

ماهیت و قلمرو نظریه تحلیل منافع در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی و قراردادهای

محمد حسین آبادی<sup>۱</sup> - مرضیه افضلی مهر<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۵

## چکیده

تحول در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی با اراده دولتها در ایجاد رویه‌ای واحد برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی بیشتر ظاهر شده است. اما با وجود برخورداری حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی از رویه‌ای واحد در عرصه بین‌الملل، هنوز مشکلاتی در حل تعارض قوانین، خصوصا در شرایط بروز نقض قوانین همزمان در چند کشور، وجود دارد. در حقیقت قواعد سنتی حل تعارض، بر مکانیزم‌هایی ثابت و استوار است که در قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی کارایی ندارد، زیرا عناصر تشکیل دهنده قراردادهای و مسئولیت مدنی از ماهیت متغیر برخوردارند. از این رو شاید بتوان با نگاهی به تئوری تحلیل منافع حاکمیتی (عمومی)، کاستی در قواعد سنتی حل تعارض را جبران نمود. این مقاله، در پی دستیابی به یک قاعده حل تعارض، قابلیت اعمال تئوری یاد شده را در حوزه تعارض قوانین حاکم بر مسئولیت مدنی و قراردادهای را بررسی و تبیین می‌کند.

**واژگان کلیدی:** تحلیل منافع عمومی، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، قانون حاکم

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> - دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، البرز، ایران  
mohsenigder40@gmail.com

<sup>۲</sup> - استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، البرز، ایران: نویسنده مسئول  
ebrahimporhani@gmail.com

## مقدمه

امروزه، روابط حقوقی، اعم از قراردادی یا مسئولیت مدنی، به عنوان عرصه برخورد نظام‌های حقوقی، در سطح بین‌المللی از حصار تنگ مرزهای سرزمینی خارج شده و به عنوان مهمترین وسیله ارتباط با جهان خارجی مورد توجه حقوقدانان قرار می‌گیرد. قواعد تعارض قوانین یک سیستم حقوقی در مورد قراردادهای و مسئولیت مدنی، شامل آن دسته از قواعد قانون ملی یک کشور است که دادگاه‌ها آنها را به کار می‌برند تا دعوی را که در آن عنصر خارجی وجود دارد حل و فصل نمایند. دادگاهی که مسأله مربوط به روابط حقوقی با عنصر خارجی در آن مطرح است، باید براساس قانون مقر دادگاه رابطه حقوقی را تحلیل و آن را از مصادیق رابطه حقوقی دانسته و سپس معیاری را برای تعیین روابط حقوقی بین‌المللی به کار ببرد. (سماواتی، ۱۳۷۷: ۴۵) برای چگونگی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی ضوابطی موجود است. با توجه به نظریات حقوقی که در این رابطه در گذشته مطرح بود، دو ضابطه عمده در این خصوص وجود داشت: ضابطه عینی که مطابق آن، قانون قابل اعمال بر روابط حقوقی به حکم قانون و با معیارهایی عینی مشخص می‌شود و ضابطه شخصی، در این روش که به روش ذهنی نیز معروف است، تعیین قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی بیش از هر چیز به اراده طرفین آن واگذار شده است.

این دو ضابطه کم و بیش در حقوق اکثر کشورهای دنیا مورد استفاده قرار گرفته بود. لکن تعارض قوانین مربوط به روابط حقوقی در دهه‌های اخیر، و با توجه به تحولات عمیق گسترده در روابط تجاری بین کشورها و عمومیت یافتن تجارت بین‌الملل، در کشورهای بسیاری متحول شده است. ضابطه‌ها تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی و مسئولیت مدنی دیگر مفاهیم قدیمی خود را بر نمی‌تابند و قواعد تعارض قوانین جدید و توسعه یافته در سطح ملی و بین‌المللی در جهت پاسخ به منافع اقتصادی داخلی و کلاً منافع ملی و نیازهای بازار فرامرزی تجارت و نظم عمومی بین‌المللی وضع گردیده است. این قواعد در کشورها و مناطق مختلف جهان با داشتن نظام‌های حقوقی متفاوت، به صورت متحدالشکلی جای خود را یافته‌اند. اگر چه بسیاری از نظام‌های حقوقی مهم دنیا و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، اصل حاکمیت اراده را به عنوان ضابطه اولیه برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی پذیرفته‌اند، اما برای تفسیر این اصل و تشخیص حدود و قلمرو آن به ضابطه عینی متوسل شده و آزادی اراده طرفین روابط حقوقی را در مواردی نپذیرفته یا محدودیت‌هایی برای آن قائل شده‌اند؛ به ویژه مواردی که مغایر منافع عمومی است و با سیاست‌های خاص دولت‌ها- مثل منافع و مصالح

کشورهای سرمایه پذیر و در حال توسعه که محدودیت‌های بیشتری را نسبت به اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌نماید- و نیز مواردی که با حمایت از اقشار خاصی در جامعه، مثل کارگران یا مصرف‌کننده‌ها منافات دارد و امکان سوء استفاده یا تقلب از آن می‌رود. بنابراین ما شاهد تغییر مفاهیم دو ضابطه عینی و شخصی در دکتترین حقوقی عصر حاضر هستیم.

اصولاً قواعد حق تعارض، بر مبنای هدف قانونگذار، تلاش می‌کند برای یافتن یک قانون قابل اعمال بر روابط حقوقی، اعم از قراردادی یا مسئولیت مدنی، راه حل قطعی، قابل پیش‌بینی و عادلانه پیشنهاد نماید. در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی، همواره تامین عدالت معاوضی هدف بوده است. یعنی در رابطه فرد با فرد، برقراری عدالت میان اصحاب دعوی هدف نهایی قواعد سنتی حل تعارض تلقی می‌شود. ملاحظات تامین نفع خصوصی اشخاص در پس قواعد سنتی حل تعارض، سبب گردیده است تا کمتر به ملاحظات نفع عمومی در فرایند انتخاب قانون حاکم بر دعوی توجه بشود، بگونه‌ای که تامین عدالت توزیعی (رابطه فرد با جامعه) در مواجهه با این قواعد دور از دسترس به نظر برسد. سیاست‌های تقنینی در پس وضع قواعد مسئولیت مدنی و قراردادهای به نوعی بیانگر تاثیرپذیری از ملاحظات نفع عمومی در تامین نفع حداکثری جامعه و صاحبان حق می‌باشند. که این تاثیرپذیری، قواعد سنتی حل تعارض را با چالش روبرو می‌سازد. به خصوص ظهور این حقوق در حوزه کنوانسیون‌های بین‌المللی، ما را به سمتی سوق می‌دهد که با کمک رویکردهای جدید در تلاش برای دستیابی به راه حلی قابل قبول گام برداریم.

### ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی

قواعد حل تعارض که بخشی از قانون ملی یا نظام حقوقی مقرر دادگاه می‌باشند، می‌توانند همانند نظام‌های حقوقی متنوع باشند و چون حقوق بین‌الملل خصوصی انعکاسی از حقوق داخلی در زمینه بین‌المللی است. (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۴) همانگونه که قواعد ماهوی مربوط به قرارداد در کشورهای مختلف متفاوت و متنوع است، قواعد تعارض قوانین مربوط به روابط حقوقی نیز می‌تواند از یک کشور به کشور دیگر در تغییر باشد و واضح است که منشأ این تغییرات در تفاوت‌های سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی کشورها است. در نتیجه هیچگونه اطمینانی نمی‌توان داشت که قواعد تعارض نظام‌های مختلف در خصوص موضوع مشخصی از قرارداد به نتیجه واحد و یکسانی برسند. (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۱) با این حال، کنفرانس‌های بین‌المللی در جهت رفع ناامنی حاصل از قواعد تعارض قوانین متفاوت کشورهای مختلف، تلاش کرده-

اند تا از طریق یکسان سازی قوانین ماهوی و قواعد حل تعارض به این هدف نائل آیند. حاصل تلاش این کنفرانس‌ها ایجاد عهدنامه‌های بین‌المللی است که در زمینه تعهدات روابط حقوقی و خارج از آن، کشورهای عضو را دارای قواعد یکسان و واحد می‌نماید. حال باید بررسی نمود که نظام‌های حقوقی مختلف دنیا براساس چه ضوابطی قواعد حل تعارض خود را تنظیم و تعیین می‌کنند.

### مفاهیم تحول یافته ضوابط تعیین قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی

همانگونه که بیان گردید قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی در هر نظام حقوقی توسط قواعد حل تعارض آن نظام مشخص می‌شود. در گذشته، از طریق دو ضابطه کلی، قواعد حل تعارض راجع به قراردادهای و مسئولیت مدنی را تعیین می‌کردند:

الف) به طور مستقیم با ضابطه عینی و به حکم قانون و بدون در نظر گرفتن اراده طرفین.  
ب) به طور غیر مستقیم با ضابطه شخصی یا ذهنی و با اعمال اصل حاکمیت یا استقلال اراده‌ی طرفین.

اعمال ضابطه عینی با مفهومی که در گذشته بر این اصطلاح بار می‌شد، منجر به طرح سه نظریه غالب در خصوص قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی شد: اول) حاکمیت قانون محل انعقاد یا تشکیل روابط حقوقی؛ دوم) حاکمیت قانون محل اجرای روابط حقوقی؛ و سوم) حاکمیت قانون کشور متبوع طرفین. در واقع، این نظریه‌ها به گونه‌ای قواعد تعارض قوانین مربوط به روابط حقوقی را در کشورهای مختلف ساخته و هر کدام خود یک قاعده شده‌اند. در عصر حاضر، با گسترش سریع روابط اقتصادی و تجاری بین کشورهای مختلف و برقراری روابط حقوقی بین‌المللی میان اتباع کشورها و یا حتی میان دولت‌ها و مؤسسات دولتی با شرکت‌های سرمایه گذار خارجی، نظریه شخصی و اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی و از سوی اکثر نظام‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. لکن بر اساس دکتترین حقوقی عصر حاضر ما شاهد تغییر مفاهیم دو ضابطه عینی و شخصی هستیم. این تحول مفهومی، به‌ویژه در دایره‌المعارف‌های جدید بین‌المللی حقوق تطبیقی منعکس شده است. (Lipstein et al, 2011:4)

در واقع امروزه با پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی، این اصل با اعمال دو ضابطه عینی و شخصی، قلمرو متفاوتی پیدا می‌کند. حقوقدانانی مانند پیتر نای که قائل به حداکثر آزادی برای متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و

مسئولیت مدنی هستند، ضابطه شخصی را برای تفسیر موسع اصل استقلال اراده متعاملین به کار می‌برند. (Nygh, 1999: 11)، از طرف دیگر مخالفان آزادی بی حد و حصر اراده متعاملین، حقوقدانانی همچون چشایر و پیتز کی، در پی ارائه تفسیری مضیق از این اصل بوده و حق انتخاب متعاملین را در قلمروی محدود به رسمیت می‌شناسند. (Kay, 1993: 11 & Cheshire, 1947: 81) بنابراین، ضابطه عینی در عصر حاضر دیگر یک ضابطه مستقل از اصل حاکمیت اراده نیست و به دلیل ضرورت‌های تجاری، کشورها ناگزیر از پذیرش آزادی اراده متعاملین در تعیین قانون حاکم بر روابط حقوقی شان هستند، قلمرو اعمال ضابطه عینی به مواردی که امکان اجرای اصل حاکمیت اراده به هر دلیلی وجود ندارد، محدود شده است و در نتیجه مفهوم ضابطه عینی نیز تنها در رابطه با اصل حاکمیت اراده به صورت تفسیر مضیق آن و جبران خلاء انتخاب قانون حاکم از سوی متعاملین، مشخص می‌شود.

در اینجا لازم است مفهوم و دامنه شمول جدیدی که از ضوابط تعیین قانون حاکم بر روابط حقوقی، در دکتترین اخیر کشورهای مختلف مطرح شده‌اند، شرح داده شود. در مورد ماهیت حقوقی حق متعاملین برای انتخاب قانون حاکم بر روابط حقوقی، در دکتترین حقوق بین‌الملل خصوصی، در ابتدا دو نظریه ارائه شده بود.

#### - نظریه لیبرالیسم کلاسیک

نظریه نخست که در پی ارائه تفسیری موسع از اصل حاکمیت اراده است، ضابطه شخصی نامیده می‌شود که مطابق آن، قصد طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال نسبت به رابطه حقوقی، به عنوان یک عامل ارتباط تعارض قوانین محسوب می‌شود. این عامل قانونی را که در کل حاکم بر قرار داد و مسئولیت مدنی است، تعیین می‌کند. (Szaszy, 1964: 265)

مطابق واژه‌شناسی که در دایره المعارف جدید بین‌المللی حقوق تطبیقی، جلد سوم مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی، از دو شیوه تعیین قانون حاکم بر قرارداد و مسئولیت مدنی به طریق شخصی و عینی ارائه شده است، واژه شخصی، در معنای روشی برای جستجوی قصد طرفین، چه به طور صریح، چه ضمنی و چه فرضی به کار می‌رود؛ این روش در بردارنده منافع واقعی متعاملین در هر مورد است. در این شیوه تفاوت قدرت چانه زنی متعاملین در نظر گرفته می‌شود و منافع طرف قوی‌تر مورد لحاظ قرار می‌گیرد. (Lipstein, 2011: 82)

این نظریه که گاهی از آن به نظریه لیبرالیسم کلاسیک نیز تعبیر می‌شود، برای افراد نهایت آزادی را به رسمیت می‌شناسد و به متعاقدين، این حق را می‌دهد که در محدوده حقوق خصوصی و با آزادی کامل قانون حاکم بر معامله خود را انتخاب نمایند. بنابراین، قصد طرفین،

صریحاً یا ضمناً یا تلویحاً (جایی که قصدی برای طرفین فرض می‌شود)، تعیین کننده قانون حاکم می‌باشد. با پذیرش این ضابطه دادگاه‌ها مکلفند که از انتخاب طرفین تبعیت نمایند، مگر در موارد استثنایی مثل جایی که انتخاب مغایر نظم عمومی باشد. (Nygh,1999:10-11) در این نظریه این سؤال وجود دارد که در صورت فقدان انتخاب صریح طرفین چه قانونی بر رابطه حقوقی حاکم خواهد بود؟ طرفداران نظریه لیبرالیسم کلاسیک در این موارد دادگاه را مکلف می‌دانند که اراده فرضی متعاملین را استنباط نماید. به این معنا که اگر متعاملین در مقام انتخاب قانون قابل اعمال بر رابطه حقوقی شان بر می‌آمدند، چه قانونی را انتخاب می‌نمودند. بنابراین نظر دادگاه در فرض فقدان یک انتخاب صریح، از شروط رابطه حقوقی و اوضاع و احوال قضیه مانند: وجود شروط انتخاب دادگاه یا داور؛ فرم و زبان و اصطلاحات بکار رفته در رابطه حقوقی؛ معاملات پیشین و مرتبط متعاملین؛ اقامتگاه و تابعیت متعاملین؛ در رابطه‌های حقوقی کرایه و حمل و نقل کالا، قانون کشور صاحب پرچم؛ قانون محل تجارت بیمه گر در قراردادهای بیمه؛ در فرض گشایش حساب بانکی، قانون کشوری که شعبه بانکی در آن جاست؛ قانون کشور محل تجارت معمولی استخدام کننده در قرارداد استخدامی؛ در خصوص تعهدات ما بین اصیل و شخص ثالث، قانون محلی که نماینده در آنجا فعالیت کند؛ بکار برده می‌شود. (Kaye,1993: 11)

حقوقدانان آمریکایی، ضابطه شخصی را در مورد اصل حاکمیت اراده پذیرفته‌اند. رای دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۷۲، در خصوص پرونده برمن علیه شرکت زاپاتا آف شور در جهت حمایت از نظریه آزادی وسیع طرفین در انتخاب قانون حاکم است که در این پرونده دیوان عالی نظر داد که انتخاب طرفین، در جریان یک مذاکره آزاد که تحت تاثیر عواملی مثل تقلب، فشار ناروا، یا قدرت نامتعادل معاملاتی طرفین نباشد، مورد احترام است. از آن به بعد اعتقاد غالب نویسندگان حقوقی آمریکایی، پذیرش اصل حاکمیت اراده در مفهومی وسیع، به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل خصوصی آمریکا است. این نظریه در ماده ۱۹۰ دومین مجموعه شرح جدید حقوق، بخش تعارض قوانین؛ ماده ۱۵۰-۱ قانون متحد الشکل تجاری؛ و نیز در ماده ۳۵۴۰ قانون مدنی لوئیزیانا و قانون اصلاحی پورتوریکو، منعکس شده است. (Nygh,1999:12)

#### - نظریه پوزیتیویسم حقوقی

از طرف دیگر، نظریه‌ای که تفسیر مضیقی از حق طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال بر روابط حقوقی را به رسمیت می‌شناسد و دامنه شمول اصل آزادی اراده را محدود می‌نماید، ضابطه عینی یا نظریه قانون ماهوی نامیده می‌شود که حق انتخاب متعاملین را محدود به قانون ماهوی می‌داند. (Cheshire,1947:81) مطابق این مکتب فکری، از جمله قوانین ماهوی یا

نظام حقوقی که قلمرو حق گزینش قانون را تعیین می‌کند، قانون مقرر دادگاه است؛ به این معنی که قانون مقرر دادگاه ممکن است قانون منتخب طرفین را به رسمیت شناسد و یا اینکه به دلایل متعددی از جمله فقدان یک ارتباط اساسی بین قانون منتخب و قرارداد، آن را کنار گذاشته و قانون مناسب دیگری را جایگزین نماید. در این صورت، به موجب این نظریه با اعمال روش تحلیل منافع دولتی و تحلیل سیاست‌های کشور مقرر دادگاه یا هر کشور دیگری که منافع بیشتری در قرارداد دارد، قانون آن کشور جایگزین قانون منتخب طرفین می‌شود. (Szaszy, 1964: 265)

ضابطه عینی، بالخصوص در جایی اعمال می‌شود که طرفین قرارداد هیچ قانونی را به عنوان قانون حاکم بر روابط حقوقی شان انتخاب نکرده باشند (Ibid) در فقدان یک انتخاب صریح یا ضمنی از سوی متعاملین، دادگاه تلاش می‌کند که از انتساب هرگونه قصد خیالی به طرفین اجتناب نموده و در جهت تعیین قانونی که با رابطه حقوقی نزدیکترین ارتباط را دارد، تلاش می‌نماید. چشایر و نورس دو تن از حقوقدانان معروف، در تایید این نظریه اعلام داشته‌اند که: «در فقدان یک انتخاب صریح قانون، دادگاه‌ها باید به جای تلاش در استنباط یک انتخاب ضمنی که بر پایه و اساس واقعی قرار ندارد، برای تعیین قانون مناسب عینی تلاش نمایند». (Kaye, 1993: 12-13)

این نظریه از سوی برخی با عنوان نظریه پوزیتیویسم حقوقی مطرح شده است که مدعی تفوق انحصاری حاکمیت دولت است و آن را به عنوان منبع حقوق و تکالیف می‌شناسد. (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۲۰) این نظریه، در واقع استقلال نامحدود اراده طرفین را به این دلیل که قدرت قانونگذاری به اشخاص خصوصی می‌دهد، انکار می‌کند و متعاقبین با محدودیت‌های گسترده‌ای مواجه می‌باشند و آنها فقط در حدودی که قانون مقرر می‌کند، آزاد هستند با شرایطی که خود ترجیح می‌دهند با یکدیگر توافق کنند و بدین گونه می‌توانند برای سهولت تنظیم قرارداد و به قصد کوتاه کردن قرارداد و اجتناب از شروط مطول و احتمالاً ناقص در آن، قواعد نظام حقوقی مشخصی را بپذیرند. این قانون ماهوی بخشی از قرارداد طرفین را تشکیل می‌دهد و انتخاب قانون از سوی طرفین چیزی جز ارجاع به یک نظام حقوقی معین از سوی طرفین قرارداد، با هدف مشخص کردن حقوق و تکالیف متقابل همدیگر نخواهد بود. (Szaszy, 1964: 265) بنابراین توافقات طرفین تا حدی نافذ می‌باشند که قانون کشوری خاص، مانند قانون مقرر دادگاه، آنها را معتبر بداند. همچنین از این نظریه این نتیجه حاصل می‌شود که قرارداد نمی‌تواند مستقل و بدون وابستگی به یک قانون ملی و در خلأ وجود داشته باشد و لزوماً باید نتایج حقوقی هر قرارداد از یک قانون ملی ناشی شود. مطابق ضابطه عینی در این مفهوم و با این

قلمرو، اگرچه طرفین حق انتخاب قانون حاکم بر رابطه حقوقی شان را دارند، اما نمی‌توانند از طریق این انتخاب، از قانون کشوری که ارتباط بیشتری نسبت به آن قرارداد دارد، سربچی کنند. (Kaye, 1993: 449)

### نظریه قانون مناسب قرارداد

در نظام کامن لای انگلیسی در سال ۱۹۶۹، نظریه حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد، جای خود را به «نظریه قانون مناسب» داد. بدین ترتیب، در جایی که اراده طرفین ابراز شده است، همین اراده و قصد پذیرفته می‌شود و در جایی که طرفین درخصوص قانون حاکم سکوت کرده باشند و قصد خود را چه صریح و چه ضمنی ابراز ننموده باشند، قانون حاکم، قانونی خواهد بود که نزدیکترین و واقعی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. (Morris et al, 2000: 323) در این نظریه قانون مناسب قرارداد با اعمال ضابطه عینی در دو فرض انتخاب قانون از سوی طرفین، و فرض فقدان انتخاب قانون بررسی می‌شود.

فرض نخست: انتخاب قانون به اراده متعاملین انتخاب قانون حاکم بر رابطه حقوقی مبتنی بر یک فرض عقلایی است و آن این است که طرفین به لحاظ بستگی‌ها و ارتباطی که قرارداد-شان با قانون خاص دارد، آن قانون را بر می‌گزینند و این گزینش که مبتنی بر حسن نیت است، قبول حاکمیت قانون خارجی است. دادگاه‌های آلمان لزوم محدودیت اصل حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم بر قراردادها در این مورد، پذیرفته‌اند و این قاعده را براساس دکترین وست لیک مبتنی بر این امر می‌دانند که طرفین قرارداد، اختیار مطلق در انتخاب قانون حاکم ندارند. (Rabel, 1960: 404)

این قاعده از برخی جهات دارای آثار منطبق با منطق حقوقی است، مثلاً فرض کنیم طرفین یک قرارداد که ایرانی و آلمانی هستند، برای خرید و فروش قطعات اتومبیل و صدور آن از آلمان به ایران قراردادی در آلمان منعقد کنند و آن را تابع قانون چین قرار دهند، انتخاب این قانون که به شوخی شبیه است تا قصد جدی، هیچ ارتباط منطقی با قرارداد مزبور ندارد، زیرا نه محل وقوع قرارداد، نه اقامتگاه طرفین، نه ساخت و صدور و ورود و حتی ترانزیت کالا، نه پرداخت ثمن معامله، نه شرایط عقد و خلاصه هیچ چیزی از این قرارداد به قانون چین ارتباط پیدا نمی‌کند. اما اگر طرفین، همان قرارداد را از حیث مقررات بیمه تابع حقوق انگلستان قرار دهند، ارتباط منطقی میان آن دو وجود دارد، زیرا قواعد و مقررات بیمه انگلستان در غالب قراردادهای به سبب پیشرفت صنعت بیمه و عرف بیمه در انگلستان در بازار جهانی کاملاً پذیرفته شده

است. علاوه بر لزوم ارتباط قانون منتخب طرفین با قرارداد، مطابق با ضابطه عینی در تفسیر محدود اصل حاکمیت اراده، طرفین قرارداد نمی‌توانند با یکدیگر موافقت نمایند که قرارداد آنها بیرون از حاکمیت هر قانونی باشد و یا تابع اصول کلی حقوق تجارت بین‌الملل باشد. این اختیار در رأی ۲۸ می ۱۹۳۸ دیوان کشور آلمان مردود شناخته شده و در رأی مورخ ژوئن ۱۹۵۰ دیوان کشور فرانسه نیز در رد چنین اختیاری تصریح گردید: «هر قرارداد بین-المللی ناگزیر به قانون کشور معینی، مرتبط است. (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۴۲۱)

بر مبنای ضابطه عینی، در یک قرارداد تجاری بین‌المللی طرفین تنها مجازند که هماهنگ با قواعد آمره آن کشورهایی که قرارداد اثر عمده‌ای نسبت به آنها بر جا می‌گذارد، توافق نمایند و الا دادگاه چاره‌ای جز بی اثر کردن توافقات مغایر با آن قواعد آمره ندارد.

در نتیجه، قواعد حقوق عمومی تمامی کشورهای درگیر که جنبه امری دارند، باید مراعات گردد. حقوق عمومی را می‌توان به عنوان مجموعه‌ای از قواعد حقوق و رویه‌های اداری توصیف کرد که برای حفظ منافع عمومی دولت ذریبط، چارچوب معاملات صادراتی و وارداتی را تعیین می‌نمایند. لذا حقوق عمومی کشور صادرکننده (مقررات صادرات و ارز و قوانین و مقررات مالیاتی و مانند آن) و حقوق عمومی کشور واردکننده (مقررات واردات، ارز، گمرک و مالیات، مقررات مربوط به بی خطر بودن محصولات، استانداردهای بهداشتی و مانند آن) و حقوق عمومی کشور ترانزیتی (مقررات مربوط به تأییدیه‌ها و سایر مدارک و اسناد مربوط به ترانزیت کالا و مقررات مربوط به اقدامات ایمنی برای حمل کالاهای خطرناک و مانند آن)، می‌توانند بدون توجه به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین در معاملات صادراتی قابل اعمال باشند. مبنای اصل رعایت نظم عمومی و قواعد آمره ساده است: آزادی طرفین نمی‌تواند برای فرار از ضوابط عینی حقوق تجارت بین‌المللی به کار رود. آزادی طرفین منوط به محدودیتی دوگانه است: نخست آنکه، این آزادی تنها تا جایی معتبر است که با هیچ مقرره آمره بین‌المللی یا معیارهای عرفی برآمده از رویه‌های تجاری بین‌المللی، مغایرت نداشته باشد و دیگر آنکه، لازم است این آزادی با اهداف اقتصادی قراردادهای بین‌المللی سازگار باشد. (Castro, 2006: 12)

فرض دوم: فقدان انتخاب قانون حاکم از سوی متعاملین در فرضی که قانون حاکم در قرارداد مشخص نشده باشد، این وظیفه دادگاه است که قانون مناسب را تعیین نماید. اگر چه تعیین آن ممکن است پیچیده باشد، آیا دادگاه باید با اعمال ضابطه شخصی، تلاش نماید تا قصد طرفین را به گونه‌ای استنباط نماید؟ یا اینکه باید واقعیت‌های عینی موجود را که ارتباطی نزدیک با قضیه دارند، در نظر بگیرد؟ اگر چنین است چه عواملی باید مورد نظر قرار بگیرد؟ آیا قانون

حاکم باید از طریق محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، اقامتگاه فروشنده یا خریدار تعیین شود؟ در فقدان یک انتخاب صریح، دو شیوه برای تعیین قانون مناسب وجود دارد: روش شخصی که با جستجوی قصد اشخاص متعارف، قصد مفروض طرفین را استنباط می‌کند و روش دیگر، روش عینی است که مطابق آن دادگاه در مقام تعیین نظام حقوقی است که بیشترین و نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد. (Wiener, 1999: 155)

مطابق ضابطه عینی، در فقدان چنین انتخابی از سوی متعاقدين، تشخیص قانون قابل اعمال نسبت به قرارداد، در برخی از کشورها مثل انگلیس و ایالات متحده آمریکا به یافتن کشور یا نظام حقوقی که نزدیکترین و بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد، وابسته است. (Rabel, 1960: 404)

مطابق شیوه شخصی یا نظریه «محل نکردن یا عدم تعیین پایگاه قرارداد»، دادگاه برای تعیین آن قانونی که طرفین اگر در مقام انتخاب قانون حاکم بر می‌آمدند، آن را انتخاب می‌نمودند، تلاش می‌کند. مطابق نظر لورد رایت، دادگاه به طرفین قصدی را نسبت می‌دهد یا برای طرفین به عنوان اشخاص متعارف و معقول، تعیین می‌کند که کدام قانون برای قرارداد مناسب است، که اگر خودشان در لحظه انعقاد قرارداد، در مقام انتخاب قانون بر می‌آمدند، همان قانون را انتخاب می‌نمودند. دایسی نیز ضابطه قصد مفروض متعاقدين را چنین بیان می‌کند که: هرگاه قصد طرفین یک قرارداد در خصوص قانون حاکم بر قرارداد بیان نشده باشد، قصد ایشان از شرایط و ماهیت قرارداد، استنباط می‌شود و چنین استنباطی قانون مناسب قرارداد را تشکیل خواهد داد. (Wiener, 1999: 19) در این رویکرد مشکلاتی وجود دارد. به عنوان مثال، اشخاصی که قرارداد را منعقد می‌نمایند، ممکن است متعارف نباشند. همچنین خود این موضوع غیر منطقی است که زمانی که واقعاً هیچ قصدی برای تعیین قانون حاکم بر عقد از سوی طرفین وجود ندارد، دادگاه قصدی را به آنها نسبت بدهد.

ضابطه عینی یا «نظریه محلی کردن یا تعیین پایگاه قرارداد»، در جهت تعیین قانون مناسب قرارداد در تلاش است تا عواملی را که به تعیین قانون دارای «نزدیکترین ارتباط» با قرارداد یا قانون محل «مرکز ثقل قرارداد» که قرارداد به طور عادی در آنجا قرار می‌گیرد را تعیین نماید. عوامل ارتباطی که برای تعیین قانون حاکم به روش عینی به کار می‌رود عبارتند از: محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، زبان و مجموعه اصطلاحاتی که در قرارداد به کار برده می‌شود، فرم اسناد معامله، موضوع اصلی قرارداد، شرط داوری، وضعیت پرداخت‌های قراردادی، ارتباط با معاملات قبلی، ملیت و اقامتگاه متعاملین، اثراتی که یک نظام حقوقی خاص بر قرارداد به جا می‌گذارد. (Clive, 1954: 110)

## نظریه تحلیل منافع

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 نظریه قواعد حل تعارض عینی و بی طرفانه (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 آنقدر ساده انگارانه‌اند که ممکن است نتایج غلطی را در بر داشته باشند.

منتقدان ادعا دارند که به ندرت می‌توان قواعدی را بیان کرد که با قطعیت بتوانند نسبت به همه شرایط و اوضاع و احوال 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، طبقه بندی، نظم عمومی و احاله یافت. تئوری سنتی تعارض قوانین نمی‌تواند در روابط حقوقی بین‌المللی برخی مشکلات را حل کند. (Juenger, 1393: 82) ظهور مفاهیم جدید اجتماعی عدم کفایت این سیستم‌های سنتی را بیشتر ثابت کرده است. سیستم‌هایی که نمی‌توانند راهنمای مشخصی در مقابل رشد بی سابقه قواعدی که عموماً برای ارتقای ارزش‌های اجتماعی طراحی شده‌اند. فراهم کنند. ساوینی فکر می‌کرد حوزه حقوق عمومی و حقوق موضوعه صرفه، خود به خود تحدید می‌شود. وی به این حقوق عنوان «غیر عادی» می‌داد و انتظار داشت آنها از بین بروند. ولی دخالت دولت و رشد حقوق اقتصادی ثابت کرد که او اشتباه می‌کرده است. در نتیجه 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. (Ibid) 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. این تحولات، دانشمندان حقوق بین‌الملل خصوصی را واداشته است که قواعد تعارض قوانین کلاسیک را رها کنند و به پروسه «تحلیل منافع» روی آورند. در حالی که اصولاً میانه روها خواهان حفظ روش‌های سنتی بوده و از تعدیل‌های عمده-ای مانند جایگزینی دسته بندی‌های موسع با دسته بندی‌های مضیق و ویژه (که نسبت به هر مورد خاص تر و حساس تر است) دفاع می‌کنند. (Morris, 1951: 881)

طرفداران تندروتر «تحلیل منافع»، خواهان براندازی کامل قواعد حل تعارض قوانین می-باشند. 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 با «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 «منافع اند». 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 نوع دوستانه 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 و ضعف این قواعد در توجه به «منافع دولتی» در حقوق بین‌المللی خصوصی است. کری معتقد است که این قواعد به تبعیت از منافع مقرر دادگاه بدون توجه به منافع سایر دولت‌ها گرایش دارند. دولت در اثر بخشی و اعمال سیاستش ذینفع است. دولت به دادگاه‌ها به مثابه ابزار حاکمیت خود می‌نگرد که وظیفه ارتقای منافع کشور مقرر 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 اثر بخشی به این اهداف تاکید دارند. 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 دعوای خصوصی دارا است، به طور کلی باید این تحولات و

ظهور نظریه تحلیل منافع عمومی مورد استقبال قرار گیرد. 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 اینجا 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 بی‌بهره آن قاعده اجتناب می‌کند (Jaffey, 1988: 368) با وجود این فلسفه وضع یک قاعده همیشه بر حوزه اجرای آن قاعده در موردی که عنصر خارجی در میان است، دلالت نمی‌کنند.

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 و اجرای آن قانون هیچ نقشی ایفا نمی‌کند. (Brimayer, 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 و اقتصادی، سلامت عمومی با امنیت ملی، وجود دارد. اصولاً، بسیاری از قواعد حقوق خصوصی برای حمایت از منافع عمومی طراحی نشده‌اند. دولت‌ها در صورت فقدان منافع عمومی علاقه‌ای به نتیجه دعاوی 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. (Gravesan, 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 خویشتن» نیست. در واقع در اینجا حقوق خصوصی تلاش می‌کند بهترین و عادلانه‌ترین راه را برای همه نشان‌ها بیابد.

بنابراین، اعمال حقوق خصوصی خارجی ناقض حاکمیت یک دولت نیست. حقوق خصوصی خارجی تنها راه حل دیگری را در برابر مساله عدالت ارائه می‌کند. (Kegel, 1964) کگل می‌گوید اشتباه مبنایی بسیاری از تئوری‌ها از جمله تئوری تحلیل منافع که تلاش کردند بگویند چرا حقوق خارجی اساساً باید اعمال شود، از اینجا مشخص می‌شود. همه آنها بیش از اندازه بر مفهوم حاکمیت تکیه کردند و تفاوت بین منافع دولت و عدالت اسلامی 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 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. (Vischler, 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 راه‌حلهایی 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 نشستند. پاسخ آنها به منتقدان این است که آنها مسئولیت دولت را جهت تنظیم روابط خصوصی افرادی که در قلمرو حاکمیت شان 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 غیر منتظره و غیر متناسب تأمین کند. (Ibid)

اگر چه جایگزینی قواعد منعطف تر به جای 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 یک راه حل عادلانه برای حل تعارض منافع خصوصی و عمومی بیابد، ادامه پیدا کند.

### اعمال تئوری تحلیل منافع عمومی براینارد کاری در حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی

قوانین حاکم بر حوزه مسئولیت مدنی و قراردادهای تحت تأثیر مداخله دولت‌ها در تعیین حدود و قلمرو حمایت برای دفاع از نفع حداکثری جامعه از جنبه صرفاً حقوق خصوصی فاصله گرفته است و به نوعی دارای ویژگی حقوق عمومی است؛ به خصوص در کشورهای نظیر امریکا قانونگذار از رویکرد اقتصادی مبتنی بر نظریه نفع‌گرایی (بادینی، ۱۳۸۲: ۹۲-۹۰) در حمایت از عنصر مادی و اقتصادی حق با توجیه تأمین نفع حداکثری جامعه در حق دسترسی آزاد به اطلاعات و علوم جدید، تأثیر پذیرفته است. این ماهیت دوگانه حق، از یک سو و نبود مادی و ملموس آن از سوی دیگر، در حوزه تعارض قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی تأثیر گذارده است، و از چارچوب قواعد سنتی حل تعارض که در صدد برقراری عدالت معاوضی میان طرفین دعوی و متمرکز بر محل و نقطه مادی می‌باشد، دورتر شده است. نقض سریع قوانین حاکم بر مسئولیت مدنی و قراردادهای در چند کشور عضو کنوانسیون بین‌المللی به طور همزمان، مشکلات قواعد حل تعارض را در دستیابی به راه حلی که به تأمین این ملاحظات می‌انجامد، بیشتر نمایان می‌کند. براینارد کاری با طرح تئوری تحلیل منافع عمومی در حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی، از تعارضی سخن می‌گوید. که به دلیل برخورد و تقابل منافع چند کشور در حقوق بین‌الملل خصوصی، دو وضعیت را به تصویر می‌کشد. در برخی دعاوی که تعارض واقعی منافع کشورها وجود دارد و چند کشور هم زمان در مسئله‌ای نفع دارند، قانون کشوری که منافع بیشتری در موضوع دعوی مطرح شده دارد، می‌تواند حاکم بر دعوی شود. وی بر این باور است که اگر قانون دادگاه مقرر در میان قوانین کشورهای متعارض، نفعی در دعوی داشته باشد، تأمین و حفظ منافع دادگاه مقرر (دادگاه رسیدگی کننده) بیش از دیگر کشورها ارجح است؛ در حالی که در تعارض غیر واقعی تنها یک کشور است که نفع واقعی در مسئله دارد و در نتیجه دادگاه با اعمال قانون کشور ذی نفع، با معضل تعارض قوانین روبرو نمی‌شود. با این رویکرد جدید می‌توان به تعارض قوانین حاکم بر حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی با دید دیگری نگاه کرد. به لطف کنوانسیون برن در زمینه نقض حقوق ادبی و هنری، به دلیل وجود معیار حداقل حمایت، آنچه که بیشتر مشاهده می‌شود، تعارض غیر واقعی است. (Geller, 2004: 322)

به هر روی، به نظر می‌رسد، تئوری تحلیل منافع عمومی برایناراد کاری در تعارض منافع دولت‌ها در حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی مصداق داشته باشد و کاربردی و عینی باشد؛ زیرا اصولاً قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی به دنبال تحقق عدالت معاوضی هستند و در خصوص اهداف مبتنی بر نفع حداکثری جامعه بی‌طرفانه عمل می‌کنند. با در نظر گرفتن مفهوم عدالت معاوضی که مبنا و پایه قواعد حقوق خصوصی می‌باشد، این دیدگاه وجود دارد که دادگاه‌ها در اجرا نمودن قواعد حقوق خصوصی نباید تلاش زیادی را برای به دست آوردن اهداف اقتصادی و اجتماعی خاص به کار بندند، ولی در عوض باید تلاش کنند تا عدالت میان طرفین محقق شود. (Bagheri, 2000: 119) در نتیجه با قواعد حل تعارض یکسان و بی‌قید و شرطی مواجه‌ایم که در هر زمان و مکانی به طور ثابت، قابل اعمال هستند. در دعاوی، به دلیل ملاحظات نفع حداکثری جامعه با وضعیت پیچیده‌تری روبرو هستیم. به عبارت دیگر، در دعاوی، قواعد به لحاظ پاره‌ای سیاست‌های اعمال شده از سوی دولت در ملاحظات تأمین نفع عمومی، متغیر هستند و دادگاه‌ها باید در هنگام برخورد با این دعاوی، به این ملاحظات توجه کنند. در حقیقت در قراردادهای قاعده محل وقوع عقده و در مسئولیت مدنی قاعده «محل وقوع خطای مدنی» قواعد بی‌چون و چرا تلقی می‌شوند که ملاحظات نفع عمومی در این حوزه کمتر در نظر گرفته می‌شوند. بنابراین، به نظر می‌رسد که جایگاه اعمال تئوری تحلیل منافع عمومی کاری در قراردادهای و مسئولیت مدنی قابل تحقق است. دولت‌ها در تعارض با منافع یکدیگر قرار دارند و هر کشوری با در نظر داشتن منافع ملی خود، حوزه حقوق ویژه انحصاری را محدود و یا گسترش می‌دهد. با تحلیل منافع عمومی دولت‌ها، می‌توانیم نفع کشوری را که بیشتر از دیگران درگیر مسئله است، به عنوان یک عامل ارتباطی تلقی نمایند تا در صورت تعارض واقعی، قوانین قابلیت اعمال پیدا کند. تحول در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی از آنجا آشکار می‌شود که کنوانسیون‌های بین‌المللی در حوزه حقوق خصوصی افراد در چارچوب قراردادهای و با مسئولیت مدنی در سطح گسترده‌ای ایجاد شده‌اند و ثابت می‌کند که این حوزه قلمرویی فراتر نیز دارد.

### نتیجه‌گیری

ظهور و بروز دیدگاه‌های اقتصادی مبتنی بر نظریه نفع‌گرایی سبب شد که دولت‌ها در قلمرو حقوق خصوصی افراد، برای تأمین نفع حداکثری جامعه در حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی که ماهیت دوگانه خصوصی و عمومی دارند، مداخله نمایند. این تحول در حوزه حقوق

بین‌الملل خصوصی با اراده دولت‌ها در ایجاد رویه‌ای واحد برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی بیشتر ظاهر شده است. اما با وجود برخورداری حوزه قراردادهای و مسئولیت مدنی از رویه‌ای واحد در عرصه بین‌الملل، هنوز مشکلاتی در حل تعارض قوانین، خصوصاً در شرایط بروز نقض قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی همزمان در چند کشور، وجود دارد. در حقیقت قواعد سنتی حل تعارض، بر مکانیزم‌هایی ثابت و استوار است که در قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی کارایی ندارد، زیرا عناصر تشکیل دهنده قراردادهای و مسئولیت مدنی از ماهیت متغیر برخوردارند. ماده ۹۹۹ قانون مدنی به عنوان یک قاعده حل تعارض سنتی بر مرکزیت ثقل مادی و ملموس دعوی استوار شده است که در قراردادهای و مسئولیت مدنی به دلیل ماهیت ساختاری‌اش، کاستی‌هایی دارد. افزون بر این، با قواعد سنتی حل تعارض که دارای ماهیتی مبتنی بر تأمین نفع خصوصی افراد است، نمی‌توان از برقراری عدالت توزیعی مبتنی بر نفع حداکثری جامعه سخن گفت. قواعد سنتی حل تعارض که در صدد برقراری عدالت خصوصی میان طرفین دعوی است، ملاحظات نهفته در پس قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی را در نظر نمی‌گیرد و هنگام بروز تعارض قوانین دچار کاستی می‌شود. بنابراین، به دلیل به وجود آمدن تحولات ساختاری جدید در قوانین ماهوی، ضرورت ملاحظات نفع عمومی در حوزه تعارض قوانین حاکم بر قراردادهای و مسئولیت مدنی بیش از پیش احساس شده است. از این رو، از آنجایی که تئوری تحلیل منافع عمومی برینارد کاری با رویکرد حداکثر سازی منافع انطباق بیشتری دارد، می‌تواند در ساختار نفع‌گرایانه قراردادهای و مسئولیت مدنی در حوزه تعارض قوانین بین‌الملل خصوصی کاربردی باشد. در نتیجه، در فضایی که دادگاه رسیدگی‌کننده عضو کنوانسیون بین‌المللی باشد، اگر نقض حق در یک کشور عضو روی دهد. قاعده قانون کشور محل درخواست حمایت می‌تواند قابلیت اعمال داشته باشد، ولی اگر نقض حق در چند کشور به طور همزمان رخ دهد. طبق تئوری تحلیل منافع برینارد کاری، با احراز تعارض واقعی یا غیرواقعی، قانون مناسب را می‌توان انتخاب نمود.

## منابع فارسی

### کتاب

- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۳)، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، چاپ ۲، تهران، نشر میزان
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۶)، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، جلد ۱-۲، چاپ ۱، تهران، نشر میزان
- سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۷۷)، **حقوق معاملات بین‌المللی**، چاپ ۱، تهران، دیبا

### مقالات

- بادینی، حسن (۱۳۸۲)، **مبانی نگرش اقتصادی به حقوق**، تهران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۶۲
- نیکبخت، حمید رضا (۱۳۸۴)، **تعارض قوانین در قراردادها** (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)، مجله حقوقی نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳۲

## English References

### Books

- Bagheri, Mahmood (2000), **International Contracts and National Economic Regulation**, Kluwer, London: Academic Publisher
- Brilmayer L (1980), **Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent**, 78 Michigan Law Review
- Leonel Castro, Treves Perezniето, Seatzu Tullio, (2006), **Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium**, US: Juris Publishing, Inc
- Currie B (1990), **The governmental interest methodology**, in W. Reese, M. Rosenberg & P Hay (ed.), **Cases and materials on conflict of law**, New York
- Cheshire, G.C. (1947), **Private International Law**, Oxford, the Clarendon Press, 3 rd. Edition
- Graveson R H, **Philosophical aspects of the English conflict of laws**, 78 the LQR
- Jaffey, A.J.E., (1988), **Topics in choice of law**, London: the British institute of international and comparative law
- Kramer Larry (1990), **Rehthinking choice of law**, 90 Columbia Law Review
- Lipstein, Kurt (2011), **International Encyclopedia of Comparative Law**, Volume III "Private International Law", Part 2, Germany: Mohr Siebeck, Tubingen
- John H.C Morris, David Mc clean (2000), **The Conflict of Laws**, London, sweet & Maxwell
- Kaye, Peter (1993), **The New Private International Law of Contract of the European Community**, USA, Dartmouth Publishing Co
- Nygh, Peter (1999), **Autonomy in International Contracts**, Oxford, Clarendon Press

- Rabel, Ernest(1960), **The Conflict of Laws, a Comparative Study**, Volume 2, US, the University of Michigan Law School, 2 nd Edition
- Szaszy, Istvan(1964), **Private International Law in the European people's Democracies**, Budapest, AKADE'MIAI, KIADO', Publishing House of the Hungarian Academy of Sciences
- Shapira A(1970), **The interest Approach to choice of law: with special reference to tort problems**, The Hauge,
- Wiener, Jarrod(1999),**Globalization and the Harmonization of Law**,UK, Panter

### Articles

- Bermann G A(1986), **Public law in the conflict of laws**, 34 Supplements, the American Journal of Comparative law
- Geller, P.E.,(2000), **International Intellectual Property**, Conflicts of Laws, and Internet Remedies, European Intellectual Property Review, vol. 22

