

# تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی

محمود باقری\*

تاریخ دریافت: ۸۵/۵/۱

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران

تاریخ تأیید: ۸۵/۹/۳۰

## چکیده

با ظهور حقوق اقتصادی و فلسفه نفع‌گرایی در حقوق خصوصی، مسائل و مشکلات جدیدی در محافل علمی-حقوقی مطرح شده است. این مقاله در پی آن است تا آثار حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی را در حقوق بین‌الملل خصوصی، ارزیابی کند. از آن جا که اصولاً نظام حل تعارض قوانین مبتنی بر اصل بی‌طرفی نسبت به ملاحظات سیاسی و اجتماعی است، ظهور انواع مقررات عمومی و این نظر که حقوق خصوصی می‌تواند به عنوان ابزاری برای اجرای سیاست‌های عمومی و عدالت اجتماعی مورد استفاده قرار گیرد، نظام حل تعارض قوانین را با چالش رو به رو می‌کند. در پاسخ به این تحولات و با توجه به تغییراتی که در جامعه جهانی به وجود آمده است، این مقاله ضمن نقد و بررسی نظام‌های متداول حل تعارض قوانین، تلاش خواهد کرد به یک راه حل جامع و منصفانه دست یابد. این مقاله با تکیه بر تمایز بین عدالت توزیعی و عدالت اصلاحی در روابط داخلی و بین‌المللی، بر این نکته تأکید دارد که حوزه بین‌الملل خصوصی بایستی از ملاحظات عدالت توزیعی و منفعت عمومی عاری باشد.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، فلسفه حقوق، نفع‌گرایی، حقوق خصوصی، حقوق اقتصادی.

## مقدمه

اساساً اختلاف طرفین یک قرارداد بین‌المللی بر سر مسائل ماهوی رخ می‌دهد. لذا اختلاف ماهوی که مبنای اصلی دعوی قراردادی است، رشته پیوند دعوی قضایی است و جریان دادرسی را انسجام می‌بخشد. در دعوی قراردادی ممکن است نفس وجود قرارداد و در نتیجه رضا یا عدم اهلیت طرفین، مورد تردید قرار گیرد. هر یک از طرفین ممکن است مدعی شود که قرارداد از اساس باطل است. همچنین امکان دارد در مواردی طرفین بدون به چالش کشیدن صحت قرارداد در مورد

\* استاد مدعو کالج کوئین مری دانشگاه لندن و دانشگاه برنل انگلستان. از آقای محمد تقدیر که در تهیه این مقاله و آقای عباسعلی عارقی و خانم‌ها سمیه میری، رقیه احمدقشلاقی و فاطمه آقائی که در ویرایش این مقاله مرا یاری دادند کمال تشکر را دارم. از داوران محترمی که با نظرات سازنده خود باعث ارتقاء کیفیت این مقاله شدند قدردانی می‌شود.

جنبه‌ای ماهوی اختلاف پیدا کرده و در نتیجه از یک مرجع ثالث تقاضای فصل خصومت کنند. در این مقاله در میان علل مختلف دعوا، تأکید بر مواردی است که منشأ اختلاف میان طرف‌ها یک امر مربوط به حقوق عمومی و جمعی است که بر حقوق و تعهدات خصوصی تأثیر دارد (Vischer, 1992:158).

در هر حال، رسیدگی به دعاوی خصوصی بین‌المللی مستلزم انتخاب قانون حاکم است (Libling, 1987:22-27). معمولاً طرفین یک قرارداد بین‌المللی قانونی را از پیش انتخاب می‌کنند تا بر روابطشان حاکم باشد با وجود این حتی در این صورت بر سر حدود و حتی وجود این انتخاب ممکن است دعاوی ماهوی بروز کند.

در سال‌های اخیر به دلیل اعمال واقعی یا ادعایی مقررات عمومی اقتصادی بین‌بست‌های قراردادی ناشی از استناد به حقوق عمومی و یا نفع عمومی در قراردادهای بین‌المللی، رخ نموده است. برای تعیین گستره بین‌المللی مقررات عمومی اقتصادی ملی یا اثر آن بر تعهدات قراردادی، دادرسان باید نظام حل تعارض قوانینی را بپذیرند که آنها را به سوی انتخاب یک قانون حاکم بر ابعاد حقوق عمومی دعوا و یک قانون حاکم بر ابعاد حقوق خصوصی، حسب مورد، هدایت کند. اصولاً قواعد حل تعارض در حقوق خصوصی که منحصراً مبتنی بر عدالت بین‌الطرفینی (عدالت اصلاحی) است کاربردی‌اند و بر این پیش‌فرض استوارند که قواعد حقوق خصوصی عاری از نفع‌گرایی و ملاحظاتی اجتماعی (عدالت توزیعی) می‌باشند. از این رو این قواعد به هنگام بروز اختلاف در خصوص حدود اعمال مقررات عمومی اقتصادی یا تعیین درجه منافع عمومی در قواعد حقوق خصوصی نا کارآمد هستند. آمیختگی حقوق خصوصی با اهداف جمعی و ظهور مقررات عمومی اقتصادی باعث بحران در حقوق بین‌الملل خصوصی شده است. در این مقاله در پی آن هستیم تا شمایی از معروف‌ترین نظام‌های حل تعارض قوانین را ترسیم کنیم و قابلیت آنها را برای دست یافتن به راه حلی که برای حل و فصل این نوع از دعاوی بین‌المللی عملی و منصفانه باشد، نشان دهیم.

## ۱- روش‌های متداول حل تعارض و ظهور مفاهیم جدید

### الف - خاستگاه قواعد حل تعارض قوانین

پیش از شکل‌گیری دولت‌های ملی، کشورها یا همگی نظام حقوقی مشترکی داشتند (مانند حوزه کشورهای اسلامی یا مسیحی) و یا اصلاً هیچ‌یک از هنجارهای حقوقی یکدیگر را به رسمیت نمی‌شناختند. نظام‌های تعارض قوانین کهن که در عصر یونان و روم وجود داشتند و بعدها به شکل نظام‌های تعارض قوانین قرون وسطی توسعه پیدا کردند، یک نظام معتبر تعارض قوانین به شکلی که ما امروز آن را می‌شناسیم محسوب نمی‌شوند. مثلاً در قرون وسطی کشورهای اسلامی و کشورهای اروپایی از نظام‌های حقوقی

مذهبی نسبتاً مشابهی پیروی می‌کردند. تنها با ظهور دولت ملی و به وجود آمدن نظام‌های حقوقی ملی در قرون هفدهم و هیجدهم بود که نیاز به یک نظام بین‌الملل خصوصی که بتواند هنجارهای حقوقی ملی و ذاتاً متفاوت را هماهنگ کند، آشکار شد. حقوق بین‌الملل خصوصی با تمایز بین قواعد ماهوی و قواعد رفع تعارض، یعنی تمایز بین قواعد ماهوی و قواعد ارجاع تشخیص می‌یابد (Juenger, 1993: 6-10; Koppenol, 1996: 113-121).

قواعد حل تعارض به دنبال سازگار ساختن هنجارهای ماهوی حقوقی کشورهای گوناگون در تعاملات حقوق بین‌الملل خصوصی هستند. با وجود این، این تعریف بر یک فرض بنیادین بنا شده و آن این است که قواعد ماهوی با منشأ خارجی، همانند قواعد مقر دادگاه خصوصی و بی‌طرف‌اند. به بیان دیگر، قواعد رفع تعارض با حقوق خصوصی و بی‌طرفانه که منعکس‌کننده حس عدالت‌خواهی ملت خاصی است سر و کار دارند و برای اهدافی و برای عدالت در روابط خصوصی دو طرفه طراحی نشده‌اند. این نکته به قواعد تعارض قوانین به عنوان قواعدی عاری از هرگونه انگیزه‌های عدالت توزیعی تسری می‌یابد.

تحولات پیش آمده در روابط اجتماعی، قالب‌های حقوقی را نیز تحت تأثیر قرار داده است. قواعد انتزاعی و شکلی جای خود را به قواعد ماهوی، پیچیده‌تر و اجتماعی‌تر داده‌اند. اهداف اساسی قوانین به طور فزاینده‌ای به وضعیت اجتماعی افراد مرتبط می‌شود در حالی که براساس قواعد انتزاعی و شکلی افراد از جایگاه اجتماعی خود منفک تلقی می‌شوند. جوامع جدید عموماً از طریق ابزارهایی حقوقی عمل می‌کنند که دو ویژگی بارز دارند: (۱) این قواعد یا عدالت اصلاحی و نظام رفاه اجتماعی را با هم جمع می‌کنند (مثل حمایت از طرف ضعیف‌تر قرارداد و روند اختصاصی شدن قوانین)؛ (۲) یا صرفاً منافع عمومی را دنبال می‌کنند (مثل حقوق رقابت). با ورود گسترده منافع عمومی در پیکره حقوق خصوصی، بحران در حقوق بین‌الملل خصوصی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. اگر ما پدیده «جهانی شدن» و تحولاتی را که در روابط بین‌المللی رخ داده است در نظر آوریم، مسئله تطبیق قواعد حل تعارض قوانین با چنین وضعیت پیچیده‌ای، پیچیده‌تر می‌شود؛ اگر چه در برخی از حوزه‌ها نظرات و دیدگاه‌های «ملی» در حال محو شدن و یک سری هنجارهای جهانی در حال ظهور می‌باشند. با وجود این، بسیاری از ابزارها و نهادهای حقوقی به منظور اجرای اهداف ذاتاً ملی طراحی می‌شوند. این تحولات مستلزم ارزیابی کارایی رایج‌ترین نظام‌های حل تعارض قوانین است (Black, 1997: 196).

#### ب - نظریه قانون حاکم

یک گزینه ممکن برای حل و فصل دعاوی ناشی از حقوق عمومی، پیروی از نظریه قانون حاکم مطرح در حقوق انگلیس است. اگر چه در انگلستان این نظریه تقریباً به وسیله مقررات کنوانسیون رم منسوخ شده است، ولی همچنان در سرتاسر جهان این تئوری را به رسمیت می‌شناسند و از آن پیروی می‌کنند و هنوز در

بسیاری کشورهای دیگر که دارای نظام کامن لا هستند یک نظریه مؤثر است. به علاوه، بریتانیا حق عدم اعمال بخش‌هایی از کنوانسیون رم مانند ماده (۱)۷ را برای خود (به وسیله حق شرط) محفوظ داشته است. این عوامل و همچنین پاره‌ای دلایل نظری بررسی تئوری قانون حاکم را ضروری می‌سازد.

با این فرض که قواعد حقوق اقتصادی نمونه‌ای آشکار از قواعد آمره است، بسیاری کشورهای کامن لا قاعده آمره را اعمال نمی‌کنند مگر این که بخشی از حقوق مقر دادگاه یا بخشی از قانون حاکم قرارداد باشد (Mann, 1937:113 & Renold, 1991 :54-55).

همچنین کنترل قانون حاکم به آن معناست که قواعد آمره آن بر شروط قراردادی اعمال گشته و بر آنها برتری دارند (Mann, 1992: 397-408). شارحین کتاب تعارض قوانین دایسی و موریس (ویرایش یازدهم) قواعد آمره را قواعد حاکمه‌ای برشمرده‌اند که جزء حقوق قراردادها هستند اما اشاره این نویسندگان به «نظم عمومی» مفهوم عام و موسعی از قاعده آمره را بیان می‌کند که حقوق اقتصادی را هم در بر می‌گیرد. آنها ادعا می‌کنند که اگر قاعده آمره جزء حقوق مقر دادگاه یا جزء قانون حاکم نباشد به هیچ عنوان قابلیت اعمال ندارد (Dicey and Morris, 2000:1559).

ملاک دیگری که نظریه قانون حاکم را در برابر اعمال قواعد حقوق اقتصادی قرار می‌دهد، مسأله غیرقانونی شدن قرارداد است. طبق نظریه قانون حاکم اثر مقررات حقوق اقتصادی بر قرارداد عموماً در غیرقانونی شدن قرارداد جلوه می‌کند. ادعاهای مربوط به غیرقانونی شدن قرارداد ملاک‌های مفیدی برای بررسی جایگاه تئوری قانون حاکم هستند. گفته شده: «مسلم است قراردادی که بر اساس قانون حاکم غیرقانونی باطل است، باید باطل دانسته شود. حتی اگر غیرقانونی بودن بر مبنای قوانین مالیاتی آن نظام حقوقی باشد باز هم همین امر صادق است» (North and Fawcett, 1987: 483).

با این حال غیرقابل اجرا بودن و بطلان به یک معنا نیستند چون قراردادی که تحت حقوق انگلیس غیرقابل اجرا است، می‌توان گفت قطعاً باطل است و اصلاً قرارداد نیست. ولی اگر یک توافق، هر چند برخلاف حقوق انگلیس (مانند قرارداد دلالی برای ازدواج) تحت قانون حاکم غیرقانونی نباشد، نمی‌توان قاطعانه گفت که باطل بوده و اصلاً قرارداد نیست. این موافقتنامه سرمنشأ حقوق و تعهداتی است که قانوناً در هر جایی به غیر از انگلستان قابل اجرا می‌باشد. این یک قرارداد است ولی قراردادی که در دادگاه‌های انگلستان غیرقابل اجرا است. این موافقتنامه باید در برابر توافقی قرار گیرد که تحت قانون حاکم خارجی حاکم بر خودش (نیز) غیرقانونی است و نمی‌تواند سرمنشأ حقوق و مسئولیت‌های قانونی قابل اجرا تحت آن قانون باشد. از این تحلیل چنین استنباط می‌شود که اگر یک نظام حقوقی که صحت قرارداد را فراهم می‌کند حاوی قواعدی ممنوع کننده باشد، قرارداد غیرقانونی و در نتیجه باطل و غیرقابل اجرا خواهد شد. به بیان دیگر، اگر یک قانونی خارجی بر قرارداد حاکم است،

دادگاه‌ها معمولاً اجازه می‌دهند بر مبنای این قانون تعیین شود که آیا قرارداد غیرقانونی است یا خیر. در حالی که اگر این کار انجام نشود و غیرقانونی بودن قرارداد از نظام حقوقی دیگری ناشی شده باشد، قرارداد ممکن است فقط قابلیت اجرای خود را از دست بدهد. براساس این رویکرد در بعضی موارد قابلیت اعمال یا عدم قابلیت قواعد حقوق عمومی مشروط به این می‌شود که آیا این قواعد بخشی از قانون حاکم هستند یا خیر. در حالی که در بعضی موارد دیگر که نظم عمومی خارجی فارغ از قانون حاکم بر قرارداد خود را تحمیل می‌کند، وضعیت تفاوت می‌کند.

خاصیت وحدت‌گرایی و شمول عام قانون حاکم این نکته را به ذهن متبادر می‌کند که قانون حاکم می‌تواند عملاً مرجع واحد حقوق قراردادی و قواعد حقوق عمومی باشد که بر قرارداد اعمال می‌شوند (Jaffey, 1974:1). به این معنا که اگر قانون حاکم بر قرارداد قانون همان کشوری باشد که چنین مقرراتی را دارد، حقوق عمومی مانند مقررات ارزی و تصویب‌نامه‌های مشابه آن بر قرارداد اعمال می‌شوند (Mann, 1992:397-408). در مقابل، اگر چنین قوانینی بخشی از قانون حاکم بر قرارداد نباشند، اعمال نخواهند شد (Houtte, 1988:141-142). به بیان دیگر، در وضعیتی که طرفین قانون حاکم بر قرارداد را صریحاً انتخاب کرده‌اند، بر اعمال حقوق عمومی بر قرارداد کنترل دارند، در حالی که برعکس، در وضعیتی که قانون حاکم به نحو موضوعی و نوعی انتخاب شده، ممکن است به اعمال غیر ضروری و ناعادلانه مقررات حقوق اقتصادی منجر شود (Lando, 1949:12-112).

برخلاف این روایت از تئوری قانون حاکم که حقوق عمومی را ناشی از «قانون حاکم» بر قرارداد می‌داند، برداشت دیگر، تئوری قانون حاکم به نفع اعمال حقوق عمومی است (Blom, 1980:161-162; Maniruzzaman, 1990:53-58). این قاعده که قانونی بودن یا صحت یک قرارداد بر اساس قانون حاکم تعیین می‌شود در یک حالت مورد انتقاد واقع شده است و آن این که صحت توافق را به انتخاب طرفین وا می‌گذارد (Lando, 1987:159-212). در بعضی موارد که طبق قانون خارجی قرارداد غیرقانونی است دادگاه‌های انگلیسی تأکید کرده‌اند که اصولاً انتخاب طرفین نباید مانع اعمال قواعد حقوق عمومی کشوری شود که قرارداد با آن ارتباط نزدیکی دارد. از این رو، این اصل که قانون حاکم بر قرارداد بر تمام مسائل حاکم است، مطلق نیست. استثنای این اصل این است که مقر دادگاه ممکن است در صورتی که قصد طرفین اجرای فعلی در یک کشور خارجی دوست باشد که طبق قانون آن کشور عمل مزبور غیرقانونی است، از اجرای آن قرارداد سر باز زنند. در چنین وضعیتی مسئله قابلیت اعمال یا عدم قابلیت اعمال قواعد حقوق عمومی فارغ از این که قانون حاکم بر قرارداد چیست، مطرح می‌شود (Mann, 1971:123-124). ابهام در خصوص قلمرو قانون حاکم، شاید ناشی از روش‌های تعیین آن باشد. در حالی که روش اصالت اراده برای اراده طرفین تقدم قائل است روش

عینی و نوعی بر تعیین قانون حاکم بر اساس مکان انعقاد قرارداد تکیه دارد. شارحان دایسی و موریس، قانون حاکم برای یک قرارداد را به نحو سلسله مراتبی به شرح زیر تعریف می‌کنند:

«در جایی که اراده طرفین یک قرارداد بین‌المللی به نحو صریح بیان نشده و یا با رجوع به اوضاع و احوال و شرایط، قابل برداشت نباشد، نظام حقوقی که آنها قصد داشته‌اند بر قرارداد حاکم سازند، نظام حقوقی‌ای خواهد بود که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد» (Dicey and Morris, 1987: 1161-2).

این تعریف که در صورت عدم وجود شرط صریح یا ضمنی، قانون حاکم بر قرارداد به روش نوعی و عینی تعیین می‌شود مبین این است که روش نوعی همیشه از لحاظ مطلوبیت در مقام دوم قرار دارد. قواعد حل تعارض قوانین که ملاک‌های لازم را جهت ارتباط دادن یک دعوا با یک قانون در اختیار ما قرار می‌دهند تا جایی مفیدند که با عدالت منظور شده در قواعد حل تعارض مقرر دادگاه در تضاد نباشند. تمام ایده نظام حل تعارض قوانین در مسائل حقوق خصوصی و حقوق قراردادهای در عدالت اصلاحی خلاصه می‌شود. بنابراین اگر استفاده از روش شخصی و اصالت اراده فرد میسر باشد، نتیجه منطقی این استدلال، برتری روش شخصی است. معیار نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین رابطه میان قرارداد و یک نظام حقوقی نمی‌تواند فی‌نفسه عدم حضور اراده طرفین را جبران کند. تا جایی که به عدالت اصلاحی مربوط می‌شود رابطه فیزیکی بین جایی که قرارداد منعقد یا اجرا شده با خود قرارداد همیشه نمی‌تواند توجیه‌کننده این فرضیه باشد که قانون آن محل می‌تواند بر قرارداد حاکم باشد. البته این امر می‌تواند به عنوان اماره‌ای جهت یافتن عدالت اصلاحی اعمال شود ولی هرگز نمی‌تواند معیاری تعیین‌کننده و نهایی در مقایسه با انتخاب صریح یا حتی ضمنی طرفین باشد.

بنابراین، انتخاب قانون محلی که بیشترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، باید معرف قانونی باشد که نزدیک‌ترین قانون به عدالت اصلاحی بین طرفین است. به این دلیل، مجموعه قواعد حقوق بازرگانی بین‌المللی (mercatoria lex) می‌تواند معرف یک قانون حاکم مبتنی بر عدالت اصلاحی باشد، گرچه این قواعد متضمن نظام حقوقی‌ای محسوب نشود که معامله به طریقی با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد. با وجود این، بعضی قضات به تفاوت میان اعمال یک معیار نوعی محض و اعمال معیاری که در جهت منافع طرفین است، اشاره کرده‌اند. در چنین مواردی معیار «نزدیک‌ترین ارتباط» به نفع انتخاب قانونی که عدالت بین طرفین را بیشتر و بهتر تأمین می‌کند، کنار گذاشته می‌شود. تا جایی که به حقوق عمومی مربوط می‌شود روش‌های تعیین قانون حاکم می‌تواند بر شرایط شمول یا استثنای بلاوجه حقوق عمومی تأثیر فراوانی بگذارد. رویکرد شخصی می‌تواند قواعد حقوق عمومی را که در حالت عادی قابل اعمال‌اند کنار بگذارد در حالی که رویکرد نوعی انتخاب نظام حقوقی مناسب ممکن است منجر به اعمال تصادفی و اتفاقی مقررات حقوق عمومی شده و عدالت بین طرفین

تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی و ... ۴۷

نیز از آن حاصل نگردد (Cohen, ۱۹۵۷:۲۵). همیشه خطر چشم‌پوشی از سایر عوامل به دلیل اهمیت دادن بیش از اندازه به یکی از عوامل وجود دارد. اطمینان از روح قانون به این معنا که طبیعت عدالت توزیعی یا اصلاحی دارد می‌تواند این خطر را کاهش دهد ولی باید بر روی یک رویکرد سازگار، جامع و نظام‌مند کار کرد (Lando, 1976: 112).

### ج - نظریه تحلیل منافع در حقوق بین‌الملل خصوصی

قواعد حل تعارض سنتی، از جمله تئوری قانون حاکم بر این اعتقاد استواراند که تعداد اندکی از قواعد ساده می‌توانند تمام حوزه تعارض قوانین را در بر گیرند (Reese, 1963:678). مطابق این نظر، قواعد حل تعارض عینی و بی‌طرفانه (نوعی) به دادگاه می‌گویند که چه قانونی را اعمال کند. این قواعد شکلی، نیاز به بررسی نیازهای تجارت بین‌الملل و اهداف ماهوی قوانین داخلی را زیر پا می‌گذارند. قرین نمودن روابط حقوقی با سیستم‌های حقوقی که از طریق این قواعد حل تعارض صورت می‌گیرد، می‌تواند عدالت را تأمین کند. مبنای این کار این است که محل وقوع قرارداد قانون حاکم بر قرارداد را مشخص خواهد کرد. در ایالات متحده برخی از حقوق دانان به این نتیجه رسیده‌اند که بسیاری از این قواعد و همچنین بسیاری از تئوری‌های زیربنایی این قواعد اشتباه بوده و یا آن قدر ساده انگارانه‌اند که ممکن است نتایج غلطی را در برداشته باشند.

منتقدان ادعا دارند که به ندرت می‌توان قواعدی را بیان کرد که با قطعیت بتوانند نسبت به همه شرایط و اوضاع واحوال قابل اعمال باشند. به عنوان مثال، این فرض که تنها قانونی که می‌تواند آثار اعمال یا وقایع را تعیین کند، «قانون محل انعقاد قرارداد» است یا این فرض که قانون منتخب طرفین باید قانونی باشد که با قرارداد ارتباط داشته باشد، به عنوان فروزی سلیقه‌ای و تصنعی توصیف شده‌اند. حتی در مواردی در خصوص نتایج نامتوازن این رویکرد سنتی نیز، نارضایتی عمومی وجود داشته است. معایب این روش سنتی را می‌توان در ارائه سیستم واحد در خصوص مسائل توصیف، موضوعات مستحدثه، طبقه‌بندی، نظم عمومی و احاله یافت. تئوری سنتی تعارض قوانین نمی‌تواند در روابط حقوقی بین‌المللی برخی مشکلات را حل کند (David, 1971:25; Juenger, 1993: 82). ظهور مفاهیم جدید اجتماعی عدم کفایت این سیستم‌های سنتی را بیشتر ثابت کرده است؛ سیستم‌هایی که نمی‌توانند راهنمای مشخصی در مقابل رشد بی‌سابقه قواعدی که عموماً برای ارتقای ارزش‌های اجتماعی طراحی شده‌اند، فراهم کنند (Basedow, 1984:109 - 111). ساوینی فکر می‌کرد حوزه حقوق عمومی و حقوق موضوعه صرف، خود به خود تحدید می‌شود. وی به این حقوق عنوان «غیرعادی» می‌داد و انتظار داشت آنها از بین بروند. ولی دخالت دولت و رشد حقوق اقتصادی ثابت کرد که او اشتباه می‌کرده است. در نتیجه قلمرو باقی مانده برای اعمال قواعد چند جانبه کوچک شد در حالی که اعمال قواعد یک جانبه

مربوط به «حقوق عمومی» در تعارض قوانین به نحو وسیعی گسترش یافت (Juenger, 1986: 82).

حقوق اقتصادی به منافع عمومی و خصوصی با هم توجه دارد و ماهیت مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی را دگرگون کرده است. بنابراین حقوق بین‌الملل خصوصی نیاز به مشخص کردن منافع مشروع افراد و دولت‌ها دارد (Lowenfeld, 1996: 1-28). این تحولات، دانشمندان حقوق بین‌الملل خصوصی را واداشته است که قواعد تعارض قوانین کلاسیک را رها کنند و به پروسه «تحلیل منافع» روی آورند (Tetley, 1994: 11-22). در حالی که اصولاً میانه‌روها خواهان حفظ روش‌های سنتی بوده و از تعدیل‌های عمده‌ای مانند جایگزینی دسته بندی‌های موسع با دسته‌بندی‌های مضیق و ویژه (که نسبت به هر مورد خاص‌تر و حساس‌تر است) دفاع می‌کنند (Morris, 1951: 881). طرفداران تندروتر «تحلیل منافع»، خواهان براندازی کامل قواعد حل تعارض قوانین می‌باشند. آنها چنین استدلال می‌کنند که به جای اتکا به یک نظام حل تعارض قوانین، مشکلات تعارض قوانین باید مستقیماً از طریق تحلیل قواعد ماهوی و سیاست‌هایی که بالقوه بر دعوای مطروح شده اعمال می‌شود، حل گردد.

طبق یک دیدگاه اجتماعی، هر دولتی آگاهانه قوانین خود را به منظور دستیابی به اهداف یا «سیاست‌هایی» مشخص وضع می‌کند. چنین سیاستی ممکن است «اجتماعی، اقتصادی یا اداری» باشد. «برنارد کری»، یک حقوق دان برجسته در حوزه تحلیل منافع، بر این باور است که: دولت‌ها همانند افراد صاحب «منافع‌اند». آنها در اعمال سیاست‌های خود در بستر قوانین، اهدافی دارند که با اجرای این قوانین در معاملات بین‌المللی، آن سیاست‌ها را در پی می‌گیرند. او این منافع را «منافع دولتی» می‌خواند (Currie, 1963: 189).

«کری» تلاش کرد بین منافع نوع‌دوستانه دولت‌ها با منافع واقعی دولت‌ها در اعمال قوانین تفکیک قائل شود، اما نمی‌توان از سوء برداشت از آن چه او «منافع دولتی» می‌خواند جلوگیری کرد. انتقاد اصلی که به قواعد تعارض قوانین سنتی وارد است، ضعف این قواعد در توجه به «منافع دولتی» در حقوق بین‌المللی خصوصی است (Currie, 1990: 57 - 489). کری معتقد است که این قواعد به تبعیت از منافع مقر دادگاه بدون توجه به منافع سایر دولت‌ها گرایش دارند. دولت در اثربخشی و اعمال سیاستش ذینفع است. دولت به دادگاه‌ها به مثابه ابزار حاکمیتی خود می‌نگرد که وظیفه ارتقای منافع کشور مقر دادگاه را، بدون توجه به هر نوع ملاحظه و منفعت متضاد کشورهای خارجی، برعهده دارند. نظریه تحلیل منافع بر ارتباط یک واقعه حقوقی با یک نظام حقوقی تکیه نمی‌کند، بلکه در عوض بر هدف قواعد ماهوی و نظر دولت‌ها در اثربخشی به این اهداف تأکید دارد. این اساس تئوری «منافع دولتی» کری می‌باشد (Currie, 1963: 754; Currie, 1990: 487-489).

در جریان یافتن شیوه‌ای برای حل تعارضات قواعد حقوق عمومی به ویژه در جایی که منافع



عمومی رتبه خاصی را در دعاوی خصوصی داراست، به طور کلی باید این تحولات و ظهور نظریه تحلیل منافع عمومی مورد استقبال قرارگیرد. دست کم رویکرد تحلیل منافع برای دعاوی حقوق اقتصادی جذابیت دارد و تکنیک‌هایی را در اختیار ما قرار می‌دهد تا با استفاده از آن در دعاوی قراردادی بتوانیم به منافع عمومی که در مقررات حقوق اقتصادی تبلور یافته است، دست یابیم.

اگر چه نظریه تحلیل منافع عمومی در بستر دعاوی عادی حقوق خصوصی مطرح شده است، مطمئناً این نظریه می‌تواند به حل و فصل آن نوع دعاوی که در این جا با آن سر و کار داریم کمک کند (Bermann, 1986:169-172). به طور کلی مزیت تحلیل منافع این است که وقتی با اجرای قواعد ماهوی هدف و سیاستی که آن قاعده بر مبنایش تدوین شده تأمین نشود، از اجرا و اعمال بیهوده آن قاعده اجتناب می‌کند (Jaffey, 1988:268). با وجود این فلسفه وضع یک قاعده همیشه بر حوزه اجرای آن قاعده در موردی که عنصر خارجی در میان است، دلالت نمی‌کند.

منتقدان استدلال کرده‌اند که حتی اگر بتوان هدف یک قاعده ماهوی را روشن کرد باز هم گستره جغرافیایی آن قاعده آشکار نمی‌شود. ارزیابی منافع به مشخص کردن این امر که آیا آن تعارض، یک تعارض واقعی یا کاذب است، محدود می‌شود و تحلیل منافع در مرحله حیاتی و مهم تعیین قابلیت اجرای آن قانون هیچ نقشی ایفا نمی‌کند (Brilmayer, 1980:392-393). همچنین منتقدان استدلال می‌کنند که تحلیل منفعی که «کری» و طرفدارانش از آن صحبت می‌کنند، یک تز خیالی است. آنها می‌گویند برای دولت‌ها مهم نیست که راننده یک اتومبیل در صورت وقوع تصادف نسبت به مسافرش مسئول باشد یا نه؛ در حالی که منافع عمومی واقعی در زمینه حقوق عمومی مانند مقررات حقوق اقتصادی، سلامت عمومی یا امنیت ملی، وجود دارد (Lowenfeld, 1979: 329-335). اصولاً، بسیاری از قواعد حقوق خصوصی برای حمایت از منافع عمومی طراحی نشده‌اند. دولت‌ها در صورت فقدان منافع عمومی علاقه‌ای به نتیجه دعوای قراردادی ندارند. برای مثال، هدف قواعد حقوق قراردادهای پیشبرد منافع عمومی کشور نیست، هدف این قواعد رسیدن به راه حل عادلانه‌ای است تا بتواند در حوزه قرارداد راه حلی را که از نظر تجاری مناسب و مساعد است، تعیین کند (Graveson, 1982: 33-35). دانشمندی اروپایی به نام کگل (Kegel) در زمینه تعارض قوانین معتقد است: «دولت‌ها در حقوق خصوصی نفع دگرخواهانه دارند و در واقع با درگیر کردن خود در حقوق خصوصی به دنبال نظم عادلانه در زندگی خصوصی‌اند. از این نظر حتی خود حقوق خصوصی، «حقوق خصوصی خویش» نیست. در واقع در این جا حقوق خصوصی تلاش می‌کند بهترین و عادلانه‌ترین راه را برای همه انسان‌ها بیابد. بنابراین، اعمال حقوق خصوصی خارجی ناقض حاکمیت یک دولت نیست. حقوق خصوصی خارجی تنها راه حل دیگری را در برابر مسئله عدالت ارائه می‌کند (Kegel, 1964; Brilmayer, 1991:233). کگل

می‌گوید اشتباه مبنایی بسیاری از تئوری‌ها از جمله تئوری تحلیل منافع که تلاش کردند بگویند چرا حقوق خارجی اساساً باید اعمال شود، از این جا مشخص می‌شود. همه آنها بیش از اندازه بر مفهوم حاکمیت تکیه کردند و تفاوت بین منافع دولت و عدالت اصلاحی در حقوق خصوصی را فراموش نمودند. در نظریه تحلیل منافع، منافع خصوصی به طور گسترده‌ای نادیده گرفته شده است. دیدگاهی که مطلقاً بر منافع اجتماعی - اقتصادی دولت‌ها تمرکز می‌کند، از انصاف و عدالت بین طرفین دعوا غافل خواهد بود (Shapira, 1970:77). برخی استدلال کرده‌اند که «کری» از منافع عمومی واقعی غافل شده و وقتش را در تحلیل منافع عمومی فرضی در دعاوی حقوق خصوصی تلف کرده است. ممکن است تحلیل منافع در تعیین حوزه حقوق اقتصاد ملی، در حقوق بین‌الملل عمومی معقول و وزین باشد اما در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی دادگاه باید در پی «عدالت در تعارض قوانین» باشد و این وظیفه مستلزم توجه کافی به منافع افراد است (Vischer, 1992: 30-31).

شپیرا ضمن تایید روند حل و فصل دعاوی که صبغه اجتماعی دارد تأکید می‌کند: «... تصمیم گیرندگان در حوزه تعارض قوانین باید در پی راه‌هایی باشند که نه تنها منافع دولت‌ها را محقق کند بلکه باید برخورد منصفانه نسبت به طرفین قرارداد را هم تضمین کند» (Shapira, 1970: 76-79).

با وجود این مدافعان «کری» آرام ننشستند. پاسخ آنها به منتقدان این است که آنها مسئولیت دولت را جهت تنظیم روابط خصوصی افرادی که در قلمرو حاکمیت‌شان هستند، نادیده می‌گیرند. آنها می‌گویند منتقدان در درک مفهومی که «کری» از حقوق به عنوان ابزاری برای محقق کردن اهداف دولت در درون حقوق خصوصی ارائه کرده، ناکام مانده‌اند. با این حال، مدافعان مفاهیم جدید منافع عمومی (حکومتی) به ثنویت بنیادینی که بین سیاست‌های حکومتی و انصاف در دعاوی خصوصی وجود دارد، اشاره کرده‌اند. بنابراین باید در انتخاب هر نظام حقوقی که تنها مبتنی بر مفهوم منافع دولتی است احتیاط کرد تا مبادا بخواهد منافع دولت را به قیمت گرفتار ساختن طرفین قرارداد در دام قوانین غیرمنتظره و غیر متناسب، تأمین کند (Kay, 1989: 215).

اگرچه جایگزینی قواعد منعطف‌تر به جای قواعد خشک و غیر قابل انعطاف مطلوب است ولی، محدود کردن این پروسه به منافع عمومی، پاسخ‌گوی نیاز به ارائه راه حلی جامع برای تمام منافع خصوصی و عمومی نخواهد بود. فرایند کارکردگرا که تنها دغدغه‌اش منافع عمومی باشد، پروسه‌ای ناقص خواهد بود (Kramer, 1990:307). مطمئناً این پروسه باید تا زمانی که یک راه حل عادلانه برای حل تعارض منافع خصوصی و عمومی بیابد، ادامه پیدا کند.

بر اساس این ملاحظات، نظراتی جامع‌تر و مجموعه کاملی از سایر ملاحظات تأثیرگذار بر انتخاب قانون حاکم پیشنهاد و در بخش دوم از مجموعه قواعد حقوقی (آمریکا) آورده شده است. اکثر دادگاه‌های

آمریکا در پیروی از این مجموعه قواعد حقوقی، بسیاری از نظریه‌ها را با یکدیگر ترکیب کرده و با تفسیر اندکی کنار هم آورده‌اند. در این نظریه‌ها منافع حکومتی تنها یکی از عوامل می‌باشد. با استفاده از این نظریه‌ها می‌توان به تحلیل مفیدتری از منابع دست یافت که نه تنها تعادل را در منافع و سیاست‌های دول رقیب ایجاد می‌کند، بلکه منافع افراد را هم مد نظر قرار می‌دهد (Reppy, 1983: 645).

#### د - رویکرد کنوانسیون رم

کنوانسیون رم راه حلی جامع برای دعاوی حقوق عمومی ناشی از قرارداد، پیشنهاد داده است؛ راه حلی منحصر به فرد و عادلانه که هم منافع عمومی و هم منافع خصوصی را مد نظر قرار می‌دهد. در حالی که تقریباً یکی از کارکردهای این کنوانسیون، شناسایی بی‌قید و شرط حاکمیت اراده طرفین است، موازی با آن هنگامی که پای «قواعد آمره» در میان باشد به منافع عمومی هم اهمیتی تقریباً یکسان می‌دهد.

طبق این کنوانسیون، طرفین آزادند تا قانون حاکم بر قرارداد را برگزینند. آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال، نامحدود است. همچنین طرفین می‌توانند قانونی را برگزینند که کاملاً بی‌ارتباط با قرارداد است (ماده ۳ کنوانسیون رم). طرفین همچنین مختارند که قانون قابل اعمال را تغییر داده یا آن را با قانون دیگری جایگزین کنند. با وجود این، در صورت فقدان شرط صریح یا ضمنی در قرارداد، کنوانسیون به قانون کشوری ارجاع می‌دهد که قرارداد با آن «نزدیک‌ترین ارتباط» را دارد (ماده ۴ کنوانسیون رم). اما لازم است مفهوم «ارتباط نزدیک» به وسیله نشانه‌های عینی همچون قانون محلی که «اجرای عمده و اصلی» قرارداد در آن جا به عمل می‌آید، مشخص گردد. به وسیله استفاده از ملاک «محل اجرای اصلی»، کنوانسیون از معیار نوعی برای تعیین عدالت اصلاحی در تعارض قوانین استفاده کرده است. (Plender, 1991: 105-106)

نوآوری دیگر کنوانسیون با توجه به دعاوی حقوق عمومی در ماده (۲) ۳ دیده می‌شود که مقرر می‌دارد: انتخاب قانون حاکم توسط طرفین قرارداد، نباید نافی اعمال قاعده آمره کشوری باشد که قرارداد با آن ارتباط دارد. ماده (۱) ۷ این مقرر را موسع تراما محتاطانه‌تر تکرار کرده است. این ماده اعمال قواعد آمره کشوری را پیشنهاد می‌کند که قانونش، قانون قابل اعمال بر قرارداد نیست اما به نحو نزدیکی با قرارداد ارتباط دارد. همچنین اعمال قاعده آمره می‌تواند با ارجاع به مفهوم «نظم عمومی» توجیه شود (ماده ۱۶ کنوانسیون رم). بنابراین کنوانسیون بدون این که در تحمیل محدودیت‌های غیر موجه بر آزادی اراده طرفین قرارداد، زیاده‌روی کند، منافع دولت‌ها را در اعمال قواعد آمره‌شان بدون توجه به اراده طرفین، می‌پذیرد.

با وجود آن که تعریف قواعد آمره دشوار است، ارائه ضابطه‌ای خاص در مورد قاعده آمره گامی مهم در جهت جدا ساختن دو منشأ متفاوت دعاوی قراردادی است و باعث می‌شود بتوان هر یک از آنها

را مشمول رژیم‌های قانونی جداگانه‌ای ساخت. این امر ابهاماتی را که در تئوری «قانون حاکم» وجود داشت و مربوط به منافع جامعه و جنبه‌های حاکمیت اراده طرفین در دعاوی قراردادی بود، برطرف می‌سازد (Jackson, 1982: 71).

اهمیت دادن به مقررات اقتصادی ملی (قواعد آمره) به همراه شناسایی حاکمیت اراده طرفین، راه حل مناسبی را برای تعارضات بین منافع عمومی و خصوصی پدید می‌آورد. این رویکرد اعمال قواعد حقوق عمومی را حتی در زمانی که این قواعد متعلق به قانون مقر دادگاه (Lex fori) و یا محل انعقاد قرارداد (Lex contractus) نیستند، تسهیل می‌کند (Fletcher, 1982: 169). با وجود این، این حرکت بنیادین و بی سابقه موجب اعتراض‌هایی شده است. اعتراض‌ها بیان گر آن است که این رویکرد در صورت اعمال، موجب بی‌ثباتی فراوان خواهد شد. اگر چه ارجاعات بسیار محدودی به قانون یک کشور ثالث (مانند غیرقانونی بودن قرارداد طبق قانون کشور محل اجرای آن) در انگلستان مجاز شمرده شده است، تشویش و نگرانی در مورد این رویکرد آن چنان در انگلستان فراوان بوده که این کشور در هنگام تصویب کنوانسیون رم در مورد ماده (۱) ۷ برای خود حق شرط قائل شده است (North, 1993: 133-4; Young, 1991: 314 - 324).

بی‌ثباتی‌ای که به وسیله قواعد کنوانسیون ایجاد می‌شود، هزینه‌ای است که باید برای اعمال یک رویکرد واقع‌گرایانه پرداخت. با وجود این، در حالی که کنوانسیون نزدیک‌ترین مدل را برای ایجاد یک روش عملی ارائه می‌کند، باز راه حلی ایده‌آل برای شناسایی و عینیت بخشیدن به حاکمیت اراده طرفین و ارزش‌های رفاه اجتماعی و رابطه این دو با هم وجود ندارد. نویسندگان گزارش جولیانو لاگارد (Giuliano Lagarde) به درستی این نکته را در بستر جنبه‌های مختلف کنوانسیون خاطر نشان کرده‌اند. آنها اعتقاد دارند که در وضعیت مورد بحث، قاضی مقر دادگاه تکلیف ظریفی در آمیختن قواعد آمره با قانونی که معمولاً قابل اعمال بر قرارداد است، برعهده دارد (Giuliano and P Lagarde, 1980).

## ۲- نقد شیوه‌های مرسوم و جست و جو برای یافتن یک روش فراگیر و منطقی

تحولات و نوآوری‌های نظری و عملی اخیر در حقوق بین‌الملل خصوصی، بیانگر تلاش خالصانه‌ای برای هماهنگ کردن صورت و ساختار با اهداف خصوصی از یک سو و آزادی و حقوق فردی با ارزش‌های رفاهی و اجتماعی از سوی دیگر است. این مسائل به میزان بسیار زیادی ثنویت میان عدالت توزیعی و اصلاحی را نشان می‌دهد. با استنباط از روش‌های فوق درمی‌یابیم که یک راه حل متعادل و جامع که به تمایز بین قواعد حاکمیت اراده و رفاه اجتماعی وفادار باشد روشی ایده‌آل است که می‌تواند تعامل پیچیده بین این دوحوزه را تبیین کند. این راه حل باید مکانیزمی برای کشف «معیار عدالت» یا (سطح مناسب

منافع عمومی» با استفاده از «وسایل مناسب» باشد (Philip, 1982:81-91; Hartley, 1997: 401).

افراط در اعمال روش‌های فوق ممکن است به محدودیت‌های بی‌مورد بر اراده طرفین منجر شده و یا به خاطر حفظ منافع عمومی، آزادی و رضای طرفین را محدود سازد. براساس تئوری قانون حاکم، «حاکمیت اراده طرفین» جایگاه رفیعی دارد در حالی که منافع عمومی هم ضرورتاً خدشه‌دار نشده‌اند. با این حال، آشفتگی از نحوه به کار گرفتن معیارهای عینی و شخصی برای انتخاب قانون حاکم ناشی می‌شود، چرا که هریک از این‌ها به نوبه خود می‌تواند بر حاکمیت اراده طرفین یا ارزش‌های اجتماعی تأثیر بگذارد.

برای مثال، عبارت «نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط» یک فرمول عینی است که ضرورتاً معیار مناسبی برای برقراری عدالت بین طرفین نیست. می‌توان این سؤال را مطرح کرد که «نزدیک‌ترین و واقعی‌ترین ارتباط از چه دیدگاه و با چه هدفی؟» (Jaffey, 1982: 368). تا جایی که به عدالت اصلاحی و قواعد تسهیل‌کننده مربوط می‌شود ارتباط عینی و نوعی به خودی خود رهگشا نیست. مسئله این است که طرفین به عنوان افرادی عاقل، متعارف و منصف، اگر راجع به این موضوع می‌اندیشیدند، چه تصمیمی می‌گرفتند و این، یعنی آن چه برای آنها عادلانه و مناسب است (Lando, 1984).

قانون حاکم بر قرارداد باید قانونی باشد که طرفین اعمال آن را خواسته‌اند یا می‌توان به طور عادلانه فرض کرد که اعمال آن را بر قرارداد قصد کرده‌اند. در انتخاب قانون قبل از تشکیل قرارداد، حاکمیت اراده طرفین و عدالت باید به عنوان موضوع اصلی مد نظر باشد. کنوانسیون رم ضمن اذعان به این ثنویت، روشی عملی و مشخصی برای شناسایی قانون حاکم چه در عرصه عمومی و چه در عرصه خصوصی ارائه نکرده است. در حقیقت مشکل این است که طبق کنوانسیون، معیار «رابطه نزدیک» کارکردی دوگانه دارد. در حالی که در بستر ماده ۴ از این معیار برای کشف اراده ضمنی یا اراده مفروض طرفین استفاده می‌شود، در ماده (۳) و (۱) این معیار برای معین کردن محدودیت‌های آزادی قراردادی طرفین از طریق شناسایی قواعد آمره کشوری که قرارداد با آن به طور نزدیکی مرتبط است، به کار می‌رود. فروض موجود در این مواد برای تأمین اهداف کاملاً متفاوتی به کار گرفته می‌شوند. قانون کشوری که «نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد» دارد (ماده (۱) ۴)، لزوماً راه حلی عادلانه و منصفانه در دعاوی ناشی از قرارداد، به طرفین ارائه نمی‌دهد. وانگهی، روش تعیین قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد خود مسئله‌ای غامض است. در زمینه تعیین چنین قانونی، معیار قانون کشوری که در آن «مهم‌ترین و شاخص‌ترین جنبه‌های اجرایی قرارداد» صورت می‌گیرد، به همان میزان در کمک به حل مسئله ناتوان است که معیار «نزدیک‌ترین ارتباط» در حل مسئله ناتوان بود (Schultsz, note 74:185 - 198 & Fletcher, supra note 104 - 161-165).

حتی اگر تعیین قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد آسان می‌بود، باز هم همچنان این امر به آن معنا نیست که قانون مرتبط، پاسخی عادلانه به دعاوی خصوصی طرح شده است.

مجموعه قواعد حقوقی آمریکا (دوره دوم) در بخش ۱۸۸ اجرای قانون محلی را مقرر می‌کند که «شاخص‌ترین ارتباط را» با قرارداد دارد و تعدادی از عوامل را که باید در تعیین این قانون به حساب آیند برمی‌شمارد. در حالی که تئوری «منافع دولتی» به نفع منافع عمومی با قطع و یقین هر نوع ثنویت را انکار می‌کند، مجموعه قواعد حقوقی آمریکا به طور متناقضی، بعضی از عوامل مؤثر در «انتخاب قانون» توسط طرفین قرارداد را برشمرده است. در بخش ۶ اصلی مانند «منافع دولتی» در کنار اصولی چون «تأمین انتظارات موجه طرفین قرارداد» یا «ثبات، قابل پیش‌بینی بودن و یکنواختی» آمده است. به نظر می‌رسد این فرمول قادر به تفکیک بین عوامل مرتبط با «منافع دولتی» و عواملی که ما را به عدالت بین طرفین خصوصی هدایت می‌کند، نیست (Kay, 1983: 585).

«دسته‌بندی عوامل ارتباطی» و «ملاحظات مؤثر در انتخاب»، همگی روش‌هایی هستند که دادگاه‌ها طبق آنها می‌توانند تمام عوامل را با هم در نظر آورند (Gramton, 1981: 197-309) اما به نظر می‌رسد تمام این تئوری‌ها قادر به سازگار کردن معیارهای یاد شده و قائل شدن تفاوت مذکور بین این عوامل نیستند. اگر چه این تئوری‌ها به نوعی موازی با و یا جایگزین تئوری «منافع دولتی» هستند و طبق اصول خود تمام قواعد را مولود منافع حکومتی نمی‌دانند ولی هیچ یک از آنها در قاعده‌مند کردن مکانیزم‌های متفاوت به منظور تمایز بین قواعد قابل اعمال حقوق عمومی از قواعد قابل اعمال حقوق خصوصی، موفق نبوده‌اند. این تئوری‌ها به منظور تعیین قانون قابل اعمال مانند مجموعه قواعد حقوقی به طور متناقضی تمام عوامل را بدون توجه به تفاوت‌های بنیادین بین عدالت توزیعی و اصلاحی برشمرده‌اند. اتکا به این عوامل و ارتباط‌های مختلف که ممکن است منجر به ارجاع به نظام حقوقی واحد شود که تمام اختلافات را پوشش می‌دهد، مطلوب نیست (Cavers, 1965: 139-45). نکته اصلی این است که تکنیک‌هایی که برای یافتن محدودیت‌های مرتبط با حاکمیت اراده طرفین به کار می‌رود (ارزش‌های اجتماعی)، لزوماً مناسب کشف محتوای اراده و قصد مشترک طرفین نیستند و البته عکس این مطلب هم صادق است. در جست و جو برای یافتن قانون قابل اعمال، کافی نیست تمام عناصر مرتبط را با یکدیگر مقایسه کرده و در کنار هم قرار دهیم. لازم است جنبه‌های خاصی از دعوا را منتزع کرده و بکوشیم عناصر مرتبط را در یک دایره مشخص و محدود با یکدیگر مقایسه کنیم. تمام عوامل ارزش یکسانی ندارند و تمام آنها در کنار هم در مورد جنبه‌های مختلف دعوا لزوماً به قانون واحدی ارجاع نمی‌دهند. در صورت رقابت این عوامل، سطح اعمال آنها باید به ترتیب تقدم و تأخر معلوم شود. در روند انتخاب یک قانون، عدالت در زمینه ابقای برنامه‌ریزی خصوصی و تعیین مسؤلیت نمی‌تواند در مقابل منافع حکومتی به دلیل این که هر یک به حوزه جداگانه‌ای تعلق دارند، ارزیابی شود.

قلمرو اعمال بین‌المللی یک قاعده و تعامل آن با سایر قواعد مرتبط عمده‌تاً بسته به این است که ماهیت و طبیعت قاعده‌ای که بر مبنای آن اختلاف قراردادی مطرح شده چیست. این امر بدان معنا است که تعیین حدود حقوق عمومی و خصوصی بخشی از روند حل تعارض قوانین است (K Lipstein, 1982: 367). بر این مبنا فون مرن (Von Mehren)، شخصی که از تئوری تحلیل منافع حمایت می‌کند، قائل به تفکیک بسیار سودمندی بین دو اصل پایه‌ای در عدالت است: «اصل رفتار برابر» (حاکمیت اراده) و اصل «تقدم ارزش‌ها» (ارزش‌های اجتماعی) (Mehren, 1977: 33). اصولاً دو نوع هدف ماهوی برای هر قاعده‌ای وجود دارد: سیاست‌های عمومی و هدایت‌کننده که با هدف تضمین منافع عمومی طراحی شده‌اند و قواعد حق مدار که با هدف حفظ عدالت اصلاحی پدید آمده‌اند.

بر اساس تئوری‌های نفع‌گرای حل تعارض دسته اول از این قواعد به خوبی شناخته شده‌اند اما دسته دوم (قواعد حق مدار) اکثراً مورد غفلت واقع می‌شوند. بر اساس سیاست‌های اقتصادی، قواعد زیادی با هدف دستیابی به اهداف اجتماعی در زمینه افزایش کارآیی اجتماعی، ارتقای رفاه عمومی یا کارآیی اقتصادی پدید آمده‌اند. برخلاف این قواعد، توجیه وجودی قواعد حق مدار نه به خاطر نتایج‌شان برای جامعه به مثابه یک کل بلکه به آن سبب است که این قواعد حس عدالت‌طلبی جامعه را به وسیله تعریف تعهدات اخلاقی در روابط اجتماعی منعکس می‌کنند (Singer, 1989: 3-35).

بی‌شک طبقه‌بندی قواعد به دسته‌هایی مثل عمومی / خصوصی یا حاکمیت اراده / ارزش‌های اجتماعی، نقطه آغازین در روند یافتن راه حل در تعارض قوانین متعارف بوده و باید قبل از هرگونه تحلیل دیگری انجام گیرد. حتی بر اساس روش سنتی که اساساً تمرکز آن بر عناصر حقوق خصوصی در هر معامله‌ای است، پرسش‌ها در وهله اول در مورد محدودیت‌های حقوق خصوصی و در درجه دوم در مورد میزان دخالتی است که دادگاه یا حقوق عمومی خارجی مجاز است در روند اعمال حقوق خصوصی حاکم انجام دهد. همچنین نیاز برای این طبقه‌بندی نشان می‌دهد که در کارآیی قواعد حل تعارض اغلب اغراق شده است. پروسه توصیف که معمولاً قبل از اعمال قواعد حل تعارض انجام می‌شود، خیلی مهم است و در تعیین نتیجه دعوا، اهمیتی کمتر از قواعد حل تعارض ندارد (Mann, 1991: 107). در پرتو تغییرات و تحولاتی که بر نهادهای حقوقی عارض می‌شود، توصیف دیگر یک امر ساده نیست بلکه مستلزم تحلیل ماهوی گسترده‌ای است (Forsyth, 1998). از این رو برای نیل به راه‌حل‌های مناسب چاره‌ای جز تحلیلی که به مبانی و محتوای قوانین بپردازد نداریم. ایده حقوق عمومی و خصوصی در این تحلیل بایستی به تمایز بین عدالت اصلاحی و عدالت توزیعی و نیز تمایز بین آزادی فردی و ارزش‌های اجتماعی تعبیر شود. این تمایز امکان ایجاد رابطه‌ای منطقی بین ارزش‌های عدالت توزیعی و قواعدی را که مبتنی بر عدالت اصلاحی هستند به وجود می‌آورد؛ رابطه‌ای که به ما اجازه توزیع عادلانه و

جذب آثار اجرایی قواعد منبعث از عدالت توزیعی را خواهد داد. با وجود این به رغم به حساب آوردن آثار حقوق عمومی، اساس رابطه قراردادی همچنان معتبر و مستقل از ملاحظات اجتماعی مد نظر قرار خواهد گرفت. قطعاً تئوری‌های تعارض قوانین نمی‌توانند نسبت به این تحول بی‌تفاوت بمانند. استفاده از این استدلال در جایی که اصل آزادی طرفین اولویت داشته و اهداف اجتماعی بسیار منعطف‌تر و قابل تطبیق بر قراردادهای بین‌المللی هستند، مفیدتر خواهد بود (Jones, 1999). به دلیل این که عدالت توزیعی و اصلاحی دخیل در یک رابطه قراردادی بین‌المللی ضرورتاً متعلق به یک جامعه سیاسی نخواهد بود، ثنویت مذکور ارزشی بسیار بنیادین خواهد داشت (Singer, 1991).

بنابراین به نظر می‌رسد راه حل مناسب، نظامی باشد که تا جایی که برای عدالت اصلاحی یا حاکمیت اراده طرفین ممکن است، در پی پیش‌بینی پذیر کردن «برنامه‌ریزی خصوصی» و «توقعات متعارف طرفین» باشد و با استفاده از یک متدلوژی عینی در سنجش منافع عمومی، شناخت حد مشروع بین‌المللی منافع عمومی را تسهیل کند (Nyggh, 1995). بنابراین آن چه در این جا در بستر عدالت اصلاحی مطرح است، صرفاً ارتباط معقول بین قرارداد و یک کشور نیست بلکه مهم این است که این ارتباط معقول تا چه میزان «رضایت و تسلیم طرفین به آن قانون»، «برنامه‌ریزی خصوصی» و «توقعات متعارف طرفین» و «اتکای معقول و متعارف طرفین» به آن را نشان می‌دهد (Shapira, 1970: 85-92). قطعاً این رویکرد با مفاهیم جاری و معاصر از حقوق هماهنگ است اما ممکن است به خاطر این که نتوانسته است در انجام وظیفه دشوار تعیین سیاست‌هایی که مبنای قاعده حقوقی است یک تکنیک عملی ارائه دهد، مورد انتقاد قرار گیرد. از آن جا که سیستمی که مبتنی بر صلاح‌دید و تصمیم‌گیری‌های خاص و ویژه است دچار نقص‌های جدی چه از جهت عدالت توزیعی و چه از جهت عدالت اصلاحی است، جست و جو برای قواعد و ثبات امری غیرقابل اجتناب است (Reynolds, 1997). به نظر می‌رسد ما با یک معضل مواجهیم. آیا باید دوباره قواعد خشک و سریع‌النتیجه‌ای را مطرح کنیم که نتایج ناعادلانه به بار آورده و تقلب نسبت به قانون را تشویق کرده و منافع عمومی را در نظر نمی‌گیرند یا باید یک روش ناهمگون‌تر را برگزینیم؟ مدافعین تحلیل منافع پاسخ داده‌اند که ایجاد یکنواختی، مخصوصاً وقتی معلوم شود چنین چیزی اصولاً امری واهی است، برای تن دادن به نتایج غیرمعقول کفایت نمی‌کند. (Posnak, 1988)

### نتیجه‌گیری

قواعد سنتی حل تعارض قوانین که از ابتدای تاریخ ظهور ملت‌ها وجود داشته‌اند، حتی در بی‌طرفانه‌ترین نوعشان به مثابه نشانی از حاکمیت تلقی می‌شوند. بنابراین در جهانی که تنظیم فعالیت‌های فرامرزی و در نتیجه صلح، ثبات و عدالت بدون قواعد مشخص، یعنی قواعد حل



تعارض قوانین، دست‌یافتنی نیست، این قواعد نظام‌های حقوق ملی را در کنار یکدیگر جمع کرده و گرد هم می‌آورد. با این حال تغییرات فراوانی که هم در عرصه روابط بین‌المللی و هم در صورت و محتوا و قلمرو اعمال حقوق ماهوی رخ داده، بازنگری در نظام‌های حل تعارض قوانین را الزامی ساخته است.

قواعد تعارض قوانین از آغاز پیدایش خود در قرون وسطی، در بند شکل‌گرایی و ساختارهایی خشک بوده‌اند. همین امر علت مقاومت این قواعد در برابر وجدان عمومی و ارزش‌های ماهوی و شکست این قواعد در هماهنگی با پیشرفت‌ها و توسعه‌های یاد شده را نشان می‌دهد. به ویژه روند تخصصی شدن قواعد حقوقی و تعقیب ارزش‌های رفاه عمومی از طریق مکانیسم حقوق خصوصی، در صحت اعمال عام قواعد حل تعارض تردید ایجاد کرده و منادی نظم نوین جهانی است که در آن قواعد سنتی حل تعارض تقریباً غیرقابل دفاعند. به خصوص نقش روزافزون قواعد حقوق اقتصادی در دعاوی خصوصی، ناکارایی نظام‌های شکلی مانند نظام تعارض قوانین را که بر این فرض استوارند که حقوق ماهوی ملی، خصوصیتی انتزاعی، خصوصی و غیرسیاسی دارند، آشکار می‌سازد.

این حقایق سبب بازنگری و پایه‌ریزی مجدد نظام‌هایی به درجات مختلف در سراسر دنیا شده است که در بعضی موارد قواعد حل تعارض را کاملاً رد می‌کند. امروزه، نظریه‌های فراوانی به نفع توجه به اهداف نهفته در بستر قوانین وجود دارد که رویکردی متداول است. روند حرکت به سوی رویکردی کمتر شکلی و مبتنی بر عدالت ماهوی، تقریباً به طور جهانی پذیرفته شده است؛ هر چند میزان اعمال آن از کشوری به کشور دیگر تفاوت می‌کند. با وجود این و به رغم این پیشرفت، قلمرو تعارض قوانین همچنان تناقض‌های نظری بنیادینی را در بطن خود دارد. فقدان تحلیل نظری جدی مشکل عمده در این نظام است. این مشکل مانع ظهور یک نظام تعارض قوانین سازگار و فراگیر و مناسب می‌گردد که به اهداف نهفته در بستر حقوق ماهوی در قالب اصطلاحات عدالت توزیعی و اصلاحی پاسخ گفته و با طبیعت متغیر مسائل حقوقی خصوصی بین‌المللی قابل انطباق باشد. در دنیای مختلط امروز که هر دولتی منافع عمومی متفاوتی برای خود مقرر کرده و برای خود از عدالت تصحیحی استانداردهای خاصی را دارد، نیاز به یک نظریه متعادل‌تر و فراگیرتر که طبق آن بتوان مسائلی چون حقوق و آزادی‌ها و رابطه آن را با منافع عمومی و رفاه اجتماعی تحلیل کرد، یک موضوع ضروری است. ضعف بزرگ بیشتر نظریه‌های تعارض قوانین رایج این است که از دید حقوق بشری این نظام‌ها در واقع به حفظ شکل‌گرایی یا نفع اجتماعی به بهای از دست رفتن آزادی و حقوق افراد اقدام می‌کنند.

منابع

- 1- Basedow J, **Private Law Effects of Foreign Export Control**, 27 GYIL, 1984.
- 2- Bermann G A, **Public Law in the Conflict of Laws**, 34 Supplements, the American Journal of Comparative Law, 1986.
- 3- Black V, “**Consumer Protection in the Conflict of Laws: Canada, the United States, and Europe**” in I Ramsay, *Consumer Law in the Global Economy*, Aldershot, 1997.
- 4- Blom J, **Choice of Law Methods in the private International Law of Contract**, 18 The Canadian Yearbook of International Law, 1980.
- 5- Brilmayer L, **Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent**, 78 Michigan Law Review, 1980.
- 6- Brilmayer L, **the Other State's Interests**, 24 Cornell International Law J, 1991.
- 7- Carter P B, **Contract in English Private International Law**, 57 BYIL, 1987.
- 8- Cavers D F, **the Choice-of-Law Process**, University of Michigan, 1965.
- 9- Cohen E J, **the Objectivist Practice of the Proper Law of Contract**, 6 ICLQ, 1957.
- 10- Cook W W, **the Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws**, Cambridge, Massachusetts, 1949.
- 11- Currie B, “**The Governmental Interest Methodology**”, in W. Reese, M. Rosenberg & P Hay (ed.), *Cases and Materials on Conflict of Laws*, New York, 1990.
- 12- Currie B, **Selected Essays on the Conflict of laws**, 1963, Durham, N.C.
- 13- Currie B, **the Disinterested Third State**, 28 Law and Contemporary Problems.
- 14- Delaume G R, **Transnational Contracts Applicable Law and Settlement of Disputes**, New York, 1995
- 15- **Dicey and Morris on Conflict of Laws**, London, 1987 Vol. Dicey and Morris on Conflict of Laws, London, 2000, Vol. 2.
- 16- Dicey and Morris, **the Conflict of Laws**, 1987.
- 17- Fletcher I F, **Conflict of Laws and European Community Law: With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law**, Amsterdam, 1982.
- 18- Forsyth C, **Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws**, 114 The Law Quarterly Review, 1998.  
Giuliano M & P Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal 1980 C282/1.
- 19- Gramton R C, D P Currie and H H Kay (eds.), **Conflict of Laws**, Cases-Comments- Questions, St. Paul, Minn., 1981.
- 20- Graveson R H, **Philosophical Aspects of the English Conflict of Laws**, 78 The LQR
- 21- Hartley T C, **Mandatory Rules**, the Common Law Approach, 266 Hague Recueil 370, 1997.
- 22- Jackson D, “**Mandatory rules and rules of order Public**” in North (ed.), *Contract Conflict: the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Oxford 1982.
- 23- Jackson D, “**Mandatory rules and rules of order Public**” in North (ed.), *Contract Conflict: the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Oxford 1982.
- 24- Jaffey A J E, “**Choice of Law in Relation to Ius Dispositivum with**

- particular Reference to the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation**", in North (ed.), *Contract Conflict: the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Oxford 1982.
- 25- Jaffey A J E, **Essential Validity of Contract in the English Conflict of Laws**, 27 ICLQ, 1974.
- 26- Jaffey A J E, **Introduction to the Conflict of laws**, 1988, London.
- 27- Jaffey A J E, **the Foundation of Rules for the Choice of Law**, 2 Oxford Journals of Legal Studies, 1982.
- 28- Jaffey, **the English Proper law Doctrine and the EEC Convention**, 33 ICLQ, 1984.
- 29- Jones C, **Global Justice: Defending Cosmopolitanism**, Oxford, 1999.
- 30- Juenger F K, **Choice of Law and Multistate Justice**, Dordrecht, 1993.
- 31- Kay H H, A Defence of Currie's Governmental Interest Analysis, 215 (III) Hague Recueil, 1989.
- 32- Kay H H, **Theory into Practice: Choice of Law in the Courts**, 34 Mercer Law Review, 1983.
- 33- Kegel G, **Private International Law: Fundamental Approaches**, Ch. 3, Vol. 3, International Encyclopedia of Comparative Law 1-14, 1986.
- 34- Kegel G, **the Crisis of Conflict of Laws**, 112 (II) Hague Recueil, 1964.
- 35- Koppenol-Laforce M, "**Definition of Private International Law**", in M Koppenol-Laforce (ed.) *International Contracts*, London, 1996.
- 36- Kramer Larry, **Rethinking Choice of Law**, 90 Columbia Law Review (1990).
- 37- Lando O, *Contracts, Private International Law*, Ch. 24, Vol. 3, International Encyclopedia of Comparative Law, (1976); E Sykes and M Pryles, *Australian Private International Law*, Sydney, 1987
- 38- Lando O, *Contracts, Private International Law*, Ch. 24, Vol. 3, International Encyclopaedia of Comparative Law, 112 (1976)
- 39- Lando O, **Some Issues relating to the Law Applicable to Contractual Obligations**, 7 The King's College Law Journal, 1996-1997.
- 40- Lando O, **the Conflict of Laws of Contracts**, 189 (VI) Hague Recueil, 1984.
- 41- Lando O, **the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation**, 24 CMLR, 1987.
- 42- Libling D F, **Formation of International Contracts**, 42 The MLR 1971
- 43- Lipstein K, "**Conflict of Public Laws-Visions and Realities**", in *Festschrift für Imre Zajtay*, Tübingen, 1982.
- 44- Lowenfeld A F, **Public Law in the International arena: Conflict of Laws**, *International Laws and Some Suggestion for Their Interaction*, 63 (II) Hague Recueil, 1979.
- 45- Lowenfeld A, **International Litigation and the Quest for Reasonableness**, Oxford, 1996.
- 46- Maniruzzaman A, **International Arbitrator and Mandatory public Law Rules in the context of State Contracts: An Overview** 7 Journal of International Arbitration, 1990.
- 47- Mann F A, **Conflict of Laws and Public Law**, 132 (I) The Hague Recueil, (1971).
- 48- Mann F A, **Proper Law and Illegality in Private International Law 18 BYIL**, 1937.
- 49- Mann F A, **the Legal Aspects of Money**, Oxford, 1992.
- 50- Mann F A, **The Proper Law in the Conflict of Laws**, 36 ICLQ, 1987
- 51- Mann F A, **The Proper law of Contract- An Obituary**, 107 LQR, 1991.
- 52- Morris J, **The Proper law of a Tort**, 64 Harvard Law review (1951)

- 53- North P M & J J Fawcett, **Cheshire and North's Private International Law**, London, 1992
- 54- North P, **Essays in Private International Law**, Oxford, 1993.
- 55- North P, **Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions**, Dordrecht, 1993
- 56- Nygh P E, **The Reasonable Expectations of The Parties as A Guide to Choice of Law In Contract and Tort**, 251 The Hague Recueil, 1995.
- 57- Philip A, "Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations" In North (ed.), supra note 74 at 81-91; Harley, supra note 11 at 401.
- 58- Plender R, **the European Contracts Conventions**, London, 1991.
- 59- Posnak B, **Choice of Law: Interest Analysis and Its "New Critics"**, 36 The American Journal of Comparative Law, 1988.
- 60- Reese W L M, **Conflict of Laws and the Restatement Second**, 28 Law and Contemporary Problems, 1963.
- 61- Renold Marc-Andre, **Les Conflicts de Lois en Droit Antitrust**, Zurich, 1991
- 62- Reppy W A, **Eclecticism in Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash?** 34 Mercer Law Review, 1983.
- 63- Reynolds W L, **Legal Process and Choice of Law**, 56 Maryland Law Review, 1997.
- 64- Schultsz J C, "The Concept of Characteristic Performance and the effect of the EEC Convention on Carriage of Goods," in North in North (ed.), **Contract Conflict: the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study**, Oxford 1982.
- 65- Shapira A, **the Interest Approach to Choice of Law: with Special Reference to Tort Problems**, The Hague, 1970.
- 66- Singer W, **Facing Real Conflicts**, 24 Cornell Law Journals, 1991.
- 67- Singer W, **Real Conflicts**, 69 Boston University Law Review, 1989
- 68- L Brilmayer, **Rights, Fairness, and Choice of Law**, 98 the Yale Law Journal, 1989.
- 69- Tetley W, **International Conflict of Laws**, Montreal, 1994.
- 70- Van Houtte H, **The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contract**, 2 Revue de Droit des Affaires Internationales, 141, 1988.
- 71- Vischer F, **General Course on Private International Law**, 232 (I) Hague Recueil 9, 1992.
- 72- Von Mehren A T, **Choice of Law and the Problem of Justice**, 41 Law and Contemporary Problems, 1977.
- 73- W S Dodge, **Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism**, 39 Harvard International Law Journals, 1998.
- 74- Young J, **the Contracts (Applicable Law) Act 1990**, 1991 LMCLQ, 1991.