

دکتر نجاد علی الماسی



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

**تعارض صریح و تعارض مخفی
بین سیستمهای حل تعارض**



پروشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

پرتال جامع علوم انسانی
پرتال جامع علوم انسانی

مبحث
سیستمهای ملی حل تعارض
و تقسیم بندی تعارضها



الف. سیستمهای ملی حل تعارض

هرگاه دعوی که دارای «عامل خارجی»^۱ است در کشوری

۱. مقصود از عامل خارجی عاملی است که در رابطه حقوقی مورد دعوی دخالت می‌کند و سبب ارتباط دعوی با کشور خارجی می‌گردد. مثلاً در مورد تعهدات قراردادی و طرز تنظیم سند و احوال شخصیه چون در حقوق بین الملل خصوصی ایران قانون محل وقوع عقد و قانون محل تنظیم سند و قانون دولت متبوع فرد (طبق مواد ۶ و ۷ و ۹۶۹ و ۹۶۸ قانون مدنی) واجد صلاحیت است؛ پس در این مورد عامل خارجی ممکن است محل انعقاد

مطرح باشد، دادگاه آن کشور باید قواعد و احکامی را که قانونگذار کشور خود تجویز کرده است بموقع اجرا بگذارد. قواعد و احکامی که دادگاه را در انتخاب قانون لازم الاجراء هدایت می‌کند و راه حل تعارض بین قوانین کشورها را ارائه می‌دهد مجموعه‌ای را به وجود می‌آورد که «سیستم حل تعارض»^۲ نامیده می‌شود.

اگر مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی بویژه مسائل مربوط به تعارض قوانین را با مسائل حقوق بین‌الملل عمومی مقایسه کنیم می‌بینیم حل مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی با دشواری بیشتری مواجه است. علت این دشواری آن است که در حقوق بین‌الملل خصوصی، برخلاف حقوق بین‌الملل عمومی، قواعد مشترک بین تمام ملل وجود ندارد و هر کشور تعارض بین قوانین را به نحوی که خود بهتر می‌داند حل می‌کند؛ زیرا تشخیص سلطه قوانین در یک کشور از امور مربوط به حاکمیت و استقلال آن کشور است و بنابراین در موضوع تعارض قوانین، هر کشور دارای یک سیستم ملی حل تعارض است که طبیعتاً قاضی ملی برای رفع تعارض بین قوانین و انتخاب قانون صلاحیت‌دار، به آن رجوع می‌نماید. مثلاً قاضی ایرانی در هر مورد از مسائل تعارض قوانین - خواه راجع به احوال شخصیه، خواه مربوط به اموال و خواه مربوط به قراردادها باشد - همیشه کار خود را از اجرای قواعد حل تعارض کشور خود شروع می‌کند و دعوی را برابر قانونی که طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران واجد صلاحیت است حل و فصل خواهد کرد، همچنانکه قاضی انگلیسی نیز در هر مورد از مسائل تعارض قوانین همیشه کار خود را از اجرای قاعده حل تعارض کشور خود آغاز می‌کند و برای حل و فصل دعوی به سیستم انگلیسی حل تعارض رجوع خواهد کرد.

→ عقد در خارج ایران یا محل تنظیم سند در خارج ایران و یا تابعیت خارجی اصحاب دعوی باشد.

2. système de solution des conflits de lois

دقت در ویژگیهای هر سیستم ملی حل تعارض و تفاوت آن با سیستمهای دیگر این نکته را روشن می‌سازد که تعارض قوانین تنها معلول اختلاف «قواعد مادی»^۳ کشورها نیست، بلکه ناشی از اختلاف بین سیستمهای ملی حل تعارض نیز هست. مثلاً در باب حقوق ارثیه غیر از تفاوتی که بین قواعد مادی ایران و قواعد مادی فرانسه وجود دارد، تفاوت دیگری نیز موجود است که مربوط به سیستمهای حل تعارض ایران و فرانسه است؛ زیرا حقوق ارثیه در سیستم ایرانی حل تعارض تابع قانون ملی متوفی است، حال آنکه در سیستم فرانسوی حل تعارض، ارثیه منقول تابع قانون اقامتگاه متوفی و ارثیه غیر منقول تابع قانون محل وقوع اموال است. حال که معلوم شد اولاً تعارض بین سیستمهای ملی حل تعارض غیر از تعارض ساده بین قواعد مادی کشورها و پیچیده‌تر از آن است، و ثانیاً قاضی ملی برای حل و فصل هر دعوی که دارای یک عامل خارجی است همیشه باید کار خود را از اجرای قواعد حل تعارض مقرر دادگاه آغاز کند، لازم است اقسام تعارضهای بین قواعد حل تعارض کشورها را مورد مطالعه قرار دهیم.

ب. تقسیم‌بندی تعارضها

زمانی که قاضی ملی برای حل دعوی به قاعده حل تعارض

۳. منظور از قاعده مادی (règle materielle) قاعده‌ای است که مربوط به اصل دعوی است و مسأله مطروحه را مستقیماً حل می‌کند بدون اینکه برای رفع اختلاف و حل و فصل دعوی به قانون دیگری ارجاع نماید؛ در حالی که قاعده حل تعارض یا قاعده تعارض قوانین (règle de conflit) قاعده‌ای است که فقط قانونی را که باید بر موضوع معینی حکومت نماید تعیین می‌کند و مسأله مطروحه را مستقیماً حل نمی‌کند. مثلاً در باب ارث قواعد مربوط به موجبات ارث، تحقق ارث، تعیین طبقات مختلفه وراثت و مقدار سهم الارث آنها (مواد ۸۶۱ به بعد قانون مدنی) جزو قواعد مادی است، ولی قاعده‌ای که به موجب آن حقوق ارثیه تابع قانون ملی متوفی است (مواد ۶ و ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی) جزو قواعد تعارض قوانین است.

کشور خود رجوع می‌کند ممکن است با مواردی مواجه گردد که سیستم ملی حل تعارض و سیستم خارجی حل تعارض اتفاق نظر نداشته باشند. مطابق تقسیم‌بندی متداول که توسط حقوقدانان کشورهای اروپای قاره‌ای (بویژه حقوقدانان فرانسوی و آلمانی) پیشنهاد گردیده و توسط حقوقدانان انگلیسی هم کم‌وبیش پذیرفته شده است، تعارضهایی که بین قواعد حل تعارض کشورها به وجود می‌آید لا اقل به سه دسته زیر تقسیم می‌شود:

۱. تعارض صریح^۴:

تعارض صریح تعارضی است که به صورت صریح و آشکار بین قواعد حل تعارض کشورهای ذینفع وجود دارد. این تعارض در بادی نظر ظاهر است و ظهور آن به حدی است که عدم اتفاق نظر سیستمهای ملی حل تعارض برای قاضی مأمور رسیدگی به دعوی کاملاً واضح و آشکار است. به عنوان مثال، چون وضعیت و اهلیت افراد از لحاظ سیستم ایرانی حل تعارض تابع قانون ملی و از لحاظ سیستم انگلیسی - امریکایی تابع قانون اقامتگاه است، پس تعارض بین این دو سیستم یک تعارض صریح است.

این تعارض گاهی به صورت «تعارض منفی»^۵ و گاهی به صورت «تعارض مثبت»^۶ ظاهر می‌گردد. وجه افتراق دو نوع تعارض در این است که در تعارض منفی هر سیستم ملی، حل قضیه را تابع قانون کشور دیگر می‌داند، حال آنکه در تعارض مثبت برعکس هر سیستم ملی حل قضیه را تابع قانون کشور خود می‌داند. مثلاً قضات ایرانی و انگلیسی در مورد وضعیت و اهلیت یک انگلیسی مقیم ایران با تعارض

4. patent conflicts (E.) = conflits de lois explicites (F.) = ausdrückliche gesetzeskollisionen (G.)

5. conflit negatif

6. conflit positif

منفی و در مورد وضعیت و اهلیت یک ایرانی مقیم انگلیس با تعارض مثبت سیستمهای ملی حل تعارض مواجه می‌شوند. لازم است یادآوری شود که حقوقدانان کشورهای مختلف، تعارض منفی را معمولاً زیر عنوان «احاله»^۷ مورد بررسی قرار می‌دهند.

۲. تعارض مفاهیم ارتباط^۸:

این تعارض در واقع صریح نیست و می‌توان آن را یک «تعارض مخفی»^۹ نامید، زیرا در بادی نظر ظاهر و آشکار نیست. در این قسم تعارض با اینکه قواعد حل تعارض کشورهای ذینفع یکسان‌اند و از «عامل ارتباط»^{۱۰} مشابهی استفاده می‌کنند، ولی به واسطه تفسیرهای مختلفی که درباره عامل ارتباط وجود دارد مسأله مطروحه ممکن است تابع دو قانون مختلف باشد. مثلاً سیستمهای حل تعارض فرانسه و انگلیس نسبت به ارثیه منقول اتفاق نظر دارند که بایستی قانون اقامتگاه متوفی اعمال گردد. در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که تفاوتی موجود نخواهد بود که دعوای ارثی در فرانسه و یا در انگلیس مطرح گردد، چرا که در هر صورت، قانون اقامتگاه متوفی نسبت به دعوی حکومت دارد؛ ولی هرگاه درست دقت نماییم به این نکته پی خواهیم برد که چون عامل اقامتگاه از نظر ثوری در نظام حقوقی فرانسه و انگلیس تفسیرهای مختلف دارد به نحوی که اقامتگاه در حقوق انگلیس با اقامتگاه در حقوق فرانسه متفاوت است، پس امکان دارد فردی که به واسطه عدم رعایت پاره‌ای از مقررات مربوط به اجازه اقامت، از نظر قانون فرانسه مقیم انگلیس تلقی می‌شود از لحاظ قانون انگلیس مقیم فرانسه باشد. در نتیجه،

7. renvoi

8. conflits de concepts de rattachement (F.) = kollisionen der anknüpfungsbegriffe (G.)

9. latent conflict

10. connecting factor

دعوی اثری مزبور که در حقوق فرانسه و انگلیس حکم واحدی دارد، برحسب اینکه به قاضی فرانسوی یا قاضی انگلیسی ارجاع شود، ممکن است راه‌حلهای متفاوت پیدا کند.

درخصوص اینکه آیا این قسم تعارض منجر به احاله می‌گردد یا یک مسأله مربوط به توصیف و طبقه‌بندی است و یا یک مسأله مستقل و جداگانه است، اختلاف نظر وجود دارد. اما اکثر نویسندگان انگلیسی-امریکایی ترجیح می‌دهند که آن را یک مسأله مستقل از احاله و توصیف محسوب دارند.

۳. تعارض مخفی^{۱۱}:

قسم سوم از تعارض وجود دارد که تجلی و ظهور آن از تعارض قبلی یعنی قسم دوم از تعارض هم کمتر است. این قسم تعارض که آن را «تعارض مخفی» می‌نامند موقعی مصداق می‌یابد که سیستمهای ملی حل تعارض مثل تعارض قبلی نسبت به مورد معینی اتفاق نظر داشته باشند و عامل ارتباط مشابهی را پذیرفته و حتی در مورد آن عامل ارتباط نیز تفسیر و تعریف مشابهی داشته باشند، ولی در تعیین محتوی دسته‌های ارتباط^{۱۲} با هم تعارض داشته باشند. توضیح آنکه ممکن است سیستمهای حل تعارض اتفاق نظر داشته باشند که مثلاً احوال شخصیه

11. latent conflicts (E.) = conflits de lois implicites (F.) = latente gesetzeskollisionen (G.)
catégories de rattachement (F.) = juridical concepts or categories (E.). 12

مقصود از دسته‌های ارتباط یا مفاهیم حقوقی، مجموعه‌هایی از روابط حقوقی متجانس است که هر کدام موضوع قاعده ارتباط معینی بوده، با قانون معینی ارتباط پیدا می‌کند. مثلاً مفاهیمی مانند قراردادها و احوال شخصیه، دسته‌های ارتباط نام دارند؛ زیرا هر دسته با قانون خاصی (مثلاً قانون مورد توافق طرفین و قانون ملی) که توسط قاعده حل تعارض تعیین گردیده است، ارتباط دارد.

افراد تابع قانون ملی ذینفع، و ترکه منقول تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی است؛ ولی چه بسا اتفاق می افتد که برای قاضی مأمور رسیدگی به دعوی این تردید وجود داشته باشد که آیا مسأله مطروحه جزء دسته احوال شخصیه است یا جزء دسته حقوق ارثیه. علت آن است که مسائل ارجاع شده به دادگاه به ندرت کلیت دسته های ارتباط را دارد، زیرا روابط حقوقی که در دادگاه مطرح است مسائلی جزئی و مشخص و مربوط به موارد خاص می باشد و مثلاً قاضی با این پرسش مواجه است که آیا فلان شخص از ترکه متوفی سهمی دارد یا نه؟ آیا فلان عقد صحیح است یا باطل؟ و امثال اینها.

نخستین حقوقدانی که تعارض مخفی بین سیستمهای ملی حل تعارض را کشف کرد کان^{۱۳} حقوقدان معروف آلمانی بود که این مسأله را در سال ۱۸۹۱ مورد بحث قرار داد. پس از او بارتن^{۱۴} حقوقدان برجسته فرانسوی این مسأله را تحت عنوان «مسأله توصیفها»^{۱۵} مطرح کرد. «قضیه بارتلو»^{۱۶} که توسط بارتن عنوان گردید، مثال مناسبی است برای طرح مسأله توصیفها. در این دعوی، دادگاه الجزیره^{۱۷} می بایست در مورد ترکه یک مالتی که در الجزیره فوت شده و اموالی بجا گذاشته بود، قضاوت کند. همسر متوفی به استناد قانون مالت که به بیوه بازمانده تھی دست یک چهارم اموال متوفی را اختصاص می دهد، مدعی بود که یک چهارم از ترکه به نام «چهاریک همسر تھی دست»^{۱۸} از آن اوست. به گفته بارتن دادگاه می بایست در خصوص قبول یا رد ادعای همسر متوفی تصمیم بگیرد و تصمیم دادگاه بستگی داشت به اینکه از دو توصیف زیر کدامیک را بپذیرد:

13. Kahn

14. Bartin

15. question des qualifications

16. Affaire Bartholo

17. Alger, 24 déc. 1889, Bartholo, journal 1891, 1171.

18. quarte du conjoint pauvre

توصیف اول: ادعای تعلق سهمی از اموال متوفی به بیوه بازمانده تهی دست نیک ادعای مربوط به روابط مالی زوجین و تابع قانون ملی زوجین است که در دعوی مورد بحث ما قانون مالت است و چون قانون حاکم، چهار یک بیوه تهی دست را شناخته است پس ادعای زن را باید پذیرفت.

توصیف دوم: ادعای زن ادعایی است که در دسته حقوق ارثیه قرار می‌گیرد و باید تابع قانون اقامتگاه متوفی باشد که در دعوی مورد بحث ما قانون الجزایر است و چون قانون حاکم، چهار یک بیوه تهی دست را شناخته است پس ادعای زن را باید رد کرد. مثالی که بارتن ذکر کرده است اهمیت مسأله توصیفها و همچنین تردید و تشکیک قضات را در پذیرش و ترجیح توصیفی بر توصیف دیگر آشکار می‌سازد.



مبحث

راه حل تعارضهای صریح و مخفی

الف. راه حل تعارض صریح

چنانکه در مبحث گذشته اشاره شد تعارض صریح سیستمهای حل تعارض ممکن است به دو صورت ظاهر گردد: یکی تعارض منفی سیستمها، و دیگری تعارض مثبت سیستمها. تعارض صریح سیستمها بر حسب اینکه به صورت تعارض منفی یا به صورت تعارض مثبت جلوه نماید، راه‌حلهای مختلف پیدا می‌کند.

۱. راه حل تعارض منفی سیستمها:

در مورد این نوع تعارض که بیشتر زیر عنوان «دکترین احاله»^{۱۹} شناخته شده راه‌حلهای متفاوتی در کشورهای مختلف پذیرفته شده است. در بعضی کشورها مانند ایتالیا، هلند و یونان احاله شناخته نشده است و به احاله قانون خارجی ترتیب اثر نمی‌دهند. بدیهی است که در چنین کشورهایی هرگاه قاضی ملی به موجب قواعد حل تعارض کشور خود ملزم به اعمال قانون خارجی باشد، توجه قاضی فقط معطوف به اعمال قواعد مادی (قوانین داخلی) کشور خارجی خواهد بود و نه قواعد حل تعارض آن کشور.

به عکس، در بعضی کشورهای دیگر مانند ایران، انگلیس و فرانسه احاله پذیرفته شده است. ماده ۹۷۳ قانون مدنی در این مورد مقرر داشته است:

«اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا برطبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون

۱۹. احاله عبارت از این است که هرگاه به موجب قواعد حل تعارض، مقرر دادگاه، قانون کشور خارجی باید رعایت شود، قاعده حل تعارض آن کشور خارجی به نوبه خود حل قضیه را به قانون کشور اولی یا قانون کشور دیگری (کشور ثالث) ارجاع نماید. پس احاله بر دو قسم است: درجه اول و درجه دوم.

— احاله درجه اول آن است که قانون خارجی که برطبق قانون مقرر دادگاه لازم الاجراء شناخته شده حل قضیه را به قانون کشور اولی که موضوع در دادگاه آن کشور مطرح است، احاله نماید.

— احاله درجه دوم آن است که قانون خارجی که صلاحیت دار شناخته شده حل قضیه را به قانون کشور ثالثی احاله کند؛ یعنی قانون کشور ثالثی را به عنوان قانون صلاحیت دار معرفی نماید.

راه حل احاله در ماده ۹۷۳ قانون مدنی پیش بینی شده است.

ایران شده باشد.»

چنانکه ملاحظه می شود قانون ایران احالة درجه اول یعنی احالة قانون خارجی به قانون ایران را پذیرفته و احالة درجه دوم یعنی احالة قانون خارجی به قانون کشور ثالث را رد کرده است.

برای روشن شدن راه حل تعارض منفی سیستمها در حقوق ایران به ذکر مثال زیر می پردازیم:

فرض کنیم یک انگلیسی با زنی فرانسوی در انگلیس با یکدیگر ازدواج کنند و سپس به ایران عزیمت نمایند و ایران را محل اقامت دائمی خود قرار دهند و بعد زن برای طلاق به دادگاه ایران رجوع کند. سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا دادگاه ایرانی باید به قانون دولت متبوع شوهر — که در فرض ما قانون انگلیس است — رجوع نماید و یا به قانون دولت متبوع زن که در فرض ما قانون فرانسه است؟ البته در این فرض، تفاوتی موجود نخواهد بود که دادگاه برای حل و فصل این دعوی به قانون انگلیس رجوع نماید و یا به قانون فرانسه، زیرا قاعده تعارض قوانین انگلیس موضوع را تابع قانون اقامتگاه که در فرض ما قانون ایران است دانسته و بنابراین حل دعوی را به قانون ایران احاله می دهد، و قاعده تعارض قوانین فرانسه نیز گو اینکه در مورد وضعیت و اهلیت افراد اصولاً قانون کشور متبوع را حاکم می داند ولی در مورد طلاق و نسب موقعی که طرفین تابعیت واحد ندارند، قانون اقامتگاه مشترک را صلاحیت دار می شناسد و بنابراین موضوع را به قانون ایران احاله می دهد.

برای حل این دعوی دادگاه باید ابتدا به ماده ۹۶۳ قانون مدنی که ناظر به اختلاف در تابعیت زوجین است رجوع نماید. این ماده مقرر داشته است «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» و چون قانون دولت متبوع شوهر — یعنی در فرض ما قانون انگلیس — حل قضیه را به قانون ایران به عنوان قانون اقامتگاه احاله کرده است، پس دادگاه ایرانی مکلف

است طبق ماده ۹۷۳ قانون مدنی با رعایت این احاله که احاله درجه اول می باشد، قاعده تعارض قوانین انگلیس را بپذیرد و قانون ایران را درباره ایشان اجرا نماید. اما اگر در این فرض، فی المثل اقامتگاه زوجین در کشور ثالث باشد، در آن صورت، دادگاه ایرانی مجبور به رعایت چنین احاله ای (احاله درجه دوم) نخواهد بود و بهتر است در چنین مواردی قواعد مادی (قوانین داخلی) سیستم احاله کننده را بموقع اجرا بگذارد.

۲. راه حل تعارض مثبت سیستمها:

چنانکه گفته شد تعارض مثبت سیستمها موقعی مصداق پیدا می کند که نسبت به یک موضوع معین، قاعده حل تعارض هر یک از دو سیستم، قانون خود را برای حکومت در مورد دعوی صلاحیت دار معرفی می کند. فی المثل اگر مسأله اهلیت یک ایرانی مقیم انگلیس مطرح باشد، قاعده ایرانی حل تعارض^{۲۰}، قانون ملی، یعنی قانون ایران را واجد صلاحیت می داند و قاعده انگلیسی حل تعارض، قانون اقامتگاه، یعنی قانون انگلیس را صلاحیت دار می شناسد.

با توجه به اینکه قاضی همیشه کار خود را با رجوع به قاعده حل تعارض کشور خود آغاز می کند و قاعده حل تعارض نیز یک قاعده دوجانبه است، یعنی گاهی دادگاه را به اجرای قانون کشور خود و گاهی به اجرای قانون خارجی دعوت می نماید، بنابراین قاضی در صورتی می تواند به قاعده حل تعارض خارجی رجوع و راه حل دعوی را در آن جستجو کند که قاعده حل تعارض مقر دادگاه از همان آغاز امر، یعنی از نخستین مرحله تحقیق برای پیدا کردن قانون صلاحیت دار، او را

۲۰. ماده ۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص وارث، در مورد کلیه اتباع ایران، ولو اینکه مقیم در خارج باشند، مجرا خواهد بود».

از این کار منع نکرده باشد.

مقایسه تعارض منفی با تعارض مثبت این نکته را روشن می‌سازد که در تعارض منفی چون از آغاز کار، صلاحیت قانون خارجی توسط قاعده حل تعارض مقرر دادگاه پذیرفته شده لذا رجوع به قاعده تعارض امکان پذیر است؛ چرا که قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قاضی را به سیستم خارجی هدایت می‌کند و اگر در نتیجه قبول احاله سیستم خارجی قاضی در پایان کار قانون داخلی کشور خود را اعمال می‌نماید (در فرض احاله درجه اول)، علت آن همان دستور اولیه ای است که توسط قاعده تعارض مقرر دادگاه صادر شده است.

به عکس، در تعارض مثبت سیستمها قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قاضی را به سیستم خارجی هدایت نمی‌کند، بلکه او را به اجرای قانون مقرر دادگاه دعوت می‌نماید. در نتیجه راه حل تعارض مثبت که یک راه حل نسبتاً ساده است، طبیعتاً با راه حل تعارض منفی تفاوت خواهد داشت. در مثال مربوط به اهلیت یک انگلیسی مقیم ایران (فرض تعارض منفی) چون قاعده ایرانی، صلاحیت قانون خارجی را پذیرفته، بنابراین قاضی ایرانی به سیستم انگلیسی هدایت شده است و باید قانون انگلیس را اجرا کند، حال آنکه در مورد اهلیت یک ایرانی مقیم انگلیس (فرض تعارض مثبت) قاعده ایرانی (ماده ۶ قانون مدنی)، قاضی را به سیستم انگلیسی هدایت نمی‌کند بلکه او را از سیستم مزبور که قانون خود را لازم الاجراء می‌داند، دور می‌سازد.

خلاصه آنکه در فرض تعارض مثبت سیستمها قاضی هر کشور اصولاً قانون خود را اجرا خواهد کرد، زیرا قاعده ملی حل تعارض، جز در موارد استثنایی، امکان رجوع به قاعده خارجی را از او سلب می‌کند. راه حل این گونه تعارضها شبیه راه حل تعارض تابعیت است و قاضی باید قانون کشور خود را بموقع اجرا بگذارد.

ب. راه حل تعارض مخفی

پیش از آنکه راه حل تعارض مخفی را بیان کنیم لازم است اشاره شود که این نوع تعارض که بیشتر تحت عنوان مسأله توصیفها شناخته شده است - همان گونه که قبلاً به آن اشاره شد - نخستین بار در اواخر قرن نوزدهم توسط کان حقوقدان آلمانی و بارتن حقوقدان فرانسوی کشف گردید و در نیمه اول قرن بیستم توسط لورزن^{۲۱} (در امریکا) و بکت^{۲۲} (در انگلیس) بین حقوقدانان انگلیسی - امریکایی مطرح شد.

«توصیف»^{۲۳} یا «طبقه بندی»^{۲۴} عبارت است از تشخیص نوع امر حقوقی که یک قاعده حل تعارض باید نسبت به آن اعمال گردد. مثلاً در «قضیه بارتلو» - که در مبحث گذشته بدان اشاره شد - دادگاه می بایست تشخیص دهد که ادعای بیوه بازمانده تهی دست نسبت به یک چهارم از ترکه متوفی یک مسأله مربوط به روابط مالی زوجین است تا قانون ملی بر آن حاکم باشد یا یک مسأله مربوط به حقوق ارثیه است تا قانون محل وقوع ماترک (در مورد ماترک غیر منقول) بر آن حاکم باشد، و آیا برای تشخیص این امر، یعنی انتخاب یک توصیف و ترجیح آن بر توصیف یا توصیفهای دیگر، به کدام قانون باید رجوع نمود؟ به عبارت دیگر، سؤال این است که توصیف به موجب چه قانونی باید به عمل آید؟ در مورد اینکه توصیف به موجب چه قانونی باید به عمل آید، راه‌حلهای مختلفی پیشنهاد شده است که اساسی ترین آنها عبارتند از:

21. Lorenzen

22. Beckett

23. qualification (F.) = characterisation (I.)

24. classification

۱. تئوری توصیف به موجب قانون مقر دادگاه ۲۵:

اکثر حقوقدانان کشورهای تابع نظام 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»^{۲۵} 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 برخلاف قانون خارجی نیازی به اثبات توسط کارشناس حقوق خارجی ندارد.

اعمال قانون مقر دادگاه متضمن مصلحت طرف دعوی است، زیرا هر طرف دعوی 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 یا عمل یا واقعه حقوقی است که در آنجا به وجود آمده و جز در موارد استثنایی همواره ارتباطی بین رابطه حقوقی مورد دعوی و کشوری که دعوی به دادگاه آن ارجاع شده است، وجود دارد.

25. qualification lege fori

26. lex fori

رعایت حاکمیت ملی نیز اعمال قانون مقر دادگاه را ایجاب می‌کند، 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.

بازتن حقوقدان فرانسوی برای دفاع از تئوری توصیف به موجب قانون مقر دادگاه می‌گوید قضات ملی قسم خورده‌اند که طبق قوانین نظام حقوقی کشور متبوعه خود اجرای عدالت نمایند و نه نظام حقوقی کشور خارجی، و لذا توصیف یا تعیین ماهیت روابط یا قواعد حقوقی به موجب قانون خارجی، در واقع، نقض سوگندی است که هنگام احراز منصب قضا یاد کرده‌اند.

۲. تئوری توصیف به موجب قانون سبب ۲۷:

به اعتقاد بعضی دیگر^{۲۸} قاضی برای توصیف یک رابطه یا یک قاعده حقوقی باید به «قانون سبب»^{۲۹} یعنی قانون خارجی رجوع کند. برای توجیه صلاحیت این قانون چنین استدلال شده است که قبول حکومت قانون خارجی، توصیف به موجب قانون سبب را ایجاب می‌کند، 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 ساخته‌اند:

27. qualification lege causae

۲۸. از جمله طرفداران این نظر Despagnet در فرانسه، Pacchioni در ایتالیا و Wolff در آلمان هستند.

29. lex causae

● 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؟

● ثانیاً: موقعی که احتمال اعمال دو قانون خارجی وجود داشته باشد، معلوم نیست چرا دادگاه باید توصیف به موجب یکی از دو قانون را بر توصیف به موجب دیگری ترجیح دهد. به عبارت دیگر، ترجیح یکی بر دیگری ترجیح بلا مرجح خواهد بود.

۳. تئوری توصیف اصلی و فرعی:

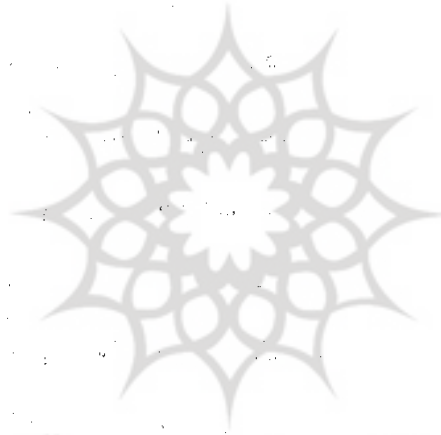
به اعتقاد بعضی از حقوقدانان مسأله توصیفها را بر مبنای تمیز و تفکیک بین «توصیف اصلی»^{۳۰} و «توصیف فرعی»^{۳۱} می توان حل نمود. مطابق این تئوری، توصیف اصلی که عبارت است از داخل کردن امر حقوقی در دسته ارتباط، باید به موجب قانون مقر دادگاه به عمل آید، ولی توصیف فرعی که عبارت است از تعیین حدود و شرایط اعمال 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

30. primary characterisation

31. secondary characterisation

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» که قبلاً آورده شد، توصیف ادعای بیوه بازمانده تهی دست یک توصیف اصلی بود و در تعیین قانون صلاحیت دار 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 یا غیرمنقول 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 یا غیرمنقول 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، برخلاف قاعده ایرانی، نسبت به ترکه منقول و غیرمنقول احکام متفاوتی دارد، زیرا حقوق بین الملل خصوصی فرانسه ترکه منقول را تابع قانون اقامتگاه متوفی و ترکه غیرمنقول را تابع قانون محل وقوع مال می داند. پس وصف منقول یا غیرمنقول 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.



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی