

# حاکمیت اراده بر قراردادهای بین المللی خصوصی

محمد جواد شریعت باقری<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۲/۰۵ - تاریخ تصویب: ۱۴/۰۴/۱۳۹۱)

## چکیده:

با وجود اینکه حقوق دانان 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 ۹۶۸ قانون مدنی، که مبنای اصلی تعیین قانون حاکم بر قرارداد است و بیش از ۷۷ 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 ۳ 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 ۹۶۸ مشکلی نیافته اند و به «قضايا»ی قانونگذار تن داده اند و سرانجام 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 اقتضایات 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

۱- 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 بین المللی خصوصی حکومت نماید. در نهایت تلاش شده است تا در فقدان رویه قضایی، ضمن ارائه تفسیری «اصول» گرایانه از ماده ۹۶۸، 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 قراردادها، قراردادهای بین المللی، قانون محل وقوع عقد، ماده ۹۶۸ قانون مدنی.

#### مقدمه:

مسئله «قانون حاکم بر قرارداد» همچنان از مهم ترین مباحث تعارض قوانین و حقوق بین الملل خصوصی است. اولین سؤال مبحث «قانون حاکم بر قرارداد» این است که اختلاف بین طرفین یک «قرارداد بین المللی خصوصی» مطابق با چه قانونی باید حل شود؟ پاسخ نظام های گوناگون حقوقی این است که قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی، قانونی است که طرفین تعیین کرده اند (الماسی، ۱۳۸۳، ص ۳۳۶). بنابراین، «قانون مقدارگاه» «قانون محل وقوع عقد» و هیچ قانون دیگری نباید، علی رغم اراده طرفین، بر قرارداد تحمیل شود. اهمیت اراده تا آنچاست که حتی در غیاب اراده صریح (*Volonté expresse*) طرفین، باید اراده ضمنی (*Volonté implicite*) آن ها را جستجو کرد؛ یعنی باید کشف اراده، به قاضی سپرده شود تا با توصل به فرائض و امارات، به یافتن آن پردازد. مثلاً هرگاه طرفین، دادگاه کشور معینی را صلاحیت دار دانسته اند می توان بر آن بود که می خواسته اند قانون آن کشور بر قرارداد حاکم شود و البته هرگاه قاضی نتواند به اراده صریح یا اراده ضمنی طرفین دست بیابد، قانونگذار باید قاعده ای که تکمیل کننده اراده های 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 نهاد 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، ص 24). 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 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 مسئله «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 مبنی و توجیه خاص خود را دارند. بعضی از سیستمهای 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 متبع 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، ص 8). گزینه ها هم معمولاً اینهاست: «قانون محل انعقاد قرارداد»، «قانون دولت متبع 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 ۹۶۸ قانون مدنی، به شروح و تفاسیر حقوق‌دانان اشاره می‌کنیم و چنین نتیجه خواهیم گرفت که با ماده ۹۶۸ 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 مسئله 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، ۱۳۸۵، ص ۲۹۴) گوناگونی برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطرح شده است. مهم ترین این «ضابطه‌ها» معمولاً چنین بر شمرده شده‌اند: ۱- قانون محل انعقاد قرارداد، ۲- قانون محل اجرای قرارداد، ۳- قانون دولت متبوع طرفین، ۴- قانون اقامتگاه طرفین، ۵- قانون محل وقوع مال موضوع قرارداد، ۶- قانون نزدیک ترین ارتباط با قرارداد، ۷- قانون مقر دادگاه و البته ۸- قانون حاکمیت اراده.<sup>۱</sup>

۱- برای ملاحظه فهرستی از این موارد، نک: الماسی، بهار ۱۳۸۳، ص ۳۳۹.

اما مسأله این است که آیا هریک از این ضابطه‌ها واقعاً یک «گزینه» اند؟ یعنی قانونگذاران هر یک از کشورها می‌توانند به اتکای دلایلی که دارند یکی از این ضابطه‌ها را «برگزینند»؟ مثلاً یک قانونگذار بگویید که چون محل انعقاد قرارداد با قرارداد «رابطه طبیعی غیر قابل انکاری» دارد، قرارداد باید تابع قانون محل انعقاد باشد؟ و قانونگذار دیگری بگویید 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 بداند؟<sup>۱</sup>

توجه دقیق به مسأله نشان می‌دهد که اساساً چنین برداشتی از قانون حاکم بر قرارداد نادرست است. در واقع هیچ یک از مواردی که به عنوان «ضابطه‌های 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 گزینه‌ای از میان گزینه‌های 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.

## ۱- مبنای قانون حاکمیت اراده:

مبنای قانون حاکمیت اراده<sup>۲</sup> این است که همانگونه که اصل قرارداد با اراده طرفین «یجاد» می‌شود، محتوای آن نیز با اراده طرفین تعیین می‌گردد. اساساً انعقاد، انجام و

۱- 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» می‌دانند (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۲۶).

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

سرانجام قرارداد در گرو اراده‌های طرفین آن است. بنابراین آنچه که باید مورد بحث قرار گیرد حکومت اراده بر قرارداد نیست بلکه محدودیت‌ها و استثناهای حاکمیت اراده است. با وجود این، مسئله 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 می‌نمایاند:

قراردادهای حقوق خصوصی، توافق‌هایی هستند که در حوزه حقوق خصوصی ایجاد می‌شوند و صرف نظر از اینکه حوزه حقوق خصوصی اصولاً «منطقه آزاد» سایر حقوقها است، قراردادها در این «منطقه آزاد اصولی» باز از وضعیت ویژه‌تری برخوردارند. بدین معنی که قانونگذار در این منطقه بجای طرفین نمی‌نشیند بلکه فقط در فقدان توافق طرفین، قواعد حقوقی برای تکمیل اراده‌های آنها وضع می‌کند بنابراین هرگاه آنها مثلاً در مورد شرایط و نحوه اجرای قرارداد و تعهدات آن به ترتیبی که مایل بوده اند توافق کرده‌اند، قرارداد مطابق همان توافق‌ها به انجام می‌رسد. اگر طرفین در عقد بیع توافق کرده‌اند که ثمن معامله یک سال پس از قرارداد مسترد شود، ثمن به همین ترتیب مسترد خواهد شد. یا اگر توافق کرده‌اند که میع 6 ماه یا 2 سال یا 10 سال پس از قرارداد تسليم شود باید به همین ترتیب عمل شود، یا اگر تراضی کرده‌اند که به جای خیار مجلس، اختیار دیگری برای فسخ قرارداد داشته باشند باز باید به همین ترتیب عمل شود. این توافق‌ها در واقع

خصوصی کرد. پس از او، لوران (Laurent) حقوقدان 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. حقوقدان دیگری (Weiss et Surville) بعداً اصطلاح «استقلال اراده» (autonomie de la volonté) را به کار برداشت که از آن به اختصار به «قانون استقلال» (loi d'autonomie) یاد می‌کنند.

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 برقرارداد 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 بلاfacسله ثمن معامله را تأديه نماید، باطل است، یا ميع حتماً باید بلاfacسله تسليم 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 تكميلي 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 تأديه ثمن توافقی نکرده باشند، خریدار باید بلاfacسله ثمن را مسترد نماید. یعنی در غیاب توافق طرفین، قانون مقدار دادگاه باید راه حل جایگزین ارائه نماید. اما درصورت 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 براین 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 برقرارداد چیزی جز تعیین مقررات حاکم برقرارداد، اعم از ایجاد و آثار و شروط، نیست.<sup>1</sup> بر این مبنای 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.<sup>۱</sup> 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 برقرارداد 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 درمورد 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 چین اراده‌ای پیدا کرد؟ در این مرحله است که این احتمال می‌تواند مطرح شود که محل وقوع عقد جایی است که در اراده مضمیر 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

---

۱- این فرض تجزیه قرارداد (*dépeçage*) است که در ماده ۳-۱ کتوانسیون رم و ماده ۲-۲ پیش نویس «اصول لاهه در مورد انتخاب قانون در قراردادهای تجاری بین المللی» 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 حسنی اصولاً طرفین باید بتوانند قانون حاکم برقرارداد 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 آین دادرسی مدنی نیز بر این نکته تأکید کرده است که «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنی که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» یعنی قراردادهایی که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنی نیستند معتبر هستند. در ادامه نوشتار در مورد استثناهای 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 قبل 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 «شناصایی» لوازم ذاتی آن است.

کنوانسیون رم 1980 در مورد «قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»<sup>۱</sup> (برای ملاحظه مقاله به زبان فارسی در مورد مقررات این کنوانسیون، نک: لاغارد، 1375، ص 297) که بی تردید

۱- کنوانسیون رم 1980 که از سال 1991 لازم الأجرای شده بود اکنون جای خود را به «مقررات رم ۱» داده است. کشورهای اروپایی مقررات کنوانسیون رم را با اندک تغییراتی به عنوان «مقررات رم ۱» تعریف کرده اند تا بجای

مهم ترین کنوانسیون بین المللی در این زمینه است و برای تهیه و تدوین ان 10 سال تلاش شده، با تأکید بر اصل آزادی اراده طرفین (ماده ۱-۳) در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، به آنها اجازه می دهد تا در وضعیت های تعارض قوانین (ماده ۱-۱)، قانون هر کشوری را که مایلند بر قرارداد حاکم کنند. انتیتوی حقوق بین الملل نیز اصل حاکمیت اراده را «یکی از اصول مبنای حقوق بین الملل خصوصی»<sup>۱</sup> معرفی می کند (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 می گیرد یا انعقاد و اعتبار قرارداد نیز تابع قانون حاکمیت اراده است؟

این مسئله آسان تر در ک می شود که شروط و تعهدات قرارداد تابع توافق طرفین باشد. یعنی قواعد و مقررات قانونی مربوط به شروط و تعهدات اصولاً در زمرة قوانین تکمیلی محسوب می شوند و طرفین اصولاً می توانند در این خصوص هرگونه که مایلند توافق کنند. اما باید توجه کرد که اراده بر اصل قرارداد نیز حاکمیت دارد. تنها مسئله اهلیت است که تابع قانون دولت متبع شخص تلقی می شود. اما مسئله رضایت طرفین و سایر شرایط صحت قرارداد، مطابق قانونی باید ارزیابی شود که طرفین بر قرارداد حاکم کرده اند.

---

کنوانسیون به مقررات لازم الاجرا 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 ۱» 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:

اوخر قرن نوزدهم میلادی، دوران استیلای نظریه حاکمیت مطلق اراده در اروپاست؛ نظریه‌ای که پایه‌های آن در حقوق مدنی بی‌ریزی شد و از آنجا به حقوق بین الملل خصوصی راه یافت (Mayer & Heuzé, *precit.*, p. 526, no 696). بر اساس این نظریه، تنها اراده‌های طرفین می‌تواند خالق تعهدات بین آنها باشد و به این دلیل نیز طرفین می‌توانند 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 می‌کند و اراده، زمانی می‌تواند منشاء تعهدات باشد که قانونی آن تعهدات را ایجاد کند. بدین ترتیب، قبول اینکه اراده طرفین به تنهایی بتوانند 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 می‌خواهند 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 (Mayer, Ibid, Kark Neumayer) به نقل از به نظر این حقوقدانان، مثلاً بطلان قرارداد به علت عدم «مقررات آمره بین المللی» است. به نظر این حقوقدانان، آمره بودن اشکال مطرح کرده اند و نزد برخی دیگر مقبول افتد است (Ibid)، تفکیک بین «مقررات آمره عادی» و «مقررات آمره بین المللی» است. مثلاً بطلان قرارداد داخلي را در مقابل ضعف‌های اراده‌های آنها مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، آمره بودن اینگونه مقررات «داخلي» را نباید به قراردادهای بین المللی گسترش داد. بر عکس، مقررات «آمره بین المللی» که در حقوق فرانسه از آنها به «قوانين نظم» (lois de police) یاد می‌کنند، در هر حال لازم‌الاجراست. مثلاً مقررات مربوط به تعیین میزان اجاره بهای برخی اماكن و ساختمان‌ها در هر حال نسبت به آن اماكن باید اجرا شود هر چند اصولاً قانون خارجي 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 بین هنجارها» مخدوش خواهد شد. اما به این اشکال می‌توان چنین



پاسخ گفت که برتری اراده اولاً به موجب قانون است و ثانیاً برتری اراده به مصاديق مرتبط است و نه به مفاهيم.<sup>۱</sup> 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 تحمل نماید. این اشکال البته قابل توجه است و طرفداران حاکمیت مطلق اراده را به قبول استشایی واداشته است.

#### ۴- 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 مسئله 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 چین قراردادی یک قانون -که همان قانون کشور ذیربط است- حاکم خواهد بود.

اما از سوی دیگر، مسئله 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.

---

۱- گاه قانونگذار، افراد را به الزام به انعقاد قرارداد امر می کند. مثلاً هر کس می خواهد رانندگی کند باید قرارداد بیمه منعقد نماید. اما باید توجه داشت که این امر در سایر قراردادها نیز صادق است: مثلاً هر کس 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 تحقیق 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 بوده اند و از آن الهام گرفته اند یا اینکه همه آنچه مورد نظر آنهاست عیناً در قانون یک کشور خارجی یافت می‌شود<sup>۱</sup> و مآلًا به جای آن که تک تک 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 می‌جوینند 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

۱- 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، عام تر است و همه مقرراتی را که می‌تواند بر قرارداد حکومت کند شامل می‌شود.

حاکمیت اراده، خود به تنها بی 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 پنجه 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 واعمال 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 موجبی 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 برقرارداد 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 می‌دهد. 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 ۳ گونه می‌تواند 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 مقر دادگاه - و نه قانون خارجی - عمل خواهد کرد. این نظریه بر همان مبنای است 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.<sup>1</sup>

#### **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](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 می‌تواند از عناصر خارجی قرارداد محسوب شود. بنابراین تعیین قانون خارجی، قرارداد داخلی را از حوزه حکومت محض قوانین داخلی به حوزه تعارض قوانین می‌برد و حوزه تعارض قوانین جایی است که اجازه اجرای قانون خارجی داده می‌شود.

به نظر می‌رسد که راه حل کنوانسیون رم 1980 (و مقررات رم 1) را موافق با همین نظر می‌توان 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.<sup>1</sup> کنوانسیون رم تصریح کرده است که مقررات آن «بر تعهدات قراردادی در وضعیت‌هایی که انتخاب قانون (عارض قوانین) وجود دارد حاکم است».<sup>2</sup> یعنی در وضعیت‌هایی 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 امضای تصویب تعداد انگشت شماری از کشورها رسیده است. (نک: لیست ([www.hcch.net](http://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.

:1 مقررات رم 1-1 ماده

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

<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 برقرارداد حاکم نمایند، آن قانون خارجی نباید با قواعد آمره کشوری که همه عناصر تشکیل دهنده قرارداد در آن متغیر 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 متغیر 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».<sup>1</sup>

عبارت «سایر عناصر وضعیت» نشان می دهد که از نظر کنوانسیون رم، «انتخاب قانون حاکم بر قرارداد»، «یکی از عناصر وضعیت» است و نویسندهان 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.<sup>2</sup>

### 6-3- 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، هر چند در این مورد نظر مخالف 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- استثناهای حاکمیت اراده:

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

### 7-1 مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنی:

نظم عمومی و اخلاق حسنی 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).

هر چند «ارائه یک تعریف دقیق از نظم عمومی غیر ممکن است»(M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, 2007, p.307) اما تفاوت بین نظم عمومی و اخلاق حسنی 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 4/49) و به همین دلیل قاضی باید از وقوع چنین وضعیتی جلوگیری کند. و منظور از اخلاق حسنی، اموری است که «افراد جامعه رعایت آن را لازم بدانند و رفتار برخلاف 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 دائمًا تلاش نماید تا از تمامیت و کلیت منظمه ای که قانونگذار در اختیار او نهاده است حفاظت و حراست نماید. بنابراین، هرگاه عنصر یا

عامل داخلی<sup>۱</sup> 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.<sup>۲</sup>

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

خلاصه اینکه هرگاه اجرای قانونی که طرفین اختیار کرده اند نظم عمومی و اخلاق حسن‌هه مقر 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 حسن‌هه» از مفاهیم مشترک در همه نظامهای حقوقی است و اختصاص به ایران یا فرانسه یا ایتالیا ندارد.<sup>۳</sup>

## 7-2- 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 روش نماید که بر خلاف کدام قانون می‌شود یا نمی‌شود توافق کرد؟ مثلاً قانون مدنی در ماده 375 می گوید: «بیع باید در محلی تسليم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه... در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسليم

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 آین دادرسی مدنی مقرر می‌کند که «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسن‌هه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

3- ماده 6 قانون مدنی فرانسه: «قراردادهای خصوصی باید مخالف قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسن‌هه باشد».

معین شده باشد». بدین ترتیب قانونگذار صراحتاً قاعده «تسليم مبيع در محل وقوع بيع» را غیر آمره می داند که بر خلاف آن می توان توافق کرد.<sup>1</sup>

در واقع، هرچند بنای حقوق قراردادها باید بر آن باشد تا آنجه که طرفین قرارداد خصوصی بر آن توافق می کنند لازم الوفا و لازم الأجر 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 مراتب 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 قراردادها، شعاع آن را به «مخالفت صریح با قانون» مقید کرده است.

### 7-3- 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 بداند، 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 دهنده (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 می‌شود، 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 می‌توانند به هر دلیل و بهانه‌ای قانون قرارداد را تعیین کنند. زیرا تقلب هر عملی را باطل می‌کند.<sup>1</sup>

از سویی، هرگاه طرفین، برخی عناصر عینی قرارداد را متقابلانه انتخاب کنند، مثلاً چون قانون ایران (ماده 968) قرارداد را تابع قانون محل وقوع می‌داند، 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 (محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده):

صرف نظر از استثناهای قطعی اصل حاکمیت اراده، محدودیت‌هایی نیز برای اعمال حاکمیت اراده مطرح شده است. این محدودیت‌ها -که البته مورد توافق عمومی نیست- به ویژه شامل دو محدودیت زیر است: یکی اینکه طرفین قانونی را می‌توانند بر قرارداد حاکم نمایند که با قرارداد ارتباط داشته باشد و دوم اینکه طرفین باید قانون داخلی یکی از دولت‌ها را انتخاب نماید. یعنی نمی‌توانند 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.*

## 8-1- 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 105-1 قانون متحداشکل تجاری (Uniform Commercial Code) کنفرانس

لاهه نیز همین را مقرر کرده بود اما این مقرره 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.<sup>1</sup> کنوانسیون 1980 رم نیز در ماده 3-1 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).

## 8-2- 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.<sup>2</sup> مثلاً همه احکام و مقررات اجرای تعهدات و نحوه آنها، فسخ و انفصال و... را پیش بینی

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

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

کتند خواه این مقررات را از خود ابداع کرده باشد و خواه از قوانین کشور یا کشورهای الهام گرفته باشد. هرگاه چنین شود، درواقع 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 می‌افتد و طرفین معمولاً قانون کشور خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌کنند.

ظاهر ماده ۱-۳ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ - که سابقاً به آن اشاره کردیم - چنان است که قانون حاکم بر قرارداد لزوماً باید قانون داخلی یکی از دولتها باشد.

#### ۹- سکوت طرفین:

قبول اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند 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 مشترک ۳ راه حل مطرح است. در راه حل اول، قاضی با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال قرارداد تلاش می‌نماید تا اراده ضمنی طرفین را کشف کند. در این مرحله برای هر قرارداد و هر دعوایی، کشف ویژه اراده در آن دعوى مطرح است. چه بسا ممکن است قاضی در پرونده‌ای چنین نتیجه بگیرد که اراده ضمنی طرفین آن بوده است که قانون محل انعقاد قرارداد بر قرارداد حاکم شود و در پرونده‌ای 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 ۱۹۵۹ همین راه حل را بر می‌گزیند: «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 متعاقدين حاکم باشد». برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی به ویژه کنوانسیون لاهه ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در خصوص قانون حاکم بر بیع بین‌المللی اشیاء منقول

مادی و کنوانسیون لاهه 14 مارس 1978 در مورد قانون حاکم بر قراردادهای واسطه گری و نمایندگی راه حل مشابهی اتخاذ کرده اند» (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 می شود که مثلاً خواسته اند 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. اما ره دیگر، انتخاب دادگاه صلاحیت دار از سوی طرفین است یعنی هرگاه طرفین، دادگاه یک کشور به عنوان محکمه صالح تعیین می کنند ولی در مورد قانون حاکم بر قرارداد سکوت می کند می توان 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 می پذیرد (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 می داند 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 صریحآ 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 می داند.

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 متنضم 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 داند<sup>1</sup> 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 «شارحین<sup>2</sup> متأخر» مکتب ایتالیایی به نفع حاکمیت اراده تضعیف شده بود. بنابراین هر چند 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 برقرارداد 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 ضمانت 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 قراردادها منتهی گردید» (سلجوqi، 1385، ج 2/36). 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 قرارداده باشند»(نایینی، 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.<sup>1</sup> 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 استیضاح تاشکند مراجعه و در آنجا حل شود و یا به حکمیت روس‌ها تصفیه گردد این تحمیل را روسها به ایرانی‌ها می‌کنند و اغلب ایرانی‌ها هم گول خورده قبول می‌نمایند. حالا چاره‌ای نیست جز آنکه از معاملاتی که در ایران به این ترتیب می‌شود باید جلوگیری کرد»(نایینی، پیشین، ص 204).

شود.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، «کمیسیون پارلمانی عدیله منتخبه از مجلس» قبول می کند که قسمت آخر ماده ۹۶۸ به این شکل تغییر کند: «مگر آنکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» (همان، ص ۲۰۵).

پس از آن، موضوع در شور دوم مطرح می شود. مذاکرات شور دوم حاکی از آن است که مذاکره کنندگان اساساً توجهی به مسئله حاکمیت اراده در قرارداد نداشته اند و احتمالاً مسئله قانون حاکم بر قرارداد را با مسئله 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 متبع 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 متبع 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 متبع خودشان باشند. این شبیه سازی قانون حاکم بر قرارداد با قانون حاکم بر احوال شخصیه هرچند 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 ۴۵۹).

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

۱- آقای وزیر توضیح دادند، ... اساساً ایرانی ها عادتی 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 متول 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 متعاقدين غیر ایرانی باشند)» (همان، ص ۲۰۵).

«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 متعاقدين هر دو اتباع خارجه باشند می توانند این کار را بکنند...» (همان، ص 457).

اظهارات فوق چنین می نمایند 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 متبع خود قرار دهند و این امر در مورد ایرانیان مصدق 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 متبع 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 عدیله داده شود که این حق 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 بدهنند 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 معجازیم حقی به اتباع خارجه بدھیم در حالی که دولت متبع آنها آن حق را به اتباع ما ندهد؟ پیشنهاد نماینده مجلس این است که اگر می خواهیم این حق را به اتباع خارجی بدھیم، شرط عمل متقابل باید کنیم. ملاحظه می شود که نماینده مذبور 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 متبع همان اتباع خارجی) 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 عدیله» بعد از اظهارات نماینده مذکور را انه کرده است. وی در این مورد چنین می گوید:

«آن قسمت که پیشنهاد کرده اند اصلاح شد. به این ترتیب که متعاقدين اگر اتباع خارجی باشند و در مملکت ایران بخواهند عقدی را بین خودشان بینند 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. یکفرشان هم ایرانی باشد نمی توانند این کار را بکنند» (همان، ص 496).

اینکه اتباع خارجی 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 ۹۶۸، در این بحث به مبانی مربوط به حاکمیت اراده توجه نداشته اند و آلا می بایست به قواعد شناخته شده ای

مثل اصل آزادی قراردادهای حقوق خصوصی که در ماده 10 قانون مدنی آورده اند یا آزادی شرط (المؤمنون 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 قرارداد ها، 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 (سلجوqi، 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 دلیل وجود ندارد. ثانیاً حکم قرارداد های منعقد در ایران بین اتباع ایرانی و خارجی روشن نیست.<sup>1</sup>

## 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 دهنند این توافق مجاز و لازم الأجر 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 استبطاط 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 روش 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 مهمی از وزیر عدليه ثبت شده است که ممکن است به معنای آن باشد که اصل عقد در محاکم ایران تابع قانون ایران است.<sup>۱</sup>

برخی حقوقدانان بر این نظرند که سکوت قانونگذار در مورد اصل عقد را «می توان چنین تعییر 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» (سلجوچی، 1385، ج 2/111). 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

۱- 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).

تردیدی وجود ندارد که از میان شرایط صحت قرارداد<sup>۱</sup>، مطابق قوانین ایران، اهلیت طرفین تابع قانون دولت متبع آنهاست.<sup>۲</sup> اما در مورد سایر شرایط، از آنجا که عبارت «تعهدات ناشی از عقود» شامل آن شرایط نمی‌شود باید به قاعده اصلی یعنی حاکمیت اراده مراجعه کرد. زیرا نه الزام و استلزمی وجود دارد که قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد با قانون حاکم بر اصل عقد یکی باشد و نه مانع 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 می‌شود. 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 می‌داند، بیع می‌گوید و بیعی را که صحیح نمی‌داند «بیع باطل» یا «بیع فاسد» توصیف می‌کند. 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.<sup>۳</sup> 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

۱ ماده 190 قانون مدنی: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.»

۲ ماده 962 قانون مدنی: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبع او خواهد بود...». ۳- علمای اصول این بحث را در مورد الفاظ عبادات و معاملات مطرح کرده اند. نک: محمدرضا المظفر، اصول الفقه، المجلد الأول، ص 37

آن «توصیف» می‌گویند. پس از آن باید ببینند که قرارداد، باطل یا صحیح است و بعد از آن است که مسأله تعهدات ناشی از عقد مطرح می‌شود.

#### ۴- 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 می‌شود. 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»<sup>۱</sup> بین قرارداد و قانون کشور خارجی ایجاد می‌کند. 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، می‌تواند تابع قانون خارجی شود؟ پاسخ این سوال باید منفی باشد. زیرا قراردادی که هیچ قانون خارجی با آن پیوندی ندارد تابع کدام قانون خارجی می‌تواند باشد؟ این پاسخی است که به طور سنتی به آن پرسش داده شده است. (از جمله نک: ایرانپور، ۱۳۸۱، ص ۱۶)

---

۱ - علقه به معنی ارتباط و رابطه است که می‌تواند برگردان *Interest* در زبان انگلیسی و *intérêt* در زبان فرانسه و علاقه در زبان عربی باشد. اما علاقه، که در برخی از کتاب‌ها آمده، در فارسی به معنای دوست داشتن است و به مطلق ارتباط و رابطه، در زبان فارسی علاقه گفته نمی‌شود.

اما مسأله در همین جا پایان نمی‌پذیرد. زیرا باید توجه کرد که اگر قرارداد داخلی، در قلمرو تعارض قوانین وارد نمی‌شود، 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 می‌داند بی آنکه تصریح کند که آیا منظور از «عقود»، فقط عقود بین المللی است یا عقود داخلی را نیز شامل می‌شود؟ یعنی آیا حکم ماده مختص قراردادهایی است که در آن‌ها عنصر خارجی یافت می‌شود یا قرارداد داخلی که همه عناصر تشکیل دهنده آن مربوط به یک دولت است نیز در شمول ماده قرار می‌گیرد؟ 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، باید 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 برقرارداد تعیین کنند باید حتماً قرارداد، قرارداد بین المللی باشد.

اما از سوی دیگر، هر چند که قاعده حل تعارض قوانین برای اعمال در وضعیت‌های 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، نمی‌توانند به تجویز اصل استقلال اراده، قانون خارجی برقرارداد حاکم نمایند؟

مسأله در واقع نهایتاً به تعارض اصل حاکمیت اراده و اعمال قاعده حل تعارض قوانین باز می‌گردد: از یک سو، قاعده حل تعارض قوانین فقط مربوط به وضعیت‌های تعارض قوانین است و شامل قرارداد داخلی نمی‌شود و از سوی دیگر اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که طرفین یک قرارداد داخلی نیز بتوانند مقررات و قواعد مورد قبول خود را -جز

آنچه که از قواعد آمره محسوب می‌شود - 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 می‌توانند هر قانونی را که می‌پسندند 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 قراردادهای است. اما بدیهی است که این آزادی اراده تا آنجا امتداد می‌یابد که قانونگذار آزادی اراده را نفی نکرده باشد هر چند قانونگذار «اصل» آزادی اراده را نمی‌تواند 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 می‌شود 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، ص 346-347) 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 می‌توان 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 - والبته لازم - بود که بگوییم که این حکم در زمرة قواعد تکمیلی است و

مراد قانوننگذار 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 هردو 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.<sup>1</sup> 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 بگوییم که چون ماده 968 با قاعده بنیادین «حاکمیت اراده بر قرارداد» ناسازگار است، نباید به گونه‌ای 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 تحریری و تکمیلی نیز به اجراءعمال شوند. مثلاً در مورد بیعی که در ایران واقع شده و در شرایط غیر بین‌المللی که ماده 968 اعمال نمی‌شود طرفین ایرانی می‌توانند بر خلاف قواعد تکمیلی توافق کنند، بین‌المللی شدن قرارداد موجب اجرای ماده 968 می‌شود و ماده 968 نیز همه مقررات ایران در باب بیع را اجرای خواهد کرد و معنای این وضیعت آن است که طرفین بک قرارداد داخلی می‌توانند از مقررات تکمیلی قوانین ایران (مثلاً ماده 355 و غیره) استفاده کنند (و برخلاف آنها توافق کنند) ولی وجود عنصر خارجی و بین‌المللی شدن بیع موجب اعمال ماده 968 می‌شود و ماده 968 نیز اگر امری تلقی شود همه مقررات تکمیلی حقوق ایران نیز امری خواهد شد (که: 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 تحریری، 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 قانوننگذار ایرانی تحریری 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 باید 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 حامیت 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 (13) که برگرفته از قانون نمونه آنسیترال است و بعد از آن، در سال 1380، ماده واحده قانون الحق به کتوانسیون نیویورک 1958 (قانون الحق دولت جمهوری اسلامی ایران به کتوانسیون 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 کتوانسیون نیویورک، قانون حاکم بر قرارداد داوری را قانونی می دانند که طرفین بر می 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.<sup>۱</sup>

۱- قانون داوری تجاری بین المللی و کتوانسیون 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 بین المللی، موارد ابطال رای داوری را بر شمرده که از جمله آنها، موردنی 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.<sup>1</sup> ماده 27 قانون داوری تجاری بین المللی نیز به نوبه خود داور را مکلف نموده تا «برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند اتخاذ تصمیم» نماید.

بنابراین روشی است که قانون حاکم بر قرارداد در داوریهای تجاری بین المللی قانونی است که طرفین تعیین می‌کنند. بدین ترتیب قاعده عام ماده 968 قانون مدنی در مورد قراردادهای داوری بین المللی قابل اجرا نیست.

### نتیجه گیری:

تردیدی وجود ندارد که قراردادهای بین المللی 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 صلاح دید خود قانون دیگری بر قرارداد حاکم کنند. آنچه که به عهده قانونگذاران است، اولاً تعیین استثناهای حاکمیت اراده و ثانياً تعیین وضعیت سکوت طرفین و عدم توافق آنهاست.

اما ماده 968 قانون مدنی به دلیل اشتباہی که برخی نمایندگان مجلس در شور دوم مرتكب شده اند به گونه‌ای تدوین یافته است که اصل حاکمیت اراده را جز در مورد قراردادهای بین اتباع خارجی انکار می‌کند. ولی از آنجا که نفی حاکمیت اراده بر قراردادهای خصوصی قابل قانونگذاری نیست و دلیلی هم وجود ندارد که قاعده حاکمیت

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 منحصراً 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-الماضی، 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-ایرانپور، فرهاد، (1381)، **نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه 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-سلجوqi، محمود، (1380)، **بایسته های حقوق بین الملل خصوصی**، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- 6-سلجوqi، محمود، (1385)، **حقوق بین الملل خصوصی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.

- 7- شریعت باقری، محمدجواد، (1380)، آثار الحق 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 312-285.
- 9- شهیدی، مهدی، (1377)، قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره 22-21، صص 42-23.
- 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 353-297.
- 14- نائینی، احمد رضا، (1386)، مسروح مذاکرات قانون مدنی، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- 15- نیکبخت، حمید رضا، (1384)، تعارض قوانین در قراردادها، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، شماره 32، صص 51-7.

16- نیکبخت، حمیدرضا، (1379)، ماده 968 قانون مدنی و ماده 27 قانون داوری تجارت 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](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](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49).

11- [www.hcch.net](http://www.hcch.net)