

Management of Trade Law in International Contracts

مدیریت حقوق تجارت در قراردادهای بین المللی

Seyyed Mohammad Farnam*

Assistant Professor, Department of Civil Engineering & Architecture, Raja University, Qazvin, Iran

Roghayeh Moranloo

M.Sc. in Architecture, Department of Civil Engineering & Architecture, Raja University, Qazvin, Iran

سید محمد فرنام*

استادیار، گروه مهندسی عمران و معماری، دانشکده فنی و مهندسی، دانشگاه رجاء، قزوین، ایران

رقیه مرانلو

دانشجوی کارشناسی ارشد معماری، گروه مهندسی عمران و معماری، دانشگاه رجاء، قزوین، ایران

*Corresponding author's email address:

M.Farnam@raja.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۷

How to cite this article:

Seyyed Mohammad Farnam, Roghaye Moranloo, Management of Trade Law in International Contracts, *Journal of Engineering and Construction Management (JECM)*, 2023, 8(1):29-36.

ارجاع به مقاله:

سید محمد فرنام، رقیه مرانلو، مدیریت حقوق تجارت در قراردادهای بین المللی، مهندسی و مدیریت ساخت، ۱۴۰۲، ۸ (۱): ۲۹-۳۶.

Abstract

International trade law is a set of rules and regulations governing international commercial relationships. It refers to the rules, principles, laws, and regulations that control and regulate commercial relations across borders. These relationships may have the characteristics of private law or may possess a public nature. The broad scope of legal topics in trade encompasses everything from contract formation to miscellaneous regulations. The primary objective of international trade law is to organize and streamline commercial relations on a transnational level, allowing traders, merchants, and commercial companies to contribute to the growth of international trade and business by anticipating commercial risks and considering the rules governing their activities. This research aims to take a comparative approach, employing descriptive and analytical research methods using written and documentary sources. The goal is to describe and explain each of the relevant issues, followed by a comparison of the systems governing international trade, specifically the Roman-Germanic system and the Common Law system. The result shows that the two legal systems, while sharing common features in the rules governing the formation of international commercial contracts, also have significant and practical differences. These differences lie in the foundations and sources concerning contract formation, the distinct styles of judicial decisions, doctrinal analyses, and variations in the interpretation of contracts, breach of contract, remedies, and so on.

Keywords

International Trade Law, International Contracts, Roman-Germanic Legal System, Common Law System

چکیده

حقوق تجارت بین الملل مجموعه‌ای از قواعد و مقررات حاکم بر روابط تجاری بین المللی است و به قواعد، اصول، قوانین و مقرراتی اطلاق می شود که روابط تجاری را در فراسوی مرزها کنترل و تنظیم می کند. این روابط ممکن است واجد خصوصیت حقوقی خاصی باشد یا جنبه عمومی داشته باشد. گستردگی موضوع حقوقی در تجارت از انعقاد قرارداد تا مقررات متفرقه را در برمی گیرد. از آن جا که مهمترین هدف حقوق تجارت بین الملل نظم دهی و منسجم کردن روابط بازرگانی در سطح فراملی است تا تجار و بازرگانان و شرکتهای بازرگانی بتوانند با پیش بینی ریسک های تجاری و در نظر گرفتن قواعد حاکم بر فعالیت خود به رونق تجارت و کسب و کار بین المللی کمک کنند. این تحقیق در نظر دارد با رویکرد تطبیقی و به روش تحقیق توصیفی و تحلیلی با استفاده از منابع مکتوب و اسنادی است و سعی بر آن بوده تا پس از توصیف و تبیین هر یک از مباحث، به مقایسه بین نظام های حاکم بر تجارت بین الملل، نظام رومی-ژرمنی و نظام کامن لو بپردازد. نتیجه دو نظام حقوقی در قواعد حاکم بر تشکیل قراردادهای تجاری بین المللی علاوه بر دارا بودن وجوه مشترک دارای وجه اختلاف مهم و کاربردی اند. این تفاوتها در مبانی و منابع در زمینه تشکیل قراردادها، سبک متفاوت تصمیمات قضایی، تجزیه و تحلیلهای دکترینی و تفاوت در تفسیر قراردادها، نقض قرارداد و جبران خسارت و ... است.

کلمات کلیدی

حقوق تجارت، قراردادهای بین المللی، نظام رومی-ژرمنی، نظام کامن لو

نظامی ایجاد شود که مورد قبول طرفین قرارداد بوده و ضمانت اجراهای متنوع و کارآمدی را برای حفظ حقوق طرفین، ارائه نماید. با توجه به ویژگیها و حساسیت خاص این حوزه؛ ایجاد قراردادهای

۱- مقدمه

نیازهای نوین جهان متناسب با تحولات روزمره، نهادها، قالب های حقوقی جدیدی ایجاد می کند تا در زمینه گسترش تجارت بین الملل



8 (1), 2023

دوره ۸، شماره ۱

تابستان ۱۴۰۲

دوفصلنامه پژوهشی



تجاری جدید که هدف آن نظم بخشیدن به روابط تجاری بین کشورها است، مساله حساس تر و پررنگ تر جلوه می کند. آشنایی با نظام های حقوقی، باعث درک میزان دخل و تصرف قانون و مجریان آن می شود. در جهان ۵ نظام حقوقی عمده وجود دارد: رومی-ژرمنی «نظام حقوقی نوشته»، کامن لا «مبتنی بر عرف»، حقوق عرفی، حقوق اسلامی (شریعت، فقه)، هلاخا (قوانین شریعت یهود). دو نظام مهم و کارآمد در این زمینه نظام رومی-ژرمنی و نظام کامن لو می باشد و اغلب قراردادهای تجاری امروزی در راستای تعاملات بین المللی بر مبنای مدل های قراردادی کامنلا و رومی ژرمنی نوشته می شود، از این رو این مقاله در صدد شناخت نحوه تشکیل قراردادهای تجاری بین المللی است و تمرکز اصلی بر مطالعه تطبیقی تشکیل قراردادهای و قواعد حاکم بر آن در مقایسه بین نظام های حقوقی رومی-ژرمنی و کامنلا و مشخص کردن تفاوتها و شباهتهای رفتار این دو نظام حقوقی بزرگ در رابطه با قراردادهای می باشد.

۲- روش تحقیق

مقاله حاضر از نظر هدف کاربردی و به روش توصیفی-تحلیلی با استفاده از منابع مکتوب و اسنادی است و سعی بر آن بوده تا با توصیف و تبیین بحث مدیریت و تجارت بین الملل به بررسی بین دو نظام حقوقی رومن-ژرمنی و نظام کامن در حقوق بین الملل با نظام حاکم در ایران پرداخته شود. در این زمینه از منابع فارسی و لاتین شامل کتاب ها، پایان نامه ها، مقالات استفاده شده است. بنابراین از روش کتابخانه ای و با فیش برداری از کتاب ها، مقالات و سایت های اینترنتی تهیه و تنظیم شده است و به جهت موضوع و رویه معمول در پژوهش های حقوقی به سایر روش های علمی نظیر مطالعه میدانی، آمارگیری، نمونه برداری و ... استناد نشده است. با توجه به موضوع دو روش بین نظام های حاکم بر تجارت بین الملل، نظام رومی-ژرمنی و نظام کامن لو در حقوق بین الملل مورد بررسی قرار می گیرد.

۳- مبانی نظری

۳-۱- تغییرات در آب و هوای جهانی

حقوق بین الملل شاخه ای از علم حقوق بوده و به معنای مجموعه قواعد حقوقی است که برای کشورها و دیگر افراد بین المللی در روابط متقابل آنها الزام آور تلقی می شود و اساساً بر معاهدات، عرف و همچنین اصول کلی حقوق شناخته شده توسط ملل متمدن پایه گذاری شده است. حقوق بین الملل به حقوق بین الملل جهانی، حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی تقسیم می شود. حقوق بین الملل مجموعه قواعد حقوقی است که برای کشورها و دیگر افراد بین المللی در روابط متقابل آنها الزام آور تلقی می شود. حقوق بین الملل اساساً بر معاهدات و عرف و همچنین اصول کلی حقوق شناخته شده توسط ملل متمدن (همراه با منابع فرعی مانند آرای قضایی و آثار علمای حقوق) پایه گذاری شده است. واژه «بین الملل»

ترجمه ای از اصطلاح حقوق بین مردم^۱ که توسط ریچارد زوش^۲ در کتاب راهنمای خود درباره حقوق بین الملل استفاده شده و به فیلسوف انگلیسی جرمی بنتام منسوب است. به حقوق بین الملل؛ حقوق ملل، که نامی سنتی تر است، یا حقوق بین الملل عمومی نیز گفته می شود (تمام این اسامی نشان دهنده محدوده و موضوع آنند). حقوق بین الملل گاه به حقوق بین الملل جهانی، حقوق بین الملل عام و حقوق بین الملل خاص تقسیم بندی می شود. حقوق بین الملل متکفل بحث در همه مواردی است که رابطه حقوقی و قاعده حاکم بر آن حداقل به دو دولت ارتباط می یابد [۱].

- عمومی

حقوق بین الملل عام اغلب برای اشاره به قواعدی که از معاهدات چند جانبه (قانونگذار) ناشی می شوند و توسط تعداد زیادی از کشورها منعقد می گردند، به کار برده می شود. این گونه معاهدات معمولاً کلیه مناطق کره زمین را در بر می گیرند و به کرات جنبه تقریباً جهانی پیدا می کنند. به عبارت دیگر حقوق بین الملل عمومی به مناسبات بین المللی دولت ها، سازمان های بین المللی، شرکت ها و افراد از آن حیث که به حاکمیت مربوط می شوند- می پردازد.

- خصوصی

حقوق بین الملل خاص به قواعدی اشاره دارد که توسط معاهدات منعقد بین تعداد محدودی از کشورها ایجاد می شوند و تنها برای همان کشورها الزام آورند. با اینکه حقوق بین الملل عمدتاً توسط دادگاه ها و مراجع بین المللی اعمال می شود، کراراً توسط دادگاه های داخلی نیز به اجرا در می آید. در حقیقت حقوق بین الملل خصوصی، که مناسبات خصوصی اشخاص (از حقیقی و حقوقی) را در سطح زندگی بین المللی تنظیم می کند.

- جهانی

حقوق بین الملل جهانی به قواعدی اشاره دارد که برای جامعه ملت ها چنان اساسی و بنیادی هستند که برای همه کشورها بدون در نظر گرفتن اینکه به آنها رضایت داده اند یا خیر الزام آورند. نمونه ای از این قواعد «اصل الزام وفای به عهد» می باشد. حقوق بین المللی اقتصادی^۳ به آن دسته از قواعد حقوق بین الملل عمومی اطلاق می شود که مستقیماً به مبادلات اقتصادی میان تابعان حقوق بین الملل مربوط می گردد. تمام منابع حقوق بین الملل می توانند منابع حقوق بین الملل اقتصادی باشند.

۳-۲- حقوق بین الملل و طبقه بندی حقوق بین الملل

به طور کلی با تقسیم بندی صورت گرفته توسط هانسن کلسن^۴ فیلسوف و حقوقدان قرن ۲۰، حقوق بین الملل به دو حقوق بین الملل عام و خاص تقسیم می شود.

۳-۳- حقوق بین الملل و موضوعات حقوق بین الملل

به طور کلی تابعین حقوق بین الملل یا موضوعات حقوق بین الملل به دو دسته کلی تقسیم می شوند. تابعین مستقیم یا تابعین فعال عبارت است از:

^۱ - Economics International law

^۲ - Hans Kelsen

^۱ - jus inter gentes

^۲ - Richard Zosch

• دولتها

• سازمان‌های بین‌المللی دولتی

البته حقوق بین‌الملل تابعین دیگری نیز دارد. از جمله:

۱. اشخاص حقیقی (افراد)

۲. شرکت‌های خصوصی خارجی (شرکت‌های چند ملیتی)

۳. سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی

۴. نهضت‌های آزادی بخش

جامعه بین‌المللی در قرن گذشته تلاش کرده است تا چارچوب حقوقی واحدی را در خصوص قراردادهای تجاری بین‌المللی در سطح جهانی ایجاد کند. با وجود اینکه این تلاش‌ها برای هم سو کردن کل مجموعه جهانی کافی نبوده، اما نتایج مفید و ارزنده‌ای به همراه داشته است. از این جمله میتوان به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول یونیدروئیت قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی، و کنوانسیون وین برای بیع بین‌المللی کالا، اشاره کرد که هر یک از این اسناد بین‌المللی دستاوردهای فوق‌العاده‌ای در مسیر خود محسوب می‌شوند. در تعریف قرارداد تجاری بین‌المللی گفته شده قراردادی است که حداقل واجد یک عنصر خارجی است. بنابراین داوری را در صورتی می‌توان بین‌المللی دانست که موضوع آن حل و فصل اختلافات ناشی از، یک قرارداد تجاری باشد که دست کم واجد یک عنصر خارجی است.

عموماً این شرایط خاص قرارداد عبارت از رضایت طرفین، اهلیت آنها برای قرارداد، وجود یک هدف مشخص به عنوان موضوع و سبب قانونی قرارداد می‌باشد. یعنی بنظر می‌رسد رضایت زمانی ایجاد می‌شود که در فقدان اشتباه، خشونت و فریب ارائه شده است. وجود چهار شرط برای تشکیل قرارداد ضرورت دارد. این شرایط می‌باید در هنگام تشکیل قرارداد رعایت شود وگرنه قرارداد فاقد اعتبار قانونی خواهد بود. فقدان یا نقض هر یک از این شرایط منجر به فسخ قرارداد یا احتمالاً پرداخت خسارت خواهد بود. این شرایط عبارتند از:

۱. رضایت طرفین قرارداد

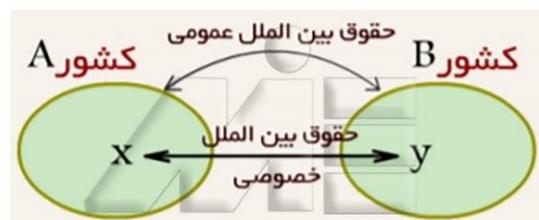
۲. اهلیت طرفین

۳. موضوع معتبری که مبنای تعهد است

۴. سبب قانونی در تعهد

۳-۴-۳- قراردادهای تجاری بین‌المللی

قراردادهای تجاری بین‌المللی نسبت به قراردادهای بین‌المللی مفهوم محدودتری دارند لیکن آنچه مسلم است این که حقوق قراردادی از هرنوع و در هر سطحی ملی یا بین‌المللی عموماً در اختیار طرفین قرارداد می‌باشد که با توجه به وضعیت و شرایط طرفین و با لحاظ قواعد آمره تنظیم می‌گردد. با انعقاد هر قرارداد، اطراف یا طرفین آن اهداف مشخصی را دنبال می‌کنند که دستیابی به آن مد نظر است و در مفاد قرارداد انعکاس می‌یابد که در نتیجه موارد تبعی دیگری همچون عدم اجرای قرارداد یا تعهد، اجرای معیوب یا ناقص یا همراه با تأخیر را موجب خواهد شد که با این وجود و با لحاظ سرعت به عنوان خصیصه بارز مبادلات تجاری تعیین تکلیف و جبران خسارت وارده به زیان دیده در اولویت کاری قرار خواهد داشت. قطعاً عامل بروز خسارت در با نظر گرفتن ضوابطی مسئول جبران خسارت خواهد بود مگر در خصوص مسائلی که خارج از اختیار و قدرت اوست که ممکن است به حق یا به ناحق و به قراردادهای تجاری بین‌المللی متضمن سه انحاء مختلف به آنها متوسل شده و در نتیجه عدم پرداخت خسارت یا عدم اجرای تعهد را موجب گردد. اصطلاح قرارداد، تجاری و بین‌المللی است. همان‌طور که در قبل اشاره شد؛ قرارداد به توافقی اطلاق می‌شود که روابط دو یا چند طرف را مقرر می‌دارد. این روابط می‌تواند در زمینه خرید و فروش، اجاره، رهن، ضمانت، و یا اعطای تسهیلات مالی باشد. قراردادهای تجاری به آن دسته از آن



شکل ۱ دیاگرام روابط در حقوق بین‌الملل

۳-۴-۳- قرارداد

۳-۴-۳-۱- معنا و اصطلاح حقوقی قرارداد

قرارداد در لغت، به معنای قول، شرط، عهد و پیمان است. علاوه بر این معانی، معانی دیگری نیز در خصوص قرارداد بیان گردیده است، بدین صورت که مفهوم قرارداد تصمیم و اعتقاد جازم، ضمان، عهد، عهد موکد، پناه بردن به کسی، احکام و ابرام امری، محکم کردن و غلیظ کردن آمده است [۲].

نیازهای جهان جدید، حقوق را بر آن داشته است که متناسب با تحولات روزمره، نهادها و قالبهای حقوقی تازه‌ای ایجاد کند تا از هدف اصلی خود که همانا نظم بخشیدن به روابط افراد اجتماع است، باز نماند. این گرایش در عرصه تجارت بین‌المللی با توجه به ویژگیها و طبیعت خاص حوزه مزبور، شدیدتر و علنی‌تر بوده و پدیدار شدن قراردادهای تجاری جدید، یکی از جلوه‌های آن محسوب می‌شود. در بسیاری از این قراردادها، دو شخص حقیقی از دو کشور مختلف با یکدیگر رابطه حقوقی برقرار می‌کنند.

قرارداد در معنای حقوقی توافق اراده میان دو یا چند شخص برای ایجاد آثار حقوقی از قبیل انتقال مال و ایجاد، انتقال و زوال تعهدات است [۳]. اثر اصلی و مشترک قراردادها ایجاد تعهدات بر عهده یک طرف یا طرفین قرارداد می‌باشد که به منزله حق متعهدله و تکلیف متعهد هستند.

۳-۴-۳-۲- تشکیل قرارداد

تشکیل قراردادها یکی از مهمترین و بحث برانگیزترین موضوعات حقوق تجارت بین‌الملل است که در حوزه روابط حقوقی طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد. در واقع عرصه قراردادهای تجاری بین‌المللی، عرصه رقابت یا همکاری نظام‌های حقوقی است.

قراردادها اطلاق می شود که برای مقاصد کسب و کار و رفع نیازهای قراردادهایی که برای رفع نیازهای شخصی منعقد میشود قراردادهای مصرف کننده نامیده شده و از حیطه بحث خارج است. شایان ذکر است که در اینجا قراردادهای تجاری در مقابل قراردادهای مدنی به نحوی که در برخی از نظامهای حقوقی مثل فرانسه تمایز پیدا کرده است قرار ندارد و بنابراین اگر قرارداد برای مصارف شخصی و خانوادگی نبوده و هدف از انعقاد آن کسب و کار و تحصیل درآمد باشد، مشمول قراردادهای تجاری است. قید بین المللی مبین این امر است که طرفین قرارداد در فراسوی مرزها با یکدیگر معامله میکنند و یا قراردادبناست که در فراسوی مرزها به اجرا در آید. قراردادی که در چهارچوب یک کشور منعقد و اجرا میشود، قرارداد داخلی تلقی میشود.

گستره، قرارداد تجاری، ضامن سرعت و امنیت بازرگانی توافقات میان افراد می تواند در قالب یک سری از عقود متنوع باشد. رشد فزاینده مبادلات و معاملات تجاری باعث رونق قراردادهای تجاری شده است. این نوع قرارداد با قراردادهای تابع حقوق مدنی متفاوت است. ماهیت این نوع قراردادها شرایطی را برای اطلاق قید تجاری به آن ایجاب می کند. در نظام حقوقی فرانسه و کشورهای که از حقوق این کشور تبعیت کردهاند، سیستم (دوالیسم) یا (دوسیستمی) وجود دارد. به موجب این سیستم، قراردادها به دو دسته قراردادهای تجاری و غیر تجاری قابل تقسیم هستند. در حقیقت قراردادهای تجاری، آن دسته از قراردادهایی هستند که در ماده ۲ قانون تجارت ما احصاء شده است (براساس ماده ۲ قانون تجارت، معاملات تجاری از قرار ذیل است:

۱. خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد.
۲. تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد.
۳. هر قسم عملیات دلالی یا سفارش کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد میشود، از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره.
۴. تاسیس و به کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر این که برای رفع حوائج شخصی نباشد.
۵. تصدی به عملیات حراجی.
۶. تصدی به هر قسم نمایشگاههای عمومی.
۷. هر قسم عملیات صرافی و بانکی.
۸. معاملات برواتی اعم از اینکه بین تاجر یا غیر تاجر باشد.
۹. عملیات بیمه بحری و غیربحری.
۱۰. کشتی سازی و خرید و فروش کشتی و کشتیرانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آنها).

هر قراردادی که غیر از موارد مذکور باشد، قرارداد مدنی تلقی خواهد شد. به این ترتیب ما یک ملاک کلی برای تفکیک قراردادهای تجاری از قراردادهای غیرتجاری نداریم و برای اینکه بفهمیم یک قرارداد تجاری است یا خیر، باید به ماده ۲ قانون تجارت رجوع کنیم. درواقع این ماده حاصل یک مطالعه تاریخی است. تمایز قراردادهای تجاری

از قراردادهای غیر تجاری در قوانین کشورها دارای پیشینه تاریخی است.

واژه بین المللی بودن در قراردادهای تجاری بین المللی، در واقع مبین این است که طرفین قرارداد در خارج از حدود مرزهای یک کشور قرار دارند که شامل تابعیت طرفین یا محل تجارت یا اقامت آنهاست، یا این که قرارداد میبایست در آن سوی مرزهای یک کشور به اجرا در آید. عبارتی میتوان گفت که توسعه تجارت به سمت خارج از مرزهای سرزمینی یک کشور و شکلگیری معاملات بین المللی، تحت تأثیر عوامل خاصی قرارداد داشته است:

۱. پراکندگی منابع طبیعی در نقاط مختلف جهان
۲. اختلاف آب و هوا در مناطق گوناگون جغرافیایی که هر ملتی ممکن است فقط قادر به تولید برخی از محصولات کشاورزی باشد.
۳. اختلاف مهارتها و تجارب صنعتی و تجارب صنعتی بین ملتها.

برخی از کشورها (ممالک پیشرفته) دارای سابقه طولانی در امر صنعت و تکنولوژی هستند که آنها را قادر به تولید انبوه کالاهای صنعتی کرده است، لکن برخی کشورهای دیگر (کشورهای در حال توسعه) هنوز در اول راه صنعت و فن آوری می باشند. بطور خلاصه شاید بتوان گفت که: یک قرارداد تجاری، قراردادی است که برای کسب سود در یک زمینه تجاری منعقد شده است، یعنی در جایی که یک طرف یا طرفین، قرارداد را در جریان تجارت خود منعقد می کنند. همواره مواردی بعنوان (شروط) مهم در قرارداد جای می گیرد. در قراردادهای تجاری باید همیشه شروط راجع به زمان (اجرا) را جزء شروط مهم به معنی خاص کلمه محسوب کرد. عبارت دیگر در این نوع قراردادها، شروط راجع به زمان باید از (ارکان قرارداد) به حساب آیند، هر چند که این مسأله در متن قرارداد ذکر نشده باشد. انعقاد قراردادها از هر نوع، اعم از صنعتی یا تجاری، داخلی یا بین المللی، کوتاه مدت یا بلند مدت مستلزم طی یک فرایند می باشند.

۱. مرحله پیش از مذاکره و قرارداد
۲. مرحله مذاکره و تنظیم قرارداد
۳. مرحله اجرا و نظارت بر حسن اجرای قرارداد

۳-۴-۴- عناصر تشکیل دهنده قرارداد

بطور اجمالی می توان گفت که در نظام حقوقی کامنلا، یک قرارداد معتبر وقتی تشکیل شده است که توسط یکی از طرفین، یک پیشنهاد یعنی ابراز اراده جهت ورود به یک قرارداد معتبر ارائه شده و قبول آن پیشنهاد توسط طرف دیگر، دال بر الزام به یک تعهد، وجود دارد. علاوه بر یک پیشنهاد و قبول معتبر، باید یا عوض متناسب یا یک بده بستان ضرر و زیان یا عواید قانونی وجود داشته و مضافاً اینکه نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری را که یکی از طرفین قبلاً در آن وارد شده است را نقض کند. با مطالعه حقوق قراردادها در انگلستان، مشاهده می شود در بیشتر موارد، الگوی ایجاب و قبول، نحوه و شیوه انعقاد یک قرارداد و توافق را بازگو می کند. ایجاب سخنی است که به طور عینی و ظاهری حاکی از آنست که ایجاب دهنده بر اساس شرایط معینی، در صدد است تا نسبت به انعقاد



8 (1), 2023

دوره ۸، شماره ۱

تابستان ۱۴۰۲

دوفصلنامه پژوهشی

مهندسی و مدیریت ساخت

قرارداد مبادرت نماید. یک ایجاب می تواند خطاب به کل مردم جهان باشد و می تواند توسط هرکسی که اقدامات مورد نیاز و ضروری در مورد شرایط ایجاب را انجام دهد مورد قبول واقع شود. ایجاب باید در برگیرنده یک تعهد صریح یا ضمنی باشد بنابراین عناصر تشکیل دهنده قرارداد به شرح ذیل است:

۱. ایجاب (پیشنهاد)
۲. قبول
۳. عوض مناسب
۴. قصد، مشخص بودن، کامل بودن.

۳-۴-۵- شرایط تشکیل قرارداد

عموماً این شرایط خاص قرارداد عبارت از رضایت طرفین، اهلیت آنها برای قرارداد، وجود یک هدف مشخص به عنوان موضوع و سبب قانونی قرارداد وجود چهار شرط برای تشکیل قرارداد می باشد [۴]. یعنی بنظر می رسد رضایت زمانی ایجاد می شود که در فقدان اشتباه، خشونت و فریب ارائه شده است. ضرورت دارد. این شرایط می باید در هنگام تشکیل قرارداد رعایت شود وگرنه قرارداد فاقد اعتبار قانونی خواهد بود. فقدان یا نقض هر یک از این شرایط منجر به فسخ قرارداد یا احتمالاً پرداخت خسارت خواهد بود. این شرایط عبارتند از:

۱. رضایت طرفین قرارداد
۲. اهلیت طرفین
۳. موضوع معتبری که مبنای تعهد است.
۴. سبب قانونی در تعهد

۳-۴-۶- قوانین حاکم بر قراردادهای

منظور این است که قراردادهای افراد و تعهدات ناشی از آن از چه قانونی باید تبعیت نمایند؟ به عبارت دیگر قانون حاکم بر تعهدات چه قانونی است؟ قانون ملی؟ قانون محل قرارداد؟ یا قانون منظور طرفین؟ کدامیک؟ در واقع زمانی که طرفین وارد قراردادی می شوند که با بیش از یک کشور ارتباط دارد، لزوماً این سؤال طرح می شود که کدام قانون بر قرارداد حاکم است. بدیهی است که پاسخ به این سؤال برای محاکم یا دادگاه داوری جهت حل و فصل اختلاف ضروری است. اما طرفین قرارداد نیز باید آگاه باشند که چه مجموعه قواعدی بر تعهدات آنها حاکم است تا بتوانند تعهدات خود را به طور مطلوب اجرا نمایند. گفته میشود چون قرارداد محصول اراده طرفین است و در واقع با آن حقوق خود را محدود میکنند لذا ایجاب میکند که طرفین قرارداد بتوانند هر قانونی را آزادانه بر قرارداد خود حاکم نمایند. علاوه بر این طرفین در مفاد قرارداد نیز میتوانند قوانین حاکم بر قرارداد را انتخاب و تصریح نمایند که در این مورد نیاز به تفسیر قرارداد میباشد. از سویی دیگر زمانی قیود تجاری و بین المللی بر یک قرارداد داوری حمل می گردد که یک یا چند عنصر مشخص خارجی در قرارداد وجود داشته باشد و رابطه ی طرفین یک رابطه ی تجاری باشد چه قراردادی و چه غیرقراردادی.

به طور کلی می توان گفت که مکانیسم تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در دادگاه های اروپایی، ۹۰ در این مورد نیاز به تفسیر قرارداد می باشد. یک ساز و کار دو مرحله است: در مرحله اول، قاضی به حاکمیت اراده و توافق طرفین در مورد قانون حاکم توجه می کند و آن را اعمال می کند. اگر توافقی میان طرفین در مورد قانون حاکم وجود نداشت، قاضی به قواعد تکمیلی مندرج در آیین نامه مراجعه می کند و بر اساس قواعد تکمیلی، قانون حاکم را مشخص می کند. در قواعد تکمیلی، در واقع اراده قانونگذار جایگزین اراده طرفین می شود که البته تلاش شده است که اراده قانونگذار بیشترین نزدیکی را با اراده مفروض طرفین داشته و معقول باشد.

۱. پدیده تفسیر
۲. بحث تعارض قوانین

۳-۵- نظام های حقوقی

نظام حقوقی یعنی تجسم عینی و خارجی آرمان، اهداف و مبانی در یک جامعه در قالب قوانین و مقررات حقوقی است، نظام های حقوقی معاصر جهان به طور کلی مبتنی بر یکی از چهار سیستم اساسی است: سیویل لو^۵ که به عنوان رومی-ژرمنی نیز شناخته می شود، کامن لو^۶، قانون مجلس یا قانون مصوبه^۷ (توسط نمایندگان انتخاب شده)، احکام دینی یا ترکیبی از اینها. با این حال، سیستم حقوقی هر کشور با تاریخ منحصر به فرد خود شکل می گیرد و تغییراتی را در بر می گیرد. از این چهار نظام، سیویل لو (به لحاظ وسعت و به طور کلی جمعیت) و کامن لو (به لحاظ اینکه بیشترین تعداد افراد را در مقایسه با هر سیستم مدنی واحدی، بکار گرفته) را می توان رایج ترین نظام های حقوقی در جهان در نظر گرفت. علمی که حقوق را در سطح سیستمها یا نظام های حقوقی مطالعه می کند، حقوق تطبیقی نامیده می شود.

۳-۵-۱- نظام حقوقی کامن لا

کامن لا به حقوق عرفی، نظام رویه ی قضایی و سابقه ی قضایی هم معروف است، نوعی نظام حقوقی است که از سال ۱۰۶۶ میلادی به بعد توسط دادگاه های شاهی انگلستان ایجاد شد [۵]. کامن لا که در زبان فرانسوی قضایی (زبان گفتاری حقوق دانان انگلیسی تا قرن هفدهم) کومون لی تلفظ می شد به معنی حقوق مشترک است. نظام کامن لا با تشکیل امپراتوری بریتانیا به بسیاری از کشورهای دیگر دنیا نیز وارد شده و امروزه اساس نظام حقوقی حدود یک سوم مردم دنیا از جمله در کشورهای انگلوساکسون (آمریکا، کانادا، استرالیا و نیوزیلند) و برخی از مستعمرات پیشین بریتانیا مانند هندوستان، پاکستان، نیجریه، بنگلادش، ایرلند و مالزی را تشکیل می دهد. حقوق دانان پیرو نظام حقوقی مدون گاهی کامن لا را حقوق عرفی می نامند. زیرا این نوع حقوق مبتنی بر سوابق قضایی است، هر چند در تشکیل این سوابق قضایی و تغییر آنها به هر حال عرف یک نقش اساسی و محوری دارد. حقوق عرفی نامیدن کامن لا ناشی از این تصور است که هر نظام حقوقی که مدون نباشد عرفی است. اما بایستی

۵. statutory law

۵. Civil law

۶. Common law

توجه داشت که نقش عرف در کامن لا به هیچ وجه با اهمیت تر از نقش عرف در نظام حقوقی رومی ژرمنی نیست و هیچ ارتباطی میان کامن لا و حقوق عرفی (Customary Law) وجود ندارد. در واقع کامن لا با از میان بردن حقوق عرفی انگلستان ایجاد شده است. کامن لا را حتی نظام برگرفته از عرف قضایی هم نمی توان نامید، چراکه حتی یک حکم از سوی یک دادگاه می تواند در این سیستم به یک قاعده تبدیل شود و لزومی به تکرار آن نیست [۶].

۳-۵-۲- نظام حقوقی رومن-ژرمنی

سیویل لا یا نظام حقوقی رومی-ژرمنی خانواده ای از نظام های حقوقی است که در درجه ی اول بر پایه حقوق روم شکل گرفته و مهمترین ویژگی آن نقش عمده ی قانون و تدوین مجموعه قوانین است که منبع اصلی آن به شمار می روند، به همین جهت به حقوق مدون و حقوق نوشته شده نیز شهرت دارد. نظام حقوق نوشته یکی از مهمترین نظام های بزرگ حقوقی است که بر بخش اعظم اروپا، امریکای مرکزی، امریکای جنوبی و بخشی از آسیا و آفریقا تسلط دارد. بخش بزرگی از حقوق بین الملل عمومی و حقوق جامعه اروپا به وسیله کسانی توسعه یافته است که در این نظام حقوقی آموزش دیده اند. «نظام حقوقی نوشته» که بعضاً «نظام حقوقی رومی - ژرمنی» یا «نظام مدنی» نامیده می شود ریشه در حقوق روم و مجموعه قوانین مدنی ژوستین دارد که در اروپای قاره ای توسعه یافته و سپس به

کشورهای زیادی در سراسر جهان نفوذ کرده است. درک صحیح نظام حقوق نوشته مستلزم شناخت تحولاتی تاریخی این نظام است که با امپراتوری روم شروع شد. در قرون وسطی مطالعه حقوق روم در دانشگاه ها احیاء گردید و این تجدید حیات همراه با توسعه حقوق کلیسا و حقوق بازرگانی نهایتاً به نهضت قانون نویسی در اروپای قاره ای منجر شد. انتخاب صفت رومی و ژرمنی برای این خانواده بزرگ حقوقی از آن جهت بوده که نقش دانشگاه های کشورهای لاتین و ژرمنی (آلمان، هلند، سوئیس، اتریش و...) نیز مانند دانشگاه های کشورهای لاتین در تکمیل و توسعه این حقوق کوشیده اند [۷].

۳-۵-۳- مقایسه نظام حقوقی رومن-ژرمنی و کامن لا در قراردادهای

هر کشوری در جهان ما دارای حقوق ویژه خود می باشد و گاهی در داخل یک کشور چند حقوق مختلف بطور همزمان اجرا می شود. تعدد نظام های حقوقی یک واقعیت است و وضع و اجرای قواعد متفاوت در کشورهای مختلف، آشکارترین و قابل درکترین معنی تنوع نظام های حقوقی است. در این بخش از پژوهش مقایسه جنبه های مختلف دو نظام حقوقی کامن لا و رومن-ژرمنی به مطالعه تطبیقی قواعد حاکم بر نحوه تشکیل قراردادهای در هر یک از آنها بپردازیم.

جدول ۱ مقایسه تطبیقی بین دو نظام حقوقی بزرگ (رومن-ژرمنی و کامن لا)

عنوان	نظام حقوقی رومن-ژرمنی	نظام حقوقی کامن لا
تعریف	سنت یا نظام حقوقی مبتنی بر قانون مدنی همچون قانون مدنی فرانسه است. این نظام حقوقی کهن ترین و گسترده ترین نظام حقوقی جهان است. تاریخ این سنت به ۴۵۰ سال قبل از میلاد بر می گردد. این نظام حقوقی بر پایه حقوق روم شکل گرفته و مهمترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین قوانین در آن نظام است	سنت کامن لا که به نظام رویه قضایی و سابقه قضایی هم معروف است نوعی نظام حقوقی است که توسعه آن به یک رخداد تاریخی پیوند خورده است. حقوقدانان پیرو نظام حقوقی مدون، گاهی کاملاً را حقوق عرفی می نامند. کامن لا ساخته دست قضات است.
تفاوت دو نظام (شکل گیری و منشأ پیدایش)	حقوق مدنی (civil law) نظام حقوقی رایج در کشورهای قاره ای اروپا که مبتنی بر حقوق رم می باشد. - حقوق مدنی، نظام حقوقی متمایز از حقوق عرفی می باشد. - مهمترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین قوانین در آن نظام است - حقوق مدنی برخلاف حقوق عرفی، در قالب نوعی حقوق نوشته اجرا می شود.	حقوق عرفی (common law) نظامی حقوقی برآمده از عرفها و آرای صادره از سوی قضات - حقوق عرفی را، نخستین مهاجران انگلیسی به آمریکا آوردند. - مستعمره نشین های انگلیس، حقوق عرفی انگلستان را در استرالیا و کانادا برقرار کردند. - گفته می شود حقوق عرفی، حقوق وضع شده توسط قاضی است. - قاعده کامن لا ارائه راه حل دعوی است، نه بیان قاعده کلی رفتار برای آینده. - قاعده اصلی در این نظام این است که دعاوی تعیین تکلیف شده، بعنوان یک رویه قضایی محسوب می شود
منابع حقوقی	منابع حقوقی نظام رومی-ژرمنی به شکل زیر تقسیم بندی میشوند ۱- قانون 2- عرف و عادت ۳- رویه قضایی ۴- عقاید علمای حقوق (دکترین) 5- اصول عالی حقوق	منابع حقوق انگلیس به عنوان مهمترین مقر نظام حقوقی کامن لا، آراء قضایی (منبع اصلی حقوق انگلیس است) ۲- قانون ۳- عرف و عادت ۴- دکترین و عقل
تعریف قرارداد(تئوری قرارداد)	تعریف قراردادهای در این نظام، ریشه در مفهوم توافق و رضایت دارد. توافق یا رضایت عنصر اصلی و مهم تشکیل قرارداد است و حاکمیت اراده بسیار مهم است. اغلب قوانین مدنی، یک اصل مهم را در بر دارد و این است که یک قرارداد بدون در نظر گرفتن نامی که طرفین به آن اختصاص داده اند باید بر اساس شرایط واقعی شکل گیرد. محققان و قضات نظام حقوقی رومن-ژرمنی، اهمیت زیادی از منظر قانونی به انواع تعهدات لازم الاجراء قائل نمی شوند و ترجیح می دهند بر خصوصیات اصلی و مشخص متمرکز شوند که باید در قرارداد موجود باشد و لحاظ شود تا قرارداد شکل گیرد.	تعریف قرارداد در نظام حقوقی کامن لا، علاقمند به انواع تعهدات لازم الاجرا است و در پی این است که کدام تعهدات میتواند موجب تبعات حقوقی باشند. در این نظام، یک تعهد در صورتی قابل اجراست که مشعر بر معامله با عوض متناسب و قانونی بوده و ایجاب و قبول را در برگیرد. ۱- ادعای طلب : منظور از اقدام قانونی به ادعای طلب زمانی بود که خواننده به خواهان مقروض است و بطور غیر قانونی از استرداد بدهی خودداری میکند. ۲- ادعای خسارت: اقدام به ادعای خسارت زمانی بود که کسی به دروغ وعده میداد تا بدهی خود طبق یک سند مهر و موم شده را بپردازد اما به وعده خود عمل نمی کند.



تشکیل قراردادها

در نظام حقوقی رومن-ژرمنی، همه آنچه باید در شکل گیری قرارداد لحاظ شود، اراده طرفین است. و اصول کلی حاکم بر تشکیل قراردادها، منعکس کننده حاکمیت اراده است. در نتیجه توافق طرفین به انعقاد قرارداد، ناشی از اعمال آزادی اراده محسوب می شود.

در نظام حقوقی کامن لا، علاوه بر ایجاب و قبول، باید عوض متناسب یا عواید قانونی وجود داشته باشد و قرارداد نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری که یکی از طرفین قبلاً به آن ورود یافته‌اند را نقض کند. وجود عوض، حداقل تشریفاتی است که برای اعتبار دهی و لازمالاجرا شدن یک تعهد استفاده میشود. و بار قابلیت اجرایی قانونی به توافق میبخشد. علاوه بر سه عنصر ایجاب و قبول و عوض، قصد ایجاد رابطه قانونی و مشخص بودن شرایط توافق و کامل بودن مفاد قرارداد نیز الزامی است.

عناصر تشکیل دهنده قرارداد

عناصر خاص قرارداد، علاوه بر رضایت طرفین، وجود اهلیت و وجود یک هدف مشخص بعنوان موضوع، و همچنین سبب قانونی قرارداد ضرورت دارد و فقدان هر یک بعنوان دلیلی برای فسخ قرارداد یا جبران خسارت محسوب خواهد شد. سبب در این نظام حقوقی به منزله دلیل تعیین کننده و یا انگیزه قرارداد، یک عنصر لازم برای وجود قرارداد است و به معنی هدفی است که طرفین به هنگام ورود به قرارداد در ذهن داشته‌اند. سبب در نظام حقوقی رومن-ژرمنی است. در فقه این نظام، وجود یک علت یا سبب، همیشه مفروض است و بر عهده مدعی یا مدیون است که عدم وجود آن را باید اثبات کند.

عوض در نظام حقوقی کامن لا به عنوان یکی از عناصر تشکیل قرارداد، دارای مفهوم متفاوتی هستند و برای مقاصد متفاوتی طراحی شده است. در نظام حقوقی کامن لا، علاوه بر ایجاب و قبول، باید عوض متناسب یا عواید قانونی وجود داشته باشد و قرارداد نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری که یکی از طرفین قبلاً به آن ورود یافته‌اند را نقض کند. وجود عوض، حداقل تشریفاتی است که برای اعتبار دهی و لازمالاجرا شدن یک تعهد استفاده میشود. و بار قابلیت اجرایی قانونی به توافق میبخشد. علاوه بر سه عنصر ایجاب و قبول و عوض، قصد ایجاد رابطه قانونی و مشخص بودن شرایط توافق و کامل بودن مفاد قرارداد نیز الزامی است. علت یا سبب در همه انواع اعمال قانونی بکار می رود در حالیکه عوض، فقط برای قراردادهای دو جانبه منظور شده است. در کامن لا، بار اثبات وجود یک عوض برای اجرای تعهد، بر عهده متعهد یا مدعی است.

۴- نتیجه گیری

جهان امروز عصر ارتباطات نوین بشری است که در عرصه اقتصاد، حقوق، معاهدات بین دولتها و .. است. بررسی سیر مطالعاتی نشان از تغییرات زیاد حقوق بین الملل به تبع تحولات اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی است. نتیجه تحولات در سطح فراملی است تا عوامل مربوطه با کم ترین ریسک و علم به قواعد حاکم به رونق تجارت و کسب و کار مبادرت بورزند. در این میان اجرای کامل قرارداد از جمله ابزارهای می باشد که نظام های حقوقی در باب آن قوانینی وضع کرده اند. این پژوهش حاکی از این است که دو نظام حقوقی در قواعد حاکم بر تشکیل قراردادهای تجاری بین المللی علاوه بر دارا بودن وجوه مشترک دارای وجه اختلاف مهم و کاربردی هستند. نظام های حقوق مدنی و حقوق عرفی، در شیوه ها و رویکردهای خود امروزه در بسیاری از جنبه ها شبیه هستند. اما تفاوت هایی را هم دارا می باشند. این تفاوتها در مبانی و منابع در زمینه تشکیل قراردادها، سبک متفاوت تصمیمات قضایی، تجزیه و تحلیل های دکترینی و تفاوت در تفسیر قراردادها، نقض قرارداد و جبران خسارت و ... است. در کامن لا تقسیم بندی های حقوقی به نحوی است که تقسیم حقوق به عرف و انصاف، در رأس آنها قرار دارد. از سوی دیگر نظام حقوقی رومن-ژرمنی، کهنترین و گسترده ترین نظام حقوقی جهان است و مهمترین ویژگی آن نقش عمده قانون و تدوین قوانین در آن است.

اصل مهم و مسلط در این نظام حقوقی اشتیاق به انسجام و عقلانیت است که در کشورهای پیرو این سنت و نظام حقوقی مشهود است. سیستم حقوقی کامن لا رای محور است و این موضوع ویژگی بارز این نظام حقوقی است. آنچه در این نوع نظام حقوقی اهمیت دارد، سوابق قضایی است. یعنی نظام حقوقی کامن لا، سیستم حقوقی مبتنی بر سوابق است. به عبارت دیگر رای فعلی از رای قبلی و رای قبلی از رای ماقبل خودش تبعیت می کند. به این ترتیب نظام حقوقی کامن لا به هر حال به شدت تحت تاثیر مبانی عرفی است. اما در نظام حقوقی رومن-ژرمنی مبدا سیستم حقوقی رومن-ژرمن و تشکیل اولیه این نوع سیستم به کد ناپلئون است. مهم ترین منبع حقوق در این نوع

سیستم قانون است. به لحاظ منابع حقوقی، میان این دو نظام حقوقی تفاوت اساسی وجود دارد. مهم ترین منبع در نظام حقوقی رومن-ژرمن رای نیست، بلکه مهم ترین منبع حقوقی، قانون است و قانون هم عبارت است از مصوبات نمایندگان مردم در مجلس. یعنی از نظر نظام حقوقی رومن-ژرمن، قضات حقوق ساز نیستند، بلکه مجری حقوق هستند. در حالی که از نظر سیستم حقوقی کامن لا، قضات حقوق ساز هستند و در واقع حقوق کامن لا، یک نوع حقوق قضایی است، حقوق ساخته و پرداخته دستگاه قضاست، در حالی که از نظر نظام حقوقی رومن-ژرمن، دستگاه قضایی مجری قانون است و خالق حقوق نیست. در این سیستم قضات توانایی تفسیر حقوقی قانون را دارند، اما نمی توانند ابداع کننده حقوق جدید باشند.

حقوق سازی ویژه مجلس است. کامن لا ساخته دست قضات است که وظیفه داشتند دعای خاصی را حل و فصل کنند. قواعدی که هدف آن ارائه راه حل دعوی است. این حقوق در انگلستان رشد و تکامل یافته و با توجه به ریشه آن، وابسته به قدرت سلطنتی است. علم حقوق رم، که مبتنی بر حقوق مدنی است، در ایجاد و گسترش کامن لا که حقوق عمومی ناشی از آیین دادرسی است، نقش بسیار محدود داشته است. یکی دیگر از مهم ترین تفاوت های میان این دو سیستم حقوقی، بحث مربوط به تفکیک قواست. از نظر رومن-ژرمن، حقوق سازی وظیفه قوه مقننه است. اما از نظر نظام حقوقی کامن لا، زمانی که اساسا مجلسی وجود نداشته است، حقوق ساخته و پرداخته آرای قضایی بوده است. در حال حاضر هم هر چند که کامن لا دارای قوای قانون گذاری است، اما قانون گذاری ویژه مجلس قانون گذاری نیست. یعنی دادگاه ها هم می توانند حقوق سازی داشته باشند. نقش دکترین در نظام حقوقی رومن-ژرمن بیشتر از نظام حقوقی کامن لا است. علت این موضوع این است که در نظام حقوقی رومن-ژرمن قوانین ابهام و اجمال دارند و به طور کلی نیاز به تفسیر دارند، در حالی که در نظام حقوقی کامن لا تفسیر نقش چندانی ندارد و مبتنی بر تبعیت از سوابق قضایی است و رای فعلی از رای قبلی تبعیت می کند.



8 (1) , 2023

دوره ۸، شماره ۱

تابستان ۱۴۰۲

دوفصلنامه پژوهشی

مهندسی و مدیریت ساخت

دکتر پروین توضیح می‌دهد: شاید بتوان گفت که از لحاظ تئوری‌ها و نظریات و مکاتب حقوقی به خصوص در مباحث مربوط به حقوق خصوصی، نظام حقوقی کامن‌لا نسبت به نظام حقوقی نظام حقوقی رومن-ژرمن غنی‌تر است و در واقع آن شدت احتیاجی که نظام حقوقی رومن-ژرمن به تفسیر، تبیین و توضیح دارد، نظام حقوقی کامن‌لا ندارد، زیرا در این نظام حقوقی باید از سوابق قضایی تبعیت شود، نه این که تفسیر شود. مگر اینکه قاضی خواهان صدور رای جدیدی باشد که در این رای جدید قاضی می‌تواند از استدلالات جدید استفاده کند. ولی به طور کلی باید از آرای قضایی تبعیت شود و جایی برای تفسیر و تغییر و چندگانگی در برداشت از حقوق وجود نخواهد داشت. عناصر تشکیل دهنده قرارداد در این دو نظام حقوقی متفاوت هستند. در نظام حقوقی کامن‌لا، علاوه بر ایجاب و قبول، باید عوض متناسب یا عواید قانونی وجود داشته باشد و قرارداد نباید حاوی مفادی باشد که قرارداد معتبر دیگری که یکی از طرفین قبلاً به آن ورود یافته‌اند را نقض کند.

وجود عوض، حداقل تشریفاتی است که برای اعتبار دهی و لازم الاجرا شدن یک تعهد استفاده می‌شود. و بار قابلیت اجرایی قانونی به توافق می‌بخشد. علاوه بر سه عنصر ایجاب و قبول و عوض، قصد ایجاد رابطه قانونی و مشخص بودن شرایط توافق و کامل بودن مفاد قرارداد نیز الزامی است. ولی در نظام حقوقی رومن-ژرمنی، همه آنچه باید در شکل گیری قرارداد لحاظ شود، اراده طرفین است. و اصول کلی حاکم بر تشکیل قراردادهای، منعکس کننده حاکمیت اراده است. در نتیجه توافق طرفین به انعقاد قرارداد، ناشی از اعمال آزادی اراده محسوب می‌شود. عناصر خاص قرارداد، علاوه بر رضایت طرفین، وجود اهلیت و وجود یک هدف مشخص بعنوان موضوع، و همچنین سبب قانونی قرارداد ضرورت دارد و فقدان هر یک بعنوان دلیلی برای فسخ قرارداد یا جبران خسارت محسوب خواهد شد. سبب در رومن-ژرمنی به منزله دلیل تعیین کننده و یا انگیزه قرارداد، یک عنصر لازم برای وجود قرارداد است و به معنی هدفی است که طرفین به هنگام ورود به قرارداد در ذهن داشته‌اند. سبب در این نظام حقوقی و عوض در نظام حقوقی کامن‌لا به عنوان یکی از عناصر تشکیل قرارداد، دارای مفهوم متفاوتی هستند و برای مقاصد متفاوتی طراحی شده‌اند. علت یا سبب در همه انواع اعمال قانونی بکار می‌رود در حالی که عوض، فقط برای قراردادهای دو جانبه منظور شده است. در کامن‌لا، بار اثبات وجود یک عوض برای اجرای تعهد، بر عهده متعهد یا مدعی است در حالیکه در فقه رومن-ژرمنی، وجود یک علت یا سبب، همیشه مفروض است و بر عهده مدعی یا مدیون است که عدم وجود آن را باید اثبات کند.

تعیین تکلیف در مورد تعیین قانون حاکم بر قرارداد بسیار مهم است زیرا در واقع زمانی که طرفین وارد قراردادی می‌شوند که با بیش از یک کشور ارتباط دارد، لزوماً این سؤال طرح می‌شود که کدام قانون بر قرارداد حاکم است. بدیهی است که پاسخ به این سؤال برای محاکم

یا دادگاه داوری جهت حل و فصل اختلاف ضروری است. اما طرفین قرارداد نیز باید آگاه باشند که چه مجموعه قواعدی بر تعهدات آنها حاکم است تا بتوانند تعهدات خود را به طور مطلوب اجرا نمایند و تعیین این قانون حاکم، محدودیت‌ها و مسؤولیت‌های هر یک از طرفین قرارداد را روشن می‌سازد. با توجه به اوصاف فوق، مشاهده می‌شود که در دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومن-ژرمنی، تفاوت‌های بی شماری در مباحث مربوط به قراردادها ناظر بر تشکیل قرارداد و قواعد حاکم بر آن وجود دارد. در حوزه روابط تجاری بین المللی و قراردادهای مربوط به آن، مشکلات جدی زمانی پیش می‌آیند که انعقاد قراردادها بدون توجه به این تفاوتها رقم می‌خورد. امروزه مبنای حقوق بین الملل خصوصی قراردادهای آن است که طرفین در انتخاب قانون حاکم آزاد هستند. با وجود این تحولات حاکمیت اراده در قوانین تمامی کشورهای دنیا راه پیدا نکرده است و رویه‌های مختلفی را برای تعیین قانون حاکم بر قراردادها در عرصه تجارت بین الملل در پیش گرفته‌اند.

۵- تعارض منافع

نویسندگان هیچ گونه تضاد منافی ندارند.

۶- سهم نویسندگان

نویسندگان به صورت مساوی در نگارش مقاله نقش داشته‌اند.

۷- حمایت مالی

این تحقیق از هیچگونه حمایت مالی‌ای برخوردار نبوده است.

۸- مراجع

- [۱] صفایی، سیدحسین و دیگران. ۱۳۸۴. حقوق بیع بین المللی. انتشارات دانشگاه تهران. چاپ اول.
- [۲] دهخدا، علی اکبر. ۱۳۷۷. لغت نامه دهخدا، ج ۵، ص ۷۸۹۱. چاپ دوم، نشر دانشگاه تهران.
- [۳] کاتوزیان، ناصر. ۱۳۹۰. مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار.
- [4] Hermida, Julian. 2004. Convergence of Civil Law and Common Law Contracts in the Space Field, Hong Kong Law Journal, vol. 34 Part2.
- [۵] فرهنگ حقوق معاصر ج. ۱. تهران: فرهنگ معاصر. ۱۳۹۷.
- [۶] رنه داوید، ژورف‌اسپینوزی، کامی. ۱۳۸۷. درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. انتشارات میزان.
- [۷] دیوید بارکر، کولین پدفیلد، ۱۳۹۹. "حقوق به زبان ساده". انتشارات میزان.



8 (1), 2023

دوره ۸، شماره ۱

تابستان ۱۴۰۲

دوفصلنامه پژوهشی



COPYRIGHTS

©2023 by the authors. Published by **Journal of Engineering & Construction Management (JECM)**. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)