

## تعارض انسجام اجتماعی و هویت شخصی در قانون حاکم بر روابط خانوادگی

رضا مقصودی پاشاکی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244081.1873



### چکیده

عامل ارتباط در دسته احوال شخصیه و به‌طور خاص در روابط خانوادگی، کارکردی دوگانه دارد؛ از یک سو، بازتاب تعلق و انتساب یک شخص به کشور یا جمعیت معین است و از سوی دیگر، نقش مهمی در ایجاد همگرایی اجتماعی ایفا می‌کند و برای تحقق اهداف سیاسی و اجتماعی دولت‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد. مسئله اساسی این است که ایجاد همگرایی اجتماعی موجب تقویت کدام عامل ارتباط برای تعیین قانون حاکم شده است. آیا از احترام به هویت شخصی و اراده فردی، آزادی انتخاب قانون حاکم بر روابط خانوادگی ولو انتخاب حقوق غیردولتی برآمده از هنجارهای مذهبی استنباط می‌شود؟ دغدغه ایجاد انسجام اجتماعی در بسیاری از کشورها موجب گرایش به سوی اعمال قانون محل سکونت عادی شده است. از سوی دیگر، احترام به هویت فردی و تأمین انتظارات مشروع اشخاص موجب رواج بیش‌ازپیش حاکمیت اراده و تجویز انتخاب قانون حاکم در روابط خانوادگی شده است. حتی با توجه به اینکه بسیاری از اشخاص هویت فردی خود را در حقوق غیردولتی و به‌طور خاص، تبعیت از قواعد مذهبی جستجو می‌کنند، حاکمیت اراده به سوی اعمال حقوق غیردولتی و پذیرش حقوق مذهبی به‌عنوان قانون حاکم بر روابط خانوادگی پیش رفته است؛ هرچند اعمال موازین مذهبی خصوصاً شریعت اسلامی، در پرتو تضادهای سیاسی و فرهنگی، همچنان با دشواری همراه است و احترام به هویت فردی و تنوع فرهنگی در اثر ملاحظات راجع به انسجام اجتماعی، کارکرد خود را از دست داده است. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و مقایسه حقوق کشورهای مختلف، به ارزیابی عوامل ارتباط مناسب در روابط خانوادگی فرامرزی می‌پردازد.

### کلیدواژه‌ها

روابط خانوادگی، انسجام اجتماعی، هویت شخصی، حاکمیت اراده، مقررات مذهبی.

### مقدمه

با گسترش مراودات بین‌المللی و افزایش میزان مهاجرت‌ها، بسیاری از جوامع، چندقومیتی و چندفرهنگی شده‌اند. وجود گروه‌های متنوع و جوامع اقلیت با فرهنگ یا مذهب متفاوت، انسجام اجتماعی در کشورهای میزبان را با خطر مواجه کرده است؛ مخصوصاً در روابط خانوادگی، انبوهی از تضادها در بین سیستم‌های حقوقی و مذاهب مختلف وجود دارد. هر نهاد حقوقی در روابط خانوادگی، بازتاب سنت‌ها، مذهب، عرف، ارزش‌ها و اخلاق متفاوت است. در حالی که ازدواج به‌طور کلی، به معنای تک‌همسری با جنس مخالف است، حقوق اسلامی چندهمسری را اجازه می‌دهد. در مقابل، حقوق برخی کشورهای دیگر متضمن ازدواج با همجنس است. طلاق در کشورهای غربی با حکم دادگاه صورت می‌گیرد؛ در حالی که در ادیان یهودی و اسلامی، با عمل یک‌جانبه شوهر انجام می‌شود. در نیمه دوم قرن نوزدهم، تعداد زیادی از کشورها که پیش از آن طلاق را اجازه نمی‌دادند، قوانینی را درباره امکان طلاق به تصویب رساندند؛ اگرچه تفاوت‌های اساسی درباره شرایط طلاق در بین این کشورها وجود دارد. امروزه فقط در فیلیپین و کشور واتیکان طلاق مجاز نیست (Hay, 2018, P.35).

قانون حاکم بر روابط خانوادگی باید بازتاب هویت، علاقه و انتساب اشخاص به یک کشور یا جمعیت معین باشد. به بیان دیگر، این همان معیار نزدیک‌ترین ارتباط<sup>۱</sup> است که در برخی دسته‌های ارتباط، از جمله قراردادها، در غیاب اراده صریح طرفین برای تعیین قانون حاکم اعمال می‌شود. این ضابطه با دیدگاه ساوینی<sup>۲</sup> در تشخیص پایگاه روابط حقوقی دارای قرابت است. به نظر او، هر شخصی با انتخاب اقامتگاه خود، که مرکز ثقل احوال شخصیه است، در واقع قانون حاکم بر وضعیت و اهلیت خود را تعیین می‌کند؛ اما در جایی که

- 
1. The Closest Connection
  2. Savigny

وابستگی ارادی در میان نباشد، ساوینی راه‌حل روشنی ارائه نمی‌دهد و به قانون مناسب بر اساس طبیعت رابطه حقوقی ارجاع می‌دهد (الماسی، ۱۳۸۴، ص ۸۰). به‌علاوه، صرف انتخاب اقامتگاه به دلایل اقتصادی یا سیاسی نمی‌تواند به معنای انتخاب قانون حاکم بر احوال شخصیه تلقی شود.

مقاله حاضر بر این فرض مبتنی است که قانون حاکم بر احوال شخصیه باید بازتاب هویت فردی اشخاص خصوصی باشد و در جستجوی هویت فردی اشخاص و میزان تعلق واقعی اشخاص به یک نظام حقوقی، معیار حاکمیت اراده یا قانون منتخب، راهکار اصلی برای برون‌رفت از بن‌بست، حتی در مسائل احوال شخصیه است. در واقع تأمین انتظارات مشروع اشخاص خصوصی اولین هدف قواعد بین‌الملل خصوصی است. تحقق این انتظارات مشروع در گرو تجویز و تضمین حاکمیت اراده است. پذیرش حاکمیت اراده باعث می‌شود که قواعد بین‌الملل خصوصی از قابلیت پیش‌بینی برخوردار گردد؛ اما در سوی دیگر، سیاست‌های دولتی همچنان یک ضابطه بسیار مهم در وضع و اعمال قواعد تعارض قوانین است. تعارض قوانین همچنان تا حدود زیادی، یک حقوق دولتی باقی مانده و ابزاری برای پیشبرد سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی دولت‌هاست (Svantesson, 2007, P.64-74). نگرانی دولت‌ها درباره ازهم‌گسیختگی انسجام اجتماعی می‌تواند در چارچوب موانع اجرای قانون خارجی، از اعمال قانون خارجی نامطلوب جلوگیری نماید. حتی اگر این قانون خارجی از حاکمیت اراده منبث شده باشد.

در خارج از قلمرو حاکمیت اراده، هویت فردی اشخاص همیشه به یک جمعیت یا کشور معین وابسته نیست؛ بلکه یک امر نسبی است که در بستر زمان تغییر می‌یابد. همین که افراد یک تعلق یا انتساب جدید به دست می‌آورند، لازم است تداوم حیات عوامل قبلی مورد بازنگری قرار گیرد. به‌علاوه، اهمیت فزاینده هنجارهای مذهبی و ارتباط متقابل میان هنجارهای غیردولتی با حقوق دولتی می‌بایست در تنظیم روابط خانوادگی فرامرزی مورد نظر قرار گیرد.

این مقاله با تکیه بر مفهوم هویت فردی و انسجام اجتماعی، به بررسی عامل ارتباط در روابط خانوادگی می‌پردازد و بر نقش حاکمیت اراده در ایجاد توازن بین عوامل ارتباط متعارض تأکید می‌نماید. همچنین از آنجا که در روابط خانوادگی در بسیاری از موارد، تعلق و انتساب اشخاص به قواعد مذهبی بیش از حقوق دولتی است، به بررسی و نقد اعمال مذهب در این محیط پرداخته می‌شود.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - تعارض قوانین

تعارض قوانین به تعیین قانون حاکم از بین قوانین کشورهای مختلف در روابط خصوصی دارای عنصر فرامرزی می‌پردازد. وجود عنصر خارجی، قوانین متفاوت و سرانجام انعطاف‌پذیری دولت‌ها سه شرط اصلی برای ایجاد تعارض قوانین و اعمال قواعد این رشته از حقوق است.

#### - توصیف

تشخیص دسته ارتباط در هر دعوی مشخص، توصیف نامیده می‌شود. در تعارض قوانین، روابط حقوقی مشابه را در یکی از دسته‌های ارتباط قرار می‌دهند و در هر دسته، بر حسب یک معیار که به آن عامل ارتباط گفته می‌شود، به تعیین قانون حاکم می‌پردازند. فرآیند توصیف نقش بسیار مهمی در تعیین قانون حاکم بر هر دعوی ایفا می‌کند و اصولاً بر طبق قانون مقر دادگاه انجام می‌گیرد. روابط خانوادگی به‌عنوان موضوع این مقاله، در دسته احوال شخصیه توصیف می‌شود.

#### - حاکمیت اراده

حقوق خصوصی عمدتاً به آزادی طرفین در انعقاد قرارداد، تعیین محتویات قرارداد و همچنین تعیین قانون حاکم بر قرارداد می‌پردازد. اما این آزادی در روابط خانوادگی، که ابعاد گوناگون آن با قوانین امری پوشانده شده، همچنان جای مناقشه است؛ خصوصاً اینکه این آزادی می‌تواند انتخاب حقوق فراملی و از جمله قواعد مذهبی را نیز شامل شود.

#### - روابط خانوادگی

در یک معنای خاص، مجموعه روابط مالی و غیرمالی میان زن و شوهر و همچنین روابط میان والدین و اولاد را در بر می‌گیرد. روابط خانوادگی در معنای عام، شامل تمام خویشاوندانی است که از یکدیگر ارث می‌برند و در این معنا، شامل تمام وراث، اعم از سببی و نسبی، در کلیه طبقات ارث خواهد بود.

### ۱. انسجام اجتماعی و عوامل ارتباط رایج در حقوق خانواده

انسجام اجتماعی عبارتی رایج در علوم اجتماعی و سیاسی است. لازم است ابتدا این واژه و نتایج آن بررسی شود و سپس عوامل ارتباط رایج در روابط خانوادگی در پرتو این مفهوم، مورد بازبینی قرار گیرد.

#### ۱-۱. هویت فردی و انسجام اجتماعی

قواعد تعارض قوانین، بازتاب انتساب یا تعلق افراد است. قانونی که بازتاب هویت اشخاص است، به‌نحو بهتری روابط خانوادگی آنها را تنظیم خواهد کرد. جمعیتی که فرد به آن تعلق دارد، فقط کشور (دولت) نیست؛ بلکه می‌تواند شامل اقلیت نژادی، جامعه مذهبی، گروه کاری، اتحادیه یا هر دسته دیگر باشد. هویت هر فرد یک امر نسبی و متعدد است؛ اما توجه به هویت فردی تا جایی مطلوب است که با پیوستگی و انسجام اجتماعی متعارض نباشد. در سال‌های اخیر، مفهوم انسجام اجتماعی را متخصصان علوم اجتماعی و حتی سیاست‌مداران مورد توجه قرار داده‌اند. انسجام اجتماعی متضمن یک هدف اجتماعی کلان در سطح ملی و فراملی است. برای مثال، کمیسیون اروپا قویاً بر انسجام اجتماعی و اقتصادی اروپا به‌عنوان یک هدف راهبردی اصلی در داخل اتحادیه اروپا تأکید کرده است. انسجام اجتماعی به‌عنوان خصیصه یک جامعه محسوب می‌شود که ناظر به علایق و پیوندهای میان واحدهای جامعه، از قبیل اشخاص، گروه‌ها، اتحادیه‌ها و واحدهای سرزمینی است. امیل دورکیم<sup>۱</sup> اولین کسی بود که از مفهوم انسجام اجتماعی استفاده کرد. او انسجام اجتماعی را به‌عنوان ویژگی قوام‌بخش یک جامعه تلقی نموده و آن را به‌عنوان اتکا و وابستگی متقابل

---

1. Émile Durkheim

میان اعضای یک جامعه و تعهد و مسئولیت مشترک میان آنان تعریف کرده است (Berger Schmit, 2000, P.2).

در چارچوب انسجام اجتماعی، گروه‌های اجتماعی از تجمع افراد دارای جذابیت‌های متقابل فردی که واجد ویژگی‌های مشترک هستند، برخاسته‌اند. این خصوصیات می‌تواند طیف متنوعی از علایق مشترک، روابط خویشاوندی، ارزش‌های اجتماعی و پیشینه‌های قومی را در بر داشته باشد (H. Purohit, Ruan, Partasarathy, 2012, P.7).

اگرچه در گفتمان‌های عمومی و سیاسی، معنای انسجام اجتماعی نسبتاً بدیهی تلقی می‌شود، از این عبارت، به روش‌های مختلف و اغلب متناقض استفاده شده و همچنان مفهومی مبهم و بحث‌برانگیز باقی مانده است. فرض معمول این است که انسجام اجتماعی چیز خوبی است، بدون اینکه توضیح بیشتری نیاز داشته باشد. همان‌طور که برخی نویسندگان ابراز داشته‌اند، انسجام بیش‌ازحد اجتماعی در موقعیت‌های خاص، ممکن است نتایج منفی ایجاد کند: وفاداری یا انسجام بیش‌ازحد محلی یا شخصی ممکن است پایه‌اساسی برخی از انواع جرایم باشد. علاوه بر این، ممکن است اختلافاتی بین سطحی که در آن قرار است انسجام اجتماعی به وجود آید، ایجاد شود. به‌طور مثال، انسجام یک منطقه کوچک با تمایلات خودمختاری، ممکن است برای انسجام کشور به‌عنوان یک کل، مشکل ایجاد کند. با وجود این مباحث مفهومی، سیاست‌مداران و متخصصان سیاست‌گذاری اجتماعی چنان از این مفهوم صحبت می‌کنند که گویی اینها به‌طور بدیهی و کلی خوب هستند. در پی انتقادات نسبت به ماهیت مبهم این مفهوم، تلاش‌های دانشگاهی برای تعریف دقیق‌تر آن صورت گرفته است. وجه مشترک این تعریف‌های متفاوت «پیوستگی اجتماعی»<sup>۱</sup> است یا نیاز به یافتن زمینه مشترک متحد که الهام‌بخش برای سراسر جامعه باشد. در یکی از جدیدترین آثار، انسجام اجتماعی به ابعاد زیر تقسیم شده است: الف. ارزش‌های مشترک و فرهنگ مدنی؛ ب. نظم اجتماعی و کنترل اجتماعی؛ ج. همبستگی اجتماعی و کاهش نابرابری

در ثروت؛ د. شبکه‌های اجتماعی و سرمایه اجتماعی؛ ه. دلبستگی سرزمینی و هویت (Richards, 2013, P.21).

تأثیر هویت ملی بر انسجام اجتماعی در یک جامعه، همیشه مورد توجه دولت‌ها بوده است. هویت ملی می‌تواند برای بازتولید همبستگی‌های موجود در جوامع کوچک، در سطح ملی مهم باشد. هویت ملی ممکن است مستقیماً تحت تأثیر عوامل مختلفی باشد که به نوبه خود، ممکن است غیرمستقیم بر انسجام اجتماعی تأثیر بگذارد. خاستگاه قومی، نژادی و مذهبی ممکن است بر هویت ملی و انسجام اجتماعی تأثیر منفی بگذارد. مثلاً مردمان آسیای جنوبی به‌ویژه مسلمانان در میان خود، به منشأ دینی بیشتر از منشأ ملی توجه دارند (Richards, 2013, P.40).

حفظ و حراست از هویت ملی و انسجام اجتماعی باعث شده است که بسیاری از دلبستگی‌های فردی مبتنی بر مذهب یا قومیت، با واکنش دولت‌ها مواجه شود؛ به‌طوری که پذیرش اتباع خارجی و اعطای تابعیت به دلیل عدم تطابق با ارزش‌های اساسی جامعه میزبان، فقدان انسجام اجتماعی و هویت جمعی واحد با مخالفت دولت همراه شده است. دو رأی جدید از دادگاه‌های کشورهای اروپایی، مشکل ایجاد تعادل میان انطباق فرهنگی مهاجران مسلمان با قوانین ملی و ضرورت انعطاف نسبت به قوانین و عرف خارجی را برجسته کرده است. در تاریخ ۱۱ آوریل ۲۰۱۸م، شورای دولتی فرانسه<sup>۱</sup> رأی بر ابطال تابعیت فرانسوی زن متولد الجزایر صادر کرد؛ زیرا او در هنگام انجام تشریفات اعطای تابعیت، از دست دادن با مقام دولتی مرد امتناع کرده است. شورای دولتی فرانسه رفتار او را به‌عنوان دلیل بدیهی بر عدم تطابق با فرهنگ فرانسه برای اعطای تابعیت تلقی نمود. اما در تضاد با این نگرش مضیق، دادگاه اداری آلمان در شهر بادن<sup>۲</sup> در تصمیم ۲۵ آوریل ۲۰۱۷م، اعطای تابعیت به یک مرد متولد سوریه را تجویز کرد؛ اگرچه ثابت شده بود که او به مقامات ذی‌صلاح آلمان، درباره چندهمسری خود

1. The French Council of State (Conseil d'Etat)

2. The High Administrative Court of Baden-Württemberg

در خارج کشور، دروغ گفته است. دادگاه استدلال کرد که تعدد زوجات بدین نحو در خارج کشور، به نقض نظم عمومی آلمان منجر نمی‌شود (Hein, 2018, P.1).

مطالعه این دو رأی نشان می‌دهد که انطباق اجتماعی در پرتو زمان و مکان، مفهوم و مصداق متفاوتی دارد. علی‌رغم اهمیت انطباق اجتماعی، دولت‌های مختلف در مقام تفسیر و اجرای عملی، برخوردهای گوناگون داشته و در این راه، به افراط و تفریط گرویده‌اند؛ به طوری که مقامات قضایی یک دولت حداقل‌های آزادی مذهبی و هویت فردی را به دلیل ضرورت انسجام اجتماعی و نظم عمومی تحمل نمی‌کنند. در حالی که مقام قضایی در کشور دیگر با وجود نقض تساوی جنسیتی و حقوق خانوادگی، همچنان بر هویت فردی اصرار داشته، فقدان انطباق اجتماعی را نادیده می‌گیرد. در این بین، توجه به رویکرد دولت فرانسه و مواجهه این دولت با اقلیت مسلمان در زمینه اعطای تابعیت و اعمال قوانین مذهبی اهمیت فراوان دارد. فرانسه با حدود ۵ میلیون مسلمان، بیش از هر کشور اروپایی دیگر، موطن مسلمانان است و قلمرو فرانسه به‌طور منظم، از حوادث مربوط به جمعیت مسلمان تحت تأثیر قرار می‌گیرد (Samir, 2009, P.27).

#### ۲-۱. عامل ارتباط تابعیت و اقامتگاه

در روابط خانوادگی فرامرزی، اولین مسئله این است که کدام قانون بر وضعیت شخص و روابط خانوادگی او حکومت می‌کند. یک تقابل طولانی میان تابعیت و اقامتگاه در این رابطه وجود داشته است. مسئله اصلی این است که آیا اشخاصی که در خارج از موطن اولیه خود زندگی می‌کنند، تابع قانون کشور مبدأ هستند یا تابع قانون کشور میزبان؛ چگونه ما باید قانونی را انتخاب کنیم که بازتاب هویت اشخاص باشد؟

تحولات اجتماعی و تسهیل ارتباطات برون‌مرزی موجب تضعیف تابعیت و اقامتگاه به‌عنوان عامل ارتباط در دسته احوال شخصیه شده است. تابعیت به‌علت فقدان انعطاف لازم، مورد انتقاد قرار گرفته است؛ خصوصاً اینکه در بسیاری موارد، ارتباط ضعیفی میان اصحاب دعوی و قانون متبوع آنها وجود دارد. ملاحظاتی از قبیل اصل عدم تبعیض و ضرورت اعمال



قانون یکسان بر همه اشخاصی که در قلمرو یک دولت زندگی می‌کنند، بیش از پیش، این عامل ارتباط را تضعیف نموده است. در مقابل، اگرچه اقامتگاه از بسیاری از معایب تابعیت مبری است، این واژه نیز در طول تکامل تاریخی خود، به یک مفهوم مغلق متکی بر معیارهای ذهنی تبدیل شده است؛ به طوری که اصحاب دعوی قادر نیستند پیشاپیش و قبل از تصمیم دادگاه، محل اقامت خود را پیش‌بینی نمایند. خصوصاً اینکه در سیستم‌های حقوقی مختلف، تعریف‌های کاملاً متفاوتی از آن وجود دارد و لذا بسته به محل طرح دعوی، اقامتگاه اشخاص متفاوت خواهد بود (مقصودی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۳). «اقامتگاه» یک مفهوم منحصر به فرد در کامن‌لا است. مشکل اساسی در ارتباط با مفهوم اقامتگاه، تأکید بر فرآیند ذهنی اقامتگاه است. یک شخص باید قصد ماندن به شکل نامحدود در یک مکان را داشته باشد تا اینکه بتوان اقامتگاه وی را استنتاج نمود. در بسیاری از این موارد، که در آن، قصد واقعی شخص نمی‌تواند احراز شود، عناصر موضوعی خارجی می‌بایست ارزیابی و تفسیر شوند و به‌طور بدیهی، دادگاه‌های مختلف به نتایج متفاوتی می‌رسند (Hay, op.cit, P.78).

در قرن ۱۹، اصل تابعیت ابتدا در فرانسه (۱۸۰۴م) و اتریش (۱۸۱۱م) پذیرفته شد. این اصل در ایتالیا (۱۸۶۵م) تحت تأثیر مانچینی، به صورت دوجانبه درآمد و به لحاظ تئوریک پالایش شد و در کشورهای دیگر رومی‌ژرمنی نظیر آلمان (۱۸۹۶م)، بلژیک، ترکیه، ژاپن (۱۸۹۸م) و همچنین برخی کشورهای آمریکای لاتین منتشر گردید. به زعم مانچینی، دولت‌ها با احترام به حقوق اشخاص متعلق به دولت‌های دیگر، ملزم به مقابله به مثل هستند. بنابراین لازم است قانون تابعیت را همان‌طور که بر خارجی‌ان اعمال می‌کنند، بر اتباع خود اعمال کنند (Nishitani, 2014, P.136).

در این چارچوب، بحثی که در فرانسه در زمان اصلاح ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه در سال ۱۹۷۵م انجام شده، جالب توجه است (ماده ۳۱۰ سپس در سال ۲۰۰۹م، به ماده ۳۰۹ انتقال یافته است). این قاعده حل تعارض یک‌جانبه مقرر می‌کرد که طلاق تابع قانون فرانسه است، در صورتی که زوجین تبعه فرانسه باشند (پاراگراف اول)؛ در صورتی که زوجین در

قلمرو فرانسه اقامت داشته باشند (پاراگراف دوم)، با وجود صلاحیت دادگاه فرانسه، هیچ قانون خارجی‌ای خود را واجد صلاحیت بر دعوی نداند.<sup>۱</sup> این ماده مخصوصاً با هدف افزایش یک‌پارچگی و هماهنگی با کشور میزبان، زوجین خارجی مقیم فرانسه را تابع قانون فرانسه قرار داد. بدین ترتیب، در فرانسه، طلاق اتباع خارجی از سال ۱۹۷۵م، تابع قانون فرانسه قرار گرفته است. غیر از اصل مجاورت<sup>۲</sup>، حقوق‌دانان فرانسه دلایل متعددی بر این قانون آورده‌اند: علاوه بر سهولت کار دادگاه، فرد مهاجر به تدریج نسبت به قانون خارجی بیگانه شده است و با اعمال قانون فرانسه مهاجران به‌طور عمیق‌تری جذب جامعه فرانسه می‌شوند (پروین، ۱۳۷۸، ص ۲۳۳).

قابل ذکر است که مصوبه ۲۰۱۰م اتحادیه اروپا موسوم به رم ۳، قواعد حل تعارض کشورهای اروپایی از جمله قانون مدنی فرانسه را تحت تأثیر قرار داده است. اراده زوجین در مصوبه ۲۰۱۰م اتحادیه اروپا نقش اصلی در تعیین قانون حاکم دارد. سایر عوامل ارتباط مقرر در ماده ۸ مصوبه در صورتی اعمال می‌شود که هیچ توافقی بین طرفین در میان نباشد. اگرچه انتخاب فردی امروزه یک ارزش اساسی در زندگی خانوادگی است، شناسایی آزادی زوجین در مصوبه اتحادیه اروپا، حاصل یک مصالحه بین سیستم‌های سستی حل تعارض است. نویسندگان این مصوبه بین مدافعان ضابطه تابعیت و مدافعان ضابطه سکونت و اقامت سازش

1. Article 309 : Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française; - lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français; - lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=>

F0A5104B11AFEEE8430044D94A7E8EF4.tplgfr22s\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136167&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200328

2. Proximite

3. Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation

برقرار کردند. در واقع، همان‌طور که خواهیم دید، عوامل ارتباط قبلی هنوز از بین نرفته است؛ زیرا زوجین بر طبق آیین‌نامه نمی‌توانند چیزی بیشتر از قانون محل سکونت، قانون تابعیت و قانون مقرر را انتخاب کنند (Franzina, 2011, P.108).

در جایی که طرفین وابستگی اجتماعی، فرهنگی یا مذهبی خود را با کشور مبدأ حفظ کرده باشند، به نظر، اعمال قانون تابعیت به مصلحت باشد. با وجود این، گفتنی است که معنای تابعیت به تدریج در بخش‌های دیگر دنیا در حال تغییر است. از سال ۱۹۷۰م، تابعیت مضاعف کم‌کم مورد پذیرش قرار گرفت؛ به این منظور که از تساوی جنسیتی و علایق مهاجران خارجی حمایت شود. با افزایش شمار تابعیت مضاعف در اروپا، آمریکای لاتین و آفریقا، معنای تابعیت به تدریج به امر نسبی تبدیل شد. اشخاص دیگر با ویژگی‌های یک تابعیت واحد شناخته نمی‌شوند یا مکلف به تبعیت مطلق از آن نیستند. بسیاری از دولت‌ها تعلق اتباع خود به دولت دیگر را یک مزیت سیاسی و اقتصادی می‌دانند.

از نقطه نظر هویت فردی، مهاجران مسلمان در اروپا غالباً وابستگی فرهنگی نزدیکی با کشور مبدأ خود دارند. در این موارد، اعمال قانون تابعیت به‌عنوان احترام به هویت فردی، ارزش‌های عرفی و مفاهیم اخلاقی موجه است؛ اما ضرورتاً این وضعیت در نسل‌های دوم و سوم مهاجران دیده نمی‌شود و هویت نسل‌های جوان‌تر بیشتر با کشور میزبان آمیخته شده است. لذا تابعیت تنها یک بخش از هویت چندگانه افراد است و بنابراین نمی‌تواند معیاری انحصاری و قطعی برای تعیین انتساب و تعلق افراد باشد؛ به‌ویژه زمانی که فرد احساس کند که به جامعه مذهبی یا هر جامعه دیگری، متفاوت از دولت متبوع خود، تعلق دارد؛ همین وضعیت در جایی صدق می‌کند که شخص از محتوی قانون متبوع خود به‌دلیل اصلاح مداوم آن آگاه نیست.

### ۳-۱. عامل ارتباط محل سکونت عادی

اصل تابعیت در اروپا از دهه ۱۹۵۰م، مورد انتقادات شدید قرار گرفته است. تابعیت به‌عنوان یک مفهوم حقوق عمومی برای تعیین قانون حاکم بر روابط خانوادگی فرامرزی نامناسب است؛ در حالی که سکونت عادی، به‌عنوان مرکز زندگی شخص، ارتباط ماهوی و

اساسی با وی دارد و بازتاب محیط اجتماعی اوست. به علاوه تابعیت به عنوان عامل ارتباط، نقایص ساختاری دارد و در برخی موارد (مانند تابعیت‌های دوگانه، اشخاص بدون تابعیت و پناهنده)، لازم است تا با عامل ارتباط دیگری مثل محل سکونت عادی، تکمیل شود. همچنین در مورد زوجین دارای تابعیت مختلف، به دلیل رعایت تساوی جنسیتی، عامل ارتباط تابعیت نمی‌تواند استفاده شود.

کنوانسیون‌های لاهه مخصوصاً بر اصل محل سکونت عادی تأکید کرده‌اند؛ از جمله در رابطه با کودکان، فرزندخواندگی و حمایت از کودکان و بزرگسالان، به زعم آنان، حمایت مؤثر از اشخاص و رعایت معیارهای ضروری حقوق بشر با این عامل ارتباط، بهتر تحقق می‌یابد. سیاست کنوانسیون‌های لاهه تعیین قانون سرزمینی است که بازتاب شرایط و محیط اجتماعی افراد باشد. محدوده اعمال این ضابطه در اتحادیه اروپا گسترش یافته است؛ مخصوصاً در رابطه با تعهدات نفقه، مقررات رم ۳، مقررات ارث و مقررات رژیم مالی زوجین، اتحادیه اروپا در پی تشکیل یک حوزه متحدالشکل قضایی است. اتحادیه اروپا محل سکونت عادی را از این جهت نیز پذیرفته است که با قواعد صلاحیت قضایی به موجب مقررات بروکسل ۲ و دیگر مقررات اتحادیه هماهنگ باشد.

یکی از مزایای محل سکونت عادی آن است که همه سکنته یک کشور تابع قانون واحد قرار می‌گیرند و بنابراین می‌تواند اعمال رفتار مساوی نسبت به شهروندان اتحادیه اروپا و مهاجران تضمین شود. کشور میزبان قادر خواهد بود با ایجاد یک پارچگی اجتماعی، از ایجاد جوامع موازی جلوگیری کند. به همین دلیل، کشورهایی که از مهاجران ساخته شده‌اند، مثل برزیل (۱۹۴۲م) و سوئیس (۱۹۸۷م)، از اصل تابعیت به محل سکونت عادی حرکت کرده‌اند. از نقطه نظر هویت افراد، اعمال قانون محل سکونت عادی به محض اینکه مهاجران در کشور مقصد جذب و ادغام شوند، معقول و متعارف است. به علاوه کودکان به طور کلی، به محیط اجتماعی کشوری که در آن سکونت عادی دارند، آشنا و آگاه‌اند. اما انتقاداتی به این عامل ارتباط وارد است: عامل ارتباط محل سکونت عادی، خواهان را قادر می‌سازد تا به طور

عمدی و با نیت قبلی، محل سکونت خود را به منظور اجتناب از اعمال قواعد آمره قابل اعمال تغییر دهد و از اجرای قانون اصولاً صلاحیت دار امتناع نماید. تغییر ارادی عامل ارتباط به منظور گریز از قانون صلاحیت دار، مفهومی آشنا در حقوق بین الملل خصوصی است که تحت عنوان تقلب نسبت به قانون، مورد بررسی قرار می گیرد. به علاوه ممکن است قانون کشور محل سکونت عادی جنبه اتفاقی و تصادفی داشته باشد و هیچ گونه ارتباط واقعی با مناسبات اقتصادی و اجتماعی اصحاب دعوی نداشته باشد و آنها اصلاً با قانون آن محل آشنا نباشد (Pfeiffer, 2011, P.12). از سوی دیگر، محل سکونت عادی همیشه نمی تواند با هویت های چندگانه و چندوجهی افراد وابسته باشد. در صورتی که مهاجران وابستگی فرهنگی خود با کشور مبدأ را حفظ کرده باشند، اعمال قانون محل سکونت عادی به طور ناروا، قواعد و ارزش های نامتوازن را بر آنها تحمیل می کند. این در جایی نیز صدق می کند که مهاجران در جامعه میزبان، در داخل اجتماعات خود باقی می مانند و در مراسم عرفی، سنتی و مذهبی خود مشارکت می کنند.

#### ۴-۱. حاکمیت اراده در روابط خانوادگی

واقعیت این است که نه تابعیت و نه محل سکونت عادی به طور کامل، شرایط و مقتضیات تعیین قانونی را که صحیحاً بازتاب هویت یک شخص باشد، برآورده نمی کند. این عوامل ارتباط نمی تواند دقیقاً تعیین کننده هویت فرد به لحاظ شرایط مختلف باشد. با رواج مراودات فرامرزی اشخاص و همچنین تبادل ارزش ها، امروزه پیوند میان هویت، فرهنگ و سرزمین به تدریج تضعیف شده است. قانون مناسب فرد یا خانواده به سختی می تواند صرفاً بر اساس یک ارتباط سرزمینی عینی یافت شود. به جای آن، ارتباط شخصی، که آن را فرد بهتر می تواند تعریف کند، باید عامل اصلی در تعیین قانون قابل اعمال باشد؛ زیرا این اشخاص خصوصی هستند که از روابط خانوادگی برون مرزی متأثر می شوند.

اخیراً حاکمیت اراده حوزه های جدیدی را در روابط خصوصی فرامرزی فتح کرده و به

روابط خانوادگی فرامرزی رسوخ یافته است (Wautelet, 2015, P.1). با توجه به اینکه هویت فرهنگی یک مفهوم شخصی است، معقول و مناسب است که به طرفین اجازه دهیم تا خودشان قانون حاکم بر روابط خانوادگی را انتخاب کنند. با توسل به حاکمیت اراده، اصولاً قانون محل سکونت عادی قابل اعمال است؛ اما در صورتی که پیوند نزدیک‌تری با کشور مبدأ داشته باشند، طرفین می‌توانند قانون تابعیت را جایگزین آن نمایند. برعکس، اگر تابعیت اصولاً قابل اعمال باشد، طرفین می‌توانند به جای آن، در صورتی که آنها در جامعه میزبان که در آن سکونت عادی دارند، جذب و ادغام شده باشند، به قانون محل سکونت ارجاع دهند.

اصل حاکمیت اراده هسته مرکزی قواعد حل تعارض در دسته قرارداهاست و به یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی تبدیل شده است (Nagy, 2012, P.576). واقعیت این است که هم حاکمیت اراده و تجویز آزادی انتخاب قانون حاکم و هم محدودیت‌های راجع به آن بر اساس ارزش‌های ناشی از حقوق بشر، قابل توجیه است. در حقوق قراردادهای اصولی نظیر حاکمیت اراده یا آزادی قراردادهای هم‌سو با اصول حقوق بشر است و آزادی به‌عنوان یکی از اصول مهم حقوق بنیادین انسانی، از عناصر ارزشمند و حیاتی جامعه انسانی است (بابایی و ترابی، ۱۴۰۰، ص ۷۹ و ۸۰). همچنین برای تعدیل اصل آزادی قراردادی، می‌توان از ظرفیت حقوق بشر استفاده کرد و از مفهوم کرامت انسانی در ارزیابی شروط قراردادی و دفاع از حقوق غیرقابل اسقاط بهره گرفت و موارد نقض حقوق بنیادین را از مصادیق مخالفت با نظم عمومی به شمار آورد. ارزش‌های مبنایی حقوق بشر، از قبیل کرامت انسانی، می‌تواند یک «دلیل خوب» برای محدود کردن آزادی باشد (شهبازی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۷۳ و ۸۱). علاوه بر محدودیت‌های مرسوم اصل حاکمیت اراده، از قبیل قوانین آمره و نظم عمومی، موازین حقوق بشر راهکاری مناسب و قابل توجیه برای دخالت در روابط قراردادی و محدود کردن اصل حاکمیت اراده است (شریفی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۲).

بدین ترتیب، اگرچه معیارهای حقوق بشر عمدتاً به صورت سلبی و برای الغا یا بطلان شروط مغایر با کرامت انسانی مورد استفاده قرار می‌گیرد، برخی نویسندگان از آن معیارها برای

توجیه مبانی حاکمیت اراده و آزادی انتخاب متعاقدين نیز بهره گرفته‌اند که این آزادی به قلمرو تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم بر روابط خانوادگی قابل تعمیم است.

حاکمیت اراده در حوزه احوال شخصیه، جزء اصول کلی حقوقی که مورد پذیرش کشورهای مختلف باشد، محسوب نمی‌شود. اینکه آیا اشخاص ذی‌ربط، مثلاً مورث می‌تواند با انتخاب قانون حاکم در تعداد وراثت و میزان سهام هر یک از آنان دخل و تصرف نماید، نه‌تنها در حقوق ایران، بلکه در حقوق بسیاری از کشورهای دیگر نیز با پاسخ منفی مواجه می‌شود. در حقوق ایران، برخی استادان در مقام پاسخ به امری یا تکمیلی بودن قواعد حل تعارض و عامل ارتباط مندرج در آن با توجه به سکوت قانون‌گذار بر اساس «تبعیت قاعده حل تعارض از قاعده مادی یا ماهوی» به این مسئله پاسخ می‌دهند. به این ترتیب، از آنجا که قواعد مادی حقوق قراردادهای، جنبه تکمیلی و اختیاری دارد، قاعده حل تعارض راجع به قراردادها نیز دارای وصف تکمیلی است. برعکس، از آنجا که قواعد مادی ارث، ازدواج، طلاق و به‌طور کلی احوال شخصیه، جنبه امری دارد و امکان تراضی اشخاص خصوصی بر خلاف آن متصور نیست، قاعده حل تعارض راجع به این دسته ارتباط نیز، جنبه امری دارد. بنابراین اشخاص نمی‌توانند بر خلاف قانون ملی یا متبوع خود، ازدواج کنند یا طلاق بگیرند یا معارض با آن وصیت کنند یا اینکه ماترک را بر خلاف قانون متبوع تقسیم نمایند (الماسی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۴).

آزادی اراده در تعارض قوانین، به‌طور جالب توجهی ابتدا توسط دمولن<sup>۱</sup> در حقوق خانواده مطرح شد؛ اما در طول تکامل تاریخی، در این حوزه کارکرد بسیار محدودی یافت. امروزه انتخاب قانون حاکم در بسیاری از حوزه‌های احوال شخصیه در اتحادیه اروپا پذیرفته شده است. به‌طور مثال، آیین‌نامه رم ۳ سال ۲۰۱۰م درباره طلاق در ماده ۵ به مسئله انتخاب قانون می‌پردازد و مقرر می‌دارد که زوجین می‌توانند قانون حاکم بر طلاق را از بین قانون

---

1. Charles Demoulin

محل سکونت عادی زوجین یا قانون متبوع یکی از زوجین یا قانون مقر دادگاه انتخاب کنند. در ماده ۲۱ آیین‌نامه ارث مصوب ۲۰۱۲م اتحادیه اروپا نیز، قانون حاکم بر ارث قانون محل سکونت عادی است، اما بر طبق ماده ۲۲، یک شخص می‌تواند به‌عنوان قانون حاکم بر میراث خود به‌صورت یک کل، قانون کشوری را انتخاب کند که در زمان انتخاب یا در زمان مرگ، تابعیت آن کشور را داشته است. شخص دارای تابعیت‌های مضاعف می‌تواند قانون هر یک از کشورهایی را که در زمان انتخاب یا در زمان مرگ، تابعیت آنها را داشته است، برگزیند.<sup>۱</sup>

جدا از احترام به هویت فردی، حاکمیت اراده این مزیت را دارد که قابلیت انعطاف و قابلیت پیش‌بینی قانون قابل اعمال را تضمین می‌کند. اگر قانون حاکم بسته به تابعیت افراد یا محل سکونت آنان تغییر یابد، طرفین دیگر نمی‌توانند اعتبار و آثار روابط خانوادگی خود را پیش‌بینی کنند، حقوق و تعهداتی را تشکیل دهند و بر نقل و انتقال توافق کنند. بنابراین حاکمیت اراده یک قاعده حل تعارض مناسب برای تضمین ثبات حقوقی و تسهیل قابلیت جایجایی اشخاص است. حاکمیت اراده هماهنگی بین‌المللی و ثبات و استحکام در اعمال قانون حاکم را تضمین می‌کند. اگر قانون محل دادگاه انتخاب شده باشد، از مشکلات اعمال قانون خارجی و اثبات آن می‌کاهد و نیز موجب تطابق قانون ماهوی و قواعد آیین دادرسی می‌شود که هر دو تابع مقر دادگاه هستند (Nishitani, 2014, P.141).

تمایل به قراردادی شدن و شخصی شدن مقررات ماهوی خانواده از حاکمیت اراده حمایت می‌کند؛ اما بر خلاف قراردادهای و مسئولیت مدنی، روابط حقوقی خانوادگی مشتمل بر قواعد امری متعدد است که اراده طرفین را محدود می‌کند. در نتیجه، قانون مطلوبی که آن

#### 1. Article 22 Choice of law:

1. A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:En> :PDF



را طرفین انتخاب می‌کنند، باید به‌طور متعارف، به قوانینی محدود شود که بر یک رابطه مداوم و ماهوی دلالت داشته باشد؛ یعنی قانون تابعیت و محل سکونت عادی و احتمالاً قانون مقرر دادگاه. در مورد تابعیت‌های مضاعف، باید همه تابعیت‌ها قابل انتخاب باشد و به این ترتیب، بر تابعیت محل دادگاه و تابعیت مؤثر ترجیح یابد. روش سنتی مواجهه کشورهای با مسئله تابعیت مضاعف همان روشی است که در کنوانسیون ۱۹۳۰م لاهه درباره حل و فصل برخی مسائل راجع به تابعیت آمده است؛ یعنی اگر یکی از تابعیت‌های چندگانه، تابعیت دولت مقرر دادگاه باشد، همین تابعیت ترجیح دارد. اما اگر هیچ کدام از تابعیت‌ها تابعیت دولت مقرر دادگاه نباشد، تابعیت مؤثر یا تابعیت دارای نزدیک‌ترین ارتباط ملاک عمل قرار می‌گیرد.

دیوان دادگستری اروپایی در دعوی در سال ۲۰۰۵م مربوط به تعیین نام کودکان چندتابعیتی (بلژیک و اسپانیا)،<sup>۱</sup> مقرر نمود که مقامات بلژیک مجاز نیستند با نادیده گرفتن تابعیت اسپانیایی، تنها تابعیت بلژیک را مورد توجه قرار دهند و آن را به‌عنوان ترجیح تابعیت دولت مقرر دادگاه توجیه کنند. اگر والدین تمایل دارند که تابعیت اسپانیایی مورد توجه قرار گیرد و حقوق اسپانیا اعمال شود، مقامات دولتی بلژیک باید چنین کاری را اجازه دهند (Kochenov, 2011, P.14). این بدان معناست که اشخاص مجاز هستند تا بین دو تابعیت خود انتخاب کنند و اولویت تابعیت مقرر دادگاه نمی‌تواند در چارچوب اتحادیه اروپا استفاده شود.

از سوی دیگر، با توجه به مسئولیت‌های ناشی از رابطه خویشاوندی و خانوادگی، لازم است حمایت لازم از کودکان صورت پذیرد. انتخاب قانون توسط والدین، قیم یا سرپرست، این خطر بالقوه را دارد که با دلالت بر یک قانون نامطلوب، حداکثر حمایت از کودک را به مخاطره اندازد. بهتر است به‌جای اینکه کنترل‌های بعدی بر اساس نظم عمومی و حقوق بشر صورت گیرد، حاکمیت اراده از آغاز، از این حوزه کنار گذاشته شود. مسئولیت والدین و اقدامات لازم برای حمایت از کودک باید به‌طور عینی تابع محل سکونت عادی کودک باشد (Nishitani, op.cit, P.144).

1. ECJ case C-148/02, Garcia Avello, ECR 2005, I-11613.

## ۲. اعمال حقوق مذهبی

در روابط خانوادگی، ممکن است اشخاص بیشتر از یک دولت، به یک اقلیت قومی یا جامعه مذهبی تعلق و وابستگی داشته باشند. در این موارد، انتخاب میان تابعیت و سکونت بازتاب هویت فرد نیست. اما قواعد مرسوم تعارض قوانین با قواعد حل تعارض دولتی هماهنگ است و قواعد غیردولتی را نادیده می‌گیرد.

از نظر تعلق و انتساب افراد، ممکن است نهادها و نهادهای موجود در میان اقلیت‌ها و جوامع مذهبی، بر روی افراد کنترل و نظارت بیشتری داشته باشند. مخصوصاً حقوق خانواده یک صحنه بسیار مهم برای اقلیت‌های مذهبی در داخل دولت‌های سکولار است که عضویت آنان و حدود جامعه غیرسرزمینی آنها را مشخص می‌کند. اعضای اقلیت مذهبی با تشویق ازدواج در بین اعضا، درصدد حمایت و ایجاد یک‌نواختی در اعضای گروه هستند تا ارزش‌ها، عرف‌ها و شیوه‌های متفاوت زندگی خود را حفظ کنند. برای افراد متعلق به این جامعه که در چنین محیطی زندگی می‌کنند، ازدواج یا طلاق مورد پذیرش دولت معنای صرفاً محدودی دارد. به دلیل چالش‌های موجود ناشی از تنوع فرهنگی، باید توجه کافی به تعامل میان قانون دولتی و حقوق غیردولتی انجام شود.

اعمال حقوق غیردولتی حتی در مسائل مربوط به قراردادهای، در رویه قضایی و داوری کشورهای مختلف، مباحث زیادی را برانگیخته است (نیکبخت، ۱۳۸۳، ص ۱۶۵). حقوق مذهبی به‌طور کلی، در دسته حقوق غیردولتی قرار می‌گیرد؛ زیرا نه کاملاً نوشته شده است و نه کاملاً نانوشته محسوب می‌شود. دادگاه‌ها و مراجع داوری به‌طور کلی، به اعمال حقوق مذهبی تمایل دارند، در صورتی که طرفین اعمال آن را در شرط انتخاب قانون یا به‌نحو دیگری، مشخص کرده باشند. دادگاه عالی انگلیس از شرط انتخاب قانون حمایت کرد. این شرط مقرر می‌کرد هر دعوایی تابع حقوق انگلیس است تا حدی که معارض با شریعت اسلامی نباشد؛<sup>۱</sup> اما برخی دادگاه‌های دیگر از اعمال شریعت اسلامی امتناع کرده‌اند، به دلیل

اینکه فاقد مجموعه اصول حقوقی قابل اعمال بر تفسیر مقررات جدید تجارتي است.<sup>۱</sup> بر طبق دیدگاه یکی از مفسران، این رویه آثار زیان‌باری در داوری‌های متضمن طرف اروپایی و مسلمان دارد. قانون داوری ۱۹۹۶م انگلیس<sup>۲</sup> داوری در نزد مراجع اسلامی با اعمال قانون شریعت را اجازه می‌دهد و آرای این مراجع به‌لحاظ قضایی، قابل اجراست (Bermann, 2017, P.290-292).

## ۲-۱. تفسیر قانون موضوعه در پرتو شریعت

ارجاع به هنجارهای مذهبی، فرهنگی یا عرفی غیردولتی در چارچوب قانون دولتی قابل اعمال می‌تواند معقول و مفید باشد. به‌طور مثال، عبارت «بیشترین منافع کودک»<sup>۳</sup> در بسیاری از قوانین ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی در روابط میان والدین و کودک به کار رفته است. این معیار یک مفهوم ذهنی است که تابع تفسیرهای متفاوت است و می‌تواند دروازه‌ای برای توجه به هنجارهای فرهنگی و عرفی و مذهبی در مقام اعمال قانون دولتی باشد. این تئوری ایجاد تعدیل و ارتباط متقابل میان قانون دولتی قابل اعمال و هنجارهای غیردولتی را در چارچوب سیستم سنتی تعارض قوانین اجازه می‌دهد.

در سال ۲۰۰۸م، دادگاه بخش شهر لیل<sup>۴</sup> در فرانسه، رأی صادر کرد که توجه زیادی را به خود جلب کرد.<sup>۵</sup> در این مورد، دو مسلمان فرانسوی دارای اصلیت مراکشی در فرانسه ازدواج کردند. شوهر بعد از اطلاع از عدم بکارت زن بر اساس عقاید اسلامی و اینکه به وی دروغ

---

1. Sanghi Polyesters Ltd (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait) [2000] 1 Lloyd's Law Reports 480 (QB).

1. Sheikh Abu Dhabi v. Petroleum Development Ltd., reprinted in International and Comparative Law Quarterly, 1952, p. 247.

2. Article 1 of the Act provides that "the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest".

3. Best interests of the child

4. Lille

5. Tribunal de grande instance de Lille, 1er avril 2008, Droit de la famille 2008-2009, no 111.91; JCP 2008, II-10122.

گفته شده بود، درصدد انحلال ازدواج برآمد. قاضی این ادعا را پذیرفت و اذعان نمود که اشتباه مهم در ویژگی‌های اساسی زن رخ داده است (بند ۲ ماده ۱۸۰ قانون مدنی)؛<sup>۱</sup> زیرا زن به این مسئله رضایت داده و می‌دانسته که بکارت وی یک عامل قطعی برای شوهر وی در امر ازدواج است؛<sup>۲</sup> اما به زعم منتقدان، بکارت زن در حقوق فعلی فرانسه، جزو ویژگی‌های اساسی زن شمرده نمی‌شود و بر خلاف ناتوانی جنسی یا اختلاف روانی، موجب نمی‌شود که ادامه زندگی زناشویی ناممکن یا غیرقابل تحمل باشد. التزام زن به عفت، پاکدامنی و وفاداری آن هم در زمان گذشته، مغایر با تساوی جنسیتی و کرامت انسانی است. در پایان این دادرسی، ادعای شوهر توسط دادگاه تجدیدنظر فرانسه مردود شد.<sup>۳</sup> در این دعوی، زوجین تبعه فرانسه بودند و لذا شرایط ازدواج تابع قانون فرانسه بود (بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی). مسئله این بود که چگونه مفاهیم اخلاقی اسلامی در تفسیر قانون فرانسه مورد توجه قرار گیرد؟ اگرچه قاضی بدوی تمایل داشت قواعد اخلاقی اسلامی را مورد توجه قرار دهد، دادگاه تجدیدنظر مقرر داشت که توجه به ارزش‌های مذهبی در تفسیر و اعمال قانون دولتی امکان‌پذیر نیست.<sup>۴</sup> همان‌طور که مالوری<sup>۵</sup> استدلال نمود، تفسیر قانون موضوعه فرانسه به قصد زوجین یا محیط اجتماعی‌ای که در آن زندگی می‌کنند، وابسته نیست؛ بلکه به وجدان عمومی جامعه وابسته است (Nishitani, op.cit, P.143). بدین ترتیب، تفوق قانون دولتی بر هنجارهای مذهبی در دعوی فوق در فرانسه مورد تأکید قرار گرفت.

ارتباط حقوق دولتی و حقوق غیردولتی دلالت بر این دارد که ممکن است پدیده تعارض قوانین از دعاوی برون‌مرزی به دعاوی داخلی جابجا شود. در واقع، تعداد مهاجرانی که تابعیت کشور میزبان را گرفته‌اند، در اروپا به‌طور فزاینده‌ای در حال افزایش است؛ حتی اگر به دلیل فقدان

1. Article 180 ..... S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.

2. [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=5617](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=5617)

3. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020200394>

4. Cour d'appel de Douai, le 17 novembre 2008, Dalloz 2010, 728; JCP 2009, II-10005

5. Malaurie

عنصر بین‌المللی، هیچ تعارض قوانینی در مفهوم سستی آن وجود نداشته باشد، تعارض هنجارها میان قانون دولتی و هنجارهای مذهبی، فرهنگی یا عرفی وجود دارد. از سوی دیگر، در حالی که قانون محل دادگاه به‌طور منظم در لوای محل سکونت عادی، بر طبق کنوانسیون‌های لاهه و آیین‌نامه‌های اتحادیه اروپا قابل اعمال است، تعارض هنجارها ممکن است در رابطه با هنجارهای غیردولتی اتفاق بیفتد.

## ۲-۲. پذیرش مستقیم قواعد مذهبی توسط قانون‌گذار

به زعم طرفداران تعدد فرهنگی در جامعه، ممکن است دولت‌ها هنجارهای مذهبی یا دیگر هنجارهای غیردولتی را در سیستم حقوق ماهوی خود درج نمایند. به دلایل تاریخی و ساختاری، حقوق ایتالیا بر اساس معاهده با واتیکان<sup>۱</sup>، ازدواج بر طبق حقوق کلیسا را به رسمیت می‌شناسد. قوانین اسپانیا و انگلیس در تلاش جهت تطبیق با اعتقادات زوجین، ازدواج اسلامی و یهودی را دارای آثار مدنی می‌دانند. در حالی که قوانین اسلامی فرزندانگی را ممنوع و تنها کفالت را جایز می‌داند، انگلیس و اسپانیا نهاد مشابه سرپرستی را برای حمایت از کودکان مسلمان و تضمین روابط خانوادگی باثبات پیش‌بینی کرده‌اند. قانون اخیر آلمان در سال ۲۰۱۲م، درباره ختنه پسران در جهت اعطای مشروعیت به عرف اسلامی و یهودی است.<sup>۲</sup> این مفهوم در ماده ۱۶۳۱ قانون مدنی آلمان منعکس شده است. در این کشور، نهادهای خانواده مذهبی به‌منظور حمایت از انطباق فرهنگی و احترام به هویت فردی در داخل سیستم حقوقی معادل یافته و ترجمه شده‌اند. از سوی دیگر، دولت‌ها معمولاً درصدد اعمال کنترل‌های لازم و تلاش برای حفظ نظم عمومی

1. concordat

2. Section 1631d Circumcision of the male child ... (2) In the first six months after the child is born, circumcision may also be performed pursuant to subsection a(1) by persons designated by a religious group to perform this procedure if these persons are specially trained to do so and, without being a physician, are comparably qualified to perform circumcision, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p5757](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5757).

و عدالت اجتماعی و حمایت از افراد آسیب‌پذیر، مثل زنان و کودکان ذی‌نفع هستند. تعدادی از دولت‌ها قواعد خاصی را برای ممانعت یا مجازات ازدواج اجباری زنان مسلمان مقرر کرده‌اند، مثل سوئد، آلمان، سوئیس و انگلیس. در فرانسه با به‌کارگیری قاعده منع سوءاستفاده از حق، شوهر یهودی را به دلیل سوءاستفاده از حق طلاق در دین یهود، به پرداخت غرامت محکوم می‌کنند (Nishitani, op.cit, P.145).

در ایالات متحده، طبق اصلحیه اول قانون اساسی، دولت‌های فدرال، ایالتی یا محلی نمی‌توانند حقوق مذهبی‌ای همچون شریعت اسلامی را به‌طور رسمی بپذیرند. مطابق قانون اساسی، کنگره نباید هیچ قانونی ناظر به استقرار یک مذهب یا ممنوعیت اجرای آزادانه آن وضع نماید.<sup>۱</sup> این تکلیف نه تنها نسبت به کنگره فدرال، بلکه نسبت به سیستم قضایی ایالات متحده الزام‌آور است. بدین ترتیب، حقوق مذهبی برای شهروندان ایالات متحده الزام‌آور نیست. این بدان معنا نیست که دادگاه‌ها هرگز حقوق مذهبی را به رسمیت نمی‌شناسند. در مواردی که اشخاص خصوصی آزادانه مقررات مذهبی را در قراردادهای تجاری یا مسائل راجع به طلاق می‌پذیرند، دادگاه‌ها می‌توانند حقوق مذهبی را در چارچوب سیستم حقوقی ایالات متحده اعمال کنند. بسیاری از مسلمانان در ایالات متحده، به جای مقررات دولتی، تمایل به اعمال شریعت اسلامی در احوال شخصیه خود دارند. اگر دادگاهی در ایالات متحده با اصول مذهبی در یک دعوی فرضی مواجه شود، در صورتی که این اصول با حقوق ایالات متحده مغایر باشد، همیشه حقوق ایالات متحده اولویت دارد. در برخی موارد، حقوق مذهبی مغایر با نظم عمومی یا ملاحظات حقوقی دیگر است و بنابراین دادگاه‌ها از اعمال حقوق مذهبی امتناع می‌کنند.<sup>۲</sup>

1. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

2. Ballou Jaran, "Sooners vs. Shari 'a: The Constitutional and Societal Problems Raised by the Oklahoma State Ban on Islamic Shari' a Law", *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol.30:309, 2012, pp.314-316

اخیراً حرکت نگران‌کننده‌ای در ایالات متحده شروع شده است. در سال ۲۰۱۰م، اصلاحیه قانون اساسی اوکلاهاما متضمن حکمی بود که دادگاه‌های ایالتی را از اعمال قوانین شریعت اسلامی منع می‌کرد. این کنترل افراطی اعتبار هرگونه روابط خانوادگی مذهبی را که در خارج شکل یافته است، به‌طور منفی متأثر می‌سازد (Nishitani, op.cit, P.146). به‌طور کلی، تمایلات ضد مذهبی در ایالت‌های مختلف آمریکا، به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱. نهی صریح شریعت اسلامی که اعمال این مذهب را با ذکر نام ممنوع کرده‌اند؛ اوکلاهما تنها ایالتی است که یک قانون خاص، در این موضوع وضع کرده است. برخی استدلال می‌کنند که بر خلاف مذاهب دیگر، اسلام مغایر با دموکراسی غربی یا حتی مغایر با اصول آزادی مذهبی است؛ اما همان‌طور که یکی از مفسران ابراز داشته است، قانون اوکلاهما نشانگر نوع جدیدی از تعرض حقوقی به حق شهروندی مسلمانان آمریکایی است و در اثر آن، مسلمانان علناً به‌عنوان بیگانگان مذهبی و سیاسی، از حقوق خود محروم و طرد شده‌اند (Sonne, 2015, pp.756,745). دادگاه‌های فدرال در حوزه بخش و تجدیدنظر اعلام کردند<sup>۱</sup> که استثنا کردن یک دین خاص و رفتار نابرابر در قبال ادیان، مغایر با قانون اساسی فدرال، خصوصاً اصلاحیه اول قانون اساسی است (Parry, 2012, P.36).

۲. ممنوعیت اعمال حقوق مذهبی به‌طوری که دادگاه‌ها نمی‌توانند هیچ قانون مذهبی‌ای را اجرا کنند. داکوتای جنوبی و لویزیانا اخیراً چنین قانونی را تصویب کرده‌اند.

۳. دیدگاه سوم اعمال قانون خارجی را بدون ذکر نام شریعت اسلامی یا هر حقوق مذهبی دیگر ممنوع یا محدود می‌کند. این حکم از پروژه «حقوق آمریکا برای دادگاه‌های آمریکا» الهام گرفته است و اعمال حقوق خارجی یا حقوق بین‌الملل را در صورت نقض حقوق اساسی ایالتی یا فدرال ممنوع می‌کند. ایالت‌هایی از قبیل آلاباما، آریزونا و فلوریدا از این روش تبعیت می‌کنند و بیش از ۲۳ ایالت لوایح مشابهی را در دست تصویب دارند (Sonne, op.cit, P.743).

---

1. Awad v. Ziriax, 754 F. Supp. 2d 1298, 1305-07 (W.D. Okla. 2010)

در حقوق ایران نیز، برخی نویسندگان ماده ۷ قانون مدنی درباره اعمال قانون ملی بر اتباع بیگانه مقیم ایران را در پرتو اصل چهارم قانون اساسی تفسیر می‌کنند و بر این اساس، در مورد اتباع خارجی مسلمان قائل به اجرای حقوق اسلامی هستند. در نهایت، آنها این تفسیر را به معنای اعمال قانون اقامتگاه در مورد بیگانگانی می‌دانند که دولت خارجی متبوع وی با ایران معاهده متقابل ندارد. غالب خارجیان مقیم ایران مهاجران مسلمان هستند که اکنون پیوندهای محکم‌تر و قوی‌تری با ایران نسبت به کشور مبدأ خود دارند (پروین، ۱۳۷۸، ص ۲۳۲).

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، به صراحت به اقلیت‌های دینی اشاره کرده و تصمیمات مراجع عالی اقلیت‌های مذکور را معتبر و اجرائی و قابل تنفیذ در محاکم قضایی دانسته است. علاوه بر این، قانون مذکور در مقایسه با قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲ و قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی مصوب ۱۳۷۲، صلاحیت قضایی برای مراجع مزبور در نظر گرفته است. تا پیش از وضع قانون مزبور، به جای توجه به مرجع رسیدگی، تنها به موضوعاتی که باید در آن مذهب رسیدگی شود، اشاره می‌کرد؛ ولی هم‌اکنون با سلب صلاحیت از مراجع عام قضایی، تنها مراجع بدوی و تجدید نظر مربوط به اقلیت‌های دینی می‌توانند به دعاوی راجع به احوال شخصیه پیروان مذاهب خود رسیدگی کنند (بدیعی خرسند و پروین، ۱۳۹۸، ص ۲۲ و ۳۴).

### یافته‌های پژوهش

۱. در دنیای معاصر، لازم است روابط خانوادگی بر مبنای تنوع و وابستگی‌های گوناگون نژادی، مذهبی، ملی یا قومی افراد مورد توجه قرار گیرد؛ به طوری که ما با تکثر و تعدد هنجارهای حقوقی مواجه هستیم. حتی معنای تابعیت که بر عضویت انحصاری فرد و تبعیت او نسبت به یک دولت دلالت داشت، به تدریج در اثر افزایش شمار تابعیت‌های دوگانه و رواج حرکت فرامرزی اشخاص در عصر جهانی شدن، دچار تغییر شده است. این وضعیت



شیوه‌های مرسوم تعارض قوانین برای تعیین قانون حاکم بر روابط خانوادگی را دچار چالش نموده است. از سوی دیگر، علایق اشخاص خصوصی به اعمال قواعد مذهب متبوع خود در لوای اصل حاکمیت اراده این سؤال را ایجاد کرده است که چگونه این علایق در چارچوب قواعد سنتی تعارض قوانین و منافع حیاتی دولت‌ها، قابلیت اعمال می‌یابد.

۲. با این معیار که قانون قابل اعمال باید بازتاب تعلق و انتساب اشخاص باشد، این مقاله عوامل ارتباط رایج از قبیل تابعیت و سکونت عادی را بررسی کرده است. در پرتو نقایص هر کدام از عوامل ارتباط مزبور، این مقاله در پی عبور از آنها و تجویز حق انتخاب قانون برای طرفین در یک رابطه خانوادگی است.

۳. در مقام ارزیابی قواعد حل تعارض مناسب برای روابط خانوادگی، استفاده از یک مفهوم مطلق، همیشگی و مادام‌العمر از قانون حاکم بر احوال شخصیه امکان‌پذیر نیست؛ زیرا تعلق و وابستگی اشخاص به یک کشور یا جامعه معین، یک مفهوم نسبی است که اراده اشخاص بیش از هر چیز در تعیین و جایابی آن مؤثر است.

۴. اعمال قانون ملی در دنیایی مملو از مهاجران و پناهندگان، تهدیدی برای هم‌گرایی و انسجام اجتماعی در کشورهای مهاجرپذیر است. به همین دلیل، اعمال قانون محل سکونت عادی به‌عنوان یک معیار جایگزین در این کشورها مورد استقبال قرار گرفته است. اما اجرای اجباری قانون محل سکونت بدون توجه به توافق و رضایت اصحاب دعوی نمی‌تواند بازتاب تعلق و وابستگی افراد باشد.

۵. مقاله حاضر راجع به روابط میان حقوق دولتی و حقوق غیردولتی، مثال‌های متعددی از رویکردهای گوناگون کشورها در پذیرش یا ممنوعیت اعمال قواعد مذهبی و اثر احتمالی آن بر کارکرد تعارض قوانین ارائه کرده است. رویکردی که خصوصاً در اعمال قواعد اسلامی در کشورهای غربی از کشمکش‌های سیاسی و خشونت‌های مذهبی تأثیر پذیرفته است.

۶. در حالی که همه کشورها از صافی قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه در مقام اعمال قانون خارجی استفاده می‌کنند، ممنوعیت مطلق قانون مذهبی به معنای نادیده گرفتن

تنوع فرهنگی و تحمیل روش واحد زندگی در دنیایی از قومیت‌ها و نژادهای گوناگون است و موجب طرد انتظارات مشروع اشخاص به‌عنوان اصلی‌ترین ضابطه در وضع و اعمال قواعد بین‌الملل خصوصی است.

### منابع

- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۴). حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: نشر میزان.
- بابایی، ایرج و ترابی، مرتضی (۱۴۰۰). «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها». *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۵(۱۱۴)، ص ۱۰۸-۷۹.
- بدیعی خرسند، عبدالسعید و پروین، فرهاد (۱۳۹۸). «جایگاه مراجع اقلیت‌های دینی در حقوق ایران و آثار تصمیمات آنها». *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۳(۱۰۷)، ص ۳۹-۲۱.
- شریفی، علیرضا (۱۳۹۷). «دخالت موازین حقوق بشر در اصل حاکمیت اراده». *فصلنامه مطالعات فقه و اصول*، ۱(۱)، ص ۱۱۸-۹۳.
- شهبازی حشمت‌اله؛ تقی‌زاده، ابراهیم و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۶). «حقوق بشر در حقوق خصوصی». *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ۵(۱۹)، ص ۹۶-۷۳.
- پروین، فرهاد (۱۳۷۸). «نگاهی به قانون حاکم به احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران». *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۱۷(۲۴)، ص ۲۷۵-۲۴۱.
- مقصودی، رضا (۱۳۹۶). «عامل ارتباط محل سکونت عادی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا». *پژوهش حقوق خصوصی*، ۵(۱۸)، ص ۱۹۷-۱۶۷.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۳). «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد». *مجله تحقیقات حقوقی*، ۷(۱۶۵)، ص ۲۰۱-۱۶۵.
- Berger – Schmit Regina, “Social Cohesion as an aspect of a quality of societies: concept and measurement”, EU Reporting Working Paper No. 14 [https://www.gesis.org/fileadmin/upload/dienstleistung/daten/soz\\_indikatoren/eusi/paper14.pdf](https://www.gesis.org/fileadmin/upload/dienstleistung/daten/soz_indikatoren/eusi/paper14.pdf), 2000.
- Franzina, Pietro, “The Law Applicable To Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 2, P. 85-129, 2011.
- Hein Jan Von, “No handshake, no citizenship – but with a second wife, everything’s fine?” <http://conflictflaws.net/2018/no-handshake-no-citizenship-but-with-a-second-wife-everythings-fine/2018>.
- Kochenov, Dimitry, “Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance”, Forthcoming in the European Law Journal, 2011, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1641090>.
- Nagy, Csongor István, “What Functions May Party Autonomy Have in International Family and Succession Law? An EU Perspective », *Nederland’s International Privaatrecht (NIPR)*, Vol. 30, No. 4, 2012.

- Nishitani Yuko, "Global Citizens and Family Relations", *Erasmus Law Review*, Vol. 7, No. 3, 2014.
  - Parry T. John, "Oklahoma save our state amendment and the Conflict of Laws", *Oklahoma Law Review*, Vol.65:1, 2012.
  - Pfeiffer, "Several Remarks on the Applicable Law under the Proposed EU Regulation of Succession Law". *Ad Notam*. 2011, Vol. 17, No. 1. 2012
  - Purohit, A. Sheth, Y. Ruan, D. Fuhry, S. Parthasarathy "On the Role of Social Identity and Cohesion in Characterizing Online Social Communities" ,2012, <https://arxiv.org/pdf/1212.0141.pdf>.
  - Richards Benjamin, "National identity and social cohesion: theory and evidence for British social policy":  
[http://etheses.lse.ac.uk/910/1/Richards\\_National-identity-and-social-cohesion\\_2013.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/910/1/Richards_National-identity-and-social-cohesion_2013.pdf).
- Samir Amghar, "Ideological and Theological Foundation of Muslim Radicalism in France", Centre for European Policy Studies, 2009.
- Sonne A Jmes, "Domestic Applications of Sharia and the Exercise of ordered Liberty", *Seton Hall Law Review*, Vol 45:717, 2015.
  - Wautelet Patrick, "Party Autonomy in international Family Relationships: A Research Agenda", 2015, Electronic copy available at:  
<http://ssrn.com/abstract=2589980>.
  - Ballou Jaran, "Sooners vs. Shari'a: The Constitutional and Societal Problems Raised by the Oklahoma State Ban on Islamic Shari'a Law", *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol.30:309,2012.
  - Bermann George, *International Arbitration and Private International Law*, Martinus Nijhoff, 2017.
  - Hay Peter, *Advanced Introduction to Private International Law and Procedure*, ELGAR Publications,2018.
  - [http://.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F0A5104B11AFEEE8430044D94A7E8EF4.tplgfr22s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136167&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200328](http://.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F0A5104B11AFEEE8430044D94A7E8EF4.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136167&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200328).
  - Svantesson Dan Jerker, *Private international law and Internet*, Kluwer Law International, 2007.
- **International Instruments**
- Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation:  
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:34DF>.