

برگردان به فارسی: کامران آفایی

وکیل پایه یک دادگستری

## اصول حقوق بین الملل خصوصی در پرتو ساختار شکنی نو\*

### ● درآمد:

مشخص ترین وجه پست مدرنیسم به عنوان الگوی اصلی اندیشه در نیمه دوم این قرن گسیختگی بود. با این تعبیر که ما از قاعده های بزرگ خود دست می شویم همچنان که پیش از این تاریخ از خلق مردان بزرگ دست شسته ایم. حقوقدانان معمولاً در پذیرش تفکرات جدید تعجیل نمی کنند و در عام ترین عبارت حقوق آخرین دانشی است که روح تفکر جدید در آن دمیده می شود. نویسنده این مقاله پروفیسور دالینجر با رویکردی فلسفی به تاریخ می پردازد و برای این رویکرد تا آنجا اصالت قایل می شود که بایسته های هر نظام حقوقی را نه در ذهن حقوقدانان می داند و نه مجریان قانون، بلکه برای ارکان نظام تحولی فرا انسانی قایل می شود که تکامل انگاره های حقوقی تنها در بطن آن و با شناخت تاریخ میسر است.

در هر حال چنین رهیافتی به حقوق بین الملل خصوصی، که یکی از چند مشخصه دوران نو بوده و خواهد بود در عین آنکه به نویسنده حق می دهد تا از موازین جدید به نحوی کامل دفاع کند - که نویسنده با دست باز اینچنین کرده است - مهار بحث و انسجام آن را از او نمی گیرد.

پروفیسور دالینجر اظهار می دارد که در گذشته ما با دو مشکل عمده مواجه بودیم ابتدا آنکه به اصولی بسیار گسترده معتقد بودیم که در عمل با واقعیت های حیات حقوقی

\* - نویسنده پروفیسور ژاکوب دالینجر

تابعان سازگاری نداشت و از طرف دیگر به دلیل تعارضات بین همین قواعد به تصویب و ایجاد کنوانسیون‌های گوناگونی مبادرت ورزیدیم که هیچ‌گاه اشتغال کامل نیافت، مضاعف بر اینکه همین کنوانسیون‌ها یا می‌بایست از اشتغال کلی خود صرف‌نظر کنند و یا تن به قواعد حقوق داخلی دهند که در هر دو حالت مشکل به جای خویش باقی بود. راه حلی که در حال حاضر در حقوق بین‌الملل خصوصی از آن بحث به میان می‌آید آنکه به جای انطباق وقایع حقوقی با قواعد از پیش مقدر شده، به مطالعه پرونده خاص و افراد درگیر در آن پردازیم و به جای آنکه پروای انصراف از قواعد خود را داشته باشیم در جستجوی آن برآیم تا با کشف سرشت روابط حقوقی آن هم به روشی استقرایی نزدیک‌ترین قانون را به این رابطه حقوقی کشف و اعمال کنیم.

در نهایت نویسنده به کنوانسیون رم و دومین بازنگری در حقوق آمریکا اشاره دارد که از نظر او با توجه به انعطاف در معیارهایی که ایجاد شده است به تحکیم نظریه او کمک شایان می‌کند و حتی مشابهت‌های چشمگیری بین کنوانسیون رم و حقوق آمریکا به دست می‌دهد.

در هر حال نمی‌توان از این نکته صرف‌نظر کرد که عمده‌ترین انتقادات وارد بر سیستم آنگلو ساکسون عدم وجود معیارهای روشن در قالب ماده‌ها و کدها بود. اما نویسنده این مقاله به پیروزی دیگری اشاره دارد که در قبال این ایراد شکلی و صوری به ماهیت و ذات مطلب ارجاع می‌شود و آن اینکه در این برخوردها پیروزی قطعی از آن کسی نیست، این گفتگو به برتری و وضوح عدالت دستیاری می‌کند.\*

### اصول جدید حقوق بین‌الملل خصوصی

\* - مأخذ این ترجمه مقاله مندرج در کتاب زیر است:

Dolinger Jacob, Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law, Tome 283, Martinus Nijhof pub.2000.

این ترجمه دو قسمت از بخش چهارم مقاله مذکور را شامل می‌شود. بدیهی است با توجه به تاریخ انتشار مقاله برخی از افعال و بویژه در مورد رویدادهای تاریخی می‌بایست به صورت گذشته می‌آمد، اما مترجم براساس این یادآوری از تغییر در صورت افعال خودداری کرده و عنوان مقاله را نیز با توجه به محتوای نوشتار برگزیده است.

در حقوق بین الملل خصوصی کلاسیک، اصول از قواعد ارتباط دهنده‌ای که قانون قابل اعمال را نشان می‌دهد مستقل هستند، زیرا آنها فقط معیارهای بنیادی را تثبیت می‌کنند که قانونگذار و دادگاه‌ها را هدایت می‌کند یا گستره Range انتخاب قواعد حقوقی را محدود می‌سازد. اصول جدید همچنان که اندک اندک جایگزین قواعد سابق می‌شوند و یا به موازات آنها به کار می‌روند نفوذ مستقیم‌تری بر انتخاب قانون دارند، و بدین ترتیب اساساً آنها در حال اصلاح روش‌شناسی حقوق بین الملل خصوصی هستند. آنچه دو نوع اصول در آن مشترک است تنوع منابعی است که آنها از طریقشان تبیین می‌شوند. هم اصول جدید و هم اصول قدیم، در احکام دادگاه‌ها، در نظریه‌هایی که در جزوهای دانشگاهی نمود می‌یابد و در قانونگذاری وضعی واقعی محقق Materialize می‌شوند. اما اصول از عدم\* خلق نمی‌شود. اصول را قانون، نظریه‌های دانشگاهیان یا اندیشه‌های مبدع دادگاه خلق نمی‌کند. آنها ذاتی نظامی حقوقی\*\*\* هستند و همان مفاهیم اساسی و ذاتی است که از تحول حقوق مطابق با نیازها و شرایط زمان و مکان نشأت می‌گیرد. نویسندگان، دادگاه‌ها و قانونگذاران آنها را کشف می‌کنند و بر مبنای آنها به نظریه پردازی می‌پردازند، حکم می‌دهند و قانونگذاری می‌کنند.

اصول جدید ماهیت یکسانی ندارند و مراتب گوناگونی از عمومیت را شامل می‌گردند. یک پروفیسور آمریکایی که به قواعد بیش از هر عامل دیگر باور داشت، نوشت که صحیح آن است که گذار از احکام موردی\*\*\*\* برای دقیق ساختن قواعد با اصول دارای عمومیت زیاد آغاز شود و سپس از اصول دقیق شونده بگذرد تا در نهایت به مرحله قاعده‌سازی برسد. تحول حقوق بین الملل خصوصی در دو دهه و نیم گذشته با این پیش‌بینی منطبق نیست، زیرا ما از قواعد خاص به قواعد عام گذر کرده‌ایم، اگرچه پروفیسور ریز\*\*\*\*\* به صورت کلی در خصوص وجود سطوح مختلف اصول تا آنجا که به عمومیت و خاص بودن مربوط است به درستی می‌گفت «خصیصه بنیادین اصول جدید

# - Ab nullo.

## - Legal system.

### - Ad hoc.

#### - Reese.

حقوق بین‌الملل خصوصی گسترده\* بودن آنهاست گسترده و منعطف تا میزانی که به واقعیت‌هایی استثنایی و موارد عادی‌تر اشمال یابد.»

یک تمایز بسیار مهم این است که در اصول جدید امکان هماهنگی بیشتر است. در روش کلاسیک ما مجموعاً با ایجاد قواعد یکسان اجتناب از تعارض را ممکن می‌ساختیم؛ برای مثال کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۳۱ - ۱۹۳۰ درباره سفته، برات و چک و کنوانسیون آنسیترال وین درباره معاملات تجاری بین‌المللی\*\* و دیگر قوانین یکنواخت‌کننده. در آن موارد در جایی که یکنواختی به وجود نیامده بود (اغلب تلاش نمی‌شد زیرا امکان‌ناپذیر بود)، و هنگامی که تعارض قوانین رخ می‌داد هر دولتی «مسأله» را از طریق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی خود یعنی قواعد انتخاب\*\*\* قانون حل می‌کرد. راه‌حل‌های مختلف کشورها برای رفع تعارض قوانین، موجب ایجاد تعارضات بین راه‌حل‌های تعارض شد و بدین ترتیب ما شاهد تعارضات از نوع درجه نخست\*\*\*\* - بین قواعد ماهوی دو کشور مختلف - و تعارضات از نوع درجه دوم - بین راه‌حل‌های تعارض کشورهای گوناگون بودیم.

پس از جنگ جهانی دوم شمارهایی روزافزون از کنوانسیون‌ها، در صدد تصویب یک حقوق بین‌الملل خصوصی برآمدند. اما اگر ما به کنفرانس لاهه درباره حقوق بین‌الملل خصوصی توجه کنیم که سستی‌ترین و پربارترین منشأ قواعد تعارض یکنواخت محسوب می‌شود، مشاهده می‌کنیم که اکثریت کنوانسیون‌های تصویب شده در زمینه‌های خانواده و قوانین دادرسی به شمار می‌روند. دو کنوانسیون درباره شبه جرم‌ها - تصادفات رانندگی ۱۹۷۱ و مسؤولیت ناشی از تولید کالا (محصول) مصوب ۱۹۷۳ - به ترتیب در ۱۳ و ۹ کشور لازم‌الاجراست و کنوانسیون بیع مصوب ۱۹۸۶، در هیچ کشوری لازم‌الاجرا نشده است. کنفرانس لاهه کنوانسیون دیگری را درباره شمول\*\*\*\*\* قراردادهای تعهدات تصویب نکرده است؛ فقط دو کنوانسیون کوچک Specific درباره نمایندگی و تراست

# - Broad.

## - International commercial sales.

### - Choice of law rules.

#### - Conflict of the first degree.

\*\*\*\*\* - Generality.

Trust به تصویب رسیده‌اند.

بدین ترتیب، چشم‌انداز مسأله در قلمرو قراردادها و شبه‌جرم‌ها، خاصه در مورد اولی، تا آنجا که به کنفرانس لاهه مربوط می‌شود، نظر به یکنواختی در قواعد انتخاب قانون، بسیار اندک است.

این چالشی است که حقوق بین‌الملل خصوصی می‌بایست با آن مواجه می‌شد و تلاش من این خواهد بود تا بررسی کنم که آیا امکان مقداری توسعه به سمت سیستمی با یکنواختی بیشتر در راه حل تعارضات وجود داشت یا خیر.

### کنوانسیون رم درباره قانون قابل اعمال در تعهدات قراردادی

نوآوری‌های\* اروپایی در زمینه قرارداد عبارت است از کنوانسیون ۱۹۸۰ رم درباره قانون اعمال شونده بر تعهدات قراردادی که آن را بازار مشترک اروپا\*\*\* تهیه کرد و کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع وین که آن را کمیسیون ملل متحد درباره حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال) آماده ساخت، که به ترتیب در ۱۴\*\*\* و ۵۷ کشور\*\*\* از تاریخ ۱۰ فوریه ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا می‌شوند. نخستین آنها، کنوانسیون یکنواخت تعاریف قوانین و دیگری کنوانسیون یکنواخت قانون ماهوی است.

قوانین حل تعارض کنوانسیون رم رهیافت جدیدی را معرفی کرد که به آهستگی در زمانی بیش از یک ربع قرن در احکام پراکنده دادگاه‌ها، بعضی قوانین و آثار تعدادی از استادان، به عنوان بنیاد اصیل تعدادی از قواعد کنوانسیون به نحوی که در بخش ۵ تشریح

# - Novelties.

## - European Economic community.

\*\*\* - کشورهای ذیل عضو کنوانسیون رم می‌باشند: اتریش، بلژیک، دانمارک، فنلاند، فرانسه، یونان، ایرلند، ایتالیا، لوکزامبورگ، هلند، پرتغال، اسپانیا، سوئد و بریتانیا.

\*\*\*\* - کنوانسیون بیع در کشورهای ذیل لازم‌الاجراست: آرژانتین، استرالیا، اتریش بلاروس، بلژیک، بوسنی - هرزگوین، بلغارستان، بوروندی، کانادا، شیلی، چین، کرواسی، کوبا، جمهوری چک، دانمارک، اکوادور، مصر، استونی، فنلاند، فرانسه، گرجستان، آلمان، یونان، گینه، بیسائو، مجارستان، عراق، ایتالیا، قرقیزستان، لائوس، لسوتو، لتونی، لوکزامبورگ، موریتانی، مکزیک، مولداوی، منگولیا، هلند، زلاندنو، نروژ، پرو، لهستان، رومانی، فدراسیون روسیه، سنگاپور، اسلواکی، اسلوانی، اسپانیا، سوئد، سوئیس، سوریه، اوگانادا، اوکراین، ایالات متحده، اورگوئه، ازبکستان، یوگسلاوی.

شده است در حال ساخته شدن بود. این یک اصل / رهیافت جدید\* است یا، چنان که در آن بخش مشاهده خواهیم کرد، اصل - قاعده‌ای\*\* که قواعد متصلب را کنار می‌گذارد و اهتمام می‌ورزد تا راه حلی برای تعارض قوانین در قلمرو قراردادهای مطرح سازد که براساس ایده منعطف شکل گرفته باشد - قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را به رابطه قراردادی دارد - و به هر دادگاهی گستره‌ای وسیع از صلاحیت اعطا می‌کند تا قانون قابل اعمال را انتخاب کند.

همان‌گونه که دادگاه‌های دولت‌های عضو کنوانسیون رم اصل واحدی را دنبال خواهند کرد، ما می‌توانیم خلق یک «قاعده حقوقی با ارزش جهانی»\*\*\* را پیش‌بینی کنیم، [یعنی] خط مشی‌ای از نظر بین‌المللی یکنواخت در انتخاب قانون قابل اعمال در تعهدات قراردادی. این بدان معنا نیست که این اصل همیشه سبب خواهد شد دادگاه‌های کشورهای مختلف قانون یکسانی را در هر موقعیت مفروض اعمال کنند، اما این اصل این انتظار را برمی‌انگیزد که در جایی که رهیافت یکسان است احتمال انتخاب‌های سازگار بالاتر از روش‌های کلاسیک باشد. بعلاوه، این حقیقت که قضات و دادگاه‌ها اختیار بیشتری دارند می‌تواند به نحوی قابل توجه آنها را به این امر هدایت کند که ملاحظه بیشتری درباره قانونگزاری‌های دیگر به کار برند و بدین ترتیب سطح هماهنگی بالاتر از روش سنتی و کلاسیک خواهد بود.

مسئله قابل توجه این است که آیا این اصل، همانند اصول جدید دیگر در نهایت مبدل به قاعده می‌شود، به ترتیبی که پروفیسور کاورز\*\*\*\* انتظار داشت که اصول ترجیح\*\*\*\*\* او چنین شود، و نیز انتظار پروفیسور ویلیز ریز، گزارشگر بازنگری، بود که سیستم انتخاب قانون مبتنی بر اصول را معرفی می‌کرد، و اعتقاد داشت که آخرین مرحله بر قاعده‌سازی تمرکز خواهد یافت. در واقع، «ریز» از فراوان‌تر شدن قواعد بیش از

\* - یوگسلاوی، زامبیا، اسرائیل، قانونی را تصویب کردند که متضمن کنوانسیون است و آن را به ۵۸ عضو می‌رساند، اما این کشور در نوامبر ۲۰۰۰، ۱۲ ماه پس از تسلیم دهند قبولش عضو متعهد کنوانسیون می‌گردد.

## - Principle-rule.

### - Order juridique a valeur universelle.

#### - David Cavers.

##### - Principles of preference.

گذشته حمایت می‌کرد، «کوشش برای ساختن قواعد جدید باید به کار رود. در آخرین حد احتمال، این قواعد پرشمارتر و مضیق‌تر از اسلاف خود خواهند بود.»  
چشم‌انداز متفاوت این است که به صورت کلی اصول جدید و به صورت خاص اصول مجاور به معنای دقیق کلمه در موارد ویژه به قواعد مخصوصی منجر شود [که] خصیصه‌هایشان به ترتیبی است که دادگاه‌ها بر [مبنای] اختیارات خود آنها را می‌فهمند و اعمال می‌کنند.

اگرچه ممکن است که ما مایل باشیم بیان‌دیشیم که با حرکت از قواعد به اصول از خاص به عام گذر کرده‌ایم، ولی در واقع مسأله دیگری مطرح است: در مدت زمان طولانی ما قواعد مطلقاً Strict داشتیم که به تمام مواردی که تحت شمول آن قرار می‌گرفتند اعمال می‌شد، همانند Lex Loci contractus، قانون محل اجرای قرارداد، و در بعضی رسیدگی‌ها، قانون محلی که قرارداد می‌بایست در آنجا انجام می‌شد - و این قاعده عام بود، زیرا به صورت یکسانی تمام قراردادها را شامل می‌شد، در حالی که در حال حاضر اصل متضمن آن است که هر موردی تفرداً در پرتو خصیصه‌هایش بررسی گردد و انتخاب قانون متناسب با آن باشد، این مطلب منجر به موقعیتی خواهد بود که برطبق آن دادگاه‌ها برای هر پرونده منفردی قاعده‌ای خاص را بسط و گسترش دهند.

تمایز دیگر روش سنتی و جدید که از منظر دیگری بدان توجه شده است، نشان می‌دهد که رهیافت پیشین قیاسی بود - قاعده‌ای کلی برای قانون حاکم بر تمام تعهدات قراردادی که به تطابق موردی بر تک‌تک یا تمام روابط قراردادی منجر می‌شد - در حالی که رهیافت کنونی استقرایی است زیرا قاعده‌ای کلی پیشنهاد نمی‌شود بلکه هر رابطه قراردادی باید بررسی گردد تا نزدیک‌ترین قانون یافته شود، اعم از تعیین کردن طرفی که اجرای اصلی قرارداد با او است یا با هر تحلیل دیگر موقعیت که در نهایت به تعیین قانون اعمال شونده منتهی شود.

این مطلب تغییری اساسی را نشان می‌دهد که ما را از روش قیاسی، کلی، کورانه، مکانیکی، متصلب و رسمی به روش استقرایی، جزئی، منعطف، گسترده - انتها\*، و

غیررسمی می‌کشاند. تفصیل سخن آنکه پیش از این ما قاعده‌ای داشتیم که می‌بایست بر هر قراردادی اعمال شود، قاعده‌ای که بر طرحی از پیش معین شده\* مبتنی بود، و باید تبعیت می‌شد، خواه متناسب با بعضی قراردادها بود یا نبود. بدین ترتیب اگر قاعده متناسب با اقسامی از قراردادها بود، ممکن بود که انتخاب درستی برای دیگر قراردادها نباشد. اما ما هر قرارداد را تحلیل می‌کنیم و خصیصه‌ها و ویژگی‌های آن را درمی‌یابیم و مطابق با این تحلیل، قانونی را در نظر می‌گیریم که باید اعمال شود، قانونی که نزدیک‌ترین رابطه را دارد، بنابراین هر قراردادی تحت شمول قانونی است که نسبت به آن متناسب‌ترین است. [در گذشته] ما قواعد کلی داشتیم، اکنون اصلی داریم که ما را به قواعد خاص برای یک‌یک و تمام روابط قراردادی هدایت می‌کند.

در زمینه شبه‌جرم‌ها وضعیت متفاوت است، زیرا کنوانسیون‌ها تصادفات رانندگی و مسؤولیت محصول روشی را طراحی می‌کنند که به رغم انعطاف بیشتر و اثرپذیری از اصول جدید، هنوز تحت هدایت قواعدی است که روش کلاسیک آن را تنظیم کرده است. همین نکته درباره کنوانسیون لاهه درباره بیع، تراست‌ها و نمایندگی صادق است.

### اصول تعارض قوانین ایالات متحد

در حالی که نخستین بازنگری حقوق تعارض قوانین\*\* (۱۹۳۴) بر قواعد سنتی و متصلب انتخاب قانون مبتنی بود، بازنگری دوم (۱۹۷۱) به سیستمی جدید شکل بخشید که به وسیله اقسامی از ملاحظات به عنوان اصول شناخته می‌شوند. بازنگری ۱۹۷۱ مشتمل بر ایده‌های کلی است و بر تنوعی از عوامل مبتنی است که در بخش ۶ و اصلی جزئی برای شبه جرم‌ها و قراردادها احصا شده‌اند، یعنی «پراهمیت‌ترین رابطه» به صورتی که در بخش‌های ۱۴۵ و ۱۸۸ مقرر شده‌اند. در هر دو مورد «ذیل اصولی که در بخش ۶ ذکر شده‌اند و همزمان، بسیاری از آن قواعد کلاسیکی را حفظ می‌کنند که در بازنگری نخست مندرج است.

«عوامل»، اصول و / یا «تدابیر» بخش ۶، که منعکس‌کننده «ارزش‌های» گوناگون

# - Pre - ordained idea.

## - Restatement of the Law of Conflict of Laws.



است، مسیرهای متفاوتی را نشان می‌دهد و در خصوص روش ارتباط و تقدم می‌تواند کاملاً گیج‌کننده باشد، در حالی که اصل شبه جرم و قرارداد قانون «پراهمیت‌ترین رابطه» را با موضوع دارد، معیاری روشن‌تر را برای انتخاب قانون اعمال شونده نشان می‌دهد، پراهمیت‌ترین ارتباط از فرمول‌های پیشین نظیر «واقعی‌ترین ارتباط»، «مرکز ثقل» و گروه قراردادها» ناشی می‌شود و با اصل اروپایی «قانون دولتی که نزدیک‌ترین رابطه را دارد» با تغییری که در کنوانسیون رم درباره قانون اعمال شونده بر تعهدات قراردادی تثبیت شده است، بسیار نزدیک است.

پروفسور ویلیز ریز گزارشگر بازنگری دوم ببن سیستم قدیم و جدید از طریق دوگانگی قواعد/ رهیافت تمایز نهاد، [بدین معنا که] سیستم قدیمی مبتنی بر قواعد بود و سیستم جدید مبتنی بر رهیافت‌هاست. او نوشت که تمام چیزهایی که قاضی در هنگام تصمیم در مورد مسأله‌ای که مشمول قاعده است باید انجام دهد این است که قاعده مناسب را بیابد و آن را اعمال کند، در حالی که وقتی رهیافت مطرح است وظیفه قاضی سنگین‌تر می‌شود، [یعنی] این زمانی است که به او گفته می‌شود یک یا چند عامل احصا شده و او را به تصمیمی موردی\* هدایت می‌کند. تفاوت مهم این است که در کنوانسیون رم این سخن استثنا است در حالی که بازنگری، به صورتی که در دادگاه‌های ایالات متحد اعمال می‌شود و مدرسان آمریکایی می‌فهمند، تدبیری بنیادین را برای بررسی مصالح ایالات به منظور اعمال قانون‌شان تثبیت کرده است و این تدبیر بیشتر یک جنبه محک می‌خورد، با صرف توجه به مصالح محل رسیدگی به تغییری که در پارانشوت (b) بخش ۶(۲) مطرح شده است - «تدابیر مناسب محل رسیدگی» و پارانشوت (e) - «تدابیری بنیادین که قلمروی ویژه‌ای از قانون را طرح می‌کنند».

همانند حقوق بین الملل خصوصی اروپایی، قواعد متصلب نخستین بازنگری مستلزم اصولی بود که به عنوان «وسایل فرار» آنها را می‌شناسند؛ همانند نظم عمومی، سرشت، احاطه\*\* و مطابق نظر بعضی تحلیل‌گران استثناها اغلب بیش از قواعد مورد عمل بود، در حالی که در بازنگری دوم وضعیت تغییر کرده است زیرا؛ در جایی که قواعد دقیقی

# - Ad hoc

## - Renovci.

وجود ندارد اما رهیافت‌های موردی منعطف به چشم می‌خورد [قانون] به قضات از پیش به حد کافی اختیار به انتخاب قانون اعمال شونده اعطا می‌کند و این رهیافت‌ها نیاز به مکانیسم‌های اضافی گریز را منتفی می‌سازد. به تعبیر دیگر، اکنون ما اصول موسعی در اختیار داریم، که مشتمل بر معیار منعطفی است. سیستم «قاعده» به دلیل ملاحظات گوناگونی که غالباً اعمال آنها را مانع می‌شود به سادگی فرمول جزئی نیست، یعنی اصولی (گروهی استثنا - مترجم: در حقوق ما تخصیص - را ترجیح می‌دهند) که ما در فصل ۲ و ۳ آن بررسی کردیم. در واقع سیستم کلاسیک نیز به وسیله رهیافت عمل می‌کند، [یعنی] تمایز بین «رهیافت قاعده متصلب» و «رهیافت اصل منعطف» بین یافتن راه‌حلی از طریق قاعده‌ای خشک، سخت - و - سریع، دقیق، با مرزهای روشن\* اگرچه در معرض استنهاها، و رهیافت دیگری که راه‌حلی را با انعطاف بیشتر نشان می‌دهد و اختیارات بالاتری به دادگاه‌ها اعطا می‌کند.

نکته‌ای که بازنگری ایالات متحد و کنوانسیون را منطبق تواند کرد بخش ۶ مراقبت برای «تدابیر مناسب ایالات متنفذ دیگر و منافع نسبی این ایالت‌ها در تعیین موضوع خاص»، است به نحوی که در پارانوشت (c) یادآوری و مقایسه شده است با «اثری که می‌توان به قاعده آمره قانون کشوری داد که موقعیت با آن ارتباط نزدیک دارد...» به صورتی که در ماده ۷ کنوانسیون رم مقرر گشته است.

دادگاه‌ها می‌باید که مناسب‌ترین قاعده را برای هر وضعیت خاص برگزینند، و بدین ترتیب انتخاب مناسب طبعاً از هر قاعده‌ای اجتناب خواهد کرد که ناسازگار با قواعد مرتبط با نظم عمومی باشد، که در این مورد تنها قید اصلی گریز ذکر می‌شود. بازنگری دوم به عنوان چیزی وصف شده است که مشتمل بر فرآیند راهبردهای بی‌انتهایی است که اختیارات کافی را به قاضی برای تصمیمات منفردانه انتخاب قانون اعطا می‌کند. به نظر می‌رسد که در چنین اختیارات قضایی نامحدود، نیاز چندانی برای قیود گریز در معنای دقیق کلمه نباشد.

سیستم ارایه شده به وسیله بازنگری دوم ترکیبی است از اصولی که به مصالح و

تدابیر کشورگرایش دارند - بخش ۶ فقرات (a)، (b)، (c) و (g) - و اصولی که به مصالح اعضا تعلق خاطر دارند - بخش ۶ فقرات (d) و (f) و اصلی که به اعمال مناسب‌ترین قانون امر می‌کند - آنچه نزدیک‌ترین رابطه را با موضوع دارد - بخش‌های ۱۴۵ و ۱۸۸.

افزون بر تنوع پرئمر «اصول راهبردی»<sup>\*\*\*</sup> مقرر شده است که عوامل دیگری به علاوه آنچه در بخش ۶ ذکر شده است، می‌تواند لحاظ گردد، در حالی که عوامل برشمرده در بخش ۶ ضرورتاً به ترتیبی که در بازنگری پدیدار شده است مورد تبعیت قرار نمی‌گیرد؛ همچنین ارزش متنوعی به یک عامل یا گروهی از عوامل در فضاهای مختلف انتخاب قانون بخشیده می‌شود. جمیع مقررات بازنگری به سیستمی علاوه می‌گردد که رهیافتی از انتخاب قانون را نشان می‌دهد که مرکب از راهبردهای مختلف است. و بدین ترتیب به دادگاه‌ها اختیاراتی وسیع می‌دهد.

اوژن اسکلز<sup>\*\*</sup> و پیتر هی<sup>\*\*\*</sup> در تفسیر درخصوص پراهمیت‌ترین رابطه بازنگری یعنی، بخش ۱۴۵ درخصوص شبه جرم‌ها مطالب ذیل را به نگارش درآورده‌اند:

«بررسی مشکل می‌شود با این واقعیت که بازنگری هیچ ارزش و تقدم خاصی را به مقدار داده‌های بخش ۱۴۵ یا اصول بخش ۶ منتقل نمی‌سازد. بنابراین تحلیل ممکن است از موضوعی به موضوع دیگر و از وضعیت واقعی به وضعیت واقعی دیگر که مشتمل به امور ماهیتی است متفاوت باشد.

بنابراین بازنگری دوم برخلاف اسلاف خود مشتمل بر قواعد نیست بلکه رهیافت را دربر می‌گیرد. در هر حال رهیافت بازنگری دوم مبنایی را مقدر می‌دارد که از طریق آن دادگاه‌ها می‌توانند هیأتی از قواعد خاص خلق کنند که دربرگیرنده وضعیت‌های خاص است.»

رهیافت بازنگری را نویسندگان آمریکایی تعارض قوانین مورد انتقاد قرار داده‌اند؛ برخی تناقض خاصی را بین تحلیل مصالح سیاست دولتی بخش ۶ و پراهمیت‌ترین رابطه اصول بخش ۱۴۵ و ۱۸۸ مطرح کرده‌اند. پروفیسور اف. فیشر<sup>\*\*\*\*</sup> در دروس خود در این

# - Guiding Principles.

\*\* - Eugen Scoles.

\*\*\* - Peter Hay.

\*\*\*\* - F, Vischer.

آکادمی، قویاً منتقد مدرسان آمریکایی بود که تعلق اولیه آنها به جای آنکه متوجه وضعیت فردی باشد که با قواعد تعارض کشورهای متفاوت مواجه شده است معطوف به منافع کشورهای درگیر است و این سؤال که آیا این مصالح با اعمال قواعد آنها افزایش می‌یابد یا خیر. در برابر این رهیافت، پروفیسور نامدار سوئیسی اعتقاد خود را این چنین آشکار ساخت که در حقوق بین‌الملل خصوصی توجه به فرد باید در درجه اول باشد و در همگرایی عقیده خودش به دیدگاه یک مدرس آمریکایی با پیشینه اروپایی استناد جست. پروفیسور برجسته ماکس راینشتاین\* که گفته بود هدف «اجتناب از ناعدالتی است که ممکن است در صورت گزینش موارد متناقض رخ دهد و ناشی از اعمال قانونی باشد که نسبت به طرفین بیگانه است» و فیشر نتیجه گرفت:

«من با پروفیسور راینشتاین هم‌عقیده‌ام که یکی از تدابیر اولیه تعارض قوانین این سیاست است که از عدم اطمینان و مشکلاتی که برای افراد از طریق تعارض بالفعل و بالقوه هنجارهای احکام قضایی کشورهای متفاوت ناشی می‌شود می‌کاهد.

بنابراین، من در تعارض قوانین دریافتی بیشتر حقوق خصوصی گونه را پیشنهاد می‌کنم که مصالح فرد را در اولین نقطه قرار می‌دهد. می‌توان این هدف را تثبیت یک اصل بین‌المللی اطمینان خواند. این اصل باید خاصه در قلمرو قراردادهای اعمال گردد یعنی در جایی که به عنوان یک قاعده حفظ منافع دو طرف به داوری گذاشته شده است.»

انتقاد دیگری که به بازنگری وارد شده این است که عوامل احصا شده در بخش ۶ متناقض‌اند. گفته شده چگونه ممکن است که در زمان واحد آرمان‌های یقین، قابلیت پیش‌بینی و یکنواختی نتیجه‌بخش (f) (۲) (۶) را با ایده حمایت از سیاست‌های محل رسیدگی که در بخش (b) (۲) (۶) تصریح شده درخواست کرد؟

برخی احکام و دادگاه‌های ایالات متحده وجود دارند که در آنها نه تنها دو رهیافت موجب سردرگمی نشده است برعکس هر دو اعمال شده است تا ترکیبی از راه‌حل هماهنگ را ارائه کند.

در پرونده میلر علیه وایت\*\*، دیوان کشور ورمونت\*\*\* حکم داد که:

# - Max Rheinstein.

## - Miller V. white.

«ورمونت در اعمال قانون خود بر این پرونده منفعتی قابل توجه دارد. اقامتگاه خواهان منفعت پراهمیتی در تضمین غرامت مناسب برای قربانی دارد عواقب اقتصادی و اجتماعی جراحت شخصی در اقامتگاه خواهان روی خواهد داد.... همچنین ورمونت منفعتی پراهمیت در اجتناب از رفتار خطرناک به وسیلهٔ مقیمانی دارد که مرزهای شمالی را درمی‌نوردند تا از مزیت سن پایین [الکل] نوشی کبک برخوردار گردند و [این ایالت] معمولاً منفعتی در جلوگیری از رفتار همراه با تقصیر متصدی دارای پروانه خود در هر جا که عمل صورت‌پذیر دارد.»

منفعت ورمونت عبارت است از اینکه جوانان را از رفتن به کبک و نوش‌خواری و متعاقب آن ایجاد تصادفات از جمله در ورمونت باز دارد. به علاوه اگر تصادفی در کبک بین دو شهروند جوان ورمونتی روی دهد که برای نوش‌خواری بدانجا رفته‌اند این تصادف برترین رابطه را با کشور اقامتگاه آن دارد که نتایج نوش‌خواری و تصادف کاملاً در آنجا احساس می‌شود. بدین ترتیب پراهمیت‌ترین رابطه و منفعت ورمونت ملازم با هم تقریباً به عنوان یک استدلال بلند در نهایت به هم بسته‌اند. البته این یکپارچگی دو رهیافت در هر پرونده‌ای روی نخواهد داد.

پرونده دیگری که به نظر می‌رسد دو مفهوم در آن با هم ترکیب شده‌اند عبارت است از شرکت دارویی رایش علیه شرکت تصادف و جبران خسارت هارت فورد<sup>###</sup> که در این پرونده دادگاه کنتاکی، پس از ارزیابی منافع ایالات نیویورک و واشینگتن، اظهار داشت که تصادف بروز یافته را می‌توان با تعیین اینکه کدامیک از منافع سبب پراهمیت‌ترین رابطه می‌شوند، حل و فصل کرد؛ بنابراین ما در اینجا پراهمیت‌ترین رابطه را مشاهده می‌کنیم که از منافع ایالت‌ها ناشی می‌شود. به تعبیر دیگر [ما در اینجا] با همانستی<sup>#####</sup> منفعت اشخاص خصوصی با مصالح دولت [مواجه هستیم].

علی‌رغم نوآوری‌های فراوان بازنگری دوم، چنین فهمیده می‌شود که این بازنگری تحولی تدریجی در راه‌حل‌های تعارض قوانین ایجاد کرده است نه بنیادین<sup>#####</sup> به

### - Vermont.

#### - Reich chemicals Inc. V.Hartford Accident & Indemnity Co.

##### - Identification.

##### - Radical.

ترتیبی که اسکلزوهی نوشت:

«بدین ترتیب در بازنگری دوم یک تصمیم مشترک در میان نویسندگان آن مطرح می‌شود به این معنا که آنان از کوشش‌های گذشته اعراض نکردند بلکه از تصلب رهیافت سابق به وسیله یک عامل واحد مرتبط کننده و سنتی سیستم قبلی (برای مثال محل جراحت) کاستند. واحد می‌باید در میان کثیر در نظر گرفته شود. به وسیله آرایه مفهوم "پراهمیت‌ترین رابطه" به عنوان یک اصل هدایت‌گر.»



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی