

پژوهشهای حقوقی

شماره ۲۰

هزار و سیصد و نود - نیمسال دوم

مقالات

- تفاوت اشتباه و جهل نسبت به موضوع قرارداد
 - ورشکستگی به تقلب و تقصیر؛ از قانون تجارت تا قانون مجازات اسلامی
 - معاونت در جرایم غیر عمدی
 - تحلیل تئوری متحدالشکل سازی حقوق قراردادهای تجاری فراملی
 - مفهوم و ماهیت قراردادهای آتی
 - صلح و حقوق بشر در برنامه درسی با تأکید بر اسناد بین المللی
- موضوع ویژه: حقوق میراث فرهنگی: ظرفیت‌ها و چالش‌ها
- شمشیر کند عدالت در صیانت از میراث فرهنگی
 - ساخت، معرفی، حمل، نگهداری و خریداری نمونه تقلبی آثار فرهنگی - تاریخی
 - حمایت کپی رایت از آثار معماری
 - برخی تحولات راهبردی استرداد اموال فرهنگی در نظام بین المللی معاصر
 - تحولات جدید اعاده اموال فرهنگی با نگاهی به بازگرداندن اموال فرهنگی به بومی‌ها
 - حمایت از اموال فرهنگی در هنگام مخاصمات مسلحانه
 - تکامل مفهوم «کارکردی» اموال فرهنگی در پرتو انسانی‌تر شدن حقوق بین الملل
 - آسیب شناسی قوانین حمایت از میراث فرهنگی
 - حق بر نام تاریخی خلیج فارس در آیین حقوق بین الملل
 - تأملی در حل و فصل اختلافات راجع به اموال فرهنگی





تحلیل تئوری متحداالشکل سازی حقوق قراردادهای تجاری فراملی

دکتر محمود جلالی* - معصومه شکوری**

چکیده: متحداالشکل سازی، آینده‌ای در دست احداث را رقم می‌زند که اگرچه از اهم اهداف جوامع و سازمان‌های بین‌المللی است، اما در نظام حقوقی ایران تاکنون مورد مطالعه و تحلیل علمی قرار نگرفته است. هدف این تئوری بین‌المللی، دستیابی به نظام واحد جهانی در تمامی گرایش‌های حقوقی است و از ثمرات اندیشه یگانه‌انگاری حقوقی محسوب می‌شود. اما به دلیل واکنش منفی دولت‌ها در قبال پذیرش قانونگذاری‌های فراملی، این پروژه همواره با مشکلاتی مواجه بوده است. مخالفان آن را تهدیدی برای حاکمیت می‌دانند اما موافقان آن را اتحادی ارزشمند و مقتضای شرایط جدید تجاری، قلمداد می‌کنند. به دلیل وجود این حساسیت‌ها، قوانین متحداالشکل به موضوعات تخصصی مانند حقوق قراردادهای اختصاص یافته‌اند و همچنین با درک نسبی بودن مطلوبیت قواعد برای هر یک از دول، یک درجه از هدف یکسان‌سازی نهایی، تنزل یافته و جدیدترین پروژه‌های خود را به امر هماهنگ‌سازی قوانین ملی براساس «عرف و رویه‌های بازرگانی فراملی» معطوف داشته‌اند. بدین ترتیب، باید روش تدوین قواعد مشترک که صرفاً بر اساس تطبیق نظام‌های حقوقی و نزدیک نمودن قواعد ملی بوده، به تدریج کنار گذاشته شود و قواعد متحداالشکل به نوعی با اقناع وجدانی برای کاربران خود، اجرایی گردد. این نگرش می‌تواند نظام‌های حقوقی را بر اساس اشتراکات فرامرزی، هماهنگ نماید و از مشکلات ناشی از اختلافات نظام‌های حقوقی بکاهد.

کلیدواژه‌ها: جهانی شدن، متحداالشکل سازی، هماهنگ‌سازی، حقوق قراردادهای، حقوق فراملی

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان و وکیل پایه یک دادگستری dm_jalali@yahoo.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

۱- مقدمه

تفاوت در نظام‌های حقوقی، منجر به بروز مشکلاتی در دنیای معاملات گردیده و به همین دلیل، از دیرباز نزدیک کردن حقوق کشورها به یکدیگر و ایجاد وحدت حقوقی، مورد توجه علمای حقوق بوده است و با تلاش‌هایی که تاکنون در حوزه حقوق خصوصی انجام پذیرفته، اسناد الزام‌آوری از قبیل کنوانسیون‌های بین‌المللی، توافق‌های منطقه‌ای، قوانین نمونه و شروط حقوقی به وجود آمده است. اما با وجود این ثمرات و حتی تأسیس سازمان‌های بین‌المللی مربوطه، هنوز دستیابی به هماهنگی و اتحاد میان نظام‌های حقوقی، با موانع و محدودیت‌هایی مواجه است و تحقق کامل آن، هدفی بلندمدت تلقی می‌شود. نمونه چنین محدودیتی در اتحاد حقوق خصوصی، هنگامی است که مقررات امری موجود در قانون ملی، اجازه اعمال قوانین یکنواخت را نسبت به قراردادهای تابعین خود نمی‌دهند و یا محدودیت‌های دیگری را در هنگام تصویب کنوانسیون‌های متحدالشکل، ایجاد می‌نمایند. بر همین اساس امروزه سازمان‌های بین‌المللی به این نتیجه رسیده‌اند که رفع موانع و تسهیل در پروسه الحاق به قوانین متحدالشکل بین‌المللی، راهکارهای جدیدی را می‌طلبد که از جمله آنها، توسعه بیشتر «عرف بازرگانی فراملی» است تا بدین ترتیب مشکلات مربوط به تصویب و اجرای مقررات متحدالشکل به حداقل برسد. به این منظور استفاده از اصول حقوقی و راهنماهای حقوقی و به طور کلی ارائه یک استاندارد جهانی توصیه می‌شود. با این روش قواعدی وضع می‌گردد که نسبت به کنوانسیون‌ها و انواع دیگر، بسیار سهل‌تر و انعطاف‌پذیرتر خواهند بود. در حقیقت، سازمان‌ها از این طریق به دنبال ترسیم یک اندیشه حقوقی مشترک هستند و با نوعی عرف‌سازی بین‌المللی، پذیرفتن آن را از سوی دولت‌ها، به یک جریان طبیعی و خود به خود مبدل نموده‌اند. این روش مسلماً نسبت به روش تطبیق نظام‌های حقوقی که در اسناد فوق، پیش از این مورد استفاده بوده است، برای متحدالشکل‌سازی هزینه کمتری خواهد داشت. در این مقاله پس از ذکر مبانی و اصول پیدایش این جریان بین‌المللی، راهکار عرف فراملی برای دستیابی بهتر به متحدالشکل‌سازی، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲- واژه‌شناسی و تشریح مفاهیم بنیادین

برای شناخت هرچه بهتر جریان متحدالشکل‌سازی در حقوق قراردادهای، در ابتدا باید به فهم صحیحی از مفاهیم و اصطلاحات مرتبط با این جریان بین‌المللی دست یافت.

الف) یکسان‌سازی؛ هدف نهایی و بلندمدت یکسان‌سازی در حقوق قراردادهای، متحد نمودن قواعد تجاری در سطح «جهان» است تا با اعمال قانونی واحد بر تمامی قراردادهای تجاری، روابطی آسان و آزاد در عرصه تجارت بین‌الملل تضمین شود. اما در وضعیت کنونی به علت عدم وفاق جهانی بر اهمیت این مسأله بین‌المللی، به نظر می‌رسد که تنها پذیرش یک استاندارد حقوقی مشترک برای مبادلات و معاملات تجاری در سطح «بین‌المللی» و نه جهانی، قابل تحقق باشد.

نمونه چنین استانداردی، کنوانسیون‌های موجود در ارتباط با حقوق قراردادهای می‌باشد.^۱ مانند قوانین متحدالشکل مربوط به برات و سفته (۱۹۳۰)، قوانین متحدالشکل مربوط به چک (۱۹۳۱)، قوانین متحدالشکل مربوط به بیع بین‌المللی اموال منقول مادی (۱۹۶۴)، کنوانسیون مربوط به تعارض قوانین در زمینه برات و سفته (۱۹۳۰)، کنوانسیون مربوط به تعارض قوانین در زمینه چک (۱۹۳۱)، کنوانسیون ناظر بر نمایندگی در بیع بین‌المللی کالاها (۱۹۸۳)، کنوانسیون وحدت قوانین در مورد قراردادهای بین‌المللی اجاره به شرط تملیک (۱۹۸۸)، کنوانسیون وحدت قوانین درباره قراردادهای بین‌المللی خرید دین (۱۹۸۸) و ...

ب) هماهنگ‌سازی؛ به دلیل آنکه دستیابی به یکسان‌سازی در مواردی به سهولت امکان‌پذیر نبوده و با موانع متعددی مواجه گردیده است، به تدریج راهکاری جدید، یعنی هماهنگ‌سازی حقوق قراردادهای با وجود آمده‌است. همان‌گونه که هانولد می‌گوید: یکسان‌سازی حقوق قراردادهای ملی، بسیار دشوار است و انتظار می‌رود که کشورها فقط در منافع مشترکی که در قراردادهای تجاری بین‌المللی خواهند داشت، خود را ملزم به پذیرش قانونی واحد نمایند.^۲ در حقیقت می‌توان هماهنگ‌سازی را جریانی دانست که به موجب آن قوانین ملی اصلاح می‌شوند تا در مبادلات بین‌المللی از قابلیت پیش‌بینی و به طور کلی از مطلوبیت بهتری برخوردار شوند.^۳

اهمیت هماهنگ‌سازی حتی از سوی برخی از منتقدان یکسان‌سازی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. منتقدان اصولاً یکسان‌سازی را امکان‌پذیر ندانسته و ضرورت تلقی نمی‌کنند و به این دلیل حتی تجربیات اتحادیه اروپا در یکسان‌سازی حقوق قراردادهای را نه صرفاً تلاشی حقوقی و برای بهبود فعالیت‌های اقتصادی، بلکه با هدف سیاسی و فرهنگی می‌دانند، با این وجود، به سختی می‌توانند مطلوبیت هماهنگ نمودن نظام‌های حقوقی را انکار نمایند.^۴ قانون نمونه، راهنمای حقوقی و اصول حقوقی از روش‌های هماهنگ‌سازی محسوب می‌شوند. مانند راهنمای حقوقی برای قانون ورشکستگی (۲۰۰۵) تنظیمی توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۲۰۰۴) تنظیمی توسط مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونی‌دوغوا)، اصول حقوق قرارداد اروپایی (۲۰۰۳) تنظیمی توسط کمیسیون لاندو در اتحادیه اروپا.

ج) نسبی بودن مطلوبیت قواعد متحدالشکل؛ اگرچه به طور کلی یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی، مطلوبیت واحدی را هدف قرار داده‌اند و سامان بخشیدن به نظام بازرگانی فراملی را پیش روی خود دارند، اما به نظر می‌رسد که تصور مطلوبیت قواعد متحدالشکل، نمی‌تواند برای

1. Henry Deeb Gabriel, "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 34, issue 3, 2009, www.ppl.nl/toc/showresults.php?&year=2009&volume=34&issue=3, p. 1.

2. Hannold (1991), "Uniform Law for International Sales", in *Convention Appendix A Deventer & amp*, Boston: Kluwer, p. 58. www.jus.uio.no/lm/cisg.bibliography.1996.winship/plain.txt-60k, p. 58.

3. Henry Deeb Gabriel, "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference", 2009, p. 1.

4. Arthur S. Hartkamp, (1994), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International (2004), p. 847, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpha07.html>.

تمامی جوامع امری مطلق باشد. زیرا جوامع با توجه به حجم فعالیت‌های تجاری بین‌المللی خود و به نسبت‌های متفاوت، متحدالشکل‌سازی حقوق قراردادها را ضروری تصور نموده و اصولاً براساس آن برای پیوستن به این جریان بین‌المللی از خود تمایل نشان می‌دهند. این امر می‌تواند منجر به عدم موفقیت کامل برخی از تلاش‌هایی متحدالشکل‌سازی شود و عملاً آنها را بر اساس میزان دستیابی به هدف، ارزشیابی و در طبقه‌ای از مطلوبیت حداقل تا حداکثر قرار دهد.

د) حقوق بازرگانی فراملی؛ مفهومی دیگر که با متحدالشکل‌سازی در ارتباط است، مفهوم حقوق بازرگانی فراملی است که به شرح زیر تبیین می‌گردد.

در جهان کنونی وجود یک نظام اقتصادی بین‌المللی، مورد تأیید بسیاری از مراجع قضایی دولتی و بین‌المللی قرار گرفته است. حقوق حاکم بر این نظام حاصل اشتراک مساعی دنیای دولت‌ها و دنیای معاملات تجاری است. به عبارت دیگر هنگامی که دولت‌ها به طراحی سیستم حل تعارض قوانین خود می‌پردازند یا به موجب موافقتنامه‌هایی قواعد متحدالشکل بین‌المللی را نسبت به قرارداد‌های تجاری اعمال می‌کنند، سهم خود را در ایجاد این نظام حقوقی ایفاء نموده‌اند. اما از سوی دیگر سازمان‌های بین‌المللی نیز به عنوان نماینده دنیای معاملات، می‌توانند مستقل از دولت‌ها به وضع قوانین بپردازند.^۵ قوانین دنیای معاملات تحت عنوان حقوق بازرگانی فراملی شناخته می‌شود و در حال حاضر بسیار مورد توجه حقوقدانان بین‌المللی قرار گرفته است. این مفهوم در ابتدا توسط پروفیسور گلدمن،^۶ پروفیسور اشمیتف^۷ و پروفیسور گلدستون^۸ و در اوایل دهه ۱۹۶۰ ابداع گردید.^۹

۳- تبیین تئوری یکسان‌سازی در حقوق

با تأمل در آراء مکاتب حقوقی، این نتیجه حاصل می‌شود که نظریه یکسان نمودن قواعد حقوقی، از اندیشه جدایی‌ناپذیری حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی نشأت گرفته است. به عبارت دیگر زیربنای طرح‌های یکسان‌سازی کنونی، اندیشه‌های مکتبی است که پیش از این، هدف واقعی حقوق را در مرحله اول، یکسان‌سازی قواعد حقوق بین‌الملل و در مرحله دوم، هماهنگی کلی نظام‌های حقوق ملی می‌دانست.^{۱۰} این نظریه از این رو حاصل شده است که مکتب یگانه‌انگاری یا جدایی‌ناپذیری حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی، نوعی ارتباط و تأثیرپذیری این دو نظام

۵. ژان شاپیرا، حقوق بین‌الملل بازرگانی، ترجمه ربیعا اسکینی، تهران: انتشارات آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱،

ص ۵۶.

6. Berthold Goldman

7. Clive Schmitthoff

8. Aleksander Goldstain

۹. روی ام. گوود، «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه حمیدرضا علومی بزدی، مجله حقوقی،

ش ۳۶، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱.

۱۰. از جمله طرفداران این مکتب، کلسن (Kelsen)، وردرس (Verdross)، دوگی (Duguit)، سل (Scelle) می‌باشند.

حقوقی را از یکدیگر، فرض مسلم دانسته و وجود هماهنگی میان آنها را ضرورتی حتمی تلقی می‌کند.^{۱۱} به نظر می‌رسد که این تنوری، قواعد حقوق بین‌الملل را، صرفاً حاصل اراده مطلق دولت‌ها نمی‌داند زیرا این قواعد می‌تواند تحت شرایطی از محیط بین‌الملل به نظام حقوقی دولت‌ها وارد و به تدریج پذیرفته شود.

اما سوالی که مطرح می‌شود آن است که این تنوری چگونه در محیط بین‌المللی و در بین جوامع مختلف قواعدی یکسان و هماهنگ را پی‌ریزی می‌نماید؟
با تدقیق در «نظریه حقوقی ناب» اثر هانس کلسن، این نتیجه حاصل می‌شود که به اعتقاد یگانه انگاران، برای دستیابی به حقوق یکسان در جهان، باید چند پیش فرض اساسی ملحوظ گردد:
۱. ماهیت حقوق از لحاظ نظری یک کل واحد است و تفکیک بین نظام حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی منطبق با ماهیت واقعی حقوق، نخواهد بود.

۲. در شرایط کنونی، برای دستیابی به این کل واحد، تبعیت نظام حقوقی داخلی از نظام حقوقی بین‌المللی ضروری و منطقی می‌باشد تا در ابتدا یک هماهنگی نخستین حاصل شود.
۳. در جهت دستیابی به حقوق یکپارچه فوق، به تدریج باید تناقضات موجود در قواعد حقوقی مختلف برطرف و در صورت لزوم با حذف موارد اختلافی، رفع مانع شود.^{۱۲} وی همچنین حقوق را عاری از هرگونه عنصر روانشناختی، زیست شناختی، اخلاقی و الهیاتی می‌داند.^{۱۳} در ذیل به شرح موارد فوق پرداخته می‌شود.

۴- هدف تنوری؛ یگانگی نظری کل حقوق

اولین پیش فرض اساسی برای متحدالشکل سازی آن است که «کل حقوق یک نظام و یک کل منسجم است». بنابراین نظام حقوقی باید به دنبال یگانگی حقوق و دولت، یگانگی حقوق شخصی و حقوق عینی، یگانگی حقوق خصوصی و حقوق عمومی و یگانگی حقوق ملی و بین‌المللی باشد تا حقوق به عنوان «یک هنجار حقوقی معتبر»^{۱۴} سامان یابد.^{۱۵}
بنابراین به نظر می‌رسد که هدف نهایی از شکل‌گیری واقعی حقوق، یگانگی و ایجاد یک جامعه حقوقی جهانشمول، یعنی پیدایش یک دولت جهانی است اما در شرایط کنونی، ابتدا

۱۱. هانس کلسن، نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷، ص ۱۴۹.

۱۲. همان، صص ۱۶۹-۱۴۹.

۱۳. همان، ص ۶۰.

۱۴. "The Law is Norm" کلسن این عبارت را در «نظریه حقوقی ناب» خود، برای اشاره به حقوق در مقام تفکیک بین امر طبیعی و امر آرمانی، بین قانون علی و هنجار، به کار می‌برد. در هر یک از این دو مورد، حقوق در ردیف واژه دوم به ترتیب، امر آرمانی و هنجار قرار دارد (همان، ص ۱۷۰).

۱۵. همان، صص ۱۵۴-۱۵۳.

یگانگی «نظری» کل حقوق هدف قرار گرفته است تا زمینه تحقق یک نظام حقوقی واحد، به تدریج حاصل شود.

۵- نحوه دستیابی به قانون متحدالشکل

۵-۱- اولویت‌بخشی به قوانین

با توجه به آنکه در حال حاضر، هنوز دستیابی به قانون یکسان یک آرمان نهایی است، این سوال مطرح می‌شود که آیا انتخاب قانون یکسان و قواعد حقوقی برتر، براساس اولویت‌های نظام حقوقی داخلی انجام می‌شود یا نظام حقوقی بین‌المللی؟ زیرا در مواردی، تنها راه حل برای دستیابی به هماهنگی و رفع تناقض بین قوانین ملی و بین‌المللی حاکم بر موضوعی واحد، اولویت‌بخشی به یکی از این دو است. هانس کلسن معتقد است که هنجارهای بین‌المللی و داخلی در عرض هم نبوده بلکه در یک رابطه طولی، هنجار نظام پایین رتبه (داخلی) یکی از مؤلفه‌های نظام عالی رتبه (بین‌المللی) محسوب می‌شود.^{۱۶} به این ترتیب اولویت با حقوق بین‌الملل خواهد بود. براساس این اندیشه به خوبی می‌توان درک کرد که به چه دلیل باید در روابط تجاری بین‌المللی، اولویت حقوق بازرگانی فراملی حتی نسبت به قواعد حل تعارض ملی پذیرفته شود. البته به نظر می‌رسد که این نوع از رابطه طولی، منتهی به نسبی ساختن مفهوم حاکمیت شده و از اعتبار آن به نفع هنجارهای بین‌المللی می‌کاهد.

و اما گروه دیگری از یگانه‌انگاران که دیدگاه هانس کلسن را غیر منطقی می‌دانند، برای حل این مسأله، رابطه طولی فوق را به نفع اصول و ضوابط پذیرفته شده در حقوق ملی، معکوس می‌کنند.^{۱۷} به نظر می‌رسد این دیدگاه مورد تأیید گروهی از جوامع قرار گرفته است زیرا در مواردی مشاهده می‌شود که پذیرش هنجارهای حقوق بین‌المللی، موقوف به انطباق با حقوق داخلی شده است. جوامع مذکور اگرچه به طور مطلق نسبت به هنجارهای جدید و وارداتی از محیط بین‌المللی، واکنش منفی نشان نمی‌دهند، اما مکرراً برای اجرای هنجارهای معارض با قوانین امری خود، ایجاد مانع نموده‌اند. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران به همین منظور مقرر می‌دارد:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود را به موقع اجرا گذارد اگرچه قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

به نظر می‌رسد محدودیت این ماده، برای اجرای قوانین متحدالشکل فراملی نیز اعمال شود مانند قوانین و کنوانسیون‌های متحدالشکل بین‌المللی که دولت ایران با طی مراحل قانونی به آنها

۱۶. همان، ص ۱۵۵.

17. Rousseau Ch., *Droit International Public*, Précis Dalloz, Paris: Dalloz, 1973, p. 6.

به نقل از: سیدخلیل خلیلیان، *حقوق بین‌الملل اسلامی*، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۱۰۴.

ملحق شده یا اعمال آن را به طور کلی بر قراردادهای خصوصی بلامانع تشخیص داده است. همچنین ماده ۹۷۲ قانون مدنی به طرز مشابهی اجرای احکام و اسناد بین‌المللی را مقید به شرطی نموده است؛

«احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجراء تنظیم شده در خارجه را نمی‌توان در ایران اجرا نمود مگر اینکه مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها صادر شده باشد.»

امر به اجرای احکامی مانند احکام داوری و همچنین اجرای اسناد خارجی، پس از رسیدگی دادگاه ایران به اعتبار آنها و احراز عدم تعارض با نظم عمومی، صادر می‌شود و در واقع احراز نفوذ آنها بر طبق قوانین ایران است. بر طبق آراء برخی از حقوقدانان، اجرای مستقیم احکام و اسناد خارجی با حاکمیت ملی منافات دارد و بنابراین تراضی برخلاف این ماده، که از احکام مربوط به نظم عمومی است، امکان‌پذیر نمی‌باشد.^{۱۸}

اما به هر حال به نظر می‌رسد که اگر هر دو دیدگاه -کلسن و مخالفان آن- به صورت افراطی دنبال شود، نمی‌تواند منعکس‌کننده تمام حقیقت باشد. با توجه به آنکه هنجارهای حقوق بین‌الملل به طور طبیعی متأخر از هنجارهای ملی است، تأثیرپذیری و انتقال هنجار از حقوق ملی به حقوق بین‌المللی، امری اجتناب‌ناپذیر است. البته این هنجار می‌تواند در محیط بین‌المللی متناسب با شرایط جدید، تغییر یافته و هویت مستقلی پیدا کند و در نتیجه، یکی از منابع حقوق بین‌الملل گردد، اما این روند به معنی حذف نقش اولیه هنجارهای ملی نخواهد بود. اولویت و حاکمیتی که هنجار بین‌المللی بر هنجار داخلی خواهد داشت منطقی است، اما مربوط به زمان بعد از تشکیل حقوق منسجم بین‌المللی - مانند حقوق بازرگانی فراملی - می‌باشد و در این مرحله است که باید از سوی دولت‌ها به عنوان قانون برتر در روابط بین‌المللی اخذ گردد. همچنین اگر اصول و هنجارهای ملی را اساس و تنها مبنای حقوق فراملی بدانیم، در حقیقت حقوقی ساخته‌ایم که نتیجه تلفیق هنجارهای متعدد و متفاوتی است که در برخی مواقع هیچ‌سختی با یکدیگر ندارند. زیرا اصول و هنجارهای ملی می‌تواند بسیار متفاوت و حتی متعارض با هنجارهای سایر ملل باشد. این درحالی است که حقوق بازرگانی فراملی، در مواردی نیازمند خلق قواعدی جدید است که از ضروریات و اقتضات جدید روابط بین‌المللی ناشی می‌شود، اما این قواعد پیشینه‌ای در نظام‌های حقوقی ملی ندارد. مانند قوانین جدید برای ارتباطات الکترونیک در قراردادهای بین‌المللی. بنابراین به نظر می‌رسد، مطلوب نهایی که همان طرح‌ریزی یک نظام کل و واحد حقوقی است، نیازمند تأمل و رعایت ملاحظات بیشتری می‌باشد.

۵-۲- رفع تناقض

در ابتدا برای هماهنگی هرچه بیشتر در متحدالشکل‌سازی، باید هنجارهای حقوقی مرتبط اما

متناقض در سیستم‌های حقوقی را با تفسیر معنایشان، یک تناقض نما تلقی نموده و تا حد امکان مفاهیم را به یکدیگر نزدیک کرد، اما اگر این کوشش به ثمر نرسد، هنجار مورد تفسیر به این دلیل که بی‌معناست و لذا در قلمرو معنا وجود ندارد، کنار گذاشته می‌شود.^{۱۹} بر این اساس است که در برخی از پروسه‌های یکسان‌سازی قواعد حقوقی، اگر مفاهیمی در نظام‌های حقوقی مختلف مشابه باشد، ابتدا تا حد امکان به یکدیگر نزدیک شده و از حکم هماهنگ و یکسانی برخوردار می‌شود اما اگر مشابه آن مفهوم در نظام دیگر وجود نداشته باشد، وابسته به اوضاع و احوال خاص کشورها تشخیص داده شده و از پروسه عمومی‌سازی حذف خواهد شد. مانند مفاهیمی همچون شکل خاصی از «سقوط حق»^{۲۰} در آلمان یا «اشتراک مسکن»^{۲۱} در حقوق آرژانتین و یا نوع خاصی از زمینداری تحت عنوان «اژیدو»^{۲۲} در مکزیک که در صورت عدم تشابه در حقوق سایر دولت‌ها، باید برای دستیابی به یک انسجام در نظام حقوقی رومی - ژرمنی حذف شوند.^{۲۳}

۶- دیدگاه مخالفان تئوری متحدالشکل سازی

در مقابل دیدگاه فوق، تز جدایی‌پذیری یا دوگانه‌انگاری به عنوان یک نظریه تجربی - پوزیتیویستی، طرح شده است. دوگانه‌انگاران، نظام حقوق داخلی و بین‌المللی را دو نظام برابر و در ضمن مستقل و جدا از هم دانسته و معتقدند هیچ‌یک از دو حقوق بر دیگری برتری ندارد و بنابراین تبعیتی نیز بین آنها وجود نخواهد داشت. این گروه منشأ پیدایش مقررات حقوق بین‌الملل را، صرف اراده دولت‌ها می‌داند.^{۲۴}

مخالفان امروزی متحدالشکل‌سازی، بر این اساس می‌توانند ادعا کنند که این سازه فکری اصولاً امکان‌پذیر نمی‌باشد. به اعتقاد مخالفان عواملی مانند تمدن و فرهنگ‌های متمایز، همچنین مبانی و اصول حقوقی متفاوت، همواره مانعی جدی برای متحدسازی خواهد بود و این امر حقوقدانانی مانند پیر لگراند را وادار نموده که این‌گونه اظهار نظر کنند: «سیستم‌های حقوقی به یکدیگر نزدیک نشده، نمی‌شوند و نخواهند شد»^{۲۵}

لگراند و این گروه از مخالفان، قانون را ماهیتی می‌دانند که تماماً توسط فرهنگ و جامعه در برگرفته شده است و علاوه بر آنکه رفع این موانع امکان‌پذیر نیست، حتی حفظ شرایط موجود

۱۹. کلسن، همان، ص ۱۶۱.

20. Verwirkung

21. Sociedad de Habilidadación

22. Ejido

۲۳. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر حسین صفائی و دیگران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی،

۱۳۷۸، ص ۸۲

۲۴. سیدخلیل خلیلیان، همان، ص ۱۰۱.

25. Pierre Legrand (1996), in M. Jan Smits, "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolution Theory", Published in: *Special Volume in Honor of Alan Watson, Georgia Journal of International and Comparative Law* 31, 2002, pp. 61-2, http://www.jansmits.eu/List_of_Publications.html.

برای بقای حاکمیت و استقلال حقوقی جوامع ضرورتی انکارناپذیر است.^{۲۶} اما در مقابل، موافقان این گونه پاسخ می دهند که نظام حقوقی به خودی خود یک ارزش محسوب نمی شود، بلکه در خدمت ارزش های اقتصادی و فرهنگی جامعه است. اگر جامعه نیاز به قانون دیگری داشته باشد، قانون قبلی باید تغییر یابد. این قانون که می تواند همان قانون متحدالشکل باشد، خود یک میراث فرهنگی از نظام های حقوقی متعدد بوده و حاصل آن اتحادی خواهد بود که دارای ارزش فرهنگی است.^{۲۷} در هر حال حتی اگر مخالفان در مواردی هماهنگی قواعد حقوقی را اجتناب ناپذیر تشخیص داده و قواعد هماهنگ شده را در روابط بین المللی بپذیرند، با استناد به دیدگاه دوگانه انگاری خود، می توانند آن را از قواعد حقوق داخلی منفک نموده و نسبت به موارد مشابه داخلی از احکام متفاوتی تبعیت کنند. لازم به ذکر است که نظریه دوگانه انگاری در نظام حقوقی اسلام مورد پذیرش قرار نگرفته است و نظریه یگانه انگاری مورد تأیید می باشد.^{۲۸}

۷- شناخت رویکردهای متحدالشکل سازی

بررسی های انجام شده، نشان می دهد که در حال حاضر، برنامه های متحدالشکل سازی که از سوی سازمان های بین المللی دنبال می شود، با دو نوع رویکرد اصلی پیگیری می شوند. این رویکردها تحت عنوان رویکرد تطبیقی و رویکرد خلاق مورد مطالعه قرار می گیرند.

۷-۱- رویکرد تطبیقی

سازمان ها و نهادهای مرتبط با متحدسازی که با رویکرد تطبیقی فعالیت می کنند، مقایسه نظام های حقوق ملی را، اساس کار خود قرار داده اند. به این دلیل پیش از تدوین قواعد در این سازمان ها، غالباً نمایندگان از سیستم های حقوقی جهان، در گروه های مطالعاتی، حضور خواهند داشت. در این رویکرد تلاش می شود که هرچه بیشتر، قواعد ملی با یکدیگر هماهنگ و نزدیک گردد. به این منظور منابع مطالعاتی آن، مفاهیم، عرف ها و اصول مشترک و اساسی در جوامع است. هدف اصلی در این رویکرد طراحی قواعدی است که تا حد امکان، متناسب با شرایط حقوقی و اقتصادی دولت های عضو بوده و مورد قبول همه آنها باشد.^{۲۹}

در حال حاضر، اکثر فعالیت ها من جمله اقدامات کنفرانس لاهه مربوط به حقوق بین الملل

26. M. Jan Smits, "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolution Theory", p. 80.

27. Hartkamp; and Ole Lando, "Toward a European Civil Code Reflections on The Codification of Civil Law in Europe", www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpha11.html, 2002, p. 40; and M. Jan Smits, "The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law", *Antwerpen-Apeldoorn* 2001 (Intersentia; Ius Commune-reeks nr. 36), 128 pp, [reviewed by *SALJ*, 2002, p. 899-900; M. de Waal, *ZeUP*, 2003, pp. 211-213; D. Jutras, *Revue Internationale de Droit Comparé* 55, 2003, pp. 1023-1024. http://www.jansmits.eu/List_of_Publications.html.

۲۸. سیدخلیل خلیلیان، حقوق بین الملل اسلامی، ص ۱۰۲.

۲۹. فرهاد خمایی زاده، «درآمدی بر روند یکسان سازی وحدت حقوق خصوصی»، مجله تخصصی هیات و

خصوصی، مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونی‌دوغوا)، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل وابسته به سازمان ملل متحد (آنسیترال)، اتاق تجارت بین‌المللی، کمیسیون حقوق قراردادها در اروپا (لاندو)، گروه مطالعاتی حقوق مدنی اروپا و بسیاری از مؤسسات مربوط به یکسان‌سازی در اتحادیه اروپا، با این رویکرد به متحدالشکل‌سازی می‌پردازند.^{۳۰}

۲-۲- رویکرد خلاق

در مواردی که موضوع مورد نظر برای متحدالشکل‌سازی، در نظام‌های حقوقی مفهوم مشابهی ندارد، رویکردی اعمال می‌شود که مناسب‌ترین نامگذاری برای آن رویکرد خلاق است. برخی قواعد متحدالشکل، نمی‌تواند حاصل اشتراکات حقوقی ملی باشد و باید قواعد جدید متناسب با شرایط روز، ابداع گردد. این دسته از قواعد در حقیقت با رویکرد خلاق به وجود آمده‌اند و انتظار می‌رود که دولت‌ها نسبت به آن، موضع‌گیری کمتری نشان داده و کم رنگ شدن حاکمیت حقوق ملی خود را، به نفع حاکمیت نظام دیگر ندانند. بر اساس این رویکرد، مجموعه قواعدی حاصل خواهد شد که اختصاص به نظام بازرگانی فراملی دارد و واحد نیاز، فاقد وابستگی به نظام‌های درون مرزی می‌باشد. منبع اصلی در رویکرد خلاق، عادات و عرف‌های بازرگانی فراملی است که منطبق با نیازها و الزامات بین‌المللی شکل گرفته است. به همین دلیل در راهنمای حقوقی مدرن در آنسیترال مانند راهنمای قانون ورشکستگی، استناد اصلی در توصیه‌ها به عرف بوده و اعتبار آنها از اجماع جهانی، انتخاب مسلم فعالان بین‌المللی، عملکرد رایج، عرف اقلیت حاصل گردیده است.^{۳۱} البته باید توجه نمود که عرف و عادات بین‌المللی در حقوق قراردادها، می‌تواند متفاوت از عرف‌های ملی باشد، حتی اگر منشأ پیدایش آن به عرف ملی بازگردد. به عبارت دیگر رفتار و عملکردی ملی، اگر به طور مشابهی در سطح بین‌المللی تکرار شود، از آن پس در روابط بازرگانی فراملی، به عنوان یک رویه بین‌المللی تعریف می‌شود و ماهیتی مستقل از مفهوم نخستین خود می‌یابد و می‌تواند با شرایط متفاوتی که در محیط بین‌المللی به وقوع می‌پیوندد تکمیل شده، اجرا شود یا تغییر یابد. این تغییر اگرچه در ذات عرف نهفته است، اما این بار با توجه به شرایط بین‌المللی و فراملی به وقوع می‌پیوندد.

به نظر می‌رسد که در فعالیت‌های انجام شده برای تهیه اسناد متحدالشکل، در مواردی تلفیقی از هر دو رویکرد استفاده شده است و نامگذاری هر پروژه به طور کامل، تحت عنوان یکی از دو رویکرد فوق، به راحتی امکانپذیر نیست. اما در مواردی به نظر می‌رسد که یک رویکرد، نگرش غالب در یک پروژه متحدالشکل‌سازی است مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که رویکرد

30. Lenka Červenková, "Europeanization and Unification of Private International Law", in *COFOLA 2008 Conference: Key Points and Ideas*. Brno: Masarykova Univerzita, 2008, p. 8, <http://www.muni.cz/people/61099/publications>.

31. Susan Block-Lieb and Terence Halliday, "Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law", *Texas International Law Journal*, Vol. 42: 475, 2007, Forthcoming, Fordham Law Legal Studies Research Paper NO. 965710. http://tijl.org/journal/entry/42_475_block_lieb_halliday, Block-Lieb and Halliday, pp. 21-36.

تطبیقی، ویژگی بارز آن محسوب می‌شود و بالعکس در اصول قراردادهای بین‌المللی، که رویکرد خلّاق را هدف قرار داده است.^{۳۲}

۸- تحلیل روش‌های متحدالشکل سازی

برای دستیابی به نظام متحدالشکل حقوقی در حقوق قراردادهای، استفاده از اشتراکات نظام‌های حقوقی، یک راهکار معقول است، زیرا با این روش حساسیت دولت‌ها ناشی از حفظ حاکمیت، به حداقل خود می‌رسد. اما یک سوال مهم مطرح می‌شود؛ تفاوت‌ها چگونه حذف خواهد شد؟ بین نظام‌های حقوقی تفاوت‌هایی وجود دارد که کمی بیش از اختلاف در حکم یک مسأله حقوقی است. بخشی از این اختلافات، مربوط به مفاهیم اختصاصی در نظام‌های حقوقی می‌شود که بر اساس همین مفاهیم قواعد شکل یافته‌اند و تفسیر می‌شوند. بخش دیگر مربوط به طرز فکری است که نظام‌های حقوقی نسبت به قاعده حقوقی دارند و آن را قاعده‌ای کلی مانند نظام حقوقی رومی- ژرمنی یا موردی مانند نظام حقوقی کامن‌لا توصیف می‌کنند. موارد فوق و همچنین تقسیم‌بندی‌های متفاوت به عمل آمده از حقوقی خصوصی و عمومی، منجر به تفاوت‌های ساختاری در بین نظام‌های حقوقی خواهند شد و عدم توجه به آن مطالعه تطبیقی و دستیابی به یک قاعده متحدالشکل را با مشکل مواجه خواهد کرد. برای مثال مفهومی که یک حقوقدان فرانسوی آن را اساسی می‌داند مانند مفهوم تعهد و حقوق تعهدات، در انگلستان مطرح نمی‌شوند و معادلی هم نخواهند داشت و یا برخی مفاهیم مشابه در کشورهای مختلف، از ارزش یکسانی برخوردار نیستند تا صرف نظر کردن از آنها، به یک اندازه مهم تلقی شود.^{۳۳} همچنین نمونه دیگر از این تفاوت‌ها، ماهیت عقد در نظام‌های حقوقی است. به اعتقاد برخی در غرب، نگاه به عقد با رویکردی شخصی همراه است و عقد امری است که بین دو شخص منشأ اثر است و لزوماً ایجاد تعهد می‌نماید. اما در حقوق اسلامی و فقه امامیه، عقد از منظر موضوع عقد مورد توجه قرار می‌گیرد و منشأ اثر اعتباری می‌شود. چنین عقدی، حاصل ارتباط ایجاب و قبول است، نه تنها از حیث آنکه باید ایجاد تعهد شخصی برای طرفین بنماید، زیرا برخی عقود در حقوق اسلامی، تعهدآور محسوب نمی‌شود مانند عقود اذنی همچون وکالت و به همین دلیل التزام به تعهد برای وکیل به وجود نمی‌آید. اما در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی سوئیس، وکیل مانند اجیر است و تعهدات الزام‌آوری خواهد داشت.^{۳۴} این اختلافات به طور کلی ناشی از راه‌های متنوعی است که هریک از سیستم‌های حقوقی برای ایجاد تعادل در منافع و ایجاد مقرراتی برای عدالت انتخاب می‌کنند و در هر مکان با شرایط تاریخی، تمدن و شیوه‌های تفکر آن جامعه، رابطه نزدیک دارد.

32. Bonell, "Toward a Legislative Codification of The UNIDROIT Principles?", p.1.

۳۳. داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۱۵.

۳۴. الشریف، «حقوق اسلامی تطبیقی»، جزوه کلاسی

وجود این گونه تفاوت‌ها، منتقدان متحدسازی حقوق را، واداشت که تحقق آن را غیر ممکن بدانند. اما به نظر می‌رسد که اگر، به جای حل مسأله و رفع مشکلات کنونی در متحدالشکل‌سازی، تنها در گروه مخالفان آن قرار گیریم، در حقیقت ساده‌ترین راه را انتخاب کرده‌ایم. بنابراین برای ارائه راهکار مطلوب و به منظور پیشگیری از بروز مشکلات کنونی، ابتدا باید از کلیه موانع و محدودیت‌ها، به درستی عبور نماییم.

با نگاهی وسیع‌تر و با توجه به مبانی نظام‌های حقوقی بزرگ، این نکته یادآوری می‌شود که در عصر حاضر، صرف نظر از شدت و ضعف‌های قابل تصور، چهار عنصر قانون، عرف، رویه قضایی و اصول کلی حقوق، منابع نظام‌های حقوقی را تشکیل می‌دهند. اختلافات ساختاری که در ابتدای بیان شد، به نوعی می‌تواند ناشی از تفاوت‌های موجود در چهار منبع فوق باشد. برای مثال در عرف‌های ملی، با مفاهیم متفاوتی مواجه خواهیم شد که این امر به علت خصیصه ذاتی عرف است. عرف ملی یعنی عرفی که در محدوده مکانی مشخص شکل می‌گیرد و نسبت به محدوده مجاور آن، می‌تواند متفاوت باشد، حتی اگر مرز بین عرف‌ها، دقیقاً منطبق با مرزهای سیاسی نباشد. مانند تشابهی که در میان کشورهای تحت نظام رومی - ژرمنی مشاهده می‌شود. علاوه بر این، عرف در سیستم‌های حقوقی مختلف، جایگاه یکسانی ندارد. برای مثال اگر عرف در حقوق رومی - ژرمنی بررسی شود، حتی اگر به طور عام ملحوظ بوده و اختصاص به عرف‌های مندرج در مجموعه‌های رسمی نداشته باشد، تنها مربوط به موضوعات جزئی و مختصری مانند روابط خانوادگی، نظام اراضی، ارث و وصیت است و به اعتقاد رنه داوید هیچ زمینه‌ای برای گسترش موضوعات جدید ایجاد نمی‌کند و نمی‌تواند خارج از محدوده اجرایی خود، برای سایر ملل قابل استفاده باشد. وی همچنین معتقد است که حقوق کامن‌لا نیز هرگز یک حقوق عرفی نبوده و کارکرد کنونی «قاعده سابقه»^{۳۵} با مفهوم رویه حقوقی پایدار که به مفهوم عرف نزدیک است، ناآشناست زیرا سابقه الزام‌آور برای دادگاه‌های کامن‌لا، حتی با یک رأی منحصر به فرد که یک دادگاه عالی صادر کرده است نیز ایجاد می‌شود و حقوق قبل از هر چیز، عقل - به معنی تشخیص قضات - است و تنها هنگامی که از جانب قضات مورد استناد قرار گیرد، از اعتبار و ضمانت اجرا برخوردار خواهد بود.^{۳۶}

وجود این اختلافات در نگرش به منابع حقوقی، برای متحدسازی ایجاد مشکل نموده است. با این وجود با نگاهی عقلگرایانه، می‌توان معتقد بود که قواعد حقوقی حتی با منشأ عرف، اگر بر مبنای عقلانیت وضع و دسته‌بندی شود، در تمامی جوامع قابل پذیرش خواهد بود. اما به نظر می‌رسد استناد به عقلانیت صرف در قواعد، برای دستیابی به اشتراکات کفایت نمی‌کند. زیرا مفاهیم عقلانی موجود در برخی نظام‌های حقوقی، مانند رومی - ژرمنی، در دیگر نظام‌های حقوقی وجود ندارد. بنابراین به آسانی مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد. به نمونه‌هایی از این تفاوت‌ها اشاره

می‌شود؛ حقوق تعهدات در فرانسه، تعهدات فرد را نسبت به طرف مقابل مشخص می‌کند. تعهدی که می‌تواند ناشی از قانون، قرارداد، تعهد یکجانبه، استفاده بلاجهت، جرم یا شبه جرم باشد. اما تعهد یا مفاهیمی مانند شخصیت حقوقی و تدلیس، در حقوق انگلیس معادلی ندارند. علاوه بر موارد فوق برخی مفاهیم مشترک نیز دقیقاً قابل انطباق با یکدیگر نخواهند بود برای مثال مفهوم انگلیسی قرارداد، شامل هبه یا عطایا و ودیعه نمی‌شود یا بالعکس، مفهومی مانند تراست در حقوق فرانسه ناشناخته است. زیرا حقوقدانان فرانسوی اداره پاره‌ای از اموال به وسیله یک یا چند نفر امین (تراستی) به نفع یک یا چند نفر دیگر را، از مصادیق اصل نمایندگی و نوعی نیابت می‌دانند که توسط شخص تشکیل دهنده یا قانون (مانند حمایت از مجبورین) اعتبار می‌یابد اما در حقوق انگلیس او یک مدیر ساده نیست بلکه مالک اموال مورد تراست است. تراستی می‌تواند به میل خود در آن تصرف کند و مکلف به ارائه حساب نخواهد بود. محدود کردن حق مالکیت او جنبه حقوقی ندارد بلکه تنها بر طبق وجدان، باید اموال را با احتیاط اداره کند. این تفاوت‌ها ناشی از آن است که در نظام حقوقی رومی - ژرمنی مالکیت مجموعه‌ای از سه حق و امتیاز برای مالک است؛ ۱. حق استعمال ۲. حق بهره‌گیری ۳. حق اعراض و انصراف و اخراج از مالکیت. اما تراستی، امین مالکی است که دارای حق انجام دادن اعمال اداره و ناقله نسبت به اموال است اما نه حق استعمال به معنای واقعی دارد و نه تمتع از شیء و نه حق نابود کردن مادی آن را خواهد داشت. در حقیقت در حقوق انگلیس حق به کار بردن شیء، مانند سکونت و حق اداره کردن آن مانند اقدام به تعمیرات یا واگذاری تحت یک عنوان از مالکیت (استعمال) نخواهد بود و همچنین حق نابود کردن مادی شیء و انجام دادن اعمال ناقله نسبت به آن را، تحت عنوان واحد اخراج از مالکیت، قرار نمی‌دهند و به این ترتیب مالکیت دوگانه شخص امین و ذی‌نفع را به وجود می‌آورند. این تفاوت در حقوق فرانسه و انگلیس مربوط به طرز فکر سیستم حقوقی آنهاست و رد یا پذیرش هریک قابل دفاع نیست. اصل آزادی تجزیه مالکیت، از دیدگاه حقوقدانان انگلیسی به همان اندازه طبیعی و عقلانی است که اصل آزادی قراردادها در اروپا.^{۳۷}

بنابراین به نظر می‌رسد، وصف عقلانیت قواعد حقوقی، ناشی از عقلی خلّاق است؛ عقلی که ابداع می‌کند و تنها تأیید کننده بدیهیات نیست که بتواند به طور مطلق مورد پذیرش قرار گیرد. مانند دو ریاضیدان که در دو مکان به فاصله قطر کره زمین، دو راه حل برای یک مسأله ارائه می‌دهند. اما راه‌های پیشنهادی آنها می‌تواند یکدیگر را تکمیل کند یا اشتباه دیگری را اثبات و آن را رد کند و یا در کنار هم به عنوان دو راهکار متفاوت پذیرفته شود. با توجه به این ویژگی قواعد حقوقی، اختلاف آراء در طراحی و پذیرش قواعد متحدالشکل، طبیعی خواهد بود.

بنابراین، مشکل متحدسازی چیزی فراتر از تعارض حاکمیت‌هاست که از سوی برخی حقوقدانان بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته است.^{۳۸} موانع کنونی باید با توجه به محتوای حقوق

۳۷. همان، صص ۳۴۷-۳۳۵.

38. M. Smits, "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolution Theory" p. 80.

قراردادها در نظام‌های حقوقی مورد تحلیل قرار گیرد. بر این اساس رویکردهای کنونی متحدسازی، مورد نقد قرار می‌گیرند؛

اگر متحدالشکل‌سازی بر اساس مقایسه نظام‌های حقوق ملی انجام شود و صرفاً به دنبال هماهنگی و نزدیک کردن قواعد ملی براساس مفاهیم، عرف‌ها و اصول مشترک و اساسی در جوامع باشد، ناگزیر باید به جستجوی تمامی مفاهیم و ساختارهای مشابه یا قابل انطباق در همه یا اکثر نظام‌های حقوقی پرداخت. تحقق این امر برای تمامی موضوعات، علاوه بر آنکه نیازمند صرف زمان زیاد و مطالعات طولانی است، به نظر می‌رسد، دو نتیجه قابل تأمل به همراه خواهد داشت:

۱. در تلفیق راهکارهای موجود در نظام‌های حقوقی، به هر میزان که تمایل به سمت راهکار یکی از سیستم‌های حقوقی باشد، با موضع‌گیری بیشتری از سوی دولت‌های دیگر مواجه خواهد شد.

۲. مسائلی که مشابه در نظام‌های حقوقی دیگر ندارند، اصولاً به علت عدم امکان تطبیق، حذف شده و در محدوده بحث قرار نمی‌گیرند.

جمله هانس کلسن را به یاد آورید که؛ اگر تناقض هنجارهای حقوقی میان جوامع را نتوان رفع نمود، یک تفکر حقوقی باید... «...ماده مورد تفسیر را به این دلیل که بی‌معناست و لذا در قلمرو حقوق به عنوان معنا وجود ندارد، یکسره کنار گذارد و این امر صرفاً یک تمایل نهفته، یعنی تمایل به یگانگی است»^{۳۹}

اما اگر نظام حقوقی را یک نظام متشکل از مفاهیم مرتبط و تقسیمات حقوقی بدانیم، حذف یک عنصر با صدماتی که به مجموعه وارد می‌کند، به راحتی امکان‌پذیر نخواهد بود.

علاوه بر دو نتیجه فوق، یک ضرورت نیز ایجاد می‌شود؛ هنگامی که متحدسازی براساس رویکرد تطبیقی به منظور ایجاد بیشترین تمایل برای دولت‌ها، دنبال می‌شود، ضروری است که سابقه نگرش دولت‌ها نسبت به متحدسازی لحاظ شود. باید دولت‌ها مورد بررسی قرار بگیرند و مشخص شود که متحدسازی را چگونه و تا چه حدودی می‌پذیرند و براین اساس است که طراحی برنامه‌های متحدالشکل‌سازی، با موفقیت بیشتری مواجه خواهند شد. واکنش دولت‌ها می‌تواند به اقسام زیر باشد:

۱. دولت‌ها ممکن است در روابط ملی و بین‌المللی سیاست واحدی را اتخاذ نمایند و قواعد متحدالشکل بین‌المللی را به تدریج بر روابط تجاری ملی نیز، حاکم کنند. این نوع واکنش اکثراً در مواردی مشاهده می‌شود که دولت‌ها به علت ضعف حقوق داخلی، در زمینه مطرح شده، داوطلبانه راغب به این تأثیرپذیری باشند و قواعد تجاری درون مرزی را بر اساس قواعد مربوط به تجارت بین‌المللی تغییر دهند. این واکنش به معنای واقعی، دولت‌ها را به سمت اتحاد قوانین سوق می‌دهد.

۲. ممکن است دولت‌ها بین روابط ملی و بین‌المللی خود تمایز قائل شوند و تنها مقررات بین‌المللی را، متناسب با تجارت جهانی و هماهنگ با سایر کشورها تنظیم نمایند. این نوع واکنش خود می‌تواند به یکی از دو صورت زیر باشد:

الف) در روابط بین‌المللی، اصول و مفاهیم اساسی که می‌تواند مختص به نظام حقوقی باشد، حفظ گردد^{۴۰} و تغییر در سایر موارد پذیرفته شود. دلیل این استثنا آن است که مفاهیم و طبقه‌بندی‌های اصلی در نظام‌های حقوقی، زیربنای قوانین ماهوی و حتی تا حدودی زیربنای مقررات شکلی هستند. اما با انتخاب این واکنش امکان تعارض میان نظام‌های حقوقی، افزایش خواهد داشت. در چنین صورتی حتی تلفیق اصول و مفاهیم اساسی، ضرورتاً نتیجه مثبت و جدیدی ارائه نمی‌دهد و ارزش آن، هم سطح با راه حل‌های جدید و مستقل نخواهد بود. علاوه بر آنکه همچنان مشکل وجود مفاهیم غیر مشابه حل نشده باقی می‌ماند.

برای حل این مشکل و رعایت اصول و مفاهیم اساسی، برخی پیشنهاد داده‌اند؛ قوانینی که عمیقاً ریشه در سنت‌های حقوقی منطقه‌ای دارند، از پروسه متحدسازی حذف شوند، زیرا دستیابی به همسانی در این موارد بسیار دشوار است. برای مثال قانون مالکیت نیازی به متحدسازی ندارد اما قوانین مربوط به حقوق قراردادهای چنین ریشه مند نیست و اصل آزادی قراردادهای می‌پذیرد که هرگونه تغییر در مورد آن، به راحتی امکان‌پذیر باشد و تنها در مواردی، قانون امری مانع ضررهای خاص خواهد شد مانند زمانی که منافع شخص ثالث به خطر بیفتد. قوانین مالکیت نیز به همین دلیل مورد حمایت قوانین امری قرار گرفته است. در حقیقت حقوق قراردادهای مابین قوانین عمیق و ریشه‌دار که نظام وابستگی شدید به حفظ آن دارد، مانند مالکیت و قوانین شکلی که این وابستگی در آن به حداقل خود می‌رسد، مانند مهلت‌های قانونی یا شیوه رسیدگی قرار می‌گیرد. دیدگاهی که این نظریه را مطرح می‌کند معتقد است که کارآمدترین روش در متحدسازی حقوق قراردادهای، حفظ عناوین موجود در نظام‌های حقوقی است، اما باید مفاهیم آنها تغییر یافته و مفهوم جدیدی برای آن ارائه شود.^{۴۱}

ب) دولت‌ها ممکن است در روابط بین‌الملل خود، محدودیتی در تغییر قواعد اعمال نکنند و در صورت لزوم امکان حذف هر قاعده‌ای را بپذیرند. متحدالشکل سازی قواعد بین‌المللی به معنای واقعی و کامل خود در چنین شرایطی تحقق می‌یابد. در این نوع واکنش تنها محدودیت، مربوط به اصول کلی و قواعد مربوط به نظم بین‌المللی است که مشترک میان تمام جوامع بوده و قاعده‌ای خلاف آن پذیرفتنی نیست مانند حسن نیت. برای این روش دولت‌ها باید اقتناع شوند که حذف قواعد بین‌المللی آنها، به معنی پذیرش قواعد بین‌المللی دولت دیگر و در نتیجه اعمال حاکمیت

۴۰. منظور از اصول فوق، اصول اختصاصی و مبانی هر یک از نظام‌های حقوقی مانند حقوق تعهدات در حقوق رومی-ژرمنی و یا مفهوم مالکیت تجزیه‌پذیر در حقوق کامن‌لا است. بنابراین این اصول، میان تمامی نظام‌های حقوقی مشترک نخواهند بود.

آنها نیست. برای دستیابی به این هدف متحدالشکل‌سازی باید براساس مقررات جدیدی طرح‌ریزی شود که اختصاص به نظام‌های ملی نخواهد داشت و از محیط فراملی به درون مرزها وارد یا به عبارتی افزوده خواهد شد. قسمت اعظم این قواعد برگرفته از عرف فعالان بین‌المللی است. نمونه ورود این عرف‌ها به درون مرزهای دولتی، عرف بازرگانی موجود در قرون وسطی است و شارحان گذشته، تا حدودی آن را به حقوق رم نسبت می‌دادند. اما این عرف‌ها ابتدا در سراسر اروپا، در میان بازرگانان، رواج یافت و سپس به حقوق رومی - ژرمنی و بعد از آن به کشورهای مشرق زمین و خاور دور منتقل شد و در کنار حقوق تعهدات عامل مهمی در وحدت ساختار اقتصادی و بازرگانی این جوامع گردید.^{۴۲} عرف فراملی حتی اگر در اسناد بین‌المللی نبوده و به صورت نانوشته باشد، از قابلیت بیشتری برای متحدسازی برخوردار است. البته اهمیت عرف‌های فراملی از نگاه تدوین‌کنندگان قواعد متحدالشکل دور نمانده و در ضمن اسناد متحدالشکل کنونی تا اندازه‌ای مشاهده می‌شود مانند راهنمای قانون ورشکستگی. بنابراین روابط فراملی دولت‌ها با موضوع قراردادهای تجاری، دایره مشترکی به نام عرف بازرگانی فراملی خواهد داشت و تکیه بر آن بهترین جایگاه برای متحدالشکل‌سازی است.

نتیجه‌گیری

تئوری متحدالشکل‌سازی، حقوق را یک کل واحد می‌شناسد و تاکنون با روش‌های متعددی، ترسیم یک جامعه حقوقی واحد را، دنبال نموده است. اما آنچه از تحلیل این تئوری حاصل می‌شود آن است که، متحدالشکل‌سازی حقوق قراردادهای، نمی‌تواند تنها براساس تلفیق قواعد برتر و عقلانی نظام‌های حقوقی باشد، همچنان که نمی‌تواند صرفاً براساس منابع فراملی حقوق، یعنی عرف و عادات تجاری فراملی ترسیم گردد. قواعد متحدالشکل همواره باید در یک تناسب منطقی، بین قواعد نظام‌های حقوقی و نظام فراملی وضع گردد. تجربه حاصله از متحدالشکل‌سازی‌های قبل، ثابت نموده است که اختلافات ناشی از منابع حقوقی دولت‌ها، دستیابی به اتحادی موفق را، تا اندازه‌ای غیرممکن ساخته و هرگونه تلاشی برای اقناع جوامع که براساس ترکیب قواعد نظام‌های حقوقی باشد، در صورت گرایش به قواعد یک نظام حقوقی، از سوی سایر دول با واکنش منفی مواجه شده است. علاوه بر آنکه، برخی مسائل در تعدادی از نظام‌های حقوقی، مشابه مفهومی ندارند و در نتیجه آن، تقریب آراء امکان‌پذیر نمی‌گردد. بنابراین ضرورت دارد که تناسب فوق، براساس رویکردی خلاق طراحی شود و به عبارت دیگر، قواعد جدید به جز موارد استثنائی که وابستگی بسیار به نظام‌های حقوقی داخلی دارد، باید منطبق با قواعد حقوق بازرگانی فراملی تدوین گردند. منبع اصلی نظام حقوقی فراملی، عرف و رویه بازرگانی فراملی است و به میزان قابل توجهی مستقل از نظام‌های حقوقی داخلی می‌باشد. اما یکبارہ نظام داخلی را نفی نمی‌کند و

موضوعی را برای اعمال اصول و مفاهیم بنیادین نظام‌های حقوقی، تحت عنوان قوانین آمره باقی می‌گذارد. این روش، به دلیل آنکه قواعد نظام‌های حقوقی را اساس متحدالشکل سازی قرار نمی‌دهد، دولت‌ها را نسبت به نقض حاکمیت، تحریک نخواهد کرد و از این طریق می‌تواند به میزان قابل توجهی، موفقیت طرح‌های آتی متحدالشکل سازی را تضمین نماید.

فهرست منابع

الف) فارسی

- الشریف، محمد مهدی (۱۳۸۷)، «حقوق اسلامی تطبیقی»، جزوه کلاسی کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دانشکده حقوق.
- ام‌گوود، روی (۱۳۸۶)، «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه حمیدرضا علوم‌یزدی، مجله حقوقی، شماره سی و ششم، صص ۲۴۱-۲۰۱.
- خلیلیان، سید خلیل (۱۳۶۲)، حقوق بین‌الملل اسلامی، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- خمامی زاده، فرهاد (۱۳۸۲)، «درآمدی بر روند یکسان‌سازی وحدت حقوق خصوصی»، مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره نهم و دهم.
- داوید، رنه (۱۳۷۸)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر حسین صفائی و دیگران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- شاپیرا، ژان (۱۳۷۱)، حقوق بین‌الملل بازرگانی، ترجمه دکتر ربیعا اسکینی، تهران: انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
- کلسن، هانس (۱۳۸۷)، نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) و قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

ب) انگلیسی

- Block-Lieb, Susan and Halliday, Terence (2007), "Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law", Texas International Law Journal, Vol.42: 475, Forthcoming, Fordhom Law Legal Studies Research Paper NO. 965710. http://tilj.org/journal/entry/42_475_block_lieb_halliday...
- Bonell, Michael Joachim (2007), "Toward a Legislative Codification of The UNIDROIT Principles?", From Congress to Celebrate The Fortieth Annual Session of UNCITRAL, Vienna, 9-12 July 2007.
- Cervenková, Lenka (2008), "Europeanization and Unification of Private International Law." In COFOLA 2008 Conference: Key Points and Ideas, Brno: Masarykova univerzita, ISBN 978-80-210-4629-0, p.56. 13.5.2008, PrF MU. <http://www.muni.cz/people/61099/publications>.
- Gabriel, Henry Deeb (2009), "The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, AND THE HAGUE CONFERENCE", Brooklyn Journal of International Law, Vol. 34, issue 3. www.ppl.nl/toc/showresults.php?&year=2009&volume=34&issue=3.
- Hannold (1991), "Uniform Law for International Sales", in Convention Appendix A Deventer & Boston: Kluwer, p.58. www.jus.uio.no/lm/cisg.bibliography.1996.winship/plain.txt - 60k
- Lando, ole (2002), "Toward a European Civil Code Reflections on The Codification of Civil Law in Europe", www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpha11.html.
- Legrand, Pierre (1996), in Smits, M. Jan (2002), "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolution Theory", Published in: Special Volume in Honor of Alan

Watson, Georgia Journal of International and Comparative Law 31, pp. 79-99.

http://www.jansmits.eu/List_of_Publications.html.

Rousseau Ch. (1973), *Droit International Public*, Précis Dalloz, Paris: Dalloz, p. 6.

S.Hartkamp, Arthur (1994), "Towards a European Civil Code", 3rd ed., *Ars Aequi Libri / Kluwer Law International* (2004), p. 847. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpha07.html>.

Smits, M.Jan (2001), "The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law", *Antwerpen-Apeldoorn 2001 (Intersentia; Ius Commune-reeks nr. 36)*, 128 pp, [reviewed by SALJ 2002, p. 899-900; M. de Waal, *ZeUP* 2003, p. 211-213; D. Jutras, *Revue Internationale de Droit Comparé* 55 (2003), p. 1023-1024. http://www.jansmits.eu/List_of_Publications.html.

Smits, M.Jan (2002), "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolution Theory" Published in: *Special Volume in Honor of Alan Watson*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 31, pp.79-99.

http://www.jansmits.eu/List_of_Publications.html.



JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. X, No. 2

2011-2

Articles

- The Differences between Mistake and Ignorance to the Subject-Matter of Contract
- Bankruptcy in Fault and Fraud: From Commercial Code to Islamic Penal Code
- Complicity in Unintentional Crimes
- Concept and Nature of Future Contracts
- Analysis The Theory of the Unification of Transnational Commercial Contracts Law
- Peace and Human Rights in Curriculum under the International Instruments

Special Issue: Cultural Heritage Law: Capacities and Challenges

- Unable Justice and Preservation of Cultural Heritage
- Islamic Penal Code of Iran on Crimes against Cultural Property: 566 bis Article
- Copyright Protection for Architectural Works
- Some Strategic Developments in Restitution of the Cultural Property in Contemporary International Law
- New Developments in Restitution of Cultural Property with a View to Restitution of Indigenous People's Cultural Property
- The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflicts: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
- "Functional" Concept Evolution of Cultural Property in a More Humanization of International Law
- Deficiencies in Legislations for Protection of Cultural Heritage
- Right on the Historical Name of the Persian Gulf from the Perspective of International Law
- Examining Various Mechanisms for International Disputes over Cultural Properties

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study