

پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین المللی با نگرشی بر مقررہ رم یک و حقوق آمریکا

حسین خانلری بهنمیری*

دانش آموخته مقطع دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۰۷

دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۱۴

چکیده

در حقوق داخلی، غالباً نفوذ اراده طرفین در انعقاد قرارداد، منوط به عدم مخالفت این اراده، با قواعد آمره، حقوق مربوط به آن کشور می‌باشد. اما در عرصه بین‌المللی، که ممکن است طرفین، تابعیت کشورهای مختلف را داشته باشند؛ یا به طور کلی ممکن است یک عنصر خارجی در قرار داد دخالت داشته باشد، یکی از موضوعات اختلافی که مطرح می‌شود، میزان نفوذ اراده طرفین، در انتخاب قانون حاکم و موانع اجرای، این قانون انتخابی است، چرا که در مقررہ «رم یک» علاوه بر به رسمیت شناختن اصل تجزیه پذیری و یا دپاساژ^۱، اصل حاکمیت اراده بطور مطلق، اما در حقوق آمریکا، اصل حاکمیت اراده، با رعایت شرط اساسی یا منطقی، بطور مقید مورد پذیرش قرار گرفته است. در سال‌های اخیر، با تغییر رویکرد این نظام حقوقی، اصل حاکمیت اراده از این قید نیز رها شده و به طور مطلق در قراردادهای بین-المللی، پذیرفته شده است. البته به‌رغم پذیرش مطلق اصل حاکمیت اراده، ممکن است قانون

Email: h.khanlari228@yahoo.com

* نویسنده مسؤول مقاله:

۱. دپاساژ؛ یعنی تجزیه قرارداد و حاکم کردن چند قانون بر بخش‌های مختلف یک قرارداد.

تعیین شده، به جهت مخالفت با نظم عمومی و قواعد آمره کشور مقر دادگاه، و یا نظم عمومی بین‌المللی، اجرا نشود.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، قانون حاکم، اراده فرضی، نظم عمومی، دپاساژ.

۱. مقدمه

مهم‌ترین مسأله‌ای که در بحث اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی مطرح می‌شود، اثر اراده طرفین، در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است. مطابق این اصل، طرفین می‌توانند، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند، اما آیا طرفین می‌توانند، در اجرای این اصل، آزادی کامل داشته باشند و قانون هر کشوری را انتخاب کنند؟

ممکن است، در برخی از کشورها، اصل حاکمیت اراده، در خصوص انتخاب قانون حاکم، به رسمیت شناخته نشود؛ به گونه‌ای که در این کشورها، تنها قانونی بر قرارداد حاکم می‌باشد که؛ قواعد حل تعارض آن کشورها تعیین کرده است. لیکن، در برخی کشورها و قوانین، از جمله در مقررہ رم یک، اصل حاکمیت اراده به طور مطلق و در برخی دیگر از کشورها از جمله آمریکا این اصل به طور مقید پذیرفته شده است. که در کشورهای اخیرالذکر، می‌توان همین تقييد را، نوعی محدودیت، بر اعمال اصل حاکمیت اراده، به طور مطلق تلقی کرد.

در برخی مواقع ممکن است، اجرای قانون انتخابی طرفین، با محدودیت قواعد آمره و یا نظم عمومی مواجه شود، به گونه‌ای که احتمال دارد، قانون انتخابی به طور کلی اجرا نشود، که این موانع نیز می‌تواند، از جمله عوامل محدودکننده، اصل حاکمیت اراده باشد.

بنابراین به طور کلی می‌توان دو نوع محدودیت، برای نفوذ اصل حاکمیت اراده، در نظر گرفت: یکی محدودیت زمان اعمال اصل حاکمیت اراده و دیگری محدودیت پس از انتخاب قانون حاکم که در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در این مقاله ابتدا، در خصوص مفهوم اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم، توضیحات مختصری بیان خواهد شد. سپس تأثیر و نفوذ و محدودیت‌های، این اصل، در مقرر رم یک و حقوق آمریکا، که هر کدام ضابطه مخصوص به خود را دارند، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در پایان از مباحث عنوان شده نتیجه گیری خواهد شد.

۲. مفهوم اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم

مطابق این اصل، اراده طرفین قرارداد، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و حاکمیت اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. اصل حاکمیت 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. بنابر اصل حاکمیت اراده، طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را تعیین کنند، اما همان‌گونه که بیان شد، اعتبار بخشیدن به این اراده نیازمند حمایت قانونگذار می‌باشد؛ که مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در حقوق بین‌الملل خصوصی، اصل حاکمیت اراده، که مبتنی بر اصل آزادی قراردادهای است و در اغلب کشورها پذیرفته شده است، مقرر می‌دارد؛ همان گونه که طرفین آزاد هستند، هر قراردادی را که مایلند منعقد کنند، آزاد هستند، هر قانونی را که مایلند نیز بر قراردادهای حاکم کنند و مراجع حل اختلاف (دادگاه‌های قضایی و دیوان‌های داور) آن اراده را معتبر خواهند شمرد. (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۱۹)

در حقوق آمریکا، تفکر آزادی و استقلال اراده را به منزفیلد نسبت می‌دهند. (همان، ص ۲۰). در اکثر نظام‌های حقوقی قانون حاکم به وسیله قانون منتخب طرفین تعیین می‌شود. در واقع به استثنای برخی از کشورهای آمریکای جنوبی، اصل حاکمیت اراده در جهان مورد تأیید است و آن را به عنوان یک اصل جهان شمول، نام می‌برند (Aguilar, 2011, p.4).

در آرای داوری نیز، اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم، مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان نمونه در داوری پرونده‌ای^۱ در ۲۹ آگوست ۱۹۵۸ میلادی، در رأی داوری بیان شد: «اصول حقوق بین الملل خصوصی که باید برای یافتن قانون قابل اعمال، مورد مشورت قرارگیرند آن‌هایی هستند که مربوط به آزادی انتخاب هستند، که به موجب آن در یک قرارداد که خصوصیت بین المللی دارد، ابتدا باید قانونی که به صراحت توسط طرفین انتخاب شده است اعمال شود».^۲

در داوری 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 کرد. (I.L.R, 1981, 140, atp. 171)

به همین صورت، در رأی داوری ۱۵ مارس ۱۹۶۳ میلادی، در پرونده‌ای^۳ داور تأیید کرد که این اراده طرفین است که قانون قابل اعمال در موضوعات قرارداد را تعیین می‌کند. این نظریه در پرونده دیگر^۴ نیز در ۱۹ ژانویه ۱۹۷۷ میلادی مورد تأیید قرار گرفت.

1. Company (Aramco) Saudi Arabia V. Arabia American Oil

2. International Law Reports (I.L.R). Vol.27, p 165

3. Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Company

4. California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company (TOPCO/CALASIATIC) v. Libyan Arab Republic



۳. اصل حاکمیت اراده در مقررہ رم ۱۱^۱

مقررہ رم یک که در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی وضع گردیده است، مطلق بودن حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را پذیرفته است. مطلق بودن حاکمیت اراده، به این معنا می‌باشد که طرفین می‌توانند قانون هر کشوری را انتخاب کنند، هر چند آن کشور، ارتباطی به قرارداد نداشته باشد. (عوامل ارتباطی که به قرارداد و یا طرفین آن مرتبط می‌شود؛ مثل، محل اجرای قرارداد؛ و یا محل انعقاد قرارداد و یا کشور متبوع یکی از طرفین قرارداد).

ماده ۳ مقررہ یادشده مقرر می‌دارد:

۱. «قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند، این انتخاب باید صریح باشد یا به طور شفاف از شرایط قرارداد اثبات شود یا اوضاع و احوال پرونده چنین انتخابی را نشان دهد. طرفین قرارداد با انتخاب خود می‌توانند، قانونی را بر تمام قرارداد و یا تنها بخشی از آن حاکم کنند».
۲. «طرفین هر زمان که بخواهند می‌توانند قرارداد را تابع قانونی غیر از قانونی که سابقاً بر آن حاکم بوده، قرار دهند ...».

مطابق این مقررہ طرفین قرارداد می‌توانند، قانون هر کشوری را انتخاب کنند، و این حق انتخاب، مقید نگردیده است، مثل اینکه؛ انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را مقید

۱. آخرین تحولات در حوزه‌ی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی اتحادیه‌ی اروپا در ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ با تصویب مقررہ‌ی رم یک، اتفاق افتاده است. مقررہ‌ی رم یک، جایگزین کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در مورد قانون حاکم بر تعهدات قراردادی شده است. کمیسیون اتحادیه‌ی اروپا متن پیشنهادی برای تنظیم مقررات درباره‌ی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را در سال ۲۰۰۵ میلادی مهیا کرد. در نهایت با اصلاحاتی که در آن انجام شد، مقررہ‌ی شماره‌ی ۵۹۳ معروف به «مقررہ رم یک» در سال ۲۰۰۸ میلادی به تصویب پارلمان و شورای اروپا رسید. این مقررہ از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ لازم الاجرا شده است. مقررہ‌ی رم یک به صورت قانون یکپارچه وارد قوانین ملی کشورهای عضو اتحادیه‌ی اروپا شده است و بر اساس قانون ملی در مواردی که در رسیدگی به دعوایی، عامل خارجی در بین باشد با اعمال قواعد یکنواخت حل تعارض به نتیجه یکسان می‌رسند. (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴: ۱۴۸)

به، ارتباط نزدیک آن با قرارداد کند. البته در چند مورد در مقرر رم ۱ این آزادی مقید شده است. از جمله تقییدهایی که برای حاکمیت اراده در این مقرر وجود دارد، در خصوص قراردادهای مصرف و قراردادهای استخدام شخصی می‌باشد، که برای حمایت بیشتر از مصرف کننده و مستخدم وضع گردیده است. در واقع تقیید از این جهت مطرح می‌شود که در زمان انتخاب قانون حاکم، طرفین با ید این جنبه حمایتی مقرر را مورد توجه قرار دهند.

همچنین، در خصوص انتخاب قانون حاکم، پس از انعقاد قرارداد این حاکمیت اراده مقید گردیده است. طبق بند ۲ ماده ۳ مقرر «تغییر قانون انتخابی، پس از انعقاد قرارداد، نباید به اعتبار شکلی مذکور در ماده ۱۱ خللی وارد کند یا بر حقوق شخص ثالث تأثیر منفی داشته باشد». مطلق بودن حاکمیت اراده، به نظریه لیبرالیسم کلاسیک^۱ باز می‌شود که برای اشخاص نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد. طبق این نظریه می‌توان بیان داشت که در حقوق بین الملل خصوصی متعاقدين قدرت و اختیار دارند در محدوده‌ی حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب کنند.

با وجود همه این قیدها در کنوانسیون، اصل بنیادین مقرر رم ۱ این است که طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم آزاداند. بند ۱ ماده ۳ مقرر این حق را تأیید کرده است و قرارداد را محکوم به قانونی می‌داند که طرفین بر آن تراضی کرده‌اند. همان طوری که دادگاه پاریس در رأی ۲۴ آوریل ۱۹۴۰ به صراحت اعلام می‌کند که قرارداد بین‌المللی، تنها قانون حاکم بر دو طرف است (الماسی، شعبانی، ۱۳۹۶، ص ۱۳).

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر. نظریه عمومی تعهدات، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، چاپ سوم، ص ۳۷.



مقررات رم یک، تا حدی به اصل حاکمیت اراده پای بند است که، امکان تجزیه قرارداد را فراهم کرده است و مطابق بند ۱ ماده ۳ مقرر، طرفین قرارداد می‌توانند برای هر بخش از قرارداد، قانون جداگانه تعیین کنند.

یکی از ایرادهایی که برخی از حقوقدانان در خصوص اصل حاکمیت اراده مطرح می‌کنند ایراد دور منطقی است (ایرانپور، ۱۳۸۱، ص ۲۲) در خصوص اهلیت باید گفت: طبق این ایراد، طرفین ابتدا قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب می‌کنند، سپس مطابق همان قانون اهلیت طرفین مورد بررسی قرار می‌گیرد... که مقرر رم ۱ در پاسخ به این ایراد، اهلیت طرفین را مطابق ماده ۱۳ تابع قانون ملی طرفین قرارداد می‌داند و این ایراد را برطرف کرده است.

در خصوص صحت و اعتبار قرارداد این ایراد می‌تواند مسموع باشد، بدین نحو که به طور کلی صحت و اعتبار قرارداد را قانون تعیین می‌کند، حال اگر انتخاب قانون به طرفین قرارداد واگذار شود، دور منطقی پیش می‌آید، در پاسخ می‌توان بیان داشت، قصد طرفین این است که شرط مربوط به انتخاب قانون حاکم، جدا از قرارداد در نظر گرفته شود، مثل اینکه توافق بر تعیین قانون حاکم، پس از انعقاد قرارداد و در زمان شروع به اجرای آن، صورت گرفته باشد، در واقع این شرط، جزیی از آن قرارداد تلقی نمی‌شود که مستلزم دور باشد.

۱-۳. نحوه اعلان اراده در مقرر رم ۱

اراده طرفین می‌تواند به سه شکل صریح، ضمنی و فرضی بیان شود. در اراده صریح، طرفین قرارداد به صراحت و در ضمن شرط قراردادی، قانون کشور خاصی را نسبت به قرارداد خود حاکم می‌کنند. در اراده ضمنی، با توجه به اوضاع و احوال و شرایط قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد تعیین می‌شود، به طور مثال استفاده از یک قرارداد نمونه، که تحت حاکمیت قانون کشور خاصی قرار دارد به طور ضمنی بیانگر اراده طرفین، مبنی بر حاکم

بودن قانون آن کشور بر قرارداد می‌باشد. چنانچه طرفین قرارداد، در قرارداد مشابه قبلی خود، صلاحیت قانون کشور خاصی را قبول کرده باشند، می‌توان بیان داشت که، همین قانون در قرارداد دیگر به طور ضمنی مورد توافق طرفین است (نصیری، ۱۳۸۳، ص ۹۲).

به عنوان مثال در پرونده دعوی شرکت کشتی امین رشید علیه شرکت بیمه کویت؛ خواهان‌ها، یک شرکت لیبیایی بودند که؛ کشتی خود را در نزد خواندگان که یک شرکت بیمه کویتی بود، بیمه کردند. بیمه نامه که در کویت صادر شد، یک فرم استاندارد بیمه لیبیوی اس جی بود که مطابق قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلیس تنظیم یافته بود.

بیمه‌نامه حاوی هیچ شرط انتخاب قانونی نبود. خواهان‌ها به موجب بیمه‌نامه مطالبات خود را درخواست کردند. قاضی بینگ هام، در مرحله اول رسیدگی رأی داد که قانون کویت قانون مناسب قرارداد است، دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرده و به اتفاق آراء قانون مناسب قرارداد را، قانون انگلیس، دانستند و چنین اظهار نظر کردند که شروط بیمه نامه نشان می‌دهد که؛ طرفین نسبت به اجرای قانون بیمه دریایی انگلیس، اراده کرده‌اند. بکارگیری فرم و زبان انگلیسی در قرارداد اهمیت بسزایی در اتخاذ این تصمیم داشت (North, Fawcett, 1987, p.461).

البته نقدی که بر این رأی وارد است اینکه اگرچه طرفین از یک قرارداد نمونه استفاده کرده‌اند، اما این امر دلیلی، مبنی بر اینکه قانون انگلیس، قانون مناسب است، به دست نمی‌دهد، چرا که غالباً قراردادهای نمونه، قرارداد الحاقی تلقی می‌شوند، و در قراردادهای الحاقی، غالباً متعهدله شرایط مذاکره آزاد را ندارد، و به عبارت دیگر، شرایط قرارداد بر او تحمیل می‌شود، لذا به نظر باید به دنبال قانونی بود که بهتر منافع بیمه‌گذار را تأمین می‌کند. ممکن است این قانون، قانون انگلیس باشد یا قانون محل فعالیت تجاری بیمه‌گذار. اما اراده‌ای که کمتر مورد توجه قرار گرفته و منتسب به طرفین می‌باشد، تحت عنوان اراده فرضی مطرح می‌شود، بدین معنا که اگر طرفین



قانون حاکم بر قرارداد را چه به طور صریح و چه ضمنی تعیین نکنند، می‌خواستند روابط قراردادی خود را مشمول قانون خاصی قرار دهند، قانون چه کشوری را انتخاب می‌کردند؟ (تعیین قانون حاکم بر قرارداد در صورت فقدان اراده صریح و یا ضمنی طرفین در این خصوص)

می‌توان بیان داشت این موضوع، به نوعی به انتظار مشروع طرفین^۱ اشاره دارد. در واقع، در صورت عدم احراز اراده صریح و ضمنی طرفین، مقنن باید قاعده‌ای که تکمیل کننده اراده‌های احتمالی طرفین است در اختیار قاضی قرار دهد. (شریعت باقری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵)

حال این اراده فرضی، در مقررہ رم ۱ به چه قانونی، منتسب می‌شود؟ در این فرض مقررہ رم ۱ به مرکزیت اقتصادی قرارداد توجه دارد، یعنی انتظار مشروع طرفین این است که؛ قرارداد تابع قانون کشوری باشد که بیشترین ارتباط با قرارداد را دارد و طبق مقررہ رم ۱، اراده مفروض طرفین این است که قرارداد با کشوری بیشترین ارتباط را دارد که، محل سکونت عادی، مجری تعهد شاخص (طرفی که عهده دار عوض اصلی معامله و یا تعهد اصلی قرارداد است) در آن جا قرار دارد. البته مقررہ جهت حفظ انتظار مشروع طرفین، بر نظریه مرکزیت اقتصادی قرارداد پافشاری نکرده است، چرا که مطابق ماده ۴، هرگاه از تمام اوضاع و احوال پرونده مشخص شود که، قرارداد به وضوح با قانون کشور دیگر ارتباط نزدیکتری دارد، قانون همان کشور اعمال می‌شود. به عبارت دیگر، این مقررہ جهت رعایت هر چه بیشتر اصل حاکمیت اراده، و جهت همگامی قصد طرفین و آنچه واقع گردیده است، این رویکرد انعطاف پذیر را برگزیده است.

البته شاید، پذیرش نظریه محل سکونت عادی متعهدله (خصوصاً زمانی که متعهدله به عنوان مصرف کننده کالا را خریداری کرده باشد)؛ به عنوان کشور دارای ارتباط

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید: ایودرن، نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوا در داوری بین المللی ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی بین المللی، ۱۳۶۷، ش ۹، صفحه ۱۹۳ به بعد.

بیشتر با قرارداد، خالی از وجه باشد، چرا که متعهدله به عنوان گیرنده اصلی موضوع قرارداد، بر مقررات کشور محل سکونت خود اشراف بیشتری نسبت به مقررات کشور محل سکونت متعهد اصلی دارد، و براساس تعهدات متعهد مطابق قانون کشور محل سکونت خود حاضر به انعقاد قرارداد شده است، بنابراین قانون محل سکونت عادی متعهدله نیز می‌تواند دارای بیشترین ارتباط با قرارداد باشد.

۲-۳. محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده در مقرره رم ۱ (موانع اجرای قانون

حاکم)

در اکثر کشورها اصل حاکمیت اراده در عین اینکه محترم شمرده شده، توسط عوامل محدود کننده‌ای کنترل می‌شود و قلمرو آن تا آنجایی است که به آزادی دیگران و همچنین به حقوق اجتماعی آسیب نرساند؛ لذا اصل حاکمیت اراده، به معنای نامحدود بودن اراده افراد در تنظیم و انعقاد قرارداد و تعیین آثار و شرایط آن نیست. مهم‌ترین عوامل محدود کننده اصل حاکمیت اراده عبارت است از:

۱. قواعد آمره

۲. نظم عمومی

البته موارد کلی زیادی از جمله مسائل مربوط به آیین دادرسی را می‌توان برشمرد که بسیاری از کشورها آن‌ها را به عنوان محدودیت بر اصل حاکمیت اراده بر شمرده‌اند، و طرفین قرارداد نمی‌توانند قانون حاکم را در آن موارد انتخاب کنند.

۱-۲-۳. قواعد آمره

ماده ۹ مقرره رم ۱ در خصوص مقررات امری تعیین کننده مقرر می‌دارد:



«مقررات امری تعیین کننده عبارتند از: مقرراتی که برای یک کشور به منظور حفظ منافع عمومی از قبیل سازمان‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی حیاتی و قاطع می‌باشد ...

هیچ چیز در این کنوانسیون نمی‌تواند اعمال مقررات امری تعیین کننده در قانون مقر دادگاه را محدود کند.

به قواعد امری تعیین کننده، قانون کشوری بایستی ترتیب اثر داده شود که؛ تعهدات ناشی از قرارداد بایستی در آنجا انجام شود؛ یا انجام شده است، البته تا آن حد که قواعد امری مذکور اجرای قرارداد را غیر قانونی نداند، در بررسی ترتیب اثر دادن به آن مقررات بایستی به ماهیت و اهداف و عواقب و نتایج اعمال یا عدم اعمال آن‌ها توجه شود».

همان گونه که از مقررہ رم ۱ استفاده می‌شود، قواعد آمره مقر دادگاه و محل اجرا قرارداد باید رعایت شود، به گونه‌ای که رعایت قواعد آمره مقر دادگاه را به طور مطلق و رعایت قواعد آمره محل اجرای قرارداد را به طور مقید پذیرفته است. بنابراین، طرفین هنگام انتخاب قانون حاکم باید، از قواعد آمره این دو محل آگاهی داشته باشند، تا با موانع اجرای قانون، روبرو نشوند. در عمل نیز، طرفین قرارداد، غالباً فقط با قواعد آمره، محل سکونت یا فعالیت خود آشنایی دارند، براساس این آگاهی، نسبت به تعیین شرایط قرارداد اقدام می‌کنند، لذا بر همین مبنا، زمانی که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده‌اند، قانون محل سکونت و یا فعالیت طرفین می‌تواند، به عنوان قانون مناسب تعیین شود.

در مواردی که طرفین تابع و مقیم کشوری باشند که در آنجا قرارداد منعقد می‌کنند، تراضی بر قابلیت اجرای قانون کشور بیگانه به طور کلی ممکن است خلاف قواعد آمره و در نتیجه، منتفی به نظر برسد. بنا بر نظر عده‌ای؛ مثل ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «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»^۱.

در حقوق بین الملل، امری پذیرفته شده است که؛ همه قواعد آمره داخلی، قابلیت اجرا در روابط خصوصی بین المللی ندارد. آن بخش از قواعد آمره داخلی در روابط خصوصی بین المللی مانع ایجاد می‌کند که واقعاً عدم رعایت آن مقدور نباشد. در مسائل مالی و تجاری این دخالت بسیار محدود است، زیرا همواره اصل حاکمیت اراده، مبنا و ملاک تحلیل مسائل حقوقی مطروحه قرار می‌گیرد و جز در موارد استثنایی از مفاد آن تعدی نمی‌شود.

۳-۲-۲. نظم عمومی

نظم عمومی به عنوان جلوه گاه منافع جامعه، منافع فردی و خصوصی افراد را کنار می‌نهد. (حدادی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۸).

نظم عمومی با منافع و مصالح عالی و بنیادی جامعه ارتباط دارد. هدف از استناد به نظم عمومی، این است که چون اجرای قاعده‌ای با مصالح عالی دولت و منافع جامعه ملازمه دارد بر قراردادهای حکومت می‌کند.

۱. برخی از نویسندگان، به ویژه استادان بزرگ حقوق مدنی، با استناد به دلایلی، حکم ماده ۹۶۸ ق.م. را امری دانسته و انتخاب قانون حاکم را برای ایرانیان مجاز دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۷۶). در مقابل، بیشتر استادان حقوق بین الملل خصوصی و حقوق تجارت بین الملل ایران با رد ادله گروه مقابل و ارائه دلایل مختلف، مفاد ماده مذکور را حکمی تخییری دانسته‌اند که مانع انتخاب قانون قابل اعمال از سوی طرفین نمی‌شود (نصیری، ۱۳۴۶، ص ۲۲۹؛ جنیدی، ۱۳۸۸، ص ۴۲۹).

نظم عمومی رسالت اصلی آن حمایت و حراست از اصول و موازین اساسی حقوق عمومی و ارزش‌های هر کشور است، که معیار مذکور دارای مفهومی پویا و منعطف می‌باشد. (ایران شاهی، ۱۳۹۰، ص ۷۳).

البته شرایط و زمان و مکان، میزان رشد و توسعه یک نظام حقوقی و سطح ترقی و تکامل باورهای اجتماعی در شکل‌گیری محدوده‌ی نظم عمومی نظام حقوقی ملی مؤثر است. (ارکلش ویلی، ۲۰۰۸، ص ۲۴).

۱-۲-۲-۳. نظم عمومی محل انعقاد قرارداد

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا رعایت نظم عمومی محل انعقاد قرارداد در هنگام انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین الزامی می‌باشد یا خیر؟ به نظر می‌رسد تعارض نظم عمومی با قانون حاکم بر قرارداد هنگامی حادث می‌شود که قانون حاکم بر قرارداد به مرحله اجرا در آید، یعنی تا زمانی که نیاز به اجرا قانون حاکم بر قرارداد نباشد مسأله تعارض با نظم عمومی مطرح نمی‌شود، لذا در فرض مسأله فوق، رعایت نظم عمومی محل انعقاد قرارداد ضروری نیست.

۲-۲-۲-۳. نظم عمومی محل اجرای قرارداد

آیا رعایت نظم عمومی محل اجرای قرارداد هنگام انتخاب قانون حاکم بر قرارداد ضروری است؟ به طور مثال یک قرارداد ما بین یک تاجر آلمانی و یک تاجر فرانسوی در عربستان منعقد می‌شود و طرفین قانون کشور بلژیک را حاکم بر قرارداد می‌کنند و محل اجرای قرارداد را الجزایر تعیین می‌کنند و قانون بلژیک مقرراتی را وضع کرده که مخالف نظم عمومی کشور الجزایر می‌باشد، آیا در این مورد رعایت نظم عمومی کشور الجزایر ضروری است؟ پاسخ به سؤال فوق مثبت است. که مقرر رم ۱ نیز این امر را به طور مقید تأیید می‌کند. لذا ضروری است، طرفین هنگام انتخاب قانون

حاکم، به قواعد آمره و اصولی که مربوط به نظم عمومی، محل اجرای قرارداد است، توجه کنند؛ تا با مانع اجرای قانون مواجه نشوند.

۳-۲-۲-۳. نظم عمومی مقر دادگاه

مقرره رم ۱ صراحتاً رعایت نظم عمومی مقر دادگاه را ضروری دانسته است به گونه‌ای که ماده ۲۱ این مقرره، مقرر می‌دارد: «اعمال مفادی از قانون هر کشوری که توسط این مقررات مشخص می‌شود تنها در صورتی می‌توان آن را امتناع کرد که اعمال آن مقرره به وضوح با نظم عمومی دادگاه در تعارض باشد». طبق این ماده اگر طرفین قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کنند باید به نظم عمومی مقر دادگاه نیز توجه کنند که در غیر این صورت تمام یا قسمتی از قانون حاکم در کشور مقر دادگاه به مرحله اجرا در نمی‌آید که در این صورت ممکن است حق خواهان طبق قانون دیگر اعمال شود که به ضرر او باشد یا اینکه خواهان ناچار شود در دادگاه کشور دیگر اقامه دعوا کند.

در پرونده شرکت محصولات ویتا فود علیه شرکت با مسئولیت محدود یونوس شیپینگ، لورد رایت، آزادی طرفین قرارداد برای انتخاب قانون حاکم را با ذکر محدودیت اینگونه بیان می‌دارد: «در جایی که طرفین در بیان صریحی قصدشان را برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد اعلام کرده‌اند، دیگر دشوار است که این انتخاب را محدود شود، البته به این شرط که قصد اعلام شده با حسن نیت و قانونی بوده و نیز به شرط آن که هیچ دلیلی برای نا معتبر دانستن انتخاب طرفین بر مبنای نظم عمومی وجود نداشته باشد» (Morris, 2000, p.443). مطابق این رأی، محدودیت وارد بر اصل حاکمیت اراده، نظم عمومی مقر دادگاه و حسن نیت در انتخاب قانون حاکم است.



بنابراین نظم عمومی مقر دادگاه را می‌توان یکی از مهم‌ترین عوامل محدود کننده اصل حاکمیت اراده (موانع اجرای قانون حاکم انتخابی طرفین) تلقی کرد.

۳-۲-۲-۴. نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد

در این مبحث، مسأله تعارض قرارداد با، نظم عمومی کشوری که؛ قانون آن، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، توسط طرفین انتخاب شده، مطرح می‌شود. در این مورد بیان شده است که؛ حل این تعارض، با توجه به شرایط قراردادی، در مورد انتخاب قانون حاکم، امکان پذیر است، به گونه‌ای که؛ طرفین می‌توانند توافق کنند که مقررات نظم عمومی قانونی که حاکم بر قرارداد است، اجرا نشود (ایو درن، ۱۳۶۷، ۱۹۳).

بنابراین انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، به معنای پذیرش نظم عمومی آن قانون نیز می‌باشد. البته اگر طرفین اراده کرده باشند که این نظم عمومی نادیده گرفته شود، باید به اراده آن‌ها احترام گذاشت، مگر اینکه این اراده برخلاف نظم عمومی واقعاً بین المللی باشد.

همان گونه که ملاحظه می‌شود در اینجا سخن از تعارض پس از اعمال اراده طرفین و انتخاب قانون حاکم است، به عبارت دیگر ابتدا باید قانونی با اراده طرفین انتخاب شود، سپس هنگام اجرای آن قانون، به نظم عمومی آن قانون توجه شود. بنابراین، طبق اصل حاکمیت اراده، طرفین قرارداد می‌توانند، خواه با آزادی کامل، خواه با آزادی مقید، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند، لذا مطابق این اصل جهان شمول طرفین قرارداد، می‌توانند هر شرطی در قرارداد خود تعیین کنند، حتی اگر این شرط، شرط تعیین قانون حاکم باشد، اما پس از اعمال حاکمیت اراده (خواه به طور مطلق خواه به طور مقید) مسأله تعارض با قواعد آمره و نظم عمومی مطرح می‌شود، که قبل از تعیین قانون حاکم، مدنظر طرفین قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر به نظر

نگارنده این محدودیت‌ها موانع اجرای قانون حاکم هستند نه موانع انتخاب قانون حاکم.

به نظر می‌رسد، مراتب فوق بیانگر اختلاف اصل حاکمیت اراده در حقوق داخلی و حقوق بین الملل باشد، بدین گونه که در حقوق داخلی، طرفین با توجه به نظم عمومی و قواعد آمره کشور خود، شرایط قرارداد را تعیین می‌کنند، اما در عرصه بین المللی، بدون اینکه طرفین، دادگاه رسیدگی کننده به اختلاف را و به تبع آن قواعد آمره و نظم عمومی آن کشور را مورد توجه قرار دهند (ممکن است قابل پیش بینی نباشد) قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کنند.

۴. اصل حاکمیت اراده در حقوق آمریکا

در نظام حقوقی آمریکا تا قرن نوزدهم سخنی از حاکمیت اراده نبوده است؛ به گونه‌ای که دادگاههای برخی از ایالات آمریکا مثل ایالات نیویورک تا سال ۱۹۵۴ قانون محل انعقاد قرارداد را اعمال می‌کردند (morris, 1984, p.265).

در حقوق آمریکا در دومین مجموعه اصول و قواعد حقوقی (ری استیتمنت)^۱ که امروزه قابل اعمال است. به طرفین اجازه تعیین قانون حاکم بر عقد را داده‌اند، مشروط بر اینکه قانون انتخابی با قرارداد رابطه‌ی بنیادی داشته باشد (Restatement of conflict of laws, chapter 6 (second)).

۱. در حقوق آمریکا مجموعه مقرراتی در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی وجود ندارد. برای نخستین بار مؤسسه حقوق آمریکا مجموعه اصول و قواعد حقوقی اول تعارض قوانین مصوب ۱۹۳۴ را که حاوی مقرراتی درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی بود، تدوین کرد. این مجموعه راجع به اصل حاکمیت اراده ساکت بود و به طور ضمنی هرگونه آزادی برای انتخاب قانون قابل اعمال را انکار می‌کرد. پس از آن، مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مصوب ۱۹۷۱ جایگزین نخستین مجموعه حقوق آن کشور شد. مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم در بر گیرنده قواعد کلی آمریکا در مورد صلاحیت قضایی و قانون حاکم است. که توسط اکثر ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است تاکنون سه مجموعه از این اصول توسط مؤسسه حقوق آمریکا منتشر شده است (مافی، کاویار، ۱۳۹۲، ص ۱۵۸).



همچنین در قانون متحد الشکل تجارت آمریکا، به طرفین اجازه تعیین قانون حاکم بر عقد را داده‌اند، مشروط بر اینکه قانون انتخابی با قرارداد رابطه‌ی منطقی داشته باشد، که این اختیار با بازبینی قانون، به طور مطلق پذیرفته شده است. (Gialdino, 1972, p. 77).

همان طور که ملاحظه می‌شود در حقوق آمریکا حاکمیت اراده مقید شده است؛ به این معنا که قانون انتخابی طرفین، نمی‌تواند قانون هر کشوری باشد، بلکه باید قانونی باشد که با قرارداد دارای ارتباط باشد. مقید بودن حاکمیت اراده به نظریه پوزیتیویسم حقوقی^۱ باز می‌شود، در این نظریه، متعاقدين فقط در حدودی که قانون مقرر می‌کند آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند. لذا مطابق این نظریه می‌توان بیان داشت در حقوق بین الملل خصوصی طرفین با رعایت قیودی که قانون مقرر کرده است می‌توانند قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند.

به عبارتی دیگر، مقید بودن حاکمیت اراده به این مفهوم است که؛ حاکمیت اراده طرفین در محدوده‌ی قوانین مجاز پذیرفته شده است (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۴۸). همانطور که بیان شد، در نظام حقوقی آمریکا، طرفین حق انتخاب قانون خارجی را دارند، مشروط به اینکه؛ این انتخاب با حسن نیت بوده و با قرارداد ارتباط منطقی داشته باشد.

دادگاه‌های آمریکا اصولاً هر ارتباطی هر چند اندک با قانون خارجی را به عنوان یک ارتباط اساسی در مفهوم ماده ۱۸۷ (۲) (a) مجموعه‌ی دوم تلقی می‌کنند و به همین دلیل در طول سال‌های اخیر، صرفاً در چند مورد خاص، شرط انتخاب قانون به علت فقدان ارتباط اساسی با طرفین یا معامله اجرا نشده است.

در ایالات متحده آمریکا، بارها دادگاه‌ها اعلام کرده‌اند که، انتخاب قانون باید با حسن نیت باشد (خمامی زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۱۷).

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۴۱

این شرط ارتباط منطقی، اجازه، انتخاب قانون محل انعقاد و یا قانون محل اجرای عقد (و یا قانون هر کشوری که دارای ارتباط منطقی با قرارداد دارد) را به طرفین می‌دهد (ایرانپور، ۱۳۸۱، ص ۳۱).

باید توجه داشت، که محدودیت اعمال اصل حاکمیت اراده با محدودیت پس از اعمال حاکمیت اراده تفاوت دارد، به گونه‌ای مورد نخست اصل حاکمیت اراده را مقید می‌سازد مثال اینکه انتخاب قانون حاکم توسط طرفین باید با قرارداد ارتباط منطقی داشته باشد و مورد دوم پس از اعمال حاکمیت اراده (خواه مطلق، خواه مقید) ممکن است مانع اجرای قانون حاکم بر قرارداد شود مثل اینکه قانون انتخابی طرفین با نظم عمومی مقر دادگاه مغایر باشد.

بنابراین به طور مثال محدودیت مربوط به رعایت حقوق مصرف کننده، محدودیتی است که طرفین قرارداد باید هنگام انتخاب قانون حاکم لحاظ کنند، اما اینکه قانون انتخابی با نظم عمومی یا قواعد آمره‌ی مقر دادگاه مغایر است ممکن است برای طرفین قابل پیش بینی نباشد.

۴-۱. اصل حاکمیت اراده در مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین (ری استیتمنت)

براساس بخش ۱۸۶ مجموعه‌ی اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین، «قانون قابل اعمال بر موضوعات قراردادی به موجب قانون منتخب طرفین بر طبق قاعده‌ی بخش ۱۸۷ تعیین می‌شود. در غیر این صورت قانون حاکم براساس قانون منتخب به موجب قاعده بخش ۱۸۸ (قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب اثرگذار طرفین) تعیین خواهد شد.

بخش ۱۸۷ مجموعه‌ی اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین، مقرر می‌دارد که: «قانون ایالت منتخب طرفین برای حکومت بر طبق حقوق و تکالیف قراردادی



آنها اعمال خواهد شد، مگر اینکه، ایالت منتخب، رابطه‌ی اساسی با طرفین یا معامله نداشته یا هیچ مبنای متعارف دیگری برای انتخاب طرفین وجود نداشته باشد». شرط انتخاب قانون، به طرفین اجازه می‌دهد که به آسانی قانونی را که بر اختلافات آنها حاکم می‌شود، تعیین کنند. (Hara and Ribstein, 1999, p.643). یکی از مشکلات انتخاب قانون توسط طرفین، اینکه ممکن است طرفین به قواعد محدود کننده توجه نکنند (Ibid). دادگاه‌ها و مفسران دلیل منطقی روشنی برای محدودیت‌ها، جهت اعمال قانون انتخابی قراردادی ندارند. (Ribstein, 1993). برای مثال واضح نیست، چرا که هر انتخابی که طرفین توافق کرده‌اند، در نظر اول مناسب نخواهد بود (Ibid).

طبق مجموعه حقوقی دوم، اگر دولت انتخاب شده، هیچ ارتباط اساسی با طرفین یا قرارداد نداشته باشد، یا دلیل متعارفی دیگری برای انتخاب طرفین وجود نداشته باشد، انتخاب قانون معتبر نخواهد بود. (Hara and Ribstein, 1999, p.649). در طول سال‌های اخیر در ایالات متحده، تنها چند مورد از شرط انتخاب قانون، به علت فقدان ارتباط اساسی به موجب ری استیتمنت و قانون متحد الشکل تجاری آمریکا، اعمال نشده است (Ruhl, 2007, p.14).

براساس بخش ۱۸۷ در قسمت (۲) (a) مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین در صورتی که ایالت منتخب، رابطه‌ی اساسی با طرفین یا معامله نداشته باشد، اما مبنای متعارفی برای انتخاب طرفین وجود داشته باشد، انتخاب طرفین اثرگذار خواهد بود. زمانی مبنای متعارف و معقول برای انتخاب طرفین وجود دارد که؛ به عنوان مثال، آنها قرارداد را در کشورهایی که قانون آن برای طرفین نامأنوس و بیگانه است منعقد و اجرا کنند و نیز قانون محل انعقاد و اجرای قرارداد قانونی توسعه نیافته باشد. چنانچه قانون منتخب طرفین توسعه یافته تر از قانون محل انعقاد یا اجرای قرارداد بوده و یا طرفین آشنایی بیشتری با قانون منتخب دارند در این فرض طرفین باید بتوانند قانون را انتخاب کنند زیرا

انتخاب قانون توسط آنها در این فرض مبنای متعارف و معقولی دارد (Symeonides, 2010, p.518) اما این امکان وجود دارد، حتی اگر انتخاب طرفین مبنای متعارف و معقولی نیز داشته باشد، قانون منتخب طرفین براساس بخش ۱۸۷ در قسمت (۲) (b) قابل اعمال نباشد؛ زیرا براساس بخش یادشده «در صورتیکه اعمال قانون ایالت منتخب مخالف با اصول اساسی حکومتی ایالتی باشد که دارای علقه مادی بیشتری از ایالت منتخب بر تعیین موضوع خاص بوده، قانون منتخب طرفین اعمال نخواهد شد».

منظور از اصول اساسی حکومتی، این است که دادگاه باید توجه کند که آیا آن اصول به اندازه‌ای مهم است تا بتواند عدم اعمال قانون منتخب طرفین را توجیه کند. به طور کلی قوانینی که قراردادهای معینی را غیرقانونی و نامشروع می‌شناسد (مافی، تقی پور، ۱۳۹۴، ص ۱۶۸).

حتی عده‌ای عقیده دارند، قوانین آمره حمایتی (مثل قراردادهای مصرف) نیز از اصول اساسی حکومتی هر کشوری محسوب می‌شود (Baker, 2008, p.444).

دیوان عالی ایالات متحده، دررای خود، درپرونده برمن علیه شرکت زاپاتا آف شوردر جهت حمایت از اصول اساسی حکومتی، نظر داد که؛ انتخاب طرفین، در جریان یک مذاکره آزاد، که تحت تأثیر عواملی مثل تقلب، فشار ناروا، یا قدرت نامتعادل معاملاتی طرفین نباشد، مورد احترام است (Nyggh, 1999, p.17).

مطابق نظر دیوان عالی ایالات متحده، در صورتی که قانون منتخب در اثر فشار ناروای وارده به یکی از طرفین تعیین شده باشد، این قانون منتخب قابلیت اعمال ندارد.

اما این مقرر، در مورد اینکه، چه ایالتی دارای ارتباط بیشتر با قرارداد است، ساکت است، اما شاید بتوان بیان داشت که، ایالتی که، منافع متعهدله را بیشتر مورد حمایت قرار می‌دهد، دارای ارتباط بیشتری با قرارداد است، چرا که قرارداد، بر مدار



موضوع قرارداد می‌شود، و خریدار است که در نهایت، موضوع قرارداد، به او منتقل می‌شود، لذا نیاز به حمایت مضاعف دارد.

۲-۴. اصل حاکمیت اراده در قانون تجارت متحد الشکل (UCC)

بخش اول ماده ۱۰۵-۱ مقرر می‌دارد: «اگر قرارداد ارتباط منطقی با یک دولت داشته باشد، طرفین می‌توانند توافق کنند، مقررات آن دولت بر وظایف و حقوق آن‌ها حاکم باشد. در صورت فقدان انتخاب طرفین، قرارداد تابع این قانون می‌باشد مشروط بر اینکه ارتباط مناسب با دولت (آمریکا) داشته باشد»

محدودیتی که در خصوص سیاست اساسی دولت دارای نفع بیشتر در ری استیتمنت بیان شد در قانون متحد الشکل تجاری آمریکا مشاهده نمی‌شود.

همانطور که بیان شد مطابق این قانون اصل حاکمیت اراده بطور مقید پذیرفته شده است یعنی طرفین هنگام انتخاب قانون باید شرط ارتباط منطقی را رعایت کنند، که الزامی بودن رعایت همین شرط، موجب مقید شدن اصل حاکمیت اراده می‌شود.

به نظر می‌رسد لزوم انتخاب قانون دارای بیشترین ارتباط با قرارداد، مبنایی ندارد و در بسیاری از موارد به منزله نفی اختیار طرفین در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد خواهد بود، چرا که: ۱- حتی اگر دو طرف از حق تعیین قانون حاکم برخوردار نباشند، از بین قوانین کشورهای مختلف، مسلماً قانونی که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، بر آن حکومت می‌کند. بنابراین، برای آنکه اختیار طرفین، بیهوده جلوه نکند، باید از این نظریه حدقلی چشم پوشی کرد. ۳- افزون بر آن، نمی‌توان دو طرف معامله را ملزم کرد که قانون مرتبط با قرارداد را انتخاب کنند؛ زیرا در قراردادها هیچ موجبی وجود ندارد که سایر عوامل ارتباط بر عامل ارتباط اراده، ترجیح داده شود. درحقیقت، همان گونه که عواملی مثل محل وقوع عقد و محل اجرای آن، قرارداد را به کشور محل وقوع و اجرا مرتبط می‌کند، اراده نیز آن را با قانون کشور منتخب، مربوط می‌کند. وانگهی ممکن است حکومت قانون فاقد ارتباط، نفع مشروعی برای

طرفین داشته باشد؛ به عنوان مثال، اجرای رأی در کشور منتخب، آسان‌تر باشد یا دو طرف به آن آگاه‌تر باشند. از این رو نمی‌توان ضرورت ارتباط بین قرارداد و قانون انتخابی را پذیرفت. منتها این آزادی طرفین تا جایی است که قصد نداشته باشند از حاکمیت قانون صالح فرار کنند. اگر ثابت شود که هدف دو طرف قرارداد از تعیین قانون خارجی، فرار از قواعد آمره آن بوده است، به موجب قاعده منع تقلب نسبت به قانون و سوءاستفاده از حق تمهید به کاررفته از اثر می‌افتد و قواعد آمره، بناچار بر روابط آنها حکومت خواهد کرد. البته با توجه به دشواری اثبات قصد تقلب نسبت به قانون، ممکن است صرف انتخاب قانون فاقد هرگونه ارتباط با قرارداد، اماره بر آن قرار گیرد و اثبات وجود نفع مشروع و معقول بر عهده مدعی نهاده شود.

در واقع هیچ یک از مواردی که، به عنوان ضابطه‌های تعیین قانون حاکم بر قرارداد، مطرح شده‌اند، تاب مقاومت، در برابر قانون مورد تراضی طرفین را ندارند، زیرا قانون مورد تراضی طرفین، در حقیقت گزینه‌ای از میان گزینه‌ها نیست، بلکه تنها ضابطه صحیح و تنها گزینه قابل رجوع است. به همین دلیل است که اکنون نظام‌های حقوقی شناخته شده، تردید ندارند که قانون حاکمیت اراده، تنها قانون حاکم بر قرارداد است.

سرانجام، بخش ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحدالشکل در سال ۲۰۰۱ میلادی مورد تجدید نظر قرار گرفت و بخش ۳۰۱-۱ جایگزین آن شد، که به موجب آن، نظام حقوقی آمریکا آزادی کامل در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به رسمیت شناخت. به موجب این مقرر طرفین می‌توانند قانون هر دولتی را انتخاب کنند، حتی اگر هیچ ارتباطی با طرفین و یا موضوع قرارداد نداشته باشد.

اگرچه بخش ۳۰۱-۱ در سال ۲۰۰۸ مورد بازبینی قرار گرفته است و در قراردادهای داخلی به نوعی اصل حاکمیت اراده محدود شده است، اما در مورد قراردادهای بین‌المللی، اصل حاکمیت اراده به طور مطلق مورد پذیرش قرار گرفته است.



۳-۴. کشف اراده فرضی در حقوق آمریکا

همان طور که در بخش گذشته بیان شد، نحوه اعلان اراده ممکن است به سه طریق صریح، ضمنی یا فرضی واقع شود.

پرسش این است که اگر طرفین به طور صریح و یا ضمنی قانون حاکم بر قرارداد را تعیین نکنند، چه قانونی بر قرارداد آن‌ها حاکم می‌شود؟ در اینصورت باید بررسی شود اگر طرفین می‌خواستند قانونی بر روابط آن‌ها حاکم شود، چه قانونی انتخاب می‌کردند؟ و به عبارت دیگر، انتظار مشروع طرفین و یا اراده فرضی آن‌ها باید کشف شود.

درحقوق آمریکا، این عقیده استوار است که انتظار مشروع طرفین، تمایل به قانون دولتی دارد که ارتباط مناسب یا اساسی با قرارداد دارد که ممکن است محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد باشد.

به طور کلی می‌توان بیان داشت، اصل حاکمیت اراده در حقوق آمریکا به روش عینی پذیرفته شده است. 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، 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. (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۲۲) در این روش، در صورت فقدان انتخاب طرفین، دادگاه قانونی را بر قرارداد اعمال می‌کند که دارای ارتباط با قرارداد است، و به نوعی انتخاب دادگاه، برآوردن انتظار مشروع طرفین و به عبارت دیگر احراز اراده فرضی طرفین است.

۴-۴. محدودیت اصل حاکمیت اراده در حقوق آمریکا

اصل حاکمیت اراده در ری استیتمنت با محدودیتهایی پذیرفته شده است. (Ruston, 2008, p.79) محدودیت مثل اینکه اصل تجزیه یا تفکیک^۱ پذیرفته نشود (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۴۸).

در حقوق آمریکا چه در قانون متحد الشکل چه در ری استیتمنت در خصوص مسأله (دپاساژ) سکوت اختیار شده است و محدودیتی نیز در این خصوص مشاهده نشده است، در واقع پذیرش اصل حاکمیت شامل هر نوع قصد و اراده‌ای می‌شود، خواه طرفین با اراده خود قانونی را نسبت به بخشی از قرارداد حاکم کنند یا نسبت به تمام قرارداد، و آنچه با اهمیت تلقی می‌شود، احترام به اراده طرفین است، اراده‌ای که برخلاف منافع عموم عمل نکند.

به نظر می‌رسد قواعدی که مقرر رم ۱ در خصوص محدودیت انتخاب قانون پس از انعقاد قرارداد مقرر شده، خصوصاً در خصوص جلوگیری از تضییع حقوق ثالث، می‌توان به نوعی به حقوق مکتسبه اشاره کرد، که مورد پذیرش هر نظام حقوقی می‌باشد و در حقوق آمریکا هم قابل اعمال است. اما مسأله‌ای که مقدم بر این فرض مطرح می‌شود این است که آیا در حقوق آمریکا، طرفین می‌توانند، پس از انعقاد قرارداد قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند؟ همانطور که در مسأله پاساژ بیان شد چون محدودیتی از این نظر در قانون متحد الشکل و ری استیتمنت، ملاحظه نگردیده است، لذا باید به نفوذ اراده طرفین احترام گذاشت و قانون انتخابی طرفین را با رعایت شرط ارتباط منطقی یا اساسی، اعمال کرد.

ری استیتمنت به صراحت اصل حاکمیت اراده را با محدودیتهایی در قسمت ۱۸۷ مورد پذیرش قرار داده است.

بند دوم از قسمت دوم از بخش ۱۸۷، ری استیتمنت مقرر می‌دارد: اگر اعمال قانون منتخب مخالف با سیاست اساسی، دولت دیگر باشد، که در قیاس با دولت منتخب

1. depeceage



توسط طرفین دارای نفع مهمی در تعیین تکلیف موضوع مورد نظر بوده و دارای مهمترین ارتباط با آن باشد، در این صورت انتخاب طرفین تأثیر نخواهد داشت. لذا یکی از محدودیت‌های اعمال قانون منتخب طرفین طبق مقرر فوق، مخالفت یا تعارض با سیاست اساسی دولتی می‌باشد که در یک قرارداد مشخص دارای نفع بیشتری باشد که این سیاست اساسی شامل قواعد آمره و نظم عمومی آن دولت می‌شود. البته این مقرر تنها به سیاست اساسی دولت با نفع بیشتر توجه دارد، خواه دولت مقرر دادگاه یا غیر از آن باشد و به نوعی به نظم عمومی مقرر دادگاه یا نظم عمومی خارج از مقرر دادگاه توجه دارد (Artrill, 2011, p.27).

البته این مقرر می‌تواند، جهت جلوگیری از تقلب نسبت به قانون باشد، تا از این طریق طرفین راهی برای فرار از قانون نداشته باشند؛ اما شاید این ایراد وارد باشد که، طرفین باید نسبت به قواعد آمره و نظم عمومی چه ایالتی، آگاهی داشته باشند، تا با مانع اجرای قرارداد، روبرو نشوند، چرا که در مقرر، در مورد اینکه، کدام ایالت، دارای نفع بیشتری است سکوت اختیار کرده است، بر همین مبنا می‌توان نظر داد که ایالتی که از عواید این قرارداد، بیشتر منتفع می‌شود، لذا دارای نفع بیشتری است، مثل اینکه کشور صادرکننده کالا، از عوارض خروج کالا، نفع بیشتری می‌برد، اما طرفین، به قانون ایالتی استناد کنند که، عوارض خروج کالا، طبق آن قانون بسیار بسیار اندک باشد.

محدودیت مقرر فوق، به عنوان مهمترین محدودیت اصل حاکمیت اراده تلقی می‌شود (Baker, 2008, p.443).

اگرچه نویسندگان آمریکایی به طور مشهود استثنائات اصل استقلال اراده طرفین را مشخص نکردند (hara, Ribstein, 1999, p.649)، اما دادگاه‌ها به استناد نظم عمومی از اعمال قانون خارجی صلاحیتدار خودداری می‌کنند (آلام ریز، ۱۳۷۵، ص ۱۲۷).

در قانون متحد الشکل معاملات الکترونیکی (یوتا) که بیش از ۴۰ ایالت آمریکا آن را تصویب کرده‌اند، توافق طرفین در گزینش قانون حاکم، از جمله در صورتی معتبر است که با قواعد آمره در تعارض نباشد (السان، ۱۳۸۵، ص ۱۵۹).

مهم‌ترین هدف نظم عمومی در حقوق آمریکا چیست؟ هدف نظم عمومی ممانعت از قانونی است که منفعت اساسی یک دولت را نادیده می‌گیرد. (Brudz & Jonathan, 2012, p.23). در مورد این مساله که مفهوم نظم عمومی چیست، این امر بسته به نظر محاکم ایالات مختلف می‌تواند تفاسیر متفاوتی داشته باشد.

با توجه به مطالب فوق، می‌توان نظر داد، طرفین هنگام انتخاب قانون حاکم باید، از نظم عمومی و قواعد آمره دولتی که در یک قرارداد مشخص دارای نفع بیشتری باشد، آگاهی داشته باشند، تا با موانع اجرای قانون، روبرو نشوند. در عمل نیز، طرفین قرارداد، غالباً فقط با نظم عمومی و قواعد آمره، محل سکونت یا فعالیت خود آشنایی دارند، براساس این آگاهی، نسبت به تعیین شرایط قرارداد اقدام می‌کنند، لذا بر همین مبنا، زمانی که طرفین، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده‌اند، قانون محل سکونت و یا فعالیت طرفین می‌تواند، به عنوان قانون مناسب تعیین شود.

۵. نتیجه

مقرره رم یک، مطلق بودن حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را پذیرفته است. مطلق بودن حاکمیت اراده، به این معنا است که طرفین می‌توانند هر قانونی را انتخاب کنند، هر چند ارتباطی به قرارداد نداشته باشد و در فرض عدم وجود اراده صریح یا ضمنی، مقرره رم ۱ به مرکزیت اقتصادی قرارداد توجه دارد، یعنی انتظار مشروع طرفین این است که قرارداد تابع قانون کشوری باشد که بیشترین ارتباط با قرارداد را دارد و مطابق با اراده مفروض طرفین، قرارداد با کشوری بیشترین ارتباط را دارد که محل سکونت عادی مجری تعهد شاخص (طرفی که عهده دار عوض اصلی



معامله و یا تعهد اصلی قرارداد است) در آن جا قرار دارد. البته مقرر جهت حفظ انتظار مشروع طرفین، بر نظریه مرکزیت اقتصادی قرارداد پافشاری نکرده است، چرا که مطابق ماده ۴ مقرر، هرگاه از تمام اوضاع و احوال پرونده مشخص شود که قرارداد به وضوح با قانون کشور دیگر ارتباط نزدیکتری دارد، قانون همان کشور اعمال می‌شود. به عبارت دیگر این مقرر جهت رعایت اصل حاکمیت اراده طرفین این رویکرد انعطاف پذیر را برگزیده است.

در حقوق آمریکا برخلاف مقرر رم ۱ حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم به طور مقید مورد پذیرش قرار گرفته است، به گونه‌ای که اگر صراحتاً یک بند از قرارداد، به قانون حاکم بر قرارداد اختصاص داشته باشد، قانون انتخابی باید یک ارتباط معقول و اساسی با قرارداد داشته باشد؛ به عبارت دیگر اگر اراده صریح و ضمنی طرفین، قانونی را انتخاب کند که دارای ارتباط معقول و اساسی نباشد، این اراده مورد توجه قرار نگرفته و لذا باید به اراده فرضی طرفین مراجعه کرد. درحقوق آمریکا، این عقیده استوار است که انتظار مشروع طرفین، تمایل به قانون دولتی دارد که ارتباط مناسب یا اساسی با قرارداد دارد که ممکن است قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد باشد. به طور کلی می‌توان بیان داشت، اصل حاکمیت اراده در حقوق آمریکا به روش عینی پذیرفته شده است. لزوم انتخاب قانون دارای بیشترین ارتباط با قرارداد، مبنایی ندارد و در بسیاری از موارد به منزله نفی اختیار طرفین در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد خواهد بود. اعتقاد به مقید بودن حاکمیت اراده که غالباً منتهی به الزامی بودن حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین یا محل انعقاد یا محل اجرای قرارداد می‌شود با شرایط تجاری این زمان سازگاری ندارد. بسیاری از اشخاص هستند که در کشورهای دیگر غیر از کشور متبوع خود به مبادلات تجاری اشتغال دارند و حتی با کشور متبوع 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 و یا صرفاً به لحاظ سهولت دسترسی برای طرفین انتخاب

شده است. در خصوص مشکل محل اجرا هم می‌توان گفت که ممکن است محل اجرا متعدد باشد که در این صورت مشخص نیست که قانون کدام محل اجرا باید حاکم باشد. لذا اگر اراده طرفین قرارداد مقید شده باشد ممکن است با مشکلات فوق مواجه شود که این امر به نوعی نقض اصل حاکمیت اراده طرفین تلقی می‌شود. بر همین مبنا، رویکرد حقوق آمریکا درخصوص اصل حاکمیت اراده تغییر کرد و سرانجام بخش ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحداً شکل در سال ۲۰۰۱ میلادی مورد تجدید نظر قرار گرفت و بخش ۳۰۱-۱ جایگزین آن شد، که به موجب آن، نظام حقوقی آمریکا آزادی کامل در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به رسمیت شناخت. به موجب این مقرر طرفین می‌توانند قانون هر دولتی را انتخاب کنند، حتی اگر هیچ ارتباطی با طرفین و یا موضوع قرارداد نداشته باشد. همچنین باید بیان داشت که محدودیت اعمال اصل حاکمیت اراده با محدودیت پس از اعمال حاکمیت اراده تفاوت دارد، به گونه‌ای که مورد نخست اصل حاکمیت اراده را مقید می‌سازد مثال اینکه انتخاب قانون حاکم توسط طرفین باید با قرارداد ارتباط منطقی داشته باشد و مورد دوم پس از اعمال حاکمیت اراده (خواه مطلق، خواه مقید) ممکن است مانع اجرای قانون حاکم بر قرارداد شود مثل اینکه قانون انتخابی طرفین با نظم عمومی مقر دادگاه مغایر باشد، در حالی که قانون قابل اعمال نباید با نظم عمومی و قواعد آمره کشور مقر دادگاه مغایرت داشته باشد.

۶. منابع و مآخذ

۱-۶. فارسی

۱. ارکلیش ویلی، الکساندر، ۱۳۸۴، «تأثیر قواعد آمره حقوق بین الملل بر تفسیر و اجرای قطع نامه‌های شورای امنیت»، ترجمه قاسم زمانی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۸۴.



۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، کلیات معاملات تجاری، تجار، سازماندهی فعالیت تجاری، چاپ چهارم، تهران انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
۳. السان، مصطفی، بررسی نحوه تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۹، ۱۳۸۵.
۴. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ سیزدهم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵.
۵. امیر معزی، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
۶. ایرانپور فرهاد، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۵، ۱۳۸۱.
۷. ایران شاهی، علیرضا، بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۸. ایو درن، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوا در داوری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ترجمه محمد اشتری، شماره ۹، ۱۳۶۷.
۹. جنیدی، لعیا، حقوق قابل اعمال بر تعهدات قراردادی با تأکید بر ماده ۹۶۸ قانون مدنی، بر منهج عدل، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۱۰. حدادی مهدی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوقی ملی»، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۶، ۱۳۸۹.
۱۱. دمر چیلی، محمد؛ حاتمی علی؛ قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم کنونی، چاپ چهارم، تهران انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۴.
۱۲. شریعت باقری، محمد جواد، حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضائی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱.

۱۳. شهیدی مهدی، ۱۳۸۲، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۱۴. شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۹، ۱۳۷۶.
۱۵. عرفانی محمود، *حقوق تجارت*، اعمال تجارتي و تجار ...، جلد اول، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
۱۶. کاتوزیان ناصر، *حقوق مدنی*، نظریه عمومی تعهدات، چاپ سوم، تهران نشر میزان، ۱۳۸۵.
۱۷. کاتوزیان ناصر، *حقوق مدنی*، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵.
۱۸. مافی، همایون، کاویار حسین، «بررسی تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی منعقد در محیط اینترنت از منظر نظام‌های حقوقی آمریکا، اتحادیه اروپا، ایران»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، شماره ۱، ۱۳۹۲.
۱۹. نصیری، مرتضی، ۱۳۴۶، اجرای آرای دآوری خارجی، چاپخانه موسوی
۲۰. نصیری، مرتضی، «حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران»، چاپ اول، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳.
۲۱. نیکبخت حمیدرضا، «تعارض قوانین در قراردادهای»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.
۲۲. ویلیس. ا.ل.ام. ریز، «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی»، ترجمه محمد عیسی‌ء تفرشی، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۵۱۶، ۱۳۷۵.

۲-۶. انگلیسی و فرانسوی

23. A. curti Gialdino, Lavolonte des parties en Droit International Prive, R.C.A.LAHAYA, 1972.



24. Aguiar, Anelize slomp, the law applicable to international trade transactions with Brazilian parties, university of Toronto, 2011.
25. Artrill, Simon, Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?, Published in Society of Comparative Legislation, Volume 53, Issue 3 of International and Comparative Law Quarterly, 2004.
26. Baker, Steven N., Foreign Law between Domestic Commercial Parties: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law, Campbell Law Review, Vol. 30, 7 July, 2008.
27. Brand. Roland A., The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective, University of Pittsburgh School of Law 3900 Forbes Avenue, Pennsylvania 15260-6900, Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2011-29, 2011.
28. Brudz, Jay, Jonathan M. Redgrave, (2012) Using Contract Terms to Get Ahead of Prospective Discovery Costs and Burdens in Commercial Litigation, Richmond Journal of Law & Technology, (JOLT), 06.14, Volume XVIII, Issue 4
29. Colon, Julio C, (2011), Choice of Law and Islamic Finance, Texas International Law Journal, Vol. 46
30. Hartley, Trevor c, (2011), Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, Cambridge Journals, January, International and Comparative Law Quarterly, Vol 60
31. International law reports, 1981.
32. Memorandum of Dr., Hugo Repetto Salazar in Republic Argentina segundo congreso sudamericano de derecho internacional privado de Montevideo, 1940.
32. Morris, J.H.C, The conflict of laws, 3rd ed, Stevens & sons ltd, 1984.
33. Morris, J.H.C., North, P.M, Cases and Materials on Private International Law, London: Butterworth and Company Ltd, 2001.

34. Nygh, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
35. O'Hara Erin ann and Ribstein larry E., *Conflict of laws and choice of law*, George Mason university school of law, 1999.
36. *Restatement (second) of conflict of laws*, 1990.
37. Ribstein, Larry E., 'Choosing Law by Contract', 18 *Journal of Corporation Law*, 245 f, 1993.
38. Rühl, Giesela, *Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency*, Law research institute research paper series, CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03 No. 01, 2007.
39. Ruston, S. Hadley, John H., *The European Convention on Contractual Obligation*, *Journal of international law and policy*, Vol. 10, 1980.
40. Symeonides, Symeon c., *Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective, Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing. Printed in The Netherlands, 2010.
41. *Uniform Commercial Cod(UCC)*, www.legislature.mi.gov