

تحول مفهومی ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در حقوق بین‌الملل خصوصی

مرضیه افزلی مهر*، سید حسن وحدتی شبیری^۲

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج، البرز، ایران

۲. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

دریافت: ۹۵/۰۲/۱۴

پذیرش: ۹۵/۱۰/۰۷

چکیده

تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در نظام‌های حقوقی مختلف با استفاده از یکی از دو ضابطه عمدۀ عینی (نوعی) و ذهنی (شخصی) انجام می‌شود. در حالی که مبنای ضابطه شخصی، اصل حاکمیت اراده است، مبنای ضابطه نوعی، اقتدار دولت‌ها در ایجاد و برقراری نظم اجتماعی است. لکن در دکتترین حقوقی عصر حاضر، ما شاهد تغییر مفاهیم دو ضابطه عینی و شخصی هستیم. در واقع امروزه با پذیرش فراگیر اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، این اصل با اعمال دو ضابطه عینی و شخصی، قلمرو متفاوتی پیدا می‌کند. حقوقدانانی که قائل به حداکثر آزادی برای متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد هستند، ضابطه شخصی را برای تفسیر موسع اصل آزادی اراده متعاملین به کار می‌برند. از طرف دیگر مخالفان آزادی بی حد و حصر اراده متعاملین، در پی ارائه تفسیری مضیق از این اصل بوده و حق انتخاب متعاملین را در قلمرو محدودی به رسمیت می‌شناسند. در حقوق اکثر کشورها، علمای حقوق و دادگاه‌ها اصول مختلفی را در جهت تحدید اصل حاکمیت اراده، با اعمال معیار عینی ارائه داده‌اند. این اصول عبارتند از: نظریه ی جلوگیری از تقلب نسبت به

E-mail: ma.afzalimehr@gmail.com

* نویسنده مسؤل مقاله:

قانون، لزوم رعایت شرط ارتباط عینی قرارداد با نظام حقوقی منتخب، و نیز رد قانون منتخب در موقع تعارض این قانون با قواعد آمره ی قانون کشوری که ممکن است از جهات دیگری نسبت به قرارداد لازم الاجرا شود. لذا پیشنهاد می‌شود که ماده ۹۶۸ قانون مدنی با ملحوظ کردن هر دو ضابطه، در جهت همگام شدن با تحولات کنونی، اصلاح شود.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، قانون حاکم، قرارداد، ضابطه عینی، ضابطه شخصی.

۱. مقدمه

امروزه، قراردادها به‌عنوان عرصه ی برخورد نظام‌های حقوقی، در سطح بین‌المللی از حصار تنگ مرزهای سرزمینی خارج شده و به‌عنوان مهم‌ترین وسیله ارتباط با جهان خارجی مورد توجه حقوقدانان قرار می‌گیرد. قواعد تعارض قوانین یک سیستم حقوقی در مورد قراردادها، شامل آن دسته از قواعد قانون ملی یک کشور است که دادگاه‌ها آن‌ها را به کار می‌برند تا دعوائی را که در آن عنصر خارجی وجود دارد حل و فصل نمایند. دادگاهی که مسأله مربوط به یک قرارداد با عنصر خارجی در آن مطرح است، باید براساس قانون مقر دادگاه رابطه حقوقی را تحلیل و آن را از مصادیق رابطه قراردادی دانسته و سپس معیاری را برای تعیین قرارداد بین‌المللی به کار ببرد [۱، ص ۴۵].

برای چگونگی تعیین قانون حاکم بر قرارداد ضوابطی موجود است. با توجه به نظریات حقوقی که در این رابطه در گذشته مطرح بود، دو ضابطه عمده در این خصوص وجود داشت:

ضابطه عینی که مطابق آن، قانون قابل اعمال بر قراردادها به حکم قانون و با معیارهایی عینی مشخص می‌شود و ضابطه شخصی، در این روش که به روش ذهنی نیز معروف است، تعیین قانون حاکم بر قرارداد بیش از هر چیز به اراده طرفین آن واگذار شده است.



این دو ضابطه کم و بیش در حقوق اکثر کشورهای دنیا مورد استفاده قرار گرفته بود. لکن تعارض قوانین مربوط به قراردادهای دهه‌های اخیر، و با توجه به تحولات عمیق گسترده در روابط تجاری بین کشورها و عمومیت یافتن تجارت بین‌الملل، در کشورهای بسیاری متحول شده است. ضابطه‌ها تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی دیگر مفاهیم قدیمی خود را بر نمی‌تابند و قواعد تعارض قوانین جدید و توسعه یافته در سطح ملی و بین‌المللی در جهت پاسخ به مصالح اقتصادی داخلی و کلاً منافع ملی و نیازهای بازار فرامرزی تجارت و نظم عمومی بین‌المللی وضع گردیده است.

این قواعد در کشورها و مناطق مختلف جهان با داشتن نظام‌های حقوقی متفاوت، به صورت متحدالشکلی جای خود را یافته‌اند. اگر چه بسیاری از نظام‌های حقوقی مهم دنیا و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، اصل حاکمیت اراده را به‌عنوان ضابطه اولیه برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته‌اند، اما برای تفسیر این اصل و تشخیص حدود و قلمرو آن به ضابطه عینی متوسل شده و آزادی اراده طرفین قرارداد را در مواردی نپذیرفته یا محدودیت‌هایی برای آن قائل شده‌اند؛ به ویژه مواردی که مغایر مصالح عمومی است و با سیاست‌های خاص دولت‌ها- مثل منافع و مصالح کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه که محدودیت‌های بیشتری را نسبت به اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌نماید- و نیز مواردی که با حمایت از اقشار خاصی در جامعه، مثل کارگران یا مصرف‌کننده‌ها منافات دارد و امکان سوء استفاده یا تقلب از آن می‌رود. بنابراین ما شاهد تغییر مفاهیم دو ضابطه عینی و شخصی در دکترین حقوقی عصر حاضر هستیم.

در این تحقیق سعی شده است تا ضمن این که مفهوم ضابطه عینی و شخصی به صورتی که در حقوق کنونی دنیا به کار رفته است به درستی تبیین شود و مفهوم غیر منعطف و نامناسب قدیمی ضابطه عینی که اجازه انتخاب قانون حاکم را در هیچ صورتی به متعاملین نمی‌داد و صلاحیت تشخیص قانون حاکم بر قرارداد را تنها


از آن قانون می‌دانست، کنار گذاشته شود، علاوه بر آن ضرورت ایجاد تحول در قاعده حل تعارض مربوط به قراردادهای در حقوق ایران و اصلاح ماده ۹۶۸ قانون مدنی بررسی شود.

۲. ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادها

قواعد حل تعارض که بخشی از قانون ملی یا نظام حقوقی مقرر دادگاه می‌باشند، می‌توانند همانند نظام‌های حقوقی متنوع باشند و چون حقوق بین‌الملل خصوصی انعکاسی از حقوق داخلی در زمینه بین‌المللی است [۲، ص ۱۴] همان‌گونه که قواعد ماهوی مربوط به قرارداد در کشورهای مختلف متفاوت و متنوع است، قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها نیز می‌تواند از یک کشور به کشور دیگر در تغییر باشد و واضح است که منشأ این تغییرات در تفاوت‌های سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است. در نتیجه هیچ‌گونه اطمینانی نمی‌توان داشت که قواعد تعارض نظام‌های مختلف درخصوص موضوع مشخصی از قرارداد به نتیجه‌ی واحد و یکسانی برسند [۳، ص ۱۱-۱۰].

با این حال، کنفرانس‌های بین‌المللی در جهت رفع ناامنی حاصل از قواعد تعارض قوانین متفاوت کشورهای مختلف، تلاش کرده‌اند تا از طریق یکسان‌سازی قوانین ماهوی و قواعد حل تعارض به این هدف نائل آیند. حاصل تلاش این کنفرانس‌ها ایجاد عهدنامه‌های بین‌المللی است که در زمینه تعهدات قراردادی و خارج از قرارداد، کشورهای عضو را دارای قواعد یکسان و واحد می‌نماید. حال باید بررسی نمود که نظام‌های حقوقی مختلف دنیا براساس چه ضوابطی قواعد حل تعارض خود را تنظیم و تعیین می‌کنند.

۲-۱. مفاهیم تحول یافته ضوابط تعیین قانون حاکم بر قرارداد

 مرضیه افضلی مهر و همکار _____ تحول مفهومی ضوابط تعیین ...

همان‌گونه که بیان گردید قانون حاکم بر قرارداد در هر نظام حقوقی توسط قواعد حل تعارض آن نظام مشخص می‌شود.

در گذشته، از طریق دو ضابطه کلی، قواعد حل تعارض راجع به قراردادها را تعیین می‌کردند:

الف) به طور مستقیم با ضابطه عینی^۱ و به حکم قانون و بدون در نظر گرفتن اراده طرفین.

ب) به طور غیر مستقیم با ضابطه ی شخصی یا ذهنی و با اعمال اصل حاکمیت یا استقلال اراده ی طرفین^۲.

اعمال ضابطه عینی با مفهومی که در گذشته بر این اصطلاح بار می‌شد، منجر به طرح سه نظریه غالب درخصوص قانون حاکم بر قرارداد شد: اول) حاکمیت قانون محل انعقاد یا تشکیل قرارداد؛ دوم) حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد؛ و سوم) حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین. در واقع، این نظریه‌ها به گونه‌ای قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها را در کشورهای مختلف ساخته و هر کدام خود یک قاعده شده‌اند.

در عصر حاضر، با گسترش سریع روابط اقتصادی و تجاری بین کشورهای مختلف و برقراری روابط حقوقی بین‌المللی میان اتباع کشورها و یا حتی میان دولت‌ها و مؤسسات دولتی با شرکتهای سرمایه گذار خارجی، نظریه ی شخصی و اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها و از سوی اکثر نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. لکن بر اساس دکترین حقوقی عصر حاضر ما شاهد تغییر مفاهیم دو ضابطه ی عینی و شخصی هستیم. این تحول مفهومی، به‌ویژه در دایره المعارف‌های جدید بین‌المللی حقوق تطبیقی منعکس شده است [۴، ص ۸۲].

-
1. Objective theory
 2. Party Autonomy, Subjective theory

در واقع امروزه با پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، این اصل با اعمال دو ضابطه ی عینی و شخصی، قلمرو متفاوتی پیدا می‌کند. حقوقدانانی مانند پیتر نای^۱ که قائل به حداکثر آزادی برای متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد هستند، ضابطه ی شخصی را برای تفسیر موسع اصل استقلال اراده متعاملین به کار می‌برند [۴، ص ۸۲؛ ۵، ص ۱۰-۱۱]، از طرف دیگر مخالفان آزادی بی حد و حصر اراده متعاملین، حقوقدانانی همچون چشایر^۲ و پیتر کی^۳، در پی ارائه تفسیری مضیق از این اصل بوده و حق انتخاب متعاملین را در قلمروی محدود به رسمیت می‌شناسند [۶، ص ۸۱؛ ۷، ص ۱۱-۱۲]. بنابراین، ضابطه عینی در عصر حاضر دیگر یک ضابطه مستقل از اصل حاکمیت اراده نیست و به دلیل ضرورت‌های تجاری، کشورها ناگزیر از پذیرش آزادی اراده متعاملین در تعیین قانون حاکم بر قراردادشان هستند، قلمرو اعمال ضابطه عینی به مواردی که امکان اجرای اصل حاکمیت اراده به هر دلیلی وجود ندارد، محدود شده است و در نتیجه مفهوم ضابطه عینی نیز تنها در رابطه با اصل حاکمیت اراده به صورت تفسیر مضیق آن و جبران خلاء انتخاب قانون حاکم از سوی متعاملین، مشخص می‌شود.

در این جا لازم است مفهوم و دامنه شمول جدیدی که از ضوابط تعیین قانون حاکم بر قرارداد، در دکترین اخیر کشورهای مختلف مطرح شده‌اند را به طور مفصل، شرح دهیم.

در مورد ماهیت حقوقی حق متعاملین برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، در دکترین حقوق بین‌الملل خصوصی، در ابتدا دو نظریه ارائه شده بود.

۲-۱-۱. نظریه لیبرالیسم کلاسیک

1. Peter Nygh
2. G.C.Cheshire
3. Peter Kaye

نظریه نخست که در پی ارائه تفسیری موسّع از اصل حاکمیت اراده است، ضابطه‌ی شخصی نامیده می‌شود که مطابق آن، قصد طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد، به‌عنوان یک عامل ارتباط^۱ تعارض قوانین محسوب می‌شود. این عامل قانونی را که در کل حاکم بر قرار داد است، تعیین می‌کند [۸، ص ۲۶۵].

مطابق واژه شناسی که در دایره‌المعارف جدید بین‌المللی حقوق تطبیقی، جلد سوم مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی، از دو شیوه‌ی تعیین قانون حاکم بر قرارداد به طریق شخصی و عینی ارائه شده است، واژه شخصی، در معنای روشی برای جستجوی قصد طرفین، چه به طور صریح، چه ضمنی و چه فرضی به کار می‌رود؛ این روش در بردارنده منافع واقعی متعاملین در هر مورد است. در این شیوه تفاوت قدرت چانه زنی متعاملین در نظر گرفته می‌شود و منافع طرف قوی‌تر مورد لحاظ قرار می‌گیرد [۴، ص ۸۲].

این نظریه که گاهی از آن به نظریه لیبرالیسم کلاسیک^۲ نیز تعبیر می‌شود، برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و به متعاقدين، این حق را می‌دهد که در محدوده‌ی حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را انتخاب نمایند. بنابراین، قصد طرفین، صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جایی که قصدی برای طرفین فرض می‌شود)، تعیین‌کننده‌ی قانون حاکم می‌باشد^۳. با پذیرش این ضابطه دادگاه‌ها مکلفند که از انتخاب طرفین تبعیت نمایند، مگر در موارد استثنایی مثل جایی که انتخاب مغایر نظم عمومی باشد [۵، ص ۱۰-۱۱؛ ۹، ص ۶۹۳]. در این نظریه این سؤال وجود دارد که در صورت فقدان انتخاب صریح طرفین چه قانونی بر قرار داد

1. Connecting Factor

2. Classic Liberalism:

نظریه لیبرالیسم کلاسیک در اواخر قرن نوزدهم، از سوی برخی حقوقدانان و فیلسوفان لیبرال بیان شد. حقوقدانان طرفدار این نظریه، آزادی مطلق اراده را ستوده و پیشنهاد می‌کنند نظم عمومی و مقررات امری، به حداقل کاهش یابد: ر.ک. فیلیپ لوی، ژان، کاستادلو، آندره، تاریخ حقوق تعهدات، ترجمه رسول رضایی، چ ۱، تهران، مهرماه نو، ۱۳۸۶، ص ۲۱۱.

حاکم خواهد بود؟ طرفداران نظریه ی لیبرالیسم کلاسیک در این موارد دادگاه را مکلف می‌دانند که اراده ی فرضی متعاملین را استنباط نماید. به این معنا که اگر متعاملین در مقام انتخاب قانون قابل اعمال بر قراردادهایشان بر می‌آمدند، چه قانونی را انتخاب می‌نمودند. بنا بر این نظر، دادگاه در فرض فقدان یک انتخاب صریح، از شروط قراردادی و اوضاع و احوال قضیه مانند: وجود شروط انتخاب دادگاه یا داوری؛ فرم، زبان و اصطلاحات بکار رفته در قرارداد؛ معاملات پیشین و مرتبط متعاملین؛ اقامتگاه و تابعیت متعاملین؛ در قراردادهای کرایه و حمل و نقل کالا، قانون کشور صاحب پرچم؛ قانون محل تجارت بیمه گر در قراردادهای بیمه؛ در فرض گشایش حساب بانکی، قانون کشوری که شعبه ی بانکی در آن جاست؛ قانون کشور محل تجارت معمولی استخدام‌کننده در قرارداد استخدامی؛ در خصوص تعهدات ما بین اصیل و شخص ثالث، قانون محلی که نماینده در آن جا فعالیت کند؛ بکار برده می‌شود [۷، ص ۱۱-۱۲].

پذیرش ضابطه شخصی به تعبیر نظریه لیبرالیسم کلاسیک با رای مشهور شورای خصوصی انگلستان^۱ در پرونده شرکت محصولات ویتا فود علیه شرکت با مسئولیت محدود یونوس شیپینگ^۲ آغاز شد [۱۰، ص ۴۴۳]. در این پرونده لورد رایت^۳، آزادی طرفین قرارداد را برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد با قلمرو وسیعی این‌گونه بیان می‌دارد:

«در جایی که قاعده انگلیسی قصد طرفین قرارداد را معیار قرار می‌دهد و طرفین در بیان صریحی قصدشان را برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد اعلام کرده‌اند، دیگر دشوار است که این انتخاب را محدود نماییم، البته به این شرط که قصد اعلام شده با حسن نیت و قانونی بوده و نیز به شرط آن که هیچ دلیلی برای نا معتبر دانستن انتخاب طرفین بر مبنای نظم عمومی وجود نداشته باشد» [۱۰، ص ۴۴۳].

1. The Privy Council.
2. Vita Food Products v. Unus Shipping Co.Ltd.(1939).
3. Lord Wright

این رأی به طور صریح، هم نظریه «تعیین پایگاه قرارداد» را که به موجب آن قانون منتخب باید تا حدی ارتباط ماهوی با قرارداد داشته باشد، رد می‌نماید و هم این امر را که قانون محل انعقاد قرارداد این قابلیت را دارد که برای انتخاب طرفین محدودیت‌هایی را به وجود آورد و یا قواعد آمره قانون محل انعقاد عقد می‌تواند جایگزین قانون منتخب متعاملین شود را صریحاً رد می‌کند و در نظریه لیبرالیسم کلاسیک تنها محدودیت وارد بر اصل حاکمیت اراده، نظم عمومی مقرر دادگاه و حسن نیت در انتخاب قانون حاکم است.

حقوقدانان آمریکایی نیز، ضابطه شخصی را در مورد اصل حاکمیت اراده پذیرفته‌اند. رای دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۷۲، درخصوص پرونده برمن علیه شرکت زاپاتا آف شور^۱ در جهت حمایت از نظریه آزادی وسیع طرفین در انتخاب قانون حاکم است که در این پرونده دیوان عالی نظر داد که انتخاب طرفین، در جریان یک مذاکره آزاد که تحت تاثیر عواملی مثل تقلب، فشار ناروا، یا قدرت نامتعادل معاملاتی طرفین نباشد، مورد احترام است [ص ۱۷-۱۸].

از آن به بعد اعتقاد غالب نویسندگان حقوقی آمریکایی، پذیرش اصل حاکمیت اراده در مفهومی وسیع، به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل خصوصی آمریکا است. این نظریه در ماده ۱۸۷ دومین مجموعه شرح جدید حقوق، بخش تعارض قوانین^۲؛ در ماده ۱-۱۰۵ قانون متحد الشكل تجاری^۳؛ و نیز در ماده ۳۵۴۰ قانون مدنی لوئیزیانا^۴؛ و قانون اصلاحی پورتوریکو^۵، منعکس شده است [ص ۱۲].

۲-۱-۲. نظریه پوزیتیویسم حقوقی

1. The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. (1972).
2. The Restatement, Second of the Conflict of Laws, Section 187.
3. The Uniform Commercial Code, Section 1-105.1
4. The Louisiana Civil Code, Article 3540.
5. The Puerto Rico Draft Code, Articles 34 and 35.

از طرف دیگر، نظریه‌ای که تفسیر مضیقی از حق طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد را به رسمیت می‌شناسد و دامنه شمول اصل آزادی اراده را محدود می‌نماید، ضابطه عینی یا نظریه قانون ماهوی نامیده می‌شود که حق انتخاب متعاملین را محدود به قانون ماهوی می‌داند [۶، ص ۸۱]. مطابق این مکتب فکری، از جمله قوانین ماهوی یا نظام حقوقی که قلمرو حق‌گزینش قانون از سوی طرفین قرارداد را تعیین می‌کند، قانون مقر دادگاه است؛ به این معنی که قانون مقر دادگاه ممکن است قانون منتخب طرفین را به رسمیت شناسد و یا این که به دلایل متعددی از جمله فقدان یک ارتباط اساسی بین قانون منتخب و قرارداد، آن را کنار گذاشته و قانون مناسب دیگری را جایگزین نماید. در این صورت، به موجب این نظریه با اعمال روش تحلیل منافع دولتی و تحلیل سیاست‌های کشور مقر دادگاه یا هر کشور دیگری که منافع بیشتری در قرارداد دارد، قانون آن کشور جایگزین قانون منتخب طرفین می‌شود [۵، ص ۱۲].

ضابطه عینی، بالخصوص در جایی اعمال می‌شود که طرفین قرارداد هیچ قانونی را به‌عنوان قانون حاکم بر روابط حقوقی برآمده از قراردادشان انتخاب نکرده باشند [۸، ص ۲۶۵].

در فقدان یک انتخاب صریح یا ضمنی از سوی متعاملین، دادگاه تلاش می‌کند که از انتساب هرگونه قصد خیالی به طرفین اجتناب نموده و در جهت تعیین قانونی که با قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط را دارد، تلاش می‌نماید. چشایر و نورس دو تن از حقوقدانان معروف، در تایید این نظریه اعلام داشته اند که:

«در فقدان یک انتخاب صریح قانون، دادگاه‌ها باید به جای تلاش در استنباط یک انتخاب ضمنی که بر پایه و اساس واقعی قرار ندارد، برای تعیین قانون مناسب عینی تلاش نمایند» [۷، ص ۱۲-۱۳].

این نظریه از سوی برخی با عنوان نظریه پوزیتیویسم حقوقی^۱ مطرح شده است که مدعی تفوق انحصاری حاکمیت دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد [۳، ص ۲۰] این نظریه، در واقع استقلال نامحدود اراده طرفین را به این دلیل که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد، انکار می‌کند و متعاقبین با محدودیت‌های گسترده‌ای مواجه می‌باشند و آن‌ها فقط در حدودی که قانون مقرر می‌کند، آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند و بدین گونه می‌توانند برای سهولت تنظیم قرارداد و به قصد کوتاه کردن قرارداد و اجتناب از شروط مطول و احتمالاً ناقص در آن، قواعد نظام حقوقی مشخصی را بپذیرند. این قانون ماهوی بخشی از قرارداد طرفین را تشکیل می‌دهد و انتخاب قانون از سوی طرفین چیزی جز ارجاع به یک نظام حقوقی معین از سوی طرفین قرارداد، با هدف مشخص کردن حقوق و تکالیف متقابل همدیگر نخواهد بود [۸، ص ۲۶۵]. بنابراین توافقات طرفین تا حدی نافذ می‌باشند که قانون کشوری خاص، مانند قانون مقرر دادگاه، آن‌ها را معتبر بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلأ وجود داشته باشد و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود [۹، ص ۶۸۳]. مطابق ضابطه ی عینی در این مفهوم و با این قلمرو، اگرچه طرفین حق انتخاب قانون حاکم بر قراردادشان را دارند، اما نمی‌توانند از طریق این انتخاب، از قانون کشوری که ارتباط بیشتری نسبت به آن قرارداد دارد، سرپیچی کنند [۷، ص ۴۴۹].

1. Legal Positivism:

مکتب پوزیتیویسم حقوقی یا مکتب تحقیقی یکی از مکاتب حقوقی است که پیروان آن گروه بزرگی از دانشمندان حقوق هستند. مهم‌ترین وجه مشترک عقاید این نویسندگان این است که همگی حقوق را مجموع قواعدی می‌دانند که دولت وضع و اجرای آن را تضمین می‌کند. در واقع بین مفهوم حقوق و قدرت سیاسی دولت رابطه نزدیکی وجود دارد، چندان که بیرون از چارچوب حمایت دولت، فرض هیچ حقوقی امکان ندارد. همین که قاعده‌ای از طرف دولت وضع شد، به عنوان حقوق معتبر است و هیچ قاعده عالی و طبیعی وجود ندارد تا برتر از اراده حکومت شمرده شود: ر.ک. (کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، چ ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۳۸۱-۳۸۰).

۳-۱-۳. نظریه قانون مناسب قرارداد

در نظام کامن‌لای انگلیسی در سال ۱۸۶۵، نظریه حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد، جای خود را به «نظریه قانون مناسب»^۱ داد. بدین ترتیب، در جایی که اراده طرفین ابراز شده است، همین اراده و قصد پذیرفته می‌شود و در جایی که طرفین درخصوص قانون حاکم سکوت کرده باشند و قصد خود را چه صریح و چه ضمنی ابراز ننموده باشند، قانون حاکم، قانونی خواهد بود که نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد [۱۱، ص ۳۲۳]. در این نظریه قانون مناسب قرارداد با اعمال ضابطه عینی در دو فرض انتخاب قانون از سوی طرفین، و فرض فقدان انتخاب قانون بررسی می‌شود:

فرض نخست: انتخاب قانون به اراده متعاملین

انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مبتنی بر یک فرض عقلایی است و آن این است که طرفین به لحاظ بستگی‌ها و ارتباطی که قراردادهایشان با قانون خاص دارد، آن قانون را بر می‌گزینند و این گزینش که مبتنی بر حسن نیت است، قبول حاکمیت قانون خارجی است. دادگاه‌های آلمان لزوم محدودیت اصل حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در این مورد، پذیرفته اند و این قاعده را براساس دکترین وست لیک^۲ مبتنی بر این امر می‌دانند که طرفین قرارداد، اختیار مطلق در انتخاب قانون حاکم ندارند [۱۲، ص ۴۰۴].

این قاعده از برخی جهات دارای آثار منطبق با منطق حقوقی است، مثلاً فرض کنیم طرفین یک قرارداد که ایرانی و آلمانی هستند، برای خرید و فروش قطعات اتومبیل و صدور آن از آلمان به ایران قراردادی در آلمان منعقد کنند و آن را تابع قانون چین قرار دهند، انتخاب این قانون که به شوخی شبیه است تا قصد جدی، هیچ ارتباط منطقی با قرارداد مزبور ندارد، زیرا نه محل وقوع قرارداد، نه اقامتگاه طرفین، نه

1 . The Proper Law
2. doctrine of Westlake

ساخت و صدور و ورود و حتی ترانزیت کالا، نه پرداخت ثمن معامله، نه شرایط عقد و خلاصه هیچ چیزی از این قرارداد به قانون چین ارتباط پیدا نمی‌کند. اما اگر طرفین، همان قرارداد را از حیث مقررات بیمه تابع حقوق انگلستان قرار دهند، ارتباط منطقی میان آن دو وجود دارد، زیرا قواعد و مقررات بیمه انگلستان در غالب قراردادهای به سبب پیشرفت صنعت بیمه و عرف بیمه در انگلستان در بازار جهانی کاملاً پذیرفته شده است.

علاوه بر لزوم ارتباط قانون منتخب طرفین با قرارداد، مطابق با ضابطه ی عینی در تفسیر محدود اصل حاکمیت اراده، طرفین قرارداد نمی‌توانند با یکدیگر موافقت نمایند که قرارداد آن‌ها بیرون از حاکمیت هر قانونی باشد و یا تابع اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل باشد. این اختیار در رأی ۲۸ می ۱۹۳۸ دیوان کشور آلمان مردود شناخته شده و در رأی مورخ ژوئن ۱۹۵۰ دیوان کشور فرانسه نیز در رد چنین اختیاری تصریح گردید: «هر قرارداد بین‌المللی ناگزیر به قانون کشور معینی، مرتبط است» [۱۳، ص ۴۲۱].

کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم (موسوم به کنوانسیون رم یک)^۱ حاکمیت اراده طرفین را نسبت به قرارداد بین‌المللی مقرر داشته است، لکن برخلاف کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکوسیتی در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی، که در آن امکان انتخاب رهنمودها، اصول و عرف‌های بازرگانی بین‌المللی به‌عنوان حقوق حاکم بر قرارداد، فراهم شده است، در بند نخست ماده ۱ تصریح دارد که قواعد کنوانسیون رم تنها نسبت به انتخاب قانونی از میان قوانین کشورهای مختلف، حاکم است [۱۴، ص ۲۶۳]. گزارش ژالیانو-لاگارد در تفسیر این مقرره آورده است که این عبارت اشاره دارد به تصمیم نویسندگان کنوانسیون برای محدود کردن

1 . Rome Convention 1980 on the law Applicable to International Contracts:

کشورهایی که کنوانسیون رم را به اجرا در آورده‌اند عبارتند از: فرانسه، آلمان، ایتالیا، بلژیک، لوکزامبورگ، دانمارک، یونان، هلند، ایرلند، اسپانیا، پرتغال، سوئد، استرالیا و فنلاند. و در انگلستان نیز به موجب قانون قراردادهای (قانون قابل اعمال) ۱۹۹۰، به صورت لازم الاجرا در آمد.

آزادی طرفین به انتخاب قانون کشورها؛ اگرچه طرفین می‌توانند در قرارداد به معیارها و رهنمودهای حقوق بازرگانی فراملی هم ارجاع دهند و آن را به‌عنوان شروط قراردادی در قرارداد خود بگنجانند. مثلاً متعاقدين می‌توانند اصول مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۱ را انتخاب نمایند، اما این بدان معنا نیست که این اصول، قانون حاکم بر قراردادشان می‌باشد؛ بلکه این اصول، قسمتی از قراردادشان است که به واسطه ی قانون حاکم بر قرارداد، اجرای آن مجاز می‌باشد [ص ۱۵، ۱۷-۱۶].

درباره این که چه عاملی ایجاب می‌کند که هر قرارداد ناگزیر تابع قانونی معین باشد، در رای دیوان کشور آلمان تصریح گردیده: «تنها اطاعت محض از قانونگذاری معین، می‌تواند تضمین کند که تنظیم رابطه حقوقی، بر خلاف اراده خودخواهانه طرف قوی‌تر از نظر اقتصادی، صورت گرفته است» [ص ۱۳، ۴۲۱].

سوابق قضایی برخی کشورها به ویژه در انگلستان و آمریکا بر لزوم وجود وابستگی و ارتباط واقعی و عقلانی میان قرارداد و قانون حاکم تاکید کرده‌اند. پاراگراف اول بند دوم ماده ۱۸۷ شرح جدید حقوقی آمریکا، مجموعه تعارض قوانین، مقرر می‌دارد: «کشوری که قانون آن انتخاب می‌شود، باید ارتباط اساسی با طرفین و قرارداد داشته یا این که «مبنای عقلانی» دیگری برای انتخاب آن وجود داشته باشد» [ص ۱۰۶، ۱۶].

مبنای قاعده ارتباط قانون منتخب با قرارداد از سوی دادگاه‌های آمریکا چنین معرفی شده است که توافق طرفین برای انتخاب یک قانون، می‌بایست با «حسن نیت» صورت گرفته باشد، نه به صورت متقلبانه و این حسن نیت از طریق ارتباط واقعی قانون منتخب با قرارداد احراز می‌شود.^۲

1. UNIDROIT

2. An agreement of the Parties to choose a Law should be "Made with a bona fide intention," not "Fictitious," based on "a normal relation" or a "natural and vital Connection": Ernest Rabel, p. 404.

مرضیه افضلی مهر و همکار _____ تحول مفهومی ضوابط تعیین ...

در واقع وجود این ارتباط، امکان فرار از قواعد کشوری که به طریق دیگر قابل اعمال است را به حداقل می‌رساند و ضامن قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون است [۱۷، ص ۱۸۸-۱۸۹].

سؤال اساسی این است که چرا نظام حقوقی مقر دادگاه نمی‌تواند قانون خارجی را که مرتبط با قرارداد نیست تحمل کند، در حالی که این قانون به نظم عمومی آن نظام هیچ لطمه‌ای هم وارد نمی‌کند؟

پاسخ به پرسش مذکور را می‌توان چنین بیان کرد که اساس قاعده ی ارتباط قانون منتخب با قرارداد: نخست، لزوم رعایت اصل حسن نیت در معاملات است و دلیل دوم، لزوم قانونی و منطقی بودن گزینش طرفین است [۱۷، ص ۱۸۹]. در آراء دادگاه‌های انگلیس نیز اعلام شده است که قانون منتخب باید یک ارتباط واقعی با قرارداد داشته باشد، یا قصد اظهار شده ی طرفین باید مبتنی بر حسن نیت و قانونی باشد [۱۲، ص ۴۰۴].

دلیل سومی که در این خصوص بیان شده، این است که اعطای حق انتخاب نامحدود به طرفین، این احتمال را افزایش می‌دهد که قانون منتخب طرفین نظم عمومی کشوری را که قرارداد با آن ارتباطی اساسی دارد، نقض نماید [۱۸، ص ۴۱۲]. رای قضایی نیز که در پرونده‌های مختلف صادر شده است، انتخاب قانون کشوری را که از سوی طرفین انجام شده است، در حالی که آن قانون هیچ ارتباط اساسی با قرارداد نداشته، نامعتبر دانسته اند [۱۸، ص ۴۱۲].

ارنست رابل که یکی از نویسندگان معروف آمریکایی در حوزه تعارض قوانین است و خود طرفدار ضابطه شخصی و تفسیر مطلق اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد است، اذعان می‌دارد که این محدودیت، بهترین قاعده‌ای است که می‌تواند از ضابطه عینی در تعیین قانون حاکم بر قرارداد دفاع کند [۱۲، ص ۴۰۵]. مفهوم نظم عمومی و قواعد آمره در هر کشور مهم‌ترین عامل برای کنترل اراده طرفین و محدود کردن حاکمیت و آزادی قراردادی ایشان و همچنین مهم‌ترین عامل

در برخورد با قوانین، آرای محاکم و داوری خارجی است. چنان چه دادگاه داخلی بخواهد قانون کشور دیگر را که طرفین قرارداد به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود انتخاب کرده‌اند، اعمال نمایند شرط نخست آن است که مخالف قوانین مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره کشور مقرر دادگاه نباشد.

بنابراین بر مبنای ضابطه عینی، در یک قرارداد تجاری بین‌المللی طرفین تنها مجازند که هماهنگ با قواعد آمره آن کشورهایی که قرارداد اثر عمده‌ای نسبت به آن‌ها بر جا می‌گذارد، توافق نمایند و الا دادگاه چاره‌ای جز بی اثر کردن توافقات مغایر با آن قواعد آمره ندارد.

در نتیجه، قواعد حقوق عمومی تمامی کشورهای درگیر که جنبه امری دارند، باید مراعات گردد. حقوق عمومی را می‌توان به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد حقوق و رویه‌های اداری توصیف کرد که برای حفظ منافع عمومی دولت ذی‌ربط، چارچوب معاملات صادراتی و وارداتی را تعیین می‌نمایند. لذا حقوق عمومی کشور صادرکننده (مقررات صادرات و ارز و قوانین و مقررات مالیاتی و مانند آن) و حقوق عمومی کشور واردکننده (مقررات واردات، ارز، گمرک و مالیات، مقررات مربوط به بی‌خطر بودن محصولات، استانداردهای بهداشتی و مانند آن) و حقوق عمومی کشور ترانزیتی (مقررات مربوط به تأییدیه‌ها و سایر مدارک و اسناد مربوط به ترانزیت کالا و مقررات مربوط به اقدامات ایمنی برای حمل کالاهای خطرناک و مانند آن)، می‌توانند بدون توجه به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین در معاملات صادراتی قابل اعمال باشند.

مبنای اصل رعایت نظم عمومی و قواعد آمره ساده است: آزادی طرفین نمی‌تواند برای فرار از ضوابط عینی حقوق تجارت بین‌المللی به کار رود. آزادی طرفین منوط به محدودیتی دوگانه است: نخست آن که، این آزادی تنها تا جایی معتبر است که با هیچ مقرر آمره بین‌المللی یا معیارهای عرفی برآمده از رویه‌های تجاری بین‌المللی،

مغایرت نداشته باشد و دیگر آن که، لازم است این آزادی با اهداف اقتصادی قراردادهای بین‌المللی سازگار باشد [۱۵، ص ۱۳-۱۲].

فرض دوم: فقدان انتخاب قانون حاکم از سوی متعاملین در فرضی که قانون حاکم در قرارداد مشخص نشده باشد، این وظیفه دادگاه است که قانون مناسب را تعیین نماید. اگرچه تعیین آن ممکن است پیچیده باشد، آیا دادگاه باید با اعمال ضابطه شخصی، تلاش نماید تا قصد طرفین را به گونه‌ای استنباط نماید؟ یا این که باید واقعیت‌های عینی موجود را که ارتباطی نزدیک با قضیه دارند، در نظر بگیرد؟ اگر چنین است چه عواملی باید مورد نظر قرار بگیرد؟ آیا قانون حاکم باید از طریق محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، اقامتگاه فروشنده یا خریدار تعیین شود؟

در فقدان یک انتخاب صریح، دو شیوه برای تعیین قانون مناسب وجود دارد: روش شخصی که با جستجوی قصد اشخاص متعارف، قصد مفروض طرفین را استنباط می‌کند و روش دیگر، روش عینی است که مطابق آن دادگاه در مقام تعیین نظام حقوقی است که بیشترین و نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد [۱۹، ص ۱۵۵-۱۵۶].

مطابق ضابطه عینی، در فقدان چنین انتخابی از سوی متعاقدین، تشخیص قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد، در برخی از کشورها مثل انگلیس و ایالات متحده آمریکا به یافتن کشور یا نظام حقوقی که نزدیک‌ترین و بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، وابسته است [۱۲، ص ۴۰۴].

مطابق شیوه شخصی یا نظریه «محلی نکردن یا عدم تعیین پایگاه قرارداد»، دادگاه برای تعیین آن قانونی که طرفین اگر در مقام انتخاب قانون حاکم بر می‌آمدند، آنرا انتخاب می‌نمودند، تلاش می‌کند. مطابق نظر لورد رایت^۱، دادگاه به طرفین قصدی را نسبت می‌دهد یا برای طرفین به‌عنوان اشخاص متعارف و معقول، تعیین می‌کند که

1. de localization
2. Lord Wright

کدام قانون برای قرارداد مناسب است، که اگر خودشان در لحظه انعقاد قرارداد، در مقام انتخاب قانون بر می‌آمدند، همان قانون را انتخاب می‌نمودند. دایسی نیز ضابطه قصد مفروض متعاقدين را چنین بیان می‌کند که: هرگاه قصد طرفین یک قرارداد درخصوص قانون حاکم بر قرارداد بیان نشده باشد، قصد ایشان از شرایط و ماهیت قرارداد، استنباط می‌شود و چنین استنباطی قانون مناسب قرارداد را تشکیل خواهد داد [۱۹، ص ۱۵۶].

در این رویکرد مشکلاتی وجود دارد. به‌عنوان مثال، اشخاصی که قرارداد را منعقد می‌نمایند، ممکن است متعارف نباشند. همچنین خود این موضوع غیر منطقی است که زمانی که واقعاً هیچ قصدی برای تعیین قانون حاکم بر عقد از سوی طرفین وجود ندارد، دادگاه قصدی را به آن‌ها نسبت بدهد. لورد دنینگ^۳ در این رابطه گفته است که: قانون مناسب، وابسته به قصد طرفین نیست. طرفین هیچ‌گاه در مورد آن فکر نکرده‌اند و هیچ قصدی در مورد آن نداشته‌اند. در واقع ضابطه شخصی تنها محتوی یک خیال است، در جایی که طرفین هیچ قصدی نکرده‌اند، انتساب یک قصد واقعی به آن‌ها فرضی است که ممکن است صحیح نباشد و در بدترین حالت آن می‌توان گفت که این امر منجر به نوعی عدم صداقت می‌شود. بنابراین بهتر است در جایی که شرط صریح انتخاب قانون وجود ندارد، صرفاً معیار عینی به کار برده شود [۲۰، ص ۴۶۵].

ضابطه عینی یا «نظریه محلی کردن یا تعیین پایگاه قرارداد»^۴، در جهت تعیین قانون مناسب قرارداد در تلاش است تا عواملی را که به تعیین قانون دارای «نزدیک‌ترین ارتباط» با قرارداد یا قانون محل «مرکز ثقل قرارداد» که قرارداد به طور عادی در آن جا قرار می‌گیرد را تعیین نماید. همان‌طور که گراوسون توصیف کرده است، نظریه عینی قانون مناسب را از طریق تعیین مهم‌ترین عوامل ارتباطی قرارداد، تشخیص می‌دهد [۱۹، ص ۱۵۷].

3. Lord Denning, MR

4. Localization theory

عوامل ارتباطی که برای تعیین قانون حاکم به روش عینی به کار می‌رود عبارتند از: محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، زبان و مجموعه اصطلاحاتی که در قرارداد به کار برده می‌شود، فرم اسناد معامله، موضوع اصلی قرارداد، شرط داوری، وضعیت پرداخت‌های قراردادی، ارتباط با معاملات قبلی، ملیت و اقامتگاه متعاملین، اثراتی که یک نظام حقوقی خاص بر قرارداد به جا می‌گذارد [۲۱، ص ۱۱۰-۱۱۱].

حال این سؤال مطرح می‌شود که عوامل ارتباط یک قرارداد با قانون‌های خاص چگونه ارزیابی می‌شوند؟ فرض کنید که قراردادی دارای ده عامل مهم ارتباط است: که سه عامل با یک کشور، سه عامل دیگر با کشور دوم و چهار عامل با کشور سوم ارتباط دارند، اگر بخواهیم تنها به کمیّت عوامل ارتباط اهمیت دهیم، در یک شمارش ساده، می‌توان نتیجه گرفت که قرارداد با نظام حقوقی کشور سوم ارتباط بیشتری دارد و قواعد آن حاکم بر قرارداد هستند. واضح است که در فقدان انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد، صرف ارزش نهادن به کمیّت عوامل ارتباط قرارداد با یک قانون خاص بدون ارزیابی اهمیت و میزان ارزش آن عوامل در تعیین حقوق و تکالیف صحیح متعاقدين، امری نادرست است [۲۲، ص ۵۵-۵۶].

فایده اعمال ضابطه عینی، آن است که قابلیت پیش‌بینی بیشتری در تعیین قانون مناسب دارد. مطابق نظر برخی از نویسندگان حقوقی، مهم‌ترین و بیشترین ارتباط، از طریق فرایندی تعیین می‌شود که به موجب آن همه عوامل به دقت در حالت توازن ارزش گذاری می‌شوند [۲۰، ص ۴۶۲].

بهترین مثال برای فهم بهتر تفاوت شیوه‌های تعیین قانون حاکم به روش شخصی و روش عینی، پرونده دعوی شرکت کشتی امین رشید علیه شرکت بیمه کویت است.^۵ خواهان‌ها، یک شرکت لیبیایی بودند که کشتی خود را در نزد خواندگان که یک شرکت بیمه کویتی بود، بیمه کردند. بیمه‌نامه که در کویت صادر شد، یک فرم استاندارد بیمه لیبیوی اس جی^۶ بود که مطابق قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶^۷ انگلیس تنظیم

5. Amin Rasheed Shipping Corpn v. Kuwait Insurance Co (1984)

6. Lloyd SG

یافته بود. بیمه‌نامه حاوی هیچ شرط انتخاب قانونی نبود. کارگزاران انگلیسی بودند و حق بیمه در لندن باید پرداخت می‌شد در حالی که مطالبات در کویت قابل پرداخت بودند. کشتی بازداشت شد و خواهان‌ها به موجب بیمه نامه مطالبات خود را درخواست کردند. خواهان‌ها در پی به دست آوردن حکمی بودند که قانون مناسب قرارداد را قانون انگلیس معرفی نماید. قاضی بینگ هام^۷، در مرحله اول رسیدگی رأی داد که قانون کویتی قانون مناسب قرارداد است، دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرده و به اتفاق آراء قانون مناسب قرارداد را قانون انگلیس، دانستند و چنین اظهار نظر نمودند که شروط بیمه نامه نشان می‌دهد که طرفین نسبت به اجرای قانون بیمه دریایی انگلیس، اراده نموده‌اند. به علاوه طرفین نمی‌توانستند بر اعمال قانون کویت قصد نمایند، چراکه در زمان انعقاد قرارداد در کویت هیچ قانون بیمه دریایی وجود نداشت. قاضی ویلبرفورس^۸ همین نتیجه را از راهی دیگر به دست آورد. او نتوانست هیچ دلیلی برای استنباط قصد طرفین پیدا کند. صرف این که یک قرارداد لازم است مطابق قانون انگلیس تفسیر شود، لزوماً به این معنا نیست که قانون حاکم بر آن باید قانون انگلیس باشد؛ استفاده گسترده در سطح بین‌المللی از این فرم بیمه نامه در حقوق کویت همانند حقوق کشورهای دیگر، منجر به پذیرش قانون انگلیس برای تفسیر این قرارداد شده است. بنابراین، وی از ضابطه عینی برای تشخیص قانون حاکم بر قرارداد استفاده نمود، اما نتیجه گرفت که نظام حقوقی که قرارداد با آن نزدیک‌ترین و بیشترین ارتباط واقعی را دارد، نظام حقوقی انگلیس است؛ بکارگیری فرم و زبان انگلیسی در قرارداد اهمیت بسزایی در اتخاذ این تصمیم داشت [۲۰، ص ۶۶۱-۶۶۱].

پرونده امین رشید نمونه خوبی از تفاوت دو رویکرد بین تعیین قانون حاکم به روش شخصی و به روش عینی، از طریق ارزش گذاری همه عوامل ارتباطی است.

7. Marine Insurance Act 1906
8. Bingham J.
9. Wilberforce

مرضیه افضلی مهر و همکار _____ تحول مفهومی ضوابط تعیین ...

مطابق ضابطه شخصی، برای شروط خود قرارداد اهمیت اساسی قائل می‌شوند و سایر عوامل به صورت سطحی مورد بررسی قرار می‌گیرند، در حالی که مطابق ضابطه عینی، همه عوامل به دقت مورد بررسی قرار گرفته و به طور مساوی ارزش گذاری می‌شوند. بنابراین به عوامل صرفاً عینی؛ مانند اقامتگاه طرفین ارزش بیشتری داده خواهد شد، در حالی که به موجب ضابطه شخصی ارزش کمتری برای خود قرارداد قائل می‌شوند و در پی کشف قصد طرفین هستند. نظام کامن‌لا و نیز کنوانسیون ۱۹۸۰م و مقررات ۲۰۰۸ پارلمان اروپایی به شماره ۵۹۳ درخصوص قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی معروف به مقررات رم یک، معیار «نزدیک‌ترین ارتباط»^{۱۰} و «اجرای شاخص»^{۱۱} را به صورت یک اماره قانونی قابل رد، پذیرفته اند [۱۱، ص ۳۲۳].

در نظام کامن‌لا از این معیار با نام «قانون مناسب قرارداد» یاد می‌کنند و مثال بارز آن پرونده معروف اسانزوین^{۱۲} در سال ۱۹۵۴ است که عناصر ارتباط در آن به خوبی بین حقوق فرانسه و حقوق ایتالیا برابر بودند. دادگاه تجدید نظر انگلستان باید یکسری از معیارهای دقیق را برای تعیین قانون حاکم بر این قرار داد به کار می‌برد. در این قضیه، قراردادی به منظور حمل گندم از دانکرک به ونیز بر عرشه یک کشتی ایتالیایی وجود داشت. صاحب امتیاز این امر، انجمن تجار غله فرانسوی بود. گندم به موجب یک توافق مبادله شده بین دولت‌های ایتالیا و فرانسه فرستاده می‌شد، اما صاحبان کشتی از این موضوع اطلاعی نداشتند. قرارداد از طریق مکاتبه بین دلانان فرانسوی و ایتالیایی، مورد مذاکره قرار گرفت و رسماً در پاریس به زبان انگلیسی و بر روی یک فرم استاندارد انگلیسی منعقد شد. هزینه حمل و خسارت تأخیر در تخلیه یا بارگیری کالا، از طریق پول رایج ایتالیایی قابل پرداخت بود.

10. The Closest Connection.

11. Characteristic performance

12. Assunzione.(1954)

دادگاه تجدید نظر انگلیس به اتفاق آراء چنین رای صادر کرد که: قانون ایتالیا قانون مناسب این قرارداد است. عامل تعیین‌کننده آن بود که متعاقدين باید قرارداد را در ایتالیا اجرا می‌کردند. قواعد کامن‌لایی که در این پرونده بیان شد، در بسیاری از کشورهای مشترک‌المنافع قابل اجرا است، اما در انگلیس هم‌اکنون، مقررات کنوانسیون رم جایگزین این قواعد شده است [۱۱، ص ۳۲۴].

کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در ماده ۴ و نیز مقررات ۲۰۰۸ پارلمان اروپایی به شماره ۵۹۳ درخصوص قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی معروف به مقررات رم یک^{۱۳}، در ماده ۴ خود با عباراتی تقریباً مشابه با ماده ۴ کنوانسیون رم، به خوبی در بردارنده معیاری عینی است که به موجب آن، قانون قابل اعمال با ملاحظه عوامل ارتباط عینی، تعیین خواهد شد [۲۳، ص ۱۱۶].

از ماده ۴ این کنوانسیون مجموعاً چنین نتیجه می‌شود که درخصوص همه قراردادهای غیر از قراردادهای مربوط به حمل کالا یا اموال غیرمنقول، این اماره وجود دارد که قرار داد بیش‌ترین ارتباط را با کشوری دارد که طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد در آن جا سکونت عادی دارد، یا در مورد یک شرکت ثبت شده یا شرکتی که هنوز ثبت نشده، مرکز اداره امور آن در آن جا است، که البته این اماره تاب دلیل مخالف را دارد و قابل رد است [۲۴، ص ۱۹۸].

به طور مثال، (الف) که محل سکونت عادی او در انگلستان است با (ب) که مقیم فرانسه است قراردادی را منعقد می‌کنند. جایی که (الف) به اجرای تعهدات قراردادی خود متعهد شود (چه در انگلستان باشد، چه فرانسه، چه ایتالیا و چه برزیل) مهم نیست؛ چرا که قانون انگلیس به‌عنوان قانون کشور محل سکونت عادی طرفی که به اجرای شاخص قرارداد مبادرت می‌ورزد مطابق فرض موجود در ماده ۴ کنوانسیون رم، قانون قابل اعمال بر قرارداد خواهد بود.

13. Regulation(EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)

حال اگر (الف) یک شرکت ثبت شده یا ثبت نشده باشد نیز، اقامتگاه عادی او معیار تعیین قانون حاکم بر قرارداد است و برای تعیین اقامتگاه عادی او، مرکز مهم امور او ملاک است. بنابراین در صورتی که (الف) شرکتی باشد که در نیویورک ثبت شده، اما مرکز مهم امور آن در انگلستان باشد، قانون انگلیس، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد مفروض است. با وجود این، باید به خاطر داشت که در مورد بالا اگر (الف)، چه یک شخص حقیقی باشد و چه یک شخص حقوقی، و قراردادی را بر مبنای تجارت یا حرفه ی خاص خود منعقد کند، مثلاً اگر (الف) تولیدکننده ای باشد که محصولات تولیدی خود را می فروشد، در این صورت:

اگر محل اصلی تجارت (الف)، مثلاً انگلستان باشد، قانون انگلیسی به عنوان قانون قابل اعمال بر قرارداد او، فرض می شود.

در فرضی که محل اصلی تجارت (الف)، همان انگلستان است، اما (الف) محل تجارت دیگری هم در فرانسه دارد و به علاوه تعهدات قراردادی خود را هم باید در محل تجارت خود در فرانسه انجام دهد، آن گاه فرض می شود که قانون فرانسه به عنوان قانون قابل اعمال نسبت به این قرارداد خواهد بود.

و بالاخره اگر (الف) به عنوان یک شخص حقیقی، اقامتگاه عادی در انگلیس بوده و محل اصلی تجارت وی در فرانسه باشد، اما لازم است که تعهدات قراردادی خود را در آلمان انجام دهد، قانون آلمان به عنوان قانون قابل اعمال، مفروض خواهد بود. به هر حال، اگر اجرای شاخص قرارداد، قابل تعیین نباشد، این فرض اعمال نخواهد شد [۲۴، ص ۱۹۸].

اما سؤال مهم آن است که «اجرای شاخص»^{۱۴} به چه معنا است؟ در یک گزارش رسمی، چنین پیشنهادی برای تعیین اجرای شاخص در قراردادهایی به منظور تهیه

14. Characteristic performance:

دکترین اجرای شاخص از لحاظ تاریخی به حقوق کشور سوئیس بر می گردد که در آن جا دادگاهها این دکترین را ایجاد کردند و اکنون نیز در حقوق موضوعه سوئیس وارد شده است. اگرچه کشور سوئیس عضو جامعه اروپایی نیست و نمی تواند عضو کنوانسیون رم باشد.

کالا یا ارائه خدمات ارائه شده است که ارائه خدمات یا کالا همان اجرای شاخص قرارداد محسوب می‌شود، نه پولی که باید در برابر آن پرداخت شود. واضح است ارائه کالا یا خدمات است که مرکز ثقل و عملکرد اجتماعی-اقتصادی معاملات قراردادی را تشکیل می‌دهد [۱۱، ص ۳۳۳-۳۳۴].

با بررسی کنوانسیون‌های فوق‌الذکر مشخص می‌شود که قاعده رایج در قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیع، این است که قانون حاکم اصولاً قانون کشور فروشنده می‌باشد. حتی براساس کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در قراردادهای بیع کالا، گفته شده است که قانون کشور اقامتگاه طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد قانون کشور فروشنده می‌باشد، و در این قراردادها فرض بر آن است که فروشنده مجری شاخص قرارداد است؛ بنابراین همگی عملاً در قرارداد بیع، اشاره به یک قانون دارند و آن قانون کشور فروشنده است. مگر در صورت انجام تشریفات مناقصه در کشور خریدار.

۴. پیشنهاد

با توجه به این امر که اعمال هیچ کدام از دو ضابطه عینی و شخصی مطلق و انحصاری نیست، به نظر می‌رسد که در حقوق ایران، لازم است قاعده مربوط به حل تعارض قوانین حوزه قراردادهای بیع را به گونه‌ای متحول نمود که با تغییرات دنیای کنونی و اقتصاد بازار آزاد و نیز با مقررات قانون دآوری تجاری بین‌المللی، همخوانی بیشتری داشته باشد. به ویژه مد نظر داشتن رهنمودهای کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در مورد قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و نیز مقررات ۲۰۰۸ پارلمان اروپایی به شماره ۵۹۳ درخصوص قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی معروف به مقررات رم یک، نیز می‌تواند برای تعیین قانون مناسب قرارداد و البته با توجه به شرایط داخلی کشور در هر مورد خاص، راهگشا باشد.



از این رو در این مقاله پیشنهاد می‌شود ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران به این شرح اصلاح شود:

«قرادادها و شروط و تعهدات قراردادی، تابع قانون منتخب طرفین است؛ در صورتی که قانون منتخب ارتباط اساسی با قرارداد داشته باشد.^{۱۵}

این قانون منتخب با رعایت محدودیت‌های مربوط به قانون آئین دادرسی مقر دادگاه، نسبت به آثار ناشی از انتفای قرارداد نیز حاکم می‌باشد.

در صورتی که متعاقدين قانون حاکم بر قرارداد را صریحاً یا ضمناً انتخاب نکرده باشند، قانون حاکم بر قرارداد، قانونی است که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد؛

۱- چنین فرض می‌شود که قرارداد، نزدیک‌ترین ارتباط را با کشوری دارد که در لحظه انعقاد قرارداد محل سکونت معمولی طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد، در آن جا است، یا در مورد یک مؤسسه یا شرکت دارای شخصیت حقوقی، کشوری که قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط با آن را دارد، کشوری است که مرکز اداره امور مؤسسه یا شرکت در آن جا است.

۲- چنین فرض می‌شود که اگر قرارداد راجع به اموال غیر منقول باشد، با کشور محل وقوع آن مال غیر منقول ارتباط نزدیک‌تری دارد.

۳- این فرض وجود دارد که قرارداد راجع به حمل کالا، نزدیک‌ترین ارتباط را با کشوری دارد که مرکز اصلی فعالیت حرفه‌ای حمل‌کننده در آن جا است.

۴- در صورتی که اجرای شاخص را نتوان تعیین نمود، یا در موردی که از اوضاع و احوال نمایان شود که قرارداد، ارتباط نزدیک‌تری با یک کشور دیگر دارد، اماره‌های مذکور در بندهای یک و دو و سه کنار گذاشته می‌شود.

۱۵. این شرط از این لحاظ ضروری است که ارتباط قانون کشوری که منتخب متعاقدين است با شروط قرارداد، از تقلب نسبت به قانونی که حقا باید نسبت به قرارداد اعمال شود، جلوگیری می‌کند.

۵- هنگامی که مطابق مقررات این ماده، قانون یک کشور به‌عنوان قانون قابل اعمال تعیین می‌شود، صرفنظر از قانون حاکم بر قرارداد، قواعد آمره قانون مقر دادگاه یا قواعد آمره قانون کشوری که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، نسبت به قرارداد اعمال خواهد شد.

تبصره ۱: قانون حاکم بر قراردادهای الحاقی قانونی است که طرفین صریحاً یا ضمناً انتخاب کرده‌اند، مگر این که قانون منتخب، نسبت به قانون کشور محل اقامتگاه معمولی طرفی که از لحاظ قدرت چانه زنی در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارد، از حمایت کمتری برخوردار باشد، که در این صورت قانون کشور اخیر بر قرارداد حاکم است،

تبصره ۲: قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، قانونی است که طرفین صریحاً یا ضمناً انتخاب کرده‌اند و در فرض فقدان این انتخاب، قانون اقامتگاه معمولی یا محل تجارت فروشنده یا ارائه دهنده خدمات، نسبت به قرارداد اعمال می‌شود. در قراردادهای الکترونیکی تاجر با مصرف کننده، قانون منتخب طرفین، نمی‌تواند مصرف کننده را از حمایتی که به موجب قانون کشور محل اقامتگاه معمولی او به وی اعطا می‌شود، محروم نماید».

این ماده، علاوه بر تاکید بر اصل حاکمیت اراده، همچنین در بردارنده معیاری عینی است که به موجب آن، قانون قابل اعمال با ملاحظه عوامل ارتباط عینی، تعیین خواهد شد.

۵. نتیجه

در دکترین حقوقی عصر حاضر ضابطه ی عینی با برقراری یک تعامل سازگار با اصل حاکمیت اراده، در کنار این اصل نقش مهمی ایفا می‌کند؛ در واقع هر کجا که طرفین به طور صریح یا ضمنی قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند یا به دلیل

مغایرت داشتن قانون منتخب با قواعد آمره و نظم عمومی کشورهای درگیر در قضیه، مصالح عمومی و ملی دولت طرف قرارداد یا مصلحت حمایت از اقشار ضعیف جامعه، همچنین حوزه‌هایی از قرارداد که به دلایل خاص اعمال ضابطه ی عینی در آن‌ها نسبت به ضابطه شخصی ترجیح دارد، ضابطه عینی نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند. علاوه بر این که، در این مفهوم جدید ضابطه عینی شامل قانون مناسب قرارداد یا قانون دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد هم می‌شود، پس هرکجا که اختیار تعیین قانون مناسب قابل اعمال بر قرارداد به دادگاه یا داور واگذار می‌شود، با مدد جستن از ضابطه ی عینی این مهم انجام خواهد شد و تلقی معروف از قانون مناسب قرارداد، آن است که این قانون به روش عینی و به طور مستقیم، با ارزیابی دقیق عوامل موجود در هر پرونده، که بیشترین ارتباط واقعی را با قرارداد دارد، در پرتو اصطلاحات و عبارات به کار رفته در جریان معامله، وضعیت طرفین و به طور کلی اوضاع و احوال قرارداد، مشخص می‌شود. این قانون در بیشترین موارد همان قانون کشور محل اجرای تعهد شاخص قرارداد است که آن هم در اکثر موارد با قانون کشور محل تجارت فروشنده یکسان است.

۶. منابع

- [۱] سماواتی، حشمت الله، حقوق معاملات بین‌المللی، چ ۱، تهران، دیبا، ۱۳۷۷.
- [۲] الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چ ۲، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
- [۳] نیکبخت، حمید رضا، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، مجله حقوقی نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.
- [4] Lipstein, Kurt, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III "Private International Law", Part 2, Germany: Mohr Siebeck, Tubingen, 2011.

- [5] Nygh, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- [6] Cheshire, G.C., *Private International Law*, Oxford, the Clarendon Press, 3 rd. Edition, 1947.
- [7] Kaye , Peter, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, USA, Dartmouth Publishing Co, 1993.
- [8] Szaszy, Istvan, *Private International Law in the European people's Democracies*, Budapest, AKADE'MIAI, KIADO', Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences, 1964.
- [9] Committees on Selected Articles on Conflict of laws, *selected Readings on Conflict of Laws*, US, West Publishing co, 1956.
- [10] Morris, J.H.C., North, P.M, *Cases and Materials on Private International Law*, London: Butterworth and Company Ltd, 1984.
- [11] Morris, John H.C, Mc clean, David, *The Conflict of Laws*, London, sweet & Maxwell, 2000.
- [12] Rabel, Ernest, *The Conflict of Laws, a Comparative Study*, Volume 2, US, the University of Michigan Law School, 2 nd Edition, 1960.
- [۱۳] سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ۲، چ ۴، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- [14] Stone, Peter, *EU Private International Law (Harmonization of Laws)*, UK, Edward Elgar, 2006.
- [15] Castro, Leonel Pereznieto, Treves, Tullio, Seatzu, Francesco, *Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium*, US: Juris Publishing, Inc, 2006.
- [16] Cramton, Roger C., Currie, David., Kay, Herma Hill, *Conflict of Laws Cases*, Comments, Question, U.S, American Casebook series, West Publishing co. fifth Edition, 1993.
- [17] Tuchler, Dennis J., “Boundaries to Party Autonomy in the Uniform Commercial Code: a Radical View”, *Saint Louis University Law Journal*, US., VOL.11, NO.2, 1967.
- [18] Cook, Walter Wheeler, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge: Harvard University Press, 1949.
- [19] Wiener, Jarrod, *Globalization and the Harmonization of Law*, UK, Panter, 1999.

- [20] North P.M., Fawcett, J.J., Cheshire and North Private International Law, Eleventh edition London, Butterworths, 1987.
- [21] Clive, Maximilian, The English Conflict of Laws, Third edition, London, Stevens and Sons Limited, 1954.
- [22] O'Brien, John, Conflict of Laws, Second Edition, London, Cavendish publishing limited, 1999 .
- [23] Mayss, Abla, Principles of conflict of Laws, London, Cavendish Publishing limited, 3rd ed., 1999.
- [24] Collier, J.G., Conflict of Laws, Third edition, UK, Cambridge University press, 2004.

[۲۵] نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، پیکان، ۱۳۵۲.

[۲۶] سیفی، سید جمال، «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه

داوری آنسیترال»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۷۷، ۲۳.