

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod:2021S5D17SH870007 ISSN-P: 2538-3701

تعارض قوانین در زمینه حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری خارجی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

ساغر صمیمی فر

چکیده

زمینه و هدف: حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری از جمله مباحث کاربردی و مهم در حقوق داخلی و البته بین المللی است که در این پژوهش در مورد تعارض قوانینی که در حوزه حل و فصل این اختلاف ها به چشم می خورد مطالعه صورت گرفته است. روش تحقیق: محتوای این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی تهیه و تنظیم گردیده است.

یافته ها: نتایج و یافته های پژوهش بیانگر این است که اصولاً راهکار حقوق داخلی، با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، تکیه کردن بر توافق طرفین است، به این ترتیب که با توافق قبلی طرفین بر قانون حاکم بر حل و فصل اختلاف مربوط به سرمایه گذاری، می توان جلوی تعارض قوانین را گرفت، لذا عدم توافق در این خصوص و یا مسکوت ماندن روش حل و فصل و قانون حاکم بر اختلاف در حقوق داخلی به دلیل اینکه منجر به بروز تعارض قوانین می شود، نفی شده است و یا حداقل تلاش شده است که از آن پرهیز شود.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، حل و فصل اختلاف، اختلافات سرمایه گذاری خارجی،

قوانین ایران.



مقدمه

هنگامی که روابط میان دولت‌ها به گسترگی امروز مطرح نبود و تابعین هر کشور صرفاً در محدوده همان کشور رفت‌وآمد می‌کردند، مساله تعارض قوانین هم جایگاهی در مباحث حقوقی نداشت، اما زمانی که ارتباطات میان افراد از سطح ملی خود فراتر رفت، در پی این رابطه‌ها اختلاف‌هایی نیز مطرح شد. از آنجا که در این اختلاف‌ها چندین کشور و به تبع آن چندین قانون دخیل بودند، بحث تعارض قوانین مطرح شد. نکته مهم اینجا است که وقتی در مورد موضوع دعوا مانند قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، با قوانین چند کشور در ارتباط هستیم، اگر قوانین آنها احکامی متفاوت را بیان کنند، تعارض پدید می‌آید، اما چنانچه در موضوعی، احکام کشورها یکسان باشد، اصل تعارض منتفی است. به بیان دیگر میتوان گفت که اصولاً گسترش ارتباطات میان اشخاص منجر به پدید آمدن روابط حقوقی میان اتباع یک کشور با بیگانگان می‌شود و اجازه اجرای قانون خارجی در برخی حوزه‌های حقوقی از سوی قانون‌گذاران و تفاوت میان قوانین کشورها موجب بروز تعارض بین این قوانین گردیده است. اما در برخی حوزه‌های حقوقی تعارض قوانین مانع گسترش روابط و پیشرفت کشورها می‌گردد. به ویژه در عرصه تجارت، تعارض قوانین موجب نگرانی طرفین قرارداد می‌شود و باید برای رفع این نگرانی اقدامات تقنینی نمود. جذب سرمایه‌گذاران خارجی به عنوان ابزار اساسی نیل به توسعه در کشورهای در حال توسعه مانند ایران به رسمیت شناخته شده است، در این راستا جمهوری اسلامی ایران نیز قوانین و معاهدات متعددی را به تصویب رسانده است که از جمله آنها قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی است. در حوزه تعارض قوانین، موارد زیادی در سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین کشورهای مختلف وجود دارد که اعمال قانون کشورهای دیگر (خارجی) را برای دادگاه‌های خود جایز می‌شمارند. در عین حال در همین سیستم‌های حقوقی قواعدی وجود دارد که در شرایطی مانع اعمال قوانین خاص تجویز شده می‌گردند. موضوع ممانعت که مورد نظر قواعد می‌باشد، اساساً نظم عمومی و قواعد آمره قانونی می‌باشند. به این صورت که چنانچه قواعد قانون خارجی که اعمال آن مجاز شمرده شده، مغایر با نظم عمومی یا مغایر با قواعد آمره قانونی مقرر دادگاه باشد، دادگاه‌های این کشور آن قانون را اعمال نخواهند نمود. با توجه به اینکه در قراردادهای سرمایه‌گذاری



خارجی احتمال بروز اختلاف میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی در قالب شخص حقیقی و حقوقی وجود دارد، لذا بررسی روش و طرق حل و فصل اختلافات و قوانین حاکم بر حل و فصل این اختلاف که در برخی موارد منتج به تعارض قوانین می‌شود از اهمیت و ضرورت برخوردار است. لذا مساله و دغدغه اصلی این پژوهش تمرکز بر روی این موضوع است که در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و در صورت بروز اختلاف قراردادی میان دولت میزبان (ایران) و اشخاص حقیقی و حقوقی سرمایه‌گذار و در صورتی که قوانین حاکم بر آنها متفاوت و متعارض باشند، با توسل به چه راهکارهایی می‌توان این اختلافات را حل و فصل کرد و اصولاً قوانین ایران برای بروز چنین شرایطی در قراردادهای سرمایه‌گذاری چه راهکارهایی را برگزیده است. در این خصوص سوالاتی مطرح است:

در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی تعارض قوانین چگونه بروز و ظهور خواهد یافت؟ به نظر می‌رسد اگر در توافق دوجانبه روش و قانون حاکم بر رفع اختلاف از پیش تعیین و مورد توافق قرار نگرفته باشد و قانون دولت میزبان با طرف سرمایه‌گذار در این خصوص متفاوت باشد، فرض تعارض قوانین به وجود خواهد آمد. اگر میان قوانین دولت میزبان (ایران) و سرمایه‌گذار خارجی تعارض وجود داشته باشد از چه راهکارهایی می‌توان برای حل این معضل استفاده نمود؟ به نظر می‌رسد در این صورت، اصل بر ترجیح قوانین داخلی کشور میزبان سرمایه باشد، اما می‌توان برای حل معضل به توافق دوجانبه طرفین رجوع کرده و یا از ظرفیت نهادهای داوری بین‌المللی یا نهادهای تجاری بین‌المللی بهره برد.

در خصوص سوابق و پیشینه این موضوع نیز می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- غلامی، عقیقه، حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی با تاکید بر تفکیک دعاوی ناشی از عهدنامه و قرارداد سرمایه‌گذاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۲.

سرمایه‌گذاری خارجی و حل و فصل اختلافات ناشی از آن موضوع بسیاری از آراء داوری صادره در مراجع حل اختلاف بین‌المللی است. از همین رو بخش مهمی از اسناد تنظیم‌کننده روابط سرمایه‌گذاری خارجی به موضوع حل و فصل اختلافات مربوط می‌گردد. بررسی رویه





داوری موجود نشان دهنده لزوم تفکیک دعاوی سرمایه‌گذاری و اختصاص مقررات ویژه به هر دسته از اختلافات است. بررسی آراء داوری و شیوه‌های تفسیر منابع مذکور هدف این پایان‌نامه بوده است. (غلامی، ۱۳۹۲: ۳)

امامی، مرضیه، بررسی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، نشریه مطالعات حقوقی، شماره ۱۹، ۱۳۹۷.

