

بررسی مقایسه ای قراردادهای تجاری بین المللی در نظام های حقوقی کامن لا و سیویل لا

زهره کرمی^۱، رسول مقصود پور^۲

^۱ دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی مشهد
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

نویسنده مسئول: karami_z77@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ / تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۱۸

چکیده

تشکیل قراردادها یکی از مهم ترین و بحث برانگیزترین موضوعات حقوق تجارت بین الملل است که در حوزه روابط حقوقی طرفین مورد توجه قرار می گیرد. امروزه اغلب قراردادهای تجاری در راستای تعاملات بین المللی بر مبنای مدل های قراردادی کامن لا و سیویل لا نوشته می شود، فارغ از اینکه رابطه حقوقی که قرارداد مقرر می دارد و بر آن حاکم می شود آیا تحت لوای قانونی آن نظام حقوقی قرار می گیرد یا نه. در واقع عرصه قراردادهای تجاری بین المللی، عرصه رقابت یا همکاری نظام های حقوقی است. این مدل های متفاوت از قراردادهای بر اساس استلزامات و ساختار خاص نظام حقوقی مربوطه طراحی می شوند که در آن اصل بر اجرا شدن قرارداد است. لذا این مدل از قراردادهای ممکن است در صورت متفاوت بودن قانون حاکم، بعضاً نارسا و یا زائد باشد. از این رو، این مقاله در صدد شناخت نحوه تشکیل قراردادهای تجاری بین المللی است و تمرکز اصلی بر مطالعه تطبیقی تشکیل قراردادها و قواعد حاکم بر آن در مقایسه بین نظام های حقوقی سیویل لا و کامن لا و مشخص کردن تفاوتها و شباهتهای رفتار این دو نظام حقوقی بزرگ با قراردادهای می باشد. نتیجه این مطالعه نشان می دهد که در برآیند توسعه تاریخی و نظری نظام های حقوقی کامن لا و سیویل لا، دو سبک متفاوت از تشکیل قرارداد ایجاد شده است به گونه ای که هر چند شباهت های قابل توجهی در ارتباط با قواعد حاکم بر تشکیل قراردادها در این دو نظام دیده می شود، اما تفاوت های فنی و کاربردی مهمی نیز وجود دارد. عناصر تشکیل دهنده هر قرارداد در هر نظام حقوقی به شکلی متفاوت به تصویر کشیده شده است. قانون حاکم بر قراردادها نیز بسیار مهم است زیرا در واقع زمانی که طرفین وارد قراردادی می شوند که با بیش از یک کشور ارتباط دارد، لزوماً این سؤال طرح می شود که آیا کدام قانون بر قرارداد حاکم است تا چالش های بوجود آمده در زمان اختلافات ناشی از قرارداد را مرتفع سازد.

کلیدواژه: قرارداد، تجاری، بین المللی، نظام حقوقی، کامن لا، سیویل لا

مقدمه

جامعه بین المللی در قرن گذشته تلاش کرده است تا چارچوب حقوقی واحدی را در خصوص قراردادهای تجاری بین المللی در سطح جهانی ایجاد کند. با وجود اینکه این تلاش ها برای هم سو کردن کل مجموعه جهانی کافی نبوده، اما نتایج مفید و ارزنده ای به همراه داشته است. از این جمله می توان به کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصول یونیدروئیت قراردادهای تجاری بین المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی، و کنوانسیون وین برای بیع بین المللی کالا، اشاره کرد. هر یک از این اسناد بین المللی دستاوردهای فوق العاده ای در مسیر خود محسوب می شوند اما در عمل حاصل تضاد و ترکیب دو نظام حقوقی اصلی مسلط در پهنه جهانی، نظام حقوقی کامن لا و نظام حقوقی سیویل لا، هستند. به این ترتیب می توان گفت آنچه به عنوان نظام حقوقی یا قواعد حاکم بر قراردادهای تجاری و بین المللی شناخته شده و اعمال می شود در بدو امر یا مربوط به دو نظام حقوقی کامن لا و سیویل لا و یا مربوط به دستاوردهای جامعه بین الملل برای یکسان سازی حقوقی است که در گذشته تحت عنوان لکس مارتوریا و امروزه به عنوان حقوق فراملی بازرگانان تجلی یافته است. برترین جلوه این یکسان سازی، اصول قراردادهای تجاری و بین المللی یونیدروئیت است. علیرغم این تلاش های بین المللی برای یکسان سازی اصول قراردادهای تجاری بین المللی، هنوز تا حصول به هدف داشتن چارچوب حقوقی واحد و جهانشمول در پهنه بین المللی که به شدت تحت تاثیر نقش حاکمیت دولت ملت ها می باشد، فاصله بسیار است. در چنین شرایطی آنچه در دنیای واقعی می گذرد حاکی از نقش مسلط دو نظام حقوقی کامن لا و سیویل لا در عرصه قراردادهای تجاری بین المللی است. درک تطبیقی این دو سنت یا نظام حقوقی علاوه بر بعد نظری آن اهمیت بسیاری از بعد کاربردی آن دارد. درک تطبیقی این دو، مزایای واقعی و کاربردی جدی دارد و بطور بالقوه عدم این درک می تواند تبعات و خسارات جدی به همراه داشته باشد. هر کشوری در جهان ما دارای حقوق ویژه خود می باشد و گاهی در داخل یک کشور چند حقوق مختلف بطور همزمان اجرا می شود. تعدد نظام های

حقوقی یک واقعیت است و وضع و اجرای قواعد متفاوت در کشورهای مختلف، آشکارترین و قابل درک‌ترین معنی تنوع نظام‌های حقوقی است. حقوق ایالات متحده و حقوق فرانسه متفاوتند، زیرا اولی نظام نظارت قضایی بر مطابقت قوانین عادی یا قانون اساسی را می‌پذیرد و دومی آن امر را نمی‌پذیرد. هر حقوق در واقع نظامی را تشکیل می‌دهد و قواعد در گروه‌های خاص طبقه‌بندی می‌شوند و به نوعی طرز فکر درباره نظامی اجتماعی وابسته است که شیوه اجرا و حتی وظیفه حقوق را تعیین می‌کند. طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی به چند خانواده مختلف برای آن است که با تقلیل این نظام به چند نوع محدود، معرفی و درک نظام‌های مختلف حقوقی جهان معاصر آسان شود. مفهوم ((خانواده حقوقی)) مربوط به یک واقعیت زیست‌شناسی نیست و فقط به منظور آموزش و برای نشان دادن مشابهت‌ها و اختلافاتی که بین نظام‌های متفاوت حقوقی وجود دارد از آن استفاده می‌کنند. سه دسته حقوقی بزرگ در جهان معاصر دسته‌بندی شده‌اند:

۱- خانواده رومی- ژرمنی

۲- خانواده کامن‌لا

۳- خانواده سوسیالیستی^۱

سخن گفتن از کشورها به عنوان اعضای نظام‌های حقوقی به این معناست که هر گروه از این کشورها میراثی مشترک و متمایز در یک سنت حقوقی خاص دارند. یک سنت حقوقی مجموعه‌ای عمیق و ریشه دار است که به لحاظ تاریخی نگرش به ماهیت حقوق، نقش قانون در جامعه، سازماندهی و به کارگیری نظام حقوقی و طریق ایجاد و اعمال، مطالعه، اعتلاء و تفکر در مورد حقوق را تشکیل می‌دهد. این نوشته بر آنست که با معرفی دو نظام حقوقی کامن‌لا و سیویل‌لا که از خانواده حقوقی رومی- ژرمنی است و همچنین با مقایسه جنبه‌های مختلف در این دو نظام، به مطالعه تطبیقی قواعد حاکم بر نحوه تشکیل قراردادها در هریک از آنها بپردازد.

۱- مقایسه نظام‌های حقوقی کامن‌لا و سیویل‌لا

بنداول: نظام حقوقی کامن‌لا

سنت کامن‌لا که به نظام رویه قضایی و سابقه قضایی هم معروف است نوعی نظام حقوقی است که توسعه آن به یک رخداد تاریخی پیوند خورده است. در سال ۱۰۶۶ بعد از میلاد، ویلیام فاتح از نورماندی انگلستان را فتح کرد. وی در تلاش برای گسترش نظم حقوقی نورماندی در انگلستان دستور تشکیل دادگاه‌های شاهی را صادر کرد که روند رسیدگی در این دادگاه‌ها به تدریج زمینه ایجاد یک حقوق مشترک و هماهنگ در انگلستان در قرن ۱۳ را فراهم کرد. سابقاً آنچه در دادگاه‌ها اجرا می‌شد نظام حقوق عرفی کاملاً محلی که توسط دادگاه‌های بخش اجرا می‌شد.^۲ حقوقدانان پیرو نظام حقوقی مدون، گاهی کامن‌لا را حقوق عرفی می‌نامند. حقوق عرفی نامیدن کامن‌لا، ناشی از این تصور است که هر نظام حقوقی که مدون نباشد عرفی است. اما بایستی توجه داشت که نقش عرف در کامن‌لا به هیچ وجه با اهمیت تر از نقش عرف در نظام حقوقی رومی ژرمنی نیست و هیچ ارتباطی میان کامن‌لا و حقوق عرفی^۳ وجود ندارد. در واقع کامن‌لا با از میان بردن حقوق عرفی انگلستان ایجاد شده است. کامن‌لا را حتی نظام برگرفته از عرف قضایی هم نمی‌توان نامید چراکه حتی یک حکم از سوی یک دادگاه می‌تواند در این سیستم به یک قاعده تبدیل شود و لزومی به تکرار آن نیست.^۴ با وجود این، کامل‌لا در انگلستان و با تصویب قانون حل و فصل در سال ۱۷۰۱ و ایجاد یک سیستم قضایی مستقل و سپس با انتشار یادداشت‌هایی در مورد حقوق انگلستان توسط بلک استون که به قوانین مستعمره‌ها و همچنین آمریکا نفوذ و نشر یافت تکامل پیدا کرد. در واقع نظام حقوقی کامن‌لا، اساس و پایه حقوق انگلستان است و به جهت مشترک بودن این نظام برای همه بخش‌های انگلستان و ولز، آن را کامن‌لا می‌نامند. گستره نفوذ کامل‌لا کشورهایی همچون استرالیا، کانادا، آفریقای جنوبی، نیوزیلند، هند، زیمبابوه، غنا، سیرالئون، گامبیا، نیجریه، سومالی، تانزانیا، اوگاندا، کنیا، زامبیا، بوتسوانا، مالاوی و بسیاری از جزایر کارائیب و البته انگلستان و آمریکا را در بر می‌گیرد.^۵ ویژگی سنتی کامن‌لا کاملاً متفاوت با ویژگی‌های خانواده رومی-ژرمنی است. کامن‌لا ساخته دست قضات است که وظیفه داشتند دعاوی خاصی را حل و فصل کنند. قاعده حقوقی کامن‌لا که دارای تجرد کمتری نسبت به قاعده حقوقی خانواده رومی-ژرمنی است، قاعده‌ای است که منظور آن ارائه راه‌حل دعوی است، نه بیان قاعده کلی رفتار برای آینده. کامن‌لا با توجه به ریشه آن، وابسته به قدرت سلطنتی است و در مواردی گسترش یافته است که صلح مملکت، به خطر افتاده یا ملاحظات مهم دیگری دخالت سلطنتی را ایجاد یا اختلافات بین افراد در صورتی به دادگاه‌های کامن‌لا ارجاع می‌شد که با نفع سلطنت یا ملکت اصطکاک پیدا می‌کرد. علم حقوق رم، که مبتنی بر حقوق مدنی است، در ایجاد و گسترش کامن‌لا که حقوق عمومی ناشی از آیین دادرسی است، نقش بسیار محدود داشته است. تقسیمات حقوقی در کامن‌لا، مفاهیم

^۱. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه سید حسین صفایی. تهران: نشر میزان، چاپ ششم ۱۳۸۴. صص ۲۶-۲۹

^۲. O'Connor Vivienne. Common Law and Civil Law Traditions. 2012. P11

^۳. Customary Law

^۴. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. ص ۱۵۴

^۵. O'Connor Vivienne. Ibid. P. 11

واصطلاحات حقوقدانان در این نظام کاملاً متفاوت با خانواده رومی-ژرمنی است.^۶ نظام حقوقی مبتنی بر رویه قضایی، اختصاص به انگلستان و کشورهای دارد که حقوق خود را از انگلستان اقتباس کرده اند. قاعده اصلی در این نظام این است که دعوی تعیین تکلیف شده، بعنوان یک رویه قضایی محسوب شده و منابع الزام آور برای آینده هستند.^۷ بر اساس تقسیم‌بندی تاریخ حقوق انگلیس، ساختار دوگانه‌ای که عبارت بود از کامن‌لا و انصاف، مشاهده می‌شود. قرن سیزدهم که دوره تشکیل کامن‌لا و قرن شانزدهم که دوره ایجاد انصاف است دو دوره بزرگی است که در آنها ویژگی‌های ساخت حقوق انگلیس ترسیم شدند. این حقوق در کنار قواعد کامن‌لا، که ساخته دادگاه‌های شاهی و سمنستر یا دادگاه‌های کامن‌لا است، شامل راه حل‌های انصاف است که متمم و اصلاحاتی به قواعد کامن‌لا وارد می‌کند.^۸ کامن‌لا نظام حقوقی است که در انگلستان، پس از غلبه نورمان‌ها بر این کشور به طور عمده در نتیجه فعالیت دادگاه‌های شاهی ساخته شده است. خانواده کامن‌لا علاوه بر حقوق انگلیس، که منشأ آن بوده است انواع حقوق همه کشورهای انگلیسی زبان را، با پاره‌ای استثنائات در بر می‌گیرد. هرگونه مطالعه درباره کامن‌لا باید با بررسی حقوق انگلیس اتخاذ شود. کامن‌لا نظامی است که عمیقاً تحت تأثیر تاریخ خود قرار گرفته و این تاریخ تا قرن هجدهم، منحصراً تاریخ حقوق انگلیس بوده است. این امر یک عامل تعیین کننده است هر چند که باید با این یادآوری تصحیح شود که برخی از انواع حقوقی عضو خانواده کامن‌لا، مانند حقوق ایالات متحده امروز تفاوت عمیق با حقوق انگلیس دارند و برخی مانند هند یا سودان در زمینه احوال شخصیه به سنتی بجز حقوق انگلیس وفادار مانده‌اند. با بررسی تاریخ حقوق انگلیس، چهار دوره اصلی می‌توان دسته‌بندی کرد که عبارتند از:

۱- دوره پیش از تسلط نورمان‌ها به سال ۱۰۶۶ میلادی

۲- از سال ۱۰۶۶ میلادی تا روی کار آمدن سلسله تودورها ۱۴۸۵ - دوره تشکیل کامن‌لا که یک نظام حقوقی جدید و مشترک جایگزین عرف‌های محلی در سراسر قلمرو پادشاهی انگلستان شد.

۳- دوره تشکیل انصاف و رقابت آن با کامن‌لا (۱۴۸۵ تا ۱۸۳۲)

۴- دوره جدید (قرن ۱۹ و ۲۰) که نمایانگر یک تغییر بنیادی در حقوق انگلیس هستند.

دقیقاً از جهت تقسیمات و مفاهیم، حقوق انگلیس متفاوت از حقوق فرانسه و دیگر انواع حقوق خانواده رومی-ژرمنی است. در ساختار حقوق انگلیس، تقسیم‌بندی‌های حقوقی به نحو بست که تقسیم حقوق به کامن‌لا و انصاف، در رأس آنها قرار دارد. در سطح پایین‌تر، معنی مفاهیم تفاوت‌های بنیادی نسبت به ساختار حقوقی خانواده رومی-ژرمنی وجود دارد. در حقوق انگلیس، نه مفهوم ولایت پدری را می‌بایم، نه مفهوم شخص حقوقی، نه مفهوم تدلیس و نه مفهوم قوه قاهره را. و در مقابل مفاهیم دیگری از قبیل عوض و تجاوز به جان و مال، منع گفتار یا رفتار معارض که چیزی را در ذهن ما تداعی نمی‌کند. اصطلاحات حقوق انگلیس، از آنجا که با هیچ یک از مفاهیم شناخته شده خانواده رومی-ژرمنی تطبیق نمی‌کند، در زبانهای کشورهای عضو این خانواده غیرقابل ترجمه است.^۹ حقوق انگلیس یک حقوق مبتنی بر آرای قضایی^{۱۰} است. از آنجا که تأثیر دانشگاه‌ها و دکترین در انگلستان کمتر از اروپای قاره‌ای بوده و بازسازی کلی حقوق در این کشور هرگز به وسیله قانونگذار، از طریق فن (تدوین) و یا قانونگذاری انجام نگرفته است. حقوق انگلیس، در زمینه منابع و ساختار خود، مشخصات نخستین خود را حفظ کرده است و این حقوق، نمونه بارز یک حقوق مبتنی بر آرای قضایی است و با مطالعه رویه قضایی است در مقایسه با (آراء) و (قانون)، منابع دیگر نقش فرعی ایفاء می‌کنند. حقوق انگلیس را در برابر حقوق فرانسه، نمی‌توان درک کرد مگر آنکه تفاوت میان چگونگی فراهم آمدن این دو نظام حقوقی و گسترش آنها را در تاریخ مورد نظر قرار دهیم. رخداد اصلی که نشان آن در تاریخ حقوق فرانسه همچنان پابرجا مانده، ارزشی است که مطالعات حقوق روم در این کشور داشته است. از آغاز قرن سیزدهم تا پایان قرن هجدهم، تعلیم حقوق در فرانسه در دانشگاهها بر پایه حقوق روم استوار بوده است. در انگلستان از یک سو اقتدار شاهی در شرایطی کاملاً ویژه انجام پذیرفت و فئودالیت به شکلی دیگر، متفاوت از آنچه در فرانسه داشت، در آمد. از سوی دیگر رشد دادگستری در آنجا به گونه ای مغایر از آنچه که در فرانسه به خود دیده صورت گرفت. در فرانسه، مراجع قضائی سنتی با صلاحیت عام خود همچنان پابرجا ماندند و اقتدار شاهی کوشش خود را بدان محدود ساخت که آنها را به تمکین از نظارت خود وادار نماید. علاوه بر آن، سازمان قضائی انگلستان، استوار بر اصولی به کلی متفاوت از آنچه در فرانسه پذیرفته شده، در بنیاد خود شامل تمایز میان دون نوع مرجع قضائی صالح است: از یک سو دیوان‌های برتر، و از سوی دیگر دیوان‌های فروتر. تمایزی که بدین سان انجام گرفته برای حقوقدانان فرانسوی مانوس نیست؛ برای آنکه وظیفه قضائی و مراجع قضائی هست؛ ولی به واقع، قوه قضائیه ای نیست. در قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه به سادگی با صحبت از ((مرجع قضائی)) کاربرد این اصطلاح با آنچه که زمانی دور از واقعیت زندگی سیاسی فرانسه را تشکیل می‌داده

۶. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. ص ۳۲

۷. مهرا، نسرين. نظام حقوقی انگلستان، تهران: نشر میزان. چاپ اول، بهار ۱۳۸۷. ص ۲۹

۸. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. صص ۱۶۸ و ۱۶۹

۹. همان. صص ۱۷۶-۱۴۷

تطبیق داده شده است. به هر حال در انگلستان، قضیه به شکلی دیگر بوده است.^{۱۱} منابع حقوق انگلیس به عنوان مهم ترین مقر نظام حقوقی کامن لا، عبارتند از: ۱- آراء قضایی (منبع اصلی حقوق انگلیس است) ۲- قانون ۳- عرف و عادت ۴- دکترین و عقل^{۱۲}

بند دوم: نظام حقوقی سیویل لا

مفهوم سیویل لا در ادبیات غرب به دو موضوع اشاره دارد.

معنای اول: دلالت به موضوع حقوق خصوصی همچون احوال شخصیه و موارد مربوط به قراردادهای یا سایر دعاوی بین اشخاص. این حوزه از حقوق، از محدوده حقوق کیفری مجزا است.

معنای دوم: این معنا دلالت به سنت یا نظام حقوقی مبتنی بر قانون مدنی همچون قانون مدنی فرانسه است. نظام حقوقی سیویل لا کهن ترین و گسترده ترین نظام حقوقی جهان است. تاریخ این سنت به ۴۵۰ سال قبل از میلاد بر می گردد. این نظام حقوقی بر پایه حقوق روم شکل گرفته و مهم ترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین قوانین در آن نظام است.^{۱۳}

در قرن ششم میلادی، امپراتور ژوستین دستور نوشتن مجموعه قوانینی را بر اساس قوانین رم، صادر کرد. که بعدها در قرن هیجدهم دوباره همراه با کامن لا و آنچه حقوق تجارت در اروپا شناخته می شد مورد توجه قرار گرفت و در مجموع به مبنایی تاریخی برای قوانین در اروپای قاره ای تبدیل شد. در عصر روشنگری^{۱۴} کشورها، اروپای قاره ای بتدریج از هنجارها و رویه های عرفی به عنوان مبنای حل اختلافات به طرف قوانین رسمی و مدون گرایش پیدا کردند. در اغلب موارد فرهنگ و سنن ملی در قالب منابع سیویل لا گرد آمد که خود حاکی از شیوه کارکرد سیویل لا می باشد. قانون مدنی فرانسه در عصر ناپلئون در سال ۱۸۰۴ میلادی، اولین تدوین ملی و نظام مند و عقلانی از قانون بشمار می رفت. قانون مدنی آلمان در سال ۱۹۰۰ تفکر حقوقی نظام مند و پیشرفته دیگری بود. اشتیاق به انسجام و عقلانیت در قانون، اصل مسلط در سیویل لا است که در کشورهای پیرو این سنت و نظام حقوقی مشهود است. سنت حقوقی سیویل لا در اروپای قاره ای و بواسطه استعمار در جنوب آمریکا، آفریقا، خاورمیانه و آسیا گسترش یافته است.^{۱۵} از میان کشورهای مختلف، فرانسه جزو خانواده حقوقی رومی-ژرمنی است و نظام حقوقی آن سیویل لا است. خانواده رومی-ژرمنی شامل کشورهایی است که در آنها علم حقوق بر پایه حقوق روم شکل گرفته است، قواعد حقوقی در این کشورها قواعد کلی رفتار و در ارتباط نزدیک با عدالت و اخلاق تلقی می شود. از قرن ۱۹، در خانواده رومی-ژرمنی قانون نقش عمده ای یافت، زیرا کشورهای این خانواده به (مجموعه قوانین) مجهز شدند. ویژگی دیگر خانواده رومی ژرمنی اینست که این حقوق، به علل تاریخی بیش از هر چیز برای تنظیم روابط میان افراد ایجاد شده است. مهد خانواده رومی ژرمنی در اروپاست. این حقوق با کوشش دانشگاه های اروپا شکل گرفته است.^{۱۶} نظام حقوقی رومی-ژرمنی در اروپای بری^{۱۷} (اروپای قاره ای نیز به آن گفته شده است که مقصود از آن اروپا به استثنای انگلستان و دیگر جزایر بریتانیای کبیر است) شکل گرفته و در آنجاست که امروزه نیز مرکز اصلی خود را حفظ کرده است هر چند بدلیل توسعه طلبی و استعمار، کشورهای متعددی در خارج اروپا نیز به این نظام پیوسته و یا پاره ای از عناصر آن را پذیرفته اند. عصر پیدایش نظام حقوقی رومی-ژرمنی از نظر علمی، قرن سیزدهم میلادی است. ظهور نظام حقوقی رومی-ژرمنی در قرون دوازدهم و سیزدهم به هیچ رو ناشی از کوشش یک قدرت سیاسی یا مرکزیت پدید آمده از سوی یک فرمانروا نیست. به همین دلیل این نظام با حقوق انگلیس تفاوت پیدا می کند. چرا که گسترش کامن لا به پیشرفت قدرت شاهی و وجود دادگاه های سلطنتی بسیار متمرکز بستگی دارد. در اروپای بری چنین وضعیتی دیده نمی شود. نظام رومی-ژرمنی بر خلاف کامن لا، در قرون دوازدهم و سیزدهم در دوره ای استقرار می یابد که نه تنها اروپا یک واحد سیاسی متمرکز را تشکیل نمی دهد، بلکه فکر اینکه وضع می تواند و باید طور دیگر باشد نیز واهی جلوه می کند. می توان گفت نظام حقوقی رومی-ژرمنی هرگز بجز بر پایه اشتراک فرهنگی استوار نبوده است. این نظام جدا از هرگونه هدف سیاسی پدید آمده و به حیات خود ادامه داده است. این نکته ای است که دقت در آن و تأکید بر آن واجد اهمیت است. نظام حقوقی عضو خانواده رومی ژرمنی بطور قابل ملاحظه ای با هم متفاوتند به ویژه حقوق عمومی آنها به نحو قابل ملاحظه ای در رابطه با مسائل سیاسی، اختلاف دارد. اما در همه کشورهای خانواده رومی-ژرمنی، علم حقوق قواعد حقوقی را به شیوه یکسانی طبقه بندی می کنند. همه جا در این

^{۱۱} داوید، رنه. گزیده ای از حقوق انگلستان، ترجمه محمود سلجوقی. تهران: نشر میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۹. ص ۱۳ و ۲۷

^{۱۲} داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. صص ۲۰۵ و ۲۰۶

^{۱۳} Ontario Justice Education Network. In Brief Student Handout. Common Law and Civil Law. Available at <http://ojen.ca/resource//3518> / p. 1

^{۱۴} Enlightenment Age

^{۱۵} O'Connor Vivienne. Ibid. P,9

^{۱۶} داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. صص ۳۰

^{۱۷} Europe Continentale

خانواده، قاعده حقوقی به شیوه‌ای واحد معرفی، توصیف و تحلیل می‌شود. در این خانواده دکتترین ارجی والا دارد، قاعده حقوقی اساساً برای حل یک مورد خاص به کار نمی‌رود. منابع حقوق در نظام حقوقی سیویل لا و عبارتی یکی از اعضای خانواده رومی-ژرمنی به شکل زیر تقسیم‌بندی می‌شوند:

۱- قانون

۲- عرف و عادت

۳- رویه قضایی

۴- عقاید علمای حقوق (دکتترین)

۵- اصول عالی حقوق

همه کشورهای خانواده رومی ژرمنی دارای قوانین اساسی مدون هستند که برای مقررات آنها اعتبار خاصی قائلند.^{۱۸}

۲- مقایسه تئوری قرارداد

بند اول: نظام حقوقی کامن لا

نظریه کلی قرارداد در کامن لا، از یک سو تحت تاثیر تاریخ تکامل کامن لا است و از طرف دیگر تاریخچه مخصوص به خود را دارد. آنچه امروزه به عنوان کامن لا در خصوص قراردادهای در قانون انگلیس و آمریکا مطرح است ریشه در مفاهیم قانون روم قدیم دارد. در حقوق قرارداد اولیه روم ابزاری که غیر رومی‌ها بتوانند در قراردادی قانونی و الزام آور با رومی‌ها وارد شوند وجود نداشت. در کامل لای انگلستان قرون وسطی نیز تنها بواسطه تشریفات که سند مهر و موم نامیده می‌شد وجود یک تعهد و ادعا پذیرفته می‌شد. ولیکن در قرن چهاردهم در واکنش به الزامات تجاری جدید دو نوع اقدام قانونی مورد پذیرش قرار گرفت:

۱- ادعای طلب

منظور از اقدام قانونی به ادعای طلب زمانی بود که خواننده به خواهان مقروض است و بطور غیر قانونی از استرداد بدهی خودداری می‌کند.

۲- ادعای خسارت

اقدام به ادعای خسارت زمانی بود که کسی به دروغ وعده می‌داد تا بدهی خود طبق یک سند مهر و موم شده را بپردازد اما به وعده خود عمل نمی‌کرد.^{۱۹}

اما صرفاً در نتیجه فشارهای تجاری، و نیز تأثیرات فرهنگی و فکری قرن هجدهم و نوزدهم بود که کامن لا به سمت مفهوم مدرن قرارداد حرکت کرد. اگرچه قبل از اولین رساله پاول در حقوق قرارداد، هیچ نظریه‌ای در مورد قانون قراردادهای وجود نداشت اما پس از مقاله پاول در خصوص قانون قراردادهای موافقتنامه‌ها، نویسندگان کامن لا، شروع به نظام‌مند کردن دکتترین قراردادهای در جهان انگلیسی-آمریکایی کردند و این کار را به شیوه آثار دانشمندان فرانسوی همچون جین دومات و رابرت روئیتز که تأثیر مستقیم در حقوق مدنی ۱۸۰۴ فرانسه داشتند و دیگر حقوقدانان قانون طبیعی، مانند هوگو گرتیوس^{۲۰} و پوفندورف^{۲۱}، که به نوبه خود تحت تأثیر مکتب اسپانیایی قانون طبیعی بودند که بعنوان مکتب مکتب مؤخر نیز معروفند، انجام دادند. وکلای کامن لا این دکتترین‌های سیویل لا را در قالب پرونده‌های انگلیسی ارائه کردند ولی دادگاه‌ها به هنگام تصمیم‌گیری در مورد آن پرونده‌ها ذهنیت مشخصی از این دکتترین‌ها نداشتند.^{۲۲}

بند دوم: نظام حقوقی سیویل لا

آنگونه که در بدنه قانون مدنی ژوستین مدون شده و متعاقباً در اروپای قاره‌ای و سراسر جهان گسترش یافته است نظریه قرارداد در سیویل لا نیز در کل ریشه در حقوق روم دارد و از مدرن‌ترین طرق حل و فصل حقوق روم منبث شده است. بخش عمده‌ای از سیویل لای مدرن متشکل از سیویل لای مربوط به روم است که به سرعت در سراسر قاره اروپا، امریکای لاتین، کبک، لوئیزیانا، و حتی برخی از کشورهای آفریقایی و آسیایی، در میان سایر دولت‌ها گسترش یافت، و نمونه برجسته و پیشرو آن حقوق مدنی ۱۸۰۴ فرانسه است. نظریه قرارداد در نظام سیویل لا، بطور خاص، ریشه در نظریات ارسطو در

^{۱۸}. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی. همان. ص ۱۰۵-۴۱

^{۱۹}. Hermida, Julian, Convergence of Civil Law and Common Law Contracts in the Space Field, Hong Kong Law Journal, vol. 34 Part 2, 2004. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=926728>. p. 5

^{۲۰}. Hugo Grotius

^{۲۱}. Pufendorf

^{۲۲}. Hermida, Julian. Ibid. P. 6

مورد برابری در مبادله و لیبرالیتته دارد، بدان گونه که در نحله مکتبیون مؤخر و دیگر حقوقدانان قرن هفدهم و هجدهم ترسیم شده است. همانطور که در بالا اشاره شد، مکتبیون مؤخر همچنین ساختار دکترینی قرارداد کامن لا را تحت تاثیر قرار داد. این حقوقدانان، قانون روم را که فاقد نظام بود از طریق سازماندهی نظری نظام مند، بازسازی کردند.^{۲۳}

۳- طبقه بندی قراردادها

بند اول: نظام حقوقی سیویل لا

فقه سیویل لا، در مقایسه با نظام حقوقی کامن لا، اهمیت به مراتب بیشتر و بالاتری به تعاریف و طبقه بندی های قراردادها داده است. این تفاوت ناشی از ریشه های هر دو سیستم است که با هم متفاوت اند. سیویل لا به عنوان یک ابزار منطقی، مبتنی بود بر سنت یونانی تحقیق منطقی، مفهوم ارسطویی طرد میانه^{۲۴}، تفکر و تفسیر قیاسی همراه با توانمندی بالا در قاعده مندی و توضیح.^{۲۵} از این رو بسیار منظم و سازمان یافته شده و بر بیانیه هایی بسطی، اصول کلی، و غالباً نادیده انگاشتن جزئیات، متکی است. کلیت تئوری حقوق قرارداد در حوزه های قضایی نظام حقوقی سیویل لا نشان دهنده منشاء و روش آن است. امروزه در سیویل لای مدرن، معمولاً به دو شیوه قراردادها را مورد بحث قرار می دهد:

- اول اینکه، یک قانون کلی^{۲۶} از قراردادها ترسیم می کند، که شامل تعریف، طبقه بندی، قابلیت ورود به قراردادها، موضوع، تشریفات، اسناد و اثر قراردادها می باشد.

- دوم، قوانینی که بعنوان قانونی خاص^{۲۷} با چند قرارداد ویژه و منتخب سر و کار دارد.

- سوم، بسیاری از قوانین مدنی دارای بخش کلی مشترکی در رابطه با موضوعات سیویل لا هستند، که شامل تمام تعهدات قراردادی نیز می شود.

اساساً، قرارداد به طور عموم به عنوان توافقنامه ای بین چند نفر، برای اعلام خواسته ای مشترک که با تعیین حقوق طرفین تعریف می شود. سیویل لا فرانسه، قرارداد را به این نحو تعریف می کند: "توافقی است که یک یا چند نفر را نسبت به دیگری یا دیگران برای ارائه، یا انجام، یا عدم انجام چیزی متعهد می کند". این تعریف از قراردادها، که در قالب کلماتی با معنای مشابه در همه قوانین مدنی مدرن باز تولید شده است، ریشه در مفهوم توافق یا رضایت دارد. بنابراین در سیویل لا، یک قرارداد از یک توافق یا رضایت منتج می شود و این توافق یا رضایت، اجباری است چون به محض اینکه طرفین به آن توافق یا رضایت دست می یابند متعهد هستند که شرایط قرارداد را به منظور انجام کاری معین و یا جبران خسارت، به مرحله اجرا در آورند. بنابراین، این امر نشان دهنده اهمیت اولیه حاکمیت اراده و تمایز ارسطو بین آزادی و انصاف در مبادله است. موافقت نامه هایی که به طور قانونی شکل می گیرند به عنوان قراردادهایی که پشتیبانی قدرت قانون را نسبت به طرفین قرارداد به همراه دارند در نظر گرفته می شوند.^{۲۸} در این نظام، تقسیم بندی قراردادها بر اساس ماهیت آن به چشم می خورد. مفاد قوانین و اندیشمندان سیویل لا اغلب قراردادها را در مجموعه ای از چند نوع متقابل طبقه بندی می کنند. در اصل، این طبقه بندی در راستای تسهیل تشخیص ماهیت حقوقی قراردادها عمل می کند. برخی از این نوع طبقه بندی قراردادها شامل: انواع معین یا نامعین (بر اساس نام)، دو جانبه و یک جانبه، رضائی و واقعی، مبادله ای و شانسی می باشد.

بند دوم: نظام حقوقی کامن لا

فقه کامن لا تمایل اندکی به کوشش برای تعاریف و استخراج نتایج حقوقی از این تعاریف داشته است. با توجه به نظریه کلی قرارداد، قرارداد در کامن لا بیشتر علاقمند به انواع تعهدهای لازم الاجرا بوده و بنابراین تلاش قابل توجهی را معطوف به تعیین اینکه کدام تعهدات می توانند موجب تبعات حقوقی باشند، می کند. بطور کلی در نظریه قرارداد کامن لا، یک تعهدی وجود دارد که به معنای اعلام اراده جهت انجام عمل یا خودداری از انجام کاری در نظر گرفته می شود. که این تعهد باید به شیوه ای مشخص، به نحوی که طبق قرارداد مطرح شده است و مطابق درک متعهد له از تعهد موعود باشد مطابقت کند. عموماً در ایالات متحده و دیگر حوزه های قضایی کامن لا، یک تعهد در صورتی قابل اجرا است که آن تعهد مشعر بر معامله با عوض متناسب و قانونی بوده و یک ایجاب و یک قبول را در برگیرد. در حالیکه این نوع تعهد، متداول ترین و قدیمی ترین نوع تعهد است که سیستم قانونی از آن حمایت کرده و پشتیبانی می کند ولی انواع دیگری از تعهدات نیز پذیرفته شده است. از جمله تعهدی که معقولانه شخص دیگر را به اتکال آن تعهد وادار به تغییر موضع می کند، و به عنوان عدم امکان انکار پس از اقرار شناخته شده است. تعهدات جدیدی که برای اجرای تعهدات (غیر لازم الاجرای) موجود، شکل

²³. Ibid.

²⁴. excluded middle

²⁵. Zimmermann, R., Roman Law, Contemporary Law: The Civilian Tradition Today, Oxford University Press, New York, 2001, at 18

²⁶. Lex generalis

²⁷. Specialis LEX

²⁸. Hermida, Julian. Ibid PP. 6-7

می‌گیرند تعهداتی هستند که ممکن است بواسطه مصوبات نظامنامه‌ای^{۲۹} هیأت‌های قانونی و شبه قراردادهای اجرا شوند که با عنوان اعاده نیز شناخته می‌شوند، و اصل آن منبعث از مفهوم شبه قرارداد در سیویل است که برای قرن‌ها در قاره اروپا وجود داشته است اما تنها اخیراً در کامن‌لا گنجانده شده است.^{۳۰} در کنار تقابل موجود بین اصول تعهداتی که آزادانه بصورت وعده درآمده‌اند و اصول تعهدات ضمنی، که بحث محوری حقوق قراردادهای و مباحث بسیاری در محافل دانشگاهی کامن‌لا بوده است، حالت سومی وجود دارد، که به نظر می‌رسد عمومیت یافته است و حقوق قراردادهای را به گونه‌ای در نظر می‌گیرد که ریشه در اصول تعهدات صریح داشته اما بواسطه اصول تعهدات ضمنی آبدیده شده است، که بر انصاف و وابستگی طرفین بجای تعهدات و توافقات واقعی طرفین تمرکز دارد.

۴- مفهوم و جایگاه تعهدات لازم‌الاجرا

مفهوم تعهدات لازم‌الاجرا در سیویل‌لا ناشناخته نیست، درست مشابه مفاهیم تعاریف و ویژگی‌هایی که قطعاً در نظام حقوقی کامن‌لا نیز شناخته شده است. با این حال، به نظر نمی‌رسد محققان و قضات سیویل‌لا اهمیت زیادی به انواع تعهدات لازم‌الاجرا از منظر قانون قائل شوند و ترجیح می‌دهند بر خصوصیات اصلی و شخصی تمرکز کنند که باید در یک قرارداد باشد تا قرارداد وجود داشته باشد. در مقابل همتایان حقوق عرفی آنها نیز، تعاریف را تا حد ستون‌های مقدس بالا نمی‌برند و اغلب به شکل محدودی به مفاهیم قراردادهای می‌پردازند. در این رابطه، به عنوان مثال، مجموعه قواعد حقوقی قراردادهای را بدینگونه تعریف می‌کند «تعهد یا مجموعه‌ای از تعهدات که برای نقض آن توسط قانون خسارت تعیین شده، و یا بطریقی اجرای آنها توسط قانون وظیفه شناخته می‌شود». نویسندگان آمریکا قرارداد را این گونه تعریف کرده‌اند: «(توافقی داد و ستدی که بواسطه آن یکی از طرفین متعهد به انجام کاری و یا ارائه چیزی است که بنا به توافق طرفین دلیل یا انگیزه ارائه یا انجام چیز دیگری توسط طرف دیگر)». بر مبنای این مفهوم سازی، روشن است که حقوق قراردادهای در حوزه قضائی کامن‌لا رو بسوی ایده‌های مبادله و قابلیت اجرای تعهدات رشد می‌کند و نه در جهت تنظیم مقررات حقوقی منتهجه از ماهیت وجودی قرارداد.^{۳۱} هرچند که حقوقدانان کامن‌لا در قرن نوزدهم با وام‌گیری از منابع قانون مدنی، مانند کومین، نیولند، چیتی، کنت، استوری، دود، کری، پارسونز و لیک، همگی قراردادهای را بعنوان معاهدات یا توافق تعریف کردند، حتی زمانی که دادگاه‌ها این چنین عمل نکردند. این هم شامل وام‌گیری - صرف مفهوم تعریف و رضایت - و هم انحراف از منابع سیویل‌لا است: رضایت در اندیشه سیویل‌لا به خاطر معانی آزادی و انصاف در مبادله الزام آور محسوب می‌شود اما در کامن‌لا چندان الزام آور تلقی نمی‌شود.^{۳۲}

۵- تشکیل قراردادهای

۵-۱- قراردادهای تجاری بین المللی

قراردادهای تجاری بین‌المللی نسبت به قراردادهای بین‌المللی مفهوم محدودتری دارند لیکن آنچه مسلم است این که حقوق قراردادی از هر نوع و در هر سطحی ملی یا بین‌المللی عموماً در اختیار طرفین قرارداد می‌باشد که با توجه به وضعیت و شرایط طرفین و با لحاظ قواعد امره تنظیم می‌گردد. با انعقاد هر قرارداد، اطراف یا طرفین آن اهداف مشخصی را دنبال می‌کنند که دستیابی به آن مد نظر است و در مفاد قرارداد انعکاس می‌یابد که در نتیجه موارد تبعی دیگری همچون عدم اجرای قرارداد یا تعهد، اجرای معیوب یا ناقص یا همراه با تأخیر را موجب خواهد شد که با این وجود و با لحاظ سرعت به عنوان خصیصه بارز مبادلات تجاری تعیین تکلیف و جبران خسارت وارده به زبان دیده در اولویت کاری قرار خواهد داشت. قطعاً عامل بروز خسارت با در نظر گرفتن ضوابطی مسئول جبران خسارت خواهد بود مگر در خصوص مسائلی که خارج از اختیار و قدرت اوست که ممکن است به حق یا به ناحق و به انحاء مختلف به آنها متوسل شده و در نتیجه عدم پرداخت خسارت یا عدم اجرای تعهد را موجب گردد.^{۳۳} قراردادهای تجاری بین‌المللی متضمن سه اصطلاح قرارداد، تجاری و بین‌المللی است. همان طور که در قبل اشاره شد؛ قرارداد به توافقی اطلاق می‌شود که روابط دو یا چند طرف را مقرر میدارد. این روابط می‌تواند در زمینه خرید و فروش، اجاره، رهن، ضمانت، و یا اعطای تسهیلات مالی باشد. قراردادهای تجاری به آن دسته از آن قراردادهای اطلاق می‌شود که برای مقاصد کسب و کار و رفع نیازهای قراردادهایی که برای رفع نیازهای شخصی منعقد می‌شود قراردادهای مصرف کننده نامیده شده و از حیثه بحث خارج است. شایان ذکر است که در اینجا قراردادهای تجاری در مقابل قراردادهای مدنی به نحوی که در برخی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه تمایز پیدا کرده است قرار ندارد و بنابراین اگر قرارداد برای مصارف شخصی و خانوادگی نبوده و هدف از انعقاد آن کسب و کار و تحصیل درآمد باشد، مشمول قراردادهای تجاری است. قید بین‌المللی مبین این امر است که طرفین قرارداد در فراسوی مرزها با یکدیگر معامله می‌کنند و یا قرارداد

²⁹. statutory enactments

³⁰. Hermida, Julian. Ibid. P. 9

³¹ Berger, supra note 21, at 79

³² Hermida, Julian. Ibid. p. 10-11

³³. حافظی احمدی، علیرضا. قوه قاهره و مسئولیت ناشی از نقض قراردادهای تجاری بین‌المللی، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد دامغان،

بناست که در فراسوی مرزها به اجرا در آید. قراردادی که در چهارچوب یک کشور منعقد و اجرا می‌شود، قرارداد داخلی تلقی می‌شود.^{۳۴} در میان این گستره، قرارداد تجاری، ضامن سرعت و امنیت بازرگانی توافقات میان افراد می‌تواند در قالب یک سری از عقود متنوع باشد. رشد فزاینده مبادلات و معاملات تجاری باعث رونق قراردادهای تجاری شده است. این نوع قرارداد با قراردادهای تابع حقوق مدنی متفاوت است. ماهیت این نوع قراردادها شرایطی را برای اطلاق قید تجاری به آن ایجاب می‌کند. اصولاً تفکیکی که در حقوق تجارت ما در مورد قرارداد تجاری و غیر تجاری وجود دارد، از نظام حقوقی کشور فرانسه اقتباس شده است. در نظام حقوقی فرانسه و کشورهای که از حقوق این کشور تبعیت کرده‌اند، سیستم (دوالیسم) یا (دوسیستمی) وجود دارد. به موجب این سیستم، قراردادها به دو دسته قراردادهای تجاری و غیر تجاری قابل تقسیم هستند. در حقیقت قراردادهای تجاری، آن دسته از قراردادهایی هستند که در ماده ۲ قانون تجارت ما احصاء شده است.^{۳۵} هر قراردادی که غیر از موارد مذکور باشد، قرارداد مدنی تلقی خواهد شد. به این ترتیب ما یک ملاک کلی برای تفکیک قراردادهای تجاری از قراردادهای غیر تجاری نداریم و برای اینکه بفهمیم یک قرارداد تجاری است یا خیر، باید به ماده ۲ قانون تجارت رجوع کنیم. در واقع این ماده حاصل یک مطالعه تاریخی است. تمایز قراردادهای تجاری از قراردادهای غیر تجاری در قوانین کشورها دارای پیشینه تاریخی است. بعنوان مثال در فرانسه، زمانی که ناپلئون در جنگ بوده است، بسیاری از بازرگانان فرانسوی ورشکست شده و اموال مردم را برای خود برمی داشتند که این موضوع به اقتصاد کشور لطمه زد. وی نیز برای بررسی فعالیت‌های تجاری بازرگانان و علت ورشکستگی آنها، گروه تحقیقاتی تعیین نمود. حتی در حال حاضر نیز در قانون تجارت فعلی فرانسه، مقررات بسیار سفت و سختی نسبت به تجار ورشکسته پیش بینی شده است. در قانون تجارت ما نیز همین سخت‌گیری‌ها وجود دارد در برخی موارد برای بازرگانان و تجار، مجازات نیز تعیین شده است. ماده ۱ قانون کشورهای ایران و فرانسه با هم شباهت دارند و در هر دو اشاره کرده است که تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قراردادده است. سپس ماده ۲ قانون تجارت ما که در قیل ذکر شد، معاملات تجاری را مشخص کرده است. می‌توان گفت که خرید و فروش، در رأس معاملات تجاری قرار گرفته است. در حقوق غربی و کشور فرانسه، حقوق تجارت از قواعد پیچیده تبعیت نمی‌کند و معاملات تجاری بسیار ساده و فاقد تشریفات است. در نظام حقوقی فرانسه اصطلاحی وجود دارد مبنی بر اینکه (در حقوق تجارت دلیل آزاد است). یعنی هر دلیلی را می‌توان در حقوق تجارت برای اثبات ادعا مطرح کرد. در حالیکه در همین کشور در خصوص دعاوی مدنی سخت‌گیری شده و ادعای طلب تا مبلغ بسیار کم قابل اثبات نیستند، مگر از طریق ارائه سند کتبی. در فرانسه، برای رسیدگی به دعاوی تجاری، دادگاه‌های تجارت تأسیس شده است به همین دلیل تفکیک اعمال تجاری و اعمال مدنی ملموس‌تر است. و حتی اگر تاجر، اعمال مدنی نیز انجام دهند، اعمال تبعی مدنی تاجر نیز در دادگاه تجارت رسیدگی می‌شود. در این کشور نظریه تبعیت عمل فرعی از عمل اصلی، حاکم است. در کشورهای نظیر کشور انگلستان هم که تفکیک بین اعمال تجاری و اعمال مدنی به طور خاص وجود ندارد. می‌بینیم که با وجود سنت آنگلو ساکسون و کامن‌لایی آنها، درباره معاملات و اعمالی که ما آنها را تجاری تلقی می‌کنیم، قانون خاصی وضع کرده‌اند. آنها در هر زمینه‌ای قانون خاصی دارند. نظیر قانون راجع به بیع تجاری، بروات شرکت‌ها، ورشکستگی و ... زیرا آنها تشخیص داده‌اند که معاملات تجاری برخورد خاصی را می‌طلبد که در آن باید دو عنصر اساسی یعنی سرعت و امنیت مد نظر قرار گیرد. واژه بین‌المللی بودن در قراردادهای تجاری بین‌المللی، در واقع مبین این است که طرفین قرارداد در خارج از حدود مرزهای یک کشور قرار دارند که شامل تابعیت طرفین یا محل تجارت یا اقامت آنهاست، یا این که قرارداد می‌بایست در آن سوی مرزهای یک کشور به اجرا در آید. عبارتی می‌توان گفت که توسعه تجارت به سمت خارج از مرزهای سرزمینی یک کشور و شکل‌گیری معاملات بین‌المللی، تحت تأثیر عوامل خاصی قرار داشته است:

۱- پراکندگی منابع طبیعی در نقاط مختلف جهان

۲- اختلاف آب و هوا در مناطق گوناگون جغرافیایی که هر ملتی ممکن است فقط قادر به تولید برخی از محصولات کشاورزی باشد.

۳- اختلاف مهارت‌ها و تجارب صنعتی و تجارب صنعتی بین ملتها. برخی از کشورها (ممالک پیشرفته) دارای سابقه طولانی در امر صنعت و تکنولوژی هستند که آنها را قادر به تولید انبوه کالاهای صنعتی کرده است، لکن برخی کشورهای دیگر (کشورهای در حال توسعه) هنوز در اول راه صنعت و فن‌آوری می‌باشند.^{۳۶}

^{۳۴} شیروی، عبدالحسین. حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول. تهران: انتشارات سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، زمستان ۸۹. ص ۱۴۵

^{۳۵} براساس ماده ۲ قانون تجارت، معاملات تجاری از قرار ذیل است: ۱- خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد. ۲- تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد. ۳- هر قسم عملیات دلالی یا سفارش کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود، از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره. ۴- تاسیس و به کارانداختن هر قسم کارخانه مشروط بر این که برای رفع حوائج شخصی نباشد. ۵- تصدی به عملیات حراجی. ۶- تصدی به هر قسم نمایشگاه‌های عمومی. ۷- هر قسم عملیات صرافی و بانکی. ۸- معاملات برواتی اعم از این که بین تاجر یا غیر تاجر باشد. ۹- عملیات بیمه بحری و غیربحری. ۱۰- کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتی‌رانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آنها.

^{۳۶} سماواتی، حشمت‌الله. حقوق معاملات بین‌المللی نظری و کاربردی. چاپ دوم، تهران: ۱۳۸۰، ص ۱۶

بطور خلاصه شاید بتوان گفت ک: یک قرارداد تجاری، قراردادی است که برای کسب سود در یک زمینه تجاری منعقد شده است، یعنی در جایی که یک طرف یا طرفین، قرارداد را در جریان تجارت خود منعقد می‌کنند. همواره مواردی بعنوان ((شروط)) مهم در قرارداد جای می‌گیرد. در قراردادهای تجاری باید همیشه شروط راجع به زمان (اجرا) را جزء شروط مهم به معنی خاص کلمه محسوب کرد. عبارت دیگر در این نوع قراردادها، شروط راجع به زمان باید از ((ارکان قرارداد)) به حساب آیند، هرچند که این مسأله در متن قرارداد ذکر نشده باشد.^{۳۷} انعقاد قراردادها از هر نوع، اعم از صنعتی یا تجاری، داخلی یا بین‌المللی، کوتاه مدت یا بلند مدت مستلزم طی یک فرایند می‌باشند. فرایند مزبور را می‌توان به سه مرحله اصلی طبقه‌بندی کرد:

۱- مرحله پیش از مذاکره و قرارداد

۲- مرحله مذاکره و تنظیم قرارداد

۳- مرحله اجرا و نظارت بر حسن اجرای قرارداد^{۳۸}

بند اول: مرحله پیش از مذاکره و قرارداد

معمولاً قبل از شروع مذاکرات رسمی برای انعقاد یک قرارداد، بین طرفین یا نماینده‌های آنها بحث‌هایی صورت می‌گیرد و رؤس اصلی برای جلسات مذاکره، مشخص می‌گردد. اگر حجم قرارداد بزرگ باشد، این رؤس مدون و پایه مذاکرات تفصیلی یک قرارداد قرار می‌گیرد. گاهی نیز بصورت یک (یادداشت تفاهم) که از نظر حقوقی الزام آور نیست، به امضاء طرفین می‌رسد.^{۳۹} گفتگوهای مقدماتی و توافق پیش از عقد را نباید با عقد یکی پنداشت، تجربه نشان داده است که بدون مذاکره، بویژه در امور مهم و بنیادی، توافق و آنگاه تشکیل قرارداد دور از انتظار است. زیرا هر یک از دوطرف مذاکره به سوی خود می‌اندیشد و پیشنهادهایی متناسب با آن دارد. مادام که اختلاف‌ها وجود دارد و دوطرف به توافق نرسیده‌اند زمینه برای تشکیل قرارداد فراهم نشده است. حصول توافق مقدماتی گام مهمی برای تشکیل عقد است. ولی این توافق گرچه ممکن است مبنای تشکیل عقد قرارگیرد ولی خود تمهید مقدمه است و آثار قرارداد اصلی بر آن مترتب نمی‌شود.^{۴۰} در مرحله پیش از قرارداد، اقداماتی از قبیل تعیین هدف بر اساس ظرفیت‌های بالقوه معامله‌گر، شناسایی فرصت‌های موجود در بازار و گزینش بهترین طرف‌های بالقوه تجاری برای مذاکره و آماده سازی برای مذاکره با آنها صورت می‌گیرد. انتخاب نوع قرارداد، از جمله قراردادهای خرید کالا، خرید خدمت، اجاره وسیله حمل (چارت)، خرید متقابل، مشارکت در تولید، مشارکت در سود، پیمانکاری و سرمایه گذاری مشترک در این مرحله بسیار تعیین کننده است.

بند دوم: مرحله مذاکره و تنظیم قرارداد

در تعریف مذاکره باید گفت: هر وصفی که از مذاکره مطرح شود، باید در برگیرنده و معرف انواع مؤاقتنامه‌های مذاکره شده، کلیه مکاتبات و مراودات شفاهی، و پذیرش این اصل که توافقنامه‌ها را می‌توان با گذشت زمان تجدید نظر کرد و بالاخره این واقعیت که تمام مذاکرات به انعقاد قرارداد منتهی نمی‌شوند، باشد. در یک چارچوب بین‌المللی جنبه‌های فرهنگی و تجاری معمولاً به هم وابسته‌اند. شاید این تعریف، گویای ماهیت یک مذاکره عملی باشد: (مذاکره از یک سلسله فرآیندهای شفاهی و کتبی و ارتباطی تشکیل می‌شود که طرفین ذینفع دارای منافع مشترک و مغایر با هم بوده، با وجود پیشینه فرهنگی متفاوت سعی می‌نمایند، با همکاری یکدیگر در جهت رسیدن به اهداف خود بکوشند و این مهم را که گویای استقلال متقابل آنهاست، به صورت ضوابط و شرایط قراردادی درآورند). مرحله مذاکره و تنظیم و شکل‌گیری قرارداد دارای دو جنبه است:

۱) در جنبه اول که به مذاکرات تجاری بین‌المللی مربوط است و قاعداً زمان قابل توجهی را به خود اختصاص می‌دهد، مباحث کلیدی از جمله راهکارها، تاکتیک‌ها، و سبک‌های مذاکره و به طور کلی همه اقدامات مربوط به نحوه اداره جلسات و توافق طرفین مطرح می‌گردد. با توجه به اینکه طبیعت مذاکره برای دست یابی به یک توافق است. در مذاکرات بین‌المللی، تضاد منافع گاهی به علل شیوه‌های گوناگون عملکرد تجاری و اختلافات اعتقادی در امور سیاسی و اقتصادی تشدید می‌شوند. این گونه تضادها که از خصوصیات نهفته در چنین بحث‌هایی است، سبب می‌شوند که برای رسیدن به یک توافق کوشش بعمل آید و یا منابع مورد بحث به خوبی تقسیم و یا مبادله گردند.^{۴۱}

^{۳۷} میرمحمد صافی، حسین. مسایلی تحلیلی از حقوق قراردادها در انگلستان. تهران. نشر میزان. چاپ اول بهار ۸۲. صص ۱۴۴-۱۴۱

^{۳۸} پاکدامن، رضا. فرایند مذاکره و تحقق معاملات بین‌المللی (پیش‌نیازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات) ناشر: شرکت و چاپ و نشر بازگانی - تهران - چاپ اول اسفند ۱۳۸۹. ص ۳

^{۳۹} آر. سیلکنت، جیمز و ام ارستی، جفری. مذاکرات تجاری بین‌المللی جنبه‌های میان فرهنگی و روش‌های مؤفقیت آمیز روبه رو شدن با آنها ترجمه: علیرضا نعمتی یزدی - چاپ اول - مرکز چاپ و انتشارات مرکز آموزش مدیریت دولتی. ۱۳۸۷. ص ۲۳۷

^{۴۰} قاسم زاده، سید مرتضی. اصول قراردادهای و تعهدات نظری و کاربردی. چاپ هفتم. تهران: نشر دادگستر. ۱۳۸۶. ص ۵۸

^{۴۱} آر. سیلکنت، جیمز و ام ارستی، جفری. همان. صص ۴۰۳

۲) جنبه دوم موضوع، نحوه رسمیت بخشیدن به توافقات شفاهی در قالب بندهای یک قرارداد است که این جنبه از لحاظ تضمین حقوق طرفین در بلند مدت از حساسیت خاصی برخوردار است، به طوری که ممکن است استفاده عمدی یا سهوی از یک کلمه یا عبارت غلط، حقوق یکی از طرفین را شدیداً به مخاطره بندازد. بر همین اساس تنظیم بندهای قراردادهای بین‌المللی معمولاً با احتیاط بیشتری صورت می‌گیرد. معمولاً طبق باور عمومی امضای هر قرارداد، پایان کار تلقی می‌گردد، در صورتی که بخصوص در مورد قراردادهای بین‌المللی، اگرچه با امضای قرارداد حق و تکلیفی برای طرفین ایجاد می‌گردد، لیکن فاصله زیادی بین ایجاد حق و ((تحقق)) وجود دارد.^{۴۲} وقتی توافق حاصل شد، نکات اصلی مدون می‌شوند. این کار به معنی تأیید تفاهم بین دو طرف است. شکل نهایی بستگی به نظر دو طرف دارد. می‌توان آن را بصورت پیشنهاد رسمی ارائه داد و پاسخ رسمی گرفت و یا بصورت یک قرارداد به امضاء دوطرف رساند. پس از آنکه قرارداد به نگارش درآمد، مهارت و دقت لازم را باید در آن بعمل آورد. مخصوصاً اگر مذاکره کنندگان خود نگارنده قرارداد باشند که در این صورت باید به قوانین مسلط باشند.^{۴۳}

بند سوم: مرحله اجرا و نظارت بر حسن اجرای قرارداد

مرحله اجرای قرارداد فرایند تحقق اهداف و حقوق و تعهدات مندرج در قرارداد است. طبعاً همه قراردادها روال عادی و مورد نظر طرفین قرارداد را طی نمی‌کنند. بویژه اگر مراحل قبلی قرارداد به درستی انجام نشده باشد یا پیگیری مناسب صورت نگیرد، احتمال بروز مشکلات و حتی شکست در مرحله اجرا افزایش خواهد یافت. مرحله پیگیری و اجرای قرارداد در ارتباط با آن دسته اقداماتی است که از یک سو معلوم شود خریدار تعهدات خود را ایفا و اجرا کرده و از سوی دیگر طرف مقابل نیز وظایف خویش را مطابق قرارداد اجرا می‌کند. لذا این مرحله از قرارداد مدیریت و نظارت دقیقی را می‌طلبد.^{۴۴}

۵-۲- عناصر تشکیل دهنده قرارداد

بطور اجمالی می‌توان گفت که در نظام حقوقی کامن‌لا، یک قرارداد معتبر وقتی تشکیل شده است که توسط یکی از طرفین، یک پیشنهاد یعنی ابراز اراده جهت ورود به یک قرارداد معتبر ارائه شده و قبول آن پیشنهاد توسط طرف دیگر، دال بر الزام به یک تعهد، وجود دارد. علاوه بر یک پیشنهاد و قبول معتبر، باید یا عوض^{۴۵} متناسب یا یک بده بستان ضرر و زیان یا عواید قانونی وجود داشته و مضافاً اینکه نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری را که یکی از طرفین قبلاً در آن وارد شده است را نقض کند.^{۴۶} با مطالعه حقوق قراردادها در انگلستان، مشاهده می‌شود در بیشتر موارد، الگوی ایجاب و قبول، نحوه و شیوه انعقاد یک قرارداد و توافق را بازگو می‌کند. ایجاب، سخنی است که به طور عینی و ظاهری حاکی از آنست که ایجاب دهنده بر اساس شرایط معینی، در صدد است تا نسبت به انعقاد قرارداد مبادرت نماید. یک ایجاب می‌تواند خطاب به کل مردم جهان باشد و می‌تواند توسط هر کسی که اقدامات مورد نیاز و ضروری در مورد شرایط ایجاب را انجام دهد مورد قبول واقع شود. ایجاب باید در برگیرنده یک تعهد صریح یا ضمنی باشد.^{۴۷} بنابراین عناصر تشکیل دهنده قرارداد به شرح ذیل است:

۱- ایجاب (پیشنهاد)

۲- قبول

۳- عوض مناسب

۴- قصد، مشخص بودن، کامل بودن

بند اول: ایجاب (پیشنهاد)

درک این مهم ضروری است که این نتایج عینی^{۴۸} بین طرفین قرارداد است که به عبارات یا اقدامات آنها اثر حقوقی می‌دهد و نه مقاصد ذهنی^{۴۹} آنها. بنابر این ایجاب بر اساس قصد عینی تفسیر می‌شود. مبنای این تفسیر آن است که یک شخص عقلایی در موقعیت ایجاب شونده در قبال اظهار یا اقدام ایجاب کننده قرار گیرد. اینجاست که این سؤال بحث انگیز که "یک ایجاب چیست" مطرح می‌شود. مطابق توضیحاتی که در مورد ایجاب در بحث قراردادها و حقوق داخلی گفته شد؛ یک ایجاب یک اظهار قصد و تمایل برای قرارداد بر اساس شرایطی روشن و مشخص است که باید با قصد ایجاد تعهد در صورت

^{۴۲}. پاکدامن، رضا. همان. صص ۵۴ و ۵۵

^{۴۳}. آر. سیلکنت، جیمز و ام ارستی، جفری. همان. ص ۳۰

^{۴۴}. پاکدامن، رضا. مدیریت قراردادهای بین‌المللی. تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی. چاپ اول ۱۳۸۴. ص ۱۱۱

^{۴۵}. Cosideration

^{۴۶}. Hermida, Julian. Ibid

^{۴۷}. راف، آنه. قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضایی. ترجمه سید مهدی موسوی. تهران: نشر میزان، چاپ اول زمستان ۸۶. صص ۲۴-۲۱

^{۴۸}. objective inference

^{۴۹}. subjective intentions

قبول انجام شود. بگونه‌ای که نیاز و الزامی برای مذاکره و بحث بیشتر نداشته باشد.^{۵۰} نکته حائز اهمیت اینکه هر ارتباطی به منزله ایجاب نیست. بسیاری از این گونه ارتباطات فاقد شرط لازم یعنی ایجاد تعهد در صورت پذیرش توسط ایجاب شونده می‌باشند. حال اگر این ارتباطات ایجاب محسوب نمی‌شوند پس چه نام دارند؟ لازم است بین ایجاب و سایر گامهایی که در فرایند مذاکره برداشته می‌شود تمییز قائل شویم از این جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد. اظهار تمایل^{۵۱} که در آن یک طرف اظهار تمایل به انجام کاری می‌کند و این اظهار با ایجاب تفاوت دارد. اطلاع رسانی^{۵۲} که بواسطه آن یک طرف برای روشن شدن موضوع اطلاعاتی را در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد. دعوت به توافق^{۵۳} که اندکی پیچیده است که به معنای اعلام تمایل به عقد قرارداد تجاری است. یک دعوت برای انجام یک ایجاب یا مذاکره است. دادگاهها دقت دارند که مشخص شود یک ارتباط مشخصاً یک ایجاب بوده است و یا یک دعوت به توافق در شرایطی نامشخص. بنابراین یک قرارداد با یک ایجاب آغاز می‌شود. ایجاب یک اظهار قصد به قرارداد در شرایطی مشخص است. این ایجاب به طرف مقابل اختیار قبول داده و متضمن اساس یک توافق است. یک ایجاب زمانی وجود دارد که نتایج عینی گفتار یا کردار ایجاب کننده دال بر قصد او برای ایجاد تعهد قانونی برای خود در صورت تحقق شرایط مورد نظرش باشد. این تعهد باید به گونه‌ای باشد که نیاز به مذاکرات بیشتری نباشد.^{۵۴}

مفهوم ارسال ایجاب

نحوه ارسال ایجاب حائز اهمیت است. برای آنکه یک ایجاب معتبر باشد باید به اطلاع ایجاب شونده برسد. در فقدان اطلاع از ایجاب، قبولی در کار نخواهد بود. ضرورت موضوع ناشی از آن است که اگر سخن از یک معامله مورد توافق است پس در فقدان اطلاع توافقی هم در کار نخواهد بود. هیچ توافق ذهنی^{۵۵} در شرایطی که ذهن یک طرف بی‌اطلاع است وجود ندارد. قبول نیز چنین شرایطی را دارد. یعنی در شرایطی که ایجاب دهنده از قبول مطلع نشود قبول فاقد اعتبار است.^{۵۶}

پایان ایجابی که قبول نشده است

ایجابها نامحدود نبوده و برای مدت زمان نامحدودی منتظر قبول نمی‌مانند. در واقع برخی از ایجابها ممکن است هرگز مورد قبول قرار نگیرند. آنچه مسلم است هیچ تعهد حقوقی در قبال ایجابی که قبول نشده است وجود ندارد.^{۵۷}

بند دوم: قبول

در واقع چون قرارداد زمانی تشکیل می‌شود که پیشنهاد پذیرفته می‌شود، در این خصوص، نظام حقوقی کامن‌لا مجموعه‌ای از قوانین مهم را در رابطه با اینکه چه زمانی، چگونه و توسط چه کسی یک پیشنهاد پذیرفته می‌شود، توسعه داده است. این قوانین دال بر آن است که پذیرش در یک قرارداد دو جانبه زمانی موثر است که مطابق با فرمهای از پیش تعیین شده پیشنهاد دهنده ارسال شده باشد. این نشان می‌دهد که یک پیشنهاد دهنده، مدیر پیشنهاد خود می‌باشد، یعنی پیشنهاد دهنده می‌تواند تعیین کند پیشنهاد به چه روشی می‌تواند قبول شود. اگر توسط یک وسیله مجاز ارسال نشود، قبول از زمانی مؤثر است که واقعاً توسط پیشنهاد دهنده دریافت شود. اگر پیشنهاد دهنده شکلی برای قبول تعیین نکند، قبول می‌تواند به هر روش معقولی انجام گیرد. برای قراردادهای یک طرفه، قبول از هنگامی مؤثر است که پیشنهاد گیرنده، شروع به اقدام می‌نماید.^{۵۸} برای آنکه یک قرارداد تشکیل شود قبول یک ایجاب ضروری است. قبول باید متضمن پذیرش همه شروط ایجاب باشد. گفته می‌شود که قبول می‌باید آئینه تصویر^{۵۹} ایجاب باشد. قبول می‌تواند در قالب کلمات یا کردار باشد. قبول زمانی انجام می‌شود که گفتار یا کردار ایجاب شونده منتج به نتایج عینی دال بر رضایت ایجاب شونده در قبال شرایط ایجاب کننده باشد. در صورتیکه ایجاب شونده در صدد تلاش برای اضافه کردن شروطی به هنگام قبول بر آید اقدام او ایجاب متقابل^{۶۰} بوده و به منزله قبول نمی‌باشد. ایجاب متقابل متضمن رد ایجاب اصلی و لذا منتفی شدن آن است و بعداً نیز قابل پذیرش نخواهد بود. زمانیکه

⁵⁰. MacMillan Catharine , Stone Richard. Elements of the law of contract. University of London International Programmes. University of London 2012. P. 15

⁵¹. statement of intention,

⁵². supply of information

⁵³. invitation to treat

⁵⁴. MacMillan Catharine , Stone Richard. Ibid. p16

⁵⁵. meeting of the minds

⁵⁶. MacMillan Catharine , Stone Richard. Ibid. p18

⁵⁷. Ibid. PP 22-23

⁵⁸. Ibid. p. 11

⁵⁹. mirror image

⁶⁰. counter-offer

ایجاب شونده در خصوص ایجاب خواستار اطلاعات بیشتری کند این به منزله رد یا قبول ایجاب نبوده و اعتبار ایجاب باقی خواهد بود. در بعضی مواقع طرفین تلاش دارند که در قالب فرم‌های استاندارد متفاوتی وارد قرارداد شوند. در این شرایط موضوع نزاع فرم‌ها^{۶۱} به همراه ایجاب‌ها و ایجاب متقابل‌ها در می‌گیرد. دادگاه در این موارد بر اساس اصل آخرین اقدام^{۶۲} عمل می‌کند.

اطلاع رسانی در مورد قبول

قاعده کلی این است که قبول اعتبار ندارد مگر آنکه به اطلاع ایجاب دهنده برسد. این قاعده بعضاً با این بیان اظهار می‌شود که سکوت به منزله قبول نیست با این حال این قاعده مطلق نیست. در قراردادهای یک طرفه این قاعده کلی کاربردی ندارد. قرارداد یک طرفه زمانی است که یک طرف به طرف دیگر پیشنهاد (ایجاب) می‌کند که اگر اقدامی را انجام دهد یا از انجام اقدامی خودداری کند مبلغی به وی خواهد پرداخت. طرف مقابل ملزم نیست تعهدی به انجام یا عدم انجام آن اقدام بدهد. در چنین مواردی قبول بواسطه عمل واقع می‌شود و نیازی به اطلاع رسانی در مورد قبول در جریان انجام عمل نیست. یک مثال ساده در این مورد زمانیست که فردی ایجاب می‌کند که اگر کسی گریه گم شده او را بازگرداند به او جایزه خواهد داد. استثنای دیگر به قاعده کلی لزوم اطلاع رسانی در مورد قبول ایجاب، یعنی از مواردی که قانون الزامی برای اطلاع از قبول در نظر نگرفته است، قاعده قبول پستی است. زمانی که ایجاب کننده در شرایطی خاص از اطلاع رسانی در مورد قبول صرفنظر می‌کند. این قاعده در قراردادهای دو جانبه کاربرد محدودی دارد.

شیوه قبول

بعضا ممکن است ایجاب کننده تصریح داشته باشد که قبول به شیوه خاصی انجام گیرد. در مواردی دیگر شیوه الزامی برای انجام ارسال قبول منتج از شیوه انجام ایجاب است. مشکل آنجاست که ایجاب شونده از شیوه دیگری برای ارسال قبول استفاده می‌کند. آیا در این صورت قرارداد منعقد شده محسوب می‌شود؟ پاسخ این است که اگر این شیوه متفاوت از قبول مزایای کمتری از شوه مورد نظر ایجاب کننده برای او نداشته باشد قابل قبول است و قرارداد شکل گرفته است. مگر آنکه ایجاب کننده بر اتخاذ شیوه خاصی از قبول تصریح کرده و نیز تصریح کرده باشد که تنها این شیوه قبول معتبر است.

تغییر نظر

از آنجایی که هیچ تعهد حقوقی در قبال پیشنهادی که قبول نشده است وجود ندارد هر یک از طرفین مختار است نظر خود را تغییر دهد و از مذاکرات کنار بکشد. در مواردی که ایجاب کننده تصریح می‌کند که ایجاب برای مدت زمان مشخصی از زمان باز و قابل قبول است به هیچ وجه نمی‌تواند در این مدت از خود را کنار بکشد. برای آنکه یک ایجاب لغو شود می‌باید تبادل و اطلاع رسانی در مورد لغو انجام گیرد. در این موارد اطلاع رسانی در مورد لغو ایجاب از طرف ایجاب کننده به ایجاب شونده کافی است و نیازی به اطلاع رسانی متقابل از طرف ایجاب شونده نیست. طبعاً رد یک ایجاب به منزله پایان آن است. در صورتی که یکی از شروط مندرج در ایجاب مورد قبول واقع نشود ایجاب پایان می‌پذیرد. مرگ ایجاب کننده نیز یکی از مواردی است که می‌تواند به ایجاب خاتمه دهد. انقضای مهلت عامل دیگر است. یک ایجاب ممکن است مهلت مشخصی برای قبول در نظر گرفته باشد و با انقضای مهلت ایجاب خاتمه می‌یابد. حتی اگر مهلت خاصی تصریح نشده باشد در عدم انجام قبول نیز یک مدت زمان معقول ایجاب خاتمه یافته تلقی می‌شود.^{۶۳}

بند سوم: عوض

عوض، عنصر دیگری از قرارداد را درکامن لا تشکیل می‌دهد. به عنوان یک قاعده کلی، یک قرارداد قابل اجرا نخواهد بود مگر اینکه در بردارنده عوض باشد. عوض، حداقل تشریفاتی است که برای اعتبار دهی و لازم‌الاجرا شدن یک تعهد استفاده می‌شود. به طور سنتی، در قانون انگلستان، هیچ ابزار قانونی در قبال عدم اجرای توافقات اجرایی محض وجود نداشت، یعنی توافقات فاقد الزام برای هر دو طرف، وجود نداشت. بتدریج، دادگاه‌ها بر آن شدند که تعهدات توافقاتی اجرایی را، در مواردی که قادر به تعیین عوض ارائه شده در قبال تعهد بود، به اجرا درآورند. به قول کنت، "در مقابل عوض باید معوضی ارائه شود، چیزی دو طرفه یا چیزی که انگیزه قرارداد است". بر اساس ایده‌های کنت، هولمز تئوری مبادله برای عوض را توسعه داد و گفت: ریشه تمام موضوعات، انگیزه متداول دو طرفه است، این در مقابل آن، عوض در قبال تعهد. طبق نظر کاردو زوجی، یک تعهد زمانی بواسطه عوض تکمیل می‌شود که خسارتی تعیین شده باشد، یعنی متعهد له بخشی قسمتی از بهاء را می‌پردازد، یا آزادی خود را به طریقی محدود می‌سازد، و یک مبادله صورت می‌برد، مثلاً خسارت ضامن تعهد، و تعهد به نوبه خود ضامن خسارت می‌شود. به عبارت دیگر، هنگامی که فرد متعهد، به تعهد خود در قبال پرداخت بها یا

⁶¹. battle of the forms

⁶². last shot

⁶³. MacMillan Catharine, Stone Richard. Ibid. PP. 18-23

تحدید آزادی متعهدله عمل می‌کند، تعهد به عنوان بخشی از مبادله داده می‌شود.^{۶۴} حقوق قراردادهای در انگلستان، حاکی از آنست برای اینکه یک تعهد در قراردادی قابل اجرا باشد لازم است در برابر تعهد، یک عوض پرداخت شود. یعنی متعهد باید در ازای تعهد خود منفعتی دریافت کند عبارت دیگر متعهد له باید در ازای نفع بردن از تعهد، متحمل مقداری ضرر شود. عوض باید از تصرف متعهد له خارج گردد و به متعهد تسلیم شود. ولی اگر عوض پرداخت شده پیش از انعقاد قرارداد باشد یک عوض محسوب نخواهد شد.^{۶۵} در واقع در حقوق انگلستان، فقط تعهداتی لازم الاجرا هستند که یا در یک سند رسمی مندرج بوده و یا در مقابل عوضی داده شده باشد. خصیصه اصلی نظریه عوض آن است که برای آنکه تعهدی اثر قراردادی داشته باشد باید ((چیزی که در چشم قانون ارزشمندست)) در مقابل آن ارائه شده باشد. این ((چیز ارزشمند)) می‌تواند به شکل یک تعهد متقابل، یک فعل، و یا خودداری از انجام یک فعل باشد. یکی از تعاریف عوض، که بسیار نقل می‌شود، تعریفی است که قاضی ((لاش)) در دعوی ((کاری علیه میسا)) ارائه کرده است: ((یک عوض معتبر از نظر قانون ممکن است مبتنی بر یک حق، بهره، فایده یا منفعت حاصل شده برای یک طرف و یا یک ترک فعل تعهد شده، بری یک طرف و یا یک فعل تعهد شده، ضرر یا خسارت وارد شده و یا مسئولیت برعهده گرفته شده توسط طرف مقابل باشد.)) هر چند این تعریف مورد انتقاد نیز قرار گرفته شده است.^{۶۶} وجود یک عوض "بار قابلیت اجرایی قانونی"^{۶۷} به توافق می‌بخشد. این موضوع علی‌الخصوص زمانی اهمیت دارد که توافق در بردارنده یک عهد برای عمل به شیوه‌ای خاص در آینده است. در مبادلات یعنی در جایی که یک انتقال همزمان فوری، همچون کالا در قبال پول، وجود دارد دکتترین عوض به لحاظ نظری به کار رفته می‌شود اما به ندرت مشکل عملی ایجاد می‌کند. مشکل زمانی پیش می‌آید که مثلاً فردی قول تحویل کالایی را در آینده می‌دهد یا قول می‌دهد مبلغی را در آینده پرداخت کند. اینجاست که باید دید آیا این قول پشتوانه عوض را دارد یا خیر.^{۶۸} نظریه سنتی مبادله، که بر این فرض اشتباه استوارست که ریسک پذیری کاملی در زمان شکل‌گیری قرارداد وجود دارد، در شرایط وجود چندین تعهد که لزوماً توسط طرفین مورد تبادل و مذاکره قرار نگرفته، و در شرایطی که مشخص کردن کل ریسک‌ها در مرحله تشکیل قراردادهای ممکن نیست قادر به ارزیابی واقعیت شکل‌گیری قراردادهای نیست. نارضایتی از الزامات مصنوعی برای ارائه عوض، دادگاه‌های مدرن در ایالات متحده و انگلستان را به سمت به رسمیت شناختن قابلیت اجرایی تعهدات حتی در موارد فقدان عوض در معامله سوق داد. همانطور که پیش از این بحث شد، نظریه‌های عدم انکار پس از اقرار و جبران خسارت، و دیگر نظریه‌ها مبنایی برای لازم‌الاجرا شدن تعهدات ایجاد کرد.^{۶۹}

بند چهارم: سایر الزامات تشکیل قرارداد (قصد، مشخص بودن و کامل بودن)

در مبحث فوق، از این الزامات مبنایی تشکیل یک قرارداد قانونی در قوانین انگلستان بررسی شد: ایجاب و قبول و عوض. حال می‌باید سه الزام دیگر اضافه شود. اول اینکه طرفین می‌باید قصد به ایجاد رابطه قانونی داشته باشند. دوم شرایط توافق می‌باید روشن بوده و مبهم نباشد سوم قرارداد می‌باید تکمیل بوده و نیاز به توضیحات بیشتری نداشته باشد. وقتی همه این موارد در یک قرارداد جمع شده باشد و در صورتی که عوامل نقض دیگری موجود نباشد دادگاه قرارداد را قانونی و قابل اجرا خواهد دانست.^{۷۰}

بند پنجم: نظام حقوقی انگلستان

از نگاه قواعد حقوق قرارداد انگلستان، ویژگی‌های اصلی قرارداد شامل توافق، تعهد و عمل ارادی است. در واقع تعهدات قراردادی مبتنی بر توافق هستند. احراز وجود یک توافق با بررسی اراده ظاهری انجام می‌گیرد. در بیشتر موارد، یک تعهد مبنای الزامات قراردادی را تشکیل می‌دهد. این تعهد به طور معمول در قالب اظهاراتی در خصوص انجام امری در آینده ظاهر میگردد و نه در قالب اظهاراتی در خصوص یک موضوع مربوط به حال. بنابراین میتوان گفت که قرارداد، توافقی است که هر دو طرف آن به طور ارادی آن را منعقد کرده اند.^{۷۱}

در انگلستان حقوق قراردادهای مربوط به وعده‌هاست. همه وعده‌ها از نظر دادگاه قابل قبول نیستند. برای قانونی بودن مجموعه‌ای از وعده‌ها، یا توافق‌ها، نگاه دادگاه معطوف به وجود برخی عناصر اصلی در قرارداد است. وقتی این عناصر موجود باشند دادگاه موجودیت قرارداد را می‌پذیرد در غیر این صورت اصل وجود قرارداد منتفی و بنابر این غیر قابل پیگیری در دادگاه است و یا به عنوان شبه قرارداد مستلزم تکمیل عناصر آن است. وجود یک قرارداد منوط

⁶⁴. Hermida, Julian. Ibid. P. 11

^{۶۵}. راف، آنه. همان. صص ۴۸-۴۶

^{۶۶} میرمحمد صافی، حسین. همان. ص ۲۱

⁶⁷. badge of enforceability

⁶⁸. MacMillan Catharine, Stone Richard, p. 31

⁶⁹. Hermida, Julian. Ibid. PP. 11-12

⁷⁰. MacMillan Catharine, Stone Richard, p. 44

^{۷۱}. راف، آنه. همان. صص ۱۵-۱۳

به وجود تعهد داوطلبانه طرفین در قبال یکدیگر است.^{۷۲} فرایند توافق با یک ایجاب (پیشنهاد) و قبول (پذیرش پیشنهاد) آغاز می‌شود. برای آنکه یک قرارداد منعقد یا تشکیل شود، ایجاب می‌باید بی‌قید و شرط قبول شود. قانون الزامات مشخصی برای نحوه تبادل ایجاب و قبول تعیین کرده است. در صورتی که ایجاب و قبول به طریق درست انجام شده باشد از منظر قانون می‌باید دیگر عناصر ضروری تشکیل قرارداد نیز حاضر شوند. در صورتی که هر یک از این عناصر در قرارداد حاضر نباشد دادگاه اصل وجود قرارداد بین طرفین را نخواهد پذیرفت. در نبود قرارداد هیچ یک از طرفین تعهد و مسئولیتی در قبال طرف مقابل و تعهدات و توافقات فیما بین نخواهد داشت. اینجاست که اهمیت اینکه آیا قرارداد تشکیل شده است یا نه مشخص می‌شود.^{۷۳} مفهوم «عوض» در دادگاه‌های انگلستان مبنای اصلی برای تشخیص آنست که یک توافق منتج از ایجاب و قبولی است که قابلیت اجرایی قانونی دارد یا خیر. تنها در چنین حالتی است که عنصری دو جانبه وجود دارد، چیزی بین دو طرف دادوستد می‌شود و تعهدی به مرحله عمل و اجرا می‌رسد. وعده به دادن یک هدیه در حالت کلی به منزله یک تعهد تلقی نمی‌شود. این وجود عوض است که یک وعده را به تعهد قراردادی مبدل می‌کند. می‌توان عوض را به منزله دلیل حائز اهمیتی مبنی بر تمایل طرفین برای عقد قانونی قرارداد دانست. اگرچه الزام دیگری تحت عنوان قصد برای ایجاد رابطه قانونی در قراردادها وجود دارد اما واضح است که این الزام با الزام به وجود عوض کامل می‌شود. اگرچه دکترین عوض در قانون قراردادهای انگلیس مورد مناقشه است با اینحال در سال‌های اخیر با مقداری تساهل به کار رفته است. در برخی شرایط دادگاه‌های انگلیس به این نتیجه رسیده‌اند که تعهدی که در فقدان عوض داده شده است یک عقد قانونی است و این موارد بر اساس دکترین «مانع قانونی پس از اقرار یک تعهد» است که دادگاه در صدد حفاظت از اعتماد طرفی از قرارداد است که روی تعهد داده شده حساب کرده است.^{۷۴}

بند ششم: نظام حقوقی فرانسه

با توجه به اینکه نظریه قرارداد سیویل مبتنی بر دکترین‌های اراده است و فرانسه نیز نماینده‌ای از این نظام حقوقی محسوب می‌شود، همه آنچه که باید در شکل‌گیری قرارداد لحاظ شود اراده طرفین است. اصول کلی حاکم بر تشکیل قراردادها منعکس کننده ارجحیت حاکمیت اراده است. تشکیل قراردادها بر یک توافق توسط طرفین مبتنی است که مستقیماً و یا بطور ضمنی از طریق رفتار اظهار شده است و باید به همه شرایط اساسی قرارداد تسری یابد. لذا، در تشکیل قراردادها، طرفین به تعهدات خویش پایبند هستند زیرا توافق آنها به قرارداد، ناشی از اعمال آزادی اراده محسوب می‌گردد. بنابراین، نیازی به تجزیه و تحلیل شکل‌گیری قرارداد بر حسب یک پیشنهاد و قبول رسمی نمی‌باشد. بلکه این تجزیه و تحلیل‌ها بر وجود عناصر خاص در قرارداد بدان گونه که هست تمرکز دارد.^{۷۵} بررسی عناصر قرارداد در نظام حقوقی فرانسه نشان می‌دهد که پیش از هر چیز لازم است تعریفی از قرارداد در قانون فرانسه ارائه شود تا چارچوب تشکیل یک قرارداد و همچنین بایسته‌های نقض این شرایط روشن شود. در قانون فرانسه قراردادی که دارای اعتبار قانونی باشد موجد بار حقوقی بین طرفین و نیز شخص ثالث است. عدم اجرای قرارداد امکان اقامه دعوی توسط یک طرف علیه طرف دیگر را به لحاظ تعهد قراردادی فراهم می‌کند براساس قانون مدنی فرانسه، قرارداد توافقی است که بر اساس آن یک یا چند نفر خود را در قبال یک یا چند نفر متعهد می‌کنند تا چیزی را منتقل یا کاری را انجام و یا از انجام کاری خودداری نمایند. قرارداد می‌تواند یک جانبه یا دو جانبه باشد. و در قرارداد دو جانبه طرفین قرارداد دارای تعهد قراردادی هستند. در قرارداد یک جانبه یک یا چند نفر نسبت به یک یا چند نفر دیگر تعهد دارند بدون آنکه طرف مقابل تعهدی داشته باشد. همچنین قرارداد می‌تواند مبادله‌ای یا لاتاری و شانسی باشد، یا اینکه رایگان یا منوط به پرداخت، یا دارای نام معین یا بی‌نام باشد. در واقع می‌توان گفت چهار شرط برای اعتبار قانونی قرارداد در قانون فرانسه وجود دارد. رضایت در قانون فرانسه در قالب تلاقی یک ایجاب (پیشنهاد) و قبول (پذیرش ایجاب) دیده می‌شود، که باید بی‌نقص باشد وگرنه فاقد اعتبار خواهد بود. ایجاب باید دو مشخصه را دارا باشد: ایجاب پیشنهادی قطعی و دقیق برای قرارداد است. قطعی بودن آن، مطابق قانون، دلالت بر خواست و اراده ایجاب کننده بر قبول تعهد در صورت قبول ایجاب دارد. قطعی بودن ایجاب نیز دلالت بر حاضر بودن اجزای اصلی قرارداد دارد. انقلاب اطلاعات و اینترنت موجب شده است که قانونگذاران فرانسه شرایط دیگری را هم برای کیفیت ایجاب در مواقعی که به صورت الکترونیکی به جریان می‌افتد در نظر بگیرند. در شرایطی که ایجاب قطعی و دقیق است مسئله لغو ایجاب نیز مطرح می‌شود. ایجابی که حائز محدوده زمانی مشخصی است می‌باید تا پایان مهلت آن معتبر باقی بماند. ایجابی که محدوده زمانی مشخصی را تعیین نکرده است می‌باید تا پایان مهلت زمانی معقول که به طرف مقابل فرصت قبول یا رد قرارداد را بدهد باقی بماند. در موارد لغو زود هنگام ایجاب توسط ایجاب‌دهنده دادگاه می‌تواند وی را ملزم به پرداخت خسارت به قبول کننده بالقوه نماید.^{۷۶}

⁷² MacMillan Catharine, Stone Richard. Ibid. p. 14

⁷³ Ibid

⁷⁴ Ibid. p30

⁷⁵ Hermida, Julian. Ibid. P. 12

⁷⁶ Ibid. PP. 14-15

۵-۳- شرایط تشکیل قرارداد

عموماً این شرایط خاص قرارداد عبارت از رضایت طرفین، اهلیت آنها برای قرارداد، وجود یک هدف مشخص به عنوان موضوع و سبب قانونی قرارداد می‌باشد. یعنی بنظر می‌رسد رضایت زمانی ایجاد می‌شود که در فقدان اشتباه، خشونت و فریب ارائه شده است.^{۷۷} وجود چهار شرط برای تشکیل قرارداد ضرورت دارد. این شرایط می‌باید در هنگام تشکیل قرارداد رعایت شود وگرنه قرارداد فاقد اعتبار قانونی خواهد بود. فقدان یا نقض هر یک از این شرایط منجر به فسخ قرارداد یا احتمالاً پرداخت خسارت خواهد بود. این شرایط عبارتند از:

۱- رضایت^{۷۸} طرفین قرارداد،

۲- اهلیت^{۷۹} طرفین،

۳- موضوع معتبری^{۸۰} که مبنای تعهد است

۴- سبب قانونی^{۸۱} در تعهد.

بند اول: رضایت طرفین

بنظر می‌رسد رضایت زمانی ایجاد می‌شود که در فقدان اشتباه، خشونت و فریب ارائه شده است. هرچند، بعضی کشورها مانند آرژانتین یا لوئیزیانا، قانون مدنی صراحتاً حکم می‌کند که رضایت باید به شکل پیشنهاد یا اظهاریه‌ای باشد که از طرفی به طرف دیگر داده شود، و باید توسط طرف دیگر مورد پذیرش قرار گیرد، و پیشنهاد و قبول را به طریقی مشابه در تئوری کامن لا ایالات متحده مقرر می‌کند. به عنوان مثال در آرژانتین، قوانین مربوط به پیشنهاد مقرر می‌دارد که پیشنهادات تا زمانی که مورد پذیرش قرار نگرفته است قابلیت ابطال دارد مگر آنکه پیشنهاد دهنده از حق خود برای ابطال آنها صرفنظر کرده، یا متعهد باشد که آن را برای مدت زمانی خاص ایجاد یا حفظ کند. همچنین برای پذیرش یک پیشنهاد، قانون آرژانتین، از قانون پست الکترونیکی تبعیت می‌کند، که بنابر آن قرارداد به محض ارسال قبولی (پذیرش) توسط پیشنهاد گیرنده شکل می‌گیرد.^{۸۲} با این حال در نظام حقوقی سیویل، برخلاف قانون ایالات متحده، طرف پیشنهاد گیرنده می‌تواند پذیرش یا قبولی خود را قبل از اینکه توسط پیشنهاد دهنده دریافت شود باطل کند حتی اگر این قبولی، قبلاً ارسال شده باشد. ولی در حقوق قراردادهای ایالات متحده، اگر پذیرش، قبل از انصراف از پذیرش ارسال شده باشد، قرارداد شکل گرفته و انصراف از پذیرش هیچ اثر حقوقی ندارد.^{۸۳} در واقع قبول، اظهاریه‌ای از طرف ایجاب شونده است که اراده وی برای عقد قرارداد مطابق با شرایط پیشنهادی (ایجاب شده) نمایان می‌کند. در صورتی که پاسخ معطوف به عقد قرارداد با تغییراتی در عناصر ایجاب باشد به منزله قبول نبوده بلکه به منزله پیشنهاد متقابل است و نه انعقاد قرارداد. قبول الزاماً منوط به اظهار نیست و می‌تواند کلاً تلویحی باشد (به عنوان مثال پرداخت وجه بدون آنکه قبول رسماً اظهار شده باشد). از طرف دیگر سکوت به منزله قبول تلقی نمی‌شود. با این حال استثناء هم وجود دارد. در مواردی که طرفین از قبل در رابطه تجاری باشند، یا در مواقعی که از نظر حرفه‌ای سکوت به منزله قبول باشد، زمانی که ایجاب کلاً به نفع ایجاب شونده باشد و نیز زمانی که شرایط به سکوت اعتبار یک قبول را می‌دهد. به هر حال در شرایط کلی قبول باید به ایجاب کننده اظهار شود به گونه‌ای که به اطلاع او برسد تا قرارداد تشکیل شود. عواملی وجود دارند که رضایت طرفین را مخدوش نموده و به قرارداد آسیب می‌رسانند. در قوانین فرانسه سه مورد نقض وجود دارد که رضایت را فاقد اعتبار می‌کند. به عنوان نمونه، طبق ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه، رضایتی که در نتیجه یک خطا داده شده باشد، رضایتی که با فریب اخذ شده باشد و رضایتی که به واسطه غبن از بین برود. در این موارد فسخ قرارداد قابل درخواست است. در واقع خطا (با اشتباه)، فریب (با تدلیس) و غبن از مواردی هستند که اعتبار رضایت طرفین را متزلزل می‌سازند.

بند دوم: اهلیت طرفین قرارداد

اهلیت شرط دوم برای معتبر بودن تشکیل قرارداد است و آنرا می‌توان امکان برخورداری یک فرد از حقوق و تعهدات قانونی و همچنین اعمال آن حقوق، تعریف کرد. اصل بر آن است که هرکس می‌تواند قرارداد ببندد مگر آنکه بواسطه قانون خلاف آن اعلام شده باشد. نا بالغین و بالغین تحت الجمایه نمی‌توانند وارد قرارداد شوند. افرادی که قادر به قرارداد هستند نمی‌توانند به اهلیت کسانی که با آنها قرارداد بسته‌اند اعتراض کنند. با رجوع به اهلیت در

⁷⁷ Ibid. P. 12

⁷⁸ consent

⁷⁹ capacity to contract

⁸⁰ sure object

⁸¹ lawful cause

⁸² Hermida, Julian. Ibid. P. 12

⁸³ . Elcin, Mert. The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Status of Lex Mercatoria - With a Special Emphasis on

Choice of Law Rules in the European Community. (2010). p. 20

قرارداد، هر شخصی که قانوناً از ورود به یک قرارداد منع نشده است می‌تواند در یک قرارداد معتبر ورود پیدا کند. افراد غیر مجاز به ورود در قراردادها شامل صغیران، افراد محجور، و همه افرادی است که قانون آنها را از ورود به قراردادهای خاص منع کرده است. یک فرد صغیر و محجور نمی‌تواند به بهانه عدم اهلیت، ورود خود در قرارداد را توجیه کند، مگر در مواردی که توسط قانون پیش بینی شده است.^{۸۴}

بند سوم: وجود هدف مشخص به عنوان موضوع

هدف یا موضوع باید قابل تعیین و قانونی باشد. موضوع معتبر بعنوان مبنای تعهد، شرط سوم برای اعتبار قرارداد در قانون فرانسه و به معنای آنست که چیزی یا هدف مشخصی باید به عنوان موضوع قرارداد وجود داشته باشد. لذا بعنوان مثال یک قرارداد فروش نمی‌تواند شکل بگیرد، در حالیکه در زمان امضای قرارداد مورد معامله ناپود شده یا از بین رفته باشد. مطابق قانون مدنی فرانسه، موضوع باید تعیین شده و یا قابل تعیین باشد منوط به آنکه عناصر آن به حد کافی قطعی باشد. موضوع باید قانونی باشد. موضوعی که مخالف نظم عمومی، غیر اخلاقی یا دارای ممنوعیت قانونی باشد، قانونی نیست. در نظام سیویل‌لا، موضوع قرارداد حاوی چیزی یا کارکردی (خدمتی) است که اراده طرفین برآن قرار گرفته و عموماً بعنوان یکی دیگر از عناصر متشکله قرارداد محسوب می‌شود. نظریه موضوع قراردادها بواسطه گرایش به سمت برهان انتزاعی گسترش یافته است که یکی از ویژگی‌های سیویل‌لا را تشکیل می‌دهد. برای اینکه یک قرارداد معتبر باشد، موضوع آن باید الزامات خاصی را تأمین کند. این الزامات عبارتند از:

۱. وجود آن چیزیا امکان انجام آن عمل در مرحله شکل‌گیری قرارداد،

۲. شرایط کیفی خاص موضوع، مثلاً باید قابل تجارت کردن باشد،

۳. اقتضای اجتماعی و قانونی داشته باشد،

۴. موجود باشد،

۵. عمل مورد نظر می‌باید به لحاظ قانونی امکان‌پذیر، معین، و یا محقق شدنی باشد.

۶. موضوع قرارداد حداقل از نظر نوع مشخص شود.

۷. مقدار می‌تواند نامشخص باشد مشروط براین که قابل تعیین باشد.

تفاوت ماهیت موضوع قرارداد در نظام حقوقی کامن‌لا و سیویل‌لا:

نظریه موضوع، در ابطال قراردادهای فاقد موضوع قانونی، به عنوان یک نقص در اجرا بکار می‌رود. بنابراین، فقدان یکی از این ویژگی‌های الزامی، قراردادهای بی‌شماری را نامعتبر می‌کند که ممکن است لزوماً در کامن‌لا معتبر باشند. به عنوان مثال، در سیویل‌لا تعهد به رهن گذاشتن خودرو حاوی یک موضوع، قانوناً غیرممکن محسوب خواهد شد، خودروها فقط می‌تواند گرو گذاشته شود و لذا قرارداد نامعتبر خواهد بود. در حوزه قضائی کامن‌لا، این قرارداد در مثال فوق صحیح خواهد بود و قرارداد احتمالاً به عنوان گرو خودرو محسوب خواهد شد. این الزامات می‌باید در زمان شکل‌گیری قرارداد تجزیه و تحلیل شود. در غیر اینصورت می‌تواند محرک طرح دعوی قرارداد معتبر باشد. علاوه بر این، الزام قانونی بودن موضوع قرارداد مهم است، مثلاً اگر یکی از طرفین موافق با قراردادی باشد که بموجب این قرارداد یک قاعد قانون جزایی را در قبال پرداخت پول نقض کند، از تشکیل قرارداد جلوگیری می‌کند زیرا که موضوع این قرارداد قانونی نیست، در حالیکه در کامن‌لا این قرارداد معتبر خواهد بود ولیکن ممکن است تحت پیگرد قانونی بر اساس سیاست عمومی منتهی به بی‌اعتباری قرارداد، واقع شود.^{۸۵}

انتقاد بر نظریه موضوع در نظام حقوقی سیویل‌لا:

تئوری موضوع به علت عدم کارایی از نقطه نظرات عملی و دانشگاهی مورد انتقاد قرار گرفته است. حتی پیشنهاد شده است که از فهرست عناصر تشکیل قراردادها حذف شود و در قوانین مدون مدرن موجود، نظیر قانون مدنی آلمان، که در آن کلیت نظریه قرارداد متکی بر مفهوم رایج قرارداد در اغلب حوزه‌های قضایی سیویل‌لا نیست، حضور ندارد. بعلاوه، در بسیاری از موارد، تئوری موضوع تعقیب نظریه موضوع به لحاظ ویژگی استدلالی در نظر گرفته شده برای آن، می‌تواند منجر به راه‌حل‌های ضدو نقیض یا پوچ گردد.^{۸۶}

بند چهارم: سبب قانونی شرط چهارم اعتبار قرارداد سبب است. سبب باید وجود داشته باشد و قانونی هم باشد. مطابق قانون، یک قرارداد فاقد سبب است اگر فاقد طرف

⁸⁴. Hermida, Julian. Ibid. P. 13

⁸⁵. Ibid.

⁸⁶. Ibid. P. 14

مقابل باشد یعنی طرف مقابلی وجود نداشته باشد. در قانون فرانسه مفهوم سبب بکار می‌رود تا تعادل قراردادی یا عدالت قراردادی مشخصی را حفظ کند. مطابق قانون، یک سبب زمانی غیر قانونی است اگر بواسطه قانونگذاری ممنوع شده باشد یا برخلاف اخلاق عمومی یا سیاست عمومی باشد. عنصر (سبب) در سیویل لا به منزله دلیل تعیین کننده و یا انگیزه قرارداد و یک عنصر لازم برای وجود قرارداد در بسیاری از حوزه‌های قضائی محسوب می‌شود. مفهوم سبب در تئوری سیویل لا به معنی یک رابطه تصادفی نیست بلکه به معنی هدفی است که طرفین به هنگام ورود به قرارداد در ذهن داشته‌اند. با این حال، این هدف، شخصی یا احتمالاً منحصر به فرد، یا انگیزه‌ای که هر طرف برخی مبادله خاص و متفاوتی را دنبال کند نیست، بلکه هدفی عمومی و انگیزه‌ای استاندارد می‌باشد که هر طرف برای هر نوع قراردادی دارند. بنابراین، در قضیه خرید ملک، سبب برای خریدار انتقال مالکیت در بنگاه معاملات ملکی است. قانون مدنی لوئیزیانا، که نشانگر ترکیب بین سیویل لا و کامن لا است، نظریه سبب و نه عوض را در مورد وجود قراردادها اقتباس کرده است. سبب، در ماده ۱۹۶۷ قانون م فرانسه به عنوان ((دلیلی که بموجب آن یک طرف خود را ملزم می‌سازد)) مشخص شده است.^{۸۷}

مقایسه سبب و عوض در نظام حقوقی کامن لا و سیویل لا

استدلال شده است که عوض و سبب، بعضاً شباهت‌هایی را به نمایش می‌گذارند، نظیر اینکه عوض تا حدی می‌تواند با سبب، در این معنا که هر دو می‌توانند دلیلی که التزام مورد نظر را حاصل کنند، یکسان فرض شود. بخش عمده‌ای از مباحث پیرامون سبب و عوض از این واقعیت ناشی می‌شود که بلک استون، و تعدادی از نویسندگان کامن لا در قرن نوزدهم، برای تعریف و توضیح مفهوم عوض، مستقیماً از تفاسیر سیویل لا در مورد سبب اقتباس نمودند. با این حال، سبب و عوض را نمی‌توان یکسان تلقی کرد، چرا که آنها تحت حاکمیت اصول یکسانی نبوده و حتی به یک شکل هم عمل نمی‌کنند. بعلاوه، در جنبه‌های خاصی آنها راه حل‌های مختلف و حتی ضد و نقیضی را ایجاد می‌کنند. تفاوت‌ها بسیار متعدد هستند. اول به عنوان مثال، سبب و عوض برای مقاصد متفاوتی طراحی شده‌اند. دکترین سبب، اهمیت نظری دارد و نه عملی، همانطور که هدفش منعکس کننده تمایز ارسطویی بین آزادی و انصاف در مبادله است. دکترین عوض، بدرستی در طریق مخالف توسعه یافته است. قضات کامن لا صرفاً در مورد محدود کردن عمل به وعده‌هایی که می‌توانند اجرا شوند، نگران بودند. بعلاوه؛ علت، در همه انواع اعمال قانونی بکار می‌رود، در حالیکه عوض فقط برای قراردادهای دو جانبه مناسب است. در کامن لا، متعهد/ مدعی باید ثابت کند که یک عوض برای اجرای تعهد وجود دارد، در حالیکه در سیویل لا، وجود یک علت همیشه مفروض است و مدیون / مدعی علیه باید عدم وجود آن را ثابت کند. در این مورد، ممکن است یک تعهد با نشان دادن فقدان علت، باطل شود. این نمی‌تواند در قراردادهای یکجانبه بکار رود بطوری که وعده‌های بی‌شماری وجود دارند که به عوض نیاز ندارند. مانند اقرار لازم‌الاجراء، وعده‌های جدید برای انجام تعهدات غیر قابل اجرای سابق موجود، وعده‌هایی که اجبار آن تحت حاکمیت مصوبات نهادهای قانونگذاری و شبه قرارداد می‌باشند. در چنین مواردی که عوض مورد نیاز است، عملکرد آن شبیه علت در قراردادهای دو جانبه و دشوار و اثر آن شبیه زمانی است که هر دو قانونی هستند. اگرچه، عوض، نیاز به تعادل و تناسب ندارد.^{۸۸}

بررسی جهت یا علت یا انگیزه در معامله

در قراردادها و تعهدات خصوصی، همواره اصل حاکمیت اراده به عنوان اصلی‌ترین قاعده، مورد پذیرش بوده و حدود حقوق و تکالیف افراد در این نوع اعمال حقوقی، بر اساس اصل مزبور تعیین گردیده است. با ظهور پدیده قانونگذاری و تعیین قواعد و ضوابط الزام‌آور در جامعه، مقوله‌ای تحت عنوان (مشروعیت) ایجاد شد. از آنجا که این مقوله، جنبه عمومی قوی داشت، قدرت عرض اندام در مقابل اصل حاکمیت اراده را دارا بود و به تدریج اصل مذکور را تحدید نمود. موضوع تعهد و قرارداد باید مورد قبول قانونگذار باشد در غیر اینصورت، قانونگذار ارزشی برای آن قائل نیست. در چنین حالتی، قانون حتی اجازه توافق بر موضوع بی‌ارزشی را نداده و آن را باطل و معدوم اعلام می‌کند. در واقع، عنوان مشروعیت، به امر خصوصی، جنبه عمومی بخشیده و برای حفظ مصالح عمومی و منافع جامعه، امر نامشروع را ممنوع کرده است. عنوان مشروعیت در انگیزه شخصی قراردادها نیز دخالت کرده است. بدون شک هر عمل حقوقی، انگیزه یا انگیزه‌هایی دارد. انگیزه اصلی هر عمل حقوقی نباید نامشروع باشد. عدم مشروعیت این انگیزه که آن را (جهت) می‌خوانند تحت شرایطی، موجب بی‌اعتباری عمل می‌باشد. تاریخ شناسایی جهت به عنوان یک عنصر و شرط مستقل در ساختار اعمال حقوقی در نظام‌های مختلف حقوقی، یکسان نمی‌باشد. همچنین در مورد میزان اهمیت و اعتبار این عنصر در میان سایر عناصر عمل حقوقی، نظرات گوناگونی ابراز شده است. در برخی نظام‌های حقوقی، مانند رومی، ژرمنی و حقوق بعضی کشورها، مانند فرانسه به دلیل نوع بسته‌بندی و تنظیم مباحث حقوقی، بحث جهت به عنوان نظریه جهت (یا علت) معرفی شده است. در مقابل، بعضی از نظام‌های حقوقی مانند حقوق اسلام، اگر چه احکام و مصادیق جهت را مورد بحث قرار داده اما از نظر قالب و شکل آن را به عنوان نظریه مطرح نکرده است.

⁸⁷ . Ibid

⁸⁸ . Hermida, Julian. Ibid. PP. 14-15

به طور کلی انگیزه شخصی در قراردادها، در صورت دارا بودن خصوصیات معینی، به عنوان (جهت) شناخته می‌شود. جهت به عنوان یکی از عناصر مرتبط با قراردادها، دارای آثار و احکامی است. عمده‌ترین اثر این عنصر، آن است که در صورت نامشروع بودن آن (تحت شرایط خاصی) اعتبار قرارداد مورد خدشه قرار می‌گیرد. آثار دیگر این عنصر؛ در بحث اشتباه در قرارداد و همچنین دخالت جهت در بحث شروط ضمن عقد نیز قابل مشاهده است. بیان دقیق آثار جهت با توجه به ملاک صحیح قانونی آن از نظر تحلیلی و علمی دارای اهمیت و فایده می‌باشد. همچنین بررسی آثار و احکام جهت در نظام‌های حقوقی مختلف در کشور ملاک صحیح و تفسیر نقاط ابهام در قوانین داخلی، تأثیر قابل توجهی خواهد داشت.^{۸۹}

۶- قوانین حاکم بر قراردادها

منظور این است که قراردادهای افراد و تعهدات ناشی از آن از چه قانونی باید تبعیت نماید؟ به عبارت دیگر قانون حاکم بر تعهدات چه قانونی است؟ قانون ملی؟ قانون محل قرارداد؟ یا قانون منظور طرفین؟ کدامیک؟ در واقع زمانی که طرفین وارد قراردادی می‌شوند که با بیش از یک کشور ارتباط دارد، لزوماً این سؤال طرح می‌شود که کدام قانون بر قرارداد حاکم است. بدیهی است که پاسخ به این سؤال برای محاکم یا دادگاه داورى جهت حل و فصل اختلاف ضروری است. اما طرفین قرارداد نیز باید آگاه باشند که چه مجموعه قواعدی بر تعهدات آنها حاکم است تا بتوانند تعهدات خود را به طور مطلوب اجرا نمایند. گفته می‌شود چون قرارداد محصول اراده طرفین است و در واقع با آن حقوق خود را محدود می‌کنند لذا ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند هر قانونی را آزادانه بر قرارداد خود حاکم نمایند. علاوه بر این طرفین در مفاد قرارداد نیز می‌توانند قوانین حاکم بر قرارداد را انتخاب و تصریح نمایند که در این مورد نیاز به تفسیر قرارداد می‌باشد.^{۹۰} به طور کلی می‌توان گفت که مکانیسم تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در دادگاه‌های اروپایی، یک ساز و کار دو مرحله است: در مرحله اول، قاضی به حاکمیت اراده و توافق طرفین در مورد قانون حاکم توجه می‌کند و آن را اعمال می‌کند. اگر توافقی میان طرفین در مورد قانون حاکم وجود نداشت، قاضی به قواعد تکمیلی مندرج در آیین نامه مراجعه می‌کند و بر اساس قواعد تکمیلی، قانون حاکم را مشخص می‌کند. در قواعد تکمیلی، در واقع اراده قانونگذار جایگزین اراده طرفین می‌شود که البته تلاش شده است که اراده قانونگذار بیشترین نزدیکی را با اراده مفروض طرفین داشته و معقول باشد.^{۹۱}

۶-۱- پدیده تفسیر

بی شک هدف از انعقاد هر قرارداد، اجرای مفاد آن و التزام به آثار ناشی از قرارداد می‌باشد. برای اینکه قرارداد در مسیر اجرای خود به مانعی برخورد نکند، باید طرفین، نزاع و اختلافی در مورد شرایط اعتبار، عبارات قراردادی و نحوه اجرای آن نداشته باشند. نیاز به بحث از تفسیر قراردادها نیز آنگاه ضروری و اساسی جلوه می‌کند که خللی در اجرای مفاد قرارداد و اثر بخشی آن در رابطه فردی و اجتماعی طرفین ایجاد شود.^{۹۲}

بند اول: نظام حقوقی کامن‌لا

در نظام حقوقی کامن‌لا، واژه تفسیر مورد تعریف واقع شده است. در این نظام تفسیر عبارتست از: (هنر یا فرایند کشف و تشخیص معنی یک قانون، وصیت نامه، قرارداد یا هر مدرک کتبی دیگر. به عبارت دیگر کشف و نمایش معنی صحیح هر نکته و علامتی که ما حاصل مضامین و ایده‌هایی می‌باشد).^{۹۳} در واقع آنچه در قلمرو و محدوده تفسیر قرار گیرد، تشخیص ماهیت و آثار و طرفهای قراردادی است که اراده متعاملین برای ایجاد آن در عالم اعتبار تعلق گرفته است با این وجود محدوده تفسیر ناظر به دو مرحله است:

۱- مرحله اول، ناظر به تکوین و انعقاد قرارداد

۲- مرحله دوم، ناظر به آثار قرارداد.

در مرحله اول نکته مهم و اساسی اینست که آیا وجود یا عدم اراده انشایی اشخاص در انعقاد عقد حرکت کرده و تأثیر خود را در خلق ماهیت حقوقی گذاشته یا صرف تمایل و رضایت برای انعقاد عقد حاصل شده است. نکته قابل توجه در این مرحله این است که محدوده تفسیر قرارداد هم بر اراده باطنی طرفین حاکم است هم بر اراده ظاهری آنان و هرگاه تفسیر مشخص سازد که قصد و اراده طرفین در جهت انعقاد عقد خللی یافته، عقد محقق نخواهد شد. درنظم حقوقی ایران و فرانسه، آنچه دارای اصالت می‌باشد اراده باطنی اشخاص است که اراده مشترک طرفین محور اساسی تفسیر قرارداد به شمار می‌آید.

^{۸۹} ره پیک، حسن. نظریه جهت در حقوق قراردادها؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، اسلام، رومی-ژرمنی و کامن‌لا. تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول ۱۳۹۳

^{۹۰} مدنی، سید جلال الدین. حقوق بین‌الملل خصوصی. چاپ پنجم. تهران: انتشارات پایدار. ۱۳۸۸. ص ۲۸۰

^{۹۱} اصغریان، مجتبی. درس‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی پیشرفته، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ سوم ۱۳۹۷. ص ۸۱

^{۹۲} علوی، سید محمد تقی و بابازاده، بابک. تفسیر قرارداد در نظام حقوقی کامن‌لا. دو فصلنامه علامه / نامه پژوهشی فقه و حقوق (۷) / سال نهم / شماره پیاپی

۲۹ / پاییز و زمستان ۸۹. ص ۱۵۰

^{۹۳} همان. ص ۱۵۱

در ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی فرانسه آمده است: (لازم است در قراردادهای طرف‌های قرارداد احراز گردد و به معنی ادبی اصطلاحها اکتفا نشود).^{۹۴} در نظام حقوقی کامن‌لا، تفسیر قرارداد مکتوب در مرحله انعقاد و اجرا برای کشف قصد طرفین انجام می‌شود، ولی قصد طرفین نیز باید از خود قرارداد استنباط گردد. طرفین نمی‌توانند دلیل اقامه کنند که قصد واقعی ایشان با مفاد سند مغایر بوده یا به درستی ابراز نشده است. اعتقاد بر این است که رویه کلاسیک وابسته بودن تفسیر قرارداد به اراده مشترک طرفین که غالباً فرضی است با واقعیات و نیازهای جامعه همخوانی ندارد، بلکه در تفسیر قرارداد ابزاری مانند عرف و انصاف در مشخص ساختن نحوه انعقاد قرارداد از سوی کلمات و عبارت قراردادی می‌تواند راه گشا باشد؛ بنابراین جز در مواردی که اراده باطنی طرفین آشکار و روشن است، تفسیر قرارداد برای وجود یا عدم قرارداد براساس ضوابط دیگری همچون عرف و انصاف و خود سند که فرض بر این است قصد طرفین از مفاد آن استنباط می‌شود، صورت می‌پذیرد. قواعد برای تفسیر قراردادهای کامن‌لا انعطاف‌پذیر است و هدف از تفسیر بطور محدود مرتبط است با اهداف خود قانون قرارداد. یکی از اصول عمده نظریه قرارداد کامن‌لا، حفاظت از انتظارات معقول طرفین است، که به عنوان منافع مورد انتظار تعریف می‌شود. یکی دیگر از پایه‌های مهم نظریه قرارداد در ایالات متحده، تدارک جبران خسارت برای مردم است به منظور خساراتی که از اعتماد منطقی بر وعده دیگری ناشی می‌شود. منفعت اتکالی^{۹۵}. بنابراین، کل مجموعه‌ای از قوانین تفسیر در تئوری قرارداد ایالات متحده، حوالی این اهداف عمده قانون قرارداد می‌چرخد. لذا برای مثال، معنی معروف این لغات باید چیره شود و اصطلاحات بعدی، اصطلاحات اضافی متناقض پیشین را کنترل کند. قانون دیگری بیان می‌کند که زبان توسط طرفین اضافه شده، کنترل بر مواد چاپی در فرم استاندارد. علاوه بر این، زبان تفسیر می‌شود به این دلیل که سنت و عرف در تجارت یا ارتباط و در تطبیق با هر دوره قبل معامله بین طرفین. دادگاه باید یک قرارداد را مطالعه کند به عنوان فرد عادی که آن را می‌خواند و نباید به قرارداد یک تفسیر خود راه‌انداز بدهد.^{۹۶}

روش‌های تفسیری

دو روش تفسیری در تئوری قرارداد کامن‌لا همزمان وجود دارد.

۱- نظریه عینی از تفسیر قراردادها: این نظریه بر آنچه عرفاً یک شخص معقول از مخاطب انتظار دارد متمرکز است.

۲- نظریه ذهنی تفسیر قراردادها: این نظریه بدنبال تشخیص آنچه در ذهن طرفین بوده است می‌گردد.

قاعده سند شفاهی

یک پدیده تفسیری در قراردادهای نظام کامن‌لا، قاعده سند شفاهی است. معمولاً قاعده سند شفاهی در جایی به کار گرفته می‌شود که یک قرارداد بعد از مذاکرات شفاهی یا کتبی، که طی آن طرفین تضمین داده‌اند، وعده‌هایی دادند، یا به ادراک رسیدند تشکیل می‌شود. در زمان دعوی قضایی، یک طرف ممکن است بخواهد که سند مذاکرات را به منظور اثبات اینکه شرایط قرارداد متفاوت با آنچه در اسناد نشان داده شده است متفاوت است، ارائه کند. وقتی نوشته تمامیت و یکپارچگی کامل را ندارد؛ اگر مدرک با شرطی از نوشته اختلاف داشته باشد، هیچ مدرکی از توافقات یا مذاکرات قبل یا همزمان (شفاهی یا کتبی) قابل قبول نخواهد بود. در عین حال اگر یک سند تمامیت و یکپارچگی کامل داشته باشد، تعارض یا اضافه شدن هیچ مدرکی قبل یا همزمان با توافقات مذاکرات قابل قبول نیست.

بند دوم: نظام حقوقی سیویل‌لا

مفهوم تفسیر

تفسیر قرارداد در سیویل‌لا شامل تشخیص قصد متقابل طرفین می‌شود، حتی اگر قصد آنها در تقابل با شروط قرارداد یا معنای لفظی شروط قرارداد باشد. تفسیر قرارداد در سیویل‌لا شامل بررسی دقیق آنچه طرفین ادراک کرده و یا بطور عقلایی می‌توانستند ادراک کنند می‌شود. این منعکس‌کننده فلسفه حاکمیت اراده است که حقوق قرارداد در سیویل‌لا بر مبنای آن ایجاد شده است. لذا تفسیر قرارداد در اساس ذهنی است.

روش تفسیر

همچون کامن‌لا، سیویل‌لا نیز یک سری از قواعد مبنایی را ایجاد کرده است. برای مثال به منظور تفسیر دقیق یک قرارداد ضرورت دارد که قصد متقابل طرفین قرارداد بررسی شود به جای آن که بر روی معنای لفظی شروط تاکید شود. همچنین در جایی که تصریحی در معرض دو برداشت متفاوت است

^{۹۴}. علوی، سید محمد تقی. همان. ص ۱۵۳

^{۹۵}. Reliance Interest

^{۹۶}. Hermida, Julian. Ibid. P. 15

باید مناسب‌ترین آن با توجه به موضوع قرارداد پذیرفته شود. برخلاف کامن‌لا، در سیویل‌لا قاعده سند شفاهی موضوعیت ندارد و مفادی که در یک قرارداد خاص متداول است باید در نظر گرفته شود، حتی اگر طرفین به صراحت آنها را قید نکرده باشند.^{۹۷}

۶-۲- بحث تعارض قوانین

با بررسی مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی در زمینه قراردادها از منظر حقوق تطبیقی، همگرایی نظام‌های حقوقی بزرگ رومی ژرمنی و کامن‌لا در خصوص پذیرش اصل حاکمیت اراده برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، آشکار می‌شود. با این حال هیچ کدام از این دو نظام حقوقی اعمال مطلق اصل حاکمیت اراده را نپذیرفته و محدودیت‌های مهمی بر آزادی انتخاب طرفین وارد نموده‌اند. از جمله اینکه، هردو نظام حقوقی شروط انتخاب قانون را در قراردادهای خاص محدود کرده‌اند. این محدودیت‌ها معمولاً مربوط است به قراردادهای که در آن یکی از طرفین قرارداد در موقعیت ضعیف‌تری نسبت به طرف دیگر قرارداد دارد که مهم‌ترین آنها قراردادهای مصرف کننده، قراردادهای استخدامی و قراردادهای بیمه است. در این قراردادهای اولویت حمایتی نسبت به آزادی اراده طرفین در جهت رفع نابرابری معاملاتی طرفین قرارداد، امری ضروری است.^{۹۸} نظام حقوقی انگلستان، یعنی نظام کامن‌لا، و به تبع آن نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا دارای دو ویژگی مؤثر در حقوق بین‌الملل خصوصی خود هستند: ویژگی نخست آنکه در آنها از اصل سرزمینی بودن قوانین پیروی می‌شود؛ دیگر آنکه منبع اسلوب تعارض قوانین آنها احکام قضایی یا به بیان دیگر آراء و نظرات قضات است. این خصلت اخیر بویژه از آن جهت است که نظام حقوقی این کشورها بطور کلی بر پایه‌های کامن‌لا یا عرف محاکم استوار و برای قانون در معنای اخص کلمه در ساخت حقوق نقشی محدودتر شناخته شده است. ویژگی نخست یعنی اعتقاد به اصل سرزمینی بودن قوانین و محافظه کاری قضات در این دو سرزمینی سبب گردیده از یک سو اقتباس شیوه تعارض قوانین در این کشورها نسبت به بعضی کشورهای قاره‌ای با کندی و تأخیری بیشتر صورت گیرد، از سوی دیگر این قضات و بطور کلی حقوقدانان برای حل مشکل اجرای قانون بیگانه در کنار اعتقاد به آن اصل به جستجوی مبانی دیگر، سوای آنچه در کشورهای قاره‌ای به بیان درآمده‌اند، برآیند؛ تا مجاز دانسته شدن اجرای قانونی دیگر سوای قانون متعلق به سرزمین آنها با اصل یاد شده سازگار و هماهنگ جلوه کند. مبانی که آنها در این رهگذر در طول زمان در نظر گرفته‌اند متعددند از جمله آنها نظریه نزاکت و پس از آن قاعده حق مکتسب است.^{۹۹} سرچشمه تعهدهای قراردادی را، همانگونه که از این اصطلاح بر می‌آید، قراردادها تشکیل می‌دهد. قراردادها اثر اراده کسانی هستند که آنها را میان خود منعقد می‌سازند و در آنها هر طرف تعهد یا تعهدهایی را به نفع طرف دیگر برعهده می‌گیرد. قراردادها به اقتضای چگونگی موضوع خود و شرایطی که در آنها پیش بینی می‌شود و یا قانونگذاران درباره آنها نیز میان آنان تفاوت‌های بسیار دیده می‌شود. بویژه در دوران کنونی که بر تنوع و پیچیدگی و ارزشهای مترتب بر آنها بیش از پیش افزوده شده است. با این حال؛ وجه مشترک همگی آنها همان خصلت ارادی بودن آنهاست. عقد قرارداد عملی حقوقی است. اعتبار قرارداد بسته به آن است که طبق قانون کشوری معین منعقد و قابل اجرا باشد؛ به عبارت دیگر، اگر یک طرف قرارداد در اجرای آن قرارداد کوتاهی کرد طرف دیگر بتواند اجرای آن را طبق قانونی معین درخواست کند. در مورد قراردادهای تابع حقوق داخلی که تکلیف روشن است. این گونه قراردادها در قلمرو قوانین یک کشور منعقد و اجرا می‌شوند و ارتباطی میان آنها با قوانین کشورهای دیگر نیست. دشواری هنگامی است که قراردادی تابع حقوق بین‌الملل خصوصی باشد، به این معنی که به قانونگذاری دو یا چند کشور مربوط باشد؛ مانند آن که شرکتی ایرانی برای خرید کارخانه‌ای که می‌خواهد در ایران برپا کند با شرکت سازنده آن در آلمان قراردادی در کشور ثالث منعقد سازد و مقرر شود بهای آن در چند قسط به دلار وسیله بانکی در نیویورک پرداخت گردد. در اینگونه قراردادهای دشواری اصلی تعیین این نکته است که اگر درباره آن اختلافی رخ دهد قانون کدام کشور از این چند کشور درباره آن قابل اجرا خواهد بود. در این باره در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای مختلف افزون بر آنکه، به قاعده‌های دیگر نیز مانند قاعده محل وقوع عقد و قاعده محل اجرا نیز پذیرفته شده است.^{۱۰۰}

حدود آزادی طرفین در تعیین قانون قابل اجرا

پذیرش قاعده آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا درباره قراردادها به این معنی است که طرفین قراردادهای دارای وصف بین‌المللی، یعنی قراردادهای دارای پیوند با حقوق دو یا چند کشور، بتوانند آزادانه تعیین کنند قرارداد میان آنها تابع قانون کدام یک از آن کشورهاست. بنابراین؛ آزادی آنان مطلق نیست؛ به همین جهت آنان نمی‌توانند درباره قرارداد میان خود قانون کشوری را قابل اجرا بدانند که میان قرارداد آنها با آن کشور هیچ گونه پیوندی یافت

^{۹۷}. Hermida, Julian. Ibid. P. 16

^{۹۸}. وحدتی شبیری، سید حسن و افضل مهر، مرضیه. اولویت‌های قوانین حمایتی نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا نسبت به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد. نشریه حقوق تطبیقی دوره ۱۰. شماره ۱۰۱. ۱۳۹۳. قابل دسترس در پایگاه عملی جهاد دانشگاهی fa. journals. sid. ir

^{۹۹}. سلجوقی، محمود. بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی. چاپ پنجم. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶. صص ۲۱۷ و ۲۱۸

^{۱۰۰}. همان. صص ۳۶۸ و ۳۶۹

نمی‌گردد. با این وصف؛ شماری از مؤلفان آثاری در زمینه تعارض قوانین مانند رابل^{۱۰۱} و گراوسون^{۱۰۲} در آثار خود در این زمینه برای آزادی طرفین در تعیین قانون قابل اجرا قائل به محدودیت نشده‌اند. با این حال حتی هواداران آزادی کامل طرفین در این باره در نظرات خود یادآور شده‌اند که انتخاب قانون باید از روی حسن نیت یا منطقی باشد، چنانکه، بارها از سوی دادگاه‌های آمریکائی اعلام شده که برگزیدن قانون باید توأم با حسن نیت باشد یا ساختگی نباشد یا آنکه میان قرارداد و قانون برگزیده شده ارتباطی قانونمند باشد؛ یا برحسب رویه قضائی آلمان باید میان آن دو ارتباطی جدی دیده شود؛ یا دادگاه فدرال سوئیس افزون بر ربط سرزمینی وجود نفعی منطقی را لازم دیده؛ و سرانجام در نظام حقوقی انگلستان وجود یک ارتباط واقع^{۱۰۳} میان قانون منتخب و قرارداد لازم دانسته شده است. بنابراین می‌توان گفت آنان نیز در این نکته با هواداران محدودیت آزادی در این زمینه هم صدا هستند که نباید طرفین قراردادها از حقوقی که بر حسب قاعده آزادی اراده برای آنها در این زمینه شناخته شده استفاده‌های ناروا نمایند. از سوی دیگر طرفداران محدودیت نیز معتقدند که حتی پیوندی ضعیف هم میان قرارداد و حقوق یک کشور می‌تواند درستی انتخاب را توجیه نماید، بنابراین هرگونه قرینه‌ای هم در این باره مؤثر است.^{۱۰۴} امروزه مبنای حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها آن است که طرفین در انتخاب قانون حاکم آزاد هستند. با وجود این تحولات حاکمیت اراده در قوانین تمامی کشورهای دنیا راه پیدا نکرده است و کشورهای دنیا از حیث پذیرش حاکمیت اراده به ۳ دسته ذیل تقسیم می‌شوند:

الف) کشورهایی که حاکمیت اراده را پذیرفته اند. این کشورها خود به دو دسته تقسیم می‌شوند:

- کشورهایی که حاکمیت اراده را بطور مطبق پذیرفته اند، مانند کشورهای حوزه اتحادیه اروپا که تابع آیین نامه‌های اتحادیه اروپا هستند.

- کشورهایی که حاکمیت اراده را به طور مشروط پذیرفته اند. شروطی که این کشورها برای پذیرش حاکمیت اراده، و در واقع شروطی که برای پذیرش قانون منتخب طرفین وارد کرده اند، آنست که قانون منتخب باید با قرارداد یا طرفین مرتبط باشد و اینکه طرفین نمی‌توانند قانونی که هیچ ارتباطی با آنها ندارد را بعنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کنند و یا اینکه طرفین فقط می‌توانند نظام حقوقی یک کشور را بر قرارداد حاکم سازند (مثلاً قانون آمریکا یا کانادا) و نه مقرراتی مثل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی رم (یونیدروا)

ب) کشورهایی که حاکمیت اراده را نپذیرفته اند مانند برزیل. در دادگاه‌های برزیل، حتی در صورت توافق طرفین در مورد قانون حاکم، به آن توافق و قانون منتخب به هیچ وجه توجهی نخواهد شد و دادگاه تلاش می‌کند تا بر اساس قواعد حل تعارض، خودش قانون حاکم بر قرارداد را تعیین و اعمال کند.

ج- کشورهایی که موضع بینابین دارند، مانند ایران. طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، حاکمیت اراده برای اتباع ایرانی معتبر نیست اما برای اتباع خارجه به رسمیت شناخته شده است.^{۱۰۵}

نتیجه گیری

این پژوهش نشان می‌دهد که در نتیجه توسعه و تحول تاریخی و نظری دو نظام حقوقی کامن‌لا و سیویل‌لا، دو سنت و نظام حقوقی متفاوت به وجود آمده و به تبع آن در خصوص قواعد حاکم بر تشکیل قراردادهای تجاری بین‌المللی اگرچه وجوه اشتراک قابل توجهی دیده می‌شود اما وجوه افتراق بسیار مهم، فنی و کاربردی نیز وجود دارد. این تفاوت‌ها علاوه بر مبنایی و منابع در زمینه تشکیل قراردادها، سبک متفاوت تصمیمات قضایی، تجزیه و تحلیل‌های دکترینی و تفاوت در تفسیر قراردادها دیده می‌شود. کامن‌لا ساخته دست قضات است که وظیفه داشتند دعاوی خاصی را حل و فصل کنند. قاعده‌ای که هدف آن ارائه راه حل دعوی است. این حقوق در انگلستان رشد و تکامل یافته و با توجه به ریشه آن، وابسته به قدرت سلطنتی است. علم حقوق رم، که مبتنی بر حقوق مدنی است، در ایجاد و گسترش کامن‌لا که حقوق عمومی ناشی از آیین دادرسی است، نقش بسیار محدود داشته است. در کامن‌لا تقسیم‌بندی‌های حقوقی به نحوی است که تقسیم حقوق به عرف و انصاف، در رأس آنها قرار دارد. از سوی دیگر نظام حقوقی سیویل‌لا، کهن‌ترین و گسترده‌ترین نظام حقوقی جهان است و مهم‌ترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین قوانین در آن است. اصل مهم و مسلط در نظام حقوقی سیویل‌لا، اشتیاق به انسجام و عقلانیت است که در کشورهای پیرو این سنت و نظام حقوقی مشهود است. ظهور سیویل‌لا در اروپای قاره‌ای قرن سیزدهم به هیچ رو ناشی از کوشش یک قدرت سیاسی یا مرکزیت پدید آمده از سوی یک فرمانروا نیست. در سیویل‌لا قاعده حقوقی به شیوه‌ای واحد معرفی، توصیف و تحلیل می‌شود. بر اساس یافته‌های این پژوهش و بویژه بررسی نظام‌های حقوقی انگلستان و فرانسه به عنوان دو نماینده اصلی کامن‌لا و سیویل‌لا مشاهده می‌شود در باب قراردادها که تبعاً به قراردادهای تجاری بین‌المللی تسری می‌یابد وجوه تشابه و تفاوت عدیده وجود دارد. تفاوت‌های نظام‌های حقوقی

101. Rabel

102. Graveson

103. Real Connection

۱۰۴. سلجوقی، محمود. همان. صص ۳۷۶ و ۳۷۷

۱۰۵. اصغریان، مجتبی. همان. صص ۱۵۲-۱۵۲

کامن‌لا و سیویل‌لا در حوزه قراردادهای، در ابعاد مختلفی به چشم می‌خورد. از آن جمله می‌توان به تئوری قرارداد، عناصر تشکیل‌دهنده قرارداد، نقض قرارداد و جبران خسارت و تفسیر قرارداد و ... اشاره نمود تئوری قرارداد در سیویل‌لا، ریشه در حقوق روم دارد و از طرق حل و فصل اختلاف حقوق روم منبعت شده است و به طور خاص ریشه در نظریات ارسطو در مورد برابری در مبادله و لیبرالیتته دارد. این نظام حقوقی، نسبت به کامن‌لا، اهمیت بیشتری به تعاریف و طبقه‌بندی در حوزه قراردادهای قائل شده است. تعریف قراردادهای در سیویل‌لا، ریشه در مفهوم توافق و رضایت دارد. توافق یا رضایت عنصر اصلی و مهم تشکیل قرارداد است و حاکمیت اراده بسیار مهم است. در سیویل‌لای مدرن، اغلب قوانین مدنی، یک اصل مهم را در بر دارد و این است که یک قرارداد بدون در نظر گرفتن نامی که طرفین به آن اختصاص داده‌اند باید بر اساس شرایط واقعی شکل گیرد. محققان و قضات نظام حقوقی سیویل‌لا، اهمیت زیادی از منظر قانونی به انواع تعهدات لازم‌الاجراء قائل نمی‌شوند و ترجیح می‌دهند بر خصوصیات اصلی و مشخص متمرکز شوند که باید در قرارداد موجود باشد و لحاظ شود تا قرارداد شکل گیرد. تئوری قرارداد در نظام حقوقی کامن‌لا، علاقمند به انواع تعهدهای لازم‌الاجرا است و در پی این است که کدام تعهدات می‌تواند موجب تبعات حقوقی باشند. در این نظام، یک تعهد در صورتی قابل اجراست که مشعر بر معامله با عوض متناسب و قانونی بوده و ایجاب و قبول را در برگیرد. عناصر تشکیل‌دهنده قرارداد در این دو نظام حقوقی متفاوت هستند. در نظام حقوقی کامن‌لا، علاوه بر ایجاب و قبول، باید عوض متناسب یا عواید قانونی وجود داشته باشد و قرارداد نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری که یکی از طرفین قبلاً به آن ورود یافته‌اند را نقض کند. وجود عوض، حداقل تشریفاتی است که برای اعتبار دهی و لازم‌الاجرا شدن یک تعهد استفاده می‌شود. و بار قابلیت اجرائی قانونی به توافق می‌بخشد. علاوه بر سه عنصر ایجاب و قبول و عوض، قصد ایجاد رابطه قانونی و مشخص بودن شرایط توافق و کامل بودن مفاد قرارداد نیز الزامی است. ولی در نظام حقوقی سیویل‌لا، همه آنچه باید در شکل‌گیری قرارداد لحاظ شود، اراده طرفین است. و اصول کلی حاکم بر تشکیل قراردادهای منعکس کننده حاکمیت اراده است. در نتیجه توافق طرفین به انعقاد قرارداد، ناشی از اعمال آزادی اراده محسوب می‌شود. عناصر خاص قرارداد، علاوه بر رضایت طرفین، وجود اهلیت و وجود یک هدف مشخص بعنوان موضوع، و همچنین سبب قانونی قرارداد ضرورت دارد و فقدان هر یک بعنوان دلیلی برای فسخ قرارداد یا جبران خسارت محسوب خواهد شد. سبب در سیویل‌لا به منزله دلیل تعیین کننده و یا انگیزه قرارداد، یک عنصر لازم برای وجود قرارداد است و به معنی هدفی است که طرفین به هنگام ورود به قرارداد در ذهن داشته‌اند. سبب در نظام حقوقی سیویل‌لا و عوض در نظام حقوقی کامن‌لا به عنوان یکی از عناصر تشکیل قرارداد، دارای مفهوم متفاوتی هستند و برای مقاصد متفاوتی طراحی شده‌اند. علت یا سبب در همه انواع اعمال قانونی بکار میرود در حالیکه عوض، فقط برای قراردادهای دو جانبه منظور شده است. در کامن‌لا، بار اثبات وجود یک عوض برای اجرای تعهد، بر عهده متعهد یا مدعی است در حالیکه در فقه سیویل‌لا، وجود یک علت یا سبب، همیشه مفروض است و بر عهده مدعی یا مدیون است که عدم وجود آن را باید اثبات کند. تعیین تکلیف در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد بسیار مهم است زیرا در واقع زمانی که طرفین وارد قراردادی می‌شوند که با بیش از یک کشور ارتباط دارد، لزوماً این سؤال طرح می‌شود که کدام قانون بر قرارداد حاکم است. بدیهی است که پاسخ به این سؤال برای محاکم یا دادگاه داوری جهت حل و فصل اختلاف ضروری است. اما طرفین قرارداد نیز باید آگاه باشند که چه مجموعه قواعدی بر تعهدات آنها حاکم است تا بتوانند تعهدات خود را به طور مطلوب اجرا نمایند و تعیین این قانون حاکم، محدودیت‌ها و مسؤولیت‌های هر یک از طرفین قرارداد را روشن می‌سازد. با توجه به اوصاف فوق، مشاهده می‌شود که در دو نظام حقوقی کامن‌لا و سیویل‌لا، تفاوت‌های بیشماری در مباحث مربوط به قراردادها ناظر بر تشکیل قرارداد و قواعد حاکم بر آن وجود دارد. در حوزه روابط تجاری بین‌المللی و قراردادهای مربوط به آن، مشکلات جدی زمانی پیش می‌آیند که انعقاد قراردادهای بدون توجه به این تفاوتها رقم می‌خورد. امروزه مبنای حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادهای آن است که طرفین در انتخاب قانون حاکم آزاد هستند. با وجود این تحولات حاکمیت اراده در قوانین تمامی کشورهای دنیا راه پیدا نکرده است و رویه‌های مختلفی را برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در عرصه تجارت بین‌الملل در پیش گرفته‌اند.

منابع و ماخذ

الف - کتب

- آر سیلکنت، جیمز، ام ارسستی، جفری، ۱۳۸۷. مذاکرات تجاری بین‌المللی - جنبه‌های میان فرهنگی و روش‌های مؤفقیت‌آمیز روبرو شدن با آنها. ترجمه علیرضا نعمتی یزدی. تهران: مرکز چاپ و انتشارات مرکز آموزش مدیریت دولتی. چاپ اول.
- اصغریان، مجتبی، ۱۳۹۷. درس‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی پیشرفته. تهران: انتشارات خرسندی، چاپ سوم
- پاکدامن، رضا، ۱۳۸۴. مدیریت قراردادهای بین‌المللی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، شرکت چاپ و نشر بازرگانی
- پاکدامن، رضا، ۱۳۸۹. فرایند مذاکره و تحقق معاملات بین‌المللی (پیش‌نیازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات). تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی. چاپ اول
- داوید، رنه، ژوفره اسپینوزی، کامی، ۱۳۸۴. درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه سید حسین صفایی. تهران: نشر میزان، چاپ ششم
- داوید، رنه، ۱۳۸۹. گزیده‌ای از حقوق انگلستان، ترجمه محمود سلجوقی. تهران: نشر میزان، چاپ اول
- راف، آنه، ۱۳۸۶. قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضایی. ترجمه سید مهدی موسوی و تهران: نشر میزان، چاپ اول

ره پیک، حسن. ۱۳۹۳. نظریه جهت در حقوق قراردادها؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، اسلام، رومی-ژرمنی و کامن لا. تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول سلجوقی، محمود. ۱۳۸۶. بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی. تهران: نشر میزان. چاپ پنجم
 سماواتی، حشمت الله. ۱۳۸۰. حقوق معاملات بین المللی نظری و کاربردی. تهران: انتشارات ققنوس، چاپ دوم
 شیروی، عبدالحسین. ۱۳۸۹. حقوق تجارت بین الملل. تهران: انتشارات سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی
 مدنی، سید جلال الدین. ۱۳۸۸. حقوق بین الملل خصوصی. تهران: انتشارات پایدار. چاپ پنجم
 ۱۳ - مهرا، نسرين. ۱۳۸۷. نظام حقوقی انگلستان، تهران: نشر میزان. چاپ اول.
 ۱۴ - میرمحمد صافی، حسین. ۱۳۸۲. مسایلی تحلیلی از حقوق قراردادها در انگلستان، تهران: نشر میزان. چاپ اول

ب) مقالات و نشریات

۱- علوی، سیدمحمد تقی و بابازاده، بابک. ۱۳۸۹. تفسیر قرارداد در نظام حقوقی کامن لا. دوفصلنامه علامه/ نامه پژوهشی فقه و حقوق، سال نهم، شماره پیاپی ۲۹. پاییز و زمستان ۸۹
 ۲- وحدتی شبیری، سید حسن و افضل مهر، مرضیه. ۱۳۹۳. اولویتهای قوانین حمایتی نظامهای حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا نسبت به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد. نشریه حقوق تطبیقی. دوره ۱۰. شماره ۱۰۱. قابل دسترس در پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی fa. journals. sid. ir

ج) پایان نامه‌ها

۱- حافظی احمدی، علیرضا. ۱۳۹۰. قوه قاهره و مسئولیت ناشی از نقض قراردادهای تجاری بین المللی. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل. دانشکده حقوق. دانشگاه آزاد اسلامی. واحد دامغان

منابع انگلیسی

- 1- Elcin, Mert. 2010. The Aplicable Law to International Commercial Contracts and the Status of Lex Mercatoria – with a Special Emphasis on Choice of Law Rules in the European Community. Dissertation. com. Boca Raton, Florida.
- 2- Hermida, Julian. 2004. Convergence of Civil Law and Common Law Contracts in the Space Field, Hong Kong Law Journal, vol. 34 Part2.
- 3- MacMillan Catharine, Stone Richard. 2012. Elements of the law of contract. University of London International Programmes. University of London.
- 4- O'Connor Vivienne. 2012. Common Law and Civil Law Traditions.
- 5-Zimmermann, R , 2001. Roman Law , Contemporary Jaw: The Civilian Tradition Today, Oxford Universiry Press , New Yourk,