

## تعارض قوانین در احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، وصیت،

### ارث)<sup>۱</sup>

سید سجاد صالحی<sup>۲</sup>

#### چکیده:

در یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی، وقتی قاضی صلاحیت خود را جهت رسیدگی احراز کرد، لازم است قانون صلاحیت دار را که باید بر اساس آن حکم صادر کند، بیابد. برای رسیدن به این منظور، می بایست دعوی را توصیف کند. سپس آن را در دسته ارتباطی مربوطه قرار داده و با اعمال قاعده حل تعارض مربوط به آن دسته، به قانون صلاحیت دار برسد. تعیین مصادیق دسته های ارتباط در کشورهای مختلف یکسان نمی باشد و قانون ایران تکلیف این مساله را روشن نمی نماید، لذا اگر دعوایی سر مهریه مطرح شود و فرضاً قوانین ایران جر احوال شخصیه دانسته و کشور دیگر آن را جز دسته اموال بداند، از نظر قانونی تکلیف روشن نیست اما به نظر می رسد این تعاریف و تعیین مصادیق از نظر قانون مقر دادگاه انجام خواهد شد و لذا حکم همان قانون اعمال خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** تعارض قوانین، احوال شخصیه، نکاح، طلاق

<sup>۱</sup> - دریافت: ۱۳۹۹/۲/۱۸ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۲۵

<sup>۲</sup> - کارشناس ارشد حقوق بین الملل از دانشگاه آزاد ارومیه - Sajad\_salehi92@yahoo.com

## ۱- مقدمه

در هر جامعه ای روابطی بین افراد وجود دارد که باعث شده حقوق بوجود آید این حقوق دارای تنوع و گستردگی فراوان هستند، امروزه با گسترش روابط فراتر از مرزهای کشورها رابطه های حقوقی دیگر محدود به داخل کشور نیست و بلکه حرکت به سوی یک جامعه جهانی با ارتباطات گسترده است، این روابط باعث پیچیدگی و تعارض هایی هم در قواعد بین المللی شده است که هر دولت می کوشد سیاست های خود را با توجه به نیازها و امکانات و مصالح و منافع کشور خود تنظیم نماید و هر کشور با توجه به مهاجرپذیر بودن یا مهاجرفرست بودن اقداماتی را انجام می دهد، از جمله مسایل حقوق بین الملل خصوصی، حقوق ارثیه است که در کشورهای مختلف قوانین مختلف در خصوص آن اعمال می گردد، قواعد حل تعارض در هر کشور قانون صلاحیتدار حاکم بر روابط حقوقی مربوط به حقوق خصوصی واجد خصیصه بین المللی را تعیین می نمایند. در واقع گروهی از روابط حقوقی متجانس و همگون که تحت عنوان خاصی مثل احوال شخصیه قرار می گیرند تحت حاکمیت قانون کشور خاصی قرار داده می شوند.

در نوشته حاضر ابتدا به موضوع تعاریف اعم از تعریف توصیف، تعارض قوانین، شامل تعارض صریح و مخفی و احوال شخصیه پرداخته می شود سپس از عوامل بوجود آورنده تعارض، تعارض های در نتیجه توصیف ها مدنظر نگارنده خواهد بود و راه حل آن تبیین خواهد شد.

## ۱- تعاریف

### ۱-۲- توصیف

مساله توصیف ها مقدم بر مساله اعمال قاعده حل تعارض است، چراکه برای رسیدن به قانون قابل اعمال بر دعوی مطروحه، قاضی باید در درجه اول باید نوع دعوی را تشخیص دهد از آنجا که روابط حقوقی متفاوت و متنوع هستند برای سهولت در یافتن قانون حاکم، آن دسته از روابط حقوقی که ویژگی های مشترک داشته و در اصطلاح هم سنخ هستند را در یک دسته قرار داده که در اصطلاح به آن دسته ارتباط گفته می شود. قاضی برای آنکه بتواند با اعمال قاعده حل تعارض به قانون صلاحیت دار برسد، با یک سوال مواجه می شود: کدامیک از قواعد حل تعارض پیش بینی

شده در قانون دولت متبوع خود را استفاده نماید؟ قواعد حل تعارض مربوط به احوال شخصیه، قواعد مربوط به دسته قراردادهای، قواعد مربوط به دسته اموال و یا غیره؟ در اینجا در وهله نخست، قاضی باید بداند دعوی در کدامیک از دسته های ارتباطی قرار می گیرد؟

توصیف عبارت از تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد.

## ۲-۲- تعارض قوانین

در تعریف دکتر الماسی چنین آمده است که؛ هرگاه یک وضعیت حقوقی به دلیل ارتباط با قوانین دو یا چند کشور، سبب شود که قانون هر یک از آن کشورها، احکام متفاوتی در آن ارتباط داشته باشند و نتایج مختلفی نیز از خود بجای بگذارند بحث تعارض قوانین مطرح می گردد. به عبارت دیگر مسئله تعارض قوانین هنگامی مطرح می شود که یک رابطه حقوق خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی، به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در چنین مواردی باید دانست قانون کدامیک از این کشورها بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد. (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۷) قواعد حل تعارض (Element de rattachement-Connecting factors) در هر کشور، قانون صلاحیتدار حاکم بر روابط حقوقی مربوط به حقوق خصوصی واجد خصیصه بین المللی را تعیین می نمایند.

