

پل لاگارد

PAUL LAGARDE

مترجم: دکتر محمد اشتری



حقوق بین الملل خصوصی نوین

در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن

کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰





پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* . پل لاگارد استاد دانشکده حقوق پاریس است. مقاله حاضر از نامبرده
در مجله زیر به چاپ رسیده است:
Revue critique de droit international privé, 80(2) avr. 1991,
pp. 287 - 340.

فهرست مطالب

۳۰۱		اشاره
۳۰۳		مقدمه
۳۰۶		يك . قلمرو اجرا
۳۰۷		الف. تعريف مثبت
۳۰۸		ب. موضوعاتی که استثنا شده اند
۳۱۳		دو . تعيين قانون حاکم
۳۱۴		الف. قواعد کلی
۳۱۴		۱. حاکمیت اراده
۳۱۵		۲. قانون قابل اجرا در صورت فقدان انتخاب
۳۲۶		ب. قواعد اختصاصی برخی قراردادها
۳۲۶		۱. تغيير عامل ارتباط فرعی (اموال غير منقول - حمل و نقل)
۳۲۷		۲. نقد حاکمیت اراده
۳۲۷		الف - قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان
۳۳۲		ب - قرارداد فردی کار
۳۳۵		ج - تداخل قوانین انتظامی
۳۳۶		۱. قوانین انتظامی خارجی
۳۳۹		۲. قوانین انتظامی مقرر ادگاه
۳۴۰		سه . قلمرو قانون حاکم بر قرارداد
۳۴۰		الف. شرایط انعقاد قرارداد
۳۴۰		۱. قواعد ماهوی
۳۴۴		۲. قواعد شکلی
۳۴۶		۳. قواعد مربوط به ادله
۳۴۷		ب. آثار قرارداد
۳۴۸		ج. سقوط تعهدات
۳۴۹		د. انتقال تعهدات
۳۴۹		۱. انتقال طلب
۳۵۰		۲. جانشینی (قائم مقامی)
۳۵۱		چهار . مقررات کلی و تفسیر
۳۵۱		الف. روابط با سایر متون
۳۵۲		ب. تفسیر
۳۵۳		نتیجه



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

● اشاره

موضوع مقاله حاضر بررسی و تجزیه و تحلیل
سواد کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰،
بویژه از نظر آثاری است که اجرای کنوانسیون در
حقوق موضوعه فرانسه بر جای گذاشته است.

موضوع کنوانسیون رم تعارض قوانین
در زمینه تمهیدات قراردادی است که در آن راجع به
هر مورد راه حل مناسب و مطلوب و قابل قبول برای
کشورهای مختلف عضو ارائه شده است. همانطور
که مؤلف اشاره کرده است، کنوانسیون رم وحدت
انعطاف پذیر حقوق بین الملل خصوصی قراردادها را
در کشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا تأمین
نموده است.

خوانندگان محترم به خوبی واقفند که
تعارض قوانین یکی از مباحث پیچیده حقوق
بین الملل 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 اندیشه های 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 و صحت ترجمه حتی المقدور مطالب را به صورت روان و قابل درک عرضه نماید و بدین منظور برای پیدا کردن معادل برخی واژه های مشکل از رهنمودهای سودمند استادان و صاحب نظران سود جست 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 آگاهی های قبلی از مفاهیم تعارض قوانین دارد. به هر حال علت اصلی دشواری و سنگینی برخی از عبارات را باید در فنی و بغرنج بودن مسائل مورد بحث در مقاله جستجو کرد.

مترجم

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

● مقدمه

۱. کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ راجع به قانون حاکم^۱ بر تعهدات قراردادی از آوریل ۱۹۹۱ 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 می شد تا کنوانسیون به تصویب هفت کشور عضو

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

2. Décr. 28 févr. 1991, Jo 3 mars 1991, infra, p.415.

طبق ماده ۱۷ تصویب نامه، این کنوانسیون نسبت به قراردادهایی اجرا خواهد شد که از اول آوریل ۱۹۹۱ به بعد منعقد می شوند.

۳. تدوین کنوانسیون در دو زمان انجام گرفت. شش دولت بیانیگذار جامعه اقتصادی اروپا در بین سالهای ۱۹۷۰ و ۱۹۷۲ پیش طرحی را تدوین کرده بودند، متن این پیش طرح در همین مجله (مجله انتقادی حقوق بین الملل خصوصی)، سال ۱۹۷۳، صفحه ۲۹، انتشار یافته است. این طرح مبنای مباحثاتی قرار گرفت که برای مذاکرات 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 می شد که توانسته بود در هر یک از مقررات کنوانسیون موافقت کلیه هیأت‌های نمایندگی را به دست آورد.

برسد که طبق ماده ۲۹ کنوانسیون برای لازم الاجرا شدن آن کاملاً ضرورت داشت.^۲ از چهار سال پیش اعلام شده بود که تصویب کشور هلند قریب الوقوع است.^۳ ولی انگلیسیها که باید از آنان سیاستگذار بود، با تصویب کنوانسیون در ۲۹ ژانویه ۱۹۹۱، مشکل لازم الاجرا شدن کنوانسیون را حل کردند.^۴ چهار کشور امضا کننده کنوانسیون، بی آنکه لازم الاجرا شدن رسمی آن را انتظار کشند، به طور یکجانبه مقررات 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^۵ 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 «تیلور»^۶ قواعد تعارض قوانین در کشورهای عضو از طریق تدوین قوانین ملی یا

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 جامعه اروپا CJCE تفویض می کرد. پس از امضای پروتکل های ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ (رجوع شود به صفحات بعد، شماره ۶۲) به نظر می رسد 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 می شود (ماده ۲۷، پاراگراف ۲ ج).

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

7. Ratio scripta

8. Crystallisation

کنوانسیون منطقه ای جلوگیری می کند.

بعلاوه کنوانسیون در رفع خطر انتخاب دادگاه مناسب^۱ که از کنوانسیون ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ بروکسل ناشی می شود تا حدی چاره اندیشی می کند. 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^۲ و حتی در دولتهای اتحادیه اروپایی مبادله آزاد^۳ که به عضویت کنوانسیون لوگانو در آمده اند، پرتو افکند.

۴. 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 قانون مدنی سال ۱۹۴۲ هنوز هم تعهدات قراردادی را جز در مواردی که اراده طرفین ابراز شده باشد، تابع عوامل ارتباطی ثابتی می داند که عبارتند از: تابعیت مشترک طرفین و در صورت فقدان تابعیت مشترک، محل انعقاد قرارداد.

در آلمان ورود مقررات کنوانسیون بوسیله قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۶ [در نظام حقوقی آن کشور] این قاعده سنتی را که از ساوینی به ارث رسیده و بموجب آن هر تعهد قراردادی در صورت نبودن اراده صریح، ضمنی یا فرضی طرفین

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

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

11. Association européenne de libre échange.

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 سوئیس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ هرچند که مختلف اند، الهامی که گرفته اند نزدیک به کنوانسیون رم به نظر می رسد.

تابع قانون محل اجرا است، متروک نموده است.

در سایر کشورها بالاخص در انگلستان و فرانسه که دادگاهها از قبل در این زمینه از قواعد بالنسبه انعطاف پذیری پیروی می کردند، 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 در حقوق بین الملل خصوصی قراردادها به عمل می آید، بر اثر مشخصه جهان شمول کنوانسیون افزونتر شده است. ماده ۲ کنوانسیون رم با قبول راه حل قراردادهای لاهه درباره تعارض قوانین، مقرر می دارد: «قانونی که این کنوانسیون معین می کند، حتی اگر این قانون، همان قانون دولت متعاهد کنوانسیون باشد، اجرا می شود». اثر این حکم آن است که در قلمرو کنوانسیون راه حلهای ملی قبلی را کاملاً از اعتبار می اندازد، راه حل هایی که فقط برای رفع پاره ای از نقایص قانون یا شاید برای تفسیر پاره ای مقررات کشدار می توانست دوباره ظاهر شود.

۵. برای اطلاع از تغییراتی که بموجب کنوانسیون، به حقوق بین الملل 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 مقرر در کنوانسیون را دنبال خواهیم کرد.



قلمرو اجرا

قلمرو اجرای کنوانسیون اثباتاً در اولین پاراگراف ماده اول آن و نفیاً در پاراگرافهای ۲ تا ۴ تعریف شده که متضمن استثنائاتی نیز می باشد.

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 مورد حل تعارض در زمینه تعهدات خارج از قرارداد بود،^{۱۳} کنوانسیونی که به طور نهایی مورد موافقت قرار گرفت به تعهدات قراردادی محدود می‌گردد،^{۱۴} ولی مشخص نمی‌کند که منظور از تعهدات قراردادی چیست. بنابراین اختلاف نظر در توصیف، بین کشورهای امضاء کننده کنوانسیون مورد انتظار می‌باشد. به عنوان مثال: آیا دعوای مشتری دست دوم علیه فروشنده اول در مورد عیب مبیع، دعوای 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 دعوایی 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 نیز 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 حقوق مدنی فرانسه حاکی از این که در صورت وجود قرارداد خواهان از انتخاب میان دو مسؤولیت ممنوع، و مجبور است دعوی خود را تنها مبتنی بر قرارداد سازد، در حقوق بین الملل خصوصی وارد می‌شود؛ بدین معنی که قانون حاکم بر دعوی بر

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

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

15. Communautés européennes

16. Cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

اساس قاعده حل تعارض قراردادها و بدین ترتیب همان کنوانسیون رم تعیین می شود و قانونی که بدین ترتیب تعیین می گردد، معلوم می سازد که آیا انتخاب میان دو نوع مسؤولیت قابل قبول است یا نه؟

۷. برای اینکه کنوانسیون رم نسبت به وضعیت قراردادی قابل اجرا باشد، لازم است که آن وضعیت متضمن تعارض قوانین نیز باشد. این قاعده بر اصطلاح «قرارداد بین المللی» و یا «وضعیتی دارای خصیصه بین المللی» مندرج در پیش طرح، ترجیح داده شده است. بدین ترتیب کنوانسیون می تواند در مورد قرارداد صرفاً داخلی یک کشور که اتفاقاً بر اثر قواعد صلاحیت قضایی - مثلاً به دنبال تغییر اقامتگاه یک طرف قرارداد - در صلاحیت دادگاههای کشورهای دیگری قرار گرفته است، به مورد اجرا گذاشته شود و نیز کنوانسیون می تواند 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 می کند؟ بدین ترتیب، این وضعیت، متضمن تعارض قوانین بوده و در قلمرو کنوانسیون قرار می گیرد.^{۱۷}

ب. موضوعاتی که استثنا شده اند.

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 قواعد حل تعارض معتبر در کشور مرجع رسیدگی محول می نماید.

۱۷. کشور انگلیس پا 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 می گذارد (پاراگراف سوم از ماده ۲ قانون قراردادها سال ۱۹۹۰ (Applicable Law)). بنابراین در انگلستان کنوانسیون نسبت به قرارداد منعقدہ انگلیسی - اسکاتلندی اجرا خواهد شد. چنین وضعیتی تعارض قوانین در بر دارد، بی آنکه با این حال مشخصه ای بین المللی داشته باشد.

مثلاً قانون حاکم بر این 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 پیش‌بینی 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 بر گروه کارشناسان معلوم شده است که مسأله اصولی عامل ارتباط مربوط به اهلیت شخص را نمی‌توان با شتاب در کنوانسیون راجع به قانون حاکم بر قراردادها حل نمود. بنابراین در حقوق 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، ازدواج یا قرابت سببی» از جمله تکلیف انفاق نسبت به اطفال غیر قانونی» 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

۱۸. بدین ترتیب به قواعد عام حقوقی باز می‌گردیم. شمه 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 نامعلوم 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، مسأله‌ای که به آن اشاره شد، مشمول کنوانسیون خواهد بود. اهلیت دارنده رابطه آزاد در انعقاد قرارداد به عنوان شرط صحت قرارداد ملحوظ و بنابراین به قانون قرارداد مربوط خواهد بود.

20. Parenté

21. Alliance

است. استثنای مستقیم روابط خانوادگی بمعنی وسیع کلمه^{۲۲} در کنوانسیون که موضوع آن تعهدات قراردادی است، شاید بی فایده بوده است. همچنین استثنای مزبور فقط ناظر به تعهدات ناشی از این قبیل روابط است و می تواند قراردادی توصیف شود؛ مثلاً قرارداد مربوط به تکلیف انفاق در محدوده خانواده.^{۲۳}

بنابراین همه ها از شمول کنوانسیون خارج نیستند، مگر تا حدودی 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 کنوانسیونهای مورخ ۷ ژوئن ۱۹۳۰ و ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو- از جمیع جهات از شمول کنوانسیون رم خارج می مانند. 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 مطرح این باشد که آیا متصدی حمل و نقل می تواند علیه دارنده فعلی بارنامه به ایراداتی که می توانست در مقابل دارنده قبلی آن استناد کند متوسل شود یا خیر؟

۴. قرارداد داوری و انتخاب دادگاه

۱۱. خروج قراردادهای داوری از شمول کنوانسیون به دلیل وجود کنوانسیونهای ۱۹۲۷ و ۱۹۵۱ ژنو و کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک توجیه می شود.

2.2. Lato senso

۲۳. کنوانسیون واژه های 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.

هرچند که این کنوانسیونها کلیه مسائل مربوط را حل نکرده و به تصویب کلیه کشورهای عضو نرسیده اند. خروج شروط انتخاب دادگاه از کنوانسیون رم نیز با توجه به ماده ۱۷ کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل - که در جامعه اقتصادی اروپا مسأله را با قواعد ماهوی خاص حل می کند - توجیه کافی پیدا می نماید.

۵. حقوق شرکتها

۱۲. مطابق بند e پاراگراف دوم ماده ۱ «مسائل مربوط به حقوق شرکتها، انجمنها و اشخاص حقوقی از قبیل تشکیل، اهلیت حقوقی، عملکرد داخلی، انحلال و همچنین مسؤولیت شخصی قانونی اعضا و ارگانها در قبال دیون شرکت، انجمن و شخص حقوقی» از شمول کنوانسیون خارج هستند. خروج از شمول کنوانسیون شامل کلیه اشخاص حقوقی حتی آنهایی است که شرکت یا انجمن تلقی نمی شوند و نیز شرکتها و انجمنهایی که اشخاص حقوقی محسوب نمی شوند. هرآنچه از قرارداد شرکت در مفهوم خاص آن ناشی می شود و همچنین قراردادهای منعقد شده بین شرکتها و اشخاص ثالث تا حدودی که اعتبار و رژیم حقوقی آنها متأثر از قواعد مربوط به حقوق شرکتها باشد، از شمول کنوانسیون خارج است.

۶. اختیار ناشی از نمایندگی

۱۳. طبق بند f پاراگراف دوم ماده ۱: «این مسأله که آیا واسطه می تواند شخصی را که بر حسب ادعا به حساب او عمل می کند، 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 فی مابین منوب عنه و واسطه و یا قرارداد فی مابین واسطه و شخص ثالث. "همین بند از کنوانسیون رم اختیار ارگان یک شرکت، انجمن یا شخص حقوقی را نسبت به متعهد نمودن شخص حقوقی در

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

قبال اشخاص ثالث جزء استثناءها قرار می دهد.

۷. تراست‌ها

۱۴. طبق بند g از پاراگراف دوم ماده ۱ تأسیس تراست‌ها و نیز روابطی که بین مؤسسين، تراستی‌ها^{۲۵} و اشخاص ذی نفع ایجاد می کنند از شمول کنوانسیون خارج است. بدین ترتیب از وسوسه برخی دادگاهها که تراست را در گروه قراردادهای طبقه بندی می کنند، 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، دامنه شمول مقررات ماده ۱۴ را محدود می کند. این محدودیت موجب می شود 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 در بر می گیرد که ریسکهای احتمالی واقع در سرزمین دولتهای عضو جامعه اقتصادی اروپا را می پوشاند و شامل قراردادهای بیمه غیرمستقیم یا اتکایی نمی گردد (پاراگراف چهارم ماده ۱ کنوانسیون). در مورد این قبیل ریسکها، قبل از رفع موانع موجود برای عرضه آزادانه خدمات در زمینه بیمه، مشکل تعارض قوانین قابل حل نیست. راجع به بیمه‌های مستقیم بجز بیمه عمر - دستورالعمل شماره ۸۸/۳۵۷ مورخ ۲۲ ژوئن ۱۹۸۸ که قانون شماره ۱۰۱۴ - ۸۹ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۸۸ فرانسه ۲۵. اشخاصی که مال مورد تراست به آنان منتقل می شود و متعهد به اداره آن به نفع شخص یا اشخاص ثالث هستند. (مترجم)

26. Preuve et procédure

به طور ناشیانه 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 می کنند، 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 بیمه گری 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 ویژه ای را مطرح کرده است.^{۲۸}

۲

تعیین قانون حاکم

۱۷. کنوانسیون، چند قاعده کلی را وضع کرده که اصولاً در مورد کلیه قراردادها قابل اجراست (الف)، اگر چه قراردادهای نامعین یا در مفهوم بسیار جدید باشد. این قواعد کلی دوجانبه، خصیصه دوگانه دارند. قواعد مذکور بر اصل حاکمیت اراده مبتنی است و نیز قانون قابل اجرا را - وقتی که طرفین آن را انتخاب

۲۷. این رهنمود قواعدی پیچیده ولی دوجانبه وضع می کند، ناشیگری قانونگذار 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 اجتناب ناپذیری به وجود می آید.

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

نکرده باشند- تعیین می‌نماید. مع ذلک در برخی از انواع قراردادها، کنوانسیون نتوانسته است از ضرورت تطبیق قواعد کلی مذکور، یا حتی نادیده گرفتن آنها به نفع قواعد حل تعارض ویژه- که آنها نیز دو جانبه‌اند، 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- قواعد کلی

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- صحنه می‌گذارد و به ایرادات و اشکالات نظری که می‌توان بر این اصل وارد کرد، اعتنایی نمی‌کند، و نیز کنوانسیون از عرضه موضوعی^۱ 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.^۲ طبق کنوانسیون رم، هدف و موضوع اراده نه فقط تعیین جایگاه اصلی قرارداد^۳ بلکه انتخاب قانون قابل اجرا نیز هست. این انتخاب انتخابی مربوط به حقوق بین الملل 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

29. Présentation objectiviste

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

۳۱. Localisation, این واژه را به «محل کردن قرارداد» نیز ترجمه کرده‌اند. (مترجم)

قرارداد تابع نظامی حقوقی است که باید معین کرد. کنوانسیون در این باره لااقل به فرضیه تعیین جایگاه اصلی قرارداد می پیوندد.

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

الف - قانونی که می توان انتخاب کرد.

- قانون دولتی یا قواعد غیر دولتی؟

۱۹. آنچه مورد نظر کنوانسیون قرار گرفته این است که طرفین قانونی انتخاب کنند که قانون دولتی^{۳۱} باشد. کنوانسیون انتخاب احتمالی نظام حقوقی غیر دولتی را مثلاً اصول کلی حقوق و یا آنچه را که گاهی حقوق حاکم بر روابط بازرگانان^{۳۲} می نامند، مورد توجه قرار نداده است. این بدان معنی نیست که چنین انتخابی طبق کنوانسیون محکوم شده باشد. فقط چنین انتخابی، انتخاب قانون به معنی مورد نظر کنوانسیون نیست. به نظر می رسد که از دیدگاه کنوانسیون، قرارداد متضمن چنین انتخابی، مشمول قانونی خواهد بود که در فقدان انتخاب (قانون حاکم) قابل اجرا است^{۳۳} و همین قانون می تواند جایی را که برای قواعد غیردولتی منتخب طرفین قائل است، مشخص نماید.

موردی که انتخاب [قانون قابل اجرا] به صورت منفی است به همین نظام فکری مربوط می شود. شرطی که به موجب آن اجرای هرگونه مقررات دولتی کنار

۳۲. منظور از قانون دولتی یا قانون ملی در مقابل نظام حقوقی غیردولتی، مجموعه مقررات لازم الاجرا بویژه قوانین موضوعه است که در اکثر دولتهای عضو کنوانسیون منبع درجه اول حقوق محسوب می شود و برای حل و فصل اختلافات بین افراد مورد استناد قرار می گیرد. (مترجم)

۳۳. LEX MERCATORIA, این واژه در برخی از نوشته های حقوقی به: «حقوق بازرگانی فرا ملی» نیز ترجمه شده است. (مترجم).

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

گذاشته شده باشد. از نظر کنوانسیون، انتخاب قانون 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 قرارداد

۲۰. کنوانسیون هیچ ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد برقرار نمی‌سازد. بنابراین طرفین می‌توانند هر قانونی را که مایل باشند مثلاً یک قانون «بی‌طرف»^{۳۵} را انتخاب کنند، بی‌آنکه مجبور 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 قرار دارد، انتخاب یک قانون خارجی از سوی طرفین اعم از اینکه همراه با انتخاب یک دادگاه خارجی باشد یا نه، نمی‌تواند به مقررات آمره آن کشور لطمه وارد نماید (پاراگراف سوم ماده ۳).

- تجزیه "ژویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی"

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 پاراگراف اول ماده ۳). چنانچه طرفین قانون حاکم بر جزئی از قرارداد را تعیین نموده باشند، مثلاً اگر گفته باشند که ضمان

35. Neutre

36. Dépeçage

فروشنده^{۳۷} مشمول قانون فرانسه خواهد بود، قاضی مکلف است با کمک معیارهای عینی ماده ۴ قانون قابل 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 هریک از متعاملین مشمول قوانین 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 بین الملل 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. بنابراین به‌جا است قانونی را که طبق معیارهای مندرج در ماده ۴، بطور عینی در مورد

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

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

قرارداد قابل اجرا است، تعیین و سپس سرنوشتی را که قانون مذکور برای شرط ثبات قائل است، بررسی کنیم.^{۲۰}

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 و With Reasonable Certainty

(به اندازه کافی اطمینان بخش) "درج شده، کمی انعطاف پذیرترند.

علی رغم 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 می شود، بدون اینکه قرینه ای 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 می دهد که بیان این اراده ممکن است اطمینان بخش ولی غیر صریح باشد. قرارداد نمونه تابع نظام حقوقی معین مانند بیمه نامه لودرز، ارجاع به مواد قانون مدنی کشور معین در قرارداد، ارتباط با

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

۴۱. عبارت مذکور شبیه عبارتی 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 متعاملین حاصل شده باشد» (کنوانسیون راجع به بیع مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶).

قراردادی که قبلاً بین همان اشخاص منعقد شده و متضمن انتخاب قانون حاکم باشد.

بی شک اینگونه اشارات برای جلوگیری از بروز اختلاف در تفسیر، نمی تواند کافی باشد. بدین ترتیب به نظر می رسد که مؤلفین آلمانی طبق رویه قضایی قبل از قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۶، انتخابهای ضمنی ساده را بنحو نسبتاً گسترده ای پذیرفته اند.

- انتخاب [قانون قابل اجرا] پس از انعقاد قرارداد

۲۴. معمولاً قانون قابل اجرا، در قرارداد انتخاب می شود. با این حال کم نیست مواردی که متعاملین پس از انعقاد قرارداد بخواهند با انتخابی مؤخر خلاء قرارداد را در این خصوص پر نموده و یا حتی انتخابی را که قبلاً انجام داده اند، تغییر دهند. در اینجا، کنوانسیون با پیروی از رهنمودهای غالب رویه قضایی کشورهای عضو به متعاملین این اختیار را می دهد 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 می گردد. مع ذلک کنوانسیون دو نوع محدودیت برقرار می کند. در وهله اول، چنانچه قرارداد طبق یکی از قوانین معین شده در ماده ۹ از نظر شکلی معتبر باشد، انتخاب مؤخر قانون قابل اجرا نمی تواند اعتبار آن را از نظر شکلی خدشه دار سازد. در وهله دوم، انتخاب مؤخر [قانون قابل اجرا] نمی تواند به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد نماید. بدین ترتیب شخص ثالثی که ضمانت یکی از متعاملین را بر عهده گرفته است، تغییر قانون حاکم بر قرارداد نمی تواند 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 می کند، حتی اگر متعاقباً قانونی که با تأخیر انتخاب شده و حاکم بر قرارداد 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 که دعوی در آن طرح شده است، طبق قانون خود به دعوی رسیدگی کند. اشکالی که آقای ریگو بدان اشاره کرده این است که این انتخاب مؤخر در جریان دادرسی ممکن است به قاعده تعارض قوانین در مورد قرارداد یا به اصل تخلف پذیر اختیاری^{۲۳} مربوط شود (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید). در مورد اول انتخاب الزاماً صریح نیست و ناظر بر آینده می‌باشد ولی در مورد دوم انتخاب باید صریح باشد (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید) که در این صورت حد شمول این انتخاب فقط محدود به همان دعوی مطروح در دادگاه است، مگر در مواردی که طرفین بخواهند به آن حد شمولی گسترده‌تر بدهند.^{۲۴}

- قرارداد انتخاب

۲۵. طبق پاراگراف چهارم ماده ۳، وجود و اعتبار رضا، شکل و اهلیت در قرارداد انتخاب قانون قابل اجرا تابع همان قانون حاکم بر خود قرارداد می‌باشد. امتیاز این راه حل در ساده بودن آن است، هرچند که تنها راه حل ممکن نیست.^{۲۵} نکته مهم این است که قوانینی که بدین طریق تعیین می‌شوند، فقط درباره مسائل محدودی اجرا می‌شوند که به آنها اختصاص داده 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 و 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.

4.2. Principe dispositif

۲۳. فایده مسأله در رأی شعبه اول مدنی دیوان کشور (فرانسه) مورخ ۴ اکتبر ۱۹۸۹ ظاهر گردید.

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

۲. قانون قابل اجراء در صورت فقدان انتخاب

۲۶. ماده ۴ کنوانسیون قاعده ای کلی وضع می کند که متشکل از سه عنصر است: ۱- در صورت فقدان انتخاب، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن کشور نزدیک ترین پیوندها را دارد. ۲- فرض بر این است که این کشور همان کشور محل سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص^۴ قرارداد بر عهده اوست، بشرطی که تعهد مزبور قابل تشخیص باشد. ۳- چنانچه از مجموع اوضاع و احوال معلوم شود که قرارداد با کشور دیگری نزدیک ترین پیوندها را دارد، اماره مذکور نادیده گرفته می شود.

الف- اصل: قانون کشوری که قرارداد با آن کشور

نزدیک ترین پیوندها را دارد.

۲۷. این عبارت کمی مبهم، که در جمله اول پاراگراف ۱ ماده ۴ ملاحظه می گردد به راه حلهایی مربوط می شود 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 می نماید، تعیین کند.

از آنجا که قرارداد مجموعه واحدی را تشکیل می دهد، معمولاً تنها با یک کشور نزدیک ترین پیوندها را دارد. کنوانسیون راه حل قدیمی آلمانی را که بموجب آن: در موردی که اراده فرضی متعاملین - یعنی در عمل مرکز ثقل قرارداد - معلوم نبود، قرارداد را تجزیه نموده و هر یک از تعهدات ناشی از آن را تابع قانون کشوری می دانستند که تعهد می بایست در آنجا اجرا شود، به کنار گذاشته است.

* تعهد شاخص که ترجمه واژه *Prestation caractéristique* می باشد، به تعهدی اطلاق می شود که مخصوص همان قرارداد است، به دیگر سخن، تعهد ویژه ای که به قرارداد شاخصیت می دهد که موجب تمایز آن از سایر قراردادها می گردد. مثلاً در عقد بیع تحویل مبیع به مشتری تعهدی ویژه است. همان طور که در عقد اجاره تحویل عین مستاجر به مستاجر در شرایطی که قابلیت انتفاع داشته باشند، تعهد ویژه محسوب می شود. اما پرداخت ثمن معامله یا پرداخت اجاره بها تعهد ویژه نیست؛ زیرا در اغلب قراردادها تعهد پرداخت پول وجود دارد و ویژه قرارداد معینی نیست. (مترجم)

مع ذلک کنوانسیون اعلام کرده است که: «اگر قسمتی از قرارداد از بقیه قسمتهای آن قابل تفکیک بوده و ارتباط نزدیک تری 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»^{۲۸} (قرارداد) را به نحو مضیق تفسیر نماییم. این طور نیست که چون تعهدی در کشور الف و تعهدی دیگر در کشور ب اجرا می شود، دو تعهد قابل تجزیه اند. برای اینکه بخشی از قرارداد از بقیه آن قابل تفکیک تلقی شود، لازم است که آن بخش از قرارداد موضوع راه حلی جدا از راه حلی دیگر قرار گیرد که برای سایر عناصر قرارداد ارائه شده است. این وضع در قراردادهای صنعتی مرکب که شامل تعهدات ساختمانی، فروش، نگهداری، انتقال تکنولوژی، آموزش کارکنان و غیره است، دیده می شود.

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 اماره ای 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 مرکزیش در آن کشور واقع است» (جمله اول پاراگراف ۲ ماده ۴).

مقوله تعهد شاخص که در رویه قضایی سویس بخوبی شناخته شده، بوسیله کنوانسیون تعریف نگردیده است. گزارش دقیقاً اعلام می دارد که: «منظور از تعهد شاخص تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می شود». در حقیقت 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. بنابراین تعهد پرداخت بها ویژه یک نوع از قرارداد نیست، برعکس تعهد فروشنده به تسلیم مبیع (به مشتری)، تعهد موجر دایر بر فراهم آوردن امکان انتفاع مستأجر از مورد اجاره، تعهد بیمه گر در جبران خطر احتمالی [خسارت]، تعهد متصدی حمل و نقل نسبت به انجام حمل و غیره، تعهد شاخص محسوب می شود. در حقیقت این گونه تعهدات موجب تمایز قراردادها از یکدیگر می شوند.

۲۹. تعیین جایگاه "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] پاسخگوی انتظارات مشروع طرفین نیز می باشد. متعهد تعهد شاخص اغلب شخص حرفه ای است و به نفع او است که اصولاً کلیه عملیاتش تحت حکومت قانون واحدی باشد که به او تعلق دارد. راجع به متعهدله تعهد شاخص [باید گفت] وی با مراجعه به یک شخص حرفه ای مستقر در خارج از کشور، در واقع خطر تجارت بین المللی را پذیرفته و باید انتظار داشته باشد که این شخص امور مربوط به خود را به موجب قانون مخصوص خودش انجام دهد.

در واقع کنوانسیون بصراحت حالتی را مورد توجه قرار می دهد که قرارداد، در اجرای فعالیت حرفه ای طرفی که تعهد شاخص را ایفا می کند، منعقد می گردد. بدین ترتیب کنوانسیون «کشوری را که مرکز اصلی مؤسسه در آنجاست و یا اگر بموجب قرارداد، تعهد شاخص می بایست توسط مؤسسه دیگری غیر از مؤسسه اصلی اجرا شود، کشوری 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 اصلی یک شرکت منعقد شده باشد و در قرارداد پیش بینی شده باشد که تحویل کالا یا اجرای تعهد توسط

46. La localisation

مؤسسه ای 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 موجر در قرارداد اجاره، یا قانون موجر اعتباری^{۲۷} در قرارداد اجاره اعتباری،^{۲۸} قانون متصدی حمل و نقل به شرط رعایت پاراگراف چهارم ماده ۴؛ قوانین بیمه گر، واهب، مقرض، مقاطعه کار، مشاور، معلم، بانکدار، (ضامن عقدی)^{۲۹} یا ضامن تضمینی.^{۳۰} همچنین در قراردادهای توزیع بازرگانی، قانون مؤسسه توزیع کننده قابل اجرا است، خواه نماینده تجاری دلال، حق العمل کار، اداره کننده مال غیر^{۳۱} و یا حتی یک صاحب امتیاز باشد.

۳۰. بدیهی است اماره ای که به نفع قانون متعهد به انجام تعهد شاخص در نظر گرفته شده، بر این 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 هریک از طرفین می تواند شاخص تلقی شود و این بدان معنی است که هیچ یک از دو تعهد قابل ترجیح بر دیگری نیست. همچنین برخی عملیات میان بانکها یا حتی قرارداد امتیاز^{۳۲} که در آن تعهد امتیاز دهنده در بعضی موارد استثنایی شاخص تلقی نمی شود، به عنوان نمونه قابل ذکر است.

47. Crédit - bailleur

48. Crédit - bail

49. La caution

50. Garant

51. Sponsar

۵۲. Contrat de franchisage: قراردادی که طی آن سازنده به ازای دریافت مبلغی، امتیاز بهره برداری از مارک یا حق اختراع (Brevet) را به بازرگانی منتقل می کند. (مترجم)

ج- شرط استثنا

۳۱. وقتی از مجموع اوضاع و احوال استنباط شود که نزدیک ترین پیوندهای قرارداد با کشور دیگری است انتساب قانون متعهد به انجام تعهد شاخص نادیده گرفته می شود (پاراگراف پنجم از ماده ۴). در مواردی نسبت به این شرط چنین انتقاد شده که توسل به اماره را بی فایده می سازد و راحت تر آن است که کشوری را که قرارداد با او نزدیک ترین پیوندها را دارد؛ مستقیماً پیدا کرد. در واقع، این اماره فایده اش را کاملاً حفظ می کند؛ زیرا دقیقاً موجب آن می شود که در موارد بسیار زیادی که شاخصهای تعیین جایگاه اصلی قرارداد تقریباً بطور مساوی بین دو یا چند کشور پراکنده اند، راه حل واحدی عرضه گردد.

تجربه نشان خواهد داد که شرط استثنا در چه مواردی اجرا می گردد. مثلاً اگر یک پارسی 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 پیش بینی 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، می توان 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 می نماید.

پاراگراف پنجم ماده ۴ روشن نمی سازد نزدیکترین پیوندها که زمینه اجرای شرط استثنا را فراهم می سازد باید قبل از انعقاد قرارداد وجود داشته باشد یا می تواند بعداً نیز ظاهر شود؛ مثلاً به علت تغییر محل سکونت یکی از متعاملین. در مقایسه با پاراگراف دوم ماده ۴، منطقی به نظر می رسد که اصولاً به عوامل موجود در زمان انعقاد قرارداد تمسک 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 قراردادهای

۳۲. در مورد بعضی از قراردادهای، 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 غیرمنقول 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*

الف. قراردادی که موضوع آن مالی غیرمنقول است

۳۳. بموجب پاراگراف ۳ ماده ۴ «در جایی که موضوع قرارداد یک حق عینی مربوط به مال غیرمنقول یا حق استفاده از مال غیرمنقول 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 جایگاه قرارداد نیست، بلکه محل وقوع مال غیرمنقول است که چنین جایگاهی را تعیین می‌کند.

این قاعده از یک سو در مورد قراردادهای فروش مال غیرمنقول، 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 پیش بینی شده در پاراگراف ۵ ماده ۴ تحقق یابند، اماره باید نادیده گرفته شود. گزارش، مثال از ۵۳. ترجمه Rattachement می‌باشد که در این مقاله گاهی عامل انتساب نیز ترجمه شده است. (مترجم)

اجاره محلی برای گذراندن تعطیلات می آورد 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 می گیرد (جمله دوم پاراگراف ۱ و ۴ ماده ۴).^{۵۴}

آخرین جمله پاراگراف ۴ ماده ۴ «قراردادهای اجاره کشتی برای یک بار مسافرت و سایر قراردادها را در صورتی که موضوع اصلی آنها حمل کالا باشد»، قراردادهای حمل کالا در مفهوم متن مذکور می داند. گرچه این تعریف موسع است اما مفسران، قراردادهای اجاره کشتی [بدون وسایل و ملوانان] و اجاره موقت کشتی را داخل در تعریف مزبور نمی دانند.^{۵۵}

۲. نقد حاکمیت اراده

الف. قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان

۱. اتخاذ قاعده حل تعارض حمایت کننده

۳۵. قواعد حمایت از مصرف کنندگان همچون بطلان شروط تجاوز آمیز یا

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.

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

اختیار فسخ یکجانبه قرارداد ظرف مدت معین، که در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است، چنانچه با انتخاب قانون خارجی یا حتی در صورت فقدان انتخاب قانون خارجی با اعمال اماره مقرر در پاراگراف ۲ ماده ۴ که به شمول قانون کشور مقرر فروشنده یا عرضه کننده خدمات می انجامد، بتواند ساقط گردد، در تجارت بین الملل فاقد ارزش عملی خواهند بود.

بدین سبب ماده ۵ کنوانسیون رم دو قاعده وضع می کند، که از یک سو «انتخاب قانون حاکم توسط متعاملین نمی تواند 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، نفی کرد.

محدودیت وارد شده به حاکمیت اراده باید مشخص گردد. کنوانسیون می تواند مانند قانون سویس ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ (ماده ۱۲۰)، هرگونه امکان انتخاب قانون قابل اجرا را منتفی و در هر شرایط 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، نمی تواند مصرف کننده را از حمایتی که قواعد آمره قانون محل سکونت معمولی وی نسبت به او میزول داشته، محروم نماید. بیان مذکور بدان معنی نیست که در این صورت قانون حاکم بر قرارداد، قانون محل سکونت معمولی خواهد بود و انتخاب قانون دیگر تا حد انتخاب قانونی مادی تنزل خواهد کرد. زیرا قواعد حاکم بر قرارداد رأی باید در قانون منتخب [طرفین] و عندالاقضاء 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.

۳۶. قلمرو شمول این قاعده

ماده ۳ و ماده ۴ است، به بعضی قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان و در شرایط کاملاً مشخص، محدود می باشد.

اولاً - موضوع قراردادهایی که ماده ۵ [کنوانسیون] در مورد آنها اجرا می شود، 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 اجازه اعتباری می گردد، لیکن شامل اجازه عادی نمی باشد. 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 ذلک، 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» می نامند - عرضه می دارد، 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 کننده عرضه شوند (پاراگراف ۴ ماده ۵)، مثلاً قرارداد تهیه هتل بمنظور اقامت در خارج، صریحاً استثنا شده اند.

۳۷. ثانیاً - تنها، قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان، موضوع قاعده خاص مذکور در ماده ۵ می باشند. تدارک وسایل و خدمات برای یک شخص «جهت مصرفی که خارج از فعالیت حرفه ای وی محسوب می شود»، از این نوع تلقی می گردند. (پاراگراف اول ماده ۵). تعریف منفی همان تعریف ماده ۱۳ کنوانسیون بروکسل در عبارت تجدید نظر شده آن در سال ۱۹۷۸ است. متن این تعریف لازم نمی داند که تهیه کننده کالا یا عرضه کننده خدمت، در زمینه حرفه و شغل خود کار کرده باشد یا اینکه بداند که خریدار به چه منظوری کالا را می خرد.

56. Package tour

قاضی است که باید با توجه به کیفیات دعوی تعیین کند، آیا مصرفی که کالا برای آن خریده شده است، «می تواند خارج از فعالیت حرفه ای خریدار» تلقی شود؟ با اینکه ماده ۵ تصریح نمی کند، مصرف کننده ای که به او اشاره می کند باید شخص حقیقی باشد. به عنوان مثال به نظر نمی رسد که یک اتحادیه بتواند به آن استناد جوید.

۳۸. ثالثاً قواعد حل تعارض حمایت از مصرف کنندگان فقط در مورد وضعیت های سه گانه مندرج در پاراگراف ۲ ماده ۵ به مورد اجرا گذاشته می شوند. مورد اول وقتی است که انعقاد قرارداد در کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده، مسبوق به پیشنهادی خاص (مثلاً ارسال کاتالوگ یا پیشنهاد قرارداد) یا اعلان تبلیغاتی (خواه از طریق رادیو و تلویزیون، مطبوعات، آگهی) باشد؛ در صورتی که مصرف کننده 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 مصرف کننده 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 در کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده دریافت کرده است. نسبت به راه حل مورد قبل، این راه حل موجه تر به نظر می رسد. 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 بر اینکه فروشنده سفر را با این هدف ترتیب داده باشد که مصرف کننده را به انعقاد بیع برانگیزد. هدف از این مقررات، حمایت از مصرف کننده ای است که مبادرت به «سیر و سیاحتی بین مرزی» می کند

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 عمومی مندرج در مواد ۳ و ۴ به مورد اجرا گذارده می‌شوند و نه قواعد حمایت‌کننده 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}

اینجا شاید در حمایت از مصرف‌کننده 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 مصرف‌کننده استناد نماید. ولی آیا او نباید در هر حال از مقررات فرانسه استفاده کند؟ چون در این مورد نه ماده ۵ بلکه ماده ۳ قابل اجرا است. امکان دارد که فروشنده فرانسوی صلاحیت قانون خارجی - مثلاً قانون باهاما - را که از مصرف‌کنندگان حمایت نمی‌کند، در قرارداد بگنجانند.

۵۷. در اینجا یک مشکل جدی وجود دارد. پاراگراف ۲ ماده ۷ لفظاً دارای برد و حد شمول کلی است (رجوع شود به شماره ۲۷ صفحات بعد)؛ ولی ماده ۵ علی‌رغم دوجانبه 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. تلیقی 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.

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 مربوط به بازار مشترک پیش بینی شده بود و به نتیجه نرسید، حاکمیت اراده لغو نشده، بلکه محدود گردیده است بدین معنی که انتخاب قانون دیگری غیر از قانونی که در فقدان انتخاب بطور عینی قابل اجرا است، نمی تواند 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 [در مورد قرارداد کار] بطور عینی قابل اجرا است، پیچیده تر از تعیین آن در زمینه قراردادهای مصرف می باشد و این ناشی از روح متفاوت حاکم بر آنها است. در حالی که در مورد قرارداد مصرف، عامل انتساب عینی، عامل انتسابی ارفاقی و مساعد به حال مصرف کننده است، یعنی قانون قابل اجرا قانونی است که مصرف کننده آن را می شناسد و بدان اعتماد دارد، عامل انتسابی که در مورد قرارداد کار در نظر گرفته شده است، عامل مجاورت^{۵۹} است؛ یعنی کنوانسیون سعی می کند کشوری را تعیین کند که قرارداد کار با آن کشور نزدیک ترین پیوندها را دارد. کنوانسیون بر حسب اینکه کارگر در اجرای قرارداد کار را معمولاً در یک کشور انجام می دهد یا خیر، قائل به تفکیک می شود. (پاراگراف ۲ ماده ۶).

در حالت اول، قانون کشوری که کارگر معمولاً کارش را در آن کشور انجام می دهد، قابل اجرا است. کنوانسیون تصریح می کند 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

۵۸. در مورد معنای حاکمیت اراده مقید به مقتضیات قانون «حداقل حمایت» رجوع شود به: Vincent . Heuzé, op. cit (note 37), p. 268 et s.

59. Proximité

تعارض قوانین را تغییر نمی‌دهد، در حالی که انتقال بلند مدت محل کار سبب 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.

در حالت دوم، وقتی که کارگر معمولاً کارش را در کشور واحد انجام نمی‌دهد، قانون قابل اجرا قانون کشوری است که «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 مزد بگیر 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 و برای اینکه قرارداد کار را به امضای وی برساند به خارج می‌رود، نمی‌تواند به عنوان «مؤسسه» تلقی شود. در غیراین 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 تر گردد 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 کار خودسرانه - همان گونه که دعوی قضیه Air Afrique نشان داده است - ممکن نیست. بی شک به واقعیت نزدیک تر خواهد بود که بگوییم خلبان معمولاً کارش را در کشور واحدی انجام نمی‌دهد و در نتیجه قرارداد را تابع قانون مؤسسه‌ای قرار دهیم که خلبان را استخدام کرده است. همین راه حل در مورد

۳۳

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 در پاراگراف ۲ ب ماده ۶ پیش بینی شده است. بالاخره، قرارداد کارگری که کار خود را در کشتی انجام می دهد، 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 - خالی از خطر نخواهد بود. به نظر می رسد 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 یک کشور انجام دهد یا نه، عامل انتساب عینی مقرر در کنوانسیون ممکن است کنار گذاشته شود (آخر پاراگراف ۲ ماده ۶).

این شرط استثناً که عملاً مشابه با شرط مذکور در پاراگراف ۵ ماده ۴ می باشد، مناسب به نظر می رسد. 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 می توان گفت مثلاً قرارداد منعقد شده، بین کارفرمای فرانسوی و کارگر فرانسوی به منظور کار در یک 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) همان طور که عنوان آن نشان می دهد، نسبت به قرارداد فردی کار و نه قرارداد جمعی کار اعمال می شود. 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 بر خود 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.

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 یک جانبه^۱ در نظامی که در آن قواعد دو جانبه غلبه دارد،^۲ برحسب تعلق این قواعد انتظامی به قانون خارجی یا قانون داخلی مقرر ادگاه^۳ به اشکال مختلف صورت می‌گیرد.

61. Methode unilatéraliste

۶۲. Régles bilatérales: 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 précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", cette revue, 1966.1 که روش قوانین انتظامی را مشخص می‌کرد:

←

۱. قوانین انتظامی خارجی

۴۴. سرآغاز قاعده ای که در پاراگراف اول ماده ۷ کنوانسیون دیده می شود و می توان سابقه آن را در رویه قضایی کشورهای عضو پیدا کرد، احراز این مطلب است که هرچند یک 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. و این کشورها ممکن است نفع مشروعی داشته باشند که قرارداد مزبور به قواعدی که از نظر آنها اساسی تلقی می شوند، لطمه ای وارد نسازد.

جمله اول پاراگراف اول ماده ۷ این اشتغال خاطر را چنین بیان می کند:

« بموجب کنوانسیون حاضر، در حین اجرای قانون کشوری معین، ممکن است که به قواعد امره قانون کشور دیگری ترتیب اثر داده شود که مورد مطروحه^۵ با آن کشور رابطه ای نزدیک نشان می دهد، مشروط بر اینکه بموجب حقوق کشور اخیر، قواعد مزبور صرف نظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، قابل اجرا باشند». در فرض مذکور در پاراگراف اول تحقق دو شرط لازم است:

اولاً - صرف نظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، مقررات "قانون

→ Pierre Gothot طی دومین بررسی که درباره گرایش در جهت یکجانبگی به عمل آورد، تحت عنوان:

"Le renouveau de la tendance unilatéralisme en droit international privé", cette revue 1971.272 et s.

آینده ماده ۷ را که در آن زمان هنوز عنوان هم نمی شد از قبل پیش بینی کرد، و نشان داد که اجرای قوانین انتظامی مسائل مختلفی را در رابطه با روش به وجود می آورند بر حسب اینکه قوانین دولت مقر قاضی یا قوانین یک دولت خارجی باشند؛

از آن پس Pierre Mayer در مقالات و بررسی هایی تحت عنوان:

"Les lois de police étrangères" Clunet, 1981.276 et s. ; travaux comité fr. DIP, Journée 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 مقر دادگاه نیست.

6.5. Situation

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

خارجی باید بموجب همین قانون خارجی حاکم بر قرارداد باشد.

ثانیاً - بین مورد مطروحه و کشوری که قانون آن متضمن چنین مقرراتی است، باید رابطه 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 اعلام نماید، این مقررات صرف نظر 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 هرگونه معاملات مربوط به اموال فرهنگی اصیل این کشور را حتی اگر در کشورهای دیگر باشند ممنوع اعلام کند، شرط اول تحقق می یابد، ولی می توان 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 اخذ تصمیم می بایست وضعیت را در مجموع بررسی کند و جمله ای که قبلاً ذکر شد، او را در تشخیص نکات موضوع بررسی کمک می نماید.

بدین ترتیب وقتی که دادگاه حوزه لاهه از اجرای مقررات آمریکا مبنی بر منع تحویل مصالح مربوط به احداث لوله گاز کش سیبری Gazoduc Sibérien بوسیله شرکت های اروپایی وابسته به شرکت های آمریکایی 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.

بر اساس فکری کمی متفاوت، اگر یک تاجر اروپایی در ملاقات با واسطه ای در لوس آنجلس به تصور اینکه با پرداخت حق الزحمه معقولی که طبق

قراردادی مشمول قانون فرانسه تعیین می شود، واسطه مزبور می تواند خریداری برای هتل لوکسی که وی [در منطقه] کوت دازور^{۷۷} دارد پیدا کند و واسطه مورد بحث در عبور از نیویورک 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 ایالت نیویورک که مقرر می دارد هرگونه عملیات دلالتی انجام شده در این ایالت باید توسط دلالتی که دارای پروانه است انجام شود و الاً باطل است، مدعی را در ادعای خود محق خواهد شناخت. در این موارد نفع ایالت نیویورک در اجرای قانون آن ایالت هرچه باشد، نتیجه اجرای قانون نیویورک این خواهد بود که یک طرف قرارداد را که هیچ نیازی به حمایت ندارد به عدم پرداخت دینی حرفه ای که بطور قانونی بر عهده گرفته، ترغیب نماید.

برعکس، امتناع دیوان فدرال آلمان در محق دانستن درخواست جبران خسارت وارد کننده مجسمه های کوچک ساخت نیجریه علیه بیمه گرش - به علت اتلاف یا سرقت آنها در جریان حمل - مستند به مقررات مربوط به منع صدور مقرر در قانون نیجریه بود که جامعه بین المللی به خصوص 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 می توانند حق عدم اجرای پاراگراف اول ماده ۷ را برای خود محفوظ دارند.^{۷۸} تا زمانی که قاضی هنوز رأی صادر نکرده، بعضی دولتها از عدم اطمینانی بیم دارند که آن پاراگراف بر حل تعارض می گستراند، و همین طور بدان علت که قاضی اغلب وابسته به سیاست بین المللی است، از قدرتی که پاراگراف مذکور به او واگذار

67. Côte D'azur

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

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 بی‌آنکه از مساعدت رهنمودهای کلی برخوردار باشد.

۲. قوانین انتظامی مقرر دادگاه

۴۷. کنوانسیون برای قوانین انتظامی مقرر دادگاه جایگاه ممتازی قائل است. پاراگراف ۲ ماده ۷، با اعلام اینکه «مقررات این کنوانسیون نمی‌توانند لطمه‌ای به قواعد قانون دولت متبوع قاضی عهده‌دار رسیدگی وارد سازند که الزاماً بر وضعیت حاکمند، صرف نظر از اینکه قانون قابل اجرا چه باشد»، هرگونه اختیار قاضی را در ارزیابی مناسب بودن اجرای قوانین انتظامی مقرر دادگاه از بین می‌برد. همین که قرارداد حتی اگر مشمول قانون دیگری باشد - وارد در قلمرو اجرایی شود که آن قواعد برای خود قائلند، قانون انتظامی مقرر 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} 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.

۶۹. در فرانسه 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.

70. Lois de police d'application immédiate

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.



قلمرو قانون حاکم بر قرارداد

۴۸. ماده ۱۰ کنوانسیون یک متن کلی است که بصورت فهرست وار تعدادی مسأله را 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 راه‌حلهای کنونی فرانسه در باب شکل اسناد را بطور محسوس اصلاح می‌کند، اما نسبت به سایر مسائل، در مجموع راه‌حلهای به دست آمده را تثبیت می‌کند، لیکن متضمن خلاءهایی هم هست.

الف - شرایط انعقاد قرارداد

۱ - قواعد ماهوی

الف - اعتبار از حیث 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». بنابراین برای شرایط مربوط به صحت قرارداد عامل ارتباط مخصوص وجود ندارد. همان قانون قرارداد که بوسیله مواد ۳ تا ۶ تعیین

می شود قابل اجرا است و در صورت اقتضا قرارداد را باطل اعلام می دارد.^{۷۱}

ماده ۸ از دو جهت دارای برد و حد شمول کلی است. از یک سو، نه تنها شامل قرارداد اصلی می شود، بلکه شامل هریک 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 شده اند و یا تصمیم نسبت به مجاز بودن بندها. براساس همین فکر ماده ۸ تنها در مورد آنچه به وجود و اعتبار رضا مربوط می شود، نسبت به قرارداد انتخاب قانون حاکم نیز اجرا می گردد.

از سوی دیگر ماده ۸ شامل کلیه شرایط صحت می شود، 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 حقوق فرانسه) اجرا می شود، ولی در مورد اهلیت اجرا نمی گردد.

۵۰. مع ذلک در مورد مسأله خاص مربوط به رضا، پاراگراف ۲ ماده ۸، قاعده حل تعارض خاصی را مقرر می دارد. این ماده به یک طرف قرارداد برای اثبات اینکه راضی به انعقاد قرارداد نبوده است، اجازه می دهد 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 می گردد که اثر سکوت یک طرف نسبت به ایجاب قرارداد یا یک یا چند شرط آن بررسی می شود؛ مثلاً در مورد شرایط کلی منضم به نامه تأییدیه یک 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 ماده ۸). چنانچه بموجب قانون مزبور، قرارداد منعقد نشده باشد (یا شرط مورد

۷۱. بنابراین کنوانسیون این احتمال را می پذیرد که قرارداد در اجرای قانون منتخب طرفین باطل اعلام شود، بدون توجه به انتقاد خلاف منطبق بودن که از سوی برخی مؤلفین مطرح شده است. رجوع شود به V. Heuzé اثر یاد شده، زیرنویس ۳۷ ص ۱۳۹ و بعد.

72. Comportement

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 نمی توانسته باشد.

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

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 قراردادی است که طرف دیگرش مجبور می باشد. چنانچه قرارداد بین اشخاص حاضر در کشوری منعقد شود، علی الاصول یکی از آنها نمی تواند در مقابل طرف قرارداد به عدم اهلیت خود ناشی از قانونی که بموجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه در مورد اهلیت قابل اجراست، استناد نماید؛ البته مشروط براینکه بموجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل محسوب شود. طرف قرارداد نمی تواند به عدم اهلیت خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید در موقع انعقاد قرارداد، طرف دیگر از عدم اهلیت او آگاه بوده و یا بی اطلاعی طرف دیگر قرارداد از عدم اهلیت، به علت بی احتیاطی خود وی بوده است.

این قاعده که راه حل ناشی از رأی معروف Lizardi را دوجانبه می کند، با

مقوله حکم به ظاهر^{۷۳} قابل توجیه است؛ زیرا طرف قرارداد شخص محجور بطور مشروع می‌توانسته به اجرای قانون محل 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 عندالاقضاء بطلان ناشی از این نقض نیز صلاحیت دارد، خواه شرط ماهوی باشد (قانون حاکم بر قرارداد، قانون انتظامی دولت مقرر دادگاه 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 ۵ 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 قرارداد بین طرفین باید انجام شود، اندیشیده‌اند، بجای اینکه این اعاده وضع سابق را تابع قانون حاکم بر دارا شدن بدون جهت^{۷۵} یا ایفای ناروا^{۷۶} بدانند. به نظر رسیده است که اگر این مسأله را مضمون قانون قرارداد تلقی کنند راحتتر است. به همین دلایل می‌توان حتی مسؤولیت خارج از قرارداد ناشی از بطلان را مضمون قانون حاکم بر قرارداد دانست.

در مقابل، به نظر نمی‌رسد که پاراگراف اول ۵ ماده ۱۰ در مورد دامنه بطلان اجرا شود. اینکه مثلاً یک شرط غیرمشروع فقط بمنزله آن است که نوشته نشده باشد یا [اینکه وجود چنین شرطی در قرارداد] موجب بطلان کل قرارداد است،^{۷۷} به

73. La notion d'apparence

۷۴. ماده ۲۲ به دولتهای امضاکننده کنوانسیون اجازه می‌دهد که پاراگراف اول ۵ ماده ۱۰ را اجرا نکنند و انگلستان این حق را برای خود محفوظ داشته است.

75. Enrichissement sans cause.

76. Paiement de l'indû

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

قانونی که شرط نقض شده را مقرر داشته، مربوط می‌شود و این قانون ممکن است که با قانون قرارداد فرق داشته باشد. همین‌طور، 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 نسبت به گذشته معتبر اعلام نماید، نه قانون قرارداد.

۲- قواعد شکلی

الف- قواعد شکلی

۵۳. در باب شکل اسناد^{۷۸} کنوانسیون به رویه قضایی بسیار سخت‌گیر دیوان کشور [فرانسه] پایان داده است. رویه قضایی، شکل اسناد را تابع قانون محل تنظیم قرارداد می‌دانست، مگر اینکه اراده طرفین حاکی از آن می‌بود که شکل قرارداد را تابع قانون حاکم بر ماهیت آن یا قانون ملی شان قرار داده‌اند.

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

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

۷۸. کنوانسیون مفهوم شکل یا صورت ظاهر را تعریف نکرده است. ونسان دلاپورت شکل را تعریف می‌کند: « هر رفتار خارجی که بر عامل ابراز اراده حقوقی تحمیل شود و بدون آن رفتار، این ابراز اراده از جمیع جهات نمی‌تواند مؤثر واقع شود.»

قرارداد، چنانچه منطبق با شرایط مورد نظر قانون ماهوی یا قانون یکی از کشورهای باشد که متعاملین در آنجا حضور دارند، معتبر است.

راه حل تخییری در مورد اعمال حقوقی یک جانبه مربوط به یک قرارداد منعقد شده یا در حال انعقاد مانند ایجاب، قبول، وعده فروش، فسخ، ابراء، اعلام فسخ 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 می کند که وجود شکل مکتوب را در مورد شرط عدم رقابت لازم می داند. به این مورد می توان کشورهای دارای اقتصاد برنامه ریزی شده را اضافه کرد که لازم می دانند قراردادهای فروش کتباً منعقد گردیده یا وجودشان محرز شود.^{۷۹}

ب. قواعد اختصاصی

۵۴. شکل قراردادهای مصرف که داخل در قلمرو اجرای ماده ۵ می باشد، تابع قانون محل سکونت معمولی مصرف کننده است (پاراگراف ۵ ماده ۹) و طرفین قرارداد نمی توانند مانع اجرای قواعد حمایت کننده 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 مصرف کننده تسلیم می شود، شامل برگه ای جدا شدنی است با فرمول فسخ.

شکل قراردادهایی که موضوع آن حق عینی غیر منقول یا حق استفاده از یک مال غیر منقول می باشد، 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

۷۹. درباره 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 بین المللی کالا.

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 می نماید.

۳. قواعد مربوط به ادله

۵۵. اصولاً مسائل مربوط به دلیل از قلمرو کنوانسیون خارج است، مع هذا کنوانسیون بوسیله دو قاعده که به راه‌حلهای سابق لطمه نمی زنند، از یک 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 می کند یا مقرر می دارد که اقامه دلیل بر عهده کیست» اجرا می شود (پاراگراف اول ماده ۱۴). چنین قواعدی^{۸۰} در حقیقت قواعد ماهوی اند نه قواعد مربوط به آیین دادرسی. لیکن پاراگراف اول ماده ۱۴ مثلاً نسبت به قاعده ای که فرض می کند ادعاهای خواهان با عدم حضور خوانده مواجه تلقی می شوند، اجرا نمی گردد؛ زیرا چنین قاعده ای مخصوصاً در زمینه تعهدات قراردادی مدلل نشده است.

راجع به نکته دوم، پاراگراف ۲ ماده ۱۴ اشعار می دارد: «اعمال حقوقی را با هرگونه دلیل مورد قبول قانون مقرر دادگاه یا یکی از قوانین منظور در ماده ۹ که بموجب آن عمل حقوقی از نظر شکلی معتبر باشد، می توان 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 می تواند حسب مورد مثلاً مانع اثبات [دعوی] بوسیله سوگند یا شهادت بر مبنای شایعات باشد^{۸۲} یا

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

81. Mode de preuve

82. Commune renommée

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 می شمارد که در قلمرو قانونحاکم بر قرارداد جای داده شده اند، همان طور که مثلاً در حقوق فرانسه هم پذیرفته گردیده اند.

چنین است در وهله اول تفسیر قرارداد (پاراگراف ۱- الف ماده ۱۰)^{۸۲} و اجرای تعهدات ناشی از قرارداد.^{۸۳} قاعده ای خاص تصریح می کند 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 می گویند که [منظور از این مفهوم] جزئیات تفصیلی اجرا در مقابل مسائل مربوط به اساس تعهد است. گزارش، مقررات مربوط به روزهای تعطیل را بیان می کند و گاهی امکان اخذ مهلت ارفاقی به نفع متعهد و نیز مقررات مربوط به پول پرداختنی را به آن اضافه می کنند.

«تدابیر متخذه توسط متعهدله در صورت عدم اجرای قرارداد» عبارتند از: بررسی کالا و تسلیم اعتراض ظرف مدتی پس از تحویل. بعید است که عبارت مذکور مطالبه رسمی^{۸۴} را نیز شامل گردد.

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

عبارت [این ماده] اسباب معافیت متعهد مانند قوه قاهره، عقیم شدن

۸۳. اثر واقعی راه حل وقتی ظاهر می شود 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 تمهیدش را اجرا کرده، طرفی که خطرات قرارداد بر عهده او است، امکان اجرای قرارداد توسط شخص ثالث، مسؤلیت ناشی از عمل زبردستان در اجرای قرارداد و غیره مشمول قانون قرارداد می شوند.

85. Mise en demeure

قرارداد^{۸۵}، 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». بنابراین حتی اگر قانون قرارداد اجرای قهری [قرارداد] را پیش بینی 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. 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 - ماده ۱۰ [کنوانسیون] اسباب مختلف سقوط تعهدات همچنین مرور زمانها و موارد سقوط حق^{۸۶} را که مبتنی بر انقضای مدتی است، تابع قانون قرارداد می‌داند. این راه حل منطبق با راه حلی است که به هر حال در فرانسه، راجع به مرور زمان مرجع شناخته شده است.^{۸۸}

کنوانسیون در مورد تهاتر^{۸۹} نیز، چنانچه دو طلب مورد تهاتر ناشی از یک

86. Frustration

87. Déchéances

۸۸. رجوع شود به هائری باتیفول و پیل لاگارد، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، ش ۶۱۵ و فرانس‌ها.

89. Compensation

قانون باشد، اجرا می‌شود. ولی در مورد دو طلبی که مشمول قوانین مختلفی باشند، راه‌حلی ارائه نمی‌دهد. قاعده حقوق فرانسه که قوانین حاکم بر طلبهای متقابل را توأمأ اجرا می‌کند، در فرانسه کماکان اجرا خواهد شد و حال اینکه دادگاههای آلمان نهایتاً را مشمول قانون طلبی قرار خواهند داد که در مقابل آن به نهایتاً استناد شده است؛ زیرا که این راه‌حل مساعد به حال طلبکاری است که بدون دریافت وجهی طلب خود را از دست می‌دهد.

د- انتقال تعهدات

۱- انتقال طلب^{۹۰}

۵۹. ماده ۱۲ کنوانسیون راه‌حلهایی را که در فرانسه پذیرفته شده، اتخاذ کرده است. "تعهدات فی مابین 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، علی‌الاصول قانون محل سکونت معمولی انتقال دهنده اجرا می‌شود؛ زیرا معمولاً ایفای تعهد شاخص بر عهده او است.

قابل انتقال بودن طلب، روابط بین انتقال گیرنده و بدهکار، شرایط قابل استناد بودن انتقال نسبت به بدهکار و خصیصه ابراً 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 به‌جا است بدهکار - که در رابطه با انتقال، شخص ثالث تلقی شده و فقط از قانون طلب انتقال داده شده اطلاع دارد - بر اثر اوضاع و احوال ناشی از شمول قانون دیگر متضرر نشود.

برخلاف متن پیش‌طرح، ماده ۱۲ مسأله قابل استناد بودن انتقال را نسبت به اشخاص ثالث حل نمی‌کند؛ یعنی بطور مشخص نسبت به سایر انتقال گیرندگان

90. Cession de créance

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

طلب یا در اکثر حالات نسبت به طلبکاران انتقال دهنده ای که طلب بدهکارشان را توقیف کرده اند. بنابراین 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 می ماند. 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 می سازد.

۲- جانشینی (قائم مقامی)^{۹۲}

۶۰. برای تعیین قانون حاکم بر جانشینی در باب قراردادهای، 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 قائم 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 خواهد بود، همان گونه که قانون طلب انتقال داده شده نسبت به حقوق منتقل الیه در مقابل بدهکار واگذار شده (انتقال داده شده) اجرا می شود.

موردی که ماده ۱۳ آن را حل نکرده، موردی است که شخص ثالث بی آنکه

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

تعهد پرداخت کرده باشد، بدهی 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.^{۹۳} 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

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^{۹۴} را حفظ می‌کند (ماده ۲)؛ بدین معنی که هرگونه 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،

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.

95. Droit Communautaire

نفی نمی‌کند. چنانچه کنوانسیونهای لاهه مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قانون حاکم بر قراردادهای راجع به واسطه‌ها و نمایندگی و مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به بیع، لازم الاجرا شوند، با اولویت نسبت به کنوانسیون رم اجرا خواهند شد. مع ذلک، بمنظور جلوگیری از اینکه هماهنگی ایجاد شده بوسیله کنوانسیون بر اثر انعقاد کنوانسیونهای جدید یا وضع یک جانبه قواعد حل تعارض خاص در زمینه قراردادهای توسط یک دولت عضو مورد تهدید واقع شود، کنوانسیون آیین مشورتی مقدماتی بین دولتهای امضا کننده را پیش بینی 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 درباره کنوانسیون، مسلم نبود که دولتهای امضا کننده در مورد اعطای صلاحیت تفسیر (کنوانسیون) به دیوان دادگستری جوامع اروپا به توافق برسند.^{۹۶}

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 الشکل فوق به جنبه بین المللی 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 درخواست 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

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

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

لازم الاجرا شده است؛ و وقتی که پروتکل دوم - که به اعطای صلاحیت تفسیر به دیوان دادگستری [جوامع اروپا] تحت شرایط مندرج در پروتکل اول بسنده می‌کند - به نوبه خود توسط دوازده کشور عضو جامعه اقتصادی اروپا به تصویب رسیده باشد.

● نتیجه

۶۳. کنوانسیون رم که در جامعه اقتصادی اروپا معمولاً حسن استقبال یافته، گاهی مورد قضاوت‌های محتاطانه بدبینانه و حتی گزنده هم قرار گرفته است. کنوانسیون رم که در نظر بعضی «به سختی قابل اجراست» و در نظر بعضی دیگر «تلاشی بی فایده» است، همچون «انبان فاسد ثنوریهای هرکس» مورد قضاوت قرار گرفته که بخصوص «نیاز آشکار به جلب رضایت دسته‌های متخصصین تعارض قوانین در اروپا» بیانگر آن است.^{۹۸} کنوانسیون حتی 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 قراردادهای 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 کانون وحدت بین المللی گسترده تری راجع به حل تعارض قوانین در زمینه قراردادهای عرض اندام کند.

۹۸. منظور آن است که در تدوین کنوانسیون رم نظرات مختلف متخصصان تعارض قوانین کشورهای مختلف اروپایی در مسائل حقوقی مورد توجه قرار گرفته و بدین سان کنوانسیون رم به صورت مخلوطی از نظرات گوناگون است. (مترجم)



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی