

دکتر فرهاد خمایی زاده



## تنوع قواعد حل تعارض

پروژه کتابخانه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی





پښتونستان د علومو او مطالعاتو د پوهنتون  
پرتال جامع علومو د پوهنتون

## فهرست مطالب

|    |   |
|----|---|
| ۹  | .....مقدمه  |
| ۱۱ | .....مبحث اول. تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد      |
| ۱۲ | .....الف. تئوری یکجانبه                                     |
| ۱۲ | .....۱ - مبنای تئوری یکجانبه                                |
| ۱۶ | .....۲ - انواع تئوری یکجانبه                                |
| ۱۶ | .....۲.۱ تئوری یکجانبه مطلق (تئوری کلاسیک)                  |
| ۱۷ | .....۲.۲ تئوری یکجانبه جدید                                 |
| ۱۷ | .....- تفسیر دوجانبه قاعده حل تعارض یکجانبه                 |
| ۲۱ | .....- اجرای قانون خارجی که صلاحیتش را می پذیرد             |
| ۲۵ | .....۳ - یکجانبه گرایی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات  |
| ۳۰ | .....ب. تئوری دوجانبه                                       |
| ۳۳ | .....مبحث دوم . تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط |
| ۳۵ | .....الف. قواعد حل تعارض با عوامل ارتباط اصلی و فرعی        |
| ۳۷ | .....ب. قواعد حل تعارض تعددی                                |
| ۳۸ | .....ج. قواعد حل تعارض آلترناتیو                            |
| ۴۱ | .....د . قواعد حل تعارض انفصالی                             |
| ۴۱ | .....ه. قواعد حل تعارض شرطی                                 |
| ۴۲ | .....نتیجه  |



پښتونستان ګاونډي علوم او مطالعات فرانسې  
پرتال جامع علوم انساني

## ● مقدمه

امروزه گسترش روابط بین المللی موجب شده تا افراد در چارچوب مرزهای یک کشور محصور نبوده و به انحاء مختلف (مسافرت، تجارت، ...) با ممالک دیگر، ارتباط داشته باشند. در نتیجه یک زندگی خصوصی بین المللی در کنار زندگی داخلی افراد ایجاد شده و مجموعه مقررات خاصی تحت عنوان حقوق بین الملل خصوصی در هر کشور برای تنظیم روابط بین المللی افراد وضع شده است.

تعارض قوانین به عنوان یکی از موضوعات اصلی حقوق بین الملل خصوصی زمانی ایجاد می شود که مسأله تعیین قانون حاکم بر یک رابطه حقوقی که مرتبط با قانون دو یا چند کشور است مطرح شود. وقتی قاضی در مقام رسیدگی به

۱. موضوعات حقوق بین الملل خصوصی عبارتند از: تابعیت، اقامتگاه، وضع اتباع بیگانه، تعارض قوانین و دادگاهها؛ به موجب دکترینی که عمدتاً در آلمان مطرح و دفاع شده تعارض قوانین موضوع انحصاری حقوق بین الملل خصوصی است.

M.M. Batiffol H., Lagarde P., "Droit international privé", 7 éd, L.G.D.J. 1981. T.I. , n° 3, p.3.

۲. رک . تعریف تعارض قوانین در . p.I. "Conflit de lois" Dr. Int., II, ENCY. تعارض

←

یک رابطه حقوقی صرفاً داخلی است مستقیماً با مراجعه به قواعد مادی قانون ملی خود به موضوع رسیدگی می نماید مثل درخواست طلاق زوجین ایرانی از دادگاه ایرانی. ولی ممکن است رابطه حقوقی مطروحه حائز عنصر یا عناصری خارجی بوده و نتیجتاً قاضی با احتمال عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه مواجه باشد مثل درخواست طلاق زوجین انگلیسی از دادگاه ایرانی؛ در چنین مواردی قواعد حل تعارض در سیستم حقوق بین الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون صلاحیتدار و اتخاذ تصمیم بوده و در واقع به طور غیر مستقیم راه حل قضیه متنازع فیهِه را ارائه می نمایند، مع ذلك این قواعد همیشه به یک شکل تنظیم نمی شوند و از حیث دامنه عملکرد و نوع عامل (یا عوامل) ارتباط با هم متفاوتند.

از یک سو قاعده حل تعارض ممکن است تنها تعیین کننده صلاحیت یا عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه (Lex fori) باشد بدون مشخص نمودن قانون قابل اجرا در صورت عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه «قاعده تعارض یکجانبه». از



قوانین به مفهوم وسیع آن وقتی ایجاد می شود که یک رابطه حقوقی تنها به یک قانون مرتبط نبوده بلکه با دو یا چند قانون در ارتباط باشد که هریک ممکن است راه‌های متفاوتی برای آن رابطه حقوقی ارائه نمایند.

۳. دکتر جعفری لنگرودی قواعد حل تعارض را چنین تعریف کرده است: «قواعدی که در قلمرو تنازع قوانین (در روابط اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی) قانون قابل اجرا را (در واقعه خارجی) از میان قوانین متنازع معین می نمایند. قواعد مذکور ممکن است به صورت اصول حقوقی حقوق بین الملل خصوصی (اصول مسلم) بوده و یا به صورت قانونی از قوانین موضوعه کشور معینی باشد که واقعه خارجی مزبور در آن کشور روی داده است». ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲، شماره ۱۲۹۷.

اصطلاح قواعد حل تعارض *règles de rattachement* یا *règles de conflit* در فرانسه بوسیله *Arminjon* با ترجمه اصطلاح آلمانی *Onknöpfungsnorm* وارد شده است و به آن قواعد صلاحیت قانونگذاری *règles de compétence législative* در برابر قواعد صلاحیت قضایی *règles de compétence judiciaire* یا قواعد حقوق بین الملل خصوصی *règles de Droit international privé* نیز می گویند (مثلاً در ماده ۱۵ قانون ۲۴ ژوئیه ۱۹۳۱ فرانسه) به نقل از: *ENCY. Dr. Int., II, Conflit de lois, p.155.*

#### 4. Concepts de rattachement, éléments de rattachement.

سوی دیگر بررسی قواعد حل تعارض نشان می‌دهد که اتخاذ عامل (یا عوامل) ارتباط همیشه به یک شکل صورت نمی‌پذیرد و بر این اساس انواع مختلفی از قواعد حل تعارض قابل تشخیص هستند. بررسی تنوع قواعد حل تعارض از جهات ذکر شده موجب شناخت بهتر این قواعد و نتیجتاً سایر موضوعات مطروحه در بحث تعارض قوانین می‌گردد. لذا موضوع را در مقاله حاضر به ترتیب ذیل مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

- مبحث اول - تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد.
- مبحث دوم - تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط.

## مبحث اول

### تنوع قواعد حل تعارض از حیث

#### دامنه عملکرد

قاضی در مقام رسیدگی به یک رابطه حقوقی بین المللی با مراجعه به قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون حاکم بر قضیه را می‌یابد، آنگاه مبادرت به صدور حکم می‌نماید. مع ذلک عملکرد قواعد حل تعارض همیشه یکسان نیست. گاهی این قواعد تنها به تعیین حدود صلاحیت قانون مقرر دادگاه اکتفا می‌نمایند بدون اعلام اینکه، در صورت احراز عدم صلاحیت قانون مذکور احیاناً کدام قانون خارجی باید اجرا شود. اینگونه قواعد را اصطلاحاً قواعد یکجانبه می‌نامند.<sup>۵</sup> در مقابل قواعد حل تعارضی وجود دارند که ضمن مشخص نمودن میزان صلاحیت قانون مقرر دادگاه، قانون خارجی قابل اجرا را نیز در صورت عدم صلاحیت قانون مذکور تعیین می‌کنند که به قواعد دوجانبه موسومند.

5. Règles de conflit unilatérale.

6. Règles de conflit bilatérale.

اکثر نویسندگان حقوقی طرفدار دوجانبه بودن قواعد حل تعارض هستند «تئوری دوجانبه»، مع ذلك جمعی بر لزوم تنظیم این قواعد به صورت یکجانبه تأکید می نمایند «تئوری یکجانبه». هر گروه دلالتی را در توجیه نظریات خود ابراز نموده اند که مقتضی است به طور جداگانه بررسی شوند.

## الف. تئوری یکجانبه<sup>۶</sup>

در جریان مطالعه تئوری یکجانبه ابتدا لازم است بررسی شود طرفداران این نظریه چگونه محدودیت صلاحیت قانونگذاری مقرر دادگاه را توجیه می نمایند و به عبارت دیگر مبنای این تئوری چیست؟ سپس باید دید پیروان عقیده مذکور در صورت عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه چه راه‌حلهایی پیشنهاد نموده اند (تئوری یکجانبه کلاسیک و تئوری یکجانبه جدید) و در خاتمه جایگاه قواعد یکجانبه در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات را مورد بحث قرار خواهیم داد.

### ۱. مبنای تئوری یکجانبه

در اواخر قرن ۱۹ عده‌ای از نویسندگان حقوقی و به طور خاص Niedner و Schenelle در آلمان با اعلام اینکه نقش حقوق بین الملل خصوصی صرفاً تعیین قلمرو اجرای قانون در مکان است مدعی شدند هیچ قانونگذاری حق ندارد در مورد یک رابطه حقوقی که حائز عنصر یا عناصری خارجی است، با قائل شدن بر عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه، صلاحیت قانون خارجی را نیز مقرر دارد، زیرا چنین تعیین صلاحیتی مخالف اصول حقوق بین الملل است.<sup>۸</sup>

به موجب این تئوری که منبعث از اصل تساوی حاکمیت دولتهاست هر دولت محدوده عمل قوانین خود را مشخص می نماید و حق ندارد با تعیین تکلیف

## 7. UNILATERALISME.

۸. به نقل از دکتر شمس الدین عالمی «اجرای قانون خارجی در ایران»، تهران، ۱۳۴۵، ص ۳۶.



در مورد صلاحیت قوانین دیگر کشورها در حاکمیت آنها دخالت نماید.<sup>۹</sup> این امر هم مبنای حقوقی و هم اساس عقلی دارد.<sup>۱۰</sup> به عبارت دیگر قواعد حل تعارض باید به صورت یکجانبه وضع شوند مثل مقررات جزایی یک کشور که صرفاً مقرر می‌دارند چه اعمالی با چه شرایطی جرم محسوب شده و قابل مجازات هستند<sup>۱۱</sup> و یا قوانین مالیاتی یک کشور که مشخص می‌نمایند چه اشخاص و اموالی مشمول پرداخت مالیات هستند و اصولاً هیچ سازمان مالی در اجرای یک قانون خارجی مالیات نمی‌گیرد.

در فرانسه نی‌بویه از این تئوری دفاع نموده است. وی که مسأله تعارض قوانین را جزء حقوق عمومی و به منزله تعارض حاکمیتها مدّ نظر قرار داده، معتقد است گرچه موضوع قواعد حل تعارض در ارتباط با حقوق خصوصی است اما هدف از وضع این قواعد تشخیص حاکمیت قوانین و تعیین قلمرو قدرت دولتهاست. حقوق بین‌الملل خصوصی در این قسمت شبیه به حقوق اساسی است زیرا همانطور که حقوق اساسی از قوانین مختلف مملکت و صلاحیت و روابط آنها بحث می‌نماید، در تعارض قوانین نیز صلاحیت و قلمرو حاکمیت دولتها مطرح است. وقتی در موردی قانون خارجی در فرانسه اجرا می‌شود علتش این است که قدرت حاکمه فرانسه آن را صالح شناخته و شناسایی این صلاحیت در مورد مزبور به منزله آن است که دولت فرانسه برای دولت خارجی صلاحیت قانونگذاری شناخته است. پس مسأله تعارض قوانین در واقع تشخیص صلاحیت قدرتهای حاکمه و تعیین

۹. در این مورد von bar می‌نویسد: «تحمیل صلاحیت به دولتی که آن را نمی‌خواهد با اصل تساوی دولتها مغایر بوده، به معنای ادعای یک برتری مقام یا قائل شدن یک حقوق فوق ملی برای خود است. این امر به منزله دستور یک محکمه عالی است به یک دادگاه تالی که عدم صلاحیتش را اعلام نموده، به اینکه در ماهیت امر رسیدگی کند. در حالی که چون دولتها به علت تساوی باید به یکدیگر احترام بگذارند هیچ صلاحیت تحمیلی در این بین نمی‌تواند وجود داشته باشد».

