

Abstract

The Civil Code, despite the fact that the conflict resolution rule is clear for the sections of personal status, contracts, property and type of documents, has not answered about non-contractual responsibilities. And so the court must enforce Iranian law on civil liability claims, whether they have a foreign element or not? Or is there a conflict resolution rule and that is the principle of territoriality of laws? That is, the Iranian court considers this principle as a rule for resolving conflicts of law and implements Iranian law on civil liability? The present article seeks to show that neither of these two correct attitudes should be the rule for resolving "communication groups" and that non-contractual responsibilities should be as conflicting as the others. Good slow. This is why the law governing civil liability was chosen. The role of the rule of will in determining the governing law has received considerable attention, and this is the right. At the same time, in the absence of mutual consent, the crime scene law is still the best solution.

## بررسی قراردادهای بین المللی و ضوابط تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مآن ها و مسئولیت مدنی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۵

محمد حسین آبادی<sup>۱</sup>مرضیه افضلی مهر<sup>۲</sup>مهرداد ناظمی<sup>۳</sup>

## چکیده

قانون مدنی، با وجود مشخص بودن قاعده حل تعارض برای بخشهای احوال شخصی، قراردادها، اموال و نوع اسناد، در مورد مسئولیتهای بدون قرارداد پاسخی نداشته است.. آیا از عدم پاسخ باید نتیجه گرفت که مسئولیتهای بدون قرارداد مستلزم به قاعده حل تعارض قوانین نداشته و بنابراین دادگاه در مورد دعاوی مسئولیت مدنی، چه عنصر خارجی داشته باشند چه نداشته باشند، باید قانون ایران را اجرا کند؟ یا اینکه قاعده حل تعارض وجود دارد و آن همان اصل سرزمینی بودن قوانین است؟ یعنی دادگاه ایران، اصل مزبور را قاعده حل تعارض قوانین قلمداد کند و قانون ایران را در مورد مسئولیت مدنی اجرا میکند؟ مقاله حاضر در پی آن است تا نشان دهد هیچکدام از این دو نگرش صحیح باید قاعده حل «دسته های ارتباط» نیست و مسئولیتهای بدون قرارداد همانند بقیه تعارض داشته باشد و در عدم پاسخ قانون نگذار، رویه قضایی و دکترین میتواند و باید این مشکل را خوب کند. این مسئله چرایی انتخاب قانون حاکم بر مسئولیت مدنی است. اما در مورد چگونگی تبیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، با وجود اینکه نظام ای معرف حقوقی در طول دورانهای طولانی، قانون محل انجام عمل خطرناک را حاکم بر مسئولیت مدنی شناخته اند، اما به تازگی به نقش حاکمیت اراده در مشخص کردن قانون حاکم توجه شایان شده و حق نیز همین است. در عین حال، در نبود تراضی طرفین، قانون محل جرم، همچنان بهترین راهکار است.

واژگان کلیدی، قرارداد، مسئولیت مدنی، ضوابط، قانون

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران<sup>۱</sup>گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران (نویسنده مسول)<sup>۲</sup>گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران<sup>۳</sup>

تعارض قوانین در مورد قراردادها موضوعی است که از قدیم الایام به عنوان یکی از مباحث مهم و پیچیده‌ی حقوق مطرح بوده است و به خصوص در دهه‌های اخیر که تجارت بین‌المللی توسعه فراوان یافته است، این موضوع، در اغلب میثاق‌های بین‌المللی و قانون‌گذاری‌های داخلی مورد توجه ویژه دولت‌ها بوده و در نظام‌های حقوقی گوناگون دچار تحولات گسترده شده است.

در قراردادی بین‌المللی که معمولاً طرف‌های آن از دو یا چند کشور مختلف می‌باشند و موضوع معامله نیز معمولاً باید از یک کشور به کشور دیگر منتقل شود، حداقل دو نظام حقوقی مطرح می‌گردد. در این موارد مسئله‌ی تعارض قوانین و چگونگی تشخیص قانون قابل اعمال بر قرارداد مطرح می‌شود.

قواعد حل تعارض که قسمتی از قانون ملی یا نظام حقوقی مقر دادگاه محسوب می‌شود می‌توانند همچون نظام‌های حقوقی گوناگون باشند و چون حقوق بین‌الملل خصوصی منعکسی از حقوق داخلی در قسمت بین‌المللی است. آن چنان که قواعد ماهوی در رابطه به قرارداد در کشورهای گوناگون متنوع و مختلف است، قواعد تعارض قوانین در رابطه با تعامل حقوقی نیز از یک کشور به کشور دیگر میتواند متغییر باشد. و مبرهن است که منشأ این تحولات در تمایزات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است. پس نمیتوان اطمینان داشت که قواعد تعارض نظام‌های گوناگون در رابطه موضوع معینی از قرارداد به نتیجه‌ی غیرقابل تفکیک برسند. (ارشدی، ۱۳۸۲: ۲۱) این حال، کنفرانس‌های بین‌المللی در جهت برطرف نمودن تعارضات حاصل از قواعد تعارض قوانین مختلف کشورهای گوناگون، در ی آن هستند تا از راه یکسان سازی قوانین ماهوی و قواعد حل تعارض به این نتیجه برسند. حاصل کوشش این کنفرانس‌ها شکل‌گیری عهدنامه‌های بین‌المللی است که در بخش تعهدات تعاملات حقوقی و خارج از آن، کشورهای عضو را دربرگیرنده قواعد یکسان و واحد می‌نماید.

مفهوم قرارداد بین‌المللی

پیش از بررسی مفهوم قرارداد بین‌المللی، شایسته است ابتدا به طور مختصر مفهوم قرارداد را مطرح نماییم.

قراردادها منبع بخش عمده‌ای از تعهداتند که از آن‌ها به تعهدهای قراردادی یاد می‌شود. در نظام‌های حقوقی مختلف توافق دو اراده رکن اصولی قرارداد است. قراردادها متشکل از اراده‌ی کسانی است که آن‌ها را میان خود منعقد می‌سازند. عقد قرارداد عملی حقوقی است و طبق یک تعریف: «عقد، دو یا بیشتر از دو اراده بوده که باهم توافق دارند که در جهت شکل‌گیری عواقب حقوقی انجام می‌شود». در نتیجه، اثری که از عقد حاصل می‌شود، ممکن است ایجاد رابطه‌ی حقوقی جدید باشد، اعم از ایجاد و انتقال حق عینی و تعهد، یا از بین بردن و تغییر رابطه‌ی حقوقی گذشته مانند اقاله و تبدیل تعهد.

در این تعریف، الزام قسمت‌انثایی توافق و ماندن دوطرف به اصول آن نیز به طور ضمنی بیان شده است؛ زیرا هدف از توافق باید شکل‌گیری نتایج حقوقی باشد، نه اخبار از حوادث یا شکل‌گیری تعامل اخلاقی و دوستانه.

بر اساس تعریفی دیگر: «عقد یا قرارداد، عبارت است از مساعدت دوطرفه اراده‌ی دو یا چند شخص در شکل‌گیری مبنای حقوقی». این تعریف نیز به درستی به عنصر قصد انشاء تاکید می‌کند و ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران<sup>۱</sup> مؤید آن است.

هر کدام از این تعاریف را بپذیریم در نهایت به این نتیجه می‌رسیم که اصطلاح عقد یا قرارداد که دو اصطلاح مترادف هستند، در حقوق امروز از معنای لغوی خود که بستن و گره زدن است دور نمانده است و یک عمل حقوقی دو طرفه است که با تراضی اراده‌ی دوطرف حاصل می‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۰: ۷۸)

معیارهای تشخیص قراردادهای بین‌المللی

در حال حاضر، قراردادها به عنوان صحنه تعارضات نظام‌های حقوقی، در سطح بین‌المللی از حصار محدود و محصور مرزهای سرزمینی خارج شده و به عنوان مهم‌ترین راه تعامل با جهان خارجی مورد عنایت حقوقدانان قرار می‌گیرد. قواعد حل تعارض قوانین سیستم حقوقی در مورد قراردادها همچون قاعده حل تعارض درج شده در ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران که در رابطه به قانون مسلط بر قراردادها است، دربرگیرنده آن قسمت از قواعد قانون ملی یک کشور بوده که دادگاه‌ها به آن عمل میکنند تا تعارضی را که در آن عنصر خارجی وجود دارد حل و فصل کند. دادگاهی که موضوعی در رابطه به یک قرارداد با عنصر خارجی در آن بیان میکنند، حتماً با توجه به قانون مقر دادگاه تعامل حقوقی را تحلیل و آن را از مصادیق تعامل قراردادی دانسته و سپس ضابطه‌ی را برای مشخص نمودن قرارداد بین‌المللی به کار ببرد.

به نظر می‌رسد که این امر به طور عمده در کنوانسیون‌ها، قوانین موضوعه و پرونده‌های قضایی پذیرفته شده است که آزادی متعاملین در تعیین قانون حاکم بر عقد، محدود به قراردادهای بین‌المللی است؛ ماده ۲ کنوانسیون ۱۸۵۶ لاهه در رابطه با قانون قابل اجرا در

<sup>۱</sup> ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

بیع بین المللی کالا، قوانین شوروی سابق، فرانسه، آلمان، هلند و ایالات متحده آمریکا همه حاکی از پذیرش این اصل است. دلیل این امر هم واضح است، چرا که عموماً، سیاست یک کشور در تنظیم قراردادهای داخلی است و این که از طرق قوانین و مقررات داخلی شروط خاصی را به متعاملین تحمیل نماید، فلذا اجازه نمی‌دهد که طرفین با انتخاب قوانین یک نظام حقوقی خارجی، از قوانین آمره آن کشور فرار کنند.

به طور عمده دو معیار برای تشخیص قرارداد بین المللی به کار می‌رود:

۱- معیار اول که مطابق آن یک قرارداد بین المللی، قراردادی است که سبب انتقال سرمایه از کشوری به کشور دیگر می‌گردد. مهمترین مصداق معامله بین المللی با این معیار، خرید و فروش کالا یا خدمات (بیع بین المللی) بوده که میان اشخاص حقیقی یا حقوقی واقع می‌شود. متداول ترین شکل های بیع بین المللی زمانی است که شرکت یا کارخانه ای نیاز به خرید مواد خام داشته باشد یا این که کالا یا خدماتی را باید از خارج کشور جهت ادامه کار یا راه اندازی کارخانه وارد کند. در این حالت این گونه شرکت‌ها یا کارخانه‌ها خریدار یا وارد کننده محسوب می‌شوند. و یا وقتی که کالا یا خدمات خود را به خارج از کشور عرضه می‌کنند و در آن جا به فروش می‌رسانند که در این صورت فروشنده یا صادر کننده نامیده می‌شوند. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۵: ۴۵)

۲- معیار دوم که مطابق آن در تفسیر قرارداد بین المللی تاکید بر جنبه‌ی حقوقی تعامل تجاری است و هر قراردادی که در آن ویژگی خارجی دخالت کند، به عنوان قرارداد بین المللی نامیده می‌شود. در این صورت باید به ویژگی های تشکیل دهنده قرارداد و یا لوازم عرفی آن نظر داشت و به ویژه مداخله عنصر خارجی در عناصر تشکیل دهنده قرارداد و لوازم عرفی آن را موجب بین المللی دانستن قرارداد دانست. بر اساس این نگرش زمانی یکی از طرفین قرارداد خارجی باشد، این قرارداد بین المللی دانسته می‌شود و همچنین اگر موضوع معامله مالی بوده که در کشور دیگری بتوان آن را پیدا کرد، به واسطه‌ی این ویژگی خارجی منعکس کننده موضوع معامله، قرارداد بین المللی دانسته می‌شود. همچنین نباید غافل شد که قرارداد در محل مشخصی تدوین و اجرا می‌شود. بنابراین، اگر محل شکل گیری قرارداد و یا محل انجام آن به عنوان لوازم عرفی قرارداد در کشور دیگری باشد، در این زمان قرارداد بین المللی خوانده می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۲۵)

با توجه به مسائل فوق به نظر می‌رسد معیار دوم نسبت به قرارداد بین المللی تعریف مناسب تری را ارائه نموده است که مطابق آن قرارداد بین المللی، که فی الواقع قرارداد اقتصادی و یا تجاری بین المللی است، عبارت است از عقدی که جهت خرید و یا هر نوع تعهد دیگری در مورد جابجایی کالا و یا خدمات میان دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی و یا اشخاص حقوق خصوصی یا عمومی همچون نهاد، ارگان دولتی، با عنصری خارجی وضع می‌شود..

بنابراین موضوع قراردادهای بین المللی در تحلیل صحیح تر، معاملاتی است که مبنای مقررات حقوق مدنی می شود، س به خاطر ارزش اختلاف در تابعیت طرفین قرارداد یا ارتباط محل انجام قرار داد و یا موضوع قرار داد به کشور دیگر، قرارداد جنبه بین المللی پیدا می کند. با این وصف، قراردادهایی که بین دولت ها و اشخاص و یا شرکت های خارجی منعقد می شوند، اگر چه ممکن است اهمیت زیادی برای کشورهای مربوطه داشته باشند، ولی هرگز معاهده محسوب نمی گردد.

در اینجا لازم است برخی از عوامل عینی پیشنهاد شده را بطور مفصل تر مورد بررسی قرار دهیم:

#### ۱- وجود مکان های تجارت متعاقدین در کشورهای متفاوت

این معیاری است که توسط ماده ۱/۱ کنوانسیون ملل متحد در مورد یکنواخت کردن مقررات بیع های بین المللی در ۱۹۸۰ (کنوانسیون بیع وین) اجرا شده است. این معیار در بند (ب) ماده ۱ پروتکل مرکوسور در رابطه صلاحیت قضایی در رابطه به قراردادهای بین المللی، مورد قبول است.

مقررات متحدالشکل در رابطه بیع بین المللی کالا ۱۹۶۵ عوامل دیگری را نیز برای بین المللی دانستن یک قرارداد مقرر داشته است: مانند وضعیتی که کالایی از کشوری به کشور دیگر فرستاده می شود، زمانی که مذاکرات طرفین، یا انعقاد قرارداد، یا اجرای قرارداد در کشورهای متفاوتی پذیرد.

#### ۲- تابعیت های متفاوت طرفین قرارداد

اگرچه به ظاهر تابعیت های متفاوت متعاقدین می تواند به عنوان عاملی برای اعطای ویژگی بین المللی بودن به قرارداد، در نظر گرفته شود، اما با یک بررسی دقیق تر مشخص می شود که تابعیت نمی تواند به خودی خود اهمیت چندانی در تشکیل یک قرارداد بین المللی داشته باشد. به عنوان مثال، هنگامی که یک خانم دار آلمانی از یک فروشنده ترکیه ای در یک میدان میوه و تره بار واقع در آلمان مقادیری میوه خرید می کند، حتی اگر خریدار بداند که فروشنده ترکیه ای است، باعث نمی شود که قرارداد فیما بین آن ها، یک قرار داد بین المللی باشد.

هم کنوانسیون وین و هم کنوانسیون بیع بین المللی کالا، به طور خاص، تابعیت را به عنوان ک عامل مرتبط در تعیین ویژگی بین المللی قرارداد، مستثنی کرده اند.

#### ۳- تفاوت اقامتگاه یا محل سکونت عادی طرفین قرارداد

همانند تابعیت، اقامتگاه و محل سکونت عادی متعاقدین ممکن است در نگاه اول، به سوختی به عنوان تنها عامل اعطا کننده ویژگی بین المللی به قرارداد، پذیرفته شوند. مگر اینکه عوامل دیگری هم به همراه اختلاف اقامتگاه و محل سکونت عادی طرفین

در اعطای ویژگی بین‌المللی به قرارداد، موجود باشد. خرید کالا در یک کشور و پرداخت ثمن به پول همان کشور بطور عادی نمی‌تواند یک قرار داد بین‌المللی محسوب شود، تنها به این خاطر که خریدار مقیم یک کشور خارجی است، به خصوص زمانی که این واقعیت برای فروشنده آشکار نباشد که طرف معامله‌ی او مقیم کشور دیگری است. اما اگر به همراه اختلاف اقامتگاه یا محل عادی سکونت متعاقدين خرید و فروش هم با پول یک کشور خارجی انجام شود یا این که تعهدات طرفین بایستی در کشور دیگری انجام شود، در این حالت، هم از سوی کنوانسیون مکزیکو و هم پروتکل مرکوسور پذیرفته شده است که اختلاف اقامتگاه یا محل عادی سکونت متعاقدين به همراه عامل خرید یا پول خارجی یا اجرای تعهد در خارج، می‌تواند عامل تعیین‌کننده‌ای برای بین‌المللی بودن یک قرارداد باشد.

#### ۴- وجود محل انعقاد قرارداد در خارج

محل انعقاد قرارداد، در سابق از جایگاه مهمی برخوردار بود. امروزه، به عنوان یوک عامل ارتباط در تعارض قوانین از اهمیت کمتری برخوردار است. اگر دو تاجر فرانسوی در ایتالیا همدیگر را ملاقات کنند و قراردادی را منعقد نمایند که کاملاً باید در فرانسه اجرا شود، عامل ارتباط محل انعقاد قرارداد، به عنوان یک معیار عینی در تعیین بین‌المللی بودن قرارداد، قلمداد نخواهد شد.

#### ۵- وجود محل اجرای قرارداد در خارج

هیچ شکی نیست که محل اجرای قرار داد هم چنان یک عامل ارتباط مهم در انتخاب قانون است. در جایی که قرارداد در کشور دیگری بایود اجرا شود؛ مثل این که قرارداد مابین دو استرالیایی که در استرالیا منعقد شده است، اما در اندونزی باید اجرا شود، آشکارا دارای خصیصه‌ی بین‌المللی است.

#### ۶- پرداخت به پول خارجی یا پرداخت ثمن در یک کشور خارجی

این دو عامل، دلالت قابل قبولی بر بین‌المللی بودن قرارداد دارند، به همان دلیلی که در مورد اجرای قرارداد در خارج بیان شد. در این موارد نیز ما شاهد یک تعارض قوانین بالفعل یا بالقوه هستیم.

#### ۷- وقوع مال موضوع قرارداد در خارج

در این مورد نیز امکان وقوع تعارض قوانین واضح است، به خصوص در جایی که مال موضوع قرارداد یک مال غیر منقول باشد، یا این که مال نیاز به ثبت رسمی داشته باشد.

مفهوم مسئولیت مدنی دارای عنصر خارجی و مبانی آن در حقوق ایران

الف- مفهوم مسئولیت مدنی دارای عنصر خارجی

مسئولیت قراردادی در نتیجه عدم اجرای قرارداد یا اجرای قرارداد به طور ناقص یا تاخیر در اجرای قرارداد و یا فقدان رعایت شروط مبرهن و ضمنی عقد تشکیل میشود اما مسئولیت خارج از قرارداد که از وقایع حقوقی است در نتیجه ورود ضرر یا تسلط بر مال دیگران یا استفاده مشروع یا نامشروع از اموال یا امتیازات یا خدمات دیگران حاصل می‌گردد؛ یعنی در واقع طرفین درگیر در وقایع حقوقی با هم پیمان و قراردادی ندارند ولی یکی از آن دو به دیگری یا هر دو نسبت به یکدیگر به طور عمد یا خطا خسارتی وارد می‌کنند یا به حقوقی که قانون برای افراد ایجاد کرده تجاوز می‌نمایند. در مسئولیت قراردادی مسئولیت ناشی از تخلف از قرارداد و تبعات قانونی قرارداد است در حالی که در مسئولیت مدنی صرفاً ناشی از تخلف از مقررات قانونی است. در دهه‌های اخیر اختلافات بسیار شدیدی بین علما در مورد تفاوت این دو مسئولیت وجود داشته و هم اکنون هم تا اندازه‌ای این اختلاف وجود دارد. کسانی که منکر تعدد مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی هستند معتقدند که این دو مسئولیت از نظر ماهیت، یکی هستند و هر دو ناشی از تخلف از یک تعهد موجود می‌باشند اعم از اینکه این تعهد به وسیله قرارداد ایجاد شده و قانون آن را تکمیل کرده یا تنها این تکلیف توسط قانون ایجاد شده باشد. ولی تمایز قائل شدن بین این دو مطلوب است؛ زیرا بر هم ریختن مسئولیت‌های قراردادی و غیر قراردادی باعث بروز تنش و نگرانی‌های فراوانی در جامعه خواهد شد و اعتبار و شأن و منزلت قراردادها را تنزل می‌دهد. عنوان شده برای اینکه مسئولیت قراردادی وجود داشته باشد باید یک قرارداد معتبر ویژه موجود باشد. سبب پیدایش الزام وجود قرارداد معتبر است و مسئولیت قراردادی در رابطه تخطی از اصول قرارداد خصوصی برای اشخاص شکل می‌گیرد در حالی که مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از تکلیف عام قانون است که در قالب‌های مختلف از جمله شبه عقد جرم شبه جرم و مقررات قانونی ظهور می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۰-۴۱).

در ترمینولوژی حقوق نیز به تفاوت این دو مسئولیت اشاره شده است: «قدر مشترک هر دو نوع مسئولیت نقص تعهد و الزام است در نتیجه در اولین (قراردادی)، تخطی از تعهد قراردادی محسوب میشود و در دومین (مدنی)، تخطی تعهد قانونی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۴۵).

ب- مبانی مسئولیت مدنی و ارتباط آن با قانون حاکم در تعارض قوانین

در مسئولیت مدنی سه عنصر مهم وجود دارد: عامل زیان فعل زیانبار و زیان دیده. اکنون در مسئولیت مدنی این موضوع مطرح می‌شود که در استخراج مبنا باید بر کدام عنصر تأکید ورزید؟

برخی از اندیشمندان بر نقش واردکننده زیان اصرار ورزیده و مبنای تقصیر را مطرح کرده‌اند. در مقابل مکاتب مهمی به اراده فاعل و نقش او توجهی نکرده و تلاش نموده‌اند معیار و ضابطه را در فعل زیانبار بیابند؛ اینان مبنای خطر را معرفی کرده‌اند.



در مقابل دو گروه فوق بعضی بر حمایت از زیان دیده اصرار داشته و سعی کرده‌اند مبنای مسئولیت مدنی را در ناحیه‌ی زیان دیده و حقوق او جستجو کنند. اینان نظریه تضمین حق را مطرح نموده‌اند. لذا در این بخش با مرور بر این مبانی آنها را در زمینه مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار خواهیم داد.

#### ۱- نظریه تقصیر

تحولات تاریخی در زمینه مسئولیت نشان می‌دهد که در آغاز همه‌ی توجه به جبران خسارت و زیان بوده است و همین که بین ورود خسارت و رفتار شخص رابطه سببیت احراز می‌گردید حکم به پرداخت خسارت می‌شد بدون آنکه به انگیزه‌های روانی و اخلاقی شخص توجه شود. ولی به تدریج مشکلاتی پدید آمد که منجر به تحول در مبانی مسئولیت گردید. از جمله‌ی این مشکلات یکی تشخیص و تعیین عامل خسارت بود به خصوص در مواردی که عوامل مختلفی در بروز خسارت دخالت دارند؛ و دیگری راه حل مناسب برای این سؤال بود که آیا صرف رابطه سببیت بین خسارت و فعل شخص موجب مسئولیت مدنی می‌شود یا اینکه تنها اعمال خسارت بار باعث مسئولیت می‌گردد که نامشروع و غیرمتعارف باشد؟. در پاسخ به این مشکلات بود که حقوقدانان راه حل‌های گوناگونی را اندیشیدند که از جمله‌ی آنها نظریه معروف تقصیر است. طبق این نظریه فعل واردکننده زیان در صورتی موجب مسئولیت مدنی است که واردکننده‌ی آن مرتکب خطا شده باشد که ممکن است عمدی یا غیرعمدی (ناشی از بی احتیاطی) باشد (ابن منظور، ۱۴۰۹: ۴۵) به موجب این نظریه تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارتی توجیه کند وجود رابطه‌ی علیت بین تقصیر او و ضرر است. بر این اساس برای اینکه زیان‌دیده بتواند جبران خسارت خود را از کسی بخواهد باید ثابت کند که تقصیر او سبب ورود خسارت شده است. از این رو در احراز تقصیر زیان دیده نقش مدعی را دارد و باید دلایل اثبات آن را بیاورد. چون برخلاف اصل سخن می‌گوید. این یکی از مواردی است که در آن مسئولیت مدنی از مسئولیت قراردادی جدا می‌شود؛ چه در مسئولیت قراردادی گاه اثبات عهدشکنی برای این منظور کافی است. ولی در مسئولیت قهری تقصیر همیشه برخلاف اصل است و نیاز به اثبات دارد. هیچ اماره و فرضی هم زیان دیده را از اثبات تقصیر خواننده‌ی دعوی بی نیاز نمی‌کند. به بیان دیگر این گونه اماره‌ها و فرض‌ها برای تعدیل نظر مرسوم است (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸: ۱۷۶)

از اواخر سده‌ی نوزدهم نظریه‌ی تقصیر جاذبه‌ی اخلاقی خود را از دست داد. دلیل سست شدن اعتقاد عمومی نسبت به مبانی نظریه این بود که طبقه‌ی کارگر و مصرف کننده نمی‌توانست در دعوی جبران خسارت تقصیر کارفرما و تولیدکننده را اثبات کند. وانگهی حوادثی رخ می‌داد که در زمره‌ی حوادث پیش بینی نشده‌ی جهان صنعت بود؛ هیچکس تقصیری نداشت و خسارت را در واقع شیوه‌ی زندگی نو به وجود می‌آورد. بدین ترتیب جمعی در پناه قانون و از راه مشروع سودهای سرشار می‌بردند و زیانی نمی‌پرداختند. این نظریه سنتی ترین نظریه در مسئولیت مدنی است. بر این اساس خسارات قابل مطالبه نیستند مگر اینکه بتوان تقصیر عامل ورود خسارت را اثبات کرد. این نظریه که تقریباً رویکرد شایع در نهاد مسئولیت مدنی حقوق ایران و اغلب نهادهای حقوقی نظیر فرانسه است با مبانی و فلسفه حقوق فاصله‌ها دارد. مطابق مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه مطالبه خسارت و مسئول شناختن عامل

زیان منوط به اثبات تقصیر عامل زیان است. هرچند نظریه تقصیر در برقراری رابطه سببیت و اسناد عرفی زیان به فاعل نقش بازی می کند ولی نمی تواند مبنایی جامع باشد. در واقع پذیرش این نظریه امکان جبران بسیاری از خسارات را دشوار می نماید چراکه اثبات تقصیر در خسارات برخلاف سایر حوزه ها مشکل است (الموسوی الخمینی، ۱۳۸۷: ۳۱۶).

## ۲- نظریه ایجاد خطر (مسئولیت بدون تقصیر)

از نظر تاریخی مسئولیت بی تقصیر مقدم بر نظریه تقصیر است. چراکه در حقوق قدیم توجه قانونگذاران بیشتر به جبران خسارت زیان دیده بوده است. در این دوران هرکس مسئول نتایج کارهای خویش بود و برای تحقق مسئولیت احراز رابطه علیت بین کار و ایجاد خسارت کافی می نمود. نظریه ایجاد خطر به مفهوم تازه خود از پدیده های فکری قرن بیستم و نتیجه انقلاب صنعتی و نظریه های فلسفی است که از اواخر سده نوزدهم آغاز شده و هنوز هم ادامه دارد. پیروان نظریه «مسئولیت بدون تقصیر» از مبنای فلسفی و اجتماعی گوناگون الهام گرفته اند ولی همه در این امر اتفاق نظر دارند که تقصیر در زمره ارکان مسئولیت نیست. به گفته آنان همین که شخص زبانی به بار آورد باید آن را جبران کند خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است صواب باشد یا خطا. آنچه در این زمینه شایان توجه است انتساب ضرر به بار آمده به فعالیت مسئول است نه تقصیر او. زیان دیده کافی است ثابت کند که ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خواننده دعوی است. پس به جای اثبات تقصیر دادرس باید به احراز این رابطه بیندیشد (راغب اصفهانی، بی تا: ۱۸۵-۱۸۷).

به موجب این نظریه هرکس به عملی بپردازد بستری رعب انگیز را برای دیگران شکل میدهد و کسی که از این محیط سود ببرد باید ضررهای منبث از آن را نیز جبران کند. با این ترتیب مبنای مسئولیت مدنی مکافات تقصیر نیست؛ عوض سودی است که شخص از فراهم آوردن محیط خطرناک می برد. در مواردی که شخص به فعالیت مشروعی دست زده و بی آنکه تقصیری کرده باشد به کسی خسارت زده است زیان دیده و او هر دو بی گناه هستند. خسارتی که به بار آمده است باید به یکی از آن دو تحمیل شود. اتفاق زیان دیده را برگزیده است ولی حقوق باید این بی عدالتی را جبران کند؛ زیرا کسی که به فعالیت پرداخته تا از آن سود ببرد از کسی که هیچ نکرده و نفعی نبرده است برای تحمل ضرر شایسته تر است. به اضافه با حذف تقصیر از زمره ارکان مسئولیت مدنی دعاوی جبران خسارت آسانتر به مقصود می رسد و زیان دیده از اشکال راجع به اثبات تقصیر معاف می شود. دیگر مظلومی قربانی بلندپروازی های ثروتمندان نخواهد شد و خودخواهی های فردی و آزادی های افراطی تعدیل می گردد.

بنابراین مفهوم نظریه خطر این است که: هرکسی مسئول خسارتی است که به دیگران وارد کرده است اعم از اینکه تقصیر داشته باشد یا نه.

پس همین که شخص فعلی را مرتکب شود یا محیط خطرناکی را به وجود آورد مسئول کلیه خسارات ناشی از آن حتی بدون هیچگونه تقصیر می‌باشد (جبعی‌العاملی، بی تا: ۱۴۵۵)

انتقاداتی نیز در خصوص این نظریه مطرح شده است. از جمله اینکه پیروان نظریه تقصیر مسئولیت نوعی را خلاف عدالت و مصلحت می‌شمارند. می‌گویند فعالیت داشتن قانون زندگی و رمز پیروزی است پس چرا باید کسی را به خاطر چنین کاری مسئول شمرد؟ مسئولیت بدون تقصیر از شکوفا شدن استعدادها و به کار بردن ابتکارهای شخصی می‌اهد. سرمایه داران از بیم آنکه دچار مسئولیت-های پیش بینی نشده گردند از فعالیت بازمی‌ایستند و کارهای بی‌خطر را ترجیح می‌دهند و این وضع از لحاظ اقتصادی زیان بار است؛ نظریه‌ی ایجاد خطر برخلاف آنچه ادعا شده است دعوی مسئولیت مدنی را ساده تر نمی‌کند زیرا کمتر موردی است که زیان وارد شده را تنها بتوان به یک علت منسوب کرد. در غالب موارد اسباب گوناگونی در وقوع حادثه‌ی زیانبار مؤثر بوده است. انتخاب علتی که باید مسئول قرار گیرد بر طبق نظریه‌ی تقصیر آسانتر است زیرا از میان عوامل علتی انتخاب می‌شود که با تقصیر همراه است. ولی هرگاه این ضابطه از بین برود معلوم نیست چگونه می‌توان مسئول و سبب اصلی را بازشناخت؟ این انتقادات باعث شده است که امروزه کمتر کسی از نظریه‌ی ایجاد خطر به مفهوم مطلق آن پیروی کند. کسانی که می‌خواهند لزوم تقصیر را انکار کنند سعی دارند تا از جهات دیگر برای تعیین مسئول ضابطه‌ای فراهم آورند. پس بعضی گفته‌اند فعالیت سبب ایجاد مسئولیت می‌شود که نامتعرف و غیرعادی باشد. بعضی دیگر نیاز در صورتی ایجاد خطر را مبنای مسئولیت شمرده‌اند که شخص از آن انتفاع ببرد و برای تحصیل سود محیط خطرناک را ایجاد کرده باشد (جبعی‌العاملی، ، ۱۴۱۳: ۲۵-۲۴).

### ۳- نظریه تضمین حق

این نظریه که به وسیله استارک در فرانسه ارائه شد برخلاف طرفداران نظریه تقصیر و خطر به جای جستجوی مبنای مسئولیت مدنی در فاعل واردکننده زیان به دنبال مبنای مسئولیت در زیان‌دیده است (فهیمی و مشهدی ۱۳۹۱: ۳۱۸-۳۱۹). طبق این مبنا دو مبنای تقصیر و خطر تنها به آثار و ارزیابی فعل فاعل پرداخته و منافع از دست رفته زیان‌دیده و حقوق تضییع شده وی را نادیده گرفته است. لذا باید همت خویش را در تضمین حقوق زیان‌دیده مصروف داشت. بوریس استارک که این نظریه را ارائه کرده می‌خواهد با پذیرش اصالت فرد مبنای جدیدی برای مسئولیت مدنی بیابد. او بر این باور بوده است که هدف اصلی مسئولیت مدنی که جبران خسارت زیان‌دیده است مغفول مانده است. وی علاوه بر آزادی که حق طبیعی افراد در مکتب حقوق طبیعی و دیدگاه اصالت فرد است حق امنیت و سالم زندگی کردن و بهره برداری از اموال را برای فرد قائل است (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۴) هرکس در جامعه حق دارد که سالم و ایمن زندگی کند و از اموال خود سود ببارد. این حق به وسیله‌ی قوانین حمایت شده است و ضمانت اجرای این حمایت مسئولیت مدنی متجاوز است: همه وظیفه دارند که به حقوق دیگران احترام گذارند و ایمنی سایرین را به خطر نیندازند. همین که حقی از بین برود باید به وسیله‌ی تلف کننده‌ی آن جبران شود و ما الزام به جبران این خسارت را مسئولیت مدنی می‌نامیم. به بیان دیگر: «صدمه به حق حمایت شده دلیل کافی برای تعیین ضمانت اجرای آن است. این ضمانت اجرا چیزی جز الزام به جبران آنچه

رخ داده نیست؛ یعنی مسئولیت مدنی کسی که سبب آن شده است. ایرادی که به این نظریه وارد شده این است که اشخاص در مقام اجرای متعارف حق خود ممکن است موجب زیان دیگری شوند. به بیان دیگر در اینگونه موارد دو حق (حق زیان‌دیده و عامل زیان) با یکدیگر تراحم پیدا می‌کنند و دلیلی بر ترجیح هیچکدام وجود ندارد. استارک برای رهایی از ایراد حقوق را به دو گروه تقسیم می‌کند. در گروه اول که شامل حق فعالیت‌های اقتصادی و سیاسی و اجتماعی و علمی و هنری است جز در صورت تقصیر در اعمال حق عامل زیان را مسئول نمی‌شناسد ولی در گروه دوم که شامل حق حیات و تمامیت جسمیت و مالکیت است در هر حال عامل زیان را مسئول می‌شناسد؛ یعنی اجرای حق ملازمه‌ای با صدمه به جسم و سلامت اشخاص ندارد و موجب مسئولیت است. لذا بر مبنای این نظریه می‌توان گفت که در راستای تضمین احترام به حق سلامتی حق حیات افراد اگر شخصی آسیبی وارد کند مسئول جبران خسارت است؛ حتی اگر از وی تقصیری سر نزده باشد. نمی‌توان ارتکاب تقصیر را مبنای منحصر مسئولیت مدنی شمرد؛ زیرا گاه عدالت ایجاب می‌کند که کسی متحمل ضرر شود که مقصر نبوده است؛ چنانکه در روابط کارگر و کارفرما هیچکس نمی‌تواند منکر این حقیقت شود که کارفرما برای تحمل زیان‌های ناشی از کار مناسبتر از کارگر است. همچنین به طور کلی نباید شخص را مسئول خساراتی شناخت که از فعالیت‌های مشروع او به بار آمده است؛ زیرا معقول به نظر نمی‌رسد که ضرورت‌های زنادگی اجتماعی ندیده گرفته شود و مسئولیت بر پایه‌ی هیچ اصل اخلاقی قرار نگیرد. نظریه تضمین حق نیاز در ایجاد مسئولیت مدنی نقش مؤثری دارد که نباید فراموش کرد؛ زیرا نه تنها در تعیین زیان‌های ناروا به کار می‌آید در پاره‌ای امور مانند مسئولیت‌های ناشی از غصب و تعدی و تفریط امین قطع نظر از رابطه‌ی فعل شخص و زیانی که به بار آمده است قانونگذار او را مسئول تلف مال دیگری قرار می‌دهد. گویی به تضمین حق بیش از هر چیز می‌اندیشد در عین حال که تنبیه غاصب و خائن را نیز در نظر دارد (طوسی، ۱۳۱۷: ۴۵) ولی نظریه‌ی تضمین حق نیز نمی‌تواند مبنای منحصر مسئولیت مدنی در تمام موارد به شمار آید. حاصل آنچه در خصوص این سه مبنا گفته شد این است که هیچ یک از نظریه‌های تقصیر خطا و تضمین حق نمی‌تواند مبنای منحصر مسئولیت مدنی در همه‌ی موارد شناخته شود؛ زیرا هیچکدام نمی‌تواند به تنهایی پاسخگوی است و مبانی خطر و تضمین حق نیز در مواردی که مبنای تقصیر نمی‌تواند آنطور که باید عدالت را تأمین کند مورد استفاده سیستم‌های حقوقی جای خواهد گرفت..

#### ۴- مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران

در حقوق ایران اهمیت بخش مسئولیت مدنی در اصل چهل و نهم قانون اساسی به عنوان منشور و میثاق ملی تجلی شده است. نتیجه‌ی مهمی که از این اصل میتوان گرفت این است که مسئولیت مدنی یک مسئولیت ممانعت و نگرش آن به آینده است که در رابطه بر اصل پیشگیری است و علت آن هم این است که خسارت مربوط به حال نمی‌باشد بلکه نسل‌های آینده را هم تهدید می‌کند. باید اقدامات پیشگیرانه را برای این امر مهم انجام داد؛ اما مبنایی را که در مسئولیت پیشگیری می‌توان پذیرفت مسئولیت بدون تقصیر یا خطر است. چراکه این نکته امروزه پذیرفته شده است که از طریق اجرای این مسئولیت اهداف پیشگیرانه و رعایت اصل پیشگیری بیشتر و بهتر تأمین می‌شود و عامل بازدارندگی این مسئولیت بیشتر از سایر مسئولیت‌هاست. در زمینه‌ی مسئولیت مدنی نیز در اکثر موارد اثبات تقصیر عامل زیان امری دشوار و گاه غیرممکن است؛ چراکه بسیاری از خسارت‌ها در مدت طولانی آشکار می‌شود و

ممکن است اثر آن در نسل‌های بعد ظاهر شود. پس در واقع امروزه برای زیان‌دیده به خصوص در حوادث صنعتی بسیار دشوار است که حتی در صورت وجود خطا نزد عامل آن را ثابت کند. حتی در بعضی موارد امکان تشخیص درست حادثه‌ای که باعث زیان شده است دشوار است؛ چون ممکن است عوامل مختلفی سبب بروز حادثه شده باشد. به همین جهت است که در مورد مسئولیت مدنی گفته می‌شود که مسئولیت ناظر به آینده است؛ یعنی خطر جدی وقوع خسارت در آینده مسئولیت مدنی را تحقق می‌سازد.

س باید اعان کرد که مسئولیت مدنی در حقوق ایران با تاکید به اصول و قواعد فقهی و قوانین و مقررات خاص به مبنای خطر یا مسئولیت محض نزدیک تر است؛ و چون اثبات تقصیر و یا واردکننده خسارت امری بسیار دشوار و گاه نیز غیرممکن است صرف وجود تخلف محسوب شده و زیان‌دیده دیگر نیازی به اثبات عمد یا بی‌مبالاتی آلوده کننده یا خوانده نخواهد داشت.

### معنای معیارهای مشخص کننده قانون مسلط بر قرارداد و مسئولیت مدنی

هر گاه در خصوص یک قرارداد، تعارضی بین دو طرف به وجود بیاید، این موضوع مطرح می‌شود که کدام قانون (نظام حقوقی) بر موضوع متنازع فیه مسلط خواهد بود. قانون مسلط یا قانون قابل اجرا در هر مورد توسط قاعده مربوطه‌ی تعارض قوانین (قاعده حل تعارض) تعیین خواهد شد. به عبارت دیگر قانون مسلط بر قرارداد، که توسط قواعد حل تعارض قانون ملی شناسایی می‌شود، قرارداد را کنترل می‌کند و گاه ارزش قرارداد را به رسمیت می‌شناسد و گاهی هم آن را عدم اعتبار بیان میکند. مجموعه‌ی این قواعد در هر مجموعه حقوقی، قواعد تعارض قوانین در رابطه به قراردادهای آن سیستم را تشکیل می‌دهد.

موضوعی که به موجب قواعد حل تعارض در رابطه این موضوعات حل می‌شود، در اصل مشخص کردن قانون مسلط بر این موضوعات است، لذا در این رابطه این قواعد، به «قواعد حل تعارض» به رسمیت شناخته میشوند. قواعد حل تعارض که قسمتی از قانون ملی یا نظام حقوقی مقرر دادگاه می‌باشند، می‌توانند همچون نظام‌های حقوقی گوناگون باشند. و چون حقوق بین الملل خصوصی منعکس کننده حقوق داخلی در حوزه بین المللی است، همان گونه که قواعد ماهوی مربوط به قرارداد در کشورهای گوناگون متفاوت و متنوع است، قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها نیز می‌تواند از یک کشور به کشور دیگر متفاوت باشد و روشن است که منشأ این تحولات در تمایزاتهای سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است که با قوانین به خصوص خود، دولت‌های این کشورها مبانی و اصول مختص خود را در نظام حقوقی خود بیان می‌کنند و شخصیت و وجود مجزا خود را بیان و هویت ملی خویش را اثبات می‌نمایند. در نتیجه هیچ گونه اطمینانی بر آن داشت که قواعد تعارض نظام‌های گوناگون در رابطه موضوع معینی از قرارداد به نتیجه‌ی واحد و یکسانی برسند.

با این حال، کنفرانس‌های بین المللی در جهت رفع تعارضات حاصل از قواعد تعارض قوانین متمایز کشورهای مختلف، در ی‌آند تا از راه یکسان سازی قوانین ماهوی و قواعد حل تعارض به این مقصود برسند. در نتیجه تلاش این کنفرانس‌ها شکل‌گیری

عهدنامه‌های بین‌المللی است که در قسمت تعهدات قراردادی و خارج از قرارداد، کشورهای عضو را دارای قواعد یکسان و واحد می‌نماید. حال باید تحلیل نمود که نهادهای حقوقی گوناگون دنیا با توجه به چه معیاری قواعد حل تعارض خود را مشخص می‌کنند.

مفاهیم تحول یافته ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادها و مسئولیت مدنی

در مورد ماهیت حقوقی حق متعاملین برای انتخاب قانون حاکم بر روابط حقوقی، در دکترین حقوق بین‌الملل خصوصی، در ابتدا دو نظریه ارائه شده بود.

نظریه‌ی نخست، که برای اصل حاکمیت اراده قلمرویی وسیع ترسیم نموده است و نظریه دوم که اصل حاکمیت اراده را در مفهومی محدود می‌پذیرد و این اصل را به صورت مضیق تفسیر می‌کند.

#### ۱- نظریه‌ی لیبرالیسم کلاسیک

نظریه نخست که در پی ارائه تفسیری موسع از اصل تسلط اراده است، ضابطه‌ی شخصی نامیده می‌شود که با توجه به آن، قصد دو طرف برای گزینش قانون قابل اعمال نسبت به رابطه حقوقی، به عنوان یک عامل تعامل تعارض قوانین شناخته می‌شود. این عنصر قانونی را که در همه حاکم بر قرار داد و مسئولیت مدنی است، مشخص می‌کند. (یزدی، ۱۴۱۷: ۵۶)

با توجه به واژه‌شناسی که در دایره المعارف جدید بین‌المللی حقوق تطبیقی، جلد چهارم در رابطه به حقوق بین‌الملل خصوصی، از دو راه تعیین قانون مسلط بر قرارداد و مسئولیت مدنی به طریق شخصی و عینی بیان شده است، واژه شخصی، در مفهوم روشی برای جستجوی قصد طرفین، چه به طور صریح، چه ضمنی و چه فرضی به اعمال می‌شود؛ این روش در برگیرنده سود واقعی متعاملین در هر مورد است. در این شیوه تفاوت قدرت چانه زنی متعاملین تصور شده و سود طرف قوی‌تر مورد توجه قرار می‌گیرد.

این نظریه که اغلب از آن به نظریه لیبرالیسم کلاسیک نیز تعبیر می‌شود، برای افراد همه آزادی را لازم دانسته و به متعاقدین، این حق را می‌دهد که در قسمت حقوق خصوصی و با آزادی تمام قانون مسلط بر معامله خود را گزینش نمایند. بنابراین، قصد دو طرف، صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جایی که قصدی برای دوطرف فرض می‌شود)، مشخص کننده ی قانون مسلط می‌باشد. با قبول این ضابطه دادگاه‌ها موظفند که از گزینش طرفین پیروی نمایند، مگر در موارد خاص مثل جایی که گزینش مخالف نظم عمومی باشد. در این نظریه این سؤال وجود دارد که در صورت نبود گزینش صریح دو طرف چه قانونی بر تعامل حقوقی حاکم خواهد بود؟ طرفداران نظریه‌ی لیبرالیسم کلاسیک در این موارد دادگاه را موظف می‌دانند که اراده‌ی فرضی متعاملین را دریافت نمایند. به این معنا که اگر متعاملین در مقام گزینش قانون قابل اعمال بر تعامل حقوقی شان بر می‌آمدند، چه قانونی را گزینش می‌نمودند. بنابراین نظر، دادگاه در فرض نبود یک انتخاب مشخص، از شروط تعامل حقوقی و شرایط قضیه مانند: وجود شروط گزینش دادگاه یا داور؛

فرم، زبان واصطلاحات بکار رفته در تعامل حقوقی؛ معاملات گذشته و مرتبط متعاملین؛ اقامتگاه و تابعیت متعاملین؛ در تعاملات حقوقی کرایه و حمل و نقل کالا، قانون کشور صاحب پرچم؛ قانون محل تجارت بیمه گر در قراردادهای بیمه؛ در فرض باز کردن حساب بانکی، قانون کشوری که شعبه‌ی بانکی در آن وجود دارد؛ قانون کشور محل تجارت معمولی استخدام کننده در قرارداد استخدامی؛ در رابطه تعهدات میان اصیل و شخص ثالث، قانون محلی که نماینده در آنجا عمل کند؛ بکار برده می‌شود.

حقوقدانان آمریکایی، ضابطه شخصی را در مورد اصل حاکم اراده پذیرفته‌اند. رای دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۷۳، در رابطه پرونده برمن علیه شرکت زاپاتا آف شور در رابطه حمایت از نظریه آزادی گسترده دو طرف در گزینش قانون حاکم است که در این پرونده دیوان عالی نظر داد که گزینش دو طرف، در روند یک مذاکره آزاد که متأثر از عواملی مثل تقلب، فشار ناروا، یا قدرت نامتعادل معاملاتی دو طرف نباشد، مورد احترام است. از آن به بعد اعتقاد حاکم نویسندگان حقوقی آمریکایی، قبول اصل حاکم اراده در معنای وسیع، به عنوان قسمتی از حقوق بین الملل خصوصی آمریکا است. این نظریه در ماده ۱۹۱ سومین مجموعه شرح جدید حقوق، بخش تعارض قوانین؛ ماده ۱۵۱-۱ قانون متحد الشکل تجاری؛ و نیز در ماده ۳۵۴۱ قانون مدنی لوئیزیانا و قانون اصلاحی پورتوریکو، بیان شده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶: ۶۷)

## ۲- نظریه‌ی پوزیتیویسم حقوقی

از سوی دیگر، نظریه‌ای که تحلیل مضیقی از حق دوطرف برای گزینش قانون قابل اجرا بر تعامل حقوقی را معرفی میکند و محدوده شمول اصل آزادی اراده را محصور می‌نماید، ضابطه عینی یا نظریه قانون ماهوی گفته می‌شود که حق گزینش متعاملین را محصور به قانون ماهوی می‌داند. با توجه به این مکتب فکری، از جمله قوانین ماهوی یا نظام حقوقی که قلمرو حق انتخاب قانون را مشخص می‌کند، قانون مقر دادگاه است؛ به این مفهوم که قانون مقر دادگاه احتمال دارد قانون منتخب دوطرف را به رسمیت شناسد و یا این که به دلایل گوناگونی از جمله نبود یک تعامل اساسی بین قانون انتخاب شده و قرارداد، آن را حاف کرده و قانون مناسب دیگری را انتخاب کند. در این صورت، به موجب این نظریه با اجرا روش تحلیل منافع دولتی و بررسی سیاست‌های کشور مقر دادگاه یا هر کشور دیگری که سود بیشتری در قرارداد دارد، قانون آن کشور جای قانون انتخاب شده دوطرف می‌شود.

ضابطه عینی، به ویژه زمانی اعمال می‌شود که دو طرف قرارداد هیچ ضابطه‌ای را به عنوان قانون مسلط بر تعامل حقوقی شان انتخاب نکرده باشند. در نبود یک گزینه انتخابی صریح یا ضمنی از سوی متعاملین، دادگاه در پی آن است که از انتساب هرگونه قصد واهی به دو طرف دوری نموده و در جهت مشخص نمودن قانونی که با تعامل حقوقی نزدیکترین تعامل را دارد، کوشش می‌نماید. چشایر و نارس دو تن از حقوقدانان معروف، در تایید این نظریه اعلام داشته‌اند که:

«در نبود یک انتخاب مبرهن قانون، دادگاه‌ها باید به جای کوشش در دریافت یک انتخاب ضمنی که بر پایه و اساس واقعی جای ندارد، برای مشخص نمودن قانون مناسب عینی کوشش نمایند».

این نظریه از سوی تعدادی با عنوان نظریه پوزیتیویسم حقوقی بیان شده است که مدعی برتری انحصاری تسلط دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد. این نظریه، در واقع خودمختاری نامحدود اراده دوطرف را به این علت که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد، منکر می‌کند و متعاقدين با محدودیت‌های فراوانی روبه رو می‌باشند و آنها فقط در حدودی که قانون مشخص کرده، آزاد هستند با اوضاعی که خود توافق دارند با یکدیگر توافق کنند و بدین گونه می‌توانند برای آسان‌گیری تنظیم قرارداد و به قصد مختصر نمودن قرارداد و دوری از شروط طولانی و احتمالاً ناقص در آن، قواعد نظام حقوقی معینی را بپذیرند. این قانون ماهوی قسمتی از قرارداد دوطرف را تشکیل می‌دهد و گزینش قانون از سوی دو طرف چیزی جز رجوع به یک نظام حقوقی معین از سوی دو طرف قرارداد، با هدف معین کردن حقوق و تکالیف دوطرف نخواهد بود. (مراغی، ۱۴۱۸: ۵۶) بنابراین توافقات دو طرف تا حدی نافذ می‌باشند که قانون کشوری خاص، مانند قانون مقرر دادگاه، آنها را با ارزش بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه استنباط می‌شود که قرارداد نمی‌تواند جدا از و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در عدم وجود داشته باشد و لزوماً باید عواقب حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی نشأت می‌گیرد. با توجه ضابطه‌ی عینی در این مفهوم و با این قلمرو، اگرچه دو طرف حق گزینش قانون حاکم بر تعامل حقوقی شان را دارند، اما نمی‌توانند از طریق این گزینش، از قانون کشوری که تعامل بیشتری در رابطه به آن قرارداد دارد، سرپیچی کنند

### ۳- نظریه‌ی ترکیبی ضابطه‌ی عینی و ضابطه‌ی شخصی

در برخی نظام‌های حقوقی، ممکن است ترکیبی از ضابطه‌ی عینی و ضابطه‌ی شخصی به عنوان ضابطه‌ی تعیین قانون حاکم بر قرارداد بکار برده شود.

### ۴- ضابطه‌ی تعیین پایگاه حقوقی قرارداد

علاوه بر ضابطه‌ی نوعی و شخصی که برای تعیین قانون قابل اعمال نسبت به قراردادها بیان شد، ضابطه‌ی سومی نیز که بعداً در دکتترین حقوقی بیان شد و برای اولین بار از طرف باتیفول، مدرس حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، توسعه و گسترش داده شده، ضابطه‌ی تعیین پایگاه حقوقی قرارداد است. مطابق این ضابطه، انتخاب قانون در واقع، به طرفین قرارداد واگذار نشده است؛ بلکه انتخاب قانون چیزی جز تعیین مرکز ثقل رابطه‌ی قراردادی نیست.

بر اساس این نظریه طرفین قرارداد، حتی زمانی که صریحاً بر انتخاب قانون صلاحیت دار را توافق می‌کنند، هرگز به طور واقعی در مقام انتخاب قانون نیستند، بلکه صرفاً مرکز ثقل یا پایگاه قرارداد خود را مشخص می‌کنند و دادگاه بعداً قانون صلاحیت دار را حسب راهنمایی طرفین قرارداد، تعیین می‌کند. مثلاً در یک قرارداد بین المللی خرید و فروش که با کشورهای مختلفی ارتباط دارد؛ یعنی محل انعقاد قرارداد فرانسه، محل تحویل کالای موضوع قرارداد انگلیس و محل پرداخت قیمت سویس باشد، باید دید کدام یک از این عناصر دارای اهمیت اساسی است. در این جا مسئله اصلی تعیین پایگاه قرارداد است و قاضی بر اساس تعیین پایگاه



قرارداد، قانون صلاحیت دار را تعیین می‌کند. به این ترتیب، هم قدرت و اعتبار قانون رعایت می‌شود و هم جنبه‌ی الزامی بودن توافق طرفین قرارداد تأمین می‌گردد. بنابراین توافق صریح متعاملین در مورد قانون صلاحیت دار یک عامل تعیین پایگاه قرارداد است، ولی البته تنها، عامل نیست و عوامل دیگری هم وجود دارد که آن عوامل نیز دارای اهمیت هستند.

نظریه‌های ضابطه عینی و ضابطه‌ی شخصی که به عنوان ضوابط تعیین کننده‌ی قانون قبول اجرا در مورد قراردادها، شناخته شده‌اند، دارای دو خصوصیت قابل پیش بینی بودن و محدود شدن اختیار قاضی در تعیین قانون صالح هستند، که این اوصاف از یک سو از امتیازهای این ضوابط به شمار می‌رود ولی از سوی دیگر نشانه‌ی عدم قابلیت انعطاف و انطباق این دو نظریه با شرایط با متفاوت و گوناگونی است که قراردادها تحت تأثیر آن‌ها انعقاد می‌یابند و چه بسا ممکن است اعمال آن‌ها به نتیجه‌ی مورد انتظار منتهی نگردد مانند اعمال قاعده‌ی محول عقود درباره‌ی قراردادی که به طور اتفاقی و تصادفی در کشوری انعقاد یافته و منتهی به تعیین جایگاه واقعی آن نمی‌شود؛ یا اعمال قاعده‌ی آزادی اراده که ممکن است در مواردی سبب حاکمیت قانونی گردد که بر حسب آن قانون، شرط پیش بینی شده در قرارداد میان طرفین باطل باشد. از این رو، این اندیشه میان صاحب نظران رشته‌ی حقوق بین الملل نیرو گرفت که تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی بر عهده‌ی قاضی باشد تا وی بتواند با سنجش عنصرهای مادی رابطه که درباره‌ی آن‌ها میان طرف‌های آن موافقت گردید، از جمله اراده‌ی صریح یا ضمنی متعاملین به تعیین جایگاه رابطه در این یا آن کشور بپردازد و قانون همان کشور را درباره‌ی آن به موقع اجرا بگذارد.

اما نقطه‌ی ضعف این ضابطه آن است که، در حالی که مطابق ضابطه‌ی شخصی تعیین قانون قابل اعمال در اختیار طرفین قرارداد است و با توجه به ضابطه‌ی عینی، قانون مسلط بر قرارداد از نظر قانونگذار تعیین شده است، در ضابطه‌ی تعیین پایگاه قرارداد، حق مشخص کننده قانون مسلط تا حدود زیادی در دست دادگاه است.

نتیجه گیری :

۱. تمام مطالب حقوق خصوصی (مدنی) در دایره تعارض قوانین جای دارد؛ چه اشخاص، چه اموال، چه قراردادها و چه مسئولیتهای مدنی که الزامات بدون قرارداد هستند.

۲. عدم پاسخ گویی قانونگذار ایران در مورد قانون مسلط بر مسئولیت مدنی به معنای آن نیست که مسئولیت مدنی به قاعده حل تعارض نیاز ندارد. پس دکترین و رویه قضایی میتوانند و باید- این نقض را اسخ دهند.
۳. اصل و قاعده صلاحیت سرزمینی قوانین (ماده ۶ قانون مدنی) قاعده حل تعارض برای حل نقض قانون مسلط بر مسئولیت مدنی نیست که برای پر کردن عدم پاسخ گویی قانونگذار در مورد مسئولیت مدنی به آن تاکید شود.
۴. در سالهای اخیر موافقتنامه های دو جانبه مساعدت قضایی با دولتهای روسیه، آذربایجان، قرقیزستان و قزاقستان به تنظیم مجلس شورای اسلامی رسیده که در آنها پیشینی شده که جبران خسارات تابع قانون محل جرم است.
۵. گزینههای گوناگونی برای قانون حاکم بر مسئولیت مدنی بیان شده است: قانون محل (مقر دادگاه، قانون محل وقوع عمل زیانبار، قانون مناسب و قانون مورد توافق طرفین .

منابع و ماخذ:

منابع فارسی

۱. ارشدی، علی یار (۱۳۸۲) حقوق اساسی و شرح و نقد قانون اساسی ایران، تهران: انتشارات سرمدی.
۲. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۵) سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی تهران: دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۳. جعفری لنگروی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط، تهران: گنج دانش.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. جلیلود، یحیی (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی قضاوت و دولت در حقوق ایران*، فرانسه، آمریکا و انگلیس، تهران: نشر یلدا.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *آثار قراردادهای و تعهدات*، حقوق مدنی جلد ۱، تهران: مجد.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *وقایع حقوقی*، تهران: انتشارات دادگستر.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۴، تهران: انتشارات برنا.

## منابع عربی

۱. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن‌الکرم (۱۴۰۹ق)، *لسان‌العرب*، بیروت: دارالفکر.
۲. الحسینی المراغی، السید میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق)، *العناوین القحیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. الموسوی‌الخمنی، روح‌الله (۱۳۸۷)، *الرسائل*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴. الخوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۴)، *مصباح الفقاهه*، نجف: المطبعة الحیدریه.
۵. خوانساری، جمال‌الدین محمد (۱۳۴۷)، *شرح غررالحکم و درر الکلم*، تهران: دانشگاه تهران.
۶. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد (بی‌تا)، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت: دارالمعرفه.
۷. جبعی‌العاملی، علی بن احمد (شهید ثانی) (بی‌تا)، *شرح لمعه*، قم: مؤسسه آل‌بیت.
۸. جبعی‌العاملی، علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۹. حرالعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۱۰. طوسی، ابی جعفر محمد بن‌الحسن (۱۴۱۷ق)، *الخلاف*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن (بی‌تا)، *التبیان فی تفسیر القرآن*، نجف: مطبعه النجف.
۱۲. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۷ق)، *عروه الوثقی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. طریحی، فخرالدین (۱۳۶۷)، *مجمع‌البحرین*، تهران: نشر فرهنگ اسلامی.

۱۴. عامر، حسین (۱۹۵۶م)، *المسؤولیه المدنیة التقصیریة و العقدیة*، مصر: بی‌نا.

۱۵. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق)، *القواعد الفقهیة*، قم: مکتبه مهر.

۱۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی‌تا)، *قاموس المحيط*، بیروت: دارالفکر.

۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۶)، *اصول کافی*، کتاب معیشت باب ضرار حدیث ۲. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.

۱۸. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۷ق)، *شرایع الاسلام*، تهران: المکتبه العلمیة الاسلامیة.

۱۹. مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ق)، *العناوین*، تهران، مؤسسه نشر اسلامی.

#### قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹.