

دکتر فرهاد ایرانپور\*

## شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین الملل خصوصی ایران

چکیده:

در این مقاله و با تکیه بر دانش پیشینیان، اساتید برجسته حقوق ایران، سعی در پاسخ به این سؤال شده که آیا در هیئت مجمل ماده ۹۶۸ قانون مدنی بایستی دو اماره ساده «محل وقوع عقد» و «تابعیت خارجی یکی از متعاقدين» را جستجو نمود و در این محدوده به طرفین اجازه انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را داد و یا اینکه این ماده در مقام قاعده آمره‌ای است که قائل به حکومت قهری «قانون محل وقوع عقد» می‌گردد و حق انتخاب قانون حاکم را مختص به خارجیان می‌داند، پاسخی که در آن در مقام جمع نظرات اندیشمندان حقوق و با حفظ حداقل ظهور ماده ۹۶۸ ق.م.ا اجازه انتخاب قانون محل وقوع عقد و یا قانون ملی یکی از متعاقدين را عرضه می‌نماید.

واژگان کلیدی:

قرارداد، قانون حاکم، قانون مدنی ایران، به رسمیت شناختن و یا انکار اصل حاکمیت اراده.

## (۱) پیشگفتار

در مقاله سابق به عنوان «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطة انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»<sup>(۱)</sup> گفته شد که سیر تاریخی حقوق بین الملل خصوصی در زمینه قراردادهای تجاری از انکار مطلق اصل حاکمیت اراده شروع و به تدریج به اصل آزادی اراده در زمینه انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای نزدیک می شود و انگهی با توجه به محدودیت های وارد بر اصل حاکمیت اراده امروزه نیز، اراده همچنان در قید و حصار نامحسوس قانون می باشد. بنابراین می توان بر این باور بود که پذیرش اصل حاکمیت مطلق اراده همچنان با دشواری مواجه است. بر این اساس باید به تفسیر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران پرداخت.

## (۲) مقدمه و سابقه تاریخی

در ماده ۹۶۸ قانون مدنی آمده است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند»<sup>(۲)</sup>.

نگاهی اجمالی به این ماده، خود یادآور تفکر منبعث از مکتب ایتالیایی است که بر آن اساس و در مورد قراردادهای تجاری قائل به حکومت قانون محل انعقاد قرارداد بوده و در زمینه سایر قراردادها نیز به رغم تغییر قانون مدنی و حداقل تا زمان الحاق به کنوانسیون رم، ضمن به رسمیت شناختن اصل حاکمیت اراده، سعی در تدوین اماراتی نموده که بر اساس آن قانون حاکم بر قرارداد تعیین گردد. قانون مدنی ایتالیا<sup>(۳)</sup>، در این زمینه قائل به صلاحیت قانون محل انعقاد قرارداد گردیده، مگر در صورتی که طرفین عقد تبعه یک کشور باشند که در این صورت صلاحیت قانون ملی مشترک را برگزیده است. این طرز تفکر در رویه قضایی فرانسه تاثیر داشته و دادگاه های فرانسه<sup>(۴)</sup> و نیز بخشی از دکتترین، به صراحت این دو فرض را، حداقل در برهه زمانی که مصادف با تدوین قانون مدنی ایران بوده، مورد استناد قرار داده اند.

همچنین از آنجایی که در کتب فقهی هرگز، به دلیل ماهیت یک جانبه قواعد مذهبی، فرض تعارض قوانین جایگاه ویژه ای نداشته و نهایت اینکه محدود به قاعده «الزام»<sup>(۵)</sup> می گردد که طبق آن خارجی (غیر شیعه) مکلف به حکم قانون ملی خود است در صورتی که اجرای این حکم مستلزم اضرار به وی باشد، مقنن ایرانی نمی توانسته، صرف نظر از مانعیت نظم عمومی

بجوید. دیگر آنکه اگر در فقه در خصوص تعارض عرف‌های محلی احکامی گذرا وجود دارد، از آن هرگز به عنوان منبع مستقل نام نبرده و بر آن تحلیل ارائه نشده است.

بنابر این می‌توان بر این باور بود که مقنن ایرانی دو اماره تابعیت مشترک و محل انعقاد قرارداد را که خود منبعث از منطق ساده قضایی در روابط قراردادی است و در حقوق فرانسه نیز مطرح شده، به عنوان قواعد حل تعارض در قراردادها، برگزیده است. اما، این سوال مطرح است که آیا مقنن ایرانی فقط در مقام بیان دو اماره ساده بوده که مبتنی بر منطق زمان خود است و در نتیجه مانع حاکمیت اراده نمی‌باشد و یا اینکه در مقام بیان قواعد آمده‌ای است که مانع اجرای اصل حاکمیت اراده می‌گردد و با مصالح ملی همواره سازگار بوده و در راستای سایر اصول و قواعد حقوقی آمده است. مطالعه نظریه علمای حقوق در ایران نشان می‌دهد که در جریان عمده که هر کدام هوادارانی به نام داشته قائل به «امری» بودن و «اختیاری» بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی می‌باشند. اساتیدی که در حقوق مدنی ایران صاحب نام می‌باشند در گروه اول و حقوقدانان متخصص در حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل خصوصی در گروه دوم جای دارند. صرف‌نظر از تأثیر روش حقوقی هر گروه در تفسیر این ماده و نیز برداشت هر کدام از آنان از مصالح اقتصادی و اجتماعی کشور ایران که مؤثر در تفسیر این ماده بوده، جا دارد به تحلیل این دو نظریه پردازیم تا در تفسیر این ماده از آن بهره ببریم.

### نظریه اول - ماده ۹۶۸ قانون مدنی از قوانین امری است.

#### ۳) اصل حاکمیت دولت‌ها

به نظر بعضی از حقوقدانان برجسته (۶) «اصل حاکمیت اراده یک اصل نخستین و دارای اعتبار مطلق نیست» (۷) بلکه «حاکمیت قانون محل وقوع اعمال حقوقی نتیجه اصل منطقی حاکمیت حکومت‌ها نسبت به اعمال و وقایع حادث در سرزمین آنهاست که اصلی مورد قبول وجدان حقوقی در جامعه بین‌المللی است...» (۸)

در این طرز تفکر اصل سرزمینی بودن اعمال حقوقی را نسبت به قراردادها اعمال می‌نمایند و بر این باور هستند که حکم ماده ۵ قانون مدنی نیز در واقع ناظر به اعمال مادی و اعمال حقوقی «کلیه سکنه ایران» می‌باشد و حتی حاکمیت دولت بر اموال و اشیاء نیز ناشی از حاکمیت دولت‌ها نسبت به اعمال اشخاص است. اگر در زمینه اعمال مادی اشخاص، اعمال

مورد اعمال حقوقی، اعمال حاکمیت دولت به معنای معتبر شناختن و یا معتبر نشناختن و تعیین آثار و احکام آن اعمال حقوقی است.

#### (۴) اشارات

به خاطر می‌آوریم که این طرز تفکر تاریخی در حقوق بین‌الملل خصوصی یادگار زمانی است که قراردادهای نیز به عنوان یکی از موضوعات تعارض قوانین، صحنه تعارض حاکمیت دولت‌ها بوده است. در آن دوره، هر قراردادی بایستی قهراً تابع "قانون" معینی می‌بود. در این طرز تفکر، تابعیت خارجی طرفین نیز به هیچ وجه سبب حکومت قانون دیگری نمی‌شد و اعمال حقوقی در هر صورت تابع قانون محل انعقاد و یا محل اجرای قرارداد می‌بود. این نظریه به دلیل عدم قابلیت انعطاف در روابط قراردادی، قرن‌هاست که متروک مانده و هیچ دلیلی ندارد که مقنن ایرانی، در سال‌های تهیه و تدوین قانون مدنی راه‌حلی را برگزیند که مرجع اروپایی او در قرن‌های قبل آن را به محک آزمایش گذاشته و به دلیل عدم تناسب با نیازهای جامعه بشری آن را رها نموده است.

وانگهی اگر هدف اعمال حاکمیت دولت‌ها بود، مقنن ایرانی از تصویب ماده ۹۶۸ قانون مدنی بی‌نیاز می‌بود. زیرا با وجود اصل سرزمینی بودن مذکور در ماده ۵ قانون مدنی ضرورتی بر تصویب ماده بحث‌انگیز حاضر وجود نداشت. بر وفق تفسیر ارائه شده از ماده ۵ قانون مدنی، کلیه اعمال حقوقی انجام شده در ایران تابع قانون ایران است. پس هر عمل حقوقی انجام شده در ایران که شامل ایجاب ساده و قبول ساده نیز می‌باشد، مشمول قانون ایران است. پس در این شرایط به چه دلیل مقنن ایرانی در مقام بیان قواعد حل تعارض به وضع حکم مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی می‌پردازد و در صدر آن ماده قائل به حکومت قانون محل وقوع عقد می‌شود. در ضمن نباید فراموش کرد که حتی حاکمیت دولت‌ها نسبت به قراردادهای داخلی سال‌هاست که جای خود را، تا حدود زیادی، به اصل حاکمیت اراده داده و به‌رغم مداخله دولت در روابط اقتصادی، اراده نقش سازنده خود را همچنان حفظ کرده است. قوانین تفسیری در زمینه قراردادهای خود گواه این ادعاست. بنابراین، چگونه ممکن است که در روابط تجاری بین‌المللی، حاکمیت دولت‌ها مبنای تقسیم صلاحیت در نظر گرفته شود. به خاطر می‌آوریم که عنصر بین‌المللی همواره سبب می‌شود که قضات و داوران در عمل با سعه صدر به روابط قراردادی

صحت قرارداد بوده، در روابط بین‌المللی تلطیف نمایند و جز در مواردی که رابطهٔ قراردادی با نظم عمومی بین‌المللی و یا با نظم عمومی واقعاً بین‌المللی منافات دارد، حکم به بطلان عمل حقوقی ننمایند. بنابراین منطقی است که اصل حاکمیت دولت‌ها در روابط قراردادی بین‌المللی فاقد اثر تعیین‌کننده باشد و به عنوان معیار در نظر گرفته نشود.

دیگر اینکه همواره این تردید وجود دارد که به چه دلیلی حاکمیت دولت‌ها نایستی به متعاقبین خارجی اعمال گردد چه اینکه بر اساس تفسیری متداول از ذیل مادهٔ ۹۶۸ ق.م. اتباع خارجه می‌توانند قانون خارجی را انتخاب کنند. در واقع اگر مبنای حکم مندرج در مادهٔ ۹۶۸ ق.م. احترام به حاکمیت دولت محل وقوع عقد می‌باشد اتباع خارجه نیز باید مشمول صدر مادهٔ ۹۶۸ ق.م. می‌گردیدند.

بنابراین به نظر می‌رسد که قواعد حل تعارض در زمینهٔ قراردادها نمی‌تواند منبعث از اصل حاکمیت دولت‌ها باشد و امری بودن مادهٔ ۹۶۸ قانون مدنی بر این اساس قابل توجیه نمی‌باشد. اما آیا می‌توان به استناد به مصالح ملی و ضرورت تفسیر مضیق قواعد حل تعارض مادهٔ ۹۶۸ ق.م. را آمره دانست.

### ۵) ظاهر مادهٔ ۹۶۸ قانون مدنی

یکی از حقوقدانان بزرگ (۹) با تکیه به ظاهر مادهٔ حاضر تمایل به امری دانستن آن دارند. بنابر این قول، در واقع اگر طرفین قرارداد هر دو ایرانی باشند، حکومت قانون محل انعقاد قرارداد امری است و هرگونه توافق بر خلاف آن که منجر به تغییر قانون حاکم گردد، برخلاف نظم عمومی می‌باشد چه آنکه سبب می‌شود که مادهٔ ۹۶۸ قانون مدنی بی‌ثمر بماند و حکمت آن از بین برود. شاید این تفسیر با سابقهٔ تاریخی آن که از ظاهر مشروح مذاکرات مجلس (۱۰) فهمیده می‌شود نیز موافق باشد.

همین حقوقدان برجسته در جایی دیگر از ضرورت تفسیر محدود در قواعد حل تعارض یاد می‌نمایند و بر این اساس دایرهٔ شمول مادهٔ ۹۶۸ ق.م. را محدود می‌کنند. (۱۱)

حال می‌توان از خود پرسید که به چه دلیلی قانون‌گذار ایرانی که در مقام تبیین قواعد حل تعارض ایرانی است به این نتیجه می‌رسد که قانون محل انعقاد عقد به صورت امری بر عقود حکومت نماید.

حکومت قانون خارجی می‌گردد، ولو اینکه تمامی مذاکرات و اجرای قرارداد در ایران باشد. بنابراین اعمال این اصل نه تنها منفعتی را تأمین نمی‌کند بلکه سبب حکومت قهری قانون خارجی می‌گردد و قاضی ایرانی را نیز از تحلیل واقعیت روابط قراردادی طرفین منع می‌نماید. به ویژه در جایی که طرفین قرارداد بتوانند به راحتی شرط نمایند که محل انعقاد قرارداد در خارج از ایران بوده و برای فرار از هر گونه ایراد بعدی، قرار داد را به زبان خارجی تدوین نمایند، دادگاه در عمل فاقد وسایل کنترل جهت احراز اراده واقعی آنان بوده و به این شرط صوری، قهراً ترتیب اثر می‌دهد.

حال در فرضی دیگر که طرفین قرارداد هر دو ایرانی هستند و قرارداد خود را در ایران منعقد نمایند، در این صورت با وجود ماده ۵ قانون مدنی دیگری ضرورتی برای وضع و اعمال ماده ۹۶۸ قانون مدنی نمی‌بود و نمی‌باشد، چگونه ممکن است مقنن در مقام وضع قاعده حل تعارض ایرانی و آن هم در فاصله کوتاه زمانی بین تصویب جلد اول و جلد دوم قانون مدنی به چنین عمل لغوی دست زند؟ در واقع اگر «محل انعقاد قرارداد» دارای ارزشی بیش از یک اماره ساده باشد و برای مقنن قاعده امری تعارض قوانین شود، ارزش آن بیش از اصل سرزمینی بودن اعمال حقوقی و مادی مندرج در ماده ۵ قانون مدنی نخواهد بود.

خلاصه آنکه اگر صدر ماده ۹۶۸ قانون مدنی امری تفسیر گردد، از طرفی از فلسفه حمایتی خود تهی می‌شود و از طرف دیگر مستلزم انتساب عمل لغو به قانون‌گذار خواهد بود.

اما این طرز نگرش فقط در خصوص صدر ماده ایجاد اشکال نمی‌نماید، در ذیل ماده نیز ابهاماتی وجود دارد که تعمق در آن خالی از فایده نیست. اگر در تفسیری مضیق و مبتنی بر امری بودن این ماده معتقد باشیم که فقط در صورتی که هر دو طرف خارجی باشند حق انتخاب صریح و یا ضمنی قانون خارجی را دارند، در این صورت باید از خود پرسید که به چه دلیلی به طرفین خارجی این آزادی وسیع داده شده که قانون دیگری را انتخاب نمایند. قانونی که می‌تواند هیچ ارتباطی با قانون ملی طرفین قرارداد نداشته باشد. و چگونه ممکن است این اختیار از طرف ایرانی سلب شود؟ (۱۲) آیا امری بودن این قاعده که می‌بایستی مبتنی بر حفظ مصالح ملی باشد می‌تواند به خارجیان اجازه دهد که قانون هر کشوری را که خواستند برگزینند و اگر به دلیلی دعوی در مقابل دادگاه ایرانی مطرح شود، قاضی ایرانی به اجبار این آزادی نامأنوس را بپذیرد و رأی خود را بر اساس قانون خارجی به واقع غیر مرتبط با قرارداد صادر و امر به اجرای آن نماید...

به رسمیت می‌شناسند و خودی را از آن محروم می‌نمایند. بنابراین حتی اگر بتوان ادعا کرد که ظاهر این ماده امری است، بایستی از این ظاهر بدوی گذشت و در تفسیر آن راه حل دیگری را انتخاب نمود.

