

بررسی
جایگاه حقوق نرم
در تجارت بین الملل

تألیف:

دکتر محمد حسین دیلی مقدم

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه حضرت صومه (س)



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه : وکیلی مقدم، محمدحسین،
عنوان و نام پدیدآور : بررسی جایگاه حقوق نرم در تجارت بین الملل /
تألیف محمدحسین وکیلی مقدم.

مشخصات نشر : تهران: مجد، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری : ۲۸۵ ص.
شابک : ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۱۶۹-۷

وضعیت فهرست نویسی : فیبا
یادداشت : کتابنامه: ص. ۲۶۳.
موضوع : بازرگانی بین المللی
موضوع : International trade

موضوع : حقوق نرم
موضوع : Soft law

رده بندی کنگره : HF ۱۳۷۹

رده بندی دیسی : ۳۸۲

شماره کتابشناسی ملی : ۵۷۸۱۳۶۴

هرگونه تکثیر کلاس یا قرضی، کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
مؤلف در مقابل به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرماید.

بررسی جایگاه حقوق نرم در تجارت بین الملل

تألیف: دکتر محمدحسین وکیلی مقدم

انتشارات مجد

چاپ اول : ۱۳۹۸ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و مندرج در «مجد» است.

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۱۶۹-۷

ISBN: 78-622-225-169-7

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۱۲۰۸۶

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۰۹۴۲۲ - ۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.com

E-mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۹	مقدمه
۱۳	فصل اول: مفهوم، مبانی و تقسیم‌بندی حقوق نرم
۱۳	گفتار اول: مفهوم حقوق نرم و عناصر آن
۱۴	الف. تعاریف مطرح شده در مورد حقوق نرم
۱۸	ب. عناصرشناسی حقوق نرم
۲۲	گفتار دوم: حقوق نرم و مفاهیم مشابه
۲۲	الف. عرف و حقوق بین‌الملل عرفی
۲۴	ب. اصول کلی حقوق
۲۶	ج. حقوق غیر دولتی
۲۸	د. حقوق عرفی ارزش‌گانی
۳۰	ه. حق و تعهد طبیعی
	گفتار سوم: ایرادات مطرح شده در مورد حقوق نرم، مبانی تحلیلی و پاسخ‌های پیروان
۳۲	حقوق نرم
۳۲	الف. متناقض بودن اصطلاح «حقوق نرم» و خلط حقوق و اخلاق
۳۹	ب. دموکراتیک نبودن حقوق نرم و ضرورت بودن ضوابط آن
۴۳	ج. ناکارآمدی حقوق نرم و نادیده گرفتن مزایای حقوق سخت
۴۹	د. تحقق قرارداد در مصادیق حقوق نرم و عدم نیاز به تابعی مستقل
۵۱	ه. تناقض پذیرش حقوق نرم با مبانی آن
۵۲	گفتار چهارم: تئوری‌های توجیه‌کننده حقوق نرم
۵۲	الف. تکثرگرایی حقوقی
۵۵	ب. حقوق به مثابه زبان
۵۶	ج. حقوق عملی
۵۷	د. حقوق به مثابه ابزار انتقال پیام
۵۸	ه. مکانیسم ارجاع
۵۸	گفتار پنجم: تقسیم‌بندی حقوق نرم
۵۹	الف. حقوق نرم مقدماتی
۵۹	ب. حقوق نرم تفسیری
۶۰	ج. حقوق نرم اولیه و ثانویه
۶۰	د. حقوق نرم شکلی و ماهوی
۶۱	ه. حقوق نرم راهبردی (هدایتگر)
۶۱	و. نظامنامه‌های خودنوشت و نظامنامه‌های مشترک
۶۲	گفتار ششم: کارکردهای حقوق نرم

۶۲	الف. کارکرد پیش از قانون
۶۳	ب. کارکرد موازی با قانون
۶۳	ج. کارکرد پسا قانونی
۶۳	د. کارکرد مستقل
۶۴	گفتار هفتم: مصادیق حقوق نرم
۶۴	الف. مصادیق حقوق نرم اسنادی
۷۳	ب. حقوق نرم غیر اسنادی
۸۰	گفتار هشتم: معیارهای تمیز حقوق نرم از حقوق سخت
۸۴	گفتار نهم: ضمانت اجرا در حقوق نرم و مکانیسم‌های اجرایی آن
۸۴	الف. مفهوم ضمانت اجرا و تقسیم بندی آن
۸۶	ب. مفهوم ضمانت اجرای فراحقوقی و مبنای تحلیلی آن
۸۹	ج. ارتباط ضمانت اجرای فراحقوقی و حقوق
۹۲	د. شرایط موثر واقع شدن ضمانت اجرای فراحقوقی
۹۴	هـ. اهمیت ضمانت اجرای فراحقوقی در حقوق نرم و مصادیق آن
۹۹	و. نمونه‌های اسفاده از ضمانت‌های فراحقوقی
۱۰۳	فصل دوم: اهمیت حقوق نرم در تجارت بین الملل و چگونگی تاثیرگذاری آن
۱۰۵	گفتار اول: علل اهمیت حقوق نرم در روابط تجاری
۱۰۵	الف. همسویی با نظریات مبتنی بر همکاری در تجارت
	ب. اهمیت اعتبار در روابط تجاری و کارآمدی حقوق نرم در ارائه معیارهای سنجش آن
۱۰۷	گفتار دوم: علل اهمیت حقوق نرم در روابط بین الملل تجاری
۱۱۱	الف. جهانی سازی و فقدان دولت یا نهاد مرکزی تصمیم ساز
۱۱۲	ب. انطباق حقوق نرم با اقتضائات تجارت بین الملل
۱۱۳	ج. کارآمدی ضمانت اجرای فراحقوقی در تجارت بین الملل
۱۱۵	گفتار سوم: تاثیرگذاری حقوق نرم در تجارت بین الملل
۱۱۵	الف. حقوق نرم مهمترین ابزار هماهنگ سازی
۱۱۷	ب. چگونگی هماهنگ سازی تجارت بین الملل از طریق حقوق نرم
۱۲۰	گفتار چهارم: تدوین کنندگان حقوق نرم در تجارت بین الملل
۱۲۰	الف. سازمان های بین المللی
۱۲۱	ب. تجار بین المللی
۱۲۳	فصل سوم: زمینه های تاثیرگذاری حقوق نرم در تجارت بین الملل
۱۲۳	گفتار اول: حقوق نرم در سرمایه گذاری خارجی
۱۲۳	الف. مفهوم سرمایه گذاری خارجی و جایگاه آن در تجارت بین الملل
۱۲۵	ب. علل رواج حقوق نرم در سرمایه گذاری خارجی

ج. مفاهیم زمینه‌ساز تاثیرگذاری حقوق نرم در سرمایه‌گذاری خارجی	۱۲۸
د. چگونگی تاثیرگذاری حقوق نرم در سرمایه‌گذاری خارجی	۱۳۱
گفتار دوم: حقوق نرم در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی	۱۴۱
الف. مفهوم داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در تجارت بین‌الملل	۱۴۲
ب. ویژگی‌های داوری تجاری بین‌المللی و انطباق حقوق نرم با آن‌ها	۱۴۴
ج. امکان اجرای ضوابط حقوق نرم در فروض مختلف داوری	۱۴۶
د. مصادیق اسناد حقوق نرم در داوری تجاری بین‌المللی	۱۵۳
گفتار سوم: استانداردهای اختیاری بین‌المللی	۱۵۷
الف. مفهوم و جایگاه استانداردهای اختیاری بین‌المللی در تجارت بین‌الملل	۱۵۸
ب. کارکردهای استانداردهای اختیاری بین‌المللی	۱۶۰
ج. انواع استانداردهای اختیاری بین‌المللی	۱۶۴
د. سازمان‌های تدوین‌کننده استانداردهای اختیاری بین‌المللی و مصادیق آن	۱۶۷
گفتار چهارم: حقوق نرم و شرکت‌های چندملیتی	۱۷۷
الف. تعریف شرکت‌های چندملیتی، جایگاه آن در تجارت بین‌الملل	۱۷۷
ب. مسئولیت‌پذیری شرکت‌های چندملیتی در حقوق بین‌الملل و گستره آن	۱۷۹
ج. مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، زمینه‌ساز تاثیر حقوق نرم	۱۸۰
د. انواع و مصادیق حقوق نرم موثر بر شرکت‌های چندملیتی	۱۸۴
گفتار پنجم: حقوق نرم در معاملات وثیقه‌ای بین‌المللی	۱۹۱
الف. مفهوم معاملات وثیقه‌ای و جایگاه آن‌ها در تجارت بین‌الملل	۱۹۱
ب. دلایل نیاز به حقوق نرم در معاملات وثیقه‌ای بین‌المللی	۱۹۴
ج. مصادیق حقوق نرم در معاملات وثیقه‌ای بین‌المللی	۱۹۶
گفتار ششم: حقوق نرم در نظام مالی جهانی	۲۰۳
الف. مفهوم نظام مالی جهانی و ویژگی‌های ساختاری آن	۲۰۳
ب. ویژگی‌های ضوابط حاکم بر نظام مالی جهانی	۲۰۴
ج. فعالان نظام مالی جهانی و کارکرد هریک	۲۰۵
د. موضوعات نظام مالی جهانی و تاثیر حقوق نرم بر آن‌ها	۲۲۲
گفتار هفتم: حقوق نرم و ورشکستگی بین‌المللی	۲۳۳
الف. مفهوم ورشکستگی بین‌المللی و جایگاه آن در تجارت بین‌الملل	۲۳۴
ب. رویکردهای مطرح‌شده پیرامون ورشکستگی بین‌المللی	۲۳۵
ج. اهمیت حقوق نرم در تصفیه امور ورشکستگی بین‌المللی و دلایل نیاز به آن	۲۳۹
د. مصادیق حقوق نرم در ورشکستگی بین‌المللی	۲۴۱
نتیجه	۲۵۳
پیوست: اسناد حقوق نرم در تجارت بین‌الملل	۲۵۷
فهرست منابع	۲۶۳

مقدمه

شاید بتوان گفت اصلی‌ترین اثر دیدگاه‌های فیلسوفانی چون «ایمانوئل کانت» در نقد گزاره‌های فلسفی، تضعیف پایه‌های جزمیت و قطعیت در شاخه‌های مختلف معرفت‌شناسی بود. علی‌رغم تمرکز صدات این اندیشمندان بر علم فلسفه، به عنوان مصداق بارز معرفت خدشه‌ناپذیر بشری در آن زمان، دامنه آثار مطالعات آن‌ها به این علم محدود نماند و بذورش نوعی انعطاف را در تمام علوم موجب شد. این تغییر، هم در مقام نظر زمینه‌ساز به رسمیت‌شناختن دیدگاه‌های علمی گردید و هم صحنه عمل را برای بروز آن‌ها فراخ‌تر ساخت.

اتصاف علوم مختلف به وصف «نرم» در دازان سامدرن که نوعی سیالیت و فقدان جزمیت در آن‌ها را به ذهن متبادر می‌سازد حاصل همین تغییر نگرش است. اصطلاحاتی چون «منطق نرم»^۱ در ریاضیات و علوم تجربی، «ادراک نرم»^۲ در علوم رفتارشناسی و «شهود نرم»^۳ در هنر و مطالعات زیبایی‌شناسی را باید نمونه‌هایی از این اصطلاحات دانست.

ابداع اصطلاح «حقوق نرم» نیز یکی دیگر از نتایج این پییرات بود که در علم حقوق رواج یافت. مانند سایر پدیده‌ها و مفاهیم جدید، اصلی‌ترین چالش در زمینه حقوق نرم رفع ابهام از ماهیت و بررسی امکان انطباق آن با مبانی حقوق است. بر اساسی که کرد رایج اصلی‌ترین تفاوت علم حقوق و اخلاق، ضمانت‌اجرا داشتن گزاره‌های علم حقوق است در حالی که در اخلاق، تحذیر و الزام افراد بر اساس محرک‌ها و انگیزه‌های درونی است. بر خلاف این تحلیل، مبنای حقوق نرم بر پایه فقدان وصف الزام‌آوری شکل گرفته است به همین علت علی‌رغم رواج گسترده آن در روابط بین دولت‌ها و تجار، با ایرادات و اشکالات متعددی مواجه شده است.

1- Soft Logic

2- Soft Sensibility

3- Soft Heuristics

تاکید این کتاب بر مطالعه جایگاه و چگونگی نقش‌آفرینی حقوق نرم در تجارت بین‌الملل است. علت این انتخاب نیز اهمیت و گستردگی استفاده از حقوق نرم در این عرصه است که موجب شده تجارت بین‌الملل مهمترین زمینه شناخت مفاهیم مرتبط با حقوق نرم و روش‌های اجرایی آن محسوب شود.

در عین حال تلاش پیروان حقوق نرم در ارائه پاسخ به ایرادات مطرح شده درباره آن، در کنار اتکای آنان به گستردگی روزافزون استفاده از حقوق نرم که نشان‌دهنده مزایا و کارآمدی آن در صحنه عمل است موجب طرح نگرش‌ها و رویکردهایی جدید در تحلیل مبنایی حقوق شده است. این مباحث علمی گاه به بازنگری در نظریات بنیادین علم حقوق، مانند ماهیت و یا علل ضروری بودن نقش‌آفرینی دولت در شکل‌گیری آن منجر شده و گاه بر تحلیل مباحث تفصیلی مانند کارآمدی ضمانت‌اجراهای مرسوم در حقوق متمرکز شده است.

آنچه مسلم است آنکه امروزه سر سخت‌ترین مخالفین حقوق نرم نیز، توان انکار نادیده گرفتن رواج استفاده از روش‌ها و روش‌های اجرایی بدیع در حقوق معاصر را ندارند و حتی آنگونه که در کتاب اشاره می‌شود برخی از این مخالفین نهایتاً مواضع خود را تغییر داده و اعتبار حقوق نرم را به رسمیت شناخته‌اند. تحلیل علل این نوع تغییر مواضع، بازتاب‌دهنده مزایا و ویژگی‌های مثبت حقوق نرم است که موجب شده در بسیاری از موضوعات توانایی رفع خلاهای موجود در علم حقوق را داشته باشد.

ابداع اصطلاح حقوق نرم و به‌کارگیری آن در بدایع حقوقی نمایانگر تغییراتی مبنایی در علم حقوق است که در راستای کارآمدتر کردن تحلیل و تلاش برای رفع نیاز فعالان عرصه‌های مختلف بروز کرده است. تحلیل مباحثی که به عنوان مبنای حقوق نرم بیان شده، بویژه نظریاتی که در توجیه آن مطرح گردیده است، خراشی جدید از ماهیت حقوق قلمداد می‌شود که در جهان معاصر از سوی اندیشمندان این علم عرضه شده است. همچنین بررسی روش‌های اجرایی حقوق نرم در تأثیرگذاری بر گریز هدف، درجه‌هایی را فراروی محققین گشوده است که نتیجه آن ایجاد ابزارهایی جدید در تحقق اهداف مطلوب در جامعه خواهد بود.

روابط تجاری و اقتصادی بویژه در سطح بین‌المللی، مهمترین عرصه استفاده از حقوق نرم قلمداد می‌شوند. ضوابط حقوق نرم در این عرصه، هم در مرحله شکل‌گیری توافقات و هم در مرحله حل و فصل اختلافات به شکل گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرند. بنابراین حقوق نرم را باید مهمترین منبع مدیریت روابط حقوقی تجارت بین‌المللی دانست. زیرا ماهیت خاص روابط تجاری، مبتنی بر اهمیت اعتبار و امکان استفاده گسترده از

ضمانت‌اجراهای غیردولتی زمینه را برای موثر شدن ضوابط حقوق نرم فراهم می‌کند. از سوی دیگر، بین‌المللی بودن روابط تجاری نیز در افزایش کارآمدی حقوق نرم موثر است. چراکه حقوق نرم با مبانی تحلیلی تجارت بین‌الملل نیز انطباق تام دارد.

بر این اساس می‌توان گفت ارزیابی دقیق این موضوع، از یک سو زمینه‌ساز آگاهی از نظریات جدید طرح شده پیرامون مبانی حقوق است و از سوی دیگر، آشنایی با ضمانت‌اجراها و مکانیسم‌های اجرایی بدیعی است که در کشورهای توسعه‌یافته در راستای مدیریت کارآمد روابط حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

با توجه به اختصاص موضوع این کتاب به جایگاه حقوق نرم در تجارت بین‌الملل، با آگاهی از شیوه‌ی مرسوم و موثر در افزایش تبادلات تجاری بین‌المللی، بالا رفتن اعتبار بازرگانان و زمینه‌ساز برای جلب فعالیت تجار بین‌المللی در کشورمان از دیگر نتایج مترتب بر این تحقیق است که می‌تواند در افزایش ثبات اقتصادی و توسعه ایران دارای اهمیت ویژه‌ای است.

بنابراین می‌توان گفت هدف اصلی این تحقیق طرح دقیق و جامع مباحث مرتبط به تأثیر حقوق نرم در تجارت بین‌الملل است که موجب شده سوالات فراوانی در مورد مبانی حقوق نیز مطرح گردد. این تحقیق در پی آن است که با ارزیابی دیدگاه مخالفین و موافقین حقوق نرم، مزایای ادعا شده برای استفاده از آن را بررسی نماید و مکانیسم‌های تأثیرگذاری آن بر رفتار فعالان تجاری را تحلیل کند.

در واقع هدف از نگارش این مجموعه معرفی سازوکارهای حقوقی است که در راستای افزایش بهره‌وری اقتصادی، مدیریت صحیح منافع متعارض و تعادل‌های موجود در تجارت بین‌الملل مورد استفاده قرار می‌گیرد. در عین حال به تناسب بحث طرح مباحث مرتبط با فلسفه حقوق و انطباق آن‌ها با مبانی حقوق نرم نیز از دیگر اهداف - در نظر در این نوشته است.

بررسی تحقیقات منتشرشده در این زمینه نشان می‌دهد هیچ تحقیق جامعی درباره جایگاه حقوق نرم در تجارت بین‌الملل در ایران صورت نگرفته است. تنها نوشته‌هایی پراکنده و ناقص در زمینه حقوق نرم در عرصه حقوق بین‌الملل عمومی در دسترس است که تقریباً در تمام آن‌ها به بیان اجمالی مفهوم حقوق نرم بسنده شده است.

همچنین می‌توان به پایان‌نامه کارشناسی ارشدی اشاره کرد که با عنوان «سافت لا در حقوق بین‌الملل» در سال ۱۳۸۰ در رشته حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی ارائه شده است. علاوه بر سیری شدن مدت زمان طولانی از زمان تألیف، این پایان‌نامه نیز صرفاً به موضوع حقوق نرم در روابط بین دولت‌ها اختصاص یافته است. بر

این اساس باید گفت موضوع این کتاب از سابقه تحقیقاتی قابل ملاحظه‌ای در ایران برخوردار نیست.

کتاب پیش‌روی را باید پژوهشی تبیینی دانست که مبتنی بر روش تحلیلی-توصیفی صورت گرفته است. بر این اساس این تحقیق به شرح و تبیین مفهوم حقوق نرم و جایگاه آن در تجارت بین‌الملل می‌پردازد که متناسب با این موضوع اطلاعات مورد نیاز بر اساس روش کتابخانه‌ای گردآوری شده است.

کتاب به سه فصل تقسیم شده است که در فصل اول مفهوم و ماهیت حقوق نرم مورد بررسی قرار گرفته است تا ابتدا معلوم شود منظور از حقوق نرم چیست. پاسخ به این سوال در قالب سه بخش در این فصل ارائه می‌شود که در آن‌ها مباحثی چون ایرادات و پاسخ‌های مطرح شده در مورد حقوق نرم، انواع قالب‌های حقوق نرم، تقسیم‌بندی و مصادیق و ضمانت‌اجراهای مورد استفاده در آن مورد تحلیل قرار گرفته است.

چگونگی تأثیرگذاری حقوق نرم و استفاده از آن در تجارت بین‌الملل در فصل دوم کتاب بحث شده است که در این فصل ابتدا دلایل اختصاص بحث به تجارت بین‌الملل تبیین شده و در ادامه الگوی استفاده از حقوق نرم و فعالان مرتبط به آن در تجارت بین‌الملل بررسی شده است. زمینه‌ها، موضوعات تأثیرگذاری حقوق نرم در این عرصه در فصل سوم مورد ارزیابی قرار گرفته است. این فصل مهمترین موضوعات زمینه‌ساز تأثیر حقوق نرم در تجارت بین‌الملل، با تأکید بر چگونگی انطباق با مبانی بیان‌شده در این تحقیق، بررسی شده‌اند.

لازم به ذکر است با توجه به اهمیت و جایگاه حقوق نرم در تجارت بین‌الملل مباحث مربوط به تحلیل مبانی یا تقسیم‌بندی حقوق نرم که در فصل اول بیان شده است نیز در بستر روابط شکل گرفته در این عرصه مطرح گردیده است.

در پایان با درخواست از کلیه محققین جهت یاری در رفع نواقص و امکانات احتمالی، از مدیر محترم انتشارات مجد جناب آقای «دکتر سیدعباس حسینی» که زمینه‌ساز انتشار و چاپ این اثر شدند صمیمانه سپاسگزارم.

محمدحسین وکیل مقدم
Mh_vakilim@yahoo.com