

## بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه حمل و نقل در حقوق بین الملل خصوصی ایران و اتحادیه اروپا

علی اکبر صباحی<sup>۱</sup>، عبدالمهدی حیدری<sup>۲</sup>

### چکیده

در حال حاضر اهمیت قراردادهای تجاری بین المللی با توسعه صنعت و بازرگانی افزایش یافته است. این قراردادها به لحاظ وجود عنصر خارجی به دو یا چند کشور مرتبط گشته؛ چراکه گاهی طرفین قرارداد تابعیت یا اقامتگاه متفاوتی دارند یا محل انعقاد و اجرای قرارداد در دو کشور مختلف می باشد، در برخی موارد محل تنظیم قرارداد در یک کشور، اما عناصر دیگر قرارداد در کشور دیگری قرار دارند. در اینجا این سوال مطرح می شود که از میان قوانین این کشورها کدام قانون بر قرارداد حاکم است تا بتوان از طریق آن مسائل و موضوعات مختلف مربوط به قرارداد را حل نمود. در چنین شرایطی و برای حمایت و گسترش قراردادهای تجاری بین المللی اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته شده است. همچنین در صورت عدم تعیین قانون توسط طرفین، قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد در اغلب سیستمها پذیرفته شده است. آنچه از برآیند این پژوهش حاصل می گردد آن است که در حقوق اتحادیه اروپا علاوه بر اینکه مقررات کنوانسیون رم ۱۹۸۰ و مقررہ رم ۲۰۰۸ ناظر بر تعهدات قراردادی وجود دارد، شورای اروپا گام موثری در راستای یکسان سازی قواعد حل تعارض بیمه برداشته و دستورالعمل هایی را با لحاظ تفکیک میان بیمه عمر و بیمه غیرعمر وضع نموده است و با توجه به اهداف و عوامل ارتباط مؤثر در هریک از این موارد قانون حاکم بر قرارداد بیمه را تعیین کرده است.

واژگان کلیدی: قرارداد، بیمه حمل و نقل، قانون حاکم، اصل حاکمیت اراده، قاعده حل تعارض

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد aasabahi98@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شهید باهنر کرمان

## مقدمه

پیشرفت‌های سریع تکنولوژی، توسعه ارتباطات و گسترش روابط بین‌المللی به ویژه میان فعالان اقتصادی اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی با تابعیت‌های متفاوت، سبب دگرگونی و توسعه روزافزون تجارت در عرصه بین‌الملل شده است. مبادله کالا و خدمات در عرصه بین‌المللی نیازمند انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است. این قراردادها به لحاظ وجود عنصر خارجی به دو یا چند کشور مرتبط گشته؛ چراکه گاهی طرفین قرارداد تابعیت یا اقامتگاه متفاوتی دارند یا محل انعقاد و اجرای قرارداد در دو کشور مختلف می‌باشد همچنین در برخی موارد محل تنظیم قرارداد در یک کشور، اما عناصر دیگر قرارداد در کشور دیگری قرار دارند. در اینجا این سوال مطرح می‌شود که از میان قوانین این کشورها کدام قانون بر قرارداد حاکم است تا بتوان از طریق آن مسائل و موضوعات مختلف مربوط به قرارداد را حل نمود. در بسیاری از کشورها برای حمایت و گسترش قراردادهای تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته شده است. همچنین در صورت عدم تعیین قانون توسط طرفین، قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، در اغلب سیستم‌ها بعنوان قانون مناسب بر قرارداد اعمال می‌گردد.

حال که در عصر حاضر میزان مبادلات و دادوستد افراد افزایش یافته است، شیوه‌های حمل‌ونقل نیز علی-الاخص در عرصه بین‌المللی اهمیت فراوان یافته‌اند بطوریکه امروزه یکی از شاخص‌های ارزیابی توسعه اقتصادی هر کشور کیفیت و سطح حمل‌ونقل اعم از جاده‌ای، ریلی و هوایی می‌باشد. اشخاص و متصدیان که اقدام به حمل‌ونقل کالا یا مسافر زمینی، دریایی یا هوایی می‌کنند در این راه خطرات بسیاری را پیش‌رو دارند لذا برای کاهش خطرپذیری حمل‌ونقل اقدام به بیمه کالاها یا مسافری می‌نمایند. افراد و شرکت‌ها و موسسات مختلف با بیمه کردن کالا یا مسافر، خطر حمل‌ونقل را کاهش می‌دهند. در واقع بیمه‌های حمل‌ونقل خطرات عظیم تجاری را تحت پوشش قرارداده و از این نظر احساس امنیت خاطر و آرامش را نزد متصدیان حمل یا صاحبان کالا و یا مسافری افزایش می‌دهند و بطور کلی باعث یک نوع تضمین در تجارت بین‌المللی می‌شوند. حال که این بیمه‌ها چنین اهمیتی دارند باید دید چه قانونی قابلیت اعمال بر این قراردادهای مهم را دارد. قانونی که حدود مسئولیت بیمه‌گر و بیمه‌گذار را مشخص می‌کند. باتوجه به اینکه اکثر این بیمه‌ها بین اتباع دولت‌های مختلف منعقد می‌شود و حمل‌ونقل عموماً از کشوری به کشور دیگر صورت می‌گیرد نظام حقوقی بیش از یک کشور به این رابطه قراردادی مربوط بوده و لذا بحث از تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مطرح می‌شود. امروزه در اکثر قراردادهای بین‌المللی اختیار انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به طرفین داده شده است و بیش از پیش در این زمینه به آنها آزادی اعطا گردیده است. با این وجود قرارداد بیمه و بطور خاص بیمه‌های حمل‌ونقل شرایط خاص خود را دارند و باید دید که قانون حاکم بر این قراردادها

کدام می‌باشد. در این راستا در پژوهش حاضر به بررسی قانون حاکم بر قراردادهای حمل و نقل در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و اتحادیه اروپا پرداخته شده است.

## ۱- مفاهیم‌شناسی

### ۱-۱- مفهوم بیمه

از لحاظ لغوی واژه بیمه مشتق از بیم (به معنی خطر) و اسمی فارسی به معنای اطمینان در مقابل مخاطره محتمل‌الوقوع دانسته شده است (نفیسی، ۱۳۱۷: ۴۹)، و در فرهنگ معین بیمه به معنی «ضمانت» و معادل بیمه در زبان اردو و هندی تعریف شده است (معین، ۱۳۶۰: ۶۳۳). فرهنگستان ایران بیمه را اصطلاح بانکی شمرده و در تعریف آن می‌گوید «بیمه عملی است که اشخاص پول مسئولیت کالا یا سرمایه یا جان خود را برعهده دیگری می‌گذارند و بیمه‌کننده در هنگام زیان باید مقدار خسارت را بپردازد» (ایزدپناه، ۱۳۸۷: ۲). ریشه لغوی بیمه هرچه باشد مفهوم و مکانیزم فنی آن یکی است و آن عبارت است از «موسسه یا صندوق مشترکی که کارش سامان دادن به تعاون افراد در معرض خطر از طریق موازین آماری، به منظور مقابله با عواقب مخاطره احتمالی (جبران خسارت‌های احتمالی) است». در واقع بیمه‌گر اداره‌کننده صندوق تعاونی بزرگی است که با قبول خطرهای مشترک از اعضای خود و با استفاده از آمار و حساب احتمالات و تجربیات گذشته مبلغی بعنوان مقابله دریافت می‌کند تا در صورت بروز خطر، زیان وارد به اشخاص را جبران کند. کمیته اروپایی بیمه در تعریف بیمه از نظر فنی، خصوصیت «احتمالی وقوع حادثه» و «مشارکت در جبران خسارت» وارده را متذکر گردیده و نتیجه می‌گیرد که هدف بیمه باید مطابق قوانین، جبران خطر باشد (عرفانی، ۱۳۸۴: ۱۴). درحالی‌که بیمه را می‌توان از دیدگاه حقوقی نیز تعریف نمود. (بابایی، ۱۳۸۶: ۲۰). در اصطلاح حقوقی، بیمه چندان از معنای لغوی خود دور نیفتاده است. حتی به نظر می‌رسد میان معنای لغوی و اصطلاحی بیمه نمی‌توان تفکیک مشخصی نمود و در کتاب‌های لغت نیز بیمه بعنوان یک قرارداد حقوقی تعریف شده است. در فرهنگ معین چنین تعریف شده است: «عملی است که اشخاص با پرداخت وجهی، قراردادی منعقد کنند که در صورتی که موضوع بیمه گذاشته شده بنحوی از آنها در مخاطره افتد شرکت بیمه از عهده خسارت برآید».

### ۱-۲- مفهوم قرارداد بین‌المللی بیمه

قرارداد بین‌المللی بیمه همانطور که گفته شد یکی از مصادیق قرارداد بین‌المللی بوده و لذا اکثر مطالب ذکر شده درخصوص قرارداد بین‌المللی در مورد آن نیز صدق می‌کند. بنابراین قرارداد بین‌المللی بیمه، قراردادی

است که حداقل در آن یک عنصر خارجی وجود داشته باشد و تمام عوامل آن مرتبط با یک کشور نباشند. قرارداد بین‌المللی بیمه، قرارداد بیمه‌ای است که به دلیل وجود حداقل یک عنصر خارجی به بیش از یک نظام حقوقی مرتبط می‌باشد که همین امر نقطه آغازی است بر بحث تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم بر قرارداد است (گل محمدی و وحدتی شبیری، ۱۳۹۵: ۱۳).

### ۱-۳- مفهوم قانون حاکم

منظور از قانون حاکم، نظامی حقوقی است که قرارداد در چارچوب آن به وجود می‌آید و اعتبار و نفوذ قرارداد برگرفته از آن است و الفاظ و عبارات قرارداد به موجب آن تفسیر، و اجرای حقوق و ایفای تعهداتی که محتوای توافق‌نامه را تشکیل می‌دهد، براساس آن صورت می‌گیرد. از سوی دیگر، موضوعاتی نظیر آثار و احکام و التزامات و مسئولیت‌های قرارداد در مورد عدم انجام تعهد، مشمول آن بوده و در موارد اجمال و ابهام قرارداد یا سکوت طرفین قرارداد، جانشین اراده متعاقدين شده و مکمل مقررات قرارداد می‌شود. به عبارت دیگر، هدف قانون حاکم، تعیین قواعد ناظر بر حل و فصل دعواست (مافی، ۱۳۸۷: ۱۹۷). همچنین می‌توان گفت «قانون حاکم قانونی است که بر انعقاد، اجرا، تفسیر و آثار قرارداد حاکمیت دارد». در این زمینه اولین موضوع در این خصوص این است که باید قانون حاکم مشخص کند که قرارداد موجود، بین دو طرف براساس کدام قانون به وجود آمده، به عبارت دیگر این مخلوق حقوقی براساس کدام قانون خلق شده است.

۳۲

دومین عنصر مورد توجه در تعریف فوق «اجرا» می‌باشد. همانطور که می‌دانید ایفای تعهد هدف اصلی طرفین عقد بوده و بدون ایفای عقد کلیه اقدامات انجام شده جهت انعقاد عقد، بی‌مورد و بی‌اساس خواهد بود. به همین جهت در قوانین نظام‌های حقوقی مختلف، مقررات جامعی در این خصوص توسط قانونگذاران تدوین شده است که اجرای عقود را از آن طریق میسر و در صورت امتناع متعهد از ایفای تعهد، متعهدله با تمسک به آن مقررات حقوق خود را ایفاء می‌نماید. اجرای عقد به معنی بجا آوردن التزامی است که متعهد بعهده دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۴۲). یکی دیگر از عناصر مورد بحث در تعریف فوق عنصر «تفسیر» می‌باشد که معمولاً یکی از موضوعات و شرط مهم در قراردادهای تجاری بین‌المللی و بحث قانون حاکم بر تفسیر می‌باشد که باید مشخص شود در صورت بروز اختلاف در مفاد قرارداد یا نحوه اجرای آن و حقوق و تکالیف طرفین قرارداد موارد ابهام براساس چه قانونی مشخص خواهد شد. عنصر آخر که در تعریف قانون حاکم به آن توجه شده «آثار عقد» می‌باشد که یک موضوع جدا از اجرا و ایفای عقد است چراکه از لحاظ نظری، حقوقدانان بین اثر عقد و اثر تعهد تفاوت گذارنده‌اند و اثر عقد را تعهدات ایجاد شده، بین دو طرف و اثر تعهد را ایجاد الزام برای متعهد جهت اجرای مفاد آن می‌دانند (همان، ۱).

## ۲- اصول اساسی حاکم بر قراردادهای بیمه

معاملات بیمه‌ای را اصول خاص آن از سایر معاملات و روابط حقوقی بین افراد متمایز می‌کند و هریک از طرفین قرارداد اعم از بیمه‌گر و بیمه‌گذار ملزم به ایفاء تعهداتی هستند.

### ۲-۱- اصل حسن نیت

تمام قراردادهای و روابط باید مبتنی بر حسن نیت باشد ولی در بیمه حسن نیت از عوامل اساسی تنظیم رابطه بین تعهدات طرفین است. برای بیمه‌گر این امکان وجود ندارد که قبل از صدور بیمه‌نامه و قبول تعهد جبران خسارت احتمالی هریک از اموالی را که برای بیمه کردن به او عرضه می‌شود از نزدیک ملاحظه و کیفیات خطر آنرا ارزیابی کند. لذا از نظر قانون بیمه وظایفی برای طرفین قرارداد در نظر گرفته شده که عبارت است از اصل حسن نیت در مورد بیمه‌گذار و اصل حسن نیت در مورد بیمه‌گر. نخستین وظیفه بیمه‌گذار در هنگام انعقاد قرارداد بیمه، اعلام کیفیت و خصوصیات خطر مورد بیمه است بطوریکه بیمه‌گر را در وضعیتی قرار دهد که بتواند به درستی و دقت، خطر مورد بیمه را ارزیابی کند و یا شناخت کافی در زمینه رد یا قبول بیمه آن تصمیم بگیرد و در صورت قبولی بتواند حق بیمه متناسب با ریسک مورد بیمه را تعیین کند. ماده ۱۲ قانون بیمه مقرر می‌دارد: «هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذب<sup>۳۳</sup> نماید و مطالب اظهار نشده یا اظهارات کاذبه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود، حتی اگر مراتب مذکوره تاثیر در وقوع حادثه نداشته باشد. در این صورت نه فقط وجوهی که بیمه‌گذار پرداخته است قابل استرداد نیست بلکه بیمه‌گر حق دارد اقساط بیمه را که تا آن تاریخ عقب افتاده است نیز از بیمه‌گذار مطالبه کند» (راشدی اشرفی، ۱۳۸۰: ۱۲۷).

### ۲-۲- اصل غرامت یا اصل زیان

بیمه، قراردادی است که موضوع آن جبران خسارت وارده به اموال و دارائی بیمه‌گذار است. به موجب این اصل بیمه هیچگاه نباید بعنوان منبع کسب سود و درآمد برای بیمه‌گذار درآید. به عبارت دیگر بیمه‌گر تنها تعهد می‌نماید که بی‌تعادلی مالی را که در اثر وقوع خسارت برای بیمه‌گذار رخ داده را جبران نماید. بنابراین جبران خسارت نمی‌تواند بیمه‌گذار را در وضعیت مالی قبل از وقوع خسارت قرار دهد (بخشی، ۱۳۹۰: ۸۱).

### ۲-۳- اصل نفع بیمه‌پذیر

در بیمه‌های غرامتی براساس نفع بیمه‌پذیر، تصور این است که بیمه شده یا استفاده‌کننده علاقمند و ذینفع است که خطر بیمه شده بروز نکند. در واقع علاقه و نفع بیمه شده در عدم وقوع حادثه موضوع تعهد بیمه‌گر

است. بیمه‌گذار برای اثبات خسارت خود باید ثابت کند که با از بین رفتن اموال یا کالای مورد بیمه دچار خسارت و زیان شده و برای اثبات این امر بیمه‌گذار باید درخصوص مورد بیمه نفع بیمه‌پذیر داشته باشد. می‌توان شرایطی را تصور کرد که شخصی اموال شخص دیگری را بیمه کند و در صورت خسارت دیدن این اموال خسارت دریافت نماید. برای جلوگیری از این احتمال، یکی از اصول بیمه این است که شخص بیمه‌گذار باید کسی باشد که در صورت ورود خسارت، از این اتفاق دچار زیان مالی شود (فرهمند، ۱۳۸۰: ۳۷).

#### ۲-۴- اصل جانشینی

در بسیاری از موارد، خسارت وارده بر اثر غفلت، کوتاهی و قصور اشخاص به وجود می‌آید. معمولاً بیمه‌گذاران تمایل ندارند که از دریافت خسارت خود از بیمه‌گر صرف‌نظر و به مسئول حادثه رجوع کنند. بدین لحاظ در قراردادهای بیمه بین طرفین توافق می‌شود که در چنین مواردی بیمه‌گر خسارت وارده را بپردازد و از حق بیمه‌گذار نسبت به رجوع به مسئول خسارت استفاده کند. بنابراین، با پرداخت خسارت حق رجوع به بیمه‌گر منتقل می‌شود و بیمه‌گر می‌تواند اقدامات قضایی لازم را به عمل آورد. باید به این نکته توجه شود که اگر بیمه‌گذار قبل از دریافت خسارت از بیمه‌گر خسارت را از مقصر حادثه دریافت کند بیمه‌گر از پرداخت میرا است. اگر بیمه‌گر، حق رجوع به مقصر حادثه را برای بازیافت خسارت پرداختی نداشت، این مشکل پیش می‌آید که: اولاً، بیمه‌گذار می‌توانست دوبار خسارت دریافت کند و ثانیاً شخص یا اشخاص مقصر، قادر به شانه خالی کردن از زیربار مسئولیت و پرداخت خسارتی که مقصر آن هستند می‌شدند (همان، ۳۸).

#### ۲-۵- اصل تعدد بیمه

تعدد بیمه عبارت است از اینکه برای بیمه یک شیء چند قرارداد بیمه وجود داشته باشد. تعدد بیمه می‌تواند برخلاف اصل غرامت باشد. تعدد بیمه لزوماً موجب بطلان قراردادهای بیمه نیست. ممکن است همه قراردادهای معتبر باشد در صورتی که سه شرط وجود داشته باشد: اینکه جمع مبالغ بیمه شده از ارزش واقعی شیء بیمه شده تجاوز کند؛ اینکه منتفع همه بیمه‌نامه‌ها یک شخص باشد؛ خطرهای بیمه شده در همه بیمه‌نامه‌ها یکسان باشد.

#### ۲-۶- اصل داوری

هرگونه اختلاف بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار، به ویژه از نظر فنی، ترجیحاً در مرحله نخست از طریق توافق و سازش انجام می‌گیرد. طرفین قرارداد به ویژه بیمه‌گر، علاقه‌ای به طرح دعوا در دادگاه ندارند. زیرا اولاً مراحل رسیدگی طولانی است و ثانیاً ممکن است به اعتبار حرفه‌ای و حسن شهرت شرکت بیمه لطمه وارد شود. اگر اختلاف و عدم توافق طرفین در شمول یا عدم شمول قرارداد یا میزان خسارت از طریق سازش امکانپذیر

نباشد موضوع به داوری ارجاع می‌گردد. مزیت داوری در این است که اولاً به دور از تشریفات دست و پاگیر اداری و کم‌هزینه است و ثانیاً داوران اغلب از میان افراد صاحب‌نظر فنی و مدیران بازنشسته یا شاغل متخصص در امر بیمه و موضوع مورد اختلاف طرفین انتخاب می‌شوند.

## ۲-۷- اصل علت نزدیک

بیمه‌گذار که در اندیشه دریافت خسارت از بیمه‌گر است باید نشان دهد که بین وقوع حادثه و خسارت وارد شده رابطه علت و معلولی نزدیک و مستقیم وجود دارد. علت نزدیک خسارت وارده باید حادثه بیمه شده باشد تا بیمه‌گر آن را بپردازد. یعنی خسارت در نتیجه وقوع حادثه بیمه شده وارد آمده باشد. که امکان دارد این پیوستگی را علتی مستقل و بی‌ارتباط با دلایل پیش‌گفته، از هم بگسلد.

## ۲-۸- اصل اتکائی

از اصول اولیه بیمه در کلیه رشته‌ها این است که ریسک بیمه شده تا جائیکه ممکن است در سطح وسیعی پخش شود. بیمه اتکائی نظامی است که بیمه‌گر صادر کننده بیمه‌نامه را قادر می‌سازد که باتوجه به سرمایه و ذخایر خود بخشی از ریسک‌های صادره را به حساب خود نگه دارد و مازاد بر توان خود را بین بیمه‌گران اتکائی مختلف تقسیم کند. به بیان دیگر، بیمه اتکائی را می‌توان توزیع جهانی ریسک نامید. بیمه اتکائی موجب می‌شود که بیمه‌گر صادر کننده ظرفیت خود را به مبلغ خاصی که توانایی او اجازه می‌دهد محدود نکند، بلکه ریسک‌های بزرگ با سرمایه‌های بالا را به راحتی قبول و مازاد را بیمه اتکائی کند. در نظام بیمه اتکائی شرکتی که بخشی از صادره‌های خود را به بیمه‌گر اتکائی واگذار می‌کند «شرکت‌های واگذار کننده» نامیده می‌شود. قرارداد اتکائی که بیمه‌گر واگذارنده با بیمه‌گر اتکائی منعقد می‌کند قرارداد مستقلی است که هیچ ارتباطی با قرارداد بیمه بین بیمه‌گر واگذارنده با بیمه‌گذار ندارد. نتیجه اینکه هیچگونه رابطه حقوقی بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر اتکائی نیست و در صورت تحقق خطر بیمه‌گذار برای دریافت خسارت خود باید به بیمه‌گر مراجعه کند و او مسئول پرداخت خسارت است و خسارت سهم بیمه‌گران اتکائی را خود محاسبه و وصول می‌نماید. نتیجه دیگری که از مفهوم منفک و مستقل بودن قرارداد بیمه مستقیم از قرارداد بیمه اتکائی به دست می‌آید این است که هرگاه بیمه‌گر اتکائی دچار ورشکستگی و اعسار شود بیمه‌گر واگذارنده در مقابل بیمه‌گذار مسئول پرداخت خسارت است و هرگاه بیمه‌گر واگذارنده ورشکسته شود بیمه‌گر اتکائی به میزان سهم خود از خسارت در مقابل واگذارنده مسئول است (فرهمند، ۱۳۸۰: ۴۰).

### ۳- نظریات مطرح در تعیین قانون حاکم بر قرارداد

در زمینه قانون حاکم بر قرارداد و بویژه مسئله ماهیت حقوقی حق متعاملین برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، در دکتربین حقوق بین‌الملل خصوصی، سه نظریه شاخص مطرح می‌باشد.

#### ۱-۳- نظریه لیبرالیسم کلاسیک

موضوع حاکمیت اراده هرچند در قرن شانزدهم و در گفته‌ها و نوشته‌های شارل دومولن فرانسوی آشکار شد ولی در اواسط قرن نوزدهم مورد استقبال حقوقدانان قرار گرفت و در قرن بیستم به اوج خود رسید. نظریه لیبرالیسم کلاسیک که در پی ارائه تفسیری موسع از اصل حاکمیت اراده است، ضابطه شخصی نامیده می‌شود که مطابق آن، قصد طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد، بعنوان یک عامل ارتباط تعارض قوانین محسوب می‌شود. این عامل، قانونی را که در کل حاکم بر قرارداد است، تعیین می‌کند (کمیت‌های مقالات منتخب در مورد تعارض قوانین، ۱۹۵۶: ۲۶۹). این نظریه برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و به متعاقدين، این حق را می‌دهد که در محدوده حقوق خصوصی و با آزادی کامل، قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب نمایند. بنابراین، قصد طرفین، صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جائیکه قصدی برای طرفین فرض می‌شود)، تعیین کننده قانون حاکم می‌باشد. با پذیرش این ضابطه دادگاه‌ها مکلفند که از انتخاب طرفین تبعیت نمایند، مگر در موارد استثنایی مثل جائیکه انتخاب، مغایر نظم عمومی باشد (همان، ۶۹۳).

#### ۲-۳- نظریه پوزیتیویسم حقوقی

مکتب پوزیتیویسم حقوقی یا مکتب تحقیقی یکی از مکاتب حقوقی است که پیروان آن گروه بزرگی از دانشمندان حقوق هستند. مهمترین وجه مشترک عقاید این نویسندگان آن است که همگی حقوق را مجموع قواعدی می‌دانند که دولت وضع و اجرای آن را تضمین می‌کند. در واقع بین مفهوم حقوق و قدرت سیاسی دولت رابطه نزدیکی وجود دارد، چندان که بیرون از چارچوب حمایت دولت، فرض هیچ حقوقی امکان ندارد. همین که قاعده‌ای از طرف دولت وضع شد، بعنوان حقوق معتبر است و هیچ قاعده عالی و طبیعی وجود ندارد تا برتر از اراده حکومت شمرده شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۸۱-۲۸۰). این نظریه که تفسیر مضیقی از حق طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد را به رسمیت می‌شناسد و دامنه شمول اصل آزادی اراده را محدود می‌نماید، ضابطه عینی نامیده می‌شود که حق انتخاب متعاملین را محدود به قانون ماهوی می‌داند. به موجب این نظریه با اعمال روش تحلیل منافع دولتی و تحلیل سیاست‌های کشور مقرر دادگاه یا هر کشور دیگری که منافع، بیشتری در قرارداد دارد، قانون آن کشور جایگزین قانون منتخب طرفین می‌شود. ضابطه عینی، خصوصاً در جایی اعمال می‌شود که طرفین قرارداد هیچ قانونی را بعنوان قانون حاکم بر روابط



حقوقی برآمده از قراردادشان انتخاب نکرده باشند. پیروان این نظریه مدعی تفوق انحصاری حاکمیت دولت بوده و آن را بعنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسند (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۲۰).

### ۳-۳- نظریه قانون مناسب قرارداد

در نظام کامن‌لای انگلیسی در سال ۱۹۶۹، نظریه حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد، جای خود را به «نظریه قانون مناسب» داد. بدین ترتیب، در جائیکه اراده طرفین ابراز شده است، همین اراده و قصد پذیرفته می‌شود و در جائیکه طرفین در خصوص قانون حاکم سکوت کرده باشند و قصد خود را چه صریح و چه ضمنی ابراز ننموده باشند، قانون حاکم، قانونی خواهد بود که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. در این نظریه قانون مناسب قرارداد با اعمال ضابطه عینی در دو فرض انتخاب قانون از سوی طرفین، و فرض فقدان انتخاب قانون بررسی می‌شود:

#### ۱) وجود قانون منتخب از سوی متعاملین

انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مبتنی بر یک فرض عقلایی است و آن این است که طرفین به لحاظ بستگی‌ها و ارتباطی که قراردادشان با قانون خاص دارد، آن قانون را بر می‌گزینند و این گزینش که مبتنی بر حسن نیت است، قبول حاکمیت قانون خارجی می‌باشد (Rabel, 1960: 101). این قاعده از برخی جهات دارای آثار منطبق با منطق حقوقی است (Stone, 2006: 421). کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم (موسوم به کنوانسیون رم یک) حاکمیت اراده طرفین را نسبت به قرارداد بین‌المللی مقرر داشته است، لکن برخلاف کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکوسیتی در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی، که در آن امکان انتخاب رهنمودها، اصول و عرف‌های بازرگانی بین‌المللی بعنوان حقوق حاکم بر قرارداد، فراهم شده است، در بند نخست ماده (۱) تصریح دارد که قواعد کنوانسیون رم تنها نسبت به انتخاب قانونی از میان قوانین کشورهای مختلف، حاکم است (Rabel, Ibid: 101).

#### ۲) فقدان انتخاب قانون حاکم از سوی متعاملین

در فرضی که قانون حاکم در قرارداد مشخص نشده باشد، این وظیفه دادگاه است که قانون مناسب را تعیین نماید. اگرچه تعیین آن ممکن است پیچیده باشد. در فقدان یک انتخاب صریح، دو شیوه برای تعیین قانون مناسب وجود دارد: روش شخصی که با جستجوی قصد اشخاص متعارف، قصد مفروض طرفین را استنباط می‌کند و روش دیگر، روش عینی است که مطابق آن دادگاه در مقام تعیین نظام حقوقی است که بیشترین و نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد (Wiener, 1999: 156). عوامل ارتباطی که برای تعیین قانون حاکم به روش عینی بکار می‌رود عبارتند از:

محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، زبان و مجموعه اصطلاحاتی که در قرارداد بکار برده می‌شود، فرم اسناد معامله، موضوع اصلی قرارداد، شرط داوری، وضعیت پرداخت‌های قراردادی، ارتباط با معاملات قبلی، ملیت و اقامتگاه متعاملین، اثراتی که یک نظام حقوقی خاص بر قرارداد بجا می‌گذارد. فایده اعمال ضابطه عینی، آن است که قابلیت پیش‌بینی بیشتری در تعیین قانون مناسب دارد. مطابق نظر برخی از نویسندگان حقوقی، مهمترین و بیشترین ارتباط، از طریق فرایندی تعیین می‌شود که به موجب آن همه عوامل به دقت در حالت توازن ارزش‌گذاری می‌شوند.

کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در ماده (۴) و نیز مقررات ۲۰۰۸ پارلمان اروپایی به شماره ۵۹۳ درخصوص قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی معروف به مقررات رم یک، در ماده (۴) خود با عباراتی تقریباً مشابه با ماده (۴) کنوانسیون رم، به خوبی دربردارنده معیاری عینی است که به موجب آن، قانون قابل اعمال با ملاحظه عوامل ارتباط عینی، تعیین خواهد شد. از ماده (۴) کنوانسیون ۱۹۸۰ رم مجموعاً چنین نتیجه می‌شود که درخصوص همه قراردادهای غیر از قراردادهای مربوط به حمل کالا یا اموال غیرمنقول، این اماره وجود دارد که قرارداد بیشترین ارتباط را با کشوری دارد که طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد در آنجا سکونت عادی دارد، یا در مورد یک شرکت ثبت شده یا شرکتی که هنوز ثبت نشده، مرکز اداره امور آن در آنجا است، که البته این اماره تاب دلیل مخالف را ندارد و قابل رد است. با بررسی کنوانسیون‌های فوق‌الذکر مشخص می‌شود که قاعده رایج در قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیع، این است که قانون حاکم اصولاً قانون کشور فروشنده می‌باشد. بنابراین همه کنوانسیون‌ها عملاً در قرارداد بیع، اشاره به یک قانون دارند و آن قانون کشور فروشنده است. مگر در صورت انجام تشریفات مناقصه در کشور خریدار.

۳۸

#### ۴- حقوق حاکم بر قراردادهای در حقوق ایران

در حقوق ایران، در مورد حقوق حاکم بر قراردادهای، قواعد حل تعارض و نیز قواعد ماهوی متعددی دخالت دارند:

##### ۴-۱- جایگاه ماده ۹۶۸ قانون مدنی

قانون مدنی بعنوان قانون بنیادی و زیربنایی حقوق خصوصی ایران، دارای یک قاعده مهم حل تعارض در مورد حقوق حاکم بر قراردادهای است. ماده (۹۶۸) قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». هرچند اصطلاح «عقود» در این ماده عام است، با توجه به سایر مقررات، این ماده شامل تمامی عقود

نمی‌شود. در نگاه اول به نظر می‌رسد که «عقود» مذکور در ماده (۹۶۸)، قراردادهای مربوط به معاملات اشیای منقول، مثل بیع کالا را شامل نمی‌شود و این قراردادها، طبق ماده (۹۶۶) صرفاً تابع حقوق کشور محل وقوع مال است؛ اما بنابر قاعده «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح»، به نظر می‌رسد بین مواد (۹۶۶) و (۹۶۸) قانون مدنی تعارضی وجود ندارد؛ زیرا باتوجه به اینکه پایگاه عینی اموال منقول و غیرمنقول، کشور محل وقوع مال است و حقوق قراردادی، در صورت مغایرت با مقررات امری کشور محل وقوع مال، قابلیت شناسایی و اجرا را ندارد، در هر توافق قراردادی مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول، باید مقررات امری کشور محل وقوع مال را محترم شمرد. کشور محل وقوع مال، ممکن است در مواردی مثل نحوه تملک بیگانگان، خروج یا عدم خروج اموال از کشور و برخی امور مربوط به تصرف و مالکیت، مقرراتی امری داشته باشد که گریزی از آنها نیست ولی خارج از مقررات امری کشور محل وقوع مال در بسیاری از مسائل حقوق قراردادی، مثل نحوه انجام تعهدات، شروط ضمن عقد و آثار تعهدات بطور کلی، ماده (۹۶۸) قانون مدنی قابلیت اجرا دارد. ماده (۹۶۸) قانون مدنی، در مورد حقوق حاکم بر آثار تعهدات است و در مورد حقوق حاکم بر شرایط اساسی تشکیل قرارداد، قابلیت استفاده ندارد. به نظر می‌رسد در این مورد قاعده حل تعارض وجود ندارد و به ناچار طبق اصول کلی حقوقی باید به اصل رجوع کرد. اصل در تعارض قوانین، اجرای حقوق ماهوی مقر *lex fori* است. در این جهت قانون مدنی در مورد شرایط اساسی تشکیل قرارداد، دارای ماده مهم ۱۹۰ است که در آن چنین ۳۹ ذکر شده است: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آنها؛ (۲) اهلیت طرفین؛ (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛ (۴) مشروعیت جهت معامله».

#### ۴-۲- امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده (۹۶۸) قانون مدنی

در این مورد، بحث‌های متعددی مطرح شده است. برخی به درستی گفته‌اند که امری یا تکمیلی و تفسیری بودن قاعده حل تعارض، به امری یا تکمیلی و تفسیری بودن موضوع آن در حقوق وابسته است. موضوعاتی که در حقوق داخلی امری هستند و بخشی از نظم عمومی محسوب می‌شوند و توافق برخلاف آنها امکان ندارد؛ قاعده حل تعارض مربوط به آنها نیز امری است، مثل احوال شخصیه. موضوعاتی که در حقوق داخلی اصولاً تکمیلی و تفسیری هستند و توافق برخلاف آنها پذیرفته شده است، مثل آثار قراردادها و تعهدات، بدیهی است که در صحنه بین‌المللی نیز، قاعده حل تعارض مربوط به آنها تکمیلی و تفسیری است (الماسی، ۱۳۷۰: ۲۱۱). با این استدلال، ماده (۹۶۸) قانون مدنی نیز که به آثار تعهدات ناظر است؛ باید تکمیلی و تفسیری باشد. بنابراین، طرفین، یک ایرانی و یک خارجی، حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و اگر انتخاب نکردند، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است. با این تفسیر، خارجی‌ان نیز حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و در صورت عدم انتخاب، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است.

«ماده (۹۶۸) قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند، مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین، طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی مبنی بر اینکه قرارداد تابع مقررات موسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد» (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۸۷). اما نظریه مذکور، قابل تامل به نظر می‌رسد زیرا از متن رأی، مشخص است که شعبه مذکور متنی از قانون مدنی را در دسترس داشته که در ماده (۹۶۸) آن، عبارت «اتباع خارجه بوده و» وجود نداشته است. توضیح اینکه در برخی از مجموعه قوانین چاپ شده، به ویژه در گذشته، متن ماده (۹۶۸)، با حذف قید «اتباع خارجه» به همان صورتی درج شده که در رأی مذکور به آن اشاره شده است. در نسخه‌ای از قانون مدنی چاپ ۱۳۵۶، متن ماد (۹۶۸) بدین صورت چاپ شده است: «تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

#### ۳-۴- راه‌های تعیین غیرمستقیم قانون حاکم

باتوجه به معیار اساسی «وقوع محل عقد» در تعیین حقوق حاکم در قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند مستقیماً، باتوجه به اصل حاکمیت اراده مورد قبول محل وقوع عقد، حقوق حاکم را انتخاب کنند و یا بطور غیرمستقیم، بدون تصریح به حقوق حاکم، براساس توافق بر نحوه انعقاد قرارداد و یا انتخاب اقامتگاه، باعث تغییر محل وقوع قرارداد و در نتیجه تغییر حقوق حاکم بر قرارداد شوند.

#### ۱) توافق بر نحوه وقوع قرارداد

در عقودی که طرفین قرارداد، همزمان در مکان واحدی حضور فیزیکی ندارند، در مورد چگونگی انعقاد معامله چهار نظریه: «وصول قبول»، «ارسال قبول»، «اعلام قبول» و «اطلاع از وصول قبولی» ارائه شده است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۶۱). باتوجه به ماده (۱۹۱) قانون مدنی که بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»؛ به نظر می‌رسد که گرچه در عقود، بطور معمول، معیار ایجاد اثر حقوقی، اعلام قبول است؛ در عقود از راه دور، اعلام قبول نمی‌تواند بر قصد انشا و عزم شخص بر اجرای معامله، دلالت عرفی کند. نظریه ارسال قبول، باتوجه به اینکه معمولاً ارسال، به سادگی قابل استرداد نیست، و نیز قابل اثبات است، در عقود از راه دور، ملاک وقوع عقد، طبق ماده (۱۹۱) قانون مدنی، در حقوق ایران است. مواد قانون مدنی به دو بخش امری و تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌شود. در حقوق خصوصی، به ویژه در مبحث تعهدات و قراردادهای غیراحوال شخصیه، اصل بر تکمیلی و تفسیری بودن مواد است. قسمت اول ماده (۱۹۱)، در مورد تحقق عقد با قصد انشا، باتوجه به ماده (۱۹۰) که قصد طرفین را از شرایط اساسی صحت معامله برشمرده است، امری به نظر می‌رسد و نمی‌توان توافق کرد که عقد، بدون قصد محقق شود. اما قسمت دوم ماده (۱۹۱) در مورد «مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، تعیین کننده آنچه بر قصد

دلالت دارد، عرف است و می‌تواند تلفظ، اشاره یا عمل، مثل قبض و اقباض باشد (مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ قانون مدنی). بنابراین، نحوه دلالت بر قصد به مواد مذکور در قانون مدنی منحصر نیست و می‌تواند، نحوه دلالت بر قصد و به همین ترتیب، نحوه انعقاد معامله با توافق تعیین شود.

## ۲) از راه تعیین اقامتگاه انتخابی

بسیار از اشخاص حقیقی و به ویژه اشخاص حقوقی، قرارداد را در محل اقامت خود منعقد می‌کنند. در عقود راه دور، چه در نظریه محل ارسال قبول یا محل اعلام قبول، محل اقامت قبول کننده که محل اعلام قبول یا ارسال قبول است، در تعیین محل وقوع عقد و در نتیجه قانون حاکم بر قرارداد نقش تعیین کننده دارد. طبق ماده (۱۰۱۰) قانون مدنی، هریک از طرفین قرارداد می‌تواند محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود را بعنوان اقامتگاه انتخابی برگزیند. در این صورت «نسبت به دعوی راجع به آن معامله، محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد». در انعقاد قراردادها از راه داده پیام (براساس ماده (۲) قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۰۲/۱۷) و در قراردادهای تجاری الکترونیکی، با توجه به اینکه انعقاد اینگونه قراردادها در فضای مجازی است و امکان ارسال و دریافت داده پیام مشخص و معین نیست، ماده (۲۹) قانون تجارت الکترونیکی چنین مقرر نموده است: «اگر محل استقرار سیستم اطلاعات یا محل استقرار دریافت داده پیام مختلف باشد؛ مطابق قاعده زیر عمل می‌شود:

۴۱

- محل تجاری یا کاری اصل‌ساز محل ارسال داده پیام است و محل تجاری یا کاری مخاطب، محل دریافت داده پیام است مگر آنکه خلاف آن توافق شده باشد ...».

بنابراین طرفین می‌توانند با توافق محلی غیر از محل تجاری یا کاری اصل‌ساز را بعنوان محل ارسال تعیین کنند و نیز می‌توانند محلی غیر از محل تجاری یا کاری مخاطب را بعنوان محل دریافت تعیین کنند و به این ترتیب، این توافق باعث تغییر محل وقوع عقد خواهد شد. نحوه نگارش ماده (۲۹) قانون تجارت الکترونیکی نشان می‌دهد که در عقود از راه دور، صرف اعلام اراده، برای تحقق رابطه حقوقی بسنده نمی‌کند بلکه «ارسال» و در نتیجه محل ارسال موجب تحقق قرارداد است. همچنین طرفین می‌توانند بر نحوه وقوع عقد توافق کنند. بدین معنی که با توافق، اعتبار ارسال قبول، از زمان وصول آن به قبول کننده یا اطلاع وی از قبول باشد و حتی مکان وقوع عقد را با توافق تعیین کنند و به نظر نمی‌رسد مکان وقوع از شرایط اساسی صحت معامله و از قواعد امری باشد. اصل اینکه «عقد محقق می‌شود به قصد انشا» و اینکه برای تشکیل قرارداد، ایجاب و قبول لازم است، امری به نظر می‌رسد ولی در آنچه که دلالت بر قصد می‌کند و در زمان و در مکان وقوع به نظر می‌رسد توافق طرفین معتبر است.

## ۴-۴- ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی

قانون داوری ایران همسو با رویه‌های بین‌المللی مورخ ۱۳۷۶/۰۷/۰۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. با توجه به تغییر ساختار جامعه ایرانی و افزایش فعالیت‌های تجاری و بازرگانی تحولی در خصوص قوانین مربوط به این دسته از فعالیت‌ها احساس شد که از جمله آن تصویب «قانون داوری تجاری بین‌المللی» بود. این اقدام در جهت هماهنگی با تحولات جهانی در زمینه‌های تجاری بود که تمایل و گرایش به ارجاع اختلافات به داوری در این زمینه‌ها را به دلیل افزایش سرعت و سهولت اعمال تجاری نشان می‌داد. قبل از تصویب این قانون در ایران قانون «آئین دادرسی مدنی» در باب هشتم آن مقررات داوری به تصویب رسیده بود و تفاوتی میان داوری داخلی و بین‌المللی قائل نبود اما در اصل این امکان وجود داشت که در داوری‌های بین‌المللی نیز مورد استفاده قرار گیرند هرچند این اقدام خالی از اشکال نبود با توجه به اینکه این مقررات اصولی که امروزه زیربنای داوری تجاری بین‌المللی هستند را عمدتاً دارا نبودند (سیفی، ۱۳۷۷: ۳۹). قانون داوری ایران با اقتباس از قانون نمونه داوری آنسیترال (نسخه ۱۹۸۵) در ۹ فصل و ۳۶ ماده در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسید. اگر بخواهیم موفقیت‌ها و نوآوری‌های این قانون را برشمیریم باید چنین گفت:

## ۱) ابتکارات ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی

الف) تمرکز و توجه خاص به داوری‌های تجاری بین‌المللی بر شناسایی وسیع اعتبار قراردادهای داوری از نقطه نظر شکل آن. ب) توجه مناسب به آزادی عمل طرفین از جهت تعیین نحوه رسیدگی و آئین داوری. ج) شناسایی و تأیید صریح داوری تحت نظارت سازمان داوری. د) قابلیت اجرای موافقت‌نامه داوری به صورت روشن تر. ه) تأکید بسیار بر بیطرفی همه داوران صرف‌نظر از شیوه انتخاب آنها. و) تأیید اختیار دیوان داوری جهت تعیین صلاحیت خود و نیاز تعیین اعتبار موافقت‌نامه داوری. ز) توسعه اختیار دیوان داوری جهت تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا. ح) تأکید بیشتر بر قطعیت و شناسایی و اجرای رأی. البته اینگونه نیست که این قانون فارغ از هرگونه نقص و ایراد باشد که در این خصوص در مطالب آتی مواردی ذکر می‌شود.

## ۲) قلمرو شمول ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی

از آنجا که ماده (۹۶۸) قانون مدنی برای تعهدات قراردادی وضع شده است. پس به صورت کلی هر عقدی اعم از اینکه معین باشد یا غیرمعین و در قواره ماده (۹۱) قانون مدنی در رابطه با معاملات باشد یا روابط حقوقی دیگر، ماده (۹۶۸) قانون مدنی تکلیف تمامی آنها را با یک ضابطه قانون محل وقوع عقد روشن می‌کند اما بند ۱ ماده (۲۷) قانون داوری‌های تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور

مشخص، به هر نحو صورت گیرد بعنوان ارجاع به قانون ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. البته قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

ج) مقایسه ماده (۹۶۸) قانون مدنی و ماده (۲۷) قانون داورى تجارى بين‌المللى  
 ماده (۲۷) قانون داورى تجارى بين‌المللى، مصوب ۲۶ شهریور ۱۳۷۶، با عنوان قانون حاکم، چنین مقرر کرده است: «۱) داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، بعنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. ۲) در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور براساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد. ۳) داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند براساس عدل و انصاف، یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد. ۴) داور باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مدنظر قرار دهد».

در نگاه اول به نظر می‌رسد که بین این ماده و ماده (۹۶۸) قانون مدنی تفاوت‌های بارزی وجود دارد زیرا ماده (۹۶۸) به طرفین حق انتخاب حقوق حاکم را نمی‌دهد و براساس این ماده، صرفاً قرارداد تابع محل وقوع عقد ۴۳ است. در حالیکه طبق ماده (۲۷) قانون داورى تجارى بين‌المللى، طرفین نه تنها می‌توانند حقوق حاکم را انتخاب کنند بلکه حقوق حاکم، باتوجه به عبارت «قواعد حقوقی» می‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از این تعارضات ظاهری نتیجه گرفته‌اند که ماده (۲۷) مذکور مختص ماده (۹۶۸) قانون مدنی است (نیکبخت، پیشین: ۱۴۵). در مورد داورى‌هاى تجارى بين‌المللى، به مفهومی که در موارد ۱ و ۲ آن بیان شده است (جنیدی، پیشین: ۱۵۳). ماده (۲۷) مذکور و در قراردادهای بدون شرط داورى یا قراردادهایی که داورى تجارى بين‌المللى محسوب نشوند، ماده (۹۶۸) قانون مدنی مجری است.

## ۵- رویکرد حقوق ایران در قانون حاکم بر قرارداد بیمه حمل و نقل

### ۵-۱- عدم وجود قاعده حل تعارض خاص در خصوص قراردادهای بیمه

همانطور که در مطالب قبلی ذکر شد حقوق ایران در خصوص قواعد حل تعارض قراردادهای مواد (۹۶۸) قانون مدنی و ماده (۷۲) قانون داورى را دارد. در زمینه قراردادهای بیمه و بطور خاص بیمه‌های حمل و نقل که از مصادیق بیمه‌های تجاری هستند قاعده حل تعارض وجود ندارد و همانطور که در مطالب قبلی گذشت در حقوق ایران فقط به تجزیه و تحلیل دو ماده مذکور پرداخته شده که بطور کلی قاعده حل تعارض قراردادهای

را در حالت تعارض قوانین مشخص می‌کنند. این در حالی است که در کشورهای دیگر و سیستم‌های حقوقی مختلف وضع قاعده در خصوص بیمه‌ها مورد غفلت واقع نشده که شاید بتوان مهمترین و کامل‌ترین این قواعد را در مواد قانونی دستورالعمل‌های اروپایی عمر و غیرعمر جستجو کرد. اما نبود یک قاعده حل تعارض خاص در مورد قراردادهای بیمه حمل‌ونقل مانع از این نخواهد بود که قانون حاکم بر آنها را طبق قواعد موجود بررسی نکرد.

## ۵-۲- قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیمه حمل‌ونقل طبق مواد (۹۶۸) قانون مدنی و ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی

قبل از ورود به بحث مذکور باید به بند ۱ ماده (۲) قانون داوری اشاره کرد جائیکه در آن به قراردادهای بیمه اشاره شده است. این بند اعلام می‌دارد که «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات حمل‌ونقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمان‌کاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت». پس طبق قانون داوری ایران قراردادهای بیمه مشمول این قانون می‌باشند منتها قراردادهای بیمه تجاری، زیرا این قانون در مورد داوری‌های تجاری بین‌المللی است و بند (۱) ماده (۲) اشاره دارد که «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی» مشمول این قانون هستند اما این بند توضیحی در مورد روابط تجاری بین‌المللی و خاصه بیمه‌ها ندارد. ناگزیر باید به سراغ سایر قوانین رفت. قانون تجارت ایران در ماده (۲) اعمال تجاری را فهرست کرده که در بند (۹) اشاره به «عملیات بیمه بحری و غیربحری» دارد. این بند که بیمه‌های دریایی و غیردریایی را ذکر کرده است عام می‌باشد یعنی عبارت بیمه‌های غیردریایی (غیر بحری) هم شامل بیمه‌های تجاری و هم بیمه‌های مصرفی می‌شود در حالیکه منظور ما از بیمه‌های تجاری بیمه‌هایی است که هر دو طرف آن تاجر باشند و لذا بیمه‌های مصرفی که یک طرف آن مصرف‌کننده طرف دیگر آن شخص حرفه‌ای (تاجر) است مدنظر نمی‌باشد. در واقع منظور از بیمه‌های تجاری بیمه‌هایی می‌باشد که خطرات و ریسک‌های بیمه شده در آن ریسک‌های عظیم مربوط به فعالیت‌ها و عملیات تجاری است. البته قانون تجارت در ماده (۲) بند (۹) تکلیف بیمه‌های حمل‌ونقل را صریحاً مشخص کرده است که این بیمه‌ها تجاری محسوب می‌شوند و بیمه‌های دریایی خصوصیتی ندارند که اشاره قانونگذار فقط محدود به این دسته از بیمه‌های حمل‌ونقل باشد، بلکه ممکن است اشاره به این بیمه‌نامه ناشی از شیوع زیاد آنها و رایج نبودن سایر بیمه‌های حمل‌ونقل باشد. لذا طبق قانون تجارت تصدی به عملیات بیمه حمل‌ونقل تجاری محسوب می‌شود. بنابراین بیمه‌های حمل‌ونقل و نقل بعنوان یکی از مصادیق بیمه‌های تجاری «بیمه‌هایی می‌باشند که در آن طرفین قرارداد (شرکت بیمه و متصدی حمل‌ونقل) اشخاص حرفه‌ای بوده و خطرات و ریسک‌های عظیم مربوط به حمل‌ونقل از قبیل



مسئولیت‌های ناشی از بهره‌برداری از کشتی یا هواپیما یا وسایل حمل و نقل زمینی در زمینه حمل مسافر یا کالا را تحت پوشش قرار می‌دهند». حال که مفهوم بیمه‌های حمل و نقل (بعنوان بیمه تجاری) مشخص شد باید دید چه قانونی بر این قراردادها قابل اعمال می‌باشد.

ماده‌ای که صریحاً اشاره به قرارداد بیمه می‌کند بند (۱) ماده (۲) قانون داورى است. طبق ماده (۹۶۸) قرارداد بیمه تنها در صورتی مشمول اصل حاکمیت اراده خواهد بود که هر دو طرف آن از اتباع خارجه باشند و لذا اگر یک شرکت حمل و نقل ایرانی با یک شرکت بیمه خارجی قراردادی منعقد کند طبق ماده مذکور، قانون حاکم «قانون محل انعقاد قرارداد» خواهد بود و اگر طرفین انتخابی کرده باشند این انتخاب کنار گذاشته می‌شود. برای رهایی از این محدودیت گفته شده که «حکم مذکور در ماده (۹۶۸) قانون مدنی در قراردادهای بیمه مصرفی است و مقررات بند (۱ و ۲) ماده (۲۷) قانون داورى راجع به بیمه‌های دارای خصیصه تجاری است». در حقیقت با نگاهی به بعضی از مقررات مانند بند (۱) ماده (۲)، بندهای (۱ و ۲) ماده (۷۲) قانون داورى، قانونگذار ایران در برخی آثار عملاً بین بیمه‌های تجاری و مصرفی فائل به تفکیک شده است.

در راستای مطلب اخیر می‌توان چنین گفت که قانونگذار ایران باتوجه به شرایط کنونی جامعه و افزایش مبادلات تجاری بین تجار و بنگاه‌های تجاری اقدام به وضع قانونی کرده است که بطور خاص به این روابط حقوقی ارتباط دارد و آن قانون «قانون داورى تجاری بین‌المللی» است که بند (۱) ماده (۲) آن اشاره خاص ۴۵

به معاملات و روابط تجاری کرده و معاملات دارای خصیصه مصرفی را مدنظر نداشته است و در ماده (۲۷) (بندهای ۱ و ۲) اصل حاکمیت اراده را برای طرفین قرارداد به رسمیت شناخته است. لذا مطلب اخیر از این نظر صحیح و قابل توجه است. اما ایراد این مطلب در این است که ما چگونه و بر مبنای چه دلایل و مدرکی ادعا می‌کنیم که قاعده ماده (۹۶۸) فقط در مورد قراردادهای بیمه مصرفی است و در خصوص بیمه‌های تجاری باید قانون داورى ملاک باشد که اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. ماده (۹۶۸) یک قاعده عام برای تمام قراردادها معین کرده و چنین تفکیکی تحت هیچ شرایطی از متن ماده حاصل نمی‌شود. درست است که اگر حقیقتاً چنین امری باشد یعنی بیمه‌های تجاری مشمول قانون داورى و بیمه‌های مصرفی مشمول ماده (۹۶۸) باشند بسیاری از مسائل در زمینه تعیین قانون حاکم بر طرف خواهد شد چه آنکه در قراردادهای مصرفی هدف قانونگذاران ملی حمایت از بیمه‌گذاران است و لذا این عدم حق انتخاب قانون حاکم به نفع بیمه‌گذار، توجیه منطقی دارد اما افسوس که چنین نیست و ماده (۹۶۸) یک قاعده عام در مورد قراردادهایی می‌باشد که فقط به اتباع خارجی اجازه انتخاب قانون را می‌دهد. لذا قراردادهای بیمه اعم از تجاری یا مصرفی تحت شمول این ماده خواهند بود. بیمه حمل و نقل نیز از همین دسته است از این‌رو در صورتی که طرفین آن اتباع ایرانی باشند یا یک طرف ایرانی و طرف دیگر خارجی باشد قانون حاکم بر قرارداد طبق ماده (۹۶۸) قانون

محل انعقاد قرارداد خواهد بود که این قاعده ضربه سنگینی به تجارت حمل‌ونقل به ویژه در زمینه بیمه‌های حمل‌ونقل وارد خواهد کرد و شرکت‌های بیمه خارجی که ریسک‌های عظیم را در حمل‌ونقل‌های بین‌المللی پوشش می‌دهند تمایل چندانی به انعقاد قرارداد با طرف ایرانی داشت. قانون دآوری نیاز هرچند تا حدودی مسائل و مشکلات ایجاد شده ناشی از محدودیت‌های ماده (۹۶۸) را برطرف کرده است ولی باید توجه داشت که اصل حاکمیت اراده مذکور در ماده (۲۷) قانون دآوری فقط در صورت ارجاع اختلافات به دآوری است. بنابراین در یک قرارداد بیمه حمل‌ونقل طرفین آن فقط در صورتی می‌توانند طبق حقوق ایران قانون حاکم را برگزینند که شرط ارجاع اختلاف به دآوری در قرارداد گنجانده شده باشد (یا بعد از وقوع اختلاف بر رجوع به دآوری توافق کنند).

### ۵-۳- رویکرد نهایی حقوق ایران در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیمه حمل‌ونقل

از مجموع تمام مطالب ذکر شده (چه در مورد حقوق ایران و چه کشورهای دیگر، اسناد و مقررات بین‌المللی) مشخص شد که قرارداد بیمه حمل‌ونقل بارزترین مصداق بیمه‌های دارای ماهیت تجاری است که ریسک‌های عظیمی را در جهان تجارت امروز پوشش می‌دهد. حقوق ایران در زمینه قواعد حل تعارض کمبودهای فراوانی دارد و گرچه در برخی زمینه‌ها (ارجاع اختلاف به دآوری) تا حدود نسبتاً قابل قبولی همسو با رویه‌های بین‌المللی شده است منتها هنوز هم ناهمخوانی‌هایی به چشم می‌خورد. این محدودیت مشکلات زیادی را برای طرفین قراردادهای بیمه حمل‌ونقل بویژه اتباع ایران ایجاد می‌کند و عاملی است برای انعقاد قراردادهای بیمه حمل‌ونقل در خارج از ایران و انتخاب دادگاه صالحی به جزء دادگاه‌های ایران. در وضعیت کنونی کشور «شرایط پس از برجام» که تحریم‌ها قرار است برچیده شوند (از جمله در صنعت کشتیرانی - خرید هواپیما و بیمه) محدودیت ماده (۹۶۸) قانون مدنی نه تنها باعث مشکلاتی برای اتباع ایرانی خواهد بود، بلکه باعث بی‌میلی و عدم حضور شرکت‌های بیمه معتبر جهانی در ایران (حداقل بعنوان محل انعقاد قرارداد) خواهد شد. همه این مشکلات با یک اصلاح و تغییر در ماده (۹۶۸) برطرف خواهد شد و حتی بازگشت به متن اولیه ماده (۹۶۸) و حذف قید «اتباع خارجه» نیز مقصود موردنظر را محقق خواهد کرد. ماده (۲۷) قانون دآوری گرچه فقط در صورت ارجاع اختلافات به دآوری کارایی داشته و اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است ولی با این وجود این رویکرد قانونگذار ایران در جهت تسهیل روابط اقتصادی بین‌المللی قابل تحسین و مورد توجه است با توجه به اینکه امروزه تمایل به ارجاع اختلافات به دآوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی روبه افزایش می‌باشد. لذا در حقوق ایران در صورت ارجاع اختلافات ناشی از بیمه‌های حمل‌ونقل به دآوری طرفین حق انتخاب قانون حاکم را خواهند داشت اما در غیر این صورت قرارداد مذکور تابع قانون محل انعقاد خواهد بود مگر اینکه طرفین قرارداد اتباع خارجی باشند (خمامی‌زاده، ۱۳۸۶: ۹۱).

## ۶- حقوق حاکم بر قراردادها در اتحادیه اروپا

### ۱-۶- کنوانسیون ۱۹۸۰

می‌توان گفت که کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در حقوق حاکم بر تعهدات قراردادی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مهمترین و گسترده‌ترین منبع در سطح جهان است زیرا علاوه بر اجرا در کشورهای اروپایی، راه‌حل‌های ارائه شده در این کنوانسیون، بسیاری از کشورهای غیراروپایی را تحت تأثیر قرار داده و این کنوانسیون مورد اقتباس قرار گرفته است. طبق ماده (۳) این کنوانسیون، طرفین قرارداد می‌توانند حقوق حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند که این حقوق باید حقوق ملی یک کشور باشد و نمی‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از نظر این کنوانسیون، انتخاب حقوق غیردولتی، به منزله عدم انتخاب حقوق حاکم است (Lagarde, 1986: 316). حقوق منتخب طرفین می‌تواند حقوقی باشد که با قرارداد هیچ ارتباطی ندارد. اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون رم، در برخی قراردادهای خاص، مثل قراردادهای مربوط به مصرف کننده و حقوق کار محدودیت‌هایی پیدا می‌کند (Racine, 2007: 176).

### ۲-۶- مقرره رم ۲۰۰۸

آخرین تحولات در حوزه قانون حاکم بر تعهدات قراردادی اتحادیه اروپا در ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ با تصویب مقرره ۴۷ رم یک اتفاق افتاده است. مقرره رم یک جایگزین کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی شده است و مقرره رم دو مصوب ۲۰۰۹ در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی (مسئولیت مدنی). کمیسیون اتحادیه اروپا متن پیشنهادی برای تنظیم مقررات درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را در سال ۲۰۰۵ میلادی مهیا کرد. در نهایت با اصلاحاتی که در آن انجام شد، مقرره شماره ۵۹۳ معروف به «مقرره رم یک» در سال ۲۰۰۸ میلادی به تصویب پارلمان و شورای اروپا رسید. این مقرره از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ میلادی لازم‌الاجرا شده است و براساس ماده (۲۸) مقرره رم یک، بر قراردادهای منعقد شده پس از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ میلادی قابلیت اعمال دارد. مقرره رم یک به صورت قانون یکپارچه وارد قوانین ملی کشورهای عضو اتحادیه اروپا شده است و براساس قانون ملی در مواردی که در رسیدگی به دعوی، عامل خارجی در بین باشد با اعمال قواعد یکنواخت حل تعارض به نتیجه یکسان می‌رسند. در حال حاضر ۲۸ کشور عضو اتحادیه اروپا مقررات یاد شده را اجرا می‌کنند. همچنین در خصوص مقرره رم یک، عده‌ای معتقدند که این مقرره جایگزین کنوانسیون ۱۹۸۰ رم شده است و این کنوانسیون دیگر قابلیت اجرایی ندارد. با این وجود به نظر نمی‌رسد که کنوانسیون ۱۹۸۰ رم به کلی فاقد اثر حقوقی شده باشد و دیگر کارایی نداشته باشد. کما اینکه در برخی از موارد از جمله بیمه‌های اتکایی که مقرره رم ساکت هست می‌تواند نقش تکمیلی را ایفا

کند. به هر ترتیب این دو سند به علت شباهت زیاد در محتوا در کنار یکدیگر بررسی می‌شوند (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۴: ۱۴۸).

مقرره رم یک در بند (۱) ماده (۱)، تصریح دارد که این مقرره ناظر به تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی است. در این مقرره در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، دو نوع قاعده وجود دارد:

(۱) قواعد اختصاصی برخی از قراردادها که در آنها قانونگذار برای برخی از قراردادها، قانون حاکم را بطور خاص تعیین کرده است؛

(۲) قواعد کلی که راجع به قراردادهای خاص نیست و شامل همه قراردادها می‌شود. در این فرض در فقدان انتخاب طرفین، قرارداد تابع قانون کشوری است که طرف قراردادی که می‌بایست تعهد شاخص قرارداد را انجام دهد، در آنجا سکونت عادی دارد و در فرضی که نتوان متعهد شاخص قرارداد را تعیین کرد، قرارداد تابع قانون کشوری است که نزدیکترین ارتباط با قرارداد را دارد (همان، ۱۴۹-۱۴۸).

قابل ذکر است که دو سند کنوانسیون ۱۹۸۰ و مقرره رم ۲۰۰۸ علیرغم آزادی که برای طرفین در انتخاب قانون قائل شده‌اند ولی با این وجود مواردی را از شمول خود استثناء کرده‌اند از جمله این استثنائات که قابل توجه می‌باشد قرارداد بیمه‌ای است. بند ۳ ماده (۱) کنوانسیون رم اعلام می‌دارد که: «مقررات این کنوانسیون در قراردادهای بیمه‌ای که خطرات واقع شده در قلمرو کشورهای عضو را پوشش می‌دهند، اعمال نمی‌شوند. برای تعیین اینکه آیا ریسک در آن کشورها واقع شده است یا نه، دادگاه قانون ملی خود را اعمال می‌کند». با این وجود این امر شامل قراردادهای بیمه اتکایی نمی‌شود (بند ۴).

در حقیقت کنوانسیون صراحتاً شمول خود را نسبت به قراردادهای بیمه تجاری استثناء می‌کند. اما باید توجه داشت که این عدم شمول به این مفهوم نیست که در قراردادهای بیمه تجاری اصل حاکمیت اراده پذیرفته نشده بلکه فقط گویای این مطلب است که این کنوانسیون در خصوص آنها اعمال نمی‌شود و شاید علت این باشد که: «در خصوص این قبیل ریسک‌ها و خطرات (قرارداد بیمه تجاری) قبل از رفع موانع موجود برای عرضه آزادانه خدمات در زمینه بیمه، مشکل تعارض قوانین قابل حل نیست» (Lagarde, Ibid: 348). همچنان که در مقررات دیگر اصل حاکمیت اراده در خصوص قراردادهای بیمه تجاری به رسمیت شناخته شده است. با این وجود کنوانسیون رم بیمه‌های اتکایی را که یکی از انواع بیمه‌های تجاری می‌باشند استثناء نکرده و لذا اصل حاکمیت اراده در مورد آنها قابل اعمال می‌باشد (بند ۴).

مشخص نیست که چرا کنوانسیون چنین برخوردی را با قراردادهای بیمه داشته ولی به هر حال در یک قرارداد بیمه اتکایی طرفین آن قادر خواهند بود که قانون حاکم بر آن را در چارچوب کنوانسیون انتخاب کنند. لذا اگر یک شرکت بیمه حمل‌ونقل بین‌المللی در خصوص خطرات و ریسک‌های سنگینی که تحت پوشش قرار داده است (مثل خطرات ناشی از حمل نفت توسط نفت‌کش‌ها در آب‌های اقیانوس) و بخواهد

برای کاهش هزینه‌های خود بیمه اتکایی با یک شرکت بیمه اتکایی منعقد کند طرفین قادر خواهند بود براساس کنوانسیون رم قانون حاکم را تعیین کنند.

نکته‌ای که باید مدنظر داشت این است که منطوق بند (۳) ماده (۱) کنوانسیون، قراردادهای بیمه‌ای را که خطرات واقع در قلمرو کشورهای عضو را پوشش می‌دهند استثنا کرده است و مفهوم آن این است که اگر قرارداد بیمه‌ای خطرات واقع در یک کشور غیر عضو را پوشش دهد (مثل کشور سوئیس) قرارداد مشمول کنوانسیون بوده و اصل حاکمیت اراده در مورد آن اعمال می‌شود. به هر ترتیب مقرر رم یک که در مقام اصلاح و تغییر کنوانسیون رم می‌باشد یکی از اصلاحاتی را که صورت داده است در خصوص همین قراردادهای بیمه می‌باشد که تا حد زیادی ابهام‌ها را برطرف کرده است. در بند (۲) اشاره به قراردادهای بیمه‌ای شده که ریسک‌های عظیم را در قلمرو کشورهای عضو یا خارج از آن تحت پوشش قرار می‌دهند و واضح است که منظور از ریسک‌های عظیم ریسک‌ها و خطرات تجاری و بازرگانی است که تحت پوشش بیمه‌های تجاری قرار می‌گیرند. در حقیقت این مقرر رم با توجه به نیازهای امروز کشورهای عضو این امر را پذیرفته که در قراردادهای بیمه‌ای که ریسک‌های عظیم را تحت پوشش قرار می‌دهند قانون حاکم باید قانون منتخب طرفین باشد تا افراد در خصوص این خطرات تمایل به بیمه کردن داشته و از این نظر تجارت بین‌الملل سرعت و رونق بیشتری پیدا کند. ماده (۷) مقرر رم بطور تفصیلی در خصوص اکثر قراردادهای بیمه تعیین ۴۹ تکلیف کرده است که اینک در بند (۳) مقرر شده: «در مورد قراردادهای بیمه‌ای که مشمول موارد بند ۲ نمی‌شوند طرفین فقط می‌توانند قوانین ذیل را طبق ماده (۳) مقرر تعیین کنند:

- (۱) قانون کشوری که در زمان انعقاد قرارداد ریسک در آن واقع شده است؛
- (۲) قانون کشوری که بیمه‌گذار در آن اقامتگاه عادی دارد؛
- (۳) در مورد قرارداد بیمه عمر قانون کشور متبوع بیمه‌گذار؛
- (۴) در مورد قراردادهای بیمه‌ای که خطرات کوچک را در یکی از کشورهای عضو پوشش می‌دهد (که کشور محل وقوع خطر نیست) قانون آن کشور اعمال می‌شود؛
- (۵) در صورتی که بیمه‌گذار فعالیت‌های تجاری یا صنعتی داشته باشد و قرارداد بیمه دو یا بیش از دو ریسک مربوط به آن فعالیت‌ها را پوشش دهد و خطرات در کشورهای عضو مختلف باشد، قانون هر یک از کشورهای عضو مربوطه یا قانون کشوری که بیمه‌گذار در آن اقامتگاه عادی دارد اعمال خواهد شد.

در صورتی که در موارد مقرر شده در قسمت‌های a-b یا e کشورهای عضو آزادی بیشتری برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد بیمه در نظر گرفته باشند، طرفین می‌توانند از این مزیت استفاده کنند». با توجه به آنچه گفته شد تردیدی باقی نمی‌ماند که قراردادهای بیمه تجاری مشمول اصل حاکمیت اراده می‌باشند.

### ۶-۳- دستورالعمل‌های اروپایی در خصوص قراردادهای بیمه

صریح‌ترین و واضح‌ترین قواعد در خصوص حل تعارض در قراردادهای بیمه در دستورالعمل‌های اروپایی در زمینه قراردادهای بیمه یافت می‌شود. دستورالعمل‌های حقوق اتحادیه اروپا، مقررات حقوقی خاصی را در مورد قانون حاکم بر قراردادهای بیمه، در راستای حمایت از بیمه‌گذار، به دلیل طرف ضعیف محسوب شدن قرارداد، پیش‌بینی کرده است؛ دستورالعمل‌ها نوعی از قانونگذاری در اتحادیه اروپا محسوب می‌شود و زمانی از این دستورالعمل‌ها استفاده می‌شود که هماهنگی مقررات کشورهای عضو در خصوص یک موضوع مدنظر باشد ولی حصول وحدت در قوانین و مقررات مدنظر نباشد. یعنی برخلاف مقررات که در کشورهای عضو اتحادیه الزامی می‌باشند و مستقیماً و بدون نیاز به تشریفات دیگر (تصویب در نهادهای قانونگذاری کشورهای عضو) الزام‌آور می‌شوند، دستورالعمل‌ها چنین خصوصیتی ندارد. در حقیقت اتحادیه اروپا اصول و قواعد و حداقل‌هایی را در زمینه یک موضوع مشخص کرده و کشورهای عضو می‌توانند بنحو مقتضی این حداقل‌ها را در کشور خود لازم‌الاجرا کنند و با سلیقه خود این حداقل‌ها را به صورت قانون در می‌آورند. در خصوص دستورالعمل‌های بیمه نیز وضع به همین منوال است و هر کدام از کشورها برای پذیرش این دستورالعمل‌ها در حقوق خود قانونی خاص وضع کرده‌اند (بادینی و شاهی، ۱۳۹۴: ۱۵).

### ۷- رویکرد حقوق بین‌الملل خصوصی اتحادیه اروپا در قانون حاکم بر قرارداد بیمه حمل‌ونقل

این رویکرد در دو سطح کنوانسیون ۱۹۹۸ و مقررہ رم و دستورالعمل‌های اروپایی مطرح گردیده است. در خصوص قرارداد حمل‌ونقل مطابق بند (۴) ماده (۴) کنوانسیون رم: «در قرارداد حمل کالا قانون کشوری که مرکز اصلی تجارت متصدی حمل در آنجا قرارداد حاکم خواهد بود مشروط بر اینکه یکی از عناوین ذیل به آن منظم باشد: بندر بارگیری باشد- بندر تخلیه باشد- مرکز اصلی تجارت فرستنده نیز همانجا باشد». در ماده (۵) مقررہ رم آمده است که: «قانون محل سکونت عادی متصدی حمل حاکم است مشروط بر اینکه مکان وصول- مکان تحویل- محل سکونت عادی فرستنده کالا در آنجا باشد و اگر این عوامل فراهم نباشد، قانون کشوری که توسط طرفین بعنوان محل تحویل توافق شده است حاکم خواهد بود» (بند ۱ ماده (۵)). در خصوص قرارداد حمل مسافر کنوانسیون رم حکمی ندارد ولی مقررہ رم در بند ۲ ماده (۵) خود اعلام می‌دارد که: «قانون کشوری که مسافر در آن محل سکونت عادی دارد حاکم است مشروط بر اینکه مبدأ یا مقصد رد این کشور باشد. اگر این عوامل فراهم نباشد قانون کشور محل سکونت عادی متصدی حمل حاکم خواهد بود. طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را طبق ماده (۳) (اصل حاکمیت اراده) تعیین کنند البته فقط قانون کشوری که: (۱) مسافر در آنجا اقامتگاه عادی دارد؛ (۲) متصدی حمل در آنجا اقامتگاه عادی دارد؛ (۳) محل اصلی فعالیت متصدی حمل در آنجا قرار دارد؛ (۴) مبدأ سفر؛ یا (۵) مقصد سفر در آنجا قرار دارد».

پس مقرر رم در قرارداد حمل مسافر اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است منتها فقط در محدوده همین کشورهای مذکور.

این دو سند علیرغم آزادی که برای طرفین در انتخاب قانون قائل شده‌اند ولی با این وجود مواردی را از شمول خود استثناء کرده‌اند:

- (۱) موضوعات مربوط به وضعیت یا اهلیت قانونی اشخاص حقیقی؛
- (۲) تعهدات مربوط به حقوق خانواده از جمله مسائل وصیت و ارث - رژیم مالی ناشی از ازدواج - حقوق و روابط نسبی و سببی؛
- (۳) تعهدات مربوط به برات - چک و سفته و سایر اسناد قابل انتقال تا حدی که تعهدات مربوط به این اسناد ناشی از ماهیت قابل انتقال بودن آنها باشد؛
- (۴) توافق مربوط به داوری و توافق در مورد انتخاب دادگاه؛
- (۵) مسائل مربوط به شرکت‌ها و سایر موسسات (تأسیس شده یا نشده) از جمله تشکیل - اهلیت قانونی مدیران داخلی یا انحلال شرکت‌ها و موسسات و مسئولیت مدیران و اعضا در خصوص تعهدات شرکت یا خود آنها یا صلاحیت نماینده در متعهد کردن شرکت یا موسسه مقابل شخص ثالث؛
- (۶) توافقات مربوط به تراست و روابط بین مصالح، متولی تراست و ذینفع‌ها؛
- (۷) تعهدات پیش از انعقاد قرارداد که کنوانسیون مطالبی در این خصوص ندارد و مقرر رم در قسمت I بند (۲) ماده (۱) این موضوع را اشاره کرده است؛
- (۸) ادله اثبات دعوا: در این خصوص قانون مقر دادگاه صالح خواهد بود و تمامی قضات مکلفند که مقررات آئین دادرسی خود را اجراء کنند اما اگر قانونی که حاکم بر قرارداد می‌باشد در مورد اماره‌های قانونی یا بار اثبات دعوا مقرراتی داشته باشد آن مقررات در نظر گرفته می‌شوند.

۵۱

اما استثنایی که قابل توجه می‌باشد قراردادهای بیمه است. بند (۳) ماده (۱) کنوانسیون رم اعلام می‌دارد که: «مقررات این کنوانسیون در قراردادهای بیمه‌ای که خطرات واقع شده در قلمرو کشورهای عضو را پوشش می‌دهند، اعمال نمی‌شوند. برای تعیین اینکه آیا ریسک در آن کشورها واقع شده است یا نه، دادگاه قانون ملی خود را اعمال می‌کند». با این وجود این امر شامل قراردادهای بیمه اتکایی نمی‌شود (بند ۴). این استثنا تکلیف بیمه‌های حمل و نقل را در کنوانسیون رم مشخص می‌کند که این قراردادها مشمول کنوانسیون نبوده و لذا اصل حاکمیت اراده نیز در مورد آنها حاکم نخواهد بود. در حقیقت کنوانسیون صراحتاً شمول خود را نسبت به قراردادهای بیمه تجاری استثنا می‌کند. اما باید توجه داشت که این عدم شمول به این مفهوم نیست که در قراردادهای بیمه تجاری اصل حاکمیت اراده پذیرفته نیست بلکه فقط گویای این مطلب است که این کنوانسیون در خصوص آنها اعمال نمی‌شود و شاید علت آن این باشد که «در خصوص این قبیل ریسک‌ها و

خطرات قبل از رفع موانع موجود برای عرضه آزادانه خدمات در زمینه بیمه، مشکل تعارض قوانین قابل حل نیست». همچنان که در مقررات دیگر (مقرره رم یک و دستورالعمل‌های بیمه‌ای) اصل حاکمیت اراده در خصوص قراردادهای بیمه تجاری به رسمیت شناخته شده است. با این وجود کنوانسیون رم بیمه‌های اتکایی را که یکی از انواع بیمه‌های تجاری می‌باشند استثنا نکرده و لذا اصل حاکمیت اراده در مورد آنها قابل اعمال می‌باشد (بند ۴). مشخص نیست که چرا کنوانسیون چنین برخوردی را با قراردادهای بیمه داشته ولی به هر حال در یک قرارداد بیمه اتکایی طرفین آن قادر خواهند بود که قانون حاکم بر آن را در چارچوب کنوانسیون انتخاب کنند لذا اگر یک شرکت بیمه حمل‌ونقل بین‌المللی در خصوص خطرات و ریسک‌های سنگینی که تحت پوشش قرار داده است و بخواهد برای کاهش هزینه‌های خود بیمه اتکایی با یک شرکت بیمه اتکایی منعقد کند طرفین قادر خواهند بود قانون حاکم را تعیین کنند.

در این ماده اشاره شده که «تفاوتی نمی‌کند که ریسک تحت پوشش بیمه‌نامه در یکی از کشورهای عضو باشد یا نه. همچنین این مقرره در خصوص بیمه‌های اتکایی اعمال نمی‌شود» (بند ۱). بنابراین در مورد بیمه‌های اتکایی به بند (۴) ماده (۱) کنوانسیون رم باید مراجعه کرد که این نوع قراردادها را تحت شمول خود قرار داده و در نتیجه اصل حاکمیت اراده در مورد آنها اعمال می‌شود.

در بند (۲) اشاره به قراردادهای بیمه‌ای شده که ریسک‌های عظیم را در قلمرو کشورهای عضو یا خارج از آن تحت پوشش قرار می‌دهند و واضح است که منظور از ریسک‌های عظیم ریسک‌ها و خطرات تجاری و بازرگانی است که تحت پوشش بیمه‌های تجاری قرار می‌گیرند لذا بیمه‌های حمل‌ونقل قطعاً مشمول مقرره رم بوده و لذا توافق طرفین در خصوص تعیین قانون حاکم مجاز می‌باشد. در حقیقت این مقرره با توجه به نیازهای امروز کشورهای عضو این امر را پذیرفته که در قراردادهای بیمه‌ای که ریسک‌های عظیم را تحت پوشش قرار می‌دهند قانون حاکم باید قانون منتخب طرفین باشد تا افراد در خصوص این خطرات تمایل به بیمه کردن داشته و از این نظر تجارت بین‌الملل سرعت و رونق بیشتری داشته باشد. ماده (۷) مقرره رم آنقدر تفصیلی می‌باشد که تقریباً در خصوص اکثر قراردادهای بیمه تعیین تکلیف کرده است کما اینکه در بند (۳) مقرر شده: «در مورد قراردادهای بیمه‌ای که مشمول موارد بند (۲) نمی‌شوند طرفین فقط می‌توانند قوانین ذیل را طبق ماده (۳) مقرر تعیین کنند:

- ۱) قانون کشوری که در زمان انعقاد قرارداد ریسک در آن واقع شده است؛
- ۲) قانون کشوری که بیمه‌گذار در آن اقامتگاه عادی دارد؛
- ۳) در مورد قرارداد بیمه عمر قانون کشور متبوع بیمه‌گذار؛
- ۴) در مورد قراردادهای بیمه‌ای که خطرات کوچک را در یکی از کشورهای عضو پوشش می‌دهد (که کشور محل وقوع خطر نیست) قانون آن کشور اعمال می‌شود؛



۵) در صورتی که بیمه‌گذار فعالیت‌های تجاری یا صنعتی داشته باشد و قرارداد بیمه دو یا بیش از دو ریسک مربوط به آن فعالیت‌ها را پوشش دهد و خطرات در کشورهای عضو مختلف باشد، قانون هریک از کشورهای عضو مربوطه یا قانون کشوری که بیمه‌گذار در آن اقامتگاه عادی دارد اعمال خواهد شد.

باتوجه به آنچه گفته شد تردیدی باقی نمی‌ماند که قراردادهای بیمه تجاری و بطور خاص بیمه‌های حمل و نقل مشمول اصل حاکمیت اراده می‌باشند. شکی نیست که وقتی صحبت از ریسک‌های عظیم می‌شود یکی از مصادیق بارز آن در قراردادهای بیمه حمل و نقل است.

### نتیجه‌گیری

حقوق حاکم بر قراردادها، چه به لحاظ علمی و چه به لحاظ عملی، مهمترین بحث در تعارض قوانین در روابط خصوصی بین‌المللی است. با نگاهی دقیق به معیار «قانون محل وقوع عقد» در ماده (۹۶۸) قانون مدنی و اینکه حقوق محل وقوع عقد در ایران، طبق ماده (۱۰) قانون مدنی اصل را بر احترام به حاکمیت اراده و توافق اشخاص نهاده است و در صورت انعقاد عقد در خارج از کشور نیز، قریب به اتفاق کشورها، اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی بین‌المللی (در موضوعات غیر احوال شخصیه و اموال غیر منقول) را پذیرفته‌اند، موضوع امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده (۹۶۸) قانون مدنی، ثمره عملی نداشته و اشخاص در هر دو صورت<sup>۵۳</sup> مذکور، با رعایت ماده (۹۷۵) قانون مدنی، امکان انتخاب حقوق منتخب و مورد توافق خود، چه حقوق خارجی مرتبط یا غیرمرتبط با قرارداد را دارند. بین راه‌حل ارائه شده در ماده (۹۶۸) قانون مدنی و ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی تعارض اساسی وجود ندارد. تنها تفاوت مهم در انتخاب حقوق غیردولتی بعنوان حقوق حاکم بر قرارداد است که در این مورد آزادی عمل و تساهلی در داوری‌ها وجود دارد که اصولاً سازمان‌های قضایی کشورها برای پذیرش آن، آمادگی کامل ندارند. با بررسی تطبیقی می‌توان گفت که اصل حاکمیت توافق اشخاص بر انتخاب حقوق صالح در قراردادها، جزء اصول کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی است. در مورد حقوق حاکم بر قراردادها در صورت عدم انتخاب طرفین، راه‌حل مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۰ م، مبتنی بر اجرای حقوقی که با قرارداد بیشترین و نزدیکترین پیوندها را دارد در حال گسترش و فراگیر شدن در جهان است. پس از بررسی‌های تفصیلی قواعد حل تعارض موجود در نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا در خصوص قانون حاکم بر قرارداد بیمه آنچه که به نظر می‌رسد آن است که هریک از نظام‌های مورد بحث دارای نقاط قوت و همچنین ضعفی هستند. در این مورد باید اذعان داشت که حقوق اتحادیه اروپا به لحاظ پیشرو بودن کشورهای عضو اتحادیه در قانونگذاری امر بیمه، قواعد مبسوط و منسجم‌تری ارائه و در مقایسه با ایران از نقاط قوت بیشتری بهره‌مندند.

مسلماً وجود قواعد حل تعارض خاص در موضوع قانون حاکم بر قرارداد بیمه و تمایز این قرارداد از سایر قراردادهای دیگر در رأس این نقاط قوت قرار دارد و نشانگر آن است که قانونگذار اروپایی به شرایط خاص این عقد و اهمیت آن در توسعه تجارت بین‌المللی توجه ویژه داشته و در جهت تسهیل امور بیمه‌گری گام موثری برداشته است. از این رو با تدوین قواعد مجزا در هر مورد تکلیف طرفین عقد بیمه و همچنین دادگاه‌ها را در صورت بروز اختلاف مشخص نموده و با همگام‌سازی این قواعد در میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا مانع اختلاف در اعمال قواعد حل تعارض کشورهای عضو شده است. علیرغم وجود نقاط قوت عدیده در حقوق اروپا ناظر به این موضوع، نباید نقایص و ضعف‌ها را نادیده انگاشت؛ همانطور که در تحقیق حاضر آمده است هدف قانونگذار اروپایی از تعیین قانون محل وقوع خطر یا محل سکونت عادی (برای شخص حقیقی) و قانون محل اداره مرکزی امور (برای شخص حقوقی) بیمه‌گذار، در بیمه‌های غیرعمر با ماهیت مصرفی حمایت از بیمه‌گذار بعنوان طرف ضعیف قرارداد بوده است. اما قاعده مذکور با هدف در نظر گرفته شده تعارض داشته و نه تنها نمی‌تواند همیشه متضمن حمایت از بیمه‌گذار باشد بلکه در مواردی نیز به ضرر بیمه‌گذار هم هست؛ بعنوان مثال در خصوص قرارداد بیمه مال منقول، محل وقوع خطر ممکن است هریک از کشورهای عضو اتحادیه اروپا باشد این امر که موجب ابهام در قانون حاکم بر قرارداد در هنگام انعقاد عقد بیمه است، چگونه می‌تواند حمایت از بیمه‌گذاران را تضمین نماید؟ در نظام حقوقی ایران به دلیل عدم وجود قاعده حل تعارض خاص در خصوص قانون حاکم بر قرارداد بیمه طرفین قرارداد و همچنین دادگاه‌ها برای تعیین قانون حاکم بر این قراردادها باید به قواعد حل تعارض مندرج در ماده (۹۶۸) قانون مدنی رجوع نموده و النهایه صرفاً در صورتی که اطراف قرارداد اتباع خارجه باشند اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم برای آنها محفوظ داشته شده است و در غیر این صورت قانون محل وقوع عقد حاکم می‌باشد. همچنین به تبع عدم وجود قواعد حل تعارض خاص در این زمینه در خصوص قراردادهای بیمه نیز هیچ تفکیکی میان بیمه‌های عمر و غیرعمر، بیمه‌های تجاری و مصرفی مشاهده نمی‌شود. این امر حاکی از آن است که عقد بیمه در ایران به صورت یک صنعت پیشرو که موجب توسعه سایر حوزه‌ها از قبیل تجاری و عمرانی و ... باشد شناخته نشده و از نقطه نظر قانونگذار اهمیتی مجزا و متفاوت با سایر قراردادهای مدنی ندارد. همچنین به نظر می‌رسد در قرارداد بیمه غیرعمر در صورتی که ناظر به امور تجاری (حمل و نقل) باشد طرفین می‌توانند نسبت به قانون حاکم بر قرارداد خود هنگام انعقاد یا در جریان اجرای قرارداد توافق نموده؛ مشروط بر اینکه قانون منتخب ارتباط منطقی با قرارداد داشته باشد. در صورت عدم حصول توافق دادگاه براساس قرائن و امارات موجود، قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد دارد را تعیین می‌نماید.

## فهرست منابع

## فارسی:

- ۱- الماسی، نجادعلی (۱۳۷۰)، **تعارض قوانین**، ج ۲، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- ۲- ایزدپناه، مسیح (۱۳۸۶)، «جزوه حقوق بیمه»، **دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**.
- ۳- بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، **حقوق بیمه**، ج ۳، تهران: انتشارات سمت.
- ۴- بادینی، حسین و شاهی، احد (۱۳۹۴)، «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه (در حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، **مجله حقوق بین الملل**، دوره ۳۲، ش ۵۳.
- ۵- بخشی، لطفعلی (۱۳۹۰)، **اصول بیمه**، ج ۱، تهران: نشر اقتصاد فردا.
- ۶- جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، **قانون داوری تجاری بین المللی**، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۷- خمایی زاده، فرهاد (۱۳۸۶)، «قواعد غیردولتی بعنوان قانون حاکم بر قرارداد»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ش ۴۳.
- ۸- راشدی اشرفی، علیرضا (۱۳۸۰)، **حقوق تجارت کاربردی**، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- ۹- سیفی، سیدجمال (۱۳۷۷)، «قانون داوری تجاری بین المللی همسو با قانون داوری آنیترال»، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، ش ۷.
- ۱۰- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: نشر حقوقدان.
- ۱۱- عرفانی، توفیق (۱۳۸۴)، «قرارداد بیمه در حقوق اسلام»، **پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی**، دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی.
- ۱۲- فرهنگ، موسی (۱۳۸۰)، «اصل حسن نیت در حقوق ایران»، **پایان نامه کارشناسی ارشد**، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۴- گل محمدی، محمدحسن و وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۹۵)، «قانون حاکم بر قرارداد بیمه حمل و نقل در تعارض قوانین»، **پایان نامه کارشناسی ارشد**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه قم.
- ۱۵- مافی، همایون (۱۳۸۷)، «تحلیلی بر عملکرد دیوان داوری دعاوی ایران آمریکا»، **مجله پژوهش حقوق و سیاست**، س ۱۰، ش ۲۴.
- ۱۶- مافی، همایون و تقی پور، محمدحسین (۱۳۹۴)، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا»، **پژوهش حقوق خصوصی**، دوره ۴، ش ۱۳.
- ۱۷- معین، محمد (۱۳۶۰)، **فرهنگ معین**، ج ۱، ج ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- ۱۸- نفیسی، علی اکبر (۱۳۱۷)، **فرهنگ نفیسی**، ج ۱، تهران: انتشارات خیام.

۱۹- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)»، مجله حقوقی نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۳۲.

لاتین:

- 20- Lagarde, Paul (1986). *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain*, Rec.cours de L'AC.de Pr.
- 21- Rabel, Ernest (1960). *The Conflict of Laws, a Comparative Study*, Volume 2, US, the University of Michigan Law School, 2 nd Edition.
- 22- Racine, Jean (2007). *Boptiste; siriainen, fabric*, Droit du Commerce International, Dalloz.
- 23- Stone, Peter (2006). *EU Private International Law (Harmonization of Laws)*, UK, Edward Elgar.
- 24- Wiener, Jarrod (1999). *Globalization and the Harmonization of Law*, UK, Panter.

