

# احاله و اصل آزادی اراده در قراردادها

دکتر فرهاد خمایی زاده\*

عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت ۸۴/۱۲/۱۹، تاریخ تصویب ۸۵/۷/۳)

## چکیده

هنگامی که طرفین یک قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می‌نمایند، ممکن است قانون منتخب ایشان صلاحیت خود را رد و قانون دیگری را حاکم بر قرارداد بدانند. در چنین شرایطی عموماً پذیرفته شده است که قواعد مادی قانون تعیین شده باید اعمال شود و نه قواعد حل تعارض این قانون. در عین حال بعضی از حقوق دانان معتقدند که اعمال قواعد مادی بدون توجه به قواعد حل تعارض تنها در صورتی جایز است که انتخاب قانون در قرارداد به صورت صریح انجام شده باشد. در این مقاله موضوع احاله در پرتو اصل آزادی قراردادی و احترام به اراده طرفین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** قرارداد، قانون حاکم، قاعده حل تعارض، قاعده مادی، احاله.

## مقدمه

به موجب اصل حاکمیت اراده<sup>۱</sup>، طرفین یک قرارداد می توانند هر قانونی را که مایل باشند بر روابط قراردادی شان حاکم نمایند. از طرفی با مطرح شدن مکانیزم احاله که اعمال آن مستلزم رجوع به کل سیستم حقوقی خارجی تعیین شده به وسیله قانون مقر دادگاه، یعنی مجموعه قواعد حل تعارض و قواعد مادی کشور خارجی می باشد و با توجه به پذیرش آن در بسیاری از سیستم های حقوقی جهان؛ این سؤال مطرح شده که به فرض پذیرش کلی احاله و همچنین صلاحیت قانون مورد نظر طرفین یک قرارداد بر روابط فیما بین در یک کشور؛ آیا قاضی رسیدگی کننده به یک دعوای قراردادی باید مستقیماً قواعد مادی کشور مورد انتخاب طرفین قرارداد مذکور را اجرا نماید، یا این که باید قبلاً به قواعد حل تعارض کشور مذکور مراجعه نموده و بر مبنای قانون منتخب این قواعد اتخاذ تصمیم نماید؟ آیا اگر قاضی بر اساس رهنمود قاعده حل تعارض کشور خارجی تعیین شده، به وسیله طرفین قرارداد، به قانون کشور دیگری رجوع نماید، اصل آزادی اراده مخدوش نمی شود؟

در مقاله حاضر پس از معرفی مختصر اصل حاکمیت اراده در قراردادها و مکانیزم احاله تحت عنوان کلیات، به بررسی پاسخ سؤال پیش گفته از دید دکترین، حقوق موضوعه کشورها و حقوق کنوانسیون خواهیم پرداخت.

## کلیات

قبل از ورود به بحث اصلی این مقاله، جا دارد مقدمتاً، اطلاعات مختصر و کلی به ترتیب در خصوص با اصل حاکمیت اراده و همچنین احاله ارائه شود.

<sup>۱</sup> - autonomie de la volonte

<sup>۲</sup> - renvoi

## اصل حاکمیت اراده

در رابطه با قانون حاکم بر قراردادهای بین الملل خصوصی و خصوصاً قراردادهای منعقدشده در حوزه تجارت بین الملل، راه حل های متعددی پیشنهاد شده که قدیمی ترین آنها اجرای قانون محل انعقاد<sup>۱</sup> می باشد. متعاقباً راه حل های دیگری از جمله اجرای قانون محل اجرای قرارداد<sup>۲</sup> و یا قانون متبوع طرفین قرارداد، مورد توجه جامعه حقوقی قرار گرفته اند.

در عین حال از همان ابتدای امر که قانون محل عقد به عنوان راه حل مناسب برای تعیین رژیم حاکم بر قراردادها عنوان شد، بعضی از جمله روشوس کورتیوس<sup>۳</sup> در قرن ۱۵ اجرای این قانون را ناشی از اراده ضمنی طرفین قرارداد می دانستند و یا شارل دومولن<sup>۴</sup> که در سال ۱۵۲۵ رابطه مالی زوجین را رابطه ای قراردادی ضمنی تلقی می کرد، اجرای قانون اقامتگاه مشترک ایشان را منتسب به اراده مشترک زوجین می نمود (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۹ و ۴۷۷). بخصوص از قرن ۱۹ اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم بر آن به طور گسترده مورد پذیرش واقع شده و به صورت یکی از اصول اساسی حقوق بین الملل خصوصی در آمده است (نیکبخت، ۱۳۷۷، ص ۱۸۴).

---

<sup>۱</sup> - lex loci contractus

این عامل ارتباط اولین بار به وسیله مکتب ایتالیایی که نخستین مکتب تعارض قوانین است پیشنهاد شده است. در رابطه با سابقه ایجاد این قاعده رجوع شود به (الماسی، ۱۳۷۵، ص ۲۰۵).

<sup>۲</sup> - lex solutionis

<sup>۳</sup> - Rochus Curtius

<sup>۴</sup> - Charles Domoulin

امروزه با ملاحظه مواضع حقوقی کشورهای مختلف<sup>۱</sup> و همچنین کنوانسیون‌های<sup>۲</sup> منعقدشده در رابطه با قانون حاکم بر قراردادها، در می‌یابیم که اصولاً اختیار تعیین قانون حاکم بر قراردادها به خود طرفین واگذار شده‌است و تنها چنانچه انتخابی صورت نگرفته‌باشد، اجرای قانون محل انعقاد قرارداد<sup>۳</sup> یا دیگر راه حل‌ها مورد نظر قرار می‌گیرند. ماده ۱۷ (۱) قواعد داوری ۱۹۸۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس<sup>۴</sup> و قواعد داوری آنسیترال<sup>۵</sup> نیز اصل حاکمیت اراده را صریحاً پذیرفته‌اند.

در عین حال محدودیت‌هایی نیز در رابطه با اعمال این اختیار مطرح شده‌اند، از جمله این که در حقوق انگلستان باید بین قانون انتخاب شده و قرارداد، ارتباط واقعی<sup>۶</sup> وجود داشته‌باشد؛ یا در ایالات متحده آمریکا انتخاب قانون باید با حسن نیت<sup>۷</sup> باشد. یکی از مهم‌ترین بحث‌ها در رابطه با اعمال احاله در زمینه قراردادها مطرح گردیده‌است. برای روشن شدن موضوع لازم است مکانیزم احاله و مختصات آن را شناسایی نماییم.

<sup>۱</sup> - مثلاً در فرانسه برای اولین بار به موجب رای ۵ دسامبر ۱۹۱۰ دیوان عالی کشور اعلام شد که قانون منتخب طرفین قرارداد برایجاد، شرایط و آثار آن حاکم است. در بلژیک نیز رای ۲۴ فوریه ۱۹۳۸ اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است. برای مطالعه بیش‌تر ر.ک. (نیکبخت، ۱۳۸۴، ص ۲۴ و بعد).

<sup>۲</sup> - مثلاً ماده ۲ کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه در مورد قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین‌المللی اشیای منقول مادی و همچنین ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، ماده ۵ کنوانسیون لاهه ۱۹۷۸ ناظر بر تعیین قانون حاکم بر قرارداد نمایندگی و ماده ۷ کنوانسیون ۱۹۹۴ کشورهای آمریکایی در رابطه با تعیین قانون حاکم بر قراردادها، اصل حاکمیت اراده در رابطه با قانون حاکم بر قرارداد را پذیرفته‌اند.

<sup>۳</sup> - مثلاً به موجب ماده ۹۶۸ قانون مدنی ج.ا.ا. تعهدات ناشی از قرارداد تابع قانون محل انعقاد عقد است، مگر این که متعاقدين اتباع خارجی بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده‌باشند.

<sup>۴</sup> - Internaitonal Chamber of Commerce (ICC)

<sup>۵</sup> - UNCITRAL.

<sup>۶</sup> - Real connection

<sup>۷</sup> - Bona fide برای مطالعه محدودیت‌هایی که به طور معمول بر اصل حاکمیت اراده وارد می‌شود

ر.ک. سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۴۱۹-۴۲۰

در صورت پذیرش رجوع به کل قانون خارجی (قواعد حل تعارض و قواعد مادی) تعیین شده به وسیله قانون مقر دادگاه، دو حالت قابل تصور است: اول این که قاعده حل تعارض کشور خارجی نیز همان عامل ارتباط پذیرفته شده در قانون مقر دادگاه را اتخاذ نماید، که در این صورت، قاضی با استناد به قواعد مادی کشور خارجی رای خواهد داد.

دومین حالت این است که قواعد حل تعارض کشور خارجی با اتخاذ عامل ارتباطی متفاوت با قانون مقر دادگاه، قواعد مادی خود را صلاحیتدار ندانسته و قانون کشور دیگری را بر موضوع حاکم بدانند که پیدایش احاله را منجر می شود. قانونی که به این ترتیب و با جایابی عامل ارتباط قاعده حل تعارض کشور خارجی مشخص می شود، ممکن است قانون مقر دادگاه باشد (احاله درجه اول)<sup>۱</sup> و یا قانون یک کشور خارجی دیگر (احاله درجه دوم)<sup>۲</sup>.

رجوع به مجموعه قوانین خارجی و احاله برای اولین بار در پرونده ای به نام فورگو<sup>۳</sup> در دیوان عالی کشور فرانسه در قرن ۱۹ میلادی پذیرفته شد. جریان پرونده از این قرار بود که فورگو، طفل نامشروع تبعه باواریا، هنگامی که ۵ سال داشت به همراه مادر خود به کشور فرانسه مهاجرت نمود و تا زمان فوت او در ۶۵ سالگی در آن جا سکونت داشت. مع ذلک اقامت وی در این کشور، حسب قوانین مربوط با اخذ مجوزهای خاص انجام پذیرفته بود و تنها اقامت عملی<sup>۴</sup> و نه قانونی<sup>۵</sup>، محسوب می شد و از نظر دولت فرانسه اقامتگاه وی با وجود سابقه سکونت طولانی در فرانسه، همان باواریا

<sup>۱</sup> - renvoi au premier degré

<sup>۲</sup> - renvoi au second degré

<sup>۳</sup> - Forgo

<sup>۴</sup> - domicile de fait

<sup>۵</sup> - domicile de droit

تلقی می گردید. با توجه به این که متعاقب فوت فورگو اموالی از وی به جا مانده بود، اقربای مادری وی در خط اطراف، به موجب قانون باواریا نسبت به ماترک متوفی ادعای ارث داشتند، در حالی که اداره خالصجات<sup>۱</sup> فرانسه متوفی را حسب قانون فرانسه بلاوارث دانسته و مدعی ترکه بود. نهایتاً دیوان عالی کشور فرانسه چنین استدلال نمود که هرچند متوفی در فرانسه اقامت قانونی تحصیل ننموده است، قانون فرانسه در رابطه با ارث متوفی قانون باواریا را صلاحیت دار می داند، در حالی که قاعده حل تعارض باواریا در رابطه با انتقال ماترک متوفی قانون اقامتگاه واقعی متوفی یعنی فرانسه را قابل اجرا می داند. در نتیجه حسب قانون فرانسه اقربای خط اطراف متوفی جز خواهر و برادر ارث نمی برند و ماترک متوفی به اداره خالصجات فرانسه می رسد.<sup>۲</sup> به این ترتیب برای اولین بار احاله در حقوق فرانسه پذیرفته شد.

متعاقباً احاله در بسیاری از کشورهای دیگر نیز وارد شد، چه از طریق رویه قضایی مثل بلژیک به موجب رای ۱۹ فوریه ۱۸۷۹،<sup>۳</sup> آلمان به موجب رای ۳۱ مارس ۱۸۶۱،<sup>۴</sup> (استنباط رویه قضایی از قانون مدنی آلمان) و چه به موجب قانون مثل کشور ژاپن<sup>۵</sup> و جمهوری اسلامی ایران.<sup>۶</sup> در مقابل، در کشورهای ازیلی ایتالیا (ماده ۳۰ مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲) احاله صریحاً رد شده است.<sup>۷</sup>

<sup>۱</sup> - l'administration des demaines.

<sup>۲</sup> - Cass.Req.22 fev.1882, Dalloz 1882,I, p.202,Sirey,1882, I, p.393; J.D.I., 1883, p.64.

<sup>۳</sup> - Belgique judiciaire, 1880. 982, R.C.1884. p.142.

<sup>۴</sup> - O.A.G.Lubeck, 31 Mars 1861, Sufferts Archiv.14-107.

<sup>۵</sup> - l' article 29 de Ho-Rei, Le 15 juin 1897, Trad. Fr. Dans Makarov, Recueil de texts, sub. V.

<sup>۶</sup> - ماده ۹۷۳ ق.م ایران. به موجب این ماده احاله درجه اول پذیرفته شده است، ولی در رابطه با احاله درجه دوم برداشت های متفاوتی از متن ماده انجام شده است. ر.ک. (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۳).

<sup>۷</sup> - ماده ۳۰ مقررات مقدماتی قانون مدنی ایتالیا صریحاً احاله را رد نموده است.

کنوانسیون‌هایی چند، احاله را مورد پذیرش قرار داده اند؛ مثلاً کنوانسیون ۱۹۰۲ لاهه در مقام حل تعارض قوانین در زمینه ازدواج مقرر داشته است که اهلیت انجام دادن ازدواج را قانون ملی شخص تعیین می نماید، به شرط این که قانون اخیر موضوع را به قانون دیگری احاله ننموده باشند؛<sup>۱</sup> در عین حال کنوانسیون‌های زیادی هم احاله را صریحاً رد نموده اند، از جمله کنوانسیون‌های لاهه منعقد شده بعد از ۱۹۵۱.

در رابطه با علت عدم پذیرش احاله چنین در کنوانسیون‌هایی این گونه، عنوان شده که این کنوانسیون‌ها در پی ایجاد مقررات متحد الشکلی برای حل مسائل تعارض قوانین از طریق برقرار نمودن عامل ارتباطی هستند که دول عضو، انقیاد خود را نسبت به آن می پذیرند. لذا این قواعد کنوانسیونی باید اصولاً جانشین قواعد حل تعارض کشورهای عضو گردند. بنابراین، پذیرفتنی نیست که قواعد حل تعارض کنوانسیونی که در رابطه با یک موضوع معین قانون کشور عضوی را انتخاب می نمایند، رجوع به قواعد حل تعارض این کشور را در نظر داشته باشند که در واقع جای خود را به قواعد حل تعارض کنوانسیونی داده است (هولو، فویه و پرادل، ۱۹۸۱، شماره ۵۰۴، ص ۲۵۲).<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - برای متن کنوانسیون ر.ک. (نی بویه-گول، ۱۹۲۹، ص ۱۴۳). از جمله دیگر کنوانسیون‌ها می توان از کنوانسیون‌های ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ راجع به اسناد تجاری و کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه در موضوع اهلیت در رابطه با تعارض بین قانون کشور متبوع شخص و قانون اقامتگاه او نام برد.

<sup>۲</sup> - Holleaux. D., Foyer. J., Gerard de Geouffre de La Pradelle

در این رابطه امیل پوتو می نویسد: «هدف از انعقاد یک کنوانسیون جز این نمی تواند باشد که به جای قوانین داخلی کشورها که متفاوت از هم هستند، یک قاعده واحد اجرا گردد، چیزی که با اصول عالی حقوقی و مقتضیات تجارت بین الملل همخوانی دارد. لذا کنفرانس باید در پی آن باشد که از میان تمام قواعد متفاوت چه قاعده مشترکی می تواند برای حل موضوع بیابد».

Potu. E. La question du renvoi en droit international prive, These Pour Le Doctorat, 1973.

کشور عضو این قبیله کنوانسیون‌هایی پذیرد که قانون منتخب کنوانسیون را به عنوان راه حل نهایی بپذیرد.<sup>۱</sup>

## دکترین

بیش تر علمای حقوق معتقدند که طرفین یک قرارداد، حق انتخاب قانون حاکم بر روابط قراردادیشان را دارند؛ ولی این انتخاب ناظر بر قواعد مادی کشور انتخاب شده است، نه مجموعه قواعد مادی و قواعد حل تعارض این کشور.<sup>۲</sup>

در این رابطه پیر مایر معتقد است که «چون منظور طرفین، محتوای قواعد مادی قانون انتخاب شده است و تمایل بر رعایت این انتخاب می باشد؛ بیهوده است اگر قانون تعیین شده در نتیجه اجرای احاله قاعده حل تعارض قانون تعیین شده را (که قطعاً مورد نظر طرفین نبوده است)، اعمال نماییم» (مایر<sup>۳</sup>، ۱۹۹۱، ص ۴۴۲).

بوگوسلاوسکی با تایید این امر چنین نظر داده است: «لازم است انتخاب قانون به وسیله طرفین را انتخاب قواعد مادی یک کشور معین بدانیم و به عنوان بیان تمایلشان به قواعد حل تعارض کشور مذکور تلقی نماییم.»<sup>۴</sup> در همین جهت دکتر صفایی معتقد است که اگر دو نفر قراردادی را منعقد کنند و شرط نمایند که قرارداد تابع قانون انگلستان باشد، منظور طرفین قانون داخلی انگلیس (قانون مادی انگلیس در باره

<sup>۱</sup> - از جمله کنوانسیون‌هایی که در پی تعیین قانون واحد مورد قبول کشور های عضو در مسائلی غیر از قراردادها بوده اند و احاله را رد می نمایند می توان به کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵ در مورد قانون حاکم بر فروش اشیا منقول مادی (مواد ۴ و ۲) اشاره نمود.

<sup>۲</sup> - اعمال احاله در فرانسه در رابطه با بعضی موضوعات از جمله قانون حاکم بر شکل اسناد که اصولاً تابع قانون محل تنظیم است، طلاق و تفریق (قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ - ماده ۳۱۰ قانون مدنی) نیز پذیرفته نشده است.

<sup>۳</sup> - Mayer.P.

<sup>۴</sup> - Journal du droit international, 1971, p.381.



قراردادها) بوده است نه نظام حقوقی انگلیس به طور کلی که شامل قواعد حل تعارض نیز می باشد رجوع به این قواعد و پذیرش احاله احتمالی آن به قانون داخلی یک کشور دیگر مستلزم این است که در باره قرارداد قانونی اجرا شود که طرفین قرارداد پیش بینی نموده اند (صفایی، ۱۳۷۴، ص ۱۳۰).<sup>۱</sup> بنابر این در صورت تعیین یک قانون به وسیله طرفین یک قرارداد، اصل این است که منظور ایشان قواعد مادی در بر دارنده راه حل ماهوی موضوع را حل کند، مگر این که خود تصریح نموده باشند که کل قانون تعیین شده بر قرارداد حاکم است، که در این صورت احاله مجال ورود می یابد (لوسوارن و بورل، ۱۹۹۳<sup>۲</sup>، ص ۲۲۳).

مع ذلک به نظر عموم نویسندگان حقوقی، عدم اجرای احاله در رابطه با قراردادها زمانی قابل توجیه است که طرفین قرارداد صریحا یا ضمنا قانون حاکم بر قراردادشان را انتخاب نموده باشند. بیشاف معتقد است: «زمانی که طرفین، قانون حاکم بر قراردادشان یا زوجین قبل از ازدواج، قانون حاکم بر نظام ازدواجی خود را تعیین نموده باشند، صلاحیت برقرار شده در این رابطه برای قانون محل اجرا یا قانون محل اقامت زوجین ضرورتا قطعی و نهایی نیست. در این فرض دیگر هدف ایجاد هماهنگی

<sup>۱</sup> - در این رابطه دکتر سلجوقی نیز معتقد است در صورتی که به موجب ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران طرفین قانون کشور خارجی را به عنوان قانون حاکم بر قراردادشان تعیین نموده باشند و مثلا قانون خارجی تعیین شده حاکی از قابل اجرا بودن قانون ایران باشد، در این حالت رعایت احاله با اصل پذیرفته شده آزادی اراده در تعیین قانون صالح برخورد می نماید، زیرا نمی توان چنین فرض کرد که قانون صالح تعیین شده از سوی طرفین شامل قاعده حل تعارض قوانین بیگانه نیز می گردد (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۶).

<sup>۲</sup> - Loussuarn.Y., Bourel.P.

بین سیستم های حقوقی در مقابل خواست طرفین قرار نمی گیرد و احاله قابل اجراست» (بیشاف،<sup>۱</sup> ۱۹۵۹، ص ۱۵۲).

برخی حتی بین انتخاب صریح و ضمنی فرق قائل هستند و یکسان دانستن این دو را قابل توجیه نمی دانند. به نظر کان یکسان تلقی نمودن انتخاب صریح و ضمنی صحیح نیست و از جهتی سیر قهقرایی طی نمودن می باشد. در حالت عدم انتخاب صریح، در واقع انتخابی وجود ندارد. در این صورت با جایابی قرارداد<sup>۲</sup> و یا توسل به قواعد حل تعارض معمولی بایستی قانون قابل اجرا را یافت و احاله احتمالی در جهت تحقق هماهنگی بین سیستم های حقوقی نیز باید اجرا شود (دبی ژرارد، ۱۹۷۳، زیر نویس شماره ۱۴۰، ص ۲۶۸). لذا در این مورد اتفاق نظر وجود دارد که اگر انتخاب صریح باشد، توسل به قاعده حل تعارض سیستم منتخب طرفین نادیده گرفتن خواست واقعی آنها می باشد (همان، ص ۲۶۹) «انتخاب صریح طرفین مبتنی بر یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی مادی است و نه یک قاعده حل تعارض قوانین. با توجه به این که احاله روشی برای حل اختلافات قواعد حل تعارض، و نه قواعد حقوق بین الملل خصوصی مادی، می باشد؛ منطقی است همگام با عموم نویسندگان بپذیریم که در صورت انتخاب صریح طرفین، اجرای احاله منطقی نمی باشد» (همان).

به نظر نویسنده مذکور رای ذیل نیز از دیدگاه ارائه شده حمایت می کند: Bishoff.J.M.<sup>۱</sup> - Trib.Civ.,Orleans, 27 fevrier 1951, Revue critique de droit international prive., 1954.358, note Batiffol

. موضوع مربوط به تعیین رژیم ازدواجی زوجین بدون قرارداد ازدواج بود و در این رای احاله قانون اقامتگاه مشترک زوجین که یک قانون خارجی بود به قانون فرانسه پذیرفته شد. در رابطه با همین نظریه ر.ک. (دبی ژرارد، ص ۲۴۹؛ گلدمن، همان؛ هولو، فویه و پارادل، شماره ۴۹۴ به بعد).

<sup>۲</sup> - Khan.P.

<sup>۳</sup> - localisation

با مطالعه نظریات فوق در می‌یابیم که بیم عمده طرد کنندگان احاله از محدوده قراردادها، بی توجهی به خواست طرفین و نقض اصل حاکمیت اراده است. مع ذلک باید توجه داشت که به طور معمول، طرفین یک قرارداد در مقام اعمال اختیار خود، قرارداد را به طور کلی تابع قانون کشور خاصی می‌دانند و در بادی امر این گونه به نظر می‌رسد که راه حل قضیه در کشور تعیین شده را پذیرفته‌اند و راه حل مذکور علی‌الاصول با ملاحظه کل قانون این کشور باید یافته شود. در نتیجه اگر حسب قواعد حل تعارض کشور مذکور راه حل ماهوی متخذه در قواعد مادی اش مناسب حل موضوع نیست، چگونه این قواعد ماهوی را می‌توان بر خواست طرفین استوار نمود؟ اگر هم در جهت حمایت از خواست واقعی طرفین، رجوع یا عدم رجوع به قواعد حل تعارض کشور تعیین شده را موکول به اطلاع یا عدم اطلاع طرفین از مفاد این قواعد بدانیم، بر پیچیدگی موضوع افزوده می‌شود.

بنابراین شاید بهترین راه برای طرفین یک قرارداد این باشد که هنگام انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، اگر رجوع به صرف قواعد مادی آن را در نظر دارند، مراتب را صریحا درج نمایند (روشی که به طور معمول در کنوانسیون‌های بین‌المللی در تعارض قوانین اتخاذ می‌شود). در صورت عدم تصریح طرفین به اعمال قواعد مادی باید فرض شود که کل قانون کشور انتخاب شده مورد نظر ایشان بوده و باید قواعد حل تعارض کشور مذکور نیز مورد نظر واقع شود.

### حقوق موضوعه

در حقوق کشورهای مختلف، موضع یکسانی در رابطه با قابلیت اعمال احاله در حوزه قراردادها و قانون منتخب طرفین قرارداد اتخاذ نشده است.

در بند ۲ ماده ۹ قانون ۴ دسامبر ۱۹۶۳ چکسلواکی آمده است: «قواعد حل تعارض کشور تعیین شده طرفین اجرا نخواهند شد، مگر این که به وسیله خود طرفین

این امر پیش بینی شده باشد.<sup>۱</sup> در بند ۲ ماده ۱۹ قانون مدنی پرتقال پیش بینی شده است که در حالتی که طرفین حق انتخاب قانون حاکم را دارند و این انتخاب صورت گرفته باشد، اعمال احاله قانون مذکور به قانون دیگر پذیرفته نیست؛ ولی در حالت سکوت طرفین و قابلیت اجرا یافتن قاعده حل تعارض مربوطه، احاله قابلیت اعمال می یابد.

دادگاه های فرانسه مستقیماً در موقعیت اعلام نظر در رابطه با محدوده رجوع به قانون تعیین شده به وسیله طرفین قرارداد قرار نگرفته اند (مایر، ۱۹۹۱، ص ۴۴۲). با وجود این، دیوان کشور فرانسه در موضوع مشابه رژیم ازدواجی که تابع قانون منتخب طرفین است، اعلام نموده که صرفاً باید به قواعد مادی کشور منتخب طرفین رجوع نمود. رای صادره در ۱۹۶۹ از سوی دیوان کشور، در این رابطه قابل ذکر است. در پرونده مربوطه Lardans زوجین تبعه چک که در این کشور ازدواج نموده بودند، بعد از ازدواج در اتریش اقامت گزیدند. متعاقب طرح دعوا در کشور فرانسه در رابطه با تقسیم اموال زوجین، زوجه مدعی شد که قاعده حل تعارض اتریش که موضوع را به قانون ملی شوهر احاله می کند و به زوجه اجازه می دهد تا از منافع رژیم مشترک مقرر به وسیله قانون چک بهره مند شود؛ باید اجرا گردد. دیوان کشور با اعلام این که احراز می نماید قصد مشترک ضمنی زوجین با توجه به تمرکز منافع ازدواجی در اتریش، حکومت قانون اتریش بر تقسیم اموال بوده و با اجرای این قانون که زوجین به آن آشنایی دارند؛ از اعمال قانون چک که دارای ابهاماتی می باشد، اجتناب می شود؛ قواعد مادی اتریش را در موضوع قابل اعمال دانست.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - برای مطالعه متن این قانون ر.ک. Recueil des Lois sur le droit international prive et de procedure, Journal du droit international, 1966, p.783 et s.

<sup>۲</sup> - Cass.civ., 27 janv. 1969, J.C.P., 1970.II.16407, note J.Foyer; Revue critique de droit international prive, 1969.710, note.Derruppe; Journal du droit international, 1969.647, note. Ponsard.

به نظر این نویسندگان این رای قطعاً اجرای احاله را در زمینه قراردادها رد می کند.

این موضع گیری متعاقبا از جمله در رای Dame Gouthertz<sup>۱</sup> مورخ اول فوریه ۱۹۷۲ تکرار شده است. دادگاه تصریح نموده است که به نظر منطقی نیست فکر کنیم زوجین اجرای قواعد حل تعارض کشوری را که به طور صریح یا ضمنی تعیین نموده اند، مورد نظر داشته اند.

از این رای نتیجه گرفته شده است که در قراردادها به طور کلی، و نه فقط در رابطه با قرارداد ازدواج، احاله مورد قبول در حقوق فرانسه قرار نگرفته است (دبی ژرارد، ۱۹۷۳، ص ۲۶۸، زیرنویس ۱۴۰) و اگر زمانی دیوان کشور فرانسه مستقیما در مقام تصمیم گیری در مورد اجرای احاله در قراردادها واقع شود، می توان پیش بینی نمود که بر همین اساس اقدام خواهد نمود (لوسوارن، ۱۹۹۳، ص ۲۲۳، زیر نویس ۴).

در آلمان رویه قضایی تنها در صورت عدم انتخاب طرفین قرارداد، اجرای احاله را پذیرفته است. دیوان عالی کشور آلمان در رای مورخ ۱۴ فوریه ۱۹۵۸ در حالتی که طرفین قرارداد قانون مورد نظر خود را تعیین ننموده بودند و حسب قواعد حل تعارض آلمان قانون محل اجرای قرارداد قابل اعمال بود؛ احاله قانون اخیر را که منجر به اجرای قانون آلمان می شد، پذیرفت (همان، ص ۲۷۱).

<sup>۱</sup> - Cass. Civ.I. 1 fevrier 1972, Gouthertz, J.C.P., 1972.II.17096., concl. Geogout; Journal de droit international, 1972.594, note.P.Kahn.

قابل ذکر است که Gegout طی نظریه ابرازی در مورد این رای عنوان نمود اگر به این نتیجه برسیم که در موردی زوجین به مفاد قاعده حل تعارض کشور خارجی آگاهی داشته اند، احاله قابل اجرا خواهد بود. G. Wiederkehr نیز عدم قابلیت اجرای احاله در مورد رژیم ازدواجی را در جهت حفظ وحدت عمل در این موضوع می داند. Loussuarn.Y., p223, note. 4.

در همین جهت می توان به قانون مدنی اول ژوئن ۱۹۶۷ پرتقال اشاره نمود که در بند ۲ ماده ۱۹، احاله را در موردی که «قانون خارجی به وسیله طرفین در حالتی که حق انتخاب قانون مورد نظر خود را داشته اند، تعیین شده» قابل اجرا نمی داند.<sup>۱</sup>

در انگلستان اجرای احاله در قراردادها در کامن لا مجال ورود نیافته است<sup>۲</sup> و این ممنوعیت در قانون نیز گنجانده شده است (برایان، ۱۹۹۰، ص ۱۴۰ و موریس، ۱۹۹۳، ص ۴۱۰).<sup>۳</sup>

در کشور ج.ا.ا. در ماده ۹۷۳ ق.م، رجوع به کل قانون خارجی (قواعد حل تعارض و قواعد مادی) تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه و احاله پذیرفته شده است.<sup>۴</sup> مع ذلک در ماده ۹۶۸ ق.م که حق طرفین قرارداد در صورتی که خارجی باشند برای تعیین قانون حاکم بر قراردادشان، شناسایی شده، تصریح نگردیده که در صورت انتخاب قانون یک کشور به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، باید مستقیماً به قواعد مادی کشور تعیین شده رجوع شود یا قواعد حل تعارض کشور مذکور نیز باید مورد نظر قرار گیرد (که در فرض اخیر ممکن است احاله پدید آید). این در حالی است که قانون دآوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶ در بند ۱ ماده ۲۷ تصریح نموده است: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو که

<sup>۱</sup> - Dispositions de droit international prive, Chap.III du Code civil portugais du 25 nov.1966, texte a Revue critique de droit international prive, 1968.369.

<sup>۲</sup> - Re United Rlys of Havana Ltd(1960)Ch 52; Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co(1984)AC 50.

<sup>۳</sup> - Contracts (Applicable Law) Act, 1990, Sched 1, Art. 15.

<sup>۴</sup> - به موجب ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران: «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر این که احاله به قانون ایران شده باشد».

صورت گیرد، به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر این که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.» همان گونه که ملاحظه می شود این مقررہ ضمن شناسایی حق طرفین یک قرارداد، در تعیین قانون مورد نظرشان برای حکومت بر قرارداد به این نکته تصریح دارد که چنین انتخابی، انتخاب قانون ماهوی و مادی کشور تعیین شده تلقی می شود (نیکبخت، ۱۳۷۹، ص ۱۳۹)؛ و داور نمی بایست به قواعد حل تعارض کشور انتخاب شده که ممکن است موجب بروز احاله شود رجوع نماید، مگر این که خود طرفین قرارداد بر اعمال قاعده حل تعارض کشور مورد نظرشان اعلام توافق نموده باشند. از جمله کشورهای دیگری که ورود احاله را در محدوده قراردادها پذیرفته اند، سویس، نروژ و اتحاد جماهیر شوروی سابق می باشند.

### کنوانسیون های بین المللی

به طور معمول کنوانسیون هایی که برای یکنواخت نمودن قواعد حل تعارض قوانین در موضوع قراردادها منعقد می گردند، اجرای احاله قانون مشخص شده در کنوانسیون به قانون دیگری را نمی پذیرند؛ مثلاً ماده ۱۵ کنوانسیون ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ رم در رابطه با قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مقرر می دارد: «وقتی کنوانسیون، اجرای قانون کشوری را مقرر می دارد، منظور قواعد حقوقی جاری در این کشور است و نه قواعد حقوق بین الملل خصوصی».<sup>۱</sup> همچنین کنوانسیون لاهه در مقام تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بیع بین المللی اشیای منقول مادی در ماده ۲ احاله قانون تعیین شده در کنوانسیون به قانون دیگر را رد نموده است.<sup>۲</sup> در رابطه با این کنوانسیون نی بویاه معتقد

<sup>۱</sup> - Convention de Rome de 1980 Sur La Loi applicable aux obligations Contractuelles.

<sup>۲</sup> - La convention de La Haye du 7 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes a caractere international d objets mobiliers corporels.

است که این موضع گیری به منزله مخالفت با اصل احاله نیست. هدف تنها اجتناب از پیچیده شدن موضوع و ناشی از این واقعیت بوده که بعضی از دولت های شرکت کننده در کنفرانس لاهه احاله را در سیستم حقوقی خود پذیرفته بودند؛ لذا متقاعد نمودن ایشان به پذیرش رجوع به قواعد حل تعارض کشور تعیین شده در کنوانسیون مشکل بود (نی بوایه،<sup>۱</sup> ۱۹۴۶، ص ۲۱۰).

همان گونه که ملاحظه می شود، چون معمولاً در کنوانسیون های بین المللی مربوط به تعارض قوانین صریحاً ذکر می شود که قاعده حل تعارض کشور مورد توافق، نباید در نظر گرفته شود؛ مشکلاتی که در رابطه با تعیین قانون حاکم بر قرارداد به وسیله طرفین آن به لحاظ کلی بودن این ارجاع مطرح می شود، نامحتمل تر به نظر می رسد.

### نتیجه

بر اساس افکار لیبرالیستی، اصل حاکمیت اراده طرفین یک قرارداد برای انتخاب قانون حاکم بر این قرارداد عموماً مورد پذیرش قرار گرفته و برغم محدودیت هایی که نسبت به آن مطرح شده است، به صورت یک قاعده کلی در قوانین بسیاری از کشورها پیش بینی گردیده و کرارا در آرای صادره از محاکم مختلف مورد حمایت واقع شده است. در همین جهت در کشورهایی که سیستم احاله را پذیرفته اند، بحث قابلیت یا عدم قابلیت اجرای احاله در مواردی که طرفین یک قرارداد قانون کشوری را بر روابط خویش حاکم دانسته اند؛ مطرح شده و همان گونه که ملاحظه گردید، نظریات متفاوتی در این رابطه ابراز گردیده است.

غالباً اعمال احاله را در زمینه قراردادها و محدوده اجرای اصل حاکمیت اراده بر خلاف قصد واقعی طرفین قرارداد تلقی می نمایند و معتقدند که باید مستقیماً قواعد

<sup>۱</sup> - Niboyet.J.P.



مادی قانون منتخب ایشان بر قرارداد اعمال شود. در این جهت از جمله به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران اشاره شد که در صورت عدم تصریح طرفین قرارداد به اعمال قواعد حل تعارض کشور انتخاب شده، رجوع مستقیم به قواعد مادی کشور مذکور را مقرر می‌دارد.

در عین حال، در حالتی که طرفین قرارداد صریحا یا ضمنا قانون حاکم را تعیین ننموده باشند، عموما پذیرفته شده است که عدم رجوع به قاعده حل تعارض قانونی که مثلا به عنوان قانون محل اجرای قرارداد قابل اجراست، قابل توجیه نیست. حتی گروهی عدم اعمال احاله را در صورتی تجویز می‌کنند که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به صورت صریح انجام شده باشد، در نتیجه، انتخاب ضمنی طرفین را مانع اجرای احاله نمی‌دانند.

مطلبی که در مورد آن اتفاق نظر وجود دارد، احترام به حق انتخاب طرفین قرارداد است. مع ذلک این سؤال همواره قابل طرح است که وقتی طرفین قراردادی صریحا قانون کشور خاصی را به طور کلی تعیین و بر روابط قراردادی‌شان حاکم می‌نمایند، بدون این که صریحا انتخاب خود را محدود به قواعد مادی کشور مذکور نموده باشند؛ آیا منظورشان این نیست که به هر راه حلی که این کشور داشته باشد تمکین می‌نمایند؟ با چه توجیهی می‌توان در فرضی که قاعده حل تعارض کشور منتخب، صلاحیت و راه حل قواعد مادی این کشور را نمی‌پذیرد، با توسل به قواعد مادی مذکور راه حل موضوع مطروحه را ارائه نمود؟ به عبارت دیگر، منطقی به نظر می‌رسد که در چنین موردی مرجع رسیدگی کننده دقیقا همان راه حلی را که دادگاه کشور خارجی تعیین شده، در فرض رسیدگی به همان دعوای قراردادی اتخاذ خواهد نمود، مبنای صدور حکم خود قرار دهد؛ مگر این که طرفین قرارداد خود تصریح نموده باشند که اجرای قواعد مادی کشور تعیین شده، مورد نظر ایشان است.

## مآخذ

الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵.  
سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی تعارض قوانین، جلد دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.

صفایی، سید حسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴.  
نیکبخت، حمید رضا، چگونگی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲، تابستان ۱۳۷۷.

نیکبخت، حمید رضا، تعارض قوانین در قراردادها - قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده، مجله حقوقی دفتر خدمات بین المللی ج.ا.ا، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.

نیکبخت، حمید رضا، ماده ۹۶۸ قانون ملانی و ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۱-۳۲، پاییز-زمستان ۱۳۷۹.

Bishoff.J.M., La competence du droit francais dans le reglement des conflits des lois, Paris, 1959.

Deby Gerard.F., Le role de la regle du conflit dans le reglement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, 1973.

Goldman.B., Note sous le communication de Louis-Lucas.P., "Le renvoi dans le projet et de la commission de reforme du code civil", travaux du comite francais de droit international prive, 16 fevr.1951.

Hollaux.D., Foyer.J., Gerard de Geouffre de la Pradelle., Droit international prive, 1987.

Loussuarn.Y., Bourel.P., Droit international prive, Dalloz, 1993.

Mayer.P, Droit international prive, 4 ed., Paris, 1991.

Morris, Conflict of laws, 4th ed., Sweet& Maxwell, London, 1993.

Niboyet.J.P., Traite de droit international prive francais, Paris, 1946.

Niboyet-Goule, Recueil de texts usuels de droit international, t II, Paris, 1929.

O brien.J, Smiths conflict of laws, 2th ed., Cavendish publishing limited, London, 1990.

Potu.E., La question du renvoi en droit international prive, These pour le doctorat, 1913.