همچنین اگر بر این باور باشیم که قواعد حل تعارض را باید به صورت محدود تفسیر نمود، همواره این تردید وجود دارد که تفسیر محدود در تعارض قوانین به چه صورت است؟ می‌دانیم که به دلیل فقدان پیشینه تاریخی در حقوق ایران، در این زمینه، بایستی به حقوق فرانسه مراجعه و در روش حل تعارض قوانین از مباحث آنان بهره برد. به نظر می‌رسد که این نگرش در واقع ترجمان و یا انعکاس همان روش تفسیر جزمی<sup>۱</sup> در حقوق بین‌الملل خصوصی است که در اندیشه نیبویه (۱۳) نیز تاثیر به سزایی داشته است. وجه مشخصه این روش تفسیر آن است که در آن بر اساس مصالح سیاسی به تفسیر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی می‌پردازند و همواره سعی در انتخاب راه حلی می‌نمایند که سبب محدود نمودن دامنه اعمال قانون خارجی و سبب گسترش صلاحیت قانون ملی گردد.

اما اعتبار و حجیت این روش از یک طرف و اثر بخشی آن از طرف دیگر مورد تردید است. حجیت و اعتبار این روش به عنوان راه حل عمومی و مطلق مورد تردید علماء حقوق بین‌الملل خصوصی است (۱۴) و آنان بر این باور هستند که انتخاب روش تفسیر جزمی و یا روش تفسیر حقوقی با توجه به ماهیت روابط حقوقی بوده و در آنچه که مربوط به قراردادها می‌باشد تمایل به روش تفسیر حقوقی مشهود است. بنابراین در این زمینه نیز نمی‌توان به عنوان قاعده از پیش تعیین شده از روش تفسیر محدود استفاده کرد.

حجیت و اعتبار این روش از جهت اثر بخشی نیز مورد تردید است، زیرا هدف از این‌گونه تفسیر همانا گسترش صلاحیت قانون ایران است. حال آنکه در مورد حاضر به واقع قراردادهای منعقد به وسیله خارجیان به راحتی از حکومت قانون ایران خارج می‌باشد و همچنین نسبت به قراردادهای منعقد در خارج از ایران نیز ولو اینکه طرفین ایرانی باشند حکومت قانون ایران منتفی است.

حال اگر امری بودن نتواند راه حل این معضل باشد، بایستی جبراً قائل به اختیاری بودن حکم این ماده گردید. اندیشمندان هوادار این نظریه نیز برای تبیین مبانی خود به دلایل و روش‌های

مختلفی متمسک شده‌اند که مطالعه و تحلیل آنها ضروری است.

## نظریه دوم - ماده ۹۶۸ قانون مدنی از قوانین اختیاری است (۶) اختیاری بودن و مصالح اجتماعی و اقتصادی

اختیاری بودن این ماده به این معنی است که طرفین قرارداد می‌توانند قانون خارجی را در روابط خود حاکم نمایند. این اختیار به آنان اجازه می‌دهد که در روابط بازرگانی بین‌المللی به صورت فعال شرکت نمایند و در جامعه جهانی تجار نقش سازنده‌ای داشته باشند. اصل حاکمیت اراده سبب همگامی حقوق ایران با سایر نظام‌های حقوقی می‌گردد و این هماهنگی راه را بر تجارت خارجی می‌گشاید. در واقع نباید فراموش کرد که روابط تجاری در جهان سرمایه‌داری حاضر، مبتنی بر اصل آزادی و رقابت تجاری می‌باشد. پذیرش در این جامعه جهانی تجار، مستلزم قبول این دو اصل پایه است. به رسمیت شناختن اصل حاکمیت اراده به طرف ایرانی اجازه می‌دهد آزادانه در روابط تجاری به رقابت فعال بپردازد و در حصار تنگ قواعد داخلی حبس نگردد.

## (۷) اشارات

این دلیل که قسمتی از واقعیت را در برمی‌گیرد نمی‌تواند به تنهایی توجیه‌کننده اصل حاکمیت اراده باشد. مطالعه تطبیقی نظام‌های مختلف اروپایی به ما نشان داد که در دهه اخیر و تحت تاثیر کنوانسیون رم حاکمیت اراده ارزش خاصی پیدا کرده است و حتی در این کنوانسیون نیز مواعنی بر این اصل وضع شده است که حاکمیت مطلق اراده را بی اثر می‌سازد. از طرفی در نظام حقوقی آمریکا به مانند نظام حقوقی انگلستان، آلمان و ایتالیا قبل از الحاق به این کنوانسیون، انتخاب قانون خارجی بایستی بر مبنای نوعی ارتباط منطقی بین قانون خارجی و قرارداد انعقادی باشد. در این نظام‌ها رشد سرمایه داری به نحو چشم‌گیری بوده و مشکلی از جهت روابط تجاری نداشته‌اند. مضافاً بر آنکه این سؤال همواره مطرح است که آیا مصلحت طرف ایرانی در آن است که خود را در سیستم حقوقی خارجی قرارداد دهد که برای او ناشناس است و مشاوران ایرانی او نیز شناخت کافی از آن ندارند؟

بنابراین: ملاحظه می‌شود که این‌گونه استدلال اجتماعی - اقتصادی به دلیل ماهیت غیر قابل



متخصصان حقوقی از روش‌های تفسیری مختلفی استفاده کرده تا اختیاری بودن این ماده را اثبات نمایند.

## ۸) روش‌های استدلال حقوقی

در مقام تفسیر این ماده قانونی گفته شده (۱۵) که این ماده متضمن دو اماره مختلف بوده که در جهت تعیین قانون حاکم بر قرارداد در یک ماده گنجانده شده‌اند. در اماره مندرج در صدر ماده، مقنن در مقام بیان حکومت قانون محل وقوع قرارداد می‌باشد و از طرفی بر طبق قانون ایران قسمت عمده‌ای از مقررات ناظر به قراردادها اختیاری می‌باشد. بنابراین منطقی است که طرفین قرارداد بتوانند به دلیل تبعیت قواعد حل تعارض از قواعد ماهوی، نسبت به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و در حدود قوانین تفسیری اقدام نمایند. در ذیل ماده حاضر مقنن به این واقعیت توجه داشته که متعاقبین خارجی تمایلی به حکومت قانون ایران نداشته و ترجیح می‌دهند که قانون خارجی بر آنها حکومت نماید. عمده‌ترین دلیل این نظریه مبتنی بر اصل منطقی تبعیت قواعد حل تعارض از قواعد ماهوی است که در لسان حقوقدانان معاصر (۱۶) به صراحت تبیین شده است. بنابراین اگر در تعهدات قراردادی دست کم در امور بازرگانی، اصل بر تخییری بودن مقررات ماهوی است، قاعده حل تعارض ناظر به آن نیز تخییری است.

## ۹) اشارات

این نظریه اگر چه روشی منطقی جهت تعیین قانون حاکم بر قراردادها می‌باشد ولی مصون از ایراد نیست. می‌توان از خود پرسید که این اصل تخییری بودن عقود مبتنی بر چه معیاری است؟ در جواب می‌توان گفت که استقراء در مقررات ناظر به قراردادهای مختلف نشان می‌دهد که در اغلب موارد، مقنن ایرانی اصل اختیاری بودن قواعد ناظر به آنها را تصریح و یا تلویحاً قبول کرده است. اما این استدلال و استناد به استقراء، صرف‌نظر از حجیت آن، همواره مؤید این ادعا نیست. بر عکس نظارت دولت و مداخله وی در معاملات تجاری به ما اجازه نمی‌دهد که به‌طوری کلی حکم به اختیاری بودن مقررات ناظر به تعهدات قراردادی بنمائیم. پس در هر موردی بایستی به تحقیق پرداخت که آیا قرارداد انعقادی از قراردادهایی محسوب می‌گردد که مشمول قواعد آمره بوده و یا از قواعد اختیاری تبعیت می‌نماید. وانگه، این تحقیق، نه تنها

ماهیت امری و اختیاری اجزاء مرکب آن پرداخت تا به امری و یا اختیاری بودن آن پی برد. این تکلیف به تحقیق، ارزش سادگی و قابل اعمال بودن قواعد حل تعارض را از بین می‌برد و به ویژه در مورد قراردادهای تجاری بین المللی از کارآیی برخوردار نیست زیرا در این قراردادها بیش از هر چیزی به سرعت و امنیت احتیاج بوده که با طولانی بودن تحقیق و غیر قابل پیش بینی بودن نتیجه آن سازگار نیست.

ممکن است برای اثبات اختیاری بودن مقررات ناظر به قراردادها به "اصل صحت" استناد نمود. در این صورت نه بر مبنای استقراء در مصادیق و بلکه بر اساس جریان اماره و یا اصل عملی قائل به صحت شرط انتخاب قانون می‌گردیم. بر اساس این استدلال می‌توان گفت که اگر شک در شرطیت و یا مانعیت نمودیم با اجرای اصل صحت حکم به عدم اثر مانع و عدم مدخلیت شرطی می‌نمائیم و حکم صحت معامله را جاری می‌کنیم.

در جواب می‌گوئیم که «اصل صحت» در صورتی جاری است که شک در شرطیت و مانعیت بوده و در صورت شک در مقتضی نمی‌توان به این اصل تمسک نمود. بنابراین در جایی که در اصل حکم به صحت این شرط شک داریم و در تحقق مقتضی مردد هستیم تمسک به اصل صحت که مجرای آن در شبهه مصاداقیه می‌باشد و نه در شبهه حکمیه جایز نیست. در مورد حاضر نیز شک ما ناشی از آن است که در اصل حکم اختیاری بودن انتخاب قانون حاکم شک داریم و این شک در حکم به مصاداق آن نیز که عقد معینی است سرایت کرده است. بنابراین نمی‌توان به اصل صحت استناد و استخراج حکم نمود. (۱۷)

اما، آیا استناد به اصل آزادی قراردادهای مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی به عنوان قانون ماهوی حاکم بر تعهدات قراردادی نمی‌تواند ما را راهنما و مثبت اختیاری بودن تعهدات قراردادی باشد؟ ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است." با استناد به صدر ماده می‌توان بر این باور بود که طرفین قرارداد می‌توانند قرارداد خود را هرگونه که می‌خواهند تنظیم نمایند و فقط در صورت منع صریح قانون این اختیار از آنان سلب شده است. بنابراین اصل بر حاکمیت اراده در زمینه قراردادهای می‌باشد و در مورد شک نیز باید به این اصل تمسک و حکم به اختیاری بودن قرارداد داد. حال ممکن است به این نظریه ایراد شود که بر اساس ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی نایستی مخالف صریح قانون باشد. از طرفی، قاعده حل

قرارداد بر خلاف صریح قانون می‌باشد. در نتیجه نمی‌توان با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی حکم به اختیاری بودن قاعده حل تعارض نمود.

در جواب می‌توان گفت که ماده ۹۶۸ قانون مدنی با وجود اختلاف نظر علماء حقوق که ناشی از ظاهر مبهم آن است، به هیچ وجه صراحت در امری بودن ندارد و روح ماده ۹۶۸ نیز نمی‌تواند دلالتی بر امری بودن آن داشته باشد. بنابراین می‌توان گفت که (۱۸): «قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ ق.م. جنبه اختیاری دارد یعنی متعاقدين حق دارند قانون حاکم بر تعهدات قراردادی خود را (در حدود قوانین امری) خود انتخاب کنند. به عبارت دیگر، می‌توان گفت منظور این ماده آن است که اصولاً تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل انعقاد عقد است و چنانچه متعاقدين تبعه کشور دیگری باشند می‌توانند آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند.»

اما در این تفسیر نیز به واقع ماده ۹۶۸ ق.م. از هرگونه ظهوری تهی و فاقد ارزش استنادی می‌گردد. بنابراین به انگیزه جمع میان اندیشه بزرگان هوادار امری بودن و اختیاری بودن ماده حاضر و نیز برای حفظ حداقل ظهور این ماده از یک طرف و حمایت از منافع ملی از طرف دیگر، می‌توان پیشنهاد قرائت جدیدی از این ماده ارائه کرد.

### ۱۰) نگاهی دیگر و قرائتی دیگر از ماده ۹۶۸ قانون مدنی

ذکر این نکته ضروری است که ماده ۹۶۸ قانون مدنی جزئی از مجموعه مواد قانونی ناظر به تعارض قوانین بوده و بایستی در تفسیر آن به سایر مواد قانونی نیز توجه شود.

در این زمینه عقیده بر آن است که در عمل ماده ۹۶۸ قانون مدنی را بایستی در کنار ماده ۵ قانون مدنی تفسیر نمود که متضمن اصل سرزمینی بودن قوانین است. بر طبق منطوق ماده حاضر «کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» بنابراین اصل بر سرزمینی بودن قوانین است مگر در موارد استثنا مقرر در قانون. مواد ۶، ۷، ۸ قانون مدنی تقریباً به صراحت و ماده ۸ قانون مدنی، بر اساس روش تفسیر جاری در حقوق بین‌الملل خصوصی، در مقام بیان استثنائات وارد بر این اصل عام می‌باشند.

ترتیب مواد قانونی می‌تواند مؤید این نکته باشد که مجموع این مواد بایستم به صورت



یکی از طرفین عقد خارجی باشند به واسطه دخالت این عنصر خارجی قرارداد بین‌المللی محسوب می‌گردد و حق انتخاب قانون حاکم برای طرفین به رسمیت شناخته می‌شود. به نظر می‌رسد اگر مقنن در مقام بیان این نکته می‌بود که بایستی لزوماً هر دو طرف قرارداد خارجی باشند تا حق انتخاب قانون حاکم به رسمیت شناخته شود و خارجی بودن دو طرف از جهت حفظ مصالح ملی اهمیت خاصی داشت، در این صورت مقنن از عبارت صریحی مانند "مگر اینکه هر دو طرف خارجی باشند" استفاده می‌نمود.

همچنین در توجیه این تفسیر می‌توان به این موارد مهم توجه کرد که:

از نظر تفسیر اصولی می‌توان بر این باور بود که اگر مقنن می‌گوید «متعاقدین...» این عبارت نسبت به قید انحصار (منحصر بودن به دو طرف عقد) لا به شرط است. به این معنا که همان‌طور که عبارت متعاقدین می‌تواند شامل قید انحصاری بودن دو طرف (به شرط شی) باشد می‌تواند شامل موردی نیز که فاقد قید انحصار (به شرط لا) نیز بگردد. در این صورت باید گفت که متیقن آن است که قید انحصار دخالت در حکم ندارد و باید اصل عدم انحصار را جاری نمود.

- همچنین نگاهی اجمالی به مواد قانون مدنی خود موید این نکته است که هر جا حکمی بر اساس خصوصیت هر دو طرف قرارداد وضع گردیده به صراحت و یا به قرینه در قانون ذکر شده است (برای مثال ماده ۳۹۷ و ۴۱۶ ق.م.) در ماده حاضر نیز اگر خصوصیت خارجی بودن هر دو طرف دارای اهمیت اساسی برای مقنن بود، مقنن مکلف به تصریح بوده است.

- و نیز در مشروح مذاکرات نیز پیشنهاد دهندگان این ماده در جنگ و گریزی زیرکانه و ظاهراً به‌رغم درخواست صریح رئیس مجلس وقت، از تصریح به خارجی بودن هر دو طرف پرهیز می‌نمایند و در شکل مطلق حاضر آن را به تصویب می‌رسانند.

- و در آخر ماده حاضر نمی‌تواند در مقام شناسایی حقی ویژه برای خارجیان باشد، و در نتیجه با اصول اولیه حقوق بین‌الملل خصوصی و صریح ماده ۹۶۱ ق.م. در تعارض قرار گیرد.

به همین جهت رویه قضایی (۲۱) نیز از این نکته بهره جسته و تراضی بر حکومت قانون خارجی را حداقل در قرارداد منعقدہ بین طرف ایرانی و خارجی صحیح می‌داند. بنابراین می‌توان گفت که صرف وصف خارجی قرارداد می‌تواند مثبت حکومت قانون انتخابی باشد.

اما در انتخاب قانون حاکم نیز اختیار مطلق به متعاقدین داده نشده است، بلکه اختیار آنان محدود به قانون ملی یکی از طرفین می‌گردد. در واقع در تعبیر لفظ «دیگری» در ذیل ماده

قانونی که هیچ‌گونه ارتباطی با قرارداد انعقادی ندارد مورد پذیرش قانون‌گذار قرار نمی‌گیرد. این تفسیر با سابقه تاریخی آن در کشورهای اروپائی (۲۲) که مورد نظر مقنن ایرانی نیز بوده سازگار است، زیرا مقنن ایرانی نیز به تأسی از منطق ساده عرفی زمان خود که در سایر نظام‌های حقوقی نیز مورد قبول قرار گرفته از محل وقوع عقد و قانون ملی یکی از متعاقدين به عنوان اماراتی که حاکمیت اراده را محدود می‌نماید و انتخاب طرفین را مقید به آن می‌کند، استفاده کرده تا ارتباط واقعی قرارداد و قانون حاکم بر آن حفظ گردد. در این تفسیر به اجبار از ظهور بدوی این ماده می‌گذریم و با حفظ اقل ظهور در مقام جمع اصل حاکمیت اراده و ضرورت‌های کنونی بر می‌آییم و در این راه از منطق ساده حقوقی نیز فاصله نمی‌گیریم و بر این اساس به طرفین اجازه انتخاب قانون ملی یکی از متعاقدين را می‌دهیم. پس در این صورت ماده ۹۶۸ ق.م. این‌گونه قرائت می‌گردد: تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است مگر اینکه (یکی از) متعاقدين از اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون (ملی طرف) دیگر قرار داده باشند.

### نتیجه

ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران از مواد مجمل این مجموعه قانون بوده که خواه به سهو و یا به عمد و به سبب ذکاوت مدونان آن در حاله‌ای از ابهام فرو رفته تا آیندگان در راه تفسیر آن به اقتضای زمانه از اجمال آن بهره برند. به هر صورت، هر آنچه در تفسیر این ماده گفته شود خالی از ایراد نخواهد بود. ولی شاید قرائتی جدید از این ماده به ما اجازه دهد که آن را در بسیاری از موارد اختیاری دانسته و با حفظ ظهور آن آزادی انتخاب طرفین را به رسمیت بشناسیم و در هیأت مجمل این ماده اماراتی را ببینیم که حکایت از طریقت آنها به واقعیت روابط قراردادی دارد، واقعیتی که در انتخاب قانون مرتبط با قرارداد خلاصه می‌شود.

قرارداد پدیده‌ای است اجتماعی که مبتنی بر روابط عقلانی است و تحقق این روابط عقلانی در انتخاب قانون حاکم منوط بر آن است که قانون انتخابی با قرارداد دارای رابطه منطقی و عقلانی باشد و آن نیز در حقوق ایران در صورتی است که قانون ملی یکی از طرفین قرارداد و یا قانون محل وقوع عقد انتخاب و اعمال گردد.

۲- همان‌طور که در صدر ماده ۹۶۸ ق.م. می‌خوانیم: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است...». اولین سؤالی که متبادر به ذهن می‌شود این است که آیا این ماده فقط شامل عقود می‌گردد که موجد تعهد است و یا شامل عقود تملیکی نیز می‌شود؟ دوم اینکه اگر شامل عقود تملیکی نیز می‌شود، آیا از این جهت است که تملیک اثر مستقیم عقد بوده و یا از این جهت که اثر اجرای تعهد ناشی از عقد است؟ و یا حتی اینکه می‌توان گفت که تملیک مستقلاً و صرفاً به عنوان مالکیت مشمول ماده ۹۶۷ ق.م. می‌گردد؟

به نظر می‌رسد که منظور از اصطلاح تعهدات در این ماده همان آثار قرارداد، اعم از ایجاد تعهد و یا انتقال مالکیت می‌باشد. بنابراین اگر قراردادی در ایران منعقد شود و موضوع آن بیع عین منقول معینی که در خارج واقع است باشد، قانون ایران از جهت تعیین لحظه انتقال مالکیت در روابط قراردادی بین بائع و مشتری بر آن حاکم می‌گردد، اگرچه مبیع در خارج از ایران واقع باشد. حال در پاسخ به دو سوال دیگر باید به این نکته توجه داشت که جواب انتخابی دارای ثمره عملی است. اگر انتقال مالکیت اثر مستقیم قرارداد باشد، قانون ایران به عنوان قانون محل وقوع عقد بر آن حاکم است. اما اگر ایجاد تعهد اثر قرارداد باشد و انتقال مالکیت اثر اجرای تعهد اولیه باشد، در این صورت اگر مبیع در خارج بوده به راحتی می‌توان قائل به حکومت قانون محل وقوع مال که منطبق با قانون محل اجرای تعهد می‌باشد، گردید.

و اگر بر این باور باشیم که عقد به عنوان سبب انتقال مالکیت تابع قانون محل وقوع مال است و در این صورت حتی در روابط قراردادی بین طرفین نیز ماده ۹۶۷ قانون مدنی حاکم است، در این صورت حکم ماده ۹۶۸ قانون مدنی فقط ناظر به عقود عهدی خواهد بود.

در مجموع و بدون اطاله کلام می‌توان گفت که منبسطاً از اصطلاح تعهدات در این ماده همان آثار (effets) قرارداد، اعم از ایجاد تعهد و یا انتقال مالکیت می‌باشد. نظری که با مراجعه به مشروح مذاکرات نیز تأیید می‌شود. (لعیا جنیدی، همان مرجع، ص ۲۷۸)

3 - Dalloz, Contrats Rep. 1967, p. 6. La substance et les effets des obligations sont réputés réglés par la loi du lieu ou les acts ont été faits et si, les contractants appartiennent à la même nation par leur loi national sauf en tout cas la démonstration d'une volonté différente. Art 25 Loi 4 Avril 1942.

4 - Niboyet, *Op.Cit.*, p. 6 et s. (Article).

۵ - حسن الموسوی بجنوردی، القواعد الفقہیہ، ج ۲، من المنشوات مکتبه الصدر، ص ۱۵۲ به بعد.

۶ - دکتر مهدی شهیدی، قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، سال ۱۳۷۶، ص ۵۳ به بعد. و شماره

- ۷ - مهدی شهیدی، همان مرجع، ش ۱۹-۲۰، ص ۷۲.
- ۸ - مهدی شهیدی، همان مرجع، ش ۲۱-۲۲، ص ۲۹.
- ۹ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، بهنشر، ۱۳۶۴، ص ۳۸۹، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۱۲، بهنشر، ش ۲۰۳ ب.
- ۱۰ - مراجعه شود به کتاب: لعیا جنیدی، قانون حاکم در داوری‌های بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۷۸-۲۷۹.
- ۱۱ - ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، حاشیه دوم، ماده ۹۶۸ ق.م.
- ۱۲ - به‌خاطر می‌آوریم که قانون‌گذار در ماده ۹۶۱ ق.م. راه‌حلی را بر می‌گزیند که برای خارجیان حتی پیش از ایرانیان قائل نگردیم.
- 13 - Niboyet, Cours de droit international prive francais, Sirey, 1949, n 384.
- ۱۴ - نجاد علی الماسی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۰، ص ۳۴ به بعد.
- ۱۵ - مرتضی نصیری، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، چاپ پیکان، ۱۳۵۲، ص ۵۸ و ۵۹.
- ۱۶ - نجاد علی الماسی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۲۱۱.
- ۱۷ - محقق داماد، قواعد فقه، ص ۹۸. ابوالقاسم گرجی، مجموعه مقالات حقوقی، ج ۱، ص ۳۵۸ به بعد. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص... همچنین در تکمیل این استدلال می‌توان گفت که در جایی به این اصل استناد می‌کنیم که استناد به آن دارای اثر شرعی باشد و در جایی که هدف رفع اثر از حکم شرعی است این استناد جایز نمی‌باشد. در این زمینه، کاظمی خراسانی، فوائد الاصول (تقریرات نائینی)، ج ۴، ص ۶۶۳.
- ۱۸ - الماسی، همان کتاب، ص ۲۱۴.
- ۱۹ - در اصطلاح علماء اصول مورد از موارد استثناء متصل بوده که مانع انعقاد ظهور برای عموم عام مندرج در ماده ۵ قانون مدنی می‌گردد.
- ۲۰ - به عبارتی منطقی‌تر، مؤید خروج موضوعی قراردادها از حکم عام مندرج در ماده ۵ قانون مدنی است و به همین دلیل به عنوان آخرین ماده در مقدمه قانون مدنی درج شده است و از سایر مواد منحصص ماده ۵ قانون مدنی فاصله گرفته است. این طرز تفسیر با این واقعیت نیز منطبق است که قراردادها برخلاف اشخاص و اموال فاقد تعیین (statut) می‌باشند و هیچ دلیلی بر حکومت قواعد سرزمینی بر آن وجود ندارد. در اصطلاح اصولی ماهیت قرارداد به دلیل فقدان تعیین، از سرزمینی و یا فرا سرزمینی بودن خروج موضوعی دارد و صرفاً در قالب قواعد ناظر به حاکمیت اراده می‌گنجد.
- در این صورت ماده ۹۶۸ قانون مدنی در کنار ماده ۱۰ این قانون قرار می‌گیرد و تفسیر می‌شود و در موارد شک به عام ماده ۱۰ ق.م مراجعه می‌نمائیم.



۲۲ - به خاطر می‌آوریم که در حقوق ایتالیا در مورد قراردادهای دست‌کم تجارتي قائل به صلاحیت قانون محل انعقاد عقد و یا قانون ملی طرفین بوده‌اند. همچنین اگرچه رویه قضایی فرانسه با صدور رأی ۵ دسامبر ۱۹۱۰ تمایل آشکاری را به اعتبار انتخاب قانون حاکم داده‌اند، اما نباید فراموش کرد که این تمایل در سال‌های تدوین قانون مدنی مورد انتقاد قسمتی از دکترین در فرانسه قرار می‌گیرد. مقنن ایرانی نیز نمی‌توانسته به این سیر تاریخی از یک طرف و به معایب اصل اعمال مطلق حاکمیت اراده از طرف دیگر بی‌تفاوت باشد. به همین جهت به نظر می‌رسد که مقنن ایرانی سعی در گزینش نظامی نموده است که در آن ضمن به رسمیت شناختن حاکمیت نسبی اراده آن را مقید به قیودی نماید تا قانون انتخابی از نظر عرف با رابطه حقوقی دارای ارتباط واقعی باشد.