

Choosing Unconventional Law as the Governing Law of the Contract in Conflict Resolution Rules (Original Research)

Reza Maghsoudi *

Firooz Sokoti **

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2024.709963

Date Received: 29 Mar.2023

Date Accepted: 4 Nov.2023

Abstract

While the principle of party autonomy in determining the governing law of a contract is widely acknowledged, certain instances of the choice of law continue to provoke debate. The key concern is whether parties can establish general indicators for the governing law at the time of contract formation and postpone the definitive determination of the applicable law to a future event. Although opting for a floating law fails to provide the desired certainty and stability in international contracts, commercial practices and judicial procedures in countries like the United States tend to prioritize flexibility in contractual relations over fixed and definite criteria, thereby endorsing the choice of law to be determined in the future. It appears that as long as the chosen law does not contradict public order, its suitability and validity are presumed by the contracting parties. The ability to determine the law at the required time, i.e. the time of filing a lawsuit, is deemed sufficient, and there is no prohibition to choose and implement the unreasonable law.

Keywords

Conflict of Laws, Choice of Law, Floating Law, Conditional Law, Conflicting Rules

* Corresponding Author, Associate Professor, Department of Private law, University of Guilan, rmaghsoody@guilan.ac.ir

** PhD Student in Private law, University of Guilan, firoozsokouti@gmail.com



انتخاب قانون نامتعارف به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد در قواعد حل تعارض (پژوهشی)

رضا مقصودی *

فیروز سکوتی **

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2024.709963

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۹

چکیده

اگرچه اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، به‌عنوان اصل کلی حقوقی پذیرفته شده است، برخی مصادیق انتخاب قانون همچنان موضوع مناقشه است. مسئله اصلی این است که آیا طرفین می‌توانند در زمان قرارداد، صرفاً شاخص‌های کلی برای قانون حاکم بر قرارداد وضع و تعیین قطعی قانون قابل اعمال را به رویدادی در آینده موکول کنند؟ اگرچه بر حسب ظاهر، قطعیت و ثبات در قراردادهای بین‌المللی با انتخاب یک قانون نامعین تأمین نمی‌شود، عرف بازرگانی و رویه قضایی در کشورهای از قبیل ایالات متحده تمایل دارد به جای تکیه بر معیارهای ثابت و قطعی، انعطاف بیشتری به روابط قراردادی اعطا نماید و به طرفین اجازه دهد که در مورد انتخاب قانونی که در آینده قطعیت می‌یابد، توافق کنند. به نظر می‌رسد صرف عدم مغایرت با نظم عمومی به معنی صحت و اعتبار انتخاب متعاقدين است. این نوشتار با روش تحلیلی، تطبیقی چنین استدلال می‌نماید که قابلیت تعیین قانون در زمان مورد نیاز یعنی زمان اقامه دعوا کافی است و معنی برای انتخاب و اجرای قانون نامتعارف وجود ندارد.

واژگان کلیدی

تعارض قوانین، انتخاب قانون، قانون شناور، قانون معلق، قواعد حل تعارض

rmaghsoody@guilan.ac.ir

firoozsokouti@gmail.com

* نویسنده مسئول، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

مقدمه

اصل حاکمیت اراده، هسته مرکزی قواعد حل تعارض در دسته قراردادهای است و به یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شده است.^۱ این اصل در تعیین قانون قابل اجرا درباره قراردادهای از طبیعت خود قراردادهای سرچشمه می‌گیرد،^۲ چرا که قرارداد، زاده اراده متعاقدين است و نیروی الزام‌آور خود را از آن کسب می‌کند. پذیرش اصل حاکمیت اراده می‌تواند امنیت و سودمندی اقتصادی را به ارمغان آورد و تشخیص قانون قابل اعمال و نیز حقوق و تعهدات متعاقدين، برای طرفین و دادگاه، نسبتاً آسان می‌شود.^۳ برخلاف قواعد دیگر حل تعارض که بر عامل ارتباط عینی مبتنی است، حاکمیت اراده، ناظر به قصد طرفین در تعیین قانون قابل اعمال است.^۴ امروزه بیش از ۹۰ درصد قراردادهای بازرگانی برون مرزی متضمن شرط انتخاب قانون است.^۵

بسیاری کشورها، اصل آزادی اراده متعاقدين در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی را پذیرفته‌اند،^۶ به طوری که اختلاف در دکترین و رویه قضایی بر سر برخی مصادیق و شقوق انتخاب قانون از قبیل امکان تغییر قانون حاکم، امکان انتخاب قواعد غیردولتی، امکان تجزیه قانون حاکم و امکان انتخاب قانون نامتعارف، محدود شده است. برخی نویسندگان، تجزیه قانون حاکم بر قرارداد و توافق بر شروط غیرصریح را در ذیل «موارد غیرمتعارف از انتخاب قانون حاکم»^۷ دسته‌بندی کرده‌اند.^۸ تعارض منافع طرفین قرارداد و تمایل هر کدام از آنها بر اعمال قوانین متعلق به کشور متبوع یا محل اقامت خود باعث می‌شود که در نهایت، آنها به قانون یک کشور ثالث بی‌طرف رضایت دهند. گاهی طرفین در پیش‌نویس قرارداد خود بر انتخاب قانون کشوری خاص، قانون حاکم را به صورت معلق، شناور یا علی‌البدل تعیین می‌نمایند.^۹ تمامی این انتخاب‌ها از مصادیق انتخاب قانون نامتعارف است.

1. Csongor István Nagy, "What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective" *Nederland International Privaatrecht (NIPR)*, Vol. 30, No. 4 (2012): 576.

2. محمود سلجوقی، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی* (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۱)، ۳۷۵.

3. Guangjian Tu, *Private international law in China* (Singapore: Springer, 2016), 40.

4. Yuko Nishitani, "Party Autonomy in Contemporary Private International Law — The Hague Principles on Choice of Law and East Asia," *Japanese Yearbook of International Law* 59 (2016): 306.

5. Gary Born and Cem Kalelioglu, "Choice-of-Law Agreements in International Contracts", *Georgia Journal of International & Comparative Law* 50, no. 1 (2021): 47.

6. Genevieve Saumier, "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract," *Brook. J. Int'l L.* 40 (2014): 1.

7. Unusual Cases of Party Autonomy

8. Peter Hay, *Advanced Introduction on Private International Law and Procedure* (Elgar Publications, 2019), 60.

9. برای تعاریف چنین قوانینی، ن.ک: بند ۱ همین نوشتار.

چالش اساسی در خصوص انتخاب قانون نامتعارف، زمان انتخاب قانون و نیز نحوه اداره عقد در فاصله انعقاد تا انتخاب قانون است. انتخاب چنین قانونی در کشورهای مختلف با نتایج متفاوتی همراه بوده است. با وجود اینکه اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای از سال‌ها قبل در انگلیس مورد احترام بوده است، رویه قضایی این کشور، چنین توافقی را معتبر تلقی نمی‌کند. مهم‌ترین دلیل مخالفت با چنین توافقی این استدلال است که قرارداد نباید از زمان انعقاد تا زمان قطعی شدن قانون منتخب، بدون قانون حاکم و دارای خلأ حقوقی باشد؛ چرا که انتخاب قانون، یکی از الزامات اساسی قرارداد است.^{۱۰} همچنین اکثر قضات دادگاه‌های انگلیس معتقدند انتخاب بعدی طرفین نباید عطف به ماسبق شود.^{۱۱} اگرچه دکترین در ایالات متحده،^{۱۲} ایراد مطروحه در حقوق انگلیس درباره عدم امکان ارزیابی اعتبار قرارداد به دلیل فقدان قانون قابل اعمال مشخص تا قبل از زمان طرح دعوا را تصدیق کرده است، آن را موجب بطلان و بی‌اعتباری شرط طرفین نمی‌داند. کافی است اعتبار قرارداد و شرط مندرج در آن، تنها در زمان طرح دعوا بررسی شود و در آن مقطع است که انتخاب طرفین قطعیت می‌یابد.^{۱۳}

علت انتخاب قانون نامتعارف با ضرورت ایجاد انعطاف در قانون حاکم و تطبیق آن با وضعیت زمان اقامه دعوا به‌ویژه در قراردادهای مستمر است. با پیشرفت تجارت، قوانین به شکل مداوم در حال تغییر هستند و قوانین جدید، بر مبنای اصل اثر فوری قوانین به مورد اجرا درمی‌آیند. ممکن است تحول قوانین در حوزه‌هایی از قبیل آیین دادرسی مدنی، بر قراردادی که قبلاً منعقد شده، تأثیرگذار باشد؛^{۱۴} لذا طرفین سعی می‌نمایند انعطاف قرارداد را حفظ کنند. برحسب کارکرد قانون نامتعارف در زمان انعقاد قرارداد، قانون حاکم به صورت صریح مشخص نشده و تعیین آن معلق بر امری در آینده می‌شود. این امر معلق می‌تواند مصادیق گوناگون داشته باشد؛ از جمله قانون محل اقامت خواهان یا خواننده، محل طرح دعوا یا قانونی که یکی از متعاقدین یا شخص ثالث بعد از انعقاد قرارداد انتخاب می‌کنند.

این نوشتار، به‌طور اختصاصی، موضوع انتخاب قانون نامتعارف، چرایی مقبولیت چنین انتخابی توسط طرفین قرارداد و نیز مبنای موافقت و مخالفت را بررسی می‌کند. سپس با انطباق رویکرد کشورهای مختلف و نیز اسناد بین‌المللی، جنبه‌های حقوقی مفید اثبات صحت این انتخاب، تشریح و در نهایت، محدودیت‌های موجود در اعمال این شرط بررسی می‌شود. شایان ذکر است از آنجا

۱۰. حمیدرضا نیکبخت، «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی* ۳۹، (۱۳۸۳): ۱۹۱.

11. Vitek Daniłowicz, "Floating Choice-of-Law Clauses and Their Enforceability," *Int'l L. vol. 20* (1986): 1006.

12. برای مطالعه در خصوص چگونگی لازم‌الاجرا شناخته شدن شرط انتخاب قانون در امریکا، ن.ک:

John F. Coyle, "A Short History of the choice-of-law Clause," *U. Colo. L. Rev.* 91 (2020): 1147.

13. Peter Hay, *op. cit.*, 61.

14. Dolly Wu, "Timing the Choice of Law by Contract," *Nw. J. Tech. & Intel. Prop.* 9 (2010): 405.

که حقوق بین‌الملل خصوصی اصولاً جزو حقوق داخلی کشورهاست، برای بررسی جهان‌شمول لازم است حقوق همه کشورهای دنیا بررسی شود. اما با توجه به اینکه حقوق برخی کشورها از جمله انگلیس، ایالات متحده و سوئیس، حاوی دستاوردهایی در این موضوع در دکتترین و رویه‌قضایی است، این مقاله بر بررسی حقوق این کشورها و در کنار آن، برخی اسناد بین‌المللی از قبیل مقررات اتحادیه اروپا و اصول لاهه درباره انتخاب قانون حاکم تمرکز نموده است. بررسی قابلیت و قلمرو پذیرش قانون شناور در حقوق ایران نیز مورد توجه این مقاله است.

۱. انواع انتخاب‌های قانون نامتعارف

انتخاب قانون به صورت نامتعارف به این مفهوم است که توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم به گونه‌ای صورت گرفته باشد که به جای انتخاب صریح قانون یک کشور، مشخصه‌هایی وضع نمایند که امکان انتخاب قانون کشورهای مختلف وجود داشته باشد. برای نمونه، انتخاب قانون به صورت معلق، شناور یا علی‌البدل، همگی مصادیق انتخاب‌های نامتعارف است.

در صورتی که مفاد توافق به گونه‌ای باشد که امکان انتخاب قانون از میان چند کشور معین وجود داشته باشد، چنین انتخابی شناور است. برای نمونه، طرفین توافق نموده باشند که قانون کشور ایران یا آلمان یا فرانسه، حاکم بر قرارداد خواهد بود. انتخاب قانون معلق نیز به این مفهوم است که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را معلق بر تحقق امری احتمالی در آینده نمایند. برای نمونه، توافق کرده باشند که قانون محل طرح دعوا یا محل اقامت خوانده، حاکم بر قرارداد باشد. شکل دیگر انتخاب نامتعارف چنین است که طرفین ابتدا قانون کشور خاصی را انتخاب و توافق نمایند که در صورت سکوت یا اجمال قانون منتخب، قانون کشور دیگری بر قرارداد حاکم خواهد بود. برای نمونه، قانون کشور ایران به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب و توافق شود در صورتی که این قانون کامل نباشد، قانون کشور فرانسه، حاکم بر قرارداد است. چنین انتخابی، قانون علی‌البدل نام دارد که قوانین منتخب در طول همدیگر قرار دارند؛ برعکس انتخاب قانون شناور که قوانین در عرض همدیگر قرار دارند.

۲. مزیت انتخاب قانون نامتعارف

انتخاب قانون حاکم در قرارداد، به منظور تضمین هرچه بهتر حقوق افراد، در پیش‌آمدهای آینده است. با اعمال اصل حکومت اراده، ثبات حقوقی در روابط متعاقدین و قابلیت پیش‌بینی در دعاوی بین‌المللی افزایش می‌یابد.^{۱۵} با وجود این، با تحول نیازهای جامعه، قوانین دائماً در حال تغییر هستند

۱۵. رضا مقصودی، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، پژوهشنامه حقوقی، ۱، ۲ (۱۳۸۹): ۱۴۴.

و ممکن است چنین تحولی مانع از اجرای قرارداد به شکل مورد نظر متعاقدين باشد.^{۱۶} عطف به ماسبق شدن قوانین و تأثیر قوانین لاحق بر قراردادهایی که سابقاً منعقد شده‌اند، از عللی هستند که می‌توانند انتخاب قانون متعارف را توجیه کنند.

عطف به ماسبق نشدن قوانین از اصول کلی حقوقی بین‌المللی است که در ماده ۴ قانون مدنی ایران و ماده ۲ قانون مدنی فرانسه به آن تصریح شده است. عطف به ماسبق شدن قوانین، امری استثنایی است که نیاز به تصریح دارد و نباید با حقوق مکتسبه افراد در تضاد باشد.^{۱۷} با وجود این، برخی تصمیمات قانونگذاری فوراً اعمال می‌شوند و از این طریق حتی نسبت به قراردادهایی که سابقاً منعقد شده‌اند، مؤثر می‌افتند. برای نمونه، آیین دادرسی مدنی هر کشوری، در رغبت طرفین برای انتخاب قانون آن کشور به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، تأثیر مستقیمی دارد؛ حال آنکه اصولاً تغییرات مربوط به آیین دادرسی مدنی فوراً اعمال می‌شوند. ممکن است اموری از قبیل افزایش هزینه‌های دادرسی یا اضافه نمودن تشریفات که موجب اطاله دادرسی می‌شوند، قصد واقعی طرفین را از انتخاب قانون، بی‌اثر یا آن را خدشه‌دار کنند. بدیهی است نمی‌توان استدلال کرد که هدف از انتخاب قانون کشوری خاص، صرفاً ارجاع امور ماهوی دعوا به این قانون است. برای نمونه، تغییرات قانونگذاری در باب ادله اثباتی دعوا می‌تواند سرنوشت دعوا را تغییر دهد. از سوی دیگر، همان گونه که در حقوق آمریکا، دادگاه‌های عالی ایالتی اختیار دارند که تصمیمات متخذه را به شرط عدم مخالفت با قانون اساسی، عطف به ماسبق کنند،^{۱۸} در ماده ۴ قانون مدنی ایران نیز تصریح شده، امکان عطف به ماسبق شدن قوانین در امور ماهوی نیز به شرط تصریح در قانون جدید متصور است. برای نمونه، هم‌اکنون به موجب رأی وحدت رویه ۸۰۵ دیوان عالی کشور، توافق طرفین در تعیین وجه التزام معتبر است حتی اگر این مبلغ از شاخص تورم نیز بیشتر باشد. حال اگر بعداً قانونی تصویب شود که چنین توافقی را ربا تلقی و ممنوع اعلام کند، بدیهی است به دلیل تداخل با نظم عمومی، این تصمیم در قراردادهای سابق نیز اثرگذار خواهد بود.

با توجه به تغییرات مکرر قوانین، انتخاب قانون نامتعارف، به بهترین طریق می‌تواند حقوق طرفین را تأمین کند. در صورتی که طبق توافق طرفین، قرارداد تابع قانونی باشد که از بین قوانین چند کشور خاص انتخاب می‌شود، تغییر قانون یکی از کشورها نمی‌تواند در قرارداد مؤثر افتد؛ چرا که طرفین می‌توانند قانون کشور دیگری را انتخاب کنند. این در حالی است که اگر انتخاب قانون بر اساس معیارهای اصولاً ثابت همچون تابعیت یا اقامتگاه باشد، اصولاً تغییرات قانونگذاری، حداقل

16. Dolly Wu, "Timing the Choice of Law by Contract," Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 9 (2010): 401.

17. Southwest Distributing v. Olympia Brewing, 565 P.2d 1019, 90 N.M. 502 (1977). Available at <https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1977/10802-0.html>.

18. Lopez v. Maez, 651 P.2d 1269, 98 N.M. 625 (1982). Available at https://scholar.google.com/scholar_case?case=3751875754648778610&q=Lopez+v.+Maez,+&hl=en&as_sdt=2006.

در امور شکلی، در قرارداد مؤثر خواهد افتاد.

۳. وضعیت انتخاب قانون نامتعارف در حقوق داخلی

برای بررسی موضوع در حقوق ایران، ابتدا باید وضعیت «شرط تعیین قانون حاکم بر قرارداد» را بررسی کرد. در واقع باید بررسی شود که آیا «قانون حاکم بر قرارداد»، حقی قابل‌گزینش و انتخاب است یا حکمی که توافق برخلاف آن معتبر نیست؟ بدیهی است در صورتی که اثبات شود مسئله قانون حاکم بر قرارداد، حکم و غیرقابل توافق است، بررسی شرط تعیین قانون نامتعارف نیز سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. از سوی دیگر در انتخاب قانون نامتعارف، قانون حاکم، معلق بر پدیده‌ای است که در آینده رخ خواهد داد و بر این اساس باید ماهیت چنین شرطی از شرط مجهول تمیز داده شود.

۳-۱. اعتبار شرط تعیین قانون حاکم بر قرارداد

قراردادهای حقوق بین‌الملل خصوصی اصولاً شامل آن بخش از حقوق است که اصل آزادی اراده، جایگاه ممتازی در آن دارد. اصل حاکمیت اراده مبین آن است که آزادی و اراده متعاقدين، محدود به ایجاد یا انتخاب نوع قرارداد نیست بلکه در تعیین شرایط قرارداد از جمله تعیین قانون حاکم بر قرارداد نیز جاری است.^{۱۹} در واقع از آنجا که ایجاد قرارداد با اراده متعاقدين محقق می‌شود، محتوای قرارداد نیز اصولاً باید تابع همین اراده باشد. بر همین مبنا، نقش قانونگذار در حقوق قراردادهای بالاخص حقوق بین‌الملل خصوصی باید وضع قواعد تکمیلی باشد که در صورت فقدان توافق طرفین، راه‌گشای حل و فصل اختلافات شود. انتخاب قانون حاکم، حق طرفین قرارداد است و قانونگذار باید این حق را بشناسد و آثار قانونی بر آن بار کند.^{۲۰}

آنچه از مجموع اقوال حقوق دانان استنباط می‌شود، نافذبودن شرط تعیین قانون حاکم بر قرارداد، از سوی متعاقدين است. در زمان تصویب قانون مدنی، هنوز تجارت بین‌الملل گسترش چشمگیری نداشت. با وجود تحولات تجاری و نیازهای تجار به قوانین مدرن، قواعد مربوط به حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی در حقوق داخلی فاقد تحول بوده است. عام‌ترین مقررۀ قانونگذاری در خصوص قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۹۶۸ قانون مدنی تبلور یافته است. این ماده 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». ظاهر ماده، حاکی از سلب حق اختیار اتباع

۱۹. حسین خانلری بهنمیری، «پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقررۀ رم یک و حقوق امریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۲۳، ۳ (۱۳۹۸): ۹۷.

۲۰. محمدجواد شریعت باقری، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۰)، ۳۲۰.

ایرانی برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. تفسیر حکم ماده، هم در قالب قواعد امری و هم در قالب قواعد اختیاری ممکن است.^{۲۱} برخی قائل بر اختیاری بودن این قاعده هستند و معتقدند توافق بر انتخاب قانون معتبر است. به اعتقاد ایشان، تفسیر صحیح از این ماده چنین است که اصولاً تعهدات ناشی از عقد، تابع قانون محل انعقاد است و چنانچه متعاقدین تبعه کشور دیگری باشند، می‌توانند آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند.^{۲۲} برخی دیگر با استناد به سابقه مذاکرات در مرحله قانونگذاری، معتقدند که این ماده مربوط به قراردادهای منعقد شده در داخل کشور است و بنابراین با پذیرش اصل آزادی اراده، در تعیین قانون قابل اجرا درباره قراردادهای در این ماده، در مورد قراردادهای منعقد شده در خارجه، میان اتباع ایرانی و بیگانه در بهره‌مندی از این اختیار، تفاوتی نیست.^{۲۳} برخی اعلام نموده‌اند از آنجا که نفی حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی قابل قانونگذاری نیست، بنا به دلایل 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.^{۲۴} هرچند استدلال اخیر از حیث مبانی کلی و نیازهای امروزی تجارت بین‌المللی موجه است، شایسته تأیید نیست چه اینکه حسب مذاکرات ثبت شده در مجلس، متن اولیه ماده ۹۶۸ فاقد عبارت «اتباع خارجه» بوده و این اصطلاح در شور دوم به ماده افزوده شد.^{۲۵} در واقع ذکر این عبارت، با وجود مشکلات به وجود آمده، تعمدی بود، نه ناشی از مسامحه.

انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در صورتی در حقوق داخلی با مشکل مواجه می‌شود که مرجع رسیدگی، دادگاه باشد. در صورتی که طبق توافق طرفین، اختلافات قراردادی باید از طریق داوری حل و فصل شوند، ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶، حق انتخاب قانون را در گستره‌ای وسیع به رسمیت شناخته است. به هر تقدیر، ظاهر ماده ۹۶۸ نافی اصل حاکمیت اراده برای متعاقدین ایرانی و نیازمند اصلاح است.

۲-۳. دیدگاه حقوق دانان داخلی در خصوص قانون نامتعارف

در صورتی که در مرحله ثبوت، بنا بر صحت شرط انتخاب قانون باشد، در خصوص اینکه آیا قانون منتخب می‌تواند به صورت نامتعارف باشد، دو ایراد قابل طرح است: نخست اینکه ممکن است

۲۱. محمد سهرابی، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰)، ۱۴۷.

۲۲. نجادعلی الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۰)، ۳۴۶.

۲۳. محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۱)، جلد ۲، ۴۱۶.

۲۴. محمدجواد شریعت باقری، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، فصلنامه علمی - پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۷، ۵۸ (۱۳۹۱): ۱۳۶-۱۳۷.

۲۵. حمیدرضا نیکبخت، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ۳، ۳۱-۳۲، (۱۳۷۹): ۱۲۹.

ماهیت چنین توافقی با شرط مجهول، خلط و استدلال شود که به دلیل ابهام در قانون منتخب، شرط، غرری و باطل است. دیگر اینکه وجود قانون، یکی از الزامات قرارداد است و در فاصله انعقاد قرارداد تا مشخص شدن قانون، قرارداد بی‌قانون خواهد بود. ذیلاً هر یک از این ایرادات بررسی می‌شود.

الف. بررسی موضوع از حیث شرط مجهول

صرف‌نظر از اینکه بطلان شرط مجهول در نزد حقوق‌دانان محل اختلاف است و برخی با این استدلال که در قانون مدنی، شرط مجهول به صورت مطلق از شروط باطل به شمار نیامده، قائل به صحت چنین شرطی هستند،^{۲۶} باید توجه داشت که از میان انتخاب‌های نامتعارف، این ایراد در خصوص انتخاب قانون علی‌البدل وارد نیست چرا که در این انتخاب، قوانین منتخب در طول همدیگر قرار دارند و ترتیب حکومت قوانین منتخب بر قرارداد نیز معین شده است. در خصوص انتخاب قانون شناور یعنی انتخاب از میان چند قانون مشخص نیز هیچ توافق مجهولی وجود ندارد و با وحدت ملاک ماده ۳۵۰ قانون مدنی که یکی از اقسام مبیع را «کلی در معین» اعلام نموده است، می‌توان استنباط کرد که انتخاب قانون شناور به مثابه انتخاب کلی در معین و صحیح است. در موضوع انتخاب معلق یعنی تعلیق قانون حاکم بر پدیده‌ای که بعداً رخ خواهد داد نیز به نظر می‌رسد موضوع بیشتر در چهارچوب تعهد معلق قابل بررسی است نه در خصوص شرط مجهول. از حیث تعلیق، هرچند فقها شرط تنجیز را یکی از شروط صحت قراردادها اعلام نموده‌اند، ماده ۱۹۰ قانون مدنی، حکمی در این خصوص بیان ننموده و حتی در ماده ۱۸۹ همین قانون، عقد معلق به‌عنوان یکی از اقسام عقود معرفی شده است. از منظر بررسی تطبیقی نیز ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۶۵ قانون مدنی مصر و نیز ماده ۱۰۱:۱۶ سند PCEL و بند ۱ ماده ۱:۱۰۶ از کتاب سوم سند DCFR و نیز ماده ۱-۳-۵ از سند UPICC همگی حاکی از صحت توافق معلق است. از دیگر سو، حقوق‌دانان در خصوص حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی معتقدند آنچه در این ماده نفی شده، موضوع مجهول برای تعهد است و قابلیت تعیین و تنفیذ برای موضوع تعهد کافی است.^{۲۷} حسب قسمت اخیر همین ماده، در صورتی که علم اجمالی به موضوع تعهد وجود داشته باشد، جهل منتفی است. از آنجا که ضابطه علم اجمالی در قانون مدنی معین نشده، عرف بهترین داور ارزیابی علم اجمالی خواهد بود و عرفاً هیچ ابهامی در توافق وجود ندارد.^{۲۸} شیخ/انصاری نیز ملاک غرر را

۲۶. سیدحسین امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۹)، جلد ۱، ۳۳۶.

۲۷. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، جلد ۲، ۱۹۹.

۲۸. سیدحسین صفایی، «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»»، تفسیر ماده ۲۱۶ ق.م. بر مبنای قاعده غرر، مجله تحقیقات حقوقی ۱۵، ۵۹ (۱۳۹۱): ۴۱.

عرف می‌داند و معتقد است صرف‌نظر از احکام شرعی، حدیث نهی‌النبی عن بیع‌الغرر، آنچه را به موجب عرف، غرر تلقی می‌شود، نفی نموده است.^{۲۹}

چنین ضابطه‌ای می‌تواند در بسیاری موارد به پویاشدن حقوق منتهی شود. برای مثال، علی‌رغم سختگیری‌ها در خصوص تعیین ثمن در ماده ۳۳۹ قانون مدنی در باب تعیین ثمن، امروزه عرف رایج در قراردادهایی همچون پیش‌فروش، صرف تعیین معیاری برای تعیین ثمن را معتبر می‌داند. همین که طرفین، معیاری برای تعیین ثمن تعیین کنند، عرفاً غرر منتفی است. در خصوص انتخاب قانون نامتعارف نیز هرچند ضوابط قانون منتخب مشخص است که این امر نافی عنوان شرط مجهول است، باید توجه داشت که عرفاً هیچ‌چیزی به موضوع توافق متصور نیست.

ب. چالش بدون قانون ماندن قرارداد در فاصله انعقاد تا تعیین قانون

برخی معتقدند قانون یکی از الزامات اساسی قرارداد است و از آنجا که مسائلی همچون تشکیل، اعتبار، تفسیر و اجرای قرارداد، تابع قانون است، قرارداد نمی‌تواند با خلأ فقدان قانون منعقد شود.^{۳۰} در مقابل اعلام شده است که قابلیت تعیین قانون حاکم، در زمان مورد نیاز کافی است، اعم از اینکه در زمان انعقاد قرارداد باشد یا پس از آن. به نظر ایشان، قانون باید در زمانی که به آن احتیاج حاصل می‌شود معلوم باشد.^{۳۱} به نظر می‌رسد نظریه اخیر با اصل صحت قراردادهای و نیاز کنونی تجارت جهانی همخوانی دارد. با بررسی اسناد بین‌المللی چون اصول لاهه مصوب ۱۹ مارس ۲۰۱۵ یا مقررات رم یک مصوب ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸، واضح است که تحولات بین‌المللی در مسیری قرار گرفته است که بر آزادی اراده در تعیین دادگاه و قانون بیفزاید.

برخی نویسندگان به انتخاب قانون به صورت علی‌البدل اشاره کرده‌اند. این قانون نسبت به قانون منتخب اصلی در اوضاع و احوال متفاوت اعمال می‌شود و چنین انتخابی معتبر است. برای مثال در قرارداد وام، طرفین بر اعمال قانون سوئیس توافق نموده‌اند و در ادامه شرط کرده‌اند که اگر تغییرات قابل توجه در قانون سوئیس انجام شود، قانون آلمان به جای قانون سوئیس حاکم خواهد شد. در این حالت، اعمال قانون آلمان، معلق به تغییرات قابل ملاحظه در قوانین سوئیس است.^{۳۲}

۲۹. شیخ مرتضی انصاری، کتاب المکاسب (قم: مجمع‌الفکر الاسلامیه، ۱۴۲۵ ق)، جلد ۴، ۱۸۹ و ۱۹۹.

۳۰. نیکبخت، همان، ۱۹۰.

۳۱. نجادعلی الماسی و هادی شعبانی کندرسی، «بررسی تطبیقی محدودیت‌های طرفین در انتخاب قانون حاکم»، مجله حقوقی بین‌المللی، بهار - تابستان ۹۶، ص ۲۶.

۳۲. احمد امیرمعزی، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۱)، ۱۶۵.

ممکن است این ایراد مطرح شود که اگر مابین متعاقدين، اختلافی بروز نکند و مجال مداخله دادگاه نباشد، قرارداد تابع چه قانونی خواهد بود؟ در پاسخ می‌توان بیان نمود که در معاملات تجاری، عرف خاص تجار جایگاه ویژه‌ای دارد و تا زمانی که طرفین در چهارچوب همین عرف به تعهدات قراردادی خویش عمل نمایند، نیازی به این ندارد که توافق حتماً تابع قانون خاصی باشد. از آنجا که عموماً قواعد مربوط به معاملات و بالخصوص قراردادهای حقوق بین‌الملل خصوصی از قواعد تکمیلی هستند، عرف بر آنها مقدم است. بر این اساس است که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز در صورت سکوت متن کنوانسیون، به عرف تجاری ارجاع داده است.

بحث از لزوم وجود قانون برای قرارداد، ایرادی است که برخی قضات و حقوق‌دانان مطرح کردند و مداخله قاضی در موضوع توافق، زمانی است که اختلافی میان طرفین حادث شده باشد. به فرض، طبق توافق طرفین، قرارداد تابع قانون دو کشور مختلف باشد که برحسب قانون یکی از این کشورها، محل تحویل مبیع، محل اقامت خریدار و در دیگری محل انعقاد قرارداد باشد؛ حال اگر مبیع در محل اقامتگاه فروشنده تحویل داده شود آیا خللی به اعتبار توافق یا ایفای تعهد صورت گرفته وجود خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد تا زمانی که میان طرفین اختلافی حاصل نشده باشد، لزومی به وجود قانون احساس نمی‌شود و عرف تجاری جایگزین آن خواهد بود.

۴. وضعیت انتخاب قانون نامتعارف در حقوق دیگر کشورها

با وجود اینکه امروزه اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در اکثر کشورها تأیید شده است،^{۳۳} انتخاب قانون نامتعارف در میانه انبوهی از اظهارنظرهای متضاد قرار گرفته است. برخی نویسندگان معتقدند هدف اصلی از انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، ارائه قابلیت پیش‌بینی، وضوح و بی‌طرفی است و از آنجا که انتخاب قانون نامتعارف موجب عدم اطمینان قطعی نسبت به قانون حاکم بر قرارداد است، اجرای چنین توافقی نامطلوب است.^{۳۴} از منظر رویه قضایی، عمده مخالفت با انتخاب قانون نامتعارف، مربوط به حقوق انگلیس است. اکثر قضات انگلیسی معتقدند حقوق و تعهدات متعاقدين در زمان انعقاد عقد به وجود می‌آیند؛ لذا قرارداد از همان زمان انعقاد باید تابع یک قانون مناسب باشد.^{۳۵} به عبارت کرد دیپلاک، نباید قراردادها در خلأ حقوقی منعقد شوند.^{۳۶} با بررسی آرای صادره، چنین استنباط می‌شود که دادگاه‌های انگلیس تا حد ممکن از شناسایی چنین شرطی به‌عنوان شرط الزام‌آور خودداری می‌کنند و مصادیق پذیرش قانون نامتعارف در این

33. Anelize Slomp Aguiar, "The law applicable to international trade transactions with Brazilian parties: a comparative study of the Brazilian law, the CISG, and the american law about contract formation," *Revista Brasileira de Arbitragem* 9, no. 33 (2012): 4.

34. Gary Born and Cem Kalelioglu, *op. cit.*, 86.

35. S. M. Richardson, "International contracts and the choice of law" (1988): 375.

36. Contracts were incapable of existing in a legal vacuum.

کشور، مهجور افتاده است. این در حالی است که در حقوق این کشور، در صورتی که طرفین، انتخاب صریحی در خصوص قانون حاکم بر قرارداد نداشته باشند، دادگاه با استفاده از عواملی همچون محل داوری، زبان قرارداد یا فرم قرارداد، سعی می‌کند اراده ضمنی طرفین را استنباط و اعمال کند. می‌توان نمونه‌هایی از این استدلال را در دعوای مربوط به یک شرکت ژاپنی با شرکت آلمانی^{۳۷} مشاهده کرد. در این دعوا، هرچند طرفین صراحتاً قانون حاکم را مشخص نکرده بودند، رویه قضایی با توسل به همین عوامل، از اراده ضمنی طرفین، قانون انگلیس را به‌عنوان قانون منتخب بر قرارداد استنباط کرد؛ لذا معلوم نیست چرا اراده صریح طرفین در خصوص انتخاب قانون شناور نمی‌تواند مؤثر افتد؟

یکی از قدیمی‌ترین پرونده‌های مطروحه در دادگاه انگلستان مربوط به سال ۱۹۷۱ است. موضوع دعوا عبارت از اختلاف راجع به وزن کل محموله^{۳۸} میان مالک فرانسوی کشتی و ارسال‌کننده تونسی برای انتقال نفت بین دو بندر در کشور تونس بود. قرارداد مشتمل بر فرم استاندارد اجاره دريست برای حمل و نقل دریایی^{۳۹} و متضمن شرط انتخاب قانون کشور صاحب پرچم کشتی بود. از طرفی قرارداد، به متصدی حمل اجازه می‌داد که از کشتی‌هایی که تحت مالکیت یا تحت کنترل یا تحت اجاره وی هستند، استفاده کند. با توجه به اینکه محموله با کشتی‌های مختلف حمل می‌شد، لذا قانون منتخب طرفین، به صورت صریح مشخص نبود و حالت شناور داشت. در تفسیر این قرارداد، اکثریت مجلس اعیان، مشتمل بر لرد دیپلاک^{۴۰} اعلام نمودند که به زعم طرفین، حمل‌کننده، عمدتاً از کشتی‌های متعلق به خود استفاده می‌کند و بر اساس این تفسیر، شرط انتخاب قانون، ناظر به قانون پرچم کشتی‌های متعلق به خود حمل‌کننده یعنی فرانسه است. در مقابل، اقلیت که شامل لرد ویلبرفورس نیز می‌شد، معتقد بودند که چنین شرطی به دلیل عدم قطعیت باطل است.^{۴۱}

مهم‌ترین برخورد دادگاه‌های انگلیس با انتخاب قانون نامتعارف، مربوط به پرونده کشتی آرمار است.^{۴۲} مفاد پرونده اجماً حکایت از این دارد که یک شرکت کوبایی به منظور حمل محموله شکر از کوبا به مقصد اسپانیا و الجزایر، اقدام به اجاره کشتی می‌کند. طرفین توافق می‌کنند تمامی اختلافات فی‌مابین می‌بایست طبق قانون بندر یا محلی که شرکت حمل و نقل‌کننده انتخاب می‌کند، حل و فصل شود. در طول مسیر و قبل از تحویل محموله به الجزایر، کشتی دچار

37. Case of Egon Oldendorff v Liberia Corpn (1996), in Mayess Abla, Principles of Conflict of Laws (Cavendish Publications, 1999), 113.

38. Tonnage

39. Voyage charter parties

40. Lord Diplock.

41. Indira Karr and Peter Stone, International Trade Law, 6th Edition, (Routledge, 2018), 375.

42. Armar Shipping Co., Ltd. v. Caisse Algerienne d'Assurance et Reassuranc, available at <https://vlex.co.uk/vid/armar-shiping-company-ltd-793733173>.

آسیب‌دیدگی و در ساحل اسپانیا متوقف می‌شود. صاحبان کشتی اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه مالکین محموله در کشور انگلیس می‌کنند ولی دادگاه توافقنامه را الزام‌آور تشخیص نمی‌دهد.^{۴۳} استدلال دادگاه چنین است: «اگر در زمان تنظیم قرارداد، انتخاب قانون حاکم از قبیل قانون ایالات متحده یا آلمان یا هر مکان دیگری به صراحت موضوع توافق نباشد، انتخاب بعدی قانون حاکم از سوی یکی از متعاقدين، نمی‌تواند عطف به ماسبق شده و در گذشته (زمان تنظیم قرارداد تا زمان حصول اختلاف) تأثیرگذار باشد».^{۴۴}

در مقابل، پرونده *مارلینیا*^{۴۵} یکی از مواردی است که رویه قضایی انگلیس، قانون علی‌البدل را معتبر قلمداد کرده است. در این پرونده، قراردادی در خصوص اجاره یک کشتی برای حمل محموله از بندری در بلژیک به یونان منعقد می‌شود. طرفین در ذیل قرارداد توافق می‌کنند که تمامی اختلافات احتمالی از طریق داوری در لندن بر طبق قانون داوری انگلیس حل و فصل خواهد شد، مگر اینکه به هر دلیلی توسط یک مقام صالح، شرط داوری غیرقابل اجرا تشخیص داده شود که در این صورت، قانون یونان، حاکم بر قرارداد است و دعوا در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های یونان خواهد بود. متعاقباً مستأجر ورشکست شده و میان طرفین اختلاف حاصل می‌شود. با طرح موضوع در انگلیس، خواننده با استناد به پرونده *آرمار*، مدعی بی‌اعتباری توافق در خصوص انتخاب قانون شناور می‌شود. خواننده امیدوار بود که با بطلان شرط مندرج در ذیل قرارداد، قانون یونان به‌عنوان قانون مناسب بر قرارداد حاکم باشد. با این حال، دادگاه تجدیدنظر انگلیس، مفاد شرط را معتبر قلمداد می‌کند. استدلال دادگاه این بود که صلاحیت قانون یونان در مرحله بعد از صلاحیت قانون انگلیس است و در صورتی اعمال خواهد شد که قانون انگلیس منتفی باشد.^{۴۶} همچنین به زعم دادگاه تجدیدنظر، اگرچه شرط متضمن اعمال دو قانون مختلف در موقعیت‌های گوناگون، غیرمعمول است، این شرط دارای مبنای منطقی تجاری^{۴۷} است.^{۴۸}

با وجود اینکه در این پرونده، دادگاه، انتخاب قانون نامتعارف را معتبر قلمداد کرد، در پرونده بعدی، حکم پرونده *آرمار* تأیید شد. یکی از پرونده‌های بسیار مشهور، مربوط به پرونده کشتی ایرانی، معروف به *ایران وچدان* است.^{۴۹} در این پرونده، شرکت اماراتی برای حمل محموله کابل برق از کشور آلمان، یک کشتی از شرکت ایرانی اجاره کرد. طرفین توافق کردند که در صورت بروز

43. P.R. Wood, "External Governing Law: Either a Fortress or a Paper-House," *Int'l Fin. L. Rev.* 1(1982): 11.

44. Danilowicz, Vitek, *op. cit.*, 1006.

45. *Astro Venturoso Compania Naviera v Hellenic Shipyards SA (Marlannina)*, 1983 1 *Lloyd's Rep* 12.

46. David G. Pierce, "Post-Formation Choice of Law in Contract," *Mod. L. Rev.* 50 (1987): 188.

47. Commercial Sense

48. Christian Schulze, "Private international law and jurisdictional problems offshore joint venture agreements," *XXVIII CILSA* (1995): 398.

49. *Dubai Electricity Co. v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The "Iran Voidan")*.

اختلاف، قانون یکی از سه کشور ایران، آلمان یا انگلیس، حاکم بر قرارداد باشد. با طرح دعوا در دادگاه انگلیس، دادگاه با استناد به پرونده آرمار، توافق شناور را معتبر نمی‌داند. استدلال دادگاه چنین است که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد باید در زمان تشکیل عقد به صورت صریح صورت گیرد و انتخاب غیرقطعی یا معلق به اراده یکی از طرفین، صحیح نیست.^{۵۰}

تصمیم دادگاه در پرونده‌های آرمار و ایران وجدان با انتقاد حقوق‌دانان انگلیسی مواجه شد. برخی اعلام کردند که تصمیم دادگاه در این پرونده‌ها با منطق حقوقی سازگار نیست و ممکن است چنین تصمیماتی موجب محدودیت نابجا باشد. ایشان با تمجید از تصمیم داوری در پرونده ماریانا، قائل به صحت چنین انتخابی هستند.^{۵۱} از طرفی برخی دیگر از حقوق‌دانان در پاسخ به این ایراد که در انتخاب قانون به شکل معلق، هیچ انتخاب قطعی در زمان انعقاد عقد وجود ندارد، اعلام کردند که قابلیت تعیین قانون در زمان طرح دعوا کافی است.^{۵۲}

تصمیمات دادگاه‌های انگلیس در کشورهای آسیای شرقی نیز مؤثر افتاده است. در پرونده شرکت سهامی شانگهای توربو/ترپرایزز در برابر لیومینگ،^{۵۳} دادگاه سنگاپور مواجه با انتخاب قانون شناور بود. در این پرونده، خواهان شرکتی است که در جزایر کایمن به ثبت رسیده و در بازار بورس سنگاپور نیز عرضه شده است. خوانده تبعه چین و یکی از سهام‌داران شرکت خواهان بوده که سابقاً مدیر ارشد اجرایی این شرکت بود. خواهان مدعی بود که خوانده از اجرای قرارداد همکاری فی‌مابین در خصوص انتساب وی به‌عنوان مدیر اجرایی استنکاف ورزیده و بر این اساس، اقدام به طرح دعوا در دادگاه‌های سنگاپور نموده است. در قرارداد استنادی مقرر شده که قانون حاکم بر قرارداد، قانون سنگاپور یا چین بوده و به موضوع اختلاف نیز از طریق دادگاه‌های چین یا سنگاپور رسیدگی خواهد شد. دادگاه سنگاپور استدلال کرد که شرط ضمن عقد، متضمن انتخاب صریح قانون سنگاپور نیست و طبق قانون کشور چین نیز این انتخاب نمی‌تواند نافذ باشد؛ لذا قانون کشور چین و دادگاه‌های این کشور را برای رسیدگی به موضوع مناسب تشخیص داد.^{۵۴}

در حقوق سوئیس، انتخاب قانون علی‌البدل پذیرفته شده است. نمونه‌ای از برخورد دادگاه‌های این کشور با انتخاب قانون شناور، پرونده شرکت کلاوسن در برابر پایپروک است.^{۵۵} در این پرونده، طرفین توافق کرده بودند که برای رسیدگی به اختلافات، دادگاه زوریخ بر اساس قانون آلمان یا انگلیس، صالح به رسیدگی باشد. مفاد شرط این‌گونه بود که اگر اقامه دعوا از سوی خریداران باشد،

50. Pierce, David G, *op. cit.*, 186.

51. *Ibid.*, 190.

52. Peter Hay, *op. cit.*, 61.

53. Shanghai Turbo Enterprises Ltd. v. Liu Ming [2018] SGHC, 172.

54. Adrian Briggs, "The Validity of 'Floating' Choice of Law and Jurisdiction Clauses," LMCLQ (1986): 508.

55. Black Clawson Int'l Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.

قانون انگلیس و اگر از سوی فروشندگان باشد، قانون آلمان حاکم بر قرارداد است. در این پرونده با وجود اینکه قانون به صورت نامتعارف بود، دادگاه شرط را معتبر قلمداد نمود و اعلام کرد که امکان عطف به ماسبق شدن چنین توافقی وجود دارد.^{۵۶}

در حقوق امریکا، موضوع انتخاب قانون نامتعارف، بیشتر در خصوص قراردادهای وام بین وام‌گیرندگان مکزیکی و بانک‌های امریکایی مطرح است.^{۵۷} در ذیل این قراردادها طرفین توافق می‌کنند که رسیدگی به اختلافات قرارداد تابع قوانین ایالات متحده خواهد بود، مگر اینکه وام‌دهنده در دادگاه‌های مکزیکی طرح دعوا کند که در این صورت، قانون مکزیکی حاکم بر قرارداد است. در بررسی وضعیت شرط مذکور در حقوق امریکا باید توجه داشت که دادگاه‌های امریکایی سال‌ها در صحت توافق طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد، دچار تردید بودند تا اینکه در پرونده برمن به طرفیت زاپتا،^{۵۸} شرط انتخاب قانون، معتبر تلقی شد. استدلال قاضی صادرکننده رأی چنین بود که با توجه به توسعه فعالیت‌های تجاری فرامرزی شرکت‌های تجاری ایالات متحده، اگر همچنان بر مفهوم بومی‌گرایی پافشاری شود، تمامی اختلافات باید تحت قوانین و توسط دادگاه‌های امریکا حل و فصل شوند که این امر موجب از رونق افتادن تجارت و صنعت امریکا خواهد بود.^{۵۹} این استدلال، دو سال بعد در پرونده دیگری نیز به کار گرفته شد.^{۶۰} در خصوص وضعیت قانون نامتعارف در حقوق امریکا، حقوق دانان این کشور عقیده دارند چنین شرطی مخالف با نظم عمومی نبوده و از جمله حقوق طرفین است و نباید هیچ محدودیتی در این باره برای ایشان قائل شد، کما اینکه در حقوق مکزیکی نیز چنین شروطی معتبر تلقی می‌شوند.^{۶۱} در راستای تأیید این استدلال، برخی حقوق دانان اعلام نموده‌اند که اصولاً محدودیت‌هایی که در حقوق بین‌الملل خصوصی برای اصل آزادی اراده‌ها در نظر گرفته شده است، با اهداف ملی توجیه می‌شوند.^{۶۲} این در حالی است که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، هیچ تعارضی با منافع ملی ندارد و می‌تواند مورد پذیرش باشد؛ لذا رویکرد دادگاه‌های امریکا نیز بر اسناد بین‌المللی و اعتبار چنین انتخابی است.^{۶۳}

56. Vitek Danilowicz, *op. cit.*, 1007.

57. *Ibid.*, 1005.

58. Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972), available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/>.

59. *Ibid.*, 1013.

60. Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974), available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/>.

61. *Ibid.*, 1005.

62. Andreas Schwartz, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law-The Hague Principles of Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective," U. St. Thomas LJ 12 (2015): 88.

63. S. M. Richardson, *op. cit.*, 381.

۵. وضعیت انتخاب قانون نامتعارف در اسناد بین‌المللی

با بررسی اسناد بین‌المللی، چنین استنباط می‌شود که به اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، ارجح نهاده شده است. از جمله تلاش‌های بین‌المللی برای پیشبرد این هدف، تصویب کنوانسیون لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۵۵ است. در ماده ۲ این کنوانسیون اعلام شده است: «بیع باید تابع قانون داخلی کشوری باشد که طرفین قرارداد مشخص کرده‌اند». همچنین کنوانسیون امریکایی راجع به قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی مصوب ۱۹۹۴ در مکزیک و لازم‌الاجرا از ۱۹۹۶، دارای همین هدف است. گستره این کنوانسیون در مورد قراردادهای بین‌المللی و موضوع آن، قانون حاکم بر قرارداد است. باید توجه داشت که بر اساس ماده ۱ این کنوانسیون، قرارداد از نظر کنوانسیون امریکایی، زمانی بین‌المللی محسوب می‌شود که محل سکونت عادی یا محل تجارت طرف‌های قرارداد در دو کشور متعاهد، متفاوت باشد یا قرارداد، وابستگی عینی با بیش از یک دولت عضو داشته باشد.^{۶۴} ماده ۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «طرف‌ها می‌توانند در هر زمان توافق کنند که قرارداد باید به‌طور کامل یا بخشی از آن تابع قانونی به غیر از قانون حاکم قبلی باشد، اعم از آنکه قانون قبلی توسط طرفین قرارداد انتخاب شده بوده یا خیر...». با وجود این، برخی از اسناد مهم که با استناد به آن‌ها می‌توان نفوذ انتخاب قانون شناور را استنباط نمود، ذیلاً تشریح می‌شود.

۵-۱. مقررات اتحادیه اروپا^{۶۵}

در اتحادیه اروپا اقدامات و اسناد مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی عمدتاً در دو قالب مقرر^{۶۶} و دستورالعمل^{۶۷} صورت می‌گیرد. از آثار مهم تصویب مقرر در اتحادیه اروپا، لازم‌الاجرا بودن آن در حقوق داخلی کشورهای عضو، بدون نیاز به تصویب مجدد از سوی مراجع قانونگذاری داخلی کشورهاست. هیچ کدام از اسناد اروپایی، حکم صریحی در موافقت یا مخالفت با انتخاب شناور قانون حاکم ندارند. بسیاری از اسناد اروپایی تعارض قوانین، به طرفین اجازه می‌دهند که قانون محل دادگاه را انتخاب کنند. این انتخاب به‌طور کلی می‌تواند ناظر به دعوی باشد که قبلاً طرح شده است یا اینکه در آینده توسط یکی از طرفین اقامه می‌شود. ضرورتی ندارد که دادگاه محل طرح دعوا توسط متعاقدين تعیین شده باشد. به این ترتیب در عمل طرفین به یک انتخاب شناور مبادرت کرده‌اند.

یکی از مهم‌ترین اسناد در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مقرر^{۶۸} رم یک مصوب

۶۴. مجتبی اصغریان، درس‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی پیشرفته (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷)، ۶۱.

65. Rome Regulation on the Applicable Law on Contractual Obligations.

66. Regulation.

67. Directive.

۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ است.^{۶۸} این مقرر به صورت قانون یکپارچه وارد قوانین ملی کشورهای عضو اتحادیه اروپا شده است و بر اساس قانون ملی، در مواردی که در رسیدگی به دعوی، عامل خارجی در بین باشد، با اعمال قواعد یکنواخت حل تعارض به نتیجه یکسان می‌رسند.^{۶۹} مقرر رم یک، جایگزین کنوانسیون رم مصوب ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰^{۷۰} در زمینه قانون حاکم بر تعهدات قراردادی شده است. این سند نیز متضمن آزادی اراده‌ها در تعیین قانون بود به طوری که همچون قواعد سنتی حقوق انگلیس، در آن مقرر شده بود که قرارداد باید تابع قانون منتخب طرفین باشد.^{۷۱} طبق ماده ۳ این کنوانسیون، طرفین می‌توانستند در هر زمان قانون حاکم بر قرارداد را تغییر دهند تا خلأ قرارداد پر شود.^{۷۲}

بند دوم ماده ۳ مقرر رم یک مقرر می‌دارد: «طرفین می‌توانند در هر زمانی توافق نمایند که قرارداد تابع قانونی غیر از قانون قبلی باشد، اعم از اینکه قانون قبلی ناشی از توافق طرفین بر طبق این ماده باشد یا اینکه از مواد دیگر این مقرر حاصل شده باشد. هرگونه تغییر در قانون قابل اعمال بعد از انعقاد قرارداد نباید به اعتبار شکلی قرارداد طبق ماده ۱۱ خلل وارد کند یا بر حقوق اشخاص ثالث تأثیر منفی داشته باشد».^{۷۳} این بند، زیربنای استدلال برخی حقوق‌دانان را در تأیید انتخاب قانون شناور تشکیل می‌دهد. ایشان معتقدند اینکه طرفین می‌توانند حتی در جریان رسیدگی به دعوا قانون حاکم را تعیین نموده یا تغییر دهند، حاکی از این مهم است که برخلاف استدلال قضات انگلیسی، قانون منتخب جدید می‌تواند عطف به ماسبق شود و قرارداد هیچ‌گاه بدون قانون نخواهد بود.^{۷۴}

برخی حقوق‌دانان استدلال نموده‌اند هیچ دلیلی وجود ندارد که طرفین در چارچوب نظم عمومی (مانند سوءاستفاده از حق یا تقلب)، از انتخاب قانون شناور منع شوند.^{۷۵} مطلق بودن حاکمیت اراده، به

68. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>.

۶۹. همایون مافی و محمدحسین تقی‌پور، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و امریکا»، مجله پژوهش حقوقی خصوصی ۴، ۱۳ (۱۳۹۴): ۱۴۸.

70. Rome Convention on the Law Applicable on Contractual Obligations 1980, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>.

71. J. G. Collier, Conflict of Laws, 3rd ed. (2001), p. 192.

۷۲. پل لاگارد، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»، ترجمه: محمد اشتری، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۱۴، ۲۰ (۱۳۷۵): ۳۱۹.

73. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation. Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.

74. Vite Danilowicz, *op. cit.*, 1010.

75. Gary Born and Cem Kalelioglu. *op. cit.*, 88.

نظریه لیبرالیسم کلاسیک منجر می‌شود که برای اشخاص، نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد.^{۷۶} بر اساس این نظریه که نافی مداخله مراجع قانونگذاری در قانون حاکم بر قرارداد است، در حقوق بین‌الملل خصوصی، طرفین قدرت و اختیار دارند با برخورداری از آزادی کامل، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند. البته در فرضی که انتخاب بعدی قانون بعد از انعقاد، برای فرار از مقررات امری یا برای تقلب باشد، اجازه انتخاب قانون حاکم داده نخواهد شد.^{۷۷} چنین حکمی به صورت ضمنی از بند سوم ماده ۳ کنوانسیون رم نیز قابل استنباط است.

هیچ ایراد قانع‌کننده‌ای در مخالفت با این دیدگاه لیبرال وجود ندارد. انتخاب شناور، این اصل را که لازم است در هر مقطع زمانی یک قانون ماهوی واحد و قابل تعیین وجود داشته باشد، نقض نمی‌کند. برخی نویسندگان با بیان اینکه اسناد اروپایی (برای مثال بند ۲-۱ از ماده ۳ رم یک و بندهای دو و سه ماده ۵ رم سه) خود تغییر قانون قابل اعمال را در گذر زمان اجازه داده‌اند، معتقدند از آنجا که ممکن است طرفین منافع مشروعی در ایجاد تحرک و جابجایی در قانون قابل اعمال داشته باشند، یک قانون شناور احتمالی که به اعمال قانون مقر دادگاه منتهی شود باید به تأیید حقوق اروپایی برسد.^{۷۸}

واقعیت آن است که هیچ‌یک از مقررات اتحادیه اروپا صراحتاً بر انتخاب قانون شناور تصریح ندارد. بند یک ماده سه مقررات رم یک، قرارداد را تابع قانونی می‌داند که صراحتاً و آشکارا برحسب شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر دعوا مورد توافق قرار گرفته است.^{۷۹} از این بند، نفی انتخاب قانون مبهم یا قانون شناور استنباط می‌شود. از سوی دیگر، بند دو همین ماده، بر حق تغییر قانون حاکم بر قرارداد تأکید کرده است. مقررات رم دو بر آزادی انتخاب قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی در هر زمانی بعد از وقوع حادثه زینبار (در روابط غیرتجاری) اشاره می‌کند. مقررات رم سه به طرفین دعوی طلاق، اجازه انتخاب قوانین مختلف در زمان اقامه دعوا را اعطا می‌کند. هیچ کدام از مستندات فوق بر منع یا پذیرش انتخاب قانون غیرمعمین که ناظر بر دو یا چند کشور باشد، دلالت ندارد. امکان تغییر قانون منتخب یا آزادی انتخاب قانون در زمان اقامه دعوا به معنای انتخاب نامعین و شناور نیست و تمسک به مستندات موجود درباره انتخاب لاحق برای پذیرش قانون شناور صرفاً در حد قیاس و در جهت توجیه پذیرش قانون شناور و منافع ناشی از آن معتبر است. شرط شناور دارای اهداف کاملاً مشروعی در تجارت بین‌المللی است، به طوری که همچنان اختیار تعیین

۷۶. خانلری بهمنیری، همان، ۱۰۰.

۷۷. مافی و تقی‌پور، همان، ۱۵۳.

78. Felix Mautzsch, "Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?" *Journal of Private International Law*, vol. 12, no. 3, 2016, p. 21.

79. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly deo ntt rated by the teroo o f the contract or the circutt t anceo of the caee..

قانون حاکم را در دست طرفین قرارداد می‌داند و مرجع رسیدگی ناچار است به جای اعمال قواعد حل تعارض در چارچوب انتخاب طرفین رسیدگی کند. هیچ دلیلی وجود ندارد که بازرگانان نباید مجاز به انتخاب چنین قانونی باشند مشروط بر اینکه محدوده‌های نظم عمومی رعایت شود.^{۸۰}

۵-۲. اصول لاهه

آخرین تحول بین‌المللی مربوط به قانون حاکم بر قراردادها، اصول لاهه مصوب ۱۹ مارس ۲۰۱۵ است.^{۸۱} این اصول نه سند الزام‌آور همانند کنوانسیون است که دولت‌ها مجبور باشند به‌طور مستقیم آن را اعمال یا وارد حقوق داخلی خود کنند و نه قانون نمونه که دولت‌ها تشویق شوند مشابه آن را در کشور خود تصویب کنند؛ اصول لاهه، سند حقوقی غیرالزام‌آور^{۸۲} است. هدف این اصول آن است که الگویی برای اسناد ملی و بین‌المللی باشد و به‌عنوان راهنمای دادگاه‌ها و داوران در تفسیر و تکمیل اصل حاکمیت اراده عمل کند.^{۸۳} بلکه این سند یک مجموعه اصول غیرالزام‌آور است که کنفرانس لاهه، دولت‌ها را تشویق می‌کند که به هر نحوی که برای هر دولت مناسب است، مفاد آن را وارد نظام حقوق داخلی خود کند. هدف اولیه این اصول، تقویت حاکمیت اراده و تضمین وسیع‌ترین قلمرو اعمال قانون منتخب طرفین است.^{۸۴}

در مقدمه این اصول قید شده است که علی‌رغم استثناهای محدود، این سند، تقویت‌کننده اصل حاکمیت اراده است. با بررسی مواد مصوب، چنین استنباط می‌شود که محتوای آن نیز از هدف اصلی دور نشده است. ماده ۲ اصول لاهه در خصوص آزادی اراده مقرر می‌دارد: « ۱- قرارداد تابع قانون منتخب طرفین است. ۲- طرفین می‌توانند: الف: قانون حاکم را برای اعمال بر تمام قرارداد یا تنها بر قسمتی از آن انتخاب کنند. ب. قوانین مختلفی را برای اعمال بر قسمت‌های گوناگون قرارداد انتخاب کنند. ج. انتخاب قانون یا تغییر قانون منتخب می‌تواند در هر زمانی انجام شود...». این ماده به طرفین این امکان را می‌دهد که حداکثر آزادی را در مورد زمان انتخاب قانون داشته باشند؛ انتخاب قانون می‌تواند در زمان انعقاد قرارداد، قبل یا بعد از آن صورت گیرد.^{۸۵} با استناد به بند اخیر ماده ۲ و از آنجا که انتخاب در مرحله بعد از انعقاد قرارداد نیز معتبر تلقی شده است، می‌توان استدلال کرد که از منظر این سند، انتخاب قانون شناور پذیرفته شده است. در اینجا نیز

80. Gary Born and Cem Kalelioglu. *op. cit.*, 88.

81. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

82. Soft-Law Instrument

83. Symeon Symeonidis, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments," *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, no. 3 (2013), p. 873.

۸۴. اصغریان، همان، ۴۸.

85. Abba Mayess., *Principles of Conflict of Laws* (1999), p.115.

امکان انتخاب قانون در زمان بعد از انعقاد قرارداد به‌عنوان قرینه برای پذیرش قانون شناور مورد استفاده قرار گرفته است. نکته قابل توجه این است که در اسناد بین‌المللی عموماً بحث از اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد مطرح است ولی این امر الزاماً بدین مفهوم نیست که قانون منتخب باید صراحتاً معلوم باشد و انتخاب غیرصریح باطل است. در تأیید این استدلال می‌توان به کنوانسیون لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالاها ۱۹۵۵ اشاره کرد که مقرر می‌دارد قرارداد تابع قانونی است که صراحتاً از سوی طرفین انتخاب می‌شود یا به شکل غیرمبهمی از مقررات قرارداد شکل می‌گیرد. در واقع اراده ضمنی طرفین در انتخاب قانون نیز مورد احترام واقع شده است.

۶. محدودیت‌های انتخاب قانون نامتعارف

در انتقاد تأثیر اراده بر تعیین قانون حاکم بر قرارداد، مباحث متنوعی صورت گرفته است. هر جا که اعمال یک حکم قانونی یا قاعده حقوقی به انتخاب و اراده اشخاص وابسته است، امکان انحراف قاعده از مبانی و اهداف اولیه وجود دارد.^{۸۶} بدیهی است که اگر انتخاب طرفین به صورت معلق باشد، خواهان قانونی را انتخاب خواهد کرد که به بهترین نحو تضمین‌کننده حقوق وی باشد. حتی اگر قانون حاکم بر ماهیت دعوا از سوی متعاقدين انتخاب شود، تشریفات آیین دادرسی مدنی تابع قانون مقر دادگاه است. ارزش ادله اثباتی در قوانین کشورهای مختلف می‌تواند متفاوت باشد. برای مثال در برخی کشورهای اروپایی، قاضی می‌تواند دلیل شفاهی را استماع نماید اما استماع هرگونه دلیل شفاهی در دادگاه‌های فرانسه در امور مدنی و تجاری کمیاب و نادر است؛^{۸۷} لذا انتخاب قانون حاکم از سوی خواهان، نه به صورت اتفاقی که بر مبنای گزینش خواهد بود. هم در خصوص تعیین صریح قانون و نیز در خصوص انتخاب قانون شناور، انتقاداتی مطرح شده است. برخی معتقدند در صورتی که قانون حاکم بر قرارداد، قانون محل طرح دعوا باشد، خواهان دعوای خود را در کشوری مطرح خواهد کرد که به بهترین نحو، حقوق وی را تأمین کند؛ این امر حتی در وقایع حقوقی نیز صادق است به گونه‌ای که قربانیان فاجعه بوپال^{۸۸} در هندوستان و فاجعه پایپر آلفا^{۸۹} در دریای شمال، تمایل داشتند به جای دادگاه‌های هند یا اسکاتلند، دعوای خود را در یکی از ایالات متحده آمریکا مطرح کنند چرا که در حقوق این کشور قوانین سخت‌گیرانه‌ای در خصوص ضرب و جرح و قتل وجود دارد و افراد آسیب‌دیده می‌توانستند خسارت بیشتری نسبت به قوانین کشورهای هند یا

۸۶. رضا مقصودی، «سوءاستفاده از حق در حقوق بین‌المللی خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۴، ۱۲ (۱۳۹۴):

۸۸.

۸۷. همان، ۹۲.

88. Bhopal disaster.

89. Piper Alpha disaster.

اسکاتلند اخذ کنند.^{۹۰} بدیهی است انتخاب قانون محل طرح دعوا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، نوعی انتخاب معلق است چرا که تا قبل از طرح دعوا، شناسایی قانون امکان پذیر نیست. با وجود این، ایراد مذکور وارد نیست چرا که باید بین مرحله انعقاد توافق با مرحله اجرای آن تفاوت قائل شد. اشکال مطرح شده در خصوص مرحله اجرای توافق است نه انعقاد آن. به عبارت دیگر در چنین وضعیتی اصل انتخاب قانون معلق صحیح است ولی در صورتی که در انتخاب مصداق، قانونی انتخاب شود که موجب جلب منافع فوق العاده‌ای برای خواهان بوده یا خوانده را از فرصت دفاعی خویش محروم کند، این می‌تواند از مصادیق سوءاستفاده از حق باشد. از طرفی ایراد مذکور صرفاً شامل انتخاب قانون معلق نیست، چه اینکه حتی اگر طرفین توافق کنند که عامل ارتباطی به ظاهر پایدار، همچون اقامت یا تابعیت یکی از طرفین محل طرح دعوا باشد، این عامل ارتباطی به سهولت قابل تغییر خواهد بود. طرفین می‌توانند با تغییر تابعیت یا اقامت خود، قرارداد را تابع قانونی قرار دهند که موافق خواسته و منافع ایشان باشد.

نتیجه

اصل حاکمیت اراده به طرفین این امکان را می‌دهد که آزادانه قواعد حاکم بر قرارداد را تعیین کنند. نه تنها متعاقدين آزاد هستند که محتوای توافق را به شکل دلخواه منعقد کنند، بلکه می‌توانند نظام حقوقی حاکم بر قرارداد را نیز انتخاب کنند و دولت‌ها تا سرحد ممکن از مداخله در این مهم اجتناب می‌ورزند. انتخاب قانون حاکم بر قرارداد از سوی متعاقدين موجب قطعیت و قابلیت پیش‌بینی در نتایج قرارداد خواهد بود. با وجود این، با پیشرفت تجارت جهانی، تغییرات مکرر قوانین و عطف به‌ماسبق شدن برخی از این تغییرات، بالاخص در امور مربوط به آیین دادرسی، در صورتی که متعاقدين، قانون کشور خاصی را برای حاکمیت بر قرارداد انتخاب نموده باشند، ممکن است قانون منتخب طرفین بدون رضایت و اراده آنان دستخوش تغییر شود. ممکن است تغییرات قوانین موجب افزودن تشریفات باشد که غرض واقعی طرفین از انتخاب قانون را بی‌اثر کند؛ لذا امروزه متعاقدين به جای تکیه بر عواملی چون تابعیت و اقامتگاه می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را به صورت شناور انتخاب کنند به طوری که قانون حاکم بعد از انعقاد قرارداد، تابعی از اراده یکی از طرفین قرارداد باشد یا با توجه به عواملی همچون محل طرح دعوا تعیین شود. در چنین وضعیتی انعطاف قراردادی حفظ خواهد شد و تغییرات قوانین نمی‌تواند بدون خواست واقعی متعاقدين، اراده ایشان را دستخوش تغییر قرار دهد. شرط شناور دارای اهداف کاملاً مشروعی در تجارت بین‌المللی است، به طوری که با مخالفت با توسل به مراجع قضایی، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات را تشویق می‌کند. هیچ

90. oohn O'Brien, MA, LLB, LLM, Barrister, Lecturer in Law, University of Hertfordshire Conflict of Laws, 2nd ed. (1999), p. 57.

دلیلی وجود ندارد که بازرگانان نباید مجاز به انتخاب چنین انتخابی باشند مشروط بر اینکه محدوده‌های نظم عمومی رعایت شود. چالش اساسی در خصوص چنین انتخابی در دو نکته مهم خلاصه می‌شود: اولین ایراد آن است که در فاصله انعقاد قرارداد تا زمان وقوع اختلاف، قرارداد نمی‌تواند بدون قانون باشد. در این خصوص می‌توان گفت قابلیت تعیین قانون در زمان نیاز به آن کافی است و این ایراد نمی‌تواند مؤثر باشد همان گونه که غالب کشورها توجهی به این ایراد نداشته‌اند. از سوی دیگر ممکن است ایراد شود که اعطای انتخاب قانون به یکی از طرفین یا تعلیق آن بر پیشامدی در آینده ممکن است به یکی از طرفین که خواهان دعوا است، فرصتی نامتعارف برای انتخاب قانون اعطا نماید که موجب تضرر طرف دیگر باشد. به‌عنوان مثال، خواهان دعوای خود را در کشوری اقامه کند که از حیث ادله اثباتی یا رعایت حقوق دفاعی کاملاً به ضرر خواننده دعوا باشد. این ایراد نیز وارد نیست زیرا امروزه قواعد مربوط به منع سوءاستفاده از حق، دامنه اعمال حق را محدود نموده است. از دیگر سو باید در نظر داشت که حتی اگر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد با عواملی همچون تابعیت، اقامت یا سکونت عادی که قابلیت پیش‌بینی زیادی دارند صورت گرفته باشد، همچنان طرفین امکان تغییر این عوامل را برای دستکاری غیرمستقیم در قانون حاکم بر قرارداد خواهند داشت؛ لذا به نظر می‌رسد انتخاب قانون نامعین که صرفاً ناظر بر شاخصه‌های کلی انتخاب قانون است و به قانون یک کشور خاص اشاره ندارد، با رعایت چارچوب ممنوعیت سوءاستفاده از حق، صحیح بوده و لازم‌الاجراست.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

۱. اصغریان، مجتبی. درس‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی پیشرفته. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷.
۲. الماسی، نجادعلی. حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۰.
۳. امیرمعزی، احمد. قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی. نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
۴. امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه، جلد ۱، ۱۳۹۹.
۵. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد ۱، ۱۴۰۱.
۶. سلجوقی، محمود. حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد ۲، ۱۴۰۱.
۷. سهرابی، محمد. حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰.
۸. شریعت‌باقری، محمدجواد. حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۰.
۹. کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد ۲، ۱۳۹۴.
۱۰. _____ . قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد ۳، ۱۳۹۵.
۱۱. محقق داماد، شیخ مرتضی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، جلد ۲، ۱۳۹۷.

- مقاله

۱. الماسی، نجادعلی و هادی شعبانی کندسری، «بررسی تطبیقی محدودیت‌های طرفین در انتخاب قانون حاکم»، مجله حقوقی بین‌المللی ۳۴، شماره ۵۶ (۱۳۹۶).
۲. خانلری بهنمیری، حسین، «پذیرش مطلق یا مقید حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقرره رم یک و حقوق امریکا»، مجله پژوهش حقوق تطبیقی ۲۳، شماره ۳ (۱۳۹۸).
۳. صفایی، سیدحسین، «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»»، تفسیر ماده ۲۱۶ ق.م. بر مبنای قاعده غرر، مجله تحقیقات حقوقی ۱۵، شماره ۵۹ (۱۳۹۱).
۴. لاگارد، پل، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجراشدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»، ترجمه: محمد اشتری، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات

- حقوقی بین‌المللی ۱۴، شماره ۲۰ (۱۳۷۵).
۵. مقصودی، رضا، «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، پژوهشنامه حقوقی، شماره ۲ (۱۳۸۹).
۶. مقصودی، رضا، «توافق بر دادگاه صالح در قراردادهای بین‌المللی: توجیه و نقد رویه قضایی»، فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی، شماره ۲ (پیاپی ۱۱)، ۱۳۹۴.
۷. مقصودی، رضا، «سوءاستفاده از حق در حقوق بین‌المللی خصوصی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۱۴، شماره ۱۲ (۱۳۹۴).
۸. مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و امریکا»، مجله پژوهش حقوقی خصوصی ۴، شماره ۱۳ (۱۳۹۴).
۹. نیکبخت، حمیدرضا، «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، مجله تحقیقات حقوقی ۷، شماره ۳۹ (۱۳۸۳).
۱۰. نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران»، مجله تحقیقات حقوقی ۳، شماره ۳۱-۳۲ (۱۳۷۹).
۱۱. شریعت‌باقری، محمدجواد، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، فصلنامه علمی-پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی ۱۷، شماره ۵۸ (۱۳۹۱).

ب. عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی. کتاب المکاسب. قم: انتشارات مجمع‌الفکر الاسلامی، جلد ۴، ۱۴۲۵ق.

پ. انگلیسی

- Books

1. O'Brien, John, Conflict of Laws, 2nd ed. (University of Hertfordshire, 1999).
2. Collier, John Greenwood, Conflict of Laws, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2001).
3. Karr, Indira, and Peter Stone, International Trade Law, 6th ed. (Routledge, 2018).
4. Mayes, Abla. Principles of Conflict of Laws (Cavendish Publications, 1999).
5. Pierce, David G. "Post-Formation Choice of Law in Contract," Mod. L. Rev. 50 (1987).
6. Richardson, S. M. "International Contracts and the Choice of Law" (1988).

7. Hay, Peter, *Advanced Introduction on Private International Law and Procedure* (Elgar Publications, 2019).

- Articles

1. Aguiar, Anelize Slomp. "The law applicable to international trade transactions with Brazilian parties: A comparative study of the Brazilian law, the CISG, and the American law about contract formation." *Revista Brasileira de Arbitragem* 9, no. 33 (2012).
2. Born, Gary, and Cem Kalelioglu. "Choice-of-Law Agreements in International Contracts". *Georgia Journal of International & Comparative Law* 50, no. 1 (2021).
3. Brigg, Arr i... "eee vll idity ff fflaatigg" oooice ff law ddd jrr iddiction clauses." *LMCLQ* (1986).
4. Coyle, John F. "A Short History of the Choice-of-Law Clause". *U. Colo. L. Rev.* 91 (2020).
5. Danilowicz, Vite. "Floating Choice-of-Law Clauses and Their Enforceability". *Int'l L.* Vol. 20 (1986).
6. Maultzsch, Felix. "Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?" *Journal of Private International Law* 12, no. 3 (2016).
7. Nishitani, Yuko. "Party Autonomy in Contemporary Private International Law — eee Hggee rr iccill ss nn Cooiee of wwwand East Asia." *Japanese Yearbook of International Law* 59 (2016).
8. Ritchie, J. Zak. "A Tie That Binds: Forum Selection Clause Enforceability in West Virginia". *W. Va. L. Rev.* 113 (2010).
9. Saumier, Genevieve. "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract." *Brook. J. Int'l L.* 40 (2014).
10. Schulze Christian. "Private International Law and Jurisdictional Problems Offshore Joint Venture Agreements" *XXVIII CILSA* (1995).
11. Schwartze, Andreas. "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law-The Hague Principles of Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective". *U. St. Thomas LJ* 12 (2015).
12. Symeonidis, Symeon. "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, *American Journal of Comparative Law* 61, no. 3 (2013).
13. Tu, Guangjian. "Private International Law in China." Singapore: Springer, 2016. Accessed February 26, 2024. <https://link.springer.com/content/pdf/bfm:978-981-287-993-6/1?pdf=chapter%20toc>.
14. Wu, Dolly. "Timing the Choice of Law by Contract". *Nw. J. Tech. & Intel. Prop.* 9 (2010).

- Instruments

1. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, 1986.
2. Rome Convention on the Applicable on Contractual Obligations, 1980.
3. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law.
4. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, 2015.
5. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, 1994.

