

# چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

دکتر حمیدرضا نیکبخت

## مقدمه

اوایل قرن حاضر حجم عظیمی از بحث حقوقدانان بین الملل خصوصی روی مبانی نظری قاعده های حل تعارض مربوط به قراردادها و به ویژه قاعده قانون حاکم یا قانون قابل اعمال بر قرارداد بوده و بحث می شده است که آیا آن طور که دکترین تجارت آزاد اقتضاء می نمود این قاعده بستگی به اراده طرفین داشت یا باید برای پیدا کردن کشوری که قرارداد با آن ارتباط داشت یا مرکز ثقل قرارداد در آنجا بود تلاش می شد. خلاصه آن که عمده تلاش حقوقدانان مصروف این بود که تثبیت نمایند که در قراردادها حاکمیت از آن قانون محل انعقاد یا محل اجرا یا کشور متبوع طرفین است و یا از آن اراده طرفین (حاکمیت قانون منتخب طرفین). امروزه این مسأله دیگر قدیمی شده و گرچه حائز اهمیت عملی هم نبود، به خصوص که دولتها عمدتاً قواعد تعارض خود را براساس منافع و مصالح عمومی جامعه و سیاستهای خاص خود تدوین می نمایند، اما به قدر کافی در خصوص آن سخن گفته شده و در نهایت در غالب سیستمهای حقوقی موضوع به نفع نظریه حاکمیت اراده حل گردیده است.

در قوانین ملی بسیاری از کشورها اعم از توسعه یافته و در حال توسعه و جهان سوم، مانند فرانسه، آلمان، ایتالیا، انگلستان، سوئیس، ژاپن، شوروی سابق، لهستان، چکسلواکی، کویت و عهدنامه های بین المللی مانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی یا عهدنامه های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵

لاشه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا یا عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی، و اسناد و رویه های داوری بین المللی مانند قواعد داوری اطاق بازرگانی بین المللی پاریس (ICC) و قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL) به گونه ای یکنواخت و متحدالشکل آزادی یا استقلال اراده طرفین به عنوان مبنای قاعده حل تعارض و قانون حاکم در قراردادها پذیرفته شده و در اعتبار بخشیدن به قانون منتخب طرفین در قراردادها نسبت به تعهدات قراردادی هیچ گونه تردیدی نیست. بنابراین امروزه آنچه به عنوان موضوع جدید مطرح می باشد این نیست که آیا می توان قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمود یا نه، که این اختیار نتیجه اصل استقلال اراده است که از اصول اساسی حقوق بین الملل خصوصی محسوب می شود بلکه سؤالاتی از این قبیل مطرح است که انتخاب قانون چگونه صورت می گیرد؟ و یا با فرض پذیرش اراده طرفین، در صورتی که نشانه و دلالتی بر قصد و اراده آنها در قرارداد وجود نداشته باشد، به عبارت دیگر، در فقدان بیان اراده، چه قانونی بر قرارداد حاکم خواهد بود و طریقه یافتن این قانون چیست؟ به علاوه حدود آزادی و استقلال اراده در تعیین قانون حاکم و اثر آن بر ایجاد تعهدات قراردادی یا تشکیل قرارداد و نیز شرایط صوری قرارداد چیست؟

در این مقاله سعی می شود به مقدار گنجایش آن فقط به مطالعه برخی از مسائل فوق پرداخته شود. لذا ابتدا پاسخ این سؤال بررسی می شود که نحوه انتخاب قانون حاکم چیست یا به عبارت دیگر انتخاب صریح یا ضمنی قانون کدام است. سپس تحقیق خواهیم نمود در خصوص این که در صورت نامعین بودن اراده طرفین قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد چه خواهد بود و چگونه این قانون محقق خواهد گردید. در این قسمت روشهای سنتی و جدید تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب توسط طرفین مورد بررسی قرار خواهند گرفت. در قسمت آخر تأثیر انتخاب

۱. به عنوان نمونه مراجعه شود به:

Resolutions de L' Institute de Droit International, 1957 - 1991 (1992), p. 409.

دادگاه در تعیین قانون حاکم مطالعه خواهد شد و بالاخره این نوشته با نتیجه گیری از مطالعات و تحقیقات به عمل آمده به پایان خواهد رسید.

## قسمت اول تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین (نحوه انتخاب قانون حاکم بر قرارداد)

### ۱. انتخاب صریح

سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه ها و اسناد بین المللی که اصل استقلال اراده را پذیرفته اند بدیهی است که چگونگی انتخاب قانون را هم مشخص کرده باشند و تردیدی نیست که متفق القول باشند بر این که انتخاب قانون توسط طرفین باید آشکارا و صریح باشد. عبارات مختلفی در سیستمها و اسناد مختلف حقوقی برای مقرر داشتن انتخاب صریح به کار رفته است، مثل این که «طرفین می توانند نسبت به اعمال قانون دیگری توافق کنند»<sup>۱</sup> یا «طرفین قرارداد ممکن است قانونی را برای حکومت بر رابطه دو جانبه خودشان انتخاب کنند»<sup>۲</sup> یا «قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقود قانونی است که طرفین قرارداد خود را صریحاً یا ضمناً تابع آن قرار داده اند»<sup>۳</sup> یا «انتخاب قانون توسط طرفین باید صریح باشد»<sup>۴</sup>. وضوح عبارات به کار رفته در عهدنامه های بین المللی درخصوص این که انتخاب قانون توسط طرفین باید صریح باشد بیشتر است. مثلاً

۲. مانند عبارت ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت:

"... unless the contracting parties agree to the application of another law..."

۳. مانند عبارت ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۶۳ چکسلواکی:

"Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels..."

۴. مانند عبارت ماده ۹۶۸ ق.م.ایران: «... مگر این که متعاهدین اتباع خارجه بوده و آن را [تعهدات ناشی از عقد را] صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

۵. مانند عبارت بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس:

"The choice must be express ...".

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه می گوید: « [قانون حاکم] تعیین شده باید مندرج در یک بند صریح [در قرارداد] باشد»<sup>۶</sup> یا عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه مقرر می دارد که: «توافق طرفین درخصوص این انتخاب [انتخاب قانون حاکم] باید صریح باشد»<sup>۷</sup> یا عهدنامه ۱۹۸۰ روم بیان می دارد: «انتخاب باید تصریح شده [صریح] باشد»<sup>۸</sup> یا عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی می گوید: «توافق طرفین درخصوص این انتخاب باید صریح باشد»<sup>۹</sup>. قواعد داوری اطلاق بازرگانی بین المللی (ICC) و قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL) انتخاب قانون توسط طرفین را به طور کلی پذیرفته اند و تصریحی بر این که انتخاب باید صریح باشد ندارند.<sup>۱۰</sup> مع هذا، همان گونه که قبلاً بیان گردید، نمی تواند تردیدی وجود داشته باشد که در این اسناد نیز انتخاب می تواند صریح باشد، چه اولین وسیله یا طریقه ابراز انتخاب و این که دیگران از آن آگاه گردند بیان و تصریح نمودن آن توسط صاحب انتخاب است.

طرفین ممکن است با یک شرط ساده قراردادی، به صراحت قانون کشوری

۶. عبارت ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه چنین است:

"Such designation must be contained in an express clause".

۷. عبارت بند ۱ ماده ۷ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه چنین است:

" The parties, agreement on this choice must be express..."

۸. عبارت ماده (۱) ۳ عهدنامه ۱۹۸۰ روم چنین است: "...The choice must be expressed ...".

۹. عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی چنین است:

"The parties' agreement on this selection must be express..."

۱۰. بند ۳ از ماده ۱۳ قواعد داوری اطلاق بازرگانی بین المللی چنین مقرر می دارد: «طرفین آزاد خواهند بود قانونی را که باید توسط داور بر ماهیت دعوی اعمال گردد تعیین نمایند...».

"The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merit of the dispute..."

بند ۱ ماده ۳۳ قواعد آنسیترال (UNCITRAL) چنین مقرر می دارد: «دیوان داوری قانونی را که توسط طرفین به عنوان [قانون] قابل اعمال بر ماهیت دعوی معین شده است، اعمال خواهد نمود...».

" The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute ...".

به نظر می رسد این که انتخاب طرفین در دو قاعده بالا بطور کلی پذیرفته شده است در واقع در برگیرنده هم انتخاب صریح است و هم انتخاب ضمنی.

را انتخاب نمایند. این شرط همان است که در قرارداد به عنوان بند انتخاب قانون<sup>۱۱</sup> شناخته می‌شود. مثلاً طرفین در قرارداد خود شرطی را درج می‌نمایند مبنی بر این که: «این قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور X خواهد بود» یا مثلاً «تفسیر این قرارداد برطبق قانون کشور X به عمل خواهد آمد». انتخاب صریح قانون ممکن است (گرچه احتمالاً مشکل ایجاد خواهد کرد) به صورت اشاره انجام گیرد مثل این که در قرارداد ذکر شود قانون اقامتگاه عادی خواهان یا محل اصلی حرفه یکی از طرفین قرارداد بر قرارداد حاکم خواهد بود.

وقتی بند صریح انتخاب قانون در قرارداد درج می‌گردد این بند باید حتی الامکان بی ابهام باشد و همه جنبه‌های قرارداد و دعوا یا همه موضوعاتی را که در برخواهد گرفت مشخص نماید. در بعضی از قراردادها طرفین مقرراتی از قانون خارجی را به عنوان شرط یا شروطی در قرارداد درج می‌نمایند.<sup>۱۲</sup> این اقدام را نباید انتخاب صریح قانون حاکم دانست. مثلاً در یک قرارداد بیع طرفین توافق می‌کنند که مسؤلیت فروشنده در مقابل خریدار مطابق مواد مربوط از قانون مدنی ایران تعیین خواهد شد. در اینجا منظور این نیست که قانون ایران قانون حاکم بر قرارداد باشد بلکه منظور درج موادی از قانون مدنی ایران به عنوان شروط ضمن عقد در قراردادی می‌باشد که مثلاً قانون حاکم آن قانون فرانسه است. این طریقه در واقع راه کوتاه و سهل تر درج موادی از قانون مدنی ایران در قرارداد به جای نوشتن کلمه به کلمه آن مواد می‌باشد. درج مقرراتی از یک قانون در قراردادی که قانون حاکم بر آن توسط طرفین معین نشده است ممکن است توجیهی باشد برای این که طرفین قصد داشته‌اند همان قانون حاکم بر قراردادشان باشد (انتخاب ضمنی قانون

#### 11. Choice of law clause.

۱۲. وقتی بطور کلی گفته می‌شود که قرارداد توسط قانون کشور X تفسیر خواهد شد، با این که گفته شود این قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور X خواهد بود فرقی ندارد.

Dacey & Morris, *The Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 758.