### ۱-۲-۲- تعارض صریح

تعارض صریح تعارضی است که به صورت صریح و آشکار بین قواعد حل تعارض کشورهای ذینفع وجود دارد. این تعارض گاهی به صورت « تعارض منفی » و گاهی به صورت « تعارض مثبت » ظاهر می گردد. وجه افتراق دو نوع تعارض در این است که در تعارض منفی هر سیستم ملی، حل قضیه را تابع قانون کشور دیگر می داند، حال آنکه در تعارض مثبت بر عکس هر سیستم ملی حل قضیه را تابع قانون کشور خود می داند. لازم است یادآوری شود که حقوقدانان کشورهای مختلف، تعارض منفی را معمولاً زیرا عنوان «احاله» مورد بررسی قرار می دهند. (الماسی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۷)

## ۲-۲-۲- تعارض مخفی

این نوع از تعارض زمانی مصداق می یابد که سیستم های ملی حل تعارض به مورد معینی اتفاق نظر داشته باشند، ولی در تعیین محتوی دسته های ارتباط با هم تعارض داشته باشند. (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۴).

## ۲-۳- احوال شخصیه

دکتر لنگرودی در تعریف احوال شخصیه گفته اند: «مجموع صفات انسان که به اعتبار آن ها یک شخص در اجتماع دارای حقوق می شود و آن حقوق را اجرا می کند: تابعیت و ازدواج و اسم و اقامتگاه و اهلیت و غیره». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۹۳)

تعریف دیگری که از احوال شخصیه ارائه شده است عبارت است از این که: احوال شخصیه یا احوال شخصی در اصطلاح حقوقی به معنای اوصاف و خصوصیتی است که وضع و هویت شخصی و حقوقی و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می کند. این تعریف مورد قبول حقوقدانان بسیاری از کشورها می باشد و دیوان عالی کشور مصر این گونه تعریف نموده است: «احوال شخصیه مجموعه ای از صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمییز شخصی از غیرش شده و قانون بر آن ترتیب اثر می دهد. مثل این که شخص مرد است یا زن، مجرد است یا متاهل یا مطلقه». (عزمی البکری، ۱۹۹۱، ص ۱۴)

ویژگی های احوال شخصیه یکی این است که قابل تقویم و مبادله با پول نمی باشد و وابستگی به وضعیت شغلی و موقعیت اجتماعی فرد ندارد. (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۹)

## ۲-۳-۱- تعیین قلمرو موضوعات مربوط به احوال شخصیه

احوال شخصیه به طور اعم، شامل اهلیت و وضعیت است، ولی بطور اخص، فقط شامل وضعیت است. اهلیت عبارت است از، صلاحیت یک فرد برای دارا شدن حق (اهلیت تمتع) یا اجرای حق (اهلیت استیفا) و وضعیت، اوصاف حقوقی است یعنی وصفی که دارای بار حقوقی می باشد و

بیشتر مربوط به تشخیص هویت فرد می گردد مانند مجرد یا متاهل بودن ، نام، نام خانوادگی ، سن و... در تعارض قوانین بیشتر بحث از اجرای حق یا اهلیت استیفا می باشد .

قاعده اول : احوال شخصیه تابع قانون ملی یا قانون کشور متبوع شخص می باشد :

این قاعده در مقابل قاعده اجرای قانون اقامتگاه قرار می گیرد که در حقوق آنگلساکسون در مورد احوال شخصیه اجرا می شود .

قاعده قانون ملی یا متبوع ، از نظر این که اصولاً قوانین شخصی جهت حمایت افراد و با توجه به اخلاق و آداب رسوم وعادات اجتماعی آنان وضع شده و نیز از جهت دوامی که نسبت به شخص دارد ، به خصوص در کشورهای مهاجر فرست ، دارای مزیت بیشتری است . اما قانون اقامتگاه در مورد کشورهای مهاجر پذیر از نظر توسعه قلمرو اجرای قانون این کشورها و ارتباطی که هر فرد با کشور محل اقامت خود دارد دارای مزیت است . (طرفداران قانون اقامتگاه ، معتقدند هر شخصی با کشوری که در آن اقامت دارد ، ارتباط بیشتری نسبت به کشور متبوع خود دارد).

البته باید توجه داشت که فقط شرایط ماهوی نکاح و طلاق تابع قانون دولت متبوع شخصی است و شرایط صوری نکاح معمولاً تابع قانون محل تنظیم سند می باشد همچنان که تشریفات رسیدگی به دعوی طلاق باید تابع قانون آیین دادرسی مقر دادگاه ( کشور متبوع قاضی) باشد. بالطبع آثار ازدواج و طلاق، تابع قانون دولت متبوع شخص است .

در صورتی که تبع خارجی دارای تابعیت مضاف باشد، جهت اجرای قاعده قانون ملی در مورد احوال شخصیه، ابتدا قاضی تابعیت مؤثر شخص را تعیین می نماید سپس به اجرای قانون متبوع مبادرت می نماید. رای دیوان بین المللی دادگستری در پرونده « نوته بام » صریحاً اعلام می کند که تابعیتی ملاک قرار می گیرد که تابعیت مؤثر باشد .

به موجب ماده ۶ق.م ایران « قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولواین که در خارج باشند مجری خواهد بود.»

به علاوه به موجب ماده ۷ ق.م.ایران، «اتباع خارجی» مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قانون دولت متبوع خود خواهند بود».

همانطوری که ملاحظه گردید، ماده ۶ قانون مدنی احوال شخصیه را به صورت تمثیلی شامل نکاح، طلاق، اهلیت و ارث می داند.

در حالی که ماده ۷ قانون مدنی احوال شخصیه را از اهلیت و ارث توسط واو عطف جدا نموده است که شاید به نظر برسد که قانونگذار اهلیت و ارث را علی رغم این که در ماده قبل ( ماده ۶ ) در مورد اتباع ایرانی، جزء احوال شخصیه دانسته، در ماده بعدی (ماده ۷) در مورد اتباع خارجه، جدا از احوال شخصیه محسوب نموده است که البته چنین مطلبی بعید است زیرا موضوعات داخل در یک قانون واحد (قانون مدنی ایران) نمی تواند متفاوت باشد. اما در هر حال از جهت عدم تطابق موضوعات داخل در احوال شخصیه در ماده ۶ و ۷ ایراد وارد است ولی در قرار داد اقامت میان ایران و آلمان (۱۳۰۷) (۱۹۲۹)، پس از ذکر این مطلب که «مسائل راجع به حقوق خانوادگی و وراثت و ترکه، اتباع هریک از طرفین در خاک طرف متعاقد دیگر، مطیع قوانین کشور متبوع خود می باشند احوال شخصیه را شامل :

ازدواج، ترتیب اموال بین زوجین، طلاق، افتراق، جهیزیه، ابوت، نسب، قبول به فرزندى، اهلیت حقوقی، بلوغ، ولایت و قیمومت، حجر، حق وراثت به موجب وصیت نامه یا بدون وصیت نامه، تصیفه و تقسیم ماترک و یا اموال به طور عموم کلیه مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوط به احوال شخصیه می داند این تعریف جامع تر نسبت به احوال شخصیه می باشد.

و در عهد نامه دو جانبه ایران و سویس ( قرارداد، اقامت ) ( ۱۹۳۴ )، پس از پذیرش قاعده کلی تبعیت حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی از قوانین متبوع شخص، عیناً موارد فوق را جز مسایل مربوط به احوال شخصیه بر شمرده است. و عهدنامه ایران و یونان (عهدنامه مورث، اقامت، تجارت) (۱۳۱۰)، احوال شخصیه را شامل ابوت، نسب، قیمومت و تولیت دانسته است.

## ۲-۳-۲- عوامل ارتباط متدوال در احوال شخصیه

در وضعیت فعلی حقوق بین الملل خصوصی، اقامت، تابعیت و سکونت سه عامل ارتباط اصلی در مسائل احوال شخصیه است. علاوه بر این سه عامل، حاکمیت اراده و قانون منتخب نیز به طور محدود در برخی مسائل احوال شخصیه تجویز شده است. در انگلیس و آمریکا عامل ارتباط نسبت به مسائل احوال شخصیه اقامتگاه است. درحالی که عامل مزبور در سیستم حقوقی ایران و کشورهای اروپای قاره ای تابعیت است.

اقامتگاه به عنوان وطن دائمی تعریف شده است. در کامن لا ارتباط اصلی میان یک شخص، و یک محل از طریق اقامتگاه برقرار می شود. اقامتگاه یک مسئله ی حکمی است. یک شخص، در همه ی زندگی خود باید یک اقامتگاه داشته و بیشتر از یک اقامتگاه نداشته باشد. (McLeod, ۲۰۰۶, p.6) ساوینی عنوان واضح مکتب آلمانی تعارض قوانین در قرن نوزدهم به مرکز نقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه این روابط توجه داشت. به نظر او حقوق اشخاص باید تابع محل اقامت باشد. چون این محل فاکتور طبیعی پایگاه شخص، است. (پروین، ۱۳۷۸، ص ۳۲۴)

یکی از مشکلات مهم در راه اعمال قانون اقامتگاه، تفسیرهای متعارضی است که از این واژه در کشورهای مختلف وجود دارد. مثلاً اقامتگاه در حقوق انگلیس با آنچه در حقوق ایران و یا کشورهای اروپای قاره ای استنباط می شود، تفاوت دارد. این تفاوت موجب ایجاد نوعی تعارض است که اصطلاحاً تعارض عامل ارتباط نامیده می شود. در سیستم حقوقی فرانسه و بسیاری از کشورها که از آن تأثیر پذیرفته اند، مرکز مهم امور شخص، به عنوان اقامتگاه محسوب می شود، اما در حقوق انگلیس، اقامتگاه پیچیدگی بیشتری دارد و ارائه ی تعریف مطلق از اقامتگاه تقریباً غیرممکن است. درواقع آنچه حقوقدانان انگلیسی، محل سکونت عادی می نامند با مفهوم اقامتگاه در اروپای قاره ای مطابقت دارد و آنچه در حقوق انگلیس اقامتگاه نامیده می شود با مفهوم تابعیت در ایران و اروپای قاره ای شباهت دارد. (الماسی، ۱۳۶۹، صص ۱۶-۱۵)

اگرچه این عامل ارتباط از دیرباز در بسیاری از کشورها مورد استفاده قرار می گرفت، اما امروزه قواعد راجع به آن جنبه ی مصنوعی و غیرقابل پیش بینی یافته است. به طوریکه تعیین اقامتگاه اشخاص فقط با تصمیم دادگاه امکانپذیر است و اشخاص ذیربط خود رأساً قادر به تعیین اقامتگاه

خویش نیستند. درحالی که سکونت به عنوان یک امر موضوعی مستلزم استقرار و رابطه ی مداوم میان یک شخص، و یک محل است. قواعد حاکم بر اقامتگاه بسیار فنی است و گاهی ارتباط بسیار کمی با محل زندگی شخص، دارد. سکونت خود یک عامل ارتباط مستقل در کامن لا محسوب نمی شود و در سطح تعارض قوانین عمدتاً یک فاکتور برای تعیین ارتباط واقعی و اساسی فرد با یک محل در ذیل عنوان اقامتگاه است.

در مقابل اقامتگاه، تعیین تابعیت هم برای اشخاص ذیربط و هم اشخاص ثالث آسانتر است، اما از آنجاکه بسیاری اشخاص در خارج از قلمروی دولت متبوع خود زندگی می کنند و با آن رابطه چندانی ندارند، این عامل ارتباط به اجرای قانونی منتهی می شود که رابطه ی چندانی با دعوی ندارد و به علاوه موجب ایجاد تبعیض میان اشخاصی می شود که در قلمرو یک دولت سکونت دارند. از سوی دیگر برخی اشخاص بیش از یک تابعیت دارند. در صورتی که یکی از تابعیت های چندگانه، تابعیت دولت محل دادگاه باشد، همین تابعیت بر تابعیت های دیگر ترجیح می یابد؛ اما اگر همه تابعیت ها به خارج از دولت محل دادگاه تعلق داشته باشد، دادگاه ناچار است با استفاده از وصف جانشینی قانون مقرر دادگاه به اعمال قانونی غیر از قانون تابعیت روی آورد. مطابق این راه حل اجرای قاعده ی حل تعارض به بن بست رسیده و قانون مقرر دادگاه دارای صلاحیت عمومی است. (خمامی زاده، ۱۳۸۷، ص ۴۵) مطابق نظر دیگری در این مسئله باید با توسل به معیارهای مختلف در پی تعیین تابعیت موثر بود. از سوی دیگر برخی اشخاص اصلاً فاقد تابعیت هستند. در چنین صورتی نیز به مقتضای وصف جانشینی قانون مقرر دادگاه، همین قانون به مورد اجرا گذاشته می شود. بدیهی است در این موارد اعمال ضابطه ی تابعیت مؤثر یا اعمال قانون مقرر دادگاه با همان عیب اقامتگاه، یعنی عدم قابلیت پیش بینی مواجه خواهد شد. به علاوه فرصت زیادی برای سوءاستفاده از حق انتخاب دادگاه در اختیار خواهان قرار می دهد. به طوریکه خواهان با اطلاع از اینکه دادگاه قانون مقرر خود را اعمال می کند، در محلی به دادخواهی می پردازد که قوانین آن بیش از پیش مساعد به حال وی باشد.

مهمترین ضعف تابعیت و اقامتگاه در عدم انعطاف آنهاست. به طوریکه قادر به تعیین ارتباط اشخاص با کشور منشأ خود در چارچوب حرکت آزادانه اشخاص نیست. امروزه بیش از ۱۲ میلیون شهروند اتحادیه ی اروپا در کشوری غیر از کشور متبوع خود زندگی می کنند و اغلب جزئی از محیط



اجتماعی کشور محل سکونت خود هستند؛ بنابراین تعیین قانون حاکم بر ازدواج یا وصیت آنان بر طبق قانون کشور متبوع خود نامناسب و ناعادلانه محسوب می شود. به علاوه این کار به تبعیض میان شهروندان اتحادیه اروپا منجر می شود که در یک کشور سکونت دارند، اما تبعه آن کشور نیستند. (Manko, ۲۰۱۳, p.۲۰)

مفهوم محل سکونت عادی به عنوان یک عامل ارتباط تحت تأثیر کنفرانس دائمی لاهه راجع به حقوق بین الملل خصوصی ظهور یافت و اولین بار در سال ۱۹۰۲ از آن استفاده شد. کنفرانس دائمی لاهه به عنوان یک سیاست کلی برای جلوگیری از عدم قابلیت انعطاف، هیچگاه مفهوم محل سکونت عادی را تعریف نکرده است. سکونت عادی یک معیار موضوعی و عینی است که همه اوضاع و احوال مرتبط با هر دعوی خاص را در نظر می گیرد و مورد توجه قرار می دهد.

محل سکونت عادی یک عامل ارتباط مؤثر و ساده است که برای تعیین مناسب ترین دادگاه و سرانجام قانون قابل اعمال به اندازه کافی قابل انعطاف است. به علاوه این معیار با تمایلات و گرایش های جاری در سطح ملی و بین المللی منطبق است.

مفهوم سکونت عادی با مفهوم اقامتگاه متفاوت است؛ زیرا اولاً محل سکونت ممکن است متعدد باشد، در حالیکه اقامتگاه اصولاً واحد است. ثانیاً رابطه ی هر شخصی با محل سکونت خود فقط رابطه ای مادی است. در حالیکه محل اقامت علاوه بر ایجاد رابطه ی مادی بین وی و دولتی معین، ضامن منافع حقوقی و در برخی موارد سیاسی نیز هست. ثالثاً رابطه ی شخص، با محل سکونت عادی یک رابطه ی صرفاً مادی است و به محض اینکه شخص، از محل سکونت خود دور شود دیگر ساکن آن محل محسوب نخواهد شد، در حالیکه رابطه ی شخص، با اقامتگاه رابطه ای مادی و حقوقی است؛ زیرا ممکن است شخص، به مدت طولانی و ممتد در محل اقامت خود حضور فیزیکی نداشته باشد، ولی کماکان مقیم آن محل محسوب خواهد شد. به نظر می رسد محل سکونت عادی، جانشین مناسبی به جای تابعیت یا اقامتگاه، برای اشخاص بدون تابعیت یا پناهنده برای برخورداری از حقوق کشور محل سکونت باشد. (ابراهیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۱)

## ۲- یکی از دلایل بوجود آمدن تعارض تحت عنوان اختلاف در مصادیق

یکی از علل بوجود آمدن تعارض که در تعارض مخفی نمود پیدا می کند اختلاف در مصادیق می باشد، به دلیل اینکه مصادیق احوال شخصیه در قوانین همه کشورها یکسان نیست، و علت اغلب تعارض هایی که در حوزه احوال شخصیه بوجود می آید این علت هست در این نوشتار فقط به این پرداخته می شود و در قسمت بعدی راه حل آن ارائه می شود، و دلایل دیگر بوجود آمدن تعارض در احوال شخصیه به نوشتارهای بعدی موکول خواهد شد.

احوال شخصیه اصولاً موضوعاتی است که به اعتبار شخصیت فرد وضع شده، و معمولاً شامل مسائلی چون نکاح، طلاق، اهلیت، وصیت، ارث، فسخ نکاح، حضانت، قیمومت، ولایت، نفقه اقارب، نسب و مانند آن است.

مهمترین موضوعات و مصادیق احوال شخصیه عبارتند از: ازدواج، وضع اموال زن و شوهر، طلاق، افتراق، جهزیه، مهر، ابوت، نسب، فرزند خواندگی، اهلیت، ولایت قیمومت، ارث، وصیت، تصفیه ترکه و حجر، ... (ماده پنجم پروتکل عهدنامه مودب و اقامت و تجارت ایران، و یونان مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۱ به نقل از: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۹۳)

از میان موارد فوق دو مورد افتراق و فرزند خواندگی در فقه شیعه وجود ندارد و بقیه موارد در ابواب مختلف فقه بطور مفصل بررسی شده اند.

رژیم حل تعارض کشورهای مختلف در مورد این که تمامی موارد از مصادیق احوال شخصیه باشند، تشکیک کرده اند و عده ای در مورد مهریه، ارث، وصیت، اهلیت، هبه، وقف، تردید کرده اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۳، ج ۷، ص ۱۳۱) بعضی از ایشان موارد فوق را جزئی از احوال شخصیه می دانند و این گونه استدلال کرده اند که توارث تاسیسی است که به اعتبار خویشاوندی بین وارث و مورث است و وصیت نیز تاسیسی است که به اعتبار شخصیت وصی برقرار شده است. پس جنبه غیرمادی آن ها بر جنبه مالی غلبه دارد. (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۰۰) دکتر امامی در این باره گفته اند که: در برابر قوانین مربوط به احوال شخصیه، قوانین مربوط به اموال هستند که به اعتبار طبیعت مال وضع شده‌اند و موضوع آنها مال است، مانند مالکیت و تصرف؛ اگرچه در احوال شخصیه نیز

مال ممکن است به صورت تبعی موردنظر قرار گیرد. (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۹۹-۱۰۰؛ زحیلی، بی تا، ج ۷، ص ۶.)

معمولا موضوعاتی مورد تردید قرار می گیرد که از یک طرف با شخصیت فرد مرتبط است و از طرف دیگر جنبه مالی پیدا می کند توافق روی آن ها که جز احوال شخصیه هست یا نه مشکل است مثل وقف و هبه که بخاطر ماهیت دوگانه شان مورد اختلاف است و به همین دلیل مصادیق احوال شخصیه در همه کشورها یکسان نیست و البته دو چیز باعث خلط موضوعات احوال شخصیه و عینیه شده است: ۱- تحدید دایره موضوعات محاکم شرعی و عرفی ۲- ابقای اموری مثل وصیت، هبه و وقف که جنبه دینی دارند یا مرتبط با امور دینی است مثل نفقه و مهر در حکومت محاکم شرعی که به احوال شخصیه رسیدگی می کند، پس مسائل احوال شخصیه شامل این مجموعه هاست: ۱. مسائل متعلق به وصایا و موارث از آن جا که مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی از رابطه حق با اخلاق حسنه و نظم عمومی سخن می گوید پس این گونه حقوق به گروه حقوق غیر مالی نزدیک است. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۴۹)

این مساله در تمام رژیم های حقوقی بدین صورت نمی باشد مثلا فرض کنید زن و شوهری غیر ایرانی در دادگاه ایران برای نفقه طرح دعوا می کنند، دادگاه ایران چون نفقه را جز احوال شخصیه می داند لذا تابع قانون متبوع زن و شوهر قرار می دهد و به قانون ملی این زن و شوهر رجوع می کند، قواعد حل تعارض دولت متبوع این زن و شوهر نیز احوال شخصیه را تابع قانون ملی زن و شوهر میدانند اما نفقه را جز احوال شخصیه قلمداد نمی کند و آن را در دسته اموال می داند و اموال را تابع قانون دولت محل اقامت مشترک زوجین می داند لذا بر اساس قواعد حل تعارض این دولت دعوای نفقه باید بر اساس قانون ایران که محل اقامت این زن و شوهر می باشد، صالح به رسیدگی می باشد؛ تعارضی که ایجاد می شود طبق تعریفی که در بخش های گذشته ارائه داده ایم تعارض مخفی نامیده می شود که در قسمت بعدی به راه حل آن پرداخته خواهد شد.

#### ۴- راه حل تعارض بوجود آمده از اختلاف در مصادیق

راه حل های مختلفی برای حل این نوع از تعارض پیشنهاد شده است که باید به موجب چه قانونی به عمل آید، اساسی ترین آنها عبارتند از :

## ۱. تئوری توصیف به موجب قانون مقر دادگاه :

اکثر حقوقدانان کشورهای تابع نظام های حقوقی رومی و ژرمنی به تبعیت از کان و بارتن عقیده دارند که قانون صلاحیت دار برای توصیف یک امر حقوقی اصولاً باید « قانون مقر دادگاه » یعنی قانون کشور متبوعه رسیدگی کننده به دعوی باشد .

برای توجیه این تئوری چنین استدلال می شود که مصلحت قاضی رسیدگی کننده به دعوی و مصلحت طرف دعوی و همچنین رعایت حاکمیت ملی ، اجرای قانون مقر دادگاه را ایجاب می کند .

توصیف به موجب قانون مقر دادگاه در جهت مصلحت قاضی است برای آنکه اعمال این قانون برای قاضی به سادگی صورت می گیرد ، زیرا قانون مقر دادگاه در دسترس قاضی است و بر خلاف قانون خارجی نیازی به اثبات توسط کارشناس حقوق خارجی ندارد .

اعمال قانون مقر دادگاه متضمن مصلحت طرف دعوی است، زیرا هر طرف دعوایی از پیش می داند که چگونه هر قاعده قانونی یا هر امر حقوقی، مورد توصیف و طبقه بندی قرار می گیرد؛ چون کمتر اتفاق می افتد که خواهان در کشوری طرح دعوی کند که نه با شخص او رابطه دارد نه با خوانده و نه با موضوع دعوی. رجوع به دادگاه یک کشور معمولاً بدان جهت است که اصحاب دعوی تبعه آن کشورند یا اقامتگاه یا محل سکونت ایشان در آنجاست و یا اینکه موضوع، دعوی مالی است که در آن کشور واقع شده و یا عمل یا واقعه حقوقی است که در آنجا بوجود آمده و جز در موارد استثنائی همواره ارتباطی بین رابطه حقوقی مورد دعوی و کشوری که دعوی به دادگاه آن ارجاع شده است ، وجود دارد.

رعایت حاکمیت ملی نیز اعمال قانون مقر دادگاه را ایجاب می کند ، زیرا توصیف در واقع لازمه اعمال قاعده حل تعارض مقر دادگاه است. اگر قاضی رسیدگی کننده به دعوی موارد اجرای قانون خارجی را با توجه به همان قانون تعیین کند ، در آن صورت ، قانون مقر دادگاه بر اجرای قواعد حل تعارض خود کنترلی نداشته ، حاکمیت خود را از دست خواهد داد.

بارتن حقوقدان فرانسوی برای دفاع از تئوری توصیف به موجب قانون مقر دادگاه می گوید قضاات ملی قسم خورده اند که طبق قوانین نظام حقوقی کشور متبوعه خود اجرای عدالت نمایند و نه نظام حقوقی کشور خارجی ، ولذا توصیف یا تعیین ماهیت روابط یا قواعد حقوقی به موجب قانون خارجی ، در واقع ، نقض سوگندی است که هنگام احراز منصب قضا یاد کرده اند.

## ۲ . تئوری توصیف به موجب قانون سبب :

به اعتقاد بعضی دیگر قاضی برای توصیف یک رابطه یا یک قاعده حقوقی باید به « قانون سبب» یعنی قانون خارجی رجوع کند .

برای توجیه صلاحیت این قانون چنین استدلال یاد شده است که قبول حکومت قانون خارجی ، توصیف به موجب قانون سبب را ایجاد می کند ، زیرا قبول حکومت قانون خارجی بدون قبول توصیف به موجب آن در واقع مثل این است که اصلاً اعمال قانون خارجی را نپذیرفته باشند . طرفداران تئوری اعمال قانون مقر دادگاه مشکلات مربوط به تئوری توصیف به موجب قانون سبب را به طریق زیر روشن ساخته اند :

اولاً : توصیف به موجب قانون سبب مواجهه با دور منطقی را اجتناب ناپذیر می سازد ، زیرا اعمال قانون سبب (قانون خارجی) نتیجه توصیف است و آنچه که نتیجه و معلول توصیف است نمی تواند تعیین کننده توصیف باشد .

چگونه می توان به موجب قانون سبب چیزی را توصیف کرد که خود تعیین کننده قانون سبب است؟ آیا این امر به مثابه آن نیست که مسأله ای را که می خواهیم حل کنیم حل شده فرض کرده باشیم؟

## ۳ . تئوری توصیف اصلی و فرعی :

به اعتقاد بعضی از حقوقدانان مسأله توصیف ها را بر مبنای تمیز و تفکیک بین « توصیف اصلی» می توان حل نمود. مطابق این تئوری ، توصیف اصلی که عبارت است از داخل کردن امر حقوقی در دسته ارتباط ، باید به موجب قانون مقر دادگاه به عمل آید ، ولی توصیف فرعی که عبارت

است از تعیین حدود و شرایط اعمال قانون مناسب، به موجب قانون سبب به عمل می آید. تفاوت این دو نوع توصیف در این است که توصیف اصلی قبل از تعیین قانون صلاحیت دار صورت می پذیرد، ولی توصیف فرعی پس از آنکه قانون صلاحیت دار مشخص شده باشد صورت می گیرد. به عبارت دیگر، توصیف اصلی جنبه کلیدی دارد و حل تعارض قوانین منوط به آن است، حال آنکه توصیف فرعی چنین نیست و تأثیری در تعیین قانون لازم الاجراء ندارد.

باید توجه داشت که در این تئوری، اصلی یا فرعی بودن توصیف یک امر نسبی است و به محتوی قاعده حل تعارض مقر دادگاه بستگی دارد.

در مثال مربوط به « قضیه بارتلو»، توصیف ادعای بیوه بازمانده تهی دست یک توصیف اصلی بود و در تعیین قانون صلاحیتدار تأثیر داشت؛ زیرا توصیف مسأله به عنوان یک مسأله مربوط به حقوق ارثیه اجرای یک قانون و توصیف آن به عنوان یک مسأله مربوط به روابط زوجین اجرای قانون دیگری را ایجاب می کرد. مثلاً در حقوق ایران تشخیص منقول بودن مالی که جزء ترکه یک خارجی است یک توصیف فرعی می باشد، زیرا قاعده ایرانی حل تعارض در مورد ترکه متوفی، اعم از اینکه منقول باشد، قانون دولت متبوع متوفی را واجد صلاحیت می داند (ماده ۹۶۷ قانون مدنی)؛ ولی اگر همین مسأله در دادگاه فرانسه مطرح شود پاسخ آن متفاوت خواهد بود، برای آنکه قاعده فرانسوی، بر خلاف قاعده ایرانی، نسبت به ترکه منقول و غیر منقول احکام متفاوتی دارد، زیرا حقوق بین الملل خصوصی فرانسه ترکه منقول را تابع قانون اقامتگاه متوفی و ترکه غیر منقول را تابع قانون محل وقوع مال می داند. پس وصف منقول یا غیر منقول بودن ترکه متوفی تأثیر مستقیم در قانون صلاحیت دار خواهد داشت و این توصیف، یک توصیف فرعی نیست بلکه می توان گفت یک توصیف اصلی است که باید به موجب قانون مقر دادگاه صورت گیرد.

گاهی در پروسه اجرای قاعده حل تعارض، مشکل در عدم وجود عامل ارتباط تعیین شده است مثلاً زمانی که موضوع احوال شخصیه در قاعده حل تعارض یک کشور تابع قانون کشور متبوع ذی نفع دانسته شده مشخص شود که وی تابعیت هیچ کشوری را ندارد و به عبارت دیگر بی تابعیت یا آپاتراید می باشد. ایجاد چنین وضعیتی با توجه به متفاوت بودن مقررات تابعیت در کشورهای مختلف و اختیار مطلق کشورها در وضع مقررات مربوط به تابعیت قابل درک است. مثلاً ممکن است

به موجب قوانین جزایی کشوری از یکی از اتباع این کشور سلب تابعیت شود و این شخص نتواند تابعیت کشور دیگری را تحصیل نماید. همچنین امکان دارد طفلی که متولد می شود در بدو تولد تابعیت هیچ کشوری را نداشته باشد، زیرا مشخصاتش با شرایط احراز تابعیت هیچ کشوری منطبق نیست.

برای رفع این معضل وقتی مثلا عامل ارتباط تابعیت در رابطه با احوال شخصیه افراد اتخاذ می شود در مواردی عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط جانشین معرفی شده است. البته ممکن است شخصی که به ترتیب فوق فاقد تابعیت است فاقد هرگونه اقامتگاهی هم شناخته شود.

### نتیجه گیری

با توجه به اهمیت و تعدد مقررات حاکم بر احوال شخصیه در مورد اتباع ایرانی و خارجی مقیم ایران، لزوم روشن شدن مفهوم و قلمرو و مصادیق احوال شخصیه ضروری می باشد، در مورد نکاح این موضوع قطعی و بدون اختلاف می باشد که از موضوعات احوال شخصیه می باشد، ولی موارد پیرامون نکاح محل اختلاف هستند مانند مهریه.

طلاق و ارث و وصیت در اصل دوازده قانون اساسی شمرده شده است، از موضعات احوال شخصیه است اما در مورد اینکه آیا نفقه بعد از طلاق جز احوال شخصیه هست یا اموال در حقوق کشورهای مختلف اختلافاتی دیده می شود و همین اختلاف در تعریف مصادیق منجر به تعارض قوانین خواهد شد که اصطلاحا تعارض مخفی نامیده می شود و برای حل این نوع از تعارض در قوانین ما نص صریحی وجود ندارد لذا بهتر است برای جلوگیری از تشبیه آراء مقنن بطور واضح رفع تکلیف در ابهامات پیش آمده در حالت تعارض قوانین بنماید. اما در کتب حقوقی راه حل و پیشنهادهایی مانند: تئوری توصیف اصلی و فرعی، تئوری توصیف به موجب قانون سبب و ثوری توصیف به موجب قانون مقر دادگاه پیشنهاد شده است.

## منابع

- ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۹۵)، حقوق بین الملل خصوصی؛ کلیات تابعیت اقامتگاه، وضعیت بیگانگان و پناهندگی استرداد مجرمین و سرمایه گذاری خارجی در ایران، تهران، انتشارات سمت.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۸۵)، «تعارض صریح و تعارض مخفی بین سیستم های حل تعارض»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۸ و ۱۹، ۱۳۸۵.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۸۲)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۶۹)، «تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین»، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۲، ۱۳۶۹.
- امامی، حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی.
- پروین، فرهاد (۱۳۷۸)، «نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان مقیم ایران»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۲۴، ۱۳۷۸.
- خمامی زاده، فرهاد (۱۳۸۷)، «تعریف و جایابی عامل ارتباط»، مجله الهیات و حقوق شماره ۷۸، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- زحیلی، وهبه (بی تا)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر.
- صفایی، سید حسن؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۲)، اشخاص و محجورین، تهران، سمت.
- عزمی البکری، محمد (۱۹۹۱)، موسوعه الفقه و القضا فی الاحوال الشخصیه، قاهره، دارالمحمود.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- موسوی بجنوردی، محمد کاظم (۱۳۸۳)، دایره المعارف بزرگ اسلامی، تهران، مرکز دایره المعارف بزرگ اسلامی.



McLeod, James, "The meaning of ordinary residence and habitual residence in the Common Law provinces in a family law context", [http://justice.gc.ca/eng/rp-pr/flf/divorce/rhro\\_cl/pdf/rhro\\_cl.pdf](http://justice.gc.ca/eng/rp-pr/flf/divorce/rhro_cl/pdf/rhro_cl.pdf), ۲۰۰۶.

measures", <http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/۲۰۱۳/۱۳۰۴۲۷/L>



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی