

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۹، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۷

صفحات ۵۲۱ تا ۵۴۳

تأثیر ماده ۹۶۸ ق.م بر شروط حل اختلاف قراردادی در نظم قضایی

کنونی؛ رهیافت‌هایی از مطالعات تطبیقی^۱

محسن اهالی آباده*

پژوهشگر مؤسسه حقوق تطبیقی

سید محمد طباطبایی نژاد

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(Email: sm.tabatabaei@ut.ac.ir)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۷/۰۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۳/۱۳)

چکیده

در این مقاله به‌طور مشخص سه سناریوی مطرح در دادگاه‌ها و رویه قضایی ایران در خصوص ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران با رویکردی تطبیقی بررسی شده است: نخست، در قرارداد، مرجع حل اختلاف، دادگاه کشوری بیگانه قرار گرفته است. دوم، در قرارداد، قانون حاکم بر ماهیت، قانون کشوری بیگانه قرار گرفته است. سوم، در قرارداد، شرط داوری در خصوص حل اختلاف به مرجعی داوری مطابق با قانون و مقررات همان مرجع (برای مثال، اتاق بازرگانی کشور سنگاپور) از سوی طرفین تصریح شده است؛ بی‌آنکه در خصوص قانون حاکم بر ماهیت سخنی به‌میان آید. در این مقاله کوشش شده است با بهره‌گیری از دکتترین و حقوق تطبیقی پیشنهادهایی در جهت هم‌نوایی بیشتر حقوق بین‌الملل خصوصی ایران با معیارها و استانداردهای پذیرفته‌شده جهانی ارائه گردد. مطالعه این نوشتار نه تنها خواننده را با تلقی و دریافتهای معمول قضات ایرانی از سناریوهای پیش‌گفته آشنا می‌سازد، آنان را در یافتن راهکارهای عملی مناسب در صورت رویارویی با مسائل مورد بحث در این مقاله نیز یاری می‌رساند. برای ترسیم بهتر مطالب این نوشتار، پس از طرح بحثی پیرامون آستانه بین‌المللی دانستن یک رابطه حقوقی در حقوق ایران و حقوق خارجی که در بخش نخست مقاله مطرح شد، بخش دوم به تعیین ارزیابی قلمرو ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران در حقوق ایران اختصاص یافته است.

واژگان کلیدی

آستانه بین‌المللی بودن، داوری خارجی، شرط تعیین مرجع حل اختلاف.

۱. تقدیم به جناب آقای دکتر فرهاد ایرانپور.

* نویسنده مسئول، فکس: ۶۶۴۹۷۹۱

Email: mohsen.ahali@ut.ac.ir

مقدمه

وجود یک عنصر بین‌المللی، تنظیم‌کنندگان قراردادهای را به فکر وامی‌دارد تا برای مدیریت اختلافات و دعاوی احتمالی در مرحله‌ای که کار به یک مرجع حل اختلاف نهایی خواهد رسید، با استفاده از ظرفیت‌های حقوق قراردادهای به چاره‌جویی بنشینند و پیش‌تر مرجع صالح حل اختلاف و قانون حاکم بر تعهدات قراردادی خویش را مشخص سازند. چنانچه آن تعهد قراردادی به هر شکل به حقوق ایران مربوط شود، ناگزیر پای دادگاه‌های ایرانی نیز به میان خواهد آمد. از این‌رو، این تنظیم‌کنندگان باید از قبل نگرشی جامع نسبت به موضع قضات ایرانی در این موضوعات و طرز تلقی آنان داشته باشند. سناریوهای مختلفی قابل تصور است که اتفاقاً محل بحث و صدور رأی در دادگاه‌های ایران نیز واقع شده است. ۱. در قرارداد، مرجع حل اختلاف، دادگاه کشوری بیگانه قرار گرفته است. ۲. در قرارداد، قانون حاکم بر ماهیت، قانون کشوری بیگانه قرار گرفته است. ۳. در قرارداد، شرط داوری در خصوص حل اختلاف به مرجعی داوری (برای نمونه، اتاق بازرگانی سنگاپور) مورد تصریح طرفین قرار گرفته است؛ بی‌آنکه درباره قانون حاکم بر ماهیت سخنی به میان آید.

نکته دارای اهمیت در بررسی سیر رویه قضایی ایران در سناریوهای پیش‌گفته آن است که قضات ایرانی در جستجوی امری حکمی (dispositif) همواره پای ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران را به پرونده مورد بحث باز کرده و کوشیده‌اند مسئله حقوقی مطرح‌شده نزد خود را به سنگ محک آن ماده بیازمایند. در این راستا آنان ناگزیر به دست دادن تفسیری از آن ماده برآمده‌اند؛ تفاسیری که گاه نشان از پویایی رویه قضایی ایران در این زمینه دارد. برای مثال، همان‌گونه که در همین مقاله نشان داده خواهد شد، یکی از قضات ایرانی بین دو مؤلفه نظم عمومی داخلی و بین‌المللی قائل به تفکیک شده، نظر به بین‌المللی دانستن پرونده و استلزامات نظم عمومی بین‌المللی، دعاوی خواهان را قابل رسیدگی در دادگاه‌های ایران نمی‌داند.^۱ در خصوص لزوم اصلاح ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران به تفصیل از سوی دیگر پژوهشگران ایرانی سخن رفته است (از جمله نک: شریعت‌باقری، ۱۳۹۱، ص ۹۷-۱۴۰). مسئله‌ای که از دید ما قابل توجه است، قابلیت رویه قضایی در ارائه تفاسیر موردی و متناسب با اوضاع و احوال هر پرونده است. مطالعه آرای صادره از دادگاه‌های ایران که به‌طور گزینشی برخی از آنان را در همین نوشتار بررسی و از هر دسته و مقوله به بیان جامع‌ترین آن‌ها اکتفا کرده‌ایم (سه سناریوی مورد بحث)، نشان از آن

۱. برای مطالعه تفصیلی همین مطلب، نک: دادنامه ۹۱۰۱۱۸۹ که در محبت ۳-۱. «تفکیک مرجع حل اختلاف خارجی از قانون حاکم در رویه قضایی ایران»، از همین مقاله مورد بحث و اشاره قرار گرفته است.

دارد که برخی قضاات ایرانی اگرچه از اصل ۷۳ قانون اساسی^۱ در رأی خود حرفی به میان نیاورده‌اند، اما به‌درستی می‌دانند که این اصل راه عمل‌گرایی^۲ قضایی را برای آنان بازگذارده و آنان را قادر ساخته است تا در مقام تمییز حق به تفسیر موردی قوانین بپردازند. البته گاه نیز خود را محصور ظاهر سخت ماده ۹۶۸ دیده‌اند و به ناگزیر قانون حاکم بر امر متنازع‌فیه را منحصرأ قانون ایران شناخته‌اند و گاه نیز چنان متأثر از این ماده بوده‌اند که بین شرط تعیین قانون حاکم و مرجع صالح به رسیدگی به امر متنازع‌فیه دچار خلط و خبط شده‌اند؛ مسئله‌ای که بی‌گمان از جذابیت نظام حقوقی ایران برای خارجیانی که علاقه‌مند به تجارت با بازار ایران و بازرگانان ایرانی هستند، خواهد کاست. وانگهی همواره انتظار می‌رود تا رویه قضایی به ترمیم و بهبود کژی و ناراستی قانون کمر همت گمارد و با ارائه تفاسیری شایسته به چارچوب حقوقی یک کشور تحرک و پویایی ببخشد.

آورده مطالعات تطبیقی انجام‌گرفته در این مقاله، افزون بر آنکه خوانندگان محترم را با سایر نظام‌های حقوقی دنیا هم در زمینه تعیین آستانه بین‌المللی دانستن یک رابطه حقوقی و همچنین امکان تعیین قانون خارجی بر یک قرارداد تجاری آشنا می‌کند، زمینه‌ای را نیز به دست خواهد داد تا از آن ماحصل نظام حقوقی ایران نیز در این زمینه از همگونی و هم‌نواپی بیشتر در مقایسه با سایر نظامات حقوقی بهره‌مند شود. درواقع ارائه راهکارهای آورده مطالعات تطبیقی نگارنده در نوشتار پیش‌رو که به لحاظ تکنیک حقوقی دست قضاات ایرانی را در محترم شمردن اراده متعاقبین یک قرارداد تجاری باز می‌گذارد، وکلای ایرانی را در مقام دفاع از این امر، توانمند خواهد ساخت و متقابلاً راهی را برای تنظیم‌کنندگان قراردادهای تجاری با وجود محدودیت‌های سیستم حقوقی بین‌الملل خصوصی ایران خواهد گشود، از خواص و نوآوری‌های این مقاله است.

بخش نخست، نگاهی تطبیقی به آستانه بین‌المللی دانستن یک رابطه حقوقی در حقوق ایران و حقوق خارجی

در راستای نزدیک شدن هرچه بهتر موضع حقوق ایران در این زمینه، پس از مروری سریع بر نظام حقوقی ایران، رأی را در این خصوص می‌آوریم و سپس با رویکردی تطبیقی به مقایسه آن با حقوق خارجی و به‌طور مشخص آرای صادره از محاکم خارجی خواهیم پرداخت.

۱. اصل هفتاد و سوم: شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمییز حق، از قوانین می‌کنند، نیست.

2. Pragmatism

گفتار اول، آستانه بین‌المللی دانستن یک رابطه حقوقی در حقوق ایران

با وجود استدلال‌هایی که برخی پژوهشگران جامعه آکادمیک حقوق ایران ابراز داشته‌اند^۱، ظاهر ماده ۹۶۸ به امره بودن چهره این ماده برتری می‌بخشد. این عقیده که از سوی برخی استادان حقوق نیز ابراز شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ذیل یادداشت نخست ماده ۹۶۸)، در رویه قضایی ایران دست بالا را دارد. اگرچه به جاست که عمل‌گرایی قضایی حقوق ایران با تفسیر تخییری این ماده، اجازه تحرک و پویایی بیشتری به قراردادهای در جهت همسویی با نظریات غالب جهانی اعطا نماید. به هر ترتیب، آستانه پایین ماده ۹۶۸ قانون مدنی در امکان تعیین قانونی به غیر از ایران بر قراردادهای تجاری منعقدشده در داخل خاک ایران که در یک سوی آن تبعه‌ای ایرانی قرار دارد، در «قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران» مصوب ۱۳۷۶ ش، مورد تعدیل نسبی قرار گرفته است؛ چه آنکه اگر موضوعی تحت قانون دآوری تجاری بین‌المللی قرار گیرد، لزوماً دیگر تحت ماده ۹۶۸ قانون مدنی نخواهد بود، زیرا بر اساس بند نخست ماده ۲۷ از «قانون دآوری تجاری بین‌المللی»، انتخاب قانون خارجی به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت پذیرفته شده است. افزون بر این در بند «ب» ماده ۳۳ تعیین قانون حاکم بر موافقت‌نامه دآوری نیز از سوی طرفین به شکل ضمنی پذیرفته شده است. اما باین حال اعمال مقررات این دو ماده منوط بر این است که آستانه مقرر در بند «ب» ماده نخست این قانون یعنی تابعیت خارجی یکی از طرفین محقق باشد. نتیجه آنکه داور می‌تواند در صورت تابعیت غیرایرانی یکی از اطراف اختلاف، حاکمیت اراده آنان را در تعیین قانونی به‌جز قانون ایران بر ماهیت بپذیرد، لیکن قاضی ایرانی این اجازه را در خصوص قراردادهای منعقد در ایران صرفاً در موارد ناظر به تابعیت خارجی هر دو طرف دعوا خواهد داشت. پس این آستانه در سال ۱۳۷۶ ش و تصویب قانون دآوری تجاری بین‌المللی گسترش یافته است. البته هنوز با استانداردهای بین‌المللی و حدود مقرر نظام‌های حقوق

۱. برای مثال، این استدلال قابل ذکر است: «چون قاعده‌ی حل تعارض در امری و اختیاری بودن تابع قانون ماهوی است، ماده‌ی ۹۶۸ قانون مدنی به اعتبار اینکه قوانین مربوط به آثار قراردادهای نوعاً اختیاری است، واجد وصف اختیاری می‌شود». ر.ک. جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۸۰. همچنین برخی نیز با این استدلال که امری بودن ماده ۹۶۸ در اصل حاکمیت دولت‌ها ریشه دارد؛ اگر این اصل در حقوق ایران شناسایی شده بود (در قالب ماده ۵ قانون مدنی)، فلسفه وجودی ماده ۹۶۸ در مقام قاعده حل تعارض در حقوق ایران بی‌معنا می‌شد و اینکه اصل حاکمیت دولت‌ها با ذیل ماده ۹۶۸ در تعارض است، خوانش امری این ماده را محل اشکال دانسته‌اند: ایرانیپور، فرهاد، (۱۳۸۱ ب)، ص ۷۸-۷۹. برای تازه‌ترین کوشش‌هایی که اخیراً در زمینه بسط قابلیت ماده ۹۸۶ ق.م. ایران و بی‌اشکال بودن تعیین قانون خارجی در حقوق ایران تحت عنوان «انعطاف در تئوری حقوق قراردادهای ایران» انجام گرفته است، ر.ک. مقاله‌ای با همین عنوان و در همین زمینه از سوی اهالی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۴-۱۲۱.

خارجی فاصله زیادی دارد (برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک. نیکبخت، حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، (۱۳۷۹)، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۱ و ۳۲، ص ۱۷۴-۱۲۵؛ همچنین، قاسمی، مینا، نقد و بررسی ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، (پاییز ۱۳۸۳)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. برای تحلیل و فهم بهتر این مطلب پس از ارائه نظر قاضی ایرانی منعکس در رأی بدوی و استدلال دادگاه تجدیدنظر در جهت استوار ساختن آن، در گفتار بعدی از ظرفیت‌های مطالعه تطبیقی بهره می‌گیریم.

در پرونده‌ای مطرح‌شده در دادگاه ایران (شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۷۹، تاریخ رأی نهایی: ۴ آذر ۹۲)، خواهان به موجب قرارداد چارتر پارتی، اجور معوقه کشتی، وجوه مربوط به معطلی کشتی (دموراز) و نیز جریمه‌های بندری را مطالبه می‌کرد. به موجب ماده ۲۵ قرارداد چارتر پارتی، قانون حاکم، قانون انگلیس قرار داده شده بود. خواننده ضمن طرح برخی ایرادات شکلی و ماهوی معتقد بود ماده ۲۵ که ناظر به حل اختلاف است، ظهور در شرط داوری دارد. همچنین قانون حاکم بر ماهیت انگلستان است. دادگاه بدوی (شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران) پس از بیان این امر که «مفاد بند ۲۵ قرارداد چارتر پارتی که در آن صرفاً به اینکه قانون انگلیس حاکم می‌باشد اشاره شده، با وجود ادعای خواننده هیچ ارجاعی به داوری و شیوه اجرای آن نشده است؛ بنابراین ایرادات معنونه غیر وارد و مردود اعلام می‌شود». در نهایت خواننده را مستند به مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۴۴۶ و ۴۹۰ از قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، محکوم می‌نماید. در مرحله تجدیدنظر نیز شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص ایرادات تجدیدنظر، خواه مبنی بر وجود شرط داوری و عدم صلاحیت دادگاه و همچنین قانون حاکم بر ماهیت چنین اظهار نظر می‌کند: «..... ثانیاً- با تدقیق در مفاد ماده ۲۵ قرارداد چارتر پارتی در آن قسمت که توسط طرفین تکمیل گردیده، ملاحظه می‌شود آنان فقط قانون انگلستان را به عنوان قانون حاکم مورد پذیرش قرار دادند و در مورد ارجاع امر به داوری توافقی نداشته‌اند..... رابعاً- با توجه به منطوق ماده ۹۶۸ قانون مدنی «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند» و مطابق ماده ۹۷۱ قانون مذکور «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات، تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود». مستفاد از مواد قانونی یادشده این است که چون دعوا در ایران اقامه شده، از حیث آیین و اصول دادرسی، قانون جمهوری اسلامی ایران حاکم است و چون یکی از طرفین اتباع ایرانی هستند از جهت ماهوی نیز قانون جمهوری اسلامی ایران قانون حاکم می‌باشد». این دادگاه رأی بدوی را تأیید و استوار می‌گرداند. فارغ از نوع نگاه هر دو شعبه، چه در مرحله بدوی

و تجدیدنظر به ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، مسئله قابل امعان نظر آن است که هر دو به گونه‌ای به نبود یا حداقل دلالت نداشتن ماده ۲۵ قرارداد به شرط داوری اشاره دارند، گو آنکه در صورت وجود چنین شرطی (یا حداقل برداشت به داوری بودن شرط حل اختلاف) در ارجاع مسئله مورد اختلاف به داوری تردید به خود راه نمی‌دادند؛ چه آنکه اگر جز این می‌اندیشیدند به بی‌اثر بودن چنین شرطی در فرض ثبوت (بنا بر رویه انشای رأی قضات ایرانی) تصریح می‌کردند.

گفتار دوم، آستانه بین‌المللی بودن یک رابطه حقوقی در حقوق خارجی

در رأی مشهور و قابل توجه ۱۷ فوریه ۲۰۱۵، دادگاه استیناف پاریس مبنی بر نقض رأی صادره در سال ۲۰۰۸ م از سوی هیئت داوری سه‌نفره در پاریس، موضوع اختلاف در داوری، ادعای خواهان (یک تاجر فرانسوی به نام Bernar Tapie) مبنی بر قصور خوانده (یک شرکت دولتی فرانسوی به نام Consortium de Realisation (CDR)) در انجام تعهد قراردادی خود ناظر بر قرارداد دلالی و وکالت در فروش سهام شرکت آدیداس و در نتیجه ایراد خسارت بوده است. خواهان به طور مشخص خوانده را به داشتن اطلاعات پنهانی در فروش سهام شرکت آدیداس و ارزیابی کمتر از ارزش واقعی آن متهم می‌ساخت. پس از محکومیت خوانده به پرداخت خسارت به خواهان در داوری (مورخ ۷ جولای ۲۰۰۸)، در مدتی که در حقوق فرانسه برای تقاضای ابطال رأی داور پذیرفته شده است، از سوی خوانده اعتراضی به عمل نیامد. در پی افشای برخی اطلاعات خاص از سوی مفسران و گزارش‌های مطبوعات مشخص شد که یکی از داوران با خواهان رابطه داشته و به اصطلاح لینک بوده است؛ امری که شائبه تقلب در صدور رأی داوری را برانگیخت و استقلال داوری را زیر سؤال برد. پس از تحقیقات پلیس و بازجویی‌های انجام‌شده در سال ۲۰۱۳ م، خواننده دعوا در داوری، رأی داوری را با درخواست ابطال رأی داور و بازبینی آن به دادگاه تجدیدنظر پاریس تسلیم داشت و بدین‌سان نسبت به آن اعتراض کرد. دادگاه پس از رد خواسته نخست مبنی بر ابطال رأی داوری^۱ در آوریل ۲۰۱۴، طرح اعتراض به بازبینی رأی^۲ را در تصمیمی حاوی جزئیات در ۱۷ فوریه ۲۰۱۵ مورد استماع اعلام داشت و در پی آن، رأی داوری را نقض کرد. این امر که در خصوص قلمرو حقوق انتقالی قانون زمان تشکیل هیئت داوری می‌بایست حاکم بر قابلیت بازبینی رأی باشد، به هیچ عنوان مورد مناقشه نبود. مطابق آن قانون^۳ (پیش از اصلاح)، «طرح اعتراض مبنی بر بازبینی رأی داور» صرفاً در

1. appeal-annulment : (*appel-nullité*)

2. motion for revision of the award : (*recours en révision*)

۳. گفتنی است برابر اصلاحات انجام‌گرفته در سال ۲۰۱۱ م در حقوق داوری فرانسه، در حال حاضر بازبینی رأی داور حتی در حالت بین‌المللی بودن داوری نیز امکان‌پذیر است ر.ک. Article 1506, 5° of the Code of Civil Procedure read in conjunction with Article 1502

خصوص آرای داوری داخلی پذیرفته می‌شد و آرای داوری بین‌المللی از چنین امکانی برخوردار نبود. برابر ماده ۱۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه: «داوری بین‌المللی ناظر بر آن‌گونه داوری است که دربرگیرنده عناصر و علاقه‌های ارتباطی به تجارت بین‌الملل است». دادگاه تجدیدنظر برای اتخاذ تصمیم مبنی بر قابلیت استماع اعتراض خواننده به بازبینی رأی داوری، چنین استدلال می‌کند: «رأی داوری صادره در دسته آرای داوری داخلی طبقه‌بندی می‌شود و از این رو می‌تواند موضوع طرح اعتراض مبنی بر بازبینی برابر حقوق داوری فرانسه قرار گیرد». خواهانِ دعوای داوری (خواننده دادگاه استیناف) در مقابل، داوری را بین‌المللی می‌دانست، چه آنکه اختلاف اساساً پیرامون فروش شرکتی آلمانی (آدیداس) و خرید سهام آن و به‌نوعی حاکی از انتقال ثمن فرامرزی بوده است. در مقابل، دادگاه استیناف این استدلال را رد کرد و چنین حکم داد که مطابق رویه قضایی، داوری را آنگاه می‌توان بین‌المللی دانست که امر متنازع‌فیه شامل عملیاتی اقتصادی باشد که در کشورهای مختلف صورت می‌پذیرد و شامل انتقال کالا، خدمات، وجوه، فناوری و یا اشخاص حقیقی (برای مثال، مسافران) به شکل فرامرزی باشد. همچنین اعلام می‌داشت «عناصری همچون تابعیت اطراف اختلاف و یا داوران، قانون حاکم خارجی مختار توسط اطراف درگیر در اختلاف و یا قصد آنان در این جهت که داوری داخلی یا بین‌المللی قلمداد گردد، محلی از اعراب نخواهد داشت...» و «... نظر به آنکه موضوع اختلافی که به داوری تسلیم شده است مستقیماً با فروش شرکت آلمانی مرتبط نبوده، بلکه به رابطه میان شرکت فرانسوی (همان دلال در قرارداد پایه دلالی بین خواهان و خواننده) و مراجع فرانسوی او (خریدار) در فرانسه و قصور ادعایی خواننده مرتبط بوده و شامل هیچ جریان مالی بین‌المللی و یا انتقال مالی نمی‌شده است، در نتیجه دربرگیرنده عناصر ارتباطی در تجارت بین‌الملل نبوده است. بدین سبب پرونده ناظر بر داوری داخلی است و «طرح اعتراض مبنی بر بازبینی رأی داور» قابلیت استماع را داراست»^۱.

در حقوق مصر، داوری داخلی اصولاً ناظر به داوری‌ای است که بین دو طرف مصری صورت می‌پذیرد و داوری بین‌المللی بین دو طرفی است که سکونتگاه و یا مرکز مهم امور آنان در کشورهای مختلفی واقع شده باشد. افزون بر آن، داوری زمانی بین‌المللی شمرده می‌شود که

۱. تصمیم دادگاه استیناف پاریس مورخ ۱۷ فوریه ۲۰۱۵ در تاریخ ۳۰ ژوئن ۲۰۱۶ در دیوان عالی کشور فرانسه (Cour de Cassation) استوار گشته است و به‌طور مشخص داخلی قلمداد شدن رأی داوری از سوی دادگاه استیناف و وجود تقلب مورد تأیید دیوان عالی قرار گرفته است؛ اگرچه مورد اخیر یعنی وجود تقلب هنوز در دیوان عالی مفتوح و در انتظار رأی نهایی است. شماره رأی دیوان عالی کشور فرانسه در این خصوص: Cass. Civ. 1, 30 June 2016, N°15-13.755. برای مطالعه بیشتر و تحلیلی‌تر رأی دیوان عالی فرانسه در ابرام رأی دادگاه تجدیدنظر، ر.ک. - <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/09/01/the-tapie-saga-paris-successfully-passed-the-test/?print=print>, last seen: Mar 18 of 2017

موافقت‌نامه داوری مقرر دارد که داوری باید تحت سرپرستی مرکز داوری، خواه در مصر و خواه خارج از مصر، صورت پذیرد. همچنین چنانچه موضوع اختلاف بیش از یک کشور را درگیر نماید، بر اساس قانون داوری این کشور^۱ مصوب ۱۹۹۴م، آن داوری بین‌المللی خوانده می‌شود (El Shalakany, & El Shalakany, 2013, p.2).

در پرونده «گریکون در برابر هورنر» - (GreCon Dimter Inc v. Horner Flooring Co, 04-1178 (4th Cir. 2004)) دادگاه استیناف شعبه چهارم آمریکا با اعمال حقوق کارولینای شمالی، انتخاب قانون آلمان به عنوان قانون حاکم بر ماهیت را از سوی طرفین با وجود امریکایی بودن هر دو طرف دعوا (هر دو شرکت حقوقی امریکایی) تأیید نمود. در نظام حقوق آمریکا که اصل بر حقوق ایالت است - مگر آنکه آن ایالت به قانون فدرال ملحق شده باشد - به موجب فصل «الف» ۳۰۱-۱ از «کد بازرگانی متحدالشکل»^۲ که کارولینای شمالی به آن پیوسته است، «معامله داخلی معامله‌ای است که فاقد عناصری باشد که آن معامله را بین‌المللی می‌سازد»^۳ و معامله بین‌المللی به معنای معامله‌ای است که دارای ارتباط منطقی و متعارف با کشوری به جز ایالات متحده آمریکا باشد»^۴. به عبارتی دیگر، معامله داخلی فاقد علقه ارتباطی با کشوری به جز ایالات متحده آمریکا است. نتیجه منطقی این چنین معامله‌ای که کاملاً و تماماً داخلی پنداشته می‌شود، آن است که طرفین صرفاً می‌توانند قانون هر یک از ایالات و نه قانون یک کشور خارجی را حاکم بر معامله خود قرار دهند (Baker, 2008, P.450). پس انتخاب قانون کشوری به جز ایالات متحده از سوی اطراف یک معامله فقط در صورتی از نظر حقوق آمریکا صحیح است که آن معامله دارای «ارتباط منطقی و متعارف» با کشوری به جز آمریکا باشد؛ به سخن دیگر، معامله بین‌المللی شمرده شود. همچنین یادآوری کرده‌اند که این «ارتباط منطقی و متعارف» نیاز نیست که حتماً با همان کشور مختار از سوی اطراف آن قرارداد باشد و صرف اثبات ارتباط متعارف با هر کشوری به جز آمریکا، کفایت می‌کند (Ibid).

در دعوی پیش‌گفته، شعبه چهارم دادگاه استیناف به این نکته توجه داد که مقرر «ارتباط منطقی و متعارف» بر اساس آنکه کارولینای شمالی به تصویب «کد بازرگانی متحدالشکل» پرداخته است، شالوده ماهیت را در آن دعوا تشکیل می‌دهد و به بحث بر سر این امر پرداخت که چرا قانون آلمان به نحو منطقی و متعارفی به این نزاع مربوط است.

دادگاه به صرف اینکه اره‌های تجاری که قسمت عمده‌ای از سیستم ماشین آسیاب مورد معامله را تشکیل می‌دهند، قبل از حمل با کشتی به آمریکا در آلمان تولید و ساخته شده بودند،

1. The Egyptian Arbitration Law (EAL), 1994

2. Uniform Commercial Code(revised on 2004): UCC

3. U.C.C. § 1-301 (a) (1)

4. U.C.C. § 1-301 (a) (2)

رأی به وجود ارتباط منطقی و متعارف قانون آلمان با دعوا داد. همچنین در قسمتی از لایحه گریکون در جهت اقناع دادگاه به وجود ارتباط منطقی و متعارف معامله با قانون آلمان و در نتیجه درستی انتخاب قانون آلمان به عنوان قانون حاکم بر معامله در نتیجه انتخاب قراردادی طرفین معامله، چنین می‌خوانیم: «گریکون شعبه و تابع شرکتی آلمانی است، واقعیتی که هورنر نیز از آن آگاه بوده است. در واقع هورنر به شکل مستقیم با شرکت آلمانی مادر ارتباط داشته است. افزون بر این، قراردادهای میان گریکون و هورنر ترجمه انگلیسی فرمت قراردادی آلمانی زبان آن شرکت مادر بوده است. هورنر می‌توانست با اندراج شرط قانون آلمان به عنوان قانون حاکم مخالفت کند و در این صورت قرارداد بازنویسی می‌شد؛ چه آنکه اصل قرارداد به زبان آلمانی نوشته شده بود»^۱.

شایان ذکر است، فصل «الف» ۳۰۱-۱ «کد متحدالشکل امریکا» که مبنای صدور رأی در این پرونده بوده، اصلاح شده فصل ۱۰۵-۱ کد بازرگانی متحدالشکل امریکا (۱۹۵۲) است که عبارت «ارتباط منطقی و متعارف»^۲ را جایگزین «ارتباط مقتضی و مناسب»^۳ که در فصل پیش از اصلاح آمده بود، ساخته است. به عقیده برخی پژوهشگران، هدف از این اصلاح توسعه باب حاکمیت اراده و آزادی قراردادی بیشتر برای اطراف یک معامله بین‌المللی بوده است (Baker, Op.cit, p.450).

بخش دوم، ارزیابی و تعیین دامنه اعمال ماده ۹۶۸ ق.م. در رویه قضایی ایران

در حقوق بین‌الملل خصوصی بین دو فرض تفکیک قائل می‌شوند؛ یکی حدود آزادی اراده در تعیین قراردادی مرجع صالح به اختلاف، و دیگری حدود آزادی اراده در تعیین قانون حاکم بر اختلاف. پرسش اینجاست که گستره ماده ۹۶۸ کدام یک از این دو را دربر می‌گیرد؟ توصیه ما به تنظیم‌کنندگان قراردادهای تجاری بین‌المللی آن است که این دو فرض در قراردادها به شکل دو شرط مستقل تعیین شوند. چراکه آن گونه که به روشنی پیداست ماده ۹۶۸ قاعده حل تعارض را در خصوص تعهدات قراردادی اعلام می‌دارد و در خصوص مرجع صالح ساکت است. لزوم اندراج این دو وضعیت در دو شرط جداگانه از نظر ما از آن رو اساسی می‌نماید که در صورتی که قاضی ایرانی انتخاب طرفین بر تعیین قانون بیگانه را با این استدلال که قراردادهای منعقد

1. See: Brief of Plaintiff-Appellee at 4, Grecon Dimter, Inc. v. Horner Flooring Co., Inc., No. 04-1178 (4th Cir. Nov. 5, 2004)

2. A Reasonable Relation

3. An Appropriate Relation

در ایران لامحاله تابع قانون ایران است، باطل اعلام دارد، اثر این بطلان ناظر بر شرط ضمن عقد یا قرارداد مستقل خواهد بود و چنانچه مرجع صالح و قانون حاکم در یک شرط مندرج شده باشند، هر دو باطل اعلام می‌شوند. لیکن چنانچه تعیین مرجع صالح و قانون حاکم در دو شرط جداگانه^۱ باشد، اعلام بطلان شرط ناظر بر انتخاب قانون حاکم خارجی با بطلان شرط تعیین مرجع صالح ملازمه‌ای نخواهند داشت. به هر ترتیب، گستره ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران را باید صرفاً ناظر بر تعیین قانون مادی خارجی بر قرارداد یا به تعبیری تعهدات قراردادی شمرد و در خصوص انتخاب مرجع صالح خارجی آن را لاشرط دانست. اگرچه این امر تا حدی بدیهی می‌نماید، اما رویه قضایی ایران در این خصوص مشدد به نظر می‌رسد و با وجود برخی آرای دال بر تفکیک در این زمینه، گاه نیز بین این دو امر و خروج موضوعی مورد اخیر (تعیین مرجع صالح قراردادی) از قلمرو شمول ماده ۹۶۸ خلط کرده است. برای نزدیک شدن هرچه بیشتر دو حالت پیش گفته، حسب مورد مثال‌هایی نیز از رویه قضایی در حقوق خارجی ارائه می‌شود. درنهایت با تفکیک داوری خارجی از بین‌المللی، و تدقیق در قلمرو ماهوی ماده ۹۶۸ ق.م.د در حقوق ایران، در حد توان به چاره‌جویی و ارائه راهکار در خصوص مسائل مورد اشاره در مقاله حاضر می‌پردازیم.

گفتار اول، تفکیک مرجع حل اختلاف خارجی از قانون حاکم در رویه قضایی

ایران

یکی از قضات ایرانی در رأی بدوی خود به شماره دادنامه ۹۱۰۱۱۸۹ که مورد تأیید مرجع تجدیدنظر استان تهران نیز قرار گرفته است، به لزوم تفکیک پیش گفته این چنین توجه می‌دهد: «در خصوص دعوا... به خواسته اعلام بطلان قرارداد مورخ... به دلیل مخالفت با قوانین آمره را اقامه نمودند. دادگاه بدون ورود در ماهیت دعوا به این استدلال که ماده ۹۶۸ از قانون مدنی در باب تعهدات حاصل از عقود می‌باشد و ارتباطی با توافق طرفین در مورد مراجعه به حل اختلاف ندارد و تمسک به قوانین ملی نباید مخالف نظم نوین بین‌المللی باشد و قرارداد... نیز با یک تبعه آلمانی منعقد شده است و با وجود عنصر خارجی دعوا بین‌المللی محسوب می‌شود و در ماده ۱۱ قرارداد فوق‌الذکر طرفین به صراحت توافق نموده‌اند که هرگونه اختلاف ناشی از این

۱. از شرط تعیین مرجع صالح حل اختلاف در قراردادهای تجاری بین‌المللی با عبارت: «Forum selection» یاد می‌شود. معمول است که این شرط به شکل جداگانه از شرط ناظر به تعیین قانون حاکم «Governing Law» در قرارداد مندرج می‌گردد. البته اندراج هر دو عبارت در شرطی واحد نیز معمول است. ر.ک.

<http://www.leaseawyer.com/cases-and-articles/choice-of-law-and-forum-selection-provisions/>, Last seen, Mar 19 of 2017

قرارداد در دادگاه واجد شرایط برلین مورد رسیدگی قرار گیرد و اینکه اساساً این قرارداد نیز صحیح یا باطل می‌باشد در صلاحیت دادگاه اخیرالذکر است، در نتیجه دادگاه با استناد به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی دعوی خواهان را در دادگاه ایرانی قابل استماع نمی‌داند و قرار رد آن را صادر و اعلام می‌دارد^۱.

برعکس این پرونده که دادگاه رسیدگی کننده در ایران توانسته است با تفکیک و تمییز مرجع صالح قراردادی از قانون حاکم قراردادی، نه تنها از خبط و خطای در تصمیم‌گیری به دور باشد، بلکه اصل صحیح بودن تعیین قراردادی مرجع صالح از سوی طرفین یک قرارداد تجاری را مورد شناسایی قرار دهد، در رویه قضایی ایران مشاهده شده است که گاه بین این دو مؤلفه (قانون حاکم و مرجع صالح) خلط شده است. در ادامه پس از نشان دادن این خلط و زمینه‌های آن به ارزیابی این مسئله می‌پردازیم که آیا تفکیک بین دو فرض تعیین قانون حاکم و تعیین مرجع صالح، لزوماً به عدم شناسایی صحت فرض نخست و شناسایی و معتبر داشتن فرض دوم در حقوق ایران می‌انجامد؟

گفتار دوم، خلط بین تعیین مرجع صالح و قانون حاکم در رویه قضایی ایران

تعیین مرجع داوری بین‌المللی در قرارداد (برای مثال، اتاق بازرگانی سنگاپور) در واقع نوعی تعیین مرجع صالح حل اختلاف از طریق شیوه‌های جایگزین (ADR) است و به لحاظ اینکه تعیین این شرط در قراردادها ارتباطی به قانون حاکم بر ماهیت ندارد، باید حالت پیش‌گفته را قسیم فرض ماده ۹۶۸ قانون مدنی دانست. توجه به این نکته نیز اساسی است که اشاره به شکل و شیوه و فرایند رسیدگی در آن مرجع و تذکر این مسئله که رسیدگی در آن مرجع داوری برابر با قوانین و مقررات (نظامنامه) همان مرجع خواهد بود، صرفاً اشاره‌ای به نحوه رسیدگی در آن مرجع (Due Process) بوده، به معنی تعیین قانون حاکم بر ماهیت نخواهد بود. به دیگر بیان، توجه دادن به چنین امری در اندراج شرط داوری به مرجعی بین‌المللی چهره‌ای دیگر از حکم ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران است که بیان می‌دارد: «قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آن جا اقامه می‌شود». اگرچه ماده ۹۶۸ به قلمرو

۱. این رأی در شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است (شماره ۱۶ ر ق می : ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۲۴۸).

«تجدیدنظرخواهی شرکت..... انطباقی با جهات درخواست تجدیدنظر در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی ندارد و دادنامه یادشده با محتویات پرونده و مقررات و اصول و قواعد دادرسی و موازین قانونی صادر شده است و در این مرحله از رسیدگی دلیل جدیدی که مستلزم نقض دادنامه مذکور باشد اقامه نشده است لذا با رد اعتراض دادنامه تجدیدنظرخواسته را طبق ماده ۳۵۳ قانون مرقوم تأیید می‌نماید».

مشخصی- از جمله ایران- اشاره ندارد، لیکن در فرضی که قرارداد در داخل خاک ایران انعقاد یافته باشد و حسب آن ماده، قرارداد تابع قانون حاکم ایران قرار گیرد، چنانچه بپذیریم که گستره ماده ۹۶۸ و منع داخل در آن صرفاً ناظر بر عدم امکان تعیین قانون حاکم بر ماهیت در شرایط ایرانی بودن یکی از اطراف قراردادهای منعقد در داخل خاک ایران است و توجه داشته باشیم که نه این ماده و نه ماده‌ای دیگر از امکان توافق بر تعیین مرجع حل اختلاف خارجی منع نمی‌کند، بلکه ماده ۹۷۱ ق.م.ایران به نحوی در تأیید چنین حقی بنا شده است و مضافاً آن‌گونه که برخی استادان توجه داده‌اند، منعی در تعیین داور خارجی در اختلافات اتباع ایرانی در حقوق ایران مشاهده نمی‌شود (شمس، ۱۳۹۱، ص ۵۱۹) و رأیی که چنین داوری صادر می‌کند «رأی داوری خارجی» و نه «رأی داوری بین‌المللی» است (به مبحث بعدی رجوع شود). آنگاه خلط رویه قضایی در امور پیش‌گفته را در برخی پرونده‌ها از جمله رأی زیر بهتر درک خواهیم کرد. در بخش‌هایی از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۶۱۸ چنین می‌خوانیم:

«... دعوای اعلام بطلان شرط داوری و استرداد وثایق را اقامه نمودند... و کلاهی خواهان توضیح دادند که دو قرارداد به شماره‌های و با توجه به اینکه طرفین قرارداد ایرانی می‌باشند، قانون حاکم جهت حل و فصل اختلافات احتمالی را قوانین بین‌المللی اتاق بازرگانی کشور سنگاپور قرار دادند که این بخش از توافق‌نامه، باطل و بلااثر است... با توجه به اینکه در ماده ۳۶ قراردادهای بین خواهان و خوانده به صراحت توافق شده است که اختلافات طرفین بایستی طبق قوانین بین‌المللی اتاق بازرگانی سنگاپور و در آن محل نیز مورد رسیدگی واقع شود، در حالی که شرکت سینوپک تحت قوانین جمهوری اسلامی ایران و در ایران ثبت شده است و اقامتگاه وی نیز ایران ذکر شده است و طبق ماده اول قانون راجع به ثبت شرکت‌ها یک شرکت ایرانی محسوب می‌شود و خواهان نیز که طرف دیگر قرارداد است یک شرکت ایرانی است و محل انعقاد قرارداد نیز ایران می‌باشد و با توجه به اینکه طرفین هر دو تبعه ایران می‌باشند، بر فرض توافق نیز نمی‌توانستند بر مبنای قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران قانون حاکم را تعیین کنند، زیرا تبعه خارجی بودن یکی از طرفین قرارداد، شرط حاکمیت قانون داوری اخیرالذکر است و از طرفی متعاقدين خارجی می‌توانند تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محلی غیر از محل وقوع عقد، توافق نمایند. در حالیکه طرفین قراردادهای مذکور ایرانی هستند و نمی‌توانند قرارداد تنظیم‌شده در ایران را از حیث قانون حاکم بر ماهیت تابع قانون دیگری غیر از قوانین جمهوری اسلامی ایران قرار دهند. دادگاه به استناد ماده ۱ راجع به قانون ثبت شرکت‌ها، مصوب ۱۳۱۰، و مواد ۱۰ و ۹۶۸ از قانون مدنی و مبتنی بر حفظ نظم عمومی، حکم بر اعلام بطلان شرط داوری مندرج در ماده ۳۶ قراردادهای فوق‌الذکر و استرداد وثایق بانکی خواهان صادر و اعلام می‌نماید.»

همان طور که دادنامه صادره نیز نشان می‌دهد، موضوع اصلی اختلاف در پرونده مطرح شده در شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران، ضمانت‌نامه‌هایی بانکی خواهان نزد خوانده بوده که خواهان در صدد استرداد آن‌ها برآمده است و در راستای دستیابی به مقصود خود دعوایی در ایران طرح نموده است. با لحاظ شرط داوری در فرض اختلاف خواهان می‌بایست بدو نسبت به ابطال شرکت داوری اقدام می‌نمود، لیکن موضوع اصلی اختلاف به ضمانت‌نامه‌های بانکی خواهان مربوط می‌شود و اصولاً دعوا بالذات ناظر به جنبه‌هایی از حقوق مالی در ایران است. به نظر می‌رسد دادگاه همان گونه که در رأی خود نیز به آن اشاره کرده: «... و مبتنی بر حفظ نظم عمومی، حکم بر اعلام بطلان شرط داوری مندرج در ماده ۳۶ قراردادهای...» اعلام نموده است. فلذا اصولاً دادگاه در پی حفظ نظم عمومی^۱ منطوق رأی خود را بر مبنای ماده ۹۶۸ به مثابه امری حکمی استوار نموده است. لیکن همان گونه که پیش‌تر نیز یادآور شدیم، در مواقعی که تراضی طرفین یک قرارداد صرفاً به تعیین مرجع رسیدگی و نه قانون حاکم اختصاص یافته است، استناد به ماده ۹۶۸ قانون مدنی وجهی ندارد. اما پرسش مطرح اینجاست که آیا سکوت قانون‌گذار ایرانی در خصوص تعیین قراردادی مرجع حل اختلاف را باید حمل بر جواز نمود و یا این نوع انتخاب قراردادی محکوم به بطلان است؟ اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی از صحت چنین انتخابی در حقوق ما دفاع می‌کند، پس چنین شرط یا موافقتی علی‌الاصول صحیح است. لیکن نکته اینجاست که حدود این آزادی را تا کجا باید دانست؟ یا به عبارتی دیگر، چنانچه قاضی در مناقشاتی که اصولاً باید در دادگاه‌های ایران مورد رسیدگی قرار گیرد (برای مثال، مواردی که به لحاظ آثار اقتصادی تصمیم‌گیری نسبت به آن‌ها نباید اصولاً در محکمه‌ای به جز ایران انجام پذیرد) در صدد اعلام بطلان شرط تعیین مرجع صالح باشد، در حقوق ایران که بنا بر قانون اساسی^۲ تمامی احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند باشند، کدامین مواد قانونی را باید برای استناد رأی خویش به کار گیرد؟

به یاد داشته باشیم که اگرچه شرط تعیین مرجع صالح از شرط تعیین قانون حاکم متمایز است، لیکن این شرط مسئله قانون حاکم را شدیداً تحت تأثیر قرار می‌دهد. با این توضیح که چنانچه در قراردادی شرط شده باشد که اختلافات در مرجعی به جز محاکم ایران رسیدگی گردد،

۱. اباحه عام در فرض تعیین قراردادی مرجع رسیدگی به حل اختلاف حتی در کشورهایی مثل امریکا نیز مورد انتقاد قرار گرفته است. برای مثال در نوشته‌های حقوقی اخیر، ملاحظاتی ناظر بر نظم عمومی در تعیین «مرجع قراردادی حل اختلاف» در انواع قراردادهای بیمه مورد بررسی برخی قرار گرفته است، از جمله: Marzen, Chad G. (2017). "Public Policy Considerations Concerning Forum Selection Clauses in Insurance Contracts" *Saint Louis University Law Journal*, p.10-46.

۲. اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.

آنگاه در صورت معتبر دانسته شدن چنین شرطی از سوی قاضی ایران، و طرح اختلاف در آن مرجع قراردادی، از آن پس دیگر همان مرجع خواهد بود که باید قانون حاکم بر ماهیت را با توجه به قواعد حل تعارض خود که اصولاً موضوع صلاحیت همان دادگاه رسیدگی کننده (دادگاه مقرر: *lex fori*) است، بیابد. در واقع می‌بینیم که چگونه چنین شرطی حاکمیت قانون ایران بر قرارداد را خنثی می‌سازد.^۱ حال فرض بگیریم قاضی ایرانی با اشاره به چنین امری و توجه به آنکه قانون حاکم بنا بر قواعد حل تعارض مرجع حل اختلاف قراردادی قانونی به جز ایران است (حال آنکه قرارداد در ایران منعقد شده و تابع قانون ایران است)، تصمیم به ابطال شرط تعیین مرجع صالح بگیرد. از نظر ما در این فرض وی حق ندارد پای ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران را که ناظر به تعیین قانون حاکم است، در جهت ابطال شرط تعیین مرجع حاکم به میان بکشد. بلکه قاضی ایرانی باید آنجایی که بنا بر مقتضیات خاص پرونده، شرط ارجاع اختلاف به مرجعی به جز محاکم ایرانی را با مصالح نظم عمومی (در معنای مضیق آن) سازگار نمی‌بیند، با تمسک جستن به ماده ۹۷۵ قانون مدنی، از به اجرا گذاردن چنین شرطی خودداری ورزد.

در ادامه پس از مروری بر داوری خارجی و تمایز آن با داوری بین‌المللی، میزان تأثیر ماده ۹۶۸ از این دو مؤلفه در حقوق کنونی ایران با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون نیویورک بررسی خواهد شد.

گفتار سوم، تمییز داوری بین‌المللی از داوری خارجی

برای فهم بهتر گستره و قلمرو موضوعی ماده ۹۶۸، باید بین داوری بین‌المللی (International) و داوری خارجی (Foreign) قائل به تفکیک و تمایز بود.^۲ چنانچه داوری خارج از مرزهای

۱. برای مثال می‌توان به همان پرونده موضوع دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۶۱۸ که پیش‌تر در همین مقاله مورد مطالعه قرار گرفت، اشاره نمود. تعیین داوری‌پذیری مسائل مرتبط با ضمانت‌نامه‌های بانکی در این پرونده، نظر به سکوت طرفین و منطبق شکل‌گرایانه حاکمیت قانون مقرر بر موافقت‌نامه داوری در فرض سکوت طرفین با قانون سنگاپور خواهد بود و این یعنی قطع عناصر ارتباطی حیاتی این پرونده با قانون ایران و در نتیجه نظم عمومی ایران. بدین‌سان شاهد آن خواهیم بود که تغییر در محل داوری به تغییر در سیستم حقوقی - که دربرگیرنده تمامی جهات و اهداف و مقاصد است که قانون‌گذار با پیش‌بینی آن در پی پی‌ریزی آن بوده است - می‌انجامد. در واقع شاهد آنیم که تغییر مظهر (آثار قراردادی که اصولاً قابل تراضی و تغییر است)، به تحول و تبدیل و دگرذیسی ظرف (سیستم حقوقی که برخاسته از نوع خاص سیاست‌های آن نظام حقوقی است) بدل می‌شود.

۲. در نظر داشته باشیم که قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران صرفاً ناظر به داوری بین‌المللی و نه داور خارجی است و وفق این قانون داوری بین‌المللی آن است که یکی از اطراف موافقت‌نامه داوری در لحظه انعقاد آن تابعیت کشوری به جز ایران را داشته باشد. فلذا بنا بر مفهوم مخالف، چنانچه اطراف موافقت‌نامه داوری در

جغرافیایی یک سرزمین انجام گیرد، ولی هیچ‌یک از علقه‌های ارتباطی بین‌المللی قلمداد شدن داوری مطابق با رژیم حقوق ملی همان سرزمین برای بین‌المللی دانستن داوری موجود نباشد، داوری را باید خارجی - و نه بین‌المللی - به حساب آورد. بدین‌سان داوری داخلی (برای مثال، مربوط به کشور الف) را که در کشوری دیگر (برای مثال، کشور ب) انجام می‌پذیرد باید برای کشور الف «داوری خارجی» و از جنس داوری داخلی - و نه بین‌المللی - (فاقد عنصر بین‌المللی مطابق با رژیم حقوق ملی همان کشور: domestic) قلمداد نمود (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38, p.12). حتی چنین اظهار نظر شده است که «دادگاه‌های کشور الف ملزم به اعمال کنوانسیون نیویورک در خصوص تبعیت از شرطی می‌باشند که مفید داوری در کشور ب است و مآلاً می‌بایست رأی را که از آن کشور صادر می‌شود شناسایی و به اجرا گذارند (Ibid). گفتنی است که برخی نظام‌های ملی نیز به این مسئله توجه داده‌اند؛ برای مثال در این خصوص می‌توان از ماده ۱(۲) و ۲۳ قانون داوری ۲۰۰۳ اسپانیا سخن گفت که مقرر می‌دارد: «دادگاه‌ها حتی در مواقعی هم که مقرر دیوان داوری در خارج از اسپانیا است، قرار تأمین صادره از دیوان داوری را به اجرا خواهند گذاشت»^۱. همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد، تمییز و تفکیک داوری داخلی و داوری بین‌المللی اصولاً موضوع رژیم حقوق ملی و نوع خوانش آن رژیم است. به‌طور کلی هیچ خط‌کش پذیرفته شده و مورد وفاقی نیز در این خصوص به چشم نمی‌خورد^۲. حتی اظهار نظر شده است که چنین خط‌کشی‌ای اصولاً مورد نیاز هم نیست؛ چه آنکه کنوانسیون نیویورک^۳ در خصوص اعمال آرای داوری خارجی - و نه بین‌المللی - وضع شده است (UNCTAD, OpCit, P.12).

روی هم رفته در راستای تبیین بهتر قلمرو ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران و با توجه به مسائل پیش‌گفته، می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد، نظر به الحاق ایران به این کنوانسیون در سال

لحظه انعقاد آن تابعیت ایران را داشته باشند، آنگاه آن داوری بین‌المللی نخواهد بود.

1. See: Spain, Arbitration Act 2003, articles 1 (2) and 23.

۲. البته می‌توان از قانون نمونه آنسیتال نام برد که آستانه بین‌المللی بودن داوری را در موسع‌ترین حالت آن در ۴ فرض پیش‌بینی کرده است که البته خاصیت الزام‌آوری برای تعیین عنصر بین‌المللی نداشته، صرفاً مدلی برای قانون‌گذاری به حساب می‌آید.

۳. نک: اولین بند از ماده نخست کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم‌شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸. در این بند در خصوص قلمرو اعمال این کنوانسیون چنین انشا شده است: «این کنوانسیون در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری صادره در قلمرو دولتی غیر از دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای احکام پیش‌گفته شده است و ناشی از اختلافات بین اشخاص اعم از حقوقی یا حقیقی می‌باشد، اعمال خواهد شد. این کنوانسیون در مورد احکام داوری که در دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای آن‌ها شده است، احکام داخلی محسوب نمی‌شود نیز اعمال خواهد شد».

۱۳۸۰ ش، رأی داوری که خارج از قلمرو جغرافیایی ایران صادر شده است، چه آن را بین‌المللی بدانیم و چه داخلی، با توجه به خارجی بودن رأی، در قلمرو شمول این کنوانسیون و مطابق با شروط آن قابلیت اعمال می‌یابد. از این رو، برای مثال رأی پرونده پیش‌گفته^۱ چنانچه از مرکز داوری سنگاپور صادر می‌شد، ذی‌نفع آن می‌توانست اعمال آن را مطابق این کنوانسیون و یا اختیاری که همین کنوانسیون در تمسک به رژیم حقوق ملی برای اجرا و انتخاب بین یکی از این دو، به او می‌داد، درخواست کند (برای مطالعه تفصیلی آن، ر.ک. جنیدی، ۱۳۹۰، ص ۵۷-۵۴). در واقع مگر نه آن است قانون‌گذار ایرانی برای تحصیل پرستیژ بین‌المللی، کنوانسیون نیویورک در خصوص اجرای آرای خارجی را پذیرفته است، و مگر نه آن است که پذیرش امکان ارجاع دعاوی ولو داخلی به مراجع داوری خارجی به نوعی مقدمه واجب برای صدور و متعاقباً اجرای آن که همسو با خواست قانون‌گذار ایرانی است، می‌باشد. پس باید پذیرفت که امکان ارجاع این چنین دعاوی به مراجع خارجی با نظم عمومی (حداقل در معنای مضیق نظم عمومی) بین‌المللی سازگارتر است. اتفاقاً این امر و اشاره به نظم عمومی بین‌المللی - البته وفق تعبیر قاضی پرونده «نظم نوین بین‌المللی» - در رأی صادره از همین شعبه در خصوص پرونده‌ای مشابه که به نتیجه‌ای کاملاً برعکس می‌انجامد، منعکس شده است که ما پیش‌تر به آن اشاره کرده‌ایم (ر.ک. دادنامه شماره ۹۱۰۱۱۸۹).

گفتار چهارم، تعیین قلمرو ماهوی اعمال ماده ۹۶۸ ق.م.ایران

پیش‌تر در خصوص قلمرو شکلی ماده ۹۶۸ ق.م. سخن گفتیم و گستره موضوعی آن را به لحاظ دامنه اعمال بررسی کردیم و دانستیم که این ماده صرفاً ناظر به تعیین قانون ماهوی حاکم است و منعی در خصوص تعیین مرجع صالح قراردادی از جانب اطراف یک قرارداد ایجاد نخواهد کرد. همچنین دانستیم که چنانچه با این آزادی انتخاب، از سوی مرجع داوری و یا دادگاه ملی کشوری خارج از ایران به اختلافی رسیدگی گردد، در صورت نبود عنصر تابعیت غیرایرانی اطراف قرارداد (موافقت‌نامه داوری)، وفق حقوق ایران آن رأی بین‌المللی نیست. وانگهی همان‌گونه که گذشت، رأی یادشده را باید مطابق مدلول التزامی کنوانسیون نیویورک (به‌طور مشخص بند ۱ از ماده ۱ این کنوانسیون) «خارجی»، و دادگاه‌های ایران را اصولاً مکلف به شناسایی و اجرای آن دانست. اما آیا ماده ۹۶۸ تعیین قانون خارجی حاکم بر تعهدات قراردادی را در صورت نبود آستانه بین‌المللی اتخاذشده در خود (تابعیت خارجی هر دو طرف

۱. ر.ک. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۶۱۸، که در گفتار پیشین بررسی شده است و نیز ر.ک. گفتار پیشین: ۲-۳. خلط بین تعیین مرجع صالح و قانون حاکم در رویه قضایی ایران.

عقد) به کلی بی اثر دانسته، بر آن خط بطلان می کشد؟ ما پاسخ پرسش پیشین را منفی می دانیم و برای تبیین مقصود خود در حد فضای این مقاله استدلال هایی چند را ارائه می کنیم. سعی شده است استدلال های ایرادشده در اینجا قلمرو ماهوی ماده ۹۶۸ را بهتر مشخص و معلوم سازد. برای تقریب هرچه بهتر منظور خود از دکتترین حقوقی بهره می گیریم. در حقوق بین الملل خصوصی بحثی مطرح است درباره انتخاب قانون کشور شناسایی نشده، در واقع پرسش این است که آیا طرفین یک قرارداد قادرند قانون کشوری را انتخاب نمایند که آن کشور مورد شناسایی کشور مقرر دادگاه قرار نگرفته باشد؟ برخی پس از تقسیم بندی این پرسش به دو فرض، در فرضی که قرارداد در کشوری منعقد شود که آن کشور در حین آن انتخاب از شناسایی کشوری که قانون آن مختار طرفین عقد قرار گرفته است سر باز می زند، چنین نتیجه گرفته اند: «در این صورت به نظر می رسد که انتخاب قانون حاکم به معنای انتخاب قانون خارجی به عنوان یک سیستم حقوقی نبوده، بلکه در واقع به معنای اندراج مفاد قانون خارجی در قرارداد می باشد. 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» (ایرانیپور، ۱۳۸۱ ب، ص ۳۳).

همچنین در حقوق بین الملل خصوصی پرسشی دیگر در باب بحث از صحت یا بطلان انتخاب «پیکره حقوق غیرملی: Non State Body of Law»، به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای مطرح است. در واقع پرسشی که مطرح می شود آن است که تصریح به انتخاب مجموعه ای از قواعد برای مثال «اصول حقوق قراردادهای اتحادیه اروپا: PECL^۱ و یا DCFR^۲» یا کدهای خصوصی اروپایی در مقام قانون حاکم بر قرارداد از جانب طرفین قراردادی صحیح است؟ پرسشی که به آن پاسخ مثبت داده می شود (Siehr, 2014, P.805). در ادامه چنین اظهار نظر می شود که این نوع انتخاب موجد این اشکال عمده است که «چنانچه برای مثال اصول قراردادهای تجاری (یونی دروایت)^۳ از سوی طرفین قراردادی به عنوان قانون حاکم اختیار شود^۴،

1. Principles of European Contract Law (PECL)

2. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

3. PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS.

۴. در خصوص انتخاب اصول قراردادهای تجاری (unidroit) در مقام قانون حاکم، در جایی به طور مستقل اظهار نظر شده است که این اظهارات از ظرایف ویژه ای برخوردار است، مختصری از آن صرفاً در حد طرح بحث و متناسب با هدف و ظرفیت این گفتار در اینجا نقل می شود: «بهرغم آنکه این پرسش که آیا اصول قراردادهای تجاری یونی دروایت را می توان به عنوان قانون حاکم اختیار نمود، علی الاصول پرسشی است که باید به شکل جداگانه در هر سیستم حقوقی پاسخ داده شود، ماحصل مقایسه تطبیقی این سیستم های حقوقی و نگرش آنان را می توان این گونه خلاصه کرد. نخست: در تفاسیر مبتنی بر قوانین موضوعه پیرامون قواعد حل تعارض نوعی انسجام دیده می شود. آنجایی که قواعد حل تعارض از قانون دولت ملی (law of state) سخن میگویند،

این اصول را نمی‌توان فراهم آورنده قاعده‌ای حقوقی برای مسئله حقوقی مورد اختلاف به حساب آورد. بنابراین ناگزیر باید قانون حاکم بر ماهیت (سیستم حقوقی قابل اعمال) و این امر را که حقوق کدامین کشور حاکم بر قرارداد خواهد بود و در نتیجه بر محدودیت‌های اقدامات طرفین سلطه دارد، از راه قواعد حل تعارض به دست آورد» (Ibid). مشاهده می‌شود حتی در فرضی که طرفین آشکارا یا قانون حاکم را کشوری شناسایی نشده و یا مجموعه اصولی را که ارجاع به آن‌ها تعیین قانون حاکم محسوب نمی‌شود، به عنوان قانون حاکم در بخش «شرط قانون حاکم» در قرارداد اندراج کرده‌اند، این امر به عنوان نتیجه آزادی قراردادی آن‌ها به رسمیت شناخته می‌شود و قاضی باید فرض گیرد که طرفین به انشای آن شروط به عنوان مفاد قراردادی خود پرداخته‌اند؛ چراکه همان گونه که برخی نیز به آن اشاره داشته‌اند: «طرفین قرارداد می‌توانند به جای تعیین قانون یک دولت خاص، خود، قواعد مادی وضع کنند. یعنی همه قواعد و احکام ماهوی و مادی مورد نیاز قرارداد را پیش‌بینی کنند... خواه این مقررات را خود ابداع کرده باشند و خواه از قوانین کشور یا کشورهای الهام گرفته باشند. هرگاه چنین شود، در واقع طرفین قانونی بر قرارداد حاکم نکرده‌اند بلکه همه قواعد مورد نیاز قرارداد را پیش‌بینی و مقرر کرده‌اند، هر چند چنین وضعیتی کمتر اتفاق می‌افتد و طرفین معمولاً قانون کشور خاصی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌کنند» (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰-۱۱۹). به منظور تقریب هر چه بهتر به ذهن می‌توان این گونه به توضیح این مسئله پرداخت و استدلال نمود که در نظم حقوقی ایران، حال که قانون ایران اجازه انعقاد عقود غیرمعمول را می‌دهد و آزادی قراردادی را در ماده ۱۰ قانون مدنی خود به رسمیت می‌شناسد، آیا نباید تأثیر انتخاب قانون خارجی (برای مثال، انگلستان) را حداقل در حد ارجاع به قواعدی نوشته در حکم «پیکره حقوق غیرملی: None State Body of Law» دانست و از این رو تأنجایی که آن‌ها با نظم عمومی ما و یا قواعد امره فرادستی حقوق ایران در تضاد نیستند، آن‌ها را قابل اعمال دانست؟

اجماع جهانی به شکل مناسبی به عدم امکان انتخاب اصول مؤسسه یونی درویت به عنوان قانون حاکم نظر دارد. و آنجایی که قواعد حل تعارض یک کشور به قواعد حقوقی (rules of law) در مقام قانون حاکم (applicable law) ارجاع می‌دهد، چنین مقرره‌ای مکرراً به مثابه نشانگری در جهت تعیین این امر که دربرگیرنده اصول مؤسسه یونی درویت نیز می‌شود، خوانده شده است. این تلقی علی‌الخصوص در بستر داورها بسیار معتابه بوده است.....» ر.ک.

Vogenauer, Stefan (editor). (2015) Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Second Edition. From: Oxford Legal Research Library (<http://olrl.oup.com>). (c) Oxford University Press, 2015. All Rights Reserved. Subscriber: Boston University Libraries; date: 21 December 2015, p.356.

همچنین برای مطالعه تفصیلی انتخاب اصول قراردادهای تجاری مؤسسه یونی درویت در مقام قانون ماهوی عینی ibid, p.362. ر.ک. (The PICC as objective substantive law)

پذیرش قانون خارجی به عنوان امری شبیه به «اندراج قراردادی برخی اصول متحدالشکل (برای مثال، یو سی پی یا یونی دروایت)» در عمل نتیجه‌ای یکسان با شناسایی انتخاب آن قانون خارجی به عنوان سیستم حقوقی ملی خواهد داشت؛ چه در شرایط پیش گفته نیز قانون خارجی تا زمانی از سوی دادگاه رسیدگی کننده، محل شناسایی و مناط اعمال قرار می‌گیرد که با نظم عمومی و قواعد امره آن کشور در تعارض نباشد که در فرض اخیر قانون خارجی تا حدی که با این دو استثنا مواجه می‌شود، بی‌اثر می‌گردد. این گزاره آن چنان در حقوق بین‌الملل خصوصی مشهور و قابل اعتناست که در مواد ۹ و ۲۱ آیین‌نامه رم ۱۱ (See: REGULATION (EC) No 593/2008) نیز تصریح شده است.

نتیجه

در این مقاله تأثیر ماده ۹۶۸ ق.م. ایران بر سه سناریوی مبتلابه حقوق بین‌الملل خصوصی که در دادگاه‌های ایران مطرح شده و محل بحث و نظر قضات ایرانی قرار گرفته و منتج به آرای در همین خصوص نیز گردیده، مطالعه و بررسی شده است. سه سناریویی که هریک برخاسته از شروط رایج قراردادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی (منظور هر قرارداد واجد هرگونه عنصر بین‌المللی - در معنای عام - می‌باشد) بوده و اندراج آن‌ها در این گونه قراردادهای معمول است:

۱. شرط تعیین مرجع خارجی (Forum Selection Clause)؛
۲. شرط قانون حاکم (Applicable Law Clause)؛
۳. شرط داوری به همراه قانون آیین دادرسی داوری (Arbitration Clause & Arbitration Rules).

دادگاه‌های ایران در مقام رسیدگی به دعاوی ناظر بر بطلان سه شرط پیش گفته اغلب با ماده ۹۶۸ ق.م. مواجه بوده‌اند. به این ترتیب، با تقسیم‌بندی قلمرو ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران به دو بخش قلمرو شکلی و قلمرو ماهوی استدلال شد که ولو آنکه ماده ۹۶۸ قانون مدنی امکان تعیین قانون خارجی به مثابه یک سیستم یا نظام حقوقی بر تعهدات قراردادی منعقد در ایران را نفی کند (قلمرو شکلی)، نافی تعیین مجموعه قوانین یا تعیین نظام‌های حقوقی خودانجام همچون «یونی دروایت» و «یوسی پی» و «اینکوترمز» نیست (قلمرو ماهوی) و تعیین این دسته مقررات و قوانین از حکم ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران تخصصاً خارج است. در واقع این شروط و قراردادهای و مقررات همچون قراردادهای خصوصی‌ای عمل خواهند کرد که ابتدا از سوی طرفین یک قرارداد نگاشته می‌شوند؛ امری که بنا بر استقرار آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی

1. REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

ایران کاملاً پذیرفته شده است. توجه به این امر ما را به آن سو رهنمون می‌سازد که اصولاً اشکالی در تعیین قانون کشوری- برای مثال انگلستان- نه به‌عنوان یک سیستم حقوقی، بلکه به‌عنوان مجموعه مقرراتی برای روشن ساختن وضعیت حقوقی قرارداد، متصور نیست و قرارداد همچنان می‌تواند تابع سیستم حقوق ملی ایران باشد؛ چه آنکه حقوق ایران اصولاً امکان تراضی برای تنظیم مناسبات قراردادی را می‌پذیرد و این امر که این تراضی از طریق ارجاع به نمونه قراردادهای تیپ و مدل یا هر چیز نوشته‌ی دیگر به‌دست آید، خالی از اشکال است. از این‌رو، توصیه می‌شود دادگاه‌های ایران چنین ارجاعاتی به قانون حاکم خارجی را در حکم ارجاع به شروطی مدل و تیپ تلقی کرده، قرارداد را در سیستم حقوقی همچنان تابع قانون ایران بدانند و با اشاره به این امر که چنین ارجاعاتی با سیستم حقوقی ایران که قرارداد بنا بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران کماکان تابع آن است، همسویی و هم‌نوایی دارد، از اعلام بطلان این شروط (شرط تعیین قانون خارجی حاکم) به دلیل مغایرت با ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران خودداری نمایند. قاضی ایرانی پس از قبول آنکه قرارداد تابع سیستم حقوق ملی ایران است و این حقوق امکان تراضی بر سر تعهدات قراردادی را می‌دهد و اشکالی از حیث ارجاع به قانون کشوری بیگانه، آنجا که چنین ارجاعی در حکم ارجاع به قراردادهای مدل می‌باشد متصور نیست، با قرار ارجاع امر به کارشناس، حکم مسئله را از کارشناس مربوطه برابر قانون همان کشور مرجوع‌الیه (که ارجاع به آن به مثابه ارجاع به قرارداد خصوصی طرفین منازعه پنداشته شده است) سؤال خواهد کرد و در نتیجه مقصود طرفین از ارجاع به قانون حاکم خارجی در عمل حاصل شده است. همچنین دانستیم که نظر به نبود مقرره قانونی، شروط ناظر بر تعیین مرجع صالح در قراردادهای تجاری کاملاً منصرف از ماده ۹۶۸ بوده، در نتیجه برابر اصول کلی و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران صحیح است؛ خواه شرط، ناظر بر تعیین دادگاه خارجی و یا مرجع داوری خارجی باشد. همچنین دانستیم که سیستم حقوقی ایران پس از الحاق ما به کنوانسیون نیویورک در سال ۱۳۸۰ش در زمینه داوری دستخوش تغییر اساسی شده است و برعکس قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ش که از داوری بین‌المللی سخن می‌گفت، کنوانسیون اخیر از آرای صادره از سوی داوری خارجی سخن می‌گوید، به این سبب به تفاوت‌های میان داوری بین‌المللی و داوری خارجی پرداخته‌ایم. الحاق ما به کنوانسیون نیویورک بی‌گمان باید به وسعت نظر قاضی ایرانی در آستانه ارجاع دعاوی به داوری خارج از مرزهای ایران (و با وحدت ملاک، مراجع قضایی خارجی) بینجامد، چه آنکه در این حالت دولت ایران در راستای مصالح عالی‌ه مملکتی، خود را به شناسایی و اجرای آرای صادره از مراجع داوری غیرایرانی ملزم دانسته است و این التزام آرای داوری صادره در خارج از ایران را که مطابق معیار قانون داوری تجاری سال ۱۳۷۶ش ایران، بین‌المللی شمرده نمی‌شوند نیز دربر می‌گیرد. وانگهی با نگاهی به ادبیات

حقوقی اخیر، مواردی در حقوق خارجی شناسایی شده که در آن حتی در کشوری همچون امریکا که شرط ارجاع به مرجع خارجی حل اختلاف امری کاملاً پذیرفته شده است، به تازگی در برخی موارد چنین ارجاعی در بعضی مصادیق مخالف نظم عمومی تلقی گردیده است. مطالعه آرای قضایی نشان از آن دارد که در برخی موارد قاضی ایرانی در برخورد با برخی مصادیق (عمدتاً مربوط به حقوق مالی که چهره نظم عمومی در آن غالب است)، چنین ارجاعی را با نظم عمومی شدیداً مغایر دیده است، لیکن در مقام تعیین مقرر حکمی برای بطلان «شرط تعیین مرجع خارجی حل اختلاف»، نظر به سکوت قواعد حل تعارض ایران در این زمینه، به ماده ۹۶۸ استناد جسته که مؤید نوعی خلط است. سپس با توجه به این امر که شرط تعیین مرجع شدیداً می تواند بر تعیین قانون حاکم تأثیرگذار باشد؛ چه آنکه هر مرجع قضایی و حتی مراجع داوری قواعد حل تعارض خود را در مقام حاکم سازی و تعیین قانون حاکم، پیاده خواهند نمود و بدین سان به احتمال بسیار زیاد قرارداد از حیطة و قلمرو قانون حاکم ایران به دور خواهد افتاد؛ در این راستا، پیش نهاد دادیم قضات ایرانی در موارد این چنینی با مستمسک قرار دادن ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران، از به اجرا گذاردن «شرط تعیین مرجع خارجی حل اختلاف» (حسب مورد دادگاه و یا مرجع داوری) خودداری نمایند، اگرچه اصولاً این گفته لامحاله باید در شرایط استثنایی و با در نظر گرفتن مقتضیات مربوط به مفهوم مضیق نظم عمومی و توجه به نظم عمومی بین المللی (مفهوم مضیق نظم عمومی) به کار گرفته شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۱ الف)، «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین الملل خصوصی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۸.
۲. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۱ ب)، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطة انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۵.
۳. اهالی آباد، محسن (بهار ۱۳۹۵)، «انعطاف در تئوری حقوق قراردادهای ایران و ارجاع دعاوی تجاری به داوری بین المللی»، مجله استیناف، ش ۱۰.
۴. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، کتاب نقد و بررسی قانون داوری تجاری بین المللی، چ ۱، انتشارات مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران.
۵. جنیدی، لعیا (بهار و تابستان ۱۳۹۰)، «کنوانسیون نیویورک و رژیم اجرایی آن»، نشریه

- مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۲، ش ۱،
۶. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۶۱۸ صادره از شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
۷. دادنامه شماره ۹۱۰۱۱۸۹ صادره از شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان تهران به تاریخ ۹۱/۱۱/۸
۸. رأی داوری صادره در سال ۲۰۰۸ از سوی هیئت داوری سه نفره در پاریس در قضیه Bernar Tapie v. Consortium de Realization (CDR).
۹. رأی ۱۷ فوریه ۲۰۱۵ دادگاه استیناف پاریس مبنی بر نقض رأی صادره در سال ۲۰۰۸ از سوی هیئت داوری سه نفره در پاریس.
۱۰. رأی دیوان عالی کشور فرانسه (Cour de Cassation) : (Cass. Civ. 1, 30 June 2016, N°15-13.755
۱۱. رأی شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران، قابل دسترس در سامانه آرا به نشانی اینترنتی: <http://j2.ijri.ir>
۱۲. رأی شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به تاریخ ۹۲/۲/۳۰ (شماره ۱۶رقمی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۲۴۸).
۱۳. رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۷۹، تاریخ رأی نهایی: ۹۲/۰۹/۴
۱۴. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین الملل خصوصی»، فصلنامه علمی- پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۸،
۱۵. شمس، عبدالله (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، ج ۳، چ ۲۱، تهران: انتشارات دراک.
۱۶. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸، مصوب ۱/۲۹/۱۳۸۰
۱۷. قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مصوب ۶/۲۶/۱۳۷۶
۱۸. قانون مدنی ایران (جلد دوم)، مصوب ۱۳۱۳ش.
۱۹. کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸.

(ب) خارجی

20. Baker, Steven N. (2008), "Foreign Law Between Domestic Commercial Parties: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law", 30 Campbell L. Rev. 437

21. El Shalakany, Khaled & El Shalakany, Adam. (August 2013). "Arbitration Guide, IBA Arbitration Committee, EGYPT", available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId%3D14B122C0-E886-4CFF-AE6E-A0CB6EA7EDA5&usg=AFQjCNEqGU5P21M9oV7gHIZOraqy3JzipA>, last seen: Mar 18 of 2017.
22. Marzen, Chad G. (2017), "Public Policy Considerations Concerning Forum Selection Clauses in Insurance Contracts" Saint Louis University Law Journal, Available at: http://works.bepress.com/chad_marzen/27/, last seen: April 20, 2017.
23. Siehr, K. (2014), "International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules", *Revue Hellénique de Droit International*, 67.
24. The Grecon v. Horner (GreCon Dimter Inc v. Horner Flooring Co, 04-1178 (4th Cir. 2004)), AT: <https://www.courtlistener.com/opinion/1014663/grecon-dimter-inc-v-horner-flooring-co/>, last seen: Mar 18 of 2017.
25. REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).
26. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38, available at: http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add38_en.pdf, last visited: April 20, 2017.
27. Uniform Commercial Code (revised on 2004): UCC.
28. Vogenauer, Stefan (editor). (2015), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Second Edition, From: Oxford Legal Research Library (<http://olrl.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2015. Subscriber: Boston University Libraries; date: 21 December 2015.