

بررسی تطبیقی محدودیت‌های طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم

نجدعلی الماسی *

هادی شعبانی کندسری **

شناسه دیجیتال اسناد (. . .):

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۱۳

چکیده

در این مقاله، محدودیت‌های طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم، با مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و همچنین، حقوق ایران بررسی شده است. هدف پژوهش حاضر، تعیین محدودیت‌ها و استثنای انتخاب قانون قابل اجرا پس از اثبات پذیرش قانون حاکمیت اراده در نظام حقوقی ایران است. این نتیجه به دست آمد که طرفین نمی‌توانند هر آنچه را که می‌خواهند، بر قرارداد حاکم کنند. از این رو انتخاب قانون قرارداد، قواعد حقوقی غیرملی به‌ویژه عرف‌های نانوشته و اصول کلی حقوقی و قانون غیرمعین به‌عنوان قانون حاکم، صحیح نیست. در مقابل، انتخاب پیمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای، قانون غیرمرتبط با قرارداد، تغییر قانون منتخب و همچنین، تعیین قوانین متعدد در صورتی که مغایر یکدیگر نباشند، مجاز شمرده می‌شود. افزون بر محدودیت‌های دو طرف از حیث انتخاب، حکومت قانون منتخب بر رابطه قراردادی نیز با محدودیت‌هایی روبه‌روست، به‌طوری‌که قانون انتخاب‌شده طرفین قرارداد، شامل شکل قرارداد، آیین دادرسی و اهلیت دو طرف نمی‌شود. به‌علاوه، قانون قابل اعمال نباید با نظم عمومی و قواعد آمره کشور مقرر دادگاه و کشور دارای ارتباط نزدیک با قرارداد، مغایرت داشته باشد.

*almasinejadali@gmail.com

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

h_shabani1367@ut.ac.ir

واژگان کلیدی

قانون حاکمیت اراده، استثنای انتخاب قانون قابل اعمال، قواعد حقوقی غیرمللی، حقوق فراملی بازرگانی، استثنای نظم عمومی

مقدمه

ماده ۹۶۸ قانون مدنی به‌عنوان قاعدهٔ ایرانی حل تعارض در زمینه قراردادها مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». ماده مذکور، مباحث زیادی را بین حقوق‌دانان برانگیخته و مطالب زیادی را به خود اختصاص داده است، به طوری که تا کنون که چند دهه از عمر آن می‌گذرد، هنوز در خصوص امری یا تکمیلی بودن مفاد آن، اختلاف نظر وجود دارد و پیدایش رویه واحد و مورد اتفاق در تفسیر آن، دشوار به نظر می‌رسد، چرا که برخی از نویسندگان برجسته و صاحب‌نظر، به‌ویژه استادان بزرگ حقوق مدنی، با استناد به دلایلی، حکم ماده ۹۶۸ ق.م. را امری دانسته و انتخاب قانون حاکم را برای ایرانیان مجاز شمرده‌اند.^۱ در مقابل، بیشتر استادان حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق تجارت بین‌الملل ایران با ردّ ادله گروه مقابل و ارائه دلایل مختلف، مفاد ماده یادشده را حکمی تخییری دانسته‌اند که مانع انتخاب قانون قابل اعمال از سوی طرفین نمی‌شود.^۲ پرداختن به حکم ماده ۹۶۸ و امری یا تکمیلی بودن آن در پژوهش حاضر، تنها جنبه مقدماتی دارد و برای نشان‌دادن محدودیت‌های انتخاب دو طرف در تعیین قانون حاکم، بر فرض تکمیلی بودن آن، مفید می‌نماید و گرنه آثار نگاشته‌شده جهت تحلیل

۱. ناصر کاتوزیان؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۳۷۶؛ همو؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، به‌نشر، ۱۳۶۹، شماره ۲۰۳؛ همو؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، میزان، ۱۳۸۵، ص ۵۷۴؛ مهدی شهیدی؛ «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۶، شماره ۱۹-۲۰، ص ۷۴؛ همو؛ «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۶-۱۳۷۷، شماره ۲۱-۲۲، ص ۳۴؛ حمیدرضا نیکبخت؛ «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۹، شماره ۳۱-۳۲، صص ۱۳۴-۱۳۳؛ فرهاد ایران‌پور؛ «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۵۸، ص ۷۷.

۲. نصیری، مرتضی؛ اجرای آرای داوری خارجی، چاپخانه موسوی، ۱۳۴۶، صص ۲۲۹-۲۳۰؛ همو؛ حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ پیکان، ۱۳۵۲، صص ۵۷-۵۹؛ همو؛ حقوق چندملیتی، چاپخانه سپهر، ۱۳۷۰، ص ۷ به بعد؛ محمود سلجوقی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم: تعارض قوانین، دادگستر، ۱۳۷۷، صص ۴۱۶-۴۱۵؛ بهروز اخلاقی؛ «اسناد تجاری در قلمروی حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله حقوقی، ۱۳۶۹، شماره ۱۲، ص ۱۱۱؛ لعیا جنیدی؛ «حقوق قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، در: بر منبج عدل، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، صص ۴۴۴-۴۲۹؛ همو؛ قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۸۰ به بعد؛ محمدجواد شریعت‌باقری؛ «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص ۱۳۵-۱۳۴.

ماده یادشده به قدر کافی زوایای آن را بررسی کرده‌اند. از این رو این نوشتار، تنها به ارائه دلایل خویش درباره تخییری بودن حکم ماده فوق بسنده کرده تا محدودیت‌های دو طرف قرارداد در تعیین قانون حاکم بر اصل تکمیلی بودن حکم مقرر، استوار شود و برای ملاحظه آرای مختلف و دلایل طرح شده باید به منابع پیش گفته رجوع کرد.

به عقیده نگارندگان، ماده فوق، بیانگر نفی قانون حاکمیت اراده نیست و باید آن را تکمیلی شمرد.^۳ بدون ورود به بحث‌های ادبی و تفسیر لفظی، خلاصه دلایل تکمیلی بودن حکم ماده فوق از این قرار است: ۱- اگر حکم این ماده، قاعده آمره باشد، ایرانیانی که در خارج از کشور، قراردادی منعقد می‌کنند، نمی‌توانند آن را تابع قانون ایران قرار دهند، درحالی که هیچ ذوق حقوقی سلیمی این نتیجه را نمی‌پذیرد، چرا که هدف از وضع این قاعده، حمایت از اتباع ایرانی بوده، نه امتیاز دادن به خارجی‌ان. ۲- امری دانستن مفاد ماده با روش حل تعارض در حوزه قراردادهای که روش منطقی، تحلیلی و حقوقی است، سازگاری ندارد. ۳- تبعیت قاعده حل تعارض از قانون ماهوی مربوطه از حیث امری یا تکمیلی بودن، نشانگر تکمیلی بودن قاعده حل تعارض در زمینه قراردادهاست. ۴- امری شمردن مفاد ماده، مغایر قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» است. ۵- درج مفاد قانون خارجی به صورت شرط ضمن عقد، صحیح است، پس چرا حاکم کردن قانون خارجی بر قرارداد امکان‌پذیر نباشد؟! به عبارت دیگر، چرا درج قانون در قرارداد، صحیح ولی ارجاع به آن ممنوع است؟! ۶- استناد به سابقه تاریخی وضع ماده و شرح مذاکرات قانون مدنی برای فهم مراد مقنن، کافی و صحیح نیست زیرا مسئله کاپیتولاسیون که مبنای اصلی وضع ماده است، صرفاً در امور کیفری (از جمله ماده ۴ قانون ترکمانچای) و حیطة حقوق عمومی، مذموم و مغایر حاکمیت ملی ایران بود درحالی که اجرای قانون خارجی در حوزه حقوق خصوصی با چنین ایرادی روبه‌رو نمی‌شود. بنابراین، نویسندگان قانون مدنی در تصویب این ماده، بین مسائل حقوق خصوصی و حقوق عمومی خلط کرده‌اند. ۷- تبعیت قرارداد از قانون محل وقوع عقد با تبعیت عقد از عرف محل در فقه قابل مقایسه نیست زیرا عرف محل در صورتی بر تعهدات طرفین حاکم است که خلاف آن توافق نشده باشد و اعتبار مطلق ندارد. از این رو اگر سابقه فقهی بحث، مورد توجه قانونگذار قرار می‌گرفت، قانون منتخب طرفین نمی‌بایست اصل، و قانون محل وقوع عقد، استثنای آن قرار گیرد، نه اینکه جای اصل و استثنا عوض شود. ۸- رویه رو به رشدی که حافظ منافع کشورهای صادرکننده کالا و خدمت (کشورهای غربی) است و در ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی نیز تصریح شده این است که در صورت سکوت طرفین، قانون کشوری که

۳. الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۳؛ همو، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دهم، میزان، ۱۳۸۹، ص ۳۴۷.

دارای بیشترین ارتباط با قرارداد است بر آن حکومت می‌کند و قانون مزبور، قانون کشوری است که محل سکونت معمول طرفی که متعهد شاخص و محوری قرارداد است، در آن قرار داشته باشد. تعهد شاخص نیز تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می‌شود یعنی فروشنده در عقد بیع، موجر در اجاره، بیمه‌گر در قرارداد بیمه و متصدی حمل در قراردادهای حمل و نقل.^۴ بنابراین اگر حق انتخاب قانون حاکم، از ایرانیان سلب شود، با فراگیر شدن مقرره فوق، تقریباً در تمامی قراردادهای بین‌المللی، این قانون کشورهای غربی است که بر رابطه معاملاتی ایرانیان حاکم خواهد بود زیرا کشور ایران، اغلب واردکننده کالاها و خدمات متعدد از کشورهای صنعتی است. در نتیجه، برای جلوگیری از افتادن در مهله حکومت قانون خارجی، بناچار باید به اتباع ایران، حق انتخاب قانون حاکم را داد چرا که با وجود چنین حق انتخابی، امکان چانه‌زنی و تعیین قانون ایران یا قانون مناسب دیگری وجود خواهد داشت.

