رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی، شماره ۶ ، جلد اول ، تابستان ۱۳۹۵، ص ۳۷۷-۳۶۹

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

مجله علمی رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی (سال دوم)
شماره ۶ ، جلد اول ، تابستان ۱۳۹۵، ص ۳۷۷-۳۶۹

قانون حاکم بر قرارداد اصلی داوری تجاری بین‌المللی

مریم فاضل ملاسرائی [۱]، سید محمد اسدی نژاد [۲]

[۱] دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

[۲] استادیار حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

مریم فاضل ملاسرائی

maryam.fazel.mollasarye@gmail.com

چکیده

قرارداد اصلی داوری مستقل از قرارداد تجاری است. قراردادها و تعهدات ناشی از آن در اکثر نظام های حقوقی تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می شود. اگر اراده طرفین قرارداد در مورد قانون صلاحیتدار اعلام نشده باشد می توان قانون حاکم بر قرارداد را بر اساس یکی از دو راه حال زیر تعیین نمود. نخستین راه حل آن است که بگوییم چون طرفین قرارداد از اختیار خود استفاده نکرده و قانون صلاحیتدار را تعیین نکرده اند قراردادشان الزاماً تابع قانونی خواهد بود که از پیش تعیین شده است چنانکه قانون محل انعقاد عقد در مورد قرارداد حمل و نقل یا قانون محل اجرای عقد در مورد قرارداد کار لازم الاجرا تلقی شود. راه حل دیگر آن است که قاضی در مقام تعیین قانون صلاحیتدار اراده متعاقدین را ترجیح داده و با توجه به قراین و اماراتی که حاکی از اراده ضمنی متعاملین است قانون صلاحیتدار را تعیین نماید

واژه‌های کلیدی: حاکمیت اراده، قرارداد اصلی، محل عقد ، امارات.

رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی، شماره ۶ ، جلد اول ، تابستان ۱۳۹۵، ص ۳۷۷-۳۶۹

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

مقدمه

کمتر اتفاق می‌افتد که متعاقدین برای شرط داوری یا موافقت‌نامه داوری قانون مستقل و جدا از قانون ماهیت قرارداد تعیین کنند. امروزه به‌صورت اجماع، همه قبول دارند که قرارداد داوری مستقل از قرارداد تجاری است. حتی اگر شرط داوری خود به‌صورت‌بندی از قرارداد اصلی است؛ بنابراین قرارداد داوری تابع نظم قانونی خود است که متفاوت از قواعد حقوقی حاکم بر قرارداد اصلی است. اعتقاد کلی بر این است که وجود مقرره‌ای از انتخاب قانون حاکم بر اختلافات ماهوی لزوماً نمی‌تواند بر قرارداد داوری هم حاکم باشد. پس قرارداد داوری تابع کدام قانون است؟

راه حل متفاوتی در سوابق قضایی کشورهای مختلف وجود دارد. نظر غالب و مشهور آن است که لزومی ندارد که شرط داوری تابع قانون ملی معین باشد، کافی است برای انعقاد شرط مذکور متعاقدین اراده سالم و خلاق داشته باشند. این‌گونه طرز تفکر به غیرملی کردن حقوق خصوصی می‌انجامد. در قواعد داوری راجع به شرط داوری مطلبی گفته نمی‌شود. عمده بحث در مورد قانون یا قواعد حقوقی است که حسب عملکرد سنتی بر اختلافات ماهوی حکومت می‌کند. قانون حاکم بر شرط داوری راجع به صحت تشکیل و اعتبار آن مقرره‌ای خواهد داشت. اشکالی ندارد که قانون حاکم بر شرط داوری همان قانون باشد که بر اختلافات قرارداد تجاری حاکم است. طرفین قرارداد هنگام تنظیم شرط داوری یا موافقت‌نامه می‌توانند قانون مستقل جدا از قانون حاکم بر ماهیت اختلافات برای شرط داوری معین نمایند.

تعیین قانون حاکم بر قراردادها

قراردادها و تعهدات ناشی از آن در اکثر نظام های حقوقی تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می شود. این قانون را اصطلاحاً قانون منظور طرفین می نامند. برای مطالعه اجمالی تعارض قوانین در مورد قراردادها باید ابتدا مسئله تعیین قانون حاکم بر قرارداد را موردتوجه قرار دهیم و سپس قانون حاکم بر قرارداد را در حقوق ایران بررسی نماییم.

قانون ملی و قانون بازرگانی بین المللی

همان گونه که قبلاً اشاره شد قانونی مورد قبول جامعه جهانی برای مبادلات بازرگانی بین المللی وجود ندارد. در غیاب چنین قانونی برای تجارت بین المللی، قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی، معمولا، قانون یا قوانین ملی یک یا چند کشور در گیر در معاملات صادراتی می باشد.

قوانین ملی حاکم بر معاملات بازرگانی بین المللی به‌طور غیر قابل اجتنابی حاوی تفاوتها و اختلافاتی هستند که اغلب برای تجارت صادراتی محدودیتهایی به وجود می آورند. به همین دلیل تا به حال گامهایی در جهت ایجاد یک نظام حقوق تجارت بین الملل متحدالشکل برداشته شده است. مؤسسه بین المللی متحدالشکل کردن حقوق خصوصی همین طور کنفرانس لاهه ۱۹۲۵ و اخیراً «کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد» (آنسیترال) مهمترین سازمانهایی هستند که در راه این هدف فعالیت کرده اند. امید می رود هدف مزبور از طریق انعقاد کنوانسیونهای بین المللی که به‌موجب آن‌ها کشورهای تصویب کننده متعقد به گنجاندن قواعد متحدالشکل در قوانین داخلی خود باشند، تحقق یابد. کنوانسیونهای موجود شامل موارد زیر می گردند:

قانون بیع: کنوانسیون ملل متحد در خصوص قراردادهای فروش بین المللی کالا که در سال ۱۹۸۰ در وین به امضا رسید.

بارنامه: مقررات ۱۹۲۴ لاهه در مورد بارنامه، که در سال ۱۹۶۸ طبق پروتکل بروکسل اصلاح شد.

کنوانسیونهای ژنو در مورد متحدالشکل نمودن قانون مربوط به برات (۱۹۳۰) و مربوط به چک (۱۹۳۱).

در قلمرو نهادهای خصوصی، اتاق بازرگانی بین المللی واقع در پاریس به کوششهای خود جهت کمک به بازرگانان سراسر جهان، با تشویق آنان به درج داوطلبانه قواعد و عبارات مشترک در قراردادهایشان به منظور تسهیل معاملات تجاری ادامه می دهد. در میان موفقترین مقررات متحدالشکلی که این اتاق تنظیم کرده است می توان از «اینکوترمز» و «عرف و رویه متحدالشکل اعتبارات اسنادی» نام برد که در فصول پیشین به آن‌ها پرداخته شد(اشمیتوف،۱۳۸۷: ۲۰۲).

اصل حاکمیت اراده

چنانکه قبلاً هم بیان کردیم، بحث حاکمیت اراده در تعارض قوانین برای نخستین بار در قرن شانزدهم میلادی به وسیله شارل دومولن مطرح گردید. دومولن نظر خود را به این صورت اظهار نمود که «چون قرارداد مخلوق اراده طرفین قرارداد است و درواقع نوعی محدودیت ارادی حقوق متعاملین می باشد، لذا منطق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند» باید توجه داشت که اصل حاکمیت اراده به دو جزء تقسیم می شود: نخست آنکه طرفین قراداد حق‌دارند

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند و دیگر آنکه هرگاه قانون صلاحیتدار را صریحاً انتخاب نکرده باشند باید دید ضمناً صلاحیت قانون خاصی را قبول کرده اند یا نه و به عبارت دیگر باید «اراده ضمنی» آن‌ها را جستجو کرد.

نظریه حاکمیت اراده هم از لحاظ عملی و هم از لحاظ نظری مورد انتقاد واقع شده است:

انتقاد عملی: می گویند دادن حق انتخاب قانون صلاحیتدار به طرفین قرارداد تقلب نسبت به قانون را تسهیل می کند چه برای طرفین قرارداد آسان خواهد بود که برای فرار از مقررات قانونی که حقاً باید بر قراداد حکومت نماید درباره صلاحیت قانون دیگری توافق نمایند. دومین انتقادی که از نظریه حاکمیت اراده شده آن است که این نظریه منجر به عدم اطمینان می گردد زیرا در اغلب موارد طرفین قانون صلاحیتدار را تعیین نمی کنند و معلوم نیست در چنین مواردی چگونه می توان با کنجکاوی در باب اراده ضمنی آنان قانون موردنظرشان را تعیین کرد چه یافتن قصد آنان (بر فرض که چنین قصد مشترکی وجود داشته باشد) جنبه قطعی ندارد و ممکن است منجر به نتایج خودسرانه گردد.

انتقاد نظری

می گویند اعمال نظریه حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد منجر به دور منطقی می شود زیرا قانون است که شرایط صحت قرارداد را تعیین می کند و به اراده طرفین اعتبار می بخشد و اگر قرار باشد اراده که خود مخلوق قانون است تعیین کننده قانون شود و بدان هستی بخشد مواجهه با دور منطقی اجتناب ناپذیر خواهد شد.

به عقیده مخالفان حاکمیت اراده، قانون است که باید تعیین کند چه قانونی بر روابط طرفین قرارداد باید حکومت کند و نه اراده آنان. علت الزام آور بودن قرارداد آن است که قانون به آن ضمانت اجرا می دهد و از آنجا که توافق در مورد قانون صلاحیتدار تابع هیچ قانونی نیست (چون حسب فرض تنها قانون لازم الاجرا نسبت به روابط متعاقدین قانونی است که خود انتخاب کرده اند،) لذا این توافق حسب تعریف فاقد جنبه الزامی خواهد بود. به علاوه، هرگاه طرفین حق داشته باشند در مورد اجرای قانون صلاحیتدار خود تصمیم بگیرند آن قانون قدرت و اعتبار خود را از دست خواهد داد. بنابراین باید قانون حاکم بر قرارداد را به‌طور امری تعیین نمود و فقط در زمینه قوانین تفسیری است که برای طرفین قرارداد باید حق انتخاب را پذیرفت.

طرفداران نظریه حاکیمت اراده به این انتقادها پاسخ داده و نقش اراده را به‌طور مشخص مورد تجزیه و تحلیل قرار داده اند. به نظر ایشان، همان گونه که ساوینیی هم قبلاً بیان کرده بود، در حقیقت قانون قابل اجرا توسط طرفین قرارداد تعیین نمی شود بلکه به وسیله قاضی تعیین می گردد النهایه قاضی در این امر اراده متعاملین را موردتوجه قرار می دهد. به گفته پروفسور با تیفول طرفین قرارداد حتی زمانی که صریحاً قانون صلاحیتدار را تعیین می کنند واقعاً در مقام انتخاب قانون نیستند بلکه صرفاً مرکز ثقل یا پایگاه قراداد خود را مشخص می کنند و دادگاه بعداً قانون صلاحیتدار را حسب راهنمایی طرفین قرارداد تعیین می کند. مثلاً در یک بیع بین المللی که عناصر آن در کشورهای مختلف واقع شده است (چنانکه محل انعقاد قرارداد فرانسه، محل تحویل کالای موضوع قرارداد انگلیس و محل پرداخت قیمت سوئیس باشد) باید دید کدام یک از این عناصر دارای اهمیت اساسی است. در اینجا مسئله اصلی تعیین پایگاه قرارداد است و قاضی بر اساس تعیین پایگاه قرارداد قانون صلاحیتدار را تعیین می کند. به این ترتیب، هم ترتیب و اعتبار قانون رعایت می شود و هم جنبه الزامی بودن توافق طرفین قرارداد تأمین می گردد. بر اساس این طرز تفکر، توافق صریح متعاملین در مورد قانون صلاحیتدار یک عامل تعیین پایگاه قرارداد است ولی البته تنها عامل نیست و عوامل دیگری هم وجود دارد که آن عوامل نیز دارای اهمیت هستند.

آخرین دلیلی که به نفع نظریه حاکمیت اراده آورده اند آن است که این نظریه مورد قبول اغلب حقوقدانان قرارگرفته و به تدریج در حقوق کشورهای مختلف (حقوق انگلوساکسون و همچنین حقوق کشورهای اروپایی: قانون مدنی ایتالیا، قانون مدنی یونان، رویه قضایی آلمان و رویه قضایی سوئیس) وارد شده است.

البته باید توجه داشت که قبول نظریه حاکمیت اراده مشکلات ناشی از اعمال آن را حل نمی کند. مشکل اساسی این است که هرگاه متعاقدین ضمن قرارداد اراده خود را در مورد قانون صلاحیتدار اعلام نکرده باشند قصد مشترک آنان را چگونه می توان تعیین کرد. مشکل دیگری که وجود دارد عبارت از تعیین حدود اراده طرفین قرارداد است (اسکینی،۱۳۶۹: ۳۵).

قابلیت اجرای قواعد امری

در حالی که اساساً موافقت‌نامه تابع قانونی است که طرفین صریحاً انتخاب می کنند، با این وجود باید در نظر داشت که برخی قواعد حقوق عمومی تمام کشورهای درگیر نیز ممکن است قابل‌اعمال باشد. حقوق عمومی را می توان به‌عنوان مجموعه ای از قواعد حقوقی و رویه های اداری توصیف کرد که برای حفظ منافع عمومی دولت ذیربط، چار چوب معاملات صادراتی و وارداتی را به وجود می آورند. در نتیجه، حقوق عمومی کشور صادر کننده (مقررات صادرات و ارز، قوانین و مقررات مالیاتی وغیره) و حقوق عمومی کشور وارد کننده (مقررات واردات، ارز و گمرک، مالیاتهای برگشتی و هزینه های دیگر، مقررات مربوط به بی خطر بودن محصولات، استندارد های بهداشتی و غیره) و حقوق عمومی هر کشور ترانزیتی (مقررات مربوط به تأییدیه ها و دیگر مدارک و اسناد مربوط به ترانزیت کالا، مقررات مربوط به

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

اقدامات ایمنی برای حمل کالاهای خطرناک و غیره) می توانند بدون توجه به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین، در معملات صادراتی قابل‌اعمال باشند.

امارت مشخص تعیین قانون صلاحیتدار

اگر اراده طرفین قرارداد در مورد قانون صلاحیتدار اعلام نشده باشد می توان قانون حاکم بر قرارداد را بر اساس یکی از دو راه حال زیر تعیین نمود. نخستین راه حل آن است که بگوییم چون طرفین قرارداد از اختیار خود استفاده نکرده و قانون صلاحیتدار را تعیین نکرده اند قراردادشان الزاماً تابع قانونی خواهد بود که از پیش تعیین شده است چنانکه قانون محل انعقاد عقد در مورد قرارداد حمل و نقل یا قانون محل اجرای عقد در مورد قرارداد کار لازم الاجرا تلقی شود. راه حل دیگر آن است که قاضی در مقام تعیین قانون صلاحیتدار اراده متعاقدین را ترجیح داده و با توجه به قراین و اماراتی که حاکی از اراده ضمنی متعاملین است قانون صلاحیتدار را تعیین نماید. در بین قراین و امارات مشخص تعیین قانون صلاحیتدار محل انعقاد و محل اجرای عقد بیش از همه قابل توجه بوده و درواقع دو قطب قرارداد را تشکیل می دهند. (مورد پذیرش قرارداد ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه در مورد بیع المللی اشیای منقول)

محل انعقاد عقد

محل انعقاد عقد به‌عنوان یک عامل مشخص ارتباط از قدیم الایام موردتوجه بوده و بر اساس آن قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می کرده اند. شاید دلیل توجه خاص به این عامل ارتباط و قبول صلاحیت قانون محل انعقاد عقد این بوده است که اصولاً طبق قاعده عرفی معروف حقوق بین الملل خصوصی اسناد از لحاظ طرز تنظیم در همه کشورها تابع قانون محل تنظیم خود تلقی شده اند (ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران) و طبیعی است که حکومت قانون محل انعقاد قرارداد قاضی را از وظیفه شاق تفکیک مسائل شکلی و ماهوی رهایی می دهد و حکومت قانون واحدی را بر قرارداد امکان پذیر می سازد. (نیکبخت،۱۳۸۶: ۱۱۵) معذلک این عامل ارتباط از دو لحاظ مورد انتقاد واقع شده است یکی از لحاظ جنبه تصادفی بودن آن و دیگری از لحاظ مشکلات مربوط به تعیین محل انعقاد عقد (در مورد عقد غایبین) زیرا قوانین کشورهای مختلف در خصوص زمان انعقاد عقد درقراردادهای مکاتبه ای با یکدیگر تفاوت دارند. در بعضی کشورها (در نظام حقوق انگلیسی _ آمریکایی) قرارداد به محض پست کردن قبولی (پذیرش) منعقد شده تلفنی می گردد در حالی که در بعضی کشورهای دیگر (در نظام حقوق نوشته) انعقاد عقد را موکول به وصول قبولی به محل اقامت ایجاب کننده (پیشنهاد کننده) دانسته و یا حتی احتیاط را بیشتر کرده و قرارداد را زمانی منعقد شده تلقی می کنند که ایجاب کننده از قبولی قابل مطلع شده باشد. بدین ترتیب محل انعقاد عقد بسته به تشخیص زمان انعقاد عقد بوده و قاعدتاً باید این نکته فرعی بررسی شود که برای روشن کردن محل انعقاد عقد چه راه حلی را باید انتخاب کرد (به ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران توجه شود)

محل اجرای عقد

ساوینیی نخستین حقوقدانی است که محل اجرای عقد را پایگاه و مرکز ثقل قرارداد دانسته و آن را بر محل انعقاد عقد ترجیح داده است. به نظر او ارتباط قرارداد با قانون محل انعقاد یک ارتباط تصادفی است و حال آنکه ارتباط قرارداد با عرف و قانون محل اجرا جنبه طبیعی دارد زیرا متعاملین در طرح ریزی رابطه حقوقی خود بیش از هر چیز به امکانات اجرای قرارداد توجه دارند و لذا قانون محل اجرا به اغلب احتمال موردنظر متعاملین می باشد.(خزاعی،۱۳۷۸: ۲۵۴، سیفی، ۱۳۷۷: ۴۸)

بر این عامل ارتباط نیز انتقادهایی وارده شده است. می گویند تعیین محل اجرای واحدی برای قراردادها در تجارت بین المللی اساساً میسر نیست زیرا حتی در یک قرارداد معمولی بیع بین المللی محل اجرای تعقدات خریدار و تعهدات متقابل فروشنده لااقل در دو کشور مختلف است. به علاوه، محل اجرای بعضی قراردادها را از پیش نمی توان معلوم نمود مثلاً قرارداد بیمه خسارت اتومبیل محل اجرای معینی ندارد زیرا محل اجرای آن وقتی معلوم می شود که خسارتی به اتومبیل وارد شده باشد.

سایر امارت

به هر حال در مورد ارزش محل انعقاد و محل اجرای قرارداد نباید مبالغه شود و قاضی باید علاوه بر این دو عامل ارتباط به اوضاع و احوال و امارت دیگری هم در تعیین قانون صلاحیتدار می تواند مورد استفاده واقع شود توجه نماید. مهمترین امارتی که می توان احصا نمود به شرح زیر است:

- ✓ اقامتگاه متعاملین
- ✓ تابعیت متعاملین
- ✓ محل وقوع مال غیر منقول (در مورد قراردادهای مربوط به اموال غیر منقول)
- ✓ زبان قرارداد
- ✓ قبول داوری در کشور معین یا توافق در مورد صلاحیت محاکم کشور خاص
- ✓ واحد پول مقرر در قرارداد

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

- ✓ محل وقوع مورد وثیقه یا موضوع رهن.
- ✓ اشاره به مقررات قانونی یا مصطلاحات حقوقی یک کشور
- ✓ اقامتگاه طرفی که طرح قرارداد را تهیه کرده است.

نکته ای که در اینجا باید موردتوجه قرار گیرد آن است که در بررسی قراین مشخص تعیین قانون صلاحیتدار تقارن چندین عامل در یک کشور می تواند باعث ترجیح قانون آن کشور گردد. النها یه باید متوجه باشیم که در این زمینه بیشتر مسئله سنجش عوامل مطرح است تا مسئله شمارش آن‌ها و هر عاملی نیز با توجه به نوع قرارداد باید مورد سنجش واقع شود. مثلاً در مورد قراردادهای مربوط به اموال غیر منقول یا حقوق عینی محل وقوع مال غیر منقول در تعیین قانون صلاحیتدار نقش تعیین کننده ای خواهد داشت. همچنین است در مورد قراردادهای به هم پیوسته مانند قرارداد رهن غیر منقول که قانون محل وقوع غیر منقول منطقاً نسبت به قرارداد وام نیز سرایت پیدا خواهد کرد مگر اینکه خلاف آن در قرارداد تصریح گردد.

تعیین حدود اراده متعاملین

اگرچه حق متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار حاکم بر قرارداد مورد تردید نمی باشد ولیکن حدود اعمال این اختیار محل بحث است. مسئله اراده اعلام شده و حدود آن را می توان به‌صورت زیر مطرح کرد: حدود اختیار متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار چه اندازه است؟ آیا اختیار طرفین قرارداد محدود به انتخاب قانون صلاحیتدار است و پس از این انتخاب تمام مقررات قانون صلاحیتدار به ایشان تحمیل می گردد؟ آیا متعاملین می توانند قسمتی از مقررات قابل‌اعمال را نگه داشته و بقیه آن را رد نمایند و یا احتمالاً از چند قانون استفاده کنند و آیا می توانند تصمیمی بگیرند که قراردادشان به تنهایی برای ایجاد حقوق و تعهدات متقابل کافی باشد، بدون اینکه هیچ قانونی تکیه گاه آن نباشد؟

مطابق یک طرز تفکر آزاد منشانه که قایل به استقلال اراده است متعاملین چنین اختیاری را دارا هستند. انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مثل انتخاب سایر شرایط قرارداد (مثل شروط ضمن العقد) است و در چنین حالتی قانون درواقع به‌صورت یکی از شروط ضمن العقد در می آید و به اصطلاح در قرار ادغام می گردد. این طرز تفکر از جانب مخالفان نظریه حاکمیت اراده شدیداً مورد انتقاد واقع شده است. می گویند هرگاه شروط مندرج در قرارداد ناقص یا مبهم باشند قواعد مربوط به تفسیر قرارداد را چگونه باید جستجو نمود؟ آیا استقلال اراده متعاملین باید به اندازه ای باشد که به میل خود از رعایت احکام آمره یا ناهیه یک قانون احتراز کنند؟ بدون شک اختیار متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نمی تواند نامحدود باشد. ذیلاً بعضی از محدودیت هایی را که بر حق متعاملین در انتخاب قانون صلاحیتدار وارد شده است مورد اشاره قرار می دهیم.

نخستین محدودیتی که بر حق انتخاب متعاملین وارد کرده اند عبارت از لزوم ارتباط بین قانون مورد توافق و قرارداد مربوط است، بدین معنی که متعاملین باید قانونی را انتخاب کنند که با قراردادشان ارتباط و وابستگی لازم داشته باشد. مثلاً اگر قراردادی بین دو نفر فرانسوی در بلژیک منعقد شود و طرفین توافق نمایند که کالای مورد معامله در آلمان تحویل و قیمت آن در فرانسه پرداخت گردد چنین قراردادی فقط می تواند تابع حقوق بلژیک یا حقوق آلمان باشد یا حقوق فرانسه باشد. این محدودیت که به وسیله دادگاه های انگلیس و آمریکا و همچنین دادگاه فدرال سوئیسی بدیهی تلقی شده است هیچ گاه توسط دیوان تمیز فرانسه صریحاً مورد تأیید قرار نگرفته است.

دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۵ دسامبر ۱۹۱۰ قایل است. به اینکه طرفین قرارداد حق‌دارند قسمتی از مقررات یک قانون را انتخاب و قسمت دیگر آن را رها کنند، ولی تا آنجا پیش نرفته است که اجازه دهد قرارداد به تنهایی برای ایجاد حقوق و تعهدات متعاملین کافی باشد و تابع هیچ قانونی نباشد بلکه بالعکس، در این رأی چنین اظهار نظر شده است که: «هر قرارداد بین المللی الزاماً تابع قانون به‌خصوصی خواهد بود.» این محدودیت همان محدودیتی است که نی بوایه نیز بدان اشاره نموده و برای بیان آن می گوید قرارداد لامحاله در قلمرو قانون به‌خصوصی ایجاد می شود و متعاملین حق ندارند با توافق یکدیگر از قواعد امری این قانون اجتناب ناپذیر تخلف کنند.(جنیدی،۱۳۷۶: ۱۹۸)

علاوه بر آنچه گفته شد، در فرانسه هرگاه قراردادی در این کشور منعقد گردد و محل اجرای آن نیز در فرانسه باشد توافق متعاملین در مورد صلاحیت قانون خارجی به علت تقلب در انتخاب قانون صلاحیتدار مورد استناد واقع می شود، زیرا دادگاه ها همیشه این اختیار را برای خود محفوظ می دانند که هرگاه قانون خارجی بر خلاف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری کنند و این اختیار تحدیدی است بر حاکمیت اراده و حق متعالمین در تعیین قانون صلاحیتدار حاکم بر قرارداد.

قانون حاکم بر قرارداد در حقوق ایران

از مطالبی که به‌طور کلی درباره تعیین قانون حاکم بر قرار داد گفته شد معلوم گردید که با وجود اختلاف نظر حقوقدانان هنوز هم تبعیت از اصل حاکمیت اراده با قیود و شرایط خاصی موردتوجه می باشد و ظاهراً نمی توان حق متعاملین را در تعیین قانون صلاحیتدار

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

مورد تردید قرار داد. البته باید متوجه باشیم که قانون منظور طرفین نمی توانند بر تمام مسائل مربوط به قرارداد حکومت کند، زیرا بعضی از موضوعات یک قرارداد مانند اهلیت متعاقدین الزاماً تابع قانون صالحیتدار دیگری است که قانونگذار معین کرده است.

ضمناً باید این نکته را نیز اضافه کنیم که منطقاً امری یا اختیاری بودن قاعده حل تعارض (قانون بین المللی) فرع بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی (قانون داخلی) مربوطه است. توضیح آنکه چون در هر نظام حقوقی قوانین به امری و اختیاری تقسیم می شوند لذا قاعده تعارضی نیز که برای هر یک از دسته های روابط حقوقی وضع شده است از جهت امری یا اختیاری بودن باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. مثلاً چون قوانین مربوط به اهلیت افراد جزء قوانین امری است قاعده تعارضی نیز که اهلیت را مشمول قانون دولت متبوع افراد می داند یک قاعده امری است و لذا بیگانگان نمی توانند توافق نمایند که اهلیت آنان تابع قانون ایران باشد. بر عکس چون مقررات قانون مدنی ایران در باب تعهدات ناشی از عقد بیع اساساً جنبه اختیاری دارد قاعده تعارضی نیز که تعهدات ناشی از عقد بیع اساساً جنبه اختیاری دارد قاعده تعارضی نیز که تعقدات قراردادی را فی المثل تابع قانون محل انعقاد عقد می داند منطقاً باید یک قاعده اختیاری تلقی شود و لذا می توان قایل شد به اینکه متعاملین می تواند توافق نمایند که تعهدات ناشی از عقد بیع آنان تابع قانون ایران باشد، ولی اینکه عقد در خارج از ایران منعقد شده باشد. (جنیدی،۱۳۷۶:۱۱۲). بنابراین، اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی در باب تعهدات قراردادی باید موردتوجه قرار گیرد.

حال با توجه به توضیحاتی درباره اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی داده شد باید قانون حاکم بر ایجاد قرارداد و قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به‌طور خلاصه مورد بررسی قرار دهیم.

قانون حاکم بر ایجاد قرارداد

مطابق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است ...» چنانکه ملاحظه می شود قانون مدنی ایران قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقود را معین کرده، ولیکن درمورد قانون حاکم بر ایجاد قرارداد و تکوین شرایط اساسی قرارداد مطلبی ذکر نکرده است. در این مورد باید طبق اصل مندرج در ماده ۵ قانون مدنی ایران (اصل سرزمینی بودن قوانین) اصولاً قانون ایران را صلاحیتدار بدانیم مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد. به عبارت دیگر، قانون ایران به‌عنوان قانون محل انعقاد عقد نسبت به شرایط ایجاد عقد حکومت خواهد کرد.

البته باید یادآور شویم که قاعده اعمال قانون محل انعقاد نسبت به شرایط انعقاد قرارداد استثنائاتی دارد که باید موردتوجه قرار گیرد. نخستین استثنا مربوط به تشخیص اهلیت متعاملین است زیرا چنانکه قبلاً گفتیم اهلیت متعاملین به‌موجب ماده ۷ قانون مدنی تابع قانون دولت متبوع ایشان است، ولی ماده ۹۶۲ همیت قانون در بعضی موارد از این اصل عدول نموده و صلاحیت قانون دولت متبوع تبعه خارجه را نپذیرفته است. به‌موجب این ماده «تشخیص اهلیت هرکس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت او خواهد بود. معذلک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده یا اهلیت ناقصی داشته است، آن شخص برای انجام آن عمل واحد اهلیت محسوب خواهد شد د رصورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد. حکم اخیر نسبت به اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده ویا مربوط به نقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران می باشد شامل نخواهد بود. چنانکه می دانیم هدف از وضع این قاعده برقراری ثبات در معاملات واقعه در ایران و حفظ حقوق اتباع ایران است (الماسی،۱۳۸۲: ۲۱۲).

نکته دیگری که در مورد حکومت قانون محل انعقاد نسبت به شرایط انعقاد قرارداد قابل ذکر است مربوط به مشروعیت برای معامله می باشد. درمورد مشروعیت برای معامله اگرچه قانون مدنی ایران صراحتاً قانون محل اجرای قرارداد را صلاحیتدار نشناخته است ولی این عدم تصریح موضوع در قانون مدنی مشکل به وجود نمی آورد زیرا این مسئله بدیهی بوده و احتیاج به تصریح نداشته است. البته باید توجه داشت که در مورد مشروعیت برای معامله باید هم قانون ایران (به‌عنوان قانون کشور محل انعقاد قرارداد) رعایت گردد. در مورد اعمال قانون ایران نسبت به موضوع مشروعیت برای معامله می توان به اصل درون مرزی (ماده ۵ قانون مدنی ایران) و در مورد اعمال قانون کشور محل اجرای قرارداد به قاعده نظم عمومی در کشور خارجی استناد کرد، زیرا موضوع قرارداد منعقده در ایران حتی اگر از لحاظ قانون ایران مشروع باشد در صورتی در کشور خارجی قابل اجرا خواهد بود که بر خلاف نظم عمومی آن کشور نباشد.

قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران درمورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مقرر می دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» به نظر می رسد که این ماده که متضمن یکی از قواعد شناخته شده حقوق بین الملل است از حقوق بین الملل خصوصی فرانسه اقتباس شده است، زیرا به‌موجب یک قاعده قدیمی تعارض قوانین فرانسه قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر اینکه متعاقدین آن را تابع قانون دیگری قرار داده باشند. در ماده فوق به جای عبارت مندرج در قاعده تعارض قوانین فرانسه عبارت «مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

قانون دیگری قرار داده باشند» گنجانده شده است که در نتیجه این دستکاری ظاهراً ماده مزبور به‌صورت امری در آمده است و حال آنکه می دانیم که به‌موجب اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی چون مثلاً حدود تعهدات ناشی از عقد بیع را متعاقدین می توانند به اختیار خود تعیین کنند و هر شرطی را که مخالف قوانین امری نباشد موضوع توافق خود قرار دهند، لذا وضع قاعده امری در باب تعهدات ناشی از عقد بیع و لازم الاجرا شناختن قانون کشور به‌خصوص فقط در روابط بین المللی ایجاد مشکل می کند، زیرا متعاقدین اگر بخواهند یک قانون خارجی به‌خصوصی را بر تعهدات قراردادی خود حاکم گردانند می توانند مفاد آن قانون را به‌صورت شرط ضمن العقد درج نمایند.(محمد زاده اصل،۱۳۷۳: ۷۵).

به هر حال قایل شدن به امری بودن قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی بر خلاف منطق حقوقی بوده و مشکلاتی در مراودات بین المللی به وجود می آورد. از جمله اینکه قاعده حل تعارض فقط در مورد قراردادهای منعقده در ایران قابل اجرا خواهد بود. مضافاً بر اینکه چون قراردادهای منعقده در خارجه الزاماً تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد شد، لذا اتباع ایران بر حسب منطوق این ماده حق نخواهد داشت تعهدات ناشی از قراردادشان را تابع قانون ایران قرار دهند. برای رفع این قبیل مشکلات چاره ای نیست جر آنکه قایل به این نظر شویم که قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی جنبه اختیاری دارد یعنی متعاقدین حق‌دارند قانون حاکم بر تعهدات قراردادی خود را (در حدود قوانین امری) خود انتخاب کنند. به عبارت دیگر می توان گفت منظور این ماده آن است که اصولاً تعهدات ناشی از عقد تابع قانون محل انعقاد است و چنانچه متعاقدین تبعه کشور دیگری باشند می توانند آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند. همچنانکه اتباع ایران می توانند در تنظیم قرارداد با غیر ایرانی در خارج از ایران قوانین غیر ایرانی را برقرار داد حاکم کنند.

قانون حاکم در صورت عدم انتخاب صریح قانون در قرارداد

اگر قرارداد حاوی شرطی صریح در مورد انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نباشد، امروزه به‌صورت وسیعی پذیرفته شده است که قانون حاکم بر قرارداد قانون کشوری است که ارتباط بیشتری با آن پیدا می کند. به‌طور معمول، پذیرفته شده که قرارداد بیش از همه با کشوری ارتباط می یابد که طرف مسئول اجرای تعهد اصلی قرارداد، در زمان انعقاد قرارداد، اقامتگاه دائمی یا محل اداره مرکزی خود را در آن کشور قرارداده است. اجرای تعهد اصلی، برای مثال در قرارداد بیع، اجرای آن توسط فروشنده، در قرارداد خدمت، اجرای آن توسط طرف ارائه دهنده خدمت و ... می باشد. صرف پرداخت پول معمولاً اجرای تعهد اصلی محسوب نمی گردد. امروزه عوامل دیگری مانند محل انعقاد موافقت‌نامه یا محل اجرای آن، برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد نقش ویژه ای ندارند. برای حل مشکل قانون حاکم بر قرارداد، در صورتی که طرفین آن را به صراحت در قرارداد تعیین نکرده باشند، تلاشهایی در جامعه بین المللی برای ارائه قاعده ای متحد الشکل جهت حل تعارض در قوانین ملی به عمل آمده است. برای مثال در «کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل‌اعمال بر قرارداد فروش بین المللی کالا» و همین طور در «کنوانسیون ۱۹۸۰ جامعه اقتصادی اروپا درباره قانون قابل‌اعمال بر تعهدات قراردادی» قانون کشور فروشنده ملاک عمل خواهد بود. بدیهی است این قاعده فقط برای تصویب کنندگان این کنوانسیون ها لازم الرعایه می باشد.

نتیجه گیری

برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد اصلی داوری در وهله اول حاکمیت اراده تعیین کننده است اگرچه در حقوق ایران برخی نویسندگان ایرادات در خصوص تعیین قانون حاکم قرارداد اصلی داوری بیان داشته‌اند ولی این ایرادات مانع از اعمال قاعده حاکمیت اراده نمی شود و تعیین قانون حاکم بر قرارداد اصلی در درجه نخست با طرفین قرارداد است. اگر قرارداد حاوی شرطی صریح در مورد انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نباشد، امروزه به‌صورت وسیعی پذیرفته شده است که قانون حاکم بر قرارداد قانون کشوری است که ارتباط بیشتری با آن پیدا می کند. به‌طور معمول، پذیرفته شده که قرارداد بیش از همه با کشوری ارتباط می یابد که طرف مسئول اجرای تعهد اصلی قرارداد، در زمان انعقاد قرارداد، اقامتگاه دائمی یا محل اداره مرکزی خود را در آن کشور قرارداده است.

منابع و مراجع

۱. اسکینی، ر، مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی: بی جا، ۱۳۸۳.
۲. اشمیتوف، ک ، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۳. جنیدی، ل ، قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر۱۳۷۶
۴. جنیدی، ل ، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ۱۳۷۸
۵. الماسی، ن ع ، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: نشرمیزان،. ۱۳۸۲.

ISSN: 2476-3675
http://www.RassJournal.ir

۶. محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران به نقل از صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، دانا، تهران،۱۳۷۳.
۷. نیکبخت، ح ، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، تهران، نشر موسسه مطالعاتی و پژوهش‌های بازرگانی۱۳۸۶.
۸. اسکینی. ر ، تعارض قوانین در داوریهای تجاری بین المللی، مجله حقوقی دفترخدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران ۵۶. ۱۳۶۹صص ۵-۵۱.
۹. جنیدی، ل، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار. ۱۳۷۸.
۱۰. سیفی، س ج ، «قانون دادرسی تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری انستیرال»، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۳، ۱۳۷۷صص ۳۵-۸۱.
۱۱. خزاعی، ح ، قابل داوری بودن موضوع اختلاف در حقوق داخلی و تجارت بین الملل، تأملاتی در حقوق تطبیقی، نکوداشت دکتر سید حسین صفایی (۲)، موسسه حقوق تطبیقی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سمت، ۱۳۸۶.