

دکتر فرهاد ایرانپور\*

## نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری

چکیده: از دیرباز، ارزش و محدوده اثر اصل حاکمیت اراده در تعهدات قراردادی مورد توجه حقوق دانان بوده است. اینان در پاسخ به این سؤال که آیا طرفین قرارداد می‌توانند قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را تعیین نمایند و یا اینکه اراده آنان فقط در محدوده قانون قابل اثربخشی است نظرات مخالف و موافق عرضه که در این مقاله سعی در بررسی این نظرات و تبیین سیر تحول اصلی حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی گردیده است.

واژگان کلیدی:

انتخاب قانون حاکم، تعهدات قراردادی، اصل حاکمیت اراده.

## مقدمه

۱) **قراردادها و اهمیت آن:** امروزه، «قراردادها» به عنوان عرصه برخورد نظام‌های حقوقی در سطح بین‌المللی از حصار تنگ مرزهای سرزمینی خارج شده و به عنوان مهم‌ترین وسیله ارتباط با جهان خارجی مورد توجه حقوقدانان قرار می‌گیرد. اگر در روابط حقوقی مشمول حقوق خصوصی، مانند روابط خانوادگی ناشی از عقد ازدواج و یا در وصیت و غیره، تعیین قانون حاکم بر این روابط دارای اهمیت است، تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری به دلیل نقش اساسی آنها در انتقال سرمایه از اهمیتی خاص و غیرقابل انکار برخوردار می‌باشد.

۲) **قراردادهای تجاری و اهمیت آن:** قراردادهای تجاری به عنوان ابزار مهم انتقال سرمایه در روابط تجاری همچنان نقش اساسی خود را در صحنه بین‌المللی حفظ کرده‌اند. کمتر رابطه تجاری است که در آن «قرارداد» نقش عمده‌ای را بازی نکند. نگاهی گذرا به رویه قضایی کشورهای خارجی نیز که در زمینه تعارض قوانین وجود دارد، و همچنین آراء صادره از مراجع داوری خود نه تنها نشان‌دهنده اهمیت قراردادهای در حقوق امروزی است، بلکه آینه تمام‌نما از تبلور اندیشه‌های قضایی در روابط تجاری بین‌المللی است.

اهمیت قراردادهای ویژه در جایی بیشتر مشخص می‌گردد که اصل حاکمیت اراده مورد شناسایی قرار گیرد و با آن عجین گردد. «اصل حاکمیت اراده» در صحنه بین‌المللی نیز همواره مورد توجه خاص حقوقدانان بوده و از دیرباز این سؤال مطرح است که آیا طرفین قرارداد می‌توانند آزادانه و رها از قیود حقوق داخلی، قانون و یا قوانین خاصی را بر قرارداد خود حاکم نمایند و یا اینکه «اراده» فقط در بستر «قانون ملی» اعتبار دارد.

پاسخ‌گویی به این سؤال که خود موضوع مقاله حاضر می‌باشد، منوط به این است که سیر حاکمیت اراده به صورت مختصر در سایر نظام‌های حقوقی مورد مطالعه قرار گیرد تا جایگاه اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصاً مشخص شود.

وانگهی، پیش از شروع فصل اول، توجه به این نکته ضروری است که برای بررسی اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی و مطالعه امکان انتخاب قانون حاکم در قراردادهای تجاری، بایستی ابتدائاً به تحلیل وصف «تجاری» پرداخت یعنی آنچه در

حقوق بین‌الملل خصوصی ایران به «توصیف» شهرت پیدا کرده است. آنگاه باید به توصیف و تبیین عناصر قرارداد بین‌المللی پرداخت تا محل اجرای اصل حاکمیت اراده به دقت مشخص گردد. به همین جهت در فصل مقدماتی به توصیف وصف تجاری و به تحلیل قرارداد بین‌المللی می‌پردازیم.

### فصل مقدماتی: توصیف و تحلیل «قرارداد تجاری بین‌المللی»

۳) **توصیف تجاری بودن قرارداد:** می‌دانیم که وصف تجاری بودن اعمال حقوقی از جمله مسائلی است که تاکنون مورد اتفاق نظر نظام‌های حقوقی قرار نگرفته و حداقل سه سیستم حقوقی متفاوت، (۱) در این زمینه قابل تشخیص است.

#### ۱- نظام نوعی (Objectif)

در این نظام وصف تجاری بودن به صورت «موضوعی» مبتنی بر خود عملیات تجاری بوده به این معنی که در قانون به صراحت عملیات تجاری تعیین و احصاء گردیده است. بنابراین اگر شخصی مبادرت به انجام عملیات تجاری بنماید تاجر محسوب می‌گردد.

این نظام دارای این اشکال عمده است که به جنبه تخصصی تجارت از یک طرف و به دخالت نظم عمومی در روابط تجاری از طرف دیگر کمتر توجه می‌نماید. امروزه تجارت به عنوان یک امر تخصصی در جامعه تجار<sup>۱</sup> شناخته شده است. بنابراین اعضای این جامعه تخصصی بایستی مشخص باشند و صرف انجام عملیات تجاری مثبت وصف تجاری عملیات نباشد. از طرف دیگر، امروزه تجارت از روابط تجار خارج گردیده و دولت نیز در جهت حفظ نظم تجاری در آن دخالت می‌نماید. در عمل، کمتر دولتی است که از اهمیت کنترل بر نظام تجاری خود غافل باشد و به همین جهت، دست کم اخذ کارت بازرگانی و ثبت در دفاتر تجاری امری ضروری جهت حفظ امنیت در روابط تجاری محسوب می‌گردد.

## ۲- نظام شخصی (Subjectif)

در این نظام وصف تجاری بودن مبتنی بر «شخص تاجر» است که با احراز شرایط خاص قانونی می‌تواند با اخذ کارت بازرگانی تاجر محسوب شود. در این صورت کلیه عملیات وی به واسطه تاجر بودن شخص وی، تجاری محسوب می‌شود. اشکال این طرز تفکر در آن است که جامع و مانع نمی‌باشد. مانع نیست زیرا اگر معاملات تاجر مربوط به امور تجاری نباشد، براساس چه معیاری می‌توان آن عملیات را از حیطه حقوق تجارت خارج نمود و جامع نیست زیرا چه بسیار مواردی که اشخاص، به‌ویژه اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی که فاقد کارت بازرگانی بوده مبادرت به انجام عملیات تجاری می‌نمایند، و حال آنکه براساس نظام حقوقی شخصی، عملیات آنها فاقد وصف تجاری است (۲).

## ۳- نظام مختلط نوعی و شخصی

در این نظام، مانند نظام حقوقی ایران (۳) و فرانسه، قانون‌گذار ابتدائاً به تعریف موضوعی عملیات تجاری می‌پردازد و آن‌گاه با تعیین معاملات تجاری، تاجر را معرفی می‌نماید و سپس بعضی معاملات آنان را به اعتبار شخص تاجر، دارای وصف تجاری می‌داند. در نتیجه، در این نظام نه تنها به صورت موضوعی به تجاری بودن معاملات توجه می‌نمایند، بلکه به شخص تاجر نیز به جهت تجاری دانستن بعضی معاملات وی اعتنا کرده‌اند.

(۴) تعدد راه‌حل‌های حقوقی و «توصیف»: حال با توجه به تعدد راه‌حل‌های حقوقی، این سؤال مطرح است که برای «توصیف» وصف تجاری بایستی به چه قانونی مراجعه نمود. آیا بایستی به قانون مقرر دادگاه (lex fori) مراجعه نمود یا اینکه وصف تجاری بودن را بایستی در قانون خارجی حاکم بر قرارداد (قانون سبب lex causa) جستجو کرد. این امر امروزه پذیرفته شده که چون «توصیف اصلی» در تعیین قانون حاکم مؤثر است بایستی توسط قانون مقرر دادگاه صورت پذیرد (۴).

ولی به این سؤال باید ابتدائاً جواب داده شود که آیا وصف تجاری بودن قرارداد اصلاً از مصادیق توصیف می‌باشد یا اینکه فقط تشابه ظاهری آن با توصیف سبب اعمال

قانون مقر دادگاه شده است.

(۵) ماهیت توصیف: برای پاسخ گویی به این سؤال باید به این نکته توجه داشت که توصیف در حقوق بین الملل خصوصی یک رابطه حقوقی را در مجموع، به عنوان یک رابطه حقوقی معین، تحت عنوان کلی حقوقی کلی مانند عنوان قراردادهای، اموال و غیره قرار می دهد.

استقراء در روش توصیف نشان می دهد که توصیف در واقع تحلیل اولیه و ابزاری یک رابطه حقوقی است که به حقوقدان اجازه می دهد از جز به کل رسیده و ماهیت حقوقی رابطه حقوقی را تعیین نماید. در واقع موضوع این تحلیل حقوقی که به توصیف مشهور گردیده توصیف خود رابطه حقوقی است که وجود استقلالی دارد و هرگز اوصاف رابطه (مانند وصف تجاری بود، عمل و یا وصف تاجر بودن شخص) که دارای وجود ربطی می باشند، نمی توانند موضوع توصیف قرار بگیرند.

بنابراین و براساس این استدلال، وصف تجاری نمی تواند موضوع توصیف در حقوق بین الملل خصوصی قرار گیرد و در نتیجه نمی توان قائل به حکومت عام و اصولی قانون مقر دادگاه بود. بلکه در این زمینه بایستی به نقش وصف تجاری در هر مورد توجه نمود و آنگاه براساس نقش آن در هر رابطه حقوقی قائل به حکومت قانون معینی گردید (۵).

بنابراین در این روش، اگر وصف تجاری بودن ناظر به شخص تاجر باشد، این وصف از مصادیق اهلیت می باشد و در این صورت بایستی به قانون ملی شخص (تاجر) مراجعه نمود. اگر وصف تجاری ناظر به عملیات تجاری باشد، در این صورت بایستی قائل به حکومت قانون محل انجام عملیات بود. و اگر وصف تجاری بودن از اوصافی است که سبب حکومت قوانین انتظامی می گردد، باید قانون انتظامی مقر دادگاه را اعمال نمود (مانند مقررات ناظر به اخذ کارت بازرگانی).

آنچه در این روش مورد توجه قرار می گیرد، در واقع حکومت قانون سبب در خصوص هر یک از متعلقات وصف تجاری است. و نیز حقوقدانان با تفسیر مضیق از روش توصیف در حقوق بین الملل خصوصی سعی در گسترش دایره حکومت قانون خارجی کرده اند.

(۶) توصیف، ابزار ساده تحلیل: ولی به رغم منطقی بودن این روش، از این جهت که

به هدف اصلی از وضع وصف تجاری در هر رابطه حقوقی توجه می‌نماید، نمی‌توان آن را در حقوق ایران پذیرفت. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران هرگز «توصیف» دارای پیشینه تاریخی مستقلی نبوده که به ما اجازه دهد که آن را محدود به توصیف در کل مجموعه رابطه حقوقی بنماییم. بنابراین، با توجه به اینکه «توصیف» فقط به عنوان ابزار ساده تحلیل ابتدایی در حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب می‌گردد، بایستی به حقوقدان اجازه داد که از این سادگی روش بهره‌بردارد و از این راه مسائل غامض حقوق بین‌الملل خصوصی را حل نماید.

دیگر اینکه اگر در بعضی از نظام‌های حقوقی این راه حل می‌تواند حسب فرض، براساس پیشینه فرهنگی آن کشور پذیرفته شود، به دلیل آن است که در آن نظام، دست‌کم قواعد حل تعارض به نحو جامعی منظم شده است. در این صورت قاضی می‌تواند با مراجعه به سیستم قواعد حل تعارض مثلاً حکم اهلیت مدنی و اهلیت تجاری را دریابد. اما در نظام حقوقی ایران که بسیاری از قواعد حل تعارض مجمل بوده و رویه قضایی نیز فرصت نداشته که قابلیت اعمال قواعد را به محک تجربه بگذارد، پای نهادن در این راه پرخطر دور از مصلحت است. بنابراین بایستی از سادگی روش بهره‌جست و حداقل تا زمانی که قواعد حل تعارض به عنوان نهاد حقوقی مستقل و به صورت منظم در قالب قانون گنجانده نشده، «وصف تجاری» بودن را براساس قانون مقرر دادگاه توصیف نمود.

حال چنانچه براساس قانون مقرر دادگاه، قراردادی تجاری محسوب گردد، به این سؤال باید پاسخ داد که اصل حاکمیت اراده در چه مواردی جاری است.

۷) *قرارداد بین‌المللی*: همان‌طور که می‌دانیم اصل حاکمیت اراده مختص به موردی است که رابطه حقوقی به عنوان رابطه قراردادی در نظر گرفته شود. بنابراین، قاضی بایستی براساس قانون مقرر دادگاه رابطه حقوقی را تحلیل و آن را از مصادیق رابطه قراردادی دانسته و سپس به ترسیم دایره حکومت اراده بپردازد.

حال اگر رابطه حقوقی از روابط قراردادی محسوب گردد، امکان انتخاب قانون حاکم منوط بر آن است که مسئله از مصادیق تعارض قوانین در نظر مقنن ایرانی باشد. بنابراین در جایی که تمامی ارتباط قرارداد با کشور ایران بوده و هیچ عنصر خارجی در آن دخالت نمی‌نماید، مورد از مصادیق تعارض قوانین نمی‌باشد و جایی برای اعمال قاعده حل

تعارض ایرانی نیست.

بنابراین برای اینکه بتوان در قرارداد انعقادی قواعد حل تعارض را اعمال نمود بایستی به این سؤال مقدماتی پاسخ داد که در چه مواردی مداخله عنصر خارجی در قرارداد آن را بین‌المللی می‌نماید. برای پاسخ به این سؤال می‌توان بر این عقیده بود که قرارداد بین‌المللی سبب انتقال سرمایه از کشوری به کشور دیگر می‌گردد (۶). بنابراین هر قراردادی که سبب این امر باشد قرارداد بین‌المللی محسوب می‌گردد.

همچنین می‌توان در تعبیر قرارداد بین‌المللی تکیه بر جنبه حقوقی رابطه تجاری داشته و هر قراردادی که در آن عنصر خارجی مداخله نماید، به عنوان قرارداد بین‌المللی شناخت. در این صورت جا دارد که به عناصر سازنده قرارداد و یا لوازم عرفی آن توجه کرده و به ویژه دخالت عنصر خارجی در عناصر متشکله قرارداد و لوازم عرفی آن را سبب بین‌المللی دانستن قرارداد دانست. براساس این بینش هرگاه یکی از طرفین قرارداد خارجی باشد، این قرارداد بین‌المللی محسوب می‌گردد و همچنین اگر موضوع معامله مالی بوده که در کشور دیگری یافته شود، به واسطه این عنصر خارجی ناظر بر موضوع معامله، قرارداد بین‌المللی محسوب می‌گردد. همچنین نباید فراموش کرد که قرارداد در محل معینی منعقد و اجرا می‌شود. بنابراین، اگر محل انعقاد قرارداد و یا محل اجرای آن به عنوان لوازم عرفی قرارداد در کشور دیگری باشد، در این صورت قرارداد بین‌المللی محسوب خواهد شد.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا در قراردادهای تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده به رسمیت شناخته شده است؟

در واقع، اصل حاکمیت اراده، در حقوق بین‌الملل خصوصی همواره به عنوان اصل ثابت و قطعی پذیرفته نشده است. نگرش در تحولات حقوق بین‌الملل خصوصی نشان می‌دهد که دو گرایش عمده در این زمینه وجود داشته، به این صورت که حاکمیت اراده مورد انکار و یا به صورت نسبی مورد شناسایی قرار گرفته است.

### فصل اول - انکار حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی

(۸) اراده در بستر قانون: بر مبنای این نظریه، اراده منبع مستقلى در حقوق نمی‌باشد.

ارزش اراده از آن جهت است که در بستر قانون دارای تأثیر می‌باشد. بنابراین، اراده به تنهایی نمی‌تواند قواعد حاکم بر قرارداد را تعیین نماید. اراده نیز به مانند دیگر عوامل اجتماعی در بستر مکان محقق می‌گردد و در نتیجه تابع قانون کشور محل تحقق خود است. بنابراین، اگر براساس اراده طرفین قراردادی منعقد گردد، این قرارداد تابع قانون کشور معینی خواهد بود و به واسطه این حاکمیت قانون معین است که اراده اثربخش می‌باشد.

۹) **تعارض حاکمیتها:** در این طرز تفکر، تعارض قوانین در واقع تعارض حاکمیت دولت‌ها است و اراده افراد نمی‌تواند در انتخاب حاکمیت دولت معینی در روابط قراردادی نقش اساسی ایفا نماید (۷). قانون به عنوان تبلور حاکمیت ملی و به صورت موضوعی بر روابط افراد حکومت می‌نماید.

وانگهی، سؤالی که مطرح می‌شود این است که در این طرز تفکر که متأثر از نظرات حقوق بین‌الملل عمومی است، قانون چه کشوری بر این روابط حقوقی حکومت می‌نماید؟  
 ۱۰) **حکومت قهری قانون مقرر دادگاه:** در کشورهای آمریکای لاتین که متأثر از «قانون بوستامان» بوده‌اند قانون مقرر دادگاه را نسبت به قرارداد حاکم دانسته‌اند. ولی این راه حل مورد انتقاد حقوقدانان است، زیرا قانون مقرر دادگاه همواره صلاحیت فرعی داشته و نمی‌تواند راه حل عمومی تعارض قوانین باشد (۸).

در نظریه دیگر (۹)، معتقدند که چون قرارداد در واقع ایجاد تعهد می‌نماید و این تعهد غالباً دارای پایگاه مادی نیست، بایستی قانون ملی مدیون و یا قانون اقامتگاه مدیون را بر روابط قراردادی حاکم دانست. در انتقاد از این نظریه گفته‌اند که قراردادها در واقع نتیجه توافق دو اراده داین و مدیون بوده و هیچ دلیلی برای حکومت قانون مدیون وجود ندارد. وانگهی، امروزه پذیرفته شده که اثر عقد منحصر به ایجاد تعهد نمی‌گردد. قرارداد می‌تواند موجب انتقال مالکیت باشد که در این صورت اعمال قانون ملی و یا اقامتگاه مدیون به سادگی میسر نمی‌باشد.

اما، مطالعه دیدگاه‌های حاکم در حقوق بین‌الملل خصوصی نشان می‌دهد که در تعیین قانون حاکم بر قراردادها، همواره دو طرز نگرش با یکدیگر معارض بوده و رویه قضایی و علمای حقوق سعی در اعمال «قانون محل انعقاد عقد» و یا «قانون محل اجرای عقد» داشته‌اند.



۱۱) صلاحیت قانون محل انعقاد قرارداد: «قانون محل انعقاد عقد» نسبت به قرارداد و تعهدات ناشی از آن قابل اعمال است، زیرا در واقع قرارداد به مانند دیگر پدیده‌های اجتماعی دارای پایگاه مکانی بوده، به این معنا که در مکان معینی محقق می‌گردد. در این صورت منطقی است که قانون محل انعقاد عقد را که به راحتی قابل تعیین است، نسبت به قرارداد اعمال نماییم. اعمال قانون محل انعقاد عقد بر قرارداد سبب می‌شود که قانون واحدی بر محتوا و شکل قرارداد حکومت نماید و قاضی مکلف به اعمال قواعد متعدد بر قرارداد واحد نگردد.

در انتقاد به این راه حل گفته‌اند که تعیین محل انعقاد عقد همیشه ساده نیست. در قراردادهای مکاتبه‌ای که طرفین قرارداد در دو کشور مختلف قرار دارند، تعیین محل انعقاد عقد به سادگی میسر نیست.

برای مثال، در نظام حقوقی انگلستان نظریهٔ ارسال (اعلان) پذیرفته شده است، در حالی که در نظام حقوقی بلژیک نظریهٔ اطلاع مورد قبول است (۱۰). اگر قراردادی بین تاجر مقیم انگلستان و تاجر مقیم بلژیک منعقد گردد، قاضی بر مبنای چه قانونی حکم به انعقاد قرارداد خواهد داد؟ در این صورت آیا صلاحیت قضایی دادگاه بر تعیین قانون حاکم تأثیر نمی‌گذارد؟

همچنین، ممکن است که محل انعقاد عقد جنبهٔ اتفاقی داشته باشد. در این صورت به صرف حادثه قانون حاکم بر قرارداد تعیین شده است.

۱۲) صلاحیت قانون محل اجرای قرارداد: در نظریهٔ دیگر به پیروی از حقوقدان آلمانی «ساوینی»، این اعتقاد وجود دارد که هدف از انعقاد قرارداد، اجرای آن است، و در نتیجه بایستی معتقد به حکومت قانون محل اجرای عقد بود. محل اجرای قرارداد همواره معین است و در نتیجه طرفین نیز به راه حل قانونی تعهدات خود آگاهی دارند. اما به این نظریه نیز انتقاد شده که محل اجرای عقد همواره معین نیست و یا اینکه قرارداد واحد در محل‌های متعدد اجرا می‌گردد.

محل اجرای عقد همواره معین نیست. برای مثال در قرارداد قرض که از عقود عینی است (۱۱) که بین بانک و اشخاص منعقد می‌گردد، آیا محل اجرای عقد همان محل تسلیم و تحویل وجه است و یا اینکه محل دریافت وجه (در روابط بین بانکی) و یا اینکه حتی

محل اعاده وجه و بهره آن و یا محل استفاده از وجه محل انجام قرارداد است؟ (۱۲)

محل اجرای عقد همواره واحد نیست. برای مثال، در قراردادهای بین‌المللی ناظر به صدور اوراق قرضه که در خاک چند کشور انجام می‌گیرد، حتی اگر محل صدور اوراق قرضه محل اجرای عقد محسوب گردد، این نکته محل اشکال است که محل اجرای عقد واحد نیست. و در این صورت به یک قرارداد واحد قوانین متعدد و گاه معارضی حاکم می‌شود.

به هر صورت وجه مشخصه و مشترک این نظریات مطرح شده در حقوق فرانسه این است که «اراده» به عنوان منبع مستقلی در روابط تجاری بین‌المللی نبوده و «قانون» به عنوان تبلور حاکمیت دولت‌ها نسبت به قراردادها حکومت دارد. اما این نظریه، به رغم تأثیری که در اندیشه نظریه‌پردازان حقوق داشته کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد و حتی دو قرن قبل از شروع انقلاب صنعتی تمایل به شناسایی حاکمیت اراده در نظرات علمای حقوق یافت می‌شود.

### فصل دوم - شناسایی حاکمیت نسبی اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی

(۱۳) سابقه تاریخی: اصل حاکمیت اراده، در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه همواره با نام دومولن<sup>۱</sup> همراه است. وی وکیل دعاوی بوده و برای اولین بار به صورت مشخص اصل حاکمیت اراده را مطرح می‌نماید. براساس نظر وی اموال و اشخاص در حقوق بین‌الملل خصوصی دارای «هویت و تعیین»<sup>۲</sup> بوده (۱۳) و به همین اعتبار مشمول قانون محل وقوع مال و یا مشمول قانون ملی افراد می‌گردند. ولی قراردادهای فاقد هویت اقتصادی و فرهنگی بوده و هرگز مقنن آنها را به صراحت دارای تعیین سرزمینی ننموده است و براساس همین سکوت مقنن باید آنها را دارای ماهیت فراسرزمینی دانست. در این صورت تنها براساس احترام به حاکمیت اراده است که می‌توان این ماهیت فراسرزمینی را به رسمیت شناخت.

این نظریه، اگرچه به نظر بعضی حقوقدانان (۱۴) حاصل طراری و ناشی از ضرورت شغلی وکیل دعاوی، دومولن بوده است، ولی به نظر می‌رسد که به‌ویژه به خاطر پاسخ

1. Dumoulin.

2. Statut.

گویی به نیاز تجار، مورد استقبال بی نظیر حقوقدانان و جامعه تجار قرار می‌گیرد. به قسمی که حتی در سال‌های بعد و تحت تأثیر نظرات فلسفی فردگرایان، حاکمیت مطلق اراده به عنوان منبع مستقل حقوق مطرح می‌شود (۱۵).

۱۴) مطالعه تطبیقی: در نظام‌های حقوقی دیگر، اگر چه از مبانی ایدئولوژیک آنها کمتر اطلاعی در دست است، ولی حاکمیت اراده طرفین قرارداد کم‌وبیش مورد توجه بوده است. مطالعه اجمالی نظام‌های مختلف خود مؤید نفوذ نظریه حاکمیت نسبی اراده می‌باشد. در حقوق انگلستان، حداقل از سال ۱۷۶۰ به بعد، در آراء محاکم به طرفین اجازه انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را داده‌اند (۱۶). سپس بر این اصل حاکمیت اراده محدودیت‌هایی را وضع نموده‌اند به این صورت که اراده بایستی قانونی<sup>۱</sup> و با حسن نیت<sup>۲</sup> باشد (۱۷).

در حقوق آمریکا، در اولین مجموعه حقوقی «رستیمنت» به اصل حاکمیت اراده کمتر بها داده‌اند، ولی در دومین مجموعه آن که امروزه نیز قابل اعمال است، به طرفین اجازه تعیین قانون حاکم بر عقد را داده‌اند، مشروط بر اینکه قانون انتخاب با قرارداد رابطه بنیانی<sup>۳</sup> داشته باشد. همچنین در مجموعه «قانون تجارت یکنواخت» به طرفین اجازه تعیین قانون حاکم بر عقد را داده‌اند، مشروط بر اینکه قانون انتخابی با قرارداد رابطه منطقی<sup>۴</sup> داشته باشد (۱۸).

در حقوق آلمان، از نظر تاریخی، قانون انتخاب شده توسط طرفین بایستی با قرارداد رابطه واقعی داشته باشد (۱۹). در حقوق سوئیس نیز در ابتدا به حاکمیت اراده کمتر توجه داشتند ولی امروزه به طرفین قرارداد اجازه انتخاب قانون حاکم را می‌دهند. در حقوق کشور هلند نیز اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده است (۲۰).

در حقوق ایتالیا نیز که نسبت به اصل حاکمیت اراده همواره مخالفت اساسی وجود داشت، امروزه این اصل پذیرفته شده است. با این توصیف که در این نظام ما نیز اصل

1. legal.

2. Bona fida.

3. Substantial.

4. Reasonable.

حاکمیت اراده حداقل در حیطه «قوانین ناظر به انتظامات»<sup>۱</sup> فاقد اثر است (۲۱).

۱۵) حاکمیت مطلق اراده و ایرادات وارد بر آن: آنچه از این مطالعه تطبیقی اجمالی به دست می آید این است که اصولاً حاکمیت اراده در نظام‌های مختلف، به عنوان امر مطلق پذیرفته نشده است و در هر نظام حقوقی محدودیت‌هایی بر اعمال اصل حاکمیت اراده وضع کرده‌اند. همچنین پذیرش حاکمیت مطلق اراده به این معنی که طرفین قرارداد می‌توانند قانون هر کشوری را نسبت به قرارداد خود اعمال نمایند، مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است زیرا اعمال اصل حاکمیت مطلق اراده دارای دو اشکال عمده نظری و عملی است.

۱۶) ایرادات نظری: از لحاظ نظری، اراده در پرتو قانون است که می‌تواند به عنوان منبع حقوق در نظر گرفته شود. در واقع از نظر عقلی ممکن نیست که اراده طرفین، به عنوان منبع مستقل حقوق، قانون معینی را نسبت به قرارداد حاکم نماید و آنگاه براساس همین قانون انتخابی، صحت اراده طرفین مورد بازبینی قرار گیرد. ابتدائاً، بایستی قانونی به صورت موضوعی وجود داشته باشد و آنگاه بر اساس همان قانون حکم به صحت عمل حقوقی و مطابقت آن با قانون موجود نماییم. (ایراد دور منطقی)

همچنین، اگر طرفین قرارداد قانونی را انتخاب نمایند که در نتیجه اعمال آن، قرارداد باطل گردد، در این صورت احترام به حاکمیت اراده سبب بطلان آثار اراده می‌گردد. نتیجه آنکه، حاکمیت مطلق اراده برخلاف آنچه که در واقع مد نظر طرفین بوده، اراده را از اثر بخشی تهی می‌نماید.

۱۷) ایرادات عملی: از لحاظ عملی، اجازه انتخاب قانون حاکم، به معنای گشودن راه تقلب نسبت به قانون است چه اینکه طرفین می‌توانند با انتخاب قانون معینی از حکومت قانون دیگری که اصولاً صالح می‌باشد، فرار نمایند.

مضافاً بر اینکه در حقوق داخلی نیز طرفین همواره مکلف به رعایت قوانین امری بوده و فقط در خصوص قوانین تکمیلی آزادی اراده آنها به رسمیت شناخته شده است. بنابراین هیچ دلیلی وجود ندارد که در روابط بین‌المللی به افراد اختیار وسیعی جهت

تعیین قانون حاکم بدهیم و از این طریق اعمال قواعد امری را بی اثر بسازیم (۲۲). وانگهی به تعبیر پیه<sup>۱</sup> (۲۳)، وضع قواعد حقوقی دارای هدف اجتماعی بوده و نباید به افراد اجازه داد که با استناد به بین‌المللی بودن روابط حقوقی خود از اهداف اجتماعی قانون فرار نمایند. در این زمینه، حتی بعضی از حقوقدانان (۲۴) بر این باور هستند که قواعد تکمیلی نیز «امری ثانوی» هستند به این معنا که در صورت سکوت طرفین نسبت به آنها به صورت امری حکومت می‌نمایند. پس در هر حال این قواعد نیز دارای وصف امری می‌باشند و هدف اجتماعی خاصی را دنبال می‌کنند ولی فقط امکان تراضی برخلاف آنها وجود دارد. اما در مورد قوانین امری اولی، به دلیل اهمیت هدف اجتماعی قواعد، به هیچ وجه امکان تخطی از آنها وجود ندارد و توافق برخلاف آنها در حقوق داخلی و بین‌المللی فاقد اثر است.

۱۸) پایگاه عقد و حاکمیت نسبی اراده: برای پاسخگویی به این ایرادات، عده‌ای از حقوقدانان بر این باور بوده‌اند که اراده در واقع به عنوان یکی از عناصر تعیین قانون حاکم، پایگاه<sup>۲</sup> قرارداد را تعیین می‌نماید (۲۵). در این صورت، اراده به تنهایی قانون حاکم را تعیین نمی‌کند. این قاضی است که با توجه به مجموع شرایط و از جمله با توجه به اراده، قانون حاکم را تعیین می‌نماید. در این طرز تفکر که به نظریه «پایگاه قرارداد» مشهور و با نام «باتیفول» عجین گردیده و به نظر می‌رسد منبعث از حقوق آلمان است، «اراده» عنصر مستقل تعیین قانون حاکم نمی‌باشد.

بنابراین بر مبنای این نظریه، به ایراد «دور» به سادگی جواب داده شده است، چه اینکه اراده به تنهایی قانون حاکم را تعیین نمی‌نماید تا صحت آن براساس قانون انتخابی بررسی شود. قاضی بر مبنای معیارهای موضوعی قانون حاکم را اعلان می‌نماید.

همچنین در این نظریه، به ایراد بطلان قرارداد نیز پاسخ داده می‌شود، زیرا این قاضی است که با توجه به مجموع شرایط قانون حاکم را تعیین می‌نماید. حال اگر قاضی مردد بین انتخاب دو قانون مختلف باشد، به این صورت که بر طبق یک قانون قرارداد صحیح بوده و بر طبق قانون دیگر آن قرارداد باطل محسوب می‌گردد، اماره صحت به قاضی

1. Pillet.

2. Localisation.

اجازه می‌دهد که قانونی را اعمال نماید که حکم به صحت عمل حقوقی می‌دهد. اشکال عملی تقلب نسبت به قانون نیز در این طرز تفکر بی‌پاسخ نمی‌ماند. اگر قاضی با توجه به جمیع شرایط «پایگاه» قرارداد را به عنوان پدیده‌ای اجتماعی تعیین نماید، در این صورت حتی اگر طرفین قانونی را انتخاب نمایند که ارتباط واقعی با قرارداد نداشته باشد، این انتخاب صریح فاقد اثر است.

براساس این نظریه، قاضی مرکز اصلی روابط حقوقی قراردادی را تعیین می‌نماید و در نتیجه قانون معینی را نسبت به آن اعمال می‌کند. در این صورت، مجموع قواعد آمره و تکمیلی این قانون نسبت به قرارداد جاری می‌گردد.

آنچه در این اندیشه حقوقی مبنای استنباط می‌باشد، در واقع عبارت است از اینکه اراده نه به عنوان عنصر مستقل، بلکه به عنوان جزئی از مجموع عناصر واقعی، قانون حاکم را تعیین می‌نماید. قاضی نه بر مبنای قواعد حل تعارض مقرر دادگاه، بلکه براساس تحلیل واقعی مجموع عناصر متشکله عقد، حکومت قانون خارجی را که اساسی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، برمی‌گزیند (۲۶).

۱۹) نقش اساسی قانون مقرر دادگاه: عده‌ای دیگر از حقوقدانان (۲۷)، برای توجیه حاکمیت اراده و به جهت پاسخگویی به ایرادات مطرح شده بر این باور هستند که اراده در بستر قواعد تعارض قوانین مقرر دادگاه اعتبار می‌یابد. بنابراین اگر براساس این قواعد حل تعارض، طرفین حق انتخاب قانون حاکم را داشته باشند، این انتخاب صحیح و اراده آنها قابل احترام است. در این صورت ایراد «دور» و ایراد «بطلان» و همچنین اشکال «تقلب نسبت به قانون» و اشکال «عدم اجازه عدول از قواعد آمره» براساس حکومت اولیه قواعد حل تعارض دادگاه رسیدگی کننده رفع می‌گردد.

اما با تأمل در این نظریه می‌توان به معایب آن پی برد. اول اینکه گرایش غالب، تاکنون بر این بوده که قواعد حل تعارض را به عنوان قواعد ابزاری و نه قواعد ماهوی بدانند و در نتیجه، این قواعد نتوانند مستقلاً حکم به صحت و بطلان صادر نمایند. دوم اینکه، اگر قواعد حل تعارض دادگاه، صراحتاً حاکمیت اراده را نپذیرفته باشد و یا اینکه اراده‌ای را دارای اثر بدانند که به صورت «واقعی و قانونی» باشد (مانند نظام آمریکا)، در این صورت قاضی بر مبنای چه قانونی حکم به صحت انتخاب خواهد داد. سوم اینکه، در

نظام حقوقی کشوری مانند ایران که در آن صلاحیت قضایی لزوماً سبب صلاحیت قانونی نیست، چگونه می‌توان پذیرفت که براساس صلاحیت قواعد حل تعارض قوانین محکمه صالحه، قواعد ماهوی و حاکم بر قرارداد تعیین گردد. چهارم اینکه، یکی از اهداف اساسی از به رسمیت شناختن حق انتخاب قانون حاکم، این است که طرفین نسبت به حقوق و تکالیف قراردادی خود که تحت قانون انتخاب آنها اداره می‌شود، آگاه باشند. اگر آثار انتخاب قانون حاکم مبتنی بر صلاحیت محاکم گردد، در این صورت حدود تعهدات طرفین قرارداد به نحو تعیینی مشخص نمی‌شود، چه اینکه حدود تعهدات منوط به صلاحیت قضایی محکمه خاصی می‌گردد. بنابراین برای مثال، اگر خواهان بتواند حسب قواعد صلاحیت قضایی به دادگاه محل انعقاد عقد، دادگاه محل اجرای عقد و یا به دادگاه محل اقامت خوانده مراجعه نماید، در این صورت ممکن است براساس قانون اقامتگاه خوانده حکم به صحت انتخاب قانون حاکم بدهند. در حالی که بر طبق قواعد حل تعارض قانون محل انعقاد قرارداد، حکم به صحت انتخاب قواعد تکمیلی داده و بر اساس قواعد حل تعارض قانون محل اجراء قرارداد، حکم به عدم صحت انتخاب قواعد تکمیلی و امری بدهند.

خلاصه آنکه، صلاحیت قضایی اثر بنیانی در صلاحیت قانونی خواهد داشت. مضافاً بر اینکه انتخاب دادگاه صالح غالباً در اختیار خواهان بوده و در نتیجه آثار تعهدات قراردادی در اختیار احد از طرفین قرارداد است.

به هر جهت علی‌رغم انتقادات وارده بر این نظریه، این نکته شایان توجه است که حقوقدان صاحب نظر سعی نموده که به اشکالات مطرح شده توسط مخالفان حاکمیت اراده پاسخ گوید و نیاز به این اصل را در قوالب حقوقی توجیه نماید. همچنین، به جهت پاسخگویی به همین نیاز است که در کنوانسیون‌های بین‌المللی متعدد، اصل حاکمیت اراده پذیرفته می‌شود.

۲۰) حاکمیت اراده در کنوانسیون‌های بین‌المللی: در ماده ۲ کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در خصوص «قانون حاکم بر بیع بین‌المللی اموال مادی منقول» و همچنین در کنوانسیون لاهه مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در خصوص «قرارداد حق‌العمل کاری و نمایندگی» و در نهایت در کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۵ ناظر به «قانون

حاکم بر تعهدات قراردادی» که از ۱ آوریل ۱۹۹۱ قابل اعمال است، به صراحت به طرفین حق انتخاب قانون حاکم را داده‌اند (۲۸).

جالب اینکه، حتی در نظام حقوقی فرانسه که متأثر از اندیشه باتیفول «نظریه پایگاه قرارداد» را در بعضی از آراء محاکم می‌توان یافت، رویه قضایی حتی قبل از تصویب این کنوانسیون، اصل حاکمیت اراده مذکور در این کنوانسیون را به عنوان قاعده عرفی حاکم بر قراردادها اعمال می‌نماید.

در این کنوانسیون حتی در خصوص مسئله «قصد و رضا» که داخل در مسائل قراردادها بوده و از مسائل اهلیت محسوب نمی‌گردد، مشمول قانون انتخاب طرفین است و لو اینکه از نظر منطقی ممکن نیست شرایط وجود قصد و رضا که مقدم بر اراده انتخاب قانون حاکم است، به وسیله این قانون مؤخر تبیین گردد.

همچنین، اهمیت اصل حاکمیت اراده به حدی بوده که حتی در بعضی از کشورها، مانند آلمان، دانمارک، بلژیک و لوکزامبورگ، مفاد کنوانسیون رم را قبل از تصویب آن در قوانین موضوعه وارد نموده‌اند (۲۹).

باری، اصل حاکمیت اراده در نظام‌های مختلف و کنوانسیون‌های متعدد پذیرفته شده است. اما این پذیرش هرگز بی قید و شرط نیست.

**۲۱) محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون‌ها:** اگر امروزه و به ویژه تحت تأثیر کنوانسیون رم در کشورهای اروپایی طرفین می‌توانند قانونی را انتخاب نمایند که با قرارداد رابطه واقعی ندارد، ولی محدودیت‌هایی بر این آزادی انتخاب وجود دارد. در کنوانسیون رم که شاه بیت اصل حاکمیت اراده بوده و در آن به طرفین اجازه می‌دهند که به هر قسمت از قرارداد، قانون کشوری را حاکم نمایند و به آنها اختیار داده شده که در حین اجرای قرارداد قانون حاکم بر آن قرارداد را تغییر دهند به شرط آنکه این تغییر به ضرر اشخاص ثالث نباشد، محدودیت‌هایی عمده بر این اصل حاکمیت اراده وارد شده است.

براساس مفاد ماده ۳ این کنوانسیون، قواعد آمره کشوری که قرارداد با آن رابطه واقعی دارد بایستی مورد احترام طرفین قرار گیرد. همچنین، براساس مفاد ماده ۷، حاکمیت اراده بایستی قواعد آمره مقرر دادگاه را نقض نماید. بنابراین، اگر انتخاب قانون حاکم بر خلاف قواعد آمره قانون مقرر دادگاه و یا برخلاف قواعد آمره قانون کشوری



باشد که به نحوی ارتباط واقعی با قرارداد دارد، این انتخاب فاقد اثر است (۳۰). همچنین براساس ماده ۶ و ماده ۷ کنوانسیون قانون محل اجرای قرارداد کار و قانون محل اقامتگاه مصرف کنندگان دارای اولویت در اعمال می‌باشند (۳۱).

خلاصه آنکه می‌توان گفت که به‌رغم شهرت نظریه حاکمیت مطلق اراده همواره محدودیت‌هایی برای انتخاب قانون حاکم وجود داشته که متأثر از شرایط اجتماعی و اقتصادی زمان وضع قانون می‌باشد. محدودیت‌هایی که امروزه، کم‌وبیش در قالب حکومت قهری «قوانین ناظر به انتظامات» متبلور می‌گردد. به هر جهت می‌توان گفت که اراده افراد نقش عمده‌ای را در تعیین قانون حاکم دارد ولی تمامی نقش را دارا نیست. باری مطالعه نقش اراده در تعیین قانون حاکم این سؤال را بر می‌انگیزد که اراده به چه صورت می‌تواند در تعیین قانون حاکم نقش داشته باشد.

۲۲) نحوه اعلان اراده: اراده صریح و اراده ضمنی. گاه ممکن است که طرفین قرارداد به صراحت و در ضمن شرطی قراردادی قانون کشور خاصی را نسبت به قرارداد خود حاکم نمایند. در این صورت، قاضی محکمه به سادگی می‌تواند اراده طرفین را تشخیص داده قانون معینی را نسبت به قرارداد حاکم کند. اما، در عمل غالب موارد، تجار در حین انعقاد عقد به هیچ وجه توجهی به تعیین قانون حاکم ندارند و یا توافق بر تعیین قانون حاکم حاصل نمی‌گردد. در اینجا حقوق‌دانان سعی کرده‌اند بر مبنای اراده ضمنی، قانون حاکم بر قرارداد را تشخیص دهند. وانگهی ذکر این نکته ضروری است که اراده ضمنی (۳۲) مورد انتقاد بعضی از حقوق‌دانان بزرگ قرار گرفته است. نیبویا، معتقد است (۳۳) که اگر طرفین قرارداد در حین انعقاد عقد، توجهی به تعیین قانون حاکم نداشته‌اند، چگونه می‌توان از فقدان اراده آنها اراده ضمنی را استنباط نمود. به نظر ایشان در این مورد رابطه علت و معلولی وجود ندارد، زیرا اراده به عنوان علت اعمال قانون و اعمال قانونی خود معلول این اراده است. حال اگر اراده تعیین قانون حاکم وجود نداشته باشد، به چه دلیلی می‌توان وجود معلول را توجیه نمود.

همچنین در فرضی که طرفین به دلیل عدم توافق نتوانسته‌اند قانون حاکم بر قرارداد خود را تعیین نمایند، در این صورت اراده مشترک آنها بر عدم تعیین قانون حاکم بوده است. حال چگونه می‌توان در فرضی که اراده مشترک بر عدم تعیین قانون حاکم بوده،

اراده ضمنی را به آنها نسبت داد.

به نظر می‌رسد که در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که منظور از اراده ضمنی، در واقع همان اراده فرضی است. به این صورت که اگر طرفین محذوری در تعیین قانون حاکم نمی‌داشتند و می‌خواستند روابط قراردادی خود را مشمول قانون خاصی بنمایند، قانون چه کشوری را انتخاب می‌کردند؟

در این صورت، قاضی برای رفع تحیر خود و به جهت حل و فصل دعوی، قانونی را انتخاب می‌نماید که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد. در این سیر منطقی، قاضی به این نتیجه می‌رسد که اراده سالم و عاری از قصد تقلب همواره قانونی را انتخاب می‌نماید که با قرارداد دارای ارتباط منطقی باشد. ولی سؤالی که مطرح می‌شود که بر مبنای چه منطقی بایستی قانونی را برگزید که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد؟ در واقع اراده ضمنی طرفین از چه منطقی پیروی می‌نماید؟

۲۳) مفاد اراده ضمنی: اراده ضمنی طرفین چه قانونی را می‌تواند نسبت به قرارداد حاکم نماید؟ مطالعه نظام‌های حقوقی مختلف و سیر تحول حقوق بین‌الملل خصوصی به ما نشان می‌دهد که برای تفسیر اراده ضمنی طرفین از دو روش استفاده شده است. ۱- روش تعیین مرکزیت قضایی قرارداد ۲- روش تعیین مرکزیت اقتصادی قرارداد.

### ۱- روش تعیین پایگاه حقوقی قرارداد

در این روش قاضی بایستی به ابزار سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی متمسک شود و قانون حاکم بر قرارداد را براساس «امارات قضایی خاص و عام» تعیین نماید (۳۴).

از جمله مهم‌ترین امارات خاص می‌توان از موارد زیرین نام برد:

قانون محل وقوع مال موضوع معامله، قانون ملی مشترک طرفین در فرضی که طرفین تابع قانون ملی یگانه‌ای باشند (۳۵)، زبان مرجح در تفسیر قرارداد، سوابق روابط قراردادی طرفین، عملکرد طرفین بعد از انعقاد قرارداد و غیره که در هر قراردادی به قاضی امکان تعیین قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، می‌دهد.

وانگهی قاضی در تعیین مرکز اصلی عقد می‌تواند از «امارات عام» نیز استفاده نماید که مربوط به قرارداد خاصی نیست و در هر نوع قرارداد قابل اعمال است.

قاضی می‌تواند قرارداد را تابع محل انعقاد آن و یا تابع محل اجرای قرارداد بداند، چه اینکه هر قراردادی به عنوان پدیده‌ای اجتماعی در مکان خاصی متمرکز است. بنابراین می‌توان قانون محل انعقاد و یا محل اجرای عقد را برگزید.

اگر در نظریه منکران حاکمیت اراده، «قانون» محل انعقاد و یا محل اجرای عقد به عنوان تبلور حاکمیت دولت‌ها دارای تقدس ذاتی بود، در نظر اندیشمندان هوادار اصل حاکمیت اراده، حکومت قانون محل انعقاد و یا محل اجرای عقد مبتنی بر اراده ضمنی طرفین قرارداد می‌باشد.

همان‌طور که قبلاً گفته شد، حکومت هر کدام از این قوانین مورد نقد و بررسی حقوقدانان قرار گرفته و در نهایت گروهی متأثر از نظرات ساوینی، حقوقدان آلمانی، قرارداد را تابع قانون محل اجرای عقد دانسته‌اند. به نظر ایشان، هدف از انعقاد قرارداد، اجرای آن است. بنابراین باید قانون محل اجرای عقد را بر قرارداد حاکم نمود. در مقابل عده‌ای دیگر از حقوقدانان معتقد به حکومت قانون محل انعقاد عقد بوده و رویه قضای فرانسه، علی‌رغم توجیحات باتیفول، به نظر می‌رسد گرایش به اعمال این قانون داشته است (۳۶). خلاصه آنکه در این روش صرف قضایی، دادرس با توجه به ارتکاز عرفی عقد قانون معینی را بر آن اعمال می‌نماید. در مقابل این روش می‌توان از روش تعیین مرکزیت اقتصادی عقد نام برد.

## ۲- روش تعیین مرکزیت اقتصادی قرارداد

در این روش به ماهیت اقتصادی قرارداد توجه می‌شود. قرارداد در واقع ابزار اقتصادی انتقال سرمایه است. و در این صورت باید به این پدیده اجتماعی بیش از هر چیزی به عنوان پدیده اقتصادی توجه نمود و مرکز ثقل اقتصادی قرارداد را تشخیص داد. این طرز تفکر در نظام حقوقی کشور سوئیس و آمریکا یافت می‌شود. در این نظام‌ها، قراردادها مشمول قانون کشوری است که بیشترین و اساسی‌ترین ارتباط را با وی دارد، و قرارداد بیشترین ارتباط را با کشوری دارد که اقامتگاه طرفی که عهده‌دار عوض اصلی معامله و یا تعهد اصلی قرارداد است، در آنجا مستقر می‌باشد.

بنابراین در قرارداد بیع، بایستی به قانون کشور محل اقامت بایع مراجعه نمود، چه

اینکه مبیع عوض اصلی معامله محسوب می‌گردد. همین طرز تفکر در کنوانسیون لاهه ناظر به «بیع بین‌المللی اموال عینی منقول» حاکم است، چه اینکه در ماده ۳ آن به صراحت این نظریه پذیرفته شده است. اما حکومت قانون محل اقامتگاه بایع نمی‌تواند منافع کشورهای در حال توسعه را حفظ نماید، چه اینکه این کشورها به عنوان کشورهای میزبان سرمایه خارجی و خریدار کالاهای کشورهای صنعتی قهرأ مشمول قانون کشور خارجی می‌گردند. به همین جهت و به خاطر حفظ منافع این کشورها (۳۷) در ماده ۴ این کنوانسیون در واقع در صورتی که بیع در کشور خریدار واقع گردد، قانون محل اقامتگاه مشتری را اعمال می‌نمایند (۳۸) که در عمل همان قانون محل انعقاد عقد است.

اما در کنوانسیون لاهه ناظر به قرارداد حق‌العمل کاری و نمایندگی نیز قرارداد با قانون محل فعالیت حق‌العمل کاری و نماینده، یعنی در واقع با قانون مرکز اصلی شرکت (به این دلیل که در عمل کلیه این معاملات از طریق شرکت‌ها صورت می‌گیرد) بیشترین ارتباط را داشته و مشمول همان قانون است (۳۹).

این گرایش در کنوانسیون رم به صراحت یافت می‌شود، چه اینکه براساس بند ۲ ماده ۴ این کنوانسیون، قانون محل اقامت طرفی که متعهد به انجام تعهد اصلی است، معیار تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی می‌باشد (۴۰).

همین گرایش را می‌توان در نظریه علمای حقوق در خصوص قراردادهای بانکی پیدا کرد (۴۱)، چه اینکه قانون محل اقامتگاه بانک را به عنوان قانون کشوری که تعهد اصلی در آنجا متمرکز است، نسبت به قراردادهای بانکی قابل اعمال دانسته‌اند.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در صورت سکوت طرفین، گرایش کنونی بر اعمال قانون کشوری است که مرکزیت اقتصادی عقد در آنجا واقع شده است و در این راه همواره سعی در اعمال قانون کشوری می‌نمایند که محل اقامت طرفی است که عهده‌دار تعهد اصلی می‌باشد.

وانگهی این سؤال قابل تأمل است که اصل حاکمیت اراده به طرفین امکان انتخاب چه قواعدی را می‌دهد؟ به عبارت دیگر، چه چیزی متعلق این حق انتخاب است؟ طرفین قرارداد می‌توانند قانون یا قوانین معینی را انتخاب نمایند. ولی آیا می‌توانند عرف‌های بازرگانی را نیز به عنوان یک نظام حقوقی حاکم بر قرارداد انتخاب کنند.

۲۴) انتخاب قانون حاکم: در نظام‌های حقوقی که اصول کنوانسیون رم را پذیرفته‌اند، اصل حاکمیت اراده، و با توجه به محدودیتهای مندرج در آن کنوانسیون به طرفین اجازه انتخاب قانون معینی را می‌دهد. بنابراین طرفین می‌توانند قانون کشور معینی را نسبت به قرارداد خود حاکم نمایند. این اصل حاکمیت اراده همچنین به طرفین اجازه می‌دهد که در هر قسمت از قرارداد، قانون معینی را اعمال نمایند. بر طبق این اصل طرفین می‌توانند در حین اجرای قرارداد قانون حاکم بر آن را تغییر دهند، مشروط به اینکه این تغییر موجب ضرر اشخاص ثالث نگردد. براساس این طرز تلقی طرفین می‌توانند در هر زمانی، قبل و یا بعد از انعقاد قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نمایند.

مع‌هذا باید به این نکته توجه داشت که اگر در نظریه حاضر، زمان انتخاب تأثیری در صحت و بطلان شرط تعیین قانون حاکم ندارد، در طرز تفکری که اراده را جزئی از قرارداد دانسته که فقط پایگاه قرارداد را تعیین می‌نماید، این انتخاب فاقد اثر است. در واقع انتخاب واقعی قانون حاکم به مانند سایر شرایط و تعهدات قراردادی در لحظه انعقاد قرارداد واقعی تلقی می‌گردد و انتخاب قانون حاکم قبل از انعقاد عقد، تعهدی فاقد موضوع بوده و باطل است و همچنین انتخاب لاحق بر انعقاد قرارداد اصلی نیز بایستی نوعی تغییر تعهدات قراردادی محسوب گردد.

به همین صورت، در نظام حقوقی آمریکا، طرفین حق انتخاب قانون خارجی را دارند مشروط به اینکه این انتخاب با حسن‌نیت بوده و با قرارداد ارتباط منطقی داشته باشد. این شرط ارتباط منطقی به طرفین اجازه انتخاب قانون محل انعقاد و یا قانون محل اجرای عقد را می‌دهد (۴۲).

۲۵) انتخاب تخییری و انتخاب مشروط و انتخاب قانون کشور شناسایی نشده: این سؤال مطرح می‌شود که آیا اصل حاکمیت اراده اجازه انتخاب دو قانون به نحو تخییری و مشروط را می‌دهد؟ برای مثال، در قرارداد منعقد بین طرف ایرانی و شرکت حمل و نقل خارجی شرط می‌نمایند که شرکت حمل و نقل می‌تواند در صورت بروز دعوی، از بین قوانین دولت ایران، دولت آلمان و دولت انگلستان، یکی را به عنوان قانون حاکم بر دعوی انتخاب نماید (۴۳). یا اینکه طرفین شرط می‌نمایند که اگر بایع طرح دعوی نماید، دعوی مشمول قانون کشور مشتری و اگر مشتری اقامه دعوی نماید، مشمول قانون کشور

بایع گردد. رویه قضایی انگلستان، قبل از الحاق به کنوانسیون رم، در مورد این شرط تخییری صریح می‌باشد. قاضی انگلیسی نظر می‌دهد که: «انتخاب قانون حاکم بر قرارداد امری اساسی در قراردادها است زیرا مربوط به احکام ناظر به تشکیل تعهدات، اعتبار تعهدات و تفسیر و اجرای تعهدات می‌باشد. بنابراین انتخاب قانون حاکم باید به نحو قطعی از بدو انعقاد عقد صورت گیرد و نباید به صورت امری غیرقطعی و در اختیار یک طرف معامله قرار گیرد.» (۴۴)

این نظریه قاضی انگلیسی، در نظام حقوقی کشورهای که فقط انتخاب قانون مرتبط با قرارداد را جایز می‌دانند، قابل پذیرش است. حتی به نظر نگارنده اگر بعد از تصویب کنوانسیون رم نیز این گونه شرط قراردادی در مقابل دادگاه انگلیسی مطرح شود، قاضی همان نظر منطقی سابق را برمی‌گزیند. در واقع انتخاب قانون حاکم نبایستی در اختیار احد از متعاقدين باشد، چه اینکه انتخاب قانون حاکم بر حدود تعهدات طرفین تأثیر اساسی دارد. برای مثال، اگر قرارداد بیعی مشمول قانون ایران باشد، به محض انعقاد عقد، مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌گردد. حال اگر همین قرارداد مشمول قانون آلمان می‌بود، انتقال مالکیت بعد از تسلیم صورت می‌گیرد. بنابراین، ملاحظه می‌شود که حتی در قرارداد ساده بیع نیز حقوق طرفین قرارداد تابع قانون حاکم بر قرارداد است. بنابراین، این‌گونه شرطی بلااثر است.

همچنین این سؤال مطرح می‌شود که آیا طرفین قرارداد می‌توانند قانون کشوری را انتخاب نمایند که آن کشور مورد شناسایی کشور مقرر دادگاه نشده باشد؟ برای پاسخ به این سؤال می‌توان بین دو فرض قائل به اختلاف شد:

فرض اول) در زمان تعیین قانون حاکم توسط طرفین و در واقع دولت خارجی مورد شناسایی دولت میزبان قرار نگرفته باشد که در این صورت می‌بایستی بین مرحله ایجاد حق و اثرگذاری آن فرق قائل شد.

اگر قرارداد در کشور ثالثی منعقد گردد در واقع حق در کشور ثالثی ایجاد شده باشد (کشوری که دولت کشور دیگر را به رسمیت می‌شناسد) و آن‌گاه این حق مکتسبه در مقابل دادگاه دیگری (دادگاه کشوری که از شناسایی دولت خارجی سر باز می‌زند) مطرح گردد، به نظر می‌رسد که چون حق در مرحله ایجاد و تحت حکومت قانون

خارجی به درستی ایجاد شده است، در این صورت در مرحله اثرگذاری نیز در صورت عدم برخورد با مانع تقلب نسبت به قانون و مانع نظم عمومی بین‌المللی قابل اعمال خواهد بود.

اگر قرارداد در کشوری منعقد گردد که آن کشور در حین انعقاد قرارداد و انتخاب قانون حاکم از شناسایی کشور دیگری که قانون وی را به عنوان قانون حاکم انتخاب نموده‌اند سرباز می‌زند، در این صورت به نظر می‌رسد که انتخاب قانون حاکم به معنای انتخاب قانون خارجی به عنوان یک سیستم حقوقی نبوده و بلکه در واقع به معنای اندراج مفاد قانون خارجی در قرارداد می‌باشد. در این صورت قاضی بایستی بر اساس مجموع شرایط قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نماید و آنگاه در محدوده قانون حاکم شرایط قراردادی را در مجموع تحلیل کند.

فرض دوم) اگر در حین انعقاد قرارداد دولت خارجی مورد شناسایی قرار گرفته ولی در حین اجرای قرارداد شخصیت حقوقی دولت خارجی مورد انکار قرار گیرد، در این صورت به نظر می‌رسد که قانون خارجی فاقد اثر بوده و بایستی قائل به حکومت قانون مقرر دادگاه گردید (۴۵).

۲۶) انتخاب عرف‌های بازرگانی، قانون بازرگانی فراملی: بی‌آنکه مجال تحلیل نظریات هواداران و مخالفان این نظر حقوقی نوین وجود داشته باشد، مطالعه آراء داور، کنوانسیون رم و همچنین رویه قضایی بعضی محاکم، مؤید این قدر متیقن است که نظام بازرگانی فراملی در روابط تجاری به رسمیت شناخته شده است.

داوران به عنوان یکی از عناصر تدوین‌کننده این نظم تجاری جهانی، از معاضدت بی‌دریغ حقوقدانان هوادار این نظم بهره می‌برند و حتی به نظر می‌رسد که هدف از مخالفت مخالفان نیز تکمیل نواقص این سیستم است. در کنار داوران و حقوقدانان، متخصصان علم و فن تجارت نیز به اندیشه ایجاد وفاق جهانی در کار تدوین قراردادهای نمونه و منابع قابل ارجاع قراردادی هستند (۴۶). بنابراین نظام نوینی در روابط تجاری در حال نضج بوده و به عنوان امری واقعی مورد شناسایی قرار می‌گیرد و به‌رغم انکار منکران در دعاوی تجاری مورد استناد قرار گرفته و رای صادره بر این مبنا نیز در دادگاه‌ها شناسایی و اجرا می‌شود.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا انتخاب قانون بازرگانی فراملی در قرارداد، با این اشکال مواجه نیست که قرارداد منعقد شده فاقد قانون حاکم می‌باشد؟ همان‌طور که گفته شد، اراده در بستر قانون می‌تواند مؤثر باشد. بنابراین قرارداد بدون قانون وجود ندارد و هر قراردادی قهراً تابع قانون معینی است و عرف‌های بازرگانی که امروزه به عنوان قانون بازرگانی فراملی نامیده شده، فاقد نظم و انتظام لازم یک نظام حقوقی است.

در پاسخ گفته شده که نایستی ارزش قانون بازرگانی فراملی را در حد حربه‌ای جهت توجیه عملی «قرارداد بدون قانون» دانست (۴۷). قانون بازرگانی فراملی دارای همه خصوصیات یک نظام حقوقی بوده و به مانند همه آنها نیز دارای قواعد و استثنائات بوده (۴۸) و به نحو کاملی پاسخگوی نیاز روابط تجاری بین‌المللی می‌باشد. بنابراین، طرفین می‌توانند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به این نظام حقوقی التجا نمایند.

۲۷) طرق اعمال: گفتنی است که اهمیت رو به تزاید این نظام چنان است که حتی در بعضی از آراء صادره توسط مراجع داوری، در صورتی که در شرایط قراردادی به حکومت توام با قانون کشور معینی و نظام بازرگانی فراملی اشاره گردد، دادگاه داوری قانون بازرگانی فراملی را اجرا و یا حداقل قواعد حقوق داخلی را در پرتو قانون بازرگانی فراملی تفسیر می‌نماید و حتی در بعضی موارد بدون ارجاع صریح طرفین و به عذر سکوت قانون حاکم، قواعد این نظام را اعمال کرده است. برای مثال، در دعوی دالیکو (۴۹) بین شرکت لیبیایی و شرکت دانمارکی، دادگاه داوری که در پاریس تشکیل گردید و سپس دیوان تمیز فرانسه، به رغم اینکه در قرارداد قانون لیبی را بر دعوی حاکم دانسته‌اند، قائل به حکومت قانون بازرگانی فراملی می‌گردد. همچنین در دعوی فرامنتوم (۵۰)، دادگاه در تفسیر قانون حاکم همواره به قواعد بازرگانی فراملی تمسک نموده است و قانون حاکم را در پرتو قواعد بازرگانی فراملی تفسیر می‌نماید. همچنین در دعوی اس. پ. پ. علیه دولت مصر، دادگاه داوری (۵۱) به رغم نظریه مخالف داور مصری، معتقد است که قانون مصر در زمینه محاسبه بهره، فاقد قواعد حقوقی بوده و برای جبران این خلا قانونی قائل به حکومت نظام بازرگانی فراملی می‌گردد.

۲۸) قواعد حاکم بر قراردادها در قانون بازرگانی فراملی: قواعد این نظام حقوقی، در



زمینه قراردادهای تجاری بین‌المللی حائز اهمیت خاصی است. زیرا همان‌طور که گفته شد روابط بین‌المللی تجاری مبتنی بر نظام قراردادی می‌باشد و به همین جهت قواعد بازرگانی فراملی در این زمینه از غنای خاصی برخوردار است.

داور بین‌المللی در مقام اجرای قواعد این نظام فراملی از روش اصولی خاصی پیروی می‌نماید. ابتدائاً وی در مقام احراز انعقاد قرارداد به بررسی اهلیت طرفین معامله و حدود اختیارات آنها می‌پردازد و سپس قانونی بودن موضوع تعهد و فقدان اشتباه و اکراه و تدلیس و تقلب در معامله را بررسی می‌نماید. اما آنچه که داور را در این تحلیل حقوقی از قاضی داخلی متمایز می‌نماید تمسک بیش از حد وی به «فروشی»<sup>۱</sup> است که منبث از او و یا مشترک در بعضی نظام‌های حقوقی است که به عنوان پایه و اساس روابط تجاری مطرح شده است. وقتی که داور در مقام احراز اهلیت و حدود اختیارات طرفین قرارداد می‌باشد، بیش از آنکه به احراز این دو عنصر بپردازد، بر اساس نظریه «ظهور»<sup>۲</sup> به عملکرد اشخاص حقیقی و کردار نمایندگان اشخاص حقوقی به عنوان اماره‌ای در جهت جریان «اصل صحت» استفاده می‌نماید (۵۲). در این طرز بینش، اگر به ظاهر، شخص طرف قرارداد دارای اهلیت بوده و یا اینکه در حین انعقاد قرارداد، هیچ اشاره‌ای به محدودیت اختیارات خود ننموده است، در این صورت قرارداد منعقد صحیح بوده و بعداً نمی‌توان به عذر فقدان اهلیت و یا فقد اختیارات لازم و مستند به حقوق داخلی تقاضای بطلان قرارداد را نمود. «منع گفتار و کردار معارض» (۵۳)، «ضرورت احترام به اعتمادی که در طرف مقابل در حین انعقاد عقد برانگیخته شده» (۵۴) و همچنین «رعایت نظم واقعاً بین‌المللی در روابط تجاری» ایجاب می‌نماید که به این «ظاهر» اعتماد کرده و قرارداد را صحیح تلقی نمایند. حتی در بعضی از نظریات، از این نیز فراتر رفته و تفسیری موسع از اصل صحت نموده، به این صورت که در روابط تجاری بین‌المللی به صرف ورود اشخاص در روابط قراردادی، اصل بر دارا بودن اهلیت و دارا بودن اختیارات بوده و عذر عدم اهلیت و فقد اختیارات قابل استناد در مقابل اشخاص ثالث نمی‌باشد (۵۵).  
به همین صورت، در خصوص اشتباه در موضوع تعهد، داوران این فرض را

1. Fictions.

2. Apparence.

برگزیده‌اند که در قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفین دارای صلاحیت فنی لازم جهت بررسی موضوع تعهد و آنگاه تصدیق و تصویب آن بوده و عذر اشتباه اساسی در موضوع تعهد مسموع نمی‌باشد (۵۶). در این روش داوران به جای استناد به «بطلان» از روش حقوقی «عدم قابلیت استناد» استفاده می‌نمایند و در نتیجه آثار ادعای طرف قرارداد را بی‌اثر می‌نمایند (۵۷).

بنابراین ملاحظه می‌شود که براساس امارات خاص، داوران همواره سعی در جریان اصل صحت در قراردادهای بین‌المللی دارند. مع‌هذا، این طرز نگرش، مورد انکار حقوقدانان هوادار این نظام قرار می‌گیرد و مدعی هستند که هدف داوران توجیه «اصل صحت» نمی‌باشد. در این زمینه و برای اثبات نظرات خود به آراء داوری استناد می‌نمایند که پرداخت رشوه جهت انعقاد قرارداد را غیراخلاقی و در نتیجه دعوی مبتنی بر این نوع قراردادها را غیرمسموع و حتی به نظر بعضی از ایشان قرارداد را باید باطل دانست (۵۸).

**۲۹) حفظ منافع کشورهای در حال توسعه:** در راستای این طرز تفکر می‌توان به سه اصل مهم این نظام بازرگانی فراملی استناد نمود که می‌تواند در جهت حفظ منافع کشورهای در حال توسعه مفید باشد، به امید آنکه این سلاح برا، شاید روزی به صورت یک نظام منظم، کاملاً در خدمت آنان درآید.

«اصل منع سوءاستفاده از تفوق اقتصادی» به کشورهای در حال توسعه اجازه می‌دهد که واقعیت تساوی اقتصادی طرفین قرارداد را به داوران تفهیم نمایند و از این برهه از شدت و حدت مسئولیت قراردادی خود بکاهند.

همچنین، بایستی به این واقعیت توجه داشت که در کشورهای در حال توسعه به دلیل عدم تخصص فنی لازم و فقدان انضباط کامل در اجرای تعهدات قراردادی، که خود مورد قبول کشورهای توسعه یافته است، فرض تساوی در صلاحیت فنی طرفین مخدوش است. در قراردادهای فنی به سختی می‌توان بر این باور بود که طرفین قرارداد از تخصص و کارایی فنی مساوی برخوردار می‌باشند. بنابراین، دور از انصاف است که به طرف قراردادی که دارای تخصص لازم نمی‌باشد، مسئولیت قراردادی سنگینی را تحمیل نمود. جا دارد در این زمینه به دعوی بین دولت لیبی و دو شرکت ایتالیایی توجه نمود (۵۹). در این دعوی دولت لیبی به عنوان کارفرمای پروژه ساخت موج‌گیری در ساحل

بندر، اطلاعات جمع‌آوری شده توسط مشاوران فنی خود را در اختیار پیمانکار ایتالیایی قرار می‌دهد و آنان نیز براساس اطلاعات ارائه شده مبادرت به ساخت موج‌گیر می‌نمایند. وانگهی از نظر ارتفاع، موج‌گیر ساخته شده پنج متر کوتاه می‌باشد و در نتیجه جوابگوی نیاز کارفرما نیست. دادگاه داوری با تحلیل مآوقع و انتقاد به کارفرما که توانسته اطلاعات لازم و صحیح را علی‌رغم مدت طولانی مطالعات مقدماتی و تکمیلی و به‌رغم نظارت در اجرای قرارداد، تهیه و در اختیار پیمانکار قرار دهد، وی را مقصر می‌داند. وانگهی علی‌رغم قصور کارفرما، پیمانکار نیز به دلیل تخصص خود می‌بایستی به عدم کفایت ارتفاع موج‌گیر با توجه به شرایط آب و هوایی منطقه آگاه باشد. اگرچه بعضی از حقوق‌دانان این فرض را استثنا بر قاعده و فقط در خصوص شرایط آب هوایی در قراردادهای مشمول شرایط عمومی تهیه شده توسط F.I.D.I.C دانسته‌اند، ولی به نظر می‌رسد که ملاک رأی حاضر در سایر موارد نیز که به واقع تساوی در صلاحیت فنی منتفی است، قابل اعمال است. در این دعوی، داور پیمانکار را نیز مقصر دانسته و آنگاه مبادرت به تقسیم خسارت می‌نماید و در نتیجه کارفرما از تحمل تمامی ضرر معاف می‌گردد.

در آخر، می‌توان از اصل «تعهد به تقلیل خسارت طرف مقابل» نام برد که بر طبق آن طرفین مکلف به اجرای قرارداد با حسن‌نیت می‌باشند و بنابراین اگر دلایلی وجود دارد که انجام تعهد از طرف آنها ممکن نمی‌باشد، بایستی تمامی تلاش خود را کرده که خسارت طرف مقابل به حداقل برسد. بنابراین در بسیاری از قراردادها که به واسطه تغییر حکومت‌ها و یا تغییر سیاست‌های اقتصادی دولت و غیره که امکان انجام تعهد وجود ندارد و از مصادیق قوه قاهره نیز برای مثال محسوب نمی‌گردد، طرف مقابل نیز که آگاه به این تغییرات نبایستی از فرصت بهره‌جسته و با انجام مابقی تعهدات که قابلیت استفاده بعدی را برای متعهدله ندارد، وی را در تکلیف به پرداخت قرار دهد.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، در این روش‌های پیشنهادی، در نهایت از بار مسئولیت طرف قرارداد کاسته می‌شود و فقط راه‌حلی برای تعدیل بر مشکل حاضر بوده و دفاع کامل از حقوق کشورهای در حال توسعه موکول به ارائه سیستم حقوقی کاملی است که تمام جوانب فعالیت اقتصادی در این کشورها را در نظر بگیرد.

باری، مطالعه اجمالی ماهیت قانون انتخابی، به ما نشان داد که طرفین قرارداد

می‌توانند قانون ملی و یا قانون بازرگانی فراملی را در قرارداد خود لحاظ نمایند. ولی این سؤال مطرح است که انتخاب این قانون چه تأثیری در ماهیت قانون انتخابی دارد؟

۳۰) **انتخاب قانون حاکم:** انتخاب یک نظام حقوقی پویا: ممکن است بر این باور بود که انتخاب قانون حاکم به این معنی است که طرفین قرارداد به جای تصریح همه شرایط قراردادی که خود کاری بسیار سخت و مستلزم صرف وقت و هزینه خواهد بود، ترجیح داده که قانون کشور معین و یا نظام حقوقی معینی را برگزینند و از این راه تمامی مقررات قانون انتخابی را به عنوان جزئی از قرارداد خود قرار دهند. در این صورت، انتخاب قانون حاکم سبب می‌شود که قانون انتخابی جدا از سیستم حقوقی آن و به عنوان جزء قرارداد، به صورت ثابت و لایتغیر درآید. بنابراین در این بینش، قانون از ماهیت پویای خود تهی می‌گردد و تغییرات بعدی آن نسبت به قرارداد جاری نمی‌شود.

در مقابل و تحت تأثیر نظریات جدید حقوقی ممکن است بر این باور بود که انتخاب قانون حاکم به این معنی است که قرارداد در فضای قانون انتخابی دارای اثر است و اگر طرفین قانون آلمان را بر قرارداد خود حاکم دانسته‌اند، قرارداد آنها مشمول قانون آلمان خواهد بود و تمامی تغییرات بعدی قانون نیز نسبت به آنها حاکم است. در این دیدگاه قرارداد دارای هویت خاصی می‌گردد و همواره متأثر از آن هویت خارجی خود است. خلاصه آنکه قرارداد در این فرض «قرارداد آلمانی» محسوب می‌گردد و متأثر از تغییرات حقوق آلمان می‌باشد.

امروزه اگرچه این نظریه پذیرفته شده، ولی به طرفین اجازه می‌دهند که در قرارداد خود شرط نمایند که قانون خارجی به عنوان جزئی از قرارداد در نظر گرفته شده و تغییرات بعدی قانون نسبت به قرارداد قابل اعمال نمی‌باشد. در این صورت این اشکال وجود دارد که در این صورت قرارداد بدون قانون محسوب می‌گردد، چه اینکه قانون تهی از پویایی و فاقد وصف قانون قابل انتخاب در قراردادهای تجاری بین‌المللی است. وانگهی به‌رغم این ایراد، این شرط در داوریه‌های بین‌المللی پذیرفته می‌شود (۶۰).

۳۱) نتیجه: در این مطالعه آنچه محل تأمل است، این نکته می‌باشد که سیر تاریخی حقوق بین‌الملل خصوصی در زمینه قراردادهای تجاری از انکار مطلق اصل حاکمیت اراده شروع شده و به تدریج با گذار از مرحله تعیین پایگاه قرارداد که مؤید آزادی در

انتخاب قانون مرتبط و واقعی می‌باشد در اروپا به اصل آزادی اراده نزدیک‌تر و نزدیک‌تر می‌شود. اگر حقوق امریکا هنوز در این مرحله بینابینی است، حقوق کشورهای اروپایی و حتی آلمان، انگلستان و ایتالیا تحت تأثیر کنوانسیون رم به اصل آزادی اراده بهای بیشتری داده‌اند.

اما همانطور که گفته شد و با توجه به محدودیتهای وارد بر اصل حاکمیت اراده، امروزه نیز اراده هم‌چنان در قید و حصار نامحسوس قانون می‌باشد و بعید است روزی به عنوان منبع مستقل حقوق محسوب گردد. از آنجایی که هر نظام و یا هر نظم حقوقی، با توجه به شرایط خاص محل استقرار خود، در مقام وضع قاعده‌ای برای محدود کردن دایره حاکمیت اراده در تعیین قانون بوده است، بنابراین می‌توان بر این باور بود که پذیرش اصل حاکمیت مطلق اراده هم‌چنان با دشواری مواجه است و لذا شایسته می‌باشد که در مقام تفسیر قاعده حل تعارض ایرانی در خصوص قراردادها (۶۱) نیز، در اعتبار مطلق اصل حاکمیت اراده تردید روا داریم.

### یادداشت‌ها:

1. R. Lehmann, *Les commerçants en droit international privé*, Juris - Classeurs, 1992, Fas. 561, fasc. 70, p. 2, Y. Lousouarn et J. D. Bredin, *Droit de commerce international*, Paris, Siery, 1969, p. 129.
۲. به این نکته باید توجه داشت که در این نظامها امکان استناد به نظریه تجاری بودن «واقعی» (faist) عملیات وجود دارد. ولی استناد به این نظریه تجاری بودن واقعی خود در واقع نشان‌دهنده نزدیک شدن به نظریه عینی است. مضافاً بر اینکه استناد به این نظریه در جایی است که امکان استناد به سایر قواعد حقوقی وجود ندارد. حال آنکه به سادگی می‌توان باگزینش نظام مختلط دارای قواعد حقوقی نسبتاً کاملی از جهت دفاع از حقوق اشخاص ثالث، گردد.
۳. دکتر حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۱، دادگستر ۱۳۷۷، ص ۳۱ به بعد.
۴. دکتر نجاد علی الماسی، تعارض قوانین، نشر دانشگاهی ۱۳۶۸، ص ۸۶، دکتر سیدحسین صفائی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، میزان ۱۳۷۴، ص ۸۹ به بعد.
5. Lousouarn et J.D. Bredin, *Droit de commerce international*, Sirey, 1969, p. 129.
6. P. Mayer, *Droit international privé*, 1991, Montchrestien, p. 11.

7. J. P. Niboyt, La théorie de l'autonomie de la volonté, R.C.A.LA HAYE, 1927, I. p. 85., Niboyet, Traité de droit international privé français, T: V, Siery, 1948, p. 5 et s.
8. J. P. Niboyt, La theorié de l'autonomie de la volonté, R.C.A.LA HAYE, 1927, I. p. 85.
9. J. P. Niboyt, *op.cit.*, p. 86, (article).
10. P. M. North, Reform, but no revolution, General Course on Private International Law. R.C.A.LA HAYA, 1990, T. I., v. 220, p. 172.
۱۱. برای مطالعه دکترین در حقوق ایران رج. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، دادگستر، ۱۳۷۷، ذیل ماده ۶۴۸.
12. H. Batiffol, L'es conflits de lois en matier de contrats, Paris, Siery, 1938, p. 212.
13. P. Arminjon, L'objet et la méthode du droit international privé, R.C.A.LA HAYA, Droit international prive du moyen age, specialement dans l'Europe occidentale. R.C.A.LA HAYA, 1934. III., p. 547 et s., pillet, Traité pratique de droit international privé, T: II. 1924, Pqris Siery etc, p. 147 et s.
14. J. P. Niboyet, *op.cit.*, p. 9.
۱۵. اما ذکر این نکته ضروری است که این نظریه حاکمیت مطلق اراده کمتر مورد توجه جامعه حقوقی و به ویژه قضات قرار گرفته و آنچه به عنوان نظر غالب پذیرفته شده، همان حاکمیت نسبی اراده است.
16. A. Curti Gialdino, La volonté des parties en Droit International Privé, R.C.A.LA HAYA, 1972, III. T. 137, p. 77.
17. A. Curti Gialdino, *op.cit.*, p. 77 et s., Dicey and Morris, The conflict of laws, 11 edition, London stevens and sons Limited, 1987, p. 1170., Cheshire s Private international law, 9 edition, by North, London Butterzorths 1974, p. 207 et s.
18. A. Curti Gialdino, *op.cit.*, p. 77 et s.
۱۹. ولی امروزه با تصویب کنوانسیون رم این شرط نیز بی اثر گردیده است.
- P. lagarde, *op.cit.*, p. 35 et s.

20. A. Curti Gialdino, *op.cit.*, , p. 771 et s.
21. P. gothot, le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *Rev.crit. dri int. pr.*, 1971. 1 et s., 209 et s., P. Mayer., *Lois de police, Rep internat Dalloz.*, p. 1 et s.
22. P. J. Niboyet, *op.cit.*, p. 54. (article).
23. Pillet, *Traité*, T. I, p.259.
24. P. J. Niboyet., *op.cit.*, p. 64 et 65. (article).
25. H. Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé Paris 1971*, L.G.D.J., T: I, p. 214 ets., P. Mayer, *Droit international privé, Montchrestien*, 1991, p. 433.

۲۶. این نظریه، در رویه قضائی فرانسه بی تأثیر نبوده، ولی به رغم منطقی بودن آن، به عنوان نظریه غالب پذیرفته نشده است. ایراد اصلی این نظریه آن است که نقش اراده را حداقل ممکن رسانده و از آن به عنوان یکی از عناصر مبین پایگاه عقد نام می برد، حال آنکه حاکمیت اراده خصوصاً در روابط تجاری به عنوان رکن اصلی قرارداد و حتی به عنوان عنصر ایجاد «امنیت» در روابط قراردادی بین المللی در نظر گرفته شده است. انتخاب قانون حاکم به طرفین اجازه می دهد که حدود تعهدات خود و ضمانت اجرا یعدم اجرای آنها را پیش بینی نمایند. اگر به قاضی اختیار تعیین پایگاه قرارداد و در نتیجه تعیین قانون حاکم را بدهند، در واقع «قابلیت پیش بینی» طرفین به حداقل می رسد و امنیت در روابط تجاری آنها متزلزل می گردد. در پاسخ باید گفت که اراده واقعی و عاری از هرگونه شائبه تقلب همواره در جهت انتخاب قانونی می باشد که ارتباط واقعی با قرارداد دارد و طرفین نیز مسلماً از اعمال قانونی با این مشخصات واهمه ای نخواهند داشت زیرا این قانون می تواند امنیت نسبی آنان را تأمین کند. وانگهی نباید فراموش کرد که امنیت مطلق در روابط تجاری وجود ندارد و حتی در فرض انتخاب صریح قانون حاکم این احتمال قوی وجود دارد که مرجع رسیدگی کننده در تفسیر اراده و یا در تفسیر قانون حاکم راه حلی را برگزیند که نتیجه آن برای طرفین قابل پیش بینی نبوده است.

27. A. Curti Gialdino, *op.cit.*, p. 771 et s.
28. P. Mayer, *op.cit.*, p. 437., P. Lagarde, *Lenouveau droit international privé des contrats après l'entree en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 300 et s.
29. P. Lagarde, *op.cit.*, p. 35 et s.

۳۰. که گفتنی است که مفاد این مقررات با نظریه پیه (Pillet) که به هدف اجتماعی قوانین حاکم بر

قرارداد توجه داشت نزدیک است. به نظر این حقوقدان بر جسته، برسمیت شناختن اهداف اجتماعی وضع قانون مستلزم آن است که قواعد امره قانون مقر دادگاه و قواعد امره کشوری که قرارداد با آن ارتباط واقعی دارد، رعایت و همچنین برای مطالعه نقش قواعد امره بین‌المللی مراجعه شود به: Pillet, *op.cit.*, T. I, p. 10 et s, T. II, p. 236-237 گردد. رجوع شود به M. Karl Namayer, Mayer, *op.cit.*, p. 436 et s. Autonomie de la volonté et les dispositions imperatives en droit international privé, Rev. crit, dr. 1957, p. 579.

31. North, *op.cit.*, 184 et s., Jean - Michel Jacquet., Contrats, Rep. int. Dalloz., 1998, no. 23 ets.

۳۲. در این زمینه می‌توان قائل به اختلاف بین اراده صریح، ضمنی و اراده فرضی گردید. اگر طرفین تصریح به انتخاب قانون حاکم نموده باشند، اراده آنها صریح بوده و اگر از مجموع شرایط و اوضاع و احوال بتوان اراده آنها را استنباط نمود در این صورت اراده آنها ضمنی می‌باشد. در نهایت اگر هیچ دلیلی برای احراز اراده آنها یافت نگردد براساس این فرض که طرفین قرارداد در این‌گونه موارد اصولاً چه قانونی را بر می‌گزینند به تعیین اراده فرضی آنان می‌پردازیم.

33. P. J. Niboyet, *op.cit.*, p. 63. (Article).

34. Batiffol, *op.cit.*, p. (Traite).

Pillet, *op.cit.*, T: I, p. 167 et s.

۳۵. در اهمیت و اولویت این اماره:

36. P. J. Niboyet, *op.cit.*, p. 6, et s. (Article).

37. A. L. Droz. *op.cit.*, p. 258.

38. A. L. Drpz. *Ibid.*

39. A. L. Droz. *Ibid.*

40. Y. Loussouarn et J. D. Bredin, Droit de commerce international , p. 420.

41. A. L. Droz. *op.cit.*, Corpus Secundum. V: 15. Conflict of laws, n 11. ref., 40 and after. Goldman, Gaillard et Fouchard, *op.cit.*, n 1435, ref, 31.

۴۲. برای دعوی بین شرکت ایرانی وجدان علیه شرکت حمل و نقل خارجی، رجوع شود به:

North, *op.cit.*, p. 159 and A.

43. North, *op.cit.*, p. 159.

۴۴. ذکر این نکته ضروری است که در این زمینه نیز نظریات گوناگونی مطرح شده است. بعضی بر این باور بوده‌اند که در صورت عدم شناسایی دولت جدید باید قانون دولت سابق را نسبت به قرارداد اعمال نمود. این نظریه کمتر مورد استقبال قرار می‌گیرد. گروهی دیگر و به خصوص در رویه



قضایی آمریکا و آلمان و درخصوص دعای روسیه تزاری بر این باور بوده‌اند که عدم شناسایی سیاسی مانع شناسایی سیستم حقوقی جدید نمی‌شود. در این نظریه شناسایی قانون خارجی به صورت شناسایی واقعی *de facto* بوده و در این صورت منعی بر اعمال آن وجود ندارد. به نظر می‌رسد که این نظریه درست نیست چه اینکه قاضی نمی‌تواند نسبت به این مهم بی‌تفاوت باشد که حکومت متبوع وی دولت خارجی را به رسمیت نمی‌شناسد. رج.

Batiffol et Langarde, *op.cit.*, n. 258.

مضافاً بر اینکه به نظر نگارنده شناسایی «روابط حقوقی واقعی» همواره شناسایی محدود در زمان و مکان و به جهت رفع مشکل قضایی خاصی بوده و اگر بخواهیم آن را به صورت موسع تفسیر نماییم در واقع به آن همان اثری را داده‌ایم که برای «روابط حقوقی محض» به رسمیت شناخته‌ایم. برای مثال رجوع شود به مقاله نگارنده تحت عنوان شناسایی شرکت سهامی خارجی و اثر آن در حق ترافع قضایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۲، ص ۳۷ به بعد.

45. Catherin, Kessedjian, Un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international, les principes proposés par l'Unidroit., Rev. crit. dr. int. pr., 1995, p. 671 et s.
46. E. Gaillard, Trents and de lex mercatoria. Pour une application selective de la méthode des principes généraux du droit. Clunet, 1995, p. 10 et s.
47. Gaillard, *op.cit.*, p. 12.
48. Cass. 1 er Civ., 20 dec 1993, Rev. arb. 1994, p. 116, note crit. H. Gaudemet - Tallon., Rev. crit. dr. int. pr. 1994, note crit. Mayer, Clunet 194, p. 432, note approb. E. Gaillard et p. 690, note approb. E. Loquin.
49. B. Oppetit, Arbitrage et contrats d'Etat, L'arbitrage Framatome et autres Contre Atomice Energie Organisation of Iran, Clunet 1984, p. 37 et s.
50. Sentence 233, Clunet, 1994, p. 229 et specialement, p. 229. observ. E. Gaillard.

۵۱. برای تحلیلی از اصل صحت توسط داوران که منجر به شناسایی صلاحیت آنها در داوری می‌گردد و ادعای وجود یک «نظام پایه» *Grundlegung* در اصل صحت که به داور اجازه می‌دهد قرارداد داوری را صحیح بداند و انتقاد «دور» که به نظر قابل جواب می‌آید رجوع شود به: Mayer, L'autonomie de l'arbitre internationa dans l'appréciation de sa

propre competence, R.C. de la Haye, 1989, V, p. 318 et s.

52. Estopped by representation, E. Gaillard, L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui comme principe du droit du commerce international, Rev. arb., 1985, p. 241 et s.

*non concedit venire contra factum proporium*, in, P. Pinsolle, Distinction entre le principe de l'estopple et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, Clunet 1998, p. 905 et s.

53. Goldman, Fouchard et Gaillard, *op.cit.*, p. 833., n 1464.

54. Mayer, *op.cit.*, p. 448.

55. Goldman, Fouchard et Gaillard, *op.cit.*, n. 1468.

56. Glavine, Le contrat de construction international., n. 45.

57. Goldman, Fouchard et Gaillard, *op.cit.*, p. 1437.

۵۸. موضوع تفسیر قاعده حل تعارض ایرانی در شماره آتی مجله بحث خواهد شد.