

## مقاله علمی پژوهشی

## بررسی تطبیقی کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه در رابطه با حل تعارض بین قوانین تابعیت و اقامتگاه و قانون مدنی ایران

منوچهر توسلی نایینی<sup>۱\*</sup>، نورا احسانگر<sup>۲</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

۲. دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

(دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۸ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۲۶)

### The Comparative Study of Hague Convention of 1955 Relating to the Settlement of the Conflicts between the Law of Nationality and the Law of Domicile and Iranian Civil Code

Manouchehr Tavassoli Naeini<sup>1\*</sup>, Noora Ehsangar<sup>2</sup>

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Science and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

2. Ph.D. in Private Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran

(Received: 07/Feb/2019

Accepted: 15/Apr/2022)

#### Abstract

Different countries according to their legal system, each one assigns various definitions and examples to domicile, personal status, and nationality. For prevention of these disputes, the Hague Conference on Private International Law Organization, therefore, with the aim of uniformity of the rules of private international law, has decided to determine competent law and provide a unit definition of domicile by setting the Convention of 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile. Despite that, the domicile in English law and American, is the main factor of communication and even in French law it has been accepted as a secondary law, but in Iranian law this communication factor is not accepted as to the personal status as a secondary rule and in the case of stateless. Therefore, relating to these persons according to Article 7 of the Civil Code on the application of national law to the personal status of aliens, there is no choice, except *les fori*. In Iranian law, the only case that law of domicile, instead of law of nationality, can be determine competent law the personal status, it is *envoi* to Iranian law. While the principles of non-discrimination based on the necessity of applying, the same law to persons who lives in the territory of a state in some cases require the applying law of domicile. Therefore, in order to enforcing justice and preventing wasteful application of the *lex fori*, the acceptance of communication factor of domicile as a secondary rule especially in cases of personal status of stateless persons in our legal system is suggested.

**Key words:** National Law, Domicile Law, Conflict of Law Rule, Personal Status, Hague Convention of 1955.

#### چکیده

کشورهای مختلف بر اساس نظام حقوقی خود، هر یک تعاریف و مصادیق متفاوتی برای اقامتگاه، احوال شخصیه و تابعیت قائل می‌شوند. برای جلوگیری از این اختلافات، سازمان کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه با هدف یکنواخت‌سازی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، با تنظیم کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه راجع به حل تعارض بین قوانین تابعیت و اقامتگاه، نسبت به تعیین قانون حاکم و ارائه تعریف واحدی از اقامتگاه اقدام کرده است. به‌رغم اینکه اقامتگاه در حقوق انگلیس و آمریکا، عامل ارتباط اصلی و در حقوق فرانسه به عنوان قاعده ثانوی اعمال می‌گردد، اما در حقوق ایران، این عامل ارتباط نسبت به احوال شخصیه حتی به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته نشده است و در مورد اشخاص بی‌تابعیت نیز نمی‌توان آن را اجرا نمود. بنابراین، در مورد این اشخاص با توجه به ماده ۷ قانون مدنی مبنی بر اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه بیگانگان، چاره‌ای جز اعمال قانون ایران به عنوان قانون مقر دادگاه وجود ندارد. در حقوق ایران، تنها موردی که قانون اقامتگاه می‌تواند به جای قانون متبوع اعمال کند، احاله به قانون ایران است. در حالی که اصل عدم تبعیض مبنی بر ضرورت اعمال قانون یکسان بر اشخاصی که در قلمرو یک دولت زندگی می‌کنند، در مواردی اقتضای حکومت قانون اقامتگاه را دارد. بنابراین، در راستای اجرای عدالت و جلوگیری از اعمال بی‌رویه قانون مقر دادگاه، پذیرش عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان قاعده ثانوی به ویژه در دعاوی احوال شخصیه اشخاص بی‌تابعیت در سیستم حقوقی ما پیشنهاد می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** قانون متبوع، قانون اقامتگاه، قاعده حل تعارض، احوال شخصیه، کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه.

## مقدمه

برای آشنایی با قواعد حل تعارض مطروحه در کنوانسیون ۱۹۵۵ ژوئن لاهه در رابطه با حل تعارض بین قوانین تابعیت و اقامتگاه<sup>۱</sup> لازم است در ابتدا شناختی از مفاهیم اولیه تعارض قوانین حاصل شود. روابط حقوقی هم‌خانواده اصولاً تحت عنوان دسته ارتباط شناخته می‌شوند، مانند دسته ارتباط احوال شخصیه. برای تعیین قانون حاکم بر هر دسته ارتباط، مرکز ثقل رابطه (مانند تابعیت و اقامتگاه) که مهم‌ترین نقش را در آن ایفا می‌کند به عنوان عامل ارتباط نام‌گذاری می‌شود که در نهایت ما را به یکی از قوانین مقرر یا قانون خارجی به عنوان قانون متبوع یا اقامتگاه هدایت می‌کند، اما همیشه همه چیز به سادگی آنچه در کنوانسیون آمده، نیست. به این معنا که کشورهای مختلف می‌توانند حسب نظام حقوقی خود تفاسیر مختلفی از کلمات و مفاد کنوانسیون داشته باشند، مثلاً هر یک مصادیق مختلفی برای اقامتگاه، احوال شخصیه و تابعیت قائل شوند.

از این‌رو، کنوانسیون برای حل این مسئله و وحدت کشورهای عضو، تعریف واحدی از اقامتگاه به دست داده است، اما با این وجود هنوز مسائل زیادی در خصوص تعارض قوانین مقرر یا اقامتگاه باقی می‌ماند که در این نوشتار اهم آنها بررسی می‌شود.

کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه یک سازمان بین‌دولتی است که در سال ۱۸۹۳ تأسیس شده است و هدف اولیه این سازمان، متحدالشکل کردن تدریجی قواعد حقوق بین‌الملل در رابطه با تعیین دادگاه و قانون صالح است.

در حال حاضر ۳۲ کنوانسیون در این سازمان تنظیم شده است که این ۳۲ کنوانسیون شامل مسائل تجاری و خانوادگی می‌شود و ماهیت کنوانسیون‌ها کاربردی است. حدود ۸۰ کشور عضو سازمان لاهه هستند، به علاوه کشورهای اتحادیه اروپا و هر کشوری که بخواهد عضو سازمان بشود، یک دوره ۶ ماهه لازم است تا کشورهای عضو به عضویت آن رأی دهند. در مجموع ۱۴۸ کشور با کارهای سازمان مرتبط هستند، اما ایران عضو این سازمان نیست.<sup>۲</sup>

1. Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile.

۲. طبق آمار ارائه‌شده توسط دبیر کل سازمان کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه در نشست «نقش کنفرانس لاهه در حقوق تجارت» که در دانشگاه علوم قضایی برگزار شد:

از مهم‌ترین سؤالاتی که این نوشتار درصدد پاسخگویی به آن برآمده، این است که اولاً علت عدم الحاق ایران به کنوانسیون چه می‌باشد؟

ثانیاً آیا الحاق ایران به کنوانسیون می‌تواند تغییری در قواعد حل تعارض ایران از جهت اضافه کردن عامل ارتباط اقامتگاه داشته باشد؟

آنچه که در پاسخ به سؤالات مطروحه به عنوان فرضیه می‌توان مطرح کرد این است که:

اولاً از آنجا که ایران به قواعد حل تعارض نگاه حاکمیتی دارد، این امر می‌تواند مانعی در پذیرش و الحاق به کنوانسیون تلقی گردد.

ثانیاً نظر به اینکه در کنوانسیون در عین پذیرش قانون متبوع، اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط مرجح شناخته شده و با توجه به اینکه در ایران، اقامتگاه عامل ارتباط مستقلی شناخته شده است. بنابراین، الحاق ایران به کنوانسیون گام مهمی در هماهنگ‌سازی با اکثر کشورهای اروپای قاره‌ای خواهد بود.

## مصادیق تعارض قوانین مربوط به تابعیت و اقامتگاه

### ۱. اختلاف در تفسیر عوامل ارتباط

کشورهای مختلف می‌توانند حسب نظام حقوقی خود تفاسیر مختلفی از کلمات و مفاد کنوانسیون داشته باشند. به گونه‌ای که هر یک مصادیق مختلفی برای اقامتگاه و احوال شخصیه و تابعیت قائل شوند. تأثیر تفاوت تفاسیر از عامل ارتباط اقامتگاه بر صحت عمل حقوقی واحد در دو کشور مختلف با ذکر مثال زیر تبیین می‌شود.

فرض کنیم در دادگاه انگلیس اعتبار ازدواج یک فرانسوی مطرح باشد. فرد مزبور که از لحاظ قانون فرانسه صغیر بوده و بدون اجازه والدین در انگلیس ازدواج کرده، مطابق قانون فرانسه دارای اهلیت برای ازدواج نبوده است. از آنجا که اهلیت برای ازدواج زمان انعقاد نکاح به موجب قانون انگلیس تابع قانون اقامتگاه می‌باشد، پس حکم به عدم صحت نکاح منوط است به اینکه دادگاه انگلیس فرد مزبور را مقیم فرانسه بداند و برعکس حکم به صحت نکاح منوط است به اینکه دادگاه، او را مقیم انگلیس تلقی کند. در این فرض اعتبار ازدواج فرد منوط است به انتخاب قانونی که عامل ارتباط اقامتگاه را تعریف و

اقامتگاه در سیستم‌های اروپای قاره‌ای با اقامتگاه در سیستم حقوقی انگلیس کاملاً متفاوت است؛ زیرا آنچه حقوقدانان انگلیسی «محل سکونت عادی» می‌نامند با مفهوم اقامتگاه مدنی در سیستم حقوقی اروپای قاره‌ای بیشتر مطابقت دارد و آنچه در سیستم انگلیس، اقامتگاه نامیده می‌شود، بیشتر به مفهوم تابعیت در سیستم حقوقی ایران و اروپای قاره‌ای شباهت دارد تا مفهوم اقامتگاه. (الماسی، ۱۳۸۹: ۲۵۶)

## ۲. عدم وجود عامل ارتباط

گاهی در پروسه اجرای قاعده حل تعارض، مشکل در عدم وجود عامل ارتباط تعیین شده است، مثلاً زمانی که موضوع احوال شخصیه در قاعده حل تعارض یک کشور تابع قانون کشور متبوع ذینفع دانسته شده است، مشخص شود که وی تابعیت هیچ کشوری را ندارد و به عبارت دیگر آپاتراید می‌باشد. (سلجوقی، ۱۳۸۹: ۲۵۶)

ایجاد چنین وضعیتی با توجه به متفاوت بودن مقررات تابعیت در کشورهای مختلف و اختیار مطلق کشورها در وضع مقررات مربوط به تابعیت، قابل درک است.

مثلاً ممکن است به موجب قوانین جزایی کشوری از یکی از اتباع این کشور سلب تابعیت شود و این شخص نتواند تابعیت کشور دیگری را تحصیل نماید. همچنین امکان دارد طفلی که متولد می‌شود، در بدو تولد تابعیت هیچ کشوری را نداشته باشد؛ زیرا مشخصاتش با شرایط احراز تابعیت هیچ کشوری منطبق نباشد.

## ۳. وجود چند عامل ارتباط

ممکن است جابجایی عامل ارتباط منجر به تعیین دو یا چند قانون گردد. مثلاً در زمانی که به موجب قاعده حل تعارض مقر دادگاه، احوال شخصیه شخصی، تابع قانون متبوع وی باشد و ذینفع دارای دو یا چند تابعیت باشد چگونه باید عمل کرد؟ در این رابطه قبل از هر چیز باید توجه داشت که دولت‌ها غالباً تابعیت را یک امر حاکمیتی می‌دانند و هر دولت با توجه به منافع و مقتضیات خاص خود، مبادرت به وضع مقررات تابعیتی می‌نماید. بنابراین، چنانچه شخصی دارای دو یا چند تابعیت بود باید بین دو وضعیت ذیل تفکیک قائل شد:

الف) یکی از تابعیت‌ها، تابعیت کشور مقر دادگاه باشد:

در این حالت با توجه به اینکه هر حاکمیتی جز در موارد استثنایی که خود مقرر می‌کند اعمال الزامات و مقررات خود را

تعیین می‌کند. ملاحظه می‌شود این مشکل به دلیل تفسیر متعدد حقوق انگلیس و فرانسه در مورد اقامتگاه است. (الماسی، ۱۳۶۹: ۲۳)

به طور کلی در سیستم‌های حقوقی مختلف درخصوص عامل ارتباط اقامتگاه سه طرز فکر مختلف وجود دارد:

- ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی ایران که در تعریف اقامتگاه مقرر می‌دارد: «اقامتگاه هر شخص عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد...»، از ماده ۱۰۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. این طرز تفکر که اقامتگاه را مرکز مهم امور شخص می‌داند، در بسیاری از کشورها که از قانون مدنی فرانسه مستقیماً یا غیر مستقیم تأثیر پذیرفته‌اند، دیده می‌شود.

- در قوانین برخی کشورهای اروپایی در تعریف اقامتگاه علاوه بر مرکز مهم امور، عنصر معنوی یعنی «قصد اقامت» نیز گنجانده شده است. (Ramanathan, 2021: 4) ماده ۷ قانون مدنی آلمان و بند اول ماده ۲۳ قانون مدنی سوئیس غیر از مرکز مهم امور، قصد اقامت را نیز برای تحقق اقامتگاه مدنی لازم می‌دانند. رویه‌های قضایی نروژ و دانمارک هم سیستم مشابهی را اعمال می‌کنند.

- در سیستم حقوق انگلیس و کشورهایی که از این سیستم متأثر شده‌اند، عامل ارتباط اقامتگاه پیچیدگی بیشتری دارد؛ به نحوی که ارائه تعریفی مطلق از اقامتگاه، تقریباً غیرممکن است. در این سیستم حقوقی برای به دست آوردن اقامتگاه، دو طریقه وجود دارد: یکی «اقامتگاه انتخابی»؛ یعنی محلی که شخص به قصد اقامت دائمی در آنجا مستقر شده است (Clarkson & Hill's, 2016: 328) و دیگری «اقامتگاه اصلی»؛ یعنی محلی که پدر شخص ذینفع در زمان تولد وی در آنجا مستقر بوده است. (Ibid: 320; Clayton-Helm, 2020: 201-209; Nikolaos, 2017: 129; Serikkeldinovna Abdrakhmanova Elmira and T. Begimjanovna Nyssanbekova Lyazza, 2013: 1691) در خصوص طریقی اول به دست آوردن اقامتگاه، دادگاه‌های انگلیس قصد اقامت دائمی را در موردی که اقامتگاه قبلی هم اقامتگاه انتخابی باشد با سهولت بیشتری می‌پذیرند، ولی در مورد طریقی دوم، قصد جایگزین کردن اقامتگاه با سهولت کمتری پذیرفته می‌شود. (الماسی، ۱۳۶۹: ۱۵)

چنان‌که ملاحظه می‌شود در سیستم‌های حقوقی مختلف اصطلاح حقوقی اقامتگاه معنی واحدی ندارد. به خصوص که

بر سایر کشورها مقدم می‌دارد؛ در رابطه با تابعیت که موضوعی کاملاً سیاسی و حاکمیتی تلقی می‌شود، اگر شخصی به طور همزمان تابعیت کشور مقرر دادگاه و تابعیت یک کشور خارجی را داشته باشد، نمی‌تواند در مقابل کشور مقرر دادگاه به تابعیت خارجی خود استناد نماید.

مثلاً یک ایرانی که بدون رعایت مقررات مربوط به ترک تابعیت ایران، تابعیت کشور خارجی را تحصیل نموده باشد، نمی‌تواند در رابطه با احوال شخصیه خود با استناد به ماده ۷ قانون مدنی خواهان اعمال قانون کشور متبوع خارجی خود در ایران گردد، بلکه به موجب ماده ۶ قانون مدنی ایران احوال شخصیه وی تابع قوانین ایران خواهد بود.

(ب) تمام تابعیت‌ها متعلق به کشورهای خارجی باشد:

در این حالت از آنجا که انتخاب هر قانون، ترجیح بلامرغ است دادگاه از قانون متبوع عدول کرده و طبق قانون مقرر رسیدگی می‌کند (خمامی‌زاده، ۱۳۸۷: ۴۵)، ولی دور از منطق نیست، چنانچه یکی از تابعیت‌ها مؤثر به شمار آید، به عنوان تابعیت مرجع انتخاب شود (ماده ۵ قرارداد ۱۹۳۰ لاهه). (مدنی، ۱۳۷۲: ۲۳۳)

طبق مواد ۱ و ۲ قرارداد راجع به مسائل مربوط به تعارض قوانین نسبت به تابعیت، هرگونه مسئله در مورد اینکه آیا فردی تابعیت دولت معینی را دارد یا نه، طبق قانون همان دولت، حل و فصل خواهد شد. (الماسی، ۱۳۶۹: ۱۵ و ۲۰)

#### ۴. عدم امکان تعیین عامل ارتباط به رغم وجود آن

در مواردی عامل ارتباط تعیین شده در قاعده حل تعارض، وجود دارد، ولی محل آن ناشناخته است و قابل کشف نیست. مثلاً وقتی دعوی در رابطه با مال منقولی مطرح شود و به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه باید بر اساس قانون محل وقوع مال، تصمیم‌گیری شود با توجه به قابلیت تغییر محل وقوع مال ممکن است قاضی قادر به تعیین محل دقیق مال در زمان معینی نباشد.

مثلاً در مورد مالی که موضوع یک بیع بین‌المللی بوده و در یک روز از کشورهای متعددی عبور کرده تا در کشور خاصی تحویل داده شود، اگر قرار باشد محل وقوع مال در زمان خاصی، تعیین‌کننده قانون حاکم باشد و معلوم نباشد در زمان مورد نظر، مال در حال حرکت، در کدام کشور بوده، مسلماً تعیین قانون موضوع قاعده حل تعارض ممکن نخواهد بود. (خمامی‌زاده، ۱۳۸۷: ۴۴)

#### ۵. عدم قابلیت عامل ارتباط برای تعیین رژیم حقوقی صالح

وقتی قاعده حل تعارض با استفاده از یک عامل ارتباط معین، قانون محل خاصی را بر موضوع مطروحه حاکم بداند، ولی محل مذکور تابع حاکمیت هیچ کشوری نباشد و در نتیجه قانونی جهت اعمال در آنجا حاکم نباشد، اعمال قاعده حل تعارض با بن بست مواجه می‌شود. (همان: ۴۷)

مثلاً اگر قرار باشد قانون محل وقوع مال اجرا شود و متوجه شویم در زمان مورد نظر، مال در منطقه دریای آزاد و یا در فضا بوده؛ یعنی مناطقی که تحت حاکمیت و قانون خاصی قرار ندارد. به عبارت دیگر، در این حالت محل مورد نظر، قابل جایابی و تشخیص است، اما قانونی ندارد که اعمال شود.

#### ۶. عدم وحدت حقوقی در کشور صالح

گاهی کشور تعیین‌شده به وسیله قاعده حل تعارض دارای وحدت حقوقی نیست. به عبارت دیگر، دو یا چند قانون در چنین کشوری حاکم می‌باشد و تعارض داخلی قوانین وجود دارد. تعدد قوانین در حالات ذیل به وجود می‌آید:

- وضع قوانین جداگانه برای قسمت‌های مختلف قلمرو یک کشور که نمونه بارز آن در کشورهای فدرال مانند سوئیس و آمریکا ملاحظه می‌شود.

- وضع قوانین مختلف برای اقشار و گروه‌های متنوع که در یک کشور زندگی می‌کنند. این تنوع می‌تواند جنبه مذهبی، اجتماعی و ... داشته باشد. مثلاً در ترکیه تا قبل از وضع قوانین جدید، قوانین مختلفی بر مسلمانان و مسیحیان حاکم بود. (همان: ۴۸)

#### ۷. عدم شناسایی حکومت صالح توسط کشور مقرر

##### دادگاه

گاهی قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون محلی را تعیین می‌کند که دولت یا حکومت آن، به وسیله حاکمیت مقرر دادگاه مورد شناسایی قرار نگرفته است. آیا این عدم شناسایی مانع اجرای قانون کشور خارجی خواهد شد؟

شناسایی یک دولت به منزله این است که شناسایی‌کننده، موجودیت مجموعه جمعیت، سرزمینی و سازمان سیاسی آن را به رسمیت شناخته است و دولت شناسایی‌شده، شرایط لازم را دارد که در جامعه بین‌المللی به عنوان یک شخص حقوقی کامل، شناخته شود. در رابطه با قابلیت اجرای قانون وضع شده

قواعد حل تعارض ایران وجود ندارد، ولی در فرانسه عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته شده است. راه حل حقوق فرانسه در حقوق ایران قابل اجرا نیست؛ چراکه اعمال قانون اقامتگاه نسبت به احوال شخصیه به عنوان قاعده ثانوی در حقوق ایران پذیرفته نشده و در مورد اشخاص بی تابعیت نمی‌توان آن را اجرا کرد. با توجه به ماده ۷ قانون مدنی اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه بیگانگان در حدود معاهدات پذیرفته شده است. بنابراین، چاره‌ای نیست جز اینکه در مورد این اشخاص قانون ایران را به عنوان قانون مقرر دادگاه (نه اقامتگاه) به اجرا گذاشته شود. (الماسی، ۱۳۸۹: ۲۴۹)

دلیل اهمیت عامل ارتباط اقامتگاه این است که بسیاری اشخاص در خارج از قلمروی دولت متبوع خود زندگی می‌کنند و با آن رابطه چندانی ندارند؛ در نتیجه این عامل ارتباط به اجرای قانونی منتهی می‌شود که رابطه چندانی با دعوی ندارد و به علاوه موجب ایجاد تبعیض میان اشخاصی می‌شود که در قلمرو یک دولت سکونت دارند که برخلاف اصل عدم تبعیض و ضرورت اعمال قانون یکسان بر اشخاصی است که در قلمرو یکسان زندگی می‌کنند. از همین‌رو می‌تواند از موارد تضعیف عامل ارتباط تابعیت محسوب گردد. (الماسی، ۱۳۶۹: ۱۲ و ۱۳)

مسائلی که گذشت به تعارض قوانین اقامتگاه و تابعیت به طور کلی می‌پردازد. حال به بررسی همین موضوع در حقوق داخلی با مدنظر قرار دادن مواد کنوانسیون لاهه می‌پردازیم.

### محورهای اصلی کنوانسیون

حال که اهمیت حل تعارض قانون متبوع و اقامتگاه تبیین و ضرورت تصویب کنوانسیون بین‌المللی در این خصوص آشکار شد، به بررسی مواد کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵ با موضوع حل تعارض قوانین تابعیت و اقامتگاه و تطبیق آن در حقوق ایران می‌پردازیم:

مواد ۱ تا ۸ کنوانسیون ناظر بر مسائل ماهوی و مواد ۹ تا ۱۳ ناظر بر تشریفات شکلی اجرا و پیوستن سایر کشورها است.

#### ۱. تعیین قانون اقامتگاه به جای قانون متبوع

در رابطه با تعیین قانون اقامتگاه به جای قانون متبوع، ماده ۱

در دولت شناسایی نشده، نظرات مختلفی عنوان شده است. بنا بر نظریه کلاسیک، اجرای قانون یک دولت تازه تأسیس تا زمانی که دولت مذکور صریحاً یا به طور ضمنی به وسیله دولت مقرر دادگاه یا طبق موازین مصرحه در قانون اساسی این کشور، مورد شناسایی قرار نگرفته است امکان‌پذیر نمی‌باشد و در مقابل وقتی که چنین شناسایی صورت گرفت محاکم کشور مقرر دادگاه نمی‌توانند از اجرای قانون دولت تازه تأسیس امتناع نمایند؛ زیرا شناسایی یک دولت، متضمن شناسایی قوه قانون-گذاری آن نیز می‌باشد. (همان: ۵۰)

### نقش اقامتگاه در قواعد حل تعارض

در خصوص اهمیت عامل ارتباط در قواعد حل تعارض ایران خصوصاً دسته ارتباط احوال شخصیه، لازم به ذکر است که بسیاری از کشورهای اروپای قاره‌ای به طور سنتی تابعیت را به عنوان عامل ارتباط اصلی به طور خاص در مورد احوال شخصیه به کار می‌برند. در مقابل، دو عامل ارتباط اصلی به کار گرفته شده در حقوق انگلیس، اقامتگاه و سکونت عادی است (Clarkson & Hill's, 2016: 316) و در امریکا عامل ارتباط اساسی، اقامتگاه است (Nikolaos, 2017: 130)، اما از آنجا که قواعد حل تعارض ایران از کد ناپلئون ۱۸۰۴ یا قانون مدنی فرانسه اخذ شده و در این کد به تابعیت نقش پررنگی اعطا شده بود، در ایران نیز تابعیت مهم‌ترین عامل ارتباط در این حوزه تلقی می‌شود. تابعیت به معنای رابطه بین شخص و یک دولت یا کشور تعریف شده است که متعاقب تعلق شخص به جمعیت یک کشور یا دولت، توسط آن دولت به شخص اعطا می‌شود. (Ramanathan, 2021: 3-4)

تابعیت به عنوان یک عامل ارتباط، برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه است که مفهوم پذیرفته شده در حقوق قدیم رومی ژرمنی با اصطلاح جدید تابعیت (تبعه) یا خارجی (غیرتبعه) منطبق نیست. تابعیت از سال ۱۸۰۰ نقش مهمی را نه تنها برای ترویج هویت دولت، بلکه برای سیاست مهاجرت ایفا کرده است. انتخاب تابعیت به عنوان یک عامل ارتباط برای کشورها، یک تصمیم سیاسی شده است. (Ibid: 127)

نکته قابل توجه این است که در خود فرانسه نیز تمایل به بازگشت به قانون اقامتگاه به عنوان عنصر کلیدی قواعد حل تعارض وجود دارد، اما در حقوق ایران اگر در مسئله‌ای به دلیلی نظیر آنچه گذشت، قانون متبوع به عنوان قانون حاکم بر احوال شخصیه قابل اجرا نباشد، قانون مقرر دادگاه وفق ماده ۵ قانون مدنی اجرا می‌شود و مجالی برای بها دادن به قانون اقامتگاه در

۱. اما به هنگام احاله به قانون ایران، ناگزیر باید قانون اقامتگاه را به جای تابعیت به عنوان تعیین‌کننده قانون حاکم بر احوال شخصیه پذیرفت.

در دادگاه ایران طرح شده است، طبق قواعد حل تعارض ایران، قانون انگلیس صالح است، اما قانون انگلیس به قانون فرانسه احاله می‌دهد. اینجا به نظر برخی حقوقدانان دادگاه ایرانی قاعده مادی و داخلی انگلیس - یعنی قانون ماهوی انگلیس، نه قاعده حل تعارض انگلیس - را اجرا می‌کند و برخی دیگر معتقدند به دلیل فقدان قانون خارجی صلاحیت‌دار، قانون مقر دادگاه اجرا می‌شود. (الماسی، ۱۳۸۹: ۱۳۱ و ۱۳۲)

در درجه اول، احاله به قاعده حل تعارض کشور خارجی است، نه قاعده داخلی و تعارض هم، زمانی است که ارجاع به قاعده حل تعارض می‌شود و مسئله «راکت بین‌المللی» پیش می‌آید و اگر ارجاع به قاعده داخلی هر کشور می‌شد، تعارض پدید نمی‌آمد. (نصیری، ۱۳۹۶: ۲۲)

بنابراین، اگر قائل به این باشیم احاله درجه دوم در حقوق ایران مردود است ماده یک کنوانسیون در فرضی که اقامتگاه، جایی غیر از مقر دادگاه - ایران - باشد فاقد معادل داخلی است و در فرضی که اقامتگاه در ایران است، دارای معادل است، اما اگر قائل به تخییر قاضی در خصوص احاله درجه دو باشیم، می‌توان ماده یک را به طور کامل اجرا و احاله درجه دوم را عملی کرد.

سؤالی که در اینجا قابل طرح است این است که چرا در متن کنوانسیون، به‌رغم اینکه ظاهراً به پدیده احاله اشاره شده، لیکن نامی از آن برده نشده است؟

به نظر می‌رسد که احاله از نظر علمی پدیده‌ای کاملاً مصنوعی است؛ زیرا وقتی برای مثال قانون ایران در مورد احوال شخصیه یک نفر انگلیسی، قانون انگلیس را قانون صلاحیت‌دار تلقی می‌کند، مسلماً اشاره به قانون ماهوی انگلیس می‌نماید و از لحاظ قانون ایران، این مسئله مطرح نیست که آیا قاعده حل تعارض قوانین انگلیس در مورد احوال شخصیه با قاعده حل تعارض قوانین ایران یکسان است یا نه.

در واقع نظریه احاله از آنجا ناشی شده است که در هر نظام حقوقی علاوه بر قانون داخلی که همان قانون قابل اجرا در مسئله حقوقی است، یک سلسله قواعدی نیز برای حل و فصل مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی وضع یا ایجاد شده است. طبیعی است که وقتی قانون کشوری در یک مورد خاص، قانون خارجی را صلاحیت‌دار تلقی می‌کند، منحصرأً نظر به قوانین ماهوی خارجی دارد نه قواعد تعارض قوانین؛ زیرا قواعد تعارض قوانین هر کشور از جمله مقررات شکلی همان کشور است و بنا بر اصل شناخته شده حقوق بین‌الملل خصوصی، قاعده شکلی، جنبه درون‌مرزی مطلق دارد و نمی‌تواند در خارج از کشور محل

کنوانسیون مقرر داشته: «چنانچه قانون کشور مقر دادگاه که اقامتگاه شخص است قانون ملی را صالح می‌داند و قانون کشور متبوع شخص، قانون اقامتگاه را صالح می‌داند، بر تمام کشورهای عضو این کنوانسیون لازم است قانون اقامتگاه را اجرا کنند». ماده مربوطه در حقوق داخلی می‌تواند ماده ۹۷۳ قانون مدنی باشد که مقرر داشته: «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد».

اینکه ماده فوق می‌تواند معادلی برای ماده ۱ کنوانسیون باشد یا خیر، بستگی مستقیم به تفسیر ما از ماده ۹۷۳ قانون مدنی دارد.

این ماده شامل دو قسمت است:

قسمت اول مربوط به احاله درجه دوم و قسمت دوم مربوط به احاله درجه اول است. شکی نیست که ماده ۹۷۳ احاله درجه اول را به صراحت پذیرفته است؛ زیرا مطابق قسمت دوم این ماده محکمه مکلف است احاله به قانون ایران را - که همان احاله درجه اول می‌باشد - رعایت نماید، اما از سیاق عبارت قسمت اول ماده ممکن است چنین استنباط شود که قاضی در قبول و یا رد احاله مخیر است؛ زیرا مطابق عبارت مزبور «محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست...». به عبارت دیگر، ممکن است چنین استنباط شود که ماده مزبور در قسمت مربوط به احاله درجه اول جنبه امری و در قسمت مربوط به احاله درجه دوم جنبه تخییری<sup>۱</sup> دارد.

با وجود اجمال در این ماده، اکثریت قریب به اتفاق صاحب‌نظران این رشته حقوق معتقدند: مکلف نبودن دادگاه به احاله درجه دوم در این ماده، به معنای مجاز نبودن دادگاه در این‌باره است. بر حسب این نظر هر دو نوع قاعده‌ای که در این ماده درباره احاله درجه یک و احاله درجه دو انعکاس یافته، واجد جنبه امری است. نهایت آنکه در مورد انعکاس یا احاله درجه یک، امر به رعایت احاله و در مورد احاله درجه دو، امر به عدم رعایت احاله شده است.

بنابراین، در دعوی زن و شوهر انگلیسی مقیم فرانسه که

۱. از جمله قائلین به تخییری بودن قسمت اخیر ماده ۹۷۳: شیخ الاسلامی. سید محسن، بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی، نامه مفید، شماره ۵۸، ۱۳۸۵، ص ۷۳.

ریشه این امر به اقتباس قانون مدنی از کد ناپلئون باز می‌گردد. ناپلئون با تصویب قانون اخیر در صدد بود با توجه به کشورگشایی‌هایی فرانسه در آن زمان و مهاجرت شمار بالایی از فرانسویان به خارج از خاک آن کشور، تمام اتباع فرانسه را تحت لوای قانون فرانسه نگاه دارد. بر این اساس بر خلاف رویه جهانی آن زمان که اتکا به عامل ارتباط اقامتگاه بود، عامل ارتباط تابعیت را ملاک قرار داد. هرچند امروزه رویکرد حقوق فرانسه نیز تغییر یافته و به عامل اقامتگاه بازگشت دارد، اما مقررات تعارض قوانین ما همچنان بدون تغییر مانده است. نتیجه این تفاوت این است در حقوق ایران اگر در مسئله‌ای به دلیلی نظیر آنچه گذشت، قانون متبوع به عنوان قانون حاکم بر احوال شخصیه قابل اجرا نباشد قانون مقر دادگاه اجرا می‌شود و مجالی برای بها دادن به اقامتگاه در حقوق تعارض قوانین ایران وجود ندارد، اما در فرانسه اقامتگاه به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته شده است.

دلیل کلیدی بودن عامل ارتباط اقامتگاه در اکثر نظام‌های حقوقی، این است که بسیاری اشخاص در خارج از قلمرو دولت متبوع خود زندگی می‌کنند و با آن رابطه چندانی ندارند. این عامل ارتباط به اجرای قانونی منتهی می‌شود که رابطه چندانی با دعوی ندارد (اصل نزدیکی) و به علاوه موجب ایجاد تبعیض میان اشخاصی می‌شود که در قلمرو یک دولت سکونت دارند (اصل عدم تبعیض).

### ۳. تعیین قانون متبوع به جای قانون اقامتگاه

در رابطه با تعیین قانون متبوع، مقرر ماده ۳ کنوانسیون عبارت است از: «وقتی هم قانون متبوع و هم قانون اقامتگاه، اعمال قانون متبوع را تجویز می‌کنند، همه اعضای کنوانسیون موظف به اجرای قانون متبوع به جای قانون اقامتگاه هستند» که ماده مربوط به آن در حقوق داخلی، مواد ۶ و ۷ قانون مدنی است که ماده ۶ مقرر داشته: «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح، طلاق، اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود». ماده ۷ قانون مدنی: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از

وضع آن اجرا شود و به طریق اولی، قانونگذار هیچ کشوری اجازه نخواهد داد که قوانین شکلی خارجی به وسیله محاکم آن کشور اجرا گردد.

با اینکه مصنوعی بودن نظریه احاله، بدیهی به نظر می‌رسد، از آنجا که احاله دستاویزی برای رهایی قاضی از اجرای قانون صلاحیت‌دار خارجی بوده است، با اشاعه نظریه «اجرای قانون مقر دادگاه» که در محاکم فرانسه پذیرفته شده و نیز رویه قضایی، این امر در قانون مدنی ایران به صورت یک قاعده مدون مورد قبول واقع شده است. این در حالی است که اجرای احاله با قواعد مورد قبول در حقوق ایران مخصوصاً در مورد احوال شخصیه منافات دارد. (همان: ۲۲)

علاوه بر آن، اگر در مقام اجرای قانون خارجی، قواعد تعارض قوانین خارجی را نیز باید اجرا کرد، در موقع برگشت به قانون محال‌علیه نیز باید مجدداً قواعد تعارض کشور اخیر اجرا شود. به این ترتیب قانون صلاحیت‌دار مرتباً دست به دست خواهد گشت. این ایراد که به نظریه راکت بین‌المللی معروف است جواب منطقی ندارد.

بنابراین، در پاسخ به سؤال مطروحه می‌توان گفت علت عدم ذکر احاله در کنوانسیون:

اولاً وجود تردید در اعتبار و پذیرش احاله است، خصوصاً آنکه خیلی از کشورها قائل به پذیرش احاله نیستند. به این دلیل که پدیده راکت بین‌المللی را ایجاد می‌کند.

ثانیاً کنوانسیون دقیقاً محتوای احاله را مقرر نداشته است؛ چراکه مثلاً احاله درجه دوم در کنوانسیون بیان نشده است. بلکه صرفاً ناظر بر این امر است که کشور اقامتگاه، قائل به قانون متبوع می‌باشد و کشور متبوع قائل به قانون اقامتگاه یا قانون متبوع است. بنابراین، قضیه را پیچیده نکرده است.

### ۲. تعیین قانون اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط مرجع

در رابطه با تعیین قانون اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط مرجع، ماده ۲ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «وقتی هم کشور اقامتگاه و هم کشور متبوع، اعمال قانون اقامتگاه را تجویز می‌کنند، تمام کشورهای متعاقد موظفند قانون اقامتگاه را بر روابط حقوقی اشخاص اجرا نمایند».

در حقوق داخلی ماده‌ای نظیر ماده فوق نداریم؛ زیرا عامل ارتباط اقامتگاه در حقوق تعارض قوانین ما محل چندانی ندارد.<sup>۱</sup>

۱. در حقوق ایران به طور محدود می‌توان رد پای از عامل اقامتگاه یافت:

نخست ماده ۵۹۱ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است» و دیگری بند ۱ ماده ۹۷۶ قانون مدنی که اشعار دارد: «کلیه ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تبعیت خارجی آنها مسلم باشد، تبعه ایران محسوب می‌شوند».

گرفته در قواعد انتظامی، مصادیق نظم عمومی را تعیین و از اعمال قانون خارجی مغایر با آن خودداری کند که از این نظم عمومی به «نظم عمومی پردکننده» تعبیر می‌شود. (صادقی، ۱۳۸۴: ۱۰۵)

ماده ۱۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۷۸ با تصریح به «نتیجه اعمال قانون خارجی» مقرر داشته است: «اعمال مقررات خارجی در صورتی که نتیجه‌اش مخالف با نظم عمومی سوئیس باشد ممکن نیست». در واقع این ماده به قاضی این تکلیف را داده است، نتیجه اعمال قانون خارجی را در مقر دادگاه بررسی کند و بعد به نظم عمومی ملی خود استناد کند که در نظام حقوقی انگلیس نیز چنین است. (Brigg Adrian, 2013: 208).

در انگلستان برای کاستن از ابهام مفهومی نظم عمومی و یاری رساندن به دادرس، الگوهایی مطرح کرده‌اند. برای مثال قراردادهای خارجی منعقدشده بر اساس اضطرار و اکراه نفوذ حقوقی نداشته و اعتبار بخشیدن به آنها با نظم عمومی انگلستان مغایر است. همچنین قراردادهایی که به منافع کشور انگلیس و روابط حسنه آن با دیگر کشورها لطمه میزند، قابل رد است. (Lando, O., 1998: 96)

برخی نظم عمومی را این‌گونه تعریف نموده‌اند: «نظم عمومی در روابط بین‌المللی، مجموع تأسیسات و قواعدی است که آن چنان به تمدن یک کشور آمیخته شده که قضات آن کشور به ناگزیر، اجرای آنها را بر قانون خارجی ولو اینکه این قانون طبق اصول متدواله در تعارض قوانین واجد صلاحیت باشد مرجع می‌دانند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۱۷)

از آنجا که قانون خارجی که به عنوان قانون صالح تعیین می‌شود، باید از صافی نظم عمومی بگذرد و توسط دادگاه سنجیده شود، وضعیت در ایران دشوارتر است؛ چراکه رویه قضایی ما در خصوص تعیین مصادیق نظم عمومی و الگوسازی برای سایر قضات، فقیر است. تنها برخی حقوقدانان الگوهایی ارائه داده‌اند؛ از جمله آنکه نهادهای حقوق خارجی که در حقوق ایران وجود ندارند<sup>۱</sup> یا نهادهای حقوق خارجی که اجرای آنها در نظام حقوقی ایران غیر قابل تحمل است، بر خلاف نظم عمومی ایران است. (سلجوقی، ۱۳۸۹: ۲۶۵) هرچند باید گفت که این قبیل الگوها نیز به دلیل ابهامی که دارند، نمی‌توانند چندان راهگشا باشند.

حیث مسائل مربوطه احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

مواد ۶ و ۷ قانون مدنی که اشعار دارند ایرانیان ولو مقیم خارج باشند در احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند و نیز بیگانگان در احوال شخصیه تابع قانون متبوع خویش هستند، در راستای ماده ۳ کنوانسیون است.

به عنوان مثال یک ایرانی که در فرانسه اقامت دارد و در دادگاه فرانسه به احوال شخصیه‌اش رسیدگی می‌شود، تحت حاکمیت قانون ایران قرار می‌گیرد.

#### ۴. ارجحیت نظم عمومی بر قواعد حل تعارض

مواد ۴ و ۶ کنوانسیون در رابطه با ترجیح نظم عمومی بر قواعد حل تعارض است که ماده ۴ کنوانسیون مقرر داشته: «هیچ یک از اعضا مکلف به اجرای مواد کنوانسیون نیستند، اگر حقوق بین‌الملل خصوصی‌شان به جهت حفظ نظم عمومی، اجازه اجرای مفاد هیچ یک از قوانین تابعیت یا اقامتگاه را ندهد».

ماده ۶ نیز کنوانسیون عبارت است از: «این حق هر یک از کشورهای عضو این کنوانسیون است که بر مبنای ضرورت‌های اولیه حفظ نظم عمومی خود، تعیین کنند قانون صالح طبق این کنوانسیون را اجرا نمایند یا خیر».

ماده مربوطه در حقوق داخلی، ماده ۹۷۵ قانون مدنی است که مقرر داشته: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

اما اینکه معیار شناسایی نظم عمومی چیست، مسئله‌برانگیز است تا حدی که در این باره گفته شده: «تعریف نظم عمومی مخالف نظم عمومی است». (به نقل از پیشین: ۲۷)<sup>۱</sup>

نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی چیزی بیش از یک نظم عمومی ملی در صحنه بین‌المللی نیست، اما نسبت به این مفهوم و نبودن ضابطه مشخص برای شناسایی مصادیق آن، وظیفه دادرسی را سنگین می‌کند. قاضی مکلف است متناسب با تغییر نظام و تفکر حاکم بر کشور و تحول آرمان‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی و نیز همگام با تغییرات صورت

۲. مانند ازدواج همجنس، معامله ربوی.

۱. کاردوزو، حقوقدان متأخر آمریکایی.



۴. شخص به محض ترک محل سکونت عادی، رابطه‌ای با آن ندارد، اما با ترک اقامتگاه رابطه حقوقی‌اش از بین نمی‌رود. سکونت عادی می‌تواند با سپری شدن مدت شکل بگیرد و همچنین زمانی که شخص مکانی را رها و به جای دیگری حرکت می‌کند به طور آنی از دست برود، اما در طول حضور شخص، سکونت عادی قدیمی تا ایجاد سکونت عادی جدید، ماندگار است. بدیهی است که سکونت عادی به عنوان یک عامل ارتباط بین تابعیت و اقامتگاه قرار گرفته است و بیشتر به اقامتگاه نزدیک است تا تابعیت، اما واضح است که اقامتگاه و سکونت عادی یکسان و مشابه نیستند. ( Schmidt & Cheshire, 1951: 39) سکونت عادی به عنوان یک عامل ارتباط، قابل انعطاف‌تر و با ماندگاری کمتر پایهریزی شده است. ماده ۳۸ قانون مدنی ایالت لوئیزیانا به دنبال تعریف اقامتگاه مقرر می‌دارد: «اقامتگاه شخص حقیقی، محل سکونت عادی اوست» و ماده ۳۹ ادامه می‌دهد: شخص حقیقی می‌تواند در چندین مکان سکونت کند، اما نمی‌تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد در صورت فقدان سکونت عادی، هر محل سکونتی ممکن است به عنوان محل اقامت یک شخص در نظر گرفته شود به انتخاب اشخاصی که منافعی‌شان تحت تأثیر قرار می‌گیرد. ( Nikolaos, 2017: 134; Ramanathan, 2021: 2; Layton-Helm, 2020: 233)

سکونت یک عامل آسان‌تر برای ایجاد است؛ چراکه معیار سکونت به منظور تحصیل اقامتگاه، یک معیار کیفی است نه کمی. سکونت به مدت و استمرار خاصی نیاز ندارد و می‌تواند لحظه‌ای باشد. بنابراین اگر یک شخص، قبل رسیدن به کشوری تصمیم به سکونت در آن بگیرد، عامل سکونت به محض رسیدن شخص برقرار خواهد شد. در چنین مواردی بهتر است گفته شود که تنها سکونت در یک کشور برای کسب اقامتگاه انتخابی نیاز است. دلیل آن، این است که حضور، شرط مهم‌تری از سکونت است. در ایالات متحده پیشنهاد شده بود جایی که یک شخص، خانواده‌اش را برای ایجاد خانه‌ای در کشوری می‌فرستد، اقامتگاه می‌تواند نیابتاً کسب شود حتی قبل اینکه خودش به آنجا برسد، البته بعید است چنین نظریه‌ای توسط دادگاه انگلیس پذیرفته شود. ( Clarkson & Hill's, 2016: 329)

## ۵. تعریف واحد برای اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط

### مرجع

کنوانسیون در مقام یکنواخت‌سازی مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی نسبت به ارائه تعریف واحد برای اقامتگاه در ماده ۵ کنوانسیون برآمده است که مقرر داشته: «اقامتگاه محل سکونت دائمی و متعارف اشخاص است، مگر اینکه محل سکونت اشخاص وابسته به سکونتگاه دیگر اشخاص یا مربوط به دوایر دولتی باشد که در این صورت اقامتگاه این اشخاص عبارت است از محل سکونت اشخاص ثالث یا محل استقرار دوایر دولتی».

ماده مربوطه در حقوق داخلی، ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی است: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود».

البته اینکه محل سکونت عادی چیست، کنوانسیون ضابطه‌ای نداده است. اولین بار، این عامل ارتباط در سال ۱۹۰۲ تحت تأثیر کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه<sup>۱</sup> ظهور یافت. کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه به عنوان یک سیاست کلی برای جلوگیری از عدم قابلیت انعطاف، هیچ‌گاه مفهوم محل سکونت عادی را تعریف نکرده است. سکونت عادی یک معیار موضوعی و عینی است که همه اوضاع و احوال مرتبط با هر دعوی خاص را در نظر می‌گیرد.

مفهوم سکونت عادی در حقیقت با اقامتگاه تفاوت‌هایی دارد که اهم آن عبارت‌اند از:

۱. محل سکونت عادی می‌تواند چند محل باشد، اما اقامتگاه واحد است؛
۲. محل سکونت عادی بیشتر دارای ماهیتی موقت است در حالی که اقامتگاه بیشتر ماهیت دائمی دارد ( Ramanathan, 2021: 4);

۳. رابطه فرد با محل سکونت عادی صرفاً رابطه مادی است، اما در اقامتگاه علاوه بر ایجاد رابطه مادی بین وی و دولتی معین، ضامن منافع حقوقی و در برخی موارد سیاسی نیز می‌باشد؛<sup>۲</sup>

1. Hague Conference on Private International Law

۲. ملاک اصلی برای حمایت سیاسی در عرصه بین‌المللی تابعیت است، اما ایالات متحده آمریکا اقامت را نیز مورد حمایت خود قرار می‌دهد. مداخله

آمریکا در خصوص قتل «جمال خاشقچی» روزنامه‌نگار سعودی روزنامه واشنگتن پست که اقامت آمریکا را داشت، نمونه‌ای از این حمایت است.

از طرف دیگر می‌توان گفت اعمال قانون خارجی موکول به معاهده بین دولت ایران و دولت خارجی است. در صورت عدم وجود چنین معاهده‌ای، حقوق ایران به عنوان قانون محل سکونت اجرا خواهد شد.

آنچه نظر اخیر را تقویت می‌کند ماده ۵ و بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدنی است که مقرر داشته خارجیان نمی‌توانند از قواعد مربوط به احوال شخصیه حقوق ایران که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده متمتع شوند. استدلال اخیر با گرایش جدید بین‌المللی به سوی عامل محل سکونت عادی و انصراف از تابعیت و اقامتگاه نیز همسو است. (همان: ۱۷۳)

#### ۶. عدم لزوم کنوانسیون در برابر کشورهای غیر عضو

نظر به اینکه کشورهای غیرعضو ملتزم به کنوانسیون نیستند، ماده ۷ کنوانسیون مقرر داشته: «هیچ یک از اعضای این کنوانسیون ملزم به اجرای این کنوانسیون نیستند، چنانچه دولتی که اقامتگاه شخص یا تابعیت شخص به آن وابسته است عضو این کنوانسیون نباشد».

این ماده به عدم الزام اعضا برای رعایت کنوانسیون مقابل شخصی که دول متبوع و مقیم او عضو کنوانسیون نیستند، اشاره دارد.

#### ۷. حق رزرو کشورهای عضو

جهت قابلیت اعمال کنوانسیون بین نظام‌های حقوقی متعدد و عضویت کشورها، ماده ۸ کنوانسیون، حق رزرو اعضا را پیش‌بینی کرده است: «هر یک از اعضای زمان امضا، تصویب یا حتی اجرای کنوانسیون می‌توانند اعلام کنند ماده‌ای از کنوانسیون را به دلیل مغایرت با حقوق داخلی خود اجرا نمی‌کنند».

پیش‌بینی حق رزرو برای کنوانسیون‌هایی که بدون ورود به حیطة حاکمیتی دولت‌ها با چند ماده محدود و کلی در جهت یکسان‌سازی قواعد حل تعارض بوده، قابل انتقاد است؛ زیرا ضمن اینکه غرض اصلی تنظیم کنوانسیون را نقض کرده و آثار مطلوب آن را کنار می‌زند، حل تعارض را به قاضی رسیدگی-کننده می‌سپارد که او نیز غالباً ساده‌ترین راه؛ یعنی اجرای قانون مقرر را انتخاب و از اجرای قانون خارجی امتناع می‌کند.

سایر مواد کنوانسیون در مورد نحوه رزروهای لازم‌الاجرا شدن است و زمان اجرای آن، بستگی به طی تشریفات الحاق هر کشور به کنوانسیون و تصویب آن در حقوق داخلی و تسلیم آن به لاهه است که طرح آن از این نوشتار خروج موضوعی دارد.

علت ارائه این معیار به عنوان عامل ارتباط در کنوانسیون، رعایت اصول مجاورت و عدم تبعیض است. به این شرح که تئوری مجاورت، بیانگر وابستگی یک رابطه حقوقی با سازمان حقوقی کشوری است که نزدیک‌ترین پیوند را با آن دارد. محل سکونت عادی بیش از اقامت و تابعیت، هدف مجاورت را تأمین می‌کند و غالباً با محلی انطباق دارد که زندگی شخص در آنجا متمرکز بوده است. اصل عدم تبعیض نیز با کنار گذاشتن عنصر تابعیت و اقامت، اقتضای رفتار یکسان با سکنه یک کشور را دارد و عامل محل سکونت عادی با عدم اشتراط اقامت به مفهوم مضیق خود، هدف اصل عدم تبعیض را بهتر برآورده می‌کند. (مقصودی، ۱۳۹۶: ۱۷۳)

در خصوص معادل داخلی برای ماده ۵ کنوانسیون می‌توان با مسامحه ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی که از ماده ۱۰۲ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است را مطرح کرد. چنان‌که گذشت محل سکونت عادی که مدنظر کنوانسیون است با اقامتگاه که در ماده ۱۰۰۲ آمده تفاوت دارد، اما در جایی که عامل ارتباط، قابل شناسایی یا اجرا نباشد، محل سکونت عادی حداقل در مورد ساکنان کشور ایران می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

ماده ۵ قانون مدنی ایران که مقرر داشته: «کلیه سکنه ایران اعم از اتباع خارجه و داخله مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد»، منطبق بر اصل سرزمینی بودن قوانین است و اصولاً همه اشخاصی را که در ایران سکونت دارند، صرف‌نظر از منشأ و تابعیت و نیز صرف‌نظر از محل سبب دعوا، تابع قوانین ایران قرار داده است. هرچند که قانون‌گذار در مواد بعد به طور استثنایی اتباع خارجی را تابع قانون ملی، قرارداده‌ها را تابع قانون محل وقوع عقد و ... می‌داند، اما همچنان اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین، یک استثنا محسوب می‌شود. بنابراین، در مواردی که هیچ قاعده حل تعارضی وجود ندارد یا عامل ارتباط قادر به تعیین قانون کشور معینی نیست، باید از حکم استثنایی قسمت اخیر ماده ۵ عبور نمود و کلیه سکنه ایران را مطیع قوانین ایران دانست.

در رابطه با ماده ۷ قانون مدنی دیدگاهی مبتنی بر این امر ارائه شده است که این ماده با قرار دادن این قید که اتباع خارجه در احوال شخصیه در حدود مقررات تابع قانون متبوع خود هستند، تفاسیر مختلفی برانگیخته است:

از یک طرف می‌توان گفت وجود معاهده یا قرارداد برای تبعیت خارجی از قانون متبوع خود لازم نیست و معاهدات، حدود کاربرد قانون خارجی را بیان می‌کنند.

## بحث و نتیجه‌گیری

از بررسی مواد کنوانسیون و نیز مذاقه در مقررات حقوق داخلی، این‌طور استنباط می‌شود که به نظر تعارضی بین این کنوانسیون و مقررات حقوق داخلی وجود ندارد. در واقع کنوانسیون از جهت قائل شدن نقش برای عامل ارتباط اقامتگاه تأثیر مهمی را بر حقوق کشور ما خواهد گذاشت؛ زیرا به‌رغم اینکه اقامتگاه در حقوق انگلیس و آمریکا، عامل ارتباط اصلی است و حتی در حقوق فرانسه به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته شده، لیکن در حقوق ایران، عامل ارتباط اقامتگاه نسبت به احوال شخصیه حتی به عنوان قاعده ثانوی پذیرفته نشده است و در مورد اشخاص بی‌تابعیت نیز قابل اعمال نیست. با توجه به ماده ۷ قانون مدنی که اعمال قانون ملی را نسبت به احوال شخصیه بیگانگان در حدود معاهدات پذیرفته است، چاره‌ای جز این نیست که در مورد این اشخاص، قانون ایران به عنوان قانون مقر دادگاه به اجرا گذاشته شود و تنها موردی که به طور غیرمستقیم، به ناگزیر قانون اقامتگاه را باید به جای قانون متبوع به عنوان تعیین‌کننده قانون حاکم بر احوال شخصیه پذیرفت، به هنگام احاله به قانون ایران است.

این در حالی است که اصل عدم تبعیض و ضرورت اعمال قانون یکسان بر اشخاصی که در قلمرو یک دولت زندگی می‌کنند، اقتضای حکومت قانون اقامتگاه را دارد نه قانون متبوع.

با لحاظ مراتب فوق به نظر می‌رسد علت عدم الحاق ایران به کنوانسیون به این امر بر می‌گردد که ایران به تعارض قوانین جنبه حاکمیتی داده است و مصلحت سیاسی را در آن دخیل می‌داند. بنابراین، به جهت تحت سلطه قرار نگرفتن حاکمیت، به آن الحاق نشده است.

از همین‌رو در رابطه با جایگاه کنوانسیون در یکسان‌سازی مقررات در عرصه حقوق بین‌الملل، با نظر به تلاش‌های صورت گرفته به نظر می‌رسد به نحوه اجرای آن به حقوق داخلی کشورها بستگی دارد؛ چرا که هر کشور تا جایی که حاکمیت آن اجازه دهد مقررات مربوطه را اعمال خواهد نمود و در غیر این صورت، حق رزرو پیش‌بینی شده را مورد استفاده قرار می‌دهند.

نظر به اینکه مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی ریشه فقهی ندارد، پیشنهاد می‌شود برای جلوگیری از اعمال قانون مقر دادگاه در مواردی که اعمال قانون متبوع ممکن نیست عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان قاعده ثانوی به ویژه در مورد

دعاوی احوال شخصیه اشخاص بی‌تابعیت مورد پذیرش سیستم حقوقی ما قرار گیرد که این امر با اجرای عدالت همخوانی بیشتری خواهد داشت و با توجه به اینکه اقامتگاه بین‌المللی به عنوان یک عامل ارتباط در حقوق بین‌الملل خصوصی، در حقیقت قلمرو کشور را در بر می‌گیرد، با منافع حاکمیتی مغایرتی نخواهد داشت و اجرای آن با مانعی روبه‌رو نخواهد شد.

## منابع

- الماسی، نجادعلی (۱۳۶۹). «تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین». *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: نشر میزان. چاپ دهم.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۹). *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (۱ و ۲)*. چاپ دوازدهم. تهران: نشر میزان.
- شیخ‌الاسلامی، سیدمحسن (۱۳۸۲). «ارزیابی نظریات حاکم بر دستیابی به محتوای قانون خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی». *مجله نامه مفید*، شماره ۳۷.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). «بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی». *مجله نامه مفید*، شماره ۵۸.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴). «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*. شماره ۶۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *ترمینولوژی حقوق*. چاپ بیست و دوم. تهران: گنج دانش.
- خمامی‌زاده، فرهاد (۱۳۸۷). «تعارض قوانین-تعریف و جایابی عامل ارتباط». *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه رضوی*، شماره ۲۸.
- نصیری، مرتضی (۱۳۹۶). *تعارض قوانین در تجارت بین‌المللی*. تهران: انتشارات جنگل. چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: نشر آگاه.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۲). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: گنج دانش.
- مقصودی، رضا (۱۳۹۶). «عامل ارتباط محل سکونت عادی در قواعد حل تعارض اتحادیه اروپا و ایران». *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، شماره ۱۸.



- Briggs Adrian (2013). *The Conflict of Laws*. Oxford University Press. Fourth Edition.
- Clarkson & Hill's (2016). *Conflict of Laws*. By Jonathan Hill, Máire Ní Shúilleabháin, Christopher M. V. Clarkson. Oxford University Press.
- Clayton-Helm, L. (2020). "Out with the Old and In with the New: Bringing the law of domicile into the twenty-first century". *J. Int'l & Comp. L.*, 7, 199.
- Convention Relating to the Settlement of the Conflicts between the Law of Nationality and the Law of Domicile [Anno Domini 1955].
- Lando, O.; Dicey & Morris (1998). "The Conflict of Laws: A Review". *International & Comparative Law Quarterly*, 47(2), 394-408.
- Nikolaos A. Davrados (2017). Nationality, domicile and private international law revisited. University of Nicosia.
- Ramanathan, S. (2021). "Concept of Domicile under Private International Law: An Understanding". Available at SSRN 3841048.
- Schmidt, F. & Cheshire, G. C. (1951). "Nationality and Domicile in Swedish Private International Law". *The International Law Quarterly*, 4(1), 39-59.
- Serikkeldinovna Abdrakhmanova Elmira and T. Begimjanovna Nyssanbekova Lyazza (2013). "Treatment of Domicile Concept in International Private Law". *Middle-East Journal of Scientific Research* 16 (12): 1690-1693.

## COPYRIGHTS



©2021- 2022 by the Authors. Licensee PNU, Tehran, Iran. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY4.0) (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>)