

قواعد اصلی تعیین کننده قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری بین المللی

نرگس رشنو^۱

پژمان محمدی^۲

سید محمد حسن ملائکه پور شوشتری^۳

چکیده

اختلاف در قانون داخلی کشورها در خصوص اسناد تجاری موجب بروز تعارض قوانین در این خصوص گردیده است. تعیین قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری و اینکه چه ضابطه‌ای در تعیین قانون حاکم بر شرایط مؤثر در اعتبار (منظور شرایط ماهوی است چراکه شرایط شکلی اسناد تجاری مطابق یک قاعده قدیمی که مورد پذیرش اکثر کشورهای جهان است تابع قانون محل تنظیم خود هستند) این اسناد به کار برود یکی از مهم‌ترین مسائلی است که با آن روبرو هستیم. در این مقاله سعی شده که دو نظریه حاکمیت اراده و قانون مناسب که به نظر ایرادات کمتری نسبت به دیگر نظریه‌های مطرح شده بر آنها وارد است پرداخته تا نقیصه قواعد حل تعارض در خصوص قانون حاکم اعتبار اسناد تجاری رفع شود قانون‌گذار ایرانی به پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم گرایش دارد و بیانیه الجزایر که یک معاهده بین‌المللی محسوب و در حکم قانون است، در ماده ۵ راجع به قانون حاکم بر قرارداد از مندرجات قرارداد نام می‌برد. یکی دیگر از قوی‌ترین نشانه‌های گرایش قانون‌گذار داخلی به نظریه حاکمیت اراده و پذیرش آن را می‌توان در قانون داوری تجاری بین‌المللی مشاهده کرد

کلید واژگان: اسناد تجاری، تعارض قوانین، قانون حاکم، اعتبار اسناد تجاری

پژمان محمدی
رئیس‌جمهور
پژمان محمدی
رئیس‌جمهور
پژمان محمدی
رئیس‌جمهور

۱. کارشناس ارشد حقوق

۲. دکترای حقوق خصوصی، درجه استاد p.mohamadi@modares.ac.ir

۳. دکترای حقوق خصوصی، استادیار، دانشگاه شهید چمران h.malaekehpour@scu.ac.ir

مقدمه

امروزه گسترش روابط و مراودات تجاری بین المللی موجب صدور اسناد تجاری و در نتیجه گردش این اسناد در سطح بین المللی گردیده است. اختلاف در حقوق داخلی کشورها در زمینه‌ی اسناد تجاری موجب بروز تعارضاتی در قانون حاکم بر اعتبار اسناد مزبور می‌شود که روش‌ها و قواعد مختلفی برای تعیین قانون حاکم و رفع تعارضات پیشنهاد شده‌است. در حوزه تعیین قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری قواعدی چون قانون محل وقوع، قانون محل اجراء، قانون مورد توافق و قانون مناسب مطرح است که در این تحقیق به دو مورد اخیر یعنی قانون مورد توافق یا حاکمیت اراده و قانون مناسب خواهیم پرداخت؛ چراکه به نظر نگارنده این دو قاعده علاوه بر ارتباط تنگاتنگ، کمترین ایراد را داشته و از آنجایی که اسناد تجاری در دسته‌ی ارتباط قراردادهای جایگزین هستند لذا منطقی است که قانونی بر آن حاکم باشد که طرفین انتخاب نموده‌اند. اما این قاعده نمی‌تواند به طور مطلق بر اسناد تجاری حاکم باشد بلکه بر آن باید محدودیت‌هایی قرار داده‌شود که طرفین، از میان قوانینی که با قرارداد نزدیک ترین ارتباط را دارند، قانون مناسب را به عنوان مرکز ثقل اسناد تجاری برگزینند تا قاضی بر اساس آن به تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری مبادرت جوید. به عبارتی در نظریه حاکمیت اراده از روش قانون مناسب برای انتخاب قانون حاکم استفاده می‌شود. از آنجایی که در سیستم‌های حقوقی متفاوت، سفته از لحاظ ساختار حقوقی شباهت زیادی به برات دارد، و چک نیز مطابق ماده ۴ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ مشمول مقررات برواتی خواهد بود، لذا رژیم حقوقی یکنواختی بر آنها حاکمیت دارد.

در حوزه تعیین قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری، کار گسترده‌ای صورت نگرفته و کتب ناظر به تعارض قوانین تنها بخش ناچیزی را به اختصار به این موضوع اختصاص داده‌اند. بنابراین بر آن شدیم که به بررسی این موضوع بپردازیم.

در مقاله حاضر، طی دو مبحث ابتدا به قاعده حاکمیت اراده و پس از آن به قانون مناسب و مباحث پیرامون آنها می‌پردازیم.

قانون حاکمیت اراده

صدور اسناد تجاری و نقل و انتقال آن نوعی قرارداد است و قرارداد حسب عقیده حقوقدانان بین الملل خصوصی، مخلوق اراده‌ی متعاملین است.^۱

در نتیجه از آنجایی که اراده مهمترین عنصر تشکیل دهنده قرارداد است، منطق حقوقی حکم می‌کند که طرفین قرارداد یا اسناد تجاری بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می‌دانند حاکم بر اعتبار اسناد تجاری قرار دهند. لذا لازم است که مفهوم اصل حاکمیت اراده بیان و سپس این اصل را در ارتباط با اعتبار اسناد تجاری بررسی نمود.

۱. نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۳، ص ۸

اصل حاکمیت اراده

موضوع حاکمیت اراده برای اولین بار توسط "شارل دومولن"^۱ در قرن شانزدهم در مبحث تعارض قوانین طرح گردید. به عقیده دومولن چون قرارداد مخلوق اراده‌ی طرفین است و در واقع نوعی محدودیت ارادی حقوق متعاملین می‌باشد بنابراین منطق حقوقی حکم می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می‌دانند بر قرارداد خود حاکم سازند. قانون حاکمیت اراده یعنی قانونی که طرفین از طریق اعلام اراده خود خواسته‌اند تابع آن باشند.^۲

به اعتقاد طرفداران اصل حاکمیت اراده، قانون حاکم بر اعتبار سند تجاری قانون مورد توافق یا قانون حاکمیت اراده است و این قانون را باید ضابطه‌ی تمییز سند معتبر از غیرمعتبر دانست. این عقیده قدیمی در بیشتر نظام‌های حقوقی ریشه دوانیده و طرفداران فراوانی پیدا کرده‌است.^۳

قاعده‌ی آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا درباره‌ی قراردادهای از طبیعت خود قراردادهای سرچشمه گرفته‌است. هر قرارداد یا سند تجاری جلوه‌ای از شخصیت و اراده‌ی کسی است که آن را با دیگری منعقد ساخته؛ الزام‌آور بودن آن نیز ناشی از وجود چنین خصلتی در آن است. در هر شرط یا تعهد منعکس در قرارداد نیز می‌توان اثر اراده‌ی طرفین آن را دید. از جمله این شرایط، شرط مربوط به قانون قابل اجرا درباره‌ی آن به هنگام بروز اختلاف است. با این شرط؛ طرفین قرارداد از میان قوانین کشورهای مختلفی که با قرارداد مرتبط هستند قانون کشور معینی را برمی‌گزینند و با این عمل خود به حل تعارض بین‌المللی آن قوانین کمک می‌نمایند. بنابراین، عوامل مؤثر در شکل گرفتن قاعده‌ی آزادی اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی عبارت‌اند از؛

۱) اراده‌ی طرفین در ایجاد قرارداد و تعهدهای ناشی از آن

۲) لزوم مراعات شرایط مورد توافق طرفین.

۳) تأثیر آن در گسترش تجارت میان جامعه‌های مختلف.

ضرورت آگاهی طرفین عقد از قانون قابل اجرا درباره‌ی قرارداد میان خود نظر حقوقدانان را مخصوصاً در قرون وسطی، در آغاز شکل گرفتن قاعده‌های تعارض قوانین، به خود جلب کرده بود چنانکه برخی از فقیهان مسیحی اجرای قانون محل عقد را محدود به مواردی می‌دانستند که از آن آگاه بودند. در قرن پانزدهم میلادی یکی از حقوقدانان در توجیه اجرای قانون محل عقد آن را ناشی از رضایت ضمنی

۱. Sharl de mulen

۲. فرجی، اسماعیل، تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۷۵، صص ۴۴-۴۵

۳. الماسی، نجادعلی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۱

طرفین تلقی کرده است. دومولن نیز بحث اراده‌ی ضمنی طرفین را مطرح کرده و در این رهگذر قابل استناد بودن اراده‌ی فرضی را نیز مطرح ساخته است.

در قرن هجدهم میلادی "بوله نوا"^۱ اراده‌ی طرفین را در تعیین جایگاه قرارداد مؤثر می‌داند و این نکته را بیان می‌کند که: "نباید تردید داشت اگر شرطی در میان باشد باید در نظر گرفته شود". وی شرایط اعتبار قرارداد را تابع قانون محل انعقاد آن و آثار آن را تابع قانون محل اجرای آن می‌دانسته است.^۲

قاعده‌ی آزادی اراده در ماده ۹۶۸ ق.م. به صورت استثناء بر قاعده‌ی محل عقد با این عبارت "مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند" بیان شده است. در این ماده افزون بر توافق صریح، برای توافق ضمنی طرفین عقد در تعیین قانون قابل اجرا نیز اعتبار شناخته شده؛ به این ترتیب این به عهده‌ی قاضی است که با بررسی و تحلیل شرایط تعیین شده در عقد تعیین نماید آیا آنان به واقع به طور ضمنی دربار‌ه‌ی تبعیت تعهد میان آنها از قانون کشوری معین توافق کرده‌اند یا نه. حال اگر قانون قابل اجرا به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین تعیین نشده باشد در این صورت حکم در قانون محدود به همان دو صورت بیان اراده است یعنی صریح یا ضمنی که اراده‌ی طرفین است نه اراده‌ی فرضی که در واقع نظر قاضی است. بنابراین می‌توان با استفاده از قاعده‌ی محل عقد به تعیین آن قانون اقدام نمود.^۳

منظور از قانون گذار تنها عقود منعقد در ایران و تنها در مورد اتباع خارجه است که به آنها اجازه داده قانون دیگری غیر از قانون محل عقد را به عنوان قانون قابل اجرا برگزینند.^۴ البته به عقیده مهدی شهیدی ذکر (اتباع خارجه) دلالت بر اختصاص حکم به قراردادهای منعقد در ایران ندارد بلکه منظور از عبارت "اتباع خارجه" اتباع کشور غیر محل انعقاد قرارداد و در واقع کشور بیگانه نسبت به کشور محل وقوع قرارداد است نه کشور خارجه نسبت به ایران. امروزه این اصل در روابط معاملاتی بین المللی همان طور که می‌دانیم از رواج بیشتری برخوردار است. این امر در کنوانسیون‌های بین المللی نیز انعکاس یافته است. مثلاً ماده ۳ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ معروف به کنوانسیون جامعه اقتصادی اروپا آزادی انتخاب قانون حاکم را به وسیله طرفین قرارداد به عنوان یک اصل پذیرفته است.^۵ به طور کلی این قاعده در بیشتر کشورهای دنیا هم اکنون پذیرفته شده است و اختلاف موجود راجع به آن بیشتر از

۱. Bule nova

۲. سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی جلد دوم، تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷، ص ۴۱۵ تا ۴۱۷

۳. سلجوقی، محمود، همان، صص ۴۱۷ و ۴۱۸

۴. سلجوقی، محمود، همان

۵. شهیدی، مهدی، قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱

حیث حدود و ثغور آن می‌باشد، به این صورت که برخی برای آن مفهوم موسع قائلند و برخی مفهوم مضیق. در واقع بر مبنای این نظریه منبع تعهدات اسناد تجاری اصالتاً اراده‌ی طرفین است و قانون از این حیث نیروی الزام‌آوری را تشکیل نمی‌دهد. البته باید گفت دولت در نهایت تعادل و توازن را در تمام ابعاد قضیه تأمین می‌نماید.^۱

گفتار دوم - حدود آزادی طرفین (حاکمیت اراده) در تعیین قانون قابل اجرا

پذیرش قاعده‌ی آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا درباره‌ی اسناد تجاری به این معنی است که طرفین اسناد تجاری دارای وصف بین‌المللی، یعنی اسناد تجاری که دارای پیوند با حقوق دو یا چند کشور، بتوانند آزادانه قانون یکی از کشورهای مرتبط را بر اعتبار اسناد تجاری میان خود حاکم نمایند. بنابراین؛ آزادی طرفین مطلق نیست؛ به این معنی که نمی‌توانند قانونی که هیچ ارتباطی با اسناد تجاری منعقد شده میان آنها ندارد را بر این اسناد قابل اجرا بدانند. البته برخی از مؤلفان در زمینه تعارض قوانین برای آزادی طرفین در تعیین قانون قابل اجرا قائل به محدودیت نشده‌اند با این حال حتی موافقان آزادی مطلق طرفین بر این اعتقادند که انتخاب قانون باید از روی حسن‌نیت و به طور منطقی باشد. به نقل از باتیفول و لاگارد، بارها از سوی دادگاه‌های آمریکایی اعلام شده که برگزیدن قانون باید با حسن‌نیت همراه باشد یا ساختگی نباشد یا آن که میان قرارداد و قانون منتخب ارتباطی قانونمند باشد؛ یا بر حسب رویه قضایی آلمان باید میان آن دو ارتباطی جدی دیده شود؛ یا دادگاه فدرال سوئیس افزون بر ربط سرزمین وجود نفعی منطقی را لازم دیده؛ همچنین در نظام حقوقی انگلستان وجود یک ارتباط واقعی میان قانون منتخب و قرارداد را ضروری دانسته شده است. بنابراین می‌توان گفت که معتقدان به آزادی مطلق نیز در این نکته با طرفداران محدودیت آزادی هم عقیده هستند که نباید طرفین اسناد تجاری از حقی که بر حسب قاعده‌ی آزادی اراده برای آنها در این زمینه شناخته شده استفاده‌های ناروا نمایند. از طرف دیگر طرفداران آزادی محدود نیز عقیده دارند که حتی ارتباطی ضعیف هم میان اسناد تجاری و حقوق یک کشور می‌تواند درستی انتخاب را توجیه کند؛ بنابراین هرگونه قرینه‌ای هم در این زمینه مؤثر است.^۲

با آنکه نتیجه‌ی پیروی از اصل آزادی اراده به ظاهر آن است که طرفین قرارداد بتوانند با یکدیگر موافقت نمایند که جز مقررات پیش‌بینی شده در قرارداد میان آنها هیچ قانونی نسبت به آن قابل اجرا نیست؛ به عبارت دیگر قرارداد آنها بیرون از حاکمیت هر قانونی است. اما این اختیار در رأی ۲۸ مه ۱۹۳۸ دیوان کشور آلمان مردود شناخته شده؛ و در رأی مورخ ۲۱ ژوئن ۱۹۵۰ دیوان کشور فرانسه

۱. اسماعیل فرجی، همان؛ ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها، چاپ

دوم، تهران، ۱۳۷۶، ص ۶۹

۲. سلجوقی، محمود، همان ص ۴۱۹، (۴۲۰)؛ ارفع نیا، بهشید، همان، ص ۶۹ و ۷۰

نیز در رد چنین اختیاری تصریح گردید^۱ هر قرارداد بین المللی (از جمله اسناد تجاری) هم ناگزیر به قانون کشور معین مربوط است.^۱

به عبارت دیگر، طرفین در قانون گذاری دخالتی نمی کنند و در خصوص قرارداد به وضع قانون نمی پردازند بلکه قانون کشور معینی را که از قبل توسط قانون گذار آن کشور وضع گردیده بر قرارداد حاکم می نمایند دربارهی این که چه عاملی ایجاب می کند هر قرارداد یا سند تجاری ناگزیر تابع قانونی معین باشد در رأی دیوان کشور آلمان تصریح گردیده: "تنها اطاعت بی محدودیت از قانون گذاری معین می تواند تضمین کند که تنظیم رابطه ی حقوقی، برخلاف اراده ی خودخواهانه ی طرف قوی تر از نظر اقتصادی یا حتی هر دو طرف، طبق اصول حقوقی مشترک دولت های دارای یک مدنیت با منظور داشتن منافع عمومی در هر مورد صورت گرفته است."^۲

انتقادات وارد بر قاعده ی حاکمیت اراده

قاعده ی حاکمیت اراده، این عقیده ی قدیمی با انتقادهایی روبرو شده است، از جمله آن که اعمال این قانون در مورد مسائلی از قبیل شرایط اساسی انعقاد عقد، جهت معامله و عیوب رضا مشکلاتی به وجود می آورد. اشکال دیگری که در پذیرش اصل حاکمیت اراده و قبول صلاحیت قانون مورد توافق پدید می آید مربوط به موردی است که طرفین قضیه را به سکوت گذارده اند و قانونی را انتخاب نکرده باشند، که در این صورت معلوم نیست تکلیف قضیه چگونه معین می شود.^۳ به ویژه آن که دعوی جستجوی اراده ضمنی آنها در این باره نیز به طور آشکارا تصنعی است. در بسیاری از حالت ها نیز چنین قانونی یافت نمی شود و حاصل آن اختیار مطلق قاضی و غیرقابل پیش بینی بودن نتیجه است.^۴ بنابراین جا دارد که انتقادهای وارد بر اصل حاکمیت اراده را به طور جداگانه مورد بررسی قرار داد. به اعتقاد منتقدین، این قانون است که تعیین می کند کدام رابطه ی قراردادی در قلمرو آن واقع گردیده است و نه طرفین قرارداد که تعیین کنند قرارداد میان آنها تابع کدام قانون است. این انتقاد بر دو پایه استوار است: یکی بر پایه منطقی و دیگری بر پایه اقتدار قانون.

۱) از لحاظ منطقی: اگر قراردادها الزام آورند به این دلیل است که در قانون معینی برای آنها ضمانت اجرا در نظر گرفته شده است. بنابراین دادن اختیار به طرفین قرارداد برای تعیین این قانون به منزله ی آن است که تعیین ضمانت اجرای قرارداد به دست طرفین سپرده شود و نه قانون. یکی از حقوقدانان به نام "ون بار" بیان نمود که اگر طرفین بتوانند قانون قابل اجرا دربارهی قرارداد یا اسناد تجاری میان خود را برگزینند پس خود توافق آنها در این باره تابع کدام قانون است؟

۱. سلجوقی، محمود، همان ص ۴۱۹، ۴۲۰؛ ارفع نیا، بهشید، همان، ص ۶۹ و ۷۰

۲. همان مرجع، پانوش ش ۵؛ سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۲۰-۴۲۱

۳. الماسی، نجادعلی، همان، ص ۳۲۱

۴. سلجوقی، محمود، همان

۲) از لحاظ اقتدار قانون: اگر طرفین بتوانند با توافق خود از حاکمیت قانونی که بر اسناد تجاری آنها حاکم است بگریزند از قانون به درستی سلب اقتدار می‌گردد. اگر قانون دارای قواعد امری یعنی قواعدی که قانون‌گذار لازم دیده آنها را خود بر خلاف اراده طرفین وضع و به آنها تحمیل کند دیگر نمی‌توان برای طرفین در برگزیدن قانون حاکم مگر در زمینه‌ی قواعد اختیاری صلاحیتی شناخت. اگر قاعده تنها برای احترام به اراده طرفین باشد، هرگاه قانون مورد توافق آنها حاکی از بطلان قرارداد میان آنها باشد چه تصمیمی می‌توان گرفت؟ در این حالت باید قرارداد باطل اعلام گردد ولی آیا این تصمیم با اراده‌ی مشترک طرفین در عقد قرارداد منطبق است؟^۱

انتقادات وارد بر نظریه حاکمیت قانون اراده از دو جهت عملی و نظری نیز دسته‌بندی شده‌اند که در ذیل به طور خلاصه بیان می‌شود:

۱) از جهت نظری: استدلال مخالفین نظریه حاکمیت قانون اراده این است که تعیین قانون حاکم بر روابط قراردادی صرفاً در صلاحیت قانون می‌باشد نه اختیار طرفین. آنان بیان می‌دارند که قرارداد زمانی الزام‌آور خواهد بود که ضمانت اجرای آن توسط قانون معین شده و توسط قانون اجرا شود. این ادعا که قانون منبعت از قرارداد است، موجد این اشکال می‌شود که معلوم نیست توافقی که بر مبنای آن طرفین به انتخاب قانون پرداخته‌اند، تابع کدام قانون است؛ به بیان دیگر مجوز توافق برای تعیین قانون (منتخب طرفین) به وسیله‌ی چه قانونی اعطا می‌شود؟ از طرف دیگر اگر قرار باشد که اصلت را به توافق طرفین بدهیم، در این صورت آنها می‌توانند با توافق یکدیگر جلوی آثار اجرای قانون را بگیرند که در این صورت مشهود است، اقتدار و اعتبار قانون دیگر بر چه مبنایی توجیه می‌شود.^۲

۲) از جهت عملی: منتقدان در این زمینه بیان می‌دارند که هرگاه طرفین ضمن سند تجاری قانون صلاحیتدار را تعیین نکرده باشند، در این صورت چگونه می‌توان قانون حاکم بر سند تجاری را تعیین کرد یا اینکه اراده‌ی ضمنی آنها را از چه طریق می‌توان فهمید؛ از طرف دیگر، اگر حتی اراده‌ی ضمنی وجود نداشته باشد کار دشوارتر می‌شود. در این مواقع نظریه حاکمیت اراده نمی‌تواند راه‌گشا باشد، زیرا طرفین سند تجاری اگر به تعارض قوانین توجه می‌کردند، در زمان تنظیم سند تجاری، قانون صلاحیتدار را میان خود تعیین می‌کردند و چون این اقدام صورت گرفته نشده و طرفین قانون را انتخاب نکرده‌اند، بنابراین اساساً قصد و اراده‌ای در مورد قانون صلاحیتدار وجود نداشته‌است تا بتوان به کمک قرائن و امارات مختلف به اراده‌ی ضمنی طرفین پی‌برد. به نظر این دسته از منتقدان، نظریه اراده‌ی فرضی مطرح شده توسط حقوقدانان نیز با اصل حاکمیت اراده قابل توجیه نیست. زیرا فرض اراده‌ای برای

۱. سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۲۲

۲. فرجی، اسماعیل، همان، ص ۴۵ تا ۴۷

طرفین با این اصل که اراده مخلوق قصد متعاملین است تعارض دارد و اصولاً در بحث مربوط به حاکمیت اراده، طرح مساله اراده فرضی نقض غرض است.^۱

گفتار چهارم - توجیه ایرادات وارد بر نظریه حاکمیت اراده

نظریه حاکمیت قانون اراده از جهاتی قابل دفاع می باشد که در ذیل به توجیه ایرادات وارده بر آن می پردازیم:

در پاسخ به این استدلال که در هر سیستم حقوقی اراده طرفین نمی تواند موجب آثاری باشد مگر به موجب قانونی که آنها در نظر گرفته و از این حیث به تصدیق آنها پرداخته است. این آثار فقط در محدوده مورد نظر و مورد تصدیق چنین قانونی می تواند واجد اعتبار باشد. و در ادامه این سؤال توسط مخالفین مطرح می شود که حال بر این مبنا چگونه می توان پذیرفت که وظیفه تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری را به اراده طرفین محول بنماییم و حال آنکه آثار آن را از حیث تأیید و تصدیق، منوط به قانونی غیر از قانون منتخب طرفین بنماییم، می توان بدین صورت بیان داشت که اصولاً پذیرفته می شود که اراده ی طرفین فقط در محدوده سیستم حقوقی و در قالب قانون مناسب خود می تواند موجب آثار باشد؛ اما حاکمیت اراده، به هیچ وجه منبع اصلی حقوقی نمی باشد. به عبارتی هرگز حاکمیت اراده مستقل از نظام حقوقی نیست، بدین گونه که در رتبه ای فراتر از قانون قرار گیرد. حاکمیت اراده در مفهوم امروزی اختیاری است که براساس نظام حقوقی به طرفین اعطا می گردد تا بر مبنای آن به تعیین قانون حاکم بپردازند و در زمانی که طرفین بر اساس اختیار اعطا شده که صریحاً قانون صالح را تعیین می کنند واقعاً در مقام انتخاب قانون نیستند بلکه صرفاً مرکز ثقل یا پایگاه قرارداد خود را مشخص می کنند و دادگاه بعداً قانون صالح را بر حسب قرائن و امارات و راهنمایی طرفین سند تجاری تعیین می کند. به عبارت دیگر در توجیه این انتقاد محدودیت اصل حاکمیت اراده مطرح و پذیرفته می شود. به این ترتیب هم قدرت و اعتبار قانون رعایت می شود و هم جنبه ی الزامی بودن توافق طرفین سنده تجاری تأمین می گردد.^۲

قاعده حاکمیت اراده امروزه حداقل به صورت نسبی، جای گسترده ای در اکثر نظام های حقوق ملی برای خود باز نموده است به گونه ای که در اکثر نظام های حقوقی، تا حدی پیشرفت نموده اند که در قواعد حل تعارض خود چندین مواد برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین اختصاص داده اند، زیرا آن را با مفاد و اسلوب قرارداد و اسناد تجاری سازگارتر می بینند. اعطای چنین اختیاری در سطح جهانی، مهر تأییدی است بر این که اصولاً وقتی قرارداد تا حدود زیادی متأثر از اراده طرفین است، پس چرا انتخاب قانون حاکم بر اعتبار آن نیز در صلاحیت اراده طرفین نباشد. به طور کلی می توان گفت اکثر

۱. نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، چاپ اول، تهران، انتشارات سپهر، ۱۳۷۰، ص ۶۷؛ اسماعیل فرجی، همان

۲. باتیفول به نقل از: نجاد علی الماسی، تعارض قوانین ص ۲۰۶

نظام‌های حقوقی نظریه حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند و تنها اختلاف آنان در حیطة و وسعت این نظریه است تا خود آن.^۱

همچنین در توجیه این انتقاد که ممکن است طرفین ضمن قرارداد اراده‌ی خود را مبنی بر تعیین قانون حاکم بر سند تجاری اعلام نکرده باشند و در این صورت به سختی می‌توان قصد مشترک آنان را تعیین نمود، گفته می‌شود که در نظام حقوقی فرانسه، به قرائن و امارات متوسل می‌شوند به این صورت که از عواملی همچون محل انعقاد، محل اجرا، شرط داوری، زبان سند، و امثال آن برای تعیین مرکز ثقل قرارداد استفاده می‌کنند. در این نظام بر مبنای متد عینی سعی می‌شود که پایگاه واقعی قرارداد مشخص شود. به عبارتی از میان عناصر مرتبط با قرارداد، قانون مرتبط با عنصری که پایگاه واقعی قرارداد را نشان دهد به عنوان قانون حاکم بر اعتبار سند تجاری تعیین می‌گردد.

با این وجود باید گفت که هیچ یک از انتقادات وارد شده بر نظریه حاکمیت اراده نتوانسته مانع نفوذ و گسترش قاعده‌ی مزبور گردد و در اکثر نظام‌های حقوقی به‌ویژه در سطح جهانی جایگاه ویژه‌ای یافته و به‌صورت نظریه‌ای کاربردی شناخته شده‌است.

رویه‌ی کشورهای مختلف

در رویه قضایی فرانسه با آنکه ابتدا قاعده‌ی محل عقد نقش انحصاری داشت اما پس از قرن ۱۹ قاعده‌ی آزادی اراده نیز به عنوان تعیین‌کننده‌ی قانون قابل اجرا درباره‌ی قراردادها در نظر گرفته شد؛ به این ترتیب که: در رأی مورخ سال ۱۸۶۴ دیوان کشور فرانسه درباره‌ی قراردادی که امضاء آن در انگلستان صورت گرفته‌شده در مورد قابلیت اجرای قاعده‌ی محل عقد این نظر داده می‌شود: به موجب قاعده‌ی که مطابق آن "سند از حیث شکل و شرایط اساسی و چگونگی دلالت آن تابع قانون محلی است که تنظیم یافته" ماهیت قرارداد تابع قانون انگلستان تلقی گردید و حدود نیم قرن بعد در رأی ۹ دسامبر سال ۱۹۱۰ میلادی آن مرجع در زمینه‌ی نقش اراده‌ی طرفین در تعیین قانون قابل اجرا درباره‌ی قرارداد به این عبارت تصریح شد: "قانون قابل اجرا درباره‌ی قراردادها چه از حیث تشکیل و چه از حیث آثار و شرایط، همان قانونی است که طرفین آن را پذیرفته‌اند".

در اسپانیا دادگاه عالی اراده‌ی صریح طرفین را در مورد تعیین قانون قابل اجرا پذیرفته‌است؛ در ماده ۶۰ لایحه‌ی قانونی ۳۱ مه ۱۹۷۴ در مواردی که طرفین در تعیین قانون قابل اجرا توافق نکرده‌باشند به این ترتیب مقرر شده که: یا قانون ملی مشترک آنان (در صورتی که طرفین یک تابعیت داشته‌باشند) و یا قانون کشوری که به طور مشترک محل اقامت آنان تلقی می‌گردد و یا قانون محل اجرای قرارداد، قابل اجرا شناخته شود.

در حقوق ایتالیا بر حسب رویه‌ی قضایی؛ سنجش اراده‌ی طرفین در مورد قانون قابل اجرا بر عهده‌ی دادگاه‌های تالی شناخته شده‌است و در نظام حقوقی آلمان در برخورد با این مساله به اراده فرضی

۱. فرجی، اسماعیل، تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری، همان

طرفین متوسل می‌شوند. به نظر دایسی، برای کشف اراده فرضی باید به قصد اشخاص معقول در شرایط و اوضاع و احوال مربوط به انعقاد قرارداد توجه کرد. همین نظر را در دیوان کشور آلمان نیز برای تعیین اراده فرضی طرفین مورد توجه قرار داده است.^۱ مطابق رویه قضایی آلمان در صورتی که محکمه نتواند اراده‌ی فرضی طرفین را کشف کند، قانون محل اجرا، قانون صلاحیتدار در نظر گرفته می‌شود؛ به بیان صریح، منظور محل اجرای هر یک از تعهدات ناشی از سند تجاری است؛ چراکه محاکم این کشور عقیده دارند که تعهدات عدیده اسناد تجاری باید در کشورهای مختلف اجرا شود، در این صورت هر تعهدی تابع قانون محل اجرای خود خواهد بود. در حقوق آلمان بر حسب رویه قضایی، افزون بر اراده‌ی صریح طرف‌های قرارداد، اراده‌ی ضمنی آنها نیز، در صورت احراز، در تعیین قانون قابل اجرا موثر دانسته شده است.^۲

در معاهده بنلوکس که شامل کشورهای بلژیک، هلند و لوکزامبورگ است این راه حل در نظر گرفته شده است که در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین، قرارداد تابع قانون کشوری است که بیشترین ارتباط را با آن دارد و اگر تعیین این نیز ممکن نباشد، در نهایت قرارداد تابع قانون کشور محل وقوع خواهد بود. در این کشورها اصل بر حاکمیت اراده است و بعد از آن توجه آنها معطوف به ارتباط بسیار نزدیک با قرارداد است و در نهایت اگر دو روش مذکور برای دادگاه میسر نبود، دادگاه موظف به رجوع به قانون محل انعقاد می‌شود.

برخی از کشورها از قبیل پرتغال، شوری، زئیر، برزیل و پرو در برخورد با چنین مسئله‌ای از راه‌حلی غیرقابل انعطاف استفاده نموده‌اند. آنها برای قاضی نقشی قائل نیستند و به قاضی اجازه‌ی تحقیق در مورد تعیین قانون حاکم را نمی‌دهند بلکه مقنن از قبل مسئله را حل شده تلقی می‌نماید و خود به وضع قاعده‌ای از این حیث می‌پردازد و قانون حاکم بر قرارداد را قانون محل وقوع می‌داند. اشکال وارد بر این راه‌حل آن است که در عقود مکاتبه‌ای تعیین محل انعقاد دشوار است.^۳

حقوق ایران

ماده ۹۶۸ ق.م ایران ظاهراً طرفین ایرانی را از حق انتخاب قانون مخلوق اراده‌ی آنها محروم نموده و منحصرأ قانون محل انعقاد عقد را ملاک قرار داده است. این ماده مقرر می‌دارد؛ تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل عقد است مگر اینکه طرفین اتباع خارجی بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرارداده باشند". در ماده ۳۰۵ قانون تجارت ایران نیز حاکمیت قانون محل عقد بیان شده است. این ماده مقرر می‌دارد:

"در مورد برواتی که در خارج صادر شده شرایط اساسی برات تابع قوانین مملکت صدور است..."

۱. نقل از مرتضی نصیری، همان ص ۷۹

۲. سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۱۷-۴۱۸-۴۱۹

۳. فرجی، اسماعیل، تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری، همان صص ۴۸ و ۴۹

اساتید حقوق بین‌الملل خصوصی، در تعیین قانون حاکم بر تکوین شرایط اساسی قرارداد یا اسناد- تجاری، تبعیت از اصل حاکمیت اراده را با قیود و شرایط خاصی مورد توجه قرار می‌دهند.^۱ ایشان در صورت عدم تصریح به قانون حاکم توسط طرفین، قانون ایران را به موجب ماده ۵ قانون مدنی به عنوان قانون محل وقوع حاکم بر قرارداد یا اسناد تجاری می‌دانند.^۲

استدلالی که حقوقدانان در تأیید اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران می‌آورند این است که بیان می‌دارند: "قرارداد یا اسناد تجاری حسب تعریف، مخلوق اراده‌ی متعاملین است؛ بنابراین، منطق حقوقی حکم می‌کند طرفین بتوانند آزادانه هر قانونی که مناسب دیدند بر اعتبار آن به‌ویژه شرایط ماهوی و خصوصاً قصد و رضا حاکم نمایند. توجیه ایشان این است که چون آثار و شرایط ماهوی هر قراردادی از جمله سند تجاری را طرفین تا حدودی که مخالف نظم عمومی و قوانین آمره نباشد با توافق یکدیگر می‌توانند تعیین کنند، و در واقع، این شرایط مورد توافق را جایگزین قانون سازند، بنابراین نباید اشکالی داشته باشد که طرفین حق داشته باشند، بدون لزوم تکرار مقررات یک قانون خاص ضمن قرارداد، همین که این مقررات را وافی به منظور خود یافتند، تعهدات ناشی از اسناد تجاری خود را تابع همان قانون قرار دهند."^۳

طبق نظر این دسته از حقوقدانان، صدر ماده ۹۶۸ ق.م و قسمت دوم ماده ۳۰۵ قانون تجارت مبین یکی از قواعد شناخته شده تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی است؛ اما ذیل ماده ۹۶۸ ق.م در نتیجه دستکاری ناشیانه‌ای که در آن به عمل آمده، اصل حاکمیت اراده متعاملین را در ارتباط با بعضی از قراردادهای منعقد در ایران زیر سؤال برده است.^۴

به نظر می‌رسد علت عدم شناسایی قانون حاکمیت اراده در حقوق ایران یکی تعصب مقنن ایرانی نسبت به قانون خویش و دیگری حکومت رژیم کاپیتولاسیون باشد که خواسته باشد به این طریق جلوی سوءاستفاده افراد ایرانی را بگیرد. اما اگر هدف جلوگیری از سوءاستفاده باشد می‌توان با توسل به قاعده‌ی تقلب نسبت به قانون و یا قاعده‌ی نظم عمومی به آن هدف رسید. بر مبنای این تحلیل، به نظر می‌رسد اگر حکم ماده را غیرامری تلقی کنیم منطقی‌تر باشد، چون با منطق قراردادهای سازگاری بیشتری دارد.^۵

۱. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، انتشارات وبسمن، ۱۳۵۲، ص ۵۴؛ الماسی، نجاد علی، همان ص ۲۱۱

۲. مرتضی نصیری، همان

۳. فرجی، اسماعیل، همان؛ نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، همان ص ۶۴؛ نجاد علی الماسی، همان ص ۲۰۵.

۴. اسماعیل فرجی، همان، ص ۱۰۵

۵. الماسی، نجاد علی، تقریرات درسی حقوق بین‌الملل خصوصی، مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده

علوم انسانی، سال تحصیلی ۷۳-۱۳۷۲

همچنین امری تلقی کردن این ماده منشاء بروز مشکلات زیادی در روابط تجارت بین الملل خواهد بود.^۱ به منظور پرهیز از این مشکلات پیشنهاد شده که ماده ۹۶۸ ق.م.را به دو بخش تقسیم کنیم و به این نظر قائل شویم که به موجب ماده مذکور اولاً: تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل انعقاد است و از آنجا که قاعده تعارض باید بر حسب طبیعت قانون از قانون ماهوی تبعیت کند، صدر ماده ۹۶۸ جنبه‌ی اختیاری دارد؛ پس چون متعاملین در روابط قراردادی خود، به موجب قانون ایران اختیار نسبتاً زیادی در عدم رعایت مقررات تفسیری ایران دارند، از این رو باید منطقاً حق داشته باشند قانون صلاحیتدار حاکم بر تعهدات قراردادی خود را - در حدود قوانین آمره- خود انتخاب کنند. ثانیاً: ذیل ماده اختصاص به اتباع خارجی دارد و چون قانون‌گذار چنین فرض کرده که اتباع خارجه اساساً تمایل به حکومت قوانین ایران نسبت به قرارداد ندارند، از این رو آنان اصل حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند.^۲

قانون مناسب

نظریه قانون مناسب در مقابل قانون حاکمیت اراده مطرح شده و نتیجه‌ی انتقادهای وارد شده به قبول نظریه حاکمیت اراده به طور مطلق و لزوم ارتباط میان قانون مورد توافق و مسئله است. به موجب نظریه قانون مناسب، باید بین قانون حاکم و اسناد تجاری رابطه‌ی واقعی و نزدیک وجود داشته باشد. به‌طور کلی این نظریه بیان می‌کند که قانونی می‌تواند بر اعتبار سند تجاری حکومت کند که بیشترین ارتباط را با آن داشته باشد. برای یافتن قانون مناسب قاضی موظف است از تمامی قرائن و امارات و کلیه جوانب امر اعم از نزدیک یا دور، واقعی و اعتباری کمک بگیرد. کاربردی‌ترین امارات و قرائن عبارت‌اند از: اقامتگاه، طرفین، محل وقوع سند تجاری، قبول داوری در کشوری معین، زبان مندرج در سند تجاری و محل اجرای سند تجاری.

با وجود تفاوت‌های نظری میان قانون مناسب و قانون حاکمیت اراده، در عمل ممکن است نتایج اعمال هر دو قانون یکی باشد، چرا که از یک طرف اصل حاکمیت اراده به معنای نامحدود خود کنار گذاشته شده و تمایل به انتخاب از میان قوانینی که با قرارداد ارتباط معقول داشته‌باشد بیشتر است و از طرف دیگر، طرفداران نظریه قانون مناسب، قصد مشترک طرفین را نیز از جمله وسایل احراز ارتباطی واقعی به حساب می‌آورند.^۳

در مطالعات حقوق انگلیس از نظریه قانون مناسب به عنوان قانون حاکم بر اسناد تجاری نام برده شده- است که در ابتدا تعریفی از آن ارائه می‌دهیم؛

۱. نصیری، مرتضی، همان، ص ۱۰۶

۲. نصیری، مرتضی، همان، ص ۱۰۷؛ فرجی، اسماعیل، همان.

۳. الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، همان، ص ۳۲۲

تعریف قانون مناسب (مطابق حقوق انگلیس)

قرارداد تعهد یا مجموعه‌ای از تعهدات است که قانون عامل ضمانت اجرای آنها می‌باشد. در این مورد معمولاً طرفین قرارداد قصد می‌کنند یا می‌خواهند که قانون کشور خاصی حاکم بر قرارداد آنها باشد، این نظام حقوقی که طرفین می‌خواهند قراردادشان تابع آن باشد، اصطلاحاً به آن قانون مناسب می‌گویند. حال اگر طرفین قصد خود را به وضوح در مورد حاکمیت قانون کشور خاصی بیان نمایند یا اینکه قصد آنها به طور ضمنی از خود قرارداد قابل احراز باشد، در این صورت همان قصد طرفین ملاک تعیین قانون مناسب می‌شود اما در بسیاری از موارد قصد طرفین صریحاً یا ضمناً قابل احراز نیست. در چنین شرایطی رویه نظام حقوقی کامن‌لو به این شکل است که محکمه برای حل موضوع، آن سیستم حقوقی را که معامله با آن بیشترین ارتباط را دارد، قانون مناسب در نظر می‌گیرد. به‌طور کلی می‌توان گفت قرارداد با عوامل متعددی در ارتباط است، اما باید عاملی که ارتباط بسیار نزدیک با قضیه دارد را شناسایی و نظام حقوقی مرتبط با آن عامل را بر مسئله حاکم نمود.^۱

با توجه به تعریف قانون مناسب به نظر می‌رسد که این قانون با نظریه حاکمیت اراده در حقوق کشورهای رومی-ژرمنی مطابقت می‌نماید. در نظریه حاکمیت اراده این محدودیت وجود دارد که طرفین نمی‌توانند هر قانونی را بر قرارداد حاکم نمایند بلکه باید قانونی را انتخاب نمایند که با قرارداد مرتبط باشد و از آنجایی که قوانین متعددی ممکن است با قرارداد مرتبط باشد لذا می‌بایست قانونی را انتخاب نمود که از میان عوامل مختلف بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته‌باشد و به عبارتی نسبت به دیگر عوامل در اولویت باشد. بنابراین از گفتار بالا این مطلب دریافت می‌شود که طرفین در نظریه حاکمیت اراده از روش قانون مناسب برای انتخاب قانون حاکم استفاده می‌کنند و از این طریق مرکز ثقل قرارداد را تعیین می‌نمایند تا قاضی بتواند از طریق آن قانون صلاحیتدار را در جهت حل و فصل قضایای مربوط به قرارداد پیدا نماید. به طور کلی این نتیجه گرفته می‌شود که نظریه حاکمیت اراده و قانون مناسب و مرکز ثقل قرارداد حول یک محور می‌چرخند و هر سه در نهایت به یک جواب می‌رسند بنابراین می‌توان گفت که باهم تفاوتی ندارند و نتیجه هر سه یک قانون می‌باشد.

به عبارت دیگر قانون مناسب و حاکمیت اراده هر دو، اصل تعیین صریح و ضمنی قانون حاکم را توسط طرفین قبول دارند؛ و در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، "قانون مناسب" نظریه نزدیک-ترین رابطه را مطرح می‌کند که با نظریه "مرکز ثقل قرارداد" در حقوق رومی-ژرمنی تفاوت چندانی ندارد.^۲

۱. فرجی، اسماعیل، همان

۲. عجرش، ناصر، قانون مناسب در قراردادهای بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده

همان طور که پاراگراف بالا بیان شد "قانون مناسب" نظریه نزدیک ترین ارتباط را مطرح می کند به عبارت دیگر برای دستیابی به قانون مناسب باید قانونی را که نزدیک ترین ارتباط را با سند تجاری دارد شناسایی نمود. برای درک بهتر این مطلب لازم است نظریه نزدیک ترین ارتباط با مسئله را شناسایی نمود که ذیلاً به این بحث خواهیم پرداخت؛

نظریه نزدیک ترین ارتباط

رشد روزافزون روابط بین المللی و اختلافهای ناشی از آن از یک سو، و پاسخگو نبودن قواعد حل تعارض سنتی از سوی دیگر، موجب طرح دکترین جدیدی تحت عنوان "قانون کشور دارای نزدیک ترین ارتباط" شده است. این دکترین، متضمن آن است که هر قراردادی به طور مستقل، در پرتوی عناصر ارتباطی اش بررسی شود. که همین امر، موجب می شود دادگاهها به روش استقرایی، برای هر پرونده قاعده ای متناسب و خاص اعمال کنند که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد دارد. از دکترین مزبور در اسناد بین المللی و قوانین داخلی کشورهای مختلف استقبال شده است. ماده ۹۶۸ ق.م ایران که مربوط به قانون حاکم بر قراردادها می باشد، حاوی پذیرش قاعده ای سنتی حاکمیت محل انعقاد بر قرارداد می باشد و استثنای آن خارجی بودن طرفین عقد است که در آن صورت می توانند قانون دیگری انتخاب کنند. به نظر می رسد این قاعده ای سنتی پاسخگوی مقتضیات تجارت جهانی در عصر کنونی نباشد و باید قانون گذار همگام با تحولات کنونی در عرصه ای قواعد بین المللی حل تعارض، درباره ای پذیرش این دکترین در حوزه ای قراردادها تجدیدنظر نماید. زیرا مفاد کنونی ماده ۹۶۸ ق.م ایران مبتنی بر مصالح و منافی بوده است که امروزه چندان جایگاه و اهمیتی در نظام بین المللی تجارت جهانی و ملی ندارد. بنابراین پاسخگو نبودن قواعد حل تعارض مطرح شده از قبیل قانون دولت متبوع فرد، قانون محل وقوع و قانون محل اجرا جهت تعیین قانون حاکم بر قراردادها و اعتبار اسناد تجاری، حقوقدانان را بر آن داشته که به خلق نظریه جدید تحت عنوان نظریه نزدیک ترین ارتباط یا مهم ترین ارتباط بپردازند. در حقوق بین الملل خصوصی، هدف آن است که حل تعارض به نفع قانونی خاتمه یابد که به دلیل نزدیکی با موضوع و اصحاب دعوا، قوی ترین و نزدیک ترین ارتباط را با موضوع مورد اختلاف دارد و با اعمال آن قانون، بتوان عدالت، انصاف و نتایج دلخواه را بدست آورد. مطابق نظریه مذکور، در صورت عدم تصریح قانون حاکم توسط طرفین و عدم احراز اراده ای ضمنی آنها، قانونی حاکم بر اعتبار اسناد تجاری است که نزدیک ترین رابطه را با موضوع آن دارد.

برای تعیین قانونی که نزدیک ترین ارتباط را با قضیه دارد، حسب موضوع، عوامل ارتباطی مختلف بررسی می شوند و مبنای تعیین نزدیک ترین قانون قرار می گیرند. باید افزود که نظریه نزدیک ترین ارتباط ماهیتی سیال دارد و با توجه به مندرجات هر پرونده، قانون قابل اعمال در آن تعیین می شود.

درباره ی لزوم پذیرش این نظریه در حوزه ی حقوق بین الملل خصوصی، پروفیسور "ژاکوب دالینجر"^۱ بیان می‌دارد که در گذشته دو مشکل عمده وجود داشت، نخست، اعتقاد به قواعدی گسترده بود که در عمل با واقعیت‌های هر پرونده سازگاری نداشت؛ دوم، به دلیل تعارضات بین همین قواعد، کنوانسیون‌های گوناگونی تصویب و ایجاد شد که هیچ‌گاه عمومیت کامل نیافت، به‌علاوه، همین کنوانسیون‌ها باید از عمومیت خود صرف نظر می‌کردند، یا تن به قواعد حقوق داخلی می‌دادند. که در هر دو حالت مشکل بر جای خویش باقی بود. راه‌حلی که امروزه در حقوق بین الملل خصوصی از آن بحث می‌شود، آن است که به جای انطباق اعمال حقوقی با قواعد از پیش مقدور شده، پرونده‌ی خاص و افراد درگیر در آن مطالعه شود و به جای آن که پروای انصراف از قواعد خود را داشته باشیم، در جستجوی آن برآییم تا با کشف سرشت روابط حقوقی آن هم به روشی استقرایی نزدیک‌ترین قانون را به این رابطه‌ی حقوقی کشف و اعمال کنیم.^۲

درباره ی قانون حاکم بر هر یک از قراردادها نیز باید گفت، مدتی طولانی قواعدی انعطاف‌ناپذیر وجود داشت که بر همه‌ی مصادیقی که تحت شمول آن قرار می‌گرفتند، اعمال می‌شد. قواعدی مانند محل انعقاد، محل اجرا و مانند آن. این قواعد عام بودند، یعنی شامل همه‌ی انواع قراردادها می‌شدند، در حالیکه امروزه، نظریه‌ی نزدیک‌ترین ارتباط متضمن آن است که هر موردی به طور انفرادی در پرتو خصیصه‌هایش بررسی شود و انتخاب قانون متناسب با آن باشد. این مطلب به موقعیتی منجر می‌شود که طبق آن، دادگاه‌ها برای هر قراردادی قاعده‌ای خاص بسط و گسترش دهند.^۳ بنابراین، هر قراردادی تحت شمول متناسب‌ترین قانون است.^۴

به طور کلی می‌توان گفت هنگامی که قرارداد یا سند تجاری منعقد می‌شود، طرفین می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد یا اعتبار سند تجاری را به طور صریح یا ضمنی تعیین کنند، حال اگر طرفین قانون حاکم را انتخاب و تعیین نکنند؛ در این صورت نظام‌های حقوقی برای حل اختلاف ناشی از قرارداد یا اسناد تجاری، ورود می‌کنند و برای قانون حاکم دو روش را به کار می‌گیرند:

۱. Zhabub dalinger

۲. دالینجر، ژاکوب، اصول حقوق بین الملل خصوصی در پرتوی ساختار شکنی نو، ترجمه کامران آقایی، تهران، مجله‌ی قانون و کلا، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، شماره‌های ۱۹۴ و ۱۹۵، ص ۲۲۸

۳. دالینجر، ژاکوب، همان، ص ۳۳۱.

۴. عزیزی، ستار- علایی اردلان، گزیده، مقاله نظریه نزدیک‌ترین ارتباط در قراردادها، حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره

۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴

یک؛ تعیین قانون حاکم توسط قانون گذار، که به آن روش غیرمنعطف نیز می گویند و منظور از روش غیرمنعطف این است که قانون یکبار و برای همیشه مقرر می کند که برای هر نوع قراردادی یک عامل ارتباط و تعیین کننده وجود دارد.^۱

دو؛ تعیین قانون حاکم توسط دادگاه. که در پرتو همه‌ی اوضاع و احوال مربوط به قضیه، قانون حاکم را انتخاب و بر قرارداد یا سند تجاری اعمال می کند. مطابق این روش، دادگاه درصدد آن بر می آید که قصد و منظور طرفین را دریابد، بدین صورت که اگر طرفین سکوت نمی کردند، چه قانونی را تعیین می کردند. در این روش، همه‌ی عناصری که به نحوی ارتباطی با قرارداد دارند، باید در نظر گرفته و در نهایت، بر مبنای نزدیک ترین و عینی ترین رابطه، قانون مناسب، تعیین شود. به عبارت دیگر، بر مبنای مرکز ثقل قرارداد قانون یاد شده را تشخیص می دهند.^۲

به طور خلاصه می توان گفت نظریه‌ی نزدیک ترین ارتباط جایگزینی است برای رفع ناکامی های روش نخست حل تعارض، به بیان بهتر، فرآیند تعیین قانون حاکم در قراردادها یا اسناد تجاری به ترتیب، به این شرح است: ۱- انتخاب صریح قانون حاکم توسط طرفین ۲- انتخاب ضمنی قانون حاکم توسط طرفین ۳- اعمال نظریه نزدیک ترین ارتباط. که این سه روش در طول یکدیگر قرار دارند. اما در بیان تمایز میان قصد ضمنی و نظریه نزدیک ترین ارتباط می توان گفت در شرایط اراده‌ی ضمنی، قاضی با تفحص در مفاد و اوضاع و احوال قرارداد به دنبال قصد پنهان طرفین در تعیین قانون حاکم است. اما محل اعمال نظریه نزدیک ترین ارتباط مرحله‌ای فراتر است؛ یعنی هرگاه قاضی نتواند قصد ضمنی طرفین را تشخیص دهد، باید همه‌ی عوامل ارتباطی قرارداد را بررسی کند تا در نهایت، نزدیک ترین و مناسب ترین قانون را بر رابطه‌ی حقوقی حاکم کند و قانون ماهوی آن کشور را تعیین و بر آن اعمال نماید.

دیدگاه کنوانسیون رم ۱۹۸۰

در نظام های حقوق ملی و بین المللی نظریه نزدیک ترین ارتباط پذیرفته شده است. در این نظام ها قانون قابل اعمال در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشوری است که ارتباط قطعی و اصلی با قرارداد دارد و یافتن این قانون در اختیار دادگاه است که باید در هر مورد به طور خاص و به طریق مناسب، آن را بیابد.^۳

۱. نیکبخت، حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره های ۲۱ و ۲۲،

۱۳۷۷-۱۳۷۶، ص ۲۰۴

۲. عچرش، ناصر، همان، ص ۴۹

۳. نیکبخت، حمیدرضا، همان، ص ۲۰۵

نظریه نزدیک‌ترین ارتباط در ایالات متحده‌ی امریکا به عنوان نظریه‌ی "مهم‌ترین ارتباط"^۱ و در حقوق انگلستان با عنوان "قانون مناسب"^۲ نام برده شده است. که امروزه از قواعد حل تعارض پرنفوذ و مهم در مسائل مربوط به قواعد حل تعارض محسوب می‌شوند. پذیرش نظریه مزبور در اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها خود یکی از دلایل کارآمدی و مقبولیت این نظریه است. همچنین این نظر جایگاه ویژه‌ای در اسناد بین‌المللی مانند کنوانسیون ۱۹۸۰ رم درباره‌ی قانون قابل اعمال بر قراردادهای و سند شماره ۱ رم، مصوب ۲۰۰۸ در همین زمینه و کنوانسیون ۱۹۸۵ لاهه درباره‌ی قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا یافته‌است، به طوری که در قانون حاکم بر قراردادهای، می‌توان آن را اصلی کلی محسوب کرد.

مهم‌ترین سند بین‌المللی که به صراحت و به عنوان اصلی کلی، نظریه‌ی نزدیک‌ترین ارتباط را پذیرفته، کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است که از آوریل ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا شده‌است.

بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون مزبور بیان‌کننده این مطلب است که در صورت عدم تعیین قانون قابل اعمال، قانون حاکم، قانون کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد است. همچنین این ماده می‌افزاید که در صورتی که قرارداد تفکیک‌پذیر باشد و هر کدام با کشوری دیگر ارتباط نزدیک‌تری داشته‌باشد، تابع قانون همان کشور است و اگر قابل تفکیک نباشد، تابع قانون یک کشور خواهد بود حتی اگر بخشی از آن با یک کشور و بخش دیگر با کشور دیگر ارتباط نزدیک داشته‌باشد.

بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون رم معیار اجرای شاخص را در جهت اعمال قاعده‌ی نزدیک‌ترین ارتباط و تعیین این ارتباط مطرح می‌کند. در این بند فرض بر این است که قرارداد بیشترین و موثرترین ارتباط را با کشور محل اقامت (در زمان انعقاد قراردادها) فردی دارد که اثر اجرای او در قرارداد شاخص است و قانون محل اقامت وی حاکم است.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین اماره برای تعیین نزدیک‌ترین ارتباط همان اجرای شاخص است که کاربرد کلی دارد. وجود چنین اماره‌ای در یک کنوانسیون بین‌المللی در واقع، سازش بین دو نظریه است که یکی خواهان ثبات و قابلیت پیش‌بینی قانون حاکم در فقدان انتخاب قانون از سوی طرفین است که نظریه‌ی غالب در کشورهایمانند فرانسه، ایتالیا و آلمان است و دیگری که قائل به انعطاف‌پذیربودن قاعده‌ی کلی در تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب است و در اماره‌ها خصوصیتی نمی‌بیند که نظریه‌ی غالب در انگلستان می‌باشد.^۴

۱. the most significant relationship

۲. proper law

۳. Rom 1, 2008

۴. نیکبخت، حمیدرضا، همان، ص ۲۱۰

البته این بند تعریف مشخصی از اجرای شاخص بیان نمی کند و فقط به بیان کلی از آن پرداخته است و این امر موجب دشواری کار قضات می گردد. زیرا این امر که چه اجرایی در قرارداد شاخص محسوب می شود و بر اساس آن دادگاه، قانون کشور اقامتگاه دائم مجری را به عنوان قانون حاکم انتخاب کند، مبهم است. اما می توان با توجه به تعریف تعهد شاخص که به عنوان اماره ای در جهت اعمال قاعده ی نزدیک ترین ارتباط این مشکل را در خصوص اسناد تجاری برطرف نمود.

تعهد شاخص به تعهدی اطلاق می شود که مخصوص همان قرارداد است، به بیان دیگر، تعهد ویژه ای که به قرارداد شاخصیت می دهد و موجب تمایز آن از سایر قراردادها می گردد. در خصوص اسناد تجاری تعهد شاخص همان تأدیه وجه سند تجاری می باشد چرا که این اسناد معرف طلب هستند و به جای پول صادر می شوند بنابراین شاخصه ی اصلی تعهد در آنها همان پرداخت است و تعهد دیگری در آن صورت نمی گیرد.^۱

با وجود بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون رم اگر عنصر دیگری غیر از محل اقامت متعهد شاخص با سند تجاری ارتباط نزدیک تری داشته باشد مطابق بند ۵ ماده ۴ کنوانسیون رم، قانون همان کشور اعمال خواهد شد و بند ۲ کنار گذاشته می شود.^۲

افزون بر این، کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای امریکایی درباره ی قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین المللی از جمله اسناد تجاری بین المللی نیز مانند کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، قانون حاکم را در جایی که طرفین سکوت کرده اند، قانون کشوری می داند که قرارداد با آن نزدیک ترین ارتباط را دارد. اما در تعیین کشور دارای نزدیک ترین ارتباط هیچ اماره ای تعیین نمی کند، بلکه به دادگاهها اختیاری وسیع می دهد تا کشور دارای نزدیک ترین ارتباط را بیابند.^۳

ایرادات وارد بر نظریه نزدیک ترین ارتباط

نظریه نزدیک ترین ارتباط علاوه بر مزایای آن، دارای ایراداتی نیز می باشد. که ذیلاً به بیان آنها خواهیم پرداخت.

اولین ایراد این است که اعمال این نظریه، قطعیت، قابلیت پیش بینی و یکسان بودن نتایج را که همواره از اعمال قواعد حل تعارض انتظار می رود، ندارد؛^۴ دومین ایراد نیز این است که این نظریه در حقیقت قانون ماهوی مناسب را تعیین نمی کند، بلکه معیارهایی به دست می دهد که تعیین قانون حاکم را

۱. لاگارد، پل، حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه ی قراردادها پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتری، تهران، مجله حقوقی بین المللی، شماره بیستم، ۱۳۷۵، ص ۳۲۱

۲. امیر مغری، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص ۲۳۲

۳. انیکبخت، حمیدرضا، همان، ص ۱۹۸-۲۱۲

۴. صالحی ذهابی، جمال، مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین، فصل نامه صنعت بیمه، سال هفدهم،

شماره سه، ۱۳۸۱، ص ۱۱۹

تسهیل می‌کند حال آنکه قواعد حل تعارض باید به طور مشخص، قانون حاکم را تعیین کنند. بنابراین، نظریه‌ی نزدیک‌ترین ارتباط نه تنها بسیار کلی است، بلکه به دلیل لزوم توجه و بررسی همه‌ی عوامل متعارض در مسائل مختلف، خصلت قاعده بودن خود را از دست می‌دهد. با توجه به این خصایص، بیان مفهومی دقیق از نظریه‌ی مزبور امکان‌پذیر نیست و این ابهام موجب دشواری کار قانون‌گذار در پذیرش آن است. از این رو باید معیار دیگری در جهت شناسایی قانون مناسب حاکم بر قرارداد یا اعتبار سند تجاری معرفی نمود. جایگاه رابطه‌ی حقوقی یکی از معیارهایی است که در جهت شناسایی قانون مناسب می‌تواند راه‌گشا باشد. ذیلاً به بررسی این معیار خواهیم پرداخت.

جایگاه رابطه‌ی حقوقی

ساخت قاعده‌های حل تعارض به این منظور بوده‌است که بتوان با اعمال آنها در هر مورد از راه تعیین محل رابطه‌ی حقوقی به تعیین قانون صالح درباره‌ی آنها دست یافت؛ با این حال در مواردی صرف اعمال آنها منتهی به دستیابی به محل واقعی رابطه نمی‌گردد. افزون بر آن، این قاعده‌ها به پیروی از آنچه که در حقوق داخلی مرسوم است بر طبقه‌بندی قوانین استوارند و جستجوی قانون صالح درباره‌ی هر قضیه به ضرورت در قالب آن طبقه‌بندی‌ها انجام می‌پذیرد؛ و حال آنکه بر پایه‌ی رهنمودهای سازنده و عام "ساوینی"، به جای توسل به آن طبقه‌بندی‌ها و بر محور خود رابطه‌ی حقوقی و از راه تعیین جایگاه عینی آن می‌توان به تعیین قانون صالح درباره‌ی آنها دست یافت.^۲

تعیین جایگاه رابطه‌ی حقوقی به این معنی است که تعیین شود قضیه با قانون کدام کشور دارای پیوند استوار و عینی است تا براساس آن بتوان تعارض بین‌المللی قوانین را به سود حاکمیت قانونی حل کرد که مرکز ثقل رابطه در قلمرو آن قرار گرفته، یا به بیان "وست لیک"، قضیه با آن دارای نزدیک‌ترین ارتباط است.

در هر رابطه‌ی حقوقی چند عامل اصلی دیده می‌شود که عبارت‌اند از: دو طرف رابطه، موضوع آن و منبع یا سندی که رابطه بر آن متکی است.

در رابطه‌های تابع حقوق بین‌الملل خصوصی ممکن است هر یک از این عامل‌ها به قلمرو یک کشور مربوط باشد. غرض از تعیین جایگاه رابطه آن است که محل کدام یک از این عامل‌ها را می‌توان ملاک برتر برای تعیین قانون صالح دانست. جایگاه رابطه مفهومی کلی است و تعیین آن به‌ویژه به هنگامی که موضوع رابطه حقی است ذهنی و غیرملموس به دشواری مسیر است و در هر حال چگونگی تعیین آن در هر مورد بسته به تأمین اهدافی است که بر اثر تعیین قانون صالح باید حصول یابند. هدف‌هایی که حصول آنها در این موارد، مورد انتظار است ترکیبی است از چند نوع منفعت خصوصی و عمومی به هم پیوسته، یعنی همان منافع فردی و منافع ملی و بین‌المللی.

۱. صالحی ذهابی، جمال، همان، ص ۱۲۰

۲. سلجوقی، محمود، همان، ص ۹۸

منظور از منافع خصوصی، منافع اصحاب دعوی است که غرض نهایی از اعمال قاعده‌ی تعارض قوانین برگزیدن قانون برای حل و فصل اختلاف میان آنها است و منظور از منافع عمومی هم منفعتی دولتی است که قضیه به قانون‌گذاری آن دولت مربوط می‌گردد و هم منفعتی است که با حل اختلاف عاید نظم بین‌المللی می‌شود.

نفع اصحاب دعوی در آن است که اختلاف میان آنها طبق قانونی حل شود که با موضوع اختلاف دارای ارتباط واقعی و استوار است؛ به طوری که در هر زمان میان آنها در خصوص آن موضوع اختلافی رخ دهد بتوان همان قانون را قابل اجرا دانست. نفع دولت نیز در آن است که اقتدار قانون متعلق به آن و همبستگی اجزای آن قانون به یکدیگر از طریق اعمال قانون یاد شده نسبت به قضیه‌ای که جایگاه آن در قلمرو آن قانون واقع شده تأمین گردد. به این ترتیب اجرای قانون بیگانه درباره‌ی این‌گونه قضایا در صورتی جایز است که رابطه به طور تصادفی در قلمرو آن دادگاه واقع نشده باشد. هنگامی که نفع دولت بدین‌گونه تأمین گردید؛ نظم بین‌المللی نیز از آن به این جهت بهره‌مند می‌گردد که نسبت به قانون سرزمین دربرگیرنده‌ی اصلی‌ترین عنصر آن اجرا گردیده و بر اثر آن اصل تقسیم صلاحیت‌های قانون-گذاری میان دولتها آثار خود را درباره‌ی آن ظاهر ساخته‌است.^۱

به‌طور کلی مناسب‌ترین طرز تعیین جایگاه رابطه‌ی حقوقی تعیین مکانی است که موضوع رابطه در آنجا قرار گرفته‌است. تعیین این مکان در مواردی که موضوع رابطه مالی و مادی است آسان و جایگاه رابطه حقوقی آن محل وقوع مال است. اما در مورد موضوع‌های غیر مادی دشوار است. در مواردی که موضوع رابطه اموال مادی نباشد می‌توان به دنبال عاملی بود تا به جانشینی آن، رابطه را به مکان معین نسبت دهد و همان مکان به عنوان جایگاه رابطه‌ی حقوقی در نظر گرفته‌شود.

میان اعمال و وقایع حقوقی این تفاوت وجود دارد که عمل حقوقی امری ارادی است و چون سبب آن اراده‌ی آزاد طرفین رابطه است آنان می‌توانند آزادانه این محل را برگزینند؛ مانند آن که محل اجرای قرارداد را در کشور دیگر یعنی کشوری غیر از کشور محل انعقاد آن قرار دهند؛ یا به طور کلی تعهدهای ناشی از آن را تابع قانون کشوری دیگر در نظر بگیرند که در این حالت جایگاه رابطه‌ی حقوقی همان محلی است که طرفین درباره‌ی آن توافق کرده‌اند؛ مگر آن که هیچ‌گونه ارتباطی میان قرارداد آنان با آن کشور یافت نشود که در این صورت پایه‌ی عامل‌های عینی منعکس در آن را می‌توان به تعیین جایگاه عینی آن در کشوری معین پرداخت. از آنجایی که اسناد تجاری نیز از زمره‌ی اعمال حقوقی می‌باشند مشمول مطالب بالا قرار می‌گیرند.^۲

عامل‌های مؤثر در تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی

۱. محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، ص ۱۰۰-۱۱۱

۲. سلجوقی، محمود، همان ص ۱۰۲ و ۱۰۳

در قراردادهای مربوط به دو یا چند کشور مختلف، طرفین آزادند قانون قابل اجرا را خود با توافق یکدیگر، برگزینند. چنین توافقی ناگزیر اجزاء قرارداد را نیز دربرمی‌گیرد. به این ترتیب می‌توان گفت در عامل‌هایی هم که در این گونه قراردادها دیده می‌شود و سبب ربط آنها به قانون‌گذاری کشورهای مختلف می‌گردند و بر پایه‌ی آنها تعیین جایگاه قرارداد میان آن کشورها امکان‌پذیر می‌شود، اثر توافق اراده‌ی طرفین را می‌توان یافت. این عوامل گوناگون و دارای ارزش‌های متفاوت هستند و در میان آنها عاملی غالب می‌شود که با عامل‌های موثر بیشتری هم جهت‌گردیده باشد. مهم‌ترین آنها عامل محل عقد و عامل محل اجرا است. که عامل‌های عام نیز نامیده می‌شوند. علاوه بر عامل‌های عام، عامل‌های خاص نیز وجود دارد که با جمع شدن آنها با عامل‌های دیگر در تعیین جایگاه رابطه‌ی حقوقی موثر واقع می‌شوند. این عوامل عبارت‌اند از: تابعیت، اقامتگاه طرفین، جهات شکلی قرارداد، کشور محل مرجع صالح تعیین‌شده توسط طرفین جهت رفع اختلاف و عواملی از این قبیل. ما در این تحقیق به لحاظ اهمیت قانون حاکمیت اراده و تعمیم دو عامل محل اجرا و محل عقد تنها به بررسی آنها خواهیم پرداخت.^۱

الف) عامل محل عقد

همان‌طور که می‌دانیم سرچشمه‌ی کلیه قراردادهای اعم از قراردادهای تابع حقوق داخلی یا حقوق بین الملل خصوصی، اراده‌ی آزاد طرفین است؛ محل انعقاد نیز تحت تاثیر اراده‌ی طرفین بوده و آنان تعیین کرده‌اند که در این یا آن کشور قرارداد واقع شود. بنابراین می‌توان جایگاه هر قرارداد را به طور طبیعی محل انعقاد آن دانست؛ مگر اینکه محل انعقاد هیچ‌گونه ارتباط واقعی با قرارداد نداشته و فقط به جهت فرار از حاکمیت قوانین کشوری که با قرارداد مرتبط است در آنجا انعقاد یافته باشد؛ در چنین مواردی چون عمل با حسن‌نیت همراه نشده، معیوب و در نظر گرفتن عامل محل عقد برای تعیین قانون قابل ایراد است.

آنچه برای طرفین سند تجاری اهمیت دارد آگاهی آنان از چگونگی قوانین کشوری است که در آنجا سند تجاری را منعقد می‌سازند و تحصیل این آگاهی در محل عقد برای آنها به آسانی میسر است؛ بنابراین می‌توان عقد قرارداد را در کشوری معین نشانه‌ی آگاهی آنان از قوانین آن کشور در زمینه‌ی قرارداد میان خود دانست. امروزه این قاعده در حقوق بین‌الملل خصوصی بسیاری از کشورها از جمله ایران پذیرفته است اما متضمن ایراداتی در خصوص عقود مکاتبه‌ای و از راه دور است. بنابراین می‌توان گفت در تعیین جایگاه رابطه‌ی حقوقی عامل محل عقد دارای نقش اساسی است مگر آن که عامل‌ها و جهات موثر دیگری نشان‌دهنده‌ی آن در محل دیگری باشند. به عبارت دیگر با نبود یا کمبود عوامل مؤثر در تلقی کردن محل عقد به عنوان جایگاه قرارداد، ناگزیر باید درصدد جستجوی عامل دیگر که

بتوان براساس آن به تعیین جایگاه عینی رابطه دست یافت، برآمد؛ به ویژه آنکه در اصل نیز عقد، خود، امری ذهنی است و برای تعیین جایگاه عینی قرارداد نارسا است.^۱

ب) عامل محل اجرا

عامل محل اجرای قرارداد نیز به لحاظ ویژگی‌هایی که در آن دیده می‌شود دارای این ارزش است که می‌توان بر پایه‌ی آن در موارد مقتضی به تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی پرداخت. این ویژگی‌ها عبارت‌اند از: نخست این که عمل اجرای قرارداد بر خلاف عمل انعقاد آن که در اصل امری ذهنی است، دارای صورت بیرونی و مادی است؛ به عبارت بهتر اجرای هر قرارداد مستلزم انجام عملیاتی از سوی متعهد در محل اجرای آن است که ملموس و قابل رؤیت است؛ دیگر آن که هدف از انعقاد هر قراردادی اجرای آن است و تا قراردادی اجرا نشود نتیجه‌ای که طرفین از انعقاد آن انتظار دارند به دست نمی‌آید؛ به همین دلیل است که تاریخ سررسید و محل اجرا در اسناد تجاری تعیین می‌شود و اگر محل اجرا توسط طرفین معین نشده باشد طبق ۲۸۰ ق.م محل اجرا مطابق عرف در نظر گرفته می‌شود. بنابراین می‌توان محلی را که طرفین برای اجرای قرارداد میان خود تعیین کرده‌اند عاملی برای تعیین جایگاه عینی رابطه‌ی قراردادی دانست.

در فرضیه‌ی تعیین جایگاه رابطه بر پایه‌ی این عامل نیز دو دشواری ممکن است پدید آید: اول اینکه؛ محل اجرا از سوی طرفین تعیین نشده باشد که در این صورت ملاک تعیین آن عرف و بعد از آن قانون است. دوم؛ محل اجرا بیش از یک کشور باشد. در چنین مواردی اگر فقط مسئله‌ی اجرای تعهد هر یک از دو طرف مطرح باشد تکلیف مشخص است ولی اگر اختلاف درباره‌ی تاثیر عدم اجرای تعهد یک طرف در اجرای تعهد دیگری و مسئله حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م) مطرح باشد باید معلوم شود جایگاه واقعی چنین اختلافی کدام کشور است. در چنین مواردی رویه آن است که باید تعیین گردد عنصر شاخص یعنی عنصری که سبب تمایز این قرارداد از قراردادهای دیگر گردیده و سبب عقد قرارداد بوده در آن کدام است؛ عنصر شاخص در انواع قراردادهایی که محل اجرای آنها در کشورهای مختلف واقع گردیده متفاوت است. این عنصر را در مورد قرارداد نمایندگی، عملیات معمول نماینده، در بیع اموال منقول، تسلیم مبیع به خریدار و در عقد قرض، اداء دین از سوی بدهکار و در اسناد تجاری نیز تأدیه مبلغ سند می‌دانند.^۲

ج) عامل حاکمیت اراده

مهم‌ترین و مناسب‌ترین عامل ارتباط از نظر دکتر الماسی، قانون حاکمیت اراده است و در بسیاری از کشورها این راه حل پذیرفته شده است. از این رو ماده ۹۶۸ ق.م با اشکال روبرو است چرا که این ماده قانون محل وقوع عقد را حاکم دانسته است اما باید گفت که این قانون یک قانون مساعدتر می‌باشد. به

۱. سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۳۶

۲. همان، ص ۴۳۷

عبارتی می‌توان چنین تفسیر کرد که حتی ماده ۹۶۸ هم قانون حاکمیت اراده را مدنظر داشته‌است و استثنای آن مربوط به عقود منعقد در ایران است که یک طرف آن ایرانی باشد، که حتما تابع قانون ایران است. این تفسیر با سایر مواد حقوق داخلی ایران نیز سازگارتر می‌باشد. البته برخی بر این عقیده‌اند که قانون محل وقوع عقد مبین اراده طرفین است و به گونه‌ای همان قانون حاکمیت اراده است.

امروزه عامل ارتباط قانون محل وقوع عقد دارای ایرادات زیر است:

- (۱) در بسیاری از عقود مکاتبه‌ای، اینترنتی و ... تعیین قانون محل وقوع عقد بسیار دشوار است.
- (۲) ممکن است محل وقوع عقد تصادفی باشد و هیچ ارتباطی با طرفین و قرارداد نداشته‌باشد.

در قرن نوزده، عامل ارتباط قانون محل اجرا پیشنهاد شد که بر این عامل نیز ایراداتی از قبیل زیر وارد است:

- (۱) در برخی عقود محل اجرای عقد متعدد است.
 - (۲) در برخی عقود محل اجرای عقد مشخص نیست.
- بر همین مبنا این نتیجه حاصل شده است که عامل ارتباط حاکمیت اراده کمترین ایراد را دارد. البته این عامل با محدودیت‌هایی نیز روبرو است که این محدودیت‌ها مانع اجرای قانون حاکمیت اراده می‌گردد و از قرار ذیل اند؛

(۱) نظم عمومی و اخلاق حسنه: اگر قانون مورد انتخاب طرفین مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه قانون مقرر دادگاه باشد این قانون اجرا نخواهد شد.

نظم عمومی یک حالت علی‌البدل دارد یعنی در مرحله تعیین قاعده حل تعارض وارد نمی‌شود اما وقتی قاعده حل تعارض اعمال شد و نوبت به مرحله اجرای قانون ماهوی رسید، اگر اجرای این قانون مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، این قانون اجرا نمی‌شود. قاعده حل تعارض هیچ‌گاه برخلاف نظم عمومی نخواهد بود و در مرحله انتخاب قاعده حل تعارض اصلا بحث نظم عمومی مطرح نمی‌شود. نظم عمومی زمانی مطرح می‌گردد که قانون خارجی صالح شناخته شود. چرا که اگر قانون داخلی صالح تشخیص داده‌شود هیچ‌گاه بحث نظم عمومی مطرح نمی‌شود، زیرا اجرای قانون داخلی با نظم عمومی داخلی تعارض پیدا نمی‌کند. به عبارتی قاعده حل تعارض فی‌نفسه نه امری است نه تکمیلی، نه مخالف نظم عمومی... مهم این است که قاعده حل تعارض چه قانون ماهوی را صالح می‌داند.

در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی بسیار مضیق‌تر از حقوق داخلی است. در حقوق داخلی هر قانون امری، جنبه نظم عمومی دارد ولی در حقوق بین‌الملل خصوصی بسیاری از قوانین امری جنبه نظم عمومی ندارد.

۲) تقلب نسبت به قانون: این مورد هم مثل نظم عمومی می تواند به عنوان یک عامل جایگزین مانع اعمال قانون خارجی شود، حتی اگر قواعد حل تعارض این قانون ماهوی خارجی را صالح بداند.

۳) انتخاب خلأ قانونی: خلأ قانونی به این معناست که طرفین بی قانونی را بر قرارداد خود حاکم سازند یعنی بگویند قرارداد تابع هیچ قانونی نباشد و کلیه مقررات همان باشد که در قرارداد آمده است. طرفداران اصل آزادی اراده خلأ قانونی را به صورت گسترده در نظر می گیرند و حتی این امر را هم می پذیرند و می گویند، انتخاب بی قانونی صحیح است. به نظر دکتر نجادعلی الماسی این نظر درست نیست زیرا؛ اولاً: از نظر فلسفی مبنای آزادی (قراردادی...) هم قانون است یعنی مبنای اصل حاکمیت اراده هم قانون است و نمی توان به نام آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده بی قانونی را حاکم ساخت. ثانیاً: حتی در قانون فرانسه که قرارداد را در بین طرفین در حکم قانون می داند قید "قانوناً منعقد شده باشد" وجود دارد یعنی در خود اصل آزادی اراده هم قید قانونی بودن آمده است. ثالثاً: زمانی موضوع دعوا در دادگاه مطرح می گردد که در اجرای قرارداد بین طرفین اختلاف حاصل شده باشد. در اینجا بدون استفاده از یک قانون (حداقل برای تفسیر قرارداد) حل اختلاف غیر ممکن است. پس الزاماً باید به یک قانون رجوع کرد. به نظر دکتر الماسی انتخاب چند قانون اشکالی ندارد. ایشان عقیده دارد که طرفین می توانند چند قانون را حاکم سازند به شرط اینکه در انتخاب خود جدی باشند. انتخاب جدی یعنی اینکه اگر دو قانون انتخاب شد، یکدیگر را نفی نکنند و در مواردی که یکی از قانونها حکمی ندارد، یک قانون مکمل قانون دیگر باشد.

۴) انتخاب قانون کشوری که شناسایی نشده است. پذیرش چنین انتخابی به منزله‌ی به رسمیت شناختن ضمنی آن کشور است. بدیهی است که طرفین نمی توانند چنین کاری را انجام دهند و قانون مورد انتخاب طرفین اجرا نمی شود.^۱

ویژگی های شیوهی تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی

تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی جهت معیاری برای تشخیص قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری دارای ویژگی‌هایی است. ویژگی‌های این شیوه از قرار ذیل است؛

- ۱- در این شیوه نیازی به جستجوی اراده‌ی ضمنی یا فرضی طرفین نمی‌باشد. و ترتیب تعیین قانون قابل اجرا در همگی موارد، اعم از اینکه طرفین به تعیین قانون مبادرت نموده یا نه یکسان است.
- ۲- در این شیوه توافق طرفین درباره‌ی قانون قابل اجرا هنگامی مؤثر است که با عناصر دیگر مربوط به قرارداد حاکی از جایگاه رابطه قابل انطباق باشد؛ به عبارت دیگر؛ چنین توافقی هنگامی مؤثر شناخته می‌شود که قرارداد با کشوری که قانون آن مورد توافق طرفین بود، به جهتی مرتبط باشد.

۱. نجاد علی الماسی، جزوه درسی، حقوق بین الملل خصوصی ۳ دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۵-۱۳۸۹

۳- قطعی تلقی نشدن توافق طرفین درباره‌ی قانون قابل اجرا در این شیوه دارای این اثر وضعی است که برای قاعده آزادی اراده تنها می‌توان ارزش نسبی شناخت.

۴- مسئله تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی، در این شیوه مسئله‌ی موضوعی و نیازمند اثبات است که دادگاه آن را با استماع توضیحات و استدلال‌های طرفین به ویژه با در نظر گرفتن مجموع عامل‌های عینی پیش‌بینی شده در قرارداد معین می‌سازد؛ به عبارت دیگر تعیین می‌کند جایگاه رابطه‌ی قراردادی کدام کشور است و قانون همان کشور را درباره‌ی آن اجرا می‌کند.

نتیجه‌ی این ویژگی‌ها آن می‌شود که بر اثر اعمال این شیوه دو گونه ایراد ممکن در راه قاعده‌ی آزادی اراده برطرف گردد. نخست این ایراد که اگر قرارداد تابع قانونی است که طرفین درباره‌ی آن توافق کرده‌اند؛ احراز اعتبار خود این توافق تابع کدام قانون گذاری است؛ دیگر این ایراد که اگر طبق قانونی که با توافق طرفین به عنوان قانون قابل اجرا در نظر گرفته می‌شود خود قرارداد باطل باشد تکلیف شرایط پیش‌بینی شده در آن به سود این یا آن طرف چه می‌شود. رفع این دو ایراد به این صورت است که در این شیوه اولاً توافق طرفین درباره قانون قابل اجرا به عنوان عاملی مادی که تأثیر آن نیازمند اثبات است شناخته می‌شود. بنابراین به عنوان شرطی الزام‌آور در مورد تعیین قانون قابل اجرا در نظر گرفته نمی‌شود تا اعتبار آن نیاز به اثبات داشته‌باشد. بنابراین می‌توان گفت این اشکال خروج موضوعی دارد و موضوعاً منتفی است؛ چنانکه اگر قانون مورد توافق موهوم و بدون هیچ ارتباطی با قرارداد باشد بر آن اثری بار نمی‌شود. دوماً با چنین برداشتی در مورد اینگونه توافق‌ها دیگر نمی‌توان آنها را سبب تعیین قانونی دانست که کاشف به عمل آید مقررات آن برخلاف انتظار طرفین بوده است؛ مانند آنکه موجب ابطال قرارداد باشد.^۱

از این رو بر پایه نظراتی که بیان شد میان صاحب نظران این اندیشه شکل گرفته که تعیین جایگاه رابطه‌ی قراردادی بر عهده قاضی باشد تا وی بتواند با سنجش عنصرهای مادی رابطه که درباره‌ی آنها میان طرفین موافقت گردیده از جمله اراده‌ی صریح یا ضمنی آنها به تعیین جایگاه رابطه در این یا آن کشور بپردازد و قانون همان کشور را درباره‌ی آن به موقع اجرا بگذارد. البته قاضی باید در رأی تعیین نماید که جایگاه رابطه را بر پایه‌ی کدام عامل یا عامل‌های مؤثر در قرارداد مانند محل اجرا، نوع پول قابل پرداخت، محل پرداخت، محل دادگاه رسیدگی کننده به اختلاف که توسط طرفین برگزیده شده- است، تعیین می‌نماید.^۲

رویه‌ی کشورهای مختلف

در حقوق فرانسه ابتدا قاعده‌ی محل عقد به عنوان عامل تعیین جایگاه رابطه حقوقی پذیرفته شده بود اما رفته‌رفته این رویه کنار گذاشته شد و امروزه تعیین جایگاه هر رابطه مورد به مورد است و قاعده‌ی

۱. سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۲۹-۴۳۰

۲. سلجوقی، محمود، همان ص ۴۲۶

محل عقد عمومیت ندارد و به همه تعمیم نمی یابد. البته از قاعده‌ی محل اجرا بیشتر استقبال می گردد که در این مورد نیز این عامل به تنهایی کفایت نمی کند و باید برخی از عوامل ارتباط دیگر هم مؤید آن باشند.^۱

در حقوق آلمان تحت تاثیر نظرات ساوینی نه تنها هر تعهد تابع قانون خاص خود یعنی قانون محل اجرا است؛ قرارداد منشا آن نیز اگر قانون قابل اجرا درباره‌ی آن به صراحت یا به طور ضمنی توسط طرفین تعیین نشده باشد تابع قانون حاکم بر تعهد است. بنابراین؛ در آن نظام حقوقی هر قرارداد، جز در مورد یاد شده، تابع قوانین تعهدهای گوناگونی است که از آن ناشی شده اند.^۲

در حقوق ایتالیا، مانند ایران همچنان قانون محل عقد صالح شناخته می شود.^۳ در کنوانسیون قانون قابل اجرا درباره‌ی قراردادهای بیع بین المللی کالا منعقد در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ چند نوع قاعده در نظر گرفته شده که به ترتیب ذیل است:

(۱) طرفین آزادند قانون قابل اجرا را درباره‌ی قرارداد میان خود برگزینند. این گزینش یا باید به صورت صریح باشد، یا باید بتوان آن را به وضوح از مجموع شرایط پیش بینی شده در قرارداد دریافت نمود.

(۲) اگر قانون قابل اجرا از سوی طرفین برگزیده نشده باشد؛ قرارداد تابع قانون کشور محل کسب و کار فروشنده به هنگام انعقاد قرارداد است. در برخی موارد نیز تابع قانون کشور محل کسب و کار خریدار است. این موارد عبارت انداز: مذاکره و عقد قرارداد در آن کشور صورت گرفته باشد؛ یا محل اجرای تعهد فروشنده در آن کشور تعیین شده باشد؛ و یا عقد قرارداد از طریق شرکت در مناقصه‌ای که شرایط عمده آن را خریدار تعیین کرده صورت گرفته باشد.

(۳) به عنوان استثناء، هنگامی که مجموع اوضاع و احوال، مانند روابط کسب و کار میان طرفین به وضوح نشان دهد که رابطه‌ای نزدیک میان قرارداد با قانون کشور دیگر است، درباره‌ی آن قانون همان کشور قابل اجرا است.^۴

نتیجه گیری

از مجموع بررسی های صورت گرفته در مورد قاعده های تعیین کننده اعتبار اسناد تجاری باید گفت که حقوق ایران چنانکه در ماده ۹۶۸ ق.م ایران مقرر شده از قاعده‌ی محل عقد پیروی می کند اما امروزه حقوقدانان و مؤلفان حقوقی ایران اکثراً گرایش به قاعده‌ی حاکمیت اراده دارند و قاعده‌ی مزبور را مناسب بر تعیین اعتبار اسناد تجاری می دانند و تمایل به پیروی از این قاعده امروزه در تألیفات حقوقی نمایان است.

۱. سلجوقی، محمود، همان

۲. همان مرجع، ص ۴۲۹

۳. همان مرجع

۴. سلجوقی، همان ص ۴۳۷-۴۴۰

اساتید حقوق بین‌الملل خصوصی در تأیید اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران می‌گویند؛ " قرارداد حسب تعریف، مخلوق اراده متعاملان است؛ بنابراین، منطبق حقوقی حکم می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قانونی را که مناسب می‌دانند بر اعتبار اسناد تجاری به ویژه قصد و رضا حاکم نمایند...."^۱

به‌طور کلی می‌توان گفت؛ امروزه اصل حاکمیت اراده تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی پذیرفته شده‌است، مانچینی یکی از مؤلفان حقوق بین‌الملل خصوصی نیز اصل آزادی اراده در قراردادها را پذیرفته‌است.^۲

در حقوق ایران نیز در بحث تعیین قانون حاکم، اصل حاکمیت اراده طرفین بر تعهدات اسناد تجاری که محل انعقاد آنها ایران باشد پذیرفته شده‌است. اصل حاکمیت اراده پذیرش جهانی دارد و رویه قضایی ایران نیز به سوی پذیرش این اصل گرایش دارد. رأی شماره ۱۴۷۸ مورخ ۱۳۵۲/۱۰/۱۷ شعبه هفتم نمایانگر تمایل دیوان به این اصل می‌باشد.^۳ همچنین، ماده ۲۷ این قانون در بند یک خود چنین مقرر می‌دارد: " داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد، تعیین قانون حاکم یا 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 اینکه طرفین به هر نحو دیگری توافق کرده باشند. " ^۴

به نظر نگارنده در نظریه حاکمیت اراده این محدودیت وجود دارد که طرفین نمی‌توانند هر قانونی را بر قرارداد حاکم نمایند بلکه باید قانونی را انتخاب نمایند که با قرارداد مرتبط باشد و از آنجایی که قوانین مختلفی ممکن است با قرارداد مرتبط باشند لذا می‌بایست قانونی را انتخاب کنند که از میان عوامل مختلف بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته‌باشد و به عبارتی نسبت به دیگر عوامل در اولویت باشد. بنابراین طرفین با آزادی اراده، قانون مناسب را به عنوان قانون حاکم انتخاب می‌کنند به عبارتی در نظریه حاکمیت اراده از روش قانون مناسب برای انتخاب قانون حاکم استفاده می‌شود و از این طریق مرکز ثقل قرارداد را تعیین می‌کنند تا قاضی بتواند از طریق آن قانون صلاحیتدار را در جهت حل و فصل قضایای مربوط به قرارداد پیدا نماید. به‌طور کلی این نتیجه گرفته می‌شود که نظریه حاکمیت اراده و قانون مناسب و مرکز ثقل قرارداد حول یک محور می‌چرخند و هر سه در نهایت به یک جواب می‌رسند. پس می‌توان گفت که باهم تفاوتی ندارند و نتیجه هر سه یکی است.

۱. مرتضی نصیری، همان، ص ۶۴؛ الماسی، نجادعلی، همان، ص ۲۰۵

۲. سلجوقی، محمود، همان، ص ۴۶

۳. جنیدی، لعیا، تضامن و آثار و اوصاف آن، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۷۶، ص

۴. نصیری، مرتضی، همان، ص ۶۴؛ الماسی، نجادعلی، همان، ص ۲۰۵



فهرست منابع

۱- کتاب ها

- اخلاقی، بهروز، حقوق تجارت بین الملل (برات و سفته‌ی بین المللی و چک به انضمام ترجمه‌ی کنوانسیون ۹ دسامبر ۱۹۸۸)، چاپ اول، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲.
- ارفع نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۶
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت تطبیقی، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، مهر ۱۳۷۳.
- اشمیتوف، کلایوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی، فرهاد امام، سید محمد اسبقی یمینی، محمود باقری، امیر حسین طیبی فرد، اسماعیل همت دوست، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۷۸.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰
- تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی ۱۳۶۸
- امیر مغری، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱
- سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی جلد دوم، تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷
- سماواتی، حشمت الله، حقوق معاملات بین المللی، چاپ اول، تهران، نشر ققنوس، ۱۳۷۷.
- شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، چاپ هفتم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، دانشگاه‌ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۳.
- نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، چاپ اول، تهران، انتشارات سپهر، ۱۳۷۰
- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۳
- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین الملل، تهران، انتشارات ویسمن، ۱۳۵۲

۲- مقاله ها

- الماسی، نجاد علی، تقریرات درسی حقوق بین الملل خصوصی، مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، سال تحصیلی ۷۳-۱۳۷۲
- الماسی، نجادعلی، جزوه درسی، حقوق بین الملل خصوصی ۳ دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۵-۱۳۸۹

- ----- ضوابط تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۱.
 - الماسی، نجادعلی - حسین زاده، مهدی، ضوابط تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری، مجله حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
 - بیگلری، پویان - ندائی رود پیشی، معین، قواعد حل تعارض قوانین در اسناد تجاری خاص، همایش ملی ایران و چالش های حقوق بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، اسفند ۱۳۹۳.
 - پروین، فرهاد، تعارض قوانین در اسناد تجاری بین المللی، تهران، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۷.
 - دالینجر، ژاکوب، اصول حقوق بین الملل خصوصی در پرتوی ساختار شکنی نو، ترجمه کامران آقایی، تهران، مجله‌ی کانون وکلا، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، شماره‌های ۱۹۴ و ۱۹۵
 - شهیدی، مهدی، قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲
 - عزیزی، ستار - علایی اردلان، گزیده، مقاله نظریه نزدیک ترین ارتباط در قراردادهای حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴
 - فلاح، محمدرضا، تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری از منظر سیستم تعارض قوانین، همایش ملی ایران و چالش های حقوق بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، اسفند ۱۳۹۳
 - صالحی ذهابی، جمال، مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین، فصل نامه صنعت بیمه، سال هفدهم، شماره سه، ۱۳۸۱
 - لاگارد، پل، حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه‌ی قراردادهای پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه محمد اشتری، تهران، مجله حقوقی بین المللی، شماره بیستم، ۱۳۷۵
 - نیکبخت، حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷-۱۳۷۶
- پایان نامه ها**
- فرجی، اسماعیل، تعیین قانون حاکم بر اسناد تجاری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۷۵
 - عچرش، ناصر، قانون مناسب در قراردادهای بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، تابستان ۱۳۷۳