افزون بر همه اینها، سیر تحول قانونگذاری پس از انقلاب به سمت پذیرش حق انتخاب قانون قابل اجراست. به عنوان مثال، ماده ۵ بیانیه الجزایر بین ایران و ایالات متحده در سال ۱۳۶۱ که به موجب ماده ۹ ق.م. در حکم قانون است، در مورد قانون حاکم بر قرارداد از مندرجات قرارداد نام برده است. بند ۱ ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۱۳۷۶ نیز ا به صراحت، صل حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل اعمال را پذیرفته است. همچنین بند (الف) ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای دآوری خارجی که به انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین اعتبار داده است، در سال ۱۳۸۰ به موجب قانون الحاق ایران به کنوانسیون مذکور، در حکم قانون جمهوری اسلامی ایران قرار گرفته است. با توجه به این دلایل باید گفت که ماده ۹۶۸ قانون مدنی، حکمی آمره و خلاف اصل نیست، بلکه تنها در صورتی جاری می‌شود که دو طرف برخلاف آن توافق نکرده باشند.

حال با مشخص شدن پذیرش اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، باید دید آیا این اختیار، مطلق و بدون قید و شرط است یا از این حیث، محدودیت‌ها و استثناهایی برای دو طرف وجود دارد؟ نظام‌های حقوقی دیگر و به ویژه کنوانسیون‌های مربوطه، چه محدودیت‌هایی را برای دو طرف قرارداد جهت تعیین قانون حاکم در نظر گرفته‌اند و تا چه اندازه می‌توان از نتایج مطالعه تطبیقی برای رفع کاستی‌های نظام حقوق بین‌الملل خصوصی خود بهره برد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها محدودیت‌های ناظر بر انتخاب قانون حاکم و محدودیت‌های مربوط به حکومت قانون منتخب به طور جداگانه بررسی می‌شود. در واقع، نخست باید دید طرفین

۴. لاگارد، پل: «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»،

ترجمه: محمد اشتری، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۵، شماره ۲۰، ص ۳۲۲.

چه چیز را می‌تواند به‌عنوان قانون حاکم تعیین و چه نظمی را بر آن حاکم کنند و از این حیث چه محدودیت‌هایی دارند. سپس لازم است معلوم شود که آیا آنچه دو طرف به‌عنوان قانون قابل اعمال انتخاب کرده‌اند، به‌طور مطلق بر قراردادهایشان حکومت دارد یا از این حیث با محدودیت‌هایی مواجه است.

۱. محدودیت‌های ناظر بر «انتخاب» قانون حاکم

بدون تردید دو طرف قرارداد نمی‌توانند هر آنچه را که می‌خواهند بر رابطه قراردادی خویش حاکم کنند بلکه در انتخاب خود، محدودیت‌هایی دارند. برای نشان دادن محدودیت‌های طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم، امکان انتخاب قانون قرارداد یا حکومت قرارداد بر قرارداد، انتخاب قواعد حقوقی غیرملی، انتخاب قانون فاقد ارتباط با قرارداد، انتخاب قوانین مختلف حاکم بر قرارداد، انتخاب قانون غیرمعین و انتخاب قانون مغایر با قانون منتخب قبلی (تغییر قانون منتخب) بررسی می‌شود.

۱-۱. امکان انتخاب قانون قرارداد (حکومت قرارداد بر قرارداد)

برخی از نویسندگان معتقدند که حقوق و تعهدات طرفین باید طبق قرارداد تعیین شود. بر اساس این نظریه، قانون حاکم بر قرارداد به‌ویژه در قراردادهای دولتی، قانون قرارداد است یعنی قانونی که ناشی از خواست دو طرف است. طرفداران این دیدگاه، ابتدای هر توافق به نظم حقوقی ازپیش موجود را رد می‌کنند و آن را ناشی از اصل الزام‌آور بودن قراردادهای و در واقع، از مسائل مربوط به اصول کلی حقوقی می‌بینند.^۵ دادگاه پاریس نیز در رأی ۲۴ آوریل ۱۹۴۰ به‌صراحت اعلام می‌کند که قرارداد بین‌المللی، تنها قانون حاکم بر دو طرف است.^۶ ولی این دیدگاه به چند دلیل مخدوش به نظر می‌رسد، چرا که اولاً، خود وردروس نیز قانونی را برای پرکردن خلأ قراردادی لازم می‌داند و از این رو به اصول کلی استناد می‌کند. درحقیقت، او مفهوم مبهم اصول کلی را جایگزین نظم حقوقی موجود کرده است.^۷ ثانیاً، نظر یادشده، عمومیت ندارد و ویژه قراردادهای دولتی است. ثالثاً، این ادعا که دو طرف قرارداد می‌توانند تمام مسائل را پیش‌بینی کنند و قواعد پیش‌بینی‌شده برای حل مسائل مورد اختلاف و تعیین حقوق و تعهدات طرفین کافی است، بیهوده می‌نماید.^۸ رابعاً، رویه قضایی فرانسه نیز مخالفت خود را با قرارداد بدون قانون اعلام کرده است.^۹

۵.. Cited by Toope, S. J., *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge Grotius, 1990, p. 59.

۶..CA Paris, 24 avril 1940, 5.42.2.29. note Niboye.

۷..Toope, *op. cit.*, p. 60.

۸..Batiffol, H., « Aspects philosophiques du droit international privé », Paris, Dalloz, 1956, p. 99.

۹. Cass. civ., 1^{er} 21-621950, Dalloz, 1951, 749, note Hamel.

به‌علاوه، دکترین و رویه قضایی کشورهای خارجی نیز نظر وردروس را نپذیرفته است. نی بوآیه، استاد فرانسوی معتقد است قرارداد بناچار در قلمرو قانون خاصی ایجاد می‌شود و دو طرف، حق ندارند با توافق یکدیگر از قواعد امری این قانون اجتناب‌ناپذیر تخلف کنند. دیوان عالی کشور فرانسه هم در رأی ۵ دسامبر ۱۹۱۰ اعلام داشته است: هر قرارداد بین‌المللی الزاماً تابع قانون خصوصی خواهد بود.^{۱۰} دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی هم در پرونده وام‌های صربستان اظهار داشت: «هر قراردادی که میان دولت‌ها در مقام تابعان حقوق بین‌الملل منعقد نشده باشد، بر قانون داخلی یک کشور مبتنی است. اینکه این قانون داخلی، قانون کدام کشور است، موضوع شاخه‌ای از حقوق است که امروزه معمولاً حقوق بین‌الملل خصوصی یا دکترین تعارض قوانین نامیده می‌شود».^{۱۱} در رأی مشهور *آرامکو* هم آمده است: «بدیهی است که هیچ قراردادی نمی‌تواند در خلأ یعنی بدون اینکه بر یک نظام حقوقی استوار باشد، به وجود آید. انعقاد قرارداد به اختیار بی‌قیدوشرط دو طرف واگذار نمی‌شود. قرارداد بناچار به یک سیستم حقوق موضوعه مربوط می‌شود که به ابراز اراده‌های متقابل و موافق دو طرف، اثر حقوقی می‌بخشد».^{۱۲} همچنین، اظهار نظر شده است که اراده اشخاص برای ایجاد آثار حقوقی باید متکی به یک سیستم حقوقی باشد و این امر مورد اتفاق است و عقیده خلاف به خودسری و زورگویی می‌انجامد.^{۱۳} گلدمن نیز بر این باور است که بی‌شک دو طرف، حق تعیین قواعد خودساخته برای حکومت بر قرارداد خویش را ندارند و قرارداد بدون قانون، منتفی است. تردید تنها در این است که آیا قانون حاکم باید منبعث از سیستم حقوق ملی باشد یا نظام حقوق غیرملی نیز می‌تواند از سوی طرفین به‌عنوان قواعد حاکم تعیین شود^{۱۴} که در ادامه بررسی می‌شود.

۱-۲. انتخاب قواعد حقوقی غیرملی

آیا طرفین قرارداد، تنها می‌توانند قانون ملی کشورها را به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کنند یا امکان انتخاب قواعد حقوقی غیرملی نظیر حقوق فراملی بازرگانی،^{۱۵} اصول کلی حقوقی، پیمان‌ها

۱۰. الماسی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، همان، ص ۳۴۳.

11. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans, PCIJ, Series A. no. 20-21 (1929)

به نقل از: محسن محبی، دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده امریکا؛ ماهیت، ساختار، عملکرد، ترجمه: محمد حبیبی، چاپ دوم، شهر دانش (چاپ اول، نشر دادفر، ۱۳۸۳)، ۱۳۹۰، ص ۱۷۳؛ سیدحسین صفایی؛ «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوا در داورى‌های بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۲، شماره ۳۰، صص ۴۴-۴۵.

12. *Saudi Arabia v. Aramco*, 27 International Legal Reports (hereinafter ILR), 1963, p. 165.

13. David, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 480.

14. Level, P., "Le contrat dit sans loi", *Travaux du comité français du droit international privé*, 1964-1966, p. 16.

15. *Lex Mercatoria*

و اسناد بین‌المللی از قبیل کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین‌المللی کالا، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و اصول متحدالشکل قراردادهای نیز وجود دارد؟ تردید از آنجاست که دادگاه‌های داخلی همواره قانون حاکم را از طریق اعمال قواعد حل تعارض خویش تعیین می‌کنند و قواعد حل تعارض نیز همیشه قانون ملی کشور خاصی را بر دعوا حاکم می‌داند. قواعد حل تعارض مندرج در قانون مدنی^{۱۶} و قانون تجارت^{۱۷} نیز همواره از حکومت «قانون» کشور خاص صحبت می‌کند. در حقوق فرانسه هم نویسندگان و دیوان عالی کشور به‌موجب رأی ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ تصریح کرده‌اند که هر قرارداد بین‌المللی، ناگزیر به قانون کشور معین مربوط است.^{۱۸}

کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی نیز در بند نخست ماده ۱، قواعد عهدنامه را در صورتی قابل اعمال می‌داند که انتخاب بین «قوانین کشورهای مختلف» باشد. ماده ۲ هم انتخاب قانون هر کشوری را گرچه عضو معاهده نباشد، اجازه می‌دهد.^{۱۹} بر این اساس، کشورهای اروپایی عضو عهدنامه، ملزم به تطبیق قوانین داخلی خود با عهدنامه مزبور شده‌اند و به‌عنوان مثال، مواد ۱۱۶ و ۱۱۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، مصوب ۱۹۸۷ قرارداد را تابع «قانون» منتخب طرفین و در صورت سکوت آن‌ها تابع قانون کشوری قرار داده است که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد. به این ترتیب، کنوانسیون، امکان انتخاب نظام حقوقی غیردولتی مثل اصول کلی حقوقی و آنچه را که گاهی حقوق حاکم بر روابط بازرگانان نامیده می‌شود، تجویز نکرده است. بنابراین، قرارداد متضمن چنین انتخابی

پروفسور گلدمن از این اصطلاح، تعریف موسعی به دست داده و آن را شامل عرفها و رسوم تجاری، آرای مراجع داوری، راه‌حل‌های مشترک تجارت بین‌الملل و اصول معتبر حقوقی می‌داند:

Goldman, B., "The Applicable Law: General Principles of Law — the *lex mercatoria*", in: *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, Julian D. M. Lew (ed.), Martinus Nijhoff Publisher, 1987, p. 113; See also: Sülün Güçer, "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*, 1, 2009, p. 35.

لندو نیز مواردی از قبیل حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل، قواعد سازمان‌های بین‌المللی و قراردادهای استاندارد را به آن افزوده است. لندو، اول؛ «حقوق بازرگانی فراملی در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، ترجمه: محسن محبی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، شماره ۴، ص ۱۲. در تأیید این نظر، ن.ک: علی انصاری و حجت مبین؛ «قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹، ص ۳۹-۴۲. برای نقد این دیدگاه موسع، ن.ک: جنیدی؛ «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۱، ۱۳۹۰، صص ۱۴۱-۱۳۱.

۱۶. مواد ۶۸-۹۶۹ و ۹۶۲-۹۶۹ و از جمله ماده ۹۶۸ آن در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی.

۱۷. مواد ۳۰۵-۳۰۶.

18. Batiffol, H. & Lagarde, P., *Private International Law*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1981-1983, no 574; Delacollete, J., *Les contrats de commerce internationaux*, Bruxelles, De Boeck, 1988, p. 97.

۱۹. همچنین ن.ک: ماده ۴ کنوانسیون.

مشمول قانونی خواهد بود که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم، قابل اجراست.^{۲۰} بند نخست ماده ۷ و ماده ۱۵ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا هم که قانون قابل اعمال را قانون منتخب طرفین معرفی کرده، آن را قانون یک کشور برشمرده است. در مواد ۲ و ۳ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی اشیای منقول مادی نیز به قانون داخلی یک کشور خاص تصریح شده است. بنابراین بر اساس پیمان‌های یادشده، امکان انتخاب قواعد حقوقی غیردولتی و غیرملی وجود ندارد. این عقیده، مبتنی بر این طرز تفکر است که تنها قوانین ملی می‌توانند حقوق و تعهدات طرفین را تعیین و روش اجرای آن‌ها را از نظر حقوقی مشخص کنند.^{۲۱}

باوجود این، تحولات جامعه جهانی به‌ویژه در مواردی که یک طرف قرارداد بین‌المللی، دولت یا شرکت دولتی است، حکایت از حرکت به سمت پذیرش رویه‌های تجاری و اصول حقوق بین‌الملل یا حقوق تجارت دارد. به‌عنوان مثال، بند نخست ماده ۴۲ کنوانسیون حل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر مورخ ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ مقرر می‌دارد که دادگاه درباره اختلافات، طبق قواعد حقوقی که طرفین پذیرفته‌اند حکم می‌دهد. در صورت عدم توافق طرفین، دادگاه، حقوق دولت طرف قرارداد و اصول حقوق بین‌الملل را در آن زمینه اجرا خواهد کرد. مواد ۷ و ۱۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی (بین کشورهای امریکایی) قرارداد را تابع حکومت قانون منتخب طرفین ساخته و آن را قانون یک کشور تعریف کرده است. ولی در صورت سکوت طرفین یا بی‌اثر بودن انتخاب آن‌ها، دادگاه می‌تواند با توجه به قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط، اصول کلی حقوق بین‌الملل، اصول حقوق تجارت بین‌الملل و عادات و رویه‌های تجاری قانون حاکم را تعیین کند.^{۲۲} این تحول در پیشنهاد کمیسیون اروپا برای اصلاح کنوانسیون ۱۹۸۰ رم مورخ ۱۵ دسامبر ۲۰۰۵ تحت عنوان «پیشنهاد برای آیین‌نامه پارلمان و شورای اروپا در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (رم ۱)» کامل شده است زیرا در بند ۲ ماده ۳ آن مقرر شده است که طرفین می‌توانند اصول و قواعد ماهوی حقوق قراردادهای را که در جامعه بین‌المللی یا در جامعه اروپا پذیرفته شده نیز به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کنند. این پیشنهاد در صورت تصویب نهایی می‌تواند تحول عظیمی در انتخاب قانون قابل اعمال به وجود آورد زیرا از عبارت اصول و قواعد

۲۰. لاگارد؛ همان، ص ۳۱۵.

۲۱. Eugen Langen, *Transnational Commercial Law*, Sijthoff, 1973, p. 10-12; Vicher, *Fi⁴ "General Course on Private International Law"*, *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992-1, p. 13.

۲۲. همچنین، ن.ک: ماده ۵ بیانیه الجزایر میان ایران و ایالات متحده. در زمینه ماده یادشده و حقوق حاکم بر ماهیت دعوا بر اساس آن، ن.ک: محبی؛ همان، صص ۲۳۶-۱۷۴؛ صفایی؛ همان، صص ۳۳-۶۰.

ماهوی چنین برمی آید که تعیین اصول کلی حقوقی و رویه‌های تجاری و نیز اسناد جامعه اروپا از قبیل اصول متحدالشکل قراردادها و اصول حقوق قراردادهای اروپایی و همچنین، کنوانسیون‌های بین‌المللی نظیر کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در خصوص بیع بین‌المللی کالا به‌عنوان مجموعه مقررات حاکم بر قرارداد به‌جای قانون کشور خاص معتبر است. باوجود این، در خصوص حقوق فراملی بازرگانی همچنان این تردید باقی می‌ماند که آیا مشمول اصول و قواعد ماهوی قرار می‌گیرد یا خیر؟

بااین‌همه، تا قبل از تدوین نهایی پیشنهاد فوق و پذیرش آن از سوی کشورها، امکان انتخاب اصول کلی حقوقی، حقوق فراملی بازرگانی و پیمان‌های بین‌المللی به‌تنهایی و به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد، به‌ویژه در قراردادهایی که دو طرف آن، شخص خصوصی بوده و مرجع رسیدگی به اختلاف نیز دادگاه‌های ملی باشد، مشکل می‌نماید و برای یافتن راه‌حل مناسب، لازم است به‌طور جداگانه بررسی شود:

۱- انتخاب اصول کلی حقوقی به‌تنهایی برای حکومت بر قرارداد، صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا این اصول از حیث تعداد، محدود و از نظر قلمرو، بسیار کلی است و نمی‌توان حکم تمام مسائل مورد اختلاف را از آن به دست آورد.^{۳۳}

۲- در امکان انتخاب حقوق فراملی بازرگانی نیز تردید جدی وجود دارد زیرا علاوه بر اینکه مفهوم، منابع و عناصر تشکیل‌دهنده آن مورد اختلاف است، وجود نظام حقوق فراملی به‌عنوان نظام مستقل و در عرض نظام حقوق ملی و نظام حقوق بین‌الملل به‌شدت مورد تردید و محل بحث است، چرا که اصول کلی حقوقی، عرف‌های بازرگانی به‌ویژه عرف‌های نانوشته و رویه‌های داورهای تجاری به‌عنوان عناصر اصیل حقوق فراملی بازرگانی بسیار مبهم و از حیث تعداد، نادر است و نمی‌تواند به‌طور مستقل بر رابطه قراردادی حکومت کرده و حقوق و تعهدات دو طرف را به‌طور دقیق معلوم کند.^{۳۴} همین امر باعث شده است که پاره‌ای از محققان، حقوق فراملی

۳۳. لازم به ذکر است که ممکن است قوانین داخلی کشورها نیز مبهم یا ناقص و حتی ساکت باشد، ولی از این نظر، مقررات داخلی با اصول کلی حقوقی قابل‌مقایسه نیست چرا که ابهام یا سکوت قوانین داخلی به‌مراتب کمتر از اصول کلی حقوقی است و در قوانین داخلی در صورت سکوت قوانین، راه‌حلهایی پیش‌بینی شده است مانند رجوع به منابع فقهی یا فتاوی معتبر فقهی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. در تأیید این انتقاد، ن.ک: جنیدی؛ همان، ص ۱۴۲.

۳۴. برای ملاحظه انتقادات وارده بر این نظام، ن.ک:

Lagarde, P., "Approche critique de la lex mercatoria", dans: Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman, Paris, *Litec droit*, 1982, p. 130; Loussouarn, Y. & Bourel, P., *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 171-173; Lando, O., "Applicable Law to the Merits of the Disputes", in: *Contemporary Problems in International Arbitration*, J.D.M. Lew Martinus Nijhoff Publisher, 1987, p. 110; Stoecker, C. W. D., "The Lex Mercatoria: To What Extent

بازرگانی را به همراه قوانین ملی و به صورت مکمل یکدیگر بر قراردادهای بین‌المللی حاکم کنند.^{۲۵} ترکیب حقوق فراملی بازرگانی با یک نظام حقوق ملی در قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز بسیار رایج است.^{۲۶}

۳- در مقابل، برای سلب اختیار دو طرف در انتخاب پیمان‌ها و عهدنامه‌های بین‌المللی و منطقه‌ای که بنا بر فرض، حاوی مقررات کامل و مبتنی بر عرف و رسوم تجاری و مطابق مقتضیات جامعه بازرگانان و تجارت بین‌الملل است، هیچ دلیلی وجود ندارد و باید چنین انتخابی را صحیح شمرد. به عبارت دیگر، دادگاه‌ها حق ندارند به صرف اینکه قواعد منتخب طرفین قرارداد، قانون کشور خاص و منبعث از اراده دولت معین نیست، انتخاب آنان را بلااثر کنند زیرا در روابط قراردادی، اراده کارگزار است و مفاد قرارداد و آثار آن را تعیین می‌کند. درحقیقت، برخلاف سایر دسته‌های ارتباط نظیر احوال شخصیه، اموال و اسناد، در دسته قراردادهای قانون حاکم، از قبل به وسیله قانونگذار و به صورت امری معین نشده و به اراده دو طرف واگذار شده است. بنابراین، اراده می‌تواند هر نظم حقوقی را که مناسب می‌بیند، در حدود قواعد امری تعیین کند، خواه این نظم حقوقی از پیش موجود، مخلوق اراده دولت‌ها باشد یا اینکه مؤسسات حرفه‌ای و سازمان‌های بین‌المللی و جامعه بازرگانان آن را به وجود آورده باشند. مهم این است که قواعد انتخابی، توان حل تمامی مسائل مورد اختلاف را داشته باشد و مغایر قواعد آمره و نظم عمومی جلوه نکند که این امر در مورد پیمان‌های اخیر نیز صدق می‌کند. قانونگذار با چنین پیش‌فرضی که به طور غالب، دو طرف قرارداد، قانون کشور خاصی را انتخاب می‌کنند و مشابه سایر انواع ارتباط، همواره قانون کشور معینی بر دعوا حاکم است، به طرفین اجازه داده است که «قانون» حاکم بر رابطه خویش را تعیین کنند. ولی هدف او منع انتخاب سایر راه‌حل‌های جامع در حیطه قراردادهای نبوده است.

Does It Exist?", *Journal of International Arbitration*, vol. 7. No. 3, 1990, p. 101; Toope, *Ibid.*, pp. 91-96; Goode, R., *New Developments in International and Consumer Law*, Ziegel, J. S. (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 4.

جهت ملاحظه تفصیل بحث، ن. ک: جنیدی؛ همان، صص ۱۴۵-۱۴۲؛ انصاری و مبین؛ همان، صص ۴۲ - ۳۹؛ Sabourin, F., "Le contrat sans loi en droit international privé canadien", 19 *Revue québécoise de droit international*, 2006, pp. 40-60; Shmatenko, Ls, "Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?", *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. III, 2013, pp. 90-106; Mazzacano, P., "The Lex Mercatoria as Autonomous Law", *CLPE Research Paper* 29/2008 vol. 04 N. 06, 2008, pp. 1-16; Maniruzzaman, A. F. Mr, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?" *American University International Law Review*, vol. 14, Issue 3, 1999, pp. 658-680; Juenger, F. K. "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, vol. 60, N. 4, 2000, pp. 1142-1150.

۲۵. نیکبخت، حمیدرضا؛ «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۸۳، شماره ۳۹، ص ۱۹۹.

26. Lando, O., "Applicable Law to the Merits of the Disputes", in: *Contemporary Problems in International Arbitration*, J.D.M. Lew, Martinus Nijhoff Publisher, 1987, p. 104; Delacollete, *Ibid*, p. 97.

در منابع یادشده، رویه عملی و آرای داوری نیز ذکر شده است.

وانگهی، در زمینه قراردادهای امکان انتخاب قانون کشور خاص به عنوان قانون قابل اعمال، خصوصیتی ندارد و با الغای خصوصیت از آن می‌توان حکومت هر سیستم حقوقی جامع و مناسب را به شرط رعایت قواعد امری، مجاز دانست.

البته در داوری تجاری بین‌المللی، چون داوران برعکس دادگاه‌ها، ملزم به اعمال قواعد حل تعارض مقرر نیستند، با انعطاف بیشتری با مسائل برخورد کرده و همین امر باعث شده است که بتوانند با اعمال اصول کلی حقوقی و رویه‌های تجاری بین‌المللی و حتی نظام حقوق فراملی، تصمیم لازم را اتخاذ کنند.^{۲۷} قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در بند نخست ماده ۲۷ به طرفین اختیار داده که «قواعد حقوقی» حاکم را تعیین کنند. به این ترتیب، قانون، در جهت غیرملی کردن حقوق قابل اعمال، گام بلندی برداشته است، گرچه در بند دوم ماده یادشده و در فرض سکوت دو طرف، داوران را ملزم می‌کند بر اساس قانونی که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص می‌دهند، به ماهیت اختلاف رسیدگی کنند.

۱-۳. انتخاب قانون فاقد ارتباط با قرارداد

در اینکه آیا اختیار طرفین در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد، محدود به انتخاب قانون مرتبط با قرارداد است یا از این حیث محدودیتی وجود ندارد، بین نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی اتفاق نظر دیده نمی‌شود؛ گرچه در داوری‌های تجاری بین‌المللی چنین ارتباطی لازم شمرده نشده است.^{۲۸}

الف) در برخی از نظام‌های حقوقی از قبیل ایالات متحده، لازم است قانون منتخب، ارتباط اساسی با قرارداد داشته یا مبنای منطقی دیگری، انتخاب دو طرف را توجیه کند.^{۲۹} در حقوق انگلیس، در صورتی که دو طرف، قصد تعیین قانون خاصی را نداشته باشند، قرارداد تابع قانونی خواهد بود که دارای نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط با آن است^{۳۰} و برای تشخیص چنین قانونی باید فرض‌ها را به کلی کنار گذاشت و تمام عوامل ارتباط را بررسی کرد.^{۳۱} حتی در لزوم محدود بودن انتخاب طرفین به تعیین قانون مرتبط با قرارداد، آرای در رویه قضایی این کشور

۲۷. برای ملاحظه قوانین، عهدنامه‌ها و آرای مربوطه، ن. ک: صفایی؛ همان، صص ۳۴-۲۹؛ نیکبخت؛ همان، صص ۱۷۳-۱۷۱؛ جنیدی؛ «حقوق قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، همان، صص ۴۱۸ و ۴۲۲.

28..David, *op. cit.*, p. 473.

29..Restatement Second, Conflict of Law, S. 187 (2) (a).

30..Adams, J. & Schmitthoff, M. C., *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 8th Ed., London, Steven & Sons, 1986, p. 219; Scott, A. W., *Private International Law - Conflict of Laws*, 2nd Ed., London, Macdonald and Evans, 1979, p. 268.

31..Cheshire, G. C., North, P. M. & Fawcett, J. J., *Private International Law*, 11th ed., London, Butterworths, 1987, p. 464.

مشاهده می‌شود.^{۳۲} الزام طرفین به انتخاب قانون مرتبط با قرارداد در حقوق ایران نیز طرفدارانی دارد.^{۳۳}

ب) در مقابل، بر اساس برخی از نظام‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی، طرفین ملزم نیستند قانون قابل اعمال را از بین قوانین کشورهای دارای ارتباط با قرارداد برگزینند. به‌عنوان مثال، بند ۲ ماده ۱۵ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس به‌صراحت، لزوم ارتباط بین قانون و قرارداد را برای طرفین نفی می‌کند. رویه قضایی انگلستان نیز وجود ارتباط بین قرارداد و قانون انتخابی را لازم ندانسته است.^{۳۴} همچنین در عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه، محدودیتی از این جهت برای دو طرف پیش‌بینی نشده است. باوجود این، در این نظام‌ها نیز لزوم ارتباط قانون منتخب با قرارداد به‌کلی نادیده گرفته نشده و لازم است قواعد امره قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، رعایت شود. به‌عنوان مثال، به‌موجب بند ۳ ماده ۳ معاهده ۱۹۸۰ رم، صرف انتخاب قانون خارجی، به اعمال قواعد امره قانون کشوری که همه عناصر قرارداد با آن رابطه دارد، لطمه‌ای نمی‌زند؛ بدین معنی که وقتی قراردادی کاملاً داخلی محسوب شود و همه عناصر آن در کشور واحدی قرار داشته باشد، انتخاب قانون خارجی، ناقض قواعد امره آن کشور نخواهد بود.^{۳۵} مطابق بند ۱ ماده ۱۹ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس نیز اگر قراردادی با قانون کشور دیگری ارتباط نزدیکی داشته باشد، قواعد امره آن کشور در نظر گرفته می‌شود. در معاهده ۱۹۹۴ مکزیکو نیز گرچه طرفین در انتخاب قانون حاکم، آزادند، اگر قرارداد با قانون منتخب، هیچ ارتباط عینی نداشته باشد، معاهده نسبت به آن قرارداد اعمال نمی‌شود.

ج) در مقام داوری بین این دو نظریه، به نظر می‌رسد لزوم انتخاب قانون دارای بیشترین ارتباط با قرارداد، مبنایی ندارد و در بسیاری از موارد به‌منزله نفی اختیار طرفین در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد خواهد بود، چرا که: ۱- حتی اگر دو طرف از حق تعیین قانون حاکم

32.. *Boissevain v. Weil* [1949] 1 KB, at 491.

بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در صورت عدم انتخاب قانون قابل اعمال مقرر می‌دارد که قرارداد، تابع قانون کشوری است که بیشترین ارتباط را با آن دارد. طبق بند ۲ ماده مزبور، قرارداد با کشوری نزدیک‌ترین پیوند را دارد که در حین امضا، محل سکونت معمولی طرفی است که تعهد شاخص را باید انجام دهد و اگر متعهد مزبور، شرکت، انجمن یا شخص حقوقی است، اداره مرکزی او در آن واقع است (برای ملاحظه تفصیل بحث و دلایل توجیهی آن، ن.ک: لاگارد؛ همان، ص ۳۲۴-۳۲۱). در ماده ۹ معاهده ۱۹۹۴ مکزیکو نیز در صورت عدم انتخاب قانون حاکم یا بی‌اثر بودن انتخاب دو طرف، دادگاه می‌تواند قانون کشوری را انتخاب کند که نزدیک‌ترین پیوند را با قرارداد داشته باشد (و نیز ن.ک: ماده ۱۱۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس).

۳۳. ایران‌پور؛ همان، صص ۸۸ - ۸۵.

34.. *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] AC 227, at 290; *Tezortzis v. Monrk Line A/B* [1968] 1 WLR, at 441.

۳۵. لاگارد؛ همان، ص ۳۱۶.

برخوردار نباشند، از بین قوانین کشورهای مختلف، مسلماً قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، بر آن حکومت می‌کند. بنابراین، برای آنکه اختیار طرفین، بیهوده جلوه نکند، باید از این نظریه حدقلی چشم‌پوشی کرد. ۲- افزون بر آن، نمی‌توان دو طرف معامله را ملزم کرد که قانون مرتبط با قرارداد را انتخاب کنند زیرا در قراردادهای هیچ موجبی وجود ندارد که سایر عوامل ارتباط بر عامل ارتباط اراده، ترجیح داده شود. درحقیقت، همان گونه که عواملی مثل محل وقوع عقد و محل اجرای آن، قرارداد را به کشور محل وقوع و اجرا مرتبط می‌کند، اراده نیز آن را با قانون کشور منتخب، مربوط می‌کند. وانگهی ممکن است حکومت قانون فاقد ارتباط، نفع مشروعی برای طرفین داشته باشد؛ به‌عنوان مثال، اجرای رأی در کشور منتخب، آسان‌تر باشد یا دو طرف به آن آگاه‌تر باشند. ۳- در قراردادهایی که دو طرف آن، دولت یا مؤسسات دولتی هستند نیز انتخاب قانون فاقد ارتباط، شایع است زیرا هیچ‌یک از دو طرف، حاکمیت قانون طرف مقابل را نمی‌پذیرد.^{۳۶} از این رو نمی‌توان ضرورت ارتباط بین قرارداد و قانون انتخابی را پذیرفت. منتها این آزادی طرفین تا جایی است که قصد نداشته باشند از حاکمیت قانون صالح فرار کنند. اگر ثابت شود که هدف دو طرف قرارداد از تعیین قانون خارجی، فرار از قواعد آمره آن بوده است، به‌موجب قاعده منع تقلب نسبت به قانون و سوءاستفاده از حق (قاعده لاضرار) تمهید به‌کاررفته از اثر می‌افتد و قواعد آمره، بناچار بر روابط آن‌ها حکومت خواهد کرد. البته با توجه به دشواری اثبات قصد تقلب نسبت به قانون، ممکن است صرف انتخاب قانون فاقد هرگونه ارتباط با قرارداد، اماره بر آن قرار گیرد و اثبات وجود نفع مشروع و معقول بر عهده مدعی نهاده شود.

۴-۱. انتخاب قوانین مختلف حاکم بر قرارداد

تردیدی نیست که قوانین مختلفی بر جنبه‌های مختلف قرارداد، مانند اهلیت طرفین، شکل قرارداد و تعهدات قراردادی حکومت دارد. اما سؤال این است که آیا می‌توان بر موضوع واحدی مثل تعهدات دو طرف، قوانین مختلفی را حاکم کرد؟ در پاسخ به این پرسش، نظرات مختلفی ابراز شده است: الف) برخی به دلیل سهولت امر و پرهیز از راه‌حل‌های متفاوت و جلوگیری از نقض قوانین آمره کشور مقر دادگاه یا ثالث، نظر داده‌اند که اختیار طرفین، فقط شامل این باشد که یک قانون حاکم بر کل قرارداد را انتخاب کنند.^{۳۷} ب) در مقابل، پاره‌ای دیگر معتقدند چنانچه قراردادی به‌ظاهر واحد، اما در واقع، متشکل از چند قرارداد یا چندین قسمت بوده که از لحاظ اقتصادی قابل تجزیه از یکدیگر باشند، بر اساس اصل آزادی قراردادی می‌توان هر قسمت را تابع

۳۶. برای مشاهده نمونه‌های عملی، ن.ک: جنیدی؛ «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، همان، صص ۱۲۹-۱۲۸.

۳۷. Boggiano, A., *International Standard Contracts*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pp. 30-33.

یک قانون قرار داد. بر اساس دیدگاه مذکور، تنها استثنای این اختیار، همان استثنائات حکومت اراده یعنی رعایت قواعد آمره است.^{۳۸} (ج) بعضی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل خصوصی حتی در قرارداد ساده به طرفین حق داده‌اند که بتوانند جنبه‌های مختلف تعهدات خود را تابع قوانین جداگانه قرار دهند.^{۳۹} حکومت قوانین مختلف بر جنبه‌های گوناگون قرارداد، نظریه تجزیه نام دارد که در آرای مهمی نظیر رأی *آرامکو* نیز به آن اشاره شده است.

بند ۱ ماده ۳ عهدنامه ۱۹۸۰م به طرفین اختیار می‌دهد که قانون قابل اعمال بر تمام یا قسمتی از آن را انتخاب کنند.^{۴۰} بند نخست ماده ۴ این کنوانسیون نیز که حکومت قانون کشور دارای بیشترین ارتباط با قرارداد را در صورت عدم انتخاب قانون قابل اعمال پیش‌بینی می‌کند، مقرر می‌دارد: ممکن است قسمت قابل تجزیه از قرارداد که ارتباط نزدیک‌تری با کشور دیگر دارد، تابع قانون آن کشور قرار گیرد. همانند کنوانسیون فوق، بند ۱ ماده ۷ معاهده ۱۹۸۵ لاهه نیز تصریح می‌کند که حق انتخاب دو طرف می‌تواند به قسمتی از قرارداد محدود شود. ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو هم انتخاب قانون قابل اعمال را مربوط به تمام قرارداد یا بخشی از آن می‌داند. در ماده ۹ نیز به دادگاه این امکان را می‌دهد که در صورت قابل تجزیه بودن قسمتی از قرارداد و ارتباط نزدیک‌تر آن با کشور دیگر، استثنائاً قانون آن کشور را نسبت به آن بخش اعمال کند. راه‌حل مسئله در حقوق ایران، نیازمند تأمل بیشتری است:

۱- پاره‌ای از نویسندگان حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز تجزیه قرارداد را در صورتی که به اعمال قوانین مغایر منجر نشود و برخلاف اصل حسن‌نیت و برای لطمه به حقوق اشخاص ذی‌نفع در قرارداد نباشد، پذیرفته‌اند. منتها حکومت قوانین متعدد را بر مسائل تعهدات کلی قرارداد نظیر وجود قوه قاهره یا نقض قرارداد، صحیح ندانسته‌اند. به‌عنوان مثال، مجاز نمی‌شمرند که نقض قرارداد توسط فروشنده، از قانون کشور خاص و نقض قرارداد توسط خریدار از قانون دیگر تبعیت کند یا برای وقوع قوه قاهره، دو قانون حکومت کند؛ یکی برای فروشنده و یکی برای خریدار.^{۴۱}

38..Vicher, *op. cit.*, p. 141.

39..Dicey & Morris, *The Conflict of Law*, 12th Ed, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 219.

۴۰. البته پاره‌ای از حقوق‌دانان معتقدند از این ماده تنها برمی‌آید که طرفین می‌توانند قانون حاکم بر بخشی از قرارداد را انتخاب کنند، نه اینکه قرارداد را تجزیه کرده و هر بخشی را تابع قانونی خاصی قرار دهند. حتی اگر تجزیه پذیرفته شود، باید منسجم باشد. به‌عنوان مثال، اگر تعهدات بایع و مشتری تابع دو قانون مختلف و متعارض باشد و فروشنده به علت عدم پرداخت ثمن، تقاضای فسخ معامله را بنماید و در مقابل، خریدار به دلیل ضمان عیوب پنهانی میباید، علیه فروشنده، طرح دعوا کند، تجزیه‌ای که توسط آنان انجام شده، باید بی‌اثر باشد و قاضی می‌بایست قانونی را که به‌طور عینی قابل‌اجراست، کشف نماید (لاگارد؛ همان، ص ۳۱۷). باوجود این، از برخی از مواد دیگر کنوانسیون که در بالا ذکر شد، معلوم می‌شود که تجزیه قرارداد در آن پذیرفته شده است.

۴۱. نیکبخت؛ همان، صص ۱۹۸-۱۹۷.

۲- آنچه مسلم می‌نماید این است که محدود کردن اختیار طرفین به انتخاب قانون واحد و حاکم بر کل قرارداد، توجیه منطقی ندارد و آنچه برای اثبات مدعا گفته شده است، کافی به نظر نمی‌رسد زیرا صرف آسان بودن این راه حل باعث نمی‌شود اختیار طرفین که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده است، انکار شود. به علاوه، راه مقابله با فرار از اجرای قوانین امری کشور به واقع صالح، انکار حکومت قوانین متعدد بر قسمت‌های مختلف قرارداد نیست، چرا که صرف امکان انتخاب قانون قابل اعمال توسط طرفین برای عدول از قانون به واقع صالح کفایت می‌کند. به بیان دیگر، اگر این دلیل پذیرفته شود، لازم است اختیار طرفین بر تعیین قانون حاکم به کلی سلب شود. وانگهی، نظریه تقلب نسبت به قانون، همان طور که مانع انتخاب متقلبانه قانون واحد بر مجموع قرارداد می‌شود، برای جلوگیری از حکومت قوانین متعدد نیز قابل اجراست و از این حیث جای نگرانی نیست. همچنین اجتناب از راه حل‌های متفاوت نمی‌تواند به طور کلی مانع پذیرش حق انتخاب طرفین شود. نهایت این است که این اختیار، محدود به مغایر نبودن قانون منتخب می‌شود. بنابراین، بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی می‌توان اصل امکان انتخاب قوانین متعدد بر قرارداد را پذیرفت.

با وجود این، نظرات نویسندگان و مفاد عهدنامه‌های نقل شده، بسیار کلی بوده و معیاری برای قابلیت تجزیه قرارداد از حیث حکومت قوانین متعدد به دست نمی‌دهد؛ برای مثال، مشخص نمی‌کند که آیا می‌توان انتقال مالکیت مبیع را تابع قانون کشور فروشنده و انتقال مالکیت ثمن را تابع قانون کشور خریدار کرد؟ آیا حکومت قانون مدنی ایران بر انتقال ضمان معاوضی مبیع و حکومت قانون مدنی فرانسه بر انتقال ریسک ثمن صحیح است؟ مهم‌تر از آن، آیا نحوه تسلیم مبیع و موعد و محل و مخارج آن را می‌توان تابع قانون دو کشور قرار داد؟ یا ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع و تعهد به پرداخت ثمن یا ضمان درک مبیع، تابع قانون ایران و فرانسه باشد؟

به نظر می‌رسد برای یافتن راه حل مناسب، لازم است بین حکومت قوانین متعدد بر موضوع واحد و موضوع متفاوت، قائل به تفکیک شد:

الف) در مواردی که موضوع، حکومت قوانین متعدد و متفاوت است، به نظر نمی‌رسد که اجرای هریک از آن‌ها در موضوع و قلمرو خود، مشکلی داشته باشد. به عنوان مثال، می‌توان مجموعه تعهدات فروشنده را تابع قانون دولت متبوع او و مجموعه تعهدات خریدار را نیز تحت حاکمیت قانون کشور وی قرار داد. این راه حل در قراردادهای بین مؤسسات دولتی کشورهای مختلف، مفید می‌نماید. همچنین در خود تعهدات نیز می‌توان برخی را تابع یک قانون و بخش دیگر را تابع قانونی دیگر کرد؛ مثلاً ضمان معاوضی یا ضمان درک نسبت به مبیع، تحت حکومت

قانون ایران و ضمان معاوضی و درک نسبت به ثمن، تابع قانون فرانسه باشد یا قانون قابل اعمال در خصوص ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم ثمن را تابع قانون ایران و قانون حاکم بر آثار تأخیر در تسلیم مبیع را تابع قانون سوئیس قرار داد. در تمام این موارد، موضوع حکومت قوانین مختلف، متفاوت است و با تفاوت موضوع، حکم ناظر بر آن موضوع مشخص، اجرا می‌شود.

ب) اما در جایی که موضوع واحد، تابع قوانین متعدد قرار می‌گیرد، راه‌حل پیچیده‌تر است زیرا ممکن است قوانین حاکم، دارای احکام متفاوت بوده و از این‌رو حقوق و تعهدات هریک از دو طرف، تابع احکام مغایر قرار گیرد و این امر، تعیین دقیق آن‌ها را غیرممکن کند. گرچه ممکن است این مسئله شایع نباشد، امکان انتخاب قوانین متعدد قابل اعمال بر قرارداد می‌تواند به حکومت قوانین متعدد ولو در موضوع واحد منجر شود و به این ترتیب، ضرورت دارد حکم آن معلوم شود. از این‌رو باید دید که در چنین وضعی که موضوع واحد است آیا می‌بایست حق انتخاب قانون قابل اعمال را از دو طرف قرارداد سلب کرد؟ قبل از پاسخ به این سؤال لازم است خاطرنشان شود که انکار حاکمیت اراده در این فرض و بطلان قانون منتخب، منجر به تعیین قانون قابل اعمال بر اساس قواعد حل تعارض مقر دادگاه می‌شود. از این‌رو تا آنجا که ممکن است باید از بطلان انتخاب دو طرف و رجوع به قواعد حل تعارض مقر دادگاه کاست زیرا افراط در این زمینه به اعمال قوانین دیگری غیر از قانون منتخب طرفین می‌انجامد و از این‌رو خلاف خواست دو طرف محسوب می‌شود. بنابراین باید سعی کرد تا حد امکان، قوانین متعدد حاکم بر قرارداد با یکدیگر همزیستی کرده و با همکاری یکدیگر، حقوق و تعهدات دو طرف را تعیین کنند. این گزینه در فرضی که هر دو قانون، راه‌حل یکسانی دارند، به راحتی صورت می‌پذیرد. از این نکته، ایراد نظری که حکومت قوانین متعدد را به کلی منع می‌کند، آشکار می‌شود زیرا ممکن است قوانین قابل اعمال در مسئله مورد اختلاف، حکم واحدی داشته باشند. از این‌رو دلیلی بر لزوم انتخاب قانون واحد بر موضوع خاص وجود ندارد.

ولی در حالتی که حکم قوانین حاکم، مغایر یکدیگر باشند چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد نمی‌توان قاعده عامی برای تمام موارد ارائه داد بلکه باید در هر مورد با توجه به قواعد و اصول خاص بین دو یا چند قانون مغایر، جمع کرد. به عنوان مثال، هرگاه قانون حاکم بر مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد، قانون مدنی ایران و فرانسه باشد، طبق قانون ایران، صرف نظر از امکان فسخ قرارداد و الزام طرف به اجرای تعهد، صرف تخلف متعهد برای متعهدله، امکان مطالبه خسارت را فراهم می‌آورد، در حالی که مطابق قانون فرانسه، نخست لازم است الزام متعهد به انجام تعهد از دادگاه درخواست شود و متعهد در صورت عدم اجرای حکم، موظف به پرداخت

خسارت می‌شود. همچنین طبق قانون مدنی ایران، هزینه اجرای تعهد بر عهده مدیون است، در حالی که در برخی قوانین، بالمناصفه به هر دو طرف تحمیل می‌شود. در این‌گونه موارد که در اصل تعهد یا میزان و محدوده تعهد بین قوانین قابل اعمال، اختلاف وجود دارد، باید به موجب اصل برائت و اصل عدم زیادت قانونی که تعهد کمتری بر مدیون تحمیل می‌کند، انتخاب شود و در هر حال، تنها در صورتی باید انتخاب دو طرف را بی‌اثر کرد که به هیچ‌وجه امکان جمع بین دو حکم متعارض وجود نداشته باشد.

۱-۵. انتخاب قانون غیرمعین

ممکن است دو طرف قرارداد، انتخاب قانون قابل اعمال را بر عهده یکی از طرفین قرار دهند. نمونه عملی این امر، در قضیه شرکت ایرانی و شرکت حمل‌ونقل خارجی اتفاق افتاد که در آن، دو طرف در قرارداد، شرط کرده بودند که در صورت بروز دعوا، شرکت حمل‌ونقل از بین قوانین دولت ایران، آلمان و انگلستان، یکی را به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا انتخاب کند. قاضی انگلیسی در این زمینه نظر داد که «انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، امری اساسی در قراردادهاست زیرا مربوط به احکام ناظر بر تشکیل، اعتبار، تفسیر و اجرای تعهدات است. بنابراین انتخاب قانون قابل اعمال می‌بایست از بدو انعقاد قرارداد به نحو قطعی صورت پذیرد و نباید به صورت امری غیرقطعی و در اختیار یکی از دو طرف معامله قرار گیرد».^{۴۲} به‌علاوه امکان دارد دو طرف عقد، تعیین قانون حاکم را به شخص ثالث واگذار یا منوط به توافق بعدی خود یا وقوع رویدادی در آینده سازند یا انتخاب قانون از بین قوانین چند کشور باشد. به اعتقاد پاره‌ای از نویسندگان در این زمینه، با توجه به اینکه قانون حاکم از موضوعات اساسی قرارداد است و مسائلی از قبیل تشکیل، تفسیر و اجرای قرارداد به آن وابسته است، تعیین قانون حاکم در زمان انعقاد قرارداد، شرط است. به بیان دیگر، قرارداد نمی‌تواند در زمان انعقاد در خلأ قانونی قرار داشته باشد؛ به‌ویژه آنکه اموری از قبیل نحوه اجرای صحیح قرارداد، منوط به معین بودن قانون در زمان اجرا و انطباق نحوه اجرا با آن است. بنابراین، انتخاب قانون معلق و شناور به‌منزله عدم انتخاب است و قرارداد مربوطه، فاقد قانون منتخب خواهد بود.^{۴۳} باوجود این، سخت‌گیری بیش از اندازه در لزوم تعیین قانون حاکم در لحظه انعقاد قرارداد با

42...Dubai Electricity Company v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines, *The Vojdan* [1984] 2 Lloyd's Rep., at 385; North, P. M., "Reform, But Not Revolution", *General Course on Private International Law, T. I, R.C.A.L.A., Haya*, 1990, p. 159.

۴۳. نیکبخت؛ همان، صص ۱۸۹-۱۹۲، ایران‌پور، فرهاد؛ «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵۵، بهار ۱۳۸۱، ص ۳۲.
Compagnie d'armement Maitimes SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SA [1971] AC 572.

واقعیت‌های عملی انطباق ندارد و ممکن است منجر به نادیده‌گرفتن انتخاب بعدی قانون حاکم از سوی طرفین شود. آنچه اهمیت دارد این است که قانون حاکم در زمانی که احتیاج به آن پیدا می‌شود، مانند لحظه اجرای قرارداد یا طرح دعوا، معلوم شده باشد و تعیین آن در این زمان کافی است. بنابراین، قابلیت تعیین قانون حاکم در زمان مورد نیاز، خواه زمان انعقاد قرارداد باشد یا پس از آن، کفایت می‌کند.

۱-۶. انتخاب قانون مغایر با قانون منتخب قبلی (تغییر قانون منتخب)

بند ۲ ماده ۳ عهدنامه ۱۹۸۰ رم به طرفین اختیار داده است که قانون منتخب بر قرارداد را تغییر دهند، منتها این تغییر نباید به اعتبار شکلی قرارداد (که مشمول ماده ۹ است) و همچنین حقوق اشخاص ثالث لطمه بزند. پروفیسور لاگارد در این زمینه می‌گوید: این ماده به متعاملین اختیار می‌دهد که هر وقت که بخواهند قرارداد را تابع قانون دیگری غیر از آن قانونی که قبلاً حاکم بوده است، قرار دهند. در این صورت، قانونی که با تأخیر انتخاب شده است، از همان زمان امضای قرارداد، عطف به ماسبق می‌شود. با وجود این، کنوانسیون دو نوع محدودیت بر این انتخاب برقرار می‌کند: نخست آنکه هرگاه قرارداد طبق ماده ۹ از نظر شکلی معتبر باشد، انتخاب مؤخر قانون قابل اعمال نمی‌تواند به اعتبار شکلی قرارداد لطمه بزند. دوم آنکه انتخاب مؤخر قانون نمی‌تواند حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار دهد؛ مثلاً بر تعهد ضامن بیفزاید یا طلب توقیف شده توسط شخص ثالث را کاهش دهد. تغییر قانون در زمان بروز اختلاف و در جریان دادرسی نیز میسر است.^{۴۴} بند ۲ ماده ۷ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه و ماده ۸ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو نیز مقررات مشابهی دارند. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز می‌توان با همان محدودیت، تغییر قانون منتخب را در اختیار دو طرف قرارداد گذاشت.

۲. محدودیت‌های ناظر بر «حکومت قانون منتخب»

پس از اینکه معلوم شد دو طرف چه قوانین و قواعدی را می‌توانند انتخاب و بر رابطه قراردادی خویش حاکم کنند، باید دید آیا قانون یا قواعد منتخب طرفین به‌طور مطلق بر قرارداد حکومت دارد یا حکومت آن بر قرارداد با محدودیت‌هایی روبه‌روست. قانون حاکم بر شکل قرارداد، قانون حاکم بر آیین دادرسی، قانون حاکم بر اهلیت طرفین قرارداد و مغایرت با نظم عمومی و قواعد آمره، محدودیت‌های ناظر بر قانون منتخب و استثناهای اعمال آن است.

۴۴. لاگارد؛ همان، صص ۳۲۰-۳۱۹.

۱-۲. قانون حاکم بر شکل قرارداد

با طرح اصل حاکمیت اراده و پذیرش آن در کشورهای مختلف، قاعده حکومت کامل قانون محل بر اعمال حقوقی با استثنای مهمی روبه‌رو شد، به طوری که مسائل ماهوی قرارداد از شمول آن خارج شد و تنها نسبت به امور شکلی به حیات خود ادامه داد. بر اساس این قاعده جهان‌شمول که در ماده ۹۶۹ ق.م. منعکس شده است، «اسناد از حیث طرز تنظیم، تابع قانون محل تنظیم می‌باشند» و به این ترتیب، قانون حاکم بر مسائل شکلی قرارداد از قانون قابل اعمال بر ماهیت آن (ماده ۹۶۸ ق.م.) جدا شد و تابع قانون محل تنظیم قرار گرفت. از این‌رو قانون منتخب، شامل شکل قرارداد نمی‌شود. البته این قاعده تنها نسبت به اسناد رسمی، امری است و در مورد اسناد عادی، طرفین می‌توانند آن را تابع قانونی غیر از کشور محل تنظیم قرار دهند.

با وجود این، ماده ۹ معاهده ۱۹۸۰ رم به‌طور مطلق و بدون تفکیک بین سند رسمی و عادی، حکومت قانون محل تنظیم یا قانون ماهوی حاکم بر قرارداد را برای حکومت بر شکل قرارداد به‌صورت تخییری پیش‌بینی کرده است. طبق بند نخست آن، در صورتی که قرارداد بین اشخاصی منعقد شده باشد که در یک کشور هستند، معامله از نظر شکلی تابع قانون محل انعقاد قرارداد یا قانونی است که به‌موجب این معاهده قابل اجراست. اما اگر متعاملین در دو کشور مقیم باشند، در صورتی که الزامات شکلی طبق قانون قابل اجرا به‌موجب این کنوانسیون یا قانون یکی از آن دو کشور رعایت شده باشد، معتبر است.^{۴۵}

۲-۲. قانون حاکم بر آیین دادرسی

مسائل مربوط به آیین دادرسی، از قبیل نحوه طرح دعوا، صدور رأی و راه‌های اعتراض به آن، مواعد قانونی و به‌طور کلی، اصول محاکمات، تابع قانون مقر دادگاه است و هیچ دادگاهی قواعد آیین دادرسی کشور دیگر را اجرا نمی‌کند زیرا قواعد مذکور، مربوط به حاکمیت کشور و از مسائل حقوق عمومی است که نظریه تعارض قوانین در آن راه ندارد. بنابراین، حکومت قانون منتخب در حوزه قراردادهای، قانون حاکم بر آیین دادرسی را دربر نمی‌گیرد. طبق قسمت (h) بند ۲ ماده ۱ معاهده ۱۹۸۰ رم نیز ادله اثبات دعوا و آیین دادرسی از قلمرو عهدنامه خارج است.

۳-۲. قانون حاکم بر اهلیت طرفین قرارداد

اهلیت اشخاص، تابع اصل حاکمیت اراده نیست و دو طرف نمی‌توانند در این باره توافق کنند و آن را تابع قانون حاکم بر ماهیت قرارداد قرار دهند، چرا که این قانون است که به اراده، نفوذ حقوقی

۴۵. بند ۲ و برای ملاحظه قواعد خاص، ن.ک: بند ۵ و ۶

می‌بخشد و شرایط آن را تعیین می‌کند و افراد نمی‌توانند به خود، اهلیت اعطا کنند. ماده ۶ قانون مدنی ایران، اهلیت ایرانیان را تابع قانون ایران و ماده ۷ آن، اهلیت اتباع خارجی مقیم در خاک ایران را تحت حاکمیت قوانین متبوع آنان می‌داند. ماده ۹۶۲ قانون مذکور نیز در تأیید این اصل اعلام می‌دارد: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن برحسب قانون دولت متبوع او خواهد بود». باوجود این، در ذیل این ماده، بر اصل مزبور، استثنایی وارد و مقرر شده است: «معدک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است، آن شخص برای انجام آن عمل، واجد اهلیت محسوب خواهد شد در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل، دارای اهلیت تشخیص داد».

طبق قسمت (الف) بند ۲ ماده نخست معاهده ۱۹۸۰ رم و ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۸۶ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالاها و همچنین ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد بیع بین‌المللی کالاها، وضعیت یا اهلیت قانونی اشخاص حقیقی از دامنه شمول عهدنامه خارج و به قانون مقر دادگاه واگذار شده است. باوجود این، ماده ۱۱ معاهده ۱۹۸۰ رم، بدون تعیین قانون حاکم و به منظور حمایت از طرف قرارداد، قاعده خاصی مقرر کرده است: در قرارداد منعقدشده بین اشخاصی که در یک کشور هستند، شخص حقیقی که به موجب قانون آن کشور دارای اهلیت است، تنها در صورتی می‌تواند به عدم اهلیت خود به موجب قانون دیگری استناد کند که طرف دیگر در حین قرارداد از عدم اهلیت او آگاه بوده یا در اثر غفلت و بی‌احتیاطی از آن آگاه نشده باشد. این ماده که به منظور احترام به اعتماد مشروع اشخاص به ظاهر و جلوگیری از سوءاستفاده وضع شده است، به اشخاص اجازه نمی‌دهد که برای اثبات عدم اهلیت خود، به قانون دیگری که طبق قاعده حل تعارض مقر دادگاه تعیین می‌شود، استناد کنند، مشروط بر اینکه مطابق قانون محل وقوع عقد، اهل محسوب شوند، مگر اینکه ثابت نماید در حین انعقاد قرارداد، طرف دیگر از عدم اهلیت او مطلع بوده یا بی‌اطلاعی طرف دیگر، ناشی از بی‌احتیاطی خود وی بوده است.^{۴۶} استثنای اخیر در مقررات مشابه نیز با کمی تفاوت دیده می‌شود. به عنوان مثال، ماده ۳۵ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس که تشخیص اهلیت اشخاص را تابع قانون محل اقامت آنان دانسته است، در ماده ۳۶ اعلام می‌کند: هرگاه یکی از طرفین معامله به استناد قانون اقامتگاه خویش، فاقد اهلیت و به موجب قانون محل وقوع عقد، اهل محسوب شود، حق استناد به قانون اقامتگاه خویش را ندارد مگر اینکه طرف مقابل از عدم اهلیت او آگاه باشد یا می‌بایست آگاه می‌بود.

بنابراین، از مجموع این مقررات برمی‌آید که اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد شامل اهلیت آنان نمی‌شود و برای تشخیص اهلیت دو طرف باید به قاعده حل تعارض مقر دادگاه مراجعه کرد که ممکن است قانون متبوع یا قانون اقامتگاه شخص طرف قرارداد را صالح دانسته باشد.

۴-۲. مغایرت با نظم عمومی و قواعد آمره

مغایرت با نظم عمومی، مهم‌ترین مانع اجرای قانون خارجی محسوب می‌شود که از آن، به استثنای نظم عمومی نیز تعبیر می‌شود. بر این اساس، از اجرای قانون خارجی که طرفین تعیین کرده‌اند و مغایر نظم عمومی و قواعد آمره کشور مقر دادگاه است، خودداری می‌شود. بند ۲ ماده ۷ معاهده ۱۹۸۰ رم در این زمینه به صراحت بیان می‌دارد: مقررات این عهدنامه نمی‌تواند به قواعد قانون دولت متبوع قاضی عهده‌دار رسیدگی که الزاماً بر وضعیت حاکم است، لطمه بزند، صرف‌نظر از اینکه قانون قابل اجرا چه باشد. ماده ۱۶ عهدنامه نیز در این زمینه می‌گوید: «تنها در صورتی از اعمال مقررات قانون تعیین شده به موجب این عهدنامه خودداری می‌شود که اعمال آن، آشکارا مغایر نظم عمومی کشور مقر دادگاه باشد». در حقوق ایران نیز به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی، محکمه نمی‌تواند قانون منتخب را که مغایر با نظم عمومی یا اخلاق حسنه است، اجرا کند.

از طرف دیگر، بند نخست ماده ۷ نیز به اجرای قواعد امری کشور دارای ارتباط نزدیک با قرارداد، غیر از قواعد آمره کشور مقر دادگاه تصریح و تأکید کرده است. در این ماده آمده است: «ممکن است در حین اجرای قانون کشوری معین، به قواعد آمره قانون کشور دیگری که مسئله مورد بحث با آن رابطه نزدیکی نشان می‌دهد، ترتیب اثر داده شود، مشروط بر آنکه به موجب حقوق آن کشور، قواعد مذکور، صرف‌نظر از اینکه قانون حاکم کدام است، قابل اجرا باشد. به‌منظور اخذ تصمیم در مورد ترتیب‌اثر دادن به مقررات آمره مذکور، طبیعت و موضوع و نتایج اجرا و عدم اجرای آن‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت». توجه به قواعد امری کشور دیگر به این خاطر است که گرچه قرارداد بین‌المللی از نظر منطقی به کشوری منسوب است که نزدیک‌ترین رابطه را با آن دارد، اما با توجه به طبع بین‌المللی قرارداد، ممکن است با دیگر کشورها نیز مرتبط باشد. این ارتباط، هرچند کمتر ولی واقعیت دارد و ممکن است این کشورها نفع مشروعی در اعمال قواعد امری خود داشته باشند.^{۴۷}

۴۷. لاگارد؛ همان، صص ۳۳۹-۳۳۶. برای ملاحظه سایر قواعد امری معاهده ۱۹۸۰ رم، ن.ک: مواد ۵ و ۶ در خصوص قراردادهای مصرف‌کنندگان و کارگران و برای تفصیل بحث، ن.ک: لاگارد؛ همان، صص ۳۳۵-۳۳۷.

نتیجه

مطالعه و بررسی انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد توسط طرفین عقد و محدودیت‌های وارد بر آن نشان می‌دهد که در نظام‌های حقوقی مختلف و کنوانسیون‌های مربوطه، اختیار دو طرف معامله مطلق نیست و از جهات مختلف، محدودیت‌هایی بر آن‌ها تحمیل شده است که می‌توان آن را تحت عنوان محدودیت‌ها و استثنای ناظر بر «انتخاب» قانون حاکم و استثنای مربوط به «حاکمیت قانون منتخب» تقسیم کرد.

مهم‌ترین محدودیت‌هایی که نظام‌های معتبر حقوقی بر دو طرف قرارداد در انتخاب قانون قابل اعمال تحمیل می‌کنند آن است که طرفین عقد باید نظم حقوقی از پیش موجود را انتخاب کنند و نمی‌توانند مفاد قرارداد را حاکم بر رابطه خویش کنند. علاوه بر آن، انتخاب قواعد حقوقی غیرملی، از قبیل اصول کلی حقوقی و نظام حقوق فراملی که عرف‌های نانوشته و رویه داورهای تجاری بین‌المللی، دو عنصر اصلی آن را تشکیل می‌دهند، به دلیل محدود و مبهم بودن، از محدوده حق انتخاب دو طرف بیرون می‌ماند. همچنین، انتخاب قانونی که به هیچ‌وجه مشخص نیست و قابلیت تعیین نیز ندارد، مجاز نیست. با وجود این، تعیین قوانین متعدد حاکم بر قرارداد تا زمانی که مغایر یکدیگر نباشند و تعیین حقوق و تعهدات آنان را با مشکل روبه‌رو نکنند، مانعی ندارد. افزون بر آن، تغییر قانون منتخب، در صورتی که به حقوق اشخاص ثالث صدمه نزند، معتبر است. همچنین دو طرف ملزم نیستند قانونی را انتخاب کنند که به نحوی با قرارداد مرتبط است. منتها آنان نمی‌توانند از حق انتخاب خود سوءاستفاده کرده و به‌وسیله آن، از مقررات امری کشور دارای ارتباط نزدیک با قرارداد، فرار کنند.

در صورت رعایت محدودیت‌های فوق در انتخاب قانون قابل اعمال و انتخاب قانون یا قواعد حقوقی مجاز از سوی دو طرف، قانون انتخاب‌شده نیز به‌طور مطلق بر رابطه قراردادی حکومت ندارد و از این حیث دارای محدودیت‌هایی است، به‌گونه‌ای که برخی از امور از حکومت قانون منتخب بیرون می‌ماند. از این‌رو قانون انتخاب‌شده شامل اهلیت دو طرف و شکل قرارداد نمی‌شود. همچنین مسائل آیین دادرسی، مشمول قانون انتخابی قرار نمی‌گیرد. به‌علاوه، قانون منتخب نمی‌تواند مغایر نظم عمومی کشور متبوع قاضی و کشور دارای ارتباط نزدیک با قرارداد باشد.

در حقوق ایران نیز با تکمیلی شمردن حکم مقرر در ماده ۹۶۸ ق.م.، بحث محدوده اختیار طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم مطرح می‌شود. قانون مدنی ایران، محدودیت‌ها و استثنائات مزبور را حتی در فرضی که دو طرف قرارداد، تبعه کشور خارجی هستند و به تصریح ماده ۹۶۸ می‌توانند قانون قابل اعمال بر رابطه قراردادی خویش را تعیین کنند، مشخص نکرده

است. با وجود این، از نظر تحلیلی و با استناد به اصول و قواعد حقوقی، همان محدودیت‌ها و استثنائات یادشده در حقوق تطبیقی، در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز قابل پذیرش است. از این رو در حقوق ایران هم انتخاب قواعد حقوقی غیرملمی یا مفاد قرارداد برای حکومت بر عقد و نیز قانون نامعین اعتبار ندارد، اما انتخاب قانون غیرمرتبط و تغییر قانون منتخب قبلی با همان محدودیت مجاز است. وانگهی قانون حاکم بر اهلیت طرفین و مسائل مربوط به آیین دادرسی از استثنائات حاکمیت قانون منتخب در حقوق ایران محسوب می‌شود، یعنی دادگاه، اهلیت طرف قرارداد را تابع قانون متبوع وی می‌شمارد و انتخاب قانون دیگر را معتبر نمی‌داند. در خصوص مسائل شکلی و آیین دادرسی نیز دادگاه، قانون ایران را اعمال می‌کند، چرا که قواعد مربوط به آیین دادرسی جزو قواعد امری هر کشور و مرتبط با نظم عمومی و حاکمیت آن کشور است.



منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- الماسی، نجادعلی؛ *تعارض قوانین*، چاپ دوم، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۰.
- _____؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ دهم، میزان، ۱۳۸۹.
- سلجوقی، محمود؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*، جلد دوم، *تعارض قوانین*، دادگستر، ۱۳۷۷.
- جنیدی، لعیا؛ *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، دادگستر، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، هشتم، ۱۳۸۸.
- _____؛ *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ سیزدهم، میزان، ۱۳۸۵.
- _____؛ *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چاپ دوازدهم، به‌نشر، ۱۳۶۹.
- نصیری، مرتضی؛ *اجرای آرای داوری خارجی*، چاپخانه موسوی، ۱۳۴۶.
- _____؛ *حقوق تجارت بین‌الملل*، پیکان، ۱۳۵۲.
- _____؛ *حقوق چند ملیتی*، چاپخانه سپهر، ۱۳۷۰.
- محبی، محسن؛ *دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده امریکا؛ ماهیت، ساختار، عملکرد*، ترجمه: محمد حبیبی، چاپ دوم، شهر دانش، (چاپ اول، دادفر، ۱۳۸۳)، ۱۳۹۰.

- مقاله

- اخلاقی، بهروز؛ «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل»، *مجله حقوقی*، شماره ۱۲، ۱۳۶۹.
- انصاری، علی و حجت مبین؛ «قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران»، *فصلنامه حقوقی*، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹.
- ایران‌پور، فرهاد؛ «شناسایی یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.
- _____؛ «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵۵، بهار ۱۳۸۱.

- جنیدی، لایا؛ «حقوق قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی»، در: *بر منہج عدل*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- _____؛ «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۱، شماره اول، ۱۳۹۰.
- شریعت‌باقری، محمدجواد؛ «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۸، ۱۳۹۱.
- شهیدی، مهدی؛ «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۰-۱۹، ۱۳۷۶.
- _____؛ «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۲-۲۱، ۱۳۷۶-۱۳۷۷.
- صفایی، سیدحسین؛ «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۳۰، ۱۳۷۲.
- لاگارد، پل؛ «حقوق بین‌المللی خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجراشدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»، ترجمه: محمد اشرتی، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- لندو، اول؛ «حقوق بازرگانی فراملی در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، ترجمه: محسن محبی، *مجله حقوقی*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۴، ۱۳۶۴. نیکبخت، حمیدرضا؛ «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۹، ۱۳۸۳.
- _____؛ «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۲-۳۱، ۱۳۷۹.

ب) انگلیسی

..... :-

- Adams, J. & Schmitthoff, M. C., *Shhhhhhhhhhh Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 8th ed., London, Steven & Sons, 1986.
- Batifful, H. & Lagarde, P., *Private International Law*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1981-1983.
- Boggiano, A., *International Standard Contracts*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1991.
- Cheshire, G. C., North, P. M. & Fawcett, J. J., *Private International Law*, 11th ed., London, Butterworths, 1987.

- Dicey & Morris, *The Conflict of Law*, 12th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.
- Goode, R., *New Developments in International and Consumer Law*, Ziegel, J.S. (ed.), Hart Publishing, Oxford, 1998.
- Langen, E., *Transnational Commercial Law*, A. W. Sijthoff, 1973.
- Scott, A. W., *Private International Law - Conflict of Laws*, 2nd ed., London, Macdonald and Evans, 1979.
- Toope, S. J., *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge Grotius, 1990.

-

- Goldman, B., "The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria", in: *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, J.D.M. Lew, Martinus Nijhoff Publisher, 1987.
- Güçer, S., "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*, 1, 2009.
- Juenger, F. K., "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Louisiana Law Review*, vol. 60, n. 4, 2000.
- Lando, O., "Applicable Law to the Merits of the Disputes", in: *Contemporary Problems in International Arbitration*, J.D.M. Lew, Martinus Nijhoff Publisher, 1987.
- Mazzacano, P., "The Lex Mercatoria as Autonomous Law", *CLPE Research Paper* 29/2008, vol. 04 N. 06, 2008.
- Maniruzzaman, A. F. M., "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", *American University International Law Review*, vol. 14, Issue 3, 1999.
- North, P. M., "Reform, But Not Revolution", *General Course on Private International Law, T. I, R.C.A.L.A, Haya*, 1990.
- Shmatenko, L., "Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?", *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. III, 2013.
- Stoecker, C. W. D., "The Lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?" *Journal of International Arbitration*, vol. 7. No. 3, 1990.
- Vicher, F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992-1.

-

- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) of December 18, 1987 with amended until January 1, 2007.
- The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980).

- *Boissevain v. Weil* [1949] 1 KB, at 491.
- CA Paris, 24 avril 1940, 5.42.2.29. Note Niboye.
- Cass. civ., 1e 21-621950, Dalloz, 1951, 749, note Hamel.
- *Compagnie d'armement Mtt timss AA .. Cmiiii e iiiii iii ee Navigation SA* [1971] AC 572.
- *Dubai Electricity Co. v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines, The Vojdan* [1984] 2 Lloyd's Rep.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), (presented by the Commission).
- *Tezortzis v. Monrk Line A/B* [1968] 1 WLR.
- *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] AC 227.

(د) فرانسه

..

- Batiffol, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- David, R., *rrrr ii teeee ssss le ssss rree itt rrrtt illll*, Paris, Economica, 1982.
- Delacollete, J., *Les contrats de commerce internationaux*, Bruxelles, De Boeck, 1988.
- Loussouarn, Y. & Bourel, P., *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1988.

. -.

- Lagarde, P., "Approche critique de la lex mercatoria", dans: *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec droit, 1982.
- Level, P., "Le contrat dit sans loi", *Travaux du comité français de droit international privé*, 1964-1966.
- Sabourin, F., "Le contrat sans loi en droit international privé canadien", 19.2 *Revue québécoise de droit international*, 2006.