

مطالبه اموال فرهنگی از دیدگاه حقوق بین الملل خصوصی*

****Christian ARMBRÜSTER**

ترجمه دکتر فرهاد خمایی زاده***

چکیده

گسترش معاملات بین المللی آثار هنری و افزایش جابجایی های غیرقانونی اموال فرهنگی، عوامل اصلی طرح وضعیت این اموال در سطح بین المللی می باشند. قواعد عمومی حاکم بر جابجایی اموال فرهنگی اساساً قواعد عمومی حقوق بین الملل خصوصی در زمینه قراردادها و حقوق عینی و همین طور اصول کلی حاکم بر موضوعاتی از قبیل توصیف یا اجرای قواعد انتظامی اند. در این مقاله کاربرد حقوق بین الملل خصوصی در زمینه مطالبه اموال فرهنگی و عامل ارتباط متفاوتی با محل وقوع مال،**** یعنی قانون کشوری که اموال فرهنگی به طور غیرقانونی از آن خارج شده اند، به خصوص دعاوی ای که ماهیتی «عینی»***** عرضه می دارند مطالعه خواهد شد، زیرا تحلیلی که در دست داریم طبعاً با مسائلی اجرایی ارتباط حاصل خواهد کرد که با موضوعات مربوط به مالکیت سر و کار دارند.

*. مأخذ این مقاله به قرار ذیل است :

Revue Critique de Droit International Privé, 93 (4), oct-dec. 2004.

**. استاد حقوق مدنی و حقوق بین الملل خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه «Freie» برلین.

***. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

****. *Lex rei sitae*.

*****. *Réelle*.

مقدمه

اموالی که ارزشی هنری، تاریخی و علمی دارند همواره در معرض جابجایی و خروج از مرزها بوده‌اند. این جابجایی‌ها می‌توانند علل مختلفی داشته باشند، ولی متأسفانه غالباً به صورت غیرقانونی انجام شده‌اند. منشأ اصلی صدور غیرقانونی اموال فرهنگی را می‌توان در بدو امر در جابجایی‌های اجباری بر اثر وقوع جنگ، استعمار و سپس وجود شبکه‌های مخفیانه بازار سیاه جستجو کرد.

مقاله ما در پی بررسی دلایل چنین نقل و انتقالات غیرقانونی نیست.^۱ همچنین ما دیگر در پی دفاع یا محکوم نمودن این جابجایی‌ها چه در جریان جنگ‌های ناپلئون و چه در جریان جنگ دوم جهانی که به صورت مستمر منجر به غارت ثروت فرهنگی کشورهای متخاصم شده‌اند، نیستیم. اما ناگفته نماند که این جابجایی‌ها دارای آثار و نتایج حقوقی واقعی هستند. برای مثال می‌توان از ادعای کشور آلمان مبنی بر خارج شدن اموال فرهنگی این کشور توسط دولت شوروی به عنوان غرامت از بین رفتن اموال فرهنگی شوروی در نتیجه جنگ، نام برد، اموالی که هنوز در روسیه نگهداری می‌شوند. همچنین ما دیگر در مورد مصادره اموال یهودیان توسط رژیم نازی، «موضوع کنفرانس واشنگتن مورخ ۳ دسامبر ۱۹۹۸» که در

۱. رجوع شود به مثال‌های ذکر شده در آثار ذیل:

John Henry Merryman, "A licit international trade in cultural objects", in *La vente internationale d'oeuvre d'art, Aspects juridiques du commerce international de l'art*, ICC Publication, no. 436, vol. 1996, p. 3 (9); Eric Jame, "Etudes de droit international fur den Kulturguterschutz im Internationalen Privatrecht", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Genève, 1993, p. 717 (720 et s).

نتیجه آن اصول ناظر بر اموال هنری ضبط شده توسط نازی‌ها* وضع شد، صحبتی به میان نمی‌آوریم.^۲

در رابطه با تحولات جدیدی که در نظام بین‌المللی روی داده است، باید به خصوص از اقدامات اتحادیه اروپایی نام برد. این اتحادیه قواعد خاصی را در قالب آیین‌نامه ۳۹۱۱/۹۲ شورا،^۳ در مورد صدور اموال فرهنگی به کشور ثالث، و همچنین دستورالعمل ** CEE/۷/۹۳ شورا، در مورد استرداد اموال فرهنگی‌ای که به صورت غیرقانونی از قلمرو سرزمینی یک دولت عضو اتحادیه خارج شده‌اند،^۴ پیش‌بینی نموده است. این دو سند حقوقی در پی برقراری سازش میان اصل حفاظت از ثروتهای ملی با اصل

*. Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art.

۲. برای مثال رک.

The New York Court of Appeals, Final Decision in the Case of the Grand Jury Subpoena Duces Tecum, & The People & C. Respondent vs. The Museum of Art, Appellant. 99, N. Y. Int. 0126, decided 21 Sept, 1999.

3. Du 9 dec. 1992, CE. Journ. Off., n L 395/1 du 31 dec. 1992.

همچنین رک. گزارش ۲۰ اوت ۲۰۰۱ کمیسیون شورا به پارلمان اروپایی و کمیته اقتصادی و اجتماعی ناظر به اجرای آیین‌نامه (CEE) به شماره ۳۹۱۱/۹۲ شورا در ارتباط با خارج نمودن اموال فرهنگی و بخشنامه (CEE/93/7) شورا در رابطه با عودت اموال فرهنگی که به طور غیرقانونی از قلمرو یک کشور عضو خارج شده‌اند.

** Directive.

4. Du 15 mars 1993, JOCE, n L74 du 27 mars 1993, revisee par la directive CE/96/100 du 17 fev. 1997, JOCE, n L60/59. v. Guidu Carducci, La restitution internationale des biens culturels et des objets d art volés ou illicitement exportés, Droit commun, Directive CEE, Conventions de l Unesco et de l Unidroit, Paris, 1997, p. 11 et s. ; Manlio Frigo, La circolazione internazionale dei beni culturali: Diritto internazionale diritto comunitario e diritto, Milano 2001, p. 22 et s. v. aussi Marie Cornu, "L Europe des biens culturels et le marche", JDI 2002, p. 677 (687 et s.); Francois Rigaux, " Le commerce des oeuvres d art dans le Marche commun:", Etudes de droit international en l honneur de Pierre Lalive, Geneve, 1993, p. 733 (743); Kurt Siehr, "International Art Trade and the Law" RCADI, 243 (1993-6), p. 9-292.

گردش آزاد کالاها می‌باشند. موضوع آیین‌نامه ۳۹۱۱/۹۲ نظارت پیشگیرانه‌ای است که بر صادرات اموال فرهنگی به کشور ثالث اعمال می‌شود؛ به عبارت دیگر حذف نتیجه نظارت بر مرزهای داخلی، امکان‌پذیر کردن صادرات بلامانع ثروت ملی یک دولت عضو به یک کشور ثالث می‌باشد. برعکس، دستورالعمل CEE/V/۹۳، در رابطه با نحوه بازگشت ثروتهایی ملی است که به طور غیرقانونی از قلمرو یکی از دولتهای عضو اتحادیه و نه از قلمروی اتحادیه، خارج شده‌اند. به موجب ماده ۱۲ دستورالعمل، قانون حاکم بر مال فرهنگی‌ای که استرداد آن تقاضا شده، قانون دولت عضوی است که آن مال به صورت غیرقانونی از آن صادر شده است (احاله خاص Renvoi special).*

به غیر از اسناد مربوط به اتحادیه اروپا، کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو (Unesco) و همچنین کنوانسیون ۱۹۹۵ مؤسسه وحدت قوانین (Unidroit)^۵ درباره اموال فرهنگی مسروقه یا اموالی که به طور غیرقانونی خارج شده‌اند مورد بررسی است. این کنوانسیون در رابطه با استرداد اموال فرهنگی

*. Renvoi spécial.

۵. کنوانسیون ناظر بر روشهای جلوگیری و ممنوع نمودن واردات و صادرات و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی (۱۹۷۰-۱۱-۱۴۱)، سری معاهدات سازمان ملل متحد (UNTS) جلد ۸۲۳، ص ۲۳۱ و بعد. دولت فرانسه در ۲۵ آوریل ۱۹۹۷ این کنوانسیون را تصویب نموده است: JO3 mai 1997.

۶. کنوانسیون وحدت قوانین ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، ۳۴ موضوع قانونی بین‌المللی، ((ILM)) ۱۳۲۲ (۱۹۹۵). دولت فرانسه این کنوانسیون را امضا نموده، ولی هنوز در این کشور به تصویب نرسیده است. متن کامل کنوانسیون در همین مجله (۱۹۹۷، صص ۲۹۰-۲۸۲) درج گردیده است. رک. نظریات «Pherre Lalive» در مقاله‌ای تحت عنوان «کنوانسیون وحدت قوانین در مورد اموال فرهنگی مسروقه یا به طور غیرقانونی خارج شده»، ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، مجله سوییسی حقوق بین‌الملل و حقوق اروپایی (RSDIE)، ۱۹۹۷، صص ۵۸-۱۳؛ مقاله «A. L. Droz» تحت عنوان «کنوانسیون وحدت قوانین در رابطه با استرداد بین‌المللی اموال فرهنگی مسروقه یا به طور غیرقانونی خارج شده»، رم ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، همین مجله، ۱۹۹۷، ص ۲۳۹ به بعد؛ همچنین «G. Carducci»، همان.

سرقت شده است، خواه به ضرر دولت باشد و یا شخص خصوصی. از سوی دیگر، هدف کنوانسیون وحدت قوانین تأمین استرداد اموال فرهنگی‌ای است که برخلاف قوانین دولت عضو کنوانسیون به طور غیرقانونی از سرزمین آن دولت خارج شده‌اند. متصرف باید اموال فرهنگی را مسترد نماید. مع‌ذلک در صورت احراز حسن متصرف، وی حق دریافت غرامت دارد. در اینجا یکی از موضوعات حقوق عمومی مطرح می‌شود. کنوانسیون از همان زمان تدوین با انتقاد چند نویسنده^۷ و همچنین اهل حرفه‌ای که بواسطه تدوین کنوانسیون بی‌شک محدودیتها و مزاحمت‌هایی در فعالیتهایشان بوجود آمده بود، مواجه شد.^۸ برعکس، دکت‌ترین از کنوانسیون استقبال خوبی کرد.^۹

ما در اینجا در صدد بررسی جزئیات این اسناد خاص نیستیم، بلکه بیشتر به بررسی کاربرد حقوق بین‌الملل خصوصی عام در محدوده موضوع مطالبه اموال فرهنگی بر مبنای قواعد حقوق خصوصی، خواهیم پرداخت. در این مقاله به خصوص پرونده‌هایی که ماهیتاً مربوط به حقوق عینی‌اند

7. Claude Blaizot, "Une idée genereuse mais dangereuse", *Connaissance des Arts*, \mk 1996, p 125; Ruedi Staeshlin, "Die Unidroit-Konvention: kulturelle verheerend, mit Schweizer Reichit unvereinbar, wirtschaftlich ein eigentor", *Unidroit: Recht und Ethik im Handel mit Kulturgut*, 1998, p 63-82; Cf. Sp. Vrellis, *The Drafts of Unidroit Agreements and the Proposal for a Council (EEC) Directive: A Parallel Retrogression?*, *Archaeological Heritage: Current Trends in its Legal Protection*, 1995, p. 173 et s.

8. Georges Droz, *op.cit.*, p. 277.

9. Cf. Notamment Pierre Lalive, "Une convention internationale qui derange: La Convention Unidroit sur les Biens Culturels", *Melanges en l'honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice*, Parie, 1999, pp. 177-188; Idem., "Une avance du droit international: La Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels voles ou illicitement exportes", *Revue de Droit Uniforme-Uniform Law Review*, NS 1(1996), pp. 40-58.

(de nature réelle) بررسی خواهند شد، زیرا بحث تحلیلی ما به صورت عمیق تری عوامل و عناصر مربوط به عامل ارتباط موضوعات مربوط به مالکیت را پوشش خواهد داد.

۱- صلاحیت دادگاه محل طرح دعوی مطالبه یک مال فرهنگی

ابتدا صلاحیت دادگاه محل طرح دعوی مطالبه اموال فرهنگی توسط دولت، نه شخص حقوقی، بررسی می‌شود.

الف - دعوی دولتی که در راستای اعمال حاکمیت (Actes iure imperii) اقامه می‌شود

بین دعوی دولتی که در راستای اعمال حاکمیت خود و دعوی دولتی که در راستای اقدام به اعمال تصدی (iure gestionis) اقامه دعوی می‌کند باید تفکیک قائل شد. اصولاً در دعوی نوع اول دادگاه رسیدگی کننده به اعمال حاکمیتی خارجی هدایت می‌شود. به موجب عرف بین‌المللی در بیشتر حالات دادگاهها چنین دعاوی‌ای را رد می‌کنند، زیرا پذیرش ادعایی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم متضمن اعمال حاکمیت دولتی خارجی باشد، مردود است. برعکس، امتناع از رسیدگی نباید به عدم تمایل دادگاه به کاربرد حقوق عمومی دولتی خارجی تعبیر شود.

برای اینکه بهتر دانسته شود که چرا دادگاهها دعوی دولتی خارجی را رد می‌کنند، مثالی می‌آوریم. فرض کنیم یک دولت ضبط خود به خود (اتوماتیک) اموال فرهنگی‌ای را که به طور غیرقانونی از خاک آن دولت خارج شده‌اند، پیش‌بینی کرده باشد. به موجب این تمهید که ناشی از قدرت

عمومی است، به صرف تحقق صدور غیرقانونی اموال فرهنگی، دولت مذکور مالک آن اموال می‌شود. آیا ممکن است در چنین حالتی دادگاه ادعای مالکیت اموال مورد بحث و به عبارت دیگر ادعای ناشی از اعمال تصدی را بپذیرد؟

رویه قضایی انگلستان قبلاً در پرونده «Attorney-General of New Zeland v. Ortiz and Others» در این رابطه اعلام موضع نموده است.^{۱۰} مال مورد مطالبه نیوزلند چوب کنده کاری شده‌ای مربوط به دوره مائوری بود که کلکسیونری انگلیسی آن را در این کشور به دست آورده و سپس به طور غیرقانونی از این کشور به نیویورک برده بود. «Ortiz» کلکسیونر دیگر این اثر هنری را در نیویورک خریداری نمود و پس از بردن آن به ژنو تصمیم می‌گیرد آن را در حراج «Sotheby» در لندن به فروش برساند. دولت نیوزلند به محض آگاهی از برگزاری این حراج به استناد حق مالکیتی که بر این اثر هنری قائل بود، خواستار تعلیق حراج شد. مبنای این ادعا از بخش ۱۲ قانون اشیاء تاریخی* نشأت می‌گرفت: «شیئی تاریخی که عمداً و برخلاف مقررات این قانون خارج شده یا در معرض

10. Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 1982, QB. 349; 1982-2W. L. R. 10; 1982-1 Lloyds Rep. 173; 1981-125 S. G. 530; Times, July 8, 1981(QBD-Comm Ct); Renverse par Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 1982-3W. L. R. 570; 1982-3 ALL E. R. 43; (1982) 2 Lloyds Rep. 224; (1982) Com. I. r. 156, (1982) 79 L. S. G. 919; (1982) 126 S. J. 429 (C. A); Affirme par attorney general of New Zealand v. Ortiz, (1984) A. C. 1; (1983) 2 W. L. R. 809; (1983) 2 all. e. r. 93; (1983) 2 Lloyds Rep. 265; (1983) 133 N. L. J. 537; (1983) 127 S. J. 307 (H. L); Pour une discussion de ces questions, v. Deja, H. Muir Watt, "La revendication internationale des biens culturels: a propos de la decision americaine Eglise Autocephale". Cette Revue, 1992. I.

*. Historic Articles Act.

خارج شدن است، باید به دولت اعلیحضرت اعلام می‌دارد». قضات دادگاه تجدید نظر انگلستان این دعوی را قابل رسیدگی اعلام نمودند،^{۱۱} ولی شکایت نیوزلند را نپذیرفتند. آنان این سؤال را طرح کردند که «... مقررات مذکور را می‌توان یا نمی‌توان در موردی به عنوان قانون جزا، قانون مالیاتی حقوق عمومی خارجی را در انگلستان به اجرا درآورد». در مقام پاسخگویی به این سؤال، قضات به این نتیجه رسیدند که نیوزلند نمی‌تواند حق خود را در انگلستان مطالبه نماید. در واقع، نیوزلند با درخواست اجرای قانونش قصد داشت حاکمیت خود را در انگلستان اعمال کند، زیرا برای مالک شدن بر مال فرهنگی مورد بحث به موجب قانون اشیاء تاریخی باید قرار ضبط و توقیف مال صورت می‌گرفت. به نظر قضات، درخواست توقیف مال در انگلستان قابل طرح نیست، «زیرا این خود قانونی کیفری است که دادگاههای انگلستان اجرا نمی‌نمایند».

باید خاطرنشان ساخت که مسأله صلاحیت رسیدگی در دادگاه لردها مطرح نشد، بلکه این دادگاه اعلام داشت که ضبط و توقیف خود به خود (اتوماتیک) در نیوزلند تحقق نیافته است. همچنین دادگاه لردها ادعای استرداد مال فرهنگی منتسب به دوره مائوری را نپذیرفت، زیرا به نظر وی نیوزلند مالکیت قانونی بر آن نداشت.

11. Attorney General of New Zealand v. Ortiz, (1982) 3 W. T. R. 570; (1982) 3 ALL E. R. 432; (1982) 2 Lloyds Rep. 224; (1982) Com. L. R. 156; (1982) 79 L. S. G. 919; (1982) 126 S. J. 429 (CA).

ب- دعوی دولت در راستای اقدام به اعمال تصدی

بدین ترتیب، اهمیت تفکیک شناسایی و اجرای اعمال مربوط به حقوق خارجی که ماهیت عمومی دارند، مشخص می‌شود. تفکیک اعمال حاکمیت و اعمال تصدی دولتی کار دشواری است. در واقع، تفکیک ادعای دولت خارجی که اعمال حاکمیت خارجی را از دادگاه درخواست می‌نماید و ادعای دولت خارجی که شناسایی عملی را خواستار است که علاوه بر اینکه ناشی از قدرتی عمومی است، قبلاً هم انجام گرفته است، مشکل است. در رابطه با حالات اخیر، به موجب عرف بین‌المللی دادگاهها به سمتی روی می‌آورند که اینگونه دعاوی را بپذیرند زیرا در این صورت دادگاهها در جهتی سوق داده می‌شوند که فقط اعمال انجام شده‌ای را (faits accomplis) به رسمیت بشناسند. هیچ دادگاهی مجاز نیست تا به اعمال ناشی از حاکمیت دولتی خارجی که در محدوده اختیارات سرزمینی خود عمل کرده است، لطمه وارد آورد. نسبت به اعمالی که باید لزوماً انجام گرفته باشند، دادگاه اصل سرزمین‌مداری را به کار می‌بندد، و اصل سرزمین‌مداری که اصلی عادی است، مانع رسیدگی دعاوی نیست. از این رو، وقتی از دادگاه فقط شناسایی قاعده حقوق خارج خواسته می‌شود، تقاضای دولت مبدأ در راستای اقدام به اعمال تصدی تلقی می‌شود، و در نتیجه قابل پذیرش خواهد بود.

۱- حق ممتاز (Le droit éminent)

به خصوص در کاربرد قانون خارجی است که دادگاهها در مورد پذیرش دعوایی تصمیم می‌گیرند. به عنوان مثالی دیگر، قضیه جمهوری

اکوادر علیه دانوسو* که در دادگاه تورن (Turin) اقامه شده، قابل تأمل است. در این قضیه، اکوارد ادعای مالکیت اشیائی فرهنگی را به میان کشید که قبل از صدور غیرقانونی تحت حمایت قانونی آن دولت قرار داشتند. این قطعات فرهنگی با ارزش که در جریان حفاری‌های انجام شده در اکوارد کشف شده بودند، توسط یک کلکسیونر دانمارکی در این کشور خریداری و سپس به طور غیرقانونی به ایتالیا برده شده بودند. دعوای اکوارد بر مبنای قوانین حمایتی آن دولت عنوان شده بود که بر مبنای قواعد حقوقی (*ex liqe*) حق ممتازی به نفع دولت قائل بود.

دادگاه تورن ضمن اعمال قوانین اکوارد، محتوای این حق ممتاز را نوعی حق مالکیت دولتی دانست که آثاری تعلیقی دارد. با وجود نبود چنین حقی عینی در نظام حقوقی ایتالیا، دادگاه، اکوارد را دارای عنوان مالکیتی واقعی اعلام کرد. دادگاه «حاکمیت کامل و انحصاری جمهوری اکوارد» را به رسمیت شناخت. قابل توجه است که دادگاه ایتالیا بر مسائل مالکیت تمرکز یافته و قابلیت ارجاع چنین ادعایی را عنوان نکرده است. باید خاطرنشان ساخت که صحبت از ادعای دولتی نسبت به اموال فرهنگی است که همواره در تصرف اشخاصی خصوصی بوده‌اند و نه در تصرف دولت. بی‌شک، دولت اکوارد حتی از وجود اموال مورد اختلاف قبل از صدور غیرقانونی آنها اطلاع نداشته است.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که دادگاه‌ها در صورتی حاضر به قبول دعوای مطالبه دولتی خارجی‌اند که این دولت به حق مالکیتی واقعی استناد جوید که قبلاً به طور کامل کسب شده باشد. برعکس، دادگاه‌ها از

*. République de l'Équateur c. Danusso et autres.

قبول کسب چنین حقی خارج از قلمرو دولت مبدأ امتناع می‌ورزند و خود را مجاز نمی‌دانند یکی از قواعد دولتی را که ماهیت عمومی دارد، به اجرا درآورند. در حالت اخیر، ادعای دولت عملی مربوط به حاکمیت تلقی می‌شود و قابل طرح در محاکم نیست.

۲- مالکیت دست دوم (La propriété aux deuxieme degré)

بخشی از دکتترین کوشیده است تا به کمک طرح مقوله دولت دوم، از قید مشکلات ناشی از تفکیک اعمال حاکمیت از اعمال تصدی رها شود. در این نظریه، مالکیت دست دوم حق عینی عرفاً متفاوت با حق مالکیت موضوع حقوق مدنی است. در این مفهوم جدید، «مجموعه قوانینی که توسط دولتها برای حمایت از میراث فرهنگی و به خصوص منع صادرات وضع می‌شوند، باید چنین تلقی شوند که به هر دولت واضع این‌گونه مقررات حق مالکیتی مقدم بر حق مالکیت اشخاص اعطا می‌نمایند».^{۱۲}

رویه قضایی ایالات متحده آمریکا قبلاً مفهوم مالکیت دست دوم را خصوصاً در قضیه ایالات متحده آمریکا علیه مک کلین «McClain» رد نموده است.^{۱۳} در این قضیه قضات امریکایی می‌بایستی تصمیم می‌گرفتند که آیا دولت مکزیک به موجب مقررات حمایت از اموال فرهنگی‌اش دارای حق مالکیت هست یا خیر. این قضات اعلام نمودند که «... محدودیتهای صادراتی دقیقاً به مثابه دیگر محدودیتهای انتظامی اند. این

12. G. Koumantos, "Réflexions préalables sur la protection internationale des biens culturels", Melanges M. Pedrazzini, Berne, 1990, p. 159 (167)

13. US v. Mc Clain, 545, F2d988, 1002.

محدودیتها «مالکیتی» برای دولت به وجود نمی‌آورند.^{۱۴} واقعیت این است که با اعمال تئوری مالکیت دست دوم که دکترین آن را شرح و بسط داده، دادگاهی که حاکمیت دولتی خارج را به اجرا درمی‌آورد، دقیقاً به قوانین انتظامی آن دولت خارجی کردن می‌نهد. بنابراین به نظر غیرقابل قبول می‌رسد که عنوان نمودن مالکیت دست دوم، سیستم سنتی اعطاکننده این صلاحیت بین‌المللی به مقرر دادگاه را کنار بزنند.

۲- روش حل تعارض قوانین در زمینه مطالبه اموال فرهنگی

دیدیم فقط زمانی که دولت مبدأ مالکیت واقعی به دست آورده باشد می‌تواند دعوی استرداد مال را مطرح نماید. دولت مبدأ (یا شخص) در صورتی می‌تواند استرداد اموال فرهنگی‌اش را محقق سازد که دلیل معتبر مالکیت یا سندی معادل آن دال بر حق ممتاز در رابطه با اموال مذکور را ارائه نماید. کسب عنوان مالکیت می‌تواند طبق یکی از طرق تصریح شده در حقوق داخلی قابل اجرا برطبق موازین حقوقی «*ex lege*» یا از طریق مصادره باشد. در این رابطه دولت مبدأ باید ثابت کند که قبل از صدور مال به خارج تمام شرایط مالکیت محقق بوده است. به عبارت دیگر اگر دولت مبدأ بخواهد قانون حمایتی داخلی خود را به عنوان مبنای مالکیتش مورد استناد قرار دهد، باید اصل سرزمینی بودن را رعایت کند.^{۱۵} برعکس، این اصل ما را به محدوده حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌کشاند، بلکه بیشتر

14. US v. Mc Clain, 545, F2d988, 1002.

15. Gerhard Kegel, Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9ed., Munich, 2004, 23 II 1 (p1099).

اصلی مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی به نظر می‌رسد که مورد بحث ما در اینجا نیست.

ضمناً باید خاطرنشان ساخت که در این چارچوب ما از یکسو با دولت یا شخصی مواجهیم که برای اثبات عنوان مالکیتش یا عناوین مشابه دیگر به قواعد حمایتی داخلی اعطاکننده حق مالکیت، استناد می‌کند و از سوی دیگر با خریداری با حسن نیت مواجهیم که در رابطه با حق مالکیتش به قواعد حل تعارض ربط دهنده حقوق مالکیت منقول به سیستم حقوقی مناسب استناد می‌نماید، امری که ما را به بررسی جنبه‌های حقوق بین‌الملل خصوصی موضوع هدایت می‌کند.

الف - ارتباط به قانون محل وقوع مال

می‌توان گفت که امروزه عملاً تمام دولتها کسب و اسقاط مالکیت منقول را تابع قانون محل وقوع فعلی مال می‌دانند. این وفاق (consensus) بین‌المللی در رابطه با اجرای قانون محل وقوع مال، محصول تحول تاریخی طولانی است؛ این وفاق به خودی خود مهم است، زیرا هماهنگی بین‌المللی راه‌حلی را محقق می‌سازد.

این قاعده قبل از هر چیز مبتنی بر این فکر است که در یک رابطه حقوقی بین‌المللی با موضوع حق مالکیت نسبت به مال، حمایت از اشخاص ثالث لزوم وجود عامل ارتباط ملموس و مشخصی برای ایشان را مطرح می‌کند؛ این عامل ارتباط نباید به اجرای قانون دیگری غیر از کشور محل وقوع مادی مال منجر شود.

۱- نظریه سنتی

در اینجا آثار اجرای قاعده محل وقوع مال در مورد مطالبه مال فرهنگی منتقل شده از کشور مبدأ به یک کشور خارجی به طور غیرقانونی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

یک مثال قدیمی فرانسوی فرض کسب مالی فرهنگی در خارج از کشور مبدأ را توسط شخص ثالث با حسن نیت روشن می‌سازد. در پرونده دوک دوفریاس (Duc de Frias) علیه بارون پیشون (Pichon Baron)^{۱۶} مالکیت شخص اخیر بر پیاله‌ای نقره‌ای متعلق به کلیسای Borgos در اسپانیا، مورد اعتراض قرار گرفت. مال مورد دعوی از کلیسا سرقت شده، سپس به فرانسه برده شده و در آنجا خوانده آن را با حسن نیت کسب نموده بود. اسپانیا طبق قوانین خودش پیاله را به دلیل تقدسش از اموال غیرقابل انتقال می‌دانست؛ مع ذلک، دادگاه سن به این نتیجه رسید که کسب مال توسط پیشون با حسن نیت بوده است و وی مالک آن تلقی می‌شود. در این رابطه دادگاه اعلام داشت که «رعایت منافع مربوط به نظم اجتماعی مقرر در قاعده مندرج در ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی، موجب می‌شود که تنها قانون فرانسه بر موضوع حاکم باشد».

۲- نظریه جدید

از نظریه اخیر چنین نتیجه گرفته می‌شود که حتی اگر دولت مبدأ

16. Tribunal. civ. de la Sein, 17 avril 1885, 13. Clunet, 593 (1886); aussi Paul Lagarde, "Commerce et protection des biens culturels en droit international privé", Journées de la Société de législation comparée, 1986, p. 423 (435 et s.).

مال فرهنگی، دارای حق مالکیت باشد، در هر مورد قادر به مطالبه حق مالکیت خود در خارج نیست. به موجب قاعده «قانون محل وقوع مال»، خریدار با حسن نیت خواهد توانست حق مالکیت بر مال اعمال نماید و ممکن است ادعای دولت مبدأ رد شود، به این دلیل که قانون حمایتی این کشور قابل اجرا نیست. تفکر جدیدی در زمینه حقوق بین الملل خصوصی در پی این است که قاعده «محل وقوع مال» را با منافع مالک قبلی مال مورد مطالبه، سازش دهد. بدین منظور، دادگاهها امکان طرح استثنائاتی بر قاعده معمول حل تعارض را عنوان نموده‌اند.

- توصیف مال فرهنگی به عنوان غیرمنقول تبعی

رای صادره‌ای از دادگاه پژوهشی مون پلیه در ۱۹۸۴ مثالی از تعدیل قاعده «محل وقوع مال» ارائه می‌دهد.^{۱۷} موضوع مربوط می‌شد به مطالبه تابلوهای نقاشی آب رنگ رومی (romanes) که از دیوارهای کلیسای کازنو (Casenoves) در فرانسه جدا شده و به سوئیس برده شده بودند. خوانندگان، شهرداری ژنو و بنیاد ابگ (Abegge)، مدعی مالکیت اکتسابی با حسن نیت تابلوها حسب قانون سوئیس شدند. دادگاه با توصیفی که انجام داد استثنایی بر روش جایابی معمول اموال مادی وارد نمود. علی‌رغم واقع بودن تابلوها در سوئیس، دادگاه آنها را به اعتبار تبعی بودنشان به شرح مذکور در ماده ۵۲۵ قانون مدنی فرانسه غیرمنقول توصیف نمود. این توصیف اجازه می‌داد که تابلوها بر روی همان دیوارهای کلیسا در فرانسه

17. Montpellier. 18 déc. 1984, cette Revue, 1985, 559, note Batiffol, D. 1985, 208, v. aussi Paul Lagarde, op.cit. , p. 439.

به طور فرضی جایابی شوند. همچنین دادگاه با «فرضی قانونی که موجب می شود اموال علی رغم ماهیت فیزیکی شان، غیرمنقول تلقی شوند»، عامل ارتباط را تغییر داد.

خاطر نشان می شود که روش دادگاه پژوهشی بسیار قابل انتقاد است. در وهله اول توصیف اموال مادی به منقول یا غیرمنقول طبعاً تابع قانون محل فیزیکی مال است و نه مقر دادگاه. همچنین این قانون سوئیس است که در این مورد باید اجرا می شد. به علاوه، عنوان کردن عامل ارتباط فرضی قانونی، تصنعی و خودسرانه است. سرانجام دیوان عالی کشور فرانسه تفسیر دادگاه پژوهشی در مورد غیرمنقول تلقی نمودن فرضی تابلوها را رد نمود.^{۱۸}

۲- عامل ارتباط خاص

کوشش دیگری برای تخفیف اثر قاعده «محل وقوع مال»، دکترین عامل ارتباط خاص (Sonderanknupfung) را مطرح نموده است. این تئوری توسط دکترین آلمانی در زمان جنگ دوم جهانی بوجود آمد. به موجب این تئوری بعضی قواعد آمره که جزء قانون تعیین شده توسط عامل ارتباط نیستند می توانند بر این قانون تأثیر نهند. تئوری مذکور در بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس لحاظ شده است. به موجب این ماده «وقتی بر حسب مفهومی که حقوق سوئیس استنباط می کند، منافع مشروع و ارجحی ایجاب کنند، مقرر آمره ای در حقوقی غیر

18. Cass. Ass. Plen., D. 1988, 325, NITE Maury, JCP 1988, I. 21066 Note Barbieri, cette Revue, 1989, 100, note Droz.

از حقوقی که این قانون تعیین می‌کند، ممکن است قابل اعمال باشد، به شرطی که رابطه تنگاتنگی با این حقوق داشته باشد».

تئوری عامل ارتباط خاص همچنین برای اعلام بطلان انتقال مال فرهنگی فرانسوی به هلند، توسط سیستم قضایی هلند به اجرا درآمد. در این پرونده،^{۱۹} تمثال چوبی حضرت مریم از کلیسایی در فرانسه سرقت و سپس برای فروش به خارج منتقل شد. متجاوز از سه سال بعد از سرقت، تمثال به دست یک کلکسیونر هلندی رسید و توسط پلیس در جریان برگزاری بازار عتیقه‌جات توقیف شد. دادگاه رسیدگی کننده به درخواست کلکسیونر می‌بایستی بین استرداد مال به دولت فرانسه و یا اعلام تعلق آن به کلکسیونر هلندی تصمیم می‌گرفت. دادگاه محلی اعلام نمود که در این پرونده باید مقررات حمایتی فرانسه در رابطه با منع انتقال تمثال و عدم شمول مرور زمان را در نظر گرفت. دادگاه با توجه به اهداف این قانون فرانسوی چنین تصمیم گرفت که قانون هلند، تعیین شده توسط قاعده «قانون محل وقوع مال»، که مرور زمان سه ساله برای مطالبه مال مسروقه از سوی کلکسیونر را قابل طرح می‌داند، نباید اجرا شود. از بررسی و مطالعه تصمیمات ذکر شده می‌توان وجود سه شرط را برای اعمال تئوری عامل ارتباط خاص نتیجه گرفت:

الف - قانون کشور خارجی باید خود تمایل به اجرا داشته باشد.

ب - موضوع مطروحه باید ارتباط کافی و مستقیم با کشور دارای مقرر آمره داشته باشد.

ج - منافع مشروع و غالب، اجرای مقرر آمره خارجی را ایجاب

19. Hoog Raad, 18 janv. 1983, nr, 1311 Besch., NG 1983, Nr. 455, 1402.

نماید.

یک مقررہ حمایتی مال فرهنگی طبعاً تمایل خود بر اجرا را در صورت وقوع تخلف اعلام می‌دارد. رابطه به حد کافی مستقیم با سیستم حقوقی کشور مبدأ با توجه به محل قبلی مال فرهنگی احراز می‌شود. منافع مشروع و غالب یک حمایت بهتر از اموال فرهنگی، وجود چنین مقررہ حمایتی را ایجاب می‌نماید. با توجه به اینکه ما میلیم تا مقررات حمایتی داخلی از اموال فرهنگی مان در سطح بین‌المللی رعایت گردند، به نظر می‌رسد که بتوانیم مقررات حمایتی خارجی را مکملی برای «قانون محل وقوع مال» بدانیم.

از سوی دیگر دادگاهها غالباً سعی دارند عامل ارتباط خاص مقررات حمایتی خارجی را با عامل ارتباط معمول «محل وقوع مال» سازش دهند. هدف اصلی عامل ارتباط «محل وقوع مال»، حمایت از خریدار باحسن نیت است. ملاحظه می‌شود که عامل ارتباط خاص عدم قابلیت شمول مرور زمان و غیرقابل انتقال بودن مال گاهی با حقوق اشخاص ثالث مغایر است. عدم شمول مرور زمان و غیرقابل انتقال بودن یک مال در سیستم‌های حقوقی مثل آلمان که اموال عرصه تجاری و قابل خرید (*rex extra commercium*)، وجود ندارند. در چنین موردی دادگاهها در بعضی موارد مقررات حمایتی کشور مبدأ را اجرا نمی‌کنند. به عنوان مثال می‌توان از رد نهایی استدلال دادگاه محلی و نقض تصمیم آن بنا به درخواست «Hooge Raad» نام برد. در این پرونده تصمیم گرفته شد که برای تأمین منافع متصرف با حسن نیت تنها قانون هلند اجرا شود. بنابراین در رابطه با آثار عملی ارتباط خاص که قاعده «محل وقوع مال» را تغییر می‌دهد، ابهام بسیاری وجود دارد.

- تغییر عدم قابلیت شمول مرور زمان و عدم قابلیت انتقال یک مال فرهنگی بخشی از دکترین در بعضی موارد معتقد به ابقای دو عنصر عدم شمول مرور زمان و عدم قابلیت انتقال مال فرهنگی است، حتی در صورت خروج از مرزها. به موجب این دکترین اگر قانون محل وقوع مال، خود مفهوم «خارج از عرصه تجاری» بودن را پذیرفته باشد، اموال فرهنگی که حسب قانون کشور مبدأ «خارج از عرصه تجاری» قلمداد شده‌اند، باید به موجب قواعد حمایتی محل وقوع مال «خارج از عرصه تجاری» تلقی شوند. در این راستا دکترین مذکور معتقد است که «خارج از عرصه تجاری بودن extracommercialite» شیء به آن خصیصه عینی می‌دهد و باید هنگام اجرای قاعده «محل وقوع مال» مدنظر قرار گیرد.

ملاحظه می‌شود که این مشکل با بحث تعارض متحرک «*conflict* ...» در حقوق بین‌الملل خصوصی در ارتباط است. باید خاطرنشان ساخت که اجرای عامل ارتباط «محل وقوع مال» بسته به تصریح و روشن سازی قاعده حل تعارض در مواردی است که مال از قلمرو چندین کشور عبور نموده است. در چنین وضعیتهایی که با چند محل وقوع مال سر و کار داریم؛ قاعده‌ای را اعمال می‌کنیم که به موجب آن ایجاد یا سقوط حق عینی تابع قانون محل تحقق وقایعی است که موجب کسب یا اسقاط حق مورد ادعا شده‌اند. هنگامی که مالی از مرز دولتی عبور می‌کند قاعده قدیمی «محل وقوع مال» به طور خود به خود حقوق مکتسبه را از بین نمی‌برد.^{۲۰} برعکس، کسب حق مالکیت باید اصولاً صرف نظر از محل استقرار فعلی مال، مورد شناسایی واقع شود.

20. Kegel, Schurig. op. cit., 1911, p. 771.

این قاعده به صورت بسیار روشن در ماده ۱۰۰ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سویس لحاظ شده است: «(۱) کسب یا اسقاط حقوق عینی منقول تابع قانون محل وقوع مال در زمان ایجاد منشأ حق یا اسقاط حق است. (۲) محتوا و اجرای حقوق عینی منقول تابع قانون محل وقوع مال منقول است».

با یادآوری استدلال دکترینی که «خارج از عرصه تجاری» بودن را دارای خصیصه عینی می‌داند، پی می‌بریم که به چه دلیل با خارج شدن مال از مرز کشور این خصیصه پابرجا می‌ماند. به همین دلیل، زمانی که قانون محل وقوع مال فرهنگی اموالی را در نظم حقوق داخلی خود «خارج از عرصه تجاری» می‌داند، محتوا و اجرای «خارج از عرصه تجاری» بودن مخدوش نمی‌شود. بنابراین سؤال این است که چرا دکترین به خطا خصیصه عینی «خارج از عرصه تجاری» بودن را برای مال قائل شده است.

به نظر می‌رسد که در این وضعیت خاص، «خارج از عرصه تجاری» بودن دارای خصیصه عینی نمی‌باشد. در این رابطه رویه قضایی امریکایی در پرونده «US v. McClain» را یادآور می‌شویم.^{۲۱} قضات امریکایی به حق اعلام داشتند که حق مالکیت دولتی، به طور خود به خود از اجرای ساده قانون حمایتی اشیای فرهنگی ناشی نمی‌شود. اگر دولت مبدأ بخواهد برای خود حق مالکیتی در مورد یک مال ایجاد نماید، باید آن را سلب مالکیت نماید، به خود حقی ممتاز و برجسته بر طبق موازین حقوقی اعطا نماید و یا اینکه به طور ساده آن را خریداری کند. بنابراین، موقعیت خاص شیئی «خارج از عرصه تجاری» تنها در چارچوب قانون حمایتی متصور است،

21. US v. McClain, 545, F. 2d988.

بدون اینکه دولت مبدأ، حقی عینی نسبت به مال را اعطا کرده باشد. بدین ترتیب دولت مزبور حقوق داخلی خود برای محدود کردن تجارت داخلی قانونی به کار خواهد برد، اقدامی شبیه یک قانون ساده انتظامی محدود کننده است.

ب - دیگر عوامل ارتباط

حال می‌پردازیم به بررسی دیگر عوامل ارتباط، غیر از «محل وقوع مال»، که توسط دکترین مطرح و دفاع شده‌اند. این عوامل ارتباط حذف قاعده حل تعارض مبتنی بر «محل وقوع مال» هستند، زیرا این قاعده، قانون مادی به شمار نمی‌رود که دارای بیشترین ارتباط مستقیم با موضوع بین‌المللی مطروحه باشد.

خاطر نشان می‌شود، قاعده جدیدی که در تمام قوانین معاصر ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی لحاظ شده، تعیین مرتبط‌ترین قانون است. مثلاً در ماده ۴۶ مقدمه قانون مدنی آلمان (EGBGB) در رابطه با حقوق بین‌الملل خصوصی، شرط استثنا مقرر شده که به موجب آن قاعده «محل وقوع مال» در صورت وجود یک سیستم حقوقی دارای رابطه مستقیم‌تر با موضوع مطروحه، از دور خارج می‌شود.

۱- محل سرقت

در زمینه مطالبه اموال فرهنگی، مسأله عدم کفایت روابط سرزمینی بین کسب مال هنری مسروقه و «قانون محل وقوع مال» طبعاً صلاحیت‌دار، بسیار مورد انتقاد است. بعضی از نویسندگان توصیه می‌کنند تعدیلی نسبت

به ارتباط عادی که بر وجود رابطه‌ای فشرده‌تر با محل سرقت به عمل آید.^{۲۲} به موجب این نظریه، تأیید بر اینکه نظام حقوقی محل وقوع مال حاوی قانونی است که بیشترین قابلیت شناسایی توسط تمام اشخاص درگیر در یک معامله منقول را دارد همیشه درست نیست. در واقع مالک اولیه یک شیء مسروقه، غالباً نه هیچ ایده‌ای از اینکه مالش در کجاست دارد و، در نتیجه، در صورت پیروی از قاعده «محل وقوع مال»، نه اطلاعی از قانون حاکم بر یک فروش بعدی مال که احتمالاً سقوط عنوان مالکیتش را در پی خواهد داشت.

به نظر ما ایراد به صحت و سقم عامل ارتباط «محل وقوع مال» موجه است. یادآور می‌شویم که رویه قضایی امریکا نیز قبلاً همین شیوه را اتخاذ نموده است. در پرونده «Kunstsmamlugen zu Weimar v. Elicofon»^{۲۳} موضوع مفقود شدن دو تابلو اثر «Durer» از موزه «Weimar» آلمان متعاقب جنگ دوم جهانی مطرح بود. این تابلوهای مسروقه در سال ۱۹۴۶ در نیویورک توسط سربازی امریکایی به خواننده دعوی، «Elicofon» فروخته شده بودند. شخص خریدار که این تابلوها را با حسن نیت به دست آورده بود آنها را به مدت بیست سال در محل سکونت شخصی خود در امریکا نگهداری می‌کرد. در سال ۱۹۶۶ «Elicofon» به طور اتفاقی به مبدأ و ارزش تابلوها پی برد. متعاقب آشکار شدن موضوع، موزه آلمان

22. Sp. Vrellis, Le statut des biens culturels en droit international prive, Rapports generaux, 14 Congres international du droit compare, Athenes 1996, p. 221 et s. ; H. P. Mansel, De Weerth v. Baldinger-Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunst werke, Praxis des Internrtionalen Privat-und Verfahrensrechts (IPRax) 1988, p. 268 (271).

23. Kunstsmamlugen zu. Weimar v. Elicofon, 678F, 2d1150.

درخواست استرداد آنها را مطرح نمود.

در جریان رسیدگی به پرونده استرداد در دادگاههای نیویورک یکی از مهم‌ترین دلایل «Elicofon» کسب عنوان مالکیت حسب قانون آلمان یعنی محل انجام سرقت بود. در واقع برطبق قوانین آلمان در مورد مرور زمان مکتسبه (Ersizung)، ده سال تصرف با حسن نیت خوانده برای مالک شدن وی و مقابله با ادعای موزه «Weimar» کفایت می‌کرد. مسأله مطروحه نزد دادگاه نیویورک این بود که آیا انجام سرقت در آلمان نمی‌توانست عامل ارتباط محل کسب مالکیت را تغییر داده و قانون آلمان را صلاحیت‌دار نماید. در این رابطه دادگاه به این نتیجه رسید که قانون «محل وقوع مال» بیشترین و مستقیم‌ترین رابطه را با کسب مال توسط خواننده دارد. استدلال دادگاه به شرح زیر بود:

«در این پرونده، ربط آلمان با دعوی آن‌قدر نیست که جایگزین شدن قانون محل سرقت را توجیه نماید ... این واقعیت که سرقت تابلوها در آلمان صورت گرفته کاملاً با فلسفه مرور زمان مکتسبه مبنی بر حمایت از خریداران با حسن نیت در جهت تأمین امنیت معاملات، بی‌ارتباط است. چنین مصلحتی به معاملات انجام شده در خارج از مرزها تسری نمی‌یابد».

۲- تابعیت اموال فرهنگی

جلوه دیگری از ایده پذیرش یک عامل ارتباط متفاوت از «محل وقوع مال» که توسط دکترین پیشنهاد شده، قائل به در نظر گرفتن قانون

دولت متبوع مال (lex originis) شده است.^{۲۴} خاطرنشان می‌کنیم که مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز «قانون کشور متبوع» اموال فرهنگی را به عنوان قانون حاکم در ۱۹۹۱ مؤسسه موضوع «فروش بین‌المللی اموال هنری با دید حمایت از میراث فرهنگی» را مورد بررسی قرار داد. ماده ۲ قطعنامه توافق شده حاوی قاعده حل تعارضی در رابطه با مالکیت اموال هنری است. متن مربوطه چنین است: «انتقال مالکیت اموال هنری متعلق به میراث فرهنگی کشور مبدأ مال، تابع قانون همین کشور است».

چنین قاعده حل تعارضی که مالکیت مال هنری را تابع قانون ملی اش می‌داند می‌تواند مشکل ساز باشد. عناصر تشکیل دهنده «تابعیت» مال فرهنگی کدامند؟ مؤسسه حقوق بین‌الملل در قطعنامه صادره تعریفی از مال فرهنگی ارائه می‌دهد.^{۲۵} بنا به مضمون قطعنامه، منظور از کشور مبدأ مال هنری «کشوری است که از نظر فرهنگی مال مورد بحث مستقیم‌ترین ارتباط را با آن دارد» (ماده ۱-ب).

اتحادیه اروپا هم به تعریف کشور مبدأ مالی فرهنگی اقدام نموده است. به موجب رهنمود شماره CEE/V/۹۳، کشور مبدأ مال فرهنگی کشوری است که مقررات قانونی یا آیین‌نامه‌های اداری ملی آن کشور «مال را به عنوان ثروت ملی دارای ارزش هنری، تاریخی و باستانشناسی طبقه‌بندی نموده است».

به نظر ما نظر اتحادیه اروپا به طور کافی مسأله تابعیت مال فرهنگی

24. Erik Jyme, "Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturguterschutz im internationalen Privatrecht", Rechtsfragen des internationalen Kulturguterschutzes, Heidelberg. 1994, p. 35 (42).

25. <http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991-bal-04-fr.PDF>.

را روشن نموده است. مع ذلک در مواردی که طبقه‌بندی وجود ندارد، ایجاد مشکل می‌شود. توصیف کاملاً فرهنگی موجب عدم امنیت حقوقی خواهد شد، زیرا ما نمی‌دانیم مستقیم‌ترین ارتباطات کدام‌اند. به عنوان مثال آثار هنری «Wassily Kandinsky» را ذکر می‌کنیم. وی در سال ۱۸۶۶ در روسیه متولد و در سال ۱۹۰۰ به مونیخ رفت. در آلمان همراه با «Alfred Kubin, August Macke Paul Klee» مکتب «Neue Kunstlervereinigung Munchen» را پایه‌گذاری نمود. اهمیت و تأثیر فوق‌العاده آتلیه «Der Blaue Reiter» را که توسط «Kandinsky» و دیگر هنرمندان در ۱۹۱۱ پاگذاری شد نباید فراموش کرد. در سال ۱۹۲۲ وی پروفیسور مدرسه «Bauhaus» در «Weimar» شد. در سال ۱۹۳۳ آلمان را ترک نمود و در پاریس مستقر شد. وی در ۱۹۳۹ تابعیت فرانسه را کسب و در سال ۱۹۴۴ در «Neuilly-sur-Seine» فوت کرد. رابطه فرهنگی آثار هنری او با کدام کشور بیشتر است؟ کشورهای روسیه، آلمان و فرانسه هیچ یک نسبت به یکدیگر رابطه مستقیم‌تر و بیشتری با مال فرهنگی ندارند.^{۲۶} بهتر است منتظر تصمیم مرجعی قضایی و یا اداری باشیم که به موجب آن یکی از این کشورها یکی از آثار هنری وی را طبقه‌بندی نماید تا بتوانیم بر اساس آن تابعیت مال را تعیین نماییم. از آن پس ما می‌توانیم مبنای فرهنگی چنین تصمیمی را کنترل کنیم، زیرا نمی‌توانیم تصمیم اداری آشکارا افراطی و نادرست را تأیید نماییم. نظم عمومی وسیله‌ای است که با توسل به آن می‌توانیم تابعیت اثری هنری را که بیانگر

۲۶. مشکل مشابهی در رابطه با «El Lissitzky» مطرح می‌شود:

Das Fell des Baren, Der Spiegel, 19 avril 2004.

سوء استفاده از اختیارات ناشی از حاکمیت کشور است کنار بزنیم. کنوانسیون وحدت قوانین در ماده ۵ شرایط استرداد مال فرهنگی را اعلام نموده است. مال موضوع درخواست استرداد باید خصوصیات ذکر شده در ماده ۲ را داشته باشد، یعنی خارج شدن آن موجب «ایراد خسارات مهمی» به منافع خاصی شده باشد (حفاظت مادی مال، تمامیت مالی مرکب، حفاظت اطلاعات، استفاده سنتی یا مذهبی). کافی است که دولت متقاضی «اثبات نماید که مال از نظر فرهنگی برایش ارزش زیادی دارد». در نتیجه ممکن است که مالی فرهنگی توسط دولتی مطالبه شود که دارای رابطه مستقیم با مال نیست.^{۲۷}

رأی صادره توسط «Circuit Court of Appeals American» مثالی از یک طبقه‌بندی نادرست را نشان می‌دهد. در پرونده «Jeanneret v. Vichy»^{۲۸} خسارات ناشی از عدم انجام تعهدی قراردادی مورد مطالبه قرار گرفته بود. خانم «Vichy» که تابلو اثر ماتیس «Matisse» را به خانم «Jeanneret» فروخته بود، تضمین نموده بود که تابلو مذکور قبلاً موضوع خروج غیرقانونی نبوده است. در واقع، تابلوی موضوع معامله (Portrait sur Fond Jaune جزئی از کلکسیون خصوصی پدر خانم «Vichy» بود که در میلان در ایتالیا جمع‌آوری شده بود. خانم «Vichy» بعد از فوت پدرش تابلو ماتیس را در مغازه آثار هنری‌اش در نیویورک یافت. با وجود عدم اطمینان از چگونگی بازگشت تابلو از ایتالیا به نیویورک روشن بود که خارج شدن تابلو بدون مجوز مقامات رسمی ایتالیایی بوده است. ایتالیا مدعی

27. Georges Droz, op.cit. , p. 260.

28. Jeanneret v. Vichy, 693F, 2D259 (2DcIR. 1982).

بود که تابلو به صورت غیرقانونی از این کشور خارج شده، زیرا جزء میراث فرهنگی ایتالیا می‌باشد. این کشور در این رابطه به نمایش تابلو ماتیس در سال ۱۹۵۲ در نمایشگاهی که هر دو سال یکبار در ونیز تشکیل می‌شد، استناد نمود. وانگهی ایتالیا نادر بودن تابلوهای ماتیس در این کشور را مطرح نمود.

دادگاه امریکایی استدلال ایتالیا در مورد تعلق تابلو به میراث فرهنگی این کشور را نپذیرفت. دادگاه با اعلام اینکه ماتیس دارای تابعیت فرانسوی بود و تأثیر زیادی در تاریخ هنری و فرهنگی ایتالیا نداشته (مثل تأثیر Raphael یا Bellini)، به این نتیجه رسید که هیچ رابطه فرهنگی واقعی و معتبری بین اثر ماتیس و ایتالیا نبوده است. دادگاه در رابطه با ادعای نادر بودن تابلوهای ماتیس در ایتالیا اعلام نمود: «جای تعجب است در شرایطی که کلکسیونرهای ایتالیایی آنقدر به ماتیس توجه ندارند که آثارش را خریداری نمایند، چطور باید به این نتیجه رسید که یکی از همین آثار که شاهکار هم به شمار نمی‌آید آنقدر اهمیت داشته باشد که جزء میراث ملی ایتالیا محسوب شود».

۳- کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده است

برای کاستن از جابجایی اموال فرهنگی، بسیاری از دولتها قوانین منع صادراتی وضع نموده‌اند.^{۲۹} محدودیت صادرات (و واردات) در کنوانسیون

29. Pour la France, Cf. B. Audit, "Le statut des biens culturels en droit international privé francais", RIDC1994, p. 405 et s. ; G. Carducci, op. cit. , p. 46ff; P. Delvolvé, "La protection des biens culturels en droit public francais", 3 Journées juridiques franco-helleniques, Journées de la société de législation compare, 1986, p. 249-289; Paul Lagarde, "Droit privé interne et

۱۹۷۰ یونسکو که توسط یکصد و چهار دولت از جمله فرانسه، ایتالیا، امریکا، انگلیس (۲۰۰۲) و سوئیس (۲۰۰۳) به تصویب رسیده، لحاظ شده است. یک چنین ممنوعیت صادراتی به روشنی نشان می‌دهد که دولت مورد نظر با اشیاء فرهنگی مربوطه هویت‌یابی می‌شود و سعی می‌کند یک رابطه مادی دائمی با اشیاء مذکور برقرار نماید. این کیفیت امکان می‌دهد عامل ارتباط با محل استقرار مال قبل از صدور غیرقانونی‌اش، وارد کنیم.^{۳۰} هنگامی که دولتی تمایل خود نسبت به باقی ماندن اموال فرهنگی در قلمروش را با وضع قانون ممنوعیت صادراتی ابراز می‌نماید، رابطه این کشور با مال به مراتب بیشتر از رابطه نامعلوم و مشکوک محل وقوع فعلی مال یا محل وقوع سرقت و یا فروش مجدد آن می‌باشد. قوانین ممنوعیت صادراتی مانع جابجایی مادی مال است که حسب قاعده «محل وقوع مال» به اجرای قانون خارجی متفاوتی می‌انجامد. بنابراین صدور مالی فرهنگی که به نقض چنین قانونی منتهی می‌شود، اجرای عامل ارتباط کشور محل

international: Rapport general", La protection des biens culturels (Journées polonaises) 1991, p. 95-105; Robert Lecat et Van Kirk Reeves, "Rapport national sur les règles juridiques applicables à la circulation internationale d'objets d'art", La vente internationale d'oeuvres d'art, V4, Paris, 1993; H. Perinet-Marquet, "Droit public interne, Rapport français", La protection des biens culturels, 1991, p. 391 et s.; Pour la loi allemande (Gesetz zum Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung", BGBl, 1955, I. 501), Cf. S. Schumann, G. Schmidt-Bremme, "Zur Rückführung eingeschmuggelter Kunstwerke in Herkunftsstaaten", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 547-577; B. Pieroth, B. Kampmann, "Außenhandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, P1385 (1386); Pour la Belgique, Cf. M. Claeys Bouvaert, "Droit public interne, Rapport belge", La protection des biens culturels, 1991, p. 339 et s.; pour la Grèce, Cf. J. Voulgaris, "Commerce et protection des biens culturels en droit international privé hellénique", RIDC, n° special 8, p. 445 (449).

۳۳. به زیرنویس شماره ۵ رجوع شود.

صدور را بی آنکه صدوری انجام گرفته باشد، توجیه می‌کند.

عامل ارتباط کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده، «محل وقوع مال» را مبنا قرار می‌دهد، ولی این محل را غیرقابل تغییر می‌کند. انتقال مالی فرهنگی به کشور ثالث دیگر به منزله تغییر وضعیت محسوب نمی‌شود. برعکس اگر ما قانون محل وقوع مال (یا قانون محل فروش بعدی)^{۳۱} را اجرا کنیم، خارج کننده غیرقانونی مال می‌توانست فقط با تغییر مادی محل مال یک قانون مساعدتر را قابل اجرا نماید، نتیجه‌ای که او حتی با تمسک به شرطی قراردادی هم نمی‌تواند به آن دست یابد.^{۳۲} به طور خلاصه، اتخاذ عامل ارتباط کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده به ما راه‌حلی دقیق و عادلانه ارائه می‌دهد. همچنین این راه حل با رهنمود اروپایی و کنوانسیون یونسکو و وحدت قوانین که همگی بر نقش مهم کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده تأکید نموده‌اند، هماهنگ است. در اینجا منظور اجرای حقوق عمومی خارجی نیست، وقتی قوانین انتظامی رعایت نشده باشند، بلکه یافتن عامل ارتباطی برای حقوق خصوصی قابل اجرا مد نظر می‌باشد. متعاقباً به حقوق بین‌الملل خصوصی برای تعیین قانون قابل اجرا رجوع می‌شود. چون در اینجا احاله خاصی مطرح می‌شود حقوق بین‌الملل خصوصی کشور صادرکننده است که در وهله اول مد نظر واقع می‌شود. این دولت است که باید در مورد اجرا یا عدم اجرای احاله تصمیم بگیرد. در رابطه با منافع اشخاص ثالث کسب مال با حسن نیت مال باید به این واقعیت توجه داشت که در مورد اموال فرهنگی

31. <http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?KO=13039&language=F>.

32. Cf. Paul Lagarde, op.cit., p. 441 et 443.

این منافع در رابطه با اموال فرهنگی کم اهمیت‌تر از سایر اموال منقول است. در رابطه با اموال فرهنگی برخلاف کالاهای معمولی که اعمال قاعده «محل وقوع مال» وضعیت روشن و ساده‌ای را برایشان برقرار می‌نماید، نیاز فوری برای تسهیل معاملات سریع وجود ندارد. این بیشتر به عهده کسانی است که در پی کسب مالی فرهنگی هستند که به دقت سابقه قبلی مال را برای اطلاع از قانون حاکم به دست آورند.

نتیجه گیری

عامل ارتباط «قانون محل وقوع مال» در رابطه با استرداد اموال فرهنگی منتهی به اجرای قانون دارای نزدیک‌ترین رابطه با این اموال نمی‌شود، بلکه این کشور واضع ممنوعیت صادراتی است که با وضع این ممنوعیت رابطه نزدیک‌تری را برقرار می‌نماید. پذیرش عامل ارتباط منتهی به اجرای قانون چنین کشوری (در حالت مطالبه اموال فرهنگی) به منزله اعطای یک خصیصه ماهوی به قاعده حل تعارض است. اتخاذ این عامل ارتباط منجر به اجرای سیستماتیک قانون حمایتی داخلی این کشور می‌شود. نتیجه، اعمال حمایت بهتر از مال فرهنگی خواهد بود.