#### 13. Incorporation.

حاکم)، «اما ضرورتاً این گونه نیست. درج یک قانون در قرارداد دارای خصوصیتی است که با قانون حاکم بر قرارداد متفاوت است. مثلاً، درج قانون در قرارداد فقط در حد یک شرط قراردادی اثر خواهد داشت و تفسیر آن براساس توافق و اراده طرفین و به ویژه توسط دادرس، مانند تفسیر سایر شروط قرارداد به عمل خواهد آمد و نه مثل تفسیر یک قانون ملی و توسط متخصصین آن سیستم حقوقی. به علاوه در جایی که قانون در قرارداد درج می شود، به عنوان یک شرط قراردادی از هر جهت از جمله از لحاظ صحت و اعتبار نیز تابع قرارداد خواهد بود، در حالی که ممکن است بند انتخاب قانون به عنوان بندی مستقل از قرارداد تفسیر شود و ادعای عدم اعتبار یا عدم صحت قرارداد تأثیری در آن نداشته باشد، و حتی به موجب قانونی که در همین بند ذکر شده است به اعتبار و صحت قرارداد نیز رسیدگی نمود.<sup>۱۴</sup> از همه مهم تر این که با درج قانون خارجی در قرارداد همین قانون به صورت موجود قسمتی از قرارداد باقی خواهد ماند اگرچه بعداً اصلاح یا نسخ شود، یعنی تغییر در این قانون تأثیری بر آنچه که در قرارداد درج گردیده یا در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده نخواهد داشت، در حالی که با انتخاب قانون حاکم، فرض می شود که طرفین قصد داشته اند که آن قانون به صورتی که در زمان مراجعه بدان (در زمان دادرسی) وجود دارد بر روابط آنها حاکم باشد یعنی چنانچه قانون حاکم تغییر کند، صورت

۱۴. در انگلستان پرونده های زیادی در این خصوص گزارش شده است. به عنوان نمونه می توان پرونده های زیر را ذکر کرد:

Keiner V. Keiner [1952] 1 All E. R. 643; The Stensby (1948) 64 T. L. R.

همچنین در همین زمینه دیده شود، اظهارات لرد ویلبرفورس در پرونده:

Amin Rasheed Shipping Corp. V. Kuwait Insurance Co. [1984] A. C. 50 at 69.

همین نظر را در ارتباط با عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در گزارش جولیانو ولاگارد در صفحه ۱۷، ببینید. برای دیدن متن عهدنامه ۱۹۸۰ رم مراجعه شود به: [1980] O. J. L. 266. در ارتباط با این عهدنامه گزارشی توسط دو گزارشگر بنامهای جولیانو ولاگارد تهیه شده است (Guiliano and Iagard Report). برای دیدن این گزارش مراجعه شود به: [1980] O. J. C. 282.

۱۵. به عنوان نمونه، بند ۱ ماده ۸ عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی مقرر می دارد: «وجود و اعتبار قرارداد، یا هر شرطی از قرارداد، با اعمال قانونی معین خواهد شد که اگر قرارداد یا شرط معتبر بود، آن قانون، بموجب عهدنامه حاکم می بود».

جدید آن بر روابط طرفین حاکم خواهد بود.

## ۲. انتخاب ضمنی (غیر صریح) implied choice

قواعد تعارض قوانین مقر دادگاه یا عهدنامه‌ها و اسناد بین‌المللی مربوط به تعارض قوانین در قراردادهای معین می‌نمایند که آیا انتخاب ضمنی طرفین در خصوص قانون قابل اعمال یا قانون حاکم پذیرفته می‌شود یا نه و در صورت پاسخ مثبت، همان قواعد، انتخاب ضمنی را تعریف و یا طریق محقق نمودن آن را معین خواهند نمود. امروزه در بسیاری از سیستم‌های تعارض قوانین (داخلی و بین‌المللی)، انتخاب ضمنی قانون حاکم بر همان مبنای انتخاب صریح به رسمیت شناخته شده است. بدین صورت که به طور واضح و مشخص قایل به انتخاب به طور صریح و انتخاب به طور ضمنی شده‌اند و مقرر می‌دارند که چنانچه انتخاب صریح در قرارداد موجود نباشد اما اوضاع و احوال و شرایط و مفاد قرارداد دلالت بر وجود انتخاب قانونی در قرارداد داشته باشد آن قانون به عنوان انتخاب ضمنی طرفین پذیرفته و حاکم بر قرارداد فرض خواهد شد. به عنوان مثال بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون مربوط به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی سویس مصوب ۱۹۸۷، مقرر می‌دارد: «انتخاب قانون باید صریح باشد یا به وضوح از شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال مشخص شود». <sup>۱۶</sup> یا ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۶۳ چکسلواکی می‌گوید: «طرفین قرارداد ممکن است حتی به طور ضمنی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند چنانچه با توجه به اوضاع و احوال هیچ تردیدی در موضوع اراده اعلامی آنها وجود نداشته باشد». <sup>۱۷</sup> به همین صورت ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت مقرر می‌دارد که: «چنانچه اوضاع و احوال دلالت کند که

16. "The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances".

17. Article 9 - (1) "Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels; ils peuvent le faire même tacitement, s'il n'y a pas de doute au sujet de la volonté déclarée, eu égard aux circonstances respectives".

قانون حاکم چه بوده است، همان قانون حاکم بر قرارداد محسوب خواهد شد». یا ماده ۳۵ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۷۸ اتریش می گوید: «اگر اوضاع و احوال نشان دهد که طرفین مقررات قانون خاصی را به عنوان قانون تعیین کننده در نظر داشته اند، این امر معادل یک انتخاب ضمنی خواهد بود».<sup>۱۸</sup>

سیستمهای حقوقی که انتخاب ضمنی را پذیرفته اند در عمل نظر به موردی دارند که یک انتخاب حقیقی توسط طرفین در قرارداد وجود دارد اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح مشخص نگردیده است و بند انتخاب قانونی در قرارداد مشهود نیست. به عبارت دیگر مفاد قرارداد یا اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد گردیده حاکی است که طرفین این موضوع را که چه قانونی باید بر قراردادشان حاکم باشد در نظر داشته و حتی تصمیمی هم درخصوص آن اتخاذ نموده اند، اما آن را به گونه ای آشکار و روشن در قرارداد نگنجانده اند. مثلاً استناد به قواعد قانونی یا نهادهای حقوقی کشور خاصی در قرارداد، به منزله انتخاب ضمنی قانون آن کشور محسوب خواهد شد. لذا چنانچه در قراردادی عبارتی مانند: «گرچه قوه قاهره در قانون مدنی ایران پیش بینی شده است...»، ذکر شده باشد، این یک دلالت واضح است که فکر طرفین به قانون حاکم معطوف بوده است و تصمیم داشته اند که قانون ایران (حداقل در موضوع خاص قوه قاهره) حاکم باشد.

موارد زیادی وجود دارد که توافق بر صلاحیت دادگاههای یک کشور یا قراردادن محل داوری در یک کشور به عنوان انتخاب ضمنی طرفین بر حاکم بودن قانون آن کشور (مقر دادگاه یا داوری) تلقی شده است، یا استفاده از یک فرم استاندارد برای قرارداد (قرارداد در یک فرم استاندارد) که شناخته شده است که آن فرم تحت حاکمیت یک سیستم حقوقی مشخص است حتی بدون این که بیان صریحی نسبت به آن قانون (قانون حاکم) در فرم وجود داشته باشد، فرض شده است که طرفین به طور ضمنی آن سیستم حقوقی را برای حاکمیت بر

18. "... if the circumstances reveal that the parties have assumed a particular legal order as determinative, this shall be equivalent to an implied selection".



قراردادشان انتخاب کرده‌اند.<sup>۲۱</sup> به عنوان مثال در نظر دادگاههای انگلستان، انتخاب فرم بیمه نامه دریایی لویدز انگلستان برای قراردادهای بیمه، توسط بیمه‌گرها و بیمه‌گزاران غیرانگلیسی و بی‌ارتباط با انگلستان، دلالت بر این خواهد داشت که قرارداد بیمه روی این فرم تحت حاکمیت قانون انگلستان است. یا چنانچه قراردادی فاقد انتخاب صریح قانون باشد و دنباله و یا در ارتباط با قراردادهایی باشد که در جریان مبادلات بین طرفین بوده و اینها دارای انتخاب صریح قانون حاکم بوده‌اند، این وضعیت سابق می‌تواند دادگاه را هدایت کند بر این که قرارداد جدید باید تحت حاکمیت قانونی باشد که طرفین در قراردادهای قبلی خود انتخاب کرده‌اند.<sup>۲۲</sup>

در سیستم حقوقی آلمان<sup>۲۳</sup> و انگلستان<sup>۲۴</sup> از مفهوم انتخاب ضمنی قانون برداشت گسترده‌ای وجود دارد. در انگلستان براساس تئوری قانون مناسب، دادگاهها برای تعیین قانون حاکم (مناسب) سه مرحله را ممکن است بررسی کنند. در مرحله اول برای یافتن انتخاب صریح طرفین به جستجو خواهند پرداخت. چنانچه انتخاب صریح وجود نداشته باشد، و نیز در موردی که طرفین تلاش کرده‌اند که ۱۹. نمونه‌های بسیاری از این موارد در سیستم حقوقی انگلستان مشاهده می‌شوند. به عنوان نمونه مراجعه شود به:

Dacey & Morris, *The Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 758., or 12 ed., p. 1223; Schmitthoff's *Export Trade*, 8th ed, pp. 177 - 180.

۲۰. Ibid. گزارشگران عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، ضمن بیان وضعیت جریان مبادلات قبلی طرفین، بعنوان مثالی برای انتخاب ضمنی قانون حاکم، اظهار می‌دارد که عدم تصریح بر قانون حاکم در قرارداد جدید نباید در اوضاع و احوالی باشد که دلالت بر تغییر سیاست (قبلی) طرفین کند. p. 17. Guiliano - Lagarde Report.

21. "Stillschweigende Rechtswahl". cf. BGH, 3.3. 1976 Iprspr 1976 Nr. 134.

22. *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller & Partners Ltd.*, [1970] A. C. 583; *Co. Tunisienne de Navigation S. A. v. Co. d'Armement Maritime S. A.* [1971], A. C. 572; *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*

برای مطالعه بیشتر درخصوص انتخاب ضمنی در حقوق انگلستان دیده شود:

P. A. Stone, *The Proper Law of a Marine Insurance Policy*, [1984] 3 L. M. C. L. Q. 438 at pp. 441 - 42.;

انتخاب صریح داشته باشند اما به طور واضح و کافی چیزی مشاهده نمی‌شود، مرحله بعدی شروع می‌شود و آن بررسی این است که از شرایط و ماهیت قرارداد یا از اوضاع و احوال قضیه قصد طرفین را بر انتخاب قانون حاکم برداشت نمایند.<sup>23</sup> بررسی در این مرحله یک بررسی عینی<sup>24</sup> برای یافتن قصد (ذهنی)<sup>25</sup> طرفین می‌باشد. در رأی صادره در خصوص پرونده<sup>26</sup> "Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co" که در آن خواننده که یک شرکت بیمه کوبیتی بود، برای یک شرکت کشتیرانی لیبرایی که در خلیج فارس به فعالیت اشتغال داشت یک بیمه نامه دریایی صادر کرده بود و بیمه نامه مزبور براساس فرم استاندارد بیمه نامه دریایی لویدز بود، گفته شد که گرچه در بیمه نامه انتخاب قانون انگلستان به طور صریح وجود ندارد، اما از مقررات آن این نتیجه به وضوح حاصل می‌شود که قصد طرفین این بوده است که حقوق و تکالیف متقابل آنها در بیمه نامه، باید طبق قانون بیمه دریایی انگلستان تعیین گردد.<sup>27</sup> در پرونده<sup>28</sup> "Armadora Occidental S. A." نیز دعوی در خصوص یک بیمه نامه دریایی فاقد انتخاب صریح قانون بود. آن بیمه نامه شرطی را در برداشت که مقرر می‌کرد: «بیمه‌گرها در این قرارداد، در خصوص مقدار، عبارات، شرایط، تغییرات، اضافات، تمدیدها، انتقالها، انحلالها، برآورد و تسویه مطالبات مربوط به این قرارداد، از بیمه نویس‌های لویدز و یا کمیانهای بیمه انگلیسی پیروی خواهند کرد». علی‌رغم شرط دیگری در قرارداد که مرجع حل اختلاف را دادگاههای آمریکا پیش‌بینی می‌کرد، دادگاه اظهار نظر کرد که با درج شرط فوق که تماماً مقررات بیمه نامه‌های انگلیسی را مقرر می‌کند، طرفین قصد

23. Dickey & Morris, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 761.

24. Objective.

25. Subjective.

26. [1984] A. C. 50.

27. Ibid, at 62.

28. Armadora Occidental S. A. v. Horace Mann Insurance Co. [1977] 2 Lloyd's Rep. 406, 412. [1977] 1 W. L. R. 520 (C. A).

داشته اند قانون انگلستان بر قرارداد بیمه آنها حاکم باشد.<sup>۳۰</sup> در واقع مرحله دوم که یافتن قصد ضمنی طرفین می باشد با بررسی در مرحله سوم که در فقدان انتخاب قانون توسط طرفین صورت می گیرد و این جستجو به عمل می آید که قرارداد با کدام کشور نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را دارد، اصطکاک و موارد تکراری و مشابهت بسیار دارد.<sup>۳۱</sup> مثلاً در حقوق انگلستان قراردادهایی که روی فرم بیمه نامه های لویدز انگلستان بدون انتخاب صریح قانون تنظیم شده اند، تحت حاکمیت قانون انگلستان در نظر گرفته خواهند شد از یک طرف چون اولاً طرفین در این قراردادها بیان نکرده اند که چه قانونی بر قرارداد آنها حاکم خواهد بود و انتخاب صریح آنها را نمی توان از شرایط قرارداد به دست آورد، ثانیاً طرفین برای قرارداد خود فرم و شرایط بیمه نامه ای را انتخاب کرده اند که اختصاص به یک شرکت بیمه انگلیسی دارد که بدیهی است که تحت تأثیر حقوق آن کشور ایجاد شده باشد. بنابراین فرض خواهد شد که آنها قصد داشته اند که قانون انگلستان بر قراردادشان حاکم باشد، یعنی به طور ضمنی قانون انگلستان را برای حاکمیت بر این قرارداد انتخاب کرده اند.<sup>۳۲</sup> (مرحله دوم). از طرف دیگر می توان گفت که از این جهت که این بیمه نامه ها نزدیک ترین و واقعی ترین ارتباط را با حقوق انگلستان دارند، قانون انگلستان قانون حاکم بر قرارداد محسوب خواهد شد (مرحله سوم).<sup>۳۳</sup> در رویه قضایی انگلستان مواردی وجود

#### 29. Ibid.

۳۰. مثلاً اوضاع و احوال مربوط به قضیه، در هر دو مرحله دوم و سوم مورد بررسی قرار می گیرند؛ گفته می شود در مرحله دوم به منظور محقق نمودن قصد واقعی طرفین است در حالیکه در مرحله سوم به منظور یافتن سیستم حقوقی است که معامله با آن نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را دارد (قطع نظر از قصد طرفین). - دیده شود.

Dicey and Morris, Conflict of Laws, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993p. 1190.

برای توضیح بیشتر مبحث «انتخاب فرضی» و زیرنویسهای مربوطه در صفحات بعد دیده شود.

31. See the case of Amin Rasheed, [1984] A. C. 50, 71.

32. Compagnie Tunisienne de Navigation S. A. Compagnie d'Armement Maritime S. A. [1971] A. C. 572.

دارد که حاکی است نتیجه مرحله دوم و سوم در عمل یکسان خواهد بود. در پرونده *Armadora Occidental S. A.* در دادگاه نخستین قانون حاکم بر اساس قاعده مرحله دوم معین گردید و در دادگاه پژوهشی همان رأی (نتیجه) با اعمال قاعده مرحله سوم تأیید شد.<sup>۳۳</sup> در پرونده *Amin Rasheed* یکی از قضات دادگاه عالی (مجلس اعیان) با اعمال قاعده مرحله دوم به همان نتیجه ای رسید که سایر اعضای دادگاه با اعمال قاعده مرحله سوم رسیده بودند.<sup>۳۴</sup>

قابلیت انطباق مرحله دوم و سوم بر یکدیگر باعث شده است که در میان حقوقدانان انگلیسی برخی بر این نظر باشند که مرحله ای پس از مرحله انتخاب صریح و ضمنی نمی تواند وجود داشته باشد زیرا وقتی طرفین در نظر دارند که دارای تعهدات متقابل باشند، این امر ضرورتاً بر این معنا دلالت دارد که آنها قصد داشته اند تحت حاکمیت یک سیستم حقوقی خاصی باشند.<sup>۳۵</sup> لذا در جایی که قانون قصد شده ای صراحتاً در یک قرارداد تجاری بین المللی بیان نمی شود باید یک قصد ضمنی بر انتخاب قانون مناسب از بین قوانین مربوط که از نقطه نظر تجاری مفیدترین خواهد بود به طرفین اسناد داد. در واقع این قصد یک قصد برداشت شده ای خواهد بود که ممکن است قصد واقعی طرفین باشد و یا قصد اسناد داده ای به آنها باشد که تشکیل نشده است (قصد فرضی).<sup>۳۶</sup> در واقع این نظریه بر این اندیشه است که طرفین قرارداد تجاری معقول بوده و به گونه ای که از لحاظ تجاری مناسب ترین روش است عمل می کنند و قصد داشته اند که قرارداد آنها و همه شرایطش معتبر باشد و نیز فرض است که آنها از مفاد همه قوانین مربوطه در

33. *Armadora Occidental S. A. v. Horace Mann Insurance Co.* [1977] 1 W. L. R. 520.

34. *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1984] A. C. 50, 71.

در این پرونده لرد ویلبرفورس با استدلال اینکه نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را بیمه نامه دریایی با قانون انگلستان دارد، نظر داد که قانون انگلستان حاکم بر بیمه نامه دریایی است و این همان نتیجه ای بود که لرد دیبلوک و سایر قضات دادگاه عالی (مجلس اعیان) انگلستان با استدلال اینکه با انتخاب فرم بیمه نامه لویدز، طرفین قصد داشته اند قانون انگلستان حاکم بر بیمه نامه باشد، بدان رسیده بودند.

35. *Dacey and Morris, The Conflict of Laws*, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993, p. 1190.

36. *Ibid.*

حدی که در زمان انعقاد قرارداد قابل حصول بوده آگاه بوده اند. براساس این نظریه وجود قاعده نزدیکترین ارتباط غیرضروری و بی فایده می باشد.<sup>۳۷</sup>

به هر صورت، در صورت فقدان قصد و اراده صریح طرفین نسبت به قانون حاکم، دادگاه ابتدا بنا بر نظریه ذهنی<sup>۳۸</sup> به کشف اراده واقعی طرفین خواهد پرداخت. برای این منظور شرایط و مفاد قرارداد و اوضاع و احوال (عوامل دلالت کننده بر قصد) تعیین کننده هستند و براساس آن در واقع قصد طرفین مشخص خواهد گردید.<sup>۳۹</sup> پس از این مرحله چنانچه قصد و اراده طرفین را نتوان یافت بنا بر نظریه عینی<sup>۴۰</sup> دادگاه به معیار نزدیکترین ارتباط متوسل خواهد شد.<sup>۴۱</sup> در سیستم حقوقی انگلستان، از بین قوانین مطرح برای حاکم بودن بر قرارداد، فرض خواهد شد که طرفین قانونی را به طور ضمنی انتخاب کرده اند که قرارداد را صحیح و معتبر می داند و نه آن که قرارداد را بی اعتبار و باطل می گرداند.<sup>۴۲</sup> به عبارت دیگر عامل اعتبار یک دلالت محسوب خواهد شد بر این که طرفین این قانون را ترجیح می داده اند تا قانون دیگری که قرارداد را معتبر نمی داند.<sup>۴۳</sup> البته در

37. P. A. Stone, *The Proper Law of a Marine Insurance Policy* [1984] 3 L. M. C. L. Q, 438 at pp. 441 - 442.

38. Subjective.

39. R. v. *International Trustee* [1937] A. C. 500.

40. Objective.

۴۱. چنانچه در قراردادی نه انتخاب قانون تصریح شده و نه انتخاب ضمنی وجود داشته باشد، دادگاه انگلستان ملزم می باشد که با اعمال محک عینی برای تعیین قانون مناسب قرارداد، سیستم حقوقی که نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را با قرارداد دارد جستجو نماید.

\*. Rule of Validation (*Lex validatis*)

برای مطالعه بیشتر درخصوص این قاعده مراجعه شود به:

Ehrenzweig, *Conflict of Laws*, 1962, p. 458.

\*\**. Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering NV* [1972]2 QB 34 at 44.

42. D. Lasok and P.A. Stone, *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, 1987. p. 359.

سالهای اخیر دادگاههای انگلیس این عامل را کمتر در نظر گرفته اند.<sup>۴۳</sup> عهدنامه ها و اسناد بین المللی نیز مانند سیستمهای حقوقی ملی به گونه ای در کنار پذیرش انتخاب صریح طرفین، انتخاب ضمنی آنها را هم پذیرفته اند. مثلاً عهدنامه ۱۹۸۰ رم در ماده (۱) ۳ مقرر می دارد که: «انتخاب باید تصریح شده باشد یا با اطمینان معقول به وسیله شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه احراز گردد». این عبارات تقریباً مشابه همان عباراتی است که در بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ فدرال سویس و ماده ۴ قانون ۲۷ می ۱۹۸۸ فنلاند به کار گرفته شده است. همین طور در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه (ماده (۱) ۷) و در عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی (ماده ۷)، از عباراتی گرچه متفاوت با عهدنامه رم استفاده شده است اما همان قاعده عهدنامه رم را بیان می کنند.<sup>۴۴</sup>

عبارت به کار گرفته شده در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا، در ماده ۲، کمی متفاوت است با آنچه در

43. *ibid*; see also e.g. *Sayers v. International Drilling Co. NV*. [1971] 3 All ER. 163.

۴۴. عبارت ماده (۱) ۳ عهدنامه رم چنین است:

"The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case..."

عبارت بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون فدرال سوئیس چنین است:

"The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances..."

«انتخاب قانون باید صریح باشد یا به وضوح از شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال آشکار گردد...».

عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه چنین است:

The parties agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety..."

«توافق طرفین در خصوص این انتخاب باید صریح باشد یا از شرایط قرارداد و رفتار طرفین، بطور کلی، به وضوح آشکار گردد...».

عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی چنین است:

"The parties agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the clauses of the contract, considered on a whole..."

«توافق طرفین در خصوص این انتخاب باید صریح باشد، یا در موردی که توافق صریحی وجود ندارد، باید از بندهای قرارداد، بطور کلی، آشکار گردد...».

عهدنامه‌های قبلی ذکر گردیده است. در این ماده مقرر می‌گردد که یا باید قانون حاکم به طور صریح در قرارداد پیش بینی شده باشد یا به گونه‌ای بدون ابهام از شرایط (مقررات) قرارداد نتیجه شود.<sup>۴۵</sup> همان طور که قبلاً بیان گردید، قاعده پذیرفته شده در خصوص انتخاب ضمنی قانون در ماده (۱) ۳ عهدنامه رم این است که انتخابی ضمنی محسوب خواهد شد که دادگاه بتواند با «اطمینان معقول» از شرایط قرارداد و یا از اوضاع و احوال قضیه بدان برسد. در حالی که براساس ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه، قانونی انتخابش ضمنی محسوب خواهد شد که دادگاه بتواند «بدون هیچ ابهام» از شرایط (مقررات) قرارداد بدان برسد. تفاوت این دو قاعده در آن است که به موجب عهدنامه ۱۹۸۰ رم ممکن است علاوه بر شرایط قرارداد، از اوضاع و احوال قضیه<sup>۴۶</sup> نیز به انتخاب ضمنی طرفین رسید، در حالی که در عهدنامه ۱۹۹۵ لاهه چنین امکانی وجود ندارد. لذا مثلاً چنانچه شرطی در قرارداد موجود باشد که صلاحیت قضایی یک کشور خاص را مقرر کند، به موجب عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه این شرط تنها یک عنصر تقویت کننده وجود انتخاب قانون بدون ابهام

۴۵. ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه مقرر می‌دارد: «بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که توسط طرفین قرارداد تعیین شده است. این تعیین باید مندرج در یک بند صریح باشد و یا بدون هیچ تردیدی (بدون هیچ ابهامی) از شرایط قرارداد نتیجه شود...».

Article 2 - A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the Contracting parties.

Such designation must be contained in an express clause, or unambiguously result from the provisions of the contract ...

۴۶. در گزارش جولیانو-لاگارد از عهدنامه ۱۹۸۰ رم چند مثال از اوضاع و احوال آورده شده است که می‌توانند حاکی از انتخاب ضمنی قانون (قصد برداشت شده *inferred intention*) توسط طرفین باشند، مثل وضعیتی که قراردادی روی فرمهای استاندارد استناداری باشد که شناخته شده‌اند که باید تحت حاکمیت قانون خاصی باشند. مثال دیگر وضعیت جریان معاملات قبلی طرفین است که قراردادهای مربوط به آنها تحت حاکمیت قانون خاص بوده، اکنون فرض خواهد شد که آنها قصد داشته‌اند همین قانون، حاکم بر قرارداد جدید آنها که فاقد قانون حاکم تصریح شده است، باشد. همچنین در بعضی موارد انتخاب مقرر دادرسی یا داوری به منزله وضعیتی محسوب خواهد شد که دلالت بر انتخاب قانون آن محل (انتخاب ضمنی) برای حاکمیت بر قرارداد دارد، *Guiliano - Lagard Report, P. 17*. توضیحات بیشتر در این خصوص را در صفحات قبل، در آغاز این قسمت، ببینید.

محسوب خواهد شد و نه معادل یک انتخاب قانون که تحت عهدنامه ۱۹۸۰ رم متحمل است.<sup>۴۷</sup> به علاوه بدیهی است که فرمول عهدنامه رم گسترده تر و انعطاف پذیرتر از فرمول عهدنامه لاهه می باشد، بدین گونه که «اطمینان معقول» مقرر در عهدنامه رم نه تنها می تواند از مفاد قرارداد حاصل شود بلکه از «اوضاع و احوال» مربوطه هم قابل حصول است. دیگر این که حالت «اطمینان معقول» به اندازه «بدون هیچ ابهام» از قوت و شدت برخوردار نیست. بنابراین در عهدنامه ۱۹۸۰ رم تا حدی به قصد فرضی طرفین توجه شده است و اجازه داده می شود که دادگاهها تصمیم بگیرند که آیا در پرتو تمامی اوضاع و احوال، طرفین یک انتخاب اصیل داشته اند یا نه، در حالی که در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه این موضوع جایی ندارد. البته به نظر می رسد عبارت «اوضاع و احوال قضیه» در ماده (۱) ۳ عهدنامه رم اشاره دارد بر وقایع مقدم یا همزمان با انعقاد قرارداد و اوضاع و احوال بعد از انعقاد قرارداد را در بر نمی گیرد. به هر حال اظهار نظر می شود که در عهدنامه رم در ارتباط با انتخاب ضمنی، حتماً باید یک انتخاب «واقعی» قانون توسط طرفین صورت گرفته باشد و لذا دادگاه مجاز نیست که یک انتخاب قانونی را که طرفین ممکن بود می داشتند، استنباط یا برداشت نماید، زیرا قصد واضحی از طرفین در این خصوص وجود ندارد و در یک چنین صورتی راه حل عهدنامه در ماده ۴ مقرر شده است.<sup>۴۸</sup>

## قسمت دوم

### تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین

#### (انتخاب فرضی، استنباطی یا تلویحی (inferred choice))

در باره مواردی که طرفین در خصوص قانون حاکم بر قراردادشان چیزی

47. Guiliano - Lagard, ibid.

48. Ibid.



نگفته اند و نمی توان اراده آنها را در این خصوص احراز نمود یعنی نه بند انتخاب قانون در قرارداد آنها وجود دارد و نه شرایط و مفاد قرارداد و اوضاع و احوال دلالت بر قصد آنها می کند، دو نظریه وجود دارد، یک نظریه سخت و غیر قابل انعطاف که یکبار و برای همیشه مقرر می نماید که برای هر نوع قراردادی یک عامل ارتباط و تعیین کننده وجود دارد. نظریه دیگر این است که باید در هر مورد یک بررسی آزادانه برای یافتن مناسب ترین قانون به عمل آید. یک تئوری یا راه حل وسط هم می تواند این باشد که برای مصالحه بین دو هدف متضاد، امنیت حقوقی از یک طرف و عدالت در هر موردی خاص از طرف دیگر اماره ها یا دلالت کننده هایی را برای تعیین قانون حاکم (مانند نزدیکترین ارتباط) ارائه داد. البته این تئوری معمولاً به عنوان مکمل یا تعدیل کننده نظریه دوم، مطرح می شود.<sup>۴۹</sup> بنابراین سیستمهای حقوقی مختلف برای حل مسأله قانون حاکم در فقدان انتخاب صریح و ضمنی طرفین، با اتخاذ یکی از این نظریات یا ترکیبی از آنها روش یکسانی برای تعیین قانون حاکم ندارند.<sup>۵۰</sup> لذا، کلاً می توان راه حلهای پیش بینی شده در این سیستمها را در یکی از این دو طریق که در زیر به شرح آنها پرداخته می شود یافت.

### ۱. روش انعطاف پذیر یا اختیار دادگاه

در این روش، برعهده دادگاه است تا در پرتو تمامی اوضاع و احوال مربوط به قضیه، قانون حاکم را از طرف طرفین انتخاب و بر قرارداد (دعوا) اعمال نماید. به عبارت دیگر این وظیفه دادگاه است که در صورت فقدان انتخاب، مشخص نماید قانون قابل اعمال چیست. دادگاهها تلاش خواهند کرد تا قصد و منظور فرضی

49. Choice of law: Rules or Approach, Cornell L. Rev. (1972) 57, p. 315; F. Vischer, the Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the field of Contracts, 142 Recueil (1974, II), p. 330, 384; Elastische AnKnüpfungsmomente für das Internationale vertrags und Deliktsrecht, 27 RIW (1981), p. 359.

۵۰. برای بررسی تطبیقی موضوع مراجعه شود به:

Rabel, The Conflict of laws, A Comparative Study, II, 2 nd ed., Ann Arbor, 1960, pp. 432 - 486.

طرفین را بیابند یعنی بیابند که اگر طرفین تصمیم گرفته بودند که یک بند انتخاب قانون در قراردادشان داشته باشند، چه قانونی را در آن قید می کردند.

در این حالت گفته می شود که گرچه طرفین قانون حاکم را صریحاً یا ضمناً انتخاب نکرده اند اما قطعاً، بر این اساس که هر قراردادی باید یک پایگاه قانونی داشته باشد و نمی تواند در خلأ باشد، این قصد را داشته اند که یک قانون خاصی بر قراردادشان حاکم باشد و حتی ممکن است اوضاع و احوال یا شواهدی بر این مبنا وجود داشته باشد که طرفین قصد انتخاب قانون را هم داشته اند اما مثلاً به توافق نرسیده اند و آن را مسکوت گذاشته اند. بنابراین دادگاه استنباط (فرض) می کند که قانونی را که خود بدان رسیده همان انتخاب طرفین است. یعنی گرچه دادگاه قانون را انتخاب و برای طرفین تعیین می نماید، این انتخاب را از طرف طرفین به عمل می آورد، دادگاه نظر خود را به عنوان قصد طرفین به آنها اسناد می دهد و به گونه ای عمل می کند که گویا براساس قاعده ای که آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم را اجازه می دهد عمل می کند. برای این منظور قاضی دادگاه خود را در موقعیت طرفین فرض می کند و با توجه به منافع کامل آنان و براساس این سؤال که چنانچه طرفین به عنوان افراد معقول و متعارف می خواستند قانون حاکم را در زمانی که قرارداد را منعقد می کردند انتخاب کنند چه قانونی را انتخاب می کردند، قانونی را برگزیده و آن را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اعمال می نماید.

به عنوان مثال، در سیستم حقوقی انگلستان چنانچه قراردادی فاقد انتخاب صریح یا ضمنی قانون مناسب باشد، قانون قابل اعمال یا قانون مناسب قرارداد سیستم حقوقی خواهد بود که قرارداد با آن نزدیک ترین و واقعی ترین ارتباط را دارد. در این حالت قاضی درصدد احراز قصد واقعی طرفین قرارداد نیست زیرا چنین قصدی وجود ندارد. بلکه درصدد برمی آید تا برای طرفین معین نماید به عنوان افرادی متعارف و منطقی اگر در زمان انعقاد قرارداد درخصوص قانون مناسب فکر می کردند، چه قانونی را تعیین می کردند. در حقیقت قصدی را به آنها

اسناد می‌دهد.<sup>۵۱</sup> دکترین نزدیک‌ترین ارتباط اولین بار در رویه قضایی انگلستان در پرونده *Bonython v. Common Welth of Australia*<sup>۵۲</sup> مطرح گردیده است. از آثار این دکترین این بوده است که دادگاه را از رفتن به سراغ عوامل سنتی ارتباط مطرح در کشورهای قاره اروپا مانند محل انعقاد (locus conclusionis) یا محل اجرا (locus executionis)، به عنوان عوامل انحصاری و ثابت منع نموده است.<sup>۵۳</sup> در این سیستم، دادگاه باید تمامی اوضاع و احوال و عوامل مربوط به قرارداد را مورد بررسی قرار دهد، تنها به استناد یک عامل نمی‌تواند قانونی که نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد مشخص و به عنوان قانون حاکم بر قرارداد براساس آن عمل نماید. عواملی نظیر، محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، محل اقامت یا تجارت طرفین، ماهیت و موضوع قرارداد، زبان و ترمینولوژی به کار گرفته شده در قرارداد، فرم به کار گرفته شده برای قرارداد، انتخاب محل اقامه دعوی (دادگاه دادگستری یا دیوان داوری)، شخصیت طرفین، ماهیت موضوع قرارداد، مورد ملاحظه و بررسی دقیق قرار خواهد گرفت.<sup>۵۴</sup> به هر حال برداشت قانون مناسب از عوامل مورد بررسی نمی‌تواند قطعی و انحصاری باشد و همیشه با هر برداشت مخالفی که ممکن است از سایر مقررات قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه شود، در معرض رد و انکار می‌باشد.<sup>۵۵</sup> مثلاً وجود بند (شرط) صلاحیت دادگاه در قرارداد در فقدان انتخاب صریح قانون می‌تواند

51. *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society* [1938] A. C. 224 at p. 240.

52. [1951] A. C. 201.

۵۳. برای بررسی بیشتر دیده شود:

Morse, *Comparative Study of the Rules of Conflict of Laws in the Field of Contracts in: The Influence of the European Communities Upon Private International Law of the Member States*, (ed. f. Rigaux) (1981), pp. 141 - 189.

54. Clive M. Schmitthoff, *the English Conflict of Laws*, (3rd ed., 1954), pp. 110 - 111; Dicey and Morris, *the Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 769.

55. *ibid.*, at pp. 584, 587 to 591, 596 to 600.

یک دلالت مهم بر قانون مناسب قرارداد به طور کلی باشد، اما این شرط تنها ارزش یک اماره را دارد و گرچه عامل ارتباطی مهمی است، ممکن است با استفاده از سایر عوامل قرارداد بی اثر شود.<sup>۵۶</sup>

در سیستم حقوقی فرانسه، در فقدان انتخاب قانون (در فرانسه بین ارادهٔ ضمنی و فرضی طرفین فرقی گذاشته نمی شود) دادگاهها درصدد یافتن دلالت‌هایی برخوانند آمد که بتواند نشان دهند که قرارداد در یک کشور خاصی قرار دارد. این محلی کردن قرارداد گاهی مواقع ذهنی و معادل تمایل و قصد احتمالی طرفین است که در این صورت باید آن تمایل بیان شده باشد، و بعضی مواقع عینی و معادل کشوری است که قرارداد با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد.<sup>۵۷</sup> دادگاه عالی فرانسه در پروندهٔ *Soc. Jansen v. Soc. Heurtey*<sup>۵۸</sup> طریقهٔ عینی را در تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین پذیرفت و آن را قانون کشوری که اجرای شاخص قرارداد در آنجا انجام می شود دانست. دادگاه قانون این کشور را در واقع قانون کشوری که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد محسوب نمود.<sup>۵۹</sup> همین قاعده در پاراگراف دوم ماده ۲۳۱۲ پیش نویس قانون فرانسه به کار رفته است. این نظریه محلی را که قرارداد با آن ارتباط نزدیک دارد، با توجه به زمینه و جنبه های اقتصادی قرارداد، تعیین می کند.<sup>۶۰</sup>

در سیستم حقوقی آلمان نیز راه حل یافتن قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین عمدتاً براساس جستجو برای یافتن اشاره ها یا دلالت‌هاست که بتوانند ارادهٔ فرضی طرفین را<sup>۶۱</sup> با توجه به منافع مطرح در هر مورد خاص نشان دهند. اگر این

56. See case of *Compagnie Tunisienne*, supra.

57. *Batiffol and Lagard, Droit International Privé*, (2 vol.), Six edition, Paris 1974 - 1976, II Nos 572 et seq, pp. 236 et seq.

58. *Rev. crit.* 1955, p. 330.

59. *Ibid.*

60. *Batiffol and Lagard*, supra, No. 576, pp. 229.

61. "hypothetischer partewill".

روش نتیجه ندهد براساس رویه قضایی آلمان قانون قابل اعمال قانون کشور محل اجرای هریک از تعهدات ناشی از قرارداد تعیین می شود.<sup>۶۳</sup>

## ۲. روش غیر قابل انعطاف یا حکم قانون

در این روش، قواعد تعارض قانون ملی یا عهدنامه بین المللی قانون حاکم بر قرارداد در فقدان انتخاب طرفین را خود مستقیماً مشخص می کنند و در واقع آن قانون به طرفین تحمیل می گردد. اهمیت این روش در آن است که در برخی موارد که هیچ نشانه یا بهانه ای درباره یافتن قصد طرفین وجود ندارد، تعیین قانون حاکم با مشکلی روبرو نخواهد بود زیرا قانون خود این وظیفه را برعهده گرفته و قواعدی را برای تعیین قانون حاکم مقرر نموده است. در سیستمهای حقوقی که این روش را برگزیده اند در واقع اجازه داده نمی شود در جایی که طرفین قصد روشن و واضحی از انتخاب قانون ندارند، دادگاه انتخاب قانونی که طرفین ممکن بود می داشتند برداشت کند.<sup>۶۴</sup> گرچه در این روش قانون حاکم قانون منتخب طرفین نیست و آنها هیچ انتخابی را به عمل نیاورده اند، اما فرض می شود که آنها با عدم انتخاب خود، تلویحاً حکم قانون یا عهدنامه را که تعیین کننده قانون حاکم است، پذیرفته اند. در این حالت، قانون یا عهدنامه تصریح دارد بر این که مثلاً چنانچه قانون حاکم به صراحت یا ضمنی توسط طرفین انتخاب نشده باشد قانون معینی برقرارداد حاکم خواهد بود. بعضاً هم قوانین داخلی یا عهدنامه های بین المللی مقرراتی را پیش بینی می کنند که مبین طریقی هستند که در فقدان انتخاب طرفین به یافتن قانون حاکم خواهد انجامید.

سیستم حقوقی شوروی (سابق) (ماده ۱۲۶ اصول قانون مدنی) و سیستم حقوقی ایران (ماده ۹۶۸ ق.م) و سیستم حقوقی کویت (ماده ۵۹ قانون تعارض

62. BGH, 14 April 1953, in IPRspr., 1952 - 53, No 40, pp 151 et seq.

۶۳. مثلاً عهدنامه رم در ماده ۳ چنین اجازه ای را به دادگاه نمی دهد و در ماده (۴) راه حلی را برای این گونه موارد ارائه می دهد.

قوانین) مقرر می‌دارند که در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشور محل انعقاد، قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود. یا سیستم حقوقی آلمان همان‌گونه که قبلاً بیان گردید نهایتاً این قانون را قانون محل اجرای تعهد می‌داند و سیستم حقوقی ایتالیا نیز قایل به اجرای قانون محل انعقاد می‌باشد.

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا در موردی که طرفین قانون قابل اعمال را تعیین نکرده‌اند، در ماده ۳ اشاره به قانون یکی از طرفین می‌نماید و بیان می‌دارد که: «اگر هیچ قانونی، توسط طرفین به موجب شرایط مقرر شده در ماده قبلی، قابل اعمال اعلام نگردد، بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که فروشنده در آنجا در هنگامی که سفارش را دریافت می‌کند، سکونت عادی دارد. اگر سفارش به وسیله یک مؤسسه فروشنده دریافت شود، بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که مؤسسه در آن مستقر است. مع هذا بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که خریدار در آنجا سکونت عادی دارد، یا در آنجا مؤسسه ای دارد که سفارش خرید را داده است، چنانچه سفارش در آن کشور دریافت شده باشد، اعم از این که توسط فروشنده یا توسط نماینده، کارگزار، یا سفرکننده تجاری وی دریافت شده باشد. بیعی که به طریق مبادله یا در یک حراج عمومی صورت گرفته باشد، تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که مبادله در آنجا واقع شده یا حراج در آنجا صورت گرفته است.»<sup>۶۴</sup> همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد به موجب این ماده از عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه، در فقدان انتخاب قانون در قرارداد بیع، به روش غیرقابل انعطاف قانون محل سکونت عادی فروشنده، یا در بعضی موارد، قانون محل

64. Article 3. " In default of a law declared applicable by the parties under the conditions provided in the preceding article, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is received by an establishment of the vendor, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the establishment is situated.

سکونت عادی خریدار اعمال خواهد گردید. به عنوان دلیل وضع این قاعده، گفته شده است که قانون محل سکونت عادی فروشنده یا خریدار به سادگی قابل تعیین است و در بسیاری موارد مطمئن و ثابت و یکنواخت می باشد. اینها خصوصیات هستند که در قانون محل انعقاد و اجرا وجود ندارد.<sup>۶۵</sup>

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا نیز در تعیین قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب طرفین، روش غیر قابل انعطاف پذیرفته شده در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه را با تغییر محل سکونت عادی فروشنده و خریدار به محل کسب یا تجارت (place of business) فروشنده و خریدار به کار گرفته است.<sup>۶۶</sup> اما علاوه بر این، قاعده جدیدی<sup>۶۷</sup> در این عهدنامه وجود دارد که باعث تمایز آن با عهدنامه ۱۹۵۵ می شود و آن را در ردیف سیستمهایی قرار می دهد که انعطاف پذیر محسوب می شوند. بموجب این قاعده جدید، این امکان وجود خواهد داشت که قانون کشوری که ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد، به عنوان قانون حاکم، بر قرارداد بیع اعمال گردد.<sup>۶۸</sup>

### ۳. روش پذیرفته شده جدید در سیستمهای حقوقی

روش پذیرفته شده جدید در سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه های

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order, if the order has been received in such country, whether by the vendor or by his representative, agent or commercial traveller.

In case of a sale at an exchange or at a public auction, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the exchange is situated or the auction takes place.

65. Doc. La Hay 7. Sess. 26.

۶۶. ماده ۸.

۶۷. ماده (۳) ۸.

۶۸. توضیحات بیشتر در این خصوص را در قسمت بعد ببینید.

بین المللی روشی قابل انعطاف است. در این سیستمها قانون حاکم در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین قانون کشوری است که ارتباط قطعی و اصلی با قرارداد دارد و یافتن این قانون در اختیار دادگاه است که باید در هر مورد به طور خاص و به طریق مناسب آن را بیابد. در میان این گروه از سیستمهای حقوقی بعضی به گونه ای کلی قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط را بدون تعیین مصداق یا معیاری برای آن، حاکم بر قرارداد دانسته اند، و دسته ای خود مستقیماً نسبت به برخی موارد مبادرت به تعیین و تحدید قانون نزدیکترین ارتباط نموده و یا معیارهایی را برای این منظور قرار داده اند. در واقع دادگاههای سیستمهای حقوقی دسته اخیر دارای نوعی محدودیت اختیار نسبت به دادگاههای دسته اول هستند، زیرا آنها برای اعمال قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد، اصولاً باید در چارچوب موارد تعیین شده یا معیارهای مقرر شده قانون حاکم را بیابند.

قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۸۷ سویس در ماده ۱۱۷، در بند ۱ در فقدان قانون منتخب طرفین، قانون نزدیکترین ارتباط را مطرح می کند و در بند ۲ قانون کشور اقامتگاه مجری تعهد شاخص<sup>۶</sup> را قانون نزدیکترین ارتباط

۶۹. در قراردادهایی که تعهدات مختلف مطرح می باشد و هریک از طرفین باید تعهدی خاص را انجام دهد، یکی از این تعهدات سرآمد و مهمتر از سایر تعهدات است. آن را تعهد شاخص و اجرای آن را اجرای شاخص گویند. یک مفسر قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس می گوید: «اجرای شاخص اجرای طرفی است که اصولاً ملزم به انجام چیزهایی غیر از پرداخت پول می باشد».

Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold, Switzerland's Private International Law Statute, 1987, Kluwer, 1989, p. 114.

دکترین اجرای شاخص از لحاظ تاریخی بر می گردد به حقوق کشور سویس که در آنجا این دکترین توسط دادگاهها به وجود آمد و در واقع برای جایگزین نمودن دکترین Scission آلمان که قبلاً در سویس از آن تبعیت می شد ایجاد شد.

D. Lasok and P. A. Stone: Conflict of laws in the European Community, Professional Books limited, 1987. P. 362.; d'oliviera, Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention, 25 American Journal of Comparative Law, 1977, P. 303; Vischer, "Internationales Vertragsrecht, pp. 89 - 144.



می‌داند.<sup>۷۰</sup> سپس در بند ۳ لیستی از تعهدات شاخص را به عنوان نمونه (لیست تمثیلی و نه حصری) برای هدایت بهتر و صریح‌تر دادگاه ارائه می‌نماید. این قانون در ماده ۱۱۹، قانون حاکم بر اموال غیر منقول را قانون محل وقوع می‌داند و در ضمن انتخاب طرفین را هم می‌پذیرد؛ در ماده ۱۲۰، قانون حاکم بر قراردادهای خاصی از مصرف‌کننده را قانون محل اقامتگاه مصرف‌کننده می‌داند و قانون منتخب طرفین را نمی‌پذیرد. قانون حاکم بر قراردادهای استخدامی به موجب ماده (۱) ۱۲۱، قانون محل عادی انجام کار مستخدم می‌باشد و قانون حاکم بر اموال معنوی را در ماده ۱۲۲، قانون کشوری می‌داند که انتقال‌دهنده در آنجا اقامتگاه عادی دارد. دادگاه می‌تواند این اماره‌ها و مثالها را به موجب ماده (۱) ۱۵ همین قانون نادیده بگیرد.<sup>۷۱</sup> براساس بند ۱ و بند ۲ ماده ۱۵<sup>۷۲</sup> قاضی می‌تواند از هر قاعده تعارض [مذکور در آن قانون] که متکی بر استقلال اراده<sup>۷۳</sup> نباشد عدول کند. در واقع ماده ۱۵ قانون سویس به قاضی اجازه می‌دهد که هرگاه موردی را بیابد که قاعده تعارض معمولی (قانون مشخص شده توسط قانون مربوط به حقوق بین‌الملل

بعدها این دکترین در حقوق فرانسه نیز به کار گرفته شده است. به عنوان نمونه در یک تصمیم دادگاه فرانسوی در ۲۷ ژانویه ۱۹۵۵ اعمال این دکترین مشاهده می‌شود:

Soc. Jansen v. Soc. Heurtey.; Rev. Crit. (1955) 330; see at p. 19.

70. Article 117. 1. 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.

2. It is presumed that the closest connection exists with the state in which the party who must perform the characteristic obligation is habitually resident or, if the contract was concluded in the exercise of a professional or commercial activity where such party has his place of business.

71. Mc Caffrey: The Swiss Draft Conflicts Law, "(1980) 28, Am. Jo. Comp. Law, 235, p. 2500.

72. Article 15. 1. "The law designated by this code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all the circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law.

2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties".

73. party Autonomy.

خصوصی سوئیس) را نتوان منطقاً بر آن اعمال نمود و انتخابی از طرفین هم وجود نداشته باشد، قانونی که قرارداد با آن ارتباط نزدیکتری دارد اعمال نماید. بنابراین قاضی باید یک قاعده خاص برای هر مورد تعیین کند و این اختیار در واقع براساس همان تکلیفی است که برای او برحسب ماده (۲) ۱ قانون مدنی سوئیس وجود دارد. این مقرر قاضی را مکلف می کند در جایی که قاعده ای برای قضیه مطروحه پیدا نمی کند به عنوان یک قانونگذار عمل کند.<sup>۷۴</sup>

قانون ۱۹۷۸ اتریش در خصوص حقوق بین الملل خصوصی نیز در اولین ماده خود به طور عام بیان می دارد رابطه های حقوق خصوصی دارای ارتباط خارجی در فقدان انتخاب قانون حاکم «براساس قواعد [سیستم] حقوقی که با آن قوی ترین ارتباط وجود دارد ارزیابی خواهد شد».<sup>۷۵</sup> این قانون سپس به طور خاص در مواد مربوط به قراردادهای، مقرر می دارد که در قراردادهای وام (قرض) قانون کشور محل سکونت وام دهنده و در قراردادهای تجاری قانون محل تجارت فروشنده و در قراردادهای بانکی قانون محل کار بانکدار و در قراردادهای بیمه ای قانون محل کار بیمه گر حاکم خواهد بود.

عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در ماده ۴ مقرر می دارد: «۱. درحدی که قانون قابل اعمال بر قرارداد، طبق ماده ۳ انتخاب نشده باشد، قرارداد تحت حاکمیت قانون کشوری خواهد بود که با آن نزدیکترین ارتباط را دارد. ۲. ضمن رعایت مقررات پاراگراف ۵ این ماده، فرض

۷۴. قسمتی از ماده ۱ بدین شرح است:

"The code governs all questions of law which come within the letter or the spirit of any of its provisions. If the code does not furnish an applicable provision, the judge shall decide in accordance with customary law, and failing that, according to the rule which he would establish as legislators". - A. E. von Overbeck, Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code, (1976 - 1977) 37 Louisiana Law. Review, p. 682.

75. "Factual situations with foreign contacts shall be judged, in regard to private law, according to legal order to which the strongest connection exists".

منبع ترجمه انگلیسی: 28 American Journal of Comparative Law, 1980, p. 222 می باشد.

خواهد شد که قرارداد نزدیکترین ارتباط را با کشوری دارد که محل سکونت عادی طرفی که قرار است اجرایی را که شاخص قرارداد است انجام دهد، در زمان انعقاد قرارداد در آنجا است، یا در مورد مؤسسه ثبت شده یا ثبت نشده، مرکز اداره امور آن در آنجاست...». به موجب پاراگراف ۳ این ماده فرض خواهد شد که قراردادی که موضوع آن حقی در اموال غیر منقول است نزدیکترین ارتباط را با کشور محل وقوع آن مال غیر منقول دارد و پاراگراف ۴ همین ماده بیان می‌دارد که با شرایطی فرض خواهد شد که قرارداد حمل کالا نزدیکترین ارتباط را با کشوری دارد که مرکز اصلی حرفه حمل کننده در آنجاست. آنچه که در پاراگراف‌های ۲ و ۳ و ۴ مطرح می‌شود فروض یا اماره‌هایی هستند که به نظر می‌رسد قابل انعطاف بودن اصل کلی تشبیت شده توسط پاراگراف ۱ ماده ۴ را به طور قابل ملاحظه‌ای تعدیل می‌نمایند. به هر صورت به موجب پاراگراف ۵ ماده ۴ این احتمال وجود دارد که اماره‌های ذکر شده در بندهای ۲ و ۳ و ۴ ماده ۴ عهدنامه نادیده گرفته شوند. این پاراگراف چنین مقرر می‌دارد: «پاراگراف ۲، اعمال نخواهد گردید چنانچه اجرای شاخص را نتوان تعیین نمود، و اماره‌های پاراگراف ۲ و ۳ و ۴ نادیده گرفته خواهند شد چنانچه از اوضاع و احوال به طور کلی نمایان شود که قرارداد ارتباط نزدیکتر با کشوری دیگر دارد...». قابل ذکر است که این پاراگراف از ماده ۴، فقط قراردادهای مذکور در ماده ۴ را در بر می‌گیرد. بنابراین از مجموعه ماده ۴ این نتیجه حاصل می‌شود که در خصوص همه قراردادهای غیر از آنهایی که مربوط به حمل کالا یا غیر منقولها می‌شود، این اماره وجود دارد که قرارداد بیشترین ارتباط را با کشوری دارد که طرفی که قرار است اجرایی شاخص قرارداد را انجام دهد در آنجا سکونت عادی دارد، یا در مورد یک شرکت ثبت شده یا ثبت نشده مرکز اداره امور آن در آنجاست، اما این اماره تاب دلیل مخالف را دارد و قابل رد می‌باشد.

76. Article 4. (5): paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance can not be determined, and the presumptions in paragraph 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.



مقرر می‌دارد: «دادگاه همه عناصر عینی قرارداد را در تعیین قانون کشوری که قرارداد با آن نزدیکترین ارتباط را دارد در نظر خواهد گرفت. همچنین دادگاه اصول کلی حقوق تجارت بین الملل به رسمیت شناخته شده توسط سازمانهای بین المللی را در نظر خواهد گرفت...»<sup>۷۹</sup>

در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا، قانون حاکم بر قرارداد بیع در فقدان انتخاب قانون توسط طرفین، گرچه همان گونه که قبلاً بیان گردید، قانون کشور محل تجارت فروشنده<sup>۸۰</sup> و با شرایطی، قانون کشور محل تجارت خریدار خواهد بود<sup>۸۱</sup> اما قانونی نیز که قرارداد با آن ارتباط نزدیکتری دارد گرچه آن قانون، قانون کشور محل تجارت فروشنده یا خریدار هم نباشد، اعمال خواهد گردید. پاراگراف (۳) ماده ۸ این عهدنامه چنین مقرر می‌دارد: (۳) «از باب استثناء، در جایی که، در پرتو اوضاع و احوال به طور کلی، به عنوان نمونه هرگونه روابط تجاری بین طرفین، قرارداد آشکارا ارتباط نزدیکتری با قانونی دارد که آن قانونی نیست که به طور دیگر، بموجب پاراگرافهای ۱ و ۲ از این ماده قابل اعمال بر قرارداد باشد، آن قرارداد تحت حاکمیت آن قانون دیگر می‌باشد»<sup>۸۲</sup>.

۷۹. متن انگلیسی قسمت مربوطه از ماده ۹ عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای امریکایی چنین است:  
 "If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.  
 The court will take in to account all objective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take in to account the general principles of international commercial law recognized by international organizations ....".

۸۰. پاراگراف (۱) ماده ۸.

۸۱. پاراگراف (۲) ماده ۸.

82. Article 8 (3): "By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law".

همان گونه که از مقررات فوق الذکر برمی آید، قاعده رایج در قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیع این است که قانون حاکم اصولاً قانون کشور فروشنده می باشد. حتی بر اساس عهدنامه ۱۹۸۰ رم، در قراردادهای بیع کالا، گفته می شود قانون کشور اقامتگاه طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد قانون کشور فروشنده می باشد، زیرا در این قراردادها فرض بر آن است که فروشنده مجری شاخص قرارداد است.<sup>۸۳</sup> یعنی گرچه قاعده عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه به طریق غیر قابل انعطافی قانون محل سکونت عادی فروشنده را مقرر می کند و توسط بسیاری از کشورها قابل پذیرفتن نیست، و گرچه در کشورهای اروپایی بیشتر مرکز نقل قرارداد مورد نظر است و به همین دلیل عهدنامه ۱۹۸۰ رم با قاعده قانون اقامتگاه مجری شاخص منعقد گردیده است، و گرچه عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه انعطاف پذیرتر از عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه اما پیچیده تر از عهدنامه ۱۹۸۰ رم ظاهر می شود، همگی در عمل در قرارداد بیع، اشاره به یک قانون دارند و آن قانون کشور فروشنده است.<sup>۸۴</sup>

83. Guiliano - Lagard Report, P. 20.

۸۴. بدیهی است که قاعده حاکمیت قانون کشور فروشنده، خیلی ساده و واضح است، در حالی که قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط بی ثباتی و عدم اطمینان در بردارد. اما به هر صورت نتیجه ای که از این روش حاصل می شود متعارف و عادلانه تر است. در سیستم حقوقی انگلستان که سالهای طولانی است دکنترین نزدیکترین ارتباط را در خود جای داده، همانطور که قبلاً بیان گردید، قاعده این است که وقتی که قصد طرفین قرارداد در خصوص قانون حاکم بیان نشده است و نتوان آن را از اوضاع و احوال برداشت نمود، قرارداد تحت حاکمیت سیستم حقوقی کشوری خواهد بود که نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را با آن دارد. در این سیستم وقتی دادگاه محک نزدیکترین ارتباط را اعمال می نماید تمامی عوامل ارتباط دهنده قرارداد به کشورهای مختلف مثل محل انعقاد، محل اجرا، کشور خریدار، کشور فروشنده و امثال آن مورد بررسی قرار می دهد و سپس با توجه به تعداد و ارزش عوامل ارتباط دهنده، کشور دارای نزدیکترین ارتباط را مشخص می کند. در نتیجه با این روش ممکن است قانون کشور فروشنده قانون حاکم بر قرارداد شود، یا قانون دیگری.

See, Dicey & Morris, The Conflict of Laws, 10ed., Stevens & Sons, 1980.

## قسمت سوم

### تعیین قانون حاکم با انتخاب مرجع دادرسی (تأثیر انتخاب دادگاه در تعیین قانون حاکم)

حتی با انتخاب قانون حاکم توسط طرفین نمی توان مطمئن بود که همین قانون بر قرارداد اعمال خواهد شد. دادگاههای هر کشور قواعد حقوق بین الملل خصوصی (قواعد حل تعارض) مربوط به قراردادهای کشور خود را به کار خواهند گرفت تا اعتبار یا حدود اعمال قانون منتخب طرفین را بیابند. ممکن است قواعد آن کشور آزادی انتخاب برای طرفین قرارداد قایل نباشند یا محدودیتهای زیادی بر آن وارد نمایند. بنابراین طرفین قرارداد باید مراقب باشند که در صورت بروز دعوی دادگاه کدام کشور به دعوی آنها رسیدگی خواهد نمود. باید توجه داشت که حتی انتخاب دادگاه کشوری که آزادی وسیع اراده را هم پذیرفته باشد، همیشه نمی تواند مانع بروز مشکل در قانون منتخب طرفین باشد، زیرا ممکن است دادگاه مورد نظر یکی از طرفین، به عنوانی مانند دادگاه نامناسب<sup>۵</sup> دعوی را نپذیرد.

بدیهی است که انتخاب دادگاه کشوری خاص بدان جهت است که اقامه دعوی در آن دادگاه مزایایی برای انتخاب کننده یا انتخاب کنندگان دارد که در دادگاه دیگری وجود ندارد. برخی از این مزایا را می توان بشرح زیر برشمرد:

۱. خواهان ممکن است احساس کند که قضات یک دادگاه برای نوع دعوی او با تجربه تر می باشند یا دادخواهی در آن دادگاه سریع تر صورت می گیرد.

۵. *Forum non - conveniens* = به موجب این دکترین، دادگاهها به دلیل راحتی و نفع طرفین و این که با رد صلاحیت خود، عدالت در دادگاه دیگری بهتر اجرا خواهد شد، از پذیرفتن (اعمال) صلاحیت خود امتناع می نمایند و دعوی باید در مرجع مناسب خود اقامه شود. این دکترین توسط دادگاههای اسکاتلند در قرن نوزدهم میلادی توسعه یافت و با مقداری تعدیل در ایالات متحده آمریکا پذیرفته شد.

*Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U. S. 235, (1981).

در انگلستان نیز پرونده های بسیاری گزارش شده اند که نشان می دهند این دکترین به عنوان عامل مؤثری در صلاحیت دادگاههای انگلیس محسوب می شود.

*Dicey and Morris, The Conflict of Laws*, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993, P. 398 et seq.

۲. خواهان ممکن است آیین دادرسی یک دادگاه را بر دادگاه دیگر ترجیح دهد.
۳. ممکن است دو طرف ترجیح دهند که دادخواهی به یک زبان خاصی انجام شود.<sup>۸۶</sup>
۴. طرفین ممکن است دادخواهی در یک کشور را ارزان تر (کم هزینه) بدانند.
۵. امکان یا سهولت اجرای حکم صادره در یک کشور (در همان کشور یا کشور دیگر) باعث دادخواهی در آن کشور خواهد شد. اجرای حکم از اساسی ترین مسائل تصمیم به اقامه دعوی برای خواهان است. برای او اهمیت خاص دارد که بتواند حکم صادره را علیه خواننده در محلی که وی اموالی دارد یا به طریق دیگر تابع آن حوزه قضایی است اجرا کند.
۶. انتخاب دادگاه یک کشور ممکن است به لحاظ ترجیح قانون آن کشور بر کشور دیگر باشد.
- در خصوص مورد اخیر، سیستم حقوقی بعضی از کشورها به گونه ای است که چنانچه دعوی در دادگاههای آن کشور اقامه شود، کلاً یا با شرایطی قانون همان کشور اعمال خواهد شد. لذا انتخاب اقامه دعوی در آن کشور با اعمال قانون آن کشور همراه خواهد بود. بنابراین در جایی که خواهان معتقد است براساس قانون کشوری خاص به نفع وی تصمیم گیری خواهد شد، به وسیله انتخاب و اقامه دعوی در دادگاههای آن کشور مانع اجرای قانون دیگری که به نفع وی نیست خواهد شد. البته باید در نظر داشت که قاعده تاً همان گونه که قبلاً بیان گردید دادگاهها برای رسیدگی به دعوی با رجوع به قواعد حل تعارض خود قانون حاکم بر قضیه را مشخص خواهند کرد که ضرورتاً ممکن است قانون همان کشور نباشد. در این صورت خواهان باید برای این که قانون کشور خاصی بر قراردادش حاکم باشد

۸۶. در این صورت مشکلات عمده ای مانند هزینه ترجمه، نارسایی مفاهیم در ترجمه اصطلاحات حقوقی قوانین و هزینه استخدام حقوقدانان خارجی برای طرفین حل خواهد شد.



به جستجوی خود در خصوص دادگاهی که مطابق قواعد حل تعارض خود قانون آن کشور خاص را اعمال خواهد کرد، ادامه دهد.

پرسش‌های زیادی در خصوص انتخاب دادگاه مطرح است از قبیل این که آیا اصولاً طرفین قرارداد می‌توانند کشور (دادگاه) محل رسیدگی به دعوی احتمالی آینده خود را انتخاب کنند؟ و آیا توافق طرفین بر اقامه دعوی در کشوری مشخص، صلاحیت انحصاری به دادگاههای آن کشور اعطا می‌کند و صلاحیت دادگاههای کشورهای دیگر را که ممکن است در فقدان توافق طرفین صلاحیت داشته باشند، از بین می‌برد؟ پاسخ به این سؤالات بستگی به قواعد مربوط به صلاحیت دادگاههای کشور منتخب یا کشوری که در آن اقامه دعوی به عمل می‌آید دارد و در بعضی موارد قانون حاکم بر قرارداد نیز مؤثر در پاسخ خواهد بود، به این صورت که معین خواهد نمود که آیا کلاً چنین شرطی در قرارداد معتبر است یا خیر.<sup>۸۷</sup> اصطلاح «جستجوی دادگاه مناسب»<sup>۸۸</sup> در حقوق بین‌الملل خصوصی بعضی از سیستمهای حقوقی مثل امریکا و انگلستان، مبین این است که خواهان ممکن است و می‌تواند دادگاهی را بجای دادگاه دیگر به عنوان محلی که دعوی خود را در آنجا اقامه کند انتخاب نماید.<sup>۸۹</sup>

گرچه قاعده غالب در اکثر کشورها این است که قواعد مربوط به صلاحیت دادگاهها از قواعد آمره محسوب می‌شوند و نمی‌توان آن را به اراده طرفین واگذار نمود یعنی با توافق طرفین نه می‌توان از صلاحیت مقرر کاست و نه می‌توان بدان اضافه نمود، اما در بعضی از سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی در ارتباط با صلاحیت دادگاهها، اختیار انتخاب دادگاه به اصحاب دعوی یا خواهان

87. I. M. Farquharson, Choice of Forum Clauses - A Brief Survey of Anglo - American Law, International Lawyer, 8 [1979]; p. 82; Choice of Forum Clauses in International Contracts: What is Unjust and Unreasonable?, International Lawyer, 12 [1978], p. 780.

88. forum shopping.

89. See, Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 12 ed., Sweet and Maxwell, 1993, p. 419 et seq.

داده شده است و دادگاهی که بدین گونه صلاحیت پیدا می کند، معمولاً صلاحیتش انحصاری می باشد. مثلاً یکی از مواردی که باعث خواهد شد دادگاههای انگلستان دعوایی را که طرفین آن مقیم انگلستان نیستند و هیچ ارتباطی به انگلستان ندارد بپذیرند، انتخاب دادگاه آن کشور به وسیله طرفین است مگر خوانده خلاف آن را با دلایل قوی ثابت کند.<sup>۹۰</sup> قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۸۷ سوئیس در بند ۱ ماده ۵ به طرفین دعوی اجازه می دهد که دادگاهی را که مایلند به دعوی آنها رسیدگی کند انتخاب نمایند و اضافه می نماید که این دادگاه منتخب صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به آن دعوی را خواهد داشت.<sup>۹۱</sup> عهدنامه بروکسل در خصوص صلاحیت قضایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری که در تاریخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ بین دول عضو جامعه اقتصادی اروپا به اجرا درآمد<sup>۹۲</sup> به خواهان اختیار انتخاب از بین چند دادگاه را داده است. به عبارت دیگر چند دادگاه (دادگاه چند کشور) را برای یک موضوع صالح اعلام نموده و خواهان قادر است از بین آن دادگاهها، دادگاه یک کشور را انتخاب و در آنجا اقامه دعوی نماید.

۹۰ . RSC/ 1965, Ord. 11, r. 1 (1) (d) (iv) formerey, Ord. 11, r. 2. دادگاههای انگلستان براساس رویه ای سنتی ممکن است حتی صلاحیت در دعوایی علیه خوانده مقیم انگلستان را هم نپذیرند به دلیل اینکه طرفین قبلاً بر صلاحیت دادگاه کشور دیگر توافق کرده اند، مگر این که خواهان با دلایل قوی اثبات کند که اثر دادن به توافق آنها عادلانه نیست. D. Lasok and P. A Stone, supra, p. 268.

91. Article 5 - "1. The parties may agree on a venue for an existing or a future dispute concerning pecuniary claims arising from a specified legal relationship. The agreement may be made in writing, by telegram, telex, telecopier, or by any other means of communication which evidences the terms of the agreement by a telex. Unless stipulated otherwise, the court agreed upon shall have exclusive Jurisdiction....".

۹۲ . "Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters",

برای دیدن متن اولیه این عهدنامه و اصلاحیه های بعدی آن مراجعه شود به:

[1978] O. J. L 304/ 36; [1978] O. J. L 304/ 77; [1983] O. J. C 97/2

اکنون این عهدنامه توسط ۱۲ کشور عضو اتحادیه اقتصادی اروپا پذیرفته شده و در آن کشورها به اجرا درآمده است.

به عنوان نمونه در این عهدنامه در یک دعوی قراردادی، خواهان حق انتخاب صلاحیت بین دادگاههای حداقل چهار کشور را دارد.<sup>۱۳</sup> علاوه بر این در مواد مختلفی به صراحت توافق بر صلاحیت دادگاه (انتخاب دادگاه) توسط طرفین دعوی پذیرفته شده است.<sup>۱۴</sup> به موجب ماده ۱۷ این عهدنامه یک بند (شرط) انتخاب دادگاه یا دادگاههای کشورهای عضو توسط طرفینی که حداقل یکی از آنها مقیم در داخل اتحادیه اقتصادی اروپا باشد معتبر می باشد و دادگاه یا دادگاههای منتخب صلاحیت انحصاری خواهند داشت. این عهدنامه نه تنها اجازه انتخاب دادگاه را به طرفین می دهد بلکه به انتخاب آنها اثر انحصاری می بخشد. البته این انتخاب نباید مغایر حق انتخاب مقرر در ماده ۱۲ یا ۱۵ باشد. این دو ماده اخیر اجازه انتخاب دادگاه را به ترتیب در قراردادهای بیمه و مصرف کننده می دهند به شرط آن که، اجمالاً، این انتخاب نفع بیمه گزار و مصرف کننده را در بر داشته باشد. همچنین انتخاب نباید ناقض ماده ۱۶ که صلاحیت انحصاری را پیش بینی می کند باشد.<sup>۱۵</sup> به نظر غالب حقوقدانان کشورهای عضو عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل نتیجه

۹۳. دادگاههای کشور محل اقامت خوانده (بند اول ماده ۲): دادگاههای کشور محل اجرای تعهد مورد بحث (پاراگراف ۱ ماده ۵): دادگاههای کشوری که شعبه یا نمایندگی یا سایر مؤسسات در آنجا واقع هستند (پاراگراف ۵ ماده ۵): دادگاههای کشوری که هریک از خوانندگان متعدد در آنجا مقیم هستند (پاراگراف ۱ ماده ۶).

۹۴. مواد ۱۲، ۱۵ و ۱۷ عهدنامه دیده شوند.

۹۵. ماده ۱۷ عهدنامه عیناً چنین مقرر می دارد:

If the parties, one or more of whom is domiciled a Contracting State, have agreed that a court or the courts of a Contracting State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction. Such an agreement conferring jurisdiction shall be either in writing or evidenced in writing or, in international trade or commerce, in a form which accords with practices in that trade or commerce of which the parties are or ought to have been aware. Where such an agreement is concluded by parties, none of whom is domiciled in a Contracting State, the courts of other Contracting State; shall have no jurisdiction over their disputes unless the court or courts chosen have declined jurisdiction. →

مناسب از ماده ۱۷ این است که کشورهای عضو آزاد هستند که چنانچه طرفین قرارداد صلاحیت دادگاههای کشور غیر عضوی را انتخاب کرده باشند، از عمل به صلاحیت خود مثلاً به لحاظ این که کشور محل اقامتگاه خواننده دعوی هستند، امتناع نمایند،<sup>۹۶</sup> یعنی به انتخاب آنها گرچه انتخاب کشور غیر عضو است احترام گذارند. همچنین چنانچه خواننده مقیم اتحادیه نباشد کشورهای عضو مجاز خواهند بود مطابق ماده ۴ عهدنامه، به دادگاههای خود اجازه دهند صلاحیت را بپذیرند.<sup>۹۷</sup>

### نتیجه

مطالعه سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه ها و اسناد بین المللی که آزادی اراده را در تعیین قانون حاکم بر قرارداد (تعهدات قراردادی) پذیرفته اند حاکی است که آنها در این که بیان یا اعلام این اراده می تواند صریح باشد و به صورت بند (شرط)؛ انتخاب قانون در قرارداد درج گردد (انتخاب صریح)، یا ضمنی باشد به گونه ای که بتوان از شرایط قرارداد و اوضاع و احوال و بدون تردید بدان رسید (انتخاب ضمنی)، اتفاق نظر و وحدت و یکپارچگی شگرفی دارند. آنچه که جای

The court or courts of a Contracting State on which a trust instrument has conferred jurisdiction shall have exclusive jurisdiction in any proceedings brought against a settlor, trustee or beneficiary, if relations between these persons or their rights or obligations under the trust are involved.

Agreements or provisions of a trust instrument conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to the provisions of Articles 12 or 15, or if the courts whose jurisdiction they purport to exclude have exclusive jurisdiction by virtue of Article 16.

If an agreement conferring jurisdiction was concluded for the benefit of only one of the parties, that party shall retain the right to bring proceedings in any other court which has jurisdiction by virtue of this Convention.

96. D. Lasok and P. A. Stone, Conflict of Laws in the European Community, Professional Books Limited, 1987, PP. 267 - 8; Droz, Compétence Judiciaire, at paras 216 - 18.

97. Ibid.

اختلاف و تفرقه بین همین سیستمهای حقوقی است، چگونگی مشخص نمودن قانون حاکم در فقدان اراده یا فقدان انتخاب طرفین است. در این خصوص سیستمهای حقوقی یکی از دو راه را برگزیده اند، یا به طریق غیر قابل انعطافی خود مبادرت به تعیین قانون حاکم نموده اند مثلاً قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون کشور محل اقامت فروشنده را حاکم بر قرارداد قرار داده اند یا به طریق انعطاف پذیری بر عهده دادگاه گذاشته اند تا قانون کشوری که قرارداد با آن نزدیکترین ارتباط را دارد، یافته و بر قرارداد اعمال نماید. در حالت اخیر نیز سیستمهای حقوقی دو گونه عمل کرده اند، پاره ای از کشورها برای یافتن قانون نزدیکترین ارتباط اماره‌هایی را مشخص کرده اند مثل قانون اقامتگاه مجری شاخص یا اقامتگاه حمل کننده کالا یا اقامتگاه بیمه گر، که این روش خود به طور قابل ملاحظه ای از انعطاف پذیری اصل نزدیکترین ارتباط می‌کاهد و پاره ای دیگر دست دادگاهها را باز گذاشته اند تا بدون اماره از قبل تعیین شده قانون حاکم را بیابند.

به نظر می‌رسد به طور کلی کشورهای مختلف همان گونه که بر اساس سیاستهای خاص و بنا بر منافع و مصالح جامعه خود اصل آزادی یا استقلال اراده در تعیین قانون حاکم را در قالب قوانین ملی یا عضویت در عهدنامه‌های بین‌المللی پذیرفته اند بنا بر همین سیاستها نیز در جایی که اراده طرفین بیان نگردیده (چه صریح و چه ضمنی) تکلیف قانون حاکم را با پذیرش یکی از طرق بالا تعیین نموده اند.

به هر صورت برای کاهش عدم اطمینان و بی‌ثباتی در تعیین قانون حاکم که در صورت فقدان انتخاب ممکن است ایجاد شود، شایسته تر خواهد بود که طرفین قراردادها خود قانون حاکم را به صورت صریح انتخاب نمایند و در نظر هم داشته باشند که کشور محل اقامه دعوی می‌تواند اثر تعیین کننده بر قانون حاکم داشته باشد. امروزه پذیرش اختیار طرفین دعوی یا خواهان دعوی (در دعاوی خاص) در انتخاب محکمه صلاحیت دار به شکل یک اصل در حال جای گرفتن در سیستمهای حقوقی می‌باشد، لذا طرفین دعوی باید توجه داشته باشند که ضمن

این که ممکن است اقامه دعوی در دادگاههای کشوری خاص منافع و مزایایی برای آنها داشته باشد، از طرف دیگر ممکن است قانون حاکم منتخب آنها را بی اثر نماید و یا خود تعیین کننده قانون حاکم باشد. حتی در صورت وجود اختیار انتخاب دادگاه، طرفین یا خواهان باید واقف باشند که با انتخاب دادگاهی خاص هنوز نمی توانند مطمئن باشند که قانون مورد نظر آنها به دعویشان راه یافته است زیرا ممکن است دادگاه مزبور در مورد آن دعوی قبول صلاحیت ننماید.