



دکتر مهدی شهیدی

قانون حاکم بر قراردادهای بین الملل خصوصی



۱. مقدمه

آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که در صورت بروز اختلاف بین طرفین یک قرارداد بین‌المللی خصوصی، چه قانونی حاکم خواهد بود و اختلاف پیش آمده مطابق کدام قانون حل و فصل خواهد گردید.

در این خصوص مطالبی در تألیفات حقوق بین‌الملل خصوصی در سطح داخلی و بین‌المللی، مطرح گردیده و نیز در عاوی و آراء بین‌المللی انعکاس یافته است و ما نیز در موارد متعددی در دعاوی بین‌المللی جنبه‌های مختلف این موضوع را مورد بحث قرار داده‌ایم.

این موضوع از جهات و زوایای متعدد، قابل بررسی است و مباحث گسترده و متنوعی را می‌طلبد، ولی طرح همه این مباحث در یک مقاله نمی‌گنجد و به همین جهت سعی کرده‌ایم در این مقاله نکات اصلی را با رعایت اختصار مطرح و مبانی تحلیلی مورد اعتقاد خود را بررسی کنیم.

به دلیل وجود حاکمیتهای مستقل در هریک از سرزمینهای سیاسی کره مسکونی ما، مقررات و قوانینی وجود ندارد که در سطح بین‌المللی حاکمیت خود را بر رژیمهای سیاسی مختلف موجود (مانند مقررات داخلی

یک کشور نسبت به اتباع یا سکنه آن) تحمیل کند. به این جهت سیستمهای حقوقی کشورهای مختلف، برای حل اختلافات قراردادی بین المللی هریک مقرراتی را در قوانین داخلی خود وضع یا رویه های قضایی ایجاد کرده اند که از اندیشه های تحلیلی حقوقی و نیز از اهداف مصلحت جویانه خاص کشور آن سیستم منشأ می گیرد و همین وضعیت سبب می شود، این مقررات، هماهنگی لازم را با هم نداشته باشد. از جهت دیگر، وجود پاره ای معاهدات و کنوانسیونها (نظیر کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ در مورد قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین المللی) و نیز رویه های قضایی و داوریهای بین المللی و عقاید دانشمندان حقوق، به طور محدودی، توانسته است روشها و عرفهای یک نواخت یا مشابهی را در حقوق بین الملل خصوصی به وجود آورد که الهام بخش و مورد توجه در حل اختلافات مربوط باشد.

بنابر آنچه در بالا ذکر شده حل و فصل اختلافات مربوط به یک قرارداد بین المللی خصوصی، مبتنی بر دوپایه است. یکی مقررات بین المللی قانون داخلی کشورها و دیگری کنوانسیونها و رویه های مراجع قضایی بین المللی و عقاید حقوق دانان.

اما مسلم است که در موارد زیادی مقررات قانون داخلی کشورها به علت تعارض، نمی تواند به پرسشهای برخاسته از اختلافات، پاسخ مؤثر و قاطعی بدهد و به همین جهت سهم آن در حل و فصل دعاوی مربوط محدود است، همانطور که معاهدات و رویه های بین المللی و عقاید حقوقی نیز به دلیل تضادها و یکنواخت نبودن، نتوانسته است به طور قاطعی ضوابط و قواعد مشخصی را برای حل اختلافات ناشی از قراردادهای موضوع بحث در صحنه بین المللی، تثبیت کند.

براساس مطالب بالا، معلوم می شود، با وجود مباحث مطرح شده در نوشته های حقوقی و رویه های بین المللی، نقاط ابهام زیادی نسبت به موارد دعاوی بین المللی موجود است که در هریک از آنها، زمینه گسترده ای برای تجزیه و تحلیل های علمی فراهم آمده است.

هریک از مقررات بین المللی قوانین داخلی کشورها و نیز کنوانسیونها و رويه های قضایی و عقاید حقوقی، تکیه گاهی جز تحلیلهای علمی و منطقی که غالباً برخاسته از اصول و کلیات پذیرفته شده در جوامع انسانی است، ندارد و بنابراین، جهت یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی، به سود طرفی خواهد بود که توانسته باشد اندیشه ها و تحلیلهای منسج و منطقی و آشناتری با ذهن انسان ارائه دهد.

۲. طرح مطالب

پس از بیان مقدمه کوتاه بالا، اینک مطالب این مقاله را در دو بخش، به شرح زیر تقسیم می کنیم:

در بخش نخست، کلیات شامل تعریف و خصیصه بین المللی بودن قرارداد و موقعیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین المللی بررسی می شود.

در بخش دوم، ضوابط شناخته شده بین المللی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین المللی مطرح می شود.

بخش نخست

کلیات

در این بخش از مقاله، ابتدا قرارداد بین المللی خصوصی تعریف می شود و از حیث ماهیت مورد مطالعه قرار می گیرد و سپس خصیصه بین المللی بودن قرارداد بررسی می گردد.

۳. الف) تعریف ماهوی قرارداد حقوق بین الملل خصوصی

قرارداد در حقوق بین الملل خصوصی، ماهیتی جدای از ماهیت قرارداد در حقوق مدنی ندارد و جنبه بین المللی بودن قرارداد، تغییری در ماهیت و ذات حقوقی قرارداد نمی دهد، هرچند که عامل بین المللی آن را از حیث خصیصه عارضی، از قرارداد حقوق مدنی متمایز می سازد. بنابراین هر

تعریفی که برای ماهیت قرارداد حقوق مدنی، می توان بیان کرد، نسبت به ماهیت قرارداد حقوق بین الملل خصوصی نیز صادق خواهد بود. به این جهت می توان قرارداد بین المللی را نیز، آن چنان که ما در حقوق مدنی تعریف کرده ایم، به «همکاری اراده دو طرف در ایجاد یک ماهیت حقوقی» تعریف کرد.»

۴.ب) خصیصه بین المللی بودن قرارداد

خصیصه بین المللی بودن قرارداد، از ارتباط قرارداد با دو یا چند سیستم حقوقی مختلف بوسیله یکی از عناصر ناشی می شود، مهمترین این عناصر عبارتند از تابعیت طرفهای قرارداد، میحل وقوع قرارداد یا اجراء یا موضوع آن، اقامتگاه طرفهای قرارداد و بالاخره اراده طرفهای قرارداد.

۱. تابعیت طرفهای قرارداد

قراردادی که بین اشخاص دارای تابعیتهای متفاوت منعقد می شود، یک قرارداد بین المللی است که به وسیله عنصر تابعیت با دو یا چند کشور متبوع آن اشخاص مرتبط می شود، هرچند قرارداد مزبور در کشور متبوع یکی از طرفین منعقد شده باشد. در این مورد این سؤال بدو مطرح می شود که مثلاً قرارداد مزبور تابع کدام یک از دو سیستم حقوقی دو کشور مزبور است و کدام یک از دو قانون دو کشور حاکم بر اختلاف ناشی از قرارداد است. مثلاً اگر بین یک ایرانی و یک انگلیسی قراردادی در ایران، برای فروش کالایی بوسیله ایرانی به انگلیسی منعقد شود، تفاوت تابعیت طرفین، قرارداد مزبور را یک قرارداد بین المللی معرفی می کند که در نتیجه، نخست زمینه را برای طرح این سؤال فراهم می سازد که قرارداد مزبور تابع قانون کدام یک از دو کشور متبوع طرفین است، قانون کشور فروشنده (ایران) یا کشور خریدار (انگلستان)، بدیهی است در صورتی که طرفهای قرارداد دارای تابعیت واحدی باشند و عنصر خارجی دیگری وجود نداشته باشد، قرارداد مزبور یک قرارداد داخلی و مشمول حکومت قوانین داخلی

است.

۲. محل وقوع قرارداد

محل وقوع قرارداد می‌تواند یکی از عناصر ارتباطی قرارداد بین‌المللی باشد، برای نمونه در مواردی که کشور محل وقوع قرارداد غیر از کشور متبوع طرفهای قرارداد باشد، قرارداد مزبور یک قرارداد بین‌المللی خواهد بود.

مثلاً هرگاه بین دو نفر فرانسوی قراردادی در ایران منعقد گردد، این قرارداد به دلیل وقوع آن در ایران که کشور متبوع منعقدکنندگان آن نیست و در نتیجه ارتباط قرارداد با دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه، یک قرارداد بین‌المللی خواهد بود. در نتیجه بدو این سؤال مطرح می‌شود که قرارداد مزبور تابع قانون محل وقوع آن، یعنی قانون ایران خواهد بود یا تابع قانون کشور متبوع طرفین قرارداد.

روشن است که هرگاه قرارداد مزبور در کشور فرانسه منعقد شود و از طریق عنصر دیگری با کشور خارجی مرتبط نباشد، قرارداد مزبور یک قرارداد داخلی است که قانون داخلی فرانسه نسبت به سرنوشت آن حاکمیت خواهد داشت.

۳. محل اجرای قرارداد

محل اجرای قرارداد نیز یک عامل ارتباطی در قرارداد بین‌المللی است. مثلاً هرگاه قراردادی بین دو شخص فرانسوی در کشور فرانسه در مورد اجرای یک پروژه صنعتی که باید در کشور ایران، انجام شود منعقد گردد، قرارداد مزبور از لحاظ ارتباط با محل اجرای قرارداد یک قرارداد بین‌المللی است، هرچند که کشور متبوع طرفین و محل وقوع قرارداد، یکی است.

۴. محل وقوع موضوع قرارداد

محل وقوع موضوع قرارداد نیز یکی از عناصر ارتباطی در قرارداد

بین المللی است. مثلاً هرگاه قراردادی بین دو نفر ایرانی در کشور ایران نسبت به مال غیر منقول واقع در کشور فرانسه منعقد گردد، این قرارداد از حیث محل وقوع مورد قرارداد، یک قرارداد بین المللی است.

۵. اقامتگاه طرفین قرارداد

اقامتگاه طرفین قرارداد نیز می تواند یک عنصر ارتباطی در قرارداد بین المللی باشد. مثلاً تفاوت اقامتگاه بازرگانی طرفین یا (place of Business) ایشان سبب می شود تا قرارداد بیع منعقد بین ایشان طبق ماده ۱ کنوانسیون بیع بین المللی سال ۱۹۸۰ یک قرارداد بین المللی تلقی گردد.

۶. اراده طرفین

طبق اصل حاکمیت اراده، اراده طرفین در تعیین قانون حاکم (Loi d'autonomie) نیز می تواند یکی از عوامل ارتباط قرارداد را بوجود آورد و قرارداد را متصف به وصف بین المللی سازد. مثلاً هرگاه دو نفر ایرانی در ایران قراردادی منعقد کنند و قانون کشور فرانسه را حاکم بر قرارداد مزبور کنند این قرارداد از جهت تابعیت طرفین و محل وقوع قرارداد دارای ارتباط با سیستم حقوقی ایران و از حیث قانون حاکم مورد توافق طرفین، با سیستم حقوقی فرانسه مرتبط است که ماده ۹۶۸ ق.م. ایران قانون ایران را حاکم بر قرارداد معرفی کرده و با ترجیح عامل ارتباط مربوط به سیستم حقوقی ایران نسبت به عنصر اراده طرفین، تعارض را برطرف ساخته است.

۵. ج. موقعیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد

اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد که در

1. Henri Batiffol et Paul Lagarde, Dr. International privé, T.2, N. 566 et s. 6e édi. 1970.

نوشته‌های حقوقی، از این قانون به قانون استقلال تعبیر شده است.^۲ در قرن شانزدهم به عنوان یکی از اصول نسبت به مسائل ماهوی قرارداد بین المللی به وسیله دومولن (Dumoulin) مطرح گردید.^۳ این اصل هم اکنون یکی از اصول مهم پذیرفته شده در حقوق بین الملل خصوصی است.^۴ برخی از حقوقدانان این رویه در نقش اراده در تعیین قانون حاکم آنچنان مبالغه کرده‌اند که گویی هیچ ضابطه دیگر در برابر آن، تاب مقاومت ندارد. نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در تحلیل ضوابط تعیین قانون حاکم، هر جا که برای ترجیح ضابطه‌ای بر ضابطه دیگر استدلال می‌کنند از ارتباط آن ضابطه با اراده طرفین سخن می‌گویند.

برخی از حقوقدانان کلیسا که قانون محل تشکیل قرارداد را حاکم بر قرارداد دانسته‌اند، این حاکمیت را به مواردی محدود کرده‌اند که طرفین با قانون محل عقد، آشنایی داشته باشند. حتی برخی از حقوقدانان در توجیه حاکمیت قانون محل قرارداد، صرفاً آن را به تراضی ضمنی طرفین قرارداد نسبت داده‌اند.^۵ این امر نشان دهنده گرایش ذهنی خاص به قانون حاکمیت اراده طرفین است که به قول پروفیسور باتیفول اقتباس از تئوری اصل حاکمیت اراده در حقوق مدنی و نیز قرار گرفتن تحت تأثیر فلسفه کانت (Kant) است.

جالب توجه این است که طبق دکترین قرن نوزدهم که رواج بسیار داشته است، توافق اراده طرفین به تنهایی و بدون اتکاء به قانون می‌تواند تعهداتی را بین طرفین قرارداد ایجاد کند که به چنین قراردادی، قرارداد بی قانونی گفته شده است.^۶ رویه قضایی فرانسه نیز بعدها این دکترین را

2. Loi d'autonomie.

3. Pierre mayer, Dr. Int. privé, 4e édi. (1971), N. 683.

4. Batiffol, Dr. Int. privé, T.z, N. 567 et S; Pigeannière, dr. Int. privé, Dalloy 1970, 9e édi. N. 478.

5. Batiffol, même Source, N. 568.

6. Pierre mayer, source précitée, N. 687.

پذیرفته است.^۷ در حالی که روشن است که اعتبار هر عمل حقوقی از ضمانت اجرایی که از قدرت حاکمه و یا در حقیقت از قانون آن قدرت دریافت می‌دارد، ناشی می‌شود و بدون وجود پشتوانه قانونی یا نیروی حکومتی نمی‌توان برای عمل حقوقی و از جمله قرارداد، وجودی اعتباری در عالم حقوق شناخت، اگرچه از جهت اخلاقی دارای گونه‌ای حیثیت وجودی است. به این ترتیب آنچه به ذهن می‌رسد این است که دکترین مزبور در حقیقت فاقد یک مبنای تحلیلی و منطقی بوده است.

در پایان قرن نوزدهم و اوائل قرن بیستم از سوی غده‌ای از حقوقدانان مانند فون بار (Von Bar) و پیه (Pillet)، انتقاداتی بر اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم وارد شد. به عقیده ایشان این در اختیار طرفین نیست که قانون حاکم بر روابط خود را برگزینند، بلکه این امر مربوط به قانون است که بر چه روابط حقوقی حاکمیت خواهد داشت، هیچ قراردادی لازم‌الاجرا نیست مگر به موجب قانونی که حامل ضمانت اجرایی نسبت به آن است. در این صورت ادعای این که قانون قابل اجرا در خود قرارداد تعیین می‌شود، زمینه این سؤال را فراهم می‌سازد که خود توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم تحت حاکمیت چه قانونی قرار دارد. اگر اراده طرفین به تنهایی در انتخاب قانون حاکم مؤثر باشد، در موردی که قانون منتخب ایشان قرارداد را باطل اعلام می‌کند، چه تصمیمی باید گرفت.^۸ با ملاحظه تحلیلی که از مبانی اعتبار اراده و منشأ حاکمیت آن به عمل خواهیم آورد، معلوم خواهد شد که نظریه اصل استقلال و حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم با قلمرو وسیعی که برای تأثیر اراده تعیین شده است از پشتوانه تحلیلی اصولی و منطقی برخوردار نیست اگرچه طرفداران زیادی دارد.

7. Cour de paris, 24 Avr. 1940, s. 1942, 2, 29.

8. Baliffol, SourcePrécitée, N. 568; Pierre mayer, Saurce précitée, N. 688.

بخش دوم

ضوابط شناخته شده بین المللی تعیین قاتون حاکم و تحلیل مورد نظر

۶. تحلیل ضوابط

مهمترین قانون‌هایی که تاکنون از سوی حقوق‌دانان به عنوان قانون حاکم بر قرارداد بین المللی، معرفی شده، عبارت است از: قانون اراده طرفین^{۱۰} قانون محل تشکیل قرارداد (به طور مطلق)^{۱۱} قانون محل اجرای قرارداد (به طور مطلق)^{۱۲} قانون دولت طرف قرارداد^{۱۳} قانون کشور متبوع طرفین^{۱۴} قانون محل اقامت طرفین^{۱۵} قانون محل وقوع مورد قرارداد^{۱۶} قانون مقر دادگاهی که طرفین برای حل اختلاف خود تعیین می‌کنند.^{۱۷} بنابراین هر یک از اراده طرفین، محل تشکیل قرارداد، محل اجرای قرارداد و... را که به مجموع آنها در اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، (les indices de rattachement) ضوابط و نشانه‌های وابستگی) گفته شده است، می‌توان به عنوان ضابطه‌ای برای تعیین قانون حاکم مورد بررسی قرار داد.

اما لازم است قبلاً این نکته را متذکر شویم که نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی ضوابط تعیین قانون حاکم بر قرارداد را عمدتاً براساس تفسیر قرارداد و کشف اراده طرفین، مشخص می‌کنند، بدون اینکه توجه کافی به زیربنای تحلیلی دیگر این ضوابط مبذول دارند.^{۱۸}

10. Loi d'autonomie.
11. Loi du lieu de conclusion.
12. Loi de lieu d'exécution.
13. Loi d'Etat partie du contrat.
14. Loi Nationale
15. Loi de domicile
16. Loi de lieu de la situation de l'objet du contrat.
17. Loi du lieu de juridiction.
18. H. Batiffol, Source précitée, N. 582; Pierre mayer, Source précitée, N. 685 et S.

به نظر ما، یک قرارداد بین‌المللی به علت داشتن ارتباط با سیستمهای حقوقی و تبعاً با حاکمیت‌های سیاسی آن سیستمها، تحت تأثیر عوامل مرتبط با آن حاکمیتها نیز قرار می‌گیرد و نمی‌تواند منحصرأ بر مبنای خواست و اراده طرفین از تأثیر نظام بین‌المللی حاکمیت‌های مذکور برکنار باشد.

ممکن است این ایراد به ذهن وارد شود که قرارداد با تمام خصایص آن، در حقیقت مخلوق اراده طرفین است و بر این اساس، منحصرأ آنچه طرفین اراده کنند واقع می‌شود و در نتیجه فقط قانونی که گزینش آن می‌تواند صریحاً یا تلویحاً به اراده طرفین نسبت داده شود قادر است وضعیت و آثار قرارداد را مشخص کند و بنابراین حاکم بر قرارداد منعقد خواهد بود. به عبارت دیگر نمی‌توان احکام و آثار ناشی از سیستم حقوقی خاص را، بدون این که مورد اراده طرفین واقع شده باشد به ایشان تحمیل کرد.

اما این ایراد نمی‌تواند قابل قبول باشد. زیرا در جامعه بین‌المللی همانند جامعه داخلی، نظم اجتماعی به عنوان یک عنصر ضروری همواره بر اعمال اشخاص سایه دارد و اراده طرفین نمی‌تواند به عنوان یک عامل منحصر تعیین‌کننده وضعیت و آثار یک عمل حقوقی مطرح باشد.

بر اساس تحلیل بالا و ضرورت رعایت نظم اجتماعی داخلی و بین‌المللی، در مواردی باید قانون کشوری را که دارای ارتباط با قرارداد بین‌المللی است، حاکم بر قرارداد دانست، اگرچه طرفین این حاکمیت را اراده نکرده و حتی نسبت به مقررات آن قانون بی‌اطلاع باشند. زیرا، همانطور که در حقوق داخلی (به عقیده ما) ناآگاهی یکی از دو طرف و یا حتی هر دو طرف نسبت به برخی از احکام و آثار آمرانه قانونی یک قرارداد (که نتیجه آن نارسا بودن اراده طرفین نسبت به آن احکام و آثار می‌باشد) نمی‌تواند مانع جریان آنها در روابط طرفین باشد، در یک جامعه بین‌المللی نیز ممکن است در اثر حاکمیت سیاسی کشوری قانون آن کشور، بر یک قرارداد بین‌المللی مرتبط با آن کشور، بدون آنکه طرفین آن

قرارداد خواسته باشند، حاکمیت پیدا کند.
هرگاه ضوابط مزبور صرفاً بر تفسیر و کشف اراده طرفین مبتنی گردد، پس باید منحصرأً به عنوان مصادیق مورد اراده ضمنی طرفین، در تحت عنوان واحد قانون حاکمیت اراده، مطرح و بررسی شود نه تحت عناوین دیگر.

بنابراین به نظر ما لازم است، هریک از ضوابط مذکور به طور مستقل مطرح و خصوصیات و مبانی ویژه هریک از آنها که ارتباطی با اراده طرفین ندارد، محور اصلی بحث قرار گیرد و بحث در مورد انتساب هریک از ضوابط به اراده ضمنی طرفین به طور تبیی مطرح گردد که همین نگرش مبنای بررسی هریک از ضوابط در این مقاله به شرح زیر می باشد.
در این بخش، در گفتار نخست ضوابط شناخته شده بین المللی مورد بررسی قرار می گیرد و در گفتار دوم تحلیل مورد نظر مطرح می شود.

گفتار نخست

ضوابط شناخته شده بین المللی تعیین قانون حاکم

ضوابطی که در حقوق بین الملل خصوصی برای تعیین قانون حاکم شناخته شده است عبارت است از:

۷. الف) اراده طرفین (Loi d'autonomie)

همانطور که سابقاً اشاره شد "حاکمیت قانون تعیین شده به اراده طرفین نسبت به قرارداد به عنوان یک اصل در حقوق بین الملل خصوصی امروز معرفی شده است. با وجود اشکالات متعددی که بر حاکمیت قانون اراده طرفین وارد است، این نظریه هنوز از رواج بیشتری برخوردار است. کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم منعقد بین اعضای بازار مشترک اروپا (C.E.E) که در اول آوریل ۱۹۹۱ اعتبار یافته است، حاکمیت اراده

طرفین را نسبت به قرارداد بین‌المللی، مقرر داشته است.^{۲۰} طرفداران این نظریه معتقدند، همان‌طور که اراده طرفین موضوع، خصوصیات و شرایط قرارداد را تعیین می‌کند، می‌تواند قانونی را که سرنوشت قرارداد را مشخص می‌سازد و روابط قراردادی طرفها را تنظیم می‌کند، معین کند. به این جهت بسیاری از حقوق‌دانان در مواردی که قانون حاکم در قرارداد به طور صریح و یا حتی به صورت ضمنی بوسیله طرفین تعیین نشده است، برای تشخیص قانون حاکم به قرائن مختلف و اوضاع و احوال (مانند تعیین دادگاه صالح که قرینه توافق طرفین بر حاکمیت قانون مقرر دادگاه است) توسل می‌جویند. به نظر ایشان، طرفین قرارداد همان‌طور که می‌توانند قرارداد را پایان دهند می‌توانند قانون حاکم انتخاب شده خود را تغییر دهند و به جای آن قانون دیگری را برای حاکمیت نسبت به قرارداد خود برگزینند.^{۲۱} این تغییر قانون حاکم در بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم نیز با حفظ حقوق اشخاص ثالث نسبت به قانون حاکم قبلی، مقرر گردیده است.

مطابق این نظریه، اصل حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم است و در مواردی که مورد اراده طرفین از این حیث ناپیدا باشد و در مورد استثنایی، باید به ضوابط دیگر برای تعیین قانون حاکم، نظیر ضابطه محل تشکیل عقد یا اجرای آن، روی آورد.

عده زیادی از طرفداران این نظریه معتقدند که به آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم، نباید هیچگونه محدودیتی وارد شود و برخی از ایشان صرفاً از عموم این حکم موردی را که قرارداد هیچ عنصر بین‌المللی نداشته باشد، استثناء کرده‌اند.^{۲۲} بنابراین به نظر افراطی عده‌ای از حقوق‌دانان مذکور که حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم بر قرارداد به

20. Article 3, § 1, (de la con. de Rome de C.E.E.): " Le contrat est Régi par la loi choisie par les parties".

۲۱. پیرمایر، منبع قبل، ش ۷۰۵؛ Pierre mayer: Saurce Récitéen 705

۲۲. باتیفول منبع قبل، ش ۵۷۲؛ پیرمایر همان منبع، ش ۶۹۶.

طور وسیع پذیرفته اند، حتی در یک قرارداد داخلی، اراده طرفین می تواند قرارداد را از حاکمیت مقررات داخلی، خارج کرده و با سیستم حقوقی دیگری پیوند دهد.

بسیاری از حقوقدانان، قانون حاکم تعیین شده به اراده طرفین را قانون ماهوی قرارداد دانسته اند نه قانون بین الملل خصوصی سیستم حقوقی تعیین شده (P.I.L.)^{۳۳} به نظر کسانی که اصل قانون حاکمیت اراده را پذیرفته اند، طرفین حتی می توانند مقررات یک قانون را تجزیه کنند و قسمتی از آن را حاکم بر قرارداد خود کرده و قسمت دیگر را رها سازند، مثلاً قانون کشوری را حاکم بر شرایط تشکیل عقد کنند و قانون کشور دیگر را بر آثار قرارداد حاکم سازند. به این ترتیب می توانند قسمتی از مقررات یک قانون را که قرارداد را باطل اعلام می کند، از قرارداد خود منصرف سازند. مطابق بعضی از آراء قضایی^{۳۴} طرفین حتی می توانند قرارداد خود را تابع هیچ قانونی نسازند.^{۳۵} اما این موضوع در رأی ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ دیوان کشور فرانسه، که اعلام داشته:

"Tout contrat international est necessairement rattaché à la loi d'un Etat"

مردود گردیده است.

چنانکه بعداً خواهد آمد، نظریه تأثیر مطلق اراده بر مبنای تحلیلی محکم استوار نیست.^{۳۶}

برخلاف این نظریه، آراء قضایی و دکترین متعددی در کشورهای مختلف، آزادی اراده طرفین را در تعیین قانون حاکم محدود کرده اند که از آن جمله است رأی ۲۱ سپتامبر ۱۸۹۹ که طبق قانون ساکسون، قرارداد کاملاً ساکسونی را که در آن صریحاً حکومت قانون پروس پذیرفته شده بود، ابطال کرده است، همچنین دادگاههای آمریکا محلی کردن مصنوعی

23. Droit International privé È« Private International law.

24. Paris, 24 Avril 1940, S. 1942, 2. 29.

25. H. Batiffol, Source précitée, N. 571.

۲۶. رجوع شود به شماره ۱۶ و بعد ط

قرارداد را برای فرار از قانونی که به طور طبیعی قابل اجراء است، رد کرده اند.^{۲۷} به قول پروفیسور باتیفول، از این اندیشه ها لزوم وجود یک رابطه بین قانون انتخاب شده و منافع مشروع طرفین، استنباط می شود.

۸.ب) محل تشکیل قرارداد (Lex Laci actus)

بسیاری از نویسندگان حقوقی به تبع سنت قدیمی،^{۲۸} قانون محل تشکیل قرارداد را حاکم دانسته اند. به رغم ایشان محل تشکیل قرارداد، یا قانون حاکم را به طور آمرانه تحمیل می کند، یا این که اماره ای را در صورت عدم اثبات خلاف به سود این قانون تشکیل می دهد.^{۲۹} آراء بسیاری نیز در این جهت و به سود قانون محل تشکیل قرارداد صادر شده است. مهمترین دلایلی که برای این نظریه ارائه شده است انطباق آن با سنت و منطق و نیز فایده عملی آن است.

اولاً، از حیث انطباق با سنت و منطق، مکان تشکیل قرارداد مکانی است که قرارداد در آن به وجود می آید، پس تحقیق قرارداد با مکان آن و قانون آن محل رابطه طبیعی غیرقابل انکاری دارد.

ثانیاً، از جهت فایده عملی باید گفت، مکان تشکیل قرارداد مکانی واحد و مشخص است در صورتی که مکان اجرای قرارداد ممکن است متعدد باشد؛ به علاوه قانونی که در مکان تشکیل قرارداد حاکمیت دارد، بیشتر در دسترس قرار دارد و آسان تر می تواند مورد اطلاع و بررسی طرفین عقد قرار گیرد.

اما مکان اجرای قرارداد برخلاف مکان تشکیل عقد، ممکن است متعدد و نامشخص باشد.

دادگاههای ایتالیا علیرغم انتقادات مطرح شده، همچنان قانون محل تشکیل عقد را حاکم بر قرارداد می دانند.

27. Batiffol, même source, N. 547.

28. Pierre mayer, source précitée, N. 683.

29. H. Batiffol, source précitée, N. 580.

۹. ج) محل اجرای قرارداد

طرفداران نظریه حاکمیت قانون محل اجرای عقد و پیشاپیش ایشان ساوینی (Saouigny) برای رد حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد چنین استدلال می‌کنند که: اولاً محل تشکیل قرارداد، غالباً اتفاقی است. طرفین قرارداد بدون اینکه از پیش در مورد امکان تشکیل عقد و قانون حاکم در آن، اندیشیده باشند و مکان خاصی را با مطالعه قبلی مشخص کرده باشند، در بسیاری از موارد برحسب اتفاق، در مکانی با هم اجتماع کرده و قرارداد را منعقد می‌کنند. ارتباط منافع قراردادی طرفین با مکان تشکیل قرارداد اتفاقی و تصادفی است. منافع ایشان در تسلیم موضوع و انجام کارهای مورد قرارداد و محقق می‌شود است که لزوماً با مکان تشکیل عقد رابطه‌ای ندارد.

به نظر این عده، وحدت مکان تشکیل قرارداد و ثبات آن، در قراردادهای مکاتبه‌ای با اشکال مواجه خواهد شد. زیرا در قرارداد مکاتبه‌ای در مورد مکان تشکیل قرارداد اختلاف نظر زیادی موجود است. در بیشتر موارد طرفین قرارداد اصولاً به قانونی بودن قرارداد خود نمی‌اندیشند و در مورد قانونی مشورت نمی‌کنند پس در زمان بروز اختلاف، درست تر آن است که قانونی اجرا شود که حاکم بر منافع عینی طرفین است.

اما قانون محل اجرای قرارداد، از جهت عملی و عینی، با منافع طرفین قرارداد مرتبط است. زیرا هدف نهایی از تشکیل قرارداد رسیدن طرفین به موضوع قرارداد است و در محل اجرای قرارداد طرفین به نتیجه قرارداد دسترسی پیدا می‌کنند.

پروفسور باتیفول در بین نظریات متفاوت، قانون محل اجرای قرارداد را به ویژه در صورتی که مشخص باشد بر قانون محل تشکیل قرارداد ترجیح می‌دهد. به عقیده ایشان حاکمیت قانون مکان اجرای قرارداد، به صرف این که اجرای قراردادی در کشورهای مختلف انجام شود، در صورتی که مکان اصلی اجرای قرارداد یکی باشد، نباید طرد شود. مثلاً در بیع مال

منقول، مکرراً پیش از معتبر شدن کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه^{۳۰} قرارداد تابع قانون مکان تسلیم مبیع شناخته شده است، اعم از اینکه محل پرداخت ثمن همانجا باشد یا مکان دیگر. زیرا تسلیم مبیع به عنوان عمل مادی مشخص و بارز بیع ظاهر می شود.^{۳۱}

محور اساسی ترجیح قانون محل تشکیل قرارداد بر قانون محل اجرای قرارداد یا برعکس، استنباط اراده ضمنی طرفین قرارداد است که در آراء قضایی فرانسه، نیز به شکلی انعکاس یافته است.^{۳۲}

۵.۱۰ دولت بودن يك طرف قرارداد

در رویه های قضایی کشور فرانسه و سایر کشورها در موارد متعدد مربوط به قراردادهای منعقد بین یک دولت و شخص حقوق خصوصی، دولت بودن یکی از دو طرف قرارداد به عنوان ضابطه مشخص کننده قانون حاکم بر قرارداد شناخته شده و قانون متبوع کشور دولت طرف قرارداد قانون حاکم بر قرارداد معرفی شده است. این امر، از مبنای اصل حاکمیت و استقلال دولتها توجیه می پذیرد. اقدامات دولت از جهت ارتباط با حاکمیت آن در سرزمین تحت اداره اش، نمی تواند تابع قانون کشور بیگانه باشد؛ زیرا ممکن است این تبعیت، استقلال و تمامیت سیاسی آن دولت را مخدوش کند.

توجیه دیگری که از حاکمیت قانون دولت قرارداد، به عمل آمده است این است که ظاهر و مفروض این است که شخص طرف قرارداد با دولت، در روابط قراردادی خود را تابع دولت طرف قرارداد کرده است. این توجیه بر مبنای اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم و استنباط اراده

۳۰. در کنوانسیون لاهه، بیع مال منقول در صورت سکوت طرفین در تعیین قانون حاکم، مشمول قانون محل اقامت معمولی بایع شناخته شده مگر در پاره ای موارد استثنایی که تابع قانون محل اقامت معمولی خریدار معرفی گردیده است. این کنوانسیون در اول سپتامبر ۱۹۶۴ در فرانسه معتبر شده است.

31. Batiffol, *Droit Int. privé*, T. 2, N. 581.

۳۲. به نقل از پروفیسور باتیفول، *Civ. 5 déc. 1910, S. 1911. 1.129.*

ضمنی طرفین قرارداد، بنا نهاده شده است. دیوان دائمی بین المللی نیز در چنین قراردادی یک اماره پذیرش حاکمیت قانون دولت طرف قرارداد را بوسیله طرف دیگر، موجود دانسته است.^{۳۳}

بعدها، دیوان کشور فرانسه، در رأی ۳۱ می ۱۹۳۲ خود، بین انواع قراردادهای منعقد بین دولت و اشخاص خصوصی، تفکیک به عمل آورد و اعلام کرد که در قراردادهایی که با لحاظ ماهیت و شکل آن، جزء قراردادهای حقوق خصوصی است، هیچ اماره ای از حاکمیت قانون دولت طرف قرارداد وجود ندارد. اما در قراردادهای حقوق عمومی (مانند قراردادهای تسلیحات نظامی) حاکمیت با قانون دولت طرف قرارداد است.

در موارد متعدد در دعاوی بین المللی ایران با شرکتهای بیگانه، ما نیز به حاکمیت قانون ایران از آن جهت که طرف قرارداد بین المللی، دولت ایران است، اظهار نظر کرده ایم.

به نظر ما توجیه حاکمیت قانون دولت طرف قرارداد، براساس ضرورت رعایت حاکمیت و استقلال دولتها در محدوده سرزمین خود، (چنانکه مبنای اصلی دیدگاه ما در روابط بین الملل خصوصی است) از تحلیل نیرومندتری برخوردار است.

۱۱.۱۱) تابعیت و اقامتگاه طرفین قرارداد

دیوان کشور فرانسه در موارد متعددی قانون کشور متبوع طرفین یک قرارداد را که دارای تابعیت واحدی باشند، حاکم بر قرارداد مذکور دانسته است. (به نقل از باتیفول 83، 1960، R: 1960، 83) (Civ. 18 Nov. 1959)^{۳۴}

آرای مذکور، چنین توجیه شده است که قرارداد منعقد بین اشخاص دارای تابعیت واحد، فاقد وصف بین المللی است و مورد تعارض قوانین نمی باشد. در عین حال بعضی از دادگاهها، برای قرارداد منعقد بین

33. Batiffol, Source précitée, N. 585.

34. Batiffol, même source, N. 584.

اشخاص دارای تابعیت واحد در صورتی که محل تشکیل یا اجرای آن، غیر از کشور متبوع طرفین باشد، وصف بین المللی شناخته اند و قانون محل تشکیل یا اجرای قرارداد را بر قانون کشور متبوع طرفین ترجیح داده اند. (به نقل از باتیفول، 1930, S. 1933. 1. 41. Civ.)
در آلمان، قانون ملی طرفین در صورتی که قانون آلمان باشد، بر سایر قوانین ترجیح داده شده است.

با این که در سیستم حقوقی ایتالیا، قانون محل تشکیل قرارداد اصولاً حاکم بر قرارداد بین المللی شناخته شده است، اما در موردی که طرفین قرارداد دارای تابعیت واحدی باشند، قانون کشور متبوع طرفین بر قانون محل تشکیل قرارداد ترجیح داده شده است.

در حقوق آنگلوساکسون، همانند حقوق فرانسه، قانون کشور متبوع طرفین در صورتی که طرفین نسبت به آن شناسایی داشته و حاکمیت آن را اراده کرده باشند، حاکم بر قرارداد منعقد بین ایشان می باشد.^{۳۵}
اقامتگاه طرفین نیز در مواردی می تواند به عنوان یک ضابطه برای تعیین قانون حاکم معرفی شود. مثلاً در کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه، مقرر گردیده است که در صورت سکوت طرفین، در قرارداد بیع مال منقول، قانون اقامتگاه معمولی بایع، حاکم بر قرارداد خواهد بود.

۱۲. و) محل وقوع موضوع قرارداد

محل وقوع موضوع قرارداد، به ویژه اگر موضوع قرارداد، مال غیرمنقول باشد، یکی از عوامل تعیین کننده قانون حاکم بر قرارداد است.^{۳۶}
در سیستمهای حقوقی مختلف، پذیرفته شده است که قرارداد مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون کشوری است که آن مال در آنجا واقع شده است. زیرا منافع طرفین با حاکمیت قانون محل وقوع مورد قرارداد، بهتر تأمین می شود. همچنین اجرای اصلی قرارداد مربوط به مال غیرمنقول در

35. Batiffol, Source précitée, N. 584.

36. Pigeannière, Laussauarn, source, précitée, N. 478.

محل وقوع آن و تحت حاکمیت مقررات حاکم در آن محل انجام می شود. به نظر ما حاکمیت قانون محل وقوع مال غیر منقول از این جهت بیشتر تقویت می شود که روابط حقوقی مربوط به آن، ارتباط کافی با نظم داخلی کشور محل وقوع آن مال دارد.

۱۳. ن. تعیین مرجع صالح قضایی یا داور

تعیین دادگاه صالح یا داوران کشور معین نیز یکی از ضوابط تشخیص قانون حاکم معرفی شده است و توافق طرفین بر صلاحیت دادگاه یا داور کشور معین، نسبت به رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد، نشان دهنده توافق ضمنی ایشان بر تعیین قانون کشور محل دادگاه به عنوان قانون حاکم است.

به عقیده حقوقدانان انگلیسی، کسی که دادگاه را انتخاب می کند قانون را انتخاب کرده است،^{۳۷} در حالی که رویه قضایی ایتالیا مخالف شدید اینگونه تفسیر است.^{۳۸}

۱۴. ح. نزدیکترین ارتباط قرارداد

عده ای از نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی، به ویژه در صورت فقدان انتخاب صریح یا ضمنی قانون حاکم به وسیله طرفهای قرارداد، وجو نزدیکترین ارتباط با هریک از قوانین را، ضابطه تعیین قانون حاکم معرفی کرده اند. به نظر ایشان، قانونی که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد باید حاکم بر قرارداد باشد.

در تعیین قانونی که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد، محل انعقاد قرارداد و محل اجرای آن و کشور متبوع یا اقامتگاه طرفین قرارداد و عوامل دیگر مورد توجه رویه قضایی فرانسه قرار گرفته است.^{۳۹}

در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه مربوط به بیع

37. "Qui eligit judicem eligit jus".

38. Batiffol, source précitée, N. 589.

39. Pierre mayer, source précitée, N. 716 et s.

اموال منقول، مقرر گردیده است که دادگاه باید صرفاً یکی از عواملی را که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد، برای گزینش قانون حاکم در نظر گیرد، هرچند که این عامل، در قراردادهای مختلف یکی نباشد.^{۴۰}

۱۵. ط) ضوابط و امارات دیگر

ضوابط دیگری برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد شناخته شده است که از اهمیت کمتری برخوردار است و صرفاً می‌تواند به عنوان یک قرینه با ضمیمه شدن به برخی دیگر از قرائن مجموعاً تعیین کننده قانون حاکم باشد. این ضوابط عبارتند از، دخالت مأمور رسمی کشوری در تنظیم سند قرارداد (مانند دخالت مأمور دفتر اسناد رسمی) که می‌تواند قرینه انتخاب قانون کشور محل فعالیت مأمور رسمی باشد. زبانی که طرفین قرارداد را با آن منعقد می‌کنند،^{۴۱} که قرینه‌ای بر انتخاب قانون کشور دارای آن زبان محسوب می‌شود.

همچنین ضوابط خارج از عناصر قرارداد،^{۴۲} مانند حکم دو قانون متعارض نسبت به قرارداد که مطابق یکی از آن دو، قرارداد صحیح و طبق قانون دیگر، آن قرارداد باطل است که این وضعیت قرینه‌ای بر این که طرفین ضمناً قانون نخست را انتخاب کرده‌اند، محسوب می‌شود.^{۴۳}

رفتار طرفین پس از انعقاد قرارداد مانند استناد یکی از دو طرف، در طرح دعوی، به قانون معین و پاسخ طرف دیگر به عنوان خواننده براساس همین قانون که این وضعیت خود قرینه‌ای بر انتخاب ضمنی و فعلی همین قانون به وسیله طرفین به عنوان قانون حاکم است و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند بعداً مدعی حاکمیت قانون دیگر، نسبت به قرارداد باشد.

این امارات و ضوابط که به وسیله نویسندگان حقوق بین‌الملل

40. Pierre mayer, source précitée, N. 716 et s.

41. Pigeonnier, source précitée, N. 478.

42. Indices extrinseques du contract.

43. Pierre mayer, même source, N. 714.

خصوصی ذکر شده است،^{۳۳} مبتنی بر تفسیر اراده طرفین می باشد، که قبلاً به عنوان نخستین ضابطه مورد بررسی قرار گرفت. بنابراین، ضوابط و امارات مذکور، در حقیقت از فروع و توابع قانون حاکمیت اراده، در حالی که نظم منطقی ایجاب می کند که در ضوابطی که پس از ضابطه نخست مطالعه می شود، جهاتی مورد بررسی قرار گیرد که دارای منشأ تحلیلی مستقل و جدای از اراده طرفین باشد، مانند جنبه های حقوقی و نظم عمومی داخلی و بین المللی.

گفتار دوم

تحلیل مورد نظر

ما معتقد به اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد هستیم، منتها با تحلیلی متفاوت از آنچه مطرح شده است. پس از بیان مبنای تحلیل مورد نظر به شرح اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد می پردازیم.

۱۶. مبنای تحلیل مورد نظر

در همه سیستمهای حقوقی اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی در حدود مقرر در قانون، اصلی مهم و محور مسائل فراوان حقوقی است. اما اصل مهمتر دیگری که پیش از اصل حاکمیت اراده مطرح است، اصل حاکمیت قانون است.

در جامعه، اراده اشخاص (در انشاء اعمال حقوقی و تعیین برخی از آثار و شرایط آن) اعتبار خود را از قانون می گیرد که بدون وجود قانون، حاکمیتی به مفهوم حقوقی آن برای اراده اشخاص در اعمال حقوقی قابل تصور نیست. در نتیجه حاکمیت اراده طرفین، قرارداد را در عالم حقوق باید با تکیه بر قانون و در حدود آن قانون شناخت.

در مفهوم قانون، پشتیبانی نیروی حکومت نهفته است و قانونی که متکی به نیروی حاکمیتی نباشد از نظر حقوقی، قانون نیست هر چند که

44. Batiffol, même Source, N. 583.

ممکن است در اصطلاح عمومی، به آن قانون گفته شود. بنابراین قانون تعیین شده از سوی طرفین قرارداد به خودی خود نمی تواند از نظر حقوقی، یک قانون حاکم بر قرارداد باشد، مگر اینکه متکی به حکومتی باشد. پس اعتبار هر توافقی در مورد تعیین قانون حاکم، منوط به شناسایی این توافق به وسیله قانون مربوط به یک حکومت است هر چند این قانون، قانون بین الملل خصوصی آن حکومت (P.I.L) باشد.^{۴۵} بنابراین اصل حاکم اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد مانند حاکمیت در خود قرارداد، به عنوان یک اصل تبعی محدود به حدود قانون حکومت است.

اما این سؤال اکنون زمینه طرح پیدا می کند که این کدام حکومت است که قانون او، از توافق طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد پشتیبانی می کند. حال اگر در پاسخ گفته شود این قانون نیز به اراده طرفین معین خواهد شد، صرف نظر از این که جنبه آمریت قانونها که متکی به ضرورت حفظ نظم در قلمرو کشورهای آن قانونها است، از بین می رود، چون قانون تعیین شده جدید، نیز بدون اتکاء به حکومت و قانون آن حکومت لازم الرعایه نخواهد بود. پس اعتبار این قانون نیز باید متکی، به قانون حکومت باشد و این یک وضعیت دوری را مطرح می کند. (از یک طرف اعتبار قانون اراده طرفین وابسته به حاکمیت قانون حکومت مشخص است و از طرف دیگر، فرض این است که حاکمیت قانون حکومت مشخص نیز وابسته به اراده طرفین می باشد). نتیجه این بحث این است که اصل حاکمیت اراده یک اصل نخستین و دارای اعتبار مطلق نیست به طوری که نمی توان تعیین قانونی را که توافق طرفین را در هر مورد، پشتیبانی کند، به اراده ایشان واگذار کرد.

پس باید به دنبال اصلی برویم که حاکم بر اراده طرفین باشد نه برخاسته از اراده ایشان. به نظر ما، بررسی مسأله براین معنا می تواند بسیاری از نقاط ابهام و اختلاف نظرهای موجود را در موضوع تعیین قانون حاکم بر قرارداد برطرف کند. برای پیدا کردن این اصل باید از مفاهیم

45. (droit International privé) È « private International Law.

کلی و اصول حقوقی به ویژه حقوق بین الملل کمک بگیریم. وقتی قراردادی بین دو شخص در مکانی منعقد می شود، این قرارداد با لحاظ مفاهیم و اصول حقوقی به چه حاکمیتی متکی است؟ باید دانست که در بیان این امر، برخلاف تحلیلهایی که به عمل آمده است، به کشف اراده ضمنی طرفین نمی پردازیم و صرفاً از واقعیت‌های مربوط و اتکاء به اصول اولیه حقوقی کمک می گیریم.

بنابراین نسخهت باید حکومتی را که قانون آن باید حاکم بر توافق طرفین باشد پیدا کنیم تا بگوییم که توافق طرفین در تعیین قانون ماهوی حاکم بر قرارداد مطابق آن قانون معتبر است یا خیر. این قانون حکومت که باید اعتبار یا عدم اعتبار توافق مزبور را مشخص کند، همان، P.I.L. آن حکومت است.

۱۷. ضابطه اصلی تعیین قانون حاکم

به نظر ما قانون بین المللی خصوصی (P.I.L.) محل تشکیل قرارداد، قانون اصلی حاکم بر قرارداد است. این قانون باید به ما بگوید که آیا توافق طرفین بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، معتبر است یا خیر. در موارد استثنایی که نظم کشور دیگری با نظم محل تشکیل قرارداد، تعارض پیدا می کند، مانند موردی که یکی از دوطرف قرارداد دولت باشد یا موضوع قراردادی مال غیرمنقول واقع در کشور دیگری باشد، باید بین حاکمیت سیستمهای حقوقی مربوطه، با لحاظ عوامل و خصوصیات در هر مورد، مناسبترین سیستم حقوقی را انتخاب کرد.

۱۸. مبنای اصل بودن حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد

اصل بودن قانون محل تشکیل قرارداد بر دو مبنا استوار است، یکی تحلیل حقوقی و دیگری تحلیل اراده طرفین.

فصلنامه

تحلیل حقوقی

از نظر حقوق بین الملل، هر حکومتی دارای قلمرو سرزمینی مشخص است که حفظ نظم و امنیت و حقوق افراد و اداره امور آن سرزمین را از راه وضع مقررات بر عهده دارد. آمریت این مقررات از حاکمیت حکومت ناشی می شود. حاکمیت حکومت نسبت به اشیاء و اموال واقع در سرزمین مربوط، در حقیقت به حاکمیت بر اعمال اشخاص برمی گردد. اعمال مزبور شامل اعمال مادی و حقوقی است. همچنانکه حکومت می تواند در قلمرو حاکمیت خود، اعمال مادی اشخاص را کنترل کند، اعمال حقوقی اشخاص نیز باید تحت حاکمیت آن قرار داشته باشد و مفهوم حاکمیت بر اعمال حقوقی، توانایی حکومت در معتبر شناختن یا معتبر نشناختن و تعیین آثار و احکام آن اعمال حقوقی است. همچنین مقررات حکومت می تواند، در مواردی وضعیت و احکام و آثار اعمال حقوقی را که در قلمرو سرزمین خود واقع شده است، تابع قانون کشور دیگری کند که صرف نظر از مسائل مربوط به احاله، این وضع از جهت حاکمیت حکومت بر اعمال واقع در سرزمین خود، باید لازم الاتباع شمرده شود. در حقیقت باید گفت به عنوان اصل، باید قانونی، جز قانون محل تشکیل قرارداد، صلاحیت ندارد بگوید ایا قرارداد مزبور (به عنوان یک عمل حقوقی) در عالم حقوق به وجود آمده است یا خیر و بدیهی است اگر قانون محل تشکیل قرارداد، پیدایش حقوقی قراردادی را تأیید کند، پیدایش آثار مربوط به آن قرارداد را نیز تأیید کرده است؛ زیرا بدون در نظر گرفتن آثار قرارداد، ماهیت و وجودی برای قرارداد نمی توان شناخت. اما اگر قانون محل تشکیل قرارداد (قانون ماهوی با لحاظ P.I.L. محل تشکیل قرارداد) پیدایش قرارداد را در عالم حقوق نفی کند قرارداد مزبور اصولاً (جز در موارد استثنایی مانند طرف قرارداد بودن دولت و وقوع مال غیرمنقول مورد معامله در قلمرو حاکمیت دیگر)، اتکاء به نیروی حکومت ندارد و موجودیت حقوقی پیدا نمی کند.

۱۹. نتایج تحلیل بالا

از تحلیل مذکور در بالا نتایج زیر بدست می‌آید:

۱. در مواردی که حقوق بین‌الملل خصوصی (P.I.L.) کشور محل تشکیل قرارداد قانون ماهوی خود را حاکم بر قرارداد بدانند، توافق طرفین بر حاکمیت قانون دیگر به علت نداشتن پشتیبان حکومتی در عالم حقوق به وجود نخواهد آمد. بنظر ما این وضعیت حتی هنگامی باید صادق باشد که قانون بین‌الملل خصوصی (P.I.L.) کشور دیگری غیر از کشور محل تشکیل قرارداد مقررات ماهوی خود را حاکم بر قرارداد منعقد بدانند. مانند این که محل اجرای قرارداد کشوری غیر از کشور محل تشکیل قرارداد باشد و قانون بین‌الملل خصوصی کشور محل اجرای قرارداد، این قرارداد را تابع مقررات ماهوی خود معرفی کند. زیرا در این صورت نیز، تعارض بین دو قانون به وجود آمده است که حل آن با حاکم دانستن قانون محل تشکیل قرارداد، محقق خواهد گردید.

۲. هرگاه قانون بین‌الملل خصوصی کشوری، قانون ماهوی کشور دیگری را حاکم بر قرارداد منعقد در سرزمین خود معرفی کند، به دلیل قبول حاکمیت اصلی قانون بین‌الملل خصوصی کشور محل تشکیل قرارداد، بدون اینکه بخواهیم در بحث احاله^۳ وارد شویم، باید حاکمیت قانون ماهوی مورد ارجاع پذیرفته شود نه قانون ماهوی که P.I.L. این قانون حاکم شناخته است. مثلاً اگر بین یک زن و شوهر انگلیسی که در ایران ازدواج کرده‌اند، اختلافی در مورد وظایف زوجیت ایشان به وجود آید، طبق ماده ۷ قانون مدنی ایران (قانون محل تشکیل عقد)، مقررات ماهوی کشور انگلستان باید حاکم بر این اختلاف باشد، نه مقررات ماهوی کشور ایران زیرا طبق تحلیلی که به عمل آوردیم، در مرحله نخست، این قانون بین‌الملل خصوصی محل تشکیل عقد است که در این مثال باید بگوید روابط ناشی از این عقد تابع قانون کدام کشور است، هرچند که قانون

بین الملل خصوصی کشور متبوع طرفین یعنی انگلستان که با ارجاع^{۳۷} قانون ایران، قانون ماهوی آن حاکم شناخته شده است، قانون کشور محل اقامت زوجین، یعنی قانون کشور ایران را حاکم بر این اختلاف شناخته است. به این ترتیب با حاکم شناخته شدن مقررات ماهوی کشور انگلستان، تعارض حل می شود. چه این که عقد نکاح مزبور، هنگام تشکیل هیچ تکیه گاه قانونی جز محل تشکیل نداشته است. زیرا فرض این است که قانون بین الملل خصوصی کشور متبوع طرفین یعنی انگلستان که احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه طرفین می داند، نیز از اعمال حاکمیت نسبت به چنین عقدی و اختلاف مربوط به آن، خودداری می کند. در مثال مذکور تعیین قانون مادی و ماهوی انگلستان را نمی توان به ضرورت نظم داخلی انگلستان نسبت داده و مستقیماً ناشی از قاعده بین المللی حل تعارض دانست. زیرا فرض این است که قانون انگلستان با رد حاکمیت خود نسبت به مسأله حل مسأله را مرتبط با نظم خود تلقی نکرده است و بدیهی است هر کشور مستقل در جامعه بین المللی حق دارد، حدود نظم داخلی خود را تعیین کند، نه ضوابط بین المللی. به این جهت، عقد نکاح مزبور، برای صحت و اعتبار خود، هیچ پایگاه حقوقی جز سیستم حقوقی کشور محل وقوع آن ندارد که این کشور با ارجاع به قانون ماهوی کشور متبوع طرفین، قانون مناسب را در این مورد مشخص کرده است.

همین وضعیت هنگامی صادق است که قانون بین الملل خصوصی کشوری قانون ماهوی کشور دیگری را حاکم بر بعضی از شرایط تشکیل معامله معرفی کرده باشد. مثلاً هرگاه قراردادی بین یک فرانسوی و یک ایرانی در ایران منعقد شده باشد، چون قانون بین الملل خصوصی ایران در ماده ۷ ق.م. اهلیت شخص را به عنوان یک موضوع احوال شخصیه، تابع قانون کشور متبوع او می داند، به این جهت قانون کشور فرانسه را در مورد اهلیت فرانسوی طرف قرارداد، حاکم معرفی می کند، که نتیجه آن این است که در این مورد برای حکم به اعتبار قرارداد باید، اهلیت فرانسوی

مزبور را، مطابق قانون فرانسه، احراز کرد. زیرا حکم مقررات بین المللی خصوصی ایران در مورد اهلیت، نسبت به حکم ماده ۹۶۸ در مورد تبعیت تمهیدات از قانون محل تشکیل قرارداد، حکمی خاص و مقدم به نظر می‌رسد.

به نظر ما ایراد به این که وقتی قواعد حل تعارض مبدأ به قانون کشور دیگری ارجاع می‌کند، این ارجاع به مجموع مقررات آن کشور، اعم از قواعد حل تعارض (P.I.L.) و مقررات ماهوی آن، انجام می‌شود، نه فقط به مقررات ماهوی آن کشور، وارد نیست. زیرا، در ارجاع یک مسأله حقوقی، تشخیص قانون ماهوی مناسب برای اجرا در خصوص آن مسأله باید مطرح باشد نه تشخیص حکومتی که باید نسبت به آن موضوع حاکمیت داشته باشد، تا نتیجه گرفته شود که اعمال حاکمیت آن حکومت، با اعمال مجموع مقررات و از جمله مقررات حل تعارض آن حکومت محقق می‌گردد. به عبارت دیگر، هنگامی که قواعد حل تعارض مسأله‌ای را به سیستم حقوقی دیگری ارجاع می‌کند، در حقیقت مقررات ماهوی آن سیستم را مناسب تشخیص می‌دهد. بنابراین اعتبار و حاکمیت مقررات ماهوی سیستم مذکور، در حقیقت ناشی از حاکمیت اصلی قانون احاله کننده است نه ناشی از حاکمیت قانونی که حل مسأله به آن ارجاع شده است. مثلاً در مسأله تشخیص اهلیت یک بیگانه مقیم در ایران، قانون ایران (ماده ۷ ق.م.) مقررات مربوط به اهلیت کشور متبوع بیگانه را مناسبترین قانون، تشخیص داده است، در نتیجه ارجاع مسأله به قواعد حل تعارض آن کشور بیگانه با حاکمیت اصلی قانون ایران و تشخیص قانون مناسب بوسیله این قانون، منافات دارد.

۳. به طریق اولی اگر طرفین هر دو دارای تابعیت کشور محل تشکیل قرارداد باشند، توافق ایشان بر حاکمیت قانون دیگری که هیچ ارتباط با قرارداد آنها ندارد، معتبر نخواهد بود. این وضعیت مخالف برخی از آراء قضایی نظیر رأی انگلیسی شورای خصوصی نقل شده در کتاب

پروفسور باتیفول است.^{۴۸} این بی اعتباری توافق مزبور، هنگامی بیشتر روشن می شود که در نظر آوریم اعتبار توافق مزبور سبب سلب اعتبار از قانون خواهد شد و راه را برای فرار از مقررات حاکم و سوء استفاده ها باز می کند.

۴. هرگونه توافق طرفین قرارداد بر عدم حاکمیت هرگونه سیستم حقوقی، نیز برخلاف پاره ای آراء قضایی، فاقد اعتبار است.^{۴۹} همچنین توافق بر قانون خاص که به وسیله طرفین قرارداد به عنوان حاکم بر قرارداد وضع می شود، به منظور جلوگیری از حاکمیت قانون یک سیستم حقوقی باطل خواهد بود. زیرا همانطور که سابقاً بیان شد، هیچ قراردادی خارج از حاکمیت یک سیستم قانونی نمی تواند از نظر حقوقی معتبر باشد.

۵. همچنین توافق طرفین بر تجزیه یک قانون و حاکم دانستن برخی از مقررات و سلب حاکمیت از برخی دیگر برخلاف پاره ای آراء قضایی فرانسه، بی اعتبار است.^{۵۰} مانند این که طرفین، قرارداد را از حیث شرایط تشکیل تابع قانون کشوری و از جهت آثار حقوقی تابع قانون کشور دیگری قرار دهند.

دوم. تحلیل اراده طرفین - هرچند به نظر ما آنچه اصولاً مبنای تعیین قانون محل تشکیل عقد به عنوان قانون حاکم بر قرارداد است، نظم بین المللی و ضرورت احترام به حاکمیت حکومتها نسبت به اعمال اشخاص واقع در قلمرو حاکمیت ایشان در حقوق بین الملل می باشد، با این حال مناسب است که اراده ضمنی طرفین قرارداد را نیز در این مورد بررسی کنیم.

به نظر می رسد در شرایط معمولی ارتباط قانون محل تشکیل قرارداد

48. Batiffol, source précitée, N. 571.

۴۹. به نقل از باتیفول جلد ۲، ش ۵۷۱

Paris. 24 Avr. 1940, S. 1942, 2, 29, affaire des messageries maritimes.

در عین حال دیوان کشور فرانسه در رأی ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ خود تصریح کرده است که:

"Tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat".

«هر قرارداد بین المللی الزاماً وابسته به قانون یک حکومت است.»

50. Batiffol, source précitée, N. 571.

با اراده طرفین بیش از سایر قانونها است. هنگامی که دو طرف در قلمرو حکومتی مبادرت به انشاء عقد می کنند به طور طبیعی خود را در قلمرو حاکمیت و قانون آن احساس می کنند، یعنی احساس می کنند که در محدوده نظم اجتماعی خاصی قرار دارند و سایه نظامات و مقرراتی بر روابط ایشان گسترده است. خال اگر ایشان قانون خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود تعیین نکنند، ظاهر این است که مطابق احساس اولیه خود، قانون همان محیط را حاکم بر قرارداد خود می دانسته اند. به همین جهت دیوان کشور فرانسه در رأی ۲۸ دسامبر خود اعلام داشته است که در صورت نبودن دلیل خلاف، فرض می شود که طرفین قرارداد خود را تحت حاکمیت قانون محل تشکیل منعقد کرده اند.^{۵۱}

نوع دلیل خلاف در رأی مزبور مشخص نیست ولی در هر حال مبنای اصل حاکمیت قانون محل وقوع عقد در این رأی، اراده طرفین معرفی شده است.

بنابراین توجه و احساس طرفین به قانون محل عمل حقوقی ایشان، از هر قانون دیگری بیشتر و آشکارتر است. این توجه و احساس طبیعی را می توان گونه ای توافق ضمنی طرفین بر انتخاب قانون حاکم دانست. ادعای تصادفی بودن محل تشکیل عقد در بعضی موارد و مشکل تعیین محل عقد در عقود مکاتبه ای، خدشه ای بر تئوری حاکمیت محل تشکیل عقد وارد نمی سازد. زیرا:

اولاً. تصادفی بودن محل تشکیل عقد خود یک امر استثنایی است و در بیشتر موارد محل تشکیل عقد، کشور یکی از طرفین قرارداد یا کشور محل اجرای قرارداد و بالاخره کشوری است که طرفین با بررسی و مذاکره قبلی، آن را تعیین می کنند و اگر هم هیچ یک از موارد بالا نباشد، طرفین با اطلاع از احتمال تأثیر مقررات محل، بر قرارداد مبادرت به تشکیل آن می کنند. بالاخره حتی در موارد استثنایی هم اقدام طرفین در تشکیل قرارداد، یکی از اعمالی است که در قلمرو حاکمیت قانون و حکومت محل

۵۱. به نقل از: Pigeonnier, source précitée, N. 478.

انعقاد عقد، انجام شده و به طور طبیعی باید تحت حاکمیت آن قانون باشد.

در مورد محل اجرای عقد هم اشکالاتی قابل تصور است؛ مثلاً ممکن است، محل اجرای عقد، فقط یک کشور نباشد و قرارداد در کشورهای مختلف اجرا شود مانند این که در قرارداد ساخت کشتی، محل ساخت قسمتهای مختلف کشتی، کشورهای متعدد باشد.

ثانیا. اختلاف نظر در مکان تشکیل عقد در عقود غائبین هم، مانع اعتبار قانون محل تشکیل عقد نمی شود. زیرا، پاسخ مسائل حقوقی، در بسیاری از موارد وابسته به تحلیلها و توصیف های حقوقی است که هرچه زمان به پیش می رود، این تحلیلها گسترده تر و توصیفها ظریف تر می شود.

۲۰. استثنائات وارد بر اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد

در مواردی وجود پاره ای اوضاع و احوال و شرایط خاص، قانون محل تشکیل قرارداد را از حاکمیت نسبت به قرارداد منحرف می کند. این موارد استثنایی در حقیقت، خود برخاسته از ضرورت نظم عمومی بین المللی است. نظم موجود در جوامع بین المللی ایجاب می کند، حاکمیت کشورها بر قلمرو شناخته شده خود محترم باشد و حکومتها حق و اقتدار حفظ نظم در داخل سرزمین خود را دارا باشند. در موارد استثنایی مذکور که ممکن است حاکمیت قانون محل انعقاد نسبت به برخی از قراردادهای بین المللی، با نظم داخلی کشور دیگری تضاد پیدا کند، حاکمیت قانون مذکور نسبت به قرارداد منعقد در سرزمین تحت حاکمیت آن قانون منتفی خواهد بود. مثلاً قرارداد کاری که در کشوری به منظور اجرای آن کار در کشور دیگر منعقد می شود، به لحاظ ارتباط مستقیم کار موضوع قرارداد با نظم سیاسی و اجتماعی و اقتصادی کشور محل اجرای قرارداد، نمی تواند تحت حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد مزبور قرار گیرد.

علاوه بر ارتباط استثنای مذکور با نظم عمومی بین المللی، اراده ضمنی طرفین قرارداد نیز بر عدم حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد، در این موارد استنباط می شود. به این جهت برخی از نویسندگان حقوق

بین الملل خصوصی فرانسه، به حق تصریح کرده اند^{۵۲} که قرارداد کاری که باید در فرانسه انجام شود، نمی تواند به دلیل این که در خارج منعقد شده است، تابع کشور خارجی باشد.

همچنین قانون حاکم بر عقد نکاح منعقد بین زوجین دارای تابعیت واحد که در یک کشور بیگانه منعقد می شود، باید قانون کشور متبوع ایشان باشد نه قانون کشور محل وقوع عقد. این تعیین قانون حاکم نیز مبتنی بر رعایت نظم داخلی و بین المللی است نه اراده ضمنی یا صریح طرفین. زیرا نکاح همانند تابعیت طرفین وابستگی کامل با نظم جامعه کشور متبوع ایشان به عنوان عضوی از جامعه بین المللی دارد و همانطور که ضرورت نظم، به شرحی که گذشت، حاکمیت حکومت و مقررات آن را نسبت به اعمال و وقایع تحقق یافته در قلمرو سرزمین آن، توجیه می کند، حاکمیت آن را نسبت به تحولات شخصی اشخاص تابع خود و از جمله نسبت به نکاح واقع بین طرفین وابسته به حکومت مذکور، نیز جلب می کند.

در مواردی که قانون کشور متبوع طرفین، از اعمال حاکمیت خود نسبت به نکاح واقع بین ایشان به سود قانون کشور دیگری خودداری کند، مانند قانون کشور انگلستان که قانون محل اقامت اشخاص را حاکم بر احوال شخصیه ایشان می داند، برای تعیین وضعیت نکاح و روابط زوجین، همچنانکه گذشت، تکیه گاهی جز قانون محل وقوع نکاح مزبور، نمی توان شناخت.

استثناء دیگری که می توان برای انصراف از قانون محل تشکیل قرارداد، مشخص کرد، مسأله اهلیت طرفین قرارداد است، ضرورت رعایت نظم داخلی و بین المللی ایجاب می کند که مسائل مربوط به احوال شخصیه اشخاص، تابع مقررات کشور متبوع ایشان باشد. زیرا این مسائل مستقیماً مربوط به اعتقادات و آداب و رسوم مورد پیروی اشخاص وابسته به یک جامعه معین و برخاسته از ضرورت های داخلی آن جامعه است. بنابراین

52. Batiffol, source précitée, N. 576.

هنگامی که اهلیت طرفین به عنوان یکی از شرایط اعتبار یک قرارداد بین المللی مورد سؤال قرار می گیرد، این قانون کشور و جامعه متبوع ایشان است که باید پاسخ دهد، نه قانون کشور محل انعقاد قرارداد.