

حاکمیت اراده بر قراردادهای بین المللی خصوصی

محمدجواد شریعت باقری¹

(تاریخ دریافت: 1391/02/05 - تاریخ تصویب: 1391/04/14)

چکیده:

با وجود اینکه حقوقدانان و نظام های شناخته شده حقوقی، قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی را قانون حاکمیت اراده می دانند، عام ترین قاعده حقوق ایران، یعنی ماده 968 قانون مدنی، که مبنای اصلی تعیین قانون حاکم بر قرارداد است و بیش از 77 سال از عمر آن می گذرد، «تعهدات ناشی از عقود» را، تابع «قانون محل وقوع عقد» می داند؛ امری که در سکوت رویه قضایی، استادان حقوق را به 3 گروه تقسیم کرده است: گروهی که با تکیه بر تحقیقات حقوق بین الملل خصوصی حکومت قانون محل وقوع عقد بر قرارداد را نپذیرفته اند و گروهی دیگر که ظاهراً در حکم ماده 968 مشکلی نیافته اند و به «قضا»ی قانونگذار تن داده اند و سر انجام گروهی که حکم قانونگذار را - که از میان گزینه های مختلف، بهترین آنها را برگزیده است - بسیار پسندیده اند.

اما آنچه که در این میان نیاز به کندوکاو بیشتر دارد این است که قانون حاکمیت اراده دقیقاً به چه معناست و چرا نظام های گوناگون حقوقی، قانون حاکم بر قرارداد را، قانون حاکمیت اراده می دانند؟ و نهایت اینکه آیا تعیین قانون حاکم بر قرارداد، گزینه ای از میان گزینه ها و انتخابی از میان انتخاب هاست که به «دست توانا»ی قانونگذار یا قاضی، گزینش و برگزیده می شود یا قانونگذار نیز باید حکم خود را با اقتضائات اصول و مبانی علم حقوق همراه و همساز نماید؟

هدف اصلی مقاله حاضر، نشان دادن این نکته است که تعیین قانون حاکم بر قرارداد، گزینه ای از میان گزینه های گوناگون - یعنی قانون محل انعقاد، قانون محل اجرا و قوانین

1- استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

دیگر- نیست بلکه تنها یک قانون- یعنی قانون حاکمیت اراده- است که باید بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی حکومت نماید. در نهایت تلاش شده است تا در فقدان رویه قضایی، ضمن ارائه تفسیری «اصول» گرایانه از ماده 968، بر ضرورت «اصلاح» آن نیز تأکید شود.

واژگان کلیدی: قانون حاکم بر قرارداد، قانون حاکمیت اراده، قانون قابل اجرا بر قرارداد، قانون مورد تراضی طرفین، تعارض قوانین در قراردادهای بین‌المللی، قانون محل وقوع عقد، ماده 968 قانون مدنی.

مقدمه:

مسئله «قانون حاکم بر قرارداد» همچنان از مهم‌ترین مباحث تعارض قوانین و حقوق بین‌الملل خصوصی است. اولین سؤال مبحث «قانون حاکم بر قرارداد» این است که اختلاف بین طرفین یک «قرارداد بین‌المللی خصوصی» مطابق با چه قانونی باید حل شود؟ پاسخ نظام‌های گوناگون حقوقی این است که قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی، قانونی است که طرفین تعیین کرده‌اند (الماسی، 1383، ص 336). بنابراین، «قانون مقرر دادگاه»، «قانون محل وقوع عقد» و هیچ قانون دیگری نباید، علی‌رغم اراده طرفین، بر قرارداد تحمیل شود. اهمیت اراده تا آنجاست که حتی درغیاب اراده صریح (Volonté expresse) طرفین، باید اراده ضمنی (Volonté implicite) آن‌ها را جستجو کرد؛ یعنی باید کشف اراده، به قاضی سپرده شود تا با توسل به قرائن و امارات، به یافتن آن بپردازد. مثلاً هرگاه طرفین، دادگاه کشور معینی را صلاحیت‌دار دانسته‌اند می‌توان بر آن بود که می‌خواسته‌اند قانون آن کشور بر قرارداد حاکم شود و البته هرگاه قاضی نتواند به اراده صریح یا اراده ضمنی طرفین دست بیابد، قانونگذار باید قاعده‌ای که تکمیل‌کننده اراده‌های احتمالی طرفین است، در اختیار قاضی قرار دهد. هر چند که در وضع آن قاعده تکمیلی نیز باید معیار اراده را از یاد نبرد و قاعده خود را بر اساس اراده فرضی (Volonté

(hypothétique) بنا نهد نه اینکه بنا به مصلحت های دیگر یا «به ذوق و سلیقه خود» قاعده ای وضع و معرفی نماید. مثلاً می تواند مقرر کند که در صورت عدم احراز اراده طرفین، قانون محل وقوع عقد حکومت خواهد کرد (برای ملاحظه رویکرد برخی از کشورها ر.ک به: نیکبخت، 1384، ص24). زیرا این یک فرض معقول می تواند باشد که طرفین خواسته باشند قانون محل وقوع عقد بر قراردادشان حاکم باشد. بنابراین، آنچه که می تواند بحث انگیز باشد شعاع جستجو برای یافتن اراده است و آلا اصل حکومت اراده بر قرارداد به هیچ روی قابل تردید نیست ولی تحولات جدیدتر حقوق بین الملل خصوصی قراردادها، تحت تأثیر مفاهیم حقوق کامن لا، محدوده جستجوی اراده را در فرض عدم احراز اراده متوقف کرده و بر آن است که در جایی که اراده به دست نمی آید باید قانون کشوری که قرارداد بیشترین ارتباط با آن را دارد اجرا شود (Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit international privé, 9eme édition, Montchrestien, 2007, no 712). کنوانسیون رم 1980 در بند 1 ماده 4 همین راه حل را برگزیده است.

با وجود این، گاهی چنین تصویر می شود که گویا مسأله «قانون حاکم بر قرارداد»، نه یک «اختیار طرفین»، که یک «انتخاب قانونگذار» است. یعنی قانونگذاران مختارند تا به هر نحو مصلحت می دانند از میان «گزینه های موجود» یکی را انتخاب کنند («قواعد تعارض هر سیستم حقوقی مبنا و توجیه خاص خود را دارند. بعضی از سیستمها غیر منعطف و سخت هستند و مبنای قواعد قانونی خود را اصل حاکمیت دولتها می بینند و قواعدی نظیر قاعده قانون محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد یا قاعده قانون کشور متبوع طرفین قرارداد را بر می گزینند و بعضی از سیستم های حقوقی انعطاف پذیرند و برای آزادی یا حاکمیت اراده طرفین قرارداد ارزش بیشتری قائل هستند» (نیکبخت، 1384، ص8). گزینه ها هم معمولاً اینهاست: «قانون محل انعقاد قرارداد»، «قانون دولت متبوع طرفین»، «قانون اقامتگاه مشترک طرفین»، «قانون محل اجرای تعهد» یا «قانون مورد تراضی طرفین» و قانونگذار ما - در ماده 968 قانون مدنی - گزینه اول را «انتخاب» نموده است.

اما حقیقت این است که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، اختیار قانونگذار نیست تا هرگونه که بخواهد یا مصلحت بداند قانون حاکم بر قرارداد تعیین کند، بلکه تعیین قانون حاکم، حق و انتخاب طرفین قرارداد است و قانونگذار باید این حق را بشناسد و آثار قانونی بر آن بار کند.

در صفحات آینده پس از اشاره به گزینه‌هایی که برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطرح شده‌اند، تلاش خواهد شد تا نشان داده شود که تنها گزینه قابل قبول (اگر اصطلاح گزینه بی معنا نباشد)، همان است که از آن به قانون «حاکمیت اراده» یا «استقلال اراده» یا «قانون مورد تراضی طرفین» تعبیر می‌شود. سپس ضمن بیان مفاد و محتوای ماده 968 قانون مدنی، به شروع و تفاسیر حقوقدانان اشاره می‌کنیم و چنین نتیجه خواهیم گرفت که با ماده 968 نمی‌توان از مبانی حقوق قراردادها دست شست و تا تغییر و اصلاح آن، باید در محدوده اصل آزادی قراردادها تفسیر و اجرا شود.

بدین ترتیب گفتار اول را به مسأله انتخاب قانون حاکم از منظر قواعد حقوقی اختصاص می‌دهیم. آنگاه مقررات حقوق ایران را در این زمینه ارزیابی خواهیم کرد.

گفتار اول - اقتضای قانون حاکم بر قرارداد:

«گزینه‌ها»، یا به تعبیر برخی حقوقدانان، «ضابطه‌های» (شهیدی، 1385، ص 294) گوناگونی برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطرح شده است. مهم‌ترین این «ضابطه‌ها» معمولاً چنین بر شمرده شده‌اند: 1- قانون محل انعقاد قرارداد، 2- قانون محل اجرای قرارداد، 3- قانون دولت متبوع طرفین، 4- قانون اقامتگاه طرفین، 5- قانون محل وقوع مال موضوع قرارداد، 6- قانون نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد، 7- قانون مقر دادگاه و البته 8- قانون حاکمیت اراده.¹

1- برای ملاحظه فهرستی از این موارد، نک: الماسی، بهار 1383، ص 339.

اما مسأله این است که آیا هریک از این ضابطه ها واقعاً یک «گزینه» اند؟ یعنی قانونگذاران هر یک از کشورها می توانند به اتکای دلایلی که دارند یکی از این ضابطه ها را «برگزینند»؟ مثلاً یک قانونگذار بگوید که چون محل انعقاد قرارداد با قرارداد «رابطه طبیعی غیر قابل انکاری» دارد، قرارداد باید تابع قانون محل انعقاد باشد؟ و قانونگذار دیگری بگوید چون قانون محل اجرای قرارداد است که باید اجازه و امکان اجرای قرارداد را بدهد و با قرارداد از در تنازع در نیاید، پس قانون حاکم بر قرارداد باید «قانون محل اجرا» باشد؟ و قانونگذار دیگری که برای تراضی و توافق طرفین، اهمیت و اعتبار قائل است، قانون حاکم بر قرارداد را قانون مورد تراضی طرفین بدانند؟¹

توجه دقیق به مسأله نشان می دهد که اساساً چنین برداشتی از قانون حاکم بر قرارداد نادرست است. در واقع هیچ یک از مواردی که به عنوان «ضابطه های تعیین قانون حاکم بر قرارداد» مطرح شده اند تاب مقاومت در برابر قانون مورد تراضی طرفین را ندارند. زیرا قانون مورد تراضی طرفین در حقیقت گزینه ای از میان گزینه های فوق نیست بلکه تنها ضابطه صحیح و تنها گزینه قابل رجوع است. به همین دلیل است که اکنون هیچ یک از نظامهای حقوقی شناخته شده تردید ندارند که قانون حاکمیت اراده تنها قانون حاکم بر قرارداد است.

1- مبنای قانون حاکمیت اراده:

مبنای قانون حاکمیت اراده² این است که همانگونه که اصل قرارداد با اراده طرفین «یجاد» می شود، محتوای آن نیز با اراده طرفین تعیین می گردد. اساساً انعقاد، انجام و

1- برخی حقوقدانان «اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد را ناشی از یک ضرورت نظم داخلی و بین المللی و نتیجه ارتباط منطقی قرارداد با قانون محل وقوع آن» می دانند (شهیدی، 1377، ص 26).

2 - گفته می شود ریشه اولیه اصل حاکمیت اراده به نظریات امانوئل کانت باز می گردد که در کتاب «نظریه حقوق» چنین گفته بود که: «هیچ کس را نمی توان تحت حاکمیت قانونی - جز آنچه خود او خواسته است - قرار داد». نوشته اند که Foelix اصطلاح autonomie (استقلال اراده) را - با الهام از کانت - وارد ادبیات حقوق بین الملل

سرانجام قرارداد در گرو اراده های طرفین آن است. بنابراین آنچه که باید مورد بحث قرار گیرد حکومت اراده بر قرارداد نیست بلکه محدودیت ها و استثنای حاکمیت اراده است. با وجود این، مسأله حاکمیت اراده در نظام حقوقی ایران، چه در قانون و چه در آراء و نظرات حقوقدانان با ابهامات و مشکلاتی مواجه است که توضیح مبانی حاکمیت اراده را ضروری می نماید:

قراردادهای حقوق خصوصی، توافق هایی هستند که در حوزه حقوق خصوصی ایجاد می شوند و صرف نظر از اینکه حوزه حقوق خصوصی اصولاً «منطقه آزاد» سایر حقوقها است، قراردادها در این «منطقه آزاد اصولی»، باز از وضعیت ویژه تری برخوردارند. بدین معنی که قانونگذار در این منطقه بجای طرفین نمی نشیند بلکه فقط در فقدان توافق طرفین، قواعد حقوقی برای تکمیل اراده های آنها وضع می کند بنابراین هرگاه آنها مثلاً در مورد شرایط و نحوه اجرای قرارداد و تعهدات آن به ترتیبی که مایل بوده اند توافق کرده اند، قرارداد مطابق همان توافق ها به انجام می رسد. اگر طرفین در عقد بیع توافق کرده اند که ثمن معامله یک سال پس از قرارداد مسترد شود، ثمن به همین ترتیب مسترد خواهد شد. یا اگر توافق کرده اند که مبیع 6 ماه یا 2 سال یا 10 سال پس از قرارداد تسلیم شود باید به همین ترتیب عمل شود، یا اگر تراضی کرده اند که به جای خیار مجلس، اختیار دیگری برای فسخ قرارداد داشته باشند باز باید به همین ترتیب عمل شود. این توافق ها در واقع

خصوصی کرد. پس از او، لوران (Laurent) حقوقدانان بلژیکی، در قرن گذشته از اصل آزادی طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد به «استقلال طرفین» (autonomie des parties) تعبیر نمود. یعنی طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر آن استقلال و اختیار دارند. حقوقدانان دیگری (Weiss et Surville) بعداً اصطلاح «استقلال اراده» (autonomie de la volonté) را به کار بردند که از آن به اختصار به «قانون استقلال» (loi d'autonomie) یاد می کنند.

Innocent Fetze Kamdem, L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, Les Cahiers de droit, vol. 40, n° 3, 1999, p. 645-663,
<http://www.erudit.org/revue/cd/1999/v40/n3/043564ar.pdf>. Document téléchargé le 3 juin 2012.

«قانون» هایی است که طرفین بر قرارداد خود حاکم می کنند و قانونگذار اصولاً نمی تواند بگوید که چرا چنین توافق شده است و یا این توافق به این دلیل که مثلاً خریدار باید بلافاصله ثمن معامله را تأدیه نماید، باطل است، یا مبیع حتماً باید بلافاصله تسلیم شود و یا اختیار فسخ معامله فقط در همان مجلس امکان پذیر است. قانونگذار -در آنچه که مربوط به قراردادهاست- «اصولاً» می تواند قواعد و مقررات تکمیلی وضع نماید؛ یعنی مقرراتی که در صورت سکوت یا عدم توافق طرفین، قاضی باید آنها را اجرا نماید. مثلاً می تواند مقرر کند که هرگاه طرفین در مورد زمان تأدیه ثمن توافقی نکرده باشند، خریدار باید بلافاصله ثمن را مسترد نماید. یعنی در غیاب توافق طرفین، قانون مقرر دادگاه باید راه حل جایگزین ارائه نماید. اما در صورت توافق طرفین، جایی برای وضع قاعده دیگر وجود ندارد. تعیین قانون حاکم بر قرارداد، در واقع چیزی جز این نیست که طرفین به جای اینکه خود، یک یک قواعد حاکم بر قرارداد را انشا نمایند، قانونی را که مطابق با خواسته های خود می دانند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می کنند. هرگاه طرفین بخواهند که خیار مجلس در قرارداد وجود نداشته باشد، می توانند قانون کشور الف را که در آن خیار مجلس وجود ندارد به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود تعیین کنند. در نتیجه، هرگاه طرفین، در قرارداد خود تصریح کنند که «قانون حاکم بر این قرارداد، قانون کشور الف است» مثل آن است که در قرارداد نوشته باشند که «در این قرارداد، خیار مجلس برای طرفین وجود ندارد». بنابراین تعیین قانون حاکم بر قرارداد چیزی جز تعیین مقررات حاکم بر قرارداد، اعم از ایجاد و آثار و شروط، نیست.¹ بر این مبنا طرفین حتی می توانند قانون یک

1- دیوان عالی کشور فرانسه 5 دسامبر 1910 در رأی American Trading Co. چنین گفته است: «قانون حاکم بر قراردادها، چه در مورد تشکیل قرارداد و چه در مورد آثار و شرایط آن ها، قانونی است که طرفین تعیین کرده اند». Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 9eme édition, 2007, p. 523, no 692.

کشور را بر همه قرارداد یا فقط بر بخشی از قرارداد حاکم کنند.¹ قاعده حاکمیت اراده فقط مربوط به شرایط قرارداد و تعهدات ناشی از آن نیست بلکه وجود و اعتبار قرارداد نیز باید تابع قانونی باشد که طرفین بر آن حاکم می‌کنند.

خلاصه اینکه، متناقض خواهد بود که قانونگذار با قبول اینکه ایجاد و استمرار قراردادهای حقوق خصوصی تابع اراده‌های متوافق طرفین است، از قبول حکومت اراده بر قرارداد سرباز بزند و مقرر نماید که قرارداد تابع مقررات مورد تراضی طرفین نیست و مثلاً تابع قانون محل انعقاد یا محل اجرا یا هر جای دیگر است.

بدین ترتیب، مسأله توافق طرفین، گزینه‌ای از میان گزینه‌های مختلف نیست تا قانونگذار هر کشوری به ذوق یا سلیقه خود و بر اساس معیارها یا مصلحت‌های مختلف، این یا آن گزینه را انتخاب کند. گزینه‌های مختلف، از قبیل قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون محل اجرا زمانی می‌توانند پا به میدان بگذارند که طرفین در مورد قانون حاکم بر قرارداد توافقی نکرده‌اند و قانونگذار ناچار به وضع قاعده‌ای است تا فرض جایگزین را روشن کند. حتی در اینجا نیز قانونگذار باید از این نقطه آغاز نماید که در فقدان توافق صریح طرفین، توافق ضمنی آنان چیست؟ آیا این جستجو باید مورد به مورد به قاضی سپرده شود؟ یا باید اماره کلی بر چنین اراده‌ای پیدا کرد؟ در این مرحله است که این احتمال می‌تواند مطرح شود که محل وقوع عقد جایی است که در اراده مضر طرفین مستقر بوده است. در اینجا نیز نهایتاً قانون اراده است که اعمال خواهد شد.

خلاصه اینکه، اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، گزینه‌ای از میان سایر گزینه‌ها نیست که قانونگذار آن را انتخاب کند یا نکند و مثلاً قانون محل وقوع عقد یا قانون محل اجرا یا نظایر اینها را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد بشناسد. هیچکدام از این

1- این فرض تجزیه قرارداد (dépeçage) است که در ماده 1-3 کنوانسیون رم و ماده 2-2 پیش نویس «اصول لاهه در مورد انتخاب قانون در قراردادهای تجاری بین‌المللی» نیز مورد شناسایی قرار گرفته است.

«ضابطه های تعیین قانون حاکم بر قرارداد» تاب مقاومت در برابر «قانون استقلال اراده» را ندارند.

از این مقدمات چنین نتیجه گرفته می شود که در قراردادهای حقوق خصوصی، اصولاً صرف نظر از استثنای قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه اصولاً طرفین باید بتوانند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند. ماده 10 قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند نافذ می داند به همین معناست، یعنی اراده طرفین بر قرارداد حکومت دارد و اینکه قرارداد نباید «مخالف صریح قانون» باشد معنایی جز این نمی تواند داشته باشد که قرارداد نباید مخالف «قواعد آمره» باشد. زیرا بدیهی است که قرارداد می تواند مخالف قوانین تکمیلی باشد. (نک: امامی، 1362، ص 48) قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر این نکته تأکید کرده است که «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» یعنی قراردادهایی که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیستند معتبر هستند. در ادامه نوشتار در مورد استثنای قاعده حاکمیت اراده و مفهوم قواعد آمره سخن خواهیم گفت.

نهایت اینکه اعتبار حاکمیت اراده، ناشی از اعتبار توافق است نه ناشی از اجازه قانونگذار. درست است که قانونگذار باید حاکمیت اراده را معتبر بشناسد تا اراده قابل ترتیب اثر باشد، اما در عین حال قانونگذار «باید» حاکمیت اراده را معتبر بشناسد؛ زیرا اعتبار اراده از ذات و ماهیت توافق سرچشمه می گیرد و اجازه قانونگذار، «تنفیذ» توافق اراده نیست، بلکه «شناسایی» لوازم ذاتی آن است.

کنوانسیون رم 1980 در مورد «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»¹ (برای ملاحظه مقاله به زبان فارسی در مورد مقررات این کنوانسیون، نک: لاگارد، 1375، ص 297) که بی تردید

1- کنوانسیون رم 1980 که از سال 1991 لازم الاجرا شده بود اکنون جای خود را به «مقررات رم 1» داده است. کشورهای اروپایی مقررات کنوانسیون رم را با اندک تغییراتی به عنوان «مقررات رم 1» تعریف کرده اند تا بجای

مهم‌ترین کنوانسیون بین‌المللی در این زمینه است و برای تهیه و تدوین آن 10 سال تلاش شده، با تأکید بر اصل آزادی اراده طرفین (ماده 3-1) در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، به آنها اجازه می‌دهد تا در وضعیت‌های تعارض قوانین (ماده 1-1)، قانون هر کشوری را که مایلند بر قرارداد حاکم کنند. انستیتوی حقوق بین‌الملل نیز اصل حاکمیت اراده را «یکی از اصول مبنایی حقوق بین‌الملل خصوصی»¹ معرفی می‌کند (L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, Institut (de Droit international).

2- گستره حاکمیت اراده:

با قبول اینکه حاکمیت اراده، ستون و استوانه اصلی قرارداد است باید پرسید که گستره حاکمیت اراده تا کجاست؟ آیا حاکمیت اراده فقط تعهدات ناشی از قرارداد را در بر می‌گیرد یا انعقاد و اعتبار قرارداد نیز تابع قانون حاکمیت اراده است؟ این مسأله آسان‌تر درک می‌شود که شروط و تعهدات قرارداد تابع توافق طرفین باشد. یعنی قواعد و مقررات قانونی مربوط به شروط و تعهدات اصولاً در زمره قوانین تکمیلی محسوب می‌شوند و طرفین اصولاً می‌توانند در این خصوص هرگونه که مایلند توافق کنند. اما باید توجه کرد که اراده بر اصل قرارداد نیز حاکمیت دارد. تنها مسأله اهلیت است که تابع قانون دولت متبوع شخص تلقی می‌شود. اما مسأله رضایت طرفین و سایر شرایط صحت قرارداد، مطابق قانونی باید ارزیابی شود که طرفین بر قرارداد حاکم کرده‌اند.

کنوانسیون به مقررات لازم‌الاجرا تری در جامعه اروپایی تبدیل شود. به همین دلیل کنوانسیون رم از تاریخ 17 دسامبر 2009 قابلیت اجرایی خود را از دست داده و «مقررات رم 1» جایگزین آن شده است.

(Gutmann, op. cit, p.225).

1 - L'un des principes de base du droit international privé.

اما اینکه ماده 968 قانون مدنی و قوانین و معاهدات بین المللی، حکم خود را معطوف به «تعهدات ناشی از عقود» نموده اند به دلیل مخالفت با حکومت اراده بر اصل قرارداد نیست. زیرا اولاً «تعهدات ناشی از عقود» از مفاهیم حقوق آلمان به سایر کشورهای اروپایی و از آنجا به دیگر کشورها راه یافته و ثانیاً متون اخیر بین المللی، به ویژه کارهای اخیر کنفرانس لاهه، «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی» را به «قانون حاکم بر قرارداد» تغییر داده اند. یعنی فقط بر تعهدات ناشی از عقود، ممکن است قانون دیگری - بجز قانون ایران - حاکم شود. در این زمینه بعدها در بحث از مقررات حقوق ایران، سخن خواهیم گفت.

3- نقد حاکمیت مطلق اراده:

اواخر قرن نوزدهم میلادی، دوران استیلای نظریه حاکمیت مطلق اراده در اروپاست؛ نظریه ای که پایه های آن در حقوق مدنی پی ریزی شد و از آنجا به حقوق بین الملل خصوصی راه یافت (Mayer & Heuzé, precit., p. 526, no 696). بر اساس این نظریه، تنها اراده های طرفین می تواند خالق تعهدات بین آنها باشد و به این دلیل نیز طرفین می توانند قانون هیچ دولتی را بر قرارداد حاکم نکنند (Ibid).

اما نظریه حاکمیت مطلق اراده با انتقادات چندی مواجه شده است:

اول اینکه وجود هر تعهدی، موکول به قانونی است که از آن تعهد حمایت می کند و اراده، زمانی می تواند منشاء تعهدات باشد که قانونی آن تعهدات را ایجاد کند. بدین ترتیب، قبول اینکه اراده طرفین به تنهایی بتواند تعهدات الزام آور تولید کند با اشکال «دور منطقی» مواجه خواهد شد.

دوم آنکه این اشخاصند که تابع قانون هستند نه اینکه قانون تابع اشخاص باشد. بنابراین، هر چند قابل قبول است که طرفین قرارداد بتوانند بین مقررات تکمیلی قوانین مختلف، آنچه را که می خواهند انتخاب کنند، اما در همه قوانین، مقررات امری وجود

دارد که طرفین نمی‌توانند خود را از حکومت آنها رها کنند. نتیجه اینکه اگر ویژگی امری قوانین، متکی به توافق طرفین شود، اساس حقوق و قانون منتفی خواهد شد (Ibid, p. 697). به اشکال اول چنین پاسخ داده اند که اگر توافق طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، معتبر تلقی می‌شود، به این خاطر است که قاعده حل تعارض قوانین آن را معتبر می‌شناسد. بنابراین، منشاء اعتبار حاکمیت اراده، قانون خواهد بود.

اما پاسخ به اشکال دوم سخت‌تر است. زیرا هنگامی که طرفین بتوانند قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند، خواهند توانست از مقررات امری سایر قوانین خود را رها سازند، در حالی که برخی از این قوانین ممکن است با قرارداد پیوندی قوی‌تر از قانون انتخابی داشته باشند. این در حالی است که «جوهره مقررات امری، همین است که طرفین نتوانند بر خلاف آنها توافق کنند» (Ibid, no 699). راه حلی که برخی حقوقدانان (Kark Neumayer به نقل از Mayer, Ibid) برای برون رفت از این اشکال مطرح کرده‌اند و نزد برخی دیگر مقبول افتاده است (Ibid)، تفکیک بین «مقررات آمره عادی» و «مقررات آمره بین‌المللی» است. به نظر این حقوقدانان، مثلاً بطلان قرارداد به علت عدم مشروعیت جهت معامله یا معین نبودن موضوع معامله، فقط در «نظام حقوقی داخلی» باید آمره تلقی شود. زیرا قانونگذار با این مقررات خواسته است تا طرفین قرارداد داخلی را در مقابل ضعف‌های اراده‌های آنها مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، آمره بودن اینگونه مقررات «داخلی» را نباید به قراردادهای بین‌المللی گسترش داد. برعکس، مقررات «آمره بین‌المللی» که در حقوق فرانسه از آنها به «قوانین نظم» (lois de police) یاد می‌کنند، در هر حال لازم‌الاجراست. مثلاً مقررات مربوط به تعیین میزان اجاره‌بهای برخی اماکن و ساختمان‌ها در هر حال نسبت به آن اماکن باید اجرا شود هر چند اصولاً قانون خارجی بر آن قرارداد حاکم باشد (Ibid).

به علاوه، این اشکال نیز مطرح شده است که هرگاه اراده برتر از قانون دانسته شود، اصل «سلسله مراتب بین‌هنجارها» مخدوش خواهد شد. اما به این اشکال می‌توان چنین

پاسخ گفت که برتری اراده اولاً به موجب قانون است و ثانیاً برتری اراده به مصادیق مرتبط است و نه به مفاهیم.¹ همچنین گفته شده است که تفوق حاکمیت اراده، به اصل انصاف آسیب می رساند. زیرا طرف قوی تر در قرارداد می تواند اراده اش را بر طرف ضعیف تحمیل نماید. این اشکال البته قابل توجه است و طرفداران حاکمیت مطلق اراده را به قبول استثناهایی واداشته است.

4- قرارداد بین المللی و قرارداد داخلی:

تعیین قانون حاکم بر قرارداد از مسائل حقوق بین الملل خصوصی است و در حقوق داخلی سخنی از آن به میان نمی آید. دلیل این امر آن است که در حقوق داخلی تعارض بین قوانین مطرح نیست تا بخواهیم قانون حاکم بر قرارداد تعیین کنیم. اساساً دلیل تفکیک بین قرارداد داخلی و قرارداد بین المللی نیز همین است که قراردادی که در آن عنصر خارجی وجود داشته باشد، به دلیل حضور عنصر خارجی، در قلمرو تعارض قوانین قرار می گیرد و از این پنجره است که مسأله قانون حاکم بر قرارداد مطرح می شود. یعنی، قراردادی که همه عناصر تشکیل دهنده آن به قلمرو یک دولت مربوط است اساساً در معرض تعارض قوانین نیست تا قانون حاکم بر آن تعیین شود. بر چنین قراردادی یک قانون - که همان قانون کشور ذیربط است - حاکم خواهد بود.

اما از سوی دیگر، مسأله این است که اصل حاکمیت اراده، ویژه قراردادهای بین المللی نیست بلکه قراردادهای داخلی نیز از قانون حاکمیت اراده تبعیت می کنند و بنابراین طرفین قرارداد داخلی نیز باید بتوانند قانون حاکم بر قرارداد خود را تعیین کنند.

1- گاه قانونگذار، افراد را به الزام به انعقاد قرارداد امر می کند. مثلاً هرکس می خواهد رانندگی کند باید قرارداد بیمه منعقد نماید. اما باید توجه داشت که این امر در سایر قراردادها نیز صادق است: مثلاً هرکس بخواهد صاحب خانه ای شود یا از ملکی بهره برداری کند باید قرارداد بیع یا اجاره منعقد کند. این الزام مطلق نیست و در واقع مقید به این است که کسی تحقق امری را طلب می کند و آن امر با عقد محقق می شود.

5- تعارض «حاکمیت اراده» و «قاعده حل تعارض قوانین»:

مشکل از آنجا آغاز می‌شود که اصل حاکمیت اراده، تفاوتی میان قرارداد داخلی و قرارداد غیرداخلی نمی‌گذارد. یعنی وقتی که ما می‌پذیریم که قرارداد، مخلوق اراده طرفین و در اختیار آنهاست، دیگر فرقی ندارد که داخلی یا بین‌المللی باشد. بنابراین، طرفین یک قرارداد داخلی نیز باید بتوانند هرگونه که می‌خواهند قرارداد را بسازند و شرایط آن را تعیین کنند. تعیین قانون حاکم بر قرارداد نیز چیزی جز پیش‌بینی مقررات حاکم بر قرارداد نیست. حال چه فرقی می‌کند که آن مقررات را طرفین از خود ساخته باشند یا از قانون کشوری مطلع بوده‌اند و از آن الهام گرفته‌اند یا اینکه همه آنچه مورد نظر آنهاست عیناً در قانون یک کشور خارجی یافت می‌شود¹ و مآلاً به جای آن که تک‌تک آن مقررات را در قرارداد بیاورند، در یک جمله آن قانون خارجی را قابل اعمال بدانند و مثلاً بگویند که «قانون کشور ایران بر این قرارداد حاکم است». این قراردادها چرا از این اختیار و از این قاعده مستثنی شوند؟ یعنی چه دلیلی وجود دارد که قراردادهای داخلی از شمول اصل حاکمیت اراده خارج شود؟

کسانی که با تعیین قانون حاکم بر قرارداد داخلی مخالفند، به این دلیل تمسک می‌جویند که قاعده حل تعارض قوانین در «وضعیت تعارض قوانین» باید اعمال شود؛ در حالی که قرارداد داخلی در وضعیت تعارض قوانین نیست و در نتیجه جایی برای اعمال قاعده حل تعارض قوانین نیست.

اما درست است که قرارداد داخلی در معرض تعارض قوانین نیست اما اصل حاکمیت اراده اقتضای دیگری دارد. اصل حاکمیت اراده به تعارض قوانین ارتباطی ندارد. اصل

1 - به همین دلیل است که بین قانون حاکم (loi applicable) و حقوق حاکم (droit applicable) تمایز وجود دارد. قانون حاکم در جایی به کار برده می‌شود که قانون کشور معینی در نظر گرفته شود ولی حقوق حاکم، عام‌تر است و همه مقرراتی را که می‌تواند بر قرارداد حکومت کند شامل می‌شود.

حاکمیت اراده، خود به تنهایی فرمان می دهد که طرفین می توانند شرایط حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند خواه این قرارداد داخلی و خواه بین المللی باشد.

اما مسأله این است که قانونگذاران به مسأله «قانون حاکم» از منظر تعارض قوانین نگریسته اند. یعنی اصلاً مسأله قانون حاکم را از پنجره و زاویه تعارض قوانین و برای حل تعارض بین قوانین مطرح کرده اند. بنابراین طبیعی است که «قانون حاکم» در وضعیت تعارض قوانین باید مطرح و اعمال شود. به همین دلیل است که دادگاههای فرانسه که نزدیک به یک قرن است قانون حاکم بر قرارداد را قانون مورد تراضی طرفین می دانند، تا پذیرش کنوانسیون رم 1980 از این نظر حمایت می کردند که مسأله انتخاب قانون حاکم بر قرارداد - که یک مسأله حقوق بین الملل خصوصی است - زمانی معنی دارد که قاضی در معرض مسأله تعارض قوانین باشد؛ یعنی قرارداد علاوه بر کشور قاضی، با کشور یا کشورهای دیگری رابطه و علقه ای داشته باشد که قوانین آن کشور یا کشورها بتوانند بر قرارداد، حاکم شوند. بنابراین در مورد قراردادهای داخلی که قاضی اساساً در معرض تعارض قوانین نیست موجهی برای اجرای قانون خارجی نیست تا اجازه داده شود که قانون مورد تراضی طرفین یا هر قانون دیگری بر قرارداد حاکم شود.

بدین ترتیب، مسأله ما، مسأله تعارض بین دو اصل است: از یک سو اصل لزوم اعمال حاکمیت اراده بر همه قراردادها و از دیگر سو، اصل عدم جواز اعمال قاعده حل تعارض بر قراردادهای داخلی. اما تعارض بین این دو اصل را چگونه باید حل کرد؟

شاید نزدیک ترین راه و منطقی ترین طریق این باشد که بگوئیم هرگاه طرفین یک قرارداد داخلی، قانون خارجی را بر قرارداد حاکم نمایند این امر به معنای آن است که در قرارداد عنصر خارجی وارد کرده اند و همین عنصر خارجی کافی است تا قرارداد را در وضعیت تعارض قوانین قرار دهد. به بیان دیگر، عنصر خارجی در قرارداد، فقط تابعیت طرفین یا اقامتگاه آنها یا محل وقوع عقد و نظایر اینها نیست بلکه صرف تعیین قانون

خارجی نیز عنصر خارجی است که قرارداد را در وضعیت تعارض قوانین قرار می دهد. با وجود این، تبیین مسأله نیازمند توضیحات بیشتری است.

6- تعیین قانون حاکم در قرارداد داخلی:

با توجه به مطالب پیش گفته، قراردادی که همه عناصر تشکیل دهنده آن داخلی است، اما طرفین، قانون خارجی را به عنوان قانون حاکم بر آن تعیین نموده اند 3 گونه می تواند تحلیل شود:

6-1- بی اثر بودن تعیین قانون حاکم در قراردادهای داخلی:

تعیین قانون خارجی برای حکومت بر قرارداد داخلی بی اعتبار و بلا اثر است. در چنین فرضی قاضی مطابق قواعد ماهوی مقرر دادگاه - و نه قانون خارجی - عمل خواهد کرد. این نظریه بر همان مبناست که قانون داخلی اساساً در معرض تعارض قوانین نیست و انتخاب قانون خارجی، ماهیت قرارداد را عوض نخواهد کرد. به عبارت دیگر، قرارداد ابتدا باید در وضعیت تعارض قوانین باشد سپس قانون خارجی بر آن حاکم شود.

پیش نویس اصول لاهه در مورد انتخاب قانون قرارداد های تجاری بین المللی همین راه حل را انتخاب کرده زیرا تصریح می کند که انتخاب قانون حاکم، عنصر خارجی تلقی نمی شود.¹

6-2- تبدیل قرارداد داخلی به قرارداد بین المللی:

تعیین قانون خارجی برای حکومت بر قرارداد داخلی، قرارداد داخلی را به قرارداد بین المللی تبدیل می کند. زیرا عنصر خارجی در یک قرارداد فقط محل انعقاد آن یا

1 - Article 1-2: " For the purposes of these Principles, (i) a contract is international unless the parties have their places of business in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State; (ii)....", Final Draft of the "Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Report of the Third Working Group Meeting (28-30 June 2011). At: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49.

تابعیت یا اقامتگاه طرفین یا محل اجرای تعهد یا... نیست. بلکه انتخاب قانون خارجی نیز می تواند از عناصر خارجی قرارداد محسوب شود. بنابراین تعیین قانون خارجی، قرارداد داخلی را از حوزه حکومت محض قوانین داخلی به حوزه تعارض قوانین می برد و حوزه تعارض قوانین جایی است که اجازه اجرای قانون خارجی داده می شود.

به نظر می رسد که راه حل کنوانسیون رم 1980 (و مقررات رم 1) را موافق با همین نظر می توان تحلیل کرد: «کنوانسیون مربوط به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی» شناخته شده ترین معاهده بین المللی در مورد قانون حاکم بر قراردادهاست که میان کشورهای عضو جامعه اروپایی منعقد شده است.¹ کنوانسیون رم تصریح کرده است که مقررات آن «بر تعهدات قراردادی در وضعیت هایی که انتخاب قانون (تعارض قوانین) وجود دارد حاکم است».² یعنی در وضعیت هایی که همه اجزای یک قرارداد به یک کشور مرتبط است کنوانسیون قابل اجرا نیست. زیرا در چنین فرضی اساساً تعارض قوانین وجود ندارد تا برای

2- کنوانسیون رم حاصل 10 سال کار و بررسی در مورد قانون حاکم بر قراردادهاست و تحت تأثیر مفاهیم حقوق آلمان، به جای قانون حاکم بر قرارداد، عبارت «تعهدات قراردادی» را به کار برده است.

Jacques Foyer, *Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *Journal du droit international*, 3, 1991, p. 604.

از 6 کنوانسیون دیگر که مرتبط با قانون حاکم بر قرارداد هستند یکی از آنها لازم الاجرا نگردیده و 5 تای بقیه نیز به امضا یا تصویب تعداد انگشت شماری از کشورها رسیده است. (نک: لیست www.hcch.net)

1- ماده 1-1 کنوانسیون چنین است:

Article 1-1: The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:N OT.See3> June 2012.

ماده 1-1 مقررات رم 1:

This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters.

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF).

See 3 June 2012.

حل آن قاعده حل تعارض قوانین پیش بینی شود. بدین ترتیب، کنوانسیون رم شامل قراردادهای داخلی نمی شود. اما هرگاه طرفین یک قرارداد داخلی، قانون خارجی را بر قرارداد حاکم نمایند، آن قانون خارجی نباید با قواعد آمره کشوری که همه عناصر تشکیل دهنده قرارداد در آن متمرکز است مغایر باشد:

«هرگاه طرفین یک قرارداد، قانون خارجی را بر قرارداد حاکم نمایند، صرف نظر از اینکه دادگاه خارجی را نیز انتخاب کرده باشند یا نه، و سایر عناصر وضعیت، همگی، در زمان انتخاب قانون حاکم، فقط در یک کشور متمرکز باشد، این انتخاب نمی تواند به مقرراتی که قانون آن کشور اجازه نمی دهد که با قرارداد بتوان از آنها تخلف کرد، و از این پس مقررات آمره نامیده می شوند، آسیب وارد آورد».¹

عبارت «سایر عناصر وضعیت» نشان می دهد که از نظر کنوانسیون رم، «انتخاب قانون حاکم بر قرارداد»، «یکی از عناصر وضعیت» است و نویسندگان کنوانسیون، نه به دلیل ارزش ذاتی اراده طرفین، بلکه به این دلیل که انتخاب قانون خارجی قرارداد داخلی را به قرارداد بین المللی تبدیل می کند، این فرض را در قلمرو تعارض قوانین دانسته اند.²

3-6- نفوذ حاکمیت اراده:

وقتی طرفین قرارداد داخلی، قانون خارجی را بر آن حاکم می کنند فرقی ندارد که حکومت قانون خارجی به این دلیل باشد که قرارداد داخلی به قرارداد بین المللی تبدیل

1- Article 3-3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called "mandatory rules".

2- «به نظر می رسد که کنوانسیون رم 1980 پذیرفته است که انتخاب طرفین می تواند قرارداد را بین المللی کند، هرچند در این مورد نظرمخالف نیز وجود دارد».

Thalia Kruger و Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, Document préliminaire و No 22 B de mars 2007, Hague conference on Private International Law, p. 9, para. 34.

شده است یا نه. آنچه که مهم است این است که مطابق حاکمیت اراده باید قانون خارجی بر قرارداد حاکم شود.

7- استثنای حاکمیت اراده:

هرچند طرفین قرارداد می توانند آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند. اما این بدان معنا نیست که نفوذ اراده تابع هیچ استثنایی نیست. قانون انتخابی، بی تردید نباید مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. همچنین قانون انتخابی نباید مخالف با قوانین آمره دادگاهی باشد که قرار است به این انتخاب ترتیب اثر دهد. به علاوه، هرگاه قانون حاکم، متقالبانه انتخاب شود، قاضی به استناد «نظریه تقلب نسبت به قانون»، چنین انتخابی را نباید بپذیرد.

7-1- مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه:

نظم عمومی و اخلاق حسنه از مفاهیمی است که در نظامهای گوناگون حقوقی به آنها توجه شده است (در مورد نظم عمومی در حقوق اروپایی ر.ک به: Neraudau, 2006, p.791).

هرچند «ارائه یک تعریف دقیق از نظم عمومی غیر ممکن است» (M.-L. Niboyet et al., 2007, p.307) اما تفاوت بین نظم عمومی و اخلاق حسنه را اینگونه تقریر کرده اند که ارتکاب اموری است که «یجاد هیجان و تشنج اجتماعی می نماید، موجب اخلال نظم می گردد» (امامی، 1362، ج 4/4) و به همین دلیل قاضی باید از وقوع چنین وضعیتی جلوگیری کند. و منظور از اخلاق حسنه، اموری است که «افراد جامعه رعایت آن را لازم بدانند و رفتار بر خلاف آن را تقبیح کنند اگر چه به درجه ای نرسد که موجب تهییج احساسات جامعه و افکار عمومی گردد» (همان، ص 48).

اما اگر بخواهیم گامی فراتر برداریم باید بگوییم که قاضی هر کشور حافظ نظم و نظام حقوقی کشور خویش است و باید دائماً تلاش نماید تا از تمامیت و کلیت منظومه ای که قانونگذار در اختیار او نهاده است حفاظت و حراست نماید. بنابراین، هرگاه عنصر یا

عامل داخلی¹ یا خارجی، کلیت نظام حقوقی را به چالش بکشاند، قاضی به استناد مخالفت با نظم عمومی، از دخالت آن عنصر در «نظم حقوقی» جلوگیری می‌کند.²

التهایه به نظر می‌رسد که چنین فرایندی اصولاً باید نماد یا نمودهای عینی از خود نشان دهد و فرایند محض ذهنی و سوپراکتیو نباشد. به عبارتی باید قاضی آثار عینی اخلاق در نظم حقوقی را ملاحظه یا پیش بینی نماید.

خلاصه اینکه هرگاه اجرای قانونی که طرفین اختیار کرده اند نظم عمومی و اخلاق حسنه مقرر دادگاه را مخدوش نماید، قاضی مکلف است قانون مورد تراضی طرفین را به کناری وانهد و در جستجوی قانون جایگزین باشد.

به همین دلایل است که «نظم عمومی و اخلاق حسنه» از مفاهیم مشترک در همه نظامهای حقوقی است و اختصاص به ایران یا فرانسه یا ایتالیا ندارد.³

2-7- مخالفت با قانون آمره:

نفوذ حاکمیت اراده تا آنجاست که با قانون آمره - یعنی قانونی که طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند - مخالف نباشد. برای تشخیص آمره بودن قانون بهترین راه البته آن است که قانونگذار خود روشن نماید که بر خلاف کدام قانون می‌شود یا نمی‌شود توافق کرد؟ مثلاً قانون مدنی در ماده 375 می‌گوید: «بیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه... در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم

1 - دیوان عالی کشور فرانسه اصل عطف به ما سبق نشدن قوانین را از قواعد نظم عمومی دانسته است:

Civ. 3e, 21 janv. 1971; JCP 1971. II. 16776, note Level.

2- ماده 6 قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌کند که «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

1- ماده 6 قانون مدنی فرانسه: «قراردادهای خصوصی نباید مخالف قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد».

معین شده باشد». بدین ترتیب قانونگذار صراحتاً قاعده «تسلیم میباید در محل وقوع بیع» را غیر آمره می داند که بر خلاف آن می توان توافق کرد.¹

در واقع، هرچند بنای حقوق قراردادهای باید بر آن باشد تا آنچه که طرفین قرارداد خصوصی بر آن توافق می کنند لازم الوفا و لازم الأجرأ تلقی شود، اما ملاحظات مربوط به نظم عمومی و همچنین برخی ضرورت های حمایتی، به ویژه ضرورت حمایت از طرف ضعیف، که نمی تواند اراده معادل با طرف قوی اعمال نماید، ایجاب می کند که شعاع حاکمیت اراده در این مرزها متوقف شود. به همین دلیل است که قانونگذاران نفوذ اراده را به مخالفت با قاعده آمره محدود کرده اند. ماده 10 قانون مدنی پس از اعتراف به اصل حاکمیت اراده در قراردادهای، شعاع آن را به «مخالفت صریح با قانون» مقید کرده است.

3-7- تقلب نسبت به قانون:

نظریه تقلب نسبت به قانون از نظریه های عمومی علم حقوق است و مختص حقوق بین الملل خصوصی نیست. مطابق این نظریه، عملی که متقابله انجام شده باطل و فاقد اثر حقوقی است. اهمیت این نظریه در آن است که قاضی زمانی به این نظریه استناد می کند که عمل متقابله (یا آثار آن) با «استناد به قانون» باطل یا قابل ابطال نباشد. زیرا عملی که به استناد قانون، باطل یا قابل ابطال است، «تخلف از قانون» محسوب می شود نه «تقلب نسبت به قانون»؛ به عبارت دیگر هنگامی که برای ابطال عمل، قانون وجود داشته باشد، نوبت به نظریه تقلب نسبت به قانون نمی رسد. مثلاً وقتی قانونگذار، در ماده 218 اصلاحی قانون مدنی معامله به قصد فرار از دین را باطل بدانند، قاضی، معامله به قصد فرار از دین را نه به استناد تقلب نسبت به قانون، بلکه به استناد مخالفت با قانون (یعنی همان ماده 218) باطل خواهد دانست؛ هرچند قانونگذار در وضع ماده 218، قطعاً به نظریه تقلب نسبت به قانون

2- برخی از حقوقدانان تلاش کرده اند تا با استقراء در قانون مدنی تا آنجا که ممکن است قواعدی برای تشخیص امری یا تکمیلی بودن قوانین به دست دهند (کاتوزیان، 1388، ج 1/154 و بعد).

توجه داشته اما قاضی نیازمند آن نیست که به نظریه تقلب استناد جوید زیرا استناد به ماده 218 لازم و کافی است.

به هر حال، هرگاه طرفین قرارداد، با تقلب نسبت به قانون، قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند، همانند هر تقلب دیگری که نسبت به قانون انجام می شود، انتخاب آنان به استناد «نظریه تقلب نسبت به قانون» باطل است.

نباید تصور کرد که چون طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مختارند بنابراین می توانند به هر دلیل و بهانه ای قانون قرارداد را تعیین کنند. زیرا تقلب هر عملی را باطل می کند.¹

از سویی، هرگاه طرفین، برخی عناصر عینی قرارداد را متقلبانه انتخاب کنند، مثلاً چون قانون ایران (ماده 968) قرارداد را تابع قانون محل وقوع می داند، به قصد فرار از قانون ایران، محل وقوع عقد را در خارج قرار دهند، این انتخاب بلا اثر است. اما اگر تعیین کشور خارجی به عنوان کشور محل وقوع قرارداد به قصد تقلب، یعنی فرار از قانون ایران صورت نگرفته باشد، قرارداد -حسب فرض- تابع قانون کشور خارجی است.

8- محدوده انتخاب طرفین (محدودیت های اصل حاکمیت اراده):

صرف نظر از استثنای قطعی اصل حاکمیت اراده، محدودیت هایی نیز برای اعمال حاکمیت اراده مطرح شده است. این محدودیت ها -که البته مورد توافق عمومی نیست- به ویژه شامل دو محدودیت زیر است: یکی اینکه طرفین قانونی را می توانند بر قرارداد حاکم نمایند که با قرارداد ارتباط داشته باشد و دوم اینکه طرفین باید قانون داخلی یکی از دولت ها را انتخاب نمایند. یعنی نمی توانند مقررات و قواعدی را که قانون یک دولت خاص نیست به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کنند.

1 - *Fraus omnia corrumpit: la fraude corrompt tout* .

1-8- تعیین قانون مرتبط با قرارداد:

در ایالات متحده از این ایده حمایت می شود که قانون انتخابی طرفین باید با قرارداد «ارتباط معقول» داشته باشد. بنابراین هرگاه طرفین قرارداد، قانونی را که با قرارداد ارتباط معقول نداشته باشد انتخاب نمایند، دادگاه به این انتخاب ترتیب اثر نخواهد داد.

ماده 1-105 قانون متحدالشکل تجاری (Uniform Commercial Code) کنفرانس لاهه نیز همین را مقرر کرده بود اما این مقرر مورد تجدید نظر قرار گرفت و به موجب ماده 301-1 فقط در مورد قراردادهای داخلی معتبر است. یعنی فقط در قراردادهای داخلی، هرگاه طرفین قانون خارجی بر قرارداد حاکم نمایند، قانون انتخابی باید با قرارداد رابطه منطقی داشته باشد. اما قراردادهای بین المللی از این شرط اطاعت نمی کنند.¹ کنوانسیون 1980 رم نیز در ماده 1-3 مقرر کرده است: «قرارداد تابع قانون مورد توافق طرفین است. این انتخاب باید صریح باشد یا به صورت قطعی از مقررات قرارداد یا اوضاع و احوال بدست آید. طرفین می توانند قانون حاکم بر همه یا فقط بخشی از قراردادشان را انتخاب نمایند». بدین ترتیب از منظر کنوانسیون رم، طرفین می توانند قانونی را که با قرارداد ارتباطی ندارد انتخاب کنند. اما این انتخاب با یک استثناء مواجه است و آن اینکه نباید مخالف مقررات آمره کشوری باشد که همه عناصر قرارداد در آن کشور جا گرفته اند (ماده 3-3).

2-8- تعیین قانون داخلی یک دولت:

طرفین قرارداد می توانند به جای تعیین قانون یک دولت خاص، خود، قواعد مادی وضع کنند. یعنی همه قواعد و احکام ماهوی و مادی مورد نیاز قرارداد را پیش بینی کنند.² مثلاً همه احکام و مقررات اجرای تعهدات و نحوه آنها، فسخ و انفساخ و... را پیش بینی

2- Thalia Kruger و op. cit., p. 11, para. 36.

2- این همان فرضی است که به آن «قرارداد بی قانون» (contrat sans loi) می گویند.

کنند خواه این مقررات را از خود ابداع کرده باشند و خواه از قوانین کشور یا کشور هایی الهام گرفته باشند. هرگاه چنین شود، در واقع طرفین قانونی بر قرارداد حاکم نکرده اند بلکه همه قواعد مورد نیاز قرارداد را پیش بینی و مقرر کرده اند هر چند چنین وضعیتی کمتر اتفاق می افتد و طرفین معمولاً قانون کشور خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می کنند.

ظاهر ماده 1-3 کنوانسیون رم 1980 - که سابقاً به آن اشاره کردیم - چنان است که قانون حاکم بر قرارداد لزوماً باید قانون داخلی یکی از دولتها باشد.

9- سکوت طرفین:

قبول اصل حاکمیت اراده اقتضا می کند که هرگاه طرفین قرارداد در مورد قانون حاکم بر قرارداد سکوت کرده باشند، تلاش شود تا اراده مشترک احتمالی آنها کشف و روشن شود. اما برای کشف اراده مشترک³ راه حل مطرح است. در راه حل اول، قاضی با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال قرارداد تلاش می نماید تا اراده ضمنی طرفین را کشف کند. در این مرحله برای هر قرارداد و هر دعوایی، کشف ویژه اراده در آن دعوی مطرح است. چه بسا ممکن است قاضی در پرونده ای چنین نتیجه بگیرد که اراده ضمنی طرفین آن بوده است که قانون محل انعقاد قرارداد بر قرارداد حاکم شود و در پرونده ای دیگر چنین دریابد که طرفین بر این نظر بوده اند که قانون اقامتگاه مشترک آنها بر قرارداد حاکم شود. دیوان عالی کشور فرانسه در رأی Fourrures Renel در سال 1959 همین راه حل را بر می گزیند: «قانون حاکم بر قرارداد، چه در مورد تشکیل، چه در مورد شرایط و چه در مورد آثار، همان است که طرفین بر آن توافق کرده اند... و در صورت عدم توافق صریح، قضات رسیدگی کننده باید بر اساس ساختار قرارداد و اوضاع و احوال، تعیین کنند که چه قانونی باید بر روابط متعاقدین حاکم باشد». برخی کنوانسیون های بین المللی به ویژه کنوانسیون لاهه 15 ژوئن 1955 در خصوص قانون حاکم بر بیع بین المللی اشیاء منقول

مادی و کنوانسیون لاهه 14 مارس 1978 در مورد قانون حاکم بر قراردادهای واسطه‌گری و نمایندگی راه حل مشابهی اتخاذ کرده‌اند» (Gutmann, 2009, p. 224).

اما راه حل دوم آن است که قانونگذار «اماره انتخاب ضمنی» وضع نماید. بدین ترتیب که این فرض کلی پیش بینی شود که هرگاه طرفین قرارداد در مورد قانون حاکم توافق صریحی ندارند چنین فرض می‌شود که مثلاً خواسته‌اند قانون محل انعقاد قرارداد را حاکم نمایند. این همان حکمی است که لایحه قانون مدنی پیش بینی کرده بود و به شرحی که در گفتار آینده توضیح داده خواهد شد در شور دوم مجلس تغییر کرد. اماره دیگر، انتخاب دادگاه صلاحیت دار از سوی طرفین است یعنی هرگاه طرفین، دادگاه یک کشور به عنوان محکمه صالح تعیین می‌کنند ولی در مورد قانون حاکم بر قرارداد سکوت می‌کند می‌توان پذیرفت که نظر آنان اجرای قانون همان کشور بوده است.

راه حل سوم همان است که کنوانسیون رم 1980 و سپس «مقررات رم 1» در مورد قانون حاکم بر قرارداد می‌پذیرد (کنوانسیون رم از تاریخ 17 دسامبر 2009 جای خود را به «مقررات رم 1» داده است). کنوانسیون رم در صورت سکوت طرفین، قانون کشوری که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، حاکم بر قرارداد می‌داند و بنابراین از جستجوی اراده صرف نظر کرده است. مقررات رم 1، یک قاعده کلی و تعدادی قواعد خاص وضع کرده که آنها نیز اصولاً ناظر به وضعیت عینی قرارداد است (Gutmann, op. cit., n 243).

گفتار دوم - ارزیابی حقوق ایران:

مقرره عام و اصلی حقوق ایران در مورد قانون حاکم بر قرارداد، ماده 968 قانون مدنی است. مطابق این ماده:

«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 قرارداده باشند».

مهم ترین نکات و مسائل مربوط به مقرره فوق چنین است:

1- ماده 968 به جای قاعده حاکمیت اراده، قانون محل وقوع عقد را بر قرارداد حاکم می‌داند.

- 2- بر اساس ماده 968، قاعده حاکمیت اراده فقط در مورد قراردادهای بین اتباع خارجی جریان دارد.
- 3- ماده 968 حکم «قراردادها» یا «عقود» را تعیین نکرده بلکه حکم «تعهدات ناشی از عقود» را بیان کرده است.
- 4- روشن نیست که آیا ماده 968 شامل قراردادهای «داخلی» نیز می شود یا مختص قراردادهای بین المللی و وضعیت تعارض قوانین است.
- 5- آیا می توان قاعده ماده 968 را تکمیلی دانست؟ آیا ماده 968 به قراردادهای منعقد در ایران اختصاص دارد؟
- اکنون ضروری است هر یک از نکات فوق را مورد بررسی قرار دهیم تا راه حل حقوق ایران روشن شود.

1- حاکمیت قانون محل وقوع عقد:

ماده 968 قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقد را تابع قانون محل وقوع عقد دانسته و حاکمیت اراده را -جز در مورد قراردادهای بین اتباع خارجی- نفی می کند. اما این قاعده از کجا آمده است؟ آیا ابداع قانونگذار مدنی است یا همانند سایر قواعد حل تعارض که برگرفته از نظام های حقوقی اروپایی است، از آن کشورها اقتباس شده است؟

یکی از اساتید در این مورد نوشته است که «این ماده که متضمن یکی از قواعد شناخته شده حقوق بین المللی است از حقوق بین الملل خصوصی فرانسه اقتباس شده است، زیرا به موجب یک قاعده قدیمی تعارض قوانین فرانسه، قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر اینکه متعاقدين آن را تابع قانون دیگری قرار داده باشند» (الماسی، 1383، ص 346) اما این نظر مبتنی بر این فرض است که ماده 968 بر قانون حاکمیت اراده دلالت داشته باشد نه بر قانون محل وقوع عقد.

یکی دیگر از اساتید بر آن است که قاعده محل وقوع عقد، «یادگار مکتب ایتالیا در قرون وسطی بوده و از آنجا به مرور به حقوق کشورهای مختلف راه یافته و در حقوق بین الملل خصوصی ایران نیز از راه وضع ماده 968 قانون مدنی منعکس شده است». (سلجوقی، 1380، ص 370). این تحلیل البته مبتنی بر این نظر است که ماده 968، قانون محل وقوع عقد را ملاک می داند¹ و قانونگذار مدنی این قاعده را از مکتب ایتالیایی گرفته است. اما اینکه قاعده محل وقوع عقد (Lex loci contractus) در اصل مربوط به مکتب ایتالیا در قرون وسطی بوده است مورد تردید نیست ولی واقعیت این است که قاعده محل وقوع عقد که در مکتب ایتالیایی قرون وسطی تولد یافته بود، خیلی زود و در زمان «شارحین² متأخر» مکتب ایتالیایی به نفع حاکمیت اراده تضعیف شده بود. بنابراین هرچند این نکته دقیق است که نظامهای حقوقی مغرب زمین در قرون وسطی بر این عقیده بوده اند که قرارداد تابع قانون محل وقوع عقد است، اما، همانگونه که منابع مختلف تصریح می کنند، قاعده محل وقوع عقد، اندک اندک تحت تأثیر مبانی آزادی اراده در قراردادها در حقوق داخلی، جای خود را به نظریه آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد در حقوق بین الملل داده است.

(Mayer & Heuzé, op.cit., no 690). یعنی ابتدا شارحین متأخر، اصل آزادی اراده را مطرح کرده اند. بدین ترتیب که در مقابل این سؤال که چرا محل قرارداد باید به عنوان جهت ربط در نظر گرفته شود، چنین می گفتند که وجود این محل نشان می دهد که «طرفین به طور ضمنی به اجرای قانون آن محل رضایت داشته اند» و این نشانه ای است که آن را «نخستین گام در پیمودن راهی دانسته اند که سرانجام به پذیرفتن قاعده آزادی اراده

1- برخی از حقوقدانان نیز بر دلالت ماده 968 بر قانون محل وقوع عقد تردید نکرده اند. زیرا «از ملاک ماده 968 بر می آید که تعهد ناشی از ایقاع و وقایع حقوقی و ضمان قهری نیز تابع قانون حاکم بر وقوع آن است». (کاتوزیان، 1386، ص 574 و همان، 1388، ص 376).

2- شارحین کسانی بودند که در قرون وسطی به شرح و تفسیر حقوق رم و حقوق مذهبی می پرداختند.

در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای منتهی گردید» (سلجوقی، 1385، ج 36/2). سپس اصل آزادی اراده توسط «دومولن» در مورد روابط مالی بین زوجین، که حاکم بودن قانون اقامتگاه مشترک را به اراده ضمنی آنان مربوط می‌دانسته، در قرن 16 میلادی ترویج شده و از آن پس اندک اندک به عنوان قاعده حاکم بر قرارداد شناخته شده است (Loussouarn & Bourel, 1988, P. 262).

نهایتاً، دادگاههای انگلستان از سال 1760 و دادگاههای فرانسه از سال 1910، مستمراً بر مبنای اصل آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد حکم داده اند. (Mayer, & Heuzé, op. cit., no 690)

به حکایت سوابق موجود، متن اولیه ماده 968 که در تاریخ 1313/8/23 به عنوان ماده 13 از جلد دوم قانون مدنی تقدیم مجلس شده چنین بوده است: «تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قراردادده باشند» (نائینی، 1386، ص 57). همین متن در مذاکرات شور اول (1313/10/12) بدون هیچ بحثی تصویب می‌شود.

اما اینکه این متن چگونه دچار دگرگونی شده، مطالعه مذاکرات انجام شده نشان می‌دهد که در شور دوم، برخی نمایندگان نگران قراردادهایی بوده اند که اتباع ایرانی با روسها منعقد می‌کرده اند و حل اختلافات مربوط به آنها را به محاکم تاشکند می‌سپرده اند.¹ هرچند وزیر وقت توضیح می‌دهد که مسأله تعیین دادگاه صلاحیت دار غیر از مسأله قانون صلاحیتدار است اما نهایتاً پذیرفته می‌شود که اختیار تعیین قانون حاکم از ایرانی‌ها گرفته

1- «آقای افسر اظهار داشتند در خراسان و جاهای دیگر کسانی که با اتباع روس معامله می‌کنند اغلب در قرارداد ذکر می‌کنند اگر اختلافی حاصل شد به محکمه استیناف تاشکند مراجعه و در آنجا حل شود و یا به حکمیت روس‌ها تصفیه گردد این تحمل را روسها به ایرانی‌ها می‌کنند و اغلب ایرانی‌ها هم گول خورده قبول می‌نمایند. حالا چاره‌ای نیست جز آنکه از معاملات که در ایران به این ترتیب می‌شود باید جلوگیری کرد» (نائینی، پیشین، ص 204).

شود.¹ بدین ترتیب، «کمیسیون پارلمانی عدلیه منتخبه از مجلس» قبول می کند که قسمت آخر ماده 968 به این شکل تغییر کند: «مگر اینکه متعاقبین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» (همان، ص 205).

پس از آن، موضوع در شور دوم مطرح می شود. مذاکرات شور دوم حاکی از آن است که مذاکره کنندگان اساساً توجهی به مسأله حاکمیت اراده در قرارداد نداشته اند و احتمالاً مسأله قانون حاکم بر قرارداد را با مسأله قانون حاکم بر احوال شخصیه شبیه سازی کرده اند؛ یعنی شاید چنین تصور کرده اند که همان گونه که احوال شخصیه بیگانگان تابع قانون دولت متبوع آنها قرار داده شده، می توانیم قراردادهای بین اتباع خارجه را نیز به اختیار خودشان بگذاریم تا آنها قانون حاکم بر قرارداد را که احتمالاً قانون دولت متبوع خودشان هم هست، تعیین کنند بدین ترتیب، اتباع ایرانی که در ایران قرارداد منعقد می کنند تابع قانون ایران می شوند و اتباع بیگانه هم می توانند تابع دولت متبوع خودشان باشند. این شبیه سازی قانون حاکم بر قرارداد با قانون حاکم بر احوال شخصیه هر چند در مذاکرات وجود ندارد اما بعید نیست که بر ذهن مذاکره کنندگان مسلط بوده است.

آقای کاشف که پیشنهاد دهنده افزودن عبارت اتباع خارجه است چنین می گوید:

«در شور دوم قسمت [عبارت] اتباع خارجه را اضافه کرده اند. بنده هم در این قسمت [مورد] پیشنهادی داده بودم که تا اندازه ای رفع آن اشکالاتی که در شور اول داشت کرده» (همان، ص 459).

سپس مخبر کمیسیون عدلیه (آقای موید احمدی) در این مورد چنین می گوید:

1- «آقای وزیر توضیح دادند، ... اساساً ایرانی ها عادت می دارند که در وقت معامله هر شرطی را قبول می کنند و بعد ممکن است از زیر بار آن شانه خالی و به قول عوام جر بزنند و یا متوسل به دولت می شوند همین فکرها آن روز اول برای آنها هست من موافقم در اینکه ایرانی ها فکرشان ناقص است و باید اخلاق آنها را تغییر داد... حالا به هر حال ممکن است اینجا قید شود (مگر آنکه متعاقبین غیر ایرانی باشند)» (همان، ص 205).

«در قسمت اول، آقای کاشف در شور اول یک پیشنهادی کرده بودند و تقریباً این پیشنهادشان طرف توجه شد و ماده اینطور نوشته شده چون ماده در شور اول به طور عموم بود و در اینجا محدود شده است که در صورتی که متعاقدین هر دو اتباع خارجه باشند می توانند این کار را بکنند...» (همان، ص 457).

اظهارات فوق چنین می نمایاند که مذاکره کنندگان گویا متوجه اشتباهی شده اند که در شور اول وجود داشته و آن عام بودن نگارش ماده 968 بوده است. یعنی همه قراردادها، چه اتباع ایرانی و چه اتباع خارجی را شامل می شده و همه را تابع قانون حاکمیت اراده قرار می داده در حالی که نباید چنین می شده است؛ بلکه لابد اتباع خارجه هستند که باید بتوانند قراردادشان را تابع قانون دولت متبوع خود قرار دهند و این امر در مورد ایرانیان مصداق ندارد، ایرانیان در ایران قرارداد می نویسند و قراردادشان طبعاً باید مطابق قوانین ایران باشد. بنابراین، هم اشکال روشن است و هم راه حل آن روشن است. اکنون مسأله این است که حالا که ما قبول می کنیم اتباع خارجی قانون خودشان را بر قرارداد حاکم کنند، آیا این را نباید موکول به معامله متقابل بکنیم؟ همانطور که مثلاً در مورد احوال شخصیه نیز این مسأله مطرح است که اگر احوال شخصیه بیگانگان را تابع قانون دولت متبوع آنها قرار می دهیم آیا آن را موکول به معامله متقابل بکنیم یا نه؟

به همین دلیل است که آقای کاشف در ادامه اظهارات قبلی خود چنین گفته است:

«بنده خواستم توضیحی از طرف آقای وزیر عدلیه داده شود که این حقی را که ما در اینجا در واقع برای اتباع خارجه قائل می شویم، این حق در صورتی است که سایرین هم مقابله به مثل کنند و در این قسمت این حق را به ایرانی ها دهند. مثلاً اگر دو نفر اتباع ایران در یک مملکتی که اتباع آنها در اینجا این حق را دارند، آنها هم حایز این حق باشند اشکالی ندارد. مثل اینکه تذکر بدهند اسناد و عقودی که ما بین دو نفر اتباع ایرانی در خارجه درست می شود آنها هم حق دارند اشاره کنند به قانون مملکت خودشان (همان، ص 495).

این توضیحات بیانگر آن است که اعتبار بخشیدن به توافق طرفین از منظر شناسایی نوعی «حق» برای اتباع خارجی دیده شده است نه از منظر مسأله حاکمیت اراده بر قرارداد. نهایتاً، مسأله این بوده است که آیا ما مجازیم حقی به اتباع خارجه بدهیم در حالی که دولت متبوع آنها آن حق را به اتباع ما ندهد؟ پیشنهاد نماینده مجلس این است که اگر می خواهیم این حق را به اتباع خارجی بدهیم، شرط عمل متقابل باید کنیم. ملاحظه می شود که نماینده مزبور مسأله را از زاویه اعطای حق می بیند یعنی مسأله این است که چرا حقی را که به اتباع خارجه می دهیم، کشور های خارجی (دولت متبوع همان اتباع خارجه) به ایرانیان ندهند؟ این وضعیت نشان می دهد که از منظر نماینده، تعیین قانون حاکم بر قرارداد اساساً حقی نیست که در مورد اتباع ایرانی مطرح باشد بلکه حقی است که ممکن است به اتباع خارجه داده شود یا داده نشود.

مؤید این استنباط، توضیحی است که «وزیر عدلیه» بعد از اظهارات نماینده مذکور ارائه کرده است. وی در این مورد چنین می گوید:

«آن قسمت که پیشنهاد کرده اند اصلاح شد. به این ترتیب که متعاقدين اگر اتباع خارجه باشند و در مملکت ایران بخواهند عقدی را بين خودشان ببندند یا تعهدی و قراردادی بکنند، می توانند تابع قوانین مملکت خودشان قرار بدهند و این شامل ایرانی نخواهد بود و از این جهت این قید شده است که متعاقدين باید ایرانی نباشند. یکنفرشان هم ایرانی باشد نمی توانند این کار را بکنند» (همان، ص 496).

اینکه اتباع خارجه می توانند قراردادشان را «تابع قوانین مملکت خودشان» قرار بدهند، شبیه سازی «قانون حاکم بر قرارداد» با «قانون حاکم بر احوال شخصیه» را به ذهن می آورد. همچنین تأکید بر اینکه اگر «یک نفرشان هم ایرانی باشد نمی تواند این کار را بکنند» احتمالاً ناشی از همین ذهنیت بوده است که تصویب کنندگان ماده 968، در این بحث به مبانی مربوط به حاکمیت اراده توجه نداشته اند و الا می بایست به قواعد شناخته شده ای

مثل اصل آزادی قراردادهای حقوق خصوصی که در ماده 10 قانون مدنی آورده اند یا آزادی شرط (المومنون عند شروطهم...) و امثال اینها توسل می جستند. اما یکی از حقوقدانان تفسیر جالب توجهی از موضوع ارائه داده است و آن اینکه از مذاکرات نمایندگان چنین به دست می آید که غرض از وضع ماده 968، قانونگذاری در مورد قراردادهای منعقد در ایران و بین اتباع خارجی بوده است که قانونگذار در مورد این قراردادها، حکم به حاکمیت اراده می کند. می ماند قراردادهایی که در خارج منعقد می شوند، این قراردادها، خواه بین اتباع ایرانی باشند خواه خارجی یا ایرانی و خارجی، حکمی در این ماده ندارند و در نتیجه تابع قاعده کلی اصل آزادی اراده در قراردادها می شوند. در نتیجه فقط قراردادهای منعقد در ایران و بین اتباع ایرانی در شمول آزادی اراده قرار نمی گیرند (سلجوقی، 1385، ص 416).

این استنتاج، هر چند ماده 968 را به اصل حاکمیت اراده نزدیک می کند اما اولاً برای اختصاص ماده به قرارداد های منعقد در ایران دلیلی وجود ندارد. ثانیاً حکم قرارداد های منعقد در ایران بین اتباع ایرانی و خارجی روشن نیست.¹

2- حاکمیت اراده در مورد قراردادهای بین اتباع خارجه:

نتیجه ای که از افزودن قید اتباع خارجه به ماده 968 حاصل شده این است که هرگاه طرفین قرارداد تبعه خارجه باشند و قرارداد خود را صریحاً یا ضمناً تابع قانونی که می خواهند قرار دهند این توافق مجاز و لازم الاجرا است. اما اگر اتباع ایرانی در قراردادشان، قانون حاکم تعیین کنند غیر مجاز و باطل خواهد بود. بر این امر از دو سو ایراد وارد است: از یک سو همان طور که گفته اند قانونگذار تبعیض ناروایی بین اتباع ایرانی و اتباع خارجی قائل می شود؛ چرا باید اتباع خارجی بتوانند قانون مورد نظر خود را بر قرارداد حاکم کنند ولی اتباع ایرانی از چنین حقی محروم باشند؟ از سوی دیگر، چرا دو ایرانی که

1 - انتقادات دیگری نیز بر این استنباط مطرح شده است. نک: نیکبخت، 1379، ص 132.

در خارج قراردادی را منعقد می کنند و می خواهند قانون ایران را بر قرارداد حاکم کنند از حق انتخاب قانون ایران محروم باشند؟

3- قانون حاکم بر وجود و اعتبار قرارداد:

ماده 968 قانون مدنی تکلیف «اصل عقد» را روشن نکرده است. یعنی مسأله این است که اگر طرفین در مورد وجود و اعتبار عقد اختلاف کنند، وجود یا اعتبار عقد مطابق با چه قانونی باید ارزیابی شود؟ آنچه که در ماده 968 مورد تصریح قرار گرفته «تعهدات ناشی از عقود» است و این عبارت و صراحت شامل خود عقد نمی شود.

در مذاکرات تدوین ماده 968 نیز بحثی در مورد شمول یا عدم شمول حکم ماده نسبت به خود عقود مطرح یا ثبت نشده است. تنها در شور اول مذاکرات، جمله مبهمی از وزیر عدلیه ثبت شده است که ممکن است به معنای آن باشد که اصل عقد در محاکم ایران تابع قانون ایران است.¹

برخی حقوقدانان بر این نظرند که سکوت قانونگذار در مورد اصل عقد را «می توان چنین تعبیر کرد که وی شمول قاعده را نسبت به خود عقد بدیهی و بیان آن را زائد می دانسته زیرا هنگامی که تعهد ناشی از عقد در آن تابع قانون محل وقوع عقد دانسته شده، به قیاس اولویت، باید خود عقد را هم تابع قانون آن محل دانست» (سلجوقی، 1385، ج 411/2). آقای دکتر کاتوزیان نیز در جایی نوشته اند که «ماده 968 ناظر به آثار عقد است، ولی طبیعی است که شرایط انعقاد و نفوذ قرارداد نیز تابع قانون محلی است که در آنجا واقع می شود» (کاتوزیان، 1388، ص 376). و در جای دیگری گفته اند

1 - آقای وزیر در ابتدای بحث توضیح می دهد که «اگر در فرانسه بین دو نفر معامله ای واقع شود که به یک نهج باطل و به یک نهج صحیح باشد آن معامله باطل است از حیث حکم، مگر آنکه قرار بگذارند که مطابق قانون ایران اختلاف رفع و حکم شود». مشروح مذاکرات قانون مدنی، پیشین، صفحه 112.

که باید «انتخاب قانون به منظور حکومت بر آثار عقد باشد نه شرایط صحت آن» (کاتوزیان، 1386، ص 574).

تردید وجود ندارد که از میان شرایط صحت قرارداد¹، مطابق قوانین ایران، اهلیت طرفین تابع قانون دولت متبوع آنهاست.² اما در مورد سایر شرایط، از آنجا که عبارت «تعهدات ناشی از عقود» شامل آن شرایط نمی شود باید به قاعده اصلی یعنی حاکمیت اراده مراجعه کرد. زیرا نه الزام و استلزامی وجود دارد که قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد با قانون حاکم بر اصل عقد یکی باشد و نه مانعی موجود است که بر اصل عقد یک قانون و بر تعهدات ناشی از آن قانون دیگری حکومت نماید.

ممکن است گفته شود که اصل عقد باید تابع قانون ایران (مقر دادگاه) باشد. زیرا اولاً در فقدان قاعده حل تعارض، قانون مقر دادگاه اجرا می شود. ثانیاً اصل عقد اساساً باید تابع قانون ایران باشد زیرا قانونگذار الفاظ عقود را در معنای صحیح آنها به کار برده است یعنی قانونگذار آن بیع را که صحیح می داند، بیع می گوید و بیعی را که صحیح نمی داند «بیع باطل» یا «بیع فاسد» توصیف می کند. افزون بر این، اساساً عقد صحیحی باید وجود داشته باشد تا قانونگذار، آثار آن یعنی تعهدات ناشی از آن را تابع فلان قانون خارجی بداند یا نداند و عقد صحیح آن است که از نظر قانونگذار ما صحیح باشد.³ نتیجه اینکه اصل عقد، یعنی صحت و اعتبار قرارداد اساساً تابع قانون ایران خواهد بود.

اما باید توجه داشت که «عقد بودن عقد» غیر از صحت و بطلان آن است. قاضی در واقع باید سه مرحله مختلف را از هم جدا کند: ابتدا باید روشن کند که آیا عمل حقوقی مورد نزاع، قرارداد است یا نه. این همان چیزی است که در حقوق بین الملل خصوصی به

1 ماده 190 قانون مدنی: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: 1- قصد طرفین و رضای آنها 2- اهلیت طرفین 3- موضوع معین که مورد معامله باشد. 4- مشروعیت جهت معامله».

2 ماده 962 قانون مدنی: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود...».

3- علمای اصول این بحث را در مورد الفاظ عبادات و معاملات مطرح کرده اند. نک: محمدرضا مظفر، اصول الفقه، المجلد الأول، ص 37.

آن «توصیف» می گویند. پس از آن باید ببیند که قرارداد، باطل یا صحیح است و بعد از آن است که مسأله تعهدات ناشی از عقد مطرح می شود.

4- قراردادهای داخلی:

قرارداد داخلی آن است که همه عناصر تشکیل دهنده آن به یک کشور مربوط است. مثلاً هرگاه بین دو ایرانی مقیم و ساکن ایران، در مورد مالی که در ایران واقع است، قرارداد بیعی در ایران منعقد شود، این قرارداد یک قرارداد داخلی است. اما همین قرارداد، هرگاه در خارج از ایران منعقد شده باشد یا یکی از طرفین خارجی باشد یا محل اجرای تعهد در خارج از ایران باشد و در یک کلام هر گاه در این قرارداد، «عنصر خارجی» یافت شود، به قرارداد بین المللی تبدیل می شود. بین المللی شدن قرارداد، به معنای آن است که علاوه بر قانون مقر دادگاه، قانون یا قوانین دیگری نیز در مورد آن، قاعده وضع کرده اند زیرا وجود عنصر خارجی، «پیوند» و «علقه» ای بین قرارداد و قانون کشور خارجی ایجاد می کند. مثلاً قانون ایران با قرارداد بین دو ایرانی که در خارج از ایران منعقد شده باشد، به این دلیل که بین اتباع ایرانی منعقد شده است، پیوند دارد. اما روشن است که قانون کشور محل انعقاد نیز با این قرارداد پیوند دارد.

اکنون باید پرسید که آیا قراردادی که همه عناصر تشکیل دهنده آن داخلی است یعنی قانون هیچ کشور دیگری علقه و پیوندی با آن ندارد، می تواند تابع قانون خارجی شود؟ پاسخ این سؤال باید منفی باشد. زیرا قراردادی که هیچ قانون خارجی با آن پیوندی ندارد تابع کدام قانون خارجی می تواند باشد؟ این پاسخی است که به طور سنتی به آن پرسش داده شده است. (از جمله نک: ایرانپور، 1381، ص 16)

1 - علقه به معنی ارتباط و رابطه است که می تواند برگردان Interest در زبان انگلیسی و intérêt در زبان فرانسه و علاقه در زبان عربی باشد. اما علاقه، که در برخی از کتاب ها آمده، در فارسی به معنای دوست داشتن است و به مطلق ارتباط و رابطه، در زبان فارسی علاقه گفته نمی شود.

اما مسأله در همین جا پایان نمی پذیرد. زیرا باید توجه کرد که اگر قرارداد داخلی، در قلمرو تعارض قوانین وارد نمی شود، اما قاعده حاکمیت اراده بی نیاز از وضعیت تعارض قوانین است. یعنی قاعده حاکمیت اراده، کاری به وجود یا عدم تعارض قوانین ندارد. چه تعارض قوانین باشد و چه نباشد، قاعده حاکمیت اراده بر قراردادها باید اعمال شود.

اکنون این مسأله باید مطرح شود که ماده 968 قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می داند بی آنکه تصریح کند که آیا منظور از «عقود»، فقط عقود بین المللی است یا عقود داخلی را نیز شامل می شود؟ یعنی آیا حکم ماده مختص قراردادهایی است که در آن ها عنصر خارجی یافت می شود یا قرارداد داخلی که همه عناصر تشکیل دهنده آن مربوط به یک دولت است نیز در شمول ماده قرار می گیرد؟

از یک سو، از آنجا که یک قرارداد داخلی، اساساً در معرض تعارض قوانین قرار ندارد تا ضرورت داشته باشد برای آن قاعده حل تعارض قوانین وضع شود، باید چنین نتیجه گرفت که ماده 968 - که یک «قاعده حل تعارض قوانین»- است، نباید در قراردادهای داخلی به کار گرفته شود. این همان نظری است که دیوان عالی کشور فرانسه در رأی 19 ژانویه 1976 داده و گفته بود که برای اینکه طرفین بتوانند قانون حاکم بر قرارداد تعیین کنند باید حتماً قرارداد، قرارداد بین المللی باشد.

اما از سوی دیگر، هر چند که قاعده حل تعارض قوانین برای اعمال در وضعیت های تعارض قوانین است و از این نظر منطقی نیست که قاضی قاعده حل تعارض قوانین بر قرارداد داخلی اعمال نماید، ولی آیا طرفین قرارداد داخلی، نمی توانند به تجویز اصل استقلال اراده، قانون خارجی بر قرارداد حاکم نمایند؟

مسأله در واقع نهایتاً به تعارض اصل حاکمیت اراده و اعمال قاعده حل تعارض قوانین باز می گردد: از یک سو، قاعده حل تعارض قوانین فقط مربوط به وضعیت های تعارض قوانین است و شامل قرارداد داخلی نمی شود و از سوی دیگر اصل حاکمیت اراده اقتضا می کند که طرفین یک قرارداد داخلی نیز بتوانند مقررات و قواعد مورد قبول خود را -جز

آنچه که از قواعد آمره محسوب می شود- بر قرارداد حاکم نمایند. نتیجه اینکه، ماده 968 قانون مدنی بر قراردادهای داخلی حاکم نیست اما اصل حاکمیت و استقلال اراده بر قراردادها حاکم است و طرفین می توانند هر قانونی را که می پسندند بر قرارداد حاکم کنند. در این صورت، ترتیب اثر دادن به انتخاب قانون خارجی، اجرای قاعده حل تعارض نیست بلکه اجرای قاعده آزادی اراده در قراردادهاست. اما بدیهی است که این آزادی اراده تا آنجا امتداد می یابد که قانونگذار آزادی اراده را نفی نکرده باشد هر چند قانونگذار «اصل» آزادی اراده را نمی تواند نفی نماید. بدین ترتیب، هر چند آزادی اراده در نهایت ناشی از اجازه قانونگذار است ولی قانونگذار نیز در تجویز یا عدم تجویز این اجازه آزاد نیست.

5- قاعده تکمیلی:

از آنجا که حکم ماده 968 با اصل حاکمیت اراده ناسازگار است، راه حلی بهتر از این نیست که آن را تکمیلی تلقی کنیم؛ یعنی بگوییم که ماده 968 در صورتی اجرا می شود که طرفین بر خلاف آن توافق نکرده باشند (برای ملاحظه نظرات مختلفی که پیرامون امری یا تکمیلی بودن ماده 968 ابراز شده است، نک: جنیدی، 1376، ص 276 و بعد). این راه حلی است که برخی حقوقدانان به آن گرایش دارند (الماسی، 1383، صص 347-346) و البته برخی دیگر با آن مخالفت کرده اند. به این دلیل که: «دست کشیدن از آمریت و حاکمیت مقررات ماده 968 قانون مدنی ایران نسبت به حاکمیت قوانین ماهوی ایران بر قرارداد به دلیل روح اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد، نه با مبانی حقوقی انطباق دارد و نه با امتیازی عملی همراه است» (شهیدی، 1377، ص 39).

اما چگونه می توان ماده 968 را تکمیلی تلقی کرد؟ حق این است که اگر ماده 968 فقط به همین مقدار اکتفا کرده بود که: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون وقوع عقد است»، برای ما کافی - و البته لازم- بود که بگوییم که این حکم در زمره قواعد تکمیلی است و

مراد قانونگذار آن بوده است که هرگاه طرفین توافق دیگری نکنند، قانون محل وقوع بر قرارداد حاکم باشد.

اما قسمت دوم ماده 968 اضافه می‌کند: «... مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرارداده باشند». معنای جمله اخیر این است که قرارداد فقط وقتی که هر دو طرف تبعه خارج باشند تابع قانون حاکمیت اراده است و جز در این مورد، تابع قانون محل وقوع عقد است. به عبارت دیگر، قسمت اخیر ماده 968، حکم فرضی را که اراده در آن معتبر است روشن نموده و از غیر آن فرض نفی کرده است. یعنی ماده 968 مستقیماً در مورد نفوذ اراده، قاعده وضع کرده است و اگر تکمیلی تلقی شود استثنای ذیل ماده را به کلی لغو و بی معنی می‌کند.¹ نتیجه اینکه الفاظ ماده 968 مانع از آن است که آن را تکمیلی تلقی کنیم.

اما اگر بخواهیم برای توجیه مسأله از قواعد و اصول حقوقی استمداد کنیم باید بگوئیم که چون ماده 968 با قاعده بنیادین «حاکمیت اراده بر قرارداد» ناسازگار است، نباید به گونه ای تفسیر شود که «اصل» و اساس حاکمیت اراده بر قرارداد را به کلی نفی کند. در

1- گفته شده است که آمره دانستن قاعده ماده 968 به معنای آن خواهد بود که در مواردی که مثلاً قانون ایران اجرا می‌شود مقررات تخییری و تکمیلی نیز به اجبار اعمال شوند. مثلاً در مورد بیعی که در ایران واقع شده و در شرایط غیر بین المللی که ماده 968 اعمال نمی‌شود طرفین ایرانی می‌توانند بر خلاف قواعد تکمیلی توافق کنند، بین المللی شدن قرارداد موجب اجرای ماده 968 می‌شود و ماده 968 نیز همه مقررات ایران در باب بیع را اجباری خواهد کرد و معنای این وضعیت آن است که طرفین یک قرارداد داخلی می‌توانند از مقررات تکمیلی قوانین ایران (مثلاً ماده 344، 355 تا 359 و غیره) استفاده کنند (و برخلاف آنها توافق کنند) ولی وجود عنصر خارجی و بین المللی شدن بیع موجب اعمال ماده 968 می‌شود و ماده 968 نیز اگر امری تلقی شود همه مقررات تکمیلی حقوق ایران نیز امری خواهد شد (نک: جنیدی، پیشین، ص 281). اما مسأله این است که وقتی قرار است که قرارداد تابع قانون محل وقوع باشد و محل وقوع نیز مثلاً ایران باشد، قواعد ایران، چه امری و چه اختیاری، با همان خصوصیات امری و اختیاری اجرا می‌شوند. پس هرگاه طرفین در باب قواعد تخییری، به نحوی غیر از آنچه در قواعد ایران هست توافق کرده باشند، آنچه که توافق کرده اند اجرا خواهد شد به این دلیل که فرض این است که آن قواعد از نظر قانونگذار ایرانی تخییری و تکمیلی هستند.

واقع، همانگونه که قانونگذار نمی تواند اصل وفای به عهد، اصل لزوم رد امانت، اصل لزوم جبران ضرر و نظایر اینها را نفی و انکار نماید، به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی تواند حکم کند و بنابراین ماده 968 نباید با قواعد بنیادین حقوقی ناسازگار باشد. نتیجه اینکه هر چند ماده 968 را نمی توان به «دلیل لفظی» تکمیلی دانست ولی به «دلیل عقلی» و اصولی باید از قید «اتباع خارجه» الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که دلیلی وجود ندارد که قراردادهای اتباع خارجه از حیث حمایت اراده با قراردادهای ایرانیان متفاوت باشد و بنابر این قرارداد اصولاً تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کنند.

6- حاکمیت اراده در مورد قراردادهای داوری های بین المللی:

قانونگذار ایران در سالهای 1376 و 1380 دو قانون مهم در حوزه داوریهای بین المللی از تصویب گذرانده است. ابتدا در سال 1376، قانون داوری تجاری بین المللی (1376/6/26)، روزنامه رسمی شماره 15335 مورخ (1376/7/28) که برگرفته از قانون نمونه آنستیرال است و بعد از آن، در سال 1380، ماده واحده قانون الحاق به کنوانسیون نیویورک 1958 (قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، مصوب 1380/1/21، روزنامه رسمی شماره 1709 مورخ 1380/2/29).

هم قانون داوری تجاری بین المللی و هم کنوانسیون نیویورک، قانون حاکم بر قرارداد داوری را قانونی می دانند که طرفین برمی گزینند و قضات دادگاهها را مکلف کرده اند تا اگر داور یا داوران، قانونی غیر از قانون مورد تراضی طرفین را بر قرارداد حاکم کرده باشند رأی داوری را ابطال نمایند.¹

1- قانون داوری تجاری بین المللی و کنوانسیون نیویورک هر یک قلمروهای خاص خود را تعریف کرده اند. با وجود این، در مواردی هر دو قانون می تواند قابل اجرا باشند. نک: شریعت باقری، پاییز 1380، ص 49 و بعد.

ماده 33 قانون داوری تجاری بین‌المللی، موارد ابطال رای داوری را بر شمرده که از جمله آنها، موردی است که «موافقت نامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقت نامه حاکم دانسته اند معتبر نباشد...». بند الف ماده 5 کنوانسیون نیویورک نیز مقرر کرده است که دادگاهها می‌توانند رأی داوری را در صورتی که موافقت نامه «داوری به موجب قانونی که طرفین تعیین کرده اند معتبر نباشد» ابطال نماید.¹ ماده 27 قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز به نوبه خود داور را مکلف نموده تا «برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند اتخاذ تصمیم» نماید.

بنابراین روشن است که قانون حاکم بر قرارداد در داوریه‌های تجاری بین‌المللی قانونی است که طرفین تعیین می‌کنند. بدین ترتیب قاعده عام ماده 968 قانون مدنی در مورد قراردادهای داوری بین‌المللی قابل اجرا نیست.

نتیجه گیری:

تردید وجود ندارد که قراردادهای بین‌المللی خصوصی باید اصولاً تابع قانون مورد تراضی طرفین باشند و از آنجا که اصل حکومت اراده بر این قراردادها انکار ناپذیر و غیرقابل مناقشه است، نمی‌توان تصور کرد که قانونگذاران بتوانند به ذوق و صلاحدید خود قانون دیگری بر قرارداد حاکم کنند. آنچه که به عهده قانونگذاران است، اولاً تعیین استثنای حاکمیت اراده و ثانیاً تعیین وضعیت سکوت طرفین و عدم توافق آنهاست.

اما ماده 968 قانون مدنی به دلیل اشتباهی که برخی نمایندگان مجلس در شور دوم مرتکب شده اند به گونه ای تدوین یافته است که اصل حاکمیت اراده را جز در مورد قرارداد های 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

1- عبارتی که در ترجمه فارسی کنوانسیون به کار رفته ناقص و نارساست و برای درک آن باید به متن انگلیسی یا فرانسه مراجعه شود.

اراده منحصرأ در مورد قراردادهای بین اتباع خارجی اعمال شود، تا اصلاح الفاظ ماده 968 باید بر آن بود که قاعده حاکم بودن قانون محل انعقاد بر قرارداد، فقط در فرض سکوت طرفین یا عدم توافق آنها قابل اعمال است. بدین ترتیب چنین نتیجه گرفته می شود که به دلیل عقلی و اصولی باید از قید «اتباع خارجی» الغای خصوصیت کرد و بر آن بود که قرارداد اصولاً تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

منابع و مأخذ:

الف - منابع فارسی:

- 1- الماسی، نجاد علی، (1383)، **حقوق بین الملل خصوصی**، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- 2- امامی، سیدحسن، (1362)، **حقوق مدنی**، جلد 4، چاپ دوم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
- 3- ایرانیپور، فرهاد، (1381)، **نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیظه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قرارداد های تجاری**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 55، صص. 44-11.
- 4- جنیدی، لعیا، (1376)، **قانون حاکم در داوری های بین المللی**، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- 5- سلجوقی، محمود، (1380)، **بایسته های حقوق بین الملل خصوصی**، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- 6- سلجوقی، محمود، (1385)، **حقوق بین الملل خصوصی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.

- 7- شریعت باقری، محمدجواد، (1380)، آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک 1958 در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش 36، صص 49-95.
- 8- شهیدی، مهدی، (1385)، قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی در «مجموعه مقالات حقوقی»، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد. صص 285-312.
- 9- شهیدی، مهدی، (1377)، قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره 21-22، صص 23-42.
- 10- کاتوزیان، ناصر، (1388)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- 11- کاتوزیان، ناصر، (1388)، قواعد عمومی قراردادها: انعقاد و اعتبار قرارداد، جلد دوم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- 12- کاتوزیان، ناصر، (1386)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ 15، تهران، نشر میزان.
- 13- لاگارد، پل، (1375)، حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم 19 ژوئن 1980، مترجم: دکتر محمد اشتری، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره 20، صص 297-353.
- 14- نائینی، احمدرضا، (1386)، مشروح مذاکرات قانون مدنی، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- 15- نیکبخت، حمیدرضا، (1384)، تعارض قوانین در قراردادها، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، شماره 32، صص 7-51.

16- نیکبخت، حمیدرضا، (1379)، ماده 968 قانون مدنی و ماده 27 قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره 31-32، صص 125-148.

ب - منابع لاتین:

- 1- Fetze Kamdem, Innocent, (1999), **L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux**, Les Cahiers de droit, vol. 40, n°3, p.645-663, available: <http://www.erudit.org/revue/cd/1999/v40/n3/043564ar.pdf>. Document téléchargé le 3 juin 2012.
- 2- Foyer, Jacques, (1991), Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Journal du droit international*, 3, p. 604.
- 3- Gutmann, Daniel, (2009), **Droit international privé**, Dalloz, 2009.
- 4- Kruger, Thalia, (2007), **Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux**, Note établie pour le Bureau Permanent, Document préliminaire No 22 B de mars 2007, Hague conference on Private International Law.
- 5- Loussouarn, Yvon et Bourel, Pierre, (1988), *Droit international privé*, 3eme edit., Dalloz.
- 6- Niboyet, M.-L. et Geouffre, G. de la Pradelle, (2007), **Droit international privé**, L.G.D.J.
- 7- Mayer, Pierre et Heuzé, Vincent, (2007), **Droit international privé**, 9eme édition, Montchrestien.
- 8- Neraudau, Emmanuelle, (2006), **Ordre public et droit des étrangers en Europe, La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne**", Bruylant, Bruxelles.

Documents and Sites :

9- L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, Institut de Droit international, Session de Bâle – 1991, available at: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF, seen : 3 June 2012.

10- Final Draft of the “Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, Report of the Third Working Group Meeting (28-30 June 2011), at: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49.

11- www.hcch.net