

The law governing the contract for the transfer of certain property in Iranian and England law

Abstract

The subject of this article is the clarification of the law governing the contract of transfer of certain property in English and Iranian law. While in English Law, movable and immovable property is subject to address of landed property in terms of acquisition of ownership and in terms of contracts, they are subject to the law governing the determination, in Iran immovable property is subject to address of landed property in terms of acquisition of property and movable property is subject to venue of the contract. However, dislocation cannot destroy their acquired rights, and in terms of contracts, the law of venue of contract is the same as the law governing the contracts. Therefore, foreign nationals can freely apply the rule of law. Due to the development of world trade, none of the regulations of the venue of contract of the venue of implementation of the contract and residence act of the parties can replace the principle of determination. Followers of the principle of the rule of determination believe that the determination has a wide sovereignty in the formation the contract; and it is valid in all legal relations, even if it is not in the form of a contract.

Keyword: Movable Property, Immovable Property, Rule of Determination, Governing Law, Certain Property Contract

<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.260056.1369>

قانون حاکم بر قرارداد نقل و انتقال مال معین در حقوق ایران و انگلیس

کبری هیبتی گوجانی^۱
 تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۱۱
 دکتر محمد علی اعلائی فرد^۲
 تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۶
 دکتر علی پورجواهری^۳

چکیده

موضوع این مقاله تبیین قانون حاکم بر قرار داد نقل و انتقال مال معین در حقوق انگلیس و ایران است. لذا سوال پژوهش حاضر این است که قانون حاکم بر قرار داد نقل و انتقال مال معین در حقوق انگلیس و ایران چگونه است؟ در پاسخ فرضیه‌ای که مطرح می‌شود این است که در حالی که در حقوق انگلیس اموال منقول و غیر منقول از نظر تحصیل مالکیت، تابع محل وقوع مال و از لحاظ قراردادها تابع قانون حاکم بر اراده هستند، در ایران اموال غیر منقول از لحاظ تحصیل مالکیت تابع محل وقوع مال و اموال منقول تابع محل وقوع عقد است و لکن جابه جایی نمی‌تواند حقوق مکتسب آنها را از بین ببرد و از لحاظ قراردادها قانون محل وقوع عقد قانون حاکم بر قراردادها است، فلذا اتباع خارجه می‌توانند قانون حاکم را آزادانه اختیار کنند. با توجه به توسعه تجارت جهانی، هیچ یک از ضابطه‌های محل وقوع عقد محل اجرای عقد قانون اقامتگاه طرفین نمی‌تواند جایگزین اصل اراده شود. پیروان اصل حاکمیت اراده معتقدند که اراده حاکمیت وسیعی در تکوین و شکل‌گیری عقد دارد؛ و در کلیه روابط قانونی، حتی اگر به صورت قرار داد هم نباشد، جاری است. لازم به ذکر است روش پژوهش حاضر تفسیری-کیفی و روش گردآوری اطلاعات نیز کتابخانه‌ای و اسنادی بوده است.

کلید واژه: اموال منقول، اموال غیر منقول، حاکمیت اراده، قانون حاکم، قرار داد مال معین در ایران و انگلیس

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.
^۲ هیئت علمی گروه حقوق خصوصی، واحد میمه، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. (نویسنده مسئول)

ma.alayeefard@yahoo.com

^۳ هیئت علمی گروه حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

جلد دوم قانون مدنی در مواد ۹۶۱ و ۹۸۸ و ۹۸۹ و تبصره ۲ ماده ۹۸۷ به طور اجمالی به بیان حقوق بیگانگان و مالکیت اموال غیرمنقول توسط آنان اشاراتی داشته است و تنها شرطی که در این زمینه مطرح گردیده است، عدم ایجاد سلطه اقتصادی بیگانگان میباشد. اما در عمل ملاحظه می‌شود که بسیاری از آنان از حق داشتن املاک و اراضی محروم هستند و این بر خلاف اصل کلی است که بیگانگان را در بهره‌مندی از حقوق خصوصی با آن یکسان می‌داند. لذا به منظور بررسی جوانب مختلف این استثنا، قوانین وضع شده در این زمینه و مطالعه تطبیقی موضوع با حقوقی انگلیس این تحقیق شکل گرفت.

بررسی مفصل فقه اسلامی خود پیشینه حقوق ما را تشکیل می‌دهد، بنابراین پیکره اصلی حقوق ما می‌باشد. از آنجا که اصل آزادی قراردادی نشأت گرفته از حقوق کشورهای اروپایی می‌باشد، در واقع جستجو در مبانی ایجاد این اصل در حقوق ایران میسر نخواهد بود و در خصوص مبانی اصل حاکمیت اراده در قرارداد باید خاطر نشان ساخت که اصل مذکور بیشتر مبانی تجربی و اقتصادی اروپا و رشد افکار طرفداران اصالت فرد را در بر می‌گیرد چرا که طرفداران این نظریه اعتقاد دارند که همه انسانها در برابر هم آزاد هستند و می‌توانند مستقل تصمیم گرفته و با اراده خود نسبت به قراردادهای فی مابین شرایطی را اعمال نمایند. به هر حال آنچه در مورد بحث مذکور گفتنی است این است که ادعای توجه فقه اسلامی به اراده آزادی انسان پسندیده و منطقی است و اینکه فقهای اسلامی با استفاده از نیروی جهاد و تدبیر خود در برابر موضوعات و مسائل راه‌حلهایی را پدید آورند خود دلیل شکوفایی فقه اسلامی می‌باشد.

۱- طرح مسئله

پیروان اصل حاکمیت اراده بر این باورند که اراده حاکمیت وسیعی در تکوین و شکل‌گیری عقد و آثار مربوطه آن دارد و از نظر آنان در کلیه روابط قانونی حتی اگر به صورت قرارداد هم نباشد جاری است.

مظهر شخصیت فرد همانا اراده مستقل و آزاد اوست، حقوق‌دانان اراده را نشان شخصیت فرد می‌دانند و فرد نیز تنها زمانی در برابر واجبات اجتماعی تمکین می‌کند که با رضایت و اختیار شخصی خود مبادرت به پذیرش آنها کرده باشد. در چنین صورتی فرد با قانون طبیعی همراه می‌شود و این قانون اراده آزاد است و غایت نهایی آن نیز همان است؛ البته قانون‌گذار عنایت دارد که آزادی یک فرد نباید با آزادی دیگران در تعارض قرار گیرد و ایجاد توازن بین این دو حوزه از آزادی از ضروریات قانون‌گذاری است که اگر این مسئله مراعات شود و مبادی اخلاق نیز در فعالیت‌های افراد لحاظ شود، در این صورت این فرد است نه اجتماع یا مجموعه‌ها که قانون از او حمایت می‌کند. اصل حاکمیت اراده دوران‌های زیر را پشت سر گذارده است. ۱- پیدایش اصل حاکمیت اراده ۲- بلوغ رشد ۳- به حاشیه رفتن اصل حاکمیت اراده ۴- تعدیل و معقول شدن آن ۵- موج جدید. اصل اراده براساس آیه یا ایها الذین امنوا فوبالعهود وهمچنین اصل صحت و اصل اباحه پذیرفته شده است. قانون‌گذار ایران در ماده ۹۶۸ قانون مدنی تعهدات را تابع محل وقوع عقد دانسته است ولی اگر اتباع خارجی باشند می‌توان به قانون حاکم تراضی کند؛ در اینجا با توجه به تحقیق می‌توان گفت ضوابطی از قبیل اصل

حاکمیت اراده محل وقوع عقد و محل اجرای عقد قانون اقامتگاه طرفین قانون متبوع می‌تواند در تعیین قانون حاکم دخیل باشد که البته قانون حاکمیت اراده با توجه به توسعه تجارت جهانی هیچ‌کدام از ضابطه‌های تعیین‌شده قابلیت آن را ندارند که جایگزین اصل حاکمیت اراده شوند. در خصوص محل وقوع عقد که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران وجود دارد، عده‌ای معتقدند که از قانون فرانسه منشأ گرفته و عده‌ای نیز معتقدند که از قانون ایتالیا منشأ گرفته‌شده است حال آنکه این دو قانون دچار تحولات شده‌اند و به‌سوی اصل حاکمیت اراده گام نهاده‌اند. در حقوق ایران، ماده ۹۶۶ قانون مدنی بیان می‌دارد که اموال تابع قانون و محل وقوع خود می‌باشند و جابه‌جایی اموال به حقوقی که قبلاً تحصیل کرده‌اند خللی وارد نمی‌کند؛ حال آنکه در حقوق انگلیس با پیوستن به کنوانسیون رم در خصوص اموال غیرمنقول و در خصوص اموال منقول بحث حاکمیت اراده مطرح است و صرفاً از لحاظ تحصیل مالکیت تابع محل وقوع خود هستند و همچنین در خصوص اموال غیرمنقول نیز آزادی اراده حاکم است و جز در زمان جنگ قابل نقل و انتقال هستند. درحالی‌که در حقوق ایران اموال غیرمنقول بر اساس ماده ۹۸۹ اتباع خارجه جز به لحاظ مسکن محل سکونت حق دارا شدند اموال غیرمنقول را ندارند و همچنین حق داشتن باغات و زمین‌های کشاورزی را ندارند و اینکه قانون‌گذار در ماده ۹۶۶ به‌طورکلی اموال را تابع محل وقوع خود می‌داند و همچنین ماده ۹۶۸ قانون مدنی تعهدات را تابع محل وقوع عقد می‌داند مگر اینکه اتباع خارجی باشند و آزادانه بتواند قرارداد را تابع قانون حاکم بدانند و حال آنکه در قانون انگلیس اموال را صرفاً از لحاظ تحصیل مالکیت در اموال منقول و غیرمنقول تابع محل وقوع می‌داند باعث به وجود آمدن ابهاماتی در این زمینه شده است که تحقیق فوق‌الذکر با بررسی موضوعات پیرامون اموال منقول و غیرمنقول در حقوق ایران و انگلیس و همچنین تعهدات نقل و انتقال، بررسی اصل حاکمیت اراده در قراردادها، بررسی حقوق انگلیس در این زمینه و همچنین بررسی حقوق ایران سعی در رفع این ابهامات دارد.

۲- چگونگی طبقه‌بندی اموال در قانون مدنی

ماده ۱۱ قانون مدنی در تقسیم اموال به دو نوع منقول و غیرمنقول اشاره می‌کند و دو ماده‌ی ۱۲ و ۱۹ آن قانون اموال غیرمنقول و منقول را به این عبارتها تعریف گردیده‌اند: مال غیرمنقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است و پس از تعیین شمارهایی از مصادیق این دو نوع مال یا اموال، در حکم هر یک از این دو قانون‌گذار آنجا که مقتضی دیده، برای رفع تردید به صلاحیت دادگاه درباره برخی از انواع حقوق عینی مانند حق انتفاع و حق ارتفاق و یا حقوق دینی در مورد قرض یا ثمن مبیع و مال‌الاجاره‌ی عین مستاجر اشاره می‌کند و آنها را نیز در دو ماده ۱۸ و ۲۰ آن قانون میان غیرمنقول و منقول به ترتیب به این عبارتها تقسیم کرده است؛ ((حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله مثل حق عمری و سکنی و همچنین حق ارتفاق نسبت به ملک غیر، از قبیل حق العبور و حق المعجری و دعاوی راجع به اموال غیر منقوله از قبیل

تقاضای خلع ید و امثال آنم تابع اموال غیرمنقول است.)» کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره‌ی عین مستاجر از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است و لو اینکه مبیع یا عین مستاجر از اموال غیر منقوله باشد.)»

به طوری که دیده می‌شود این طبقه‌بندی بر محور اموال مادی صورت گرفته و در آن به برخی از مصادیق اموال غیرمادی یعنی حقوق دینی در مورد قرض یا ثمن مبیع و مال اجاره عین مستاجر اشاره گردیده و این نوع حقوق در حکم اموال مادی دانسته شده است تا دادگاه در مورد دعاوی راجع به آن‌ها بتواند آن‌ها را مانند اموال منقول در نظر گرفته و بر اساس همان ضابطه‌ای که در مورد اموال منقول به تعیین تکلیف صلاحیت خود می‌پردازد درباره‌ی آن‌ها نیز تعیین کند که آیا صالح است یا نه.

این وضعیت در مورد دعاوی تابع حقوق بین‌الملل خصوصی راجع به امثال این نوع حقوق نیز رخ می‌دهد، نهایت آنکه در این گونه دعاوی شناخت آن‌ها در حکم اموال منقول در مرحله‌ی تعیین قانون صالح دیگر کارساز نیست و ناگزیر باید در این مرحله در جستجوی ترتیبی دیگر برآمد تا صورت غیرمادی بودن آن‌ها جبران گردد و بتوان به تعیین قانون صالح درباره‌ی آن‌ها دست یافت. (سلجوقی، ۱۳۹۳، ص ۳۱۸)

۱-۳- اموال غیرمنقول

با ثابت بودن محل اموال غیرمنقول در قلمرو دولتی معین، تعیین محل مال در دعاوی تابع حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد این گونه اموال نباید دشوار باشد، به‌ویژه آنکه در این نوع دعاوی، برحسب معمول، اختلاف در دادگاهی قابل طرح است که مال در حوزه آن واقع گردیده (ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و به طبع باید درباره‌ی آن در چنین حالتی قانون محل دادگاه، به‌عنوان قانون محل مال، به‌موقع اجرا گذارده شود، جز در مواردی که اختلاف راجع به این اموال به‌طور عرضی و طوری بوده و در دادگاهی بیرون از کشور محل مال مطرح شده باشد که در این موارد، محملی برای اجرای قانون محل دادگاه نبوده؛ همان قانون محل مال قابل اجرا خواهد بود. در چند حالت ممکن است تعیین محل مال غیرمنقول برای تعیین قانون صالح در مورد حقوق عینی راجع به آن به‌سادگی میسر نگردد. این حالت‌ها به‌طور عموم هنگامی رخ می‌دهند که چنین مالی در مناطق مرزی میان دو کشور واقع شده و این تردید رخ داده باشد که محل آن داخل و در قلمرو کدام یک از دو کشور هم‌مرز است، در این حالت؛ دادگاه ناگزیر باید با معاینه محل و تطبیق آن با نقشه‌های مرزی تعیین کند که آن محل داخل در مرزهای کدام یک از آن دو کشور است یا هنگامی که درباره‌ی قطعه زمین محل مال غیرمنقول میان آن دو کشور اختلاف مرزی باشد؛ در این حالت نیز دادگاه باید با تحقیق معلوم سازد کدام یک از آن دو کشور نسبت به آن قطعه خاک در عمل دارای حاکمیت و تسلط کافی است. یا موضوع مورد اختلاف، حق ارتفاق میان دو ملک واقع در دو سوی مرز باشد که در این حالت دادگاه می‌تواند با تحلیل حقوقی رابطه تعیین کند که قانون مربوط به کدام یک از آن دو ملک را برای حل اختلاف صالح و مؤثر می‌داند. به‌بیان دیگر در اینجا بازگشت مسئله به ترجیح قانون یک کشور به قانون کشور دیگر است و سرانجام اینکه اگر ملک مورد اختلاف در دو سوی مرز گسترده باشد می‌توان قانون هر دو کشور را هر یک درباره‌ی آن بخش که در قلمرو حاکمیت آن واقع شده، قابل اجرا دانست (سلجوقی، ۱۳۹۷،

ص ۳۲۶). از جمله این اموال در حقوق انگلیس می توان زمین، منافی که از زمین حاصل میشود و هر چیزی که به آن چسبیده باشد را نام برد (Shekhar, 2016) علاوه بر این باید به این نکته توجه داشت که اموال غیر منقول به طور قانونی شامل پرداخت مالیات میشوند (Guglielmo, 2015) و پرداخت مالیات آنها در گروه سود دهی و یا استفاده اقتصادی از آنها نمی باشد (Babin & Vakaryuk, 2018).

۲-۳- اموال منقول

تفاوتی که میان اموال منقول و غیر منقول از حیث تغییر پذیری محل اموال منقول و ثابت بودن محل اموال غیر منقول وجود دارد سبب گردیده تعیین محل اموال منقول، برخلاف اموال غیر منقول به سادگی میسر نگردد. افزون بر این، شدت تغییر پذیری محل انواع اموال منقول نیز یکسان نیست. به عنوان مثال: اگر تغییر محل کالاهایی که با انواع وسایل نقلیه از یک کشور به کشور دیگر انتقال می یابند چه بسا با همان یک بار انتقال پایان می پذیرد: تغییر محل وسایل نقلیه ای که آنها را از مبدأ به مقصد می رسانند همچنان با نقل و انتقال کالاهای دیگر ادامه می یابد. چنانچه هدف از اختراع و ساخت انواع آنها نیز همین بوده که با آنها بتوان بارها و بارها به نقل و انتقال مسافر و کالا از یک نقطه ی گیتی به نقطه ی دیگر آن پرداخت. چنین تفاوتی میان این دو نوع اموال منقول سبب گردیده است که اگر در مورد اموال منقول نوع اول بتواند با جستجوی محل عینی آنها و با اجرای قاعده ی محل مال به تعیین قانون صالح درباره ی آنها توفیق یابد و دشواری ناشی از تغییر محل آنها را با تمسک به نظر تعارض متحرک بر طرف سازد و حقوق راجع به آنها را بر اساس قانون محل پیشین آنها (در مورد مکتسب) و یا قانون محل کنونی آنها مورد حکم قرار دهد؛ در مورد حق مالکیت نوع دوم، بآنکه آنها در هر حال در هر زمان در سرزمینی معین در حال حرکت یا توقفاوند، نمیتوان محل عینی آنها را در سرزمینی معین به عنوان عامل تعیین قانون صالح درباره ی آنها در نظر گرفت، زیرا اگر آنها در این لحظه در این محل و در این سرزمین دیده شوند، زمانی کوتاه پس از آن آنها را می توان در سرزمینی دیگر از جمله در سرزمینی بیرون از حاکمیت دولت ها یافت. از این رو ضرورت ایجاب می کند برای آنها بر اساس ضابطه ای قابل پذیرش در جامعه بین المللی محلی ثابت فرض کرد و آنها را همواره به آن محل منتسب کرد و قانون همان محل را درباره ی آنها قابل اجرا دانست (سلجوقی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۷).

۳-۳- قاعده ی محل مال در مورد حقوق عینی

در حقوق بین الملل خصوصی ایران، مانند حقوق دیگر کشورها، حق عینی تابع قانون محل موضوع حق شناخته شده است و اگر اختلافی باشد درباره ی مصادیق حقوق عینی است که این خود با مسئله ای دیگر یعنی به مسئله ای دیگر که مسئله ی توصیف باشد بازمی گردد. در توجیه انگیزه پذیرش این قاعده نظراتی چند ابراز گردیده که اشاره به آنها در اینجا خالی از فایده نیست. نخست نظر بارتن است که وی با اشاره به لزوم نشر آگهی در مورد حقوق عینی در حقوق فرانسه برای حفظ حقوق اشخاص ثالث این نکته را یادآور شده که وجود چنین مقرراتی درباره ی این نوع حقوق نشان می دهد که ((امنیت معاملات)) راجع به اموال ایجاب می کند درباره ی آنها قانون محل مال قابل اجرا باشد. نظر دیگر مربوط به سرزمین گرایان

است که با در نظر گرفتن این معنی که سرزمین به عنوان عاملی ضروری برای تحقق دولت و جزء مکمل آن شمرده می‌شود، دولت را دارای این اختیار مشروع دانسته‌اند که با قانون‌گذاری بتواند در چگونگی اعمال حق مالکیت خصوصی در سرزمین تحت حاکمیت خود مداخله و از این راه از حریم موجودیت خود مراقبت نماید. سرانجام نظری است که باتیغول با نقد دو نظر یادشده به آن پرداخته است. وی نظر بارتن را جامع‌الاطراف ندیده و آن را تنها مبتنی بر ضرورت حفظ حقوق اشخاص ثالث بدون منظور داشتن منافع طرفین رابطه دانسته و نظر سرزمین‌گرایان را تنها برای ساوینی که مناسب‌ترین راه برای حل تعارض قوانین و تعیین قانون صالح را جستجوی جایگاه عینی رابطه‌ی حقوقی می‌دانسته، و این نکته را خاطر نشان ساخته که ((جایگاه طبیعی هر رابطه‌ی حقوقی که موضوع آن از اموال مادی باشد همان‌جایی است که مال موضوع آن آنجا واقع شده است)). بنابراین می‌توان گفت، برحسب این نظر، ارزش قاعده‌ی محل مال در انطباق آن با مناسب‌ترین راه حل تعارض قوانین در دعوی راجع به حقوق عینی یعنی تعیین جایگاه آن است (نیکبخت، ۱۳۸۴). در هر حال می‌توان این نکته را نیز افزود که برجستگی این نظر در تطبیق آن با این واقعیت است که جهت ممیزه‌ی حقوق عینی رابطه مستقیمی است که شخص دارنده‌ی حق با مال موضوع حق خود دارا می‌باشد، و در قاعده‌ی محل مال انعکاس این واقعیت به درستی قابل تشخیص است (سلجوقی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۰).

۴-۳- دشواری‌های تعیین محل مال در مورد حقوق عینی راجع به اموال منقول و اموال غیرمادی

تعیین محل مال برای برگزیدن قانون صالح درباره‌ی حقوق عینی به آن اگرچه در مورد اموال غیرمنقول دشوار نیست، در مورد اموال منقول در صورت تغییر محل آن‌ها کم‌وبیش دشوار است. از این رو در مورد این‌گونه اموال راه حل تعارض متحرک در نظر گرفته شده است. این دشواری در مورد اموال متحرک موتوری که ساخت آن‌ها به طور کلی برای حمل بار و کالا و مسافر از نقطه‌ای به نقطه‌ی دیگر است و جای آن‌ها همواره در حال تغییر می‌باشد از دیگر اموال منقول بیشتر است. به این مناسبت درباره‌ی آن‌ها این راه حل در نظر گرفته شده است که با نسبت دادن آن‌ها به مکان معین، مانند محل ثبت آن‌ها، برای آن‌ها محلی ثابت فرض شود. در مورد اموال غیرمادی دشواری از این حیث فزون‌تر می‌گردد که هستی خود آن‌ها نیز ذهنی است. بنابراین در مورد آن‌ها هم ناگزیر باید در جستجوی محلی برآمد که با نسبت دادن آن‌ها به آن محل بتوان صورت غیرمادی بودن آن‌ها را جبران کرد مانند محل صدور ورقه‌ی اختراع در مورد مالکیت معنوی مخترع یا نخستین محل انتشار اثر یا هنری در مورد مالکیت‌های ادبی و هنری. به این ترتیب این مسئله به این شکل روشن می‌گردد: اجرای قاعده‌ی محل مال درباره‌ی حقوق عینی راجع به اموال مادی و اموال غیرمادی به صورتی یکسان میسر نیست و نمی‌توان این قاعده را در مورد این‌گونه اموال متفاوت به طور یکجا بررسی کرد. (سلجوقی، ۱۳۹۳، ص ۳۲۱)

۳- چگونگی قاعده‌ی محل مال در ماده‌ی ۸ قانون مدنی

در ماده‌ی ۸ قانون مدنی که در آستانه‌ی الغا کاپیتولاسیون در ایران و به هنگام برداشتن نخستین گام برای تدوین حقوق بین‌الملل خصوصی ایران وضع گردیده، تصریح شده است که اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهد،

تملك کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قانون ایران است (فدوی، ۱۳۸۲؛ آذرپور و حجتی اشرفی ۱۳۸۱). چنانچه مندرجات این ماده با آنچه چند سال بعد در ماده ۹۶۶ در این زمینه انعکاس یافته مقایسه شود روشن می‌گردد که قانون‌گذار در وضع آن تا چه پایه موضوع را محدود ساخته و حکم آن را تنها ناظر به اتباع بیگانه که در ایران بر طبق عهود اموال غیرمنقول تملك کرده یا می‌کنند دانسته است. به این ترتیب قاعده‌ی منعکس در این ماده، قاعده‌ی یک‌سویه و محدود است؛ نخست، به اموال غیرمنقول و درثانی به چنین اموالی واقع در ایران قید عهدنامه در آن نیز، همانگونه که پیش از آن اشاره شده، مربوط به مرحله ایجاد حق تملك اموال غیرمنقول از سوی بیگانگان در ایران یا به بیان دیگر ناظر به حق تمتع آنان از حیث تحصیل این‌گونه اموال از سوی آنان در ایران است و آن را نمی‌توان موجب محدودیت قاعده‌ی تعارض قوانین منعکس در این ماده دانست. این ماده، به نظر مقتبس از بند ۲ ماده ۳ قانون مدنی فرانسه به این عبارت است که اموال غیرمنقول حتی اگر از سوی بیگانگان تملك شده باشند، تابع قانون فرانسه‌اند. در ضمن یادآوری می‌شود، وضع این ماده مانند دیگر مواد مقدمه جلد اول قانون مدنی و بطور کلی این جلد از آن قانون ناشی از ضرورت‌ها و شرایط حاکم در زمان تصویب آن بوده است. همانگونه که در مباحث راجع به کاپیتولاسیون اشاره شده، در آن زمان ضرورت ایجاب می‌کرده تکلیف روابط با بیگانگان به‌ویژه در زمینه حقوق خصوصی یعنی قضایای تابع حقوق بین‌الملل خصوصی هر چه زودتر از راه وضع قانون هر چند به صورت مقدماتی و محدود روشن شود و راه برای آنکه با دولت‌های دارای پیمان با ایران در زمینه بهره‌مندی آنها از امتیاز کاپیتولاسیون به القای آن گردن نهند گشوده گردد. از این رو می‌توان گفت تصویب جلد اول قانون مدنی، برای پاسخ گفتن به این ضرورت بوده هست. (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۳۲۳)

۱-۴- قلمرو قاعده‌ی محل مال

با در نظر گرفتن ماده‌ی ۹۶۶ قانون مدنی در مورد قاعده‌ی محل مال می‌توان گفت این قاعده دربرگیرنده‌ی هرگونه حقوق عینی بر ((اشیا منقول و غیرمنقول)) است. حقوق عینی دارای مراتب و انواع مختلف است، مانند حق مالکیت که صورت اکمل و اعلا‌ی آن است، یا حق انتفاع و حق ارتفاق و یا حق رهن که وجود آنها سبب محدودیت حقوق مالک نسبت به مال موضوع آن حق‌ها به نسبت دارنده‌ی آنها تعلق گرفته می‌گردد. انواع حقوق عینی را می‌توان میان دو نوع حقوق عینی اصلی و حقوق عینی تبعی تقسیم کرد. منظور از حقوق عینی اصلی حق مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق است. منظور از حقوق عینی تبعی حقوقی است که بستانکار به تبع طلب خود از بدهکار نسبت به مال او یا به موجب عقد رهن، یا بر اثر قانون و یا به موجب رأی قضایی یافته است. طبقه‌بندی اموال به‌ویژه میان منقول و غیرمنقول به‌عنوان موضوع‌های حقوقی عینی از ضرورت‌های قاعده‌ی محل مال است که ناگزیر باید خود آن را نیز در اصل تابع همین قاعده شمرد (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۳۳۵).

۲-۴- حاکمیت اراده و قانون حاکم

امروزه مبنای حقوق موضوعه بر پایه و اساس اصل آزادی قراردادها بنا شده است و بسیاری از اندیشه‌ها و مکاتب و نظریات و ابتکارات حقوقی بر بنیان این اصل قرار داده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸). لذا در هر مورد که پیرامون

مشروعیت یک قرارداد، حدود آزادی طرفین و آثار مترتب بر قرارداد شک و تردیدهایی حاصل شود با کمک به این اصل کلی، حکم به صحت آن قرارداد داده می‌شود مگر آنکه خلاف آن اثبات شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱). اصل آزادی قراردادها خود ریشه در اصل حاکمیت اراده دارد و آن نیز به نیروی خلاق اراده تکیه دارد و مطابق این اصل، در انعقاد و تعیین شروط و اوصاف و نوع قراردادهایی که تشکیل می‌دهند، آزادند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸)

پیروان اصل حاکمیت اراده معتقدند که اراده، حاکمیت وسیعی در تکوین و شکل‌گیری عقد و آثار مترتب بر آن دارد، این آثار از نظر آنان در کلیه روابط قانونی حتی اگر به صورت قرارداد هم نباشد جاری است (الماسی، ۱۹۳)

۴- مبانی اصل استقلال اراده

غایت نظم اجتماعی و هدف آن، خدمت به افرادی است که آن اجتماع را تشکیل می‌دهند و ظهور کمال شخصیت هر فرد بسته به این است که آزادی اراده داشته باشد، زیرا در سایه آزادی اراده هر فرد می‌تواند کمالات خود را ظاهر سازد. پس برای اینکه به شخصیت انسانی احترام گذاشته شود باید به اراده او احترام نهاد، و قانون وظیفه‌ای جز این ندارد که جلو تصادم اراده‌ها را بگیرد. برای احترام به اراده فرد باید روابط افراد جامعه بر اساس آزادی اراده باشد، بنابراین نباید تکلیفی بر انسان تحمیل نمود مگر اینکه خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی با قانون وفق می‌دهد. پس اساس حق و تکلیف مطلقاً اراده افراد است؛ بنابراین قانون در خدمت اراده افراد است و وظیفه آن، دفع تصادم اراده‌ها است (کاتوزیان، ۱۳۹۴).

به نظر می‌رسد که ایراد اخیر وارد نباشد، زیرا طرفداران اصل آزادی اراده، اراده معارض با اراده دیگری را محکوم می‌دانند؛ فسخ عقد از طرف یکی از متعاقدين، معارض است با مصلحت و اراده عاقد دیگر، هر عاقدی به حکم عقد و با اراده خود، این تکلیف را پذیرفته است که به میل خود، عقد را فسخ نکند زیرا طرفداران آزادی اراده، هر ج و مرج را تجویز نمی‌کنند. از وقتی که اصل استقلال اراده به صورت یک موجود حقوقی درآمد و جزء مبانی قوانین موضوعه گردید به دو قسمت عمده تقسیم شد؛

۱- که نوعی تعهد است محقق گردد به همین جهت هر جا که خطا نباشد فرض وجود خطا می‌کنند، شبه عقد نیز مبنی بر قصد فرضی است، جرم و شبه جرم از اراده سرچشمه می‌گیرد، در مورد تعهدات ناشی از قانون هم فرض مقنن آن است که متعهد قبلاً آن را قبول کرده است. نه تنها التزامات و تعهدات ناشی از اراده است، سایر حقوق (مانند مالکیت) نیز از اراده ناشی می‌شود، حقوق خانواده هم از عقد ازدواج و بالتیجه از قصد متعاقدين حاصل می‌شود، هم مبنی بر وصیت مفروض است، اجرا تعهدات علیه متعهد از طریق قانونی نیز از اراده ناشی می‌شود، زیرا التزام به شیئی، التزام به لوازم آن نیز پذیرفته است و اجرا تعهدات از لوازم تعهدات است.

۲- همانطور که اراده منشأ تعهدات است آثار تعهدات هم از نظر کم و کیف تابع اراده است؛ بنابراین اگر عاقد با توجه به غبن، اقدام به عقد نمود، عقد نافذ است و خلاصه اینکه عاقد به هر چه ملتزم شد باید آنرا انجام دهد، مگر اینکه التزام از اشتباه یا اکراه یا تدلیس بوده باشد.

علاوه بر مطالب فوق، تمام تعهدات ناشی از عقد، از قصد متعاقدین حاصل می‌شود بنابراین حاکم محکمه در مقام ((تفسیر عقود)) نمی‌تواند بدون اعتناء به قصد، و به صرف اتکاء به قوانین عدل و انصاف و مبانی حقوق و مصالح عمودی چیزی را به‌عنوان تفسیر قرارداد متعاقدین تحمیل نماید (ذاکر صالحی، ۱۳۹۵، ص ۵۶).

۶- بررسی از نظر فقهی

۶-۱- رهنمودهای قرآنی

خداوند در آیه او فو بالقود از مردم می‌خواهد که به عقود و پیمان‌های خود وفا کنند و به آن‌ها پایبند بمانند. آن‌چنان‌که در کتاب قراردادها در فقه امامیه ذکر شده است، در مورد تفسیر این آیه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. به‌نحوی که عده‌ای این آیه را مختص عقود و قراردادهایی می‌دانند، که در زمان نزول آیه رواج داشته است و عقود جدید و نوپیدا را در بر نمی‌گیرد و این گروه معتقدند که فقط زمانی می‌شود به این استناد کرد که جزئیات و شرایط عقود معینی مانند: بیع، نکاح، اجاره، صلح، هبه، مزارعه و عقود مانند این‌ها که در زمان نزول آیه رواج داشته است، شبهه‌ای ایجاد شده باشد. اکثریت دیگر فقهای امامیه، معتقدند که کلمه‌ی عقود با (ال) همراه است و این خود نشانه‌ی حصری نبود و عام بودن آیه رواج داشته چه عقود که نو پیدا هستند این بحث را این‌گونه هم می‌شود مطرح کرد که منظور این آیه هر عمل حقوقی بوده که هم در عرف وهم در لغت عقد محسوب می‌شود.

۶-۲- اصل اباحه

به نظر اصل اباحه در قلمرو اصل آزادی اراده بکار رفته و در عقود و خارج از عقود جریان دارد و جنبه مذهبی دارد و در فرهنگ بشری سابقه قدمت آن بیشتر از اصل آزادی اراده می‌باشد و اساس اصل اباحه این است که استفاده از چیزی را ممنوع کرده باشد و در جای دیگر گفته‌اند که نبودن منع مطلقاً در افعال معادل اصل آزادی اراده است. معنی اصل مذکور این است که انسان نسبت به اشیاء موجود در خارج حق هرگونه دخل و تصرف را دارد، مگر در مواردی که قانون منع کرده باشد و این اصل ضامن آزادی اراده افراد در معاملات است و ماده ۱۰ و ۷۵۴ قانونی مدنی مؤید این است در توضیح اصل مذکور (اصاله‌الاباحه) اشاره شده است که هرگاه در حلال و یا حرام بودن چیزی تردید کنیم اصل اباحه جاری کرده حکم به عدم حرمت می‌دهیم زیرا آنچه نیازمند نص است الزامات قانونی است، والا عدم الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد. پس درواقع اصل اباحه درواقع مهر تأییدی بر مشروعیت ماده ۱۰ قانونی مدنی می‌باشد که مبین نوعی آزادی انسان در طبیعت و اجتماع است (حائری، ۱۳۷۰: ۷۰).

۶-۲-۱ قانون محل انعقاد قرارداد

در دنیای حقوق چالش‌های قرارداد بیش از همه به چشم می‌خورد. بنابراین اثر حاکمیت اراده در قراردادها تا جایی است که حتماً اگر طرفین در قرارداد فی مابین از آن استفاده نکرده و به‌صورت صریح تعیین ننمایند، قاضی می‌تواند بر اساس قرائن و شواهد موجود در متن قرارداد به اراده فرضی آن‌ها مبنی بر صلاحیت‌دار بودن قانون خاصی دست پیدا بکند. «قانون محل انعقاد عقد نسبت به قرارداد و تعهدات ناشی از آن قابل اعمال است» (ایرانپور، ۱۳۸۱: ۱۹).

زمانی که قانون محل انعقاد عقد را بر قرارداد اعمال می‌کنیم این عامل باعث می‌شود که شکل و محتوای قرارداد از یک شکل و نظم خاصی برخوردار گردد و در این صورت تصمیم‌گیری بر آن توسط قاضی بخاطر اعمال یک قانون و قاعده مشخص آسان‌تر خواهد بود.

قانون مدنی در ماده ۹۶۸ بیان می‌کند که «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قراردادده باشند.» این ماده که به نوعی برگرفته از حقوق بین‌المللی خصوصی فرانسه می‌باشد، در واقع بجای عبارت نوشته شده در قانون فرانسه مبنی بر اینکه قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر اینکه متعاقدين آن را تابع قانون دیگری قرار بدهند، ماده ۹۶۸ بجای عبارت نوشته شده تعیین هرگونه قانون حاکم بر قرارداد را برای اتباع خارجی گنجانده شده است که نتیجه این تغییر در ماده باعث شده که ظاهر ماده بصورت فعلی امری درآمده که نهایتاً باعث بوجود آمدن یکسری مشکلات در مناسبات بین‌المللی گردیده است (شهید، ۱۳۸۵)، من جمله اینکه مثلاً «قاعده حل تعارض فقط در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجرا بوده و به همین خاطر قراردادهای منعقد بر خارجه الزاماً تابع قانون کشور محل انعقاد عقد خواهد شد، لذا اتباع ایران برحسب این ماده حق نخواهند داشت تعهدات ناشی از قراردادهای تابع حقوق ایران قرار دهند» (الماسی، ۱۳۹۳: ۳۴۷).

یکی از اساتید در خصوص تغییر ماده ۹۶۸ چنین بیان می‌کند که «قانون‌گذار در ماده ۹۶۸ به بیان قاعده درباره تعهدات ناشی از عقد اکتفا و به ظاهر از بیان قاعده خود عقد، یا به بیان دقیق‌تر درباره ماهیت و شرایط درستی آن خودداری کرده است» (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۴۱۱).

البته در مورد صلاحیت قانون محل انعقاد قرارداد نیز یکسری محدودیت‌ها و دشواری‌هایی از جمله تشخیص محل انعقاد عقد که گاهی بصورت قراردادهای مکاتبه‌ای که از طریق ایجاب و قبول انجام گرفته که البته در نظام‌های حقوقی کشورها نظریه‌های مختلفی در این مورد اعمال می‌شود یا اینکه «ممکن است محل انعقاد عقد جنبه اتفاقی داشته باشد» (ایرانبور، ۱۳۸۱: ۱۹)، که در این صورت باعث می‌شود تعیین محل وقوع عقد به سادگی میسر نگردد.

۷- آثار حقوقی حاکمیت اراده

۷-۱- منبع اصلی تعهدات را قرارداد تشکیل می‌دهد و قراردادهای منبع اصلی تعهدات به شمار می‌روند؛ دیگر منابع غیر قراردادی، اندک و استثنائی‌اند. کافی است که به قانون مدنی نظری اجمالی داشته باشیم آن وقت خواهیم دید که اکثر مواد قانونی راجع به قراردادهاست که به وسیله اراده متعاقدين تعهداتی از آن ناشی می‌شود (حیات علی، ۱۳۸۸: ۴).

۷-۲- قرارداد از لحاظ شکلی جز در موارد استثنائی تابع تشریفات خاصی نیست و صرف اراده برای ایجاد قرارداد کافی است؛ به شرطی که به نحوی از انحا اظهار شده باشد. امروزه تعهدات ناشی از عقود رضایی بسیار بیشتر از عقود شکلی یا تشریفاتی است. به کار بردن لفظ یا نوشته (سند عادی یا رسمی) جز در موارد استثنائی اصولاً لازم نیست. (صفایی، ۱۳۹۴: ۵۶-۵۵)

۷-۳- اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد به آنچه طرفین خواسته‌اند توجه شود. الفاظ قرارداد تا حدی معتبرند که مبین اراده واقعی و باطنی طرفین قرارداد باشد. اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از آن چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند، اراده واقعی آنان باید معتبر و ملاک تفسیر قرارداد باشد. در نهایت مطابق این اصل آنچه از شخص بروز کرده هرگاه بر اراده باطنی تکیه نداشته باشد پوسته بی‌مغزی است که هیچ اثر حقوقی ندارد زیرا در این فرض دلیلی برای مقید ساختن انسان آزاد وجود ندارد. در تمیز حدود و قلمرو تعهد دادرس در ابتدا باید اراده حقیقی متعهد را جستجو کند و هرگاه دادرس به یقین نتواند بر آن دست یابد از راه ظن و تخمین و با توجه به فراین اوضاع و احوال باید نیت باطنی را تعیین کند زیرا فقط اراده انسان است که اگر از شخص آزاد صادر شود و اشتباه آلوده نباشد، منشأ همه تعهدات قرار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۸)

۷-۴- اعمال ارادی همیشه عادلانه است و هیچ متعهدی نمی‌تواند ادعا کند که برخلاف عدالت به کاری ملتزم شده است زیرا آنچه بوجود آمده خواسته خود او است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۸).

۷-۴-۱ گستره اصل حاکمیت اراده

با توجه به پذیرش این نکته که شالوده و ساختار قرارداد با توافق طرفین بوجود می‌آید و حاکمیت اراده بعنوان هسته‌ی اصلی قرارداد می‌باشد، جای این پرسش است که آیا حاکمیت اراده فقط در مورد تعهدات بوجود آمده برای طرفین در قرارداد لحاظ گردیده یا تشکیل و به‌نوعی اعتبار قرارداد نیز تابع قانون حاکمیت می‌باشد؟ (شریعت باقری، ۱۳۸۰: ۱۰۶)

از بررسی‌ها و تحقیقات به‌عمل‌آمده چنین استنباط می‌گردد که در اکثر کشورهای که طرفین قرارداد قانون حاکم را انتخاب می‌کند، در صورت بروز اختلاف و یا اجرای قرارداد قانون مورد تراضی طرفین را حاکم بر قرارداد می‌کند؛ «اما هرگاه طرفین عقد نسبت به قانون لازم‌الاجرا تراضی نکرده باشند بسته به مقررات حاکم در آن کشور بر اساس قانون محل انعقاد عقد و یا قانون محل اجرای عقد عمل می‌نماید». (ارفع نیا، ۱۳۹۳: ۷۰)

در بحث گسترده حاکمیت اراده نباید چنین تصور گردد که طرفین حق انتخاب هر قانونی ولو اینکه نسبت به قرارداد هیچگونه ارتباطی داشته باشد بتوانند انتخاب و به آن عمل نمایند، بلکه اراده طرفین در قانون حاکم باید به‌گونه‌ای باشد که به تمام تعهدات ناشی از قرارداد اشرافیت داشته و قابل نفوذ باشد (ارفع نیا، ۱۳۸۶)

۷-۴-۲ قراردادهای در انگلیس

حقوق این قسمت اخیراً موضوع قانون‌گذاری اصلی بوده است. طی سالیان متمادی دادگاه‌های انگلستان حجم قابل ملاحظه‌ای از رویه قضایی در ارتباط با قراردادهای در تعارض قوانین ایجاد کرده‌اند. این امر به‌طور ویژه در خصوص مفهوم اساسی قانون صالح بر قرارداد بود، حقوقی که بیشترین موضوعات قراردادی حاکم بود. به‌رحال، در خصوص برخی از موضوعات قرارداد، مثل تأثیر اشتباه، تدلیس و عدم مشروعیت، اهلیت قراردادی، رویه قضایی یا وجود نداشته یا نسبتاً مبهم بوده است (نیاکی، ۱۳۷۷) و اعمال قواعد کامن لو بر قراردادهای منعقدشده قبل از آوریل ۱۹۹۱ تداوم یافت و منظور اعمال موضوعات خاصی است که ممکن است از قراردادهای منعقدشده بعد از آن تاریخ ناشی شود (حقیقی، ۱۳۹۸: ۲۱۱)

۸- قانون قراردادهای (قانون حاکم) ۱۹۹۰؛ کنوانسیون رم ۱۹۸۰

در آوریل ۱۹۹۱ قانون قراردادهای (قانون حاکم) ۱۹۹۰ به مرحله اجرا درآمد که به پادشاهی انگلستان حقوق کنوانسیون قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ۱۹۸۰ (کنوانسیون رم) تصویب شد (حقیقی، ۱۳۹۸: ۲۱۲). این قانون بین دولت‌های عضو جامعه اروپا منعقد شد و گفته شد که نتایج لازم و منطقی کنوانسیون بروکسل ۱۹۶۸ بر صلاحیت و احکام موضوعات مدنی و تجاری باشد؛ همچنین بحث شده است که قطعیت را به قواعد تعارض قوانین معرفی کرده است. ایده کنوانسیون این بود که توسط کشورهای Benelux به کمیسیون EEC در سال ۱۹۶۷ مطرح شود کمیسیون یک کمیته متخصص را برای بررسی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و غیر قراردادی تعیین کرد. کمیته پیش‌نویس کنوانسیون را در سال ۱۹۷۲ تهیه کرد. اما در سال ۱۹۷۸ تعهدات غیر قراردادی به‌عنوان موضوعات انحرافی از قوانین ملی که بسیار وسیع‌تر از تعهدات قراردادی بود حذف شد.

اختلاف عقاید زیادی در مورد توسعه اصول و قواعد کنوانسیون همانند اصول و قواعد کامن لو وجود داشته است. پذیرفته شد که دو دسته از اصول و قواعد در روش بنیادی با هم تفاوت نمی‌کرد. این قواعد تعیین قانون حاکم (که اکنون قانون مناسب یا صالح نامیده می‌شود) و قلمرو آن است. (سلجوقی، ۱۳۸۹).

قانون قراردادهای (قانون حاکم) ۱۹۹۰، به این قسمت به‌عنوان ((قانون)) اشاره کرده است که توسط ماده (۱) ۲ نه تنها در کنوانسیون رم بلکه در کنوانسیون الحاقی یونان که در سال ۱۹۴۸ منعقد شده و پروتکل ۱۹۸۸ (پروتکل بروکسل) بر تفسیر کنوانسیون رم به‌وسیله دادگاه دادگستری اروپایی تصویب شده است (حقیقی، ۱۳۹۸: ۲۱۲)

۸-۱- قلمرو اعمال کنوانسیون رم

ماده (۱) کنوانسیون، این قواعد به تعهدات قراردادی در هر موقعیتی که متضمن انتخاب بین قوانین کشورهای مختلف باشد اعمال می‌شود و ماده (۲) مقرر می‌دارد که قانونی که به‌وسیله کنوانسیون مشخص شده اعمال می‌شود اگرچه قانون کشور طرف قرارداد نباشد (نوری، ۱۳۷۸)، بنابراین این کنوانسیون نه تنها اگر انتخاب قانون بین قوانین کشورهای طرف قرارداد، برای مثل فرانسه و انگلستان، باشد اعمال می‌شود بلکه اگر انتخاب بین قوانین کشورهای طرف قرارداد و غیر طرف قرارداد باشد اعمال می‌شود، مثل قانون انگلستان و قانون نیویورک، یا بین کشورهای غیر طرف قرارداد مثل قانون نیویورک و قانون سوئیس. (شریعت باقری، ۱۳۸۰)

کنوانسیون عطف به ماسبق نمی‌شود و فقط به قراردادهای منعقد شده بعد از لازم الاجر شدن کنوانسیون برای پادشاهی انگلستان (ماده ۱۷) اثر دارد. این امر اول آوریل ۱۹۹۱ مقرر شد. کنوانسیون ((قرارداد)) یا ((تعهد قراردادی)) را تعریف نمی‌کند. دادگاه‌های انگلستان معنای وسیع را به مفهوم قرارداد در حقوق بین‌الملل خصوصی از آنچه در حقوق داخلی انگلستان وجود دارد داده‌اند. در یک مورد دادگاه یک قرارداد ایتالیایی که به‌وسیله عوض حمایت نمی‌شد را به‌عنوان قرارداد در نظر گرفت. فرضاً دادگاه اروپایی قرارداد را در روشی که موضوعات مرتبط با یک قرارداد مفاد کنوانسیون بروکسل ماده

(۱) ۱۹۶۸، ۵، تفسیر کرده است و معنای اجتماع یا جامعه مستقل را ارائه داده است. اما تاکنون راهنمایی دادگاه در این مورد به‌طور ویژه روشن نبوده است. (حقیقی، ۱۳۹۸: ۲۱۳)

نتیجه‌گیری

این مقاله تبیین قانون حاکم و قرارداد نقل و انتقال مال معین در حقوق انگلیس و ایران می‌باشد. در حال حاضر در ایران از اشخاص حقیقی فقط بیگانگان مقیم دارای پروانه اقامت به موجب آیین نامه استملاک اتباع خارجه مصوبه دهم ۱۳۲۸ حق تملک محلی جهت کسب صنعت یا مسکن را دارند و از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی بیگانه فقط اشخاصی می‌توانند در ایران به فعالیت و به تبع آن کسب اموال غیرمنقول بپردازند و مستنداً به ماده ۴ قانون ثبت شرکت به ثبت رسیده و شناسایی شوند که این امر به منزله اخذ پروانه اقامت جهت اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تلقی می‌شود. دولت‌ها و نهادهای وابسته به دولت به عنوان اشخاص حقوقی عمومی و در صورت شناسایی دولت بیگانه توسط دولت ایران و به شرط معامله متقابل و موافقت هیئت دولت جهت احداث سفارتخانه و دفاتر رایزنی فرهنگی و غیره، حق مالکیت اموال غیرمنقول و اراضی را دارند (ماده ۵ آیین نامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۸). همچنین هیچکدام از اشخاص حقیقی یا حقوقی بیگانه حق تملک اراضی زراعی و باغات را به موجب قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجه (مصوب قرارداد ۱۳۱۰) را ندارند. در حقوق انگلیس افراد بیگانه به جز کسانی که در کشورهای در حال جنگ با دولت انگلیس اقامت دارند حق برقراری هرگونه قرارداد و به تبع مالکیت اموال غیرمنقول و املاک را خواهند داشت و از این حیث محدودیتی در حقوق انگلیس جهت بیگانگان وجود ندارد. تردیدی نیست که قراردادهای بین الملل خصوصی باید اصولاً تابع قانون مورد طرفین باشند و از آنجاکه اصل حکومت اراده بر این قراردادها انکارناپذیر و غیر قابل مناقشه است نمیتوان تصور کرد که قانونگذاران بتوانند به ذوق و صلاحدید خود قانون دیگری به قرارداد حاکم کنند آنچه به عهده قانونگذاران است اولاً تعیین استثنای حاکمیت اراده و ثانیاً تعیین وضع سکوت و عدم توافق آنها است. اما ماده ۹۶۸ قانون مدنی به دلیل اشتباهی که برخی نمایندگان مجلس در شور دوم مرتکب شده‌اند به گونه‌ای تدوین یافته است که اصل حاکمیت اراده را جزء در مورد قراردادهای بین اتباع خارجی انکار می‌کند، ولی از آنجا که نفی حاکمیت اراده بر قراردادهای خصوصی قابل قانونگذاری نیست و دلیلی هم وجود ندارد که قاعده حاکمیت اراده منحصراً بین اتباع خارجی اعمال شود تا اصلاح الفاظ ماده ۹۶۸ باید بر آن بود که قاعده حاکم بودن قانون محل انعقاد قرارداد فقط در فرض سکوت یعنی طرفین یا عدم توافق آنها قابل اعمال است. بدین ترتیب چنین نتیجه گرفته می‌شود که به دلیل عقلی و اصولی باید از قید اتباع خارجی الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که قراردادها اصولاً تابع محل وقوع عقد است، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

- ارفع نیا-بهشید.۱۳۸۶- جلد ۱-چاپ اول (اصلاح سوم)-حقوق بین الملل خصوصی-انتشارات بهتاب.
- ارفع نیا-بهشید (۱۳۹۳)-حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین)،جلد دوم -چاپ دهم -انتشارات بهتاب.
- آذرپور-حمید و حجتی اشرفی- غلامرضا - ۱۳۸۲- چاپ شانزدهم مجموعه کامل قوانین و مقررات ثبتی،نشر کتابخانه گنج دانش.
- الماسی-نجداعلی -(۱۳۹۳)- حقوق بین الملل خصوصی-چاپ چهاردهم-تهران-نشر میزان.
- ایرانیپور-فرهاد-(۱۳۸۱)- شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین الملل خصوصی -مجله دانشکده حقوق وعلوم سیاسی -شماره ۵۵.
- جعفری لنگرودی -محمد جعفر -۱۳۷۸- دهم-ترمینولوژی حقوق -کتابخانه گنج دانش.
- حائری-مسعود-(۱۳۷۰)-تحلیلی بر ماده ۱۰ قانون مدنی -نشر میزان.
- حقیقی- حسین،(۱۳۹۸) تعارض قوانین،انتشارات خرسندی.
- حیات علی -عباس-(۱۳۸۸) مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق -شماره ۱۴۱۳.
- سلجوقی -محمود-(۱۳۹۳)-حقوق بین الملل خصوصی -جلد دوم چاپ هفتم -تهران -نشر میزان.
- شریعت باقری -محمدجواد -(۱۳۸۰)-آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنسیون نیویوریک ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی - مجله حقوقی وقضایی دادگستری -ش ۳۶.
- شهید -مهدی-(۱۳۸۵)- چاپ سوم -قانون حاکم بر قرار داد های بین المللی خصوصی در ((مجموعه مقالات حقوقی)) -تهران انتشارات مجد.
- صفایی-سید حسین -(۱۳۹۴)-شماره ۱۱-مقاله با عنوان محدودیت های راجع به حقوق بیگانگان در قوانین ایران -مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلام ایران.
- ذاکر صالحی-غلامرضا-(۱۳۹۵)-مبانی قراردادهای نا معین (چاپ دوم)-نشر میزان.
- کاتوزیان-ناصر-(۱۳۸۴)-عقود معین-(جلد یکم. چاپ هشتم). تهران- شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- فدوی -سلیمان-۱۳۸۲،مقاله -با عنوان بررسی استملاک اموال غیر منقول توسط اتباع بیگانه در ایران (۲)- ماهانه کانون -شماره ۴۲.
- کاتوزیان -ناصر - (۱۳۷۱) دوره مقد ماتی حقوق مدنی -اعمال حقوقی -انتشارات شرکت انتشار بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر-(۱۳۷۴)- قواعد عمومی قراردادهای-(جلد یکم)- تهران. انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان -ناصر -(۱۳۸۸)-قواعد عمومی قرار دادها -انعقاد و اعتبار قرار داد -جلد دوم -چاپ اول -تهران شرکت سهامی انتشار بهنشر.
- کاتوزیان -ناصر،(۱۳۹۴)-قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی،چاپ چهل و پنجم -تهران -نشر میزان.
- نوری- محمد علی(۱۳۷۸)- اصول قرار داد های بارزگانی بین المللی / موسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی رم- تهران- کتابخانه گنج دانش.
- نیایک -جعفر -(۱۳۷۷)- مقاله با عنوان ممنوعیت استملاک اموال غیر منقول توسط بیگانگان در ایران،مجله حقوق دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران -شماره ۲۲.
- نیکبخت -حمید رضا -(۱۳۸۴)-تعارض قوانین در قرار داد ها مجله حقوقی -دفتر خدمات حقوقی بین المللی ریاست جمهوری -شماره ۳۲

- Babin, I. & Vakaryuk, L. (2018). The Tax on Immoveabe Property; Different form the Land Plot: Theory and Pracrice of Application. European Journal of Law and Public Administration, Volume 5, Issue 1, pp. 1-11.
- Guglielmo, M. (2015). *Immoveable Property under Domestic Law*, EU Law and Tax Treaties. IBFD: Amsterdam.
- Sheykar, M (2016). *Properties in Law*. (September, 2019).
- <https://www.legalbites.in/law-notes-property-law-definitions-immonable-property/>