



تکمیل نظام حقوقی حاکم بر حمل و نقل بین‌المللی توسط عرف‌های فراملی*



دکتر مازیار ذبیحی - دکتر محسن محبی - دکتر یوسف خرم‌فرهادی

This is an open access article under the CC BY license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

چکیده

در کنوانسیون‌ها و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی که موضوعشان حقوق حمل و نقل بین‌المللی است، تابعان فعال نقش کمتری را در اجرای مقرراتی که خود وضع کرده‌اند دارند. دولت‌ها و سازمان‌های بین‌الدولی در راستای نیاز جامعه حمل و نقل این مقررات را تصویب کرده و از جهتی سعی در به‌نظم درآوردن و یکپارچه‌سازی آن‌ها دارند. این مقررات با عرف‌های فراملی تکمیل می‌شوند و این عرف‌ها معاهدات و قطعنامه‌ها را بدون هیچ تغییری قابل ملاحظه‌ای، شکل‌دهی می‌کنند. در این مقاله سؤال اصلی ما این است که عرف‌های فراملی تابعان منفعل، چگونه باعث تکمیل کنوانسیون‌هایی می‌شوند که تابعان فعال وضع کرده‌اند؟ زوایای حقوقی عدم مطابقت عرف‌های فراملی با کنوانسیون‌ها و قطعنامه‌های حمل و نقلی و نیز تأثیری که در تفسیر و تضمین اجرای معاهدات حمل و نقل دارند را با شیوه توصیفی و تحلیلی مورد بررسی قرار دادیم و در پایان به این نتیجه رسیدیم که میزان امری بودن معاهده یا قطع‌نامه اجازه به وجود آمدن عرف مؤخر یا ثانوی را می‌دهد، شکل‌گیری عرف مؤخر امری اجتناب‌ناپذیر است و نقش مثبتی را هم در احراز مسؤولیت و ضمانت اجرا خواهد داشت.

کلیدواژگان

حمل و نقل بین‌المللی، سازمان‌های بین‌الدولی، عرف فراملی، قطع‌نامه‌ها، معاهدات.

* این مقاله برگرفته از رساله دکتری مازیار ذبیحی با عنوان «نقش عرف در تحول نظام حقوقی حاکم بر حمل و نقل بین‌المللی» با راهنمایی دکتر محسن محبی است.

— دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

— نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران / ایمیل: m-mohebi@srbiau.ac.ir

— استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

مقدمه

در حقوق بین‌الملل دو نوع تابع وجود دارد، یکی تابع فعال که کشورها و سازمان‌های بین‌المللی هستند، و دیگری تابع منفعل که اشخاص و سازمان‌های خصوصی فراملی و نیز داخلی می‌باشند. واضح است که تابعان فعال می‌توانند حق و تکلیف ایجاد کنند ولی در مقابل تابعان منفعل فقط مورد حق و تکلیف قرار می‌گیرند و اجازه ایجاد حق و تکلیف در حقوق بین‌الملل عمومی را ندارند. از این رو مقررات حقوق بین‌الملل عمومی در خصوص حمل و نقل بین‌المللی، باید مستقیماً از جانب کشورها به صورت معاهدات و کنوانسیون‌های حمل تصویب شده و الزامی بشوند. بعد از تصویب این کنوانسیون‌ها دیگر خود دولت‌ها نیستند که اجراکننده مفاد آنها هستند، بلکه متصدیان حمل و بازرگانان به اجرای آنها می‌پردازند. لذا باید مقرراتی وارد حقوق بین‌الملل عمومی شده و نمود پیدا کند تا کارایی عملی خود را در میان تابعان حمل و نقل بین‌المللی نشان دهد.

از این روست که عرف‌های فراملی احاکم بر حقوق حمل و نقل بین‌المللی، بهترین گزینه برای ایجاد مقررات کنوانسیونی هستند و با تصویب دولت‌ها وارد حقوق بین‌الملل عمومی می‌شوند. برای مثال اینکه مدت مسؤولیت متصدی حمل از زمان دریافت کالا تا زمان تحویل آن باشد و یا اینکه در مواقع اضطراری، که جان افراد در خطر است، متصدی حمل دریایی می‌تواند کالا را در دریا رها کند و مسؤولیتی هم نداشته باشد تحت عنوان مقررات نجات دریایی، به صورت عرفی بوده و در گذشته در کنوانسیون‌های مختلف مانند یورک آنتورپ^۱ درج شده است و نمونه آخر این مقرر مواد ۱۲ و ۱۶ کنوانسیون روتردام^۲ است. برخی سازمان‌های بین‌الدولی سعی داشته‌اند تا با تسهیل تجارت در حقوق بین‌الملل عمومی نقش دولت‌ها پررنگ‌تر کنند ولی الزاماً موفق نشده‌اند. برای مثال عدم هماهنگی با حقوق عرفی بازرگانی در رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی باعث شده تا آمریکا که «خواستار تجدیدنظر جدی در رویه رکن حل و فصل اختلاف است و حتی توقف فعالیت‌های آن سازمان برایش اهمیتی ندارد در حالی که به‌عنوان اولین اقتصاد دنیا و دومین صادرکننده جهان مسائل زیادی در روابط تجاری آن کشور ممکن است به وقوع بپیوندد که بر منافع ملی اش تأثیر بگذارد»^۳ (Fakheri, 2020: 31-32).

عرف نانوشته که گاهی می‌توانند در بین انواع حمل و نقل جابجا شوند، مثلاً مسؤولیت محدود ابتدا در حقوق حمل و نقل دریایی به وجود آمد ولی بعدها به حقوق حمل و نقل هوایی، زمینی و

^۱. Transnational custome

^۲. York Antwerp

^۳. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2008)

دریایی هم سرایت کرد و متصدیان حمل، تلاش کردند تا موارد تحدید مسؤولیت‌شان را که به‌طور عرفی در میان خودشان برقرار بود، در کنوانسیون‌های بین‌المللی هم جاسازی کنند (Damar, 2011: 7) و یا حاکمیت کشورها بر فضای آسمان سرزمین و دریای سرزمینی در خصوص حمل کالا و مسافر عرفی بوده که در ماده ۱ کنوانسیون شیکاگو هم آمده است (Cogliati-Bantz, 2015: 24). گاهی هم ممکن است موارد جدیدی در حمل و نقل بین‌المللی به وجود آید که عرفی برای آن وجود ندارد و یا اگر عرف‌های محلی هم هست با یکدیگر هم‌شکل نیستند و همین موضوع باعث می‌شود تا کشورها با انعقاد معاهداتی اقدام به یکسان‌سازی مقررات جدید کنند. از طرفی این مقررات ممکن است همه موارد موجود را نتوانند پیش‌بینی کنند و با خلأ وضعیت حقوقی مواجه شویم که کنوانسیون مقرره‌ای برای آن در نظر نگرفته است. لذا در راستای تکمیل این کنوانسیون‌ها و نیز نحوه اجرای آن‌ها مقرراتی در رویه و عرف متصدیان حمل و بازرگانان شکل می‌گیرد که باعث پر شدن این خلأها می‌گردد.

در این مقاله ما به این دسته از عرف‌های فراملی که پرکننده خلأهای موجود در معاهدات حمل و نقل بین‌المللی هستند می‌پردازیم. سؤال اساسی این پژوهش در این راستا خواهد بود که اولاً عرف‌های فراملی، چگونه باعث تکمیل معاهدات حمل و نقل بین‌المللی می‌شوند و در موارد تعارض این عرف‌ها با معاهدات و قطع‌نامه‌های سازمان‌های بین‌الدولی، تکلیف حقوقی این وضعیت به چه صورت خواهد بود؟ فرض بر این است که عرف مؤخر تکمیل‌کننده معاهدات و قطع‌نامه‌های صادره از سوی سازمان‌های بین‌الدولی مربوط به حمل و نقل هستند و به تفسیر، تضمین اجرا، و احراز مسؤولیت طرفین کمک می‌کنند و خود دادرس هم می‌تواند عرف فراملی تکمیل‌کننده کنوانسیون را احراز کند.

۱- پیشینه پژوهش

همچنین دکتر «اندرو گرینر» در مقاله خود تحت عنوان عرف و ساده‌سازی تجارت (۲۰۱۲)، ضمن تعریف ساده‌سازی، به تأثیر این عرف‌ها در ساده‌سازی، یکسان‌سازی، مدرن‌سازی و استانداردسازی حقوق تجارت بین‌الملل پرداخته‌اند و مواردی که تعارض منافع در این موضع را ایجاد می‌کند مورد بررسی قرار دادند که در نوع خود بسیار جالب توجه است و در پایان هم بیان داشته‌اند سازمان تجارت جهانی هم در مذاکرات خود همیشه موارد مربوط به ساده‌سازی این عرف‌ها را مدنظر قرار می‌دهد. ولی اثرات مؤخر و مقدم را در تسهیل امر تجارت مورد ارزیابی نداده‌اند.

بینگ بینگ جیا مقاله‌ای را تحت عنوان ارتباط میان عرف و معاهده منتشر کردند (۲۰۱۰) و

¹. Uniform

در آن ضمن بیان اینکه ارتباط میان معاهده و عرف از مهم‌ترین موضوعات در رویه و عمل هست، از الزامات متقابل و ارتباط میان این دو منبع سخن گفتند و علاوه اینکه بر تفاوت میان عرف بین‌المللی میان دولت‌ها و عرف فراملی تأکید داشتند، این موضوع را هم اظهار کردند که عرف و معاهده باید همیشه جدای از هم پیش بروند تا نظم حقوقی خللی نداشته باشد. با وجود این، ایشان به نحوه تکمیل معاهدات توسط عرف‌های فراملی اشاره‌ای نداشتند.^۱

همچنین سیلویا فازیو در کتابی بانام یک‌شکل سازی حقوق تجارت بین‌الملل (۲۰۰۷)، خود به طریقه ایجاد وحدت رویه و عوامل متعدد از قبیل تلاش سازمان‌های خصوصی بین‌المللی و سازمان تجارت جهانی و نیز بازخوردی که این تلاش‌ها در ایجاد وحدت رویه در حقوق تجارت بین‌الملل داشته اشاره داشته‌اند ولی به نقش خاص عرف فراملی در راستای معاهدات اشاره‌ای نکرده‌اند.^۲

روی ام گوود در مقاله‌ای تحت عنوان عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی (۱۹۹۷)، به جنبه‌های مختلف عرف در حقوق فراملی مانند سلسله‌مراتب، ماهیت و نیز نحوه تشکیل عرف‌های فراملی اشاره کردند. در این مقاله همچنین به ارتباط عرف‌های فراملی با دیگر منابع حقوقی و نیز وجود کنوانسیون‌ها به عنوانی گواهی بر عرف از پیش موجود و همچنین موارد مورد بحث تعارض قوانین میان عرف‌های فراملی و مقررات کشورها پرداختند ولی تأثیر این عرف‌ها در تکمیل کنوانسیون‌های حمل‌ونقل بین‌المللی و نیز چگونگی اثرگذاری آن‌ها در این مقاله مغفول مانده بود.^۳

۲- مبانی نظری: اثر ثانویه عرف فراملی

حمل‌ونقل پدیده‌ای است که رشته‌های مختلف آن ریشه‌های حیات اقتصادی بشر را تغذیه می‌کند. حتی در اتحادیه اروپا، در ماده ۴ بخش دوم معاهده لیسبون ۲۰۰۷، حمل‌ونقل یکی از بخش‌هایی در نظر گرفته شده است که اتحادیه موظف به اشتراک‌گذاری صلاحیت خود با دولت‌های عضو شده است و در طرف دیگر این اجبار، امنیت عمومی اروپا نهفته است

^۱ Jia. Bing. Bing. (2010). The Relations between Treaties and Custom. Chinese Journal of International Law. 9(1). 81-109.

^۲ Fazio. Silva. (2007). The Harmonization of International Commercial Law. Netherlands pub. Kluwer law International.

^۳ Cofilict of Law

^۴ M. Goode. Rooy. (1997). Usage and its Reception in Transnational Commercial Law. International and Comparative Law Quarterly, 46(1), 1-36.

^۵ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

(Margherita, 2016: 4). هیچ دولت و سازمان سیاسی بدون حمل و نقل و ارتباطات نمی‌تواند موجودیت خود را تثبیت نماید زیرا اداره تشکیلات داخلی و نشر اصول و قوانین مملکتی و جابه‌جائی نیروی نظامی و امنیتی در همه حال نیازمند برخورداری از یک سیستم اطمینان‌بخش حمل و نقل و ارتباطات است (Md Almas, Abu Yusuf, 2011: 30).

مقصود از عرف در اینجا عرف میان کشورها^۱ نیست، بلکه عرف فراملی^۲ میان تابعان حمل و نقل بین‌المللی است که در جهت تکمیل کنوانسیون‌هایی بکار می‌رود که توسط تابعان فعال وضع شده‌اند. عرف‌های فراملی از درون عملکرد شرکت‌های فراملی ناشی می‌شوند، و این شرکت‌ها همانند سازمان‌های بین‌المللی آن‌قدر قدرت دارند تا با رویه خود موارد قانونی یا غیرقانونی نسبت به اعضای صنف خود را تعیین کنند (Fazio, 2007: 37). عرف و معاهده آثار متقابلی دارند. «این آثار می‌تواند چهار صورت مختلف داشته باشد، اثر ایجاد، اثر اعلامی، اثر تکمیلی و بالاخره اثر تفسیری» (Najandimanesh and raee dehghan, 2018: 138). در این پژوهش ما به اثرات تکمیلی و تفسیری عرف فراملی در کنوانسیون‌های حمل و نقل بین‌المللی می‌پردازیم.

۳- تاریخچه پیدایش عرف فراملی در حمل و نقل بین‌المللی

سابقه جمع‌آوری و تدوین عرف‌ها به اوایل قرن بیستم برمی‌گردد. برای نخستین بار در سال ۱۹۸۳، کشور هلند «کنفرانس لاهه مربوط به حقوق خصوصی»^۳ را برگزار کرد که هدف آن یکنواختی مقررات حقوق خصوصی در زمینه^۴ تجارت بود. از آن‌پس سازمان‌ها و مؤسسات بین‌المللی دیگری هم با همین هدف و جمع‌آوری عرف و یکنواختی، تأسیس شده‌اند. از مهم‌ترین این سازمان‌ها، اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس است و یکی از مهم‌ترین مأموریت‌ها و وظایفی که اتاق بازرگانی بین‌المللی بر عهده گرفته و الحاق به‌خوبی از عهده آن برآمده، تهیه و تدوین عرف‌ها و رویه‌های مورد حمل در حوزه‌های مختلف فعالیت‌های تجاری بین‌المللی است. مقررات و رویه‌های متحدالشکل در مورد اعتبارات اسنادی^۵، ضمانت‌های بانکی^۶، مقررات رسمی اتاق بازرگانی در مورد استفاده از اصطلاحات تجاری و اعتبارات اسنادی تضمینی نمونه‌هایی از تلاش این اتاق مذکور است.

¹. Customary international law

². Customary transnational law

³. Hague Conference on Private Law

⁴. UCP

⁵. URDG

۴- جنبه‌های تکمیلی عرف فراملی در حقوق حمل و نقل بین‌المللی

در نظام حقوق فراملی، «تابعان حقوق حمل و نقل به‌طور مستقیم و توسط اراده خود در ایجاد یا تغییر شکل مقررات حمل نقش دارند، حتی اگر این مقررات جنبه معاهداتی داشته باشد. به دیگر سخن، درست است که دولت‌ها به‌عنوان تابعان فعال حقوق بین‌الملل ایجادکننده و خالق قاعده محسوب می‌شوند، ولی بهتر است بگوییم که دولت‌ها تنها می‌توانند قاعده‌هایی را که در حقوق حمل و نقل بین‌المللی ایجاد شده نظم داده و یا یکسان‌سازی کنند» (Also see: Zabihi & Coworkers, 2020: 1239-1261). در صورتی که قاعده ایجاد شده توسط دولت‌ها مورد تأیید تابعان منفعل حقوق حمل و نقل بین‌المللی و یا حتی داخلی نباشد، اجرای آن میسر نخواهد بود، چراکه در حقیقت، حقوق آن چیزی است که در عمل مورد استفاده قرار می‌گیرد و صرف وجود یک مقرر کنوانسیون که مورد تأیید یا احترام تابعان در رویه و عمل نباشد، قاعده ایجاد نخواهد کرد.

۴-۱- ایجاد عرف در رویه‌های مبتنی بر معاهدات

تشخیص اینکه این مقررات بعد از کنوانسیون جنبه عرفی دارند کار مشکلی است و عمدتاً احراز آن‌ها به آراء داوری و محاکم دادگستری بین‌المللی و یا داخلی برمی‌گردد. اما گاهی خود کنوانسیون هم به عرفی بودن خود اشاره دارد. «برای مثال ماده ۲ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی^۱ بیان می‌دارد که این کنوانسیون ناظر به هرگونه ضمانت‌نامه‌ای است که در عرف بین‌المللی، مستقل از رابطه اصلی صادر می‌شود» (Shiravi, 2011: 286).

بنابراین ممکن است عرف تکمیل‌کننده معاهده یا قرارداد حمل باشد، یعنی مواردی که در معاهده و قرارداد حمل مشخص نشده‌اند بر اساس عرف تعیین شوند، مثلاً «در مواردی که مشخصات یا حدود بازرسی کالا مشخص نبوده، و به‌طور کامل در سفارش بازرسی و مدارک آن تعیین نشده باشد، عرف جاری در بازرسی ملاک عمل خواهد بود» (Zeynal Zadeh, 2016: 89). موارد بسیاری نیز وجود دارد که این عرف‌ها مورد استناد قوانین و یا آیین‌نامه‌های داخلی کشورها هم قرار می‌گیرند و مرجعی برای حل اشکالات پیش آمده می‌شوند و این موضوع باعث شد تا برخی از حقوقدانان، حقوق بازرگانی بین‌المللی را یک نظام خودبسنده در نظر بگیرند.

^۱. United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit

^۲. برای مثال بند ۵-۲-۱- دستور العمل گشایش اعتبارات اسنادی داخلی- ریالی و بند ۴-۹ اعتبارات اسنادی ارزی (وارداتی)، مصوبه هیئت‌مدیره بانک صنعت و معدن به اینکوترمز، و بند ۵-۱- اعتبارات اسنادی ارزی (وارداتی) مصوبه هیئت‌مدیره بانک صنعت و معدن به مقررات UCP600 و نیز ISBP اشاره کرده‌اند.

(Maniruzzaman, 1999: 670-671).

گاهی هم مقررات خاصی در معاهده پیش‌بینی نشده ولی عرف این عدم پیش‌بینی را تکمیل می‌کند ولی در معاهده‌های بعدی هم ذکر نمی‌گردد. مثلاً تعهدنامه‌های جبران خسارت،^۱ تعهدنامه‌هایی هستند که در اقسام حمل بین‌المللی جاده‌ای، دریایی، هوایی یا ریلی بکار می‌روند، در صورتی که خریدار یا دریافت‌کننده کالا، بارنامه یا رسیدی که بر مبنای آن می‌تواند کالا را دریافت کند گم کرده یا نابود شده باشد^۲ و متصدی کالا را به شخصی که بارنامه در اختیار او نیست تحویل داده باشد، بر مبنای این تعهدنامه‌ها که از جانب دریافت‌کننده کالا صادر می‌شود، فرستنده مسئول به جبران خسارت در مقابل کسی که بعداً بارنامه به همراه داشته باشد نخواهد بود. بنابراین در تعریف تعهدنامه جبران خسارت گفته‌اند که سندی است که از مالک یا متصدی حمل، به دلیل آثار محتمل مالی که در مقابل ترخیص کالای بدون بارنامه انجام می‌شود، حفاظت می‌کند (Hinkelman, 2005: 114). «آنچه اصولاً در عالم عمل در ارتباط با صدور این تعهدنامه رواج دارد، بدین ترتیب است که صادرکننده تعهدنامه، خود متعهد می‌گردد که خسارات موضوع تعهدنامه را به متعهد له بپردازد» (Izanloo & Coworkers, 2019: 200). صدور تعهدنامه‌های جبران خسارت کاملاً جنبه عرفی دارند و در هیچ یک از کنوانسیون‌های حمل و نقل بین‌المللی پیش‌بینی نشده‌اند، ولی تعهدنامه‌های هستند که بر اساس ماهیت ارادی و قراردادی بودن در حقوق داخلی همه کشورها الزامی می‌نمایند و حتی سازمان‌های بین‌المللی دولتی یا خصوصی هم اقدام به یکسان‌سازی و متحد کردن اشکال تعهدنامه‌های جبران خسارت.

از دیگر مثال‌های مربوط به تکمیلی بودن عرف فراملی نسبت به معاهدات حمل و نقلی، موارد زیر را می‌توان مثال زد:

- «عرف، متصدی را مسئول جان مسافران می‌داند، قانون تجارت ایران از این عرف در مفهوم ماده ۳۸۶ الهام گرفته است. در قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه زمینی، سرنشینان وسیله نقلیه در زمره اشخاص ثالث قرار دارند و دارنده وسیله، مسئول زیان‌های وارده به آنهاست» (Jabbari, 2015: 19).

- میزان کرایه حمل شیوه محاسبه آن بر اساس وزن و ارزش کالا مبنای عرفی داشته و البته با توجه به استفاده روزافزون از حمل مرکب و کانتینری تغییر کرده (Schmitthoff, 2012: 8۳۸) و تکمیل‌کننده کنوانسیون‌های حمل و نقل بین‌المللی است. البته برخی نرخ‌های کرایه هم توسط کنفرانس‌های کشتی‌رانی و توسط مالکان کشتی‌ها تثبیت می‌شوند.

- «ضرر یا خسارت مندرج در کنوانسیون‌های حمل و نقل بین‌المللی معنای عرفی دارند، ضرر

^۱ . LOI: Letter of Indemnity

^۲ . در حالی که متصدی حمل فقط وظیفه تحویل کالا به کسی را دارد که نسخه سوم بارنامه در اختیار اوست را دارد.

دارای معنای عرفی است و در هر کجا که عرف، تأخیر پرواز را ضرر تلقی نماید، می‌توان خسارات وارده را از دادگاه تقاضا کرد» (Saatchi Seyedian Hashemi, 2015: 78).

- در حمل و نقل ریلی پس از تخلیه و یا بارگیری کلیه واگن‌های حامل کالاهای خطرناک، باید پاک‌سازی شده و برچسب‌های آن‌ها توسط کریر برداشته شود. در پیچه‌های تخلیه واگن‌های مسقف باز شود و درپوش تخلیه شیرهای واگن‌های مخزن‌دار، کاملاً بسته شود.

۴-۲- روش احراز عرف‌های فراملی

برای اینکه عرف قاعده حقوقی باشد، مستلزم احراز عناصر مادی و معنوی آن است. سؤالی که پیش می‌آید این است که قاضی یا داور چگونه می‌تواند یک عرف فراملی را به عنوان قاعده حقوق حمل و نقل بین‌المللی، مورد شناسایی قرار دهد؟ در برخی از آرای داوری «طرفین می‌توانند به داور اجازه استناد به عرف را بدهند» (Kakavand, 2015: 163).^۱ گاهی هم که در کنوانسیون‌ها و قوانین تکمیلی کشورها، حکم صریحی وجود ندارد و یا به دلیل نقض مدارک و قراردادهای تنظیمی انطباق موضوع با مفاد قرارداد امکان‌پذیر نیست عرف حاکم بر این امور ملاک خواهد بود. برای مثال در یکی از آرای مربوط به حمل و نقل بین‌المللی، داور اعلام می‌کند که «چون در هنگام صدور بارنامه‌ها قرارداد جداگانه‌ای به جز فرم اعلام بار که مورد قبول طرفین دعواست، تنظیم نگردیده و در برگ اعلام بار و یا بارنامه نیز، در این مورد تعیین تکلیف نشده است، ناچار باید بر اساس عرف بین‌المللی حاکم بر حمل و نقل اظهار نظر نمود. داور فهمیدن حکم عرف را از مراجع ذیصلاح مانند فیاتا و شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی استفسار می‌کند و به این نتیجه می‌رسد که اخذ مجوز قرنطینه بار به محصولات ترانزیتی، خاصه ترانزیت خارجی، عرفاً جزو وظایف و مسؤولیت‌های متصدی حمل و نقل می‌باشد و نه فروشنده» (Erfani, 2015: 267).

گاهی ممکن است دادرس به رویه قضایی پیشین استناد کند و قاعده‌ای را در رسیدگی‌های قبلی عرف تشخیص داده شده مورد استناد قرار دهد. «از حیث نظری دکترون رویه قضایی واجد شأن نوعی است و چنانچه منبعی از حقوق بین‌الملل را احراز نماید، اعمال آن در آراء و احکام بعدی از باب کاشفیتی که رأی مورد استناد از یک قاعده حقوقی دارد، کاملاً منطبق با موارد استنادی می‌باشد» (BarzegrZadeh, 2020: 28) و نیز به جهت تسلط خود دادرس در موضوع متنازعیه، این امکان برای وی فراهم است که اگر خودش نسبت به وجود عرفی علم و دانش دارد، به همان ترتیب هم حکم کند. «ولی در صورت عدم آگاهی کافی، قاضی می‌تواند اثبات عرف را از کسی که به عرف استناد جسته خواستار گردد و یا خود با تمسک به روش‌های زیر وجود عرف را مورد بررسی قرار دهد:

^۱. رأی شماره ۳۶/۸۶/۱۸/۱۸۳ صادره از مرکز داوری اتاق ایران

۱) بررسی در آرای قطعی و رویه‌های قضایی؛ زیرا عرفی که در آرای قطعی و رویه‌های قضایی منعکس گردیده، حداقل یک‌بار مورد رسیدگی قضایی قرار گرفته است. این عرف چنانچه ایرادی بر آن نباشد و انطباق آن با مورد نیز محقق باشد، دارای اعتبار بوده و توانایی مستند و ملاک قرار گرفتن برای صدور رأی را داراست.

۲) مشاهده؛ چنانچه عرف در منابع پیشین انعکاس نیافته باشد و یا بررسی بیشتری را خواستار باشد، قاضی باید به‌وسیله مشاهده آنچه در عمل جریان دارد و نیز تحقیق از کسانی که در دایره شمول آن قرار دارند، وجود عرف را مورد بررسی قرار داده و پس از حصول قطع و عدم وجود شرایط منفی بر طبق آن عمل و رأی را صادر نماید» (۱۶۰: Jabbar Golbaghi Masouleh, 1999).

۳) گاهی سازمان‌های خصوصی بین‌المللی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی، فیاتا، یا سازمان‌های بین‌الدولی مانند ایمو، اقدام به مدون کردن و انتشار این عرف‌ها می‌کنند که مستقیماً قابل استناد دادرسی قرار خواهد گرفت. در رأی شماره ۵۷۱۳ مورخه ۱۹۸۹ مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور به یکی از همین عرف‌ها که اصطلاحات تدوین شده اتاق بازرگانی بین‌المللی هستند (اینکوترمز) و تکمیل‌کننده کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا محسوب می‌شوند استناد کرد.

۴-۳- معایرت عرف تکمیلی با معاهدات و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌الدولی

همان‌طوری که ذکر شد ممکن است قواعد عرفی فراملی در جهت تکمیل مقررات کنوانسیون‌ها یا قطعنامه‌ها، در رویه تابعان منفعل و متصدیان حمل و نقل بین‌المللی و بازرگانان ایجاد شود. حال سؤال این است که اگر این عرف و رویه ایجاد شده با قاعده لازم‌الاجرای قبلی در تعارض باشد و مطابقت نکند، وضعیت حقوقی امر چگونه خواهد بود؟

برخی معتقدند قطعنامه‌های بعضی موسسه‌های بین‌المللی مانند آنسیترال^۱ این‌گونه است که چون ماهیتشان حقوق نرم^۲ است، لذا عرف‌های بعدی که در جهت تکمیل این قطعنامه‌ها ایجاد می‌شوند، از الزام کافی برخوردار نیستند (Deeb Gabriel, 2009: 656). زیرا آن مبنایی که برای تکمیل آن عرف به وجود آمده، خودش الزامی نبوده است. اما به نظر می‌رسد در حالتی که یک قطعنامه یا معاهده غیر لازم‌الاجرای وضع شده باشد، عرف تکمیلی آن الزامی است. زیرا از طرفی چون عرف تکمیلی، خودش یک قاعده است که عناصر مادی و معنوی جمع شده در آن، از حیث حقوق بین‌الملل خصوصی و فراملی، برای تابعان الزامی است.

گاهی ممکن است خود سند بین‌المللی در این خصوص تعیین تکلیف کرده باشد، در این صورت قضیه تا حد زیادی حل شده تلقی می‌گردد. برای مثال در کنوانسیون یکپارچه‌سازی

^۱. Uncitral: United Nations Commission On International Trade Law

^۲. Soft law

مربوط به بیع بین‌المللی کالا^۱ تکلیف این موضوع به‌صراحت بیان گردیده است. بند ۲ ماده ۹ این سند بیان می‌دارد، «در صورت تعارض بین عرف و قانون حاضر، عرف مرجح خواهد بود؛ مگر اینکه طرفین توافقی برخلاف آن نموده باشند».

در صورتی که کشوری به کنوانسیون نپیوندد، مسلماً نمی‌توان از متصدیان حمل‌ونقل یا بازرگانان متبوع آن کشور انتظار رعایت مفاد آن معاهده را داشت. در صورتی که آن کشور معاهده حمل را امضا کرده ولی تصویب نکند باید به حقوق داخلی آن رجوع کرد که آیا نظریه بی‌اعتباری مشروط تصویب ناقص یا اعتبار مطلق تصویب ناقص را می‌پذیرد یا خیر. در صورتی که بپذیرد، اتباع آن کشور هم اجازه انجام رفتاری خلاف مفاد معاهده را ندارند (البته به شرط امری^۲ بودن مفاد معاهده) ولی در صورتی که نظریه بی‌اعتباری مطلق تصویب ناقص را پذیرفته باشد، طبعاً اتباع هم الزامی به رعایت مفاد معاهده از منظر حقوق داخلی خود ندارند.

در صورتی که آن کشور به معاهده بپیوندد و معاهده هم لازم‌الاجرا شده است، در زمانی که معاهده یک سری قواعد امری را برای یکسان‌سازی عرف‌ها و یا قواعد ارائه می‌کند، اجازه عدول از مفاد آن به هیچ‌کدام از کشورهای عضو داده نمی‌شود. مثلاً اگر در یک معاهده تجاری بین‌المللی، طرفین اصول مؤسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی را به‌عنوان قانون حاکم بر توافق خود برگزینند، عرف‌های مورد توافق یا عرف‌های نوعی و شناخته‌شده به‌هیچ‌وجه نمی‌توانند ناقض قواعد و مقررات امری سند مذکور باشند.^۳ ولی در صورتی که مقررره مندرج در معاهده امری نباشد، طبعاً این امکان وجود دارد که عرفی خاص در قواعد حمل یک کشور شکل گرفته و اجرا شود. ولی اگر این متصدی یا بازرگان بخواهد عملیات حمل بین‌المللی‌ای را با بازرگان یا متصدی حملی داشته باشند که عضو کنوانسیون مذکور نیست، با مشکل تعارض مواجه می‌شود. در این جایگاه به نظر می‌رسد با توجه به برتری مقررات حقوق بین‌الملل بر قواعد داخلی، بتوان قضیه را به نفع کنوانسیون‌ها و قطع‌نامه‌های لازم‌الاجرا حمل‌ونقل بین‌المللی حل کرد.

۴-۴- تعارض حقوق عرفی مدون شده توسط سازمان‌های بین‌المللی خصوصی با کنوانسیون‌های حمل‌ونقل بین‌المللی

در نظام روابط بین‌المللی کنونی^۴ به‌وضوح این واقعیت مبرهن گشته که حقوق بین‌الملل نمی‌تواند صرفاً حاصل اراده و تراضی دولت‌ها باشد و نظام حقوق بین‌الملل به‌عنوان نظام جامعه

^۱ U.L.I.S: Convention relating to a uniform law on the international sale of goods (1964, The Hague)

^۲ منظور از امری بودن، یعنی نتوان خلاف آن مقررره توافقی کرد و منظور این نیست که مقررات آن معاهده از نظر حقوق بین‌الملل عمومی و ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ آمره باشند.

^۳ Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Chapter 1" available at :

<http://www.Unidroit.org/English/principles/chapter.1.htm>.

انسانی، دولت‌ها را محیط در دایره این نظام ساخته نه محاط بر آن» (Movasaghi, 2009: 319). یکی دیگر از منابع شناسایی قابل استناد به عرف، طرح‌هایی است که برخی سازمان‌های خصوصی بین‌المللی در جهت یکپارچه‌سازی و متحدالشکل کردن مقررات عرفی صادر می‌کنند. یعنی متخصصان امر اقدام به جمع‌آوری عرف‌های موجود در صنعت حمل و نقل بین‌المللی و یا بازرگانی کرده و بعد آن‌ها را به صورت طرح در اختیار متصدیان و بازرگانان قرار می‌دهند. و یا برخی سازمان‌های خصوصی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی، بر اساس عرف موجود، مدل قراردادهای خاصی را ارائه می‌دهند که تکمیل‌کننده کنوانسیون‌هاست (Cuniberti, 2014: 425). مثلاً کنوانسیون CMR^۱، مقرراتی را در مورد راهنما تصویب کرد که قبل از آن سابقه‌ای نداشته است. و در این کنوانسیون هم‌شکل خاصی برای راهنما در نظر گرفته نشده ولی در عرف حمل و نقل بین‌المللی، «راهنما با شکل مخصوصی که از سوی اتحادیه حمل و نقل بین‌المللی، مرسوم است مورد استفاده قرار می‌گیرد که در واقع عرف مؤخری است در جهت تکمیل مقررات کنوانسیون CMR» (Mohseni, Safavi shamloo, 2014: 127).

متحدالشکل سازی اساس همه کنوانسیون‌های حمل و نقل بین‌المللی است و حتی مجمع عمومی سازمان ملل متحد هم در قطعنامه‌های خود به این موضوع اشاره داشته (UN Resolution 5) (A/RES/63/122, 2008 Para 5) تابعان از گذشته نسبت به این مقررات الزام داشته‌اند، زیرا ماهیت این‌ها عرف از پیش موجود بوده است و تنها مورد شناسایی قرار گرفته.

ممکن است عکس این اتفاق نیز رخ دهد، یعنی ابتدا این مؤسسات اقدام به تهیه پیش‌نویسی در جهت یکپارچه‌سازی مقررات و یا وضع آن‌ها کنند، ولی این اسناد رفته‌رفته جنبه عرفی پیدا کرده و تابعان خود را ملزم به تبعیت از آن بدانند. ماهیت پویا و فعال حقوق حمل و نقل و بازرگانی بین‌المللی اجازه وابستگی به حقوق داخلی و دادگاه‌های آن را نمی‌دهد، به همین دلیل از سازمان‌های بین‌المللی خصوصی در جهت حل اختلافات یا توسعه چنین قواعدی استفاده می‌شود (Fazio, 2007: 12). در میان این سازمان‌ها که در حوزه حمل و نقل فعالیت داشته‌اند، آن‌هایی که بیشترین بازدهی را داشته‌اند و بهتر در یکپارچه‌سازی و آسان کردن مقررات عمل کرده‌اند عبارت‌اند از، اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲، فدراسیون بین‌المللی اتحادیه‌های کارگزاران حمل و نقل بار^۳، سازمان جهانی حمل و نقل جاده‌ای^۴، انجمن بین‌المللی حمل و نقل هوایی^۵، سازمان بین‌المللی

۱. کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده

۲. Merchandise Routier

۳. ICC

۴. FIATA

دریایی، سازمان بین‌المللی استانداردسازی، سازمان کنفرانس ملل متحد در مورد تجارت و توسعه (Grainger, 2012: 12).

زمانی که مؤسسات خصوصی بین‌المللی مانند فدراسیون بین‌المللی اتحادیه‌های کارگزاران حمل‌ونقل بار و اتاق بازرگانی بین‌المللی، یک عرف را که بعد از کنوانسیون به وجود آمده و یا کنوانسیون در خصوص آن تصمیمی نگرفته است مدون می‌کنند، این امکان وجود دارد که آن مقرره تدوین یافته با کنوانسیون‌های حمل‌ونقل در تعارض باشد. فرض کنید اتاق بازرگانی بین‌المللی، اقدام به تدوین مدل قرارداد حمل‌ونقل بین‌المللی کند.^۳ حال اگر این مدل قرارداد پیشنهادی با کنوانسیون حمل‌ونقل در تعارض باشد تکلیف حقوقی مسئله چیست؟

برای مثال بر اساس ماده d/1/12 از همین مدل قرارداد حمل ذکر شده، در صورتی که دمایی که کالا در آن بسته‌بندی شده مناسب شرایط حمل نباشد، متصدی حمل مسئولیتی نخواهد داشت. در حالی که در کنوانسیون مونترال ۱۹۹۹، تا یک میزانی از مبلغ خسارت وارده، به‌طور مطلق بر عهده متصدی حمل است. در اینجا به نظر می‌رسد باید میان دو دسته کنوانسیون تفکیک قائل شویم. اول کنوانسیون‌هایی که کشور متبوع یکی از طرفین حمل به آن پیوسته است و نیز قدرت اجرایی هم دارد. که در این صورت می‌توانیم به‌موجب برتری تعهدات عمومی کشورها و نیز برتری معاهدات بر دیگر قواعد، اثر برتری کنوانسیون را بر مدل قرارداد تدوین یافته حتمی بدانیم. چراکه محدوده ایجاد حق و تکلیف اشخاص حقوق خصوصی بین‌المللی مشروط به امری نبودن مقررات عمومی است که البته در کل، بیشتر کنوانسیون‌های حمل‌ونقل بین‌المللی این ویژگی را دارا هستند.

اما در حالت دوم در مواردی که مقررات مصوب میان دولت‌ها امری نباشند و یا سازمان بین‌الدولی آن‌ها تدوین و تصویب کرده و ذکر کرده‌اند که می‌توان خلاف آن‌ها هم توافق کرد. به نظر می‌رسد که می‌توان از عرف‌های تدوین یافته توسط سازمان‌های خصوصی استفاده کرد و آن‌ها را بر معاهداتی که الزام‌آور نشده‌اند ترجیح داد.

۴-۵- جایگاه تکمیلی عرف در تفسیر قراردادها و کنوانسیون‌های حمل‌ونقل

در این میان نیاز به وجود تفسیر واحد از قواعد، نحوه اجرای یک کنوانسیون نیز احساس می‌شود چراکه در نظام‌های حقوقی متفاوت غالباً تفسیرهای متفاوتی از گستره کاربرد یک کنوانسیون حمل‌ونقل ارائه می‌شود. دستیابی به تفسیری واحد مستلزم اجرای مقررات مواد ۳۱ تا ۳۳ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات (۱۹۶۹) می‌باشد. «دیوان بین‌المللی دادگستری در رویه

^۱. IRU

^۲. IATA

^۳. پیش‌نویسی از آن توسط اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران در سال ۲۰۱۵ تدوین شده است.

قضایی خود نشان داده است که مقررات مربوط به تفسیر از ماهیت عرفی برخوردار می‌باشند و بنابراین، برای همه دولت‌ها الزام‌آورند. این مواد کنوانسیون وین دستورالعمل‌هایی برای رسیدن به یک تفسیر واحد در یک کنوانسیون ارائه می‌نماید» (Najandimanesh, Lalegani, 2015: 170). در واقع در اینجا، یک عرف حقوق بین‌الملل عمومی که همان شیوه تفسیر است، در خصوص مقرراتی که تابعان حقوق فراملی را در برمی‌گرفتند اثرگذاری داشته. معرف بین‌المللی (مقررات تفسیر معاهدات) به نحوی کمک به تکمیل مقررات کنوانسیون به صورت غیرمستقیم خواهد داشت.

بنابراین عرفی بودن اصول و قواعد مربوط به تفسیر و سرایت آن‌ها به کنوانسیون‌ها و قراردادهای حمل و نقل بین‌المللی از جهت تأثیر حقوق بین‌الملل عمومی آن است. ولی از جنبه حقوق فراملی حمل و نقل، به نظر می‌رسد درجایی که یک قاعده معاهداتی یا قراردادی سابقه عرفی داشته است، در موارد اختلاف به راحتی می‌توان از عرف پیشین استفاده کرده و با تطبیق وضعیت پیشین و تفسیر ذهنی، حکم قضیه را استخراج کرد. بدین معنا که با توجه به اوضاع و احوال معاهده یا قرارداد در زمان حمل، و در واقع نیت و هدف تدوین‌کنندگان قاعده را تفسیر کرد. زیرا قاعده موجود بر اساس استنباط تدوین‌کنندگان از عرفی بوده که از قبل وجود داشته است. همچنین در جایگاهی که در قرارداد حمل و نقل میان دو طرف، مواردی مبهم باشد و یا بر سر تفسیر و حدود اختیارات طرفین اختلافی وجود داشته باشد، عالی‌ترین منبع حقوقی که می‌تواند به کمک دادرسی بیاید، عرف است (Sriporm, 2016: 56) نه الزامات خارج از قرارداد، زیرا الزامات غیر قراردادی، تنها در بهترین حالت، می‌توانند فقط نظم حقوق داخلی را فراهم کنند (Ral, 2007: 450).

اما در مواردی که عرف باعث تکمیل کنوانسیون می‌شود، باید تفسیر عینی بکار برد، یعنی با توجه به اوضاع و احوال امروز قاعده معاهداتی یا قراردادی را تفسیر کرد. زیرا در واقع رویکرد اراده‌گرایی اثبات می‌کند که رویه بعدی تابعان یا واضعان، به نحوی تغییر رویکرد نسبت به مفاد قاعده محسوب می‌شود و باید توجه به اوضاع و احوال زمان امروز قاعده را تفسیر کرد. این پویایی تفسیر مدیون تغییرات عرفی انجام‌شده در حقوق حمل و نقل است که باعث می‌شود با توجه به شرایط تغییر یافته در عمل، نیازمند تفسیر متفاوتی از مقرره‌های قبلی باشیم.

۱. جدای اینکه کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در تدوین کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ که در آن قواعد تفسیر ذکر شده است، برحسب وظیفه خود اقدام به جمع‌آوری و تدوین عرف‌های از پیش موجود کرده، از جمله آرا دیوان بین‌الملل دادگستری در این خصوص می‌توان به قضیه فلات قاره دریای شمال ۱۹۶۹ یا قضیه سکوهای نفتی ایران ۲۰۰۳ اشاره کرد.

چراکه عرفی که در تکمیل مقررات کنوانسیون برمی‌آید بهترین نحو تغییرات را از جهت سرعت عمل و کاربردی بودن اعمال می‌کند.

حال این سؤال پیش می‌آید که در مواردی که اختلاف بر سر مفاد یک کنوانسیون وجود دارد، آیا دادرسی می‌تواند با استناد به عرف فراملی موجود تابعان حمل‌ونقل بین‌المللی، به تفسیر مفاد آن کنوانسیون بپردازد؟ یا باید به ماهیت بین‌المللی عمومی کنوانسیون توجه کرده و چه در مورد تفسیر عینی و یا ذهنی، به نظر تدوین‌کنندگان معاهده که در واقع کشورها هستند توجه کند؟

باید گفت در اینجا باید به ماهیت آن معاهده توجه کرد، اگر امری بودن معاهده به قدری باشد که توافقات و عرف‌های خلاف آن، حتی به صورتی رویه‌های فراگیر ادامه یابد آمریت معاهده زیر سؤال می‌رود، این امکان برای تابعان حمل‌ونقل بین‌المللی وجود نخواهد داشت تا با عرف‌های خود به نحوی مفاد معاهده را تفسیر کنند. برای مثال مقررات کنوانسیون «کوتیف»^۱ در خصوص حمل‌ونقل بین‌المللی ریلی کاملاً جنبه امری داشته و متصدیان حمل نمی‌توانند عرفی را برخلاف آن مقررات شکل دهند و یا مثلاً ماده ۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص حمل‌ونقل مرکب کالا بیان می‌دارد در صورتی که حمل‌ونقل مرکبی تابع مقررات این کنوانسیون باشد، مقررات این کنوانسیون به‌طور اجباری حاکم بر رابطه حقوقی و قرارداد حمل طرفین خواهد بود. و یا ماده ۲۸ همین کنوانسیون ذکر هر شرطی که برخلاف مقررات این معاهده باشد را باطل اعلام می‌کند. از طرفی هم بهترین نوع تفسیر، تفسیری است که واضعان یک قاعده انجام می‌دهند، چراکه خودشان از همه بهتر مقصود و نیت خود را می‌دانند، هرچند که این عرف فراملی توسط واضعان این سند عنصر مادی و معنوی خود را پیدا نمی‌کند. با این حال به‌زعم برخی از حقوق‌دانان، اینکه کنوانسیون‌های حمل‌ونقل بین‌المللی آمریت دارند کاملاً معلوم و بدون اختلاف است (Hoeks, 2009: 38).

در مقابل اگر اجازه عدول یا توافق، یا شکل‌گیری عرفی برخلاف مفاد یک معاهده داده شود و معاهده حمل‌ونقل بین‌المللی که توسط دولت یا یک سازمان بین‌المللی تدوین یافته است، قدرت امری نداشته باشد، به نظر می‌رسد عرف مؤخر در جهت تکمیل معاهده می‌تواند تفسیرکننده مفاد آن باشد. به دیگر سخن، عرف معارضی که بعد از یک کنوانسیون یا هر سند بین‌المللی عمومی در خصوص حمل‌ونقل بین‌المللی شکل می‌گیرد، تنها زمانی می‌تواند با رویه به‌ظاهر معارض خود، مرجعی برای تفسیر و نشان دادن حدود و ثغور مقررات آن سند باشد، که آن سند غیر امری باشد و بتوان برخلاف آن توافق کرد. همان‌طور که کمیسیون حقوق بین‌المللی بیان داشته است، معاهده ممکن است بر اثر عملکرد بعدی اعضای خود در مقام اجرای آن، که نشان از توافق آن‌ها برای

^۱. COTIF: The Convention concerning International Carriage by Rail

تغییر مفاد معاهده باشد، مورد تغییر قرار گیرد (ILC Yearbook, 1966: 236).

۴-۶- نقش عرف در ضمانت اجراها

اصولاً کنوانسیون‌هایی که در آن قواعدی درج شده است فقط به وسیله اراده دولت‌هایی که اطراف کنوانسیون هستند به اجرا درمی‌آید (Goode, 1997: 2)، اما کنوانسیون‌هایی که در مورد تابعان منفعّل وضع می‌گردد، شکل دیگری دارند و در نهایت احراز مسؤلیت این تابعان، به جبران خسارت ختم می‌شود. و بالاترین ضمانت اجرا بعد از اقدامات احتیاطی در جهت جلوگیری از تخلف قاعده، جبران خسارت است. قرارداد میان بازرگانان و متصدیان حمل، نکات زیادی را در بر دارد تا بتواند منافع هر دو طرف را تأمین کند. وظیفه قاعده سازی و تضمین آن، عمدتاً به خود تجارت و حمل و نقل بین‌المللی تعلق می‌گرفت که عرف آن به‌عنوان قانون تلقی می‌شد (Ralf, 2007: 455). به جهت محکم‌کاری، بیشتر ضمانت اجراهای حمل نقل بین‌المللی برای موارد تخلف از قاعده جنبه قراردادی دارد و یا اگر هم در گذشته جنبه عرفی داشته به صورت قراردادی درج می‌شود و اکنون الزام خود را از قرارداد طرفین پیدا می‌کند. لذا در موارد مربوط به ضمانت اجرا، می‌توان گفت که معاهدات اجرای قاعده خود را برای تابعان منفعّل تضمین می‌کنند، و حتی در صورتی که این تضمین به شکل معاهداتی وجود نداشته باشد، درج در قرارداد حمل، اطمینان بیشتری به طرفین می‌دهد تا به اجرای وظایف خود عمل کنند. باین حال گاهی شکلی از مقررات عرفی، طرف مقابل را مجبور به رعایت قاعده می‌کند. برای مثال مقررات UCP که طریقه‌های پرداخت ثمن مبیع در بیع بین‌المللی کالا هستند جنبه عرفی دارند. بر اساس این مقررات پرداخت پول به فروشنده در اصطلاح EX-WORK زمانی صورت می‌گیرد که متصدی حمل کالا را بارگیری کرده و این موضوع را در بارنامه درج کند. لذا این ضمانت اجرا باعث می‌شود تا خریدار با خیال راحت اقدام به گشایش اعتبار کند، زیرا می‌داند در صورتی که کالا به متصدی حمل تحویل داده نشود، پولی به فروشنده پرداخت نخواهد شد.

نتیجه‌گیری

مبنا و پایه حقوق حمل و نقل بین‌المللی، کنوانسیون‌ها و معاهداتی هستند که دولت‌ها سازمان‌های بین‌الدولی در راستای نیاز جامعه حمل و نقل تصویب کرده و از جهتی سعی در به‌نظم درآوردن و یکپارچه‌سازی مقررات آن‌ها دارند. معاهده و عرف گرچه تأثیر متقابل برهم دارند ولی قواعد حمل و نقل ابتدا به ساکن توسط بخش خصوصی با رویه و انعقاد قراردادهای خصوصی شکل عرفی پیدا کرد و به واسطه تفاوت میان رویه‌ها بین برخی مناطق با مناطق دیگر یا ابهام آن‌ها معاهدات وضع شدند. البته در حوزه حمل و نقل هوایی و ریلی عمده قواعد بدو در قالب معاهدات وضع شدند و عرف‌های فراملی مکمل بودند و یا نقش آن‌ها در روابط متصدیان با یکدیگر، واضح

قاعده بوده است اگر قاعده‌ای که توسط تابعان فعال وضع می‌شود با مقتضیات جامعه حمل و نقلی در تعارض باشد، مسلماً مورد احترام آن‌ها نخواهد بود.

بنابراین در پاسخ به سؤال اصلی این پژوهش بیان می‌داریم که گاهی قواعد وضع شده از سوی تابعان فعال حقوق بین‌الملل عمومی، چه ریشه عرفی داشته باشند، و یا بدواً توسط کارشناسان تدوین یافته باشند، نیاز به تکمیل مجدد دارند. چراکه تمامی موارد قابلیت پیشینی در یک معاهده یا قطعنامه سازمان بین‌المللی را ندارد. از این جهت چون تابعان منفعل حقوق حمل و نقل بین‌المللی، اجراکنندگان معاهدات و قطعنامه‌های مرتبط با حمل هستند، در رویه خودشان این قواعد را تکمیل کرده و سازوکارهایی را برای اجرایی شدن آن‌ها به صورت عرفی در نظر می‌گیرند. این رویه‌ها چون ماهیت عرف فراملی پیدا می‌کنند الزامی می‌شوند و عدم رعایت آن‌ها مسؤولیت بیار می‌آورد. عمده عرف‌های فراملی در حقوق حمل و نقل ریلی و هوایی از این دسته‌اند.

