

حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در

مقررات متحدالشکل روم دو و حقوق ایران

نجادعلی الماسی^۱، مجید میرحسینی^{۲*}

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری پردیس قم دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۸۹/۲/۱۲؛ تاریخ تصویب: ۸۹/۵/۲۴)

چکیده

احترام به اراده طرفین دعوی مسئولیت مدنی، در انتخاب قانون حاکم بر الزامات خارج از قرارداد، هنگامی که در این موضوع یک یا چند عنصر خارجی دخالت دارد، از جدیدترین ابتکارات حقوق اروپایی در زمینه تعارض قوانین (موسوم به مقررات روم دو) و زمینه ساز دستیابی همزمان و متعادل، به دو مصلحت متعارض یعنی «قطعیت» و «انعطاف» و هماهنگ با آخرین نظریات مطرح در فلسفه مسئولیت مدنی است که توجیهات اقتصادی متعددی نیز، پذیرش این اصل را در راستای دستیابی به کارآمدی اقتصادی، حتی در توافقات قبل از وقوع حادثه زیان بار، تأیید می کند. در حقوق ایران نیز، می توان با استنباط از برخی اصول و میانی و تنقیح ملاک، از برخی مواد قانون مدنی، دیدگاه مذکور را به صورت محدود و تحت شرایطی پذیرا شد و از نتایج حاصل از آن جهت پرکردن خلأ قانونی موجود، بهره جست.

واژگان کلیدی:

روم دو، حاکمیت اراده، قانون حاکم، تعارض قوانین، مسئولیت مدنی.

مقدمه

منظور از حاکمیت اراده در تعارض قوانین^۱، آزادی طرفین، در تعیین قانون حاکم بر رابطه‌ی میان خود و حل اختلاف^۲ بوسیله‌ی دادگاه‌ها، بر اساس قانون منتخب است. این‌که، طرفین قادر باشند قانون صلاحیت‌دار را از پیش یا در خلال دعوا تعیین کنند، در حقوق قراردادهای دارای قدمتی به درازای عمر حقوق بین‌الملل است. (جوینگر^۳، ۱۹۹۳، ص ۸). اما در مسئولیت مدنی، تفاوت در منشأ الزامات و ارتباط نزدیک‌تر آن با نظم عمومی و حاکمیت دولت‌ها، باعث شده که بطور سنتی در پذیرش حاکمیت اراده و آزادی طرفین در حل تعارض با تردیدهایی مواجه شود. بویژه آن‌که معمولاً در دعوی مسئولیت مدنی، طرفین قبل از وقوع شبه‌جرم با یکدیگر بیگانه بوده و تنها، به صورت اتفاقی، سرنوشت آن‌ها به هم گره خورده است. بنابراین هر گونه توافقی قبل از این مرحله، غیرمحمتمل است و بعد از وقوع سانحه زیان‌بار نیز، تفاوت‌های موجود در سیستم‌های حقوقی مختلف در هر مورد بنفع یک طرف و به زیان طرف دیگر است که این تعارض در منافع، احتمال تراضی بر قانون واحد را کاهش می‌دهد. علاوه بر این، حتی اگر دو طرف قبل از وقوع زیان نیز، با یکدیگر رابطه قراردادی داشته باشند، قانون حاکم بر این رابطه به علت وجود مکانیزم «رابطه فرعی»^۴ بعنوان روشی جای‌گزین، در حل تعارضات^۵ بر الزامات قهری ناشی از آن حکومت می‌یابد و به همین دلیل، توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ضمانات قهری ناشی از این ارتباط، خود به خود به امری زائد تبدیل می‌گردد (گرازینو^۶، ۲۰۰۹، ص ۱۱۴). این دلایل باعث شد که تنها از دهه هفتاد میلادی، آن هم در معدودی از قوانین کشورهای اروپایی، مانند سوئیس، آلمان و بلژیک، این حاکمیت به صورت محدود و فقط بعد از وقوع حادثه زیان‌بار، پذیرفته شده و در سایر قوانین از جمله قوانین بین‌الملل خصوصی انگلیس^۷ هیچ اشاره‌ای به این اصل نشود. در حقوق فرانسه نیز، اساساً

1. Autonomie de la volonte/ party autonomy
2. loi d' autonomie
3. Juneger
4. Accessory connection
5. Alternative reference
6. Grazino
7. Miscellaneous provisions

قاعده‌ای در خصوص تعیین قانون حاکم بر الزامات خارج از قرارداد وضع نشده و رویه قضایی با تمایل به پذیرش صلاحیت قانون محل وقوع فعل زیان‌بار، مانند رویه قضایی حاکم در انگلیس به امکان چنین انتخابی به دیده تردید و تا حدودی انکار می‌نگرد (کارودر و کرافورد^۱، ۲۰۰۵، صص ۸۷-۸۲) اما با تصویب مقررات روم دو، توسط پارلمان اروپا و لازم‌الاجرا شدن آن از ابتدای سال ۲۰۰۹ میلادی، فصل نوینی در صحنه‌ی حل تعارضات گشوده شد. روم دو که جدیدترین تلاش اروپایی برای ایجاد فدرالیسم حقوقی و یکسان‌سازی مقررات داخلی کشورها در زمینه‌ی حقوق بین‌الملل خصوصی است، بر اساس ماده‌ی ۸۹ معاهده اروپا، جزئی از منابع ثانویه‌ی حقوق اتحادیه اروپا تلقی شده و با توجه به قابلیت اجرایی عام و مستقیم آن و هم‌چنین الزام‌آوردن، نسبت به همه کشورهای عضو هم اکنون به صورت یک‌پارچه قواعد متحدالشکلی در راستای تعیین قانون حاکم بر الزامات خارج از قرارداد، مقرر نموده و در قلمرو خود بر مقررات داخلی تمام کشورهای عضو، مقدم است.

روم دو که برخی آن را تداوم سنت‌ها (کرامر^۲، ۲۰۰۸، ص ۴۷) و برخی دیگر انقلابی در حل تعارضات می‌نامند، (کوژی‌رس^۳، ۲۰۰۸، ص ۴۷۱) می‌بایست ضلع سوم مثلثی دانست که اضلاع دیگر آن، سابقاً به موجب کنوانسیون روم یک (در مورد تعیین قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی) و کنوانسیون بروکسل (در مورد صلاحیت‌های قضایی و شناسایی و اجرای احکام خارجی) فراهم آمده بود.

در ماده ۱۴ این قانون علاوه بر شناسایی حاکمیت قانون محل وقوع زیان^۴ به منزله قاعده کلی حل تعارض، به طرفین اجازه داده می‌شود که قبل یا بعد از وقوع حادثه منتهی به ضرر نیز، تحت شرایطی با عدول از این قاعده در مورد قانون حاکم توافق کنند.

این مقاله در صدد است ضمن بیان اهداف و مبانی مورد نظر، در پذیرش حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل اعمال در الزامات خارج از قرارداد، حدود و شرایط آن را در روم دو بررسی کرده و سپس موضوع را در حقوق ایران نیز، مورد توجه مختصر قرار دهد.

1. Carruthers and Crawford
 2. Kramer
 3. Kozyris
 4. lex loci damni

شیوه‌های توافق بر قانون حاکم و مبانی آن:

شیوه‌ها

به طور کلی امکان توافق زیان‌دیده و عامل زیان، در مورد قانون حاکم بر الزامات خارج از قرارداد، به دو صورت قابل تصور است: نخست این‌که طرفین دعوا قبل از وقوع واقعه زیان‌بار، با یکدیگر دارای مراودات تجاری و قراردادی باشند و به همین دلیل هم ترجیح دهند جهت تثبیت موقعیت خویش در آینده و مصون‌ماندن از توصیفات متفاوت دادگاه‌ها و هم‌چنین حصول اطمینان از حاکمیت قانون واحد بر تمامی اختلافات احتمالی، اعم از قهری و یا قراردادی، در قرارداد اصلی خود، شرطی را درج کنند که براساس آن تمامی اختلافات ممکن‌الوقوع، اعم از این‌که منشأ آن نقض عهد و یا ضمانات قهری باشد بموجب قانون منتخب آن‌ها حل و فصل گردد. در این صورت حتی اگر دادگاه دعوی طرفین را غیرمرتبط با قرارداد توصیف کند، باز هم به موجب این شرط، مکلف به اعمال قانون مورد توافق است. دوم این‌که؛ ممکن است، دو طرف بر سر حاکمیت قانون مورد نظر آن‌ها، بعد از حادثه قهری زیان‌بار، توافق کنند. به این معنا که پیش از وقوع واقعه حقوقی، زیان‌دیده با عامل زیان رابطه قراردادی نداشته و یا در صورت رابطه، قانونی میان آن دو برای حل و فصل اختلافات آتی، تعیین نگردیده باشد. در این صورت نیز، ممکن است ترجیح دهند بعد از حدوث واقعه زیان‌بار به جای مراجعه به دادگاه و سپردن فرآیند حل تعارض به قاضی و در نتیجه مواجه شدن با قوانین ناآشنا و یا خارج از پیش‌بینی‌های معمول و یا احاله به قواعد حل تعارض کشوری دیگر، خود قبل و یا حین طرح دعوا بر سر میز مذاکره نشسته و قانونی را به عنوان قانون صلاحیت‌دار برگزینند که با شرایط آن‌ها انطباق و نتایج قابل پیش‌بینی در پی دارد. این انتخاب برای هر دو طرف دارای مزایایی است: عامل زیان، مطمئن می‌شود که در پایان دعوا و بموجب مقررات مسئولیت مدنی در قانون مورد توافق، حد معمول و مشخصی از خسارات را باید جبران کند ولی در عوض از خطر مواجهه با قانونی غیرقابل پیش‌بینی و سخت‌گیرانه‌تر مصونیت می‌یابد. در مقابل، زیان‌دیده نیز، می‌تواند به اصل قابل جبران بودن خسارات وارده و ترمیم نسبی آن‌ها اطمینان حاصل کند، بدون آن‌که همواره، واهمه رویارویی با یک علت موجهه و یا عامل رافع مسئولیت در قانونی که دارای صلاحیت ابتدایی است، او را بیازارد.

مبانی

توازن بین اصل قاطعیت و انعطاف‌پذیری

تعارض قوانین از دیرباز، محل تعارض دو اصل انعطاف^۱ و قاطعیت^۲ نتایج حقوقی است. از یک سو، صاحب‌نظران بر لزوم احترام به مقتضیات عدالت و انصاف و دوری از تحلیل‌های جزمی و قواعد خشک و خشن در حل تعارضات و در نظرگرفتن شرایط خاص هر دعوا به هنگام تعیین قانون صلاحیت‌دار تاکید می‌کنند و از سوی دیگر، استبداد قضایی و ایجاد نوعی بی‌انضباطی از آفات قطعی قاعده‌گزینی است. آفتی که حقوق آمریکا، از نیم قرن پیش به دنبال دست‌کشیدن از قواعد سنتی مذکور در بیانیه اول مؤسسه حقوق آمریکا^۳ و گرویدن به رویکردهای نتیجه‌گرا و تحلیل‌محور در بیانیه دوم و جایگزینی استانداردها به جای قواعد و منافع به جای عینیات به آن گرفتار شده (رد^۴، ۲۰۰۱، ۸۷۹) و با وجود همه‌ی تلاش‌ها برای استخراج رویه‌های قابل‌پیش‌بینی (رابرت و سدلر^۵، ۲۰۰۸، ص ۶۳۰) در رهایی از آن نیز، تاکنون ناکام مانده، به گونه‌ای که غالب حقوق‌دانان از ضرورت تصویب بیانیه‌ی سوم و بازگشت به گذشته و قاعده‌مندی سخن می‌گویند (سیمونز^۶، ۲۰۰۹، ص ۲). تعارض قوانین، صحنه‌ی درگیری دائم میان این دو مصلحت متزاحم است و احترام به اراده‌ی دو طرف، تنها عرصه‌ای است که این دو رقیب دیرینه، در کنار هم قرار گرفته و ضمن ایجاد نتایج قابل‌پیش‌بینی و شفاف، قانونی را بر دعوا حاکم خواهد کرد که به تشخیص طرفین از بیش‌ترین تناسب و سازگاری با شرایط خاص آن‌ها نیز، برخوردار است. تناسبی که می‌توان آن را یادآور قاعده حاکمیت قانون مناسب بر دعوای مسئولیت مدنی، اما این بار با معیارهای ذهنی دانست؛ چنان‌که برخی از نویسندگان از قانون مناسب ذهنی^۷، به عنوان یک تئوری در حل تعارضات یاد کرده‌اند (مان^۸، ۱۹۵۰، ص ۶۰).

1. Flexibility
2. Cetainty
3. The first restatement of law
4. Reed
5. Robert A. & Sedler
6. Symeonides
7. Subjective proper law
8. Mann

هم‌خوانی با فلسفه مسئولیت مدنی

در حوزه‌هایی که طرفین می‌توانند حقوق و تکالیف خویش را آزادانه تعیین کرده و موضوعات مطرح از وابستگی کم‌تری با نظم عمومی و یا منافع اشخاص ثالث برخوردار است، احترام به استقلال اراده‌ی دو طرف دعوی مسئولیت مدنی، مقتضی پذیرش حاکمیت اراده‌ی آن‌ها در حل تعارضات احتمالی در صحنه بین‌المللی است. لیبرالسم کلاسیک از حقوق داخلی به حقوق بین‌الملل راه‌یافته و در مقابل، پوزیتویسم حقوقی که مدعی تفوق و حاکمیت انحصاری حکومت‌هاست، صف‌آرایی می‌کند. براین اساس، به همان دلیلی که آزادی طرفین در تعیین قانون حاکم بر نسب، زوجیت، فرزندخواندگی و غیره محدود می‌گردد، به همان دلیل، در دسته‌های دیگر مانند مسئولیت مدنی، قابل احترام است؛ چه در الزامات خارج از قرارداد، فارغ از تحلیل‌های صورت‌گرایان و علی‌رغم پذیرش کثرت‌گرایی نسبی در مبانی، به تدریج اندیشه جبران خسارت بویژه بعد از وقوع زیان، جای‌گزین اندیشه مسئولیت شده و نگاه حقوق خصوصی بر آن غلبه‌یافته است. به گونه‌ای که در مورد زیان‌دیده، هدفی جز بازگشت منافع و حقوق از دست‌رفته او مورد توجه قرار نمی‌گیرد. از همین رو، مسلم است که او بتواند بر سر این حقوق و قانون حاکم بر جبران آن با عامل زیان معامله نماید. در حالی که در حقوق خانواده و مسایل مرتبط با آن، منافع جامعه و حیات اجتماعی با استحکام روابط زوجین و فرزندان‌شان، گره خورده و به همین دلیل نیز، هیچ دولتی نمی‌تواند نسبت به حاکمیت قانون کشور دیگر، با بافت فرهنگی و ارزشی مغایر، در مورد اختلافات خانوادگی، به صرف خواست مشترک طرفین، موافقت نماید. کشورها در این زمینه، سیاست‌ها و تدابیر ویژه‌ای دارند که در قالب قواعد حل تعارض خود گنجانیده و تخطی از این قواعد را مغایر با این مبانی می‌شناسند. به طور مثال، آمرانه بودن ضابطه مربوط به ریاست شوهر بر خانواده در حقوق ماهوی، زمینه‌ساز قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۹۶۴ و ۹۶۳ قانون مدنی، گردیده است.

هماهنگی با رویکرد ابزارگرایی در حقوق

رویکرد ابزارگرایی^۱ به تدریج و بویژه در نیم قرن گذشته، در قواعد حل تعارض اکثر کشورها اثر گذاشته و اصل نانوشته‌ای را خلق نموده که می‌توان، از آن به عنوان اصل تعیین

1. Instrumentalism

کارکردی^۱ قانون صلاحیت‌دار یاد نمود (دی بوئر^۲، ۲۰۰۷، ص ۲۱). براین اساس، عدالت ماهوی^۳ در فرایند حل تعارضات، جای‌گزین عدالت تعارضی^۴ شده و قانون‌گذاران درصددند به جای کشف مرکز ثقل دعوای مسئولیت، به لحاظ جغرافیایی و قانون نزدیک‌تر به آن با معیارهای عینی، قانونی را برگزینند که با سیاست‌های اقتصادی و یا اجتماعی آن‌ها هماهنگی بیش‌تری دارند (سیمونز، ۲۰۰۱، ص ۱۰). در دسته مسئولیت مدنی نیز، کارکردهای اقتصادی متعددی، تعیینات شخصی طرفین را بر تعیینات قانونی، مقدم می‌سازد. دستیابی به سودمندی و کارایی اقتصادی در مدل مطرح‌شده بوسیله ادلر / هیکس^۵ جز در سایه کاهش هزینه‌ها، امکان‌پذیر نیست و تعیین قانون حاکم به وسیله طرفین، وسیله مؤثری برای کاهش هزینه‌های سه‌گانه‌ای است که به طور معمول در جریان یک دعوای مسئولیت، بروز می‌کند. زیرا، در مورد هزینه‌های اصلی (هزینه‌هایی که به زیان‌دیده در اثر تصادف تحمیل شده و یا هزینه‌هایی که عامل زیان به منظور پیش‌گیری و انجام مراقبت، مجبور به تحمل آن‌هاست) تعیین قانون حاکم، انگیزه‌های رفتاری درستی در اختیار طرفین قرار داده و آن‌ها می‌توانند عملکرد خود را بر اساس میزان و سطح احتیاط مورد نیاز در قانون منتخب، انطباق داده و بویژه فعالین اقتصادی قادر خواهند بود با ارزیابی دقیق هزینه‌های ناشی از مراقبت و مقایسه آن با هزینه‌های ناشی از مسئولیت، دست به انتخاب زده، الگوی کم‌هزینه‌تر را برگزینند. در مورد هزینه‌های ثانوی (ناشی از بیمه مسئولیت) نیز، مشخص‌بودن قانون حاکم و میزان مسئولیت احتمالی، مانع از پرداخت حق بیمه اضافی می‌گردد و در نهایت، در خصوص هزینه‌های دسته سوم (ناشی از رسیدگی قضایی) تعیین قانون حاکم، از طرح بسیاری از دعاوی واهی، جلوگیری نموده و هزینه‌های ناشی از نامشخص‌بودن قانون قابل‌اعمال و یا توصیف و یا تجزیه، دعوای کاهش خواهد داد. (میشایل^۶، ۲۰۰۵، ص ۱۲).

شرایط و حدود حاکمیت اراده در روم دو

آزادی طرفین دعوای مسئولیت در انتخاب قانون صلاحیت‌دار، مطلق نیست بلکه اصل

1. Principle of functional allocation
2. De boer
3. Material Justice
4. Conflict Justice
5. Kodler/Hicks
6. Michaels

حاکمیت اراده در مقررات روم دو، مقید به شرایط و محدود به حدودی مشخص است.

شرایط

در حقوق امریکا، سکوت بیانیه‌ی دوم مؤسسه حقوق و معدود قوانین موجود در خصوص حاکمیت اراده در حل تعارضات غیرقراردادی، باعث شده که در مورد امکان و یا شرایط این قبیل توافقات بویژه قبل از وقوع فعل زیان‌بار، تشتت فراوانی را در میان آرای‌داده‌ها شاهد باشیم (هیلتون^۱، ۲۰۰۶، ص ۱۰). غالب محاکم، با تمرکز بر روش‌های تفسیر، تنها شرط این قبیل توافقات را دلالت صریح الفاظ قرارداد بر شمول آن، نسبت به کلیه‌ی اختلافات ممکن‌الوقوع از جمله الزامات قهری دانسته و در مسیر کشف این اراده، نهایت سخت‌گیری را اعمال می‌نمایند (سیمونز، ۲۰۰۳، ص ۶۷). سخت‌گیری‌ای که می‌توان آن را واکنش طبیعی دادگاه‌ها به فقدان طرز عمل مشخص و شرایط ویژه برای حفظ حقوق اشخاص ثالث در این قبیل توافقات و در عمل باعث تضییق بیش از حد استقلال اراده در الزامات خارج از قرارداد دانست (سیمونز^۲، ۲۰۱۰، ص ۵۴۵). این تجربه تاریخی، اروپاییان را بر آن داشت که در ماده‌ی ۱۴ روم دو شرایطی را برای استقلال اراده وضع کنند.

وجود قرارداد معتبر میان طرفین

آن چه مسلم است تراضی طرفین، بر سر اعمال قانون حاکم بر دعوی مسئولیت مدنی، قراردادی است که به مثابه‌ی دیگر قراردادها، تشکیل، آثار و انحلال آن تابع قانون مشخصی خواهد بود که تعیین آن، امری مستقل از قانون مورد توافق طرفین است. بویژه در توافقات قبل از وقوع زیان، استقلال اراده به طور معمول در قالب شرطی ظاهر می‌شود که خود جزیی از یک قرارداد بزرگتر است. در مورد نحوه‌ی تعیین این قانون در اروپا، دو نظر در میان نویسندگان حقوقی، مطرح شده که ضمن بررسی هر یک به بیان نظر خویش در قالب راه حل سوم می‌پردازیم:

۱. نظریه نخست، معتقد به اعتبار قرارداد تعیین قانون حاکم، مطابق با اصول مشترک حقوقی است و طرفداران آن معتقدند اعمال قانون ماهوی صلاحیت‌دار بر اساس قواعد حل تعارض جاری در مقر دادگاه در عمل، نتیجه‌ای جز تشتت آراء و انعکاس اختلافات موجود در حقوق

1. Hylton
2. Symeonides

داخلی کشورها، در عرصه بین‌المللی و رشته‌نمودن تمام بافته‌های روم دو ندارد. اما ناگفته پیداست قرارداد به عنوان یک عمل حقوقی در خلأ شکل نمی‌گیرد و اتکا آن به یک رژیم حقوقی، امری اجتناب‌ناپذیر است. از این رو، طرفداران این نظر معتقدند برگزیدن اصول مشترک حقوقی در قالب حقوق اتحادیه اروپا، به عنوان مجموعه‌ای مستقل و بستر ساز برای این قبیل توافقات، گره‌گشااست (میشایل، ۲۰۰۸، ص ۱۹۷). در نقد این نظر، می‌توان گفت از یک سو با تصویب کنوانسیون روم یک در پارلمان اروپا و لازم‌الاجرا شدن آن در تمام کشورهای عضو از سال ۲۰۰۸ میلادی، هم اکنون قواعد حل تعارض مربوط به قراردادها بصورت یکپارچه در تمامی کشورهای اروپایی به اجرا در آمده و از تشتت سابق کاسته شده و از سوی دیگر، در حقوق اروپایی علی‌رغم تمام تلاش‌های صورت گرفته و ایجاد مجموعه‌هایی چون اصول اروپایی حقوق قراردادها^۱ و یا DCFR، همچنان مقررات ماهوی متحدالشکلی در مورد قراردادها بوجود نیامده و مجموعه‌های مذکور در مراجع، قضاوتی الزامی در پی ندارند. (استون^۲، ۲۰۰۶، ص ۳۳۰)

نظریه دیگر، که برگرفته از رویه دیوان دادگستری اروپا^۳ در تفسیر ماده‌ی ۱۷ کنوانسیون بروکسل است. به موجب این ماده، طرفین در انتخاب مرجع قضایی صالح برای رسیدگی به اختلاف خود آزادند. در اعمال این ضابطه نیز، مباحث سابق از حیث قانون حاکم بر این قبیل توافقات، عیناً مطرح و بر اساس آن، دیوان، میان اعتبار اصل قرارداد با سایر شقوق آن، قائل به تفکیک شده و در نظرات متعدد، اعلام کرده که هرگونه قضاوت در مورد اعتبار شرط (شرط تعیین مرجع صلاحیت‌دار) باید مستقلاً و بدون در نظر گرفتن قواعد ماهوی و یا شکلی حاکم در محل دادگاه و صرفاً بر مبنای شرایط مقرر در خود ماده‌ی ۱۷ به عمل آید در حالی که سایر مسائل، بویژه تفسیر قرارداد به موجب قانون ملی صلاحیت‌دار بر اساس حقوق بین‌الملل خصوصی مقر دادگاه، حل و فصل می‌شود (دیکنسون^۴، ۲۰۰۹، ص ۵۴۸). در این دیدگاه، توافق دو طرف در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی نیز در اصل خود، تنها، تابع همان شرایط مقرر در ماده‌ی ۱۴ و در سایر فروع، تحت قانون صلاحیت‌دار بر اساس قواعد کلی حل تعارض در مقر دادگاه، ارزیابی شده و دادگاه نمی‌تواند به هیچ وجه، توافقی که تمام شرایط مقرر در

1. principles of European contract law
2. Stone
3. ECJ
4. Dickinson

متن ماده را دارا است، به صرف غیرمعتبربودن آن، در قانون ماهوی صلاحیت‌دار، مردود شمارد. اما در نقد این نظر و بیان نظر سوم نیز، می‌توان گفت بنا به دلایل زیر، قراردادهای موضوع ماده‌ی ۱۴ در تمامی ابعاد و جنبه‌های خود، تابع قوانین ماهوی کشورهای است که بر اساس قواعد روم یک، قانون داخلی آن‌ها به عنوان قانون صلاحیت‌دار انتخاب می‌گردد:

الف) در ماده‌ی ۱۷ کنوانسیون بروکسل، مقررات و الزامات شکلی دقیقی برای انتخاب دادگاه صالح، معین شده که همین الزامات بستر ساز رویکرد دیوان در پذیرش معنای مستقل و غیرمتکی بر حقوق داخلی کشورها برای ارزیابی صحت و اعتبار این‌گونه توافقات شده، در حالی که چنین جزئیاتی به هیچ عنوان در ماده‌ی ۱۴ ملاحظه نمی‌گردد.

ب) به موجب بند دوم ماده یک روم یک، توافقات اشخاص در مورد دادگاه‌های رسیدگی‌کننده، صراحتاً از قلمرو این کنوانسیون استثناء شده در حالی که چنین ضابطه‌ای در مورد قراردادهای مربوط به تعیین قانون قابل اعمال بر الزامات قهری مشاهده نمی‌شود. از همین رو، قانون حاکم بر توافقات موضوع ماده‌ی ۱۴، اعم از این که در قالب شرط یا قرارداد مستقل ظهور نمایند، بموجب قواعد حل تعارض مذکور در روم یک تعیین می‌گردد. به این صورت که این‌گونه قراردادها از حیث اعتبار بر اساس ماده‌ی هشت کنوانسیون روم یک، تابع قانون ملی مفروضی است که بر فرض صحت توافق بر آن حاکم می‌شود و از آن به «قانون قابل اعمال فرضی» تعبیر می‌گردد. و در دیگر آثار و احکام آن با توجه به مکانیزم پیش‌بینی‌شده در بند ۱ ماده‌ی سه کنوانسیون روم یک (مکانیزم پیوستگی فرعی) می‌توان آن را تابع همان قانون مورد نظر طرفین دانست. به عبارت دیگر، گرچه متعلق قصد طرفین انتخاب قانون، برای الزامات قهری است، اما می‌توان آن قانون را به طور ضمنی دارای پیوستگی و ارتباط کافی با اصل توافق و در نتیجه قابل تعمیم به سایر اجزای قرارداد دانست.

انتخاب قانون ملی واحد

در حقوق امریکا، استقلال اراده از طریق شرط اندراج در قرارداد^۱ توجیه می‌شود و از همین رو، هیچ محدودیتی از لحاظ محتوای شرط، وجود نداشته و طرفین قادرند به جای قوانین ملی، اصول و یا عرف‌های تجاری بین‌المللی را در رابطه‌ی خود حاکم نمایند (نایژ^۲، ۱۹۹۹، ص ۵۷). با این حال، پذیرش این موضوع در روم دو محل اختلاف و برخلاف ظاهر ماده‌ی ۱۴ و استفاده

1. Incorporation by reference

2. Nygh

از کلمه قانون در جای جای این ماده، قرینه‌ی بارزی بر رد آن است. توجه به مشروح مذاکرات انجام شده در کمیسیون اروپا نیز، به قولی مؤید تحدید دایره‌ی تراضی در چارچوب قوانین ملی است با این همه، هیچ محدودیتی در انتخاب قانون ملی وجود نداشته و دو طرف می‌توانند هر قانونی را هر چند غیرمدرن و بیگانه با دعوا به منزله قانون صلاحیت‌دار، انتخاب کنند. علاوه بر این، باید توجه داشت استقلال اراده طرفین بر مدار همه یا هیچ استوار است و امکان تبعیض در اجزای دعوا وجود ندارد. رویکرد کلی روم دو بر تجزیه‌ناپذیری دعوا و حاکمیت قانون واحد، بر تمام ارکان آن است و در اعمال این ضابطه، منشأ صلاحیت بی‌اثر است (چانگ^۱، ۲۰۰۸، ص ۹۴). این در حالی است که برخی در حقوق امریکا، در هر دعوا میان قواعد التزام‌دهنده رفتار با مقررات ناظر به توزیع خسارت، قائل به تفکیک شده و اعمال قوانین مستقل را برای هر یک از این دو دسته می‌پذیرند (سیمونز، ۲۰۰۹، ص ۱۴).

انجام مذاکرات آزاد

قسمت دوم بند یک ماده ۱۴، انجام مذاکرات آزاد و بدور از تحمیل را که به صورت خاص، معطوف به قانون منتخب باشد، لازمه‌ی اعتبار توافقات قبل از وقوع زیان دانسته است. به این معنا که دادگاه‌ها برای آن‌که بتوانند قانونی را به اراده و خواست مشترک دو طرف منسوب ساخته و بر دعوای مسوولیت مدنی حاکم نمایند، لازم است هر دو طرف بویژه زیان‌دیده، با آگاهی و اختیار، این قانون را پذیرفته و عامل زیان، اجمال، کلی‌گویی و یا موقعیت مالی برتر خود را، وسیله‌ای برای تحمیل منویات خویش به طرف مقابل، قرار ندهد و در خصوص این قانون، میان طرفین، مذاکره و تراضی مسلمی، شکل گرفته باشد (راشووردو اسکات^۲، ۲۰۰۸، ص ۲۷۴). البته لازم به ذکر است، هر چند انجام مذاکرات آزاد، شرط ضروری اعتبار و حاکمیت اراده‌ها است، اما شکل بیان این اراده، چندان مهم نیست. مثلاً انتخاب دادگاه صالح برای رسیدگی بوسیله طرفین، می‌تواند نشانه رضایت آن‌ها در خصوص حکومت قانون ماهوی مقر آن دادگاه بر دعوای مسوولیت، تلقی گردد. چه، غالباً قانون مقر دادگاه به عنوان اولین گزینه بوسیله قضات محلی، مطمح نظر قرار گرفته و انحراف از آن، نیازمند دلایلی است که جز با ایراد طرفین و مساعدت آن‌ها در اثبات قانون خارجی صلاحیت‌دار، ممکن نمی‌شود (دیسو و

1. Chong

2. Rushworth and Scott

موریس^۱، ۲۰۰۸، ص ۹۸). و به همین دلیل در صورت سکوت آن‌ها نسبت به حاکمیت این قانون (قانون مقر دادگاه) می‌توان این سکوت را اماره‌ای برای رضای طرفین دعوا نسبت به اعمال قانون فوق بر الزامات خارج از قرارداد تلقی نمود. همین استدلال، در مواقعی که خواننده دعوا، بدون ایراد به صلاحیت قضایی دادگاه و یا قانون مقر دادگاه، اقدام به دفاع ماهوی در دادگاهی می‌نماید که بوسیله خواهان انتخاب شده، صادق است.

حفظ حقوق ثالث

این شرط، که از اقتضائات اصل نسبی بودن قراردادها است در این جا نیز، جاری است و در اثر اعمال آن، نتایجی به شرح زیر حاصل می‌شود:

الف) اگر میان دو طرف دعوا، در خصوص اعمال قانون کشور معینی، توافق حاصل شود، این تراضی به هیچ وجه نقشی در تعیین قانون حاکم بر دعوای مستقیم یکی از آن‌ها علیه بیمه‌گر دیگری ندارد. بیمه‌گر همواره قادر است با رد تراضی، خود را صرفاً در حدود قانونی که در صورت فقدان این توافق به موجب عوامل و معیارهای عینی مندرج در روم دو تعیین می‌گردد، مسئول شمرده و چنانچه قانون منتخب، ضمان وسیع‌تری برای عامل زیان تعریف نماید از پوشش مازاد آن خودداری کند. چه هر تعبیری بر خلاف این، به معنای تسری آثار توافق حاصله میان زیان‌دیده با عامل زیان به بیمه‌گران آن‌ها و در تنافی با اصل نسبی بودن قراردادها و حقوق مسلم بیمه‌گران است.

برای توضیح بیش‌تر در مورد این اثر، لازم است میان بیمه‌های مسئولیت و بیمه‌های خسارات، قایل به تفکیک شد. در بیمه مسئولیت، فرض می‌شود عامل زیان با مراجعه به بیمه، مسئولیت احتمالی خود در آینده را در ازای پرداخت مبلغی، بیمه کرده است. در این شرایط، بدیهی است میزان حق بیمه‌ای که تعیین می‌شود، در ارتباط مستقیم با میزان مسئولیتی است که بیمه‌گر، خود را در صورت وقوع سانحه زیان‌بار در آینده، مکلف به پوشش می‌بیند. او در تعیین حق بیمه، عوامل متعددی را مورد سنجش قرار می‌دهد. عواملی مانند پیشینه بیمه‌گزار، مدت بیمه، سقف پوشش و از همه مهم‌تر، میزان و نوع جبرانی است که می‌باید بر اساس قانون حاکم بر جبران خسارات بر عهده گیرد. بنابراین، یکی از مؤلفه‌های مؤثر در این قبیل بیمه‌ها، پیش‌بینی‌های معقول و متعارفی است که بیمه‌گر بر اساس سیر متعارف امور در گذشته و به

1. Dicey and Morris

ویژه محل تمرکز فعالیت‌های بیمه‌گذار در آینده از قانون حاکم بر مسوولیت او به عمل آورده و بر اساس آن، مسوولیت‌های آتی و احتمالی خود را برآورد می‌کند. بیمه‌گر، با توجه به تمرکز فعالیت‌های بیمه‌گذار در کشور الف، پیش‌بینی می‌کند در صورت ارتکاب فعلی زیان‌بار از جانب او، قانون کشور الف بر دعوای مسوولیتی که علیه بیمه‌گذار مطرح می‌شود، حاکمیت می‌یابد. با توجه به اینکه ممکن است در قانون این کشور، پرداخت به اقساط و یا وعده‌دار خسارات، پیش‌بینی شده و یا به طور کلی مقررات ماهوی سهل‌گیرانه‌تری در خصوص عاملین زیان وجود داشته باشد، همه این‌ها باعث می‌شود بیمه‌گر، حق بیمه کم‌تری را تعیین نماید. حال اگر بعد از انعقاد بیمه، بیمه‌گذار به دیگری با بی‌احتیاطی خود، زبانی وارد سازد و با زیان‌دیده در مورد حاکمیت قانون ماهوی کشور ب، که ضمانت‌شدیدتری را بر عاملین زیان تحمیل می‌کند، به توافق برسد، این توافق، صرفاً در رابطه میان این دو نفر، منشأ اثر است و چنان‌چه زیان‌دیده اقدام به طرح دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر عامل زیان نماید، نمی‌تواند بر اساس قانون ماهوی کشور ب خساراتش را از او مطالبه کند. همچنان که خود عامل زیان نیز، در صورت جبران خسارات زیان‌دیده، بر اساس قانون کشور ب، نمی‌تواند آن را مستمسکی جهت مراجعه به بیمه‌گر خویش و مطالبه همان مقدار از خسارات قرار دهد. چرا که تسری قانون منتخب (قانون کشور ب) به رابطه میان هر یک از طرفین با بیمه‌گر عامل زیان با حق بیمه‌ای که بیمه‌گذار به او پرداخت نموده نامتناسب و اجحاف آشکار به بیمه‌گر است.

اما در بیمه خسارات، موضوع، متفاوت است. بیمه‌گر در حدودی که خسارت وارده را قبول یا پرداخت کند، در مقابل اشخاصی که مسئول وقوع حادثه یا خسارت هستند، قائم‌مقام بیمه‌گذار خواهد بود. بنابراین، رجوع بیمه‌گر زیان‌دیده به عامل زیان، به عنوان اصیل نیست زیرا او از فعل شخص مسئول، زبانی ندیده است. رجوع او به قائم‌مقامی بیمه‌گذار است و بیش از آنچه به بیمه‌گذار پرداخته است حقی ندارد. بر این مبنا، بیمه‌گر در مراجعه خود به عامل زیان، مکلف است خسارات را اولاً در حدودی که به زیان‌دیده پرداخت نموده و ثانیاً بر اساس قانون مورد توافق آن‌ها (عامل زیان و زیان‌دیده) مطالبه نماید. به این ترتیب، اگر در قانون انتخاب‌شده، خسارات بیش‌تری از آنچه بیمه‌گر پرداخت نموده قابل جبران باشد، بیمه‌گر، حق دریافت آن را ندارد و خود زیان‌دیده می‌تواند نسبت به مازاد به عامل زیان مراجعه نماید و چنان‌چه در قانون منظور طرفین خساراتی کم‌تر از آنچه بیمه‌گر به زیان‌دیده پرداخت نموده، جبران‌پذیر باشد، بیمه‌گر حقی اضافه بر آن، نسبت به عامل زیان ندارد و از آن‌جایی که جبران

خسارات و پرداخت آن به زیان‌دیده از جانب بیمه‌گر، بر اساس قانون کشوری صورت گرفته که از ابتدا نیز، حق بیمه بر مبنای حاکمیت احتمالی همان قانون، در آینده تعیین شده، لذا هر گونه امکان مراجعه بیمه‌گر به زیان‌دیده نیز، در خصوص مقدار مازاد، منتفی است.

ب) توافقات دو طرف اصلی دعوا در تعیین قانون حاکم بر اختلاف، ارتباطی با اشخاص ثالثی که ممکن است به عنوان ورود یا جلب ثالث، در فرایند رسیدگی دخالت نمایند، ندارد. هر چند ثالث، شرکت مادر و یا شریک متضامنی باشد که یکی از شرکت‌های فرعی آن و یا دیگر شرکای متضامن او، طرف اصلی دعواست. نتیجه این تحلیل، حاکمیت دو یا چند قانون مختلف در دعوای واحد، به اعتبار تعدد خواندگان است؛ این حال، دادگاه‌ها می‌توانند به طور استثنایی با خرق حجاب، در مواقعی که شرکت فرعی به عنوان نماینده شرکت مادر عمل کرده و یا اساس آن صوری است، قانون منتخب را بر مجلوب ثالث نیز، تسری دهند.

حرفه‌ای بودن طرفین

حمایت از اشخاصی که در قراردادها از موقعیت ضعیف‌تری برخوردارند، طراحان روم دو را بر آن داشت که استقلال اراده طرفین در توافقات قبل از وقوع زیان را مشروط به ویژگی مشترک آن‌ها در انجام «فعالیت تجاری» کرده و بر این اساس، چنین توافقاتی را در قراردادهایی با مصرف‌کنندگان و یا کارگران ممنوع شمرد؛ مگر بعد از وقوع فعل زیان‌بار، که این افراد به درک درستی از موقعیت حقوقی و منافع از دست‌رفته خود رسیده و بر مبنای آن می‌توانند انتخابی آگاهانه‌تر انجام دهند (دی بوئر^۱، ۲۰۰۹، ص ۳۰۰). در ارزیابی این شرط باید گفت هر چند اعمال سیاست‌های کنترلی و حمایتی در توافقاتی از این دست که دو طرف در موقعیت‌های نابرابر مالی و اطلاعاتی قرار دارند، یک ضرورت است، اما این ضرورت با معیار ناقص مذکور به‌خوبی تامین نمی‌گردد. چرا که اولاً «فعالیت تجاری» در سیستم‌های حقوقی مختلف به لحاظ مفهوم یا مصداق و هم‌چنین شخصی یا موضوعی بودن، بگونه‌ای متفاوت ارزیابی شده و همین امر با توجه به فقدان تعریف مشخص از آن در روم دو، سرآغاز اختلافات است و باعث می‌گردد بر اساس انتخاب مقر دادگاه بوسیله خواهان، قانون حاکم بر اراده نیز، دستخوش تغییر گردد (وین تروب^۲، ۲۰۰۷، ص ۴۰۲).

ثانیاً بر فرض بطلان این قبیل توافقات به دلیل مذکور، مکانیزم پیوند فرعی که در بند سوم

1. De boer
2. Weintroub

ماده ۴ پیش‌بینی شده و به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد که در الزامات قهری مرتبط با یک قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد را به شرط پیوستگی کافی به عنوان قانون حاکم برگزینند، در نتیجه‌ای را خواهد گشود که با توجه به اشتراط معمول این توافقات، در قالب یک قرارداد اصلی و تعیین قانون مورد توافق برای کلیه اختلافات، اعم از قهری و یا قراردادی، قانون منتخب به طریق دیگر و این بار به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اصلی، به صورت تبعی بر دعوی مسوولیت مدنی سایه افکند.

بنابراین، نباید ادعای طراحان روم دو در حمایت از طرف‌های ضعیف را چندان جدی گرفت. هم‌چنان‌که در مسوولیت ناشی از عیب تولید که همواره یکی از طرفین دعوا را مصرف‌کنندگان تشکیل می‌دهند نیز، افزودن شرط عرضه^۱ و قابلیت پیش‌بینی برای تولیدکننده به عنوان شرایط لازم و ضروری، جهت اعمال قانون محل اقامت زیان‌دیده، در ماده ۵ این مقررات، در عمل، منجر به صلاحیت قانون محل اقامت خود تولیدکنندگان می‌گردد. این روی‌کرد با توجه به قلمرو جهانی روم دو و جریان صادرات از کشورهای اروپایی به دیگر کشورها با منافع اقتصادی اروپاییان سازگاری بیشتری دارد، هر چند در دیباچه روم دو متظاهرانه از جبران خسارت زیان‌دیدگان و حمایت از مصرف‌کننده و اشخاص ضعیف به عنوان مبنا یاد می‌شود.

حدود حاکمیت اراده در روم دو

در روم دو از حاکمیت قانون محل زیان به عنوان قاعده کلی^۲ حل تعارض تعبیر شده و سایر قوانین به عنوان استثناء بر آن، ظاهر می‌شود. در حالی که در یک تقسیم‌بندی ابتدایی، کلیه دعوی مسوولیت مدنی بر مبنای وجود و یا عدم توافق بر سر قانون حاکم، به دو گروه عمده قابل تقسیم و قانون محل زیان تنها در نیمی از این دعوی حکم فرماست. علاوه بر این که، استثنائات وارد بر این قاعده (مواد ۵ تا ۱۳) به مراتب بیش‌تر از دو استثنایی است که بر اصل حاکمیت اراده طرفین وضع شده و بر این مبنا می‌توان گفت استقلال اراده، علاوه بر تقدم رتبی در اجرا، به لحاظ قلمرو تحت شمول نیز، از وسعت و گستردگی بیش‌تری برخوردار است و مسوولیت‌های ناشی از نقض مالکیت‌های معنوی و رقابت غیرمنصفانه، تنها دسته‌هایی هستند که استقلال اراده در آن‌ها راهی ندارد. بنابراین می‌توان گفت استقلال اراده در تعیین قانون، نه به

1. Marketing
2. General Rule

عنوان استثنایی بر قاعده کلی بلکه به موازات آن و حتی در قالب کلی‌ترین قاعده حل تعارض در روم دو ظاهر شده است (ژانگ^۱، ۲۰۰۹، ص ۳۵) و اما در توجیه این دو استثنا (مسئولیت ناشی از نقض مالکیت‌های معنوی - مسئولیت ناشی از تجارت غیر منصفانه) نیز، باید گفت: به طور کلی، مسایل مربوط به مالکیت‌های معنوی، به دو صورت ممکن است که در قلمرو تعارض قوانین مطرح شود. گاهی، مطلوب ما تعیین قانون حاکم بر فرآیند تشکیل، ثبت و ایجاد این حقوق و آثار مالکانه ناشی از آن و یا نحوه زوال و یا انتقال این قبیل مالکیت‌ها است. بدیهی است این‌گونه مسائل، از دایره الزامات خارج از قرارداد، بیرون است و خود، قاعده حل تعارض مستقلی می‌طلبد. اما، چنان‌چه شخصی با نادیده‌انگاشتن مالکیت معنوی دیگری، که قبلاً توسط قانون صلاحیت‌دار شناسایی شده، اقدام به انکار یا تزییع حقوق او کند، مسئولیت ناشی از این عمل و ضمانت‌های اجرایی مترتب بر این حقوق، موضوع دیگری است که قانون حاکم بر آن، در حوزه الزامات قهری و مشمول مقررات روم دو قرار می‌گیرد (ماده ۸ مقررات). بر این اساس، می‌توان گفت به طور سنتی مالکیت‌های معنوی، دارای ساختاری متکی بر حاکمیت دولت‌ها و قابلیت اجرایی صرف، در کشور شناسنده حق بوده و آمیختگی حقوق انحصاری ناشی از آن، با اقتدار هر دولت به گونه‌ای است که از اصل سرزمینی‌بودن مالکیت‌های معنوی، به منزله اصلی با شهرت جهانی یاد می‌شود (درکسل^۲، ۲۰۰۵، ص ۱۵۲). بر این اساس، بدیهی است که فرایند تعیین قانون حاکم بر نقض این مالکیت‌ها، فراتر از اراده شخصی افراد ارزیابی شده و دخالت قوه حاکمه، مانع جدی در مسیر استقلال اراده تلقی می‌گردد. با این همه، باید اذعان داشت با تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند برن یا پاریس و شناسایی و اعمال اصولی مثل اصل رفتار ملی^۳ و یا اصل حقوق حداقلی^۴ برای بیگانگان، مالکیت‌های معنوی، حیات جدیدی را تجربه کرده که می‌توان از آن به دوره بین‌المللی یاد نمود. حتی فراتر از آن، امروزه قواعد حاکم در تریپس^۵، از جمله قاعده «کامله الوداد» نشان از جهانی‌شدن این حقوق دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۹۲). بنا بر این توجیه، این استثناء در حال حاضر به سختی امکان‌پذیر است (پوئکرت^۶، ۲۰۱۰، ص ۳).

1. Zhang
2. Drexl
3. National treatment
4. Minimum rights
5. Trips
6. Peukert

در مورد مسوولیت‌های ناشی از رقابت غیرمنصفانه و ایجاد محدودیت در رقابت نیز، با الهام از آمره‌بودن مقررات ماهوی کشورها و اتحادیه اروپا، در خصوص ممنوعیت تجارت انحصاری و یا رقابت غیرمنصفانه (گرین و هارتلی^۱، ۱۹۹۹، ص ۱۹۸)، قواعد حل تعارض پیش‌بینی شده در روم دو می‌توان گامی در جهت هم‌گرایی حقوقی و مرتبط با مصالح عالی‌تری از منافع طرفین دانست که حذف موانع رقابت در بازار، از جمله آنها است و به همین دلیل نیز، تراضی بر خلاف قاعده حل تعارض در این قبیل الزامات امکان‌پذیر نیست.

حاکمیت اراده در حقوق ایران

در قانون مدنی ایران، هیچ نصی در خصوص نحوه‌ی تعیین قانون حاکم بر مسوولیت مدنی وجود ندارد و در میان علمای حقوق هم موضوع آن‌چنان که باید مورد دقت نظر قرار نگرفته است. برخی با توسل به جنبه‌ی ایجابی اصل سرزمینی‌بودن قوانین و دلالت الفاظ عام بکار رفته در ماده‌ی ۵ قانون مدنی، قائل به صلاحیت قانون داخلی در کلیه دعاوی مطرح در دادگاه‌های ایران بوده و معتقدند «... در مقام رفع تعارض قوانین هر جا که تردید در اجرای قانون ایران یا خارج باشد اصل، اجرای قانون ایران درباره‌ی ساکنان آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۸) به عبارت دیگر، در این دیدگاه، اصل بر حکومت قانون مقر دادگاه بر دعوی مطرحه است. چرا که در حقوق ایران، قاعده کلی تعارض قوانین، درون‌مرزی بودن قوانین است و حاکمیت قوانین برون‌مرزی نیازمند به تصریحی است که در این جا وجود ندارد (نصیری، ۱۳۷۰، صص ۱۴۲-۱۲۵) برخی دیگر از نویسندگان نیز، با دلایل قوی‌تر، معتقد به صلاحیت قانون محل وقوع فعل زیان‌بار هستند (سلجوقی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۵) و در نهایت عده‌ای، نظریه‌ای مختلط از قانون محل وقوع فعل زیان‌بار و قانون متناسب با دعوا را پیشنهاد می‌نمایند (صالحی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۶) بدون قصد ورود به دلایل و مبانی هر یک از این نظرات، به این سؤال می‌پردازیم که، آیا در یک دعوی مسوولیت، طرفین می‌توانند با تراضی خویش، از قانون مذکور عدول نموده و قانون منظور خویش را بر فعل زیان‌باری حاکم نمایند که در قلمرو سرزمینی ایران واقع شده است؟ در پاسخ به این سؤال، ذکر چند مقدمه ضروری است.

الف) مسوولیت مدنی و مقررات راجع به آن، بر خلاف آنچه تصور شده در زمره قوانین

1. Green and Hartly

برون مرزی بوده و کشورهای مختلف بر اساس یک رویه مسلم بین‌المللی، اعمال قانون خارجی را در آن، در قلمرو حکومت خود مجاز می‌دانند.

ب) هر چند برخی، در توضیح اثر قراردادها، در مسئولیت مدنی معتقدند که «مسئولیت‌های غیرقراردادی نیز، ناظر به جبران خسارت خصوصی زیان‌دیده، به وسیله دادن مبلغی پول است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که اجرای قواعد آن همواره با نظم عمومی ارتباط دارد و در قلمرو قراردادهای خصوصی قرار نمی‌گیرد». (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲۱). با وجود این، باید گفت جبران خسارت تنها یکی از اهداف مسئولیت مدنی است؛ به همان میزان که ترمیم خسارات و اعاده‌ی وضعیت در مورد زیان‌دیده واجد اهمیت می‌باشد.

در خصوص عامل زیان نیز، نقش هنجاری و بازدارندگی مسئولیت مدنی، مورد توجه است. مسئولیت مدنی نظام کنترلی و انتظام بخش در صحنه‌ی اجتماع و جبران خسارات در نگاه کلی‌تر وسیله‌ای برای تضمین هنجارهای رفتاری و بازدارندگی خاص و عام می‌باشد و نمی‌توان آن را هدف غایی و یا حداقل، تنها هدف مسئولیت مدنی دانست.

بر اساس این مقدمات، در حقوق ایران حاکمیت اراده‌ی طرفین در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی را نه یکسره می‌توان پذیرفت و نه به صورت کامل می‌توان رد کرد. بلکه بر اساس زمان و مفاد توافق، باید قائل به تفکیک شده و استقلال اراده را در هر مورد به صورت مجزا بررسی نمود.

۱. توافقات بعد از وقوع فعل زیان‌بار

پیش از وقوع زیان، می‌توان از نقش پیش‌گیرانه مسئولیت مدنی و تاثیر آن در کنترل رفتارهای مخاطره‌آمیز و حفظ نظم عمومی، سخن گفت. اما با وقوع حادثه زیان‌بار، این شخص زیان‌دیده و منافع از دست‌رفته او است که در کانون توجه قرار گرفته و جبران خسارت وارده بر او به عنوان تنها هدف، مطرح می‌گردد. از این رو، با وقوع زیان، توافق اشخاص در حاکم‌نمودن هر قانونی غیر از قانون ایران، تاثیر مستقیمی در بازدارندگی مسئولیت مدنی نداشته و تنها اثر آن در چگونگی توزیع خسارات میان دو طرف دعوا ظاهر می‌شود. چه به هنگام حادثه، عامل زیان، خود را تنها ماخوذ به قانون ایران دانسته و به این ترتیب قانون مذکور، نقش خود را از این حیث ایفا نموده است. اما بدیهی است بعد از زیان، همان گونه که زیان‌دیده قادر است حتی در خسارات ناشی از جرم، ذمه‌ی عامل را بری نماید یا به طریق دیگری با او مصالحه کند؛ در این جا نیز، می‌تواند در مورد قانونی که بر رابطه آن‌ها حاکم می‌شود با عامل زیان به توافق برسد.

اثر این توافق فراتر از حقوق خصوصی طرفین نیست.

۲. توافقات پیش از وقوع فعل زیانبار

در این قبیل توافقات، لازم است میان قواعد کنترل‌کننده رفتار و موازین ایمنی و احتیاط با آن دسته از مقررات مسوولیت مدنی که ناظر بر چگونگی جبران و توزیع خسارات می‌باشد تفکیک شود. بسیاری از مقررات مسوولیت مدنی، مانند مقررات ناظر بر رانندگی وسایل نقلیه، امنیت محیط کار، نظامات پزشکی و مهندسی و... در برگیرنده استانداردهای رفتاری مشخص هستند که از نظر قانون‌گذار ایرانی رعایت آن‌ها الزامی و تخطی از آن‌ها حتی با تراضی طرفین نیز، امکان‌پذیر نیست. این مقررات، رابطه فرد با جامعه را قبل از ارتکاب فعلی که منتهی به آسیب شود، تعریف نموده و بر آیند کلی آن تامین کارکردهای ابزارگرایانه‌ای است که از مسوولیت مدنی، بر اساس سیاست‌های کنترلی قانون‌گذار، انتظار می‌رود. در این جا است که تقصیر و حداقل احتیاط، تعریف شده و مبنا و شرایط مسوولیت تعیین می‌گردد. بر این اساس، توافق طرفین در حاکم‌ساختن هر قانونی غیر از قانون ایران برای این دسته از مقررات بر خلاف مقررات آمره و نقش پیش‌گیرانه و انتظام‌بخشی است که از مسوولیت مدنی توقع می‌رود. اما اگر موضوع توافق طرفین، تعیین قانونی است که آثار وضعی ناشی از فعل زیانبار در آینده و حدود مسوولیت عامل و یا نحوه جبران خسارت، به وسیله او را تبیین می‌کند بنا به دلایل و با رعایت شرایطی، می‌توان آن را در حقوق فعلی ایران قابل پذیرش دانست.

دلایل

اخذ ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی

به موجب این ماده، طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر قانونی، غیر از قانون محل انعقاد عقد را به عنوان قانون حاکم برگزیده و آن را بر تعهدات ناشی از قرارداد حاکم سازند. این ماده مخصوص تعهدات ناشی از قرارداد است اما آیا می‌توان با اخذ ملاک از آن، ضابطه مشابهی را برای اثبات حاکمیت اراده در الزامات خارج از قرارداد، استنباط نمود؟ برخی اختیار اشخاص در انتخاب قانون حاکم بر روابط خود را مخالف اقتدار قانون می‌دانند و معتقدند حتی در مسوولیت‌های قراردادی نیز، اعتبار قانونی که دو طرف برگزیده‌اند ناشی از حاکمیت اراده آن‌ها نیست. بلکه به دلیل اعتباری است که قانون به این اراده بخشیده و آن را وسیله مفیدی برای حل تعارض دانسته است. بر این اساس، ضابطه مقرر در ماده ۹۶۸، امری کاملاً استثنایی

تلقی شده که باید در حدود قانون، تفسیر مضیق گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۶۳). در صورت قبول این دیدگاه، اخذ ملاک از ماده مذکور و تسری آن به مسئولیت‌های خارج از قرارداد، امکان‌پذیر نیست. در حالی که، اساس این استدلال با اشکال مواجه است. بر خلاف آنچه تصور شده و پایه این تحلیل قرار گرفته، قواعد حل تعارض همیشه در ملازمه با حاکمیت دولت‌ها و در زمره قواعد امری نیست بلکه امری یا تخییری بودن هر قاعده حل تعارض، بیش از هر چیز منوط بر امری یا تکمیلی بودن مقررات ماهوی مطرح در آن دسته ارتباطی است که قاعده مذکور برایش وضع گردیده است. اگر در ماده ۹۶۸ ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار به اراده طرفین در حاکم نمودن قانون دیگر، احترام گذارده، این امر به جهت حاکمیت اصل «آزادی قراردادی» در حقوق قراردادها است. وگرنه هیچ ویژگی خاص دیگری که این استثنا را در مقایسه با سایر دسته‌های ارتباط توجیه کند وجود ندارد؛ چرا که قانون‌گذار به خوبی می‌دانسته حتی در صورت آمرانه بودن قاعده حل تعارض و حاکمیت اجباری قانون محل انعقاد عقد، دو طرف قرارداد اصلی، می‌توانند به راحتی، محتوای قانون خارجی را به عنوان یک شرط در قرارداد اصلی بگنجانند و آنچه را قانون‌گذار در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی از آن‌ها دریغ نموده، خود آن‌ها به مدد اصل «آزادی قراردادی» بدست آورند. بر این مبنا، در الزامات خارج از قرارداد نیز، آزادی طرفین در تعیین آثار فعل زیان‌بار و نحوه توزیع خسارات، اصل مسلمی است که به طرفین دعوی مسئولیت مدنی، اجازه می‌دهد در مورد قانون حاکم بر جبران خسارت، توافق نمایند. ملاک در هر دو نوع مسئولیت (قهری و قراردادی) یکسان و دائرمدار آزادی در تصرفات مالی است.

قواعد عمومی

هر چند موضوع اراده مشترک عامل زیان و زیان‌دیده، الزامات خارج از قرارداد است؛ اما ناگفته پیداست که تراضی آن‌ها بر سر حاکمیت قانون منتخب، قراردادی است که به مانند دیگر قراردادها، از برخی قواعد عمومی از جمله «اصل صحت» و یا «اصل لازم‌الاتباع بودن قرارداد» پیروی نموده و تا زمانی که دلیل واضحی برای مخالفت آن با نظم عمومی وجود نداشته باشد، عمومات مندرج در قانون مدنی (مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۳) ما را مکلف به پذیرش اعتبار آن می‌کند.

موانع

نظم عمومی، مانعی همیشگی است که در این جا دارای دو چهره است: هرگاه قانون مورد نظر طرفین، متضمن ضابطه‌ای باشد که بوسیله قاضی ایرانی مغایر با مقررات آمره و نظم عمومی تلقی گردد، بدون شک، الزامی از آن ناشی نخواهد شد. علاوه بر این، هیچ یک از طرفین، حق ندارد در پناه قراردادی که به سود خود تحصیل کرده و با توسل به مقررات سهل‌گیرانه قانون منتخب با تقصیر عمدی یا در حکم عمد خود، وسیله اضرار به غیر را فراهم آورد. نظم عمومی، مانع از بدطینتی یا حسابگری‌های اقتصادی عامل زیان، در هنگامی است که هزینه‌های پیش‌گیری از زیان را، بیش‌تر از هزینه‌های جبران دریافته و به دنبال سوءاستفاده از حق خویش می‌باشد (اصل ۴۰ قانون اساسی).

نتیجه

اروپاییان در اقدامی ابتکاری، حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر الزامات خارج از قرارداد را در قالب قاعده‌ای مشخص، در روم دو (ماده ۱۴) به رسمیت شناخته‌اند تا به این وسیله، ضمن جمع دو مصلحت متزاحم در حل تعارضات، یعنی قاطعیت در نتایج از یک سو و انصاف و انعطاف از سوی دیگر، همگام با تحولات حقوق ماهوی، اندیشه جبران خسارت زیان‌دیده در مبانی سنتی و کارآمدی اقتصادی در مبانی ابزارگرایانه را در حقوق شکلی مربوط به حل تعارضات وارد نمایند. با این حال، این آزادی، مطلق نیست. حفظ حقوق ثالث و تامین منافع اشخاص ضعیف‌تر در این‌گونه توافقات، قانون‌گذاران اروپایی را بر آن داشت که انجام مذاکرات آزاد، توافق صریح یا ضمنی مسلم و موقعیت تجاری برابر دو طرف قرارداد را به عنوان شرط نفوذ این قبیل توافقات، لازم شمرده و اثر آن را محدود به رابطه‌ی دو طرف قرارداد نمایند. هر چند که راه‌کارهای پیش‌بینی شده برای دستیابی به این اهداف، ناقص و ناکارآمد است. به ویژه مکانیزم پیوستگی فرعی که در بند ۳ ماده ۴ همین مقررات وضع شده و به موجب آن، در الزامات قهری مرتبط با یک قرارداد، قانون حاکم بر آن قرارداد به شرط نزدیکی واضح و آشکار بر الزامات مذکور نیز، حاکم می‌شود. این امر، دریچه‌ای برای ورود هر آنچه با این شرایط منع شده بود می‌گشاید و شاید به همین دلیل، برخی از نویسندگان امریکایی به طعنه بی‌قاعدگی نظام خود را بر قواعد ناقص و عوام‌فریبانه اروپاییان ترجیح می‌دهند (سیمونز، ۲۰۰۸، ص ۲۸).

در قانون ایران، موضوع به کلی مسکوت است. با این حال، بنا بر دلایل و مقدماتی، می‌توان گفت حاکمیت اراده در هر زمان (قبل یا بعد از واقعه زیان‌بار)، چنان‌چه موضوع توافق، چگونگی توزیع خسارت میان طرفین دعوا باشد، قابل پذیرش است. اما مبانی، شرایط و ارکان ایجاد مسئولیت در نظام حقوقی ما، جزء قواعد آمره و تراضی برخلاف آن، قبل از وقوع فعل زیان‌بار، به معنای انکار بازدارندگی مقررات تنظیم‌کننده‌ی رفتار در مسئولیت مدنی است؛ اما بعد از وقوع حادثه زیان‌بار، این نقش بازدارنده، منتفی و به همین دلیل توافق طرفین بلامانع خواهد بود.



منابع و مأخذ

۱. حکمت نیا، محمود (۱۳۸۷)، *مبانی مالکیت فکری*، چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲. سلجوقی، محمود (۱۳۸۰)، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان.
۳. صالحی، جمال (۱۳۸۱)، *تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی*، رساله دوره کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق.
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، *الزامات خارج از قرارداد*، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵. _____ (۱۳۷۴)، *مقدمه علم حقوق*، چاپ بیستم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. نصیری، محمد (۱۳۷۱)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ اول، تهران: انتشارات آگاه.
7. Carruthers M. (2005), *Crawford Variathions on a Theme of Rome II*, edinburgh Law Review ,vol 9.
8. Chong A, (2008), *Choice of Low for Unjust Enrichment / Restitution and the Rome II Regulation*, ICLQ56.
9. De Boer THM, (2007), *Yearbook of Private International Law*, Vol IX, European Law publishers.
10. Dickinson A, (2009), *The Rome II Regulation*, Oxford. London.
11. De Doer M, (2009), *The Purpose of Uniform Choice of Low Rules*, NILR.
12. «Dicey and Morris on conflict of law, (2000) London. Vol 2.
13. Drexl J and Annete kur, (2005), *Intellectualproperty and private international law* , Hart publishing.
14. Green N,Hartley j. c, j. A usher, (1992), *The Legal Foundation of the Single European market*, Oxford.
15. Hylton N, (2006), *Torts and choice of law: searching for principles*, journal of legal education,Buston university.
16. Juenger friedrich K, (2005), *Choice of law and multistate justice*, Mortinus NIJHOFF, special edition.
17. Kozyris J, (2008), *Rome II: Tort conflicts on the right track*, Am. j. comp. L.
18. Kramer E , (2008), *The Rome II Regulation on the law applicable to non contractual obligations*, NIPR.
19. Mann F. A, (1950), *The proper law of a contract*, ICLQ.
20. Michaels R, (2005), *Private or international? Two economic models for*

- private international law of torts*, Duke law school working papers series.
21. Michaels R, (2008), «*The New European choice of law revolution*», Tulan law review.
 22. Nygh, P, (1999), *Autonomy in International Law Contracts oxford*.
 23. Peukert A, (2010), *Territoriality and extra Territoriality in IP Law*, Queen mary study in international law , Brill publishing Boston.
 24. Reed A, (2001), *The Anglo. American revolution in Tort conflict of law*, Arizona journal of international and comparative law , vol 18.
 25. Rushworth and scott, (2008), *A commentary on the Rome II Regulation*, L. M. C. L. Q.
 26. Sedler A. (2000), «*Choice of law in conflicts Torts cases*», Indiane Law journal , vol 75.
 27. Symeonides C, (2009), *A New conflicts restatement why not? »*, Am. J comp. L.
 28. -----, (2010), *Party autonomy in Rome I and II From a comparative perspective*, Liber Amicorum.
 29. -----, (2001), *Material Justice and conflict justice in choice of law , essays in honor of FK*, Juenger.
 30. -----, (2003), *Choice of law in American courts in 2002*, Am T. comp. L.
 31. -----, (2008), *The American Revolution and the European Evolution in choice of law*, Tulan law Review.
 32. -----, (2009), *Choice of law in cross border Torts*, Am T. com. L.
 33. StoneP. (2006), *European private International law*, Elgar publishing, London.
 34. Weintroub. J. (2007) *The choice of law Rules of the european community Regulation*, Texas international law journal , V 43.
 35. Zhong Mo. (2008), *Party autonomy in non contractual obligation*, hall law review. Section 39.