

Role- Playing of Conflict Resolution Rule by the Support of Conflict Resolution Methods (Through Using Comparative Law)

Seyed Abbas Seyedi Arani¹

Received: 05/01/2019; Accepted: 04/01/2020

Abstract

The exclusive application of the bilateral method to the Iran private international law entails some issues. In the stage of creating the right, this method determines the foreign law in areas where the jurisdiction of the substantive law of the court is well-established. In addition, this method does not justify the renvoi. The reasoning of the logical analogy of the method and the impossibility to adapt the rule to specific issues is problematic. In the stage of performing the right, the decision of the foreign court according to an unqualified law is not recognized under the rule of conflict resolution in Iran. These issues can be solved through using comparative law and by means of an analytic-descriptive method. In the stage of creating the right, conflict resolution rule must have a role by unilateral method so that applying overriding laws and the renvoi can be justifiable. In the stage of performing the right, the combination of unilateral methods and "recognition" brings the fact that merely a foreign court ruling in conflict with the overriding law of is not recognized in order to taking into account of other legal systems' solutions. In this case, the effect of the public order will be increased so that the national interests not to be sacrificed in the altar of coordinating solutions.

Key words: Bilateralism, Recognition, Selection of the Appropriate Law, Overriding Law, Unilateralism.



نقش‌آفرینی قاعده حل تعارض به پشتیبانی روش‌های حل تعارض (با بهره‌مندی از آورده‌های حقوق تطبیقی)

سیدعباس سیدی آرائی^۱

تاریخ دریافت ۹۷/۱۰/۱۵ - تاریخ پذیرش ۹۸/۱۰/۱۴

چکیده

اعمال انحصاری روش دوجانبه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مسائلی در پی دارد. در مرحله ایجاد حق، این روش باعث تعیین قانون بیگانه در حوزه‌هایی می‌شود که صلاحیت قانون ماهوی مقر دادگاه محرز است. به علاوه، این روش احاله را توجیه نمی‌کند. استدلال قیاس منطقی روش و عدم امکان سازگاری قاعده با موضوعات خاص مسئله‌ساز است. در مرحله اجرای حق، حکم دادگاه بیگانه مستند به قانون غیر صالح به موجب قاعده حل تعارض ایران شناسایی نمی‌شود. می‌توان با بهره‌مندی از آورده‌های حقوق تطبیقی و با روش توصیفی-تحلیلی مسائل را حل کرد. در مرحله ایجاد حق، قاعده حل تعارض باید با روش یک‌جانبه نیز نقش‌آفرینی کند تا اعمال قوانین فوق امری مقر دادگاه و احاله توجیه‌پذیر باشد. در مرحله اجرای حق، ترکیب روش‌های یک‌جانبه و «شناسایی» باعث می‌شود صرفاً حکم دادگاه بیگانه در تعارض با قانون فوق امری ایران شناسایی نگردد تا راهکارهای سیستم‌های حقوقی دیگر لحاظ شوند. در این صورت، اثر نظم عمومی افزایش خواهد یافت تا منافع ملی در قربانگاه هماهنگی راهکارها از بین نرود.

واژگان کلیدی: دوجانبه‌گرایی، شناسایی، گزینش قانون مناسب، قانون فوق امری، یک-جانبه‌گرایی.





مقدمه

اگر در نگاه نخست موضوعی با دو یا چند سیستم حقوقی پیوندهایی داشته باشد، که بنا به فرض هریک راهکار متفاوتی برای آن می‌دهد، تعارض قوانین به مفهوم گسترده کلمه وجود دارد. (Gothot, Lagarde, 2006:3) در این وضعیت یک انتخاب، تعارض را حل می‌کند.^۱ (Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières, 2013:63) اصولاً روش حل تعارض دوجانبه است، که منتهی به صلاحیت قانون مقرر دادگاه یا قانون بیگانه می‌شود. در ایران برابر دیدگاه غالب، قاعده حل تعارض در دو مرحله ایجاد و اجرای حق با پشتیبانی روش دوجانبه نقش آفرینی می‌کند. پذیرش چنین دیدگاهی مسائلی در پی دارد. در مرحله ایجاد حق، در مواردی این روش باعث تعیین قانون بیگانه در حوزه‌هایی می‌شود، که صلاحیت قواعد ماهوی ایران محرز است. به علاوه، این روش پدیده احاله را توجیه نمی‌کند. چون اگر روش دوجانبه حاکم باشد و قاضی باید قاعده مادی بیگانه صالح به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه را اعمال کند و احاله به قانون دیگر پذیرفتنی نیست. وانگهی در چنین سیستمی احاله درجه دوم، با وجود ظهور ماده (۹۷۳ق.م) دال بر اختیاری بودن پذیرش آن رد می‌شود. در نهایت، روش دوجانبه بر پایه استدلال قیاس منطقی قرار گرفته است. نتیجه این وضعیت این که امکان سازگاری قاعده حل تعارض با موارد خاص وجود ندارد: به محض قرار گرفتن موضوع در دسته ارتباط، عامل ارتباط قانون صالح را معین می‌کند. در مرحله اجرای حق نیز حکم دادگاه بیگانه صادره به استناد قانون غیر صالح برابر قاعده حل تعارض ایران شناسایی نمی‌شود.



۱ واژه انگلیسی «Choice of law» همین معنی را می‌دهد.



نمی‌توان منکر وجود قواعد حل تعارض در حقوق اسلامی شد، هرچند در این جا عنصر سیاسی تابعیت نقشی ندارد و مسائل صرفاً از منظر رابطه بین‌الادیانی مطرح می‌شوند؛ حقیقت تعارض قوانین عبارتست از تردید قاضی در انتخاب قانون حاکم بر دعوی. در پاره‌ای از موارد قاضی اسلامی نیز بین اعمال قانون دارالاسلام و قانون دارالکفر تردید می‌کند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۶۷) و این بویژه واقعیتی است در مورد احوال شخصیه اقلیت‌های دینی تبعه دارالاسلام. برخی در بحث از «احکام مفوضه» از تعارض قوانین یاد می‌کنند، تا نشان دهند شارع مقدس آن را قاعده‌مند نکرده، ولی انجام آن را به جامعه مسلمین تفویض کرده‌است (کریمی، ۱۳۷۶: ۲۶). منتهی مراجع ذی‌صلاح این جامعه همگام با تحولات بین‌المللی پیش نرفته‌اند. البته در حقوق اسلامی نیز بسیاری از مفاهیم حقوق بین‌الملل خصوصی به صورت پراکنده وجود دارند. ولی با نبود بحث‌های منسجم حقوقی، اختلاطی بین مفاهیم در آثار نویسندگان به وجود آمده‌است که باعث سردرگمی مخاطبان شده‌است. بویژه این که تفکیک درستی بین قواعد فوق‌امری، امری و نظم عمومی وجود ندارد. بنابراین قاضی در مواجهه با موضوع دارای عنصر خارجی نمی‌داند بطور مستقیم قانون مقرر دادگاه را اعمال کند، از اعمال آن صرف‌نظر کند یا از اعمال قانون بیگانه صالح به موجب قاعده حل تعارض خودداری کند.

در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی، تأکید بر یک مفهوم و نادیده گرفتن سایر مفاهیم مفسده‌ای بزرگ به همراه دارد. اخذ و اقتباس یک مفهوم از حقوق بیگانه لزوماً باید به طور کامل صورت پذیرد، هرچند که اصراری بر گرفتن مفاهیم از حقوق بیگانه نیست. در این پژوهش با بهره‌مندی از آورده‌های حقوق تطبیقی روش‌های یک و دو جانبه، بررسی و سپس با ترکیب روش‌های یادشده پدیده‌ها و اعمال قانون فوق‌امری مقرر دادگاه را توجیه می‌کنیم. در نهایت، از آنجایی که به کارگیری این دو روش همه مسائل را حل نمی‌کند، از ره‌آورد روش‌های دیگر، بویژه در مرحله اجرای حق بهره می‌بریم.





۱. پشتیبانی روش‌ها

۱-۱. پشتیبانی روش دوجانبه

۱-۱-۱. شناخت و کاربرد روش دوجانبه

اصولا قواعد حل تعارض قوانین دوجانبه، چند ارزشی یا غیرمستقیم هستند. این نوع قاعده از این جهت که تکلیف مساله حقوقی را روشن می‌کند مانند قواعد دیگر است و از جهتی چون مساله را به صورت مستقیم حل نمی‌کند و صرفا به تعیین قانون صالح می‌پردازد با آن‌ها و از قواعد مادی، که وظیفه مشخص کردن پیامدهای حقوقی مسائل در عرصه بین-الملل را بعهده دارد، متفاوت است. (Gothot, Lagarde, 2006:7)

در این روش نقطه آغازین استدلال موضوع است؛ موضوع پس از توصیف، در دسته ارتباطی قرار می‌گیرد و عامل ارتباط قانون صالح را مشخص می‌کند. (Gothot, Lagarde, 2006:4) فرمول ساوینی، تئوری پرداز روش، مطلب را به خوبی خلاصه می‌کند: لازم است «برای هر رابطه حقوقی دایره شمول قانونی را پیدا کرد که رابطه به دلیل ماهیت خود در آن پایگاه دارد». (SAVIGNY, 1851:108-109) هر چند کادری معتقد است: «فرمول ساوینی فاقد مفهوم است، چه یک رابطه حقوقی فقط با قانون بوجود می‌آید. ابتدا باید نظام حقوقی صالح مشخص و سپس صحبت از رابطه حقوقی شود» (Gothot, 1971:24)، این ایرادات تئوری تأثیری بر موفقیت چشم‌گیر روش دوجانبه نداشت. به نحوی که می‌توان به جرات گفت چراغی که ساوینی برافروخت بر تمام حقوق بین‌الملل خصوصی معاصر پرتوافکنی می‌کند و این پندار قوت می‌گیرد که تنها دیدگاه حاکم همین است.

در حقوق ایران بیش تر قواعد تعارض قوانین دوجانبه هستند. (مواد ۷ و ۹۶۳ الی ۹۶۸ ق.م). در حقوق اسلامی نیز این نوع قواعد وجود دارند. در واقع، در این سیستم حقوقی می‌توان در مسائل احوال شخصیه بر اساس تعالیم مذهبی اشخاص حکم کرد (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۷۹). دلیل فقهی این واقعیت در «قاعده الزام» نهفته است. امام صادق (ع) می‌فرمایند: «الزموهم من ذلک ما الزموه انفسهم» (الحرعاملی، ۱۴۱۴: ۷۳، فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ۱۶۷). بنابراین تبعیت ایرانیان غیرشیعه از تعالیم آیین خود در مسائل نکاح، طلاق، ارث، وصیت و





فرزندخواندگی، از پشتوانه فقهی برخوردار است. قاعده الزام یک قاعده حل تعارض دوجانبه است؛ اعمال آن، بسته به آیین اشخاص منتهی به حاکمیت احکام آیین زرتشتی، مسیحی، کلیمی یا مذاهب اسلامی غیرشیعه می‌شود.

امتیاز بزرگ روش دوجانبه بهره‌مندی از معیارهای عینی است. این روش با رسالت بنیادین دادرس ملی هماهنگی دارد؛ او در مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی رسالت حل مسأله‌ای از حقوق خصوصی را دارد، نه درگیر شدن در منافع دولت‌ها. دادرس با یافتن «پایگاه» یک رابطه حقوقی برای تشخیص قانون حاکم حس نمی‌کند که در تعارض بین حاکمیت‌ها دخالت می‌کند، بلکه باور جست‌وجوی قانونی را دارد که با ماهیت موضوع به بهترین وجه پیوند دارد. در این روش منافع دولت‌ها به نوعی خارج از موضوع قرار می‌گیرند. زیرا روابط حقوقی بمنزله کانونی قانون صالح را جذب می‌کنند.

(Gothot, Lagarde, 2006:5,6 et 32)

۱-۲. پاسخگو نبودن روش دوجانبه

ویژگی دوجانبه قاعده حل تعارض باعث قرارگرفتن دو قانون (مقر دادگاه و بیگانه) بر پایه تساوی می‌شود. نتیجه این وضعیت تعیین قانون بیگانه در حوزه‌هایی است که صلاحیت قانون مقر دادگاه محرز است. این حوزه‌ها به دلیل سیطره رو به افزایش نقش دولت در روابط خصوصی بین‌المللی گسترش یافته‌است. تدابیر حمایتی از محجوران و قانون فوق‌امری (نیکبخت، ۱۳۸۵: ۴۴) قراردادی، نمونه‌هایی روبه‌افزایش هستند.

(Loussouarn, Bourel, De Vareilles-Sommières, 2013:66) همچنین این روش توانایی توجیه احاله را ندارد، چه در یک سیستم دوجانبه باید به حکم قاعده حل تعارض مقر دادگاه عمل نمود. اگر این قاعده قانون ماهوی بیگانه را صالح بداند، دیگر خواست واضح قاعده حل تعارض کشور خارجی مبنی بر اعمال یا عدم اعمال اهمیتی ندارد. اما دوجانبه‌گراها در احاله به این خواست احترام می‌گذارند. درنهایت، این واقعیت انکارناپذیر است که در روش سنتی، حقوق داخلی مرزهای دسته‌های ارتباط را ترسیم می‌کند و توصیف‌ها ریشه در نهادهای آن دارند. این وضعیت مانعی بر سر راه آرمان حقوق‌دانان، یعنی یکسان‌سازی قواعد حل تعارض است. وحدت واقعی با عبور از داده‌های حقوق داخلی





ممکن نیست، چون این داده‌ها در سیستم‌های حقوقی متفاوت هستند و داده‌های متفاوت دادرسان را به نتیجه یکسانی نمی‌رسانند. در این شرایط خواست اصلی منتقدان انحصاری نبودن روش دوجانبه است و حتی برخی مخالف برتری این روش بر سایر روش‌ها هستند. (Francescakis, 1966:1) نمی‌توان انکار کرد که رسالت حقوق بین‌الملل خصوصی سازماندهی روابط خصوصی بین‌المللی است. برای این که این حقوق ویژه بتواند به نیازهای عرصه بین‌الملل پاسخ دهد باید از قوانین خارجی، بدون چشم‌پوشی از آمریت آن‌ها بهره برد. و گرنه، درمان با بیماری منطبق نیست. (Gothot, 1971:34)

۲-۱. پشتیبانی روش یک‌جانبه

۱-۲-۱. شناخت روش یک‌جانبه

یک‌جانبه‌گرایی روشی است که در آن قواعد حل تعارض قوانین حوزه شمول قوانین آن کشور را مشخص و این امکان را می‌دهند که بر موضوع بیرون از این حوزه قانونی اعمال شود، که خود را صالح می‌داند. به گفته نی‌بوایه، مخالف حاکمیت کشورهاست که قاعده حل تعارض مقر دادگاه قانون کشوری را تعیین کند، که برابر مقررات آن‌جا صالح نیست. (Gothot, Lagarde, 2006:24) بنابراین، «خواست قانونگذار بیگانه» تعیین‌کننده است. در این روش، قاضی کار خود را از قاعده آغاز، سپس دایره شمول را مشخص می‌کند تا دریابد آیا موضوع را در برمی‌گیرد یا خیر. ماده (۶ق.م) ایران ساختاری یک‌جانبه دارد. چون فقط در مورد حوزه شمول قوانین ایران در موضوع احوال شخصیه تعیین تکلیف می‌کند.

۱-۲-۱-۱. کاربرد روش در مرحله ایجاد حق - اعمال روش یک‌جانبه در تعارض قوانین امتیازاتی دارد. در این روش «احاله» پیش نمی‌آید. چه قاعده حل تعارض مقر دادگاه برای سیستم حقوقی دیگر تعیین تکلیف نمی‌کند. تعارض توصیف‌ها نیز مطرح نمی‌شود. تعارضی که آرزوی حقوقدانان را برای هماهنگی در عرصه تعارض قوانین از بین برده است. چون با یکسان بودن قواعد حل تعارض باز هم ممکن است توصیف‌های متعارض در دادگاه‌های مختلف منجر به اعمال قوانین متفاوت شوند. این تعارض هنگامی پیش می‌آید که چند سیستم حقوقی برای توصیف یک موضوع در رقابت قرار گیرند. اما در روش یک-





جانبه این رقابت بی‌معناست، چه اگر نظام حقوقی مقرر دادگاه صلاحیت قانون خود را نپذیرد، نوبت به قانون سیستم حقوقی بیگانه می‌رسد.

مبدعان روش یک‌جانبه به‌خواست قانونگذاران احترام گذاشتند و به معرفی دیدگاه خود بعنوان تئوری جهانی امیدوار بودند. اما با وجود موفقیت‌هایی بویژه در قوانین فوق‌امری، تلاش آن‌ها مورد بی‌مهری حقوق موضوعه قرار گرفت. برخی این وضعیت را به زیبایی توصیف می‌کنند: «یک‌جانبه‌گرایی ققنوسی است که هر از گاهی سر از خاکستر خود برمی‌دارد و به پرواز درمی‌آید.» (Loussouarn, Bourel, De Vareilles-Sommières, 2013:114)

۱-۲-۱- کاربرد روش در مرحله اجرای حق- چون اجرای احکام دادگاه‌ها شاخه‌ای از تعارض صلاحیت‌هاست، بهتر است که بر آن یک‌جانبه‌گرایی حاکم باشد؛ حکم بیگانه در ایران قابل اجراست، اگر به استناد قانونی صادر شده که خود را صالح می‌داند. هرچند قاعده حل تعارض ایرانی قانون ماهوی مستند به آن صالح نباشد. برابر دیدگاهی مخالف، «برای این که حقی در ایران بتواند منشأ آثار باشد، باید ایجاد آن برابر قانونی باشد، که حقوق بین‌الملل خصوصی ایران آن را صلاحیت‌دار تشخیص دهد» (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۴۴). این دیدگاه برگرفته از ساختار فکری دوجانبه است. برابر این دیدگاه، قاعده حل تعارض مقرر در مرحله اجرای احکام نیز قاضی را مکلف می‌سازد: اگر وی در این مرحله به مفاد قاعده حل تعارض بیگانه عمل کند، این قاعده را وارد سیستم مقرر دادگاه می‌کند. (D'Avout, 2005:301) در سیستم دوجانبه همیشه احتمال وجود یک حق مخالف هست، چه قانون بیگانه اعمال خواهد شد اگر به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه صالح باشد. اما در یک سیستم یک‌جانبه وقتی سیستم حل تعارض مقرر دادگاه صالح نیست، مساله تعیین سیستم حقوقی خارجی قابل اعمال برای قاضی مطرح می‌شود. (Gothot, 1971:429)

پافشاری بر اعمال روش دوجانبه در مرحله اجرای حق مستلزم یکسان بودن قواعد حل تعارض دو کشور صادرکننده و پذیرنده حکم است. اما چنین نتیجه‌ای میوه درخت اتفاق است. قاعده حل تعارض قوانین موضوعیت ندارد، طریقت دارد؛ چراغ راهی است که راهکار درست را نشان می‌دهد. بنابراین اگر به هر دلیل راهکار نهایی مدنظر قاعده





حل تعارض کشور پذیرنده محقق شده باشد، دور از منطقی است که پذیرای حکم نباشیم. به این صورت هماهنگی بهتری در عرصه بین الملل صورت می پذیرد. اما آنچه برای دیدگاه مخالف مهم است اینکه «باید ایجاد (حق) مطابق قانونی باشد، که حقوق بین الملل خصوصی ایران آن را صلاحیتدار تشخیص دهد» (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۴۴) و حساسیتی ندارد که صادرکننده حکم قانون صالح را به درستی تفسیر و اعمال کرده باشد، که در غیر این صورت مطلوب قاعده حل تعارض ایرانی محقق نشده است.

اگر قاضی کشور پذیرنده حکم، صلاحیت قضایی کشور صادرکننده را به رسمیت بشناسد، با بررسی قانون اعمال شده دچار نوعی تناقض گویی می شود. چون پذیرش صلاحیت قضایی دادگاه صادرکننده حکم مستلزم این است که این مرجع خود قانون صالح را تشخیص دهد؛ هنگامی که از منظر کشور پذیرنده دادگاه یاد شده صلاحیت قضایی دارد، نمی توان اعمال قانونی را بر آن تحمیل کرد. چون اگر کشور پذیرنده حکم صلاحیت قضایی کشوری را می پذیرد، باید قانون اعمال شده توسط دادگاهش را نیز بپذیرد. به دیگر سخن، قاضی کشور پذیرنده با کنترل دو صلاحیت قضایی و قانونی، «با پای بررسی صلاحیت قانونی پس می گیرد آنچه را که با دست پذیرش صلاحیت قضایی داده است». شاید گفته شود دو صلاحیت قضایی و قانونی متفاوت هستند. در تشخیص نخستین صلاحیت ملاحظات آیین دادرسی و شکلی دخالت دارند و در دومی مسائل ماهوی. (Loussouarn, Bourel, De Vareilles-Sommières, 2013:882) ما منکر این تفاوت نیستیم، ولی آن را موثر در مقام نمی دانیم.

تفاوتی بنیادین میان دو مرحله ایجاد و اجرای حق وجود دارد. در مورد نخست، قاضی باید قانونی را انتخاب کند و برای این مهم توسل به قاعده حل تعارض مقرر دادگاه ضروری است. در مورد دوم، مساله تاثیر حکم بیگانه مطرح است. احترام به اعتماد و امید مشروع محکوم له می طلبد نسبت به قانون اعمال شده بی تفاوت بمانیم. می توان ردپایی از تفاوت بین دو مرحله را در «اثر کاهش یافته نظم عمومی» دید؛ اثر آن در مرحله شناسایی کاهش می یابد، چون حقی مکتسب وجود دارد.





در حقوق اسلام برابر «قاعده ابرام» باید به حقوق شخصی ملل احترام گذاشت و قوانین مکاتب را در اموری مانند نکاح، ارث، وصیت و مالکیت‌های خصوصی ابرام نمود (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۲۰). حال فرض کنید محارمی از پیروان آیینی رسمی بخواهند در ایران ازدواج کنند. انعقاد چنین ازدواجی غیرممکن است، چون مخالف نظم عمومی بین‌المللی (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۷۹) یا قواعد فوق امری ایران است (مواد ۹۷۵ و ۱۰۴۵ ق.م). حال اگر ایشان در کشور دیگر طبق مقررات خود ازدواج کنند، طبق مقررات اسلامی فرزندان حاصل از این وصلت حلال‌زاده هستند و ارث می‌برند. پس در حقوق اسلامی نیز اثر نظم عمومی در مرحله اجرای حق کاهش می‌یابد.

۱-۲-۲. پاسخگو نبودن روش

اعمال روش یک‌جانبه در مرحله ایجاد حق مسائلی را در پی دارد. از جمله این پرسش مطرح است که اگر قانون مقرر دادگاه خود را صالح نداند، تکلیف چیست؟ به باور یک‌جانبه‌گراها، قانونی اعمال می‌شود که موضوع را در برمی‌گیرد. منتهی هر چند یک مرجع فوق ملی وظیفه تعیین دایره شمول قوانین کشورهای مختلف را می‌پذیرد، دادرسی ملی آن را تصنعی می‌داند. او با جایگاهی که در یک نظام حقوقی خود دارد، احساس می‌کند که امکان دخالت در رقابت میان دولت‌ها را ندارد و نمی‌تواند با بی‌طرفی منافع هر دولت را ارزیابی نماید. (Gothot, Lagarde, 2006: 5) سواى این ایراد تئوریک، روش یک‌جانبه از مساله «تعدد» و «خلأ» رنج می‌برد. در واقع، اگر سیستم حقوقی مقرر دادگاه خود را صالح نداند، ممکن است دو یا چند سیستم حقوقی دیگر قانون خود را صالح بدانند و مساله «تعدد» و اگر هیچ سیستم حقوقی قانون خود را صالح نداند، «خلأ» پدید می‌آید. یک‌جانبه‌گراها راهکار پذیرفتنی برای این مسائل ندارند (خمامی‌زاده، ۱۳۷۶: ۲۰) و (Gothot, 1971: 30-34) در روش دو‌جانبه هیچ‌گاه این مسائل پیش نمی‌آید. چون در این روش موضوع در دسته ارتباطی قرار می‌گیرد و عامل ارتباط قانون صالح را مشخص می‌کند. در نتیجه، صلاحیت یک قانون اجتناب‌ناپذیر است. در مرحله اجرای حق در صورت اعمال روش یک‌جانبه شناسایی حکم خارجی با موانعی روبرو خواهد بود. در واقع، اگر قانون ماهوی کشور پذیرنده حکم بر موضوع متنازع‌فیه حاکم باشد، قاضی آن را شناسایی





نمی‌کند. بنابراین باید به راهکاری اندیشید که کشور پذیرنده از اعمال قوانین خود به طور کلی چشم‌پوشی کند.

۲. ضرورت یافتن راهکار

۲-۱. ترکیب روش‌ها برای حل مسائل مرحله ایجاد حق

۲-۱-۱. ترکیب در یک پرونده- پدیده احاله

هرچند در تئوری دوجانبه ساوینی اراده قانونگذار بیگانه به اندازه روش یک‌جانبه تاثیرگذار نیست، ولی در مواردی باعث تردید در مشروعیت اعمال قانون صالح می‌شود. این تردید در اکثر سیستم‌های حقوقی در احاله متجلی شده است. (Gothot, 1971:27) در یک سیستم انحصاری دوجانبه، اگر قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون ماهوی کشوری را صالح بداند، قاضی آن را اعمال می‌کند. ولی او در احاله قانون ماهوی بیگانه را اعمال نمی‌کند، چون قانونگذار آن کشور صلاحیت قانون خود را نمی‌پذیرد. (Gothot, Lagarde, 2006:24) این وضعیت با ترکیب دو روش یک و دوجانبه توجیه‌پذیر است. در واقع، قاعده حل تعارض دوجانبه مقرر دادگاه قانون بیگانه را صالح می‌داند، ولی قانونگذار کشور بیگانه صلاحیت قانون ماهوی خود را نمی‌پذیرد. احترام به این خواست همانا اعمال روش یک‌جانبه است.

حقوقدانان ایرانی (شهیدی، ۱۳۷۶: ۴۱ / الماسی، ۱۳۹۶: ۱۲۸) فقط احاله درجه یک را می‌پذیرند. ما به این نظر نمی‌پیوندیم: برابر ماده (۹۷۳ق.م)، «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد یک این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده- باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست...». روشن است برابر این مقرر و با اطلاق واژه احاله، دادرس مکلف به اعمال احاله درجه یک و دو نیست. این مقرر اضافه می‌کند: «مگر این که احاله به قانون ایران شده باشد». بنابراین احاله درجه یک استثنا می‌شود و آنچه مشمول اصل باقی می‌ماند، احاله درجه دوم می‌باشد، که دادرس در اعمال آن مخیر است. قانونگذار به درستی دادرس را در اعمال احاله درجه دوم مخیر گذاشته است و نمی‌توان با تفسیری نادرست این منطق را به هم زد؛ در احاله درجه دوم قاعده حل تعارض کشور سوم





در مواردی صلاحیت قانون خود را می‌پذیرد. در صورت پذیرفتن صلاحیت، ارجاع قوانین به یکدیگر ادامه می‌یابد. در این شرایط اگر دادرس با پذیرش احاله درجه دوم به هماهنگی در عرصه بین‌الملل، یعنی پیشگیری از «Forum shopping» (مقصودی، ۱۳۹۴: ۸۹) برسد، از اختیار خود بهره می‌برد و آن را می‌پذیرد، وگرنه ضرورتی به اعمال آن نمی‌بیند. در هر صورت، در احاله روش‌های یک و دو جنبه برای حل مساله تعارض باهم ترکیب می‌شوند.

۲-۱-۲. ترکیب دو روش در یک سیستم حقوقی - قانون فوق امری

اعمال دو روش در یک سیستم حقوقی منطبق با یک منطق فکری است. زمانی که از منظر یک حاکمیت به مسائل نگریسته می‌شود این پرسش مطرح می‌شود که آیا قوانین آن-جا موضوع را دربرمی‌گیرند؟ در صورت پاسخ منفی، مساله رقابت قوانین بیگانه مطرح می‌شود. (Francescakis, 1966:18) ساوینی نیز در تئوری خود جایگاهی به «قوانین به شدت الزامی» اختصاص داد. (SAVIGNY, 1851: §349) او نظر به مقررات آمرانه‌ای از سیستم مقر دادگاه داشت که در تعارض واقعی با قانون بیگانه صالح به موجب قاعده حل تعارض قرار می‌گرفتند و تعارض را به نفع این مقررات حل کرد. (Gothot, Lagarde, 2006:26) منظور مقرراتی است که به خوبی از عهده تامین منافع خاص نظام حقوقی مقر دادگاه برآمده درحالی که قانون بیگانه ناتوان از آن است. (CE, 1973:495). گرایش به اعمال این قانون ریشه در یک واقعیت دارد: قانون مقر دادگاه تحمیل می‌شود، اما روش دوجانبه دو قانون داخلی و بیگانه را بر پایه تساوی قرار می‌دهد. (CA. PARIS, 1966)

فرانسسکیس آن‌ها را «قوانین اعمال مستقیم»^۲ و مایر «قوانین اعمال ضروری»^۳ می‌داند. در فرانسه واژه معمول بکاررفته قانون انتظامی^۱ می‌باشد، که از (م.ق.م) وام

۱ به معنای استراتژی خواهان برای گریز از مقررات یک کشور می‌باشد، که دعوی خود را برابر دادگاه بیگانه‌ای مطرح می‌کند که ملزم به اعمال مقررات نیست. رک: S. Guinchard et T. Debard, Lexique des termes juridiques, 21 édition, 2014. Dalloz

۲ Lois d'application immédiate.

۳ Lois d'application nécessaire.





گرفته شده است. (Gothot, Lagarde, 2006:26) ما آن‌ها را «قوانین فوق امری» می‌نامیم. چون در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی تمام قواعد امری از کارائی می‌افتند. پس قاعده‌ای که می‌تواند خود را تحمیل کند، فوق امری است. این قاعده یک‌جانبه است. چرا که اراده واضح آن بر این تعلق گرفته است که اعمال شود. وضعیتی که قاعده فقهی «خاص مخصّص حکم عام است» را تداعی می‌کند. (محمدی، ۱۳۹۴: ۸۵). رابطه قاعده حل تعارض و قانون فوق امری رابطه عام و خاص است و در دوران امر بین عام و خاص، خاص مقدم است. درست به همین دلیل قانون موصوف در رقابت با قانون خارجی تعیین شده به موجب قاعده حل تعارض قرار نمی‌گیرد.

۲-۱-۲-۱. تشخیص معیار قانون فوق امری در حقوق غرب

حال باید پرسید کدام قوانین ماهیت فوق امری دارند؟ برخی از نویسندگان فرانسوی (Loussouarn, Bourel, De Vareilles-Sommières, 2013:158) معیارهای فنی و هدف را برای تشخیص این مقررات مطرح کرده‌اند.

۲-۱-۲-۱-۱. معیار فنی-قوانین فوق امری واجد جنبه نظم عمومی هستند. هرچند مفهوم نظم عمومی نیز مبهم است، رویه قضایی در بکارگیری آن تردید ندارد. منتهی نمی‌توان مفهوم داخلی نظم عمومی را برای قوانین فوق امری به کاربرد. (Cass.Com., 2000) برای نمونه، هرچند برخلاف زرتشت (مواد ۴۷ تا ۵۰ آیین‌نامه زرتشتیان)، اسلام فرزندخواندگی را نمی‌پذیرد (آیات ۵، ۴ و ۳۷ احزاب؛ علامه طباطبایی، ۱۳۹۴: ۳۲۳)، اگر تبعه زرتشتی ایرانی برای فرزندخوانده خود ارثی در نظر گیرد، دادگاه ایرانی بدان احترام می‌گذارد. در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی بسیاری از قواعد مربوط به احوال شخصیه، ارث و وصیت امری هستند، که مانعی برای اعمال قوانین خارجی ایجاد نمی‌کنند. (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۸۲) مفهوم بین‌المللی نظم عمومی نیز با مفهوم قوانین فوق امری متفاوت است. در این مفهوم نظم عمومی مانعی است برابر اعمال قانون طبیعتاً صالح.



۱ Lois de police.

۲ برای بررسی این دیدگاه و انتقاد آن، رک: Chapelle, A., Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse multigr, Paris II, 1979.



بکارگیری این مانع مستلزم نقش آفرینی قاعده حل تعارض و تعیین قانون بیگانه است. برای نمونه، در آیین کاتولیک امکان طلاق وجود ندارد، مگر این که زوجه مرتکب زنا شده باشد. (بهنود، ۱۳۶۹: ۵۳) حال اگر در دادگاه ایرانی مساله طلاق زوجین پیرو این آیین مطرح شود و ادامه زندگی زوجین با مخاطراتی همراه باشد، قاضی با استناد به قواعد حل تعارض ایران قواعد آیین کاتولیک را صالح می‌داند. با وجود این، او حکم طلاق را صادر می‌کند، زیرا پذیرش ادامه زندگی زوجین مغایر نظم عمومی بین‌المللی ایران است (فهمی، ۱۳۸۳: ۱۲۲). اما در مورد قانون فوق امری، هرگز قانون بیگانه تعیین نمی‌شود. (CE,1973:495)

۲-۱-۲-۱-۲. معیار هدف- در تشخیص قانون فوق امری یک نکته کلیدی وجود دارد: «سازماندهی حاکمیتی». قانونی که مستلزم دخالت مرجع حاکمیتی مقرر دادگاه باشد، فوق- امری است. (Foyer,1965:39) منتهی این دیدگاه دایره قانون فوق امری را به شدت محدود می‌کند. برخی به همین دلیل قوانینی را فوق امری می‌دانند که اعمال آن‌ها مستلزم چنین دخالتی نیست و برای نمونه قواعد حمایت از مصرف‌کننده را مطرح می‌کنند. (Mayer,Heuzé,2004:98) همانطور که باتیفول و لاگارد گفته‌اند در مواردی منافع اقتصادی و سیاسی مطرح آن‌قدر مهم هستند که قانون مقرر دادگاه الزام‌آور می‌شود. (Batiffol,Lagarde,1993:115) متأسفانه ایشان نیز این قوانین را با تفصیل بیشتری مشخص نمی‌سازند.

این نویسندگان پس از بیان این معیارها، اذعان دارند که قانون فوق امری فقط با بررسی مقرر قانون مشخص می‌شود. واقعیت این است که قانون فوق امری نه تنها برای تأمین منفعت ویژه یک نظام حقوقی وضع می‌شود، بلکه رسالت حل تقابل منافع خصوصی را نیز دارد. این دوگانگی نقش با درجات متفاوت، کمابیش در تمام قواعد حقوق خصوصی وجود دارد. پس تفاوتی ماهوی بین قوانین فوق امری و سایر مقررات نیست، بلکه تفاوت در درجه است. بنابراین احتیاط بالایی لازم است؛ بیم آن می‌رود که نبود یک معیار متمایزکننده و دقیق باعث خودرایی قاضی شود. باید پذیرفت هیچ مقررهای فوق امری نیست، مگر این که درجه بالای آمره بودن آن به روشنی استنباط شود. (CE,1973:498). در





واقع، در مواردی منافع سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی کشور به اندازه‌ای بنیادی هستند، که اقتضا می‌کند قوانین سازماندهی‌کننده آن‌ها اعمال شوند. (Francescakis, 1966: 13) این قوانین به صورت دسته‌ای هماهنگ وجود ندارند و استثنائاتی پراکنده در عرصه‌های مختلف حقوقی هستند. پس باید به سرانجام تلاش‌ها برای ایجاد سیستم در این زمینه به تردید نگریست؛ هیچ‌گاه سیستمی بر پایه استثناء بنا نمی‌شود.

اگر ارتباطی بین موضوع با مقرر دادگاه باشد، قاعده فوق‌امری آن‌جا الزام‌آور است. قانونگذار یا قاضی این ارتباط را مشخص می‌کند. تابعیت، اقامتگاه و محل انعقاد قرارداد از جمله عوامل ارتباط هستند که با عوامل ارتباط روش دوجانبه تفاوت دارند؛ برای تشخیص عوامل ارتباط قاعده فوق‌امری هدف قانونگذار از وضع آن تعیین‌کننده است؛ قاعده فوق-امری اعمال می‌شود تا هدف واضح آن کاملاً محقق شود. بنابراین ممکن است برای تشخیص فوق‌امری بودن قاعده چندین عامل ارتباط به طور همزمان تاثیرگذار باشند، ولی همیشه در روش دوجانبه یک عامل ارتباط تعیین‌کننده است.

(Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières, 2013: 164)

۲-۱-۲-۲. تشخیص مصداق قانون فوق‌امری در حقوق اسلام و ایران

به طور کلی واکنش قانونگذار ایران نسبت به موضوعات ممنوع به سه صورت است: ۱. موضوعی که نسبت به آن از جانب قانونگذار مبادرت به وضع قاعده حقوقی نشده است و چون قانونگذار آن را بصورت ضمنی نپذیرفته، ممنوع است. مثلاً محرومیت ارادی وارث از ارث توسط مورث. ۲. موضوع ممنوعی که قانونگذار با بطلان عمل حقوقی یا با عدم پذیرش آن از خود واکنش نشان داده است. نظیر ممنوعیت ازدواج زن مسلمان ایرانی با مرد غیرمسلمان. ۳. موضوع ممنوعی که قانونگذار نه تنها عمل حقوقی را نپذیرفته، بلکه برای مرتکبان آن مجازات تعیین نموده است (فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۳). حداقل باید پذیرفت قواعد اخیر از جمله قواعد فوق‌امری حقوق ایران باشد. چون در این موارد مصالح اجتماعی کشور تا آن اندازه اساسی است که قانونگذار مبادرت به جرم‌انگاری عمل نموده است. ازدواج محارم با یکدیگر، که به موجب (م ۱۰۴۵ ا.ق.م) منع شده است، از این جمله است. پس اگر از اتباع ایران و پیروان آیینی که این نوع ازدواج را صحیح می‌دانند، بخواهند در





ایران ازدواج کنند، قاضی درخواست را، نه به دلیل مخالفت با نظم عمومی (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۷۹) بلکه به دلیل مخالفت با قاعده فوق‌امری، نمی‌پذیرد. البته جرم‌انگاری شدن موضوع تنها معیار شناخت قاعده فوق‌امری نیست. بلکه در هر مورد باید با توجه به هدف شارع مقدس و قانونگذار امری یا فوق‌امری بودن قواعد را مشخص ساخت.

حکم ماده (۹۶۲ ق.م) با روش دوجانبه توجیه‌پذیر نیست: «... اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته‌است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد. در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او، مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد...». قانون ایران صلاحیت خود را به موجب قاعده حل تعارض ماده (۷ ق.م) کسب نمی‌کند. در رقابت قانون صالح بموجب قاعده حل تعارض و (م. ۹۶۲) باید این مقررہ اعمال شود، وگرنه دادرس دستور قانونگذار خود را نقض می‌کند؛ محل وقوع عقد در ایران است، پس اراده قانونگذار بر این تعلق گرفته که اتباع خارجی را نیز دربرگیرد.

به باور فقهای امامیه، «کافر از مسلمان ارث نمی‌برد، و مسلمان از کافر ارث می‌برد (شیخ طوسی، بی تا: ۷۹). هم‌چنین به باور ایشان، نکاح مسلمه با غیرمسلم جایز نیست (شهید اول، بی تا: ۱۸۰) این قبیل نظرات، که در مواد قانونی نیز متبلور شده‌اند (مواد ۸۸۱ مکرر و ۱۰۵۹ ق.م)، در حقوق بین‌الملل خصوصی ارزشی فوق‌امری دارند. چون فقها اعمال هیچ قانون دیگری را نمی‌پذیرند. هرچند این قواعد هنگامی اعمال می‌شوند که تابعیت متوفی یا متقاضی ازدواج ایرانی باشد (فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۸). منتهی اقلیت‌های دینی ایرانی گریزی از این مقررات ندارند. چون به نظر می‌رسد هدف واضح این قواعد بر اعمال آن تعلق گرفته‌است. دیدگاه امری‌دانستن این قواعد (خدا بنده لو، ۱۳۹۲: ۹۴) محکوم به شکست است. زیرا تمام قواعد امری در این عرصه «خلع سلاح» می‌شوند. هم‌چنین نمی‌توان پذیرفت این مقررات واجد جنبه نظم عمومی بین‌المللی (فدوی، ۱۳۸۴: ۶۱) هستند. زیرا این مقررات به طور مستقیم بر موضوع متنازع‌فیه اعمال می‌شوند.





در صورت پذیرش فوق‌امری بودن این مقررات، دیگر مطرح کردن بحث‌های فرعی مفهوم نظم عمومی، مانند «اثر کاهش یافته نظم عمومی» قابل پذیرش نیست (فدوی، ۱۳۸۴: ۶۲). بنابراین در فرضی که انحصار وراثت توسط محاکم خارجی صادر شده است و قرار است دادگاه‌های ایران آن را تنفیذ و مبادرت به تقسیم ترکه کنند، نمی‌توان با استناد به اثر کاهش یافته نظم عمومی در مرحله اجرای حق کافر را در ماترک مسلمان سهیم کرد. در نتیجه، اساساً طرح این پرسش بی‌مورد است که آیا شدت نظم عمومی ایران به عنوان عامل بازدارنده در موضوع مانحن‌فیه در مرحله تاثیر حق همانند شدت آن در مرحله تشکیل حق است؟

۲-۲. راهکاری نو

۲-۲-۱. برای مرحله ایجاد حق - روش‌گزینش قانون مناسب

۲-۲-۱-۱. چیستی روش: روش‌گزینش قانون مناسب، جریانی است که از رسیدن به قواعد عام در موضوع تعارض قوانین گریزان است. پافشاری بر نسبیّت امور، وجه مشترک گرایش‌های موجود در این روش است. طرفداران این روش مانند دوجانبه‌گراها ادعای جست‌وجوی قانون داخلی سازگار برای تنظیم روابط بین‌المللی را دارند. اما شیوه آن‌ها در رسیدن به این هدف متفاوت است. روش دوجانبه جزمی است و با حرکت از قواعد کلی و از پیش وضع شده به استقبال موضوع می‌رود. اما روش دیگر با حرکت از جزئی، توجه به واقعیت‌های عملی مساله را حل می‌کند. هر دو دیدگاه خواهان یافتن قانون صالح بر موضوع هستند. اما پرسشی تفاوت‌ها را آشکار می‌کند: آیا با بکارگیری اصول کلی قانون صالح یافت می‌شود یا در هر مورد قانون مناسب راهگشاست؟ (Loussouarn, Bourel, De)

(Vareilles-Sommières, 2013:175/Mehren, Trautman, 1965:168)

۲-۲-۱-۲. چرایی روش: در آمریکا روش دوجانبه حاکم بود؛ این روش به شکل باغی زیبا خودنمایی می‌کند؛ توصیف‌ها، دسته‌ها و عوامل ارتباط فقط برخی از کوچه باغ‌های زیبا و مستقیم آن هستند. ولی برخی نویسندگان آمریکایی به آن یورش بردند. به باور آن‌ها، روش سنتی از قواعد کلی و مجرد ساخته شده است (Cavers, 1934:173) و از سخت‌گیری زیاد رنج می‌برد: شیوه استدلال در آن، قیاس منطقی است؛ دلیلی است که از چند قضیه ایجاد و ذاتاً مستلزم اثبات قضیه دیگری است؛ دو مقدمه آن با قاعده حل تعارض و توصیف تشکیل می‌شوند. برای نمونه، قاضی ایرانی در موضوع نسب می‌پذیرد که احوال





شخصیه مشمول قانون ملی است و نسب از احوال شخصیه است. پس نسب مشمول قانون ملی است.

در این شرایط دادرس نمی‌تواند در مورد سازگاری قاعده حل تعارض با موضوع بیندیشد. در واقع، ممکن است عامل ارتباط موجه در یک پرونده در دیگری بی‌ارزش باشد. هر چند ماهیت حقوقی پرونده‌ها یکسان باشد. تصادف رانندگی نمونه خوبی است؛ تقریباً همه جا صلاحیت «قانون محل وقوع فعل زیان‌بار» پذیرفته شده است. در بیش تر موارد، اعمال این قانون موجه است. اما همیشه این طور نیست. فروضی هستند که در آن‌ها محل وقوع تصادف اهمیتی ندارد. حمل شخصی توسط راننده‌ای، به عنوان همراه و برای ارائه خدمت در برابر اجرت از این قبیل است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۱۶) این مساله در پرونده معروف (Babcock V. Jackson) مطرح شد. در این پرونده راننده و مسافر هر دو نیویورکی بودند. نقطه عزیمت و مقصد نیویورک بود. تصادفی در ایالت انتاریو اکانادا روی داد. تمام عوامل ارتباط به نیویورک منتهی می‌شد، مگر محل حادثه. در این پرونده دیوان عالی نیویورک این مرکز را نیویورک دانست و قانون آن‌جا را بر موضوع حاکم کرد. (12 N.Y. 204,473,191 N. E. 21.279:1963)^۲

موریس^۳ برای یافتن قانون کشوری که گرایش به طرف آن بیش تر است روش‌هایی کمیته و کیفیتی را مطرح می‌کند. (Harward Law Review, 1951:881) در روش کمیته عوامل ارتباطی شمارش و قانون کشوری گزینش می‌شود که عوامل ارتباط بیشتری بدان منتهی می‌شود. این روش ساده ولی ساده‌اندیشانه است. چون از این دیدگاه نشات می‌گیرد که تمام عوامل ارتباط ارزشی برابر دارند. در روش کیفیتی ارزش عوامل ارتباط سنجیده - شود. این روش نیز وظیفه قاضی را سخت می‌کند.

کوری^۴ به معیار «منافع حکومتی» گرایش دارد. (Mehren, 1973:116/Audit, 1984:221) او به شناخت اهمیت منافع دولت‌های درگیر در

نوشته‌های تخصصی در زمینه حل تعارض (در زمینه‌های آراء و رویه‌های حقوق قضایی)



۱ Ontario

۲ برای دیدن رای‌ی که دیوان عالی فرانسه به همین دلیل خسارت معنوی را در چنین پرونده‌هایی پذیرفته است. رک: CASS. Civ., 30 mai 1967, Rev. crit. DIP 1967, 728, note P. Bourel.

۳ Morris.

۴ Currie.



اعمال قانون خود بر موضوع متنازع فیه می‌پردازد و در این زمینه به پرونده « Babcock V. Jackson» استناد می‌کند. قاضی فولد^۱ در این پرونده از «نادیده گرفتن منافع کشورهای دیگر» انتقاد می‌کند و عوامل ارتباط را با توجه به اهداف وضع قوانین می‌سنجد. بدین ترتیب وی مجبور به بررسی مفاد تعارض قوانین شده و در نهایت متوجه می‌شود که هدف قانونگذار ائتاریو در موضوع این مسافرت‌ها جلوگیری از درخواست‌های متقابلانه مسافران علیه شرکت‌های بیمه همین ایالت بود. (Currie, 1990: 177)

۲-۲-۱-۳. نفی روش: اعمال روش جدید مستلزم خلاقیتی بیشتر از توسل به قواعد از پیش تعیین شده است. قاضی به خطوط راهنما نیاز دارد. وگرنه، ممکن است او منافع حکومتی مقرر دادگاه و کشورهای دیگر را یکسان ارزیابی نکند یا برای تصمیم‌گیری به مفاد قوانین در تعارض توجه کند. (Loussouarn, Bourel, De Vareilles - Sommières, 2013: 192) ایراد بزرگ‌تر روش این است که راهکارها را غیرقابل پیش‌بینی می‌کند و اطمینان در مورد قانون حاکم و در نتیجه امنیت حقوقی طرفین دعوی را به مخاطره می‌اندازد. از ایرادهای روش‌های تعارض قوانین عدم اطمینان است. این عیب در روش‌گزینش قانون مناسب بیش‌تر خودنمایی می‌کند. پس طرفداران آن به خطر می‌اندازند روشی را که می‌خواهند بهبود بخشند.

هرچند روش دوجانبه احترام به قوانین تمام سیستم‌های حقوقی را به نوعی تضمین می‌کند، اعمال معیار جدید چنین نتیجه‌ای را در پی ندارد. در روش دوجانبه مفاد قانون ماهوی مورد توجه قرار نمی‌گیرد، مگر پس از گزینش آن. لازم است قاعده حل تعارض خنثی باقی بماند تا احترام به قوانین سیستم‌های حقوقی به نوعی تضمین شود. متأسفانه در حقوق اسلامی نیز در مواردی ویژگی خنثی قاعده حل تعارض گرفته شده است و برای تصمیم‌گیری به مفاد قوانین ماهوی در تعارض توجه شده است. (بجنوردی، بی تا: ۱۷۹/حرعاملی، ۱۴۰۹: ۳۱/موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ۴۱۵) به باور برخی، «قدر مسلم موردی که قاضی باید از اجرای قانون مقرر دادگاه، یعنی شریعت اسلامی صرف نظر کند و به جای آن قانون بیگانه را اجرا کند، جایی است که دعوایی بین یک مسلمان تبعه دولت اسلامی و یک غیرمسلمان بیگانه وجود دارد و قانون طرف بیگانه به نفع طرف مسلمان



۱ Fuld.



است. در این صورت به استناد قاعده الزام، قانون بیگانه، اعمال می‌شود». (دانش پژوه، ۱۳۹۴: ۴۹)

این دیدگاه قاعده فقهی الزام را با مقتضیات زمان هماهنگ نکرده‌اند و طرفداران آن فراموش کرده‌اند از قرن ۱۹ به بعد تحولات فراوانی در زمینه ایجاد حاکمیت‌های مستقل، تعارض قوانین و تدوین قواعد حل تعارض بدون توجه به قواعد بیگانه در جوامع روی داده‌است (D'avout, Bollée, 2007: 1117). در این شرایط پافشاری بر قاعده الزام، سوای این که امید طرفی را که به صورت مشروعی بر اعمال قانونی خاص دل بسته است، از بین می‌برد، نظام حقوق ملی را نیز به انزوا می‌کشاند.

شگفت آورتر این که برخی با نادیده گرفتن شرایط جهانی دایره شمول قاعده الزام را گسترش داده‌اند و بر این باورند که حتی اگر هیچ‌یک از طرفین دعوا مسلمان شیعی نباشد، با اجرای قاعده الزام می‌توان با توجه به مفاد دو یا چند قانون بیگانه مطرح قانونی را انتخاب کرد که از منافع طرفی حمایت می‌کند، که موقعیتی نزدیک‌تر با دولت اسلامی دارد. آن‌ها این گونه فکرمی‌کنند که فلسفه تشریح قاعده الزام، حمایت از طرفی است که به هر دلیل از موقعیتی نزدیک‌تر با دولت اسلامی برخوردار است نه حمایت از یک دین یا قانون خاص. (دانش پژوه، ۱۳۹۴: ۴۵)

۲-۲-۲. برای مرحله اجرای حق - بکارگیری روش شناسایی

۲-۲-۱. چستی روش شناسایی: اگر کشوری بخواهد نسبت به قانون اعمال شده بی تفاوت بماند، باید «روش شناسایی» را جایگزین روش حل تعارض قوانین کند. رعایت حق مکتسب، مستلزم چشم‌پوشی کشور پذیرنده از قاعده حل تعارض خود است. برای ایجاد حق، استدلال‌های سنتی تعارض قوانین به کار می‌روند. منتهی اگر بنا به پذیرش تاثیر حق مکتسب در مقررگاه است، روش‌های حل تعارض حرفی برای گفتن ندارند. دیوان عالی کشور فرانسه به تاریخ ۲۰ فوریه ۲۰۰۷ در رای Cornelissen از روش شناسایی بهره برد: «قاضی شناسایی‌کننده مجبور به بررسی این نکته نیست که آیا قانون اعمال شده توسط قاضی بیگانه همان است که به موجب قاعده حل تعارض فرانسه تعیین شده‌است». (D'avout, Bollée, 2007: 1115) بدین ترتیب، دیوان عالی کشور فرانسه رای به معافیت دادگاه‌های تالی از کنترل قانون اعمال شده می‌دهد.





۲-۲-۲. چرایی روش شناسایی - اعمال روش شناسایی ریشه در تنوع و ملی بودن سیستم‌های حقوق بین‌الملل خصوصی دارد. روش شناسایی مستظهر به دلایل محکمی است: این روش راهکارها را هماهنگ و موقعیت‌های حقوقی را از بن‌بست خارج می‌کند. به علاوه، این روش دوام احوال شخصیه را کمابیش تضمین می‌کند. وقوع احوال شخصیه در هر کشوری صورت گرفته‌باشد، ضرورت دوام آن اقتضا می‌کند در تمام کشورهای دیگر که شخص پیوندهایی با آن‌ها دارد یا خواهد داشت، به رسمیت شناخته شود. (CE,1973:492)

ایراد روش شناسایی درسهل‌گیری زیاد آن است و بیم آن می‌رود که معیار تابعیت در قربانگاه آن فدا شود. (Mayer,2005:547) منتهی این مشکل ذاتی روش شناسایی نیست؛ هرچند ممکن است کشورپذیرنده حکم حساسیتی در رابطه با پیوند موضوع با کشور صادرکننده آن نداشته‌باشد، اما می‌تواند کنترلی از این حیث اعمال کند، بدون این که شناسایی را به اعمال قانونی مشخص منوط کند. انتخاب راهکار بستگی به موقعیت حقوقی و سیاست قانونگذاری دارد. یک راهکار بهره‌مندی از عوامل ارتباط جایگزینی است. راهکار دیگر عدم شناسایی موقعیت است، اگر در کشوری ایجاد شود که با آن ارتباطی ندارد. (Lagarde,2008:493).

۲-۲-۳. تعدیل روش شناسایی

۲-۲-۳-۱. محدود کردن اعمال روش: در ایران گرایش غالب، نقش آفرینی قاعده حل تعارض به پشتیبانی روش دو جانبه است. بنابراین رویه قضایی فرانسه با این کلیت پذیرفته نخواهد شد. چون کنترل قانون اعمال شده را بطور کلی و بدون جداسازی فروض مختلف حذف می‌کند. بهتر است کنترل قانون اعمال شده محدود شود، نه این که حذف شود. واضح است که نباید منافع ملی در قربانگاه هماهنگی بین‌المللی از بین برود. (Marchadier, 2007:2700) برای نمونه، اگر حکم خارجی مخالف یکی از قواعد فوق-امری حقوق ملی باشد، دادگاه ایرانی ملزم به عدم شناسایی است. در این فرض درجه بالای آمریت مقرر برای قاضی ایرانی اعمال قانون فوق‌امری در مرحله ایجاد و عدم شناسایی در مرحله اجرای حق را توجیه می‌کند؛ می‌توان از روش‌های یک و دو جانبه و شناسایی بهره برد و بسته به قانون ماهوی صالح تعادلی ایجاد کرد.





البته برخلاف آن چه تصور می شود در حقوق ایران الزام قانونی در خصوص کنترل قانون اعمال شده وجود ندارد؛ برابر (بند ۳م ۱۶۹ق ا م): «اجرای حکم ... مخالف قوانین مخصوص نباشد». به دلیل نبود تعریف قانونی از «قوانین مخصوص» تفاسیر مختلفی از این عبارت وجود دارد (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۱۰۰). می توان گفت این عبارت با اطلاق خود شامل قواعد حل تعارض می شود. اگر آن را به کمک ماده (۹۷۴ق م) تفسیر کنیم، نباید این دیدگاه بپذیریم. برابر این مقرر: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می شود که ... مخالف قوانین مخصوصه نباشد». این مقرر در صدد محدود کردن اعمال قواعد حل تعارض (مواد ۷، ۹۶۲ تا ۹۷۴) است و نه در مقام مقید نمودن قاضی ایرانی به رعایت قواعد حل تعارض.

پذیرش دیدگاه مخالف مستلزم این است که حتی اگر قاعده حل تعارض کشور پذیرنده، قانون کشور ثالثی را صالح بداند، اعمال قانون دیگر توسط کشور صادرکننده رای، مانع اجرا باشد. منتهی حتی نویسندگان گسترش دهنده دیدگاه یاد شده این نتیجه را نمی پذیرند. (الماسی، ۱۳۹۶: ۱۴۹) هم چنین اگر قاعده حل تعارض کشور پذیرنده قانون ماهوی کشور صادرکننده حکم را صالح بداند، باید نسبت به قانون ماهوی مستند حکم بی تفاوت ماند. چون سیستم کشور صادرکننده علاوه بر صلاحیت قضایی، صلاحیت قانونی نیز دارد. بهترین نمونه مال غیر منقول می باشد، که در مورد آن یک دادگاه و یک قانون صالح است: دادگاه (بند ۶ و ۷م ۱۶۹ق ا م) و قانون (م ۹۶۶ق م) محل وقوع آن.

۲-۲-۳-۲. تقویت مانع نظم عمومی - رونمایی از اثر افزایش یافته آن: در صورت بی تفاوتی نسبت به قانون اعمال شده مانع نظم عمومی تقویت خواهد شد. بویژه که مانع «تقلب نسبت به قانون» در مقررات پیش بینی نشده است. استثنای تقلب در کلیت خود ابزار مناسبی است برای مقابله با گریزهای متقلبانه از یک نظام حقوقی، چه در بعد قانونی و چه در بعد قضایی (D'avout, Bollée, 2007: 1118). در آثار نویسندگان ملی «اثر کاهش یافته نظم عمومی» مطرح شده است، منتهی «اثر افزایش یافته نظم عمومی به دلیل نزدیکی موقعیت حقوقی با مقرر دادگاه» بررسی نشده است. ضرورت به رسمیت شناختن آن با وجود تسهیل مسافرت ها، که حضور همه جایی افراد را به همراه داشته است، اجتناب ناپذیر می نماید. این جنبه نظم عمومی نیز نشان دهنده نسبی بودن مفهوم نظم عمومی و هدف از آن برداشتن فاصله هاست.





اثر افزایش یافته نظم عمومی بال دوم فرشته نجات نظم عمومی است. دیوان عالی کشور فرانسه از بال نخست این مفهوم در رای Rivière با عنوان «اثر کاهش یافته نظم عمومی» رونمایی کرد. بال دوم در آرای دیگر این مرجع مستتر است. به همین دلیل از دید تیزبین نویسندگان ایرانی مخفی مانده است؛ در مواردی دیوان، حکم بیگانه را به دلیل نزدیکی رابطه حقوقی با فرانسه نپذیرفته است. از جمله این که، قانون اسپانیا که به عنوان قانون شوهر بر زن حاکم شده بود و طلاق را ممنوع می‌دانست، مخالف نظم عمومی فرانسه شناخته شد، چرا که زن از اتباع و مقیم فرانسه بود. می‌توان از آرای دیگر دیوان استنباط کرد که صرف اقامت شوهرخواهان طلاق در فرانسه کفایت نمی‌کند تا ممنوعیت طلاق مخالف نظم عمومی تلقی شود. (P.COURBE, 2005:227)

پذیرش این اثر نظم عمومی موجب خواهد شد هنجارهای نامانوس بیگانه، بویژه در مورد احوال شخصیه، که با مذهب عجین شده است، در مواردی که حداقل تابعیت ذی‌نفع موقعیت حقوقی را با سرزمین ایران پیوند می‌دهد، به سدی محکم برخورد کند. با پذیرش این اثر نظم عمومی استناد به قواعد حل تعارض، مانند ماده (۶ ق.م) در کنار اثر حداقلی و حداکثری نظم عمومی لازم نیست. (محقق داماد، ۱۳۶۷: ۵۰۱) چه بدین ترتیب اختلاط مفاهیم پیش می‌آید؛ اثر نظم عمومی پس از نقش آفرینی قاعده حل تعارض مطرح می‌شود نه هم‌زمان با آن.

برابر ماده (۱۱۶۷ ق.م) «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». حال اگر تقاضای یک ایرانی مبنی بر الحاق در خارج پذیرفته شود، برخی به استناد ماده (۶ ق.م) نظر به عدم شناسایی حکم دارند (الماسی، ۱۳۹۶: ۲۷۸). بدین صورت هماهنگی در موضوع مهم نسب در عرصه بین‌المللی از بین می‌رود. در حالی که استناد به اثر افزایش یافته نظم عمومی نیز عدم شناسایی حکم را به همراه دارد، بدون این که به هماهنگی راهکارها خدشه‌ای جدی وارد شود. همین وضعیت در خصوص فسخ نکاح در قانون مدنی ایران (مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳) نیز حاکم است؛ اگر زن ایرانی نتواند در دادگاه بیگانه نکاح را فسخ کند، به این دلیل که مثلاً سبب مورد استناد زن در مقررات آن کشور نیست یا اگر زن ایرانی در دعوی خود در دادگاه خارجی برای گرفتن نفقه یا مهریه شکست خورده باشد، قاضی ایرانی عکس‌العملی مشابه از خود نشان خواهد داد.





در عصری زندگی می‌کنیم که وسایل ارتباطی جهان را به دهکده‌ای کوچک تبدیل کرده‌اند. در این شرایط تمایز بعمل آمده در رای Rivière، بین اثرکاهش یافته و کامل نظم عمومی مناسب نیست. ارتباط بین این واقعیت مکانی که موضوع موجود در خارج دور است و این واقعیت زمانی که دسترسی به موضوع دور زمان‌بر است، اثرکاهش یافته نظم عمومی را توجیه می‌کند. امروزه آسانی جابه‌جایی‌ها این معادله را برهم زده و حضور همه‌جایی افراد را ممکن ساخته است، به نحوی که ایجاد یک موقعیت حقوقی در خارج ممکن است سوءاستفاده از اثرکاهش یافته نظم عمومی را به همراه داشته باشد. از همین‌جا ضرورت افزایش اثر نظم عمومی در صورت پیوند تنگاتنگ موضوع با کشور پذیرنده حکم مطرح می‌شود. با از بین رفتن تدریجی پیوندهای موقعیت حقوقی با مقر دادگاه، از اثر نظم عمومی کاسته می‌شود و جست‌وجوی هماهنگی بین‌المللی راهکارها اقتضا می‌کند تا شناسایی آن در دستور کار قرار گیرد.

نتیجه‌گیری:

بهره‌گیری مناسب از تمام روش‌های حل تعارض تعادلی آرمانی میان منافع ملی و راهکارهای سیستم‌های حقوقی دیگر ایجاد می‌کند. اعمال خودخواهانه روش دوجانبه در تمام مراحل وجودی حق منجر به نادیده گرفتن قواعد فوق‌امری مقرر دادگاه، احاله و آرای دادگاه‌های بیگانه می‌شود. لازم است بهره‌مندی از روش‌های یک‌جانبه و شناسایی در دستور کار قرار گیرد، بدون این که در این مورد نیز افراطی صورت گیرد؛ مناسب است در مرحله ایجاد حق روش یک‌جانبه به صورت استثنایی پذیرفته و در مرحله اجرای حق اثر نظم عمومی تقویت شود. در چنین سیستمی در کنار قواعد دوجانبه جایگاهی ویژه به قواعد فوق‌امری مقرر دادگاه اختصاص داده می‌شود تا به صورت یک‌جانبه برخی از موقعیت‌های حقوقی را دربرگیرند. اگر پذیرش احاله درجه دو هماهنگی راهکارها را به ارمغان آورد، قاضی با ترکیب روش‌های یک و دوجانبه آن را می‌پذیرد. در مرحله اجرای حق ضمن جلوگیری از شناسایی آرای خارجی مخالف با قواعد فوق‌امری، برخی از قواعد امری در موضوع احوال شخصیه اتباع کشور مقرر دادگاه ارزش نظم عمومی بین‌المللی می‌یابند. بدین ترتیب، در یک رنگین کمان، هفت رنگ روش‌های یک‌جانبه، دوجانبه و شناسایی، قواعد امری و فوق‌امری، اثرکاهش یافته و افزایش یافته نظم عمومی در کنار یکدیگر قرار می‌-





گیرند. می‌توان با به کارگیری معیارهای دقیق مرزهای میان این هفت رنگ را تشخیص داد. به باور نگارنده، یک یا چند ارزشی بودن قاعده در تمایز روش یک جانبه و دوجانبه، درجه آمره بودن قاعده در تفکیک قواعد امری و فوق امری، ارتباط موضوع با مقر دادگاه در تشخیص شدت واکنش نظم عمومی و عدم تعارض حکم دادگاه صالح خارجی با قاعده فوق امری مقر دادگاه در اعمال روش شناسایی تعیین کننده هستند.

منابع

- (۱) الماسی، نجادعلی، ۱۳۹۶ش، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان.
- (۲) الحر العاملی، محمد بن الحسن؛ ۱۴۱۴ق، وسائل الشیعه، قم، موسسه آل البیت لاحیاء التراث، ج ۲۲.
- (۳) بجنوردی، سید محمد حسن، بی تا، قواعد الفقهیه، قم، دارالکتب العلمیه، ج ۳.
- (۴) بهنود، یوسف، ۱۳۶۹ش، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین به انضمام مباحثی از احوال شخصیه اقلیت های دینی (زرتشتی، کلیمی، مسیحی)، ارومیه، انتشارات انزلی.
- (۵) خدا بنده لو، احمد، ۱۳۹۲ش، «قلمرو رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در حقوق ایران»، مجله رویه قضایی، ش ۴ و ۵.
- (۶) خمایی زاده، فرهاد، ۱۳۷۶ش، «تنوع قواعد حل تعارض»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱.
- (۷) دانش پژوه، مصطفی، ۱۳۹۲ش، «تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام از انکار تا اثبات»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱.
- (۸) -----، ۱۳۹۴ش، «اجرای قاعده الزام در دعاوی بین المللی به مثابه قاعده حل تعارض»، فصلنامه حقوق تطبیقی، ش ۱۰۳.
- (۹) سلجوقی، محمود، ۱۳۸۷ش، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ج ۲.
- (۱۰) شریعت باقری، محمد جواد، ۱۳۹۶ش، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان.
- (۱۱) شهید اول (محمد بن مکی عاملی)، بی تا، اللمه الدمشقیه، بیروت، دارالاسلامیه.
- (۱۲) شهیدی، مهدی، ۱۳۹۳ش، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
- (۱۳) -----، ۱۳۷۶ش، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین الملل خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۹.





- ۱۴) شیخ طوسی، محمد بن الحسن، بی تا، المبسوط فی الفقه الامامیه، کتاب الفرائض و-
الموارث، سایت کتابخانه مدرسه فقاہت، ج ۴.
- ۱۵) طباطبایی، سید محمد حسین، ۱۳۹۴ ش، تفسیر المیزان، قم، نشر اسماعیلیان، ج ۱۶.
- ۱۶) فاضل لنکرانی، شیخ محمد، ۱۳۸۳ ش، قواعد الفقهیه، قم، مرکز فقه الأئمه الأطهار (ع).
- ۱۷) فدوی، سلیمان، ۱۳۸۴ ش، «تعارض قوانین در باب وصیت و ارث»، ماهنامه کانون
سردفتران و دفتریاران، ش ۵۹.
- ۱۸) -----، ۱۳۸۵ ش، تعارض قوانین در حقوق ایران با تاکید بر احوال شخصیه،
تهران، طرح نوین اندیشه.
- ۱۹) فهمی، عزیزالله، ۱۳۸۳ ش، «بحث تطبیقی در ارث اقلیت های دینی و قانون مدنی
ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴.
- ۲۰) کریمی، عباس، ۱۳۷۶ ش، «احکام مفوضه در حقوق اسلامی»، فصلنامه دیدگاه های
حقوق قضایی، ش ۶.
- ۲۱) محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۶۷ ش، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال
آن، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۲) محمدی، ابوالحسن، ۱۳۹۴ ش، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات
دانشگاه تهران، چ ۵۶.
- ۲۳) مقصودی، رضا، ۱۳۹۴ ش، «سوءاستفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی»،
فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱۲.
- ۲۴) موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۸۷ ش، رساله توضیح المسائل ده مرجع، طاهره مصطفی
زاده، مشهد، انتشارات هاتف، چ ۲، ج ۲.
- ۲۵) نجفی، محمد حسن، ۱۹۸۱ م، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۳۹.
- ۲۶) نیکبخت، حمید رضا، ۱۳۸۵ ش، «محدودیت های اعمال قانون خارجی در تعارض
قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۴.

27) Audit, Bernard; (1984), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit
», Rec.Cours la Haye.

28) Batiffol, Henri; Lagarde, Paul; (1993), Droit international privé; I, 8
édition, LGDJ.

29) Cavers, David F; (1934), «A critique of the choice of law
problem», Harvard Law Rev, 173.

30) Chapelle, André; (1979), «Les fonctions de l'ordre public en droit
international privé»; thèse de l'Universté Paris 2.



- 31) Courbe,Patrick;(2005), «L'ordre public de proximité»,in Le droit international privé:esprit et méthodes,Mélanges offerts à P. Lagarde,Dalloz.
- 32) Currie,Brainerd;(1990),«Selected Essays on the Conflits of laws»,William s Hein & Co.
- 33) D'Avout, Louis;(2005),«Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens»; thèse de l'Universté Paris 2.



- 34) D'avout, Louis, Bollée, Sylvain; (2007), «L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers», *Receuil Dalloz*.
- 35) Foyer, Jean; (1965), «Les mesures d'assistance éducative», *Rev. crit. DIP*.
- 36) Francescakis, Ph.; (1966) «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Rev. crit. DIP*.
- 37) Gothot, Pierre; (1971), «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *Rev. crit. DIP*.
- 38) Gothot, Pierre, Lagarde, Paul; (2006), «Conflits de loi (Principes généraux)», *rep. Dalloz*.
- 39) Guichard, Serge; Debard, Thierry; (2014), *Lexique des termes juridiques*; 21^e édition, Dalloz.
- 40) Loussouarn, Yvon, Bourel, Pierre, DeVareilles-Sommières, Pascal; (2013), *Droit international privé*, Dalloz.
- 41) Marchadier, Fabien; (2007), «La protection européenne des situations constituées à l'étranger», *Recueil Dalloz*, pp.2700-2703.
- 42) Mayer, Pierre, Heuzé, Vincent; (2004), *Droit international privé*; 8^e édition, collection Domat/droit privé.
- 43) Mayer, Pierre; (2005), «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz.
- 44) Mehren, V. Von; (1973), «Une esquisse de l'évolution du droit international privé américain», *JDI*,
- 45) Mehren, V. Von; Trautman, Donald Theodore; (1965), «The law of multistate problems», *law school*.
- 46) Morris, J.H.C; (1951), «The proper law of a tort», *Harvard Law Review*, 881-895.
- 47) Lagarde, Paul; (2008), «La reconnaissance, mode d'emploi», *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, p.481-501.
- 48) SAVIGNY, F.C VON; (1851), *Traité de droit romain*; t.VIII, trad. GUENOUX, Firmin – Didot.