



۲۷۲۲۵

۱۳۷۸ / ۸ / ۱۵



دانشگاه تهران
دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه :

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

موضوع پایان نامه :

«نقش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم
بر قراردادهای تجاری بین المللی»

استاد راهنما :

جناب آقای دکتر الماسی

۵۱۷۷

استاد مشاور :

جناب آقای دکتر عرفانی

نگارش :

ناصر ایرانی

شهریور ۷۸

۲۷۲۲۵

سپاسگزاری و تقدیر :

سپاس و ستایش خداوند منانی را که از شب‌نم
عشق او خاک آدم گل شد و روح پاک خود را در کالبد
بشری دمید. خداوند متعالی که انسان را شایسته
آموختن قرار داد و از گنجینه بی‌پایان حکمت خود
آدمی را به آنچه که نمی‌دانست رهنمون گشت.

سپس بر خود لازم می‌دانم مراتب تشکر و
سپاسگزاری خود را به اساتید بزرگوارم، جناب آقای
دکتر الماسی و جناب آقای دکتر عرفانی تقدیم دارم.
بدون تردید اگر سودی در رساله حاضر باشد حاصل
ارشادات فاضلانه و تذکرات عالمانه ایشان است.

سعادت و سلامت این بزرگواران و سایر اساتید
معزّزی که افتخار کسب دانش نزد آنان را داشته‌ام
آرزوی قلبی من است.

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱	مقدمه
۴	بخش اول: کلیات و شیوه‌های تعیین قانون حاکم بر قرارداد
۵	فصل اول: کلیات
۶	مبحث اول: مفهوم اصل حاکمیت اراده
۶	گفتار اول: مفهوم اصل حاکمیت اراده در حقوق داخلی
۷	بند اول: تفاوت اصل حاکمیت اراده با اصل آزادی قراردادی
۷	بند دوم: نتایج اصل حاکمیت اراده
۸	الف) از نظر حقوقی
۹	ب) از نظر سیاسی
۱۰	ج) از نظر اقتصادی
۱۱	بند سوم: نتایج اصل آزادی قراردادی
۱۱	الف) آزادی اشخاص در انعقاد قراردادها و تعیین نتایج و آثار آن
۱۱	ب) اصل رضایی بودن عقود و عدم لزوم تشریفات در انعقاد قرارداد
۱۱	ج) جنبه الزامی قرارداد و عدم دخالت دادگاه در تغییر شرایط قراردادی
۱۱	د) اصل نسبی بودن اثر قرارداد
۱۲	گفتار دوم: مفهوم اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی
۱۳	مبحث دوم: مفهوم قرارداد تجاری بین‌المللی
۱۳	گفتار اول: خصیصه تجاری بودن قرارداد

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۸	گفتار دوم : خصیصه بین‌المللی بودن قرارداد
۱۹	گفتار سوم : تعریف قرارداد تجاری بین‌المللی
۲۱	مبحث سوم : تاریخچه اصل حاکمیت اراده
۲۲	گفتار اول : آزادی اراده در جوامع اولیه
۲۲	گفتار دوم : آزادی اراده در قرون وسطی
۲۳	بند اول : نقش تعالیم مذهبی
۲۳	بند دوم : نقش عوامل اقتصادی
۲۳	بند سوم : نقش عوامل سیاسی
۲۴	گفتار سوم : آزادی اراده در فقه
۲۵	گفتار چهارم : آزادی اراده در حقوق ایران
۲۴	بند اول : ایران باستان
۲۵	بند دوم : دوره اسلامی
۲۵	بند سوم : دوران معاصر
۲۶	گفتار پنجم : ریشه تاریخی اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌المللی خصوصی
۲۷	مبحث چهارم : مبانی اصل حاکمیت اراده
۳۲	فصل دوم : روشهای تعیین قانون حاکم بر قرارداد
۳۳	مبحث اول : ضوابط تعیین قانون حاکم بر قرارداد
۳۵	گفتار اول : نظریه فقدان اختیار طرفین قرارداد
۳۶	گفتار دوم : نظریه حاکمیت اراده متعاقبین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد
۳۷	بند اول : توافق صریح
۳۸	بند دوم : تصریح منفی

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۳۸	بند سوم : توافق ضمنی
۳۹	بند چهارم : اراده فرضی
۴۰	بند پنجم : ضوابط تعیین اراده فرضی
۴۰	الف) عقیده دایسی
۴۰	ب) عقیده اشمیتوف
۴۱	ج) عقیده باتیفول
۴۲	بند ششم : انتقادات وارد بر نظریه حاکمیت اراده
۴۲	الف) انتقاد نظری یا علمی
۴۳	ب) انتقاد عملی
۴۳	بند هفتم : پاسخ طرفداران حاکمیت اراده
۴۵	گفتار سوم : نظریه حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد
۴۵	بند اول : دلایل و مستندات نظریه
۴۶	بند دوم : قلمرو حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد
	الف) قانون محل انعقاد قرارداد بعنوان قانون صلاحیتدار در مورد کلیه
۴۶	مسائل قرارداد
	ب) قانون محل انعقاد قرارداد بعنوان قانون صلاحیتدار در مورد
۴۶	ایجاد قرارداد
۴۸	بند سوم : انتقادات وارد بر نظریه
۴۸	بند چهارم : پاسخ طرفداران حاکمیت قانون محل تشکیل قرارداد
۴۹	گفتار چهارم : نظریه حاکمیت قانون محل اجرای قرارداد
۵۱	گفتار پنجم : نظریه حاکمیت قانون متبوع طرفین قرارداد

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۵۲	گفتار ششم: نظریه حاکمیت قانون اقامتگاه مدیون
۵۳	بند اول: دلایل و مستندات نظریه
۵۳	بند دوم: انتقادات وارد بر نظریه
۵۴	گفتار هفتم: نظریه حاکمیت قانون محل وقوع موضوع قرارداد
۵۴	بند اول: منبای صلاحیت قانون محل وقوع مال
۵۵	الف) مصلحت دولت محل وقوع مال
۵۵	ب) مصلحت افراد
۵۵	بند دوم: استثنائات قاعده (رژیم کشتیها و هواپیماها)
۵۶	گفتار هشتم: نظریه تعیین مرکز صالح قضایی - یا داور
۵۷	گفتار نهم: نظریه قانون دولت طرف قرارداد
۵۸	گفتار دهم: ضوابط و امارات دیگر تعیین قانون صلاحیتدار
۵۹	مبحث دوم: ضابطه اصلی تعیین قانون صلاحیتدار کدامست؟
۵۹	گفتار اول: نظریه اصلی بودن قانون محل تشکیل قرارداد
۶۰	بند اول: دلایل این نظریه
۶۰	الف) تحلیل حقوقی
۶۱	ب) تحلیل اراده طرفین
۶۲	بند دوم: نقد و بررسی نظریه
۶۷	گفتار دوم: نظریه قانون مناسب قرارداد
۶۸	بند اول: علل پیدایش تئوری قانون مناسب قرارداد
۶۸	الف) تحول دنیال تجارت بین المللی
۶۹	ب) محدودیتهای حاکمیت اراده

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۶۹	بند دوم: مفهوم قانون مناسب قرارداد
۷۰	بند سوم: شیوه تعیین قانون مناسب قرارداد
۷۰	الف) انگلستان
۷۱	۱- نظریه ذهنی (اصالت قصد متعاملین)
۷۱	۲- نظریه عینی (پایگاه و مرکز ثقل قرارداد)
۷۲	ب) فرانسه
۷۳	ج) آلمان
۷۴	بند چهارم: قانون مناسب و احاله
۷۵	بند پنجم: تجزیه قرارداد

بخش دوم: قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین المللی از دیدگاه حقوق ایران

و مطالعه تطبیقی

۷۹	فصل اول: مطالعه تطبیقی
۸۰	مبحث اول: قانون حاکم بر قرارداد از نظر برخی از نظامهای حقوقی
۸۰	۱- انگلستان
۸۲	۲- فرانسه
۸۳	۳- اطریش
۸۴	۴- آلمان
۸۵	۵- بلژیک
۸۶	۶- ایتالیا
۸۷	۷- سوئیس

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۸۸	۸- اسپانیا
۸۹	۹- هلند
۹۱	۱۰- لهستان
۹۲	۱۱- ایالات متحده
۹۳	۱۲- استرالیا
۹۴	۱۳- چین
۹۵	۱۴- ژاپن
۹۵	۱۵- هندوستان
۹۶	۱۶- عربستان
۹۶	۱۷- عراق
۹۷	مبحث دوم: قانون حاکم بر قرارداد از دیدگاه کنوانسیونهای بین‌المللی ...
	گفتار اول: کنوانسیون قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (کنوانسیون ۱۹۸۰م)
۱۰۱	بند اول: شیوه تعیین قانون حاکم قرارداد
۱۰۱	الف) اصول اساسی دوگانه
۱۰۱	۱- قصد طرفین
۱۰۱	۲- سکوت طرفین
۱۰۲	ب) استثناء قاعده (قراردادهای حمل و نقل)
۱۰۳	بند دوم: محدودیتهای آزادی انتخاب قانون حاکم
۱۰۴	بند سوم: تجزیه قرارداد
۱۰۴	بند چهارم: قلمرو کنوانسیون رم
۱۰۵	بند پنجم: دامنه اعمال قانون حاکم

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۰۶	بند ششم: کنوانسیون رم و برخی قراردادهای خاص
	گفتار دوم: کنوانسیون قانون قابل اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا
۱۰۶	(کنوانسیون ۱۹۸۶ وین)
۱۰۷	بند اول: شیوه تعیین قانون حاکم بر قرارداد
۱۰۷	الف) قاعده
۱۰۷	۱- قصد طرفین قرارداد
۱۰۸	۲- سکوت طرفین قرارداد
۱۰۸	ب) استثناء قاعده
۱۰۹	بند دوم: دامنه اعمال قانون حاکم
۱۱۰	بند سوم: قلمرو کنوانسیون وین
۱۱۱	فصل دوم: قانون حاکم بر قرارداد در حقوق ایران
۱۱۲	مبحث اول: قراردادهای دولتی
۱۱۵	مبحث دوم: قراردادهای غیردولتی
۱۱۵	گفتار اول: قانون حاکم بر تشکیل قرارداد
۱۱۸	گفتار دوم: قانون حاکم بر شکل ظاهری سند
۱۱۹	گفتار سوم: قانون حاکم بر اهلیت طرفین قرارداد
۱۲۰	بند اول: قاعده
۱۲۱	بند دوم: استثناء بر اهلیت بیگانگان
۱۲۲	بند سوم: مشکلات اعمال ماده ۹۶۲ قانون مدنی
۱۲۳	بند چهارم: اهلیت اشخاص حقوقی
۱۲۴	بند پنجم: اهلیت اشخاص بدون تابعیت (Apatride)

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۲۴	گفتار چهارم: قانون حاکم بر تعهدات قراردادی.....
	بند اول: نظریه حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد (امری بودن ماده
۱۲۵	۹۶۸ قانون مدنی).....
۱۲۶	الف) دلایل استنادی.....
۱۲۶	۱- ظاهر عبادت ماده ۹۶۸ قانون مدنی.....
۱۲۷	۲- تفسیر تاریخی و احراز نظر ممتن.....
۱۲۹	ب) انتقادات وارد بر نظریه.....
۱۳۰	۱- تقدم تفسیر منطقی بر تفسیر لفظی و ادبی.....
۱۳۰	۲- نقض غرض.....
۱۳۰	۳- نسبی بودن نظم عمومی.....
۱۳۲	۴- مشکلات ناشی از امری دانستن ماده ۹۶۸.....
	۵- ایجاد فاصله میان رویه حقوقی ایران و نظامی حقوقی
۱۳۳	جهان.....
	بند دوم: نظریه حاکمیت اراده متعاقدین (اختیاری بودن ماده ۹۶۸ قانون
۱۳۴	مدنی).....
۱۳۴	الف) دلایل استنادی.....
۱۳۴	۱- اصل منطقی تبعیت قاعده حل تعارض از قواعد ماهوی و مادی.....
۱۳۵	۲- نیازهای اقتصادی و تحولات تجاری دنیای امروز.....
۱۳۵	۳- دکترین.....
۱۳۵	۴- هماهنگی با سایر نظامهای حقوقی و کنوانسیونهای بین‌المللی.....
۱۳۶	۵- گرایش رویه قضایی به اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم.....

<u>عنوان</u>	<u>صفحه</u>
۶- گرایش مقنن ایرانی به پذیرش اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم.....	۱۳۷
ب (انتقادات وارد بر این نظریه	۱۳۸
۱- تردید در اصل تبعیت قاعده حل تعارض از قوانین ماهوی. ۱۳۸	۱۳۸
۲- ناهماهنگی نظریه اختیاری بودن ماده ۹۶۸ با روند حقوقی معاصر ۱۴۱	۱۴۱
فصل سوم: موانع و محدودیتهای اراده.....	۱۴۲
مبحث اول: قانون.....	۱۴۳
گفتار اول: تفاوت قوانین امری و تکمیلی.....	۱۴۴
گفتار دوم: ضابطه تشخیص.....	۱۴۵
گفتار سوم: اثر قوانین امری در قراردادهای تجاری بین‌المللی.....	۱۴۶
مبحث دوم: نظم عمومی.....	۱۴۶
گفتار اول: زمینه تاریخی نظم عمومی.....	۱۴۸
گفتار دوم: مفهوم نظم عمومی.....	۱۴۹
بند اول: مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی.....	۱۵۰
بند دوم: مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی.....	۱۵۳
الف) مفهوم موسع:.....	۱۵۳
ب (مفهوم مضیق.....	۱۵۴
گفتار سوم: دایره شمول نظم عمومی و مصادیق بارز آن.....	۱۵۵
بند اول: شرط بندگی و سنته‌بازی.....	۱۵۸
بند دوم: شرخری (تقسیم مدعی به).....	۱۵۸
بند سوم: رشوه.....	۱۵۹

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۵۹	بند چهارم: قاچاق
۱۶۰	گفتار چهارم: روابطه نظم عمومی و اخلاق حسنه
۱۶۱	گفتار پنجم: آثار نظم عمومی
۱۶۱	بند اول: اثر منفی و اثر مثبت نظم عمومی
۱۶۲	بند دوم: اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد و مرحله اثرگذاری حق
۱۶۳	مبحث سوم: مساله تقلب نسبت به قانون
۱۶۵	گفتار اول: مبنای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون
۱۶۷	گفتار دوم: رابطه بین قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و نظم عمومی
۱۶۹	گفتار سوم: شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون
۱۶۹	بند اول: قصد تقلب
۱۶۹	بند دوم: توسل به وسیله ای قانونی
۱۷۰	بند سوم: جنبه فرعی و علی البدل بودن اجرای قاعده
۱۷۰	گفتار چهارم: آثار قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون
	بند اول: آثار قاعده از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل
۱۷۰	آمده است
	بند دوم: آثار قاعده از نظر دولتی که شخص ذینفع اجرای قانون او را
۱۷۱	تقاضا می کند
۱۷۱	بند سوم: آثار قاعده از نظر دولتهای ثالث
۱۷۲	مبحث چهارم: لزوم وجود ارتباط منطقی میان قرارداد و قانون انتخابی
	گفتار اول: آیا متعاقدين می توانند قرارداد خود را تابع هیچ قانونی قرار
۱۷۶	ندهند؟

صفحهعنوان

گفتار دوم: آیا متعاقدین می توانند قرارداد را تجزیه کرده و هر قسمت از آن را تابع قانون خاصی قرار دهند؟	۱۷۷
گفتار سوم: آیا متعاقدین می توانند به جای حاکمیت حقوق ملی، قواعد و اصول حقوق بین الملل را بر قرارداد خویش حاکم نمایند؟	۱۷۸
گفتار چهارم: آیا متعاقدین می توانند قرارداد خود را تابع حقوق فراملی بازرگانی قرارداد دهند؟	۱۷۹
بند اول: تعریف حقوق فراملی بازرگانی	۱۷۹
بند دوم: نقد تئوری حقوق فراملی بازرگانی و انتقادات وارد بر آن	۱۸۰
الف) ابهام حقوق فراملی بازرگانی و کمبود منابع آن	۱۸۰
ب) عدم وضع حقوق فراملی به وسیله یک قوه حاکمه	۱۸۱
ج) محدود بودن رویه قضایی مستند به حقوق فراملی بازرگانی	۱۸۱
د) عدم تامین مصالح کشورهای جهان سوم	۱۸۱
نتیجه گیری	۱۸۲

فهرست منابع

۱- منابع فارسی	۱۸۶
الف) کتب	۱۸۶
ب) مقالات	۱۸۷
ج) سایر منابع	۱۸۸
۲- منابع عربی	۱۸۸
۳- منابع انگلیسی	۱۸۸
الف) کتب	۱۸۸
ب) مقالات	۱۸۹
۴- فرانسه	۱۹۰

مقدمه

امروزه تحولات و پیشرفتهای سریع و بی سابقه علوم و تکنولوژی و بویژه تکامل مستمر وسایل حمل و نقل و ارتباطات و نیز توسعه و تنوع روابط میان دولتها، سازمانها و بویژه تجار اعم از حقیقی و حقوقی با تابعیت‌های متفاوت سبب دگرگونی و توسعه روزافزون تجارت بین‌المللی شده است. از سوی دیگر نیازها و تحول دیدگاههای اقتصادی منجر به تغییر خط‌مشی‌های سیاسی و دیدگاه قانونگذاران در ارتباط با وضع قوانین تجاری گشته است.

در دنیای امروز، نیازها و ضرورتها قوانین را بدنبال خود می‌کشند و سنتها با همه نیرو و سنگینی که با خود دارند سرانجام مغلوب ضرورتها و نیازها می‌شوند، این قانون حرکت تاریخ است

تحولات مزبور و بویژه احساس خلاء قانونی در ارتباط با این مسائل امروزه موجب شده حتی حقوقدانان بنام سایر رشته‌ها به مسائل تجارت بین‌المللی علاقمندی نشان داده و به تفکر و اظهارنظر در این خصوص بپردازند.

مبادلات کالاها و خدمات در عرصه بین‌المللی نیازمند انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است که غالباً از طریق مشاوره با وکلا و مشاوران متخصص صورت می‌گیرد. انعقاد اینگونه قراردادها به لحاظ وجود عنصر خارجی در آن، با حقوق دو یا چند کشور مرتبط گشته و مسائل و موضوعات مختلفی را به میان می‌آورد. در این ارتباط چنین مسائلی مطرح می‌گردد که قرارداد منعقد شده تابع کدامین قانون از قوانین مرتبط با قرارداد خواهد بود؟ آیا طرفین میتوانند قانون صلاحیتدار را خود تعیین نمایند؟ آیا متعاقدین می‌توانند قرارداد خود را تابع قانونی قرار دهند که هیچ ارتباطی با قرارداد منعقد شده نداشته باشد؟ آیا می‌توان قرارداد را تابع هیچ قانونی قرار نداد؟ و...

سئوالات فراوان دیگری از این نوع به ذهن متبادر می‌گردد که تفکر و تعقل و