

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۰، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۸

صفحات ۱ تا ۲۰

ارجاع بارنامه دریایی به شروط قرارداد اجاره کشتی؛ در

جستجوی قصد طرفین

مسعود اربابی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

نوید حاتمی پور

دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(Email: N_Hatamipour@sbu.ac.ir)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۱۲)

چکیده

انتقال گیرنده بارنامه دریایی اغلب فرصت و گاه حق دسترسی به شروط قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع را ندارد. از طرفی با توجه به ناآگاهی انتقال گیرنده، الزام وی به شروط یادشده ممکن است ناعادلانه تلقی و حکم به فقدان اعتبار آن‌ها داده شود. از طرف دیگر اگر اعتبار شروط منوط به آگاهی طرفین قرارداد باشد، اطمینان از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد از بین می‌رود. در جستار حاضر با روش توصیفی - تحلیلی راه حل نظام‌های حقوقی در خصوص مسئله اعتبار و محدوده شمول شرط درج بررسی شده و رویکرد احتمالی دادگاه‌های ایران نسبت به این مسئله تبیین گردیده است. درحالی که در برخی از نظام‌های حقوقی (از جمله امریکا و فرانسه)، درج تمامی شروط قرارداد اجاره کشتی در بارنامه دریایی با یک ارجاع عام ممکن است، دادگاه‌های انگلستان درج شروط فرعی (از جمله شرط انتخاب مرجع رسیدگی به اختلاف) را منوط به ارجاع خاص به آن شروط می‌دانند. با تعمق در منابع حقوق ایران می‌توان به این نتیجه رسید که پاسخ احتمالی دادگاه‌های ایران به این مسئله باید به رویکرد حقوق انگلستان بسیار نزدیک باشد.

واژگان کلیدی

اطمینان، بارنامه دریایی، درج از طریق ارجاع، قرارداد اجاره کشتی، قصد طرفین.

مقدمه

دکترین درج از طریق ارجاع (Incorporation By Reference Doctrine) به این معناست که یک قرارداد شفاهی یا کتبی، مفاد شفاهی یا کتبی خارج از قرارداد را با ارجاع صریح یا ضمنی در متن خود جای دهد؛ به شکلی که مفاد خارجی ارزشی برابر با مفاد مندرج در قرارداد داشته باشد (Whitman, 1961, p. 1). استفاده از چنین شیوه‌ای مزایای بسیار دارد از جمله اینکه طراحی قرارداد را تسریع می‌کند. ویژگی مشترک این گونه قراردادها این است که مفاد مورد ارجاع و مفاد قراردادی که در آن ارجاع داده شده است یک قرارداد را تشکیل می‌دهند؛ به گونه‌ای که گویی هم‌زمان نوشته شده‌اند و مفاد قرارداد باید با هم و به صورت یکجا تفسیر شوند (Barondes, 2012, p. 657).

شرطی که با آن مفاد سند یا قرارداد دیگری در قرارداد درج می‌شود، شرط درج (Incorporation Clause) نام دارد. شرطی که از طریق ارجاع در قرارداد درج می‌شوند، در صورتی که شرایط ماهوی و شکلی مقرر در قانون را نداشته باشند، معتبر نخواهند بود. برای مثال، برخی قوانین تنها ارجاع صریح را معتبر می‌دانند^۱ یا بر اساس برخی قوانین، ارجاع باید در قرارداد کتبی صورت گیرد^۲.

قرارداد اجاره در نظام حقوقی کامن‌لا قابل انتقال نیست، ولی بارنامه دریایی (که از این پس بارنامه نامیده می‌شود) یک سند قابل انتقال (Transferable) است و در صورت انتقال، قرارداد میان انتقال‌گیرنده و متصدی حمل خواهد بود^۳. از سویی مؤخرین برای تثبیت شروط قرارداد اجاره کشتی در طول سفر دریایی، کلیه شروط قرارداد اجاره را در بارنامه بدون کم و کاست از طریق ارجاع درج می‌کنند. از سوی دیگر، انتقال‌گیرنده بارنامه که عموماً قرارداد اجاره کشتی را ندیده است و از شروط آن اطلاعی ندارد، با پذیرش بارنامه ریسک بزرگی را می‌پذیرد. بارنامه‌ها معمولاً برای بخش کوچکی از کالاها و در قرارداد حمل صادر می‌شوند، در حالی که قرارداد اجاره به‌طور معمول برای حمل کالاهای زیاد و به‌منظور اجاره کشتی منعقد می‌شود. قرارداد اجاره عموماً شرطی را دربر دارد که به رابطه حقوقی میان دارنده بارنامه و متصدی حمل مرتبط نیست، لذا نمی‌توان چنین فرض کرد که طرفین قصد داشته‌اند این شروط بر رابطه حقوقی آن‌ها اعمال شود.

۱. بند «الف» ماده ۱۷ قانون تجارت الکترونیک جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲ش

۲. ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۶ش

۳. بارنامه ممکن است پیش از انتقال به شخص ثالث، قرارداد حمل میان ارسال‌کننده و حمل‌کننده و یا میان مستأجر و مالک کشتی باشد. برای مطالعه بیشتر، نک: اربابی، مسعود و حاتمی‌پور، نوید (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی کارکردها و نقش قراردادی بارنامه دریایی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹.

در این مقاله روی سخن ما عمدتاً مربوط به زمانی است که قرارداد اجاره کشتی بین «الف» (مستأجر کشتی) و «ب» (مالک یا مؤجر کشتی) تحت شروطی منعقد می‌شود و سپس «الف» که خود معمولاً کالایی برای حمل ندارد، با پرداختن به تصدی‌گری حمل و نقل دریایی اقدام به انعقاد قرارداد حمل و نقل دریایی با ارسال‌کنندگان کالا از طریق دریا و صدور بارنامه برای آن‌ها و حمل کالاهای موضوع حمل می‌نماید؛ درحالی که با درج شرطی در بارنامه بعضی از شروط یا تمامی شروط قرارداد اجاره قبلی میان خود و «ب» را در بارنامه می‌گنجانند و ارسال‌کننده کالا یا دارنده بارنامه دریایی را مقید به آن‌ها می‌سازد؛ یعنی «الف» در قرارداد اول با «ب» (قرارداد اجاره کشتی) مستأجر و طرف قرارداد اجاره کشتی است و در قرارداد دوم با ارسال‌کننده کالا (قرارداد حمل و نقل دریایی)، متصدی حمل و نقل و طرف قرارداد حمل و نقل دریایی است. لذا درجایی که مالک کشتی، کشتی خود را اجاره نمی‌دهد و بنابه دلایلی ترجیح می‌دهد که صرفاً خودش اقدام به حمل و نقل کالا از طریق انعقاد قرارداد حمل و نقل دریایی و صدور بارنامه نماید، مطالب این مقاله کاربردی نخواهد داشت؛ مگر اینکه طرفین درج شروط قرارداد اجاره کشتی افراد دیگری یا شروط مشابه دیگری را در بارنامه صادره اراده نمایند که بسیار نادر است. همچنین زمانی که مالک کشتی، کشتی خود را به مستأجرانی اجاره داده است که دارای کالای زیادی برای حمل هستند و در چنین وضعیتی مؤجر به لحاظ تقاضای مستأجر و مساعدت با وی برای انجام اعمال تجاری، اقدام به صدور بارنامه در کنار قرارداد اجاره کشتی منعقد قبلی با او نماید، مادامی که بارنامه به شخص ثالث منتقل نشده باشد، این مقاله کاربردی نخواهد داشت، چراکه در چنین وضعیتی بارنامه صادره نقش قراردادی نخواهد داشت. دادگاه‌ها در رویارویی با قراردادهای حاوی شرط درج، همچون هر قرارداد دیگری، وقتی قصد طرفین روشن نباشد مفاد قرارداد را تفسیر می‌کنند. در کامن‌لا برای کشف قصد طرفین، به ملاک‌های نوعی متوسل می‌شوند؛ اما دادگاه‌های فرانسه و ایران همواره در جستجوی قصد واقعی طرفین‌اند. مبنای دو نظام حقوقی ایران و انگلستان در خصوص تشکیل قرارداد، اراده طرفین است؛ لذا برای تعیین اینکه چه شروطی با الفاظ عام در بارنامه درج خواهند شد باید به قصد طرفین رجوع کرد. برای کشف قصد طرفین باید ملاک نوعی یا شخصی را به کار گرفت. در حقوق انگلستان معیار قصد قراردادی، معمولاً^۱ عینی یا نوعی است؛ به‌گونه‌ای که ممکن است طرفین بدون اینکه یکی از آن‌ها باطناً قصد انعقاد قرارداد را داشته باشند به قرارداد ملزم شوند. دادگاه‌های کامن‌لا به‌منظور حل این مسئله قواعد درج (Incorporation rules) را طراحی کرده‌اند. قواعد درج دادگاه‌ها که ریشه در آرای قدیمی دادگاه‌ها دارد، در طول تاریخ تثبیت

۱. برای مطالعه استثنای اعمال ملاک نوعی در حقوق انگلستان، ر.ک. Treitel, Guenter H., 2003, p. 172.

شده‌اند و برای تجار معلوم و معین هستند. قضات در نظام حقوقی کامن‌لا اهمیت زیادی برای اطمینان تجاری (Commercial certainty) قائل شده‌اند.^۱ به همین دلیل وقتی یک معنا برای عبارت درج (Incorporating phrase) در یک تصمیم قضایی محرز می‌شود، در پرونده‌های بعدی به همان معنا تکیه خواهند کرد. در واقع دادگاه‌های کامن‌لا بیش از کشف قصد واقعی و یا حتی تعیین قصد طرفین با ملاک‌های عینی، نگران افزایش اطمینان در معاملات تجاری هستند (Treitel and Reynolds, 2005, p. 79). ثبات قواعد درج در طول تاریخ باعث شده است که شرایط حمل بر اساس بارنامه برای تجار قابل پیش‌بینی باشد، بارنامه‌ها قابل اعتمادتر شوند و قطعیت در تجارت بین‌الملل افزایش یابد.

تاکنون در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی، قانونی در خصوص مسئله اعتبار شروط مندرج به شیوه ارجاع تصویب نشده و راه‌حل این مسئله تنها از خلال آرای قضایی قابل برداشت است. در میان نظام‌های حقوقی، دادگاه‌های انگلستان جامع‌ترین قواعد را در رویارویی با مسئله کشف قصد طرفین در بارنامه حاوی شرط درج دارند. نخست حقوق انگلستان به‌طور مفصل بررسی می‌شود. در ادامه، رویکرد دو نظام حقوقی آمریکا و فرانسه به مسئله درج از طریق ارجاع مطالعه خواهد شد. منابع حقوق ایران در خصوص این موضوع بسیار فقیر است؛ با این حال در پایان، راه‌حل مسئله در حقوق ایران که عمدتاً از مواد قانون مدنی و اصول عام حقوق قراردادهای قابل برداشت است، بررسی خواهد شد.

اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع در حقوق انگلستان

از آنجا که عرف و حقوق دریایی ریشه در نظام حقوقی انگلستان دارد، این قسمت بر اساس حقوق انگلستان و با بررسی احکام دادگاه‌های انگلستان نگاشته شده است. ابتدا به تحولات عرف تجاری و نظام حقوقی انگلستان در مواجهه با مسئله درج از طریق ارجاع، نگاهی گذرا خواهیم داشت و سپس محدوده شمول شرط درج و شرایط اعتبار شروط مندرج به شیوه ارجاع در حقوق انگلستان بررسی می‌شود.

۱. درج شروط قرارداد اجاره کشتی در بارنامه در گذر زمان

ارجاع بارنامه به شروط قرارداد اجاره کشتی پدیده‌ای نوظهور نیست و سابقه‌ای بیش از یک قرن

1. Federal Bulk Carrier's Inc v. C. Itoh Ltd (The Federal Bulker) [1989] 1 Lloyd's Rep. 103 at 105, 109, 111.

دارد.^۱ در قرن نوزدهم مشکل اصلی تحمیل خسارت تخلیه کشتی و کرایه حمل به عهده دارنده بارنامه‌ای بود که خود طرف قرارداد اجاره کشتی نبود. شرط توقف (Cesser Clause) در قرارداد اجاره کشتی، مالک کشتی را مستحق می‌ساخت تا کرایه و خسارت معطلی کشتی را از دریافت‌کننده بار - نه مستأجر - طلب کند. مؤجر و مستأجر کشتی با درج شروط قرارداد اجاره کشتی در بارنامه از طریق ارجاع، به هدف خود یعنی پرداخت این هزینه‌ها از سوی انتقال‌گیرنده بارنامه می‌رسیدند. این امر در حالی صورت می‌گرفت که در عبارت ارجاع روی بارنامه، هیچ خبری از شرط توقف نبود و به عبارتی کلی از جمله «کرایه مطابق قرارداد اجاره کشتی» (Freight as per charterparty) اکتفا می‌شد. امروزه شرط توقف کمتر در قراردادهای اجاره کشتی دیده می‌شود؛ کرایه عموماً پیش از حمل دریافت می‌گردد و برای الزام‌گیرنده کالا به پرداخت خسارت تخلیه کشتی، راه‌های دیگری پیش‌بینی می‌شود؛ باین‌حال رویه قضایی بر اساس همان پرونده‌های قدیمی شکل گرفته است (Todd, 2016, p. 257). مالکان کشتی به منظور گسترش شمول شرط ارجاع، عبارات جدیدی از جمله: «کرایه و دیگر شرایط» (Freight and other conditions) را به کار بستند. بعدها عبارت درج باز هم در جهت گسترش شمول شرط، به «تمام شروط و استثنائات» (All terms, conditions and exceptions) و سپس به عبارت «تمام قیود، شروط و استثنائات» که امروزه نیز رایج است، تغییر کرد. در تفسیر این عبارت، آن را دربرگیرنده تمامی استثناهای قرارداد اجاره کشتی می‌دانند. گستره واژه «قید» (Term) وسیع‌تر از واژه شرط (Condition) است (Cooke and others, 2014, p. 508). برای مثال به واسطه واژه «قید» شرط «دلیل قطعی» (Conclusive evidence)^۲ در بارنامه درج می‌شود.^۳

اگرچه در طول تاریخ برای درج شروط قرارداد اجاره از الفاظ عام استفاده شده است، ولی دادگاه‌ها همواره استنباط مضیقی از این شروط داشته‌اند (Ozdel, 2015, p. 94). امروزه هدف از درج شروط قرارداد اجاره کشتی در بارنامه، تنها الزام‌گیرنده کالا به پرداخت کرایه نیست و حتی مسائل مربوط به جابه‌جایی کالا (Cargo-handling)، از جمله بارگیری، بارچینی و تخلیه کالا را نیز دربر می‌گیرد (Todd, 2016, p. 257).

۱. برای مطالعه یکی از قدیمی‌ترین پرونده‌ها در این زمینه، نک: Hamilton v. Mackie, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889) و برای دیدن یک نمونه جدید، نک:

Caresse Navigation Ltd v. Zurich Assurance MAROC and others (The Channel Ranger) [2014] EWCA 1366 (CA)

۲. به موجب شرط دلیل قطعی، امکان اثبات خلاف مندرجات بارنامه از جمله میزان کالای حمل‌شده از طریق سایر ادله وجود ندارد.

3. Fort Shipping Co Ltd v. Pederson & Co (1924) 19 L.L. Rep. 26.

رویکرد دادگاه‌های انگلیسی به درج شروط قراردادهای منعقدہ میان اشخاصی جز طرفین قرارداد یا میان یکی از طرفین قرارداد و شخص ثالث در بارنامه، نسبت به سایر اسناد از جمله قراردادهای نمونه یا شروط استاندارد سخت‌گیرانه‌تر است. پر واضح است که الزام متعاقدین یا متعاقدین به قراردادی که احتمالاً از شروط آن آگاه نیستند یا به‌هیچ‌وجه نمی‌توانند از آن شروط آگاه شوند، ریسک بالاتری دارد. طرفین قرارداد معمولاً به شروط و قراردادهای نمونه دسترسی دارند، ولی طرفین قرارداد بارنامه ممکن است هیچ‌گاه شروط قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع را ندیده و یا حق دسترسی به آن را نداشته باشند^۱.

مبنای رویکرد سخت‌گیرانه دادگاه‌ها به درج شروط قرارداد اجاره در بارنامه، عدالت و عمل‌گرایی توأمان است. از سویی، تحمیل مسئولیت‌های ناشی از قرارداد اجاره کشتی بر تحویل‌گیرنده کالا یا انتقال‌گیرنده بارنامه که احتمالاً هیچ اطلاعی از شروط قرارداد اجاره کشتی ندارد، عادلانه نیست. از سوی دیگر، بارنامه به‌عنوان یک سند مالکیت قابل انتقال همواره به سبب کارکردهایی که دارد مورد توجه تجار بوده و ابهام در خصوص مسئولیت‌های ناشی از قرارداد بارنامه همچون سدی در برابر کارکردهای بارنامه است (Carr, 2010, p. 257).

۲. محدوده شمول شرط درج و شرایط اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع

در حقوق انگلستان برای تعیین حقوق و تعهدات طرفین بارنامه حاوی شرط درج باید دو مرحله طی می‌شود. ابتدا باید دید چه شروطی وارد قرارداد طرفین شده است. درج برخی از شروط به استعمال الفاظ خاصی در بارنامه نیازمند است؛ در مرحله دوم، شروط مندرج به شیوه ارجاع در صورتی معتبر تلقی می‌شود که شرایط شکلی و ماهوی لازم را داشته باشد.

۲.۱. محدوده شمول شرط درج

بر این مسئله که ارجاع، چه شروطی را در بارنامه درج خواهد کرد، اصول عام حقوق قراردادهای اعمال می‌شود، ولی تصمیمات قضایی (Authorities) بسیاری در این خصوص وجود دارد که ارجاع به آن‌ها به‌منظور تعیین اثر یک شرط درج ضروری است (Aikens, Lord and Bools, 2016, Para. 7.86). به‌طور کلی سه عامل در تصمیم‌گیری دادگاه در خصوص محدوده شمول شرط درج، مؤثر خواهد بود: نخست، الفاظی که در شرط درج استفاده شده است؛ دوم، نوع شروطی که مورد ارجاع قرار گرفته است؛ و سوم، الفاظ سند مورد ارجاع است. درج ممکن است با الفاظ عام (General words) یا الفاظ خاص (Specific words) صورت

1. Finska Cellulosaforeningen v. Westfield Paper Co Ltd [1940] 2 All ER 473.

گیرد. وقتی لغات شرط درج بارنامه به نام^۱ یا شماره^۲ یک شرط بخصوص از قرارداد اجاره کشتی ارجاع می‌دهد، درج با الفاظ خاص صورت گرفته، ولی در صورتی که ارجاع به مجموعه‌ای از شروط قرارداد اجاره کشتی باشد^۳، درج با الفاظ عام انجام شده است. درج برخی از شروط، منوط به ارجاع خاص به آن‌ها است (Todd, 2016, p. 264).

در مواردی که ارجاع با لفظ خاص باشد، قصد صریح طرفین در قرارداد منعکس شده است، بنابراین نیازی به تعیین معیارهای نوعی وجود ندارد. هنگامی که برای درج شروط از الفاظ عام استفاده شود، قصد طرفین به صراحت بر ما معلوم نیست؛ لذا قصد فرضی طرفین را در نظر می‌گیریم. برای شناسایی قصد فرضی طرفین، الفاظ و عبارات درج وارد یک پروسه تفسیر قدیمی تثبیت شده، اعتبار و محدوده شمول آن‌ها بر اساس قواعد درج تعیین می‌گردد. در خصوص اینکه چه شروطی به شیوه ارجاع با الفاظ عام در بارنامه درج می‌شود، دو قاعده تفسیری در حقوق انگلستان وجود دارد؛ نخست اینکه واژه شرط (Condition) معنای مضیق تری نسبت به معنای قراردادی خود دارد و دوم اینکه تنها شروط همبسته (Germane) با لفظ عام درج می‌شوند.

واژه «شرط» در عبارت «کرایه و سایر شرایط» (Freight and other conditions) از معنای قراردادی^۴ خود فاصله گرفته است^۵ و در تفسیر، آن دسته از شروط قرارداد اجاره کشتی را دربر می‌گیرد که انتقال‌گیرنده کالا می‌بایست اجرا کند تا به این وسیله حق داشته باشد از متصدی حمل بخواهد تعهد خود را مبنی بر تحویل کالا ایفا کند (Treitel and Reynolds, 2005, p. 83). این شروط نوعاً همانند شرط پرداخت کرایه هستند و عمدتاً با مدت زمان مقرر برای بارگیری و تخلیه، خسارت تأخیر در بارگیری و تخلیه و همچنین کرایه مرتبط‌اند. این تفسیر امروزه نیز به قوت خود باقی است (Todd, 2016, p. 257). قاعده دوم، اصل همبستگی است. بر اساس این اصل، تنها شروطی که مستقیماً با موضوع

۱. برای مثال، عبارت «مقصد مطابق قرارداد اجاره» (Destination as per charterparty)

۲. برای مثال، عبارت «شرط ۱۰ از قرارداد اجاره» (Clause 10 of the charterparty)

۳. از جمله Conditions, Exceptions, Terms

۴. شروط قراردادی در حقوق انگلستان به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول شروطی است که با نقض آن‌ها از جانب متعهد، طرف مقابل حق می‌یابد تا قرارداد را فسخ کند و از اجرای تعهدات آینده خویش سر باز زند و با مطالبه خسارت نماید (Condition). دسته دوم شروطی هستند که در صورت نقض از سوی یکی از اطراف قرارداد، طرف دیگر تنها می‌تواند مطالبه خسارت نماید و حق ندارد قرارداد را فسخ و از زیر بار تعهدات خود شانه خالی کند (Warranty).

۵. واژه شرط (Condition) به آفتاب‌پرست تشبیه شده است، چراکه معنای آن با توجه به متن تغییر می‌کند، نک: Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co Ltd (The Varena) [1984] Q.B. 599 at 618.

بارنامه مرتبط هستند با الفاظ عام در بارنامه درج می‌شوند. این شروط همبسته هستند، چراکه تنظیم و تغییر هریک از این شروط در تنظیم و تغییر سایر شروط و کل قرارداد (بارنامه) تأثیرگذار است. این دو قاعده بیانگر ملزومات ضروری و البته ناکافی درج شرط از طریق ارجاع هستند و تنها تصریح طرفین می‌تواند این ضرورت را برطرف سازد (Treitel and Reynolds, 2005, p. 87). برای نمونه، اگرچه واژه شرط اصولاً شرط معافیت از مسئولیت را دربر نمی‌گیرد، اما عبارت «تمام شروط طبق قرارداد اجاره خواهد بود از جمله شرط تقصیر» (All other Conditions as per charterparty including negligence clause) موجب درج شرط معافیت مالک کشتی از مسئولیت به دلیل عدم قابلیت دربانوردی کشتی ناشی از نبود مراقبت مقتضی شده است.^۱

شروط بر اساس قانون حاکم بر آن‌ها معنا می‌یابند؛ به عبارت دیگر، الفاظ و شروط یک قرارداد در هر نظام حقوقی احتمالاً معنا و اعتبار متفاوتی خواهند داشت. از این رو شرط انتخاب قانون حاکم (Choice of law clause) نیز جزء شروط همبسته محسوب می‌شود و با الفاظ عام در بارنامه درج خواهد شد. شرط داوری، مرور زمان اقامه دعوا (Time Bar) و شرط مرجع صالح به رسیدگی به اختلافات (Jurisdiction clause)^۲ شروط همبسته نیستند، چراکه نسبت به حمل و تحویل کالا، فرعی تلقی می‌شوند.^۳

ممکن است برای شناسایی شروط همبسته، تحلیل مفاد قرارداد اجاره کشتی ضرورت یابد. برخی (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.107) معتقدند پیش از بررسی قرارداد اجاره کشتی، باید قراردادی که در آن به شروط قرارداد اجاره کشتی ارجاع داده شده است، یعنی بارنامه، مورد ارزیابی قرار گیرد؛ باین حال ممکن است شروط قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع

1. The Northumbria [1906] p. 292.

۲. دادگاه‌های انگلیس در شرایط معدودی ممکن است به استناد عهدنامه لاهه-ویزبی بر بطان شرط انتخاب مرجع رسیدگی حکم دهند. بر اساس بند ۸ ماده ۳ عهدنامه لاهه-ویزبی، هر شرطی در قرارداد حمل و نقل که به کاهش مسئولیت متصدی حمل نسبت به آنچه در عهدنامه لاهه-ویزبی برای او مقرر شده است بینجامد، باطل و فاقد اثر خواهد بود. نک: Ozdel, Melis, 2015, p. 179-186.

۳. البته این رویکرد سخت‌گیرانه تنها در مواردی اتخاذ می‌شود که شروط مورد ارجاع در قرارداد منعقد شده میان طرفینی جز طرفین قرارداد دارای شرط درج صورت بگیرد. در صورتی که سند مورد ارجاع برای مثال یک قرارداد نمونه باشد، شرط داوری و سایر شروط غیرهمبسته با الفاظ عام درج خواهند شد. برای نمونه در پرونده:

Impala Warehousing and Logistics (Shanghai) Co. Ltd v. Wanxiang Resources (Singapore) Pte. Ltd [2015] EWHC 25 (Comm)

در یک گواهی انبار (warehouse certificate) شرط شده بود که این گواهی و کلیه اختلافات ناشی از آن بر اساس شروط قرارداد خواهد بود. دادگاه این شرط عام را برای درج شرط صلاحیت دادگاه از سندی دیگر کافی دانست.

به گونه‌ای باشد که درج شرط داوری را نیز توجیه کند.^۱ برای مثال یک شرط داوری گسترده که هرگونه اختلاف ناشی از قرارداد اجاره یا بارنامه صادره بر اساس این قرارداد اجاره را دربر می‌گیرد با الفاظ عام در بارنامه درج خواهد شد. این گروه به تصمیم اکثریت قضاات دادگاه تجدیدنظر در یک پرونده^۲ به سال ۱۹۶۵م استناد می‌کنند. در این پرونده یک شرط درج عام، کلیه شروط قرارداد اجاره کشتی را وارد بارنامه می‌کرد و در انتهای شرط، درج عبارت «از جمله شرط ۳۰» وجود داشت. شرط ۳۰ قرارداد اجاره کشتی هیچ ارتباطی با طرفین بارنامه نداشت. این درحالی است که طرفین قصد درج شرط ۳۲ (مرتبط با داوری) را داشتند. یکی از قضاات دادگاه تجدیدنظر چنین حکم داد: از آنجا که قصد طرفین شرط ۳۲ بوده است، پس شرط ۳۰ می‌بایست همان شرط داوری تفسیر شود. اما اکثریت قضاات چنین حکم کردند که چون شرط داوری قرارداد اجاره گسترده است^۳، درج صورت گرفته است. این تصمیم قضایی اخیراً در یک پرونده^۴ مورد انتقاد قرار گرفته است؛ چنان‌که برخی (Cooke and others, 2014, p. 506) گفته‌اند برای تعیین شروط درج‌شده دادگاه‌ها عمدتاً باید به تفسیر بارنامه که تنها قرارداد میان طرفین است بپردازند و قصد طرفین قرارداد اجاره کشتی تأثیری بر حقوق و تعهدات طرفین قرارداد بارنامه ندارد.^۵ آگاهی دارنده بارنامه از شروط قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع نیز موجب درج آن‌ها در بارنامه نخواهد بود.

۲.۲. شرایط اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع

در حقوق انگلستان فرض بر این است که دارنده بارنامه به شروط قرارداد اجاره مورد ارجاع دسترسی دارد (Ozdel, 2015, p. 257)؛ بنابراین شرط مندرج از طریق ارجاع اصولاً معتبر است. با این حال اعتبار شروط مندرج به شیوه ارجاع همچون هر شرط دیگری منوط به رعایت شرایط ماهوی و شکلی معینی است از جمله:

- **کتبی بودن قرارداد مورد ارجاع.** بر اساس دکترین درج از طریق ارجاع، ممکن است شروط یک قرارداد شفاهی در قرارداد جدید از طریق ارجاع درج شود، ضمن اینکه برای تحقق عقد، صرف توافق اراده‌ها کافی است و به تشریفات دیگری از جمله کتبی بودن نیاز نیست. با این حال، شروط شفاهی در بارنامه درج نمی‌شوند. (Todd, 2016, p.)

1. The Varenna [1984] QB 592, 597 (CA).

2. The Merak [1965] (CA).

۳. شرط داوری قرارداد اجاره کشتی در این پرونده، افزون بر کلیه اختلافات ناشی از قرارداد اجاره کشتی، تمام اختلافات ناشی از بارنامه مبتنی بر قرارداد اجاره کشتی را نیز دربر می‌گرفت.

4. The Channel Ranger [2015] Q.B. 366.

5. Siboti K/S v. BP France SA [2003] 2 Lloyd's Rep 364.

257) گفته اند سند مورد ارجاع باید پیش از صدور بارنامه به صورت کتبی تنظیم شده باشد، اما برخی دیگر (Treitel and Reynolds, 2005, p. 92) بر این باورند که نیازی به مستثنی کردن درج شروط شفاهی نیست و قاعده عمومی اجرا خواهد شد؛ یعنی شروط شفاهی تنها نسبت به ارسال کننده معتبر است و در برابر انتقال گیرنده، قابل استناد نیست. این رویکرد اگرچه در راستای تسهیل تجارت بین الملل از طریق قابل تعیین کردن شروط قرارداد بارنامه است، اما مانع مهمی برای درج شروط قرارداد اجاره کشتی از طریق ارجاع در بارنامه ایجاد می کند؛ چراکه در رویه تجاری، انعقاد قرارداد اجاره کشتی به صورت شفاهی امری رایج است. ضمن اینکه هدف این رویکرد چندان روشن و مستحکم نیست، زیرا در اکثر موارد مفاد قرارداد مورد ارجاع، چه کتبی چه شفاهی، از سوی انتقال گیرنده رؤیت نمی شود (Todd, 2016, p. 258).

• **معین بودن قرارداد اجاره کشتی.** تنها مالک یا مستأجر کشتی می تواند کشتی را اجاره دهد. به همین ترتیب، مستأجر بعدی خود می تواند کشتی را اجاره دهد. بنابراین احتمالاً ما با سلسله ای از قرارداد اجاره کشتی مواجه خواهیم بود. اگر در بارنامه ای که در پی قرارداد اجاره کشتی صادر می شود، تاریخ یا سایر ویژگی های معرف قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع نامعلوم باشد، این ابهام به وجود می آید که شروط کدام قرارداد اجاره کشتی باید در بارنامه درج شود. در چنین فرضی در حقوق انگلستان قرارداد اجاره به علت نامعلوم بودن باطل شمرده نمی شود، چراکه این بطلان قطعاً برخلاف قصد طرفین خواهد بود^۱ و اگر دلیل دیگری وجود نداشته باشد، اصل بر ارجاع به نخستین قرارداد اجاره کشتی است (Cooke, Julian and others, 2014, p. 510)؛ یعنی قراردادی که مالک کشتی و نخستین مستأجر طرفین آن هستند^۲. مبنای ترجیح قرارداد اجاره اولیه (Head charter) بر قرارداد فرعی (Sub-charter)، لزوم توجه صادرکننده بارنامه به قرارداد اجاره ای است که خود طرف آن است^۳. صادرکننده بارنامه که خود طرف هر دو قرارداد اصلی و فرعی اجاره است، باید شروط قرارداد اجاره اصلی را که با مالک کشتی منعقد نموده است، در نظر بگیرد و در بارنامه منعکس کند (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.113).

1. The San Nicholas [1976] 1 Lloyd's Rep. 8, 11.

2. The Sevonia Team [1983] 2 Lloyd's Rep. 640.

۳. برخی مبنای ترجیح قرارداد اجاره اولیه را قصد مالک کشتی مبنی بر تبیین تعهداتش می دانند که البته این استدلال یک طرفه و غیرقابل دفاع است؛ چراکه ارسال کننده کالا ممکن است طرف قرارداد اجاره کشتی نباشد و هیچ دلیلی بر برتری قصد مالک کشتی بر قصد ارسال کننده وجود نداشته باشد. نک: Treitel and Reynolds, 2005, p. 91.

- **تعارض شروط بارنامه با شروط قرارداد اجاره.** مفاد درج شده از طریق ارجاع ممکن است با شروط بارنامه مخالف یا متعارض باشد. در صورت ارجاع با الفاظ عام، مفاد مخالف یا متعارض قرارداد اجاره کشتی با شروط مصرح در بارنامه، در بارنامه درج نخواهد شد.^۱ در فرض ارجاع با لفظ خاص مسئله باید مطابق فرضی که دو شرط متعارض یا مخالف در یک قرارداد وجود داشته باشند حل شود؛ البته عموماً شروط سند درج کننده (بارنامه) بر شروط درج شده به شیوه ارجاع اولویت خواهند داشت (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.93).
 - **تغییر (Manipulation) مفاد مورد ارجاع از سوی دادگاه.** در صورتی که ارجاع بارنامه معتبر باشد، شروط قرارداد اجاره کشتی عیناً در بارنامه درج می شود. شروط مورد ارجاع برای قرارداد اجاره کشتی که طرفین آن مؤجر و مستأجر کشتی هستند تنظیم شده است، از این رو احتمالاً برای بارنامه که طرفین آن متصدی حمل و ارسال کننده کالا (دارنده بارنامه) هستند مناسب نخواهد بود. برای مثال، اگر شرط «مسئولیت پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در تخلیه و بارگیری برعهده مستأجر کشتی است»، در بارنامه عیناً درج شود که هیچ کس مسئول پرداخت خسارت ناشی از تأخیر نخواهد بود؛ چراکه از طرفی مستأجر طرف قرارداد بارنامه نیست و از طرف دیگر برای دارنده بارنامه مسئولیتی تعریف نشده است.
- دادگاه‌های انگلستان برای سازگار کردن شروط قرارداد اجاره کشتی با چارچوب جدید، یعنی بارنامه، مفاد مورد ارجاع را تا حدودی تغییر می دهند؛ البته به شرطی که چنین برداشت شود که طرفین قصد داشته‌اند چنین تغییری اعمال شود (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.94). باید دقت داشت که تغییر شروط همواره ضروری نیست؛ برای مثال در صورت شرط عدم مسئولیت مؤجر نسبت به اداره و جابه‌جایی کالا (FIOST clause) در قرارداد اجاره کشتی و درج آن در بارنامه از طریق ارجاع، در صورت انتقال بارنامه، مالک کشتی در مقابل دارنده جدید در خصوص خسارت‌های وارده بر کالا به دلیل جابه‌جایی مسئولیتی نخواهد داشت.^۲ در این فرض اگرچه مسئولیت تنها بر مستأجر کشتی تحمیل شده است و انتقال گیرنده بارنامه ضرورتاً مستأجر کشتی نیست، لیکن تغییر شرط درج شده ضرورت ندارد، چراکه با درج بدون تغییر این شرط، مالک کشتی از مسئولیت معاف خواهد شد. تغییر شروط مورد ارجاع یک قاعده نیست^۳ و حوزه آن بسیار محدود است.^۴ مرز اختیار قضات انگلستان برای تغییر مفاد مورد

1. Gardner v. Trechmann (1884) 15 Q.B.D., p. 157.

2. The Eems Solar [2013] 2 Lloyd's Rep 487.

3. Miramar Maritime Corporation v. Holborn Oil Trading Limited (The Miramar) [1984] AC 676, 688.

4. The Federal Bulker, QBD 1987.

ارجاع به منظور متناسب نمودن آن‌ها با چارچوب جدید (بارنامه) چندان شفاف نیست. برخی (Todd, 2016, p. 266-267) معتقدند تغییر شروط نباید موجب تغییر در تعهدات قراردادی از پیش موجود گردد. در صورتی که تغییر شرط مورد ارجاع، تعهدی را از مستأجر به دارنده جدید بارنامه منتقل کند، دادگاه‌ها از تغییر این مفاد خودداری کرده‌اند. برای مثال، شرط مسئولیت مستأجر به علت خسارت ناشی از تأخیر در تخلیه کشتی، تغییر نخواهد کرد^۱ و در نتیجه حتی در صورت وجود شرط درج، هیچ مسئولیتی متوجه دارنده بارنامه نخواهد شد؛ اما مفاد شرط «قانون حاکم بر این قرارداد اجاره، قانون انگلستان خواهد بود» در صورت درج در بارنامه، تغییر خواهد کرد^۲ و قانون انگلستان بر بارنامه نیز حاکم خواهد بود، زیرا هیچ مسئولیت قراردادی از پیش موجودی از مستأجر به دارنده جدید منتقل نشده است. برخی دیگر (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.98) عقل سلیم (Common sense) را ملاک می‌دانند. آن‌ها تغییر شروط را در صورتی که برای مثال به تحمیل هزینه‌های تخلیه و بارگیری کشتی به مالک بخش کوچکی از بار کشتی منجر شود، روا نمی‌دانند؛ چراکه هیچ عقل سلیمی توافقی را که موجب چنین مسئولیت سنگینی شود، نمی‌پذیرد.

• **وجود قرارداد اجاره کشتی و تغییر در مفاد آن.** بر اساس قاعده عمومی حقوق قراردادهای انگلستان، با الفاظ عام نمی‌توان شروط قراردادی را که تا پیش از انعقاد قرارداد ارجاع‌دهنده (بارنامه) هنوز شکل نگرفته است، درج کرد. مبنای این قاعده ویژگی قابل انتقال (Transferable) بودن بارنامه است. آگاهی از مفاد قراردادی که هنوز شکل نگرفته، برای انتقال‌گیرنده غیرممکن است. باین حال برخی (Treitel and Reynolds, 2005, p. 93) گفته‌اند در صورتی که الفاظ درج نشان‌دهنده قصد طرفین مبنی بر درج شروط قراردادی باشد که هنوز به وجود نیامده، درج معتبر است. در صورتی که قرارداد اجاره کشتی اصلاح شود، تنها آن شروطی از قرارداد در بارنامه درج خواهد شد که تا هنگام صدور بارنامه بر آن‌ها توافق شده است^۳. این قاعده حتی بر شروطی که عطف بماسبق می‌شوند نیز اعمال می‌گردد (Aikens, Lord and Bools, 2016, para. 7.120).

1. *Miramar Maritime Corporation v. Holborn Oil Trading Limited (The Miramar)* [1984] AC 676.

2. *The Dolphina*, [2012] 1 Lloyd's Rep, [130].

3. *Ceval Alimentos S.A v. Agrimpex Trading Co Ltd (The Northern Progress)* (No.2) [1996] 2 Lloyd's Rep. 319 at 327.

اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع در حقوق امریکا و فرانسه

این بخش با هدف آشنایی با رویکرد دادگاه‌های دیگر کشورها و یافتن وجوه اشتراک و افتراق میان نظام‌های حقوقی در رویارویی با مسئله درج به شیوه ارجاع نگاشته شده است. امریکا به‌عنوان یک نظام کامن‌لا و فرانسه به‌عنوان نماینده کشورهای دارای نظام حقوق نوشته مورد مطالعه قرار گرفته‌اند.

۱. حقوق امریکا

انجمن داوران دریایی امریکا به‌عنوان دومین مرکز مهم در حوزه داوری دریایی بین‌المللی در نیویورک واقع شده است (Mota, 2015, p. 80). رویکرد دادگاه‌های امریکایی نسبت به مسئله درج شروط از طریق ارجاع دقیقاً نقطه مقابل دادگاه‌های انگلستان است؛ درحالی که دادگاه‌های امریکایی رویکردی بسیار منعطف به مسئله درج شروط قرارداد اجاره در بارنامه از طریق ارجاع دارند^۱، رویکرد دادگاه‌های انگلستان بسیار سخت‌گیرانه است.

درج شروط قرارداد اجاره کشتی در بارنامه دریایی تحت قواعد عام حقوق قراردادها است. بر اساس این اصول، درج شروط به شیوه ارجاع منوط به اطلاع واقعی یا قانونی (Actual or constructive notice of incorporation) به دارنده بارنامه است (Sparka, 2010, p. 110). دارنده بارنامه تنها در صورتی به شروط مورد ارجاع ملزم خواهد بود که یا درج شروط از طریق ارجاع واقعا به اطلاع او رسیده باشد یا شرایط به‌گونه‌ای باشد که بتوان فرض کرد دارنده بارنامه از ارجاع به شروط قرارداد اجاره کشتی مطلع بوده است. پس شروط بارنامه به وضعیت اطلاع واقعی یا مفروض دارنده بارنامه بستگی دارد (Ozdel, 2015, p. 198). دادگاه‌های امریکا برای ارزیابی اطلاع واقعی یا قانونی دارنده بارنامه در هر پرونده، سه عامل تصریح به درج، شناسایی قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع، و گستردگی یا مضیق بودن شروط قرارداد اجاره کشتی را مورد بررسی قرار می‌دهند.

نخستین عامل در ارزیابی درج شروط از طریق ارجاع در حقوق امریکا تصریح به درج در بارنامه است (Lielbarde, 2010, p. 40-43). برخلاف حقوق انگلستان که درج برخی از شروط منوط به تصریح در بارنامه بود، در نظام حقوقی امریکا درج تمامی شروط، فارغ از فرعی یا اصلی بودن آنها، وابسته به ارجاع به‌خصوص به یک قرارداد اجاره کشتی است. به‌منظور اینکه طرفین قانوناً از ارجاع مطلع فرض شوند، ارجاع باید صریح باشد، اما طرفین می‌توانند اطلاع واقعی طرف دیگر را به شیوه‌های دیگری اثبات کنند (Sparka, 2010, p. 110).

1. Asoma Corp v. M/V Seadaniel 971 F Supp 140 (SDNY 1997).

دومین عامل و در واقع پیش شرط درج شروط به شیوه ارجاع، شناسایی قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع است. اصولاً قرارداد اجاره کشتی زمانی قابل شناسایی است که تاریخ، طرفین و محل قرارداد اجاره کشتی در برنامه مشخص شده باشد؛ باین حال دادگاه‌های امریکا در بسیاری از پرونده‌ها که صرفاً تاریخ قرارداد مورد ارجاع در برنامه مشخص است و از مجموع حقایق روشن است کدام قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع واقع شده است، قرارداد اجاره کشتی را قابل شناسایی خوانده‌اند.^۱ لزوم قابل شناسایی بودن قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع یک استثنا دارد و آن زمانی است که دارنده برنامه هیچ مشکلی (Confusion) در شناسایی قرارداد مورد ارجاع نداشته باشد.^۲ سومین عامل برای تصمیم‌گیری در خصوص درج شروط قرارداد اجاره کشتی در برنامه، عبارت شرط مورد ارجاع است. بر اساس قواعد درج در حقوق امریکا، شروط به گسترده (Broad) و محدود (Narrow) تقسیم شده، تنها شروط گسترده با ارجاع در برنامه درج می‌شوند (Ozdel, 2015, p. 126-127). شرطی که اختلافات میان مستأجر و مؤجر را تحت پوشش قرار داده باشد^۳، یک شرط داوری مضیق است و شرط داوری که موضوع آن اختلافات ناشی از قرارداد اجاره کشتی^۴ یا مطلق قرارداد^۵ باشد، یک شرط گسترده است. اصل بر گسترده بودن یک شرط داوری است.^۶ شروط محدود فقط در دو مورد در برنامه درج می‌شوند: نخست اینکه طرفین قرارداد برنامه، طرفین قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع هم باشند^۷ و استثنای دوم، تصریح طرفین قرارداد برنامه نسبت به موضوع است؛ یعنی طرفین به این منظور در برنامه شرط می‌کنند که «شروط قرارداد اجاره کشتی بر دارنده برنامه اعمال شود؛ گویی دارنده برنامه، خود طرف قرارداد اجاره کشتی است»^۸.

۲. حقوق فرانسه

بررسی راه‌حل دادگاه‌های فرانسوی در خصوص مسئله درج شروط قرارداد اجاره کشتی در برنامه، به دو دلیل دارای اهمیت است: نخست اینکه این کشور پس از انگلستان و امریکا، یکی از

1. Continental Ins. Co. v. Polish S.S. Co. 346 F.3d 281, C.A.2 (N.Y.), 2003.

2. Cargill Ferrous International v. Sea Phoenix 2003 AMC 1027, 325 F 3d 695 (5th Cir 2003)

در این پرونده، اگرچه در برنامه هیچ نشانه‌ای از قرارداد اجاره مورد ارجاع دیده نمی‌شد، لیکن نظر به اینکه دارنده برنامه خود متصدی حمل و به تبع آن، طرف قرارداد اجاره کشتی مورد ارجاع بود، ملزم به شروط مندرج از طریق ارجاع شد؛ چراکه هیچ شکلی درباره شروط مورد ارجاع وجود نداشت.

3. Production Steel Co of Illinois v. SS Francios LD 1968 AMC 2529 (SDNY 1968)

4. Alucentro Div Dell' alusuisse Italia SPA v. M/V Hafnia 1992 AMC 267, 268 (MDFla 1991)

5. Lowry & Co v. SS Nadir 1965 AMC 1340 (SDNY 1963)

6. Continental Insurance Company v. M/V Nikos N 2002 AMC 1287 (SDNY 2002)

7. Continental UK Ltd v. Anagel Confidence Compania Naviera SA 1987 AMC 2012 (SDNY 1987).

8. Limonium Maritime SA v. Mizushima Marinera SA F Supp 2d 1999 WL 46721 (SDNY 1999).

مراجع مهم در حوزه داوری دریایی بین‌المللی است (Mota, 2015, p. 75) و دوم اینکه با توجه به مشابهت‌های ساختاری و مبنایی دو نظام حقوقی رومی- ژرمنی، ایران و فرانسه، وضعیت اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع در حقوق فرانسه بسیار به حقوق ایران شباهت دارد. در حقوق فرانسه ملاک اعتبار ماهوی شروط مندرج به شیوه ارجاع، قصد واقعی طرفین است. دادگاه‌ها با استفاده از اصول عام تفسیر، وجود رضایت طرفین مبنی بر درج شروط را ارزیابی می‌کنند (Savage, John and Gaillard, 1999, p. 277-278). بر اساس رویه قضایی فرانسه، طرفی که به شرط مورد ارجاع علیه او استناد شده، زمانی به شرط یادشده رضایت داده است که از شروط مورد ارجاع آگاه باشد و با درج آن‌ها مخالفت نکرده باشد (Mota, 2015, p. 87). در حقوق فرانسه، هیچ حکمی مبنی بر لزوم درج شروط با لفظ خاص وجود ندارد. با توجه به وضعیت خاص موجود در حمل و نقل دریایی، بر اساس حقوق فرانسه معمولاً شروط قرارداد اجاره کشتی با لفظ عام در بارنامه درج نمی‌شود؛ چراکه دارنده بارنامه از شروط مورد ارجاع آگاهی ندارد. دادگاه تجدیدنظر پاریس در یک پرونده در سال ۱۹۹۲م^۱، با این استدلال که نمی‌توان قائل به توافق طرفین قرارداد اجاره کشتی اولیه به شرط داوری بود، به عدم درج شرط داوری قرارداد اجاره کشتی در بارنامه حکم داد. در این پرونده، در پی یک قرارداد اجاره کشتی، بارنامه‌ای از طرف کاپیتان کشتی (به نمایندگی از مالک کشتی) صادر می‌شود. در بارنامه به جای درج شروط قرارداد اجاره کشتی منعقد شده میان طرفین قرارداد حمل، یک ارجاع عام به شروط قرارداد اجاره کشتی ثالث دیده می‌شد که حاوی شرط داوری بود؛ درحالی که قرارداد اجاره کشتی منعقدشده میان طرفین اختلاف فاقد شرط داوری بود.

اخیراً موضع دادگاه‌های فرانسه نسبت به مسئله درج از طریق یک ارجاع عام تنها نسبت به شرط داوری تعدیل شده است. دیوان عالی فرانسه در پرونده «لیندوس»^۲، با سه دلیل، مرسل‌الیه را با وجود نبود توافق صریح، به شرط داوری ملزم دانست: نخست اینکه طرفین فرصت آگاهی از شرط داوری را داشته‌اند؛ دوم، درج شرط داوری در قراردادهای حمل کالا از طریق دریا امری رایج است؛ و سوم در حقوق فرانسه، شرط داوری جز در صورتی که به‌طور آشکار باطل یا غیرقابل اعمال (manifestly null or inapplicable) باشد، معتبر است. دیوان عالی فرانسه در رأی «پلا»^۳ از این نیز فراتر رفت و بدون اشاره به ضرورت آگاهی طرفین از وجود شرط داوری، شرط داوری مندرج به شیوه ارجاع را معتبر دانست، چراکه آشکارا باطل یا غیرقابل اعمال نیست.

1. C.Cass., 7-1-1992, Psychikon Compania Naviera Panama c. SIER, Rev. Arb., 1992, p. 553.

2. Court of Cassation, First Civil Chamber, 22 November 2005 (The 'Lindos')

3. Court of Cassation, Commercial Chamber, 21 February 2006 (The 'Pella')

اعتبار شروط مندرج از طریق ارجاع در حقوق ایران

وجود مفهوم درج از طریق ارجاع در برخی از قوانین جدید ایران از جمله ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ ش^۱ و بند «د» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ ش^۲ بیانگر این امر است که دکترین درج از طریق ارجاع مابینتی با اصول حقوقی ایران ندارد. در حقوق ایران برخلاف حقوق انگلستان، ملاک شخصی اولویت دارد. در مواد قانون مدنی، عقد تابع اراده واقعی طرفین دانسته شده است (خوسندیان و ذاکری، ۱۳۸۸، ص ۸۲)؛ از جمله در ماده ۴۶۳ چنین آمده است: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». حقوق دانان ایران نیز به پیروی از فقهای امامیه به مکتب اصالت فرد پیوسته‌اند^۳. بنابراین بر اساس حقوق ایران در صورت تفاوت اراده واقعی با آنچه اعلام شده، اراده واقعی حاکم است؛ مگر اینکه قانون حکم دیگری داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ش ۱۳۰ و ۱۳۲).

برابر بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مورد معامله باید برای طرفین معین باشد، وگرنه معامله باطل خواهد بود؛ بنابراین تنها شروطی در بارنامه درج می‌شوند که برای دارنده بارنامه معلوم و معین باشد. این درحالی است که انتقال‌گیرنده بارنامه در اکثر موارد از شروط قرارداد اجاره کشتی اطلاعی ندارد و حتی در فرض درج با لفظ خاص، تنها به نوع و یا شماره شرط در قرارداد اجاره کشتی اشاره می‌شود و انتقال‌گیرنده بارنامه اطلاعات تفصیلی در خصوص شرط درج‌شده ندارد. در این صورت، ظاهراً شرط درج هیچ‌گونه شرطی را وارد قرارداد نمی‌کند. با مراجعه به متون فقهی می‌توان فهمید که مبنای بطلان معامله مجهول در حقوق ایران قاعده نفی غرر است (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۵). در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی غرر تعریف نشده است. از مجموع کلمات فقها می‌توان نتیجه گرفت که غرر، جهل توأم با خطر است و معیار تشخیص غرر، عرف است (انصاری‌پور و دیگران، ۱۳۹۴، ص ۲۷). بنابراین هر جا عرف تشخیص دهد جهل به خطر منجر می‌شود، معامله باطل خواهد بود. اصولاً قراردادهای اجاره کشتی شروط مشخصی دارند که در تمام قراردادهای تکرار می‌شوند. عرف هیچ‌گاه شرط پرداخت اجاره یا شرط پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در تخلیه کشتی را غرری نمی‌داند. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که شرط درج تمام شروطی را که انتقال‌گیرنده از آن‌ها اطلاع دارد، دربر می‌گیرد

۱. ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «موافقتنامه داوری باید طی سندى به امضای طرفین رسیده باشد... ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود».
۲. بند «د» قانون تجارت الکترونیک: «ارجاع در داده پیام (Incorporation By Reference): یعنی به منابعی خارج از داده پیام عطف شود که در صورت مطابقت با ماده ۱۸ این قانون جزئی از داده پیام محسوب می‌شود».
۳. برای نمونه، نک: شهیدی (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: نشر مجد، ص ۲۰۱.

و آن دسته از شروطی که انتقال گیرنده از آن‌ها ناآگاه است در صورتی در بارنامه درج نمی‌شود که عرفاً خطرناک محسوب شود.

به نظر می‌رسد بهترین مرجع برای تعیین شروطی که غرری هستند و با شرط درج وارد قرارداد نمی‌شوند، حقوق انگلستان باشد. در واقع معیار همبستگی در حقوق انگلستان بسیار به معیار غرر در حقوق ایران نزدیک است؛ اگرچه مبنای هر دو متفاوت است. اما نتیجه هر دو، عدم درج شروطی است که انتقال گیرنده نمی‌توانست از آن‌ها آگاه شود و درج آن‌ها برای دارنده ریسک بالایی به همراه دارد. پس در فرض جهل دارنده بارنامه به شروط مورد ارجاع، تنها شروط همبسته در قرارداد درج می‌شوند. در صورتی که شرط درج با لفظ عام باشد، تمامی شروط همبسته در بارنامه درج می‌شوند و در شرایطی که شرط درج با لفظ خاص بیاید، تنها در صورتی شرط خاص مورد ارجاع در بارنامه درج می‌شود که جزء شروط همبسته باشد.

در تقویت این نظر می‌توان به ماده ۱۹۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ اشاره کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «در مواردی که در این قانون و یا سایر قوانین مملکتی پیش‌بینی نشده است ملاک اصول و عرف بین‌المللی خواهد بود». اگرچه نمی‌توان با قطعیت اعتبار شروط مندرج به شیوه ارجاع را جزء مواردی دانست که در قوانین مملکتی پیش‌بینی نشده است، اما این ماده به روشنی، توجه قانون‌گذار را به اهمیت عرف در حقوق دریایی نشان می‌دهد.

نتیجه

رویکرد نظام‌های حقوقی به وضعیت درج شروط قرارداد اجاره کشتی از طریق ارجاع در بارنامه را می‌توان در طول طیفی از منعطف تا مضیق قرار داد. از یک سو، طیف منعطف‌ترین رویکرد، کمترین محدودیت را بر اراده طرفین برای درج شروط از طریق ارجاع قائل می‌شود. بر اساس حقوق امریکا آنچه به درج شروط از طریق ارجاع منجر می‌شود، اطلاع واقعی یا قانونی طرفین از درج است. در قواعد درج حقوق امریکا، برخلاف حقوق انگلستان، میان شروط فرعی و سایر شروط تفاوتی وجود ندارد و شروط قرارداد اجاره کشتی در صورتی در بارنامه درج می‌شود که دارنده بارنامه واقعاً از درج آن مطلع بوده باشد یا نمی‌توانست مطلع نباشد. از سویی دیگر، طیف رویکرد مضیق دادگاه‌های انگلستان وجود دارد که محدودیت‌های بسیاری بر آزادی اراده طرفین برای درج شروط به شیوه ارجاع قائل شده‌اند. بر اساس قواعد درج حقوق انگلستان، شروط فرعی با لفظ عام در بارنامه درج نمی‌شود.

بیشتر کشورها رویکرد منعطفی نسبت به درج شروط قرارداد اجاره کشتی از طریق ارجاع دارند و برخی از حقوق دانان تمایز میان شرایط اعتبار شروط فرعی و سایر شروط یک قرارداد را غیرقابل توجه می‌دانند؛ با این حال، دادگاه‌های انگلستان هنوز قواعد درج سنتی خود را که

بیش از یک قرن قدمت دارند اعمال می‌کنند. قواعد درج در نظام حقوقی انگلستان به علت پیچیدگی قابل انتقاد هستند، اما قواعد درج مضیق اطمینان بیشتری نسبت به قواعد درج منعطف ایجاد می‌کنند.

در حقوق ایران در ابتدا به نظر می‌رسد شروط مندرج از طریق ارجاع، با توجه به معلوم نبودن شروط مورد ارجاع، باطل است. با موشکافی منابع فقهی می‌توان به این نتیجه رسید که مبنای بطلان شروط و قراردادهای نامعلوم، غرر است. غرر، جهل همراه با خطر است. با توجه به اینکه معیار جهل توأم با خطر عرف است، شروط مورد ارجاع تا حدی در بارنامه درج می‌شود که انتقال‌گیرنده با پذیرش آن‌ها عرفاً ریسک بالایی را متقبل نشده باشد. با توجه به اینکه رویه قضایی انگلستان بهترین مرجع برای عرف دریایی است، به نظر می‌رسد شروط فرعی مورد ارجاع در بارنامه تنها در صورتی در حقوق ایران معتبر هستند که انتقال‌گیرنده بارنامه از آن‌ها آگاه باشد. بی‌شک مادامی که این مسئله در قانون دریایی پیش‌بینی نشود و یا یک رویه قضایی یکنواخت در این خصوص شکل نگرفته باشد، انتخاب قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم، ریسک عدم اطمینان از حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را به‌همراه خواهد داشت.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. اربابی، مسعود و حاتمی‌پور، نوید (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی کارکردها و نقش قراردادی بارنامه دریایی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۹.
۲. انصاری‌پور، محمدعلی؛ ولدبیگی، فرزاد؛ حسینعلی‌زاده، مهدی (۱۳۹۴)، «غرر و کاربرد آن در قراردادها»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، ش ۱.
۳. خورسندیان، محمدعلی و ذاکری، حانیه (۱۳۸۸)، «واکاوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر مجد.
۵. صفایی، حسین (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ و ۳، چ ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. نجفی اسفاد، مرتضی (۱۳۹۳)، حقوق دریایی بر پایه قانون دریایی ایران و مقررات بین‌المللی دریایی، چ ۵، تهران: سمت.

۲. خارجی

A) books and articles

8. Aikens, Richard, Lord, Richard and Bools, Michael (2016), Bills of Lading, London: Informa Law from Routledge, 2nd ed.
9. Ambrose, Clare and others (2009), London Maritime Arbitration, Informa Law from Routledge, 3rd ed..
10. Barondes, Royce de R. (2012), "Side Letters, Incorporation by Reference and Construction of Contractual Relationships Memorialized in Multiple Writings", Baylor Law Review, vol. 64(3), p. 651-621.
11. Baughen, Simon (2015), Shipping Law, Routledge, 6th ed..
12. Carr, Indira (2010), International Trade Law, New York: Routledge-Cavendish, 4th ed..
13. Cooke, Julian and others (2014), Voyage Charters, Informa Law , 4th edition.
14. Force, Robert (2004), Admiralty and maritime law, Federal Judicial Center,.
15. Mota, Carlos Esplugues (2015), "Validity and Effect of the Incorporation by Reference of Arbitration Agreements in International Maritime Arbitration: Current Situation and Future Trends", Maritime Law Review, Issue 1, p. 1-32.
16. Lielbarde, Sandra (2010), The incorporation of charterparty arbitration clause in the bill of lading: binding effect of contract without consent, Master thesis, Faculty of Law, Lund University.
17. Ozdel, Melis (2015), Bills of Lading Incorporating Charterparties, HART publishing.
18. Savage, John and Gaillard, Emmanuel (1999), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, The Netherlands: Kluwer Law International.
19. Schoenbaum, Thomas J. (2011), Admiralty and Maritime Law, Thomson West, Fifth ed..
20. Scrutton, Bernard (2008), Scrutton on Charterparties and Bill of Lading, Edited by Stewart C. Boyd CBE QC and others., London: Sweet & Maxwell, 21st ed..
21. Sparka, Felix (2010), jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents: A Comparative Analysis (Hamburg Studies on Maritime Affairs), Springer.
22. Todd, Paul (2016), Principles of the carriage of goods by sea, Routledge.
23. Treitel, Guenter H and Reynolds, Francis M. B. (2005), Carver on Bills of Lading, London: Sweet and Maxwell.
24. Treitel, Guenter H. (2003), The Law of Contract, Sweet and Maxwell, 11th ed..
25. Whitman, Robert (1961), "Incorporation by Reference in Commercial Contracts", Maryland Law Review, vol. 21(1), pp. 1-21.
26. Wilson, John F. (2010), Carriage of Goods by Sea, London: Longman, 7th ed..

B) Judicial Decisions

27. Alucentro Div Dell'alusuisse Italia SPA v. M/V Hafnia 1992 AMC 267, 268 (MDFla 1991)
28. Asoma Corp v. M/V Seadaniel 971 F Supp 140 (SDNY 1997).
29. C.Cass., 7-1-1992, Psichikon Compania Naviera Panama c. SIER, Rev. Arb., 1992.
30. Caresse Navigation Ltd v. Office National de l'Electricite (The Channel Ranger)

- [2015] QB 366 (CA)
31. Cresse Navigation Ltd v. Zurich Assurance MAROC and others (The Channel Ranger) [2014] EWCA 1366 (CA)
 32. Cargill Ferrous International v. Sea Phoenix 2003 AMC 1027, 325 F 3d 695 (5th Cir 2003).
 33. Ceval Alimentos S.A v. Agrimpex Trading Co Ltd (The Northern Progress) (No.2) [1996] 2 Lloyd's Rep. 319.
 34. Continental Ins. Co. v. Polish S.S. Co. 346 F.3d 281, C.A.2 (N.Y.), 2003.
 35. Continental Insurance Company v. M/V Nikos N 2002 AMC 1287 (SDNY 2002)
 36. Continental UK Ltd v. Anagel Confidence Compania Naviera SA 1987 AMC 2012 (SDNY 1987).
 37. Court of Cassation, Commercial Chamber, 21 February 2006 (The 'Pella').
 38. Court of Cassation, First Civil Chamber, 22 November 2005 (The 'Lindos')
 39. Federal Bulk Carrier's Inc v. C. Itoh Ltd (The Federal Bulker) [1989] 1 Lloyd's Rep. 103.
 40. Finska Cellulosaforeningen v. Westfield Paper Co Ltd [1940] 2 All ER 473.
 41. Fort Shipping Co Ltd v. Pederson & Co (1924) 19 Ll.L. Rep. 26.
 42. Gardner v. Trechmann (1884) 15 Q.B.D.
 43. Hamilton v. Mackie, 5 T.L.R. 677 (C.A. 1889)
 44. Impala Warehousing and Logistics (Shanghai) Co. Ltd v. Wanxiang Resources (Singapore) Pte. Ltd [2015] EWHC 25 (Comm)
 45. Limonium Maritime SA v. Mizushima Marinera SA F Supp 2d 1999 WL 46721 (SDNY 1999).
 46. Lowry & Co v. SS Nadir 1965 AMC 1340 (SDNY 1963)
 47. Miramar Maritime Corporation v. Holborn Oil Trading Limited (The Miramar) [1984] AC.
 48. Production Steel Co of Illinois v. SS Francios LD 1968 AMC 2529 (SDNY 1968).
 49. Siboti K/S v. BP France SA [2003] 2 Lloyd's Rep 364.
 50. Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co Ltd (The Varenna) [1984] Q.B. 599.
 51. T. W. Thomas & Co. Ltd v. Portsea S.S. Co. Ltd, A.C. 1 (HL 1912); (The Portsmouth.)
 52. The Dolphina, [2012] 1 Lloyd's Rep, [130].
 53. The Eems Solar [2013] 2 Lloyd's Rep 487.
 54. The Merak, 2 Lloyd's Rep. 527 (C.A. 1965).
 55. The San Nicholas [1976] 1 Lloyd's Rep. 8.
 56. The Sevonia Team [1983] 2 Lloyd's Rep. 640.