



Bernard Audit  
برنار آدی

استاد دانشگاه پانتئون - آسس (پاریس ۲)  
حقوق - اقتصاد - علوم اجتماعی

ترجمه:  
دکتر عبدالرسول قدک

\*  
توصیف و حقوق بین الملل خصوصی

\*. این مقاله در مجله فرانسوی «حقوق، ژانویه ۱۹۹۳، ش ۱۸، ص ۵۵» (Droits, n° 18, 1993, p.55) به رشته تحریر درآمده و از فرانسه به فارسی برگردانده شده است.

\_\_\_\_\_

رئوس مطالب:

مقدمه

- الف - شناخت مسأله: قابليت بين المللى امر حقوقى و قواعد ملكى امرى
- ب - راه حلّ مسأله: قواعد حلّ تعارض و توصيف
- ج - كاهش مسأله: تدوين حقوق بين الملل خصوصى قراردادى

نتيجه

\_\_\_\_\_

## مقدمه

توصیف که عمل اساسی استدلال حقوقی است دو وظیفه عمده به عهده دارد. وظیفه نخست آن را در هر رشته می توان ملاحظه نمود. در این وظیفه، توصیف عبارت است از سهولت سخن، بدین ترتیب که یک واژه (رهن...) اجازه می دهد که یک تعریف طولانی به طور اجمالی بیان شود.<sup>۱</sup> وظیفه دوم که اختصاصی تر و ویژگی آن را بیشتر مشخص می سازد عبارت از این است که توصیف، یک نظام حقوقی را تعریف می کند. چنانکه اساسی ترین تقسیم حقوق فرانسه یعنی تمیز حقوق عمومی از حقوق خصوصی نشان دهنده این امر است. این تقسیم بندی حتی در تعیین حدود و رشته مورد بحث دخالت دارد: روابط خصوصی بین المللی. در حالی که مقام رسمی یک کشور احتمالاً یک قانون خارجی را درباره رابطه میان افراد به اجرا در می آورد، حقوق خارجی عمومی اصولاً غیرقابل اجرا تلقی می شود چون مستقیماً منافع دولت دیگری را تأمین می نماید. در اینجا نخست شایسته

۱. در این نقش، گاهی تعریف صرفاً اتفاقی است: از این قرار است هنگامی که یک کنوانسیون مالیاتی بین المللی بیان می کند که منظور از «فرانسه» چیست تا بتواند گستره اجرایی نظامی را که تدوین می نماید، مشخص سازد.

است که به جنبه دیگر موضوع یعنی ویژگی بین المللی امر حقوقی توجه شود زیرا تعارض قوانین یا دادگاهها را مطرح می سازد که تشکیل دهنده موضوع اصلی حقوق بین الملل خصوصی<sup>۱</sup> است (الف). سپس، توصیف نقش قاطعی را در طریقه غالب که برای حلّ تعارض قوانین گسترش یافته است، ایفا می نماید: قاعده حلّ تعارض دوجانبه (ب). سرانجام، هنگامی که با تدوین کنوانسیونها برای رفع گوناگونی نظامهای حقوق بین الملل خصوصی می کوشیم، باز هم مسائل توصیف را در پیش رو داریم (ج).

### الف - شناخت مسأله: قابلیت بین المللی امر حقوقی و قواعد ملی امری

در عبارت «حقوق بین الملل خصوصی»، صفت «بین الملل» موضوع این رشته را مشخص می سازد و نه منبع قواعد آن را که هنوز غالباً مبنای ملی دارند (به همین جهت، گاهی، عبارت «حقوق خصوصی بین المللی» پیشنهاد شده است). حقوق بین الملل خصوصی در هر کشور نظام نکاح بین المللی و قرارداد بین المللی و داوری بین المللی را... تعیین می نماید. پیامدهای عادی قابلیت بین المللی امر حقوقی عبارتند از: ضرورت حلّ تعارض قوانین و گاهی اجرای قاعده مادّی که درباره روابط بین المللی تدوین یافته است. این قاعده خود می تواند مبنای ملی<sup>۲</sup> یا بین المللی<sup>۱</sup> داشته باشد. در هر مورد، نظام حقوقی متفاوتی به اجرا درمی آید که ۲. این شاخه از حقوق در مفهوم فرانسوی آن، شامل حقوق تابعیت و وضع بیگانگان نیز می شود. اساساً، حقوق تابعیت، بیانگر مسأله توصیف است زیرا برای یک دولت این موضوع مطرح است که اتباع خود را تعریف و دسته های ارتباط را مشخص سازد. این دسته ها حق بهره مندی از گسترده ترین حقوق بویژه حقوق سیاسی را که توسط دولت به رسمیت شناخته شده، به یک فرد اعطا خواهند نمود. پس از انجام این اقدامات، تعریف بیگانه صرفاً جنبه منفی به خود خواهد گرفت: بیگانه به کسی گفته می شود که تابعیت دولت را ندارد، خواه تابعیت یک دولت خارجی را دارا باشد - موردی که بسیار متداول است - خواه هیچ تابعیتی را دارا نباشد (رک. به تصویب نامه قانونی ۲ نوامبر ۱۹۲۵، مادّه ۱).

۳. از این قرار است قاعده ناشی از رویّه قضایی فرانسه که شروط بولی را در پرداختهای بین المللی معتبر می داند.

۴. از این قرار است قواعد کنوانسیونهای مربوط به حمل و نقل بین المللی (زمینی، دریایی، هوایی) یا بیع بین المللی.

ویژگیهای خاص خود را، برای توصیف امر حقوقی بین المللی و در نتیجه تعیین ملاک قابلیت بین المللی، اعمال می نماید.

این ملاک مسلّم و روشن به نظر می رسد: امر حقوقی که با بیش از یک نظام حقوقی ارتباط پیدا کند دارای ویژگی بین المللی می باشد. اما این سادگی فریبنده است و قابلیت بین المللی نهایتاً نسبی: زیرا برحسب اینکه در مد نظر قرار دادن عناصر یک امر حقوقی به بررسی کم یا بیش گسترده ای مبادرت ورزیم، آن امر حقوقی می تواند خصلت ملی یا بین المللی به خود گیرد. افزون بر این، ملاک مزبور قاطع هم نیست، چرا که وجود یک عنصر خارجی غیرقابل انکار، جهت توجیه حذف احتمالی قانون متبوع مرجع رسیدگی کننده، همیشه کفایت نمی کند. در صورت اقتضاء، این قانون به عنوان «قاعده بین المللی امری» یا «قانون مربوط به امنیت عمومی» (loi de police) به اجرا درمی آید.

معامله منعقد شده میان دو شرکت مشمول حقوق فرانسه که اقامتگاه آنها در این کشور واقع است یک معامله داخلی به شمار می آید. اما چنانچه یکی از آن دو شرکت شعبه ای باشد که سرمایه آن تماماً متعلق به یک شرکت خارجی است، غیرقابل تصور نیست که آن معامله را یک معامله بین المللی<sup>۵</sup> بدانیم. قرارداد تهیه کالا میان دو مؤسسه مستقر در یک کشور به عنوان یک قرارداد داخلی متجلی می گردد. اما چنانچه فروشنده کالاهایی را که باید تسلیم نماید از خارج وارد کرده باشد، آیا این قرارداد جنبه بین المللی به خود نمی گیرد به طوری که فروشنده مجاز به تغییر ثمن کالا براساس نرخ ارز باشد؟ ممکن است نواده یک مهاجر ناگهان متوجه شود که دارای دو تابعیت است زیرا به موجب سیستم خون، تابعیت نیاکان او بدون محدودیت به وی منتقل می شود و در نتیجه کوشش کند که از وضعیت حقوقی شخصی دیگری بجز آنچه که به نظر می رسد منحصرأ تابع آن باشد، استفاده نماید.

۵. معامله حداقل می تواند مشمول مقرراتی بیامون سرمایه گذارهای خارجی بشود. همچنین، مسأله قابل طرح که در قلمرو حقوق بین الملل عمومی قرار می گیرد این است که آیا دولت متبوع اشخاص حقیقی که شرکت مادر را کنترل می کنند صلاحیت وضع مقررات قابل اجرا درخصوص شعبه را دارد؟ برای مثال چنانچه آن را از برقراری روابط تجاری با برخی از کشورهای ثالث منع نماید.

این مثالها نشان می‌دهند که با بررسی عمیق عناصر یک امر حقوقی داخلی می‌توان به یک عنصر خارجی دست یافت که می‌تواند موجب شود این امر، یک امر حقوقی بین‌المللی توصیف شده و حتی شاید باعث گردد که یک حقوق خارجی به اجرا درآید. بدین ترتیب، درباره بسیاری از امور حقوقی داخلی می‌توان چنین نظر داد که اینها امور حقوقی بین‌المللی هستند که ناشناخته باقی مانده‌اند. آشکار شدن این ویژگی می‌تواند مورد استفاده افرادی قرار گیرد که می‌خواهند از یک نظام حقوق داخلی مزاحم به ناروا رهایی یابند (تقلب نسبت به قانون). مع‌هذا، این وضع بندرت اتفاق می‌افتد زیرا معمولاً چنین تلاشی به شکست می‌انجامد: بنابراین، در آخرین مثال پیش گفته، تعارض تابعیتها، اصولاً به نفع تابعیت محلی، در کشوری که ذی‌نفع با آن تنگاتنگ‌ترین پیوندها را دارد و همچنین در یک کشور ثالث به موجب ملاک تابعیت موثر، حل خواهد شد. اما گاهی دادگاهها می‌پذیرند که عناصر ثانوی یک امر حقوقی، جهت رهایی از مقررات داخلی که بیشتر نامناسب تشخیص داده می‌شوند تا مناسب، مورد توجه قرار گیرند. حقوق داوری نمونه خوبی از این مورد را ارائه می‌دهد. زمانی که حقوق فرانسه شرط داوری را بی‌قید و شرط ممنوع می‌کرد، مع‌هذا، این شرط در قرارداد بسته شده میان دو مؤسسه فرانسوی پذیرفته شد به دلیل اینکه قرارداد به درستی مشمول قانون انگلیس شده بود یعنی قانونی که شرط را، به خاطر اینکه قرارداد مزبور مصالح تجارت بین‌الملل را مطرح می‌ساخت، معتبر می‌دانست. این مفهوم به حدی مبهم است که به دشواری می‌توان از آن به عنوان ملاک سخن به میان آورد، هر چند که بعداً در ماده ۱۴۹۲ قانون جدید آئین دادرسی مدنی، برای تعریف داوری بین‌المللی به کار رفته است. اما در خصوص قرارداد یک نماینده تجارتي مزد بگیر در خارج قابلیت بین‌المللی امر حقوقی برای توجیه حذف ممنوعیت شرط داوری که هنوز شامل اعمال حقوقی مختلط می‌شود، کافی



نبوده و در نتیجه، هیچ اثری بر این شرط بار نمی‌شود.<sup>۶</sup> نخستین نمونه نشان می‌دهد، به فرض اینکه همه عناصر امر حقوقی یکسان باقی بماند، ملاک نسبتاً انعطاف پذیر اعمال مصالح تجارت بین الملل، اجازه گذر از یک نظام داخلی نامطلوب (مبتنی بر ممنوعیت) را به یک نظام دیگر (مبتنی بر آزادی) می‌دهد. اما دومین نمونه حاکی از این است که چنانچه بعکس، دادگاهها به هر علت تصمیم بگیرند که بایستی نظام داخلی محترم شمرده شود، برای آنها امکان پذیر خواهد بود که ویژگی بین المللی امر حقوقی را منکر شوند. با این همه، به لحاظ اینکه چنین شیوه‌ای دلالت بر انکار واقعیت دارد می‌بایستی، برای تضمین اجرای یک قاعده امری داخلی در مورد یک رابطه حقوقی بین المللی، به شیوه دیگری رو آورد.

همچنین، نسبی بودن قابلیت بین المللی در موردی نمایان می‌گردد که عنصر خارجی در یک قضیه متنازع فیه می‌تواند جنبه اساسی داشته باشد در صورتی که تقریباً در قضیه دیگری بی اهمیت جلوه نماید. حتی هنگامی که اصول رایج یک قانون خارجی را صلاحیتدار تشخیص دهد - امری که بویژه در زمینه قراردادهای بین المللی براساس اصل حاکمیت اراده به سادگی امکان پذیر است - ما ناچار به نادیده گرفتن خصلت بین المللی یک امر حقوقی، هر چند مسلم، به دلیل آنکه به اندازه کافی معنی دار و رسا نیست، و در نتیجه، به اجرای قانون مقر دادگاه همچنانکه صرفاً در حقوق داخلی معمول است، خواهیم شد. بنابراین، در حالی که سایر عناصر یک امر حقوقی به یک کشور ارتباط حاصل می‌نماید، اصولاً تابعیت خارجی یک طرف برای بین المللی نمودن امر حقوقی کفایت می‌کند. این عنصر تقریباً، در یک قرارداد بسته شده میان افراد مقیم بی اهمیت است: اساساً در وهله نخست، قرارداد بین المللی را نباید در حکم قرارداد بسته شده میان اشخاص دارای تابعیت‌های گوناگون، بلکه میان اشخاص مستقر در کشورهای گوناگون دانست. بویژه، قرارداد کار،

۶. دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۷ اکتبر ۱۹۸۰، رأی تاردیو (Tardieu)، مجموعه آرای مدنی، بخش نخست، ش ۲۴۲؛ قرارداد خصلت بین المللی نخواهد داشت، حتی اگر لازم باشد که یکی از طرفین آن در خارج اقامت گزینند.

این ملاحظات را به وضوح نشان می‌دهد. چنانچه تنها ملاک ابتدایی قابلیت بین‌المللی را که ناشی از وجود یک عنصر خارجی است، مورد توجه قرار دهیم، هر قرارداد کار بسته شده در یک کشور صنعتی توسط یک کارگر مهاجر یک قرارداد بین‌المللی تلقی می‌شود. نظر به اینکه معمولاً پی‌آمد نخستین این توصیف امکان تعیین حقوق ملی قابل اجرا در خصوص قرارداد است، می‌توان به سادگی پنداشت که کارفرما از این اختیار بهره برده و قرارداد را مشمول قانونی کند که جنبه حمایتی آن کم است، بویژه قانون دولت متبوع کارگر. برای خاتمه دادن به این احتمال، قانون مقر دادگاه «قانون مربوط به امنیت عمومی» توصیف شده و تحت این عنوان، درباره هر کاری که در قلمرو کشور انجام می‌شود، قابل اجراست.

به طور کلی، قابلیت امری ویژه منتسب به هر یک از قواعد حقوق ملی می‌تواند، علی‌رغم ویژگی بین‌المللی رابطه حقوقی و صلاحیت احتمالی یک قانون خارجی با عنایت به قاعده حل تعارض قابل اجرا، سبب به اجرا درآمدن آن شود. پرونده بل (affaire Boll) نمایانگر این وضعیت در عالی‌ترین سطح قضایی است. در پرونده مزبور، دیوان بین‌المللی دادگستری موضع دولت سوئد را تأیید نمود. موضع این کشور از این قرار بود که قواعد ملی مربوط به حمایت از کودکان در خطر می‌توانست درباره یک صغیر به اجرا درآید و آن هم علی‌رغم صلاحیت قانون ملی خارجی متبوع وی که براساس کنوانسیون مربوط به قیمومت که هر دو کشور به آن پیوسته‌اند، تدوین یافته است (کنوانسیون لاهه ۱۹۰۲).<sup>۷</sup>

بنابراین، مسأله توصیف می‌تواند از قلمرو بین‌المللی امر حقوقی به دایره شمول مفهوم قانون مربوط به امنیت انتقال یابد. تلاش‌های بی‌شمار بکار رفته برای تعریف این مفهوم، خیلی بیش از آنهایی که سابق بر این برای تعریف مفهوم مشابه نظم عمومی<sup>۸</sup> انجام گرفته، سودمند واقع نشده‌اند. به اضافه، سودمندی چنین تعریفی پرسش برانگیز است، زیرا توصیف

۷. دیوان بین‌المللی دادگستری، ۲۸ نوامبر ۱۹۵۸، مجموعه آراء، ص ۵۵.

۸. تعریفی که ذکر آن بیشتر متداول است به فرانسسکیس (francescakis) تعلق دارد: «قوانینی که رعایت آن برای تضمین ساختار سیاسی و اجتماعی یا اقتصادی کشور ضروری است».

محض قانون مربوط به امنیت عمومی که حتی همراه با تعیین دسته ارتباط حاکم بر اجرای آن نیز باشد، نباید برای اجرای منظم آن کفایت کند. ضروری است که از یک سو، به همه دسته های ارتباط مربوط به قضیه که به کمک آنها مفهوم عنصر اساسی و معنی دار را تشخیص می دهیم و از سوی دیگر، به منافع متقابل دولتهای درگیر و طرفین توجه کنیم. این امر همچنین نشان می دهد که توصیف الزاماً برای تعیین یک نتیجه کافی نیست ولی می تواند سهمی در قضاوت و بررسی برای مفسر قائل شود.

### ب- راه حل مسأله: قواعد حل تعارض و توصیف

معمولاً، تعارض قوانین حقوق خصوصی، مطابق روش «قاعده حل تعارض» حل می شود. به طور کلی، این روش عبارت است از تقسیم روابط حقوق خصوصی به دسته های ارتباط. هر یک از این دسته ها مشخص کننده ارتباطی است که نظام حقوقی صلاحیتدار را درباره یک موضوع متنازع فیه تعیین می نماید. توصیف یک امر حقوقی، برای اینکه به تعیین قانون قابل اجرا بینجامد در یک تسلسل «توصیف-ارتباط» تحلیل می شود که در آن عمل توصیف، به معنای واقعی کلمه، قاطع است.<sup>۹</sup>

نقش توصیف مسأله بنامی را آفریده است: مسأله تعارض توصیفها. این مسأله هنگامی نمایان می شود که دو نظام حقوقی مطرح، امر حقوقی مورد بحث را در دسته ارتباط یکسانی جای نمی دهند. برآستی، مسأله مزبور یکی از جزئیات موضوع توصیف است که باعث می شود کل آن مدنظر قرار

۹. در این رابطه رک. کنوانسیون (اروپایی) رم به تاریخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ بیرامون قانون قابل اجرا نسبت

به تمهیدات قراردادی، ماده ۷، بند ۱.

۱۰. در جریان توصیف امر حقوقی و برقراری ارتباط برای تعیین قانون صلاحیتدار، ممکن است که دادگاه با مسأله تقلب نسبت به قانون روبرو شود. در اینجا، مقصود تقلبی است که در نتیجه توسل به عملیات متقلبانه موثر در توصیف بدید می آید و نه موثر در ارتباط (مثل تابعیت یا اقامتگاه) که تشکیل دهنده حالت سنتی تقلب است: این چنین است هنگامی که با انتقال مالکیت یک مال غیرمنقول به شرکتی، بخواهیم یک ارثیه غیرمنقول را (که تابع قانون محل وقوع شئی است) به ارثیه منقول که تابع قانون آخرین

نگیرد و بندرت هم رخ می دهد زیرا بر این فرض استوار است که هر دو نظام مطرح، بدون ابهام و به طور سازش ناپذیری، در خصوص توصیف موضوع متنازع فیه موضع خود را روشن ساخته اند. "در مقابل، این اتخاذ موضع بین توصیفهای گوناگون ممکن در نظام ملی قواعد حل است که جهت تدوین یا اجرای قواعد آن بیشتر اوقات مشکل می آفریند. برای تمیز این مسأله از مسأله پیشین، می توان آن را «تعارض دسته های ارتباط» نامید. " از این قرار است هنگامی که می بایستی در مورد اینکه دعوی بطلان بیع مال غیر منقول به دلیل غبن (rescission) در قلمرو دسته ارتباط عینی یا قراردادی جای می گیرد و یا دعوی بطلان قرارداد نکاح مشمول قانون شخصی یا قانون مربوط به نظام مالی زوجین می شود، تصمیم گرفت. بنابراین، اصولاً «بخش اختصاصی» یک کتاب مربوط به تعارض قوانین به بررسی موضوعات ویژه ای می پردازد که در دسته های ارتباط کلی (اشخاص، اموال، قراردادهای، مسؤولیت...) قرار می گیرد و آنهم به خاطر بررسی این است که هر موضوع مشمول دسته ای شود که به نظر می رسد بایستی وارد آن گردد، تا بدین ترتیب بتوان از ماهیت حقوقی غالب آن موضوع اطمینان حاصل نمود.

برای نیل به این هدف، بویژه به جایگاه نهاد حقوقی در شرح منظم حقوق داخلی و حتی در یک قانون (code) توجه خواهد شد. برای مثال، این ملاک باعث می شود قواعد نظام مالی زوجین را که نسبت به کلیه آنها قابل اجراست و نظام «پایه» (primaire) نامیده می شود تابع قانون مربوط به آثار نکاح و نه قانون راجع به نظام مالی زوجین به معنای واقعی بدانیم چرا که همه زوجین باید از آن پیروی نمایند. سپس، مناسب بودن

اقامتگاه متوفی است، تبدیل کنیم: رک. به دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۲۰ مارس ۱۹۸۵، رای گارون (Garon)، مجموعه آرای مدنی، بخش نخست، ش ۱۰۳.

۱۱. از این رو، مسأله تعارض توصیفها می تواند مشکل دیگری را که مدتها مورد اعتنا واقع نشده مطرح سازد: مسأله احاله توصیف که از اختلاف مضمون دسته های ارتباط آمده است: رک. به لوکت (Lequette) مجلد و عه مقالات تقدیمی به دومینیک اولو (Holleaux)، ص ۲۴۹ به بعد.

۱۲. ب. آنسلی، پایداری تعارض توصیفها در برابر همه بین زوجین، ۱۹۷۷.

ارتباط‌هایی که به ترتیب در خصوص دسته‌های ارتباط درگیر با قضیه متنازع فیه پیش بینی شده، در نظر می‌گیریم. برای مثال، این امر موجب می‌شود که عیبهای رضا را در دسته ارتباط قراردادی و نه شخصی وارد کنیم، زیرا قانون شخصی با حمایتی هماهنگی دارد که حالت دائمی شخص (حالت عدم اهلیت) آن را توجیه کند و نه حمایتی که ناشی از یک حالت اتفاقی باشد. از این مطلب چنین برمی‌آید که گاهی نتیجه دلخواه بر توصیف رابطه حقوقی تأثیر می‌گذارد، موضوعی که بعداً ملاحظه خواهد شد.

دسته‌های ارتباط که با توجه به نهادهای حقوق ملی ایجاد شده‌اند، باید در صورت اقتضاء، در خصوص نهادهای خارجی که نسبت به آن بیگانه هستند، مورد استفاده قرار گیرند. به همین منظور، قلمرو دسته‌های ارتباط جهت پذیرش نهادهای خارجی، حسب مشکل اجتماعی که می‌بایستی برطرف نمایند، گسترده خواهند شد. بدین ترتیب، «موفق به ملاحظه اشتراک ماهیت در نهادهای گوناگون خواهیم شد، مشروط بر اینکه نقش آنها را بیش از ساختارشان مدنظر قرار دهیم».<sup>۱۳</sup> بنا براین، تعدد زوجات و طرد زوجه (répudiation) که در حقوق کشورهای غربی شناخته شده نیست مشمول دسته‌های ارتباط «نکاح» و «طلاق» می‌شود. مطابق یک نظر سنتی، بررسی نهاد خارجی در زمینه مخصوص به خود، پیش از جایگذاری آن در یکی از دسته‌های ارتباط متبوع دادگاه، انجام می‌گیرد: «ما امر حقوقی خارجی را در یکی از دسته‌های ارتباط نظام ملی وارد می‌کنیم» (رآپ) (Raape). با این همه، ممکن است چنین اتفاق بیفتد که نهاد خارجی با یک دسته ارتباط متبوع دادگاه صرفاً قابل انطباق نباشد. از این قرار است وضعیت تراست (trust) در حقوقهای تابع نظام عرفی (Common Law)، یعنی نهادی که قابلیت دارد در زمینه‌های بسیار گوناگون بکار گرفته شود. دادگاههای فرانسه که با این مشکل روبرو شده‌اند، قاعده حلّ تعارض مربوط به دسته ارتباطی که به نظر آنان بیشترین رابطه را با امر حقوقی خارجی دارد به اجرا درآورده‌اند (ارث،

۱۳. باتیفول، جنبه‌های فلسفی حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات سیره (Sirey)، ۱۹۵۶، ش ۱۹.

قرارداد...).

بنابراین، عمل توصیف غالباً اقتضاء می نماید که با منظور داشتن مدّت زمانی چند، پیرامون مفهوم نهادهای داخلی و خارجی بیندیشیم. از این روست که به آسانی برای مبحث تعارض قوانین، ارزشی ویژه و آموزنده، صرف نظر از موضوع مستقیم آن قائل می شوند.

در بعضی موارد، تعارض دسته های ارتباط چنان تردید برانگیز است که حتی ما می توانیم فکر کنیم که - برخلاف آنچه انشای یک حکم بیان می کند، بویژه مطابق شیوه استدلال قیاسی (deductif) مختص حقوق فرانسه («نظر به اینکه...») - قاضی توانسته است توصیف امر حقوقی را حسب نتیجه ای که بر آن مترتب است انتخاب نموده و سپس تصمیمی را که بر این مبنا اتخاذ کرده به ترتیبی انشاء نماید که به صورت یک پیامد اجتناب ناپذیر توصیف که با توجه به آن باب استدلال باز شده، متجلی گردد.<sup>۱۴</sup>

این گونه استفاده احتمالی از توصیف توسط قاضی باعث شد که، طی سالهای دهه ۱۹۳۰ در امریکا، شیوه حلّ تعارض قوانین مورد انتقاد دکتترین واقع شود. این انتقاد به اندازه کافی گسترش یافت و موجب شد که متعاقباً در اروپا از «بحران تعارض قوانین»<sup>۱۵</sup> سخن به میان آید. نویسندگان حقوقی بر ویژگی «خودکار» یا «به غلط» «بی هدف» شیوه حلّ تعارض قوانین خرده گرفته و پیشنهاد کرده اند که انتخاب مستقیم یا فوری میان قواعد ماهوی متفاوت حسب اهداف سیاست قانونگذاری که حاکم بر تدوین متقابل آنها بوده و ارتباطات ویژه امر حقوقی (نظریه بررسی مصلحت دولت)، جایگزین انتخاب میان دو نظام حقوقی (حقوق دولت X و حقوق دولت Y) براساس یک قاعده حلّ تعارض، شود. بنابراین، در صورتی که یک حادثه رانندگی در خارج میان اشخاصی که

۱۴. این احتمال در حقوق داخلی وجود دارد: برای مثال، در موارد زیادی که برای قهری یا قراردادی قلمداد کردن یک مسؤلیت تردید می شود.

۱۵. کِگِل (Kegel)، بحران تعارض قوانین، مجموعه درسهای آکادمی لاهه، جلد ۱۱۲، ۱۹۶۴، بخش دوم،

معمولاً در یک کشور ساکن هستند، رخ دهد و قانون محل حادثه تنها جبران خسارت اقتصادی را مجاز شمارد در حالی که قانون دولتی که طرفین در آن ساکن هستند ترمیم خسارت معنوی را نیز اجازه دهد، می بایستی به جای اینکه به طور خودکار قانون محل ارتکاب بزه را (مطابق قاعده سنتی حلّ تعارض قوانین) به اجرا درآوریم، از قانون محل سکونت مشترک طرفین پیروی کنیم. زیرا قانون اخیرالذکر واقعاً در مقام اجرا نسبت به قانون قبلی متضمن یک مصلحت عالی است. این شیوه از مد نظر قرار دادن هر عمل توصیف که به عنوان یک «نیرنگ» تلقی شود، جلوگیری به عمل می آورد.

انتقاد از توصیف مطابق شیوه حلّ تعارض قوانین بعضاً توجیه پذیر است چون می توان چنین پنداشت که گاهی اوقات قاضی واقعاً توصیف را حسب نتیجه برمی گزیند، اما انتقاد بسیار تند است زیرا منکر این امر می باشد که توصیف در بیشتر موارد، چیزی جز طریقه جهت دادن به استدلال است. در ضمن، یک توصیف غالب وجود دارد که با ماهیت امور سازگار است و در نتیجه، نمی تواند کاربردی غیر از کاربرد واقعی خود داشته باشد. می توان یک مثال بسیار کلی ذکر نمود. هر چند که طلاق به اتحادی که مبتنی بر رضا است پایان می بخشد و بیشتر اوقات هم به سبب تقصیر اعلام می شود، اما موضوعی است که بیش از آنکه جنبه قراردادی یا قهری داشته باشد به احوال شخصیه مربوط می گردد. درباره موضوعاتی که بحث برانگیزتر هستند، احراز توصیف اجازه پیش بینی راه حل را می دهد و لذا، از وسعت قضیه متنازع فیه می کاهد و آنهم به خاطر اینکه توصیف در برگیرنده و اختصاص دهنده تجزیه و تحلیلی است که مطابق دکترین پیش گفته، می بایستی به مناسبت طرح هر قضیه از سر گرفته شود.

این بحث، مطابق ترمینولوژی سنتی پیش گفته، مسأله تعارض توصیفها را به طور بسیار روشنی مشخص می سازد. در موارد بسیار مشکل، گزینش یک توصیف به موجب قانون مقرّ دادگاه می تواند نموداری از یک سیاست قانونگذاری معین باشد و این امر عملاً راه حلّ تعارض قوانین با یک نظام حقوقی خارجی را تحمیل می نماید. به همین جهت، دیوان عالی

کشور فرانسه در یکی از آرای خود که به عنوان رأی اساسی قلمداد شده است نظر داد: «در مورد این پرسش که آیا یکی از عناصر انجام مراسم ازدواج مربوط به دسته قواعد شکلی یا قواعد ماهوی است قضات فرانسوی باید تصمیم بگیرند و آن هم مطابق مفاهیم حقوق فرانسه که به موجب آن ویژگی مذهبی یا غیرمذهبی ازدواج یک شرط کلی است.»<sup>۱۶</sup> این رأی که مسأله - بس مجرد - تعارض توصیفها را به سود توصیف به موجب قانون مقرر دادگاه حلّ نموده، دارای یک پیامد بسیار ملموس است: به طور کلی، در صورت اختلاف، برتری سیاست قانونگذاری دولت مقرر دادگاه را بر سیاست قانونگذاری دولت خارجی تأیید می نماید. همچنین، رأی مزبور در رابطه با مسأله ویژه ای که حلّ می نماید اعلام می کند سیاست فرانسوی غیرمذهبی بودن (laïcité)، اجرای یک قانون خارجی که انجام مراسم مذهبی ازدواج را جزء شرایط ماهوی می داند مجاز نمی شمارد: کافی است فقط یک گام فراتر رویم تا قانون خارجی را مخالف نظم عمومی ملی اعلام کنیم. افزون بر این، بررسی بسیار ملایمی که از این راه حلّها تحت عنوان توصیف به موجب قانون مقرر دادگاه و توصیف مراسم مذهبی ازدواج به مثابه قاعده شکلی به عمل آمد، ویژگی مفهومی و قیاسی حقوق فرانسه را خاطر نشان می سازد. بدین ترتیب ملاحظه می کنیم که «بحران تعارض قوانین» دگرگون کننده تضاد میان استدلال قیاسی (raisonnement déductif) و استدلال استقرایی (raisonnement inductif) و همچنین تضاد میان رویه قضایی مبنی بر مفاهیم و رویه قضایی مبنی بر منافع است.<sup>۱۷</sup> روش قاعده حلّ تعارض که کاملاً متکی بر توصیفها است کاملاً با نخستین تضاد سازگاری دارد اما تضاد دوم به سختی با آن هماهنگ می گردد.

۱۶. دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۲۲ ژوئن ۱۹۵۵، رأی گرشلانی (Caraslanis)، آرای مشهور رویه قضایی حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، ش ۲۸.

۱۷. رک. «ویژگی مربوط به نحوه عمل قاعده حلّ تعارض قوانین. پیرامون بحران تعارض قوانین»،

مجموعه درسهای آکادمی لاهه، جلد ۱۸۶، ۱۹۸۲، بخش سوم، ص ۲۱۹.



## ج- کاهش مسأله: تدوین حقوق بین الملل خصوصی قرار دادی

به لحاظ نبودن یک حقوق مادی متحدالشکل که تحقق آن همیشه با مشکل روبروست، کوشش می شود که حقوق بین الملل خصوصی را لااقل، با تدوین قواعد حلّ تعارض قوانین واقعاً بین المللی یا قواعد راجع به صلاحیت قضایی یا قواعد مربوط به شناسایی احکام به منظور احتراز از تصمیمات متناقض، در قالب کنوانسیونهایی یکنواخت ساخت. بویژه، از یک قرن پیش، کنفرانس لاهه درباره حقوق بین الملل خصوصی چنین نقشی را به عهده دارد. مسائل توصیف در تمام سطوح مطرح می گردد. بخصوص هنگامی که مقدماً گستره اجرایی کنوانسیون یعنی زمینه مورد نظر معین می شود. زیرا، ما با گوناگونی مفاهیم یا با عدم تجانس احتمالی آنها از یک کشور به کشور دیگر روبرو می شویم. مسأله غالباً به سکوت برگزار شده است و آن هم به امید اینکه دادگاههای ملی که برای اجرای کنوانسیون دعوت می شوند، مفاهیم مشترکی را اتخاذ نمایند. موقعی که برای تدوین حقوق بین الملل خصوصی براساس کنوانسیون عمل می کنیم، کنوانسیون شیوه های گوناگونی را ارائه می دهد. یکی از این شیوه ها عبارت است از کنار گذاشتن اصطلاحی که دارای مفهوم کاملاً حقوقی است و جایگزین ساختن آن با عبارتی طولانی و توضیحی که حاکی از عناصری است که جنبه مادی بیشتری دارند: روی همین اصل است که کنوانسیون لاهه ۵ اکتبر ۱۹۶۱ درباره حمایت از صغار - که بدو از کاربرد اصطلاح «قیمومت» مندرج در کنوانسیون قبلی ۱۹۰۲ مذکور اجتناب می ورزد - از «اقدامات مربوط به حمایت از شخص و اموال صغیر» (ماده اول) سخن می گوید. شیوه دیگر عبارت است از روشن ساختن وضع بعضی از موضوعات که می توانند تردید برانگیز باشند: به همین جهت است که کنوانسیون لاهه ۱۹۷۸ درخصوص قانون قابل اجرا نسبت به نظامهای مالی زوجین، آشکارا تعهدات اتفاقی بین زوجین، حقوق ارثی همسر بازمانده و اهلیت زوجین را از گستره اجرایی خود خارج می سازد (ماده اول). ولی ملاحظه می شود که هر یک از این اصطلاحات خود قابلیت پذیرفتن معانی مختلف را دارد.

شیوه‌های مذکور صرفاً راه‌حلهای موقتی بوده که توانایی حذف مشکلات را ندارند. حلّ این مشکلات توسط محاکم دولتهای متعاقد قابلیت به وجود آوردن تعبیرات گوناگونی را دارد که برای اجتناب از آن فقط می‌توان با آسان نمودن دستیابی به رویه‌های قضایی ملی، تلاش کرد. تنها یک محکمه فراملی می‌تواند وحدت تفسیر دلخواه را تأمین نماید. کنوانسیون اروپایی بروکسل درباره صلاحیت قضایی و اجرای احکام<sup>۱۸</sup> استثنائاً از این مزیت برخوردار است چون تفسیر حقوقی آن به دیوان دادگستری جوامع اروپا محول شده است. در رابطه با گستره اجرایی کنوانسیون مزبور، چنانکه از عنوان آن برمی‌آید، کنوانسیون در «زمینه‌های مدنی و بازرگانی» اجرا می‌شود. این مفهوم کلی، حقوق خصوصی را از دیدگاه کشورهای تابع نظام حقوق رم، مدنظر قرار می‌دهد. با پیوستن کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا به کنوانسیون - نظامی که عملاً در آن حقوق بازرگانی از حقوق مدنی تمیز داده نمی‌شود - مقرر گردیده است که مفهوم کلی مزبور «بویژه موضوعات مالیاتی، گمرکی یا اداری» را در برنگیرد. اما حتی بین کشورهایی که دیدگاههای حقوقی آنها بیشتر به هم نزدیک است، توصیف یک قضیه متنازع‌فیه می‌تواند تردیدهای جدی در پی داشته باشد، چون در صورت اقتضاء، در یک نظام حقوقی نیز تردیدهایی بروز می‌نماید.<sup>۱۹</sup> مبادرت به توصیف به موجب اصول حقوقی متبوع قاضی رسیدگی‌کننده می‌توانست این نتیجه را به بار آورد که گستره اجرایی کنوانسیون از یک کشور به کشور دیگر یکسان

\* رک. به این‌گودمه-تالون (Hélène Gaudemet - Tallon) کنوانسیونهای بروکسل و لوگانو، صلاحیت بین‌المللی، شناسایی و اجرای احکام در اروپا، کتابفروشی عمومی حقوق و رویه قضایی (L.G.D.J.)، ۱۹۹۳، ۲۴۳ صفحه - مترجم.

۱۸. در یک پرونده نمونه، محاکم فرانسوی به توصیف نقاشیهای دیواری جدا شده از تکیه‌گاه خود پرداخته و به ترتیب، برای تعیین آن که آیا دعوی بطلان بیع به دلیل غبن قابل استماع بوده و سپس جهت اجرای کنوانسیون قضایی فرانسه - سوئیس. محاکم مختلف رسیدگی‌کننده نقاشیهای دیواری را به ترتیب، به اموال غیرمنقول، به اموال غیرمنقول در حکم منقول، به اموال منقول در حکم غیرمنقول و سرانجام به اموال منقول توصیف کرده‌اند (هیأت عمومی دیوان عالی کشور (رای اصراری)، ۱۵ آوریل ۱۹۸۸، مجموعه آرای مدنی، ش ۴).

نباشد. از این رو، دیوان دادگستری جوامع اروپایی، در این مورد و موارد متعدّد دیگر پیش گفته، با عنایت به قواعد مربوط به صلاحیت مندرج در کنوانسیون و گستره اجرایی آن، چنین تصمیم گرفته است که برای انجام توصیف شایسته بود: «نه به حقوق یکی از کشورهای مربوطه، بلکه، از یک سو، به اهداف و به نظام حقوقی کنوانسیون، از سوی دیگر، به قواعد عمومی که از کلیّه نظامهای حقوق ملی ناشی می شود»<sup>۱۹</sup> استناد جست. لذا، دیوان در این موارد کوشش نموده است به توصیفی مستقل و منحصرآ اروپایی مبادرت ورزد. این توصیف اصولاً کلیّه دیدگاههای نظامهای حقوقی ملی را، جهت گزینش دیدگاهی که اولویت دارد، مورد توجه قرار می دهد. در واقع، موارد متعدّدی که دخالت دیوان را برای توصیف امر حقوقی به همراه داشته است، دشواری زیاد انجام توصیف را نشان داده و بیشتر اوقات از ناخرسندی مفسرین حکایت دارد. به طور شگفت آور، هنگامی که نهاد پیش بینی شده در کنوانسیون برای کلیّه کشورهای شرکت کننده شناخته شده نیست، شرایط توصیف آسان تر است، چنین است درباره «تراست» که کنوانسیون لاهه اوّل ژوئیه ۱۹۸۵ ترتیب شناسایی آن را، بویژه برای کشورهایی که نسبت به آن آگاهی ندارند، داده است.<sup>۲۰</sup>

## نتیجه

نظر به اینکه روابط خصوصی بیانگر یک عنصر خارجی، موضوع حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل می دهد، این حقوق در بدو امر با

۱۹. دیوان دادگستری جوامع اروپایی، ۱۲ اکتبر ۱۹۷۶، رأی اوروکنترل (Eurocontrol) مجموعه آرای، ۱۹۷۶، ص ۱۵۴۱: در این خصوص دیوان چنین اظهار نظر کرده است که «تصمیم متّخذ در مورد دعوی یک شخص خصوصی به طرفیت مقام رسمی، که در آن مقام مزبور در رابطه با سمت رسمی خود اقدام نموده است، مشمول گستره اجرایی کنوانسیون نمی شود».

۲۰. با وجود این چنانچه مشکلی در رابطه با یک قضیه متنازع فیه مطرح شود، اصطلاح «تراست» به طور نسبتاً روشنی در آن تعریف شده است. (ماده ۲).

شناخت این مسأله برخورد می‌کند که امر حقوقی داخلی در کجا متوقف می‌شود و امر حقوقی بین‌المللی از کجا آغاز می‌گردد. به لحاظ دشواری این تعریف، مسأله‌ای که اغلب مطرح می‌باشد این است که آیا فلان قاعده داخلی تاب رقابت با قوانین خارجی را دارد یا نه؟ این موضوع نیز در نتیجه توصیف یعنی توصیف قانون مربوط به امنیت عمومی مشخص می‌شود. به هر حال، نهایتاً می‌بایستی پیرامون ویژگی قاطع یا غیر قاطع عناصر خارجی مطروحه اظهار نظر نمود، امری که به سختی می‌تواند از پیش و به طور کلی معلوم گردد.

علی‌رغم گوناگونی حقوق‌های داخلی، برای یکنواخت ساختن مقررات حاکم بر روابط حقوقی که ویژگی بین‌المللی آنها غیرقابل انکار است، حقوق تعارض قوانین به یک روش غیرمستقیم که حاکی از بی‌طرفی کامل است یعنی قواعد حل تعارض قوانین، متوسل می‌شود. این روش ایجاب می‌کند که موضوع متنازع فیه در دسته‌های ارتباط حقوقی از پیش تعیین شده قرار گیرد. لذا جهت تحقق این امر لازم است به طور منظم قائل به تقسیماتی در روابط حقوقی شد که گاه به سختی صورت می‌پذیرد. افزون بر این، گوناگونی حقوق‌های داخلی، نه تنها در راه حل‌های مادی بلکه در مفاهیم و حتی در تقسیم روابط حقوقی، نمایان می‌گردد. پدیدار شدن این مشکل باعث شد که بارتن (Bartın) به این نتیجه برسد که «دستیابی به حذف تعارض قوانین امری است غیرممکن». «همچنین، این مشکل، هنگامی که دولتها باتفاق برای حذف تعارض قوانین از طریق کنوانسیون (یعنی برای تدوین راه حل‌های یکنواخت) تلاش می‌نمایند، آشکار می‌گردد. با این همه، به گونه‌ای اغراق آمیز، نتیجه‌گیری بارتن از آن بدبینانه بوده است: مشکلات غیرقابل حل چندان زیاد هم نیستند، زیرا به طور کلی وجوه اشتراک میان نظام‌های حقوق خصوصی به اندازه‌ای است که می‌توان یک راه حل هماهنگ تعارض قوانین را واقعاً فراهم ساخت.