

## فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هشتم، شماره ۱۹، بهار ۱۴۰۱، ص ۳۲۲-۳۴۳

### بررسی تطبیقی نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی

سردار اخلاقی زاده<sup>۱</sup>

محمد مهدی کریمی نیا<sup>۲</sup>

نجیب الله تابش<sup>۳</sup>

فاطمه فرامرزی<sup>۴</sup>

#### چکیده

گستره وسیع قراردادهای بین المللی خصوصی باعث شده است که حقوق حاکم بر آن در حقوق بین الملل خصوصی، همواره در مرکز توجه باشد. در این باره نظریات مختلفی بیان شده که از آن جمله نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین المللی است. نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم موضوع نوشته حاضر است که به صورت تطبیقی در اسناد بین المللی و قوانین و رویه قضایی داخلی کشورها به بررسی گرفته شده است.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه قم، ایران، Sahklaqizada۷۷@gmail.com

۲. استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، طلبة و پژوهشگر حوزه علمیه قم، استان قم، ایران، نویسنده مسؤول، kariminia@quran.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، مؤسسه علوم انسانی، جامعه المصطفی (ص) العالمیه، طلبة و پژوهشگر،

najibollah۲۰۲۱@gmail.com

۴. سطح چهار (دکتری)، رشته فقه خانواده، حوزه علمیه امام حسن مجتبی (ع)، تهران، ایران، پژوهشگر و فعال فرهنگی،

faramarzi۱۳۷۱۳۷۱@gmail.com

مطالعات انجام شده نشان می‌دهد که اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی از مقبولیت قابل توجهی برخوردار می‌باشد. به موجب این اصل طرفین قرارداد می‌توانند هر قانونی را که خواسته باشند بر تمام یا بخشی از قرارداد خویش حاکم سازند یا به انتخاب یا تغییر آن پس از انعقاد قرارداد بپردازند، بجز برخی کشورها که وجود پیوند و ارتباط اصلی و حقیقی را بین قانون منتخب و قرارداد ضروری می‌دانند. انتخاب قانون حاکم می‌تواند صریح و یا ضمنی باشد. در صورت عدم احراز اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم، کشورها عموماً از یکی از دو روش قانونی و یا اختیار دادگاه در انتخاب قانون حاکم پیروی کرده‌اند.

**واژگان کلیدی:** اصل حاکمیت اراده، تعیین قانون حاکم بر قرارداد، قرارداد بین‌المللی، قانون منتخب طرفین.

## مقدمه

قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است. در این باره نظریات و رویکردهای مختلفی وجود دارد؛ از قبیل حاکمیت قانون محل وقوع عقد، قانون محل اجرای عقد، قانون متبوع طرفین، قانون اقامتگاه مشترک طرفین، قانون محل وقوع مال موضوع قرارداد، قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، قانون مقر دادگاه، و قانون حاکمیت اراده. در این میان نظریه قانون حاکمیت اراده با وجود انتقادات، از مقبولیت بیشتری برخوردار است. (شهیدی، ۱۳۷۶، ص ۶۱).

نوشته حاضر در پی آن است که ضمن بیان مفهوم قرارداد بین‌المللی، مفهوم و مبنای نظریه حاکمیت اراده، جایگاه این نظریه را در قوانین ملی برخی کشورها و اسناد بین‌المللی بررسی نماید.

## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. مفهوم قرارداد بین‌الملل خصوصی

قرارداد در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهوم جدای از مفهوم قرارداد در حقوق مدنی ندارد. هر تعریفی که در حقوق مدنی از قرارداد پذیرفته شود، همان تعریف در مورد قرارداد حقوق بین‌الملل خصوصی نیز صادق است. بنابراین هرگاه در حقوق مدنی گفته شود: «قرارداد عبارت است از توافق اراده دو یا چند شخص به منظور ایجاد اثر حقوقی» (اخلاقی زاده، ۱۳۹۷، ص ۹)، همین تعریف در مورد قرارداد حقوق بین‌الملل خصوصی نیز پذیرفته است.

تنها تفاوت آن دو در وصف عارضی بین المللی بودن قرارداد در حقوق بین الملل خصوصی است که از ارتباط قرارداد با دو یا چند سیستم حقوقی مختلف ناشی می شود. (شهیدی، ۱۳۷۶، ص ۵۴).

عامل این ارتباط می تواند، تابعیت طرفین، محل وقوع عقد، اقامتگاه طرفین قرارداد، محل وقوع مال، محل اجرای عقد، و یا امری دیگری باشد که یک قرارداد را از قلمرو یک کشور خارج و به سیستم حقوقی کشوری دیگری مرتبط نماید؛ چنانچه پورفسور باتیفول می گوید: «اگر قراردادی ارتباطات حقوقی با بیش از یک کشور داشته باشد به طری که البته این ارتباطات جعلی و ساختگی نباشند، در این صورت قرارداد یادشده بین المللی است.» (باتیفول، ۱۳۹۶، ص ۸۹)

## ۲-۱. مفهوم نظریه حاکمیت اراده

نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد که به آن اصل آزادی یا استقلال اراده و آزادی انتخاب نیز گفته شده است (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۲۵). برای نخستین بار در قرن شانزدهم میلادی به وسیله «شارل دومولن» مطرح شد (باتیفول، ۱۳۹۶، ص ۴۹) و به این معنی است که طرفین قرارداد آزادند هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند. چنانچه طرفین در مورد قانون حاکم بر قرارداد انتخاب صریحی نداشته باشند، باید اراده ضمنی آنها را از قرائن و امارات جستجو کرد. البته هرگاه قاضی به اراده صریح و یا ضمنی طرفین دست نیابد، قانونگذار باید قاعده ای که تکمیل کننده اراده احتمالی طرفین است در اختیار قاضی قرار دهد و در وضع این قاعده نیز باید معیار اراده را از یاد نبرده و بر مبنای اراده فرضی طرفین قاعده وضع نماید. (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۹۸).

تحولات جدید حقوق بین الملل خصوصی قراردادها، تحت تأثیر مفاهیم حقوق کامن لا، محدوده جستجوی اراده را در فرض عدم احراز اراده طرفین متوقف کرده و برآن است که در چنین مواردی باید قانون کشوری حاکم دانسته شود که بیشترین ارتباط با قرارداد دارد. (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۹۹).

کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در بند ۲ ماده ۴ همین راه حل را پذیرفته است و مقرر رم یک مصوب ۲۰۰۸ نیز به آن صحه گذاشته و در بند ۱ ماده ۳ مقرر مذکور مقرر شده است: «قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب می کنند».

## ۲. مبنای نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم

اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، بر دو مبنای عمده استوار است: یکی قطعیت و کارآمدی اقتصادی و دیگری آزادی قراردادی.

### ۲-۱. قطعیت و کارآمدی

یک قرارداد بین المللی مانند سایر قراردادها به قطعیت نیاز دارد. از آنجا که در مورد قرارداد بین المللی، چندین قانون به صورت بالقوه قابل اعمال هستند، طرفین قرارداد باید این امکان را داشته باشند که از طریق انتخاب یک قانون، به چنین عدم قطعیتی خاتمه بخشند. از طرف دیگر در عصر حاضر با گسترش سریع روابط اقتصادی و تجاری بین کشورهای مختلف و اتباع کشورها و یا حتی میان دولتها و مؤسسات دولتی با شرکتهای سرمایه گذار خارجی، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد از سوی متعاملین منجر به کارآمدی بیشتر خواهد شد؛ چرا که طرفین می توانند باتوجه به مقررات و الزمات آن قانون روابط قراردادی، از جمله حقوق و تکالیف یکدیگر را به درستی تنظیم نمایند. (وحدتی شبیری و افضل‌ی مهر، ۱۳۹۳، ص ۲۹)

### ۲-۲. آزادی قراردادی

دکترین حاکمیت اراده مبین آن است که آزادی و اراده طرفین محدود به ایجاد یا انتخاب نوع قرارداد نیست، بلکه در تعیین شرایط قرارداد از جمله قانون حاکم بر قرارداد نیز جاری است؛ یعنی همان گونه که طرفین آزاد هستند هر قراردادی را که مایلند منعقد نمایند، آزادند هستند که هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد شان حاکم نمایند. (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۲۷).

شارل دومولن حقوقدان فرانسوی که بانی این نظریه است، اعتقاد داشت وقتی که طرفین قرارداد می توانند با اراده خود با یکدیگر هرگونه که می خواهند توافق نمایند و قرارداد تشکیل دهند، منطبق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند هر قانونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند. (الماسی، ۱۳۹۶، ص ۳۳۶).

### ۳. رویکرد اسناد بین المللی و قوانین ملی کشورها در مورد نظریه حاکمیت اراده

در این بخش نخست اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم در برخی از کنوانسیونها و معاهدات بین المللی مطالعه می شود و در قدم دوم به شناسایی این اصل توسط قوانین داخلی و رویه قضایی برخی از کشورها پرداخته خواهد شد.

#### ۳- حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم از منظر اسناد بین المللی

۱. مقررہ رم یک مصوب ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ که در ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ لازم الاجرا شده است و برابر ماده ۲۸ بر قراردادهای منعقدہ پس از این تاریخ قابلیت اعمال دارد. این مقررہ که جایگزین کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی شده است. در بند ۱ ماده ۳ می نویسد: «قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب می کنند. این انتخاب باید صریح باشد یا به طور شفاف از قرارداد اثبات شود یا اوضاع و احوال پرونده چنین انتخابی را نشان دهد». بنابراین انتخاب قانون حاکم می تواند صریح و یا ضمنی صورت گیرد (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۴۸) کنوانسیون رم ۱۹۸۰ در بند ۲ ماده ۴ همین راه حل را پذیرفته بود.

در بند ۲ ماده ۳ مقررہ رم یک مقرر شده است: «طرفین هر زمان که بخواهند می توانند قرارداد را تابع قانونی غیر از قانونی که قبلا بر آن حاکم بوده قرار دهند اعم از اینکه در نتیجهی انتخاب، قانون حاکم قبلی مطابق مقررات این ماده باشد یا پس از انعقاد قرارداد. اگر هر تغییری در قانونی که باید اعمال شود پس از انعقاد قرارداد پیش آید، نباید به اعتبار شکلی یاد شده در ماده ۱۱ خلل وارد کنديا بر حقوق اشخاص ثالث تأثیر منفی داشته باشد». (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۳)

۲. اصول کنفرانس لاهه بر انتخاب قانون در قراردادهای تجاری بین المللی مصوب ۲۰۱۵. ماده ۲ این کنفرانس می نگارد: «۱- قرارداد تابع قانون منتخب طرفین است. ۲- طرفین مختارند هریک از موارد زیر را انتخاب کنند: الف) قانونی که بر تمام یا بخشی از قرارداد حاکم باشد. ب) انتخاب قوانین مختلف برای بخشهای مختلف قرارداد. ۳- انتخاب و یا تغییر آن در هر زمانی می تواند انجام شود. انتخاب قانون یا تغییری که بعد از انعقاد قرارداد انجام می شود نباید به اعتبار رسمی (تشریفات قرارداد) یا حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد

- کند». ماده ۴ نیز می‌نگارد: «انتخاب قانون یا هرگونه تغییر در قانون منتخب باید صریحا صورت بگیرد یا از مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال و شرایط آن به روشنی بر آید...». (صادقی، دستمالچی، ۱۳۹۵، ص ۵۶)
۳. کنوانسیون لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶. ماده ۱۷ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «۱- قرارداد بیع تحت حاکمیت قانونی است که توسط طرفین انتخاب شده است. توافق طرفین بر انتخاب قانون باید صریح باشد و یا از شرایط قرارداد و رفتار طرفین - که به صورت یک مجموعه در نظر گرفته خواهد شد- به وضوح ظاهر گردد. ۲- طرفین می‌توانند در هر زمان توافق کنند که کل قرارداد یا بخشی از آن، مشمول قانونی غیر از آن قانونی که قبلا حاکم بر قرارداد بود، توسط طرفین انتخاب شده یا نشده باشد. در صورتی که طرفین قانون قابل اعمال را پس از انعقاد قرارداد تغییر دهند، به اعتبار شکلی قرارداد و یا به حقوق اشخاص ثالث طبق آن قرارداد، خدشه وارد نخواهد شد».
۴. مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مصوب ۱۹۷۱، متضمن قواعد کلی حقوق آمریکا درباره‌ی صلاحیت قضایی و قانون حاکم می‌باشد که توسط اکثر ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است. بخش ۱۸۶ این مجموعه مقرر می‌دارد: «قانون قابل اعمال بر موضوعات قراردادی به موجب قانون منتخب طرفین بر طبق قاعده‌ی بخش ۱۸۷ تعیین می‌شود. در غیر این صورت قانون حاکم بر اساس قانون منتخب به موجب قاعده‌ی بخش ۱۸۸ (قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب اثر گذار) تعیین خواهد شد». مجموعه و اصول قواعد حقوقی اول مصوب ۱۹۳۴ راجع به اصل حاکمیت اراده ساکت بود و به طور ضمنی هرگونه آزادی برای انتخاب قانون قابل اعمال را انکار می‌کرد. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۶)
۵. کنوانسیون مکزیکو، ۱۷ مارس ۱۹۹۴ در مورد حقوق قابل اجرا در تعهدات قراردادی بین المللی مربوط به اتحادیه کشورهای آمریکای شمالی. در ماده ۷ این کنوانسیون چنین مقرر شده است: «قرارداد، تابع حقوق منتخب طرفین است. توافق باید صریح باشد، یا اگر هیچ توافق صریحی نیست، از رفتار و شروط قراردادی مشخص باشد - که این رفتار و شرایط یک کل تلقی می‌شود- این انتخاب می‌تواند به تمام قرارداد یا بخشی از آن مربوط باشد. انتخاب دادگاه معین توسط طرفین لزوماً به معنی انتخاب حقوق حاکم نیست».
- (پروین، اکبری رودپشتی، ۱۳۹۲، ص ۵۷)
۶. قانون تجارت متحد الشکل آمریکا مصوب ۲۰۰۱: این قانون نیز اصل حاکمیت اراده را به رسمیت شناخته است. بخش ۳۰۱-۱ در پاراگراف b از قانون یادشده مقرر داشته است: «انتخاب قانون یک کشور توسط

طرفین در یک معامله بین المللی برای حکومت بر حقوق و تعهدات آنها، خواه معامله متضمن ارتباط با کشور منتخب طرفین باشد یا خیر، اثر گذار خواهد بود». اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در قانون متحدالشکل جدید آمریکا (تجدید شده در سال ۲۰۰۸ میلادی) نیز به شرط ارتباط با قرارداد پذیرفته شده است. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۶)

۷. قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC). ماده ۱۷ این قواعد مقرر می دارد: «طرفین می توانند قواعد حقوقی را که مرجع داوری باید در ماهیت دعوا اعمال کند، با توافق تعیین نمایند...». (ترجمه محسن محبی عضو دیوان داوری ICC)

۸. قانون نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵. ماده ۱۹ این قانون مقرر داشته است: «طرفین آزادند که در مورد تشریفات که بایستی جهت انجام رسیدگی توسط دیوان داوری رعایت شود با توجه به مقررات این قانون توافق نمایند».

#### ۴- حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم از منظر حقوق داخلی کشورها

در این بخش به قوانین و ریه قضایی برخی از کشورها که اصل حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم پذیرفته است پرداخته می شود.

۱. قانون مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵: ماده ۲۷ این قانون مقرر داشته است: «۱- در مورد وجایب ناشی از عقود، قانون دولتی تطبیق می گردد که طرفین عقد در آن اقامتگاه اختیار نموده اند. در صورت اختلاف اقامتگاه قانون دولتی تطبیق می گردد که عقد در آن تکمیل شده باشد. مشروط بر اینکه در خصوص تطبیق احکام کدام قانون معین، طرفین عقد موافقه ننموده باشند و یا از قرائن معلوم نگردد که مراد طرفین عقد تطبیق قانون دیگری بوده است. ۲- در عقود تکلیل شده متعلق به عقار قانون محل عقار تطبیق می گردد».

۲. قانون مدنی عراق شماره ۴۰ مصوب ۱۹۵۱: ماده ۲۵ این قانون می نویسد: «۱- تعهدات قراردادی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است؛ اما چنانچه طرفین اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون محل وقوع عقد است. این در صورت است که طرفین عقد بر حاکمیت قانون دولت دیگری موافقت نکرده باشند و یا

از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت نشود. ۲- عقود مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع عقد است»<sup>۵</sup>.

۳. قانون مدنی مصر شماره ۱۳۱ مصوب ۱۹۴۸: ماده ۱۹ این قانون می‌نگارد: «۱- تعهدات قراردادی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین عقد است؛ چنانکه طرفین اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون دولت محل وقوع عقد است. این در صورت است که آنان بر حاکمیت قانون خاصی موافقت نکرده باشند یا از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت نشود. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۶</sup>.

۴. قانون مدنی الجزایر شماره ۷۵-۵۸ مصوب ۲۶ سبتمبر ۱۹۷۵: ماده ۱۸ تعدیلی مصوب ۲۰ یونیو (ژوئن) ۲۰۰۵ مقرر می‌دارد: «تعهدات قراردادی تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه طرفین قرارداد بر حاکمیت قانون دیگری موافقت کرده باشند. قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۷</sup>.

۵. قانون مدنی فلسطین شماره ۴ مصوب ۲۰۱۲: ماده ۲۵ این قانون می‌نگارد: «۱- تعهدات قراردادی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است؛ چنانکه طرفین اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون دولت محل وقوع عقد است، مگر اینکه طرفین بر حاکمیت قانون دیگری موافقت کرده باشند یا از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت شود. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۸</sup>.

---

۵. ماده ۲۵ «۱- یسری على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین اذا اتحدا موطننا فاذا اختلفا يسرى القانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه. ۲- قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت بشأنه».

۶. ماده ۱۹: «۱- یسری على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین اذا اتحدا موطننا فاذا اختلفا يسرى القانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه. ۲- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقد».

۷. ماده ۱۸ تعدیلی: «یسری على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر. غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسرى عليها قانون موقعه».

۸. ماده ۲۵: «۱- یسری على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین فإن اختلفا موطننا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان او يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه. ۲- یسرى على العقود التي أبرمت بشأن التعار قانون موقعه».



۶. قانون مدنی اردن شماره ۴۳ مصوب ۱۹۷۶: ماده ۲۰ این قانون مقرر داشته است: «۱- تعهدات قراردادی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است؛ چنانکه طرفین اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون دولت محل وقوع عقد است، مگر اینکه طرفین عقد بر حاکمیت قانون دیگری موافقت کرده باشند. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۹</sup>.

۷. قانون حقوق بین الملل خصوصی تونس شماره ۹۷ مصوب ۱۹۹۸: این قانون در فصل ۶۲ مقرر می دارد: «قرارداد تابع قانون مورد توافق اطراف عقد است، در صورتی که اطراف عقد قانون حاکم را معین نکرده باشند، قانون دولت اقامتگاه طرفی حاکم است که تعهد وی در تطبیق قرارداد تأثیر داشته باشد یا اقامتگاه مؤسسه در آنجا باشد در صورتی که قرارداد مربوط به امور حرفه‌ای و تجاری باشد»<sup>۱۰</sup>. در فصل ۶۳ می نویسد: «قراردادهای مربوط به اموال غیرمنقول از لحاظ شکلی و ماهوی تابع قانون محل وقوع مال است، مگر اینکه اطراف عقد بر حاکمیت قانون دیگری موافقت کرده باشند»<sup>۱۱</sup>.

۸. قانون معاملات مدنی دولت امارات متحده عربی ۱۹۸۵: ماده ۱۹ این مقرر می دارد: «۱- تعهدات قراردادی از لحاظ شکلی و ماهوی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است؛ چنانکه طرفین عقد اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون دولت محل وقوع عقد است. این در صورتی است که طرفین عقد بر حاکمیت قانون دیگری موافقت نکرده باشند یا از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت نشود. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۱۲</sup>.

۹. قانون رقم (۲۲) لسنة ۲۰۰۴ بإصدار القانون المدنی قطر. قانون مذکور که تعدیل بابت تمهیدی و کتاب اول قانون مدنی قطر است، در ماده ۲۷ چنین بیان می دارد: «شروط ماهوی مربوط به انعقاد عقد و آثار عقد تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است، چنانکه طرفین عقد اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون

۹. ماده ۲۰: «۱- یسری على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدین اذا اتحدا موطنا فإن اختلفا سري قانون الدولة التي

تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. ۲- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار».

۱۰. فصل ۶۲: «يخضع العقد القانون الذي تعينه الاطراف و اذا لم تحدد الاطراف القانون المنطبق يعتمد على قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون

التزامه مؤثرا في تكييف العقد او مقر مؤسساً اذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني او تجاري».

۱۱. فصل ۶۳: «تخضع العقود المتعلقة باستغلال العقارات من حيث شكلها و مضمونها اذا لم تحدد الاطراف القانون الذي يوجد به القطار».

۱۲. ماده ۱۹: «۱- یسری على الالتزامات التعاقدية شكلا و موضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدین ان اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا

یسری القانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانا آخر هو المراد تطبيقه. ۲- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه».

دولت محل وقوع عقداست. این در صورتی است که طرفین بر حاکمیت قانون دیگری موافقت نکرده باشند یا از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت شود. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۱۳</sup>.

۱۰. قانون مدنی سوریه شماره ۸۴ مصوب ۱۹۴۹: ماده ۲۰ قانون مذکور می نگار: «۱- تعهدات قراردادی تابع قانون دولت اقامتگاه مشترک طرفین است؛ چنانکه طرفین اقامتگاه مشترک نداشته باشند، تابع قانون دولت محل وقوع عقد است. این در صورتی است که طرفین بر حاکمیت قانون دیگری موافقت نکرده باشند یا از اوضاع و احوال حاکمیت قانون دیگری ثابت نشود. ۲- قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع مال است»<sup>۱۴</sup>.

۱۱. قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷: قانون یاده شده در ماده ۹۶۸ بیان می دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدین، اتباع خارجه بوده و آن صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

با توجه به این ماده در حقوق ایران اصولا به اراده طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم اعتبار داده نمی شود، مگر اینکه طرفین عقد هردو تبعه خارجی باشند که در این صورت می توانند هر قانونی را که مناسب بدانند بر قرارداد شان حاکم نمایند. اما قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۲۶ / ۶ / ۱۳۷۶، در ماده ۲۷ به حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد احترام بیشتر گذاشته و چنین مقرر داشته است: «۱- «داور» بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون 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 نحو دیگری توافق کرده باشند. ۲- در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین «داور» بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به

---

۱۳. ماده ۲۷: «۱- یسری علی العقد من حیث الشروط الموضوعیة لانعقاده ومن حیث الآثار التي تترتب علیه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین، فإن اختلفا موطناً سری قانون الدولة التي تم فیها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. ۲- علی أن قانون موقع العقار هو الذي یسری علی العقود التي أبرمت فی شأن هذا العقار».

۱۴. ماده ۲۰: «۱- یسری علی الالتزامات التعاقدیة قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین اذا اتحدا موطناً. فإن اختلفا موطناً، سری قانون الدولة التي تم فیها التعاقد. هذا اذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. ۲- علی أن قانون موقع العقار هو الذي یسری علی العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار».

موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد. ۳- «داور» در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمانه تصمیم بگیرد. ۴- «داور» باید در کلیه موارد بر اساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند، و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد».

آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در ماده ۲۵ قانون ۱۹۴۲ ایتالیا، در قانون ۱۹۷۴ اسپانیا، ماده ۱۲۶ مبانی قانون مدنی اتحادیه جماهیر شوروی سابق، ماده ۸ قانون مدنی ایالت کبک کانادا، ماده ۲۱ لایحه جدید ایالت کبک کانادا، پذیرفته شده است. (باتیفول، ۱۳۹۶، ص ۶۳ - ۷۴) قانون مدنی ۱۹۸۶ چین و قانون قراردادهای ۱۹۹۹ این کشور نیز اصل آزادی طرفین قرارداد خارجی را در انتخاب قانون حاکم بر حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد را پذیرفته است. (پروین، اکبری رودپشتی، ۱۳۹۲، ص ۵۷)

در رویه قضایی انگلستان، آلمان، سوئس، و هلند نیز اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد بین المللی مورد پذیرش واقع شده است. (ایرانپور، ۱۳۸۱، ص ۲۱)

با توجه به آنچه که ذکرش رفت در قوانین و رویه قضایی اکثر کشورها و اسناد بین المللی، نظریه حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی به رسمیت شناخته شده است؛ اما در باره اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم، سؤالات اساسی مطرح است که در ذیل مطرح می شوند.

#### ۴. سؤالات اساسی مربوط به اصل حاکمیت اراده

در این قسمت مهم ترین سؤالات مربوط به اصل حاکمیت اراده بر قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی مطرح و به ترتیب پاسخ داده می شود.

۱- آیا انتخاب قانون حاکم توسط طرفین باید صریح باشد یا به اراده ضمنی آنان نیز توجه می شود؟

۲- آیا طرفین می توانند قانون حاکم بر قرارداد را پس از انعقاد قرارداد انتخاب نمایند یا قانون انتخابی را تغییر

دهند؟

۳- آیا قانون انتخابی لزماً باید قانون ملی یک کشور باشد یا آنان می توانند قواعد حقوقی غیردولتی را نیز مانند اصول کلی حقوق تجارت بین الملل (اصول و قواعد بنیادین مورد قبول در نظامهای حقوقی جهان) یا حقوق بازرگانی فراملی (قواعد متداول در روابط بازرگانان) را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند؟

۴- آیا ارتباط بین قانون منتخب و قرارداد و یا طرفین آن ضروری است یا خیر؟

۵- آیا طرفین قرارداد می توانند بر بخشهای مختلف یک قرارداد قوانین مختلف را انتخاب نمایند؟

۶- در صورتی که فقدان اراده نیست به قانون حاکم بر قرارداد، کدام قانون باید بر قرارداد اعمال گردد؟

### جواب سؤال اول

در پاسخ به این سؤال باید گفت در قوانین اکثر کشورهای که اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم پذیرفته‌اند، علاوه بر اراده صریح به اراده ضمنی نیز ارزش گذاشته شده‌اند؛ چنانکه بند ۱ ماده ۲۷ قانون مدنی افغانستان، بند ۱ ماده ۲۵ قانون مدنی عراق، بند ۱ ماده ۱۹ قانون مدنی مصر، بند ۱ ماده ۲۵ قانون مدنی فلسطین، فصل ۶۲ قانون حقوق بین الملل خصوصی تونس، بند ۱ ماده ۱۹ قانون معاملات مدنی امارات متحده عربی، بند ۱ ماده ۲۷ قانون مدنی قطر، و بند ۱ ماده ۲۰ قانون مدنی سوریه به این موضوع اشاره کرده است. بند ۱ ماده ۱۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۸۶، ماده ۴ اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵، بند ۱ ماده ۳ مقرر رم یک ۲۰۰۸، و ماده ۷ کنوانسیون مکزیکو ۱۹۹۴ علاوه بر اینکه بر انتخاب صریح قانون حاکم توسط طرفین تأکید می کنند، انتخاب ضمنی را نیز معتبر دانسته‌اند.

### جواب سؤال دوم

در مورد اینکه آیا انتخاب قانون پس از انعقاد قرارداد و یا تغییر آن پس از انتخاب در ضمن قرارداد ممکن است یا خیر؟ در قوانینی که در پیش مورد بررسی قرار گرفت تصریحی وجود ندارد؛ چنانکه در مورد انتخاب قانون در ضمن قرارداد ساکت‌اند. پس می‌توان گفت قوانین یاد شده از این حیث اطلاق دارند و از این اطلاق می‌توان آزادی طرفین را در انتخاب قانون حاکم پس از انعقاد قرارداد و در تغییر قانون انتخابی نتیجه گرفت. در برخی از اسناد بین المللی صراحتاً به این حق اشاره شده‌اند؛ چنانکه بند ۲ ماده ۳ مقرر رم یک می‌نگارد: «طرفین هر زمان که بخواهند

می توانند قرارداد را تابع قانونی غیر از قانونی که قبلاً بر آن حاکم بوده قرار دهند اعم از اینکه در نتیجه‌ی انتخاب، قانون حاکم قبلی مطابق مقررات این ماده باشد یا پس از انعقاد قرارداد. اگر هر تغییری در قانونی که باید اعمال شود پس از انعقاد قرارداد پیش آید، نباید به اعتبار شکلی یاد شده در ماده ۱۱ خلل وارد کند یا بر حقوق اشخاص ثالث تأثیر منفی داشته باشد». (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۳) بند ۳ ماده ۲ اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵ و بند ۲ ماده ۱۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۸۶ نیز این حق برای طرفین قرارداد شناسایی شده است.

بنابراین اگر آزادی طرفین در انتخاب قانون پذیرفته شود، طرفین می توانند در هر زمان بر قانون حاکم یا بر تغییر و جایگزین کردن آن با قانون جدید تراضی کنند، مشروط بر اینکه اولاً این تغییر موجب ضرر اشخاص ثالث نشود؛ دوماً به اعتبار شکلی قرارداد آسیب نزنند. برخی از نویسندگان علاوه بر قیود مذکور اضافه کرده اند که چنانچه انتخاب قانون حاکم بعد از انعقاد قرارداد یا تغییر آن برای فرار از مقررات امری و یا برای تقلب باشد، این انتخاب و تغییر مجاز نخواهد بود. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۳)

گاهی امکان دارد طرفین قانون منتخب را تغییر ندهند، درحالی که خود قانون منتخب تغییر کند، در چنین فرضی، تمامی تغییرات بعدی قانون یاد شده نیز نسبت به طرفین قرارداد، حاکم است. (ایرانپور، ۱۳۸۱، ص ۳۸)

### جواب سؤال سوم

در قوانین کشورهای فوق الذکر در مورد لزوم انتخاب قانون ملی کشوری به عنوان قانون حاکم تصریحی وجود ندارد؛ اما از عبارت «قانون دولت» که در همه قوانین یادشده بکار برده شده است، شاید بتوان لزوم انتخاب قانون ملی را استنباط کرد. در مقررہ رم یک نیز در بند ۳ و ۴ ماده ۳ در فرض انتخاب قانون طرفین و در بند ۱ و ۲ و ۳ و ۴ ماده ۴ در فرض عدم انتخاب قانون توسط طرفین تصریح می کند که قانون حاکم لزوماً باید قانون یک کشور باشد. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۲). در رویه قضایی فرانسه و آلمان نیز به انتخاب قانون دولتی تأکید شده است. (باتیفول، ۱۳۹۶، ص ۹۵ - ۹۶)؛ اما ماده ۳ اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵ انتخاب قانون ملی را ضروری را نداشت و چنین مقرر می دارد: «قانون منتخب طرفین می تواند مجموعه قواعد حقوقی باشد که طور کلی در سطح بین المللی، فراملی یا منطقه‌ای به عنوان مجموعه‌ای از قواعد بی طرف و متوازن پذیرفته شده اند، مگر اینکه قانون مقرر دادگاه طریق دیگری را بیان دارد».

## جواب سؤال چهارم

در مورد اینکه بین قانون انتخابی و قرارداد لزوماً ارتباط و پیوندی وجود داشته باشد یا خیر؟ در قوانین کشورهای فوق الذکر اشاره‌ای نشده است. تنها در ماده ۱۸ قانون مدنی الجزایر (مصوب ۱۹۷۵) به لزوم ارتباط حقیقی بین قانون انتخابی و طرفین یا عقد تصریح شده بود؛ اما در متن تعدیلی آن که در سال ۲۰۰۵ صورت گرفته است این قید حذف شد. لذا از اطلاق عبارات قانونی می‌توان عدم ضرورت چنین ارتباطی را نتیجه گرفت. از اطلاق مواد بند ۱ ماده ۳ مقررہ رم یک ۲۰۰۸، بند ۱ ماده ۲ اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵، بند ۱ ماده ۱۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۸۶، ماده ۷ کنوانسیون مکزیکو ۱۹۹۴، و ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی، و ماده ۱۹ قانون نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵ نیز عدم لزوم چنین ارتباط بین قانون انتخابی و قرارداد قابل استنباط است. در مقابل در رویه قضایی انگلیس به لزوم ارتباط و پیوستگی واقعی بین قانون انتخابی و قرارداد تأکید شده است. رویه قضایی آلمان نیز از اجرای قانون انتخابی طرفین که دارای ارتباط جدی و واقعی با قرارداد نباشد خوداری نموده است. دادگاه فدرال سوئیس نیز پویند بین قرارداد و قانون انتخابی را الزامی می‌داند. (ارفع‌نیا، ۱۳۷۵، ص ۷۰-۷۱) در حقوق آمریکا نیز وجود ارتباط معقول و متعارف یا اساسی بین قانون انتخابی و قرارداد ضروری است؛ چنانکه قسمت a بخش ۳۰۱-۱ قانون تجارت متحد الشکل جدید آمریکا (۲۰۰۸) مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله متضمن ارتباط معقول با یک ایالت یا کشوری باشد طرفین حق انتخاب قانون آن ایالت یا کشور خاص را برای حکومت بر حقوق و تعهدات شان دارند». بخش ۱۸۷ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین ایالات متحده ۱۹۷۱ نیز می‌نویسد: «قانون ایالت منتخب طرفین برای حکومت بر حقوق و تکالیف قراردادی آنها اعمال خواهد شد مگر اینکه ایالت منتخب رابطه‌ای اساسی با طرفین نداشته یا هیچ مبنای متعارف دیگری برای انتخاب طرفین وجود نداشته باشد». دادگاه های آمریکا اصولاً هر ارتباط اندکی با قانون خارجی را به عنوان یک ارتباط اساسی در مفهوم ماده ۱۷۸ مجموعه دوم تلقی می‌کنند. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۶ - ۱۶۷)

## جواب سؤال پنجم

این سؤال که آیا طرفین می‌توانند قرارداد شان را تحت حکومت قوانین متعددی قرار دهند؟ همان مسأله موسوم به تجزیه قرارداد «دپاساژ» است (باتیفول، ۱۳۹۶، ص ۴۲) اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون اقتضا دارد

که بتوان هر قسمت از قرارداد را تحت حاکمیت یک قانون قرارداد. قوانین کشورهای یاد شده نیز در این باره منعی ندارند و در رویه قضایی برخی از کشورها از جمله فرانسه به آن صحنه گذاشته شده است. (الماسی، ۱۳۹۶، ص ۳۴۲) برخی از مقررات و کنوانسیونها بین المللی نیز این موضوع را تأیید می کنند؛ به عنوان مثال ذیل بند ۱ ماده ۳ مقررہ رم یک مقرر می دارد: «طرفین قرارداد با انتخاب می توانند قانونی را بر تمام قرارداد یا تنها بر بخشی از آن حاکم کنند». جزء «ب» بند ۲ ماده ۲ اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵، ذیل بند ۱ ماده ۱۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۸۶ و ذیل ماده ۷ کنوانسیون مکزیکو ۱۹۹۴ نیز به این موضوع تصریح کرده است.

### جواب سؤال ششم

در صورتی که اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم احراز نشود که از آن به حالت فقدان اراده در انتخاب قانون حاکم تعبیر می شود، قوانین و رویه قضایی کشورهای مختلف راهکارها و روشهای متفاوتی در نظر گرفته است که به طور کلی می توان به دو رویش تقسیم کرد.

#### ۱- روش غیر قابل انعطاف یا حکم قانون

در این روش، قواعد تعارض قوانین مالی یا عهدنامه بین المللی قانون حاکم بر قرارداد در فقدان اراده طرفین را خود مستقیماً مشخص می کنند و در واقع آن قانون به طرفین تحمیل می گردد. (نیکبخت، ۱۳۷۷، ص ۲۰۳) چنانکه بند ۱ ماده ۲۷ قانون مدنی افغانستان، بند ۱ ماده ۲۵ قانون مدنی عراق، بند ۱ ماده ۱۹ قانون مدنی مصر، بند ۱ ماده ۲۵ قانون مدنی فلسطین، بند ۱ ماده ۲۰ قانون مدنی اردن، بند ۱ ماده ۱۹ قانون معاملات مدنی امارات، بند ۱ ماده ۲۷ قانون مدنی قطر، و بند ۱ ماده ۲۰ قانون مدنی سوریه، در چنین فرضی در قدم اول قانون اقامتگاه مشترک طرفین عقد را حاکم می داند و چنانچه اقامتگاه طرفین عقد مختلف باشد، قانون کشور محل وقوع عقد بر قرارداد حکومت خواهد کرد. ماده ۱۸ تعدیلی قانون مدنی الجزایر و ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران (البته در فرضی که طرفین عقد خارجی اند) قانون محل وقوع عقد را بر قرارداد حاکم دانسته اند. در فصل ۶۲ قانون حقوق بین الملل خصوصی تونس، قانون اقامتگاه طرفی که در تنظیم قرارداد مؤثر باشد، قانون ذی صلاح شناخته شده است. کشورهای مثل آلمان و انگلیس در چنین فرضی قانون کشور محل اجرای قرارداد یا تعهد را لازم الاجرا می دانند. (ارفع نیا، ۱۳۷۵،

## ۲- روش انعطاف‌پذیر یا اختیار دادگاه

در این روش که رویکرد جدید در سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی است، قانون حاکم در فقدان انتخاب 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 طریق مناسب آن را بیابد. در این میان برخی از سیستمهای حقوقی به طور کلی قانون کشوری دارای نزدیک ترین ارتباط را بدون تعیین مصداق و معیار برای آن، حاکم بر قرارداد دانسته اند و برخی دیگری برای تعیین قانون دارای نزدیک ترین ارتباط معیارهای را بیان نموده اند. (نیکبخت، ۱۳۷۷، ص ۲۰۶) نمونه عینی گروه اول در این روش مقرر رم یک است؛ چنانکه در ماده ۴ مقرر می دارد: «۱- در صورت سکوت طرفین، قرارداد تابع قانون کشوری بوده که طرف انجام دهنده‌ی تعهد شاخص در آنجا سکونت عادی دارد؛ ۲- چنانچه از اوضاع و احوال قرارداد معلوم باشد که قرارداد، آشکارا با قانون کشور دیگری ارتباط نزدیک تری دارد، قانون آن کشور حاکم می شود؛ ۳- وقتی بر طبق بندهای ۱ و ۲ ماده ۴ نتوان قانون حاکم را تعیین کرد، قرارداد تابع قانون کشوری خواهد بود که ارتباط نزدیک تری با آن دارد». نمونه عینی گروه دوم در این روش مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین آمریکا است؛ چنانکه بخش ۱۸۸ این اصول در این باره بیان می دارد: «در نبود انتخاب قانون به وسیله‌ی طرفین، قانون حاکم بر؛ ۱- حقوق و تکالیف طرفین در موضوع های قراردادی، تابع قانون کشوری است که آن موضوع مهمترین ارتباط را با آن معامله و طرفین آن بر طبق اصول مندرج در ماده ۶ مجموعه دوم دارد. ۲- در نبود انتخاب قانون به وسیله‌ی طرفین طبق ماده ۱۸۷، عاملهای ارتباطی که در اعمال اصول مندرج در ماده ۶ یاد شده برای تعیین قانون حاکم بر موضوعی در نظر گرفته می شوند بایستی شامل: الف) محل انعقاد عقد؛ ب) محل برگزاری مذاکره ای قرارداد؛ ج) محل اجرای قرارداد؛ د) مکان استقرار موضوع قرارداد و ه) اقامتگاه، سکونت، تابعیت، محل تشکیل شرکت و محل فعالیت تجاری طرفین باشد. ۳- اگر مکان مذاکره‌ی قرارداد و مکان اجرا در یک کشور باشد، قانون داخلی این دولت به طور معمول اعمال خواهد شد». (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۵۶ و ۱۷۱)

## ۵. محدودیت های حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم

اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد نامحدود نبوده و محدودیتهای بر آن حاکم است. در قوانین کشورهای سابق الذکر عمدتاً سه نوع محدودیت پیش‌بینی شده است.



## ۱-۵. قراردادهای غیر منقول

در قراردادهای مربوط به اموال غیرمنقول عمدتاً کشورها قانون محل وقوع مال را حاکم دانسته‌اند؛ چنانکه بند ۲ ماده ۲۷ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «۲- در عقود تکلیل شده متعلق به عقار قانون محل عقار تطبیق می‌گردد». این حکم در بند ۲ ماده ۲۵ قانون مدنی عراق، بند ۲ ماده ۱۹ قانون مدنی مصر، ذیل ماده ۱۸ تعدیلی قانون مدنی الجزایر، بند ۲ ماده ۲۵ قانون مدنی فلسطین، بند ۲ ماده ۲۰ قانون مدنی اردن، بند ۲ ماده ۱۹ قانون معاملات مدنی امارات، بند ۲ ماده ۲۷ قانون مدنی قطر، و بند ۲ ماده ۲۰ قانون مدنی سوریه نیز بیان شده است. در حقوق ایران نیز با استفاده از ماده ۹۶۶ می‌توان گفت قرارداد راجع به اموال غیرمنقول تابع قانون محل وقوع است؛ اما قانون حقوق بین‌الملل خصوصی تونس در فصل ۶۳ اراده طرفین را در مورد معاملات غیر منقول نیز حاکم می‌داند.

## ۲-۵. امور شکلی قرارداد

در قوانین اکثر کشورها طرفین قرارداد نمی‌توانند در مورد قانون حاکم بر شکل ظاهری یا صورت ظاهر قرارداد توافق کنند؛ به این معنی که به چنین توافقی وقعی نهاده نمی‌شوند. کشورها معمولاً در این زمینه به وضع مقررات امری پرداخته‌اند و قانون حاکم بر شکل قرارداد را تعیین نموده‌اند. ماده ۲۸ قانون مدنی افغانستان می‌نگارد: «در مورد شرایط شکلی عقود، احکام قانون دولتی تطبیق می‌گردد که عقد در آن تکمیل شده باشد». ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران نیز می‌نویسد: «اسناد از حیث طرز تنظیم، تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشد». ماده ۲۶ قانون مدنی عراق نیز مقرر داشته است: «تخضع العقود فی شکلها لقانون الدولة التي تمت فیها؛ قراردادهای از لحاظ شکلی تابع قانون دولت محل وقوع عقد است». این همان قاعده معروف در حقوق بین‌الملل خصوصی است که از به «محل بر سند حکومت می‌کند» تعبیر شده است. (الماسی، ۱۳۹۶، ص ۲۹۹)

در اکثر کشورهای عربی علاوه بر حکومت قانون محل وقوع عقد حکومت قانون حاکم بر ماهیت عقد، قانون اقامتگاه مشترک طرفین و قانون تابعیت مشترک طرفین، نیز مجاز دانسته شده است؛ چنانکه ماده ۲۱ قانون مدنی سوریه، ماده ۲۱ قانون مدنی اردن و ماده ۲۰ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «العقود مابین الأحياء تخضع فی شکلها لقانون البلدی الذی تمت فیها، و یجوز ایضاً أن تخضع للقانون الذی یسری علی احکامها الموضوعیة، کمایجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطنی المشترك؛ قراردادهای بین المللی از لحاظ شکلی تابع قانون محل

انعقاد قرارداد است و حاکمیت قانون دولت حاکم بر ماهیت قرارداد و یا حاکمیت قانون اقامتگاه یا تابعیت مشترک طرفین قرارداد، نیز مجاز است». عین همین مفهوم در ماده ۲۸ قانون مدنی فلسطین و ماده ۲۹ قانون مدنی قطر نیز تسجیل شده است. ماده ۱۹ تعدیلی قانون مدنی الجزایر، قانون محل وقوع عقد و قانون تابعیت مشترک طرفین را ذی صلاح دانسته است. به نظر می رسد اگر قرارداد از لحاظ شکلی بر اساس یکی از قوانین یادشده تنظیم شده باشد، قرارداد معتبر است.

اما قانون معاملات مدنی امارات در بند ۱ ماده ۱۹ و قانون حقوق بین الملل خصوصی تونس در فصل ۶۳ قرارداد بین المللی را از جهت شکلی و ماهوی تابع قانون انتخابی طرفین دانسته اند.

### ۳-۵. نظم عمومی

ممکن است قانون خارجی بر مبنای اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، ذی صلاح تشخیص شود؛ اما ممکن است قاضی به دلیل مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه کشور خویش از اعمال آن خود داری نماید. ماده ۳۵ قانون مدنی افغانستان در این باره می نگارد: «احکام قانون خارجی به نحوی که در مواد قبلی این قسمت تصریح گردیده، در حدودی قابل تطبیق می باشد که مخالف نظام عامه یا آداب عمومی در افغانستان نباشد». ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران نیز مقرر می دارد: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه‌ی جریجه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به معنای اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». ماده ۳۲ قانون مدنی عراق در این باره بیان می دارد: «لایجوز تطبیق احکام قانون اجنبی قرره النصوص السابقه اذا کانت هذه الاحکام مخالفه للناظم العام او للآداب فی العراق؛ تطبیق احکام قانون خارجی به نحوی که در مواد قبلی معین شده است، در صورتی مجاز است که مخالف نظم عمومی و اخلاق در عراق نباشد». عین همین حکم در ماده ۳۰ قانون مدنی سوریه، فصل ۳۶ حقوق بین الملل خصوصی تونس، ماده ۲۹ قانون مدنی اردن، ماده ۲۴ تعدیلی قانون مدنی الجزایر، ماده ۳۶ قانون مدنی فلسطین، ماده ۳۸ قانون مدنی قطر، و ماده ۲۸ قانون مدنی مصر نیز مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است. قانون معاملات مدنی امارات، علاوه بر مخالفت نظم عمومی و اخلاق، مخالف با شریعت اسلامی را نیز مانع تطبیق قانون خارجی دانسته است؛ چنانکه در ماده ۲۷ مقرر می دارد: «لایجوز تطبیق احکام قانون عینته

النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام تخالف الشريعة الاسلامية او النظام العام او الادوات في دولة الامارات العربية المتحدة؛ تطبيق احكام قانون خارجي که به موجب مواد قبلی معین شده است، در صورتی مجاز است که مخالف شریعت اسلامی یا نظم عمومی و یا اخلاق در امارات متحده عربی نباشد»

این موضوع در ماده ۲۱ مقررہ رم یک ۲۰۰۸ و بخش ۱۸۷ در قسمت (۲) b مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین آمریکا ۱۹۷۱ و پاراگراف e بخش ۳۰۲-۱ قانون متحد الشکل تجاری آمریکا مصوب ۲۰۰۱ نیز شناسایی شده است.

### نتیجه

با توجه به آنچه ذکرش رفت، امروزه در اکثر نظامهای حقوقی دنیا اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی پذیرفته شده است. در اسناد بین المللی و منطقه‌ای نیز از حاکمیت اراده طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم حمایت صورت گرفته است؛ به عنوان نمونه می توان به مقررہ رم یک ۲۰۰۸، کنوانسیون ۱۹۸۶ لاهه، کنوانسیون مکزیکو ۱۹۹۴، مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین آمریکا ۱۹۷۱، قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی، اصول کنفرانس لاهه ۲۰۱۵، و قانون نمونه داوری آنسترال ۱۹۸۵ اشاره کرد. انتخاب قانون توسط طرفین می تواند صریح و یا ضمنی باشد. طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد از اختیارات گسترده‌ای برخوردارند؛ به گونه‌ای که می توانند قانون هر دولتی را که خواسته باشند بر کل یا بخشی از قراردادشان حاکم سازند یا پس از انعقاد قرارداد به انتخاب و یا تغییر آن مبادرت نمایند؛ بجز برخی از کشورها که پیوند و ارتباط بین قانون منتخب و قرارداد را ضروری می دانند. اختلاف اساسی کشورها در تعیین قانون حاکم در فرض عدم احراز اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم است که در این میان برخی از کشورها از روش قانونی و غیرقابل انعطاف (معین بودن قانون حاکم در فرض سکوت طرفین قرارداد در قواعد حل تعارض)؛ نظیر افغانستان و ایران و اکثر کشورهای عربی پیروی می کنند. گروهی دیگری از کشورها از روش منعطف یا اختیار دادگاه (دادگاه قانونی را که دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد است به عنوان قانون حاکم انتخاب می کند) متابعت کرده‌اند؛ نظیر آمریکا و کشورهای اروپایی. گروه دوم خود به دو شیوه عمل کرده‌اند برخی از آنها معیارهای برای تعیین قانون دارای نزدیک ترین ارتباط در نظر گرفته است (آمریکا) و دسته دوم هیچ معیاری برای این منظور تعیین نکرده است (کشورهای اروپایی).

لازم به یاد آوری است که قوانین داخلی کشورها و اسناد بین المللی اصولاً حاکمیت اراده را در انتخاب قانون حاکم نسبت به قراردادهای غیر منقول و همچنین مسایل شکلی قراردادها معتبر نمی دانند و در این موارد به وضع مقررات امری پرداخته اند. همچنین قانون خارجی منتخب طرفین اگر مخالف نظم عمومی اخلاق حسنه باشد قاضی از اعمال آن خود داری نموده و به جای آن قانون مقرر دادگاه را اعمال می کند.

## منابع

### الف) کتب و مقالات

۱. ارفع نیا، بهشید. (۱۳۷۵). حقوق بین الملل خصوصی (نسخه سوم، جلد ۲). انتشارات عقیق.
۲. الماسی، نجادعلی. (۱۳۹۶). حقوق بین الملل خصوصی (نسخه هفدهم). تهران: میزان.
۳. اکبری رودپشتی، محمدعظیم، پروین، فرهاد. (۱۳۹۲). رویکرد تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳.
۴. اخلاقی زاده، سردار (۱۳۹۷). قواعد عمومی قراردادها (نسخه اول). کابل: جزوه درسی دانشگاه بین المللی المصطفی.
۵. افضل‌ی مهر، مرضیه، وحدتی شبیری، سیدحسن. (۱۳۹۳). اولویتهای قوانین حمایتی نظامهای حقوقی رومی ژرمنی و کامن لا نسبت به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد. مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۱، صص ۲۷ - ۴۸.
۶. ایرانبور، فرهاد. (۱۳۸۱). نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطة انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری. مجله دانشکده حقوق و علوم ساسی دانشگاه تهران، شماره ۵۵، صص ۱۱ - ۴۴.
۷. باتیفول، هانری. (۱۳۹۶). قراردادها در حقوق بین الملل خصوصی تطبیقی (نسخه اول). (محمد تقی، عابدی، مترجم) تهران: میزان.
۸. تقی پور، محمد حسین، مافی، همایون. (۱۳۹۴). قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا. فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، سال چهارم شماره ۱۳، صص ۱۴۷ - ۱۷۹.

۹. شریعت باقری، محمد جواد. (۱۳۹۱). حاکمیت اراده بر قراردادهای بین المللی خصوصی. فصلنامه علمی - پژوهشی دیدگاههای حقوق قضایی، دوره ۱۷ شماره ۵۸، صص ۹۷ - ۱۴۰.
۱۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۶). قانون حاکم بر قراردادهای بین الملل خصوصی. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۹ و ۲۰، صص ۵۰ - ۸۲.
۱۱. نیکبخت، حمید رضا. (۱۳۷۷). چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، صص ۱۸۳ - ۲۲۰.
۱۲. نیکبخت، حمیدرضا. (۱۳۸۴). تعارض قوانین در قراردادهای. مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۲، صص ۷ - ۷۱.

ب) اسناد بین المللی

۱۳. قانون داورى نمونه آنسترال مصوب ۱۹۸۵. (۱۹۸۵).
۱۴. اصول کنفرانس لاه بر انتخاب قانون در قراردادهای تجارتي بین المللی مصوب ۲۰۱۵.
۱۵. قواعد داورى اتاق بازرگانی بین المللی قابل اجرا از اول ژانویه ۱۹۹۸.
۱۶. کنوانسیون راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا منعقدہ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶.

ج) قوانین

۱۷. قانون حقوق بین الملل خصوصی تونس، شماره ۹۷، مصوب ۱۹۹۸.
۱۸. قانون داورى تجارى بین المللی ایران، مصوب ۱۳۷۶.
۱۹. قانون مدنی اردن، شماره ۴۳، مصوب ۱۹۷۶.
۲۰. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.
۲۱. قانون مدنی الجزایر، شماره ۷۵-۵۸، مصوب ۱۹۷۵ مع تعديلات.
۲۲. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷.
۲۳. قانون مدنی سوریه، شماره ۸۴، مصوب ۱۹۴۹.
۲۴. قانون مدنی عراق، شماره ۴۰، مصوب ۱۹۵۱.

۲۵. قانون مدنی فلسطین، شماره ۴، مصوب ۲۰۱۲.
۲۶. قانون مدنی قطر، شماره ۲۲، مصوب ۲۰۰۴.
۲۷. قانون مدنی مصر، شماره ۱۳۱، مصوب ۱۹۴۸.
۲۸. قانون معاملات مدنی دولت امارت متحده عربی، ۱۹۸۵.