

# اولویت قوانین حمایتی نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا نسبت به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد

سید حسن وحدتی شبیری<sup>۱</sup>

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

مرضیه افضلی مهر<sup>۲</sup>

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۲/۰۲

تاریخ تأیید: ۹۲/۰۴/۱۹

## چکیده

با بررسی مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی در زمینه قراردادها از منظر حقوق تطبیقی، همگرایی نظام‌های حقوقی بزرگ رومی - ژرمنی و کامن‌لا در خصوص پذیرش اصل حاکمیت اراده برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، آشکار می‌شود. با این حال، هیچ‌کدام از این دو نظام حقوقی اعمال مطلق اصل حاکمیت اراده را نپذیرفته و محدودیت‌های مهمی بر آزادی انتخاب طرفین وارد نموده‌اند. از جمله اینکه، هر دو نظام حقوقی شروط انتخاب قانون را در قراردادهای خاص محدود کرده‌اند. این محدودیت‌ها معمولاً مربوط است به قراردادهایی که در آن یکی از طرفین قرارداد در موقعیت ضعیف‌تری نسبت به طرف دیگر قرار دارد که مهم‌ترین آن‌ها قراردادهای مصرف‌کننده، قراردادهای استخدامی و قراردادهای بیمه است. در این قراردادها اولویت قوانین حمایتی نسبت به آزادی اراده طرفین در جهت رفع نابرابری معاملاتی طرفین قرارداد، امری ضروری است.

واژگان کلیدی: حقوق بین‌الملل خصوصی، قراردادها، اصل حاکمیت اراده، تعارض قوانین، اولویت قوانین حمایتی

## مقدمه

قراردادها یکی از مباحث مهم علم تعارض قوانین است که هم از لحاظ نظری در مقالات و کتاب‌های فراوانی مورد بحث قرار گرفته و هم یکی از پرکاربردترین مسائل روز تعارض قوانین به شمار می‌آید؛ چرا که امروزه با گسترش روز افزون معاملات تجاری بین‌المللی و منطقه‌ای، تعیین قانون حاکم بر این معاملات، در ایجاد حقوق قابل اعمال بر قرارداد از جمله مسائلی است که در حقوق بین‌الملل خصوصی، ضوابطی چند برای آن معرفی شده است.

1. Email: vahdati11@gmail.com

2. Email: ma.afzalimehr@gmail.com

« نویسنده مسئول »

در نظام‌های حقوقی معاصر آنچه که غالباً مورد پذیرش قرار گرفته است، ترجیح ضابطه شخصی بر ضابطه نوعی به جهت تعیین قانون قابل اعمال بر قرار داد است. ضابطه شخصی ناظر بر اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به اراده متعاملین است، در حالی که سابقاً، بر اساس ضابطه نوعی این اختیار از آن قانونگذار کشورها بوده است و طرفین بدون داشتن حق انتخاب، مجبور به پذیرش حکم قانون بودند. آنچه در این مقاله مورد تحقیق و تأمل قرار گرفته است، محدودیت‌هایی است که از سوی برخی قوانین حمایتی مانند قانون راجع به مصرف‌کنندگان، مستخدمین و بیمه‌گذاران، بر اصل حاکمیت اراده متعاملین در تعیین قانون قابل اعمال وارد می‌شود.

این سؤال مطرح است که آیا آزادی و اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم، مطلق است و متعاقبین می‌توانند با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را انتخاب نمایند یا اینکه اصل حاکمیت قانون بر اصل حاکمیت اراده همواره تفوق داشته و باعث می‌شود که حاکمیت اراده طرفین قرارداد در حدود قوانین داخلی کشورها، اثرگذار باشد؟ همچنین این سؤال مطرح می‌شود که آیا اعمال ضابطه شخصی در تمام انواع قراردادها مناسب است، یا اینکه برخی از قراردادها با توجه به شرایط خاص متعاملین، نیاز به حمایت از سوی قانونگذار دارند و در نتیجه اعمال ضابطه نوعی و برتری قوانین حمایتی داخلی بر اصل آزادی اراده متعاملین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، امری ضروری می‌نماید.

سعی بر آن است که به این سؤالات تا حدودی که در گنجایش این مقال است پاسخ داده شود. بنابراین، بخش نخست این تحقیق را به مبنا و قلمرو اصل حاکمیت اراده اختصاص دادیم و در بخش دوم، اولویت قوانین حمایتی نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی و کامن‌لا بر اصل حاکمیت اراده متعاملین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد مورد بررسی قرار می‌گیرد و به مسائل مربوط به قانون قابل اعمال بر قراردادهای مصرف‌کنندگان، قراردادهای استخدامی و قراردادهای بیمه می‌پردازیم؛ و سرانجام در بخش سوم، مبنای اعمال ضابطه نوعی در این نوع قراردادها بیان می‌شود.

## ۱- مبنای اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد

امروزه اصل حاکمیت اراده<sup>۱</sup> به عنوان ضابطه اصلی در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، از سوی اکثر کشورهای دنیا، اعم از کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه پذیرفته شده است. مقررات بین‌المللی نیز مانند کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات

1. Party Autonomy

قراردادی و کنوانسیون ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا و کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو<sup>۱</sup> در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی و اسناد و رویه‌های داوری آنسیترال به گونه‌ای یکنواخت و متحدالشکل آزادی یا استقلال اراده طرفین را به عنوان مبنای قاعده حل تعارض و قانون حاکم بر قراردادها پذیرفته‌اند (نیکبخت، ۱۳۷۷: ۱۸۴). به موجب این اصل که نخستین بار در قرن شانزدهم توسط شارل دومولن مطرح گردید، طرفین یک قرارداد بین‌المللی می‌توانند قانون حاکم بر قراردادشان را مشخص نمایند؛ چون قرارداد مخلوق اراده طرفین قرارداد است، لذا منطق حقوقی ایجاب می‌کند که طرفین قرارداد آزاد باشند قانونی را که مناسب می‌دانند، بر قرارداد خود حاکم سازند (الماسی، ۱۳۸۳: ۳۳۶).

اصل حاکمیت اراده بر دو مبنای عمده استوار است: یکی آزادی قرارداد و دیگری قطعیت و کارآمدی اقتصادی.

#### ۱-۱- قطعیت و کارآمدی

دو عامل قطعیت و کارآمدی به واگذاری حق انتخاب قانون قابل اعمال به طرفین قرارداد مطلوبیت می‌بخشد. یک قرارداد بین‌المللی، همچون سایر قراردادها به قطعیت نیاز دارد. از آنجا که در مورد قرارداد بین‌المللی، چندین قانون به صورت بالفعل قابل اعمال هستند، طرفین قرارداد باید این امکان را داشته باشند که از طریق انتخاب یک قانون، به چنین عدم قطعیتی خاتمه بخشند. از طرف دیگر، در عصر حاضر با گسترش سریع روابط اقتصادی و تجاری بین کشورهای مختلف و اتباع کشورها و یا حتی میان دولت‌ها و مؤسسات دولتی با شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد از سوی متعاملین، منجر به کارآمدی بیشتر خواهد شد؛ چرا که متعاملین می‌توانند با توجه به مقررات و الزامات آن قانون روابط قراردادی، از جمله حقوق و تکالیف یکدیگر را به درستی تنظیم نمایند (Ngyh, 1999: 2-3).

#### ۱-۲- آزادی قرارداد

آزادی قرارداد یک بخش ضروری برای اقتصاد بازار است. طرفین باید برای تنظیم شرایط قراردادشان آزاد باشند. البته این دولت است که باید این آزادی را به طرفین اعطاء کند. نخست از طریق مقرر داشتن چارچوبی که طرفین بتوانند در آن حدود اراده خود را اعمال نمایند؛ و دوم

1. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts. Signed at Mexico in 1994.

برای حمایت از منافع خاص خود دولت یا منافع خاص طرفی که به خاطر فقدان قدرت اقتصادی به حمایت دولت احتیاج دارد، مثل مصرف‌کنندگان و مستخدمان.

آزادی قراردادی نتیجه اصل حاکمیت اراده است. اگر چه این دو از لحاظ تاریخی با هم ارتباط دارند ولی حاکمیت اراده اصلی است که بیشتر برآمده از خاستگاهی فلسفی است و اصل آزادی قراردادی مفهومی برآمده از مسائل اجتماعی است. به عبارت دیگر اصل حاکمیت اراده، مبنای اصل آزادی قراردادی است و قلمروی گسترده‌تری نسبت به آن دارد؛ در حالی که اصل آزادی قراردادی تنها در مورد انعقاد عقد و تعیین آثار آن به دلخواه طرفین به کار می‌رود. اصل حاکمیت اراده در موضوعاتی همچون تعیین قانون حاکم بر قرارداد، اسقاط حقوق و ایقاعات و مانند آن نیز مورد توجه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۴۴).

اما در خصوص حدود اصل حاکمیت اراده دو نظریه عمده وجود دارد. یکی نظریه لیبرالیسم کلاسیک<sup>۱</sup> است که برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و اعتقاد دارد که متعقدین، قدرت و اختیار دارند در محدوده حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را تعیین نمایند. بنابراین در قراردادهای خصوصی قصد طرفین، به طور صریح یا ضمنی یا تلویحی (جایی که قصدی برای طرفین فرض می‌شود) تعیین‌کننده قانون حاکم است (Nyggh, 1999: 10-11); (Cheshier, 1947: 81) شماری از نویسندگان معروف تعارض قوانین مانند رابل<sup>۲</sup> و گراوسون<sup>۳</sup> در آثار خود برای آزادی طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم قائل به محدودیت نشده‌اند. با این وجود حتی آنان نیز پذیرفته‌اند که انتخاب قانون باید از روی حسن نیت باشد و مقررات راجع به نظم عمومی باید مورد لحاظ قرار گیرد (Rabel, 1960: 396-397). نظریه دوم پوزیتیویسم حقوقی<sup>۴</sup> است که مدعی تفوق انحصاری

۱. نظریه لیبرالیسم کلاسیک در اواخر قرن نوزدهم، از سوی برخی حقوقدانان و فیلسوفان لیبرال بیان شد. این نظریه دچار زیاده‌روی‌هایی شد؛ زیرا حقوقدانان طرفدار این نظریه، آزادی مطلق اراده را ستوده و پیشنهاد کردند که نظم عمومی و مقررات آمره به حداقل کاهش یابد. ر.ک: (فیلیپ لوی، کاستادلو، ۱۳۸۶: ۲۱۱).

2. Rabel

3. Graveson

۴. مکتب پوزیتیویسم حقوقی یا مکتب تحقیقی حقوقی یکی از مکاتب حقوقی است که پیروان آن گروه بزرگی از دانشمندان حقوق هستند. مهم‌ترین وجه مشترک عقاید آنان، این است که همگی، حقوق را مجموع قواعدی می‌دانند که دولت وضع و اجرای آن را تضمین می‌کند، در واقع همین که قاعده‌ای از طرف دولت وضع شد، به عنوان حقوق معتبر است و هیچ قاعده عالی و طبیعی وجود ندارد تا برتر از اراده حکومت شمرده شود. ر.ک: (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۳۸۰-۱۳۸۱).

حاکمیت دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد. این نظریه در واقع استقلال اراده طرفین را به این دلیل که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد، انکار می‌کند (Istvan Svaszy, 1964: 265).<sup>۱</sup>

در این نظریه، متعاقدين ممکن است با محدودیت‌های گسترده‌ای مواجه باشند. بنابراین آن‌ها فقط در محدوده‌ای که قانون مقرر می‌کند، آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند. بنابراین توافقات طرفین تا حدی نافذ می‌باشد که قانون کشوری خاص (قانون تنفیذکننده)، مانند قانون مقر دادگاه آن‌ها را معتبر بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلاء وجود داشته باشد و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۲۰-۲۲).

در عمل عموم کشورها معتقدند که مبنای انحصاری تعارض قوانین را اصل حاکمیت دولت تشکیل می‌دهد و این مصالح و منافع گسترده دولت‌هاست که بستر پذیرش و رشد اصل حاکمیت اراده بوده است (همان). بنابراین اصل مهم‌تر دیگری نسبت به اصل حاکمیت اراده وجود دارد و آن اصل حاکمیت دولت است؛ چرا که در جامعه، اراده اشخاص در انشای اعمال حقوقی و تعیین برخی از آثار و شرایط آن، اعتبار خود را از اراده قانونگذار ملی می‌گیرد که بدون وجود قانون، حاکمیتی به مفهوم حقوقی آن برای اراده اشخاص در اعمال حقوقی قابل تصور نیست و حاکمیت اراده طرفین قرارداد را در عالم حقوق باید با تکیه بر قانون و در حدود آن قانون شناخت (شهیدی، ۱۳۸۷: ۳۰۳).

## ۲- اولویت قوانین حمایتی بر آزادی اراده متعاقدين در تعیین قانون حاکم بر قرارداد

یکی از محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده یا آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، در رابطه با قراردادهایی است که یکی از طرفین به طور منظم نسبت به طرف دیگر قرارداد در یک موقعیت ضعیف‌تر معاملاتی است. مهم‌ترین آن‌ها قراردادهای مصرف‌کننده، قراردادهای استخدامی و قراردادهای بیمه هستند.

در این نوع قراردادها نمی‌توان انکار نمود که اغلب میان اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد و مطلوبیت حمایت از طرف ضعیف‌تر، تعارض وجود دارد؛ چرا که

---

1. Committees on Selected Articles on Conflict of Laws, 1956: 693.

تأثیر قدرت اجتماعی و اقتصادی طرف قوی را که ممکن است منجر به وادار شدن طرف دیگر به پذیرش شروط زیان‌آوری در جریان معامله شود، نمی‌توان نادیده گرفت. در بحث انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نیز این حمایت از طرف ضعیف به شدت نیاز است؛ چرا که در غیر این صورت طرف قوی می‌تواند با انتخاب قانون یا دادگاهی که حاوی نظام حمایتی در این خصوص نیست، قانون ملی یا قانون اقامتگاه حمایت‌کننده طرف ضعیف را پوچ و بی‌اثر کند (Nygh, 1999: 139-140).

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا باید عوامل ارتباطی ثابتی مانند، اقامتگاه معمولی مصرف‌کننده، محل انجام کار، اقامتگاه بیمه‌گذار، محل استقرار ریسک یا محل استقرار شیء بیمه شده، به ترتیب به کار برده شوند؟ اعمال این عوامل ارتباطی ثابت در بدو امر ارزشمند به نظر می‌رسد؛ زیرا چنین به نظر می‌رسد که قانون طرف ضعیف‌تر، نسبت به طرف قوی‌تر قراردادی، بیشتر به نفع اوست، اما باید توجه داشت که لزوماً چنین نیست. قواعد تعارض قوانین که تعیین می‌کند کدام نظام حقوقی باید اعمال شود، در اجرای کامل عدالت و انصاف در هر پرونده خاص، ناتوان است و نمی‌تواند مطلوب‌ترین قانون را در هر پرونده مشخص نماید، مگر از طریق تجمیع اصل حاکمیت اراده و قانون طرف ضعیف‌تر؛ به این معنا که با اعمال ضابطه عینی اصل حاکمیت اراده را در موردی که قانون انتخابی طرفین حمایت کمتری را به نفع طرف ضعیف‌تر اعطاء می‌کند، کنار گذاشته و قانون مناسب‌تر را اعمال نماییم (Lipstein, 1987: 5). در مورد انتخاب شرط صلاحیت قضایی که دادگاه کشوری خاص را برای رسیدگی به پرونده مشخص می‌کند، به خصوص در جای که آن کشور، اقامتگاه طرف قوی قرارداد باشد، طرف ضعیف در معرض خطر بیشتری قرار می‌گیرد. بنابراین جامعه اروپایی، در کنوانسیون ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ در مورد صلاحیت قضایی و اجرای آرای لازم‌الاجرا، این تهدید را با ایجاد محدودیت برای انتخاب دادگاه از طریق توافق، در قراردادهای بیمه، قراردادهای فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک، برطرف نموده است (Ibid).

## ۲-۱- قراردادهای مصرف‌کننده

از نیمه دوم قرن بیستم، حمایت از مصرف‌کننده در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف مانند فرانسه و انگلیس که نمایندگان نظام‌های حقوقی بزرگ رومی - ژرمنی و کامن‌لا هستند به عنوان یک مسئله جدی آغاز شد. در فرانسه در سال ۱۹۹۳ با تدوین مجموعه قانون مصرف که شامل مقررات قانونی و آیین‌نامه‌ای مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان است، طرز تفکر

لزوم برقراری مقررات حمایتی برای مصرف‌کنندگان، جامه عمل پوشید. در سال ۱۹۹۷، مقررات آیین‌نامه‌ای حمایت از مصرف‌کننده، در این مجموعه درج شد. این مقررات مربوط به نظم عمومی هستند، بنابراین از طریق این مقررات برای طرفین در قرارداد اجباری می‌شود (اوبر، دوتیول، ۱۳۹۰: ۹۴).

در حقوق انگلیس نیز به موجب قانون شروط غیرمنصفانه قراردادهای مصرفی ۱۹۹۹ دو الزام قانونی، یعنی لزوم وجود حسن نیت و لزوم تعادل در قدرت معاملاتی طرفین عقد، مؤلفه‌هایی هستند که منصفانه بودن یا نبودن یک شرط قراردادی را در مقام عمل مشخص می‌سازند (آنه، ۱۳۸۶: ۱۳۱).

از آنجا که به قول حقوقدان معروف فرانسوی بارتن<sup>۱</sup>: «حقوق بین‌الملل خصوصی انعکاسی از حقوق داخلی در زمینه بین‌المللی است» (الماسی، ۱۳۸۳: ۹۷-۹۸). مقررات حمایتی راجع به مصرف‌کننده از مقررات حقوق داخلی کشورها به مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی بسیاری از کشورها نیز وارد شده و از جایگاه مهمی برخوردار است.

یکی از مهم‌ترین معاملاتی که در حقوق ایالات متحده آمریکا و در حقوق اروپا به طور گسترده، امکان انتخاب آزاد قانون حاکم از سوی طرفین قرارداد محدود شده است، قراردادهای مصرف‌کننده می‌باشد. معاملاتی که در آن‌ها یکی از طرفین اصولاً شخص حقیقی است که خارج از تجارت و حرفه‌اش اقدام می‌کند و به عبارتی مصرف‌کننده خانگی است، در مقابل ارائه‌کننده کالا یا خدماتی که معمولاً دارای شخصیت حقوقی است (Gottschalk, others, 2007: 167).

کنوانسیون لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای فروش بین‌المللی کالا ۱۹۵۵، هیچ اشاره‌ای، چه از طریق قاعده خاص یا از طریق استثناء، نسبت به قراردادهای مصرف‌کننده ندارد. البته در آن زمان پذیرش این معنا که مصرف‌کننده به حمایت نیاز دارد، تنها در قوانین داخلی در حال شکل‌گیری بود (Nygh, 1999: 144).

نخستین سند بین‌المللی که به ضرورت حمایت از منافع مصرف‌کننده اشاره دارد، قانون متحدالشکل فروش بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۶۴ است. ماده ۵/۲ این قانون مقرر داشته است که قانون متحدالشکل هیچ تأثیری بر (اعمال هر گونه مقرر آمره حقوق داخلی که در جهت حمایت از طرف قراردادی است که خرید کالا را با پرداخت قیمت آن به طور اقساطی انجام داده است) ندارد (Ibid).

---

1. Bartin

این ماده به طور صریح به قراردادهای اجاره به شرط تملیک اشاره دارد که حداقل در نظام قضایی کشورهای مشترک‌المنافع و آنگولایی، اولین دسته از قراردادهای مصرف‌کننده بودند که توجه قانونگذار را جلب کردند (Ibid).

کنوانسیون مربوط به صلاحیت و اجرای آراء در امور مدنی و تجاری ۱۹۶۸ (کنوانسیون بروکسل) در طرح اولیه‌اش ماده ۱۳ نیز تنها به قراردادهای اجاره به شرط تملیک اشاره دارد اما در سال ۱۹۷۸ قلمروی ماده ۱۳ به قراردادهای ارائه کالا و خدمات که عموماً مصرف‌کنندگان آن را منعقد می‌کنند، تعمیم داده شد.

از لحاظ تعارض قوانین، کشور اتریش در قانون حقوق بین‌الملل خصوصی خود در سال ۱۹۷۸، اولین کشوری بود که مقرره خاصی برای حمایت از مصرف‌کنندگان وضع نمود که اگر چه تعریف خاصی از این نوع قراردادها نداشت اما قطعاً فراتر از قراردادهای اقساطی بود (Ibid). ماده ۵ کنوانسیون رم و همچنین شروط قراردادهای مصرف‌کننده که در چهاردهمین جلسه کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در همان سال ۱۹۸۰، آماده شد، مشابه رویه قانون اتریش را مقرر داشت.

کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای فروش بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ (کنوانسیون فروش وین) نیز در ماده ۲ به معاملات مصرف‌کننده در مفهوم وسیع آن اشاره دارد.

از آن زمان به بعد، بیشتر کنوانسیون‌های بین‌المللی و چندین قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ملی، مقررات خاصی را در رابطه با قرارداد مصرف‌کننده، چه از طریق وضع یک رژیم تعارض قوانین خاص، یا از طریق استثناء کردن چنین معاملاتی از قلمروی کنوانسیون که برای اعمال قواعد انتخاب قانون حاکم یا قانون متحدالشکل وضع شده است، ایجاد می‌کنند (Ibid. 145).

در اروپا مطابق ماده ۵ کنوانسیون رم، قواعد حل تعارض قوانین خاصی برای حمایت از مصرف‌کنندگان، مقرر شده است. این ماده تعریف دقیقی از قراردادهای مصرف‌کننده ارائه می‌دهد. به موجب آن، موضوع قرارداد مصرف‌کننده باید تهیه کالا یا ارائه خدمات به یک شخص باشد مطابق این تعریف، گیرنده کالا یا خدمات باید خارج از تجارت یا حرفه‌اش عمل کند، اما تهیه‌کننده کالا یا ارائه‌دهنده خدمات می‌بایست در راستای تجارت یا حرفه‌اش عمل بکند. البته خرید و فروش اوراق بهادار و قرارداد حمل و نقل و نیز قراردادی که برای ارائه



خدمات است و منحصرأ در کشوری غیر از کشور محل اقامتگاه معمولی مصرف‌کننده اجرا می‌شود، از این قاعده مستثنی شده است (Kaye, 1990: 13).

رژیم حمایتی که بند دوم ماده ۵ کنوانسیون رم مقرر داشته است: «شرط انتخاب قانون حاکم در چنین قراردادهایی نباید مصرف‌کننده را از حمایتی که قواعد آمره قانون کشور محل اقامت عادی مصرف‌کننده اعطاء می‌کند، محروم نماید».

در نتیجه مصرف‌کننده می‌تواند به قواعد آمره اقامتگاه عادی خود اتکاء کند، یا اگر قواعد حمایتی قانون منتخب، حمایت بیشتر را نسبت به قانون اقامتگاه معمولی مصرف‌کننده داشته باشد، مصرف‌کننده می‌تواند به آن قانون استناد کند. بنابراین کنوانسیون رم انتخاب قانون را تا جایی مجاز می‌داند که این قانون نسبت به قانون اقامتگاه معمولی مصرف‌کننده از لحاظ حمایتی بیشتر به نفع مصرف‌کننده باشد (Stone, 2006: 312-315).

برخلاف راه‌حل کنوانسیون رم، راه‌حل قانون IPRG سوئیس<sup>۱</sup> در تحدید اصل حاکمیت اراده در جهت حمایت از طرف ضعیف قراردادی، از لحاظ ماهوی کاملاً متفاوت است. در جایی که قانونگذار سوئیس به طور کامل اصل حاکمیت اراده را در رابطه با قراردادهای مصرف‌کننده کنار گذاشته است، کنوانسیون رم این اصل را باقی نگه داشته، اما اثر انتخاب قانون را از طریق برآوردن امکان اعمال قواعد آمره خاصی که در قانون محل اقامت معمولی مصرف‌کننده وجود دارد، محدود نموده است (Ann, Schafer, 2010: 68-69).

قانون سوئیس، همچنین اصل حاکمیت اراده را در مورد قراردادهای استخدامی به چهار نظام حقوقی محدود کرده است. قانون اقامتگاه مستخدم، قانون محل فعالیت استخدام‌کننده، قانون اقامتگاه استخدام‌کننده، یا قانون محل سکونت مستخدم. بنابراین، انتخاب قانون دیگری غیر از این چهار مورد، نامعتبر خواهد بود (Ibid).

راه‌حل قانون سوئیس نسبت به راه‌حل کنوانسیون رم این مزیت را دارد که قاعده‌ای واضح که به راحتی می‌تواند از سوی قضات به کار برده شود را ایجاد نموده است و در این راه‌حل نیازی به یک مقایسه پیچیده میان قوانین داخلی مختلف نیست. به علاوه، لازم نیست که تعیین شود که کدامیک از قوانین آمره حمایت‌کننده برای مصرف‌کننده لازم است مقایسه شوند (Ibid, 70).

برعکس، در ایالات متحده تأثیر شروط مربوط به انتخاب قانون در قراردادهای مصرف‌کننده صریحاً محدود نشده است. دومین مجموعه حقوقی و قانون متحدالشکل عادی

---

1. Swiss IPRG

هیچ‌کدام حاوی مقرره‌ای در این خصوص نمی‌باشند (Gottschalk, others, 2007: 168). کنوانسیون منطقه‌ای آمریکا در خصوص قانون قابل اعمال تعهدات قراردادی ۱۹۹۴ (کنوانسیون مکزیکو) نیز هیچ مقرره خاصی در رابطه با قراردادهای مصرف‌کننده یا دسته‌های دیگری از قراردادها که به حمایت نیاز دارند، مقرر نداشته است. طراحان این کنوانسیون اذعان دارند که ماده ۱۱ که در خصوص قواعد امره قانون مقر دادگاه و کشورهای ثالث است در این خصوص کافی است (Ibid).

به‌رغم این، دادگاه‌های آمریکا سال‌های طولانی است که وسیله حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر شروط انتخاب قانون حاکم را به دست آورده‌اند. نظریه نظم عمومی بنیادین<sup>۱</sup> که در پاراگراف دوم بند دو ماده ۱۸۷ دومین مجموعه حقوقی<sup>۲</sup> مقرر شده است. مطابق این نظریه، شروط انتخاب قانون که اعمال قانون یک ایالت یا کشوری خاص را معین می‌کند، اگر مخالف نظم عمومی بنیادین ایالت یا کشوری باشد که اساساً نفع بیشتری نسبت به کشور منتخب برای تصمیم‌گیری در مورد این مسئله بخصوص دارد، محدود می‌شود (Ibid).

از آن جهت که قراردادهای مصرف‌کننده به عنوان یکی از نمونه‌های بارز قراردادهایی است که در آن طرفین قرارداد در موقعیت‌های معاملاتی نابرابری قرار داند، دادگاه‌های آمریکایی تمایل دارند که شروط انتخاب قانون در قراردادهای مصرف‌کننده را به جهت نقض نظم عمومی، بی‌اعتبار اعلام کنند، خصوصاً در جایی که این شروط مستلزم اعمال قانونی غیر از قانون اقامتگاه عادی مصرف‌کننده باشد (Ibid, 169).

به عنوان نمونه، در پرونده شرکت آمریکا آنلاین علیه دادگاه عالی، دادگاه شرط انتخاب قانون ایالت ویرجینا را در قرارداد خدمات اینترنتی بین شرکت آمریکا آنلاین و مصرف‌کنندگان ایالت کالیفرنیا، نامعتبر دانست. دادگاه چنین استدلال کرد: «کالیفرنیا قانون حمایتی برای

#### 1. The Fundamental Public Policy Doctrine

۲. شرح جدید حقوق، کار یک انجمن خصوصی به نام مؤسسه حقوق آمریکا است که در چاپ اول شامل نوزده جلد است. چاپ دوم شرح جدید در ۱۹۵۲ آغاز شد که مسائل تعارض قوانین نیز در این شرح بیان شده است. اگر چه شرح جدید جز یک کار خصوصی نیست و اعتبار عباراتی که این مجموعه به کار برده است به اندازه اعتباری است که گردآورندگان آن داشته‌اند، اما شرح جدید نوعی مجموعه حقوقی است که با استفاده از تقسیم‌بندی سازمان یافته آن، می‌توان آرای که در هر مورد مهم است به دست آورد و در کشورهایی که به فن تدوین عادت کرده‌اند با استقبال شایان روبرو شده است (درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، رنه داوید، کامی ژوفره اسپینوزی، ترجمه و تلخیص دکتر سید حسین صفایی، نشر دادگستر، چاپ دوم زمستان ۱۳۷۸، صص ۲۷۸-۲۷۹).

مصرف‌کننده دارد که به موجب آن به هر گونه اسقاط حقوق مصرف‌کننده به موجب آن قانون باطل است؛ چرا که مخالف نظم عمومی کالیفرنیا است. مصرف‌کنندگان یک دعوی جمعی علیه شرکت آمریکا آنلاین اقامه کردند با این ادعا که خوانده به بدهکار کردن کارت‌های اعتباری آن‌ها بعد از اینکه مصرف‌کنندگان به اشتراک خود خاتمه دادند، ادامه داده است.»

دادگاه چنین رأی داد که، «لازم‌الاجرا دانستن شرط انتخاب قانون عملاً معادل با اسقاط قراردادی شروط حمایتی مصرف‌کننده در قانون ایالت کالیفرنیا است. در نتیجه این شرط لازم‌الاجرا نخواهد بود» (Ibid).

نمونه دیگر رأی دیوان عالی ایالت پنسیلوانیا است که از لازم‌الاجرا دانستن شرط انتخاب قانون پنسیلوانیا در دعوی شرکت خدماتی استون استریت علیه دنیا لزل امتناع نمود (Ibid).

این پرونده راجع به توافق فروش سالانه‌ای است که ما بین یک شرکت پنسیلوانیایی و مصرف‌کننده کانزاسی بود که در یک حادثه تصادف اتومبیل دچار آسیب روحی شده بود. قانون کانزاس یعنی اقامتگاه عادی خواهان، مقرره‌ای برای حمایت از حق مصرف‌کننده دارد که به موجب آن، طرف قرارداد نمی‌تواند از ناتوانی مصرف‌کننده به خاطر معلولیت جسمی، جهل، بی‌سوادی یا ناتوانی او در فهم زبان توافق‌نامه و عوامل مشابه آن سوء استفاده کند. همچنین اسقاط این مقررات را منع کرده است. دادگاه چنین رأی داد که، «قانون پنسیلوانیا به خاطر اینکه نظم بنیادین کانزاس را که در آن مقرر مندرج است، نقض می‌کند، نباید اجرا شود» (Ibid).

به موجب نظریه نظم بنیادین آمریکایی، شرط انتخاب قانون تنها زمانی که مخالف نظم عمومی بنیادین یک کشور باشد نامعتبر است و این تنها در موردی است که قانون منتخب حمایت کمتری از مصرف‌کننده نسبت به قانون آن کشور داشته باشد، اما اگر قانون منتخب حمایت بیشتری داشته باشد، دیگر موجبی برای نقض نظم عمومی نیست و شرط انتخاب قانون، لازم‌الاجرا خواهد بود. این نتیجه در بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون رم نیز مشهود است. بنابراین معمولاً قانونی که بیشتر به نفع مصرف‌کننده باشد، حاکم خواهد شد (Ibid. 170).

در نتیجه در ایالات متحده، رویه قضایی آمریکایی برای مصرف‌کنندگان همان حمایتی را قائل هستند که در اروپا از سوی کنوانسیون رم مقرر شده است.

لازم است خاطر نشان کرد قواعد رقابتی نیز که در جهت حمایت از مصرف‌کننده وضع می‌شوند، از جمله قواعدی هستند که خصیصه امره آن‌ها باعث می‌شود تا محدودیتی مهم برای

انتخاب آزاد قانون از سوی طرفین، ایجاد کنند. مقرراتی که بر توسعه رقابت آزاد تأکید می‌کنند، به عنوان مقررات حمایت از مصرف‌کننده محسوب می‌شوند؛ چرا که مصرف‌کننده، ضعیف‌تر از اشخاص حقوقی است که در تولید و توزیع کالاها و خدمات شرکت می‌کنند، بنابراین نیازمند حمایت بیشتری است.

اگر چه، قواعد رقابتی به طور مستقیم برای تضمین روابط قراردادی فیما بین مصرف‌کننده و تولیدکننده یا فروشنده طرح‌ریزی نشده است، ولی هدف مستقیم از وضع این قواعد، جلوگیری از انعقاد هر گونه توافقی میان تولیدکنندگان، فروشندگان یا میان تولیدکنندگان و فروشندگان، برای ایجاد محدودیت‌هایی برای رقابت آزاد است. اما در نهایت منتفع اصلی این قواعد، مصرف‌کنندگان هستند (Moss, 1999: 93).

یک نمونه خوب از قوانین رقابتی، مواد ۸۵ و ۸۶ معاهده ۱۹۵۸ رم است که جامعه اروپایی را ایجاد نمود<sup>۱</sup>. این مقررات هر گونه توافقی را که اثر منع‌کنندگی برای رقابت آزاد در بازار اتحادیه اروپا دارند، باطل و بی‌اثر می‌داند.

خط مشی‌ای که این قواعد دنبال می‌کنند، به قدری اهمیت دارد که حتی در جایی که متعاقبین قانون دیگری را برای حکومت بر قراردادهای آنها انتخاب کرده باشند نیز اعمال می‌شود. همچنین اگر توافقی بر رقابت آزاد در بازار اتحادیه اروپا تأثیر بگذارد، قواعد حمایتی اتحادیه اروپا، حتی به‌رغم اینکه متعاقبین تابعیت کشورهای عضو اتحادیه اروپا را نداشته باشند یا به‌رغم اینکه موضوع قرارداد در خارج از اتحادیه اروپا اجرا شود و یا به‌رغم اینکه قرارداد تحت حاکمیت قانونی غیر از قانون کشورهای اروپایی باشد، اجرا خواهد شد (Ibid).

## ۲-۲- قراردادهای استخدامی

توجه به ضرورت برقراری مقررات ویژه در رابطه با قراردادهای استخدامی خیلی دیرتر از برقراری مقررات حمایتی برای مصرف‌کنندگان انجام شد.

جالب توجه است که در شرح گزارش جنارد<sup>۲</sup> که ضمیمه کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل شد، خاطرنشان شده که مسئله ایجاد صلاحیتی خاص در رابطه با قراردادهای استخدامی مورد بحث قرار گرفت اما رد شد؛ نه تنها به این خاطر که این مسائل بسیار پیچیده به نظر می‌رسید، بلکه همچنین به دلیل اینکه در بیشتر کشورهای عضو جامعه اروپا اصل آزادی قراردادی هنوز به

1. Treaty of Rome establishing the European Community (1958)

2. Jenard Report

عنوان مهم‌ترین اصل شناخته شده بود. در نهایت در سال ۱۹۸۹ که کنوانسیون بروکسل منعقد شد، برای چنین قراردادهایی مقررات ویژه‌ای وضع شد (Nygh, 1999: 150).

در خصوص وضع قوانین حمایتی نسبت به مستخدمان، می‌توان به قانون ۱۹۷۷ نروژ اشاره نمود. ماده ۵ قانون حمایت از مستخدمان و محیط کاری<sup>۱</sup>، مقرر می‌دارد که قواعد مندرج در این قانون، از طریق قرارداد قابل عدول نیستند. اگر چه این قانون مشخص نمی‌کند که آیا خصیصه<sup>۲</sup> امره<sup>۳</sup> این قواعد تنها مربوط به توافقات داخلی است یا اینکه شامل توافقاتی با عنصر خارجی هم می‌شود، که نسبت به قواعد تعارض قوانین نیز قابل تسری باشد. اگر چه دادگاه‌های نروژ این قانون را در خصوص قراردادهایی با خصیصه بین‌المللی نیز به کار می‌بردند. به طور مثال، در یک قرارداد استخدامی میان یک شرکت نروژی و دو شهروند انگلیسی که طرفین با توافق یکدیگر قرارداد را تحت حاکمیت قانون انگلیس نموده بودند، دیوان عالی نروژ، فرجام‌خواهی علیه رأی دادگاه تجدید نظر را به این دلیل نپذیرفت که ماده ۶۱ قانون فوق‌الذکر، انتخاب قانون خارجی را مغایر قواعد امره<sup>۴</sup> این قانون دانسته و کنار می‌گذارد (Moss, 1999: 92). کشور اتریش نیز در سال ۱۹۷۸<sup>۵</sup> در ایجاد مقررات ویژه برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای خاص، اقدام نمود (Ibid).

سپس این رویه از سوی کنوانسیون ۱۹۸۰ روم (رم یک)، در ماده ۶ دنبال شد، در ماده ۱۲۱ قوانین موضوعه حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷ نیز پذیرفته شد. کنوانسیون رم هیچ تعریفی از استخدام ارائه نداده است، اگر چه در گزارش ژولیانو - لاگارد<sup>۳</sup>، آمده است که وضعیت‌های استخدامی واقعی نیز (مثل موردی که استخدام‌کننده از انعقاد یک قرارداد رسمی با مستخدم امتناع می‌ورزد) مشمول ماده ۶ کنوانسیون رم است. به دلیل عدم وجود تعریف از این نوع قراردادها در کنوانسیون رم، حقوقدانان چنین نتیجه گرفتند که تعریف قرارداد استخدامی به قانون ملی واگذار شده و بر حسب اینکه ما توصیف قانون استخدامی را یک توصیف اصلی بدانیم یا توصیف فرعی، به ترتیب قانون مقرر دادگاه<sup>۴</sup> و قانون سبب<sup>۵</sup> برای ارائه توصیفی از این نوع قراردادها حاکم هستند (Nygh, 1999: 150).

ماده ۶ کنوانسیون رم برای حمایت از منافع و حقوق مستخدم که طرف ضعیف قرارداد است، مقرر داشته است: «در جایی که شرط انتخاب قانون در قرارداد وجود دارد، این شرط

---

1. The Act relating to the Protection of Employees and the Working Environment, No.4/1977  
2. Austrian Private International Law Statute 1978  
3. Giuliano-Lagarde  
4. Lex fori  
5. Lex causae

مستخدم را از حمایتی که توسط قواعد امره قانونی که در صورت فقدان انتخاب قانون، حاکم خواهد بود، محروم نمی‌کند؛ یعنی قانون کشوری که مستخدم معمولاً کارش را در آنجا انجام می‌دهد، اگر چه او به طور موقت در کشور دیگری مشغول کار باشد».

یا اگر مستخدم به طور عادت در یک کشور خاص انجام خدمت نمی‌کند، وی تحت حمایت قانون کشور محل وقوع تجارت‌خانه یا کارفرما است، که به واسطه آن استخدام شده است، مگر اینکه از اوضاع و احوال و شرایط کلی این گونه برآید که قرارداد ارتباط نزدیک‌تری با یک کشور دیگر دارد، که در این حالت قرارداد تحت حاکمیت قانون حمایتی آن کشور است (Morris, 1984: 350).

در نتیجه، شرط انتخاب قانون در قراردادهای استخدامی نمی‌تواند مستخدم را از قوانین حمایتی محل کار معمولی وی محروم نماید و مستخدم همواره می‌تواند بر قواعد امره این مکان اعتماد کند، اگر چه این اختیار را هم دارد که بین قانون محل انجام کار و قانون منتخب حاکم بر قرارداد، به هر کدام که بیشتر به نفع اوست استناد نماید.

بنابراین مبنایی که بر اساس آن بتوان محل خدمت عادی مستخدم را تعیین نمود در تعیین قانون حمایتی ماده ۶ کنوانسیون رم از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. به عنوان مثال اگر یک کارفرمای فرانسوی (الف)، یک مستخدم انگلیسی (ب) را برای کار در انگلستان بگمارد و قانون فرانسه صریحاً در قرارداد به عنوان قانون حاکم انتخاب شود. قانون انگلیس به موجب ماده ۶ کنوانسیون رم قانون قابل اعمال خواهد بود. چرا که قوانین استخدامی حمایت‌کننده انگلیس بیشتر به نفع (ب) است (Collier, 2004: 203).

اگر قرارداد متضمن هیچ شرط انتخاب قانونی نباشد، باز هم قانون انگلیس که محل معمولی انجام کار (ب) است به عنوان قانون حمایت‌کننده مستخدم، حاکم بر قرارداد استخدام است. اگر چه (ب) به طور موقتی در کشور هلند استخدام شده باشد، اما چون محل معمول انجام کار وی در انگلیس است، این قانون، قانون قابل اعمال خواهد بود (Ibid).

حالت دوم زمانی است که مستخدم به طور معمول در بیش از یک کشور کار می‌کند، در این حالت قانون کشوری که محل تجارت کارفرما در آن واقع شده و مستخدم از طریق آن تجارت‌خانه استخدام شده است، قانون حاکم بر قرارداد است. بنابراین اگر (ب) از طریق محل تجارت (الف) که در نیویورک است، استخدام شده باشد، قانون نیویورک اعمال خواهد شد. اما اگر از اوضاع و احوال مسلم قضیه برآید که قرارداد ارتباط نزدیک‌تری با کشور دیگری دارد، قانون آن کشور به عنوان قانون قابل اعمال بر قرارداد استخدامی اجرا خواهد شد.

مثال دیگر آن است که اگر مستخدم در هلند، انگلیس، بلژیک، آلمان و آمریکا انجام خدمت می‌کند، ولی در هلند دفتر کاری داشته باشد که از آن محل فعالیت‌های کاری خود را برنامه‌ریزی می‌کند. مکان عادی کار او مکانی است که مستخدم آنجا را به عنوان مرکز مؤثر انجام فعالیت‌هایش انتخاب کرده و در واقع وی از آنجا قسمت اعظم وظایفش را انجام می‌دهد که در این مثال می‌توان گفت این مکان کشور هلند است و او می‌تواند به قوانین حمایتی آن کشور استناد نماید (Mayss, 1996: 121).

در دومین مجموعه حقوقی و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، هیچ قاعده‌ای در جهت حمایت مستخدم در برابر انتخاب قانون، مقرر نشده است، اما این امر بدان معنا نیست که طرفین یک قرارداد استخدامی در ایالات متحده واقعاً برای انتخاب قانون حاکم آزادند (Gottschalk, others, 2007: 172).

اخیراً در رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا تمایل دارند که شروط انتخاب قانون را در قراردادهای استخدامی به موجب استثنای نظم عمومی بنیادین مندرج در پاراگراف دوم بند دو ماده ۱۸۷ دومین مجموعه حقوقی<sup>۱</sup> نامعتبر اعلام کنند. خصوصاً اگر شروط انتخاب قانون اعمال قانونی غیر از قانون محل استخدام را ایجاب نماید (Ibid).

مهم‌ترین دلیل آن است که قانون محل استخدام معمولاً قانونی است که به موجب ماده ۱۸۸ دومین مجموعه حقوقی از جهت دیگر قابل اعمال است. مخصوصاً هنگامی که این شرط راجع به توافقات غیررقابتی است، دادگاه‌های آمریکایی تقریباً همیشه، قانون منتخب را هنگامی که این قانون نقض‌کننده قوانین حمایتی استخدامی کشور محل اجرای قرارداد باشد، رد کرده و نمی‌پذیرند. اما حاکمیت نظریه نظم عمومی بنیادین گسترده‌ای فراتر از توافقات غیررقابتی دارد و تقریباً تمام حقوق و تکالیف قراردادی را که خارج از قراردادهای استخدامی مطرح می‌شود، در بر می‌گیرد (Ibid).

برای نمونه، در پرونده رایت علیه شرکت مارتک پاور<sup>۲</sup> یک مستخدم که شهروند کلرادو است و در آنجا کار می‌کند، دعوایی را علیه کارفرمای قبلی خود که محل اصلی فعالیت تجاری وی در کالیفرنیا بود به دلیل نقض شرط ضمنی حسن‌نیت و معامله منصفانه اقامه نمود. شرکت استخدامی، این ادعا را با استناد به قانون منتخب تگزاس در قرارداد استخدامی و اینکه تگزاس چنین پیمان‌های ضمنی را به رسمیت نمی‌شناسد، رد کرد. اما دادگاه بخش ایالت کلورادو، این

1. the second Restatement

2. Wright v. Martek Power, INC.

شرط انتخاب قانون حاکم را نپذیرفت و چنین استدلال نمود که کولورادو که عمده‌ترین ارتباط را با این دعوا دارد، شرط ضمنی حسن نیت و معامله منصفانه را در همه قراردادهای به رسمیت شناخته است. لذا قانون استخدامی ایالت کولورادو نفع بیشتری برای حمایت از انتظارات معقول طرفین این قرارداد استخدامی دارد. در نتیجه دادگاه اعمال قانون تگزاس را مخالف با نظم عمومی بنیادین کولورادو دانسته و آن را رد می‌کند (Ibid. 172-173).

### ۲-۳- قراردادهای بیمه

یکی دیگر از انواع خاص قراردادهای که قانون قابل اعمال در مورد آنها از طریق قوانین موضوعه ثابت می‌شود و قاعده آزادی اراده طرفین در انتخاب قانون در آنها بی‌اثر می‌شود، قراردادهای بیمه هستند (Nyggh, 1999: 151). قراردادهای بیمه برای مقاصد شخصی و غیرتجاری، داخل در تعریف قراردادهای مصرف‌کننده به طور اعم قرار می‌گیرند.

کنوانسیون رم و دیگر کنوانسیون‌های راجع به تعارض قوانین هیچ مقررۀ خاصی در رابطه با قراردادهای بیمه وضع نکرده‌اند و مسائل قراردادهای بیمه را تا آنجا که ویژگی یک مصرف‌کننده را داشته باشند، به طور کلی تحت قواعد قابل اعمال بر معاملات مصرف‌کننده دانسته‌اند. اگر چه کنوانسیون رم در بند سوم ماده یک به طور خاص قراردادهای بیمه‌ای را که ریسک‌های واقع شده در اتحادیه اروپا را تحت پوشش قرار می‌دهند، از قلمروی کنوانسیون خارج کرده است (Gottschalk, others, 2007: 174-175).

در مورد خطرهای واقع شده در اتحادیه اروپا، محدودیت‌های انتخاب قانون در قراردادهای بیمه، توسط دستورالعمل شماره ۸۸/۳۵۷ شورای اروپا<sup>۱</sup> به تاریخ ۲۲ ژوئن ۱۹۸۸ مقرر شده است. این دستورالعمل مربوط است به قراردادهای بیمه‌ای غیر از بیمه عمر که ریسک در اتحادیه اروپا واقع شده باشد. مواد ۷ و ۸ این دستورالعمل اعمال قانون اقامتگاه عادی صاحب بیمه‌نامه را مقرر می‌دارد. اگر قراردادی برای بیمه ریسک بسیار بالا داشته باشد و نیز اگر قرارداد بیمه عمر باشد و ریسک در اتحادیه اروپا واقع شده باشد ماده ۳۲ دستورالعمل شماره ۸۳ به تاریخ ۲۰۰۲، اعمال قانون اقامتگاه عادی صاحب بیمه‌نامه را مقرر می‌دارد (Ibid).

۱. شورای دوم جامعه اقتصادی اروپا به منظور تشکیل کمیسیون اروپایی، مجلس اروپایی و شورایی برای قانونگذاری در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، در ۲۲ ژوئن ۱۹۸۸ به موجب دستور شماره ۳۵۷/۸۸ در جهت هماهنگ کردن قوانین، مقررات و آئین‌نامه‌های اجرایی مربوط به قرارداد بیمه ایجاد شده است. ر.ک: (Gottschalk, others, 2007: 174).



البته چنانکه قانون اقامتگاه عادی صاحب بیمه‌نامه اجازه انتخاب قانون دیگری را به طرفین داده باشد یا هنگامی که صاحب بیمه‌نامه شخص حقیقی است که اقامتگاه عادی وی در یک کشور عضو اتحادیه است که کشوری غیر از کشور متبوع آن شخص باشد، اجازه انتخاب قانون دیگر به آن‌ها داده شده است. در مورد اخیر طرفین می‌توانند قانون کشور متبوع بیمه‌گذار را انتخاب کنند که عضو اتحادیه اروپا است.

اگر ریسک خارج از قلمرو اتحادیه اروپا واقع شده باشد، ماده ۵ کنوانسیون رم، همان حمایتی را به مصرف‌کننده اعطاء کرده است که به بیمه‌گذار اعطاء می‌کند.

رژیم اروپایی در بیشتر پرونده‌ها، تجارت کم اهمیت و ریسک مربوط به مصرف‌کننده را تحت حاکمیت قانون کشوری که ریسک در آنجا واقع شده می‌داند؛ یعنی قانون محل اقامت عادی صاحب بیمه‌نامه و آزادی انتخاب قانون حاکم تنها در اوضاع و احوال استثنایی پذیرفته شده است (Ibid).

این مقررات به صورت بخشی از قوانین ملی برخی کشورهای اروپایی هم درآمده است. مثل قانون شرکت‌های بیمه ۱۹۸۲ انگلستان؛ قانون ۷ جولای ۱۹۹۳ هلند؛ و قانون ۲۸ ژوئن ۱۹۹۰ آلمان (Nyg, 1999: 151).

در ایالات متحده، وضعیت آزادی انتخاب قانون در قراردادهای بیمه نسبتاً مشابه است. یعنی شروط انتخاب قانون در چنین قراردادهایی اغلب به وسیله نظریه نظم عمومی بنیادین که قبلاً توضیح داده شد، بی‌اعتبار می‌شوند. فحواي پاراگراف دوم بند ۲ ماده ۱۸۷ دومین مجموعه حقوقی حتی بیان می‌کند که، «مقررات مربوط به حقوق یک شخص بیمه‌شده در برابر شرکت بیمه» نمونه‌های صحیح قوانینی هستند که حاوی نظم عمومی بنیادین می‌باشند و از فحواي ماده ۱۹۳ دومین مجموعه حقوقی نیز چنین استنباط می‌شود که، «غالباً به شروط انتخاب قانون در قراردادهای بیمه آتش‌سوزی، ایمنی و حوادث ترتیب اثر نخواهد شد، در صورتی که قانون منتخب از بیمه‌گذار حمایت کمتری نسبت به حمایتی که قانون قابل اعمال دیگر ارائه می‌دهد، کرده باشد».

لذا دادگاه‌های آمریکا مدت مدیدی است که شروط انتخاب قانون را در قراردادهای بیمه که بین اشخاص و شرکت‌های بیمه منعقد می‌شود، نامعتبر اعلام می‌کنند. البته این امر بیشتر در جایی است که قانون منتخب، بیمه‌گذار را از حمایتی که به موجب قانون اقامتگاه عادی او به وی اعطاء می‌شود، محروم می‌کند (Gottschalk, others, 2007: 175).

به طور نمونه، در دعوای شرکت نفت این پارام علیه شرکت بیمه صنعتی و تجاری<sup>۱</sup> دادگاه شرط انتخاب قانون نیویورک را که در یک قرارداد بیمه مربوط به عملیات واقع در نیوجرسی که علاوه بر آن بیمه‌گذار هم مقیم نیوجرسی بود، باطل اعلام کرد؛ چرا که این شرط به منافع ایالات نیوجرسی که ریسک بیمه‌گذار در آن واقع شده و قانون آنجا در صورت فقدان شرط انتخاب قانون حاکم بود، لطمه وارد می‌کرد. دادگاه این گونه استدلال کرد: «هنگامی که ریسک کاملاً در یک ایالت واقع شده است، طرفین قرارداد بیمه نباید برای انجام مذاکره در خصوص کنار گذاشتن قانون حمایتی آن کشور مجاز باشند؛ یعنی «حمایتی که برای بیمه‌گذار، شرکت بیمه و همه کسانی که ممکن است به موجب ریسک بیمه‌شده متحمل خسارت شوند، پیش‌بینی شده است» (Nygh, 1999: 152).

نتیجه اینکه به موجب هر دو رژیم اروپایی و آمریکایی، آزادی طرفین برای انتخاب قانون حاکم هنگامی که تجارت کم اهمیت و ریسک مصرف‌کننده وجود داشته باشد، محدود می‌شود و قانون محل اقامت عادی بیمه‌گذار را که حمایت بیشتری از منافع و حقوق بیمه‌گذار ارائه می‌دهد، جایگزین قانون منتخب طرفین می‌کند.

### ۳- مبنای ایجاد محدودیت بر اصل حاکمیت اراده متعاملین از سوی قوانین حمایتی

مبنای این محدودیت بیشتر به مفاهیمی چون رفتار فرصت‌طلبانه و نابرابری اطلاعات بر می‌گردد. رفتار فرصت‌طلبانه زمانی اتفاق می‌افتد که یک طرف قرارداد از برتر بودن علم خود، در جهت بیشتر کردن منفعتش با امتناع از افشای چنین اطلاعاتی برای طرف مقابل، سوء استفاده می‌کند. در مورد انتخاب قانون این نوع رفتار، هنگامی بروز می‌کند که یک طرف در مورد قانون حاکم بیشتر از طرف دیگر می‌داند. اغلب در قراردادهای مصرف‌کننده، استخدامی و بیمه چنین امری صادق است؛ چرا که شرکای قراردادی مصرف‌کننده، مستخدم یا بیمه‌گذار، هر روزه در چنین معاملاتی شرکت می‌کنند و برای دانستن مضمون قوانین جایگزین و نیز برای انتخاب قانونی که بیشترین انطباق را با منافع آن‌ها داشته باشد، انگیزهٔ موجهی دارند. برعکس، مصرف‌کننده، مستخدم یا بیمه‌گذار که به طور اتفاقی وارد قرارداد می‌شوند، با هزینه‌های اطلاعاتی بسیار بالایی روبرو می‌شوند و در نتیجه از تحصیل این اطلاعات ارزشمند صرف‌نظر می‌کنند (Gottschalk, others, 2007: 180).

1. Inparam Petroleum Corporation v. Commerce & Industry Insurance Company

در برخی شرایط، هنگامی که مصرف‌کننده، مستخدم یا بیمه‌گذار قادر به تشخیص مراتب کیفی هزینه‌های بیش از حد نیست و مهم‌تر از همه از میزان حمایتی که به موجب قانون منتخب ارائه می‌شود بی‌اطلاع است، این امر احتمالاً منجر به فریب آن‌ها شده و قانونی که پایین‌ترین سطح حمایتی را دارد، انتخاب می‌شود. در بدترین حالت، وجود بازاری با شرایط انتخاب قانون ناکارآمد، ممکن است منجر به رکود کامل بازار شود (Ibid).

این فرضیه‌ها حتی در معاملات بین‌المللی با قوت بیشتری قابل طرح هستند. زیرا، اول اینکه شرکتی که در معاملات بین‌المللی وارد می‌شود، نسبت به شرکتی که فقط در معاملات داخلی وارد شده است، چندان به حفظ شهرت تجاری خود اهمیت نمی‌دهد در حالی که مؤسسات شرکت‌کننده در معاملات منحصراً داخلی، شهرت تجاری خود را در انتخاب قانونی که موقعیت حقوقی طرف مقابل را کاهش می‌دهد، به خطر نمی‌اندازند و مصرف‌کننده، مستخدم و بیمه‌گذار هم می‌توانند معاملات خود را به تجار مشهور محدود کنند، یا هنگامی که با تجار کمتر شهرت یافته وارد معامله می‌شوند، تخفیف‌های عمده را تقاضا نمایند. اما مشتریان بالقوه مؤسسات شرکت‌کننده در معاملات بین‌المللی، به قدری پراکنده هستند که نمی‌توانند اطلاعاتی مربوط به عملکرد این مؤسسه را با هم رد و بدل کنند. به علاوه اینکه، اتحادیه‌های مصرف‌کننده کمتر در سطح بین‌الملل سازمان یافته هستند و در نتیجه در اجرای عملکرد کنترلی خود از کارآمدی کافی برخوردار نیستند (Ibid).

با این توضیحات، محدودیت‌های اصلی آزادی طرفین در خصوص قراردادهای مصرف‌کننده، استخدامی و بیمه می‌تواند با مفاهیم رفتار فرصت‌طلبانه و نابرابری اطلاعات بر مبنای منطقی توجیه شود. علاوه بر آن، این مفاهیم می‌توانند مبنای اقتصادی برای اعمال قانون اقامتگاه عادی مصرف‌کننده یا صاحب بیمه‌نامه و محل کار مستخدم فراهم نمایند.

دو دلیل عمده این نظریه را تقویت می‌کند: اول اینکه در صورتی که قانون اقامتگاه عادی مصرف‌کننده یا بیمه‌گذار یا قانون محل کار مستخدم اعمال شود، نابرابری اطلاعات بین مصرف‌کنندگان، مستخدمان و بیمه‌گذاران از یک سو و افراد متخصص از سوی دیگر کمتر خواهد شد؛ زیرا مصرف‌کنندگان، مستخدمان و صاحبان بیمه‌نامه، قانون اقامتگاه عادی یا محل کار خود را بهتر از هر قانونی خارجی دیگری می‌شناسند.

آن‌ها لاقلاً، آسان‌تر و با هزینه کمتری اطلاعات مربوط را به دست می‌آورند که در نتیجه نابرابری اطلاعاتی را کاهش می‌دهد و فرصت‌های تصمیم‌گیری آگاهانه برای قرارداد را افزایش

می‌دهد. دوم و مهم‌تر اینکه افراد حرفه‌ای، بسیار بهتر از مصرف‌کنندگان، صاحبان بیمه‌نامه یا مستخدمان از قواعد حقوقی متفاوت آگاه هستند و می‌توانند هزینه‌های اطلاعاتی مربوط را متحمل شوند؛ زیرا آن‌ها احتمالاً در معاملات بسیار فراوانی از این نوع وارد شده‌اند و می‌توانند اطلاعات مربوط به قانون حاکم را ارزان‌تر جمع‌آوری کرده و هزینه‌ها را بین تعداد زیادی از قراردادهای تقسیم کنند (Ibid).

### نتیجه‌گیری

اصل آزادی طرفین یکی از موضوعات مهم حقوق بین‌الملل خصوصی در زمینه قراردادهاست. مقالات حقوقی بسیار زیادی هم در سراسر دنیا بر این موضوع متمرکز شده است. حقوق اروپا عمدتاً از طریق پذیرش کنوانسیون رم، به عنوان قانون قابل اعمال در قراردادهای حقوق ایالات متحده آمریکا با وضع مقررات مشابه در دومین مجموعه حقوقی اصل آزادی انتخاب قانون حاکم را به طرفین قرارداد اعطاء کرده‌اند. در قوانین ملی کشورهای دیگر نیز مانند شوروی، کویت، چین و ژاپن نیز این اصل مقبول واقع شده است. این اختیار نتیجه اصل آزادی اراده است که به عنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل خصوصی در آمده است.

اما نباید از نظر دور داشت که همه کشورهای پذیرنده اصلی آزادی انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در موقعیت‌های مشابه و به طرق مشابه آن را محدود کرده‌اند. محدودیت‌هایی که برای آزادی طرفین در قراردادهای مصرفی، بیمه و استخدامی وارد شده است از یک مبنای مشترک الهام می‌گیرد. در این قراردادهای یکی از طرفین با در اختیار داشتن اطلاعات بیشتر در مورد قوانین خارجی که احیاناً می‌توانند منافع او را در دستیابی به سود هر چه بیشتر تأمین کنند، رفتاری فرصت‌طلبانه داشته و از موقعیت ضعیف طرف مقابل با انتخاب قانونی منطبق با منافعش که کمترین حمایت را از حقوق و منافع مصرف‌کننده، مستخدم و بیمه‌گذار به عمل می‌آورد، سوءاستفاده می‌کند. لذا مقررات بین‌المللی همچون کنوانسیون بروکسل و کنوانسیون رم و نیز مقررات داخلی کشورها با وضع قوانین حمایتی به نفع طرف ضعیف قرارداد، نقص اطلاعاتی او را جبران می‌کنند و بر این مبنا است که قانون اقامتگاه عادی مصرف‌کننده یا بیمه‌گذار و قانون محل کار مستخدم به عنوان قوانینی که حاوی مقررات حمایتی برای این افراد هستند بر اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد تفوق پیدا کرده و قانون منتخب را بی‌اثر می‌کنند.

## منابع

### الف - فارسی

۱. الماسی، نجادعلی؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۲. کاتوزیان، ناصر؛ *فلسفه حقوق*، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۳. \_\_\_\_\_؛ *دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)*، انتشارات برنا، ۱۳۷۱.
۴. فیلیپ لوی، ژان؛ کاستادلو، آندره؛ *تاریخ حقوق تعهدات*، ترجمه رسول رضایی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۵. نیکبخت، حمید رضا؛ «تعارض قوانین در قراردادهای (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴، شماره ۳۲.
۶. \_\_\_\_\_؛ «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۷۷، شماره‌های ۲۱ و ۲۲.
۷. شهیدی، مهدی؛ «اندیشه‌های حقوقی (مجموعه مقالات حقوقی)»، *قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی*، چاپ دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۷.
۸. سلجوقی، محمود؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*، جلد اول و دوم، نشر میزان، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۸۴.
۹. لوک اوپر، ژان؛ کولار دوتیول، فرانسوا؛ *حقوق تعهدات (قراردادها)*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۰. راف، آنه؛ *قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضایی*، ترجمه سید مهدی موسوی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۱۱. داوید، رنه؛ ژوفره اسپینوزی، کامی؛ *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص دکتر سید حسین صفایی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸.

### ب - لاتین

12. Ann, Kerstin; Schafer, Susann; 2010, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Frankfurt, Peter Lang.
13. Cheshire, G.C; 1947, *Private International Law*, 3ed. Edition, Oxford, Clarendon Press.
14. *Commitees on Selected Articles on Conflict of Laws*; 1956, Selected Readings on Conflict of Laws, US.West Publishing Co.
15. Collier, J.G; 2004, *Conflict of Laws*, 3ed. edition, Cambridge University Press.

16. Gottschalk, Eckart; Michaels, Ralf; Ruhl, Giesela; Von Hein, Jan; 2007, *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge university Press.
17. Kaye, Peter; 1993, *International Contracts, Governing law under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, England, Barry Rose Law Publishers Ltd.
18. Lipstein, K; 1978, *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London: Institute of Advanced Legal Studies, University of London.
19. Mayss, Abla; 1999, *Principles of Conflict of Laws*, 3ed. edition, Cavendish Publishing Limited.
20. Morris, John; Mc clean, David; 1984, *The Conflict of Laws*, London, Stevens & Sons Ltd, 3ed.
21. Moss, Giuditta Cordo; 1999, *International Commercial Arbitration, Party Autonomy and Mandatory Rules*, Norway, Tano, Aschehoug.
22. Nygh, Peter; 1999, *Autonomy in international contracts*, Clarendon Press, Oxford.
23. Rabel, Ernest; 1960, *The conflict of Laws (A Comparative Study)*, V.2, 2ed.edition, University of Michigan law School.
24. Sva'szy, Isva'n; 1964, *Private International Law in the European people's Democracies*, Budapest, Akademia Kiado.
25. Stone, Peter; 2006, *EU private International Law*, Harmonization of laws, UK. Edward Elgar.

#### ج- قوانین و مقررات

26. The Act relating to the Protection of Employees and the Working Environment, No.4, 1977.
27. Treaty of Rome establishing the European Community, 1958.
28. Austrian Private International Law Statute, 1978.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی