

# Gadamer's Legal Hermeneutics and the Principle of Party Autonomy in Article (968) of the Iranian Civil Code

*Mohammad Taghi Rafiei\**

Research Article	Receive Date: 2024.05.08	Accept Date: 2025.03.17	Online Publication Date: 2025.03.17	Page: 321-346
------------------	-----------------------------	----------------------------	--	---------------

In interpreting the law, it is necessary to consider both the spirit of the law and the legislator's intent, as well as the societal conditions at the time of interpretation and application of the law. The major challenge of Article 968 of the Iranian Civil Code—especially regarding the autonomy of the Iranian party—is that if attention is paid to its literal meaning, the conditions of Iran and today's international society must be ignored, and conversely, if the interpretation of this legal article aligns with current conditions, the text of the law must be set aside. Gadamer considers legal science as the model for his hermeneutics and believes that the existential philosophy of law should be such that the interpretation of the law has legal validity while yielding a new understanding in every real situation. The present research, which is descriptive-analytical, after explaining the interpretive challenges related to party autonomy in Article 968, applies Gadamer's legal hermeneutics to the interpretation of this article in five stages: dialogue with the text, using historical sources to access the spirit of the law and the legislator's goal, applicative yet valid interpretation of the law, and adapting the spirit of the law to the needs of domestic and international society. The result is that, based on Gadamer's legal hermeneutics, both the spirit of the law and the legislator's intent are understood and interpreted, while the current realities of Iranian society, influenced by the global community, are also taken into consideration.

**Keywords:** *Legal Hermeneutics; Article 968 of the Iranian Civil Code; Principle of Party Autonomy; Gadamer*

---

\* Associate Professor, Faculty of Law, University of Tehran, Farabi Campus, Iran; Email: rafiei@ut.ac.ir

**Majlis and Rahbord, Volume 32, No. 124, Winter 2026**

**How to cite this article:** Rafiei, M. T. (2026). "Gadamer's Legal Hermeneutics and the Principle of Party Autonomy in Article (968) of the Iranian Civil Code", *Majlis and Rahbord*, 32(124), p. 321-346.

**doi: 10.22034/mr.2025.16773.5801**

# هرمنوتیک حقوقی گادامر و اصل حاکمیت اراده در ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران

محمدتقی رفیعی\*

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۲۷	تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۲/۲۷	شماره صفحه: ۳۴۶-۳۲۱
-------------------	--------------------------	-------------------------	--------------------------	---------------------

در تفسیر قانون ضرورت دارد هم روح قانون و مقصود مقنن مورد توجه قرار گیرد و هم شرایط جامعه در زمان تفسیر و کاربرد قانون لحاظ شود. چالش مهم ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران - به ویژه درباره حاکمیت اراده طرف ایرانی - این است که اگر به منطوق آن توجه شود، شرایط ایران و جامعه بین‌المللی امروز باید نادیده گرفته شود و برعکس، اگر تفسیر این ماده قانونی منطبق با شرایط کنونی باشد، متن قانون باید کنار گذاشته شود. گادامر علم حقوق را الگوی کار هرمنوتیکی خود قرار می‌دهد و معتقد است فلسفه وجودی قانون باید به گونه‌ای باشد که تفسیر قانون هم اعتبار حقوقی داشته باشد و هم در هر موقعیت واقعی، فهم جدیدی از آن به دست آید. پژوهش حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی است، پس از بیان چالش‌های تفسیری مربوط به حاکمیت اراده در ماده (۹۶۸)، هرمنوتیک حقوقی گادامر نسبت به تفسیر این ماده را در پنج مرحله انطباق می‌دهد. گفتگو با متن، استفاده از منابع تاریخی جهت دستیابی به روح قانون و هدف قانونگذار، تفسیر کاربردی و درعین حال تفسیر معتبر از قانون و نیز تطبیق روح قانون با نیازهای جامعه داخلی و بین‌المللی، عملی کردن گام‌های پنجگانه نسبت به تفسیر ماده قانونی یادشده است. حاصل آنکه براساس هرمنوتیک حقوقی گادامر هم روح قانون و هدف قانونگذار فهم و تفسیر می‌شود و هم واقعیت‌های کنونی جامعه ایران متأثر از جامعه جهانی مورد ملاحظه قرار می‌گیرد.

**کلیدواژه‌ها:** هرمنوتیک حقوقی؛ ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران؛ اصل حاکمیت اراده؛ گادامر

Email: rafiei@ut.ac.ir

\* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، فارابی، ایران؛

فصلنامه مجلس و راهبرد، سال سی و دوم، شماره یکصد و بیست و چهارم، زمستان ۱۴۰۴

روش استناد به این مقاله: رفیعی، محمدتقی (۱۴۰۴). «هرمنوتیک حقوقی گادامر و اصل حاکمیت اراده در ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران»، مجلس و راهبرد، ۳۲(۱۲۴)، ص. ۳۲۱-۳۴۶.

doi: 10.22034/mr.2025.16773.5801

## مقدمه

تفسیر قانون که همان کشف مقصود و هدف قانونگذار با روش به کار بردن قواعد ادبی، منطقی یا بهره‌گیری از پیشینه تاریخی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۷۱) به سه دلیل از ضروریات است. دلیل نخست آنکه قانونگذار هر قدر هم دقیق و آینده‌نگر باشد نمی‌تواند تمام مسائلی که مردم با آن مواجه می‌شوند را پیش‌بینی کرده و در قانون لحاظ کند. دلیل دیگر آنکه عبارت‌های قانون گاهی مقصود قانونگذار را نمی‌رساند و در نتیجه برخی موارد فرعی مجمل باقی می‌ماند. دلیل سوم آن است که مقتضیات روز سبب می‌شود که در اثر تغییر جوامع و نیازهای مردم، مسائل جدیدی پدید آید که در قانون مدنظر گرفته نشده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰۴). در حقیقت، عدم پیش‌بینی جامع از سوی قانونگذار، اجمال در قانون و تغییر نیاز جوامع ضرورت تفسیر قانون را موجب می‌شود.

یکی از حقوق‌دانان برجسته ایرانی پس از تبیین دو مکتب تفسیری قرن نوزدهم اروپا درباره تفسیر متون حقوقی پیشنهاد می‌دهد، ضمن احترام به روح قانون و خارج نشدن از حدود اراده قانونگذار، متن هیچ قانونی بدون توجه به سایر قوانین و مقررات تفسیر نشود تا روح قانون برای مفسر حاصل شود. بدین ترتیب، مفسر هم متن قانون را با لحاظ سایر قوانین مدنظر قرار می‌دهد و هم با ملاحظه شرایط کنونی جامعه، اراده مقنن را درمی‌یابد (همان: ۲۱۷-۲۰۸). اما به نظر می‌رسد این پیشنهاد تا حدی مبهم است و باید به دنبال روشی نو بود تا روش عملی چگونگی تفسیر را به ما نشان دهد. با توجه به عنوان جستار حاضر، ضرورت دارد معنای هرمنوتیک در یک عبارت بیان شود. عمومی‌ترین معنای هرمنوتیک، بحث از فهم و تفسیر محتوای یک متن است. هرمنوتیک در ابتدا به نظریه و روش تفسیر کتاب مقدس و نیز تفسیر متونی اطلاق می‌شد که فهم آنها دشوار بود سپس، به تدریج در سایر علوم انسانی جریان یافت. به تناسب موضوع این پژوهش لازم است پس از طرح تاریخچه‌ای کوتاه از هرمنوتیک حقوقی و سیر تحول آن، دیدگاه گادامر (۲۰۰۲-۱۹۰۰) فیلسوف آلمانی را در این خصوص یادآور شد. انتخاب دیدگاه گادامر از آن رو است که به نظر می‌رسد

معنای هرمنوتیک او درحقیقت، برآیند تکامل‌یافته در سه دوره باستان، جدید و معاصر است. دلیل دیگر آنکه این فیلسوف در اثر برجسته خویش، حقیقت و روش<sup>۱</sup>، بخشی را به هرمنوتیک حقوقی اختصاص داده و معتقد است باید علم حقوق و علم کلام را الگوی کار هرمنوتیکی قرار داد.

همچنین مقاله پیش رو پس از بحث هرمنوتیک، به چالش‌های موجود در ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران اشاره کرده است و در این راستا، دو دیدگاه مشهور، یعنی امری بودن و اختیاری بودن این ماده را مطرح می‌کند. درواقع، چالش موجود در این ماده قانونی سبب شده است تا برخی حقوق‌دانان منطوق آن را دلالت بر امری بودن تلقی کرده به‌طوری‌که طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم، فاقد استقلال اراده هستند. ازسوی دیگر، دسته دوم از حقوق‌دانان بر این باورند که ضروری است قاعده بنیادین حاکمیت اراده بر قرارداد مورد توجه قرار گیرد. آنگاه در بخش پایانی مقاله، فن هرمنوتیک حقوقی گادامر نسبت به تفسیر ماده یادشده، برای نخستین بار انطباق داده می‌شود. نگارندگان پژوهش معتقدند با اعمال فن هرمنوتیک حقوقی بسیاری از تناقضات تفسیری نسبت به ماده (۹۶۸) حل‌شدنی است.

### ۱. هرمنوتیک حقوقی

از زمان‌های دیرین، وظیفه هرمنوتیک حقوقی مطالعه و بررسی تفسیر و معنای متون مکتوب حقوقی بوده است. پیشینه این متون به وضع قوانین در دوران حقوق کلاسیک روم و یونان بازمی‌گردد. هرمنوتیک حقوقی، به‌معنای گسترده آن، تفسیر قوانین با هدف دستیابی به منبع الهی و روح تمام قوانین انسانی است. به بیان دیگر، هرمنوتیک فن تفسیر است که در پی بردن و آشکار کردن معانی پنهان قوانین الهی یا واضعان و نویسندگان قانون در زمان‌های بسیار دور است (Goodrich, 1998: 506). بنابراین، هرمنوتیک حقوقی، تفسیر و فهم مقصود واضعان قانون در گذشته

۱. کتاب حقیقت و روش نخستین بار در سال ۱۹۶۰ به آلمانی *Wahrheit und Methode* منتشر شد و در سال ۱۹۷۵ به انگلیسی *Truth and Method* ترجمه شد.

بوده است.

برای تعبیر هرمنوتیک حقوقی می‌توان چنین تاریخچه اجمالی را در نظر گرفت: تا پیش از قرن‌های دوازده و سیزده در اروپا، نظام حقوقی رومی در جهان بی‌سابقه بود؛ سپس ایجاد خانواده حقوق رومی-ژرمنی مربوط به تجدید حیات بود که در قرن‌های دوازده و سیزده در اروپای غربی پدید آمد. این تجدید حیات در همه زمینه‌ها از جمله حقوق صورت پذیرفت. تا آن زمان کلیسا بر پایه حقوق روم زیست می‌کرد و حقوق کلیسا در واقع، همان حقوق روم با کمی اصلاحات بود. مدت‌ها بود که حقوق روم مورد چنین انتقادهایی قرار می‌گرفت که این نظام حقوقی موجود وابسته به فلسفه‌ای غیر از فلسفه انجیل و بنیان‌گذاران کلیسا و مسیحیت بوده است. سنت توماس داکن<sup>۱</sup> (۱۲۷۴-۱۲۲۵) در آغاز قرن سیزده این انتقاد را رد کرد و در اثری مربوط به این موضوع نوشت، فلسفه پیش از مسیحیت مبتنی بر عقل بوده است و تا حد زیادی مطابق با قانون الهی قلمداد می‌شود و بدین‌صورت حقوق روم را مبرا کرد. با این اثر سنت توماس آخرین مانع در راه تجدید حیات مطالعات حقوق روم برداشته شد. از آن پس، آموزش حقوق روم در دانشگاه‌ها دچار تحول شد و چندین «مکتب» با اهداف گوناگون پدید آمد (رنه و ژوفره اسپینوزی، ۱۳۸۰: ۴۹-۴۸). از این رو، در این دوره حقوق روم به‌طور گسترده مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت.

مکتب شارحین که نخستین این مکتب‌ها بود کوشش خود را بر آن گذاشت تا معنای اصلی قوانین رومی را دریابد و آن را شرح دهد. از آغاز این دوره، برخی از متون مجموعه‌های ژوستینین<sup>۲</sup> (۴۸۲-۵۶۵) کنار گذاشته شد، زیرا یا به نهادهای عهد باستان مربوط بود که دیگر اثری از آنها نبود (مانند بردگی)؛ یا درباره مسائلی بود که در آن عصر تابع حقوق کلیسا تلقی می‌شد (مانند ازدواج و وصیت). این امر تا جایی پیش رفت که مکتب شارحین متأخر در قرن چهاردهم، به‌کار جدیدی اقدام کرد و در نتیجه، حقوق روم منقح شد و به شکلی دیگر درآمد و برای تحولات کاملاً جدید

1. Saint Thomas d'aquin

2. Justinien

در زمینه حقوق بازرگانی و حقوق بین‌الملل خصوصی) آماده شد. حقوق‌دانان در این دوره در پی بازبایی راه‌حل‌های رومی نبودند، بلکه آنان تلاش می‌کردند تا با توجه به متون حقوق روم، قواعد متناسب با جامعه زمان خود را به کار گیرند و توجیه کنند. آنان می‌کوشیدند با توجه به «عقیده مشترک علمای حقوق» و قول اجماعی یا مشهور، راه‌حلی عادلانه برای هر مسئله بیابند (همان: ۴۹). به هر حال، کم‌کم مباحث حقوقی که شارحین متأخر در دانشگاه‌ها تدریس می‌کردند، از سوی حقوق‌دانان نظم یافت و با نیازهای جدید جامعه منطبق شد (رفیعی، ۱۴۰۱: ۱۲۰). بدین ترتیب، بررسی و تعمق در متون حقوق رومی، به تطبیق آن قوانین با ضرورت‌های جامعه منجر شد.

در عصر رنسانس نظریه‌های تفسیر از تفسیر ادبی فراتر رفت. تحت این شرایط، علم حقوق دیگر علم به واژگان حقوقی نبود و این دانش به معنا و دلالتی ارجاع می‌شد که درون سنت باید تفسیر و فهم می‌شد، چراکه قانون عبارت از قوت و توانایی اجرای آن است. سپس در ادامه این تحولات، روش‌هایی ابداع شد تا معنای نانوشته متون حقوقی را مطابق با نیازها تطبیق داد؛ زیرا ضرورت این امر آشکار گشت که قوانین و مقررات نوشته شده در دوره باستان، هرگز نمی‌تواند بدون تفسیر و به‌طور مستقیم نسبت به زمینه‌ها و شرایط زبانی و اجتماعی مسائل معاصر انطباق داده شود. در نتیجه از آن‌پس، هرمنوتیک این نقش را برعهده گرفت تا در متون حقوقی بیش از آنچه مکتوب می‌شود، معانی را مطرح کند (Goodrich, 1998: 507). به بیان دیگر، در این عصر، تفسیر متون حقوقی نیز در مباحث مهم هرمنوتیک قرار گرفت.

در دوره جدید، نخستین بار سال ۱۶۵۴ «هرمنوتیک» در عنوان کتابی جای گرفت که منظور از تعبیر هرمنوتیک، قواعد، روش‌ها و نظریات تفسیری بوده است. سپس در قرن هجدهم، جان مارتین کلادنیوس<sup>۱</sup> (۱۷۵۹-۱۷۱۰) ایده‌هایی در خصوص هرمنوتیک حقوقی مطرح کرد، او معتقد بود هرمنوتیک فن دستیابی به تفهیم همه‌جانبه یا کامل یک قول، خواه گفتار یا نوشتار است. کلادنیوس توجهی ویژه

1. Johan Martin Chladenius

به قول‌هایی داشت که ناظر به قواعد عقل در زبان و تفکر بود. او رسیدن به تفهم کامل را در دو صورت ممکن می‌انگاشت: نخست، پی‌بردن به مقصود مؤلف یا گوینده؛ دوم، توان اندیشیدن درباره واژگان و عبارات مؤلف یا گوینده که براساس قواعد و استدلال عقلی و نیز طبق قواعد گفتاری است. از نظر کلادنیوس، هرمنوتیک معنای نسبی ندارد و در این خصوص او دو دلیل مطرح می‌کند: دلیل اول، هرمنوتیک ارتباطی به اوضاع نفسانی مؤلف ندارد و دلیل دوم اینکه خواننده و مؤلف هر دو از اصول عقلانی و قواعد گفتاری یکسانی برخوردارند. پس خواننده به معنای ثابت و صحیح، و تفهم کامل از مقصود مؤلف می‌رسد (ریخته‌گران، ۱۳۷۸: ۶۳-۶۱). درحقیقت، کلادنیوس تفهم متن را برپایه قواعد عقلی قرار می‌دهد.

بنابراین، آنچه هرمنوتیک حقوقی از تفکر کلادنیوس در آن زمان بهره برد آن است که قانونگذار براساس قواعد عقلی قانون وضع می‌کند و مفسر نیز اگر از قواعد عقلی که مشترک میان او و قانونگذار است، بهره جوید به تفهم کامل از متن حقوقی می‌رسد. البته کلادنیوس معتقد بوده است تفهم و تفسیر چیزی جز توضیح الفاظ و عبارات مشکل یک متن نیست (همان: ۶۵).

فریدریش اشلایرماخر<sup>۱</sup> (۱۸۳۴-۱۷۶۸) نیز هرمنوتیک را برمبنای «تفهم» استوار می‌کند اما نزد وی تفهم به معنای گشودن راه دستیابی به فهم کامل از راه تفسیر الفاظ و عبارات مشکل نیست، بلکه او به فراهم کردن شرایط برای امکان تفهم قائل است. اشلایرماخر بر آن است که فرایند تفهم، شامل دو وجه می‌شود، اول، بیان یک قول، اعم از گفتار یا نوشتار که به عنوان بخشی از سیستم زبانی است. دوم، اظهار یک قول که بیانگر بخشی از فرایند زندگی گوینده آن است. به بیان دیگر، اظهار قول بیانگر بخشی از تاریخ درونی و ذهنی است. بنابراین، اشلایرماخر معتقد است تفهم تنها با آمیختن و متحد شدن این دو وجه حاصل می‌شود (همان: ۶۸ و ۷۱-۷۰). درضمن او موفقیت در فن تفسیر را وابسته به دو امر می‌داند: ۱. توانایی زبانی شخص؛ ۲. توانایی شخص در شناخت مردم (Schleiermacher, 2006: 76).

بنابراین، اشلایرماخر امکان تفهم را در دو امر ذهنی و زبانی خلاصه کرده است. فیلیپ اگوست بوئک<sup>۱</sup> (۱۷۸۵-۱۸۶۷) نیز دیدگاه قابل توجهی در باب مباحث تفسیری در قرن نوزدهم ارائه داده و معتقد است معنا نخست از طریق معنای لغوی و نیز دستور زبان به دست می آید؛ سپس، معنا و فهم مبتنی بر شناخت اظهارکننده یک گفتگو یا یک متن است، چراکه هر گوینده یا نویسنده ای براساس ویژگی های شخصی و به روش شخصی زبان را به کار می برد؛ یعنی فهم یک متن نزد بوئک، به دوگونه تفسیر شخصی و غیرشخصی نیاز دارد. بوئک علم زبان را اصل تمامی علوم انسانی تلقی می کند و منظور او از علم زبان، علم پیدا کردن به دانسته های پیشین بشری است و نه خلق علمی نو. ازسوی دیگر، بوئک وظیفه عالم علم زبان را صرفاً بازسازی معنای اولیه یک اثر نمی داند، بلکه مفسر باید آنچه را نویسنده اثر در ناخودآگاه خود خلق کرده است به سطح معنای آگاهانه آورد که در این راستا، بسیاری معانی و مفاهیم نزد مفسر آشکار می شود درحالی که نویسنده از آنها بی خبر بوده است. درواقع بوئک برای یک مفسر متن ضروری می داند به ورای معنای ظاهری مورد نظر نویسنده اصلی (که حتی نویسنده در ضمیر خودآگاه خود به آن دسترسی نداشت) دست یابد، همچنین معتقد است باید مفسر مقصود و معنای شخصی نویسنده را از مقصود و معنای بی طرفانه و غیرشخصی درباره متن جدا و تفکیک کند. درنتیجه، عالم علم زبان به تفهیمی عمیق تر و دقیق تر نسبت به متن از صاحب اثر می رسد (Boeckh, 2006: 135-139). بوئک بر آن است که در تفسیر یک متن، افزون بر فهم دستور زبان، دستیابی به مقصود شخصی نویسنده و نیز معنای غیرشخصی متن ضرورت دارد.

فن هرمنوتیک سپس با ویلهلم دیلتای<sup>۲</sup> (۱۸۳۳-۱۹۱۱) گسترش پیدا کرد و تفسیر تمام کنش های انسانی شامل تاریخ و تفسیر زندگی انسانی می شد. او بر آن باور بود که تمام علوم انسانی قابل تفسیر است و وابستگی دوجانبه نسبت به

1. Philip August Boeckh

2. Wilhelm Dilthey

یکدیگر دارد. از منظر هرمنوتیکی، فهم و تفهیم نزد او فرایند تفسیر واقعی از زندگی به‌عنوان کلیت تاریخی تجربه انسانی است. پس تفسیر هرمنوتیکی، همان اظهار و ابراز تجربیات و فعالیت درونی انسان است (Makkreel, 1999: 236). آنچه دیلتای به‌معنای هرمنوتیک افزود، آن بود که تفسیر و تفهیم یک متن، تفسیر واقعی از تجربیات بشری است.

در ادامه سیر و تطور تاریخی هرمنوتیک، این اصطلاح به‌معنای گسترده آن در قرن بیستم، نام هرمنوتیک فلسفی به خود گرفت. از این‌رو، نظریه اساسی مارتین هیدگر<sup>۱</sup> از هرمنوتیک سبب شد تفسیری از وجود انسان ارائه دهد به‌گونه‌ای که او قائل بود این هستی و وجود است که فهم و تفسیر می‌کند. سپس، هرمنوتیک تحت تأثیر او به مسئله‌محوری فلسفه قاره‌ای تبدیل شد و مباحث جدی را ایجاد کرد. پرسش مهمی که چالش‌های متعددی را در موضوع هرمنوتیک پدید آورد، آن است که در امر تفسیر، آیا ضروری است فکر و قصد نویسنده را با قرار دادن خود در موقعیت او کشف کنیم؟ یا تفسیر و معنا را مربوط به یک کل گسترده‌تر بدانیم؟ دیدگاه دوم موجب طرح نظریه دور هرمنوتیکی شد (Inwood, 2005: 368). درحقیقت، هرمنوتیک فلسفی چالش‌های جدیدی، از جمله دور هرمنوتیکی را در زمینه تفسیر ایجاد کرد.

دور هرمنوتیکی را نخستین‌بار اشلایرماخر بسط و توسعه داد که به رابطه کل و اجزای آن مربوط می‌شود، به این معنا که یک کل، مثلاً یک متن، فهم نمی‌شود مگر آنکه اجزای آن را فهم کنیم یا اجزا فهم نمی‌شود مگر آنکه کل را بفهمیم؛ پس تفسیر کل به تفسیر جزء آن و برعکس وابسته است. در ادامه سیر و تحول تاریخی هرمنوتیک، فلاسفه قرن بیستم، به‌طور عمده هیدگر و سپس هانس-گئورگ گادامر<sup>۲</sup> موضع بنیادی نسبت به دور هرمنوتیکی می‌گیرند و آن را یک ویژگی برای تمام دانش‌ها و کنش‌ها می‌دانند. نزد آنان دیگر هرمنوتیک فقط روش علوم انسانی نیست؛ بلکه تفسیر بخشی از ویژگی محدود و معین در تمام دانسته‌های بشری

---

1. Martin Heidegger

2. Hans – Georg Gadamer

است. دانش به‌عنوان یک عمل فرهنگی و نیز پیش‌داوری مطرح می‌شود که در تمام قضاوت‌ها غیرقابل حذف است. تأکید دیدگاه هرمنوتیک فلسفی آن است که فهم، استمرار یک سنت تاریخی و نیز استمرار گشودگی یا نبود انحصارگرایی در گفتگوهاست که در آن پیش‌داوری‌ها به چالش کشیده می‌شود و افق‌های فکری توسعه می‌یابد (Bohman, 1999: 378). بنابراین، هرمنوتیک فلسفی سبب شد تا تفسیر و فهم پیش‌داوری‌های دانش را به چالش کشاند.

از این‌رو، هرمنوتیک فلسفی براساس مدل افلاطونی، گفتگو (دیالوگ) و پرسش و پاسخ با متن (آثار دیگران) است، البته چنین درک و فهمی دانش مطلق نیست، بلکه محدود و مشروط به موقعیت تاریخی ماست. افزون بر آن، چنین فهمی بی‌طرفانه نیست، زیرا ما علاقه به حقیقتی داریم که خود آن را فهم کرده‌ایم. درواقع، گادامر زمینه فهم را، به‌جای فردیت، زبان و دیالوگ می‌داند تا از خطر تفسیر دلخواهانه رها شود (Wright, 2005: 313). درباره تفکر اخلاقی گادامر گفته می‌شود که او نیز مانند افلاطون برای نظر و تفکر طرف مقابل خود احترام قائل بود و بر این باور که در گفتگو باید دیدگاه طرف مقابل خود را تقویت کنیم تا هر دو با هم به حقیقت برسیم، چراکه هدف گفتگو و مناظره، رضایت شخصی خود و پیروز شدن بر طرف مقابل نیست (Palmer, 2006: 3). حاصل آنکه هرمنوتیک فلسفی با اندیشه گادامر ادامه یافت، او زمینه فهم را دیالوگ افلاطونی می‌داند.

از منظر گادامر، هنگامی که فهم درباره علوم تحقق می‌یابد، ضرورتاً این فهم تاریخی است، یعنی متن آن چنان فهم می‌شود که موقعیت فعلی ایجاب می‌کند. به‌طور دقیق وظیفه هرمنوتیک تاریخی همین است که چالش میان ماهیت یک موضوع و شیء معین از یک‌سو، و ماهیت آن موضوع در موقعیت‌های متفاوت از سوی دیگر را مورد بررسی قرار دهد. گادامر اعتقاد دارد که هیدگر آغازگر این توجه به اهمیت آگاهی تاریخی در بحث هرمنوتیک علوم انسانی است (Gadamer, 2004: 308). خود گادامر نیز در این راستا معتقد است منابع تاریخی به ما کمک می‌کند تا آنچه را متن قصد بیان آن را ندارد فهم کنیم، البته ما این تفسیر را در متن می‌یابیم (Ibid. : 335).

گادامر دیدگاه متفکران پیشین را درباره هرمنوتیک تکمیل کرده و معتقد است فهم همان تفسیر است. به بیان دیگر، تفسیر همان بیان تفصیلی و آشکار فهم است. بنابراین، نزد او امتزاج درونی فهم و تفسیر به پدیداری عنصر سوم هرمنوتیک یعنی «کاربرد» منجر می‌شود. همچنین او می‌اندیشد که فهم یک متن به کاربرد آن متن در موقعیت فعلی مفسر منوط است؛ سپس نتیجه می‌گیرد که فهم، تفسیر و کاربرد هر سه آنها فرایندی متحد را تشکیل می‌دهد (Gadamer, 2004: 307). در اینجا، گادامر عنصر سوم هرمنوتیک یعنی کاربرد را معرفی می‌کند.

مسئله هرمنوتیک از منظر گادامر، مسئله حقوقی است و آن خلق معانی جدید و معاصر از دل متون سنتی است. او اعتقاد دارد این هرمنوتیک حقوقی است که می‌تواند معانی موجود را در سنت با فهم پیش‌داوری‌ها دریاورد - آن پیش‌داوری‌هایی که با سنت، مسائل معاصر خود را در زمان گذشته پیش برده و هدایت می‌کرد. در نتیجه، حقوق‌دان ناچار است روح قوانین در سنت گذشته را با نیازهای جوامع معاصر وفق دهد (Goodrich, 1998: 508). در حقیقت، گادامر معنای مورد نظر خود را از هرمنوتیک در هرمنوتیک حقوقی می‌یابد.

گادامر اعتقاد دارد در هرمنوتیک حقوقی و نیز هرمنوتیک کلامی (که در اینجا مورد بحث نیست)، یک کشمکش ذاتی میان متن از یک سو و معنایی که با کاربرد متن در زمان واقعی تفسیر حاصل می‌شود از سوی دیگر، وجود دارد؛ زیرا فلسفه وجودی قانون آن نیست که ما از آن درک و فهم تاریخی داشته باشیم، بلکه وجود قانون به این منظور است که با تفسیر آن، قانون شکل و صورت واقعی پیدا کند و در ضمن اعتبار حقوقی نیز داشته باشد. همچنین در این راستا وجود متون مقدس نیز به این منظور نیست که به عنوان متون تاریخی فهم شود؛ بلکه باید فهم آنها به گونه‌ای باشد که اکنون یا در هر موقعیت واقعی اثرگذار باشد. این امر اشاره به این دارد که فهم درست یک متن حقوقی یا کلامی آن است که باید در هر موقعیت واقعی، فهم جدید و متفاوتی از متن به دست آید؛ ضمن آنکه فهم و تفسیر یک متن همان کاربرد آن است. از این رو، گادامر هرمنوتیک حقوقی و کلامی را مدل حقیقی هرمنوتیک

تلقى می‌کند (Gadamer, 2004: 308). او بر آن است که برای فهم واقعی یک متن فقط باید آن را تفسیر کرد، البته تفسیر نیز باید مقید به آن متن باشد و عمل کاربرد یا تطبیق نباید مفسر را از متن دور کند (Ibid.: 328). گادامر در تفسیر متن قانون، امتزاجی از پابندی به متن و نیز کاربرد آن در موقعیت فعلی ایجاد کرده است.

## ۲. چالش‌های ماده (۹۶۸) قانون مدنی

ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران 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». این ماده قانونی که در سال ۱۳۱۳ به تصویب قانونگذار ایرانی رسیده است، به‌عنوان یکی از قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای و تنها ماده مربوط به تعهدات ناشی از قراردادهاست. به این معنا، هنگامی که اختلاف مربوط به یک قرارداد تجاری بین‌المللی به دادگاه یا داوری ارجاع می‌شود و لازم است قاضی یا داور قاعده حل تعارض، سیستم حقوقی ایران را اعمال کند، باید ماده (۹۶۸) را به کار گیرد.

انعقاد قرارداد که عملی حقوقی است، اگر تابع حقوق ملی کشور معینی باشد، زمانی اعتبار می‌یابد که طبق قانون همان کشور منعقد و اجرا شود، اما قراردادهایی که تابع حقوق بین‌الملل خصوصی باشد، یعنی یک عنصر بین‌المللی در آن دخالت داشته باشد به حقوق دو یا چند کشور مربوط می‌شود. در این شرایط، مسئله این است که هنگام بروز اختلاف‌های ناشی از رابطه قراردادی، قانون کدام کشور از میان چند کشور مربوطه در قرارداد قابل اجراست؟ نخستین پاسخ آن است که سیستم‌های گوناگون حقوقی، قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی را که طرفین تعیین کرده‌اند، نافذ و قانونی دانسته‌اند. درواقع، به‌تبع آزادی بودن قراردادهای، اصل آزادی اراده در تعیین قانون قابل اجرا شناخته شده است.

دشواری مسئله هنگامی است که اراده طرفین به‌طور صریح یا ضمنی در قرارداد معین نشود در این صورت، قاعده‌های تعارض قوانین درباره قراردادهای به کار می‌آید.

ماده (۹۶۸) قانون مدنی که تنها قاعده حل تعارض مربوط به تعهدات قراردادی محسوب می‌شود، در صورت ایجاد تعارض و آشکار نبودن اراده طرفین در قرارداد، راه‌حلی ارائه می‌دهد.

در اینجا لازم به یادآوری است که هرچند ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران ظاهراً از حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه یا برخی کشورهای اروپایی وارد سیستم حقوقی ایران شده است (الماسی، ۱۳۸۸: ۳۴۶) اما براساس تغییراتی که در ذیل آن انجام شده است، تفاوت عمده‌ای میان مقررہ ایرانی با آنچه در سایر سیستم‌ها بوده، وجود دارد. در آن سیستم‌ها، قرارداد یا تعهد ناشی از عقود تابع قانون محل انعقاد عقد است مگر آنکه متعاقدين آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. این در حالی است که در ذیل ماده (۹۶۸) با عبارت «مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده ...» این حق و اختیار از طرف ایرانی سلب شده است. امروزه اغلب سیستم‌های حقوقی جهان این آزادی را برای طرفین قرارداده‌ها با هر تابعیتی به رسمیت می‌شناسند. اما متن مذاکرات مجلس، در زمان تصویب ماده یادشده، تردیدی باقی نمی‌گذارد که نظر قانونگذار این بوده است که یک ایرانی در قرارداد خود با یک خارجی نتواند قانون خارجی را انتخاب کند.

از جمله چالش‌های موجود در این ماده یکی آن است که براساس منطوق ماده یادشده، قاعده تعارض فقط در مورد قراردادهای منعقد در ایران قابل اجراست؛ دوم آنکه، هنگامی که اتباع ایران در خارج از ایران قراردادی منعقد کنند حق ندارند قانون ایران را بر تعهدات ناشی از قرارداد خود حاکم کنند (نصیری، ۱۳۸۳: ۱۲۰). درحقیقت، این دو چالش براساس تفسیر احتیاطی از ماده مورد بحث حاصل می‌شود. ابهام موجود در این ماده قانونی، درخصوص استقلال اراده طرفین در جهت تعیین قانون حاکم، چالش‌هایی را ایجاد کرده است. دسته‌ای از حقوق‌دانان معتقدند منطوق ماده (۹۶۸) دلالت بر امری بودن آن دارد و طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم، فاقد استقلال اراده هستند. آنان قائلند این ماده امری است هرچند محتوای آن ناقص باشد یا حتی درخصوص محدودیت طرف ایرانی، دور از منطوق حقوقی به نظر آید.

اما دسته دیگر از حقوق دانان بر این باورند که نباید از مبانی حقوق قراردادهای اعراض کرد، بلکه ضروری است قاعده بنیادین حاکمیت اراده بر قرارداد مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، آنان به اختیاری بودن محتوای ماده گفته شده، قائل هستند.

### ۳. امری بودن ماده (۹۶۸) قانون مدنی

برخی از حقوق دانان اعتقاد دارند طرفین قرارداد فاقد استقلال اراده در تعیین قانون حاکم هستند بلکه «حاکمیت قانون محل وقوع اعمال حقوقی نتیجه اصلی منطقی حاکمیت حکومتها نسبت به اعمال واقعی حادث در سرزمین آنهاست که اصلی مورد قبول وجدان حقوقی در جامعه بین‌المللی است» (شهیدی، ۱۳۷۶: ۵۳). درحقیقت، منظور آن است که این رویداد ناشی از اصل سرزمینی بودن اعمال حقوقی، از جمله قراردادهاست. با این توضیح که ماده (۵) قانون مدنی ایران<sup>۱</sup> حاکم بر اعمال مادی و حقوقی تمامی ساکنان سرزمین ایران است. در نتیجه براساس این ماده، اشخاصی که در ایران، چه اتباع ایرانی و چه اتباع خارجی، قرارداد منعقد می‌کنند باید تابع قانون ایران باشند. همچنین در مواردی از جمله، شرایط صحت و اعتبار قرارداد و حل و فصل اختلاف ناشی از قرارداد باید از قانون ایران به عنوان قانون حاکم پیروی کنند. از این رو، طرفین قرارداد در این خصوص استقلال اراده ندارند.

بعضی دیگر از اساتید حقوق در تفسیر ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران اظهار می‌کنند «بخش دوم این ماده راه حل رفع تعارض قوانین در روابط بین‌المللی است نه نتیجه حاکمیت اراده» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۵۸۰). ایشان (کاتوزیان) قائل است براساس این ماده، انتخاب قانون از سوی دو طرف قرارداد در صورتی مؤثر تلقی می‌شود که هر دو خارجی باشند (همان). بدین ترتیب، کاتوزیان معتقد است در صورت به وجود آمدن امری باید به تفسیر محدود این ماده قانونی اقدام کرد (همان، ۱۳۸۲: ۲۲۵)؛ هر چند تفسیر محدود موجب شود استقلال اراده قراردادی را تنها برای طرفین خارجی، و نه

۱. ماده (۵) قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

ایرانی، مؤثر بدانیم.

برخی از نویسندگان حقوقی نیز تفسیر ماده (۹۶۸) مبنی بر اختیاری دانستن را اجتهادی در مقابل نصّ قلمداد می‌کنند و بر این باورند که ماده یادشده تاب چنین تفسیری را ندارد. از جمله استدلال‌هایی که بر این ادعای خود می‌آورند: ۱. از آنجاکه ماده (۹۶۸) از قواعد حل تعارض است پس این‌گونه قاعده‌ها باید مضیق و محدود و مطابق با نظر مقنن تفسیر یا به‌کار گرفته شود و نمی‌تواند تابع نظر افراد باشد یا به‌طور موسع تفسیر شود. ۲. قواعد حل تعارض به‌طور کلی به اصل حاکمیت کشورها مربوط می‌شود و هر کشور در تعیین قانون حاکم بر یک موضوع مشخص از اختیار کامل برخوردار است. در نتیجه، چنین قواعدی نمی‌تواند اختیاری باشد. ۳. سیاق عبارت این ماده حکایت از غیراختیاری بودن آن دارد، زیرا پس از بیان حکم کلی تنها استثنای مورد نظر را مطرح می‌کند. بنابراین، در غیر حالت استثنا باید به حکم کلی موجود در ابتدای ماده مراجعه کرد. ۴. افزون بر صراحت مذاکرات نمایندگان مجلس هنگام تصویب ماده (۹۶۸)، همچنین، تغییر شکل ماده یادشده از متون مشابه خارجی آن دلالت دارد که قانونگذار قصد خاصی در محدود کردن ایرانی‌ها برای انتخاب قانون حاکم بر قراردادشان داشته است. از این‌رو، تفسیر اختیاری کردن این ماده، موجب نادیده انگاشتن هدف قانونگذار می‌شود (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۳۲). نویسندگان حقوقی مذکور با استدلال‌های چهارگانه فوق در حقیقت اجباری و امری بودن ماده مورد بحث را ترجیح می‌دهند.

بعضی دیگر نیز، در جهت منطقی جلوه دادن این ماده و سلب اختیار و اراده از طرف ایرانی گفته‌اند، مصلحت نیست طرف ایرانی خود را درگیر سیستم حقوقی خارجی کند که برای او ناآشنا است، در جایی که مشاوران ایرانی او نیز به جهت عدم شناخت کافی از آن، نمی‌توانند او را یاری رسانند (ایرانپور، ۱۳۸۱: ۸۲). البته آشکار است که امروزه با توجه به روابط تجاری گسترده میان تجار در سطح بین‌الملل و آشنایی مشاوران حقوقی با قوانین و مقررات کشورهای دیگر این فرض صحیح به نظر نمی‌رسد.

دیدگاه بیان شده مبنی بر امری بودن ماده (۹۶۸)، مشکلات عدیده‌ای را در روابط

تجاری بین‌الملل به‌ویژه برای طرف ایرانی ایجاد کرده است و در نتیجه، مورد نقد شدید جامعه حقوقی قرار گرفته است. از این‌رو، برخی حقوق‌دانان در مقابل، استدلال‌هایی به‌نفع غیرامری بودن این ماده آورده‌اند.

#### ۴. اختیاری بودن ماده (۹۶۸) قانون مدنی

نخست می‌توان در راستای رد امری بودن ماده، به‌ویژه در پاسخ به استدلال حاکمیت دولت‌ها این استدلال را مطرح کرد که این دیدگاه یا دکترین کلاسیک مربوط به آن دوره تاریخی بوده است که قراردادهای به‌عنوان یکی از موارد و مسائل مطرح در مبحث تعارض قوانین تحت حاکمیت دولت‌ها بوده است. در نتیجه، حتی تابعیت خارجی دوطرف قرارداد به حاکمیت قانون دیگری منجر نمی‌شد و اعمال حقوقی از جمله قراردادها، در هر صورت تابع قانون محل انعقاد قرارداد و در حقیقت، کشور محل ایجاد عقد بوده است. اما امروزه این دکترین به‌دلیل جزمیت‌گرایی و عدم انطباق با واقعیت‌های قراردادهای تجاری بین‌المللی به فراموشی سپرده شده است. بنابراین، منطقی به‌نظر نمی‌رسد که قانونگذار ایرانی در سال ۱۳۱۳ راه‌حل حاکمیت دولت‌ها را برگزیده باشد در حالی که مرجع اروپایی تدوین قانون مدنی ایران چند دهه پیش از آن به سبب عدم تناسب با شرایط اقتصادی زمان خود، آن را نادیده گرفته است (همان: ۷۸). همچنین، می‌توان افزود که اگر مقنن ایرانی به اصل حاکمیت دولت‌ها در خصوص قراردادها قائل بود، با لحاظ مفاد ماده (۵) قانون مدنی ایران (که تمام ساکنان ایران را تحت حاکمیت قانون ایران محسوب می‌کند) چه ضرورتی برای تدوین ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران وجود داشته است؟ از این‌رو، رویکرد عدم استقلال اراده قراردادی ناشی از حاکمیت دولت‌ها مخدوش به‌نظر می‌رسد.

برای برطرف کردن برخی آثار نامطلوب ماده (۹۶۸)، تعدادی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل خصوصی (نصیری، ۱۳۸۳: ۱۲۱؛ الماسی، ۱۳۸۸: ۳۴۶؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۴۱۵) به تفسیری موسع از ماده یادشده اقدام کرده‌اند و قائل به اختیاری بودن آن شدند. یکی از این استدلال‌ها با تعریف قرارداد آغاز می‌شود: قراردادهای اثر

ارادی اشخاصی است که آن را در جهت ایجاد رابطه حقوقی میان خود پدید می‌آورند و در نتیجه، هر طرف ضمن داشتن حقوقی، تعهد یا تعهدهایی را به نفع طرف دیگر برعهده می‌گیرد. قراردادها با توجه به موضوع یا شرایطی که مورد نظر است بسیارند و با گذر زمان بر تنوع و پیچیدگی آنها افزوده می‌شود اما نقطه مشترک میان تمام قراردادها ویژگی ارادی بودن آنهاست (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۴۰۷). بنابراین اصل حاکمیت اراده درباره ماده (۹۶۸) نیز قابل اجرا است.

ماده (۱۰) قانون مدنی<sup>۱</sup> نیز، به عنوان قانون ماهوی حاکم بر تعهدات قراردادی، به صراحت اصل آزادی قراردادی را اعلام می‌دارد. اصل آزادی قراردادی یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است، بدین معنا، اراده اشخاص بر قراردادهای آنان حاکم است و باید آزادی اراده را به عنوان اصل پذیرفت. منشأ این آزادی، واقعیت‌های اجتماعی و رعایت منافع اقتصادی اشخاص است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۴). از سوی دیگر، اطلاق ماده (۱۰) قانون مدنی تمامی افراد و مصادیق قراردادها را شامل می‌شود (امامی، ۱۳۶۶: ۴۵۵). از جمله افراد قراردادهای، توافق طرفین قراردادهای نسبت به قانون حاکم در ماده (۹۶۸) جهت حل و فصل اختلاف‌های قراردادی است. در حقیقت، قانون حاکم مولود و مخلوق قصد و اراده طرفین است که طبق ماده (۱۰) یادشده، نافذ و دارای اثر قانونی است.

همچنین ماده (۱۰) قانون مدنی پس از قبول و اعلام اصل حاکمیت اراده در قراردادهای، به عنوان اصل کلی حقوقی، حدود آن را به مخالفت صریح با قانون مقید کرده است. بدین معنا که قراردادهای خصوصی نباید مخالف صریح قانون باشد. منظور از اینکه قرارداد نباید مخالف صریح قانون باشد قطعاً این است که توافق اشخاص نباید مخالف قواعد آمره تلقی شود، اما آشکار است که قرارداد می‌تواند مخالف قوانین تکمیلی باشد (همان: ۴۸). حال با استناد به صدر ماده (۱۰) قانون مدنی می‌توان بر این باور بود که طرفین قرارداد می‌توانند کل قرارداد خود از جمله قانون حاکم بر

---

۱. ماده (۱۰) قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

قرارداد را هرگونه که می‌خواهند تنظیم کنند و تنها در صورت منع صریح قانون، این اختیار از آنان سلب می‌شود و از صدر ماده (۹۶۸) چنین منعی استنباط نمی‌شود. بنابراین، در زمینه قراردادها از جمله ماده (۹۶۸)، اصل بر حاکمیت اراده است و در مورد شک نیز باید به این اصل تمسک جست و به اختیاری بودن قرارداد حکم داد. افزون بر آن، یکی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل خصوصی (الماسی، ۱۳۸۸: ۳۴۴) عمده‌ترین دلیل بر اختیاری بودن ماده (۹۶۸) را این استدلال می‌داند که طبق قانون ایران قسمت عمده‌ای از مقررات ناظر به قراردادها، اختیاری است؛ بنابراین منطقی است که طرفین قرارداد بتوانند به دلیل تبعیت قواعد حل تعارض از قواعد ماهوی، نسبت به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و در حدود قوانین تکمیلی اقدام کنند. آنجا که ایشان به صراحت اعلام کرده است: اگر در تعهدات قراردادی دست‌کم در امور تجاری، اصل بر تخییری بودن مقررات ماهوی است، قاعده حل تعارض ناظر به آن نیز، به دلیل اصل تبعیت باید تخییری باشد.

استدلال دیگری که به نفع اختیاری بودن ماده (۹۶۸) گفته می‌شود، این است که برای توجیه مسئله باید به قواعد و اصول حقوقی استناد شود، مبنی بر اینکه تفسیر این ماده نباید با قواعد بنیادین حقوقی از جمله قاعده حاکمیت اراده بر قرارداد ناسازگار باشد. در واقع، همان‌گونه که قانونگذار نمی‌تواند اصل وفای به عهد، اصل لزوم رد امانت، اصل لزوم جبران ضرر و مانند آنها را نفی و انکار کند، همچنین به منتفی شدن اساس حاکمیت اراده بر قرارداد نیز نمی‌تواند حکم کند (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۳۵-۱۳۴). براساس این استدلال، اصل حاکمیت اراده در قرارداد از قواعد اساسی حقوقی محسوب می‌شود.

همچنین می‌توان این استدلال را در راستای اختیاری بودن ماده و حاکمیت اصل استقلال اراده برای طرفین مطرح کرد که براساس آن پذیرفتنی نیست حق آزادی اراده برای طرف ایرانی سلب شود زیرا اصل آزادی اراده مبتنی بر تابعیت نیست، یعنی تابعیت نقشی در پذیرش استقلال اراده قراردادی ندارد. اساساً مقوله استقلال اراده و آزادی قراردادی از امور متواطئ است و تابعیت بر آن تأثیر ندارد. مفهوم

کلی حاکمیت و استقلال اراده از اموری است که متعلق به انسان بما هو انسان و از ویژگی‌های انسان است و نمی‌تواند کاهش یا افزایش یابد. به این معنا که این مقوله مانند قصد و رضاست که از امور مشکک نیست بلکه متواطئ است. همان‌گونه که برای انعقاد قرارداد باید قصد و رضا وجود داشته باشد و این امر حداقل و حداکثری ندارد و بی‌ارتباط با تابعیت است؛ همچنین دو طرف قرارداد در ماده (۹۶۸) نیز باید استقلال اراده داشته باشند زیرا هریک از طرفین با هر تابعیت، انسان هستند و فرقی میان ایرانی و خارجی وجود ندارد (رفیعی، ۱۴۰۱: ۱۰۰).

بعضی پژوهش‌ها بحث امری یا تکمیلی بودن ماده (۹۶۸) را به‌ویژه درباره قراردادهایی که محل انعقاد آنها ایران است فاقد آثار عملی می‌دانند. بنابراین، حتی با فرض امری بودن صدر این ماده، خواه طرفین قرارداد هر دو ایرانی و یا یک طرف ایرانی باشد، در مورد قراردادهای منعقد شده در ایران و خارج از ایران می‌توانند حقوق حاکم بر قرارداد خود را انتخاب کنند؛ زیرا در صورتی که محل انعقاد قرارداد میان دو ایرانی یا یک ایرانی و خارجی، ایران باشد با لحاظ ماده (۱۰) قانون مدنی که مقرر می‌دارد قراردادهای خصوصی نافذ است پس قانون حاکم منتخب آنان نیز دارای آثار حقوقی است (پروین و اکبری رودپشتی، ۱۳۹۲: ۴۸).

اکنون، پس از تبیین معنای هرمنوتیک حقوقی و نیز بیان چالش ماده (۹۶۸) و یادآوری تمایز دو دیدگاه اصلی، مناسب است چگونگی اعمال هرمنوتیک حقوقی را در خصوص این ماده مطرح کنیم.

##### **۵. اعمال هرمنوتیک حقوقی نسبت به ماده (۹۶۸) قانون مدنی**

هرمنوتیک حقوقی مبتنی بر نظر گادامر نسبت به ماده قانونی یادشده، پیشنهاد اصلی این مقاله است و در اینجا، می‌توان آن را با اجرایی کردن پنج گام اساسی اعمال کرد. به این معنا که تفسیر ماده قانونی مورد بحث با لحاظ تمام پنج مرحله، مدنظر این پژوهش است.

۱. اگر براساس هرمنوتیک فلسفی، فهم را نبود انحصارگرایی مستمر بدانیم، در

این صورت گفتگوها و پرسش و پاسخها نسبت به متن، موجب به چالش کشیده شدن پیش‌داوری‌ها می‌شود و نیز افق‌های فکری را توسعه می‌بخشد. در زمینه ماده قانونی (۹۶۸) نیز اظهارنظرهای متعدد، طرح پرسش‌ها و چالش‌ها و از طرف دیگر، ارائه راه‌حل‌ها و پیشنهادها همان گفتگو با متن و محتوای ماده در راستای فهم عمیق آن است که با دیدگاه‌های متفاوت ابراز می‌شود. البته باید بدانیم که چنین درک و فهم کنونی نیز، دانش مطلق نیست، بلکه محدود و مشروط به موقعیت تاریخی خود ماست؛ دیگر آنکه، چنین فهمی بی‌طرفانه نیست. در واقع، گادامر زمینه فهم را گفتگو می‌داند تا متن را از خطر تفسیر دلخواهانه برهاند.

۲. گادامر می‌گوید منابع تاریخی به ما کمک می‌کند تا ما آنچه را متن قصد بیان آن را ندارد، فهم کنیم. منظور آن است که با تفسیر هرمنوتیکی متن، به معنایی ورای متن می‌رسیم؛ اگرچه الفاظ، معنایی مخالف به ما دهد اما روح متن را با توجه به منابع تاریخی می‌توان به دست آورد. برای ایجاد تناظر با مطلب هرمنوتیکی، باید سراغ زمان تصویب ماده (۹۶۸) در سال ۱۳۱۳ رفت. واقعیت تاریخی آن زمان به ما می‌گوید: در اکثر معاملات میان اتباع ایرانی و خارجی چنین شرط می‌شد که هنگام اختلاف به محکمه استیناف تاشکند مراجعه و در آنجا موضوع را حل و فصل کنند، یا با حکمیت روس‌ها موضع اختلاف را برطرف کنند یا اینکه روس‌ها قانون خود را به ایرانی‌ها تحمیل کرده و آنان نیز اغلب می‌پذیرفتند (نائینی، ۱۳۸۶: ۲۲۴). با توجه به شرایط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و نیز فرهنگ عمومی زمان تصویب این ماده، درمی‌یابیم که اعمال نفوذ کشورهای خارجی در ایران و برتری معاملاتی آنان گاهی سبب تضرر ایرانی‌ها می‌شد و ایرانیان را به پذیرش شروطی مجبور می‌کرد که اصلاً به نفع آنان محسوب نمی‌شد. اکنون، براساس هرمنوتیک حقوقی می‌توانیم معانی موجود در سنت و گذشته را همراه با پیش‌داوری‌ها (یعنی موقعیت و فرهنگ عمومی جامعه که بر ذهن نمایندگان مقنن حاکم بود) فهم کرده و دریابیم؛ پیش‌داوری‌هایی که در آن زمان، مسائل معاصر خود را پیش برده و هدایت می‌کردند. در آن زمان، نمایندگان مجلس با لحاظ شرایط موجود خود درصدد برآمدند از حقوق ایرانیان

حمایت کنند و دست‌کم معاملاتی را که در ایران منعقد می‌شد، مشمول قانون ایران قرار دهند که آشکار است هدف اصلی از وضع آن ماده قانونی، بهبود وضعیت معاملاتی بود که روس‌ها با ایرانیان در ایران منعقد می‌کردند (همان). به بیان دیگر، با مطالعه تاریخ مربوطه تلاش در فهم گذشته می‌کنیم، چراکه آنان نیز مانند ما در حال حاضر، فهم‌هایی از شرایط زمان خود داشتند و بر آن اساس امور خود را مدیریت می‌کردند. بنابراین، پس از این فهم از منابع تاریخی، احتمالاً اگر ما هم در آن موقعیت زمانی بودیم به تصویب چنین ماده قانونی اقدام می‌کردیم تا از تجار ایرانی حمایت شود. پس ما باید خود را جای آنان قرار داده و آنان را در آن موقعیت فهم کنیم.

۳. گادامر معتقد است تفسیر، همان بیان تفصیلی و آشکار فهم است بنابراین، نزد او امتزاج درونی فهم و تفسیر به پدیداری عنصر سوم هرمنوتیک یعنی «کاربرد» منجر شده است. او می‌اندیشد که فهم یک متن به کاربرد آن متن در موقعیت فعلی مفسر منوط است؛ سپس، نتیجه می‌گیرد که فهم، تفسیر و کاربرد هر سه یک فرایند متحد را تشکیل می‌دهد. بنابراین، برای ارائه تفسیری موجه، مفسر باید بتواند از زمان گذشته آن ماده قانونی را به زمان اکنون خود آورد و به‌صورت کاربردی و تطبیق با شرایط روز جامعه‌اش از آن بهره‌گیرد. در این صورت، مفسر نتیجه کاربرد قانون را در شرایط حاضر بررسی کند تا ببیند آیا همان پیامد مثبت در حال حاضر نیز حاصل می‌شود یا خیر؟

۴. گادامر اعتقاد دارد در هرمنوتیک حقوقی، یک کشمکش ذاتی میان متن از یک‌سو و معنایی که با کاربرد متن در زمان واقعی تفسیر حاصل می‌شود از سوی دیگر، وجود دارد؛ زیرا فلسفه وجودی قانون آن نیست که ما از آن درک و فهم تاریخی داشته باشیم، بلکه وجود قانون به این منظور است که با تفسیر آن، قانون شکل و صورت واقعی پیدا کند که درضمن، اعتبار حقوقی نیز داشته باشد. به بیان دیگر، قرار نیست یک تفسیر انتزاعی از متن قانون داشته باشیم بلکه باید قانون اکنون برای ما در این زمان قابل عمل کردن باشد و از اعتبار نیز برخوردار باشد. یکی از نویسندگان حقوقی که ماده (۹۶۸) را امری می‌داند (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۳۳)، معتقد است برای

به دست آوردن درک بهتر و تفسیری موجه باید مصلحت زمان تصویب را مدنظر قرار داد و مذاکرات نمایندگان قبل از تصویب ماده و همچنین وضعیت سیاسی - اقتصادی ایران در زمان تصویب مورد توجه قرار گیرد (نائینی، ۱۳۸۶: ۴۹ و ۱۶۴۸). افزون بر این، او در ادامه توضیح دیدگاه خویش می‌گوید در ایران آن زمان، موضوع استعمار و استعمارگری خارجی‌ها مطرح بوده است و معمولاً خارجی‌ها به ایران می‌آمدند و با طرف‌های ایرانی در ایران وارد قراردادهای تجاری و به‌ویژه قراردادهای اکتشاف و بهره‌برداری نفت، معادن و خرید و فروش لوازم و محصولات آنها می‌شدند؛ این در حالی بود که ایرانی‌ها نسبت به خارجی‌ها از قدرت معاملاتی ضعیف‌تری برخوردار بودند (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۲۸). اما به نظر می‌رسد نیکبخت (۱۳۷۹) فقط در پی داشتن فهم و تفسیری تاریخی از ماده مورد بحث بوده و تا همان نقطه از تاریخ متوقف مانده است. اینجاست که اعمال هرمنوتیک حقوقی به کار می‌آید، بدین معنا که ضمن فهم عمیق و مناسب از زمان گذشته، می‌توان با اطمینان، تفسیر کاربردی نسبت به قانون را اعمال کرد، زیرا قانون برای عمل کردن در زمان حاضر است. بنابراین، فهم درست یک متن حقوقی آن است که در هر موقعیت واقعی، فهم جدید و متفاوتی از متن به دست آید. درحقیقت، فهم و تفسیر یک متن قانونی باید برای ما در این زمان قابل عمل کردن و اعتبار باشد.

۵. حقوق‌دان ناچار است روح قوانین در سنت گذشته را با نیازهای جوامع معاصر وفق دهد. گادامر بر آن است که برای فهم واقعی یک متن فقط باید آن را تفسیر کرد، البته تفسیر نیز باید مقید به آن متن باشد و عمل کاربرد یا تطبیق نباید مفسر را از متن دور کند. در راستای کاربرد ماده (۹۶۸) در موقعیت کنونی بایسته است توجهی به توسعه روزافزون فعالیت‌های تجاری بین‌المللی داشته باشیم، قراردادهایی که در جهان برای کالاها، سرمایه‌گذاری‌ها، استفاده از خدمات فنی و اختراعات ثبت شده و مانند آن، منعقد می‌شود. افزایش رقابت‌های اقتصادی، به پیشرفت اقتصادی منجر شده و تمایل تاجران و شرکت‌های تجاری را به انجام معاملات و فعالیت‌های گسترده اقتصادی افزایش داده است. همچنین، این توسعه موجب شد

تا نوع و تعداد اختلاف‌های ناشی از فعالیت‌های اقتصادی و بین‌المللی نیز افزایش یابد. در نتیجه، به قوانین متحدالشکل جهانی در خصوص اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی بیش‌ازپیش احساس نیاز می‌شود. از جمله اسنادی که در این زمینه می‌توان به آنها اشاره کرد، عبارتند از: ۱. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین؛ ۲. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۰؛ ۳. مقررات راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادهای مصوب ۲۰۰۸؛ ۴. اصول لاهه راجع به قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی مصوب ۲۰۱۵. در این راستا، بایسته است تفسیر ماده یادشده هماهنگ با رویکرد جهانی منعکس در اسناد بین‌المللی، مبنی بر احترام به اصل حاکمیت اراده باشد.

#### ۶. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

ابهام موجود در ماده قانونی (۹۶۸)، در خصوص استقلال اراده طرف ایرانی و خارجی چالش‌هایی را ایجاد کرده است. دسته‌ای از حقوق‌دانان معتقدند منطوق ماده دلالت بر امری بودن آن دارد و طرفین قرارداد در تعیین قانون حاکم، فاقد استقلال اراده هستند. اما دسته دیگر از حقوق‌دانان بر این باورند که نباید از مبانی حقوق قراردادهای اعراض کرد، بلکه ضروری است قاعده بنیادین حاکمیت اراده بر قرارداد مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، آنان به اختیاری بودن محتوای ماده گفته شده، قائل هستند.

چنانکه ملاحظه شد در این جستار، هرمنوتیک حقوقی گادامر انتخاب شده و نسبت به تفسیر ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران اعمال شده است، زیرا نگارنده معتقد است با اعمال فن هرمنوتیک حقوقی بسیاری از تناقضات تفسیری نسبت به این ماده حل‌شدنی است. درواقع، با اجرایی کردن پنج گام اساسی هرمنوتیک حقوقی گادامر، ماده قانونی مورد بحث تفسیر شده است.

بدین صورت، با فهم منابع تاریخی در زمان وضع ماده (۹۶۸) درمی‌یابیم که هدف اصلی قانونگذار، حمایت از تاجران ایرانی و بهبود وضعیت معاملاتی ایرانیان بوده

است. بر این اساس، برای ارائه تفسیری موجه از ماده یادشده، مفسر باید ببیند از تفسیر او در چه صورتی همان پیامد مثبت برای ایرانیان در زمان کنونی نیز حاصل می‌شود. همچنین، مفسر با لحاظ تفسیر کاربردی و نیز تطبیق روح این ماده قانونی با نیازهای جامعه معاصر باید محدودیت ماده (۹۶۸) نسبت به تاجران ایرانی را برطرف کند که مانع بزرگی در مسیر رشد و شکوفایی اقتصادی کشور است و ایران و ایرانی را از مسیر انزوا خارج کند. فهم و تفسیر کنونی از شرایط داخلی و بین‌المللی می‌طلبد تا با توجه به توسعه روزافزون فعالیت‌های تجاری بین‌المللی و نیز با لحاظ کردن محتوای اسناد بین‌المللی، احترام به اصل حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌المللی برای ایرانیان نیز به رسمیت شناخته شود.

براساس تحلیل نهایی مقاله، تفسیر ماده (۹۶۸) باید مقید به متن باشد و عمل تطبیق یا کاربرد مفسر نباید او را از متن دور کند. درحقیقت، مفسر با فهم عمیق متن ماده قانونی و فهم منابع تاریخی زمان وضع آن و نیز براساس فهم مشترک جامعه حقوقی از روح این قانون و با در نظر داشتن هدف مقنن، به تفسیر جدید دست می‌یابد. این تفسیر به‌گونه‌ای است که اگر حمایت از طرف ایرانی، دادن حق استقلال اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد است، این حق براساس یک اصل بنیادین حقوقی به او اعطا می‌شود؛ و اگر قاضی حل اختلاف تشخیص دهد با حاکمیت قانون کشور دیگر، حمایت کافی از طرف ایرانی نمی‌شود، با حاکم دانستن قانون ایران بر قرارداد او به حمایت قانونی طرف ایرانی حکم می‌دهد.

حاصل آنکه در این تفسیر هرمنوتیکی، هم روح قانون و هدف قانونگذار فهم و تفسیر می‌شود و هم واقعیت‌های کنونی جامعه ایران متأثر از جامعه جهانی مورد ملاحظه قرار می‌گیرد.

## منابع و مأخذ

۱. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۸). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ هشتم، تهران، انتشارات میزان.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۶۶). *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ ششم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامیة.
۳. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۱). «شناسایی و یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی* (دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، ش ۵۸.
۴. پروین، فرهاد و عظیم اکبری رودپشتی (۱۳۹۲). «رویکردی تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادهای»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۸۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیستم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۰). *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص سیدحسین صفایی، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر.
۷. رفیعی، محمدتقی (الف ۱۴۰۱). *حقوق تطبیقی*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد.
۸. ——— (ب ۱۴۰۱). «تقریرات درس حقوق بین‌الملل خصوصی»، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
۹. ریخته‌گران، محمدرضا (۱۳۷۸). *منطق و مبحث علم هرمنوتیک (اصول و مبانی علم تفسیر)*، تهران، نشر کنگره.
۱۰. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). *حقوق بین‌المللی خصوصی*، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان.
۱۱. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۱). «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۸.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۷۶). «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی* (دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، ش ۲۰-۱۹.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات به‌نشر.
۱۴. ——— (۱۳۸۲). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چاپ سی‌وسوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. ——— (۱۳۹۹). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ پنجاه‌ونهم، تهران، انتشارات میزان.
۱۶. نائینی، احمدرضا (۱۳۸۶). *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، چاپ اول، تهران، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۷. نصیری، محمد (۱۳۸۳). *حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوقی ایران*، تهران، انتشارات امیرکبیر.

۱۸. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۹). «ماده (۹۶۸) قانون مدنی و ماده (۲۷) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی (دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، ش ۳۲-۳۱.

19. Boeckh, Philip August (2006). *'Philological Hermeneutics'*, *The Hermeneutics Reader*, Edited by Kurt Mueller-vollmer, The Continuum International Publishing Group, New York.
20. Bohman, James (1999). *'Hermeneutics'*, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Edited by Robert Audi, Cambridge University Press.
21. Gadamer, Hans-Georg (2004). *Truth and Method*, Second Revised Edition, Translation Revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, Continuum Publishing Group, London and New York.
22. Goodrich, Peter (1998). *'Legal Hermeneutics'*, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 5, Routledge Publishing, London.
23. Inwood, Michael (2005). *'Hermeneutics'*, *The Shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Edited by Edward Craig, Routledge Taylor & Francis Group.
24. Makkreel, Rudolf Adam (1999). *'Wilhelm Dilthey'*, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Edited by Robert Aud, 2nd Edition, Cambridge University Press.
25. Palmer, Richard E. (2006). *'Gadamer, Hans-Georg'*, *Encyclopedia of Philosophy*, 2nd Edition, Vol. 4, Edited by Donald M. Borchert, Thomson Gale Corporation.
26. Schleiermacher, Friedrich D.E. (2006). *'Foundations: General Theory and Art of Interpretation'*, *The Hermeneutics Reader*, Edited by Kurt Mueller-Vollmer, The Continuum International Publishing Group, New York.
27. Wright, Kathleen (2005). *'Gadamer, Hans-Georg'*, *The Shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Edited by Edward Craig, Routledge Taylor and Francis Group.