها را در قرارداد معین می­نماید. ساختار قرارداد، تقسیم ریسک­ها میان اشخاص مختلف را مشخص می­نماید. توافقنامه­ها به منظور هماهنگی با چارچوب حقوقی کشور میزبان و برای پروژه طراحی شده­اند. این توافقنامه­ها به بررسی روش­های ساخت، تامین مالی و بهره‌برداری از تسهیلات، رویه­های توافق شده در صورت عدم اجرای تعهدات، عدم ساخت پروژه و عدم ایفای تعهدات در طول دوره بهره­برداری می­پردازند. این قراردادها همچنین راه­حل­هایی را که در صورت بروز حوادث غیر­قابل ­پیش­بینی همچون جنگ و یا زلزله باید اتخاذ شوند، مشخص می­نماید. بنابراین، یک پروژه می­تواند مشتمل بر مجموعه­ای از قراردادهای مجوز بهره‌برداری و یا امتیاز، قرارداد ساخت، قرارداد پیش­خرید محصول، قرارداد کار، قرارداد فروش محصول، بیمه­نامه­ها و مجوزهای صادراتی باشد. حال ممکن است اطراف درگیر در یک تامین مالی پروژه، در تمام یا قسمتی از یک یا چند نمونه قرارداد فوق دخالت داشته باشند. بدیهی است که دخالت هر یک از اشخاص درگیر لزوماً به معنای داشتن حقوق و تعهدات مستقیم برای هر یک از اشخاص نمی­باشد. در این بخش تلاش می‌گردد تا مهمترین توافقنامه­ها و قراردادهایی که در تامین مالی پروژه مورد استفاده قرار می­گیرند، مورد بررسی واقع شوند.

**1- توافقنامه اعتبار**[[365]](#footnote-365)

توافقنامه اعتبار اصلی­ترین سند حقوقی است که به طور رسمی بیانگر و ثبت­کننده شروط صریح توافق‌شده میان قرض­گیرنده و قرض­دهنده جهت اعمال بر روابط قراردادی­شان می­باشد. در این توافقنامه، قرض­­دهنده مقداری پول را به قرض­گیرنده در قبال تعهد وی به بازپرداخت آن مبلغ و معمولاً به همراه سود و در مدت زمان توافق شده، قرض می­دهد. این توافقنامه مبنائی، با مفاد و مقررات حمایتی و اداری همچون اظهارات و ضمانت‌نامه­ها، میثاق­ها، فرض تخلف، مکانیزم­های نمایندگی و شروط مربوط به حل و فصل اختلافات و دیگر مسائل اجرائی همراه می­گردد. شروط استاندارد توافقنامه اعتبار[[366]](#footnote-366) عموماً در قراردادهای اعتبار حاکم بر وام­های با بازگشت محدود یافت می‌شوند. البته در یک قرارداد وام پروژه، برخی از شروط مشاهده می­گردد که در قراردادهای عادی دیده نشده و یا کاملاً و یا از برخی جهات با آنها تفاوت دارند. برای مثال، تنوع شروط راجع به بازپرداخت مثال خوبی در این زمینه است.

**2- قرارداد وثیقه** [[367]](#footnote-367)

در هر مورد، تامین مالی پروژه یک وام دارای وثیقه است. قاعده این است که قانون حاکم، قانون کشوری است که سرمایه­ها و دارایی­ها در آنجا قرار دارد.[[368]](#footnote-368) البته در مواردی که یک عنصر خارجی در میان باشد، حضور و در نتیجه اعمال قواعد حقوق بین­الملل خصوصی ضروری است. اخذ وثیقه بیشتر و یا کمتر از وام و یا سود آن، خود یکی دیگر از مسائل حائز اهمیت در این زمینه است. نوع مالی که می‌تواند وثیقه قرار بگیرد نیز از جمله مسائل مهم در این زمینه است.[[369]](#footnote-369) طلبکاران دارای وثیقه در صورت اعسار و ورشکستگی، طلبکاران دارای حق تقدم به شمار می­آیند. بنابراین، وثیقه یکی از عناصر کلیدی تامین مالی بوده که در کشورهای مختلف، تابع قوانین مختلف نیز می­باشد. قراردادهای مربوط به وثایق، یک عامل مهم در مذاکرات قراردادهای وام می­باشند.

تضمین­ها و وثایق معمولاً توسط بانک­ها و یا شرکت­های بیمه صادر می­شود. بدیهی است اعتبار و سوابق درخواست­کننده تضمین و وثیقه، نوع معامله، ریسک­های موجود و احتمالی، همه از جمله مسائلی هستند که توسط مرجع صادرکننده مورد بررسی کامل قرار می­گیرند. هدف از گرفتن تضمین یا وثیقه، اطمینان از بازپرداخت اعتبار و یا وامی است که به وام­گیرنده اعطا شده است تا در صورتی که به هر دلیل بازپرداخت وام و یا سود آن سر موعد انجام نپذیرد، وام­دهنده بتواند از محل این تضامین، طلب خویش را استیفا نماید.[[370]](#footnote-370) بدیهی است که فرایند اخذ تضمین یا وثیقه توسط مراجع مختلف متفاوت است، از همین رو اسناد مورد نیاز و یا حتی روش­ها و قالب­هایی که بانک یا هر موسسه دیگر از متقاضی جهت صدور ضمانت­نامه درخواست می­نماید، متفاوت می­باشد.

در یک تضمین، سه نفر دخیل می­باشند: طلبکار، بدهکار اصلی و ضامن. در شرایط عادی، طلبکار حق دارد تا علیه بدهکار اصلی مبادرت به اقامه دعوا نماید و در صورت خودداری بدهکار از پرداخت بدهی خویش، طلبکار می­تواند به ضامن رجوع نماید. پس از پرداخت طلب توسط ضامن، وی حق مراجعه به بدهکار اصلی را دارد. البته این امکان وجود داشته که بر خلاف اصل فوق توافق شود، برای مثال، چنین توافق گردد که با انعقاد عقد ضمان طلبکار مستقیماً و در ابتدا حق مراجعه به ضامن را داشته باشد.[[371]](#footnote-371) شایان ذکر است بسیاری از قواعد اعتبارنامه اسنادی در خصوص تضامین و وثایق قابل اجراست.

رابطه میان قرارداد ضمان و قرارداد اصلی آن است که بدون قرارداد اصلی نیازی به انعقاد عقد ضمان دیده نمی­شود؛ از همین روست که از این عقد به عنوان یک عقد تبعی یا وابسته نام می­برند. نکته دیگر آنکه به سه دلیل قرارداد ضمان باید مستقل از قرارداد اصلی منعقد شود. نخست آنکه، قانون حاکم بر قرارداد اصلی با قانون حاکم بر قرارداد ضمان لزوماً یکسان نمی­باشد؛ دوم، قانون حاکم بر قرارداد ضمان قانون محل اجرای عقد ضمان است و سوم آنکه قرارداد ضمان ممکن است در شرایط خاصی به اجرا گذارده شود، صرفنظر از اینکه قرارداد اصلی انجام شده است یا خیر. [[372]](#footnote-372)

**3- قرارداد ساخت**[[373]](#footnote-373)

از قرارداد ساخت در تامین مالی پروژه به منظور تکمیل و تجهیز تسهیلات به شرکت پروژه‌ استفاده می‌شود. علاوه بر آن، این قرارداد به منظور تسلیم تسهیلات توسط پیمانکار با شرایط پیش­بینی شده با قیمت ثابت و یا قابل پیش­بینی در زمان مقرر منعقد می­گردد. بدین منظور، معمولاً قرارداد مقرر می­دارد که پیمانکار اقدامات مهندسی و ساخت، تهیه و تامین تجهیزات و شروع بکار و آزمایش پروژه را فراهم نماید. قراردادهای ساخت تامین مالی پروژه عموماً دربردارنده هر یک از موارد زیر می­باشند: جزئیات و دامنه و قلمرو کار، قیمت ثابت برای تمامی اقدامات لازم به منظور تکمیل پروژه، ضمانت­ها و اعلانات اجرائی، خسارات مقطوع در قبال تخلف و اطمینان در خصوص اعتبار مالی پیمانکار. تخصیص و تقسیم ریسک میان شرکت پروژه و پیمانکار یک عنصر اساسی پروژه­های با قابلیت تامین مالی می‌باشند. افزایش هزینه‌های ساخت، تاخیر در تکمیل، اعمال ضمانت­های اجرائی در قبال انواع مختلف تخلف، قوه قاهره، تجربه، شهرت و منابع پیمانکار، فقدان و یا عدم دسترسی به مواد ساختمانی، ساخت تاسیسات مرتبط، تهیه و تامین مواد خام و مصرفی، عدم ایفای تعهدات توسط پیمانکار و همزمانی و انطباق در قرارداد ساخت از مهمترین ریسک­های مربوط به ساخت پروژه به شمار می­آیند. [[374]](#footnote-374)

**4- قرارداد بهره‌برداری، حفظ و نگهداری**[[375]](#footnote-375)

شرکت پروژه تمایل دارد تا از اجرای صحیح اقدامات در طول دوره ساخت اطمینان حاصل نماید در نتیجه مبادرت به انعقاد قرارداد بهره­برداری و نگهداری با عامل تسهیلات می­نماید. تعهدات عامل باید مفاد و شرایط قرارداد امتیاز، قرارداد خرید محصول و همچنین اجرای درست و موثر پروژه را در نظر داشته و به نوعی در تعارض با آنها نباشد. از این رو، قرارداد بهره‌برداری، نگهداری و حفظ از اهمیت فراوان برخوردار است؛ چرا که از درآمد جاری پروژه است که وام و بهره قرض­دهندگان و همچنین دارایی سرمایه­گذاران باید پرداخت گردد. شرکت پروژه معمولاً به منظور بهره­برداری و نگهداری از تسهیلات پروژه به صورت روز به روز مبادرت به انعقاد قرارداد بلند مدت می­نماید.عامل ممکن است یک شرکت مستقل و یا یکی از حمایت­کنندگان باشد. عامل معمولاً غرامت ثابت پرداخته و ممکن است حق دریافت پاداش اجرای بیشتر و بهتر را داشته باشد. علاوه بر آن، این امکان وجود دارد که عامل ملزم به پرداخت خسارات جهت اجرای بد و پائین‌تر از شرایط مقرر باشد. حمایت‌کننده پروژه دو اختیار برای بهره­برداری از پروژه دارد. نخست آنکه چنین تصمیم گیرد که خود مستقیماً و بدون وجود قرارداد بهره­برداری از پروژه بهره­برداری نماید و دوم بکارگیری از یک عامل یا بهره­بردار برای بهره­برداری. بهره­برداری از اکثر پروژه­ها مستلزم بکارگیری یک عامل باتجربه و ماهر است؛ موضوعی که توسط اکثر حمایت­کنندگان مورد توجه قرار می‌گیرد. لذا به ندرت اتفاق می­افتد که شرکت پروژه خود مبادرت به بهره­برداری از پروژه نماید. برای اجرت عامل نیز سه ساختار وجود دارد که عبارتند از: الف) ساختار قیمت ثابت یا مقطوع؛[[376]](#footnote-376) ب) ساختار مخارج به علاوه هزینه‌ها[[377]](#footnote-377) و ج) ساختار مشوقی یا تنبیهی.[[378]](#footnote-378) ساختار قیمت ثابت یا مقطوع در تامین مالی پروژه بسیار نادر است. به عنوان یک قرارداد، این ساختار مستلزم آن است که عامل از تمام یا قسمتی از پروژه با یک مبلغ مشخص بهره­برداری نماید. اگر هزینه­ها بیشتر از بودجه پیش­بینی شده شود، این عامل است که ریسک را متحمل می­شود و به همین دلیل است که این ساختار بسیار گرانقیمت­تر از دیگر قراردادهای بهره‌برداری است. بر اساس ساختار مخارج به علاوه هزینه­ها، مالک، هزینه­های واقعی بهره‌برداری پروژه که عامل متحمل گردیده و دیگر هزینه­ها را به وی پرداخت می­کند. این ساختار بیشتر از ساختار قیمت ثابت مورد استفاده و پذیرش قرار گرفته است؛ چرا که در این ساختار، عامل می­تواند با انتقال بخشی از ریسک به شرکت پروژه، از میزان ریسک خود بکاهد. در ساختار مشوقی یا تنبیهی، اجرت عامل بر اساس اهداف اجرائی از پیش توافق شده، تعیین شده که زمانی که عامل به آن اهداف توافق شده، دست پیدا کند، اجرت به وی پرداخت می­گردد و غرامت اندکی نیز در صورت دست نیافتن به آن اهداف تعیین می­گردد. این ساختار بسیار مطلوب و مورد علاقه قرض­دهندگان است؛ زیرا نه تنها شرکت پروژه را از بسیاری از ریسک­های بهره­برداری مصون نگه می­دارد بلکه بهترین ابعاد پروژه که بر اساس بودجه می­تواند مورد بهره­برداری قرار گیرد را ارائه می­کند.[[379]](#footnote-379)

**5- قراردادهای تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه** [[380]](#footnote-380)

به دلیل آنکه قابلیت شرکت پروژه نسبت به تولید درآمد از بهره­برداری پروژه مبنای تامین مالی پروژه را تشکیل می­دهد؛ قراردادها چارچوب موجودیت پروژه و کنترل تخصیص ریسک­ها را تشکیل می­دهند. قراردادهایی که در خصوص هزینه سوخت و دیگر مواد داخلی شرکت پروژه منعقد می­گردند از اهمیت خاصی برخوردارند؛ چراکه این قراردادها بر جریان نقدی اثر می­گذارند. مواد خام و داخلی مورد نیاز برای پروژه بسته به نوع پروژه متفاوت است. در نتیجه شروط این قراردادها نیز بسیار متفاوت هستند. البته بایستی توجه داشت که قراردادهای داخلی نباید با انتظار مربوط به پرداخت بدهی از درآمدهای پروژه خلط گردند. تامین مالی پروژه­ها عموماً نیازمند یک قرارداد تهیه و تامین طولانی مدت برای مواد داخلی اساسی همانند سوخت می­باشند. البته در برخی از پروژه­ها، یک قرارداد طولانی مدت ضروری نمی­باشد؛ چراکه تهیه و تامین و حمل و نقل به طور گسترده وجود دارند. بنابراین، به طور کلی قراردادهای مربوط به تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه و مسائل مربوط به آن همانند حمل و نقل و هزینه­های مربوط به آن می­شود. در این قراردادها، تامین­کننده مواد خام و اولیه تعهد می­نماید تا مواد مورد نیاز برای اجرای پروژه را با مشخصات، کمیت و کیفیت تعیین شده فراهم نماید. در این قرارداد همچنین مسائل مربوط به ریسک بازار و قیمت مواد اولیه پیش­بینی می­گردد. بدیهی است این قرارداد در صورتی منعقد می­گردد که اجرای پروژه نیازمند تامین مواد خام و اولیه باشد. البته در بسیاری از پروژه­ها، محصول آن پروژه می­تواند ماده خام و اولیه پروژه­ای دیگر باشد. این قراردادها بیشتر بر مبنای «تسلیم و یا پرداخت مابه‌التفاوت»[[381]](#footnote-381) منعقد می­گردند؛ بدین معنا که تامین­کننده باید مواد اولیه را تهیه کرده و یا مابه­التفاوت تهیه مواد اولیه که شرکت پروژه با تهیه آن مواد از دیگر منابع می‌پردازد را پرداخت نماید. شرط مربوط به قیمت در قرارداد تامین مواد و اولیه باید این اطمینان را بدهد که هزینه مواد اولیه در یک دوره قابل قبول، ثابت بوده و مطابق با برنامه و بودجه پروژه می­باشد.

**6- قراردادهای خرید و فروش محصول**[[382]](#footnote-382)

قراردادهای خرید محصول، موافقتنامه­ها و قراردادهایی است که یک درآمد جاری برای پروژه‌ ایجاد و فراهم می­نماید. در این قراردادها، شرکت پروژه مبادرت به فروش محصول و یا خدمات خود می­نماید. در واقع، این قراردادها محور معاملات تامین مالی پروژه می­باشند. قراردادهای طولانی مدت که به موجب آنها یک خریدار معتبر نسبت به خرید محصول یک تاسیسات موافقت می­نماید همواره برای یک تامین مالی بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود لازم و ضروری نمی­باشد. بجای این مسئله، شرکت پروژه و قرض­دهندگان پروژه به تقاضاهای بازار برای حمایت اعتباری تکیه می­نمایند. این ساختار در مواردی که نیاز پروژه به خوبی تثبیت گردیده و قیمت برای محصول پروژه عموماً در طول مدت بدهی پروژه ثابت و پایدار می­ماند، موثر و کارآمد می­باشد. با این وجود، شرکت پروژه و قرض‌دهنده پروژه، ریسک­های مربوط به نوسانات قیمت محصول، رقابت و دیگر ریسک­های بازار را می­پذیرند. هم شرکت پروژه و هم قرض­­دهندگان، هر دو نگران تضمین این مسئله هستند که پروژه در تمام مدت به یک محصول قابل اعتماد رسیده و یک منبع مطمئن تولید نماید. ساختاری که در آن قیمت از پیش توافق می­شود معمولاً برای شرکت پروژه، بهتر و مناسبتر است. این قرارداد همچنین بازپرداخت دیون و بدهی­های پروژه را بگونه­ای تضمین می­نماید. بدیهی است شروطی در خصوص ضمانت­اجراها و جبران خسارات در صورت عدم تکمیل به موقع پروژه و در نتیجه تحویل محصول در این قرارداد می­تواند پیش­بینی شود. البته در برخی از پروژه­ها از جمله ساخت بیمارستان، تونل و پل و یا دیگر پروژه­هایی که محصول فیزیکی برای پروژه قابل تصور نیست، قرارداد خرید محصول می­تواند وجود نداشته باشد. البته در این قبیل از پروژه­ها، به جای این قرارداد، می­توان در قالب اعطای امتیاز، تعرفه­هایی را به طور مستقیم از مصرف­کننده دریافت نمود که در این صورت قرارداد خرید محصول شبیه قرارداد امتیاز خواهد شد.

این قراردادها باید به روشی ساختاردهی گردند که برای شرکت پروژه درآمد کافی جهت پرداخت بدهی­ها و دیگر هزینه­های مربوط به بهره­برداری، حفظ و مالکیت پروژه را ایجاد نماید. اغلب، قراردادهای خرید محصول بر مبنای گرفتن و یا پرداخت کردن منعقد می­گردند؛ بدین معنا که خریدار متعهد به پرداخت در قبال دریافت محصول بر یک مبنای منظم می­باشد؛ صرفنظر از اینکه خریدار واقعاً محصول را تحویل بگیرد یا خیر، مگر آنکه محصول به دلیل تخلف شرکت پروژه غیر موجود گردد.[[383]](#footnote-383) همانند قراردادهای تامین مواد اولیه، قراردادهای خرید محصول اغلب دارای قیمت ثابت و یا مطابق با برنامه پیش­بینی­شده می­­باشد.[[384]](#footnote-384)

 **نتیجه­گیری**

نگاهي گذرا به انواع مختلف قراردادهاي تجاري به ويژه قراردادهايي که به نوعي مرتبط با جذب سرمايه‌گذاري خارجي هستند گوياي اين واقعيت است که همگي به نوعي به جنبه­هاي خاصي پرداخته که بي‌ترديد نمي­تواند تمامي ابعاد به ويژه ابعاد حقوقي قراردادهاي تامين مالي پروژه را تحت پوشش قرار داده و براي تمامي مسائل آن راه­حل حقوقي ارائه دهد. حقيقت آن است که ماهيت حقوقي قراردادها و قواعد حقوقي­اي که در تامين مالي پروژه بکار گرفته مي­شوند نه تنها در قالب عقود سنتي و رايج قرار نمي­گيرند بلکه استفاده از اين عقود (البته به تنهايي) مشکلات حقوقي فراواني ايجاد نموده که چه بسا حل آن به آساني ممکن نباشد. به همين دليل باید به ماهيت و قالب­هاي حقوقي جديدي که به تمامي ابعاد و مسائل تامين مالي پروژه پاسخ دهد، دست يافته و يا به بيان ديگر، ساختاري جامع و مانع براي آن طراحي نمود که از يک طرف به تمامي مسائل مطرح در تامين مالي پاسخ داده و از سوي ديگر با قواعد و ماهيات حقوقي ديگر ساختارها و قراردادها که تشابه زيادي با اين موضوع دارند، خلط نشده و از آن تميز داده شود. مروري اجمالي بر قوانين و مقررات و به طور اعم، مصوباتي که در زمينه جذب سرمايه­گذاري خارجي به تصويب رسيده­اند حاکي از آن است که متاسفانه تنها عقود خاص محدودي در اين نصوص مورد توجه قانونگذار قرار گرفته که نمي­­تواند خلا قانوني ملموس در اين زمينه را پر نمايد.

**چکیده انگلیسی**

**Legal Aspects of Project Finance In International Trade**

Hamid Reza NIKBAKHT

Ali REZAEE

**Abstract**

Major investments in various projects are the essential needs of any country and project financing is treated as the most common methods of investment. In this method which used in order to construction or operation of a project in special industry, some participants collect their equity through providing financial sources.

It is clear that there are various risks that can affect the success of the project. Commercial, political, legal, environmental and social risks are the most important risks. With assessment, allocation and efficient risk management can go towards deletion or mitigation of risk.

In project financing, there are several structures and contractual frameworks which separation of two matters is necessary. Effects and consequences of this separation can be seen in advance and efficiency of the project. Paying attention to dispute settlement through insert its relevant clause such as recourse to domestic courts or arbitration or another alternative disputes resolutions are other important matters. Arbitration is used widely, because this mechanism has more interests in comparison with other dispute settlement mechanisms especially domestic courts.

The matching and considering of matter with Iranian legal system and relevant laws and regulations, it is appeared that apart from incentives and tools, there are important obstacles arising from various legal, mental, cultural, economical, financial, administrative and political factors. For this purpose, analysis this matter from different perspectives and in order to harmonize and improve of defects, suggestions and actual guidelines have been introduced.

**Keywords:** Project Finance, International Commercial Law, Dispute Settlement, Foreign Investment, Comparative Law.

منابع

1. Bjerre, Carl S., Project Finance, Securitization and Consensuality,

Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 12, Issue 2, Spring 2002.

2. Brian J. Terry, International Finance and Investment Multinational Corporate Banking, Third Edition, The Chartered Institute of Bankers, London, Chapter 8: Project Finance, By: Gordon McKechnie, 1994.

3. Crothers, John D., Project Finance in Central and Eastern Europe from a Lender's Perspective: Lessons Learned in Poland and Romania, McGill Law Journal, Vol. 41, Issue 1, December 1995.

4. Fletcher, Phillip, Rules for Negotiating Project Finance Deals, International Financial Law Review, Vol. 24, Issue 12, December 2005.

 5. Gazur, Wayne M.; Goff, Neil M., Assessing the Limited Liability Company, Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1991.

6. Grambas, Nicholas, Role of Government in Project Finance: Host Government Support, International Business Lawyer,Vol. 23, Issue 5, May, 1995

7. Kam Fan Sin, Building Project Finance in Hong Kong: Law and Practice, Second Edition, LexisNexis Hong Kong,1999.

 8. Nassar, Nagla, Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. 23, Symposium Issue, 2000.

9. Ozkol, Beri Bahar, The Possible Ways to Finance the Renewable Energy Projects in Terms of Project Finance and Law, Ankara Bar Review, Vol. 4, Issue 2, 2011.

10.Roberts, M J 0, Legal Issues in Energy-Related Project Finance, International Financial Law Review, Vol. 2, Issue 4, April, 1983. 11.Silva, Winston Bernard, Malaysian Project Finance Survives Market Turbulence, International Financial Law Review, Vol. 17, Issue 2, February 1998.

12.Shalanda H. Baker, Unmasking Project Finance: Risk Mitigation, Risk Inducement, and an Invitation to Development Disaster?, Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law, Vo1.6, 2010-2011.

13.Soderquist, Larry D., Theory of the Firm: What a Corporation Is, Journal of Corporation Law, Vol. 25, Issue 2, Winter 2000.

14. Wadley, William H., Limited Partnership, Legal Adviser: Monthly Law and Business Magazine, Vol. 1, Issue 4, December 1897.

15. Yzaguirre, Mark R., Project Finance and Privatization: The Bolivian Example, Houston Journal of International Law, Vol. 20, Issue 3, Spring 1998.

فصل هفتم: **لزوم کتبي بودن قرارداد داوری در عهدنامه شناسايي و اجراي آراي داور خارجي 1958**

**چکيده**

عهدنامه‌ی شناسايي و اجراي آراي داوري خارجي 1958 (معروف به عهدنامه نيويورک) به شناسايي قرارداد داوري و شناسايي و اجراي آراي داوري پرداخته است. شناسايي قرارداد داوري و شناسايي و اجراي راي داوري توسط دادگاه، منوط به وجود يک قرارداد داوري است که داراي شروط شکلي مقرر در عهدنامه باشد. شروط شکلي قرارداد داوري در ماده (2)2 عهدنامه ذکر گرديده است، ‌با وجود این، کشورهاي عضو عهدنامه اين ماده را به نحو يکساني تفسير ننموده‌اند. امروزه رويکردهاي خاصي در تفسير اين ماده در حال شکل‌گيري است که اعمال عهدنامه را هماهنگ با رويه تجاري فعلي مي‌نمايد.

**کليد واژگان:** کنوانسیون نیویورک 1958 ، لزوم کتبی بودن، امضاء مبادله، آنسیترال

**مقدمه**

 داوري يکي از موفق‌ترين روش‌هاي حل‌و‌فصل اختلاف، به ويژه در روابط تجاري بين‌المللي است. اين روش غالبا بر مبناي توافقي است که از طريق آن، طرفين داوري را به‌عنوان روش حل‌و‌فصل اختلاف خود برمي‌گزينند. چنين توافقي به‌صورت درج شرط داوري در قرارداد و يا انعقاد يک موافقتنامه‌ی داوري صورت مي‌گيرد که هر دو نوع «قرارداد داوري» ناميده مي‌شود.

 سه موضوع اصلي در حقوق داوري وجود دارد که به ترتيب عبارتند از قرارداد داوري، رسيدگي داوري (دادرسي) و اجراي راي داوري. قرارداد داوري سنگ‌بناي اين روش حل‌و‌فصل اختلاف مي‌باشد و داوري اصولاً بر مبناي آن آغاز شده و پس از رسيدگي ديوان داوري به موضوع اختلاف، در نهايت با صدور رآي و اجراي آن، روند داوري به پايان مي‌رسد. از سه موضوع فوق، در اين نوشتار به موضوع قرارداد داوري و آن هم شکل کتبي بودن آن به گونه‌اي که در عهدنامه‌ی شناسايي و اجراي آراي داوري خارجي 1958 (معروف به عهدنامه‌ی نيويورک) بيان گرديده، پرداخته خواهد شد.

 اين عهدنامه به‌عنوان موفق‌ترين سند بين‌المللي در حقوق داوري[[385]](#footnote-385)، شناسايي و اجرای رأی داوری (ماده(1)1 عهدنامه) و همچنین شناسایی قرارداد داوری (ماده(1)2 عهدنامه را تحت پوشش قرار داده است. دادگاه رسيدگي‌کننده به درخواست شناسايي قرارداد داوري يا شناسايي و اجراي رأي داوري، اعتبار «ماهوي» و شرایط «شکلي» قرارداد داوري را مورد بررسي قرار خواهد داد. اعتبار ماهوي قرارداد داوري ناظر به ايجاد (تشکيل قرارداد يعني وجود يا اعتبار ايجاب و قبول)، وجود يا فقدان رضايت طرفين در انعقاد چنين قراردادي (مانند وجود اکراه، یا اشتباه) و موانع اعتبار رضايت طرفين (مانند فقدان اهليت يا فقدان قابليت ارجاع موضوع اختلاف به داوري) است. اعتبار ماهوي قرارداد داوري همواره بايد بر طبق قانوني که دادگاه رسيدگي‌کننده به درخواست شناسايي‌ قرارداد يا شناسايي و اجراي رأي، نسبت به چنين قراردادي قابل اعمال تشخيص مي‌دهد،‌ مورد بررسي قرار گيرد[[386]](#footnote-386). شرايط شکلي قرارداد داوري در ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک بيان شده است. اين ماده مقرر نموده است: «عبارت "توافق کتبي" شامل شرط داوري در قرارداد يا موافقتنامه‌ی داوري است، که به امضاي طرفين رسيده يا در تبادل نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است»[[387]](#footnote-387). وجود شرايط شکلي قرارداد داوري ملازمه‌اي با اعتبار ماهوي قرارداد مزبور نخواهد داشت، براي مثال در صورت وجود سندي که حاوي بند داوري بوده و به امضاي طرفين رسيده است، ‌شخص امضا‌کننده مي‌تواند با استناد به قانون حاکم بر قرارداد داوري، مدعي فقدان اعتبار ماهوي قرارداد مزبور گردد در حالي که قرارداد داوري داراي شرايط شکلي کاملي است.

 مهمترين دليلي که به‌عنوان لزوم کتبي بودن قرارداد داوري مطرح گرديده است،‌ احراز مستقيم و بدون واسطه‌ی مستند «رضايت» طرفين در انعقاد چنين قراردادي مي‌باشد زيرا با پذيرش داوري به‌عنوان روش حل‌و‌فصل اختلاف، ‌طرفين از حق مراجعه به دادگاه (به‌عنوان يکي از حقوق اساسي) محروم مي‌گردند و کتبي بودن قرارداد داوري دليلي بر اسقاط آگاهانه‌ی حق مراجعه به دادگاه توسط طرفين خواهد بود[[388]](#footnote-388). با وجود این، امروزه تنها دليلي که به‌عنوان لزوم کتبي بودن قرارداد داوري مطرح مي‌شود، ثبت «محتواي» قرارداد داوري است و نه «رضايت» طرفين آن[[389]](#footnote-389).

 گفته شده است که ماده (2)2 عهدنامه بيان‌کننده حداکثر شروط شکلي قرارداد داوري بوده و جانشين مقررات سخت‌گيرانه‌تر قوانين ملي اعضاي عهدنامه در رابطه با قراردادهاي داوري مشمول عهدنامه مي‌گردد[[390]](#footnote-390). اگرچه امروزه قوانين ملي غالب کشورها، حاوي مقررات سهل‌گيرانه‌تري در رابطه با لزوم کتبي بودن قرارداد داوري در مقايسه با عهدنامه‌ی نيويورک مي‌باشند. اين کشورها را مي‌توان به دو دسته تقسيم نمود: دسته نخست کشورهايي هستند که ضمن پذيرش لزوم کتبي بودن قرارداد داوري، مفهوم گسترده‌اي از «کتبي» بودن را در قوانين ملي خود لحاظ نموده‌اند تا شمار گسترده‌تري از قراردادها دربرگرفته شود[[391]](#footnote-391) و دسته دوم کشورهايي که هيچ گونه شرط شکلي را مقرر ننموده‌اند[[392]](#footnote-392). با وجود این، ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک بايد به هنگام سنجش اعتبار شکلي قرارداد داوري در مواردي که شناسايي قرارداد يا شناسايي و اجراي رأي بر اساس اين عهدنامه به عمل آمده است، اعمال گردد.

**قسمت اول: اقسام قرارداد داوري کتبي در ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک**

 همان‌طور که ذکر گرديد، ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک در مقام بيان شروط شکلي قرارداد داوري مقرر نموده است: «عبارت "توافق کتبي" شامل شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري است، که به امضاي طرفين رسيده يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است». از متن مذاکرات تنظيم عهدنامه مشخص مي‌گردد که ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک در لحظات پاياني مذاکرات، به اين سند اضافه شده است و به همين دليل دقت کافي در تنظيم آن و همچنين مذاکرات مفصلي از سوي نمايندگان کشورها در رابطه با آن صورت نگرفته است[[393]](#footnote-393).

 ماده (2)2 عهدنامه به ‌عنوان قانوني خاص[[394]](#footnote-394)، همواره بر شرط شکلي قرارداد داوري اعمال مي‌گردد،‌ بدين معنا که طرفين قرارداد داوري نمي‌توانند قانون ديگري را به‌عنوان قانون حاکم بر شکل قرارداد داوري انتخاب نمايند، دادگاه نيز نمي‌تواند از قانون ديگري به‌عنوان قانون حاکم بر شکل قرارداد داوري، استفاده نمايد[[395]](#footnote-395).

ماده فوق، شرايط شکلي قرارداد داوري را تنها شامل دو دسته دانسته است: امضاي قرارداد داوري توسط طرفين و همچنين وجود قرارداد داوري در اسناد مبادله شده. چگونگي ذکر داوري در سند امضا شده يا مبادله شده نيز منجر به پيدايش مباحث مرتبط با درج بند داوري از طريق «ارجاع» گرديده و شايسته است موضع عهدنامه‌ی نيويورک نسبت به اين نوع قرارداد نيز بررسي گردد.

بايد توجه داشت شرايط شکلي مذکور در ماده (2)2 عهدنامه، ناظر به طرفين اوليه قرارداد داوري است و در صورتي که اشخاص ديگري بر طبق قواعد عمومي قراردادها (مانند انتقال قرارداد داوري) متعهد به قرارداد داوري گردند، لزومي به وجود امضاي چنين اشخاصي در قرارداد داوري و يا مبادله اسناد حاوي داوري توسط آنان نخواهد بود. بدين معنا که لزوم وجود امضا و تبادل اسناد تنها در رابطه با طرفين اوليه قرارداد داوري لازم مي‌باشد و در صورت اثبات اين که قرارداد داوري داراي شروط شکلي در رابطه با طرفين اوليه آن بوده است، قرارداد داوري در رابطه با شخص ديگري که متعهد به چنين قراردادي مي‌گردد، در قلمرو ماده (2)2 عهدنامه قرار خواهد گرفت[[396]](#footnote-396).

**الف - قرارداد داوري امضاء شده**

طرفين گاهي شخصاً اقدام به انعقاد قرارداد داوري مي‌نمايند و يا اين‌که چنين عملي را از طريق نمايندگان خود انجام مي‌دهند. امضاي قرارداد داوري توسط نماينده، بحث لزوم کتبي بودن اختيار داده شده به نماينده توسط اصيل را مطرح مي‌نمايد. بنابراين لازم است ميان دو وضعيت «امضاي قرارداد داوري توسط طرفين» و «امضاي قرارداد داوري توسط نماينده» قائل به تفکيک شد.

**1- امضاي قرارداد داوري توسط طرفين**

 بر طبق ماده (2)2 عهدنامه، با امضاي قرارداد داوري توسط طرفين، شرط کتبي بودن قرارداد داوري محقق خواهد شد. در صورتي که داوري به‌ صورت شرط در قرارداد پايه گنجانده شده باشد، امضاي خود قرارداد کافي خواهد بود و نيازي به امضاي جداگانه شرط داوري نمي‌باشد[[397]](#footnote-397). بنابراين حتي در صورتي‌که شرط داوري ضميمه سندي باشد که به امضاي طرفين رسيده است (مانند موردي که شرط داوري در صفحه‌ی پشت سند امضاء شده به چاپ رسيده باشد)، لزومي به امضاي جداگانه سند ضميمه نخواهد بود[[398]](#footnote-398).

همچنين لزومي به امضاي سند «واحد» توسط طرفين نمي‌باشد بلکه امضاي دو سند حاوي بند داوري توسط هر يک از طرفين (در صورت يکسان بودن متن اسناد مزبور) کافي خواهد بود. در صورتي‌که سند حاوي بند داوري به امضاي طرفين نرسيده باشد اما امضاي طرف (يا طرفين) در اسناد بعدي، تأييدکننده‌ی سند حاوي بند داوري باشد، در اين صورت نيز شرط شکلي مقرر در عهدنامه رعايت شده است[[399]](#footnote-399).

در پاره‌اي از سازمان‌هاي داوري، سندي تحت عنوان «داوري‌نامه» در مراحل اوليه‌ی داوري تنظيم مي‌شود و وقايع، ادعاها و دفاعيات مقدماتي طرفين را خلاصه و اموري را که در روند داوري بايد تصميم‌گيري شوند، تبيين مي‌نمايد[[400]](#footnote-400). چنين سندي بايد به امضاي طرفين برسد و در صورت عدم امضاي آن توسط يکي از طرفين، خود سازمان داوري آن را تصويب مي‌نمايد[[401]](#footnote-401). گفته شده است که در صورت امضاي سند مزبور توسط طرفين (و عدم بيان ايراد امضا‌کنننده به صلاحيت ديوان داوري) مي‌توان آن را به جاي قرارداد داوري ناقص، در زمان درخواست شناسايي و اجراي رأي داوري، به‌عنوان يک قرارداد داوري معتبر به دادگاه ارائه نمود[[402]](#footnote-402).

**2- امضاي قرارداد داوري توسط نماينده**

 انعقاد قرارداد از طريق نماينده، در پاره‌اي از فعاليت‌هاي تجاري امری رایج مي‌باشد، در واقع به کارگيري نماينده يکي از رايج‌ترين روش‌هاي گسترش قلمرو فعاليت تجاري است. فارغ از کشورهايي که در قوانين ملي خود امکان انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده را محدود نموده‌‌اند[[403]](#footnote-403)، در عهدنامه‌ی نيويورک مسأله لزوم يا فقدان ارائه‌ی سند کتبي نمايندگي مسکوت مانده است.

 رويه‌ی قضايي دولت‌هاي عضو عهدنامه در اين رابطه متفاوت بوده است. برخي، آراي قضايي ماده (2)2 را تنها در رابطه با خود قرارداد داوري لاز‌م‌الاجرا مي‌دانند و نه اختيار نماينده در انعقاد چنين قراردادي، در اين صورت لزوم کتبي بودن اختيار انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده بايد بر طبق قانوني مشخص گردد که قواعد حل تعارض قانون مقر دادگاه قابل اعمال مي‌داند[[404]](#footnote-404). معدودي از آراي قضايي نيز بيان نموده‌اند؛ به‌ طور ضمني در عهدنامه اين امر مورد پذيرش قرار گرفته است که هيچ شرط شکلي در رابطه با لزوم کتبي بودن اختيار انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده،‌ لازم نمي‌باشد[[405]](#footnote-405).

 در حقوق ايران ماده (5)35 قانون آيين دادرسي دادگاه‌هاي عمومي و انقلاب در امور مدني (1379)، وکالت در ارجاع دعوا به داوري و تعيين داور را منوط به تصريح آن در «وکالت‌نامه» دانسته است. با وجود این، به نظر مي‌رسد چنين محدوديتي تنها ناظر به «قرارداد وکالت» مي‌باشد و شامل ساير نمايندگان نیست، زیرا در موارد 664 و 665 قانون مدنی محدوديت‌هاي نمايندگي به‌طور حصري مشخص گرديده و انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده صريحا منع نشده است[[406]](#footnote-406). با اين حال لازم است به اوضاع و احوال هر مورد و به ويژه بررسي عرف تجاري طرفين در رايج بودن انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده توجه شود.

**ب - قرارداد داوري موجود در اسناد مبادله شده**

 همان‌طور که بيان گرديد ماده (2)2 عهدنامه تصريح دارد بر اين‌که «توافق کتبي» ممکن است در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها وجود داشته باشد. بنابراين وجود شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري که در تبادل‌نامه‌ها و تلگرام‌ها موجود است، دومين موردي است که لزوم کتبي بودن قرارداد داوري را محقق مي‌نمايد.

آن‌چه از ماده فوق استنباط مي‌گردد عدم لزوم امضاي اسناد مبادله شده توسط طرفين است، زيرا عهدنامه به‌طور مشخص ميان دو وضعيت توافق کتبي «امضاء شده توسط طرفين» و توافق کتبي «موجود در تبادل‌نامه‌ها و تلگرام‌ها» تفاوت گذارده است[[407]](#footnote-407). با وجود این، باید انتساب سند مبادله شده به شخص مبادله شده به شخص مبادله‌کننده احراز گردد. در رابطه با مبادله‌ی اسناد،‌ سه موضوع بايد مورد بررسي قرار گيرد: «لزوم مبادله»، «وسیله مبادله» و در نهايت،‌ «شخص مبادله‌کننده».

1. **لزوم مبادله**

 لزوم مبادله اسناد، مشخصاً منجر به خروج قراردادهاي داوري منعقده به‌صورت شفاهي از قلمرو عهدنامه مي‌گردد. در مبادله‌ی اسناد نيازي به مبادله‌ی دو سند نيست، در صورتي‌که سندي توسط يکي از طرفين براي ديگري ارسال گردد و او نيز همان سند را (به نشانه‌ی پذيرش آن) مجدداً براي فرستنده ارسال کند مبادله محقق خواهد شد، مانند موردي که يکي از طرفين سند امضا نشده‌اي را براي ديگري ارسال مي‌دارد و طرف مقابل نيز ضمن امضاي آن، مجدداً سند فوق را براي فرستنده ارسال مي‌کند[[408]](#footnote-408).

 در صورتي‌که دو سند ميان طرفين مبادله گردد، لزومي به ذکر حل‌و‌فصل اختلاف از طريق داوري در هر دو سند نيست،‌ تنها در صورتي‌که سند اول حاوي چنين مقرره‌اي باشد و سند دوم حاوي قبول محتواي سند اول يا ارجاع به آن (بدون ذکر صريح پذيرش داوري موجود در سند اول) باشد، کافي خواهد بود[[409]](#footnote-409). همچنين در صورتي که سند دوم ضمن پذيرش محتواي سند ارسال‌شده، حاوي حق شرط‌هايي (مخالفت‌هاي) کلي با محتواي آن سند باشد بدون آن‌که صريحاً بند داوري موجود در سند اول را رد نمايد، در اين صورت قرارداد داوري ميان طرفين لازم‌الاجرا گردد[[410]](#footnote-410). با وجود این، اگر بند داوري تنها در سند دوم وجود داشته باشد، چنين سندي ايجاب متقابل تلقي خواهد شد‌، زيرا ذکر داوري در سند دوم، ايجاب را به‌طور اساسي تغيير مي‌دهد و لذا قرارداد داوري وجود نخواهد داشت (تشکيل نشده است)[[411]](#footnote-411).

 امروزه در روابط قراردادي موارد شايعي مشاهده می‌شود که تنها رضايت يکي از طرفين به قرارداد داوري در قالب سند کتبي وجود دارد، مانند سفارش خريد[[412]](#footnote-412) و سياهه‌ی تجاري[[413]](#footnote-413). در اين موارد که داوري در سند ارسال شده وجود دارد، طرف مقابل بدون آن‌که پاسخي به چنين سندي دهد، در مقام اجراي مفاد قرارداد پايه (اصلي) برمي‌آيد. در چنين مواردي اگرچه ممکن است قرارداد پايه بر مبنای قبول ضمنی طرف مقابل منعقد گردد[[414]](#footnote-414)، اما وجود يک سند ارسال شده، فاقد شروط مقرر در ماده (2)2 عهدنامه يعني «امضاي طرفين» يا «مبادله اسناد» است. در اين صورت سند مزبور را نمي‌توان يک توافق کتبي در معناي عهدنامه تلقي نمود[[415]](#footnote-415). به طريق اولي در صورتي که سند حاوي داوري، مورد قبول شفاهي طرف مقابل قرار گيرد و يا اين که يک ايجاب شفاهي مورد قبول کتبي طرف مقابل قرار گيرد، نيز توافقي داخل در چهارچوب ماده (2)2 عهدنامه نخواهد بود[[416]](#footnote-416).

يکي ديگر از موارد بسيار شايع در رويه‌ی تجاري بين‌المللي، ‌ارسال سند تأييديه تجاري[[417]](#footnote-417) است. از اين سند به منظور تأييد توافق‌هاي صورت گرفته در سابق (به ويژه در مواردي که اين توافق‌ها به ‌صورت نهايي درنيامده است) و يا به منظور تعديل توافق‌هاي سابق استفاده مي‌شود[[418]](#footnote-418). در صورت وجود بند داوري در سند تأييديه تجاري و سکوت طرف مقابل و يا حتي قبول ضمني آن، نمي‌توان آن را در چهارچوب ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک مورد پذيرش قرار داد زيرا عنصر «مبادله» در چنين مواردي وجود ندارد[[419]](#footnote-419).

**2-وسيله‌ی مبادله**

 عهدنامه‌ی نيويورک تنها از مبادله «نامه» و «تلگرام» نام برده است ‌زيرا در زمان تنظيم عهدنامه، تنها چنین وسايل ارتباطي وجود داشت. به همين دليل در بستر زمان و پس از ايجاد وسايل ارتباطي جديدتر، ‌دادگاه‌ها نيز مبادله‌ی اسناد از طريق ساير وسايل ارتباطي همچون دورنگار (تلکس)[[420]](#footnote-420) و نمابر (فکس)[[421]](#footnote-421) را نيز مورد پذيرش قرار داده‌اند.

 امروزه با ايجاد وسايل نوين ارتباطي الکترونيکي، باید مبادله از طريق چنين وسايلي (همچون استفاده از رايانامه[[422]](#footnote-422))، بايد در چهارچوب ماده (2)2 عهدنامه مورد پذيرش قرار گيرد[[423]](#footnote-423). هرچند تنها اشکال پيش رو در چنين مواردي، لزوم «ارائه‌ی اصل توافق مورد اشاره در ماده 2 عهدنامه يا يک نسخه‌ی رسماً گواهي شده آن» (موضوع ماده (1)4 عهدنامه[[424]](#footnote-424)) خواهد بود[[425]](#footnote-425). با وجود این، غلبه بر چنين مانعي با دشواري چنداني روبه‌رو نيست، زيرا در راستاي اجراي ماده 4 عهدنامه،‌ ارائه‌ی قراردادي که علي‌الظاهر[[426]](#footnote-426) داراي شروط مقرر در ماده (2)2 باشد، کافي خواهد ‌بود. در اين مرحله دادگاه نيازي به سنجش کتبي بودن قرارداد داوري در چهارچوب ماده 2 عهدنامه نخواهد داشت بلکه سنجش آن در مرحله تشکيل جلسه دادرسي رسيدگي به درخواست شناسايي و اجراي رأي و بيان ايراد خوانده به فقدان شرايط شکلي قرارداد داوري صورت خواهد گرفت[[427]](#footnote-427).

 برخلاف استفاده از رايانامه که طرفين اقدام به «تبادل» اطلاعات مي‌نمايند، پذيرش قراردادهاي داوري منعقده به‌صورت برخط در فضاي سايبر که قرارداد با انتخاب گزينه‌ی «قبول دارم» منعقد مي‌گردد در چارچوب عهدنامه‌ی نيويورک مشکل مي‌باشد[[428]](#footnote-428).

1. **شخص مبادله‌کننده**

در غالب موارد،‌ مبادله‌ی اسناد ميان طرفين و توسط خود آنان صورت مي‌پذيرد؛ و در مواردي نيز ممکن است نماينده‌ی يکي از طرفين سندي را براي طرف مقابل ارسال نمايد و يا اين که شخص ثالثي سندي را براي طرف ديگر (يا طرفين) ارسال دارد[[429]](#footnote-429).

 ارسال سند توسط شخص ثالث در پاره‌اي از فعاليت‌هاي تجاري رايج مي‌باشد،‌ از جمله فعاليت کارگزاران[[430]](#footnote-430). کارگزاران در پاره‌اي از موارد تنها واسطه‌اي ميان خريدار و فروشنده مي‌باشند بدون آن‌که خود اقدام به انعقاد قرارداد نمايند، مانند کارگزاران بيمه و در مواردي نيز قراردادي را به نمايندگي اصيل خود منعقد مي‌نمايند، مانند کارگزاران بورس.

 در مواردي که کارگزار تنها به‌عنوان واسطه اقدام مي‌نمايد و سندي را براي يکي از طرفين يا هر دوي آنان ارسال مي‌دارد، در چنين مواردي تا زماني که يک تعهد حقوقي ميان طرفين بر اساس اسناد مزبور شکل نگرفته باشد، نمي‌توان مبادله اسناد را به‌عنوان قرارداد داوري کتبي مورد پذيرش قرار داد. براي مثال در صورتي که کارگزار بيمه، سند حاوي تقاضاي بيمه و شرايط آن را از جمله بند داوري را از سوی بیمه‌گذار برای بیمه‌گر ارسال دارد و بيمه‌گر نيز بيمه را بر اساس شروط مندرج در سند مزبور صادر کند، شرط شکلي کتبي بودن قرارداد داوري محقق گرديده است[[431]](#footnote-431). در واقع، گيرنده سند ارسال شده از سوي کارگزار، بايد آن را امضا نمايد و يا اين‌که يک سند حاوي تأييد اطلاعات مندرج در سند ارسال شده توسط کارگزار را براي شخص ديگر و يا خود کارگزار ارسال نمايد[[432]](#footnote-432). در ساير مواردي که کارگزار سند حاوي توافقات طرفين را (که حاوي بند داوري است) صادر مي‌نمايد بدون آن که مکاتبه‌ای ميان طرفين صورت گرفته باشد، اعمال ماده (2)2 عهدنامه مشکل مي‌باشد.

**ج - قرارداد داوري از طريق ارجاع**

قرارداد داوري از طريق ارجاع[[433]](#footnote-433)، به اين معني است که بند داوري در يک سند کتبي جداگانه و از پيش موجود (مانند شروط کلي تجاري، فرم استاندارد، شرايط فروش عرضه‌کننده) وجود دارد و قرارداد پايه (که آن هم به‌صورت کتبي مي‌باشد[[434]](#footnote-434)) به آن سند ارجاع مي‌دهد[[435]](#footnote-435). اين ارجاع صرفاً براي بيان مرتبط بودن قرارداد حاضر با سند مورد ارجاع نمي‌باشد، بلکه منظور ارجاعي است که هدف از آن تبعيت قرارداد از تعهدات موجود در سند ارجاع شده مي‌باشد[[436]](#footnote-436). علاوه بر ارجاع در قرارداد پايه به شروط استاندارد از پيش تنظيم شده[[437]](#footnote-437)، قرارداد داوري از طريق ارجاع بيشترين انعکاس را در رابطه با مجموعه قراردادهايي که داراي بيش از دو طرف است، دارا مي‌باشد. دراين رابطه مي‌توان به ارجاع به قرارداد پيمانکاري اصلي در قرارداد پيمانکاري فرعي، ارجاع به قرارداد بيمه در قرارداد بيمه اتکايي، ارجاع به قرارداد اجاره‌ کشتي در سند بارنامه‌‌ی دريايي و ارجاع به قرارداد پايه در قرارداد ضمانت اشاره نمود[[438]](#footnote-438). بسياري از قوانين ملي، قرارداد داوري از طريق ارجاع را پذيرفته‌اند[[439]](#footnote-439) با اين وجود عهدنامه در رابطه با درج داوري از طريق ارجاع ساکت مي‌باشد[[440]](#footnote-440). قرارداد داوري از طريق ارجاع مسأله‌اي مرتبط با شکل قرارداد داوري مي‌باشد و نه اعتبار ماهوي آن؛ با وجود این، در موارد معدودي،‌ دادگاه‌ها قرارداد داوري از طريق ارجاع را موضوعي مرتبط با اعتبار ماهوي آن قرارداد دانسته‌اند و در نتيجه اعتبار آن را بر مبناي قانون حاکم بر قرارداد داوري مورد بررسي قرار داده‌اند[[441]](#footnote-441). قرارداد داوري از طريق ارجاع به دو شکل «ارجاع صريح» و «ارجاع کلي» صورت مي‌‌پذيرد.

1. **ارجاع صريح**

 منظور از ارجاع صريح[[442]](#footnote-442)، ارجاعي است که طرفين صريحاً از کلمه‌ی داوري استفاده نموده و براي مثال در قرارداد پايه مقرر مي‌دارند «اين قرارداد مشمول شروط و تعهدات مندرج در شروط استاندارد فروشنده، از جمله شرط داوري مذکور در آن نيز، خواهد بود» و يا اين‌که «بارنامه مشمول تعهدات مندرج در قرارداد اجاره کشتي، از جمله شرط داوري آن خواهد بود». ارجاع صريح کاملاً منعکس‌کننده‌ی قصد و اراده‌ی طرفين در تبعيت از پذيرش حل‌وفصل اختلاف از طريق داوري است و به همين دليل پذيرش ارجاع صريح در راستاي اعمال عهدنامه‌ی نيويورک در مورادي که چنين ارجاعي در قرارداد داوري امضا شده توسط طرفين و يا اسناد مبادله شده وجود دارد، بديهي بوده و مورد پذيرش قرار گرفته است[[443]](#footnote-443).

**2- ارجاع کلي**

 منظور از ارجاع کلي[[444]](#footnote-444)، ارجاعي است که طرفين از کلمه‌ی داوري استفاده نمي‌نمايند و براي مثال در قرارداد پايه مقرر مي‌دارند «اين قرارداد مشول شروط و تعهدات مندرج در شروط استاندارد فروشنده نيز خواهد بود» و يا اين‌که «بارنامه مشمول شروط و تعهدات مندرج در قرارداد اجاره‌ی کشتي نيز خواهد بود». ارجاع نيز بايد به گونه‌اي باشد تا بتواند بند داوري موجود در سند مورد ارجاع را دربرگيرد،‌ بنابراين در صورتي‌که ارجاع به‌صورت «بارگيري کالا مطابق با شروط مندرج در شروط استاندارد فروشنده خواهد بود»، نمي‌تواند شامل بند داوري موجود در شروط استاندارد گردد[[445]](#footnote-445).

برخلاف رويه‌ی معدودي از کشورها که ارجاع کلي را مطلقاً مورد پذيرش قرار نمي‌دهند[[446]](#footnote-446)، در بيشتر کشورها چنين گفته شده است که در رابطه با ارجاع کلي، مي‌توان معيار «اطلاع» طرفين از وجود بند داوري در سند مورد ارجاع را اعمال نمود[[447]](#footnote-447). در صورتی که سند مورد ارجاع، به نحوي به سند امضا شده يا مبادله شده توسط طرفين پيوست شده باشد (مانند موردي که سند مورد ارجاع در پشت صفحه‌اي که به امضاي طرفين رسيده است، وجود داشته باشد)، در چنين صورتي ارجاع کلي بايد در چارچوب اجرايي عهدنامه مورد پذيرش قرار گيرد زيرا فرض بر اين است که طرفين اسناد پيوست را نيز مطالعه مي‌نمايند[[448]](#footnote-448). در ساير مواردي که سند مورد ارجاع پيوست نشده است اما به هر دليلي همچون ارسال قبلي سندِ حاوي بند داوري براي طرف ديگر[[449]](#footnote-449)، دخالت سابق طرفين در تنظيم سند حاوي بند داوري[[450]](#footnote-450)، رايج بودن وجود بند داوري در سند استاندارد مورد ارجاع در رشته فعاليت طرفين (مانند رايج بودن وجود بند داوري در اسناد استاندارد دريايي و وجود اطلاع طرفين فعال در شاخه حمل‌و‌نقل از مفاد آن)[[451]](#footnote-451) ، اطلاع طرفين از وجود بند داوري در سند مورد ارجاع اثبات گردد، شرط شکلي مقرر در شکلی مقرر در ماده (2)2 عهدنامه رعايت شده است. با وجود این، به نظر مي‌رسد با امضاي سند حاوي ارجاع کلي و يا مبادله‌ی اسناد حاوي ارجاع کلي، «فرض» بر اين خواهد بود که طرفين از مفاد سند مورد ارجاع اطلاع داشته‌اند و نيازي به «اثبات» وجود اطلاع مخاطب از مفاد سند مورد ارجاع نباشد[[452]](#footnote-452).

در کليه‌ی مواردي که دادگاه محل تقاضا، ارجاع کلي را در چارچوب ماده (2)2 عهدنامه نمي‌پذيرد،‌ شخص متقاضي مي‌تواند درخواست خود مبني بر شناسايي قرارداد داوري يا شناسايي و اجراي رأي داوري را با توسل به ماده (1)7 عهدنامه و بر مبناي قانون مطلوب‌تر مقر دادگاه (در صورت وجود چنين قوانيني) مطرح نمايد، در اين صورت ممکن است دادگاه ماده (1)7 عهدنامه را به قرارداد داوري نيز تسري دهد[[453]](#footnote-453).

**قسمت دوم: رويکردهاي خاص ملي و بين‌المللي در تفسير ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک**

 منظور ماده (2)2 عهدنامه که بيان مي‌دارد «عبارت "توافق کتبي" شامل شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري است که به امضاي طرفين رسيده، يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است» منجر به خروج بسياري از قراردادهاي داوري رايج در رويه‌ی تجاري بين‌المللي مي‌گردد، زيرا ماده فوق توافق دوجانبه‌ی طرفين نسبت به داوري را تنها از طريق امضا يا مبادله‌ی اسناد لازم دانسته است. لذا براي مثال قراردادهاي داوري منعقده به‌ صورت ضمني[[454]](#footnote-454) از قلمرو عهدنامه خارج مي‌گردد[[455]](#footnote-455). به همين دليل لزوم کتبي بودن قرارداد داوري به تعبير به‌کار رفته در عهدنامه مورد انتقاد نويسندگان حقوقي قرار گرفته[[456]](#footnote-456) و باعث ايجاد رويکردهاي خاصي نسبت به آن شده است.

**الف - رويکردهاي خاص ملي در تفسير ماده (2)2**

 دادگاه‌هاي برخي از کشورهاي عضو عهدنامه، تفسيرهاي خاص و منحصر به فردي را در مورد «توافق کتبي» اعمال نموده‌اند؛ در حالی که ساير کشورهاي عضو عهدنامه از چنين تفسيرهايي استقبال نکرده‌اند. اينگونه تفسيرهاي خاص، «وحدت اجراي عهدنامه» را مختل نموده و منجر به فقدان قابليت پيش‌بيني نتيجه‌ی رسيدگي قضايي در رابطه با شناسايي قرارداد داوري يا شناسايي و اجراي رأي در رابطه با عهدنامه مي‌گردد[[457]](#footnote-457).

1. **تفسير عهدنامه‌ی نيويورک در پرتو قانون داوري نمونه آنسيترال**

 آنسيترال در سال 1985 قانون نمونه داوري را ارائه کرد و در ادامه در سال 2006 اين سند را مورد اصلاح قرار داد؛ کشورهاي بسياري از اين سند به‌ عنوان راهنماي قانون‌گذاري استفاده نموده‌اند[[458]](#footnote-458). در رويه‌ی قضايي معدودي از کشورها چنين بيان شده است که ماده (2)2 عهدنامه بايد در پرتو ماده (2)7 قانون داوري نمونه آنسيترال (1985)[[459]](#footnote-459) تفسير گردد تا قلمرو قراردادهاي داوري کتبي مشمول عهدنامه گسترش يابد و بعضي از نويسندگان نيز از چنين تفسيري حمايت نموده‌اند[[460]](#footnote-460).

 آنسيترال قوانين نمونه‌ی ديگري نيز از جمله قانون نمونه آنسيترال در مورد تجارت الکترونيک (1996) و قانون نمونه‌ی آنسيترال در مورد امضاي الکترونيکي (2001) ارائه نموده و تفسير عهدنامه را بر پايه‌ی چنين قوانيني تشويق کرده است[[461]](#footnote-461). با وجود این، عهدنامه‌ها همواره بايد بر طبق اصول کلي که خود مبتني بر آن هستند و به‌ طور مستقل از قوانين ملي، تفسير شوند[[462]](#footnote-462). از طرفي بسياري از اعضاي عهدنامه‌ی نيويورک از قوانين نمونه‌ی آنسيترال به ‌عنوان راهنماي قانون‌گذاري استفاده ننموده‌اند. به هر صورت و با توجه به اين که عهدنامه، اصطلاحات «کتبي» و «امضا» را نيز تعريف ننموده است، دادگاه رسيدگي‌کننده به اعتبار شکلي قرارداد داوري، بايد اين دو اصطلاح را مطابق با پيشرفت‌هاي صورت گرفته در صنعت ارتباطات در نظر بگيرد. بنابر اين پذيرش وسايل نوين ارتباطي در چارچوب «اصول کلي حاکم بر عهدنامه» مانند تسهيل روند داوري، قابل پذيرش مي‌باشد و نيازي به تفسير اين عهدنامه بر پايه‌ی قوانين نمونه (که حتی بعد از تصویب عهدنامه‌ی نیویورک نیز تنظیم شده‌اند) نمی‌باشد.

1. **عدم لزوم وجود امضا يا مبادله اسناد در شرط داوري**

 برخي دادگاه‌ها در تفسير ماده (2)2 عهدنامه اعلام نموده‌اند که وجود امضا تنها در صورتي لازم است که قرارداد داوري به‌ صورت «موافقت‌نامه داوري» باشد و نه «شرط داوري». بنابراين، تفسير اين ماده چنين خواهد شد عبارت «توافق کتبي» شامل: (1) شرط داوري در قرارداد و يا (2) موافقت‌نامه‌ی داوري است که به امضاي طرفين رسيده يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است. در واقع عبارت نهايي ماده (2)2 مبني بر لزوم امضاي طرفين يا تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها تنها به موافقت‌نامه‌ی داوري بازمي‌گردد و نه شرط داوري در قرارداد[[463]](#footnote-463). ترجمه ارائه شده توسط مجلس شوراي اسلامي ايران از ماده (2)2 عهدنامه (خواسته يا ناخواسته) به اين تفسير نزديک است، اين ترجمه چنين است: «اصطلاح "موافقت‌نامه‌ی کتبي" شامل شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري امضا شده توسط طرف‌ها يا گنجانده شده در نامه‌هاي مبادله شده يا تلگراف‌هاي مخابره شده خواهد بود».

 چنين تفسيري هرچند منجر به کارآمدي بيشتر عهدنامه مي‌گردد اما مورد انتقاد قرار گرفته و ممکن است در کشورهاي ديگر عضو عهدنامه مورد پذيرش قرار نگيرد[[464]](#footnote-464) ؛زيرا منطوق ماده (2)2 از دو قسمت تشکيل شده است که قسمت اول «عبارت "توافق کتبي" شامل شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري است» و عبارت دوم «به امضاي طرفين رسيده يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است» مي‌باشد؛ بنابراين عبارت دوم ناظر به مجموعه عبارت اول است و نه تنها قسمتي از آن. همچنين توجه به متن عهدنامه به زبان فرانسه نشان مي‌دهد که در آن با به کارگيري کلمه‌ی جمع (signés) لزوم وجود امضا را هم در شرط داوري و هم در موافقت‌نامه‌ی داوري لازم دانسته است[[465]](#footnote-465).

1. **عدم اعمال ماده (2)2 عهدنامه در مرحله‌ی شناسايي يا اجراي رأي داوري**

 ماده (1)5 عهدنامه‌ی نيويورک در رابطه با بيان موانع شناسايي و اجراي آراي داوري بيان داشته است: «شناسايي و اجراي رأي ممکن است به تقاضاي طرفي که عليه او به رأي استناد شده، تنها در صورتي امتناع شود که آن طرف نزد مرجع صالحي که در آن‌جا تقاضاي شناسايي و اجراي رأي شده است، مدرک مثبته‌اي ارائه نمايد که: (الف) طرفين توافق ]داوري[ مورد اشاره در ماده 2، طبق قانون قابل اعمال بر ايشان به جهتي فاقد اهليت بوده، يا اين‌که موافقت‌نامه مذکور حسب قانوني که طرفين حاکم بر آن قرار داده‌اند، ‌يا در فقدان هرگونه نشانه‌اي بر چنين قانوني، حسب قانون کشوري که رأي در آن‌جا صادر گرديده فاقد اعتبار است ]...[[[466]](#footnote-466).

 در رويه‌ی قضايي برخي از کشورها در تفسير اين ماده چنين بيان شده است که عبارت «طرفين توافق ]داوري[ مورد اشاره در ماده 2» به معناي اعمال ماده مزبور در مرحله‌ی شناسايي و اجراي رأي داوري نمي‌باشد،‌ بلکه ماده 2 عهدنامه تنها در رابطه با شناسايي قرارداد داوري در زماني‌که يکي از طرفين قرارداد مزبور بدون توجه به وجود يک قرارداد داوري، دعواي خود را در دادگاه مطرح کرده است و خوانده نيز از دادگاه تقاضاي ارجاع طرفين به داوري را به دليل وجود يک قرارداد داوري مطرح نموده است، ‌اعمال خواهد شد[[467]](#footnote-467). برخي نويسندگان نيز چنين بيان نموده‌اند که اعمال ماده (2)2 عهدنامه در مرحله شناسايي و اجراي رأي داوري، محل ترديد مي‌باشد[[468]](#footnote-468).

 اگرچه چنين تفسيري از ماده 5 عهدنامه مبني بر عدم اعمال ماده 2 در زمان شناسايي و اجراي رأي داوري به نظر منطقي مي‌رسد اما مورد انتقاد برخي از مفسران عهدنامه‌ی نيويورک قرار گرفته و گفته شده که ممکن است منجر به شناسايي قراردادهاي داوري ضمني يا شفاهي گردد؛ همچنين ماده (الف)(1)5 عهدنامه صريحاً با بيان «توافق مورد اشاره در ماده 2»، به ‌طور ضمني اعلام نموده است که قرارداد داوري بايد شرايط مقرر در ماده 2 را نيز دارا باشد[[469]](#footnote-469).

1. **اعمال قاعده‌ی حسن‌نيت**

 اصولاً طرفين فعال در يک رابطه‌ی حقوقي، بايد با حسن‌نيت عمل نمايند[[470]](#footnote-470). در همين رابطه اگر يکي از طرفين قرارداد داوري اقدام به اجراي تعهدات ناشي از چنين قراردادي نمايد، نمي‌تواند سپس اعتبار قرارداد مزبور را مورد ترديد قرار دهد. براي مثال در صورتي که خوانده‌ی داوري، در جلسات رسيدگي داوري شرکت نمايد و ادعاي فقدان اعتبار قرارداد داوري را مطرح ننمايد، طرح چنين ادعايي پس از صدور رأي داوري و در مرحله‌ی شناسايي و اجراي رأي داوري، اقدامي با حسن‌نيت محسوب نخواهد شد[[471]](#footnote-471).

 از ميان تفسيرهاي خاص صورت گرفته توسط دادگاه‌هاي ملي، اعمال قاعده‌ی حسن‌نيت از مباني قوي‌تري برخوردار بوده و به همين دليل مورد پذيرش بسياري از دادگاه‌ها قرار گرفته است، هرچند در حقوق برخي از کشورها به قواعد حقوقي ديگري همچون استاپل[[472]](#footnote-472) يا اسقاط ضمني حق[[473]](#footnote-473) به منظور عدم امکان طرح ايراد فقدان اعتبار شکلي قرارداد داوري، استناد شده است[[474]](#footnote-474).

با وجود این، چگونگي استناد دادگاه‌ها به چنين قواعد حقوقي متفاوت بوده است، براي مثال برخي از دادگاه‌ها تصميم خود را بر پايه‌ی اصول قراردادها در حقوق داخلي اتخاذ نموده‌اند[[475]](#footnote-475) و برخي بر پايه‌ی اصول حاکم بر آيين رسيدگي داوري در حقوق داخلي خود[[476]](#footnote-476). بعضي از دادگاه‌ها نيز به درستی درستي اعلام نموده‌اند که قاعده‌ی حسن‌نيت (يا استاپل يا اسقاط ضمني حق) جزو اصول کلي و ذاتي عهدنامه‌ی نيويورک بوده و به همين دليل دادگاه مکلف به اعمال آن مي‌باشد[[477]](#footnote-477)، و برعکس معدودي از آراي قضايي نيز معتقدند چنين قواعدي نمي‌تواند دليلي براي کنار گذاشتن لزوم کتبي بودن قرارداد داوري در عهدنامه‌ی نيويورک باشد، حتي اگر استناد به فقدان شرط شکلي قرارداد داوري، نقض اصل حسن‌نيت باشد[[478]](#footnote-478).

**ب - رويکردهاي خاص بين‌المللي در تفسير ماده (2)2**

 رويکردهاي خاص بين‌المللي ناظر به تفسيرهاي صورت گرفته از سوي نهاد آنسيترال و همچنين تفسيرهايي است که دولت‌ها (در مقام عضو يک معاهده بين‌المللي) از عهدنامه‌ی نيويورک به عمل آورده‌اند.

1. **صدور توصيه‌نامه توسط آنسيترال**

آنسيترال در سال 2006 اقدام به ارائه‌ی يک توصيه‌نامه در رابطه با نحوه‌ی تفسير لزوم کتبي بودن قرارداد داوري در عهدنامه‌ی نيويورک، نمود[[479]](#footnote-479). آنسيترال جلسات بسياري را به منظور ارائه‌ی چنين توصيه‌نامه‌اي برگزار کرد و مباحث گوناگوني از وجود اختيار آنسيترال به منظور انتشار يک توصيه‌نامه‌ تا قدرت الزام‌آوري چنين توصيه‌نامه‌اي مورد بررسي قرار گرفت[[480]](#footnote-480). نهايتاً اين نهاد با انتشار اين سند، دو توصيه را به کشورهاي عضو عهدنامه‌ی نيويورک ارائه نمود: (يک) شرايط ذکر شده براي توافق کتبي مذکور در ماده (2)2 عهدنامه، حصري نمي‌باشد و (دو) ماده (1)7 عهدنامه،‌ شامل اعمال قوانين مطلوب‌تر نسبت به قرارداد داوري نيز مي‌گردد[[481]](#footnote-481).

 توصيه‌ی اول ناظر به دو برداشت متضاد از نسخه‌هاي پنج‌گانه‌ی عهدنامه به دليل اختلاف لغات به کار رفته در آنان بوده است[[482]](#footnote-482). در نسخه‌ی فرانسوي عهدنامه چنين بيان شده است: «عبارت "توافق کتبي" به معناي شرط داوري در قرارداد يا موافقت‌نامه‌ی داوري است که به امضاي طرفين رسيده، يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود است» (تاکيد اضافه شده)[[483]](#footnote-483) دو واژه‌ی «به معناي» و «شامل» بار معنايي مختلفي داشته، به نحوي که اولي مفهومي حصري و دومي مفهومي غيرحصري دارد[[484]](#footnote-484). چنين اختلافي منجر به گرايش پاره‌اي از دادگاه به پذيرش «حصري» بودن ماده (2)2 عهدنامه[[485]](#footnote-485) و گرايش پاره‌اي ديگر به پذيرش «غيرحصري» بودن آن گرديده است[[486]](#footnote-486).

 آنسيترال در توصيه‌نامه‌ی خود جانب نسخه‌هاي انگليسي و روسي عهدنامه را گرفته است و بيان داشته موارد ذکر شده در ماده فوق، حصري نبوده و از باب تمثيل مي‌باشد. بنابراين ساير قراردادهاي داوري تا جايي که به‌ صورت «توافق کتبي» باشند در چارچوب ماده (2)2 قرار خواهند گرفت و لذا دادگاه رسيدگي‌کننده به اعتبار شکلي قراداد داوري مي‌تواند «کتبي» بودن قرارداد داوري را مورد ارزيابي قرار دهد بدون آن که چنين ارزيابي لزوماً بر مبناي وجود امضاي طرفين يا مبادله‌ی اسناد حاوي بند داوري باشد[[487]](#footnote-487). به علاوه، توافق داوري منعقده از طريق ارتباطات الکترونيکي در صورتي که اطلاعات مندرج در آن‌ها براي مراجعات بعدي قابل دسترس باشند، نيز قابل پذيرش خواهند بود.

 توصيه‌ی دوم آنسيترال ناظر به ماده (1)7 عهدنامه‌ی نيويورک مي‌باشد که به نظر مي‌رسد اين ماده تنها امکان بهره‌مند شدن از قوانين مطلوب‌تر در رابطه با «رأي داوري» را ذکر نموده است و نه «قرارداد داوري» را. همانطور که قبلاً بيان گرديد، گفته شده است که مقررات ناظر به شناسايي قرارداد داوري در لحاظات آخر مذاکرات مربوط به تنظيم عهدنامه در آن گنجانده شد و به همين دليل در ماده (1)7 ذکري از «قرارداد داوري» به عمل نيامده است[[488]](#footnote-488). ديدگاه بيشتر مفسرين عهدنامه و رويه‌ی قضايي غالب اعضاي آن، همواره مبني بر امکان استفاده از مقررات مطلوب‌تر قانون مقر دادگاه در رابطه با «لزوم کتبي بودن قرارداد داوري» و همچنين «لزوم ارائه‌ی اصل قرارداد داوري يا يک نسخه رسماً گواهي شده آن»، بوده است بدون آن که منطوق ماده (1)7 عهدنامه مانعي بر سر راه چنين تفسيري باشد[[489]](#footnote-489). در چنين مواردي اعمال قوانين ملي مطلوب‌تر ممکن است تنها به درخواست شخص متقاضي امکان‌پذير باشد[[490]](#footnote-490) و يا اين که دادگاه به صلاح‌ديد خود، قوانين مطلوب‌تر را اعمال نمايد بدون آنکه نيازي به درخواست شخص متقاضي باشد[[491]](#footnote-491).

 توصيه‌نامه‌ی آنسيترال قدرت الزام‌آوري نداشته و همان‌طور که از نام آن مشخص است صرفاً يک توصيه‌نامه مي‌باشد. آنسيترال «مخاطب» اين توصيه‌نامه را نيز مشخص ننموده است، با وجود این مخاطب چنين سندي را ظاهراً بايد کشورهاي عضو عهدنامه (به‌عنوان عضو يک عهدنامه‌ی چندجانبه) دانست و نه دادگاه‌هاي ملي[[492]](#footnote-492).

 **2- پاسخ اعضاي عهدنامه‌ی نيويورک به توصيه‌نامه‌ی آنسيترال**

پاسخ کشورها (به‌عنوان عضو عهدنامه) به توصيه‌نامه‌ی آنسيترال از دو جهت اهميت دارد. ماده 31 عهدنامه حقوق معاهدات (1969) در مقام بيان قاعده کلي تفسير عهدنامه‌ و پس از بيان لزوم تفسير معاهدات مطابق با حسن‌نيت و منطبق با معناي معمولي‌ كه بايد به اصطلاحات آن در سياق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شود، در بند سوم بيان داشته است: «همراه با سياق عبارت، اين موارد نيز به حساب خواهند آمد: (الف) هرگونه توافق بعدي بين طرف‌هاي معاهده در خصوص تفسير معاهده يا اعمال مقررات آن؛ (ب) هر رويه‌ی بعدي در اعمال معاهده كه توافق طرف‌هاي معاهده در خصوص تفسير آن را تثبيت نمايد»[[493]](#footnote-493). بنابراين در صورتي که اعضاي عهدنامه نيويورک رويه‌ی خاصي را در رابطه با تفسير عهدنامه‌ذی نيويورک بر مبناي توصيه‌نامه‌ی آنسيترال اتخاذ نمايند، چنين رويه‌اي الزام‌آور تلقي خواهد شد.

 پس از تصويب توصيه‌نامه‌ی آنسيترال کشورهاي گوناگوني به امکان توجه به اين سند در راستاي تفسير عهدنامه‌ی نيويورک پاسخ دادند. کشورهاي استراليا، جمهوري چک، آلمان، ايران، مالزي، جمهوري کره، صربستان، آرژانتين، بحرين، السالوادور، لتوني، هلند، ‌پاراگوئه، اسپانيا، ترکيه، الجزاير و گواتمالا، رويکرد مثبت خود را در اين رابطه بيان نموده‌اند[[494]](#footnote-494).

**نتيجه‌گيري**

عهدنامه‌ی نيويورک دامنه‌ی شمول خود را تنها شامل قراردادهايي دانسته که داراي شرايط (اعتبار) ماهوي بر طبق قانون حاکم بر قرارداد داوري و داراي شرايط شکلي بر طبق خود عهدنامه باشند که عبارت از اين است که قرارداد داوري بايد به‌ صورت «توافق کتبي» باشد که به امضاي طرفين رسيده يا در تبادل‌نامه‌ها يا تلگرام‌ها موجود باشد. رويه‌ی کشورهاي عضو عهدنامه، در طول گذشت بيش از پنجاه سال از حيات عهدنامه، به خوبي اختلاف در تفسير اين شرايط شکلي را نشان مي‌دهد.

عهدنامه، قراردادهاي منعقده به ‌صورت شفاهي يا ضمني را دربر نمي‌گردد و در رابطه با شمول آن بر ساير قراردادهاي داوري مانند قرارداد داوري از طريق ارجاع کلي و يا استفاده از وسايل نوين ارتباطي، محل ترديد وجود دارد و دو ديدگاه مختلف ميان اعضاي عهدنامه شکل گرفته است: يک دسته کشورهايي هستند که ماده (2)2 عهدنامه را به نحو منعطف و مطابق با نيازهاي عرف تجاري تفسير مي‌کنند و در مقابل کشورهايي که تفسير بسيار مضيق و محدودي را از ماده فوق به عمل آورده‌اند. هرچند که ممکن است تفسير منعطف عهدنامه بر پايه‌ی اصول کلي عهدنامه يعني تسهيل شناسايي قرارداد داوري و تسهيل شناسايي و اجراي رأي داوري توجيه‌پذير باشد.

بر پايه‌ی تفسير منعطف عهدنامه، وسايل ارتباطي «نامه» و «تلگرام» در ماده (2)2 را مي‌توان از باب تمثيل محسوب نمود و بر اساس آن قراردادهاي داوري که از طريق ساير وسايل ارتباطي تشکيل شده‌اند را تا جايي که يک «توافق کتبي» بر آنها اطلاق شود، مورد پذيرش قرار داد. همچنين بايد در نظر داشت که رويه‌ها و نظرياتي در حال شکل‌گيري است که مبين آن است که ماده (2)2 عهدنامه‌ی نيويورک بيان‌کننده‌ی حداکثر شروط شکلي قرارداد داوري بوده و کشورهاي عضو عهدنامه مي‌توانند در قوانين خود شروط شکلي قرارداد داوري را کم‌تر و يا به ‌طور کلي حذف نمايند و لذا در اين صورت امکان شناسايي قرارداد داوري فاقد شروط شکلي مقرر در ماده (2)2 عهدنامه مي‌تواند بر پايه حقوق داخلي کشورها و با استناد به ماده (1)7 عهدنامه صورت پذيرد.

منابع:

کتب:

1. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Vol I (3rd edn, Kluwer Law International 2009).

Brekoulakis, Stavros, *Third Parties in International Commercial Arbitration* (Oxford University Press 2010).

1. Di Pietro, Domenico & Martin Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Arbitration Convention of 1958* (Cameron May 2001).
2. Gaillard, Emmanuel, Domenico Di Pietro, & Nanou Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008).
3. Lew, Julian, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003).

Poudret, Jean-Francois & Sebastian Besson, *Comparetive Law of International Arbitration* (Stefan Berti & Annette Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007).

1. Van Den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981).
2. Van Den Berg, Albert Jan (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Question*, ICCA Congress Series No 16 (Kluwer Law International 2003).

فصل هشتم: **تقابل فرم‌ها در قرارداد بیع؛ بررسی نظریات موجود در نظام‌های حقوقی و بحث تطبیقی با عهدنامه بیع بین‌المللی کالا**

چکیده

در عالم مبادلات تجاری بسیار اتفاق می‌افتد که خریدار و فروشنده هر کدام با ارسال مکاتباتی جداگانه و در پاسخ هم، قصد خود را برای انعقاد قرارداد بیع اعلام می‌نمایند. شروط عمومی و فرم‌هایی نیز که از پیش به ‌صورت یکسان برای تمام قراردادها از سوی خریدار یا فروشنده تنظیم شده در این میان بین طرفین مبادله می‌شوند. این شروط عمومی ممکن است در فرم‌های خریدار و فروشنده با هم در تعارض باشند. در هنگام بروز اختلاف بین طرفین قرارداد، سؤال این است که آیا با وجود این تغایر، قراردادی منعقد شده یا نه و اگر پاسخ مثبت است، مفاد این قرارداد چیست؟ مجموع اوضاع و احوال و رفتار طرفین پس از مبادله فرم‌ها معمولاً حکایت از انعقاد قراردادی معتبر دارد و منطقی‌تر این است که مفاد این قرارداد نیز در قسمتی که راجع به فرم‌های متعارض است، به جای اینکه توسط یکی از شروط متعارض طرح شده به وسیله طرفین (مثلاً اولین یا آخرین آن‌ها با لحاظ تقدم و تأخر فرم‌های مبادله شده) تعیین شود، توسط قانون حاکم بر قرارداد معین شود. چنانچه قانون حاکم بر قرارداد، عهدنامه بیع بین‌الملل کالا باشد، این نقش بر عهده عهدنامه است.

**واژگان کلیدی**: تقابل فرم‌ها، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، شروط متعارض قراردادی، تجارت بین‌الملل، بیع بین‌الملل

**مقدمه:**

در مورد ایجاب و قبول در قراردادها بسیار سخن گفته شده است، اما در قراردادهای بیع و به ویژه بیع بین‌المللی، حالتی نسبتاً نو، ظهور کرده است و آن، ایجاب و قبولی است که به موجب مبادله متعاقب فرم‌های قراردادی نمونه و از پیش تنظیم شده توسط خریدار و فروشنده انجام می‌شود. قسمتی از این فرم‌ها در هر معامله‌ای با توجه به ویژگی‌های کالا و ثمن و مسائلی از این دست که به ‌صورت خاص در همان معامله بین خریدار و فروشنده مورد مذاکره قرار گرفته‌اند تکمیل می‌شوند و قسمت دیگرکه به ‌صورت شروط عمومی و برای همه معاملات مشترک می‌باشند، بدون مذاکره در هر معامله‌ای، دست نخورده، برای طرف مقابل ارسال می‌شوند. این شروط و مفاد عمومی و از پیش تنظیم شده که در قالب فرم چاپی مخصوص توسط هر یک از طرفین برای طرف مقابل ارسال می‌شود، ممکن است مغایر درآیند. در این وضعیت - که "تقابل فرم‌ها"[[495]](#footnote-495) نامیده می‌شود - دو سؤال مطرح می‌باشد: یکی اینکه با وجود این تعارض آیا قراردادی به وجود می‌آید؟ و دیگری آنکه اگر قراردادی به وجود آید، مفاد یا شروط آن چیست؟ در قسمت اول مقاله، پاسخ نظام‌های حقوقی گوناگون و نظریه‌پردازان و نقاط ضعف و قوت هر کدام از این پاسخ‌ها به سؤالات فوق و به خصوص سؤال دوم را بررسی می‌کنیم. تقابل فرم‌ها در حقوق ایران به‌ طور مشخص مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است و حتی حقوق‌دانان ما هم به‌طور جدی بدان نپرداخته‌اند. آنچه در تحلیل مبانی این نظریات و معقول یا مفید بودن آنها در این نوشتار می‌آید توسط حقوق‌دان ایرانی و در نظام حقوقی ایران نیز قابل استفاده بوده و بلکه دانستن آن در انتخاب بهترین نظریه در حقوق ایران ضروری است. در قسمت دوم مقاله، بررسی راه‌حل ارائه شده در عهد نامه 1980 سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا**[[496]](#footnote-496)** برای تقابل فرم‌ها انجام می‌شود. برخلاف اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تنظیم شده توسط مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی[[497]](#footnote-497) ، اصول اروپایی حقوق قراردادها [[498]](#footnote-498) و قانون متحد‌الشکل تجارت ایالات متحده آمریکا[[499]](#footnote-499) ، در عهدنامه 1980 وين در خصوص بیع بين‌الملل كالا مقرره‌اي خاص براي تقابل فرم‌ها و با اين عنوان وجود ندارد. اینکه اساساً عهدنامه در این مسأله راه‌حلی ارائه داده یا خیر و در صورتی که پاسخ مثبت باشد، این راه‌حل چیست باعث بحث‌های بسیاری میان صاحب‌نظران شده است. اگرچه ایران تا کنون به این عهدنامه ملحق نشده، اما با توجه به اینکه کشورهای زیادی به آن پیوسته‌اند و با نظر به اینکه به‌ عنوان اعمال قانون حاکم، اعم از قانون منتخب طرفین یک بیع بین‌المللی یا قانون خارجی- در واقع عهدنامه برای کشوری که به آن ملحق شده – ممکن است بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران در اختلافات قراردادی در دادگاه‌های ایران مورد نیاز باشد، بررسی موضع عهدنامه در این خصوص خالی از فایده نیست. از آنجا که این عهدنامه در مسائل مورد اختلاف نظام‌های حقوقی سعی در یافتن راه‌حل میانه و تا حد امکان مورد اجماع داشته، آگاهی از این راه‌حل در بحث تقابل فرم‌ها برای جامعه حقوقی ایران در یافتن پاسخ سؤالات مربوط به تقابل فرم‌ها در حقوق داخلی بسیار مفید است.

**قسمت اول: طرح مسأله و نظریات**

 **الف - طرح مسأله، تعریف و سؤالات اساسی**

يكي از وقايع متعارف در مراودات و معاملات تجاری پاسخي است كه به ‌عنوان قبول، به يك ايجاب داده مي‌شود و ممكن است نسبت به ايجاب اوليه اضافات يا تغييراتي داشته باشد. در روال بازرگانی، به ویژه در بیع بین‌المللی، معمولاً فرم‌هاي از پيش چاپ شده‌اي تحت عناويني چون سفارش خريد[[500]](#footnote-500) (از سوي خريدار كه غالباً ايجاب كننده است) و تأييديه سفارش[[501]](#footnote-501) (از سوي فروشنده كه غالباً مخاطب ايجاب خريدار قرار مي‌گيرد) بين خريدار و فروشنده براي ابراز قصد معامله و بيان مفاد قرارداد مربوطه مبادله مي‌شوند. بر اساس این فرم‌ها، ويژگي‌هاي اصلي قرارداد خاص همانند وصف، مقدار و قيمت كالا برای آن معامله خاص عمدتاً مورد مذاكره طرفین قرار می‌گیرند و به ‌طور اختصاصی روي فرم نوشته می‌شوند، اما شروط عمومي[[502]](#footnote-502) در هر مورد خاص، جداگانه مورد مذاكره قرار نمي‌گيرند و معمولاً در پشت همان فرم‌، به ‌صورت چاپ شده موجود مي‌باشند[[503]](#footnote-503) . روي فرم معمولاً اشاره مي‌شود كه شرايط اضافي و عمومی چیست و کجاست و اینکه اصولاً در پشت فرم موجود است. از آنجا كه شرايط عمومي كه هر طرف در فرم مربوط به خود مي‌گنجاند (همانند حدود مسئوليت و بند حل و فصل اختلافات) تأمين‌كننده منافع تنظيم یا ارائه كننده آن است؛ در بسياري از موارد شروط عمومی طرفین قرارداد که در فرم‌های چاپی برای طرف مقابل ارسال می‌شود با هم در تعارضند (Honnold, Flechtner, 2009, 241) ؛ حالتی که موضوع « تقابل فرم‌ها» را مطرح می‌کند و فرایند و آثار حقوقی آن مورد بحث و بررسی این نوشتار می‌باشد.

فرهنگ لغات حقوقی بلاك، تقابل فرم‌ها را اين‌گونه تعریف نموده است:

«تعارض شروط فرم‌هاي استاندارد كه بين خريدار و فروشنده در جريان مذاكرات قراردادي مبادله مي‌شوند.»(Garner, 2004,62)

جهت روشن‌تر شدن موضوع و تعیین محدوده بحث ذکر دو نکته لازم است: اول اینکه از مجموع مباحث موجود در تقابل فرم‌ها اين مسئله روشن مي‌شود كه بحث تقابل فرم‌ها اختصاص به حالتي دارد كه اصل ايجاب و قبول با تبادل فرم‌هاي متعارض يا متفاوت ابراز ‌شوند و نه اینکه تبادل فرم‌ها مقدمه‌ای برای ایجاب و قبول بعدی باشد[[504]](#footnote-504). دوم اینکه، احكام موجود در تقابل فرم‌ها ناظر بر اصلاحات و تعديل قراردادي که با تبادل فرم‌های متفاوت انجام شود نمي‌ باشد و صرفاً مختص مرحله شكل‌گيري اولیه قرارداد است.(Dimatteo,2005,74)

 طرفين معامله غالباً تنها شروط مذاكره شده را مدنظر دارند و عموماً هر دو طرف از شروط استاندارد طرف ديگر بی‌خبر هستند. در اكثر موارد بدون پيش آمدن مشكل خاصی اين فرم‌ها مبادله مي‌شوند و حتي كالاها نیز تحویل و ثمن دریافت مي‌شود، بدون اينكه طرفين به تعارضات موجود بين مفاد فرم‌ها، توجه يا اعتراض كنند. (Rasmussen, 2000, 2759) اما در عمل ممكن است اختلافاتی قبل از تسليم كالا و اكثراً بعد از تسليم كالا بوجود آيد، مثل وقتی که در اثر کالای معیوب خسارتی متوجه یک طرف شود و حدود مسئولیت فروشنده در فرم‌های طرفین، متفاوت در نظر گرفته شده باشد. در اينجا اولاً سؤال اين است كه با وجود شرايط عمومي و متعارض آيا قراردادي شكل گرفته است يا نه؟ و ثانياً اگر قراردادي وجود دارد مفاد اين قرارداد چیست؟ (Keatling, 2000,2683)

به نظر مي‌رسد كه اگر مبادلة فرم‌ها انجام شود و رفتار بعدی طرفین نشان دهنده تمايل ایشان براي ورود به يك قرارداد الزام‌آور باشد - امری که غالباً در اختلافات ناشی از تقابل فرم‌ها قابل احراز است – دادگاه‌ها در تمامی نظام‌های حقوقی متمایل به شناسایی يك قرارداد معتبر علی‌رغم وجود شروط متعارض هستند.(Dimatteo, 2005,68). بحث‌های صاحب‌نظران هم اختلاف‌نظر خاصی را در این زمینه نشان نمی‌دهد. مشکل اصلی، در تعیین مفاد قرارداد است که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

**ب - نظریات موجود در تعیین مفاد قراردادی در تقابل فرم‌ها**

 در پاسخ به سؤال چگونگی تعیین مفاد قرارداد در حالتی که مسبوق به تقابل فرم‌هاست سه نظریه وجود دارد:

1. آخرين فرم ارسالی بین طرفین شرايط قرارداد را تعيين مي‌كند.
2. اولين فرم ارسالی شرايط قرارداد را تعيين مي‌كند.

3- هيچ‌كدام از فرم‌ها شرايط قرارداد را تعيين نمي‌كنند.

**۱ - نظریه‌ی"آخرین کلام"**

چنانچه بر اين عقيده باشيم كه قبول براي اينكه واجد عناصر لازم برای قبولی تلقی شدن باشد، بايد دقيقاً مطابق با مفاد ايجاب صادر شود به قاعده «لزوم تطابق كامل قبول با ايجاب»[[505]](#footnote-505) ملتزم شده‌ايم(Stephens, 2007, 237) . بنابراین اگر تطابق کامل وجود نداشته باشد آنچه در مقام قبول بیان شده در واقع رد ايجاب و ايجاب متقابل است. نتیجه منطقی قاعده‌ «لزوم تطابق كامل قبول با ايجاب»، قاعدة «آخرين کلام» [[506]](#footnote-506)است.( Gabriel, 1993-4,1053) بنابر قاعدة «آخرين کلام»، آخرين فرم رد و بدل شده قبل از اجراي قرارداد (يا عمل مشابه ديگر که نشانه قبول است) آخرين ايجاب است و اجراي قرارداد متعاقب آن، قبول آن ايجاب تلقي مي‌شود[[507]](#footnote-507). (Stephens, 2007,237) به ‌عنوان مثال اگر خريدار دستور خريد و فرم خود را بفرستد و فروشنده هم تأييديه خريد و به همراه آن فرم خود را ارسال كند وكالاها را هم بفرستد، پاسخ فروشنده به دلیل عدم تطابق کامل با ایجاب، ايجاب متقابل است و قبول كالا توسط خريدار قبول عملي آن ايجاب و مفاد فرم فروشنده همان مفاد قرارداد خواهد بود. [[508]](#footnote-508)

قاعده «آخرين کلام» ، پاسخ سنتی نظام حقوقي كامن‌لا به مسئله تقابل فرم‌هاست. (Gabriel, 1993-4,1053- 1054) البته اين كه تصور كنيم دادگاه‌هاي كامن‌لا به‌طور مطلق و در تمامي موارد به مكانيزم ياد شده ملتزم بوده‌اند، ساده انگاشتن بيش از حد قضيه است. استفاده از ساز و كار فوق تحت شرايط گوناگون تا حدی تعديل مي‌شده، به گونه‌اي كه ضمن التزام به قاعدة «لزوم تطابق كامل قبول يا ايجاب» فرم حاكم، همواره آخرين فرم نبوده است. ( Gabriel, 1993-4, 1054-1055)

مزیت این نظریه این است که اعمال قاعده «آخرين کلام» از سوي دادگاه باعث حصول اطمينان و قطعيت در پاسخ به سؤال اصلی موجود در بحث تقابل فرم‌ها یعنی تعیین مفاد قرارداد می‌شود. صرف‌نظر از قصد متعاملین که احراز آن نیز بعضاً دشوار است نزاع طرفین در فرم‌های متعارض همیشه با فرمول یکسانی حل می‌شود. علاوه بر این زمان و مکان انعقاد قرارداد نیز با این وصف روشن می‌شود.

عیب این روش این است که قطعيت و جزمیت حقوقی موجود در آن، ناشي از تحمیل قواعد خشک و شكل‌گرايانه بر توافقات افراد است که لزوماً با حقایق موجود قابل تطبیق نیست. ( Stephens, 2007, 238) . از آنجا كه به نظر مي‌رسد قاعده «آخرين کلام» بقاياي زماني است كه به علت ساده و مختصر بودن مكانيزم ايجاب و قبول، هرطرف از تمام شروط پيشنهادي طرف ديگر آگاهی داشته ( Stephens, 2007, 239) مي‌توان گفت كه پيش‌فرض اين روش براي حل مسئله تقابل فرم‌ها اين است كه طرفين از مفاد ايجاب و ايجاب متقابل و فرم‌هاي متعارض آگاهند. پیش فرضی که اگر زمانی به علت ساده بودن ساختار قراردادها در اکثر موارد منطبق با واقع بوده در حال حاضر تطابق چندانی با واقع ندارد.

يك مشكل جدي در استفاده از قاعدة لزوم تطابق كامل قبول با ايجاب و نتیجتاً قاعده آخرین کلام اين است كه در صورت وجود تفاوت‌هاي جزئي در مفاد ايجاب و قبول، به طرفينِ آنچه بنا بوده قرارداد الزام‌آوري باشد امكان فرار از تعهدات قراردادي داده می‌شود. در مثال پیشین، خریدار همواره می‌تواند با توجه به تغییر شرایط بازار و در جهت منافع خود با عدم قبول کالا از شکل‌گیری قرارداد و ایفای تعهدات خود فرار کند. دادگاه‌ها، روش‌هاي گوناگوني براي مقابله با این مشکل به کار بسته‌اند. مثلاً عنوان شده که تغيير جزیی در مفاد قبول براساس عرف و عادت تجاري و حسن‌نیت واقعاً باعث مغايرت با مفاد ايجاب نمي‌شود يا تغييرات موجود در قبول، تنها پيشنهاداتي براي تعديل قرارداد است و يا اينكه با سكوت طرف ديگر، این تغییرات در قبول در واقع پذيرفته شده است (Honnold, Flechtner, 2009,244). به کارگیری این روش‌ها در حل مشکل باعث اعمال سلایق شخصی دادرس در تشخیص مفاد قرارداد می‌شود یعنی همان چیزی که قاعده آخرین کلام دوری از آن را از مزایای خود می‌شمرد.

به اعمال قاعده «آخرين کلام» انتقادات دیگری نیز وارد شده است از جمله، اعمال اين قاعده كاملاً بدون مبناست[[509]](#footnote-509) . چرا بايد آخرين فرم قبل از اجرا را ملاك قرار دهيم و نه اولين فرم را؟ همان بحث‌هایی كه دربارة اعتبار «آخرين فرم» مي‌شود را مي‌توان دربارة اعتبار اولين فرم نيز بيان كرد و رفتار طرف مقابل را حاكي از اعلام رضايت به آن دانست. اشكال ديگر، اينكه اعمال اين قاعده ممكن است در عمل به يك دور و يا رفت و برگشت مداوم[[510]](#footnote-510) ختم شود؛ يعني هر طرف، قبل از اجراي قرارداد براي طرف مقابل فرمي بفرستد كه آخرين فرم از طرف او باشد و بر اين مبنا شرايط خود را تحمیل کند و طرف مقابل هم مجدداً همين كار را بكند.

 مهمترین اشکال این نظریه همانطور که پیشتر بدان اشاره شد این است که باعث ناديده گرفتن توافق واقعي طرفين مي‌شود؛ آنچه هر دو طرف به‌عنوان قبول قرارداد در نظر داشتند تبديل مي‌شود به ايجاب متقابل، امري كه قاعدتاً مدنظر طرفين نبوده است. ( Stephens, 2007,239)( Viscasillas, 1998,116-118)

**2- نظریه "تساقط شروط متعارض"**

اگر از ديدگاه شكل‌گرايانه كه البته نوعي قطعيت در حل اختلافات را به بهاي ناديده گرفتن توافقات واقعي افراد به وجود می‌آورد فاصله بگيريم و در تقابل فرم‌ها با اين پيش‌فرض به اختلافات بنگريم كه قاعدتاً هيچ طرفي، شروط عمومی طرف مقابل در فرم‌هاي رد و بدل شده را نخوانده و از آن آگاهي نداشته، به نظريه «تساقط شروط متعارض»[[511]](#footnote-511) مي‌رسيم.

در اين نظريه اگر شروط اساسي قرارداد همانند كميت وكيفيت کالاها و ثمن، مورد توافق واقع شده باشند و طرفين هم شروع به اجرا كرده باشند و یا نشانه دیگری دال بر توافق قطعی موجود باشد، دادگاه به اين نتيجه خواهد رسيد كه قرارداد معتبري منعقد شده و شروط و بندهاي متعارض و متفاوت را هم به ‌عنوان جزئي از قرارداد در نظر نخواهد گرفت (Dimatteo, 2005,68) ، چرا که نه تنها طرفین در آنها توافقی نداشته‌، بلکه پیش فرض این است که حتی از آنها مطلع هم نبوده اند. در اين حالت خلأ ناشي از حذف شروط متعارض با مقررات قانون حاكم بر قرارداد پر مي‌شود. (Schlechtriem, Butler, 2009,82) قاعده «تساقط شروط متعارض» در ايالات متحده امريكا،[[512]](#footnote-512) فرانسه(Vergne, 1985,251-253) و آلمان( Ruhl, 2003, 199) روش پاسخ به مسائل ناشي از تعارض فرم‌هاست[[513]](#footnote-513).

توضیحات بیشتر این نظریه در قسمت بعدی این مقاله و در تطبیق نظریات موجود با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ارائه خواهد شد.

**۳- نظریه "اولین فرم"**

 سومين راه‌حل كه در ادبيات حقوقي مربوط به تقابل فرم‌ها كمتر به آن پرداخته مي‌شود عبارت است از اعتبار اولين فرم مبادله شده در تعارض فرم‌ها[[514]](#footnote-514). پس از انتقادات زیادی که صاحب‌نظران حقوقی در آمریکا بر نظریه آخرین کلام که توسط دادگاه‌های کامن‌لا اعمال می‌شد وارد کردند، نویسندگان قانون متحد‌الشکل تجارت ایالات متحده امریکا در مقرره 207-2 از این قانون راه‌حلی در تقابل فرم‌ها ارائه نمودند که ابهام در عبارت‌پردازی آن باعث اختلاف‌نظر فراوان میان مفسران شده است[[515]](#footnote-515). بر اساس بند دوم از این مقرره، اضافات موجود در آنچه به ‌عنوان قبولی عرضه شده است، در مواردی – مثلاً مراودات بین غیر بازرگانان - حتی در فرض انعقاد قرارداد تنها عنوان پیشنهاد را دارند؛ نتیجه اینکه اگر این تغییرات مورد قبول واقع نشوند، مفاد عقد همان مفاد موجود در اولین فرم است. (Davis, 1973-1974,389) (Stephens, 2007,248-251) (Rosh,1990,561-564).

اینکه اساساً تا چه اندازه می‌توان نظریه اولین فرم را به قانون متحد‌الشکل منسوب داشت و اگر این انتساب درست باشد چرا در نظر تدوین‌کنندگان این مقررات، اعتبار اولین فرم باید جایگزین اعتبار آخرین کلام شود به درستی روشن نیست و حتی بحث‌های فراوان میان حقوق‌دانان هم از این ابهام نکاسته است. این انتقادات نهایتاً به تغییر مقرره مربوط به تقابل فرم‌ها در قانون متحد‌الشکل در سال 2003 میلادی انجامید که البته مقرره جدید هنوز به‌عنوان قانون، توسط ایالت‌های امریکا مورد تصویب قرار نگرفته است[[516]](#footnote-516). به نظر مي‌رسد این نظریه خارج از چارچوب تفسیر قانون متحد‌الشکل طرفداران چنداني نداشته باشد و لذا بیشتر بدان نمي‌پردازيم.

**قسمت دوم: تقابل فرم‌ها در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا و** **نطریات مطرح**

**الف - تقابل فرم‌ها و قواعد مربوط به ايجاب و قبول در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا**

1. **تقابل فرم‌ها در عهدنامه بيع بين‌الملل کالا**

برخلاف اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تنظیم شده توسط مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی[[517]](#footnote-517) ، اصول اروپایی حقوق قراردادها[[518]](#footnote-518) و قانون متحد‌الشکل تجارت ایالات متحده آمریکا، در عهدنامه 1980 وين در بیع بين‌المللی كالا مقرره‌اي خاص براي تقابل فرم‌ها با اين عنوان وجود ندارد. هر چند كه در جريان مذاكرات تنظیم عهدنامه، پيشنهادي برای گنجاندن مقرره‌ای با این عنوان ارائه شد اما نهايتاً رأی نیاورد.[[519]](#footnote-519) در اینکه آیا بر اساس کنوانسیون راه‌حلی برای پاسخ دادن به پرسش‌های مربوط به تقابل فرم‌ها می‌توان ارائه نمود یا نه دو نظریه وجود دارد: اول، عهدنامه، تقابل فرم‌ها را ناديده نگرفته است(Honnold, Flechtner, 2009,242) و مسئله تقابل فرم‌ها را می‌توان بر مبناي ماده 19 عهدنامه[[520]](#footnote-520) حل و فصل نمود. (Schlechtriem, Butler, 2009, 81) در تأیید این نظر گفته‌اند که بسياري از دادگاه‌هاي ملي در حل مسائل مربوط به تقابل فرم‌ها برای اعمال عهدنامه از مقررة ماده 19 و قواعد ايجاب و قبول مندرج در آن استفاده مي‌كنند. (Dimatteo, 2005,67) . دیدگاه دیگر معتقد است که در عهدنامه بیع بین‌المللی ماهیتاً در تقابل فرم‌ها مقرره‌ای ندارد و اگر در جایی قانون حاکم، کنوانسیون بیع بین الملل باشد از روش‌های دیگری برای حل مساله تقابل فرم‌ها باید استفاده کرد. هر دو نظر را در ادامه این مقاله بررسی می‌کنیم، [[521]](#footnote-521) اما پیش از آن توضيح مختصري از قواعد مربوط به ايجاب و قبول مندرج در ماده 19 عهدنامه ارائه خواهيم داد.

1. **قواعد مربوط به ايجاب و قبول در عهدنامه**

ماده 19 از عهدنامه بيع بين‌المللي كالا يكي از چند مسئله مهمي بود كه در آن اختلاف وسيعي بين نظام‌هاي حقوقي غربي و سوسياليستي وجود داشت. كشورهاي سوسياليستي عموماً بر اين اعتقاد بودند كه براي شكل‌گيري قرارداد بايد بين ايجاب و قبول هيچ مغايرتي وجود نداشته باشد، بنابراين به علت اينكه مقررات پاراگراف‌هاي اول و دوم از ماده 19 درجه‌اي از مغايرت را بين ايجاب و قبول تجويز مي‌كردند و نيز به علت وجود ابهام در عبارت «تغيير اساسي مفاد ایجاب» مذكور در پاراگراف دوم (یعنی بنا بر نظر مخالفین مرز بین تغییر اساسی و غیر اساسی روشن نبود)، پيشنهاد حذف پاراگراف دوم از ماده 19 شد كه رأي نياورد، اما تغيير ماده كماكان مورد نظر كشورهاي مخالف بود. براي حفظ پاراگراف دوم و در جهت تأمين نظر مخالفان مصالحه‌اي بدين شكل صورت گرفت كه به جاي حذف يا تغيير پاراگراف دوم، پاراگراف سومی اضافه شود تا مصادیقی از تغییرات اساسی شمرده شوند. اما این مصادیق اگر به تنهایی در نظر گرفته می‌شدند بسیار گسترده بودند و جای چندانی برای تغییراتی که مشمول عنوان غیر اساسی هستند باقی نمی‌گذاشتند. برای رفع این مسأله پاراگراف سوم جمله‌اي در انتها داشت که آن را تعدیل می‌کرد[[522]](#footnote-522). با اعتراض مجدد برخي از كشورها و براي جلوگيري از حذف دو پاراگراف اخير از ماده 19 كه مجدداً از سوي نماينده بلغارستان طرح شده بود، باز هم مصالحه‌اي صورت گرفت و آخرین جمله پاراگراف سوم از ماده 19 حذف شد و ماده به شکل کنونی آن در آمد (Vergne,1985,235-237) . بدین ترتیب به نظر می‌رسد که ظاهر ماده 19 در وضع کنونی آن بیشتر مطابق با نظر کشورهای سوسیالیستی هماهنگ باشد.

پاراگراف اول از ماده 19 قاعدة سنتي را كه به‌طور وسيعي مورد قبول بوده را بيان مي‌كند. پاراگراف‌هاي دوم و سوم، استثنائاتي از اين قاعده سنتي را بيان مي‌كنند، البته مي‌بايست اين ماده به‌صورت يك كل ‌نگریسته شود.(Honnold, Flechtner, 2009, 243) پاراگراف اول هستة مشترك نگرش كلاسيك نظام‌هاي حقوقي گوناگون در ايجاب و قبول است و پاراگراف دوم منطبق با روال مدرني است كه هم‌اكنون در كشورهاي حقوق نوشته و كامن‌لا وجود دارد. (Vergne,1985,253) براساس مادة 19، آنچه قرار است قبولي باشد، در دو حالت به ‌عنوان رد ايجاب و ايجاب متقابل در نظر گرفته مي‌شود:

1- پاسخ، متضمن تغييرات يا اضافات اساسي باشد.

2- ايجاب كننده بدون تأخیر غيرموجه به اضافات يا تغييرات اعتراض كند.( Kelso, 1983, 546)

**ب - بررسی نظریات موجود در خصوص عهدنامه در تقابل فرم‌ها**

دو دیدگاه کلی در تقابل فرم‌ها در عهدنامه بيع بين‌الملل وجود دارد که در زیر بدان می‌پردازیم.

**1 - نظریه‌ی عدم وجود مقرره‌ای برای حل تقابل فرم‌ها در عهدنامه**

 بر طبق این نظریه، عهدنامه در تقابل فرم‌ها مقرره‌اي ندارد. طرفداران اين ديدگاه عموماً به چند دسته تقسيم مي‌شوند: دسته‌اي بر اين اعتقادند كه براساس ماده 4 عهدنامه، مسائل مربوط به اعتبار قرارداد و يا هر يك از بندهاي آن (که مسائل مربوط به تقابل فرم‌ها هم در این دسته جای می‌گیرد) خارج از شمول عهدنامه است (Dimatteo, 2005,68) و نهايتاً مي‌بايست با مراجعه به قانون حاكم ملي حل و فصل شود .دسته‌اي ديگر بر اين عقيده‌اند كه چون در عهدنامه مقرره‌اي در خصوص تقابل فرم‌ها وجود ندارد، يك خلأ [[523]](#footnote-523)در عهدنامه است[[524]](#footnote-524) كه بايد براساس بند 2 از مادة 7 و طبق اصول كلي كه عهدنامه بر آن بنا شده حل و فصل شود، در اين نگرش مراجعه به قانون داخلي به علت اينكه با هدف اجراي هماهنگ عهدنامه در تضاد است و برای حل این مسأله مناسب نمي‌باشد. ( Viscasillas, 1998,140-142) در مقام پر کردن این خلا شاید بتوان به منابع دیگر نیز رجوع کرد؛ مثلاً دسته‌ای با تأكيد بر ارتباط بين «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تنظیم شده توسط مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی» و عهدنامه بيع بين‌المللي كالا و اينكه استفاده از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در پر كردن خلأهاي عهدنامه مناسب است( Garro, 1995,1149-1190) این اصول در خصوص مسئله تقابل فرم‌ها مقرره‌ای روشن دارد[[525]](#footnote-525), استفاده از اين مقرره را در سکوت عهدنامه بيع بين‌المللي كالا تجويز مي‌كنند. ( Viscasillas, 1998,103-104)

در نقد این دسته از نظریات که معتقدند عهدنامه در تقابل فرم‌ها مقرره‌اي ندارد می‌توان گفت که این ادعا با سير مذاكرات و سابقه تدوين ماده 19 عهدنامه مغایر است. ‌پیشنهاد نماينده بلژيك برای گنجاندن مقرره‌ای با عنوان تقابل فرم‌ها در عهدنامه تصويب نگرديد، بدين معني نيست كه در اين زمینه در عهدنامه خلأ و یا شكافي وجود دارد، بلكه بدين معني است كه مقرره‌اي در تقابل فرم‌ها که استثنا بر ماده 19 عهدنامه بود، پيشنهاد شد ولي رأي نياورد. توضیح بیشتر، تدوين‌كنندگان عهدنامه بر اين اعتقاد بودند كه نبايد تفاوتي بين شروط چاپي و فرم با شروط غیر فرم وجود داشته باشد و همان مقررة ماده 19 که در اصل به قبول متفاوت با ایجاب مربوط است، براي تقابل فرم‌هاي چاپي هم كافي است ( Viscasillas, 1998,139-140). به عبارت دیگر اگر در مجموعه‌اي از مقررات، مثلاً در اصول اروپایی حقوق قراردادها، هم مقرره‌ای درخصوص قبول همراه با تغيير[[526]](#footnote-526) وجود دارد و هم ماده‌ای به تقابل فرم‌ها يا تعارض شروط عمومي[[527]](#footnote-527) اختصاص داده شده است، بدين معناست كه آنچه در تقابل فرم‌ها مقرر شده، استثناء بر قاعده کلی مربوط به قبول همراه با تغيير است.(Viscasillas, 2002,157) بنابراين زماني كه در عهدنامه بیع بين‌المللی كالا، استثنایی بر ماده 19 وارد نشده، اعتبار قاعده كلي مندرج در ماده 19 در تقابل فرم‌های چاپی نیز وجود دارد.

**2 - نظریه‌ی وجود مقرره‌ای برای حل تقابل فرم ها در عهدنامه**

 عهدنامه براي حل مسئله تقابل فرم‌ها مقرره دارد كه همان ماده 19 است. اینکه کدامیک از نظریات بیان شده در تقابل فرم‌ها قابل انتساب به عهدنامه است در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

**اول - انتساب نظریه‌ی آخرین کلام به عهدنامه**

مهم‌ترين مسئله در تفسیر ماده 19 اين است كه آنچه در پاراگراف 3 از مادة 19 در بيان مصاديق «اساسي» آمده تقريباً تمام تغییرات ممکن در قبول را شامل مي‌شود. این سؤال که آیا با وجود پاراگراف سوم عملاً مقرره موجود در پاراگراف دوم بلا استفاده خواهد ماند یا خیر؟ از نظر برخی پاسخ مثبت است. در این نظر تقريباً تمامي تغییرات موجود در قبول، باعث اعمال همان قاعده سنتي مندرج در پاراگراف اول می‌شود: يعني قبول همراه با تغيير، رد ايجاب و ايجاب متقابل است. بر طبق این تفسیر مي‌توان گفت كه مسئله تفاوت بين ايجاب و قبول در عهدنامه همانند قاعده کلاسیک در كامن‌لا حل شده است، يعني پذيرش قاعده «لزوم تطابق كامل مفاد قبول با ايجاب». (Dimatteo, 2005,67-68)و یا حداقل به رسمیت شناختن روح کلی این قاعده (Gabriel, 1993-4,1058). از طرف دیگر عهدنامه قبول عملي را طبق ماده 18 تجویز نموده و مانعی ندارد که این قبول عملی در پاسخ ایجاب متقابلی باشد که طبق ماده 19 و به شرح پیش‌گفته بوجود آمده است. با این مقدمات، ماده 19 عهدنامه در واقع مبین التزام به قاعده آخرین کلام است. به نظر مي‌رسد تفسير عهدنامه بيشتر از بقيه تفاسير مورد پيروي قرار گرفتهSchlechtriem, 1999,1) ) و ادعا شده است كه اكثر تئوري‌پردازان از اعمال اين قاعده در تقابل فرم‌ها در كنوانسيون حمايت مي‌كنند (Ruhl, 2003,197). در نظر اين دسته، صرف‌نظر از مبانی نظری، ماده 19 از كنوانسيون عملاً نیز باعث افزايش عامل قطعيت در قراردادهاي منعقده ذيل آن می‌شود، كاركردي كه در كل مثبت است(Vergne,1985,254) [[528]](#footnote-528). نظريه آخرين کلام مورد پیروی تعدادي از دادگاه‌هاي ملي در اعمال عهدنامه نيز قرار گرفته است. (Dimatteo, 2005,71-73)

به هر صورت، نقدهايي كه كلاً بر نظريه آخرين کلام وارد شده است در اينجا هم قابل طرح است. به‌عنوان مثال خريدار با ارسال دستور خريد ايجاب مي‌كند و شروط عمومي او هم در ظهر سفارش خريد موجود است و فروشنده نيز با ارسال تأييديه، كه شروط عمومي متعارض فروشنده، در ظهر آن چاپ شده قبول خود را بيان مي‌كند. در اين فرض اگر فروشنده به‌ عنوان مثال با ارسال نامه‌اي از خريدار بخواهد كه فرضاً به شروط تحديد مسئوليت او كه در ظهر فرم آمده (و اين شروط با شروط عمومي خريدار در تعارض است) توجه ويژه كند و اگر مخالفتي دارد قبل از تاريخ ارسال كالا آن را به اطلاع فروشنده برساند شايد بتوان سكوت خريدار و دريافت كالاها را حمل بر قبول شرط تحديد مسئوليت فروشنده کرد. اما در حالتي كه تنها مبادله دو فرم با شروط متعارض در ظهر آنها و بدون تذکر فروشنده به خریدار انجام شده است مشكل است كه بتوان گفت خريدار به شروط عمومي فروشنده توجه بيشتري از آن توجهي كه فروشنده به شروط عمومي خريدار داشته، كرده يا مي‌بايست مي‌كرده است. این اصل عموماً پذيرفته شده وجود دارد كه شك و ترديد بايد عليه كسي كه آن را ايجاد كرده است رفع شود. در اينجا نیز قبول كننده با فرستادن قبولي ابهام‌آميز و متناقض با شروط ايجاب، چنين مشكلي را ايجاد كرده و نبايد از اين مسئله منتفع شود (Honnold, Flechtner, 2009,253).

اما آیا امکان دارد علی‌رغم اشکالات وارد بر نظریه آخرین کلام، عهدنامه این نظریه را در تقابل فرم‌ها پذیرفته باشد؟ به نظر می‌رسد اینگونه نباشد. تئوري «آخرين کلام» به درستي به علت ناعادلانه و مغالطه‌آميز بودن، مورد انتقاد قرار گرفته‌ است. این تئوري بيان كننده اجماع جهاني نيست و بنابراين ورود آن به عهدنامه موجه نبوده است. (Honnold, Flechtner, 2009, 253) به نظر می‌رسد می‌توان انتساب نظریه آخرین کلام به عهدنامه را نوعی برداشت سنتی از آن قلمداد کرد Stemp, 2005,261)) که از طرفداران آن در حال کاسته شدن است.

**دوم - انتساب نظریه‌ی تساقط شروط متعارض به عهدنامه**

اگر تعیین مفاد قرارداد را براساس نظريه «آخرين کلام» در عهدنامه نپذيريم و در عین حال بخواهيم با مراجعه به عهدنامه مسئله تقابل فرم‌ها را حل كنيم چه جايگزيني وجود دارد؟ در مثالی که در قسمت قبل ذکر شد فرض کنید كه در شرايط عمومي فرم خريدار، مسئوليت فروشنده وسیع و در شرايط عمومي فرم فروشنده مسئوليت فروشنده تحديد شده است. خريدار دستور خريد را مي‌فرستد و فروشنده هم تأييديه را ارسال مي‌كند و در عین حال فرم‌ها هم مبادله می‌شوند. اگر از اينجا به بعد هيچ اتفاقي نيفتد قطعاً براساس ماده 19 عهدنامه قراردادی منعقد نشده است. اما اگر قضيه به اينجا ختم نشود يعني فروشنده كالاها را بفرستد و خريدار هم آنها را دريافت كند علي‌رغم تغيير اساسي مفاد قبول نسبت به ايجاب، وقوع معامله با توجه به مواد عهدنامه، غير قابل انكار است[[529]](#footnote-529). مساله‌ای كه ممکن است منجر به بروز اختلاف شود یعنی حدود مسئوليت فروشنده با مراجعه به خود قرارداد حل نمي‌شود. اين مشکل که قرارداد به تنهايي در حل مشكلي كه به اختلاف انجاميده ناتوان است نمونه‌ای است از يكي از رايج‌ترين مسائل در اختلافات قراردادي و فراهم آوردن راه‌حل‌هايي در جهت پر كردن خلأهاي موجود در قرارداد، یکی از اساسي‌ترين كاركرد‌های قانون حاکم بر قراردادهاي تجاري است. از آنجا که در این مثال فرض بر این است که قانون حاکم بر قرارداد عهدنامه بیع بین‌المللی کالاست، رجوع به موادي از عهدنامه كه در خصوص مسئوليت و نقض تعهد و خسارت است (مثلاً مواد 45، 52، 61، 65، 74) پاسخ اختلاف طرفین در حدود مسئولیت و مسایل مرتبط با آن را روشن می‌کند. علاوه بر مبنای استدلالی ذکر شده، می‌توان پایه اين تفسير از قرارداد و شروط متعارض آن را، اختيار طرفين براي عدول از مقررات پاراگراف اول و سوم مادة 19 دانست که بنابر مقررة ماده 6 عهدنامه به طرفين اعطا شده است. (Schlechtriem, Butler, 2009,82)

تعدادي از دادگاه‌هاي ملي نيز در حل مسئله تقابل فرم‌ها در قراردادهايي كه قانون حاكم بر آنها عهدنامه بيع بين‌الملل است به جاي تبعيت از نظريه «آخرين کلام» از نظريه «تساقط شروط متعارض» و جايگزين شدن مقررات عهدنامه بیع بين‌الملل به جاي شروط متعارض پيروي نموده‌اند. (Dimatteo, 2005,69-71)[[530]](#footnote-530)

در جمع‌بندی می‌توان گفت که انتساب نظریه تساقط شروط متعارض به عهدنامه بیع بین‌المللی کالا مناسب‌تر است اما نه از این جهت که ظاهر ماده 19 عهدنامه با این نظریه سازگارتر است بلکه از این باب که منطق حقوقی، این نظریه را بیشتر می‌پسندد و عهدنامه نیز در کل امکان چنین تفسیری را فراهم می‌آورد.

**نتیجه‌گیری**

تقابل فرم‌ها در بسیاری از قراردادهای بیع داخلی و خصوصاً بین‌المللی به‌صورت بالقوه وجود دارد و در مواردی نیز عملاً باعث اختلافات قراردادی می‌شود. در این موارد با توجه به رفتار طرفین و اوضاع و احوال که عموماً نشان‌دهنده تمایل طرفین بر معامله است، دادگاه‌ها غالباً حکم به تشکیل قراردادی معتبر می‌دهند. اما در مورد مفاد قرارداد منعقد شده اختلاف‌نظر بین سه دیدگاه: آخرین کلام، اولین فرم و تساقط شروط متعارض در نوسان است. نگرش سنتی این است که چون قبول، دقیقاً می‌بایست مطابق با مفاد ایجاب صادر شود، آخرین فرم ارسال شده قبل از فعل یا قولی که نشان‌دهنده قبولی باشد، ایجاب تلقی شده و مفاد آخرین فرم، تعیین‌کننده مفاد قرارداد است و به نظریه «آخرین کلام» معروف است. در نظریه دیگر، نظریه «اولین فرم»، اعتقاد بر این است که در صورت انعقاد قرارداد با فرم‌های متعارض، نقش تعیین مفاد قرارداد در مواردی باید به اولین فرم مبادله شده داده شود. هر دو نظریه مذکور، با اشکالات و انتقادات جدی مواجه می‌باشند. نظریه جایگزین و منطقی‌تر این است که شروط متفاوت طرفین در فرم‌های متفاوت، هیچ‌کدام داخل در حیطه تراضی و قرارداد نمی‌شوند و به عبارت دیگر در اثر تعارض ساقط می‌شوند. در این حالت، خلأ ناشی از شروط ساقط شده، با مقررات قانون حاکم بر قرارداد پر می‌شود.

 به نظر می‌رسد که نظام‌های حقوقی بیشتر در جهت پذیرش این نظریه اخیر حرکت می‌کنند. در عهدنامه بیع بین‌الملل کالا که از نمونه‌های بارز و موفق یکسان‌سازی مقررات حقوقی و قراردادهای بیع بین‌الملل در سطح جهانی است، مقرره‌ای با عنوان تقابل فرم‌ها وجود ندارد و تنها از «قبول همراه با تغییر» سخن رفته است. همین نکته باعث شده که برخی بر این اعتقاد باشند که در صورت مواجهه با تقابل فرم‌ها در جایی که قانون حاکم، عهدنامه بیع بین‌المللی است باید به منابع دیگر مثل قانون داخلی مراجعه نمود. اما به نظر می‌رسد، مقرره «قبول همراه با تغییر» در عهدنامه برای حل مسأله تقابل فرم‌ها نیز کفایت می‌کند. ظاهر این مقرره بیشتر با نظریه «آخرین کلام» هماهنگ است. با این وجود، رویه جدید تفسیری در دادگاه‌های ملی و در میان شارحین عهدنامه انتساب نظریه تساقط شروط متعارض به عهدنامه است. این نگرش جدید می‌تواند راهنمایی باشد برای پاسخ به مسائل ناشی از تقابل فرم‌ها در نظام‌های حقوقی- همانند نظام حقوقی ایران - که قصد مشترک یا توافق اراده‌ها در آنها عامل تعیین‌کننده‌ای در شکل‌گیری و مفاد قرارداد بوده و از فرم و قالب ظاهری قرارداد نیز با اهمیت‌تر است. منطقی بودن این نظریه و نیز کارکرد مثبت آن با فرهنگ حقوقی ایران سازگارتر بوده و راه برای پذیرش آن در حقوق ایران نیز هموار می‌باشد.

**منابع**

**فارسی**:

کاتوزیان، ناصر(1385*)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان.

**لاتین**:

**کتاب:**

1. Dimatteo, Larry A.,(2005), *International Sales Law, an Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
2. Garner, Bryan ,(2004), *Blacks Law Dictionary*, St. Paul, Thomson West.
3. Honnold, John O., Flechtner, Harry M. ,(2009), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th Revised Edition, Hague, Kluwer Law International.
4. Schlechtriem, Peter, Butler, Petra, (2009), *UN Law on International Sales, the UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin Heidelberg, Springer- Verlag.

**مقاله**

1. Barid ,Douglas G. ,(2000), **Commercial Norms and the Fine Art of the Small Con: Comments on Daniel Keatling’s Exploring the Battle of the Forms in Action**, Michigan Law Review, Volume 98, Issue 8.
2. Brown, Caroline N., ( 1991), **Restoring Peace in The Battle of The Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work**, North Carolina Law Review, Volume 69, Issue 3.
3. Davis, John Henry, (1973-1974), **in Defense of the Battle of Forms: Curing the First Shot Flaw in Section 2-207 of the Uniform Commercial Code**, Notre Dame Lawyer, Volume 49, Issue 2.
4. Eiselen, S. ,(2011), **Requirement for the Inclusion of Standard Terms in International Sale Contracts**, Potchefstroom Electronic Law Journal, Volume 14, Issue 1.
5. Gabriel, Henry D. , (1993-1994), **Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code**, Business Lawyer (ABA), Volume 49, Issue 3.
6. Garro, Alejandro M. ,(1995), **Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG**, Tulane Law Review, Volume 69, Issue 5.
7. Keatling, Daniel ,(2000), **Exploring the Battle of the Forms in Action**, Michigan Law Review, Volume 98, Issue 8.
8. Kelso, J. Clark ,(1983), **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms**, Colombia Journal of Transnational Law, Volume 21, Issue 3.
9. McMahon, Anthony J.,(2006), **Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Proposed Method for Determining Governed by in the Context of Article 7(2)**, Columbia Journal of Transnational Law, Volume 44, Issue 3.
10. Moccia, Christine ,(1989-1990), **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Battle of the Forms**, Fordham International Law Journal, Volume 13, Issue 4.
11. Rasmussen, Robert k. ,( 2000), **Lawyers, Law, and Contract Formation: Comments on Daniel Keatling’s Exploring the Battle of the Forms in Action**, Michigan Law Review, volume 98, Issue 8.
12. Rosh, Robert M. ,( 1990), **Demilitarizing the Battle of the Forms: A Peace Proposal**, Columbia Business Law Review, Volume 1990, Issue 3.
13. Ruhl, Giesela ,(2003), **Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations**, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Volume 24, Issue 1.
14. Stemp, Kevin C.,(2005), **Comparative Analysis of the Battle of the Forms, Transnational Law & Contemporary Problems**, Volume 15, Issue 1.
15. Stephens, Corneil A., (2007), **Escape from the Battle of the Forms: Keep It Simple Stupid**, Lewis and Clark Law Review, Volume 11, Issue 1.
16. Vergne, Francois ,(1985), **Battle of the Forms under the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods**, American Journal of Comparative Law, Volume 33, Issue 2.
17. Viscasillas Maria del Pilar Perales, (1998), **Battle of the Forms under the 1980 United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and The UNIDROIT Principles**, Pace International Law Review, volume 10, Issue 1.
18. Viscasillas, Maria Del Pilar Perales, (2002), **Battle of the Forms, Modification of Contract, Commercial Letters of Confirmation: Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) with the Principles of European Contract Law (PECL)**, Pace International Law Review, volume 14, Issue 1.
19. Wildner, Kaia ,(2008), **Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002**, Pace International Law Review, Volume 20, Issue 1.

**معاهدات و قوانین و مقررات:**

1. The Principles of European Contract Law, 2002.
2. UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) Principles of International Commercial Contracts, 2010.
3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).
4. Uniform Commercial Code, 2004.

**منابع اینترنتی:**

1. Schlechtriem, Peter, Battle of Forms in International Contract Law, Evaluation of Approaches in German Law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC Approaches under Consideration, Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Schlechtriem5.html> 2011/12/15.

<<http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code#Section_2-207:_Battle_of_the_forms>> 2013/04/23.

**چکیده انگلیسی**

**Battle of the Forms in the Sale Contract;**

Assessing the Existing Theories in Legal Systems and a Comparative Study in the Framework of CISG

In the realm of commercial trade, it’s quite a common practice that the sellers and the buyers, each state their intention to conclude the contract of sale by dispatching discrete and consecutive correspondence. In the meantime the parties exchange forms and general terms which have been prepared invariably in advance for all contracts. There may be a conflict between the aforementioned general terms in the buyer’s and the seller’s forms. In this case and when a dispute arises between the parties to the contract of sale, the main question is; in despite of this discrepancy, whether a contract has been concluded, and more importantly if the answer is yes, what are the terms of this contract?

 Overall circumstances and conduct of the parties after exchanging of the forms usually denote a legitimate contract. It is a viable solution to rule out the opposing terms and substitute the provisions of the governing law of the contract for them. When CISG is the applicable law of the sale contract, its provisions may well serve to fill out the gaps after ruling out the opposing terms.

**Keywords**: Battle of Forms, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Conflicting Contract Terms, International Sale, International Trade Law.

پیوست ها

**پیوست یک:** عهدنامه ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین المللی کالا - عهدنامه 1980 وین (سی آی اِس جی)[[531]](#footnote-531)

**United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**

PREAMBLE

The States Parties to this Convention,

Bearing in mind the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order,

Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,

Have agreed as follows:

Part I. Sphere of application and general provisions

CHAPTER I. SPHERE OF APPLICATION

Article 1

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2

This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

(b) by auction;

(c) on execution or otherwise by authority of law;

(d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;

(f) of electricity.

Article 3

(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

(2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

CHAPTER II. GENERAL PROVISIONS

Article 7

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 8

(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

Article 9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

Article 10

For the purposes of this Convention:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 11

A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

Article 12

Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.

Article 13

For the purposes of this Convention “writing” includes telegram and telex.

Part II. Formation of the contract

Article 14

(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.

Article 15

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

Article 16

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

Article 17

An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror.

Article 18

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act is performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.

Article 19

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

Article 20

(1) A period of time for acceptance fixed by the offeror in a telegram or a letter begins to run from the moment the telegram is handed in for dispatch or from the date shown on the letter or, if no such date is shown, from the date shown on the envelope. A period of time for acceptance fixed by the offeror by telephone, telex or other means of instantaneous communication, begins to run from the moment that the offer reaches the offeree.

(2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.

Article 21

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.

(2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.

Article 22

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

Article 23

A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.

Article 24

For the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention “reaches” the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence.

Part III. Sale of goods

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

Article 26

A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

Article 27

Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.

Article 28

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

Article 29

(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.

(2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

CHAPTER II. OBLIGATIONS OF THE SELLER

Article 30

The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

Section I. Delivery of the goods and handing over of documents

Article 31

If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists:

(a) if the contract of sale involves carriage of the goods—in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;

(b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract relates to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a particular place—in placing the goods at the buyer’s disposal at that place;

(c) in other cases—in placing the goods at the buyer’s disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract.

Article 32

(1) If the seller, in accordance with the contract or this Convention, hands the goods over to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.

(2) If the seller is bound to arrange for carriage of the goods, he must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.

(3) If the seller is not bound to effect insurance in respect of the carriage of the goods, he must, at the buyer’s request, provide him with all available information necessary to enable him to effect such insurance.

Article 33

The seller must deliver the goods:

(a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;

(b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or

(c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

Article 34

If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. If the seller has handed over documents before that time, he may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, if the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Section II. Conformity of the goods and third-party claims

Article 35

(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller’s skill and judgement;

(c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;

(d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods.

(3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if, at the time of the conclusion of the contract, the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Article 36

(1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.

(2) The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.

Article 37

If the seller has delivered goods before the date for delivery, he may, up to that date, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Article 38

(1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.

(2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.

(3) If the goods are redirected in transit or redispatched by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispatch, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.

Article 39

(1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.

(2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

Article 40

The seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.

Article 41

The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller’s obligation is governed by article 42.

Article 42

(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:

(a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or

(b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

(a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or

(b) the right or claim results from the seller’s compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

Article 43

(1) The buyer loses the right to rely on the provisions of article 41 or article 42 if he does not give notice to the seller specifying the nature of the right or claim of the third party within a reasonable time after he has become aware or ought to have become aware of the right or claim.

(2) The seller is not entitled to rely on the provisions of the preceding paragraph if he knew of the right or claim of the third party and the nature of it.

Article 44

Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of article 39 and paragraph (1) of article 43, the buyer may reduce the price in accordance with article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.

Section III. Remedies for breach of contract by the seller

Article 45

(1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:

(a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.

Article 46

(1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

(2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

(3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

Article 47

(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.

(2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 48

(1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

(2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller.

(3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision.

(4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this article is not effective unless received by the buyer.

Article 49

(1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;

(b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

(i) after he knew or ought to have known of the breach;

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or

(iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

Article 50

If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.

Article 51

(1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to

50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.

(2) The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.

Article 52

(1) If the seller delivers the goods before the date fixed, the buyer may take delivery or refuse to take delivery.

(2) If the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for in the contract, the buyer may take delivery or refuse to take delivery of the excess quantity. If the buyer takes delivery of all or part of the excess quantity, he must pay for it at the contract rate.

CHAPTER III. OBLIGATIONS OF THE BUYER

Article 53

The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.

Section I. Payment of the price

Article 54

The buyer’s obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be required under the contract or any laws and regulations to enable payment to be made.

Article 55

Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

Article 56

If the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is to be determined by the net weight.

Article 57

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller:

(a) at the seller’s place of business; or

(b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place.

(2) The seller must bear any increase in the expenses incidental to payment which is caused by a change in his place of business subsequent to the conclusion of the contract.

Article 58

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time, he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer’s disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.

(2) If the contract involves carriage of the goods, the seller may dispatch the goods on terms whereby the goods, or documents controlling their disposition, will not be handed over to the buyer except against payment of the price.

(3) The buyer is not bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods, unless the procedures for delivery or payment agreed upon by the parties are inconsistent with his having such an opportunity.

Article 59

The buyer must pay the price on the date fixed by or determinable from the contract and this Convention without the need for any request or compliance with any formality on the part of the seller.

Section II. Taking delivery

Article 60

The buyer’s obligation to take delivery consists:

(a) in doing all the acts which could reasonably be expected of him in order to enable the seller to make delivery; and

(b) in taking over the goods.

Section III. Remedies for breach of contract by the buyer

Article 61

(1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:

(a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The seller is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the buyer by a court or arbitral tribunal when the seller resorts to a remedy for breach of contract.

Article 62

The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

Article 63

(1) The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations.

(2) Unless the seller has received notice from the buyer that he will not perform within the period so fixed, the seller may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the seller is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 64

(1) The seller may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.

(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or

(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:

(i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

Article 65

(1) If under the contract the buyer is to specify the form, measurement or other features of the goods and he fails to make such specification either on the date agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may, without prejudice to any other rights he may have, make the specification himself in accordance with the requirements of the buyer that may be known to him.

(2) If the seller makes the specification himself, he must inform the buyer of the details thereof and must fix a reasonable time within which the buyer may make a different specification. If, after receipt of such a communication, the buyer fails to do so within the time so fixed, the specification made by the seller is binding.

CHAPTER IV. PASSING OF RISK

Article 66

Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

Article 67

(1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.

(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

Article 68

The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

Article 69

(1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.

(2) However, if the buyer is bound to take over the goods at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place.

(3) If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.

Article 70

If the seller has committed a fundamental breach of contract, articles 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach.

CHAPTER V. PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER

Section I. Anticipatory breach and instalment contracts

Article 71

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability to perform or in his credit- worthiness; or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Article 72

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

Article 73

(1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

(2) If one party’s failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.

(3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.

Section II. Damages

Article 74

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

Article 75

If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

Article 76

(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

Article 77

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

Section III. Interest

Article 78

If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.

Section IV. Exemptions

Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences.

(2) If the party’s failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

Article 80

A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party’s act or omission.

Section V. Effects of avoidance

Article 81

(1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.

(2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

Article 82

(1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.

(2) The preceding paragraph does not apply:

(a) if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;

(b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or

(c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

Article 83

A buyer who has lost the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods in accordance with article 82 retains all other remedies under the contract and this Convention.

Article 84

(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the da

(2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:

(a) if he must make restitution of the goods or part of them; or

(b) if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

Section VI. Preservation of the goods

Article 85

If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

Article 86

(1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller.

(2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.

Article 87

A party who is bound to take steps to preserve the goods may deposit them in a warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Article 88

(1) A party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 may sell them by any appropriate means if there has been an unreasonable delay by the other party in taking possession of the goods or in taking them back or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party.

(2) If the goods are subject to rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, a party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 must take reasonable measures to sell them. To the extent possible he must give notice to the other party of his intention to sell.

(3) A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them. He must account to the other party for the balance.

Part IV. Final Provisions

Article 89

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary for this Convention.

Article 90

This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties to such agreement.

Article 91

(1) This Convention is open for signature at the concluding meeting of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods and will remain open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York until 30 September 1981.

(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

(3) This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

(4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 92

(1) A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part II of this Convention or that it will not be bound by Part III of this Convention.

(2) A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph in respect of Part II or Part III of this Convention is not to be considered a Contracting State within paragraph (1) of article 1 of this Convention in respect of matters governed by the Part to which the declaration applies.

Article 93

(1) If a Contracting State has two or more territorial units in which, according to its constitution, different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.

(2) These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

(3) If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.

(4) If a Contracting State makes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 94

(1) Two or more Contracting States which have the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.

(2) A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States.

(3) If a State which is the object of a declaration under the preceding paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph (1), provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 95

Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1)(b) of article 1 of this Convention.

Article 96

A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

Article 97

(1) Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

(2) Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and be formally notified to the depositary.

(3) A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under article 94 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.

(4) Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

(5) A withdrawal of a declaration made under article 94 renders inoperative, as from the date on which the withdrawal takes effect, any reciprocal declaration made by another State under that article.

Article 98

No reservations are permitted except those expressly authorized in this Convention.

Article 99

(1) This Convention enters into force, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, including an instrument which contains a declaration made under article 92.

(2) When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect of that State, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

(3) A State which ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to either or both the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Sales Convention) shall at the same time denounce, as the case may be, either or both the 1964 Hague Sales Convention and the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(4) A State party to the 1964 Hague Sales Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part II of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Sales Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(5) A State party to the 1964 Hague Formation Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part III of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(6) For the purpose of this article, ratifications, acceptances, approvals and accessions in respect of this Convention by States parties to the 1964 Hague Formation Convention or to the 1964 Hague Sales Convention shall not be effective until such denunciations as may be required on the part of those States in respect of the latter two Conventions have themselves become effective. The depositary of this Convention shall consult with the Government of the Netherlands, as the depositary of the 1964 Conventions, so as to ensure necessary coordination in this respect.

Article 100

(1) This Convention applies to the formation of a contract only when the proposal for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

(2) This Convention applies only to contracts concluded on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

Article 101

(1) A Contracting State may denounce this Convention, or Part II or Part III of the Convention, by a formal notification in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

DONE at Vienna, this day of eleventh day of April, one thousand nine hundred and eighty, in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Convention.

**II. explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention**

**on Contracts for the International Sale of Goods**

This note has been prepared by the Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law for informational purposes; it is not an official commentary on the Convention.

Introduction

1. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods provides a uniform text of law for international sales of goods. The Convention was prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and adopted by a diplomatic conference on 11 April 1980.

2. Preparation of a uniform law for the international sale of goods began in 1930 at the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in Rome. After a long interruption in the work as a result of the Second World War, the draft was submitted to a diplomatic conference in The Hague in 1964, which adopted two conventions, one on the international sale of goods and the other on the formation of contracts for the international sale of goods.

3. Almost immediately upon the adoption of the two conventions there was widespread criticism of their provisions as reflecting primarily the legal traditions and economic realities of continental Western Europe, which was the region that had most actively contributed to their preparation. As a result, one of the first tasks undertaken by UNCITRAL on its organization in 1968 was to enquire of States whether or not they intended to adhere to those conventions and the reasons for their positions. In the light of the responses received, UNCITRAL decided to study the two conventions to ascertain which modifications might render them capable of wider acceptance by countries of different legal, social and economic systems. The result of this study was the adoption by diplomatic conference on 11 April 1980 of which combines the subject matter of the two prior conventions.

4. UNCITRAL’s success in preparing a Convention with wider acceptability is evidenced by the fact that the original eleven States for which the Convention came into force on 1 January 1988 included States from every geographical region, every stage of economic development and every major legal, social and economic system. The original eleven States were: Argentina, China, Egypt, France, Hungary, Italy, Lesotho, Syria, United States, Yugoslavia and Zambia.

5. As of 1 September 2010, 76 States are parties to the Convention. The current updated status of the Convention is available on the UNCITRAL website.1 Authoritative information on the status of the Convention, as well as on related declarations, including with respect to territorial application and succession of States, may be found on the United Nations Treaty Collection on the Internet.

6. The Convention is divided into four parts. Part One deals with the scope of application of the Convention and the general provisions. Part Two contains the rules governing the formation of contracts for the international sale of goods. Part Three deals with the substantive rights and obligations of buyer and seller arising from the contract. Part Four contains the final clauses of the Convention concerning such matters as how and when it comes into force, the reservations and declarations that are permitted and the application of the Convention to international sales where both States concerned have the same or similar law on the subject.

Part one. Scope of application and general provisions

A. Scope of application

7. The articles on scope of application indicate both what is covered by the Convention and what is not covered. The Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States and either both of those States are Contracting States or the rules of private international law lead to the law of a Contracting State. A few States have availed themselves of the authorization in article 95 to declare that they would apply the Convention only in the former and not in the latter of these two situations. As the Convention becomes more widely adopted, the practical significance of such a declaration will diminish. Finally, the Convention may also apply as the law applicable to the contract if so chosen by the parties. In that case, the operation of the Convention will be subject to any limits on contractual stipulations set by the otherwise applicable law.

8. The final clauses make two additional restrictions on the territorial scope of application that will be relevant to a few States. One applies only if a State is a party to another international agreement that contains provisions concerning matters governed by this Convention; the other permits States that have the same or similar domestic law of sales to declare that the Convention does not apply between them.

9. Contracts of sale are distinguished from contracts for services in two respects by article 3. A contract for the supply of goods to be manufactured or produced is considered to be a sale unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for their manufacture or production. When the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services, the Convention does not apply.

10. The Convention contains a list of types of sales that are excluded from the Convention, either because of the purpose of the sale (goods bought for personal, family or household use), the nature of the sale (sale by auction, on execution or otherwise by law) or the nature of the goods (stocks, shares, investment securities, negotiable instruments, money, ships, vessels, hovercraft, aircraft or electricity). In many States some or all of such sales are governed by special rules reflecting their special nature.

11. Several articles make clear that the subject matter of the Convention is restricted to formation of the contract and the rights and duties of the buyer and seller arising from such a contract. In particular, the Convention is not concerned with the validity of the contract, the effect which the contract may have on the property in the goods sold or the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

B. Party autonomy

12. The basic principle of contractual freedom in the international sale of goods is recognized by the provision that permits the parties to exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions. This exclusion will occur, for example, if parties choose the law of a non-contracting State or the substantive domestic law of a contracting State as the law applicable to the contract. Derogation from the Convention will occur whenever a provision in the contract provides a different rule from that found in the Convention.

C. Interpretation of the Convention

13. This Convention for the unification of the law governing the international sale of goods will better fulfil its purpose if it is interpreted in a consistent manner in all legal systems. Great care was taken in its preparation to make it as clear and easy to understand as possible. Nevertheless, disputes will arise as to its meaning and application. When this occurs, all parties, including domestic courts and arbitral tribunals, are admonished to observe its international character and to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. In particular, when a question concerning a matter governed by this Convention is not expressly settled in it, the question is to be settled in conformity with the general principles on which the Convention is based. Only in the absence of such principles should the matter be settled in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

D. Interpretation of the contract; usages

14. The Convention contains provisions on the manner in which statements and conduct of a party are to be interpreted in the context of the formation of the contract or its implementation. Usages agreed to by the parties, practices they have established between themselves and usages of which the parties knew or ought to have known and which are widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned may all be binding on the parties to the contract of sale.

E. Form of the contract

15. The Convention does not subject the contract of sale to any requirement as to form. In particular, article 11 provides that no written agreement is necessary for the conclusion of the contract. However, if the contract is in writing and it contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing, article 29 provides that the contract may not be otherwise modified or terminated by agreement. The only exception is that a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other person has relied on that conduct.

16. In order to accommodate those States whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing, article 96 entitles those States to declare that neither article 11 not the exception to article 29 applies where any party to the contract has his place of business in that State.

Part two. Formation of the contract

17. Part Two of the Convention deals with a number of questions that arise in the formation of the contract by the exchange of an offer and an acceptance. When the formation of the contract takes place in this manner, the contract is concluded when the acceptance of the offer becomes effective.

18. In order for a proposal for concluding a contract to constitute an offer, it must be addressed to one or more specific persons and it must be sufficiently definite. For the proposal to be sufficiently definite, it must indicate the goods and expressly or implicitly fix or make provisions for determining the quantity and the price.

19. The Convention takes a middle position between the doctrine of the revocability of the offer until acceptance and its general irrevocability for some period of time. The general rule is that an offer may be revoked. However, the revocation must reach the offeree before he has dispatched an acceptance. Moreover, an offer cannot be revoked if it indicates that it is irrevocable, which it may do by stating a fixed time for acceptance or otherwise. Furthermore, an offer may not be revoked if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

20. Acceptance of an offer may be made by means of a statement or other conduct of the offeree indicating assent to the offer that is communicated to the offeror. However, in some cases the acceptance may consist of performing an act, such as dispatch of the goods or payment of the price. Such an act would normally be effective as an acceptance the moment the act was performed.

21. A frequent problem in contract formation, perhaps especially in regard to contracts of sale of goods, arises out of a reply to an offer that purports to be an acceptance but contains additional or different terms. Under the Convention, if the additional or different terms do not materially alter the terms of the offer, the reply constitutes an acceptance, unless the offeror without undue delay objects to those terms. If he does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

22. If the additional or different terms do materially alter the terms of the contract, the reply constitutes a counter-offer that must in turn be accepted

for a contract to be concluded. Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other or settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

Part three. Sale of goods

A. Obligations of the seller

23. The general obligations of the seller are to deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention. The Convention provides supplementary rules for use in the absence of contractual agreement as to when, where and how the seller must perform these obligations.

24. The Convention provides a number of rules that implement the seller’s obligations in respect of the quality of the goods. In general, the seller must deliver goods that are of the quantity, quality and description required by the contract and that are contained or packaged in the manner required by the contract. One set of rules of particular importance in international sales of goods involves the seller’s obligation to deliver goods that are free from any right or claim of a third party, including rights based on industrial property or other intellectual property.

25. In connection with the seller’s obligations in regard to the quality of the goods, the Convention contains provisions on the buyer’s obligation to inspect the goods. He must give notice of any lack of conformity with the contract within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it, and at the latest two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

B. Obligations of the buyer

26. The general obligations of the buyer are to pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and the Convention. The Convention provides supplementary rules for use in the absence of contractual agreement as to how the price is to be determined and where and when the buyer should perform his obligations to pay the price.

C. Remedies for breach of contract

27. The remedies of the buyer for breach of contract by the seller are set forth in connection with the obligations of the seller and the remedies of the seller are set forth in connection with the obligations of the buyer. This makes it easier to use and understand the Convention.

28. The general pattern of remedies is the same in both cases. If all the required conditions are fulfilled, the aggrieved party may require performance of the other party’s obligations, claim damages or avoid the contract. The buyer also has the right to reduce the price where the goods delivered do not conform with the contract.

29. Among the more important limitations on the right of an aggrieved party to claim a remedy is the concept of fundamental breach. For a breach of contract to be fundamental, it must result in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the result was neither foreseen by the party in breach nor foreseeable by a reasonable person of the same kind in the same circumstances. A buyer can require the delivery of substitute goods only if the goods delivered were not in conformity with the contract and the lack of conformity constituted a fundamental breach of contract. The existence of a fundamental breach is one of the two circumstances that justifies a declaration of avoidance of a contract by the aggrieved party; the other circumstance being that, in the case of non-delivery of the goods by the seller or non-payment of the price or failure to take delivery by the buyer, the party in breach fails to perform within a reasonable period of time fixed by the aggrieved party.

30. Other remedies may be restricted by special circumstances. For example, if the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A party cannot recover damages that he could have mitigated by taking the proper measures. A party may be exempted from paying damages by virtue of an impediment beyond his control.

D. Passing of risk

31. Determining the exact moment when the risk of loss or damage to the goods passes from the seller to the buyer is of great importance in contracts for the international sale of goods. Parties may regulate the issue in their contract either by an express provision or by the use of a trade term such as, for example, an INCOTERM. The effect of the choice of such a term would be to amend the corresponding provisions of the CISG accordingly. However, for the frequent case where the contract does not contain such a provision, the Convention sets forth a complete set of rules.

32. The two special situations contemplated by the Convention are when the contract of sale involves carriage of the goods and when the goods are sold while in transit. In all other cases the risk passes to the buyer when he takes over the goods or from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery, whichever comes first. In the frequent case when the contract relates to goods that are not then identified, they must be identified to the contract before they can be considered to be placed at the disposal of the buyer and the risk of their loss can be considered to have passed to him.

E. Suspension of performance and anticipatory breach

33. The Convention contains special rules for the situation in which, prior to the date on which performance is due, it becomes apparent that one of the parties will not perform a substantial part of his obligations or will commit a fundamental breach of contract. A distinction is drawn between those cases in which the other party may suspend his own performance of the contract but the contract remains in existence awaiting future events and those cases in which he may declare the contract avoided.

F. Exemption from liability to pay damages

34. When a party fails to perform any of his obligations due to an impediment beyond his control that he could not reasonably have been expected to take into account at the time of the conclusion of the contract and that he could not have avoided or overcome, he is exempted from the consequences of his failure to perform, including the payment of damages. This exemption may also apply if the failure is due to the failure of a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract. However, he is subject to any other remedy, including reduction of the price, if the goods were defective in some way.

G. Preservation of the goods

35. The Convention imposes on both parties the duty to preserve any goods in their possession belonging to the other party. Such a duty is of even greater importance in an international sale of goods where the other party is from a foreign country and may not have agents in the country where the goods are located. Under certain circumstances the party in possession of the goods may sell them, or may even be required to sell them. A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them and must account to the other party for the balance.

Part Four. Final clauses

36. The final clauses contain the usual provisions relating to the Secretary- General as depositary and providing that the Convention is subject to ratification, acceptance or approval by those States that signed it by 30 September 1981, that it is open to accession by all States that are not signatory States and that the text is equally authentic in Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish.

37. The Convention permits a certain number of declarations. Those relative to scope of application and the requirement as to a written contract have been mentioned above. There is a special declaration for States that have different systems of law governing contracts of sale in different parts of their territory. Finally, a State may declare that it will not be bound by Part II on formation of contracts or Part III on the rights and obligations of the buyer and seller. This latter declaration was included as part of the decision to combine into one convention the subject matter of the two 1964 Hague Conventions.

Complementary texts

38. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is complemented by the United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, 1974, as amended by a Protocol in 1980 (the Limitation Convention). The Limitation Convention establishes uniform rules governing the period of time within which a party under a contract for the international sale of goods must commence legal proceedings against another party to assert a claim arising from the contract or relating to its breach, termination or validity. The amending Protocol of 1980 ensures that the scope of application of the Limitation Convention is identical to the one of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

39. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is also complemented, with respect to the use of electronic communications, by the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, 2005 (the Electronic Communications Convention). The Electronic Communications Convention aims at facilitating the use of electronic communications in international trade by assuring that contracts concluded and other communications exchanged electronically are as valid and enforceable as their traditional paper-based equivalents. The Electronic Communications Con- vention may help to avoid misinterpretation of the CISG that might occur, for example, when a State has lodged a declaration mandating the use of the traditional written form for contracts for the international sale of goods. It may also promote the understanding that the “communication” and/or “writing” under the CISG should be construed so as to include electronic communications. The Electronic Communications Convention is an enabling treaty whose effect is to remove those formal obstacles by establishing the requirements for functional equivalence between electronic and traditional written form.

**پیوست دو: عهدنامه مربوبط به قانون متحد الشکل در خصوص تشکیل قراردادهای بیع بین المللی کالا (یو اِل اِف سی)**

**(لاهه، 1 جولای 1964)[[532]](#footnote-532)**

**CONVENTION RELATING TO A UNIFORM LAW ON THE FORMATION OF CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (ULFC)**

**(The Hague, 1 July 1964)**

The States signatory to the present Convention,

Desiring to establish a uniform law on the formation of contracts for the international sale of goods,

Have resolved to conclude a convention to this effect and have agreed upon the following provisions:

Article Iُ

1. Each Contracting State undertakes to incorporate into its own legislation, in accordance with its constitutional procedure, not later than the date of the entry into force of the present Convention in respect of that State, the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter referred to as “the Uniform Law”) forming Annex I to the present Convention.

2. Each Contracting State may incorporate the Uniform Law into its own legislation either in one of the authentic texts or in a translation into its own language or languages.

3. Each Contracting State which is also a Contracting State to the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods shall incorporate into its legislation the Articles set forth in Annex II to the present Convention in place of Articles 1 and 4 as set forth in Annex I to the present Convention.

4. Each Contracting State shall communicate to the Government of the Netherlands the texts which it has incorporated into its legislation to give effect to the present Convention.

Article II

1. Two or more Contracting States may declare that they agree not to consider themselves as different States for the purpose of the requirements as to place of business or habitual residence laid down in paragraphs 1 and 2 of Article l of the Uniform Law, because they apply to the formation of contracts of sale which in the absence of such a declaration would be governed by the Uniform Law the same or closely related legal rules.

2. Any Contracting State may declare that it does not consider one or more non-Contracting States as different States from itself for the purpose of the requirements of the Uniform Law which are referred to in paragraph 1 of this Article, because such States apply to the formation of contracts of sale which in the absence of such a declaration would be governed by the Uniform Law legal rules which are the same as or closely related to its own.

3. If a State which is the object of a declaration made under paragraph 2 of this Article subsequently ratifies or accedes to the present Convention, the declaration shall remain in effect unless the ratifying or acceding State declares that it cannot accept it.

4. Declarations under paragraphs 1, 2 or 3 of this Article may be made by the State concerned at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention or at any time thereafter and shall be addressed to the Government of the Netherlands. The declaration shall take effect three months after the date of its receipt by the Government of the Netherlands or, if at the end of this period the present Convention has not yet entered into force in respect of the State concerned, at the date of such entry into force.

Article III

By way of derogation from Article 1 of the Uniform Law, any State may, at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention, declare by a notification addressed to the Government of the Netherlands that it will apply the Uniform Law only if each of the parties to the contract of sale has his place of business or, if he has no place of business, his habitual residence in the territory of a different Contracting State, and in consequence may insert the word “Contracting” before the word “States” where the latter word first occurs in paragraph 1 of Article 1 of the Uniform Law.

Article IV

1. Any State which has previously ratified or acceded to one or more Conventions on conflict of laws in respect of the formation of contracts for the international sale of goods may, at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention, declare by a notification addressed to the Government of the Netherlands that it will apply the Uniform Law in cases governed by one of those previous Conventions only if that Convention itself requires the application of the Uniform Law.

2. Any State which makes a declaration under paragraph 1 of this Article, shall inform the Government of the Netherlands of the Convention or the Conventions referred to in that declaration.

Article V

Any State which has made a declaration under paragraphs 1 or 2 of Article II, Article III, or Article IV of the present Convention may withdraw it at any time by a notification addressed to the Government of the Netherlands. Such withdrawal shall take effect three months after the date of the receipt of the notification by the Government of the Netherlands and, in the case of a declaration made under paragraph 1 of Article II, shall also render inoperative, as from the date when the withdrawal takes effect any reciprocal declaration made by another State.

Article VI

1. The present Convention shall remain open for signature until the 31st day of December 1965 by the States represented at the Hague Conference of 1964 on the Unification of Law governing the International Sale of Goods.

2. The present Convention shall be ratified.

3. The instruments of ratification shall be deposited with the Government of the Netherlands.

Article VII

1. The present Convention shall be open to accession by all States members of the United Nations or any of its Specialized Agencies.

2. The instruments of accession shall be deposited with the government of the Netherlands.

Article VIII

1. The present Convention shall come into force six months after the date of the deposit of the fifth instrument of ratification or accession.

2. In respect of a State that ratifies or accedes to the present Convention after the deposit of the fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall come into force six months after the date of the deposit of its instrument of ratification or accession.

Article IX

Each Contracting State shall apply the provisions incorporated into its legislation in pursuance of the present Convention to offers, replies and acceptances to which the Uniform Law applies and which are made on or after the date of the entry into force of the Convention in respect of that State.

Article X

1. Any Contracting State may denounce the present Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

2. The denunciation shall take effect twelve months after receipt of the notification by the Government of the Netherlands.

Article XI

1. Any State may, at the time of the deposit of its instrument of ratification or accession or at any time thereafter, declare, by means of a notification addressed to the Government of the Netherlands, that the present Convention shall be applicable to all or any of the territories for whose international relations it is responsible. Such a declaration shall take effect six months after the date of receipt of the notification by the Government of the Netherlands, or, if at the end of that period the Convention has not yet come into force, from the date of its entry into force.

2. Any Contracting State which has made a declaration pursuant to paragraph 1 of this Article may, in accordance with Article X, denounce the Convention in respect of all or any of the territories concerned.

Article XII

1. After the present Convention has been in force for three years, any Contracting State may, by a notification addressed to the Government of the Netherlands, request the convening of a conference for the purpose of revising the Convention or its Annexes. Notice of this request shall be given to all Contracting States by the Government of the Netherlands which shall convene a conference for the purpose of such revision if, within a period of six months from the date of such notice, at least one quarter of the Contracting States notify the said Government of their agreement with the request.

2. States invited to the conference, other than Contracting States, shall have the status of observers unless the Contracting States at the conference decide otherwise by a majority vote. Observers shall have all rights of participation except that of voting.

3. The Government of the Netherlands shall request all States invited to the conference to submit such proposals as they may wish the conference to examine. The Government of the Netherlands shall notify all States invited of the provisional agenda for the conference and of the texts of all the proposals which have been submitted.

4. The Government of the Netherlands shall communicate to the International Institute for the Unification of Private Law the proposals concerning revision submitted to it in accordance with paragraph 3 of this Article.

Article XIII

The Government of the Netherlands shall notify the Signatory and Acceding States and the International Institute for the Unification of Private Law of:

(a) the communications received in accordance with paragraph 4 of Article I;

(b) the declarations and notifications made in accordance with Articles II, III IV and V;

(c) the ratifications and accessions deposited in accordance with Articles VI and VII;

(d) the dates on which this Convention will come into force in accordance with Article VIII;

(e) the denunciations received in accordance with Article X;

(f) the notifications received in accordance with Article XI.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorized, have signed the present Convention.

DONE at THE HAGUE, this first day of July one thousand nine hundred and sixty-four, in the French and English languages, both texts being equally authentic.

The original of the present Convention shall be deposited with the Government of the Netherlands, which shall furnish certified copies to each of the Signatory and Acceding States and to the International Institute for the Unification of Private Law.

**ANNEX I**

**Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods**

Article 1

1. The present Law shall apply to the formation of contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases:

(a) where the offer or the reply relates to goods which are in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another;

(b) where the acts constituting the offer and the acceptance are effected in the territories of different States;

(c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance are effected.

2. Where a party does not have a place of business, reference shall be made to his habitual residence.

3. The application of the present Law shall not depend on the nationality of the parties.

4. Offer and acceptance shall be considered to be effected in the territory of the same State only if the letters, telegrams or other documentary communications which contain them are sent and received in the territory of that State.

5. For the purpose of determining whether the parties have their places of business or habitual residences in “different States”, any two or more States shall not be considered to be “different States” if a valid declaration to that effect made under Article II of the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods is in force in respect of them.

6. The present Law shall not apply to the formation of contracts of sale:

(a) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(b) of any ship, vessel or aircraft, which is or will be subject to registration;

(c) of electricity;

(d) by authority of law or on execution or distress.

7. Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced shall be considered to be sales within the meaning of the present Law, unless the party who orders the goods undertakes to supply an essential and substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

8. The present Law shall apply regardless of the commercial or civil character of the parties or of the contracts to be concluded.

9. Rules of private international law shall be excluded for the purpose of the application of the present Law, subject to any provision to the contrary in the said Law.

Article 2

1. The provisions of the following Articles shall apply except to the extent that it appears from the preliminary negotiations, the offer, the reply, the practices which the parties have established between themselves or usage, that other rules apply.

2. However, a term of the offer stipulating that silence shall amount to acceptance is invalid.

Article 3

An offer or an acceptance need not be evidenced by writing and shall not be subject to any other requirement as to form. In particular, they may be proved by means of witnesses.

Article 4

1. The communication which one person addresses to one or more specific persons with the object of concluding a contract of sale shall not constitute an offer unless it is sufficiently definite to permit the conclusion of the contract by acceptance and indicates the intention of the offeror to be bound.

2. This communication may be interpreted by reference to and supplemented by the preliminary negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usage and any applicable legal rules for contracts of sale.

Article 5

1. The offer shall not bind the offeror until it has been communicated to the offeree; it shall lapse if its withdrawal is communicated to the offeree before or at the same time as the offer.

2. After an offer has been communicated to the offeree it can be revoked unless the revocation is not made in good faith or in conformity with fair dealing or unless the offer states a fixed time for acceptance or otherwise indicates that it is firm or irrevocable.

3. An indication that the offer is firm or irrevocable may be express or implied from the circumstances, the preliminary negotiations, any practices which the parties have established between themselves or usage.

4. A revocation of an offer shall only have effect if it has been communicated to the offeree before he has despatched his acceptance or has done any act treated as acceptance under paragraph 2 of Article 6.

Article 6

1. Acceptance of an offer consists of a declaration communicated by any means whatsoever to the offeror.

2. Acceptance may also consist of the despatch of the goods or of the price or of any other act which may be considered to be equivalent to the declaration referred to in paragraph 1 of this Article either by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or usage.

Article 7

1. An acceptance containing additions, limitations or other modifications shall be a rejection of the offer and shall constitute a counter-offer.

2. However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but which contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer shall constitute an acceptance unless the offeror promptly objects to the discrepancy; if he does not so object, the terms of the contract shall be the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

Article 8

1. A declaration of acceptance of an offer shall have effect only if it is communicated to the offeror within the time he has fixed or, if no such time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror, and usage. In the case of an oral offer, the acceptance shall be immediate, if the circumstances do not show that the offeree shall have time for reflection.

2. If a time for acceptance is fixed by an offeror in a letter or in telegram, it shall be presumed to begin to run from the day the letter was dated or the hour of the day the telegram was handed in for despatch.

3. If an acceptance consists of an act referred to in paragraph 2 of Article 6, the act shall have effect only if it is done within the period laid down in paragraph 1 of the present Article.

Article 9

1. If the acceptance is late, the offeror may nevertheless consider it to have arrived in due time on condition that he promptly so informs the acceptor orally or by despatch of a notice.

2. If, however, the acceptance is communicated late, it shall be considered to have been communicated in due time, if the letter or document which contains the acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have been communicated in due time, this provision shall not however apply if the offeror has promptly informed the acceptor orally or by despatch of a notice that he considers his offer as having lapsed.

Article 10

An acceptance cannot be revoked except by a revocation which is communicated to the offeror before or at the same time as the acceptance.

Article 11

The formation of the contract is not affected by the death of one of the parties or by his becoming incapable of contracting before acceptance unless the contrary results from the intention of the parties, usage or the nature of the transaction.

Article 12

1. For the purposes of the present Law, the expression “to be communicated” means to be delivered at the address of the person to whom the communication is directed.

2. Communications provided for by the present Law shall be made by the means usual in the circumstances.

Article 13

1. Usage means any practice or method of dealing, which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to the formation of their contract.

2. Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned.

**ANNEX II**

Article 1

The present Law shall apply to the formation of contracts of sale of goods which, if they were concluded, would be governed by the Uniform Law on the International Sale of Goods.

Article 4

1. The communication which one person addresses to one or more specific persons with the object of concluding a contract of sale shall not constitute an offer unless it is sufficiently definite to permit the conclusion of the contract by acceptance and indicates the intention of the offeror to be bound.

2. This communication may be interpreted by reference to and supplemented by the preliminary negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usage and the provisions of the Uniform Law on the International Sale of Goods.

**پیوست سه: عهدنامه مربوبط به قانون متحد الشکل در خصوص بیع بین المللی کالا (یو اِل آی اِس)**

**(لاهه، 1 جولای 1964)[[533]](#footnote-533)**

**Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)**

**(The Hague, July 1, 1964)**

The States signatory to the present Convention,

Desiring to establish a uniform law on the international sale of goods,

Have resolved to conclude a convention to this effect and have agreed upon the following provisions:

Article I

1. Each Contracting State undertakes to incorporate into its own legislation, in accordance with its constitutional procedure, not later than the date of the entry into force of the present Convention in respect of that State, the Uniform Law on the International Sale of Goods (hereinafter referred to as "the Uniform Law") forming the Annex to the present Convention.

2. Each Contracting State may incorporate the Uniform Law into its own legislation either in one of the authentic texts or in a translation into its own language or languages.

3. Each Contracting State shall communicate to the Government of the Netherlands the texts which it has incorporated into its legislation to give effect to the present Convention.

Article II

1. Two or more Contracting States may declare that they agree not to consider themselves as different States for the purpose of the requirements as to place or business of habitual residence laid down in paragraphs 1 and 2 of Article 1 of the Uniform Law because they apply to sales which in the absence of such a declaration would be governed by the Uniform Law, the same or closely related legal rules.

2. Any Contracting State may declare that it does not consider one or more non-Contracting States as different States from itself for the purpose of the requirements of the Uniform Law, which are referred to in paragraph 1 of this Article because such States apply to sales which in the absence of such a declaration would be governed by the Uniform Law, legal rules which are the same as or closely related to its own.

3. If a State which is the object of a declaration made under paragraph 2 of this Article subsequently ratifies or accedes to the present Convention, the declaration shall remain in effect unless the ratifying or acceding State declares that it cannot accept it.

4. Declarations under paragraph 1, 2 or 3 of this Article may be made by the States concerned at the time of the deposit of their instruments of ratification of or accession to the present Convention or at any time thereafter and shall be addressed to the Government of the Netherlands. They shall take effect three months after the date of their receipt by the Government of the Netherlands or, if at the end of this period the present Convention has not yet entered into force in respect of the State concerned, at the date of such entry into force.

Article III

By way of derogation from Article I of the Uniform Law, any State may, at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention, declare by a notification addressed to the Government of the Netherlands that it will apply the Uniform Law only if each of the parties to the contract of sale has his place of business or, if he has no place of business, his habitual residence in the territory of a different Contracting State, and in consequence may insert the word "Contracting" before the word " States" where the latter word first occurs in paragraph 1 of Article 1 of the Uniform Law.

Article IV

1. Any State which has previously ratified or acceded to one or more Conventions on conflict of laws in respect of the international sale of goods may, at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention declare by a notification addressed to the Government of the Netherlands that it will apply the Uniform Law in cases governed by one of those previous Conventions only if that Convention itself requires the application of the Uniform Law.

2. Any State which makes a declaration under paragraph 1 of this Article shall inform the Government of the Netherlands of the Convention or the Conventions referred to in that declaration.

Article V

Any State may, at the time of the deposit of its instrument of ratification of or accession to the present Convention declare, by a notification addressed to the Government of the Netherlands, that it will apply the Uniform Law only to contracts in which the parties thereto have, by virtue of Article 4 of the Uniform Law, chosen that Law as the law of the contract.

Article VI

Any State which has made a declaration under paragraphs 1 or 2 of Article II, Article III, Article IV or Article V of the present Convention may withdraw it at any time by a notification addressed to the Government of the Netherlands. Such withdrawal shall take effect three months after the date of the receipt of the notification by the Government of the Netherlands and, in the case of a declaration made under paragraph 1 of Article II, shall also render inoperative, as from the date when the withdrawal takes effect, any reciprocal declaration made by another State.

Article VII

1. Where under the provisions of the Uniform Law one party to a contract of sale is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court shall not be bound to enter or enforce a judgment providing for specific performance except in the cases in which it would do so under its law in respect of similar contracts of sale not governed by the Uniform Law.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not affect the obligations of a Contracting State resulting from any Convention, concluded or to be concluded, concerning the recognition and enforcement of judgments, awards and other formal instruments which have like force.

Article VIII

1. The present Convention shall remain open until the 31st day of December 1965 for signature by the States represented at the Hague Conference of 1964 on the Unification of Law governing the International Sale of Goods.

2. The present Convention shall be ratified.

3. The instruments of ratification shall be deposited with the Government of the Netherlands.

Article IX

1. The present Convention shall be open to accession by all States members of the United Nations or any of its Specialized Agencies.

2. The instruments of accession shall be deposited with the Government of the Netherlands.

Article X

1. The present Convention shall come into force six months after the date of the deposit of the fifth instrument of ratification or accession.

2. In respect of a State that ratifies or accedes to the present Convention after the deposit of the fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall come into force six months after the date of the deposit of its instrument of ratification or accession.

Article XI

Each Contracting State shall apply the provisions incorporated into its legislation in pursuance of the present Convention to contracts of sale to which the Uniform Law applies and which are concluded on or after the date of the entry into force of the Convention in respect of that State.

Article XII

1. Any Contracting State may denounce the present Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

2. The denunciation shall take effect twelve months after receipt of the notification by the Government of the Netherlands.

Article XIII

1. Any State may, at the time of the deposit of its instrument of ratification or accession or at any time thereafter, declare, by means of a notification addressed to the Government of the Netherlands, that the present Convention shall be applicable to all or any of the territories for whose international relations it is responsible. Such a declaration shall take effect six months after the date of receipt of the notification by the Government of the Netherlands, or, if at the end of that period the Convention has not yet come into force, from the date of its entry into force.

2. Any Contracting State which has made a declaration pursuant to paragraph 1 of this Article may, in accordance with Article XII, denounce the Convention in respect of all or any of the territories concerned.

Article XIV

1. After the present Convention has been in force for three years, any Contracting State may, by a notification addressed to the Government of the Netherlands request the convening of a conference for the purpose of revising the Convention or its Annex. Notice of this request shall be given to all Contracting States by the Government of the Netherlands, which shall convene a conference for the purpose of such revision if, within a period of six months from the date of such notice, at least one quarter of the Contracting States notify the said Government of their agreement with the request.

2. States invited to the conference, other than Contracting States, shall have the status of observers unless the Contracting States at the conference decide otherwise by a majority vote. Observers shall have all rights of participation except that of voting.

3. The Government of the Netherlands shall request all States invited to the conference to submit such proposals as they may wish the conference to examine. The Government of the Netherlands shall notify all States invited of the provisional agenda for the conference and of the texts of all the proposals which have been submitted.

4. The Government of the Netherlands shall communicate to the International Institute for the Unification of Private Law the proposals concerning revision which are submitted to it in accordance with paragraph 3 of this Article.

Article XV

The Government of the Netherlands shall notify the Signatory and Acceding States and the International Institute for the Unification of Private Law of:

(a) the communications received in accordance with paragraph 3 of Article I;

(b) the declarations and notifications made in accordance with Articles II, III, IV, V and VI;

(c) the ratification and accessions deposited in accordance with Articles VIII and IX;

(d) the dates on which the present Convention will come into force in accordance with Article X;

(e) the denunciations received in accordance with Article XII;

(f) the notifications received in accordance with Article XIII.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorized, have signed the present Convention.

DONE at The Hague, this first day of July one thousand nine hundred and sixty-four, in the French and English languages, both texts being equally authentic.

The original of the present Convention shall be deposited with the Government of the Netherlands, which shall furnish certified copies to each of the Signatory and Acceding States and to the International Institute for the Unification of Private Law.

**ANNEX**

**UNIFORM LAW ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS**

CHAPTER I

SPHERE OF APPLICATION OF THE LAW

Article 1

1. The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases:

(a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of the conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another;

(b) where the acts constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States;

(c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected.

2. Where a party to the contract does not have a place of business, reference shall be made to his habitual residence.

3. The application of the present Law shall not depend on the nationality of the parties.

4. In the case of contracts by correspondence, offer and acceptance shall be considered to have been effected in the territory of the same State only if the letters, telegrams or other documentary communications which contain them have been sent and received in the territory of that State.

5. For the purpose of determining whether the parties have their places of business or habitual residences in "different States", any two or more States shall not be considered to be "different States" if a valid declaration to that effect made under Article II of the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods is in force in respect of them.

Article 2

1. Rules of private international law shall be excluded for the purposes of the application of the present Law, subject to any provision to the contrary in the said Law.

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.

Article 4

The present Law shall also apply where it has been chosen as the law of the contract by the parties, whether or not their places of business or their habitual residences are in different States and whether or not such States are Parties to the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, to the extent that it does not affect the application of any mandatory provisions of law which would have been applicable if the parties had not chosen the Uniform Law.

Article 5

1. The present Law shall not apply to sales:

(a) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(b) of any ship, vessel or aircraft, which is or will be subject to registration;

(c) of electricity;

(d) by authority of law or on execution or distress.

2. The present Law shall not affect the application of any mandatory provision of national law for the protection of a party to a contract which contemplates the purchase of goods by that party by payment of the price by instalments.

Article 6

Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced shall be considered to be sales within the meaning of the present Law, unless the party who orders the goods undertakes to supply an essential and substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.

Article 7

The present Law shall apply to sales regardless of the commercial or civil character of the parties or of the contracts.

Article 8

The present Law shall govern only the obligations of the seller and the buyer arising from a contract of sale. In particular, the present Law shall not, except as otherwise expressly provided therein, be concerned with the formation of the contract, nor with the effect which the contract may have on the property in the goods sold, nor with the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage.

CHAPTER II GENERAL PROVISIONS

Article 9

1. The parties shall be bound by any usage which they have expressly or impliedly made applicable to their contract and by any practices which they have established between themselves.

2. They shall also be bound by usages which reasonable persons in the same situation as the parties usually consider to be applicable to their contract. In the event of conflict with the present Law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties.

3. Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practice are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned.

Article 10

For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects.

Article 11

Where under the present Law an act is required to be performed "promptly", it shall be performed within as short a period as possible, in the circumstances, from the moment when the act could reasonably be performed.

Article 12

For the purposes of the present Law, the expression "current price" means a price based upon an official market quotation, or, in the absence of such a quotation, upon those factors which, according to the usage of the market, serve to determine the price.

Article 13

For the purposes of the present Law, the expression "a party knew or ought to have known", or any similar expression, refers to what should have been known to a reasonable person in the same situation.

Article 14

Communications provided for by the present Law shall be made by the means usual in the circumstances.

Article 15

A contract of sale need not be evidenced by writing and shall not be subject to any other requirements as to form. In particular, it may be proved by means of witnesses.

Article 16

Where under the provisions of the present Law one party to a contract of sale is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court shall not be bound to enter or enforce a judgment providing for specific performance except in accordance with the provisions of Article VII of the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods.

Article 17

Questions concerning matters governed by the present Law which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which the present Law is based.

CHAPTER III OBLIGATIONS OF THE SELLER

Article 18

The seller shall effect delivery of the goods, hand over any documents relating thereto and transfer the property in the goods, as required by the contract and the present Law.

Section I Delivery of the goods

Article 19

1. Delivery consists in the handing over of goods which conform with the contract.

2. Where the contract of sale involves carriage of the goods and no other place for delivery has been agreed upon, delivery shall be effected by handing over the goods to the carrier for transmission to the buyer.

3. Where the goods handed over to the carrier are not clearly appropriated to performance of the contract by being marked with an address or by some other means, the seller shall, in addition to handing over the goods, send to the buyer notice of the consignment and, if necessary, some document specifying the goods.

Sub-Section I

Obligations of the seller as regards the date and place of delivery

A. DATE OF DELIVERY

Article 20

Where the parties have agreed upon a date for delivery or where such date is fixed by usage, the seller shall, without the need for any other formality, be bound to deliver the goods at that date, provided that the date thus fixed is determined or determinable by the calendar or is fixed in relation to a definite event, the date of which can be ascertained by the parties.

Article 21

Where by agreement of the parties or by usage delivery shall be effected within a certain period (such as a particular month or season), the seller may fix the precise date of delivery, unless the circumstances indicate that the fixing of the date was reserved to the buyer.

Article 22

Where the date of delivery has not been determined in accordance with the provisions of Articles 20 or 21, the seller shall be bound to deliver the goods within a reasonable time after the conclusion of the contract, regard being had to the nature of the goods and to the circumstances.

B. PLACE OF DELIVERY

Article 23

1. Where the contract of sale does not involve carriage of the goods, the seller shall deliver the goods at the place where he carried on business at the time of the conclusion of the contract, or, in the absence of a place of business, at his habitual residence.

2. If the sale relates to specific goods and the parties knew that the goods were at a certain place at the time of the conclusion of the contract, the seller shall deliver the goods at that place. The same rule shall apply if the goods sold are unascertained goods to be taken from a specified stock or if they are to be manufactured or produced at a place known to the parties at the time of the conclusion of the contract.

C. REMEDIES FOR THE SELLER'S FAILURE TO PERFORM HIS OBLIGATIONS AS REGARDS THE DATE AND PLACE OF DELIVERY

Article 24

1. Where the seller fails to perform his obligations as regards the date or the place of delivery, the buyer may, as provided in Articles 25 to 32:

(a) require performance of the contract by the seller;

(b) declare the contract avoided.

2. The buyer may also claim damages as provided in Article 82 or in Articles 84 to 87.

3. In no case shall the seller be entitled to apply to a court or arbitral tribunal to grant him a period of grace.

Article 25

The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case the contract shall be ipso facto avoided as from the time when such purchase should be effected.

(a) Remedies as regards the date of delivery

Article 26

1. Where the failure to deliver the goods at the date fixed amounts to a fundamental breach of the contract, the buyer may either require performance by the seller or declare the contract avoided. He shall inform the seller of his decision within a reasonable time, otherwise the contract shall be ipso facto avoided.

2. If the seller requests the buyer to make known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not comply promptly, the contract shall be ipso facto avoided.

3. If the seller has effected delivery before the buyer has made known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not exercise promptly his right to declare the contract avoided, the contract cannot be avoided.

4. Where the buyer has chosen performance of the contract and does not obtain it within a reasonable time, he may declare the contract avoided.

Article 27

1. Where failure to deliver the goods at the date fixed does not amount to a fundamental breach of the contract, the seller shall retain the right to effect delivery and the buyer shall retain the right to require performance of the contract by the seller.

2. The buyer may however grant the seller an additional period of time of reasonable length. Failure to deliver within this period shall amount to a fundamental breach of the contract.

Article 28

Failure to deliver the goods at the date fixed shall amount to a fundamental breach of the contract whenever a price for such goods is quoted on a market where the buyer can obtain them.

Article 29

Where the seller tenders delivery of the goods before the date fixed, the buyer may accept or reject delivery; if he accepts, he may reserve the right to claim damages in accordance with Article 82.

(b) Remedies as regards the place of delivery

Article 30

1. Where failure to deliver the goods at the place fixed amounts to a fundamental breach of the contract, and failure to deliver the goods at the date fixed would also amount to a fundamental breach, the buyer may either require performance of the contract by the seller or declare the contract avoided. The buyer shall inform the seller of his decision within a reasonable time; otherwise the contract shall be ipso facto avoided.

2. If the seller requests the buyer to make known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not comply promptly, the contract shall be ipso facto avoided.

3. If the seller has transported the goods to the place fixed before the buyer has made known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not exercise promptly his right to declare the contract avoided, the contract cannot be avoided.

Article 31

1. In cases not provided for in Article 30, the seller shall retain the right to effect delivery at the place fixed and the buyer shall retain the right to require performance of the contract by the seller.

2. The buyer may however grant the seller an additional period of time of reasonable length. Failure to deliver within this period at the place fixed shall amount to a fundamental breach of the contract.

Article 32

1. If delivery is to be effected by handing over the goods to a carrier and the goods have been handed over at a place other than that fixed, the buyer may declare the contract avoided, whenever the failure to deliver the goods at the place fixed amounts to a fundamental breach of the contract. He shall lose this right if he has not promptly declared the contract avoided.

2. The buyer shall have the same right, in the circumstances and on the conditions provided in paragraph 1 of this Article, if the goods have been despatched to some place other than that fixed.

3. If despatch from a place or to a place other than that fixed does not amount to a fundamental breach of the contract, the buyer may only claim damages in accordance with Article 82.

Sub-Section 2

Obligations of the seller as regards the conformity of the goods

A. LACK OF CONFORMITY

Article 33

1. The seller shall not have fulfilled his obligation to deliver the goods where he has handed over:

(a) part of the goods sold or a larger or a smaller quantity of the goods than he contracted to sell;

(b) goods which are not those to which the contract relates or goods of a different kind;

(c) goods which lack the qualities of a sample or model which the seller has handed over or sent to the buyer, unless the seller has submitted it without any express or implied undertaking that the goods would conform therewith;

(d) goods which do not possess the qualities necessary for their ordinary or commercial use;

(e) goods which do not possess the qualities for some particular purpose expressly or impliedly contemplated by the contract;

(f) in general, goods which do not possess the qualities and characteristics expressly or impliedly contemplated by the contract.

2. No difference in quantity, lack of part of the goods or absence of any quality or characteristic shall be taken into consideration where it is not material.

Article 34

In the cases to which Article 33 relates, the rights conferred on the buyer by the present Law exclude all other remedies based on lack of conformity of the goods.

Article 35

1. Whether the goods are in conformity with the contract shall be determined by their condition at the time when risk passes. However, if risk does not pass because of a declaration of avoidance of the contract or of a demand for other goods in replacement, the conformity of the goods with the contract shall be determined by their condition at the time when risk would have passed had they been in conformity with the contract.

2. The seller shall be liable for the consequences of any lack of conformity occurring after the time fixed in paragraph l of this Article if it was due to an act of the seller or of a person for whose conduct he is responsible.

Article 36

The seller shall not be liable for the consequences of any lack of conformity of the kind referred to in sub- paragraph d), e) or f) of paragraph 1 of Article 33, if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew, or could not have been unaware of, such lack of conformity.

Article 37

If the seller has handed over goods before the date fixed for delivery he may, up to that date, deliver any missing part or quantity of the goods or deliver other goods which are in conformity with the contract or remedy any defects in the goods handed over, provided that the exercise of this right does not cause the buyer either unreasonable inconvenience or unreasonable expense.

B. ASCERTAINMENT AND NOTIFICATION OF LACK OF CONFORMITY

Article 38

1. The buyer shall examine the goods, or cause them to be examined, promptly.

2. In case of carriage of the goods the buyer shall examine them at the place of destination.

3. If the goods are redespatched by the buyer without transhipment and the seller knew or ought to have known, at the time when the contract was concluded, of the possibility of such redespatch, examination of the goods may be deferred until they arrive at the new destination.

4. The methods of examination shall be governed by the agreement of the parties or, in the absence of such agreement, by the law or usage of the place where the examination is to be effected.

Article 39

1. The buyer shall lose the right to rely on a lack of conformity of the goods if he has not given the seller notice thereof promptly after he discovered the lack of conformity or ought to have discovered it. If a defect which could not have been revealed by the examination of the goods provided for in Article 38 is found later, the buyer may nonetheless rely on that defect, provided that he gives the seller notice thereof promptly after its discovery. In any event, the buyer shall lose the right to rely on a lack of conformity of the goods if he has not given notice thereof to the seller within a period of two years from the date on which the goods were handed over, unless the lack of conformity constituted a breach of a guarantee covering a longer period.

2. In giving notice to the seller of any lack of conformity, the buyer shall specify its nature and invite the seller to examine the goods or to cause them to be examined by his agent.

3. Where any notice referred to in paragraph 1 of this Article has been sent by letter, telegram or other appropriate means, the fact that such notice is delayed or fails to arrive at its destination shall not deprive the buyer of the right to rely thereon.

Article 40

The seller shall not be entitled to rely on the provisions of Articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew, or of which he could not have been unaware, and which he did not disclose.

C. REMEDIES FOR LACK OF CONFORMITY

Article 41

1. Where the buyer has given due notice to the seller of the failure of the goods to conform with the contract, the buyer may, as provided in Articles 42 to 46:

(a) require performance of the contract by the seller;

(b) declare the contract avoided;

(c) reduce the price.

2. The buyer may also claim damages as provided in Article 82 or in Articles 84 to 87.

Article 42

1. The buyer may require the seller to perform the contract:

(a) if the sale relates to goods to be produced or manufactured by the seller, by remedying defects in the goods, provided the seller is in a position to remedy the defects;

(b) if the sale relates to specific goods, by delivering the goods to which the contract refers or the missing part thereof;

(c) if the sale relates to unascertained goods, by delivering other goods which are in conformity with the contract or by delivering the missing part or quantity, except where the purchase of goods in replacement is in conformity with usage and reasonably possible.

2. If the buyer does not obtain performance of the contract by the seller within a reasonable time, he shall retain the rights provided in Articles 43 to 46.

Article 43

The buyer may declare the contract avoided if the failure of the goods to conform to the contract and also the failure to deliver on the date fixed amount to fundamental breaches of the contract. The buyer shall lose his right to declare the contract avoided if he does not exercise it promptly after giving the seller notice of the lack of conformity or, in the case to which paragraph 2 of Article 42 applies, after the expiration of the period referred to in that paragraph.

Article 44

1. In cases not provided for in Article 43, the seller shall retain, after the date fixed for the delivery of the goods, the right to deliver any missing part or quantity of the goods or to deliver other goods which are in conformity with the contract or to remedy any defect in the goods handed over, provided that the exercise of this right does not cause the buyer either unreasonable inconvenience or unreasonable expense.

2. The buyer may however fix an additional period of time of reasonable length for the further delivery or the remedying of the defect. If at the expiration of the additional period the seller has not delivered the goods or remedied the defect, the buyer may choose between requiring the performance of the contract or reducing the price in accordance with Article 46 or, provided that he does so promptly, declare the contract avoided.

Article 45

1. Where the seller has handed over part only of the goods or an insufficient quantity or where part only of the goods handed over is in conformity with the contract the provisions of Articles 43 and 44 shall apply in respect of the part or quantity which is missing or which does not conform with the contract.

2. The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to effect delivery completely and in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.

Article 46

Where the buyer has neither obtained performance of the contract by the seller nor declared the contract avoided, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value of the goods at the time of the conclusion of the contract has been diminished because of their lack of conformity with the contract.

Article 47

Where the seller has proffered to the buyer a quantity of unascertained goods greater than that provided for in the contract, the buyer may reject or accept the excess quantity. If the buyer rejects the excess quantity, the seller shall be liable only for damages in accordance with Article 82. If the buyer accepts the whole or part of the excess quantity, he shall pay for it at the contract rate.

Article 48

The buyer may exercise the rights provided in Articles 43 to 46, even before the time for delivery, if it is clear that goods which would be handed over would not be in conformity with the contract.

Article 49

1. The buyer shall lose his right to rely on lack of conformity with the contract at the expiration of a period of one year after he has given notice as provided in Article 39, unless he has been prevented from exercising his right because of fraud on the part of the seller.

2. After the expiration of this period, the buyer shall not be entitled to rely on the lack of conformity, even by way of defence to an action. Nevertheless, if the buyer has not paid for the goods and provided that he has given due notice of the lack of conformity promptly, as provided in Article 39, he may advance as a defence to a claim for payment of the price a claim for a reduction in the price or for damages.

Section II

Handing over of documents

Article 50

Where the seller is bound to hand over to the buyer any documents relating to the goods, he shall do so at the time and place fixed by the contract or by usage.

Article 51

If the seller fails to hand over documents as provided in Article 50 at the time and place fixed or if he hands over documents which are not in conformity with those which he was bound to hand over, the buyer shall have the same rights as those provided under Articles 24 to 32 or under Articles 41 to 49, as the case may be.

Section III Transfer of property

Article 52

1. Where the goods are subject to a right or claim of a third person, the buyer, unless he agreed to take the goods subject to such right or claim, shall notify the seller of such right or claim, unless the seller already knows thereof, and request that the goods should be freed therefrom within a reasonable time or that other goods free from all rights and claims of third persons be delivered to him by the seller.

2. If the seller complies with a request made under paragraph l of this Article and the buyer nevertheless suffers a loss, the buyer may claim damages in accordance with Article 82.

3. If the seller fails to comply with a request made under paragraph l of this Article and a fundamental breach of the contract results thereby, the buyer may declare the contract avoided and claim damages in accordance with Articles 84 to 87. If the buyer does not declare the contract avoided or if there is no fundamental breach of the contract, the buyer shall have the right to claim damages in accordance with Article 82.

4. The buyer shall lose his right to declare the contract avoided if he fails to act in accordance with paragraph l of this Article within a reasonable time from the moment when he became aware or ought to have become aware of the right or claim of the third person in respect of the goods.

Article 53

The rights conferred on the buyer by Article 52 exclude all other remedies based on the fact that the seller has failed to perform his obligation to transfer the property in the goods or that the goods are subject to a right or claim of a third person.

Section IV

Other obligations of the seller

Article 54

1. If the seller is bound to despatch the goods to the buyer, he shall make, in the usual way and on the usual terms, such contracts as are necessary for the carriage of the goods to the place fixed.

2. If the seller is not bound by the contract to effect insurance in respect of the carriage of the goods, he shall provide the buyer, at his request, with all information necessary to enable him to effect such insurance.

Article 55

1. If the seller fails to perform any obligation other than those referred to in Articles 20 to 53, the buyer may:

(a) where such failure amounts to a fundamental breach of the contract, declare the contract avoided, provided that he does so promptly, and claim damages in accordance with Articles 84 to 87, or

(b) in any other case, claim damages in accordance with Article 82.

2. The buyer may also require performance by the seller of his obligation, unless the contract is avoided.

CHAPTER IV OBLIGATIONS OF THE BUYER

Article 56

The buyer shall pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and the present Law.

Section I Payment of the price

A. FIXING THE PRICE

Article 57

Where a contract has been concluded but does not state a price or make provision for the determination of the price, the buyer shall be bound to pay the price generally charged by the seller at the time of the conclusion of the contract.

Article 58

Where the price is fixed according to the weight of the goods, it shall, in case of doubt, be determined by the net weight.

B. PLACE AND DATE OF PAYMENT

Article 59

1. The buyer shall pay the price to the seller at the seller's place of business or, if he does not have a place of business, at his habitual residence, or, where the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where such handing over takes place.

2. Where, in consequence of a change in the place of business or habitual residence of the seller subsequent to the conclusion of the contract, the expenses incidental to payment are increased, such increase shall be borne by the seller.

Article 60

Where the parties have agreed upon a date for the payment of the price or where such date is fixed by usage, the buyer shall, without the need for any other formality, pay the price at that date.

C. REMEDIES FOR NON-PAYMENT

Article 61

1. If the buyer fails to pay the price in accordance with the contract and with the present Law, the seller may require the buyer to perform his obligation.

2. The seller shall not be entitled to require payment of the price by the buyer if it is in conformity with usage and reasonably possible for the seller to resell the goods. In that case the contract shall be ipso facto avoided as from the time when such resale should be effected.

Article 62

1. Where the failure to pay the price at the date fixed amounts to a fundamental breach of the contract, the seller may either require the buyer to pay the price or declare the contract avoided. He shall inform the buyer of his decision within a reasonable time; otherwise the contract shall be ipso facto avoided.

2. Where the failure to pay the price at the date fixed does not amount to a fundamental breach of the contract, the seller may grant to the buyer an additional period of time of reasonable length. If the buyer has not paid the price at the expiration of the additional period, the seller may either require the payment of the price by the buyer or, provided that he does so promptly, declare the contract avoided.

Article 63

1. Where the contract is avoided because of failure to pay the price, the seller shall have the right to claim damages in accordance with Articles 84 to 87.

2. Where the contract is not avoided, the seller shall have the right to claim damages in accordance with Articles 82 and 83.

Article 64

In no case shall the buyer be entitled to apply to a court or arbitral tribunal to grant him a period of grace for the payment of the price.

Section II Taking delivery

 Article 65

Taking delivery consists in the buyer's doing all such acts as are necessary in order to enable the seller to hand over the goods and actually taking them over.

Article 66

1. Where the buyer's failure to take delivery of the goods in accordance with the contract amounts to a fundamental breach of the contract or gives the seller good grounds for fearing that the buyer will not pay the price, the seller may declare the contract avoided.

2. Where the failure to take delivery of the goods does not amount to a fundamental breach of the contract, the seller may grant to the buyer an additional period of time of reasonable length. If the buyer has not taken delivery of the goods at the expiration of the additional period, the seller may declare the contract avoided provided that he does so promptly.

Article 67

1. If the contract reserves to the buyer the right subsequently to determine the form, measurement or other features of the goods (sale by specification) and he fails to make such specification either on the date expressly or impliedly agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may declare the contract avoided, provided that he does so promptly, or make the specification himself in accordance with the requirements of the buyer in so far as these are known to him.

2. If the seller makes the specification himself, he shall inform the buyer of the details thereof and shall fix a reasonable period of time within which the buyer may submit a different specification. If the buyer fails to do so the specification made by the seller shall be binding.

Article 68

1. Where the contract is avoided because of the failure of the buyer to accept delivery of the goods or to make a specification, the seller shall have the right to claim damages in accordance with Articles 84 to 87.

2. Where the contract is not avoided, the seller shall have the right to claim damages in accordance with Article 82.

Section III

Other obligations of the buyer

Article 69

The buyer shall take the steps provided for in the contract, by usage or by laws and regulations in force, for the purpose of making provision for or guaranteeing payment of the price, such as the acceptance of a bill of exchange, the opening of a documentary credit or the giving of a banker's guarantee.

Article 70

1. If the buyer fails to perform any obligation other than those referred to in Sections I and II of this Chapter, the seller may:

(a) where such failure amounts to a fundamental breach of the contract, declare the contract avoided, provided that he does so promptly, and claim damages in accordance with Articles 84 to 87; or

(b) in any other case, claim damages in accordance with Article 82.

2. The seller may also require performance by the buyer of his obligation, unless the contract is avoided.

CHAPTER V

PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER

Section I

Concurrence between delivery of the goods and payment of the price

Article 71

Except as otherwise provided in Article 72, delivery of the goods and payment of the price shall be concurrent conditions. Nevertheless, the buyer shall not be obliged to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods.

Article 72

1. Where the contract involves carriage of the goods and where delivery is, by virtue of paragraph 2 of Article 19, effected by handing over the goods to the carrier, the seller may either postpone despatch of the goods until he receives payment or proceed to despatch them on terms that reserve to himself the right of disposal of the goods during transit. In the latter case, he may require that the goods shall not be handed over to the buyer at the place of destination except against payment of the price and the buyer shall not be bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods.

2. Nevertheless, when the contract requires payment against documents, the buyer shall not be entitled to refuse payment of the price on the ground that he has not had the opportunity to examine the goods.

Article 73

1. Each party may suspend the performance of his obligations whenever, after the conclusion of the contract, the economic situation of the other party appears to have become so difficult that there is good reason to fear that he will not perform a material part of his obligations.

2. If the seller has already despatched the goods before the economic situation of the buyer described in paragraph 1 of this Article becomes evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even if the latter holds a document which entitles him to obtain them.

3. Nevertheless, the seller shall not be entitled to prevent the handing over of the goods if they are claimed by a third person who is a lawful holder of a document which entitles him to obtain the goods, unless the document contains a reservation concerning the effects of its transfer or unless the seller can prove that the holder of the document, when he acquired it, knowingly acted to the detriment of the seller.

Section II

 Exemptions

Article 74

1. Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non- performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome; in the absence of any expression of the intention of the parties, regard shall be had to what reasonable persons in the same situation would have intended.

2 . Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract.

3. The relief provided by this Article for one of the parties shall not exclude the avoidance of the contract under some other provision of the present Law or deprive the other party of any right which he has under the present Law to reduce the price, unless the circumstances which entitled the first party to relief were caused by the act of the other party or of some person for whose conduct he was responsible.

Section III

Supplementary rules concerning the avoidance of the contract

A. SUPPLEMENTARY GROUNDS FOR AVOIDANCE

Article 75

1. Where, in the case of contracts for delivery of goods by instalments, by reason of any failure by one party to perform any of his obligations under the contract in respect of any instalment, the other party has good reason to fear failure of performance in respect of future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so promptly.

2. The buyer may also, provided that he does so promptly, declare the contract avoided in respect of future deliveries or in respect of deliveries already made or both, if by reason of their interdependence such deliveries would be worthless to him.

Article 76

Where prior to the date fixed for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of the contract, the other party shall have the right to declare the contract avoided.

Article 77

Where the contract has been avoided under Article 75 or Article 76, the party declaring the contract avoided may claim damages in accordance with Articles 84 to 87.

B. EFFECTS OF AVOIDANCE

Article 78

1. Avoidance of the contract releases both parties from their obligations thereunder, subject to any damages which may be due.

2. If one party has performed the contract either wholly or in part, he may claim the return of whatever he has supplied or paid under the contract. If both parties are required to make restitution, they shall do so concurrently.

Article 79

1. The buyer shall lose his right to declare the contract avoided where it is impossible for him to return the goods in the condition in which he received them.

2. Nevertheless, the buyer may declare the contract avoided:

(a) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the defect which justifies the avoidance;

(b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination prescribed in Article 38;

(c) if part of the goods have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before the lack of conformity with the contract was discovered;

(d) if the impossibility of returning the goods or of returning them in the condition in which they were received is not due to the act of the buyer or of some other person for whose conduct he is responsible;

(e) if the deterioration or transformation of the goods is unimportant.

Article 80

The buyer who has lost the right to declare the contract avoided by virtue of Article 79 shall retain all the other rights conferred on him by the present Law.

Article 81

1. Where the seller is under an obligation to refund the price, he shall also be liable for the interest thereon at the rate fixed by Article 83, as from the date of payment.

2. The buyer shall be liable to account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them, as the case may be:

(a) where he is under an obligation to return the goods or part of them; or

(b) where it is impossible for him to return the goods or part of them, but the contract is nevertheless avoided.

Section IV

Supplementary rules concerning damages

A. DAMAGES WHERE THE CONTRACT IS NOT AVOIDED

Article 82

Where the contract is not avoided, damages for a breach of contract by one party shall consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party. Such damages shall not exceed the loss which the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which then were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract.

Article 83

Where the breach of contract consists of delay in the payment of the price, the seller shall in any event be entitled to interest on such sum as is in arrear at a rate equal to the official discount rate in the country where he has his place of business or, if he has no place of business, his habitual residence, plus 1%.

B. DAMAGES WHERE THE CONTRACT IS AVOIDED

Article 84

1. In case of avoidance of the contract, where there is a current price for the goods, damages shall be equal to the difference between the price fixed by the contract and the current price on the date on which the contract is avoided.

2. In calculating the amount of damages under paragraph 1 of this Article, the current price to be taken into account shall be that prevailing in the market in which the transaction took place or, if there is no such current price or if its application is inappropriate, the price in a market which serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

Article 85

If the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold goods in a reasonable manner, he may recover the difference between the contract price and the price paid for the goods bought in replacement or that obtained by the resale.

Article 86

The damages referred to in Articles 84 and 85 may be increased by the amount of any reasonable expenses incurred as a result of the breach or up to the amount of any loss, including loss of profit, which should have been foreseen by the party in breach, at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract.

Article 87

If there is no current price for the goods, damages shall be calculated on the same basis as that provided in Article 82.

C. GENERAL PROVISIONS CONCERNING DAMAGES

Article 88

The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages.

Article 89

In case of fraud, damages shall be determined by the rules applicable in respect of contracts of sale not governed by the

Section V

Expenses

The expenses of delivery shall be borne by the seller; all expenses after delivery shall be borne by the buyer.

Section VI

Preservation of the goods

Article 91

Where the buyer is in delay in taking delivery of the goods or in paying the price, the seller shall take reasonable steps to preserve the goods; he shall have the right to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

Article 92

1. Where the goods have been received by the buyer, he shall take reasonable steps to preserve them if he intends to reject them; he shall have the right to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller.

2 .Where goods despatched to the buyer have been put at his disposal at their place of destination and he exercises the right to reject them, he shall be bound to take possession of them on behalf of the seller, provided that this may be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision shall not apply where the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at such destination.

Article 93

The party who is under an obligation to take steps to preserve the goods may deposit them in the warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Article 94

1. The party who, in the cases to which Articles 91 and 92 apply, is under an obligation to take steps to preserve the goods may sell them by any appropriate means, provided that there has been unreasonable delay by the other party in accepting them or taking them back or in paying the cost of preservation and provided that due notice has been given to the other party of the intention to sell.

2. The party selling the goods shall have right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable costs of preserving the goods and of selling them and shall transmit the balance to the other party.

Article 95

Where, in the cases to which Articles 91 and 92 apply, the goods are subject to loss or rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, the party under the duty to preserve them is bound to sell them in accordance with Article 94.

CHAPTER VI

PASSING OF THE RISK

Article 96

Where the risk has passed to the buyer, he shall pay the price notwithstanding the loss or deterioration of the goods, unless this is due to the act of the seller or of some other person for whose conduct the seller is responsible.

Article 97

1. The risk shall pass to the buyer when delivery of the goods is effected in accordance with the provisions of the contract and the present Law.

2. In the case of the handing over of goods which are not in conformity with the contract, the risk shall pass to the buyer from the moment when the handing over has, apart from the lack of conformity, been effected in accordance with the provisions of the contract and of the present Law, where the buyer has neither declared the contract avoided nor required goods in replacement.

Article 98

1. Where the handing over of the goods is delayed owing to the breach of an obligation of the buyer, the risk shall pass to the buyer as from the last date when, apart from such breach, the handing over could have been made in accordance with the contract.

2. Where the contract relates to a sale of unascertained goods, delay on the part of the buyer shall cause the risk to pass only when the seller has set aside goods manifestly appropriated to the contract and has notified the buyer that this has been done.

3. Where unascertained goods are of such a kind that the seller cannot set aside a part of them until the buyer takes delivery, it shall be sufficient for the seller to do all acts necessary to enable the buyer to take delivery.

Article 99

1. Where the sale is of goods in transit by sea, the risk shall be borne by the buyer as from the time at which the goods were handed over to the carrier.

2. Where the seller, at the time of the conclusion of the contract, knew or ought to have known that the goods had been lost or had deteriorated, the risk shall remain with him until the time of the conclusion of the contract.

Article 100

If, in a case to which paragraph 3 of Article 19 applies, the seller, at the time of sending the notice or other document referred to in that paragraph, knew or ought to have known that the goods had been lost or had deteriorated after they were handed over to the carrier, the risk shall remain with the seller until the time of sending such notice or document.

Article 101

The passing of the risk shall not necessarily by determined by the provisions of the contract concerning expenses.

1. اساس قالب و محتوای این فصل از مصاحبه ای که برای چاپ در یکی از روزنامه های یومیه کثیر الانتشار تهیه شده بود اخذ شده است. [↑](#footnote-ref-1)
2. . به عنوان نمونه مراجعه شود به: صفایی، دکتر سید حسین، "قوه قاهره یا فورس ماژور"، مجله حقوقی، 1364، شماره3، ص 113؛ مؤمنی، دکتر فرامرز "عقیم شدن قراردادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس"، مجله حقوقی، 1368، شماره 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. . به عنوان نمونه رجوع شود به: پایان­نامه­های کارشناسی ارشد، کتابخانه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و دانشگاه تهران. [↑](#footnote-ref-3)
4. .برای دیدن نمونه مراجعه شود به: فهرست راهنمای (Index) مجموعه گزارش­های دیوان دعوای ایران و امریکا از سال 1981 تاکنون، به زبان انگلیسی: "Iran – United States Claims Tribunal Reports", Grotius Publication Limited 1981 – 1996. [↑](#footnote-ref-4)
5. . Force Majeure. [↑](#footnote-ref-5)
6. . به عنوان مثال، در فرهنگ لغات فرانسوی وبرت "فورس ماژور" چنین معنا شده است.

"evenment qui n'a pu etre prevu ni empeche, ni surmonte et qui libere le debiteur de son obligation", La Robert Dictionnaire Alphabetique et analogique la langue francaise, Edition, SNL, Le Robert, Paris, 1988. [↑](#footnote-ref-6)
7. . ماده 1148 قانون مدنی فرانسه با در برداشتن عبارات force majeure و Cas fortuit قوه قاهره و حوادث غیرمترقبه را درحقوق مدنی فرانسه پیش­بینی می­کند. [↑](#footnote-ref-7)
8. . صفایی، دکتر سید حسین؛ "قوه قاهره یا فورس ماژور" ، مجله حقوقی، 1364، شماره3، ص 113. [↑](#footnote-ref-8)
9. . فرهنگ فارسی، دکتر محمد معین. [↑](#footnote-ref-9)
10. . مواد 227 و 229 قانون مدنی ایران به عنوان قواعد مربوط به قوه قاهره محسوب می­شوند و علی رغم این که گفته شده است که ماده 227 قانون مدنی ایران از ماده 1148 قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر حقوق تعهدات، ص 282) فاقد تعریف و تصریح قوه قاهره می­باشند، امامیف دکتر سید حسن؛ "حقوق مدنی"، جلد 1، ص 241، بند 4 ماده 1312 قانون مدنی اشاره به حوادث غیر مترقبه دارد. اما در ماده 754 قانون آیین دادرسی مدنی و مواد 131 و 150 قانون دریایی از قوه قاهره و قوه قهریه نام برده می­شود. [↑](#footnote-ref-10)
11. . جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر؛ "ترمیولوژی حقوق"، ص 553. [↑](#footnote-ref-11)
12. . به عنوان نمونه دریک قرارداد پیمانکاری ممکن است چنین شرط شود: قوه قاهره حادثه­ای است که خارج از کنترل آن طرفی است که ادعا می­کند تحت تأثیر آن قرار گرفته و بر اجرای تعهد وی اثر نامطلوب گذاشته از جمله، جنگ، تجاوز خارجی، عمل دشمنان، انقلاب، طغیان و شورش، اعتصاب، تعطیل کار از طرف اشخاص ثالث، آشوب داخلی، اعمال اشخاص بدخواه از طرف یا در ارتباط با گروه­ها یا سازمان­های خاص... در صورتی که اجرای قرارداد به لحاظ حوادث ذکر شده در بالا به مدت [مثلاً 4 ماه] یا هر مدتی که طرفین توافق کنند، متوقف شود، هریک از طرفین می­تواند با یک اخطار [مثلاً یک ماهه] به دیگری قرارداد را خاتمه دهد یا منحل نماید یا ممکن است به طور خلاصه در قرارداد چنین شرط شود که هریک از طرفین برای قصور و تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی که به لحاظ جنگ، جنگ داخلی، اعتصاب، شورش و هر واقعه­ای که خارج از کنترل عرفی و بدون تقصیر آن طرف می­باشد، مسئول نخواهد بود. [↑](#footnote-ref-12)
13. . در سیستم حقوقی انگلستان مواردی وجود دارد که دادگاه خلاف توافق طرفین درخصوص مواردی که جزء قوه قاهره محسوب می­شوند تصمیم گرفته است. به عنوان نمونه مراجعه شود به:

Jackson v. Union Marine Insurance Co., Ltd., (1847), L.R. 10 CP 125; pacific Phosphate Co., Ltd., v. Empire Transport Co., Ltd., (1920), 36 TLR. 750. [↑](#footnote-ref-13)
14. .Frustration. [↑](#footnote-ref-14)
15. .A.L.B. Curzon: "A Dictionary of Law", 2nd e.d. [↑](#footnote-ref-15)
16. . C.M. Schmittoff: "The Law & Practice of International Trade". 9th ed., Stevens & Sons, 1990, p. 147. [↑](#footnote-ref-16)
17. . [1956] A.C. 696, 729. [↑](#footnote-ref-17)
18. .Pioneer Shipping Ltd., v. BTP Tioxide Ltd., The Nema [1982] A.C. 724, 752. [↑](#footnote-ref-18)
19. .Barry Nicholas: "Force Majeure and Frustration", American Journal of Comparative Law, 27 (1979), p. 234. [↑](#footnote-ref-19)
20. .Taylor v. Caldwel, (1863) 3 B. & S.826,839. [↑](#footnote-ref-20)
21. .Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, [1942] A.C. 154. [↑](#footnote-ref-21)
22. .Condor v. The Baran Knights Ltd., [1966] 1 W.L.R. 87. [↑](#footnote-ref-22)
23. .Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740. [↑](#footnote-ref-23)
24. .Joseph Constantine Steamship Line Ltd., v. Imperial Smelting Corporation, [1942] A.C. 154. Davis Contractors Ltd., v. Farehorn U.D.C. [1956] A.C. 696, 729. [↑](#footnote-ref-24)
25. .Self-induced frustration. [↑](#footnote-ref-25)
26. .Bank Line Ltd., v. Arthur Capel & Co., [1919] A.C. 345; Maririme National Fish Ltd., v. Ocean Travelers Ltd., [1935] A.C. 524. [↑](#footnote-ref-26)
27. . باید توجه داشت که همان گونه که قبلاً اشاره شد و بعد از این مفصل بیان خواهد گردید، مواردی وجود دارد که قوه قاهره در قانون تصریح شده و آثار آن بر قرارداد مشخص گردیده است. دراین موارد ممکن است بحث نقض قرارداد و پرداخت خسارت مطرح نباشد بلکه یک طرف بخواهد از آثار قانونی تصریح شده مثل فسخ، ابطال و امثال آن­ها استفاده نماید. در چنین مواردی دیگر قوه قاهره دفاع محسوب نمی­شود بلکه در قالب ادعا توسط خواهان مطرح و باید اثبات شود. [↑](#footnote-ref-27)
28. .pacta sunt servanda یا اوفوا بالعقود یا المؤمنون عند شروطهم. البته جای بحث است که این قواعد هم در سطح بین­المللی و هم در شرع مقدس اسلام ممکن است با قواعدی مثل rebus sic stantibus و نفی عسر و حرج، استیمان، حدیث رفع، احسان، اقدام، لاضرر محدود شوند. [↑](#footnote-ref-28)
29. . ماده 264 ق.م. شش مورد (وفای به عهد، اقامه، اجراء، تبدیل تعهد، تهاتر، مالکیت فی الذمه) را به عنوان مسقط تعهد نام می­برد. مؤلف سقوط تعهدات معتقدند که ماده 264 ق.م. از ماده 1234 ق. مدنی فرانسه اقتباس گردیده است که از نه سببی که آن ماده برای سقوط تعهدات بر می­شمارد چهار سبب (تلف مورد تعهد، بطلان یا فسخ تعهد، تحقق شرط انحلال عقد، مرور زمان) در ماده 264 وارد نشده است. ایشان متذکر می­شوند که با توجه به مجموع مقررات قانون مدنی ایران می­توان سه سبب از اسباب ذکر شده در ماده 264 (فسخ، تلف مورد تعهد و مرور زمان) را به اسباب ذکر شده دراین ماده افزود. دراین تألیف، در مبحث "تلف مال مورد تعهد و ناممکن شدن عمل مورد تعهد"، ناممکن شدن عمل مورد تعهد به همیشگی و موقت تقسیم می­شود و بیان می­گردد که مورد اول (ناممکن شدن همیشگی) از اسباب سقوط تعهد و ازاد شدن ذمه متعهد است، اما در مورد دوم تعهد پابرجا و متعهد باید پس از ممکن شدن انجام عمل، تعهد خود را ایفا نماید. شهیدی، دکتر مهدی، "سقوط تعهدات"، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم، 1373، صص 23 و 206. [↑](#footnote-ref-29)
30. . به عنوان مثال، درخصوص قرارداد بیع ماده 395 قانون مدنی مقرر می­دارد: "اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به خیار تأخیر ثمن معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد". به موارد خاص مربوط به قوه قاهره بعداً اشاره خواهد شد. [↑](#footnote-ref-30)
31. . درخصوص نظریه علمای حقوق به عنوان نمونه مراجعه شود به: صفایی، دکتر سیدحسین، "قوه قاهره"، مجله حقوقی، شماره 3، ص. 120 [↑](#footnote-ref-31)
32. . به عنوان مثال، ماده 387 ق.م. "اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ می­شود"؛ ماده 493 ق.م. "اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی [مستأجر] کلاً یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود"؛ ماده 527 ق.م. "هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می­شود"؛ ماده 240 ق.م؛ "اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت ...". [↑](#footnote-ref-32)
33. . ماده 104 قانون دریای: "اگر قبل از حرکت کشتی تجاری" تجارت با کشوری که کالا به مقصد آن بارگیری شده ممنوع شود، قراردادهای مربوطه بدون پرداخت خسارت فسخ می­گردد و فرستنده محموله مسئول مخارج مربوطه خواهد بود". [↑](#footnote-ref-33)
34. .ماده 131 ق. دریایی: "هر گاه کشتی نتواند به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره اقتصادی بندر مقصد یا به علت قوه قاهره حرکت کند، قرارداد مسافرت کان­لم­یکن تلقی می­گردد و هیچ­یک از طرفین حق مطالبه خسارت از طرف دیگر را نخواهد داشت". [↑](#footnote-ref-34)
35. .ماده 150 ق. دریایی: "(الف) درصورتی که کشتی نتواند به علت قوه قهریه از بندر خارج شود قرارداد اجراه برای مدت متعارف به قوت خود باقی می­ماند و خسارت ناشی از تأخیر در حرکت کشتی قابل مطالبه نخواهد بود". [↑](#footnote-ref-35)
36. .Barry Nicholas: "The French Law of Contract", 2nd ed., Clarendon Press Oxford, 1992, p. 205. [↑](#footnote-ref-36)
37. .Ibid. [↑](#footnote-ref-37)
38. .Henry Lesguillons: "Frustration, Force majeure, Imprevision, Welgfall der Geschaftsgrund Lage", D.P.C.I., December. 1979, No. 4,p.507. [↑](#footnote-ref-38)
39. .Barry Nicholas: "The French law of Contract", 2nd ed., Clarendon press Oxford, 1992,p.206. [↑](#footnote-ref-39)
40. .Paris 13.11.1943. Gaz. Pal. 1943.2.260. [↑](#footnote-ref-40)
41. .Bottoms v. York Corporation, (1892). [↑](#footnote-ref-41)
42. .Paradine v. Jane, (1947), Aleyn, 26. [↑](#footnote-ref-42)
43. . برای اولین بار دکترین انتفای قرارداد در پرونده Taylor v. Caldwell, (1863), 3B. & S 826 با از بین رفتن فیزیکی موضوع قرارداد (مورد تعهد) قبل از موعد اجراء بکار گرفته شد. [↑](#footnote-ref-43)
44. .Hirji Mulji v. Cheong yue Steamship Co., [1926] A.C. 497. [↑](#footnote-ref-44)
45. .Fibrosa Spolka Akcyjna v.Fairbaen Comb Barbour Ltd., [1983] A.C.32 at , p. 270. [↑](#footnote-ref-45)
46. .Joseph Constantin Steamship Line Ltd., v. Imperial Smelting Corporation Ltd., [1942] A.C. 154, 163. [↑](#footnote-ref-46)
47. . 1147: Le debiteur est condamne, s'il y a lieu, au payment de dommages et interet, soi a raison de l' in execution de l'obligation, soit a raison du retard dans l'execution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que ;'in execution provident d'une cause etrangere qui ne peut lui etre imputee, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

1148: Il n'y a lieu a aucuns dommages et interest lorsque, parsuite d'une force majeure ou d'un cas fortuity, le debiteur a ete empeche de donner ou de faire ce a quoi il etait oblige, ou a fait ce qui lui etail interdit.

ترجمه انگلیسی مواد 1147 و 1148 قانون مدنی فرانسه عبارت است از:

1147: "The debter is condemned, where appropriate, to the payment of domages, either on account of the non-performance of the obligation or on account of delay in its performance when ever he does not show that the non-performance is due to an external cause which can not be imputed to him, even if there is no bad faith on his part".

1148: "There is no occasion for damages where, in consequence of force majeure or (doing unexpected) accident the debtor has been prevented form conveying or what to which he was obliged or has done what he was debarred from doing.

 [↑](#footnote-ref-47)
48. . امامی، دکتر سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد اول، صفحه 239. [↑](#footnote-ref-48)
49. .Paris 13.11.1943. Gaz. Pal. 1943.2.260. [↑](#footnote-ref-49)
50. .Civ. 4.5.1898, S. 1898.1.281, D. 1898.1.457. [↑](#footnote-ref-50)
51. .Fibrosa Case, supra, p.58. [↑](#footnote-ref-51)
52. . Total failure of consideration به موجب این دکترین، چون در سیستم حقوقی انگلستان عوض یکی از عناصر اصلی تحقق (صحت) قراردادهای ساده می­­باشد، چنانچه بعد از انعقاد قرارداد عوض از بین برود یا مشخص شود که عوض درهنگام انعقاد قرارداد وجود نداشته است، قرارداد از همان ابتدا باطل محسوب خواهد شد. [↑](#footnote-ref-52)
53. .Candler v. Webster, [1904] 1 K.B. 493]; Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740. [↑](#footnote-ref-53)
54. . Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. [↑](#footnote-ref-54)
55. . چنین توافقی را قرارداد یا توافق مطلق یا غیر مشروط unconditional or absolute obligation می­نامند. [↑](#footnote-ref-55)
56. . Treitel, Contract, 7th ed,. (1987, London, Butter worths), p. 702. [↑](#footnote-ref-56)
57. .Good faith and equitable performance of contract. [↑](#footnote-ref-57)
58. . در سیستم­های حقوقی کشورهایی که اصول حسن نیت و اجرای منصفانه در قراردادها پذیرفته شده­اند مانند آلمان، سویس و فرانسه، این اصول مبنای اعمال دکترین دیگری به عنوان دکترین سختی­های غیرمنتظره (L'imperevision) به شمار می­روند که اصولاً در قراردادهای اداری (عمومی) کاربرد دارند. مثلاً در سیستم حقوقی فرانسه با اشاره به ذیل ماده 1134 قانون مدنی فرانسه که مقرر می­دارد: "قراردادها باید با حسن نیت انجام شوند "Elles doivent etre executeas de bomme foi" گفته می­شود که به ویژه در قراردادهای عمومی وقتی در نتیجه اوضاع و احوال بحران­های اقتصادی، اجرای تعهدی چندین برابر آنچه در هنگام انعقاد قرارداد پیش­بینی شده هزینه در بر می­دارد، این مخالف اصل حسن نیت است که متعهد ملزم به اجرای چنین تعهدی باشد که در هنگام انعقاد قرارداد اصلاً درنظر طرفین نبوده است. لذا چنین قراردادی یا باید تعدیل شود یا منحل. در دکترین سختی­های غیرمنتظره، اصول حسن نیت و اجرای منصفانه قراردادها غالب بر اصل الزام­آور بودن قراردادها می­شوند و لذا نمی­توان در جاییکه اوضاع و احوال به گونه­ای تغییر می­کند که عوضی را که طرفین در ابتدای قرارداد در نظر داشته­اند مطلقاً بی­معنی می­سازد، یک طرف را ملزم دانست که قرارداد را اجرا نماید. چنانچه طرف دیگر موافق با حل و فصل منصفانه نباشد، قرارداد باید منحل شود. بنابراین چنانچه اوضاع و احوال به گونه­ای شود که لازم شود یک طرف در اجرای قرارداد فداکاری و تلاش­هایی نماید که اصلاً در ابتدای قرارداد پیش­بینی نشده بودند با اصل حسن نیت و اجرای منصفانه قرارداد منافات دارد. [↑](#footnote-ref-58)
59. . امامی، دکتر سید حسن، "حقوق مدنی"، جلد اول، - صص 411-390. [↑](#footnote-ref-59)
60. . همان منبع، ص 401. [↑](#footnote-ref-60)
61. .United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, 1980. [↑](#footnote-ref-61)
62. .Arthicle 79: (4): "The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ablility to perform. If the notice is not recived by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have Known of impediment, he is liable for damages resulting from such non – receipt". [↑](#footnote-ref-62)
63. . Evan McKendrick, (ed): "Force Majeure and Frustration of Contract", Lloyd's of London Press Ltd., 1991, p. 189. [↑](#footnote-ref-63)
64. State Contracts. [↑](#footnote-ref-64)
65. عنوان قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل، بر قراردادهایی کـه یـک دولت با یک شخص دولتی‌ (عمومی‌) خارجی از‌ باب تجارت و تصدّی و نه از باب حاکمیت، منعقد می‌کند، نیز اطلاق می‌شود که مورد نظر این نوشتار‌ مـی‌باشد. ایـن بحث، شامل قراردادهای سرمایه‌گذاری بـین اتـباع بیگانه و دولت سرمایه‌پذیر‌ نیز ‌‌می‌شود‌. چنین قراردادهایی معمولاً براساس مـعاهدات دو جـانبة سرمایه‌گذاری (Bilateral Investment Treaties – BITs) منعقد‌ می‌شود‌ که‌ هدف‌ آن ها ، تشویق و حمایت متقابل طرفهای متعاهد از سرمایه‌گذاری اتباع یکدیگر در قلمرو طرف متعاهد دیگر است،کـه‌ ایـن معاهدات نیز عموماً دارای همان اوصاف و خصوصیات قراردادهای دولتی است که در این نوشتار‌ بحث می‌شود. [↑](#footnote-ref-65)
66. در این نوشتار، از ورود به جزئیات و بحث در مسائل‌ و مشکلات‌ حقوقی‌ مبتلا به در قراردادهای دولتی خودداری می‌شود. برای آگاهی از تفصیل‌ بیشتر‌ در این باره، ر.ک:

H. R. Nikbakht, State Contracts and Arbitration, Exeter University (U.K.), Law Library Thesis, 1991. [↑](#footnote-ref-66)
67. بدیهی اسـت که هیچ‌گاه چنین اختیار یک‌طرفه‌ای‌ برای‌ دولتها در این‌گونه قراردادها پیش‌بینی نمی‌شود و بحثهای فراوانی در حقوق بین‌الملل دربارة‌ فسخ‌ یـک‌طرفه یـا نـقض قراردادها با پرداخت یا‌ بدون‌ پرداخت‌ غرامت، مطرح است. اما ویـژگیهای ایـن قراردادها‌ باعث‌ فسخ بسیاری از آنها در صحنة بین‌المللی شده که معمولاً در قالب ملّی‌ کردن‌ موضوع قراردادها، مـصادرة امـوال بـیگانگان‌، اخراج‌ بیگانگان از‌ کشور‌ یا‌ وضع قوانین بازدارنده بوده است. [↑](#footnote-ref-67)
68. اشخاص‌ خصوصی‌ خـارجی طـرف قـراردادهای دولتی قاعدتاً خود چنین اهدافی ندارند و معمولاً به دنبال‌ جنبه‌های‌ اقتصادی قرارداد و منافع شـخصی خـود هـستند‌، لکن دولتهای متبوع آنها‌ ممکن‌ است چنین نیّاتی را داشته‌ باشند‌ و شرکتهای خصوصی را پوششی بـرای اجـرای نیّات خود بدانند. [↑](#footnote-ref-68)
69. شخص خصوصی خارجی در‌ قراردادهای‌ خرید و فروش با دولت، معمولاً‌ با‌ روشـهای‌ مـبادلات بـانکی، تضمینهای‌ لازم‌ را از طرف دولتی‌ برای‌ اجرای قرارداد می‌گیرد و در قراردادهای اجرای پروژه، علاوه بر آن، بر صـلاحیت مـحاکم و گاهی‌ بر‌ صلاحیت قوانین آن دولت تمکین نمی‌کند‌ تا‌ در صورت‌ نقض‌ قرارداد‌ از سوی دولت یا‌ مـواردی چـون مـلّی کردن یا مصادرة سرمایه یا اموالش، راهی برای احقاق حق داشته باشد‌. [↑](#footnote-ref-69)
70. معمولاً طـرفین قـراردادهای دولتـی، مذاکره و تنظیم قرارداد را به وسیلة نمایندگان‌ خود‌ که‌ قاعدتاً حقوق‌دان (وکیل یا مشاور حقوقی) نیز در میان آنـها ‌ ‌مـی‌باشد، انجام‌ می‌دهند‌. امور‌ حقوقی و قانونی مذاکرات و قرارداد بر عهدة حقوق‌دانان تیم مذاکره‌کننده اسـت. [↑](#footnote-ref-70)
71. در ایـن بـاره، توضیحاتی‌ را‌ در‌ صفحات بعدی می‌آوریم. [↑](#footnote-ref-71)
72. باید در نظر داشت که در قراردادهای مورد بحث ممکن‌ است‌ دولت متبوع شخص خـارجی بـا‌ دولتـی‌ که‌ طرف قرارداد آینده‌ خواهد‌ بود، ملاحظات خـاصّ سـیاسی‌ ـ اقتصادی‌ داشته باشد؛ مثلاً تحریم اقتصادی یا تعهّدات کمک اقتصادی به آن کشور را وضع‌ کرده‌ باشد. در این صورت، آگاهی شـخص‌ خـارجی‌ از ایـن‌ ملاحظات‌ برای‌ انعقاد قرارداد با دولت‌ مربوط لازم است؛ زیرا یـا انعقاد قرارداد را مانع خواهد شد، یا انعقاد آن را‌ تسهیل‌ خواهد کرد. [↑](#footnote-ref-72)
73. نمونه این‌گونه مـعاهدات، مـعاهدات ‌‌دو‌ جانبة سـرمایه‌گذاری اسـت کـه در قسمتهای بعدی به آن می‌پردازیم. [↑](#footnote-ref-73)
74. در قراردادهای دولتی‌ که‌ طرف دولتی آن، مؤسسه‌های دولتی‌ باشد‌، نیز‌ در مواردی، خصوصیات‌ و موقعیت‌ خاصّ دولت مطرح است‌. [↑](#footnote-ref-74)
75. ایـنکه‌ آیـا‌ این‌گونه اعمال از طـرف دولتـها با قواعد حقوق‌ بـین‌الملل‌ مـغایر است یا نه، محلّ بحث جدّی حقوق‌دانان حقوق بین‌الملل است. [↑](#footnote-ref-75)
76. اینکه آیا باید فـقط قـوانین داخلی (ملّی) بر‌ روابط‌ اشخاص‌ خـصوصی (بـا عنصر خـارجی) حـاکم بـاشد یا قواعد حقوقی فـرامرزی‌ نیز ممکن است بر این روابط حاکم باشد، از بحثهای جدّی حقوق‌دانان بین‌المللی و برخی از نظامهای حـقوقی داخـلی‌ است‌. [↑](#footnote-ref-76)
77. Diplomatic‌ Protection. [↑](#footnote-ref-77)
78. International Court of Justice. [↑](#footnote-ref-78)
79. «Principle‌ of‌ Sovereign‌ Immunity» ؛ بـراساس این اصل، دولتها و نـمایندگانشان و قـسمتی‌ از‌ اموال دولتی از تعقیب و محاکمه شدن در دادگاههای کشور خارجی یا از اقدامهای‌ اجرایی‌ علیه آنها معاف هستند. [↑](#footnote-ref-79)
80. «Act‌ of‌ States» ؛ براساس‌ این‌ نظریه‌، دادگاههای داخلی صلاحیت ندارند اعتبار، نفوذ‌ یا‌ مشروع بودن عمل دولت دیگری (نـظیر وضـع قانون یا صدور یک فرمان‌ و...) را‌ که در محدودة قلمرو آن دولت‌ صورت گرفته، بررسی و داوری‌ کنند‌. [↑](#footnote-ref-80)
81. بر هر دو اصل مذکور‌، به‌ویژه‌ اصل مصونیت قضایی دولتها، محدودیتهای فراوانی وارد شده است که بحث از آنـ‌، مـقاله‌ای‌ دیگر را مـی‌طلبد. [↑](#footnote-ref-81)
82. قوانین سرمایه‌گذاری خارجی، قانون‌ واگذاری‌ سهام، برخی از حقوق منابع‌ طبیعی‌ به خارجیها یا قواعد و مقررات عمومی قراردادها در یک کشور از این نوع‌ است‌. [↑](#footnote-ref-82)
83. «Principle of Pacta Sunt Servanda» ؛ این‌ اصل‌ مقرر می‌دارد که قرارداد در هر شرایطی و با هر بـهایی، بـاید مـحترم شمرده شود. [↑](#footnote-ref-83)
84. «Principle of Good Will or‌ Good‌ Faith‌» ؛ بنا بر این اصل، قرارداد باید با حسن نیّت رعایت‌ و اجرا شـود. [↑](#footnote-ref-84)
85. Clauses. [↑](#footnote-ref-85)
86. Applicable Law or Governing Law‌ Clause‌. [↑](#footnote-ref-86)
87. Stabilization Clause. [↑](#footnote-ref-87)
88. Disputes Settlement Clause. [↑](#footnote-ref-88)
89. Force Majeure Clause. [↑](#footnote-ref-89)
90. Applicable or‌ Governing‌ Law. [↑](#footnote-ref-90)
91. Proper Law. [↑](#footnote-ref-91)
92. برای مطالعة بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر قـراردادهای بـین‌المللی»، مجلة تحقیقات حقوقی، دانـشکدة حـقوق دانشگاه شهید بهشتی، شمارة‌ 21‌ـ22، 1377، ص183؛ و نیز‌ همان‌، شمارة 39، 1383، ص163. [↑](#footnote-ref-92)
93. General Principles of Law. [↑](#footnote-ref-93)
94. Lex Contractus. [↑](#footnote-ref-94)
95. Lex Merchant or Lex Mercatoria. [↑](#footnote-ref-95)
96. برای مثال‌، می‌توان‌ قانون مـلّی دولت طـرف قرارداد و اصول کلّی حقوقی مشترک در سیستمهای حقوقی مختلف را به عنوان قانون حاکم انتخاب کرد، یا جنبه‌های مختلفی از قرارداد را تابع سیستمهای حقوقیِ‌ مختلف‌ قرار داد. [↑](#footnote-ref-96)
97. برای مطالعة بیشتر، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «تعارض قـوانین در داوری تـجاری بین‌المللی»، مجلة تحقیقات حقوقی، دانشکدة حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شمارة 27 28، 1378، ص135. [↑](#footnote-ref-97)
98. Independency of‌ States‌. [↑](#footnote-ref-98)
99. Dignity of States. [↑](#footnote-ref-99)
100. Equality of States. [↑](#footnote-ref-100)
101. برای مثال، رویّه‌های بین‌المللی نـسبتاً زیـادی وجود دارد که پیش‌بینی روش حلّ اخـتلاف بـه وسـیلة داوری بین‌المللی، وجود شـرط ثـبات، اشاره به اصولی چـون حـسن نیّت‌ و حسن اراده در اجرای قرارداد در قراردادهای دولتی، این برداشت را برای مراجع رسیدگی‌کننده به دعوا ایـجاد کـرده است که قانون حاکم مورد نـظر طـرفین، قواعد حـقوق بـین‌الملل بـوده است‌. مواردی‌ هم وجـود دارد که مراجع رسیدگی‌کننده به اختلاف در قراردادهای دولتی با اعتقاد به اینکه ماهیت موضوع قراردادهای دولتـی بـا قراردادهای خصوصی متفاوت است، آن را تابع قـواعد حـقوق‌ بـین‌الملل‌ یـا قـواعد حقوقی فرامرزی دانـسته‌اند. یـادآوری می‌شود که تمایل کشورهای درحال توسعه و نیز قطعنامه‌های سازمان ملل، برخلاف رویّه‌های قضایی بین‌الملل، این نـظریه را‌ حـمایت‌ مـی‌کند که قراردادهای دولتی باید‌ تابع‌ قانون مـلّی دولت طـرف قـرارداد بـاشد. [↑](#footnote-ref-101)
102. در سطح بین‌المللی شاید بتوان به تعداد محدودی‌ از‌ نهادهای‌ بین‌المللی اشاره کرد که اشخاص خصوصی به وسیلة آنها می‌توانند عـلیه دولت خـارجی اقامة‌ دعوا‌ کنند، اما محدودیت برای رجوع به آنها به حدّی است که عملاً دسترسی‌ قشر‌ زیادی‌ از اشخاص خصوصی از آنها را غیر ممکن می‌سازد؛ از جمله «دادگاه دائمی» داوری‌ (Permanent‌ Court of Arbitration) که نـقش فـراهم آوردن امـکانات اداری و معرفی داورهای واجد شرایط‌ در‌ دعـاوی‌ عـلیه دولت را مـی‌تواند داشته باشد. رجوع به این دادگاه به مواردی منحصر است که‌ دعوا‌ علیه یک دولت‌ِ عضو «معاهدة 1907 لاهه»(Hague Convention on the Pacific‌ Settlement‌ of‌ Disputes, 1907) باشد.

دیگری، «مـرکز بـین‌المللی حـلّ و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری» (ICSID) است. این مرکز، صرفاً‌ بـه‌ داوریـ‌ در دعاوی اشخاص خصوصی علیه دولتی می‌پردازد که دولت طرف دعوا و همچنین‌ دولت‌ متبوع شخص خصوصی (خواهان)، عضو «معاهدة حلّ و فـصل دعـاوی بـین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» (مفتوح برای‌ امضا‌ در واشنگتن از 27 اسفند 1343 هـ‍ .ش. برابر با 18 مارس 1965‌ م.) باشند‌، و ضمناً دعوا هم صرفاً به یک قرارداد‌ سرمایه‌گذاری‌ مربوط‌ باشد، نه قراردادهای دیگر. [↑](#footnote-ref-102)
103. حتی اگر دولت طرف قرارداد به موجب مادّة «روش حلّ و فصل اخـتلافها» صـلاحیت محاکم کشور ثالث را بپذیرد و یـا در‌ قـرارداد‌، از «اصل مـصونیت دولتـها» صـرف‌ نظر‌ کند، بین حقوق‌دانان بین‌المللی در ایـن بـاره که در چنین شرایطی آیا دادگاههای غیر از کشور دولت خوانده، صلاحیت رسیدگی به دعـوا را دارنـد‌ یا‌ نه، اختلاف نظر وجود‌ دارد‌. [↑](#footnote-ref-103)
104. برای آگاهی از‌ استقلال‌ این شرط از عقد اصلی، ر.ک: حمیدرضا نیکبخت، «اسـتقلال شـرط داوری»، مجلة تحقیقات حقوقی، دانشکدة حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره 19ـ20، 1376، ص259. [↑](#footnote-ref-104)
105. International Chamber of Commerce (ICC). [↑](#footnote-ref-105)
106. Arbitration‌ Rules‌ of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Arbitration Ruled) - Resolution 31/98 Adopted by General Assembly on 15 Dece 1976. [↑](#footnote-ref-106)
107. برای مثال، قواعد داوری اتاق بازرگانی‌ استکهلم‌، دادگاه‌ داوری لندن یا دادگاه داوری‌ سوئیس‌. [↑](#footnote-ref-107)
108. Ad‌ hoc‌ Arbitration. [↑](#footnote-ref-108)
109. Institutional Arbitration. [↑](#footnote-ref-109)
110. Seat of Arbitration. [↑](#footnote-ref-110)
111. اگر طرفین قرارداد درخـصوص مـحلّ داوری توافق نکرده باشند، دیوان داوری، این محل را با توجّه به‌ خصوصیاتی‌ که خود برای طرفین مناسب مـی‌داند، تـعیین خـواهد کرد که ضرورتاً به معنای محلّی که مورد رضایت طرفین باشد، نـیست. [↑](#footnote-ref-111)
112. بـرای مـثال، عضویت‌ کشور‌ محلّ داوری (مقرّ داوری) در‌ عهدنامة‌ 1958 نیویورک دربارة شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی باعث می‌شود رأی داوریِ صـادرشده در ایـن کـشور، در بسیاری از کشورهای دیگر (عضو عهدنامه) براساس‌ قواعد‌ آن عهدنامه که مطلوبیت‌ جهانی‌ دارد، اجرا شود. [↑](#footnote-ref-112)
113. حقوق‌دانان داوریـهای بـین‌المللی‌ بر‌ آن‌اند که ضرورتی ندارد داوریهای بین‌المللی به قانون مقرّ داوری وابسته بـاشد، بـلکه امکان دارد براساس قواعد بین‌المللی، داوریهای بـین‌المللی نیز اجراشدنی و معتبر بـاشد. [↑](#footnote-ref-113)
114. Force Majeure. [↑](#footnote-ref-114)
115. Frustration. [↑](#footnote-ref-115)
116. بـرای آگاهی بیشتر‌ در‌ این باره، ر.ک: حـمیدرضا نـیکبخت، «آثار قوّة قاهره و انتفای قرارداد»، مجلة حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شمارة 21، 1376، ص97. [↑](#footnote-ref-116)
117. در مباحث آینده خواهیم دید که اصطلاح «بانک معرفی شده» یا «شخص معرفی شده»، دارای دو معنای عام و خاص می باشد. [↑](#footnote-ref-117)
118. John F. Dolan, *Negotiation Letters of Credit*, (2002) 119 Banking Law Journal 409, 413. [↑](#footnote-ref-118)
119. Abstract Payment Undertakings [↑](#footnote-ref-119)
120. Roy Goode, *Abstract Payment Undertakings in International Transactions*, (1996) 22 Brooklyn Journal of International Law 1; Roy Goode, *Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce*, (1995) 39 Saint Louis University Law Journal 725. [↑](#footnote-ref-120)
121. Credit Available by Sight [↑](#footnote-ref-121)
122. Credit Available by Acceptance (Acceptance Letter of Credit) [↑](#footnote-ref-122)
123. Deferred Payment Credit [↑](#footnote-ref-123)
124. Credit Available by Negotiation (Negotiation Letter of Credit) [↑](#footnote-ref-124)
125. Negotiation Letter of Credit [↑](#footnote-ref-125)
126. Straight Letter of Credit [↑](#footnote-ref-126)
127. Negotiation of Letter of Credit [↑](#footnote-ref-127)
128. Uniform Customs and Practices for Documentary Credits (UCP). [↑](#footnote-ref-128)
129. International Standby Practices (ISP 98). [↑](#footnote-ref-129)
130. Negotiation [↑](#footnote-ref-130)
131. Nemo dat qui non habet. [↑](#footnote-ref-131)
132. Ronald J. Mann, *Searching for Negotiability in Payment and Credit Systems*, (1997) 44 UCLA Law Review 951, 956-957. [↑](#footnote-ref-132)
133. برای مطالعه تطبیقی معامله کردن سند تجاری در حقوق کشورهای کامن لا خاصه حقوق تجارت آمریکا و حقوق کشورهای مبتنی بر «پیمان متحدالشکل ژنو» به ویژه رک.

Chan-Hyung Chung, *A* *Holder In Due Course of Commercial Paper under the U.C.C. and a Good Faith Purchaser of Bills and Checks under the Geneva Uniform Law*, (1990) 18 Korean Journal of Comparative Law 1. [↑](#footnote-ref-133)
134. به گفته یکی از نویسندگان وصف «قابل معامله» که برای توصیف اعتبار اسنادی قابل معامله به کار می رود، یادگاری است که از آن دوران بر جای مانده. به دیگر سخن، اصطلاح «اعتبار اسنادی قابل معامله» نام خود را از برات به عنوان یک سند قابل معامله که در گذشته همواره در این سازوکار پرداخت مورد استفاده بوده، بر گرفته است. دراین باره بنگرید به:

John F. Dolan, *supra* note 2, at 415. [↑](#footnote-ref-134)
135. Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, ICC Publication No. 500, at Art. 10(b)(ii): "Negotiation means the giving of value for Draft(s) and/or document(s) by the bank authorized to negotiate". [↑](#footnote-ref-135)
136. Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, ICC Publication No. 600, at Art. 2: "Negotiation means the purchase by the nominated bank of drafts (drawn on a bank other than the nominated bank) and/or documents under a complying presentation, by advancing or agreeing to advance funds to the beneficiary on or before the banking day on which reimbursement is due to the nominated bank". [↑](#footnote-ref-136)
137. Assignment of Proceeds [↑](#footnote-ref-137)
138. Transfer of Credit [↑](#footnote-ref-138)
139. Transferable Credit [↑](#footnote-ref-139)
140. Dean Pawlowic, *Letters of Credit: A Framework for Analysis of Transfer, Assignment, Negotiation* *and Transfer by Operation of Law*, (1992) 39 Wayne Law Review 1, 13-16. [↑](#footnote-ref-140)
141. "We [the issuing bank] hereby engage with drawers, indorsers, and *bona fide* holders of drafts drawn and negotiated in conformity with the terms of this credit that the same will be duly honoured upon presentation and delivery of the documents herein specified". [↑](#footnote-ref-141)
142. Nomination [↑](#footnote-ref-142)
143. Nominated Bank [↑](#footnote-ref-143)
144. The American Law Institute & National Conference of Commissioners on Uniform States Law, *Uniform Commercial Code: Official Text and Comments*, Thomson/West, 2005 Edition, Art.5-102(a)(11) at 630-631: ""Nominated person" means a person whom the issuer (i) designates or authorizes to pay, accept, negotiate, or otherwise give value under a letter of credit and (ii) undertakes by agreement or custom and practice to reimburse". [↑](#footnote-ref-144)
145. Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, ICC Publication No. 600, at Art. 2: "Nominated bank means the bank with which the credit is available or any bank in the case of a credit available with any bank". [↑](#footnote-ref-145)
146. *Id*., at Art. 12(a): "Unless a nominated bank is the confirming bank, an authorization to honour or negotiate does not impose any obligation on that nominated bank to honour or negotiate…". [↑](#footnote-ref-146)
147. The American Law Institute & National Conference of Commissioners on Uniform States Law, *Uniform Commercial Code: Official Text and Comments*, *supra* note 28, Art. 5-107(b): "A nominated person who is not a confirmer is not obligated to honor or otherwise give value for a presentation". [↑](#footnote-ref-147)
148. Paying Bank [↑](#footnote-ref-148)
149. Negotiating Bank [↑](#footnote-ref-149)
150. James E. Byrne, *Negotiation in Letter of Credit Practice and Law: The Evolution of the Doctrine*, (2007) 42 Texas International Law Journal 561, 575. [↑](#footnote-ref-150)
151. Richard F. Dole, Jr., *The Effect of UCP 600 upon U.C.C. Article 5 with respect to Negotiation Credits and the Immunity of Negotiating Banks from Letter-of-Credit Fraud*, (2008) 54 Wayne Law Review 735, 769-770. [↑](#footnote-ref-151)
152. Negotiation with Recourse [↑](#footnote-ref-152)
153. Negotiation without Recourse [↑](#footnote-ref-153)
154. Ebenezer Adodo, *Establishing Purchase of Documents under a Negotiation Letter of Credit*, [2009] Singapore Journal of Legal Studies 618, 622: "In banking practice relating to letter of credit transactions, *negotiation* and *purchase* are quite easily understood as interchangeable expressions". [↑](#footnote-ref-154)
155. - Art. 71 CISG. [↑](#footnote-ref-155)
156. - Art.72 CISG. [↑](#footnote-ref-156)
157. - Carter, J. W., Breach of Contract, Sydney: The Law Book Company Limited, ed. 2th , 1991, n. 701, p. 216. [↑](#footnote-ref-157)
158. - Dawson, Francis, Metaphors and Anticipatory Breach of Contact, Cambridge Law Journal, 1981, vol. 40, pp. 83–107. [↑](#footnote-ref-158)
159. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 717, p. 222. [↑](#footnote-ref-159)
160. - Common Law [↑](#footnote-ref-160)
161. - Practical Convenience [↑](#footnote-ref-161)
162. - Wight v. Forna (1987) 11 N.S.W.L.R.470 at 487–488 (cited from Carter, J. W., Breach of Contract, n. 717, p. 222, note 42). [↑](#footnote-ref-162)
163. - Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K.Ltd.(1980)1 W.L.R.277 at 296–297 (cited from Carter, J. W., Breach of Contract, n. 717, p. 222, note 43). [↑](#footnote-ref-163)
164. - Williston, Samuel, Repudiation of Contract II, Harvard Law Review, 1900-1901, vol. 14, num.7 , pp. 421–441, p. 438. [↑](#footnote-ref-164)
165. - Vold, L., Repudiation of Contract, Nebraska Law Bulletin, 1926–27, vol. 5, pp. 269-323, pp. 279,280. [↑](#footnote-ref-165)
166. - Ibid, pp. 281,282. [↑](#footnote-ref-166)
167. - Ibid, p. 284. [↑](#footnote-ref-167)
168. - Ibid, p. 285. [↑](#footnote-ref-168)
169. - Williston, Samuel, op. cit, p. 422. [↑](#footnote-ref-169)
170. - Ibid, p. 423. [↑](#footnote-ref-170)
171. - bid, p. 438. [↑](#footnote-ref-171)
172. - Daniels v. Newton,114 Mass, 530 (cited from Rapids, Mich. Grand; Campbell, L. l. M. Colin P., The Doctrine of Anticipatory Breach, Contract Law Journal, 1905, vol. 60, pp. 64-69, p. 66). [↑](#footnote-ref-172)
173. - Impossibility [↑](#footnote-ref-173)
174. - Atkinson v. District bond Co.,5 Cal.App.2d 738; 43 p.2d 867 at 869 (1935) (cited from Carter, J. W., Breach of Contract, p. 223, note 51). [↑](#footnote-ref-174)
175. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 719, p. 223. [↑](#footnote-ref-175)
176. - Nienber, P. M., The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, The Cambridge Law Journal, 1962, pp. 213–233, p. 216. [↑](#footnote-ref-176)
177. - Stoljar, Samuel, Some Problems of Anticipatory Breach, Melbourne University Law Review, 1973-74, vol. 9, pp. 355-369, p. 356.

برای مثال، در دعوای Maan`s Case (1596) 5Co. Rep, 20b,Poph 159 ، موجر پس از آن که توافق کرده بود پس از پايان اجازه و درخواست مستأجر، مدت را تمديد کند، آن را برای 8 سال به شخص ثالثی منتقل کرد. مستأجر اين­گونه اقامة دعوا نمود که موجر خود را از اجرای تعهدش، که همان تمديد اجاره بوده است، «ناتوان کرده» است. خوانده پاسخ داد نقضی صورت نگرفته، زيرا نقض پس از آن صورت می­گيرد که مدت اجارة اول تمام شود و خواهان تمديد اجاره را مطالبه کند. اما دادگاه استدلال او را نپذيرفت، چرا که موجر با ناتوان ساختن خود از اجرای قرارداد، تسليم ملک و تقاضای تمديد را بيهوده ساخته بود.

Stoljar, Samuel, op. cit, p. 356. [↑](#footnote-ref-177)
178. - Harrison v. Eape (1698) 1 Ld Raym.386,3.Ld Raym 268.

 در اين دعوا، خوانده که يک زن بود با ازدواج با مرد ديگری، اجرای تعهد خود به ازدواج با خواهان را غيرممکن ساخت.

Cited from Stoljar, Samuel, op. cit, p. 356, note 4. [↑](#footnote-ref-178)
179. - Stoljar, Samuel, op. cit, p. 356. [↑](#footnote-ref-179)
180. - Hochster v. De La Tour (1853), 2 E. & B. 678. [↑](#footnote-ref-180)
181. - Stoljar, Samuel, op. cit, p. 357. [↑](#footnote-ref-181)
182. - Rapids, Mich. Grand; Campbell, L. l. M. Colin P., The Doctrine of Anticipatory Breach, Contract Law Journal, 1905, vol. 60, pp. 64-69, p. 64. [↑](#footnote-ref-182)
183. - Ibid, p. 64. [↑](#footnote-ref-183)
184. - Loveloc.k v. Franklyn (1846) 8 Q.B. 371 (from Stoljar, Samuel, op. cit, p. 357). [↑](#footnote-ref-184)
185. - Rapids, Mich. Grand et al., op. cit, p. 64. [↑](#footnote-ref-185)
186. - Harison v. Cape (1698), LLd Raym. 386 3 Ld Raym 268 (cited from Stoljar, Samuel, op. cit, p. 356). [↑](#footnote-ref-186)
187. - Short v. Stone (1846) 8 Q.B.358 (cited from Stoljar, Samuel, op. cit, p. 357). [↑](#footnote-ref-187)
188. - Rapids, Mich. Grand et al., op. cit, p. 64. [↑](#footnote-ref-188)
189. - Ford v. Tilly (1827) 6 B.& C.325 (cited from Stoljar, Samuel, op. cit, p. 357). [↑](#footnote-ref-189)
190. - Rapids, Mich. Grand et al., op. cit, p. 64. [↑](#footnote-ref-190)
191. - Stoljar, Samuel, op. cit, p. 357. [↑](#footnote-ref-191)
192. - Stoljar, Samuel, loc. cit. [↑](#footnote-ref-192)
193. - Nienaber, P. M., op. cit, p. 217. [↑](#footnote-ref-193)
194. - Present Breach [↑](#footnote-ref-194)
195. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 721, p. 224. [↑](#footnote-ref-195)
196. - Contract Restatement 2d (1979). [↑](#footnote-ref-196)
197. - Carter, J. W.*,* Breach of Contract, n. 721, p. 225. [↑](#footnote-ref-197)
198. - Ballantine, Henry Winthrop, Anticipatory Breach and the Enforcement of Contract Duties, Michigan Law Review, 1923-1924, vol. 22, pp. 329-352, p. 330. [↑](#footnote-ref-198)
199. - Cockburn (C.J.) in Frost v. Knight (cited from Limburg, Herbert R., Anticipatory Repudiation of Contracts, The Cornell Law Quarterly, 1914-1925, vol. 10, pp. 135-180, p. 141). [↑](#footnote-ref-199)
200. - Cockburn (C.J) in Frost v. Knight (cited from Willistone, Samuel, II, p. 421). [↑](#footnote-ref-200)
201. - Frost v. Knight (1872), 7.L.R.Ex. 111 (cited from Rowley, Keith A., A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review, 2000-2001, vol. 69, pp. 565-639, p. 586). [↑](#footnote-ref-201)
202. - Roehm v. Horst (1900), 178 U.S. 1 (cited from Rowley, Keith A., op. cit, p. 596). [↑](#footnote-ref-202)
203. - Central Trust Company v. Chicago Auditorium Association (1916) 240 V.S.581, 591. (cited from Limburg, Herbert R., op. cit, p. 141). [↑](#footnote-ref-203)
204. - Limburg, Herbert R., op. cit, p. 141. [↑](#footnote-ref-204)
205. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 721, p. 224.

این مهم را می­توان در صدر بخش 609 مادۀ 2 قانون متحدالشکل تجارت آمریکا(§ 2-609 UCC)به وضوح مشاهده کرد. این بخش، مربوط به مطالبۀ تضمین و با عنوان حق تضمین مناسب برای اجراست و بخش بعد از آن، یعنی بخش 610 (§ 2-610 UCC) تحت عنوان نقض قابل پیش بینی، مسألۀ حق فسخ را مطرح می کند. بخش 609 اینگونه اغاز می شود: 1- قرارداد بیع، تعهدی برای هریک از طرفین ایجاد می کند که انتظار طرف مقابل برای دریافت آنچه از اجرای قرارداد انتظار می دارد، آسیب نبیند . . .

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other`s expectation of receiving due performance will not be impared . . . [↑](#footnote-ref-205)
206. - Ibid, p. 225. [↑](#footnote-ref-206)
207. - Carter, J. W., loc. cit. [↑](#footnote-ref-207)
208. - Inevitable Breach [↑](#footnote-ref-208)
209. - Frost v. Knight (1872), 7.L.R.Ex. 111 (cited from Rowley, Keith A., op. cit, p. 586). [↑](#footnote-ref-209)
210. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 723, p. 226. [↑](#footnote-ref-210)
211. - Carter, J. W., Breach of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-211)
212. - Carter, J. W., Breach of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-212)
213. - Universal Cargo Carrlers Corporation v. Citati (1957) 2 Q.B.401, 438 (cited from Carter, J. W., The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach, The Modern Law Review, 1984, vol. 47, pp. 422–436, p. 427). [↑](#footnote-ref-213)
214. - Ibid (cited from Ibid, note 29). [↑](#footnote-ref-214)
215. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 723, p. 227. [↑](#footnote-ref-215)
216. - Carter, J. W., Breach of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-216)
217. - Carter, J. W., Breach of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-217)
218. - Protection of the Reasonable Expectation of Performance. [↑](#footnote-ref-218)
219. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 723, p. 227. [↑](#footnote-ref-219)
220. - Carter, J. W., Breach of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-220)
221. - Introductory Note to Topic 3 of the Contracts Restatement 2d (1979)(cited from Carter, J. W., Breach of Contract, n. 714, p. 220). [↑](#footnote-ref-221)
222. - Williston on Contracts, n. 825, 828, 806, 1937(cited from Ballantine, Henry Winthrop, op. cit, ps. 330-331). [↑](#footnote-ref-222)
223. - Ballantine, Henry Winthrop, op. cit, p. 331. [↑](#footnote-ref-223)
224. - Frost v. Knight (1872), 7.L.R.Ex. 111 (cited from Rowley, Keith A., op. cit, p. 586). [↑](#footnote-ref-224)
225. - Ballantine, Henry Winthrop, op. cit, p. 333. [↑](#footnote-ref-225)
226. - Williston, Samuel, op. cit, p. 434. [↑](#footnote-ref-226)
227. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 722, p. 226. [↑](#footnote-ref-227)
228. - Tort [↑](#footnote-ref-228)
229. - Vold, L., The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contract, Harvard Law Review, 1927–28, vol. 41, pp. 340–376, ps. 340–376. [↑](#footnote-ref-229)
230. - Ibid, p. 342. [↑](#footnote-ref-230)
231. - Vold, L., Repudiation of Contract, p. 275. [↑](#footnote-ref-231)
232. - Ibid, p. 276. [↑](#footnote-ref-232)
233. - Vold, L., Repudiation of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-233)
234. - Vold, L., Repudiation of Contract, loc. cit. [↑](#footnote-ref-234)
235. - Ibid, p. 277, note. 23. [↑](#footnote-ref-235)
236. - Lumley v. Gye (1853) 2 E.& B.216 (cited from Vold, L., The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contract, p. 359). [↑](#footnote-ref-236)
237. - Vold, L., The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contract, p. 353. [↑](#footnote-ref-237)
238. - Ibid, ps. 355, 356. [↑](#footnote-ref-238)
239. - Rothschild, Alfred, Anticipatory Contract Repudiation and It`s Nullification, Iowa Law Review, 1945–46, vol. 31, pp. 383–395, p. 387. [↑](#footnote-ref-239)
240. - Threatended Injury [↑](#footnote-ref-240)
241. - Ballantine, Henry Winthrop, op. cit, p. 336. [↑](#footnote-ref-241)
242. - Ballantine, Henry Winthrop, loc. cit. [↑](#footnote-ref-242)
243. - Ibid, ps. 336, 337. [↑](#footnote-ref-243)
244. - Ibid, p. 337. [↑](#footnote-ref-244)
245. - Ballantine, Henry Winthrop, loc. cit. [↑](#footnote-ref-245)
246. - art. 72(1) CISG. [↑](#footnote-ref-246)
247. - Offer and Acceptance [↑](#footnote-ref-247)
248. - Nienaber, P. M., op. cit, ps.148, 149. [↑](#footnote-ref-248)
249. - Lubbe, Gerhard, Retraction of Repudiation: A Doctrine Writ in Water?, Stellenbosh Law Review, 1996, vol. 7, pp. 147–162, p. 157; Kerr, A. J., Anticipatory Breach of Contract: Some Problems Discussed, The South African Law Journal, 1972, vol. 89, pp. 465–471, ps. 468-469. [↑](#footnote-ref-249)
250. - Johnstone v. Milling (1886) L.R.16Q.B.D.460 (cited from Rothschild, Alfred, op. cit, p.388). [↑](#footnote-ref-250)
251. - Frost v. Knight (cited from Williston, Samuel, II, p. 421, 422). [↑](#footnote-ref-251)
252. - Bardley v. H. Newton Sons Co.(1919) A.C.16(H.L) at 52 (cited from Kerr, A. J., op. cit, p. 469) [↑](#footnote-ref-252)
253. - Rapids, Mich. Grand et al., op. cit, p. 65. [↑](#footnote-ref-253)
254. - Johnstone v. Milling (1886), 16 Q.B.D. 460 (cited from Rowley, Keith A., op. cit, ps. 588-590). [↑](#footnote-ref-254)
255. - Rothsehild, Alfred, op. cit, p. 388. [↑](#footnote-ref-255)
256. - Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd (1969) 1 Q.B. 699 at 731; Jinright v. Russell, 123 Ga. App.766; 182 S.E. 2d 328 at 330 (1971); Lefevre v. White (1990) 1 Lloyd`s Rep.569 at 574 (cited from Carter, J. W., Breach of Contract, p. 223, n. 47); also See, Carter, J. W., Breach of Contract , n. 750 –753, pp. 240–241, n. 756, pp. 242–243. [↑](#footnote-ref-256)
257. - e. g. Williston, Samuel, op. cit, p. 422; Limbnrg, Herbert R., p. 149. [↑](#footnote-ref-257)
258. - Rothschild, Alfred, op. cit, p. 390. [↑](#footnote-ref-258)
259. - restatement [↑](#footnote-ref-259)
260. - Nienaber, P. M., op. cit, p. 222. [↑](#footnote-ref-260)
261. - Ibid, p. 220. [↑](#footnote-ref-261)
262. - Ibid, p. 221. [↑](#footnote-ref-262)
263. - Nienaber, P. M., loc. cit. [↑](#footnote-ref-263)
264. - Nienaber, P. M., loc. cit. [↑](#footnote-ref-264)
265. - Nienaber, P. M., op. cit, p. 222. [↑](#footnote-ref-265)
266. - Jansen J. A in Tuckers Land & Development Corporation (pty) Ltd. v. Hovis (1980) 1 SA 645 (A) 652 (cited from Lubbe, Gerhard, op. cit, p. 471; Thomson, J. M., The Effect of a Repudiation Breach, The Modern Law Review, 1978, vol. 41, pp. 137–146, p. 145). [↑](#footnote-ref-266)
267. - Moschi V.L.E.P Aire Services (1972)2 Au E.R.393, 402 (cited from Thomson, J. M., op. cit, p. 145). [↑](#footnote-ref-267)
268. - Implied Term [↑](#footnote-ref-268)
269. - Hochster v. Dela Tour (1853) 2E.& B.678 at 689 (cited from Carter, J. W., Breach of Contract, p. 224, note. 53). [↑](#footnote-ref-269)
270. - Rapids, Mich. Grand et al., op. cit, p. 64. [↑](#footnote-ref-270)
271. - برای مثال ريلی (Riley) معتقد است قاعدة نقض پيش از موعد بر اساس آراء صادره در دعاوی ازدواج بنا نهاده شده است. با اين توضيح که در قراردادهای ازدواج، بين دو طرف، رابطة نامزدی ايجاد می­شود و به دليل وجود چنين رابطه­ای، اين شرط ضمنی وجود دارد که عملی مغاير آن صورت نگيرد. اين مبنا، در مورد قراردادهای ازدواج صادق است، اما در مورد ساير قراردادها، منطق و توجيهی ندارد.

Riley, Robert J., The Doctrine of Anticipatory Breach as Applied in West Virginia, West Virginia Law Quarterly, vol. 31, 1924–25, pp. 182–191, ps. 184–185. [↑](#footnote-ref-271)
272. - Vold, L., The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contract, p. 345. [↑](#footnote-ref-272)
273. - Carter, J. W., Breach of Contract, n. 720, p. 224. [↑](#footnote-ref-273)
274. - Implied Conditions Precedent [↑](#footnote-ref-274)
275. - Dawson, Francis, op. cit, ps. 83–107. [↑](#footnote-ref-275)
276. - Dawson, Francis, op. cit, p. 87. [↑](#footnote-ref-276)
277. - pre–condition [↑](#footnote-ref-277)
278. - Dawson, Francis, op. cit, p. 87. [↑](#footnote-ref-278)
279. - Kingston v. Preston (1773) 2 Doug. 689; 99 E.R.436(cited from Dawson, Francis, op. cit, p. 88). [↑](#footnote-ref-279)
280. - Dawson, Francis, op. cit, p. 88. [↑](#footnote-ref-280)
281. - Ibid, p. 89. [↑](#footnote-ref-281)
282. - Ibid, p. 96. [↑](#footnote-ref-282)
283. - Ibid, p. 97. [↑](#footnote-ref-283)
284. - Dawson, Francis, loc. cit. [↑](#footnote-ref-284)
285. - Ibid, p. 100. [↑](#footnote-ref-285)
286. - Ibid, p. 102. [↑](#footnote-ref-286)
287. - Ibid, p. 104. [↑](#footnote-ref-287)
288. - Riley, Robert J., op. cit, p. 185. [↑](#footnote-ref-288)
289. - Swanson, Vernon, Renunciation of Contracts, Wisconsin Law Review, 1930-31, vol. 6, pp. 144-165, p. 147. [↑](#footnote-ref-289)
290. - Riely, Robert J., op. cit, p. 185; Williston, Samuel, op. cit, p. 438. [↑](#footnote-ref-290)
291. - Farrell, John M., Anticipatory Breach of Contract in Florida (note), University of Florida Law Review, 1949, vol. 2, pp. 244-249, p. 249. [↑](#footnote-ref-291)
292. - Riley, Robert J., op. cit, p. 185. [↑](#footnote-ref-292)
293. - Riley, Robert J., loc. cit. [↑](#footnote-ref-293)
294. - Farrel, John M., op. cit, p. 249. [↑](#footnote-ref-294)
295. - Riley, Robert J., op. cit, p. 185. [↑](#footnote-ref-295)
296. - Honnold, John O., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*,* The Hague: Kluwer Law International, ed. 3th, 1999, n. 397, p. 439. [↑](#footnote-ref-296)
297. - Honnold, John O., loc. cit. [↑](#footnote-ref-297)
298. - Honnold, John O., op. cit, p. 439. [↑](#footnote-ref-298)
299. - Carter, J. W., Breach of Contract, n., p. [↑](#footnote-ref-299)
300. - Lookofsky, Joseph, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in International Encyclopedia of Laws, J. Herbots, R. Blanpain (general editor), International Encyclopaedia of Laws - Contracts, [Kluwer Law International](http://www.kluwerlaw.com/), 2000, n. 284, p. 150. [↑](#footnote-ref-300)
301. - Honnold, John O., op. cit, n. 397, p. 439. [↑](#footnote-ref-301)
302. - مؤسسة بين­المللی يکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بين­المللی، اصول قراردادهای تجاری بين­الملی، ترجمه و تحقيق: بهروز اخلاقی، فرهاد امام، تهران: مؤسسة مطالعات و پژوهش­های حقوقی شهر دانش، 1379، چ. اول، ص. 263. [↑](#footnote-ref-302)
303. - Bulgaria 24 January 1994 Arbitration Case 39/93
[Cite as: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940124bu.html]. [↑](#footnote-ref-303)
304. - Honnold, John O., op. cit, n. 397, p. 439. [↑](#footnote-ref-304)
305. اداره استاندارد حسابداري مالي آمريکا (Finance Accounting Standards Board)؛ به نقل از برهاني، دکتر حميد، بانکداري و تامين مالي بين‌المللي، موسسه عالي بانکداري ايران، 1379، ص 225. [↑](#footnote-ref-305)
306. “Although this question is probably capable of a number of widely differing answers, the answer which I prefer is that project finance is financing the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is not to be provided by any form of share capital and is to be repaid principally out of revenues produced by the project in question.” Graham Vinter, Project Finance: A Legal Guide, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, 2006, p. 1. [↑](#footnote-ref-306)
307. Kam Fan Sin, Building Project Finance in Hong Kong: Law and Practice, Second Edition, LexisNexis Hong Kong, 1999, p. 1. [↑](#footnote-ref-307)
308. “Project finance can be defined as the financing of the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is to be provided by way debt and is to be repaid principally out of the asset being financed and its revenues. A project in this sense may be oil or gas field, a mine, a mobile telephone or cable network, a toll tunnel, bridge or highway, a venture which can produce a regular revenue once operational falls under this definition of project”. Reinhard Leopold Klarmann, Islamic project finance: a legal study with particular reference to the laws of Switzerland and the United Arab Emirates, Thesis (doctoral)—University of Lausanne, 2003, p. 83. [↑](#footnote-ref-308)
309. “The term project finance is generally used to refer to a nonrecourse or limited recourse financing structure in which debt, equity, and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the refinancing, of a particular facility in a capital-intensive industry, in which lenders base credit appraisals on the projected revenues from the operation of the facility, including any revenue-producing contracts and other cash flow generated by the facility, as collateral for the debt. In a project financing, therefore, the debt terms are not based on the sponsor’s credit support or on the value of the physical assets of the project. Rather, project performance, both technical and economic, is the nucleus of project finance.” Hoffman, Scott L., The Law and Business of International Project Finance, Cambridge University Press, Third Edition, 2009, p. 4. [↑](#footnote-ref-309)
310. Sponsor

اصطلاح «مجری» به ویژه از حیث عملی می‌تواند معادل حمایت کننده قرار گیرد. [↑](#footnote-ref-310)
311. Developer [↑](#footnote-ref-311)
312. [Ozkol, Beri Bahar](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Ozkol,%20Beri%20Bahar%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), The [Possible Ways to Finance the Renewable Energy Projects in Terms of Project Finance and Law](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ankar4&div=16&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults), Ankara Bar Review, Vol. 4, Issue 2, 2011, pp. 42-43. [↑](#footnote-ref-312)
313. Project Company [↑](#footnote-ref-313)
314. Special Purpose Vehicle (SPV) [↑](#footnote-ref-314)
315. [Bjerre, Carl S.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Bjerre,%20Carl%20S.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Project Finance, Securitization and Consensuality, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 12, Issue 2, Spring 2002, p. 420.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/djcil12&div=26&collection=journals&set_as_cursor=18&men_tab=srchresults&terms=(project%20AND%20company)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-315)
316. Host Government [↑](#footnote-ref-316)
317. [Yzaguirre, Mark R.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Yzaguirre,%20Mark%20R.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Project Finance and Privatization: The Bolivian Example, Houston Journal of International Law, Vol. 20, Issue 3, Spring 1998, p. 612.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hujil20&div=25&collection=journals&set_as_cursor=9&men_tab=srchresults&terms=(host%20AND%20country)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-317)
318. [Grambas, Nicholas](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Grambas,%20Nicholas%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Role of Government in Project Finance: Host Government Support, International Business Lawyer, Vol. 23, Issue 5, May, 1995, p. 198.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibl23&div=58&collection=journals&set_as_cursor=27&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-318)
319. [Roberts, M J D, [Legal Issues in Energy-Related Project Finance, International Financial Law Review, Vol. 2, Issue 4, April, 1983, p. 25.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr2&div=48&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&terms=(host%20AND%20country)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Roberts,%20M%20J%20D%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-319)
320. [Supplier](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Roberts,%20M%20J%20D%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)

اصطلاح «عرضه‌کننده» به ویژه از حیث عملی می‌تواند معادل تامین‌کننده قرار گیرد. [↑](#footnote-ref-320)
321. [Output Purchaser/Product Off-taker](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Nassar,%20Nagla%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-321)
322. [Nassar, Nagla, [Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. 23, Symposium Issue, 2000, p. S78.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdint23&div=71&collection=journals&set_as_cursor=10&men_tab=srchresults&terms=(supplier)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Nassar,%20Nagla%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-322)
323. By-back [↑](#footnote-ref-323)
324. [Fletcher, Phillip](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Fletcher,%20Phillip%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Rules for Negotiating Project Finance Deals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr24&div=265&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults&terms=(purchaser)&type=matchall), International Financial Law Review, Vol. 24, Issue 12, December 2005, pp. 37-40. [↑](#footnote-ref-324)
325. Commercial Lenders [↑](#footnote-ref-325)
326. Baragona, Katharine C, op.cit, pp. 147-149. [↑](#footnote-ref-326)
327. [Crothers, John D., [Project Finance in Central and Eastern Europe from a Lender's Perspective: Lessons Learned in Poland and Romania, McGill Law Journal, Vol. 41, Issue 1, December 1995, p. 291.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mcgil41&div=18&collection=journals&set_as_cursor=44&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Crothers,%20John%20D.%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-327)
328. [Silva, Winston Bernard](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Silva,%20Winston%20Bernard%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Malaysian Project Finance Survives Market Turbulence, International Financial Law Review, Vol. 17, Issue 2, February 1998, p. 52.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr17&div=48&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-328)
329. Contractor [↑](#footnote-ref-329)
330. Operator [↑](#footnote-ref-330)
331. Rating Agency [↑](#footnote-ref-331)
332. Model Auditor [↑](#footnote-ref-332)
333. 21. نهادهاي مالي: منظور نهادهاي مالي فعال در بازار اوراق بهاداراند که از آن جمله مي‌توان به "کارگزاران،" "کارگزاران/معامله‌گران،" "بازارگردانان،" "مشاوران سرمايه‌گذاري،" "مؤسسات رتبه‌بندي،" "صندوق‌هاي سرمايه‌گذاري،" "شرکت‌هاي سرمايه‌گذاري،" "شرکت‌هاي پردازش اطلاعات مالي،" "شرکت‌هاي تأمين سرمايه" و "صندوق‌هاي بازنشستگي" اشاره کرد. [↑](#footnote-ref-333)
334. برای مطالعه بیشتر پیرامون این نهاد مالی در بازار سرمایه، رک به: نهادهای مالی، راهنمای قانون بازار اوراق بهادار، گروه نویسندگان، مشاوران و کارشناسان مدیریت پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار، نشر شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس تهران، 1389، جلد دوم، صص 903-970. [↑](#footnote-ref-334)
335. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 155. [↑](#footnote-ref-335)
336. Consultants [↑](#footnote-ref-336)
337. Baragona, Katharine C, op.cit, pp. 153-155. [↑](#footnote-ref-337)
338. Scott L. Hoffman, The Law and Business of International Project Finance, op.cit, p. 78. [↑](#footnote-ref-338)
339. Corporation [↑](#footnote-ref-339)
340. Shalanda H. Baker, Unmasking Project Finance: Risk Mitigation, Risk Inducement, and an Invitation to Development Disaster?, Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law, Vol.6, 2010-2011, pp.330-332. [↑](#footnote-ref-340)
341. [Soderquist, Larry D.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Soderquist,%20Larry%20D.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Theory of the Firm: What a Corporation Is, Journal of Corporation Law, Vol. 25, Issue 2, Winter 2000, pp. 375-382.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jcorl25&div=22&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-341)
342. ماده 571 قانون مدنی: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه». [↑](#footnote-ref-342)
343. عادل، مرتضی؛ مقایسه حقوق شرکاء شرکت مدنی و تجاری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار 1369، ص 10. [↑](#footnote-ref-343)
344. برای مطالعه بیشتر رک به: آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، پایان‌نامه دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1386. [↑](#footnote-ref-344)
345. General Partenships [↑](#footnote-ref-345)
346. Limited Partnerships [↑](#footnote-ref-346)
347. [Wadley, William H.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Wadley,%20William%20H.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Limited Partnership, Legal Adviser: Monthly Law and Business Magazine, Vol. 1, Issue 4, December 1897, pp. 203-209.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ladvbum1&div=17&collection=journals&set_as_cursor=22&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-347)
348. Limited Liability Company [↑](#footnote-ref-348)
349. See: [Gazur, Wayne M.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Gazur,%20Wayne%20M.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true); [Goff, Neil M.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Goff,%20Neil%20M.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Assessing the Limited Liability Company, Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1991, pp. 387-502.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cwrlrv41&div=15&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-349)
350. Concession [↑](#footnote-ref-350)
351. License [↑](#footnote-ref-351)
352. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 145. [↑](#footnote-ref-352)
353. Quasi Governmental Authority [↑](#footnote-ref-353)
354. See: UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, op. cit. [↑](#footnote-ref-354)
355. Build Operate Transfer (BOT) [↑](#footnote-ref-355)
356. صادقی، محسن، بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، [فصلنامه پژوهشنامه بازرگاني، شماره 38، بهار 1385](http://www.magiran.com/magtoc.asp?mgID=2197&Number=38&Appendix=0)، ص 124. [↑](#footnote-ref-356)
357. [Levy, David A.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Levy,%20David%20A.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [BOT and Public Procurement: A Conceptual Framework, Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 7, Issue 1, 1996, p. 102.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/iicl7&div=10&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-357)
358. Joint Venture [↑](#footnote-ref-358)
359. Equity Joint Venture [↑](#footnote-ref-359)
360. Contract Joint Venture [↑](#footnote-ref-360)
361. [Flannigan, Robert](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Flannigan,%20Robert%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), The [Legal Status of the Joint Venture](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alblr46&div=29&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults), Alberta Law Review, Vol. 46, Issue 3, June 2009, pp. 713-740. [↑](#footnote-ref-361)
362. رهبری، ابراهیم، شیوه‌های قراردادی انتقال فناوری در تجارت بین‌الملل، پایان‌نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور 1390، صص 421-439. [↑](#footnote-ref-362)
363. Islamic Project Finance [↑](#footnote-ref-363)
364. See: [McMillen, Michael J.T.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22McMillen,%20Michael%20J.T.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Islamic Shari'ah-Compliant Project Finance: Collateral Security and Financing Structure Case Studies, Fordham International Law Journal, Vol. 24, Issue 4, April 2001, p. 1189.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdint24&div=48&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-364)
365. Credit Agreement [↑](#footnote-ref-365)
366. Standard Credit Agreement Clauses [↑](#footnote-ref-366)
367. Loan and Security Agreement [↑](#footnote-ref-367)
368. Lex Situs [↑](#footnote-ref-368)
369. Brian J. Terry, International Finance and Investment Multinational Corporate Banking, Third Edition, The Chartered Institute of Bankers, London, 1994, Chapter 8: Project Finance, By: Gordon McKechnie, pp. 343-344. [↑](#footnote-ref-369)
370. Chung-Hsin Hsut, The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit, National Taiwan University Law Review, Vol. 1, 2006, p.3. [↑](#footnote-ref-370)
371. وثیقه های دین و انواع آن خود موضوع ویژه ای است که نظر به گستردگی آن از توضیح بیشتر خودداری می­گردد. برای مطالعه بیشتر رک به کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی- وثیقه های دین، عقود معین جلد چهارم، صص 219-601. [↑](#footnote-ref-371)
372. در دعاوی زیر دادگاه‌های انگلستان ماهیت عقد ضمان را مورد بررسی قرار داده‌اند:

Hamzeh Malas & Sons V. British Imex Industries Ltd [1958]

R D Harbottle (mercantile) Ltd V. National Westminster Bank Ltd and Others [1978]

Edward Owen Engineering Ltd V. Barclays Bank International Ltd [1978] QB 159 at 166 (CA).

Safa Ltd V. Banque du Caire [2000]

Solo Industries UK Ltd V. Canara Bank [2001] [↑](#footnote-ref-372)
373. Construction Contract [↑](#footnote-ref-373)
374. Michael Dotsey, Construction Contract Claims: Choosing the Best Method of Completion, Insurance Counsel Journal, Vol. 31, 1964, pp. 412- 422. [↑](#footnote-ref-374)
375. Operation and Maintenance agreement [↑](#footnote-ref-375)
376. Fixed Price Structure [↑](#footnote-ref-376)
377. Cost Plus (Fee) Structure [↑](#footnote-ref-377)
378. Incentive/Penalty Structure [↑](#footnote-ref-378)
379. Scott L. Hoffman, The Law and Business of International Project Finance, op.cit, pp. 201-202. [↑](#footnote-ref-379)
380. Input Contracts/Feedstock Supply Agreements [↑](#footnote-ref-380)
381. Put-or-Pay [↑](#footnote-ref-381)
382. Off-take Sales Contracts [↑](#footnote-ref-382)
383. See: Charles Dickens & Benjamin Disraeli, Great Expectations: Assessing the Contract Damages of the Take-or-Pay Producer, Texas Law Review, Vol. 70, 1991-1992, pp. 1469- 1487. [↑](#footnote-ref-383)
384. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 152. [↑](#footnote-ref-384)
385. - اين عهدنامه بر اساس آمار ارائه شده توسط آنسيترال، در تاريخ 31/خرداد/1391 داراي 146 عضو مي‌باشد،‌ ببينيد:

< <http://www.uncitral.org> >.

ايران نيز به موجب «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ايران به کنوانسيون شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی تنظيم شده در نيويورک به تاريخ 10 ژوئن 1958 ميلادی (3/4/1337)» (منتشره در روزنامة رسمی شمارة 16374 مورخ 29/2/1380)، به اين عهدنامه ملحق گرديد. براي آشنايي کلي با اين عهدنامه،‌ ببينيد:

A van den Berg, ‘The New York Convention of 1958: An Overview’, in E Gaillard, D Di Pietro & N Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008) 39-69.

همچنين براي ديدن تحليل لزوم کتبي بودن قرارداد داوري بر پايه رويه قضايي کشورهاي عضو عهدنامه، ببينيد:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL document A/CN.9/WG.II/WP.139, reproduced in the UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006), Part Two, II, F. [↑](#footnote-ref-385)
386. - براي مثال ماده (الف)(1)5 عهدنامه نيويورک سنجش اعتبار ماهوي قرارداد داوري (در مرحله شناسايي و اجراي راي داوري) توسط دادگاه را بر مبناي قانوني که طرفين حاکم بر قرارداد داوري نموده‌اند و در صورت فقدان چنين انتخابي،‌ برمبناي قانون کشوري که راي در آنجا صادر گرديده، مقرر داشته است. [↑](#footnote-ref-386)
387. - Article II(2): ‘The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contact or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams’.

قراردادهاي داوري فاقد شرط شکلي مقرر در عهدنامه، «باطل» نمي‌باشند بلکه لزوم کتبي بودن، شرط «اعمال» عهدنامه مي‌باشد. به بيان ديگر ضمانت اجراي لزوم کتبي بودن قرارداد داوري، تنها عدم اعمال عهدنامه مي‌باشد و نه اعلام بطلان قرارداد مزبور. در چنين صورتي ممکن است قرارداد داوري تحت قانون قابل اعمال بر آن همچنان معتبر باشد. ببينيد:

A van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981) 179-80; G Born, *International Commercial Arbitration*, Vol I (3rd edn, Kluwer Law International 2009) 581. [↑](#footnote-ref-387)
388. - Tribunal Fédéral [Federal Tribunal], 7 February 1984 (Tradax Export SA (Panama) v Amoco Oil Company (formerly Amoco Overseas Oil Company) (US)) 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); T Landau, ‘The Requirement of a Written Form for An Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”’, in A van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Question*, ICCA Congress Series No 16 (Kluwer Law International 2003) 21-2. [↑](#footnote-ref-388)
389. - UNCITRAL Report on the Work of Its Thirty-Ninth Session, UNCITRAL document A/61/17, reproduce in UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006) Part One, A, para 153; T Landau & S Moollan, ‘Article II and Requirement of Form’, in E Gaillard, D Di Pietro & N Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008) 219ff. [↑](#footnote-ref-389)
390. - Corte di Cassazione [Supreme Court], 22 May 1995, 5601 (Micheletti Ottorino v Al-Jazirah Marble Company Ltd and BM Finanziaria srl) 21 YBCA (1996) 610-1 (Italy No 141); Court of Appeal, Casablanca, 21 June 1983 (Office National du Thé et du Sucre v Philippines Sugar Company Ltd) 21 YBCA (1996) 627-9 (Morocco No 1); Tribunal Fédéral [Supreme Court], 21 March 1995 (Insurance company v Reinsurance company) 22 YBCA (1997) 800-6 (Switzerland No 29); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamm, 15 November 1994 (Slovenian company v Agent) 22 YBCA (1997) 707-9 (Germany No 47); D Di Pietro & M Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958* (Cameron May 2001) 81 no 37; J Lew, L Mistelis & S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) para 6-39. [↑](#footnote-ref-390)
391. - کشورهايي که از قانون داوري نمونه آنسيترال (1985) (و يا حق انتخاب اول ارائه شده در ماده 7 نسخه اصلاح شده 2006 آن) به عنوان راهنماي قانونگذاري استفاده نموده‌اند، از اين جمله‌اند. همچنين ببينيد ماده 1021 قانون آيين دادرسي مدني هلند (1986)، ماده (1)178 قانون مربوط به حقوق بين‌الملل خصوصي سوييس (1987)، ماده 5 قانون داوري انگلستان (1996)، ماده 1677 قانون آيين دادرسي مدني بلژيک (1998). [↑](#footnote-ref-391)
392. - مانند دو کشور فرانسه (در داوري‌هاي تجاري بين‌المللي) و سوئد، ببينيد:

J-L Delvolvé, J Rouche & G Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* (2nd edn, Kluwer Law International 2009) 58-9; L Heuma, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing 2003) 31.

ماده (1)7 از بخش اول قانون داوري نيوزلند (1996 با اصلاحات 2007) نيز امکان انعقاد قرارداد داوري به صورت کتبي يا شفاهي را مقرر نموده است. قانون آيين دادرسي دادگاههاي عمومي و انقلاب در امور مدني (1379) نيز در ماده 455 بيان داشته است: «متعاملين مي‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و يا به موجب قرارداد جداگانه تراضي نمايند كه در صورت بروز اختلاف بين آنان به داوري مراجعه كنند و نيز مي توانند داور يا داوران خود را قبل يا بعد از بروز اختلاف تعيين نمايند»، که «معامله» و «قرارداد» در اين ماده اعم از قرارداد کتبي، شفاهي يا ضمني است. [↑](#footnote-ref-392)
393. - P Sanders, ‘The History of the New York Convention’, in A van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No 9 (Kluwer Law International 1999) 42. [↑](#footnote-ref-393)
394. - *Lex Specialis.* [↑](#footnote-ref-394)
395. - Tribunal Fédéral [Federal Tribunal], 7 February 1984 (Tradax Export SA (Panama) v Amoco Oil Company (formerly Amoco Overseas Oil Company) (US)) 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); Areios Pagos [Supreme Court], Plenum, 20 March 1997 (ANC Maritime Company v The West of England Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association Limited) 23 YBCA (1998) 654-9 (Greece No 13); G Born, *International Commercial Arbitration*, Vol I (3rd edn, Kluwer Law International 2009) 538.

با اين وجود در صورتيکه شخص متقاضي، خواهان اعمال قانون ملي مطلوب‌تر کشور محل تقاضا بر اساس ماده (1)7 عهدنامه نيويورک باشد، دادگاه (در صورتيکه ماده (1)7 را نسبت به قرارداد داوري نيز تسري دهد) مي‌تواند قواعد حل تعارض خود را به منظور يافتن قانون قابل اعمال بر شکل قرارداد داوري، ‌به کار گيرد. ببينيد:

Bundesgerichtshof [Supreme Court], 21 September 2005 (Claimant v Defendant) 31 YBCA (2006) 679-84 (Germany No 89). [↑](#footnote-ref-395)
396. - United States District Court, Eastern District of New York, 8 February 2006 (Best Concrete Mix Corp, et al v Lloyd's of London Underwriters, et al) 31 YBCA (2006) 1422-8 (US No 571); T Landau, ‘The Requirement of a Written Form for An Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”’, in A van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Question*, ICCA Congress Series No 16 (Kluwer Law International 2003) 33-4; L Mistelis & J Lew (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration* (Kluwer Law International 2006) 295.

برخي از نويسندگان نيز معتقدند که متعهد شدن شخص ثالث به قرارداد داوري، بايد مبتني بر شروط شکلي مقرر شده (مانند ماده (2)2 عهدنامه) باشد، ببينيد:

J-F Poudret & S Besson, *Comparetive Law of International Arbitration* (S Berti & A Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) 220ff; S Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration* (Oxford University Press 2010) para 6-64. [↑](#footnote-ref-396)
397. - Obergericht [Court of Appeal], Basel-Land, 5 July 1994 (DIETF Ltd v RF AG) 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26); Corte di Cassazione [Supreme Court], Sezioni Unite, 10 March 2000, 58/SU (Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al v Bristol Myers Squibb) 26 YBCA (2001) 816-22 (Italy No 157); A van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981) 192-3. [↑](#footnote-ref-397)
398. - Oberlandesgericht [Court of Appeal], Schleswig, 30 March 2000 (Claimant v Defendant) 31 YBCA (2006) 652-62 (Germany No 85). [↑](#footnote-ref-398)
399. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 12 January 1989 (G SA (Switzerland) v T Ltd (UK)) 15 YBCA (1990) 509-14 (Switzerland No 18). [↑](#footnote-ref-399)
400. - (Terms of Reference) براي مثال ببينيد ماده (1)23 قواعد داوري اتاق بازرگاني بين‌المللي (2012) و ماده (الف)39 آيين داوري مرکز داوری اتاق بازرگاني ايران. در رابطه با کارکرد و ماهيت داوري‌نامه (به طور کلي) ببينيد: نيکبخت، حميدرضا، *داوري تجاري بين‌المللي: آيين داوري*، موسسه مطالعات و پژوهش‌هاي بازرگاني، تهران، 1388، ص 173 به بعد. [↑](#footnote-ref-400)
401. - براي مثال ببينيد ماده (2)23 و (3)23 قواعد داوري اتاق بازرگاني بين‌المللي (2012). [↑](#footnote-ref-401)
402. - Supreme Court of Queensland, Court of Appeal Division, 27 June 2000, Appeal 8159 of 1999, DC 29 of 1999 (Austin John Montague v Commonwealth Development Corporation) 26 YBCA (2001) 744-9 (Australia No 190); Superior Tribunal de Justiça [Superior Court of Justice], 3 October 2007 (Spie Enertrans S/A v Inepar S/A Indústria e Construções) 33 YBCA (2008) 397-403 (Brazil No 8); J Lew, L Mistelis & S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) para 21-24. [↑](#footnote-ref-402)
403. - چنين محدوديتي از دو جهت وجود دارد: لزوم تصريح اصيل مبني بر امکان انعقاد قرارداد داوري توسط نماينده و لزوم کتبي بودن اعطاي اختيار مزبور. براي مثال ببينيد ماده 1989 قانون مدني فرانسه، ماده (2)217 قانون آيين دادرسي مدني يونان، ماده 1008 قانون مدني اتريش، ماده (3)396 قانون تعهدات سوييس و ماده (5)35 قانون آيين دادرسي دادگاه‌هاي عمومي و انقلاب در امور مدني ايران (1379). در برخي ديگر از کشورها لزومي به کتبي بودن اختيار نماينده نمي‌باشد، مانند کشورهاي ايتاليا، فرانسه و آلمان. ببينيد:

# A Redfern & Others (eds), *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5th edn, Oxford University Press 2009) para 2-50.

 [↑](#footnote-ref-403)
404. - Corte di Cassazione [Supreme Court], Plenary Session, 1 March 2002, 3029 (UMS Generali Marine SpA v Clerici Agenti srl, et al) 30 YBCA (2005) 599-604 (Italy No 166); Corte di Cassazione [Supreme Court], Plenary Session, 19 May 2009, no 11529 (Louis Dreyfus Commodities v Cereal Mangimi srl) 34 YBCA (2009) 649-52 (Italy No 179); J-F Poudret & S Besson, *Comparetive Law of International Arbitration* (S Berti & A Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) 236ff. [↑](#footnote-ref-404)
405. - Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 24 August 2005 (O Limited v S GmbH) 32 YBCA (2007) 254-8 (Austria No 15); A Reiner, ‘The Form of Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention’, in A van den Berg (ed) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application and the New York Convention*, ICCA Congress Series No 9 (Kluwer Law International 1999) 88-9. [↑](#footnote-ref-405)
406. - ببينيد: مواد 664 و 665 قانون مدني. [↑](#footnote-ref-406)
407. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 16 January 1995 (Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC - Mediterranean Shipping Company SA) 21 YBCA (1996) 690-8 (Switzerland No 27); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003 (Standard Bent Glass Corp v Glassrobots Oy) 29 YBCA (2004) 978-89 (US No 457).

با اين وجود بايد انتساب سند مبادله شده به شخص مبادله کننده احراز گردد، ببينيد:

A van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981) 194. [↑](#footnote-ref-407)
408. - Corte di Cassazione [Supreme Court], 3 April 1989, 1585 (Antonio Imparato v August Töpfer & Co GmbH and Pisani & Rickertsohn) 16 YBCA (1991) 588-90 (Italy No 106); H Kronke, P Nacimiento & D Otto (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 81.

اگرچه با امضاي سند ارسال شده توسط گيرنده، ‌وي ملزم به داوري خواهد شد بدون آنکه لزومي به ارسال مجدد سند براي فرستنده باشد، ببينيد:

Tribunal Fédéral [Supreme Court], 16 January 1995 (Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC - Mediterranean Shipping Company SA) 21 YBCA (1996) 690-8 (Switzerland No 27).

و براي ديدن راي مخالف، ببينيد:

Corte di Cassazione [Supreme Court], 3 April 1989, 1585 (Antonio Imparato v August Töpfer & Co GmbH and Pisani & Rickertsohn) 16 YBCA (1991) 588-90 (Italy No 106). [↑](#footnote-ref-408)
409. - Obergericht [Court of Appeal], Basel-Land, 5 July 1994 (DIETF Ltd v RF AG) 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26); Corte di Cassazione [Supreme Court], 11 July 1992, 8469 (Vicerè Livio v Prodexport) 22 YBCA (1997) 715-24 (Italy No 142). [↑](#footnote-ref-409)
410. - United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 February 2001 (US Titan, Inc v Guangzhou Zhen Hua Shipping Co, Ltd) 26 YBCA (2001) 1052-65 (US No 354); International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* (2011) 48. [↑](#footnote-ref-410)
411. - ببينيد ماده (3)19 عهدنامه سازمان ملل متحد در مورد بيع بين‌المللي کالا (عهدنامه وين) (1980):

‘Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other or *the settlement of disputes* are considered to alter the terms of the offer materially’ (Emphasize added).

«شروط اضافي يا متفاوت مربوط به ثمن،‌ تاديه،‌ کميت و کيفيت کالا، مکان و زمان تحويل کالا، افزايش حدود مسوليت يک طرف در برابر طرف ديگر يا حل اختلافات از جمله شروطي محسوب مي‌شوند که شرايط ايجاب را بطور اساسي تغيير مي‌دهند» (تاکيد اضافه شده). [↑](#footnote-ref-411)
412. - Purchase order. [↑](#footnote-ref-412)
413. - Invoice. [↑](#footnote-ref-413)
414. - ماده (1)2.1.6 اصول قراردادهاي تجاري بين‌المللي موسسه يکنواخت سازي حقوق خصوصي (2010) مقرر داشته است:

‘A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance’.

«اظهار يا فعلي ديگر از سوي گيرنده ايجاب که دلالت بر رضايت به يک ايجاب داشته باشد، قبول محسوب مي‌شود». [↑](#footnote-ref-414)
415. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 5 November 1985 (Tracomin SA (Switzerland) v Sudan Oil Seeds Co Ltd (UK)) 12 YBCA (1987) 511-4 (Switzerland No 14); Corte di Cassazione [Supreme Court], 28 October 1993, 10704 (Robobar Ltd v Finncold sas) 20 YBCA (1995) 739-41 (Italy No 131); Bundesgerichtshof [Supreme Court], 21 September 2005 (Claimant v Defendant) 31 YBCA (2006) 679-84 (Germany No 89). [↑](#footnote-ref-415)
416. - French Cour de cassation [Supreme Court], 15 July 1987, Brittania v Jézéquel et Maury, Rev Arb (1990) 627; Corte di Cassazione [Supreme Court], 25 January 1991, 749 (Marc Rich & Co AG v Italimpianti SpA) 17 YBCA (1992) 554-8 (Italy No 116). [↑](#footnote-ref-416)
417. - Commercial letter of confirmation. [↑](#footnote-ref-417)
418. - ببينيد ماده 2.1.12 اصول قراردادهاي تجاري بين‌المللي موسسه يکنواخت سازي حقوق خصوصي (2010):

‘If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of the contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy’.

 «اگر نوشته‌اي که در ظرف زماني متعارف پس از انعقاد قرارداد فرستاده شود و منظور از آن تاييد قرارداد بوده حاوي شروط اضافه يا متفاوت باشد، آن شروط بخشي از قرارداد مي‌گردند، مگر آنکه قرارداد را بطور اساسي تغيير دهند يا دريافت‌کننده، بدون تاخير غيرموجه، به ]وجود[ اختلاف اعتراض نمايد». [↑](#footnote-ref-418)
419. - Tribunal Supremo [Supreme Court], 16 April 1996 (Actival Internacional SA v Conservas El Pilar SA) 27 YBCA (2002) 528-32 (Spain No 33); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Frankfurt am Main, 26 June 2006 (Manufacturer v Buyer) 32 YBCA (2007) 351-7 (Germany No 103); Rechtbank [Court of First Instance], Leeuwarden, 3 September 2008 (I.S.S. Tanks B.V. v. CMB Maschinenbau & Handels GmbH) 33 YBCA (2008) 613-5 (Netherlands No 30); United States District Court, District of New Jersey, 29 June 2010 (Quanqing (Changshu) Cloth-Making Co Ltd v Pilgrim Worldwide Trading, Inc) 35 YBCA (2010) 558-9 (US No 708). [↑](#footnote-ref-419)
420. - Telex; Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 2 May 1972 (Parties not indicated (both from Austria)) 10 YBCA (1985) 417-8 (Austria No 5); Tribunale [Court], Savona, 26 March 1981 (Dimitrios Varverakis (Greece) v Compania de Navigacion Artico SA (Panama)(the MIRA, ex MERAK)) 10 YBCA (1985) 455-8 (Italy No 68); Tribunal Fédéral [Supreme Court], 12 January 1989 (G SA (Switzerland) v T Ltd (UK)) 15 YBCA (1990) 509-14 (Switzerland No 18); Efetio [Court of Appeal], Piraeus, decision 475 of 2005 and Areios Pagos [Supreme Court], decision 1932 of 2006 (Interpoint Shipping Limited v Myloi Soyas) 33 YBCA (2008) 555-9 (Greece No 15). [↑](#footnote-ref-420)
421. - Telefax; Obergericht [Court of Appeal], Basel-Land, 5 July 1994 (DIETF Ltd v RF AG) 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26); Court of Appeal of Manitoba, 11 December 2002 (Sheldon Proctor v Leon Schellenberg) 28 YBCA (2003) 745-51 (Canada No 9); Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, 25 April 2006 (Gabriel Capital, LP, et al v CAIB Investment Bank Aktiengesellschaft, etc, et al) 31 YBCA (2006) 1482-5 (US No 577); Corte di Cassazione [Supreme Court], First Civil Chamber, 14 June 2007, no 13916 (Rudston Products Limited v Conceria F.lli Buongiorno) 34 YBCA (2009) 639-43 (Italy No 177); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Munich, 17 December 2008 (Seller v German Assignee) 35 YBCA (2010) 359-61 (Germany No 125); Court of Appeal (Civil Division), 10 February 2010 (Midgulf International Limited v Groupe Chimique Tunisien) 35 YBCA (2010) 468-71 (UK No 90). [↑](#footnote-ref-421)
422. - E-mail. [↑](#footnote-ref-422)
423. - High Court, Karachi, 7 March 2006 (Metropolitan Steel Corporation Ltd v Macsteel International UK Ltd) 32 YBCA (2007) 449-55 (Pakistan No 2); United States District Court, Southern District of New York, 31 January 2007 (Bitumenes Orinoco, S A v New Brunswick Power Holding Corporation) 32 YBCA (2007) 991-4 (US No 611); R Hill, ‘On-Line Arbitration: Issue and Solutions’ (1999) 15 International Arbitration 199. [↑](#footnote-ref-423)
424. - Article IV(1): ‘To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of application, supply: […] (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof’. [↑](#footnote-ref-424)
425. - Hålogaland Court of Appeal, 16 August 1999 (Charterer v Ship-owner) 27 YBCA (2002) 519-23 (Norway No 1). [↑](#footnote-ref-425)
426. - *Prima Facie.* [↑](#footnote-ref-426)
427. - International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* (2011) 75: ‘This provision merely requires that the party seeking enforcement supply a document that is *prima facie* a valid arbitration agreement. At this stage the court need not consider whether the agreement is “in writing” as provided by Article II(2) or is valid under the applicable law’. [↑](#footnote-ref-427)
428. - N Solovay & C Reed, *The Internet and Dispute Resolution: Untangling the Web* (Law Journal Press 2003) para 2-38.

در صورتيکه کشوري عضو عهدنامه سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونيکي در قراردادهاي بين‌المللي (2005) گردد، موظف است قراردادهاي داوري منعقده از طريق ارتباطات الکترونيکي را در چهارچوب عهدنامه نيويورک مورد شناسايي قرار دهد. ماده (1)20 اين عهدنامه مقرر داشته است:

‘The provisions of this Convention apply to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which any of the following international conventions, to which a Contracting State to this Convention is or may become a Contracting State, apply: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958) […]’; A Boss & W Kilian, *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook* (Kluwer Law International 2008) 241-5. [↑](#footnote-ref-428)
429. - براي مثال ببينيد ماده (2)1031 قانون داوري آلمان (1998):

‘The form requirement of subsection 1 shall be deemed to have been complied with if the arbitration agreement is contained in a document transmitted from one party to the other party or *by a third party to both parties* and if no objection was raised in good time - the contents of such document are considered to be part of the contract in accordance with common usage’ (Emphasize added). [↑](#footnote-ref-429)
430. - Broker. [↑](#footnote-ref-430)
431. - United States District Court, Southern District of California, 26 April 2000 (Chloe Z Fishing Co, Inc v Odyssey Re (London) Limited et al) 26 YBCA (2001) 910-38 (US no 341). [↑](#footnote-ref-431)
432. - Tribunal Supremo [Supreme Court], 6 October 1998 (Delta Cereales España SL v Barredo Hermanos SA) 26 YBCA (2001) 854-57 (Spain No 31); Tribunal Supremo [Supreme Court], 7 July 1998 (Unión de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre v Aguicersa SL) 27 YBCA (2002) 546-50 (Spain No 37). [↑](#footnote-ref-432)
433. - Arbitration agreement by reference. [↑](#footnote-ref-433)
434. - لزوم کتبي بودن قرارداد پايه، منجر به خروج قرارداد بسيار رايج «نجات دريايي» (قراردادي که ميان شناور تحت خطر و شناور کمک‌رسان در راستاي انجام «عمليات نجات» (ببينيد ماده (الف)1 عهدنامه سازمان بين‌المللي دريانوردي در مورد نجات دريايي 1989) منعقد مي‌گردد) از قلمرو عهدنامه خواهد شد. اين قرارداد معمولا به صورت شفاهي منعقد ‌مي‌گردد و غالبا در آن به قراردادهاي نمونه موسسه لويدز لندن همچون «شروط استاندارد نجات و داوري لويدز» (LLOYD'S standard salvage and arbitration clauses) (2011) ارجاع داده مي‌شود.

ماده (3)5 قانون داوري انگلستان (1996) ارجاع در قرارداد شفاهي به يک سند کتبي را به رسميت شناخته است:

B Hariss, R Planterose & J Tecks, *The Arbitration Act: A Commentary* (4th edn, Blackwell Pub 2007) 47-8. [↑](#footnote-ref-434)
435. - J-F Poudret and S Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (S Berti and A Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) 170.

در تشکيل قرارداد در فضاي سايبر مقررات متفاوتي در رابطه با قرارداد داوري از طريق ارجاع وجود دارد. در اين موارد شخص بايد عملا به متني که به آن ارجاع داده شده است، دسترسي داشته باشد. ببينيد ماده (3)10دستورالعمل تجارت الکترونيک اتحاديه اروپا (2000/3/EC) و ماده 17 قانون تجارت الکترونيکي ايران (1382). [↑](#footnote-ref-435)
436. - براي مثال در قرارداد ضمانت همواره ارجاع به قرارداد پايه وجود دارد تا مشخص گردد که ضمانت صورت گرفته از چه قراردادي مي‌باشد، با اين وجود چنين ارجاعي به معناي مشروط نمودن قرارداد ضمانت به تعهدات مندرج در قرارداد پايه نمي‌باشد. [↑](#footnote-ref-436)
437. - ماده (2)2.1.19 اصول قراردادهاي تجاري بين‌‌المللي موسسه بين‌‌المللي يکنواخت‌سازي حقوق خصوصي (2010) در تعريف شروط استاندارد بيان داشته است:

‘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’.

«شروط استاندارد مقرراتي هستند که پيشاپيش براي استفاده عمومي و مکرر از سوي يک طرف آماده شده‌اند و در عمل بدون مذاکره با طرف ديگر از آنها استفاده مي‌شوند». [↑](#footnote-ref-437)
438. - S Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration* (Oxford University Press 2010) para 2-181. [↑](#footnote-ref-438)
439. - مانندکشورهايي که از قانون داوري نمونه آنسيترال (1985) به عنوان راهنماي قانون‌گذاري استفاده نموده‌اند. قسمت پاياني ماده (2)7 اين قانون نمونه بيان مي‌دارد: «ارجاع در قرارداد به سندي که متضمن شرط داوري است موافقت‌نامه داوري را تشکيل مي‌دهد مشروط بر اينکه قرارداد مزبور کتبي بوده و ارجاع نيز به نحوي باشد که آن شرط را جزيي از قرارداد بنمايد». اين ماده همچنان به عنوان يکي از اختيارات قانون‌گذاري، در ماده (6)7 نسخه اصلاح شده قانون نمونه در سال 2006 باقي مانده است. ماده 7 قانون داوري تجاري بين‌المللي ايران نيز (با اعمال تغييرات سنجيده‌اي نسبت به قانون نمونه آنسيترال) مقرر داشته است: «ارجاع به سندي در قرارداد کتبي که متضمن شرط داوري باشد نيز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوري خواهد بود». همچنين ببينيد ماده 1021 قانون آيين دادرسي مدني هلند (1986)، ماده (2)3 قانون داوري فنلاند (1992 با اصلاحات 1999) و ماده (2)6 قانون داوري انگلستان (1996). [↑](#footnote-ref-439)
440. - قرارداد داوري از طريق ارجاع مسئله‌اي مرتبط با شکل قرارداد داوري مي‌باشد و نه اعتبار ماهوي آن با اين وجود در موارد معدودي،‌ دادگاه‌ها قرارداد داوري از طريق ارجاع را موضوعي مرتبط با اعتبار ماهوي آن قرارداد دانسته‌اند و درنتيجه اعتبار آن را بر مبناي قانون حاکم بر قرارداد داوري مورد بررسي قرار داده‌اند: [↑](#footnote-ref-440)
441. - United States Court of Appeals, Third Circuit, 15 October 2009 (Century Indemnity Company v Certain Underwriters at Lloyd's, London, Subscribing to Retrocessional Agreement Nos 950548, 950549, and 95064) 35 YBCA (2010) 485-9 (US No 683). [↑](#footnote-ref-441)
442. - Specific reference (*relatio perfecta*). [↑](#footnote-ref-442)
443. - Tribunal de Grande Instance [Court of First Instance], Strasbourg, 9 October 1970 (Animalfeeds International Corp (USA) v SAA Becker & Cie (France)) 2 YBCA (1977) 244 (France No 2); Landgericht [Court of First Instance], Zweibrücken, 11 January 1978 (Seller (Netherlands) v Buyer (FR Germany)) 4 YBCA (1979) 262-4 (Germany No 16); Corte di Appello [Court of Appeal], Milan, 3 May 1977 (Renault Jacquinet (France) v Sicea (Italy)) 4 YBCA (1979) 284-6 (Italy No 27); Mahkamet Al Tamyeez [Supreme Court], 8 April 2008 (Sucres et Denrées (SUCDEN) v Horizon International Food Trade Co Ltd and Korean-Polish Shipping Co Ltd, owners of the CHOPOL 2, et al v Horizon International Food Trade Co Ltd) 34 YBCA (2009) 653-65 (Jordan No 2); High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 1 April 2009 (National Navigation Co v Endesa Generacion SA) 34 YBCA (2009) 830-61 (UK No 84); [↑](#footnote-ref-443)
444. - General/Generic reference (*relatio imperfecta*). [↑](#footnote-ref-444)
445. - United States District Court, Southern District of New York, 15 April 2005 and 20 May 2005 (Coimex Trading (Suisse) SA v Cargill International SA) 31 YBCA (2006) 1090-5 (US No 537). [↑](#footnote-ref-445)
446. - Corte di Cassazione [Supreme Court], Plenary Session, 19 May 2009, no 11529 (Louis Dreyfus Commodities v Cereal Mangimi srl) 34 YBCA (2009) 649-52 (Italy No 179). [↑](#footnote-ref-446)
447. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 7 February 1984 (Tradax Export SA (Panama) v Amoco Oil Company (formerly Amoco Overseas Oil Company) (US)) 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); Cour de Cassation [Supreme Court], 9 November 1993 (Bomar Oil NV v ETAP-L'Entreprise tunisienne d'activités pétrolières) 20 YBCA (1995) 660-2 (France No 22); Efeteio [Court of Appeal], Athens, decision 7195 of 2007 (Company A v Company B) 34 YBCA (2009) 545-7 (Greece No 20); J-F Poudret & S Besson, *Comparetive Law of International Arbitration* (S Berti & A Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) 173-4; H Kronke, P Nacimiento & D Otto (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 89. [↑](#footnote-ref-447)
448. - Corte di Appello [Court of Appeal], Milan, 4 October 1991 (Black Sea Shipping Co v Italturist SpA, in liquidation) 18 YBCA (1993) 415-8 (Italy No 119); Bayerisches Oberstes Landesgericht [Higher Court of Appeal of Bavaria], 17 September 1998 (Not Indicated v Not Indicated) 24 YBCA (1999) 645-7 (Germany No 48); Obergericht [Court of Appeal], Basel-Land, 5 July 1994 (DIETF Ltd v RF AG) 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26). [↑](#footnote-ref-448)
449. - Cour de Cassation [Supreme Court], 11 October 1989 (Bomar Oil NV (Neth Antilles) v Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières - ETAP (Tunisia)) 15 YBCA (1990) 447-9 (France No 14); Obergericht [Court of Appeal], Basel-Land, 5 July 1994 (DIETF Ltd v RF AG) 21 YBCA (1996) 685-9 (Switzerland No 26); Cour de Justice [Court of Appeal], Geneva, 11 December 1997 (C Import and Export Company v G SA) 23 YBCA (1998) 764-9 (Switzerland No 31); United States District Court, Western District of Pennsylvania, 10 October 2006 (Tyco Valves & Controls Distribution GmbH v Tippins, Inc) 32 YBCA (2007) 890-7 (US No 602); United States District Court, Southern District of Florida, 1 February 2008 (Nicolae Daniel Vacaru v Royal Caribbean Cruises, Ltd) 33 YBCA (2008) 1108-16 (US No 635). [↑](#footnote-ref-449)
450. - مانند موردي که طرفين قرارداد اوليه منعقده ميان خود را اصلاح نموده و در قرارداد دوم به قرارداد اصلاح شده ارجاع مي‌دهند:

Tribunal Fédéral [Supreme Court], 12 January 1989 (G SA (Switzerland) v T Ltd (UK)) 15 YBCA (1990) 509-14 (Switzerland No 18). [↑](#footnote-ref-450)
451. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 7 February 1984 (Tradax Export SA (Panama) v Amoco Oil Company (formerly Amoco Overseas Oil Company) (US)) 11 YBCA (1986) 532-5 (Switzerland No 8); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003 (Standard Bent Glass Corp v Glassrobots Oy) 29 YBCA (2004) 978-89 (US No 457).

هرچند امروزه وجود «ارجاع کلي» در بارنامه‌هاي دريايي در حال از ميان رفتن است زيرا در بارنامه‌هاي استاندارد ارائه شده توسط نهادهاي فعال در اين زمينه، به داوري موجود در قرارداد اجاره کشتي «ارجاع صريح» داده مي‌شود. براي مثال ببينيد ماده 1 بارنامه موسوم به CONGENBILL 2007 (که داراي بيشترين کاربرد در حمل‌ونقل دريايي از طريق اجاره‌کشتي است) که مرتبط با قرارداد اجاره کشتي سفري موسوم به GENCON 94 است: < <https://www.bimco.org> > . [↑](#footnote-ref-451)
452. - United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 18 January 2005 (Rizalyn Bautista, et al v Star Cruises, et al) 30 YBCA (2005) 1070-85 (US No 513): ‘[T]o require an evidentiary showing in every case would be to make an unfounded inference from the terms of the convention’;

همچنين ببينيد:

Queen's Bench Division (Commercial Court), 7 March 1997 (Abdullah M Fahem and Co v Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (UK) Ltd) 23 YBCA (1998) 789-94 (UJ No 48); Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 28 March 2000 (Kil Management A/S v J García Carrión, SA) 32 YBCA (2007) 518-24 (Spain No 49); Efetio [Court of Appeal], Piraeus, decision 475 of 2005 and Areios Pagos [Supreme Court], decision 1932 of 2006 (Interpoint Shipping Limited v Myloi Soyas) 33 YBCA (2008) 555-9 (Greece No 15); Asliye Ticaret Mahkemesi [commercial court of first instance], Izmir, 19 November 2004 and Yargitay, 11th Civil Chamber, 19 January 2006 (Sarilar Uluslararasi Nak Ith Ihr Ltd Sti v Batinak Shipping Trading Co Ltd) 34 YBCA (2009) 822-6 (Turkey No 3); High Court of Ireland, 13 November 2009 (Kastrup Trae-Aluvinduet A/S v Aluwood Concepts Ltd) 35 YBCA (2010) 404-6 (Ireland No 3); [↑](#footnote-ref-452)
453. - در رابطه با وجود قوانين ملي مطلوب‌تر در برخي از کشورها در مقايسه با ماده (2)2 عهدنامه نسبت به پذيرش ارجاع کلي، ببينيد:

D Di Pietro, ‘Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference’, in E Gaillard, D Di Pietro & N Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008) 373ff. [↑](#footnote-ref-453)
454. - قرارداد منعقده به صورت ضمني، قراردادي است که اعلام رضايت يک و يا هر دوي طرفين آن، از اعمال و رفتار آنان استنباط مي‌گردد بدون آنکه آنان اراده خود را به طور صريح اعلام نمايند. قرارداد داوري ضمني مي‌تواند از طريق قبول ضمني منعقد گردد:

Corte di Cassazione [Supreme Court], 25 January 1991, 749 (Marc Rich & Co AG v Italimpianti SpA) 17 YBCA (1992) 554-8 (Italy No 116).

و يا از طريق اجراي قرارداد اصلي:

Bundesgericht [Federal Supreme Court], 31 May 2002 (A Ltd v B AG) 28 YBCA (2003) 835-41 (Switzerland No 34).

و يا از طريق شرکت در رسيدگي داوري بدون وجود يک قرارداد داوري معتبر:

Oberlandesgericht [Court of Appeal], Düsseldorf, 8 November 1971 (Seller (Netherlands) v Buyer (FR Germany)) 2 YBCA (1977) 237-8 (Germany No 8).

و يا از طريق رويه تجاري سابق طرفين (بر مبناي توافق ضمني دوطرف):

Gerechtshof [Court of Appeal], The Hague, 17 February 1984 (James Allen (Ireland) Ltd v Marea Producten BV (Netherlands)) 10 YBCA (1985) 485-6 (Netherlands No 9). [↑](#footnote-ref-454)
455. - براي مشاهده ليستي از قراردادهاي داوري خارج از قلمرو عهدنامه، ببينيد:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, reproduced in UNCITRAL Yearbook XXXI (2000), Part Tow, IV, B, para 12. [↑](#footnote-ref-455)
456. - N Kaplan, ‘Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?’ (1996-7) 5 (1) Asia Pacific Law Review. [↑](#footnote-ref-456)
457. - A van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981) 1: ‘The significance of the New York convention for international commercial arbitration makes it even more important that the convention is interpreted uniformly by the courts’. [↑](#footnote-ref-457)
458. - مجموعا 92 قانون تا ابتداي سال 2012، از اين سند به عنوان راهنماي قانون‌گذاري استفاده نموده‌اند که از اين ميان 17 قانون بر مبناي نسخه اصلاح شده 2006 قانون داوري نمونه آنسيترال بوده است. ببينيد: .< <http://www.uncitral.org> >

ايران نيز در سال 1376 و بر مبناي قانون داوري نمونه آنسيترال (1985) اقدام به تصويب «قانون داوري تجاري بين‌المللي» نمود که در بسياري از موارد (از جمله مباحث مرتبط با لزوم کتبي بودن قرارداد داوري) حاوي مقررات پيشرفته‌تري نسبت به قانون داوري نمونه آنسيترال مي‌باشد. [↑](#footnote-ref-458)
459. - Article 7(2): ‘The arbitration agreement shall be in writing. An Agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the another. The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract’. [↑](#footnote-ref-459)
460. - Tribunal Fédéral [Supreme Court], 5 November 1985 (Tracomin SA (Switzerland) v Sudan Oil Seeds Co Ltd (UK)) 12 YBCA (1987) 511-4 (Switzerland No 14); Tribunal Fédéral [Supreme Court], 16 January 1995 (Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC - Mediterranean Shipping Company SA) 21 YBCA (1996) 690-8 (Switzerland No 27); E Gaillard & J Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) para 618; J Lew, L Mistelis & S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) para 7-27. [↑](#footnote-ref-460)
461. - Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001) para 11: ‘[T]he Model Law may be useful in certain cases as a tool for interpreting existing international conventions and other international instruments that create legal obstacles to the use of electronic commerce […]‘. [↑](#footnote-ref-461)
462. -Tribunal Fédéral [Supreme Court], 21 March 1995 (Insurance company v Reinsurance company) 22 YBCA (1997) 800-6 (Switzerland No 29);

ديوان عالي سوييس در اين راي اعلام نمود که ماده (2)2 عهدنامه بايد به صورت مستقل و جداي از قانون ملي تفسير گردد. [↑](#footnote-ref-462)
463. - چنين تفسيري در راي دادگاه تجديدنظر حوزه قضايي پنجم آمريکا اعمال شده است،‌ ببينيد:

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 March 1994 (Sphere Drake Insurance PLC v Marine Towing, Inc et al) 20 YBCA (1995) 937-42 (US No 181);

و دادگاه‌هاي بدوي اين حوزه نيز از آن تبعيت نموده‌اند، براي مثال ببينيد:

United States District Court, Eastern District of Louisiana, 5 April 2006 (Gheroghe Tuca v Ocean Freighters, Ltd) YBCA 31 (2006) 1474-81 (US No 576).

در دادگاه‌هاي تجديدنظر حوزه‌هاي قضايي دوم و سوم آمريکا، چنين تفسيري مورد پذيرش قرار نگرفته است. ‌ببينيد:

United States Court of Appeals, Second Circuit, 29 July 1999 (Kahn Lucas Lancaster, Inc. v Lark International Ltd) 24 YBCA (1999) 900-8 (US No 287); United States Court of Appeals, Third Circuit, 20 June 2003 (Standard Bent Glass Corp v Glassrobots Oy) 29 YBCA (2004) 978-89 (US No 457). [↑](#footnote-ref-463)
464. - High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 July 1999 (XL Insurance Limited v Owens Corning) 26 YBCA (2001) 869-85 (UK No 57). [↑](#footnote-ref-464)
465. - A Alvarez, ‘Article II(2) of the New York Convention and the Courts’, in A van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application and the New York Convention*, ICCA Congress Series No 9 (Kluwer Law International, 1999) 72; T Landau & S Moollan, ‘Article II and Requirement of Form’, in E Gaillard, D Di Pietro & N Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008) 247-50.

برخي از نويسندگان نيز از رد يا تاييد تفسير خاص صورت گرفته در حوزه قضايي پنجم آمريکا، ‌اجتناب نموده‌اند. ببينيد:

E Brunet & Others, *Arbitration Law in America: A Critical Assessment* (Cambridge University Press 2006) 234; M Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge University Press 2012) 22. [↑](#footnote-ref-465)
466. - Article V(1): ‘Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made[…]’. [↑](#footnote-ref-466)
467. - چنين تفسيري براي اولين بار در آراي ديوان عالي کشور ايتاليا شکل گرفت. آراي ديوان عالي ايتاليا را مي‌توان به دو دسته تقسيم نمود، در پاره‌اي از آرا اعتبار شکلي قرارداد داوري در مرحله شناسايي و اجراي راي، بر پايه قاعده حل تعارض مقرر در ماده (الف)(1)5 عهدنامه (يعني بر پايه قانون منتخب طرفين و در صورت فقدان انتخاب بر طبق قانون مقر داوري) مورد ارزيابي قرار گرفته است:

Corte di Cassazione [Supreme Court], 15 April 1980, 2448 (Official Receiver in the Bankruptcy of Lanificio Walter Banci sas (Italy) v Bobbie Brooks Inc (USA)) YBCA VI (1981) 233-6 (Italy No 40); Corte di Cassazione [Supreme Court], 28 March 1991, 3362 (Universal Peace Shipping Enterprises SA v Montedipe SpA) 17 YBCA (1992) 562-3 (Italy No 118); Corte di Cassazione [Supreme Court], 20 January 1995, 637 (Conceria G De Maio & Figli snc v EMAG AG) YBCA XXI (1996) 602-6 (Italy No 139).

در پاره‌اي از آراي ديگر بيان گرديده است که اعتبار شکلي قرارداد داوري به هيچ عنوان در مرحله شناسايي و اجراي راي داوري مورد ارزيابي قرار نخواهد گرفت زيرا سنجش چنين اعتباري در مرحله طرح دعواي موضوع قرارداد داوري در دادگاه و يا توسط ديوان داوري مورد ارزيابي قرار گرفته است، در اين حالت تصميم دادگاه و ديوان داوري داراي اعتبار مختوم (*Res Judicata*) است:

Corte di Cassazione [Supreme Court], 3 July 1988, 4592 (Italo Meneghetti (Italy) v August Töpfer & Co GmbH (Germany)) 15 YBCA (1990) 493-5 (Italy No 102); Corte di Cassazione [Supreme Court], 8 August 1990, 7995 (Vento & C snc v ED & F Man (Coffee) Limited) 17 YBCA (1992) 545-50 (Italy No 114); Corte di Cassazione [Supreme Court], 21 January 2000, 671 (De Maio Giuseppe e Fratelli snc v Interskins Ltd) 27 YBCA (2002) 492-9 (Italy No 158).

اگرچه لازم به ذکر است که ديوان عالي ايتاليا، در پاره‌اي از آراي ديگر خود نسبت به اعمال ماده (2)2 عهدنامه در مرحله شناسايي و اجراي راي داوري نظر داده است:

Corte di Cassazione [Supreme Court], 26 May 1981, 3456 (Vicerè Livio (Italy) v Prodexport (Romania)) 7 YBCA (1982) 345-6 (Italy No 47); Corte di Cassazione [Supreme Court], 17 March 1982, 1727 (Fratelli Variola SpA (Italy) v Kampffmeijer sarl (France)) 9 YBCA (1984) 426-7 (Italy No 60); Corte di Cassazione [Supreme Court], 19 January 1984, 465 (Vacchelli Franco (Italy) v Brüder Grössing (Austria)) 10 YBCA (1985) 475-7 (Italy No 78). [↑](#footnote-ref-467)
468. - D Di Pietro & M Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958* (Cameron May 2001) § 2.1.2.3; J Lew, L Mistelis & S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) para 6-52. [↑](#footnote-ref-468)
469. - L Graffi, ‘Formal Invalidity of Arbitration Agreements at the Stage of Enforcement of the Arbitral Award Under the New York Convention: The Italian Judicial Approach’ (2002) 1 The European Legal Forum 50; A van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation 1981) 285; Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Vol I (3rd edn, Kluwer Law International 2009) 545-6. [↑](#footnote-ref-469)
470. - ببينيد ماده (1)1.7 اصول قراردادهاي تجاري بين‌المللي موسسه يکنواخت سازي حقوق خصوصي (2010):

‘Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade’.

«در تجارت بين‌الملل، هر طرف بايد مطابق با حسن‌نيت و معامله منصفانه اقدام نمايد». [↑](#footnote-ref-470)
471. - در ماده (2)7 قانون داوري نمونه آنسيترال (1985) صريحا به اين مورد اشاره شده است: «توافق داوري بايد به صورت کتبي باشد. توافق در صورتي کتبي است که ]...[ در مبادله دادخواست و لايحه دفاع که در آنها وجود توافق توسط يک طرف ادعا شده و توسط طرف ديگر انکار نشده، باشد». قوانين ساير کشورهايي که از اين سند به عنوان راهنماي قانون‌گذاري استفاده ننموده‌اند نيز حاوي مقرره مشابهي است،‌ براي مثال ببينيد ماده (5)5 قانون داوري انگلستان (1996). [↑](#footnote-ref-471)
472. - Estopple. [↑](#footnote-ref-472)
473. - (Waiver)؛ در قانون داوري نمونه آنسيترال و بسياري از قوانين ملي و قواعد داوري سازمان‌هاي داوري چنين بيان گرديده است که پس از اطلاع يکي از طرفين از عدم رعايت مقررات تکميلي قانون ملي و يا قواعد داوري سازمان داوري و عدم اعتراض فوري از سوي چنين شخصي، فرض بر اين خواهد بود که طرفين حق اعتراض خود را به طور ضمني اسقاط نموده‌اند. براي مثال ببينيد: ماده 4 قانون داوري نمونه آنسيترال (1985) و ماده 5 قانون داوري تجاري بين‌المللي ايران. همچنين ببينيد ماده 39 قواعد داوري اتاق بازرگاني بين‌‌المللي (2012) و ماده 27 قواعد داوري مرکز منطقه‌اي داوري تهران (1384) که هر دو بيان‌کننده قاعده «اسقاط حق» به طور ضمني مي‌باشند. [↑](#footnote-ref-473)
474. - Handelsgericht [Commercial Court], Zurich, 14 December 1989 (Assignee of Singapore seller v Swiss buyer) 18 YBCA (1993) 442-5 (Switzerland No 22); Superior Tribunal de Justiça [Supreme Court of Justice], 18 May 2005 (L'Aiglon SA v Textil União SA) 30 YBCA (2005) 437-9 (Brazil No 1); Bayerisches Oberstes Landesgericht [Bavarian Supreme Court], 23 September 2004 (K Trading Company v Bayerischen Motoren Werke AG) 30 YBCA (2005) 568-73 (Germany No 82); Tribunal Supremo [Supreme Court], Civil Chamber, 28 March 2000 (Kil Management A/S v J García Carrión, SA) 32 YBCA (2007) 518-24 (Spain No 49). [↑](#footnote-ref-474)
475. - United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 27 March 2001 (Mary D. Slaney v International Amateur Athletic Federation) 26 YBCA (2001) 1091-102 (US No 359). [↑](#footnote-ref-475)
476. - Court of Appeal, Athens, Decision 4458 of 1984 (Greek company v German company) 14 YBCA (1989) 638-40 (Greece No 10). [↑](#footnote-ref-476)
477. - Supreme Court of Hong Kong, 13 July 1994 (China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v Gee Tai Holdings Co Ltd) 20 YBCA (1995) 671-80 (Hong Kong No 8); Bayerisches Oberstes Landesgericht [High Court of Appeal of Bavaria], 23 September 2004 (K Trading Company v Bayerischen Motoren Werke AG) 30 YBCA (2005) 568-573 (Germany No 82). [↑](#footnote-ref-477)
478. - Corte di Cassazione [Supreme Court], 28 October 1993, 10704 (Robobar Ltd v Finncold SAS) 20 YBCA (1995) 739-41 (Italy No 131); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Frankfurt am Main, 26 June 2006 (Manufacturer v Buyer) 32 YBCA (2007) 351-7 (Germany No 103). [↑](#footnote-ref-478)
479. - ‘Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Done in New York, 10 June 1958’, Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its Thirty-Ninth Session, reproduced in the UNCITRAL Yearbook XXXVII (2006) part three, II. [↑](#footnote-ref-479)
480. - Working Group Report, UNCITRAL document A/CN.9/485, reproduced in The UNCITRAL Yearbook XXXI (2001) part tow, III, A.

مستند آنسيترال به منظور انتشار چنين توصيه‌نامه‌اي، پاراگراف هشت از بخش دوم قطعنامه شماره 2205 XXI)) سازمان ملل متحد که سند تاسيس آنسيترال مي‌باشد، بوده است. اين بند مقرر داشته است:

‘The Commission shall further the progressive harmonization and unification of the law of international trade by: […] *(d)* Promoting ways and means of ensuring a uniform interpretation and application of international conventions and uniform laws in the field of the law of international trade’. [↑](#footnote-ref-480)
481. - [UNCITRAL] ‘(1) *Recommends* that article II, paragraph 2, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive;

(2) *Recommends also* that article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agreement is sought to be relied upon, to seek recognition of the validity of such an arbitration agreement’. [↑](#footnote-ref-481)
482. - United States District Court, Southern District of California, 26 April 2000 (Chloe Z Fishing Co, Inc v Odyssey Re (London) Limited et al) 26 YBCA (2001) 910-38 (US No 341);

مقايسه کنيد با:

Oberlandesgericht [Court of Appeal], Cologne, 16 December 1992 (Seller v Buyer) 21 YBCA (1996) 535-41 (Germany No 44). [↑](#footnote-ref-482)
483. - French text of the New York Convention: ‘On entend par "convention écrite" […]’. [↑](#footnote-ref-483)
484. - چنين اختلافي در ساير نسخه‌هاي عهدنامه نيز وجود دارد،‌ به نحوي که نسخه‌هاي اسپانيايي و چيني عهدنامه حاوي عباراتي نزديک به نسخه فرانسوي بوده و نسخه روسي عهدنامه نيز، نزديک به متن انگليسي مي‌باشد:

UK Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (DAC) Report on Arbitration Bill (February 1996) Para 34: ‘The non-exhaustive definition in the English text (“*shall include*”) may differ in this respect from the French and Spanish texts, but the English text is equally authentic under Article XVI of the New York Convention itself, and also accords with the Russian authentic text’ < <http://plc.practicallaw.com/5-205-4994?source=relatedcontent#sect1pos1res1> > accessed 21 June 2012.

همچنين ببينيد:

T Landau, ‘The Requirement of a Written Form for An Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”’, in A van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Question*, ICCA Congress Series No 16 2002 (Kluwer Law International 2003) 68-70; G Born, *International Commercial Arbitration*, Vol 1 (3rd edn, Kluwer Law International 2009) 540. [↑](#footnote-ref-484)
485. - United States District Court, Southern District of California, 26 April 2000 (Chloe Z Fishing Co, Inc v Odyssey Re (London) Limited et al) 26 YBCA (2001) 910-38 (US No 341); Supreme Court of New South Wales, Australia, HIH Casualty & General Insurance (In Liq) v R J Wallace [2006] 68 NSWLR 603. [↑](#footnote-ref-485)
486. - Supreme Court of Hong Kong, High Court, 6 April 1995 (Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v Sulanser Company Limited) 21 YBCA (1996) 546-51 (Hong Kong No 10); Court of Appeal of Manitoba, 11 December 2002 (Sheldon Proctor v Leon Schellenberg) 28 YBCA (2003) 745-51 (Canada No 9); Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006 (Aloe Vera of America, Inc v Asianic Food (S) Pte Ltd and Another) 32 YBCA (2007) 489-506 (Singapore No 5). [↑](#footnote-ref-486)
487. - براي مثال دادگاه مي‌تواند بند داوري موجود در اساسنامه شرکت‌ها و معاهدات دو يا چند جانبه سرمايه‌گذاري را در چهارچوب ماده (2)2 عهدنامه مورد پذيرش قرار دهد (با اين وجود قراردادهاي داوري منعقده که تنها رضايت يکي از طرفين آن به صورت کتبي مي‌باشد و رضايت طرف ديگر به صورت شفاهي يا ضمني اعلام گرديده است، همچنان خارج از قلمرو عهدنامه خواهد بود).

در رابطه با شمول عهدنامه نيويورک نسبت به آراي داوري صادره از ديوان داوري ايران- ايالات متحده، ببينيد:

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 23 October 1989 (Gould, Inc et al (USA) v Ministry of Defense of Iran) 15 YBCA (1990) 605-11 (US No 100); United States District Court, District of Columbia, 10 December 1999 (Stephen M Flatow v The Islamic Republic of Iran et al, and FMC Corporation) 25 YBCA (2000) 1102-4 (US No 331).

و براي ديدن نظر مخالف، ببينيد:

High Court of Justice, 26 July 1985 (Mark Dallal (USA) v Bank Mellat (Iran)) 11 YBCA (1986) 547-54 (UK No 20); Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 28 June 2001(Abrahim Rahman Golshani v The Government of the Islamic Republic of Iran, Bureau for International Legal Services) 27 YBCA (2002) 439-44 (France No 33). [↑](#footnote-ref-487)
488. - P Sanders, ‘The History of the New York Convention’, in A van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No 9 (Kluwer Law International 1999) 42. [↑](#footnote-ref-488)
489. - Bundesgerichtshof [Supreme Court], 25 May 1970 (Seller (Austria) v Buyer (FR Germany)) 2 YBCA (1977) 237 (Germany No 7); Gerechtshof [Court of Appeal], The Hague, 4 August 1993 (Owerri Commercial Inc v Dielle srl) 19 YBCA (1994) 703-7 (Netherlands No 15); High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 28 July 1999 (XL Insurance Limited v Owens Corning) 26 YBCA (2001) 869-5 (UK No 57); Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 21 November 2006 (Groupama Transport v MS Regine Hans und Klaus Heinrich KG) 23 YBCA (2007) 294-6 (France No 40); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Celle, 14 December 2006 (Shipowner v Charterer) 32 YBCA (2007) 372-82 (Germany No 106); Oberster Gerichtshof [Supreme Court], 3 September 2008 (O Limited, et al v C Limited) 34 YBCA (2009) 409-17 (Austria No 20); Rechtbank [Court of First Instance], Rotterdam, 29 July 2009 (Claimant v Ocean International Marketing BV, et al) 34 YBCA (2009) 722-32 (Netherlands No 33); E Gaillard & J Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) para 614; International Council for Commercial Arbitration (ICCA), *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* (2011) 26-7.

برخي از نويسندگان اعمال ماده (1)7 عهدنامه در رابطه با قرارداد داوري را مورد انتقاد قرار داده‌اند. آنان معتقدند در صورتيکه دادگاه با اعمال قوانين ملي مطلوب‌تر از رسيدگي به ماهيت دعوي خودداري نموده و طرفين را به داوري ارجاع نمايد، درحاليکه قانون ملي کشور مقر داوري (که ديوان داوري موظف به تبعيت از آن است) سخت‌گيرانه‌تر باشد، نتيجتا ديوان داوري راي به عدم صلاحيت خود خواهد داد. در اين صورت تعارض منفي ايجاد شده و امکان طرح دعوا در دادگاه و ديوان داوري ممکن نخواهد بود، ‌ببينيد:

J-F Poudret & S Besson, *Comparetive Law of International Arbitration* (S Berti & A Ponti trs, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2007) 54 & 151-2. [↑](#footnote-ref-489)
490. - Tribunal Fédéral [Federal Supreme Court], 5 November 1985 (Tracomin SA (Switzerland) v Sudan Oil Seeds Co Ltd (UK)) 12 YBCA (1987) 511-4 (Switzerland No 14). [↑](#footnote-ref-490)
491. - Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 24 February 1994 (Ministry of Public Works v Bec Frères) 22 YBCA (1997) 682-90 (France No 25); Oberlandesgericht [Court of Appeal], Düsseldorf, 15 December 2009 (Seller v German Buyer) 35 YBCA (2010) 386-8 (Germany No 135). [↑](#footnote-ref-491)
492. - در رابطه با مذاکرات صورت گرفته نسبت به انتخاب عنوان اين سند مبني بر به کارگيري اصطلاح اعلاميه (declaration) يا توصيه‌نامه (recommendation) و همچنين مخاطب چنين سندي، ببينيد:

Working Group Report, UNCITRAL document A/CN.9/485, reproduced in The UNCITRAL Yearbook XXXI (2001) Part Tow, III, A, para 66. [↑](#footnote-ref-492)
493. - Article 31 (3): ‘There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’; T Landau & S Moollan, ‘Article II and Requirement of Form’, in E Gaillard, D Di Pietro & N Leleu-Knobil (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Cameron May 2008) 239ff. [↑](#footnote-ref-493)
494. - براي مطالعه متن کامل پاسخ کشورهاي فوق، مراجعه کنيد:

UNCITRAL Secretariat Note, UNCITRAL documents A/CN.9/661 and add. 1-3.

متن کامل پاسخ ايران (که در اولين سند فوق آمده است) چنين بوده است:

‘1. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) recommended that article II, paragraph 2, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, be applied recognizing that the circumstances described therein are not exhaustive.

2. According to the Iranian Law on International Commercial Arbitration (enacted on 17 September 1997); an “Arbitration agreement” is “an agreement between two parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise in respect of a specific legal relationship whether contractual or not. Arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.” (Article 1(c) of the Law). Furthermore, article 7 of the aforementioned Iranian Law provides that “The arbitration agreement shall be contained in a document signed by the parties, or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of communication, which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and is not de facto denied by another. The reference in a written contract to a document containing an arbitration clause constitutes an independent arbitration agreement.”

3. The Islamic Republic of Iran is accordingly of the view that although the Iranian law recognizes that the arbitration agreement may be concluded in different manners and forms, it needs to be proved by sufficient and clear evidence that a valid and binding agreement is in fact concluded between the parties to refer to arbitration. This being said, we believe that the sweeping language of the proposed article II, paragraph 2 of the New York Convention needs to be qualified to indicate that the arbitration agreement must be proved to have been properly concluded. To this end, it should be reaffirmed that the circumstances described in article II, paragraph 2, of the Convention are not exhaustive, “to the extent that they are supported by convincing evidences, indicating the existence of such agreement” This is based on the notion that there must be sufficient proof of the parties’ mutual agreement to arbitrate.

4. On article VII, paragraph 1, of the New York Convention, the Islamic Republic of Iran believes that the amended language of this paragraph which focuses on the arbitration agreement rather than the arbitral award, to receive favourable treatment available under the domestic laws or the treaties of the country where the recognition is sought, is more consistent with the provisions of article II, paragraph 2 of the Convention. We support the proposed amendment as it removes the ambiguity of the language of that paragraph’. [↑](#footnote-ref-494)
495. . Battle of Forms [↑](#footnote-ref-495)
496. . United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) or CISG. [↑](#footnote-ref-496)
497. . UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) Principles of International Commercial Contracts, 2010, or UPICC. Article 2.1.22 [↑](#footnote-ref-497)
498. . The Principles of European Contract Law, 2002 or PECL. Article 2:209. [↑](#footnote-ref-498)
499. . Uniform Commercial Code, 2004 or UCC. Article 2-207. [↑](#footnote-ref-499)
500. . Purchase or Sale Order [↑](#footnote-ref-500)
501. . Acknowledgment of Order [↑](#footnote-ref-501)
502. . General Terms [↑](#footnote-ref-502)
503. . Boilerplate [↑](#footnote-ref-503)
504. . برخي نويسندگان در تحليل مواد مربوط به تقابل فرمها در قانون متحدالشكل تجارت ايالات متحده امريكا احكام دو حالت را از هم تفكيك نموده‌اند: حالتي كه در ابتدا طرفين به توافقی مي رسند و بعد تبادل فرم براي تأييد نهايي انجام مي‌شود و حالت ديگر اينكه قبل از تبادل فرمها توافقي وجود ندارد(Brown, 1991,940-942).در این نوشتار تنها حالت دوم منظور است. [↑](#footnote-ref-504)
505. . Mirror Image Rule [↑](#footnote-ref-505)
506. . Last Shot or Last Word Doctrine [↑](#footnote-ref-506)
507. . البته بنا به نظر برخی، اعتبار قاعده آخرین کلام در تقابل فرم‌ها مختص زماني است كه آنچه تحت عنوان ايجاب متقابل بيان مي‌شود تفاوت بنيادي با شرايط ايجاب اوليه نداشته باشد واگر این تغایر اساسی وجود داشته باشد، شرايط متفاوت باید به طور مشخص به نظر طرف مقابل برسند. ( Gabriel, 1993-4,1056) [↑](#footnote-ref-507)
508. .ماده 194 قانون مدنی ایران – حد اقل در نگاه اول - بیانگر پذیرش قاعده لزوم تطابق کامل ایجاب با قبول است. در توضیح این ماده می توان گفت که " قبول ایجاب در صورتی به توافق می انجامد که مطلق باشد و پیشنهاد طرف چنان که هست پذیرفته شود و هر گاه قید و شرطی بر آن بیافزاید، ایجاب تازه ای است که نیاز به قبول طرف دارد" .( کاتوزیان، 1385، 197) بر مبنای این ماده و با این تفسیر به نظریه آخرین کلام می رسیم، اما راه برای پذیرش نظریات دیگر هم در حقوق ایران باز است که در ادامه بدان خواهیم پرداخت. [↑](#footnote-ref-508)
509. . Arbitrary [↑](#footnote-ref-509)
510. . Ping-Pong Effect [↑](#footnote-ref-510)
511. . Knockout Rule [↑](#footnote-ref-511)
512. . ابهام در مقرره 207-2 از قانون متحدالشكل تجارت ايالات متحده امريكا در تقابل فرمها تفاسير متعدد و متفاوتي را ایجاد کرده است . به نظر می رسد درکل، انتساب نظريه «تساقط شروط متعارض» به اين قانون طرفداران بیشتری دارد. [↑](#footnote-ref-512)
513. . در نظام قراردادی حقوق ایران قصد مشترک و واقعی طرفین در شکل گیری قرارداد در موارد متعددی تعیین کننده است که نمونه روشن آن مواد 218 و 463 قانون مدنی است. به طور کلی اهمیتی که به اراده واقعی طرفین در برابر آنچه توسط آن ها برای انعقاد قرارداد اعلام می شود می دهیم ، به این می انجامد که در تعارض بین این دو، اراده واقعی طرفین را تعیین کننده نوع و ماهیت عقد بدانیم .( کاتوزیان، 1385، 195). با این مبنا می توان شروط و مفاد قراردادی را هم در فرض تعارض فرم ها، تابع اراده واقعی طرفین دانست و تقدم یا تاخر فرم های مبادله شده را در این مجال بی اهمیت دانست، موضعی که به نظر می رسد با روح نظام حقوقی ایران نیز سازگار است. [↑](#footnote-ref-513)
514. . First Shot Rule or Ruling out or Fall out Rule [↑](#footnote-ref-514)
515. .عین ماده و ترجمه فارسی آن به شرح ذیل است:

Additional Terms in Acceptance or Confirmation.

	1. A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.
	2. (2)The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

b) they materially alter it; or

c) Notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

شروط اضافی در قبول یا تایید:

1) بیان به موقع و قاطع قبولی يا تأييديه كتبي كه در مدت معقولي فرستاده مي‌شود به عنوان قبولی عمل مي‌كند حتي اگر شروطي اضافه يا متفاوت از آنچه در ايجاب آمده يا مورد توافق واقع شده است را بيان كند، مگر اينكه قبولي صريحاً مشروط به موافقت با شروط متفاوت يا اضافي شده باشد.

2) شروط اضافي مي‌بايست به عنوان پيشنهاداتي براي افزودن به قرارداد تفسیر شوند. در ميان بازرگانان اين شروط جزئي از قرارداد مي‌شوند مگر اينكه:

الف) ايجاب صريحاً قبول را محدود به شرایط ايجاب نمايد؛

ب)آنها به طور اساسي آن را تغيير دهند، يا

ج) اعلان اعتراض به آنها قبلاً داده شده باشد يا در مدت معقولي پس از وصول اخطار آنها ، داده شود.

3) رفتار هر دو طرف كه وجود يك قرارداد را به رسمیت می شناسد براي تثبیت قرارداد بيع كافي است، اگرچه نوشته‌هاي طرفين طور دیگر قرارداد را تثبیت ننماید. در اين حالت شرایط آن قرارداد خاص، شامل آن شروطی مي‌شود كه نوشته‌هاي طرفين در آن قسمت با هم موافقت دارند، به اضافه شروط تكميلي كه تحت ساير مقررات اين قانون درج شده اند. [↑](#footnote-ref-515)
516. .<http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code#Section_2-207:_Battle_of_the_forms>

Last visited on April 23, 2013 [↑](#footnote-ref-516)
517. .مقرره 201022 در این اصول در تقابل فرمهاست که به همراه ترجمه فارسی آن در زیر آورده می شود:

Battle of Forms

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

تقابل فرم ها:

زماني كه دو طرف از شروط استاندارد استفاده مي‌كنند و غير از آن شروط استاندارد در بقيه موارد به توافق مي‌رسند، قرارداد براساس شروط مورد توافق و هر شرط استانداردي كه در ماهيت با هم مشترك هستند منعقد مي‌شود، مگر اينكه يك طرف به روشني و پيشاپيش بيان كند ، يا بعداً و بدون تأخير غيرموجه طرف ديگر را آگاه كند كه قصد ندارد به چنين قراردادي ملتزم شود.

با توجه به مقرره فوق روشن است که در این اصول نظریه تساقط شروط متعارض پذیرفته شده است. [↑](#footnote-ref-517)
518. . مقرره 2:209 در این اصول در تقابل فرمهاست که به همراه ترجمه فارسی آن در زیر آورده می شود:

Conflicting General conditions

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties

شروط عمومی متعارض

1) اگر طرفين با هم به توافق رسیده اند ولی ايجاب و قبول به شروط عمومي متعارض قرارداد اشاره می کنند ،معهذا، قرارداد منعقد مي‌شود. شروط عمومي تا جايي كه در ماهيت مشترك باشند جزئي از قرارداد را تشکیل می دهند.

2) به هر روي قرارداد منعقد نمي‌شود اگر يك طرف:

الف) پيشاپيش و صريحاً و نه به وسيله شروط عمومي نشان داده باشد كه قصد ندارد براساس پاراگراف (1) به قرارداد ملتزم شود؛ يا

ب) بدون تأخير، طرف ديگر را آگاه كند كه قصد ندارد به چنين قراردادي ملتزم شود.

3) شروط عمومي قرارداد، شروطي هستند كه پيشاپيش براي تعداد نامعینی از قراردادها كه طبيعت معینی دارند طراحی شده‌اند، و اینکه در هر مورد به صورت جداگانه بين طرفين مورد مذاكره قرار نگرفته‌اند.

بند یک از این ماده نشان می دهد که نظریه تساقط شروط متعارض مورد پذیرش نویسندگان این اصول بوده است. [↑](#footnote-ref-518)
519. . پيشنهاد نماينده بلژيك براي گنجاندن مقرره‌اي در خصوص تقابل فرمها در عهدنامه موفقيت‌آميز نبود، ببینید:

Official Records (A/CONF.97/C.1/SR.10, in A/CONF.97/19 at 288-289 [↑](#footnote-ref-519)
520. .ماده 19 عهدنامه:

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect.

If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party’s liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

1) پاسخ ايجاب كه بناست قبولی باشد ولي در بر دارنده اضافات، محدوديتها یا ساير تعدیلات است، رد ايجاب محسوب مي‌شود و يك ايجاب متقابل را تشكيل مي‌دهد.

2) به هر صورت پاسخ ايجاب كه بناست قبولي باشد ولي شرایط اضافه يا متفاوتي در بر دارد كه به صورت اساسي شرایط ايجاب را تغيير نمي‌دهد، قبولي محسوب مي‌شود مگر اينكه ارایه دهنده ايجاب بدون تأخير ناموجه، به صورت شفاهي يا با ارسال اخطاری به اين عدم تطابق اعتراض نمايد، اگر بدين صورت اعتراض نكند، شرایط قرارداد، شرایط ايجاب است، با تعدیلاتی كه در قبول وجود دارد.

3) شرایط اضافه یا متفاوت مربوط به - ونه منحصر در- ثمن، پرداخت، كيفيت و کمیت كالا، زمان و مكان تحويل، حدود مسووليت يك طرف نسبت به ديگري يا حل و فصل اختلافات، تغییر دهنده شرایط ايجاب به طور اساسي تلقی می شوند.

البته در یک نگاه وسیعتر مواد بیشتری از عهدنامه به نوعی با تقابل فرمها مربوطند(Moccia, 1989-90,656-666) [↑](#footnote-ref-520)
521. . اصل مسأله وارد نمودن شروط و مفاد ثابت و استاندارد قراردادي در قراردادهاي بيع كه قانون حاكم بر آنها عهدنامه بيع بين‌الملل است و اعتبار و يا عدم اعتبار اين شروط استاندارد که مستقلا در هر قراردادی مورد مذاکره قرار نمی گیرند (صرفنظر از اینکه با هم تعارض پیدا بکنند یا نه) از منظر عهدنامه ازجمله مسائلي است كه باعث بوجود آمدن رويه‌هاي متفاوتي در كشورهاي گوناگون شده است كه با تقابل فرمها در كنوانسيون بيع بين‌الملل نيز مرتبط است اما مجال ديگري براي بحث مي‌طلبد. جهت مطالعه بیشتر ببینید ,2011,1-31) ( Eiselen [↑](#footnote-ref-521)
522. . اين جمله اين بود:

''…. Unless the offeree by virtue of the offer or the particular circumstances of the case has reason to believe they are acceptable to the offeror.''

«... مگر اينكه مخاطب ايجاب به علت ويژگي ايجاب يا شرايط خاص قضيه دليلي براي باور به اين مسئله داشته باشد كه اين تغييرات [كه قاعدتا بنا بوده اساسي محسوب شوند] مورد قبول ايجاب كننده مي‌باشند.» [↑](#footnote-ref-522)
523. .Gap [↑](#footnote-ref-523)
524. .تفکیک بین خلاهای داخلی و خارجی در عهدنامه که توسط برخی نویسندگان طرح شده است جالب توجه است. با این ادبیات عدم وجود مقرره در تقابل فرمها در عهدنامه یک خلا داخلیست که باید در چارچوب عهدنامه حل شود؛یعنی با وجود اینکه تقابل فرمها موضوعا از شمول عهدنامه خارج نیست، عهدنامه در این خصوص مقرره ندارد. (McMahon, 2006,992-1032) [↑](#footnote-ref-524)
525. . Article 2.1.22 [↑](#footnote-ref-525)
526. . Modified Acceptance , Article 2: 208. [↑](#footnote-ref-526)
527. . Conflicting General Terms, Article 2: 209. [↑](#footnote-ref-527)
528. . با همين مبنا برخي به مقايسة قانون متحدالشكل تجارت ايالات متحدة امريكا و عهدنامه بيع بين‌المللي كالا در خصوص تقابل فرمها پرداخته‌اند و معتقدند كه عهدنامه، قطعيت و قانون متحدالشكل توافق واقعي طرفين را برگزيده است: (Kelso, 1983,555) [↑](#footnote-ref-528)
529. .مثلا مواد (2) 29 و (1) 9 و (2) 8 و (1) 8 و (2) 16 و (3) 18 و (1) 18 وقوع قراردادی معتبر را تایید می‌کنند. [↑](#footnote-ref-529)
530. . دادگاه عالی فدرال آلمان از این نظر پیروی کرده است (Wildner, 2008,1-30) [↑](#footnote-ref-530)
531. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)

Date of adoption: 11 April 1980
Entry into force: 1 January 1988

<https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg>

<https://cisg-online.org/Travaux-preparatoires/1964-hague-sales-laws>

“The CISG as adopted in 1980 and in force today owes much of its content to earlier preparatory work conducted under the auspices of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) since the 1930s.

UNIDROIT's work on the international sale of goods culminated in two uniform laws, the Uniform Law on the International Sale of Goods (commonly abbreviated as 'ULIS') and the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods ('ULF'). Both uniform laws were adopted on 1 July 1964 at The Hague, following a diplomatic conference convened by the Government of the Netherlands.

[Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, done at The Hague, 1 July 1964 (ULIS)](https://cisg-online.org/media/HG398I6R/convention-international-sale-goods1964.pdf)

[Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, done at The Hague, 1 July 1964 (ULF)](https://cisg-online.org/media/J14S52YJ/convention-formation-contracts-international-sale-goods1964.pdf)

…….

ULIS and ULF both entered into force in 1972 and were adopted by an overall number of nine (mostly Western European) States. As Article 99(3) of the CISG requires any State which ratifies, accepts, approves or accedes to the CISG to at the same time denounce the 1964 Hague Sales Laws, ULIS and ULF have largely lost their practical relevance today. Nevertheless, they retain a certain importance for the interpretation of CISG provisions.”

https://cisg-online.org/Travaux-preparatoires/1964-hague-sales-laws [↑](#footnote-ref-531)
532. https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulfc-1964/ [↑](#footnote-ref-532)
533. https://www.unidroit.org/english/conventions/1964ulis/convention-international-sale-goods1964 [↑](#footnote-ref-533)