

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انجمن تخصصی حقوق اسلامی ایران

بسم الله الرحمن الرحيم

بررسی نظریه حاکمیت اراده در قراردادها در حقوق بین الملل خصوصی

۱۳۸۱ / ۲ / ۲۹

توسط

مریم ارگانی

پایان نامه

ارائه شده به دانشکده تحصیلات تکمیلی به عنوان بخشی از فعالیتهای تحصیلی
لازم برای اخذ کارشناسی ارشد

در رشته

حقوق بین الملل

از

دانشگاه شیراز

شیراز، ایران

ارزیابی و تصویب شده توسط کمیته پایان نامه با درجه: بسیار خوب

امضاء اعضاء کمیته پایان نامه

دکتر سید محسن شیخ الاسلامی

استادیار حقوق (رئیس کمیته)

دکتر محمد امامی استاد یار حقوق

دکتر نادر مردانی استادیار حقوق

خرداد ماه ۱۴۰۰

۱۳۸۱

تقدیم به :

دستهای رنگین‌پسیده ماگرم

سپاسگزاری

سپاس فراوان ایزد تعالی را سزاست که توفیق کسب فیض و طی مراحل آموزش و اتمام پایان نامه ام را تحت رهنمودهای اساتید گرانقدر و پراجم؛ استاد دکتر سید محسن شیخ الاسلامی، استاد دکتر محمد امامی و استاد دکتر نادر مردانی نصیب گردانید.

اگر مقبول طبع صاحب نظران و استادان فرزانه ام قرار گیرد مباهی ومفتخر خواهم بود.

چکیده

بررسی نظریه حاکمیت اراده در قرار دادها در حقوق بین الملل خصوصی

توسط

مریم ارگانی

امروزه اهمیت قراردادهای تجاری بین المللی با توسعه صنعت و بازرگانی ، افزایش یافته است و برای حمایت و گسترش قرار دادها ، اصل حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرار داد پذیرفته شده است . طبق این قاعده طرفین بطور صریح یا ضمنی قانون حاکم بر قراردادشان را انتخاب می کنند . پذیرفتن قاعده حاکمیت اراده به آن معنی نیست که متعاملین حق انتخاب هر قانونی (حتی قانون غیر مربوط با قرار داد) را داشته باشند بلکه باید بین قرار داد و قانون منتخب طرفین ارتباط وجود داشته باشد. در صورتی که متعاملین این نکته را رعایت نکنند ، قانون منتخب آنها قابل اجرا نخواهد بود .

همچنین طرفین باید مقررات مربوط به قواعد امری و نظم عمومی کشور محل ایجاد و محل اجرای قرار داد را رعایت کنند در غیر اینصورت از اجرای

چهار

قرارداد آنها جلوگیری خواهد شد با وجود محدودیتهای فوق، اراده طرفین در تعیین قانون صلاحیتدار برای حکومت برقرارداد بطور غیر مستقیم کنترل خواهد شد.

اصل حاکمیت اراده نه تنها در قراردادهای تجاری بین المللی اعمال می شود، بلکه در مورد قراردادهای داوری خصوصی بین المللی نیز کاربرد دارد و طرفین یک قرارداد داوری می توانند قانون حاکم بر آئین و تشریفات داوری و نیز قانون حاکم بر ماهیت داوری را انتخاب نمایند.

در غیاب قانون منتخب طرفین برای حکومت بر قرارداد، دادگاه، قانونی که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد بعنوان قانون مناسب بر می گزیند در مورد قراردادهای داوری نیز در صورتی که طرفین قانونی را انتخاب نکرده باشند، داور حق خواهد داشت که قانون مناسبی را برای حکومت برقرارداد داوری انتخاب کند.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
بخش اول: کلیات	
۵	فصل اول: مفهوم حاکمیت اراده
۹	فصل دوم: تاریخچه حاکمیت اراده
	فصل سوم: بررسی کنوانسیونهای مصوب در زمینه
۱۳	حاکمیت اراده
۱۸	نتیجه گیری بخش اول
بخش دوم: قانون حاکم بر قرارداد	
۲۱	فصل اول: اعمال نظریه حاکمیت اراده
۲۲	گفتار اول: توافق صریح
۲۶	گفتار دوم: توافق ضمنی
۲۸	گفتار سوم: اراده فرضی
۳۴	فصل دوم: ضوابط قابل اعمال در غیاب قانون مورد نظر طرفین

۳۵	گفتار اول: قانون محل انعقاد عقد
۳۷	گفتار دوم: قانون محل اجرای قرارداد
۳۹	گفتار سوم: قانون اقامتگاه متعهد اصلی
۴۳	گفتار چهارم: سایر امارات و ضوابط
	فصل سوم: نحوه اعمال نظریه حاکمیت اراده در برخی
۴۹	نظامهای حقوقی ملی
۴۹	گفتار اول: حقوق انگلستان
۵۸	گفتار دوم: حقوق فرانسه و آلمان
۶۱	گفتار سوم: حقوق ایران
۶۷	نتیجه گیری بخش دوم
	بخش سوم: محدودیت های اعمال نظریه حاکمیت اراده
۷۰	فصل اول: قواعد امری
۷۶	فصل دوم: ارتباط میان قانون منتخب طرفین و قرارداد
۸۰	فصل سوم: نظم عمومی
۸۷	نتیجه گیری بخش سوم
	بخش چهارم: داوری و نظریه حاکمیت اراده
۸۹	فصل اول: کلیات

	گفتار اول : لزوم استفاده از داوری در
۸۹	قراردادهای خصوصی بین المللی
	گفتار دوم : تاثیر حاکمیت اراده طرفین در
۹۲	تعیین قانون حاکم بر آیین داوری
	گفتار سوم : تاثیر حاکمیت اراده طرفین در
۹۸	تعیین قانون حاکم بر ماهیت داوری
۱۰۶	فصل دوم : محدودیتهای اعمال نظریه حاکمیت اراده
۱۰۶	گفتار اول : نظم عمومی
۱۱۱	گفتار سوم : اهلیت
۱۱۵	گفتار چهارم : قابلیت ارجاع دعوی به داوری
۱۱۸	نتیجه گیری بخش چهارم
۱۲۰	ارزیابی و نتیجه گیری نهایی
۱۲۹	منابع
	چکیده و عنوان به انگلیسی

مقدمه

تعیین قانون مناسب برای حاکمیت بر قراردادهای خصوصی بین المللی^۱، موضوعی است که در طول قرن‌ها نظر حقوقدانان را بخود جلب نموده است. تا اواخر قرن دوازدهم میلادی، کشورها حاضر به اجرای قانون خارجی نبودند، هر قاضی فقط قانون خود را اجرا می نمود و اصل سرزمینی بودن قوانین بطور مطلق حکمفرما بود و قانون هر سرزمینی در مورد کلیه اموال و اشخاص مقیم در آن سرزمین و کلیه اعمال حقوقی (از جمله قراردادها) که در آن سرزمین انجام می شد، اجرا می گردید.

در اواخر قرن دوازدهم با افزایش روابط تجاری میان کشورها، بتدریج اجرای قانون خارجی در داخل کشور مورد پذیرش قرار گرفت و بدنبال آن، مسئله تعیین قانون صالح حاکم بر قرارداد مطرح شد و ضوابطی مثل محل انعقاد و محل اجرای قرارداد برای تعیین قانون مناسب ارائه شدند. نهایتاً در قرن شانزدهم میلادی، شارل دومولن، نظریه حاکمیت اراده را مطرح کرد. نظریه حاکمیت اراده بیان می دارد که هرگاه طرفین یک قرارداد، قانونی را برای حکومت بر روابط قراردادی‌شان انتخاب نمایند، همان قانون لازم الاجرا خواهد بود.

^۱ - قرارداد بین المللی خصوصی، قراردادی است که در آن حداقل یک عنصر بین المللی موجود باشد.

طرفداران این نظریه، در مقام توجیه عقیده خود بیان می‌دارند: از آنجا که قرارداد مخلوق اراده طرفین است، بنابراین، همان اراده مشترک باید قادر باشد قانون حاکم بر قرارداد و تعهدات ناشی از آنرا نیز تعیین نماید.

قاعده حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای در طی سالیان متمادی، فراز و نشیب زیادی را پشت سر گذاشته است: گاه بشدت مورد انتقاد واقع شده و متروک گردیده و گاه به شکلی افراطی مورد توجه قرار گرفته، بگونه‌ای که هیچ محدودیتی برای اجرای آن متصور نبوده است.

بهرحال آنچه که امروزه در عرصه روابط قراردادی حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارد، اعمال نظریه حاکمیت اراده در اغلب کشورهاست. حتی قانونگذارانی که به اصل سرزمینی بودن قوانین بشدت پایبند هستند، خود را بی‌نیاز از پذیرش حاکمیت اراده طرفین در قراردادهای خصوصی داخلی و بین‌المللی نمی‌دانند^۱، و علیرغم اجرای ضوابطی مثل قاعده محل انعقاد عقد یا محل اجرای قرارداد یا... به حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای نیز بها می‌دهند.

^۱ - بعنوان مثال، قانونگذار ایرانی، در ماده ۵ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «کلیه سکنه ایران، از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردیکه قانون استثنا کرده باشد»، اصل سرزمینی بودن قوانین را پذیرفته است، اما در عین حال در برخی مواد، بالحاظ شرایطی، حاکمیت اراده طرفین در قراردادهای را نیز مدنظر قرار می‌دهد؛ ماده ده قانون مدنی می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» همچنین ماده ۹۶۸ قانون مدنی که در آینده مورد بررسی قرار خواهد گرفت دال بر همین معناست.

در پایان نامه حاضر ، سعی شده است با بررسی تفصیلی نظریه حاکمیت اراده و توجه به سایر ضوابط و اماره های مطرح در تعیین قانون حاکم بر قراردادها ، به این پرسش که نهایتاً بهترین قاعده قابل اعمال برای تعیین قانون مناسب در قرار دادها کدامست ، پاسخ داده شود .

همچنین در این پایان نامه به مسایلی از قبیل مفهوم ، سابقه و تاریخچه نظریه حاکمیت اراده و کنوانسیونهای موجود در عرصه بین المللی خصوصی که به این اصل بعنوان اولین ضابطه برای تعیین قانون قابل اعمال در قراردادها اشاره کرده اند ، پرداخته شده است و سوالاتی مانند نحوه اعمال این نظریه و چگونگی اظهار اراده مشترک طرفین ، موانع و محدودیت های موجود در اجرای نظریه حاکمیت اراده طرفین ، تاثیر این اصل در موافقت نامه های خصوصی داوری بین المللی ، پاسخ داده شده و دیدگاه برخی نظامهای ملی در مورد نظریه حاکمیت اراده در تعیین قانون مناسب در قراردادها مورد بررسی قرار گرفته است .

در این پایان نامه سعی بر این بوده که به روش کتابخانه ای و استفاده از منابع معتبر و جدید فارسی و انگلیسی و بضاعت علمی نگارنده ، به مسایل مطروحه به گونه ای در خور و شایسته ، توجه شود اما علیرغم دسترسی به اطلاعات اینترنت ، متأسفانه هیچ پژوهش یا تحقیق فارسی یا انگلیسی که بطور مستقل به نظریه حاکمیت اراده در باب قرار دادها در حقوق بین الملل خصوصی پرداخته باشد مشاهده نشد.

کتب فارسی در زمینه حقوق بین الملل خصوصی نیز یا مطلقاً به این قاعده مهم حل تعارض قوانین اشاره نکرده اند یا به شکلی بسیار مختصر و مجمل آنرا مورد بررسی قرار داده اند.

کتب انگلیسی در دسترس نگارنده نیز هر چند به این نظریه پرداخته اند؛ اما آنرا نه بعنوان مهمترین روش پذیرفته شده در تعیین قانون حاکم بر قراردادها، که مانند یک ضابطه و اماره در کنار سایر ضوابط تشخیص قانون قابل اعمال بر قراردادها، مورد توجه قرار داده اند.

با توجه به گسترش روز افزون روابط و مناسبات خصوصی بین المللی و فقر منابع و کتب فارسی نوشته شده در این زمینه، بنظر می رسد مسایل مطروحه در حقوق بین الملل خصوصی، موضوعات ناب و جدیدی برای تحقیق و پژوهش دانش پژوهان باشد.

بخش اول

کلیات

فصل اول: مفهوم حاکمیت اراده

از دیدگاه حقوقی، اراده به مجموع قصد و رضا اطلاق می شود^۱. یعنی هنگامیکه دو عنصر قصد و رضا در فردی جمع می گردد، آن شخص آمادگی انجام عمل حقوقی را خواهد داشت و حاکمیت اراده به این مفهوم است که در زندگی قضائی اشخاص، اصل بر این است که اراده های آنان در روابطشان منشاء اثر باشد و آنچه که محتاج دلیل و علت است، عدم تأثیر اراده فرد است، اعلان حاکمیت اراده یا آزادی اراده یا استقلال اراده در واقع عکس العمل نسبت به محدودیت هایی است که در تاریخ تمدن و زندگی بشر وجود داشته است این محدودیت ها عبارتند از :

الف- محدودیت ناشی از تشریفات و آدابی که بر انعقاد عقود و قراردادهای حاکم بود مثل لزوم ادای سوگند برای اثبات وفاداری به تعهد ناشی از عقد و تشریفات دیگر که حاکی از حس بی اعتمادی نسبت به فرد و پایداری او به تعهداتش بود.

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲، ص.ص ۲۵ و ۴۲.

ب- محدودیت دیگر ریشه در ستم حکام و فرمانروایان داشت که آزادی و حاکمیت اراده افراد را در تضاد با منافع خود می دیدند. حدیث نبوی «ان ا... خلقک حرّاً کن کما خلقک» پیامی برای مقاومت در برابر چنین محدودیت هایی است.

مبنای اصل حاکمیت اراده، احترام به شخصیت انسانی است، به این معنی که ظهور کمال شخصیت انسان منوط به آزادی اراده اوست و طبق نظر بسیاری از طرفداران حاکمیت اراده، قانون فقط باید جلوی تضاد اراده های ازاد را بگیرد تا این آزادی مفسده ای ببار نیاورد و مصالح جمعی فدای آزادی اراده فردی نگردد. فقط تعادل بین مصالح اجتماع و آزادی فردی، عملاً میسر است و انجام چنین عملی با قانون است.

عده ای از طرفداران حاکمیت اراده راه افراط را پیش گرفته و معتقدند که هیچ تعهدی نیست که بدون اراده افراد بوجود آید و حتی در مورد مسئولیت مدنی اگر تخطی به عمد وجود نداشته باشد باز هم باید فرض بوجود عمد و قصد در انجام تخطی باشد. و یا علت تعلق ارث به ورثه این است که فرض می شود متوفی در زمان حیات خود چنین اراده ای داشته است. در مقابل برخی از مخالفان حاکمیت اراده بطرف تفریط رفته و تاثیر اراده را در هیچ محوری قبول ندارند.^۱

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، ۱۳۴۰، ص ۲۴.