

# حاکمیت اراده در قانون حاکم بر ارث

رضا مقصودی\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۱۵

## چکیده

علی‌رغم هم‌گرایی انجام شده در عرصه بین‌الملل خصوصی، قواعد حل تعارض راجع به ارث همچنان از متعارض‌ترین قواعد حل تعارض در میان کشورها است. نه تنها درباره عامل ارتباط راجع به ارث بلکه درباره دسته ارتباط ارث نیز اختلافات قابل توجهی در بین قوانین کشورها مشاهده می‌شود. در به کارگیری عامل ارتباط برخی کشورها با تبعیت از نگرش گثرت‌گرا با تفکیک اموال منقول و غیرمنقول متوفی هر یک را تابع قانون یک کشور می‌دانند. برخی دیگر با تبعیت از نگرش وحدت‌گرا، از عامل ارتباط تابعیت یا اقامت پیروی می‌کنند. در این بین عامل محل سکونت عادی نیز به‌عنوان یک راه بینابین در برخی قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است. بهترین راه حل برای گریز از وضعیت بغرنجی که تعارض قوانین کشورها در مورد ارث ایجاد کرده است، دخالت حاکمیت اراده و تجویز مالک (مورث) به انتخاب قانون یکی از کشورهای ذی‌ربط است تا به این ترتیب او مدیریت اموال خود را برای بعد از فوت به‌دست گرفته و از گزند تعارض بین سیستم‌های حل تعارض کشورها برکنار بماند. تحرک و جابه‌جایی فزاینده اشخاص در محیط بین‌المللی و آزادی مسافرت آنها حفظ قواعد سنتی و امری تعارض قوانین را دشوار نموده و اختیار انتخاب قانون قابل اعمال بیش از پیش مورد پذیرش قرار گرفته است. این مقاله ضمن بررسی قواعد سنتی حل تعارض در مورد ارث با تمرکز بر آیین‌نامه سال ۲۰۱۲ اتحادیه اروپا، تحولات قاعده حل تعارض و تمایل به سوی حاکمیت اراده را مورد بررسی قرار می‌دهد.

## کلید واژگان

ارث، قاعده حل تعارض، حاکمیت اراده، قواعد امری.

\* استادیار دانشگاه گیلان

## مقدمه

قواعد حل تعارض به تعیین قانون حاکم بر یک رابطه خصوصی دارای عنصر خارجی می‌پردازد. از آنجا که این قواعد اصولاً جزء حقوق داخلی کشورها است، احتمال تعارض و تفاوت میان قواعد حل تعارض کشورهای مختلف بسیار محتمل است. این وضعیت را تعارض سیستم‌های حل تعارض می‌نامند.

اگرچه ناگزیر از منافع تجاری و اقتصادی، پاسداشت عدالت در روابط خصوصی و رعایت نزاکت در روابط بین‌المللی تعارض صریح بین قواعد حل تعارض محدود و پراکنده است. با این وجود عامل ارتباط در قانون حاکم بر ارث از جمله نقاط پر منازعه در حقوق بین‌الملل خصوصی است. قواعد مادی ارث عمدتاً در مبانی مذهبی و سنت‌های تاریخی جوامع مختلف ریشه دارد، بنابراین بر خلاف بیع بین‌المللی در حقوق ارث یکواخت‌سازی قواعد مادی چشم‌انداز روشنی از موفقیت به همراه ندارد. از این‌رو، تلاش‌های جامعه بین‌المللی عمدتاً برای ایجاد قواعد حل تعارض یکسان و یکواخت متمرکز شده است. کنوانسیون ۱۹۸۹ لاهه در سطح جهان شمول و آیین‌نامه ۲۰۱۲ رم در سطح اتحادیه اروپا نمونه‌ای از مساعی دولت‌ها در جهت ایجاد عامل ارتباط متحدالشکل در موضوع ارث است.

تکامل وسایل ارتباطی و تسهیل ارتباطات برون مرزی موجب شده است که بسیاری اشخاص در خارج از قلمرو دولت متبوع خود اقامت می‌گزینند و اموال منقول و یا غیر منقولی را در کشورهای دیگر تحصیل و تملک می‌نمایند. در چنین وضعیتی قانون کدام یک از کشورهای ذی‌ربط بر ماترک وی حکومت می‌کند و برای تعیین وراث و سهم‌الارث هر یک از آنها می‌بایست به قوانین کدام کشور مراجعه شود؟ ارتباط مسئله ارث با بیشتر از یک کشور را به‌عنوان ارث بین‌المللی می‌نامیم.

یک تبعه ایرانی را تصور کنیم که محل اقامت او در کشور فرانسه است و اموالی در آلمان و انگلیس تملک نموده است. در صورت فوت وی، قواعد حل تعارض کدام کشور بر موضوع ارث او اعمال می‌شود.

تفاوت قوانین ماهوی کشورها در موضوع ارث، اهمیت پاسخ به این سؤال را دو چندان نموده

است. تعیین قانون قابل اعمال بر ارث بر بسیاری از امور ماهوی تأثیر قاطعی دارد. اینکه ترکه متوفی شامل چه چیزی است و چه افرادی استحقاق آن را به عنوان سهم الارث دارند و آیا متوفی می‌توانست تمام یا قسمتی از اموال خود را وصیت کند یا خیر؟ تفاوت قوانین ماهوی ارث حتی در بین کشورهای اروپایی قابل توجه است. در فرانسه وراثت به طور مستقیم سهم خود از اموال متوفی را با فوت او به ارث می‌برند. به علاوه برخی از مقررات ارث به صورت امری اعمال می‌شود. به طور مثال نسبت معینی از ترکه (حداقل نصف از آن) به فرزند یا فرزندان متوفی می‌رسد، بدون اینکه بتواند موضوع وصیت قرار گیرد؛ در حالی که در انگلیس اموال متوفی در ابتدا به مدیر ترکه انتقال می‌یابد تا همه اموال را جمع‌آوری، مطالبات را وصول و دیون و مالیات را پرداخت کند و سپس باقیمانده را به وراثت منتقل کند؛ به علاوه ترکه مطابق اراده متوفی در وصیت‌نامه و در صورت فقدان وصیت مطابق مقررات قانونی ارث تقسیم می‌شود.<sup>۱</sup>

ارزیابی‌های نهادهای ذی‌ربط نشان می‌دهد که در هر سال حدود ۴۵۰۰۰۰ مصداق ارث بین‌المللی فقط در محیط اتحادیه اروپایی اتفاق می‌افتد که ارزش مالی آن در حدود ۱۲۳ بلیون یورو است.<sup>۲</sup> این حجم انتقال قهری خود از یک سو انگیزه‌ای برای اصرار دولت‌ها در اعمال قوانین ملی و ایجاد تعارض بیشتر در موضوع ارث است و از سوی دیگر دغدغه‌ای برای اشخاص خصوصی به دلیل بی‌ثباتی و تزلزل در وضعیت مالی آینده است.

بهترین راه حل برای گریز از این وضعیت بغرنج دخالت حاکمیت اراده و تجویز مالک (مورث) به انتخاب قانون یکی از کشورهای ذی‌ربط است تا به این ترتیب او مدیریت اموال خود را برای بعد از فوت بدست گرفته و از گزند تعارض بین سیستم‌های حل تعارض کشورها برکنار بماند.

در این مقاله علاوه بر بررسی قواعد حل تعارض رایج در حوزه ارث و تحولات قوانین ملی و اسناد بین‌المللی به جایگاه حاکمیت اراده در احوال شخصیه و به طور خاص در مورد ارث خواهیم پرداخت و در پرتو برخی اسناد بین‌المللی حدود دخالت اراده اشخاص ذی‌ربط را مورد تحلیل قرار

1. House of Lords, The EU Regulation on Succession: report with evidence, Ordered to be printed 9 March 2010 and published 24 March 2010, Published by the Authority of the House of Lords, London, 2010, p.11.

2. Devaux, Angelique, the European Regulations on Succession of July 2012: A Path towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or Not? The International Lawyer, 2013, Vol. 47, Issue 2, pp.228-248, p. 231.

خواهیم داد.

این مطالعه و تحقیق از حیث وضعیت ارث اتباع ایرانی مقیم در خارج از کشور اهمیت متمیزی دارد. زیرا، به‌طور مثال در هرگونه دعوی ارث اتباع ایرانی در کشور فرانسه، دادگاه محل طرح دعوی- فرانسه- بر طبق قواعد حل تعارض کشور متبوع خود به تعیین قانون حاکم، تعیین تعداد وراث و مقدار سهم الارث آنها خواهد پرداخت.

در این مقاله ابتدا عوامل ارتباط رایج در موضوع ارث بررسی می‌شود. سپس تحولات مربوط به آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. مطالعه حقوق اتحادیه اروپا و نفوذ حاکمیت اراده در موضوع ارث از مباحث اساسی این مقاله است.

## ۱. عوامل ارتباط رایج در مورد ارث (تابعیت در مقابل اقامت)

کشورهای مختلف از چهار عامل ارتباط مختلف در مورد ارث استفاده می‌کنند: تابعیت، اقامت، محل وقوع مال و محل سکونت.

### ۱.۱. از عامل تابعیت تا عامل اقامتگاه

کشمکش میان تابعیت و اقامت در مسائل گوناگون احوال شخصی یک منازعه کلاسیک در حقوق بین‌الملل خصوصی است و وضعیت بسیار متشنجی را حتی در داخل حوزه اتحادیه اروپا ایجاد کرده است. ماده (۱) ۲۵ مقدمه قانون مدنی آلمان، ماده (۱) ۴۶ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ایتالیا و ماده (۱) ۹ و ماده (۸) قانون مدنی اسپانیا ناظر به اعمال قانون ملی یا متبوع متوفی در مسائل راجع به ارث است.

عامل اقامتگاه متوفی نیز خصوصاً در کشورهای کامن‌لا مورد استفاده قرار می‌گیرد. قاعده ۱۴۰ حقوق انگلیس، ماده ۷۸ (بند ۱) قانون حقوق بین‌الملل خصوصی بلژیک و آراء سال‌های ۱۹۳۹ و ۱۹۷۲ دیوان کشور فرانسه ناظر به اعمال قانون محل اقامت متوفی بر مسائل راجع به ارث است. البته بسیاری از کشورهایی که از عامل اقامت پیروی کرده‌اند، در مورد ترکیه غیر منقول استثناً قائل شده و آن را تابع قانون محل وقوع مال قرار داده‌اند. ایرادی که بر عامل اقامتگاه وارد است این است که اقامت یک مفهوم پیچیده حقوقی است که در کشورهای مختلف تابع تفسیرهای متفاوت است. از این‌رو، تابعیت نسبت به اقامت ثبات و قطعیت بیشتری دارد. با وجود این، بر

معیار تابعیت نیز ایراداتی مطرح است. اولاً: در مورد اشخاص بدون تابعیت هیچ تابعیتی برای تعیین قانون حاکم بر ارث وجود ندارد یا در مورد اشخاص دارای تابعیت مضاعف، رجحان یکی از تابعیت‌ها بر تابعیت‌های دیگر دشوار است و موجب ایجاد نظریات حقوقی مشتت می‌شود. ثانیاً: عامل ارتباط تابعیت موجب تجزیه و دسته‌بندی میان اشخاصی می‌شود که در یک قلمرو سرزمینی حضور و سکونت دائمی دارند.<sup>۱</sup>

### ۱.۲. نگرش کثرت‌گرا در مقابل نگرش وحدت‌گرا (قانون حاکم بر محل وقوع مال)

در حال حاضر دو نوع عامل ارتباط در موضوع ارث رواج دارد که در حول دو نگرش کاملاً متفاوت قرار می‌گیرد. نخست نگرش وحدت‌گرا که به‌عنوان اصل یکپارچگی ترکه<sup>۲</sup> مورد بررسی قرار می‌گیرد و دیگری نگرش کثرت‌گرا که به‌عنوان اصل انقطاع و تجزیه ترکه<sup>۳</sup> معروف است. اصل یکپارچگی ترکه در کشورهایی از قبیل آلمان، اسپانیا، ایتالیا و پرتغال اعمال می‌شود و بر اساس آن همه دارایی متوفی به‌عنوان ترکه می‌بایست در لوای قانون واحد قرار گیرد و نباید با توجه به نوع دارایی متوفی یا محل وقوع اموال قوانین گوناگونی بر ترکه اعمال شود. اصل تجزیه ترکه در فرانسه، انگلستان، بلژیک و نیز در ایالات متحده آمریکا مورد پذیرش است که بر اساس آن ضرورتی برای اعمال قانون واحد بر کل ترکه نیست و می‌توان با تجزیه قانون حاکم هر بخش از ترکه را تابع قانون خاصی قرار داد.<sup>۴</sup>

ماده (۲) ۳ قانون مدنی فرانسه، ماده (۲) ۳ قانون مدنی لوکزامبورگ و ماده ۷۸ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی بلژیک و نیز قاعده ۱۴۰ حقوق انگلیس از اصل تجزیه‌پذیری ترکه تبعیت کرده‌اند.<sup>۵</sup>

تجزیه قانون حاکم بر ارث عمدتاً به دلیل تبعیت از محل وقوع مال و استفاده از این مفهوم به‌عنوان عامل ارتباط انجام می‌گیرد. اگر اموال متوفی در بیش از یک کشور منتشر و پراکنده

1. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, (to be published in *Rebels Zeitschrift* 74 issue 3, 2010(p. 601).

2. The law of unity estate

3. The principle of scission.

4. Devaux, op.cit, p 230.

5. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p 602).

باشد، لاجرم می‌بایست هر بخشی از اموال او به‌عنوان ترکه تابع قانون یک کشور قرار گیرد. ایراد متعددی بر تجزیه قانون حاکم وارد است. اولاً: مورث باید وضعیت ماترک خود را با قوانین مختلف تطبیق نماید و ماترک باید در کشورهای مختلف بر طبق قوانین متفاوت اداره شود. ثانیاً: تجزیه ترکه می‌تواند به تعارضاتی درباره نحوه توزیع ترکه میان وراث و سهم‌الارث آنان منجر شود. به‌طور مثال متوفی دارای دو فرزند است که یکی در انگلیس و دیگری در فرانسه سکونت دارد مورث دارای دو ملک به ارزش مساوی است که در وصیت‌نامه خود یکی از آن دو را به فرزند اول و دیگری را به فرزند دوم اختصاص می‌دهد. قصد مورث برای توزیع مساوی ترکه میان فرزندان ممکن است در یک کشور معتبر و نافذ و در کشور دیگر در اثر مقررات آمره غیرقابل اجرا محسوب شود.

طرفداران نگرش کثرت‌گرا ادعا می‌کنند که اعمال قانون محل وقوع مال بهترین راه برای اجتناب از اصطکاک و برخورد میان قانون حاکم بر ارث و قانون حاکم بر مال است. این اصطکاک در جایی مطرح می‌شود که قانون حاکم بر محل وقوع مال، انتقال مالکیت به وارث را که به موجب قانون قابل اعمال بر ارث مقرر شده است، به رسمیت نمی‌شناسد.<sup>۱</sup> اما برای حل این معضل نیازی به تجزیه ترکه که موجب پیچیدگی‌های بیشتر می‌شود، نیست؛ بلکه این مشکلی است که راه حل آن در توصیف نهفته است. بدیهی است که مسائل ماهوی ارث از جمله تعیین وراث و مقدار سهم‌الارث آنان تابع قانون حاکم بر ارث است. اما مسائل شکلی ارث از قبیل نحوه اداره ترکه و به عبارت دیگر چگونگی اعمال استحقاق مذکور در قانون حاکم بر ارث تابع قانون محل وقوع مال است. ماده ۹۶۷ قانون مدنی ما نیز همین تفکیک را که در واقع یک نوع توصیف اصلی است، مورد تأیید قرار داده است.

نگرش اعمال قانون واحد بر کل ترکه به وسیله اکثر نهادهایی که به پیش‌نویس مشورتی<sup>۲</sup> اتحادیه اروپا پاسخ داده‌اند، مورد تأیید قرار گرفته است و حتی نهادهایی در کشور فرانسه آن را مورد تأیید قرار داده‌اند. در مصوبه نهایی اتحادیه اروپا نیز این نگرش در ماده ۲۱ آیین‌نامه ۲۰۱۲ بازتاب یافته است.

1. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p 602)

2. Green paper

### ۱.۳. ظهور معیار محل سکونت عادی

با فشار کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه امروزه جامعه بین‌المللی و قانون‌گذاران ملی در بسیاری اسناد، معیار سکونت عادی را جایگزین اقامت نموده‌اند. در مورد ارث تا قبل از تصویب آیین‌نامه ۲۰۱۲ بلغارستان، فنلاند و هلند تنها کشورهای عضو اتحادیه اروپا بودند که از آخرین محل سکونت عادی به‌عنوان عامل ارتباط استفاده می‌کردند. (ماده (۱) ۸۹ قانون حقوق خصوصی بلغارستان، ماده ۵ قانون ارث فنلاند و ماده ۱ قانون ارث بین‌المللی هلند)<sup>۱</sup>

مفهوم محل سکونت عادی با وجود شباهت و قرابتی که با عامل اقامت دارد، با آن متفاوت است. در سکونت عادی صرف حضور دائمی که یک معیار عینی است کفایت می‌کند اما در اقامت علاوه بر آن یک معیار ذهنی نیز وارد می‌شود و به قصد شخص برای سکونت دائمی توجه می‌شود.

اگرچه مفاهیم سکونت و اقامت نسبت به تابعیت از وضوح کمتری برخوردار است، اما هماهنگی و ارتباط بیشتری میان ارث و قانون حاکم بر آن ایجاد می‌کند. تبعه یک کشور ممکن است برای سال‌های متمادی با خانواده خود در کشور دیگر استقرار یافته و همه اموال خود را در آنجا تحصیل کرده باشد. در این شرایط معیار تابعیت به اعمال قانونی منجر می‌شود که ارتباطی با اصحاب دعوی و موضوع آن ندارد.<sup>۲</sup>

البته اعمال قانون محل وقوع مال نیز موجب ثبات و قطعیت است اما این ثبات فقط در مورد اموال غیر منقول است. در اموال منقول به علت تحرک و جابه‌جایی بالقوه آنان در سطح کشورهای مختلف هیچ‌گونه ثبات و قطعیتی نسبت به قانون حاکم وجود ندارد. حتی ترکه غیرمنقول نیز ممکن است در کشورهای مختلف منتشر و پراکنده باشد.

گرایش به سوی معیار محل سکونت عادی در سطح بین‌المللی در بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی مشهود است. برای مثال ماده ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱ راجع به اختیارات نماینده و قانون قابل اعمال در رابطه با حمایت از صغار، ماده ۴ کنوانسیون لاهه ۱۹۷۳ درباره قانون قابل اعمال بر تعهدات نفقه، ماده ۳ کنوانسیون ارث لاهه، ماده (۱) ۵ و (۱) ۱۵ کنوانسیون ۱۹۹۶ لاهه درباره صلاحیت، قانون قابل اعمال و شناسایی و اجرای احکام در ارتباط با مسئولیت والدین.

1. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p 601)

2. House of Lords, op.cit, (p 12)

در سطح اتحادیه اروپا نیز محل سکونت عادی به عنوان یک معیار مهم چه در حوزه تعارض دادگاهها و قواعد صلاحیت قضایی و چه در حوزه تعارض قوانین و قواعد انتخاب قانون نقش اساسی ایفا می‌کند.<sup>۱</sup>

#### ۱.۴. مزایا و معایب معیار محل سکونت عادی

اصل محل سکونت عادی بازتاب نزدیک‌ترین رابطه متوفی با یک سیستم حقوقی معین است. این عامل موجب ایجاد نظم حقوقی در همه امور متوفی می‌شود. خصوصاً اینکه با گسترش ارتباطات بین‌المللی، ارتباط اشخاص با کشور منشأ خود کاهش یافته است. به‌طور کلی محل سکونت عادی نزدیک‌ترین رابطه را با ارث به عنوان یک کل دارد. متوفی غالباً اموال خود را در آن محل تحصیل کرده است و وراثت مخصوصاً همسر او معمولاً در آنجا سکونت عادی دارند. مخصوصاً در مورد زوجین چند تابعیتی، انتخاب محل سکونت عادی به عنوان عامل ارتباط از مشکلات قوانین متعارض در ارث جلوگیری می‌کند.

به علاوه اعمال محل سکونت عادی موجب تقارن صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی می‌شود و اداره ترکه را تسهیل می‌کند، زیرا برحسب قواعد صلاحیت قضایی در بسیاری کشورها دادگاه صالح برای امور ترکه، دادگاه آخرین محل سکونت عادی متوفی است.<sup>۲</sup>

معایب معیار محل سکونت عادی عمدتاً راجع به اجمال و ابهام در تعریف این واژه است، به همین دلیل برخی نویسندگان آن را یک اصل ناپایدار می‌دانند. محل سکونت عادی چیست و عناصر آن کدام است؟ این محل در اسناد بین‌المللی تعریف نشده است و به ناچار باید هر دادگاهی بر طبق قوانین ملی به تفسیر آن بپردازد. دادگاه‌های فرانسه در سال ۲۰۰۵ محل سکونت عادی را به جایی تعریف کرده‌اند که شخص به قصد حضور با ثبات در آنجا مستقر است و مرکز دائمی یا عادی منافع او است.<sup>۳</sup>

در آیین‌نامه ارث ۲۰۱۲ اتحادیه اروپا آمده است که مرجع رسیدگی به مسئله ارث باید یک ارزیابی کلی از اوضاع و احوال زندگی متوفی در طول سال‌های منتهی به فوت و در زمان فوت وی با ملاحظه همه عناصر عینی مربوطه خصوصاً طول مدت و توالی حضور متوفی در کشور

1. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, p 603- 604.

2. Ibid, p 605.

3. Ibid, p 606.



مربوطه و شرایط و دلایل حضور داشته باشد.<sup>۱</sup>

به این ترتیب دادرس باید در نقش یک کارآگاه در پی ارزیابی همه اوضاع و احوال زندگی متوفی باشد. چیزی که عامل ارتباط راجع به ارث را به صورت یک قاعده دلخواهی درآورده است. به این ترتیب برخی نویسندگان عبور از قاعده عینی و با ثبات تابعیت و پذیرش معیار محل سکونت را باعث تأسف دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

آیا می‌توان با درج طول دوره سکونت و تعیین حداقل دوره زمانی، از این معیار رفع ابهام نمود؟ برخی دولت‌های اروپایی در پاسخ به استفساریه اتحادیه اروپا به ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۸۹ لاهه ارجاع داده‌اند که ناظر به تعیین مدت سکونت است. دولت سوئد نیز دوره حداقلی سکونت ۲ الی ۵ سال را پیشنهاد نمود.<sup>۳</sup> اما این مدت حداقلی نیز همیشه قابل تفسیر دلخواهانه و اختیاری است. راهکار نسبتاً پیچیده کنوانسیون لاهه نیز نتوانست حمایت کافی را در سطح بین‌المللی به دست آورد.

مفهوم محل سکونت عادی به عنوان یک عامل ارتباط ابتدا در سال ۱۹۰۲ مورد استفاده قرار گرفت و به طور کلی از ابتدا این مفهوم برای اجتناب از عدم قابلیت انعطاف هیچ‌گاه تعریف نشد.<sup>۴</sup> در نزاع میان امنیت، ثبات و قابلیت پیش‌بینی از یک سو و انعطاف از سوی دیگر کنوانسیون ۱۹۸۹ لاهه سعی در ایجاد مصالحه دارد. بر طبق ماده (۳) کنوانسیون لاهه قانون حاکم بر ارث قانون دولت متبوع متوفی است و در اختلاف تابعیت و سکونت در صورتی قانون محل سکونت اجرا می‌شود که متوفی به مدت حداقل ۵ سال قبل از مرگ در آنجا سکونت عادی داشته باشد. اعمال قانون تابعیت در سایر موارد تنها در صورتی متوقف می‌شود که متوفی قبل از مرگ آشکارا ارتباط نزدیک‌تری با کشور دیگر داشته باشد.

1. Eur- Lex, Recitals of Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction(2012) applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal of the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>, last visited 1/7/2015., N. 23.

2. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, p 233

3. Ibid, p 60.

4. Mańko, Rafał(2013) Habitual residence as connecting factor in EU Civil justice measures, Library of the European Parliament, 22/01/2013, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM\\_BRI%28013%29130427\\_REVI\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM_BRI%28013%29130427_REVI_EN.pdf), Last visited 1/7/2015, (p-2)

اگرچه منتقدان بر فقدان شرایط لازم شامل امنیت و مجاورت در معیار محل سکونت عادی تأکید دارند،<sup>۱</sup> اما با رشد مهاجرت ناشی از مرزهای باز، حرکت آزادانه اشخاص و کارگران و آزادی استقرار به نظر می‌رسد اصل سکونت به طور بهتری بازتاب رابطه نزدیک متوفی به یک سیستم حقوقی معین است و موجب ایجاد نظم حقوقی در همه امور متوفی است.

### ۱.۴.۱. محل سکونت عادی در حقوق اتحادیه اروپا

واژه محل سکونت عادی در اسناد تعارض قوانین اتحادیه اروپا بسیار متداول است. در سطح بین‌المللی محل سکونت عادی از آن رو گسترش یافته است که موجب ایجاد یک تفسیر مستقل از حقوق داخلی کشورهای عضو می‌شود. به علاوه می‌توان آن را در سطح جهان شمول به مورد اجرا گذاشت. دستیابی به این هدف از طریق معیار اقامتگاه امکان‌پذیر نیست. معیاری که یک بخش سنتی از حقوق انگلیس است و با تفسیری متفاوت در ایالات متحده و کشورهای دیگر اعمال می‌شود. در حالی که مفهوم محل سکونت عادی بازتاب رابطه عینی میان یک شخص و یک محل و نه یک رابطه ذهنی در مفهوم حقوقی است.<sup>۲</sup>

ضعف تابعیت و اقامتگاه در انعطاف ناپذیری آن از حیث ارتباط شخص با کشور مورد نظر است، به خصوص اگر چارچوب حرکت آزادانه اشخاص را در محیط اروپایی در نظر بگیریم.<sup>۳</sup>

معیار محل سکونت عادی در آیین‌نامه ۲۰۰۳ اتحادیه اروپا درباره امور زوجین و مسئولیت والدین در مواد (۳) و (۱) به کار رفته است. اما به دلیل عدم تعریف این واژه فضا برای دیوان دادگستری اروپایی در جهت تفسیر آن باز شده است. دیوان دادگستری اروپایی در پرونده C-523/07 عبارت محل سکونت عادی کودک را توصیف کرده است. به زعم دیوان دادگستری اروپایی مفهوم محل سکونت عادی در آیین‌نامه مذکور باید به نحوی تفسیر گردد که منطبق با محلی باشد که بازتاب یکپارچگی و هماهنگی در محیط اجتماعی و خانوادگی کودک باشد.

1. Devaux, op.cit, (p. 232)

2. Haladova, Hana, Habitual Residence in Brussels II Bis, COFOLA 2011: the Conference Proceedings, 1. Edition. Brno: Masaryk University, 2011, pp.1-4. Available at: [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Haladova\\_Hana\\_6294.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Haladova_Hana_6294.pdf), last visited 1/8/2016 (p. 1)

3. Mańko, Rafał, Habitual residence as connecting factor in EU Civil justice measures, Library of the European Parliament, 22/01/2013, available at: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM\\_BRI%282013%29130427\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM_BRI%282013%29130427_REV1_EN.pdf), Last visited 1/7/2015 (p. 3)

مخصوصاً مدت حضور و توالی آن، شرایط و دلایل حضور در قلمرو یک کشور، تابعیت کودک، مکان و شرایط مدرسه کودک، دانستن زبان محل حضور و روابط اجتماعی و خانوادگی کودک در آن کشور باید مورد توجه قرار گیرد.<sup>۱</sup>

اما برخی نویسندگان عدم تعریف واژه محل سکونت عادی در اسناد اتحادیه اروپا را به‌عنوان یک تصمیم نابخردانه مورد انتقاد قرار داده‌اند.<sup>۲</sup>

## ۲. تحول قانون حاکم بر ارث: از قیاس تا استقراء

در تحول قواعد حل تعارض امروزه بسیاری از سیستم‌های حل تعارض علاوه بر پذیرش بیش از پیش حاکمیت اراده، به جای قواعد کلی مبتنی بر قیاس از قواعد قابل انعطاف مبتنی بر استقراء استفاده می‌کنند. رهیافت مبتنی بر قیاس بر ایجاد پیشاپیش یک قاعده کلی مبتنی بود. به این ترتیب از ابتدا معلوم بود که قرارداد تابع محل وقوع عقد است یا وقایع حقوقی تابع محل ارتکاب عمل است. رهیافت جدید بر بررسی اختصاصی هر رابطه حقوقی و یافتن نزدیک‌ترین قانون مبتنی است. ویرایش دوم شرح جدید حقوقی<sup>۳</sup> در ایالات متحده از همین رهیافت در قراردادهای و نیز مسئولیت مدنی تبعیت کرده است.<sup>۴</sup>

این تحول بر مبنای اندیشه ساوینی در بین‌الملل خصوصی اروپایی قابل توجیه است. او به مرکز ثقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه این روابط می‌اندیشد. به نظر او حقوق اشخاص باید تابع محل اقامت باشد چون این محل فاکتور طبیعی پایگاه اشخاص است. تئوری مجاورت<sup>۵</sup> به مرکز ثقل روابط حقوقی توجه دارد در مقابل این تئوری، اصل قانون بهتر<sup>۶</sup> در حقوق ایالات متحده طراحی شده است. این اصل مبین وابستگی یک رابطه حقوقی با کشوری است که با آن نزدیک‌ترین پیوند را دارد. تئوری مجاورت با تکیه بر عوامل عینی و عبور از عوامل انتزاعی و ذهنی مزایایی از

1. Haladova, , op.cit, p 2.

2. Bost Galleys, **Nothing Certain About Death and Taxes (and Inheritance): European -- Union Regulation of Cross-Border Successions**, Emory International Law Review, 2013, Vol 27, pp.1145-1174(p. 1161)

3. Restatement(second) section 145-188.

۴. دالینجر، ژاکوب؛ **اصول حقوق بین‌الملل خصوصی در پرتو ساختار شکنی نو**، ترجمه کامران آقایی، مجله کانون وکلا، ۱۳۸۵، شماره ۱۹۴ و ۱۹۵، صص ۲۲۷-۲۴۰.

5. Proximate

6. Better law

قبیل احترام به انتظارات مشروع اشخاص، ایجاد تعادل در منافع دولت‌ها برای اداره یک وضعیت حقوقی و نیز تحقق عدالت در روابط حقوقی را به همراه دارد. برخی نویسندگان از این مفهوم برای توجیه اعمال قانون محل اقامت بر اتباع خارجی مقیم ایران استفاده کرده‌اند.<sup>۱</sup> اصل مجاورت در حقوق بین‌الملل خصوصی در ذیل مبحث استثنائات قاعده کلی حل تعارض نیز مطرح می‌شود و توجیهی برای مفهوم «رابطه نزدیک‌تر»<sup>۲</sup> است. بر حسب این مفهوم اگر کشوری که قانون آن توسط قواعد خاص حل تعارض به‌عنوان قابل اعمال تعیین شده است، ارتباط ضعیفی با رابطه حقوقی داشته باشد و کشور دیگر آشکارا رابطه بسیار نزدیک‌تری داشته باشد، قانون کشور اخیر اعمال خواهد شد. این شروط استثنایی<sup>۳</sup> در ماده (۳) ۴ آیین‌نامه رم ۱ و ماده (۴) آیین‌نامه رم دو اتحادیه اروپا قابل مشاهده است.<sup>۴</sup>

## ۲.۱. حاکمیت اراده در قانون حاکم بر ارث

آیا مورث در وصیت‌نامه خود می‌تواند قانون حاکم بر ماترک را تعیین کند و آیا قواعد حل تعارض و عامل ارتباط مندرج در آن جزء قواعد امری محسوب می‌شود یا اینکه به‌عنوان قاعده تکمیلی، اشخاص خصوصی می‌توانند بر خلاف آن توافق کنند؟ حاکمیت اراده<sup>۵</sup> هسته مرکزی قواعد حل تعارض در دسته قراردادهای است و به یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شده است.<sup>۶</sup> اما حاکمیت اداره در حوزه احوال شخصیه جزء اصول کلی حقوقی که مورد پذیرش کشورهای مختلف باشد، محسوب نمی‌شود. اینکه آیا اشخاص ذی‌ربط به‌طور مثال مورث می‌تواند با انتخاب قانون حاکم در تعداد وراثت و میزان سهام هر یک از آنان دخل و تصرف نماید، نه تنها در حقوق ایران بلکه در حقوق بسیاری از کشورهای دیگر نیز با پاسخ منفی مواجه می‌شود.

۱. پروین، فرهاد؛ نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۸، شماره ۲۵، صص ۲۴۱-۲۷۶.

2. Closer Connection.

3. Escape Clauses.

4. Symeonides, Semon (2011) Codification and flexibility in private international law, Electronic copy available at <http://ssrn.com>, last visited 1/6/2015 (p 203)

5. Professio juris rule.

6. Nagy, Csongor István (2012) **What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective**, *Nederland's International Privaatrecht (NIPR)*, Vol. 30, No. 4, pp576-586, (p 576).

در حقوق ایران برخی استادان در مقام پاسخ به امری یا تکمیلی بودن قواعد حل تعارض و عامل ارتباط مندرج در آن با توجه به سکوت قانون‌گذار بر اساس "تبعیت قاعده حل تعارض از قاعده مادی یا ماهوی" به این مسئله پاسخ می‌دهند. به این ترتیب از آنجا که قواعد مادی حقوق قراردادهای، جنبه تکمیلی و اختیاری دارد، قاعده حل تعارض راجع به قراردادهای نیز دارای وصف امری است. برعکس از آنجا که قواعد مادی ارث، ازدواج، طلاق و به‌طور کلی احوال شخصیه جنبه امری دارد و امکان تراضی اشخاص خصوصی برخلاف آن متصور نیست، قاعده حل تعارض راجع به این دسته ارتباط نیز جنبه امری دارد. بنابراین اشخاص نمی‌توانند بر خلاف قانون ملی یا متبوع خود ازدواج کرده یا طلاق بگیرند و یا معارض با آن وصیت کنند یا اینکه ماترک را بر خلاف قانون متبوع تقسیم کنند.<sup>۱</sup>

آزادی اراده به‌طور جالب توجهی در تعارض قوانین ابتدا توسط دمولن در حقوق خانواده مطرح شد. اما در طول تکامل تاریخی، در این حوزه کارکرد بسیار محدودی یافت. آزادی انتخاب قانون حاکم بر ارث تا مدت مدید در بیشتر کشورهای اروپایی ممنوع بود. انتخاب قانون حاکم در دانمارک، انگلیس، فرانسه، یونان، ایرلند، اتریش، پرتغال، سوئد و اسپانیا مجاز نبود اما در آلمان، فنلاند، هلند، ایتالیا و بلژیک حق انتخاب قانون حاکم بر ارث با اعمال محدودیت‌هایی پذیرفته شده بود. برای مثال بلژیک انتخاب قانون حاکم را اجازه می‌داد مگر اینکه نتیجه آن محروم کردن یکی از وراثت از حق خود نسبت به سهمی از ترکه است که بر طبق قانون ارث اصولاً قابل اعمال مستحق آن است.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد که اعمال این محدودیت در قانون بلژیک در واقع بازتاب ممنوعیت سوءاستفاده از حق است. اقدام مورث در انتخاب قانون حاکم به ضرر وراثت با تعریف کلی تقلب نسبت به قانون منطبق است که بر اساس آن جابه‌جایی عامل ارتباط برای گریز از اجرای قانون اصولاً صلاحیت‌دار ممنوع است.

امروزه انتخاب قانون حاکم در بسیاری از حوزه‌های احوال شخصیه در اتحادیه اروپا پذیرفته شده است به‌طور مثال آیین‌نامه رم سه سال ۲۰۱۰ درباره طلاق در ماده (۵) به مسئله انتخاب قانون

۱. الماسی، نجادعلی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ چهاردهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.

می‌پردازد و مقرر می‌دارد که زوجین می‌توانند قانون حاکم بر طلاق را از بین قانون محل سکونت عادی زوجین، قانون متبوع یکی از زوجین یا قانون مقر دادگاه انتخاب کنند.

در ماده (۲۱) آیین‌نامه ارث مصوب ۲۰۱۲ اتحادیه اروپا نیز قانون حاکم بر ارث قانون محل سکونت عادی است اما بر طبق ماده ۲۲ یک شخص می‌تواند به‌عنوان قانون حاکم بر میراث خود به‌صورت یک کل قانون کشوری را انتخاب کند که در زمان انتخاب یا در زمان مرگ تابعیت آن کشور را داشته است. شخص دارای تابعیت‌های مضاعف می‌تواند قانون هر یک از کشورهای آن را که در زمان انتخاب یا در زمان مرگ تابعیت آنها را داشته است برگزیند.<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۱. دلایل مخالفان و موافقان حاکمیت اراده در ارث

برای ممنوعیت یا محدودیت آزادی انتخاب دو دلیل اساسی وجود دارد: دلیل اول تضمین وجود ارتباط مناسب میان ارث و قانون قابل اعمال است. اگرچه کشورهای مختلف درباره مناسب‌ترین عامل ارتباط دیدگاه‌های مختلفی دارند اما به هر حال هرچه امکان انتخاب بیشتر باشد، احتمال انتخاب قانون نامطلوب و نامناسب بیشتر می‌شود. دلیل دوم اینکه در برخی کشورها مقررات امری ارث وجود دارد (مثل فرانسه) ممنوعیت حاکمیت اراده، مورث را از تقلب نسبت به مقررات امری ارث از طریق انتخاب قانون کشور دیگر باز می‌دارد (House of lords, 2009, p14) اما آزادی انتخاب مورث به دلایل سه‌گانه زیر مورد حمایت قرار گرفته است اول اینکه؛ اعطای این اختیار به مورث، ابزار لازم را برای طراحی و برنامه‌ریزی مناسب و مؤثر ارث و افزایش ثبات حقوقی ایجاد می‌کند. دوم اینکه؛ همه کشورهای عضو اتحادیه اروپا آزادی وصیت را پیش‌بینی کرده‌اند. اعطای آزادی به موصی (مورث) برای انتخاب قانون قابل اعمال موجب توسعه و گسترش آزادی وصیت در بین‌الملل خصوصی می‌شود. سوم اینکه؛ آزادی انتخاب در ارث با گرایش کلی بین‌الملل خصوصی منطبق است که از آزادی اشخاص برای انتخاب قانون قابل اعمال حمایت می‌کند<sup>۲</sup> حکومت اراده برخلاف بسیاری دیگر از عوامل ارتباط از قبیل محل

1. Article 22 Choice of law.

A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death

A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>

2. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p. 608)

سکونت عادی از هر گونه ابهامی به دور است و توزیع منظم دارایی بعد از فوت مورث را تضمین می‌کند و پیش‌بینی و برنامه‌ریزی مسائل ترکه را تسهیل می‌کند.<sup>۱</sup> کارکرد اصلی حاکمیت اراده در حقوق خانواده و ارث غلبه بر بی‌ثباتی و تزلزل در رابطه با قانون قابل اعمال (قابلیت پیش‌بینی) و حمایت از حقوق مکتسب است. استفاده سیستم‌های حل تعارض از عوامل ارتباط متفاوت موجب شود حقوق خانوادگی و حقوق ارثیه اشخاص در یک کشور معتبر و در عین حال در کشور دیگر باطل و بی‌اعتبار باشد. سیستم‌های حل تعارض با استفاده از عوامل ارتباط گوناگون و با ارجاع به قوانین مادی مختلف انتظارات مشروع اشخاص خصوصی را عقیم نموده و در حقوق مکتسبه که به‌طور قانونی تحصیل شده است اختلال ایجاد می‌کنند.<sup>۲</sup>

تفاوت میان قواعد بین‌الملل خصوصی کشورها در موضوع ارث حتی می‌تواند بر اساس معیارهای حقوق بشری نیز مورد نقد و تحلیل قرار گیرد. مطابق اظهار نظر سال ۲۰۰۶ کمیسیون اقتصادی و اجتماعی اروپا درباره طرح مشورتی آیین‌نامه ارث، تعارض در قوانین ارث پیچیدگی‌هایی ایجاد می‌کند که مغایر با حقوق اساسی بشر درباره تملک و انتقال مالکیت است.<sup>۳</sup>

این تعارض‌ها مشکلاتی را برای شهروندان ایجاد می‌کند که خواهان حرکت آزادانه از یک کشور به کشور دیگر هستند. بسیاری از مردم نمی‌دانند که یک وصیت‌نامه ممکن است اثر مطلوب آنها را در کشور جدید محل سکونت آنها نداشته باشد<sup>۴</sup> اعطای این حق انتخاب از آن رو اهمیت دارد که اتباع سایر کشورهای خارج از اتحادیه اروپا (و حتی اتباع کشورهای انگلستان، دانمارک و ایرلند که به آیین‌نامه ارث ملحق نشده‌اند) که در یکی از کشورهای عضو سکونت داشته باشند، مسائل ارث آنها در دادگاه‌های کشورهای عضو، بر طبق این آیین‌نامه حل و فصل خواهد شد. زیرا، آیین‌نامه مزبور جزء قواعد حل تعارض کشورهای عضو محسوب می‌شود و بدیهی است که دادگاه در مقام تعارض قوانین باید قواعد حل تعارض کشور متبوع خود را اعمال کند نه قواعد تعارض کشور متبوع مورث یا وارث.

در صورتی که اشخاص ذی‌نفع حق انتخاب قانون داشته باشند، می‌توانند قانونی را جستجو و انتخاب کنند که آنها را در موقعیت مناسب‌تری قرار می‌دهد. انتخاب قانون بی‌ثباتی حقوقی و

1. Devaux, op.cit, (p. 234).

2. Nagy, op.cit, (p. 585).

3. Bost, op.cit, (p.1149).

4. Ibid, (p. 1152).

عدم قابلیت پیش‌بینی را کاهش می‌دهد. طرفین می‌توانند سیستم حقوقی را انتخاب کنند که با آن آشنا هستند و به این ترتیب به حقوق و تکالیف خود آگاهی داشته باشند. انتخاب قانون نه تنها یک ابزار حاکمیت اراده برای اشخاص است بلکه می‌تواند به‌عنوان منبع رقابت میان کشورها در جهت تلاش برای جذب خارجی‌ان در جهت انتخاب سیستم حقوقی خود به‌عنوان قانون قابل اعمال نیز محسوب شود. چیزی که به ایجاد "Law market" منتهی می‌شود.<sup>۱</sup>

در دو دهه اخیر به نظر می‌رسد یخ حاکمیت اراده در انتخاب قانون در حوزه خانواده و ارث شکسته شده است. معمولاً حقوق خانواده همیشه و غالباً برای حمایت از طرف ضعیف‌تر رابطه حقوقی نیازمند حمایت و کنترل دولت بوده است. این حوزه به‌طور طبیعی به ایجاد قواعد امری منتهی می‌شود و حاکمیت اراده به سختی در آن راه می‌یابد. این ویژگی در مقام تنظیم حقوق خانواده بین‌المللی نیز اعمال می‌شود. اما در سال‌های اخیر حداقل در اروپا یک طرز تلقی فراملی به سوی پذیرش انتخاب قانون گرایش یافته است و برخلاف طرز تلقی سنتی در سیستم‌های حقوقی ملی، حکومت اراده به یک اصل کلی حقوقی خانواده اروپایی تبدیل شده است.<sup>۲</sup> تحرک و جابه‌جایی فزاینده شهروندان اروپایی و آزادی مسافرت آنها حفظ قواعد سنتی امری را غیرممکن نموده است و اشخاص اختیار انتخاب قانون قابل اعمال پیدا کرده‌اند. اما به زعم برخی نویسندگان ورود حق انتخاب قانون در حقوق خانواده و ارث بیشتر ناشی از ضرورت‌های سیاسی و نوعی مصالحه و سازش در بین نظام‌های حقوقی بوده است.<sup>۳</sup> در همه آیین‌نامه‌های اتحادیه اروپا طرفین می‌توانند قانون قابل اعمال بر روابط خانوادگی و وراثت را انتخاب کنند (جزء در یک آیین‌نامه در مورد اموال ناشی از مشارکت ثبت شده) اما در همه مصوبات محدودیت‌هایی بر موضوع انتخاب وجود دارد. در مورد ارث نیز آیین‌نامه ۲۰۱۲ که از ۱۷ آگوست ۲۰۱۵ قابل اعمال است، انعطاف بسیار کمی درباره انتخاب قانون برای مورث قائل شده است. مطابق ماده ۲۲ آیین‌نامه ۲۰۱۲ مورث تنها می‌تواند یک جایگزین برای قانون کشور محل سکونت عادی خود داشته باشد و آن قانون کشور متبوع وی در زمان انتخاب یا در زمان مرگ است. تجویز انتخاب

1. Pfeiffer, Magdalena, *Choice of law in international family and succession law*, The Lawyer Quarterly 4/2012, available at: [www.ilaw.cas.cz/tlq](http://www.ilaw.cas.cz/tlq), last visited 1/6/2015, pp.291-305(p. 292).

2. Ibid, (p.296).

3. Ibid, (p.296).



موجب ایجاد تعادل در اعمال قانون کشور محل سکونت عادی به عنوان یک قاعده تکمیلی<sup>۱</sup> می‌شود. اگر مورث در خارج از کشور متبوع خود زندگی می‌کند اما هنوز رابطه فرهنگی و خانوادگی نزدیکی با این کشور دارد، او از این فرصت برخوردار است که قانون کشور متبوع<sup>۲</sup> خود را برگزیند.

### ۲.۱.۲. تحدید حق انتخاب

محتویات انتخاب طرفین به طور بدیهی باید با نظم عمومی مقر دادگاه منطبق باشد. امروزه با وضع آیین‌نامه‌های اتحادیه اروپا اصل انتخاب قانون حاکم بر ارث در کشورهای اروپایی مغایر با نظم عمومی نیست. اما در مورد محتوی قانون انتخاب شده، همچنان نظم عمومی و قواعد آمره باید مورد توجه قرار گیرد. بسیاری از مؤسسات بین‌المللی در مقام بررسی تعارض قوانین در ارث در پی برقراری تعادل میان آزادی بیشتر انتخاب برای مورث از یک‌سو و حمایت از انتظارات مشروع اشخاص ثالث از قبیل خانواده مورث بوده‌اند.<sup>۳</sup>

برای دستیابی به این هدف، آیین‌نامه ارث اروپایی راه‌حلی را برگزیده است که با تحلیل‌های حقوقی زیر قابل توجیه است:

۱. در چارچوب تعیین قانون حاکم بر ارث اصل مجاورت مستلزم آن است که تعیین مکان ارث و قانون حاکم بر آن با ملاحظه همه عناصر واقعا مرتبط انجام گیرد. غالباً قواعد حل تعارض ارث تلاش می‌کند تا با اجتماع منافع اشخاص ذی‌ربط در ارث، میان اراده متوفی و منافع اعضای خانواده یعنی وراث تعادل ایجاد نماید. اما شخص خالق میراث (مورث) در این میان دارای اولویت است. این اولویت موجب غلبه اراده مورث نسبت به وراث در تعیین قانون حاکم بر ارث است. ایده مجاورت اقتضا دارد تا در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط مورث، قانون آخرین کشور محل سکونت عادی متوفی اعمال شود.<sup>۴</sup>

۲. برای تأمین انتظارات متعارف وراث، آیین‌نامه اتحادیه اروپا استفاده از یک عامل عینی یعنی تابعیت را تجویز نموده است که متضمن رابطه مفید و باثبات میان مورث و قانون منتخب

1. Default connecting factor.

2. Lex patriae.

3. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p. 609)

4. Popescu, Dan Andre, Guide on international private law in successions matters, 2014, Publishing House acknowledged by the Ministry for National Education through the National Council of Scientific Research in Higher Education (CNCSIS) – Code 345, pp.5-126( p. 42).

است. لذا محدوده قوانین قابل انتخاب برای مورث محدود است.

۳. به دلیل خصومتی که طراحان آیین‌نامه با فروم شاپینگ<sup>۱</sup> (سوءاستفاده از حق انتخاب دادگاه) داشته‌اند، دایره انتخاب مورث را بسیار محدود کرده‌اند.<sup>۲</sup> این خصومت باعث شده است که مورث اجازه انتخاب قانون محل دادگاه را نداشته باشد و قانون مقر دادگاه از دایره انتخاب خواهان حذف شده است. در واقع منع اعمال قانون مقر دادگاه تضمین رعایت حقوق وراثت و جلوگیری از اعمال قانون کشوری است که پیوند چندانی با اصحاب دعوی و موضوع آن ندارد. در صورت اعمال قانون مقر دادگاه با توجه به محل دعوی قواعد مادی ارث تغییر می‌یافت و صرف‌نظر از تابعیت و اقامت وارث و مورث، قانون کشوری اعمال می‌شد که احتمالاً جزء محل دادرسی هیچ ارتباط دیگری با دعوی و حقوق اصحاب آن ندارد.

اما باید توجه داشت که فرار از مقررات امری ارث حتی بدون اعطای حق انتخاب نیز کاملاً محتمل است. همه آنچه که مورث باید انجام دهد، انتقال محل سکونت عادی به کشوری است که مقررات امری در مورد ارث ندارد. اگر فوت مورث بعد از انتقال محل سکونت عادی باشد، ترکه مشمول مقررات امری ارث در کشور سابق نخواهد بود.<sup>۳</sup> بسیاری از نویسندگان در زمان وضع مصوبه اتحادیه اروپا قائل به توسعه حق انتخاب مورث بوده‌اند مثلاً مؤسسه ماکسن‌پلانک پیشنهاد کرده بود که اولاً: اگر مورث قانون کشوری را انتخاب کند که تابعیت آن را دارد اما این تابعیت را قبل از مرگ از دست بدهد، آن انتخاب معتبر باقی می‌ماند. دوم اینکه؛ اگر مورث قانون کشوری را انتخاب کند که قبلاً تابعیت آن را داشته و در زمان انتخاب این تابعیت را ندارد، آن انتخاب مؤثر است. سوم اینکه؛ اگر مورث بیش از یک تابعیت دارد یا اینکه قبلاً تابعیت آن را داشته است، او می‌تواند قانون هر یک از این کشورها را انتخاب کند.<sup>۴</sup> آیین‌نامه مصوب برخی از این پیشنهادات را مورد تأیید قرار می‌دهد اما در مورد اشخاص دارای تابعیت‌های مضاعف اینکه انتخاب او ناظر به کدام یک از تابعیت‌ها است، هیچ‌گونه قاعده‌ای وضع نمی‌کند و تعیین آن را برعهده قوانین داخلی کشورها قرار می‌دهد. اما این ارجاع مشکلی را حل نمی‌کند. زیرا، بسیاری کشورها از جمله فرانسه و آمریکا حق انتخاب میان دو تابعیت قائل نیستند مگر اینکه نسبت به یکی ترک تابعیت نمایند. برخی پیشنهاد می‌کنند که در مورد تابعیت مضاعف انتخاب مورث ناظر به قانون کشوری باشد که مورث به وضوح ارتباط نزدیکی با آن دارد.<sup>۵</sup>

1. Forum Shopping.

2. Devaux, op.cit, (p. 234).

3. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op.cit, (p.609).

4. Ibid, (p. 610).

5. Deaveux, op.cit, (p.234).

## نتیجه‌گیری

قواعد حل تعارض قواعدی است که به تعیین قانون حاکم بر دعوی از بین دو یا چند قانون متفاوت می‌پردازد. علی‌رغم هم‌گرایی انجام شده در عرصه بین‌الملل خصوصی، قواعد حل تعارض راجع به ارث همچنان از متعارض‌ترین قواعد حل تعارض در میان کشورها است. برخی کشورها با تبعیت از نگرش گنرت‌گرا با تفکیک اموال منقول و غیرمنقول متوفی هر یک را تابع قانون یک کشور می‌دانند. برخی دیگر با تبعیت از نگرش وحدت‌گرا، از عامل ارتباط تابعیت یا اقامت پیروی می‌کنند. در این بین عامل محل سکونت عادی نیز به‌عنوان یک راه بینابین در برخی کشورها و اسناد بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است.

معمولاً حقوق خانواده همیشه و غالباً برای حمایت از طرف ضعیف‌تر رابطه حقوقی نیازمند حمایت و کنترل دولت است. این وضعیت به‌طور طبیعی به ایجاد قواعد امری منتهی می‌شود و حاکمیت اراده به سختی در آن راه می‌یابد. این ویژگی در مقام تنظیم حقوق خانواده بین‌المللی نیز اعمال می‌شود. اما در سال‌های اخیر حداقل در اروپا یک طرز تلقی فراملی به سوی پذیرش انتخاب قانون‌گرایی یافته است و برخلاف طرز تلقی سنتی در سیستم‌های حقوقی ملی، حکومت اراده به یک اصل کلی حقوقی خانواده اروپایی تبدیل شده است.

در صورتی که اشخاص ذی‌نفع حق انتخاب قانون داشته باشند، می‌توانند قانونی را جستجو و انتخاب کنند که آنها را در موقعیت مناسب‌تری قرار می‌دهد. انتخاب قانون بی‌ثباتی حقوقی و عدم قابلیت پیش‌بینی را کاهش می‌دهد. طرفین می‌توانند سیستم حقوقی را انتخاب کنند که با آن آشنا هستند و به این ترتیب به حقوق و تکالیف خود آگاهی داشته باشند. انتخاب قانون نه تنها یک ابزار حاکمیت اراده برای اشخاص است بلکه می‌تواند به‌عنوان منبع رقابت میان دولت‌ها در جهت تلاش برای جذب خارجی‌ان در جهت انتخاب سیستم حقوقی خود به‌عنوان قانون قابل اعمال نیز محسوب شود؛ چیزی که به‌عنوان "Law market" یا ایجاد بازار حقوقی شناخته می‌شود. به‌این ترتیب در دو دهه اخیر به نظر می‌رسد یخ حاکمیت اراده در انتخاب قانون در حوزه خانواده و ارث شکسته شده است.

اگرچه حق انتخاب قانون حاکم حداقل در اسناد اروپایی حقوق خانواده پذیرفته شده است، اما

محدوده این انتخاب بسیار محدود است. مورث تنها می‌تواند به جای قانون محل سکونت عادی، قانون متبوع خود را برگزیند. این محدودیت در انتخاب دلایل متفاوتی دارد. تازگی و نوپایی نسبی حاکمیت اراده در این حوزه، وجود اعتقاد غالب مبنی بر اینکه قانون حاکم باید مرتبط با کشور متبوع یا محل سکونت عادی باشد از جمله این دلایل است.

فقدان حق انتخاب قانون مقر دادگاه یکی از انتقادات وارد بر این آیین‌نامه است. امکان انتخاب قانون محل دادگاه موجب هماهنگی بین قانون صالح و دادگاه صالح می‌شود. اعمال این قانون موجب تسریع در قضاوت می‌شود و دادرسی را از لحاظ اقتصادی سودمند می‌نماید. با وجود این، احتمال سوءاستفاده از حق انتخاب و اجرای قوانین کشوری که با رابطه طرفین بیگانه است، آیین‌نامه اروپایی ارث را از پذیرش این معیار برحذر داشته است.

## فهرست منابع

## الف) فارسی

۱. الماسی، نجادعلی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ چهاردهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
۲. پروین، فرهاد؛ نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۸، شماره ۲۵، صص ۲۴۱-۲۷۶.
۳. دالینجر، ژاکوب؛ اصول حقوق بین‌الملل خصوصی در پرتو ساختار شکنی نو، ترجمه کامران آقای، مجله کانون وکلا، ۱۳۸۵، شماره ۱۹۴ و ۱۹۵، صص ۲۲۷-۲۴۰.
۴. خماسی‌زاده، فرهاد؛ تنوع قواعد حل تعارض، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۶، شماره ۲۱، صص ۴۴-۵.
۵. سلجوقی، محمود؛ بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ سیزدهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.

## ب) لاتین

6. Bost Galleys, **Nothing Certain About Death and Taxes (and Inheritance)**: European Union Regulation of Cross-Border Successions, Emory International Law Review, 2013, Vol 27, pp.1145-1174
7. Devaux, Angelique, **the European Regulations on Succession of July 2012: A Path towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or Not?** The International Lawyer, 2013, Vol. 47, Issue 2, pp.228-248
8. Haladova, Hana, **Habitual Residence in Brussels II Bis**, COFOla 2011: the Conference Proceedings, 1. Edition. Brno: Masaryk University, 2011, pp.1-4, Available at: [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofoja2011/files/normotvorba/Haladova\\_Hana\\_6294.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofoja2011/files/normotvorba/Haladova_Hana_6294.pdf), last visited 1/8/2016.
9. House of Lords, **The EU Regulation on Succession :report with evidence, Ordered to be printed 9 March 2010 and published 24 March 2010** , Published by the Authority of the House of Lords, London, 2010.
10. Mańko, Rafał, **Habitual residence as connecting factor in EU Civil**

- justice measures**, Library of the European Parliament, 22/01/2013, available at:  
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM\\_BRI%282013%29130427\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130427/LDM_BRI%282013%29130427_REV1_EN.pdf), Last visited 1/7/2015.
11. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, (to be published in *Rabels Zeitschrift* 74 issue 3, 2010).
  12. Nagy, Csongor István, **What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law?** An EU Perspective, *Nederland's International Privaatrecht (NIPR)*, 2012, Vol. 30, No. 4, pp. 576-586.
  13. Pfeiffer, Magdalena, **Choice of law in international family and succession law**, *The Lawyer Quarterly* 4/2012, available at: [www.ilaw.cas.cz/tlq](http://www.ilaw.cas.cz/tlq), last visited 1/6/2015, pp.291-305.
  14. Popescu, Dan Andre, **Guide on international private law in successions matters**, 2014, Publishing House acknowledged by the Ministry for National Education through the National Council of Scientific Research in Higher Education (CNCSIS) – Code 345, pp.5-126
  15. Symeonides, semon, **Codification and flexibility in private international law**, 2011, pp.1-45, Electronic copy\* available at <http://ssrn.com>, last visited 1/6/2015
  16. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN>
  17. last visited; 1/8/2015.
  18. Eur- Lex, Recitals of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction(2012) applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal of the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>, last visited 1/7/2015.