

حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین)^۱

۱- تعارض قوانین یا حقوق بین‌الملل خصوصی مجموعه قواعدی است که برای تعیین نظام حقوقی حاکم (قانون ایران یا قانون خارجی) و اعمال آن در اختلافات مطروحه نزد دادگاه یا داوری‌های بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد. این قواعد نوعاً وقتی به کار می‌آیند که دعوی حقوقی متضمن یک عنصر خارجی باشد. مثل قرارداد میان اتباع کشورهای مختلف با بازرگانان ایرانی. ویژگی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی در آن است که محتوای مسأله‌ای را فوراً حل نمی‌کند. بلکه دادگاه یا هیات داوری بین‌المللی به کمک قواعد حل تعارض می‌تواند قانون ماهوی یا قواعد حقوقی قابل اعمال را از میان چند قانون رقیب و مرتبط با رابطه حقوقی انتخاب و بر ماهیت اختلافات جاری کند. بر این باورند که اعمال آن بر مسأله پیش رو می‌تواند اختلافات را موافق با عدالت حل و فصل^۲ کند. بنابراین موضوع تعارض قوانین را می‌توان به شرح زیر تعریف^۳ نمود: "در مسائلی که ارکان آن با بیش از یک کشور مرتبط باشد تعارض قوانین با انتخاب قانون مناسب آن را بررسی و مسأله حقوقی مبتلا به را با قواعد مادی عادلانه حل می‌نماید."

۲- در کشورهای فدرال که ایالت‌های آن قانون‌گذاری مستقل دارند (تعدد قانون‌گذاری)^۴ مثل آمریکا با ۵۳ ایالت و انگلیس (ایرلند، اسکاتلند، ویلز) و اتحادیه اروپا با ۲۹ کشور عضو در درون بعضی از آن‌ها الزاماً عامل خارجی وجود ندارد. ولی معاملاتی که بین ایالت‌ها و یا ایالت با کشورهای خارجی در سطح بین‌الملل انجام می‌دهند بین قوانین ایالت‌ها یا سرزمین‌های تحت سلطه هیات حاکمه مرکزی تفاوت وجود دارد. لذا میان آن‌ها بدون وجود عنصر خارجی از یک سو و همچنین در معاملات آنان با اتباع کشورهای دیگر تعارض به وجود می‌آید. در این کشورها قلمرو تعارض قوانین روابط داخلی و بین‌المللی را شامل می‌شود.^۵

۳- تفاوت در قوانین وضعیتی ایجاد می‌کند که نتیجه نهایی دادرسی در آن حالت تحت تاثیر قانونی قرار می‌گیرد که محاکم آن را به کمک قواعد حل تعارض از میان چندین قانون رقیب انتخاب و بر روابط متداعیین

^۱ Private International Law (Conflict of laws).

^۲ Jason CHuah & Alina Kaczorowska, Conflict of Laws, Q & A series, 2nd / ed, p. 1.

^۳ Russel J Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws, 6th / ed, 2010, p. 1.

^۴ multy jurisdictional countries.

^۵ الماسی نجاد علی، تعارض قوانین، ۱۳۶۸، صص ۲۹ تا ۳۲.

جاری می‌نمایند. نتیجه حکم دادگاه در پایان حل اختلاف به قانونی بستگی دارد که با اعمال قواعد حل تعارض یا بدون اعمال آن انتخاب و حاکم گردید. حقوق دانان و نویسندگان کشورهای دارای نظام حقوق نوشته^۱ نظام تعارض قوانین را حقوق بین‌الملل خصوصی می‌نامند.

۴- واژه بین‌الملل در این موضوع از علم حقوق دلالت بر وجود پیوند یا قرابت میان حقوق بین‌الملل خصوصی و بین‌الملل عمومی ندارد. بلکه در حقیقت حقوق بین‌الملل خصوصی بخشی از قوانین ملی هر کشور است که بر روابط بین‌المللی اشخاص حاکم می‌گردد.^۲ قواعد آن در کشورهای مختلف نیز با یکدیگر تفاوت دارند. به همین دلیل قضات و وکلای دعاوی ناشی از فعالیت‌های تجاری بین‌المللی اشتغال دارند، لازم است با تعارض قوانین آشنا باشند.

۵- پس می‌توان گفت که؛ حقوق بین‌الملل خصوصی مجموعه‌ای از قواعد ماهوی مستقل نیست که با اعمال آن مستقیماً مشکلی حل شود یا مساله‌ای را به سرانجام برساند. با وجودی که قواعد ماهوی نیست و تعارض موجود میان نظام‌های حقوقی را برای همیشه رفع نمی‌کند در عین حال حقوق بین‌الملل هم نیست، با این وجود آن را حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین می‌نامند. حقوق بین‌الملل خصوصی ایران بخشی از حقوق مدنی را تشکیل می‌دهد.^۳ عملکرد آن به گونه‌ای است که فنی یا تکنیکی را برای حل مشکل انتخاب قانون حاکم از میان قوانین چند کشور مقرر می‌نماید.

^۱.civil law

^۲ .a features of municipal law

^۳ مواد ۹۵۶ تا ۱۲۰۶ (جلد دوم) مصوب مجلس دوره نهم به تدریج از تاریخ‌های ۱۳۱۳/۱۱/۶ تا تاریخ ۱۳۱۴/۰۱/۲۰ به تصویب رسید؛ ر.ش. به؛ قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی، بخش پژوهش دراک زیر نظر دکتر عبدالله شمس، چاپ سوم- ۱۳۹۰، ص. ۸.

مقدمه

۱- تعارض قوانین سه اسم متفاوت دارد که عبارتند از:

الف- تعارض قوانین^۱ و؛ ب- حقوق بین‌الملل خصوصی^۲ و؛ ج- حقوق خصوصی بین‌المللی^۳

این واژه‌ها به جای یکدیگر استعمال می‌شوند.^۴ البته هیچ‌یک از نام‌های فوق نه دقیق‌اند و نه کاملاً توصیفی. اصطلاح "تعارض قوانین" بیشتر در ادبیات حقوقی کشورهای دارای نظام کامن‌لا از قبیل آمریکا، انگلیس، کانادا و استرالیا و... کاربرد دارد.

واژه "حقوق بین‌الملل خصوصی" در فرانسه، ایتالیا، یونان و کشورهای که به زبان اسپانیایی و پرتغالی تکلم می‌کنند و همچنین در آلمان و کشورهای آلمانی زبان و روسیه و... متداول است.^۵

در داخل ایالت‌های مختلف آمریکا به دلیل وجود تعارض میان قوانین ایالت‌ها و نبود عنصر خارجی لفظ تعارض قوانین رایج است، چرا که اشخاص مقیم در ایالت‌های مختلف همه اتباع یک کشور فدرال (آمریکا) هستند. از این رو اصطلاح تعارض قوانین عام است و صرف‌نظر از این که نظامی بین‌المللی یا بین ایالتی باشد، نشان می‌دهد که قوانین کشورها یا ایالت‌ها در مقایسه با یکدیگر فرق دارند.

۲- به کار بردن این اصطلاح سبب گمراهی هم می‌شود، چرا که از این اصطلاح برای یافتن راه‌حل از میان چند نظام حقوقی رقیب استفاده می‌کنند. ابتدا قواعد حل تعارض را اعمال می‌کنند و یک قانون، از میان چندین قانون رقیب، برای حاکم شدن بر رابطه حقوقی مورد اختلاف انتخاب می‌گردد. لیکن تعارض بین نظام‌های حقوقی رقیب همچنان در جای خود باقی است. از این واژه تعارض قوانین برای نظام حقوقی کامن‌لا و اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی برای نظام اروپایی (یعنی نظام حقوقی قاره اروپا بجز انگلستان) مناسب‌تر است. این حوزه از حقوق در کشور ما از حقوق فرانسه اقتباس شده طبیعی است که اصطلاح حقوق بین‌الملل

1 . Conflict of Laws.

2 Private International Law.

3 International private law.

4 .interchangeable.

5 . J.G. Conflict of Laws, 3rd / ed, 2004, p.5..

خصوصی رایج باشد. ولی با توجه به کثرت دانش‌آموختگان در نظام حقوقی کامن لا گاهی این اصطلاح و زمانی آن واژه به جای همدیگر با مفهوم یکسان به کار می‌روند.

یکم - سوابق تاریخی

۱- گفته می‌شود که یونان اولین کشوری است که به مسائل بین کشورها از دید تعارض قوانین توجه داشته ولی پیدایش این بینش منجر به پیدایش قواعد حل تعارض به مفهوم رایج عصر حاضر نشد. پس از یونان تحولات اساسی تعارض قوانین را می‌توان در حقوق روم مشاهده کرد. حقوق مدنی روم^۱ بر اشخاص غیر رومی جاری نمی‌شد. محاکم خاصی صلاحیت پرداختن به مسائل بین کشورها (وجود عناصر خارجی) را داشتند. مامورین دولتی به نام پراتور^۲ این قبیل محاکم تخصصی را اداره می‌کردند. قضات مذکور (پراتورها) قانون کشور دیگر را برای حل مسائل انتخاب نمی‌کردند ولی قانونی به نام ژوس گنتوم^۳ مجموعه‌ای از قواعد منعطف و مبتنی بر هنجارهای بین‌المللی را بر خارجی‌ها اعمال می‌نمودند. قاضی برای هر پرونده یک دسته قواعد ماهوی ایجاد می‌کرد که با پرونده‌های دیگر تفاوت داشت. قضات رومی در این مساله خاص تقریباً نقش قانون‌گذار را ایفاء کردند.^۴

۲- تعارض قوانین مدرن‌تر در اواخر قرون وسطی در شرق ایتالیا به خصوص در شهرهایی که تجارت رونق فراوان داشته مثل جنوا و پیزا و ونیس رواج داشت. ضرورت حل اختلافات تجاری میان بازرگانان شهرهای مختلف سبب شد که تئوری و قانون در آنجا توسعه یابد. بدین ترتیب قانون برخی از شهرهای ذکر شده به عنوان قانون شخص^۵ (هر جا عملی انجام دهند این قانون در مورد ایشان اعمال می‌شود) و قانون شهرهای

^۱ jus civile.

^۲ Paraetor peregrine.

^۳ Jus gentium به معنی قانون ملل است و به دلایل طبیعی همه انسان‌ها را در همه قوانین ملل یکسان می‌نگرند و آن را حقوق ملت‌ها می‌نامند ولی این عبارت در حقوق روم قدیم معنی دیگری داشت که اصطلاح حقوق ملل law of nations شاید بتواند مفهوم آن را برساند. البته معادل آن چه که در حال حاضر حقوق بین‌الملل نامیده می‌شود، نیست. در اصل نظامی مبتنی بر انصاف بوده که حقوقدانان روم قدیم آن را جمع‌آوری کردند.

^۴ برای مطالعه تفصیلی از تحولات تعارض قوانین و سابقه تاریخی آن مراجعه شود به: فدوی سلیمان، تعارض قوانین، چاپ اول ۱۳۸۵، صص. ۳ تا ۲۵: الماسی نجاد علی، پیشین، صص ۳۸ تا ۷۳. ارفع نیا بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی ج- ۲، ۱۳۹۳، صص ۲۴ تا ۴۱.

^۵ .statute personalia

دیگر را قانون اموال عینی^۱ به حساب می‌آوردند. اعمال این قاعده به اعمال قانون محلی منتهی می‌شد که مال در آن جا قرار داشت.^۲

۳- برای اجرای قراردادهای حمل و نقل بین‌المللی، حقوق دریایی هم منشاء بسیاری از قواعد حقوقی بین‌المللی بوده و قواعدی در جهت حمایت از ملوانان و اموال کشتی‌های غرق شده و به گل نشسته و نگهداری بنادر از طریق حرفه دریانوردی پدید آمد.

۴- قرن هیجدهم شاهد پیشرفت‌های عمده در تعارض قوانین بوده و از آن زمان تاکنون همچنان در حال تحول می‌باشد. اکنون در هزاره سوم به ساز و کارهای تجارت بین‌الملل با زعامت آمریکا و اتحادیه اروپا و برخی کشورهای این دو قاره برای مدیریت بر اقتصاد جهان به سود خویش فراهم آوردند، نوای هم‌نوایی و یکسان سازی قوانین تجاری و مدنی با قوت بیشتری نواخته می‌شود و نوید ظهور و شکل‌گیری دهکده جهانی^۳ در هزاره سوم را سر داده‌اند، گام‌های اولیه را حداقل در دو قاره در دو سوی اقیانوس اطلس برداشته‌اند.

۵- در حوزه تعارض قوانین علی‌الاطلاق معترفند که قواعد انتخاب قانون در آمریکا^۴ و اروپا در نیمه اول قرن بیستم از یکدیگر فاصله داشتند. ولی با انقلاب تعارض قوانین در آمریکا تئوری سنتی حقوق مکتسب را به دور انداختند و راه را برای چندین دیدگاه نو هموار کردند. در هر مورد بر دو اصل "قابلیت انعطاف و منصفانه بودن" متمرکز شدند. در اروپا، برعکس آمریکا، تئوری قاعده انتخاب قانون به روش کلاسیک به نفع اصول "قابل پیش بینی و معلوم بودن" قانون در دادرسی‌ها رواج یافت.

^۱ .statute realia.

^۲ . lex rei sitae.

^۳ . اصل فکر دهکده جهانی را طرفداران مکتب رواقیون حدود ۷۰۰ سال قبل از میلاد مسیح ترویج کردند. آن‌ها اعتقاد داشتند که تمام آحاد بشر به یک میهن تعلق دارند. در این دیدگاه دولت‌های متعدد باید جای خود را به دولت واحد بدهند و از قانون واحد پیروی کنند. رش. به:

Raymond Wacks, *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2006, p. 3.

^۴ در کامن‌لا مقررهای که قانون حاکم را معین می‌کند معمولاً به آن قاعده انتخاب قانون (choice of law rules) می‌گویند. لیکن در کشورهای دارای نظام *civil law* به مقررهای انتخاب قانون حاکم قاعده حل تعارض (conflict rules) در حقوق بین‌الملل خصوصی گفته می‌شود.

مراجعه شود به: Geisela Ruhl, *Conflict of laws in a Globalized World*, 2007, p. 153

۶- قرن بیستم شاهد واگرایی و اختلافات در قاعده انتخاب قانون حاکم در فراسوی آتلانتیک بود. در واقع بعد از مباحثات طولانی در موضوع قانون حاکم بر قراردادهای سرانجام بین دیدگاه‌های دو سوی اقیانوس اطلس وفاق حاصل شد و همگرایی بین نظام‌های مختلف حقوقی آمریکا و اروپا^۱ اتفاق افتاد. هر دو نظام حقوقی اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم را پذیرفتند.^۲ البته طی چند سال اخیر اروپا و آمریکا در موضوع تعارض قوانین راجع به قانون حاکم بر قراردادهای به سوی هم گام برداشتند و فاصله‌ها را حذف یا کاهش دادند.

۷- تازه‌ترین تحول در قاره اروپا در سنوات ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸ مقرراتی^۳ هستند که در اتحادیه اروپا برای یکسان سازی حقوق خصوصی در حوزه تعهدات (اعم از قراردادی و خارج از قرارداد) با رویکرد کنوانسیون ۱۹۸۰ رم اتفاق افتاد. طی بیست و هشت سال فاصله بین کنوانسیون رم و تصویب مقررات معروف به "رم-یک" و "رم-دو"^۴ پارلمان و شورای اروپا با برخورداری از خدمات کارگروه‌های تخصصی و کمیسیون اروپا تغییرات قابل توجهی در مقررات کنوانسیون رم به وجود آوردند. سازمان کنفرانس لاهه نیز و تدوین اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی پرداخت^۵، که در این کتاب به آن‌ها توجه ویژه شده است.

دوم- طرح مساله

۱- تمهیدات یکسان‌سازی بدین خاطر اندیشیده شد که اگر دعوی به دادگاه هر کشوری ارجاع شود که متضمن یک یا چند عامل خارجی باشد بتوانند یکسان به آن رسیدگی کنند. عامل خارجی می‌تواند حادثه‌ای باشد که در کشور خارجی روی داده است. مثلاً گردشگر ایرانی در ترکیه بر اثر تصادف مجروح و یا مصدوم گردد یا قرارداد تجاری به دلایل مختلف به اجرا در نیاید یا اجرای آن به ناروا متوقف گردد.

1. Friedrich K. Juenger, American and European Conflict of Law, 30 Am. J. Comp. L. 117 (1982);

- Ole Lando, New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts, 30 Am. J. Comp. L. 19 (1982);

۲. ایران‌پور فرهاد، قراردادهای تجاری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۰، صص. ۴۳-۴۲.

3. EC Regulations.

4. EC Regulations 864/ 2007 and 593/ 2008.

5. Principles on choice of Law in International Commercial Contracts, 15 March 2015; See www.hcch.net.

مثال: نماینده شرکت ایرانی داروساز مواد اولیه داروسازی تولید هلند تحت لیسانس شرکت سوئیس را در سوئیس معامله می‌کند. در خلال اجرای قرارداد روابط آنان به اختلاف کشیده می‌شود. اگر طرفین نتوانند اختلافات را حل کنند، این سوال مطرح می‌شود که:^۱

(۱) - به کدام محکمه (صلاحیت‌دار) مراجعه کنند؟ طرفین کجا می‌توانند اختلافات خود را مطرح کنند؟ در دادگاه یا در داوری و در کدام کشور؟

(۲) - در صورت نبود انتخاب صریح یا ضمنی قانون حاکم در قرارداد، قاضی یا داور برای حل اختلاف کدام قانون را اعمال خواهد کرد؟ قانون محل وقوع عقد یعنی قانون ایران، یا قانون محل اجرای قرارداد یعنی قانون هلند یا قانون سوئیس.

(۳) - محتوای حکم یا محتوای رای چه خواهد بود؟ حکم صادره کجا شناسایی و چگونه اجرا خواهد شد؟ (محل اجرای حکم).

در سوال اول دادگاه ایرانی بایستی در یابد که در این دعوا (با وجود عامل خارجی) آیا صلاحیت استماع دعوی را دارد؟ نتیجه این پرسش آن است که آیا طرفین دعوا مخیرند به هر دادگاهی که سر راهشان قرار دارد، یا مناسب حال خود تشخیص می‌دهند رجوع کنند؟ صلاحیت محکمه و شناسایی و اجرا حکم در کتاب دوم از این مجموعه پرداخته می‌شود. برای فهم آسان و عملی‌تر مثال دوم را در زمینه مسئولیت مدنی طرح می‌شود.

۲- یک سکوی بزرگ نفتی در سواحل خلیج فارس مشغول عملیات حفاری است. این سکو امکانات خواب و بازی و سرگرمی برای ۱۵۰ نفر از کارگران را در جای خود در خود جای داده است. یکی از پمپ‌های سکوی مذکور دچار نشتی می‌شود و یکی از سرپرست نوبت‌کاری بعد از ظهر (شیفت B) دستور می‌دهد که تا انجام تعمیر و رفع نشتی، فعلاً پمپ را خاموش کنند. در نوبت‌کار بعدی (شیفت A) یکی از کارکنان سکو متوجه می‌شود که پمپ خاموش است و با حرکت سوئیچی آن را روشن می‌کند. جرقه‌ای تولید و گازهای حاصل از نشت پمپ شعله‌ور می‌گردد. آتش زبانه می‌کشد و سکو منفجر می‌گردد برخی از کارکنان سکو در دم جان می‌سپارند و تعدادی هم چند ساعت یا چند روز بعد از ورود صدمات در بیمارستان می‌میرند، و عده‌ای هم با

¹ . Ivana Kunda, Practical Handbook on European Private International Law, 2010,p,3.

² . J. G.Collier, ibid, p,3.

از کار افتادگی با درصدهای مختلف زنده می‌مانند. مالک سکو (یک شرکت اوکراینی است و گردانندگان آن هم در استخدام این شرکت هستند) در بررسی‌های بعدی معلوم می‌شود که این شرکت یکی از شعبات فرعی است و تمام سرمایه آن متعلق به شرکت نفت عربستان است. ۱۰ نفر از کارکنان کشته شده اتباع عربستان و در استخدام شرکت نفت عربستان بوده‌اند. بقیه کارکنان از اتباع ایران و هند و پاکستان می‌باشند. این سناریو زمینه‌ای را به وجود می‌آورد که در آن سه دسته مهم از موضوع‌های تعارض قوانین را در این قضیه^۱ به طور آشکار لمس کنیم.

الف - به کدام دادگاه بروند؟

۱- وکیل خواهان‌ها بایستی بعضی از مسائل تاکتیکی را در یابد تا تصمیم بگیرد که دعوی را در کجا اقامه کند. قبل از هر تصمیم بایستی با مراجعه به آیین دادرسی مدنی همان دادگاه بفهمد که چه امکانی در پیش رو دارد و دادگاه کدام کشور نسبت به خواندگان دعوی صلاحیت خواهد داشت. در پرونده سکوی فرضی خواهان‌ها احتمالاً درصد طرح دعوی بر مبنای ورود صدمات به اشخاص و فوت غیرعمدی، و نجات یافتگان هم دعوی علیه شرکت نفت عربستان یا شرکت اکرایی دارند و احتمالاً مسئولیت شرکت نفت عربستان مورد تردید می‌باشد. اگر خواهان‌ها در عربستان دعوی اقامه کنند آیا دادگاه عربستان در مورد کارکنان عربستانی سکو، به طرفیت شرکت نفت عربستان صلاحیت خود را می‌پذیرد؟ آیا دادگاه عربستان نسبت به شرکت اکرایی (مالک سکو) هم صلاحیت رسیدگی دارد؟ اگر دادگاه عربستان نسبت به شرکت اکرایی صلاحیت خود را احراز کند، آیا شرکت اکرایی می‌تواند نسبت به حکم دادگاه عربستان در اکران (محل اجرای حکم) دعوی اقامه و مانع اجرای حکم گردد. آیا امکان دارد که دادگاه عربستان دعوی خواهان‌های عربستانی را علیه شرکت اکرایی رد کند؟ کتاب دوم- صلاحیت محاکم و اجرای حاکم - پاسخ می‌دهد.

^۱ - این یک سناریو اقتباس از یک حادثه فرضی است و چنین رخدادی در سواحل خلیج فارس اتفاق نیافتاد.

ب- قانون کدام کشور اعمال شود؟

۱- در مقایسه با انتخاب قانون حاکم در انتخاب محکمه مسائل تاکتیکی کمتری وجود دارد. لیکن سوال کلیدی برای وکیل در این مرحله آن است که دادگاه مورد رجوع، چه قانونی را اعمال خواهد کرد؟ آن دادگاه کدام دسته از قواعد را شکلی و کدام دسته از قواعد را ماهوی می‌داند و آیا نهایتاً قانون مقرر دادگاه را اعمال خواهد کرد؟ بالاخره وکیل باید این احتمال را بررسی کند که دادگاه ممکن است برخی از قواعد را (مثلاً در مورد تحقیقات اولیه و ارائه ادله) بر طبق قانون مقرر محکمه انجام می‌دهد. در این پرونده فرضی چندین دسته قوانین ماهوی می‌توانند اثرگذار باشند و در نتیجه دادرسی در این پرونده را تحت تاثیر قرار دهند.

۲- اگر دادگاه متکفل پرونده از نظریه شکلی بودن قواعد حل تعارض پیروی کند می‌تواند قواعد حل تعارض قانون مقرر دادگاه را اعمال کند و احتمالاً به اعمال قانون خارجی منجر شود. در این پرونده فرضی در مثال فوق در زمان حدوث فاجعه اگر بین قانون عربستان و قانون اکراین تفاوت عمده وجود داشته باشد. قانون اکراین برای خواهان به خاطر اندوه و تاثیر از دست دادن منسوب خویش و یا به خاطر رنجی که از زمان ورود صدمه تا لحظه فوت خود قربانی تحمل کرده به اولیاء دم مطالبه خسارت معنوی را تجویز کند. اما قانون عربستان مثل رویه قضایی کشور ما در این مورد سابقه روشنی ندارد.

۳- نسبت به کارگرانی که صدمات وارده بر آنها کشنده نبوده قانون اکراین اجازه می‌دهد که سایر اعضای خانواده مثل فرزندان و همسر شخص مصدوم بابت محرومیت از دیدار و مجالست با اعضای خانواده و محرومیت از یک زندگی متعارف در دوره بستری و درمان در منزل به همراه خانواده نبودن فرد مصدوم خسارت مطالبه کنند. اگر رفتار هر یک از خواندگان یا رفتار هر دوی آنان تقصیر سنگین محسوب شود امکان دارد بر حسب قانون آن کشور خسارات تنبیهی نیز اعمال گردد.

۴- اگر خواهان‌ها دعاوی خود را در مورد صدمات وارده در اکراین طرح کنند و دادگاه در این قضیه نسبت به کارکنان ایرانی و هندی صلاحیت خود را علیه شرکت اکرائینی احراز نماید و دعوی خواهان‌های عربستانی علیه شرکت نفت عربستان در دادگاه عربستان اقامه شود، بر طبق قانون عربستان که خسارات کمتری دریافت می‌نمایند. بنابراین رقم خسارات دریافتی در اکراین در مقایسه با حکم دادگاه عربستان احتمالاً بیشتر خواهد

بود. نتیجه دادرسی از حیث رقم محکوم به متفاوت می‌شود. در این میان نقش قانون کشور محل وقوع حادثه (ایران) و صلاحیت محاکم آن چیست و چه تاثیری بر حقوق خواهان‌ها دارد؟ بخش دوم این کتاب به نظریه‌های انتخاب قانون حاکم می‌پردازد.

۵- فلسفه وجودی قاعده انتخاب قانون آن این است که از جستجو برای دادگاه مطلوب‌تر^۱ اجتناب شود. قطعاً دلایل مهم‌تر دیگری هم وجود دارد. اگر تنها هدف قواعد انتخاب قانون این باشد که نتیجه دادرسی را مستقل و غیر وابسته به دادگاه کنند، پس بایستی دادگاه همه کشورها از قواعد یکسان برای انتخاب قانون حاکم پیروی کنند. قاعده انتخاب قانون در مثال انفجار سکوی نفتی هم اعمال می‌شود. بدون اعمال قاعده انتخاب قانون حاکم احکام اکراین و عربستان متفاوت خواهد بود. ولی اگر هدف ما این باشد که روش انتخاب و حاکمیت قانون بر مساله معلوم شود و به تبع آن نتیجه دادرسی قابل پیش‌بینی و یکسان گردد، بایستی قاعده انتخاب قانون حاکم در کشورهای مرتبط همسو باشند تا قانون ماهوی به یک شیوه انتخاب گردد. قاعده انتخاب قانون باید ساده باشد و در مسائل تعارض قوانین به یک روش استفاده شوند و دادگاه‌های کشورهای مختلف عامل‌های ارتباط را با ضوابط یکسان ارزیابی و یکسان استفاده کنند.

۶- علی‌رغم خواب هشتاد ساله حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، در اروپا و آمریکا در ۶۰ سال اخیر تغییرات سریع و انقلابی در قواعد تعارض قوانین روی داده است، از آن جمله‌اند دومین تفسیر رسمی دومین تعارض قوانین در آمریکا و کنوانسیون ۱۹۸۰ روم و قانون ۱۹۹۰ انگلیس راجع به قانون حاکم بر قراردادهای که در واقع این قانون کنوانسیون رم را به عنوان قانون داخلی خود تحت پیوست یک^۲ پذیرفته است بنابراین از سال ۱۹۹۱ به بعد سیستم تعارض قوانین انگلیس تنها در موضع موضوع تعهدات قراردادی همان کنوانسیون ۱۹۸۰ رم است و به تبع کنوانسیون مقررات رم- یک و مقررات رم- دو در اتحادیه اروپا جدیدترین تحول اصول تعارض قوانین در انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۵ سازمان کنفرانس لاهه است.

۷- تحلیل انتخاب قانون حاکم در احکام دادگاه‌ها و در آراء دیوان‌های داورى بین‌المللی و به دنبال آن تصویب قوانین جدید و اصول تعارض قوانین در خارج و انعقاد معاهدات چند جانبه در حوزه تعارض قوانین و قانون

1. forum shopping.

2. schedule I appended to the Act. See also J G Collier, op.cit, p.10.

رقابت‌ها از جمله دستاوردهایی هستند که این دگرگونی را به بار آورده‌اند. روش‌های جدیدی برای انتخاب قانون حاکم بر اساس اصل تحلیل منافع اقتصادی^۱ در آمریکا و اروپا به وجود آمد.

علیرغم تحولات گسترده در قوانین این دو قاره تعارض قوانین در کشور ما راکد ماند. یکی از اهداف کتاب حاضر این است که شناخت کافی از تغییرات پدید آمده را به دست دهد و علت تغییر و منطق زیربنایی آن را بازگو کند. تا اندیش‌وران گرامی به این ذهنیت و قضاوت برسند که آیا مصالح ملی و منافع اقتصادی و اجتماعی کشور ما تغییر این دسته از قواعد را اقتضا می‌کند یا خیر؟

پ- حکم صادره را چگونه اجرا کنند؟

۱- ارزش و اعتبار احکام صادره از دادگاه کشورها در مسائل مدنی و تجاری به این است که در کشورهای دیگر به حکم صادره همان اعتباری را بدهند که حکم مذکور در کشور محل صدور دارد. رسیدن به چنین هدفی نیازمند تدوین و انعقاد معاهده یا کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای احکام خارجی است.^۲

۲- آمریکا به سازمان کنفرانس لاهه پیشنهاد داده تا راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی معاهده چند جانبه در مساله شناسایی احکام^۳ تهیه کند. کنفرانس لاهه تلاش کرده تا یک معاهده کلی راجع به شناسایی احکام تدوین کند. ولی اختلاف نظر میان نمایندگان آمریکا و اتحادیه اروپا و مخالفت طرفداران حقوق بشر و حقوقدانان دیگر در زمینه دادرسی و تجارت الکترونیک به قدری عمیق بوده که شکست این پیشنهاد را در پی داشت. ولی کنفرانس لاهه در عوض توانست معاهده‌ای^۴ راجع به انتخاب و اجرای حکم محکمه صالح تدوین کند.

۳- به مثال فرضی سکوی نفتی و اختلاف فاحش در میان خسارت مورد حکم در اکراین و عربستان برمی‌گردیم. برای خواهان‌ها بسیار مناسب است که به دادگاه اکراین مراجعه و دعوی علیه شرکت اکراینی اقامه کنند. اما باید توجه داشته باشند که با توجه به نوع شرکت و حدود مسئولیت آن، آیا شرکت اکراینی دارایی کافی در

1. economic interest analysis.

۲. با تصویب و الحاق به کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک این امر در داوری تجاری بین‌المللی محقق گردید.

3. Multinational judgments- recognition.

4. Convention on the choice of court Agreements, 30 June, 2005, available on the Hague conference web site www.hcch.net, Convention number 37 (October, 2014).

اکراین یا کشور دیگر دارد تا بتواند در مقام اجرا حکم، مبلغ محکوم به را به خواهان‌ها بپردازد. یا خواهان‌ها به جای دریافت حکم خسارت به مبلغ بالا و مواجهه با موانع اجرا بهتر است به دادگاه عربستان به طرفیت شرکت نفت عربستان به عنوان شرکت مادر^۱ مراجعه و به دریافت حکم خسارت به مبلغ کمتر رضایت دهند، و با ملاتفت فرضی شرکت نفت عربستان بتوانند حکم را اجرا کنند.

۴- آیا محاکم عربستان احکام صادره از دادگاه‌های اکراین و بالعکس دادگاه‌های اکراین احکام صادره از محاکم عربستان را شناسایی و اجرا می‌کند؟ لذا طرفین قبل از طرح هرگونه دعوی در مرجع صلاحیت‌دار نسبت به دعاوی ناشی از فاجعه سکوی نفتی بایست در زمینه‌های ذکر شده در سه مساله فوق کاوش نمایند، سپس تصمیم به طرح دعوی در محکمه مناسب و صلاحیت‌دار بگیرند. اگر بدون مطالعه تصمیم بگیرند و در انتخاب طرف دعوی و انتخاب دادگاه تحقیق نکرده باشند، هیچ یک از خواهان و خوانده نمی‌تواند نتیجه دادرسی را ارزیابی و عواقب آن را پیش‌بینی کند.

۵- خواهان‌های ایرانی متوجه هستند که نسبت به انتخاب طرح دعوا و انتخاب قانون حاکم در زمان انعقاد قرارداد یا هنگام بروز حادثه و انتخاب محاکم برای دادرسی قبل از ارزیابی و تحقیق در سه مساله فوق شتاب‌زده اقدام نکنند. دادگاه ایرانی در هر دعوی (پرونده‌ای) که نزد وی اقامه می‌شود با مراحل زیر روبرو است و باید در این موارد تصمیم بگیرد:

(۱)- اول بایستی تصمیم بگیرد که آیا نسبت به طرفین و در موضوع اختلاف (سبب دعوا) صلاحیت رسیدگی دارد؟ اگر پاسخ مثبت باشد آیا انتخاب این دادگاه برای دادرسی در موضوع مطروحه مناسب است؟ یا این دادگاه خواهان را برای طرح دعوی نزد شعبه خاص دلالت خواهد کرد. وقتی که دادگاه متقاعد شد که طرفین محکمه صلاحیت‌دار را انتخاب کرده‌اند مرحله بعدی آغاز می‌شود.

(۲)- حالا وقت آن است که به قواعد انتخاب قانون بپردازند. دادگاه با مراجعه به قانون کشور خود (قانون مقر) مشخص می‌کند که کدام قانون (قانون ایران یا قانون خارجی) بر اختلافات طرفین پرونده حاکم شود و برای این منظور لازم است خصوصیات سبب دعوی را در گروه‌بندی موضوعها در سیستم حقوقی خود دسته‌بندی

^۱ . Holding company

و توصیف کند. این امر گاهی به مساله اتفاقی هم منجر می‌شود. در این مقطع در صورت پیدایش تعارض منفی بحث‌هایی مثل احاله سر برمی‌آورند.^۱ دادگاه، علاوه بر این، بایستی بین مسائل شکلی و ماهوی توجه کافی داشته باشد. بر اساس اوضاع و احوال هر پرونده فاکتورهای تعیین‌کننده در عامل‌های ارتباط و تغییرات آن را برای انتخاب قانون قابل اعمال در نظر می‌گیرد.

(۳) - حاصل فرآیند فوق انتخاب قانون ایران یا قانون خارجی است. در واقع قواعد انتخاب قانون می‌تواند دوجانبه باشد. چه بسا قانون مقرر دادگاه حاکم شود، یعنی قانون ایران. احتمال دیگر می‌تواند انتخاب قانون کشور طرف خارجی باشد. در بحث‌های آتی ملاحظه خواهید کرد احتمال سومی هم وجود دارد یعنی امکان حاکمیت قانون بی‌طرف اعم از آن کشور ثالث یا قانون فراملی.

تا این مرحله در حقیقت دادگاه گروه‌بندی حقوقی و توصیف را انجام داده و یک یا چند قاعده انتخاب قانون را بررسی کرده و معلوم نموده که کدام یک از قانون‌های رقیب را بر موضوع مورد اختلاف جاری کند و مهمترین عامل کلیدی یعنی احاله را پشت سر می‌گذارد. این احتمال را باید در نظر داشت که بعضی از موضوع‌ها در بعضی از نظام‌ها تابع دو سیستم حقوقی هستند مثل مسئولیت مدنی که در خارج اتفاق افتد می‌تواند تحت حاکمیت دو قانون باشد. یکی قانون مقرر دادگاه و دیگری قانون محل وقوع شبه جرم، یا در مورد صحت و اعتبار شکلی قرارداد که می‌تواند تابع قانون محل تنظیم قرارداد (محل وقوع عقد) یا تابع قانون منتخب^۲ طرفین باشد.

(۴) - اگر قانون ایران انتخاب شود، قاضی نیاز ندارد که متداعیین یا وکیل آنان به مواد قانون ایران استناد کنند. کافی است که طرفین یا وکلای آن‌ها موضوع را مطرح کنند. دادگاه با استناد به مواد قانون حکم مصداق‌های موضوعی را معین و همان را جاری کند. ولی اگر قانون خارجی انتخاب شود، در این صورت طرفین دعوی بایستی: اولاً- متن قانون (ترجمه رسمی فارسی) آن را به دادگاه تسلیم نمایند. طرفین مقررهای قابل اعمال آن قانون را با استفاده از خبره‌های حقوقی همان قانون در جلسه دادرسی تشریح و تفسیر و جرح و تعدیل

^۱ . در تعهدات احاله جاری نمی‌شود.

^۲ . J. G. Collier, Conflict of laws, 3 rd /ed,2004,p.11.

کنند تا قاضی در سطحی از اشراف نسبت به آن قانون (خارجی) قرار گیرد و بتواند با اعمال آن بر مساله پیش‌رو حکم صادر کند. اگرچه مساله اختلافی است ولی با توجه به توضیحات فوق معلوم می‌شود که قانون خارجی از مسائل موضوعی است^۱ و طرفین دعوی موظفند آن را به نحو مقتضی به قاضی^۲ بشناسانند. قاضی ایرانی نباید و نمی‌تواند قوانین کیفری خارجی مورد استناد یکی از متداعیین را شناسایی و بر مساله مطروحه اعمال کند. دادگاه ایرانی در مسائل مدنی و تجاری قانون خارجی را تا آن حد اعمال خواهد کرد که با نظم عمومی و قواعد آمره ایران (ماده ۹۷۵ ق.م.و) و در بعضی از متون قوانین مصوب جمهوری اسلامی با قواعد شرع چالش نداشته باشد.

۶- طرف محکوم‌له بایستی بتواند حکم دریافتی از دادگاه ایران یا رای دریافتی از دیوان داوری بین‌المللی مستقر در ایران (مثلاً آراء صادره از مرکز داوری منطقه‌ای تهران) را به طور فرامرزی مورد شناسایی دادگاه محل اجرا حکم یا محل اجرا رای یا محل وقوع مال محکوم‌علیه قرار دهد. حکم مذکور باید تمام ادعاهای خواهان و دفاعیات خوانده و دفاع معارض طرفین را در بر داشته و نظر دادگاه مستدل و مستند به اسناد و ادله از قبیل شهادت و نظر خبره‌ها (کارشناس) و مواد قانون حاکم صادر شده باشد. محکوم‌له بدین وسیله با دریافت چنین حکمی می‌تواند از محاکم محل اجرا شناسایی و دستور اجرا دریافت کند تا اجرای آن حکم در محل وقوع مال محکوم‌علیه تضمین شود.

۷- بنابراین دادگاه ایرانی مراحل فوق را یک به یک انجام می‌دهد. (یعنی احراز صلاحیت استماع دعوا و انتخاب قانون قابل اعمال)، قانون ایران یا قانون ملی کشور متبوع طرف خارجی، دادگاه به این جا می‌رسد که بایستی قانون خارجی را جاری کند. قواعدی که قاضی ایرانی را به انتخاب قانون قابل اعمال هدایت کرده در حقوق بین‌الملل خصوصی به قواعد حل تعارض برای انتخاب قانون حاکم شهرت دارد. مثلاً اگر موضوع دعوی مالکیت بر اموال غیر منقول باشد قاضی قانون کشور محل وقوع مال غیر منقول را جاری می‌کند. اگر دعوی مالکیت

1. Benjamins Sale of Goods, 5th ed, 1997, p.1843, para no.25-003.

۲. مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۹ مقاله "عدم قابلیت اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار به هنگام اضطرار" خمایی‌زاده فرهاد، بهار و تابستان ۱۳۸۳ صص ۱۱۹-۱۲۱.

بر ملکی نزد دادگاه ایران مطرح باشد که ملک مزبور در ترکیه واقع است. با هدایت قاعده حل تعارض قاضی ایرانی قانون ترکیه را اعمال می‌کند (ماده ۹۶۶ قانون مدنی).^۱

۸- در این سری از کتب ضمن پاسخ به سوال‌های مقدر مطالب به شیوه زیر دسته‌بندی می‌شود:

موضوع این سری از کتب را اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) اتباع حداقل بیش از یک کشور وضعیت و روابط حقوقی فی‌مابین آنان (اعم از اعمال حقوقی^۲ و وقایع حقوقی) و اموال آنان (تحت عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی) تشکیل می‌دهد. موضوع اختلافات آنان ممکن است نزد دادگاه صلاحیت‌دار یا دیوان داوری در کشوری مرتبط اقامه شود و اختلافات مذکور تحت حاکمیت قانون کشور معینی قرار گیرد. احکام صادره از محکمه صلاحیت‌دار خارجی یا آراء صادره از دیوان‌های داوری بین‌المللی لازم است در کشور دیگری (محل اجرا حکم یا رای - غالباً محلی که محکوم‌علیه در آنجا مال یا اقامتگاه یا مرکز امور مهم دارد) شناسایی و اجرا گردد. چطور؟ و چگونه؟ در مجلد مربوط به صلاحیت، شناسایی و اجرا حکم به آن پاسخ داده می‌شود.

۹- دادگاه ایران تحت چه اوضاع و احوالی احکام دادگاه‌های خارجی را شناسایی و اجازه اجرا می‌دهد؟ این سوال وقتی مطرح می‌شود که دادرسی در خارج انجام و حکم دادگاه خارجی برای اجرا به دادگاه ایران ارائه گردد. فرض کنید که خواهان خارجی حکمی به محکومیت خوانده ایرانی برای پرداخت خسارت ناشی از تصادف از دادگاه ترکیه گرفته و تصمیم دارد آن را در ایران اجرا کند. آیا دادگاه ایرانی آن را شناسایی و اجرا خواهد کرد؟ یا محکوم له را برای طرح مجدد دعوی نزد خویش دلالت می‌نماید؟ در این صورت دادگاه صلاحیت خود را چگونه احراز می‌کند؟ (پاسخ‌ها را در کتاب بعدی خواهید یافت).

تعارض قوانین امور خانواده یعنی طلاق و نکاح و نفقه و حضانت و حق ملاقات و مسئولیت والدین نسبت به طفل طبیعی، اموال حاصل در دوران نکاح رسمی و یا نکاح موقت... از مواردی است که انتظار می‌رود در

^۱ تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می‌باشند. معذلک حمل و نقل شیئی از مملکتی به مملکت دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیئی نسبت به آن تحصیل کرده باشند خیلی وارد آورد. تملک اموال غیرمنقول توسط خارجی‌ان بر طبق ماده ۸ قانون مدنی تابع قانونی است که برای تملک خارجی‌ان در ایران وضع شده است.

^۲ Obligations, contracts including family relations, and tort.

مجلدی مستقل به آن پرداخته شود... در همه موارد ابتدا باید تعارض در توصیف آن‌ها حل شود، سپس به تعارض قوانین پرداخته و قواعد حل تعارض مربوطه را اعمال کنند.

سوم - اعمال قوانین خارجی چه توجیهی دارد؟

چرا قاضی در تمام موارد قانون مقرر دادگاه را اعمال نمی‌کند؟

۱- گرچه قواعد حقوقی غالباً مبتنی بر اصول عقلی یا اقتصادی هستند و عناصر مذکور در بین جوامع مشترک است و علیرغم وجود مشابهت‌های فراوان بین قوانین کشورهای مختلف تفاوت‌های فراوانی میان نظام‌های مختلف حقوقی وجود دارد. هر ملتی عدالت را متناسب با فرهنگ و تمدن خود و با عقل جمعی همان جامعه می‌فهمد و به همین دلیل برداشت‌ها و فهم جوامع از موضوع واحد یکسان نیست. ولی اگر اوضاع و احوال پرونده نشان دهد که در صورت اعمال حقوق بین‌الملل خصوصی بر موضوعی در دعوی مطروحه نزد دادگاه یک کشور قوانین کشور خارجی که در فضای فکر و فرهنگ دیگر به وجود آمده، بر دعوی متضمن عنصر خارجی اعمال شود برای شخص خارجی در آن مساله راه‌حل عادلانه‌تر جلوه می‌کند و راحت‌تر و موافق با انتظارات ایشان عدالت اجرا می‌شود. در این حالت عدالت اقتضا می‌کند که قاضی در اعمال قانون خارجی تردید نکند.^۱ علاوه بر این برای اعمال قانون خارجی دلایل عمده دیگری هم وجود دارد:

الف - عدالت^۲

(۱) - قاعده عقلانی و دلیل زیربنایی اعمال قانون خارجی این است که به جای توجه به حفظ منافع یک‌طرف، بهتر است منافع طرفین دعوی لحاظ شود و با اعمال قانون مناسب عدالت برقرار گردد. مثلاً اگر طرفین تحت حاکمیت قانون ایران قراردادی منعقد کنند که در آن تعهدی به نفع ثالث بدون عوض منظور شده باشد، قانون ایران آن را بدون چالش می‌پذیرد و ذینفع می‌تواند بر مبنای حق، اجرای آن را بخواهد. ولی اگر همین قرارداد در کشوری که تعهدات بدون ما به ازاء^۳ را لازم‌الاجرا نمی‌داند، طوری رفتار شود، تعهداتی که بر طبق قانون ایران صحیح بوده با اعمال قانون مقرر دادگاه در کشور خارجی باطل و بلااثر یا غیرقابل اجرا گردند، رسیدن به

^۱ Cheshire and north, private international law, 12th /ed, p. 39.

^۲ Justice.

^۳ Consideration.

چنین نتیجه‌ای کمال بی‌عدالتی است. روشن است که دادگاه کشور خارجی قانون ایران (قانون خارجی) را بر روابط متعاقدين حاکم می‌کند که با نظم عمومی و قواعد آمره (مصلح برتر) مقر دادگاه تعارض نداشته باشد و عدالت برقرار و موازنه انتظارات اقتصادی قرارداد محفوظ بماند.

ب- نزاکت بین‌المللی^۱

(۱)- اصل فکر نزاکت بین‌المللی منتسب به مکتب هلندی است. به نظر علمای هلند، دولت به هیچ عنوان مکلف به اجرای قانون مملکت دیگر در موضوع‌های شخصی نیست. بلکه فقط از باب نزاکت بین‌المللی قبول می‌کند که قانون خارجی را اجرا کند تا در مقابل این رفتار ممالک خارجه با رفتار متقابل نیز قانون هلند را در مورد افراد و اتباع آن اجرا نمایند.^۲ اگرچه امروزه دکترین نزاکت به عنوان مبنای تعارض قوانین کم‌رنگ و کهنه شده ولی از هر حیث نمی‌توان آن را بی‌اثر دانست. با وجود قدیمی شدن اصل نزاکت استناد به آن حتی امروزه در احکام بعضی از کشورهای اروپایی از جمله انگلیس به روشنی مشاهده می‌شود. در قوانین ایران اعمال برخی قوانین نیز به رفتار متقابل در کشور خارجی منوط^۳ شده است.

پ- نظم عمومی^۴

۱- مبنای اعمال قانون خارجی هر چه که باشد، سوال مقدر این است که قلمرو قانون خارجی تا کجا است؟ آیا در همه موارد قابل اعمال است یا نظم عمومی به عنوان منافع برتر دخالت می‌کند و مانع اجرای قانون خارجی می‌گردد. نظم عمومی فی نفسه در زمره مبانی حقوق بین‌الملل خصوصی نیست بلکه در قلمرو دادگاه فیلتری است برای پالایش و کنار گذاشتن برخی از قواعد در قانون حاکم خارجی و مانعی است برای اجرای بخشی از قانون خارجی در کشور مقر دادگاه.

¹ Comity.

^۲ ارفع‌نیا بهشید، تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها، ج ۲، ۱۳۶۹، ص ۱۹.

^۳ مواد ۹ و ۹۷۸ و ... قانون مدنی.

^۴ public policy...cf; Russel j weinteraub, commentary on the conflict of laws, 6th/ ed, 2010, p. 514.

مثلاً دادگاه ایران اجازه نمی‌دهد قرارداد خرید و فروش مشروبات الکلی که در خارج و مطابق قانون خارجی صحیحاً منعقد شده، در قلمرو قضایی ایران اجرا شود. یا قرارداد بردگی بین ارباب و برده خارجی را حتی اگر بر طبق قانون محل انعقاد صحیح باشد و به آن استناد شود دادگاه ایرانی به آن آثار اجرایی نخواهد داد.

۲- قانونی که چهره عدالت را مخدوش و یا اخلاق حسنه جامعه را جریحه‌دار کند، دادگاه از اجرا آن امتناع خواهد کرد. البته دادگاه ابتدا قانون خارجی را به طور کلی در نظر می‌گیرد. وقتی قانون حاکم را در موضوعی با نظم عمومی مقرر دادگاه ناسازگار ببیند از اجرای بخش ناسازگار (مغایر با نظم عمومی) خودداری خواهد کرد. قانون خارجی بر طبق قانون سبب^۱ بر طبق اصل کلی تعارض قوانین قابل اعمال است، به واسطه تعارض با نظم عمومی مقرر دادگاه از اعمال بخش مغایر یا تمام آن بر حسب مورد صرف‌نظر می‌شود.

۳- وجود نظریه نظم عمومی در تعارض قوانین لازم است ولی به دشواری می‌توان حد و مرز نظم عمومی را توصیف و خط فارقی میان نظم عمومی و سایر باید و نبایدها در قوانین ترسیم کرد.^۲ بررسی پرونده‌هایی که بواسطه اعمال قانون خارجی منتهی به حکم شده‌اند نشان می‌دهد که در مرحله اجرا استناد به نظم عمومی مانع جدی برای اجرای حکم خواهد بود، عموماً در پرونده‌های متضمن عنصر خارجی در نهایت قانون خارجی حاکم گردیده و نظم عمومی به عنوان فاکتور کنترل کننده از اجرای آن قسمت از حکم یا تمام آن جلوگیری می‌کند.

۴- در انگلیس علاوه بر رعایت نظم عمومی مقرر دادگاه در برخی از قراردادهایی که قانون کشور دوست را نقض کند یا قراردادی که مانع تجارت آزاد شود یا به موجب قواعد کیفری (قانون جزای خارجی) عدم اهلیت^۳ مطرح باشد دادگاه بر مبنای نظم عمومی از اجرای قراردادهایی که در دوره فقدان اهلیت منعقد شده‌اند جلوگیری می‌کند، مثلاً دادگاه انگلیسی از پذیرش ازدواج شخصی به نام محمد با دختر خارجی زیر سن رشد (بلوغ)

¹ Lex causae (the governing law).

^۲ الماسی نجادعلی، تعارض قوانین، ۱۳۶۸، ص ۱۳۴.

^۳ در قانون خارجی (انگلیس) اگر زوجه به علت ارتکاب زنا طلاق داده شود، مادامی که زوج مجرد باقی مانده و ازدواج مجدد داشته زوجه اهلیت ازدواج مجدد را ندارد. see J G Collier, op. cit, p. 216

اگرچه این نکاح بر طبق شریعت اسلام معتبر است، با استناد به نظم عمومی از معتبر شناختن آن امتناع کرد.^۱

ت- اجرای قانون قابل اعمال یا صلاحیت‌دار^۲

۱- اگر قاعده حل تعارض قاضی یا داور را به انتخاب قانون خارجی دلالت کند، آیا قاضی ایرانی ملزم به اجرای قانون خارجی است؟ در زمان اعمال قانون حقی تحصیل شده^۳ و لازم است آن حق رعایت و اجرا شود. قانون مقرر دادگاه (ماده ۹۶۸ ق.م. ایران) در مواردی که محل وقوع عقد خارج از ایران است به قاضی یا داور اجازه پذیرش قانون خارجی^۴ را می‌دهد. قانون خارجی مستقل است و به عنوان قانون خارجی اعمال می‌شود و در قانون ملی مقرر دادگاه ادغام نمی‌گردد.

۱- اثبات قانون خارجی

هرگاه یکی از طرفین دعوی در محضر دادگاه ایران به قانون خارجی استناد کند بایستی در لوایح آن را تشریح و به کمک متن قانون و توضیحات شخص خبره تحت عنوان نظریه خبره حقوقی آن قانون را به عنوان یک مساله موضوعی اثبات کند. در شرایط عادی دادگاه خود به خود اهمیت قضایی به مساله نمی‌دهد. قواعد قانون خارجی با قواعد حقوق بین‌الملل هم فرق دارد. زیرا قواعد حقوق بین‌الملل خود غالباً بخشی از حقوق هر کشور است. قانون خارجی در نظر قاضی مثل سایر وقایع البته وقایع غیر عادی است و بایستی مثل مساله موضوعی نزد قاضی اثبات شود. قانون خارجی را بدون حضور خبره آن قانون نمی‌شود به دادگاه عرضه کرد. صرف ارائه ترجمه قانون خارجی یا ارائه کتابی حاوی شرح آن کافی نیست. چرا که ممکن است به ترجمه و تفسیر نیاز باشد تا دادگاه را به مرحله‌ای از شناخت قانون برساند و آن را به درستی بفهمد. بنابراین عرضه قانون خارجی به وسیله خبره^۵ ضروری است. خبره‌ای که قانون خارجی را تفسیر و طریقه اعمال آن را راهنمایی می‌کند

¹ Mohammad v. Knott (1969).

² applicable law.

³ Vested rights.

⁴ reception of foreign law, See Maren Heidemann of uniform contract law, 2007, p. 26.

⁵ expert opinions.

می‌تواند ابتدا نظر مکتوب خود را به عنوان نظریه خبره^۱ ثبت کند و سپس در محضر دادگاه حاضر و اظهارات خود را شفاهاً عرضه نماید.

۲- خبره کیست؟

شاید یک قاضی بازنشسته با تجربه از همان نظام قانون خارجی یا یک استاد دانشگاه و یا یک حقوقدان یا وکیل کارآموده که واجد شرایط برای ارائه نظر و تفسیر توضیح قانون مورد نظر باشد. البته این شرایط انحصاری نیستند. داشتن تنها مدارک دانشگاهی کافی نیست. بایستی در آن زمینه سابقه کار و تجربه داشته باشد. هیچ لزومی ندارد که خبره مذکور وکیل باشد. در دادرسی‌های مدنی و تجاری کافی است که طرف واجد شرایط باشد و بتواند با دانش و تجربیات خود از عهده این امر برآید. لازم نیست پروانه اشتغال یا وکالت داشته باشد. تاثیرگذاری ارائه نظر ایشان بر دادگاه مدنظر قرار می‌گیرد.

۳- تقابل خبره‌ها

(۱)- اگر خبره‌ای مثلاً از طرف خواهان مطالبی را بیان کرده و وکیل یا خبره حقوقی خوانده آن را رد نکرده و استدلال مخالفی ارائه نداده و یا صراحتاً آن را تایید کرده باشد، در این حالات قاضی نمی‌تواند آن را رد و استنباط خود را جایگزین کند. اما اگر اظهارات خبره علی‌الظاهر غیرقابل اتکا^۲ باشد دادگاه مجبور نیست آن را بپذیرد.

۲- اگر خبره متن قانون یا احکام پیشین صادره در این موضوع (رویه قضایی) یا متن کتابی را به عنوان ادله ارائه کند، دادگاه حق دارد بخش مورد استناد خبره را ببیند ولی اگر نظر خبره‌های طرفین دعوا متناقض و مخالف همدیگر باشد دادگاه می‌تواند برداشت خود از آن مطالب را بر قضیه اعمال کند. آن قسمت از قانون که مورد استناد طرفین قرار نگرفته دادگاه هم لازم نیست به آن‌ها بپردازد. اگر نکته‌ای در دادرسی وجود داشته باشد که دادگاه کشور خارجی در آن قضیه احکامی صادر نکرده باشد و خبره‌های طرفین هم نظرات معارضی ارائه دهند دادگاه ایرانی مکلف است در آن موضوع خاص حکم صادر کند. ولی اگر در آن موضوع از دادگاه

¹ expert opinion, or Legal opinion.

² unreliable.

کشور خارجی که قانون آن حاکم است قبلاً احکامی صادر شده باشد، دادگاه ایرانی می‌تواند در صورت استناد اصحاب دعوی با حمل بر صحت حکم، آن را بپذیرد، مگر از ظاهر حکم چنین برآید که بی‌محتوا و بدون استدلال و با ادله ابرازی ناسازگار باشد. در رابطه با تفسیر موضوعی از قانون خارجی، خبره حقوقی بایستی قواعد حقوقی تفسیر آن قانون را بیان کند. اگر طرفین قادر نباشند قانون خارجی را به عنوان مساله موضوعی^۱ اثبات کنند دادگاه مخیر می‌شود قانون مقرر را به جای آن اعمال کند.

۳- قاضی ایرانی بدون استناد طرفین دعوی وظیفه ذاتی برای اجرای قانون خارجی ندارد، بلکه اصحاب دعوی بایستی به قانون خارجی استناد و به عنوان یک مساله موضوعی آن را اثبات کنند. در این صورت با درخواست یک یا هر دو طرف قانون خارجی به عنوان مساله موضوعی در پرتو تعلیمات حقوقی و تجربیاتی که قاضی دارد نظر خویش را بر مساله پیش‌رو جاری می‌کند. علت اجرای قانون خارجی توسط قاضی ایرانی آن است که لزوم اجرای آن در قانون ملی به وسیله قانون‌گذار تصریح شده است.

چهارم - سرآغاز

۱- با یادآوری برخی مفاهیم، مباحث این کتاب از این نقطه آغاز می‌شود.
هرگاه موضوعی^۲ پیش آید که بیش از یک کشور مربوط شود، آن موضوع در حقوق بین‌الملل خصوصی به کمک قواعد حل تعارض سه دسته از توصیف‌ها در روابط حقوقی اعمال می‌گردد. برای سهولت استعمال عبارت قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی را "تعارض قوانین" نامیده‌اند.
سه دسته مورد اشاره بر حسب عامل ارتباط^۳ عبارتند از:

دسته اول - اعمال و وقایع حقوقی^۴، و گروه دوم - اشخاص^۵ و طبقه سوم - اموال^۶

1. fact.

2. factual issues.

3. Connections.

4. acts and events.

5. Persons.

6. property

۲- در مورد اعمال و وقایع حقوقی عوامل ارتباط مثل محل انعقاد و محل اجرا و یا محل وقوع حادثه یا محل اقامت زیان دیده یا محل سکونت مشترک طرفین یا محل دارای ارتباط نزدیک تر در دعوی مسئولیت مدنی هم استفاده می شوند.

۳- در مورد صلاحیت محاکم و اجرای احکام خارجی، و در مورد اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی فاکتورهایی از قبیل موطن شخص، اقامتگاه^۱ یا محل سکونت^۲ و تابعیت^۳ و محل تاسیس شرکت (محل ثبت شرکت)^۴، مرکز امور تجاری شرکت^۵ یا مرکز امور شعبه‌ای از شرکت یا در مورد اموال فاکتور محل وقوع مال، ابزار اصلی برای حل تعارض و دستمایه آتی و بحث‌های کتب تعارض قوانین در سه زمینه مذکور خواهد بود.

در بخش یکم این کتاب از قواعد حل تعارض در اعمال حقوقی موضوع‌هایی از قبیل انتخاب قانون توسط طرفین و انتخاب قانون حاکم توسط دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری بین‌المللی و همچنین نظم عمومی و قواعد آمره بحث می‌شود. مسائل مرتبط با وقایع حقوقی در بخش دوم از شیوه‌های انتخاب قانون حاکم بر مسئولیتهای مدنی صحبت به میان می‌آید. تعارض قوانین مربوط به اموال غیر مادی مثل خدمات و حقوق مالکیت معنوی در مجلدی جداگانه تحلیل می‌گردد.

¹ Domicile.

² Residence

³ Nationality.

⁴ place of incorporation or registration.

⁵place of business or headquarters .

بخش یکم

قواعد حل تعارض قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

مقدمه

۱- در دنیای مدرن فعلی هر کشوری مجموعه‌ای از قواعد حل تعارض در قوانین خود دارد که بدنه حقوق بین‌الملل خصوصی آن کشور را تشکیل می‌دهد. با این وجود قواعد حل تعارض یک کشور با قواعد حل تعارض کشور دیگر اختلاف دارند^۱. وجود تفاوت در قواعد حل تعارض کشورها، اگرچه اهمیت این قواعد را کم‌رنگ می‌کند، ولی برای دستیابی به امنیت حقوقی^۲ مثل:

(۱)- معلوم بودن^۳ قانون برای روشن شدن تکلیف طرف‌های دعوا و قاضی یا داور،

(۲)- قابل پیش‌بینی بودن^۴ سرانجام رسیدگی‌ها در پرتو قانون معین، و

(۳)- رسیدن به نتایج یکسان^۵ در دادرسی‌ها با به کارگیری قواعد آن قانون، فارق از این‌که دعوی در دادگاه کدام کشور اقامه و رسیدگی خواهد شد،

دولت‌ها دریافته‌اند که لازم است این دسته از قواعد را به یکدیگر نزدیک و رویه یکنواخت و نزدیک به هم به وجود آورند. لذا به دنبال احساس نیاز و برآوردن انتظارات و اهداف پیش رو از طریق معاهدات بین‌المللی اقدام^۶ کرده‌اند.

^۱ ABLA MAYSS, Principles of Conflict of Laws, 3 rd/ ed, 1999, p. 2.

^۲ Legal security; see, Ivana Kunda, op. cit, P.4.

^۳ Certainty.

^۴ Predictability.

^۵ Uniformity of results.

^۶ یکی از سازمان‌های بین‌المللی که در تعارض قوانین فعالیت می‌نماید کنفرانس لاهه است. هدف از ایجاد آن برقراری وحدت حقوقی در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی است. نزدیک به ۳۹ کنوانسیون و یک مجموعه اصول ۲۰۱۵ تنظیم و نهایی کرده و تلاش می‌کند که حقوق بین‌الملل خصوصی را در زمینه صلاحیت دادگاهها، وضعیت و حمایت از اطفال، روابط زوجین، مقررات مربوط به وصیت و ارث، اجرای احکام دادگاههای خارجی، آئین دادرسی، ارائه اسناد در خارج، فرزندخواندگی بین‌المللی را در کشورهای مختلف یکسان نمایند. برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به:

شیروی عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت ۱۳۸۹، صص ۹-۷۸، و برای دیدن کنوانسیون‌ها به سایت www.hcch.net مراجعه شود.

۲- کشورهای تولیدکننده و صاحب تکنولوژی برای شکوفا شدن اقتصاد خود و مدیریت بر بازار جهان دریافتند که باید قوانین مرتبط با تجارت بین‌الملل و بازار جهانی را به عنوان ابزار سلطه بر کشورهای ضعیف در اختیار گیرند و آن را به کمک سازمان‌های خودساخته و تحت کنترل در قالب فرمول‌های قابل قبول و ظاهری قابل باور به کشورهای مختلف عرضه کنند. ساز و کارهای لازم را در قالب نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای تدارک دیدند. تلاشی هماهنگ و با هدفی واحد به فکر یکسان‌سازی قوانین و برداشتن موانع تجاری و بازگشایی دروازه‌های بازار کشورهای ضعیف افتادند. لذا بازار معاهدات چندجانبه، کنوانسیون‌ها، موافقتنامه‌ها و قوانین نمونه (الگو برای کشورهای هدف) و راهنمای قانون‌گذاری و تدوین شرایط عمومی قراردادها و قراردادهای مدل در تمام موضوع‌های تجارت بین‌الملل رونق گرفت. این فکر تا بدان‌جا پیش رفت که دهکده جهانی^۱ با قوانین یکسان را در رویا ترسیم نموده و حکومت بر این دهکده را از آن خود می‌دانند.

۳- پسندیده‌ترین طریق یکسان‌سازی قوانین کشورها انعقاد معاهده یا پذیرش کنوانسیون در موضوع معین است و با این روش قواعد حل تعارض در هر موضوع را در کشورهای عضو یکسان می‌کنند و اختلافات را به حداقل ممکن می‌رسانند. مثلاً در کنوانسیون راجع به نمایندگی در تجارت بین‌الملل مقرره‌های وضع می‌شود و کشورهای عضو آن کنوانسیون همان قواعد را عیناً و یا در قالب قانون‌گذاری در نظام حقوقی ملی خود وارد می‌کنند.

۴- روش رایج دیگر بین کشورها برای یکسان‌سازی حقوق بین‌الملل خصوصی تلاشی است که مقررات کنوانسیون را به صورت قانون یکپارچه مثل مقررات اتحادیه اروپا وارد قوانین ملی کشورهای عضو کنند و بر اساس قانون ملی در مواردی که عامل خارجی در بین باشد با اعمال قواعد یکنواخت حل تعارض به نتیجه یکسان برسند. نمونه بارز آن کمیسیون ۱۹۸۰ روم در موضوع قانون حاکم بر تعهدات قراردادی است. این کمیسیون پس از ۲۸ سال با تغییراتی اندک به شکل مقررات رم- یک در کشورهای عضو اتحادیه اروپا و قبول خود متن کنوانسیون در انگلستان و... به اجراء در آمد.

¹ Raymond wacks, philosophy of Law, Oxford University Press, 2006, P.3.

ایشان در مورد فلسفه رواقیون بر این عقیده است که، سعادت بشر در سازگاری با طبیعت است و تمام آحاد بشر به یک میهن تعلق دارند (جهان واحد). در این دیدگاه دولت‌ها باید جای خود را به دولت جهانی بدهند و با قانون واحد اداره شوند.

۵- اصل فکر تحول تعارض قوانین در آمریکا ابتدا توسط شخصی به نام Willis Reese و Elliot Cheatham در مجله حقوقی شماره ۵۲ کلمبیا در سال ۱۹۵۲ طی مقاله‌ای مطرح شد. در این مقاله به نه روش اشاره شده که دادگاه بایستی در تصمیم‌گیری راجع به مسائل تعارض قوانین رعایت کند،^۱ آن‌ها در مورد ماهیت این روش‌ها تحلیل و توصیف مفصلی ارائه دادند.

آقای ریس در تیم تدوین دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین هم حضور داشته و تغییرات اساسی در قواعد حل تعارض بر اساس ایالت‌ها را به وجود آورده و آن را به قاعده رابطه مهمتر نسبت به محل و طرفین آن تبدیل^۲ نموده است.

۶- با قوت گرفتن سیر تحولات در تعارض قوانین، در رابطه با تطبیق و هماهنگ کردن قوانین ملی کشورها، ابتدا در مذاکرات کنفرانس لاهه در حقوق بین‌الملل خصوصی^۳ دستاوردهای خوبی نصیب کشورهای عضو شده و هماهنگی و مطابقت قوانین کشورهای عضو از آن‌جا پا گرفت. مخصوصاً در سنوات اخیر در سطح اتحادیه اروپا، با تدابیری که در داخل اتحادیه اتخاذ شده، هماهنگی بیشتری در یکسان سازی قوانین به چشم می‌خورد و مقررات پیشگام و مبتنی بر تحلیل منافع اقتصادی در اروپا تصویب و اجرا می‌شوند. کنوانسیون‌های مورد اشاره محور بحث‌های آتی است.

یکم- هم‌نوایی و یکسان‌سازی

۱- برای کم کردن تعارض‌ها در قوانین کشورهای مختلف از جمله در قاره اروپا و به موازات آن در آمریکا یعنی در دو سوی اقیانوس اطلس، سه شیوه برای اهداف مساله تعارض قوانین پدید آمد:

اولین و مهمترین آن انتخاب قانون حاکم است (موضوع فصل‌های بعدی یعنی توسعه و تحول قاعده انتخاب قانون برای حکومت بر قراردادها).

¹ A Court should seek to Effectuate the purpose of its relevant local Law Rules, protection of justified expectations, application of the law of the state of dominant interest, the fundamental policy underlying the board local low feesield involved, see; 52 Clum L. review, pp.959,965,970,978,980 (1952).

² Statement, second, sec, 145(1)... most significant relationship.

^۳ اولین کنفرانس لاهه در رابطه با حقوق بین‌الملل خصوصی در سال ۱۸۹۳ به وسیله دولت هلند برگزار شد. در سال ۱۹۵۱ این کنفرانس به یک سازمان بین‌المللی تبدیل شد و در حال حاضر نزدیک به ۷۰ کشور در آن عضویت دارند.

دومین فعالیت‌های منطقه‌ای برای یکسان‌سازی قوانین ملی کشورهای مختلف برای رفع تعارض مثل کنوانسیون ۱۹۸۰ رم برای اروپا و قانون متحدالشکل تجارت^۱ در آمریکا که با آن به بخشی از اهداف خود رسیده‌اند.

سومین هدف- وضع قواعد خاص برای قراردادهای تجاری فراملی- قواعد متنوع ملی را به حال خود رها کردند و قواعد ماهوی خاص برای قراردادهای فراملی وضع نمودند.^۲ زیرا بر این عقیده‌اند که در نهایت این تفکر به جهانی‌سازی ختم می‌شود.

۲- با گام‌هایی که اروپایی‌ها و آمریکایی‌ها برداشته‌اند، نشان داده‌اند که گرایش‌ها و حرکت‌ها به سمت جهانی‌سازی است و دستیابی به قانون واحد برای دهکده جهانی در هزاره سوم قابل اداره با نظم حقوقی یکسان را در افق دور از انتظار می‌کشند و ساز و کار آن را در منطقه‌ای بزرگ ولی کوچکتر از جهان می‌آزمایند (سازمان تجارت جهانی). شاید این رویاها دور از انتظار نبوده و در نیمه دوم هزاره سوم محقق گردد.^۳

۳- نظام حقوقی کشور ما شاید برای انواع بیع‌های داخلی پاسخی داشته باشد لیکن در پاسخ به برخی نیازهای معاملات بین‌المللی ناتوان است. تنظیم قواعد ماهوی خاص می‌تواند راه‌حل مناسبی برای کشور ما باشد. تعارض قوانین در نظام حقوقی کشور ما ایستایی و رکود غیرقابل انکار هشتاد ساله دارد. یکی از راه‌کارها شاید پیوستن به کنوانسیون‌ها و اصول‌های قراردادهای تجاری بین‌المللی باشد. دولت جمهوری اسلامی با درخواست پیوستن به سازمان تجارت جهانی در سال ۱۳۷۵ و ارائه پاسخ بیش از هفتصد سوال کتبی در سال ۱۳۹۱ راجع به شفاف‌سازی قوانین مرتبط با تجارت بین‌الملل این راه را در پیش گرفته است. قبل از و یا همزمان با پذیرش عضویت کشور ما در سازمان تجارت جهانی تغییرات جهت‌داری در قوانین ایران شروع و تدریجاً حادث می‌شود.

¹ uniform commercial code (UCC).

² Maren Heidemann, methodology of uniform contract Law, Unidroit principles in international legal doctrine and practice, 2007, p.135.

^۳ در ایام حاضر هم اروپا و آمریکا با بحران اقتصادی مواجه‌اند و فریاد اعتراض به نظام سرمایه‌داری گاهی از گوشه و کنار بلند است. واقعه مذکور رویاهایی را که در سر می‌پرورانند به افق دورتر می‌برد.

(الف) - در اتحادیه اروپا - (مقررات رم - یک)

۴- یکسان‌سازی قواعد حل تعارض، که زمانی شکل پیشنهادی داشته از سال ۲۰۰۷ در مورد تعهدات غیر قراردادی و در سال ۲۰۰۸ راجع به تعهدات قراردادی در قالب قانون در اتحادیه اروپا تصویب^۱ و به ترتیب هر یک سال بعد از تصویب لازم‌الاجرا شدند. کمیسیون اروپا طبق درخواست کشورهای عضو پایان سال ۲۰۰۵ پیشنهادی برای تنظیم مقررات در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی^۲ تدوین و تسلیم^۳ نمود. با اصلاحاتی که در آن به عمل آمده سرانجام مقررات شماره ۵۹۳ در سال ۲۰۰۸ به نام رم- یک و قابل اجرا در کشورهای عضو به تصویب شورا و پارلمان رسید و به کشورهای عضو ابلاغ گردید. از این پس گاهی آن را مقررات شماره ۵۹۳ و گاهی مقررات روم- یک می‌نامیم که هر دو به یک مقررات ارجاع می‌دهند. یعنی مقررات اتحادیه اروپا به شماره ۵۹۳ / ۲۰۰۸ معروف به روم- یک.

(ب) - در انگلیس

۵- انگلیس و سرزمین‌های تحت سلطه وی نیز کنوانسیون ۱۹۸۰ رم را به صورت قانون داخلی خود تصویب و در سرزمین‌های متعلق به انگلیس و وابستگان وی از سال ۱۹۹۱ اجرا می‌نماید. در انگلیس ده سال پس از تصویب کنوانسیون رم یعنی در سال ۱۹۹۰ متن کنوانسیون ۱۹۸۰ رم را برای اجرا در سرزمین‌های خود به شکل قانون داخلی به صورت عطف در بند ۱ ماده ۲ آن قانون تصویب کرده و آن را قانون حاکم بر قراردادها نامیده‌اند^۴ و از سال ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا شد.

^۱ پارلمان اروپا مرجع تصویب قوانین و دستورالعمل‌ها است که در روند قانونگذاری نقش ایفا می‌کند. پارلمان از کمیسیون درخواست کرده که هرگونه پیشنهاد مقتضی درباره موضوع‌هایی که به تشخیص وی اتحادیه باید به آن عمل کند، ارائه نماید. (ر.ش. به: حقوق اتحادیه اروپا، ص. ۵). EC Regulations

^۲ [2005] OJ C 169/9.

^۳ COM (2005) 650 final.

^۴ The contracts (applicable law) Act 1990; Benjamin's Sale of Goods, 1997, 5 th/ed, 1844, Para 25-005.

(پ) - در آمریکا

۶- نویسندگان آمریکایی^۱ معتقدند که ورود به حوزه انتخاب قانون حاکم در قراردادهای پیچیده است و هم گیج‌کننده. همان‌طور که در دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین^۲ گفته شد، بخشی از این پیچیدگی‌ها به خاطر وجود انواع مختلف قرارداد و انواع موضوع‌های درون هر قرارداد و همچنین به واسطه وجود تعدد روابط حقوقی در یک قرارداد است. مهمترین دلیل نومیادی نویسندگان حقوقی وجود انواع قواعد حل تعارض برای انتخاب قانون حاکم است که دادگاه‌های آمریکایی در مساله حل تعارض قوانین به کار می‌برند. نظیر این تنوع و پیچیدگی را در بند ۱ ماده ۴ مقررات ۲۰۰۸/۵۹۳ اتحادیه اروپا ملاحظه می‌نمایید.^۳

دوم - ساختار بحث و تقسیم مطالب

۱- در وضعیت وجود تعارض اگر دادگاه در پرونده‌ای صلاحیت خویش را احراز کند، آنگاه درصد تعیین قانون حاکم بر قرارداد بر می‌آید. هر قراردادی متضمن یک یا چند عامل خارجی، موضوع دادرسی در دادگاه باشد قاضی با مساله مشکل و پیچیده تعیین قانون حاکم مواجه می‌شود. مشکلات مورد اشاره خود ناشی از تعدد قراردادهای موضوعی و تنوع عامل‌های ارتباط در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها است، و از مسائل موضوعی پرونده نشأت می‌گیرد. مثلاً هر یک از عوامل زیر ممکن است در کشورهای مختلف به وجود آید- محل انعقاد قرارداد- محل اجرای قرارداد- مرکز امور و فعالیت تجاری طرفین- محل پرداخت- نوع پول پرداختی- اقامتگاه یا تابعیت طرفین قرارداد و نظایر آن. کدام یک از این عوامل ارتباط در زمان اعمال بر پرونده می‌تواند تعیین کننده و قاطع باشد؟ مطالب این بخش پاسخ روشن به آن می‌دهد.

۲- بار حقوقی هر یک از عامل‌های فوق بستگی به نوع قراردادی دارد که در دست بررسی و مبنای رسیدگی است. مثل انواع قرارداد، بیع، قرارداد حمل (زمینی- ریلی- هوایی- دریایی- حمل مرکب)، قرارداد بیمه و

¹Russell J Weintraub, commentary on the conflict of laws, 6 th/ ed, 2010, p, 504.

² statement second, conflict of laws, ch.8, introductory notes (1971).

³ بر خلاف نظام‌های حقوقی آمریکا و اروپا در قانون ایران تمام قراردادهای با هر نوع و کیفیت از هر قبیل که باشند فقط تابع قانون محل انعقاد عقد است و تفاوتی نمی‌کند که عقد مذکور قرار داد استخدام انفرادی باشد یا قرارداد بیمه یا قرارداد نمایندگی یا قرارداد حمل و نقل و...

غیره... و به ماهیت اختلاف هم ربط پیدا می‌کند. مثل صحت و بطلان قرارداد، غیرقانونی شدن قرارداد، انجام نشدن قرارداد یا فقدان اهلیت طرفین و غیره.

در این مساله توجه را باید به دو قاعده معطوف داشت: اول اینکه طرفین در قراردادها می‌توانند قانون حاکم را انتخاب کنند (فصل یکم) و دوم اینکه در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین قانون قابل اعمال قانون کشوری است که به زعم آمریکایی‌ها مهمترین رابطه^۱ را با معاملات و طرفین دارند و به وسیله دادگاه یا دیوان‌های داوری معین می‌شوند (فصل دوم). و بر طبق مشرب کمیسیون ۱۹۸۰ رم نزدیکترین ارتباط^۲ را با آن کشور دارد.

۳- بجز قانون مدنی کشور ما^۳ در بخش تعارض قوانین از سال (۱۳۷۰ تا ۱۳۱۴) تاکنون بدون تغییر باقی مانده، به طوری که گویا در هشتاد سال گذشته هیچ مصلحت جدید و شایسته تغییر حادث نشده، و هیچ اصلاحی ضرورت نیافته، در جهان خارج از مرزهای کشور ما به ویژه فرانسه و بلژیک که قانون مدنی ما مقتبس از قانون آنها است، تحولات فراوانی در این موضوع روی داده که متاثر از کمیسیون ۱۹۸۰ رم "قانون حاکم بر تعهدات قراردادی"^۴ و جدیدترین بازتاب آن در مقررات شماره ۲۰۰۸/۵۹۳ جامعه اروپا است.

فصل یکم - انتخاب قانون توسط طرفین

۱- نویسندگان قانون مدنی ایران هر ایده‌ای که هنگام تدوین ماده ۹۶۸ ق.م. داشته اند، می‌بایست آن را ساده صریح و قابل فهم عموم می‌نوشتند. استفاده از الفاظ مبهم یا ناقص و یا ساکت یا اعمال تبعیض ناروا در متن قانون دستمایه منتقدین را فراهم می‌آورد. علاوه بر این اسباب زحمت شارحین و مفسرین را به همراه دارد و آنان را به تکلف و تلاش خود را برای جلوگیری از لغو بودن قانون به کار گیرند.^۵ قانون‌گذار اگرچه قاعده انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را در ماده ۹۶۸ ق.م. مقرر نموده ولی حق مطلب را ادا

¹the most significant relationship to the translation and the parties.

² most closely connection.

³ جلد اول قانون مدنی از ماده ۱ تا ۹۵۵ در سال ۱۳۰۷ و جلد دوم از ماده ۹۵۶ تا ۱۲۰۶ در سال ۱۳۱۳ و جلد سوم از ماده ۱۲۰۷ تا ۱۳۳۵ در سال ۱۳۱۴ به تصویب رسید.

⁴ متن کنوانسیون را در بخش ضمیمه (آخر کتاب اول) ملاحظه نمودید.

⁵ رجوع شود به: ایران‌پور فرهاد، نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، ۱۳۹۰، صص ۶۳ تا ۷۸.

نکرده است. در این ماده به حق انتخاب^۱ قانون حاکم توسط طرفین و تعیین قلمرو آن اشاره‌ای نشد. هیچ نوع قراردادی از شمول آن مستثنا نگردید. در واقع قاعده حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد وقتی به کار می‌رود که طرفین قانونی برای حاکمیت بر قرارداد تجاری انتخاب نکرده و بر این فرض استوار است که قرارداد مانند دیگر پدیده‌های اجتماعی دارای پایگاه مکانی است. به این معنی که در مکان معینی محقق می‌گردد.^۲ حاکم کردن قانون محل انعقاد راحت و منطقی است. لذا هم بر ماهیت قرارداد و هم بر صحت و اعتبار شکل تنظیم آن یک قانون اعمال می‌شود. البته در حال حاضر با توجه به تجارت الکترونیکی علاوه بر اشکالاتی که برای تعیین مکان تشکیل قرارداد مکاتبه‌ای مطرح می‌شود مشکل تعیین محل وقوع عقد را نمی‌توان انکار کرد.

۲- عبارت صدر آن مقرر می‌دارد: ((تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است...)) این قاعده در بستر تعهدات قراردادی وضع شده، لیکن اطلاق آن مجال دسته‌بندی و تفکیک قراردادها را نمی‌دهد. تا بتوان راجع به شمول آن بر برخی از قراردادها و عدم شمول آن بر بعضی دیگر سخن گفت. هر عقدی اعم از معین یا بی‌نام و در قواره ماده ۱۰ قانون مدنی در رابطه با معاملات یا روابط حقوقی دیگر، انتخاب قانون حاکم برای همه انواع قرارداد فقط با ضابطه ((قانون محل وقوع عقد))^۳ صورت می‌گیرد.

۳- استعمال مطلق واژه تعهدات در این ماده اجازه نمی‌دهد در کنار قاعده مطلق ((حاکمیت قانون محل وقوع عقد)) قاعده استثنایی سر برآورد. ماده ۹۶۱ به مالکیت و تصرف اموال منقول و غیرمنقول می‌پردازد ارتباطی با قراردادهای ناقل عین یا منفعت ندارد. لذا با بیانی که ماده مذکور دارد فرصت بحث و مجال اظهار عقیده باقی نمی‌ماند. از توضیحات عالم فقید و جلیل‌القدر^۴ برمی‌آید که نه تنها در قراردادها بلکه در ایقاعات وقایع حقوقی و ضمان قهری هم وضع به همین منوال است. بیان پرمعنای ایشان می‌رساند که مطلق تعهدات خواه قراردادی باشد و یا غیر قراردادی، به ناچار در نظام حقوقی ایران تماماً با همین یک قاعده به سامان می‌رسند.

۴- تعهدات بزرگترین عامل توزیع ثروت و وسیعترین روابط حقوقی بین اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی در

^۱ از تفسیر موسع ماده ۱۰ ق.م. می‌توان به حاکمیت اراده طرفین قراردادهای خصوصی دست یافت.

^۲ ایران‌پور فرهاد، همان، ص ۳۲.

^۳ Lex loci contractus.

^۴ کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ اول ۱۳۷۷، ص ۵۸۴.

جهان معاصر است. کشورهای مولد تکنولوژی به سود حاصله از تجارت کالا کم میل شدند و آن را برای جهان سوم یا کشور پرجمعیت و پرکار مثل چین کنار گذاشته‌اند. تمام همت خود را به سمت تجارت خدمات و سودآورتر از آن به سمت تجارت دانش یعنی دارایی‌های غیر عینی صرف می‌نمایند. آمار^۱ یک دوره بیست ساله از سال ۱۹۸۲ تا ۲۰۰۲ نشان می‌دهد به تجارت کالا در سال ۱۹۸۲ حدود ۶۲٪ کل تجارت این کشور را تشکیل می‌داده و در سال ۲۰۰۲ یعنی حدود بیست سال به اندازه‌ای دگرگون شده که حجم تجارت دانش و خدمات به ۸۷٪ افزایش یافته و تجارت کالای عینی به ۱۳٪ تقلیل یافت.

۵- مقصود از ذکر آمار فوق توجه به این نکته است که انواع قراردادهای انتقال قراردادهای حقوق مالکیت معنوی و قراردادهای لیسانس و قراردادهای خدمات و همچنین قراردادهای فرانشیز در تجارت بین‌الملل در داد و ستدها مورد استفاده قرار می‌گیرند. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران (قانون مدنی) نام یا نشان سامان یافته‌ای از این نوع معاملات یافت نمی‌شود و هیچ قاعده‌ای برای چگونگی حل تعارض قوانین در این زمینه به طور جداگانه وضع نشده است. آیا این دسته از معاملات هم بایستی تابع قاعده محل وقوع عقد باشند یا ساز و کار و قواعد دیگری نظیر قانون کشور محل پیدایش اثر^۲ و ثبت آن یا قانون کشوری که حمایت از حقوق مالکیت معنوی از دادگاه آن درخواست می‌شود^۳ و یا قاعده‌ای دیگر می‌طلبند.^۴

۶- نکته دیگری که در ساختار سازمان تجارت جهانی^۵ وجود دارد آن است که داد و ستدها در تجارت بین‌الملل در سه گروه عمده سامان یافته‌اند، عبارتند از: (۱)- تجارت کالا،^۶ و (۲)- تجارت خدمات^۷، و (۳)- تجارت دانش^۸.

¹ Melvin F. Jager, licensing Law handbook, Thompson west, 2009.p.3.

² Lex origin.

³ Lex protectionis.

^۴ عمده بحث تعارض قوانین در زمینه تعرض به حقوق مالکیت معنوی است و در کتاب مستقل راجع به قانون حاکم بر اموال غیر مادی بحث به عمل می‌آید. در مورد قراردادهای مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی حتی در مقررات اتحادیه اروپا (رم-یک) قاعده جداگانه‌ای بیان نگردید.

⁵ World Trade Organisation (WTO)

⁶ general agreement on tariffs and trade (GATT).

⁷ general agreement on trade of services (GATS).

⁸ trade related aspects of intellectual property rights (TRIPs).

تجارت کالا با سابقه طولانی پدیده نوظهوری نیست. قدمت آن تا بدانجا می‌رسد که در فقه و قانون عقد ناقل ملکیت را فقط در بیع عین به عوض معلوم شناخته‌اند.^۱ در تجارت خدمات بارزترین مصداق آن در نظام حقوقی کشور ما اجاره شخص در قانون مدنی است و چند مصداق محدود دیگر در سایر قوانین یافت می‌شود. مثل وکالت و نیابت... و نظایر آن. اگرچه حقوق مالکیت معنوی در کشور ما عمر کوتاهی دارد لیکن در سایر نقاط جهان سابقه آن به بیش از چهارصد سال می‌رسد. در آن کشورها تجارت رو به رونقی شناخته شده در آمار فوق متجلی است.

۷- با توجه به توسعه فزاینده روابط اشخاص و بین‌المللی شدن تعاملات و زندگی امروزه کمتر رژیم حقوقی بتواند یافت که با یک قاعده کلی مثل ((قانون محل وقوع عقد)) همه مسائل قراردادی را به سامان برساند. تردیدهای فراوان نویسنده را روانه بازار حقوقی بیگانگان نموده تا در تفکر ملل دیگر کاوش کند و منطق ملت‌های دیگر را در این خصوص بیازماید. و با راهنمایی کلام گهربار قرآن مجید^۲ برای صاحبان خرد و تعقل راهی بیابد. مشروط بر این که به اقوال مختلف گوش فرا داده و از بهترین آن پیروی کنند. جدیدترین سند حقوقی قاره اروپا که ادعا می‌شود دستاورد تلاش نزدیک به سه هزار حقوقدان است، یعنی مقررات روم- یک (اتحادیه اروپا) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۸- در این میان آمریکایی‌ها معتقدند که از دهه ۱۹۷۰ میلادی با تدوین دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین، انقلابی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی به وجود آورده‌اند^۳ و تا قبل از ظهور مقررات رم یک و دو همین داعیه را در سر داشتند. در سال ۱۹۹۰ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، به عنوان قانون داخلی انگلیس پذیرفته شد. در موقعیت‌های مناسب نگاهی به واقعیت‌ها و ادعای آنان می‌شود و

^۱ برخی از فقهای متأخر آن را مبادله مال به مال تعریف نموده‌اند که با تفسیر موسع می‌توان مفهوم وسیعتر از آن به دست داد.
^۲ قرآن مجید سوره الزمر آیه ۱۸ - ... فبشر عباد اللذین یستمعون القول و یتبعون احسنه اولئک الذین هدیهم الله و اولئک هم اولوالالباب.

^۳ ساکنان دو قاره آمریکا و اروپا بر طبق مکتب "عینی‌گرایی- اقتصادی" معتقدند که هدف از انعقاد قرارداد اجرای آن است و قرارداد در هر جا که اجرا شود پایگاه مکانی قرارداد همان‌جا است و قانون همان محل (محل اجرا) باید بر آن حاکم شود. می‌گویند تعیین محل اجرا به اندازه تعیین محل انعقاد مشکل نیست. اگرچه می‌توان گفت که محل اجرا می‌تواند متعدد یا نامعلوم باشد. لیکن این قاعده چون با منافع تولید و صادرکنندگان محصول و تکنولوژی همسو است، مشکل تعیین محل اجرا کم‌اهمیت معرفی می‌شود و با ذائقه کشورهای قاره اروپا و آمریکا سازگار است.

با طرز تفکر و منطق ایشان آشنا خواهید شد. کنکاش در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم به عنوان قانون انگلیس و در مقررات رم- یک در اتحادیه اروپا^۱ نشان می‌دهد که با توسل به نظریه‌ها و قواعد نظیر: (۱)- قانون محل سکونت مشترک طرفین و (۲)- قانون محل دارای ارتباط نزدیک‌تر برای تعیین قانون حاکم،... قواعد یکسانی به وجود آورده‌اند. قواعدی از این قبیل در سنوات اخیر (۲۰۱۵) به شکل اصول کلی تعارض قوانین برای ترغیب سایر قانون‌گذاری به وسیله سازمان عمدتاً اروپایی (کنفرانس لاهه) به جهان امروز عرضه شد.^۲

مبحث یکم - آزادی انتخاب قانون حاکم (حاکمیت اراده)

۱- سازمان کنفرانس لاهه در اصول ۲۰۱۵ تعارض قوانین^۳ و انگلیس در قانون ۱۹۹۰ (کنوانسیون رم) و اتحادیه اروپا در مقررات ۲۰۰۸/۵۹۳ (رم- یک) و آمریکایی‌ها در دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین^۴ و ایران در قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ و برخی کشورهای دیگر به عنوان یک اصل پذیرفته‌اند که اغلب موضوع‌های مربوط به قرارداد تحت حاکمیت قانونی خواهد بود که از آن به عنوان قانون حاکم^۵ یا قانون قابل اعمال^۶ بر قرارداد و یا "قانون مناسب"^۷ یاد می‌شود. این قانون بر تشکیل و وجود قرارداد نیز حکومت دارد. علاوه بر قانون قابل اعمال، قانون دیگری بر برخی از موضوع‌های قرارداد، مثل اهلیت طرفین اعمال خواهد شد. به هر حال

^۱ بنیادی‌ترین اصول کنوانسیون و مقررات رم- یک عبارتند از:

الف) طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد فیما بین آزاداند، و

ب) در صورت عدم انتخاب قانون حاکم، قرارداد تابع قانون کشوری خواهد بود که با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد، و
پ) در برخی از قراردادها که قدرت معاملی متعادل نیست و طرفی که در موضوع معاملی ضعیف‌تر قرارداد به حمایت خاص نیاز دارد. به همین منظور برای برخی از قراردادهای مصرف‌کننده و قرارداد کار اشخاص و عقد بیمه مقررات مخصوصی در آن پیش‌بینی نموده‌اند.

^۲ principles on choice of law in international commercial contracts; 19 March 2015. see <http://hcch.net.php?act>.

^۳ the parties choice of law must be distinguished from the terms of the parties Primary contractual arrangement ("main contract").

^۴ Eckart Guttshalck, Conflict of laws in a Globalized world, 2007, p.155 .&.187 and UCC, 1-105, footnote NO.9; The Hague principles on choice of law, 19 March 2015, art.2.

این ماده در سال ۲۰۰۱ توسط کنفرانس ملی سازش حقوق ایالت‌ها اصلاح و همچنین متن قسمت ۱-۳۰۱ مقررات یو سی سی هم اصلاح شد.

^۵ Governing law.

^۶ applicable law...cf; Eckart Guttshalck, ibid, P.157; see also Peter stone, EU private international law, 2006, P. 272; Russel J Weintraub, op. cit, p. 513.

^۷ Proper law; Benjamin's sale of goods, 1997, 5 th/ed, 1842m Para 25-001.

قانون قابل اعمال بر قرارداد بر اساس قواعد مندرج در بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و بند ۱ مواد ۳ و ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و بند ۱ مواد ۳ و ۴ مقررات رم- یک معین می‌شود. این مواد: (اولاً)- به انتخاب قانونی اشاره می‌کنند که طرفین قرارداد به طور صریح بر آن توافق کرده‌اند (اصل آزادی انتخاب قانون حاکم)^۱ یعنی قرارداد تابع قانون منتخب طرفین است. هدف و موضوع حاکمیت اراده در قوانین مذکور نه فقط تعیین جایگاه اصلی قرارداد بلکه انتخاب قانون قابل اعمال نیز^۲ هست.

(ثانیاً)- به طور ضمنی به انتخاب قانونی اشاره دارد، که طرفین به طور شفاف و آن توافق دارند، یعنی از شرایط قرارداد و از اوضاع و احوال آن معلوم و به طور معقول قابل اثبات است.^۳

(نهایتاً)- در صورت عدم انتخاب قانون، در بیشتر موارد اماره محل سکونت اجراکننده تعهدات قراردادی محل اجرا^۴ سبب می‌شود که قانون کشور دارنده نزدیک‌ترین ارتباط^۵ با قرارداد، انتخاب گردد. این معیار به تعیین کشوری اشاره دارد که اجراکننده قرارداد در آن جا سکونت دارد.

۲- در ماده ۱۵ کنوانسیون و ماده ۲۰ مقررات رم- یک آمده است که تنها قانون ماهوی داخلی کشور مربوطه بدون توجه به قواعد حل تعارض آن کشور اعمال می‌شود^۶ یعنی در تعهدات به دلیل نبود تعارض و منفی احاله جاری نمی‌گردد. این قاعده در سال ۱۳۷۶ در بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با این بیان " ... قواعد حل تعارض مشمول این حکم نمی‌باشد... " و در ماده ۸ اصول ۲۰۱۵ لایحه نیز آمده است. قاعده موصوف را برای قانون حاکم بدین خاطر وضع کرده‌اند که مطابق اهداف اولیه حقوق قراردادهای، به انتظارات کشورهای متعاقد در کنوانسیون رم و کشورهایی که آزادانه به اصول ۲۰۱۵ لایحه عمل می‌کنند احترام بگذارند و از آن حمایت کنند.

¹Eckart Guttshalck, op. cit, p.155; Benjamin's sale of goods, op. cit, 1844, Para 25-006.

^۲ مجله حقوقی، مقاله پل لاگا رد ترجمه دکتر محمد اشتری، شماره بیستم، سال ۱۳۷۵، ص ۳۱۴.

³demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the Circumstance of the case; Benjamin's Sale of Goods, op. cit, 1846, Para 25-008.

⁴ Lex loci solutionis.

⁵ most closely connected with the contract. or closest and most real connection.

^۶ قواعد سنتی انگلیس احاله را نمی‌پذیرد. بطور کلی در تعهدات احاله راه ندارد. رش. به: J G Collier, op. cit, p. 204.

۳- صرف نظر از محکمه متکفل پرونده، اصل معلوم بودن قانون برای دادرسی و قابل پیش‌بینی بودن نتیجه رسیدگی‌ها، و راحتی تجارت، و یک‌نواختی نتیجه^۱ دادرسی را تقویت می‌کند و در نهایت انجام تجارت را تسهیل و اسباب رشد بازرگانی و ترقی تجارت بین‌الملل را فراهم می‌نماید.

۴- مواد ۷ و ۱۶ کنوانسیون رم و مشابه آن مواد ۹ و ۲۱ مقررات رم- یک و ماده ۱۱ اصول ۲۰۱۵ لاهه مثل ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران مواردی نظیر نظم عمومی و منافع برتر را مطرح می‌کنند. در مواردی که قانون مناسب قابل اعمال است اگر با نظم عمومی قانون مقرر دادگاه چالش داشته باشد تا آن حد چالش دارد در حدود همان مقرر قابل اعمال نیست. لیکن در عوض قواعد ویژه مقرر در قانون مقرر دادگاه جایگزین آن می‌شود (استثنا بر اصل حاکمیت اراده)^۲

گفتار یکم- تعارض در اعتبار قرارداد:

۱- اگر قرارداد معتبری میان طرفین وجود داشته باشد، لازم است توجه ویژه برای انتخاب قانون حاکم معطوف گردد. تعارض در اعتبار قرارداد وقتی مطرح می‌شود قانون ملی یکی از طرفین با این مساله در چالش باشد و مقررهای در آن قانون برخی از بندهای قرارداد را بی‌اعتبار بداند. بندهایی که با اعمال قانون معین بی‌اعتبار می‌شوند در تجارت بین‌الملل شرط باطل^۳ نامیده می‌شود. یکی از سایر شروط و بندهای دیگر قرارداد به اعتبار خود باقی می‌ماند.

۲- غالباً در در این قبیل موارد متعاقدين شرطی را در قرارداد می‌گنجاند که به موجب آن شرط در صورت بی‌اعتبار شدن برخی از بندهای قرارداد در قلمرو قضایی یک طرف یا هر دو طرف یا به موجب قانون حاکم، سایر قسمت‌های باقیمانده از قرارداد معتبر بوده و اجرا گردد^۴. در این حالت دادگاه یا دیوان‌های داوری طرفین را به سمت انتخاب‌بندی معتبر به جای بندهای بی اعتبار دلالت می‌نماید و از آنان می‌خواهند با حفظ تعادل

¹ Certainty, predictability commercial convenience, and uniformity of results.

² Eckart Guttschalk, op. cit, P. 158-9; Benjamin's sale of goods, op. cit, 1845, Para 25-006.

³ Invalid Clause, see Russell J Weintraub, Op. cit, P.511-13; J G Collier, op. cit, p. 207.

⁴ Partial validity.

اقتصادی زمان انعقاد قرارداد بند جدیدی را جایگزین بند باطل بنمایند که در پرتو قوانین تاثیرگذار اعتبار و قابلیت اجرا داشته باشند.

۳- به موجب قانون یک طرف بندهایی از قرارداد بدین گونه بی اعتبار می گردند، در عین حال ممکن است قانون کشور طرف دیگر همان بندها را معتبر و قابل اجرا بشناسد. اگرچه قصد و اراده واقعی طرفین در این قبیل قراردادها معلوم است و یا به طور واقع بینانه می توان آن را احراز نمود (ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م). اما قانون کشور طرف دیگر قرارداد، همان مواد یا بندها را نافذ ندانسته و قابل اجرا به حساب نمی آورد. در چنین اوضاع و احوالی این پرسش به میان می آید که آیا قانون منتخب بندهای مذکور را قابل اجرا می داند و یا اصلاً اعتبار یا عدم اعتبار آن بندها ربطی به قانون منتخب ندارد؟

۴- اگر قصد طرفین احراز نشود وضع به مراتب مشکل تر خواهد شد. زیرا مهمترین رکن عقد یعنی قصد طرفین نامعلوم است و عقد به واسطه نامعلوم بودن قصد باطل می گردد. مثل قرارداد صوری که در آن دو طرف عقد قصد نتیجه عقد را ندارند.

مثال: کارخانه سازنده کولر موافقت می کند که تولیدات خود را به یک عمده فروش (خریدار کلی) خارجی بفروشد. سپس کارخانه دچار آتش سوزی می شود و نمی تواند آن طور که تعهد کرده به عهد خود وفا کند. آیا تولیدکننده از انجام تعهد معاف است یا باید به خریدار خسارت بپردازد؟

اگر قرارداد اجرا بشود سود قابل انتظار عاید خریدار عمده خواهد شد، لیکن خریدار عمده با عدم دریافت کالا از دریافت سود قابل انتظار محروم می شود. قانون حاکم به آن پاسخ می دهد.

طرفین مساله را می توانند به یکی از دو طریق حل و فصل کنند. اگر آن ها قصد خود در این موضوع دایر بر ایجاد روابط حقوقی (التزام برای خویش) را ابراز نکرده باشند، دادگاه بایستی آنچه را که آن ها ابراز نکرده اند، به نحوی بیابد و خلاء را پر کند. آیا اوضاع و احوال پرونده و موضوع های آن پس از تعبیر یا تفسیر به وجود قصد مشترک منتهی می شود؟ در صورت وجود قرائن قصد متعاقبین احراز خواهد شد.

در مثال فوق فرض کنیم که معامله دو کشور (ترکیه تولید کننده) و (ایران خریدار عمده) ربط داشته باشد، اگر قانون کشور ترکیه تولیدکننده را معاف از مسئولیت بداند (فورس ماژور)، ولی قانون ایران مورد را از مصادیق

فورس ماژور نشناسد، مساله مشکل انتخاب قانون پیش می‌آید. بنابراین قانون یکی از آن دو کشور به اراده طرفین در این موضوع وقتی آثار اجرایی می‌دهد که قصد آنان معلوم باشد.

۶- ولی اگر قصه واقعی آن‌ها احراز نشود دادگاه کشورهای مذکور ممکن است موضوع قرارداد را متفاوت از یکدیگر تعبیر کند. یعنی یک قانون آن را فاقد اثر و دیگری همان بند را معتبر بشناسد.

بر خلاف تعبیر موضوع‌های قرارداد، خاصیت تفسیر این است که قصد طرفین را بیابد و به آن ترتیب اثر دهد. به همین دلیل تفسیر فی نفسه^۱ با مشکل انتخاب قانون سر و کار ندارد بلکه به کمک یک سری اصول انجام می‌شود. البته مشکل تعارض قوانین در مورد قابل پذیرش بودن ادله اثبات وجود قصد ممکن است بین دو قانون پیش آید. لذا لازم است ابتدا به مساله اعتبار قرارداد پرداخته شود و سپس به تعبیر مسائل موضوعی قرارداد مشغول شوند.

۷- اهمیت انتخاب قانون حاکم در مساله تعیین خسارات نقض تعهدات قراردادی برجسته‌تر و شفاف‌تر می‌شود. بر حسب این که کدام قانون حاکم شود نتیجه دادرسی در احکام صادره تغییر خواهد کرد. به دلیل تنوع فراوان در قواعد تعیین اعتبار قرارداد مساله پیچیده‌تر می‌گردد.

۸- قرارداد مصرف‌کننده و قرارداد حاوی اموال غیرمنقول در ماده ۹ کنوانسیون رم قاعده کلی و قاعده خاص دارد. قراردادهای رسمی (خاص) هم نمونه دیگری از آن است که اعتبار و صحت آن به شکل و فرم آن مربوط می‌شود ولی شرایط عقد ضمان و قرارداد فروش زمین اعتبار و صحت خود را از محدودیت شکلی خود کسب می‌کنند. بنابراین اگر قراردادی بر طبق شرایط مقرر در قانون محل انعقاد قرارداد^۲ یا قانون حاکم تنظیم شده باشد معتبر است. تحمیل شرایط شکلی در قوانین جدید کاهش یافته و در جوامع پیشرفته قراردادها به جای تکیه بر رعایت کامل مقررات شکلی بیشتر به قصد و رضای طرفین تکیه می‌کنند.

۹- برخی از کشورها در مسائل شکلی قوانین مدبرانه‌تری دارند^۳ و منافع آنان با اعمال قواعد کمیسیون تأمین می‌گردد. لذا قرارداد را از حیث شکل در موارد زیر معتبر می‌دانند:

¹ Restatement (second), sec.204, comment (a).

² Lex loci contractus.

³ ABLA MAYSS, Principles of Conflict of Laws. 3rd/ed, P. 134.

(الف) - طرفین در زمان انعقاد قرارداد در یک کشور ساکن هستند، شرایط مقرر در قانون حاکم یا قانون محل انعقاد عقد را مراعات کرده‌اند.

(ب) - متعاقبین در زمان انعقاد قرارداد برای کشور ساکن نیستند، شرایط مقرر در قانون حاکم یا قانون هر یک از محل‌های حضور آنان را رعایت کرده‌اند،

(پ) - نماینده یک طرف قرارداد را منعقد کرده و مقررات کشور محل فعالیت نماینده رعایت شده است.

(ت) - قواعد فوق بر قراردادهای مصرف‌کنندگان داخل در چارچوب ماده پنج کنوانسیون اعمال نمی‌شود صحت و اعتبار قرارداد مصرف‌کننده تابع قانون محل سکونت عادی مصرف‌کننده خواهد بود.

(ث) - قرارداد واجد حقی بر، یا استفاده از، اموال غیرمنقول مادامی که تابع قواعد عام اعتبار شکلی قراردادها است. در این قبیل موارد باید هر نوع شرایط مقرر در قانون محل وقوع ما را رعایت کنند، زیرا رعایت قانون محل وقوع مال غیرمنقول الزامی است. سندی که در زمان حکومت قابل قانون قبلی معتبر بوده، تغییر بعدی در قانون حاکم اعتبار شکلی آن سند را از بین نمی‌برد.

گفتار دوم - حق انتخاب در قانون ایران:

۱- با توسل به قاعده آزادی طرفین و حاکمیت اراده در قراردادها، طرفین می‌توانند قانون مورد قبول خویش را بر روابط قراردادی فیما بین حاکم کنند (ماده ۱۰ ق. م. و بند ۱ ماده ۲۷ ق. د. ت. ب. ۱۳۷۶). اغلب کشورها در قوانین خود به حق انتخاب قانون در قراردادها تصریح کرده‌اند.^۱

۲- قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران آزادی اراده طرفین در گزینش قانون حاکم بر قرارداد (بند ۱ ماده ۲۷ ق. د. ت. ب. ۱۳۷۶) را به این معنی می‌داند که طرفین قرارداد حق دارند از میان نظام‌های مختلف حقوقی، قانونی که مناسب تشخیص می‌دهند انتخاب و بر قرارداد مربوطه جاری کنند، مگر این‌که بخشی از قانون منتخب با نظم عمومی و قواعد آمره مقر دادگاه در تعارض باشد.^۲ در این صورت آن حد تعارض دارد بر

^۱ مراجعه شود به: الماسی نجاد علی، تعارض قوانین، ص ۲۰۴، و ارفع‌نیا بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، ص ۴۲ و از همین مولف داوری‌های بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، صص ۳۹۴ تا ۳۹۶.

^۲ Eckart Guttshalck, Conflict of Laws in a Globalized World, 2007, P. 160.

قرارداد یا اختلافات ناشی از آن قابل اعمال نخواهد بود. از زمان تصویب قانون مدنی تا سال ۱۳۷۶ حق انتخاب قانون در ادبیات حقوقی داخلی منشا اختلاف نظر بوده است.

بند یکم - از سال ۱۳۱۳ تا ۱۳۷۶

۱- قانون‌گذار ایران علیرغم پذیرش آزادی حاکمیت اراده در حد نص ماده ۱۰ قانون مدنی در حوزه معاملات^۱ در ظاهر متن مبهم ماده ۹۶۸ قانون مدنی به حق انتخاب قانون به وسیله متعاقدين ایرانی به هر دلیل تصریح نکرده ولی حاکمیت اراده اتباع خارجه طرفین عقد را پذیرفت.

آیا ماده ۱۰ قانون مدنی با تفسیر موسع به خودی خود می‌تواند آزادی انتخاب قانون حاکم در قراردادهای خصوصی را تامین کند و اعتبار آن به گونه‌ای تفسیر شود که بند انتخاب قانون حاکم در همان قرارداد خصوصی را در بر گیرد؟ یعنی با این تفسیر انتخاب قانون حاکم در قراردادها بر طبق مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی مجاز به حساب آید.

شاید بتوان گفت وقتی که قانون‌گذار توافق طرفین بر تمام ارکان یک قرارداد خصوصی (اعم از داخلی یا بین‌المللی) را تحت نام "قراردادهای خصوصی" معتبر می‌شناسد، یعنی قبول دارد که اراده طرفین عقد می‌تواند کل ساختار یک قرارداد خصوصی را در پرتو اراده آزاد توانمندانه خلق کند. شرط انتخاب قانون حاکم بر همان قرارداد که در میان سایر شرایط و شروط قراردادی خود یکی از اجزای آن قرارداد خصوصی است، به طریق اولی معتبر خواهد بود.

بنابراین اگرچه قانون‌گذار در بخش معاملات حق انتخاب قانون حاکم توسط طرفین را صریحا بیان نمی‌کند ولی با تفسیر موسع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان به حق انتخاب قانون رسید. هیچ دلیلی برای تفسیر مضیق ماده ۱۰ ق. م. وجود ندارد.

۲- با ذکر عبارت "... به شرطی که مخالف صریح قانون نباشد..." اعتبار عام توافق‌های خصوصی را^۲ مقید می‌کند. قانون‌گذار در سال ۱۳۱۳ با وضع ماده ۹۷۵ قانون مدنی در حقیقت عبارت ذیل ماده ۱۰ ق. م. (قاعده

^۱ کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول ۱۳۷۷، ص. ۳۲. این ماده حاوی اصل آزادی قراردادهای است و به حکومت اراده نیز دامنه گسترده‌ای می‌بخشد و آن را از حصار عقود معین خارج می‌کند.

^۲ کاتوزیان ناصر، همان، ص. ۳۲. نفوذ قرارداد، علاوه بر قانون مشروط به این است که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد.

استثنا) را تفسیر می‌کند. لذا ماده ۹۷۵ ق.م. مفسر عبارت ذیل ماده ۱۰ ق.م. است. در این رابطه این سؤال به میان می‌آید که آیا انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به وسیله متعاقدین فی نفسه با نظم عمومی و قواعد آمره و یا اخلاق حسنه و احکام شرع مغایرت دارد یا خیر؟

در پاسخ باید گفت انتخاب قانون حاکم ولو قانون خارجی در حوزه معاملات (قراردادهای خصوصی) عموماً با نظم عمومی و قواعد آمره و یا اخلاق حسنه و یا احکام شرع و یا با حاکمیت دولت اصطکاکی ندارد و معاملات نامشروع یک مکاسب محرمه محدود بوده و فی نفسه در ایران قابلیت اجرایی ندارند. ماده ۹۷۵ ق.م. دخالت دولت به معنای اعم را محدود به مصالح اجتماعی و اقتصادی و اخلاقی جامعه و رعایت مقررات شرع نموده، تنها در قراردادهای دولتی محدودیت بیشتری^۱ وضع شده است.

۳- اگر قرارداد در چارچوب قوانین تاثیرگذار ابطال گردد طبیعی است بند انتخاب قانون حاکم که یکی از اجزای آن است به طریق اولی باطل خواهد شد. زیرا بند انتخاب قانون در قراردادها مثل بند انتخاب شرط داوری نیست و مستقل از قرارداد تجاری محسوب نمی‌شود. تاکنون هیچ نظر مخالف معتبری مبنی بر منع حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در رویه قضایی ایران به وجود نیامده و در سوابق قضایی مضبوط نشده است.

۴- نبود نظر مخالف، موید استدلال فوق از و تایید می‌کند که طرفین حق انتخاب قانون را داشتند. از سوی دیگر آراء و احکامی که دلالت بر تایید انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نمایند هم اندک^۲ است.

قانون‌گذار سال ۱۳۰۷ و ۱۳۱۳ در حالی که در مقام بیان و تعیین تکلیف قانون حاکم بر عقد در ماده ۹۶۸ قانون مدنی است نسبت به تصریح حق انتخاب قانون حاکم امتناع و یا حداقل سکوت کرده است.

^۱ رجوع شود به آیین نامه معاملات دولتی و شرایط مناقصه و مزایده.

^۲ حکم شماره ۱۴۷۸ مورخ ۱۳۵۱/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی کشور (این حکم در آرشیو پرونده‌های قضایی دیوانعالی کشور بدون انتشار باقی ماند). در این پرونده انتخاب قانون حاکم غیر از قانون محل وقوع عقد مورد تایید قرار گرفت.

۵- احتمال دیگر این است که، قانون‌گذار ۸۰ سال قبل نسبت به بلوغ حقوقی عامه مردم و توانایی آنان مردد بوده و اشخاص را برای انتخاب قانون‌حاکم بر روابط قراردادی در آن عصر^۱ مستعد نیافت. این توجیه نمی‌تواند قانع‌کننده باشد. زیرا قانون‌گذار احترام به آزادی اراده اشخاص در روابط معاملی را در مواد مختلف قانون مدنی از جمله مواد ۱۰ و ۲۲۰ و ۲۲۱ و... را در روابط معاملی پذیرفته و به طرفین قرارداد اجازه داده که در صورت توافق اراده حقیقی آنان با اولویت اول در حوزه معاملات حاکم گردد.

بند دوم- بعد از ۱۳۷۶

۱- احتمال دیگر آن است که علیرغم ضروری بودن تصریح حق انتخاب، قانون‌گذار از ذکر آن غفلت نمود. به دلیل وجود این نقیصه در صدر ماده ۹۶۸ ق.م. قانون‌گذار سالیان اخیر این نقص را در قانون داورى تجارى بین‌المللی ۱۳۷۶ جبران نمود. بند ۱ ماده ۲۷ این قانون تصریح می‌کند که هیات داورى بر اختلافات همان قانونی را اعمال خواهد کرد که طرفین برگزیده‌اند و این یعنی تاکید بر عقل انتخاب قانون حاکم بر قرارداد. بنابراین تایید قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ بدین معنی است که حق مذکور از اساس مشروع و با نظام حقوقی ایران سازگار است. این نتیجه به نظرم معقول می‌آید و قانون‌گذار در سال ۱۳۱۳ به دلایل دیگری^۲ از ذکر حق انتخاب قانون حاکم خودداری نمود.

۲- اصل حاکمیت اراده رشته مسائل کاملاً شناخته شده‌ای را به دنبال دارد و شامل قانونی می‌شود که طرفین انتخاب کرده‌اند و هم قانون به معنی خاص آن را شامل می‌گردد که به وسیله دادگاه و دیوان‌های داورى انتخاب می‌گردد. اگر قراردادی بین دو ایرانی یکی مقیم ایران و دیگری مقیم خارج منعقد شود و مقرر کنند که تمام بخش‌های قرارداد بایستی در ایران اجرا گردد ولی به موجب صدر ماده ۲۷ قانون داورى تجارى

^۱ در دوران حکومت سلسله قاجار و همچنین در ایام حکومت سلسله پهلوی خصوصاً زمان تدوین و تصویب قانون مدنی بیش از نود درصد مردها و بیش از نود و پنج درصد زنان بی‌سواد بودند و حتی بخشی از قشر باسواد فقط با خواندن قرآن و برخی از احکام شرعی آشنا بوده و از تعلیمات عمومی رایج عصر فعلی محروم بوده‌اند.

^۲ سال ۱۳۱۳ منطبق با سال ۱۹۳۴ میلادی است. آمریکایی‌ها در این سال مشغول تدوین اولین قانون تعارض قوانین بودند. در حالی که محاکم آمریکا آزادی قراردادی (حاکمیت اراده) را برای اتباع داخلی روا می‌داشتند، نویسندگان حقوقی بویژه آقای Joseph H. Beale گزارشگر اولین تعارض قوانین معتقد بود در خصوص اتباع داخلی انتخاب قانون حاکم مسأله‌ای مربوط به حاکمیت دولت است و طرفین قرارداد نباید نسبت به انتخاب قانون دیگر آزاد باشند برای آگاهی بیشتر رجوع شود به: ECHART GOTTSCHALK, Conflict of Laws in a Globalized World, 2007, p. 157, footnote no.20.

بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، طرفین قانون ترکیه را به عنوان قانون حاکم (در بند مربوط به قانون حاکم) در قرارداد بگنجانند. چنین انتخابی در تمام دادگاه‌های ایران معتبر می‌باشد. ولی مقررات قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران برای حل اختلاف بین ایرانیان دو طرف قرارداد جاری نمی‌شود.

از این رو هر گاه دو طرف قرارداد اتباع ایرانی باشند، یکی ساکن ایران و دیگری ساکن اتریش، مفاد بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری بر آن شمول ندارد. از مفاد ماده ۹۶۸ ق.م. برمی‌آید که اگر طرفین اتباع خارجه باشند می‌توانند قرارداد فیما بین را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند. مفهوم مخالف این استثنا آن است که به حق انتخاب طرف‌های ایرانی قرارداد تصریح نمی‌کند و معلوم نیست که حق انتخاب قانون کشور دیگر را دارند یا ندارند، قانون محل انعقاد عقد بر روابط آنان بنا به اراده قانون‌گذار حاکم می‌گردد.

یعنی روشن نیست که اتباع ایرانی می‌توانند قانون خارجی را به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند یا چنین حقی ندارند. ولی برای اتباع خارجی این حق وجود دارد. ناچار در چنین حالتی باید به عموماً ماده ۱۰ قانون مدنی روی آورند تا ابهامات ماده ۹۶۸ ق.م. را روشن کنند.

۳- بنابراین اگر دو ایرانی مذکور در مسافرت به ترکیه در آنجا قراردادی با یکدیگر منعقد نمایند، در این صورت یک عامل خارجی یعنی قانون خارجی (قانون محل انعقاد عقد) در روابط آنان دخالت خواهد کرد. قانون‌گذار مورد غالب که معمولاً اتباع ایرانی در داخل کشور با هم قرارداد می‌بندند را مدنظر داشته و فرض امکان مسافرت اتباع ایرانی به کشورهای دیگر و انعقاد عقد در آنجا که زمینه جاری شدن قانون خارجی بر روابط آنان را فراهم می‌کند پیش بینی نکرده، یا صریحاً آن را نفی ننموده است.

۴- این روش از قانون‌گذاری که موجب محرومیت ناروای بعضی و اعطاء امتیاز بی‌دلیل به عده‌ای دیگر در موضوع واحد می‌گردد و بر همه موارد یکسان اجرا نمی‌شود، تبعیض‌آمیز لقب یافته و منطق درستی ندارد. در پرونده‌های متعدد بین‌المللی که یک طرف آن ایرانی بوده و به ماده ۹۶۸ ق.م. استناد کرده‌اند مورد انتقاد هیات‌های داوری بین‌المللی قرار گرفت.

گفتار سوم - انتخاب قانون حاکم یک قاعده بین‌المللی است

۱- در قراردادهای از جمله در تجارت و روابط بازرگانی طرفین نمی‌توانند همه جزئیات و شرایط قراردادی را تدوین نمایند، زیرا کار سخت و دشواری است. بنابراین ترجیح می‌دهند که قانون یا قواعد حقوقی معین را انتخاب کنند. انتخاب قانون حاکم از حقوق فردی اشخاص است که در بند ۱ ماده ۲۷ ق. د. ت. ب ۱۳۷۶ و اصول ۲۰۱۵ لاهه و مقررات ۲۰۰۸/۵۹۳ اتحادیه اروپا و کنوانسیون رم با قبول اصل آزادی طرفین^۱ بر آن تاکید شده است. به تجربه ثابت شده که انتخاب قانون توسط متعاقدین با عبور از فیلتر نظم عمومی و قواعد آمره هیچ چالشی با حاکمیت دولت ندارد^۲. آزادی اشخاص در انتخاب قواعد حقوقی^۳ (قانون حاکم) برای حکومت بر روابط معاملی و اختلافات ناشی از آن ابعاد وسیعی^۴ دارد. به موجب این اصل طرفین قرارداد حق دارند نظام حقوقی را برای جاری شدن بر روابط قراردادی انتخاب کنند. به طرفین اختیار می‌دهند که انتخاب قانون را در بندی از قرارداد درج نمایند. یا قصد خویش را با هر ابزاری که مقرون به قصد باشد آشکار کنند^۵ و قانون مدنظر را برای قرارداد حاکم سازند (انتخاب صریح).

بند یکم - در قواعد داوری

۱- از جمله بند ۱ ماده ۳۳ قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ و بند ۱ ماده ۳۵ اصلاحیه ۲۰۱۰ قواعد داوری آنسیترال و مذاکرات طولانی هنگام تدوین قانون نمونه داوری (ماده ۲۸)، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به عنوان یکی از اصول بلامنازع پذیرفته شد. ماده ۳۵ قواعد ۲۰۱۰ داوری آنسیترال راجع به قانون حاکم و حل و فصل کدخدامنشانه مقرر می‌دارد^۶:

¹ principle of party autonomy, Russel J Weintraub, op. cit, p. 511; J G Collier, op. cit, p. 193; John O Brien, op. cit, p. 327; Eckart Gottschalk, op. cit, P. 157 ... The Rome Convention is universal in its geographical scope; it does not depend on the residence, nationality or domicile of the parties.

^۲ برای اطلاع بیشتر در مورد مواد ۹۶۸ ق. م و ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران رجوع شود به: نیکبخت محمدرضا، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، جلد ۳۲/۳۱، سال ۱۳۷۹، صص ۱۳۵ تا ۱۴۸:

³ rules of law

⁴ Jason Chuah & Alina Kaczorowska, conflict of laws, Q&A series, 2 nd/ed, 2000, p.167

⁵ Russell J. Weintraub, op. cit, 2010, p. 511.

^۶ انصاری معین پرویز، قواعد بازننگری شده آنسیترال (۲۵ ژوئن ۲۰۱۰) و رسیدگی‌های موازی در داوری، نشر میزان، ۱۳۸۹، صص. ۴۶ و ۱۲۱

(۱) - دیوان داوری قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قانون قابل اعمال معین کرده‌اند بر ماهیت اختلافات اعمال می‌کنند. در صورت عدم انتخاب قانون به وسیله طرفین، دیوان داوری هر قانونی را که مناسب تشخیص دهد بر ماهیت اختلافات اعمال خواهد کرد.

(۲) - اگر طرفین صراحتاً به دیوان داوری اختیار دهند، دیوان داوری بر اساس اصول انصاف و احسان یا به صورت میانجی و اصلاح ذات‌البین حکم خواهد داد.

(۳) - دیوان داوری در همه موارد بر طبق شرایط و شروط قرارداد، در صورت وجود، و با در نظر گرفتن عرف تجاری قابل اعمال بر معامله، دعوی را حل و فصل خواهد نمود.

۲- ماده ۲۱ مقررات داوری آی. سی. سی^۱ در مقام بیان حق انتخاب و روشهای تعیین قانون حاکم است. بند ۱ این ماده راجع به قانون حاکم مقرر می‌دارد:

((طرفین، آزادند بر قواعد حقوقی که داورها باید بر ماهیت اختلافات اعمال کنند. در صورت عدم انتخاب دیوان‌های داوری قواعد حقوقی تراضی نمایند که مناسب تشخیص می‌دهند، بر اختلافات جاری می‌کنند.))

بند دوم - کنوانسیون ۱۹۸۰ رم

۱- کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و بازتاب آن در قوانین ملی کشورهای عضو در جهت شناسایی حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم در ۱۹ جون ۱۹۸۰ گامی جهانی برداشت. اگرچه این تفکر قبلاً در ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ ژنو و ماده ۴۲ کنوانسیون ۱۹۶۵ واشینگتن (حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری) راه یافته بود.

۲- در حال حاضر بیان اصل حاکمیت اراده طرفین و حق انتخاب قانون حاکم امری ساده و بلا اعتراض به نظر می‌رسد. همان‌طور که در مقدمه ذکر شده مفاد کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در پایان سال ۲۰۰۵ به صورت مقررات رم- یک در اتحادیه اروپا پیش‌نویس شده و با درج اصلاحاتی در سال ۲۰۰۸ تصویب و در ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا گردید. اکنون در کشورهای عضو جامعه اروپا به جز دانمارک اجرا می‌شود.

¹ arbitration and ADR rules, ICC. Publication, 2011, P. 27. see also, www.iccwbo.org.

بند سوم - مقررات رم - یک

مقررات رم - یک راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی که در حال حاضر میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا نافذ و جاری است که طرفین اجازه می‌دهد هر قانونی که به آن تمایل دارند برای حاکمیت بر روابط قراردادی خود انتخاب کنند (بند ۱ ماده ۳). آزادی انتخاب قانون برای معاملات یا قراردادهای صرفاً داخلی را جایز می‌داند. صدر بند ۱ مذکور مقرر می‌دارد: "قرارداد تابع قانونی (اعم از قوانین ملی کشورها یا قوانین فراملی) است که طرفین انتخاب کرده‌اند...".

بند چهارم - در انگلیس و آمریکا

۱- انگلیس در قانون قراردادهای ۱۹۹۰ راجع به قانون حاکم بر قرارداد {فصل ۶ در شق (۱) بند ۲} این قانون تصریح می‌نماید که کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در انگلیس^۱ از اول آوریل ۱۹۹۱ مانند قانون داخلی لازم‌الاجرا می‌باشد^۲. برای قبول این کنوانسیون در شقوق (۲) و (۳) بند ۲ راجع به بند ماده ۷ و شق (e) بند (۱) ماده ۱۰ شرط تحفظ قرار داده و علیرغم پیشنهاد کنوانسیون در بند (۲) ماده ۱۹ آن، انگلیس مفاد کنوانسیون ۱۹۸۰ رم را بر همه سرزمین‌های مختلف خود قابل اجرا می‌داند. بنابراین انگلیس با تصویب کنوانسیون ۱۹۸۰ رم به عنوان قانون داخلی در واقع بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون رم دائر بر این که "قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند" را می‌پذیرد.

۲- دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین ایالات متحده در ماده ۱۸۷ خود با حاکمیت قانونی که طرفین انتخاب کرده‌اند اصل آزادی انتخاب قانون حاکم در قراردادها را می‌پذیرد^۳. کنوانسیون بین ایالتی آمریکا^۴ راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (در ماده 4A- UCC- 507 (b)) قانون متحدالشکل تجارت راجع به تعهدات

¹⁻²(1) subject to sub-section (2) and (3) below, the conventions shall have the force of law in the United Kingdom. This act may be cited as the contracts (applicable Law) act 1990; cf ABLA MAYSS, principles of conflict of laws, 1999, p.110, 133; Jihn O Brein, op. cit, p. 324.

² Benjamin's Sale of Goods, op. cit, p.1581, n. 25.015.

³ Russel J. Weintraub , op. cit, p.514, footnote24; J G Collier, op. cit, p. 193.

⁴ Russel J. Weintraub , op. cit, and see also, inter-american convention, OAE/ ser. K/ XXXI.5, March,1994, reprinted in 33 I.L.M. 732, 734, ART. 7: " the contract shall be governed by the law chosen by the parties".

طرفین در خصوص انتقال وجه و اعتبار اسنادی و صدور وثیقه سرمایه‌گذاری و تودیع وثیقه در حساب بهره‌دار و واسطه بین آن‌ها و همچنین دارایی‌های سرمایه‌گذاری شده) جمعاً در شش مورد و قانون متحدالشکل معاملات و اطلاعات کامپیوتری (UCITA, 7U.L.A. pt. ii,) و همچنین قانون تعارض قوانین ایالت لوئیزیانا (civil code, chap.3, book IV, art.3540) به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد هر قانونی که برای حاکمیت بر قرارداد فیما بین مناسب می‌دانند، انتخاب کنند

۳- بنابراین، عقیده مبنایی کشورهای دو سوی اقیانوس اطلس، که امروزه هم پابرجا است، این است که طرفین قرارداد می‌توانند قانون حاکم را انتخاب کنند. حکومت اراده طرفین در اتحادیه اروپا در بند ۱ ماده ۳ مقررات رم- یک و در انگلیس بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم تجلی پیدا کرده که از سال ۱۹۹۱ در انگلیس و از ۲۰۰۹ در اتحادیه اروپا لازم‌الاجرا است و در آمریکا از سال ۱۹۷۱ در دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین آمریکا ماده ۱۸۷ و ماده ۱۰۵-۱ قانون متحدالشکل تجارت^۱ انعکاس یافته است.

بند پنجم - اصول ۲۰۱۵ لاهه

ماده ۲ اصول مذکور در رابطه با آزادی انتخاب قانون حاکم به وسیله طرفین قواعد موجود در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و ماده ۳ مقررات رم- یک را بازنویسی می‌کند. قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند. طرفین می‌توانند قانونی را به توافق بر قسمتی از قرارداد یا بر تمام آن‌ها حاکم نمایند. همچنین می‌توانند قانون منتخب قبلی را تغییر دهند. اگر بعد از انعقاد قرارداد قانون حاکم را تغییر دهند، قانون منتخب جدید نباید صحت قرارداد منعقد شده یا حق ثالث ناشی از قرارداد را به مخاطره اندازد. لازم نیست قانون منتخب به طرفین یا خود معامله ارتباطی داشته باشد. طرفین می‌توانند قواعد حقوقی را که عموم در سطح بین‌الملل یا فراملی یا منطقه‌ای قبول دارند به عنوان مجموعه‌ای از قواعد بی‌طرف و متوازن انتخاب نمایند. مگر اینکه قانون مقرر دادگاه چیز دیگری مقرر کرده باشد (ماده ۳ اصول لاهه). انتخاب قانون حاکم می‌تواند صریح یا ضمنی باشد (ماده ۴ اصول ۲۰۱۵ لاهه)

^۱ در ماده ۱-۳۰۱ قانون متحدالشکل تجارت محدودیتی برای معاملات داخلی وجود دارد. این امر نشان می‌دهد که آمریکایی‌ها در معاملات صرفاً داخلی محدود به انتخاب قانون داخلی ایالات مربوطه هستند. رش.به: Weintraub, Russel j, p.513.

گفتار چهارم - مقتضای آزادی انتخاب

بند یکم - تغییر قانون منتخب

۱- اصل آزادی انتخاب قانون حاکم اقتضا دارد که:

اولاً- طرفین بتوانند قانونی را که در زمان انعقاد عقد انتخاب کرده‌اند در ثانی با توافق بعدی تغییر دهند و قانون دیگری را بر روابط خود حاکم کنند^۱. مشروط بر اینکه قرارداد را معتبر بدانند و بر حقوق ثالث تاثیر منفی نگذارد.

ثانیاً- اگر در زمان انعقاد قرارداد از انتخاب قانون حاکم غافل مانده‌اند، در هر زمان حتی تا زمان تنظیم داوری نامه^۲ یا اگر تعیین قانون حاکم به عنوان یک موضوع مقدماتی مطرح باشد، پیش از تبادل لایحه در موضوع تعیین قانون حاکم یا قبل از ختم جلسه استماع مقدماتی با موافقت طرفین و قبول هیات داوری قانون حاکم را تعیین و یا در حین آن و پیش از صدور رای و قبول هیات داوری در موضوع قانون حاکم، با توافق می‌توانند قانون حاکم را تغییر دهند.

۲- تا سال ۱۳۷۶ زمان تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران برخی از کشورهای آسیایی^۳ هنوز به طور کامل این اصل را وارد سیستم حقوقی خود نکرده بودند. اصل آزادی انتخاب قانون حاکم در قانون کره، تایوان و یا برخی از کشورهای آمریکای لاتین وارد نشده است. ایران با اقتباس از قانون نمونه داوری بین‌المللی آنسیترال (ماده ۲۸) اصل آزادی طرفین و حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی را وارد سیستم حقوقی خود نمود (بند ۱ ماده ۲۷). اثرگذاری اراده طرف ایرانی در زمینه انتخاب قانون در قراردادهای تجاری بین‌المللی با توضیحات فوق کاملاً شفاف گردید، طرف ایرانی می‌تواند با تشخیص منافع خویش قانون یا قواعد حقوقی معینی را با موافقت طرف خارجی انتخاب کند،

۳- بنابراین آزادی در معاملات به طرفین حق انتخاب قانون حاکم را می‌دهد و می‌تواند قانون منتخب را در ثانی با انتخاب قانون دیگر تغییر دهند. در هر حال قانون منتخب بر طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران پس از

¹ John O Brien, op. cit, 334; article2 (3) of the Hague principles of choice of Law.

² terms of reference.

³ Mark Blessing, regulations in Arbitration rules on choice of law, 1995, pp. 9 to 10.

عبور از فیلتر نظم عمومی و قواعد آمره قابل اعمال می‌شود.^۱ قانون ایران راجع به توسعه گستره حاکمیت اراده طرفین در تغییر قانون انتخابی اول سکوت دارد. حق انتخاب قانون که در قانون نمونه داوری آنسیترال وجود داشته با تقلید قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۷۶ در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با بیان صریح وارد گردید (بند ۱ ماده ۲۷).

بند دوم - نظریه تفکیک تعهدات در قرارداد

یکی از آثار اصل آزادی قراردادهای این است که طرفین می‌توانند بر بخش‌های مختلف یک قرارداد در صورت قابل تفکیک بودن تعهدات مندرج در آن قانون متفاوتی را حاکم کنند (شرح آن را در مبحث نظریه تجزیه قرارداد^۲ ملاحظه فرمائید). این روش در قانون مدنی ایران یا در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران تصریحاً تجویز نشده لیکن کلیت نظام حقوقی ایران پذیرای آن می‌باشد.

بند سوم - آمره یا اختیاری بودن ماده ۹۶۸ ق.م

۱- اگر انتخاب قانون توسط متعاقدين از اساس با مصالح اجتماعی یا منافع اقتصادی کشور ناسازگار می‌بود، قانون‌گذار نمی‌توانست در سال ۱۳۷۶ قاعده‌ای مخالف با آن وضع کند. از این اقدام قانون‌گذار (یعنی دادن حق انتخاب قانون حاکم به متعاقدين در قراردادهای تجاری بین‌المللی بر می‌آید که قواعد حل تعارض موجود در ماده ۹۶۸ قانون مدنی از ابتدا بر خلاف نظر بعضی از حقوقدانان و قضات آمره^۳ نبوده و از حیثه حاکمیت اراده بیرون نمانده است. زیرا:

^۱ برای دیدن نظرهای موافق و مخالف رجوع شود به: حمیدرضا نیک‌بخت، مجله تحقیقات حقوقی، مقاله "مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد"، شماره ۳۹ بهار و تابستان ۱۳۸۳، صص ۱۶۴ تا ۲۰۱.

^۲ De package; cf, John O Brien, op. cit, p. 333,

^۳ الماسی نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص. ۲۱۳. - ایشان می‌فرمایند: در نتیجه دستکاری که قانون‌گذار در ماده ۹۶۸ قانون مدنی کرده است، ظاهراً این ماده را به صورت امری در آورده، در حالی که به موجب اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی چون متعاقدين می‌توانند حدود تعهدات قراردادی را به اختیار خود تعیین کنند و هر شرطی را که مخالف قوانین امری نباشد موضوع توافق خود قرار دهند. لذا امری شناختن قاعده حل تعارض در باب تعهدات قراردادی و لازم الاجرا شناختن قانون داخلی در روابط بین‌المللی ایجاد مشکل می‌کند. امری شناختن قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ ق.م بر خلاف منطق حقوقی است و در مراودات بین‌المللی مشکلاتی به وجود می‌آورد.

الف- موضوع این ماده قرارداد (معاملات) هستند و اصل در معاملات اختیاری بودن قواعد آن است (عبارت صدر ماده ۱۰ ق.م.) . اجباری یا آمره بودن نیاز به تصریح قانونی دارد. مثل واژه صریح قانون در متن ماده ۱۰ قانون مدنی دلالت بر تصریح قاعده امری در قانون می‌کند و مقصود از صریح قانون در جمله ذیل ماده ۱۰ ق.م. (قاعده استثنا) کنایه از امری بودن آن است^۱. علاوه بر این در حقوق بین‌الملل خصوصی قواعد حل تعارض (قراردادها) از حیث امری یا اختیاری بودن تابع ماهیت قرارداد است. ماهیت قراردادها به جز نظم عمومی و اخلاق حسنه غالباً اختیاری است.

ب- قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ به حق انتخاب و حاکمیت اراده طرفین عقد در قانون داوری تجاری بین‌المللی تصریح نموده و بدین ترتیب مواد ۹۶۸ ق.م. و ماده ۲۷ قانون د. ت. ب. ۱۳۷۶ ضمن هم‌پوشانی قابل جمع‌اند. پ- از سوی دیگر از مجموع مفاد به ماده ۹ و ماده ۹۷۴ ق.م. برمی‌آید که ماده ۹۶۸ ق.م. از مواد اختیاری قانون مدنی^۲ است. زیرا ماده ۹ معاهدات و کنوانسیون‌هایی که دولت ایران با سایر دول منعقد می‌کند را هم‌عرض قانون داخلی و در حکم آن به شمار می‌آورد^۳. اصل ۷۷ قانون اساسی الزامی می‌کند که، عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی‌ای معتبر است که به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. در روابط بین‌المللی در صورت تعارض با قوانین داخلی اعتبار عهدنامه‌ها نسبت به قانون داخلی مقدم می‌باشد. از سوی دیگر ماده ۹۷۴ ق.م. مقررات مواد ۷ و ۹۶۲ تا ۹۷۴ ق.م. را در برابر معاهدات تا آن حد قابل اجرا می‌داند که مانع اجرای عهدنامه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشند^۴. اگر

^۱ کاتوزیان ناصر، منبع پیشین، صص ۳۲ تا ۳۳

^۲ برای دیدن نظر مخالف مراجعه شود به: قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، کاتوزیان ناصر، ص. ۵۸۴: استاد بزرگوار در این رابطه می‌فرمایند، راه حل رفع تعارض قوانین در روابط بین‌المللی است نه نتیجه حاکمیت اراده و باید تفسیر محدود شود، پس انتخاب قانون از سوی دو طرف در صورتی موثر است که (۱)- هر دو خارجی باشند، و (۲)- انتخاب قانون به منظور حکومت در آثار عقد باشد نه شرایط صحت آن: ایشان برای دیدن نظر مخالف نظر خویش به کتاب تعارض قوانین آقای دکتر الماسی صفحه ۲۰۴ به بعد ارجاع می‌دهند. ایران‌پور فرهاد پیشین، صص. ۶۹ تا ۷۸.

^۳ مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.

^۴ ماده ۹ ق.م. مقرر می‌دارد: مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است. ماده ۹۷۴ ق.م. اضافه می‌کند که: ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهد بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.

ماده ۹۶۸ ق.م. آن‌طور که بعضی از حقوقدانان کشور ما می‌پندارند امری می‌بود، می‌بایست در هر مورد که با معاهدات تعارض داشته باشد، مفاد معاهدات را کنار بگذارند و مفاد قاعده امری را اجرا کنند.

ت- قانون‌گذار اصل آزادی اراده را در ماده ۱۰ ق.م. تأیید نموده و به دنبال آن در صورت پیدایش مصلحت مهمتر از مصلحت آزادی اراده مثل استثنای ذیل ماده ۱۰ و ماده ۹۷۵ ق.م. را برای تأمین مصالح و منافع برتر مقرر نموده است. لذا در چنین مواردی حکومت قانون (امری) را برتر از تراضی اشخاص دانسته و توافقی که مخالف مفاد قواعد امری باشد را باطل می‌داند. به همین منظور ترجیح داده آن‌ها را دسته‌بندی نماید: اگر قانون امری باشد قرارداد (تراضی اشخاص) بر خلاف آن را باطل می‌شمارد ولی اگر تکمیلی باشد قرارداد نافذ و معتبر است.^۱ از آن‌جایی که هر دو دسته قوانین (امری و تکمیلی) با مصالح اجتماعی ارتباط دارند و همچنین اصل آزادی اراده نیز مبتنی بر مصالح اجتماعی است و عرصه جولان استعداد و به ابتکار اشخاص است. اگر بین دو مصلحت اجتماعی، یعنی قواعد امری و اصل آزادی اراده تعارض پیش آید طبیعی است که قانون‌گذار مصلحت مهمتر را برگزیند. یعنی مصلحت وضع قانون امری را بر مصلحت احترام به آزادی اراده اشخاص برای تشکیل قرارداد ترجیح دهد.

ث- احکام استثنایی قواعد امری در معاملات بر خلاف قواعد کلی قراردادها وضع می‌شوند و نمی‌توانند نتیجه تراضی اشخاص باشند. وضع استثنایی این احکام نشان می‌دهد که قانون‌گذار امکان تراضی اشخاص بر خلاف آن را نمی‌پذیرد.

ج- قواعدی که هدف آن‌ها حمایت از حقوق اشخاص ثالث در برابر طرفین قرارداد باشد، جنبه امری دارند. زیرا پذیرفتن توافق اشخاص بر خلاف آن قواعد به این نتیجه منتهی می‌شود که قرارداد میان دو طرف بر حقوق ثالثی که در انعقاد قرارداد دخالت نداشته حکومت خواهد کرد. قطعاً قانون‌گذار هنگام وضع قواعد امری معیارهای مذکور را مدنظر داشته و می‌دانسته که اگر قرارداد با روح قانون منافات داشته باشد آثار حاصله از آن هم ناگوار خواهد بود.^۲ همچنان که قانون‌گذار ایران عهدنامه و قراردادهای بین‌المللی را با مفاد ماده ۹۷۵

^۱ کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج- ۱، ۱۳۶۴، صص ۱۵۶ به بعد.

^۲ کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق، ۱۳۸۹، ص ۱۵۹ به بعد.

ق.م. اصلاً اجازه مقایسه نداد. زیرا بنا به تعریف قاعده امری قاعده‌ای است که متعاقدين برخلاف آن نمی‌توانند توافق کنند و حاصل توافق آنان هر چه که باشد نافذ نیست. بنابراین ماده ۹۷۵ ق.م. در مقام بیان عدم اعتبار توافق در مقابل قواعد امری است نه ماده ۹۶۸ ق.م.

چ- علاوه بر این اگر قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ ق.م. امری می‌بود قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ هنگام وضع و تصویب قانون داورى تجارى بين‌المللى نمی‌توانست قاعده امری را نادیده بگیرد و برخلاف مفاد آن به متعاقدين آزادی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد تجارى را بدهد. در حالی که قانون‌گذار بدون دغدغه خاطر قبل از اشاره به قاعده حل تعارض (قانون محل وقوع عقد) گزینش قانون حاکم به اختیار متعاقدين را تجویز می‌کند. البته این اقدام قانون‌گذار صحیح و با تفسیری که از ماده ۱۰ ق.م. به عمل می‌آید منطبق است. اگر قائل به قول امری بودن ماده ۹۶۸ ق.م. باشیم لازم می‌آید که قانون‌گذار در موضوع واحد دو نوع قاعده امری و تکمیلی با هم وضع کرده باشد یعنی تناقض. تصور چنین عملی برای قانون‌گذار قبیح و ناپسند است.

ح- اگر گفته شود که قانون مدنی عام و قانون داورى تجارى بين‌المللى ۱۳۷۶ خاص است و نباید قاعده خاص بر همه موارد عام تسری یابد. در پاسخ باید گفت موضوع ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى انتخاب قانون برای قراردادهای تجارى بين‌المللى است که حداقل یک طرف آن خارجى باشد و همچنین است موضوع انتخاب قانون در ماده ۹۶۸ ق.م. زیرا این ماده هم برای رفع تعارض و تعیین قانون در قرارداد تجارى بين‌المللى است. بنابراین هر دو درصدد انتخاب قانون حاکم بر یک موضوع هستند. در این موضوع خاص قلمرو واحدی دارند و از این منظر نسبت عموم و خصوصى برقرار نیست.

خ- ماده ۹۶۸ قانون مدنی از قواعد آمره نیست تا توافق برخلاف آن باطل محسوب گردد. لذا از توضیحات فوق بر می‌آید که ماده ۹۶۸ ق.م. حاوی قواعد اختیاری است. دلیل این مدعا را در ماده ۹۷۴ ق.م. ملاحظه کرده‌اید و در مقام توضیح بیشتر اضافه می‌شود که:

این ماده مقرر می‌دارد:

"مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بين‌المللى که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد."

۲- با توجه به سیاق ماده مذکور روشن می‌سازد که نه تنها ماده ۹۶۸ بلکه تمام ۱۴ ماده احصاء شده در ماده ۹۷۴ ق.م. آمره نیستند. زیرا اگر مواد مذکور از جمله ماده ۹۶۸ آمره می‌بود لازم می‌آمد که عهود بین‌المللی و قوانین مخصوصه نسبت به آن برتری نداشته باشند. اصل در معاملات اختیاری بودن قواعد آن است. در موردی که عهدنامه پس از قانون امضا شده باشد در حکم قانون جدید است (ماده ۹ ق.م.) و می‌تواند آن را نسخ کند یا تخصیص دهد. اگر عهدنامه‌ای قبل از تصویب ماده ۹۶۸ وجود داشته باشد، عهدنامه خاص قدیم و قانون مدنی نسبت به آن عام جدید است. عام جدید نمی‌تواند خاص قدیم را نسخ کند^۱. در موارد نادری هم که تعارض رفتن نشدنی و هر دو از حیث عموم و خصوص برابر باشند، در حقوق داخلی دادگاه قانون جدید را اجرا می‌کند. ولی در روابط بین‌المللی عهد نامه بر قانون (غیرآمره) مقدم است. ماده ۲۷ ق. د. ت. ب. ۱۳۷۶ سکوت ماده ۹۶۸ را پر می‌کند.

۳- به همین بسنده می‌شود که طرف ایرانی در قراردادهای تجاری بین‌المللی از سال ۱۳۷۶ به بعد به موجب تصریح در قانون می‌تواند قانون مناسب قرارداد را به اتفاق طرف خارجی انتخاب کند. در حقیقت گره از ابهام مندرج در شق (۲) ماده ۹۶۸ ق.م. با تفسیر محدود گشوده شد. اگرچه با تفسیر موسع ماده ۱۰ ق. م. می‌شود گفت که طرفین عقد از ابتدا تصویب ماده ۹۶۸ ق. م. یعنی سال ۱۳۱۳ حتی بدون ذکر در ماده ۹۶۸ ق. م. حق انتخاب قانون حاکم را داشته‌اند. ولی عدم ذکر آن در عبارت صدر ماده ۹۶۸ ق. م. سبب تحیر و سرگردانی متعاقدين و قضاات شده است. این تحیر زاییده سکوت و وضع بی‌رویه و ناقص ماده ۹۶۸ ق. م. است. قانون‌گذار خود اسباب این تحیر را فراهم نمود.

۴- قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ در ق. د. ت. ب. در ماده ۲۷ به متعاقدين (طرف ایرانی و طرف خارجی)، تصریحا اجازه داده که به استناد اصل بنیان بنیادین آزادی اراده^۲ قواعد حقوقی^۳ را بر روابط خود در تجارت تحت نظم و قانون ملی کشور معین یا تحت حاکمیت قانون فراملی^۴ قرار دهند. اصل آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون

^۱ کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ماده ۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: " مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است."

^۲ autonomy of the parties.

^۳ rules of law.

^۴ Delocalized transnational law.

حاکم و یا تغییر قانون منتخب قبلی و انتخاب قانونی دیگر به طور گسترده در سطح کشورهای مختلف جهان مورد شناسایی قرار گرفت.

۵- قانون گذار ایران با وجود ماده ۹۶۸ قانون مدنی، با پذیرش این اصل در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ نسبت به اعطاء این حق در قراردادهای تجاری بین‌المللی به متعاقدين (در قرارداد طرف ایرانی با تبعه خارجی) تردید به خود راه نداده است. گذر از مفاد صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی و تعارض ظاهری آن با مفاد عبارت صدر بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران قابل دفاع بوده و مفاد و مضمون این دو ماده قابل جمع می‌باشند. در حقیقت ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران یکی از موارد سکوت ماده ۹۶۸ قانون مدنی (یعنی در قرارداد بین تبعه ایرانی و تبعه خارجی) را پر کرده و رسیدن به تفسیری معتبر از طریق عام مقدم و خاص موخر و همچنین تفسیر موسع از ماده ۱۰ قانون مدنی در باب حاکمیت اراده و امری نبودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی ناظر به ماده ۹۷۴ همان قانون خلاءهای ظاهری را پر می‌کند و تایید می‌کند که علی‌رغم سکوت ماده ۹۶۸ قانون مدنی متعاقدين حق انتخاب قانون حاکم را داشته و دارند.

گفتار پنجم - محدودیت در اعمال قانون منتخب

۱- آیا طرفین در انتخاب قانون مبسوط الید هستند و هیچ محدودیتی در اعمال قانون منتخب ندارند؟ نامحدود پنداشتن اختیار انتخاب هر قانونی نادرست است. زیرا حداقل باید بدانید که در این زمینه محدودیت‌هایی ولو اندک وجود دارد. معذک این پرسش مطرح می‌شود که دادگاه چه وقت می‌تواند از اعمال قانون منتخب خودداری کند؟

در صورتی که قانون منتخب با نظم عمومی یا قواعد آمره (قانون مقر دادگاه) در چالش باشد دادگاه از اعمال قانون حاکم تا آن حد که قانون مقر دادگاه مغایرت دارد خودداری خواهد کرد.

۲- اگر طرفین یک قانون بی‌ربط و مهملی را به عنوان قانون حاکم انتخاب کرده باشند، آیا دادگاه باید همین انتخاب (قانون مهمل) را بر قرارداد حاکم کند، البته باید دانست که چیزی را که طرفین تحت نام قانون حاکم معین کرده‌اند، ممکن است به اندازه‌ای بی‌ارتباط با موضوع اختلاف یا بی‌معنی و بی‌ارزش باشد که نه تنها هیچ

کمکی به دادگاه یا دیوان داوری نمی‌کند بلکه آن‌ها را به سمتی سوق می‌دهد که استدلال کافی برای کنار گذاشتن آن قانون را به طور کامل بیان کنند و سپس به این نقطه برسند که طرفین تا این لحظه قانون قابل استفاده‌ای را انتخاب نکرده‌اند. در چنین مواردی دادگاه یا هیات داوری با استفاده از اوضاع و احوال هر پرونده و به کمک عامل‌های ارتباط مبادرت به تعیین قانونی می‌نماید که بتواند راجع به اختلافات در پرتو آن قانون تصمیم بگیرد.

مبحث دوم - انتخاب صریح

۱- حدود سی و شش سال قبل با تصویب کنوانسیون ۱۹۸۰ رم بحث پیرامون اصل استقلال طرفین و آزادی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در دو سوی اقیانوس اطلس بین دو قاره اروپا و آمریکا به وفاق انجامید و اکنون به صورت یک اصل درآمد (ماده ۲ اصول ۲۰۱۵ لاهه). متعاقباً بر اساس اصل آزادی در قراردادها از این شیوه استفاده کرده و قانونی را به طور صریح برای حاکمیت بر روابط قراردادی خود معین می‌کنند.^۱ برای این منظور و در راستای تجلی اصل مذکور در قرارداد تجاری فیما بین، طرفین یک بند از قرارداد را به تعیین قانون قابل اعمال تخصیص می‌دهند.

۲- گاهی در ذیل ماده مربوط به حل اختلاف (غالباً ذیل شرط داوری) قانون معینی را به عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف ذکر می‌کنند و یا در قرارداد داوری جداگانه^۲ صریحاً قانون حاکم بر ماهیت اختلافات موجود و یا اختلافاتی که در آینده پدید آید، را مشخص می‌نمایند. قانون مذکور می‌تواند قانون ملی یکی از طرفین یا قانون ملی کشور بی‌طرف یا قواعد مشترک در دو نظام ملی طرفین یا اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل^۳ باشد.

¹ Peter Stone, EU private international law, 2006, p. 272; see article 4 of the Hague 2015 Principal.

² arbitration agreement, not the arbitration clause in the main (commercial) contract.

³ در ماده ۵ بیانیه الجزایر تحت عنوان قانون حاکم (بیانیه حل و فصل) - دیوان داوری ایران و ایالات متحده - حقوق بین‌الملل عرفی نیز برای مسائل اختلافی فیما بین دولتین اطراف بیانیه الجزایر به عنوان قانون حاکم انتخاب شده است.

۳- دادگاه و هیات داور از باب حفظ نظم عمومی فراملی^۱ مکلفاند قانون منتخب طرفین را محترم شمرده و همان قانون را تا آن حد که با نظم عمومی و قواعد آمره و اخلاق حسنه کشور مقرر دادگاه به علاوه قواعد شرع در حقوق ایران مخالفت نداشته باشد، در ماهیت دعوا اعمال کند.

گفتار یکم - در قوانین ایران

۱- ماده ۹۶۸ قانون مدنی با تنظیم ناقص و ساختاری مجمل و درهم ریخته خود قاعده تبعیض آمیزی را از حیث انتخاب قانون مقرر می‌دارد. در سال ۱۳۷۶ قانون‌گذار با تصویب ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی به اصل آزادی انتخاب قانون تصریح نموده و به تفسیرهای مبتنی بر ظن و گمان پایان بخشید. بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مقرر می‌دارد:

"داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحوی صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند."

۲- ماده ۹۶۸ ق. م. ضمن قبول قاعده انتخاب قانون محل انعقاد عقد برای اتباع خارجه آزادی انتخاب قانون را پذیرفته و به اصل آزادی قراردادها به صورت محدود برای اتباع خارجه تصریح می‌کند، حداقل ظاهراً از تصریح حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد برای دو دسته از ایرانیان سکوت دارد و آنها را صراحتاً از انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نهی نکرده است، به شرح زیر:

بند یکم - عقد بین اتباع ایران

۱- تعهدات ناشی از عقود (میان اتباع ایران) تابع قانون محل وقوع آن است (قاعده حل تعارض). نسبت به کارگزار بودن اراده متعاقدين در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، سکوت دارد. اگر دو ایرانی حین سفر در خارج قراردادی منعقد کنند، قانون‌گذار ظاهراً با این قاعده کلی اجازه می‌دهد که قرارداد آنها تابع قانون کشور خارجی (قانون محل انعقاد عقد) باشد. منع صریحی در این بند برای اعمال قانون خارجی بر قرارداد اتباع

¹ transnational Public Order.

ایرانی دیده نمی‌شود^۱ ولی این مورد به دلیل فقدان عنصر خارجی در شمول حقوق بین‌الملل خصوصی قرار نمی‌گیرد. علاوه بر این اتباع ایرانی مقیم خارج که در آن‌جا به تجارت مشغول هستند بر طبق ماده ۹۶۸ ق.م. قرارداد آن‌ها نمی‌تواند تابع قانون ایران باشد هر جا که قرارداد منعقد شده قانون همان‌جا حاکم می‌شود ظاهراً شانس انتخاب قانون ایران در هاله ابهام است.

۲- در ادامه این روال شایسته نیست که بگوییم در تدوین این ماده عمل قانون‌گذار لغو است. لیکن تنظیم این ماده منطبق درست و انسجام کافی ندارد. به همین دلیل نویسندگان^۲ حقوق ایران تلاش کرده‌اند که با توسل به انواع ابزارهای اصولی، عقلی و حقوقی این ماده را به گونه‌ای تفسیر کنند که از لغو شدن تقنین ماده مذکور پرهیز شود.

۳- تفسیر موسع ماده ۱۰ قانون مدنی و توسل به اصل آزادی قراردادها در این ماده می‌تواند به حق انتخاب قانون حاکم توسط طرفین منتج گردد. زیرا این ماده حاوی اصل آزادی قراردادها است و دامنه حاکمیت اراده را گسترش می‌دهد و آن را از حصار عقود معین خارج می‌کند^۳. موضوع بحث این کتاب قراردادهایی است که یک طرف آن اتباع خارجه باشند، ادامه بحث راجع به قرارداد میان اتباع ایران تناسب منطقی با زمینه بحث ندارد. بهتر است بحث در موردی ادامه یابد که یک طرف عقد خارجی باشد. بعضی از کشورها سابقاً اتباع خود را از انتخاب قانون کشور دیگر^۴ برای حاکمیت بر معاملات داخلی منع نموده‌اند.

^۱ نظریه حاکمیت اراده هم از لحاظ عملی و هم از لحاظ نظری مورد انتقاد واقع شد. زیرا هم تقلب نسبت به قانون را تسهیل می‌کند و هم منجر به عدم اطمینان می‌گردد یافتن قصه واقعی آنان جنبه قطعی ندارد و ممکن است منجر به نتایج خودسرانه گردد. علاوه بر این به دور و تسلسل منطقی منجر می‌شود. زیرا قانون به شرایط صحت اراده متعاقدين اعتبار می‌دهد و متعاقدين می‌توانند همان قانون را که زائیده اراده آنان است انتخاب نمایند. مواجهه با دور منطقی اجتناب ناپذیر می‌شود. در پاسخ گفته می‌شود که قانون را قاضی با توجه به اراده طرفین انتخاب می‌کند نه خود طرفین. حتی در زمان انتخاب صریح قانون طرفین مرکز ثقل یا پایگاه قرارداد خود را مشخص می‌کنند. دادگاه با راهنمایی طرفین قانون را انتخاب می‌کند. رجوع شود به الماسی نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، صص. ۳۰۵ و ۳۰۶.

^۲ رجوع شود به: ایران‌پور، فرهاد منبع پیشین، صص. ۶۹ تا ۷۸.

^۳ کاتوزیان ناصر، منبع پیشین، صص ۳۲ تا ۳۳.

^۴ در سوئیس تا سال ۱۹۵۲ دادگاه‌ها طرفین را به انتخاب قانون برای حکومت بر قراردادها محدود می‌کردند و اجازه نمی‌دادند قانون حاکم بر صحت و اعتبار قرارداد را طرفین معین کنند. مراجعه شود به:

conflict of laws in a globalized world, op. cit, p. 156, footnote no. 15.

بند دوم - عقد بین اتباع ایران و اتباع خارجه

۱- معاملات میان اتباع ایران و اتباع خارجه موضوع اصلی تعارض قوانین است. معلوم نیست که آن‌ها حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را دارند؟ آیا مثل بند (یک) حقوق آن‌ها هم تابع قانون محل وقوع عقد هستند؟ دو دسته از اتباع خارجی را می‌توان مشمول این شق از ماده ۹۶۸ ق.م. دانست:

(الف) - کارکنان شرکت خارجی مقیم ایران با حفظ تابعیت خود با طرف ایرانی وارد قرارداد می‌شوند. در این صورت مفاد ماده ۵ ق.م. شامل آن‌ها می‌شود.^۱ در این شق با استناد به ماده ۱۰ ق.م. می‌توان گفت که طرفین قرارداد حق انتخاب قانون حاکم در چارچوب حاکمیت اراده را دارند.

(ب) - تبعه خارجی طرف قرارداد در ایران سکونت ندارد (مورد غالب)، در این حالت مشمول ماده پنج نیست و قانون‌گذار ایشان را تحت شمول ماده ۵ ق.م. در نظر نگرفته است. در حالی که اصل فلسفه وجودی قاعده حل تعارض برای همین حالت از روابط قراردادی میان اتباع ایران و اتباع خارجه است، که متأسفانه در وضعیت فعلی ماده ۹۶۸ ق.م. در حاله ابهام باقی ماند.

۲- در وضعیت اخیر قواعد تفسیر در سیستم حقوقی ایران اقتضا می‌کند که این دسته از متعاقدين تابع اماره مقرر در صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی نباشند. این نتیجه با اصل آزادی انتخاب قانون حاکم در قراردادهای تجاری بین‌المللی منافات دارد. زیرا در قاعده استثنا مقرر در ذیل این ماده هر دو طرف عقد خارجی هستند و با حصر استثنا در حد نص، این قاعده بر موردی که یک طرف خارجی است نمی‌تواند با استفاده از طریق قیاس اولویت تعمیم یابد. استثنا الزاماً در حد نص تفسیر و از تسری آن به سایر موارد مشابه خودداری می‌شود. بنابراین در قراردادهای بین‌المللی (قرارداد میان اتباع دو کشور) این سوال که اراده متعاقدين نسبت به انتخاب قانون حاکم بر طبق مفاد این ماده کارگزار هست یا نیست، بدون پاسخ مانده است. جواب مقدر و جهت‌گیری قانون‌گذار را هم با تفسیر موسع ماده ۱۰ قانون مدنی و هم با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ ایران در عبارت صدر در بند ۱ ماده ۲۷ همان قانون ملاحظه نموده‌اید.

^۱ کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

بند سوم - عقد بین اتباع خارجه

۱- ((مگر اینکه طرفین اتباع خارجه بوده و در ایران قرارداد منعقد کنند و آن را صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرارداده باشند.)) قانون گذار دستور عدم انتخاب قانون، در برابر اصل حاکمیت قانون محل وقوع عقد در مقام استثنا اتباع خارجه را از آزادی و حاکمیت اراده برخوردار می‌داند. اصل آزادی در قرارداد^۱ را برای آنان محترم می‌شمارد، با این بیان نفس انتخاب قانون با قلمرو محدود را مورد شناسایی قرار می‌دهد. اما برای اتباع ایران در این ماده بیان صریح وجود ندارد. این ماده چون ساختار در هم ریخته‌ای دارد درست فهمیده نشده و با قواعد متعددی که در خود دارد، در عین حال بدون تغییر در جای خود باقی است، با اعتراض وکلای خارجی و داورهای بین‌المللی در پرونده‌های مختلف روبرو بوده و این نحوه قانون‌گذاری را تبعیض آمیز نامیده‌اند.

۲- در حقیقت آنان با تعلیماتی از نظام حقوقی قواعد حل تعارض قاره اروپا و آمریکا دارند مطابق برداشت خود، قواعد حل تعارض ایران و محرومیت اتباع ایران از ابراز اراده در انتخاب قانون حاکم در معاملات بین خود و همچنین در معاملات با اتباع خارجه به واسطه اماره قانونی مقرر در ماده ۹۶۸ قانون مدنی را نوعی تبعیض ناروا بشمار می‌آورند و این شیوه از سیستم قانون‌گذاری را ناپسند می‌شمارند. از ظاهر عبارت ماده ۹۶۸ ق.م. برمی‌آید که حق انتخاب هیچ قانونی به این دو دسته از متعاقدين داده نشد، قانون محل وقوع عقد با اراده قانون‌گذار و نادیده گرفتن اصل آزادی قراردادهای بر طرفین تحمیل و بر قرارداد میان آنها اعمال می‌شود.

۳- خارجی‌ها با توجه کامل به اصل انتخاب قانون به طور صریح یا ضمنی در ثانی در نبود انتخاب قانون توسط طرفین به قاعده حل تعارض روی می‌آورند. در حقیقت شان تقنینی ماده ۹۶۸ ق.م. از همین جا آغاز می‌شود. قاعده موجود در این ماده اراده فرضی قانون‌گذار است که متعاقدين نسبت داده می‌شود. اراده حقیقی (انتخاب صریح) و اراده نوعی متعاقدين (انتخاب ضمنی) و تقدم هر دو نسبت به اراده فرضی (فرض قانون‌گذار) به کلی در شیوه نگارش این ماده نادیده گرفته شد. با این بیان قانون‌گذار در ماده ۹۶۸ ق.م. حتی به اصول مقرر در ماده ۱۰ ق.م. هم توجه کافی نداشته و اشاره‌ای نکرد.

¹ freedom in contract.

گفتار دوم - ساختار پیشنهادی ماده ۹۶۸ ق.م.

۱- از سرجمع سه ماده مورد اشاره (مواد ۱۰ و ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶) می‌توان ماده ۹۶۸ ق.م. را به گونه‌ای اصلاح نمود که اصول زیر را در برداشته باشد:

الف- متعاقدين حق انتخاب صريح يا ضمنی قانون حاکم را دارند، و

ب- در صورت عدم انتخاب قانون حاکم قاعده حل تعارض به ماده ۹۶۸ ق.م. با عنایت به بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ اعمال و قانون حاکم توسط دادگاه یا هیات داوری معین می‌گردد.
پ- در تعارض بین محل انعقاد عقد اصلی و امضاء اصلاحیه یا متمم همان قرارداد در محل دیگر قانون قابل اعمال بر اصلاحیه و متمم، همان قانونی خواهد بود که بر عقد اصلی حاکم است (ترجیح بلا مرجح).

ت- البته در همه موارد دامنه آزادی انتخاب قانون تا آن جا است که بتواند از فیلتر ماده ۹۷۵ قانون مدنی (نظم عمومی و قواعد آمره و اخلاق حسنه) عبور کند.

ث- طرفین پیش از اقامه دعوا در محاکم قضایی و پیش از تصمیم هیات داوری بین‌المللی راجع به قانون حاکم بر قرارداد می‌توانند با توافق قانون دیگری را بر قراردادها حاکم و قانون انتخابی اول را کنار گذارند.
ج- در صورتی که تعهدات ناشی از قرارداد قابل تفکیک باشند متعاقدين می‌توانند برای هر تعهد مستقل یک قانون متفاوت از دیگری انتخاب کنند. با انجام این اصلاحات ماده ۹۶۸ ق.م. با تمام اصول مقرر در مواد ۲ و ۳ و ۴ اصول ۲۰۱۵ لاهه تطبیق می‌کند.

۲- هر قاعده حل تعارض راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی که با رعایت اصول فوق تنظیم شود مطابق با قاعده و معتبر است. عدم بیان هر یک از اصول فوق در قاعده حل تعارض راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مولود ناقصی خلق می‌کند که همزاد ماده ۹۶۸ ق.م. فعلی خواهد بود. بنابراین لزوم اصلاح ماده ۹۶۸ ق.م. به گونه ای که با ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ همزیستی و همسویی داشته باشد اجتناب‌ناپذیر است.

۳- هنگام تنظیم متن قرارداد تجاری بین‌المللی متعاقدين باید در بخش حل اختلاف، انتخاب محکمه صلاحیت‌دار و قانون حاکم مورد توافق طرفین را ذکر کنند و مشخص نمایند که تمام اختلافات ناشی از

رابطه حقوقی مذکور یا بخشی از آن تابع کدام قانون ملی یا قواعد بازرگانی فراملی است. چنین انتخاب بدون ابهام و روشن را انتخاب صریح قانون حاکم می‌نامند.

۴- کدام یک از قوانین ذکر شده (در پاراگراف آغازین ذیل مبحث یکم این فصل) را انتخاب کند؟

(۱)- قانون ملی هر یک از طرفین؛ یا (۲)- قانون ملی کشور بی‌طرف؛ یا (۳)- اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل از قبیل (الف)- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین؛ (ب)- اصول کلی قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۰ (اصول Unidroit) یا (پ)- قانون تجار (lex mercatoria). از حیث گسترش دامنه استقلال اراده طرفین، این سوال مطرح می‌شود که، قلمرو آزادی اراده طرفین تا کجا است و در کدام مورد محدود می‌شود؟

گفتار سوم- انتخاب قانون ملی یا قواعد بازرگانی فراملی

آیا در واقع قانونی را انتخاب می‌کنند تا قرارداد فیما بین را تفسیر و تعارض را رفع کند؟ اگر چنین باشد، آیا طرفین آزادند هر قانونی را انتخاب نمایند؟ در زیر به این پرسش‌ها پاسخ داده می‌شود.

بند یکم- قانون ملی یکی از طرفین

۱- طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی قانون حاکم را انتخاب می‌کنند تا نسبت به تمام موضوع‌هایی که در قرارداد کاملاً و به تفصیل بیان شده یا نشده و هم در تفسیر آن اعمال شود. در واقع به طور مستقیم قصد و اراده خود را نسبت به اعمال قانون مورد توافق ابراز کرده‌اند. در قرارداد موضوع‌هایی را طرفین می‌توانستند آزادانه بیان کنند ولی به هر دلیل به صورت مطلق یا مجمل یا کلی بیان کرده‌اند با تفسیر صحیح به کمک قانون منتخب گویا می‌شود. طرفین مجازاند هر قانونی که منافع آنان را بیشتر حفظ و یک رابطه عادلانه را سامان می‌دهد انتخاب کنند، حتی اگر آن قانون هیچ ارتباطی به معامله یا به طرفین آن نداشته باشد^۱.

۲- قانون انتخابی معنی و حدود مفهوم بندهای قرارداد را روشن می‌کند. لذا در کشف انتظارات طرفین هیچ خطری از ناحیه قانون انتخابی آن‌ها را تهدید نمی‌کند. از منظر آمریکایی‌ها قوانین کشورهای مرتبط با طرفین یا با معامله برای حل و فصل موضوع‌ها مورد اختلاف مناسب‌تر است. لذا قواعد تفسیر در قوانین هر کشور

¹ Abla mayss, op. cit, p, 113, in Vita food products inc. v. Unus shipping company 1939.

خلاءهای احتمالی را پر خواهد کرد. هدف دادرسی بر طبق قانون معین آن است که با مراجعه به هر دادگاهی به نتیجه‌ای یکسان و قابل پیش‌بینی برسند. بنابراین مقصود از انتخاب قانون، اعمال روشی یکسان در دادگاه و رسیدن به نتیجه‌ای یکسان می‌باشد.

۳- از آنجایی که معمولاً قانون ملی یک مجموعه منسجم و نسبتاً جامع و نقاط کور آن اندک است و غالب مسائل قراردادی را پیش‌بینی می‌کند، انتخاب آن برای اعمال بر ماهیت اختلاف و بیشتر مورد توجه بوده و حتی اغلب کنوانسیون‌ها بر اعمال قانون ملی تاکید دارند^۱. آیا این امتیاز می‌تواند از اعمال قواعد حقوقی فراملی جلوگیری کند؟ در مباحث بعدی به لزوم استفاده از قواعد حقوقی فراملی در پاره‌ای موارد در اوضاع و احوال معین تاکید می‌شود.

۴- اشخاص در کشوری که به تجارت یا حرفه‌ای مشغول‌اند، در فضای فرهنگی حقوقی همان کشور پرورش یافته و ذهن ایشان در مقابل قانون خارجی با اصطلاحات نظام حقوقی کشور خود انس دارد. حتی اگر از بیع یا اجاره خدمات صحبت می‌شود هر یک از طرفین حدود و ثغور آن نهاد را در فضای قانون ملی خود تصور می‌کنند و نمی‌فهمند. لذا وقتی که مذاکرات به مقطع انتخاب قانون حاکم می‌رسد هر یک از طرفین اهتمام بر اعمال قانون ملی خود دارند. انتخاب قانون ملی هر یک از متعاقدین برای او امتیاز محسوب و آرامش خاطر به همراه می‌آورد. حتی اگر قانون ملی طرف مقابل جامع‌تر و گویاتر باشد، به لحاظ تاثیر روانی آن را رد می‌کند. انتخاب قانون ملی در تجارت بین‌الملل سابقه طولانی‌تر دارد. در صورتی که منافع اقتصادی قرارداد برای یک طرف از جاذبه بیشتری برخوردار باشد، احتمال قبول قانون ملی طرف مقابل برای حکومت بر اجرا و تفسیر بندهای مختلف قرارداد بیشتر خواهد شد. در مناقصه پروژه‌های بزرگ ملی و دولتی وضع بدین منوال است.

۵- البته گاهی قانون ملی طرف مقابل را نمی‌پذیرند، برای اجتناب از بن بست در مذاکرات، انتخاب قانون ملی کشور ثالث را پیشنهاد می‌کنند. پذیرش قانون ملی هر یک از طرفین و ارتباط آن با قرارداد موجه است و حداقل نزد طرفین جایگاهی دارد، لیکن قانون ملی کشور ثالث هیچ ارتباط منطقی با قرارداد و روابط حقوقی طرفین ندارد و صرفاً برای خروج از بن بست مذاکرات به میان می‌آید. اغلب قانون کشور ثالث را تحت عنوان

¹ John O Brien, op. cit, p. 329.

قانون بی طرف پیشنهاد می دهند و معمولاً متعاقدین آن را می پذیرند. قانون منتخب بر تمام جنبه های قرارداد فی مابین از جمله تفسیر، حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد، انجام تعهد و پیامد نقض آن و ارزیابی خسارات، طرق مختلف سقوط تعهدات و مرور زمان، آثار بطلان قرارداد، بار اثبات دلیل و ادعای قانونی و تعهدات پیش قراردادی حکومت می کند (ماده ۹ اصول ۲۰۱۵ لاهه).

۶- گاهی قانون کشور ثالث بدون ارتباط با عامل های قرارداد را به عنوان قانون بی طرف در قراردادهای بین المللی انتخاب می کنند.^۱ گرچه این طرز تفکر از لحاظ نظری توسط حقوقدانان مورد حمایت قرار گرفته، ولی بهتر است در انتخاب قانون کشور ثالث بیشتر تامل شود. زیرا نه تنها هیچ ارتباط منطقی بین قرارداد و قانون کشور ثالث وجود ندارد، احتمال دارد که قانون کشور ثالث با قانون کشور طرف پیشنهاددهنده هم ریشه و از یک خانواده حقوقی باشند. غالباً شباهت های زیاد بین آنان (مخصوصاً انتخاب قانون یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا) وجود دارد. در عمل طرف ایرانی امتیازی به دست نمی آورد.

۷- اغلب مدیران غیرحقوقی بر این باورند که بی طرفی سوئیس از لحاظ سیاسی، یعنی بی طرفی قانون آن کشور، در واقع چنین نیست. انتخاب قانون سوئیس یعنی قانونی از نظام رومی ژرمنی و هم خانواده با قوانین اغلب کشورهای اروپایی، پس باید از ساده اندیشی دست کشید.

۸- طرفین بر هر قانونی تعلق بگیرد آنچه که انتخاب می شود یک قانون ملی است. با انتخاب قانون ملی به عنوان قانون حاکم، قانون ماهوی مربوطه مستقیماً بدون مراجعه به قواعد حل تعارض آن بر ماهیت قرارداد یا اختلافات جاری می گردد. بنابراین در در تعهدات اعم از قراردادی یا الزامات خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی) احاله جایگاهی ندارد^۲ و قواعد آن اعمال نمی شود.

۹- گاهی در تعیین قانون مناسب، آنچه را که فعلاً به عنوان قانون رایج است می پذیرند ولی در زمان پیدایش اختلاف ممکن است قانون منتخب در کشور موطن خود اصلاح شده یا تغییر کند. در این حالت ممکن است تغییرات بعدی یا تحولات آتی را از حیث اعمال بر روابط قراردادی خود با درج شرطی در قرارداد بی اثر سازند.

^۱ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم با انتخاب هر قانونی موافق می باشد. کشورهای عضو می توانند قانون کشورهای غیر عضو را انتخاب کنند (بند ۱ ماده ۱).

^۲ Benjamin's Sale of Goods, op.cit, p. 1850m n. 25. 014; see article 8 of 2015 Hagues principles.

این اقدام سابقاً در قراردادهای امتیاز نفت و معادن کاربرد داشته و درج آن به نام "شرط تثبیت قانون" در قراردادها صورت می‌گرفت. این روش در قراردادها ((شرط ثبات)) هم نامیده می‌شود.^۱ شرط مذکور در قراردادهای زیرساخت^۲ و پروژه‌های بزرگ و قرارداد امتیاز مورد استفاده قرار می‌گیرد. این‌گونه شروط در قراردادهای میان دولت، سازمان و شرکت‌های دولتی با غول‌های نفتی یا کارتل‌ها سابقه دارد. از این طریق ضمن تضمین بهره‌برداری دراز مدت با ایجاد پارامترهای متعادل‌کننده به نفع خود و ممانعت دولت از تغییر قوانین مرتبط جریان سود روان و فزاینده را به سود خویش تداوم می‌دهند.

بند دوم - مشترکات قانون ملی دو طرف

۱- مبتکر این راه‌حل شخصی به نام مارو روبینو سمارتانو^۳، است. این نظریه اولین بار در سال ۱۹۸۷ تحت عنوان "نئوری Trunc Commum" مطرح شد. سپس در نوشتار حقوقدانان انعکاس وسیعی یافت. از این نظریه انتقاد شده و آن را به جایگزین مصنوعی قصد طرفین تعبیر نموده‌اند. نتیجه به‌کارگیری این نظریه اعمال قوانین ملی طرفین است که قصد به کارگیری آن قوانین به‌تنهایی و به‌طور یکجانبه را نداشته‌اند. البته نویسندگان دیگری^۴ هم قبلاً در این مورد سخن گفته‌اند. سمارتانو در بیان این تئوری بیشتر در مقام تفسیر گزینه منفی است، به این شرح:

انتخاب منفی به این معنی است که طرفین قصد قبول مقرراتی را ندارند و ندانسته خود را در برابر قانون قرار نمی‌دهند که موجب حیرت آنان گردد. طرفین نمی‌خواستند یا نمی‌توانستند در انتخاب قانون ملی یک طرف به توافق برسند. ایشان در تفسیر این فرضیه نتیجه می‌گیرد که طرفین احتمالاً قصد داشتند روابط خود را حداقل تحت حاکمیت بخش مشترک در قانون ملی هر دو طرف قرار دهند.

^۱ موحد محمدعلی، درس‌هایی از داوریهای نفتی، ۱۳۷۴، ص ۱۱۳ به بعد؛ امیر معزی احمد، داوریه بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، نشر دادگستر ۱۳۸۷، ص ۳۹۷. J G Collier, op. cit, p.204; stabilization clause.

^۲ Infrastructure.

^۳ Sammartano, Mauro, international arbitration law, 1992, p. 274- 75.

^۴ L.Hjrner, choice of Law problem in international arbitration, with particular reference to arbitration in Sweden, yearbook of arbitration, 1982.

۲- در صورت یافتن قواعد مشترک بین دو قانون، امکان اعمال مشترک در دو قانون ملی متداعیین وجود دارد. این نظریه حداکثر تفاهم طرفین را می‌رساند، ظاهراً قانع‌کننده به نظر می‌آید. ولی در عمل در قوانین ملی طرفین قواعد مشترک چندانی یافت نمی‌شود. از سوی دیگر طرفین به مطالعه تطبیقی و مقایسه‌ای نیاز خواهند داشت و این اقدام به یک جنگ حقوقی آکادمیک میان طرفین از یک‌سو و دادگاه یادآوری از سوی دیگر تبدیل می‌شود.

۳- ممکن است در معامله خاص هیچ قواعد مشترکی در قوانین مثلاً ایران و آمریکا راجع به ساخت کالای ویژه و استراتژیکی یافت نشود. بار سنگین به‌کارگیری حقوقدان‌های مختلف، صرف وقت فراوان و اختلافات زیاد در تعبیر و تفسیر آن و هزینه سنگین بر طرفین در دادرسی تحمیل می‌شود.

۴- اگرچه این نظریه هنگامی به کار می‌آید که طرفین قانونی را انتخاب نکرده باشند و دادگاه یا دیوان داوری بین‌المللی در مقام انتخاب قانون باشند. با این وجود طرفین در مقام انتخاب قانون می‌توانند قواعد مشترک دو قانون ملی را خود انتخاب کنند. قاضی یا داور با انتخاب صریح آنان مواجه می‌شود و ناگزیر باید همان را اعمال کند. طبیعی است که قانون ملی برای پوشش دادن تمام مسائل قراردادی مشترکات چندانی نداشته باشند. ناگزیر باید خلاء موجود را به اصول کلی حقوقی یا قانون دیگر پر نمایند. احتمال دارد در نظام‌های ملی متعلق به گروه هم‌خانواده و مرتبط با کشور طرفین قواعد مشترک فراوان داشته باشند. در حال حاضر ۲۹ کشور عضو اتحادیه اروپا در این گروه قرار می‌گیرند.

۵- اگر چه با این روش قواعد مشترک در قانون ملی طرفین اعمال می‌شود، معلوم نیست که این روش رضایت طرفین را بهتر جلب کند. سمارتانو معتقد است که این نظریه به قصد مشترک هر دو طرف نزدیک‌تر است و نتیجه می‌گیرد که قواعد مشترک در قوانین ملی طرفین بایستی به عنوان گزینه خودبخودی و طبیعی بر روابط طرفین اعمال شود.^۱ به نمونه‌ای از رای داوری بین‌المللی بر اساس این تئوری توجه فرمایید:

^۱ امیرمعزی احمد، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، نشر دادگستر ۱۳۸۷، صص. ۴۰۲ تا ۴۱۰.

مثال: پرونده ۷۳۰۴ آی سی سی^۱

در رای مذکور تحت عنوان قانون حاکم آمده است (بند ۲۴ ص ۱۸):

(۱) - طرفین قرارداد قانون حاکم را انتخاب نکرده‌اند تا بتوان نتیجه گرفت که به یک قانون ملی معین نظر داشته‌اند و بتوان اعتبار، تفسیر، ختم و فسخ قرارداد را براساس آن معین کرد. خواهان و خوانده هر دو با مواضع افراطی خود قواعد حقوقی ملی خود را حاکم می‌دانند و تنها مبنای مشترک آن دو، بند ۳ ماده ۱۳ قواعد داوری ۱۹۸۸ آی سی سی است.

(۲) - نبود انتخاب صریح قانون حاکم در قرارداد، مفاد بند ۳ به هیات داوری اجازه می‌دهد که قانون مناسب را به کمک قواعد حل تعارض بیابد. با توجه به اختیارات اعطایی به دیوان داوری، موضوع خواهان این است که قانون ایران به عنوان قانون محل وقوع عقد قرارداد حاکم است. زیرا از نظر خواهان محل انعقاد از فاکتورهای مهم برای تعیین قانون حاکم می‌باشد و هدف داوری را هم تامین می‌کند. قرارداد در ایران امضا شده و یک طرف آن دولت ایران است. (ص ۱۹ رای)

(۳) - از سوی دیگر، خوانده استدلال می‌کند که برخلاف نظر خواهان تمام اوضاع و احوال این پرونده موید انتخاب قانون آلمان است. زیرا محل اجرا قرارداد آلمان و محل اجرا یکی از فاکتور مهم برای تعیین قانون حاکم است. خوانده روش‌های مختلف را مطرح می‌کند که حاصل آن‌ها اعمال قانون ماهوی آلمان است. محل داوری هلند است و قاعده حل تعارض قانون هلند هم اعمال ضابطه نزدیک‌ترین ارتباط^۲ یعنی قانون آلمان را بر قرارداد مذکور تایید می‌نماید. مهمترین قسمت (تعهدات شاخص) قرارداد^۳ در آلمان انجام می‌شود. مرکز فعالیت خوانده آلمان و کارخانجات کشتی‌سازی وی در آلمان است وظیفه ساختن کشتی هم بر عهده طرف آلمانی است. به نظر خوانده حتی اگر اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی^۴ جاری شود باز هم قانون محل

^۱ partial Award, 31 March 1994 (unreported).

^۲closest connection.

^۳ Characteristic Performance.

^۴ مقصود از این اصطلاح، قاعده حل تعارض مورد قبول عموم است که به روش تجمیع قواعد حل تعارض و مندرج در کنوانسیون های ۱۹۵۵ لاهه و ۱۹۸۷ لاهه و ۱۹۸۰ رم به دست می‌آید. یعنی قاعده داشتن نزدیک‌ترین ارتباط که به قانون محل اجرا بخش شاخص قرارداد می‌انجامد.

اجرا انتخاب خواهد شد و مرکز ثقل قرارداد^۱ آلمان است. لذا تمام ضوابط اشاره شده هیات داوری را به تعیین قانون آلمان به عنوان قانون حاکم دلالت می‌نماید.

خواننده اضافه می‌نماید که اگر روش تجمیع قواعد^۲ حل تعارض را به کار بندیم با استفاده از اصول حقوقی مشترک در قوانین دو کشور نمی‌توانیم به ضابطه‌ای برسیم که پاسخگوی تمام نیازهای این پرونده باشد. محل امضاء قرارداد بر حسب اتفاق تهران بوده که ارتباطی به مرکز ثقل قرارداد ندارد و عامل مرتبط برای انتخاب قانون حاکم به حساب نمی‌آید.

(۴)- هیات داوری می‌گوید (ص ۲۰ و پاراگراف ۲۵ رای): قبلاً در دستور موقت شماره ۳ خطاب به طرفین اشاره گردیده که دیوان قرارداد منعقد در مارس ۱۹۷۸ را به تنهایی تابع قانون ایران یا تابع قانون آلمان نمی‌داند. ولی قصد واقعی طرفین را می‌تواند به طور ضمنی از ماده ۱۹ قرارداد روشن و بدون ابهام احراز کند.

(۵)- ماده ۱۹ به حل و فصل اختلافات در ارتباط با یا ناشی از قرارداد می‌پردازد. مذاکرات را اولین ترتیب حل و فصل در نظر گرفته و برای عدم توفیق کمیته‌ای مرکب از سه کارشناس فنی برای حل اختلاف پیش‌بینی و برای مسائل غیرفنی داوری آی سی سی را صالح می‌داند. در بند ۷ ماده ۱۹ کمیته فنی یا هیات داوری بر اساس مفاد متن قرارداد تصمیم می‌گیرند. این تنها اشاره در قرارداد برای قواعد قابل استفاده در تفسیر، صحت و اعتبار قرارداد است. پس از بروز اختلاف موضوع نزد کمیته‌ای مطرح می‌شود که بایستی بر اساس قرارداد تصمیم بگیرد. مسلماً متن قرارداد برای پاسخگویی به همه آثار حقوقی قرارداد کافی نیست. لذا مفاد این بند بایستی طوری قرائت و تفسیر شود که زمینه‌های مختلف روابط قراردادی طرفین را با توجه به تمام اوضاع و احوال حاکم بر پرونده پاسخگو باشد.

(۶)- بخشی از دولت با شرکت بزرگ و سازنده کشتی برای کار عظیمی مثل ساخت چندین فروند کشتی به بهای بسیار بالا (چند صد میلیون مارک) قرارداد می‌بندد و تصریح می‌کند که متن قرارداد و روشهای بیان شده بجای قانون حاکم قرار گیرد. هیات داوری سعی دارد معنی‌ای به این نسبت دهد که اثر اجرایی بیابد و به دنبال معنی نابجا و بر طبق خواست یک طرف نرود. هیات داوری قواعد عمومی تفسیر قرارداد را به کار

¹ centre of Gravity.

²cumulative method .

می‌برد و اصول مشترک در دو نظام ملی طرفین را اعمال می‌کند. هیات داوری هر بند از قرارداد را با توجه به سایر بندهای آن و در همان زمینه تفسیر می‌کند تا آثار مفید و قابل اجرا از آن به دست دهد.

(۷) - اصول مقرر در بند ۷ ماده ۱۹ راهنمای روشن از قصد طرفین است و قانون ملی هر یک از طرفین را به تنهایی اعمال نمی‌کند. اختلافاتی که ماهیت فنی ندارند، هیات داوری به استناد قواعد داوری آی سی سی صلاحیت رسیدگی دارد. روشن است که طرفین مکانیزم حل اختلاف در چارچوب قانون ملی یک طرف را کنار گذاشتند. توجه داشته باشید که مسکوت گذاشتن انتخاب قانون در قرارداد کاملاً آگاهانه بوده است.

(۸) - خواهان هیچ علاقه‌ای به اعمال قانون خارجی نداشته و در مقابل حقوق بین‌الملل خصوصی ایران (ماده ۹۶۸) اجازه انتخاب قانون دیگر^۱ را به او نداده است و بر قانون ملی محل انعقاد قرارداد اصرار دارد. رویه بین‌المللی شناخته شده در قراردادهای دولتی نشان می‌دهد در مواردی که انتخاب صریح قانون در قرارداد وجود ندارد، گرایش و تمایل قوی نسبت به اعمال قانون طرف دولتی وجود دارد. بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ۱۹۶۵ واشینگتن راه حلی برای حل اختلاف میان دولت و اتباع خصوصی در اختلافات سرمایه‌گذاری دارد که تا حد زیادی با وضعیت طرفین دولت و تبعه خصوصی در این قرارداد همگون و سازگار است. در چنین اوضاع و احوال مفهوم بند ۷ ماده ۱۹ قرارداد این است که طرفین با یک سازش معقول و با توجه به وضعیت خاص این قرارداد تلاش کرده‌اند تا از اعمال انحصاری قانون ملی یک طرفه آگاهان امتناع کنند.

البته داوری زیرکانه از به کارگیری اماره انتخاب قانون طرف دولتی برای پر کردن سکوت قرارداد بی‌چالش می‌گریزد.

(۹) - نتیجه حاصل از بند ۷ ماده ۱۹ قرارداد این است که طرفین نمی‌خواستند فقط قانون ایران یا فقط قانون آلمان و روابط آن‌ها حاکم شود. لذا هیات داوری بر این عقیده است که بر طبق بند ۵ ماده ۱۳ مقررات داوری ۱۹۸۸ آی سی سی بایستی آثار اجرایی به اراده صریح و خواست طرفین داده شود. لازم نیست مفاد بند ۳ ماده ۱۳ اعمال شود زیرا به تعیین قانون ملی یک طرف می‌انجامد.

^۱ این همان تفسیر غلطی است که داوران بین‌المللی را به تفسیر نادرست از ماده ۹۶۸ ق. م. کشانده است. زیرا منافع خواهان ایجاب می‌کرده که به هر نحو از حاکمیت قانون آلمان جلوگیری کند. لذا تفسیر مناسبی از ماده ۹۶۸ ق. م. برای داوران ارائه نشده و واکنش‌های داوران بین‌المللی از ماده ۹۶۸ ق. م. ناشی از کم یا بد ارائه کردن تفسیر ماده مذکور است.

(۱۰) - هیات داوری اطمینان دارد که قصد طرفین به شرح فوق بایستی تمام آثار خود را بیابد و این امر فقط با توسل به بند ۵ ماده ۱۳ قواعد داوری آی سی سی و بندهای مختلف قرارداد فیما بین و با تفسیر مناسب اصول استخراجی حاصل می‌شود. هر جا که مفاد متن قرارداد کافی نباشد - اصول کلی و مشترک در قوانین ایران و آلمان، خلاء مذکور را پر خواهد کرد و یا در صورت اقتضا می‌توان به نظامهای نوین حقوقی به طور عام در مسایل تجاری مراجعه کرد.

(۱۱) - دیوان در دستور شماره ۳ نکات خاصی را رزرو کرده، و در پاراگراف ۵۱ رای بدین صورت حکم نموده است:

"ماهیت اختلافات، اعتبار و تفسیر و اجرای قرارداد و پیامدهای ناشی از فسخ آن و عدم اجرای کامل قرارداد تابع حاکمیت شرایط قرارداد و اصول کلی حقوقی مشترک در حقوق ایران و آلمان و همچنین اصول مقرر در نظام نوین حقوق بازرگانی خواهد بود." هیات داوری از نظامهای حقوقی طرفین قرارداد و عرف و عادات در روابط آنها الهام می‌گیرد. اگر رویه‌ای میان متعاقبین به وجود نیامده باشد، رویه جاری در کشورهای طرفین را مورد توجه قرار می‌دهد و تلاش می‌کند که اصل "جستجو برای یافتن راه حل نزدیک به انتظارات طرفین" را مدنظر داشته باشد.

۶- نظریه "Trunc Commun" تئوری جدیدی نیست و طرفین در صورت یافتن قواعد مشترک می‌توانند اختلافات ناشی از قرارداد را تابع قواعد مشترک در قوانین ملی آنان قرار دهند. البته در صورت نبود قواعد مشترک، قانون ثالث و بی‌طرف برای مسائل خاص را انتخاب می‌کنند تا بتوانند به حل موضوع اختلاف برای مسائل خاص عادلانه پاسخ دهند. در قراردادهای سکوی نفتی منعقد شده میان موسسات آلمانی و هلندی این شیوه از انتخاب قانون حاکم بیشتر مورد استفاده قرار گرفت.^۱ در آن پرونده قرارداد تابع قوانین دو کشور بوده و در صورت نبود قواعد مشترک قانون سوئیس حاکم می‌گردید.

۷- این طرز تفکر ظاهراً جالب به نظر می‌آید ولی با کمی دقت به راحتی فهمیده می‌شود که در زمان بروز اختلاف، پرونده به یک جدال تمام‌عیار حقوقی تبدیل می‌شود. اگر این دو قانون از یک گروه و از یک خانواده

¹ Mark Blessing, op. cit, p. 4.

مشترک حقوقی باشند، مشترکات آن‌ها چیست؟ آیا به مفهوم و آثار یکسان در هر دو کشور مورد استفاده قرار می‌گیرد و یا برداشت‌های طرفین از یک اصطلاح متفاوت است؟

۸- طرفین ناگزیرند با گردآوری خبرگان حقوقی و وکلا در هر دو نظام حقوقی یک جنگ تمام عیار آکادمیک به راه اندازند. در صورت نبود انتخاب صریح در قرارداد، هیات داوری در جستجوی یافتن قانون قابل اعمال بر روابط طرفین، به نظریه "Trunc Commun" و قانون تجار^۱ متوسل می‌شود. فرق این دو در این است که قانون تجار برخلاف تئوری Trunc Commun به مشترکات قوانین ملی طرفین توجهی ندارد، از این حیث به یک قانون فراملی بیشتر شباهت دارد. در حالی که تئوری Trunc Commun فقط به قوانین ملی بویژه به مشترکات آن دو قانون متکی است. در مواردی که قواعد مشترک ندارند قوانین ملی را کنار می‌گذارند و از قانون سوم برای پر کردن خلاء قانونی استفاده می‌کنند.

بند سوم- اصول کلی حقوقی و قراردادهای دولتی

۱- اگر یک یا هر دو طرف قرارداد دولت یا نهاد دولتی یا شرکت یا مجموعه‌ای تحت کنترل دولت باشند، قرارداد فیما بین را به اعتبار طرفین آن دولتی می‌نامند. باید توجه داشت که در این حالت دولت اعمال حاکمیت نمی‌کند بلکه مثل سایر تجار در مقام تجارت است.^۲ به همین جهت او را "دولت تاجر" نامیده‌اند. غالباً در این قبیل قراردادها طرف دولتی و هم طرف خصوصی سعی در تحمیل قانون ملی خود برای حاکمیت بر قرارداد می‌کنند. لیکن با مخالفت شدید حداقل طرف دولتی مواجه و پیشنهاد مذکور نهایتاً رد می‌شود. اصول کلی حقوقی گزینه مناسب به عنوان قانون حاکم برای این گونه قراردادها است.

۲- در پروژه‌ها و قراردادهای صرفاً اقتصادی که دولت از طریق مناقصه پیمانکاران را در دعوت می‌کند، غالباً در اسناد مناقصه به حاکمیت قانون ملی خود بر قراردادها تصریح می‌نماید. بدین ترتیب طرف دولتی نشان می‌دهد که نه تنها قصد قبول قانون ملی طرف دیگر را ندارد، بلکه بر اعمال قانون ملی خود اصرار دارد.

^۱Lex Mercatoria.

^۲ ایران پور فرهاد، پیشین، صص. ۷۹ و ۸۰

۳- دولت در همه امور مناقصه برگزار نمی‌کند، طرف خصوصی هم تمایل به قبول قانون ملی طرف دولتی ندارد. اگر هر دو طرف بر موضع خود اصرار ورزند مذاکرات به بن‌بست می‌رسد و قراردادی منعقد نمی‌شود. علاوه بر این در معاملات تسلیحات نظامی و استراتژیکی دولت با اشخاص خصوصی (تحت نظر و کنترل مستقیم دولت) همان کشور قرارداد منعقد می‌کند. دولت خریدار تجهیزات نظامی در مقابل طرف فروشنده از قدرت معاملی مساوی برخوردار نیست. این قبیل معاملات غالباً با مسائل سیاسی آمیخته است. در سایه‌سار حمایت سیاسی دولت طرف خصوصی صادرکننده تسلیحات (تولیدکننده) از قدرت معاملی برتر و بیشتر از دولت یا سازمان دولتی خریدار برخوردار است و می‌تواند شرایط قرارداد از جمله گاهی قانون ملی خود را تحمیل کند. دلیل این امر منبع انحصاری^۱ تامین تجهیزات نظامی و استراتژیکی است.

۴- دولت خریدار برای انتقال تکنولوژی یا تجهیزات و کالاهای نظامی و استراتژیکی ممکن است قادر به تحمیل قانون ملی خود به طرف مقابل نباشد. لذا در چنین حالتی نه تنها انتخاب قانون ملی طرف دولتی به چالش کشیده و رد می‌شود بلکه طرف مقابل اصرار بر حاکمیت قانون ملی خود دارد. چون هیچ یک از طرفین قانون ملی طرف دیگر را نمی‌پذیرند و پیشنهاد دیگری ندارند ناگزیر بند مربوط به انتخاب قانون حاکم را مسکوت می‌گذارند و به سایر شرایط قراردادی می‌پردازند.

۵- در زمان پیدایش اختلاف، سکوت به زیان خریدار پیش می‌رود. زیرا چنانکه در فصل دوم ملاحظه خواهید کرد، علیرغم اینکه طرفین قصد قبول قانون ملی یکدیگر را نداشتند، دادگاه یا دیوان‌های داوری با اعمال قاعده حل تعارض به سمت حاکمیت قانون محل اجرا (ضابطه نزدیک‌ترین ارتباط) هدایت و قانون کشور تولیدکننده انتخاب می‌شود. بنابراین با درج گزینه منفی انتخاب قانون حاکم^۲ در قرارداد به شرح زیر می‌توان از پدید آمدن نتیجه ناخواسته جلوگیری نمود.

((طرفین قانون ملی یکدیگر را برای حاکمیت بر قرارداد نپذیرفتند.)) یا "طرف دولتی پیشنهاد اعمال قانون ملی طرف مقابل به عنوان قانون حاکم بر قرارداد را رد نمود."

¹ Sole source.

² Negative choice of law.

مثال - ۱: در پرونده شماره ۷۰۷۱ آی سی سی،

الف- خواهان خواستار اعمال اصول کلی حقوقی به مفهوم بین‌المللی کردن قراردادها است و معتقد است که قانون ملی نباید بر آن حاکم شود. در قراردادها به عدم پذیرش قانون ملی طرفین تصریح نشده و در حین دادرسی هم شهادت‌نامه‌ای مبنی بر عدم پذیرش حاکمیت قانون ملی طرفین در زمان مذاکرات تسلیم نکرده، هیچ مطلبی به عنوان ادله رد ضمنی قانون ملی طرفین ارائه نداد. لذا دیوان داوری در نبود دلایل صریح یا ضمنی دال بر عدم پذیرش قانون ملی طرفین به شرح زیر استدلال می‌کند.

ب- این که در داوری‌های بین‌المللی مخصوصاً در داوری آی سی سی استناد به اصول کلی حقوقی سابقه طولانی دارد یک واقعیت است. گاهی هیات‌های داوری بدون ارجاع به قانون ملی راجع به پرونده تصمیم می‌گیرند. در قراردادهای دولتی لازم است که بر اساس قواعد خاص برگرفته از اصول کلی حقوقی حکم کنند. ولی این دیوان داوری به دلایل زیر متقاعد نشده که در این پرونده قراردادهای موضوع این پرونده هم بین‌المللی است. روشن نیست که مقصود خواهان از اصول کلی چیست؟

پ- از منظر این دیوان به دو نکته روشن‌کننده اشاره می‌شود:

اول باید فرق اصول مورد قبول عموم در حقوق بین‌الملل عمومی^۱ با اصول کلی حقوقی^۲ را بفهمیم و در ثانی به تفاوت اصول کلی مورد قبول عموم در تعارض قوانین^۳ مثل عملکرد این داوری در این پرونده را به اصول کلی حقوقی روشن نماییم. مورد اخیر قوانین ماهوی هستند و اگر دقیق‌تر بگوییم "اصول کلی قوانین ماهوی" نامیده می‌شوند. در تجارت بین‌الملل به آن قانون تجار می‌گویند^۴. اگر با این وجه تمایز آراء و احکام استنادی در لایحه خواهان را بررسی کنیم در پرونده‌های مثل این پرونده چیزی برای دفاع باقی نمی‌ماند. در واقع قانون تجار چند قاعده دارد. ولی هیچ مجموعه روشن و مورد قبول از این اصول کلی در حقوق تجارت بین‌الملل

¹generally accepted principles of public international law.

²general principles of law .

³ generally accepted principles of conflict of laws.

^۴ در زمان صدور رای اولین مجموعه اصول کلی قراردادهای تجاری بین‌المللی در حال انتشار است و ظاهراً هیچ یک از داورها از وجود آن مطلع نبودند و طرفین هم دیوان را مطلع نکرده‌اند. علاوه بر این کنوانسیون بیع بین‌المللی موجود بوده و دیوان داوری آن را به عنوان قانون فراملی در نظر نگرفته است.

وجود ندارد. در آراء داوری تعدادی از قواعد آن را می‌توان استخراج کرد. مثلاً این اصل که فورس ماژور عدم اجرای قرارداد را توجیه می‌کند و طرفین باید زبان‌های وارده را تحمل کنند و یک طرف نباید به ناروا و به زیان دیگری دارا شود. اصول مذکور خیلی کلی بیان شده‌اند و اعمال آن بسیار دشوار است (بندهای ۶۰ تا ۶۲ رای ۲ مارس ۱۹۹۴).

ت- دیوان داوری معتقد است که اعمال اصول کلی حقوقی معایبی دارد که برجسته‌ترین آن نامعلوم بودن حقوق^۱ قراردادی طرفین است. در زمان انعقاد قرارداد طرفین می‌دانستند که چه اصولی بر قرارداد آن‌ها حاکم خواهد شد. در زمان پیدایش اختلاف داورها با انتخاب خود قواعدی را بدون مراجعه به مجموعه موجود و منسجم حاکم خواهند کرد. در این پرونده طرفین انتظار چنین نتیجه‌ای را ندارند.

ث- از سوی دیگر وجود مجموعه‌ای از case law در دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده^۲ در این زمینه هم حقیقت دارد و بر پرونده‌هایی اعمال شده است. ولی این مجموعه بر اساس ماده ۵ بیانیه حل و فصل^۳ به وجود آمده و در خود متن ماده اجازه اعمال اصول کلی حقوقی تجاری بین‌المللی داده شد. در پرونده حاضر چنین مقرره‌ای که اجازه اعمال اصول کلی حقوقی را بدهد وجود ندارد (بند ۶۳ رای ۲ مارس ۱۹۹۴).

ج- به نظر می‌رسد که دیوان در استدلال خود این واقعیت را نادیده گرفته که در بیانیه حل و فصل به‌خاطر دولتی بودن طرفین بیانیه در ماده ۵ آن هم اعمال اصول کلی حقوقی و هم حقوق بین‌الملل عرفی را تجویز کرده‌اند. در این پرونده هم خواهان به عنوان بخشی از دولت طرف دعوی است و هیئت داوری در نبود رد صریح اعمال قانون ملی طرفین، می‌بایست عدم قبول ضمنی اعمال قانون ملی یک طرف را اصل تلقی و از تفحص در انتخاب قانون ملی طرف دیگر خودداری کند و اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل را به کار برد. استدلال دیوان داوری بر فرض نادرستی استوار بوده و صحیح نمی‌باشد.

چ- دیوان در بندهای ۶۶ به بعد رای در مورد قراردادهای دولتی نظر زیر را اتخاذ کرد:

¹ Uncertainly.

² iran-us claims Tribunal reports (CTR).

^۳ ماده ۵ بیانیه حل و فصل مقرر می‌دارد هیئت داوری اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قانون انجام خواهد داد مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل را به کار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازرگانی مفاد قرارداد و تغییر اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت.

خواهان در توجیه اعمال اصولی کلی حقوقی به دو نکته اشاره می‌کند. یکی به ماهیت تسلیحات موضوع قرارداد و دیگری به شخصیت متعاقدین. دیوان ضمن اینکه این فاکتورها را مرتبط می‌داند ولی معتقد است برای معتبر دانستن موضوع خواهان کافی نیست. در تجارت بین دولت‌ها، اعم از این که موضوع معامله تسلیحات باشد یا محصولات اولیه یا هر کالای دیگر چیز غیر عادی وجود ندارد. مخصوصاً هیچ مجموعه آراء یا متون حقوقی وجود ندارد که اعمال قاعده حل تعارض خاص برای تسلیحات را مقرر کرده باشد. معذک ماهیت حساس و ویژه تسلیحات مورد معامله ویژگی خاص به آن می‌دهد و تفاوت اساسی با کالاهای عادی دارد.

این که گفته می‌شود ماهیت قراردادهای دولتی است و دیوان داوری باید به مقررات کنوانسیون ۱۹۶۵ واشینگتن (ایکسید^۱ بند ۱ ماده ۴۲) توجه کند به قرارداد سرمایه‌گذاری مربوط است و قراردادهای حاضر قراردادهای سرمایه‌گذاری نیستند، تا دیوان قانون طرف دولتی و اصول کلی حقوقی را اعمال کند. قطعنامه‌ای که موسسه حقوق بین‌الملل در سپتامبر ۱۹۷۹ در آتن پذیرفته در این پرونده بیشتر کاربرد دارد. ماده ۱ آن مقرر می‌دارد:

"قرارداد فیما بین دولت و شخص خصوصی تابع قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند، و در نبود انتخاب قانون، تابع قواعد حقوقی است که با قرارداد ارتباط نزدیک‌تر دارد."

ح- ماده ۵ آن مقرر می‌دارد: در نبود انتخاب قانون، قانون حاکم با فاکتورهایی انتخاب می‌شود که بتوانند با کمک آن فاکتورها ارتباط نزدیک‌تر را معین کنند. این مواد در این پرونده راهنمایی بهتری برای انتخاب قانون حاکم ارائه می‌دهد.

خ- به نظر می‌رسد که دیوان راه نادرستی را برای تعیین قانون حاکم می‌پیماید. لازم است دیوان داوری از پذیرش هر استدلالی که به انتخاب قانون ملی طرفین منتهی شود قویاً خودداری کند، زیرا پذیرش قانون ملی طرف به‌طور بارز با قصد طرف دولتی ناسازگار است. دیوان داوری در بند ۷۰ رای اعتراف می‌کند که این واقعیت را نباید نادیده گرفت که طرف دولتی میل ندارد خود را تابع قانون خارجی قرار دهد. اما از ترتیب اثر دادن به همین پندار خود امتناع کرده است.

¹ International convention on the settlement of investment Dispute, 1965 (ICSID).

د- دیوان داوری ادامه می‌دهد که برخی از نویسندگان اعمال قانون طرف دولتی بر قرارداد را پذیرفته‌اند. این ایده‌ها بسیار مضیق و در حد اماره‌های کم اعتبار و قابل رد هستند. داورها به روبه فرانسه در سال ۱۹۳۲ و نوشتار دایسی و موریس در تعارض قوانین ارجاع می‌دهند. علاوه بر این می‌گویند که در داوری‌های تجاری بین‌المللی مدرن دیگر به این اماره عمل نمی‌شود. به جای این اماره قاعده حل تعارض مورد قبول عموم را به کار^۱ می‌برند.

ذ- دیوان اعتراف می‌کند که دولتی بودن طرف قرارداد از فاکتورهای مهم است که نباید آن را نادیده گرفت، ولی نه بیشتر از حدی که بیان کرده و اعتقاد دارد که وضعیت پرونده حاضر ایجاد نمی‌کند که اماره نفی قانون ملی بی‌طرف دیگر را بپذیرد.

۶- برای پرهیز از قبول قانون ملی طرف مقابل یا هر قانون ملی دیگر (ثالث یا بی‌طرف) در این وضعیت برای طرفین راهی برای شکستن بن‌بست مذاکراتی وجود دارد. یا باید در ماده مربوط به قانون حاکم بر قرارداد به عدم پذیرش قانون ملی طرفین و هر قانون ملی دیگر تصریح کنند (اولویت اول)، و یا در چنین حالتی طرفین غالباً به سوی یک قانون فراملی بی‌تابعیت یا اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل از نمونه‌های موجود و شناخته شده مثل اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۰ موسسه یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم روی آوردند. لذا در مقام انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد انواع قواعد موجود در این زمینه را مورد توجه قرار دهند. با قبول یکی از آن‌ها از حاکمیت قانون ملی طرفین یا قانون ملی کشور ثالث رهایی می‌یابند. اگرچه این یک راه‌حل برای فرار از بن‌بست و فرار از نامعلوم بودن نتیجه حل اختلاف است، ولی در ماهیت بیشتر به قواعد

¹Pockstiegel, the legal rules applicable in international commercial arbitration involving states or state controlled Enterprises, in: 60 years of ICC arbitration, A look at the future, ICC Paris 1984, p. 117 at 149 et seq., 160.

آقای باکشتیگل از سمپات‌های معروف خواهان‌های آمریکایی در دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده در سال ۱۹۸۲ است استدلال خوانندگان ایرانی (دولتی) مبنی بر اعمال اماره نفی قانون ملی طرف دیگر در قراردادهای دولتی ایشان را وادار نموده که در تقبیح این اماره علیه خوانندگان (دولتی) چاره‌ای بیندیشد و مقاله معروف ایشان در شصتمین سالگرد داوری آی سی سی علیه طرف‌های دولتی در داوری‌های بین‌المللی در سال ۱۹۸۴ بازتابی از انگیزه ایشان است و مورد توجه و استقبال نویسندگان غربی هم قرار گرفت.

و قوانین کشورهای غربی قرابت دارد تا به قوانین جهان توسعه نیافته. با این وجود این انتخاب غالباً مناسب‌تر از راه‌حلی است که نتیجه را به قانون محل اجرا می‌سپارد.

مثال - ۲: در پرونده دولت کویت علیه امین اویل^۱:

الف- بخش کلیدی رای در مورد قانون حاکم بر انتظارات طرفین تأکید دارد و قانون حاکم را به اصول کلی حقوقی ارجاع می‌دهد. بندهای مرتبط رای به شرح زیر است:

مساله قانون حاکم بر محیط اختلافات که فی‌الواقع بین طرفین مطرح می‌باشد، مساله ساده "قانون حاکم" است. تردیدی نیست که با به کارگیری مستقیم قانون حاکم خیلی از موضوعها پوشش داده می‌شود. نتیجه مذکور خود منبعث از قانون و عقل سلیم است و بدنبال آن به دو دلیل نتایج و تمام آثار را دارد. واقعیت این است که قانون کویت توسعه و تکامل تدریجی نیافته، تا آن حد که دولت کویت ناچار شد تأکید کند که حقوق بین‌الملل پدید آمده الزاماً بخشی از قانون کویت را تشکیل^۲ می‌دهد. از این منظر اصول کلی حقوقی مورد نظر بخشی از حقوق بین‌الملل^۳ است، و همین اصول به‌طور ویژه بر قرارداد امتیاز نفت جاری می‌شود. نتیجه مذکور از بندهایی حاصل می‌شود که در قرارداد گنجانده شده‌اند. مثل مقرره زیر در قرارداد امتیاز ۱۹۷۳ منعقدہ فیما بین طرفین:

"طرفین روابط خود در قرارداد را بر پایه تراضی و اصل حسن نیت استوار می‌سازند و تابعیت متفاوت طرفین را لحاظ و در قرارداد فیما بین تأثیر می‌دهند و در انطباق با اصول مشترک در قوانین کویت و ایالت نیویورک آمریکا تفسیر و اجرا می‌کنند. در مواردی که در قوانین طرفین اصول مشترک یافت نشود، آن‌گاه اصول کلی حقوقی مورد قبول کشورهای متمدن به طور عام از جمله آن دسته از اصولی که دیوان‌های داوری اعمال کرده‌اند، را در این قرارداد حاکم می‌کنند."

¹ government of Kuwait v. Aminoil, international law reports (ed. E. Lau Terpacht), vol.66, p. 518.

² established public international law is necessarily a part of the law of the Kuwait.

³ Article 38 (1) (c) of the statute of the International Court of Justice.

ب- البته هیچ کدام از طرفین در طول رسیدگی‌های داوری به این متن خاص در قرارداد اشاره و استناد نکردند، لیکن توجه به آن مفید خواهد بود و ایده‌ای که در این دیدگاه وجود دارد جدا از رویه کویت نیست.

همچنین در قراردادهای امتیاز شرکت نفت عربی^۱ همین مقرره وجود دارد، بجز آن که در این متن می‌گوید اصول مشترک میان کویت و ژاپن. قرارداد امتیاز نفت ۱۹۶۷ میان شرکت ملی نفت کویت^۲ و شرکت هیسپانیکا دو پترولوس به اصول مشترک قانون کویت و قانون اسپانیا ارجاع می‌دهد. با این وجود به دور از واقعیت است اگر فرض کنیم که در این سه قرارداد امتیاز سه رژیم قانونی متفاوت حاکم می‌شود. روشن است که مقصود دولت کویت و شرکاء ایشان این بوده که هر سه قرارداد تابع اصول کلی حقوقی باشند. لیکن ملاحظات ثانویه‌ای کار داوران را خیلی آسان کرده یعنی در واقع خود طرفین در موافقت‌نامه داوری به قانون حاکم اشاره کرده‌اند. بند ۲ ماده ۳ قرارداد مقرر می‌دارد که قانون حاکم بر مسائل ماهوی میان طرفین را داورها با توجه به ماهیت طرفین و خصیصه فرامینی روابط حقوقی آنها بر اساس اصول حقوقی و رویه‌های رایج در دنیای مدرن امروزی معین می‌کنند.

پ- اگرچه در تئوری شاید دادرسی تابع قواعد به هم مونتاژ شده متفاوت باشد و بر مسائل و موضوعاتی که هدف دادرسی است اعمال شود. البته اگر لازم شود بند ۲ ماده ۳ را تفسیر کنند، چنین تفسیر بایستی براساس مقرره‌ای باشد که نه تنها طرفین آن را در سال ۱۹۷۳ آزادانه انتخاب کرده‌اند بلکه منطبق با بازتاب فضایی باشد که در ورای اجرای قرارداد امتیاز در کویت وجود دارد.

ت- بند ۲ ماده ۳ قرارداد روشن می‌سازد که کویت کشور حاکمی است که برای منافع جامعه ملی خود قانونی دارد که بخش ضروری تنظیم روابط بین مردم آن کشور را تشکیل می‌دهد. در عین حال به خصیصه فراملی روابط خود با دارنده امتیاز اشاره می‌کند. این ماده ذخیره و ثمره مجموعه قواعدی است که دیوان باید آن را اجرا کند. هم در مطالب نقل شده و هم در قسمت دیگر رای، دیوان داوری بر مقاصد و انتظارات طرفین تأکید می‌کند. دیوان در این رابطه تصریح می‌کند که:

¹ Arabian Oil Company (AOC)

² Kuwait national petroleum company and hispanica de patrollers of 1967.

ث- روشن است که مقصود کویت و شرکاء وی اساساً اصول کلی حقوقی بوده است. طرفین در قراردادهای بین‌المللی (اعم از خصوصی و دولتی) بایستی بتوانند از قوانین ملی رهایی یافته و به سمت قواعد یا اصولی بروند که مورد قبول کسانی باشد که به داد و ستدهای بین‌المللی می‌پردازند.

ج- برخی از قواعد مذکور به شکل مدون عبارتند از:

یک- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا- ۱۹۸۰ وین^۱

این کنوانسیون مشتمل بر ۱۰۱ ماده در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ در وین (اتریش) به زبان‌های عربی، چینی، انگلیسی، فرانسه، روسی و اسپانیولی تهیه و برای امضاء نمایندگان کشورهای شرکت‌کننده آماده شد. تفسیرهای متعددی از این کنوانسیون و آراء زیادی بر اساس کنوانسیون وین موجود است. کشورهای زیادی در سراسر جهان آن را پذیرفته‌اند.^۲ علیرغم استقبال عموم از کنوانسیون وین، این کنوانسیون در بعضی مسائل از جمله مرور زمان مقررهای ندارد.

دو- اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۳ ویرایش ۲۰۱۰

اولین بار در سال ۱۹۹۴ متن اولیه آن تهیه و منتشر شد. ده سال بعد در سال ۲۰۰۴ مورد بازنگری قرار گرفته و مشتمل بر ده فصل و هر فصل چندین مواد می‌باشد.^۴ هم‌اکنون متن اصلاح شده ۲۰۱۰ آن در سایت موسسه یکسان‌سازی حقوق خصوصی رم^۵ موجود است. این نسخه از اصول ده فصل دارد و بیشتر از کنوانسیون وین مورد توجه می‌باشد. بند ۴ ماده ۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد:

"هیچ‌یک از مواد این اصول، مانع اعمال قواعد آمره‌ای که مطابق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال هستند، نخواهد بود: خواه منشاء ملی یا بین‌المللی باشد، یا فراملی،" اصول مذکور به عنوان قانون حاکم در قراردادهای تجاری بین‌المللی کاربرد جهانی دارد^۶ و پانزدهمین کنگره حقوق تطبیقی در بریستول به این نکته

^۱Convention on international Sale of Goods-CISG.

^۲ برای مطالعه شرح تفصیلی این کنوانسیون رجوع شود به: صفائی سیدحسین، حقوق بیع بین‌المللی، چاپ سوم، ۱۳۹۰.

^۳International Institute for unification of private law (UNIDROIT), with headquarters in Rome, published the amended principles in 2010.

^۴ برای مطالعه تفصیلی رجوع شود به: اخلاقی بهروز و امام فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۸۵.

^۵ [http:// www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

^۶ Maren hridmann, methodology of contract Law, 2007.P. 137.

تاکید نمود. این مجموعه منسجم زمینه فرار از قانون ملی را فراهم کرده و راه را برای اعمال قواعد فراملی هموار می‌کند. این اصول مشروعیت خود را از ماهیت ویژه موضوع آن یعنی ((قراردادهای تجاری بین‌المللی)) کسب می‌کند.^۱

سه - اصول قراردادهای اروپایی^۲

این اصول در سال ۱۹۹۹ توسط کمیسیون اروپا به وجود آمد. اروپایی‌ها برای ترویج آن تلاش می‌کنند. زیرا ساختار آن از حقوق کشورهای عضو اتحادیه نشأت می‌گیرد. شرکت‌ها و سازمان‌های ایرانی به حق از آن استقبال نکرده و توجهی به آن ندارند. زیرا این اصول برگرفته از نظام‌های داخلی کشورهای اروپایی است و انتخاب آن تقریباً به منزله انتخاب قانون ملی طرف اروپایی و اعطاء امتیاز به ایشان است.

چهار - قانون تجار

برای توسعه و تدوین اصول و قواعد حقوق تجار^۳ در سال‌های اخیر تلاش زیادی صورت گرفته، توانسته‌اند فقط تعدادی از اصول آن را مدون کنند. مجموعه منسجم و کامل از آن ارائه نشده و قواعد آن به صورت عرف‌های رایج میان بازرگانان مورد عمل قرار می‌گیرد. دیوان‌های داوری در ترویج آن نقش دارند.

حالا به سئوال‌های زیر پاسخ دهید:

- ۱- آیا طرفین می‌توانند هر قانونی را برای تعیین اعتبار و صحت قراردادها انتخاب کنند؟ یا طرفین محدود به انتخاب قانونی هستند که ارتباط مهمی با خود آن‌ها یا با قرارداد داشته باشد (دیدگاه آمریکایی)؟
- ۲- آیا طرفین می‌توانند مثل یک مشتری تمام قوانین دنیا را برای انتخاب قانون حاکم جستجو کنند؟ و هر قانونی که به نظر آنان مناسب آمده در قرارداد خود حاکم کنند (دیدگاه اتحادیه اروپا)؟

¹ Maren hridmann, ibid, p. 145.

²The principles of European contract law- see also; http://cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl.

³ Lex mercatoria.

۳- اهمیت قاعده قانون حاکم بر صحت و اعتبار قرارداد (محل تنظیم سند یا محل وقوع قرارداد) بر کسی پوشیده نیست. که طرفین سعی دارند آن را کنار بزنند و قانون دیگری را بر صحت و اعتبار قرارداد حاکم کنند، دادگاه چه وقت حق دارد از اعمال قانون انتخاب شده بر قرارداد خودداری کند؟

۴- اگر طرف عقد در موضع معاملی ضعیف‌تر باشد، مثل مصرف‌کننده، و در برابر فشار طرف قوی‌تر در معامله قانونی به وی تحمیل شود که متضمن حمایت از مصرف‌کننده نیست چگونه مورد حمایت قرار می‌گیرد؟

گفتار چهارم - در قوانین انگلیس، آمریکا و اتحادیه اروپا

(کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین و مقررات شماره ۵۹۳/۲۰۰۸)

بند یکم - نبود احاله در تعهدات^۱

۱- کنوانسیون ۱۹۸۰ رم به عنوان قانون داخلی انگلیس از سال ۱۹۹۱ و دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین آمریکا از ۱۹۷۱ به بعد و همچنین مقررات ۵۹۳ جامعه اروپا (مقررات رم- یک) از سال ۲۰۰۹ به بعد بین وضعیتی که طرفین قانون قابل اعمال را انتخاب کرده باشند و یا وضعیتی که در نبود قانون منتخب، قانون حاکم بر اعمال ضوابط عینی تعیین می‌شود، تفاوت قائل شده‌اند. جاری ساختن ضوابط کنوانسیون و قواعد دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین و مقررات ۵۹۳ (رم- یک) برای انتخاب قانون نهایتاً به انتخاب قانون ملی کشورها (پذیرفته شده در کنوانسیون، دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین و مقررات ۵۹۳ اتحادیه اروپا) می‌انجامد.^۲ مراجع استنادی مذکور (کنوانسیون و دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین و مقررات ۵۹۳) تصریح می‌نمایند که در صورت انتخاب قانون ملی کشور معین قانون ماهوی آن اعمال می‌شود و نه قواعد حل تعارض^۳ آن قانون (ماده ۱۵ کنوانسیون رم و ماده ۲۰ مقررات رم- یک ماده ۸ اصول ۲۰۱۵ لاهه).

¹ J. G. Collier, op. cit, P. 204.; Benjamin's Sale of Goods, op. cit, p. 1850.

² . John O Brien, op. cit,P.329; Benjamin's Sale of Goods, op. cit. p-1847, no. 25-009.

^۳ این نکته در ذیل بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران هم آمده است. ذیل این بند تصریح می‌نماید که؛ تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود.

۲- با این انتخاب نظر انگلیسی‌ها نسبت به نظریه قانون مناسب تغییر می‌کند و به جای انتخاب نظام حقوقی به سمت انتخاب کشور می‌روند. از آنجایی که قانون چیزی است که به کشور تعلق دارد و قانون مورد بحث هم قانون ملی خواهد بود. چنین بیانی از منظر کنوانسیون رم به معنی عدم حمایت از قواعد فراملی به عنوان قانون حاکم، مثل اصول حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی (UPICC)^۱، به شمار می‌آید.^۲

بند دوم- قانون مرتبط یا بی‌ارتباط با قرارداد و طرفین

۱- مقررات رم- یک در سال ۲۰۰۹ در کشورهای عضو اتحادیه اروپا لازم الاجرا شد، آزادی عمل فراوان در انتخاب قانون ملی برای حکومت و روابط قراردادی را در خود دارد (ماده ۳)^۳. از این منظر با قواعد کامن‌لا همسو می‌باشد. بر خلاف تاکید آمریکایی‌ها اتحادیه اروپا و همچنین بند ۴ ماده ۲ اصول ۲۰۱۵ لاهه وجود ارتباط مهم بین قانون منتخب طرفین و قرارداد را الزامی نمی‌داند. متعاقدين می‌توانند هر نظام حقوقی که بخواهند انتخاب کنند^۴. قانونی که بدین‌سان انتخاب می‌شود، مشروط به رعایت نظم عمومی قانون مقرر دادگاه، بر ماهیت روابط قراردادی جاری می‌گردد. با انتخاب قانون حاکم در قراردادهای تجاری بین‌المللی از اعمال قانونی که با اعمال قواعد حل تعارض به قرار ارتباط دارد جلوگیری به عمل می‌آید.

۲- تاثیرگذاری یا عدم‌تاثیر قانون منتخب بر صحت و اعتبار قرارداد و یا بر حقوق و تعهدات طرفین، بستگی به ماهیت و محتوای آن قانون دارد^۵. اجتناب از اعمال قانون مرتبط نه تنها تصادفی نیست بلکه عمدی و ارادی است. یعنی متعاقدين آگاهانه نظام حقوقی (قانون حاکم) را انتخاب کرده‌اند تا از اعمال قانون دیگر مصون بمانند. در این حالت موضوع قدری پیچیده‌تر می‌شود. بین خودداری از اعمال قانون به ناچار و فرار آگاهانه از حاکمیت قانون قابل اعمال، تفاوت وجود دارد. در پاره‌ای موارد راه فرار از قانون به وسیله اعمال قواعد آمره مقرر دادگاه مسدود می‌شود. کنوانسیون در چندین مورد بر این نکته تاکید می‌کند. عملاً قانون منتخب را با

¹Unidroit Principles of international commercial contract (UPICC).

² maren heidemann, op. cit, p. 134.

³ . John O Brien, op. cit, P. 328.

⁴ Russell J weintraub, op. cit, p. 513; J.G. Collier,op.cit, p. 197;- John O Brien,op.cit, P. 328.

⁵ John O Brien, ibid, P. 349.

درج ساده این عبارات در یکی از بندهای قرارداد یا در سند جداگانه مبنی بر حاکمیت قانون فراملی یا قانون کشور معین بر ماهیت اختلافات به مضمون زیر می‌نویسند:

This contract shall be governed or construed by the Laws of the Islamic Republic of Iran; any dispute arising out of, or in connection with, this contract shall be decided in accordance with the Iranian Laws.

با کمی دقت در الفاظ دو انتخاب فوق به راحتی فهمیده می‌شود که با اعمال ضوابط مورد اشاره یک نظام حقوقی ملی انتخاب می‌شود و از این حیث مقررات رم یک می‌تواند مورد انتقاد قرار گیرد. زیرا با حرکت در مدار بسته قانون ملی اجازه انتخاب قانون غیر ملی مثل اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یا اصول قراردادهای اروپایی یا کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین‌المللی کالا پیش نمی‌آید و هیچ دلیلی ندارد که انتخاب قانون حاکم به قانون ملی محدود گردد. اگرچه قاعده حل تعارض محور اصلی انتخاب قانون حاکم در محاکم قضایی است، لیکن نهادهای داوری بین‌المللی خود را مقید به چنین محدودیت دست و پاگیر نمی‌بینند.^۱ همین انتقاد بر نظام قانون حاکم بر قراردادهای تجاری ایران (بند ۲ ماده ۲۷ ق. د. ت. ب ۱۳۷۶) وارد است. این محدودیت با اصل آزادی اشخاص و انتخاب قانون حاکم بر قراردادها منافات دارد. اگرچه اروپایی‌ها قواعد را حول محور منافع اقتصادی شکل داده‌اند، اروپایی‌ها هم از محدود کردن قانون حاکم بر قراردادها ((فقط به انتخاب قانون ملی)) از طریق قاعده حل تعارض دست بر خواهند داشت، زیرا این تفکر اقتصادمحور مانع بزرگی برای فراگیر شدن قوانین فراملی است و با تفکر جهانی‌سازی سازگار نمی‌باشد.

بند سوم - همگرایی قانون چین

۱- جمهوری خلق چین در آستانه ورود به سازمان تجارت جهانی در حقوق قراردادهای قاعده مشابهی راجع به آزادی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد^۲ را به شرح زیر پذیرفت: "در قراردادی که متضمن منافی برای خارجی

^۱ رجوع شود به ماده ۳۵ قانون داوری بین‌المللی ۲۰۱۰ آنسیترال و ماده ۲۱ قانون داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی سی سی). ۲۰۱۱.

^۲ Russell j. Weintraub, op. cit, p.516. footnote 33. ... the parties to a contract involving foreign interests may choose the law applicable to the settlement of their contract disputes, except otherwise is stipulated by law. If the parties to a contract involving foreign interest have not made a choice, the law of the country to which the contract is most closely connected shall be applied.

باشد، طرفین می‌توانند قانون قابل اعمال بر حل و فصل اختلافات قراردادی را انتخاب کنند. مگر این که برخلاف آن در قانون مقرر شده باشد. اگر طرفین قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده باشند، قانون کشوری اعمال خواهد شد که قرارداد با آن ارتباط نزدیک‌تر دارد.^۱ این ماده با مفاد ماده ۴ اصول ۲۰۱۵ لاهه همسو می‌باشد.

۲- چین در سال‌های اخیر به بزرگترین تولیدکننده کالا و صادرکننده جهان تبدیل شده به این دلیل در سال ۱۹۹۹ قاعده نزدیک‌ترین ارتباط را از کنوانسیون ۱۹۸۰ روم الهام گرفت. زیرا قواعد این کنوانسیون بیشترین توجه را به منافع صادرکنندگان دارد. همچنین در تشکیل شرکت‌های سرمایه‌گذاری مشترک^۱ با خارجی‌ها و تشکیل شرکت‌های همکاری خارجی راجع به اکتشاف و توسعه منابع طبیعی در قلمرو چین قانون چین به صورت امری اعمال می‌شود و اجازه حاکمیت قانون دیگر را نمی‌دهد.^۲ استثنا مقرر در جمله صدر ماده مورد استناد ناظر به معنی امری بودن انتخاب قانون چین در قرارداد اکتشاف و توسعه منابع طبیعی در قلمرو چین است.

مبحث سوم - تغییر قانون منتخب و تفکیک تعهدات مستقل

متعاقدين می‌توانند قانون حاکمی را که قبلاً انتخاب کرده‌اند در ثانی تغییر دهند (گفتار یکم). همچنین می‌توانند تعهدات مستقل قرارداد را تفکیک و بر هر تعهد یک قانون متفاوت حاکم نمایند (گفتار دوم).

گفتار یکم - تغییر قانون منتخب:

۱- طرفین در هر زمان می‌توانند قرارداد را تابع قانون دیگری غیر از قانونی که قبلاً بر آن حاکم بوده، قرار دهند.^۳ اعم از این که قانون قبلی را خود انتخاب کرده یا با اعمال ضوابط حل تعارض تعیین شده باشد (بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون و بند ۲ ماده ۳ مقررات رم- یک) هر تغییری که پس از انعقاد قرارداد در قانون حاکم داده شود مشروط به رعایت شرایط زیر است،

الف- نایبستی صحت و اعتبار قبلی قرارداد را به مخاطره اندازد یا

¹ Joint venture.

^۲ قانون قراردادهای، در دومین نشست نهمین کنگره خلق چین در ۱۵ مارس ۱۹۹۹ به تصویب رسید.

^۳ قوانین ایران پاسخ صریح و روشنی ندارند. البته این بدان معنی نیست که پاسخ احتمالی منفی باشد. زیرا بر طبق ماده ۱۰ ق.م. اراده‌ای که توافقی را خلق یا انشاء می‌کند در موارد مقتضی همان اراده می‌تواند آن را تغییر دهد.

ب- بر حقوق ثالث تأثیر منفی گذارد (ماده ۹ کنوانسیون)

۲- این ماده اصل آزادی انتخاب قانون را به طور شفاف به نمایش گذاشته و طرفین را قادر می‌سازد، هر وقت بخواهند قانون منتخب قبلی را تغییر دهند.^۱ اگر بعد از امضاء قرارداد متوجه قانون دیگری شوند که با قرارداد سازگارتر و منافع آنان را بهتر حفظ می‌کند، یا بهتر است در قانون قبلی تجدیدنظر نمایند، یا به این نتیجه رسیده‌اند از قانونی که کنوانسیون تحمیل می‌کند خلاص شوند. قانون جدید می‌تواند بر تمام یا بخشی از قرارداد حاکم شود. کنوانسیون رم و مقررات رم یک در عین حال اجازه می‌دهد که هر وقت بخواهند قانون انتخابی را عوض کنند. آثار توافق طرفین پس از بروز اختلاف و طرح دعوی دال بر تغییر قانون حاکم بستگی به وضعیت دادگاه و آیین دادرسی آن راجع به اصلاح و تغییر دادخواست و لوایح دارد. لیکن داورهای بین‌المللی نرمش بیشتری نسبت به تغییر قانون حاکم دارند. همچنین است موضع مقررات رم یک و دومین تفسیر رسمی دومین تعارض قوانین آمریکا. تغییر بعدی قانون حاکم چندین خطر بالقوه را به همراه می‌آورد: (الف)- قانون جدید ممکن است برای اعتبار شکلی قرارداد شرایطی را مقرر کند که بر طبق قانون قبلی وجود نداشت. و

(ب)- ممکن است بر حقوق ثالث اثر منفی گذارد، و تلاشی باشد برای فرار از قواعد آمره‌ای که بر طبق قانون قبلی به وجود می‌آید، و

(پ)- ممکن است بر طبق قانون جدید قرارداد بی‌اعتبار و باطل گردد.

۳- مواد ۳ و ۴ کنوانسیون و مقررات رم- یک مواد بنیادین انتخاب قانون حاکم اعم از انتخاب صریح و ضمنی طرفین و یا توسط دادگاه و دیوان‌های داور بین‌المللی است. قانون حاکم بر قرارداد بدو با اشاره به هر نوع توافق صریح متعاقبین در زمان انعقاد عقد یا هر زمان پس از آن معین می‌شود^۲ (مفاد بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و مقررات ۵۹۳ (روم- یک)). فقط در صورت نبود انتخاب صریح و معتبر در قرارداد اجازه بازگشت به مقررات مندرج در کنوانسیون، مقررات رم- یک یا دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین راجع به انتخاب

¹ John O Brien, op. cit, P. 334. see also article 4 of the Hague principles; a choice of law, or any modification of a choice of law.

² John O Brien, op. cit, P. 328.

قانون حاکم را دارند. یعنی در مرحله دوم می‌توانند به انتخاب ضمنی یا قاعده نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد متوسل شوند (مواد ۴ کنوانسیون و ۴ مقررات رم- یک و ماده ۴ اصول ۲۰۱۵ لاهه).

بند یکم - انتخاب صریح مثبت

۱- قرارداد تابع قانونی است که طرفین آن را صریحاً انتخاب کرده‌اند. طرفین می‌توانند قانون منتخب را در قرارداد تجاری فیما بین ذکر نمایند^۱ (بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و مقررات شماره ۵۹۳ و عبارت صدر بند ۱ ماده ۱۸۷ تعارض قوانین آمریکا^۲ و ماده ۴ اصول ۲۰۱۵ لاهه). یعنی می‌توانند هر قانونی اعم از این که با قرارداد پیوندی داشته یا نداشته را انتخاب کنند^۳، کافی است که قانون منتخب از فیلتر نظم عمومی مقر دادگاه بگذرد^۴. بنابراین در کشورهای غربی اشتیاق فراوان برای آزادی انتخاب قانون حاکم وجود دارد^۵.

۲- از آنجایی که در انتخاب صریح قانون حاکم اجباری برای کتبی بودن آن یا انجام تشریفات دیگر وجود ندارد، اگر توافق شفاهی نسبت به قانون حاکم بر قراردادی در حین مذاکره حاصل و منتهی به تنظیم قرارداد کتبی بدون ذکر قانون حاکم گردد، از حیث ثبوت معتبر است. ولی از حیث اثبات اگرچه ناممکن نیست اما در قراردادهای بین‌المللی بسیار دشوار است. علاوه بر این یک مرحله دادرسی برای اثبات موضوع‌های مقدماتی لازم است تا ادله و مدارک استنادی استماع و ارزیابی شود. انجام این مهم یعنی صرف وقت و هزینه اضافی. اگر قانون حاکم در قرارداد یا سند جداگانه با عطف به شماره و تاریخ قرارداد تجاری ذکر شود هم از حیث زمان و هم از لحاظ هزینه به صرفه خواهد بود. لذا نایستی به صرف معتبر بودن قرارداد شفاهی در مکتوب نمودن هر نوع توافق مشروع غفلت نمایند.

^۱ متن کامل این بند بدین شرح است: قرارداد بایستی تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین باشد. انتخاب بایستی صریح باشد یا در شرایط قرارداد و یا در احوال پرونده، با معلومیت certainty معقولی نشان داده شود. طرفین با انتخاب خود می‌توانند آن قانون را بر تمام یا بخشی از قرارداد حاکم نمایند.

^۲ A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

^۳ Peter sone, op. cit, p. 273; J. G. Collier, op. cit, p. 193-197; John O'Brien, op. cit, p. 328.

^۴ Russell j. Weintraub, op. cit, p. 517-19; J. G. Collier, p. 197.

^۵ John O'Brien, op. cit, p. 328.

۳- در نظام‌های پیش‌رو طرفین آزادی عمل دارند تا هر قانونی که منافع‌شان را بهتر حفظ می‌کند، انتخاب نمایند و هیچ اجباری برای انتخاب قانون ملی کشورهای عضو ندارند (ماده ۲ کنوانسیون و ماده ۲ مقررات رم-یک).^۱

۴- معمولاً شرط صریح انتخاب قانون حاکم در حین انعقاد عقد به صورت بندی از قرارداد درج می‌شود، ولی کنوانسیون و مقررات رم-یک (بند ۲ ماده ۳) به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد پس از انعقاد قرارداد در انتخاب قانون حاکم به طور صریح توافق و آن را در سندی جداگانه درج نمایند، تا جایگزین قانون مناسب ناشی از اعمال ضابطه حل تعارض (قاعده نزدیک‌ترین ارتباط) گردد. معذک کنوانسیون و مقررات رم-یک هر دو تاکید دارند قانونی که پس از انعقاد قرارداد تجاری انتخاب می‌شود نمی‌تواند صحت و اعتبار قراردادی که قبلاً منعقد شده را به مخاطره اندازد و نمی‌تواند تاثیر منفی بر حقوق ثالث یا طرفین مثل ضامنین یا ذینفع‌ها داشته باشد (حق مکتسب).

۵- این نظر در چارچوب تعارض زمانی یا تعارض متحرک در مورد صحت و اعتبار قراردادهای صحیح است و در این قبیل موارد قانون جدید عطف به ماسبق نمی‌شود و بر اعمال حقوقی که قبلاً منعقد شده و حقوقی که از آن به وجود آمده اثر ندارد.^۲

بند دوم - شیوه انتخاب قانون در مقاطع مختلف

شیوه انتخاب قانون در مقاطع مختلف عبارتند از:

- ۱- در حین انعقاد قرارداد قانون حاکم را تعیین و در قرارداد صریحاً بگنجانند، و
- ۲- می‌توانند پس از انعقاد قرارداد قانون حاکم را در سند جداگانه با عطف به تاریخ شماره قرارداد تجاری تعیین کنند، و
- ۳- قانونی را که قبلاً تعیین کرده‌اند می‌توانند آن را تغییر دهند مشروط بر این‌که قانون جدید به صحت و اعتبار قرارداد موجود یا به حقوقی که برای ثالث در چارچوب قانون قبلی به وجود آمده لطمه وارد نکند، و

¹ ABLA MAYSS, op. cit, p. 112. Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a member state.

² کاتوزیان ناصر، حقوق انتقالی - تعارض قوانین در زمان، ۱۳۶۹، صص ۳۲ تا ۳۴.

۴- طرفین می‌توانند هر قانونی را انتخاب نمایند و هیچ الزامی برای انتخاب قانون ملی کشورهای عضو کنوانسیون یا اتحادیه اروپا ندارند، خواه به قرارداد ربط داشته یا ارتباطی نداشته باشد.

۵- انتخاب بعدی قانون حاکم در مرحله اجراء حق موثر واقع می‌شود، مگر اینکه در قرارداد بر خلاف آن شرط^۱ شده باشد. زیرا این قانون قرارداد از زمان انتخاب به‌طور قهقرايي تا قبل از تشکیل حق موثر واقع می‌شود. با این وجود به نظر می‌رسد که با خط‌مشی کنوانسیون مبنی بر قبول انتخاب صریح قانون حاکم قبل از امضاء قرارداد هم سازگار است. مثلاً در قرارداد توزیع دراز مدت^۲ می‌توانند به‌طور موثر شرط کنند که قرارداد بیع خاصی که بین آنان متعاقباً منعقد می‌شود تحت حاکمیت همان قانونی باشد که بر قرارداد فعلی حاکم است. مگر اینکه در آن قرارداد (بیع خاص) طور دیگری مقرر شده باشد.

۶- قواعد ماهوی موجود در قانون منتخب ممکن است متحول و پیشرفته‌تر و طرفین بیشتر با آن مانوس باشند، یا از سوی دیگر قواعد ماهوی قانون مرتبط ممکن است مبهم یا مبتنی بر حدس و گمان باشد. طرفین قانون منتخب را مناسب و راحت‌تر برای استفاده در معاملات تشخیص داده‌اند. مثل مواردی که قراردادهای متعدد برای فروش همان کالا دارند و ارتباط یک قرارداد با سایر معاملات را از ظاهر قراردادها شاید نتوانند بلافاصله تشخیص دهند^۳.

۷- مضافاً این‌که جاری کردن نظریه فرانسوی "فرار از قانون" در موارد انتخاب اولیه مبتنی بر قصد طرفین، بی‌معنی است و همین‌طور ضابطه نزدیکترین ارتباط نقش فرعی دارد و هنگامی از آن استفاده می‌شود که اراده حقیقی و صریح راجع به قانون حاکم ابراز نشده باشد. زیرا انتخاب قانون مورد نظر طرفین مبتنی بر اراده حقیقی متعاقدين است در حالی که ضابطه نزدیکترین ارتباط با قرارداد اراده فرضی قانون‌گذار می‌باشد و ریشه در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم دارد که ۲۸ سال بعد به مقررات رم- یک تبدیل شده است. در صورت نبود اراده حقیقی یا اراده نوعی مبتنی بر عرف، اراده فرضی قانون‌گذار به طرفین نسبت داده می‌شود. در تقابل دو

^۱ شرط تثبیت یا شرط ثبات قانون در قرارداد.

^۲ Long term distribution agreement.

^۳ Russell j. Weintraub, op. cit, p. 546.

اراده یکی حقیقی منتسب به اشخاص و دیگری فرضیه قانون گذار همواره اراده حقیقی مقدم داشته می شود.

گفتار دوم - تفکیک تعهدات مستقل یک قرارداد یا نظریه دوپاکاژ^۱

۱- قبلاً گفته شد (فصل یکم، مبحث یکم، گفتار چهارم، بند دوم) که طرفین می توانند، در صورت قابل تفکیک بودن تعهدات، برای هر تعهد مستقل جداگانه قانون انتخاب کنند^۲، مشروط بر این که بخش های مختلف یک قرارداد قابل تفکیک باشند (نظریه تجزیه قرارداد).

طرفین با انتخاب خود^۳ می توانند قانونی را بر تمام یا بخش هایی از قرارداد اعمال کنند (ذیل بند ۱ ماده ۳). بدین ترتیب مفاد مقررات رم- یک حداکثر استقلال و آزادی عمل برای طرفین را فراهم می آورد.

۲- دوپاکاژ یعنی قرارداد را بر حسب تعهدات مستقل تجزیه و بر هر بخش مستقل آن قانون متفاوتی حاکم کنند. یا به عبارت دیگر شقه کردن تعهدات ناشی از قرارداد و استفاده از چند قانون حاکم، مشروط بر اینکه بخش های مختلف قرارداد قابل تفکیک باشند. مقررات کنوانسیون تصریح^۴ می کند که طرفین با انتخاب خود می توانند ((قانون قابل اعمال را برای کل قرارداد یا برای بخشی از آن)) انتخاب کنند (بند ۱ ماده ۳) و مقررات رم- یک (۲۰۰۸/۵۹۳). لذا و شاید متأسفانه کنوانسیون و مقررات اتحادیه اروپا هر دو اجازه می دهند که طرفین قانون حاکم دیگری^۵ را برای بخش دیگر قرارداد انتخاب کنند. در پروژه های پیچیده و چند پهلو که در کشورهای مختلف اجرا می شوند برای هر بخش از قرارداد قانونی غیر از قانون حاکم بر بخش دیگر قرارداد انتخاب می نمایند. این طریق انتخاب قانون های متفاوت برای بخش های مختلف یک قرارداد به "نظریه

¹ Depacage; John O'Brien, op.cit, p.333; J G Collier, op.cit, p.197.

²; J G Collier, op.cit, p.195,197; John O'Brien, op.cit, p.333 .

³ by their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

⁴ by their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

⁵ such scission of the proper law be distinguished from incorporation by Express reference of the terms of an enactment from one country into a contract governed by the law of another country, so as to remain unaffected by the subsequent repeal or Amendment of the enactment in its country of origin. As to this practice, see dicey & Morris, at Paras 32-086 and 32-087.

دوپاکاژ^۱ شهرت دارد. قرارداد را تکه تکه کرده و هر تکه را در حاکمیت قانونی متفاوت از بخش‌های دیگر در می‌آورند.

۳- البته برای تجزیه و تفکیک قرارداد لازم است تعهدات بخش‌های مختلف قرارداد تفکیک پذیر باشند تا بتوانند بر هر بخش مستقل آن قانونی را حاکم کنند. مقررات روم یک و کنوانسیون ۱۹۸۰ روم انتخاب قانون متفاوت برای بخش‌های مختلف یک قرارداد را تجویز می‌کنند. مثلاً یک قانون را برای تفسیر قرارداد انتخاب کنند و قانون دیگری را برای ایفاء تعهد یا قانون دیگری را برای سقوط تعهدات قراردادی حاکم نمایند. نظریه دوپاکاژ گرچه در نظام‌های مختلف حقوقی سابقه دیرینه دارد لیکن در قانون برخی از کشورها از جمله در قوانین ایران مسکوت مانده و یا در قواعد کامن‌لا (انگلیس) قبل از پذیرش کنوانسیون ۱۹۸۰ روم تجزیه تعهدات منبعت از قرارداد مجاز نبود^۲. در حقوق ایران تجزیه قرارداد و حاکم کردن چند قانون و بخش‌های مختلف یک قرارداد به دلیل نقش اراده در تشکیل آن نه تایید و نه رد شده بلکه قانون موضع انفعالی دارد. نظریه دوپاکاژ در پرتو تفسیر موسع ماده ۱۰ ق.م. در چارچوب حاکمیت اراده قابل پذیرش به نظر می‌رسد.

۴- برای اعمال نظریه دوپاکاژ بخش‌های قرارداد بایستی منطقی‌اً قابل جدا کردن باشند. مثل قراردادی که بخشی از آن در مورد فروش ماشین‌آلات و بخش دیگر آن در مورد ارائه خدمات همیار فنی است و احتمالاً قانون دیگری را می‌توانند بر موضوع غیر مقدور شدن اجرا قرارداد حاکم کنند، که به تنهایی بر کل قرارداد اثر می‌گذارد^۳.

۵- کنوانسیون (بند ۴ ماده ۳) و مقررات روم- یک^۴ (بند ۵ ماده ۳) مقرر می‌دارد: وجود و اعتبار قصد و رضای طرفین نسبت به شرط انتخاب قانون حاکم بایستی بر اساس همان قانون که در مواد ۸ و ۹ و ۱۱ کنوانسیون و مواد ۱۰ و ۱۱ و ۱۳ مقررات روم- یک آمده معین و بر قرارداد جاری شود، به همان شیوه بر سایر اجزاء

¹ Scission of the contract or de package; John oO Brein, op. cit, p. 334.

² ABLA MAYSS, op. cit, p. 113.

³ dicey & Morris, 13th ed, paras 32-049 to 32-052; centrax v Citibank [1999] 1 All ER (Comm) 557.

⁴ the existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of articles 10 (consent and material validity), 11 (formal validity), and 13 (incapacity).

قرارداد هم جاری می‌شود. قاعده مذکور در بند ۵ ماده ۳ مقررات ۵۹۳ ناظر به مواد ۱۰ صحت و اعتبار ماهوی قصد و رضا و ۱۱ اعتبار شکلی قصد و ۱۳ عدم اهلیت طرفین آن است. این قاعده بر موضوع‌هایی مثل ایجاب و قبول، تدلیس و نفوذ ناروا (اکراه)، صحت و اعتبار شکلی و اهلیت اشخاص در قراردادها هم جاری می‌گردد.

گفتار سوم - انتخاب صریح منفی (نفی صریح قانون ملی طرفین)^۱

۱- در عقد قراردادهایی که وزارتخانه‌ها یا سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی با اتباع خارجی منعقد می‌کنند، هنگام مذاکره بر سر تعیین قانون حاکم بر قرارداد هر یک از طرفین تلاش می‌کند قانون ملی ایشان بر قرارداد حاکم شود، تا بدین طریق امتیاز بیشتر کسب کند. غالباً طرف ایرانی به دلیل دولتی بودن و طرف خارجی به دلیل امتناع از دادن امتیاز به طرف ایرانی از پذیرش حاکمیت قوانین ملی یکدیگر خودداری می‌کنند.

۲- ادامه این روند مذاکرات، انعقاد قرارداد را به بن‌بست می‌کشاند، لذا از تعیین قانون حاکم آگاهانه و برای حفظ مصالح دیگر خودداری می‌کنند. در نتیجه انتخاب قانون حاکم مسکوت می‌ماند. مسکوت ماندن انتخاب قانون در قراردادهایی که یک طرف آن دولت است در مقطعی از سنوات قبل قرینه قوی بر نفی انتخاب قانون ملی طرفین یا حداقل نفی قانون ملی طرف غیردولتی به حساب می‌آید. در حال حاضر اگر این قبیل قراردادها به اختلاف برسند. به دلیل نبود بند صریح نفی قوانین ملی طرفین در قرارداد، دادگاه یا هیات داور از قواعد حل تعارض استفاده می‌کند و در نتیجه با اعمال قاعده حل تعارض قانون محل اجرا قرارداد را تعیین و بر قرارداد حاکم می‌نماید. این وضعیت وقتی پیش می‌آید که طرفین به دلیل غفلت یا به هر علت دیگر مساله مذاکره شده و عدم پذیرش قانون ملی طرفین را در قرارداد ذکر نکرده‌اند. به مشاوران حقوقی یا وکلای طرف ایرانی موکداً توصیه می‌شود که عبارت زیر را در بند مربوط به انتخاب قانون حاکم ذکر نمایند. "متعاقدين در رابطه با حاکمیت قانون ملی یکدیگر بر قرارداد مذاکره نموده و آن را قویاً رد کرده‌اند."

۳- این نحوه از نفی صریح حاکمیت قانون ملی هر یک از طرفین را "انتخاب منفی - نفی صریح حاکمیت قانون ملی طرفین قرارداد" می‌نامند. مهمترین اثر درج این شرط در قرارداد آن است که دادگاه یا هیات داور نمی‌تواند اراده حقیقی و صریح طرفین مبنی بر عدم پذیرش قانون ملی یکدیگر را نادیده بگیرد و با استفاده از

¹ negative Express choice of either party,s national laws.

قواعد حل تعارض به انتخاب قانون محل اجراء قرارداد روی آورد یا قانون ملی طرفین را بر قرارداد حاکم کند. در این قبیل موارد غالباً با اتکا و استفاده از متن قرارداد تا آنجایی که مسائل را پوشش دهد و با اعمال اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل، که قبلاً بیان کرده‌ایم، به همراه عرف و عادت تجاری در صورت وجود مساله مورد اختلاف را حل و فصل می‌کنند.

۴- هیات داوری یا دادگاه غالباً به واسطه وجود دو فاکتور دیگر، یکی دولتی بودن یک طرف و دیگری بی‌ارتباط بودن با قرارداد فیما بین، از اعمال قانون ملی کشور ثالث بر ماهیت قرارداد مورد اختلاف صرف‌نظر می‌نمایند. زیرا طرفین صراحتاً در مقام انتخاب قانون بوده و اگر می‌خواستند قانون ملی ثالثی بر روابط آنها حکومت کند قطعاً انتخاب می‌کردند. از این اقدام طرفین قصد مشترک آنان دائر بر رد اعمال قوانین ملی احراز می‌شود.

مبحث چهارم - محدودیت در انتخاب

۱- اصل اولویت اراده حقیقی متعاقدين در موارد خاص محدود می‌گردد.^۱ واژه محدودیت نشان می‌دهد که حاکمیت مطلق اراده تاکنون پذیرفته نشده^۲ است. آزادی اراده و حق انتخاب در امور مدنی و به‌خصوص تجاری در چارچوب قاعده کلی آزادی طرفین در حقوق قراردادهای با استفاده از ملاک ماده ۱۰ قانون مدنی ایران (... تا آن حد که مخالف صریح قانون نباشد) یعنی با قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه در چالش نباشد (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) گسترش می‌یابد. این اصل کلی در تمام نظام‌های حقوقی از جمله در ماده ۷ کنوانسیون رم و ماده ۹ مقررات رم- یک پذیرفته شد.^۳ لذا بر انتخاب قانون قابل اعمال همواره چند محدودیت عمده وارد می‌شود. یعنی قواعد آمره^۴ بر طبق ماده ۷ کنوانسیون و ماده ۹ مقررات رم- یک (قانون شماره ۵۹۳/۲۰۰۸) و نظم عمومی^۵ بر طبق ماده ۱۶ کنوانسیون و ماده ۲۱ مقررات رم- یک و ماده ۱۱ اصول ۲۰۱۵ (لاسه):

۲- بنابراین مساله قابل طرح این است که:

¹ John O'Brien, op. cit, P. 330

² conflict of laws in a globalized world, 2007, p. 158-159; J. G. Collier, op. cit, p. 197.

³ ABLA MAYSS, op. cit, p. 127. see also article 11 of 2015 The Hagues principles, Overriding mandatory rules and public policy.

⁴ mandatory rules.

⁵ public policy or order public.

طرفین قانونی را انتخاب کرده‌اند تا دادگاه آن را بر قرارداد تجاری و اختلافات ناشی از آن اعمال کند (اصل آزادی انتخاب قانون). دادگاه چه وقت می‌تواند از اعمال قانون منتخب طرفین امتناع کند؟ در صورت امتناع از اعمال بخشی از قانون منتخب طرفین، بخشی از قوانین مقرر دادگاه در همان زمینه و در همان موضوع تحت عنوان قواعد آمره و نظم عمومی جایگزین آن بخش از قانون منتخب طرفین خواهد شد.

گفتار یکم - قواعد آمره و نظم عمومی

۱- مقررات کنوانسیون (بند ۳ ماده ۳) و مقررات ۵۹۳ (بند ۴ ماده ۳) و دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین آمریکا {شق (b) بند (۲) ماده ۱۸۷ و مقررات اصول ۲۰۱۵ لاهه- ماده ۱۱} همانند ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران محدودیت^۱ جزیی برای آثار انتخاب صریح قانون پیش‌بینی می‌کند. این بند استثنا بر اصل آزادی انتخاب قانون حاکم است و تذکر می‌دهد که اعم از اینکه محکمه خارجی را انتخاب کرده یا نکرده باشند و یا در مواردی که همه عوامل مربوط به وضعیت در زمان انتخاب قانون حاکم فقط به آن کشور ربط داشته باشد، انتخاب قانون خارجی به وسیله متعاقبین نمی‌تواند مانع اعمال قواعد آمره^۲ کشور مقرر محکمه گردد.

۲- در تعریف قواعد آمره گفته می‌شود که، قواعد آمره قاعده‌ای در نظام حقوق ملی است که طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن^۳ توافق کنند، توافق آنان باطل و بلااثر است. می‌توان نتیجه گرفت که طرفین همواره می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند، مگر این که توافق در مورد آن بر طبق قانون مقرر دادگاه ممکن نباشد.

¹where all other elements relevant to the situation at the time of choice are located in one or more member states, the parties choice of applicable law other than that of a member state shall not prejudice the application of provisions of community law, where appropriate as implemented in the member state of the forume, which can not be derogated from by agreement. see also sec. 187 (2) (b); a court should override the parties choice of law when: application of the law of the choosen state Would be contrary of a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the choosen state in the determination of a particular tissue and which, under the rule of sec, 188 [the state that" has the most significant relationship to the transaction and the parties"], would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

² J. G. Collier, op. cit, p. 193, and p. 335, - conflict of laws in a globalized world, 2007, p. 158.

³ John O'Brien, op. cit, P. 351.

بند یکم - در آمریکا

۱- مطابق نظر تفسیری دومین تفسیر رسمی تعارض قوانین آمریکا هنگام حاکم کردن قواعد آمره یا نظم عمومی به جای قانون منتخب طرفین بر قرارداد بایستی دقت شود تا آن دسته از مسائل قواعد آمره یا نظم عمومی از قوت کافی برخوردار باشد {شق (g) در حاشیه ماده ۱۸۷} یعنی برای هر باید و نباید ضعیف و کم اهمیت، دادگاه نبایستی قانون حاکم انتخابی طرفین را کنار بگذارد.^۱ به شرح زیر:

"اگر موضوع نظم عمومی مهم باشد بنیادین شناخته می‌شود. مثل قانون تقلب و خدعه^۲ که با تشریفات وصیت رسمی ارتباط دارد. این قبیل نظم عمومی با قانون در شرف نسخ عرضه نمی‌شوند. مثل قاعده‌ای که در بعضی از کشورها زنان را پس از ازدواج فاقد اهلیت تملک معرفی می‌کند یا قواعد عام قراردادها وجود عوض را ضروری بدانند^۳. فقدان عوض قرارداد را غیرقابل اجرا می‌کند. به عبارت دیگر عدم رعایت نظم عمومی بنیادین در قانون می‌تواند یک یا چند نوع از تعهدات قراردادی را غیرمشروع سازد. طرف با قدرت معاملی برتر اگر از موقعیت معاملی طرف ضعیف استفاده‌های ظالمانه نماید، طرف ضعیف‌تر از باب نظم عمومی از حمایت قانون برخوردار می‌گردد.

۲- قانونی که حقوق افراد بیمه شده در برابر شرکت بیمه را تضمین کند نمونه دیگری از نظم عمومی بنیادین است. لازم نیست نظم عمومی بنیادین در چارچوب مفهوم این قاعده بیش از اندازه قوی و مهم باشد تا وضعیت را موجه نماید و دادگاه قانع شود که لازم است از پذیرفتن دعوی بر مبنای سبب خارجی خودداری نماید.^۴"

بند دوم - در اروپا

۱- دادگاه در موارد عدیده به استناد قواعد نظم عمومی از اعمال قانون منتخب طرفین امتناع می‌کند. مثلاً اگر متعال متعاقبین در اتریش ساکن باشند و قرارداد را در اتریش مذاکره و بخواهند منحصراً در همان محل اجرا کنند، ولی در قرارداد شرطی بگنجانند که قانون ترکیه بر روابط آنان حاکم و در دادگاه ترکیه حل اختلاف

¹Russell j. Weintraub, op. cit, p. 517.

² ABLA MAYSS, op. cit, p. 127; statue of frauds.

³ Russell j. Weintraub, op. cit, p. 520.

⁴ Russell j. Weintraub, op. cit, p. 517. Peter Stone, op. cit, p. 273; conflict of laws in a globalized world, op. cit, p. 173.

نمایند، دادگاه ترکیه در زمان رسیدگی به اختلافات بایستی به تمام قواعد آمره مندرج در قانون بین‌المللی خصوصی اتریش توجه داشته و آن را مراعات کند. در صورت رعایت قواعد آمره اتریش، انتخاب قانون ترکیه معتبر شناخته و موثر می‌باشد. زیرا قانون منتخب بایستی بر قواعد آمره قانون محل اجراء قرارداد ترجیح داده شود. معذک جالب توجه است که اعمال مقرر مندرج در بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون حداقل سیاست زیربنایی را برای رعایت قواعد آمره مرتبط در خود دارد. بند ۳ مذکور مقرر می‌دارد:

"هرگاه تمام عناصر مرتبط با وضعیت در زمان انتخاب قانون در یک یا چند کشور عضو واقع باشد، انتخاب قانون کشور غیر عضو به عنوان قانون حاکم و اعمال آن به وسیله دادگاه کشور عضو در موارد مقتضی نباید به اعمال قواعد آمره اتحادیه اروپا که با توافق از آن نمی‌توان عدول کرد لطمه‌ای وارد کند.^۱"

۲- در مثال فوق همه عوامل قرارداد به یک کشور اشاره دارند. چه چیزی سبب می‌شود که چنین وضعیتی تابع مقررات کنوانسیون ۱۹۸۰ رم باشد؟ در واقع انتخاب قانون خارجی (در مثال فوق ترکیه) هیچ پیوند و ارتباط با قرارداد ندارد. زیرا برخلاف نظر آمریکایی‌ها تهیه‌کنندگان گزارش اولیه از کنوانسیون معتقد بودند که لازم نیست قانون منتخب پیوندی با قرارداد داشته باشد و بر این باورند که اصل آزادی انتخاب قانون حاکم در قرارداد را بایستی به داشتن پیوند با قرارداد محدود کرد.^۲ در این انتخاب بر اساس تشخیص طرفین، منافی وجود دارد که بایستی مورد حمایت و پشتیبانی قرار گیرد، حتی اگر تمام فاکتورهای ارتباط قرارداد فقط با کشوری غیر از کشوری که قانون آن انتخاب شده پیوند داشته باشد.

۳- لازم است قواعد عام‌الشمول کنوانسیون رم در کشورهایی که به صورت تبدیل به مقررات رم یک یا به همراه ماده واحده همان شکل کمیسیون را پذیرفته‌اند، آن قواعد را در تمام پرونده‌های مرتبط در دادگاه‌های خود اعمال کنند. لذا امتیاز این قاعده در این است که هر قانونی که انتخاب شود نمی‌تواند از اعمال قواعد آمره قانون کشوری که قرارداد فقط به آن ارتباط دارد جلوگیری کند.^۳

¹ where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not Prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

² Peter stone, op. cit, p.275-76.

³ Russell j. Weintraub, op. cit, p. 519. Peter Stone, op. cit, p. 273.

۴- انتخاب باید با حسن نیت و مطابق قانون باشد و قواعد آن قانون با نظم عمومی مقرر دادگاه و محل اجرا چالش نداشته باشد. فرار از قانون مرتبط نبایستی محرک برای انتخاب قانون غیرمرتبط و راهی برای فرار از اعمال قواعد آمره باشد. وجود یا پیدایش نشانه‌های تردید در حسن نیت طرفین به سوءاستفاده از آزادی انتخاب قانون تعبیر می‌شود. چگونه می‌توان این سوءاستفاده‌ها را کشف نمود؟

بند ۳ ماده ۳ وارد تجسس در ذهنیات متعاقدين نمی‌شود و مقرر می‌نماید هر قاعده مهمی از نظام حقوقی معین که به قرارداد مرتبط باشد، با وجود انتخاب قانون دیگر به عنوان قانون حاکم، قاعده مذکور آمره تلقی و الزاماً بر قرارداد اعمال می‌شود. الفاظ بند ۳ ماده ۳ به نکات زیر اشاره می‌کند:

(یکم)- معنی اصطلاح "تمام عوامل دیگر مرتبط با وضعیت مذکور"^۱ در بند ۳ ماده ۳ چیست؟

قانون منتخب می‌تواند از اعمال قواعد آمره تنها قانون مرتبط با قرارداد صرفاً به خاطر ارتباط ضعیف با قانون ثالث دیگر جلوگیری کند.

(دوم)- اصطلاح قانون خارجی^۲ به قرارداد و طرفین مربوط می‌شود. لذا اگر قراردادی بین دو ژاپنی ساکن ژاپن و حاکمیت قانون اتریش منعقد شده باشد و سپس دادرسی اختلافات در اتریش مطرح باشد، حتی اگر این قانون از منظر قانون مقرر دادگاه قانون ملی آن دادگاه باشد، قانون اتریش در این قضیه نسبت به طرفین قانون خارجی است و قواعد آمره ژاپن بایستی، مراعات و اعمال شود.

(سوم)- مفاد بند ۳ ماده ۳ فقط به قواعد آمره متمرکز شده، لذا اگر تمام ارتباط با کشور (الف) باشد ولی متعاقدين قانون کشور (ب) را برای انتخاب کرده باشند قواعد غیرآمره قانون منتخب بر قرارداد اعمال می‌شود. در مثالی که در بالا ذکر شد علی‌رغم انتخاب قانون اتریش قواعد آمره ژاپن اعمال خواهد شد. قانون اتریش بر مواردی اعمال می‌شود که تحت پوشش قاعده آمره ژاپن نباشند.

¹ all other elements relevant to the situation.

² foreign law see conflict of laws in a globalised world.

(چهارم)- بند ۳ بخشی از ماده ۳ کنوانسیون است و در عبارت قبل از آن قاعده آزادی انتخاب قانون در ترکیب ساختار این ماده وجود دارد. به نظر می‌رسد طرفی که درصد استناد به مفاد بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون است، به دلیل خلاف اصل بودن ادعای ایشان بایستی بار اثبات ادعا^۱ را بر عهده گیرد.

(پنجم)- نهایتاً بایستی مفاد بند ۳ ماده ۳ با ماده ۷ کنوانسیون با هم قرائت شوند. زیرا همین مساله مجدداً ذیل ماده ۷ مورد بحث قرار می‌گیرد.^۲

۵- اگر چه نظریه "فرار از قانون" در قراردادهای بین‌المللی دست پرورده سیستم کامن‌لا نیست ولی در پی خصوصیات و قیودی است که در پرونده ویتا فود^۳ در دادگاه انگلیس مطرح شده و تکلیف الزامی آن ناشی از مقرر قانونی است. این تردید وجود دارد که مورد ذکر شده در بند ۳ ماده ۳ (کنوانسیون یا مقررات ۵۹۳ اتحادیه اروپا) ممکن است در دادرسی‌ها اصلاً پیش نیاید.^۴ با این وجود این مساله نادر هم در پرونده‌ای بررسی و تصمیم‌گیری شد.^۵

۶- پرونده مذکور مربوط به قرارداد وامی است که در آن قرض‌دهنده آمریکایی و قرض‌خواه فرانسوی است و مبلغ وام برای ساخت کشتی در سنگاپور با روش مندرج در قرارداد تادیه و مصرف می‌شد. به موجب شرط صریح در این قرارداد قانون انگلیس را بر قرارداد حاکم نمودند. قاضی دادگاه در توجیه رسیدن به این نظر که بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون به عنوان بخشی از قانون داخلی انگلیسی اعمال می‌شود و قواعد آمره فرانسه را بر قرارداد مقرر نکرده، بلکه بند ۱ همین ماده حق انتخاب قانون حاکم را به طرفین اعطاء کرده است.

۷- قاعده استثنا برای قراردادهای داخلی و مرتبط با یک کشور مشخص است (بند ۳ ماده ۳). لذا انتخاب قانون خارجی در این قرارداد وقتی فرار از قواعد آمره کشوری محسوب می‌شود که اعمال آن قانون به تنهایی در قرارداد مدنظر باشد. حال اگر جدای از انتخاب قانون حاکم و انتخاب محکمه صلاحیت‌دار، عوامل دیگری در

¹ onus probandi.

² ABLA MAYSS, op. cit, p. 128-29.

³ Vita foods products Inc. v. unus shipping co. Ltd, [1939]; see, John o Brein, op.cit, p.310.

⁴ هر گاه در زمان انتخاب قانون حاکم تمام عناصر مرتبط با وضعیت قرارداد در کشوری غیر از کشوری که قانون آن انتخاب شده واقع باشد، انتخاب طرفین به اعمال آن دسته از مقررات قانون آن کشور که با توافق نمی‌توان آن را نادیده گرفت، نمی‌تواند لطمه‌ای وارد کند.

⁵ caterpillar financial services V SNC passion, [2004] 2 LLOYDs rep.

بین باشند که به وضعیت حقوقی زمان انعقاد قرارداد و به کشور دیگری مربوط گردد، در این صورت نمی‌توان قرارداد را داخلی و فقط به یک کشور منتسب دانست و نمی‌توان مفاد بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون را بر پرونده حاضر جاری کرد^۱.

۸- مضافاً این‌که بند ۳ ماده ۳ به عوامل مرتبط با وضعیت طرفین قرارداد اشاره می‌کند. خود واژه ((وضعیت طرفین)) وسیع‌تر از مفاهیمی است که قرارداد ربط دارند، همچنین این مفهوم بسیار وسیع‌تر از فاکتورهایی است که قواعد آمره قانون هر یک از کشورها مربوط‌اند. قلمرو بسیار محدود استثنای مقرر در بند ۳ ماده ۳ بر مقصود روشن مقرر در بند ۱ ماده ۳ تاکید مجدد می‌نماید^۲. یعنی در تمام موارد، غیر از بخش مغایر با قواعد آمره، بایستی به انتخاب صریح قانون حاکم ترتیب اثر داده شود و قاعده استثنا را با تفسیر مضیق و منحصر در نص به موارد مشابه تسری ندهند. مضافاً اینکه ماده ۹ مقررات رم- یک در مورد قواعد آمره برتر از قانون منتخب طرفین مقرر می‌دارد:

الف- قواعد آمره برتر آن‌دسته از قواعدی هستند که رعایت آن برای حفاظت از منافع عمومی از قبیل سازمان‌های سیاسی و اجتماعی و اقتصادی کشور مهم و حیاتی است. در هر حالتی که شرایط مذکور وجود داشته باشد، صرف‌نظر از هر قانونی که بر طبق مفاد این مقررات انتخاب می‌شوند، قواعد آمره اجباراً اعمال خواهد شد.

ب- هیچ قاعده‌ای در این مقررات نمی‌تواند از اعمال قواعد آمره کشور مقر دادگاه جلوگیری کند (بند ۱ ماده ۱۱ اصول ۲۰۱۵ لاهه).

پ- به قواعد آمره در قانون کشور محل تشکیل قرارداد یا محل اجراء تعهدات ناشی از آن هم ترتیب اثر داده می‌شود (بند ۵ ماده ۱۱ اصول ۲۰۱۵ لاهه). در صورت عدم رعایت قاعده آمره تعهدات بخش مرتبط باطل می‌گردد. بر طبق دکترین آمریکایی در بررسی ترتیب اثر دادن به اعمال قواعد عامل بایستی به ماهیت و هدف آن قواعد و همچنین به آثار اعمال یا پیامد عدم اعمال آن توجه شود.

^۱ توجه دارید در زمان تصمیم‌گیری در این پرونده یعنی سال ۲۰۰۴ مقررات ۵۹۳ (رم- یک) اتحادیه اروپا هنوز تصویب و لازم‌الاجراء نشده بود. conflict of laws in a globalized world a, op. cit, p. 159.

^۲ Peter Stone, op. cit, p. 274; ABLA MAYSS, op. cit, p. 130.

۹- بنابراین ماده ۹ مقررات رم- یک قواعدی را پوشش می‌دهد که در سطح بین‌المللی آمره باشد. قواعد آمره قواعدی هستند که بر صحت و اعتبار معاملات در کشور عضو تاثیر دارند. حتی اگر طرفین قانون کشور دیگری را انتخاب کرده باشند و قرارداد را هم معتبر بشناسند، در معاملات بین‌المللی بر اعمال قواعد امری اصرار دارند. دادگاه‌ها راجع به اعمال برخی از قواعد بین‌المللی برای تعیین اعتبار قرارداد پافشاری می‌کنند.^۱

۱۰- ولی اگر قرض‌دهنده خارجی باشد پرداخت بهره در سطح بین‌الملل به عنوان یک اصل کلی پذیرفته می‌شود. زیرا بر طبق قانون کشور وام‌دهنده خارجی، دادن و گرفتن بهره مجاز است. در مواردی که عامل خارجی در پرونده مطرح می‌باشد و بعید است که دادگاه بر قانون ملی خود اصرار ورزد. زیرا این اقدام دادگاه سبب می‌شود که وام‌دهنده به اتباع آن کشور وام ندهد و وام‌گیرنده داخلی نتواند از وام خارجی استفاده کند.^۲

۱۱- احترام به انتخاب قانون توسط طرفین از منظر کنوانسیون رم لازم است، حتی اگر قانون منتخب طرفین ارتباطی با قرارداد نداشته و حتی اگر انتخاب قانون خارجی برای اجتناب از اعمال قواعد آمره کشوری باشد که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد و می‌تواند در نبود انتخاب صریح یا ضمنی قانون حاکم (ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم) قانون قابل اعمال بر قرارداد باشد.^۳ راحتی تجارت^۴ تنها توجیه منطقی برای آزادی انتخاب قانون غیر مرتبط با قرارداد است. با این نظر هم مخالفت شده است. در مواردی که برای فرار از قواعد آمره در قوانین مرتبط اگر قانون غیر مرتبطی را انتخاب کنند^۵ کنوانسیون به دادگاه اجازه می‌دهد که بخش مرتبط قانون حاکم را کنار بگذارد.

^۱ مثلاً پرداخت سود در قانون ایران ربا محسوب می‌شود. اگر وام‌دهنده به وام‌خواه در ایران قرض دهد به موجب قانون داخلی دادگاه‌ها ممکن است پرداخت اصل به همراه بهره را اجازه ندهند مگر این‌که وام مذکور در قالب قرارداد مضاربه یا با یکی از عقود بانکداری اسلامی اعطاء شده باشد.

^۲ دولت ایران در اغلب پرونده‌های بین‌المللی هم بهره داده و هم بهره گرفته است. دعوی وزارت دفاع علیه شرکت هلیو پلیس وابسته به صنایع نظامی مصر، رای نهایی در پرونده ۹۴۰۹ آی. سی. سی ۳۱/اوت/۱۹۹۹.

^۳ انگلیسی‌ها هم مشابه این نظر را در پرونده فرآورده‌های ویتا خود اتخاذ کرده‌اند.

Vita food products v. Unus shipping.

^۴ commercial convenience

^۵ الماسی نجاد علی، تعارض قوانین، همان، ص. ۲۱۰.

گفتار دوم - فرار از قانون

۱- قانون شروط غیرعادلانه ۱۹۷۷ انگلیس^۱ شروط معاف کننده از مسئولیت و شروط کاهش دهنده مسئولیت در قرارداد را به طور تحمیلی کنترل می کند {شق (الف) بند (۲) ماده (۲۷)} . علیرغم ذکر انتخاب قانون خارجی در قرارداد اگر در مواردی هدف شرط کننده صرفاً فرار (معافیت به طور کامل یا عمدتاً برای فرار) از مسئولیت در اجرای قانون مذکور می باشد. در این صورت قاعده مذکور مداخله و شروط غیرمجاز را بی اثر می سازد^۲. این شرط در حقوق انگلیس با قواعد کنوانسیون رم انطباق نداشته و ناسازگار می باشد. به عبارت دیگر بر طبق مفاد کنوانسیون انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد واجد اثر است، حتی اگر همین قانون منتخب قرارداد مربوطه را بی اعتبار و باطل بداند.

۲- مفاد کنوانسیون (بند ۱ ماده ۱ مواد ۴ و ۱۹) و پذیرش دادگاه استیناف در پرونده شامیل بانک بحرین^۳ بر می آید که قانون حاکم اعم از اینکه منتخب طرفین باشد یا با ارجاع به ضابطه نزدیک ترین ارتباط تعیین شده باشد. قانون ملی کشوری است که برای حکومت بر قرارداد قانونی دارد. یعنی فقط به قانون ملی کشورها توجه می شود. با این روش نمی توان انتظار داشت که کشورهای مذکور به عنوان یک اصل کلی، اصول کلی قراردادهای تجاری بین المللی موسسه یکسان سازی قوانین در قراردادهای تجاری بین المللی را بپذیرند. در حقیقت چسبیدن به منافع اقتصادی سبب گردید که قوانین فراملی را نادیده **انگارند**.

۳- اتخاذ دیدگاه منفعت گرای اقتصادی در انتخاب قانون حاکم زمینه اعمال اصول کلی حقوق تجارت بین الملل منتشره در مجموعه های منسجم مثل اصول قراردادهای تجاری بین المللی موسسه یکسان سازی حقوق خصوصی رم به عنوان قانون حاکم از بین می رود به نظر می رسد که تدوین کنندگان کنوانسیون و مقررات رم- یک تحت تاثیر این طرز تفکر فقط قانون ملی را تامین کننده منافع اقتصادی خود تشخیص داده و تمام ضوابط انتخاب قانون حاکم را به گونه ای **ساختار** داده اند که تسلط به انتخاب قانون ملی محل اجرای قرارداد منتهی

¹ unfair contract terms act of 1977; ABLA MAYSS, op. cit, p. 129; John O Brien, op. cit, p. 337.

² John O Brien, op. cit, p. 330.

³ Dicey & Morris (13th edn, 2000), at para. 32-079; shamil bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals, [2004],

کردند. دیر یا زود اروپایی‌ها در برابر طوفان انتقاد طرفداران قواعد فراملی از این نگرش منفعت‌گرایی افراطی بازخواهند گشت. زیرا هم اروپا و هم آمریکا هر دو بر تحقق دهکده جهانی - دهکده قابل اداره با قانون واحد - چشم دوخته‌اند.

گفتار سوم - قانون جاری و مرتبط

۱- کنوانسیون رم و مقررات رم - یک طرفین را به انتخاب قانون کشوری هدایت می‌کنند که قانون مذکور در زمان انتخاب در آن کشور جاری است. به عبارت دیگر آن‌ها نمی‌توانند انتخاب خود را صرفاً به محتوای قانونی محدود کنند در زمان انعقاد یا در هر تاریخ تعیین شده در قرارداد وجود داشته، بلکه بعد از انعقاد قرارداد بایستی هر تغییر پدید آمده در قانون منتخب را بپذیرند.^۱ در قراردادی که تحت حاکمیت قانون سابق منعقد شده آثار قهقرای اصلاحات قانون جدید نبایستی ناقض نظم عمومی مقر دادگاه باشد (تعارض زمانی قرارداد). به موجب این قاعده در زمان رسیدگی به اختلافات هر قانونی که به عنوان قانون حاکم یا قانون منتخب موجود باشد بر ماهیت اختلافات جاری می‌گردد. شرط تثبیت قانون قید خاص و استثنا است که با توافق طرفین از اصلاح و تغییر قانون حاکم و آثار آن جلوگیری می‌نماید.

۲- در عمل در قراردادهای امتیاز نفت بر خلاف نظر فوق، محتوای قانون رایج در زمان انعقاد قرارداد امتیاز را به دولت میزبان تحمیل می‌کردند، تغییرات و اصلاحات بعدی هم قانون را برای اعمال بر روابط قراردادی غیرقابل قبول می‌انگاشتند. چنین شرطی در قرارداد به عنوان شرط ثبات قانون^۲ قابل اعمال بر قرارداد امتیاز نامیده می‌شود. کمپانی‌های نفتی با این حيله قانونی (درج شرط تثبیت قانون در قرارداد) دولت امتیازدهنده را از تغییر قانون باز می‌دارند.

۳- انتخاب قانون کشوری مثل قانون ایران در این قرارداد به عنوان قانون حاکم با حالتی که بندی از قانون ایران در قرارداد درج می‌شود، دو وضعیت متفاوت است. این دو وضعیت باید از یکدیگر تمیز داده شوند. اگر متن موادی از قانون به عنوان شرایط قرارداد نوشته شود نسخ بعدی یا اصلاح قانون مذکور در کشور مبداء

¹ J. G. Collier, op. cit, p. 214.

² establization clause or clause de gel or gold clause.

(ایران) نمی‌تواند بر مفهوم بندی از قانون نوشته شده در قرارداد تاثیر گذارد. درج متن بندی از قانون در قرارداد منزله ساختار قرارداد و به عنوان بندی از شرایط آن تلقی می‌شود و نسخ و اصلاح بعدی قانون توسط قانون‌گذار در محتوای آن بند از قرارداد تاثیری ندارد. زیرا نوشتن بندی از قانون در قرارداد مثل متن سایر شرایط قرارداد است و قانون حاکم محسوب نمی‌گردد.

۴- طرفین نمی‌توانند با برخورداری از اصل آزادی انتخاب یک قانون خیلی قدیمی، مثل قانون حمورابی یا منشور حقوق بشر کوروش یا "عدالت طبیعی"^۱ را که به صورت قانون ماهوی موجود نیست، بر قرارداد حاکم کنند. در این خصوص پرونده زیر قابل توجه است:

مثال: پرونده ۷۱۱۰ آی سی سی.

الف- خواهان در طول روابط تجاری خود با خواننده قراردادهای متعددی داشت که در سال ۱۳۵۷ در ۹ قرارداد به اختلاف رسیدند. در قراردادهای شماره ۴ و ۵ و ۶ و ۷ مقرر شده بود که اختلافات آنان بر طبق ((عدالت طبیعی)) از طریق داوری آی سی سی در پاریس حل و فصل شود. مقررات رم- یک و محاکم انگلیس در مورد کنوانسیون رم چه رویه‌ای را در پیش خواهند گرفت.

¹ natural of Justice.