

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین
در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن
کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰

پل لاگارد*
PAUL LAGARDE
مترجم: دکتر محمد اشتری

فهرست مطالب

اشاره
مقدمه

یک. قلمرو اجرا

الف. تعریف مثبت

ب. موضوعاتی که استثنا شده اند

دو. تعیین قانون حاکم

الف. قواعد کلی

۱- حاکمیت اراده

۲- قانون قابل اجرا در صورت فقدان

انتخاب

ب. قواعد اختصاصی برخی قراردادها

*. پل لاگارد استاد دانشکده حقوق پاریس است. مقاله
حاضرانامبرده درمجله زیربه چاپ رسیده است:
Revue critique de droit international prive; 80 (2)avr.1991.pp.287-340.

- ۱- تغيير عامل ارتباط فرعي (اموال غير منقول - حمل و نقل)
- ۲- نقد حاکمیت اراده
- الف - قراردادهاي منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان
- ب - قرارداد فردي کار
- ج - تداخل قوانین انتظامي
- ۱- قوانین انتظامي خارجي
- ۲- قوانین انتظامي مقرر ادگاه
- سه . قلمرو قانون حاکم بر قرارداد**
- الف. شرایط انعقاد قرارداد
- ۱- قواعد ماهوي
- ۲- قواعد شکلي
- ۳- قواعد مربوط به ادله
- ب. آثار قرارداد
- ج - سقوط تعهدات
- د - انتقال تعهدات
- ۱- انتقال طلب
- ۲- جانشینی (قائم مقامي)
- چهار. مقررات كلي وتفسير**
- الف. روابط با سایر متون
- ب. تفسير
- نتیجه**

اشاره

موضوع مقاله حاضر بررسی و تجزیه و تحلیل موادکنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، بویژه از نظرآثاری است که اجرائی کنوانسیون در حقوق موضوعه فرانسه برجای گذاشته است.

موضوع کنوانسیون رم تعارض قوانین در زمینه تعهدات قراردادی است که درآن راجع به هر مورد راه حل مناسب و مطلوب و قابل قبول برای کشورهای مختلف عضو ارائه شده است. همانطورکه مؤلف اشاره کرده است. کنوانسیون رم وحدت انعطافپذیر حقوق بینالملل خصوصی قراردادها را درکشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا تأمین نموده است.

حقوق بینالملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۳۷

خوانندگان محترم به خوبی واقفند که تعارض قوانین یکی از مباحث پیچیده حقوق بین‌الملل خصوصی است که درک برخی از مسائل آن حتی برای اهل فن نیز چندان آسان نیست؛

به ویژه اگر نویسنده مقاله استادی عالی مقام باشد که سعی نماید مطالب و اندیشه‌های مهمی را بصورت فشرده عرضه کند، اشکال دو چندان خواهد بود.

با در نظر داشتن مطالب فوق، گرچه مترجم کوشش فراوان نموده است که در عین حفظ امانت صحت ترجمه حتی‌المقدور مطالب را به صورت روان و قابل درک عرضه نماید و بدین منظور برای پیدا کردن معادل برخی واژه‌های مشکل از رهنمودهای سودمند استادان و صاحب‌نظران سودجسته است، با این همه معترف است که مقاله تا حدی سنگین است، درک بعضی جملات و عبارات به سادگی امکان پذیر نیست و نیاز به دقت و آگاهی‌های قبلی از مفاهیم تعارض قوانین دارد. به هرحال علت اصلی دشواری و سنگینی برخی از عبارات را باید در فنی

و بخرنچ بودن مسائل مورد بحث در مقاله
جستجو کرد.

مترجم

مقدمه

۱- کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ راجع به قانون حاکم^۱ برتعهدات قراردادی از آوریل قدرت اجرایی پیدا نموده است.^۲ برای تهیه و آماده ساختن این سند ده سال وقت لازم بود.^۳ و یازده سال طولانی دیگر نیز باید سپری می‌شد تا کنوانسیون به تصویب هفت کشور عضو برسد که طبق ماده

۱. قانون حاکم یا قانون قابل اجرا، ترجمه واژه loi applicable است که در این مقاله بر حسب مورد از هر دو واژه استفاده شده است. (مترجم)

2. Decr.28 fevr. 1991, Jo 3 mars 1991, infra, p. 415.

۳. تدوین کنوانسیون در دو زمان انجام گرفت. شش دولت بنیانگذار جامعه اقتصادی اروپا در بین سالهای ۱۹۷۰ و ۱۹۷۲ پیش طرح را تدوین کرده بودند، متن این پیش طرح در همین مجله (مجله انتقادی حقوق بین‌المللی خصوصی)، سال ۱۹۷۳، ص... فح ه ۲۹، انتشار یافته است. این طرح مبنای مباحثاتی قرار گرفت که برای مذكرات جدیدی با دانمارک، ایرلند و انگلستان به کار برده شده که به نوبه خود به عضویت جامعه اقتصادی اروپا در آمده اند. جلسات کار از آغاز تا پایان به ریاست نماینده بلژیک، آقای پل ژنار M.Paul Jenard اداره می‌شد که توانسته بود در هریک از مقررات کنوانسیون موافقت کلیه هیأت‌های نمایندگی را به دست آورد.

۲۹ کنوانسیون برای لازم الاجرا شدن آن کاملاً ضرورت داشت.^۴

از چهار سال پیش اعلام شده بود که تصویب کشور هلند قریب الوقوع است.^۵ ولی انگلیسی‌ها که باید از آنان سپاسگزار بود، با تصویب کنوانسیون در ۲۹ ژانویه ۱۹۹۱، مشکل لازم الاجرا شدن کنوانسیون را حل کردند.^۶

چهار کشور امضا کننده کنوانسیون، بی‌آنکه لازم الاجرا شدن رسمی آن را انتظارکشند، به‌طور یکجانبه مقررات

۴. این هفت دولت عبارتند از آلمان، بلژیک، دانمارک، فرانسه، ایتالیا، لوکزامبورگ و انگلستان. به این هفت دولت باید یونان را نیز افزود که در آیین تدوین کنوانسیون شرکت نداشته ولی بعد بموجب کنوانسیون لوکزامبورگ مورخ ۱۰ آوریل ۱۹۸۴ به آن ملحق شده است. در فرانسه بموجب تصویب نامه ۲۰ مارس ۱۹۹۱ (mars 1991 J.O.27) انتشار یافته) این کنوانسیون همچون کنوانسیون رم، در تاریخ اول آوریل ۱۹۹۱ لازم الاجرا شده است.

۵. کشور هلند ابتدا تصویب کنوانسیون رم را موکول به پذیرش پروتکلی نموده بود که صلاحیت تفسیر کنوانسیون را به دیوان دادگستری جا معه اروپا CJCE تفویض می‌کرد. پس از امضای پروتکل‌های ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ (رجوع شود به صفحات بعد، شماره ۶۲) به نظر می‌رسد که تأخیر هلند در تصویب کنوانسیون به جهت الزام آن کشور در کسب موافقت قبلی مقامات جزایر آنتیل هلند بوده است که کنوانسیون رم در مورد آنان اجرا می‌شود (ماده ۲۷، پاراگراف ۲ ج)

۶. انگلستان تصویب کنوانسیون را به وضع قانون قرارداد های سال ۱۹۹۰ (قانون قابل اجرا) توسط مجلس، موکول نموده بود.

کنوانسیون را قبلاً در قوانین ملی خود گنجانیده بودند: ابتدا دانمارک، سپس لوکزامبورگ، متعاقب آن جمهوری فدرال آلمان و بالاخره بلژیک.

کنوانسیون رم از طریق برخی تصمیمات قضایی به عنوان عقل مکتوب^۷ قبلاً در کشور هلند و نیز در فرانسه به مورد اجرا گذاشته شده بود. بدین ترتیب وقتی کنوانسیون رسماً لازم الاجرا گردید، قبلاً موارد اجرایی قابل توجهی در رویه های قضایی یافته بود.

۲- این کنوانسیون وحدت انعطاف پذیر حقوق بین الملل خصوصی قراردادها را در جامعه اقتصادی اروپا تحقق بخشید. کنوانسیون رم همچنین از «تبلور»^۸ قواعد تعارض قوانین در کشورهای عضو از طریق تدوین قوانین ملی یا کنوانسیون منطقه ای جلوگیری می کند.

بعلاوه کنوانسیون در رفع خطر انتخاب دادگاه مناسب^۹ که کنوانسیون ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ بروکسل ناشی می شود تا حدی چاره

7. Ratio scripta.

8. Crystallisation.

۹. Forum shopping: دادگاهی که یکی از اصحاب دعوی گمان می کند برای طرح دعوی او مناسبتر است. (مترجم)

اندیشی می‌کند. در نظر گرفتن صلاحیتهای متعدد قضایی در این کنوانسیون، در نبود وحدت قواعد تعارض، تعدد صلاحیتهای قانونی را موجب شده است. با توجه به این دلایل، امید است که کنوانسیون رم از سوی کلیه دولتهای جامعه اروپا به سرعت پذیرفته شود^{۱۰} و حتی در دولتهای اتحادیه اروپایی مبادله آزاد^{۱۱} که به عضویت کنوانسیون لوگانو درآمده اند، پرتو افکند.^{۱۲}

۳ - اهمیت تغییراتی که بوسیله کنوانسیون ایجاد شده، در کشورهای مختلف جامعه اروپا یکسان نیست. به یقین این تغییرات در ایتالیا به شدت محسوس خواهد بود؛ زیرا ماده ۲۵ مقررات مقدماتی

۱۰. اسپانیا و پرتغال در تهیه کنوانسیون شرکت نداشتند، ولی آنها نیز همانند یونان که به آن ملحق شده، می‌توانند به کنوانسیون بپیوندند. مع ذلك تا آنجا که به خاطر داریم هیچ گونه مذاکره‌ای در جهت انعقاد کنوانسیون الحاق انجام نشده است. به نظر می‌رسد این کجراه لازم است؛ زیرا کنوانسیون رم شامل مقرراتی نیست که الحاق کشورهای ثالث را پیش بینی کند.

11. Association europeenne de libre echange.

۱۲. فنلاند قانونی راجع به حقوق حاکم بر قراردادهای بین المللی تصویب کرده است که جز در مورد قرارداد کار تقریباً کلمه به کلمه از کنوانسیون رم اقتباس شده است. قوانین اتریش مصوب ۱۵ ژوئن ۱۹۷۸ و سویس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ هر چند که مختلف اند، الهامی که گرفته اند نزدیک به کنوانسیون رم به نظر می‌رسد.

قانون مدني سال ۱۹۴۲ هنوز هم تعهدات قراردادي را جز در مواردی که اراده طرفین ابراز شده باشد، تابع عوامل ارتباطی ثابتی می‌داند که عبارتند از: تابعیت مشترك طرفین و در صورت فقدان تابعیت مشترك، محل انعقاد قرارداد.

در آلمان ورود مقررات کنوانسیون بوسیله قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۶ [درنظام حقوقی آن کشور] این قاعده سنتی را که از ساوینی به ارث رسیده و بموجب آن هر تعهد قراردادي در صورت نبودن اراده صریح، ضمنی یا فرضی طرفین تابع قانون محل اجرا است، متروک نموده است.

در سایرکشورها بالاخص در انگلستان و فرانسه که دادگاهها از قبل در این زمینه از قواعد بالنسبه انعطاف پذیری پیروی می‌کردند، دگرگونیها کمتر خواهد بود. کنوانسیون کنار گذاردن بعضی راه حلها مثلاً در مورد قرارداد کار و شکل اسناد و روشن کردن بسیاری دیگر از قراردادها را به دنبال خواهد آورد.

۴- اهمیت نظم و ترتیبی که بدین سان درحقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها به عمل می‌آید، بر اثر مشخصه جهان شمول

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۴۳

کنوانسیون افزونتر شده است. ماده ۲
کنوانسیون رم با قبول راه حل
قراردادهای لاهه درباره تعارض قوانین،
مقرر می‌دارد: «قانونی که این کنوانسیون
معین می‌کند، حتی اگر این قانون، همان
قانون دولت متعاهد کنوانسیون باشد،
اجرا می‌شود». اثر این حکم آن است که در
قلمرو کنوانسیون راه‌های حلهای ملی قبلی را
کاملاً از اعتبار می‌اندازد، راه‌های
که فقط برای رفع پاره‌ای از نقایص قانون
یا شاید برای تفسیر پاره‌ای مقررات
کشدار می‌توانست دو پاره‌ای مقررات کشدار
می‌توانست دوباره ظاهر شود.

۵- برای اطلاع از تغییراتی که بموجب
کنوانسیون، به حقوق بین‌الملل خصوصی
فرانسه راجع به قراردادها به عمل آمده
است با شرح متوالی: ۱- قلمرو کنوانسیون
۲- تعیین قانون قابل اجرا ۳- قلمرو
قانون قابل اجرا ۴- بالاخره بعضی مقررات
کلی بویژه مقررات مربوط به
تفسیر کنوانسیون، ترتیب
در کنوانسیون را دنبال خواهیم کرد.

۱ قلمرو اجرا

قلمرو اجرای کنوانسیون اثباتاً در اولین پاراگراف ماده اول آن و نفیاً در پاراگرافهای ۲ تا ۴ تعریف شده که متضمن استثنا آتی نیز می‌باشد.

الف - تعریف مثبت

۶ - «مقررات این کنوانسیون در وضعیتهای مربوط به تعارض قوانین در تعهدات قراردادی قابل اجرا است».

برخلاف پیش طرح تهیه شده در سال ۱۹۷۲ که متضمن قواعدی جالب در زمینه تعهدات خارج از قرارداد بود،^{۱۳} کنوانسیونی که به‌طور نهایی مورد موافقت قرار گرفت به تعهدات قراردادی محدود می‌گردد^{۱۴} ولی مشخص نمی‌کند که منظور از تعهدات

۱۳. مواد ۱۰ تا ۱۴ که مبتنی بر صلاحیت اصولی قانون کشوری بود که در سرزمین آن کشور، فعل زیانبار به وجود می‌آید، باستثنای مواردی که پیوندهای نزدیکی با یک کشور دیگر احراز شود.

۱۴. به درخواست انگلستان که آماده پذیرش فلسفه پیش طرح در زمینه تعهدات خارج از قرارداد نبود.

قراردادی چیست. بنابراین اختلاف نظر در توصیف، بین کشورهای امضاء کننده کنوانسیون مورد انتظار می‌باشد. به عنوان مثال: آیا دعوی مشتری دست دوم علیه فروشنده اول در مورد عیب مبیع، دعوی قراردادی است که داخل در قلمرو کنوانسیون می‌باشد - همانطور که رویه قضایی کنونی شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه این فکر را القا می‌کند - یا دعوی خارج از قرارداد است؟

این مسأله به تازگی در دیوان دادگستری جوامع اروپایی^{۱۵} در اجرای بند اول ماده ۵ کنوانسیون بروکسل مطرح شد و مطلوب است که دادگاهها تعاریف آزاد مربوط به جوامع اروپا را که دیوان دادگستری در مورد تفسیر کنوانسیون بروکسل به دست آورده، به کنوانسیون رم گسترش دهند.

کنوانسیون رم مسأله موسوم به جمع میان دو مسؤولیت قراردادی و ناشی از جرم^{۱۶} را مورد حکم قرار نداده است. بنابراین جا دارد تصور شود، قاعده اصلی

15. Comunautes europeennes .

16. Cumul des responsabilites contractuelle et delictuelle.

حقوق مدني فرانسه حاكي از اين كه در صورت وجود قرارداد خواهان از انتخاب میان دو مسؤوليت ممنوع، و مجبور است دعوي خود را تنها مبتني بر قرارداد سازد، در حقوق بين الملل خصوصي وارد مي شود؛ بدین معني كه قانون حاكم بر دعوي براساس قاعده حل تعارض قراردادها و بدین ترتيب همان کنوانسيون رم تعيين مي شود و قانوني كه بدین ترتيب تعيين مي گردد، معلوم مي سازد كه آیا انتخاب میان دو نوع مسؤوليت قابل قبول است يا نه؟

۷- براي اينكه کنوانسيون رم نسبت به وضعیت قراردادي قابل اجرا باشد، لازم است كه آن وضعیت متضمن تعارض قوانين نیز باشد. این قاعده بر اصطلاح «قرارداد بين المللي» و يا «وضعيتي داراي خصيصه بين المللي» مندرج در پيش طرح، ترجيح داده شده است. بدین ترتيب کنوانسيون مي تواند در مورد قرارداد صرفاً داخلي يك کشور كه اتفاقاً بر اثر قواعد صلاحيت قضايي - مثلاً به دنبال تغيير اقامتگاه يك طرف قرارداد - در صلاحيت دادگاههاي کشور ديگري قرار گرفته است، به مورد

حقوق بين الملل خصوصي نوين در... ❖ ۳۴۷

اجرا گذاشته شود و نیز کنوانسیون می‌تواند در مورد قراردادی صرفاً داخلی اجرا گردد که متضمن انتخاب قانون خارجی است. در کلیه این وضعیت‌ها دادگاه مرجع رسیدگی باید از خود سؤال کند که آیا قانون خود یا قانون دیگری را اجرا می‌کند؟ بدین ترتیب، این وضعیت، متضمن تعارض قوانین بوده و در قلمرو کنوانسیون قرار می‌گیرد.^{۱۷}

ب - موضوعاتی که استثنا شده‌اند

۱- احوال شخصیه و اهلیت اشخاص حقیقی

۸ - این استثنا که در پاراگراف دوم ماده یک پیش بینی شده، به این معنی است که وقتی قابلیت شخص برای انعقاد قرارداد به احوال شخصیه او بستگی دارد، کنوانسیون راه حل تعارض قوانین را به

۱۷. کشور انگلیس با از حد شمول الزامات مندرج در کنوانسیون فراتر نهاده (پاراگراف دوم از ماده ۱۹) و کنوانسیون را در مورد تعارض بین قوانین بخش‌های مختلف انگلستان به مورد اجرا می‌گذارد (پاراگراف سوم از ماده ۲ قراردادها سال ۹۹۰ APPLICABLE LAW). بنابراین این در انگلستان کنوانسیون نسبت به قرارداد منعقد شده انگلیسی - اسکاتلندی اجرا خواهد شد. چنین وضعیتی تعارض قوانین در بر دارد، بی آنکه با این حال مشخصه‌ای بین المللی داشته باشد.

قواعد حل تعارض معتبر درکشور مرجع رسیدگی محول می‌نماید.

مثلاً قانون حاکم براین مسأله که آیا شخص متأهل می‌تواند به تنهایی مالکیت محل سکونت خانوادگی را واگذار کند (رجوع شود به بند ۳ از ماده ۲۱۵ قانون مدنی فرانسه)، در کنوانسیون پیش بینی نشده است.^{۱۸} و اهلیت اشخاص حقیقی نیز از قلمرو کنوانسیون خارج است.^{۱۹} در اکثر کشورهای امضاء کننده کنوانسیون، این مسأله به احوال شخصیه مرتبط بوده و برگروه کارشناسان معلوم شده است که مسأله اصولی عامل ارتباط مربوط به اهلیت شخص را نمی‌توان با شتاب در کنوانسیون راجع به قانون حاکم

۱۸. بدین ترتیب به قواعد عام حقوقی باز می‌گردیم. شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه قواعد مقرر در مواد ۲۱۲ و بعد قانون مدنی فرانسه را دارای «حد شمول ارضی» اعلام کرده است.

۱۹. از آنجا که مقوله احوال شخصیه در کنوانسیون تعریف نشده است قابل اجرا بودن کنوانسیون مثلاً نسبت به اهلیت کسی که با دیگری رابطه آزاد دارد در مورد واگذاری مسکن مشترک نا معلوم باقی می‌ماند. اگر توصیفی که فعلاً در فرانسه مرجع است و بموجب آن رابطه آزاد را خارج از احوال شخصیه طبقه بندی می‌کنند باقی بماند، مسأله ای که اشاره شد، مشمول کنوانسیون خواهد بود. اهلیت دارنده رابطه آزاد در انعقاد قرارداد به عنوان شرط صحت قرارداد ملحوظ و بنابر این به قانون قرارداد مربوط خواهد بود.

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۴۹

برقراردادها حل نمود. بنابراین درحقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، اهلیت انعقاد قرارداد کماکان بوسیله قانون ملی تعیین می‌گردد تنها فرضی که در نظر گرفته نشده اهلیت ظاهری است که موضوع قاعده اختصاصی ماده ۱۱ قرار گرفته است.

۲- تعهدات قراردادی مربوط به روابط خانوادگی در مفهوم وسیع کلمه

۹- طبق بند b پاراگراف دوم ماده ۲ کنوانسیون «تعهدات قراردادی مربوط به وصیت و ارث، رژیمهای مالی ازدواج، حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی، قرابت نسبی،^{۲۰} ازدواج یا قرابت سببی،^{۲۱} از جمله تکلیف انفاق نسبت به اطفال غیرقانونی» از شمول کنوانسیون خارج است. این استثنا تا حدی روشن است و نیاز به تفسیر ندارد. فقط می‌بینیم که این استثنا به صراحت بیان گردیده است. استثنای مستقیم روابط خانوادگی بمعنی وسیع کلمه^{۲۲} در کنوانسیون که موضوع آن تعهدات قراردادی است، شاید بی‌فایده

20. Parente.

21. Alliance.

22. Lato sens.

بوده است. همچنین استثنای مزبور فقط ناظر به تعهدات ناشی از این قبیل روابط است و می‌تواند قراردادی توصیف شود؛ مثلاً قرارداد مربوط به تکلیف انفاق در محدوده خانواده.^{۲۳}

بنابراین همه‌ها از شمول کنوانسیون خارج نیستند، مگر تا حدی که در حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی در مفهوم وسیع کلمه تأثیر داشته و با قواعد حاکم بر این روابط در تعارض باشند.

۳- تعهدات ناشی از اسناد قابل معامله

۱۰- طبق بند c پاراگراف دوم ماده ۱ کنوانسیون «تعهدات ناشی از برات، چک، سفته و همچنین تعهدات ناشی از سایر اسناد قابل معامله تا حدی که تعهدات مذکور ناشی از خصیصه قابل معامله بودن آنها باشد» از شمول کنوانسیون خارج است. بدین ترتیب سه فقره اسناد قابل معامله مذکور - با توجه به

۲۳. کنوانسیون واژه‌های مذکور در بند b پاراگراف دوم ماده ۱ را تعریف نکرده است. در موقع اجرای این ماده نیز مشکل مذکور در زیر نویس شماره ۲۷ راجع به روابط آزاد که قبلاً به آن اشاره شد، ممکن است ظاهر شود.

کنوانسیونهای مورخ ۷ ژوئن ۱۹۳۰ و ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو- از جمیع جهات از شمول کنوانسیون رم خارج میمانند. سایر اسناد قابل معامله مانند بارنامه در حمل و نقل دریایی از شمول کنوانسیون خارج نیستند، مگر تا حدودی که به خصیصه قابل معامله بودن سند مربوط شود. هم چنین است اگر مسأله مطروح این باشد که آیا متصدی حمل و نقل می‌تواند علیه دارنده فعلی بارنامه به ایراداتی که می‌توانست در مقابل دارنده قبلی آن استناد کند متوسل شود یا خیر؟

۴- قرارداد داور و انتخاب دادگاه

۱۱- خروج قراردادهای داور از شمول کنوانسیون به دلیل وجود کنوانسیونهای ۱۹۲۷ و ۱۹۵۱ ژنو و کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک توجیه می‌شود. هرچند که این کنوانسیونها کلیه مسائل مربوط را حل نکرده و به تصویب کلیه کشورهای عضو نرسیده‌اند. خروج شروط انتخاب دادگاه از کنوانسیون رم نیز با توجه به ماده ۱۷ کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل - که اقتصادی

اروپا مسأله را با قواعد ماهوي خاص حل مي‌کند - توجیه کافي پیدا مي‌نماید.

۵ - حقوق شرکتها

۱۲- مطابق بند e پاراگراف دوم ماده ۱ «مسائل مربوط به حقوق شرکتها، انجمن‌ها و اشخاص حقوقي از قبیل تشکیل، اهلیت حقوقي، عملکرد داخلي، انحلال و هم چنین مسؤولیت شخصي قانوني اعضا و ارگانها در قبال دیون شرکت، انجمن و شخص حقوقي» از شمول کنوانسیون خارج است.

۶- اختیار ناشی از نمایندگی

۱۳- طبق بند f پاراگراف دوم ماده ۱: «این مسأله که آیا واسطه مي‌تواند شخصي را که برحسب ادعا به حساب او عمل مي‌کند، در قبال اشخاص ثالث متعهد سازد یا خیر؟» از شمول کنوانسیون خارج است. خروج از شمول کنوانسیون فقط ناظر به اختیار نمایندگی است و نه قرارداد في ما بین منوبعنه و واسطه و یا قرارداد في ما

بین واسطه و شخص ثالث.^{۲۴} همین بند از کنوانسیون رم اختیار ارگان یک شرکت، انجمن یا شخص حقوقی را نسبت به متعهد نمودن شخص حقوقی در قبال اشخاص ثالث جزء استثنایها قرار می‌دهد.

۷- تراستها

۱۴- طبق بند g از پاراگراف دوم ماده ۱ تأسیس تراستها و نیز روابطی که بین مؤسسين، تراستی‌ها^{۲۵} و اشخاص ذي نفع ایجاد می‌کنند از شمول کنوانسیون خارج است.

بدین ترتیب از وسوسه برخی دادگاه‌ها که تراست را در گروه قراردادهای طبقه بندی می‌کنند، اجتناب خواهد شد.

۸- دلیل اثبات دعوی و آیین دادرسی^{۲۶}

۱۵- این عدم شمول که در بند h از پاراگراف دوم ماده ۱ پیش بینی شده،

۲۴. رجوع کنید به کنوانسیون لاهه مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قانون حاکم بر قراردادهای واسطه‌ها و نمایندگی.

۲۵. اشخاصی که مال مورد تراست به آنان منتقل می‌شود و متعهد به اداره آن به نفع شخص یا اشخاص ثالث هستند. (مترجم)

26. Preuve et procedure.

دامنه شمول مقررات ماده ۱۴ را محدود می‌کند.

این محدودیت موجب می‌شود که مقررات مذکور به نحو مضیق تفسیر شده و راه‌های آن به مسائل کلی ناشی از حقوق مربوط به ادله اثبات دعوی یا آیین دادرسی تعمیم داده نشود.

۹- قراردادهای بیمه

۱۶- عدم شمول، فقط قراردادهای بیمه مستقیم را دربر می‌گیرد که ریسکهای احتمالی واقع در سرزمین دولتهای عضو جامعه اقتصادی اروپا را می‌پوشاند و شامل قراردادهای بیمه غیرمستقیم یا اتکایی نمی‌گردد (پاراگراف چهارم ماده ۱ کنوانسیون). در مورد این قبیل ریسکها، قبل از رفع موانع موجود برای عرضه آزادانه خدمات درزمینه بیمه، مشکل تعارض قوانین قابل حل نیست.

راجع به بیمه‌های مستقیم بجز بیمه عمر- دستوالعمل شماره ۸۸/۳۵۷ مورخ ۲۲ ژوئن ۱۹۸۸ که قانون شماره ۸۹/۱۰۱۴ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۸۸ فرانسه به طور ناشیانه

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۵۵

از آن پیروی کرده است.^{۲۷} با وضع قواعد تعارض قوانین برای قراردادهای منعقد شده توسط مؤسساتی که مرکز آنها در یک دولت عضو بوده و ریسکهای واقعه در یک دولت عضو را بیمه می‌کنند، خلاء موجود در کنوانسیون رم بطور جزئی پر شده است. حقوق ملی هر دولت عضو نسبت به ریسکهای واقع در یک دولت عضو و بیمه شده توسط بیمه‌گری که مرکز آن خارج از جامعه اروپا است، قابل اجرا باقی خواهد ماند. تعریف ریسک که کنوانسیون آن را به قانون داخلی قاضی رسیدگی کننده واگذار نموده، بوسیله دستورالعمل (بند د ماده ۲) و قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۸۹ (ماده ۳-۳۵۱ قانون جدید بیمه) انجام گردیده است. در مورد بیمه عمر رهنمود شماره ۹۱۶-۹۰ مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۰ قواعد تعارض ویژه‌ای را مطرح کرده است.^{۲۸}

۲۷. این رهنمود قواعد پیچیده ولی دو جانبه وضع می‌کند، ناشیگری قانونگذاری فرانسوی در این است که برای انتقال آن رهنمود خود را محدود کرده که قلمرو اجرای قانون فرانسه را بوسیله قواعد یک جانبه مشخص سازد و از آنجا خلاءهای اجتناب‌ناپذیری به وجود می‌آید.

۲۸. قاعده اصلی، صلاحیت قانون دولتی است که محل سکونت معمولی ذی نفع (گیرنده خسارت) در آنجا واقع است.

تعیین قانون حاکم

۱۷- کنوانسیون، چند قاعده کلی را وضع کرده که اصولاً در مورد کلیه قراردادهای قابل اجراست (الف)، اگرچه قراردادهای نامعین یا در مفهوم بسیار جدید باشد. این قواعد کلی دو جانبه، خصیصه دوگانه دارند. قواعد مذکور بر اصل حاکمیت اراده مبتنی است و نیز قانون قابل اجرا را - وقتی که طرفین آن را انتخاب نکرده باشند - تعیین می‌نماید. معذک در برخی از انواع قراردادهای کنوانسیون نتوانسته است از ضرورت تطبیق قواعد کلی مذکور، یا حتی نادیده گرفتن آنها به نفع قواعد حل تعارض ویژه - که آنها نیز دو جانبه اند، خودداری نماید (ب).

بالاخره کنوانسیون پیش بینی کرده است که می‌توان قوانین انتظامی دولت دیگری را به جز دولتی که قانون آن دولت مطابق قواعد حل تعارض دو جانبه تعیین شده، از شمول اجرای قواعد کلی یا قواعد اختصاصی مستثنی نمود (ج). به منظور

جلوگیری از تکرار، به خاطر داشته باشیم که کنوانسیون احاله را رد می‌کند (ماده ۱۵) و ایراد مربوط به نظم عمومی را می‌پذیرد (ماده ۱۶).

الف - قواعدکلی

۱- حاکمیت اراده

۱۸- با طرح این اصل که «قرارداد مشمول قانون منتخب طرفین است». (جمله اول پاراگراف اول ماده ۳)، کنوانسیون بر اصل حاکمیت اراده - که در دولتهای مختلف عضو پذیرفته شده است - صحه می‌گذارد و به ایرادات و اشکالات نظری که می‌توان براین اصل وارد کرد، اعتنایی نمی‌کند، و نیز کنوانسیون از عرضه موضوعی^{۲۹} نقش اراده طرفین که هانری باتیفول از سال ۱۹۳۸، مطرح و از زمان صدور رأی MERCATOR PRESS در سال ۱۹۸۰، دیوان کشور [فرانسه] از آن طرفداری کرده، خود را دور ساخته است.^{۳۰} طبق کنوانسیون رم، هدف وموضوع اراده نه فقط

29. Presentation objectiviste .

۳۰. رأی مورخ ۲۵ مارس ۱۹۸۰ شعبه اول مدنی (دیوان کشور فرانسه).

تعیین جایگاه اصلی قرارداد^{۳۱} بلکه انتخاب قانون قابل اجرا نیز هست. این انتخاب انتخابی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است. بدین معنی که قانون منتخب-حتی اگر بعد از امضای قرارداد تغییر کرده باشد - نسبت به قرارداد اجرا می‌گردد. غرض آن نیست که قانون منتخب در متن قرارداد وارد شود، چه قرارداد تابع نظامی حقوقی است که باید معین کرد. کنوانسیون در این باره لاقلاً به فرضیه تعیین جایگاه اصلی قرارداد می‌پیوندد.

اصل حاکمیت اراده رشته مسائل کاملاً شناخته شده‌ای را به دنبال دارد که هم شامل قانونی است که می‌توان انتخاب کرد و هم انتخاب قانون به معنی خاص آن. کنوانسیون نسبت به اغلب مسائل یاد شده بطور مستقیم و یا غیرمستقیم موضع‌گیری نموده و لازم الاجرا شدن آن تردیدهایی را که در حقوق موضوعه فرانسه وجود دارد، برطرف می‌سازد.

الف - قانونی که می‌توان انتخاب کرد.

۳۱. Localistion و این واژه را به « محلی کردن قرارداد » نیز ترجمه کرده‌اند. (مترجم)

– قانون دولتي يا قواعد غيردولتي؟

۱۹- آنچه در مورد نظرکنوانسیون قرارگرفته اين است که طرفين قانوني انتخاب کنند که قانون دولتي^{۳۲} باشد. کنوانسیون انتخاب احتمالي نظام حقوقي غيردولتي را مثلاً اصول کلي حقوق و يا آنچه را که گاهي حقوق حاکم بر روابط بازرگانان^{۳۳} مي‌نامند، مورد توجه قرار نداده است. اين بدان معني نيست که چنين انتخابي طبق کنوانسیون نيست. به نظر مي‌رسد که از دیدگاه کنوانسیون، قرارداد متضمن چنين انتخابي، مشمول قانوني خواهد بود که در فقدان انتخاب (قانون حاکم) قابل اجرا است^{۳۴} و همين قانون مي‌تواند جايي را که براي قواعد غير دولتي منتخب طرفين قائل است، مشخص نمايد.

۳۲. منظور از قانون دولتي يا قانون ملي در مقابل نظام حقوقي غير دولتي، مجموعه مقررات لازم الاجرا بويژه قوانين موضوعه است که در اکثر دولتهاي عضو کنوانسیون منبع درجه اول حقوق محسوب مي‌شود و براي حل و فصل اختلافات بين افراد مورد استناد قرار مي‌گيرد. (مترجم)

۳۳. LEX MERCATORIA. اين واژه در برخي از نوشته‌هاي حقوقي به: «حقوق بازرگاني فرا ملي» نيز ترجمه شده است. (مترجم).

۳۴. ماده ۴، رجوع شود به شماره ۲۶ و بعد.

موردی که انتخاب [قانون قابل اجرا] به صورت منفی است به همین نظام فکری مربوط می‌شود - شرطی که به موجب آن اجرای هرگونه مقررات دولتی کنار گذاشته شده باشد - از نظر کنوانسیون، انتخاب قانونی محسوب نمی‌شود و در برخورد با چنین شرطی قاضی باید حقوق قابل اجرا را مثل موردی که انتخابی در بین نباشد، بیابد. در موردی هم که انتخاب منفی جزئی بوده و (اجرای) یک یا چند قانون کنار گذاشته شده باشد، باید به همین نحو عمل شود. انتخاب منفی جزئی مانع آن است که یک قانون منتخب [قابل اجرا] معلوم گردد و بنابراین به معنای فقدان انتخاب خواهد بود.

- فقدان ارتباط بین قانون منتخب و قرار

۲۰- کنوانسیون هیچ ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد برقرار نمی‌سازد. بنابراین طرفین می‌توانند هر قانونی را که مایل باشند مثلاً یک قانون «بی طرف»^{۳۰} را انتخاب کنند، بی آنکه مجبور

35. Neutre.

باشند دلایل انتخاب خویش را توجیه نمایند .

تنها، در مواردی که قرارداد کاملاً داخلی است یعنی وقتی که کلیه عناصر آن به هنگام انتخاب در کشور واحدی قرارداد دارد، انتخاب يك قانون خارجی از سوی طرفین اعم از اینکه همراه با انتخاب يك دادگاه خارجی باشد یا نه، نمیتواند به مقررات آمره آن کشور لطمه وارد نماید (پاراگراف سوم ماده ۳).

- تجزیه ۳۶

۲۱- این مطلب که آیا طرفین میتوانند قراردادشان را به اجزای مختلفی تجزیه نمایند که تابع قوانین مختلف باشند، یکی از مسائل سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی قراردادها است.

کنوانسیون با اعلام اینکه «طرفین قرارداد با انتخاب خود میتوانند قانون قابل اجرا نسبت به کل قرارداد یا فقط نسبت به بخشی از آن را تعیین نمایند»، به این مسأله پاسخ میدهد (جمله دوم از

36. Depeçage .

پاراگراف اول ماده ۳). چنانچه طرفین قانون حاکم بر جزئی از قرارداد را تعیین نموده باشند که ضمان فروشنده^{۳۷} مشمول قانون فرانسه خواهد بود، قاضی مکلف است با کمک معیارهای عینی ماده ۴ قانون اجرا نسبت به سایر بخشهای قرارداد را - که ممکن است قانون فرانسه نباشد - معین نماید و بدین ترتیب تجزیه تحقق می‌یابد.

کنوانسیون بصراحت به طرفین اجازه نمی‌دهد که شخصاً به تجزیه (قرارداد) مبادرت کنند یعنی بخشی از قرارداد را مشمول قانون الف و بخش دیگر را مشمول قانون ب نمایند. بنابراین برای رسیدن به این نتیجه می‌بایست از کنوانسیون یک تفسیر بالنسبه قابل قبول به عمل آورد. در هر صورت این تجزیه باید منسجم باشد، مثلاً اگر فروشنده به دلیل عدم پرداخت ثمن تقاضای فسخ معامله را نماید و در مقابل، خریدار نیز از جهت ضمان راجع به عیوب مبیع علیه فروشنده طرح دعوی کند و تعهدات هر یک از متعاملین مشمول قوانین

۳۷. منظور ضمان درک است که در حقوق ایران مختص عقد بیع است. (مترجم)

مختلف و متعارض باشد، تجزیه‌ای که توسط آنان انجام شده باید بلا اثر تلقی شود و قاضی مکلف است قانونی را که بطور عینی قابل اجرا است، کشف نماید.

- تغییر قانون منتخب

۲۲- از آنجا که انتخاب قانون (قابل اجرا) انتخاب حقوق بین‌الملل خصوصی است و نه انتخاب حقوق مادی،^{۳۸} قرارداد تابع قانون منتخب است. چنانچه قانون مذکور بعد از امضای قرارداد تغییر نماید و مقررات جدید در مورد قراردادهای جاری قابل اجرا باشند، نسبت به قرارداد نیز اجرا خواهند شد.

شرط ثبات^{۳۹} که بموجب آن متعاملین قراردادشان را تابع مدلول قانونی قرار دهند که در روز امضای قرارداد حاکم است، بمنزله انتخاب حقوق مادی است و این تبعیت انتخاب قانون به معنای مندرج در ماده ۳ کنوانسیون نخواهد بود. بنابر این به جا است قانونی را که طبق

۳۸. یعنی اینکه قانون مورد انتخاب متعاملین منحصر به قوانین داخلی یا مادی نیست، بلکه قواعد حل تعارض را نیز شامل خواهد بود. (مترجم)

39 . Clause de stabilisation .

معیارهای مندرج در ماده ۴، بطور عینی در مورد قرارداد قابل اجرا است، تعیین و سپس سرنوشتی را که قانون مذکور برای شرط ثبات قائل است، بررسی کنیم.^{۴۰}

ب - مشکلات مربوط به انتخاب قانون

- شکل انتخاب

۲۳- بموجب جمله دوم از پاراگراف اول ماده ۳، انتخاب قانون قابل اجرا : «باید صریح بوده و یا بنحو مطمئن از مقررات یا اوضاع و احوال قضیه ناشی شده باشد». متنهای انگلیسی و آلمانی کنوانسیون که در آنها بجای عبارت «بنحو اطمینان بخش به ترتیب، عبارتهای

Mit Hinreichender sicherheit with Reasonable certainty

(به اندازه کافی اطمینان بخش)^{۴۱} درج شده، کمی انعطاف پذیرترند.

۴۰. مقایسه کنید با ریگو، مقاله یاد شده، صفحات قبل، زیرنویس ۴۰، شماره ۱۷، وانگهی هیچ چیز مانع از آن نیست تا قانونی که بطور عینی حاکم برقرار داد است همان قانونی باشد که در شرط ثبات مشخص شده است.

۴۱. عبارات مذکور شبیه عباراتی است که در کنوانسیونهای لاهه به کار رفته است مانند: «یقیناً از مقررات قرارداد ناشی شده باشد» (کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در مورد بیع)، «با اطمینانی معقول» (کنوانسیون ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قراردادهای مربوط به واسطه ها)، «به طور روشن از مجموع الفاظ قرارداد و رفتار

علیرغم این تفاوتها، معنای قاعده، قبول انتخاب ضمنی ولی اطمینان بخش و حذف انتخاب ضمنی محض است، مانند آنچه از شرط مربوط به اعطای صلاحیت به دادگاههای کشور معین ناشی میشود، بدون اینکه قرینه‌ای تکمیلی وجود داشته باشد که ثابت کند اراده طرفین این بوده که قانون کشور مزبور را (به عنوان قانون قابل اجرا) انتخاب نمایند.

گزارش، چند نمونه از مواردی را ارائه میدهد که بیان این اراده ممکن است اطمینان بخش ولی غیر صریح باشد. قرارداد نمونه تابع نظام حقوقی معین مانند بیمه نامه لویدز، ارجاع به مواد قانون مدنی کشور معین در قرارداد، ارتباط با قراردادی که قبلاً بین همان اشخاص منعقد شده و متضمن انتخاب قانون حاکم باشد.

بیشک اینگونه اشارات برای جلوگیری از بروز اختلاف در تفسیر، نمیتواند کافی باشد. بدین ترتیب به نظر میرسد که مؤلفین آلمانی طبق رویه قضایی قبل از

متعاملین حاصل شده باشد» (کنوانسیون راجع به بیع مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶).

قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۶، انتخابهای ضمنی ساده را بنحو نسبتاً گسترده‌ای پذیرفته اند.

- انتخاب [قانون قابل اجرا] پس از انعقاد قرارداد

۲۴- معمولاً قانون قابل اجرا، در قرارداد انتخاب می‌شود. با این حال کم نیست مواردی که متعاملین پس از انعقاد قرارداد بخواهند با انتخابی مؤخرخلاء قرارداد را در این خصوص پرنموده و یا حتی انتخابی را که قبلاً انجام داده‌اند، تغییر دهند. در اینجا، کنوانسیون با پیروی از رهنمودهای غالب رویه قضایی کشورهای عضو به متعاملین این اختیار را می‌دهد که هر وقت بخواهند قرارداد را تابع قانون دیگری - بجز قانونی که قبلاً حاکم بوده است - قرار دهند (جمله اول از پاراگراف دوم ماده ۳).

در این صورت قانونی که با تأخیر انتخاب شده است، از همان زمان امضای قرارداد عطف به ماسبق می‌گردد. مع ذلك کنوانسیون دو نوع محدودیت برقرار

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۶۷

می‌کند. در وهله اول، چنانچه قرارداد طبق یکی از قوانین معین شده در ماده ۹ از نظر شکلی معتبر باشد، انتخاب مؤخر قانون اجرا نمی‌تواند اعتبار آن را از نظر شکلی خدشه دار سازد. در وهله دوم، انتخاب مؤخر [قانون قابل اجرا] نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد نماید. بدین ترتیب شخص ثالثی که ضمانت یکی از متعاملین را برعهده گرفته است، تغییر قانون حاکم بر قرارداد نمی‌تواند تعهد وی را تشدید کند. حتی اگر قانون جدید حاکم بر قرارداد موجب افزایش تعهد بدهکار شده باشد یا به عکس طلبکار یکی از متعاملین که مبادرت به توقیف طلب وی از طرف دیگر قرارداد کرده، امتیاز استفاده از این توقیف را حفظ می‌کند، حتی اگر متعاقباً قانونی که با تأخیر انتخاب شده و حاکم بر قرار است طلب توقیف شده را منتفی سازد یا آن را کاهش دهد.

یکی از موارد انتخاب مؤخر حالتی است که در جریان دادرسی اصحاب دعوی توافق می‌کنند همان دادگاهی را دعوی در آن طرح شده است، طبق قانون خود به

دعوي رسيدگي کند. اشکالي که آقاي ريگو بدان اشاره کرده اين است که اين انتخاب مؤخر در جريان دادرسي ممکن است به قاعده تعارض قوانين در مورد قرارداد يا به اصل تخلف پذير اختياري^{۴۲} مربوط شود (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آيين دادرسي مدني جديد). در مورد اول انتخاب الزاماً صريح نيست و ناظر بر آينده مي باشد ولي در مورد دوم انتخاب بايد صريح باشد (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آيين دادرسي مدني جديد) که در اين صورت حد شمول اين انتخاب فقط محدود به همان دعوي مطروح در دادگاه است، مگر در مواردی که طرفين بخواهند به آن حد شمولي گسترده تر بدهند.^{۴۳}

- قرارداد انتخاب

۲۵- طبق پاراگراف چهارم ماده ۳، وجود و اعتبار رضا، شکل و اهليت در قرارداد انتخاب قانون قابل اجرا تابع همان قانون حاکم بر خود قرارداد مي باشد.

42. Principe dispositif .

۴۳. فايده مسأله در رأی شعبه اول مدني ديوان کشور (فرانسه) مورخ ۴ اکتبر ۱۹۸۹ ظاهر گردید.

امتیاز این راه حل در ساده بودن آن است، هرچند که تنها راه حل ممکن نیست.^{۴۴} نکته مهم این است که قوانینی که بدین طریق تعیین می‌شوند، این قوانین درباره مسائل محدودی اجرا می‌شوند که به آنها اختصاص داد شده است. این قوانین نمی‌توانند حتی اصل اعتبار قرارداد انتخاب را که از خود قرارداد ناشی می‌شود، زیر سؤال برند. مقایسه مواد ۸ و بند ۴ ماده ۳ در اینجا روشن‌گر است. اگر ماده ۸ حاکم بر «وجود اعتبار قرارداد» اصلی است، بند ۴ ماده ۳ تنها در مورد وجود و اعتبار رضای طرفین قرارداد انتخاب به آن ماده ارجاع داده شده است.

۲- قانون قابل اجرا در صورت فقدان انتخاب

۲۶- ماده ۴ کنوانسیون قاعده‌ای کلی وضع می‌کند که متشکل از سه عنصر است: ۱- در صورت فقدان انتخاب، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن کشور نزدیکترین پیوندها را دارد. ۲- فرض بر این است که این کشور همان کشور محل

۴۴. در این باره مراجعه شود به کورتی گیالدینو : «اراده متعاملین در حقوق بین‌الملل خصوصی» مجله Cours La Haye، جلد ۱۳۷، سال ۱۹۷۲، ص ۷۴۳ و بعد، spec ۸۵۹ و بعد.

سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص قرارداد برعهده اوست، بشرطی که تعهد مزبور قابل تشخیص باشد ۳- چنانچه از مجموع اوضاع و احوال معلوم شود که قرارداد با کشور دیگری نزدیکترین پیوندها را دارد، اماره مذکور نادیده گرفته می‌شود.

الف - اصل: قانون کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیکترین پیوندها را دارد

۲۷- این عبارت کمی مبهم، که درجمله اول پاراگراف ۱ ماده ۴ ملاحظه می‌گردد به راه حلهایی مربوط می‌شود که قبلاً توسط رویه قضایی چندین کشور امضا کننده کنوانسیون از جمله انگلستان و فرانسه داده شده است. طبق اصطلاح رایج در فرانسه قاضی باید «جایگاه عینی» قرارداد را با توجه به شاخص‌های مختلفی که ارائه می‌نماید، تعیین کند.

