

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شماره سی و دوم، ۱۳۸۴، صص ۵۱ - ۷

تعارض قوانین در قراردادها (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)

دکتر حمیدرضا نیکبخت*

چکیده

هنگامی که دادگاه‌های یک کشور با رابطه‌ای حقوقی که در آن یک عنصر خارجی وجود دارد، مواجه می‌شوند موضوع تعارض قوانین مطرح می‌شود، یعنی دادگاه باید تصمیم بگیرد که از میان قوانین مطرح و مربوطه کدامیک بر آن رابطه حاکم یا قابل اعمال خواهد بود. در حالی که این موضوع معمولاً در سیستم‌های حقوقی عرفی به عنوان یک رشته حقوقی مستقل به حساب می‌آید، در سایر سیستم‌های حقوقی، بویژه در سیستم‌های حقوقی نوشته، قسمتی از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی است. به هر حال هر دو عنوان «تعارض قوانین» و «حقوق بین‌الملل خصوصی» اسم‌های بی‌مسمایی هستند و با معنایی که از آنها مورد نظر است تطبیق نمی‌کنند. اما هر دو عنوان، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی ملی هستند که برای اعمال و پاسخگویی به روابط حقوقی دارای عنصر خارجی، وضع و ایجاد گردیده‌اند.

*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

این مقاله بطور خاص، مربوط به تعارض قوانین در قراردادهای (با عنصر خارجی، یا اصطلاحاً قراردادهای بین‌المللی) می‌باشد، و صرفاً قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و مبنا و اساس قواعد تعارض در این حوزه را مورد بحث قرار می‌دهد.

قواعد تعارض هر سیستم حقوقی مبنا و توجیه خاص خود را دارند. بعضی از سیستمها غیر منعطف و سخت هستند و مبنای قواعد قانونی خود را اصل «حاکمیت دولتها» می‌بینند و قواعدی نظیر قاعده قانون محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد یا قاعده قانون کشور متبوع طرفین قرارداد را بر می‌گزینند و بعضی از سیستمهای حقوقی انعطاف پذیرند و برای آزادی یا حاکمیت اراده طرفین قرارداد ارزش بیشتری قائل هستند.

بررسی قوانین جدید برخی کشورها و همچنین قواعد اسناد و سازمانهای بین‌المللی مربوط، آشکار می‌سازد که آزادی و حاکمیت اراده طرفین در بسیاری از سیستمهای حقوقی، یک قاعده غالب می‌باشد. البته، هیچ سیستم حقوقی این اصل را بدون قید و شرط نپذیرفته است، و در کشورهای مختلف محدودیت‌های مختلفی بر آن وارد شده است. در حقیقت، امروزه «حاکمیت اراده» یک اصل اساسی است و به عنوان مبنای قواعد تعارض قوانین در تعهدات قراردادی، با مقداری محدودیت، مناسبترین قاعده در بین همه قواعد دیگر می‌باشد که هم نفع طرفین قراردادهای بین‌المللی را در بر دارد و هم نمی‌تواند لطمه‌ای به منافع دولتهای مربوطه وارد آورد.

مقدمه

تعارض قوانین به طور کلی یکی از مباحث مهم و پیچیده حقوق است و تعارض قوانین در مورد قراردادها به طور خاص موضوعی بغرنج و دارای اهمیت ویژه می‌باشد. به خصوص در دهه‌های اخیر که تجارت بین‌الملل توسعه فراوان یافته است، این موضوع از علم حقوق، در غالب عهدنامه‌های بین‌المللی و قانون‌گذاریهای داخلی مورد توجه خاص دولتها قرار گرفته و در سیستم‌های حقوقی مختلف دستخوش تحولات عمیق گردیده است.

موضوع تعارض قوانین در قراردادها زمانی مطرح می‌شود که یک عنصر خارجی در قرارداد وجود داشته باشد. بنابراین در یک دعوی مربوط به یک قرارداد داخلی که بین اتباع یک کشور منعقد می‌شود و محل انعقاد و اجرای آن قرارداد همان کشور است، آشکار است که مسأله تعارض قوانین در دادگاههای این کشور وجود نخواهد داشت، بلکه قواعد قراردادهای سیستم حقوقی همان کشور بر چنین قراردادی اعمال خواهند گردید. اما چنانچه یکی از عناصر قرارداد خارجی باشد مسائل متعددی مطرح خواهند شد که قانون کشور خاصی باید آنها را حل نماید. به عنوان مثال در یک قرارداد بیع بین‌المللی که معمولاً طرفین آن از دو یا چند کشور مختلف می‌باشند و موضوع مبادله آن نیز باید از یک کشور به کشور دیگر حمل و تحویل شود، حداقل دو سیستم حقوقی مطرح می‌گردد. درخصوص این قرارداد، چنانچه اختلافی بین طرفین واقع شود این سؤال مطرح می‌شود که کدام قانون (سیستم حقوقی) بر مسأله متنازع فیه حاکم خواهد بود. قانون حاکم یا قابل اعمال در هر مورد توسط قاعده مربوطه تعارض قوانین (قاعده حل تعارض) مشخص خواهد شد. مجموعه این قواعد در هر سیستم حقوقی قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای آن سیستم

را تشکیل می‌دهد.

بنابراین، قواعد تعارض قوانین یک سیستم حقوقی در مورد قراردادها شامل آن دسته از قواعد قانون ملی یک کشور است که دادگاهها (به خصوص دادگاههای همان کشور) آنها را به کار می‌برند تا دعوی را که در آن عنصر خارجی وجود دارد حل و فصل نمایند. این قواعد مشخص خواهند کرد که دادگاهها - که باید به طور معمول قواعد اساسی یا ذاتی^۱ قانون ملی را بر دعوی اعمال نمایند - در چه صورت قواعد قانونی کشور خارجی را بر دعوی مورد بحث اعمال خواهند نمود.^۲ پس، این قانون ممکن است قانون کشور مقر دادگاه و یا قانون (سیستم حقوقی) کشور خارجی باشد. لذا دادگاههای یک کشور تنها بنا به تجویز قواعد تعارض قانون ملی، ممکن است قانون خارجی را بر دعوی مطروحه اعمال نمایند. در قراردادها چهار موضوع عمده مطرح می‌باشند که اختلافات قراردادی نیز کلاً از همین موضوعات ناشی می‌شوند. آنها عبارتند از:

۱. تعهدات قراردادی؛

۲. تشکیل و اعتبار قرارداد؛

۳. شکل قرارداد؛

۴. اهلیت و وضعیت طرفین قرارداد.

معمولاً در سیستم تعارض قوانین کشورها در بخش مربوط به قراردادها، قواعد خاصی (هرچند محدود و ابتدایی) برای هریک از این موضوعات در نظر گرفته شده است. مسأله‌ای که قواعد تعارض در خصوص

۱. این قواعد، ماهوی یا مادی هم نامیده می‌شوند.

۲. این که چگونه و چه موقع دادگاههای یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوی را که دارای یک عنصر خارجی می‌باشد دارند، بحث صلاحیت بین‌المللی دادگاهها است که در جایی دیگر بدان پرداخته خواهد شد.

این موضوعات حل می‌کنند، در اصل تعیین قانون حاکم بر این موضوعات است، لذا از این جهت این قواعد به قواعد حل تعارض موسومند.

همان‌گونه که آمد، قواعد تعارض قوانین بخشی از قانون ملی یا سیستم حقوقی مقرر دادگاه می‌باشند و لذا می‌توانند همانند سیستم‌های حقوقی متنوع باشند. یعنی همان‌گونه که قواعد اساسی یا ذاتی قانونی مربوط به قرارداد کشورهای مختلف متفاوت و متغیر است، قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها نیز می‌تواند از یک کشور به کشور دیگر یا از یک مقرر دادگاه به مقرر دادگاه دیگر در تغییر باشد.^۳ در نتیجه هیچ‌گونه اطمینانی نمی‌توان داشت که قواعد تعارض سیستم‌های مختلف در خصوص موضوع مشخصی از قرارداد به نتیجه واحد و یکسانی برسند.^۴

در این مقاله سعی خواهد شد که صرفاً تعارض قوانین در ارتباط با قراردادهای بازرگانی با وصف بین‌المللی، آن‌هم تنها در بخش تعهدات قراردادی و به صورت کلی مورد بحث و بررسی قرار گیرد. پرداختن به مسائل خاصی که در خصوص این موضوع ممکن است مطرح باشد و نیز ارزیابی سیستم حقوقی ایران خارج از گنجایش این مقاله می‌باشد. بدین منظور ابتدا در قسمت نخست روشهای پذیرفته شده در سیستم‌های حقوقی مختلف برای برگزیدن قانون حاکم مورد بررسی قرار خواهند گرفت. سپس

^۳. واضح است که منشأ این تغییرات در تفاوت‌های سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است که با قوانین خاص خود، دولتهای این کشورها مبانی و اصول اختصاصی خود را در سیستم حقوقی خود منعکس می‌کنند و شخصیت و وجود مستقل خود را بیان و هویت ملی خویش را تثبیت می‌نمایند.

^۴. D.L. Perrott, *International Sales Agreements, International Trade; Law and Practice*, p. 3.

به هر حال اصول متحدالشکلی را می‌توان در بین قواعد تعارض سیستم‌های حقوقی مختلف یافت که به صورت قواعد تعارض قوانین فراملی مطرح هستند. مثلاً قواعد تعارضی که برای تعیین قانون حاکم مناسب باید به کار برده شوند، همیشه قواعد تعارض مقرر دادگاه یا دیوانی است که دعوا در آنجا مطرح است؛ یا این‌که احاله در میان قواعد تعارض قراردادهای بازرگانی وجود ندارد. همچنین عهدنامه‌های بین‌المللی محدودی در زمینه یکسان سازی قواعد تعارض قوانین منعقد گردیده است که کشورهای عضو را دارای قواعد یکسان و واحد می‌نماید.

در قسمت دوم، اصل حاکمیت یا استقلال اراده و در قسمت سوم محدودیتهای وارده بر این اصل مطالعه خواهد شد.

قسمت اول - روشهای پذیرفته شده در سیستمهای حقوقی مختلف

«قانون حاکم»^۵ که از آن به عنوان «قانون قابل اعمال»^۶ نیز نام برده می‌شود، قانون یا سیستمی حقوقی^۷ است که دادگاههای یک کشور بنا به تجویز قواعد حل تعارض (مربوط به قراردادهای) قانون ملی برای تعیین تعهدات طرفین اعمال می‌نمایند. به عبارت دیگر قانون حاکم بر قرارداد، قانون یا سیستمی حقوقی است که توسط قواعد حل تعارض قانون ملی کشف و معین می‌گردد و قرارداد را کنترل می‌نماید و بدان اعتبار می‌بخشد یا آن را فاقد اعتبار می‌داند. در سیستم حقوق عرفی انگلستان قانون حاکم بر قرارداد، قانون مناسب^۸ قرارداد می‌باشد که آن را این‌گونه تعریف می‌کنند: «عبارت قانون مناسب قرارداد یعنی سیستم حقوقی که طرفین قصد دارند بر قراردادهای حاکم باشد یا وقتی که قصد آنها تصریح نشده و از اوضاع احوال قابل برداشت نیست، سیستم حقوقی که عقد [قرارداد] با آن نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط را دارد»^۹.

5. Governing law.

6. Applicable law.

۷. منظور از سیستم حقوقی، مجموعه قواعد و مقررات حقوقی ملی (سرزمینی) یا بین‌المللی (فراسرزمینی) می‌باشد.

8. Proper law.

9. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Ltd., 1980, p. 747.

کتاب تعارض قوانین دایسی و موریس، یکی از مهمترین و جامع‌ترین منابع تعارض قوانین برای مطالعات حقوق بین‌الملل خصوصی انگلستان محسوب می‌شود. در زمان نگارش این مقاله جدیدترین چاپ این کتاب، چاپ دوازدهم می‌باشد که در سال ۱۹۹۳ میلادی پس از به اجرا درآمدن «عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی» در سال ۱۹۹۱ میلادی، منتشر شده است. مطالب قسمت تعارض قوانین مربوط به قراردادها در چاپ جدید، قواعد جاری تعارض قوانین در انگلستان (در واقع قواعد عهدنامه ۱۹۸۰ رم) می‌باشد.

منظور از تعهدات قراردادی، تعهداتی است که به موجب قرارداد برای طرفین آن ایجاد می‌شود و در مقابل تعهدات غیرقراردادی یا الزامات خارج از قرارداد به کار برده می‌شود. بنابراین اهمیت فراوان دارد که روابط حقوقی قراردادی از روابط حقوقی غیر قراردادی در هر سیستم حقوقی تمییز داده شود. چه این دو تابع قواعد تعارض مختلفی هستند که معمولاً مشخص کننده قوانین حاکم متفاوت می‌باشند، بدین گونه که چنانچه رابطه یا عملی قراردادی محسوب شود قانون حاکم بر آن متفاوت خواهد بود با این که همان رابطه یا عمل غیرقراردادی به شمار آید.^۱

همانگونه که بیان گردید قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در هر سیستم حقوقی توسط قواعد حل تعارض آن سیستم مشخص می‌گردد. به طور کلی می‌توان گفت که این قواعد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به دو طریق ذیل تعیین می‌کنند:

۱- بطور مستقیم با روش عینی و به حکم قانون (بدون در نظر گرفتن اراده طرفین)؛

۲- بطور غیرمستقیم با روش ذهنی و مستقل از اراده طرفین قرارداد (حاکمیت یا استقلال اراده طرفین).*

۱- قانون حاکم بر تعهدات قراردادی با روش عینی و به حکم قانون

در یک بررسی تاریخی از حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین در کشورهای مختلف و عقاید علما و نویسندگان حقوقی مشاهده

در این مقاله هم از چاپ دهم (سال ۱۹۸۰) و هم از چاپ دوازدهم (سال ۱۹۹۳) این کتاب استفاده شده است، بطوری که در مسائل مربوط به قواعد سنتی (عرفی) تعارض قوانین به چاپ دهم و در مسائل مربوط به قواعد جدید به چاپ دوازدهم مراجعه گردیده است.

۱۰. قانون حاکم بر تعهدات غیر قراردادی یا قانون حاکم بر مسؤولیت مدنی (قهری) موضوع مستقل دیگری است که در اینجا مورد بحث نمی‌باشد.

*. Party Autonomy.

می‌شود که در گذشته دور سه نظریه غالب در خصوص قانون حاکم بر قرارداد مطرح بوده است.^{۱۱} حاکمیت قانون محل انعقاد یا تشکیل قرارداد،^{۱۲} حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد^{۱۳} و حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین.^{۱۴} در واقع این نظریه‌ها به گونه‌ای قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادها را در کشورهای مختلف ساخته و هر کدام خود یک قاعده شده‌اند. هر کشور با تحلیلهای خاص خود و در نظر گرفتن انگیزه‌های سیاسی و یا مرکز ثقل قرارداد و جو اقتصادی تجاری که قرارداد در آن قرار داشته، از یکی از این نظریات که برای خود مناسب‌تر می‌دانسته، پیروی می‌کرده است. پذیرش هریک از این تئوریها گرچه باعث می‌شود وضعیت حقوقی قرارداد بهتر قابل پیش‌بینی باشد و ثبات و اطمینان بیشتری بر قرارداد حکم فرما گردد، اما جایی برای استقلال اراده طرفین باقی نمی‌گذارد.

در غالب سیستم‌های حقوقی تا قرن نوزدهم میلادی قراردادها تحت حاکمیت قانون کشوری بوده‌اند که در آنجا تشکیل یا اجرا می‌شده‌اند. قاعده حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد در قرن هیجدهم و اوایل قرن نوزدهم، که شروع تدوین حقوق بین‌الملل خصوصی در کشورهاست، به صورت مدون در سیستم‌های حقوقی قرار گرفته است.^{۱۵} در کشورهای

۱۱. برای مطالعه مختصری از سیر تاریخی تعارض قوانین، رجوع شود به الماسی، دکتر نجاد علی، حقوق

بین‌الملل خصوصی، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۵۷ به بعد.

۱۲. به عنوان نمونه به نظریه پیه، حقوقدان فرانسوی رجوع شود.

Pillet, *Principes de Droit International Privé* (Paris, 1903).

۱۳. به عنوان نمونه به نظریه ساوینی حقوقدان آلمانی رجوع شود.

Fridrich Carl von Savigny, *8 System des Heutigen Rechts* (1849).

۱۴. به عنوان نمونه به نظریه منچینی حقوقدان ایتالیایی رجوع شود. منچینی اعتقاد داشت که تابعیت مبنای حقوق بین‌الملل خصوصی است اما باید با شهروندان و بیگانگان به طور مساوی رفتار نمود و اجازه داد که طرفین معاملات هر قانونی را که مایلند برای حاکمیت بر معاملاتشان انتخاب کنند.

Pasquale Stanislao Mancini, *Dritto Internazionali* (1873); E. Jane, *P.S. Mancini Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und Praktischer Jurisprudenz* (1980).

۱۵. به عنوان نمونه، قانون مدنی ۱۸۱۱ اتریش در ماده ۳۷، بر اصل حاکمیت قانون محل انعقاد تصریح

اروپایی نیز در طول نیمه اول قرن نوزدهم، قانون محل انعقاد ترجیح داده می‌شده و بسیاری از نویسندگان و دادگاهها بر این قاعده متکی بوده‌اند، به نحوی که حتی مبنای آن را قصد ضمنی طرفین قرارداد می‌دانسته‌اند.^{۱۶} دادگاههای انگلستان تا سال ۱۸۶۵ و دادگاههای بعضی از ایالات آمریکا مثل ایالت نیویورک تا سال ۱۹۵۴ قانون محل انعقاد را اعمال می‌نموده‌اند.^{۱۷} از اواسط قرن نوزدهم میلادی ارج نهادن به حاکمیت و استقلال اراده طرفین قراردادها در خصوص تعیین قانون حاکم، در سیستم‌های حقوقی آغاز می‌گردد،^{۱۸} و در اواسط قرن بیستم به اوج خود می‌رسد، به طوری که بسیاری از کشورها سیستم دوگانه‌ای را تدوین و وارد سیستم حقوقی خود می‌کنند که در آن هم حاکمیت و استقلال اراده طرفین قرارداد محترم شمرده می‌شود و هم نظریه‌ها و روشهای مطرح در گذشته حفظ می‌گردند. مثلاً، در آلمان رویه قضایی حاکی از آن است که تعهدات هریک از طرفین قرارداد تحت حاکمیت قانون محل اجرای همان طرف بود^{۱۹} ولی در

دارد. ماده ۳۷ این قانون چنین مقرر می‌دارد:

Article 37: "Lorsque des actes juridiques sont conclus entre des étrangers ou entre des étrangers et des autrichiens à l'étranger, la loi du lieu où l'acte a été conclu est applicable, à moins que lors de la conclusion un autre droit n'ait été manifestement choisi, et à moins que les dispositions de l'article 4 ci-dessus ne s'y opposent".

16. Boullenois, *Traité de la Personnalité et de la Réalité des Lois* (Paris, 1766), p. 57.

17. در انگلستان رجوع شود به:

P. & O. Steam Navigation Co. v. Shand (1865) 3 Moo. P.C. (N.S) 272; Lloyd v. Guibert (1865), L.R.1, Q.B.115.

در ایالت نیویورک رجوع شود به تصمیم دادگاه پژوهشی در پرونده:

Auten v. Auten, 308 N.Y. 155; 124 N. E. 2d 99 (1954).

نقل از:

J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., Stevens & Sons Ltd., 1984, p. 265.

18. تا سال ۱۸۶۵ میلادی، اصل حاکمیت یا استقلال اراده طرفین (Party autonomy) به عنوان اصل راهنما توسط دادگاههای انگلستان، فرانسه و آلمان تثبیت شده بود.

19. در سیستم حقوقی آلمان تجزیه قرارداد یا تفکیک تعهدات طرفین قرارداد تحت عنوان دکترین Scission انجام می‌گیرد و براساس این دکترین موضوع تشکیل قرارداد نیز مستقل و جدا از تعهدات

تعارض قوانین در قراردادها ... ❖ ۱۵

جایی هم که انتخاب صریح یا ضمنی طرفین یافت می‌شد دادگاهها آن را می‌پذیرفتند.^{۲۰} یا در سیستم حقوقی ایتالیا ماده ۲۵ «مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲ ایتالیا» در این رابطه گرچه قانون ملی طرفین قرارداد را حاکم می‌دانست اما، اراده طرفین را بر آن غالب می‌گرداند و این‌گونه مقرر می‌کرد: «ماده ۲۵: تعهدات ناشی از قرارداد، تحت حاکمیت قانون ملی [تابعیت] طرفین قرارداد است، در صورتی که تابعیت آنها مشترک باشد؛ در غیر این صورت تحت حاکمیت قانون محلی است که قرارداد در آنجا منعقد می‌شود. در هر صورت اراده [توافق] مخالف طرفین غالب است.» بنابراین، در این سیستم حقوقی مسأله قانون حاکم مستقیماً توسط قانون و به روش عینی حل می‌شد و رویه قضایی ایتالیا هم چیزی مغایر این طریقه را نشان نمی‌دهد.^{۲۱} ماده ۱۲۶ اصول قانون مدنی سال ۱۹۶۱ شوروی (سابق) هم علاوه بر این که حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد را برای تعیین حقوق و تکالیف طرفین مقرر می‌دارد، توافق طرفین قرارداد برخلاف آن را هم می‌پذیرد.^{۲۲}

اعتقاد کنونی این است که الزامی بودن حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین یا محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد با شرایط بازرگانی این زمان سازگاری ندارد. بسیاری از افراد هستند که در کشورهای دیگر غیر از کشور متبوع خود به مبادلات تجاری اشتغال دارند و حتی با کشور متبوع

قرارداد تابع قانون محل انعقاد قرارداد قرار داشته است.

Cohn, Manual of German Law, S.8 – 54.

20. Cohn, *ibid*.

21. Judgement of 30 April 1969 (n. 1403), in *officima musso c. société sevplent* (Riv, dir. Int priv. Proc., 1970, pp. 332 et seq.; Morelli Elenent di diritto international privato, p. 155.

22. Article 126: “The rights and duties of parties to a foreign trade transaction are defined by the laws of the place of the transaction unless the parties otherwise agree. Soviet law decides in what place a transaction is effected” – Principles of Civil Legistation of USSR, 8 Dec. 1961, in *Law in Eastern Europe*, VII Leyden, 1963, pp. 263 ff.

خود یا ارتباط ندارند یا ارتباطشان اندک است؛ یا قراردادهای تجاری بسیاری وجود دارد که محل انعقاد آن برای طرفین اهمیت خاصی ندارد و یا اتفاقی می‌باشد یا صرفاً به لحاظ سهولت دسترسی برای طرفین انتخاب شده است، یا قراردادهای تجاری بسیاری امروزه با مکاتبه، تلکس، تلفن و نمابر (فاکس) از کشوری به کشور دیگر منعقد می‌شوند و تعیین محل انعقاد مشکل یا غیرممکن است. به علاوه محل انعقاد قرارداد معمولاً به عنوان یک عامل ارتباطی که تنها مناسب یک اقتصاد کمتر توسعه یافته و غیرپویا می‌باشد به حساب می‌آید. در خصوص مشکل محل اجرا هم می‌توان گفت که ممکن است محل اجرا متعدد باشد که در این صورت مشخص نیست قانون کدام محل اجرا باید حاکم باشد.

به هر صورت گرچه بنظر می‌رسد این سیستم تعیین قانون حاکم، بیش از حد غیرقابل انعطاف است و کمتر با نیازهای تجارت بین‌الملل مطابقت دارد، اما هنوز هم تا حدودی از مقبولیت برخوردار است. مثلاً، گرچه امروزه بسیاری از کشورها در سیستم حقوقی خود در قالب قوانین داخلی و یا از طریق عهدنامه‌های بین‌المللی، روشهایی مانند اصل حاکمیت اراده را برای کاهش نارسایی‌ها و حالت غیرقابل انعطاف روشهای قبلی برگزیده‌اند؛ ولی در کنار آن، در صورت فقدان اراده، همچنان برای پرکردن خلأ، یکی از نظریه‌های سابق را حفظ کرده‌اند.^{۲۳} البته نباید از نظر دور داشت که جهت کلی قواعد تعارض قوانین در خصوص قراردادها در کشورهای مختلف به سوی محو نظریه‌های قبلی و توسعه بخشیدن به حاکمیت اراده و آزادی اطراف قرارداد حرکت می‌کند.^{۲۴}

۲۳. به قسمت مربوط به «آزادی یا استقلال اراده در قوانین ملی»، در صفحات بعد مراجعه شود.
۲۴. در اروپا، نویسندگانی چون پیه و نیبویه در فرانسه و فون بار و زیتل من در آلمان و وست لیک در انگلستان از منتقدان اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم به حساب می‌آیند و به خصوص آنها معتقدند که قصد فرضی (Presumed Intention) یعنی این که چه قانونی را باید فرض کرد تا طرفین خود

۲- قانون حاکم بر تعهدات قراردادی با روش ذهنی و «مستقل» از اراده طرفین قرارداد

در سالهای اخیر قواعد حل تعارض قوانین مربوط به قراردادها در بسیاری از کشورها در جهت هرچه بیشتر به رسمیت شناختن حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قرارداد تحول و توسعه یافته‌اند. این قواعد، تعیین قانون حاکم بر قرارداد را بر عهده طرفین قرارداد گذارده‌اند و برای این منظور مقرراتی را هم برای اراده صریح و هم برای اراده ضمنی طرفین وضع نموده‌اند. در این روش (گزینش قانون حاکم)، طرفین ممکن است صریحاً با قرار دادن یک بند انتخاب قانون در قرارداد، یا به طور ضمنی، قانونی را انتخاب نمایند که بر قراردادهای حاکم باشد. چنانچه طرفین قانونی را انتخاب نکنند، در این صورت قواعد تعارض قوانین مقرر دادگاه، قانون حاکم را به طریق دیگری مشخص کرده‌اند، یعنی مقرراتی را برای حالت نامشخص بودن یا فقدان اراده مقرر کرده‌اند.

بنابراین، در قسمت بعد هرچند به گونه‌ای کلی، به دکتترین آزادی یا استقلال اراده که به صورت «اصل حاکمیت اراده» تجلی نموده است پرداخته می‌شود.^{۲۵}

را تابع آن بدانند بی‌معناست و در بسیاری موارد قصد یا حداقل قصد مشترک طرفین قرارداد را نمی‌توان از قرارداد و اوضاع و احوال آن بدست آورد. به هر حال این مؤلفین نتوانسته‌اند دادگاهها را قانع نمایند و همچنان اراده طرفین پویا و زنده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: Pillet, *Principes de d. i. P.*, (Paris, 1903) 429; Niboyet, *5 Traité de d. i. P., Français* (Paris, 1948) 36; L. von Bar, *Theorie und Praxis des International Privatrechts*, 2 nd ed. (1889) 4; Zitelman, *Internationales Privatrecht II* (Leipzig 1897 – 1912) 373; Westlake, *A Treatise on Private International Law* (London, 1912) 278, and 6th ed., 1922.

۲۵. چگونگی تعیین قانون حاکم توسط طرفین قرارداد و حالت عدم تعیین آن در مقاله‌ی خاصی تبیین گردیده است. مراجعه شود به: نیک بخت، دکتر حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی (دانشکده حقوق - دانشگاه شهید بهشتی)، شماره‌های ۲۱ و ۲۲، ۱۳۷۷.

قسمت دوم - اصل حاکمیت یا استقلال اراده

در حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین، حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادها که از آن به عنوان آزادی اراده و آزادی انتخاب هم نام برده می‌شود،^{۲۶} جزئی از اراده کلی و برتر است که بر اصل قرارداد تعلق دارد. به عبارت دیگر، دکترین حاکمیت یا استقلال اراده مبین آن است که آزادی و اراده طرفین قرارداد محدود به ایجاد یا انتخاب نوع قرارداد نیست بلکه در تعیین شرایط قرارداد از جمله قانون حاکم بر قرارداد نیز جاری است.

این دکترین که مبتنی بر اصل آزادی قراردادها است و در اغلب کشورها پذیرفته شده است، مقرر می‌دارد همان‌گونه که طرفین آزاد هستند هر قراردادی را که مایلند منعقد نمایند، آزاد هستند هر قانونی را که مایلند نیز بر قراردادهای حاکم نمایند و مراجع حل اختلاف (دادگاههای قضایی و دیوان‌های داوری) آن اراده را معتبر خواهند شمرد.

شارل دومولن، حقوقدان فرانسوی قرن ۱۶ میلادی، را مبتکر نظریه حاکمیت اراده در اروپا می‌دانند. وی اعتقاد داشت وقتی که طرفین قرارداد می‌توانند با اراده خود با یکدیگر هر گونه که می‌خواهند توافق نمایند و قرارداد را تشکیل دهند، منطق حقوقی ایجاب می‌کند تا هر قانونی را هم که آنها تشخیص می‌دهند مناسب‌تر است، همان را بر آن قرارداد حاکم نمایند.^{۲۷} ساوینی و واختر دو حقوقدان معروف آلمانی هم از منادیان اصل

۲۶. عبارت Party autonomy در سیستم حقوقی انگلستان استعمال می‌شود و معادل عبارت autonomy of will می‌باشد، و گاهی نیز Freedom of choice به کار می‌رود. در سیستم حقوقی فرانسه عبارت autonomy de la volonté یا Loi d'autonomie به عنوان معادل عبارت انگلیسی فوق استعمال می‌شود.

27. Dumoulin – Commentarii in Codicem, Lib. 1, Tit. 1 “ Conclusiones de Statutis & Consuetudinis Localibus” in Commentary on de Summa Trinitate, 3 Opera (5 th ed. 1581) 554; Cf. Delaume, “L'autonomie de la volonté en droit international privé”, 39 Rev. Crit. de Droit

استقلال اراده در اواسط قرن نوزدهم میلادی محسوب می‌شوند. آنها معتقد بودند که در چارچوب محدودیت‌های مختلف در قانون قراردادهای (مانند قواعد آمره)، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی متکی بر اراده طرفین می‌باشد و باید براساس انتظارات آنها تعیین گردد.^{۲۸} در حقوق انگلستان و آمریکا تفکر آزادی و استقلال اراده را به هویر و منزفیلد اسناد می‌دهند.^{۲۹} درخصوص اصل حاکمیت یا استقلال اراده دو نظریه عمده وجود دارد. یکی نظریه لیبرالیسم کلاسیک است که برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و اعتقاد دارد که متعاقدين، قدرت و اختیار دارند در محدوده حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را انتخاب نمایند. بنابراین در قراردادهای خصوصی قصد طرفین، صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جایی که قصدی برای طرفین فرض می‌شود)، تعیین کننده قانون حاکم است. نظریه دوم پوزیتیویسم حقوقی است که مدعی تفوق انحصاری حاکمیت دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد. این نظریه در واقع استقلال اراده طرفین را به این دلیل که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد انکار می‌کند.^{۳۰} در این نظریه، متعاقدين ممکن است با محدودیتهای گسترده‌ای مواجه باشند. بنابراین آنها فقط در حدودی که قانون مقرر می‌کند، آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند و بدین گونه می‌توانند برای سهولت

International Privé (1950), 321.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: الماسی، همان، صص ۶۷ و ۶۶.

28. Saviny, 8 System des Heutigen Römischen Rechts (1849). Para. 370, p. 205; Wachter, "Über die Collision der Privatrechtsgesetze Verschiedener Staaten", 25 Archiv Für die Civilistische Praxis (1842) p. 35.

۲۹. برای نمونه رجوع شود به:

Robinson v. Bland (1960) 1 W. B 1. 234.

30. J.P. Niboyet, Note, Cass. Civ. 21 Juin 1950. S. 1951. 1.2 J.P. Niboyet, 5 Traité de Droit International Privé Français (1948).

تنظیم موافقتنامه و به قصد کوتاه کردن قرارداد و اجتناب از شروط مطول و احتمالاً ناقص در آن، قواعد سیستم حقوقی مشخصی را بپذیرند.^{۳۱} بنابراین توافقات طرفین تا حدی نافذ می‌باشند که قانون کشوری خاص (قانون تنفیذ کننده)، مانند قانون مقرر دادگاه آنها را معتبر بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلأ وجود داشته باشد، و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود.^{۳۲}

در حقیقت تفاوت این دو نظریه، سیاسی است. در عمل عموم کشورها معتقدند که مبنای انحصاری تعارض قوانین را اصل حاکمیت دولت تشکیل می‌دهد، و لذا تا حدودی توافقات طرفین قرارداد را در

۳۱. این طریقه همانند درج قانون خارجی در قرارداد (Incorporation) می‌باشد. ببینید: نیک بخت، دکتر حمیدرضا، چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، همان.

۳۲. در امریکای لاتین در عهدنامه ۱۹۴۰ مونته ویدئو نیز این قاعده پذیرفته شده است که در تعارض قوانین، استقلال واقعی اراده نمی‌تواند وجود داشته باشد. در ماده ۵ پروتکل الحاقی به این عهدنامه پذیرش اراده، تعریف و قلمرو و اثر آن به قوانین ملی واگذار شده است. لذا، مثلاً در برزیل در قانون مدنی این کشور، اصل حاکمیت اراده را با وارد آوردن استثنائاتی به نفع اعمال قانون برزیل همچنان معتبر می‌داند. در این خصوص دیده شود:

Memorandum of Dr. Hugo Repetto Salazar in República Argentina Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo (1940), 199, at 209.

ماده ۱۳ قانون مدنی ۱۹۱۶ برزیل چنین مقرر می‌دارد:

Regularà, Salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos feitos das obrigações a lei do lugar, onde forem contraidas Parágrafo único. Mas sempre se regeirão pela lei brasileira:

I. Os contratos ajustados em países estran geiros exequíveis no Brasil.

II. As obrigações contraidas entre brasileiros em país estrangeiro.

III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil.

IV. Os atos relativos as regime hipote cário brasileira.

ماده ۵ پروتکل الحاقی به عهدنامه ۱۹۴۰ مونته ویدئو چنین بود:

Second South – American Congress on Private International Law of Montevideo, 1940 Protocolo Adicional, Article 5:

“La Jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no Pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

خصوص قانون حاکم به رسمیت می‌شناسند و آنها را اجرا می‌کنند. علت این امر از یک طرف آن است که منافع دولتها و توجه به توسعه و رشد اقتصادی زندگی افراد و جامعه، تقویت مناسبات و روابط تجاری بین‌المللی و اهمیت دادن به روابط دوستانه و متقابل چنین ایجاب می‌کنند و از طرف دیگر منطق حقوق فردی یعنی رعایت اصل آزادی قراردادها و احترام به اراده و آزادی افراد خلاف آن را جایز نمی‌داند.

بنابراین گرچه به نظر می‌رسد شناسایی اصل حاکمیت و استقلال اراده به عنوان راه حل تعارض قوانین، در جهت احترام به قراردادهای خصوصی و جزئی از اصل آزادی قراردادها در حقوق داخلی است و گرچه با دکتترین آزادی دوره آدم اسمیت، ایمانوئل کانت و ژان ژاک روسو مقارن و با دکتترین آزادی قرارداد بنتام در قرن نوزدهم همسو است، اما باید اذعان نمود که مصالح و منافع گسترده دولتهاست که بستر پذیرش و رشد آن بوده است. از همین روست، که این اصل امروزه در قوانین بسیاری از کشورها، در عهدنامه‌ها و اسناد بین‌المللی و نظریات غالب حقوقدانان مورد توجه خاص قرار دارد.^{۳۳}

پذیرش اصل استقلال اراده در سیستم‌های حقوقی ممکن است به روش عینی^{۳۴} یا ذهنی^{۳۵} یا ترکیبی از این دو باشد. در روش عینی اراده طرفین قرارداد در محدوده مقررات خاص قابل احترام است و در ارتباط با انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، طرفین در چارچوب اصول و ضوابط قانونی آزادند خود تصمیم بگیرند. در این روش، نظم و منطق حقوق عمومی نمی‌تواند دستخوش اراده افراد قرار گیرد و حفظ اصول حقوقی و تأمین

^{۳۳}. مقبولیت اصل حاکمیت اراده در بسترهای مختلف در صفحات بعدی این نوشته به وضوح مشخص خواهد گردید.

34. Objective.

35. Subjective.

منافع ملی و بین‌المللی مطمح نظر است. در نتیجه در این روش، قانونی حاکم بر قرارداد است که قرارداد با آن ارتباط دارد، یعنی طرفین قرارداد آزادند از میان قوانینی که به صورتی به قرارداد مربوط می‌شوند قانونی را برای اعمال بر قرارداد خود انتخاب کنند. در این مسیر مشکلی در فقدان انتخاب طرفین وجود نخواهد داشت زیرا دادگاه هم به آسانی خواهد توانست قانون دارای ارتباط (نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط) با قرارداد را تعیین و بر قرارداد اعمال نماید.

در طریقه ذهنی با تکیه بر اراده طرفین به عنوان خالق قرارداد و این واقعیت که آنها بهتر از هر کس مصالح و منافع خود در خصوص آثار و شرایط قرارداد را تشخیص می‌دهند، اعتقاد بر آن است که همین طرفین قرارداد می‌توانند به خوبی قانونی را که این مصلحت و منفعت را تأمین می‌نماید بر قرارداد خود حاکم کنند. در این روش دادگاهها مکلفند از انتخاب طرفین تبعیت نمایند مگر در موارد استثنایی مثل جایی که انتخاب مغایر نظم عمومی باشد. در این تئوری این ابهام وجود دارد که در صورت فقدان انتخاب طرفین، چه قانونی بر قرارداد حاکم خواهد بود. برای از میان برداشتن این ابهام سیستم‌های حقوقی روش‌های مختلفی را برگزیده‌اند. برخی، سیستم حقوقی که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد^{۳۶} ملاک قرار داده‌اند و برخی قانون محل انعقاد و برخی قانون محل

۳۶. این روش در واقع روش تلفیق دو نظریه عینی و ذهنی می‌باشد. در سیستم حقوقی انگلستان از بعد از سال ۱۸۶۵ که تئوری حاکمیت قانون محل انعقاد جای خود را به تئوری قانون مناسب واگذار نمود، این سؤال همواره مطرح بوده است که آیا این تئوری باید عینی در نظر گرفته شود یا ذهنی. دایسی فرمول ذهنی را ترجیح می‌داده و تا سال ۱۹۳۹ این نظر در سیستم حقوقی انگلستان غالب بوده است اما وست لیک و چشایر مدافع فرمول عینی بوده‌اند و به تدریج این نظریه در سیستم حقوقی انگلستان جای خود را باز کرده است و از سال ۱۹۵۱ فرمول عینی بودن قانون مناسب مکمل فرمول ذهنی، قاعده تعارض قوانین انگلستان را شکل داد. بدین گونه که در سال ۱۹۵۱ لرد سایمونز در پرونده *Bonython v. Common* Wealth of Australia [1951] A.C. 201 با تأکید بر فرمول عینی گفت: «قانون مناسب قرارداد، آن سیستم حقوقی است که با رجوع به آن قرارداد منعقد شده است یا آن سیستم حقوقی است که معامله با

اجرا را به عنوان قانون حاکم برگزیده‌اند.^{۳۷}

به هر حال نمی‌توان با این نظریه موافق بود که می‌گوید حاکمیت واقعی اراده طرفین نمی‌تواند وجود داشته باشد، زیرا حداقل در محدوده قوانین ملی اعم از قواعد مادی و قواعد حل تعارض، عملاً کشورهای بسیاری آن را پذیرفته‌اند. اما باید اذعان نمود که اصل حاکمیت یا استقلال اراده بدون قید پذیرفته نشده، بلکه در سیستم‌های حقوقی مختلف محدودیت‌هایی بر آن وارد گردیده است.^{۳۸}

اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال (قانون حاکم)، در قوانین ملی کشورها، تصمیمات و اسناد مختلف داوری و نیز عهدنامه‌های بین‌المللی پذیرفته شده است که در بخشهای بعدی به مطالعه برخی از آنها پرداخته می‌شود.

۱- حاکمیت یا استقلال اراده در قوانین ملی

همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، بسیاری از کشورها اصل حاکمیت یا استقلال اراده را در سیستم تعارض قوانین خود پذیرفته‌اند که در اینجا به بعضی از آنها اشاره می‌شود.

آن نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط خود را دارد». بنابراین امروزه در سیستم حقوق عرفی انگلستان تلفیقی از دو نظریه ذهنی و عینی حاکم است، بدین گونه که در جایی که اراده طرفین ابراز شده است همین اراده و قصد پذیرفته می‌شود (نظریه ذهنی) و در جایی که طرفین در خصوص قانون حاکم سکوت کرده باشند و قصد خود را چه صریح و چه ضمنی ابراز ننموده باشند، قانون حاکم قانونی خواهد بود که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد (نظریه عینی).

J.H.C. Morris, Conflict of Laws, 3rd ed., Stevens & Sons Ltd., 1984, p. 265 et seq.

^{۳۷}. به نمونه‌هایی از این سیستم‌های حقوقی در قسمتهای بعدی اشاره خواهد شد.

^{۳۸}. در قسمت‌های بعد به طور مفصل محدودیتهای اصل استقلال اراده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

فرانسه^{۳۹}

در حقوق فرانسه حاکمیت یا استقلال اراده ابتدا توسط دادگاه عالی فرانسه در ۵ دسامبر ۱۹۱۰، در رأی صادره در قضیه American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited^{۴۰} مطرح شده است. در این پرونده آمده است: «قانون حاکم بر قراردادها، تشکیل آنها، شرایط و اثرات آنها، قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند».^{۴۱} بعداً پیش‌نویس قانون سال ۱۹۶۷ میلادی برای تکمیل قانون مدنی در موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی، این نظر را که در فرانسه رویه قضایی شده بود در پاراگراف اول ماده ۲۳۱۲ تأیید کرد. این پاراگراف مقرر می‌داشت: «قراردادهای دارای خصوصیت بین‌المللی و تعهدات ناشی از آنها تابع قانونی خواهند بود که طرفین قصد داشته‌اند خود را تحت [حاکمیت] آن قرار دهند».^{۴۲}

^{۳۹} باید به خاطر داشت که فرانسه و نه کشور اروپایی دیگر در حال حاضر عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی هستند. این عهدنامه به منزله قانون داخلی کشورهای عضو در خصوص قواعد حل تعارض مربوط به قراردادها می‌باشد. بنابراین از زمان به اجرا درآمدن این عهدنامه در کشورهای عضو (سال ۱۹۹۱)، قواعد آن جایگزین قواعد حل تعارض سابق این کشورها شده است. در خصوص عهدنامه مزبور توضیحات بیشتری در صفحات بعد داده شده است که جهت کسب اطلاعات بیشتر به آنها مراجعه شود.

40. Rev. Crit. 1911, p. 395; Journal dr. int. Privé 1912, p. 1156; Cass. civ 5 Dec. 1910, S. 1911. 1. 129.

^{۴۱} علت تأخیر در شناسایی اصل حاکمیت اراده در فرانسه را انتقادی دانسته‌اند که نویسندگان فرانسه بر این اصل داشته‌اند. (Mailher de Chassar, Traité des Status (Paris 1841) 54). اما بعداً که این اصل پذیرفته شد از آرای دادگاه عالی فرانسه بر می‌آید قضات بر این نظر بوده‌اند که چنانچه منافع تجارت بین‌الملل مطرح باشد انتخاب قانون طرفین قابل قبول است حتی اگر ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد نباشد.

Cass civ. 19 feb. 1930 and 27 Jan. 1931, s. 1933, 1, 41.

42. "Contracts of an international character and the obligations arising from them shall be subject to the law under which the parties intended to place themselves" – Batiffol and Lagard, Droit International Privé (2 vol.), sixth edition, Paris 1974 – 1976, II, No. 567 – 573, pp. 229 – 241.

❖ ۲۵ تعارض قوانین در قراردادها ...

آلمان

در سیستم حقوقی آلمان در حوزه قراردادهای موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی قوانین مدونی وجود نداشته است. با این وجود، رویه قضایی در این کشور از حدود سالهای ۱۸۸۰ به بعد، موضوع اعطای اختیار تعیین قانون قابل اعمال به طرفین قرارداد را، که در هر مورد با توجه به ماهیت همان مورد تصمیم‌گیری می‌شود و نه با یک قاعده ثابت و دگم، به رسمیت شناخته است.^{۴۳} لذا حاکمیت اراده به خوبی در این سیستم حقوقی توسط دادگاهها پذیرفته شده و توسعه یافته است و دکتترین هم آن را تأیید می‌کند.^{۴۴}

ایتالیا

سیستم تعارض قوانین ایتالیا براساس و تحت تأثیر مجموعه‌ای از نظریات و رویه قضایی و قوانین مدون مرتبط به هم می‌باشد. در سال ۱۸۶۵ میلادی، ایتالیا قواعد تعارض خود را که ملهم از نظریه منچینی می‌باشد تدوین نمود و در آن قانون به صراحت آزادی اراده در قرارداد را پیش‌بینی نمود، اما سیستم تعارض قوانین جدید در مقررات مقدماتی قانون مدنی ۱۹۴۲ میلادی درج گردیده است. دو قانون گرچه فاصله‌ای حدود ۲۰۰ سال با یکدیگر دارند اما از یک فرهنگ و مبنای علمی برخوردارند.^{۴۵} براساس پاراگراف اول ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی ۱۹۴۲ میلادی، طرفین

43. RG 22 Feb. 1881, RGZ 4, 242.

44. Kegel, Internationales Privatrecht, 4th ed., 1977; Drobnig: American – German Private International Law, 2nd ed., New York, 1972, pp. 225 – 232.

45. Quadri, Lezioni di diritto internazionale privato, 5th ed., Naples (1969), pp. 296 et Seq; Giardina, le Convenzioni internazionali di diritto uniform nell'ordinamento inter no, 56 Rivista Dir. Int. (1973), 718.

آزادند قانون قابل اعمال بر قرارداد خود را انتخاب کنند.^{۴۶}

ژاپن

قانون سال ۱۹۴۷ میلادی ژاپن در ماده ۷، قانون حاکم بر تشکیل و آثار عمل حقوقی را قانون اراده طرفین می‌داند و اعلام می‌دارد در صورت فقدان این اراده، قانون محل انجام عمل حقوقی (محل تشکیل یا انعقاد عقد) حاکم خواهد بود.^{۴۷}

بلژیک

در بلژیک اولین بار در رأی مربوط به پرونده SA Antwepia v. Vill d' Anvers^{۴۸} در ۲۴ فوریه سال ۱۹۳۸ میلادی، توسط دادگاه عالی بلژیک، آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم به رسمیت شناخته شد.

انگلستان

در انگلستان تفکر آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد که به صورت تئوری قانون مناسب قرارداد^{۴۹} در حقوق عرفی متجلی شده است متأثر از هوپر، حقوقدان هلندی در قرن هفدهم میلادی می‌باشد و آثار

46. Morelli, Elenentn di diritto internazionale privateo lilaliano, 10 th edition, Napali, 1971, Nos. 97 - 98, pp. 154 - 157.

47. Law Concerning the Application of Laws in General, Law No. 10, June 21, 1898, as amended by law No. 7 of 1942 and law No. 223 of 1947. Art. 7. Provide, that: "As regards the formation and effects of a juridical act, the question as to the law of which country is to govern is determined by the intention of the parties.

In case the intention of the parties is uncertain, the law of the place where the act is done shall be followed".

48. Rev. crit., 1938, p. 661.

49. Proper law of contract.

آن در رویه قضایی انگلستان به نیمه دوم قرن هیجدهم بر می‌گردد.^{۵۰} اما همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید تا سال ۱۸۶۵ میلادی اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد بر آرای قضات دادگاههای انگلستان حاکم بوده است و از این سال به بعد تئوری قانون مناسب جای قاعده قانون محل انعقاد را می‌گیرد.^{۵۱} امروزه در این سیستم حقوقی عرفی قانون مناسب، قانونی است که طرفین قصد دارند (انتخاب کرده‌اند) که بر قراردادشان حاکم باشد.^{۵۲} شرط این انتخاب، همان‌گونه که در پرونده Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.⁵³ مقرر گردیده است، حسن نیت^{۵۴} طرفین و مشروع بودن آن^{۵۵} می‌باشد. البته می‌توان انتخاب را به دلیل نظم عمومی نادیده گرفت. در بعضی از موارد خاص، آزادی طرفین برای انتخاب قانون حاکم، توسط قانون هم محدود می‌شود.^{۵۶}

50. Gienar v. Mierer (1796), 2 Hy. BI 603; Robinson v. Bland (1760) 1 W. BI, 234, 257. 258-59.

51. R. v. International Trustees for the Protection of Bondholders Aktien – gesellschaft [1937] A.C. 500, at 529.

البته در این دوره نظریاتی هم دیده می‌شود که بیانگر تمایل به حاکمیت اراده صریح طرفین در مقابل قانون فرضی محل اجرا می‌باشند. مثلاً در پرونده Jacobs v. Crédit Lyonnais [1884] 12 Q. B.D. 589, 600 (C.A.)، گفته شد که گرچه می‌شود فرض نمود طرفین قصد داشته‌اند قانون محل اجرای قرارداد بر قراردادشان حاکم باشد اما وقتی در قرارداد صریحاً قانون حاکم ذکر شده است، این تصریح جای آن قصد فرضی را خواهد گرفت.

52. Dicey and Morris, Conflict of Laws, 10 ed., Stevens & Sons Ltd., 1980, p.747.

53. [1930] A. C. 277, p. 290.

54. *bona fide*.

55. Legal.

۵۶. مانند ماده (۵) ۱۵۳ قانون حمایت از کارگر [مستخدم] (قانون ادغام ۱۹۷۸) Employment Protection (Consolidation Act 1978) و یا قانون ۱۹۷۴ روابط اتحادیه اصناف و کارگران (Trade Union and Labours Relations Act 1974)، یا ماده (۲) ۲۷ قانون شرایط قراردادی ناعادلانه (Unfair Contract Terms Act 1977) ۱۹۷۷.

سوئس

اصل استقلال اراده طرفین قرارداد در رویه قضایی سوئس قدمت طولانی دارد. مسائل مربوط به قراردادها به استثنای قواعد معدودی از حقوق سوئس، مدون نبوده است، اما رویه‌های قضایی مهمی در این زمینه توسعه یافته و وجود دارد.^{۵۷}

سوئس یکی از کشورهای عضو عهدنامه لاهه مربوط به قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ میلادی می‌باشد که در این عهدنامه نیز اصل استقلال اراده طرفین قرارداد پذیرفته شده است.^{۵۸} علاوه بر آن اخیراً (در سال ۱۹۸۷ میلادی) مجلس فدرال کنفدراسیون سوئس قانونی را وضع نمود که کلیه قواعد حقوق بین‌الملل سوئس را به صورت یک مجموعه در ۲۰۰ ماده با عنوان «قانون فدرال حقوق بین‌الملل خصوصی، ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷» مدون نمود.^{۵۹} آزادی انتخاب قانون در قراردادها، در ماده ۱۱۶ این قانون تصریح گردیده است. بند ۱ ماده ۱۱۶

57. Bergerjaggi, Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1 – 529 OR) 3rd en. (1961).

۵۸. این عهدنامه در قسمتهای بعدی، بیشتر مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

- Federal Private International Act of 8 December, 1987, Loi Fédérale sur le droit international privé.

59. Federal Private International Law Act of 8 December, 1987, Loi Fédérale sur le droit international privé.

این قانون از اول ژانویه ۱۹۸۹ در سوئس لازم الاجرا شده است. متن انگلیسی و ترجمه فارسی این قانون در مجله حقوقی، شماره‌های ۲۰ و ۲۱ چاپ شده است. همچنین برای دیدن ترجمه انگلیسی این قانون و برگردان بعضی از مفاهیم آن به چند زبان دیگر رجوع شود به:

Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold, Switzerland's Private International Law Statute 1987. Kluwer 1989.

گفته شده است دلیل عمده وضع یک قانون جدید در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در سوئس تمایل به مدون نمودن رویه قضایی موجود در این زمینه نبوده است، بلکه هدف تجدید نظر در قانون قدیمی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۲۵ ژوئن ۱۹۸۱ بوده است.

Mc Caffrey, *supra*, p. 237.

مقرر می‌دارد: «قرارداد تحت حاکمیت قانونی خواهد بود که توسط طرفین انتخاب شده است».^{۶۰}

کویت

ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت مقرر می‌دارد: «یک قرارداد فراملی تابع قانون کشوری است که قرارداد در آنجا منعقد می‌شود، مگر این که طرفین قرارداد نسبت به اعمال قانون دیگری توافق کنند، یا اوضاع و احوال دلالت کند که قانون دیگری مورد نظر بوده است».^{۶۱}

اتریش

ماده ۳۵ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی اتریش مورخ ۱۵ ژوئن سال ۱۹۷۸ میلادی، اراده صریح طرفین قرارداد را به صورت انتخاب قانون حاکم می‌پذیرد و در خصوص انتخاب ضمنی نیز بیان می‌دارد: «اگر اوضاع و احوال نشان دهد که طرفین قانون خاصی را به عنوان قانون تعیین کننده تصور کرده‌اند، [به عنوان قانون حاکم در نظر داشته‌اند]، این امر معادل یک انتخاب ضمنی خواهد بود».^{۶۲}

چک و اسلواکی

ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی چک و اسلواکی مورخ سال ۱۹۶۳ میلادی بیان می‌دارد که طرفین قرارداد ممکن است

60. Article 116. 1. "The contract shall be governed by the law chosen by the parties".

61. Article 59: "A transnational contract shall be governed by the law of the country where the contract is concluded unless the contracting parties agree to the application of another law or circumstances reveal that another law is the one contemplated".

62. Article 35. "... If the circumstances reveal that the parties have assumed a particular legal order as determinative, this shall be equivalent to an implied selection".

قانونی برای حکومت بر رابطه دوجانبه خودشان انتخاب کنند؛ آنها ممکن است حتی بطور ضمنی این کار را انجام دهند، چنانچه با توجه به اوضاع و احوال هیچ تردیدی در موضوع اراده اعلامی آنها وجود نداشته باشد.^{۶۳}

لهستان

در سال ۱۹۶۵ قواعد تعارض قوانین لهستان به صورت یک قانون با عنوان «قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۶۵» از تصویب گذشته است.^{۶۴} بخش ۹ (مواد ۲۵ تا ۳۱) این قانون در خصوص تعارض قوانین مربوط به تعهدات می‌باشد که در آن به وضوح استقلال اراده یا آزادی انتخاب طرفین قرارداد پذیرفته شده است.^{۶۵}

63. Article 9: “(1) Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels; ils peuvent le faire même tacitement, s’il n’y a pas de doute au sujet de la volonté déclarée, eu égard aux circonstances respectives.

(2) Les règles de conflit prévues par la législation choisie ne sont pas prises en considération, à moins qu’une autre prévision ne ressorte de la déclaration de volonté des parties”.

شایان ذکر است که عنوان قانون ۱۹۶۳ چک و اسلواکی «قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی و آیین دادرسی مدنی» می‌باشد.

(Loi sur le droit international privé et de procédure civile de 4 décembre, 1963; Act (Loi sur le droit internationa Law and Civil Procedure of December 4, 1936).

که شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین و وضعیت حقوقی بیگانگان و مقررات کلی آیین دادرسی بین‌المللی است.

قانون ۱۱ مارس ۱۹۴۸ چک و اسلواکی در خصوص «حقوق بین‌الملل خصوصی و بین منطقه‌ای و وضعیت حقوقی بیگانگان در محدوده حقوق خصوصی» نیز آزادی انتخاب طرفین را به رسمیت شناخته بود اما در محدوده قوانینی که ارتباط برجسته‌ای با قرارداد داشتند. ماده ۹ چنین مقرر می‌داشت:

“The Parties are entitled to submit the legal relationship to a particular law, provided that the relationship, has a significant connection with the law so chosen and provided that such submission does not contravene the compulsory provisions to which the aforesaid relationship is in any way subject in virtue of the provisions contained in this chapter”.

64. Polish Act on Private International Law of Nov. 12. 1965 – in Law in Eastern Europe, XVI, 1968.

65. Article 25: 1. “En matière d’obligations contractuelles, les parties Peuvent soumettre leur

۲- حاکمیت یا استقلال اراده در تصمیمات و اسناد مختلف داوری بین‌المللی

در مورد پذیرش حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد، در آراء دیوان‌های داوری بین‌المللی جای تردید نیست، و شاید نتوان یک رأی داوری بین‌المللی را یافت که درخصوص قانون قابل اعمال بر قرارداد تصمیم گرفته و این اصل را انکار نموده باشد. در اینجا به اقتضای حجم این نوشته به برخی از تصمیمات برجسته داوریه‌ها درخصوص موضوع و به بعضی از قواعد سازمانهای داوری بین‌المللی اشاره می‌شود.^{۶۶} به عنوان نمونه در داوری پرونده Saudi Arabia v. Arabia American Oil Company (Aramco) در ۲۹ اوت ۱۹۵۸ میلادی بیان شد: «اصول حقوق بین‌الملل خصوصی که باید برای یافتن قانون قابل اعمال، مورد مشورت قرار گیرند آنهایی هستند که مربوط به آزادی انتخاب هستند، که به موجب آن در یک قراردادی که خصوصیت بین‌المللی دارد، ابتدا باید قانونی که به صراحت توسط طرفین انتخاب شده است اعمال شود».^{۶۷} به همین صورت در رأی داوری در پرونده Sapphire International Petroleums Ltd. v.

rapport juridique à la loi de leur choix, pourvu qu'elle ait une relation avec ledit rapport.

2. Néanmoins, lorsqu'une obligation concerne un immeuble, il est appliqué la loi de L'Etat ou cet immeuble est situé". Article 26. "Lorsque les parties, contractantes n'ont pas choisi la loi applicable, l'obligation est soumise à la loi de l'Etat où ces parties ont leur domicile au moment de la conclusion du contrat. Cette disposition n'est pas applicable aux obligations relatives aux immeubles".

۶۶. مثالهایی که در این قسمت به آنها اشاره می‌شوند، نمونه‌هایی از داوریه‌های بین‌المللی بین اشخاص خصوصی از یک طرف و دولتها از طرف دیگر می‌باشند که حکایت از این امر دارند که گرچه یک طرف این قراردادها دولتها می‌باشند، توافق آنها با طرف دیگر قرارداد درخصوص قانون حاکم بر قرارداد معتبر و قابل قبول است. آنها همچنین می‌توانند مبین این وضعیت باشند که در داوریه‌های بین‌المللی بین اشخاص خصوصی اصل آزادی انتخاب به مراتب اولی مورد احترام و پذیرفتنی است. جا دارد ذکر گردد که در سال ۱۹۷۹ انستیتو حقوق بین‌الملل در یک قطعنامه مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای بین دولت و اشخاص خصوصی تصویب نمود که این قراردادها تابع قانون منتخب طرفین خواهند بود.

67. International Law Reports (I.L.R), vol. 27, pp. 117 to 233, p. 165; Riv. Dir. [Int ..., 1963, pp. 230 to 349, p. 244].

National Iranian Oil Company ۱۵ مارس ۱۹۶۳ میلادی، داور تأیید کرد که این اراده طرفین است که قانون قابل اعمال در موضوعات قرارداد را تعیین می‌نماید.^{۶۸} این نظریه در پرونده California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic^{۶۹} در ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷ میلادی نیز مورد تأیید قرار گرفت. در این دعوا در پاسخ به این پرسش که آیا طرفین حق انتخاب قانون یا سیستم حقوقی حاکم بر قرارداد خود را داشته‌اند یا خیر، آمده است: «در پاسخ مثبت بدین سؤال جای هیچ تردیدی نیست».^{۷۰} در داوری دیگری بین شرکت نفت لیبیایی - آمریکایی و دولت جمهوری عربی لیبی، داور بند انتخاب قانون موجود در قرارداد را که شرطی از قرارداد محسوب می‌شد معتبر دانست و آن قانون را بر قرارداد اعمال نمود.^{*} همچنین آزادی طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم در یک داوری بین یک شرکت نفتی انگلیسی و دولت جمهوری عربی لیبی مورد تأیید قرار گرفت.^{۷۱} در این داوری یکی از مستندات داور ماده ۷ عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ در خصوص داوری تجاری بین‌المللی بود.^{۷۲} ماده ۷ عهدنامه اروپایی در خصوص داوری تجاری بین‌المللی که در ژنو در تاریخ ۲۱ آوریل ۱۹۶۱ تهیه گردید و از ۷ ژانویه ۱۹۶۴ قابل اجرا شد، مقرر می‌دارد: «طرفین آزاد خواهند بود با توافق، قانونی را که داوران

68. 35 International Law Reports, 136 at 170 – 71.

69. 17 International Legal Material (I.L.M) 1978, p. 1.

70. Ibid.

*. Arbitration Between Libyan American Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (LIAMCO), I.L.R. 1981, 140, at p. 171 or in 20 I.L.M., 1981, p.54.

71. Arbitration Between B.P. Exploration Company (Libyan) Limited and the Government of the Libyan Arab Republic, 53 I.L.R, 297 at 326.

72. Ibid.

باید بر ماهیت دعوا اعمال نمایند، تعیین کنند».^{۷۳}

اصل حاکمیت اراده طرفین، مبنای عهدنامه ۱۹۶۵ برای حل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر، که در ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ به اجرا درآمد، می‌باشد. ماده ۴۲ این عهدنامه بیان می‌دارد: «دیوان [داوری] اختلافات را براساس قواعد قانونی که ممکن است طرفین بر آن توافق کرده باشند تصمیم‌گیری خواهد کرد».^{۷۴}

قواعد نمونه داوری آنسیترال (UNCITRAL)^{۷۵} مورخ ۱۹۸۵ در پاراگراف اول ماده ۲۸ مقرر می‌دارد: «دیوان داوری، دعوا را برطبق قواعد قانونی (حقوقی) که توسط طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال بر ماهیت

73. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Article VII. (1): “The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases, the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usage” - U.N. Economic Commission for Europe, E/ECE/423; E/ECE/Trade 48.

74. Art 42(1) of the Washington, or ICSID, Convention provides: “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties...”

بانک جهانی (World Bank) به منظور ایجاد یک سیستم حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری به طریقه مسالمت‌آمیز و داوری بین دولتهای عضو از یک طرف و اتباع دولتهای عضو از طرف دیگر، عهدنامه حل و فصل اختلافات را تنظیم و مرکزی را برای این منظور ایجاد نمود (مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) International Center for Settlement of Investment Disputes). این عهدنامه به عهدنامه ICSID یا واشنگتن معروف است.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 17 U.S.T. 1270, 1286, 575 U.N.T.S. 159, 186.

برای مطالعه بیشتر در این خصوص دیده شود:

ICSID, Reports of the Bank's Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965, Washington D.C. 1965, pp.1.

75. United Nations document A/40/17, Annex 1, as adopted by the United Nations, Commission on International Law on 21 June 1985.

دعوا، انتخاب می‌شوند تصمیم‌گیری خواهد کرد».^{۷۶}

همچنین قواعد داوری ICC مجری از سال ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۸، در بند ۳ ماده ۱۳ و قواعد جایگزین آن مجری از سال ۱۹۹۸ به بعد در ماده (۱) ۱۷، قانون منتخب طرفین را می‌پذیرند. در ماده اخیر آمده است: «طرفین آزاد خواهند بود بر قواعد قانونی که باید توسط دیوان داوری بر ماهیت دعوا اعمال شود توافق نمایند».^{۷۷}

حاکمیت یا استقلال اراده در عهدنامه‌های بین‌المللی

تلاش‌های فراوان منطقه‌ای و جهانی صورت گرفته است تا قواعد تعارض قوانین کشورها به صورت یکنواخت و متحدالشکل در آیند. این تلاشها به دلایل مختلف موفقیت چشمگیری نداشته‌اند، اما به هر حال آثار خوبی را بر جای گذاشته‌اند که نتیجه آن در ارتباط با قراردادهای ایجاد چند عهدنامه بین‌المللی مانند عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا و عهدنامه ۱۹۷۸ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای نمایندگی، و دو عهدنامه منطقه‌ای: عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، بین کشورهای عضو جامعه (اتحادیه) مشترک اروپا، و عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی، شده است. در کلیه این عهدنامه‌ها اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب به‌طور کلی پذیرفته شده است. در زیر به کلیات مختصری از این عهدنامه‌ها و چگونگی پذیرش اصل مزبور می‌پردازیم.

76. Art. 28(1): "The arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute".

77. Art. 17(1): "The Parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute".

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا^{۷۸}

کمیسیون ویژه‌ای از کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در سال ۱۹۳۱، پیش‌نویس عهدنامه‌ای در مورد قانون قابل اعمال بر بیع کالا را تهیه^{۷۹} و به هفتمین نشست این کنفرانس در سال ۱۹۵۱ ارائه داد. بعد از بحث و بررسی، این پیش‌نویس توسط نمایندگان ۱۷ کشور شرکت‌کننده در این نشست در ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ امضا شد و تاکنون به تصویب هشت کشور اروپایی و یک کشور افریقایی که عبارتند از بلژیک، دانمارک، فنلاند، فرانسه، ایتالیا، نروژ، سوئد، سوئیس و نیجر، رسیده و در آنها به اجرا درآمده است. هدف کنفرانس لاهه از این عهدنامه ایجاد قواعد متحدالشکل و یکنواخت برای تعیین قانون ملی بود که باید بر اختلاف بین طرفین یک معامله بین‌المللی حاکم باشد. بنابراین موضوع این عهدنامه صرفاً تعارض قوانین است. ماده ۲ این عهدنامه اصل آزادی انتخاب را بیان می‌نماید و مقرر می‌دارد: «قرارداد بیع کالا تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که توسط طرفین تعیین می‌شود».^{۸۰}

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع

بین‌المللی کالا^{۸۱}

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی

78. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 15 June, 1955, UNTS, vol. 510, no. 7411(1964).

79. Reproduced in Doc. La Haye 7. Sess., 4-5.

80. Article 2: "A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the contracting parties..."

برای متن این عهدنامه رجوع شود به:

<http://WWW.jus.uio.no/lm/private.International.Commercial.Law/Applicable.Law>

81. The Hague Convention on the law Applicable to Contracts for the International Sales of Goods, 30 October, 1985.

کالا با استقبال گسترده کشورهای مواجه نگردید. لذا کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین الملل خصوصی که تهیه کننده آن عهدنامه بود تصمیم گرفت عهدنامه دیگری را جایگزین آن نماید که بیشتر مطابق مقتضیات زمان حاضر باشد و مورد پذیرش کشورهای زیادتری از سیستمهای حقوقی مختلف قرار گیرد.^{۸۲}

بنابراین در چهاردهمین نشست کنفرانس لاهه در سال ۱۹۸۰ تصمیم گرفته شد که پیش نویس عهدنامه جدید تهیه شود. بعد از تهیه پیش نویس این عهدنامه توسط کمیسیون ویژه، کنفرانس لاهه در یک جلسه فوق العاده در ۳۰ اکتبر ۱۹۸۵ آن را نهایی و به عنوان عهدنامه ۱۹۸۵ در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین المللی کالا پذیرفت و در ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ به امضاء شرکت کنندگان رسید. در این اجلاس فوق العاده، نمایندگان از ۶۰ کشور جهان با سیستمهای حقوقی مختلف (از سیستم حقوقی نوشته، سیستم حقوقی عرف، سیستم حقوقی سوسیالیستی و از کشورهای در حال توسعه) حضور داشتند که انتظار می رفت حضور این تعداد زیاد از کشورها باعث شود که این عهدنامه با پذیرش گسترده جهانی روبرو گردد، اما عملاً تاکنون چنین نشده است.^{۸۳}

در مقدمه عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه آمده است که این عهدنامه با هدف یکسان نمودن قواعد انتخاب قانون مربوط به قراردادهای بیع بین المللی کالا و با در نظر داشتن عهدنامه سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین المللی کالا منعقد شده در وین در سال ۱۹۸۰، منعقد می گردد. این عهدنامه قرار است جایگزین عهدنامه ۱۹۵۵ شود. در واقع اصول عهدنامه

82. See Pelichet, Report on the law Applicable to International Sales of Goods; Proc. 1985, 18, 29. [proc. 1985= proceedings of the extraordinary Session, 14-30 October, 1985].

۸۳. تاکنون تعداد کمی از کشورها این عهدنامه را تصویب یا تنفیذ نموده اند. آرژانتین، هلند، چک و اسلواکی از جمله کشورهای تصویب کننده عهدنامه هستند.

جدید اساساً اصول تعدیل شده همان عهدنامه قبلی است. عهدنامه ۱۹۸۵ بعد از تصویب یا تنفیذ ۵ کشور به اجرا درخواهد آمد (ماده ۲۷) و پس از آن خود به خود جایگزین عهدنامه ۱۹۵۵ در کشورهایی که عضو این عهدنامه بوده‌اند خواهد شد (ماده ۲۸).

اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب در این عهدنامه در ماده (۱) پذیرفته شده است چنانکه مقرر می‌دارد: «قرارداد بیع تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین است...»^{۸۴}

عهدنامه ۱۹۷۸ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر قرارداد نمایندگی

کنفرانس لاهه در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی در تاریخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ عهدنامه مربوط به قانون قابل اعمال بر قرارداد نمایندگی را پذیرفت. ماده ۵ این عهدنامه اصل حاکمیت اراده یا آزادی انتخاب طرفین را مقرر می‌دارد. در این ماده بیان می‌گردد که قانون داخلی کشور منتخب طرفین بر روابط نمایندگی بین اصیل و نماینده حاکم خواهد بود.^{۸۵}

عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی^{۸۶}

برای تحقق بخشیدن به اهداف معاهده ۱۹۵۷ رم^{۸۷} که جامعه اقتصادی

84. Article 7 (1): "A contract of sale is governed by the law chosen by the parties ...".

85. Article 5: "The internal law of the country chosen by the principal and the agent shall govern the agency relationship between them".

برای متن این عهدنامه رجوع شود به:

<http://www.Jus.Uio.No/Lm/private.InternationalCommercial.Law/Applicable.Law>.

86. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (19 June, 1980 Rome),

برای دیدن متن این عهدنامه مراجعه شود به: 266 [1980] O.J.L. و یا

<http://www.Jus.Uio.no/Lm/ec.Applicable.Law.Contracts.1980/toc>.

87. Treaty of Rome 1957, or EEC Treaty.

برای متن این معاهده رجوع شود به:

اروپا را بنا نهاد و در عمل نمودن به ماده (۴) ۲۲۰ این معاهده، که مقرر می‌دارد کشورهای عضو «تا آنجا که لازم باشد، به منظور این که برای نفع اتباع خود ... تشریفات حاکم بر شناسایی متقابل و اجرای احکام دادگاهها یا دیوانها و آرای داوری را تسهیل نمایند، با یکدیگر وارد مذاکره خواهند شد».^{۸۸} در پی تشکیل جامعه اقتصادی اروپا، از سال ۱۹۶۰ کمیته‌هایی از نمایندگان متخصص ۶ کشور عضو اصلی جامعه، مذاکرات و تلاشهای منسجمی را با هدف هماهنگ سازی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای عضو در داخل جامعه اقتصادی اروپا شروع کردند که سرانجام منتهی به انعقاد دو عهدنامه شد، یکی در سال ۱۹۶۸، «عهدنامه مربوط به صلاحیت قضایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری»^{۸۹} (عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل)،^{۹۰} و دیگری در سال ۱۹۸۰، «عهدنامه مربوط به قانون قابل

<http://www.hri.org/docs/Rome57/>

88. Article 220: "Member States shall, so far as necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals: – the simplification of formalities governing the reciprocal recognitions and enforce of judgements of courts or tribunals and of arbitration awards".

89. "Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements on Civil and Commercial Matters".

برای دیدن متن اولیه این عهدنامه مراجعه شود به:

[1980] O.J.L. 304/36 , [1983] O.J.C. 97/2

۹۰. این عهدنامه در ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ توسط کشورهای عضو اصلی جامعه اقتصادی اروپا: بلژیک، آلمان، فرانسه، لوگزامبورگ و هلند، در بروکسل امضاء شد. علاوه بر این، این کشورها در سال ۱۹۷۱ در لوگزامبورگ پروتکلی را امضاء نمودند (پروتکل لوگزامبورگ) که مکانیزمی را برای موضوعات تفسیری ناشی از عهدنامه بروکسل مقرر می‌نماید که به موجب آن، چنین موضوعاتی باید به دادگاه دادگستری جامعه اروپا ارجاع شوند. بنابراین، این دادگاه متن عهدنامه را در جایی که لازم باشد تفسیر می‌کند.

عهدنامه بروکسل در تاریخ ۱ فوریه ۱۹۷۳، و پروتکل لوگزامبورگ در تاریخ ۱ سپتامبر ۱۹۷۵ بین ۶ کشور اصلی عضو به اجرا درآمد. در واقع هدف چنین عهدنامه‌ای در راستای اهداف معاهده ۱۹۵۷ رم بود که نقل و انتقال آزاد کالا، خدمات، کارگران و سرمایه و در نتیجه انعقاد قراردادهای بین‌المللی بسیار گسترده در خصوص خرید و فروش کالا و تهیه خدمات در سراسر جامعه را در برداشت. مسائل حقوقی که این نوع قراردادها در برداشتند مختلف بود، از جمله آنها صلاحیت دادگاهها و شناسایی و اجرای

تعارض قوانین در قراردادها ... ❖ ۳۹

اعمال بر تعهدات قراردادی» (عهدنامه ۱۹۸۰ رم). عهدنامه بروکسل قواعد صلاحیتی متحدالشکلی را برای کشورهای عضو ایجاد نمود، اما به هر حال بر جریان انتخاب قانون تأثیری نداشت. در داخل جامعه اروپا این ایده ایجاد شد که هدف کلی ثبات حقوقی و قابل پیش‌بینی بودن مسائل حقوقی در موضوعات تجاری نمی‌توانست صرفاً با قواعد صلاحیتی موجود در عهدنامه بروکسل حاصل شود. این عهدنامه، در دعاوی بسیاری علیه خواننده، به خواهان اجازه انتخاب دادگاه می‌دهد، لذا اگر کشورهای مختلف قواعد انتخاب قانون (قواعد حل تعارض) مختلفی را اعمال نمایند، نتیجه یک

احکام آنها بود. به عنوان مثال از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی برای این که یک حکم خارجی در یک کشور دیگر اجرا شود ابتدا باید این حکم توسط یک دادگاه صالح صادر شده باشد. بدین منظور یک راه حل بدیهی هماهنگ نمودن قواعد صلاحیتی بود، و این طریقی بوده است که توسط عهدنامه بروکسل پذیرفته شده است.

اعضای جدید در پیوستن به «جامعه اروپایی» باید تعهد کنند که به عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ با تغییرات ایجاد شده در آنها ملحق شوند. بر این اساس دانمارک، ایرلند، و انگلستان در تاریخ ۱۹ اکتبر ۱۹۷۸ به عهدنامه و پروتکل مزبور ملحق شدند. با الحاق آنها عهدنامه الحاقیه‌ای بین اعضا امضا شد که اصلاحاتی را بر عهدنامه ۱۹۶۸ و پروتکل ۱۹۷۱ وارد نمود. با الحاق یونان به آن عهدنامه و پروتکل در تاریخ ۲۵ اکتبر ۱۹۸۲، عهدنامه الحاقیه این کشور نیز مجدداً اصلاحیه‌هایی بر عهدنامه ۱۹۶۸ و پروتکل ۱۹۷۵ وارد نمود. در سال ۱۹۸۹ اسپانیا و پرتغال به عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ که در سال ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ اصلاح شده بود ملحق گردیدند. عهدنامه الحاقیه این دو کشور اصلاحات ماهوی، اضافه بر اصلاحات تکنیکی، بر متن آن عهدنامه و پروتکل وارد کرد. عهدنامه الحاقیه ۱۹۸۹ در کشورهای عضو به استثناء بلژیک، دانمارک و آلمان - بین سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۳ به اجرا درآمده است. آنچه که حائز اهمیت برجسته‌ای است این است که این عهدنامه کشورهای دارای نظام حقوق نوشته و نظام حقوق عرفی را به خود جذب نموده و گردهم آورده است، و شاید بتوان گفت که تأثیر آن بر نظام حقوق عرفی، در واقع غلبه نظام حقوق نوشته بر نظام حقوق عرفی است. با به اجرا درآمدن عهدنامه بروکسل و پروتکل لوگزامبورگ در انگلستان در ۱ ژانویه ۱۹۸۷ (به موجب «قانون صلاحیت دادگاهها و اجرای احکام (جامعه اروپایی سال ۱۹۸۸)»، و ایرلند این عهدنامه تغییرات مهم و عناصر جدیدی را در حقوق بین‌الملل خصوصی این دو کشور وارد می‌کند. در واقع اجرای این عهدنامه نشانه‌ای از یک تغییر جدید در جنبه‌های مختلف نظام حقوق عرفی است که سیستم حقوقی ایرلند و انگلستان را تشکیل می‌دهد. در هر دو کشور، قانون به اجرا درآورنده عهدنامه مقرر می‌دارد که عهدنامه به منزله قانون خواهد بود.

برای متن عهدنامه‌های اصلاحی ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ ببینید به ترتیب: [1978]. O.J.L 304/77 and L 304/1 و [1983] O.J.C 97/2؛ برای گزارش کمیته‌ای که پیش‌نویس عهدنامه ۱۹۶۸ را ارائه داد ببینید: [1979] O.J.C 59/1؛ برای متن پروتکل ۱۹۷۱ و عهدنامه‌های اصلاحیه آن در سال ۱۹۷۸ و ۱۹۸۲ ببینید به ترتیب [1983] O.J.C 97/23 , [1978] O.J.L 304/97 , [1978] O.J.C 304/50.

دعوای خاص بستگی به این خواهد داشت که آیا دعوا در این کشور اقامه شود یا در کشور دیگر، یعنی ممکن است نتیجه یک دعوا در کشورهای مختلف متفاوت شود. از این رو، کار در داخل جامعه اروپا بر روی متحدالشکل نمودن قواعد حل تعارض (انتخاب قانون) مربوط به قراردادها شروع شده و مذاکرات بر روی این موضوع به مدت تقریباً ۱۳ سال طول کشیده تا به نتیجه نهایی رسیده است.^{۹۱} حاصل این تلاشها «عهدنامه مربوط به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی» است که در ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ در رم برای امضا آماده شده است. این عهدنامه توسط همه ۹ کشور عضو که در مذاکرات تهیه آن شرکت داشتند امضا گردید. در ماده ۲۹ عهدنامه نسبت به اجرا درآمدن آن مقرر گردیده است که بعد از سه ماه از تنفیذ یا تصویب یا قبول هفتمین کشور، عهدنامه به اجرا درخواهد آمد. در اوایل دهه ۱۹۸۰، عهدنامه توسط ۶ کشور (بلژیک، دانمارک، فرانسه، آلمان، ایتالیا و لوگزامبورگ) تنفیذ گردید و حتی قبل از این که به اجرا در آید جزء قانون داخلی آلمان و دانمارک قرار گرفت و در کشورهای بلژیک و لوگزامبورگ به طور یک جانبه به قواعد آن عمل شد و در برخی از تصمیمات و رویه‌های قضایی در کشور هلند و فرانسه مورد استناد قرار گرفت.^{۹۲} انگلستان هفتمین کشوری بود که در تاریخ ۱ ژانویه ۱۹۹۱ عهدنامه را تنفیذ و راه را برای اجرای آن باز نموده است.

لذا، عهدنامه برای کشورهای بلژیک، دانمارک، فرانسه، آلمان،

۹۱. برای آگاهی از سیر تکوینی عهدنامه ۱۹۸۰ رک.

D.L. Lasok and P.A. Stone, "Conflict of Laws in the European Community", Professional Books Limited, 1987, pp. 340 et seq;

پل لاگارد، حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم، ژوئن ۱۹۸۰، ترجمه دکتر محمد اشتری، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۰، ص ۲۹۷.

92. D.L. Lasok, ibid.

ایتالیا، لوگزامبورگ و انگلستان در تاریخ ۱ آوریل ۱۹۹۱ به اجرا درآمد و پس از آن برای هلند در تاریخ ۱ سپتامبر ۱۹۹۱، برای ایرلند در ۱ ژانویه ۱۹۹۲ و برای یونان در ۸ می ۱۹۹۲ لازم الاجرا گردید. انتظار می‌رود پرتغال و اسپانیا در زمان مناسب به آن ملحق شوند. این عهدنامه دو پروتکل (پروتکل‌های ۱۹۸۸ بروکسل) دارد که مقرر می‌نمایند که دادگاه‌های ملی جهت تفسیر عهدنامه باید به دادگاه دادگستری جامعه اروپایی رجوع نمایند. اگرچه این پروتکلها توسط چند کشور تنفیذ گردیده‌اند، اما هنوز به اجرا در نیامده‌اند زیرا تعداد کشورهایی که باید آن را تنفیذ نمایند تا به اجرا درآید به حد نصاب ۷ کشور نرسیده است.

علاوه بر آن که اصل حاکمیت اراده در ماده ۳ این عهدنامه که مقرر می‌دارد: «قرارداد تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین خواهد بود» مورد تأیید و پذیرش قرار گرفته،^{۹۳} قاعده حاکمیت قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد در صورت فقدان اراده طرفین، در ماده ۴ این عهدنامه پذیرفته شده است. این عهدنامه قواعد و اصول مفصلی در ارتباط با مسائل مختلف قرارداد و تعهدات قراردادی دارد که اثر آنها در کشورهای جامعه اقتصادی اروپا یکسان نبوده و در کشورهای مختلف تغییرات متفاوتی ایجاد نموده است. به عنوان مثال با به اجرا در آمدن این عهدنامه در ایرلند و انگلستان که نظام حقوق عرفی بر آنها حاکم است، بار دیگر پس از عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل، نظام حقوق نوشته بر نظام حقوق عرفی تأثیر می‌گذارد و این تأثیر به حدی است که یکی از حقوقدانان برجسته انگلیسی می‌گوید روز به اجرا درآمدن عهدنامه در انگلستان (۱ آوریل ۱۹۹۱ و به موجب قانون قراردادهای (قانون قابل اعمال) ۱۹۹۱) روزی است که بسیاری از حقوقدانان و بازرگانان با ناراحتی و تألم از آن

93. Article 3: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties ...".

یاد خواهند کرد.^{۹۴} در ایتالیا تغییرات ایجاد شده در قواعد تعارض مربوط به قراردادهای این کشور عمیق می‌باشد، زیرا ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲ میلادی تا قبل از به اجرا درآمدن عهدنامه، تعهدات قراردادی را جز در مواردی که اراده طرفین بیان شده بود تابع عوامل ثابتی چون تابعیت مشترک طرفین و در صورت یکسان نبودن تابعیت آنها، تابع قانون محل انعقاد می‌دانست. تغییرات قابل ملاحظه را همچنین می‌توان در سیستم تعارض قوانین آلمان دید، چون در این کشور نیز، قاعده سنتی ساوینی حاکم بود که مقرر می‌داشت در صورت مشخص نبودن اراده طرفین، قانون محل اجرا حاکم بر قرارداد است.

همان‌طور که قبلاً بیان گردید هدف از انعقاد عهدنامه رم، متحدالشکل نمودن قواعد مربوط به قانون قابل اعمال در داخل جامعه اروپایی بود. این اقدام به لحاظ فقدان هماهنگی اساسی و ذاتی بین قوانین متفاوت قراردادها در کشورهای عضو و به دنبال عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل صورت گرفت. در واقع این دو عهدنامه اجزاء ابتدایی یک مجموعه در حال توسعه از قوانین بین‌الملل تعارض (اعم از تعارض قوانین و تعارض صلاحیت دادگاهها) محسوب می‌شوند، زیرا گرچه به نظر می‌رسد برای تقویت تساوی حقوقی و حمایت حقوقی از اتباع داخل جامعه اروپای متحد طرح‌ریزی شده‌اند، اما تأثیرات آنها بر سایر کشورها بخصوص آنهایی که اتباعشان مقیم این کشورها می‌باشند یا در ارتباط تجاری و داد و ستد با این کشورها هستند، قابل اغماض و چشم پوشی نیست. به عبارت دیگر، اکنون عهدنامه ۱۹۸۰

94. Mann, "The Proper Law of the Contract – an Obituary", (1991) 197, LQR, 353.

البته باید در نظر داشت که عهدنامه ۱۹۸۰ رم، تنها قانون قبلی انگلستان در ارتباط با قراردادهای منعقد شده بعد از ۱ آوریل ۱۹۹۱ را نسخ می‌کند و قواعد سنتی انگلستان (قواعد حقوق عرفی) همچنان بر موضوعاتی که خارج از قلمروی عهدنامه واقع می‌شوند و یا انگلستان اعمال عهدنامه را بر آنها نپذیرفته است، اعمال خواهند گردید. لذا قواعد سنتی به عنوان قواعد تعارض قوانین مربوط به قرارداد که از قبل موجود بوده‌اند همچنان مورد استفاده قرار می‌گیرند.

رم در داخل جامعه اقتصادی (اتحادیه) اروپا، پایه و مبنای قانون حاکم بر غالب قراردادهای بین‌المللی را تشکیل می‌دهد و قسمتی از قوانین داخلی هر یک از کشورهای عضو می‌باشد، لذا به عنوان مثال، دعاوی مطروحه در انگلستان یا فرانسه که عضو این عهدنامه می‌باشند در ارتباط با قراردادی که با یک شخص ایرانی یا ژاپنی یا تبعه هر کشور دیگری منعقد شده است، قواعد عهدنامه را به اجرا در می‌آورد. بنابراین می‌توان گفت این عهدنامه در هر کشور عضو برای قراردادهایی که یک عنصر خارجی دارند اثر جهان‌شمولی دارد.

عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی^{۹۵}

سازمان کشورهای آمریکایی در پنجمین کنفرانس تخصصی بین کشورهای آمریکایی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی که در شهر مکزیکو در تاریخ ۱۸ - ۱۴ مارس ۱۹۹۴ برگزار گردید^{۹۶} متن نهایی عهدنامه بین کشورهای آمریکایی در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی را تصویب نمود.^{۹۷}

هدف از انعقاد این عهدنامه آن‌گونه که در مقدمه آن آمده است، داشتن حقوق بین‌الملل خصوصی مدون بین کشورهای عضو سازمان کشورهای آمریکایی و ارائه راه حل یکنواخت برای موضوعات تجارت بین‌الملل بوده است. به خصوص این‌که وابستگی اقتصادی کشورهای

95. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, 1994.

96. The Fifth Inter – American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP – V) of the Organization of American States (OAS), 14 – 18 March, 1994.

97. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, OAS DOC. OEA / SER. K/XXI.5 (March. 17/1994) reprinted in 133 I.L.M. 733.

منطقه، همگرایی منطقه‌ای و تسهیل انعقاد قراردادهای بین‌المللی، از بین بردن تعارضات قواعد حقوقی را ایجاب می‌کرده است. هفده کشور آمریکای لاتین به علاوه ایالات متحده و کانادا در این کنفرانس شرکت داشتند که در حقیقت حضور این تعداد کشور با سیستم‌های حقوقی مختلف (نوشته و عرفی) به عهدنامه جامعیتی خاص می‌بخشد و برای آن خصوصیت اجماع دارد.^{۹۸}

اصل حاکمیت اراده در این عهدنامه در ماده ۷ به کار گرفته شده است، در این ماده آمده است: «قرارداد تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین خواهد بود».^{۹۹}

قسمت سوم - محدودیتهای اصل حاکمیت یا استقلال اراده

پذیرفتن اصل حاکمیت اراده در سیستمهای حقوقی به معنای پذیرش این اصل بدون محدودیت نیست. در حوزه قراردادهای بازرگانی محدودیتهای زیادی بر این اصل وارد شده است. وسعت محدودیتهای وارد بر حاکمیت اراده در کشورهای مختلف به طور کلی بستگی به ملاحظات سیاسی و منافع و مصالح عمومی آن کشور دارد. علاوه بر این قاعده عام، نمی‌توان آزادی اعطا شده به افراد در قواعد حل تعارض یک سیستم حقوقی بویژه در بخش قراردادهای را لزوماً مشابه آزادی آنها در قراردادهای و یا کلاً در حقوق خصوصی داخلی تصور نمود. سیاستهای حاکم در خصوص

۹۸. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

H. S. Burman, International Conflict of Laws, The 1994 Inter - American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s, Vanderbilt Journal of Transnational Law [1995] 28, at 367; de Maekelt, General Rules of Private International Law in the Americas, 177 Collected Courses 193 (1982) IV; Garro, Unification and Harmonization of Private Law in Latin American, 40 Am. Jo. Comp. L. 1992, 578..

۹۹. Article 7. "The contract shall be governed by the law chosen by the Parties ...".

موضوعات قواعد حل تعارض قوانین را باید جدا از سیاستهای کلی حاکم بر جنبه‌های ماهوی یا مادی آن موضوعات در نظر گرفت.^{۱۰۰} از این روست که حاکمیت اراده خصوصی در کشورهای با اقتصاد دولتی یا در کشورهایی که در دوره ورود به استقلال اقتصادی ملی قرار دارند یا کشورهایی که مؤسسات انحصاری خودکامه نیروهای هیأت حاکمه را تشکیل می‌دهند کم رنگ می‌شود. در این کشورها منافع عمومی و مصالح و سیاستهای اقتصادی - اجتماعی دولت منتهی به ایجاد قواعد خاص برای کنترل و نظارت شدید بر بعضی از انواع معاملات می‌شود و حقوق خصوصی بستگی به بافت و نظم اقتصادی اجتماعی دارد. تأثیرات نامناسب بعضی از انواع قراردادهای بین‌المللی بر اقتصاد ملی این کشورها ممکن است بسیار عمیق باشد و دامنه نظم عمومی داخلی در این زمینه بیش از حد وسیع گردد. همه این عوامل از یک طرف باعث محدود کردن قلمرو آزادی قراردادها در داخل می‌شوند و از طرف دیگر با حساسیتی خاص منتهی به وضع قواعد و مقررات برای بیشتر محدود کردن روابط اقتصادی - معاملاتی خارجی حتی در شکل قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و قواعد تعارض قوانین آن کشور تا حد جایگزین شدن آن قواعد با قوانین مادی همان کشور می‌شود. سیاست تبعیض بین موضوعات و روابط حقوقی صرفاً داخلی و موضوعات حقوقی با عنصر خارجی، به عنوان مثال بین قراردادهای داخلی و قراردادهای بین‌المللی، در تمام کشورها قابل توجیه می‌باشد.

قاعده‌های (حل) تعارض در هر سیستم حقوقی در واقع مجوز

۱۰۰. در نظریات پیه (Pillet) و نیبویه (Niboyet) مداخله و ملاحظه سیاست داخلی در وضع ایجاد قواعد تعارض قوانین یک امر حتمی است.

J.P. Niboyet, "La Theorie de la Volonté", Académi de Droit International, 16 Recueil de Cours (1927, 1); A pillet, Principes de Droit International Privé, (1903).

پذیرش قانون (حاکمیت قانون) خارجی در داخل قلمروی حاکمیت یک دولت می‌باشد که خلاف اصل حاکمیت دولتهاست و نوعی اغماض و تسامح مقنن (دولت) محسوب می‌شود. بنابراین نه تنها رعایت این قواعد عیناً الزامی است و نباید به اختیار اشخاص دانست، بلکه باید مراقب بود دامنه آنها گسترده‌تر از حدود مورد نظر قانونگذار نگردد. به عبارت دیگر، قواعد حل تعارضی که در ارتباط با اراده اشخاص می‌باشند تاب تحمل تفسیر موسع ندارند، لذا حدود حاکمیت و آزادی اراده در این قواعد چیزی بیش از آنچه در نص قانون مقرر شده نخواهد بود.

به هر صورت، موارد کلی زیادی را می‌توان برشمرد که بسیاری از کشورها آنها را به عنوان محدودیت بر اصل حاکمیت اراده وارد کرده‌اند و طرفین قرارداد نمی‌توانند قانون حاکم را در آن موارد انتخاب کنند یا اگر قانونی را انتخاب کرده باشند انتخابشان مؤثر نخواهد بود. برخی از آنها عبارتند از:

۱- مسائل مربوط به آیین دادرسی یا قانون حاکم بر موضوعات شکلی رسیدگی به دعوا. این موضوعات تحت حاکمیت قانون مقرر دادگاه هستند و از محدوده استقلال اراده طرفین خارج می‌باشند.

۲- موضوعات شکلی قرارداد.

۳- اهلیت یا وضعیت طرفین قرارداد.

۴- مسائلی که مربوط به نظم عمومی مقرر دادگاه می‌شوند.

۵- مسائلی که مشمول قواعد آمره قانون مقرر دادگاه می‌شوند و برای

نفع عمومی هستند مانند موضوعات مربوط به حقوق عمومی یا قراردادهای خاص مربوط به بیمه، کار، مقررات ارزی.

۶- قراردادهایی که منحصراً با یک کشور ارتباط دارند (قراردادهای

داخلی یا فاقد عنصر خارجی).

۷- حاکمیت اراده طرفین در محدوده قوانین مجاز پذیرفته شده است. یعنی مثلاً طرفین نمی‌توانند قانون بی ارتباط یا کم ارتباط با قرارداد را انتخاب کنند، یا قانونی را به قصد تقلب نسبت به قانون دیگری انتخاب کنند، بلکه انتخابی پذیرفته است که مشروع و با حسن نیت^{۱۱} باشد.

برخی محدودیتهای دیگر بر اصل حاکمیت اراده وارد شده که چون عمومیت ندارند در ردیف موارد فوق ذکر نگردیدند.^{۱۲}

به هر حال، باید توجه داشت که در سیستمهای حقوقی که اصل استقلال یا حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند این اصل جنبه قانون یافته است، بدین معنا که اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم خود یک قاعده قانونی و در واقع همان قاعده حل تعارض آن سیستم حقوقی را تشکیل می‌دهد. بنابراین در این سیستمها انتخاب قانون حاکم توسط طرفین بخودی خود اعتبار ندارد بلکه اعتبار آن ناشی از قاعده قانونی موسوم به قاعده حل تعارض آن سیستم می‌باشد. به عبارت دیگر، این قواعد حل تعارض هستند که قانون حاکم را معین می‌نمایند و با پذیرش اصل حاکمیت اراده در این قواعد انتخاب طرفین مجاز و محترم شمرده می‌شود و همچنین ممکن است در همین قواعد قیود و شروطی بر آن وارد شود. هیچ‌گاه دادگاه بدون اجازه قانون (قاعده حل تعارض) کشور خود نمی‌تواند مستقیماً به اراده و یا انتخاب طرفین عمل کند.

101. *Bona fide* or good faith.

۱۰۲. مثلاً ممکن است گستره قلمروی حاکمیت اراده را فقط در محدوده قواعد تکمیلی یا تخییری قانون منتخب در قرارداد پذیرفت؛ یا فقط انتخاب یک قانون را برای حاکمیت بر قرارداد اجازه داد و اصل تجزیه یا تفکیک سازی (depeçage) را نپذیرفت.

نتیجه گیری

قواعد حقوق بین الملل خصوصی به طور عام و قواعد تعارض قوانین به طور خاص از یک طرف از موضوعات پیچیده و بغرنج علم حقوق می باشند و از طرف دیگر دستخوش تغییرات و دگرگونیهای فراوان و روزافزون هستند. عموم قاعده های تعارض سیستمهای حقوقی که به درستی از آنها به عنوان قاعده های حل تعارض نام برده می شود، در واقع تعارض بوجود آمده برای دادگاه در رسیدگی به یک اختلاف را حل می کنند. لذا رعایت این قواعد همانگونه که نص قانون می باشد برای دادگاه الزامی است و دادگاه نمی تواند به اختیار اصحاب دعوا و برخلاف نص عمل کند، به عبارت دیگر این قواعد اختیاری یا تکمیلی نیستند. در جایی که قانون وجود ندارد راه حل قضیه را باید از طریق رعایت قاعده های کلی مقرر در سیستم حقوقی مربوطه مانند رویه های قضایی و در نظر گرفتن مصالح و منافع جامعه و سیاستهای کلی حاکم بر آن یافت.

تعارض قوانین مربوط به قراردادها در دهه های اخیر و باتوجه به تحولات عمیق و گسترده در روابط تجاری بین کشورها و عمومیت یافتن تجارت بین الملل، در کشورهای بسیاری متحول شده است. قواعد تعارض جدید و توسعه یافته در سطح ملی و بین المللی در جهت پاسخ به مصالح اقتصادی داخلی و کلاً منافع ملی و نیازهای بازار فرامرزی تجارت و نظم عمومی بین المللی وضع گردیده است. این قواعد در کشورها و مناطق مختلف جهان با داشتن سیستمهای حقوقی متفاوت و همچنین در سازمانهای تجاری جهانی جای خود را یافته است و به گونه ای شگرف و یکپارچه حاکمیت و استقلال اراده طرفین قراردادها را به عنوان مبنا و اساس قانون حاکم بر قرارداد (تعهدات قراردادی) پذیرفته اند.^{۱۰۳} از طرف دیگر، همین

۱۰۳. عمومیت و وحدت پذیرش اصل حاکمیت و استقلال اراده در حدی است که بعضی از نویسندگان

سیستمهای حقوقی حاکمیت اراده طرفین قرارداد را در محدوده‌هایی که مغایر و مخالف مصالح عمومی است و با سیاستهای خاص دولت و حمایت از اقشار خاصی در جامعه منافات دارد و امکان سوء استفاده از آن می‌رود، انکار یا محدود نموده‌اند.

به نظر می‌رسد روش و مبنای تعیین قاعده‌های جدید حل تعارض، روش مصلحت و منفعت‌گرایانه می‌باشد که در داخل آن از روش تحلیل و منطق حقوقی استفاده شده است. درحقیقت در سیستمهای حقوقی مختلف پذیرش قانون خارجی به طور کلی به عنوان منفذی در استقلال و حاکمیت دولت محسوب می‌شود که به لحاظ مصالح و منافع همان دولت صورت می‌گیرد. گاهی همین منافع ایجاب می‌کند پذیرش قانون خارجی در قلمرو حاکمیت دولت از طریق قاعده‌های خشک و غیر منعطف صورت گیرد و گاهی همین منافع ایجاب می‌کند که قاعده‌های انعطاف‌پذیر و غیرجزمی به کار گرفته شوند.

در موضوع تعارض قوانین مربوط به قراردادهای و بویژه در بخش تعهدات قراردادی، زمانی منافع و مصالح دولتها ایجاب می‌کرد که خود در قراردادهای با عنصر خارجی مداخله مستقیم داشته و آنها را تحت کنترل شدید داشته باشند تا بدینوسیله جامعه و نهادهای آن را از تأثیرات خلاف و نامطلوب حفظ نمایند. لذا، در قواعد حل تعارض خود با روش عینی قوانین

حقوق بین‌الملل خصوصی آن را یک «اصل کلی حقوقی (general principle of law)» می‌دانند. به عنوان مثال مراجعه شود به:

Lando, in Lipstein (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, 1976, Para. 60.

مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز در سال ۱۹۹۱ در تصویب‌نامه‌ای درخصوص حاکمیت یا استقلال اراده طرفین قراردادهای بین‌المللی، از حاکمیت اراده طرفین به عنوان یکی از «اصول اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی» نام برده است.

Resolutions de l'Institut de Droit International, 1957 – 1991, (1992), p. 409.

کشوری را که با قرارداد ارتباط تنگاتنگ داشته یا مرکز ثقل قرارداد در آنجا می‌باشد (مانند قانون محل اجرا یا انعقاد) را برگزیده‌اند. امروز به نظر می‌رسد در بسیاری از کشورها همان منافع و مصالح یا سیاستهای دولت ایجاب می‌کند که صلاحیت طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر قرارداد (حاکمیت یا استقلال اراده طرفین) را به رسمیت بشناسند و تأیید نمایند.