هدف از این مقاله بررسی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد و یافته‌های این مقاله نشان داد که سرمایه‌گذار ملزم است به قوانین محلی دولت میزبان احترام گذاشته و عدم پایبندی به این قوانین می‌تواند موجبات رد ادعای وی در خصوص نقض رفتار منصفانه را در پی داشته باشد. همچنین نشان داد که موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای سرمایه‌گذاری، بر معیارهایی نظیر رفتار منصفانه تاکید می‌ورزد. (امامی، ۱۳۹۷: ۲۵)

روش تحقیق نیز در این پژوهش نظری بوده و بیشتر با اسلوب توصیفی و تحلیلی پیش می‌رود. بدین ترتیب که به مباحث تئوریک و نظری اختصاص خواهد داشت. به عبارت دیگر نوع روش تحقیق پژوهش حاضر از نوع نظری، کیفی و توسعه‌ای خواهد بود. یافته‌های به دست آمده از پژوهش حاضر که به شیوه جمع‌آوری اطلاعات دسته اول کتابخانه‌ای و انواع منابع اطلاعاتی و توصیف‌های تحلیلی، ادراکی و طبقه‌بندی شده حاصل می‌شود. روش گردآوری اطلاعات پژوهش حاضر به صورت کتابخانه‌ای و از طریق فیش‌برداری و ثبت داده‌ها در فایل‌های رایانه‌ای (ثبت داده‌ها به صورت الکترونیکی) با مراجعه به منابع اینترنتی و کتابخانه‌ای مانند کتب، مقالات، مجلات علمی، روزنامه‌ها، طرح‌های پژوهشی، بانک‌ها و پایگاه‌های اطلاعاتی و... انجام خواهد شد.

بخش اول: مفهوم تعارض قوانین

تعارض قوانین هنگامی مطرح می‌شود که یک رابطه حقوقی خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در چنین مواردی باید دانست قانون کدام یک از کشورها بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد (الماسی، ۱۳۹۲: ۷۰) از این تعریف اینطور برداشت می‌شود که در آن کشورها در خصوص آن رابطه حقوقی احکام

متفاوتی وجود داشته باشد نتیجه این می‌شود که اگر قانون آن دو کشور ماهیتاً یکی باشند هیچ تعارضی وجود ندارد اما این حرف اشتباه است. زیرا طبق قانون، قاضی در هر حال باید در مواجهه با عامل خارجی قواعد حل تعارض را اعمال و اجرا نماید، هرچند که خود از آن قانون خارجی مطلع باشد و نتیجه امر را از قبل بداند. برخی معتقدند که موضوع تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی مطالعه قاعده‌هایی است که با اعمال آنها می‌توان درباره قضیه‌ای مربوط به قانون بیگانه به تعیین قانون قابل اجرا دست یافت. (سلجوقی، ۱۳۸۰: ۳۴) برخی نیز تعارض قوانین را اینگونه بیان می‌دارند: هنگامی که دادگاه‌های یک کشور با رابطه‌ای حقوقی که در آن یک عنصر خارجی وجود دارد، مواجه می‌شوند موضوع تعارض قوانین مطرح می‌شود، یعنی دادگاه باید تصمیم بگیرد که از میان قوانین مطرح و مربوطه کدامیک بر آن رابطه حاکم یا قابل اعمال خواهد بود. حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی ملی هستند که برای اعمال و پاسخگویی به روابط حقوقی دارای عنصر خارجی وضع و ایجاد گردیدند (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۱). به عبارت دیگر تعارض قوانین در شرایطی به وقوع می‌پیوندد که امکان انتخاب و رقابت میان قوانین وجود داشته باشد و در صورتی که فقط یک قانون حق اجرا شدن دارد تعارض قوانین مطرح نیست مثل قوانین ثبتی، مالیاتی و کیفری که درون مرزی هستند. همچنین طبیعی است اگر حقوق کشورهای مختلف از راه انعقاد قراردادهای جمعی، درباره موضوعی معین به صورت یکنواخت درآمده باشد یا در کشوری اجرای حقوق بیگانه به طور مطلق ممنوع شده باشد موجبات توسل به این شیوه در حالت اول نسبت به آن موضوع و در حالت دوم به طور کلی منتفی است. بنابراین اگر بخواهیم تعریفی ساده از تعارض قوانین ارائه دهیم می‌توانیم بگوییم: تعارض قوانین هنگامی ایجاد می‌شود که یک رابطه حقوقی دارای یک یا چند عامل خارجی باشد، بنابراین منظور از تعارض قوانین در علم حقوق پیدایش یک سؤال در ذهن قاضی است و آن سؤال این است که قانون چه کشوری باید حاکم بر دعوا باشد و یا با قانون چه کشوری باید حکم صادر شود اما در امر تشخیص صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده تفاوتی وجود دارد، در تشخیص صلاحیت دادگاه هیچ دادگاه تعارض ایجاد نمی‌شود زیرا همواره سؤال مطرح این است که آیا من صلاحیت



رسیدگی دارم یاخیر؟ مسأله «تعارض قوانین» یکی از بحث‌برانگیزترین موضوعات در حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد.

تعارض یعنی متعارض یکدیگر شدن و ناسازگاری کردن. با این تعبیر، تعارض قوانین موقعیتی است که در آن، قوانین با یکدیگر تداخل پیدا می‌کنند؛ به بیان ساده‌تر، هنگامی که دو قانون بر رابطه‌ای حاکم باشند، ولی حکمی که دارند با هم مخالف باشد؛ تعارض قوانین روی داده است. تعارض قوانین ممکن است در نظام حقوقی یک کشور نیز روی دهد. هرگاه دو حکم مختلف در خصوص موضوعی واحد در قوانین یک کشور باشد، تعارض قوانین رخ داده است (ارفع نیا، ۱۳۷۹: ۱۰).

بخش دوم: عوامل پیدایش تعارض قوانین

از مهمترین عوامل پیدایش تعارض قوانین را می‌توان در موارد زیر یافت:

بند اول: توسعه روابط و مبادلات بین‌المللی

مسئله تعارض قوانین در صورتی می‌تواند مطرح شود که یک روابط حقوقی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در دورانی که افراد بیشتر در چهار دیواری کشور خود محصور بودند مسئله پیدایش تعارض قوانین به ندرت مطرح می‌شد اما همین که امکان گسترش روابط خصوصی افراد در زندگی بین‌المللی به وجود آمد و دولت‌ها نیز به توسعه مبادلات بین‌المللی مبادرت کردند، توسعه و پیدایش تعارض قوانین امکان‌پذیر شد.

بند دوم: امکان اغماض قانونگذاری ملی و امکان اجرای قانون خارجی

شرط ضروری دیگر این است که قانونگذار و قاضی یک کشور گذشت داشته باشند و در مواردی از موارد قبول کنند که قانون کشور دیگری را اجرا کنند، اگر قانونگذار ملی فقط قانون کشور خود را اصلاحتدار بداند و قاضی نیز همیشه مکلف باشد که قانون خود را به مرحله اجرا درآورد دیگر مسئله تعارض قوانین مطرح نخواهد شد.

بند سوم: وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها

سومین شرط این است که در خصوص یک مسئله حقوقی واحد که به دو یا چند کشور ارتباط پیدا می‌کند در قوانین داخلی این کشورها احکام متفاوتی وجود داشته باشد، زیرا

چنانچه راه حل قوانین کشورهای مختلف یکسان باشد دیگر انتخاب این یا آن قانون به خصوص عملاً بی‌فایده خواهد بود. به همین دلیل هر گاه قواعد مادی کشورهای مختلف یکنواخت شود تعارض قوانین مصداقی پیدا نخواهد کرد (نوری، ۱۳۹۵:۴۲) تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی جایگاهی خاص تر دارد. در نظام حقوقی Civil Law (نظام حقوقی حاکم بر کشورهایی مانند فرانسه، آلمان، سوئیس و ...) تعارض قوانین هنگامی مطرح می‌شود که در یک اختلاف حقوقی، یک عنصر خارجی دیده شود. متخصصان حقوق بین‌الملل خصوصی ما هم آن را به «تعارض میان قوانین دو یا چند کشور که باید از میان آنها قانون صلاحیت‌دار را برگزید و آن را به موقع به اجرا گذاشت» تعریف کرده‌اند. هنگامی که روابط میان دولت‌ها به گستردگی امروز مطرح نبود و تابعین هر کشور صرفاً در محدوده همان کشور رفت و آمد می‌کردند، مسأله تعارض قوانین هم جایگاهی نداشت، ولی وقتی ارتباطات میان افراد از سطح ملی خود فراتر رفت، در پی این رابطه‌ها اختلاف‌هایی مطرح شد. از آنجا که در این اختلاف‌ها چندین کشور و به تبع آن چندین قانون دخیل بودند، بحث تعارض قوانین مطرح شد. نکته مهم اینجا است که وقتی در مورد موضوع دعوا، با قوانین چند کشور در ارتباط هستیم، اگر قوانین آنها احکامی متفاوت را بیان کنند، تعارض پدید می‌آید. اما چنانچه در موضوعی، احکام کشورها یکسان باشد، اصل تعارض منتفی است. در مجموع می‌توان گفت: کشورها به طور فزاینده‌ای عضو معاهداتی می‌شوند که ضوابط حاکم بر صلاحیت قضایی را تعیین می‌کنند. بزرگترین پیشرفت در حقوق بین‌الملل خصوصی از طریق کنوانسیون‌های بین‌المللی درباره صلاحیت و شناسایی احکام حاصل شده است. هنگامی که ما صلاحیت را در یک قالب بین‌المللی و در غیاب کنوانسیون مورد بررسی قرار می‌دهیم، مشکلات متعددی رخ مینماید. این بدان خاطر است که سیستم‌های حقوقی مختلف به طرق مختلف درباره صلاحیت صحبت می‌نمایند و ما اصول محدودی برای مقایسه داریم و یا اصلاً چنین اصولی نداریم. نقطه شروع تجزیه و تحلیل بین‌المللی مشکل صلاحیت دسترسی به یک زمینه مشترک است. یکی از زمینه‌های مشترک که بر اساس آن دادگاه‌های ملی می‌توانند تقبل صلاحیت کنند توافق طرفین است و این تقریباً در تمام کشورها پایه محکمی برای صلاحیت میسر می‌سازد. در حال حاضر



در خصوص مسائل مربوط به صلاحیت، قواعد و تدابیر حل تعارض قوانین یک کشور خاص تعیین خواهد کرد که آیا در یک دعوی متضمن یک یا چند عنصر خارجی دادگاه آن کشور واجد صلاحیت نسبت به خواننده، منشاء دعوی یا موضوع دعوی هست. در ارتباط با صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ایران هم باید گفت این امر طبق ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی معین شده است. در این ماده صلاحیت بر مبنای تابعیت استوار نیست. لذا برخی موارد پیش می‌آید که حتی اتباع ایران نیز در صلاحیت دادگاه‌های ایران قرار نمی‌گیرند (طبق ظاهر ماده هنگامی که خواهان در ایران اقامتگاه ندارد). هر چند برخی بر این نظرند که وقتی سکونت موقت در ایران، صلاحیت دادگاه‌های ایران را در پی دارد، به طریق اولی تابعیت که یک رابطه عمیق‌تر می‌باشد باعث می‌شود که اتباع ایران تحت صلاحیت دادگاه‌های ایران قرار گیرند.

بخش سوم: قانون قابل اعمال در ماهیت اختلاف در فرض تعارض قوانین

یکی از مهمترین مسائلی که در خصوص ارتباط حقوق بین‌الملل عمومی و اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری مطرح گردیده، مساله تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا است. انتخاب قانون حاکم می‌تواند به طرق مختلفی صورت گیرد. قانون حاکم بر اختلاف می‌تواند با توافق طرفین دعوا یعنی دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی تعیین شود. برخی معاهدات و اسناد بین‌المللی مربوط به اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان، امکان و اعتبار توافق طرفین قرارداد در خصوص قانون حاکم را پذیرفته‌اند. بعضی معاهدات دو یا چند جانبه نیز با اینکه خود مکانیزم تعیین قانون حاکم را مشخص کرده‌اند، اعمال آن را منوط به عدم توافق طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری کرده‌اند. به طور مثال در کنوانسیون ایکسید ابتداً به هرگونه توافقی که ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم حاصل شود استناد شده و سپس اشعار می‌دارد در صورت عدم وجود چنین توافقی حقوق کشور میزبان و حقوق بین‌الملل در خصوص اختلاف مطروحه اعمال می‌شود، بر عکس در برخی از معاهدات، مقررات انتخاب قانون حاکم، مبنای یک توافق بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم را تشکیل می‌دهد. در اینگونه معاهدات مانند نفتا یا معاهده سرمایه‌گذاری انرژی که شرط داوری جهت حل



اختلاف به صورت ایجاب از سوی دولت میزبان وجود دارد، سرمایه‌گذار با قبول ایجاب داوری، مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم را نیز پذیرفته است. به بیان دیگر صرف قبول شرط داوری یا صلاحیت مرجع حل اختلاف مندرج در معاهده، به منزله پذیرش ضوابط مندرج در معاهدات در خصوص انتخاب قانون حاکم می‌باشد. (Peters, 1991:147) در این صورت مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم به مثابه پذیرش شرط داوری یا به طور کلی شرط صلاحیت مرجع حل اختلاف از ناحیه سرمایه‌گذار است. در حقوق بین‌الملل چارچوب و اصول قابل ملاحظه‌ای در زمینه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارد. این اصول منبعث از حقوق معاهدات - غالباً معاهدات دوجانبه و بعضاً معاهدات چند جانبه مانند نفتا و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی - می‌باشد. همچنین عرف بین‌المللی مناسبی در حقوق بین‌الملل در این زمینه وجود دارد. این حقوق بین‌الملل عرفی جنبه‌های مختلفی مانند مسئولیت دولت‌ها، بی‌عدالتی، تابعیت افراد و شرکت‌ها و همچنین مصادره اموال را در بر می‌گیرد. از طرف دیگر سرمایه‌گذاری موضوع حقوق داخلی کشور میزبان نیز هست، در هر پرونده و دعوی مطروحه ارتباط جنبه‌هایی از نظام حقوقی کشور میزبان مانند حقوق تجارت، حقوق مالیات، حقوق اداری، قوانین و مقررات گمرکی، حقوق اراضی و املاک و موارد دیگر با موضوع اختلاف به وضوح دیده می‌شود. در قواعد و مقررات ناظر به قانون حاکم بر اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به قدری تفاوت و گستردگی وجود دارد که امیدی به یکنواخت سازی و متحدالشکل ساختن آنها در عرصه بین‌الملل وجود ندارد. برخی معاهدات و توافقنامه‌ها، در مواد ناظر به تعیین قانون حاکم بر اختلافات سرمایه‌گذاری صرفاً به حقوق بین‌الملل اشاره کرده‌اند. به طور مثال در بخش ب فصل ۱۱ نفتا در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌ها صرفاً به قوانین و مقررات بین‌المللی از جمله مفاد معاهده نفتا اشاره شده است. ماده ۱۱۳۱ نفتا اشعار می‌دارد مرجع رسیدگی مطابق مفاد این بخش، رای خود در خصوص دعوی مطروحه را باید مطابق قوانین و مقررات جاری حقوق بین‌الملل و مفاد این توافقنامه صادر نمایند. همینطور در معاهده سرمایه‌گذاری انرژی نیز مقررات مشابهی به چشم می‌خورد. در ماده ۲۶ معاهده مذکور





آمده است: مرجع رسیدگی مطابق پاراگراف ۴، در خصوص اختلافات و دعاوی ارجاع شده، باید مطابق مفاد این معاهده و قوانین و اصول حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم نماید. این ضابطه در تعدادی از معاهده‌های دوجانبه یا توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز به چشم می‌خورد (E.Gaillard/Y.Banifatemi 2003). برخی از توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری را صرفاً به قوانین داخلی یک دولت ارجاع داده‌اند، جز در متن برخی قراردادهای از قراردادهای وام، انتخاب قوانین کشور متبوع سرمایه‌گذار یا کشور ثالث به ندرت صورت می‌گیرد و در اکثر موارد قانون حاکم شامل مقررات حقوق بین‌الملل و همچنین حقوق داخلی کشور میزبان تعیین می‌شود، این انتخاب ترکیبی حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در عمل نیز کارایی بیشتری دارد. سرمایه‌گذاری غالباً با مجموعه عملیات مختلفی که موضوع قراردادهای متعدد و متنوعی می‌باشند، همراه است. بسیاری از این قراردادهای و عملیات در داخل کشور میزبان منعقد و اجرا می‌شوند، لذا اینگونه قراردادهای ارتباط تنگاتنگی با نظام قانونی کشور میزبان دارند. در عین حال اعمال حقوق بین‌الملل نیز اطمینان خاطر بیشتری را برای سرمایه‌گذار از حیث رعایت حداقل استانداردها، هنجارها و مقررات بین‌المللی فراهم می‌نماید. (Douglas.2003:151) مشهورترین مثالی که در زمینه انتخاب ترکیبی قانون حاکم وجود دارد، ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید می‌باشد که اشعار می‌دارد در غیاب توافق طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم، دادگاه باید حقوق داخلی کشور میزبان و قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل را لحاظ نماید. در صورت فقدان توافق طرفین، دادگاه رسیدگی کننده باید قوانین داخلی کشور طرف قرارداد (با ملاحظه قوانین و مقررات ناظر به تعارض قوانین) و همچنین قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل را که ممکن است در خصوص مورد جاری باشند، اعمال نماید. برخی محاکم، راهکار پیش‌بینی شده در کنوانسیون ایکسید را که بارها آزموده شده و مورد استفاده قرار گرفته است، رعایت می‌کنند. اولییتی که جمله دوم ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید در برابر قوانین و مقررات داخلی به قواعد حقوق بین‌الملل می‌بخشد، نشأت گرفته از دکترین تکمیلی یا اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل است. (supplemental and corrective function of international law vis-a-vis domestic

law) سابقه این دکترین به اظهارات دکتر بروکس در جلسات تهیه پیش‌نویس کنوانسیون ایکسید بر می‌گردد. دکتر بروکس اظهار داشت که حقوق بین‌الملل نقش تکمیلی یا اصلاحی در موارد ضعف یا سکوت قوانین داخلی و همچنین در موارد تعارض قوانین داخلی با قوانین و مقررات بین‌المللی دارند. (Broches, 1972: 392) بسیاری از دیوان‌های داوری از آن زمان تئوری اصلاحی و تکمیلی بودن کاربرد حقوق بین‌الملل را اعمال کرده‌اند. در پرونده آمکو علیه اندونزی این دکترین در رای صادره هیات تجدید نظر، با عبارات زیر بیان گردید: ماده ۴۲ کنوانسیون به هیات‌های داوری ایکسید صرفاً اجازه می‌دهد تا قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل را تنها در صورت نقص یا سکوت قوانین داخلی اعمال نمایند و در صورت تعارض قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل، اولویت حقوق بین‌الملل را لحاظ نمایند. شایان ذکر است دیوان‌های داوری رویه‌هایی مختلفی را در این خصوص پیش گرفته‌اند، یک رویه این است که دادگاه ضمن اعمال تئوری تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل، نقشی بیشتر از کمکی بودن یا تبعی بودن برای حقوق بین‌الملل قائل می‌شود. در این خصوص می‌توان به رای دیوان تجدید نظر پرونده امکو علیه اندونزی اشاره کرد. دیوان اعلام کرد: ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، در تعیین قانون حاکم به حقوق دولت میزبان و حقوق بین‌الملل اشاره کرده است. در صورت نبود قوانین مرتبط در خصوص موضوعی خاص در کشور میزبان، باید قواعد مربوطه را در حقوق بین‌الملل جستجو کرد. در صورت وجود قوانین مرتبط در کشور میزبان نیز باید بررسی کرد تا قوانین مزبور مخالف حقوق بین‌الملل نباشند و در صورت وجود تعارض حقوق بین‌الملل حاکم خواهد بود. این قواعد حقوق بین‌المللی به طور کامل لازم‌الرعا می‌باشند و به نظر می‌رسد محدود کردن نقش آنها به تکمیلی و اصلاحی فاقد مبنا است. در پرونده سی‌دی اس‌ای علیه کشور کاستاریکا، دادگاه ضمن اتصاف حقوق بین‌الملل به وصف کنترلی و نهائی بودن اعلام می‌دارد: در صورت وجود تعارض بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل باید حاکم باشد. زمانیکه در خصوص تملک و مصادره اموال این امر رعایت نمی‌شود، حمایت حقوق بین‌الملل از سرمایه‌گذار خارجی نادیده گرفته شده و بدین ترتیب اهداف کنوانسیون ایکسید مخدوش و بی‌اثر می‌شوند. در پرونده ونا هتلز علیه دولت



مصر نیز دادگاه رسیدگی کننده با بیان استدلال مشابه، اعمال قوانین و مقررات جاری حقوق بین‌الملل را در صورت وجود تعارض در خصوص مساله مطروحه، تجویز می‌کند. بیشتر نظریه پردازان حقوقی نیز اذعان دارند که کارکرد حقوق بین‌الملل، از بین بردن کلیه نقائص موجود در حقوق داخلی و ممانعت از نقض قواعد و مقررات بین‌المللی است. برخی نویسندگان تاکید بیشتری بر حقوق داخلی دارند. (Reisman, 2000: 43) و دسته دیگری از آنها بیشتر بر اهمیت حقوق بین‌الملل تاکید داشته و قوانین داخلی را در موارد ناسازگاری و تعارض با حقوق بین‌الملل بلا اثر می‌دانند. (Weil, 2000: 409) برخی حتی معتقدند که دکتین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل را باید کنار گذاشت و حقوق بین‌الملل باید بدون بررسی ابتدائی در قوانین داخلی، مستقیماً توسط مرجع رسیدگی مورد استناد و استفاده قرار گیرد و در مواردی که قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل هر دو جاری هستند و دارای تعارض می‌باشند، باید انتخاب قانون اصلح در هر پرونده به عهده مرجع رسیدگی گذاشته شود. گاهی اوقات در معاهدات دوجانبه در خصوص قانون حاکم، ترکیب حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل به کار می‌رود. تعیین قانون حاکم در اینگونه معاهدات غالباً به شرح ذیل می‌باشد:

الف: قانون داخلی

ب: مقررات معاهده به همراه دیگر معاهدات

ج: قراردادهای مرتبط با سرمایه‌گذاری

د: حقوق بین‌الملل عمومی.

برای مثال در معاهده دو جانبه آرژانتین و هلند آمده است: هیات داوری که مطابق با ماده ۵ این معاهده ایجاد می‌شود باید در خصوص موضوع بر اساس حقوق کشور طرف قرارداد (با در نظر گرفتن قواعد تعارض قوانین)، مقررات و ضوابط این معاهده، شرایط و مفاد مندرج در توافقنامه‌های خاصی که در زمینه سرمایه‌گذاری منعقد گردیده‌اند و قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل حسب اقتضا اتخاذ تصمیم نماید، در معاهداتی که به شرح فوق تدوین شده‌اند، معمولاً از قوانین موجود در هر دو دسته حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل استفاده می‌کنند. نکته

مهم این است که در این نوع معاهدات دکترینی شبیه به دکترین اصلاحی و تکمیلی توسعه نیافته و در اینگونه موارد ملاک تعیین قانون حاکم نظری خواهد بود. به عبارت دیگر سازوکار مورد استفاده برای انتخاب قانون حاکم در اینگونه موارد پیچیده‌تر از روش قبلی بوده و دادگاه برای هر مساله حقوقی اختلافی، به صورت مجزا باید قانون حاکم که قانون مناسب‌تر است را انتخاب نماید. در پرونده ونزوئلا و فداکس، قانون حاکم قانون داخلی دولت میزبان و حقوق بین‌الملل تعیین شده بود، دیوان در خصوص موضوع دعوا که عدم پرداخت وجه اوراق قرضه بود اینگونه استدلال کرد: خرید اوراق قرضه مطابق کنوانسیون ایکسید و معاهده دوجانبه، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. تعهدات ناشی از اوراق مذکور مستقیماً منبث از تعهدات معاهده می‌باشد. از طرف دیگر اوراق قرضه‌های مزبور موضوع قوانین تجارت و حقوق مطالبات دولتی ونزوئلا می‌باشد. در معاهده فی‌مابین آرژانتین و اسپانیا، قانون حاکم، قانون داخلی دولت میزبان و حقوق بین‌الملل تعیین شده بود. موضوع اختلافی ساخت یک کارخانه تولید مواد شیمیایی بود. دادگاه رسیدگی کننده بدون ورود به بحث ابتدائی قانون حاکم بر اختلاف، در برخی مسائل مطروحه در پرونده حقوق بین‌الملل و در خصوص برخی مسائل دیگر قانون داخلی کشور میزبان را به عنوان قانون حاکم تعیین کرد. به عنوان مثال دادگاه در مورد مسئولیت اسپانیا از حیث اقدامات دولت به معنای اخص آن، به منظور تبیین صحت انتساب اقدامات به دولت، به حقوق بین‌الملل و مفاد معاهده منعقد بین دو کشور استناد کرده و در خصوص ارزیابی تاثیرات محیطی، دیوان به قانون اسپانیا، دستورالعمل اتحادیه اروپا و مفاد معاهده بین دو کشور استناد کرده است. همچنین درباره رفع این اشکال که آیا توافقنامه صحیحاً بین دولت و سرمایه‌گذار منعقد گردیده یا خیر، به قانون مدنی اسپانیا و قانون تجارت این کشور استناد کرده است و در خصوص محدودیت‌های ناشی از قوانین اسپانیا، دادگاه ادعای مطروحه را خارج از موارد برشمرده در کنوانسیون ایکسید دانسته و خود را صالح به رسیدگی ندانسته است. روش‌های مورد استفاده توسط مراجع مذکور، تداعی کننده راهکار توسعه یافته توسط مراجع رسیدگی کننده در راستای اعمال ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید می‌باشد. مطابق روش مزبور، در صورتیکه در خصوص موضوعی قوانین داخلی و حقوق





بین‌الملل هر دو باید رعایت شوند، حقوق بین‌الملل نقش اصلاحی در کنار اعمال قوانین داخلی خواهد داشت. ممکن است مهمترین عامل در اعمال نقش اصلاحی حقوق بین‌الملل در پرونده مزبور، مقررات معاهده مبنی بر ملزم ساختن دیوان به انتخاب قانون مناسب‌تر اعم از ملی و بین‌المللی بوده باشد. انعطاف‌پذیری روش مورد استفاده توسط دیوان مافزینی در مقام مقایسه با دکترین مورد استفاده در اکثر مراجع رسیدگی که با استناد به ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید صورت می‌گیرد، منطقی‌تر و کارآمدتر است. دکترین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین‌الملل، یک راهکار ثابت برای ارتباط حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل تجویز کرده است و صرفاً دو نقش مشخص را برای حقوق بین‌الملل در ارتباط با حقوق داخلی قائل است: نقش تکمیلی در صورت وجود نقص یا خلاء قانونی و نقش اصلاحی در خصوص وجود تعارض و ناهمخوانی بین دو نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی. برعکس، در پرونده مافزینی، حقوق داخلی کشور میزبان در مواردی که اعتبار قرارداد مطرح باشد مورد استفاده قرار می‌گیرد. در موارد مقتضی نیز از جمله مسائل مرتبط با تفسیر مفاد معاهده و همچنین مسئولیت دولت، قوانین و مقررات بین‌المللی اعمال می‌شود. هیات داوری پرونده ویوندی این وضعیت را اینگونه بیان کرده است: ادعای مربوط به نقض قرارداد و ادعای مربوط به نقض معاهده با یکدیگر تفاوت دارند. هریک از ادعاهای مزبور باید تحت لوای قانون مناسب و حاکم بر آن مورد ارزیابی و قضاوت قرار گیرد. در خصوص ادعاهای مرتبط با معاهده، حقوق بین‌الملل و در خصوص ادعای مربوط به قرارداد، حقوق کشور میزبان اعمال می‌شود. در این روش، شناسایی موضوعات اختلافی و تعیین قانون حاکم بر آن به عهده محکمه رسیدگی کننده نهاده شده است. حال سؤالی که در این بین مطرح می‌گردد این است که آیا واقعاً اختیار مرجع رسیدگی در انتخاب قانون، نهایی و قطعیت یافته تلقی می‌شود؟ آیا دیوان نباید مسایلی را که می‌بایست به موجب حقوق بین‌المللی بررسی و حل و فصل شوند و مسائلی که می‌بایست به موجب حقوق داخلی بررسی و حل و فصل شوند را شناسایی و متمایز نماید؟ در برخی موارد انجام این وظیفه آسان است. درباره مسائلی که در خصوص قرارداد یا سازمان‌ها و ارگان‌های دولت میزبان مطرح می‌گردند به قوانین داخلی کشور میزبان استناد می‌شود و درباره مسائلی که در

خصوص عرف و هنجارهای بین‌المللی یا معاهدات مطرح می‌شود به حقوق بین‌الملل استناد می‌شود، به عنوان مثال در صورتی که سرمایه‌گذار ادعائی را در خصوص نقض و متعاقب آن فسخ قرارداد که منجر به نادیده گرفتن و نقض اصول انصاف و قوانین مربوط به مصادره غیر مستقیم مصرحه در معاهده شده است مطرح می‌کند، هر دو سیستم قانونی (حقوق داخلی و حقوقی بین‌المللی) مرتبط با مساله خواهند بود. حقوق داخلی مشخص می‌نماید که آیا قرارداد معتبر بوده و آیا نقضی صورت گرفته است و اینکه آیا قرارداد فسخ گردیده و فسخ قرارداد غیر قانونی بوده است یا خیر؟ حقوق بین‌الملل نیز مشخص می‌نماید که آیا اقدام زیانبار منتسب به دولت محسوب می‌گردد و اینکه آیا اقدام صورت گرفته غیر منصفانه و ناعادلانه بوده و یک نوع مصادره غیر مستقیم اموال صورت گرفته یا خیر؟ اما در برخی شرایط با این روش نمی‌توان کلیه مسائل مربوط به احراز قانون حاکم را انجام داد. گاهی مسائلی پیش می‌آید که وضعیت یکسانی در هر دو نظام حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی دارد و مساله با هر دو نظام حقوقی پاسخ داده می‌شود. محاسبه سود می‌تواند مثال خوبی از این دست باشد. در پرونده ونا هتلز علیه مصر مرجع رسیدگی کننده بر اساس حقوق بین‌الملل، نرخ سود ۹٪ را که به صورت فصلی محاسبه می‌شود تعیین کرد. مصر اعتراض کرد که این نرخ مخالف حقوق مصر است و مطابق ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، قانون مصر باید حاکم بر مساله شناخته شود. مرجع تجدید نظر اعلام کرد که نرخ تعیین شده توسط دیوان بر اساس اعمال مقررات معاهده که مبنی بر جبران خسارت کامل است، صورت گرفته است؛ اما هیچگونه استدلالی در خصوص اینکه چرا مقررات معاهده مرجع و حاکم بر مساله شناخته شده ارائه نکرد و صرفاً اعلام کرد که مقررات معاهده به عنوان بخشی از قوانین مصر پذیرفته شده است. این در حالی است که هیچگونه ضوابطی در معاهده که تضمین کننده اعمال قانون مناسب‌تر و مطلوب‌تر برای سرمایه‌گذار باشد وجود نداشت. آیا می‌توان گفت که در این مورد نقش اصلاحی حقوق بین‌الملل اعمال شده است؟ صرفاً با استناد به اینکه در حقوق مصر برای تعیین نرخ سود و خسارات مترتبه حد و محدودیت وجود دارد نمی‌توان صراحتاً ادعا کرد که حقوق مصر در تضاد با قواعد و اصول کلی حقوق بین‌الملل است و لذا در مقام رفع تعارض مطابق با ماده ۴۲



کنونسیون ایکسید، حقوق بین الملل را حاکم بر مساله نمود. اما از طرف دیگر شاید بتوان اینگونه استدلال کرد، که شرط جبران خسارت کامل در معاهده در تعارض با شرط تحدید خسارت در حقوق مصر است و از این منظر حقوق بین الملل حاکم شناخته شده است.

بخش چهارم: تاثیر توافق طرفین بر قانون حاکم بر اختلاف و رفع تعارض قوانین

در این قسمت به تاثیر توافق و یا عدم توافق در تعیین قانون حاکم بر حل و فصل اختلاف در فرض تعارض قوانین خواهیم پرداخت.

بند اول: توافق طرفین بر قانون حاکم

حقوق بین الملل عرفی و خصوصاً معاهدات سرمایه گذاری موجب پیدایش مقرراتی شده اند که تا اندازه زیادی زمینه غیرمجاز و یک طرفه مفاد معجز سرمایه گذاری را محدود کرده اند، اما این قرارداد سرمایه گذاری است که حتی در نبود معاهده سرمایه گذاری نیز سبب تثبیت واقعی حقوق مکتسبه سرمایه گذار خارجی می شود و امکان وارد کردن شروطی چون قانون حاکم را در نظام حقوق و تکالیف طرفین سرمایه گذاری خارجی فراهم می آورد. وجود قرارداد سرمایه گذاری خارجی سبب می شود، ماهیت ارتباط دولت و سرمایه گذار از چارچوب حقوق عمومی فاصله بگیرد و به اقتضات حقوق خصوصی نزدیکتر شود. (شهبازی نیا، ۷۸:۱۳۹۲) اصولاً قراردادها و تعهدات ناشی از آن در اکثر نظام های حقوقی تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می شود، این قانون را اصطلاحاً قانون منظور طرفین می نامند. چون قرارداد مخلوق اراده طرفین قرارداد است و در واقع نوعی محدودیت ارادی حقوق متعاملین می باشد، لذا منطبق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند. اگر چه حق متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار حاکم بر قرارداد مورد تردید نمی باشد و لیکن حدود اعمال این اختیار محل بحث است. مسئله اراده اعلام شده و حدود آن را می توان به صورت زیر مطرح کرد. حدود اختیار متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار چه اندازه است؟ آیا اختیار طرفین قرارداد محدود به



انتخاب قانون صلاحیت‌دار است و پس از این انتخاب تمام مقررات قانون صلاحیت‌دار به ایشان تحمیل می‌گردد؟ آیا متعاملین می‌توانند قسمتی از مقررات قابل اعمال را نگه داشته و بقیه آن را رد نمایند و یا احتمالاً از چند قانون استفاده کنند و آیا می‌توانند تصمیمی بگیرند که قراردادشان به تنهایی برای ایجاد حقوق و تعهدات متقابل کافی باشد، بدون اینکه هیچ قانونی تکیه گاه آن نباشد؟ مطابق یک طرز تفکر آزاد منشانه که قایل به استقلال اراده است متعاملین چنین اختیاری را دارا هستند. انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مثل انتخاب سایر شرایط قرارداد (مثل شروط ضمن العقد) است و در چنین حالتی قانون در واقع به صورت یکی از شروط ضمن‌العقد در می‌آید و به اصطلاح در قرار ادغام می‌گردد. این طرز تفکر از جانب مخالفان نظریه حاکمیت اراده شدیداً مورد انتقاد واقع شده است. می‌گویند هرگاه شروط مندرج در قرارداد ناقص یا مبهم باشند قواعد مربوط به تفسیر قرارداد را چگونه باید جستجو نمود؟ آیا استقلال اراده متعاملین باید به اندازه‌ای باشد که به میل خود از رعایت احکام آمره یا ناهیه یک قانون احتراز کنند؟ بدون شک اختیار متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نمی‌تواند نامحدود باشد. نخستین محدودیتی که بر حق انتخاب متعاملین وارد کرده‌اند عبارت از لزوم ارتباط بین قانون مورد توافق و قرارداد مربوط است، بدین معنی که متعاملین باید قانونی را انتخاب کنند که با قراردادشان ارتباط و وابستگی لازم داشته باشد. اکثر نظام‌های حقوقی ملی (داخلی) به طرفین یک معامله صادراتی اجازه انتخاب قانون حاکم بر روابط قراردادی‌شان را می‌دهند. این به اصطلاح اصیل آزادی یا حاکمیت اراده طرفین، عموماً به صادر کننده و وارد کننده اجازه انتخاب قانونی را می‌دهد که به نظر آنها مناسبترین قانون برای قراردادشان می‌باشد. (نوروزی، ۱۳۹۸: ۱) قانون مزبور می‌تواند قانون کشور صادر کننده (فروشنده) کالا و یا قانون کشور وارد کننده (خریدار) کالا و یا قانون کشور ثالث و بی‌طرفی باشد. اغلب اوقات قانون یک کشور ثالث بدان خاطر انتخاب می‌شود که در زمینه خاص موضوع قرارداد کاملاً پیشرفته است، مانند قانون حمل و نقل و بیمه کشور انگلستان، محاکم کشورها انتخاب قانون کشور ثالث را عموماً معقول می‌دانند. طبق مقررات ایران، در قراردادهای دولتی قانون حاکم بر قرارداد، قانون ایران است. در قراردادهای غیر دولتی نیز طرف ایرانی می‌تواند با استفاده از



اصل حاکمیت اراده، تصریح به متابعت قرارداد از قوانین ایران نماید. هرگاه، قرارداد در ایران منعقد شود، با توجه به ماده ۹۶۸ قانون مدنی، قانون ایران حاکم بر تعهدات ناشی از آن خواهد بود، ولی هرگاه محل انعقاد قرارداد خارج ایران باشد، اشتراط حاکمیت قانون ایران بر تعهدات قراردادی ضروری است. اگر شرط مربوط به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در قالب شرایط عمومی بازرگانی مورد استفاده خریدار (وارد کننده) یا فروشنده (صادر کننده) و یا هر دو گنجانده شده باشد، لازم است توجه‌ای ویژه در این خصوص مبذول گردد. این شرایط عمومی (شامل شروط مربوط به قانون حاکم و محل صلاحیتدار برای رسیدگی به دعوی) باید به روشنی مورد قبول طرف دیگر قرار گیرد تا از اعتبار لازم برخوردار باشد.

در دکترین حقوقی عصر حاضر ضابطه عینی با برقراری یک تعامل سازگار با اصل حاکمیت اراده، در کنار این اصل نقش مهمی ایفا می‌کند، در واقع هر کجا که طرفین به طور صریح یا ضمنی قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند یا به دلیل مغایرت داشتن قانون منتخب با قواعد آمره و نظم عمومی کشورهای درگیر در قضیه، مصالح عمومی و ملی دولت طرف قرارداد یا مصلحت حمایت از اқشار ضعیف جامعه، همچنین حوزه‌هایی از قرارداد که به دلایل خاص اعمال ضابطه عینی در آنها نسبت به ضابطه شخصی ترجیح دارد، ضابطه عینی نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند. علاوه بر این که، در این مفهوم جدید ضابطه عینی شامل قانون مناسب قرارداد یا قانون دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد هم می‌شود، پس هر کجا که اختیار تعیین قانون مناسب قابل اعمال بر قرارداد به دادگاه یا داور واگذار می‌شود، با مدد جستن از ضابطه عینی این مهم انجام خواهد شد و تلقی معروف از قانون مناسب قرارداد، آن است که این قانون به روش عینی و به طور مستقیم، با ارزیابی دقیق عوامل موجود در هر پرونده، که بیشترین ارتباط واقعی را با قرارداد دارد، در پرتو اصطلاحات و عبارات به کار رفته در جریان معامله، وضعیت طرفین و به طور کلی اوضاع و احوال قرارداد، مشخص می‌شود. این قانون در بیشترین موارد همان قانون کشور محل اجرای تعهد شاخص قرارداد است که آن هم در اکثر موارد با قانون کشور محل تجارت فروشنده یکسان است. (افضلی مهر، ۱۳۹۵:۵۳) در نهایت گفتنی است که در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران آزادی وسیعی را به اتباع ایرانی برای تعیین مفاد قرارداد داده شده است.



همچنین این آزادی قرارداد به دو صورت محدود شده است. دولت‌ها با استفاده از ابزار نظم عمومی و اخلاق حسنه سعی در محدود کردن دامنه قراردادها داشته‌اند. شاید بتوان گفت وقتی که قانون‌گذار توافق بر تمام ارکان یک قرارداد خصوصی (اعم از داخلی و بین‌المللی) به وسیله طرفین را تحت نام (قراردادهای خصوصی) معتبر می‌شناسد، یعنی قبول دارد که اراده طرفین عقد می‌تواند کل ساختار یک قرارداد خصوصی را با همان توانایی خلق کند. شرط انتخاب قانون حاکم بر قرارداد که خود یکی از اجزای آن قرارداد خصوصی است، به طریق اولی معتبر خواهد بود. بنابراین اگر چه قانون‌گذار در معاملات حق انتخاب قانون حاکم توسط طرفین را صریحاً بیان نمی‌کند ولی با تفسیر موسع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان به این نتیجه یعنی حق انتخاب قانون رسید و هیچ دلیلی برای منع تفسیر مضیق ماده ۱۰ قانون مدنی وجود ندارد. اصل آزادی انتخاب قانون حاکم اقتضا می‌کند که طرفین بتوانند قانونی را که در زمان انعقاد عقد انتخاب کرده‌اند با توافق بعدی تغییر دهند و قانون دیگری را بر روابط خود حاکم کنند. (پیری، ۱۳۹۷: ۸۶) البته در این خصوص نظر مخالف بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی^۱ وجود دارد که معتقد است با وجود نص صریح قانون که از قضاء آمره هم محسوب می‌شود نمی‌توان توافقی برخلاف آن انجام داد و تفسیر ماده ۱۰ اجازه اقدامی بر خلاف نص صریح قانون نمی‌دهد.

بند دوم: عدم توافق طرفین بر قانون حاکم

اگر اراده طرفین قرارداد در مورد قانون صلاحیتدار اعلام نشده باشد می‌توان قانون حاکم بر قرارداد را بر اساس یکی از دو راه حال زیر تعیین نمود. نخستین راه حل آن است که بگوییم چون طرفین قرارداد از اختیار خود استفاده نکرده و قانون صلاحیتدار را تعیین نکرده‌اند قراردادشان الزاماً تابع قانونی خواهد بود که از پیش تعیین شده است. چنانکه قانون محل انعقاد عقد در مورد قرارداد حمل و نقل یا قانون محل اجرای عقد در مورد قرارداد کار لازم الاجرا

^۱. تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.





تلقی شود. راه‌حل دیگر آن است که قاضی در مقام تعیین قانون صلاحیتدار اراده متعاقدين را ترجیح داده و با توجه به قراین و اماراتی که حاکی از اراده ضمنی متعاملین است، قانون صلاحیتدار را تعیین نماید. در بین قراین و امارات مشخص تعیین قانون صلاحیتدار محل انعقاد و محل اجرای عقد بیش از همه قابل توجه بوده و در واقع دو قطب قرارداد را تشکیل می‌دهند. نظام‌های حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی در نبود قانون‌گزینشی طرفین، قانون مناسب را قانون کشوری می‌دانند که ارتباط قطعی و اصلی با قرارداد دارد. به بیان دیگر، قانونی که بیش‌ترین ارتباط را با قرارداد دارا است، را قانون حاکم بر قرارداد می‌دانند. در میان این گروه از نظام‌های حقوقی بعضی به گونه‌ای کلی قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط را بدون تعیین مصداق یا معیاری برای آن، حاکم بر قرارداد دانسته‌اند و دسته‌ای دیگر خود به‌طور مستقیم نسبت به برخی موارد مبادرت به تعیین و تحدید قانون نزدیک‌ترین ارتباط کرده و یا معیارهایی را برای این منظور قرار داده‌اند. در واقع دادگاه‌های نظام‌های حقوقی دسته اخیر دارای نوعی محدودیت اختیار نسبت به دادگاه‌های دسته اول هستند، زیرا آنها برای اعمال قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد، به‌طور بنیادی باید در چارچوب موارد تعیین شده یا معیارهای مقرر شده قانون حاکم را بیابند. نظام‌های حقوقی مختلف، راهکارهای گوناگونی مورد بررسی قرار گرفته است. در نظام حقوقی ایران در بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۷۶ اعلام داشته است: در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین (داور) براساس ماهیت اختلاف رسیدگی می‌کند که به موجب قواعد حل تعارض قانونی که مناسب است، تشخیص داده شود.^۱ در اینجا در حقوق ایران در صورت سکوت قانون حاکم بر قرارداد پیش‌بینی شده است اما فاکتورهای این که مناسب‌ترین قاعده بر چه اساسی تعریف می‌شود اعلام نشده است. البته در حقوق داخلی فارغ از بحث داوری و ماده ۲۷ در سایر بخش‌ها پیش‌بینی قانونی از این دست وجود ندارد. از سویی دیگر در کنوانسیون رم ۲۰۰۸ نیز در ماده ۴ و ۵ به این موضوع اشاره شده است. (پیری، ۱۳۹۷: ۸۴)

^۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶.

بند سوم: راهکارهای عدم توافق طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد

در فرضی که قانون حاکم مورد توافق طرفین قرار نگرفته است باید گفت که سه نظریه متفاوت وجود دارند: (قاسمی، ۱۳۷۲:۳۹۷) اول، نظریه اصالت و استقلال قرارداد از نظام حقوقی خاص (خلا قانون): این نظریه بر آن است که هر قرارداد حاکم بر خود است و می‌تواند بدون توسل به یک نظام حقوقی، کلیه قوانین لازم برای تنظیم روابط بین طرفین را ارائه دهد. اشکالی که بر این نظریه گرفته شده است آن است که هیچ قراردادی نمی‌تواند به عنوان شروط صریح قراردادی، مجموعه قوانین لازم را برای برخورد با موارد احتمالی همانند اشتباه، تدلیس، تخلف و عدم امکان اجرای قرارداد در برگیرد. نیاز به قانون مناسب حاکم بر قرارداد دقیقاً همان نیاز توسل به مجموعه قواعد جامعی است که یک نظام حقوقی تثبیت شده برای برخورد با چنان موارد احتمالی پیش‌بینی کرده است. از سوی دیگر، صالح شناختن هیچ یک از نظام‌های حقوقی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، در واقع به منزله نفی تمامی مفاهیم نظم عمومی نیز خواهد بود، چرا که در چنین حالتی شخصی با قراردادی روبه‌رو است که به هیچ نظام حقوقی وابستگی ندارد و از این رو، از کلیه محدودیت‌های ناشی از نظم عمومی آزاد است. (ویلیام باوت: ۱۳۷۲:۳۸۱) نظر دیگر نظریه بین‌المللی شدن قرارداد است، این نظریه بر آن باور است که برخی از قراردادها به اقتضای طبیعتشان جنبه بین‌المللی دارند و از این رو، مشمول حقوق بین‌الملل خواهند بود که یا جانشین قانون کشور طرف قرارداد می‌گردد و یا آن را تکمیل می‌کند. بر این نظریه نیز اشکالاتی وارد شده است: نخست، تاکنون تعریف قانع‌کننده و جامعی از قراردادهای بین‌المللی ارائه نشده است. دوم، کشورهای پیشرفته غربی هنگام انعقاد قراردادهای موسوم به «قراردادهای توسعه اقتصادی» یا سرمایه‌گذاری خارجی، نظریه بین‌المللی شدن قرارداد را قبول ندارند. چرا این قبیل قراردادها فقط هنگامی بین‌المللی تلقی می‌شوند که با کشورهای در حال توسعه منعقد شده‌اند؟ البته اگر قرارداد متضمن یک شرط داوری است که آن را از حوزه صلاحیت محاکم داخلی خارج کند، شرط مزبور می‌تواند به عنوان انتخاب ضمنی حقوق بین‌الملل تلقی گردد، ولی روشن است که شرط داوری مؤثر در صلاحیت است، نه در انتخاب قانون، و دلیل موجهی دال بر عدم اعمال قانون داخلی توسط



داوران وجود ندارد. نظر دیگر، نظریه حقوق عرفی تجاری است، طبق این نظریه، حقوق عرفی تجاری بر قراردادهای حاکمند، جز در مواردی که صریحاً قانون خاصی تعیین شده باشد. اشکال عمده‌ای که بر این نظریه گرفته‌اند آن است که فقط متضمن چند قاعده منجز و از پیش تعیین شده است و در مقابل، اختیارات وسیعی به داور اعطا می‌کند. (حاذقپور، ۱۳۹۶:۱۰۲)

نتیجه‌گیری

نتایج و یافته‌های پژوهش بیانگر این است که اساساً حقوق داخلی و قوانین و مقرراتی که در حوزه جذب سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد، در مواردی که حل و فصل اختلاف‌ها توجه کرده است، یک رویکرد پیشگیرانه داشته است، بدین معنا که به جای تبیین راهکارهای متفاوت برای حل وضعیت تعارض قوانین میان کشور ایران به عنوان کشور میزبان و کشور خارجی به عنوان کشور سرمایه فرست، تلاش کرده است که جلوی بروز شکل‌گیری این تعارض را بگیرد. راهکار نیز بر این استوار است که با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، تکیه کردن بر توافق طرفین اولویت یافته است، به این ترتیب که با توافق قبلی طرفین (سرمایه‌گذار و سرمایه فرست) بر قانون حاکم بر حل و فصل اختلاف مربوط به سرمایه‌گذاری، می‌توان جلوی تعارض قوانین را گرفت، یعنی در توافق سرمایه‌گذاری، پیش از بروز اختلاف، طرفین قرارداد با توافق و طبق آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، مشخص کنند که روش حل اختلاف مثلاً داوری یا سازش یا میانجی‌گری و غیره خواهد بود و همین‌طور قانون حاکم بر داوری یا سازش و غیره نیز قانون کشور میزبان، قانون کشور سرمایه‌گذار یا قانون ثالث خواهد بود، به این ترتیب، چون توافق ضمنی و قبلی در این خصوص وجود دارد، در فرضی که در سرمایه‌گذاری میان کشور ایران و سرمایه‌گذار اختلاف به وجود بیاید، تکلیف قانون حاکم از پیش معین است و دیگر فرض تعارض منتفی خواهد بود. بنابراین روش‌های دیگر ساری و جاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری در عرصه بین‌المللی که در آنها فرض عدم توافق در این خصوص و یا مسکوت ماندن روش حل و فصل و قانون حاکم بر اختلاف وجود دارد، در حقوق داخلی به دلیل اینکه منجر به بروز تعارض



قوانین می‌شود، نفی شده است و یا حداقل تلاش شده است که از آن پرهیز شود، به همین دلیل در بسیاری از قراردادهای نوین تجاری، بازرگانی یا مربوط به حوزه صنعت نفت و گاز و انرژی، تلاش شده تا توافق قبلی در خصوص قانون حاکم انجام گیرد و طرفین پیشتر وضعیت را به صورت شفاف بدانند و نسبت به آن آگاهی قبلی داشته باشند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی



منابع و مأخذ

۱. ارفع نیا، بهشید و قاسمی، سمیه، حل تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی، نشریه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، شماره ۳۱، ۱۳۹۵.
۲. افضل‌ی مهر، مرضیه و وحدتی شبیری، سید حسن، تحول مفهومی ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادها در حقوق بین‌الملل خصوصی، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳، ۱۳۹۵.
۳. الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۴. امامی، مرضیه، بررسی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، نشریه مطالعات حقوقی، شماره ۱۹، ۱۳۹۷.
۵. پیری، حمیدرضا و الماسی، نجادعلی، معیارهای قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی، نشریه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۵، ۱۳۹۷.
۶. حاذقی‌پور، رضا و علومی یزدی، حمیدرضا، جایگاه حقوق عرفی بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی، نشریه حقوق خصوصی، شماره ۱۹، ۱۳۹۶.
۷. حسین آبادی، مریم، موقعیت حقوق ایران در جریان یکسان‌سازی تعارض قوانین، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید باهنر کرمان، ۱۳۹۳.
۸. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰.
۹. شهبازی نیا، مرتضی، حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، تهران، نشر موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۶.



۱۰. غلامی، عقیفه، حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی با تاکید بر تفکیک دعاوی ناشی از عهدنامه و قرارداد سرمایه‌گذاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۲.

۱۱. قاسمی، علی، قراردادهای دولت با بیگانگان، نشریه حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۶، ۱۳۷۲.

۱۲. نوری، فاطمه، تعارض قوانین و عوامل پیدایش آن، سایت اینترنتی تبیان، ۱۳۹۵.

۱۳. ویلیام باوت، دریک، قراردادهای دولت با بیگانگان، ترجمه علی قاسمی، نشریه مجله حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۲.

1. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 136 Recueil des Cours 331, 392, 1972.
2. Douglas, the Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 The British Year Book of International Law 151, 194, 2003.
3. Gaillard IY. Banifatemi, The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, 18 ICSID Review 375, 377, 2003.
4. M. Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, 15 ICSID Review - FIU 362, 2000.
5. P. Weil, The State, the Foreign Investor and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois, 15 ICSID Review - FIU 401, 2000.





پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی