

رویکردی تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها

فرهاد پروین*

عظیم اکبری رودپشتی**

چکیده

تنوع موضوعات قراردادی و گستره وسیع آن، باعث شده که حقوق حاکم بر آن، در حقوق بین‌الملل خصوصی، همواره در مرکز توجه و بحث‌ها باشد. در حقوق ایران، ماده ۹۶۸ قانون مدنی، مورد بررسی‌های متعدد بوده است. این بررسی‌ها به طور عمده، بر رویکرد انتقادی و دوران بحث بین امری یا تکمیلی تفسیری بودن آن، مبتنی بوده است. این مقاله با نگاهی دقیق‌تر به این ماده نشان می‌دهد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، بحث امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده مذکور، فاقد آثار عملی است و حتی با فرض امری بودن، متعاقبین ایرانی و یا ایرانی و خارجی حق انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد را دارند؛ زیرا اصل «حاکمیت اراده»، از اصول مسلم حقوقی در حقوق بین‌الملل خصوصی است و در صورت فقدان آن، عناصر جایگزین متفاوتی از طرف حقوق‌های مختلف ارائه شده است که از بین آن‌ها، معیار «حقوقی که با قرارداد بیشترین و نزدیک‌ترین پیوندها را دارد»، در راه پیدا کردن گستره جهانی است.

واژگان کلیدی: قرارداد، حقوق حاکم، حاکمیت اراده، ماده ۹۶۸ قانون مدنی.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

** کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی

درآمد

حقوق بین‌الملل خصوصی، بر خلاف حقوق بین‌الملل عمومی، حقوقی عام و فراگیر و دارای مقررات یکنواخت و هماهنگ، در همه نقاط جهان نیست. به همین سبب اصطلاح «کاربرد حقوق خصوصی در روابط بین‌المللی» مناسب‌تر به نظر می‌رسد. حقوق بین‌الملل خصوصی، صرف‌نظر از معدود کنوانسیون‌هایی که در این مورد وجود دارند به طور عمده، بخشی از حقوق خصوصی داخلی است که به روابط مدنی و تجاری دارای عناصر خارجی می‌پردازد. در هر رابطه مدنی و تجاری دارای عناصر خارجی، هر عنصر ارتباطی، مثل تابعیت، محل وقوع مال، محل تنظیم سند، محل اجرای قرارداد و نظایر آن، حقوق مربوط به خود را به عنوان یکی از گزینه‌های حقوق صالح برای اجرا مطرح می‌سازد. از آنجا که مصادیق مختلف حقوق خصوصی (داخلی و خارجی) در عرض یکدیگر هستند و از طرفی دیگر معمولاً محتوای حقوق های خصوصی در تعارض، یکسان نیستند؛ این امر باعث بروز پدیده مهم و مؤثر تعارض حقوق می‌شود. برای حل این تعارض، حقوق هر کشور، در بخشی از حقوق خصوصی خود دارای مقرراتی در مورد تعارض حقوق‌ها است.

مقررات حل تعارض هر کشور به دو صورت: ۱- قواعد حل تعارض؛ ۲- قواعد ماهوی، تعارض بین حقوق‌ها را حل و فصل می‌کند.^۱ قواعد حل تعارض و قواعد ماهوی، چون بخش بین‌المللی حقوق خصوصی داخلی است، رنگ ملی دارد و بدیهی است با قواعد حل تعارض و قواعد ماهوی بخش بین‌المللی حقوق خصوصی کشور دیگر، ممکن است دارای وجوه اشتراک، یا وجوه افتراق باشد.

قواعد حل تعارض، راه حل ماهوی را نشان نمی‌دهند؛ بلکه حقوقی را که راه حل ماهوی صالح را در بر دارد، تعیین می‌کنند. به عبارت دیگر، کسب حقوق حاکم در دو مرحله است: مرحله اول، تعیین حقوق صالح و مرحله دوم، مراجعه به حقوق صالح برای استخراج راه حل ماهوی. در حالی که قواعد ماهوی، مستقیماً در یک مرحله، خود، حقوق صالح را ارائه می‌کنند.

^۱. به عنوان مثال: ماده ۹۶۲ قانون مدنی: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود»؛ یک قاعده حل تعارض است و ماده ۹۷۹ قانون مدنی در مورد شرایط درخواست تابعیت ایرانی برای بیگانگان که سن درخواست را «هجده سال تمام» ذکر می‌کند؛ یک قاعده ماهوی است که تعارض بین حقوق ایران و حقوق بیگانه را در مورد سن درخواست تابعیت حل می‌کند.

در حقوق ایران نیز، مقررات حاکم بر قراردادهای خصوصی بین‌المللی از قواعد مذکور مستثنا نبوده و در این زمینه قواعد حل تعارض و نیز قواعد ماهوی وجود دارند. ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است»؛ و ماده ۹۷۵ قانون مدنی در منع اجرای قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه؛ هر دو در زمره قواعد ماهوی هستند که در قراردادهای خصوصی، دارای عنصر خارجی لازم‌الرعایه است. همچنین، مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون تجارت الکترونیکی، تحت عنوان «زمان و مکان ارسال و دریافت داده‌پیام»؛ قواعد ماهوی هستند که در تعیین محل وقوع عقد در قراردادهای تجاری الکترونیکی نقش تعیین‌کننده دارند. بدیهی است «محل وقوع عقد» در تعیین حقوق حاکم بر قراردادها مؤثر است و از وحدت ملاک آن‌ها می‌توان در قراردادهای غیر تجاری و غیرالکترونیک استفاده کرد. از سوی دیگر، ماده ۹۶۸ قانون مدنی که اصل را بر صلاحیت قانون محل وقوع عقد در مورد تعهدات ناشی از عقود دانسته و نیز ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی که اصل را بر صلاحیت قواعد حقوقی منتخب طرفین قرارداد است؛ هر دو از قواعد حل تعارض هستند.

مطالب این تحقیق در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد: نقش متعاقدین در حقوق حاکم بر قرارداد در حقوق ایران و برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی قسمت اول بحث را تشکیل می‌دهد. در قسمت دوم نیز حقوق حاکم، در صورت فقدان قانون منتخب طرفین قرارداد بررسی می‌شود.

قسمت اول: نقش متعاقدین در حقوق حاکم بر قرارداد

در این قسمت، ابتدا به بررسی حقوق حاکم بر قراردادها در حقوق ایران پرداخته می‌شود و سپس بررسی تطبیقی آن با مهم‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی بررسی می‌گردد.

۱- حقوق ایران

در حقوق ایران، در مورد حقوق حاکم بر قراردادها، قواعد حل تعارض و نیز قواعد ماهوی متعددی دخالت دارند که نظر به اهمیت قانون مدنی، بررسی را از ماده ۹۶۸ قانون مدنی آغاز می‌کنیم:

۱-۱ جایگاه ماده ۹۶۸ قانون مدنی

قانون مدنی به‌عنوان قانون بنیادی و زیربنایی حقوق خصوصی ایران، دارای یک قاعده مهم حل تعارض در مورد حقوق حاکم بر قراردادها است. ماده ۹۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است، مگر این‌که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

هر چند اصطلاح «عقود» در این ماده عام است، با توجه به سایر مقررات، این ماده شامل تمامی عقود نمی‌شود. به‌عنوان مثال، طبق ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجی مقیم ایران، به شرط این‌که کشورشان با ایران دارای معاهده باشد، از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه تابع دولت متبوع خود هستند.^۱ استثنای دیگر، «عقود» مذکور در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، نقل و انتقالات غیرمنقول واقع در ایران است؛ زیرا ماده ۸ قانون مدنی چنین مقرر کرده است:

«اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران، بر طبق عهود، تملک کرده یا می‌کنند، از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود».

البته در مورد مال غیرمنقول، در قلمرو خارج از مقررات امری محل وقوع مال و در روابط قراردادی بین طرفین، امکان اجرای حقوق حاکم بر آثار تعهدات وجود دارد. ممکن است چنین به نظر برسد که مفاد ماده ۹۶۸ قانون مدنی با ماده ۹۶۶ همان قانون در تعارض است زیرا ماده ۹۶۶ قانون مدنی بیان نموده است که «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیرمنقول، تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می‌باشند».

در نگاه اول به نظر می‌رسد که «عقود» مذکور در ماده ۹۶۸، قراردادهای مربوط به معاملات اشیای منقول، مثل بیع کالا را شامل نمی‌شود و این قراردادها، طبق ماده ۹۶۶ صرفاً تابع حقوق کشور محل وقوع مال است؛ اما بنابر قاعده‌ی «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح»^۲ به نظر می‌رسد بین مواد ۹۶۶ و ۹۶۸ قانون مدنی تعارضی وجود ندارد؛ زیرا با توجه به این‌که پایگاه عینی اموال منقول و غیرمنقول، کشور محل وقوع مال است و حقوق قراردادی، در صورت مغایرت با مقررات امری کشور محل وقوع

^۱ پروین، فرهاد، نگاهی دیگر به احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران، مجله حقوقی، شماره ۲۴، دفتر

خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۸، ص ۲۷۴

^۲ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴، ص

مال، قابلیت شناسایی و اجرا را ندارد، در هر توافق قراردادی مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول، باید مقررات امری کشور محل وقوع مال را محترم شمرد. کشور محل وقوع مال، ممکن است در مواردی مثل نحوه تملک بیگانگان، خروج یا عدم خروج اموال از کشور و برخی امور مربوط به تصرف و مالکیت، مقرراتی امری داشته باشد که گریزی از آنها نیست ولی خارج از مقررات امری کشور محل وقوع مال (که معمولاً این اوامر و نواهی، به ویژه در مورد اموال منقول متعدد و گسترده نیست) در بسیاری از مسائل حقوق قراردادی، مثل نحوه انجام تعهدات، شروط ضمن عقد و آثار تعهدات به طور کلی، ماده ۹۶۸ قانون مدنی قابلیت اجرا دارد.

ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در مورد حقوق حاکم بر آثار تعهدات است و در مورد حقوق حاکم بر شرایط اساسی تشکیل قرارداد، قابلیت استفاده ندارد. به نظر می‌رسد در این مورد قاعده حل تعارض وجود ندارد و به ناچار طبق اصول کلی حقوقی باید به اصل رجوع کرد. اصل در تعارض قوانین، اجرای حقوق ماهوی مقر *lex fori* است.^۱ در این جهت قانون مدنی در مورد شرایط اساسی تشکیل قرارداد، دارای ماده مهم ۱۹۰ است که در آن چنین ذکر شده است:

«برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

(۱) قصد طرفین و رضای آنها؛ (۲) اهلیت طرفین؛ (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛ (۴) مشروعیت جهت معامله».

با توجه به عدم قاعده حل تعارض در مورد حقوق حاکم بر شرایط اساسی تشکیل قرارداد، ماده ۱۹۰ قانون مدنی در قراردادهای بین‌المللی نیز مجری است. از بین شروط مذکور در ماده ۱۹۰، لازمه اجرای بند ۲ در مورد «اهلیت طرفین» با توجه به ماده ۹۶۲ قانون مدنی، رجوع به قانون متبوع خارجی است. گرچه ماده ۹۶۲ با ذکر تعبیر «هرکس» ناظر بر اشخاص حقیقی است اما با وحدت ملاک می‌توان آن را به شخص حقوقی نیز تسری داد.

قدیمی‌ترین عامل ارتباط برگزیده شده، جهت تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی، که توسط مکتب ایتالیایی (مکتب شارحان حقوق رم) که در قرون وسطی پیشنهاد شد، «عامل محل انعقاد» (*lex loci contractus*) است که به سرعت نیز مورد پذیرش بسیاری از سیستم‌های حقوقی قرار گرفت. تا قبل از قرون وسطی، برای این‌که قرارداد معتبر و قابل اجرا باشد، باید به شکلی معین منعقد می‌شد و آزادی اراده

^۱. Pierre GHIHO, Droit International Privé, 1 Hermes, Lyon, 1992, p. 63

در مورد ایجاد و در خصوص آثار قرارداد وجود نداشته است. از قرن ۱۲ میلادی به بعد، به تدریج موضوع تأثیر اراده بر قراردادهای مطرح و مورد پذیرش واقع شد.^۱ کورتیوس که از آخرین نمایندگان مکتب ایتالیایی است، اولین بار به اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم به طور ضمنی اشاره می‌نماید.^۲ بعدها، دومولن، موسس مکتب فرانسوی، در قرن شانزدهم، عقیده وی را تکمیل کرده و بیان می‌دارد که طرفین حق دارند قانونی غیر از قانون محل انعقاد عقد را بر تعهدات قراردادی خود حاکم کنند. چون قرارداد ناشی از خواست و اراده متعاملین است آنان حق خواهند داشت آزادانه هر قانونی را که مایل هستند؛ انتخاب کنند.^۳

امروزه عمومیت پذیرش اصل حاکمیت اراده به حدی رسیده است که برخی آن را جزء اصول کلی حقوقی می‌دانند. موسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۱ در تصویب‌نامه‌ای در خصوص حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادهای بین‌المللی، از «حاکمیت اراده» به عنوان یکی از «اصول اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی» نام برده است.^۴

در ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز ماده ۲۷ قانون دآوری بازرگانی بین‌المللی ۱۳۷۶، صراحتاً آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به رسمیت شناخته شده است و چنان‌که خواهیم دید، ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز با اصل حاکمیت اراده در تعارض نیست. ممکن است این سؤال به ذهن برسد که به‌ویژه در بند دوم ماده ۹۶۸ قانون مدنی که طرفین خارجی هر قانون دیگری را می‌توانند انتخاب کنند، آیا انتخاب آنها حتماً باید حقوق مرتبط با قرارداد باشد یا هر حقوقی، گرچه بی‌ارتباط با قرارداد را می‌توانند برگزینند. با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، جهت ادعای حصر قانون منتخب طرفین، به حقوق مرتبط با قرارداد دلیلی وجود ندارد. «قانون دیگر» اصطلاحی عام است که نمی‌توان، بدون «نص»، آن را مفید کرد. در بسیاری از قراردادهای کشتی‌رانی و دریایی، گرچه با انگلستان ارتباطی ندارد، به سبب سوابق طولانی حقوق انگلیس در امور کشتی‌رانی و دریایی، طرفین، حقوق انگلیس را به عنوان قانون حاکم بر می‌گزینند.

^۱. خمایی زاده، فرهاد، قواعد غیر دولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۰

^۲. Mozhang, International Law Review, Volume 200, fall 2006, p. 516

^۳. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل در نظام حقوقی ایران، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۳، ص ۷۹

^۴. نیکبخت، حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادهای مجله حقوقی، شماره ۳۲، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴، ص ۵۰

در قسمت اخیر ماده ۹۶۸، که طبق آن، متعاقبین غیر ایرانی می‌توانند «قانون دیگری» غیر از قانون محل وقوع عقد را انتخاب کنند، آیا «قانون دیگر» منتخب طرفین، می‌تواند حقوق غیردولتی باشد؟ ممکن است گفته شود با توجه به این‌که «قانون»، مظهر مهم‌ترین منبع حقوقی در نظام حقوقی رومن - ژرمن است^۱؛ همان‌طور که «قانون محل وقوع» عقد، همان حقوق کشور محل وقوع قرارداد است؛ «قانون دیگر» مذکور در ماده ۹۶۸ قطعاً حقوق کشور دیگری، غیر از محل وقوع قرارداد است، و حقوق غیردولتی را نمی‌توان «قانون» محسوب کرد. اما می‌توان گفت، قانون در مفهوم کاملاً عام خود، به معنی «مقررات» است که می‌تواند حقوق دولتی و یا غیردولتی باشد؛ به ویژه وقتی که طرفین می‌توانند هر حقوق دولتی خارجی، حتی غیرمرتبط با قرارداد را برگزینند، دلیلی وجود ندارد که نتوانند حقوق‌های غیردولتی مثل کنوانسیون‌ها و مقررات نمونه‌ای که مؤسسات غیردولتی، پیشنهاد می‌کنند را برگزینند. بدیهی است رعایت «نظم عمومی»، مانع هر گونه سوءاستفاده احتمالی در همه موارد خواهد بود.

سؤال دیگر این‌که حقوق حاکم می‌تواند مجموعه‌ای از چند حقوق باشد و یا این‌که آیا «قانون دیگر» می‌تواند بین چند حقوق مردد و نامعین باشد؟ به‌عنوان مثال، آیا طرفین می‌توانند قید کنند که قرارداد تابع حقوق‌های ایران و فرانسه است (به نحو اجتماع) یا این‌که قید کنند قرارداد تابع حقوق ایران یا فرانسه است (به نحو شناور)؟ در نگاه اول، ممکن است چنین به نظر برسد که این انتخاب‌های مردد و نامعین و یا جمع چند حقوق به معنی عدم انتخاب و در واقع باطل است و حقوق منتخب در قرارداد باید حقوقی معین و مشخص باشد. در مقابل، می‌توان گفت ذکر کلمه «قانون»، کاربرد نوعی حقوق حاکم است که معمولاً حقوق کشوری خاص است و در انتخاب چند حقوق به نحو «اجتماع» (حقوق ایران و فرانسه) یا به نحو «شناور» (مثل حقوق ایران یا فرانسه) منعی وجود ندارد. اصل، «صحت شروط قراردادی» است و این‌گونه انتخاب‌ها گستره حقوق منتخب طرفین را نشان می‌دهد و بر بطلان انتخاب دلیلی وجود ندارد؛ به ویژه که در مورد آثار تعهدات، برخلاف موضوعاتی چون احوال شخصیه، تفاوت‌ها و تعارضات بین حقوق‌های مختلف چندان زیاد نیست و در بسیاری از موارد، مثل لزوم وفای به عهد، صحت و لزوم قراردادها، امکان فسخ، لزوم جبران خسارت و نظایر آن، مقررات حقوق‌ها کم و بیش یکسان است. با توجه به اصل احترام به حاکمیت اراده اشخاص و اصل صحت قراردادها و شروط آن، و اینکه

^۱. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، در آمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفایی، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۹۹

هدف حقوق خصوصی حفظ منافع اشخاص است، این گونه انتخاب‌ها معتبر و لازم‌الاجرا است و در مواردی که اجرای این گونه انتخاب‌ها امکان نداشته باشد، باید به راه‌حل‌های جایگزین متوسل شد. همان‌طور که در صورت انتخاب قانونی مشخص و معین ممکن است موانعی چون نامقدور بودن در اجرا یا مخالفت با نظم عمومی حادث شود.

۲-۱. امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی

در این مورد، بحث‌های متعددی مطرح شده است. برخی به درستی گفته‌اند که امری یا تکمیلی و تفسیری بودن قاعده حل تعارض، به امری یا تکمیلی و تفسیری بودن موضوع آن در حقوق وابسته است. موضوعاتی که در حقوق داخلی امری هستند و بخشی از نظم عمومی محسوب می‌شوند و توافق بر خلاف آن‌ها امکان ندارد؛ قاعده حل تعارض مربوط به آن‌ها نیز امری است، مثل احوال شخصیه. موضوعاتی که در حقوق داخلی اصولاً تکمیلی و تفسیری هستند و توافق بر خلاف آن‌ها پذیرفته شده است، مثل آثار قراردادها و تعهدات، بدیهی است که در صحنه بین‌المللی نیز، قاعده حل تعارض مربوط به آن‌ها تکمیلی و تفسیری است.^۱

با این استدلال، ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز که به آثار تعهدات ناظر است؛ باید تکمیلی و تفسیری باشد. بنابراین، طرفین، یک ایرانی و یک خارجی، حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و اگر انتخاب نکردند، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است. با این تفسیر، خارجی‌ان نیز حق انتخاب حقوق حاکم را دارند و در صورت عدم انتخاب، تابع قانون کشور محل وقوع عقد است. اما لحن ماده، که قسمت اخیر آن، حق انتخاب حقوق صالح را منحصرأً برای قراردادهایی مجاز دانسته است که همه طرفین آن غیرایرانی باشند، و نیز سوابق تاریخی تصویب آن، نشان می‌دهد که این ماده امری است. طبق شرح مذاکرات تصویب قانون مدنی، در شور اول آن، عبارت «اتباع خارجه بوده»، وجود نداشته و عبارت مذکور در شور دوم اضافه شده است و هدف از آن نیز به نظر می‌رسد که حمایت از اتباع ایران بوده است. توضیح این که در زمان تصویب این قانون (۱۳۱۳-۱۳۱۴) غالباً خارجی‌ان، به ویژه اهالی روسیه برای انعقاد قرارداد برای پروژه‌های مختلف به ایران می‌آمدند. حال، به منظور رعایت این اصل که قراردادهای منعقد با آن‌ها (در ایران و توسط مقامات ایران) نتواند تابع حقوق دیگری جز حقوق ایران باشد، چنین عبارتی اضافه شده است. بنابراین، بر خلاف طبیعت اصل حاکمیت

^۱. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۲۱۱

اراده در مورد قراردادها، قاعده حل تعارض آن (ماده ۹۶۸ قانون مدنی) امری است و در مقابل نص، جای اجتهاد نیست.^۱

از نظر رویه عملی، یکی از مؤلفین، به استناد رأی شماره ۱۴۷۸، مورخ ۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم دیوان عالی کشور معتقد است که رویه قضایی به نظریه تخییری و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی گرایش دارد. در رأی پرونده مذکور، در تقاضای اجرای رأی داوری خارجی، مربوط به موسسه پنبه لیورپول و طرف مقابل ایرانی آن چنین ذکر شده است:

«ماده ۹۶۸ قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد می‌داند، مگر این‌که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. بنابراین، طبق قسمت اخیر این ماده، تراضی مبنی بر این‌که قرارداد تابع مقررات موسسه لیورپول است، منع قانونی ندارد».^۲

اما نظریه مذکور، قابل تامل به نظر می‌رسد زیرا از متن رأی، مشخص است که شعبه مذکور متنی از قانون مدنی را در دسترس داشته که در ماده ۹۶۸ آن، عبارت «اتباع خارجه بوده و» وجود نداشته است. توضیح این‌که در برخی از مجموعه قوانین چاپ شده، به ویژه در گذشته، متن ماده ۹۶۸، با حذف قید «اتباع خارجه» به همان صورتی درج شده که در رأی مذکور به آن اشاره شده است. در نسخه‌ای از قانون مدنی چاپ ۱۳۵۶ که در اختیار نگارنده است، متن ماده ۹۶۸ بدین صورت چاپ شده است: «تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است مگر این‌که متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».^۳ بدیهی است با حذف قید «اتباع خارجه»، هر خواننده‌ای تخییری و تکمیلی بودن ماده ۹۶۸ را استنباط می‌کند.

رییس وقت شعبه ۲ دادگاه شهرستان تهران معتقد است: «... طرفین عقد ایرانی هستند و یا یک طرف ایرانی و طرف دیگر خارجی است و در هر دو صورت، محل وقوع عقد ایران است، به صراحت ماده ۹۶۸ قانون مدنی. تعهدات ناشی از عقد در هر مورد فرض مذکور، تابع قانون ایران است و قرارداد خصوصی طرفین به این‌که قانون

^۱. نایینی، احمدرضا، مشروح مذاکرات قانون مدنی (گرد آوری و تحقیق)، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶، صص ۱۱۲ و ۲۰۵

^۲. جنیدی، لعبا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۲۸۷

^۳. حجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه قوانین اساسی - مدنی (تدوین)، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۵۶

خارجی حاکم بر تعهدات ناشی از عقد واقعه بین آنان باشد، به علت مغایرت با متن امری ماده ۹۶۸، باطل خواهد بود»^۱.

از مصوبه ۱۳۸۱/۳/۲۹ هیات وزیران در اجرای بند «ز» تبصره ۲۱ قانون بودجه ۱۳۸۱ کشور، موضوع تأمین و تضمین منابع مالی خارجی برای سرمایه‌گذاری، چنین مستفاد می‌شود که هیأت وزیران، در قرارداد با طرف خارجی، نقش محل انعقاد قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد را امری دانسته و از بانک مرکزی خواسته است برای انعقاد قرارداد محل مناسبی را تعیین کند. در این تصویب‌نامه ذکر شده است: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مجاز است به منظور اجرای بند «ز» تبصره ۲۱ قانون بودجه ۱۳۸۱ کل کشور، قراردادهای لازم را با طرف‌های خارجی منعقد نماید و با توجه به ماده ۹۶۸ قانون مدنی قانون حاکم و متناسب با آن دادگاه رسیدگی‌کننده را تعیین نماید. قوانین ناظر به تعهدات قراردادی اعم از قوانین ماهوی حاکم و دادگاه رسیدگی‌کننده بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی با تعیین محل مناسب برای انعقاد قرارداد توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مشخص خواهد شد»^۲.

موضوع تازه‌ای که این مقاله در پی اثبات آن است، این‌که بحث امری یا تکمیلی تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی؛ به ویژه برای قراردادهای منعقد شده در ایران، فاقد آثار عملی است. حتی با فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸، دو ایرانی یا یک ایرانی و تبعه خارجه، در قرارداد منعقد شده در ایران و قراردادهای منعقد شده در خارج از کشور، می‌توانند حقوق منتخب خود را که می‌تواند غیر از مقررات ماهوی محل وقوع قرارداد باشد، به‌عنوان حقوق حاکم بر قرارداد انتخاب کنند زیرا در فرضی که دو ایرانی، یا یک ایرانی و خارجی قراردادی را در ایران منعقد می‌کنند، طبق ماده ۹۶۸، تابع محل وقوع عقد، ایران است و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران (کشور محل انعقاد قرارداد) مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

بنابراین، دو ایرانی، یا یک ایرانی و تبعه بیگانه که قراردادی را در ایران منعقد می‌کنند و آثار تعهدات ناشی از آن را به‌عنوان مثال، تابع حقوق تعهدات سوییس قرار می‌دهند، این توافق با توجه به ماده ۱۰ قانون ایران معتبر است مگر این‌که حقوق تعهدات

^۱. گیتی، خسرو، نظم عمومی، رک:

سویس مخالف نظم عمومی ایران باشد که اصولاً در بخش قراردادهای و تعهدات ناشی از عقود، بر خلاف مبحث احوال شخصیه، حقوق‌های مختلف به تفاوت‌های بارز دچار نیستند و در بسیاری از موارد، مثل موارد فسخ، وفای به عهد، لزوم جبران خسارت و شروط ضمن عقد، وجوه تشابه، متعدد و گسترده است. اگر گفته شود، ماده ۹۶۸ قانون مدنی که بیان می‌کند که تعهدات ناشی از عقود، تابع محل وقوع عقد است، و وقتی محل وقوع عقد ایران است، الزاماً باید حقوق ایران صالح باشد و ذکر هر حقوق دیگری غیر از حقوق ایران، بر خلاف قسمت اول ماده ۹۶۸ است؛ در پاسخ می‌توان گفت اولاً، ماده ۱۰ قانون مدنی نیز جزئی از حقوق ایران است و این ماده اصل حاکمیت اراده و توافق طرفین را (به شرط مراعات ماده ۹۷۵ قانون مدنی: عدم مغایرت با نظم عمومی، اخلاق حسنه، جریحه‌دارکردن احساسات عمومی) به رسمیت شناخته است. بنابراین، انتخاب حقوق هر کشوری، حتی انتخاب حقوقی غیردولتی، مثل کنوانسیون بیع بین‌المللی، طبق ماده ۱۰ مذکور صحیح است و این انتخاب (در فرض امری بودن ماده ۹۶۸) چیزی جز رعایت کامل ماده ۹۶۸ و حقوق ایران (محل انعقاد قرارداد) نیست.

ثانیاً، اصولاً حساسیت حقوق کشور نسبت به سایر حقوق‌ها در مورد تفاوت در اسامی (سوییس یا ایران یا فرانسه) نیست بلکه این حساسیت نسبت به برخی تفاوت‌های محتوایی است که برای حقوق کشوری دیگر، غیر قابل تحمل است. به عبارت دیگر، اصرار یک کشور بر اجرای حقوق خودش، به خاطر تعصب خاص نسبت به نام خودش نیست بلکه اصرار مبنای این اجرای محتوایی است. به زبان دیگر، در تعیین حقوق صالح، مظلوف و محتوی است که اهمیت دارد نه ظرف و نام مظلوف. مصداق بارز این موضوع، مقررات ماده ۶ قانون مدنی ایران است که طبق آن، «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران، ولو این‌که مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود». در نگاه اول ممکن است چنین به نظر آید که جهت شناسایی و اجرای احکام خارجی در مورد احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج حتماً باید دادگاه خارجی در حکم خود قید کند که رأی، بر مبنای اجرای حقوق ایران صادر شده است در حالی‌که آرای بسیاری از دادگاه‌های خارجی در مورد احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج از کشور صادر، و در ایران مورد شناسایی و اجرا قرار گرفته است، در حالی‌که اصلاً نامی از حقوق ایران در آن‌ها نیست و طبق حقوق خارجی مقرر دادگاه که معمولاً محل اقامت ایرانیان مقیم خارج از کشور بوده، صادر شده است. اما با احراز این‌که محتوای حکم با مقررات آمره ماهیتی احوال

شخصیه حقوق ایران تعارض نداشته، مورد شناسایی و اجرا قرار گرفته، گر چه نام «ایران» نیز در رأی نبوده است. به عنوان مثال، شعبه ۲۰۲ دادگاه عمومی تهران، در رسیدگی ۷۴/۹/۱۲ خود به خواسته تنفیذ حکم طلاق صادر شده از دادگاه عالی کالیفرنیا (در حالی که تشریفات طلاق مورخ ۱۳۶۰/۷/۲۴ در مرکز اسلامی کالیفرنیا جنوبی انجام شده بود) بر تنفیذ طلاق واقع شده به موجب رأی صادر شده از دادگاه کالیفرنیا رأی صادر می‌نماید.^۱ در حکم دیگری به تاریخ ۷۹/۵/۳، دادگاه خانواده تهران می‌گوید: با توجه به اینکه طرفین از اقلیت‌های مذهبی ارامنه ایران بوده و طلاق، مطابق مقررات دین مسیح صادر و اجرا شده است، حکم صادر شده از دادگاه کالیفرنیا را تنفیذ می‌نماید.^۲

بنابراین، این حساسیت به نام «حقوق ایران» (وقتی که محل انعقاد قرارداد ایران است)، حساسیت نسبت به اسم و ظرف نیست، بلکه حساسیت به مسمّا و مطروف است و هر حقوقی که از لحاظ ماهوی با حقوق ایران در تعارض آشکار نباشد، مورد پذیرش است؛ گر چه نام «ایران» در آن نباشد. بنابراین، حقوق کشور محل وقوع عقد با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند حقوق یک کشور خارجی باشد (با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی). در نتیجه، حتی دو ایرانی، در ایران برای قراردادی که محل اجرای آن هم در ایران است، هر چند در فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در قرارداد منعقد در ایران، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، همان‌طوری که می‌توانند محتوای حقوق تعهدات سوییس را جزو شروط ضمن عقد قرار دهند، می‌توانند حقوق حاکم را حقوق سوییس (با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی) قرار دهند. بدیهی است نظم عمومی در روابط خصوصی بین‌المللی از حقوق خصوصی داخلی مضیق‌تر و محدودتر است.^۳

برای قراردادهای منعقد شده در خارج از کشور، که یکی از طرفین ایرانی و دیگری غیرایرانی است، با توجه به این‌که قریب به اتفاق حقوق‌ها در قراردادهای بین‌المللی، به طرفین انتخاب آزادانه حقوق حاکم را اجازه می‌دهند، آنها می‌توانند با توجه به اصل حاکمیت اراده در محل وقوع عقد، حقوقی غیر از محل وقوع عقد را انتخاب کنند. بنابراین، حتی در فرض امری بودن قسمت اول ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در حکومت قانون کشور محل وقوع عقد بر قرارداد، دو ایرانی یا ایرانی و خارجی، با توجه به

^۱ ر.ک: مجله گزارش، شماره ۶۲

^۲ ر.ک: پورنوری، www.vakil.net

^۳ الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۱۳۱

اذعان همگانی مبنی بر این که «حاکمیت قانون تعیین شده با اراده طرفین نسبت به قرارداد، امروزه به عنوان یک اصل در حقوق بین‌الملل خصوصی معرفی شده است»^۱، با اجازه حاصل از حقوق محل وقوع عقد، طرفین ایرانی یا ایرانی و خارجی هر حقوقی را می‌توانند، به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد قرار دهند. تنها تفاوت قسمت اول و دوم ماده ۹۶۸ قانون مدنی این است که اتباع خارجی، مستقیماً می‌توانند هر حقوقی را بر قرارداد حاکم قرار دهند و اتباع ایرانی یا متعاقدين ایرانی و خارجی با اجازه‌ی حاصل شده از محل وقوع عقد می‌توانند هر حقوقی را بر قرارداد حاکم قرار دهند.

۱-۳. راه‌های تعیین غیرمستقیم قانون حاکم

با توجه به معیار اساسی «محل وقوع عقد» در تعیین حقوق حاکم در قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند مستقیماً، با توجه به اصل حاکمیت اراده مورد قبول محل وقوع عقد، حقوق حاکم را انتخاب کنند و یا به طور غیرمستقیم، بدون تصریح به حقوق حاکم، براساس توافق بر نحوه انعقاد قرارداد و یا انتخاب اقامتگاه، باعث تغییر محل وقوع قرارداد و در نتیجه تغییر حقوق حاکم بر قرارداد شوند.

۱-۳-۱. توافق بر نحوه وقوع قرارداد

در عقودی که طرفین قرارداد، هم‌زمان در مکان واحدی حضور فیزیکی ندارند، در مورد چگونگی انعقاد معامله چهار نظریه: «اعلام قبول»، «ارسال قبول»، «وصول قبول» و «اطلاع از وصول قبولی»، ارائه شده است.^۲ با توجه به ماده ۱۹۱ قانون مدنی که بیان می‌دارد:

«عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند؛ به نظر می‌رسد که گرچه در عقود، به طور معمول، معیار ایجاد اثر حقوقی، اعلام قبول است؛ در عقود از راه دور، اعلام قبول نمی‌تواند بر قصد انشا و عزم شخص بر اجرای معامله، دلالت عرفی کند. نظریه ارسال قبول، با توجه به این که معمولاً ارسال، به سادگی قابل استرداد نیست، و نیز قابل اثبات است، در عقود از راه دور، ملاک وقوع عقد، طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی، در حقوق ایران است. مواد قانون مدنی به دو بخش امری و تکمیلی یا تفسیری تقسیم می‌شود. در حقوق خصوصی، به ویژه در

^۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، نشر دادگستر، ۱۳۸۵، ص ۲۹۴

^۲. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۱۶۱

مبحث تعهدات و قراردادهای غیر احوال شخصیه، اصل بر تکمیلی و تفسیری بودن مواد است. قسمت اول ماده ۱۹۱، در مورد تحقق عقد با قصد انشا، با توجه به ماده ۱۹۰ که قصد طرفین را از شرایط اساسی صحت معامله برشمرده است، امری به نظر می‌رسد و نمی‌توان توافق کرد که عقد، بدون قصد محقق شود. اما قسمت دوم ماده ۱۹۱ در مورد «مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، تعیین کننده آنچه بر قصد دلالت دارد، عرف است و می‌تواند تلفظ، اشاره یا عمل، مثل قبض و اقباض باشد (مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ قانون مدنی). بنابراین، نحوه دلالت بر قصد به مواد مذکور در قانون مدنی منحصر نیست و می‌تواند، نحوه دلالت بر قصد و به همین ترتیب، نحوه انعقاد معامله با توافق تعیین شود. منعی به نظر نمی‌رسد که توافق کنند که عقد، پس از وصول قبول یا در صورت اطلاع از وصول قبول منعقد گردد. این توافق بر نحوه وقوع عقد، به طور غیرمستقیم به معنی انتخاب قانون حکم بر آثار تعهدات است که تابع محل وقوع می‌باشد. با توافق بر نحوه وقوع، محل وقوع را نیز طرفین عقد تعیین کرده‌اند و حقوق حاکم، حقوق کشور محل وقوع عقد است که با توافق بر نحوه وقوع قرارداد معین شده است

۱-۳-۲. از راه تعیین اقامتگاه انتخابی

بسیار از اشخاص حقیقی و به ویژه اشخاص حقوقی، قرارداد را در محل اقامت خود منعقد می‌کنند. در عقود راه دور، چه در نظریه محل ارسال قبول یا محل اعلام قبول، محل اقامت قبول‌کننده که محل اعلام قبول یا ارسال قبول است، در تعیین محل وقوع عقد و در نتیجه قانون حاکم بر قرارداد نقش تعیین‌کننده دارد.

طبق ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی، هر یک از طرفین قرارداد می‌تواند محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود را به عنوان اقامتگاه انتخابی برگزیند. در این صورت «نسبت به دعاوی راجع به آن معامله، محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد».

در انعقاد قراردادها از راه داده‌پیام^۱ و در قراردادهای تجاری الکترونیکی، با توجه به این که انعقاد این‌گونه قراردادها در فضای مجازی است و امکان ارسال و دریافت

^۱ ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷:

الف) داده‌پیام (Data Message) هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت یا پردازش می‌شود.

ب) اصل‌ساز (Originator) منشأ اصلی داده‌پیام است که داده‌پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص داده‌پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد»

داده‌پیام مشخص و معین نیست، ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی چنین مقرر نموده است:

«اگر محل استقرار سیستم اطلاعات یا محل استقرار دریافت داده‌پیام مختلف باشد؛ مطابق قاعده زیر عمل می‌شود:

الف) محل تجاری یا کاری اصل‌ساز محل ارسال داده‌پیام است و محل تجاری یا کاری مخاطب، محل دریافت داده‌پیام است مگر آن که خلاف آن توافق شده باشد...». بنابراین طرفین می‌توانند با توافق محلی غیر از محل تجاری یا کاری اصل‌ساز را به عنوان محل ارسال تعیین کنند و نیز می‌توانند محلی غیر از محل تجاری یا کاری مخاطب را به عنوان محل دریافت تعیین کنند و به این ترتیب، این توافق باعث تغییر محل وقوع عقد خواهد شد.

نحوه نگارش ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی نشان می‌دهد که در عقود از راه دور، صرف اعلام اراده، برای تحقق رابطه حقوقی بسنده نمی‌کند بلکه «ارسال» و در نتیجه محل ارسال (با توجه ماده ۱۹۱ قانون مدنی) موجب تحقق قرارداد است. هم‌چنین طرفین می‌توانند بر نحوه وقوع عقد توافق کنند. بدین معنی که با توافق، اعتبار ارسال قبول، از زمان وصول آن به قبول‌کننده یا اطلاع وی از قبول باشد و حتی مکان وقوع عقد را با توافق تعیین کنند و به نظر نمی‌رسد مکان وقوع از شرایط اساسی صحت معامله و از قواعد امری باشد. اصل این‌که «عقد محقق می‌شود به قصد انشا» و این‌که برای تشکیل قرارداد، ایجاب و قبول لازم است، امری به نظر می‌رسد ولی در آنچه که دلالت بر قصد می‌کند و در زمان و در مکان وقوع به نظر می‌رسد توافق طرفین معتبر است. از این گذشته، اگر در امری بودن یا تکمیلی و تفسیری بودن امری در حقوق خصوصی به تردید دچار شدیم، با توجه به ماهیت حقوق خصوصی، به ویژه در حقوق قراردادها و امور مالی و تجاری بنظر می‌رسد اصل بر تکمیلی و تفسیری بودن مقررات است. همان‌طور که دیدیم ماده ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی به طرفین قرارداد حق انتخاب محلی غیر از محل واقعی تجاری یا کاری ایجاب‌کننده یا قبول‌کننده را می‌دهد. به همین ترتیب، ماده ۲۷ همان قانون در مورد زمان دریافت داده‌پیام، به اشخاص امکان توافق بر زمان وقوع عقد را می‌دهد زیرا ماده ۲۶ قانون تجارت الکترونیکی به عنوان معیار کلی چنین بیان می‌دارد: «ارسال داده‌پیام، زمانی تحقق می‌یابد که به یک سیستم اطلاعات خارج از کنترل اصل‌ساز یا قائم‌مقام وی وارد شود». سپس ماده ۲۷ همان قانون بیان می‌دارد:

«اگر سیستم اطلاعاتی مخاطب برای دریافت داده پیام معین شده باشند، دریافت زمانی محقق می‌شود که ...»

بنابراین، طرفین می‌توانند برای دریافت داده پیام، بر سیستم اطلاعاتی مخاطب یا هر سیستم اطلاعاتی دیگر توافق کنند. از وحدت ملاک مواد ۲۷ و ۲۹ قانون تجارت الکترونیکی که انتخاب زمان و ارسال و دریافت قصد انشا و انتخاب زمان و مکان وقوع عقد را ممکن می‌سازد نتیجه می‌گیریم که با توجه به این که قراردادهای الکترونیکی ویژگی خاص حقوقی ندارند و در این گونه قراردادها صرفاً از وسایل الکترونیکی برای ابراز و ارسال قصد انشا استفاده می‌شود، این گونه توافقها ویژه قراردادهای تجاری الکترونیکی نیست. در کلیه عقود و قراردادها، به استثنای عقود مربوط به احوال شخصیه، امکان انتخاب زمان و مکان وقوع عقد وجود دارد. بدیهی است به این ترتیب، حقوق حاکم بر عقد نیز از این طریق توسط طرفین قرارداد انتخاب می‌شود.

۱-۴. مقایسه ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی

ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۲۶ شهریور ۱۳۷۶، با عنوان قانون حاکم، چنین مقرر کرده است:

«۱- داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.

۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، داور بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض، مناسب تشخیص دهد.

۳- داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف، یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.

۴- داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مدنظر قرار دهد.»

در نگاه اول به نظر می‌رسد که بین این ماده و ماده ۹۶۸ قانون مدنی تفاوت‌های بارزی وجود دارد زیرا ماده ۹۶۸ به طرفین حق انتخاب حقوق حاکم را نمی‌دهد و بر اساس این ماده، صرفاً قرارداد تابع محل وقوع عقد است. در حالی که طبق ماده ۲۷ قانون

داوری تجاری بین‌المللی، طرفین نه تنها می‌توانند حقوق حاکم را انتخاب کنند بلکه حقوق حاکم، با توجه به عبارت «قواعد حقوقی» می‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از این تعارضات ظاهری نتیجه گرفته‌اند که ماده ۲۷ مذکور مخصص ماده ۹۶۸ قانون مدنی است.^۱ در مورد داورهای تجاری بین‌المللی، به مفهومی که در موارد ۱ و ۲ آن بیان شده است^۲ ماده ۲۷ مذکور و در قراردادهای بدون شرط داور یا قراردادهایی که داور تجاری بین‌المللی محسوب نشوند، ماده ۹۶۸ قانون مدنی مجری است.

چنان‌که در صفحات قبل دیدیم با نگاهی نو به ماده ۹۶۸ قانون مدنی و حتی در فرض امری بودن آن، بین آن و ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی تعارضی اساسی وجود ندارد زیرا وقتی قانون وقوع عقد کشورها، امکان انتخاب هر نوع قانونی را به اشخاص می‌دهد و اصل حاکمیت اراده را نظام حقوق خصوصی قریب به اتفاق کشورهای مختلف جهان به رسمیت شناخته‌اند، اشخاص می‌توانند (مثل ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی) حقوق حاکم را انتخاب کنند. این دو ماده در جهت یکدیگر بوده و بین آن‌ها تعارض اساسی وجود ندارد. ممکن است به نظر برسد که معیار حقوق حاکم در صورت فقدان قانون منتخب طرفین در دو ماده مذکور، متعارض است زیرا در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در صورت عدم انتخاب، قانون محل وقوع عقد، قانون جایگزین است و در ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی، قانون جایگزین، قواعد حل تعارض مناسب موضوع، با انتخاب داور است. اما در واقع بین این دو ماده، تعارض اساسی وجود ندارد زیرا قانون محل وقوع عقد، مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی را با قواعد حل تعارض خود حل و فصل می‌کند و داور نیز بر اساس قواعد حل تعارض مناسب موضوع، رسیدگی خواهد کرد. در مسائل حقوق تجارت بین‌الملل و قراردادهای تشابه در قواعد حل تعارض کشورها بیش از تفاوت‌ها است. با این حال، بین مواد سه تفاوت غیر اساسی وجود دارد:

- در ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی، انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین قرارداد، به طور مستقیم است؛ در حالی‌که ماده ۹۶۸ قانون مدنی انتخاب قانون حاکم، با مجوز حقوق محل وقوع عقد است.

^۱. نیکبخت، حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی، مجله

تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱-۳۲، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹، ص ۱۴۵

^۲. جنیدی، لعیاء، قانون داور تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۸، ص

- در ماده ۲۷ مذکور، طرفین همیشه می‌توانند حقوق غیردولتی را انتخاب کنند. در حالی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی انتخاب حقوق غیردولتی باید با مجوز حقوق محل وقوع عقد باشد و برخی از حقوق‌ها، مثل کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، با انتخاب حقوق غیردولتی توسط متعاقدین موافق نیستند.

- طبق بند سوم ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد»؛ در حالی که در ماده ۹۶۸ قانون مدنی، قاضی دادگاه نمی‌تواند نقش داور میانجی و تصمیم‌گیری کدخدامنشانه را بر عهده گیرد. استثنائاً، طبق ماده ۴۷ قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۸۷، شورا می‌تواند داور منتخب طرفین باشد.

بنابراین، در حقوق حاکم بر قراردادها، بین ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی هیچ‌گونه تعارضی وجود ندارد و در موارد تفاوت‌های سه گانه مذکور، هر یک از این دو ماده در گستره خود حاکم است.

حال، پس از بررسی موضوع در حقوق ایران، راه‌حل‌های ارائه‌شده در مهم‌ترین کنوانسیون‌های بین‌المللی، به طور تطبیقی، بررسی می‌شوند.

۲- کنوانسیون‌های بین‌المللی:

می‌توان گفت که کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در حقوق حاکم بر تعهدات قراردادی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مهم‌ترین و گسترده‌ترین منبع در سطح جهان است زیرا علاوه بر اجرا در کشورهای اروپایی، راه‌حل‌های ارائه‌شده در این کنوانسیون، بسیاری از کشورهای غیراروپایی را تحت تأثیر قرار داده و این کنوانسیون مورد اقتباس قرار گرفته است. طبق ماده ۳ این کنوانسیون، طرفین قرارداد می‌توانند حقوق حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند که این حقوق باید حقوق ملی یک کشور باشد و نمی‌تواند حقوق غیردولتی باشد. از نظر این کنوانسیون، انتخاب حقوق غیردولتی، به منزله عدم انتخاب حقوق حاکم است.^۱ حقوق منتخب طرفین می‌تواند حقوقی باشد که با قرارداد هیچ ارتباطی ندارد. اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون رم، در برخی قراردادهای

^۱. لاگارد، پل، حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی، شماره ۲۰، دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۵، ص ۳۱۶

^۲. Jean-Baptiste RACINE, fabric SIRIAINEN, Droit du Commerce International, Dalloz 2007, p.170

خاص، مثل قراردادهای مربوط به مصرف‌کننده و حقوق کار محدودیت‌هایی پیدا می‌کند.^۱

کنوانسیون مکزیکو، ۱۷ مارس ۱۹۹۴، در مورد حقوق قابل اجرا در تعهدات قراردادی بین‌المللی مربوط به اتحادیه کشورهای امریکای شمالی، راه‌حلی مشابه کنوانسیون رم برگزیده است. به موجب ماده ۱ این کنوانسیون، قراردادی بین‌المللی است که محل سکونت عادی یا اقامت متعاقبین در کشورهای مختلف باشد یا اهداف قرارداد مربوط به بیش از یک کشور باشد.^۲

طبق ماده ۲ کنوانسیون مکزیکو، حقوق حاکم، اگر چه به دولت متعاقد مربوط نباشد، اجرا می‌شود. در ماده ۷ این کنوانسیون چنین مقرر شده است:

«قرارداد، تابع حقوق منتخب طرفین است. توافق باید صریح باشد، یا اگر هیچ توافق صریحی نیست، از رفتار و شروط قراردادی مشخص باشد که یک کل تلقی می‌شود. [رفتار و شروط] این انتخاب می‌تواند به تمام قرارداد یا بخشی از آن مربوط باشد. انتخاب دادگاه معین توسط طرفین، لزوماً به معنی انتخاب حقوق حاکم نیست».

در جهت بررسی تطبیقی با حقوق چین می‌توان گفت از زمانی که چین عضو سازمان تجارت جهانی شده، دعاوی بین‌المللی در آن افزایش یافته است. این کشور مانند دیگر کشورها، اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. هم قانون مدنی ۱۹۸۶ چین و هم قانون قراردادهای ۱۹۹۹، مقرر می‌دارد که طرفین یک قرارداد خارجی می‌توانند حقوق حاکم بر حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد را برگزینند. محدودیت‌های آن، عدم لطمه به منافع اجتماعی و عمومی چین است. به هر حال، این توافقات نباید با قواعد امری حقوق چین مخالف باشد.^۳

قسمت دوم: حقوق حاکم در فقدان انتخاب توسط متعاقبین

۱- حقوق ایران

در حقوق ایران، باید بین قراردادهای تجاری بین‌المللی و سایر قراردادها تفکیک قائل شد. طبق ضابطه ماده قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶، قرارداد بین‌المللی بدین معنا است که یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری، به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد. بر اساس بند ۲ ماده ۲۷ این قانون «داور بر اساس قانونی به ماهیت

^۱ Racine, Ibid, p.176

^۲ Inter American Convention on the law applicable to International Contracts, Mexico, 1994, available at www.oas.org/juridico/english/treaties

^۳ . Mozhang, International Civil Litigation in China, available at www.bc.edu/bc-org

اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد. بنابراین، در صورت عدم تعیین حقوق حاکم توسط طرفین قرارداد، داور، خود، در این مورد اقدام خواهد کرد. اما انتخاب داور، آزادانه و بدون شاخص نیست. در مورد اصطلاح «قواعد حل تعارض» وجود دو گزینه محتمل است: نخست این که، معیار، قواعد حل تعارض مقرر داور است که با موضوع متناسب است. با توجه به اینکه قانون و دادگاه مقرر داور بسیاری از خلأها را پر می‌کند و داور در بسیاری از موارد از آن‌ها استمداد می‌جوید؛ این گزینه تقویت می‌شود. اما در مقابل، با عنایت به این که در مواردی مثل داور *on line* (برخط) اصلاً داور فاقد مقرر است و در مواردی نیز انتخاب مقرر داور صرفاً به سبب نزدیکی داوران یا بی‌طرفی آن‌ها بوده است؛ و با توجه به ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال، که ماده ۲۷ مذکور ترجمه آن است، به نظر می‌رسد که گزینه قواعد حل تعارضی که داور خود مناسب موضوع تشخیص می‌دهد، دارای قوت بیشتری است. به موازات تعیین حقوق حاکم توسط داور، براساس قواعد حل تعارض مناسب موضوع، طبق بند ۴ ماده ۲۷ قانون داور تجاری بین‌المللی «داور باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع را مورد نظر قرار دهد».

در مورد سایر قراردادهای، یعنی قراردادهای بدون شرط داور و یا غیرتجاری و یا غیربین‌المللی، طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی، در صورت عدم تعیین حقوق حاکم، در هر حال حقوق ماهوی کشور محل انعقاد قرارداد حاکم است.

۲- کنوانسیون‌های بین‌المللی

طبق ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در صورت عدم انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین، قرارداد تابع حقوق کشوری است که با آن بیش‌ترین و نزدیک‌ترین ارتباط را دارد. این راه حل تحت تأثیر تئوری اروپایی (*proximité*) است که طبق آن، یک رابطه حقوقی، به سازمان حقوقی کشوری وابسته است که با آن نزدیک‌ترین پیوندها را دارد و صلاحیت رسیدگی متعلق به دادگاه دولتی است که با آن رابطه نزدیک دارد. اساس این ایده بر تفکرات ساوینی، مرکز ثقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه برای این روابط، استوار است ولی از ایده‌های وی فراتر رفته است.^۱

معیار اصلی کنوانسیون برای حقوق دارای بیشترین ارتباط با قرارداد، حقوق کشور محل سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص قرارداد را برعهده دارد و

^۱ Paul LAGARDE, Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé, contemporain, Rec.cours de l'Ac.de pr.int.t. 196 (1986-I) 11 et s

اگر متعهد مزبور، شرکت یا شخص حقوقی باشد، مرکز اداره آن شخص است.^۱ معیار تعهد شاخص (prestation caracteristique) در رویه قضایی سوییس به خوبی شناخته شده و توسط کنوانسیون تعریف نشده است. منظور از تعهد شاخص، تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می‌شود. در اغلب قراردادهای معوض باید پولی پرداخت شود؛ مثل ثمن در بیع، اجاره‌بها در عقد اجاره، حق بیمه در قرارداد بیمه، بلیت در قرارداد حمل و نقل و نظایر آن. پرداخت پول، ویژه قرارداد خاصی نیست؛ در حالی که تعهد بایع به دادن مبیع به مشتری، تعهد موجر مبنی بر تسلیم عین مستأجره، تعهد بیمه‌گر در جبران خسارات ناشی از خطر احتمالی و تعهد متصدی حمل و نقل به انجام حمل؛ تعهدی شاخص محسوب می‌شود.^۲

تعیین قانون متعهد به اجرای تعهدی شاخص، در مواردی است که این تعهد قابل تعیین باشد. اما مواردی نیز وجود دارد که تعهد شاخص قابل تعیین نیست، مثل قرارداد معاوضه که در آن، تعهد هر یک از طرفین می‌تواند شاخص محسوب شود و یا برخی عملیات بین بانک‌ها که در این صورت لازم است مورد به مورد، کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیک‌ترین پیوندها دارد، تعیین شود.

به موجب ماده ۹ کنوانسیون مکزیکو «اگر طرفین حقوق حاکم را انتخاب نکرده‌اند یا انتخاب آن‌ها غیر مؤثر است، قرارداد تابع حقوق کشوری است که با آن نزدیک‌ترین پیوندها را دارد. دادگاه عناصر عینی و ذهنی قرارداد را برای تعیین حقوق کشوری که بیشترین پیوندها را دارد، مورد نظر قرار می‌دهد. دادگاه اصول کلی حقوق تجارت بین الملل شناخته شده توسط سازمان‌های بین‌المللی را مورد نظر قرار می‌دهد. اگر بخشی از قرارداد قابل تفکیک باشد که پیوندی نزدیک‌تر با کشوری دارد، حقوق آن کشور بر همان قسمت قرارداد استثنائاً حاکم خواهد بود». طبق ماده ۱۰ کنوانسیون مکزیکو «علاوه بر مقررات مواد فوق‌الذکر، اصول راهنما، عرف‌ها و اصول حقوق تجارت بین الملل، همین‌طور عرف‌های تجاری و رویه‌های عموماً پذیرفته شده به منظور برآوردن و فراهم کردن شرایط عدالت و انصاف در موارد خاص، اعمال خواهد شد». کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو در ماده ۱۱ خود قید کرده است که در هر حال، قواعد امری مقرر دادگاه و نیز قواعد امری کشوری که قرارداد با آن پیوندهای نزدیک دارد اجرا خواهد شد.

^۱. Convention de Rome available at www.cisg.franc.org/conventions, 1980

^۲. لاگارد، پل، منبع پیشین، ص ۳۲۳

در حقوق چین، اگر انتخاب صریح وجود نداشته باشد، دادگاه مردم (people s court) از معیار «نزدیک‌ترین ارتباط» استفاده می‌کند. این اصطلاح صراحتاً در قانون مدنی ۱۹۸۶ و نیز در قانون قرارداد تعریف نشده است. دادگاه‌ها هم رهنمودهای دادگاه عالی مردمی ۱۹۸۷ را دنبال می‌کنند. برای مثال، در غیاب حقوق منتخب طرفین، قرارداد فروش بین‌المللی کالا، تابع محل تجاری فروشنده در لحظه انعقاد قرارداد است. اگر قرارداد در محل تجاری خریدار منعقد شده، یا تابع شرایط و ضوابط مندرج توسط خریدار باشد یا قرارداد مقرر دارد که فروشنده، کالا را به محل تجاری خریدار تحویل خواهد داد، قانون محل تجاری خریدار، در موقع انعقاد حاکم است. اگر شخص، چند محل داشته باشد، حقوق محلی که بیش‌تر با قرارداد ارتباط دارد، اجرا می‌شود. در حقوق چین نیز، حقوق حاکم، چه توسط دادگاه انتخاب شود و چه توسط طرفین، شامل حقوق ماهوی است و قواعد حل تعارض و آیین دادرسی را در بر ندارد.



برآمد

حقوق حاکم بر قراردادها، چه به لحاظ علمی و چه به لحاظ عملی، مهم‌ترین بحث در تعارض قوانین در روابط خصوصی بین‌المللی است. با نگاهی دقیق به معیار «قانون محل وقوع عقد» در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و این‌که حقوق محل وقوع عقد در ایران، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی اصل را بر احترام به حاکمیت اراده و توافق اشخاص نهاده است و در صورت انعقاد عقد در خارج از کشور نیز، قریب به اتفاق کشورها، اصل حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی بین‌المللی (در موضوعات غیر احوال شخصیه و اموال غیرمنقول) را پذیرفته‌اند، موضوع امری یا تکمیلی و تفسیری بودن ماده ۹۶۸ قانون مدنی، ثمره عملی نداشته و اشخاص در هر دو صورت مذکور، با رعایت ماده ۹۷۵ قانون مدنی، امکان انتخاب حقوق منتخب و مورد توافق خود، چه حقوق خارجی مرتبط یا غیرمرتبط با قرارداد را دارند. بین راه‌حل ارائه‌شده در ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی تعارض اساسی وجود ندارد. تنها تفاوت مهم در انتخاب حقوق غیردولتی به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد است که در این مورد آزادی عمل و تساهلی در داورها وجود دارد که اصولاً سازمان‌های قضایی کشورها برای پذیرش آن، آمادگی کامل ندارند.

با بررسی تطبیقی می‌توان گفت که اصل حاکمیت توافق اشخاص بر انتخاب حقوق صالح در قراردادها، جزو اصول کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی است. در مورد حقوق حاکم بر قراردادها در صورت عدم انتخاب طرفین، راه حل مندرج در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، مبتنی بر اجرای حقوقی که با قرارداد بیشترین و نزدیک‌ترین پیوندها را دارد (اصل Proximité) در حال گسترش و فراگیر شدن در جهان است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- پروین، فرهاد، نگاهی دیگر به احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، مجله حقوقی، شماره ۲۴، ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴.
- جنیدی، لعیا، قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۸.
- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- خمایی زاده، فرهاد، قواعد غیردولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، تهران: مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- حاجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه قوانین اساسی - مدنی (تدوین)، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۵۶.
- داوید، رنه، اسپینوزی، کامی ژوفره، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفائی، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
- گیتی، خسرو، نظم عمومی (مقاله)، ر.ک: <http://www.ghavanin.ir> - لاگارد، پل، حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن، کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل در نظام حقوقی ایران، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۳.
- نیکبخت، حمیدرضا، تعارض قوانین در قراردادها، مجله حقوقی، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.
- نیکبخت، حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، تهران: مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱-۳۲، ۱۳۷۹.

- نائینی، احمدرضا، (گردآوری و تحقیق)، مشروح مذاکرات قانون مدنی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.

ب) منابع فرانسه و انگلیسی

- Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, available at

www.cisg-franc.org/conventions

- Guiho, Pierre, Droit International Priv, L Hermes, Lyon, 1992

- Inter American Convention on the law applicable to International contracts, Mexico, 1994, available at www.oas.org/juridica

- LAGARDE, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international priv, contemporain, Rec.cours de L A&de Pr.int. t. 196 (1986-I)

- Mozhang, International Civil Litigation in China, available at www.bc.edu/bc-org/avp/law

- Mozhang, International Law Review, volume 200 fall 2006.

- Racine, Jean- Boptiste; siriainen, fabric, Droit du Commerce International, Dalloz, 2007