

Solve the problem of moving conflict with the rules of conflict of laws in time

SayedAbbas Sayed Arani*¹

1. Assistant Professor, Faculty Member, Department of Law, Faculty of Humanities, Kashan University, Kashan, Iran.

Abstract

The issue of competent law in the matter of moving conflict is about the phenomena under discussion that are formed over time or its effects appear gradually. Some of the differences especially, the rule of law in domestic law and the simultaneous jurisdiction of two laws in the international arena have left the rules of time conflict to be hidden from the keen eye of jurists. Stagnation, impairment of the security of legal institutions and disruption of the integrity of a legal system are the results of views that, regardless of the above-mentioned rules, have a view to maintaining the jurisdiction of the previous law in moving conflict. The solution can be provided by descriptive-analytical method and applying the rules of temporal conflict. In fact, there are defining similarities between the concepts because in both cases, the issue is the limits of the rule of law over the subject and its effects. In domestic law, the old law still retains its validity over past events, but the new law is unrivaled in managing future phenomena. The boundary between domestic law is the time of implementation of the new law and in international law is the moment of change of the communication factor. The boundary between domestic law, the time of implementation of the new law, and in private international law is the moment of change of the communication factor. The difference in the possibility of become retroactive is obvious: In conflict with the rules of the time, the single legislature can extend the law to the past, while in a moving conflict, it is not possible for the latter law to have jurisdiction until the moment of change of the communication factor.

Keywords: Moving conflict, conflict of laws in time, immediate effect of the law, jurisdiction of the previous law, retroactivity of the law.

* Corresponding Author: abbas.seyedi@yahoo.com



Article Type:

Original Research

Pages: 3-28

Received: 2021 May 1

Revised: 2021 October 12

Accepted: 2022 April 4



©This is an open access article under the CC BY licens.

حل مساله تعارض متحرک با قواعد تعارض قوانین در زمان

سیدعباس سیدی آرانی*

۱. استادیار و عضو هیات علمی گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران.

چکیده

مساله قانون صالح در موضوع تعارض متحرک در مورد پدیده‌هایی محل گفت‌وگوست که به مرور شکل می‌گیرند یا آثار آن‌ها به تدریج ظاهر می‌شوند. پاره‌ای از تفاوت‌ها، بویژه حاکمیت یک قانون در حقوق داخلی و صلاحیت هم‌زمان دو قانون در عرصه بین‌الملل، سبب شده تا قواعد تعارض قوانین در زمان برای حل این مساله از دید تیزبین حقوقدانان مخفی بماند. ایستا کردن، خدشه به امنیت نهادهای حقوقی و اخلال در یکپارچگی یک سیستم حقوقی نتایج دبدگاه‌هایی است که بدون توجه به قواعد یادشده نظر به بقای صلاحیت قانون پیشین در تعارض متحرک دارند. می‌توان با روش توصیفی-تحلیلی و بکارگیری قواعد تعارض قوانین در زمان ارائه راهکار کرد. در واقع، تشابهی تعیین‌کننده میان مفاهیم وجود دارد: در هر دو مورد، مساله، حدود حاکمیت قوانین بر موضوع و آثار آن می‌باشد. در حقوق داخلی، همچنان صلاحیت قانون قدیم بر وقایع گذشته حفظ می‌شود، ولی قانون جدید در اداره پدیده‌های آینده بی‌رقیب است. در حقوق بین‌الملل نیز، قانون پیشین بر شرایط تشکیل موضوع و آثار گذشته آن و قانون پسین بر آثار آینده و موضوع جدید حکومت می‌کند. مرز فاصل در حقوق داخلی، زمان اجرای قانون جدید و در حقوق بین‌الملل لحظه تغییر عامل ارتباط است. البته در امکان عطف بماسبق شدن است که تفاوت‌ها ظاهر می‌شوند. در تعارض قوانین در زمان، قانونگذار واحد می‌تواند قانون را به گذشته تسری دهد، در حالی که در تعارض متحرک امکان صلاحیت قانون پسین تا لحظه تغییر عامل ارتباط وجود ندارد.

واژگان کلیدی: تعارض متحرک، تعارض قوانین در زمان، اثر فوری قانون، صلاحیت

قانون پیشین، عطف بماسبق شدن قانون.



نیم‌هم‌فصلی فصلنامه حقوقی ایران



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۲۸-۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۷/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۱۵



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

در مواردی که چند سیستم حقوقی برای در بر گرفتن یک رابطه حقوقی با یکدیگر رقابت می‌کنند تعارض قوانین در مکان رخ می‌دهد. گاهی این تعارض با دخالت عنصر زمان پیچیده‌تر می‌شود چه ممکن است اشخاص با گذشت زمان، عامل ارتباط تعیین‌کننده در حل مساله متنازع‌فیه را تغییر دهند؛ وضعیتی که در حقوق بین‌الملل خصوصی «تعارض متحرک» نامیده می‌شود و علاوه بر انتخاب قانون کشوری که حسب فرض بیش‌ترین ارتباط را با موضوع دارد، لازم است میان قوانین صالح به موجب عوامل ارتباط پیشین و پسین، گزینشی صورت پذیرد. چنان‌چه بنا به فرض در طول زمان تابعیت یا محل وقوع مال تغییر کند، مساله حاکمیت قانون متبوع یا قانون محل وقوع پیشین یا پسین زمینه طرح می‌یابد.

در حقوق داخلی نیز با گذشت زمان و نسخ قانون و جایگزینی قانون جدید، این پرسش زمینه طرح می‌یابد که آیا قانون جدید تنها بر روابط حقوقی جدید حاکم است یا وقایع پیشین نیز از حکومت قوانین گذشته خارج می‌شوند و تحت حکومت قوانین جدید در می‌آیند؟ مساله‌ای که تحت عنوان «تعارض قوانین در زمان» بررسی و به موجب ماده ۴ قانون مدنی قانونمند شده است.

مفاد این مقرر را می‌توان به این صورت خلاصه نمود: «گذشته مشمول قانون قدیم، حال و آینده تابع قانون جدید هستند». از جمع این مقرر با اصول حاکم بر تعارض قوانین، «عدم تاثیر قانون جدید نسبت به گذشته» و حاکمیت آن به محض لازم‌الاجرا شدن به دست می‌آید. باید پذیرفت نسخ از امتداد زمانی قانون جلوگیری می‌کند (محمدی، ۱۳۹۴: ۱۱۴)؛ اعتبار قانون پیشین از بین می‌رود و عرصه برای حاکمیت قانون جدید باز می‌شود (ماده ۴ قانون مدنی). نویسندگان حقوقی، حکومت قانون بر تمام امور آینده را به «اثر فوری قانون جدید» تعبیر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸). ثمره نزاع در موردی ظاهر می‌شود که واقعه‌ای در گذشته رخ داده و آثار آن پس از تصویب قانون جدید نیز ادامه دارد یا بخشی از یک واقعه پیش از اجرای قانون جدید و بخش دیگر پس از آن روی دهد. مطابق قاعده عدم تاثیر قوانین نسبت به گذشته، وقایع رخ داده در سابق هم‌چنان تابع قانون قدیم هستند و اثر فوری قانون جدید، حکومت آن را اقتضا دارد (همان: ۲۹).

البته اگر همه رویدادها در یک زمان رخ می‌داد و آثار آن‌ها بی‌درنگ ظاهر می‌شد، دیگر چنین مشکلاتی زمینه طرح نمی‌یافت. زیرا قانون حاکم در زمان رویداد یا قانون صالح به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه مساله را حل می‌کرد. همه بحث‌ها در مورد وقایع رخ داده در گذشته هستند که هم‌چنان روند تکوین خود را طی می‌کنند یا آثار آن‌ها ادامه دارند. عناصر گوناگون بیش‌تر پدیده‌های حقوقی به تدریج واقع می‌شوند و یا ظهور و بروز آثار آن‌ها مستلزم گذشت زمان است. تصویب و یا تغییر قانون حاکم در نتیجه تغییر عامل ارتباط، تشخیص قانون صالح بر هر یک از این عناصر و آثار را دشوار می‌کند.

تعارض متحرک با تعارض قوانین در زمان وجوه افتراق فراوانی دارند. تعارض قوانین در زمان از اراده قانونگذار واحد و تعارض متحرک از اراده قانونگذاران متعدد برمی‌خیزد (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۲۱۵)؛ تعارض متحرک از جایگزینی زمانی دو قانون ناسخ و منسوخ به وجود نمی‌آید، بلکه قانونگذاران مختلف آن‌ها را در سیستم‌های حقوقی متفاوت وضع می‌کنند. این قوانین در عرض یکدیگرند و هم‌زمان بر موضوع تحت‌الشمول خود اعمال می‌شوند (Mélin, 2014: 128). علاوه بر این‌که، در تعارض متحرک، اراده افراد و دگرگونی عامل ارتباط موردنظر قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، صلاحیت‌های قانونی را تغییر می‌دهند نه اراده قانونگذار.

با وجود این، نباید شباهت میان این مفاهیم را نیز نادیده گرفت؛ مطلوب قاضی در هر دو نوع تعارض، گزینش میان قانون پیشین و پسین و انتخاب قانون صالح است (Mayer, Heuze, 2014: 177). خواه نخستین قانون نسخ شده، خواه هم‌چنان در کشور دیگری لازم‌الاجرا باشد. پس هدف در هر دو مورد، سازماندهی رابطه زمانی دو قانون و جست‌وجوی قانون صالح برای اداره یک وضعیت حقوقی است و برای تحقق این هدف، مسائل پیش‌رو یکسان هستند: بقای قانون پیشین، اعمال فوری قانون جدید و عطف به ماسبق شدن یا نشدن قانون جدید.

امکان بهره‌مندی از قواعد تعارض قوانین در زمان حقوق داخلی و تاسیس قاعده‌ای (اصل و استثنا) از آن برای حل مسائل پیچیده تعارض متحرک در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی محل گفت‌وگوست. پاسخ به این نکته بستگی دارد که تفاوت‌ها موثر در مقام هستند یا تشابه‌ها. از آنجایی که در تعارض متحرک عوامل

ارتباط پیشین و پسین و در نتیجه امکان صلاحیت چند قانون وجود دارد، دو دیدگاه کاملاً متفاوت برای تعیین قانون صالح مطرح می‌شود: بقای صلاحیت قانون پیشین و اعمال فوری قانون جدید. بررسی نشان می‌دهد که طرفداران دیدگاه بقای صلاحیت قانون پیشین از بکارگیری قواعد تعارض قوانین در زمان اجتناب می‌ورزند اما کسانی که باور به اعمال فوری قانون جدید نظر دارند به صورت وسیعی از این قواعد بهره می‌برند.

۱. بقای صلاحیت قانون پیشین

برابر دیدگاه بقای صلاحیت قانون پیشین، با تغییر عامل ارتباط، قانون کشور جدید نه تنها عطف بماسبق نمی‌شود، بلکه آثار حقوقی پس از صلاحیت قانون جدید را نیز در بر نمی‌گیرد و موضوع و تمام آثار آن هم‌چنان مشمول قانون پیشین باقی می‌مانند. بی‌تردید، تعدیل گرایش‌های افراطی چنین دیدگاهی ضروری است تا فرصتی برای اعمال قانون جدید فراهم شود.

۱-۱. بررسی دیدگاه

طرفداران این دیدگاه با استدلال‌های متفاوت بقای صلاحیت قانون پیشین را برای موضوع تعارض متحرک پیشنهاد می‌کنند.

۱-۱-۱. تئوری حقوق مکتسب

کسانی که نظر به بقای صلاحیت قانون پیشین دارند بر این باورند که پذیرش حاکمیت قانون جدید نسبت به آثار آینده موضوع، اقدامی خلاف «حقوق مکتسب» است. به باور پیه، نظریه‌پرداز این دیدگاه، راهکار تعارض قوانین در زمان برای تعارض متحرک کارساز نیست. چون تعارض میان دو قانونی نیست که در دو بازه زمانی در یک کشور حکومت می‌کنند. بلکه تعارض میان دو قانونی وجود دارد که در کشورهای مختلف به صورت هم‌زمان لازم‌الاجرا هستند. نظریه حقوق مکتسب بر این امر تأکید دارد که علی‌رغم تغییر عامل ارتباط، موضوع باید هم‌چنان در وضع سابق یعنی تابع قانون همان کشور باقی بماند و آثار خود را در حاکمیت آن گسترش دهد. چنین دیدگاهی پیامد گسترش بیش از حد اصل احترام بین‌المللی به حقوق

مکتسب است. برابر این اصل، احترام کشورها به حقوق مکتسب، ضروری تلقی می‌شود و دولت‌ها آن را بعنوان یک اصل بنیادین برای تنظیم روابط بین‌الملل که با حاکمیت پیوند خورده به رسمیت می‌شناسند. در چنین دیدگاهی، عدم پذیرش صلاحیت قانون پیشین کشور بر آثار آینده، به معنای نادیده گرفتن حاکمیت آن کشور است. بی‌تردید، در جامعه بین‌الملل، تمام موضوعات حقوقی تشکیل شده به‌صورت قانونی در یک کشور ارزش یکسانی دارند. بقای صلاحیت قانون پیشین این اصل را تضمین و اعمال فوری قانون جدید بر آن خدشه وارد می‌سازد (Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières 2013:309).

اعمال این دیدگاه نتایج جالبی به همراه دارد. برای نمونه، اگر زن و شوهر ایرانی پس از ازدواج، تابعیت فرانسه را کسب کنند که به موجب آن زوج، رئیس خانواده نیست (صفایی، امامی، ج ۱، ۱۳۹۳: ۱۴۳) ریاست مرد بر خانواده هم‌چنان باقی می‌ماند (ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی). با وجود این، برخی^۱، با استنباط از قسمت اخیر ماده ۹۶۶ قانون مدنی، نظریه حقوق مکتسب را به عنوان تئوری عام حل مساله تعارض متحرک در مورد اموال، احوال شخصی و سایر قواعد آن می‌پذیرند (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۲۷۱). اما به نظر نمی‌رسد قانونگذار در این مقرر در مقام بیان پذیرش تئوری حق مکتسب به عنوان یک نظریه عام برای حل مساله تعارض متحرک باشد بلکه صرفاً نظر به احترام به آن دارد. سایر دیدگاه‌ها نیز آن را نفی نمی‌کنند (Mélin, 2014: 128). علاوه بر این که، استدلال ایشان با ادعا منطبق نیست. بنا به ادعای ایشان، «راه حل تعارض متحرک در حقوق ایران چه در مورد اموال، چه احوال شخصی و چه سایر قواعد حل تعارض، همان نظریه حقوق مکتسب است. زیرا تعارض متحرک فقط در مورد اموال منقول رخ نمی‌دهد»^۲!

۱-۱-۲. ثبات نهادهای حقوقی

گرایش دیگری در این دیدگاه با استدلالی متفاوت به نتایجی مشابه با گرایش پیشین دست یافته است. بارتن، تئوری پرداز این گرایش، بر «ثبات نهادهای حقوقی» در

۱. ظاهراً نظر دکتر الماسی نیز همین است (رک الماسی، ۱۳۹۶: ۱۳۸).

۲. دکتر شریعت باقری برای تایید نظر خود به دکتر سلجوقی نیز اشاره نموده است، در حالی که ایشان نظریه حقوق مکتسب را بعنوان راه حل تعارض متحرک در حقوق ایران نمی‌داند و در نظری مخالف با حقوق مکتسب، راه حل دیگری را برای آن ارائه نموده است (رک سلجوقی، ۱۳۸۷: ۱۴۹).

روابط بین‌الملل تاکید می‌کند و به همین دلیل نظر به جدایی تعارض متحرک از تعارض قوانین در زمان دارد. به باور او، در تعارض قوانین در زمان، با نسخ قانون پیشین، اثر قانون جدید فوری می‌باشد. اما در تعارض متحرک، پافشاری بر ثبات یک نهاد بین‌المللی اقتضا می‌کند که تابع قانونی می‌باشد که تحت حاکمیت آن ایجاد شده است. چرا که در عرصه بین‌الملل نخستین دل‌نگرانی، ثبات نهادهای حقوقی است. بارتن به ضرورت یکپارچگی میان موضوع و آثار آینده آن توجهی ویژه دارد. به باور وی، این ضرورت در تجارت بین‌الملل نسبت به زندگی داخلی بیشتر خودنمایی می‌کند. چه تغییر قوانین حاکم در تجارت بین‌الملل به اراده فردی و در حقوق داخلی به اراده قانونگذار وابسته است. به این معنا که در عرصه بین‌الملل، افراد عامل ارتباط و در نتیجه قانون حاکم را تغییر می‌دهند اما در حقوق داخلی اراده قانونگذار بر تغییر عامل ارتباط تعلق می‌گیرد و اراده افراد مدخلیتی در آن ندارد. خواست اعمال قانون پیشین نسبت به آثار آینده موضوع در تعارض متحرک، از همین نکته سرچشمه می‌گیرد (Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières, 2013: 310).

۲-۱. ضرورت تعدیل دیدگاه

۱-۲-۱. چرایی تعدیل

انتقادات - نمی‌توان نتیجه مشترک گرایش‌های مختلف این دیدگاه را به آسانی پذیرفت. علاوه بر این که، بر هریک از آن‌ها، انتقاداتی جداگانه نیز وارد است. از حیث نتیجه مشترک - از آن جا که هر دو گرایش، یک عامل ارتباط تغییر یافته را نقطه پرگار خود قرار می‌دهد، بنظر می‌رسد نهادهای حقوقی را ایستا می‌کنند. اگر متخصص حقوق بین‌الملل میان عامل ارتباط پیشین و پسین حق انتخابی داشته باشد، دومی را ترجیح می‌دهد. وگرنه باید به دلیل نداشتن واقع‌بینی بر وی خرده گرفت (Ibid:310).

در صورتی که قانونگذار حکیم، نظر به ایستا نمودن نهادهای حقوقی داشت در ماده ۹۶۲، قانون «زمان ازدواج»، در ماده ۹۶۴ قانون «زمان تولد فرزند» و در ماده ۹۶۵ قانون زمان «تولد مولی علیه» را منشا اثر می‌دانست. این درحالی است که برابر مقررات قانون مدنی ایران، بر روابط شخصی و مالی زوجین، قانون ملی شوهر، بر روابط بین

ابوین و اولاد، قانون ملی پدر و بر ولایت قانونی و نصب قیم، قانون ملی مولی علیه حاکم است. بنابراین، نبود قیود زمان ازدواج، تولد فرزند و تولد مولی علیه احتمال ایستایی را منتفی می‌کند و نشان از اهداف دیگر قانونگذار دارد. بنابراین باید برای تعیین حوزه شمول قانون پیشین و پسین به راهکار دیگری اندیشید.

به هم خوردن امنیت حقوقی در صورت پذیرش دیدگاه بقای صلاحیت قانون پیشین - در تعارض قوانین در زمان قوانین ضرورت یگانگی در سیستم حقوقی و لزوم برابری اشخاص در مقابل قانون، می‌طلبد تا قانون جدید بر آینده حاکم باشد و در خصوص موقعیت‌های حقوقی در جریان، اجرا گردد. اجرای قوانین متفاوت بر موقعیت‌های مشابه در درون یک سیستم حقوقی ماحصل حکم‌فرمایی قانون قدیم پس از نسخ بر روابط ایجادشده، می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹؛ ۱۵۶). اگر با وضع قانونی، حقوق و تکالیف زوجین در برابر هم تغییر کند و ازدواج‌های پیش از این قانون، تابع مقررات پیشین باقی بماند، دو گروه از زوجین ایجاد می‌شود: کسانی که پیش از تغییر قانون و کسانی که پس از آن، ازدواج نموده‌اند و بر هر گروه از زوجین قانونی جداگانه حاکم خواهد بود. نتیجه نامطلوب این وضعیت، ایجاد تعارض درون یک سیستم حقوقی می‌باشد (همان؛ ۲۱۰). این در حالی است که در یک نظام صحیح قانونگذاری، اصل تساوی اشخاص در برابر قانون (اصل ۲۰ قانون اساسی)، اقتضا می‌کند که قانون یکسان بر موقعیت‌های گوناگون حاکم باشد.

در حوزه حقوق بین‌الملل نیز نمی‌توان میان حاکمیت قوانین متفاوت بر افراد و تقسیم افراد به دو گروهی که عامل ارتباط را تغییر داده و گروهی که آن را تغییر نداده و اعمال قوانین متفاوت بر آن‌ها تفاوتی قائل شد؛ هر دو رفتار تبعیض‌آمیز است. در کشوری مانند ایران که وحدت قانون حاکم است، حاکمیت قانون بیگانه در مورد وضعیت و اهلیت ایرانیان دارنده تابعیت اکتسابی و فقدان شرایط اموال منقول در خصوص اموال وارد شده به سرزمین ایران، پذیرفتنی نیست. از زمان کسب تابعیت جدید و ورود مال به سرزمین، بر وضعیت و اهلیت اشخاص و رژیم اموال، قانون ایران حاکم خواهد بود. در تعارض متحرک افراد در برابر این اثر فوری دارای همان حقوق مکتسبی هستند که در تعارض قوانین در زمان در برابر قانون جدید دارند. نمی‌توان حق دیگری برای آن‌ها قائل شد. به محض تغییر عامل ارتباط، صلاحیت قانون پیشین

بر آثار آینده موضوع از بین می‌رود به این دلیل ساده که از این زمان، موضوع از صلاحیت آن قانون خارج می‌شود.

اگر بنا به الزام آور بودن بررسی سابقه موضوع مانند خاستگاه مال یا تابعیت پیشین شخص باشد امنیت حقوقی افراد آسیب می‌پذیرد. در حالی که لازم است در هر سیستم حقوقی تحقق این امنیت در اولویت قرار گیرد. برای نمونه، در نبود قاعده «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است» (ماده ۳۵ قانون مدنی) در کشور محل وقوع مال و ورود آن به کشور ایران، در هر مورد بررسی خاستگاه مال توسط خریداران ضروری است. امری که پذیرفتنی نیست چون از بین رفتن امنیت، ایشان را تهدید می‌کند. وضعیتی که قاعده مذکور برای اجتناب از آن وضع شده است (شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۸). برابر مفهوم مخالف ماده ۳۶ قانون مدنی در صورت عدم اثبات این که تصرف ناشی از سبب ملک یا ناقل قانونی نبوده، تصرف اماره مالکیت است. برابر ماده ۳۷ قانون مدنی در صورت اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی، تصرف متصرف نمی‌تواند اماره مالکیت وی باشد^۱. بنابراین اقرار متصرف تنها وسیله برای تزلزل مالکیت اوست. حال اگر در خاستگاه مال چنین مقرراتی نباشد اثبات سبق تصرف توسط متصرف به هر وسیله‌ای، مالکیت وی را متزلزل خواهد نمود. این وضعیت، با فلسفه وضع مواد مذکور مغایرت دارد (شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۹).

پایه‌های نظری هر دیدگاه نیز سست است؛ استدلال پیه از گسترش بیش از حد مفهوم حقوق مکتسب و جایگاه مدنظر وی برای آن در حقوق بین‌الملل خصوصی سرچشمه می‌گیرد به نحوی که شامل انتظارات و حقوق احتمالی نیز می‌شود. در حالی که لازم است میان حقوق مکتسب و حقوق احتمالی در حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی تفکیکی صورت پذیرد.

ضرورت تشخیص حقوق مکتسب از حقوق احتمالی در حقوق داخلی خودنمایی می‌کند و از این حیث حائز کمال اهمیت است که قانون جدید نمی‌تواند حقوق مکتسب افراد در خصوص وضع مدنی و دارایی را از بین ببرد. اما حقوق احتمالی که در سابق امید رسیدن به آن‌ها وجود داشته، مانع اجرای کامل قانون جدید نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸).

۱. برای تأیید این نظر، رک رای محکمه انتظامی قضات، موسی شهیدی، موازین قضایی، حکم شماره ۱۰۲۳، مورخ

برای نمونه، به استناد اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ که اهلیت دختران را قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال و به محض رسیدن به سن بلوغ در امور غیرمالی پذیرفت (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۴۴)، نمی‌توان ادعا کرد مردانی که پیش از این قانون، ازدواج کرده‌اند و زنان ایشان هنوز به سن مذکور نرسیده‌اند، حق مکتسبی مبنی بر عدم اهلیت همسران خود دارند.

همین مسائل به نوعی دیگر در حقوق بین‌الملل نیز مطرح می‌شوند. هنگامی که زوجی ایرانی، تابعیت کشوری را کسب می‌کند که در آن مرد رئیس خانواده نیست، آیا شوهر می‌تواند با استناد به حاکمیت قانون پیشین (قانون ملی مشترک) همچنان ریاست خود را (ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی) بر خانواده حفظ نماید؟ به نظر می‌رسد پاسخ پیه مثبت باشد. اما این پاسخ به قیمت گسترش مفهوم حقوق مکتسب تمام می‌شود (Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières 2013:310). بدین ترتیب، پیروان نظریه حق مکتسب درصد ارائه تعریفی هستند که به چیزی دست یابند که آن را صحیح می‌دانند. به عبارتی، اصل احترام بین‌المللی حقوق مکتسب، ناتوان از ارائه راهکار مناسب برای تعارض متحرک است مگر این که این مفهوم در جایگاه موردنظر طرفداران این گرایش در عرصه حقوق بین‌الملل قرار گیرد.

ثبات نهادهای حقوقی موردنظر آقای بارتن نیز استدلال قاطعی محسوب نمی‌شود. هرچند مذاقه در این امر ضروری است منتهی در مواردی غیر از تعارض متحرک این ضرورت خودنمایی می‌کند. در واقع، در این تعارض اراده افراد، عامل ارتباط را تغییر می‌دهد. نمی‌توان تاثیر این تغییر را در صلاحیت قانون جدید نادیده انگاشت. امکان طرح این ایراد وجود دارد که اشخاص به آسانی می‌توانند با تغییر چنین عامل ارتباط از اقتدار قوانین رها شوند و بدین صورت حاکمیت دولت‌ها را خدشه‌دار کنند. منتهی به نظر می‌رسد که این ایراد به «تقلب نسبت به قانون» مربوط می‌شود که در جای خود برای آن چاره‌جویی شده است (Gothot, 2006: 140). نفی اثر فوری قانون جدید در تمام موارد، منطقی نیست. مگر این که به اشتباه هر دگرگونی عامل ارتباط را متقلبانه فرض و بر اساس آن قاعده حقوقی وضع کرد. پرونده معروف خانم دوفورمن^۱ که در آثار نویسندگان ملی برای تقلب نسبت به

قانون مطرح شده^۱، یک استثناء محسوب می‌شود. پس نمی‌توان فرض را بر تقلب گذاشت و بر این اساس اقدام به وضع قاعده حقوقی نمود.

۲-۲-۱. ضرورت پذیرش بقای صلاحیت قانون پیشین در موارد خاص

در حوزه قراردادهای - در تعارض قوانین در زمان، نویسندگان میان موقعیت‌های قانونی و قراردادی قائل به تفاوت شده‌اند. بر گروه نخست، قانون جدید را حاکم می‌دانند و اجرای قاعده اثر فوری قوانین را اصل می‌شمارند و بر گروه دوم و روابط حقوقی طرفین ناشی از قرارداد، قانون حاکم بر قراردادها را لازم‌الاجرا محسوب می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۵). تمام آثار دور و نزدیک قراردادهای، مشمول قانون پیشین (زمان عقد) هستند. تفاوتی نمی‌کند که قرارداد مستمر باشد یا فوری یا اثری که از عقد به جا می‌ماند نتیجه ضروری و بی‌واسطه آن باشد یا آثار دورتر و فرعی. هم‌چنین، درجه اعتبار ناشی از قانون جدید اثری در حکومت قانون زمان انعقاد ندارد. قانون جدید خواه امری باشد یا تکمیلی بر آثار قرارداد پیش از آن اثر ندارد (همان؛ ۲۲۰).

آثار قراردادهای برخلاف اصل «اثر فوری قانون» تابع قانون حاکم در روز وقوع آن است و تغییر قوانین در آن موثر نمی‌شود. زیرا قرارداد وسیله‌ای در اختیار اشخاص است چنانچه مایلند روابط خود را تنظیم نمایند. در حدود پذیرفته شده حاکمیت اراده، اشخاص می‌توانند آزادانه موقعیت‌های حقوقی ویژه ایجاد کنند. حقوق نه تنها در یکسان کردن این موقعیت‌ها اصرار ندارد که گاه نیز امکان ایجاد آن را لازمه حفظ آزادی معاملات می‌شمارد. بنابراین طبیعی است که در این مورد لزومی برای یکسان کردن موقعیت‌ها و در نتیجه اجرای فوری قانون جدید وجود ندارد (همان؛ ۱۸۹). به دلایل یادشده در عرصه بین‌الملل نیز در حوزه قراردادهای نظر بر بقای صلاحیت قانون پیشین است.

در مرحله اجرای حق - لازم است میان مرحله ایجاد حق و اثر بین‌المللی حقوق مکتسب تمایز ایجاد شود^۲. اساساً روش تعارض قوانین برای تعیین قانون صالح هنگام ایجاد یک حق به کار می‌رود. اما در تمام مواردی که اثر بین‌المللی حق مکتسب در

۱. برای مطالعه بیشتر در این مورد رک به الماسی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۳.

۲. این تمایز در نظر مفسر بزرگ قرآن «علامه طباطبایی» آمده است (رک دانش پژوه، ۱۳۹۳: ۱۴۰).

کشور دیگر مطرح می‌شود مسئله خارج از موضوع تعارض قوانین قرار می‌گیرد و باید با توسل به اصل احترام بین‌المللی کشور دیگر مطرح می‌شود مسئله خارج از موضوع تعارض قوانین قرار می‌گیرد و باید با توسل به اصل احترام بین‌المللی حقوق مکتسب حل شود. دیوان عالی کشور فرانسه به تاریخ ۲۰ فوریه ۲۰۰۷ در رای Cornelissen با حذف کنترل قانون اعمال شده به نوعی تمایز میان تعارض قوانین و احترام به اثر حقوق مکتسب را پذیرفت و از روش شناسایی بهره برد: «قاضی شناسایی‌کننده موظف به بررسی نیست که آیا دادرسی بیگانه همان قانونی را اعمال نموده که به موجب قاعده حل تعارض فرانسه صالح است یا خیر (D'avout, Bollée, 2007: 1115)». بدین ترتیب، دیوان، دادگاه‌های تالی را از کنترل قانون اعمال شده معاف می‌داند (سیدی آرانی، ۱۳۹۸: ۴۷). در این شرایط اگر دادرسی صادرکننده حکم با معیار درستی، مساله تعارض متحرک را حل نکرده و قانون پیشین را بر موضوع و آثار آینده آن حاکم دانسته باشد، به نظر مانعی وجود نخواهد داشت تا رای در کشور شناسایی‌کننده، اجرا شود.

هرچند حکم خارجی مخالف با نظم عمومی بین‌المللی کشور محل شناسایی، اجرا نمی‌شود، منتهی همین تمایز میان تعارض قوانین و احترام بین‌المللی حقوق مکتسب در «اثر کاهش یافته نظم عمومی» نیز وجود دارد. تفاوتی بنیادین میان دو مرحله ایجاد و اجرای حق خودنمایی می‌کند. در مورد نخست، قاضی باید قانونی را انتخاب کند و برای این مهم توسل به قاعده حل تعارض مقرّ دادگاه ضروری است. در مورد دوم، مساله تاثیر حکم بیگانه مطرح می‌شود. احترام به اعتماد و امید مشروع محکوم‌له می‌طلبد نسبت به قانون اعمال شده بی تفاوت بمانیم. می‌توان ردپایی از تفاوت بین دو مرحله را در «اثر کاهش یافته نظم عمومی» دید؛ اثر آن در مرحله شناسایی کاهش می‌یابد، چون حقی مکتسب وجود دارد.

جالب است بدانیم یکی از استدلال‌هایی که طرفداران اعمال نظریه حق مکتسب به آن توسل می‌جویند، تمایز میان تعارض قوانین و احترام بین‌المللی حقوق مکتسب است. به عبارتی به باور ایشان در مورد حقوق ایجاد شده از روش‌های تعارض قوانین بهره نمی‌بریم. هرچند اعمال این حقوق در اجرای حق لازم است منتهی همیشه مسئله، شناسایی وضعیتی نیست که در کشور دیگری ایجاد شده بلکه در برخی موارد ایجاد یک وضعیت جدید، محل گفت‌وگوست. به دیگر سخن، امکان دارد تعارض متحرک

خارج از رعایت حقوق مکتسب مطرح گردد و دادرس مساله حقوق ایجاد شده در خارجه را بررسی نکند. مساله طلاق زوجینی که در کشوری با قاعده ممنوعیت طلاق ازدواج و سپس تابعیت کشوری با قاعده مجاز بودن طلاق را کسب می‌کنند از این قبیل است. چرا که دادرس در این مورد با تشکیل یک نهاد حقوقی روبروست که با تعارض متحرک پیچیدگی خاصی می‌یابد. بنابراین توسل به یکی از ارکان موضوع (مرحله اجرای حق) برای استناد به حقوق مکتسب و تعمیم آن به مرحله ایجاد حق صحیح نیست.

فرض تقلب نسبت به قانون - تقلب نسبت به قانون، حاکمیت قانون پیشین را حتی نسبت به رخدادهای پس از تغییر متقلبانه عامل ارتباط حفظ می‌کند. در واقع، در عرصه بین‌الملل، ممکن است افراد برای فرار از مقررات قانون دولت متبوع خویش، وضعیتی ایجاد کنند تا در نتیجه آن، از امتیازات قانون جدید بهره ببرند. در تقلب نسبت به قانون، در ظاهر هیچ مساله‌ای خلاف قانون واقع نمی‌شود (ارفع نیا، ۱۳۹۵؛ ۱۸۵). در واقع، تقلب مبتنی بر توسل به وسایل قانونی برای نیل به هدفی غیرقانونی است. افراد با تغییر عامل ارتباط و در نتیجه تغییر قانون صالح، قانونی را لازم‌الاجرا جلوه می‌دهند که در حالت عادی حق تقاضای اعمال آن را درباره خود ندارند. در این صورت، حداقل از منظر دادگاه کشوری که تقلب برای فرار از قانون آن، به عمل آمده است، قانون پیشین هم‌چنان حاکمیت خود را حفظ می‌کند (الماسی، ۱۳۹۶؛ ۱۹۳).

۲. اعمال فوری قانون جدید - بهره‌مندی از قواعد تعارض قوانین در زمان

۲-۱. اصل بهره‌مندی از تعارض قوانین در زمان

۲-۱-۱. چرایی بهره‌مندی

به باور برخی، در تعارض قوانین در زمان باید با کشف اراده قانونگذار مقصود او را از وضع قانون پسین دریافت. این در حالی است که در نوع دیگر تعارض، با اراده‌های قانونگذاران مختلف از دو کشور روبرو هستیم. بنابراین برای حل تعارض میان آن‌ها باید قاعده دیگری جز کشف اراده قانونگذار را یافت. بنابراین، راهکار تعارض قوانین در زمان متفاوت از تعارض متحرک است (شریعت باقری، ۱۳۹۶؛ ۲۷۰). منتهی دیدگاهی وجود دارد که اعمال قواعد حل تعارض قوانین در زمان را برای حل تعارض متحرک مناسب می‌داند. به طور کلی، این قواعد عبارتند از: اعمال قانون پیشین بر موضوعات

زمان حاکمیت خود و عطف بماسبق نشدن قانون جدیدی که قابلیت اعمال فوری دارد. بنابراین، قانون جدید نسبت به موضوعات پیشین صلاحیتی ندارد منتهی به محض تغییر عامل ارتباط، صلاحیت آن بر موضوع آغاز و لازم اجرا می‌گردد.

در حقوق داخلی اثر فوری قانون جدید با دو نگرانی تضمین وحدت قانون حاکم و امنیت حقوقی توجیه می‌شود. همین نگرانی‌ها در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز وجود دارد. بی‌دلیل نیست نظریه بقای قانون پیشین با چالش‌های جدی در این زمینه‌ها روبرو شد. حاکمیت قانون جدید نسبت به آثار آینده موقعیت حقوقی، موجه است. در غیر این صورت، در درون یک نظام حقوقی بر موقعیت‌های مشابه و یکسان قوانین گوناگونی به اجرا در می‌آید. روشن است که دیدگاه اخیر نسبت به دیدگاه پیشین، نتایج بهتری به ارمغان می‌آورد و طرفداران آن به درستی بر تشابه موجود میان تعارض قوانین در زمان و تعارض متحرک بدان تکیه می‌زنند.

درست است که در تفاوت با تعارض قوانین در زمان، اراده اشخاص با تغییر عامل ارتباط تعارض متحرک را ایجاد نموده و دو قانون از دو کشور متفاوت وجود دارد که یکی توسط دیگری نسخ نشده است. اما این تفاوت‌ها تعیین کننده نیستند. همان‌طور که باتیفول و لاگارد خاطر نشان می‌کنند: «در قبال امتیازات متعلقه موقعیت و وضعیت در هر دو مورد به یک صورت خودنمایی می‌کند: دو قانون به صورت نوبتی قابل اعمال هستند و مساله این است که تا چه حد نتایج موقعیت اصلی با قانون جدید اداره می‌شود. بدین معنا که در هر دو مورد، مساله اساساً یکی است (Batiffol et La-garde, 1993: 320)». در حقوق بین‌الملل، به محض تغییر عامل ارتباط قانون جدید حاکم است. همان‌طور که در حقوق داخلی، به محض لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، حکمرانی آن بر موضوعات آغاز می‌شود.

اشاره‌ای مختصر به راهکار تعارض قوانین در زمان در حقوق داخلی راهگشاست: قانون جدید، قانون سابق اعتبار خود را از دست می‌دهد و قانون جدید تنها هنجار برای تنظیم روابط حقوقی است: قلمرو زمانی اجرای قانون با تولد قانون آغاز می‌شود و با مرگ آن پایان می‌پذیرد. قانون سابق اعتبار خود را از دست می‌دهد و قانون جدید برای تنظیم روابط حقوقی بی‌رقیب خواهد بود. بسیاری از نویسندگان بر مبنای این اقتدار در صدد حل مسائل مربوط به تعارض قوانین در زمان هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۹؛ ۲۱۰). تمیز

رویدادهای گذشته و آینده در تعارض قوانین در زمان به طور نوعی صورت می‌پذیرد. در این شیوه تمرکز به سمت خود وقایع است تا گفت‌وگو درباره حقوق ایجاد شده برای اشخاص. بدین ترتیب که برای تمییز قانونی که بر آن وقایع حکم فرماست با ملاحظه عناصر تشکیل دهنده و آثار هر واقعه باید زمان تکمیل آن و اعتبار قانون حاکم مشخص شود. درباره وقایع و آثار گذشته نیز باید لوازم قانونی و عقلی هر پدیده‌ای را از نتایجی جدا کرد که فقط احتمال بروز آن‌ها می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۴۰).

۲-۱-۲. چگونگی بهره‌مندی

در تعارض قوانین در زمان مناسب است اعتبار هر قانون محدود به مرزهای زمانی شود. اثر قانون تنها بر آینده باشد و آثار نتایجی را دربرنگیرد که به موجب قانون سابق تا زمان نسخ ایجاد شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۳۲۷). برخی به درستی نسخ قانون را مانند فسخ قرارداد می‌دانند و هر دو را از زمان اعلام، منشأ اثر قلمداد می‌کنند و نه نسبت به گذشته (محمدی، ۱۳۹۴: ۱۱۲). در تعارض قوانین در زمان راه طبیعی جمع بین دو قانون این است که روز لازم‌الاجرا شدن قانون جدید مرز فاصل آن‌ها قرار گیرد. اعمال قانون جدید بر وقایع گذشته و قانون گذشته بر وقایع آینده صحیح نیست (ماده ۴ قانون مدنی). نتیجه این که یک موقعیت حقوقی دارای آثار در طول زمان، در موضوع تعارض متحرک مشمول اعمال نوبتی دو قانون پیشین و پسین می‌شود. برای شرایط تشکیل و آثار گذشته تابع قانون پیشین و برای آثار آینده جز در قراردادها، مشمول قانون پسین است. تغییر عامل ارتباط، آثار گذشته را از آثار آینده متمایز می‌کند. به این ترتیب، اعمال فوری قانون جدید در تعارض متحرک معیاری مشابه با تعارض قوانین در زمان پیدا می‌کند.

با این خط‌کش، می‌توان پاسخ بسیاری از مسائل را یافت. با اعمال این راهکار در مثال زوجی که پس از ازدواج تابعیت کشور دیگری را کسب نموده‌اند، شرایط اعتبار ازدواج و آثار گذشته (پیش از تغییر تابعیت) مشمول قانون ملی پیشین و احوال شخصیه آن‌ها تحت حاکمیت قانون ملی جدید قرار می‌گیرد. به این ترتیب، مرد نمی‌تواند به این بهانه که نسبت به وضع حقوقی سابق، حق مکتسبی دارد، خود را از حکومت این قانون بیرون بداند و دیگر شانس برای ریاست بر خانواده نخواهد داشت، حتی اگر قانون

پیشین، مرد را رئیس خانواده بداند. هم‌چنین در مورد مهریه در عقد نکاح زوجین ایرانی که پس از ازدواج، تغییر تابعیت می‌دهند و در دادگاه کشور جدید اختلافی میان ایشان در مورد مهریه و نفقه حال، گذشته و آینده مطرح می‌شود. فرض بر این است که قانون پسین زوج را به پرداخت نفقه و مهریه نمی‌داند. دادگاه حکم به پرداخت مهریه خواهد داد. چون مساله مربوط به تشکیل نهاد حقوقی است و نفقه را به دو بخش گذشته و آینده تقسیم و حکم به پرداخت نفقه گذشته خواهد داد.

رویه قضایی فرانسه اصل بهره‌گیری از راهکارهای تعارض قوانین در زمان را به این صورت می‌پذیرد: قاعده کلی، اعمال فوری قانون جدید است. تمایز یادشده در پرونده Patino در فرانسه به خوبی خودنمایی می‌کند: مردی با تابعیت کشور بولیوی با زنی با تابعیت اسپانیا ازدواج می‌کند. طبق مقررات بولیوی، زن به محض عقد ازدواج، تابعیت آن‌جا را کسب می‌کند. ایشان به موجب قرارداد، رژیم بولیویایی «جدایی اموال» را حاکم می‌دانند. زن، در زمان ازدواج، صغیر بوده و رضایت پدرخوانده اخذ نشده است. با این وضعیت، عقد ازدواج برابر قانون اسپانیا و بولیوی قابل ابطال می‌باشد. این در حالی است که دعوای بطلان برابر قانون اسپانیا پس از گذشت ۳۰ سال و برابر قانون بولیوی پس از گذشت ۱۰ سال مشمول مرور زمان می‌شود. زوجه پس از بیست سال از زمان امضای قرارداد دعوای بطلان را در دادگاه مطرح می‌کند. بدون تردید، مساله تعارض متحرک مطرح است. زیرا با ازدواج، عامل ارتباط (تابعیت) تغییر می‌کند. در این صورت قاضی باید برای حل مساله میان تابعیت پیشین، یعنی اسپانیا یا تابعیت پسین، یعنی بولیوی، یکی را انتخاب کند. در فرض نخست، زن می‌تواند دعوای بطلان را مطرح کند اما در فرض دوم، دعوای بطلان مشمول مرور زمان شده است.

دادگاه‌های فرانسه در این مساله قائل به عدم اهلیت عام بودند؛ وضعیتی که تابع قانون ملی است. چون بر مرور زمان مربوط به بطلان، همان قانونی حاکمیت دارد که بر بطلان و شرایط صحت قرارداد حاکم است. بنابراین، دادگاه، قانون اسپانیا یعنی قانون صالح به موجب عامل ارتباط پیشین را بر موضوع مرور زمان صلاحیت‌دار تشخیص داد. در واقع، مساله بطلان ازدواج به تشکیل نهاد حقوقی مرتبط می‌شود. تزلزل یک نهاد حقوقی ارتباط کاملی با تشکیل آن دارد: یا اگر تشکیل را به عنوان دایره اول تصور کنیم که دعوای بطلان آن به مدت سی سال پذیرفته می‌شود و فرض کنیم دایره دوم

یعنی نهاد حقوقی ازدواج، به مدت ۱۰ سال قابلیت بطلان دارد، دایره دوم چون تزلزل کمتری دارد از اعتبار بیشتری برخوردار است. قرار گرفتن مدت مرور زمان در دایره مربوط به نهاد حقوقی ازدواج، به خوبی ارتباط این موضوع را با تشکیل نهاد حقوقی نشان می‌دهد. بی‌دلیل نیست که دادگاه‌های فرانسوی با پذیرش قانون اسپانیا بدین صورت رای دادند: به دلیل عدم موافقت پدرخوانده، قرارداد ازدواج ایشان تحت رژیم اشتراک اموال، باطل است. اما ایشان به‌عنوان اشخاص بدون قرارداد به موجب رژیم قانونی بولیویایی اجتماع اموال، همچنان زن و شوهر شناخته می‌شوند.^۱

در شرایط کنونی مقررات ایران، رویه قضایی می‌تواند در تعارض متحرک از حداکثر راهکارهای تعارض قوانین در زمان بهره‌مند گردد؛ برای نمونه، می‌توان برای تعارض متحرک ناشی از جابه‌جایی مال منقول از یک کشور به کشور دیگری، از این راهکارها بهره برد. در حقوق ایران اموال مشمول قانون محل وقوع هستند. بنابراین جابه‌جایی مال، عامل ارتباط را تغییر می‌دهد. البته این دگرگونی خدش‌های به حقوق تحصیل شده مطابق قانون محل اولی شیء وارد نمی‌کند (ماده ۹۶۶ قانون مدنی). در ارتباط با قواعد تعارض قوانین در زمان، برای آن که میان حوزه شمول قانون قدیمی و جدید در موضوع حقوق عینی اموال منقول تفکیکی قائل شویم، لازم است میان روش کسب حق و محتوای آن تمایزی ایجاد نماییم: روش کسب حق مشمول قانون پیشین و محتوای آن مشمول قانون پسین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۵). در عرصه بین‌الملل نیز از زمان تغییر عامل ارتباط، قانون لازم‌الاجرا در زمان ایجاد حق، روش کسب حق را در برمی‌گیرد و محتوای آن مشمول قانون جدید است. پای‌بندی به این تفکیک نتایج مهمی برای تعارض متحرک به ارمغان می‌آورد:

۱. قانون کشور محل جدید استقرار مال منقول، محتوای حقوق عینی را مشخص می‌کند.

۲. اسباب تحصیل حق مشمول قانون کشوری می‌شود که در آنجا تحقق یافته‌اند. در مورد این قاعده ذکر دو نکته ضروری بنظر می‌رسد:

1. Paris, 1 juill. 1959, JCP 1959.II.11214, CONCL. Combaldieu, JDI 1960. 428, note Ponsard; Civ. 15 mai 1963, Rev. crit. DIP 1964. 506, note P. Lagarde. JDI 1963, 996, Note Malaurie, JCP 1963. II. 13366, note note Matulsky, Grands arrêts, 5 éd. n° 39.

نخست این که، قانون کشور پیشین، در صورتی اعمال می‌شود که مساله روش تحصیل حقوق عینی بر پایه قرارداد مطرح باشد. چرا که روش تحصیل حق عینی جزء قرارداد و حقوق مکتسب محسوب می‌شود و بر قرارداد نیز قانون پیشین حکومت می‌کند. در حالی که اگر نقش تصرف به عنوان دلیل مالکیت مدنظر قرار گیرد (ماده ۳۵ قانون مدنی)، قانون جدید موضوع را دربرمی‌گیرد. زیرا با محتوای حقوق عینی ارتباط دارد و حفظ امنیت حقوقی، حاکمیت قانون جدید را اقتضا می‌کند. در غیر این صورت، بر موقعیت‌های مشابه و یکسان قوانین متفاوتی حاکم می‌شود.

دوم این که، اگر حق عینی نسبت به یک مال با قراردادی به دست آمده باشد، لازم است قانون حاکم بر قرارداد صالح باشد نه این که راهکار تعارض متحرک حاکم بر اموال تحمیل شود. خاطر نشان می‌سازیم برابر ماده ۹۶۸ قانون مدنی، اصل بر حاکم بودن قانون محل انعقاد بر قرارداد است. اما توافق ضمنی یا صریح اتباع خارجی به عنوان طرفین قرارداد مبنی بر حاکمیت قانون دیگر بر قرارداد، مورد احترام قرار خواهد گرفت. البته به نظر می‌رسد تعارضی میان ماده ۹۶۶ و ۹۶۸ قانون مدنی وجود داشته باشد. در واقع، با بررسی این مقررات این پرسش زمینه طرح می‌یابد که اگر موضوع قرارداد، مال باشد، ماده ۹۶۶، یعنی قانون محل وقوع مال حاکم است یا ماده ۹۶۸، یعنی قانون مورد توافق طرفین یا قانون محل انعقاد قرارداد؟ به نظر می‌رسد این مقررات به آسانی قابل جمع هستند و تعارض دو مقرر ظاهر است (الجمع مهما ممکن اولی من الطرد^۱). در این خصوص تفکیکی میان قراردادهای با موضوع عین معین و با موضوع کلی فی‌الذمه مساله را حل می‌کند. در مورد نخست، حاکمیت قانون محل وقوع مال و در مورد دوم، حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد مطرح می‌شود. به این دلیل که ارتباط اموال معین با نظم عمومی و مقررات کشور محل وقوع این اموال بیش از ارتباط آن با نظم کشور محل وقوع قرارداد است و در قراردادهای با موضوع کلی فی‌الذمه، احترام به حاکمیت‌ها ایجاب می‌کند تا نظم عمومی قانون محل انعقاد قرارداد لحاظ شود (شهیدی، ۷۷-۱۳۷۶؛ ۲۷ و ۲۳).

عدم تفکیک صحیح این دو مورد، اختلاط در آثار برخی نویسندگان ملی و فقدان رویه یکسانی برای قانون حاکم بر بیع مال منقول را به همراه دارد؛ ایشان،

۱. برای مطالعه این قاعده فقهی رک، فوائداصول، نائینی، محمد حسین، ج ۱، ص ۷۲۶.

یکبار حاکمیت قانون محل وقوع عقد و در جایی دیگر، قانون محل وقوع اولی مال را پذیرفته‌اند (الماسی، ۱۳۹۶؛ ۱۴۶-۲۹۱). در هر صورت، با انتقال مال موضوع قرارداد از کشوری به کشور دیگر، بر موضوع اسباب تحصیل حق، قانونی حکومت می‌کند که بر روابط قراردادی طرفین حاکم است، خواه قانون مورد محل وقوع مال (۹۶۶)، انعقاد قرارداد (قسمت اول ۹۶۸) و مورد توافق طرفین (قسمت اخیر ماده ۹۶۸) باشد.

۲-۲. استثنائات بهره‌مندی از تعارض قوانین در زمان

با وجود اعمال قواعد حاکم بر تعارض قوانین در زمان در صورت تعارض متحرک در حوزه بین‌المللی، رویه قضایی قواعد تعارض قوانین در زمان را تعدیل نموده است. دو مورد از آن‌ها شایستگی توجه دارند: مورد نخست دستکاری قواعد تعارض متحرک با هدفی خاص برای اعمال قانون کشوری که منافع شخص مورد نظر را بیشتر تامین می‌کند و در مورد دوم، نپذیرفتن عطف بماسبق شدن توسط دادگاه‌ها به صورت سیستماتیک.

۲-۲-۱. دست‌کاری قواعد تعارض متحرک با هدف اعمال قانون نافع‌تر

اگر قانونگذار دست دادگاه‌ها را برای اعمال قانون پیشین یا پسین باز گذاشته باشد دادگاه‌ها خواهند توانست بدون توجه به قواعد تعارض قوانین در زمان، قانونی را اعمال کنند که منافع شخص مورد نظر را بهتر یا بیش‌تر تامین می‌کند. رویه قضایی فرانسه در این مورد نمونه خوبی ارائه می‌دهد و این روش را پیش‌تر در مواردی اعمال می‌کرد که مساله تعارض متحرک در خصوص انتساب فرزند به پدر طبیعی مطرح بود. در این دوره محاکم، قانون ملی را بر این موضوع حاکم می‌دانستند. اما این پرسشی مطرح می‌شد که با تغییر تابعیت فرزند از زمان تولد تا زمان دادخواست، قانون صالح بر دعوای اثبات نسب کدام است؟ پاسخ‌های متفاوت دادگاه‌ها به ظاهر با یکدیگر متعارضند. اما رویه انتخابی دادگاه‌ها در این دوره که حافظ منافع فرزند بود، این تعارض را توجیه می‌کرد. به این ترتیب آن‌ها، با کسب تابعیت فرانسوی توسط فرزند در جریان رسیدگی تجدیدنظر، به وی اجازه بهره‌مندی از قانون فرانسه را دادند.^۱ هم‌چنین به

1. Cass. Req. 9 juin 1921, mihaesco, JDI 1922. 141, Rev. crit. DIP 1924, 73; Civ. 27 mai 1937, DH 1937, I. 246, JDI 1938, 59, Rev. crit. DIP 1938. 82.

فرزندی که تابعیت کشور دیگری را کسب نموده نیز امکان بهره‌مندی از تابعیت فرانسه اعطا شد.^۱ دادگاه در رای^۲ Verdier قاعده کلی را به این صورت بیان می‌کند: «فرزند خواهان اثبات نسب می‌تواند از مقرراتی بهره‌برد که منافع او را بیشتر تضمین می‌کند».^۳ با اجرایی شدن قانون^۳ ژانویه ۱۹۷۲ راجع به این که اثبات نسب را مشمول قانون ملی مادر می‌داند امکان دستکاری قاعده حل تعارض متحرک با هدف حمایت حداکثری از منافع فرزند از بین رفت. هرچند جایگزینی قانون ملی مادر به جای قانون ملی فرزند امکان تعارض متحرک به دلیل احتمال تغییر تابعیت برای مادر پس از تولد فرزند را از بین نمی‌برد اما قانونگذار با وضع قاعده «صلاحیت تابعیت برای مادر در روز تولد فرزند» هرگونه آزادی عمل را از دادرسان می‌گیرد (مواد ۱۴ و ۲۱۱ قانون مدنی فرانسه).

۲-۲-۲. عدم امکان عطف بماسبق شدن

تفاوت بنیادین در موضوع امکان عطف بماسبق شدن ظهور و بروز دارد. در حقوق داخلی، با اراده قانونگذار، اثر قانون نسبت به گذشته نیز تعمیم می‌یابد و رخدادهای ایجادشده در گذشته را نیز تحت حکومت خود می‌گیرد. در این صورت قانون عطف بماسبق می‌شود. وضعیتی که ماده ۴ آن را به رسمیت می‌شناسد. در واقع، قانونگذار تنها ارباب بازی است و می‌تواند هر زمان که بخواهد، قواعد بازی را برهم زند.^۴ چنان که برابر تبصره الحاقی به ماده ۹۴۶ قانون مدنی ایران، «مفاد این ماده در خصوص وراثت متوفایی لازم‌الاجراست که پیش از تصویب آن فوت نموده اما ترکه او تقسیم نشده است». این در حالی است که تحت هیچ شرایطی نمی‌توان در حوزه تعارض متحرک، عطف بماسبق شدن را پذیرفت. به این دلیل ساده که تا زمان تغییر عامل ارتباط، سیستم حقوقی عامل ارتباط پیشین صلاحیت در برگرفتن موقعیت حقوقی را ندارد.

1. civ. 28 juin 1932, DP 1932. I 157, note Savatier, S. 1933. I. 1241, note Audinet, JDI 1933. 368, Rev. crit. DIP 1933. 685.

2. cass. civ. 11 avril et 1 mai 1945, s. 1945.1 121, note Batiffol

3. Civ. 5 décembre 1949, Rev. crit. DIP 1950. 65, note Motulsky, JCP 1950. II. 5287, note Delaume, JDI 1950. 180, note Goldman.

۴. به باور علامه طباطبایی، اگرچه منطق عام مقتضی عطف بماسبق نشدن است، گاه منطق خاص عطف بماسبق شدن را توصیه می‌کند و این در منطق حقوق و قانونگذاری نیز امری پذیرفته شده است (رک دانش پژوه، ۱۳۷۰: ۳۹۳).

عدم تصویب دو قانون در تعارض، صالح به موجب عامل ارتباط پیشین و پسین توسط یک قانونگذار، محاکم کشور جدید را از عطف بماسبق نمودن قانون مقرر دادگاه ناتوان می‌سازد. به این دلیل ساده که پیش از دگرگونی عامل ارتباط، قانون کشور دوم فاقد هرگونه صلاحیتی برای حاکمیت بر موضوع بوده است.

در تعارض قوانین در زمان، عطف بماسبق شدن قانون مطرح می‌شود اما در تعارض متحرک، به لحاظ تعلق دو قانون معارض به دو قانونگذاری متفاوت، امکان عطف بماسبق شدن وجود ندارد (سلجوقی، ۱۳۸۷؛ ۱۵۰).

رویه قضایی بلژیک با وسواس زیادی به این عدم امکان توجه می‌کند. رای دیوان عالی مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵ این کشور صادره در پرونده شرکت Lamot نمونه خوبی برای عطف بماسبق نشدن است. این شرکت در سال ۱۹۲۷ به صورت شرکت سهامی در لندن تشکیل شد. از سال ۱۹۳۲، با تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده، مرکز امور اداری از لندن به بلژیک تغییر و قانون کشور جدید (بلژیک) در مورد شرکت‌های سهامی بر آن حاکم شد. برابر ماده ۱۰۲ قانون مزبور، مدت زمان حیات یک شرکت، سی سال است. برابر ادعای یک مدیر اخراجی، شرکت در تاریخ ۲۰ اکتبر ۱۹۵۷ بصورت خودکار منحل شده، چرا که سی سال از زمان تشکیل آن، سپری شده، بدون آن که در زمان مقتضی تمدید شود. در پاسخ، مدیران جدید ادعا نمودند شرکت در زمان مقتضی و در ۶ فوریه ۱۹۶۲ برای سی سال تمدید شده است. چرا که این مدت از زمان انتقال مرکز امور اداری شرکت به بلژیک محاسبه می‌شود. دیوان عالی این کشور حکم به نفع مدیران جدید صادر کردند به این دلیل که نمی‌توان مدت زمان سی سال را از زمانی شروع کرد که شرکت هنوز در حاکمیت قانون بلژیک نیست^۱.

البته می‌توان به صورت دیگری نیز شاهد عطف بماسبق شدن در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی بود؛ در واقع، در فرض تعارض زمانی، قانون صالح به موجب عامل ارتباط پسین، باید قانون حاکم را مشخص کند. دلیل این وضعیت در ویژگی کاملاً داخلی تعارض یادشده نهفته است. چنین تعارضی متعاقب تعیین قانون خارجی خودنمایی می‌کند و صرفاً با این سیستم حقوقی مرتبط می‌شود (Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières 2013:305-306). برای نمونه، اگر به موجب قاعده

1. Arrêt du 12 November 1965, JDI 1966, 140, obs. Abrahams, Rev. crit. DIP 1967. 510, note Loussouarn.

حل تعارض مقر دادگاه سیستم حقوقی ایران صالح باشد، تمام مسائل مربوط به دوران امر بین نسخ و تخصیص و عطف بماسبق شدن قانون حاکم برای قاضی خارجی مطرح می‌شود (قافی، شریعتی، ج ۱، ۱۳۸۹؛ ۲۳۷). بنابراین در تعارض میان خاص مقدم و عام موخر، قانون جدید مقرر پیشین را نسخ نمی‌کند بلکه آن را تخصیص می‌زند در نتیجه خاص مقدم بر موضوع حاکم خواهد بود. هم‌چنین، اگر سیستم حقوقی ایران مقررات حاکم را عطف بماسبق کند، چنین وضعیتی در امتداد قاعده حل تعارض پسین قرار می‌گیرد و به نوعی می‌توان گفت قانون صالح به موجب قاعده حل تعارض پسین عطف بماسبق شده است. در این شرایط، حتی می‌توان تصور نمود که قانون ماهوی زمانی اعمال شود یا قانون جدید موضوع مربوط به زمانی را در برگیرد، که هنوز عامل ارتباط تغییر نیافته و در نتیجه قانون پسین صلاحیتی نداشته است.

نظم عمومی مانند حقوق داخلی می‌تواند وضعیتی در تعارض متحرک برای عطف بماسبق شدن قانون جدید نسبت به گذشته ایجاد نماید. بنا به ادعای برخی ارتباط قانون با نظم عمومی نیز نشان از اراده ضمنی قانونگذار در حاکم ساختن آن بر وقایع پیشین دارد. زیرا به دلیل اهمیت ویژه این قواعد، هیچ اصلی قادر به ممانعت از اجرای کامل آن نیست. هرچند احترام به نظم عمومی از واجبات است اما نباید در موارد خدشه به منفعت عمومی نسبت به اجرای قانون در گذشته تردید کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹؛ ۹۶). برای نمونه، آیا تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی در خصوص پرداخت مهریه به نرخ روز عطف بماسبق می‌شود یا خیر؟ برخی به دلیل خصیصه نظم عمومی این مقرر، قائل به عطف بماسبق شدن آن هستند (صفایی، امامی، ج ۱، ۱۳۹۳؛ ۱۷۹) علی‌رغم معنای متفاوت نظم عمومی در حقوق داخلی و بین‌المللی، در تعارض متحرک، نظم عمومی از خود اثر یکسانی بر جای می‌گذارد. در واقع، مخالفت قانون صالح به موجب عامل ارتباط پیشین با نظم عمومی بین‌المللی مقر دادگاهی که قانون آن به موجب عامل ارتباط پسین صالح است دادگاه را مجبور به اعمال قانون کشور خود می‌نماید. بنابراین، دوباره با مساله‌ای روبرو هستیم که تفاوت دو مفهوم مانع بهره بردن از راهکارهای یکی برای دیگری نمی‌شود.

برآمد

باید پذیرفت که تعارض قوانین در زمان از اراده قانونگذار واحد و تعارض متحرک از اراده قانونگذاران متعدد بر می‌خیزند. در تعارض متحرک دو قانون از کشورهای مختلف حاکمیت دارند که نه تنها یکی به موجب دیگری نسخ نشده، بلکه هر دو در کشورهای مختلف لازم‌الاجرا هستند. این قوانین در عرض یکدیگر قرار دارند و هم‌زمان بر حوزه شمول خود اعمال می‌گردند. به علاوه، در تعارض متحرک قانون با اراده افراد و نه قانونگذار و با تغییر عامل ارتباط دگرگون می‌شود. اما اهمیت و کثرت این تفاوت‌ها نباید ما را به اشتباه بیندازد و از قواعدی محروم کند که در طول زمان به کمال خود رسیده‌اند تا برای ایجاد یک‌سری قواعد جدید مبادرت به آزمون و خطا کنیم. این واقعیت نه تنها در مورد مفاهیم حقوقی بلکه در رابطه با امور واقعی نیز وجود دارد. چه ممکن است میان دو مال مادی نیز تفاوت‌هایی وجود داشته باشد. منتهی بتوان از لوازم جزء مشترک یکی برای دیگری بهره برد.

درواقع، تشابهی میان تعارض قوانین در زمان و تعارض متحرک وجود دارد، که سرنوشت مساله را به صورت دیگری رقم می‌زند و اعمال قواعد یکی را بر دیگری موجه می‌سازد. چه در هر دو مساله، حدود حاکمیت قانون بر موضوع و آثار آن می‌باشد. به عبارتی، در هر دو، مطلوب قاضی یکی است؛ گزینش میان قانون پیشین و پسین، خواه نخستین قانون نسخ شده باشد، خواه هم‌چنان در کشور دیگری لازم‌الاجرا باشد. پس سازماندهی رابطه دو قانون در زمان هدف مشترک آن‌هاست و برای تحقق آن، مسائل پیش‌رو یکسان هستند: عطف به ماسبق شدن یا نشدن قانون جدید، بقای قانون پیشین یا اعمال فوری قانون جدید. در حقوق بین‌الملل با تغییر عامل ارتباط، قانون جدید باید فوراً اعمال شود، همان‌طور که در حقوق داخلی با لازم‌الاجرا شدن قانون جدید، دلیلی بر عدم اعمال آن وجود ندارد. بنابراین، پیش از محروم نمودن خود از قواعد مربوط به یک نهاد حقوقی باید این پرسش را مطرح کرد که آیا تفاوت‌ها در موضوع متنازع‌فیه تعیین‌کننده هستند یا تشابه‌ها؟

پژوهش حاضر نشان می‌دهد که در موضوع دو نهاد حقوقی تعارض زمانی قوانین و تعارض متحرک، تشابه‌ها تعیین‌کننده هستند. وضعیتی که دست قضات مانوس با فقه اسلامی را در بهره‌مندی از قواعد فقهی برای حل مسائل تعارض متحرک باز می‌گذارد

و موجب شکل‌گیری آرای وحدت رویه قضایی، به عنوان منبع زاینده حقوق موضوعه و شکوفایی حقوق در یکی از مسائل پیچیده حقوق بین‌الملل خصوصی می‌شود. در این شرایط دیگر مساله، چرایی و چگونگی اعمال قواعد تعارض زمانی قوانین نیست، بلکه خود پاسخی است به فراوان مساله‌ای که در حوزه تعارض متحرک مطرح می‌شود. از این پس مساله، بررسی نقاط اشتراک و افتراق سایر نهادهای حقوقی است.

منابع الف) فارسی

۱. ارفع نیا، بهشید، ۱۳۹۵، *حقوق بین‌الملل خصوصی* (تعارض قوانین)، جلد دوم، تهران، انتشارات بهتاب، چ ۱۵.
۲. الماسی، نجادعلی، ۱۳۹۶، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران، انتشارات میزان، چ ۱۷.
۳. دانش پژوه، مصطفی، *تعارض قوانین در زمان در حقوق ملی و بین‌المللی در تفسیر شریف المیزان*؛ مجله قرآن شناخت، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
۴. سلجوقی، محمود، ۱۳۸۷؛ *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان، چ ۵.
۵. سیدی آرانی، سیدعباس، ۱۳۹۸، « *نقش آفرینی قاعده حل تعارض با پشتیبانی روش‌های حل تعارض (با بهره‌گیری از آورده های حقوق تطبیقی)* »، حقوق تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲۲.
۶. شریعت‌باقری، محمدجواد، ۱۳۹۶، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران، انتشارات میزان، چاپ دوم.
۷. شریعتی، حسین، قافی، حسین، ۱۳۸۹، *اصول فقه کاربردی*، مباحث الفاظ، جلد اول، تهران، انتشارات سمت، چ ۵.
۸. شهیدی، موسی، ۱۳۱۰، *رای محکمه انتظامی قضات*، موازین قضایی، حکم شماره ۱۰۲۳، مورخ ۴ اسفند ۱۳۱۰.
۹. شهیدی، مهدی، ۷۷-۱۳۷۶، *قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ص ۲۷ و ۳۲.
۱۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۳، *حقوق مدنی*، تشکیل قراردادها و تعهدات جلد اول، تهران، انتشارات مجد، چ ۱۰.
۱۱. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۵، *حقوق مدنی*، سقوط تعهدات، جلد پنجم، تهران، انتشارات مجد، چ ۱۰.
۱۲. صفایی، سید حسین، امامی، اسداله، ۱۳۹۳، *حقوق خانواده*، نکاح و انحلال آن، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، چ ۱۳.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۹، *حقوق انتقالی: تعارض قوانین در زمان*، تهران، میزان، چ ۴.

۱۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۵، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، سهامی انتشار، چ ۱۰۷.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، *فلسفه حقوق*، منابع حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۶. محمدی، ابوالحسن، ۱۳۹۴، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۵۶.
۱۷. نائینی، محمد حسین، ۱۳۸۰، *فوائد الاصول*، تالیف محمد علی کاظمی خراسانی، الجماعه المدرسین بقم المشرفه، موسسه النشر الاسلامی، چ ۸.

ب) انگلیسی

1. Arrêt du 12 November 1965, JDI 1966, 140, obs. Abrahams, Rev. crit. DIP 1967. 510, note Loussouarn. Batiffol et Lagarde, *Traité*, t. 1, 8 éd., n 320.
2. Gothot, Pierre, Lagarde, Paul; (2006), «*Conflits de loi (Principes généraux)*», rep. Dalloz
3. Loussouarn, Yvon, Bourel, Pierre, De Vareilles, Sommières, Pascal; 2013, *Droit international privé*, Dalloz.
4. Mayer, Pierre, Heuzé, Vincent; (2004), *Droit international privé*; 11 édition, collection Domat/droit privé.
5. Cass. Req. 9 juin 1921, mihaesco, JDI 1922. 141, Rev. crit. DIP 1924, 73; Civ. 27 mai 1937, DH 1937, I. 246, JDI 1938, 59, Rev. crit. DIP 1938. 82.
6. Civ. 28 juin 1932, DP 1932. I 157, note Savatier, S. 1933. I. 1241, note Audinet, JDI 1933. 368, Rev. crit. DIP 1933. 685.
7. Civ. 5 décembre 1949, Rev. crit. DIP 1950. 65, note Motulsky, JCP 1950. II. 5287, note Delaume, JDI 1950. 180, note Goldman.
8. Paris, 1 juill. 1959, JCP 1959. II. 11214, CONCL. Combaldieu, JDI 1960. 428, note Ponsard; Civ. 15 mai 1963, Rev. crit. DIP 1964. 506, note P. Lagarde. JDI 1963, 996, Note Malaurie, JCP 1963. II. 13366, note note Matulsky, *Grands arrêts*, 5 éd. n° 39