از آنجا که قرارداد مجموعه واحدی را تشکیل می‌دهد، معمولاً تنها با یک کشور نزدیکترین پیوندها را دارد. کنوانسیون راه حل قدیمی آلمانی را که بموجب آن: در موردی که اراده فرضی متعاملین - یعنی

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۷۱

در عمل مرکز ثقل قرارداد - معلوم نبود، قرارداد را تجزیه نموده و هریک از تعهدات ناشی از آن را تابع قانون کشوری می‌دانستند که تعهد می‌بایست در آنجا اجرا شود، به کنار گذاشته است. مع ذلك کنوانسیون اعلام کرده است که: «اگر قسمتی از قرارداد از بقیه قسمتهای آن قابل تفکیک بوده و ارتباط نزدیکی را با کشوری دیگر نشان دهد، ممکن است بطور استثنایی در مورد این بخش از قرارداد قانون آن کشور دیگر را اجرا نمود». (جمله دوم از پاراگراف اول ماده ۴).

اگر بخواهیم اصل وحدت قرارداد از بین نرود، باید مفهوم «قابل تجزیه بودن»^{۴۰} (قرارداد) را به نحو مضیق تفسیر نماییم. این طور نیست که چون تعهدی در کشور الف و تعهدی دیگر در کشور ب اجرا می‌شود، دو تعهد قابل تجزیه‌اند. برای اینکه بخشی از قرارداد از بقیه آن قابل تفکیک تلقی شود، لازم است که آن بخش از قرارداد موضوع را حلی جدا از راه حلی دیگر قرار گیرد که برای سایر عناصر قرارداد ارائه شده است. این وضع

45. Separabilite.

در قراردادهای صنعتی مرکب که شامل تعهدات ساختمانی، فروش، نگهداری، انتقال تکنولوژی، آموزش کارکنان و غیره است، دیده می‌شود.

ب - اماره به نفع قانون محل سکونت معمولی
متعهد اجرای تعهد شاخص

۲۸- کنوانسیون در پی آن است که مقوله بسیار مبهم «نزدیک ترین پیوندها» را عینی تر سازد، و این کار را با ایجاد اماره‌ای انجام داده است، بدین بیان که: «قرارداد با کشوری نزدیکترین پیوندها را دارد که در موقع امضا محل سکونت معمولی طرفی است که تعهد شاخص را باید انجام دهد و یا اگر متعهد مزبور، شرکت، انجمن یا شخص حقوقی است اداره مرکزی در آن کشور واقع است» (جمله اول پاراگراف ۲ ماده ۴).

مقوله تعهد شاخص که در رویه قضایی سویس خوبی شناخته شده، بوسیله کنوانسیون تعریف نگردیده است. گزارش دقیقاً اعلام می‌دارد که:

«منظور از تعهد شاخص تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می‌شود».

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۷۳

درحقیقت در اغلب قراردادهای معوض، پولی باید پرداخت شود؛ بعنوان مثال: ثمن معامله در بیع، اجاره بها در عقد اجاره، حق بیمه در قرارداد بیمه، بلیط در قرارداد حمل و نقل، حق امتیاز در قرارداد امتیاز و غیره. بنابر این تعهد پرداخت بها ویژه یک نوع از قرارداد نیست، برعکس تعهد فروشنده به تسلیم مبیع (به مشتری)، تعهد موجر دائر بر فراهم آوردن امکان انتفاع مستأجر از مورد اجاره، تعهد بیمه‌گر در جبران خطر احتمالی [خسارت]، تعهد متصدی حمل و نقل نسبت به انجام حمل و غیره، تعهد شاخص محسوب می‌شود. در حقیقت اینگونه تعهدات موجب تمایز قراردادها از یکدیگر می‌شوند.

۲۹- تعیین جایگاه^{۴۶} تعهد شاخص و در نتیجه ارتباط دادن قرارداد با کشور محل سکونت معمولی متعهد چنین تعهدی، تنها بلحاظ سهولت عملی نیست، یعنی به این دلیل که تشخیص این کشور آسان است و مثلاً آسانتر از کشور محل اجرای تعهد شاخص؛ تعیین جایگاه تعهد شاخص [قرارداد]

46. La localisation

پاسخگوي انتظارات مشروع طرفين نيز مي‌باشد. متعهد تعهد شاخص اغلب شخص حرفه‌اي است و به نفع او است که اصولاً کلیه عملیاتش تحت حکومت قانون واحدي باشد که به او تعلق دارد. راجع به متعهدله تعهد شاخص [باید گفت] وي با مراجعه به يك شخص حرفه‌اي مستقر در خارج از کشور، در واقع خطر تجارت بين المللي را پذیرفته و باید انتظار داشته باشد که این شخص امور مربوطه به خود را به موجب قانوني مخصوص خودش انجام دهد.

در واقع کنوانسیون بصراحت حالي را مورد توجه قرار مي‌دهد که قرارداد، در اجرائي فعاليت حرفه‌اي طرفي که تعهد شاخص را ایفا مي‌کند، منعقد مي‌گردد. بدین ترتیب کنوانسیون «کشوري را که مرکز اصلي مؤسسه در آنجاست و یا اگر بموجب قرارداد، تعهد شاخص مي‌بایست توسط مؤسسه دیگری غیر از مؤسسه اصلي اجرا شود، کشوري را که مؤسسه دیگر در آنجا استقرار دارد»، در نظر گرفته است (جمله دوم از پاراگراف ۲ ماده ۴). این تصریح عملاً مهم است؛ زیرا مشتمل بر آن است که اگر قرارداد مستقیماً با مؤسسه اصلي يك

حقوق بين الملل خصوصي نوین در... ❖ ۳۷۵

شرکت منعقد شده باشد و در قرارداد پیش بینی شده باشد که تحویل کالا یا اجرای تعهد توسط مؤسسه‌ای فرعی واقع در کشور دیگر انجام خواهد شد، قانون آن مؤسسه جز در موردی که مطابق ماده ۳ انتخاب شده باشد، قابل اجرا نخواهد بود. بنابراین در اجرای قواعد مذکور، مقتضی است بگوییم در صورتی که انتخابی به عمل نیامده باشد، قانون قابل اجرا اصولاً عبارت است از: قانون فروشنده در بیع، بشرط رعایت کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در کشورهای که آن را تصویب نموده اند از جمله فرانسه؛ قانون موجد در قرارداد اجاره، یا قانون موجد اعتباری^{۴۷} در قرارداد اجاره اعتباری،^{۴۸} قانون متصدی حمل و نقل به شرط رعایت پاراگراف چهارم ماده ۴؛ قوانین بیمه‌گر، واهب، مقرض، مقاطعه کار، مشاور، معلم، بانکداری، (ضامن عقدي)^{۴۹} یا ضامن تضمینی.^{۵۰} همچنین در قراردادهای توزیع بازرگانی، قانون مؤسسه توزیع کننده

47. Credit – bailleur.

48. Credit – bail.

49. La caution.

50. Garant.

قابل اجرا است، خواه نماینده تجاری دلال، حق‌العمل کار، اداره کننده مال غیر^{۵۱} و یا حتی يك صاحب امتیاز باشد.

۳۰- بديهي است اماره‌اي که به نفع قانون متعهد به انجام تعهد شاخص در نظرگرفته شده، براین فرض استوار است که تعهد مزبور قابل تعیین باشد، در غیر این صورت لازم است که مورد به مورد، کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیکترین پیوندها را دارد، تعیین شود. مثال روشن در این مورد معاوضه است که در آن تعهد نسبت به هريك از طرفین می‌تواند شاخص تلقی شود و این بدان معنی است که هیچ يك از دو تعهد قابل ترجیح بر دیگری نیست. همچنین برخی عملیات میان بانکها یا حتی قرارداد امتیاز^{۵۲} که در آن تعهد امتیاز دهنده در بعضی موارد استثنایی شاخص تلقی نمی‌شود، به عنوان نمونه قابل ذکر است.

ج - شرط استثنا

51. Sponsar.

۵۲. Contrat de franchisage: قرارداد که طی آن سازنده به ازای دریافت مبلغی، امتیاز بهره برداری ازمارک یا حق اختراع (Brevet) را به بازرگانی منتقل می‌کند. (مترجم).

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۷۷

۳۱- وقتی از مجموع اوضاع و احوال استنباط شود که نزدیکترین پیوندهای قرارداد با کشور دیگری است انتساب قانون متعهد به انجام تعهد شاخص نادیده گرفته می‌شود (پاراگراف پنجم از ماده ۴). در مواردی نسبت به این شرط چنین انتقاد شده که توسل به اماره را بی‌فایده می‌سازد و راحت‌تر آن است که کشوری را که قرارداد با او نزدیک‌ترین پیوندها را دارد؛ مستقیماً پیدا کرد. در واقع، این اماره فایده‌اش را کاملاً حفظ می‌کند؛ زیرا دقیقاً موجب آن می‌شود که در موارد بسیار زیادی که شاخصهای تعیین جایگاه اصلی قرارداد تقریباً بطور مساوی بین دو یا چند کشور پراکنده‌اند، راه حل واحدی عرضه گردد.

تجربه نشان خواهد داد که شرط استثنا در چه مواردی اجرا می‌گردد. مثلاً اگر یک پاریسی به شرکتی که قرارگاهش در پاریس واقع است مراجعه نموده و از او بخواهد که (کالایی را) در شهر Metz تحویل دهد و در قرارداد پیش‌بینی شود که تحویل توسط شعبه شرکت که مقرش در لوکزامبورگ واقع است انجام شود، با توجه به اینکه

قیمت کالا باید در پاریس به فرانک پرداخته شود، می‌توان یقین حاصل کرد که در صورت بروز اختلاف، قاضی فرانسوی چنین رأی خواهد داد که قرارداد نزدیکترین پیوندها را با فرانسه دارد تا لوکزامبورگ، که اماره مندرج در آخر پاراگراف دوم ماده ۴ تعیین می‌نماید.

پاراگراف پنجم ماده ۴ روشن نمی‌سازد نزدیکترین پیوندها که زمینه اجرای شرط استثنا را فراهم می‌سازد باید قبل از انعقاد قرارداد وجود داشته باشد یا می‌تواند بعداً نیز ظاهر شود؛ مثلاً به علت تغییر محل سکونت یکی از متعاملین. در مقایسه با پاراگراف دوم ماده ۴، منطقی به نظر می‌رسد که اصولاً به عوامل موجود در زمان انعقاد قرارداد تقید داشته باشیم، جز در موردی که بموجب اصلاحیه قرارداد، جایگاه اصلی عواملی همچون محل تحویل یا محل پرداخت و پول پرداختی، تغییر کرده باشد.

ب - قواعد اختصاصی بعضی از قراردادها

۳۲- در مورد بعضی از قراردادها، کنوانسیون قواعدی را که در فوق بیان

شده، جز اماره مقرر به نفع قانون متعهد به ایفای تعهد شاخص را همچنان حفظ کرده است. قراردادهای مربوط به مال غیر منقول و قرارداد حمل کالا از این قبیل می‌باشند. در خصوص قراردادهای دیگر که عبارتند از قراردادهای منعقد شده توسط مصرف‌کنندگان و قراردادهای کار، خود اصل حاکمیت اراده است که مورد تردید واقع شده است.

۱- تغییر عامل ارتباط فرعی^{۵۳}

الف- قراردادی که موضوع آن مالی غیر منقول است

۳۳- بموجب پاراگراف ۳ ماده ۴ «در جایی که موضوع قرارداد یک حق عینی مربوط به مال غیر منقول یا حق استفاده از مال غیر منقول باشد، فرض آن است که قرارداد با کشوری نزدیکترین پیوندها را دارد که مال غیرمنقول در آنجا واقع است. در اینجا دیگر تعهد شاخص تعیین‌کننده

۵۳. ترجمه Rattachement می‌باشد که در این مقاله گاهی عامل انتساب نیز ترجمه شده است. (مترجم).

جایگاه قرارداد نیست، بلکه محل وقوع مال غیرمنقول است که چنین جایگاهی را تعیین می‌کند.

این قاعده از يك سو در مورد قراردادهای فروش مال غیر منقول، ایجاد حق انتفاع یا حق ارتفاق (و نه در مورد انتقال سهام شرکت مدنی ساختمانی) و از سوی دیگر در مورد قرارداد اجاره اعمال می‌گردد. قرارداد احداث یا تعمیر ساختمان مشمول اماره مقرر در پاراگراف ۲ ماده ۴ باقی می‌ماند، لیکن ممکن است بر اثر اجرای شرط استثنای پاراگراف ۴، تحت شمول قانون محل وقوع مال (غیرمنقول) قرار گیرد.

انتساب به «قانون محل وقوع مال غیرمنقول» تنها به عنوان اماره مقرر گردیده است. بنابراین چنانچه شرایط مربوط به شرط استثنای پیش‌بینی شده در پاراگراف ۵ ماده ۴ تحقق یابند، اماره باید نادیده گرفته شود. گزارش، مثال از اجاره محلی برای گذراندن تعطیلات می‌آورد که در ایتالیا واقع است و در بلژیک بین اتباع بلژیک منعقد گردیده است. در واقع

این راه حل در کشورهای بلژیک و آلمان
ارائه شده است.

ب - حمل کالا

۳۴- اجرای قاعده کلی در مورد
قرارداد حمل کالا، چنانچه طرفین قانون
قابل اجرا را انتخاب نکرده باشند، به
اجرای قانون مرکز اصلی متصدی حمل و نقل
خواهد انجامید. این شاخص به تنهایی
نشان دهنده تعیین جایگاه اصلی قرارداد
به شکل ناقص است و کنوانسیون فقط به
عنوان اماره و در صورتی که مرکز اصلی
متصدی حمل و نقل با محل بارگیری و یا
تخلیه کالا و یا مرکز اصلی فرستنده کالا
منطبق باشد، آن را در نظر می‌گیرد
(جمله دوم پاراگراف ۱ و ۴ ماده ۴).^{۵۴}
آخرین جمله پاراگراف ۴ ماده ۴
«قراردادهای اجاره کشتی برای یک بار

۵۴. راجع به اعمال این قانون بر حمل و نقل دریایی به
خصوص راجع به مسائل مربوط به تعیین متصدی حمل و نقل
در مواردی که بارنامه را مالک یا اجاره دهنده کشتی
صادر نکرده باشند و نیز راجع به تعیین جایگاه
استقرار اصلی متصدی حمل و نقل در حالت وجود پرچم
مصلحتی رجوع شود به (Schults, op.cit.(note 30), p.185 et s.

مسافرت و سایر قراردادها را در صورتی که موضوع اصلی آنها حمل کالا باشد»، قراردادهاي حمل کالا در مفهوم متن مذکور می‌داند. گرچه این تعریف موسع است اما مفسران، قراردادهاي اجاره کشتی [بدون وسائل و ملوانان] و اجاره موقت کشتی را داخل در تعریف مزبور نمی‌دانند.^{۵۵}

۲- نقد حاکمیت اراده

الف - قراردادهاي منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان

- اتخاذ قاعده حل تعارض حمایت کننده

۳۵- قواعد حمایت از مصرف کنندگان همچون بطلان شروط تجاوزآمیز یا اختیار فسخ یکجانبه قرارداد ظرف مدت معین، که در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است، چنانچه با انتخاب قانون خارجی یا حتی

۵۵. پروتکل ضمیمه کنوانسیون به کشور دانمارک اجازه می‌دهد ماده ۱۶۹ قانون دانمارک راجع به حقوق دریایی را که يك قانون متحد الشكل مشترك بين کشورهای اسکاندیناوی بوده و در زمینه حمل و نقل دریایی متضمن قواعد حل تعارض مختلفی است، اجرا نماید.

در صورت فقدان انتخاب قانون خارجي با اعمال اماره مقرر در پاراگراف ۲ ماده ۴ که به شمول قانون کشور مقرر فروشنده یا عرضه کننده خدمات می‌انجامد، بتواند ساقط گردد، در تجارت بین‌الملل فاقد ارزش عملي خواهند بود.

بدین سبب ماده ۵ کنوانسیون رم دو قاعده وضع می‌کند، که از یکسو «انتخاب قانون حاکم توسط متعاملین نمی‌تواند این اثر را داشته باشد که مصرف کننده را از حمایتی محروم نماید که قواعد امری قانون کشور محل سکونت عادی مصرف کننده تضمین نموده است» (پاراگراف ۲ ماده ۵)، از سوی دیگر در صورت فقدان انتخاب [قانون قابل اجرا]، قرارداد تابع قانون کشوری است که محل سکونت عادی مصرف کننده در آنجا است (پاراگراف ۳ ماده ۵)؛ بدون اینکه بتوان قابلیت شمول قانون مذکور را بر اثر شرط استثنای مشابهی با شرط استثنای مذکور در پاراگراف ۵ ماده ۴، نفي کرد.

محدودیت وارد شده به حاکمیت اراده باید مشخص گردد. کنوانسیون می‌توانست مانند قانون سویس ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷

(ماده ۱۲۰)، هرگونه امکان انتخاب قانون قابل اجرا را منتفی و درهرشرایط و اوضاع و احوالی قانون محل سکونت عادی مصرف کننده را تحمیل نماید، اما این کار را نکرده و فقط اعلام نموده است که انتخاب قانون دیگر، نمی‌تواند مصرف کننده را از حمایتی که قواعد آمره قانون محل سکونت معمولی وی نسبت به او مبذول داشته، محروم نماید. بیان مذکور بدان معنی نیست که در این صورت قانون دیگر تا حد انتخاب قانونی مادی تنزل خواهد کرد. زیرا قواعد حاکم بر قرارداد را باید در قانون منتخب [طرفین] و عندالقتضا در مقررات قانون مؤخر بر انعقاد قرارداد جستجو کرد؛ مگر اینکه اجرای قواعد امری قانون محل سکونت معمولی مصرف کننده به حال او مساعدتر بوده و پس از یک مقایسه عینی به دست آمده باشد.

- قلمرو شمول این قاعده

۳۶- قلمرو اجرای این قاعده دو گانه حل تعارض که در عین حال مغایر با ماده ۳ و ماده ۴ است، به بعضی قراردادهای

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۸۵

منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان و در شرایط کاملاً مشخص، محدود می‌باشد.

اولاً- موضوع قراردادهایی که ماده ۵ [کنوانسیون] در مورد آنها اجرا می‌شود، فراهم آوری اموال منقول مادی و عرضه خدمات، همچنین قراردادهای مربوط به هزینه تهیه و عرضه آنها است (پاراگراف ۱ ماده ۵). تهیه اموال منقول مادی شامل بیع کالا بصورت قسطی یا نقد و اجاره اعتباری می‌گردد، لیکن شامل اجاره عادی نمی‌باشد. تهیه و عرضه خدمات باید در مفهومی گسترده تفسیر شود: تجهیزات هتل، قرارداد تعلیم و حتی به عقیده مارتینی، معاملات مدت دار در بورس خارجی.

مع ذلك، قرارداد حمل و نقل (و نه قراردادی که با یک قیمت کلی اجرای تعهداتی مرکب - که موضوع آنها غالباً حمل کالا و تهیه مسکن است و آن را اصطلاحاً «معامله کلی»^{۵۶} می‌نامند - عرضه می‌دارد، پاراگراف ۵ ماده ۵ را نگاه کنید) و قرارداد عرضه خدمات، وقتی که این خدمات منحصرأ باید در کشور دیگری غیر از کشور محل سکونت معمولی مصرف

56. Packge tour.

کننده عرضه شوند (پاراگراف ۴ ماده ۵)،
مثلاً قرارداد تهیه هتل بمنظور اقامت در
خارج، صریحاً استثنا شده اند.

۳۷- ثالثاً- تنها، قرارداد منعقد
شده بوسیله مصرف کنندگان، موضوع قاعده
خاص مذکور در ماده ۵ می‌باشند. تدارك
وسایل و خدمات برای يك شخص «جهت مصرفي
که خارج از فعالیت حرفه‌اي وي محسوب
می‌شود»، از این نوع تلقی می‌گردد.
(پاراگراف اول ماده ۵). تعریف منفي
همان تعریف ماده ۱۳ کنوانسیون بروکسل
در عبارت تجدید نظر شده آن در سال ۱۹۷۸
است. متن این تعریف لازم نمی‌داند که
تهیه کننده کالا یا عرضه کننده خدمت، در
زمینه حرفه و شغل خود کارکرده باشد یا
اینکه بداند که خریدار به چه منظوري
کالا را می‌خرد. قاضي است که باید با
توجه به کیفیات دعوي تعیین کند، آیا
مصرفي که کالا برای آن خریده شده است،
«می‌تواند خارج از فعالیت حرفه‌اي
خریدار» تلقی شود؟

با اینکه ماده ۵ تصریح نمی‌کند،
مصرف کننده‌اي که به او اشاره می‌کند
باید شخص حقیقی باشد. به عنوان مثال به

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۸۷

نظر نمی‌رسد که يك اتحادیه بتواند به آن استناد جوید.

۳۸- ثالثاً- قواعد حل تعارض حمایت از مصرف‌کنندگان فقط در مورد وضعیت‌های سه‌گانه مندرج در پاراگراف ۲ ماده ۵ به مورد اجرا گذاشته می‌شوند. مورد اول وقتی است که انعقاد قرارداد در کشور محل سکونت معمولی مصرف‌کننده، مسبق به پیشنهادی خاص (مثلاً ارسال کاتالوگ یا پیشنهاد قرارداد) یا اعلان تبلیغاتی (خواه از طریق رادیو و تلویزیون، مطبوعات، آگهی) باشد؛ در صورتی که مصرف‌کننده اقدامات لازم را برای انعقاد قرارداد در این کشور انجام داده باشد. چندان مهم نیست که قرارداد از نظر حقوقی در کجا منعقد شده باشد، کافی است که مصرف‌کننده در کشور محل سکونت معمولی خود مدارکی را که به او تسلیم شده، امضا کرده و یا سفارش خود را برای فروشنده ارسال نموده باشد.

مورد دوم که عیناً از پاراگراف ۲ ماده ۳ کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن راجع به قانون قابل اجرا بر بیع رونویسی شده، موردی است که طرف قرارداد با مصرف

کننده یا نماینده وی، سفارش را درکشور محل سکونت معمولی مصرف کننده دریافت کرده است. نسبت به راه حل مورد قبل، این راه حل موجه‌تر به نظر می‌رسد. این بار فروشنده به کشور مصرف کننده رفته و در همان جا سفارش وی را دریافت داشته است.

مورد سوم کمتر روشن است، و آن موردی است که قرارداد عبارت از بیع کالا است و مصرف کننده از کشور محل سکونت معمولی خود به کشوری خارجی رفته و در آنجا سفارش داده است، مشروط براینکه فروشنده سفر را با این هدف ترتیب داده باشد که مصرف کننده را به انعقاد بیع برانگیزد. هدف از این مقررات، حمایت از مصرف کننده‌ای است که مبادرت به «سیر و سیاحتی بین مرزی» می‌کند که توسط بازرگان کشور مجاور ترتیب داده شده تا بدین وسیله مشتریان خود را زیاد کند. در خارج از این سه مورد، قواعد حل تعارض عمومی‌مندرج در مواد ۳ و ۴ به مورد اجرا گذارده می‌شوند و نه قواعد حمایت کننده مندرج در ماده ۵.

توریستی که در مدت اقامت ایام تعطیلات در خارج، خریدهایی انجام می‌دهد و یا پس از مراجعت به کشور خود سفارشی را برای فروشنده‌ای که در محل گذراندن تعطیلات با او برخورد نموده می‌فرستد، نمی‌تواند به قواعد حمایت از مصرف‌کننده مقرر در کشور محل سکونت معمولی خود استناد نماید. به نظر می‌رسد که حتی بر مبنای قوانین انتظامی نیز مطلب چنین باشد.^{۵۷}

۵۷. در اینجا یک مشکل جدی وجود دارد. پاراگراف ۲ ماده ۷ لفظاً دارای برد و حد شمول کلی است (رجوع شود به شماره ۴۷ صفحات بعد)؛ ولی ماده ۵ علی‌رغم دو جانبه بودنش کاملاً شبیه است به آنچه که شاید بتوان آن را شرط خاص اجرای قوانین انتظامی نامید. بر اثر محدود کردن مواردی که مصرف‌کننده را مجاز می‌دارد به قواعد امری حمایت‌گرانه کشور محل سکونت معمولی خود استناد نماید، به نظر می‌رسد که ماده ۵ در خارج از موارد مذکور، مانع اجرای قواعد امری حمایت‌گرانه محل سکونت معمولی مصرف‌کننده به استناد بند ۲ ماده ۷ گردیده است. تلفیق مواد ۵ و ۷ به این نتیجه خواهد انجامید که ماده ۷ فقط به نفع قوانین انتظامی کشور دیگری بجز کشور محل سکونت معمولی مصرف‌کننده اجرا شود. بدین ترتیب دادگاه استان Hamm از اجرای قواعد حمایت‌گر قانون آلمان نسبت به یک تبعه آلمان که در موقع اقامت خود در جزایر قناری خریدهایی انجام داده بود، خودداری نموده است. حتی با اینکه کشور اسپانیا قواعد حمایت‌گرانه پیش‌بینی شده در دستور العمل CEE مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۵ را در قوانین خود وارد نکرده بود، ملزم به رعایت آن بود.

اینجا شاید در حمایت از مصرف کننده نارسایی وجود دارد. به عنوان مثال اگر شخص مقیم آلمان در مدت اقامت خود در پاریس اجناسی بخرد، نمی‌تواند به مقررات آلمان در زمینه حمایت از مصرف کننده استناد نماید. ولی آیا او نباید در هر حال از مقررات فرانسه استفاده کند؟ چون در این مورد نه ماده نه ماده ۵ بلکه ماده ۳ قابل اجرا است. امکان دارد که فروشنده فرانسوی صلاحیت قانون خارجی- مثلاً قانون باهاما- را که مصرف کنندگان حمایت نمی‌کند، در قرارداد بگنجانند.

ب - قرارداد فردی کار

- وجود قاعده‌ای خاص در حل تعارض

۳۹- اندیشه حمایت از کارگر سبب شده است که تنظیم کنندگان کنوانسیون، در اینجا نیز از قواعد عمومی مواد ۳ و ۴ منحرف شوند. پاراگراف اول ماده بر مبنای همان نمونه بند اول پاراگراف ۲ ماده ۵ ساخته شده است. برخلاف آنچه که در یک طرح راجع به مقررات مربوطه به بازار مشترک پیش بینی شده بود و به نتیجه نرسید، حاکمیت اراده لغو نشده، بلکه محدود

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۹۱

گردیده است بدین معنی که انتخاب قانون دیگری غیر از قانونی که در فقدان انتخاب بطور عینی قابل اجرا است، نمی‌تواند دارای این اثر باشد که کارگر را از حمایتی محروم سازد که مقررات امری قانونی که بطور عینی قابل اجرا است، تضمین کرده اند.^{۵۸}

۴۰- تعیین قانونی که [درمورد قراردادکار] بطور عینی قابل اجرا است، پیچیده‌تر از تعیین آن در زمینه قراردادهای مصرف می‌باشد و این ناشی از روح متفاوت حاکم بر آنها است. درحالی که در مورد قرارداد مصرف، عامل انتساب عینی، عامل انتسابی ارفاقی و مساعد به حال مصرف‌کننده است، یعنی قانون قابل اجرا قانونی است که مصرف‌کننده آن را می‌شناسد و بدان اعتماد دارد، عامل انتسابی که درمورد قرارداد کار در نظر گرفته شده است، عامل مجاورت^{۵۹} است؛ یعنی کنوانسیون سعی می‌کند کشوری را تعیین کند که قرارداد کار با آن کشور

۵۸. در مورد معنای حاکمیت اراده مقید به مقتضیات قانون «حداقل حمایت» رجوع شود به:

Vincent. Heuze, op. cit (note 37), p.268 et s.

59. Proximité.

نزدیکترین پیوندها را دارد. کنوانسیون برحسب اینکه کارگر در اجرای قرارداد کار را معمولاً در یک کشور انجام می‌دهد یا خیر، قائل به تفکیک می‌شود. (پاراگراف ۲ ماده ۶).

درحالت اول، قانون کشوری که کارگر معمولاً کارش را در آن کشور انجام می‌دهد، قابل اجرا است. کنوانسیون تصریح می‌کند که «حتی اگر کارگر بطور موقت محل کارش را به کشور دیگری انتقال داده باشد» این قانون قابل اجرا است. مفهوم عبارت این است که انتقال موقت و کوتاه مدت محل کار، راه حل تعارض قوانین را تغییر نمی‌دهد، در حالی که انتقال بلند مدت محل کارسیب می‌شود قانون کشوری که از این به بعد کارگر معمولاً کار خود را در آنجا انجام می‌دهد، به مورد اجرا گذاشته شود.

کنوانسیون تشخیص اینکه از چه زمانی انتقال محل کار، موقتی نیست را به قاضی واگذار می‌کند.

درحالت دوم، وقتی که کارگر معمولاً کارش را در کشور واحد انجام نمی‌دهد، قانون قابل اجرا قانون کشوری است که

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۹۳

«مؤسسه استخدام کننده کارگر در آن کشور واقع است». این متن اصولاً در مورد کارگری اجرا می‌شود که کار خود را در چند کشور انجام می‌دهد، مانند نماینده مزدبگیر که حوزه فعالیت وی چند کشور است.

کنوانسیون تصریح نمی‌کند که منظور از مؤسسه استخدام کننده چیست. مؤسسه فرعی و دائمی مطمئناً مشمول این مفهوم قرار می‌گیرد. به عکس، نماینده کارفرما که بمنظور تماس با کارگر برای اینکه قرارداد کار را به امضای وی برساند به خارج می‌رود، نمی‌تواند به عنوان «مؤسسه» تلقی شود. در غیر این صورت، قانون مؤسسه استخدام کننده، با قانون محل استخدام مشتبه خواهد شد.

ولی اگر همین نماینده کارفرما به کشوری که کارفرما در آنجا مؤسسه‌ای فرعی بمنظور استخدام کارگر دارد برود، می‌توان گفت که این مؤسسه همان مؤسسه استخدام است.

تمایز میان این دو حالت موجب می‌شود راه حلها حساس ترگردد که فی نفسه نوعی پیشرفت محسوب می‌شود. با این حال، همه

مشکلات بدین وسیله حل نمی‌شود. به عنوان مثال، قرارداد خلبان هواپیما از این حیث چگونه است؟ اگر به مورد اول مربوط شود، باید محل اجرای آن تعیین گردد و این خود بدون توسل به فرضیات یا حتی کارخودسرانه - همان گونه که دعوی قضیه Air Afrique نشان داده است - ممکن نیست. بیشک به واقعیت نزدیکتر خواهد بود و در نتیجه قرارداد را تابع قانون مؤسسه‌ای قرار دهیم که خلبان را استخدام کرده است. همین راه حل در مورد کارگری مصداق دارد که در محلی خارج از هرگونه حاکمیت دولتی - مانند سکو در دریای آزاد - استخدام شده است. ولی این راه حل قابل بحث است؛ زیرا وضعیت مورد نظر دقیقاً همان نیست که درپاراگراف ۲ ب ماده ۶ پیش بینی شده است. بالاخره، قرارداد کارگری که کارخود را درکشتی انجام می‌دهد، جزء کدام حالت است؟ در این مورد پیشنهاد شده است که قانون پرچم [دولت متبوع کشتی] به عنوان محل اجرای قرارداد اجرا شود. چنین راه حلی برای کارگر - به علت وجود پرچمهای مصلحتی^{۶۰}

60. pavillans de complaisance.

- خالی از خطر نخواهد بود. به نظر می‌رسد قانون موسسه استخدام کننده که توسط دیگران پیشنهاد شده است، مناسب تر باشد.

۴۱- چنانچه از مجموع اوضاع و احوال معلوم شود که قرارداد با کشور دیگری پیوندهای نزدیکتر دارد، اعم از اینکه کارگر کار خود را معمولاً در يك کشور انجام دهد یا نه، عامل انتساب عینی مقرر در کنوانسیون ممکن است کنارگذاشته شود (آخر پاراگراف ۲ ماده ۶).

این شرط استثناً که عملاً مشابه با شرط مذکور در پاراگراف ۵ ماده ۴ می‌باشد، مناسب به نظر می‌رسد. چنین قیدی موجب خواهد شد که از نتایج زیانبار به حال کارگر، که در رویه قضایی سالهای اخیر فرانسه منعکس شده و ناشی از ارتباط انعطاف ناپذیر قرارداد و قانون محل اجرای آن است، اجتناب شود. بدین ترتیب می‌توان گفت مثلاً قرارداد منعقد شده، بین کارفرمای فرانسوی و کارگر فرانسوی به منظور کار در يك کشور آفریقایی به مدت دو سال با وعده احتمالی تجدید استخدام در فرانسه، پس از انقضای مدت قرارداد

تابع قانون کشور آفریقایی محل اجرای قرارداد نبوده، بلکه مشمول قانون فرانسه خواهد بود که با قرارداد نزدیکترین پیوندها را دارد.

- قلمرو قاعده حل تعارض

۴۲- ماده ۶ (کنوانسیون) همانطور که عنوان آن نشان می‌دهد، نسبت به قرارداد فردی کار و نه قرارداد جمعی کار اعمال می‌شود. البته وقتی ماده ۶ قرارداد کار را تابع قانون کشور معین می‌داند، قراردادهای جمعی کار معتبر در آن کشور را نیز تا حدی که قرارداد مورد نظر در قلمرو شمول آنها قرار می‌گیرد، مشمول آن قرار می‌دهد و نفی نمی‌کند که این قرارداد در قلمرو اجرای شخصی قرارداد جمعی کار معتبر در کشور دیگری وارد شود، ولی به مسأله قانون قابل اجرا برخورد قرارداد جمعی کار نمی‌پردازد.

ماده ۶ (کنوانسیون) باید شامل روابط کاری نیز شود، خواه ناشی از قراردادهای باطل باشند، خواه روابط عملی محض. گزارش و نیز متن آلمانی کنوانسیون در این جهت می‌باشند.

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۹۷

ج - تداخل قوانین انتظامی

۴۳- کنوانسیون بموجب یکی از مقرراتش که بیش از همه مورد تفسیر قرار گرفته است، در بعضی شرایط پیش بینی می‌کند که به قواعد انتظامی قانون دیگر تا حدی که این قواعد خود را قابل اجرا بدانند، توأم با قانونی که قابل اجرا اعلام شده است، ترتیب اثر داده شود. دخالت روش يك جانبه^{۶۱} در نظامی که در آن قواعد دو جانبه غلبه دارد^{۶۲} برحسب تعلق این قواعد انتظامی به قانون خارجی یا قانون داخلی مقرر دادگاه^{۶۳} به اشکال مختلف صورت می‌گیرد.^{۶۴}

61. Methode unilateraliste.

۶۲. Regles bilaterales : یعنی نظامی که اعمال قانون داخلی و خارجی را جایز می‌داند (مترجم).

63. Loi de for.

۶۴. در اینجا نمی‌توان همه آنچه را که راجع به قوانین انتظامی قلم فرسایی شده است، خاطر نشان ساخت. برای آنکه به منتخب نوشته‌های صاحب نظرانی در زبان فرانسه اکتفا کنیم، خاطر نشان می‌شویم که پس از مقاله آغازگر:

Ph. Francescakis "Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les regles de conflit de lois", cette revue, 1966.1
مشخص می‌کرد؛ Pierre Gothot ، طی دومین بررسی که باره گرایش در جهت یکجانبگی در به عمل آورد تحت عنوان :

"Le renouveau de la tendance unilateralisme en droit international prive" cette revue 1971.272 et s.

۱- قوانین انتظامی خارجی

۴۴- سرآغاز قاعده ای که در پاراگراف اول ماده ۷ کنوانسیون دیده می‌شود و می‌توان سابقه آن را در رویه قضایی کشورهای عضو پیدا کرد، احراز این مطلب است که هر چند يك قرارداد بین المللی منطقیاً منسوب به کشوری است که با آن نزدیکترین پیوندها را دارد، اما با کشورهای دیگر نیز دارای روابط کمتری است - مسلماً کمتر ولی واقعی کشورها ممکن است نفع مشروعی داشته باشند که قرارداد مزبور به قواعدی که از نظر آنها اساسی تلقی می‌شوند، لطمه‌ای وارد نسازد.

آینده ماده ۷ را که زمان هنوز عنوان هم نمی‌شد از قبل پیش‌بینی کرد، و نشان داد که اجرای قوانین انتظامی مسائل مختلفی را در رابطه با روش به وجود می‌آورند بر حسب اینکه قوانین دولت مقرر قاضی یا قوانین يك دولت خارجی باشند؛

" Les lois de police etrangeres" clunet , 1981.276 et s.;travaux comite fr DIP, Journee de cinquantenaire, p.105 et s.

به اثبات رسانید که اجرای قوانین انتظامی خارجی به شرط این که در حدود پاراگراف اول ماده ۷ کنوانسیون رم اعمال شود، به معنای کنار زدن قاعده حل تعارض قانون مقرر دادگاه نیست.

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۳۹۹

جمله اول پاراگراف اول ماده ۷ این اشتغال خاطر را چنین بیان می‌کند: «بموجب کنوانسیون حاضر، در حین اجرای قانون کشوری معین، ممکن است که به قواعد آمرة قانون کشور دیگری ترتیب اثر داده شود که مورد مطروحه^{۶۵} با آن کشور رابطه‌ای نزدیک نشان می‌دهد، مشروط براینکه بموجب حقوق کشور اخیر، قواعد مزبور صرفنظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، قابل اجرا باشند». در فرض مذکور در پاراگراف اول تحقق دو شرط لازم است:

اولاً- صرفنظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، مقررات^{۶۶} قانون خارجی باید بموجب همین قانون خارجی حاکم بر قرارداد باشد.

ثانیاً- بین مورد مطروحه و کشوری که قانون آن متضمن چنین مقرراتی است، باید رابطه‌ی نزدیک وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر قانون کشوری صدور اموال فرهنگی واقع در آن کشور را که بطلان قراردادها ضمانت اجرای آن است - ممنوع

65. Situation

۶۶. ترجمه واژه Disposition می‌باشد که گاهی به قاعده نیز ترجمه شده است.

اعلام نماید، این مقررات صرفنظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، به یقین قابل اجراست و ارتباط بین دولت مزبور و این وضعیت آشکار است. چنانچه این قانون هر گونه معاملات مربوط به اموال فرهنگی اصیل این کشور را حتی اگر در کشورهای دیگر باشند ممنوع اعلام کند، شرط اول تحقق می‌یابد، ولی می‌توان استدلال کرد وقتی مال در خارج است، ارتباط بین وضعیت و کشوری که قاعده آمره را مقرر داشته است، چندان نزدیک نیست.

۴۵- برای اینکه قانون کشور خارجی اجرا شود، کافی نیست که در فرض مذکور در پاراگراف اول ماده ۷ قرار بگیریم. جمله دوم از پاراگراف اول ماده ۷ تصریح دارد که: بمنظور اخذ تصمیم در مورد ترتیب اثر دادن به این مقررات آمره، طبیعت و موضوع و نیز نتایج اجرا و یا عدم اجرای آنها مورد توجه قرار خواهد گرفت». ضرورت ندارد که این عوامل مختلف بطور جداگانه مورد تحلیل قرار گیرند. قاضی که از وی خواسته شده است به قانون انتظامی خارجی ترتیب اثر دهد، قبل از

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۰۱

اخذ تصميم مي‌بایست وضعیت را در مجموع بررسی کند و جمله‌ای که قبلاً ذکر شد، او را در تشخیص نکات موضوع بررسی کمک می‌نماید.

بدین ترتیب وقتی که دادگاه حوزه لاهه از اجرای مقررات آمریکا مبنی بر منع تحویل مصالح مربوط به احداث لوله گاز کش سیبری Gazoduc siberien بوسیله شرکتهای اروپایی وابسته به شرکتهای امریکایی امتناع کرد، دادگاه مذکور توانست امتناع خود را بر فقدان ارتباط کافی بین ایالات متحده و وضعیت و نیز ماهیت خیلی سیاسی تحریم و یا خطرات بیکاری ناشی از اجرای این مقررات در اروپا استوار نماید.

براساس فکری کمی متفاوت، اگر يك تاجر اروپایی در ملاقات با واسطه‌ای در لوس آنجلس به تصور اینکه با پرداخت حق الزحمة معقولي که طبق قراردادی مشمول قانون فرانسه تعیین می‌شود، واسطه مزبور می‌تواند خریداری برای هتل لوکسی که وی [در منطقه] کوت دازور^{۶۷} دارد پیدا کند و واسطه مورد بحث در عبور از نیویورک

67. Cote D'azur.

برای تماس با مشتری بالقوه و انجام معامله از این قرارداد استفاده نماید، تقریباً حتمی است دادگاه فرانسه که سفارش دهنده را برای پرداخت کمیسیون مورد توافق احضار کرده، بدون در نظر گرفتن مقررات انتظامی مورد اجرا در ایالات نیویورک که مقرر می‌دارد هر گونه عملیات دلالتی انجام شده در این ایالات باید توسط دلالتی که دارای پروانه است انجام و الاً باطل است، مدعی را در ادعای خود محق خواهد شناخت. در این موارد نفع ایالات نیویورک در اجرای قانون آن ایالات هر چه باشد، نتیجه اجرای قانون نیویورک این خواهد بود که یک طرف قرارداد را که هیچ نیازی به حمایت ندارد به عدم پرداخت دینی حرفه‌ای که بطور قانونی بر عهده گرفته، ترغیب نماید.

برعکس، امتناع دیوان فدرال آلمان در محق دانستن در خواست جبران خسارت وارد کننده مجسمه‌های کوچک ساخت نیجریه علیه بیمه‌گرش - به علت اتلاف یا سرقت آنها در جریان حمل - مستند به مقررات مربوط به منع صدور مقرر در قانون نیجریه بود که جامعه بین‌المللی به خصوص

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۰۳

کنوانسیون یونسکو مورخ ۱۴ نوامبر ۱۹۷۰ به انگیزه حفظ اموال فرهنگی نیجریه به رسمیت شناخته است.

۴۶- ماده ۲۲ کنوانسیون پیش بینی کرده است که دولتهای عضو می‌توانند حق عدم اجرای پاراگراف اول ماده ۷ را برای خود محفوظ دارند.^{۶۸} تازمانی که قاضی هنوز رأی صادر نکرده، بعضی دولتها از عدم اطمینانی بیم دارند که آن پاراگراف برحل تعارض می‌گستراند، و همین طور بدان علت که قاضی اغلب وابسته به سیاست بین المللی است، از قدرتی که که پاراگراف مذکور به او واگذار می‌کند، بیمناک هستند. این نظر صحیح است، ولی در کشورهایی که حق عدم اجرای پاراگراف اول ماده ۷ را بپذیرند، عدم اطمینان بیشتر خواهد بود؛ زیرا در این کشورها قاضی فقط به معلومات و ابتکار خود متکی است، حتی بی آنکه از مساعدت رهنمودهای کلی برخوردار باشد.

۲- قوانین انتظامی مقر دادگاه

۶۸. کشورهای لوکزامبورگ، آلمان فدرال و انگلستان این حق را برای خود محفوظ داشته اند.

۴۷- کنوانسیون برای قوانین انتظامی
مقر دادگاه جایگاه ممتازی قائل است.
پاراگراف ۲ ماده ۷، با اعلام اینکه
«مقررات این کنوانسیون نمی‌توانند
لطمه‌ای به قواعد قانون دولت متبوع قاضی
عهده دار رسیدگی وارد سازند که الزاماً
بر وضعیت حاکمند -، صرف نظر از اینکه
قانون قابل اجرا چه باشد»، هرگونه
اختیار قاضی را در ارزیابی بودن اجرای
قوانین انتظامی مقر دادگاه از بین
می‌برد. همین که قرارداد- حتی اگر مشمول
قانون دیگری باشد - وارد در قلمرو
اجرائی شود که آن قواعد برای خود
قائلند، قانون انتظامی مقر دادگاه همواره
نسبت به قانونی که طبق کنوانسیون حاکم
بر قرارداد شناخته می‌شود، برتری خواهد
داشت.

این حکم اگر دولتهای متعاقد را
بر آن دارد که برای همه قواعد امری خود
عوامل ارتباطی خاص بطور یکجانبه وضع
کنند، بسیار خطرناک خواهد بود^{۶۹}

۶۹. دفرانسه ماده ۱۰ قانون شماره ۱۰۰۹-۸۹ مورخ ۳۱
دسامبر ۱۹۸۹ اعلام می‌دارد که برخی از مقرراتش، مقررات
مربوط به نظم عمومی است و قطع نظر از قانون حاکم
بر قرارداد اجرا می‌شوند.

با این همه دادگاه استیناف پاریس در مورد قرارداد کار نظر داده است که قانون فرانسه در مورد اخراج کارگری که از حمایتی بهره‌مند نیست، در زمره قوانین انتظامی نیست که اجرای فوری آن لازم باشد،^{۷۰} و حال آنکه این قانون کاملاً از جمله قواعد نظم عمومی داخلی است.

به عبارت دیگر اگر قانون ماهوی قرارداد قانون فرانسه باشد، بموجب ماده ۶ کنوانسیون قانون فرانسه اعمال می‌شود و نه بموجب پاراگراف ۲ ماده ۷ که در حالت مخالف قابل اجرا است.

۳

قلمرو قانون حاکم بر قرارداد

۴۸- ماده ۱۰ کنوانسیون یک متن کلی است که بصورت فهرستوار تعدادی مسأله را

70. Lois de police d'application immediate.

که داخل در قلمرو قانون قرارداد می‌باشد، بر می‌شمارد. مواد ۸، ۹ و ۱۱ تا ۱۴ متضمن قواعد اختصاصی نسبت به مواردی است که هم به انعقاد و آثار قرارداد و هم به سقوط یا انتقال تعهد مربوط می‌گردد. کنوانسیون در مورد قانون حاکم بر شرایط ماهوی بویژه آنچه به رضا مربوط می‌شود، توضیحات مفیدی عرضه می‌کند. کنوانسیون راه‌های کنونی فرانسه در باب شکل اسناد را بطور محسوس اصلاح می‌کند، اما نسبت به سایر مسائل، در مجموع راه‌های به دست آمده را تثبیت می‌کند، لیکن متضمن خلاء‌هایی هم هست.

الف - شرایط انعقاد قرارداد

۱- قواعد ماهوی

الف - اعتبار اذحیث ماهیت و اراده

۴۹- طبق پاراگراف اول ماده ۸، «وجود و صحت قرارداد یا یکی از مواد مقرر آن [...] تابع قانونی است که بموجب این کنوانسیون بشرط صحت قرارداد یا آن مقرر قابل اجراست». بنابر این برای شرایط مربوط به صحت قرارداد عامل ارتباط مخصوص وجود ندارد. همان قانون

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۰۷

قرارداد که بوسیله مواد ۳ تا ۶ تعیین می‌شود قابل اجرا است و در صورت اقتضا قرارداد را باطل اعلام می‌دارد.^{۷۱}

ماده ۸ از دو جهت دارای برد و حد شمول کلی است. از یک سو، نه تنها شامل قرارداد اصلی می‌شود، بلکه شامل هر یک از بندها و شرایط قرارداد نیز هست، بخصوص شرایط عمومی مربوط به یکی از طرفهای قرارداد، خواه مسأله این باشد که این شرایط در قرارداد گنجانیده شده‌اند و یا تصمیم نسبت به مجاز بودن بندها. براساس همین فکر ماده ۸ تنها در مورد آنچه به وجود و اعتبار رضا مربوط می‌شود، نسبت به قرارداد انتخاب قانون حاکم نیز اجرا می‌گردد.

از سوی دیگر ماده ۸ شامل کلیه شرایط صحت می‌شود، بجز شرایطی که موضوع قاعده خاصی قرار گرفته باشد. بنابراین ماده مذکور در مورد رضا و عیوب آن، غبن، موضوع و جهت (بر حسب مقوله های

۷۱. بنابر این کنوانسیون این احتمال را می‌پذیرد که قرارداد در اجرای قانون منتخب طرفین باطل اعلام شود، بدون توجه به انعقاد خلاف منطق بودن که از سوی برخی مؤلفین مطرح شده است. رجوع شود به v.Heuze اثر یاد شده، زیرنویس ۳۷ ص ۱۳۹ و بعد.

فرانسه) اجرا می‌شود، ولی در مورد اهلیت اجرا نمی‌گردد.

۵۰- مع ذلك در مورد مسأله خاص مربوط به رضا، پاراگراف ۲ ماده ۸، قاعده حل تعارض خاصی را مقرر می‌دارد. این ماده به يك طرف قرارداد برای اثبات اینکه راضی به انعقاد قرارداد نبوده است، اجازه می‌دهد که به قانون محل سکونت معمولی خود استناد نماید، مشروط بر اینکه اوضاع و احوال نشان دهد. غیر منطقی است اثر رفتار^{۷۲} وی طبق قانونی تعیین گردد که بموجب پاراگراف قبل یعنی به موجب قانون مفروض مربوط به قرارداد- پیش بینی شده است.

این قاعده اصولاً وقتی اجرا می‌گردد که اثر سکوت يك طرف نسبت به ایجاب قرارداد یا يك یا چند شرط آن بررسی می‌شود؛ مثلاً در مورد شرایط کلی منضم به نامه تأییدیه يك طرف قرارداد.

پاراگراف ۲ ماده ۸، دلالت دارد بر اینکه قاضی باید مثلاً اثر سکوت را ابتدا براساس قانون مفروض مربوط به قرارداد بررسی نماید (پاراگراف اول

72 . Comportement.

ماده ۸). چنانچه بموجب قانون مزبور، قرارداد منعقد نشده باشد (یا شرط مورد قبول واقع نشده باشد)، قاضی نیاز به رسیدگی بیشتر نخواهد داشت. اگر برعکس بموجب این قانون، قرارداد منعقد شده باشد (یا شرط قبول شده باشد)، قاضی با توجه به اوضاع و احوال و مخصوصاً فقدان یا وجود روابط تجاری قبلی فی مابین، به طرف دیگر قرارداد اجازه خواهد داد تا ثابت نماید که بموجب قانون محل سکونت معمولی خود یعنی بموجب قانون محیط حقوقی خویش، رفتار وی به معنای قبول قرارداد یا شرط نمی‌توانسته باشد.

این راه حل متعادل که از رویه قضایی جدید آلمان اقتباس شده است بویژه در روابط فرانسویها و آلمانیها اجرا می‌شود؛ چه قانون مدنی آلمان سکوت یک طرف قرارداد را مخصوصاً پس از دریافت نامه تأییدیه همراه با شرایط عمومی یا چند توضیح، قبولی تلقی می‌نماید.

ب- اهلیت

۵۱- اصولاً اهلیت اشخاص حقیقی از قلمرو شمول کنوانسیون خارج است، ولی

ماده ۱۱ بدون اتخاذ تصمیم در مورد قانون حاکم، قاعده خاصی را مقرر داشته که هدف آن حمایت از طرف قرارداد است که طرف دیگرش محجور می‌باشد.

چنانچه قرارداد بین اشخاص حاضر در کشوری منعقد شود، علی‌الاصول یکی از آنها نمی‌تواند در مقابل طرف قرارداد به عدم اهلیت خود ناشی از قانونی که بموجب قاعده حل تعارض مقر دادگاه در مورد اهلیت قابل اجراست، استناد نماید؛ البته مشروط براینکه بموجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل محسوب شود. طرف قرارداد نمی‌تواند به عدم اهلیت خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید در موقع انعقاد قرارداد، طرف دیگر از عدم اهلیت او آگاه بوده و یا بی‌اطلاعی طرف دیگر قرارداد از عدم اهلیت، به علت بی‌احتیاطی خود وی بوده است.

این قاعده که راه حل ناشی از رأی معروف Lizardi را دو جانبه می‌کند، با مقوله حکم به ظاهر^{۷۳} قابل توجیه است؛ زیرا طرف قرارداد شخص محجور بطور مشروع

73. La notion d'apparence .

می‌توانسته به اجرای قانون مدخل انعقاد
اعتماد نماید.

ج- نتایج بطلان

۵۲- همان قانونی که معلوم می‌دارد
شرط نقض شده از چه قرار است، برای
تعیین ضمانت اجرای مورد نظر و عند
الاقضاء بطلان ناشی از این نقض نیز
صلاحیت دارد، خواه شرط ماهوی باشد
(قانون حاکم بر قرارداد، قانون انتظامی
دولت مقردادگاه یا دولت ثالث، قانون
شخصی برای اهلیت) یا شکلی. مع هذا اگر
علت بطلان، به قانون شرط نقض شده مربوط
شود، قانون قرارداد بموجب پاراگراف اول
e ماده ۱۰، در مورد نتایج بطلان قرارداد
اجرا می‌گردد.^{۷۴}

تنظیم کنندگان کنوانسیون در اینجا
مخصوصاً به مسأله اعاده وضع سابق که
متعاقب احراز بطلان بین طرفین باید
انجام شود، اندیشیده اند، بجای اینکه
این اعاده وضع سابق را تابع قانون حاکم

۷۴. ماده ۲۲ به دولتهای امضا کننده کنوانسیون اجازه
می‌دهد که پاراگراف اول e ماده ۱۰ را اجرا نکنند و
انگلستان این حق را برای خود محفوظ داشته است.

بردارا بودن جهت^{۷۵} یا ایفای ناروا^{۷۶} بدانند. به نظر رسیده است که اگر این مسأله را مشمول قانون قرارداد تلقی کنند راحتتر است. به همین دلایل می‌توان حتی مسؤولیت خارج از قرارداد ناشی از بطلان را مشمول قانون حاکم بر قرارداد دانست. در مقابل، به نظر نمی‌رسد که پاراگراف اول e ماده ۱۰ در مورد دامنه بطلان اجرا شود. اینکه مثلاً يك شرط غير مشروع فقط بمنزلة آن است که نوشته نشده باشد یا [اینکه وجود چنین شرطی در قرارداد] موجب بطلان کل قرارداد است،^{۷۷} به قانونی که شرط نقض شده را مقرر داشته، مربوط می‌شود و این قانون ممکن است که با قانون قرارداد فرق داشته باشد. همین طور، قانونی که صحت و اعتبار قرارداد را به موافقت اداری قبلی موکول می‌نماید، چنانچه موافقت اداره بعد از انعقاد قرارداد اعلام شود همین قانون است که باید قرارداد را

75. Enrichissement sans cause.

76 . Paiement de l'indu.

۷۷. منظور این است که آیا درج يك شرط نامشروع در قرارداد، تنها موجب بطلان خود شرط است یا اینکه قرارداد را هم باطل می‌کند؟ (مترجم)

نسبت به گذشته معتبر اعلام نماید، نه قانون قرارداد.

۲- قواعد شکلي

الف- قواعد شکلي

۵۳- در باب شکل اسناد^{۷۸} کنوانسیون به رویه قضایی بسیار سخت گیر دیوان کشور [فرانسه] پایان داده است. رویه قضایی، شکل اسناد را تابع قانون محل تنظیم قرارداد می دانست، مگر اینکه اراده طرفین حاکی از آن می بود که شکل قرارداد را تابع قانون حاکم برماهیت آن یا قانون ملی شان قرار داده اند.

ماده ۹ کنوانسیون فقط دو قانون را در نظر می گیرد: قانون محل تنظیم [سند] و قانون حاکم بر ماهیت قرارداد؛ اما هرگونه سلسله مراتب بین این دو قانون را کنار می گذارد و قاعده حل تعارض کاملاً تخییری مقرر می دارد.

۷۸. کنوانسیون مفهوم شکل یا صورت ظاهر را تعریف نکرده است. ونسان دلاپورت شکل را تعریف می کند: « هر رفتار خارجی که برعامل ابراز اراده حقوقی تحمیل شود وبدون آن رفتار، این ابراز اراده از جمیع جهات نمی تواند مؤثر واقع شود».

ماده ۹ بدو با در نظر گرفتن موردی که قرارداد بین اشخاص حاضر در کشور واحد منعقد می‌شود (پاراگراف اول) - خواه این اشخاص خود طرفین قرارداد باشند یا نمایندگانشان (پاراگراف ۳) - اعلام می‌دارد برای اینکه قرارداد از نظر شکلی معتبر باشد، کافی است شرایط شکلی قانونی که بر ماهیت [قرارداد] حاکم است یا قانون کشور محل انعقاد قرارداد، رعایت شده باشد. سپس با بررسی موردی که قرارداد بین اشخاص مقیم در کشورهای مختلف منعقد شده (پاراگراف ۲) ، همان قاعده را تکرار می‌کند؛ با این تفاوت که بجای اینکه بطور مصنوعی در جستجوی محل انعقاد قرارداد باشد، دو محل را در نظر می‌گیرد و مقرر می‌دارد که شکل قرارداد، چنانچه منطبق با شرایط مورد نظر قانون ماهوی یا قانون یکی از کشورهایایی باشد که متعاملین در آنجا حضور دارند، معتبر است.

راه حل تخییری در مورد اعمال حقوقی يك جانبه مربوط به يك قرارداد منعقد شده یا در حال انعقاد مانند ایجاب، قبول، وعده فروش، فسخ، ابراز اعلام فسخ

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۱۵

و غیره نیز پذیرفته شده است. این قبیل اعمال حقوقی در صورتی از نظر شکلی معتبرند که با شرایط شکلی قانون حاکم بر ماهیت قرارداد یا قانون کشور محل وقوع آنها منطبق باشد (پاراگراف ۴). باید به خاطر داشت، قوانین انتظامی که ماده ۷ اجرای آن را به شرایط یاد شده موکول کرده است ممکن است، از قواعد شکلی باشد. گزارش، موردی از قوانین را ذکر می‌کند که وجود شکل مکتوب را در مورد شرط عدم رقابت لازم می‌داند. به این مورد می‌توان کشورهای دارای اقتصاد برنامه ریزی شده را اضافه کرد که لازم می‌دانند قراردادهای فروش کتیباً منعقد گردیده یا وجودشان محرز شود.^{۷۹}

ب- قواعد اختصاصی

۵۴- شکل قراردادهای مصرف که داخل در قلمرو اجرای ماده ۵ می‌باشد، تابع قانون محل سکونت معمولی مصرف کننده است (پاراگراف ۵ ماده ۹) و طرفین قرارداد

۷۹. در باره این نکته مشخص مراجعه کنید به قید و شرط پیش بینی شده در پاراگراف اول- ج ماده ۲۱ کنوانسیون لاهه ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا.

نمی‌توانند مانع اجرای قواعد حمایت‌کننده آن [قانون] باشند. توجیه راه حل آن است که قواعد شکلی قانون مزبور جنبه حمایتی دارد. مثلاً شرطی که بموجب آن نسخه قراردادی که به مصرف‌کننده تسلیم می‌شود، شامل برگه‌ای جدا شدنی است با فرمول فسخ.

شکل قراردادهایی که موضوع آن حق عینی منقول یا حق استفاده از یک مال غیر منقول می‌باشد، مشمول قواعد امری قانون کشوری است که مال غیر منقول در آنجا واقع است، مشروط بر آنکه قواعد مذکور قطع نظر از محل انعقاد قرارداد و قانون حاکم بر ماهیت، قابل اجرا باشند (پاراگراف ۶ ماده ۹). در این صورت منظور قوانین انتظامی است که در اینجا کنوانسیون بجای آنکه به قاضی واگذار کند، آنگونه که در ماده ۷ آمده است، اجرای آن را تحمیل می‌نماید.

۳- قواعد مربوط به ادله

۵۵ - اصولاً مسائل مربوط به دلیل از قلمرو کنوانسیون خارج است، مع‌هذا کنوانسیون بوسیله دو قاعده که به راه

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۱۷

حلهای سابق لطمه نمی‌زنند، از يك سو اینکه موضوع دلیل از چه قرار است و اثبات آن به عهده کیست و از سوی دیگر قابل قبول بودن انواع دلایل را حل نموده است.

در مورد نکته اول، قانون قرارداد «در حدی که در زمینه تعهدات قراردادی، امارات قانونی را برقرار می‌کند یا مقرر می‌دارد که اقامه دلیل بر عهده کیست» اجرا می‌شود (پاراگراف اول ماده ۱۴). چنین قواعدی^{۸۰} در حقیقت قواعد ماهوی‌اند نه قواعد مربوط به آیین دادرسی. لیکن پاراگراف اول ماده ۱۴ مثلاً نسبت به قاعده‌ای که فرض می‌کند ادعاهای خواهان با عدم حضور خوانده مواجه تلقی می‌شوند، اجرا نمی‌گردد؛ زیرا چنین قاعده‌ای مخصوصاً در زمینه تعهدات قراردادی مدلل نشده است.

راجع به نکته دوم، پاراگراف ۲ ماده ۱۴ اشعار می‌دارد: «اعمال حقوقی را با هرگونه دلیل مورد قبول قانون مقرر دادگاه یا یکی از قوانین منظور در ماده

۸۰. به عنوان مثال: ماده ۱۷۳۱ قانون مدنی (فرانسه) در مورد اماره قانونی- ماده ۱۱۴۷ (قانون مدنی فرانسه) در مورد بار اقامه دلیل.

۹ که بموجب آن عمل حقوقی از نظر شکلی معتبر باشد، می‌توان ثابت کرد. با این همه کنوانسیون محدودیتی قائل شده که بموجب آن نحوه دلیل^{۸۱} پیش بینی شده در قانون مربوط به شکل پذیرفته نخواهد شد، مگر «در حدی که بتوان دلیل را طبق همان روش در محضر دادگاه مرجع رسیدگی اقامه کرد». این قاعده می‌تواند حسب مورد مثلاً مانع اثبات [دعوی] بوسیله سوگند یا شهادت بر مبنای شایعات باشد^{۸۲} یا حتی مانع اثبات دعوی بوسیله شهادت در موردی شود که طبق قانون خارجی یکی از طرفین بتواند به عنوان شاهد ادای شهادت نماید.

ب - آثار قرارداد

۵۶ - ماده ۱۰ [کنوانسیون] مسائلی را بر می‌شمارد که در قلمرو قانون حاکم بر قرارداد جای داده شده اند، همان طور که مثلاً در حقوق فرانسه هم پذیرفته گردیده اند.

81. Mode de preuve .

82. Commune renommée.

چنین است در وهله اول تفسیر قرارداد (پاراگراف ۱- الف ماده ۱۰)^{۸۳} و اجرای تعهدات ناشی از قرارداد.^{۸۴} قاعده ای خاص تصریح می‌کند که: در مورد «نحوه اجرا و تدابیری که باید از سوی متعهدله در صورت عدم اجرا اتخاذ گردد، به قانون کشور محل اجرای تعهد توجه خواهد شد» (پاراگراف ۲ ماده ۱۰). مفهوم «نحوه اجرا» در کنوانسیون تعریف نشده است. عموماً می‌گویند که [منظور از این مفهوم] جزئیات تفصیلی اجرا در مقابل مسائل مربوط به اساس تعهد است. گزارش، مقررات مربوط به روزهای تعطیل را بیان می‌کند و گاهی امکان اخذ مهلت ارفاقی به نفع متعهد و نیز مقررات مربوط به پول پرداختنی را به آن اضافه می‌کنند. «تدابیر متخذه توسط متعهدله در صورت عدم اجرای قرارداد» عبارتند از:

۸۳. اثر واقعی راه حل وقتی ظاهر می‌شود که موضوع تفسیر قواعد حقوقی در کشوری باشد که قانون آن کشور حاکم بر قرارداد است (به عنوان مثال: مراجعه کنید به: مواد ۱۱۵۶ و بعد قانون مدنی فرانسه).

۸۴. چنین است که تعیین محل اجرای تعهدات و تاریخی که از آن به بعد متعهد تعهدش را اجرا کرده، طرفی که خطرات قرارداد بر عهده او است، امکان اجرای قرارداد توسط شخص ثالث، مسئولیت ناشی از عمل زیر دستان در اجرای قرارداد و غیره مشمول قانون قرارداد می‌شوند.

بررسی کالا و تسلیم اعتراض ظرف مدتی پس از تحویل. بعید است که عبارت مذکور مطالبه رسمی^{۸۵} را نیز شامل گردد.

۵۷ - همچنین، بموجب پاراگراف ۱-ج ماده ۱۰ [کنوانسیون] نتایج عدم اجرای تعهدات، یعنی مسئولیت قراردادی، مشمول قانون حاکم بر قرارداد است.

عبارت [این ماده] اسباب معافیت متعهد مانند قوه قاهره، عقیم شدن قرارداد^{۸۶}، وجه التزام و شروط محدود کننده مسئولیت بدهکار را شامل می‌شود. با وجود این، کنوانسیون در مورد اجرای قانون قرارداد دو محدودیت قائل می‌شود: اجرای قانون حاکم بر قرارداد عملی نمی‌شود مگر «در محدوده اختیاراتی که قانون آیین دادرسی برای دادگاه قائل گردیده است». بنابر این حتی اگر قانون قرارداد اجرای قهری [قرارداد] را پیش‌بینی کند، قاضی مأمور رسیدگی به دعوی در صورتی که قانون آیین دادرسی وی را از اتخاذ چنین تصمیمی منع کرده باشد، آن را مردود اعلام خواهد کرد.

85. Mise en demeure .

86. Frustration .

بخصوص در مورد ارزیابی خسارات، کنوانسیون اعلام می‌دارد که قانون قرارداد «در حدی که قواعد حقوقی بر آن حکومت می‌کنند» اجرا می‌شود. بدیهی است که تعیین خسارات قابل جبران به قانون قرارداد مربوط است، ولی ارزیابی خسارات در بعضی کشورها به خصوص در کشورهای سیستم کامن لو به عنوان یک مسأله مربوط به آیین دادرسی تلقی می‌شود. تصریح کنوانسیون مفید است؛ زیرا اجرای قواعد ماهوی قانون قرارداد را مثلاً در مورد محدودیت قانونی جبران خسارت، چنانکه در زمینه حمل و نقل وجود دارد، یا الزام به تعیین مبلغ کلی - و نه پرداخت اقساطی - بمنظور جبران خسارت و یا نظام بهره‌ها حفظ می‌کند.

ج - سقوط تعهدات

۵۸ - پاراگراف اول- د ماده ۱۰ [کنوانسیون] اسباب مختلف سقوط تعهدات همچنین مرور زمانها و موارد سقوط حق^{۸۷} را که مبتنی بر انقضای مدتی است، تابع قانون قرارداد می‌داند. این راه حل

87. Decheances .

منطبق با راه حلی است که به هر حال در فرانسه، راجع به مرور زمان مرجع شناخته شده است.^{۸۸}

کنوانسیون در مورد تهاثر^{۸۹} نیز، چنانچه در مطلب مورد تهاثر ناشی از یک قانون باشد، اجرا می‌شود. ولی در مورد دو طلبی که مشمول قوانین مختلفی باشند، راه حلی ارائه نمی‌دهد. قاعده حقوق فرانسه که قوانین حاکم بر طلبهای متقابل را توأماً اجرا می‌کند، در فرانسه کماکان اجرا خواهد شد و حال اینکه دادگاههای آلمان تهاثر را مشمول قانون طلبی قرار خواهند داد که در مقابل آن به تهاثر استناد شده است؛ زیرا که این راه حل مساعد به حال طلبکاری است که بدون دریافت وجهی طلب خود را از دست می‌دهد.

د- انتقال تعهدات

۱- انتقال طلب^{۹۰}

۸۸. رجوع شود به هانری باتیفول و پل لاگارد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، ش ۶۱۵ و رفرانسها.

89. Compensation.

90. Cession de creance.

۵۹ - ماده ۱۲ کنوانسیون راه حلهایی را که در فرانسه پذیرفته شده، اتخاذ کرده است.^{۹۱} تعهدات فی ما بین انتقال دهنده و انتقال گیرنده طبق کنوانسیون تابع قانون حاکم بر قرارداد آنها با یکدیگر است (پاراگراف اول ماده ۱۲). در صورتی که طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند، علی الاصول قانون محل سکونت معمولی انتقال دهنده اجرا می‌شود؛ زیرا معمولاً ایفای تعهد شاخص برعهده او است.

قابل انتقال بودن طلب، روابط بین انتقال گیرنده و بدهکار، شرایط قابل استناد بودن انتقال نسبت به بدهکار و خصیصه ابرا کننده پرداختی که بدهکار انجام داده است، طبق قانون طلب انتقال داده شده تعیین می‌شود (پاراگراف ۲ ماده ۱۲). در حقیقت، راجع به سه مورد اخیر به جا است بدهکار- که در رابطه با انتقال، شخص ثالث تلقی شده و فقط از قانون طلب انتقال داده شده اطلاع دارد

۹۱. رجوع شود به هانری باتیفول و پل لاگارد، ج ۲، ش ۶۱۱.

بر اثر اوضاع و احوال ناشی از شمول قانون دیگر متضرر نشود. برخلاف متن پیش طرح، ماده ۱۲ مسأله قابل استناد بودن انتقال را نسبت به اشخاص ثالث حل نمی‌کند؛ یعنی بطور مشخص نسبت به سایر انتقال گیرندگان مطلب یا در اکثر حالات نسبت به طلبکاران انتقال دهنده ای که طلب بدهکارشان را توقیف کرده اند. بنابر این راه حل رویه قضایی فرانسه که در این خصوص گرایش به آن دارد که قانون اقامتگاه بدهکار طلب مورد انتقال را مقدم شمارد، قابل اجرا باقی می‌ماند. این راه حل استفاده از فهرست مطالبات حرفه ای را (قانون Dailly ۲۲ ژانویه ۱۹۸۱)، وقتی که بدهکار طلب مورد انتقال در خارج مقیم است، مشکل می‌سازد.

۲- جانشینی (قائم مقامی)^{۹۲}

۹۲. Subrogation عبارت است از انتصاب قانونی یا قراردادی شخصی به جای شخص دیگر برای استفاده از تعهد یا حقی، یا اجرای تعهد یا پرداخت دین به جای دیگری. رجوع شود به دکتر حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، صفحه ۳۳۳. (مترجم)

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۲۵

۶۰ - برای تعیین قانون حاکم بر
جانشینی در باب قراردادها، ماده ۳
[کنوانسیون] عبارت بالنسبه پیچیده ای
را به کار برده است، زیرا مقوله
جانشینی در حقوق همه کشورهای امضا
کننده شناخته شده نیست. راه حل باز
همان راه حل دیوان کشور فرانسه و همگام
با راه حلی است که ماده ۱۲ در مورد
انتقال طلب پذیرفته است.

در روابط فی مابین طلبکار اصلی و
قائم مقام^{۹۳} (قابل مقایسه با روابط بین
انتقال دهنده و منتقل الیه)، جانشینی
مشمول قانون خاص خود می باشد. این
قانون عبارت از قانون حاکم بر تعهدی
است که در اجرای آن مقام، طلب طلبکار
اصلی را پرداخته و همان قانون تعیین
خواهد کرد که شخص نخست جانشین حقوق شخص
اخیر نسبت به بدهکار شده است.

لیکن قانون حاکم بر طلب یعنی
قانونی که روابط بین طلبکار و بدهکار
تابع آن است، نسبت به حقوق قائم مقام
علیه بدهکار حاکم بود، همانگونه که
قانون طلب انتقال داده شده نسبت به

93. Solvens.

حقوق منتقل الیه در مقابل بدهکار
واگذار شده (انتقال داده شده) اجرا
می‌شود.

موردی که ماده ۱۳ آن را حل نکرده،
موردی است که شخص ثالث بی‌آنکه تعهد
پرداخت کرده باشد، مدیون را می‌پردازد.
این شخص ممکن است مثلاً طلبکار دیگر همان
بدهکار باشد که بیم دارد از اینکه
طلبکار اول با توقیف مال بدهکار شانس
او را در وصول طلب از بین ببرد.^{۹۴} به
دلیل فقدان هرگونه رابطه حقوقی بین
قائم مقام و طلبکار، پیشنهاد شده است
که در این مورد قائم مقامی قانونی،
مشمول قانون طلبی باشد که شخص ثالث
پرداخته است.

۴

مقررات کلی و تفسیر

الف - روابط با سایر متون

۹۴. با ماده ۲۶۸ قانون مدنی آلمان مقایسه کنید. در
صورت توقیف مال بدهکار توسط یکی از طلبکارانش این
ماده هر شخصی را که تهدید شود بر اثر این توقیف حقی
نسبت به مال را از دست بدهد، مجاز می‌دارد منافع
طلبکار را تأمین و ایفا کند و در مقام قائم مقام
قانونی حقوق این طلبکار قرار گیرد.

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۲۷

۶۱ - کنوانسیون رم کوشیده است که از بروز تعارضات احتمالی با سایر متون که در قلمرو آن قرار می‌گیرد، جلوگیری کند.

کنوانسیون در وهله اول اولویت حقوق جوامع اروپا^{۹۰} را حفظ می‌کند (ماده ۲)؛ بدین معنی که هر گونه قاعده حل تعارض در زمینه قراردادی مندرج در یک آیین نامه یا یک رهنمود یا یک قانون ملی که در اجرای این تصمیمات هماهنگی شده است، نسبت به کنوانسیون تقدم خواهند داشت.

در وهله دوم، کنوانسیون «نمی‌تواند به اجرای کنوانسیونهای بین‌المللی که یک دولت امضا کننده عضو آن بوده و یا خواهد بود، لطمه وارد سازد» (ماده ۲۱). در نتیجه و برخلاف آنچه نوشته شده است، لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم آثاری را که کنوانسیون لاهه ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ راجع به بیع در کشور فرانسه جاری می‌سازد، تلقی نمی‌کند. چنانچه کنوانسیونهای لاهه مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قانون حاکم بر قراردادهای راجع به واسطه‌ها و

95 .Droit Communautaire.

نماینده‌گی و مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به بیع، لازم الاجرا شوند، با اولویت نسبت به کنوانسیون رم اجرا خواهند شد. مع ذلك، بمنظور جلوگیری از اینکه هماهنگی ایجاد شده بوسیله کنوانسیون بر اثر انعقاد کنوانسیونهای جدید یا وضع يك جانبه قواعد حل تعارض خاص در زمینه قراردادها توسط يك دولت عضو مورد تهدید واقع شود، کنوانسیون آیین مشورتی مقدماتی بین دولتهای امضا کننده را پیش‌بینی کرده که برای اطلاع از جزئیات آن کافی است به متن کنوانسیون و گزارش (ماده ۲۳ تا ۲۵ و اولین اعلامیه مشترک) رجوع شود.

ب - تفسیر

۶۲- طی مذاکره در باره کنوانسیون، مسلم نبود که دولتهای امضا کننده در مورد اعطای صلاحیت تفسیر (کنوانسیون) به دیوان دادگستری جوامع اروپا به توافق برسند.^{۹۶}

۹۶. رجوع شود به دومین اعلامیه مشترک مصوب ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ و منضم به کنوانسیون.

بدین سان بدون تصور افراط آمیز، به هر حال شرط مندرج در بعضی کنوانسیونهای سازمان ملل^{۹۷} را پذیرفتند که بموجب آن در تفسیر و اجرای قواعد متحد الشكل فوق به جنبه بین‌المللی قواعد مزبور و اقتضای دستیابی به وحدت [حقوقی] در شیوه تفسیر و اجرا توجه خواهد شد (ماده ۱۸).

تاکنون دو پروتکل راجع به تفسیر کنوانسیون توسط دیوان دادگستری جوامع اروپا در تاریخ ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ امضا گردیده، ولی هنوز لازم الاجرا نشده اند. لازم به یادآوری است که پروتکل اول در خواست تفسیر پیش از دادرسی را که برای همه دادگاهها جنبه اختیاری دارد، پیش بینی می‌کند. این پروتکل وقتی لازم الاجرا خواهد شد که به تصویب هفت دولتی رسیده باشد که کنوانسیون رم در آن کشورها لازم الاجرا شده است؛ و وقتی که پروتکل دوم - که به اعطای صلاحیت تفسیر به دیوان

۹۷. که اصل آن را در کنوانسیونهای ۲۸ مه ۱۹۸۸ راجع به «سیستم حذف خطرات احتمالی بین‌المللی» (پاراگراف اول ماده ۴) و اجاره اعتباری بین‌المللی (پاراگراف اول ماده ۶) امضا شده در اتاوا می‌بینیم.

دادگستري [جوامع اروپا] تحت شرايط مندرج در پروتکل اول بسنده مي‌کند به نوبه خود توسط دوازده کشور عضو جامعه اقتصادي اروپا به تصويب رسیده باشد.

نتیجه

۶۳ - کنوانسیون رم که در جامعه اقتصادي اروپا معمولاً حسن استقبال یافته، گاهي مورد قضاوتهاي محتاطانه بدبينانه و حتي گزنده هم قرار گرفته است.

کنوانسیون رم که در نظر بعضي «به سختي قابل اجرا است» و در نظر بعضي ديگر «تلاش بي فايده» است، همچون «انبان فاسد تئوريهاي هرکس» مورد قضاوت قرار گرفته که بخصوص «نياز آشکار به جلب رضایت دسته‌هاي متخصصين تعارض قوانين در اروپا» بيانگر آن است.^{۹۸} کنوانسیون حتي

۹۸. منظور آن است که در تدوين کنوانسیون رم نظرات مختلف متخصصان تعارض قوانين کشورهای مختلف اروپايي در مسائل حقوقي مورد توجه قرار گرفته و بدین سان

در معرض این اتهام قرار گرفته که در حقوق معاصر انگلیس اختلال ایجاد کرده است. گاهی نارضایتی نسبت به کنوانسیون از این حیث بود که کشورهای اروپایی خود به تنهایی دست اندر کار وحدت و یکنواخت سازی قواعد تعارض قوانین خویش در زمینه قراردادها شده و کشورهای دیگر را در کنار راه رها کرده اند.

حال که کار به انجام رسیده است، دعاوی عقیدتی و قضاوتها نسبت به کنوانسیون با خلوص نیت بیشتری به عمل خواهند آمد. تصمیماتی را که دولتهای مختلف طرف کنوانسیون اتخاذ خواهند کرد که حتی قبل از لازم الاجرا شدن پروتکل های ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ کوششی به عمل آمده باشد تا اختلاف نظرهایی را که بصورت اجتناب ناپذیری در تفسیر بروز خواهند کرد، کاهش دهند، باید بدقت مورد بررسی قرار داد. و شاید در زمانی نه چندان دور، کنوانسیون رم به صورت قانون وحدت بین المللی گسترده تری راجع به حل تعارض

کنوانسیون رم به صورت مخلوطی از نظرات گوناگون است. (مترجم).

قوانین در زمینه قراردادها عرض اندام
کند.

حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در... ❖ ۴۳۳