



معیارهای تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی

حمیدرضا پیری^۱
نجداد علی الماسی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۱۱/۱۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۷/۰۳/۰۱

چکیده

در زمانی که طرفین چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی به تعیین قانون حاکم نپرداخته‌اند، نظام‌های حقوقی، معیارهای گوناگونی را برای تعیین قانون حاکم در نظر گرفته‌اند که از زوایای مختلف قابل بررسی است. لیکن به نظر می‌رسد که معیارهای مذکور صرفاً اماره‌هایی برای تعیین قانون حاکم هستند و محاکم و مراجع تعیین‌کننده قانون حاکم علاوه بر معیارهای مذکور، دیگر عواملی که ملموس تر و عینی تر دخیل در قرارداد می‌باشند را نیز مورد بررسی قرار خواهند داد. در این پژوهش سعی بر این است که میزان اهمیت و کاربرد هر کدام از این معیارها در تعیین قانون حاکم بر قرارداد مورد بررسی قرار گرفته و نهایتاً عواملی که با قرارداد ملموس تو و نزدیک‌تر هستند را پیشنهاد نمود. بدین منظور در این پژوهش قواعد مرتبط در نظام حقوقی ایران و مقرر اتحادیه اروپا به صورت تحلیلی توصیفی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. همچنین مشخص گردیده که در هر مورد برای تعیین قانون حاکم، ضروری است پس از بررسی معیارهای مذکور، نسبت به تفکیک معیارهای عینی و شخصی و نیز دسته‌بندی و تعیین شاخص‌های اصلی از جمله شکل قرارداد، مکان انعقاد قرارداد، مکان اجرای قرارداد، محل سکونت اجرا کننده بخش اساسی قرارداد، محل وقوع مال غیر منقول، موضوع قرارداد و... به تعیین قانون حاکم بر قرارداد اقدام گردد و در نتیجه پس از بررسی امور به این نتیجه خواهیم رسید که در صورتی هر کدام از این اماره‌ها ارتباط نزدیک‌تری با قرارداد را دارا باشند به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌گردند، لیکن هر کدام از این معیارها ممکن است میزان و درجه اهمیت

^۱ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

^۲ استاد و عضو هیات علمی گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

متفاوتی را دارا باشد و قطعا قبل از بررسی هر قرارداد به طور مشخص نمی‌توان یکی از این معیارها را به صورت قطعی به عنوان دلیل برای تعیین قانون حاکم نامید.

کلید واژه‌ها

کنوانسیون رم ۱۹۸۰، سکوت طرفین در قرارداد، تعیین قانون حاکم، تعارض قوانین، مقرر ۲۰۰۸ اتحادیه اروپا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران

مقدمه

پیشرفت‌های سریع تکنولوژی و تجارت و توسعه روز افزون ارتباطات و گسترش روابط میان دولت‌ها، سازمان‌ها و به ویژه تجار اعم از حقیقی و حقوقی با تابعیت‌های متفاوت، سبب دگرگونی و توسعه روزافزون تجارت در عرصه‌ی بین‌المللی شده‌است (الماسی ۱۳۸۰، ۶۹). مبادله کالا و خدمات در عرصه‌ی بین‌المللی نیازمند انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است که غالبا از طریق مشاوره با وکلا و مشاوران متخصصان صورت می‌گیرد. انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی به لحاظ وجود عنصر خارجی با حقوق دو یا چند کشور مرتبط گشته و مسائل و موضوعات مختلفی را به وجود آورده است. جامعه بین‌المللی در برابر پیچیدگی‌ها و تنوع تعارض قوانین کشورها از دیر باز در صدد یکنواخت سازی قواعد این رشته در زمینه قراردادهای تجاری بین‌المللی بوده است، به همین دلیل پیمان‌های بین‌المللی متعددی و همچنین کنوانسیون‌های مهمی همچون رم مورخ ۱۹۸۰ و وین مورخ ۱۹۸۶ وضع شده است. اخیرا کنوانسیون رم ۱۹۸۰ طبق دستورالعمل اتحادیه اروپا تبدیل به مقرر ۲۰۰۸ اتحادیه اروپا برای تمام کشورهای عضو اتحادیه لازم الاجرا شده است.^۱

^۱ regulation، دربرگردان فارسی این واژه، غالبا از آئین نامه استفاده شده است. آئین نامه یکی از مهمترین منابعی است که در حقوق اتحادیه اروپا وجود دارد. در تعریف آن گفته شده است: آئین نامه قاعده‌ای عام است که به طور کلی ایجاد الزام می‌کند و به طور مستقیم در کشورهای عضو قابل اعمال است (کاتبرت، مایک، حقوق اتحادیه اروپا، ترجمه بهروز اخلاقی، وحید اشتیاقی و پرویز پرویزیان، شهردانش ۱۳۸۰، ص ۳۱). از لحاظ سلسله مراتب، آئین نامه را باید فرع بر منابع اولیه حقوق اتحادیه اروپا یعنی معاهده دانست. از این رو، آئین نامه دارای ماهیت ثانویه نسبت به معاهده است. ماده ۱۸۹ از معاهده اتحادیه اروپا (اصلاحی) مقرر می‌دارد: پارلمان اروپا در اقدامی مشترک با شورا و کمیسیون به منظور انجام وظایف خود طبق مفاد معاهده نسبت به وضع آئین نامه، صدور دستور العمل‌ها، اتخاذ تصمیمات، ارائه تصمیمات و ارائه نقطه نظرات خود اقدام نماید. آئین نامه با ایجاد حقوق و تعهدات و مستقیم و متحد الشكل در کل اتحادیه اروپا، ۲۰ روز پس از انتشار، هم نسبت به کشورهای عضو هم نسبت به اشخاص در کشورهای عضو قابل اجراست. آئین نامه‌ها طبق صریح معاهدات دارای چهار خصوصیت هستند: ۱- به طور عام قابل اجراست ۲- به طور کامل لازم الاجرا هستند. ۳- به طور مستقیم قابل اجراست. ۴- در تمامی کشورهای عضو قابل اجراست. مک لین. رابرت مک دونالد، حقوق اتحادیه اروپا، ترجمه: مجید شکوهی انتشارات بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۰، ص ۱۶۷-۱۶۵، صلفی تقی زاده انصاری، حقوق اتحادیه اروپا، جنگل، ۱۳۸۷.

زمانی که قانون حاکم بر قرارداد تعیین نشده است و طرفین در این مورد سکوت کرده‌اند، بسته به اوضاع احوال طرفین قرارداد و یا مشخصاً خود قرارداد، مناسب‌ترین قانون برای قرارداد توسط محاکم و مراجع حل اختلاف تعیین خواهد شد. کنوانسیون ۱۹۸۰م دو اصل مهم را مورد پذیرش قرار دارد ۱- اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون صلاحیت‌دار ۲- اعمال قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد (در صورت سکوت) (ناصر ایرانی ۱۰۱، ۷۸). البته در بعضی از قراردادهای به طور صریح و مشخص کنوانسیون در صورت سکوت نزدیک‌ترین قانون حاکم بر قرارداد را مشخص کرده است. به طور مثال بند ۴ ماده ۴ کنوانسیون رم در مورد قراردادهای حمل و نقل قانون حاکم بر این گونه قراردادهای در صورت عدم تعیین آن از سوی طرفین قانون کشوری است که مرکز اصلی اشتغال متصدی در آنجاست، مشروط بر اینکه کالا در همان کشور بارگیری یا تخلیه شود، در صورتی که محل تخلیه و محل بارگیری در کشوری نباشد که مرکز اصلی تجارت متصدی حمل و نقل در آنجاست قواعد تعارض قوانین با قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را دارد اعمال خواهد شد. نظر به رویکردهای متفاوتی که قانون ایران و کنوانسیون رم در این زمینه اتخاذ نموده‌اند مطالعه و دقت در باب قواعد تعیین قانون حاکم بر قرارداد مندرج در کنوانسیون رم و قانون ایران نه تنها در زمینه توسعه قواعد حقوقی در این زمینه راهگشا خواهد بود بلکه بررسی تعارضات احتمالی فی‌مابین قواعد مذکور از باب کاربردی نیز حائز اهمیت خواهد بود. این پژوهش این موضوع را بررسی می‌کند که در صورتی که طرفین در مورد تعیین قانون حاکم در قرارداد سکوت کرده‌اند بر اساس چه معیارها و فاکتورهایی می‌توان نزدیک‌ترین قانون حاکم بر قرارداد را معین و مشخص نمود.

سکوت طرفین در انتخاب قانون حاکم

نظام‌های حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی در نبود قانون گزینشی طرفین، قانون مناسب را قانون کشوری می‌دانند که ارتباط قطعی و اصلی با قرارداد دارد. به صورت دیگر، قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد داراست را قانون حاکم بر قرارداد می‌دانند. در میان این گروه از نظام‌های حقوقی بعضی به گونه‌ای کلی قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط را بدون تعیین مصداق یا معیاری برای آن، حاکم بر قرارداد دانسته‌اند و دسته‌ای دیگر خود به طور مستقیم نسبت به برخی موارد مبادرت به تعیین و تحدید قانون نزدیک‌ترین ارتباط نموده و یا معیارهایی را برای این منظور قرارداد داده‌اند. در واقع دادگاه‌های نظام‌های حقوقی دسته اخیر دارای نوعی محدودیت اختیار نسبت به دادگاه‌های دسته اول هستند، زیرا آنها برای اعمال

قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد، به طور بنیادی باید در چارچوب موارد تعیین شده یا معیارهای مقرر شده قانون حاکم را بیابند.

نظام‌های حقوقی مختلف، راهکارهای گوناگونی مورد بررسی قرار گرفته است. در نظام حقوقی ایران در بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۷۶ اعلام داشته است: در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین (داور) بر اساس ماهیت اختلاف رسیدگی می‌کند که به موجب قواعد حل تعارض قانونی که مناسب است، تشخیص داده شود. در اینجا در حقوق ایران در صورت سکوت قانون حاکم بر قرارداد پیش بینی شده است اما فاکتورهای اینکه مناسب‌ترین قاعده بر چه اساسی تعریف می‌شود اعلام نداشته است. از سویی دیگر در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در ماده ۴ کنوانسیون آمده است: ... در صورت سکوت طرفین در قرارداد قاعده نزدیک‌ترین ارتباط به تعیین قانون می‌پردازد.

اصولا در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نخستین شیوه انتخاب قانون حاکم در نظام‌های حقوقی که اصل آزادی اراده را قبول دارد بایستی به صورت صریح باشد. در صورت نبود قانون به شکل صریح یا ضمنی شیوه‌های متنوعی برای تعیین قانون حاکم طراحی شده است. در سکوت طرفین نسبت به قانون حاکم بر قرارداد و مواردی که قوانین کشور مقرر دادگاه یا داوری روش خاصی را پیش بینی نکرده‌اند، مرجع رسیدگی‌کننده با توجه به دلالت‌های موجود در متن یا اطراف قرارداد نسبت به مشخص کردن قانون قابل اعمال اقدام می‌کند. از جمله این قواعد اعمال قوانین محل انعقاد یا اجرای قرارداد، قانون مقرر دادگاه یا داوری، اقامتگاه طرفین می‌باشد یا بدون نیاز برای کوشش برای احراز چنین توافقی با حکم مستقیم قانونگذار قانون قابل اعمال تعیین می‌شود.

تجار بین‌المللی اصولا تمایلی ندارند که سرنوشت قرارداد خود را در حاله‌ای از ابهام قرار دهند، بلکه تمایل دارند که حقوق و تعهدات قراردادی خود را به طور مطمئنی مشخص کنند. از این رو به خاطر فراهم آمدن شرایط مطمئن‌تری برای انجام معاملات، اصل آزادی قراردادی به عنوان یک قاعده مورد قبول بیشتر نظام‌های ملی واقع شده است. اکثر قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی دنیا آزادی اراده را در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی حاکم می‌دانند. زمانی که قانون حاکم بر قرارداد تعیین نشده است و طرفین در این مورد سکوت کرده‌اند، بسته به اوضاع احوال طرفین قرارداد و یا مشخصا خود قرارداد، مناسب‌ترین قانون برای قرارداد توسط محاکم و مراجع حل اختلاف تعیین خواهد شد.

قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس در بند اول ماده ۱۷۷ در نبود قانون منتخب طرفین قانون نزدیک‌ترین ارتباط را مطرح می‌کند و در بند دوم قانون کشور اقامتگاه مجری تعهد شاخص را قانون نزدیک‌ترین ارتباط مقرر می‌داند. سپس در بند سوم فهرستی از تعهدهای شاخص را به عنوان نمونه برای هدایت بهتر و صریح تر دادگاه ارائه می‌دهد. 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 مصرف کننده را، قانون محل اقامتگاه مصرف کننده می‌داند و قانون منتخب طرفین نمی‌پذیرد. قانون حاکم بر قراردادهای استخدامی به موجب بند اول ماده ۱۲۱ قانون محل عادی انجام کار مستخدم می‌باشد و قانون حاکم بر اموال معنوی را در ماده ۱۲۲ قانون کشوری می‌داند که انتقال دهنده در آنجا اقامتگاه عادی دارد. (نیکبخت ۱۶۸، ۷۶)

معیارهای قابل استفاده راجع به قانون حاکم بر فرض سکوت قرارداد

زمانی که قرارداد در بعضی از جهات به طورمثال راجع به قانون حاکم بر قرارداد مبهم و ساکت باشد دو دیدگاه پدید آمده است که دادگاه‌ها ویا داورای‌های بین المللی با توجه به این دیدگاه‌ها تلاش کنند که به آن متن همان آثاری را بدهند که مورد قصد طرفین بوده است.

اراده فرضی طرفین در صورت سکوت قرارداد

یک دیدگاه است تحت عنوان اراده فرضی که در اصل مکمل قاعده نزدیک‌ترین ارتباط است. این مورد می‌توان به اختیار دادگاه در تعیین اراده فرضی اشاره کرد که دادگاه در این روش با در نظر گرفتن تمام اوضاع احوال مربوطه، قانون حاکم را از طرف طرفین انتخاب و برقرارداد اعمال می‌کند. در این دیدگاه تلاش براین است که دادگاه مقصود و منظور فرضی طرفین را بیابد. مثلا اگر طرفین تصمیم گرفته بودند که یک بند انتخاب قانون در قراردادشان داشته باشند. چه قانونی را در آن قید می‌کردند. در این حالت گفته می‌شود که گرچه طرفین قانون حاکم را به صراحت یا ضمنی انتخاب نکرده‌اند، ولی قطعا براین بنیاد که باید بر قرارداد یک پایگاه قانونی وجود داشته باشد حتی ممکن است اوضاع و احوال یا شواهدی بر این مبنا وجود داشته باشد که طرفین قصد انتخاب قانون را هم داشته‌اند ولی به توافق نرسیده‌اند و آن را مسکوت گذاشته‌اند. بنابراین دادگاه فرض می‌کند که قانونی را که خود احراز کرده، همان قانون منتخب طرفین است. (امیرمعزی، ۱۹۷، ۱۳۹۱)

در حقوق فرانسه در نبود انتخاب قانون بین اراده ضمنی و فرضی طرفین فرقی نگذاشته است. دادگاه درصدد یافتن دلالت‌هایی بر خواهند آمد که بتواند نشان دهد که قرارداد در یک کشور خاصی قرار دارد. این محلی کردن قرارداد گاهی مواقع معادل تمایل قصد و نیت طرفین می‌باشد که در این صورت باید آن تمایل بیان شده باشد و در بعضی از مواقع معادل قانون کشوری است که قرارداد با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد.

در اینجا تلاش بر این است که دادگاه با توجه به مفاد قرارداد و اوضاع احوال طرفین قرارداد، تعیین کننده این است که طرفین قصد انتخاب چه قانونی را داشته‌اند ولی به هر دلیل به توافق نرسیده‌اند اما اراده هر کدام از آنها با توجه به قرائن به کدام سو نزدیک‌تر است. بنابراین قضات و یا داورها آن قانون که اراده فرضی طرفین است را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌نمایند.

در زمانی که قرارداد با چند قانون ملی در ارتباط می‌باشد قاعده تجزیه قرارداد موضوعیت می‌یابد و می‌تواند بر هر قسمت از قرارداد یک قانون متفاوت از قانون دیگر را انتخاب کند. در عبارت ذیل بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون این وضعیت را پیش‌بینی کرده است: ... بخش قابل تجزیه قرارداد که ارتباط نزدیک تری با کشور دیگر دارد، می‌تواند به طور استثنا تابع قانون آن کشور باشد. (نیکبخت، ۱۳۹۳، ۷۶)

لذا این مقرر فقط در شرایط استثنائی قابل اجراست و به این معنی است که مقصود از تجزیه در این بند استعمال آن در اوضاع و احوال بسیار محدود و استثنائی است و باید امیدوار بود که دادگاه در حاکم کردن دو یا چند قانون بر بخش‌های مختلف یک قرارداد تمایلی نشان ندهد.

ضابطه ذهنی

این ضابطه^۱ شامل تفسیر آن چیزهایی است که طرفین به آن توافق کرده یا علی‌رغم طرح و بحث آن، توافق نکرده‌اند و کار فراهم سازی آن مقدمات قرارداد اعم از مکاتبات را شامل می‌شود. سوابق فرایند تشکیل قراردادها حداقل در کشورهای دارای قانون مدون و کم رنگ تر از آن در کشورهای کامن لا به عنوان منبع اطلاعات مهم برای یافتن قصد مشترک طرفین مورد استفاده قرار می‌گیرد. سوابق نحوه شکل گرفتن قرارداد از پیش نویس اولیه گرفته تا مراحل

^۱ Subjective test

مختلف مذاکرات و اصلاح و تغییر متن قبلی تا رسیدن به متن نهایی قرارداد را در برمی گیرد. همچنین در همین راستا شهادت کتبی و استماع شفاهی کسانی که فعالانه در مذاکرات شرکت کرده و قرارداد را نوشته اند تا سرانجام به متن نهایی امضا شده فعلی برسند مورد استفاده قرار می گیرد. (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ۱۹۹)

در این ضابطه تمام مواردی که طرفین میان خود داشته‌اند از مقدمات کار تا در نهایت منجر به انعقاد قرارداد می شود حتی استماع شفاهی و کتبی طرفین، همه برای بدست آوردن قانون حاکم بر قرارداد توسط قضات و داورها مورد بررسی قرار می گیرد.

ضابطه عینی

دیدگاه ضابطه ی عینی^۱ دنبال یافتن اراده فرضی یا اراده ضمنی برای طرفین نیست و با توجه به معیارهای عینی خالص برای تعیین رژیم حقوقی یا قواعد حقوقی قابل اعمال بر قرارداد به کار می رود. این دیدگاه بجای پرداختن به قصد مبهم طرفین به مسائل موضوعی پرونده می پردازد و ادعا می شود که معلوم بودن و قابل پیش بینی بودن^۲ نتیجه را به دنبال دارد و در تحلیل نهایی به انتخاب قانون مناسب برای اعمال بر پرونده منتهی می گردد. قطعاً تفکر زیر بنایی این ضابطه همین است ولی مساله دشوار این ضابطه این است که در ترجیح برخی از فاکتورها از میان فاکتورهای متعدد و تعیین فاکتورها با ارتباط قوی تر در نهایت از معیار ذهنی و قضاوت شخصی استفاده می کند. این روش معمولاً یکی از مهمترین منبع اطلاعات برای دادگاه و یا دیوان داوری در رسیدن به قصد مشترک طرفین و تفسیر متن می باشد. در اینجا قاضی یا داورها با کندوکاوی که در این خصوص به عمل می آورند متوجه قصد واقعی و مشترک طرفین در توافق نهایی می شوند، و مطابق با این موضوع متوجه می شوند که برچه چیزی توافق نداشته‌اند و چه چیزی در تراضی طرفین قرار نگرفته است. (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ۲۰۱)

همانطور که مشاهده می شود دیدگاه ضابطه ی عینی برعکس ضابطه ذهنی می باشد و به دنبال یافتن فرضیات ذهنی طرفین و یا اراده فرضی آنها نیست، بلکه ادعایی که معلوم و معین است و بیشتر به مسائل موضوعی پرونده است را می پردازد. در اینجا به فاکتورهای متعددی که در قرارداد میان طرفین موجود است پرداخته می شود و به دنبال این است که از پیوندهای

^۱ Objective test

^۲ Certainty and foreseeability

موجود میان این فاکتورها به نتیجه‌ی نهایی یعنی قانون حاکم بر قرارداد برسد. این روش یکی از معمول‌ترین و متداول‌ترین روش‌ها برای قضاوت دادگاه‌ها برای تعیین قانون حاکم می‌باشد.

فاکتورهای قاعده انتخاب نزدیک‌ترین ارتباط در قرارداد

در زمانی که بر طبق بند ۱ و ۲ ماده ۴ مقررات رم ۱ نتوان قانون حاکم را معین کرد، بند ۴ ماده ۴ مقررات روم ۱ تصریح می‌کند که قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیک‌ترین ارتباط^۱ را دارد. یکی از بنیادی‌ترین مشکلات قاعده نزدیک‌ترین تاحد زیادی بررسی فاکتورهای مرتبط می‌باشد و اینکه داور وقضات باید کدام عوامل را مهم بشمارند.

ضابطه‌ی تعیین قانون قابل اعمال بر اساس نزدیک‌ترین ارتباط معمولاً بر اساس مهمترین رابطه از نوع ضابطه عینی است که به دادگاه آزادی عمل می‌دهد که با تفحص در عوامل تماس به‌طور عینی و تحلیل کیفی بر اساس تبعات آنها قانون کشوری را معین کند که با آن نزدیک‌ترین ارتباط یا مهمترین رابطه را دارد. صرف شمارش عامل‌های تماس بوسیله دادگاه موجب می‌شود که از اهداف ماده مذکور دور افتند و با شمارش فیزیکی آنها این خطر به وجود می‌آید که نتیجه را به تعداد بیشتر تماس با طرفین یا معامله بدهند و قانون دیگری که مقصود و منظور نبوده و یا مناسب نمی‌باشد حاکم شود.

منظور این است که هر تماسی هم ارزش با تماس دیگر نیست تا مهم محسوب شود و از نظر ماهیت و کیفیت با یکدیگر فرق دارند. دانستن قانون آن کشور پیش شرط ارزیابی تماس‌های مذکور می‌باشد تا دریابند که کدام تماس از همه مهمتر است. این ارزیابی بر اساس معیار ذهنی صورت می‌گیرد.

ممکن است در یک قرارداد فاکتورهای متعددی وجود داشته باشد که بایستی از طریق شناسایی آن فاکتورها به نزدیک‌ترین ارتباط بر قرارداد به منظور تعیین قانون حاکم بر قرارداد مشخص گردد.

یکی از اصلی‌ترین مشکلات قاعده نزدیک‌ترین ارتباط این است که ما با توجه به چه فاکتورهایی به این نتیجه برسیم یا اینکه کدام یک از فاکتورها را محترم بشماریم. در قراردادهای بین‌المللی این مشکلات وجود دارد و نمی‌توان به یک تعادل نسبی رسید. همین امر سبب شده است که تحولی در این رابطه به وجود بیاید و رابطه نزدیک‌ترین ارتباط را با اماره

^۱ Characteristic performance

مخالف دیگر به نفع قانون خاصی تعدیل نمایند. همچنین تاکید می‌کنند که بایستی وزن و ارزش ویژه‌ای به برخی از فاکتورها بدهند. بدین ترتیب مجبور هستند که برای محل وقوع عقد، زبان قرارداد و ... هرچند بهایی ولو اندک ارزش قائل شوند. از سوی دیگر وزن و بهایی بیشتر به محل اجرا و محل سکونت عادی اجرا کننده بدهند و یا به اصطلاحات و مفاهیم حقوقی خاص بکار رفته در قرارداد نیز بها و ارزش قائل شوند، که در نهایت کفه ترازو ممکن است به سود فروشنده یا صادر کننده سنگین شود. این معیارها و انتخاب‌ها در آخر به انتخاب قانون محل سکونت عادی فروشنده یا صادر کننده ختم می‌شود و کف ترازو به قانون محل سکونت عادی فروشنده می‌رسد. بند ۵ ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در مقام بیان دو وضعیت متفاوت است. وضعیت اول زمانی پیش می‌آید که نتوانند در پیوند قرارداد با کشوری یا در مجموع ارتباطات آن فاکتوری را به عنوان تعهد اساسی، مهمتر از فاکتورهای دیگر تشخیص دهند. وضعیت دوم زمانی است که قرارداد با کشور دیگر ارتباط نزدیکتری دارد. اگر با استناد به بند ۵ ماده ۴ نتوان قانون مناسب را تعیین کرد بایستی به قاعده‌ای که در بند ۱ ماده ۴ بر می‌گردد، استناد کرد. قسمت دوم بند ۵ ماده ۴ اذعان دارد که اگر قرارداد با کشور دیگری نزدیکترین ارتباط ردا داشته باشد، هیچ کدام از اماره‌هایی که بیان شد قابل اعمال نیستند. اینکه بفهمیم قاضی چگونه بایستی قانون حاکم را معین کند کار سخت و مشکلی است، مگر در صورتی که قاضی مجدداً عامل‌های ارتباط را ارزش‌گذاری و بار حقوقی هر یک را معین کند. در حقیقت بند ۵ ماده ۴ هدفش این است که در راستای این اماره‌ها تا حدی نرمش و انعطاف ایجاد کند.

پرونده شماره ۷۳۷۵ آی سی سی

در پرونده شماره ۷۳۷۵ (ICC case no. 7375) آی سی سی، نیروی هوایی جمهوری اسلامی ایران علیه خواننده شرکت وستینگهاوس الکتریک کورپوریشن (آمریکایی)، لوایح خواهان در توجیه فاکتورهای ارتباط در رابطه با تعیین قانون حاکم بطور خلاصه چنین است:

خواهان با عطف به بند ۳ ماده ۱۳ قواعد داوری آی سی سی ۱۹۸۸ اظهار میدارد که در نبود انتخاب قانون، داورها قانونی را تعیین می‌کنند که برای حل و فصل اختلافات مناسب تشخیص می‌دهند و به دلایلی که توضیح داده می‌شود که مشخص گردد که در زمان مذاکرات قراردادی تحت هیچ شرایطی موافق نبوده که قرارداد تابع قانون مریلند آمریکا بوده باشد.

^۱ ICC Case No. 7375 (05.06.1996), Uniform Law Review, 1997, Unilex,

۱- تمام نه قرارداد مورد اختلاف در ایران مذاکره و منعقد شده است.
۲- اجرای قرارداد در ایران بوده و بیشترین ارتباط را دارد.
۳- محل استقرار تمام تجهیزات در ایران بوده است.
۴- در پایان، قراردادها مهمترین ارتباط را با ایران دارند.

تحویل واقعی کالا در ایران بوده چرا که متخصصین خواننده در ایران تجهیزات را مونتاژ و تحویل داده اند. با توجه به تمام ارتباطات برشمرده شده خواهان معتقد است که قانون ایران بر اختلاف حاکم است. خواهان در لایحه سوم خود قانون مریلند آمریکا را صریحا نفی و استدلال می‌کند که قاعده حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس در این مورد استناد خواننده در این قرارداد قابل اعمال نیست. اینکه مقر داوری سوئیس باشد لزوماً به معنی اعمال قاعده حل تعارض قانون سوئیس بویژه ماده ۱۸۷ حقوق بین‌الملل آن نمی‌باشد. علاوه بر این استناد به قاعده نزدیک‌ترین ارتباط^۱ مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم قابل اعمال نیست زیرا زمانی که این قرارداد منعقد شده اصلاً کنوانسیون رم وجود نداشت تا بتواند خاصیت برون مرزی داشته باشد. از منظر خواهان بر طبق قاعده حل تعارض، ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران بر این قرارداد حاکم است. موضوع قرارداد تحویل اقلام حساس و مهم دفاعی است و در ایران منعقد شده است و بر طبق ماده ۹۶۸ قرارداد تابع قانون محل وقوع عقد است. مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده باشند. خواننده هم با داشتن چند شرکت ثبت شده در ایران بخوبی از قانون ایران آگاه بوده و در ایران مذاکره و منجر به انعقاد قرارداد شده است. موضوع قرارداد از محتوای سیاسی نظامی بالایی برخوردار است. خواهان به هیچ وجه نمی‌خواسته که قرارداد تابع قانون ملی دیگری باشد. در مقابل خواننده تاکید می‌کند که اگر بنابراین بود که قانون ایران قانون حاکم بر قرارداد اعلام شود هرگز قراردادی با ایران منعقد نمی‌کردند و اصرار دارد که قانون مریلند بر ماهیت اختلاف حاکم شود، زیرا این قانون نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد داراست، چرا که محل فعالیت تجاری خواننده مریلند است و ایشان در این قرارداد طرفی است که باید بخش اساسی و مهم قرارداد را اجرا کند. یعنی استناد به همان دیدگاهی که جامعه اروپا آن را پذیرفته است. خواننده ادامه می‌دهد که در تمام قراردادهای شاخص‌ترین تعهد^۲ عبارت است از ساخت و تحویل کالا. اگر چه در برخی از قراردادهای خدماتی هم وجود دارد. مهمترین تعهد

^۱ Characteristic performance

^۲ Characteristic performance

در این قراردادها تامین کالاهای آن است که بر طبق شرایط تحویل FAS^۱ (اتاق بازرگانی بین‌المللی، اینکوترمز ۲۰۱۰) در بنادر آمریکا بوده که تماماً به وسیله خواننده انجام شده است. خواننده اضافه می‌کند که سایر ارتباطات مهم در تایید حاکمیت قانون مریلند بوده است. پول پرداختی به دلار آمریکا بوده است درست است که محل امضای قرارداد در ایران بوده است اما امروزه قانون محل انعقاد قرارداد به عنوان قانون حاکم بر قرارداد بسیار کم‌رنگ شده است. قانون ایران به دلایل زیر در این دعوی حاکم نمی‌باشد:

صرف طرف قرارداد بودن دولت ایران حاکمیت قانون ایران را دیکته نمی‌کند، زیرا قرارداد دلالت بر حاکمیت دولت نمی‌کند. همچنین با ارجاع به داوری آی سی سی تحت اختیارات دادگاه کشوری قرار نمی‌گیرد و هیچ نیروی قاهره ای وجود ندارد که قرارداد طرف دولتی را تابع قانون آن دولت قرار دهد. درج شرط تصویب دولت آمریکا ورعایت مقررات وقوانین آن دولت در قرارداد نشان می‌دهد که ایران از منابع قوانین آمریکا آگاه بوده است، در نتیجه قصد طرفین اعمال قواعد حل تعارض ملی بوسیله داوران نبوده است زیرا توافق کرده اند که اختلافات خود را به داوری در سوئیس بفرستند. هیچ توافقی بین طرفین بر سر تصادفی بودن انعقاد قرارداد در ایران نبوده تا در نتیجه اعمال آن توافق قانون ایران بر قرارداد حاکم شود. در نتیجه قانون محل وقوع عقد قانون مناسبی برای حل تعارض نیست. این توضیحاتی که خواهان داده بیشتر به سوابق تاریخی بر می‌گردد و با توجه به پیوند شفاف قرارداد با قانون مریلند آن قانون بایستی اعمال شود. همچنین دولتی بودن طرف ایرانی توجیه مناسبی برای اعمال قانون ایران نمی‌باشد.

همانطور که در این پرونده مشاهده می‌شود دادگاه عامل های ارتباط وفاکتورها را تک تک مورد بررسی قرار می‌دهد و در انتها پس از بررسی های مختلف با مشخص شدن نزدیک ترین ارتباط بر قرارداد به تعیین قانون حاکم بر قرارداد پرداخته می‌شود. همچنین یک سری دلایل واماره هایی که نشان دهنده قانونی که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد داراست از جانب هر کدام از طرفین مطرح می‌شود اما آن فاکتوری که از همه شاخص تر و عینی تر می‌باشد مدنظر قضات وداورها قرار خواهد گرفت.

^۱ تحویل کالا در کنار کشتی در مبدأ. محل خاتمه ریسک فروشنده کنار کشتی در بندر است. هزینه حمل و بیمه با خریدار است. عقد قرارداد حمل و بیمه و بازرسی با خریدار است.

شکل قرارداد در صورت سکوت قرارداد

شکل قرارداد ممکن است کلیدی برای احراز قانون دارای نزدیک ترین ارتباط باشد، ولی شکل قرارداد نیز مانند زبان مورد استفاده طرفین در قرارداد، ارزش اندکی دارد. لورد فورس در دعوی امین رشید استدلال کرد که این نظر ساده که چون شکل قرارداد باید بر طبق قواعد حقوق انگلیس یا آرای انگلیسی تفسیر شود پس قانون مناسب نیز باید قانون انگلیس باشد، نتایج نامطلوبی دارد. در این دعوی خواهان یک شرکت کشتیرانی لیبریایی بود، یک کشتی حما محموله به نام الوهب را نزد خوانده که شرکت بیمه‌ای کویتی بود، بیمه کرده بود. در آن زمان در کویت هیچ گونه قانون بیمه دریایی وجود نداشت و بیمه‌گران از بیمه‌نامه‌ی قدیم انگلستان پیروی کرده بود. بیمه‌گذار به جهت ورود خسارت هنگفت با کشتی الوهب، برای اقامه دعوی و ابلاغ اظهاریه به دادگاه‌های انگلستان مراجعه کرد. در نهایت مجلس اعیان رای داد که قانون مناسب بر قرارداد، قانون بیمه انگلستان است ولی به طور ضمنی اعلام کرد که دادگاه‌های کویت باید با اعمال قانون بیمه انگلستان در این زمینه به موضوع رسیدگی کنند. مجلس اعیان با استدلال و رای به اعمال قانون بیمه انگلستان، نظریه قانون واجد نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد را با بررسی شکل و زبان بیمه و ارزیابی تمام عوامل موجود در قرارداد ایجاد کرد. رای مجلس اعیان بر این مبنا استوار بود که مفاد قرارداد بیمه‌نامه بین طرفین با حذف‌های مختصر نسبت به اصل نمونه متن بیمه نامه قدیمی (اس.جی.لویدز) و ارجاعات صریح به حقوق انگلستان در آن می‌بایست محتوای آن به موجب مقررات قانون بیمه دریایی ۱۹۶۰ انگلستان تفسیر و ارزیابی شود. (Amin Rasheed shipping-core. V. Kuwait- insurance- (co.1983

معمولا شکل قرارداد برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد خیلی نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد. البته در بعضی موارد همچون مثالی که در بالا گفته شد شکل قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد تاثیرگذار باشد اما در قراردادهای معمولاً فاکتورهای مهمتری هستند که از پیوندهای ارتباطی قرارداد با آنها می‌توان به قانون حاکم بر قرارداد دست پیدا کرد.

مکان انعقاد قرارداد در صورت سکوت قرارداد

جایگاه طبیعی هر قراردادی تابع حقوق ملی یا قراردادهای تابع حقوق بین‌الملل خصوصی محل انعقاد آن است، مگر آنکه قرارداد در کشوری بی هیچ ارتباطی با آن کشور یا برای فرار از حاکمیت قانون کشوری که قرارداد با آن مرتبط است، انعقاد یافته باشد. برای طرفین قرارداد

آگاهی آنان از چگونگی قوانین کشوری که در آن قرارداد خود را منعقد می‌کنند و تحصیل این آگاهی در محل انعقاد قرارداد برای آنها به آسانی میسر است. مجموع این عوامل سبب می‌شود تا قاعده محل انعقاد قرارداد به دلیل ارتباط با قرارداد و تاثیر آن در جریان روابط بازرگانی و نظم عمومی مورد استقبال قرار گیرد.

در مواردی که قرارداد باید در همان مکان انعقاد قرارداد یا در مکانی در همان محدوده قضایی اجرا گردد، مکان انعقاد قرارداد اهمیت بسزایی دارد. در اینجا شکل و اعتبار اساسی قرارداد، احتمالاً تابع قانون همان کشور است، ولی ممکن است دلایل کاشف از آن باشد که طرفین قصد داشته باشند نظام حقوقی دیگری را نسبت به قرارداد اعمال کنند، همانگونه که در معاملات بین‌المللی اغلب معمول است. هنگامی که قرارداد بین اشخاص منعقد می‌گردد که در مکان واحدی حضور ندارند مکان انعقاد قرارداد آن محلی فرض می‌شود که بازرگانی در لندن یک سفارش ارسال بر اساس شروط سیف کلکته را از خریداری در هند دریافت و این سفارش را قبول کند. تمایل دادگاه‌ها بر آن است که قرارداد تابع قانون انگلیس باشد، چرا که قرارداد در این کشور منعقد شده و با تحویل شدن کالا بر روی عرشه یک کشتی که به سوی بندر مورد توافق عازم می‌شود، اجرای قرارداد نیز در همان جا صورت گرفته است. (امانی ۹۷، ۱۳۸۷)

مکان انعقاد قرارداد در قراردادهای تجاری بین‌المللی از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می‌باشد. در سیستم حقوقی ایران و فرانسه این موضوع که مکان انعقاد قرارداد به عنوان قانون حاکم تعیین می‌شده حاکم بوده است. همچنین مکان انعقاد قرارداد به‌عنوان یکی از فاکتورهایی که می‌تواند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین شود همچنان پابرجاست و البته ارزش این معیار از بررسی شکل قرارداد به مراتب بالاتر می‌باشد.

مکان اجرای قرارداد

مکان اجرای قرارداد عامل بسیار مهمی است که در هنگام تعیین قانون واجد نزدیک‌ترین ارتباط، حتی در مواردی که مکان اجرا متفاوت با مکان انعقاد است باید مدنظر قرار گیرد. در یک دعوی که در آن، بازرگان مقیم مالت کالاهایی را از بازرگانی خریداری کرد، این قرارداد در استاندارد تحویل فوب در جبل الطارق بود در مالت منعقد شد، خریدار پس از آنکه این کالا از ناحیه مشتری خود مورد قبول واقع نشد به دلیل کیفیت پایین کالا از تحویل آن خودداری کرد خریدار دسته دوم خود عرضه کرده بود که آنان نیز از قبول آنها امتناع کرده بودند. طبق قانون جبل الطارق (که از این نظر با قانون انگلستان، ماده ۳۵ از قانون فروش کالاها ۱۹۷۵ یکسان

است) خریدار با عرضه و معامله کالا به خریدار دیگر حق فسخ خود را از دست داده بود. براساس مقررات کشور مالت خریدار به رغم عرضه کالا برای فروش، همچنان دارای حق فسخ است. در دادگاه‌های مالت با استدلال براینکه بر اساس استاندارد فوب قراردادی که طرفین توافق نموده‌اند، کالا باید در جبل الطارق اجرا گردد. در نتیجه امکان فسخ از ناحیه خریدار باید بر اساس قانون جبل الطارق ارزیابی شود. (امانی، ۹۸، ۱۳۸۷)

این عامل امروزه در قراردادهای تجاری بین‌المللی دارای اهمیت بالایی می‌باشد، زیرا در اکثر پرونده‌هایی که مشاهده می‌شود قانون محل اجرا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود و اگر در سابق قانون محل وقوع عقد آنقدر تاثیرگذار بود اما امروزه قانون محل اجرا قرارداد به عنوان یک قاعده بسیار موثر در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی برخوردار است.

پرونده 7110 آی سی سی

در این رای (ICC case no.7110) در بند ۲۴ ص ۱۸ رای مذکور تحت عنوان قانون حاکم آمده است:

در قرارداد فی مابین طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده‌اند تا بتوان نتیجه گرفت که طرفین به یک قانون ملی معین نظر داشته‌اند و به کمک آن بتوان اعتبار قرارداد، تفسیر، ختم و فسخ قرارداد را بر اساس آن معین کرد. خواهان و خوانده هر دو قانون ملی خود را حاکم می‌دانند و تنها مبنای مشترک آن دو بند ۳ ماده ۱۳ قواعد داوری آی سی سی است.

در نبود انتخاب صریح قانون حاکم بر قرارداد، مفاد این بند به هیئت داوری اجازه می‌دهد که قانون مناسب را به کمک قواعد حل تعارض بیابد. در این دعوی موضع خواهان (وزارت دفاع) این است که قانون ایران به عنوان محل وقوع عقد بر قرارداد حاکم است.

طرف دیگر خوانده استدلال می‌کند که برخلاف نظر خواهان تمام اوضاع احوال این پرونده موید انتخاب قانون آلمان است زیرا محل اجرای قرارداد آلمان و محل اجرا یکی از فاکتورهای مهم برای تعیین قانون حاکم است. خوانده روش‌های مختلفی را بر می‌گزیند که حاصل تمامی آنها اعمال قانون ماهوی آلمان خواهد بود. به صورت مثال محل داوری هلند است. قانون هلند نیز ضابطه نزدیک‌ترین ارتباط را بر قرارداد مذکور تأیید می‌کند پس در اینجا قانون آلمان حاکم است. زیرا مرکز فعالیت خوانده آلمان و کارخانه کشتی‌سازی در آلمان قرار دارد. حتی در

صورتی اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی جاری شود باز هم قانون محل اجرا انتخاب خواهد شد...

در اینجا طرف ایرانی از قواعد حل تعارض حقوق ایران استفاده کرده و مفاد ماده ۹۶۸ قانون مدنی را برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد اعلام می‌دارد، در صورتی که از اوضاع و احوال پرونده، قانون آلمان به عنوان قانون محل اجرا مورد نظر خوانده و دیوان داوری است. هیات داوری استدلال می‌کند که قبلاً در دستور موقت شماره ۳ خطاب به طرفین اشاره گردیده که به نظر دیوان قراردادی که در مارس ۱۹۷۸ میان طرفین منعقد شده به طور انحصاری نه تابع قانون ایران است و نه تابع قانون آلمان است، در نتیجه قصد واقعی طرفین به طور ضمنی از ماده ۱۹ قرارداد به طور روشن و بدون ابهام قابل احراز است. ماده ۱۹ قرارداد به حل و فصل اختلافاتی مربوط است که در ارتباط با یا ناشی از قرارداد مذکور باشد. ترتیب حل و فصل اختلافات ابتدا اگر طرفین به توافق رسیدند که تمام و اگر به توافق نرسیدند کمیته‌ای مرکب از سه کارشناس فنی برای حل موضوع های مورد اختلاف و در غیر از موارد فنی از طریق آی سی سی حل و فصل خواهد شد.

در بند ۷ ماده ۱۹ آمده است که کمیته فنی یا هیات داوری بر اساس مفاد متن قرارداد تصمیم می‌گیرد. این مطلب تنها اشاره ای است که در ارتباط با قواعد قابل استفاده برای تفسیر صحت و اعتبار قرارداد در آن آمده است. پس از بروز اختلاف موضوع‌ها نزد کمیته‌ای مطرح می‌شود که بایستی بر اساس قرارداد تصمیم بگیرد. مسلماً متن قرارداد برای پاسخگویی به همه آثار حقوقی قرارداد کافی نیست. قطعاً متن قرارداد برای پاسخگویی به همه آثار حقوقی قرارداد کافی نیست. لذا مفاد این بندی بایستی طوری قرائت و تفسیر شود که زمینه‌های مختلف روابط قراردادی طرفین را با توجه به تمام اوضاع احوال حاکم بر پرونده پاسخگو باشد.

هیات داوری با استفاده از اصول راهنمای مقرر در بند ۷ ماده ۱۹، به عنوان بندی روشن و بدون ابهام قصد طرفین را در می‌یابد و از اعمال قانون ملی هر یک از طرفین به تنهایی خودداری می‌کند. در اختلافاتی که ماهیت فنی نداشته باشد، هیات داوری صلاحیت حل آن را با عنایت به قواعد داوری آی سی سی دارد.

طرفین به روشنی مکانیزم حل اختلاف در چارچوب قانون ملی یک طرف کنار گذاشتند. باید توجه داشت که سکوت انتخاب قانون در قرارداد کاملاً آگاهانه بوده است.

وزارت دفاع ایران هیچ علاقه‌ای به اعمال قانون خارجی نداشته است و در مقابل حقوق بین الملل خصوصی ایران اجازه انتخاب قانون دیگر را نداده است و بر قانون محل انعقاد قرارداد

گرایش دارد. رویه شناخته شده بین‌المللی در قراردادهای دولتی نشان می‌دهد که گرایش و تمایل شدیدی شناخته شده بین‌المللی در قراردادهای دولتی نشان می‌دهد که گرایش و تمایل شدیدی به اعمال قانون طرفی که دولت است وجود دارد. در چنین اوضاع و احوالی بند ۷ ماده ۱۹ قرارداد به این معنی است که طرفین با یک سازش معقول و با توجه به وضع خاص این قرارداد تلاش کرده‌اند تا از اعمال انحصاری قانون ملی یک طرف آگاهانه امتناع کنند. البته داور زیرکانه از کنار قاعده انتخاب قانون طرف دولتی در موارد سکوت بی‌چالش می‌گذرد.

مقرداوری

در معاملات بازرگانی بین‌المللی بیشتر در خصوص نحوه حل و فصل اختلافات به طور اصولی از طریق مجمع داوری و مکان مراجعه طرفین توافقاتی صورت می‌گیرد. مانند تعیین نهاد داوری بین‌المللی لندن به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات، همچنین قید محل مرجع داوری قرینه‌ای به نسبت قوی است که اراده طرفین به حکومت مقررات قوانین محل داوری به عنوان قانون ماهوی قرارداد از آن استنباط می‌گردد. زیرا می‌توان در نظر گرفت که طرفین قرارداد قصد داشته‌اند که داور قانونی را اعمال کند که با آن بیشترین آشنایی را دارد. در پرونده‌ای^۱ طرفین توافق کرده‌اند که براساس قوانین داوری تجاری بین‌المللی انگلستان اختلافاتشان حل و فصل گردد. در نتیجه از این قید دادگاه حکم به حکومت قانون انگلستان به عنوان قانون حاکم بر قرارداد صادر کرد. در پرونده‌ای دیگر فروشنده‌ای سوئدی یک کشتی به موجب قراردادی به خریدار یونانی می‌فروشد. (امانی، ۹۹، ۱۳۸۷)

طرفین بر اساس قرارداد توافق می‌کنند در خصوص اختلافات احتمالی ناشی از قرارداد به داوری تجاری لندن مراجعه کنند. لرد دنینگ در رای خود با این استدلال که انتخاب لندن به عنوان مکان داوری از ناحیه طرفین، به طور تلویحی قانون انگلستان را به عنوان قانون مناسب بر قرارداد حاکم خواهد نمود، البته مکان داوری فقط یکی از عواملی است که در تعیین قانون واجد نزدیک‌ترین ارتباط باید در نظر گرفت و علاوه بر آن، سایر عوامل نیز در آن باید مدنظر قرار گیرد. همچنین بسیار ممکن است که در جریان ارزیابی سایر عوامل نیز جهت تعیین قانون حاکم در نظر گرفته شود. ممکن است که در جریان ارزیابی سایر عوامل نیز جهت تعیین قانون حاکم در نظر گرفته شود و این ارزیابی در دعوی کمپانی تونیزدنی Company morritime

^۱ Spurrierv.la clohe.1902

(S.A.v.Company navigation 1982) محقق شد. در قراردادشان داوری اتاق بازرگانی بین المللی در ژنو را مقرر می‌داشت. در این دعوی قاضی لوید^۱ رای داد که اگر قراردادی بوده باشد، تابع قانون ایتالیا بوده و چنین استدلال می‌کند: (اگر من به تصور اینکه قانون ایتالیا قانون حاکم است در اشتباه بوده و بایستی قانون نزدیک به آن، یعنی قانون ژنو را انتخاب می‌کردم. من این کار را به این علت می‌کنم که اگر چه قانون مکانی که قرار است داوری در آن انجام شود مسلم نیست، ولی به ویژه در قراردادهای بین اتباع کشورهای مختلف، هنوز عامل بسیار مهمی است، چرا طرفین باید داوری را تحت قواعد اتاق بازرگانی بین المللی در ژنو انتخاب کنند، به جای اینکه پاریس باشد، جزاینکه بگوییم آنها قصد داشتند، قانون سوئیس در امور ماهوی و همچنین امورشکلی اعمال شود. به ویژه به این خاطر که دادرسی تاحدی تحت قواعد اتاق بازرگانی بین المللی می‌باشد. ولی اگر طرفین بدون تعیین محل داوری، تنها بر داوری اتاق بازرگانی بین المللی توافق کرده باشند، مکان داوری کاملاً اتفاقی است و نمی‌توان موید این استنباط باشد که طرفین قصد داشته‌اند قانون محل داوری بر قرارداد آنها حکومت کند. (Atlantics underwriting agencies v. Company milo, 1970)

در زمانی که قرارداد با چند قانون ملی در ارتباط می‌باشد قاعده تجزیه قرارداد موضوعیت می‌یابد و می‌تواند برهرشقه از قرارداد یک قانون متفاوت از قانون دیگر را انتخاب کند. در عبارت ذیل بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون این وضعیت را پیش‌بینی کرده است: ... بخش قابل تجزیه قرارداد که ارتباط نزدیک تری با کشور دیگر دارد، می‌تواند به طور استثنا تابع قانون آن کشور باشد. لذا این مقرر فقط در شرایط استثنائی قابل اجراست و به این معنی است که مقصود از تجزیه در این بند استعمال آن در اوضاع و احوال بسیار محدود و استثنائی است و باید امیدوار بود که دادگاه در حاکم کردن دو یا چند قانون بر بخش‌های مختلف یک قرارداد تمایلی نشان ندهد.

به طور مثال زمانی که یک بخشی از قرارداد با قانون ایران و یک بخش با قانون انگلستان ارتباط مستقیم داشته باشد در اینجا طبق بند ۳ ماده ۴ مقرر می‌دارد هرگاه از اوضاع احوال پرونده روشن باشد که قرارداد به نحو بارزی نزدیک ترین ارتباط را با کشوری غیر از کشورهای مشابه بند ۲ و ۱ ماده ۴ (مقررات روم ۱) داشته باشد قانون آن کشور اعمال می‌شود.

^۱ Lloyd

در بخش پایانی بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون نوشته شده است: ... مع ذلک بخش تجزیه پذیر قرارداد که ارتباط نزدیکتر با کشور دیگر دارد از طریق اعمال قاعده استثنا می تواند تابع قانون آن کشور باشد. در مقام تقویت دکترین اعلام می دارد که به موجب آن هر شق مستقل قرارداد تابع قواعد حقوقی متفاوت باشد و باید به اوضاع و احوال خاص محصور بماند. (نیکبخت، ۱۳۹۳، ۷۶)

دیدگاه حقوق ایران

در حقوق ایران تا پیش از تصویب قانون داوری تجاری در سال ۱۳۷۶ نه تنها مقررات صریحی برای انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای وجود نداشته است، بلکه ابهام در تنها قاعده حل تعارض در ماده ۹۶۸ قانون مدنی درباره قانون حاکم بر قرارداد نیز منجر به طرح دکترین مختلفی شده است. ماده ۹۶۸ در واقع بیانگر قاعده حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد است و بر این فرض استوار است که قرارداد مانند دیگر پدیده‌های اجتماعی دارای پایگاه مکانی بوده و به این معنی که در مکان معینی محقق می‌گردد. ماده ۹۶۸ قانون مدنی برای تعهدات قراردادی وضع شده است. پس به صورت کلی هر عقدی اعم از اینکه معین باشد یا عقود بی نام و در قواره ماده ۱۰ قانون مدنی در رابطه با معاملات باشد یا روابط حقوقی دیگر، ماده ۹۶۸ قانون مدنی تکلیف تمامی آنها را با یک ضابطه قانون محل وقوع عقد روشن می‌کند.

امروزه تعهدات وسیع‌ترین روابط حقوقی بین اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی را در جهان معاصر در برمی‌گیرد. کشورهای مولد تکنولوژی جهان به سود حاصل از تجارت کالا اکتفا نمی‌کنند و آن را برای جهان سوم یا کشورهای پرجمعیتی مثل چین کنار گذاشته اند و تمام همت خود را به سمت تجارت خدمات و سود آور تر از آن به سمت تجارت دانش یعنی دارایی‌های غیر ملموس سوق داده اند. آماري که از سال ۱۹۸۲ تا سال ۲۰۰۲ منتشر شده است نشان می‌دهد که تجارت کالا در سال ۱۹۸۲ حدود ۶۲ درصد کل تجارت این کشور را تشکیل می‌داده و در سال ۲۰۰۲ یعنی حدود بیست سال به اندازه ای دگرگون شده که حجم تجارت دانش و خدمات به ۸۷ درصد افزایش یافته و تجارت کالای فیزیکی به ۱۳ درصد تقلیل یافت. مقصود از بیان آمار فوق توجه به این نکته است که انواع قراردادهای انتقال حقوق مالکیت معنوی و انواع قراردادهای لیسانس و انواع قراردادهای خدمات و همچنین قراردادهای فرانشیز در تجارت بین الملل رو به افزایش است و مورد استفاده قرار می‌گیرد.

قانونگذار کشور ما علیرغم پذیرش آزادی حاکمیت اراده در حد نص ماده ۱۰ قانون مدنی در حوزه معاملات (کاتوزیان ۱۳۷۷، ۳۲) به طور صریح، در ظاهر متن ماده ۹۶۸ قانون مدنی این حق را از متعاقدين ایرانی در سالیان گذشته پنهان نموده است و فقط اتباع خارجه طرفین عقد را طی سالیان گذشته صاحب اراده آزاد شناخته است و در مورد اتباع ایرانی حاضر به تصریح به اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نشده است. اما آیا ماده ۱۰ قانون مدنی با تفسیر موسع خود بخودی خود تاب این تفسیر را دارد که آزادی انعقاد قرارداد خصوصی و اعتبار آن به گونه‌ای تفسیر شود که بند انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را در هم بگیرد. یعنی باین تفسیر انتخاب قانون حاکم بر قراردادها بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی مجاز به حساب آید.

در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران آزادی وسیعی را به اتباع ایرانی برای تعیین مفاد قرارداد داده است. همچنین این آزادی قرارداد به دو صورت محدود شده است. دولت‌ها با استفاده از ابزار نظم عمومی و اخلاق حسنه سعی در محدود کردن دامنه قراردادها داشته است.

شاید بتوان گفت وقتی که قانونگذار توافق بر تمام ارکان یک قرارداد خصوصی (اعم از داخلی و بین‌المللی) بوسیله طرفین را تحت نام (قراردادهای خصوصی) معتبر می‌شناسند، یعنی قبول دارند که اراده طرفین عقد می‌تواند کل ساختار یک قرارداد خصوصی را با همان توانایی خلق کند. شرط انتخاب قانون حاکم بر قرارداد که خود یکی از اجزای آن قرارداد خصوصی است، به طریق اولی معتبر خواهد بود بنابراین اگر چه قانونگذار در معاملات حق انتخاب قانون حاکم توسط طرفین را صریحاً بیان نمی‌کند ولی با تفسیر موسع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان به این نتیجه یعنی حق انتخاب قانون رسید و هیچ دلیلی برای منع تفسیر مضیق ماده ۱۰ قانون مدنی وجود ندارد

اصل آزادی انتخاب قانون حاکم اقتضا می‌کند که در درجه‌ی اول طرفین بتوانند قانونی را که در زمان انعقاد عقد انتخاب کرده‌اند در ثانی با توافق بعدی تغییر دهند و قانون دیگری را بر روابط خود حاکم کنند.

در بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری‌های تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، آزادی اراده طرفین در قراردادها برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به این معنی است که طرفین قرارداد حق خواهند داشت که از میان نظام‌های مختلف حقوقی، قانونی را که به زعم آنان مناسب‌تر است، انتخاب کنند و انتخاب آنان را باید محترم بدانند و قانون منتخب آنان را بر قرارداد مربوطه جاری نمایند، مگر اینکه دادگاه دریابد که بخشی از قانون منتخب طرفین با قواعد آمره مقر دادگاه و

نظم عمومی در تعارض است. در این صورت تا آن حد که تعارض دارد قابل اعمال بر قرارداد یا اختلافات ناشی از آن نخواهد بود.

طبق ماده ۹۶۸ تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل انعقاد عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرارداده باشند. به عقیده برخی از متخصصین حقوق، این ماده که متضمن یکی از قواعد شناخته شده حقوق بین‌الملل است که از حقوق بین‌الملل فرانسه اقتباس شده است، زیرا به موجب یک قاعده قدیمی تعارض قوانین فرانسه، قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آنرا صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرارداده باشند. (الماسی ۱۳۸۰، ۲۱۳)

با توجه به اینکه نظم عمومی در زمان و مکان متغیر و متحول است، در صورت احراز نظر مقنن آن چنانکه در تفسیر تاریخی ماده ۹۶۸ قانون مدنی گفته شد، امروزه باید معتقد به تخییری بودن این ماده باشیم. بدین ترتیب که به لحاظ زمان تصویب این ماده و توجه به جو سیاسی و اقتصادی حاکم بر آن دوران امری بودن ماده قابل توجیه به نظر می‌آید و تراضی برخلاف آن ماده منجر به نقض نظم عمومی می‌گردید. لیکن با توجه به مرور زمان و تحولات دنیای تجارت کنونی و عطف توجه به پیشرفت‌های اقتصادی سایر ملل و تغییر دیدگاه و تفکر نسبت به نظم عمومی، پذیرش نظریه تکمیلی بودن ماده ۹۶۸ منطقی و صحیح می‌باشد. همچنین همان طور که به نظر می‌رسد قانون ما حاصل نیازهای جامعه نمایشگر سطح تفکر و علائق و خواسته‌های یک جامعه است، پس اگر ثابت شود که نیازهای دنیای کنونی ما چیز دیگری است، تقید خویش به امری بودن این ماده بر خلاف منطق و فلسفه وضع قانون نخواهد بود؟ به طور خلاصه منتقدین و موافقان امری بودن ماده ۹۶۸ می‌گویند حتی اگر پشتوانه حقوقی نظریه امری بودن مفاد ماده ۹۶۸، قاعده احراز نظر مقنن بوده باشد نیز جای خدشه و ایراد وارد است.

این دلیل در واقع به مثابه شمشیر دو لبه‌ای است که حریف و مدافع هر دو را از پای در می‌آورد، زیرا مقنن با توجه به مصالح موجود در آن زمان و نظم عمومی ویژه جامعه آن روز این قاعده را به طور امری وضع کرده است و قطعا در نظر داشته است که مصالح و منافع جامعه ایرانی حفظ شود ولی با توجه به مفهوم متغیر و متحول نظم عمومی وبا توجه به تغییر و تحول جامعه، مقصود اصلی و واقعی همان مقنن، که حفظ مصلحت جامعه در هر عصری و تامین مصالح در هر زمانی است، در عصر ما مقتضی، تفسیری و تکمیلی انگاشتن ماده است. (جنیدی،

۱۳۷۶، ۲۸۳)

بند ۲۷ ماده ۱ قانون داوری‌های تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو صورت گیرد به عنوان ارجاع به قانون ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. البته قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

نتایجی که از تصویب این قانون بدست می‌آید بدین صورت است که قانونگذار با تصویب این قانون خاص اجازه داده است که متعاقدین در قراردادهای تجاری فی‌مابین حق انتخاب قانون ولو قانون خارجی را داشته باشند. اگر انتخاب قانون توسط متعاقدین از اساس با مصالح اجتماعی یا منافع اقتصادی کشور ما ناسازگار بود، قانونگذار نمی‌توانست در سال ۱۳۷۶ قاعده‌ای مخالف با آن وضع کند. از این اقدام قانونگذار (یعنی دادن حق انتخاب قانون حاکم به متعاقدین در قراردادهای تجاری بین‌المللی بر می‌آید از ابتدا بر خلاف نظر بعضی از حقوقدانان (الماسی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۳) و قضات آمره نبوده است، زیرا در نتیجه دستکاری که قانونگذار در ماده ۹۶۸ قانون مدنی کرده است، ظاهراً این ماده را به صورت امری در آورده است، در حالی که به موجب اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی چون متعاقدین می‌توانند حدود تعهدات قراردادی را به اختیار خود تعیین کنند و هر شرطی را که مخالف قوانین امری نباشد موضوع توافق خود قرار دهند، لذا امری شناختن قاعده حل تعارض در باب تعهدات قراردادی و لازم الاجرا شناختن قانون داخلی در روابط بین‌المللی ایجاد مشکل می‌کند. همچنین می‌توان به این موارد استناد کرد که ۱- موضوع این ماده قراردادهای (عقود) هستند و اصل در معاملات اختیاری بودن قواعد آن (عبارت صدر ماده ۱۰ ق.م) است. اجباری یا آمره بودن نیاز به تصریح دارد. مثل واژه قانون در متن ماده ۱۰ قانون مدنی ایران که دلالت بر تصریح قاعده امری در قانون می‌کند.

پیشنهادی که می‌توان ارائه داد آن است که ماده ۹۶۸ را به دو قسمت تجزیه کنیم و قائل به این نظر شویم که به موجب این ماده اولاً: به طور کلی تعهدات ناشی از عقد تابع محل انعقاد قرارداد است و از آنجا که قاعده حل تعارض باید از قانون ماهوی از حیث طبیعت قاعده تبعیت کند، صدر ماده ۹۶۸ جنبه اختیاری دارد. زیرا چون متعاملین در روابط قراردادی خود به موجب قانون ایران اختیار نسبتاً زیادی در زیر پا گذاشتن مقررات تفسیری قانون ایران دارند، بنابراین منطقاً باید حق داشته باشند قانون صلاحیتدار بر تعهدات قراردادی خود را (در حدود قوانین آمره) انتخاب کنند.

ثانیا: در ذیل ماده ۹۶۸ قانون مدنی توجه خاصی به اتباع خارجه نموده است و چون فرض کرده است که اتباع خارجه اساسا میل ندارند قراردادشان به فرض انعقاد در ایران تابع قانون ایران باشد، در مورد آنان اماره منظور طرفین را بالا اختصاص برگزیده است. در توجیه این طرز تفسیر ماده ۹۶۸ و انتخاب دو اماره مختلف توسط قانونگذار ضمن یک ماده به این ماده توجه می‌شود که امارات قانونی اصولا احکامی هستند که قانونگذار از استقرا در موارد عملی استخراج کرده است. به این جهت در مورد اتباع ایران طبیعی است که قانونگذار اماره صلاحیت قانون ایران را به کار ببرد و در واقع با همین استدلال در مورد قراردادهایی که اتباع خارجه منعقد می‌نمایند، قانون منظور طرفین ملاک و صلاحیتدار قرار می‌گیرد. (نصیری، ۱۳۸۱، ۵۷)

کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و مقررات ۲۰۰۸ اتحادیه اروپا - رم

در قراردادهای تجاری بین‌المللی معمولا طرفین نمی‌توانند همه شرایط قراردادی را تدوین کنند. زیرا کار سخت و دشواری است، بنابراین ترجیح می‌دهند که قانون معین یا مجموعه قواعد حقوقی معین را انتخاب کنند. انتخاب قانون حاکم از حقوق فردی اشخاص است که کنوانسیون رم این اصل را به رسمیت شناخته است. همچنین اثبات شده است که انتخاب قانون توسط متعاقدين با عبور از فیلتر نظم عمومی وقواعد آمره هیچ چالشی با حاکمیت دولت ندارد. کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و بازتاب آن در قوانین ملی کشورهای عضو در جهت شناسایی استقلال و حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم در ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ گامی دیگر برداشت و همانطور که ذکر شده مفاد کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در پایان سال ۲۰۰۵ به صورت مقررات روم - یک در اتحادیه اروپا پیش نویس شد و با درج اصلاحاتی در سال ۲۰۰۸ به تصویب رسید و در سال ۲۰۰۹ اجرایی شد و اکنون در بیش از ۲۸ کشور عضو جامعه اروپا به جز دانمارک اجرا می‌شود. مقررات رم یک راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی که در حال حاضر در کشورهای عضو جامعه اروپا جاری است به طرفین اجازه می‌دهد که در این دنیای پهناور هر قانونی که به آن تمایل دارند برای حاکمیت بر روابط قراردادی خود انتخاب کنند.

مواد تعیین قانون حاکم توسط طرفین

عمده‌ترین اصلی که در کنوانسیون رم پذیرفته شده است این است که اغلب موضوعات مربوط به قرارداد را تحت حاکمیت قانونی قرار می‌دهد که کنوانسیون از آن به عنوان قانون حاکم بر قرارداد یاد می‌کند. قانون قابل اعمال بر تشکیل و وجود قرارداد نیز حکومت دارد. این احتمال وجود دارد که نسبت به برخی از موضوع‌های دیگر قوانین دیگری غیر از قانون قابل اعمال بر قرارداد بر اساس قواعد مندرج در بند ۱ ماده ۳ و ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و بند ۱ مواد ۳ و ۴ مقررات رم یک معین شود.

در بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون رم به شرح زیر به آزادی اراده در تعیین قانون حاکم پرداخته شده است:

قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند. این انتخاب باید صریح باشد و یا به طور شفاف از شرایط قرارداد اثبات شود. طرفین قرارداد با انتخاب خود می‌توانند قانونی را بر تمام قرارداد یا تنها بخشی از آن قرارداد حاکم کنند.^۱

تحلیلی که از بند ۱ ماده ۳ می‌توان برداشت نمود به این صورت است که همانطور که طرفین در انتخاب قانون حاکم چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی مختار و آزادند، می‌توانند هر زمان که مایل هستند قرارداد را تابع قانون دیگری غیر از قانونی که قبلاً بر آن حاکم بوده قرار دهند. اعم از اینکه در نتیجه انتخاب قانون حاکم قبلی مطابق مقررات این ماده باشد یا پس از انعقاد قرارداد پیش آید، هر تغییری در قانونی که باید اعمال شود پس از انعقاد قرارداد پیش آید، نباید به اعتبار شکلی قرارداد یا بر حقوق اشخاص ثالث اثر منفی بگذارد.

همچنین طبق بند ۳ ماده ۳ هرگاه در زمان انتخاب قانون، تمام عناصر مرتبط با وضعیت در یک یا چند کشور عضو واقع باشد، انتخاب قانون کشور غیر عضو اتحادیه اروپا به عنوان قانون حاکم در زمان اعمال آن بوسیله دادگاه کشور عضو در مواردی که مناسب باشد به اعمال قوانین اتحادیه اروپا که با توافق از آن مقررات نمی‌تواند عدول کنند نایستی لطمه وارد سازد.^۲

طبق این بند طرفین آزادند قوانین ملی دیگر کشورها را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کنند. همانطور که ذکر شد قانون ملی کشورها، نه قوانین غیرملی و یا عرف و رسوم

^۱ A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

^۲ Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

تجارتی. زیرا چه در ماده اخیر و چه از روح کنوانسیون این طور به نظر نمی‌رسد که آداب و رسوم تجارتی و قوانین غیر ملی را بتوان به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین نمود. همچنین کنوانسیون اعلام داشته است که هرگاه تمام عناصر دیگر مربوط به وضعیت هنگام انتخاب، در یک یا چند کشور عضو واقع شود، انتخاب قانون غیر از قانون کشور عضو توسط طرفین، لطمه‌ای به اعمال حقوق اتحادیه اروپا وارد نخواهد کرد، در صورتی که مقتضی باشد در کشور مقر دادگاه کشور عضو اعمال خواهد شد به گونه‌ای که نتوان از اعمال آن قواعد با توافق عدول نمایند.

پس با توجه به توضیحات مذکور طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد کاملاً آزاد هستند و می‌توانند از قوانین کشورهای خارج از اتحادیه اروپا نیز برای قانون حاکم بر قرارداد استفاده نمایند.

در صورتی که طرفین چه به صورت آگاهانه، و چه به صورت جاهلانه به تعیین قانون حاکم نپرداخته باشند به ترتیب زیر طبق ماده ۴ کنوانسیون به آن پرداخته می‌شود و قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود.

الف: قرارداد فروش کالا تابع حاکمیت قانون کشور محل سکونت عادی شخص فروشنده می‌باشد.^۱

بر طبق این بند فرض کنیم که آقای صادقی که به طور عادی در ایران ساکن است با آقای ترکاشوند در ترکیه قرارداد (فروش کالا) می‌بندد و آقای صادقی ملزم است تعهدات قراردادی خود را در ایران، ترکیه، مالزی انجام دهد. در این مثال به روشنی که کنوانسیون اعلام می‌دارد قانون ایران حاکم بر قرارداد می‌باشد. زیرا در اینجا به طور صریح مشخص شده است در قرارداد فروش کالا حاکمیت قانون محل سکونت عادی فروشنده (آقای صادقی) حاکم می‌باشد.

ب: قرارداد ارائه خدمات تابع قانون کشوری می‌باشد که محل سکونت عادی ارائه دهنده خدمات است.^۲

در بند ۲ ماده ۴ مشروط به مفاد بند ۵ ماده ۴، هنگامی فرض می‌شود که قرارداد با کشوری ارتباط بیشتری دارد که عمل انجام شده در آن قرارداد بسیار ویژه باشد و شخص انجام دهنده

^۱ a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence

^۲ a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence

آن در زمان انعقاد قرارداد در آن کشور سکونت عادی دارد، یا در مورد شرکت‌های ثبت شده یا ثبت نشده اداره مرکزی آنها در آن کشور باشد. مع ذالک اگر قرارداد در راستای حرفه آن طرف منعقد شده باشد آن کشور می‌تواند کشوری باشد که مرکز امور مهم آن شخص در آنجا قرارداد یا هر گاه بر طبق شرایط قرارداد اجرای قرارداد از طریق محل تجاری آن شخص غیر از مرکز مهم امور او انجام شود قانون کشور محل تجاری انجام دهنده‌ی قرارداد، اعمال خواهد شد. همچنین بند ۲ ماده ۴ را می‌توان به این صورت هم تعریف کرد:

باید فرض کرد که قرارداد با کشوری بیشترین ارتباط^۱ را دارد که در آن کشور طرفی که بایستی بخش مهم قرارداد را انجام دهد، در زمان انعقاد قرارداد در آنجا سکونت عادی دارد. یعنی کشور طرف اجرا کننده بخش مهم قرارداد که آن قسمت از قرارداد را انجام داده نه خود شخص اجرا کننده بخش مهم قرارداد، در نتیجه کشور (نه شخص اجرا کننده قرارداد) موضوعیت می‌باید و قانون آن کشور حاکم بر قرارداد خواهد بود.

ج: قرارداد مربوط به حقوق مرتبط با اموال غیر منقول تابع قانون کشور محل وقوع مال غیرمنقول است.^۲

د: با وجود نکته مذکور در بندج، اجاره مال منقول که برای استفاده خصوصی با موقتی و برای مدتی که بیش از شش ماه تجاوز نکند، تابع قانون کشوری است که محل سکونت عادی موجر در آنجا واقع است مشروط بر اینکه مستاجر شخص حقیقی باشد و محل سکونت عادی وی نیز در همان کشور باشد.^۳

همان طور که در بند ۳ ماده ۴ کنوانسیون مشاهده می‌شود در خصوص قراردادهای حمل و نقل مقرر می‌دارد که هر گاه موضوع قرارداد حقی بر اموال غیر منقول یا حق استفاده از اموال غیر منقول باشد در این حالت نمی‌توان به مفاد بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون استناد نمود و بایستی فرض شود که قرارداد به قانون محل وقوع مال غیر منقول بیشترین ارتباط را دارد.

^۱ characteristic performance

^۲ a contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

^۳ notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;

ه: قرارداد مربوط به امتیاز فعالیت تجاری (فرانشیز) تابع قانون کشوری است که محل سکونت عادی شخص امتیاز گیرنده در آن باشد.^۱

همچنین کنوانسیون در مورد قرارداد توزیع اعلام می‌دارد که بایستی تابع قانون کشوری باشد که محل سکونت عادی شخص توزیع کننده در آن کشور است قرار گیرد و در مورد قراردادهای فروش کالا از طریق حراج تابع قانون کشوری باشد که حراج در آنجا واقع می‌شود، در صورتی که بتوان چنین محلی را معین کرد.

۲- هنگامی که قرارداد تحت پوشش مفاد بند ۱ فوق قرار نمی‌گیرد. یا در صورتی که ارکان قرارداد تحت پوشش بیش از یکی از نکات مذکور در موارد الف تا ح بند ۱ قرار نمی‌گیرد، قرارداد تابع قانون کشوری است که بایستی تعهد اساسی را انجام دهد و در آنجا سکونت عادی دارد.^۲

در قرارداد نمایندگی قانون محل فعالیت نماینده حاکم است و در قراردادهای بانکی قانون بانک حاکم می‌شود نه قانون محل فعالیت وام گیرنده و همچنین در قراردادهای ساخت و سازهای ساختمانی قانون محل فعالیت شرکت سازنده ساختمان نه قانون محل فعالیت کارفرما و در قرارداد اجیر برای انجام خدمات قانون محل فعالیت اجیر کننده ملاک است. در تمامی مواردی که ذکر شد قانون حاکم بر قرارداد محل انجام تعهد اساسی قرارداد می‌باشد. زیرا امروزه قانون محل پرداخت پول بسیار کمرنگ تر از محل انجام خدمات و تعهد می‌باشد و قانون محل انجام تعهد اساسی قرارداد به عنوان نزدیک ترین ارتباط بر قرارداد تعیین می‌گردد.

۳- هنگامی که از تمام اوضاع و احوال پرونده پیداست که قرارداد به وضوح با قانون کشور دیگری به غیر از کشوری که بندهای ۱ و ۲ فوق اشاره می‌نمایند، ارتباط نزدیک تری دارد، قانون همان کشور حاکم خواهد شد.^۳

۴- هرگاه بر طبق بندهای ۱ و ۲ فوق قانون حاکم را نتواند معین کند، قرارداد تابع قانون کشوری خواهد بود که ارتباط نزدیکتری با آن دارد.^۱

¹ a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;

² Where the contract is not covered by paragraph ۱ or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph ۱, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.

³ Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs ۱ or ۲, the law of that other country shall apply.

این موارد به انتخاب قانونی اشاره دارد که طرفین قرارداد به طور صریح بر آن توافق کرده‌اند. (اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم به طور صریح)^۲ هدف و موضوع اراده در کنوانسیون روم نه تنها فقط تعیین جایگاه اصلی قرارداد بلکه انتخاب قانون قابل اعمال نیز هست.

به طور ضمنی به انتخاب قانونی اشاره دارد، که طرفین به طور شفاف بر آن توافق دارند، یعنی اوضاع احوال پرونده که با معقولیت از شرایط قرارداد قابل اثبات باشد. در صورت عدم انتخاب قانون، در بیشتر موارد با اماره (قابل رد) به نفع محل سکونت اجرا کننده تعهدات قراردادی (محل اجرا) قانون کشوری که نزدیک‌ترین ارتباط رابا قرارداد دارد، انتخاب می‌شوند. این معیار به تعیین کشوری اشاره دارد که اجرای قرارداد به آن پیوند می‌یابد. در کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در صورت عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین تا حدودی مواردی را پیش بینی کرده و تعیین کرده است اما هرگاه نتوان قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کرد، قرارداد تابع قانون کشوری خواهد بود که ارتباط نزدیک‌تری با آن دارد.

ماده ۴ کنوانسیون در مقام ایجاد اماره اصلی و قابل رد در برابر دلیل برای انتخاب قانون کشوری است که انجام دهنده بخش اساسی قرارداد در آنجا ساکن است (قانون محل سکونت انجام دهنده بخش اساسی قرارداد) و با اثبات نزدیک‌ترین ارتباط با کشور دیگر^۳، قانون آن کشور دارنده نزدیک‌ترین ارتباط جای قانون کشور اول را می‌گیرد. لذا ساختار ماده ۴ کنوانسیون در نبود انتخاب صریح یا ضمنی قانون و در تماس با مساله انتخاب قانون حاکم، سه مرحله را ترسیم می‌نماید. همچنین ماده ۴ کنوانسیون بدون بیان دلیل برای تعیین قانون فقط قاعده نزدیک‌ترین ارتباط را بیان می‌کند.

در کنوانسیون رم در صورت سکوت طرفین در قرارداد ماده ۴ این کنوانسیون به شرح زیر مقرر می‌دارد:

نزدیک‌ترین ارتباط

تا آن حدی که قانون حاکم بر قرارداد بر طبق ماده ۳ کنوانسیون انتخاب نشده باشد، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن ارتباط نزدیک‌تر دارد، مع ذلک بخش تفکیک پذیر قرارداد که

¹ Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs ۱ or ۲, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

² Freedom of choice

³ Most closely connected

ارتباط نزدیک تر با کشور دیگر دارد از طریق اعمال قاعده استثنا می‌تواند تابع قانون آن کشور باشد.

در مواردی که نتوان قانون حاکم بر قرارداد را معین کرد بند ۴ ماده ۴ مقررہ رم - ۱ تصریح می‌کند که قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارا می‌باشد. یکی از مشکلاتی که در بررسی قاعده نزدیک‌ترین ارتباط وجود دارد این است که ما بر اساس چه فاکتورهایی به نزدیک‌ترین ارتباط بر قرارداد برسیم. همین امر سبب شده که تحولی در این رابطه به وجود آورند و رابطه نزدیک‌ترین ارتباط را با اماره مخالف دیگر به نفع قانون خاصی تعدیل نمایند. این معیارها تعدیل شده هم به انتخاب قانون محل سکونت عادی فروشنده یا صادر کننده ختم می‌شود و از میان این همه پیچ و خم‌ها برای رسیدن به یک نتیجه است و آن هم قاعده اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی است که از این همه پیچیدگی سربر می‌آورد و اعمال آن هم به همین نتیجه یعنی انتخاب قانون محل سکونت عادی فروشنده یا صادر کننده ختم می‌شود. (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ۲۴۵)

ضابطه تعیین قانون قابل اعمال بر اساس نزدیک‌ترین ارتباط یا بر اساس مهمترین ارتباط از نوع ضابطه‌ی عینی است و به دادگاه‌ها آزادی عمل می‌دهد که با تفحص در عوامل تماس بر اساس تبعات آن قانون کشوری را معین نمایند که با آن نزدیک‌ترین ارتباط یا مهم‌ترین رابطه را دارند. صرف شمارش عوامل تماس بوسیله دادگاه موجب می‌شود که از اهداف ماده مذکور دور افتند و با شمارش فیزیکی آنها این خطر به وجود آید که نتیجه را به تعداد بیشتر تماس با طرفین یا معامله بدهند و قانون دیگری که مقصود نبوده یا مناسب نمی‌باشد حاکم شود.

اگر در حقوق انگلیس مقررہ کنوانسیون را در صورت نبود انتخاب صریح یا ضمنی طرفین بررسی کنیم متوجه می‌شویم که دادگاه‌های انگلیس نیز قاعده نزدیک‌ترین ارتباط را پذیرفته‌اند. ولی بایستی توجه داشته باشیم که بین قاعده انگلیس وقاعده مقرر در کنوانسیون تفاوت مختصری وجود دارد، زیرا کنوانسیون بجای اشاره به قانون به کشور اشاره می‌کند ووجه اشتراک هر دو این است که برای تعیین قانون قابل اعمال به ضابطه‌ی عینی توجه دارند

حکومت قانون محل سکونت اجرا کننده بخش مهم قرارداد

هرگاه هیچ قانونی انتخاب نشده باشد، قانون حاکم را باید بر اساس قاعده مقرر برای قراردادهای خاص مشخص کنند اعم از اینکه قراردادی را نتوانند از نوع خاص طبقه بندی کنند و یا در مواردی که عناصر آن (از قرارداد) مربوط شود، بایستی تابع قانون کشوری باشد طرف

قرارداد باید بخش مهم قرارداد را اجرا کند و در آن کشور سکونت عادی دارد، قراردادی که شامل مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات قابل طبقه‌بندی باشد که در بیشتر از یک نوع خاص قرارداد قرار می‌گیرد بخش مهم قرارداد را با توجه به مرکز ثقل آن بایستی معین نمود. مشروط به رعایت مفاد بند ۵ این ماده، فرض می‌شود که قرارداد با کشوری ارتباط نزدیک‌تر دارد که طرف اجرا کننده بخش مهم قرارداد در زمان انعقاد قرارداد در آن کشور سکونت عادی^۱ دارد یا در مورد اشخاص حقوقی ثبت شده اداره مرکزی شخص حقوقی در آنجا واقع است. مع ذلک اگر در راستای حرفه یا شغل تجاری طرف قرارداد منعقد شده باشد کشور دارنده نزدیک‌ترین ارتباط کشوری است که مرکز عمده فعالیت تجاری شخص حقوقی در آنجا واقع است یا هرگاه بر طبق مفاد قرارداد انجام تعهدات قراردادی بایستی در محلی غیر از مرکز فعالیت عمده تجارت صورت گیرد. کشوری است که محل فعالیت تجاری دیگر در آنجا واقع است.

در قراردادهای دوجانبه که هر یک از طرفین بایستی تعهدی را انجام دهند، معمولاً دو محل اجرا مورد توجه است یکی از آن محل‌ها محل تحویل کالا است و دیگری محلی است که پرداخت بایستی در آنجا صورت گیرد. اگر چه خود متن کنوانسیون رسا نیست و واژه تعهد اساسی^۲ را تعریف نکرده ولی گزارش رسمی استاد حقوق جیلیانو^۳ پیداست که دریافت و بهای خدمات در قرارداد فروش مهم نیست، بلکه تحویل خود کالا در قرارداد فروش و یا انجام خدمات در قراردادهای خدماتی به منزله تعهد اساسی می‌باشد. (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ۲۴۷)

بنابراین در جامعه مدرن در تمام قراردادهای خریدار در برابر تحویل کالا و انجام خدمات بایستی تعهد اساسی باشد و این کار توسط تولید کننده یا تامین کننده انجام می‌گیرد و درسنجش فاکتورهای ارتباط مهم بحساب می‌آیند. لیکن پرداخت‌هایی که توسط خریدار صورت می‌گیرد آن قدر خفیف جلوه داده می‌شود که وزن و بهایی معادل با تحویل کالا یا ارائه خدمات ندارد. بنابراین به صورتی که زمینه‌سازی شده قانون کشور یا قانون محل فعالیت تجاری فروشنده حاکم می‌شود نه قانون کشور خریدار.

در قراردادی که فقط یک طرف آن تعهدی بدون عوض داشته باشد، تکلیف روشن است. یک طرف تعهد دارد و محل اجرای آن هر جا که باشد این قرارداد با آن محل ارتباط نزدیک تری

^۱ Habitual residence

^۲ Characteristic performance

^۳ Giuliano

دارد. ولی اگر قرارداد دوجانبه بود و تعهدات دوجانبه و تعهدات هر طرف در مقابل طرف دیگر باشد، در این صورت تعهد کدام طرف مهم و بخش اساسی قرارداد می باشد؟ در قراردادهای دوجانبه که هر یک از طرفین بایستی تعهدی را انجام بدهد معمولاً دو محل اجرا مورد توجه است، ۱- محل مورد تحویل کالا و ۲- و دیگری محلی که باید پرداخت در آنجا صورت گیرد. به نظر می‌رسد تحویل کالا و خدمات بخش اساسی قرارداد محسوب می‌شود و این کار توسط تولید کننده یا تامین کننده صورت می‌پذیرد. درست است که پرداخت‌ها توسط خریدار صورت می‌پذیرد اما اینها انقدر خفیف جلوه میدهند که توانی در مقابل و با تحویل کالا و خدمات ندارند. قراردادهایی که خارج از عناوین هشتگانه ذیل بند ۱ ماده ۴ مقررات روم ۱ می‌باشند، مفاد بند ۲ ماده ۴ مقررات در مورد آنها می‌افزاید که هرگاه یکی از ارکان قرارداد تحت پوشش بیش از یک نکته مندرج در شقوق الف تا ح بند ۱ ماده ۴ فوق باشند، آن قرارداد تابع قانون کشوری طرفی است که لازم است بخش اساسی قرارداد را انجام دهد، یعنی قانون کشوری که انجام دهنده تعهد در آنجا واقع است و سکونت عادی دارد، با این طرز تفکر قرارداد بیمه بایستی تابع قانون محل فعالیت تجاری بیمه کننده باشد و قراردادهای بانکی بایستی تابع قانون محل فعالیت شعبه بانک باشد و با اداره مرکزی بانک مذکور ارتباطی ندارد.

در قرارداد نمایندگی قانون محل فعالیت نماینده حاکم می‌گردد نه قانون محل فعالیت اصیل و در قراردادهای بانکی قانون بانک حاکم می‌شود نه قانون محل فعالیت وام گیرنده و در قراردادهای ساخت و سازهای ساختمانی قانون محل فعالیت شرکت سازنده ساختمان حاکم است نه قانون محل فعالیت کارفرما. مبنا بر این است که هر طرف قرارداد که وظیفه اصلی ایفا تعهد را دارد و البته بر این باورند که قرارداد بر اساس کارکرد اقتصادی و اجتماعی سنجیده می‌شود. (John o Brien, 1999. P.341)

اماره‌هایی که بر این شکل بر اساس منافع اقتصادی فرهنگ سازی می‌شود، درصد ترجیح قانون کشور فروشنده یا تامین کننده کالا و خدمات است، نه در مقام ارزیابی واقعی عوامل تعیین کننده ارتباط با یک کشور. پرداخت بهای کالا که آن سوی معادله در قراردادهاست و در موارد غالب عمدتاً از جانب کشورهای آسیایی تادیه می‌گردد و اگر پرداختی در بین نباشد قراردادی وجود نخواهد داشت، همچنین این عمل به عنوان اقدامی کم‌ارزش^۱ ارزش گذاری می‌شود.

^۱ Passive activity

به طور مثال خریدار ایرانی یک دستگاه تصفیه هوا را از یک شرکت آمریکایی خریداری می‌کند و قرارداد منعقد می‌نماید. دستگاه مذکور با مواد اولیه تهیه شده در آمریکا ساخته و تحویل داده می‌شود. ساخت و تحویل دستگاه در آمریکا تعهد اساسی است. ولی اگر متخصص آمریکایی با مواد اولیه موجود در ایران دستگاه را طراحی و در ایران بسازد و همین جا تحویل دهد، در این صورت محل انجام تعهد اساسی ایران خواهد بود.

به‌عنوان مثال آقای الف که به‌طور عادی در ایران سکونت دارد با آقای ب در امارات قرارداد می‌بندد و آقای الف ملزم است تعهدات قراردادی خود را در ایران، ترکیه و لبنان انجام دهد. در این مثال به روشی که کنوانسیون تجویز می‌کند، فرض می‌شود که قانون ایران حاکم است. معمولاً حساب‌های بانکی برای بازپرداخت وام تحت حاکمیت قانون کشوری است که شعبه بانک بازکننده حساب در آنجا واقع است. زیرا بازپرداخت مبلغ سپرده شده از حساب بانکی در آنجا صورت می‌گیرد. به نظر می‌آید زمانی که بانک در مقام بازپرداخت است و از حساب پول پرداخت می‌کند کار بسیار مهمی انجام می‌دهد و باید قانون وی را در روابط فی مابین بشمار آورند، زیرا پرداخت‌های مذکور به کثرت و غلبه پرداخت‌هایی نیست که غالباً از کشورهای آسیایی و آفریقایی به حساب تامین‌کنندگان کالا واریز می‌شود. یعنی به طریقی با قرارداد تامین مالی بین بانک‌ها شباهت دارد. در تامین مالی برای اجرای پروژه‌ای بدین وسیله بانکی را قادر می‌سازند که مثلاً برای پروژه‌های نفت پارس جنوبی پول بیشتری تامین کنند. لذا بانک‌های دیگر تعهد می‌کنند پول اضافی را برای تامین مالی این پروژه به سمت بانک تامین‌کننده وجوه سرازیر کند تا بتواند با تقویت صندوق، پرداخت اقساط تعهد شده در برابر مراحل ساخت پارس جنوبی را انجام دهند. به نظر می‌رسد که تعهد به روانه کردن وجوه از حساب برای مصرف پروژه به منزله تعهد اساسی است، ولی پولی که خریدار بابت کالا یا خدمات یا در ساخت پروژه‌ها می‌پردازد مهم نیست. با توجه به همین دیدگاه است که بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون به قانون محل استقرار بانک توجه دارد که تعهد به پرداخت در آنجا به عمل می‌آید. (امیرمعزی، ۲۵۱، ۱۳۹۱)

در بند ۲ ماده ۴ مقررہ رم-۱ اعلام می‌دارد:

به‌طور مثال آقای الف در آمریکا ساکن است و با آقای ب که در یونان ساکن می‌باشد قراردادی را منعقد می‌نمایند و در قرارداد ذکر می‌شود که آقای الف در برابر قیمت توافق شده بایستی کالا را در سه کشور متفاوت مثل اتریش، فرانسه و هلند تحویل دهد. دلیل این امر این است که طرفی که باید تعهد اساسی را انجام دهد یعنی آقای الف در زمان انعقاد در آمریکا بوده

است حتی اگر در زمان اجرای قرارداد یا در زمان بروز اختلاف آقای الف در کشور دیگری ساکن شود، قانون امریکا حاکم خواهد بود. همچنین اگر الف یک شرکت تجاری ثبت شده را در امریکا داشته باشد و مرکز مهم امور اداری او در لوگزامبورگ مستقر باشد در این حال قانون لوگزامبورگ حاکم خواهد بود.

روش تعیین تعهد اساسی^۱ در قراردادها حتی در داخل هم مورد انتقاد قرار گرفته است، زیرا در تمام موارد فقط قانون کشور یا محل فعالیت فروشنده حاکم می‌گردد و تعادل اقتصادی قرارداد به سمت تولید کننده/صادر کننده کالا یا ارائه دهنده خدمات متمایل می‌گردد، یعنی به سمت طرف قوی‌تر قرارداد تعیین می‌شود.

گرچه تاکید بند ۲ ماده ۴ به اجرا کننده بخش اساسی قرارداد تعلق می‌گیرد ولی قانون حاکم، قانون کشوری است که طرف انجام دهنده معمولاً در آنجا سکونت عادی دارد و یا در مورد شرکت‌های تجاری و مشارکت مدنی مرکز امور اداری آنها در زمان انعقاد قرارداد در آنجا باشد.

محل وقوع اموال غیر منقول

با توجه به بند ۳ ماده ۴ کنوانسیون که مقرر می‌دارد: هر گاه موضوع قرارداد حقی بر اموال غیر منقول یا حق استفاده از اموال غیر منقول باشد، در این حالت نمی‌توان به مفاد بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون استناد کرد و بایستی فرض شود که قرارداد به قانون محل وقوع مال غیر منقول بیشترین ارتباط را دارد.

با وجود مفاد مقرر بند ۲ همین ماده، مادامی که موضوع قرارداد حقی بر اموال غیر منقول یا حق استفاده از مال غیر منقول باشد. فرض می‌شود که قرارداد با کشوری ارتباط نزدیک‌تر دارد که اموال غیر منقول در آنجا واقع است.

یکی از اهداف کنوانسیون ۱۹۸۰ رم این است که همواره با کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل (راجع به صلاحیت محاکم و اجرای احکام) استفاده شود. به موجب کنوانسیون بروکسل دادگاه محل وقوع مال غیر منقول صلاحیت انحصاری نسبت به دعوی اموال غیر منقول دارد. کشورها غالباً راجع به آثار مالکیت قانون محل وقوع مال را به عنوان قانون حاکم جاری می‌کنند.

^۱ Characteristic performance

قرارداد حمل کالا

قرارداد حمل کالا تابع اماره مقرر در بند ۲ فوق نمی‌باشد. در این قبیل قراردادها اگر در زمان انعقاد قرارداد مرکز فعالیت عمده شرکت حمل و نقل و همچنین محل بارگیری کالا یا محل فعالیت عمده ارسال کننده کالا در همان کشور باشد، فرض می‌شود که قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط را با آن کشور دارد. در اعمال ضوابط این بند قرارداد اجاره وسیله حمل و نقل برای یک سفر وسایر قراردادهایی که هدف اصلی آن حمل کالا باشد، به منزله قرارداد حمل و نقل تلقی می‌شود.

در بند ۴ ماده ۴ کنوانسیون اماره ویژه‌ای را فرض می‌نماید. یعنی به قانون کشوری که محل فعالیت عمده تجاری شرکت حمل و نقل در آنجا واقع است، مشروط بر این که کشور مذکور محل بارگیری یا محل تخلیه بار یا محل فعالیت تجاری اصلی ارسال کننده در زمان انعقاد قرارداد باشد، فرقی نمی‌کند که شرکت حمل و نقل خود حمل کننده باشد یا برای حمل کالا از دیگری استفاده کند. در این صورت محل فعالیت حمل کننده موضوعیت ندارد بلکه محل بارگیری یا تخلیه مورد توجه است. (امیرمعزی، ۱۳۹۱، ۲۵۹)

در بند ۱ ماده ۴ بجای ارتباط با قوانین بر ارتباط با کشور تاکید می‌کند. به نظر می‌آید تاکید بر کشور اصطلاح دقیقی نیست و اختصاص به معانی بیشتر مثل محل انعقاد قرارداد یا محل اجرا منتهی می‌شود که می‌تواند عمدی باشد. در حالی که ارتباط با یک نظام حقوقی ترجیح دارد. زیرا در اینجا بار حقوقی به واژه‌های قانون و شکل قرارداد داده می‌شود. در این مورد دیدگاه دادگاه‌های انگلیس این است که بایستی به تمام عوامل ارتباط از قبیل: محل اجرای قرارداد، زبان قرارداد، پول در حساب بانکی، قانون حاکم بر تابعیت طرفین قرارداد، محل انعقاد قرارداد و تمام اوضاع و احوال محیط بر قرارداد مورد توجه قرار گیرد. دیدگاه کنوانسیون رم هم همین است و کشورهای زیادی هم این قاعده را که دادگاه‌های انگلستان در پیش گرفته اند، در قانون ملی خود وارد کردند.

در مورد ماده ۴ اعمال این ماده شامل دو مرحله است: ۱- در مرحله اول ابتدا تعیین می‌شود که در قرارداد کدام عمل اساسی و طرف انجام دهنده بخش اساسی قرارداد در کدام کشور ساکن است. اما در مرحله دوم بایستی تعیین کنند که چه فاکتورهایی ارتباط با عامل پیوند دهنده بین قرارداد و کشور مربوطه وجود دارد که بتوانند دادگاه را از اعمال مفاد بند ۵ ماده ۴ منصرف کند. البته از کل این ماده این چنین می‌توان استنباط کرد که تهیه کنندگان کنوانسیون در صدد اعمال قاعده نزدیک ترین ارتباط است.

نتیجه

در بررسی فاکتورهای انتخاب نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد، شکل قرارداد و محل انعقاد قرارداد ارزش اندکی در تعیین قانون حاکم دارا می‌باشند. مکان انعقاد قرارداد و مقر داوری نیز تا حدودی قابلیت انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را دارا هستند. همچنین در صورتی که موضوع قرارداد حقی بر اموال غیر منقول باشد، فرض می‌شود که قرارداد با کشوری که اموال غیر منقول در آنجا واقع است ارتباط نزدیک‌تر دارد. در قرارداد حمل کالا، اگر در زمان انعقاد قرارداد مرکز فعالیت عمده شرکت حمل و نقل و همچنین محل بارگیری کالا یا محل فعالیت عمده ارسال کننده کالا در همان کشور باشد، فرض می‌شود که قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط را با آن کشور دارد. پس از بررسی تمامی معیارها، گرچه با نگاه به تمام این اماره‌ها و راه‌حل‌ها به نظر می‌رسد که تعیین معیارهای عینی و مشخص در هر قرارداد متفاوت است و بایستی داورها و قضات تمام عوامل مورد نظر در یک قرارداد را مورد بررسی قرارداده و پس از بررسی به تعیین قانون حاکم بر آن قرارداد پرداخته شود. زیرا هدف از بررسی قراردادهای مشخص شدن مهمترین شاخصه‌ها و معیارها این است که قضات و داورها نزدیک‌ترین قانون حاکم بر قرارداد را تعیین و اعمال نمایند. لیکن در واقع مهمترین معیاری که ما را می‌تواند در این امر یاری نماید حکومت قانون محل سکونت اجرا کننده بخش مهم قرارداد است زیرا امروزه نزدیک‌ترین ضابطه برای تعیین قانون حاکم در قراردادهای تجاری بین‌المللی قانون کشوری است که باید بخش مهم قرارداد را اجرا و در آن کشور سکونت عادی دارد.

پیشنهاد

با توجه به عصر حاضر و شرایط کنونی موجود در دنیای تجارت به نظر می‌رسد تسهیل روابط تجاری از طریق مطابقت قوانین داخلی با قوانین و کنوانسیون‌های متحد الشكل دنیا بسیار حائز اهمیت است و همچنین یکسان‌سازی قوانین بین‌المللی کشور با کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌تواند باعث رشد و توسعه تجارت و اقتصاد کشور شود. بنابراین پیشنهاد می‌گردد که با بازنگری و یکنواخت سازی قوانین با قوانین کشورهای توسعه یافته و کنوانسیون‌های بین‌المللی، شاهد پیشرفت و توسعه قوانین و کشور قرارگیرد. گرچه با تغییر این قوانین نبایستی به نظم عمومی و حقوق عمومی و اخلاق حسنه لطمه وارد نمود.

منابع و مأخذ

کتاب

- ۱- الماسی، نجادعلی. ۱۳۷۶. تعارض قوانین. تهران: نشر دانشگاهی.
- ۲- اتاق بازرگانی بین المللی، اینکوترمز ۲۰۱۰. ۱۳۹۰. مرکز مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- ۳- امیر معزی، احمد. ۱۳۹۱. قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی. تهران. دادگستر.
- ۴- جنیدی، لعیا. ۱۳۷۶. قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین المللی. دادگستر.
- ۵- صفایی، سید حسین. ۱۳۸۴. حقوق مدنی. قواعد عمومی قراردادها. میزان.
- ۶- نصیری، مرتضی. ۱۳۸۱. حقوق بین الملل خصوصی. ۹. آگاه.
- ۷- شیروی، عبدالحسین. ۱۳۸۹. حقوق تجارت بین الملل. سمت.
- ۸- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۷. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. میزان.

مقالات و پایان نامه‌ها

- ۹- الماسی، نجاد علی. ۱۳۶۹. شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه، انگلیس و آمریکا. دانشکده حقوق و علوم سیاسی. ش ۲۵.
- ۱۰- ایرانی، ناصر. نقش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی. مقطع کارشناسی ارشد. دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۱۱- امانی، رضا، حق تعیین قانون حاکم و محدودیت های آن بر قراردادهای بازرگانی بین المللی. مقطع کارشناسی ارشد. دانشگاه بین المللی قزوین
- ۱۲- لاگارد، پل. حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون ۱۹۸۰ م. ترجمه، اشتری. محمد. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی.
- ۱۳- نیکبخت، حمیدرضا. ۱۳۸۳. چگونگی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی. مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی. شماره ۲۲-۲۱.
- ۱۴- نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۳. مسائل حاکم بر تعهدات قراردادی. مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۹.

منابع انگلیسی

پرونده ها

- 15- Amin Rasheed. Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co., [1984] AC 50
- 16- Westinghouse Electric Corp. v. Islamic Republic of Iran Air Force, ICC case no. 7375
- 17- ICC Case No 7110 (00.06.1995), Partial Award, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, 1999, Unilex

کنوانسیون ها

- 18- The Convention on the law Applicable to contracts for international sale of goods 22 december 1986.
- 19- The Rome 1980 Convention on the law Applicable to Contractual obligation.