

مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد

دکتر حمیدرضا نیکبخت

چکیده

قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی چیست؟ آیا قانون حاکم بر قرارداد واحد و ثابت است؟ امروزه قانون حاکم بر قرارداد در حال خروج از محدوده قوانین ملی است و قواعد حقوقی موسوم به *Lex mercatoria* در کنار قوانین ملی می‌توانند بر قرارداد اعمال گردند، و نیز ضرورتی ندارد که قانون حاکم انتخاب شده طرفین قرارداد از قوانینی باشد که ارتباطی با قرارداد دارند و دیگر آن که قانون حاکم بر قرارداد اصولاً به گونه‌ای است که احاله در قراردادهای راه نمی‌یابد. قانون حاکم بر قرارداد را می‌توان با شرایطی تغییر داد، اما نمی‌توان آن را شناور و معلق انتخاب کرد. دیگر آن که چنانچه به طور منطقی بتوان قرارداد را تجزیه نمود این امکان وجود دارد که برای هر جزء قانون خاصی را حاکم قرار داد.

مقدمه

در بحث قانون حاکم بر قرارداد با عنصری خارجی، یا به عبارت دیگر در محدوده تعارض قوانین و قراردادها مسائل مختلف و با اهمیتی مطرح هستند که قانون یا دادگاه باید برای آنها پاسخ داشته باشد. معمولاً تکلیف موضوع را قانونگذار (بویژه در سیستمهای حقوقی نوشته) با وضع قانون مشخص می‌کند. در غیر اینصورت دادگاه خود باید تکلیف را مشخص کند که در این حالت رویه قضایی، عرف و دکترین هم (منابع اصلی حقوق) به کار خواهند آمد. در بخش تعارض قوانین سیستمهای حقوقی نیز مسائل همین گونه حل می‌شوند.

در این مقاله بر آن هستیم تا پاسخ دو سؤال کلی و عمده را که نقش به سزایی در جریان حل و فصل دعاوی قراردادی (بین‌المللی) دارند و بخصوص در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد یا دعوی راه‌گشا هستند، در قوانین مختلف و سایر منابع موجود در تعارض قوانین بیابیم: قانون حاکم بر قرارداد چیست؟، آیا قانون حاکم بر قرارداد واحد و ثابت است؟

دو سؤال فوق کلی هستند و ذیل هر کدام سؤالات جزئی‌تری مطرح می‌گردند. در پاسخ به هریک از دو سؤال اصلی مقاله به دو بخش تقسیم می‌شود، قسمت اول به سؤال اول خواهد پرداخت. در این قسمت سه سؤال جزئی بررسی و پاسخ داده خواهند شد که:

- ۱- چه قانونی را می‌توان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کرد؟
- ۲- آیا می‌توان قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد حاکم بر قرارداد کرد؟
- ۳- آیا قانون حاکم بر قرارداد قواعد مادی سیستم حقوقی یک

کشور است یا قواعد حل تعارض آن؟

قسمت دوم مقاله به سؤال دوم اختصاص دارد بدین ترتیب که:

- ۱- آیا قانون حاکم بر قرارداد قابل تغییر است؟
 - ۲- آیا می‌توان قانون حاکم بر قرارداد را معلق یا شناور گذاشت؟
 - ۳- آیا فقط باید یک قانون حاکم بر قرارداد باشد؟
- در پایان مقاله علی‌رغم کوششی که کرده‌ایم تا به هر سؤال در جای خود پاسخ دهیم نتیجه‌گیری کلی خواهد شد.

قسمت اول: قانون حاکم بر قرارداد چیست؟

۱- چه قانونی را می‌توان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کرد؟

در قراردادهای با عنصر خارجی، یا طرفین قرارداد قانون حاکم را تعیین می‌کنند و یا دادگاه در هنگام رسیدگی به دعوای مربوط به آن قرارداد این کار را خواهد کرد. پرسش این است که آیا قانون حاکم لزوماً باید قانون کشور خاصی باشد یا اصول کلی حقوق (مشترک بین کشورها)، یا عرف و رسم تجاری *usages du commerce international* یا *lex mercatoria* را هم می‌توان به عنوان قانون حاکم پذیرفت.^۱

بدیهی است که اصل آزادی قرارداد و دکترین حاکمیت اراده تا حدود وسیعی هرگونه انتخابی از طرفین قرارداد را می‌پذیرد. اما قواعد تعارض سیستمهای حقوقی ملی چه در قالب قانونگذاری داخلی و چه از

۱. موارد دیگری نیز وجود دارند که به عنوان قانون حاکم مطرح هستند. اما در اینجا فقط به عرف و رسم تجاری اشاره می‌شود چون بیش از سایر موارد بدانها استناد شده است. چند نمونه از این دست عباراتند از اصول کلی حقوق بین‌الملل، اصول کلی حقوق تجارت، اصول مشترک بین قوانین دو کشور، حقوق قراردادهای بین‌المللی، اصول حقوقی منصفانه و عادلانه و ...

طریق عهدنامه‌های بین‌المللی تمایل ندارند انتخابهای خارج از قوانین ملی (فراملی) را بپذیرند و در این زمینه قواعد خشک و غیر منعطف دارند. در این سیستمهای حقوقی عقیده غالب آن است که تنها قوانین ملی هستند که حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را تعریف و روش اجرای حقوقی آنها را مقرر می‌کنند.^۲ گرچه در قواعد تعارض سیستمهای حقوقی ملی غالباً به طور کلی تصریح گردیده است که قانونی که طرفین به صراحت یا به طور ضمنی انتخاب کنند، همان حاکم بر قرارداد خواهد بود، جای بحث و تردید وجود ندارد که اصول کلی حقوقی یا عرف و رسم تجاری از قوانین مورد نظر این قواعد نمی‌باشند و منظور صرفاً قوانین جاری یک کشور است. به خصوص که غالب همین سیستمهای حقوقی در موردی که قانون حاکم را طرفین انتخاب نکرده باشند، تصریح دارند بر این که قانون یک کشور حاکم بر قرارداد خواهد بود. به عبارت دیگر، در این خصوص به دادگاه اجازه نمی‌دهند قانونی را غیر از قانون کشوری خاص بر قرارداد اعمال کند. لذا قواعد تعارض قوانین، قانون حاکم بر قرارداد را قانون یک کشور می‌دانند اعم از این که طرفین قرارداد آن را انتخاب کنند یا نکنند. برای مثال در انگلستان نظریه غالب در سالهای متمادی این بوده است که دادگاهها و حتی داوران مجاز نیستند که مبنای تصمیمات خود را «انصاف و حسن نیت یا وجدان آگاه»^۳ یا *Lex mercatoria* قرار دهند و تا سالهای اخیر دادگاهها همواره تصمیمات دآوری براساس چنین اصولی را رد

2. Vicher, General Course on Private International Law, (1992-I) 232, Recueil des Cours, 9 at 13; Langen, Transnational Commercial Law, Sijthof, 1973, pp. 10-12.

3. Equity and good conscience.

کرده‌اند.^۴ در سیستم تعارض قوانین این کشور اعتقاد بر این بوده است که قراردادها نمی‌توانند در یک خلأ حقوقی یا قانونی باشند و آنها زمانی الزام آور هستند که با رجوع به یک سیستم حقوق خصوصی که تعهدات طرفین را با عباراتی که آنها در قرارداد خود به کار گرفته‌اند، تعریف می‌کند، تشکیل شده باشند.^۵

رویه و عرف قضایی و تجاری جاری در بعضی از کشورها از جمله انگلستان، حاکی از آن است که دادگاهها مستقیم یا غیرمستقیم پذیرش انتخاب قواعدی که جزئی از قانون یک کشور یا یک سیستم حقوقی ملی نیستند، مانند اصول کلی حقوق تجارت را از طرفین شروع کرده‌اند.^۶ این رویکرد بویژه در مواردی که آراء داوری‌های مبتنی بر قواعد غیرملی برای اعتراض یا اجرا نزد دادگاهها مطرح شده‌اند، مشهود است. اما به غیر از موارد داوریها و در قراردادهایی که یک طرف آن دولتها می‌باشند، قانون کشورها، انتخاب قانونی را که قسمتی از قانون ملی محسوب نمی‌شوند، کمتر مجاز شمرده‌اند.

در سیستم حقوقی سویس، قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس ۱۹۸۷، در ماده ۱۱۶ (قسمت قراردادهای) مقرر شده «قانونی» که طرفین

۴. به عنوان نمونه نک.

Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 I.C.L.Q. 1985, p. 747.

5. *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1984] A.C. 50.

۶. رک.

Berman & Dasser, *The "New" Law Merchant and the "Old" Sources, Content, and Legitimacy*, in *Lex Mercatoria and Arbitration* (Thomas E. Carbonneau ed. 1990), pp. 34-35.

در انگلستان رک.

Deutsche Schachtbau v. Shell International Petroleum Co. Ltd. [1990] 1 A.C. 295, 316 (C.A).

انتخاب کرده‌اند بر قرارداد حاکم خواهد بود،^۷ اما در ماده ۱۱۷ تصریح می‌نماید که در فقدان انتخاب آنها، قانون «کشوری» که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد بر قرارداد اعمال خواهد شد.^۸ در اعمال اصل اساسی مقرر شده برای تعیین قانون حاکم در ماده ۱۱۶ (اصل آزادی یا حاکمیت اراده) طرفین ممکن است یک مجموعه قواعد از یک سیستم حقوقی خاصی را انتخاب کنند. پس این که آیا طرفین می‌توانند اصول کلی حقوقی یا *lex mercatoria* را قانون حاکم بر قراردادشان انتخاب کنند بستگی به این خواهد داشت که دادگاه‌های سویس آیا این اصول کلی حقوقی را یک مجموعه قواعد قانونی می‌شناسند یا نه؟ کشورهای اروپایی که عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی می‌باشند^۹ با عضویت در این عهدنامه در واقع قواعدی را برای حل تعارض مربوط به دادرسی دعاوی قراردادی در دادگاه‌های خود پذیرفته‌اند که انتخاب یا اعمال قواعدی غیر از قانون یک کشور را قبول نمی‌کنند. در ماده (۱) عهدنامه رم مقرر شده که قواعد عهدنامه در جایی اعمال خواهند شد که انتخاب بین قوانین «کشورهای» مختلف مطرح باشد.^{۱۰} این ماده

7. Art. 116. "1. The contract shall be governed by the law chosen by the parties".

8. Art. 1. 17. "In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected".

۹. اکنون کشورهای فرانسه، آلمان، هلند، بلژیک، لوکزامبورگ، ایتالیا، انگلستان، پرتغال، اسپانیا، دانمارک عضو عهدنامه هستند و از سال ۱۹۹۱ این عهدنامه در کشورهای عضو به اجرا درآمده است. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome, 1980), [1980] O.J.L. 266.

۱۰. در ماده (۱) عهدنامه ۱۹۸۰ رم چنین مقرر شده است:

Art 1: 1. "The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries".

تصریح دارد که انتخاب طرفین یا انتخاب دادگاه لزوماً باید قوانین کشوری خاص باشد. پس این ماده انتخاب اصول کلی حقوقی و یا عرف و رسم تجاری (*Lex mercatoria*) خارج از محدوده قوانین یک کشور را دربر نمی‌گیرد. عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا^{۱۱} گرچه بنظر می‌رسد در این موضوع قاعده کمی متفاوت با عهدنامه رم دارد، اما در عمل به همان نتیجه می‌رسد.^{۱۲} هر دو عهدنامه در فقدان انتخاب تصریح دارند که قانون حاکم بر قرارداد قانون یک «کشور» خواهد بود.^{۱۳} در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع

11. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, proceedings of the extra ordinary session 14-30, Oct. 1985.

۱۲. ممکن است گفته شود عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در ماده ۱ علاوه بر آنچه در ماده (۱) عهدنامه رم آمده است، مقرر می‌دارد که آن عهدنامه قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین دو طرفی که محل شغل آنها در کشورهای مختلف است را نیز تعیین می‌کند (این ماده را در ذیل ببینید). در این چنین قراردادی، ظاهراً هر قانونی که طرفین انتخاب کرده باشند اعم از این که قانون یک کشور باشد یا غیر آن پذیرفته خواهد بود، چون ماده (۱) ۷ همین عهدنامه هر «قانونی» را که طرفین انتخاب کرده باشند قانون قابل اعمال تعیین کرده است. اما، با توجه به ماده ۱۵ عهدنامه که در خصوص استثنا نمودن احاله در قانون قابل اعمال بر قرارداد بیان می‌نماید که معنای «قانون» ذکر شده در عهدنامه، قانون جاری در یک «کشور» است به استثنای قواعد انتخاب قانون (تعارض) آن «کشور»، پاسخ قطعی به این که آیا طرفین قراردادها تحت عهدنامه ۱۹۸۶ لاهه می‌توانند *Lex mercatoria* را به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند منفی می‌باشد. به عنوان نمونه نک.

Zeljko Matic, The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods-Rules on the Applicable Law, in INTERNATIONAL CONTRACTS AND CONFLICT OF LAWS, 51-53 (Peter Sacrevic ed. 1990).

Article 1. "This Convention determines the law applicable to contracts of sale of goods; a) between parties having their places of business in different States; b) in all other cases involving a choice between the laws of different, States, unless ...".

۱۳. ماده ۴ عهدنامه رم و ماده ۸ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه. عبارت مذکور در این دو ماده به ترتیب: the law of the state و of the country می‌باشد.

بین‌المللی کالا،^{۱۴} به طور بارز و مشخص در هر کجا لازم بوده است از قانون داخلی یک کشور نام برده است. این روش هم چنان در انتخاب صریح و ضمنی و در جایی که انتخابی وجود ندارد حفظ شده است. لذا در قسمت مربوط به انتخاب صریح یا ضمنی یا در فقدان انتخاب طرفین، عهدنامه تصریح دارد که این انتخاب، انتخاب قانون داخلی یک «کشور» خواهد بود.^{۱۵}

برخلاف عهدنامه‌های فوق، در عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای امریکایی، در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی (عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو)^{۱۶} مانعی برای اعمال اصول کلی حقوقی یا عرف و رسم تجاری توسط دادگاه مشاهده نمی‌شود. این اصول می‌توانند به موجب بند دوم ماده ۹ در جایی که قانون قابل اعمال توسط طرفین انتخاب نشده باشد و یا انتخاب آنها بی‌اثر باشد، به وسیله دادگاه اعمال گردند.^{۱۷} ماده ۱۰ این عهدنامه تصریح دارد که دادگاه در اجرای عدالت و انصاف علاوه بر قانون یک کشور، اصول حقوق تجارت بین‌الملل و عرف و رسم تجارت را (که

14. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 15 June, 1955, UNTS, Vol. 510, no. 7411 (1964).

15. در ماده ۲ و ۳ که قانون حاکم را معین می‌نمایند به صراحت بر قانون داخلی یک کشور (domestic law of a country) به عنوان قانون حاکم اشاره دارند.

16. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, OAS, DOC. OEA/SER.K/XXI. 5 (March, 17/1994) reprinted in 33 I.L.M. 733.

17. در پاراگراف دوم ماده ۹ عهدنامه مقرر شده است:

“... The court will take in to account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closet ties. It shall also take into account the general principles of international law recognized by international organizations”.

به طور کلی به رسمیت شناخته شده است) نیز در نظر خواهد گرفت.^{۱۸} از قواعد این عهدنامه برداشت نمی‌شود که طرفین قراردادها می‌توانند قانون غیرملی را انتخاب نمایند، بلکه خلاف آن را می‌توان استنباط نمود زیرا، گرچه در ماده ۷ عهدنامه بیان گردیده است که قرارداد تحت حاکمیت «قانونی» خواهد بود که طرفین انتخاب کرده‌اند، در ماده ۱۷ این قانون را «قانون» یک «کشور» معنا می‌کند.^{۱۹}

در حل و فصل دعاوی از طریق داوری، قواعد داوری در سطح ملی^{۲۰} و بین‌المللی^{۲۱} و قواعد داوری سازمان‌های فراملی^{۲۲} انعطاف بیشتری در خصوص پذیرش اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری

18. In addition to the provisions in the foregoing articles, the guide lines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usages and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case”.

19. Art. 17. “For the purpose of this Convention “law” shall be understood to mean the law current in a State, Excluding rules concerning conflict of laws”.

۲۰. برای مثال: نظریات مستدلی وجود دارد که در ارتباط با داوری قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصاً ۱۹۸۷ سویس در ماده ۱۸۷، قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (اصلاحیه ۱۹۸۱) در ماده (۱) ۱۴۹۶، قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان و قانون داوری ۱۹۸۶ هلند (ماده (۲) ۱۰۵۴)، اعمال اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را تأیید می‌کنند.

۲۱. برای مثال: عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ در خصوص داوری بین‌المللی (ماده VII) و عهدنامه ۱۹۶۵ واشنگتن در خصوص حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر (ICSID) (ماده ۴۲) به گونه‌ای تفسیر می‌شوند که اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را به عنوان قانون حاکم بر دعوی تجویز می‌نمایند.

۲۲. برای مثال: قواعد داوری ICC (قابل اعمال از سال ۱۹۸۸) و قواعد داوری UNCITRAL (۱۹۷۶)، در خصوص قانون قابل اعمال همان قاعده عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ را با اختلاف بسیار جزئی پذیرفته‌اند، بنابراین همانند آن عهدنامه، این قواعد نیز اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را به رسمیت می‌شناسند. به همین صورت است قواعد ICC (قابل اعمال از سال ۱۹۹۸) (با تفسیر مواد ۱۵ و ۱۷) و قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی UNCITRAL، ۱۹۸۵، (تفسیر ماده ۲۸).

(*Lex mercatoria*) در کنار قواعد قوانین ملی یا به جای آن داشته‌اند. این وضعیت از آن جهت قابل توجیه است که دادگاه‌ها اصولاً نمی‌توانند *Lex mercatoria* را به عنوان یک مجموعه قواعد فراملی اعمال نمایند زیرا آنها قاعدتاً ملزم هستند براساس قواعد حل تعارض خود فقط قانون ملی منتخب طرفین را اعمال نمایند، در حالی که یکی از تفاوت‌های داوری با رسیدگی قضایی در همین است که در داوری به توافق‌ها و اراده طرفین در تمامی مسائل از جمله در قانون حاکم بیشتر از دادگاه اهمیت داده شود و داوران موضوع دعوی را براساس قواعد قانونی (و نه لزوماً براساس قانون ملی خاص) که طرفین انتخاب کرده‌اند یا خود آنها را مناسب می‌دانند تصمیم‌گیری نمایند.^{۲۳} لذا، در داوریه‌های دعاوی تجاری بین‌المللی نمونه‌های بسیار وجود دارد که داوران اصول کلی حقوق و قواعد مربوط به تجارت معمول در سطح بین‌الملل را اعمال نموده‌اند.^{۲۴} در این نمونه‌ها داوران بر این

۲۳. در بحث قانون حاکم در داوریه‌های بین‌المللی همواره دو نظریه ملی نمودن (nationalization) یا فراملی نمودن (denationalization) مطرح است که در جای دیگری بدان پرداخته شده است. رک. نیکبخت، دکتر حمیدرضا، تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۸-۲۷، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵.

۲۴. برای نمونه رک. پرونده‌های:

Sapphire International Petroleum Ltd. v. NIOC (1967). 34 Int.L.R. 136; Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi (1951), 18 Int.L.R. 144; Texaco Overseas Petroleum Co. Ltd. v. Libya (1979) 53 Int. L.R. 389; Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (1963) 27 Int. L.R.; Libian American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic (1981) 62 Int. L.R. 140; Texaco Overseas Petroleum Co. Ltd. v. Government of Arab Libyan Republic, 17 Int. L.M. 1978, p. 1; Kuwait v. Aminoil (1984) 64 Int. L.R. 518.

برای دیدن نمونه‌ای از تصمیمات داوری ICC رک.

ICC Award No. 3131, 9 Y.B. COM. ARB., 109-11 (1984); ICC Award No. 3267, 12 Y.B. COM. ARB. 87-89 (1987); ICC Award No. 5904, Clunet, 1989, 1107; ICC Award No. 5721, Clunet 1990, 1019.

نظر بوده‌اند که اصول حقوقی پذیرفته شده بین‌المللی و اصول زیربنایی قوانین کشورهای مختلف حاکم بر تعهدات قراردادی کفایت می‌کنند برای این که قانون حاکم (مناسب) بر تعهدات ماهوی طرفین، قرارداد باشند. پذیرش عرف و رسم تجاری در مقام قانون حاکم بر قرارداد علی‌رغم انتقاداتی که از آن شده است موجودیت آنها اثبات نشده و یا توافقی بر آنها نیست و یا اصول کلی حقوق تجارت تنها مشکلات ساده را حل خواهند کرد و از عهده موضوعات پیچیده‌تر بر نمی‌آیند یا هماهنگی بین قواعد سیستمهای حقوق مختلف در این زمینه وجود ندارد، صورت گرفته است. داوریهایی نیز تحت نظارت و قواعد (ICC) وجود دارد که داوران از اعمال عرف و رسم تجارت (*Lex mercatoria*) امتناع کرده‌اند.^{۲۵} به طور کلی بسیاری از کشورهای در حال توسعه نظر موافق نسبت به *Lex mercatoria* ندارند. زیرا آن را ساخته داوران و حقوقدانان کشورهای توسعه یافته (غرب) می‌دانند که منعکس‌کننده خواستها و منافع کشورهای آنهاست. از نظر آنها اعمال چنین قواعدی باعث نادیده گرفتن قوانین و به خصوص قواعد آمره کشورهای در حال توسعه می‌شود.^{۲۶} علما و

برای دیدن نمونه‌ای از تصمیمات داورى ICSID رک.

Amoco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, Clunet, 1986, 201 and Clunet 1987, 145; *Klockner v. Cameroon*, 10 Y.B. COM. ARB. 71 (1985).

در این پرونده‌ها اصول کلی حقوقی اعمال گردیده است، با رعایت ماده (۱) ۴۲ ICSID که اجازه نمی‌دهد داوران تصمیم خود را صرفاً بر مبنای قواعد یا اصول حقوق بین‌الملل قرار دهند، بلکه این کار را باید همراه با اثبات و اعمال مفاد قانون کشور سرمایه‌پذیر (دولت طرف دعوی) انجام دهند.

۲۵. به عنوان نمونه دیده شود:

ICC Award No. 6560, 17 Y.B. COM. ARB. 226 (1992); ICC Award No. 4237, 10 Y.B. COM. ARB. 52 (1985); ICC Award No. 4560, 12 Y.B. COM. ARB. 111-12 (1987).

۲۶. در این زمینه دیده شود:

نویسندگان حقوقی زیادی در انگلستان و فرانسه و آلمان وجود دارند که با تئوری *Lex mercatoria* مخالف‌اند و بر آن انتقاد کرده‌اند، از جمله آنها می‌توان از باتیفول، دلوم، کلین، ناثون، هایت، شلوسر، مان و ماستیل نام برد.^{۲۷}

نتیجه آن که دو نظریه راجع به *Lex mercatoria* در مقام قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی وجود دارد: یکی این قواعد را یک مجموعه قواعد حقوقی فراملی می‌داند که مستقلاً و به تنهایی برای حاکمیت بر قراردادها کفایت می‌کنند و نظریه دیگر به طور کلی وجود این قواعد را به عنوان قانون رد می‌کند. به هر صورت وجود قواعدی به نام *Lex mercatoria* به عنوان قواعدی متشکل از عرف و رسم تجاری بین‌المللی، قواعد عهدنامه‌های بین‌المللی و عرف جامعه بازرگانی بین‌المللی و همچنین به عنوان قواعد حقوقی متحدالشکل را در جامعه تجارت بین‌الملل نمی‌توان انکار کرد، به خصوص که امروزه این قواعد به عنوان یک منبع حقوق یا قانون قابل اعمال بر دعاوی تجاری بین‌المللی مورد استناد قرار می‌گیرند.

Samson Sempasa, Obstacles to International Commercial Arbitration in African Countries, 41 ICLQ 407 (1992); M. Somarajah, The UNCITRAL Model Law, A Third World View-Point, Journal of International Law, 6(4) (1989), 20; Rogers, Contemporary Problems in International Commercial Arbitration, 17(4) International Business Law, 1989, 158-159.
27. Batiffol, Delaume, Klein, Naon, Highet, Schlosser, Mann and Mustill .

در این خصوص دیده شود:

Michael J. Mustill & Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England (2nd ed. 1989), 80-82; F.A. Mann, Introduction, in T.E. Carbonneau, Lex mercatoria and Arbitration; A discussion of the New Law of Merchant I (1990); Filip De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria 219-20 (1992).

اصول کلی حقوقی نقش بسیار مهمی در *Lex mercatoria* دارند به گونه‌ای که به نظر می‌رسد منبع اصلی آن باشند، اما مشکل در یافتن و عمومیت چنین اصولی است. باید تلاش کرد که اصول کلی حقوقی در تجارت بین‌الملل را که هم مورد قبول کشورهای در حال توسعه و هم کشورهای توسعه‌یافته باشد یافت که در این صورت منافع تمامی جامعه بازرگانی بین‌المللی تأمین خواهد شد. قوانین ملی درخصوص تجارت خارجی هم تکافوی نیازهای این بخش را نمی‌دهد و باید مطابق استانداردهای بازرگانی بین‌المللی رشد و توسعه یابد. در این خصوص به منظور پیشرفت قوانین ملی، *Lex mercatoria* می‌تواند منبعی مفید باشد.^{۲۸}

۲- آیا می‌توان قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد حاکم بر

قرارداد کرد؟

آیا طرفین قرارداد آزادند فقط از بین قوانینی که به گونه‌ای با قرارداد پیوندی دارند قانون حاکم را، انتخاب یا اعمال نمایند یا آزادی و اختیار آنها از این جهت بی‌قید است. اصولاً این سؤال در هر جا مطرح نمی‌شود، زیرا معمولاً این ارتباط به طریقی موجود است. همچنین ممکن است قراردادی ظاهراً و مستقیماً ارتباط با قانون منتخب یا حاکم نداشته باشد اما اساساً یا غیرمستقیم ارتباطی وجود داشته باشد، مثل این که قرارداد بیع کالایی هیچ ارتباطی با کشوری خاص نداشته باشد اما آن کالا در بندر

۲۸. ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC - 98) بعد از این که مقرر می‌دارد قانون حاکم قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند در بند ۲ می‌گوید:
 "In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the Provisions of the contract and the relevant trade usages".

دریایی آن کشور برای حمل و نقل دریایی بیمه شده باشد. اما برای مثال در قراردادهایی که مؤسسات یا سازمانهای دولتی طرف آن هستند طرفین معمولاً قانون (کشور) بی طرفی را ترجیح می دهند که هیچ ارتباطی هم با قرارداد ندارد. به علاوه طرفین ممکن است مایل باشند قواعد و اصول حقوقی کشوری که بدان آگاهی بیشتر دارند و با آن آشنا تر هستند اعمال شود، گرچه ارتباطی با قرارداد آنها هم نداشته باشد. به هر صورت این سؤال در دادرسیهای قضایی مطرح می شود و پاسخ سیستمهای حقوقی مختلف بدان، متفاوت است. بعضی پاسخ منفی می دهند و بعضی پاسخ مثبت.^{۲۹} مثلاً در سیستم حقوقی امریکا قاعده این است که قانون منتخب طرفین باید رابطه ای اساسی با قرارداد داشته یا مبنای منطقی دیگری برای این انتخاب آنها باشد.^{۳۰} در کانادا نیز این نظر وجود دارد که: «قراردادی که به وضوح نزدیک ترین ارتباط را با قانونی خاص دارد، طرفین نمی توانند برای اعتبار بخشیدن بدان، وانمود کنند که قرارداد را تحت قانون دیگری منعقد نموده اند».^{۳۱} اما، بسیاری از سیستمهای حقوقی دیگر که آزادی یا حاکمیت اراده را پذیرفته اند از این جهت محدودیتی بر این آزادی وارد نکرده اند. مثلاً در سیستم حقوق انگلستان آرای بسیاری مشاهده

۲۹. بدیهی است چنین سؤالی نمی تواند در انتخاب ضمنی طرفین قرارداد یا در جایی که دادگاه قانون را معین خواهد کرد (در فقدان انتخاب طرفین) مطرح باشد. زیرا برای پی بردن به انتخاب ضمنی طرفین قطعاً باید اشاره هایی در قرارداد به قانون مورد نظر وجود داشته باشد که این خود ارتباط قرارداد با آن قانون خواهد بود و در فقدان انتخاب طرفین سیستمهای حقوقی به طور مشخص قانون کشور خاصی را معین نموده اند که مبین ارتباط قرارداد با آن کشور است، مثل قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد یا قانونی که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد.

30. Restatement, Second, Conflict of Laws, Sec. 187 (2)(a).

31. Band of Monteral v. Snoxel (1983) 143 D.L.R (3d) 349.

می‌شود که قضات معتقد بوده‌اند که چنانچه در قراردادی طرفین قانون حاکم را (به صراحت) انتخاب کرده باشند آن انتخاب محترم خواهد بود و نباید به لحاظ عدم ارتباط با قرارداد نادیده گرفته شود.^{۳۲} علما و قضات این سیستم حقوقی معتقدند فقط در جایی انتخاب قانون بی‌ارتباط با قرارداد پذیرفته نخواهد شد که به منظور مشکل‌تر کردن حل و فصل اختلافات باشد.^{۳۳}

به هر صورت گفته می‌شود در انگلستان پرونده گزارش شده‌ای وجود ندارد که انتخاب طرفین صرفاً به دلیل فقدان ارتباط نادیده گرفته شده باشد.^{۳۴} در یک پرونده^{۳۵} نیز که در دادگاه بدوی بحث شده بود که انتخاب قانون انگلستان در قرارداد به لحاظ این که قرارداد ارتباطی با انگلستان ندارد باید بی‌اعتبار محسوب شود، در دادگاه استیناف گفته شد که «ارتباط با حقوق انگلستان اصلی اساسی محسوب نمی‌شود».^{۳۶}

در استرالیا همچنین دادگاه در پرونده‌ای انتخاب قانون نیویورک را در یک قرارداد استرالیایی پذیرفت، علی‌رغم این که در نظر دادگاه، واقعیات و مسائل موضوعی پرونده هیچ دلالتی بر این نداشت که قرارداد کوچکترین ارتباطی با ایالت نیویورک داشته باشد، بلکه از طرف دیگر

32. *Trortis v. Monark Line A/B*, [1968] 1 W.L.R. 406, 411.

33. F.A. Mann, *The Proper Law of the Contract*, (1950) 3 I.L.Q. 60; F.A. Mann, *The Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws*, (1978) 27 I.C.L.Q. 661; F. A. Mann, *Proper Law and Illegality in Private International Law*, (1937) 18 B.Y.B.I.L. 97; *Boissevain v. Weil* [1949] K.B. 482, 491.

34. D. Lasok and P.A. Stone, *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, 1987, p. 358.

35. *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277, p. 290.

36. *Ibid.*

قرارداد ارتباط زیادی هم از جهت موضوعی و هم از جهت قانونی با کشور استرالیا و ایالت ویکتوریا داشت.^{۳۷}

در سوئیس نیز، از قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور بر نمی‌آید که طرفین قرارداد باید قانونی را برای حکومت بر قراردادشان انتخاب کنند که ارتباطی با قرارداد داشته باشد، بلکه برعکس ماده ۱۵ این قانون دلالت دارد بر آن حالتی که طرفین قانونی را انتخاب کرده یا می‌کنند، حتی چنانچه قضیه ارتباط نزدیکتری با قانون دیگری داشته باشد، انتخاب آنها محترم شمرده خواهد شد.^{۳۸} البته به موجب این قانون ممکن است قواعد آمره قانون کشوری که ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد علیرغم انتخاب قانونی دیگر توسط طرفین، بر قرارداد اعمال گردد.^{۳۹}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم عبارات صریح ماده ۳ هیچ‌گونه دلالتی ندارد بر این که کشوری که طرفین قانونش را انتخاب کرده‌اند باید ارتباط فیزیکی با قرارداد داشته باشد. در واقع تحت این عهدنامه آزادی در انتخاب قانون قابل اعمال بدون محدودیت است و ممکن است قانون انتخاب شده کاملاً بی‌ارتباط با قرارداد باشد، و حتی همان‌گونه که قبلاً بیان گردیده است می‌توان به موجب ماده (۱) ۱ عهدنامه در مورد یک قضیه کاملاً داخلی که همه عناصر قرارداد به یک کشور مربوط می‌شود قانون خارجی را انتخاب

37. John Kaldor Fabricmaker Pty Ltd. v. Mitchell Cotts Freight (Australia) Pty Ltd. (1989) 18 N.S.W. LR 172, 185; Kutcher v. Buckingham International Holdings Ltd. [1988] I.R. 61, 68.

۳۸. ماده ۱۵. «۱- قانون مشخص شده توسط این قانون، در آن موارد استثنایی که با توجه به جمیع جهات آشکار می‌گردد که قضیه فقط یک ارتباط خیلی محدودی با آن (قانون) دارد و یک ارتباط خیلی نزدیکتری با قانون دیگر دارد، اعمال نخواهد گردید؛ ۲- این ماده در موردی که طرفین قانونی را انتخاب کرده باشند قابل اعمال نمی‌باشد».

۳۹. ماده ۱۹.

نمود. با این وجود عهدنامه در ماده (۳) یک تعدیل جزئی و منطقی بر این آزادی وارد می‌نماید، یعنی مقرر کرده است در جایی که همه عناصر قرارداد مرتبط با یک کشور هستند، تنها انتخاب قانون خارجی، یا انتخاب قانون خارجی به همراه انتخاب یک دیوان خارجی، لطمه‌ای به اعمال قواعد آمره قانون کشوری که همه عناصر قرارداد با آن ارتباط دارد نخواهد زد. در هر حال در این عهدنامه به دادگاه‌های کشورهای عضو این اجازه داده شده است که در شرایطی، علی‌رغم انتخاب طرفین، قواعد آمره کشوری که وضعیت قرارداد با آن ارتباط نزدیک دارد نیز اعمال گردد.^{۴۰}

در عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا همانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم محدودیتی در انتخاب طرفین وجود ندارد و آنها ملزم نیستند قانونی را انتخاب نمایند که ارتباطی با قرارداد داشته باشد، اما برخلاف عهدنامه رم صرف انتخاب قانون خارجی در حالی که عنصر خارجی دیگر در قرارداد نباشد، باعث به اجرا در آمدن این عهدنامه‌ها در خصوص آن قرارداد نخواهد شد.^{۴۱} به موجب عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی)، طرفین در انتخاب هر قانونی آزادند.^{۴۲} اما چنانچه قرارداد هیچ ارتباط عینی با کشوری که قانونش انتخاب شده

۴۰. ماده (۱) عهدنامه ۱۹۸۰ رم.

۴۱. در ماده ۱ عهدنامه ۱۹۸۶ لاهه قلمرو عهدنامه و مواردی که در خصوص آنها عهدنامه به اجرا درخواهد آمد بیان می‌گردد. در بند (b) این ماده مقرر می‌گردد که: «در همه موارد دیگر که متضمن انتخاب بین قوانین کشورهای مختلف باشد، مگر چنین انتخابی صرفاً ناشی از شرطی باشد که طرفین در خصوص قانون قابل اعمال مقرر کرده‌اند، حتی اگر شرط همراه با انتخاب دادگاه یا داوری باشد.» در ماده ۱ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه نیز آمده است که صرف این که طرفین قانونی را قابل اعمال بر قرارداد اعلام نموده باشند، باعث بین‌المللی شدن بیع و به اجرا در آمدن عهدنامه نخواهد شد.

۴۲. ماده ۷.

است نداشته باشد، عهدنامه نسبت به آن قرارداد اعمال نخواهد شد. این بدان معناست که چنانچه همه عناصر قرارداد به یک کشور مربوط شود، طرفین برخلاف عهدنامه ۱۹۸۰ رم نمی‌توانند قانون کشور دیگری را برای حاکمیت بر آن قرارداد انتخاب کنند.^{۴۳} به علاوه به موجب این عهدنامه، این امکان هست که علیرغم انتخاب طرفین قواعد آمره قانون کشوری که ارتباط نزدیک با قرارداد دارد نیز اعمال گردد.^{۴۴}

بنابراین، تمایل کلی بر آن است که فقدان ارتباط به تنهایی نمی‌تواند توجیه‌کننده پذیرفتن انتخاب طرفین باشد، به خصوص در جایی که تا حدی مبانی منطقی برای انتخاب وجود داشته باشد، و نیز اصل آن است که تجارت با حسن نیت انجام می‌شود و بعید به نظر می‌رسد که طرفین بدون دلیلی خوب و منطقی قانون بی‌ارتباط با قرارداد را انتخاب کنند، یعنی به هر حال یک مبانی منطقی برای چنین انتخابی وجود خواهد داشت. مسلم است که اگر انتخاب طرفین نامربوط به قرارداد باشد و ثابت شود (مثل هر انتخاب دیگری) که برای تقلب نسبت به قانون یا گریز از قانونی است که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد یا مغایر نظم عمومی مقرر دادگاه است، پذیرفته نخواهد شد. به علاوه چنانچه اساساً ارتباط را لازم بدانیم نتیجه این خواهد شد که طرفین می‌توانند قانون حاکم را فقط از بین قوانین کشورهای که با قرارداد ارتباطی دارند انتخاب نمایند به عبارت دیگر طرفین تنها خواهند توانست قانون مناسبی را که به طریقه عینی معین می‌شود انتخاب نمایند و نه هر قانونی را.

۴۳. ماده ۱.

۴۴. ماده ۱۱.

۳- آیا قانون حاکم بر قرارداد قواعد مادی سیستم حقوقی یک کشور است یا قواعد حل تعارض آن؟

قواعد قانونی یک سیستم حقوقی از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی دو نوع می‌باشند: یکی قواعد موسوم به قواعد مادی (substantive or material law) که برای تصمیم‌گیری در خصوص ماهیت دعوی و حل و فصل آن به کار می‌روند، و دیگری قواعد تعارض (conflict rules) که برخلاف قواعد مادی مستقیماً به حل و فصل دعوی نمی‌پردازند بلکه تعارض بین دو یا چند قانون مطرح شده برای دادگاه را (با تعیین و انتخاب یکی از آن قوانین برای اعمال بر دعوی) حل می‌نمایند و از این جهت به قواعد حل تعارض نیز موسومند. اکنون می‌خواهیم بدانیم که آیا قانون کشوری که قواعد حل تعارض مقرر دادگاه را به عنوان قانون حاکم تعیین می‌کند، قانون داخلی (قواعد مادی) قراردادهای کشور مربوطه است یا قانونی است که در داخل آن کشور بر این قرارداد خاص، با توجه به همه عناصر خارجی آن، اعمال خواهد شد؟ یعنی آیا ارجاع به قانون کشور خارجی ارجاع به قواعد تعارض آن کشور است و در نتیجه مطرح شدن تئوری احاله؟

در سیستمهای حقوقی که قایل به آزادی اراده اشخاص در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد هستند معمولاً ارجاع قواعد تعارض آنها به قانون کشور خارجی در موضوع تعهدات قراردادهای بازرگانی به معنای اعمال فقط قواعد مادی قانون داخلی آن کشور است و نه قواعد تعارض آن. مثلاً در سیستم حقوقی انگلستان قاعده احاله عموماً در موضوعاتی چون ارث و وضعیت شخصی (احوال شخصیه) مطرح می‌شود و در سایر

موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی که مربوط به وضعیت شخصی افراد نیست، وقتی قواعد حل تعارض انگلستان دادگاهها را به قانون کشور خارجی ارجاع می‌دهند، آنها قانون کشور خارجی را قانون داخلی آن کشور به استثنای قواعد تعارض آن می‌دانند.^{۴۵}

در خصوص احاله، گفته شده است بیش از یک قرن است که دادگاه‌های انگلستان ارجاع به قانون هر کشور را به معنای رجوع به قانونی که دادگاههای آن کشور اعمال خواهند کرد در نظر می‌گیرند و خود را برای تصمیم‌گیری در قضیه مطروحه به جای دادگاه آن کشور خارجی قرار می‌دهند و لذا چنانچه دادگاه کشور خارجی قواعد حل تعارض خود را در نظر بگیرد دادگاه انگلیسی هم قواعد حل تعارض آن را در نظر خواهد گرفت و چنانچه دادگاه خارجی قوانین داخلی خود را در نظر بگیرد، دادگاه انگلیسی نیز چنین خواهد کرد.^{۴۶}

کلاً در سیستم حقوقی انگلستان رویه قضایی در جهت تعدیل قاعده رجوع به تمامی قانون خارجی (مجموعه قواعد مادی و قواعد حل تعارض) است و در ارتباط با قراردادهای قاضی دادگاه عالی انگلستان در پرونده *Amin Rasheed Corporation v. Kuwait Insurance Co.* چنین می‌گوید: «به جا خواهد بود یک نظریه نهایی در خصوص این که تحت قواعد تعارض انگلیس «قانون مناسب» قرارداد چه معنی دارد، عنوان شود، آن قانون ماهوی (مادی) کشوری است که طرفین انتخاب نموده‌اند، همان

45. Antony N.J. Briggs, *Conflict of Laws in a Nutshell*, Sweet and Maxwell, London, 1970, pp. 8-9; R.H. Graveson, *Conflict of Laws, Private International Law*, 7th ed., Sweet and Maxwell London, 1974, p. 66.

46. Graveson, *ibid.*, p. 67.

قانونی که به موجب آن باید حقوق قابل اجرا و متقابل آنها محقق شود. اما اعمال هر احاله ممکن خواه درجه اول و خواه درجه دوم در دادگاه کشوری که موضوع نزد آن مطرح می‌گردد استثنا می‌شود...»^{۴۷}

رجوع به قواعد تعارض قانون مشخص شده توسط قواعد تعارض سیستم حقوقی سویس یا به عبارت دیگر، احاله در حقوق سویس، به نظر می‌رسد به طور عام پذیرفته نشده باشد. ماده ۱۴ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس مقرر می‌دارد که: «۱- چنانچه قانون قابل اعمال به قانون سویس یا قانون خارجی دیگر ارجاع دهد، این ارجاع [احاله] تنها در صورتی رعایت (پذیرفته) خواهد شد که قانون حاضر چنین مقرر نماید.

۲- در موضوعات وضعیت مدنی [احوال شخصیه] ارجاع قانون خارجی به قانون سویس باید رعایت (پذیرفته) شود».^{۴۸} در خصوص قراردادها در این قانون هیچ‌گونه مقرره‌ای مربوط به احاله وجود ندارد لذا براساس این اصل

۴۷. [1984] A.C. 50, 61-62 اظهارات لرد دیپلک؛ همچنین دیده شود:

The Evia Luck (No.2) (1990) 1 Lloyd's Rep. 319, affirmed [1993] 3 W.L.R. 875.

مؤلف یکی از منابع برجسته تعارض قوانین انگلستان می‌نویسد: «احاله در قانون قرارداد محلی ندارد. قانون مناسب به این لحاظ اعمال می‌گردد که یا طرفین آن را انتخاب کرده‌اند یا قانونی است که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد. در فقد دلیل کافی مخالف، باید فرض شود که طرفین قصد داشته‌اند که به قواعد داخلی و نه قواعد تعارض قانون منتخب خود رجوع نمایند و ارتباط با سیستم حقوق خاص، ارتباط با قواعد ذاتی (مادی) آن سیستم حقوقی است و نه قواعد تعارض قوانین آن».

Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 10th ed., Stevens & Sons Limited 1980, p. 749.

بنابراین چنانچه محل اجرای قراردادی در لهستان باشد و این قرارداد صراحت داشته باشد بر این که قانون آلمان بر آن حاکم خواهد بود، دادگاه انگلستان قانون ماهوی آلمان را بر آن اعمال خواهد نمود حتی اگر چنانچه دادگاههای آلمان به این دعوی رسیدگی می‌کردند آنها با اعمال قواعد حل تعارض خود ارجاع به قانون لهستان را به عنوان قانون محل اجرای قرارداد می‌پذیرفتند.

48. Article 14. "1. If the applicable law refers back to Swiss law or to another foreign law, that reference shall be observed only if this Code so provides.

2. In matters of civil status, reference to Swiss law by a foreign law must be observed".

که احاله پذیرفته نشده است مگر در جایی که به طور خاص بدان اشاره شده باشد، احاله در قراردادها وجود ندارد و از آن استثنا شده است. در حوزه حقوق قراردادها در رویه قضایی سویس استثناء احاله یک راه حل قطعی پذیرفته شده می باشد.^{۴۹}

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا با این بیان که بیع تحت حاکمیت قانون داخلی (domestic law) کشور معینی خواهد بود^{۵۰} اشاره دارد بر این که قانون قابل اعمال، قاعده های مادی سیستم حقوقی یک کشور است نه قواعد حقوق بین الملل خصوصی آن.

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم، موضوع استثنای احاله، در قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در ماده ۱۵ بدین گونه تصریح گردیده است: «اعمال قانون هر کشوری که به وسیله این عهدنامه مشخص می شود، به معنی اعمال قواعد حقوقی مجری در آن کشور به جز قواعد حقوق بین الملل خصوصی آن است».^{۵۱} یک چنین معنایی هم از ماده ۱۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) بر می آید.^{۵۲}

در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه، نیز رجوع به قواعد حل تعارض قانون قابل

49. Arrêts du Tribunal fédéral- ATF- (1955) II p. 391, XVI Annuaire suisse de droit international- ASDI- (1957) p. 274.

۵۰. ماده ۲.

51. Article 15. "The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law".

52. Article 17. "For the purpose of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws".

اعمال منع شده است، این عهدنامه در ماده ۱۵ خود چنین مقرر می‌دارد: «ماده ۱۵ - در این عهدنامه «قانون» به معنای قانون جاری در یک کشور به نیر از قواعد انتخاب قانون آن می‌باشد».^{۵۳}

در سیستم‌هایی که انتخاب قانون حاکم را مجاز می‌دانند، هدف از آن، دخالت نکردن در توافقات مربوط به معاملات طرفین، سهولت در کار و اجتناب از زحمت و ایجاد ثبات و اطمینان برای طرفین قرارداد می‌باشد، و لذا چنانچه این اجازه را برای انتخاب قواعد تعارض (قانون خارجی) بدانیم و نه قواعد مادی آن، نقض غرض خواهد بود. در هر صورت پذیرش این اعتقاد مشکل است که در انتخاب قانون توسط طرفین، آنها این قصد را داشته‌اند که با اعمال قواعد تعارض قانون منتخب از قانون مورد نظر و انتخابی خود دور شوند. وقتی به طرفین اجازه داده می‌شود تا قانون حاکم را انتخاب کنند، چرا انتخاب آنها را مستقیماً انتخاب قواعد مادی آن قانون بدانیم، و همچنین دلیلی هم وجود ندارد که انتخاب آنها را به طور غیرمستقیم، انتخاب قانون دیگری بدانیم که قواعد تعارض یک سیستم حقوقی (سیستم حقوقی که مستقیماً انتخاب کرده‌اند) برایشان تعیین خواهد کرد. بنابراین وقتی طرفین قانونی را انتخاب کرده‌اند این انتخاب احتمال قصد ارجاع به قانون دیگر را از بین می‌برد. به همین صورت در جایی که طرفین قانونی را برگزینند، در سیستم‌های حقوقی که به قاضی اختیار داده‌اند تا قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد را تعیین و بر آن اعمال نماید، قواعد مادی قانون نزدیکترین ارتباط حاکم بر قرارداد خواهد

53. Article 15. "In the Convention "law", means the law enforce in a State other than its choice of law rules".

بود. در غیر این صورت ارجاع (احاله) به قانون دیگری که قواعد حل تعارض قانون نزدیکترین ارتباط تعیین می کنند دیگر قانون نزدیکترین ارتباط نخواهد بود.

از طرف دیگر در سیستم‌های حقوقی که استقلالی برای اراده طرفین در تعیین قانون حاکم نمی‌شناسند و نیز احاله را به طور کلی پذیرفته‌اند دلیلی ندارد که احاله از قراردادها استثنا شود، مگر قانونگذار این استثنا را تصریح نموده باشد، به ویژه که معمولاً در دکترین احاله (در احاله درجه اول) قانون حاکم همان قانون مقر دادگاه خواهد بود، حالتی که مورد نظر این سیستم‌های حقوقی است (هرچه بیشتر اعمال قانون خود و هرچه کمتر اعمال قانون خارجی). مثلاً قانون ۱۹۷۸ اتریش در ماده (۱) ۵ کلاً احاله را می‌پذیرد و بیان می‌دارد که «رجوع به مقررات قانون (حقوق) خارجی، شامل قواعد تعارض آن نیز می‌شود» اما این قاعده را در ارتباط با قراردادها در ماده (۱) ۱۱ تعدیل می‌نماید، بدین صورت که مقرر می‌دارد: «در صورت تردید، انتخاب قانون قراردادی توسط طرفین قواعد تعارض قانون منتخب را در بر نمی‌گیرد».^{۵۴} بنابراین قانونی که به موجب قواعد تعارض این گونه سیستم‌های حقوقی معین می‌شود، در واقع قواعد حل تعارض و نه قواعد مادی آن قانون است، مگر خلاف آن در قانون تصریح شده باشد.

54. Article 5.(1). "Reference to a foreign legal order includes also its conflict rules". Article 11.(1). "In case of doubt, a contractual choice of law by the parties does not incorporate the conflict rules of the chosen law". 28 Am. Jou. Com. L. 222, 1980.

قسمت دوم: آیا قانون حاکم باید ثابت و واحد باشد؟

۱- آیا قانون حاکم بر قرارداد قابل تغییر است؟

چنانچه آزادی طرفین در انتخاب قانون پذیرفته شود، ممکن است آنها در هر زمان بر قانون حاکم یا بر تغییر و جایگزین نمودن آن با قانونی جدید توافق کنند. اما اجازه تغییر قانون حاکم همیشه آسان و بدون مشکل و توجیه پذیر نیست. لذا سیستم‌های حقوقی مختلف دیدگاه‌های مختلفی در این خصوص دارند. مثلاً در سیستم تعارض قوانین پیشین ایتالیا، هرگونه تغییر در قانون قابل اعمال یا تعیین آن بعد از انعقاد قرارداد (ex post determination) توسط طرفین پذیرفته نبود. در این خصوص به نظریه دادگاه عالی^{۵۵} ایتالیا استناد می‌شد،^{۵۶} گرچه نظریه علمای این سیستم حقوقی مخالف آن بود.^{۵۷} اما، در سیستم‌های حقوقی جمهوری فدرال آلمان،^{۵۸} فرانسه^{۵۹} و هلند^{۶۰} قبل از به اجرا درآوردن عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (سال ۱۹۹۱ میلادی) طرفین قرارداد نیز می‌توانستند در هر زمان قانون حاکم را انتخاب کنند یا بعداً انتخاب خود

55. Corte de Cassazione.

56. Assael Nissim v. Crespi, (Cass. (S.U.) 28 June 1966) n, 1680, 3 RDIPP (1967), pp. 126, et seq. (Riv. dir. int. priv. proc).

57. به عنوان نمونه‌ای از انتقاد بر نظریه دادگاه عالی ایتالیا ببینید:

V. Treves, sulla volonta delle parti di cui all art. 25 delle Preleggi e sul momento del suo sorgere, 3 RDIPP (1967), 315 et seq; Curti Gialdino "la volonte des parties en droit International privé" 137 RCADI (1972, III), 823 et Seq.

58. Kegel Internationales Privatrecht: Ein Studien buch, Third Edition/München, Berlin 1971, notes 1-3 and 269-273.

59. Batiffol and Lagard, Droit Internationale Privé, cit, II. no. 592. p. 243, Soc. Deckardt c. Etabl. Moatti, in Rev. Crit, 1960, p. 83.

60. Kollwijn, De rechtskeuse achteraf, Netherlands International Law Review, 1964, 225.

را تغییر دهند. در سیستم حقوقی سویس نیز تغییر قانون منتخب پس از انعقاد عقد در ماده (۳) ۱۱۶ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سویس ۱۹۸۷، پذیرفته شده است.^{۶۱}

در سیستم حقوق عرفی انگلستان، تغییر قانون حاکم وضعیت کاملاً روشنی ندارد. در این سیستم حقوقی اجازه تغییر قانون حاکم بستگی به قانون حاکم دارد، لذا این سؤال مطرح است که آیا انتخاب دوم تحت قانون حاکم قبلی مجاز و معتبر خواهد بود یا تحت قانون جدیدی که بر قرارداد حاکم می‌شود.^{۶۲}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی به طرفین قرارداد حداکثر آزادی داده شده است که در هر زمان، در زمان انعقاد قرارداد یا در تاریخی بعد از آن، قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب کنند و قانون حاکم یا قابل اعمالی را که قبلاً انتخاب کرده بودند اصلاح کنند یا تغییر دهند به طوری که قانونی را که یک بار انتخاب کرده‌اند یا به نحوی بر قرارداد قابل اعمال بوده است با یک انتخاب بعدی (قانون) جایگزین نمایند. در این عهدنامه با تدبیر این که تغییر قانون قسابل اعمال نباید لطمه‌ای به اعتبار شکلی قرارداد و حقوق اشخاص ثالث وارد آورد، از سوءاستفاده از این آزادی و مشکلاتی که ممکن است ایجاد کند

۶۱. ماده (۳) ۱۱۶، «انتخاب قانون ممکن است در هر زمان صورت گیرد یا تعدیل شود. چنانچه [انتخاب] بعد از انعقاد قرارداد صورت گیرد یا تعدیل شود این انتخاب برخلاف گشت به عقب [عطف به ماسبق خواهد شد] به زمان انعقاد قرارداد. حقوق اشخاص ثالث مقدم خواهد بود، [کماکان معتبر و محفوظ خواهد بود]».

62. North in *Multum Non Multa* (Festschrift für Kurt Lipstein). (1980), p. 205.

جلوگیری نموده است.^{۶۳} عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در ماده ۸ و عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا در ماده (۲)۷ نیز مقرراتی مشابه این ماده از عهدنامه رم را پیش‌بینی می‌کنند، در حالی که عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا هیچ قاعده‌ای در این خصوص ندارد.

باید در نظر داشت که در مواردی هم نمی‌توان برای طرفینی که مایل باشند که قانون حاکم بر قراردادشان را تغییر دهند مانع ایجاد نمود، زیرا آنها می‌توانند این کار را عملاً و حتی بدون هیچ تغییری در مفاد قرارداد موجود انجام دهند. مثلاً قرارداد قبلی را فسخ نمایند و به جای آن قرارداد جدیدی با قانون جدید مورد نظر تنظیم کنند، و یا از اثبات قانون خارجی (که به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده است) برای دادگاه خودداری نمایند که در این صورت برخی از دادگاهها فرض خواهند کرد که مفاد قانون منتخب همانند مفاد قانون مقرر دادگاه می‌باشد.^{۶۴} به هر حال تغییر قانون حاکم می‌تواند به عنوان موضوع انتخاب قانون قابل اعمال

۶۳. ماده (۲)۳ عهدنامه ۱۹۸۰ رم چنین مقرر می‌نماید: «طرفین ممکن است در هر زمانی توافق کنند که قرارداد را تابع قانونی غیر از آن که قبلاً خواه در نتیجه یک انتخاب قبلی تحت این ماده یا در نتیجه دیگر مقررات این عهدنامه، حاکم بر قرارداد بوده است، بنمایند. هر تغییری که توسط طرفین بعد از انعقاد قرارداد، در قانون قابل اعمال داده می‌شود، لطمه‌ای به اعتبار شکلی قرارداد مقرر در ماده ۹، یا خللی بر حقوق اشخاص ثالث، وارد نخواهد کرد».

Article 3(2): "The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously govern it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties".

۶۴. مانند دادگاههای کشور انگلستان.

مطرح و براساس قواعد تعارض (قواعد حقوق بین الملل خصوصی) مقرر دادگاه در خصوص آن اتخاذ تصمیم شود،^{۶۵} و همان گونه که ذکر گردید غالب قواعد تعارض سیستمهای حقوقی این تغییر را تأیید می نماید.

۲- آیا می توان قانون حاکم را معلق یا شناور گذاشت؟

بعضی مواقع در قراردادهای طرفین نسبت به قانون حاکم بیانیهایی دارند که آن را به حالت تعلیق یا شناور درمی آورد. مثلاً در قرارداد ذکر می کنند که قانون حاکم بر قرارداد را بعداً انتخاب خواهند کرد یا قانون حاکم بعداً در صورت بروز دعوی توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث مشخص خواهد شد، یا قانون حاکم قانون محل اقامه دعوی خواهد بود،^{۶۶} یا قانون حاکم قانون محل اقامه دعوی که می تواند از بین چند کشور انتخاب شود، خواهد بود.^{۶۷}

اگر بپذیریم که قانون حاکم یکی از موضوعات اساسی قرارداد است

65. North Multum Non Multa, Festschrift für Kurt Lipstein, (1980), p. 205.

۶۶. در پرونده:

Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corp. (The Star Texas) [1993] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A).

قرارداد مربوطه داوری را در پکن یا لندن با انتخاب خواننده پیش بینی می کرد. این شرط به طور غیرمستقیم انتخاب قانون حاکم یا قانون قابل اعمال را نیز در برداشت، انتخاب پکن انتخاب قانون چین و انتخاب لندن انتخاب قانون انگلستان هم می توانست باشد.

۶۷. در پرونده:

Dubai Electricity Co. v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The Iran Vojdan), [1984] 2 Lloyd's Rep. 380.

قرارداد اجاره کشتی به حمل کننده (شرکت کشتیرانی) این اختیار را می داد که دعوی خود را در دادگاههای تهران و تحت قانون ایران یا در هامبورگ و تحت قانون آلمان یا در لندن و تحت قانون انگلستان اقامه نماید.

و مسائلی چون تشکیل، اعتبار، تفسیر و اجرای قرارداد بدان وابسته هستند بنابراین، قرارداد نمی‌تواند در زمان انعقاد در یک خلأ قانونی قرار داشته باشد، بلکه از آغاز باید قانون در بافت قرارداد موجود و در سراسر حیات با آن همراه باشد. لذا یک چنین قانونی نمی‌تواند به طریقی غیرمعین و در اختیار (انتخاب) یک طرف باشد تا در آینده آن را تعیین نماید،^{۶۸} و نمی‌توان آن را مردد بین دو یا چند قانون نمود که مثلاً یکی از آنها در زمان اقامه دعوی توسط یکی از طرفین یا قاضی دادگاه تعیین شود. چه اگر قرار باشد یکی از طرفین یا دادگاه بعداً بتواند تصمیم بگیرد که کدام یک از چند قانون قابل اعمال بالقوه همیشه قانون حاکم بوده است، طرفین چگونه باید بدانند که مثلاً چه چیزی اجرای صحیح قرارداد را تشکیل می‌دهد،^{۶۹} یا اگر قراردادی تشکیل شود و سپس رویدادی واقع شود، اثر این رویداد بر قرارداد وقتی که قانون ناظر و هدایت کننده آن وجود ندارد یا معلق است چگونه تعیین خواهد شد. در حقیقت در حالت قانون حاکم معلق، قانون حاکم توسط رویدادها (مثل اختلاف در تشکیل قرارداد، شکل، تفسیر، اجرا و ...) تعیین خواهد شد در حالی که تأثیر حقوقی چنین رویدادهایی خود باید معین شود، بدین معنی که از قبل از وقوع آن رویداد یک قانون حاکمی باید وجود داشته باشد.

بدیهی است قانون حاکم بر قرارداد در سیستمهای تعارض قوانین که آزادی و حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند، قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند. در حالتی که قانون حاکم بر قرارداد معلق یا شناور می‌باشد، باید

68. The Iran Vojdan Case, [1984] 2 Lloyd's Rep. 385.

69. Ibid, at p. 380.

دید آیا این حالت «انتخاب قانون» توسط طرفین قرارداد محسوب می‌شود، سؤالی که پاسخ آن را قاعدتاً قانون مقرر دادگاه خواهد داد و بنظر نمی‌رسد که مثبت باشد^{۷۰} و نتیجه آن خواهد بود که قرارداد فاقد قانون منتخب طرفین تفسیر شود.

۳- آیا باید فقط یک قانون حاکم بر یک قرارداد باشد؟

در سیستمهای حقوقی مختلف قاعده این نیست که تنها یک قانون بر همه موضوعات مربوط به یک قرارداد یا دعاوی ناشی از قرارداد حاکم باشد، بلکه قوانین مختلف در حاکمیت بر جنبه‌های گوناگون قرارداد یا دعاوی قراردادی مطرح می‌باشند، مثلاً شکل قرارداد، اهلیت طرفین قرارداد، یا تعهدات قراردادی و سایر موضوعات تحت حاکمیت قوانین مختلف قرار دارند. اما آنچه جای پرسش و تأمل است این که آیا ممکن است در موضوع تعهدات قراردادی (در یک قرارداد)، مسائل مختلف تحت حاکمیت قوانین مختلف (چند قانون) باشند، اعم از این که این قوانین را طرفین انتخاب کنند یا دادگاه در فقدان انتخاب آنها، تعیین نماید. غالباً در آنچه جزء تعهدات قراردادی محسوب می‌شوند، طرفین تمام آنها را تابع یک قانون واحد می‌دانند یا قرار می‌دهند و در واقع بند انتخاب قانون

۷۰. در سیستم حقوقی انگلستان، همانطور که تصمیمات دادگاهها در پرونده‌های The Iran Vojdan و The Star Texas (به منابع این دو پرونده در زیرنویسهای قبلی اشاره شده است) حاکی از آن است، انتخاب قانون بصورت معلق یا شناور یا توسط یکی از طرفین در آینده به طور مطلق یا از بین چند سیستم حقوقی مشخص، قابل قبول نیست.

Howard M.N., Floating Choice of Law Clauses- The Star Texas, [1995] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1; Beck, Floating Choice of Law Clauses, [1987] LMCLQ 523; Briggs, Floating Choice of Law and Jurisdiction Clauses, [1986] LMCLQ 508.

قرارداد از جامعیت برخوردار است. اما ممکن است گاهی آنها قانونی را انتخاب کنند که تنها بر قسمتی از قرارداد اعمال شود. حتی این امکان وجود دارد که دادگاه این کار را انجام دهد. به عبارت دیگر ممکن است طرفین یا دادگاه دو یا چند قانون مختلف را برای حاکم بودن بر قسمتهای مختلف قرارداد انتخاب یا تعیین کنند. هر دو صورت در حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد (severability یا dépeçage) شناخته می‌شود که اختصاراً به معنای آن است که قوانین مختلف بر موضوعات و جنبه‌های مختلف یک قرارداد حاکم هستند.^{۷۱}

برخی از علمای تعارض قوانین معتقدند که قرارداد باید اصولاً تحت حاکمیت یک قانون باشد. دلیل آنها این است که سهولت امر و اجتناب از راه‌حلهای متفاوت و ناموزون و ممانعت از عدول از قواعد آمره قانون مقرر دادگاه یا کشور ثالث ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد تحت دکترین آزادی یا حاکمیت اراده^{۷۲} به انتخاب فقط یک قانون حاکم بر کل قرارداد محدود شوند، گرچه برای موضوعات جانبی قرارداد می‌توان به سایر قوانین نیز رجوع نمود.^{۷۳} لذا در بعضی از سیستمهای حقوقی یا وجود این دکترین جای تردید است^{۷۴} یا با آن آشنا

71. Rable, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, vol.2, 2 nd ed., Ann Arbor, 1960, pp. 469 et seq; M. Wolf, *Private International Law*. 2 nd ed., pp. 436 et seq.

72. Principle of party autonomy.

73. Boggiano, *International Standard Contracts*, 1991, Nijhoff, pp. 30-33; Boggiano, *International Contracts in Argentina*, [1983] 47, Rabelz, p. 437.

۷۴. مثل سیستم حقوقی انگلستان. در این خصوص دیده شود:

Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10 th ed, Sweet and Maxwell, pp. 748-749.

در این منبع از مزیت‌های دکترین قانون مناسب ذکر شده است که همان قانون مناسب (واحد) بر همه تعهدات قرارداد اعمال خواهد شد. مع‌هذا بیان گردیده است که طرفین آزادند که یک جنبه از قرارداد را

نیستند.^{۷۵} برخی دیگر از علما معتقدند که چنانچه قراردادی ظاهراً یک قرارداد واحد است اما در واقع از چندین توافق یا چندین قسمت که از نظر اقتصادی قابل تفکیک و مستقل از یکدیگر می‌باشند تشکیل می‌شود و براساس اصل آزادی قرارداد می‌توان هر قسمت را تابع یک قانون قرار داد^{۷۶} بدون آن که نیازی به ذکر آن در قانون داخلی یا عهدنامه‌ای بین‌المللی باشد.^{۷۷} این عده در واقع اصل آزادی یا استقلال اراده را فقط در جایی که

تحت حاکمیت قانون یک کشور و جنبه دیگری را تحت حاکمیت قانون کشور دیگر قرار دهند. لرد مک درمت (Mc Dermott) در پرونده

Kahler v. Midland Bank Ltd., [1950] AC 24 at 42

گفت: «اماره به نفع (در جهت) قانون مناسب واحد است که نباید سریعاً و بدون دلیل خوب رد (انکسار) شود». به هر صورت برای دادگاهها که در فقدان انتخاب طرفین، قانون قابل اعمال را تعیین می‌کنند، گرچه اعمال قاعده تجزیه یا جداسازی قرارداد خیلی معمول نیست اما مواردی مشاهده می‌شود که آنها قوانین مختلفی را بر موضوعات مختلف دعوی اعمال نموده‌اند. به عنوان نمونه دیده شود:

Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher and Others, [1986] 2 All ER. 488; Libyan Arab

Foreign Bank v. Bankers Trust Co. [1989] Q.B 728, 747; kahler v. Midland Bank Ltd. [1950]

A.C.24.

۷۵. مثل سیستم حقوقی ایتالیا. در این خصوص دیده شود:

Conforti, l'escuzione delle obbligazione nel diritto internazionalé Private Naples (1962);

Trevez, Il Controllo dei Cambinel diritto internazionale privato, Padua (1967).

76. Vischer, General Course on Private International Law, (1992-I) 232 Recueil des Cours, 9, at p. 141.

۷۷. مثلاً در سیستم حقوقی سوئیس نظر واضعین قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۷ سوئیس این بوده است که می‌توان چند قانون بر قسمتهای مختلف و اجراهای مختلف حاکم باشد بدون این که ذکری از این موضوع در قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس به عمل آمده باشد. یا در طرح و پیش‌نویس اولیه عهدنامه ۱۹۸۰ رم در سال ۱۹۷۲ نمایندگان حقوقی کشورهای شرکت‌کننده در تهیه آن طرح (گروه کاری مربوطه) بر این نظر بودند که گرچه دلیلی ندارد که طرفین را از اعمال چند قانون مختلف بر قسمتهای مختلف قرارداد منع نمود، دلیلی بر تشویق آنها بر چنین امری هم، با درج آن در عهدنامه، وجود ندارد.

به قواعد آمره لطمه وارد آورد قابل انکار می‌دانند و معتقدند باید طرفین قرارداد را داخل این محدوده آزاد گذاشت تا قوانینی را که بدان تمایل دارند در قرارداد چند قسمتی خود درج نمایند.^{۷۸} از طرف دیگر این نظر نیز وجود دارد که تجزیه پذیری قرارداد مستقیماً به اصل آزادی قرارداد و استقلال اراده طرفین مربوط می‌شود و لذا نمی‌توان به آسانی آن را منع نمود. براساس این نظریه نه تنها می‌توان قراردادهایی را که در شکل ظاهر یک قرارداد واحد هستند (اما در واقع متشکل از چند توافق می‌باشند) یا قراردادهایی که متشکل از قسمتهایی که از نقطه نظر اقتصادی و حقوقی قابل تفکیک و مستقل هستند را تجزیه نمود، بلکه در یک قرارداد ساده هم علاوه بر آن که قوانین مختلف بر موضوعات مختلف قرارداد مانند شکل، تشکیل، اجرا یا تعهدات حاکم هستند، ممکن است در موضوع تعهدات قراردادی نیز چند قانون به طور کلی بر جنبه‌های مختلف تعهدات آن قرارداد حاکم باشد.^{۷۹}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم، در ماده (۱) ۳ تجزیه قرارداد اجازه داده شده است. براساس این ماده طرفین می‌توانند قانون حاکم بر تمامی قرارداد یا قسمتی از آن را انتخاب نمایند.^{۸۰} بدیهی است که انتخاب قانون مربوط به یک قسمت مجزای قرارداد مثل انتخاب قانون برای تمامی قرارداد می‌تواند

Lando, von Hoffmann, Siehr (eds.), *European Private International Law of Obligations* (1975), p. 266. Law Commission EEC Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non – Contractual Obligations, Consultative Document (1974).

۷۸. همان منبع.

79. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 12 ed, Sweet and Maxwell, 1993, p. 219.

80. Article 3.1. "... By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract".

صریح یا ضمنی باشد. حتی عهدنامه در مواردی که استثنایی خواهد بود، در فقدان انتخاب طرفین نیز تجزیه قرارداد را مجاز دانسته است. این تجویز به موجب ماده (۱) ۴ عهدنامه می‌باشد که مقرر می‌کند چنانچه یک قسمت جدا شدنی قرارداد ارتباط نزدیکتر با کشوری غیر از آن که با تمامی قرارداد ارتباط نزدیک دارد، داشته باشد، دادگاه می‌تواند قانون این کشور خاص را اعمال نماید.^{۸۱} در این عهدنامه، وجود ماده ۷ که اعمال قواعد آمره مقرر دادگاه و کشور نزدیکترین ارتباط را مقرر می‌نماید، خطری را که ممکن است دکتین تجزیه یا جداسازی قرارداد ایجاد کند، یعنی باعث اجتناب از قواعد آمره کشوری خاص شود، منتفی می‌نماید. آنچه حائز اهمیت خاص است این که در ماده (۱) ۴ عهدنامه برای دادگاه، برخلاف طرفین که بر ایشان محدودیتی تصریح نشده است، حدودی را معین کرده است به طوری که دادگاه فقط در موارد استثنایی و نادر و آن هم در جایی که در قراردادی قسمت قابل جدا شدن وجود داشته باشد می‌تواند قاعده تجزیه قرارداد را به کار گیرد.^{۸۲}

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در ماده (۱) ۷ تصریح دارد که انتخاب طرفین می‌تواند به قسمتی از قرارداد محدود شود.^{۸۳} این عهدنامه در ماده (۲) ۷ حتی

81. Article 4.1. "... Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country".

82. نظر گزارشگران عهدنامه ۱۹۸۰ رم در ارتباط با عبارت «قسمت جدا شدنی قرارداد» آن است که قسمتی از قرارداد جدا شدنی است که از لحاظ قرارداد و نه از لحاظ دعوی مستقل و قابل جدا شدن است مانند قراردادهای همکاری و مشارکتهای اقتصادی (joint venture) و قراردادهای مرکب که متشکل از چند توافق هستند (complex agreement). رک.

Giuliano and Lagarde Reprt, p. 23.

83. Article 7(1). "... Such a choice may be limited to a part of the contract".

مقرر می‌نماید که طرفین می‌توانند در هر زمانی توافق کنند که قانون حاکم بر قسمتی از قرارداد را تغییر داده و آن قسمت را تابع قانون جدید قرار دهند. مشابه این قواعد را می‌توان در عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در مواد ۷ و ۸ مشاهده نمود.^{۸۴} این عهدنامه درخصوص اختیار دادگاه در به‌کارگیری قاعده تجزیه قرارداد همان روش عهدنامه ۱۹۸۰ رم را پذیرفته است که فقط به دادگاه اجازه داده می‌شود تا در صورتی که قسمتی از قرارداد قابل جدا شدن از بقیه آن است استثنائاً قانون کشوری را که آن قسمت بدان ارتباط نزدیکتری دارد اعمال نماید.^{۸۵} عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا در ارتباط با دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد ساکت می‌باشد.

به هر حال، دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد در جایی که منطقیاً امکان داشته باشد قابل اعمال است. یعنی چنانچه عوامل و عناصری از قرارداد را بتوان تفکیک نمود، قرار دادن هر قسمت جدا شدنی تابع یک قانون به گونه‌ای که نتیجه اعمال این قوانین مغایر نباشند و برخلاف اصل حسن نیت و برای لطمه به حقوق اشخاص ذی نفع در قرارداد صورت نگیرد، قابل قبول می‌باشد. اما تردید جدی وجود دارد در این که بتوان مسائل تعهدات کلی قرارداد مثل وجود قوه قاهره یا غیرقانونی بودن قرارداد

84. Article 7. "... Said selection [of applicable law] may relate to the entire contract or to a part of same". Article 8. "The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than to which it was previously subject ...".

۸۵. ماده ۹ عهدنامه مکزیکو چنین است:

Article 9. "... Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract".

یا نقض قرارداد را تابع چند قانون قرار داد. مثلاً به نظر نمی‌رسد بتوان نقض قرارداد به لحاظ عدم اجرا را تابع دو قانون مختلف یکی برای فروشنده و یکی برای خریدار قرار داد، یا برای یافتن این که آیا قرارداد تحت قوه قاهره بوده است یا نه از طرف فروشنده به قانون کشور فروشنده و از طرف خریدار به قانون کشور خریدار مراجعه نمود.

نتیجه‌گیری

از مطالعه و بررسی‌های سیستم‌های مختلف حقوقی ملی و فراملی و رویه‌های قضایی و داوری داخلی و بین‌المللی و عقاید و نظرات علمای تعارض قوانین، در ارتباط با سؤالاتی که تاکنون مطرح گردید، نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

۱- قانون حاکم بر قرارداد به موجب قواعد حل تعارض کشورها به طور سنتی قوانین ملی بوده‌اند، اما با توسعه و پیشرفت تجارت بین‌الملل و ایجاد و ترویج عرف و رسم خاص و همچنین انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی مربوط به حل و فصل اختلافات در این حوزه، قواعد حقوقی متحدالشکلی در صحنه بین‌المللی رشد نموده که موسوم به *Lex mercatoria* می‌باشد. از یک طرف به نظر نمی‌رسد که این مجموعه قواعد آن قدر کافی باشند که بتوانند نیازهای پیچیده دعاوی مربوط به تجارت بین‌الملل و معاملات اقتصادی را پاسخ گویند و به تنهایی قانون حاکم بر این دعاوی و معاملات قرار گیرند. از طرف دیگر قواعد موجود انتظار کشورهای زیادی به خصوص در قطب کشورهای در حال توسعه را در برقراری عدالت واقعی بر نمی‌آورد و آنها این قواعد را تأمین‌کننده منافع کشورهای خاص به

خصوص کشورهای اروپایی و امریکای شمالی می‌دانند. نباید از نظر دور داشت که قوانین ملی هم کم یا بیش فاقد اصول و مبانی حقوقی لازم برای پاسخگویی به نیازهای قراردادهای بین‌المللی هستند. بنابراین قواعد *Lex mercatoria* به همراه قواعد قوانین ملی می‌توانند به صورت مکمل یکدیگر بر قراردادهای بین‌المللی حاکمیت داشته باشند، در این صورت قطعاً قواعد *Lex mercatoria* غالب بر قواعد آمره و نظم عمومی کشورها نخواهد بود.

۲- قانون حاکم بر قرارداد ضرورتاً نباید مرتبط با قرارداد باشد. در جایی که اصل آزادی و حاکمیت اراده امروزه در قواعد حل تعارض مربوط به قراردادهای بین‌المللی تا حد وسیعی پذیرفته شده، و تا جایی که انتخاب قانون با حسن نیت انجام می‌شود و به قصد فرار و گریز از قواعد آمره یک سیستم حقوقی مرتبط با قرارداد نیست، وارد آمدن محدودیت بر این آزادی، از این جهت، ناروا و نامناسب به نظر می‌رسد.

۳- در ارتباط با احاله در قراردادها، امروزه کمتر سیستم حقوقی را می‌توان یافت که نظر بر اعمال این دکترین در قراردادها داشته باشد. کشورهای مختلف یا قواعد تعارض قوانین خود را به گونه‌ای اصلاح نموده‌اند که احاله را از قراردادها خارج ساخته‌اند یا در دادگاه‌های آنها (به صورت رویه) از اعمال احاله در دعاوی قراردادهای بین‌المللی خودداری می‌نمایند. بعضی از کشورها هم با وضع قواعد جدید داوری بین‌المللی و یا با استفاده از قواعد شناخته شده بین‌المللی مانند قانون نمونه داوری

آنسیترال،^{۸۶} واقعاً استثنای احاله در قراردادها را در سیستم حقوق ملی خود و حداقل در دعاوی که به داوری ارجاع می‌شود پذیرفته‌اند.

۴- گرچه یک قرارداد معتبر از آغاز اصولاً متکی به یک قانون حاکم می‌باشد و آثار رویدادهای پس از انعقاد عقد بر قرارداد، به موجب آن قانون بررسی و سنجیده می‌شود، اما با پذیرش اصل آزادی قرارداد و با توجه به این که نیاز به انتخاب قانون توسط طرفین ممکن است هم در زمان انعقاد عقد و هم بعد از آن مطرح شود، به نظر می‌رسد کاملاً منطقی باشد که زمان انتخاب قانون منحصر به زمان انعقاد قرارداد نشود و همچنین تغییر قانون قابل اعمال که قبلاً انتخاب شده بود، با یک توافق جدید امکان‌پذیر باشد. بدیهی است که باید حقوق دیگران که به موجب قانون قبلی به وجود آمده یا معتبر بوده و نیز اعتبار شکلی قرارداد از هرگونه اثر ناروایی حفاظت شوند، تا بدین وسیله موجب تزلزل و بی‌ثباتی حقوق و تعهدات طرفین قرارداد در مقابل یکدیگر و در برابر اشخاص ثالث فراهم نگردد.

۵- قانون حاکم معلق یا شناور نمی‌تواند قانون منتخب طرفین و مورد نظر قواعد حل تعارضی باشد که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را اجازه داده‌اند. چنانچه اراده طرفین قرارداد را در تعیین قانون حاکم بپذیریم، انتخاب‌های معلق یا شناور نمی‌توانند حاکی از اراده مطلق و معین آنها باشند. لذا قراردادهای متضمن چنین وضعیتی در حکم قراردادهای فاقد قانون منتخب طرفین خواهد بود.

۸۶. قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شده توسط آنسیترال (UNCITRAL) در ۲۱ ژوئن ۱۹۸۵ در ماده ۲۸ خود احاله را رد می‌کند. این ماده مقرر می‌دارد: «قانون یا سیستم حقوقی منتخب از کشور مورد نظر به این نحو تفسیر خواهد شد که مستقیماً به قانون مادی آن کشور و نه قواعد تعارض قوانین آن اشاره می‌کند مگر این که چیز دیگری بیان شده باشد».

۶- در مورد تجزیه‌پذیری قرارداد و حاکمیت چند قانون بر اجزاء و عناصر مختلف آن باید در نظر داشت که در هر صورت یک مجموعه قوانین متفاوتی لزوماً بر قراردادهای بین‌المللی و دعاوی مربوط بدانها حاکم است. مثلاً در خصوص موضوعات شکلی رسیدگی به دعاوی قراردادی (آیین دادرسی) و نظم عمومی، قانون مقر دادگاه اعمال می‌شود، قانون محل تنظیم بر شکل قرارداد حکومت می‌کند، و یا اهلیت طرف قرارداد تابع قانون شخص (کشور متبوع یا اقامتگاه) است و روش اجرای قرارداد را قانون محل اجرا مشخص خواهد کرد. از طرف دیگر، وقتی که قراردادی از اجزا و تعهدات مختلف تشکیل یافته و قابل تجزیه باشد انتخاب قوانین مختلف با اصل آزادی یا استقلال اراده توجیه‌پذیر است. اما انتخاب چند قانون، مغایر نباید باشند و باید مربوط به اجزایی از قرارداد باشند که بتوان آنها را تحت قانون‌های مختلف قرار داد بدون این که ایجاد تضاد کنند.