گاهی هم سازمان‌های خصوصی بین‌المللی اقدام به تدوین مقرراتی در جهت تکمیل معاهدات حمل می‌کنند. این مقررات ابتدا جنبه حقوق نرم و سپس با تجمیع عناصر مادی و معنوی عرف، جنبه الزامی پیدا می‌کند. مطابقت این عرف‌ها (چه توسط سازمان‌های خصوصی بین‌المللی و یا متصدیان و بازرگانان ایجاد و رعایت شوند) با کنوانسیون‌های حمل و قطع‌نامه‌های سازمان‌های بین‌المللی فعال در زمینه حمل و نقل، مانند ایمو، آنسیترال و... بسته به میزان امری بودن مقررات آن سند بین‌المللی دارد. یعنی اگر آن سند اجازه عدول از مقررات را بر اساس عرف بعدی یا توافق داده باشد، طبعاً عرف مؤخر می‌تواند نافذ باشد. ولی در صورتی که این اجازه از جانب معاهده یا قطع‌نامه بین‌المللی داده نشود و یا بر اساس قواعد تفسیر مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی نتوانیم همچنین امری را استنباط کنیم، برتری مقررات حقوق بین‌الملل عمومی بر عرف‌ها و توافقات فراملی که توسط سازمان‌های خصوصی بین‌المللی و یا اشخاص خصوصی ایجاد می‌شود، مسلم خواهد بود. اما این در خصوص کلیت موضوع است، مواردی که کشوری متبوع آن شرکت حمل و نقل بین‌المللی، عضو معاهده حمل و نقل سازمان بین‌الدولی که قطع‌نامه را صادر کرده نباشد، نمی‌تواند مقرره حقوق بین‌الملل را بر اعضای جامعه کشوری که اراده‌ای نسبت به آن مقرره ندارد تعمیم داد، مگر اینکه آن مقرره آمره حقوق بین‌الملل عمومی باشد که البته در خصوص حمل و نقل بین‌المللی، تاکنون قاعده آمره‌ای نداشته‌ایم. عرف‌های فراملی تکمیل‌کننده معاهدات حمل و نقل بین‌المللی برخی موارد می‌توانند نقش تفسیری در معاهدات یا اسناد صادره از سوی سازمان‌های بین‌الدولی داشته باشند و تحت شرایطی هم باعث احراز مسؤولیت فرد خاطی و نیز جبران خسارت وارده بشوند.

¹. Jus Cogens

References:

1. BarzagarZadeh. A. (2020). Functioning and Status of Judicial Decisions in the Jurisprudence of the International Court of Justice. *International Studies Journal (ISJ)*, 17(2), 27-51. **(In Persian)**
2. Cogliati-Bantz. Vincent P. (2015). *Means of Transportation and Registration of Nationality: Transportation registered by international organizations*. New York: Rutledge Taylor & Francis group
3. Convention relating to a uniform law on the international sale of goods (1964, The Hague).
4. Cuniberti. G. (2014). Three Theories of Lex Mercatoria. *Columbia journal of transnational law*, 52(1), 369-434.
5. Damar. D. (2011). *Wilful Misconduct in International Transport Law*. Hamburg: Hamburg Studies on Maritime Affairs.
6. Day D. M. Griffin. B. (1993). *The Law of International Trade*. London: Butterworths London. Second Edition.
7. Deeb G. H. (2009). The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and The Hague Conference. *Brooklyn Journal of International Law*, 34(3), 655-672.
8. Erfani. T. (2015). *Civil Liability of Land transport operators*. Tehran: Jungle. Third Edition.
9. Fakheri. M. (2020). The USA and the Challenge of the WTO Dispute Settlement Body. *International Studies Journal (ISJ)*, 17(1), 21-39. **(In Persian)**
10. Fazio. S. (2007). *The Harmonization of International Commercial Law*. Netherlands: Kluwer law International.
11. Grainger. A. (2012). Customs and trade facilitation: from concepts to implementation. *World Customs Journal*, 2(1), 17-30.
12. Hinkelman. E. G. Novato. (2005). *Dictionary of international trade*. Traverse: World trade press. Fifth Edition
13. Hoeks. M. A. I. H. (2009). *Multimodal Transport Law (The law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods)*. Rotterdam: Erasmus Universities Rotterdam.

14. <http://www.Unidroit.org/English/principles/chapter.1.htm> Accessed: Jul,10, 2020
15. Incoterms (2010). *ICC rules for the domestic and International trade terms*. Paris: Pub International Chamber of commerce.
16. Izanloo. M. Shahin. A. Sefidari. S. (2019). A survey on letter of indemnity in the law of marine transport. *private law studies quarterly*, 49(2), 197-216. **(In Persian)**
17. Jabbar. G. M. S. A. (1999). *Introduction to Custom..* Qom: Qom Hawzeh Islamic Office Publishing Center. **(In Persian)**
18. Jabbari G. M. (2015). *The Law of International Carriage by Air*. Tehran: Mizan Legal foundation .Second Edition. **(In Persian)**
19. Jisoo Y. (2017). Rules of origin and the use of free trade agreements: a literature review. *World Customs Journal*. Vol 9(1) 43-57
20. Kakavand. M. (2015). *Selected Arbitral Awards of Arbitration Center of Iran Chamcer*. Tehran: The SD Institute of law research & study, Fourth Edition. Vol :1 **(In Persian)**
21. M. Goode. R. (1997). Usage and its Reception in Transnational Commercial Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 46(1), 1-36.
22. Maniruzzaman. A. F. M. (1999). The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?. *American University International Law Review*, 14(3), 657-734.
23. Margherita. C. Zeno-Zencovich. V (2016). *Introduction to European Union transport law*. Rome: Roma Tree-press.
24. Md Almas. U. & Abu Yusuf. M. (2011). The role of Customs and other agencies in trade facilitation in Bangladesh: hindrances and ways forward. *World Customs Journal*, 5(1), 29-42.
25. Mohseni. S. Safavi Shamloo. H. (2014). The Consignment Note in the CMR Convention. *Comprative law review*, 4 (2), 123-136. **(In Persian)**
26. Movasaghi. H. (2009). Fatherland universal, collective wills, military legal International, the international community, governments' autonomy. *The quarterly research of public law journal*, 11(26), 319-354. **(In Persian)**
27. Najandimanesh. H. Lalegani. S. (2015). Applicable Law to International Multimodal Transport Contracts for Goods. *The quarterly research of public law journal*, 16(46), 155-190. **(In Persian)**

28. Najandimanesh. H. Raee Dehghan. H. (2018). The Relationship between Subsequent Custom and Treaty within the Framework of Article 10 of the Statute of the International Criminal Court. *The quarterly research of public law journal*, 58(1), 137-163. **(In Persian)**
29. Ralf. M. (2007). The True Lex Mercatoria: Law beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(2), 447-468.
30. Saatchi. A. Seyedian Hashemi. S. (2015). Civil Liability of Air carrier in Position of Delay. *The judiciarys Law Journal*, 91(3),57-84. **(In Persian)**
31. Schmitthoff. Clive M. (2012). *The Law and practice of International Trade*. Translated by Akhlaghi. B & Coworckers. Vol: 2, Tehran: Samt, Third Editation. **(In Persian)**
32. Shiravi. A. (2011). *International Trade Law*. Tehran: Samt, Third Editation. **(In Persian)**
33. Sriporm, Ch. (2016). The Principles of Contract Interpretation. *Law Journal of the Thai Bar*, 72 (2),54-82.
34. The Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) (1999)
35. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). (2012).
36. Unidorit Principles of International Commercial Contracts. (2010). Rome: International Institute for the Unification of Private Law
37. United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit. (1995)
38. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2009)
39. United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods. (Geneva, 24 May 1980)
40. United Nations Resolution adopted by the General Assembly on 11 December 2008, A/RES/63/122
41. Yearbook of the International Law Commission. (1966). Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly. Vol: 2, New York: United Nations pub.
42. Zeynal Zadeh. I. (2016). Import Management. Insurance Inspection Transport Incoterms 2010. Tehran. The commerce printing and publishing company. **(In Persian)**



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی