

تنوع قواعد حل تعارض

دکتر فرهاد خمایی زاده

فهرست مطالب

۲	مقدمه
	مبحث اول. تنوع قواعد حل تعارض از حیث
۴	دامنه عملکرد
۴	الف. تئوری یکجانبه
۵	۱- مبنای تئوری یکجانبه
۹	۲- انواع تئوری یکجانبه
	۱-۲. تئوری یکجانبه مطلق (تئوری
۹	کلاسیک)
۱۰	۲-۲. تئوری یکجانبه جدید
	- تفسیر دوجانبه قاعده حل تعارض
۱۰	یکجانبه
	- اجرای قانون خارجی که صلاحیتش را
۱۵	میپذیرد
	۳- یکجانبه‌گرایی در قوانین مربوط به
۱۹	امنیت و انتظامات
۲۴	ب. تئوری دوجانبه
	مبحث دوم. تنوع قواعد حل تعارض از حیث
۲۷	نوع عوامل ارتباط
	الف. قواعد حل تعارض با عوامل ارتباط
۵	تنوع قواعد حل تعارض ❖

٢٨	اصلي و فرعي
٣١	ب. قواعد حل تعارض تعددي
٣٢	ج. قواعد حل تعارض آلترناتيو
٣٤	د. قواعد حل تعارض انفصالي
٣٥	هـ. قواعد حل تعارض شرطي
٣٦	نتيجه

مقدمه

امروزه گسترش روابط بین‌المللی موجب شده تا افراد در چارچوب مرزهای یک کشور محصور نبوده و به انحای مختلف (مسافرت، تجارت، ...) با ممالک دیگر، ارتباط داشته باشند. در نتیجه یک زندگی خصوصی بین‌المللی در کنار زندگی داخلی افراد ایجاد شده و مجموعه مقررات خاصی تحت‌عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی^۱ در هر کشور برای تنظیم روابط بین‌المللی افراد وضع شده است.

تعارض قوانین به‌عنوان یکی از موضوعات اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی زمانی ایجاد می‌شود که مسئله تعیین قانون حاکم بر یک رابطه حقوقی که مرتبط با قانون دو یا چند کشور است مطرح شود.^۲ وقتی قاضی در مقام رسیدگی به یک

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

M.M. Batiffol H., Lagarde P., "Droit international privé", 7 éd, L.G.D.J. 1981. T.1., n° 3, p. 3.

۲. رك. تعريف تعارض قوانین در "ENCY. Dr. Int., II, "Conflit de lois" p.1: تعارض قوانین به مفهوم وسیع آن وقتی ایجاد می‌شود که یک رابطه حقوقی تنها به یک قانون مرتبط نبوده بلکه

رابطه حقوقی صرفاً داخلی است مستقیماً با مراجعه به قواعد مادی قانون ملی خود به موضوع رسیدگی می‌نماید 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^۳ در سیستم حقوق

با دو یا چند قانون در ارتباط باشد که هر یک ممکن است راه‌حلهای 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 حقوق خصوصی) قانون قابل اجرا را (در واقعه خارجی) از میان قوانین متنازع معین می‌نمایند. قواعد مذکور ممکن است به صورت اصول حقوقی حقوق بین‌الملل 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 گنج‌دانش، ۱۳۷۲، شماره ۱۲۹۷.

اصطلاح قواعد حل تعارض *règles de rattachement* یا *règles de conflit* در فرانسه به وسیله *Arminjon* با ترجمه اصطلاح آلمانی *Onknöpfungssorm* وارد شده است و به آن قواعد صلاحیت قانونگذاری *règles de compétence législative* در برابر قواعد صلاحیت قضائی *règles de compétence judiciaire* یا قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی *règles de Droit international privé* نیز می‌گویند (مثلاً در ماده ۱۵ قانون ۲۴ ژوئیه ۱۹۳۱ فرانسه) به نقل از:

ENCY. Dr. Int., II, Conflit de lois, p. 155.

بین الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون صلاحیتدار و اتخاذ تصمیم بوده و در واقع به طور غیرمستقیم راه حل قضیه متنازع فیله 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) ارتباطاً با هم متفاوتند.

از یکسو 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 سوی دیگر بررسی قواعد حل تعارض نشان می دهد که اتخاذ عامل (یا عوامل) ارتباطاً همیشه به یک شکل صورت نمی پذیرند 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 می گردد. لذا موضوع را در مقاله حاضر به ترتیب ذیل مورد مطالعه

4. Concepts de rattachement, éléments de rattachement.

قرار خواهیم داد:

مبحث اول- تنوع قواعد حل تعارض از
حيث دامنۀ عملکرد.

مبحث دوم- تنوع قواعد حل تعارض از
حيث نوع عوامل ارتباط.

مبحث ۱ تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد

قاضي در مقام رسيدگي به يك رابطه حقوقی بين المللی با مراجعه به قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون حاکم بر قضیه را می‌یابد، آنگاه مبادرت به صدور حکم می‌نماید. مع ذلك 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 احياناً کدام قانون خارجی باید اجرا شود. این‌گونه قواعد را اصطلاحاً قواعد یکجانبه می‌نامند.^۵ 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^۶ موسومند.

اکثر نویسندگان حقوقی طرفدار

5. Règles de conflit unilatérale.

6. Règles de conflit bilatérale.

دوجانبه بودن قواعد حل تعارض هستند «
تئوري دوجانبه»، مع ذلك جمعي بر لزوم
تنظيم اين قواعد به صورت يکجانبه تأکيد
مي نمايند «تئوري يکجانبه». هر گروه
دلایلي را در توجیه نظريات خود ابراز
نموده اند که مقتضي است به طور جداگانه
بررسی شوند.

الف. تئوري يکجانبه^۷

در جريان مطالعه تئوري يکجانبه
ابتدا لازم است بررسی شود طرفداران اين
نظريه چگونه محدوديت صلاحيت قانونگذاري
مقر دادگاه را توجیه مي نمايند و به
عبارت ديگر مبناي اين تئوري چیست؟ سپس
بايد دید پيروان عقیده مذکور در صورت
عدم صلاحيت قانون مقر دادگاه چه
راه حلهايي پيشنهاد نموده اند (تئوري
يکجانبه کلاسيک و تئوري يکجانبه جديد) و
در خاتمه جایگاه قواعد يکجانبه در
قوانين مربوط به امنيت و انتظامات را
مورد بحث قرار خواهيم داد.

۱. مبناي تئوري يکجانبه

7. UNILATERALISME.

در اواخر قرن ۱۹ عده‌ای از نویسندگان حقوقی و به‌طور خاص Niedner و Schenelle در آلمان با اعلام اینکه نقش حقوق بین‌الملل خصوصی صرفاً تعیین قلمرو اجرای قانون در مکان است مدعی شدند هیچ قانونگذاری حق ندارد در مورد يك 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 بین‌الملل است.^۸

به‌موجب این تئوری که منبعت از اصل تساوی حاکمیت دولتهاست هر دولت محدوده عمل قوانین خود را مشخص می‌نماید و حق ندارد با تعیین تکلیف در مورد صلاحیت قوانین دیگر کشورها در حاکمیت آنها دخالت نماید.^۹ این امر هم مبنای حقوقی

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

۹. در این مورد von bar می‌نویسد: «تحمیل صلاحیت به دولتی که آن را نمی‌خواهد با اصل تساوی دولتهاي مغایر بوده، به معنای ادعای يك برتری مقام یا قائل شدن يك حقوق فوق ملی برای خود است. این امر به‌منزلة دستور يك محکمه عالی است به يك دادگاه تالی که عدم صلاحیتش را اعلام نموده، به اینکه در ماهیت امر رسیدگی کند. درحالی‌که چون دولتها به‌علت تساوی باید به یکدیگر

و هم اساس عقلي دارد.^{۱۰} به عبارت ديگر قواعد حل تعارض بايد به صورت يکجانبه وضع شوند مثل مقررات جزايي يك کشور که صرفاً مقرر مي‌دارند چه اعمالی با چه شرايطي جرم محسوب شده و قابل مجازات هستند^{۱۱} و يا قوانين مالياتي يك کشور که مشخص مي‌نمایند چه اشخاص و اموالي مشمول پرداخت ماليات هستند و اصولاً هيچ سازمان مالي در اجراي يك قانون خارجي ماليات نمي‌گيرد.

در فرانسه ني‌بوايه از اين تئوري دفاع نموده است. وي که مسئله تعارض قوانين را جزء حقوق عمومي و به‌منزلة تعارض حاکميتها مدّ نظر قرار داده، معتقد است گرچه موضوع قواعد حل تعارض در ارتباط با حقوق خصوصي است اما هدف از وضع اين قواعد تشخيص حاکميت قوانين و تعيين قلمرو قدرت دولتهاست. حقوق بين‌الملل خصوصي در اين قسمت شبیه به

احترام بگذارند هيچ صلاحيت تحميلي در اين بين نمي‌تواند وجود داشته باشد».

Ann. Inst. éd abrégé, IV. P. 541.

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

۱۱. مثلاً به‌موجب ماده ۶۹۳ قانون آيين دادرسي کيفري فرانسه جرایمي که یکی از عناصر آنها در اين کشور تحقق يافته باشد، واقع شده در سرزمين فرانسه محسوب است.

حقوق اساسي است زیرا همانطور که حقوق اساسي 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 به‌منزله آن است که دولت فرانسه برای دولت خارجی صلاحیت قانونگذاری شناخته است. پس مسئله تعارض قوانین در واقع تشخیص صلاحیت قدرتهای حاکمه و تعیین قلمرو حاکمیت‌هاست.^{۱۲}

در همین راستاست که نیبوایه قواعد مربوط به تابعیت و قواعد حل تعارض را یکسان پنداشته و معتقد است همان‌گونه که نقش قانون فرانسه در مورد مسئله تابعیت محدود به تعیین این امر است که چه کسانی با چه شرایطی تبعه فرانسه محسوب می‌شوند به همین ترتیب در خصوص روابط حقوقی افراد در زندگی بین‌المللی نقش آن محدود است به اعلام صلاحیت بین‌المللی

۱۲. برای مطالعه نظریه نیبوایه، رک.

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

قانون فرانسه یا نفي آن و به هیچوجه در مورد صلاحیت یا عدم صلاحیت قوانین بیگانه دخالت نمی‌کند. ۱۳ و ۱۴

مع ذلك طرح تئوري 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 بین‌المللی باید موضوع را با توسل به بهترین و مناسبترین قانون حل نماید. در واقع هدف، حفظ منافع و رعایت مصالح تجارت بین‌الملل به‌طور کل است و مصلحت دولتها در درجه دوم اهمیت قرار دارد مثل آنچه در حقوق خصوصی معمول است. ۱۵ بنا به

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 می‌شود 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 ذی‌نفع مدنظر واقع می‌شود و نه قانون ملی وی. رک. دکتر نجادعلی 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 lawprocess", 1965; Currie B., " Selectec essays on the conflicts of laws "Durham, 1963; le Flar R., "American conflicts law", New york, Robbs-Mervill, 1963.

۱۵. رک. دکتر سیدحسین صفایی «مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی»، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۴، ص ۸۵.

عقیده پروفیسور ریگو وقتی قاعدہ حل تعارض مقرر دادگاہ در موردی با نفي صلاحیت قانون ملی، قانون يك کشور خارجی را برای حل موضوع متنازع فيه معرفی می‌نماید، این امر تجاوز به حاکمیت دولت خارجی مذکور نیست بلکه صرفاً پذیرش يك سیستم حقوقی رسمی در نظام حقوقی رسمی دیگر است. قاعدہ حل تعارض مثل سایر قوانین ملی مخاطبانش در وهله اول کارگزاران دولتی مجری قانون هستند و به ایشان اختیار داده شده تا تحت شرایط معینی برای يك منبع حقوقی خارجی اعتبار قائل شوند. چیزی که به غلط تعیین محدوده مادی اعتبار قاعدہ حقوقی خارجی نامیده شده در واقع عبارت است از قابل اجرا اعلام نمودن قانون خارجی در سیستم رسمی مقرر دادگاہ. این موضوع تفاوت چندانی با مسئله شناسایی احکام یا اسناد قراردادهای اداری خارجی ندارد. وقتی دولتی به موجب قاعدہ حل تعارضش قانونی خارجی را برای حل و فصل موردی صلاحیتدار اعلام می‌کند فقط کارگزاران تحت امرش را مخاطب قرار می‌دهد. 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 می‌گوید: 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 می‌کند «چون قاعده حقوقی محصول تجارب خاصی است دستکم باید در چارچوب عمل خود محصور باشد» لذا بیهوده است اگر قانونی را در مواردی که مورد نظرش نبوده اعمال نماییم.^{۱۶} مع ذلك این نظر نیز معرف بخشی از واقعیت بوده و به نحوی با تئوری حاکمیت در ارتباط است.^{۱۷}

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

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

17. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit International privé", Précis, Dalloz, 1993, n°. 108, p. 90.

قانون مقرر دادگاه، تکلیف قاضی رسیدگی‌کننده چیست و چه تصمیمی باید اتخاذ نماید؟

۲. انواع تئوری یکجانبه

در مورد تکلیف قاضی رسیدگی‌کننده به رابطه حقوقی حائز خصیصه بین‌المللی، در صورتی‌که موضوع حسب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه خارج از صلاحیت قانون محلی باشد^{۱۸} اختلاف نظر وجود دارد و به‌طور کلی نظریات ابرازی را می‌توان در دو گروه ذیل قرار داد.

۱-۲. تئوری یکجانبه مطلق (تئوری

کلاسیک)^{۱۹}

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.

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

19. Universalisme absolue.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۱۹

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 می‌کند و عدم قابلیت اجرای قوانین مقرر دادگاه بر یک رابطه حقوقی بین‌المللی موجب می‌شود تا قاضی با اعلام عدم صلاحیت دادگاه به‌سادگی از کنار موضوع بگذرد، آن را بی‌پاسخ رها نماید. در چنین حالتی ذی‌نفع باید کاملاً از پیگیری مسئله صرف‌نظر و یا موضوع را در کشور دیگری که به هر حال راه‌حلی درخصوص مورد پیش‌بینی نموده است مطرح نماید. بی‌تردید گسترش اتخاذ چنین رویه‌ای در وضع قواعد حل تعارض موجب تضعیف روابط بین‌المللی اشخاص می‌شود و حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌تواند نقش خود را آنچنان کج‌به‌جا باید ایفا نماید.

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

۲-۲. تئوري يکجانبه جديد

عده اي از يکجانبه گرايان در موارد عدم صلاحيت قانون مقرر دادگاه، قاضي را از رسيدگي به پرونده معاف نمي دانند و راه حل هاي زير را براي پُر کردن خلاء ناشي از اين امر پيشنهاد نموده اند:

تفسير دوجانبه قاعده حل تعارض يکجانبه: ۲۰

گاهي قواعد حل تعارض گرچه به شکل يکجانبه تنظيم شده اند ولي با تفسير دوجانبه آنها مي توان قانون حاکم را در صورت عدم صلاحيت قانون مقرر دادگاه تعيين نمود. ۲۱ ماده ۳ قانون مدني فرانسه نمونه بارزي از اين نوع قواعد است که به موجب آن قوانين ناظر بر وضعيت و اهليت اشخاص در مورد اتباع فرانسه حتي اگر ساکن در خارج از فرانسه باشند

20. Bilatéralisation de la règle de conflit unilatérale.

۲۱. براي مثال رك. (Petros. G.) Vallindas, "La structure de la règle de conflit" Recueil. 1960 III, p. 353 به نظر وي در صورتي که قاعده اي به صورت يکجانبه وضع شده باشد بدون اينکه واقعاً منظور از آن، توسعه دامنه اجرائي قانون مقرر دادگاه يا حذف قانون خارجي باشد در اين صورت مي توان آن را به صورت دوجانبه از طريق آنالوژي تفسير نمود. اين امر در رويه قضائي همه کشورها پذيرفته شده است.

۲۱ ❖ تنوع قواعد حل تعارض

جاري است. ملاحظه مي‌شود كه اين ماده قانوني تنها مسئله وضعيت و اهليت اتباع فرانسه را حل نموده و قانون حاكم بر وضعيت و اهليت خارجيان مقيم فرانسه را مشخص نمي‌نمايد. مع ذلك حقوقدانان فرانسوي پذيرفته‌اند كه چون وضعيت و اهليت فرانسويان حتي در خارج از فرانسه تابع قانون متبوع ايشان است، اصول عدالت و انصاف حكم مي‌كند خارجيان مقيم فرانسه نيز از حيث وضعيت و اهليت تابع قانون متبوع خود باشند.^{۲۲}

مثال ديگر در اين مورد ماده ۳ قانون مورخ ۲۴ ژوئيه ۱۹۶۶ فرانسه در مورد شرکتهای تجاری است كه به موجب آن شرکتهای تجاری كه مقر تجارتشان در فرانسه است، تابع قانون فرانسه مي‌باشند. اين ماده ظاهراً تكليف شرکتهای تجاری را كه مقر تجارتشان خارج از فرانسه است، مشخص ننموده ولي با تفسير

22. Déby Gérard – F., "Le rôle de la règle de conflit dans le réglementation des rapports internationaux", Paris, 1973, n° 97.

همچنين بند ۲ ماده ۳ قانون مدني فرانسه كه مقرر مي‌دارد اموال غيرمنقول حتي آن بخش كه به ملكيت خارجيان درمي‌آيند تابع قانون فرانسه هستند، بدین نحو تفسير شده كه «اموال غيرمنقول تابع محل استقرارشان هستند».

دوجانبه این ماده پذیرفته شده است که اصولاً شرکتهای تجارتي تابع قانون مقرر تجارتشان هستند (چه در خارج و چه در فرانسه).^{۲۳}

علیرغم فایده عملی اتخاذ این رویه، در تمام موارد توسل به آن ممکن نیست. به عبارت دیگر همه قواعد یکجانبه تاب تفسیر دوجانبه را ندارند.^{۲۴} چنین وضعی در دو حالت ذیل متصور است:

اول - وقتی که قاعده حل تعارض به رزرو محدودکننده 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 بینالمللی (در زمینه تعارض قوانین)

۲۳. همین وضع در ماده ۲۴ قانون مدنی آلمان مشهود است که به موجب آن قانون ارث 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.

به نقسه _____ ل از:

Batiffol. H., op. cit., p. 288 note 6.

۲۴. اینگونه قواعد را پروفیسور ریگو La règle de Cnflit de lois Rigaux F., "Droit international français", III, excluçivement Unilatérale Paris, 1946, p. 248.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۲۳

عدول از يك قاعده چندجانبه مندرج در این کنوانسیونها را اجازه می‌دهند. مثلاً به‌موجب ماده ۳ قرارداد دوم کنوانسیون ژنو ۱۹ مارس ۱۹۳۱ راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین درخصوص چك: « اهلیت شخص برای قبول تعهد به‌موجب چك 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 چك را در سرزمین کشوری امضا نموده که برابر مقررات آن واجد اهلیت شناخته می‌شود تعهد او معتبر خواهد بود. هریک از طرفهای معظم متعاقد می‌تواند از شناسایی و تصدیق اعتبار قرارداد تنظیمی بر مبنای چك صادره توسط یکی از اتباع آن که در کشور طرف قرارداد از طریق اعمال بند قبلی این ماده معتبر نیست، خودداری کند».^{۲۵}

بلژیک با استفاده از اختیار اعطا

۲۵. برای مطالعه کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در مورد چك رك. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۹، ص ۳۶۱.

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 نمی‌شود مگر اینکه حسب قانون بلژیک شخص مذکور اهلیت متعدد بدین طریق را داشته باشد».

بنابراین یک بلژیکی نمی‌تواند در خارج خود را به موجب چک متعهد نماید مگر مطابق مقررات قانون متبوعش. ماده ۶۳ مذکور «یک قاعده حل تعارض یکجانبه غیرقابل 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 می‌شود.

دوم - وقتی که قاعده به صورت آلترناتیو باشد یعنی دو یا چند عامل ارتباط را در کنار هم قرار داده تا هر یک 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

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۲۵

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).

این ماده مشکلات تفسیری بسیاری را در فرانسه ایجاد نمود.^{۲۶} به نظر بعضی^{۲۷} موضع متخذه در آن ملهم از رویه قضائی پذیرفته شده بعد از صدور رأی Rivière^{۲۸} است. در این پرونده دیوان عالی کشور فرانسه طی رأی مورخ ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ در مورد طلاق زوج تبعه اکوادور و زوجه تبعه فرانسه که هر دو ساکن اکوادور 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

26. Batiffol H., "Droit international privé" op. cit., no 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 de code civil sur le divorce international, R.C. 1975. 553; Malaurie, "La législation de droit international privé en matière 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. Geoffroy 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 Chavrier, J.C.P. 1955, II, p. 771, note Ponsard. A.

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.و) را صلاحیتدار اعلام نمود و سرانجام رجوع به قانون فرانسه را با توجه به اصل صلاحیت عمومی و یا جانشینی قانون مقرر دادگاه^{۲۹} با اجتناب از دور بیهوده ناشی از احاطه بین دو قاعده حل تعارض خارجی، پذیرفت (بند ۳ ماده ۳۱۰). برخی نویسندگان نتیجه می‌گیرند که با تفسیر بندهای اول و دوم ماده ۳۱۰ ق.م.و می‌توان گفت که در راستای موضع متخذه توسط رویه قضائی طلاق زوجین دارای یک تابعیت، تابع قانون ملی مشترکشان (عامل ارتباط اصلی) و در صورت تابعیت متفاوت ایشان، تابع قانون اقامتگاه مشترک آنهاست (عامل ارتباط فرعی).^{۳۰}

مع ذلك به نظر اکثر نویسندگان حقوقی

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

برای مطالعه رک. مثلاً

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

30. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international prive" op. cit., n° 321, pp. 338-339.

چنین تفسیری از ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه موجه نیست. اصولاً با توجه به متن بند ۲ این ماده و تمایل قانونگذار؛ می‌توان گفت منظور این بوده که من بعد طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه صرفنظر 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 مسئله طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه دارای تابعیت مشترک به قانون خارجی) غیرممکن می‌گردد. بدین ترتیب ارجاع موضوع طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه (و دارای تابعیت مشترک خارجی) به قانون فرانسه (بند ۲ ماده ۳۱۰ ق.م.ا) اجرای قانون ملی مشترک ایشان را منتفی می‌سازد.

عدم قابلیت تفسیر دوجانبه ماده ۳۱۰ ق.م.ا از بررسی بنده 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 يك قانون خارجي به قاعده حل
تعارض خارجي واگذار شده است.^{۳۱}
اجرای قانون خارجي که صلاحیتش را می‌پذیرد:
عده‌ای دیگر از طرفداران تئوری یکجانبه
پیشنهاد می‌نمایند که در صورت احراز عدم
صلاحیت قانون مقرر دادگاه قانون خارجي که
صلاحیت خود را در موضوع مطروحه می‌پذیرد
اجرا گردد. تمایل قانون خارجي با بررسی
قاعده حل تعارض آن مشخص می‌شود.^{۳۲} به

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

۳۲. در مورد احاله اصولاً احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت
قانون خارجي با مراجعه به قاعده حل تعارض آن صورت
می‌گیرد. (در اجرای اصل رجوع به کل قانون خارجي اصلي
که مبناي پذیرش احاله در حقوق بین‌الملل خصوصي واقع
شده است). پیروان احاله معتقدند که وقتی قاعده تعارض
مقرر دادگاه حل موضوعي را تابع قانون خارجي می‌داند این
قانون را باید با توجه به قلمرو اجرای آن که به وسیله
قاعده حل تعارض مربوطه مشخص شده، اعمال نماییم. در
صورت عدم تمایل قانون خارجي قاضي نباید آن را اجرا
نماید. مخالفین احاله بالعکس، معتقدند در صورت تعیین
يك قانون خارجي به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه
فقط قانون مادي آن قابل اعمال است و قاعده حل تعارض
خارجي نباید مدنظر قرار گیرد زیرا با اجرای قاعده حل
تعارض را برای حل آن به‌کار بندیم. برای مطالعه مبنا و
جایگاه احاله در حقوق بین‌الملل خصوصي، رک. دکتر
نجدعلي الماسي، همان منبع، ص ۸۸ به بعد؛ دکتر محمد
نصيري «حقوق بین‌الملل خصوصي» 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. CL, fase 532 – A; J. Derruppé "plaidoyer pour le
renvoi", T.C.F.D.I.P., 1964–1960, p. 181.

❖ ۲۹ تنوع قواعد حل تعارض

بیان آقای Gothot، قاضی آلمانی در مورد زوجین غیرآلمانی مقیم انگلستان، قانون انگلستان را اجرا می‌نماید زیرا این قانون حسب پیش‌بینی قانونگذار انگلیس حاکم بر روابط شخصی زوجین مقیم انگلستان است. گاهی مسئله توجه به تمایل قانون خارجی به وسیله خود مقنن نیز مطرح و تحمیل می‌شود. مانند مورد ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه که بند ۳ آن، اجرای قانون فرانسه را در صورت عدم تمایل قوانین خارجی مقرر می‌دارد. مع ذلك این راه حل از دو جهت ذیل قابل انتقاد است:

ایجاد خلاء:* اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیت‌دار می‌داند ممکن است در ابتدا راه حل معقول و موجهی به نظر برسد ولی عملاً در موارد بسیاری گره‌گشا نیست. در واقع محتمل است هیچ‌قانون خارجی صلاحیت خود را برای حل موضوع متنازع‌فیه نپذیرد. در این صورت باز هم به جای اول باز می‌گردیم زیرا از طرفی قانون مقرر دادگاه قابلیت حل مسئله را از خود سلب نموده و از سوی دیگر قانون دیگری نیست

*. Lacune.

که بخواهد بر مورد اجرا شود. در نتیجه با يك خلاء مواجه هستیم^{۳۳} و قاضي راهنمایی برای حل قضیه ندارد. البته در چنین مواردی اصولاً با توسل به صلاحیت عمومی قانون مقرر دادگاه می‌توان خلاء را پُر و موضوع را حل نمود.^{۳۴} مع ذلك به نظر می‌رسد اجرای قانون مقرر دادگاه وقتی که این قانون برخلاف قوانین خارجی در صحنه، هیچ ارتباطی با قضیه مطروحه ندارد، راه حل مناسبی نیست.^{۳۵}

تعدد قوانین صلاحیتدار: * برخلاف مورد قبل محتمل است قاضي دادگاه با احراز عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه با دو یا چند قانون خارجی مرتبط با موضوع مواجه

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

۳۴. در فرض عدم قبول صلاحیت توسط قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه نیز نیبوابیه ایجاد خلأ را مطرح می‌نماید 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 مسئله حل شود.

Niboyet (J.P.) Cours de droit international privé, Paris 1946, n° 498, p. 502

Niboyet (J.P.) Traité de droit International privé français. T. III. n°. 1015

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

۳۵. رك. Mayer P. "Droit International prive", *op. cit.*, n° 117, p. 86 همان‌طور که در زیرنویس قبلی ذکر شد به نظر نیبوابیه قانون مقرر دادگاه همیشه با مورد مطروحه به نحوی ارتباط دارد.

** Cumul.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۳۱

باشد که همگی خود را برای حل مسئله متنازع‌فیه صلاحیتدار بدانند. مثلاً در دادگاه کشور «الف» موضوعی در ارتباط با احوال شخصیه فردی تبعه کشور «ب» و مقیم کشور «ج» مطرح می‌شود. قانون کشور «الف» خود را واجد صلاحیت برای اجرا در مورد نمی‌داند و اعلام هم نمی‌کند که موضوع باید با توجه به قانون کدام کشور حل شود. در چنین شرایطی ممکن است قانون کشور متبوع و قانون اقامتگاه ذی‌نفع هر دو خود را برای حل و فصل موضوع مطروحه صالح بدانند. اینجاست که قاضی باز هم با نوعی بن‌بست مواجه می‌شود بدون اینکه راهنمایی در انتخاب یکی از این دو قانون داشته باشد.

مع ذلك بعضی نویسندگان حقوقی راه حل متخذه در مورد تعدد تابعیت یعنی رجوع به تابعیت واقعی و عملی را به این مورد تسری می‌دهند.^{۳۶} به نظر ایشان قاضی در

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 متبوعش حل شود قاضی باید تابعیتی را ملک عمل قرار دهد که واقعی و مؤثر باشد. تشخیص این تابعیت با ارزیابی درجه وابستگی‌های شخص به یک کشور صورت می‌گیرد. در واقع تعیین تابعیت مؤثر امری موضوعی است نه حکمی یعنی قاضی

هر مورد باید بررسی نماید که وابستگی پرونده به کدام يك از قوانین بیشتر و مؤثرتر است.^{۳۷} این راه حل علی‌رغم ادعای تسهیل در جریان امر، موجب پیچیده‌تر شدن مشکل می‌شود زیرا قاضی باید در شرایطی بسیار نامشخص‌تر از مورد تابعیت در مورد درجه وابستگی موضوع به قوانین اظهارنظر نماید.^{۳۸} به علاوه چنین روشی اقتضا دارد تا قاضی با توجه به معیارهای پذیرفته شده در سیستم مقر دادگاه يك قانون را انتخاب نماید که این خود نوعی تفسیر دوجانبه است.^{۳۹}

به نظر نی‌بوایه در چنین مواردی باید حدس زد اگر قرار بود قاعده حل تعارض مربوطه، به صورت دوجانبه وضع شود صلاحیت کدام قانون خارجی اعلام می‌شد و همین قانون باید موضوع را حل کند که این هم در واقع يك نوع، دوجانبه‌کردن قاعده حل تعارض یکجانبه مقر دادگاه

در هر مورد بنا به دلایل ابرازی تصمیم می‌گیرد که چه تابعیتی مؤثر است. رك. دکتر سیدجلال‌الدین مدنی، «حقوق بین‌الملل 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.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۳۳

است.^{۴۰} 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^{۴۱} صلاحیت رسیدگی دارند. مع ذلك قانون فرانسه قابل اعمال نیست؛ نه 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 به‌عنوان قانون اقامتگاه زوجین و قانون بلژیک به‌عنوان قانون ملّی زن، هر دو خود را صالح می‌دانند. در چنین موردی احتمال زیادی وجود دارد که قاضی قانون انگلیس (قانون

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

۴۱. به‌موجب ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه: «تبعه بیگانه حتی اگر در فرانسه اقامت نداشته باشد ممکن است برای اجرای تعهدات قراردادی که در فرانسه درقبال یک فرانسوی منعقد شده است به دادگاه فرانسه خوانده شود. همچنین تبعه خارجی را می‌توان برای اجرای تعهدات قراردادی منعقد در خارجه درقبال تبعه فرانسه به دادگاه فرانسه احضار کرد».

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.^{۴۲} این روش در واقع توسل غیرمستقیم به سیستم دوجانبه نمودن قواعد حل تعارض است.^{۴۳}

۳. یکجانبه‌گرایی در قوانین مربوط به

امنیت و انتظامات^{۴۴}

اتخاذ روش یکجانبه در تنظیم قوانین مربوط به امنیت و انتظامات به لحاظ ماهیت خاص آنها، اصولاً پذیرفته شده و یکجانبه‌گرایی جزئی یا محدود^{۴۵} نام گرفته است. در فرانسه بند ۱ ماده ۳ قانون مدنی از این قوانین نام برده و مقرر می‌دارد: «قوانین مربوط به امنیت

۴۲. در مورد این رأی، رك. 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 قضائی 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; Gotho P., "Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé", *op. cit.*, p. 30 et s.

44. Lois de Police et de Sûreté.

45. Universalisme limité. Universalisme partiel.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۳۵

و انتظامات نسبت به تمام کسانی که در فرانسه سکونت دارند لازم‌الاجرا است».^{۴۶} مع ذلك محتوای این‌گونه قوانین دقیقاً مشخص نیست^{۴۷} 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 ایدة Organization نهفته است. به نظر وی یکجانبه‌گرایی تنها به صورت جزئی وجود دارد یعنی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات که وی آنها را قواعدی که فوراً^{۴۸} قابل اجرا هستند نامیده است (Les régels d'application immediate) تنها محدوداً

۴۶. در مورد سایر بندهای این ماده رك. صص ۱۵ و ۱۶.
۴۷. این امر موجب شده تا قاضی اختیار ارزیابی وسیعی در تعیین این‌گونه مقررات داشته باشد که خود ممکن است مسئله استبداد قاضی را مطرح کند. قاضی ممکن است در همه جا قانون مربوط به امنیت و انتظامات را ببیند و یا اینکه اصولاً مصداق آن را نیابد که احتمال مورد اول با توجه به تمایل کلی قضات به اجرای قوانین داخلی خود بیشتر است، رك.

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.C.L fasc 547 no 57.

این‌گونه قوانین را می‌توان به‌صورت یکجانبه تعیین نمود و سایر موارد خارج از این گروه در قلمرو قواعد حل تعارض به شکل مطروحه به‌وسیله ساوینی^{۴۹} یعنی به‌صورت دوجانبه است. در واقع این عقیده قبل از هرچیز به‌عنوان واکنشی علیه اهمیت بیش از حد نقض اعطا شده به قاعده حل تعارض مطرح شده است.^{۵۰} 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. می‌توان گفت قاعده حل تعارض در چنین صورتی جنبه فرعی و تبعی پیدا می‌کند و اجرا یا عدم اجرای آن بستگی به تمایل یا عدم تمایل یک قاعده یکجانبه داخلی برای دخالت در موضوع معین دارد. نمونه بارز قوانین مربوط به امنیت و انتظامات، قوانین مربوط به

۴۹. ساوینی بنیانگذار مکتب تاریخی معتقد است در صورت بروز تعارض بین قانون دو کشور، باید قاضی با بررسی دقیق نوع مسئله حقوقی مطروحه تشخیص دهد اجرای کدام قانون مناسبتر 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.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۳۷

اقدامات تأمینی و حفاظتی فوری^{۵۱} 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 مقرر دادگاه صورت می‌گیرد و یا اقدامات لازم برای حفاظت از اموال متوفی بیگانه.^{۵۲}

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

Francescakis Ph., J.C.L, Dr Int, Fasc, 547 "Niboyet Traité T. 5 no 6513; R.C. 1969. p. 1-78.

بالعکس به عقیده برخی دیگر در این موارد قانون مقرر دادگاه به‌عنوان جانشین با حفظ امکان اجرای قانون انتخاب شده به طریق سنتی مداخله می‌نماید. قانون مقرر دادگاه به این دلیل اجرا می‌شود که قانون تعیین‌شده به طریق سنتی مداخله می‌نماید. قانون مقرر دادگاه به این دلیل اجرا می‌شود که قانون تعیین‌شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه به‌طور موقت قابل اجرا نیست.

M. Kara quillo J.P. "Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé". A. Bontemps, 1977, n° 59 et s.

۵۲. مثلاً به‌موجب ماده ۳۳۷ قانون امور حسبی ایران تحریر و مهر و موم و رفع مهر و موم و اداره ترکه اتباع خارجه به همان ترتیبی به‌عمل 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 وراثت یا قائم‌مقام برای متوفی اقدام به حفظ ترکه در ایران می‌نماید. دادگاه پس از وصول درخواست و به‌محض اطلاع از فوت وقتی را که متجاوز از ۴۸ ساعت از تاریخ وصول

در دعوای طلاق زنی ایرانی در دادگاه سن (فرانسه) علیه شوهر ایرانی‌اش موضوع حفاظت موقت طفل صغیرشان مطرح شد. شوهر به استناد ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران تقاضا نمود که طفل به او سپرده شود ولی دادگاه طی رأی مورخ ۴ آوریل ۱۹۵۲ اعلام نمود علی‌رغم صلاحیت قانون ایران^{۵۳} در ماهیت دعوا چون محتوای قانون مربوطه مشخص نیست و اثبات آن محتاج به زمان است، در اجرای قانون فرانسه طفل به مادر سپرده می‌شود.^{۵۴} و ^{۵۵}

درخواست نباشد برای انجام اقدامات تأمینیه و حفظ ترکه معین می‌کند و به کنسول اطلاع می‌دهد که درموقع اقدام به تأمین حضور یابد. 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 ذی‌نفع شخص مورد اعتماد خود را به سمت مدیرترکه معین کند.

۵۳. به‌موجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران، «برای نگاهداری 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 اناث 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 می‌نماید. تنها قانون فرانسه است که اختیارات قاضی برای صدور دستور اقدامات موقتی را مشخص می‌نماید. لذا قانون فرانسه فوری اجرا می‌شود صرف‌نظر از مقررات قانون خارجی در مورد ماهیت دعوا».

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۳۹

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 به عمل 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 ذلك 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.^{۵۶} و

۵۷

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

Cyrille D., "La loi étrangère devant le juge du fund", Paris, 1965, n°. 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 به وسیله مقامات محلی صورت پذیرد.

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 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 می‌شوند.

باید در نظر داشت که قوانین مربوط به امنیت و انتظامات با نظم عمومی متفاوت‌اند. در مورد اول اصولاً مسئله اجرای قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مطرح نمی‌شود. در حالی که در مورد دوم با مراجعه به قاعده حل تعارض، قانون خارجی صلاحیتدار مشخص می‌شود مع ذلك 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.^{۵۸}

۵۸. مثلاً هرگاه قانون يك 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

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 به‌جای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات به‌کار رفته است. یعنی این قوانین از نظر دولت فرانسه آنچنان مهم هستند که قانون خارجی به هیچ‌وجه قادر به رقابت با این قوانین و احیاناً حذف آنها نیست.^{۵۹} و ^{۶۰} لفظ immediate نشان‌دهنده این است که قوانین مذکور بدون واسطه و دخالت قاعده حل

قانون متبوعشان می‌داند، در ایران با هم ازدواج نماید، این ازدواج در ایران رسمیت ندارد و قوانین ایران از چنین رابطه‌ای حمایت نمی‌نماید. در مورد نظم عمومی رک. دکتر محمد نصیری، همان منبع، ص ۱۸۶ به بعد، دکتر سید جلال‌الدین مدنی، همان منبع، ص ۲۲۱-۲۲۰.

۵۹. مع ذلك استعمال این اصطلاح به‌جای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات بعضاً مورد انتقاد واقع شده است. رک.

Deby – Gerard F., "Le rôle le de la règle de conflit" *op. cit.*, p. 9.

۶۰. در مواردی دو نویسنده قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و نظم عمومی به‌جای هم استعمال شده‌اند. مثلاً به‌موجب 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 «به‌موجب یک قاعده فرانسوی نظم عمومی» موجه است مع ذلك در ادامه اشاره شده به اینکه، پذیرش درخواست مذکور در اجرای یک قاعده مندرج در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات است.

تعارض اجرا می‌شوند. ۶۱ و ۶۲

ب. تئوری دوجانبه^{۶۳}

با توجه به ایرادات و نقایص عمده تئوری یکجانبه خصوصاً به شکل ابتدایی آن، امروزه اصل دوجانبه بودن قواعد حل

۶۱. به نظر لوسوآرن تفاوتی بین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و دیگر قوانین نیست، در دولتهای پیشرفته می‌توان 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 یکجانبه‌گرایی ترکیبی را پیشنهاد می‌نمایند و معتقدند اگر ما برای تمام قواعد حل تعارض خصیصه دوجانبه قائل شویم می‌توانیم در قاعده حل تعارضی که اصولاً به شکل دوجانبه تنظیم شده عامل ارتباط یکجانبه‌ای را جهت گسترش قلمرو اجرای قانون مقرر دادگاه به لحاظ نظامی عمومی بگنجانیم. مثلاً در مورد وضعیت و اهلیت خارجی‌ان می‌توان طی قاعده حل تعارض موضوع را تابع قانون ملی قرار داد (روش دوجانبه) و مع ذلك اضافه نمود در تمام موارد وضعیت و اهلیت اشخاص مقیم فرانسه تابع قانون فرانسه است (خصیصه یکجانبه اقامتگاه).

این مطلب در واقع یکجانبه‌گرایی به معنی واقعی نیست زیرا نه تنها دوجانبه‌گرایی را رد نمی‌کند بلکه مکمل آن بوده و بیشتر متمایل به ناسیونالیسم است تا یکجانبه‌گرایی مورد نظر نی‌بوایه و کادری که عمدتاً احترام به حاکمیت خارجی را مبنای نظریه خود دانسته نتیجتاً بیشتر انترناسیونالیست بودند. به هر حال چنین روشی در فرانسه در مواردی اتخاذ شده است مثلاً در تنظیم ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه ترکیبی از یکجانبه‌گرایی ناسیونالیست و یکجانبه‌گرایی انترناسیونالیست ملاحظه می‌شود. رک.

Mayer P., "Droit international privé", *op. cit.*, n° 119, p. 88.

63. Bilateralisme.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۴۳

تعارض مورد پذیرش عمومی قرار گرفته است و بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که سیستم‌های حقوقی مختلف با قبول اصل تساوی نظام‌های حقوقی و عدم برتری قانون مقرر دادگاه به قوانین خارجی، در صددند با وضع قواعد حل تعارض به صورت دوجانبه در مورد هر رابطه حقوقی مربوط به زندگی بین‌المللی اشخاص قانونی را که بیشتر با موضوع مرتبط بوده و ارائه‌کننده بهترین و مناسبترین راه حل است، اعمال نمایند، اعم از اینکه قانون مقرر دادگاه باشد یا يك قانون خارجی. مثلاً ماده ۹۶۵ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «ولایت قانونی و نصب قیم برطبق قوانین دولت متبوع مولی‌علیه خواهد بود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود قانون حاکم بر موضوع حسب این ماده با توجه به عامل ارتباط تعیین شده یعنی تابعیت مولی‌علیه مشخص خواهد شد و با احراز تابعیت خارجی مولی‌علیه قانون خارجی مربوطه در مورد وی اجرا خواهد گردید.

به عقیده طرفداران تئوری دوجانبه نقش حقوق بین‌الملل خصوصی ز مانی کامل می‌شود که به نحو مناسبی سیستم قانونی

قابل اجرا را تعیین نموده باشد. این روش با اصول عدالت و مساوات منطبق است.^{۶۴} 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 به درستی 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. به علاوه یکجانبه‌گرایی مسئله تأمین قضائی 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 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.^{۶۵}

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.

قاعده ديگري كه در حمايت از دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد استناد واقع شده اصل لزوم قابليت بين‌المللي نمودن قواعد حل تعارض است^{۶۶} كه در راستاي هدف حقوق بين‌الملل خصوصي يعني تنظيم روابط بين‌المللي اشخاص مي‌باشد و به‌موجب آن در تنظيم قواعد حل تعارض بايد مسئله متحدالشكل شدن مقررات تجارت بين‌الملل مدّ نظر واقع شود و اين قواعد بايد طوري طراحي شوند كه بتوانند احياناً در كنوانسيوني بين‌المللي مورد تصويب دو يا چند دولت قرار گيرند. براي اين امر لازم است قاعده حل تعارض به‌صورت دوجانبه باشد و به‌علاوه عوامل ارتباطي را برگزيند كه قابليت بين‌المللي شدن را داشته باشند يعني خصايص و معيارها به‌طور يكسان ارزيابي شوند.^{۶۷} به‌عبارت ديگر هدف حمايت از معاملات و زندگي بين‌المللي افراد باشد. البته ممكن است قاعده حل تعارض به‌صورت دوجانبه تنظيم شود ولي قابليت بين‌المللي شدن را

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

۶۷. قطعنامه انستيتو حقوق بين‌الملل نيز رعايت اصل مساوات را تنها از طريق وضع قواعد دوجانبه قابل‌تحقق دانسته است.

نداشته باشد مثل ماده ۹ قانون مدني ۱۹۴۱ ایتالیا در مورد دریانوردي که حاوي مقررات حاکم بر قرارداد کار دریایی است. این ماده در مواردی اجرای قانون ایتالیا و بعضاً موارد اجرای قانون خارجی را پیشبینی می‌نماید ولي قابل‌بین‌المللی شدن نیست چون از عوامل ارتباط همگون و مساوي استفاده ننموده است. وقتی موضوع مربوط به قرارداد کار در کشتی‌ها یا هواپیماهاي ایتالیایی باشد، اجرای قانون ایتالیا مقرر شده است (قانون پرچم کشتی یا هواپیما) درحالی‌که در مورد کشتی‌ها و هواپیماهاي خارجی آزادی اراده دو طرف مورد قبول واقع شده است.^{۶۸} برعکس ماده ۳ قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ فرانسه که قانون پرچم را لازم‌الاجرا می‌داند می‌تواند به‌طور یکسان منجر به اجرای قانون فرانسه و یا قانون خارجی شود حسب اینکه کشتی حامل پرچم چه کشوری باشد.

به هرحال اکثر قواعد حل تعارض در کشورهای مختلف به‌صورت دوجانبه تنظیم شده‌اند و در پاره‌ای از موارد نیز

۶۸. رك. Vallindas، همان منبع، ص ۳۷۲.

اجتناب از افراط در انترناسیونالیسم^{۶۹} و حفاظت از منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی... یک کشور موجب شده قاعده حل تعارض به طور استثنایی، به صورت یکجانبه تنظیم شود.^{۷۰} یعنی تنها تعیین کننده موارد اجرای قانون مقرر دادگاه باشد.^{۷۱}

69. 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 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 چندجانبه برشمرده است:

الف- قواعد حل تعارض چندجانبه کامل، یعنی قوانینی که در مقام رفع تعارض، به قوانین هر یک از دول مستقل و حاکم ارجاع می‌دهند.

(Complete multilateral conflict rules of private international law)

ب- قواعد حل تعارض چندجانبه محلی کامل، در مقام رفع تعارض بین قوانین حاکم بر مناطق مختلف یک مملکت مشخص می‌نماید، 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 مقرر دادگاه، ارجاع می‌دهند (مثل ماده ۲۵ قانون مقدمه قانون مدنی آلمان که مقرر می‌دارد: «ارثیه غیرآلمانیها تابع قانون ملی متوفی خواهد بود») و بعضی از این قواعد تنها به قانون برخی کشورهای معین ارجاع می‌دهند و ارجاع به قوانین سایر دول را به قاعده چندجانبه ناقص دیگری واگذار می‌نمایند. (مثل قواعد حل تعارض مندرج در کنوانسیونهای مدنی لاهه یا کنوانسیونهای مونته ویدئو).

گاهی نیز یک قاعده حل تعارض یکجانبه مشخص کننده صلاحیت قانون مقرر دادگاه و یک قاعده حل تعارض چندجانبه ناقص

مبحث ۲

تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط

قواعد حل تعارض در سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون قابل اجرا بر رابطه حقوقی اشخاص در زندگی بین‌المللی آنها است و به‌طور غیرمستقیم راه حل موضوع را ارائه می‌کند. در واقع قاضی ابتدا رابطه حقوقی مطروحه را توصیف^{۷۲} می‌نماید سپس با اتخاذ قاعده حل تعارض مربوطه و با در نظر گرفتن عامل ارتباط تعیین شده^{۷۳} در

(مربوط به دیگر قوانین خارجی) در یک قاعده چندجانبه 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).

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

۷۳. تقسیم بندی‌های مختلفی از عوامل ارتباط ارائه شده است مثلاً تقسیم‌بندی عوامل ارتباط به شخصی، سرزمینی و مرکب عوامل ارتباط شخصی یا غیرسرزمینی مثل تابعیت ذی‌نفع و سرزمینی مثل اقامتگاه. به‌علاوه در روابط

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 ذینفع قانون حاکم آن مشخص خواهد شد. مع ذلك وضع قواعد حل تعارض بدین شکل همیشه کارساز نیست زیرا ممکن است در مورد مذکور ذینفع 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

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.

نماید که ذیلاً به ذکر مهمترین آنها می‌پردازیم.

الف. قاعده حل تعارض با عوامل ارتباط اصلی و فرعی

چون به واسطه عامل ارتباط است که قاعده حل تعارض قانون صلاحیتدار را تعیین می‌نماید 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^{۷۴} را نیز ذکر می‌نمایند 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 بدانند و در پرونده‌ای ذی‌نفع بدون تابعیت یا آپارتاید^{۷۵} باشد بعضی قوانین در کنار تابعیت به عنوان عامل ارتباط اصلی، اقامتگاه را به عنوان یک عامل ارتباط

74. Concepts de rattachement subsidiaires.

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

فرعي مورد توجه قرار داده اند^{۷۶} و ^{۷۷} تا قاضي از بلا تکلیفی خارج شود. مع ذلك گاهی حتي تعیین يك عامل ارتباط فرعی نیز گره‌گشا نیست مثلاً در مورد آثار ازدواج که اصولاً حسب قانون فرانسه تابع قانونی ملّی 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 مشترك 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 ثمرة این ازدواج دختری بود که در ۱۹ اوت ۱۹۵۹ در آتن به دنیا آمد. در سوم آوریل ۱۹۶۰ این خانم همراه دخترش به پاریس و منزل

۷۶. گاهی ممکن است يك 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 می‌دارد: «احوال شخصیه تمام بی‌تابعیتان تابع کشور محل اقامتشان است و در نبود اقامتگاه تابع قانون کشور رزیدانس آنها خواهد بود». در مورد متون قانونی رك. مثلاً ماده ۳ قانون ترکیه مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵ و ماده ۴ قانون ۲۶ می ۱۹۸۲ لهستان.

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. به دنبال اعتراض زوج، دادگاه استیناف پاریس اعلام نمود که در زمان طرح دادخواست طلاق، زوجین اقامتگاه مشترکی نداشته اند و لذا به علت اقامتگاه جداگانه زوجین در دو کشور مختلف قانون فرانسه باید اجرا شود. ۷۸ و ۷۹

همان طور که ملاحظه می شود در چنین

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° 205, p. 554.

۷۹. Paris, 26 janv 1965 R.C. 1965, p. 359 همچنین ر.ك. Civ. 15 mai 1961, Tarwid, R.C. 1961, p. 5547, 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 مشابه در بلژیک، ر.ك.

Bruxelles, 6 juillet 1957, R.C. 1957, p. 662.

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۵۳

مواردي حتي معرفي عامل ارتباط فرعي كمكي به شناسايي قانون صلاحيتدار نمي‌نمايد و نتيجتاً قانون مقرر دادگاه براي پُرکردن خلأ ناشي از عدم قابليت اجراي قاعده حل تعارض فرصت دخالت مي‌يابد. عوامل ارتباط فرعي معمولاً به يكي از دو شكل زير تنظيم مي‌شوند:

۱. **عوامل ارتباط فرعي خاص:** در قاعده حل تعارض اين‌چنين، يك عامل ارتباط فرعي خاص (با توجه به موضوع خاص رابطه حقوقي) به‌عنوان جانشين عامل ارتباط اصلي در نظر گرفته شده است مثل ماده ۱۴ قانون مدني يونان و ماده ۱۸ قانون مدني ايتاليا كه در مورد روابط شخصي زوجين، موضوع را تابع قانون آخرين اقامتگاه مشترك زوجين و در نبود آن تابع قانون متبوع شوهر در زمان ازدواج قرار مي‌دهد.

۲. **عوامل ارتباط فرعي كلي:** ممكن است

قاعده حل تعارضي معرف عوامل ارتباط فرعي باشد كه در صورت قابل‌استفاده نبودن عوامل ارتباط مندرج در ساير قواعد حل تعارض قابل‌اعمال باشند. مثل ماده ۳۰ قانون مدني يونان كه مقرر مي‌دارد: « اگر ذينفع بدون تابعيت باشد قانون

اقامتگاهش و در صورت نداشتن اقامتگاه، قانون رزیدانس وی قابل اجرا است». در واقع این مقرره مکمل 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^{۸۰} نه رقابت عوامل ارتباط.

ب. قواعد حل تعارض تعددی

گاهی قاعده حل تعارض دو یا چند عامل ارتباط را تعیین می نماید که همگی آنها باید با هم به وسیله قاضی رسیدگی کننده، برای حل و فصل موضوع مطروحه مورد استفاده قرار گیرند. هیچیک از عوامل ارتباط بر دیگری برتری ندارند و اجرای یکی از آنها نیز کفایت نمی کند بلکه همه با هم باید اجرا شوند.

مثلاً بند ۱ ماده ۱۰ قانون مورخ ۵

۸۰. برای مثالهای دیگر در مورد اتخاذ عامل ارتباط فرعی ر.ک. 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.

دسامبر ۱۹۲۳ فنلاند در مورد حل اختلافات خانوادگی بین‌المللی 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 به‌عنوان قانون مقر 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 واحد نداشته باشند هیچ‌یک از ایشان نباید در مقابل دیگری از حقوقی بیش از آنچه در قانون ملی هر یک 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^{۸۱} و برخی قوانین از جمله قانون یونان به‌کلی از اتخاذ این روش اجتناب نموده اند.^{۸۲}

ج. قواعد حل تعارض آلترناتیو

تنظیم قواعد حل تعارض بدین‌شکل معمولاً وقتی صورت می‌گیرد که قانونگذار مایل است تا جای ممکن به عمل حقوقی معینی اعتبار بخشد. بدین‌ترتیب که با معرفی چند عامل ارتباط مقرر می‌دارد که عمل حقوقی معینی در صورت تطابق با هر یک از وضعیت‌های پیش‌بینی شده معتبر تلقی خواهد شد. مثلاً به‌موجب ماده ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱^{۸۳} در مورد شکل ترتیبات وصیتی يك وصیتنامه از نظر شکلی در صورت تطابق با هر یک از قوانین ذیل معتبر است:

يك. قانون داخلی محل تنظیم

۸۱. مثلاً درخصوص بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی بلژیک که در مورد طلاق زوجین با تابعیت متفاوت مقرر می‌دارد: طلاق ایشان مجاز نیست مگر در صورت پذیرش هر دو قانون ملی مربوطه که اتخاذ عامل ارتباط محدودکننده‌تر پیشنهاد شده است. رك.

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

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

۸۳. این کنوانسیون فعلاً در ۳۴ کشور اجرا می‌شود. برای مطالعه بیشتر، رك.

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

تنوع قواعد حل تعارض ❖ ۵۷

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 وصیتنامه و چه در زمان فوتش. پنج. در مورد غیرمنقول، محل وقوع مال.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این مقدره به منظور اعتبار دادن به وصیتنامه‌ها از نظر فرم تنظیم چند عامل ارتباط درکنار هم قرار گرفته است و سلسله مراتبی درکار 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 تعیین قانونی که بیشترین ارتباط را با موضوع دارد نادیده گرفته می‌شود. 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، وانگهي اينگونه قواعد هيچ كمكي در جهت نيل به هدف نهايي حقوق بين الملل خصوصي يعني ايجاد نظم و هماهنگي بين سيستمهاي مختلف حقوقي نمي نمايد و دامنة ايجاد Forum shopping را گسترش مي دهد.^{۸۴}

سرانجام تعيين عوامل ارتباط آلترناتيو براي شخص، موقعيت بهتري نسبت به موقعيتش مورد مشابه داخلي اعطا مي نمايد زيرا در يك پرونده داخيل وي به مقررات خاص مربوطه مقيد است درحالي كه در پرونده بين المللي به او اجازه داده مي شود تا مناسبترين و بهترين وضعيت را اتخاذ نمايد. ايراد روش آلترناتيو وقتي بيشتر آشكار مي شود كه قانون داخلي موضع سختتري در همان موضوع اتخاذ نموده باشد. چرا شخص بايد از امتيازات بيشتري برخوردار باشد وقتي كه رابطه حقوقي مطروحه در ارتباط با چند قانون داخلي است؟

البته اين ايرادات بدون پاسخ نمانده اند. مي توان گفت اگرچه تنظيم قواعد بدين نحو در راستاي هدف ايجاد

۸۴. همان منبع، ص ۱۱۹.

هماهنگی بین سیستمهای حقوقی مختلف نیست، ولی در مسیر خلاف آن هم نمیباشد. اینگونه قواعد در حال حاضر احترام به حقوق مکتسبه بهطور قانونی در کشورهای خارجی را تضمین مینماید، امری که همواره یکی از اهداف تعارض قوانین بوده، علیرغم اعتراضاتی که از جنبه عقلی و منطقی بدان وارد شده است.^{۸۵}

در مورد انتقاد Forum Shopping نیز گفته شده، وقتی استفاده از یک راه حل تعارض قوانین، متقلبانه محسوب میشود که نتیجه حاصله برای طرف مقابل غیرمنتظره باشد این امر بسختی در مورد چنین حالتی قابل پذیرش است.^{۸۶} لذا به نظر میرسد اجرای یکی از قوانین آلترناتیومان تعیین شده برای حل زندگی بینالمللی افراد کافی است.^{۸۷}

به نظر پروفیسور Kisch اختلاف بین قواعد حل تعارض آلترناتیو و تعددی یک اختلاف ظاهری و تفاوت در دید است نه

85. Franciscakis Ph., : "La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé, *op. cit.*, n° 199 et s.

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

87. La loi de plus favorable, Mélanges Gutswiller, p. 353; Rigaux F. "Droit international privé", *op. cit.*, n° 293).

اختلافي واقعي. وقتي 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 درخواستکننده 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 به نفع خود خاتمه دهد (دید آلترناتیو). بنابراین قاعده حل تعارض مربوطه از دید متقاضی طلاق تعددی و از دید طرف مقابل آلترناتیو است.^{۸۸}

د. قواعد حل تعارض انفصالي

در این نوع قاعده حل تعارض، دو عامل ارتباط برحسب نوع موضوع مطروحه تعیین گردیده اند و در واقع قاعده به دو

۸۸. برای مثالهای دیگری در مورد اتخاذ روش آلترناتیو، ر.ک. مثلاً به ماده ۱۱ قانون مقدمه کد مدنی آلمان که مقرر می‌دارد شکل يك عمل حقوقي باید مطابقت داشته باشد با *Lex Causae* یا *Lex loci actus* همچنین ر.ک. بند ۱ ماده ۲۰ همین قانون.

شاخه تقسیم شده است. نمونه‌های زیادی در این مورد در قوانین مربوط به تقسیم ترکه در بلژیک، فرانسه و بیشتر کشورهای کامن‌لا مشاهده می‌شود که در آنها حکم برحسب منقول یا غیرمنقول بودن ترکه متوفی 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 براساس آن با اتخاذ عامل ارتباط مربوط قانون حاکم بر قضیه را مشخص نماید.

ه. قواعد تعارض شرطی

گاهی اعمال عامل ارتباط متخذه 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 اینکه قاعده حل تعارض کشور خارجی صلاحیت اعطاشده را

بپذیرد. مثلاً قانون مقرر داد گاه 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.^{۸۹} همچنین اخیراً کشورهای از جمله هلند که احوال شخصیه بیگانگان را اصولاً تابع قانون متبوع ذی‌نفع می‌دانند در مواردی اجرای قانون خارجی ملی را نپذیرفته‌اند. بدین جهت که رابطه تابعیت ظاهری بوده و ذی‌نفع 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 نموده‌اند با استناد به اینکه متوفی هیچ رابطه مؤثری با

۸۹. البته اصل رجوع به کل سیستم حقوقی کشور خارجی (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه) مورد قبول اکثریت دکتربین و اغلب قوانین کشورهای مختلف قرار گرفته است مع ذلك 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.

کشور مذکور نداشته است.^{۹۰} همچنین اتخاذ عامل ارتباط مندرج در يك قاعدة حل تعارض ممکن است مشروط به معامله متقابل کشور خارجی باشد.^{۹۱} مثلاً به موجب قاعدة حل تعارض کشور مقرر دادگاه، قوانین ارث کشور خارجی «الف» در مورد اتباع کشور مذکور اجرا می‌شود در صورتی که حسب قواعد حل تعارض کشور «الف» مسئله ارث اتباع کشور مقرر دادگاه نیز تابع قانون همین کشور به عنوان قانون متبوعشان باشد.

نتیجه

مطالب عنوان شده را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

۱. اعمال تئوری یکجانبه صرفنظر از غیرقابل قبول بودن مبنای آن، در بسیاری از موارد قاضی را با بن بست مواجه می‌نماید. اصولاً گسترش روابط بین‌المللی

^{۹۰} Ned. T. int. R. Z (1955) 104 ff. پروفیسور یونانی Maridakis در گزارش خود به انستیتو حقوق بین‌الملل پیشنهاد نموده تا تابعیت به عنوان يك عامل ارتباط، جایش را به اقامتگاه یا رزیدانس 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، رک.

91. Condition of Reciprocity.

اقتضا دارد در سیستم حقوقی هر کشور قواعد مناسبی برای حل مسائل ناشی از زندگی بین‌المللی اشخاص وضع شود تا بتوان در این‌گونه موارد در اسرع وقت با تعیین و اجرای قانون صلاحیتدار اعم از قانون مقرر دادگاه یا قانون خارجی حکم قضیه را صادر نمود. اصولاً نباید قاضی را با عدم تعیین قانون صلاحیتدار در صورت عدم صلاحیت قانون مقرر دادگاه در بلاتکلیفی قرار داد و چنانکه ملاحظه شد راه حل پیشنهادی یکجانبه‌گرایان مبنی بر اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیتدار می‌داند در بسیاری موارد ما را با خلأ و یا تعدد مواجه می‌نماید و کارساز نیست. به همین جهت امروزه لزوم دوجانبه بودن قواعد حل تعارض به‌عنوان یکی از اصول مهم حقوق بین‌الملل خصوصی و در راستای تحقق وحدت بین‌المللی قواعد حل تعارض مورد پذیرش قرار گرفته و غالب این قواعد در کشورهای مختلف به شکل دوجانبه وضع شده‌اند. حتی در موارد محدودی که روش یکجانبه اتخاذ شده است، در صورت عدم قابلیت اجرای قانون مقرر دادگان در موضوعی معین، دادگاهها تا جایی ممکن با

تفسیر دوجانبه این قواعد در مورد رفع خلأ حاصله و تعیین قانون خارجی صلاحیتدار اقدام نموده اند. مع ذلك تئوري 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 محدود 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 دستکم در آینده نزد یک امری نامحتمل به نظر

میرسد .

علائم اختصاري (به کار رفته در
زیرنویسها)

- A.J.C.L.* American journal of comparative law.
Ann. Inst. Annuaire de L'Institut de Droit Internatioal.
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 Internatioal.
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 International
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.