Ann, Inst,éd abrégée, IV, p. 541.

10. Mayer P., "Droit international privé", paris, 1994, n° 116, p. 85.

۱۱. مثلاً به موجب ماده ۶۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه جرایمی که یکی از عناصر آنها در این کشور تحقق یافته باشد، واقع شده در سرزمین فرانسه محسوب است.

قلمرو حاکمیتهاست.<sup>۱۲</sup>

در همین راستاست که نی بوایه قواعد مربوط به تابعیت و قواعد حل تعارض را یکسان پنداشته و معتقد است همان گونه که نقش قانون فرانسه در مورد مسأله تابعیت محدود به تعیین این امر است که چه کسانی با چه شرایطی تبعه فرانسه محسوب می شوند به همین ترتیب در خصوص روابط حقوقی افراد در زندگی بین المللی نقش آن محدود است به اعلام صلاحیت بین المللی قانون فرانسه یا نفی آن و به هیچ وجه در مورد صلاحیت یا عدم صلاحیت قوانین بیگانه دخالت نمی کند.<sup>۱۳</sup>

مع ذلک طرح تئوری یکجانبه بر مبنای نظریه حاکمیت دولتها مورد اعتراض واقع شده است. امروزه پذیرفته شده که تعارض قوانین، تعارض حاکمیتها نیست و قاضی در مقام رسیدگی به یک رابطه حقوقی بین المللی باید موضوع را با توسل به بهترین و مناسبترین قانون حل نماید. در واقع هدف، حفظ منافع و رعایت مصالح تجارت بین الملل به طور کل است و مصلحت دولتها در درجه دوم اهمیت قرار دارد مثل آنچه در حقوق خصوصی معمول است.<sup>۱۴</sup> بنا به عقیده پروفیسور ریگو وقتی

۱۲. برای مطالعه نظریه نی بوایه، رک.

Niboyet J. P., "Traité de droit International privé français", III, Paris, 1946. p. 240 et s.

۱۳. به عقیده وی قاعده حل تعارض فرانسه فقط باید دفاع از منافع ملی فرانسه را در نظر گیرد و منافع مذکور با تمسک به اصل محلی بودن قوانین به مراتب بهتر تأمین می شود تا با رجوع به اصل شخصی بودن قوانین. شخصی بودن قوانین یک حالت استثنایی است که باید دامنه اش محدود شود و به همین جهت است که در مورد احوال شخصیه اقامتگاه ذی نفع مد نظر واقع می شود و نه قانون ملی وی. رک. دکتر نجاد علی الماسی، «تعارض قوانین»، تهران، ۱۳۶۸، مرکز نشر دانشگاهی ص ۳۴.

۱۴. در امریکا نویسندگان بسیاری از جمله le Flar, currie, cavers به تئوری یکجانبه پیوسته اند:

D. Cavers, "The choice of law process", 1965; Currie B., " Selected essays on the conflicts of laws "Durham, 1963; le Flar R., "American conflicts law", New york, Robbs -Mervill, 1968.

۱۵. رک. دکتر سید حسین صفایی «مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی»، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۴، ص ۸۵.

قاعده حل تعارض مقرر دادگاه در موردی با نفی صلاحیت قانون ملی، قانون یک کشور خارجی را برای حل موضوع متنازع فيه معرفی می نماید، این امر تجاوز به حاکمیت دولت خارجی مذکور نیست بلکه صرفاً پذیرش یک سیستم حقوقی رسمی در نظام حقوقی رسمی دیگر است. قاعده حل تعارض مثل سایر قوانین ملی مخاطبان در وهله اول کارگزاران دولتی مجری قانون هستند و به ایشان اختیار داده شده تا تحت شرایط معینی برای یک منبع حقوقی خارجی اعتبار قائل شوند. چیزی که به غلط تعیین محدوده مادی اعتبار قاعده حقوقی خارجی نامیده شده در واقع عبارتست از قابل اجرا اعلام نمودن قانون خارجی در سیستم رسمی مقرر دادگاه. این موضوع تفاوت چندانی با مسأله شناسایی احکام یا اسناد قراردادهای اداری خارجی ندارد. وقتی دولتی به موجب قاعده حل تعارض قانونی خارجی را برای حل و فصل موردی صلاحیتدار اعلام می کند فقط کارگزاران تحت امرش را مخاطب قرار می دهد. برعکس هیچ دولتی حق ندارد حتی به طور غیرمستقیم به قوه مقننه خارجی فرمان دهد و قاعده حل تعارض نیز چنین هدفی ندارد.

در مواجهه با انتقاداتی از این قبیل حقوقدانان طرفدار یکجانبه بودن قواعد حل تعارض سعی نموده اند مبنایی غیر از حاکمیت دولتها برای آن بیابند. از جمله کادری Quadri نویسنده ایتالیایی در توجیه لزوم یکجانبه بودن قواعد حل تعارض می گوید: قانون همیشه به صورت فرمان است لذا برای اینکه موجودیت داشته باشد باید مخاطبانش را مشخص نماید. هر دولت حاکم آزادانه دامنه عملکرد قوانینش را معین می کند «چون قاعده حقوقی محصول تجارب خاصی است دست کم باید در چارچوب عمل خود محصور باشد» لذا بیهوده است اگر قانونی را در مواردی که مورد نظرش نبوده اعمال نماییم.<sup>16</sup> مع ذلک این نظر نیز معرف بخشی از واقعیت بوده و به نحوی با تئوری حاکمیت در ارتباط است.<sup>17</sup>

آنچه گفته شد مبنای تئوری یکجانبه از نظر طرفداران آن بود. حال باید دید با قبول این تئوری، در فرض عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه، تکلیف قاضی

16. Mayer P., op. cit., n. 118, p. 86.

17. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit International privé", Précis, Dalloz, 1993, n<sup>o</sup>. 108, p.90.

رسیدگی کننده چیست و چه تصمیمی باید اتخاذ نماید؟

## ۲. انواع تئوری یکجانبه

در مورد تکلیف قاضی رسیدگی کننده به رابطه حقوقی حائز خصیصه بین المللی، در صورتی که موضوع حسب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه خارج از صلاحیت قانون محلی باشد<sup>۱۸</sup> اختلاف نظر وجود دارد و به طور کلی نظریات ابرازی را می توان در دو گروه ذیل قرار داد

### ۱-۲. تئوری یکجانبه مطلق (تئوری کلاسیک)<sup>۱۹</sup>

برخی از طرفداران تئوری یکجانبه معتقدند در موارد عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه، قاضی باید از رسیدگی به پرونده خودداری و اعلام عدم صلاحیت نماید. در واقع عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه در چنین مواردی عدم صلاحیت دادگاه مربوطه را در پی خواهد داشت.

وابستگی عمیق این شکل از تئوری یکجانبه با نظریه حاکمیت دولتها مشهود است. هر کشور محدوده عمل قوانین خود را تعیین می کند و عدم قابلیت اجرای قوانین مقرر دادگاه بر یک رابطه حقوقی بین المللی موجب می شود تا قاضی با اعلام عدم صلاحیت دادگاه به سادگی از کنار موضوع بگذرد، آن را بی پاسخ رها نماید. در چنین حالتی ذی نفع باید کاملاً از پیگیری مسأله صرفنظر و یا موضوع را در کشور دیگری که به هر حال راه حلی درخصوص مورد پیش بینی نموده است مطرح نماید. بی تردید گسترش اتخاذ چنین رویه ای در وضع قواعد حل تعارض موجب تضعیف روابط بین المللی اشخاص می شود و حقوق بین الملل خصوصی نمی تواند نقش خود را آنچنان که باید ایفا نماید.

۱۸. به نظر Schenelle دادرسانی که مکلف به رسیدگی به موضوعی خارج از شمول قانون ملی هستند باید هر قانون خارجی را که مناسب می دانند اعمال نمایند بشرط اینکه نظام عمومی ملی صلاحیت این قاضی را برای اعمال قانون خارجی در مسائل مورد بحث شناخته باشد. دکتر شمس الدین عالمی، همان منبع، ص ۳۶.

### 19. Universalisme absolue.

به هر حال نارساییهای ناشی از اجرای تئوری یکجانبه مطلق، یکجانبه‌گرایان را به یافتن راه‌حلهای مناسبتری هدایت نمود.

## ۲-۲ تئوری یکجانبه جدید

عده‌ای از یکجانبه‌گرایان در موارد عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه، قاضی را از رسیدگی به پرونده معاف نمی‌دانند و راه‌حلهای زیر را برای پرکردن خلاء ناشی از این امر پیشنهاد نموده‌اند:

### تفسیر دوجانبه قاعده حل تعارض یکجانبه: " گاهی قواعد حل تعارض

گرچه به شکل یکجانبه تنظیم شده‌اند ولی با تفسیر دوجانبه آنها می‌توان قانون حاکم را در صورت عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه تعیین نمود. "، ماده ۳ قانون مدنی فرانسه نمونه بارزی از این نوع قواعد است که به موجب آن قوانین ناظر بر وضعیت و اهلیت اشخاص در مورد اتباع فرانسه حتی اگر ساکن در خارج از فرانسه باشند جاری است. ملاحظه می‌شود که این ماده قانونی تنها مسأله وضعیت و اهلیت اتباع فرانسه را حل نموده و قانون حاکم بر وضعیت و اهلیت خارجیان مقیم فرانسه را مشخص نمی‌نماید. مع ذلک حقوقدانان فرانسوی پذیرفته‌اند که چون وضعیت و اهلیت فرانسویان حتی در خارج از فرانسه تابع قانون متبوع ایشان است، اهلیت تابع قانون متبوع خود باشند. "گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

## 20. Bilatéralisation de la règle de conflit unilatérale.

۲۱. برای مثال رک. (Petros. G.) Vallindas, "La structure de la règle de conflit" Recueil. 1960 III, p. 353 به نظر وی در صورتی که قاعده‌ای بصورت یکجانبه وضع شده باشد بدون اینکه واقعاً منظور از آن، توسعه دامنه اجرای قانون مقرر دادگاه یا حذف قانون خارجی باشد در این صورت می‌توان آنرا به صورت دوجانبه از طریق آنالوژی تفسیر نمود. این امر در رویه قضایی همه کشورها پذیرفته شده است.

## 22. Déby Gérard - F., "Le rôle de la règle de conflit dans le réglementation

←

مثال دیگر در این مورد ماده ۳ قانون مورخ ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۶ فرانسه در مورد شرکتهای تجاری است که به موجب آن شرکتهای تجاری که مقر تجارتشان در فرانسه است، تابع قانون فرانسه می باشند. این ماده ظاهراً تکلیف شرکتهای تجاری را که مقر تجارتشان خارج از فرانسه است، مشخص ننموده ولی با تفسیر دوجانبه این ماده پذیرفته شده است که اصولاً شرکتهای تجارتی تابع قانون مقر تجارتشان هستند (چه در خارج و چه در فرانسه).<sup>۲۳</sup>

علی رغم فایده عملی اتخاذ این رویه، در تمام موارد توسل به آن ممکن نیست. به عبارت دیگر همه قواعد یکجانبه تاب تفسیر دوجانبه را ندارند.<sup>۲۴</sup> چنین وضعی در دو حالت ذیل متصور است:

**اول -** وقتی که قاعده حل تعارض به رزرو محدود کننده مندرج در یک قاعده حل تعارض چندجانبه متوسل شده باشد. بهترین نمونه این مورد در قواعد وضع شده به وسیله دولتهایی است که با استفاده از شرط مندرج در برخی کنوانسیونهای بین المللی (در زمینه تعارض قوانین) عدول از یک قاعده چندجانبه مندرج در این کنوانسیونها را اجازه می دهند.

مثلاً به موجب ماده ۳ قرارداد دوم کنوانسیون ژنو ۱۹ مارس ۱۹۳۱ راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در خصوص چک: «اهلیت شخص برای قبول تعهد

→

des rapports internationaux", Paris, 1973, n° 97.

همچنین بند ۲ ماده ۳ قانون مدنی فرانسه که مقرر می دارد اموال غیرمنقول حتی آن بخش که به ملکیت خارجیان در می آیند تابع قانون فرانسه هستند، بدین نحو تفسیر شده که «اموال غیرمنقول تابع محل استقرارشان هستند».

**۲۳.** همین وضع در ماده ۲۴ قانون مدنی آلمان مشهود است که به موجب آن قانون آلمان حاکم است بر ارث تمام اتباع آلمان صرفنظر از محل سکونت آنها. این ماده نیز توسط محاکم آلمان بدین صورت تفسیر شده که بر ارث خارجیان قانون متبوعشان حاکم خواهد بود. همچنین رک. Rev. esp. de Dér Int. 1963, 611 note Pecourt.

Batiffol. H., op. cit., p. 288 note 6. به نقل از:

**۲۴.** اینگونه قواعد را پروفیسور ریگو، La règle de Conflit de lois excluëvement Unilatérale، نامیده است.

Rigaux F., "Droit international privé français", III, Paris, 1946, p. 248.

به موجب چک طبق قانون کشور متبوع او معین خواهد شد و اگر قانون کشور متبوع او قانون کشور دیگری را در موضوع صالح بداند، قانون اخیر اجرا خواهد گردید. با وجود این اگر شخصی که مطابق قانون مذکور در بند قبل فاقد اهلیت است چک را در سرزمین کشوری امضا نموده که برابر مقررات آن واجد اهلیت شناخته می شود تعهد او معتبر خواهد بود. هریک از طرفهای معظم متعاقد می تواند از شناسایی و تصدیق اعتبار قرارداد تنظیمی بر مبنای چک صادره توسط یکی از اتباع آن که در کشور طرف قرارداد از طریق اعمال بند قبلی این ماده معتبر نیست، خودداری کند».<sup>۲۵</sup>

بلژیک با استفاده از اختیار اعطا شده به موجب بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون مذکور طی ماده ۶۳ قانون مورخ اول مارس ۱۹۶۱ خود مقرر کرده است: «قبول تعهد بر مبنای چک بوسیله یک بلژیکی در خارج، در بلژیک به رسمیت شناخته نمی شود مگر اینکه حسب قانون بلژیک شخص مذکور اهلیت متعهد شدن بدین طریق را داشته باشد».

بنابراین یک بلژیکی نمی تواند در خارج خود را به موجب چک متعهد نماید مگر مطابق مقررات قانون متبوعش. ماده ۶۳ مذکور «یک قاعده حل تعارض یکجانبه غیر قابل تفسیر دوجانبه» است و چک امضا شده در بلژیک یا در خارج به وسیله یک خارجی فاقد اهلیت حسب قانون متبوعش ولی حائز اهلیت طبق قانون بلژیک (یا قانون خارجی محل امضا چک) معتبر تلقی می شود.

دوم- وقتی که قاعده به صورت آلترناتیو باشد یعنی دو یا چند عامل ارتباط را در کنار هم قرار داده تا هریک در نبود دیگری مد نظر واقع شود. مثلاً به موجب ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ طلاق و تفریق تابع قانون فرانسه است در صورتی که زوجین تبعه فرانسه باشند (بند ۱) یا در سرزمین فرانسه اقامت داشته باشند (بند ۲) و سرانجام در موردی که هیچ قانون خارجی خود را صالح برای حل قضیه طلاق یا تفریق نداند وقتی که محاکم فرانسه صلاحیت رسیدگی به طلاق یا تفریق را داشته باشند (بند ۳).

۲۵. برای مطالعه کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک رک. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۹ ص ۳۶۱.

این ماده مشکلات تفسیری بسیاری را در فرانسه ایجاد نمود.<sup>۲۶</sup> به نظر بعضی<sup>۲۷</sup> موضع متخذه در آن ملهم از رویه قضایی پذیرفته شده بعد از صدور رأی Rivière<sup>۲۸</sup> است. در این پرونده دیوان عالی کشور فرانسه طی رأی مورخ ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ در مورد طلاق زوج تبعه آکوادور و زوجه تبعه فرانسه که هر دو ساکن آکوادور بودند مقرر نمود که با توجه به تابعیت متفاوت زوجین - و در نتیجه عدم امکان اجرای قانون ملی مشترک ایشان، قانون اقامتگاه مشترک قابل اجرا است. در واقع دیوان کشور در وهله اول اصل صلاحیت قانون ملی مشترک زوجین را پذیرفت (مثل بند ۱ ماده ۳۱۰ ق.م.) و به عنوان عامل ارتباط فرعی، قانون اقامتگاه مشترک (بند ۲ ماده ۳۱۰ ق.م.) را صلاحیتدار اعلام نمود و سرانجام رجوع به قانون فرانسه را با توجه به اصل صلاحیت عمومی و یا جانشینی قانون مقر دادگاه<sup>۲۹</sup> با اجتناب از دور بیهوده ناشی از احاله بین دو قاعده حل تعارض خارجی، پذیرفت (بند ۳ ماده ۳۱۰). برخی نویسندگان نتیجه می گیرند که با تفسیر بندهای اول و دوم ماده ۳۱۰ ق.م. می توان گفت که در راستای موضع متخذه توسط رویه قضایی طلاق زوجین دارای یک تابعیت، تابع قانون ملی مشترکشان (عامل ارتباط اصلی) و در صورت تابعیت متفاوت ایشان، تابع قانون اقامتگاه

26. Batiffol H., "Droit international privé" op. cit., n° 442 et s; Carbonneau "The new article 310 of the french code for international divorce actions", A.J.C.L., 1978, 446; Francescakis ph., "Le suprenant article 310 nouveau du code civil sur le divorce international, R.C. 1975.553; Malaurie, "La législation de droit international privé en matiere de statut personnel, "T.C.F.D.I.P 1975-1977; Simon - depitre, "Le nouvel article 310 du code civil, J.D.I. 1976,823.

27. Rapport de M.Geoffray J.O., 16 Juin 1975 Déb sénat.p. 1607.

28. C. Cass. civ., 17 avril 1953 R.C. 1953, p. 412, note Bishoff J.M., J.D.I. 1953, p. 860 note Plaisant J.C.P. 1954, II, 7843; note Bouchet, Dalloz 1955, p. 540. note chavier, J.C.P. 1955, II, p. 771, note Ponsard. A.

29. La compétence ou La vocation (générale) subsidiaire de la lex fori.

Louis - Lucas P., "Existe - t - il une compétence général مثلاً برای مطالعه رک. du droit français pour le règlement des conflits de Lois?" R.C. 1959. p. 405



مشترک آنهاست (عامل ارتباط فرعی).<sup>۳۰</sup>

مع ذلك به نظر اکثر نویسندگان حقوقی چنین تفسیری از ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه موجه نیست. اصولاً با توجه به متن بند ۲ این ماده و تمایل قانونگذار؛ می توان گفت منظور این بوده که منبسط طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه صرف نظر از تابعیتشان (مشترک یا متفاوت) تابع قانون فرانسه است. در نتیجه نه تنها طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه حتی دارای تابعیت مشترک تابع قانون فرانسه است بلکه تفسیر دوجانبه بند ۱ ماده ۳۱۰ (ارجاع مسأله طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه دارای تابعیت مشترک به قانون خارجی) غیرممکن می گردد. بدین ترتیب ارجاع موضوع طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه (و دارای تابعیت مشترک خارجی) به قانون فرانسه (بند ۲ ماده ۳۱۰ ق.م.) اجرای قانون ملی مشترک ایشان را منتفی می سازد.

عدم قابلیت تفسیر دوجانبه ماده ۳۱۰ ق.م. از بررسی بند ۳ آن نیز قابل استنباط است که به موجب آن اگر هیچ قانون خارجی خود را برای حل موضوع صلاحیتدار نداند اجرای قانون فرانسه موجه است و تصمیم در مورد اجرای احتمالی یک قانون خارجی به قاعده حل تعارض خارجی واگذار شده است.<sup>۳۱</sup>

**اجرای قانون خارجی که صلاحیتش را می پذیرد:** عده ای دیگر از طرفداران تئوری یکجانبه پیشنهاد می نمایند که در صورت احراز عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه قانون خارجی که صلاحیت خود را در موضوع مطروحه می پذیرد اجرا گردد. تمایل قانون خارجی با بررسی قاعده حل تعارض آن مشخص می شود.<sup>۳۲</sup> به بیان

30. Loussouarn Y., Bourel P., " Droit international prive" op. cit., n<sup>o</sup> 321, pp. 338-339

31. Loussouarn Y., Bourel P., Ibid.

۳۲. در مورد احاله اصولاً احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت قانون خارجی با مراجعه به قاعده حل تعارض آن صورت می گیرد. (در اجرای اصل رجوع به کل قانون خارجی اصلی که مبنای پذیرش احاله در حقوق بین الملل خصوصی واقع شده است). پیروان احاله معتقدند که وقتی قاعده تعارض مقرر دادگاه حل موضوعی را تابع قانون خارجی می داند این قانون را باید با توجه به قلمرو اجرای آن

←

آقای Gothot، قاضی آلمانی در مورد زوجین غیر آلمانی مقیم انگلستان، قانون انگلستان را اجرا می نماید زیرا این قانون حسب پیش بینی قانونگذار انگلیس حاکم بر روابط شخصی زوجین مقیم انگلستان است. گاهی مسأله توجه به تمایل قانون خارجی به وسیله خود مقنن نیز مطرح و تحمیل می شود. مانند مورد ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه که بند ۳ آن، اجرای قانون فرانسه را در صورت عدم تمایل قوانین خارجی مقرر می دارد. مع ذلک این راه حل از دوجهت ذیل قابل انتقاد است:

**ایجاد خلأ:** اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیتدار می داند ممکن است در ابتدا راه حل معقول و موجهی به نظر برسد ولی عملاً در موارد بسیاری گره گشا نیست. در واقع محتمل است هیچ قانون خارجی صلاحیت خود را برای حل موضوع متنازع فیه نپذیرد. در این صورت باز هم به جای اول باز می گردیم زیرا از طرفی قانون مقرر دادگاه قابلیت حل مسأله را از خود سلب نموده و از سوی دیگر قانون دیگری نیست که بخواهد بر مورد اجرا شود. در نتیجه با یک خلأ مواجه هستیم<sup>۳۳</sup> و قاضی راهنمایی برای حل قضیه ندارد. البته در چنین مواردی اصولاً با

→

که به وسیله قاعده حل تعارض مربوطه مشخص شده، اعمال نماییم. در صورت عدم تمایل قانون خارجی قاضی نباید آن را اجرا نماید. مخالفین احاله بالعکس، معتقدند در صورت تعیین یک قانون خارجی به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه فقط قانون مادی آن قابل اعمال است و قاعده حل تعارض خارجی نباید مد نظر قرار گیرد زیرا با اجرای قاعده حل تعارض مقرر دادگاه مسأله تعارض قبلاً حل شده و دیگر تعارضی وجود ندارد تا قاعده خارجی حل تعارض را برای حل آن بکار بندیم. برای مطالعه مبنا و جایگاه احاله در حقوق بین الملل خصوصی، رک. دکتر نجادعلی الماسی همان منبع، ص ۸۸ به بعد؛ دکتر محمد نصیری «حقوق بین الملل خصوصی» تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۸۱ به بعد.

Francescakis Ph., "La théorie du renvoi et les conflits des systemes en droit international privé", Paris 1958; Maury et Derruppé "le renvoi" J.C.L., fase 532 - A; J.Derruppé "plaidoyer pour le renvoi", T.C.F.D.I.P., 1964-1960 P. 181.

\*. Lacune.

33. Vallindas (Petros G.); "La structure de la regle de conflit" op. cit., p. 371.

توسل به صلاحیت عمومی قانون مقرر دادگاه می توان خلأ را پر و موضوع را حل نمود.<sup>۳۳</sup> مع ذلک به نظر می رسد اجرای قانون مقرر دادگاه وقتی که این قانون بر خلاف قوانین خارجی در صحنه، هیچ ارتباطی با قضیه مطروحه ندارد، راه حل مناسبی نیست.<sup>۳۴</sup>

**تعدد قوانین صلاحیتدار:** برخلاف مورد قبل محتمل است قاضی دادگاه با احراز عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه با دو یا چند قانون خارجی مرتبط با موضوع مواجه باشد که همگی خود را برای حل مسأله متنازع فیه صلاحیتدار بدانند. مثلاً در دادگاه کشور «الف» موضوعی در ارتباط با احوال شخصیه فردی تبعه کشور «ب» و مقیم کشور «ج» مطرح می شود. قانون کشور «الف» خود را واجد صلاحیت برای اجرا در مورد مطروحه نمی داند و اعلام هم نمی کند که موضوع باید با توجه به قانون کدام کشور حل شود. در چنین شرایطی ممکن است قانون کشور متبوع و قانون اقامتگاه ذی نفع هر دو خود را برای حل و فصل موضوع مطروحه صالح بدانند. اینجاست که قاضی باز هم با نوعی بن بست مواجه می شود بدون اینکه راهنمایی در انتخاب یکی از این دو قانون داشته باشد.

مع ذلک بعضی نویسندگان حقوقی راه حل متخذه در مورد تعدد تابعیت

۳۳. در فرض عدم قبول صلاحیت توسط قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه نیز نی بویه ایجاد خلأ را مطرح می نماید و معتقد است اصول نظم عمومی مانع از این است که رابطه حقوقی مطروحه بدون راه حل بماند و لذا باید با اجرای قانون مقرر دادگاه که به هر حال ارتباط یا ارتباطاتی با موضوع دارد مسأله حل شود.

Niboyet (J.P.) Cours de droit international privé, Paris 1946, n<sup>o</sup> 498, p. 502

Niboyet (J.P.) Traité de droit International privé français. T.III. n<sup>o</sup> 1015

Niboyet (J.P.), S 1942 I.P. 73.

۳۴. رک. Mayer P. "Droit International prive", op. cit., n<sup>o</sup> 117, p.86 همانطور

که در زیرنویس قبلی ذکر شد به نظر نی بویه قانون مقرر دادگاه همیشه با مورد مطروحه به نحوی ارتباط دارد.

\*. Cumul.

یعنی رجوع به تابعیت واقعی و عملی را به این مورد تسری می دهند.<sup>۳۶</sup> به نظر ایشان قاضی در هر مورد باید بررسی نماید که وابستگی پرونده به کدامیک از قوانین بیشتر و مؤثرتر است.<sup>۳۷</sup> این راه حل علی رغم ادعای تسهیل در جریان امر، موجب پیچیده تر شدن مشکل می شود زیرا قاضی باید در شرایطی بسیار نامشخص تر از مورد تابعیت در مورد درجه وابستگی موضوع به قوانین اظهار نظر نماید.<sup>۳۸</sup> بعلاوه چنین روشی اقتضا دارد تا قاضی با توجه به معیارهای پذیرفته شده در سیستم مقرر دادگاه یک قانون را انتخاب نماید که این خود نوعی تفسیر دوجانبه است.<sup>۳۹</sup>

به نظر نی بوایه در چنین مواردی باید حدس زد اگر قرار بود قاعده حل تعارض مربوطه، به صورت دوجانبه وضع شود صلاحیت کدام قانون خارجی اعلام می شد و همین قانون باید موضوع را حل کند که این هم در واقع یک نوع، دوجانبه کردن قاعده حل تعارض یکجانبه مقرر دادگاه است.<sup>۴۰</sup> مثلاً در مورد درخواست طلاق زن فرانسوی که با مردی بلژیکی ازدواج کرده و زوجین در انگلستان اقامت دارند دادگاههای فرانسوی اصولاً به استناد ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه<sup>۴۱</sup> صلاحیت رسیدگی دارند. مع ذلک قانون فرانسه قابل اعمال نیست؛ نه

۳۶. به موجب تئوری تابعیت مؤثر، در موردی که شخص دارای دو یا چند تابعیت است (تعارض مثبت قوانین در زمینه تابعیت) و فرضاً احوال شخصیه او باید با توجه به قانون متبوع حل شود قاضی باید تابعیتی را ملاک عمل قرار دهد که واقعی و مؤثر باشد. تشخیص این تابعیت با ارزیابی درجه وابستگی های شخص به یک کشور صورت می گیرد. در واقع تعیین تابعیت مؤثر امری موضوعی است نه حکمی یعنی قاضی در هر مورد بنا به دلایل ابرازی تصمیم می گیرد که چه تابعیتی مؤثر است. رک. دکتر سید جلال الدین مدنی، «حقوق بین الملل خصوصی»، تهران، ۱۳۶۹، صص ۶۲-۶۱.

37. Vischer F., "General Course on Private International Law" - Recueil 1992. I. p. 38.

38. Batiffol H., "Droit International Privé", op.cit., p. 298.

39. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international privé", op. cit., n° 102 p.92.

40. Mayer P., "Droit international privé", op. cit., n° 117 p.86.

۴۱. به موجب ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه: «تبعه بیگانه حتی اگر در فرانسه اقامت نداشته باشد ممکن است برای اجرای تعهدات قراردادی که در فرانسه در قبال یک فرانسوی منعقد شده است به

←

شرایط بند ۱ ماده ۳۱۰ (تابعیت مشترک فرانسوی) و نه شرایط بند ۲ این ماده (زوجین ساکن فرانسه نیستند) وجود ندارند. در این صورت قاضی فرانسوی باید به بند ۳ ماده ۳۱۰ رجوع کند و معین نماید کدامیک از قوانین خارجی در صحنه تمایل به اجرا دارند. نتیجه بررسی نشان می‌دهد که قانون انگلستان به عنوان قانون اقامتگاه زوجین و قانون بلژیک به عنوان قانون ملی زن، هر دو خود راصالح می‌دانند. در چنین موردی احتمال زیادی وجود دارد که قاضی قانون انگلیس (قانون اقامتگاه زوجین) را اجرا کند؛ قانونی که قبل از قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ و به موجب رأی Rivière در مورد زوجین دارای تابعیت متفاوت اجرا می‌شد.<sup>۴۲</sup> این روش در واقع توسل غیرمستقیم به سیستم دوجانبه نمودن قواعد حل تعارض است.<sup>۴۳</sup>

### ۳. یکجانبه‌گرایی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات<sup>۴۴</sup>

اتخاذ روش یکجانبه در تنظیم قوانین مربوط به امنیت و انتظامات به لحاظ ماهیت خاص آنها، اصولاً پذیرفته شده و یکجانبه‌گرایی جزئی یا محدود<sup>۴۵</sup> نام گرفته است. در فرانسه بند ۱ ماده ۳ قانون مدنی از این قوانین نامبرده و مقرر می‌دارد: «قوانین مربوط به امنیت و انتظامات نسبت به تمام کسانی که در فرانسه

→ دادگاه فرانسه خوانده شود. همچنین تبعه خارجی را می‌توان برای اجرای تعهدات قراردادی منعقد در خارج در قبال تبعه فرانسه به دادگاه فرانسه احضار کرد».

۴۲. در مورد این رأی، رک. ص ۱۸.

۴۳. به نظر Bourel, Loussouarn در اجرای ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه اصولاً در موارد زیادی احتمال ایجاد تعدد وجود دارد. در چنین مواردی رویه قضایی قطعاً قاعده حل تعارض کشوری را اعمال می‌نماید که به قانون فرانسه نزدیکتر است. همان منبع، شماره ۱۶۵، ص ۲۱۳. همچنین اجرای قانونی که بهتر با انتظارات طرفین هماهنگ است و یا ایجاد یک قاعده حل تعارض جانشین، پیشنهاد شده است.

Rodolfo de Nava, "Historical and comparative introduction to conflict of law" Recueil 118. (1966-II) 435 et 586; Gothot P., "Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international prive", op. cit., p. 30 et s.

44. Lois de Police et de Sûreté.

45. Universalisme limité. Universalisme partiel.

سکونت دارند لازم الاجرا است». "مع ذلك محتوای این تونه قوانین دقیقاً مشخص نیست" و تعاریف گوناگونی در این مورد توسط نویسندگان حقوقی ارائه شده است. مثلاً به نظر فرانسس کاکیس قوانین مربوط به امنیت و انتظامات قوانینی هستند که رعایت آنها برای صیانت از سازمانهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور ضروری است. وجه مشخصه آنها در ایده Organization نهفته است. به نظر وی یکجانبه گرایی تنها به صورت جزئی وجود دارد یعنی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات که وی آنها را قواعدی که فوراً "قابل اجرا هستند نامیده است (Les règles d'application immediate) تنها محدوده اینگونه قوانین را می توان به صورت یکجانبه تعیین نمود و سایر موارد خارج از این گروه در قلمرو قواعد حل تعارض به شکل مطروحه به وسیله ساوینی " یعنی به صورت دوجانبه است. در واقع این عقیده قبل از هر چیز به عنوان واکنشی علیه اهمیت بیش از حد نقش اعطا شده به قاعده حل تعارض مطرح شده است. " به عبارت دیگر در مواردی حفظ منافع عمومی اقتضا دارد که اعمال قوانین داخلی بر اجرای قاعده حل تعارض و اجرای قانون خارجی ترجیح داده شود. می توان گفت قاعده حل تعارض در چنین صورتی جنبه فرعی و تبعی پیدا می کند و اجرا یا عدم اجرای آن بستگی به تمایل یا عدم تمایل یک قاعده یکجانبه داخلی برای دخالت در موضوع معین ۴۶. در مورد سایر بندهای این ماده رک. صص ۱۵ و ۱۶.

۴۷. این امر موجب شده تا قاضی اختیار ارزیابی وسیعی در تعیین این گونه مقررات داشته باشد که خود ممکن است مسأله استبداد قاضی را مطرح کند. قاضی ممکن است در همه جا قانون مربوط به امنیت و انتظامات را ببیند و یا اینکه اصلاً مصداق آن را نیابد که احتمال مورد اول با توجه به تمایل کلی قضات به اجرای قوانین داخلی خود بیشتر است، رک.

Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international privé" op. cit., n° 131.

48. Francescakis Ph., "Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public" , T.C.F.D.I.P 1971, 149; R.C. 1966, P. 1-18; J.CL fasc 547 no 57.

۴۹. ساوینی بنیانگذار مکتب تاریخی معتقد است در صورت بروز تعارض بین قانون دو کشور، باید قاضی با بررسی دقیق نوع مسأله حقوقی مطروحه تشخیص دهد اجرای کدام قانون مناسب تر است و سپس قانون مناسب را اجرا نماید ولو قانون کشور خارجی باشد. رک. دکتر محمد نصیری ، همان منبع، ص ۱۵۶.

50. Deby Gerard F., " Le rôle de la règle de conflit", op. cit., p. 39.

دارد. نمونه بارز قوانین مربوط به امنیت و انتظامات، قوانین مربوط به اقدامات تأمینی و حفاظتی فوری<sup>۵۱</sup> است یعنی اقدامات لازم تأمینی برای حفظ اشخاص و اموال قبل از رسیدگی به ماهیت دعوا مثل قوانین مربوط به اقدامات سابق بر طلاق برای حمایت از همسر و اطفال که معمولاً برحسب مقررات قانون مقر دادگاه صورت می‌گیرد و یا اقدامات لازم برای حفاظت از اموال متوفی بیگانه.<sup>۵۲</sup>

در دعوی طلاق زنی ایرانی در دادگاه سن (فرانسه) علیه شوهر ایرانیش موضوع حفاظت موقت طفل صغیر شان مطرح شد. شوهر به استناد ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران تقاضا نمود که طفل به او سپرده شود ولی دادگاه طی رأی مورخ

۵۱. *Mesures Conservatoires Urgents* بعضی حقوقدانان اقدامات تأمینی را جزء قوانین مربوط به امنیت و انتظامات دانسته اند.

Francescakis Ph., J.CL, Dr Int, Fasc, 547 "Niboyet Traité T.5 n<sup>o</sup> 6513; R.C. 1969. p.1-78. بالعکس به عقیده برخی دیگر در این موارد قانون مقر دادگاه به عنوان جانشین با حفظ امکان اجرای قانون انتخاب شده به طریق سنتی مداخله می‌نماید. قانون مقر دادگاه به این دلیل اجرا می‌شود که قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه به طور موقت قابل اجرا نیست.

M. Kara quillo J.P. "Etude de quelques manifestations des lois d'application immediate dans la jurisprudence française de droit international privé". A.Bontemps, 1977, n<sup>o</sup>, 59 et s.

۵۲. مثلاً به موجب ماده ۳۳۷ قانون امور حسبی ایران تحریر و مهر و موم و رفع مهر و موم و اداره ترکه اتباع خارجه به همان ترتیبی به عمل می‌آید که برای ترکه اتباع ایران مقرر است و حسب مواد ۳۳۸ به بعد هرگاه تبعه خارجه در ایران یا در خارجه فوت نماید که در ایران دارای مالی باشد دادگاه بخش محلی که مال متوفی در آنجا واقع است به درخواست ذینفع یا کنسول دولت متبوع متوفی به حفظ و تصفیه امر ترکه اقدام می‌کند و دادگاه بدون درخواست هم پس از اطلاع در صورت فقدان وراث یا قائم مقام برای متوفی اقدام به حفظ ترکه در ایران می‌نماید. دادگاه پس از وصول درخواست و به محض اطلاع از فوت وقتی را که متجاوز از ۴۸ ساعت از تاریخ وصول درخواست نباشد برای انجام اقدامات تأمینی و حفظ ترکه معین می‌کند و به کنسول اطلاع می‌دهد که در موقع اقدام به تأمین حضور باید. عدم حضور کنسول مانع اقدام نخواهد بود. دادگاه ظرف یک هفته از تاریخ وصول درخواست یا اطلاع یک نفر را برای اداره ترکه معین و معرفی می‌نماید. دادگاه می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت و منافع ورثه و اشخاص ذی نفع شخص مورد اعتماد خود را به سمت مدیر ترکه معین کند.

۴ آوریل ۱۹۵۲ اعلام نمود علی رغم صلاحیت قانون ایران<sup>۵۳</sup> در ماهیت دعوا چون محتوای قانون مربوطه مشخص نیست و اثبات آن محتاج به زمان است، در اجرای قانون فرانسه طفل به مادر سپرده می شود.<sup>۵۴ و ۵۵</sup>

در مورد دیگری طفلی یونانی والدینش را در سانحه راه آهن از دست داده بود و قیم وی باید علیه راه آهن ادعای خسارت می نمود (در فرانسه). به موجب قواعد حل تعارض فرانسه تعیین قیم باید حسب قانون متبوع ذی نفع بعمل آید (قانون یونان) و از طرفی طبق ماده ۱۵ کنوانسیون دیپلماتیک فرانسه - یونان مورخ ۷ ژانویه ۱۸۷۶ کنسول یونان می باید در مورد تعیین قیم اقدام می کرد، مع ذلک با توجه به امتناع مقام مذکور از این امر، دادگاه به موجب قانون فرانسه موقتاً مبادرت به نصب قیم نمود؛ استدلال چنین بود که نمی توان صغیر را بدون حمایت و دفاع در چنین وضعیتی رها نمود و این رأی در دیوان کشور فرانسه تأیید شد.<sup>۵۶ و ۵۷</sup>

بنابراین قوانین مربوط به حضانت موقت طفل در طلاق (مورد اول) و یا مقررات مربوط به تعیین قیم برای صغیر (مورد دوم) جزء قوانین مربوط به امنیت و

۵۳. به موجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران، «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال انات که تا سال هفتم حضانت آنها به مادر خواهد بود».

۵۴. Paris, 4 avril 1952, R.C. 1952-739. note G.H. به نظر دادگاه «تنها قانون فرانسه است که روش دادرسی در دادگاههای فرانسه را در طول جریان رسیدگی تعیین می نماید تنها قانون فرانسه است که اختیارات قاضی برای صدور دستور اقدامات موقتی را مشخص می نماید. لذا قانون فرانسه فوری اجرا می شود صرفنظر از مقررات قانون خارجی در مورد ماهیت دعوا».

۵۵. مع ذلک به نظر Cyrille در مورد مطروحه محتوای قانون ایران کاملاً روشن بود و لذا قاضی می توانست آن را به همان سرعت قانون مقر دادگاه اجرا نماید. رک.

Cyrille D., "La loi étrangère devant le juge du fund", Paris, 1965, n<sup>o</sup> 175 p.134.

56. Chemin - de fer de L'Est. c Godfroy. C.cass Req. 10 nov. 1896, p. 327; D.P. 1897, p. 313 J.D.I., 1897, p. 823.

۵۷. به موجب ماده ۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۰۲ تا زمان تعیین قیم برای صغیر همچنین در تمام موارد فوری، اقدامات لازم برای حمایت از صغیر خارجی و منافع او می تواند بوسیله مقامات محلی صورت پذیرد.



انتظامات محسوب شده و بدون توجه به عنصر خارجی پرونده برای حفظ و حمایت از اطفال مورد نظر تا زمانی که اجرای قانون خارجی صلاحیتدار در عمل ممکن گردد و تکلیف صغیر به طور قطعی مشخص شود اجرا می شوند.

باید در نظر داشت که قوانین مربوط به امنیت و انتظامات با نظم عمومی متفاوت اند. در مورد اول اصولاً مسأله اجرای قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مطرح نمی شود. در حالی که در مورد دوم با مراجعه به قاعده حل تعارض، قانون خارجی صلاحیتدار مشخص می شود مع ذلک قانون مذکور گرچه اصولاً قابلیت اجرایی دارد، ولی به لحاظ مغایرت با معیارهای نظم عمومی یعنی تعارض با واجبات اساسی تمدن، نظم اجتماعی و امنیت داخلی قابل اعمال نیست.<sup>۵۸</sup>

در واقع به علت اجتناب از اختلاط این دو مفهوم بوده که در فرانسه اصطلاح قانون دارای قابلیت اجرای فوری (*La loi d'application immediate*) بعضاً همانگونه که دیدیم بجای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات بکار رفته است. یعنی این قوانین از نظر دولت فرانسه آنچنان مهم هستند که قانون خارجی به هیچ وجه قادر به رقابت با این قوانین و احیاناً حذف آنها نیست.<sup>۵۹</sup> لفظ *immediate* نشان دهنده این است که قوانین مذکور بدون واسطه و دخالت

۵۸. مثلاً هرگاه قانون یک کشور خارجی ازدواج با محارم را مجاز بداند و اتباع این کشور بخواهند با استناد به قاعده حل تعارض ایرانی که ازدواج بیگانگان را تابع قانون متبوعشان می داند، در ایران با هم ازدواج نمایند، این ازدواج در ایران رسمیت ندارد و قوانین ایران از چنین رابطه ای حمایت نمی نماید. در مورد نظم عمومی رک. دکتر محمد نصیری، همان منبع، ص ۱۸۶ به بعد، دکتر سید جلال الدین مدنی، همان منبع، ص ۲۲۱-۲۲۰.

۵۹. مع ذلک استعمال این اصطلاح بجای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات بعضاً مورد انتقاد واقع شده است. رک. Deby - Gerard P., "Le rôle de la règle de conflit" op.cit., p.9.

۶۰. در مواردی دو نویسنده قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و نظم عمومی بجای هم استعمال شده اند. مثلاً به موجب رأی مورخ ۳ ژوئیه ۱۹۳۸ صادره از دادگاه مدنی (*Rec Gaz, pal 1938. Seine 2. 137*) در مقام رسیدگی به درخواست اعلام بطلان ازدواج به استناد *Bigamie* مقرر شد که این درخواست «به موجب یک قاعده فرانسوی نظم عمومی» موجه است مع ذلک در ادامه اشاره شده به اینکه، پذیرش درخواست مذکور در اجرای یک قاعده مندرج در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات است.

## ب. تئوری دوجانبه<sup>۶۳</sup>

با توجه به ایرادات و نقایص عمده تئوری یکجانبه خصوصاً به شکل ابتدایی آن، امروزه اصل دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد پذیرش عمومی قرار گرفته است و بررسی تطبیقی نشان می دهد که سیستمهای حقوقی مختلف با قبول اصل تساوی نظامهای حقوقی و عدم برتری قانون مقر دادگاه به قوانین خارجی، در صددند با وضع قواعد حل تعارض به صورت دوجانبه در مورد هر رابطه حقوقی مربوط به زندگی بین المللی اشخاص قانونی را که بیشتر با موضوع مرتبط بوده و ارائه کننده بهترین و مناسبترین راه حل است، اعمال نمایند، اعم از اینکه قانون مقر دادگاه باشد یا یک قانون خارجی. مثلاً ماده ۹۶۵ قانون مدنی ایران مقرر

۶۱. به نظر لوسوآرن تفاوتی بین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و دیگر قوانین نیست، در دولتهای پیشرفته می توان گفت که تمام قوانین عملاً در پی تضمین منافع اقتصادی یا اجتماعی هستند.... در واقع اختلاف بین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و دیگر قوانین یک اختلاف ساده درجه است. Loussuarn Recueil, 1973. II, p 328-329

۶۲. بعضی از نویسندگان حقوقی یکجانبه گرایی ترکیبی را پیشنهاد می نمایند و معتقدند اگر ما برای تمام قواعد حل تعارض خصیصه دوجانبه قائل شویم می توانیم در قاعده حل تعارضی که اصولاً به شکل دوجانبه تنظیم شده عامل ارتباط یکجانبه ای را در جهت گسترش قلمرو اجرای قانون مقر دادگاه به لحاظ نظمی عمومی بگنجانیم. مثلاً در مورد وضعیت و اهلیت خارجیانی می توان طی قاعده حل تعارض موضوع را تابع قانون ملی قرارداد (روش دوجانبه) و مع ذلک اضافه نمود در تمام موارد وضعیت و اهلیت اشخاص مقیم فرانسه تابع قانون فرانسه است (خصیصه یکجانبه اقامتگاه).

این مطلب در واقع یکجانبه گرایی به معنی واقعی نیست زیرا نه تنها دوجانبه گرایی را رد نمی کند بلکه مکمل آن بوده و بیشتر متمایل به ناسیونالیسم است تا یکجانبه گرایی مورد نظر نی بویه و کادری که عمدتاً احترام به حاکمیت خارجی را مبنای نظریه خود دانسته نتیجتاً بیشتر اتترناسیونالیست بودند. به هر حال چنین روشی در فرانسه در مواردی اتخاذ شده است مثلاً در تنظیم ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه ترکیبی از یکجانبه گرایی ناسیونالیست و یکجانبه گرایی اتترناسیونالیست ملاحظه می شود. رک.

Mayer P., "Droit international privé" op. cit., n<sup>o</sup> 119.p. 88.

### 63. Bilateralisme.

می‌دارد: «ولایت قانونی و نصب قیّم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون حاکم بر موضوع حسب این ماده با توجه به عامل ارتباط تعیین شده یعنی تابعیت مولی علیه مشخص خواهد شد و با احراز تابعیت خارجی مولی علیه قانون خارجی مربوطه در مورد وی اجرا خواهد گردید.

به عقیده طرفداران تئوری دوجانبه نقش حقوق بین الملل خصوصی زمانی کامل می‌شود که بنحو مناسبی سیستم قانونی قابل اجرا را تعیین نموده باشد. این روش با اصول عدالت و مساوات منطبق است. "همچنین دامنه اجرای قانون ملی نسبت به قانون خارجی باید مشخص باشد. اگر دامنه اجرای قانون خارجی مشخص نشود تعیین دامنه اجرای قانون ملی نیز بدرستی مقدور نیست. از طرفی رجوع به قواعد حل تعارض کشورهای خارجی مرتبط با پرونده برای احراز صلاحیتشان همانگونه که ملاحظه شد، موجب بروز خلاء یا تعدد می‌گردد. بعلاوه یکجانبه‌گرایی مسأله تأمین قضایی را به خطر می‌اندازد زیرا وقتی قاعده حل تعارض یکجانبه صلاحیت قانون ملی را نفی می‌نماید بدون اینکه تکلیف قضیه را روشن کند، حسب تئوری یکجانبه می‌باید بدنبال قانون مناسب یا قانونی که خود را صالح می‌داند بود. در نتیجه طرفهای رابطه‌ای حقوقی نمی‌توانند قانون قابل اجرا به وسیله قاضی را پیش‌بینی نمایند و اجرای قانونی خارجی به وسیله قاضی همیشه می‌تواند برای آنها حالت غیرمنتظره داشته باشد."<sup>۶۴</sup>

قاعده دیگری که در حمایت از دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد استناد واقع شده اصل لزوم قابلیت بین‌المللی نمودن قواعد حل تعارض است<sup>۶۵</sup> که در راستای هدف حقوق بین الملل خصوصی یعنی تنظیم روابط بین المللی اشخاص می‌باشد و به موجب آن در تنظیم قواعد حل تعارض باید مسأله متحد الشکل شدن

۶۴. برای مطالعه بیشتر رک.

Vallindas (Petros G.), "la Structure de la règle de conflit" op. cit.,  
p. 343 et s.

۶۵. همان منبع ص ۳۷۱.

66. Le Principe de la possibilité d'internationalisation des règles de conflit.

مقررات تجارت بین الملل مدنظر واقع شود و این قواعد باید طوری طراحی شوند که بتوانند احیاناً در کنوانسیون بین المللی مورد تصویب دو یا چند دولت قرار گیرند. برای این امر لازم است قاعده حل تعارض به صورت دوجانبه باشد و بعلاوه عوامل ارتباطی را برگزینند که قابلیت بین المللی شدن را داشته باشند یعنی خصایص و معیارها به طور یکسان ارزیابی شوند.<sup>۶۷</sup> به عبارت دیگر هدف حمایت از معاملات و زندگی بین المللی افراد باشد. البته ممکن است قاعده حل تعارضی به صورت دوجانبه تنظیم شود ولی قابلیت بین المللی شدن را نداشته باشد مثل ماده ۹ قانون مدنی ۱۹۴۱ ایتالیا در مورد دریانوردی که حاوی مقررات حاکم بر قرارداد کار دریایی است. این ماده در مواردی اجرای قانون ایتالیا و بعضاً موارد اجرای قانون خارجی را پیش بینی می نماید ولی قابل بین المللی شدن نیست چون از عوامل ارتباط همگون و مساوی استفاده ننموده است. وقتی موضوع مربوط به قرارداد کار در کشتی ها یا هواپیماهای ایتالیایی باشد، اجرای قانون ایتالیا مقرر شده است (قانون پرچم کشتی یا هواپیما) در حالی که در مورد کشتی ها و هواپیماهای خارجی آزادی اراده دو طرف مورد قبول واقع شده است.<sup>۶۸</sup> برعکس ماده ۳ قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ فرانسه که قانون پرچم را لازم الاجرا می داند می تواند به طور یکسان منجر به اجرای قانون فرانسه و یا قانون خارجی شود حسب اینکه کشتی حامل پرچم چه کشوری باشد.

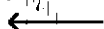
به هر حال اکثر قواعد حل تعارض در کشورهای مختلف به صورت دوجانبه تنظیم شده اند و در پاره ای از موارد نیز اجتناب از افراط در انترناسیونالیزم<sup>۶۹</sup> و حفاظت از منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی... یک کشور موجب شده قاعده حل تعارض به طور استثنایی، به صورت یکجانبه تنظیم شود<sup>۷۰</sup> یعنی تنها تعیین کننده

۶۷. قطعنامه انستیتو حقوق بین الملل نیز رعایت اصل مساوات را تنها از طریق وضع قواعد دوجانبه قابل تحقق دانسته است.

۶۸. رک. Vallindas, همان منبع، ص ۳۷۲.

۶۹. Kegel, G., "The Crisis of Conflict of Law", Recueil 1964, II, p. 95. et s.

۷۰. برای مثال رک. ماده ۵۱۷d قانون تجارت هلند که به موجب آن مقررات مواد ۴۸۰-۴۶۸ در



## مبحث ۲

### تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط

قواعد حل تعارض در سیستم حقوق بین الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون قابل اجرا بر رابطه حقوقی اشخاص در زندگی بین المللی

→

مورد تکالیف فرستنده مال التجاره در حمل و نقل دریایی بر تمام موارد حمل و نقلهای دریایی که مبدأ یا مقصدشان بندری هلندی است، حاکم است.

۷۱. ونگلر انواع ذیل را برای قواعد حل تعارض چند جانبه بر شمرده است:

الف - قواعد حل تعارض چند جانبه کامل، یعنی قوانینی که در مقام رفع تعارض، به قوانین هریک از دول مستقل و حاکم ارجاع می دهند.

(Complete multilateral conflict rules of private international law)

ب - قواعد حل تعارض چند جانبه محلی کامل، در مقام رفع تعارض بین قوانین حاکم بر مناطق مختلف یک مملکت مشخص می نماید، قوانین کدام ناحیه قابل اجراست.

(Complete multilateral conflict rules of private interregional law)

ج - قواعد حل تعارض چند جانبه ناقص، (incomplete multilateral conflict rules) اکثر این نوع قواعد به تمام قواعد خارجی به استثنای قانون مقر دادگاه، ارجاع می دهند (مثل ماده ۲۵ قانون مقدمه قانون مدنی آلمان که مقرر می دارد: « ارثیه غیر آلمانی ها تابع قانون ملی متوفی خواهد بود ») و بعضی از این قواعد تنها به قانون برخی کشورهای معین ارجاع می دهند و ارجاع به قوانین سایر دول را به قاعده چند جانبه ناقص دیگری واگذار می نمایند. (مثل قواعد حل تعارض مندرج در کنوانسیونهای مدنی لاهه یا کنوانسیونهای مونته ویدئو).

گاهی نیز یک قاعده حل تعارض یک جانبه مشخص کننده صلاحیت قانون مقر دادگاه و یک قاعده حل تعارض چند جانبه ناقص (مربوط به دیگر قوانین خارجی) در یک قاعده چند جانبه کامل تلفیق شود ولی این امر تنها در صورتی میسر است که قواعد وضع شده معیار یکسانی را برای تمام قوانین ملی در نظر گرفته باشند.

wengler W., "The general principles of private international law", Recueil 1961, III, p. 329(57).

آنها است و به طور غیرمستقیم راه حل موضوع را ارائه می کند. در واقع قاضی ابتدا رابطه حقوقی مطروحه را توصیف<sup>۷۲</sup> می نماید سپس با اتخاذ قاعده حل تعارض مربوطه و با در نظر گرفتن عامل ارتباط تعیین شده<sup>۷۳</sup> در این قاعده (مثل تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع مال و ...) قانون صلاحیتدار را شناسایی و به موجب آن رأی خواهد داد. اکثر قواعد حل تعارض با اتخاذ عامل ارتباطی واحد به صورت ساده ای قانون حاکم بر یک رابطه حقوقی بین المللی را مشخص می نمایند و قاضی معمولاً در تعیین عامل ارتباط و یافتن راه حل قضیه مطروحه دچار اشکال نمی شود، مثل قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۷ قانون مدنی ایران که احوال شخصیه بیگانگان را تابع قانون متبوعشان دانسته است و نتیجتاً با تشخیص تابعیت ذی نفع قانون حاکم آن مشخص خواهد شد. مع ذلك وضع قواعد حل تعارض بدین شکل همیشه کارساز نیست زیرا ممکن است در مورد مذکور ذی نفع تابعیت کشور خاصی را نداشته باشد و یا اینکه اصولاً در مواردی ماهیت خاص رابطه حقوقی و یا نظر خاصی که قانونگذار در موضوعی دارد، اتخاذ عامل ارتباط به اشکال دیگری را ایجاب نماید که ذیلاً به ذکر مهمترین آنها می پردازیم.

۷۲. توصیف شرط اساسی اعمال قاعده حل تعارض - و عبارت است از تعیین نوع امر حقوقی که قاعده بین المللی خصوصی باید نسبت به آن اجرا شود، مثلاً اعمال قاعده مندرج در ماده ۷ قانون مدنی ایران که مقرر می دارد: « احوال شخصیه بیگانگان در حدود معاهدات تابع قانون متبوع ایشان است » ممکن نیست مگر پس از ارائه تعریف مفاهیم وضعیت و اهلیت بعنوان عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه. رک. دکتر محمد نصیری، همان منبع، ص ۱۷۷ به بعد.

۷۳. تقسیم بندیهای مختلفی از عوامل ارتباط ارائه شده است مثلاً تقسیم بندی عوامل ارتباط به شخصی، سرزمینی و مرکب عوامل ارتباط شخصی یا غیر سرزمینی مثل تابعیت ذینفع و سرزمینی مثل اقامتگاه. علاوه در روابط بین المللی پذیرفته شده که طرفهای قرارداد می توانند قانون حاکم بر آن را تعیین کنند این عامل ارتباط خاصی است که Lewald آن را *rattachement individuel* نامیده زیرا اراده های خصوصی هستند که قانون حاکم را تعیین می نمایند. رک.

Rigaux F., "Droit international privé" op.cit., p. 226 et s.

## الف. قاعده حل تعارض با عوامل ارتباط اصلی و فرعی

چون به واسطه عامل ارتباط است که قاعده حل تعارض قانون صلاحیتدار را تعیین می نماید و در مواردی عامل ارتباط معرفی شده ممکن است قابل استفاده نباشد، لذا بعضاً در تنظیم یک قاعده حل تعارض در کنار عامل ارتباط اصلی یک یا چند عامل ارتباط فرعی<sup>۷۴</sup> را نیز ذکر می نمایند تا قاضی حداکثر امکانات را برای تعیین قانون حاکم بر قضیه داشته باشد. مثلاً در صورتی که قاعده حل تعارض مقرر دادگاه احوال شخصیه بیگانگان را تابع کشور متبوعشان بداند و در پرونده ای ذی نفع بدون تابعیت یا آپاترید<sup>۷۵</sup> باشد بعضی قوانین در کنار تابعیت به عنوان عامل ارتباط اصلی، اقامتگاه را به عنوان یک عامل ارتباط فرعی مورد توجه قرار داده اند<sup>۷۶</sup> و<sup>۷۷</sup> تا قاضی از بلا تکلیفی خارجی شود. مع ذلک گاهی حتی تعیین یک عامل ارتباط فرعی نیز گره گشا نیست مثلاً در مورد آثار ازدواج که اصولاً حسب قانون فرانسه تابع قانونی ملی زوجین است (بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی فرانسه) در صورت اختلاف تابعیت زوجین، موضوع تابع قانون اقامتگاه مشترکشان قرار داده با این حال احتمال دارد که در موردی زوجین نه تابعیت و نه اقامتگاه مشترک داشته باشند.

پرونده Beinolou نمونه جالبی در این مورد است. خانم B.Alexandre تبعه یونان و آقای V.Eugenie تبعه فرانسه در ۱۹۵۶ در فرانسه ازدواج نمودند و

### 74. Concepts de rattachement subsidiaires.

۷۵. مثلاً ممکن است دولتی به عنوان مجازات تابعیت شخصی را سلب نماید و شخص مذکور نتواند تابعیت کشور دیگری را تحصیل نماید.

۷۶. گاهی ممکن است یک نفر دارای چند تابعیت باشد و یا دو یا چند اقامتگاه داشته باشد.

۷۷. کنوانسیون نیویورک مورخ ۲۸ دسامبر ۱۹۵۴ در ماده ۱۲ خود مقرر می دارد: «احوال شخصیه تمام بی تابعیتان تابع کشور محل اقامتشان است و در نبود اقامتگاه تابع قانون کشور رزیدانس آنها خواهد بود» در مورد متون قانونی رک. مثلاً ماده ۳ قانون ترکیه مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵ و ماده ۴ قانون ۲۶ می ۱۹۸۲ لهستان.

ثمره این ازدواج دختری بود که در ۱۹ اوت ۱۹۵۹ در آتن بدنیا آمد. در سوم آوریل ۱۹۶۰ این خانم همراه دخترش به پاریس و منزل پدر آمد و درخواست طلاق به محاکم فرانسه تقدیم نمود. حسب قاعده حل تعارض فرانسه موضوع تابع قانون متبوع زوجین و در مرحله دوم تابع قانون اقامتگاه مشترکشان است. دادگاه سن با استناد به این که قانون یونان به عنوان قانون اقامتگاه مشترک قابل اجراست دعوا را غیر قابل پذیرش اعلام نمود. بدنبال اعتراض زوجه، دادگاه استیناف پاریس اعلام نمود که در زمان طرح دادخواست طلاق، زوجین اقامتگاه مشترکی نداشته اند و لذا به علت اقامت جداگانه زوجین در دو کشور مختلف قانون فرانسه باید اجرا شود.<sup>۷۸ و ۷۹</sup>

همانطور که ملاحظه می شود در چنین مواردی حتی معرفی عامل ارتباط فرعی کمکی به شناسایی قانون صلاحیتدار نمی نماید و نتیجتاً قانون مقرر دادگاه برای پرکردن خلأ ناشی از عدم قابلیت اجرای قاعده حل تعارض فرصت دخالت می یابد. عوامل ارتباط فرعی معمولاً به یکی از دو شکل زیر تنظیم می شوند:

۱. عوامل ارتباط فرعی خاص: در قاعده حل تعارض این چنین، یک عامل ارتباط فرعی خاص (با توجه به موضوع خاص رابطه حقوقی) به عنوان جانشین عامل ارتباط اصلی در نظر گرفته شده است مثل ماده ۱۴ قانون مدنی یونان و ماده ۱۸ قانون مدنی ایتالیا که در مورد روابط شخصی زوجین، موضوع را تابع قانون آخرین اقامتگاه مشترک زوجین و در نبود آن تابع قانون متبوع شوهر در زمان ازدواج قرار می دهد.

۷۸. در صورت نبود عامل فرعی اقامتگاه اکثر نویسندگان صلاحیت قانون مقرر دادگاه را می پذیرند. به نظر Maury در نبود اقامتگاه اصلی باید اقامتگاه والدین یا در صورت اقتضاء، اقامتگاه پدر بزرگ یا مادر بزرگ و در مواردی که این اقامتگاه نیز قابل تشخیص نیست قانون مقرر دادگاه را اجرا نمود. Maury J., "Règles générales" op. cit., n<sup>o</sup> 205, p. 554.

۷۹. Paris 26 janv, 1965 R.C. 1965, P. 359. Civ. 15 mai 1961. Tarwid, R.C. 1961, p. 547, note Holleaux D. در این پرونده پذیرفته شده که اگر زوجین در دو کشور مختلف اقامت داشته باشند طلاق ایشان تابع قانون مقرر دادگاه است. برای مورد Bruxelles, 6 juillet 1957, R.C. 1957.P. 662. مشابه در بلژیک، رک.



۲. عوامل ارتباط فرعی کلی: ممکن است قاعده حل تعارضی معرف عوامل ارتباط فرعی باشد که در صورت قابل استفاده نبودن عوامل ارتباط مندرج در سایر قواعد حل تعارض قابل اعمال باشند. مثل ماده ۳۰ قانون مدنی یونان که مقرر می‌دارد: «اگر ذی نفع بدون تابعیت باشد قانون اقامتگاهش و در صورت نداشتن اقامتگاه، قانون رزیدانس وی قابل اجرا است». در واقع این مقرر مکرر دیگر قواعد حل تعارض بوده و تعیین کننده عوامل ارتباط فرعی برای تمام دیگر قواعد حل تعارضی است که تابعیت را به عنوان عامل ارتباط اصلی معرفی نموده اند. باید توجه داشت که در بحث عوامل ارتباط فرعی، صرفاً جانشینی عوامل ارتباط مطرح است<sup>۸۰</sup> نه رقابت عوامل ارتباط.

## ب. قواعد حل تعارض تعددی

گاهی قاعده حل تعارض دو یا چند عامل ارتباط را تعیین می‌نماید که همگی آنها باید با هم به وسیله قاضی رسیدگی کننده برای حل و فصل موضوع مطروحه مورد استفاده قرار گیرند. هیچ یک از عوامل ارتباط بر دیگری برتری ندارد و اجرای یکی از آنها نیز کفایت نمی‌کند بلکه همه با هم باید اجرا شوند.

مثلاً بند ۱ ماده ۱۰ قانون مورخ ۵ دسامبر ۱۹۲۳ فنلاند در مورد حل اختلافات خانوادگی بین المللی مقرر می‌دارد: «طلاق زوجین تبعه یک دولت خارجی یا زوجینی که یکی از آنها خارجی است در فنلاند پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه علت طلاق هم در قانون ملی یکی از زوجین و هم در قانون فنلاند پذیرفته شده باشد». این ماده همزمان سه عامل ارتباط را معرفی می‌نماید: تابعیت شوهر، تابعیت زوجه، و قانون فنلاند به عنوان قانون مقرر دادگاه.

به همین ترتیب بند ۱ ماده ۱۴ همین قانون مقرر می‌دارد: «حقوق و تکالیف زوجین در روابط شخصی آنها تابع قانون متبوع آنها است. اگر تابعیت

۸۰. برای مثالهای دیگر در مورد اتخاذ عامل ارتباط فرعی رک. ماده ۲ کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در مورد بیع؛ ماده ۶ کنوانسیون لاهه مورخ ۴ می ۱۹۷۱ در مورد قانون حاکم بر تصادفات اتومبیل؛ ماده ۴ کنوانسیون لاهه در مورد قانون حاکم بر آثار ازدواج.

واحد نداشته باشند هیچ یک از ایشان نباید در مقابل دیگری از حقوقی بیش از آنچه در قانون ملی هریک مقرر شده متمتع شود». اینجا هم تابعیت دو طرف باید مجتمعاً مورد توجه واقع شود.

اجرای همزمان دو یا چند قانون در یک موضوع معین موجب مشکلات خاصی است و به همین لحاظ مورد اعتراض بعضی از نویسندگان واقع شده است<sup>۸۱</sup> و برخی قوانین از جمله قانون یونان بکلی از اتخاذ این روش اجتناب نموده اند.<sup>۸۲</sup>

## ج. قواعد حل تعارض الטרانیو

تنظیم قواعد حل تعارض بدین شکل معمولاً وقتی صورت می گیرد که قانونگذار مایل است تا جای ممکن به عمل حقوقی معینی اعتبار بخشد. بدین ترتیب که یا معرفی چند عامل ارتباط مقرر می دارد که عمل حقوقی معینی در صورت تطابق با هریک از وضعیتهای پیش بینی شده معتبر تلقی خواهد شد. مثلاً به موجب ماده ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱<sup>۸۳</sup> در مورد شکل ترتیبات وصیتی یک وصیتنامه از نظر شکلی در صورت تطابق با هریک از قوانین ذیل معتبر است:

یک. قانون داخلی محل تنظیم وصیتنامه دو. قانون داخلی متبوع موصی چه در زمان تحریر وصیتنامه و چه در زمان فوتش. سه. قانون داخلی محل اقامتگاه موصی چه در زمان تحریر وصیتنامه و چه در زمان فوتش. چهار. قانون داخلی محلی که رزیدانس موصی در آنجا بوده چه در زمان تحریر وصیت نامه و چه در زمان

۸۱. مثلاً در خصوص بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی بلژیک که در مورد طلاق زوجین با تابعیت متفاوت مقرر می دارد: طلاق ایشان مجاز نیست مگر در صورت پذیرش هر دو قانون ملی مربوطه که اتخاذ عامل ارتباط محدود کننده تر پیشنهاد شده است.

Rigaux F., "Droit international privé", op. cit., p.292 . رک.

82. Vallindas P. G., "Le structure de la réglé de conflit", op. cit., p.370

۸۳. این کنوانسیون فعلاً در ۳۴ کشور اجرا می شود. برای مطالعه بیشتر، رک.

Vischer F., "General Course", op. cit., p. 116 note 235.

فوتش. پنج. در مورد غیرمنقول، محل وقوع مال.

همان گونه که ملاحظه می شود در این مقررره به منظور اعتبار دادن به وصیتنامه ها از نظر فرم تنظیم چند عامل ارتباط در کنار هم قرار گرفته است و سلسله مراتبی در کار نیست. کافی است احراز شود که وصیتنامه طبق مقررات یکی از قوانین درج شده تنظیم شده تا مورد آثار حقوقی باشد.

اتخاذ چنین روشی مورد انتقاد واقع شده زیرا نقش اصلی حقوق یعنی قانونی که بیشترین ارتباط را با موضوع دارد نادیده گرفته می شود. تحدید دامنه اجرای قوانین مختلف با استفاده از روش آلترناتیو مبین این است که عوامل ارتباط تعیین شده فاقد ارتباط کافی با موضوع مطروحه هستند، وانگهی این گونه قواعد هیچ کمکی در جهت نیل به هدف نهایی حقوق بین الملل خصوصی یعنی ایجاد نظم و هماهنگی بین سیستمهای مختلف حقوقی نمی نماید و دامنه ایجاد Forum shopping را گسترش می دهد.<sup>۸۴</sup>

سرانجام تعیین عوامل ارتباط آلترناتیو برای شخص، موقعیت بهتری نسبت به موقعیتش مورد مشابه داخلی اعطا می نماید زیرا در یک پرونده داخلی وی به مقررات خاص مربوطه مقید است در حالی که در پرونده بین المللی به او اجازه داده می شود تا مناسبترین و بهترین وضعیت را اتخاذ نماید. ایراد روش آلترناتیو وقتی بیشتر آشکار می شود که قانون داخلی موضع سخت تری در همان موضوع اتخاذ نموده باشد. چرا شخص باید از امتیازات بیشتری برخوردار باشد وقتی که رابطه حقوقی مطروحه در ارتباط با چند قانون داخلی است؟

البته این ایرادات بدون پاسخ نمانده اند. می توان گفت اگرچه تنظیم قواعد بدین نحو در راستای هدف ایجاد هماهنگی بین سیستمهای حقوقی مختلف نیست، ولی در مسیر خلاف آن هم نمی باشد. این گونه قواعد در حال حاضر احترام به

۸۴. همان منبع ص ۱۱۹.

حقوق مکتسبه به طور قانونی در کشورهای خارجی را تضمین می نماید، امری که همواره یکی از اهداف تعارض قوانین بوده، علی‌رغم اعتراضاتی که از جنبهٔ عقلی و منطقی بدان وارد شده است.<sup>۸۵</sup>

در مورد انتقاد Forum Shopping نیز گفته شده، وقتی استفاده از یک راه حل تعارض قوانین، متقابله محسوب می شود که نتیجه حاصله برای طرف مقابل غیرمنتظره باشد این امر بسختی در مورد چنین حالتی قابل پذیرش است.<sup>۸۶</sup> لذا به نظر می رسد اجرای یکی از قوانین آلترناتیو مان تعیین شده برای حل زندگی بین المللی افراد کافی است.<sup>۸۷</sup>

به نظر پروفیسور Kisch اختلاف بین قواعد حل تعارض آلترناتیو و تعددی یک اختلاف ظاهری و تفاوت در دید است نه اختلافی واقعی. وقتی به موجب قاعده حل تعارضی، پذیرش درخواست طلاق زوجین با تابعیت متفاوت منوط به آن است که به موجب هر دو قانون ملی مربوطه این امر ممکن باشد در واقع در مورد درخواست طلاق از یکسو زوجه یا زوج درخواست کننده باید تأکید نماید بر همگرایی و همسویی دو قانون ملی بر پذیرش طلاق (دید تعددی) و از سوی دیگر طرف مقابل درخواست طلاق کافی است ثابت نماید که به موجب یکی از دو قانون ملی طلاق غیرقابل انجام است تا دعوا را بنفع خود خاتمه دهد (دید آلترناتیو). بنابراین قاعدهٔ حل تعارض مربوطه از دید تقاضی طلاق تعددی و از دید طرف مقابل آلترناتیو است.<sup>۸۸</sup>

85. Francescakis Ph., : "La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé, op. cit., n<sup>o</sup> 199 et s.

86. Vicher F., "Général Course" op. cit., p. 120-121.

87. La loi la plus favorable, Mélanges Gutschwiller, p. 353; Rigaux F. "Droit international privé op. cit. n<sup>o</sup> 293).

۸۸. برای مثالهای دیگری در مورد اتخاذ روش آلترناتیو، رک. مثلاً به مادهٔ ۱۱ قانون مقدمه کد مدنی آلمان که مقرر می دارد شکل یک عمل حقوقی باید مطابقت داشته باشد با Lex Causae یا Lex loci actus همچنین رک. بند ۱ مادهٔ ۲۰ همین قانون.

## د. قواعد حل تعارض انفصالی

در این نوع قاعده حل تعارض، دو عامل ارتباط بر حسب نوع موضوع مطروحه تعیین گردیده اند و در واقع قاعده به دو شاخه تقسیم شده است. نمونه‌های زیادی در این مورد در قوانین مربوط به تقسیم ترکه در بلژیک، فرانسه و بیشتر کشورهای کامن لا مشاهده می‌شود که در آنها حکم بر حسب منقول یا غیرمنقول بودن ترکه متوفی متفاوت است: اولی تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی و دومی تابع قانون محل وقوع اموال است. بدیهی است اجرای چنین قاعده‌ای مقدماً نیاز به انجام نوعی توصیف رابطه حقوقی دارد. به عبارت دیگر قاضی باید مشخص نماید اموال متوفی منقول یا غیرمنقول هستند تا بر اساس آن با اتخاذ عامل ارتباط مربوط قانون حاکم بر قضیه را مشخص نماید.

## ه. قواعد تعارض شرطی

گاهی اعمال عامل ارتباط متخذ در قاعده حل تعارض مشروط بر تحقق امر خاصی است که حالتهای گوناگونی از این حیث متصور است. ممکن است در قاعده حل تعارض اجرای عامل ارتباط و نتیجتاً اجرای قانون خارجی مربوطه موکول شود به این که قاعده حل تعارض کشور خارجی صلاحیت اعطا شده را بپذیرد. مثلاً قانون مقر دادگاه احوال شخصیه فرد خارجی را تابع قانون کشور متبوع وی می‌داند مشروط بر اینکه قاعده حل تعارض کشور اخیر صلاحیت قانون داخلی خود را بر اتباع مقیم خارجش بپذیرد.<sup>۸۹</sup> همچنین اخیراً کشورهایی از جمله هلند که احوال شخصیه بیگانگان را

۸۹. البته اصل رجوع به کل سیستم حقوقی کشور خارجی (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه) مورد قبول اکثریت دکترین و اغلب قوانین کشورهای مختلف قرار گرفته است مع ذلک در برخی کشورها مثل ایتالیا، (ماده ۳۰ قانون مدنی) قاضی مکلف است مستقیماً قانون داخلی مقرر شده به وسیله قاعده حل تعارض ایتالیا را بدون توجه به امتناع احتمالی قاعده حل تعارض خارجی اعمال نماید.

اصولاً تابع قانون متبوع ذی نفع می دانند در مواردی اجرای قانون خارجی ملی را نپذیرفته اند. بدین جهت که رابطه تابعیت ظاهری بوده و ذی نفع به نحو مؤثری با کشور مربوطه ارتباط نداشته است. در واقع اجرای قانون متبوع به صورت مشروط مورد نظر این کشورها قرار گرفته است. مثلاً دادگاههای هلند در موارد بسیاری از اجرای قوانین ارث دولت متبوع خارجی امتناع نموده اند با استناد به اینکه متوفی هیچ رابطه مؤثری با کشور مذکور نداشته است.<sup>۹۰</sup>

همچنین اتخاذ عامل ارتباط مندرج در یک قاعده حل تعارض ممکن است مشروط به معامله متقابل کشور خارجی باشد.<sup>۹۱</sup> مثلاً به موجب قاعده حل تعارض کشور مقر دادگاه، قوانین ارث کشور خارجی «الف» در مورد اتباع کشور مذکور اجرا می شود در صورتی که حسب قواعد حل تعارض کشور «الف» مسأله ارث اتباع کشور مقر دادگاه نیز تابع قانون همین کشور به عنوان قانون متبوعشان باشد.

## ● نتیجه

مطالب عنوان شده را می توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

۱. اعمال تئوری یکجانبه صرفنظر از غیر قابل قبول بودن مبنای آن، در بسیاری از موارد قاضی را با بن بست مواجه می نماید. اصولاً گسترش روابط بین المللی اقتضا دارد در سیستم حقوقی هر کشور قواعد مناسبی برای حل مسائل ناشی از زندگی بین المللی اشخاص وضع شود تا بتوان در این گونه موارد در اسرع وقت با تعیین و اجرای قانون صلاحیتدار اعم از قانون مقر دادگاه یا قانون خارجی حکم قضیه را صادر نمود. اصولاً نباید قاضی را با عدم تعیین قانون صلاحیتدار در صورت عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه در بلا تکلیفی قرار داد و چنانکه

۹۰. Ned. T. int. R. Z (1955) 104 ff. پروفیسور یونانی Maridakis در گزارش خود به انستیتو حقوق بین الملل پیشنهاد نموده تا تابعیت به عنوان یک عامل ارتباط، جایش را به اقامتگاه یارزیدانس بدهد چنانچه در موردی تابعیت (گرچه طبق قوانین کشور مربوطه وجود دارد) با واقعیات اجتماعی منطبق نیست. Ann. inst. 47 (1957) II 52 برای مطالعه بیشتر، Recueil. 1961 (III), p. (70) 342.

91. Condition of Reciprocity.

ملاحظه شد راه حل پیشنهادی یکجانبه گرایان مبنی بر اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیتدار می داند در بسیاری موارد ما را با خلأ و یا تعدد مواجه می نماید و کارساز نیست. به همین جهت امروزه لزوم دو جانبه بودن قواعد حل تعارض به عنوان یکی از اصول مهم حقوق بین الملل خصوصی و در راستای تحقق وحدت بین المللی قواعد حل تعارض مورد پذیرش قرار گرفته و غالب این قواعد در کشورهای مختلف به شکل دو جانبه وضع شده اند. حتی در موارد محدودی که روش یکجانبه اتخاذ شده است، در صورت عدم قابلیت اجرای قانون مقرر دادگاه در موضوعی معین، دادگاهها تا جای ممکن با تفسیر دو جانبه این قواعد در مورد رفع خلأ حاصله و تعیین قانون خارجی صلاحیتدار اقدام نموده اند. مع ذلک تئوری یکجانبه به صورت بسیار محدود، جایگاه خود را در حقوق بین الملل خصوصی حفظ نموده و قانونگذار هر کشور بنا به صلاحدید خود در مواردی تنها به تعیین محدوده صلاحیت قانون ملی خود اکتفا می نماید.

۲. قواعد حل تعارض از حیث نحوه تعیین عامل (عوامل) ارتباط نیز با هم متفاوت اند. از طرفی در یک سیستم حقوقی روش واحدی در تنظیم قواعد حل تعارض مربوط به موضوعات مختلف از این حیث اعمال نمی شود. از طرف دیگر بین کشورهای مختلف نیز در مورد روش اتخاذ عوامل ارتباط برای یک رابطه حقوقی خاص اتفاق نظر وجود ندارد.

در شرایطی که کشورها در بسیاری موارد حتی در انتخاب یک عامل ارتباط ساده در موضوعی معین اختلاف نظر دارند اتخاذ روشهای ناهمگون در نحوه اتخاذ عوامل ارتباط تعجب آور نیست و اصولاً دستیابی به وحدت نظر در این مورد دست کم در آینده نزدیک امری نامحتمل به نظر می رسد.

## علائم اختصاری (به کار رفته در زیرنویسها)

- A.J.C.L.** Americain journal of comparative Law.  
**Ann.Inst.** Annuaire de L'Institut de Droit International.  
**C.Cass.** Cour de Cassation.  
**Ency. Dr. Int.** Encyclopédie de Droit International.  
**J.C.P.** Juris -Classeur periodique (Semain juridique).  
**J.CL. Dr. Int.** Juris Classeur de Droit International.  
**J.D.I.** Journal de Droit International . Clunet.  
**J.O.** Journal officiel.  
**R.C.** Revue Critique de Droit International privé.  
**REC. Gaz. Pal.** Recueil Gazette Palais.  
**Ricueil.** Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internatioanal de La Haye.  
**S.** Sirey, Recueil Général des Lois et Arrêts.  
**T.C.F.D.I.P.** Travaux de Comité français de Droit International privé.  
**D.P.** Dalloz privé.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی