

صفحات ۷۲ - ۴۵

تأثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین از منظر اخلاق

عبدالمهدی حیدری^۱نجداد علی الماسی^۲

چکیده

در این مقاله تأثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین از منظر اخلاق بررسی شده است. جهانی شدن به عنوان یک واقعیت موجود آثار متعددی را در علوم و گرایش‌های مختلف به جای نهاده است در علم حقوق نیز جهانی شدن در مبحث تعارض قوانین در سه مقوله تأثیر گذار بوده است. نخست در قواعد ماهوی (مادی)، جهانی شدن تأثیر خود را در قالب یکسان سازی قوانین متجلی نموده است که این فرایند توسط سازمان‌های بین المللی، قوانین مدل و کنوانسیون‌های بین المللی در حال تحقق می باشد. در مقوله دوم، یعنی قواعد حل تعارض نیز، آنجا که امکان یکسان سازی قواعد ماهوی به دلایلی وجود ندارد، جهانی شدن با تلاش در جهت یکسان سازی قواعد حل تعارض تأثیر خود را نشان داده است در این میان و با توجه به تأثیرات متقابل جهانی شدن و اخلاق بر یکدیگر توجه به موازین اخلاقی به عنوان یکی از اشتراکات جوامع بشری تا حد زیادی می تواند آثار خود را بر جای بگذارد. در نهایت موانع اجرای قانون خارجی یعنی نظم عمومی، اخلاق حسنه و تقلب نسبت به قانون نیز متاثر از جهانی شدن محدود شده و امکان گسترش اجرای قوانین خارجی ممکن شده است.

واژگان کلیدی

جهانی شدن، تعارض قوانین، اخلاق، قواعد حل تعارض، موانع اجرای قانون خارجی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
Email: Abdolmahdy2001@yahoo.com

۲. استاد حقوق گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
Email: nalmasi@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۱۲ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۱۱/۱۲

طرح مسأله

مفهوم جهانی شدن فرآیند تناقض آمیز، گسترده و پیچیده‌ای است که دارای دو کارکرد و اثر عمده می باشد یکی همگرایی و دیگری واگرایی یعنی در مواردی باعث تشدید اختلافات و جدایی کشورها در موارد مختلف از یکدیگر شده و دارای آثار تمرکزی و یکپارچه ساز می باشد، جهانی شدن را می توان به عنوان فرآیند شدت گرفتن تعامل از دور؛ میان مردمان سراسر دنیا تعریف کرد. از این طریق انسانها تجارب خود را تا حد زیادی به اشتراک می گذارند. گرچه در طول تاریخ مانند دوره های امپراتوری های بزرگ از جمله امپراتوری های مغول ، رومی ها ، اروپایی ها ، دوره های زمانی بسیاری وجود داشته است که مردم از فاصله های بسیار دور در تعامل با یکدیگر بوده اند اما از اواسط قرن نوزدهم جریانات بین قاره ای عظیمی به وجود آمده است که این جریان ها مردم، تجارت و سرمایه را تحت تاثیر خود قرار داده است (موسوی: ۱۳۸۵: ۱۹). جهانی شدن در طول تاریخ ، فراگردی را از " ناپایداری " تا " پایداری " پیموده است. طی این دوره ها نوع قدرت برای جهانی شدن تغییر کرده است. به گونه ای که در جریان این فراگرد ابتدا با قدرت فیزیکی و سیاسی سپس با قدرت سرمایه و مقولات سیاسی - اقتصادی و سرانجام با قدرت آگاهی یا هر چهار مولفه فرهنگ، اقتصاد، حقوق و سیاست رو به رو می شویم. مهمتر از آن ، امپراتوری های باستان و دولتهای استعماری گذشته، برخلاف روند جهانی شدن فعلی فاقد ویژگی به هم پیوستگی بودند (شورچی : ۱۳۸۶: ۳۵) . رونالد رابرتسون، در مورد پیشینه تاریخی ، جهانی شدن معتقد است که مفهوم جهانی شدن تا اوایل دهه هشتاد چندان اعتبار علمی نداشت ، ولی از آن پس کاربرد جهانی یافت. وی معتقد است که در مورد پیشینه تاریخی جهانی شدن سه فرضیه را میتوان مطرح نمود: ۱ - جهانی شدن فرآیندی است که ریشه در تاریخ حیات اجتماعی بشر دارد و بنابراین از ابتدای تاریخ بشر وجود داشته و در عصر حاضر شتاب بیشتری به خود گرفته است. ۲ - جهانی شدن همزمان با نوگرایی و توسعه سرمایه داری شکل گرفته و اخیرا از شتاب ناگهانی و بیشتری برخوردار شده است. ۳ - جهانی شدن فرآیندی متاخر و همراه با سایر فرآیندهای اجتماعی نظیر فرا صنعتی شدن ، فرانو گرایی یا شالوده شکنی سرمایه داری است (رابرتسون : ۱۳۸۰: ۱۲) . مارکس وانگلس هم درک تاریخ جهانی شدن و آغاز این فرآیند را مستلزم درک و شناخت تاریخ سرمایه داری می دانند، چون از دیدگاه آنان نظام سرمایه داری همواره دست اندر کار یک پارچه سازی اقتصادی و فرهنگی جهان بوده است. پس با این دیدگاه جهانی شدن را باید همزاد سرمایه داری دانست (گل محمدی : ۱۳۸۳ : ۲۳) . در مطالعه حاضر تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین مورد بررسی قرار می گیرد. تعامل بین اشخاص از دیر باز در دو سطح ملی و بین المللی جریان داشته است. این تعاملات و وقایعی که به دنبال این تعاملات حاصل شد در سطح ملی باعث یکسانی قواعد

حقوق داخلی کشورها و در سطح بین المللی نیز باعث به وجود آمدن رشته حقوق بین الملل خصوصی گردید و در عصر حاضر نیز پیشرفت تکنولوژی در زمینه های مختلف موجب شده است که تعاملات به ویژه فی مابین افراد خصوصی به نحو چشمگیری افزایش پیدا کند و حقوق بین الملل خصوصی نیز به عنوان تنها مرجع صالح در روابط بین اشخاص خصوصی جایگاه ویژه ای را کسب نماید. در مباحث مربوط به حقوق بین الملل خصوصی نیز مسائل مربوط به تعارض قوانین به یکی از مهمترین مباحث حقوقی هر کشور تبدیل و به معیاری برای نشان دادن میزان پیشرفتها و روز آمدی حقوق خصوصی و از جهت سیاسی نیز به عنوان معیاری برای دموکراسی و میزان احترام دولتها به حقوق بشر درآمد. با چنین عقیده ای می توان گفت که حقوق بین الملل خصوصی عبارت است از قواعد حل تعارض که هدف آن تعیین دادگاههای صلاحیتدار برای رسیدگی به روابط بین المللی و تعیین قانون حاکم بر این روابط است هر چند که در معنای وسیع کلمه حقوق بین الملل خصوصی نیز می توان مباحث تابعیت و وضع بیگانگان را نیز از مباحث مربوط به حقوق بین الملل خصوصی دانست. اما مطلب جدیدی که حقوق بین الملل خصوصی و تعارض قوانین را تحت تاثیر قرار داده مبحثی تحت عنوان جهانی شدن است. هر چند که جهانی شدن خود نیز محصول توسعه در روابط بین المللی است و در ابتدا در علم اقتصاد و سیاست به طور جدی مطرح شد اما امروزه علم حقوق نیز تحت تاثیر جدی آن قرار گرفته است. یعنی همان توسعه روابط بین افراد حقوق خصوصی در سطح بین الملل که روزی منجر به بوجود آمدن حقوق بین الملل خصوصی گردید به علت این تاثیر از جهات مختلف مورد تهدید قرار گرفته است. هر چند که این تهدید را یک فرصت نیز می توان دانست چرا که با توجه به روابط بین اشخاص حقوق خصوصی در سطح بین المللی از طریق ارتباطات نوین واز بین رفتن مرزبندیهای سنتی و تبدیل جهان به دهکده جهانی قوانین و مقررات حقوقی حاکم بر روابط اشخاص نیز که مبنای تعاملات بین اشخاص می باشد تحت تاثیر این شرایط به سوی وحدت و یکسان شدن پیش میروند. ولیکن این وحدت و یکسانی با چالش عمده ای روبروست زیرا که باید توجه داشت که تعارض قوانین و همچنین مباحث مربوط به تعارض دادگاهها در هر کشور بدون توجه به تصمیمات و راه حل های کشورهای دیگر در موارد مشابه گرفته شده است و به عبارت دیگر می توان گفت که روابط بین المللی در کشورهای مختلف تابع قوانین و نظامات مختلف حقوقی است که شرایط خاص هر کشور اقتضای آنرا می نماید. بر همین مبنا نظامهای حقوقی نیز در راستای هماهنگی با واقعیهای موجود چهارچوبها و قواعد سنتی خود را از دست داده و به سوی این وحدت و یکسانی گام برمی دارند. در رابطه با نقشی که اخلاق در این ارتباط ایفا می کند باید توجه داشت که در خصوص رابطه میان اخلاق و حقوق بین الملل، میان حقوقدانان و مکاتب حقوقی موجود اتفاق نظری وجود ندارد. در این رابطه، اخلاق جهانی مدنظر است که برخلاف

اخلاق داخلی جوامع مختلف، واحد و متحدالشکل است و نیز مشتمل بر هنجارهایی است که به طور کلی مورد پذیرش جامعه بین‌المللی قرار گرفته باشد. هنجارهای اخلاقی فاقد ضمانت اجرا در حقوق بین‌الملل هستند، اما اگر این هنجارها تبدیل به قواعد حقوقی الزام‌آور شوند، از ضمانت اجرای قواعد مزبور بهره‌مند خواهند شد. (بذّار، ۱۳۹۷: ۱) با این حال نقش اخلاق به‌واسطه تعدیل حاکمیت دولت‌ها و افزایش نقش کنشگران غیردولتی در حقوق بین‌الملل و در فرایند جهانی شدن روزبه‌روز پررنگ‌تر می‌شود.

۱- بیان مساله

در برخی کشورها با توجه به نظام حقوقی حاکم بر آنها این هماهنگی و همسویی به علت وجود شرایط لازم و بسترهای مناسب سرعت بیشتری داشته است و به صورت عملی تا حدودی محقق گردیده مانند آنچه که در اتحادیه اروپا واقع شده است و در برخی دیگر از کشورها نظام حقوقی حاکم بر این کشورها باعث کندی این حرکت شده است. به طور مثال نظام‌های مبتنی بر حقوق مذهبی و به طور مشخص نظام حقوقی ایران که در اصول حقوقی خود چهار چوب‌های مشخصی را پذیرفته و در قوانین خود تخلف از آنها را مجاز ندانسته اند جزء این گروه قرار می‌گیرند. مسلم است که تعاملات بین اشخاص حقوق خصوصی در این نظامها نیر می‌باید در محدوده و چهارچوب قانون باشد و قوانین سنتی و موجود در این مورد پاسخگو نیست و چنین روابطی تاثیر خود را بر قوانین و به ویژه مباحث مربوط به تعارض قوانین خواهد گذاشت. در مورد تاثیرات جهانی شدن بر تعارض قوانین نظام‌های حقوقی با دو راهکار روبرو خواهند بود اول اینکه به شیوه جزمی عمل نموده و این تعاملات را نپذیرفته و آن را به رسمیت نشناسند و دوم اینکه به رسمیت شناختن این روابط و تاثیرات آن با استفاده از قواعد و اصول حقوقی پذیرفته شده سعی در هماهنگ سازی خود با نظام حقوقی جهانی بنمایند. هر چند که هر دو راهکار در سطح بین‌المللی طرفدارانی داشته است اما به نظر میرسد همانگونه که دولتها نتوانستند هجوم تکنولوژی و اطلاعات را به محدوده سرزمینی خود کنترل و محدود نمایند تاثیرات جهانی شدن نیز بر قوانین کشورها و حقوق بین‌الملل خصوصی آنها نیز امری حتمی و مسلم بوده و قابل محدود کردن نمی‌باشد. و نپذیرفتن این تاثیرات عملاً مساوی با از دست دادن امکان زندگی در جامعه جهانی است. زیرا که جهانی شدن موجی است که می‌توان آنرا سونامی قرن نامید موجی ویرانگر که هر مقاومتی را در هم می‌شکند و از هر سد مستحکمی عبور میکند و چیزی جز ویرانی بر جای نخواهد گذاشت. مگر اینکه با این موج همراه شد و در راستای او حرکت نمود و به عبارت دیگر منعطف بود و برای این مقصود چاره‌ای جز نزدیک کردن حقوق کشورها به یکدیگر و ایجاد وحدت حقوقی نداریم و در غیر این صورت تافته‌ای جدا بافته از جامعه جهانی و تحولات آن خواهیم بود که در جبر تعامل با آنان مجبور به چشم‌پوشی از حقوق داخلی و زیر پا

گذاشتن عملی و علنی آن خواهیم بود و این موضوع مطلوب هیچ حقوقدان و سیاستمداری نخواهد بود. مطالعه تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین چند فایده مهم را در بر خواهد داشت اول اینکه با مطالعه این موضوع میزان تاثیرات خواسته و ناخواسته روند جهانی شدن بر حقوق ملی و به ویژه مبحث تعارض قوانین آشکار می‌گردد و می‌توان با الگو برداری آن نکات مثبت قضیه سعی نمود با پیش بینی موارد در امور دیگر مانع از تاثیرات منفی و یا ناخواسته شد و دیگر اینکه با بررسی این تاثیرات در سطح جهانی و مقایسه آن با وضع کنونی حقوق ملی جایگاه حقوقی کشور و میزان روزآمدی آن را تعیین و در صورت وجود موانع نسبت به رفع آنها برای عقب نماندن از حقوق جهانی اقدام نمود و همچنین از ظرفیت سازمانهای بین المللی در این زمینه استفاده لازم رانمود. در اینجا سعی می‌گردد که تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین به صورت کلی و همچنین در مباحث جزئی تعارض قوانین مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد ولیکن در هر صورت لازم به ذکر است که تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین را می‌توان یکسانی حقوق و رسیدن به حقوق جهانی واحد دانست مطلبی که روزگاری در حد افسانه بود و اکنون در حال تحقق است. و جالب اینکه حقوق واحد جهانی که از تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین ناشی می‌گردد با آموزه های اخلاقی مذهب تشیع مبنی بر ظهور مهدی موعود و حکومت حضرتش بر جهان با حقوق واحد مطابقت می‌نماید و می‌توان آنرا با استفاده از متون مذهبی شیعی نیز امری حتمی و مسلم دانست و شاید با درک این تاثیر بتوان گفت که ما می‌بایست سردمدار پذیرش جهانی شدن حقوق و تاثیر آن بر تعارض قوانین نیز باشیم.

۲- ارتباط اخلاق با حقوق

در تاریخ ۳ مرحله برای ارتباط بین اخلاق و حقوق اتفاق افتاده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶ : ۸۶-۸۷):

- ۱- بین اخلاق و حقوق هیچ تفاوتی نبود.
- ۲- وقتی در قرن ۱۸ میلادی نهضت آزادی خواهی نضج گرفت، علمای پیشتاز زدر آزادی خواهی به این فکر افتادند که قلمرو دولت را محدود به اعمال بیرون کنند یعنی بین اخلاق و حقوق یک مرز مشخص بنا نهند اعتقاد آن ها این بود که آن چه در درون ماست مربوط به خود ماست.
- از پیروان این عقیده امانوئل کانت بود که گفت: اخلاق به درون انسان توجه دارد و حقوق به اعمال بیرونی گرایش دارد. هدف سیاسی پیروان این عقیده آن بود که قدرت دولت ها را در راه زندگی شخصی مردم محدود کنند و به این باور رسیده بودند که انسانیت در راه اقتدار دولت نباید فدا شود.
- ۳- اما جنگ جهانی اول و دوم ثابت کرد که هر چه در راه دموکراسی تلاش کنیم

ظلم را نمی‌توان از بین برده پس باید اصولی پیدا می‌شد که در دموکراسی نیز محدودیت ایجاد کند و سعی شد که ارتباط بین حقوق و اخلاق حفظ شود. از همین جا لزوم تدوین حقوق بشر شکل گرفت و رعایت آن اجباری شد.

پس به این نتیجه می‌رسیم که اخلاق و حقوق دارای مفهوم یکسان نیست. اخلاق قوانین حقوق را ارزیابی می‌کند. علاوه بر این حکمایی که در کار اجتماع اندیشه می‌کنند به این نتیجه رسیده‌اند که اگر اخلاق را از کنار حقوق برداریم، زیبایی و لطافت را برداشته ایم و فقط از زور و اقتدار اطاعت کرده‌ایم. پس طرز اعمال حق باید اخلاقی باشد. علاوه بر این، با عنایت به قوانین اخلاقی دولت آزاد نیست که هر قانونی که خواست به تصویب برساند بلکه قوانین و نیروهای اخلاقی مانع آن هستند و اخلاقیات در قوانین نفوذ می‌کنند.

در حقیقت حقوق رسوب تاریخی اخلاق است و این در مورد تعدیل حقوق بسیار مؤثر است، یعنی در کنار قواعد حقوقی یک سلسله قواعد اخلاقی وجود دارد که آنها را متعادل می‌کند. پس اگر اخلاق از کنار حقوق برداشته شود، حقوق قابلیت پذیرش خود را از دست می‌دهد. اخلاق علاوه بر نفوذ در قوانین و تعدیل آن در عرفیات ما نیز دیده می‌شود. اما در عرفیات نیز همانند قوانین نیروهای اخلاقی باعث می‌شوند که عرفی که به رویه قضایی می‌رسد یک عرف تصفیه شده باشد و این تنها کار اخلاق می‌تواند باشد. بنابراین اخلاق در تمام اعمال ما رسوخ می‌کند. (پیشین)

۳- تعارض قوانین

در تعارض قوانین، شعبه ای از حقوق هر کشوری است که در آن قسمت، دعوای یاد شده با عامل یا عوامل بیگانه مرتبط است (الماسی: ۱۳۸۶: ۱۷). عامل بیگانه یا عامل خارجی عبارت است از عاملی که از محدوده سرزمینی و حقوق داخلی کشورها فرا تر می‌رود. به عبارت دیگر می‌توان گفت هر گاه در رابطه خصوصی اشخاص، عاملی فرا ملی وارد گردد، با این وصف اگر در رابطه معاملاتی بین دو شخص، تابعیت طرفین متفاوت باشد یا محل انعقاد قرار داد آنها غیر از محلی باشد که طرفین تابعیت آنها دارند و یا حتی اگر وجه مبادله شده بین آنها غیر از وجه رایج مملکتشان باشد، در این حال موضوع مرتبط با مبحث تعارض قوانین است. بنابراین جهت تحقق تعارض قوانین وجود سه شرط همراه و همزمان ضروری است (فدوی: ۱۳۸۵: ۴۹). ۱- وجود عامل بیگانه: یا به عبارت دیگر هر عامل خارجی که از فرای مرزهای ملی طرفین وارد قضیه شده باشد. اعم از تابعیت، پول، قانون حاکم، محل انعقاد و... ۲- اغماض قانونگذاری: به این معنا که قانونگذار مقر دادگاه که به اختلاف موجود رسیدگی می‌نماید، نسبت به قانون خود اغماض داشته و به عبارت دیگر در مواردی اجازه اعمال و حاکم شدن قانون خارجی را بدهد. مانند آنچه در ماده پنجم و هفتم قانون مدنی ایران وارد شده است. ۳- عدم یکسانی محتوای

قواعد حقوقی: در صورتی که قوانین و قواعد حقوقی کشورها یکسان باشند، دیگر با مبحث تعارض قوانین روبرو نخواهیم بود. تعارض قوانین در عمل هنگامی بروز می‌نماید که قواعد حقوقی کشورها ی طرفین اختلاف با یکدیگر متفاوت باشند زیرا در صورت تشابه این قواعد، حکومت هر کدام بر مساله، در حل مساله تفاوتی نخواهد داشت و قضیه یکسان حل خواهد شد. با توجه به شروط تحقق تعارض قوانین ساده ترین تعریفی را که می‌توان از تعارض قوانین ارائه نمود این است که: "تعارض قوانین حالتی از حقوق بین الملل خصوصی هر کشوری است که امکان تصور دو یا چند قانون، بر موضوع واحد حقوقی با وجود عامل یا عنصر خارجی همراه با اغماض قانونگذاری مقر دادگاه وجود داشته باشد." (فدوی: ۱۳۸۵: ۴۹) در این حالت قاضی رسیدگی کننده ناگزیر است که با استفاده از قواعد حل تعارض از بین قوانینی که ممکن است با یکدیگر تعارض پیدا کرده اند، قانون صالح را تشخیص و به اجرا گذارد.

۳-۱. صلاحیت قانونگذاری و صلاحیت قضایی

صلاحیت قانونگذاری عبارت است از شایستگی و صلاحیت اعمال قانون ماهوی و یا شکلی بر دعوی مطروحه و یا همان تشخیص قانونی که از بین قوانین متعارض می‌بایست بر قضیه حاکم گردد (الماسی: ۱۳۸۶: ۳۰). و صلاحیت قضایی عبارت است از تشخیص دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اختلاف و موضوع معینی را دارد و به عبارت دیگر نیز می‌توان گفت صلاحیت قضایی همان صلاحیت رسیدگی به دعوا با جنبه بین المللی آن است و تا زمانی که صلاحیت قضایی توسط دادرس دادگاه احراز نگردد امکان مراجعه به دیگ قواعد ماهوی و یا شکلی وجود ندارد. مطلب فوق مبحثی را تحت عنوان تعارض دادگاهها مطرح می‌نماید که به نظر میرسد حل مساله تعارض دادگاه ها مقدم بر مساله تعارض قوانین است. زیرا در تعارض قوانین بحث بر سر تشخیص و اعمال قانون صالح است، و در تعارض دادگاهها بحث بر سر ذاتی محاکم و دادگاهها می‌باشد، نتیجه اینکه اگر قانونی بر قضیه ای حاکم باشد، حکم دادگاه است که این مطلب را تایید و تنفیذ می‌نماید و به حکم صادره قابلیت اثر گذاری می‌دهد، پس مقدمات دادگاه صادر کننده رای و حکم می‌بایست صالح به ورود در مطلب باشد که معنای تقدم حل مساله تعارض داد گاه بر مساله تعارض قوانین به همین معنا می‌باشد.

۳-۲. قواعد مادی و قواعد حل تعارض

در تعارض قوانین هنگامی که از قواعد حاکم بر قضیه سخن به میان می‌آید، بین دو دسته از قواعد می‌بایست قایل به تفکیک شد. یکی قواعد مادی و دیگری قواعد حل تعارض. قواعد مادی یا ماهوی که از آنها به قواعد اساسی نیز یاد می‌گردد عبارت از قواعدی هستند که مستقیماً مساله متنازع فیه را حل می‌نمایند بدون اینکه به برای حل اختلاف به قانون

دیگری ارجاع نمایند (الماسی: ۱۳۸۶: ۳۱). این قوانین جز قوانین اصلی حقوق داخلی کشورها می باشد. مثل قواعدی که سن ازدواج را تعریف و شرایط نکاح را تعیین می کنند. قواعد حل تعارض و یا قواعد تعارض قوانین که از آنها به قواعد شکلی نیز یاد می شود، عبارتند از قواعدی که حل مساله نکرده بلکه فقط به تعیین قانون حاکم بر قضیه اکتفا می نمایند. کارکرد این قواعد حل مساله نیست بلکه راه و ظریقی هستند برای رسیدن به قواعد ماهوی، که می بایست بر اساس آن مساله مورد اختلاف حل و فصل گردد.

۳-۳. قوانین شخصی و قوانین عینی یا ذاتی

قوانین شخصی یا قوانین مربوط به اشخاص قوانینی هستند که ناظر به احوال شخصیه افراد می باشند. موضوع این قوانین حقوقی است که اشخاص از لحاظ وضعیت و اهلیت خود دارا هستند (الماسی: ۱۳۸۶: ۳۲). مانند قوانین راجع به نکاح و طلاق. قوانین عینی و یا ذاتی نیز به قوانینی گفته می شود که موضوع اصلی آنها اموال و حقوق مالی است. مانند قوانین راجع به تملک اموال و قوانین راجع به معاملات.

قلمرو تعارض قوانین

یکی دیگر از مباحث مهم در باب تعارض قوانین تعیین قلمرو و موضوعاتی است که تعارض قوانین آنها را در بر می گیرد. به این معنا که آیا حقوق مالی بین المللی و حقوق جزای بین المللی و حقوق اداری بین المللی نیز جزء مباحث تعارض قوانین می باشند؟ و آیا تعارض داخلی قوانین نیز جزء مباحث تعارض قوانین است؟ در بعضی کشورها مانند ایالات متحده آمریکا و آلمان، برای تعارض قوانین قلمرو وسیعی قایل شده اند و به عبارت دیگر این گونه موارد را داخل در محدوده تعارض قوانین می شمارند. اما با بررسی دقیق مطلب می توان دریافت که، حقوق جزای بین المللی، حقوق مالی بین المللی و حقوق اداری بین المللی مسائلی غیر از مسأل مربوط به تعارض قوانین را مطرح می نمایند. به عبارت دیگر می توان گفت که در این رشته ها منظور حل تعارض قوانین به معنایی که مورد نظر ما در مباحث تعارض قوانین است نیست، بلکه منظور تعیین قلمرو قانون در مکان است. هر چند که رابطه بین این موارد و تعارض قوانین را نیز نمی توان به طور کلی انکار نمود (صفایی: ۱۳۷۴: ۳۵).

در زمینه تعارض قوانین داخلی نیز اگر چه این دو نوع تعارض از لحاظ جنبه فنی با یکدیگر شباهت دارند ولیکن با توجه به اینکه تعارض داخلی فاقد عنصر و یا عامل خارجی یا بین المللی است، اختصاصاً از موضوع بحث خارج بوده و می بایست در حقوق داخلی مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

روشهای حل تعارض

همیشه در مباحث تعارض قوانین، یکی از اسئالات اصلی این بوده است که برای تعیین قاعده به منظور حل تعارض قوانین در روابط بین المللی چه روشی را باید برگزید. به صورت کلی در این مورد دو روش وجود دارد که هر کدام از این روشها بیانگر یک مکتب نیز می باشند. یکی از این روشها و مکتبها روش اصولی یا جزمی و دیگری روش حقوقی و یا انتخاب انب می باشد (الماسی: ۱۳۸۶: ۳۲) اما هر چند که توضیح روش های فوق مستقیما مرتبط با موضوع نمی باشد ولیکن در جهت تکمیل مطلب توضیح مختصر هر کدام از روشها ضروری به نظر می رسد. ۱: روش اصولی یا جزمی: روشی است که به موجب آن ابتدا اصول و قواعدی به عنوان اصول یا یک عقیده تغییر ناپذیر مورد قبول واقع میشود و بر مبنای آن قاعده و یا اصلی که مورد قبول واقع شده است نظریات کلی دیگر بنیان گذاری شده و احکام موردی خاص از آن نظریات کلی استخراج می گردد. در تشریح بیشتر این نظریه می توان گفت اصولا معتقدین به این روش ملاحظات سیاسی را مقدم بر ملاحظات حقوقی میدانند و بر همین مبنای معتقدند که جنبه ذاتا سیاسی و مصلحت جویی حقوق بین الملل خصوصی تنها اصل مسلمی است که می بایست برای حل تعارض قوانین به آن مراجعه نمود. ۲: روش حقوقی یا انتخاب انب، در روش حقوقی یا انتخاب انب بر خلاف روش جزمی هیچ اصل و پیش فرضی متصور نیست و برای تعیین قاعده صلاحیت دار صرفا حکمی که از نظر علمی و نظری مناسب باشد و با اصول صرف حقوقی هم خوانی داشته باشد، انتخاب و مورد عمل قرار میگیرد.

۳-۴. تقلب نسبت به قانون

تقلب از نظر لغوی به معنای حيله و تزوير می باشد. اصطلاح تقلب نسبت به قانون عبارت از انجام عملی به قصد فرار از قید یک الزام قانونی است (جعفری لنگرودی: ۱۳۷۴: ش ۱۴۰۳). در تعریف دیگری از تقلب نسبت به قانون گفته شده است، مرتکب آگاهانه با توسل به راههای قانونی خواسته عملی را که طبق قانون نمی توانسته انجام دهد به انجام رساند. نکته لازم به ذکر این است که تقلب نسبت به قانون و اثر آن در حقوق داخلی محدود به حقوق یک کشور می گردد، در حالی که تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی از حقوق یک کشور فراتر رفته به حقوق دو کشور مربوط می شود. اول کشوری که بر اثر چنین تقلبی از حاکمیت قانون آن نسبت به قضیه سلب صلاحیت شده و دوم کشوری که در پی آن، قانون آن نسبت به قضیه شمول یافته است. از اینجا روشن می شود که تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی متوجه قاعده تعارض قوانین است، زیرا نتیجه آن تغییر دلالت این قاعده است، به گونه ای که بر اثر آن حکم قضیه به جای آنکه تابع قانون کشوری باشد که اگر تقلب صورت نمی گرفت به آن مربوط می شد، تابع قانون کشوری گردیده که مورد علاقه

مرتکب بوده است. از این رو باید گفت انگیزه نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ضمانت بخشیدن به حسن اجرای قاعده های تعارض قوانین و جلوگیری از تغییر همراه سوء نیت عامل ربط از سوی ذینفع یعنی کسی که اراده او در تغییر جهت ربط تاثیر می بخشد بوده است (سلجوقی: ۱۳۸۰: ۲۶۹). قواعد تعارض در حقوق بین الملل با حاکمیت دولت تماس دارد و از قواعد امره محسوب می شود و لذا نقض آن بایستی ضمانت اجرا داشته باشد. برخی از حقوق دانان این قاعده را یکی از مظاهر نظم عمومی می شمارند. چنانچه بارتن در این زمینه می گوید عدم اجرای قانون خارجی برای جلوگیری از تقلب، نوعی اجرای قاعده نظم عمومی است. با این تفاوت که در اجرای قاعده نظم عمومی تمام یا قسمی از مقررات مربوط در قانون خارجی را به علت اینکه با نظم عمومی کشورش در تعارض است اجرا نمی نمایند، حال آنکه در موضوع جلوگیری از تقلب، ممانعت از اجرای قانون معین نیست، بلکه امتناع از قبول قانونی است که به طور عادی قابل اجرا است، ولی اوضاع و احوال تقلب آمیز موجب رد آن می شود و در حقیقت اجرای آن مخالف نظم عمومی و مصالح اجتماعی است (نصیری: ۱۳۸۶: ۱۹۲).

۳-۵. شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون

شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب مبتنی به سه اصل: اولین شرط تقلب نسبت به قانون تقصیر است و آن عبارت است از اینکه شخص به وسائل متقلبانه از حکومت قانون متبوع خویش اجتناب نماید. به عبارت دیگر اختیاری را که قانون گذار به او داده از هدف اصلیش منحرف سازد و این انحراف قانون را از هدف اصلی در تغییر متقلبانه تابعیت و همچنین تغییر متقلبانه اقامتگاه وجود دارد (نصیری: ۱۳۸۶: ۱۹۴). به عقیده برخی دیگر از حقوق دانان اولین شرط وجود تقلب است (الماسی (۲): ۱۳۷۸: ۱۴۳). منظور از تقلب نسبت به قانون در زندگی بین المللی آن است که فرد به وسایلی که قانونا در اختیار دارد برای رسیدن به یک هدف تقلبی استفاده کند. و زمانی این امر مصداق می یابد که فرد با وسایلی متقلبانه از حکومت قانون متبوع خود اجتناب کند. همچنین تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی یا تقلب در حقوق بین الملل خصوصی تفاوت دارد. مثلا در مورد فرار از ادای دین، تقلب در حقوق بین المللی وقتی مطرح می شود که یک نفر در اجرای عملیاتی که برای استفاده از قانون خارجی می نماید، قصد فرار از مقررات قانون متبوع خود را داشته باشد و همین که قصد محقق شد تقلب مصداق می یابد. در حالیکه در حقوق داخلی تقلب وقتی است که مقصود فردی که مرتکب امری شده است فرار از دین و اضرار به طلبکاران باشد. حال آنکه در حقوق بین الملل خصوصی ممکن است ضرری به اشخاص وارد نیاید و همین که منظور شخص ذینفع فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد کافی به نظر برسد. اصل تقصیر را در قاعده جلوگیری از تقلب، محاکم فرانسه در موارد بسیاری اعمال کرده اند.

برای مثال درباره اشخاصی که با ازدواج متقلبانه قصد تقلب نسبت به قانون محاکم فرانسوی داشته اند، دو مجازات قابل اعمال است؛ از سویی محاکم فرانسوی می‌توانند از اعطای کارت اقامت به بیگانگان متخلف امتناع ورزند. و از طرف دیگر این محاکم می‌توانند ازدواج‌های متقلبانه را فسخ نمایند. راه حل اول یعنی امتناع از اعطای کارت اقامت توسط شورای دولتی فرانسه در رای مصوب ۹ اکتبر ۱۹۹۲ میلادی پیش گرفته شده است. شورای دولتی فرانسه راجع به ازدواج یک زن فرانسوی با مرد خارجی تصریح می‌کند که، اگر مفاد مواد ۱۶۵ به بعد قانون مدنی فرانسه در خصوص نکاح رعایت شود تا زمانی که محاکم قضایی فرانسه نسبت به فسخ نکاح و یا نقض قوانین فوق توسط زوج بیگانه و زوجه فرانسوی رای صادر نکرده اند در صورتی که برای مقامات اداری محرز شود که این ازدواج، جهت استفاده از مزایای مصرح در بند اول ماده ۱۵ تصویب نامه اجرایی دولت فرانسه در اخذ کارت اقامت توسط بیگانگان بوده است، نسبت به جلوگیری از اعطای حقوق ناشی از این ازدواج متقلبانه باید اقدام کنند و از اعطای کارت اقامت امتناع ورزند (شیخ الاسلامی: ۱۳۸۴: ۲۲۲). مثال دیگر، در مورد بدهکاری که اقامتگاه خود را صرفاً به منظور تبدیل مکان پرداخت دین تغییر داده بود، دیوان کشور فرانسه تصمیم گرفت که این تغییر از نظر مکان پرداخت دین فاقد اثر می‌باشد. زیرا مشخص شد که منظور از واگذاری طلب، تغییر صلاحیت محاکم و تغییر صلاحیت قانون بوده است و تبدیل دین از این نظر بلااثر است. دومین شرط، برای اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون، ایجاد ضرر است، در این مورد بایستی عنوان نمود که، در حقوق داخلی کشورها زمانی تقلب وجود دارد که مقصود شخصی که مرتکب امری شده است اضرار به غیر باشد و حال آنکه در مورد قاعده جلوگیری از تقلب در حقوق بین الملل خصوصی ممکن است ضرری به اشخاص وارد نیاید و همین که منظور شخص ذینفع فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد کافی به نظر می‌رسد (سلجوقی ۱۳۸۰: ۱۹۵). برخی دیگر از حقوقدانان شرط دوم اعمال قاعده جلوگیری از تقلب را، جنبه فرعی و علی البدل بودن قاعده می‌دانند (الماسی: ۱۳۷۸: ۱۴۵). منظور از این شرط این است که هرگاه وسیله دیگری وجود داشته باشد که با آن بتوان از اجرای قانون خارجی جلوگیری کرد دیگر استناد به این قاعده لزومی نخواهد داشت. نمونه چنین حالتی زمانی است که یک زن مسلمان ایرانی می‌خواهد با یک مرد غیر مسلمان برخلاف قانون ایران ازدواج کند و لذا برای فرار از مقررات ایران به انگلیس رفته و در آنجا ازدواج کند. و مسلماً در صورت مطالبه حقوق چنین نکاحی در ایران به آن ترتیب اثر داده نخواهد شد. در این مورد اگرچه قصد تقلب نسبت به قانون ایران وجود داشته ولی دادگاه ایران می‌تواند با استناد به ماده ۶ قانون مدنی ایران، که اتباع ایران از حیث احوال شخصیه ولو اینکه مقیم در خارجه باشند تابع قانون ایران است، حکم به بطلان چنین نکاحی خواهد داد، لذا توسل به قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون لزومی

نخواهد داشت. شرط سوم، زمانی است که راه دیگری غیر از جلوگیری از تقلب وجود نداشته باشد. منظور این است که تا وسیله دیگری موجود باشد نباید به قاعده جلوگیری از تقلب برای ممانعت از اجرای قانون خارجی استناد کرد، برای مثال اگر یک زن مسلمان ایرانی برای فرار از مقررات قانون ایران ترک تابعیت ایران نماید و تابعیت انگلیس را کسب کند و بعدا به ایران برگردد دادگاه ایران قاعدتا جلوگیری از تقلب را درباره وی اجرا خواهد کرد. زیرا در اینجا تنها راه قاعده تقلب نسبت به قانون بوده و دادگاه ایران نمی‌تواند موردی را که مربوط به حاکمیت دولت دیگر است قضاوت کند و حکم بطلان تابعیت دهد. زیرا قانون ایران بر این نکاح حکومت نمی‌کند تا بتوان به استناد آن رای به بطلان نکاح داد. لذا دادگاه ایران نکاح مزبور را از جهت قاعده تقلب نسبت به قانون محکوم به بطلان خواهد نمود (الماسی: ۱۳۷۸: ۱۴۵-۱۴۶)

۴- تاثیر جهانی شدن بر قواعد حل تعارض

در تعارض قوانین می‌بایست بین دو دسته از قوانین و مقررات تفکیک نمود، دسته اول عبارتند از قواعد مادی و دسته دوم قواعد حل تعارض. قواعد مادی، قواعدی بودند که مربوط به اصل دعوا بوده و مستقیما مساله مورد اختلاف را حل و فصل می نمودند بدون اینکه برای رفع اختلاف و حل دعوا به قانون دیگری ارجاع نمایند و قواعد مادی جز حقوق داخلی کشورها به شمار می آیند و همانگونه که مورد بررسی قرار گرفت تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین نسبت به قواعد مادی، یکسانی قوانین و مقررات مادی می باشد که این مهم از طریق کنوانسیونهایی بین المللی و فعالیت سازمانهای بین المللی انجام می پذیرد. اما قواعد حل تعارض و یا قواعد تعارض قوانین قواعدی هستند که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوع معینی حکومت نماید اکتفا می کنند و مساله مطروحه را مستقیما حل نمی کنند. بر خلاف قواعد مادی که جز حقوق داخلی کشورها محسوب می گردند، این قواعد جزئی از حقوق بین الملل خصوصی هر کشور را تشکیل می دهند، دخالت قواعد حل تعارض قوانین فقط یکی از مراحل حل مساله تعارض قوانین است و پس از اینکه تعارض بین چند قانون با استفاده از قواعد حل تعارض مرتفع گردید و قانون صلاحیتدار انتخاب شد، مرحله دخالت دسته دیگری از قوانین که همان قوانین مادی می باشند شروع می شود که دعوا را مستقیما حل می کنند. در باب تاثیر جهانی شدن بر قواعد حل تعارض باید گفت، که شاید به نظر برسد همانگونه که جهانی شدن باعث یکسانی قوانین و قواعد مادی حقوقی در سطح جهانی به نحوی که بیان شده است، گردیده و این روند یکسان سازی در حال گسترش نیز می باشد، می بایست چنین تاثیری را، بر قواعد خاص حل تعارض گذاشته و موجب یکسان سازی قواعد حل تعارض، در سطح بین المللی نیز شده باشد. و محقق شدن چنین امری یعنی اینکه همواره در دعاوی مطرح شده که بالقوه امکان حاکمیت چند قانون مختلف بر قضیه مطروحه وجود داشته باشد، بالفعل بیش از یک قانون، امکان حکومت بر قضیه مطروحه را نداشته

باشد و این قانون هم مورد پذیرش کلیه اطراف دعوا باشد. و در چنین صورتی دیگر بحثی تحت عنوان تعارض قوانین مطرح نخواهد بود، زیرا که همواره طرفین اختلاف به قانون واحد مورد پذیرشی ارجاع می‌گردند که مسلماً در باب حل مساله نیز دارای قواعد مادی خاص خود بوده و اختلاف را حل و فصل می‌نماید. یکسانی قواعد حل تعارض قوانین و پذیرش قواعد یکسان در حوزه قواعد حل تعارض تا کنون به صورت مطلق واقع نشده است و کشورهای مختلف حاضر نشده‌اند که از حق حاکمیتی و قانونگذاری خود در مقابل دیگر کشورها چشم‌پوشی نمایند و هر کشوری بر اساس پیشینه تاریخی، فرهنگی، حقوقی و ایدئولوژیکی که داشته قواعد حل تعارض خود را تشریح و در تعیین قانون حاکم بر دعاوی که مشمول مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی می‌گردد، قانون حاکم بر قضیه را تعیین و بر اساس قواعد مادی مندرج در قانون صلاحیتدار نسبت به حل مساله اقدام می‌نماید. اما به نظر میرسد علیرغم این مطلب، اصل حاکمیت اراده در زمینه قواعد حل تعارض نیز وارد شده و نه به صورت جهانی، بلکه به صورت منطقه‌ای باعث یکسان‌سازی قواعد حل تعارض بین کشورها و در موضوعات معینی شده است. پیدایش و رشد اصل حاکمیت اراده که امروزه یکی از مهمترین اصول در حقوق بین‌الملل خصوصی است، مرهون تحولات صورت گرفته در زمینه قانون است. پس از پذیرش تقریباً جهانی این اصل در حوزه تعهدات قراردادی، احترام به قصد و اراده طرفین در تعیین قانون حاکم به حوزه تعهدات غیر قراردادی نیز تسری یافته است. شاید بتوان گفت که جدیدترین تحول در زمینه اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی و به طور مشخص در مسئولیت‌های قراردادی و غیر قراردادی در سطح جهانی در اتحادیه اروپا رخ داده است. معاهده لیسبون که در سال ۲۰۰۷ معاهدات اتحادیه اروپا و جامعه اروپا را اصلاح کرد، با نامیدن فصل ۵ معاهده، به نام «منطقه آزادی، امنیت و عدالت» و به منظور اجرایی کردن هدف حفظ و توسعه این منطقه که در ماده ۳ معاهده اتحادیه اروپا از آن سخن به میان آمده است در بند ۱ ماده ۸۱ مقرر می‌دارد: «اتحادیه همکاری قضایی را در موضوعات مدنی که دارای آثار فرامرزی است بر مبنای اصل شناسایی متقابل احکام و تصمیمات در موارد قضایی توسعه خواهد داد». چنین همکاری‌ای ممکن است شامل اتخاذ تدابیری برای تخریب قوانین و مقررات دولتهای عضو باشد. «قبل از اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۰۷، در ماده ۶۵ معاهده مؤسس جامعه اروپا (ماده ۸۱ جدید) ارتباط میان شناسایی متقابل احکام قضایی به عنوان اساس همکاری قضایی تصریح نشده بود، هر چند که در سال ۱۹۹۹ شورایی اروپایی از اصل شناسایی متقابل احکام قضایی به عنوان اساس همکاری قضایی سخن گفته بود. جزء (پ) بند ۲ ماده مذکور نیز بیان می‌دارد: در راستای اهداف بند ۱ ماده ۸۱، پارلمان و شورا باید تدابیری، علی‌الخصوص در هنگامی که برای کارکرد صحیح بازار داخلی ضروری است به منظور تضمین سازگار نمودن قواعد قابل اعمال در دولت‌های عضو، که مرتبط با تعارض

قوانین و صلاحیت می باشد، اتخاذ نمایند. پس سازگار کردن قواعد حل تعارض موجب تسهیل شناسایی متقابل احکام می شود و در نتیجه بالواسطه باعث تحقق همکاری قضایی و کمک به ایجاد منطقه ای از آزادی، امنیت عدالت می شود. از طرف دیگر کارکرد مناسب بازار داخلی نیز ضرورت قابل پیش بینی بودن نتیجه دعوا، اطمینان از قانون قابل اعمال و گردش آزاد احکام را ایجاد می کند که جز از طریق قواعد حل تعارض یکسان امکان پذیر نمی باشد. علاوه بر اهداف فوق که می توان از آن ها به عنوان اهداف یا سیاست های کلان اتحادیه تعبیر نمود، یکسان سازی قواعد حل تعارض به خودی خود نیز دارای مزایایی می باشد که از آن جمله می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- توجه طرفین دعوا را به مطالعه تنها یک مجموعه قانونی به جای چند مجموعه متفاوت که منجر به کاهش هزینه دادرسی و تقویت پیش بینی راه حل ها و قطعیت حقوقی می شود، معطوف می کند.

- از خطر اختلال در رقابت بین اصحاب دعوا جلوگیری می کند.
- باعث کاهش و نهایتاً حذف تدابیر واسطه ای جهت شناسایی احکام می شود.
- در زمینه تعهدات غیر قراردادی باعث برقراری توازن معقول بین منافع عامل زیان و زیان دیده می گردد.
- باعث کاهش جستجوی دادگاه مناسب می شود.

با توجه به به مزایایی که در جهت یکسان سازی قواعد حل تعارض بیان گردید، اولین گام در جهت یکسان سازی قواعد حل تعارض در اتحادیه اروپا برداشته شد، در این راستا دو مقررره در اتحادیه اروپا تصویب گردید که تحت عنوان مقررره رم ۱ و رم ۲ شناخته می شوند. مقررره رم ۱ همان عهد نامه اروپایی رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی ۱۹۸۰ می باشد که به منظور یکنواخت سازی در سطح اتحادیه اروپا، در سال ۲۰۰۸ به شکل مقررره در آمد و مقررره رم ۲ نیز در خصوص یکنواخت سازی مقررات در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیر قراردادی در سال ۲۰۰۷ مورد تصویب و اجرا در اتحادیه اروپا قرار گرفت.

۴-۱. تاثیر جهانی شدن بر موانع اجرای قانون خارجی

جهت اجرای یک قانون در کشور دیگر ابتدا باید مطابق قاعده حل تعارض، قانون صلاحیتدار خارجی تشخیص داده شود. قانون صلاحیتدار خارجی، معمولاً در کشور دیگر قابل اجرا خواهد بود، مگر اینکه با نظم عمومی کشور محل اجرا در تضاد باشد و یا اینکه بر اثر تقلبی به قانون کشور مورد نظر، مقدمات اجرای آن فراهم شده باشد و مسلماً در مواردی که قانون خارجی مخالف با نظم عمومی بوده و یا در نتیجه اوضاع و احوال تقلب آمیز صلاحیتدار شناخته

شده باشد، از اجرای آن جلوگیری خواهد شد. اما نکته دیگری که لازم به ذکر است، بیان این مطلب می باشد که گاهی اوقات حقی در دو زمان مختلف به دو قانونگذار متفاوت مرتبط می گردد و مبحثی را تحت عنوان تعارض متحرک در حقوق بین الملل خصوصی ایجاد می نماید. وجود بحث تعارض متحرک در حقوق بین الملل خصوصی باعث به وجود آمدن دو مرحله مجزای تشکیل حق و اثر گذاری حق خواهد شد. در مرحله تشکیل حق آنچه مهم است تشخیص قانون صلاحیتدار و آنچه در مرحله اثر گذاری حق مهم است تعیین این مطلب است که، آیا حق تشکیل شده قبلی، در کشور محل تاثیر به رسمیت شناخته خواهد شد و دارای اثر خواهد بود یا خیر؟ با در نظر گرفتن دو حالت مذکور یعنی مرحله تشکیل حق و مرحله اثر گذاری حق به موانع اجرای قانون خارجی در مرحله اثر گذاری حق علاوه بر مساله نظم عمومی و تقلب نسبت به قانون مساله شناسایی و یا عدم شناسایی حق تشکیلی یا حق مکتسب نیز افزوده می گردد که می بایست این مطلب نیز مورد بحث و بررسی قرار گیرد. پیش از ورود به بحث اصلی، در بیان نحوه اجرای قانون خارجی در مرحله اثر گذاری حق، لازم به توضیح است که دادگاه وقتی به اجرای قانون خارجی اقدام میکند که شرایط لازم جهت اجرای آن وجود داشته باشد و یا به عبارت دیگر حق مورد ادعا مکتسب باشد. برای اینکه حق ادعایی مکتسب شناخته شود می بایست شرایطی داشته باشد. این شرایط عبارتند از اینکه؛ اول حق تشکیلی در کشور محل تشکیل حق می بایست بر پایه قانونی ایجاد شده باشد که قواعد حل تعارض کشور محل اثر گذاری حق، همان قانون را صالح تشخیص دهد و دوم اینکه حق باید بطور کامل و با رعایت تمام شرایط لازم برای تشکیل آن، بوجود آمده باشد (فدوی: ۱۳۸۵: ۲۰۵-۲۰۷). دادگاه باید تشخیص دهد که حکم در مملکت محل صدور معتبر است. ووقتی حکمی در محل صدور معتبر است که با رعایت قانون صادر شده باشد. بنابراین تشخیص دادگاه بر این اساس است که قانون محل صدور حکم را می داند. دوم، آنکه حکم باید از طرف محکمه صالح صادر شده باشد. سوم آنکه، آیا حق تشکیل شده با نظم عمومی کشور محل اثر گذاری حق، سازگار است؟ و چهارم آیا در زمان به دست آوردن حق، عنصر تقلب نسبت به قانون وجود داشته است یا خیر؟ پس در مرحله تشکیل حق در حقوق بین الملل خصوصی، قانون خارجی صلاحیتداری که بر اساس قاعده حل تعارض قوانین صلاحیتدار شناخته می شود، برای تاثیر می بایست از دو مانع نظم عمومی و تقلب نسبت به قانون عبور نماید. (الماسی ۱۳۷۸: ۱۴۴-۱۴۶) و در مرحله اثر گذاری حق نیز موانع اجرای قانون خارجی عبارتند از: مکتسب بودن حق، مانع نظم عمومی و مانع تقلب نسبت به قانون

۴-۲. تاثیر جهانی شدن بر نظم عمومی و اخلاق حسنه و پذیرش قواعد حل تعارض یکسان

پذیرش اسناد خارجی در حقوق ایران، مشروط به عدم مخالفت مفاد آن اسناد با نظم عمومی ایران و اخلاق حسنه می باشد. در این میان فرایند جهانی شدن هم عامل و هم نتیجه مجموعه ای از تحولات بنیادین، متنوع و پهن دامنه ای است که در عالم انسانی بوقوع پیوسته و در حال وقوع است. بالطبع این مرحله از بودن به تناسب مختصات خویش، الزامات، ضرورتها و انتظاراتی را به میان کشیده است. دست یابی به یک نظام خلاق پایه و جهانشمول و مجموعه ای از فضایل و کمال مطلوبهای عام، فراسوی همه نظام های اخلاقی متکثر موجود به تبع تکثر فرهنگ ها، نیاز مبرم و مسجلی است که با دلالت ها تربیتی ماخوذ از تبیین اخلاق جهانی امکانپذیر خواهد بود. موضوع تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی مطالعه قاعده هایی است که با اعمال آنها می توان درباره قضیه ای مربوط به قانون بیگانه به تعیین قانون قابل اجرا دست یافت. در وضع قاعده های تعارض قوانین، قانون گذار به تعیین معیار اکتفا می کند و از تعیین حکم درباره ماهیت خودداری می کند و ویرگزیدن قانون صالح را به عهده قاضی محول مینماید. قواعد تعارض فقط برای حل تعارض قوانین و تعیین قانون صلاحیتدار است و پس از اینکه تعارض بدین طریق حل و قانون لازم الاجرا شناخته شد، دادگاه به موجب قواعد مادی یعنی قواعدی که مربوط به اصل دعوی و برابری حل قضیه به طور مستقیم است حکم واز این راه رفع اختلاف و فصل خصومت می کند (صفایی ۱۳۷۴: ۱۸)

در بحث نظم عمومی نیز توضیح داده شد که قاضی با استناد به قانون صالح از اجرای حکم خارجی که با نظم عمومی منافات دارد جلوگیری می کند. در واقع قانون به قاضی این حق را داده است که در صورت تشخیص حکمی خارجی که با نظم عمومی منافات دارد از اجرای آن جلوگیری نماید. و اگر امکان اجرای قانونی که بر حسب قاعده تعارض قوانین تعیین می گردد به جبهتی ممنوع باشد به جای آن قاضی باید در جستجوی قانون دیگر برآید که بر حسب معمول قانون محل دادگاه را بر می گزیند و به موقع اجرا گذارد مانند هنگامی که اجرای آن قانون با نظم عمومی داخلی برخورد داشته باشد. نظم عمومی در جامعه بین المللی در واقع جلوه ای از جامعه مشترک حقوقی است. اساس این فکر از ساوینی حقوقدان آلمانی نشات می گیرد. به عقیده وی برای اینکه سازمان های حقوقی کشوری بتوانند در کشور دیگر مورد قبول واقع شوند، شرط اساسی این است که هر دو کشور در یک جامعه مشترک حقوقی متصل شوند و داخل یک خانواده حقوقی قرار گیرند. پس برای تشخیص اینکه امری مخالف با نظم عمومی باشد یا نه باید به مفهوم جامعه مشترک حقوقی متوسل شد. و مسلما مفهوم جامعه مشترک ایجاب نمی کند که دو حقوق عین یکدیگر باشند و هیچ اختلافی نباشد زیرا در چنین حالتی تعارضی به وجود نمی آید تا مسئله نظم عمومی ظاهر گردد. لذا باید اختلاف باشد تا تعارض پیش آید و نظم

عمومی به وجود آید. اما این اختلاف بین قوانین نیز حد مشخصی دارد به بیان دیگر یک حداکثر پذیرش هست که بالاتر از آن حد اختلاف احکام، غیر قابل تحمل می شود و بنابراین آن اختلاف از حد نهایی نمی تواند تجاوز کند. همچنین لزومی به وجود اشتراک بین قوانین دو کشور در تمام زمینه ها و موضوعات نیست. برخی مانند بارتن حقوق بین الملل خصوصی را نتیجه تصورات مختلف علما حقوق، در اطراف وجود اصل اشتراک حقوقی بین المللی می دانند. به عقیده وی برای اینکه قانون مملکتی در مملکت دیگر به موقع اجرا گذارده وجود شرایطی لازم است از جمله اینکه قواعد تعارض قوانین آنها تا حدودی با یکدیگر مشترک باشد. وی همچنین فقدان جامعه مشترک حقوقی را مبنای نظم عمومی دانسته است. به عقیده وی اجرای قواعد تعارض مسبق به وجود جامعه مشترک حقوقی است و به بیان دیگر برای اینکه قانون یک کشور بتواند در کشور دیگر اجرا شود باید این دو کشور جزء یک جامعه مشترک حقوقی باشند. یعنی داخل یک خانواده حقوقی بوده و قرابت و اشتراک حقوقی داشته باشند (اقبال ش ۲۸: ۱۳۶). اکثر مواردی که در حقوق بین الملل خصوصی می توان به قاعده نظم عمومی متوسل شد، مواردی است که تصورات دو ملت درباره یک موضوع به خصوص مختلف باشد. برای اینکه بتوان قانون کشوری را در کشور دیگر اجرا نمود باید بین قوانین آن دو کشور تعادلی وجود داشته باشد. و در صورت فقدان این تعادل اجرای قانون خارجی غیر ممکن می شود. به نظر برخی حقوق دانان حتی بین قوانین دو دولت که از حیث درجه تمدن مساوی هستند اشتراک حقوقی ممکن است نسبت به موضوعی صادق باشد و نسبت به موضوعی دیگر صادق نباشد (نصیری ۱۳۸۶: ۱۹۰). برای مثال بین قوانین آلمان و فرانسه در مورد نسب احکام مشترکی وجود ندارد، بنابراین لازم است اشتراک جامعه حقوقی در هر موردی جداگانه تشخیص داده شود و مشخص شود در هر مورد بین سازمان های حقوقی دو کشور نقص تعادل وجود دارد یا نه و علت این نقص تعادل مربوط به روابط بین الملل است یا علل فنی حقوقی دارد یا به علل مصالح اجتماعی است. اگر در کشوری نهاد حقوقی وجود دارد که اساساً آن نهاد در کشور دیگر وجود ندارد به هیچ وجه نمی توان دو قانون را به یکدیگر نزدیک کرد. برای مثال؛ در قانون فرانسه رهن منقول شناخته نشده و محاکم فرانسه به نسبت به مال منقول واقع در فرانسه که در ایران مورد عقد رهن قرار گرفته به علت آنکه مخالف با نظم عمومی است، قانون ایران را اعمال نمی کنند.

با توجه به مطالب مطرح شده، در خصوص تاثیر نظم عمومی در پذیرش قواعد حل تعارض هماهنگ، علی رغم اینکه ممکن است نظم عمومی بین المللی و داخلی کاملاً یکسان و مشترکی در یک دولت با چند دولت دیگر باشد ولی این به معنای وجود نظم عمومی مشترکی برای تمامی دولتها در همه مسائل نیست. زیرا چنین چیزی تاکنون محقق نشده است و مفهوم نظم عمومی همچنان نسبی بوده و با تغییر زمان و مکان تغییر می پذیرد. لذا گاهی آنچه

در یک کشور یا در یک مکان ممنوع می‌باشد در کشور دیگر و یا حتی در همان کشور ولی در زمان دیگر مجاز است. چنان چه طلاق در فرانسه تا سال ۱۸۸۴ ممنوع دانسته می‌شد، اما پس از آن تاریخ آن را مجاز اعلام کرد. یا اثبات نسب پدری در فرانسه تا سال ۱۹۱۲ مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شد ولی از آن تاریخ به بعد این دو موضوع جزء موارد عادی تلقی می‌شود (الماسی: ۱۳۸۶: ۱۳۴). بنابراین وجود اشتراک حقوقی در هر موردی باید جداگانه بررسی شود تا معلوم شود آیا در آن مورد اجرای قانون خارجی مخالف با نظم عمومی می‌باشد یا خیر و ثانیاً، نظم عمومی بر حسب زمان و مکان متغیر است و آنچه در کشوری مخالفت با نظم عمومی دارد ممکن است در کشور دیگر بر خلاف نظم عمومی نباشد. لذا تشخیص نظم عمومی ضابطه ثابتی ندارد و مفهوم جامعه مشترک حقوقی صرفاً می‌تواند به عنوان یک ملاک در جهت هماهنگ سازی مقررات تعارض قوانین در خصوص نظم عمومی مورد استفاده قرار گیرد و تشخیص این امر معمولاً توسط قوانین دولتها و به عهده قاضی رسیدگی کننده به دعوا واگذار شده است. ، جهانی شدن یعنی تبدیل جهان متفرق و نامتحد به جهانی واحد و متحد، اما این به معنی وحدت و ادغام همه چیز نیست. جهانی شدن فرآیندی کما بیش مستقل و چند بعدی است که جهت و نیروی محرک خود را دارد. و علاوه بر اینکه یک فرآیند است یک چهارچوب مفهومی نیز هست. این چهارچوب مفهومی با نظم جهانی سروکار دارد و نظام جهانی را شکل می‌دهد. عمق و گستره جهانی شدن نه تنها بسیاری از شکلها و قالبها را تحت تاثیر قرار داده و دگرگون ساخته بلکه کثیری از ساختارها و بنیانها را در هم ریخته و خواهد ریخت. حقوق برای جهانی شدن دو مسیر را طی کرده است یکی از طریق قواعد مشترک حقوقی در نظام های ملی و دیگری از طریق قواعد حقوق بین الملل. وجود قواعد و عرفهای مشترک جوامع مختلف در شاخه های حقوق داخلی کشورها خود موید گام برداشتن در مسیر جهانی شدن است.

امروزه بسیاری از قواعد حقوق بین الملل که متضمن تعهدات عام الشمول هستند جنبه جهانی یافته اند مواردی مانند قواعد آمره بین المللی یا عرفهای عام که خصوصیت جهانی یافته اند و اصول کلی حقوقی مشترک میان نظام های حقوقی ملی منتقل شده به نظام حقوقی بین الملل (ضیایی بیگدلی: ۱۳۸۲: ۱۳-۱۴). فرآیند جهانی شدن حقوق دارای دو جنبه می باشد که یکی گرایش به متحد الشکل قوانین دارد و دیگری تجزیه و انفکاک و ناهماهنگی در زمینه قانون گذاری. در زمینه نظم عمومی نیز اگرچه در فرآیند جهانی شدن گرایش به سوی یکسانی قوانین و مقررات در این زمینه دارد اما با توجه به آنچه گفته شد نظم عمومی دایره ثابتی نداشته و بر حسب مقتضیات زمان و مکان تغییر می کند. نظم عمومی در عرصه داخلی و بین المللی به مثابه لایه های در هم تنیده ای هستند که هر چقدر به لایه های داخلی فرو می رویم نظم عمومی پررنگ تر می شود و هر چقدر به لایه های بین المللی یا بیرونی می رسیم نظم عمومی

حساسیت قبلی خود را از دست می دهد. اگر این حساسیت به نفع بین المللی بودن قواعد کمرنگ تر شود موانع موجود در اجرای قانون خارجی کم تر و کم رنگ تر می شود. برای مثال در کشورهای اروپایی هرچقدر وحدت کشورها پررنگ تر شود نظم عمومی به عنوان مانع اجرای احکام خارجی کم تر می شود. در خصوص اجرای احکام خارجی اگرچه امروزه اجرا یا عدم اجرای احکام خارجی حساسیت های بی جای سالهای قبل خود را از دست داده است اما همچنان اجرای احکام خارجی و حتی شناسایی آن با مشکلاتی مواجه است. می توان گفت یکی از راههایی که می توان در باب جهانی شدن به قواعد هماهنگ مربوط به عدم اجرای احکام خارجی که برخلاف نظم عمومی است دست یافت، همین همکاری چند جانبه بین کشورها چه به صورت منطقه ای و یا در سطح جهانی است. تا به تقنین حداقل اصول واحدی در خصوص نظم عمومی بپردازند. اگرچه گفته شد مفهوم نظم عمومی در کشورها و ممالک مختلف امری متغیر و بر حسب زمان و مکان متفاوت است اما می توان حداقل هایی را در این زمینه معین نمود تا از بروز مشکلات پیچیده و گسترده تا حدود زیادی جلوگیری نمود. هر چقدر شناسایی احکام قطعی در روابط بین المللی تسهیل شود موجبات ثبات روابط اشخاص در سراسر جهان فراهم خواهد شد. به عبارت دیگر هم اکنون اگر دولتها بتوانند با ایجاد اشتراکات حقوقی موجبات تسهیل روابط بین المللی شوند نه تنها می توانند به قدرت خود در زمینه حقوق بین الملل بیفزایند بلکه می توانند سبب راهگشایی برای اتباع خویش باشند. به عبارت دیگر نیز می توان گفت تأثیر جهانی شدن بر موانع اجرای قانون خارجی به ویژه در مبحث نظم عمومی عبارت از

کمرنگ شدن تدریجی نظم عمومی در سطح بین المللی و روابط خصوصی بین افراد است

در فرایند جهانی شدن با توجه به تعدیل روز افزون حاکمیت دولت ها و افزایش نقش کنشگران غیر دولتی و فرا سرزمینی در حقوق بین الملل، اثر گذاری هنجارهای اخلاقی بر حقوق بین الملل روز به روز پر رنگ تر می شود و آن چه که از آن تحت عنوان «انسانی شدن» حقوق بین الملل نام برده می شود، نشان از تأثیر گذاری روز افزون اهلاق بر حقوق بین الملل دارد. اما اینکه جهانی شدن و اخلاق چه تأثیرات متقابلی از یکدیگر می پذیرند، می گذارد باید توجه داشت که جهانی شدن به عنوان پدیده ای نوظهور و مهم که دارای ابعاد گوناگون فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است، هم ساختارهای اصلی جامعه را تحت تأثیر و تحول قرار داده و هم به صورت اجتناب ناپذیری، فرهنگ، باور، تفکرات و ارزش های جوامع را دچار چالش نموده است در همین ارتباط پیرامون ارزشها، ویژگی ها، کارکردها و مبانی آن می توان به بحث پرداخت و مبانی مدرنیته، ابزارهای جهانی شدن، آثار و پیامدهای جهانی شدن و تأثیر جهانی شدن بر تغییر ارزشهای اخلاقی در ابعاد فردی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی را مورد توجه قرار داد.

۴-۳. آثار و پیامدهای حقوقی جهانی شدن با محور اقتصادی

آثار جهانی شدن در حوزه های مختلف حقوق یکسان نیست. جهانی شدن از جنبه محور اقتصادی، منجر به عبور از حقوق دولتی یا حقوق بین دولتی به سمت قانون بازار گردیده است. گسترش مسأله داوری، در حل اختلافات تجاری نیز به نوعی انعکاس این واقعیت است. در قلمرو اقتصاد، مشکل زمانی ایجاد می شود که یک دولت یا ائتلافی از دولت‌ها بخواهند که دیدگاه خود را از روابط تجاری به دیگر اعضاء جامعه ملل تحمیل نماید. معمولاً این دولت‌ها برای تحمیل دیدگاه‌های خود در زمینه های اقتصادی از سه روش مختلف استفاده می نمایند. اول آنکه یک دولت تصمیم می گیرد قانون داخلی خود را به صورت بین المللی اجرا کند. در چنین مواردی دولت برای این کار تلاش می کند قانون داخلی خود را در یک متن حقوقی بین المللی وارد نماید. برای مثال قانون داماتو مصوب ۱۹۹۶ که از سوی کنگره آمریکا تصویب شد و هدفش مجازات تجاری دولتهایی است که با ایران روابط تجاری برقرار می کنند و ایالات متحده قصد داشت اصول آن را در سازمان تجارت جهانی هم وارد کند. روش دیگر این است که یک دولت سعی در صدور الگوی اقتصادی خود می نماید که این مطلب خود نوعی استعمار گرای نو و جدید محسوب می شود. در چنین حالتی مفهوم خاصی از حقوق کار، یعنی روابط میان کارفرمایان - کارکنان و کارگران به وجود می آید و حقوق نیز فقط وسیله تحدید صلاحیت‌ها در جهت منافع بازار است. آخرین روش تحمیل حقوق یک دولت به جهان و بین المللی کردن یک خواست و اراده ملی و داخلی است. مثال این مورد قانون ایالات متحده در مورد ارثشاء است که هدف آن قانون جلوگیری از رقابت ناسالم در ایالات متحده است. این قانون که در ظاهر به هدف تهذیب حقوق تجارت است. در واقع به منظور حفظ منافع اقتصادی دولت واضح آن تصویب شده است (بیگزاده: ۱۳۷۹: ۲۹۴). اگرچه ایالت متحده بیست و نه عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی و برخی دولتهای دیگر را وادار به الحاق به کنوانسیون ضد ارثشاء نموده است اما با مخالفت جهانی سازمان های غیر دولتی و افکار عمومی به خصوص در فرانسه مواجه شد که موافقت نامه چند جانبه در مورد سرمایه گذاری های سازمان توسعه و همکاری توسعه اقتصادی در دسامبر ۱۹۹۸ را بی نتیجه گذاشت.

۴-۴. آثار تقلب نسبت به قانون با توجه به تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین

آثار قاعده تقلب نسبت به قانون را بایستی از سه منظر مورد بررسی قرار داد، اول: از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او بوده است. از نظر این دولت نمی توان قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون را همه وقت و همه جا نسبت به همه موارد اعمال نمود و اثر این قاعده بایستی محدود به حدی شود که برای جلوگیری از تقلب لازم است. بنابراین اگر برای مثال تغییر تابعیت برای فرار از اجرای مقررات راجع به سن در صحت ازدواج باشد، همین که محکمه

حکم به عدم اجرای قانون خارجی در مورد نکاح داد، حکم صادره را کافی دانسته و دیگر تغییر تابعیت را مورد بحث قرار نداده و باطل نمی شمارند (الماسی (۲): ۱۴۵: ۱۳۷۸-۱۴۶) و یا اگر تقلب نسبت به قانون، برای فرار از مقررات راجع به منع نکاح باشد، همین که دادگاه حکم به عدم اجرای قانون خارجی در مورد نکاح داد و در نتیجه آن عقد نکاح را باطل نمود، حکم صادره را کافی دانسته و دیگر تغییر تابعیت را با رعایت مقررات انجام شده باشد مورد بحث قرار نداده و باطل نمی شمارند. دوم: آثار از نظر دولتی که منظور شخص ذینفع اجرای قانون اوست، اصولاً و برای احترام به مقررات حقوق بین الملل حق این است که این دولت هم وقتی متوجه منظور تقلب آمیز شخص ذینفع شد، به استناد این قاعده دعوی او را در محاکم خود رد نماید ولی متأسفانه تمایل محاکم به توسعه دادن موارد اجرای قانون متبوع خود باعث می شود که قاعده مذکور را وقتی که به نفع قانون دیگری است اجرا ننمایند (Batifuul: 1959: 422). زیرا اگر دادگاه تقلبی را که برای فرار از مقررات قانون متبوع خود به عمل آید موثر بداند و درخواست اجرای قانون خارجی را رد نماید باید تقلبی را که نیز برای فرار از اجرای قانون خارجی و تقاضای اجرای قانون متبوع دادگاه به عمل می آید به همان اندازه موثر دانسته و تقاضای مزبور را نپذیرد. در حالیکه محاکم خارجی از اجرای چنین چیزی که به نفع قانون خارجی است خودداری می کنند. مثال چنین حالتی قضیه فراری است. در این قضیه، یک نفر ایتالیایی به نام فراری در فرانسه با یک دختر فرانسوی ازدواج کرد و در نتیجه این ازدواج دختر از تابعیت فرانسوی خارج شد و به تابعیت ایتالیا در آمد، بعد از چند سال بین این زن و شوهر تفریق حاصل شد و خانم فراری برای رهایی از قید زوجیت مجدداً به تابعیت فرانسه بازگشت و از دادگاه فرانسه تقاضا نمود که مطابق قانون فرانسه تفریق موقتی او و همسرش را به طلاق تبدیل نماید. دادگاه فرانسه این تقاضا را پذیرفت و حکم طلاق را صادر نمود. این قضیه دقیقاً عکس قضیه دو بوفرن است زیرا در آن قضیه خانم دو بوفرن به تابعیت آلمان در آمده بود تا از قانون فرانسه فرار نماید در حالیکه در قضیه فراری، فراری به تابعیت فرانسه رجوع نمود تا از قانون ایتالیا فرار کند و خود را تحت حکومت قانون فرانسه قرار دهد. در قضیه خانم دو بوفرن دیوان کشور فرانسه حکم بطلان طلاق را به استناد قاعده جلوگیری از تقلب تأیید نمود و بایستی در قضیه فراری به استناد همان قاعده دعوی طلاق را رد می نمود در حالیکه دیوان فرانسه در این مورد به هیچ وجه قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون ایتالیا را مورد توجه قرار نداد (الماسی (۲): ۱۳۷۸: ۱۴۷) در توجیه این رویه چنین استدلال می کنند که قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشور فقط می تواند تقلب نسبت به قانون متبوع خود را ضمانت اجرا دهد و نمی تواند تقلب نسبت به قانون خارجی را مجازات و جبران کند. سوم: آثار از نظر دولت ثالث یا دولتی که ذینفع در جلوگیری از تقلب نیست یعنی تقلب نه برای فرار از قانون

او به عمل آمده و نه تقاضای اجرای قانون او شده، نسبت به این دولت ثالث قاعده جلوگیری از تقلب به هیچ وجه اثر ندارد و دادگاه‌های او وضعیت جدید شخص ذینفع را همین که ظاهراً صحیح یافتند صرف نظر از نیت او معتبر می‌شناسند. یعنی همین که وضعیت جدید را ظاهراً صحیح یافتند دیگر وارد جزئیات نشده و قطع نظر از قصد و نیت شخص ذینفع به آن ترتیب اثر می‌دهند. برای مثال چنانچه قضیه دو بوفرمن در دادگاه کشور ثالثی مطرح می‌شد محکمه دولت ثالث رای به بطلان نکاح صادر نمی‌کرد و وضعیت خانم بوفرمن را با توجه به آنکه تبعه آلمان شده بود ادر نظر می‌گرفت و قانون دولت متبوع او را درباره وی اجرا می‌کرد (الماسی (۲): ۱۳۷۸: ۱۴۸). در زمینه تاثیر جهانی شدن بر قاعده تقلب نسبت به قانون باید گفت که، اثر مهم اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون ممانعت از اجرای قانون خارجی و جایگزینی قانون کشور مقر دادگاه به جای آن است. اما این اثر باید تا حدی محدود شود که برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون لازم است. از آنجایی که نظریه تقلب نسبت به قانون برای رعایت احترام قواعد حقوقی به وجود آمده است دولتها باید سعی کنند این امر را به نفع قوانین خارجی نیز رعایت کنند. همانطور که در رویه قضایی برخی کشورها پذیرفته شده باید قاعده تقلب نسبت به قانون را قاعده ای مهم تلقی نمود زیرا این قاعده، ضامن اجرای قواعد حل تعارض بوده و موافق هدف حقوق بین الملل خصوصی که حفظ اعتبار و تضمین آثار قوانین است، می‌باشد. در غیر این صورت برای عده ای راحت خواهد بود که خود را از اطاعت و شمول قوانین امری کشور خود خارج کنند در حالی که عده ای دیگر باید قواعد و مقررات داخلی را تحمل کنند. لذا برای اینکه قوانین امری کشور بی اثر نماند و افراد نتوانند به وسایل متقلبانه از اجرای قانونی که حقا باید درباره آنها اجرا شود اجتناب نمایند باید در مواردی که شرایط اعمال این قاعده جمع می‌شود از اجرای قانون خارجی خودداری نمود. حقوق در حال جهانی شدن است و روند جهانی شدن را از طریق ورود قواعد مشترک حقوقی در نظام های داخلی و دیگری از طریق حقوق بین الملل طی می‌نماید و جهانی شدن حقوق، به معنای ایجاد قوانین متحد الشکل و یکسان در سطح بین المللی و منطقه ای است و جهانی شدن حقوق به یک واقعیت تبدیل شده است. جهانی شدن حقوق نمی‌تواند در قالب ورود قواعد مشترک در نظام های حقوقی منفک و جدا از یکدیگر خلاصه شود، بلکه این حقوق مشترک باید کثرت گرا یا به بیان دیگر حاوی همزیستی عقاید مختلف باشد. اما جهانی شدن حقوق در برخی موارد ممکن است به صورت تحمیل حقوق یک کشور به جهان و بین المللی کردن یک خواست و ارده ملی یک کشور به جهان باشد و یا به صورت صادر کردن الگوی قانونی یک کشور به سایر کشورها و مواردی از این قبیل که معمولاً مورد مخالفت دولتهای دیگر قرار می‌گیرد. زیرا ممکن است دولتها در برخی موارد به جهت وجود یکسری منافع و مصالح ملی خود از پذیرش جهانی شدن حقوق سرباز زنند.

مواردی مانند نظم عمومی و قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون مواردی هستند که نمیتوان یک مفهوم واحدی از آنها را در حقوق بین الملل خصوصی تمام کشورها ارائه داد. هر کشوری با توجه به فرهنگ خود به صورت خاصی آنرا تعریف نموده است. از طرف دیگر کشورها بیشتر تمایل دارند که حقوق بین الملل موجود در سطح جهانی بیشتر به نفع آنها باشد. بنابراین ممکن است موارد جهانی شدن حقوق در زمینه موانع اجرای داخلی نظیر نظم عمومی و تقلب نسبت به قانون با مخالفت هایی روبرو شود. اما اگر مفاهیم جهانی حقوق در زمینه نظم عمومی و تقلب نسبت به قانون از طریق استفاده از شرط تفسیر بر طبق حقوق داخلی مطرح شود یا کشورها بتوانند تعیین مصادیق آن را به قوانین خود احاله دهند، ممکن است بتوان به یک فرآیند هماهنگ جهانی در خصوص قواعد جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و نظم عمومی دست یافت. زیرا اگر چه دولتها با خطر از دست دادن مقداری از حاکمیت مطلق خود مواجه هستند لیکن، این به نفع ساختار حقوق بین الملل خصوصی است که در آنجا با حفظ هویت و نقش دولتها در مقابل خطر خصوصی سازی حقوق همچنان به صورت مطلوب خود باقی خواهد ماند. اما جدای از تمامی موارد ذکر شده باید گفت که تاثیر نهایی جهانی شدن نسبت به قاعده تقلب نسبت به قانون، با توجه به اینکه تاثیر جهانی شدن حقوق بر تعارض قوانین، یکسانی قوانین و مقررات در سطح جهان است، باید گفت با توجه به یکسان شدن قوانین و مقررات و حاکم شدن قانون واحد، موانع اجرای قانون خارجی از جمله قاعده تقلب نسبت به قانون اثر خود را از دست داده و اثر آنها کم رنگ و کم رنگ تر می گردد و با تحقق کامل جهانی شدن حقوق دیگر مبحث موانع اجرای قانون خارجی اثر خود را از دست خواهد داد و از طرف دیگر با سهل گیری نسبت به موارد و موانع اجرای قانون خارجی می توان در جهت جهانی شدن حقوق نیز گام برداشت دارد.

نتیجه گیری

در این مقاله تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین از منظر اخلاق بررسی شد. وجود قوانین و عرفهای مشترک جوامع بشری در شاخه های مختلف حقوق داخلی کشورها، خود موید گام برداشتن حقوق، در مسیر جهانی شدن است. جهانی شدن توأم با توسعه حقوق بین المللی و حقوق فراملی است. وجود نمونه های مشترک حقوقی میان نظام های حقوقی ملی، نظیر اصل حسن نیت، اصل جبران خسارت ناروا، اصل فیصله مسالمت آمیز اختلافات و اصل انصاف که از نظامهای ملی به نظام های حقوقی بین الملل منتقل شده، مثبت ادعای جهانی شدن حقوق می باشد. تفویض صلاحیت دولتها به سازمانهای بین المللی نیز میتواند حرکت و اقدامی جهانی باشد که باعث تحدید حاکمیت دولتها در سطح جهان می شود. توسعه روز افزون سازمان های منطقه ای و بین المللی، نیز خود زمینه ساز فضای مساعد و مناسبی برای جهانی شدن حقوق است. در جامعه جهانی، در کنار تابعان یا بازیگران اصلی روابط بین الملل که همان کشورها و سازمان های بین الدولی هستند، اشخاص خصوصی اعم از حقیقی یا حقوقی نیز جایگاه مستقل و جدا از آنان یافته اند. در مجموع میتوان جامعه بین المللی را عمدتاً یک جامعه بین الدول و جامعه جهانی را جامعه ای بین الملل به مفهوم عام دانست. جهانی شدن به طرق مختلفی صورت می گیرد که جهانی شدن در هر یک مستلزم جهانی شدن در قسمت دیگر است برای مثال جهانی شدن در امر تجارت و اقتصاد مستلزم وضع قوانین ومقررات جهانی در آن زمینه است. با توجه به تعاریف ارائه شده از جهانی شدن و تاثیرات در رشته ها و علوم مختلف و به ویژه در مبحث تعارض قوانین به طور خلاصه میتوان به موارد زیر اشاره نمود:

۱- تعارض قوانین به قواعد و مقرراتی اطلاق میشود که روابط خصوصی افراد در زندگی بین المللی را تنظیم می کند. زمانی که در یک موضوع خصوصی عنصر یا عناصر خارجی یا فراملی دخالت داشته باشد و آن موضوع به بیش از یک نظام حقوقی مرتبط شود، حقوق بین الملل خصوصی تعیین می کند کدام یک از این نظام ها نسبت به موضوع مذکور اعمال می گردد. هر دادگاهی از طریق استناد به مقررات ملی حل تعارض خود، قانون حاکم بر موضوع را تعیین خواهد کرد. حقوق بین الملل خصوصی جزء حقوق مثبت یک نظام ملی تلقی شده و هدف آنها تعیین تکلیف رابطه حقوق خصوصی است که با بیش از یک نظام ملی مرتبط است. در حقوق بین الملل خصوصی اعمال قانون خارجی در یک نظام ملی مورد بحث و بررسی است و تاثیر جهانی شدن بر تعارض قوانین منجر به این می گردد که قوانین ملی در سطح جهان یکسان شود و این امر با استفاده از شیوه ها و روشهایی تحقق میپذیرد که توسط مراجع مختلف بین المللی تهیه و تدوین شده و باعث هماهنگی و یکسانی مقررات در سطح بین المللی شده است. بنابراین در فرآیند جهانی شدن نیاز به وضع و اصلاح مقررات وقوانین یکسان وجود دارد. یکسان سازی

مقررات از طرق مختلفی صورت می‌گیرد. فرآیند یکسان سازی مقررات ممکن است در سطح ملی از طریق اصلاح مقررات موجود یا وضع مقررات جدید و در سطح بین‌المللی از طریق انعقاد معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا از طریق پذیرش داوطلبانه مقررات یکنواخت از سوی شرکتها، موسسات و سازمانها انجام شود. منظور از پذیرش داوطلبانه قوانین و مقررات، استفاده داوطلبانه افراد و موسسات از مقررات واحدی است که از سوی سازمانهای بین‌المللی و منطقه‌ای تهیه و ارائه شده است. این امر ممکن است از طریق پذیرش قراردادهای استاندارد یا شرایط عمومی متحد‌الشکل در زمان انعقاد قراردادی تحقق یابد و یا از طریق پذیرش داوطلبانه مجموعه‌ای از مقررات خاص ایجاد شود. در چنین مواردی یکسان سازی مقررات از طریق امضای کنوانسیون یا تصویب قانون نمونه به وسیله دولت‌ها انجام نمی‌گیرد، بلکه اشخاص و موسسات پذیرش چنین مقرراتی را به نفع خود دانسته و ترجیح می‌دهند فعالیت‌های خود را مطابق با آن مقررات انجام دهند. این امر در عمل به وحدت حقوقی و یکسان سازی مقررات می‌انجامد. یکسان سازی مقررات حقوقی ممکن است در سطح بین‌المللی از طریق تهیه و تدوین معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی و پذیرش آنها از سوی کشورها انجام گیرد. این گونه عهدنامه‌ها ممکن است یا به صورت دوجانبه و تنها میان دو دولت تنظیم شده باشند یا ممکن است به صورت جمعی یا چند جانبه منعقد شده باشند. سازمانها و موسسات بین‌المللی فراوانی وجود دارند که می‌کوشند از طریق تهیه و تدوین معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی بخشی از مقررات حقوقی کشورهای عضو را هماهنگ و یکسان کنند. برخی از این معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی تعهدات مشخصی را به کشورهای عضو تحمیل می‌کنند که اعضا باید در وضع مقررات ملی خود آن تعهدات را که عموماً یک حداقل تلقی می‌شود رعایت کنند. مواردی مانند حقوق بشر و حقوق کودکان از این نوع هستند. پذیرش برخی دیگر از معاهدات و کنوانسیونها موجب خواهد شد که بخشی از مقررات ملی مطابق با مفاد معاهدات و کنوانسیونها یکسان شود.

۲- تقلب نسبت به قانون عبارت است از توسل به یک وسیله قانونی برای رسیدن به هدفی غیر قانونی و در توضیح آن می‌توان گفت، از آنجایی که افراد می‌توانند بعضی عوامل و عناصر ارتباطی را که در تعیین قانون صلاحیتدار دخالت دارند تغییر دهند، ممکن است از این موقعیت برای فرار از مقررات قانون خاص سود جویند و با ایجاد وضعیت جدید برای خود قانونی خارجی را صلاحیتدار نشان دهند که در حالت عادی نمی‌تواند صلاحیتدار باشد. در تقلب نسبت به قانون دو عنصر در نظر گرفته می‌شود؛ یکی مادی که عبارت است از تغییر عنصر وابستگی و دیگری عنصر معنوی که همان قصد فرار از قانون صالح یا قصد امتناع از اجرای قواعد حل تعارض می‌باشد.

اثر مهم اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون ممانعت از اجرای قانون خارجی و جایگزینی قانون کشور مقرر دادگاه به جای آن است. این اثر باید تا حدی محدود شود که برای جلوگیری از تقلب لازم است، مواردی مانند نظم عمومی و قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون مواردی هستند که نمی‌توان یک مفهوم واحدی از آن را در حقوق بین الملل خصوصی تمام کشورها ارائه داد.

موارد تاثیر جهانی شدن و یکسانی قوانین و مقررات در جهانی شدن حقوق و مسئله تعارض قوانین مورد بررسی قرار گرفت، در نهایت میتوان چنین بیان نمود که؛ ما در جهانی زندگی می‌کنیم که به یک دهکده جهانی همانند شده که در آن اشخاص از هم جدا و منفک نیستند. این قرابت در این دهکده جهانی موجب شده تا اشخاص و تابعان حقوق بین الملل در کنار یکدیگر با هم زندگی کنند و با یکدیگر مشارکت فعال داشته باشند و در قاعده سازی و اجرای قواعد مشترک نقش فعالی داشته و در نهایت باعث برقراری یک نظم جهانی باشند.

بنابراین به نظر می‌رسد که ایجاد یک اتفاق نظر مشترک کشورها و دولتها در قواعد و مقررات بین المللی جهانی می‌تواند در جلوگیری از بروز مشکلات تعارض قوانین و حقوق بین الملل خصوصی که به واسطه قوانین مختلف و متمایز ایجاد می‌شود اهمیت به سزایی داشته و منجر به جهانی شدن و توسعه و تحول جهانی شدن حقوق بین الملل و ایجاد جهانی آرمان گرایانه مطلوب شود.

۳- یکی از موارد مطرح در قواعد تعارض قوانین اجرای یک قانون در کشور است. در چنین مواردی ابتدا باید مطابق قاعده حل تعارض، قانون صلاحیتدار خارجی تشخیص داده شود. این قانون خارجی معمولاً قابل اجرا خواهد بود مگر اینکه با نظم عمومی کشور محل اجرا در تضاد باشد و یا اینکه بر اثر تقلبی به قانون کشور مورد نظر، مقدمات اجرای آن فراهم شده باشد. در وضع قاعده های تعارض قوانین، قانون گذار به تعیین معیار اکتفا می‌کند و از تعیین حکم درباره ماهیت خودداری می‌کند و برگزیدن قانون صالح را به عهده قاضی محول مینماید. قواعد تعارض قوانین فقط برای حل تعارض قوانین و تعیین قانون صلاحیتدار است و پس از اینکه تعارض بدین طریق حل و قانون لازم الاجرا شناخته شد، دادگاه به موجب قواعد مادی یعنی قواعدی که مربوط به اصل دعوی و برای حل قضیه به طور مستقیم است حکم و از این راه رفع اختلاف و فصل خصومت می‌کند. منظور از نظم عمومی مجموعه اصول مدون یا نامدونی است که در یک نظام حقوقی بنیادین محسوب شده و توافق بر تخطی از محدوده آن غیر ممکن است و یا قواعد آمره ای است که حفظ زندگی مشترک موجود دولتها حاکم به آن بستگی دارد. در مفهومی وسیع تر از نظم عمومی جهانی به معنای منافع کشورهای جهان بدون لطمه مستقیم به جامعه بین دولتها سخن گفته شده است، که البته چنین نظمی با توجه به تنوع نظم

عمومی داخلی کشورها امکان پذیر نیست. قاضی با استناد به قانون صالح از اجرای حکم خارجی که با نظم عمومی منافات دارد جلوگیری می کند. در واقع قانون به قاضی این حق را داده است که در صورت تشخیص حکمی خارجی که با نظم عمومی منافات دارد از اجرای آن جلوگیری نماید. موارد تأثیر جهانی شدن و یکسانی قوانین و مقررات در جهانی شدن حقوق و مسئله تعارض قوانین مورد بررسی قرار گرفت، در نهایت میتوان چنین بیان نمود که؛ ما در جهانی زندگی می کنیم که به یک دهکده جهانی همانند شده که در آن اشخاص از هم جدا و منفک نیستند. این قرابت در این دهکده جهانی موجب شده تا اشخاص و تابعان حقوق بین الملل در کنار یکدیگر با هم زندگی کنند و با یکدیگر مشارکت فعال داشته باشند و در قاعده سازی و اجرای قواعد مشترک نقش فعالی داشته و در نهایت باعث برقراری یک نظم جهانی باشند.

توجه به موازین اخلاقی به واسطه اینکه اخلاق به هر ترتیب می تواند بخشی از اشتراکات تمامی جوامع بشری تلقی گردد تأثیرات مثبتی بر جای بگذارد. چرا که فرایند جهانی شدن هم عامل و هم نتیجه مجموعه ای از تحولات بنیادین، متنوع و پهن دامنه ای است که در عالم انسانی بوقوع پیوسته و در حال وقوع است. بالطبع این مرحله از بودن به تناسب مختصات خویش، الزامات، ضرورتها و انتظاراتی را به میان کشیده است. دست یابی به یک نظام اخلاقی پایه و جهانشمول و مجموعه ای از فضایل و کمال مطلوبهای عام، فراسوی همه نظام های اخلاقی متکثر موجود به تبع تکثر فرهنگ ها، نیاز مبرم و مسجلی است که با دلالت ها تربیتی ماخوذ از تبیین اخلاق جهانی امکانپذیر خواهد بود. تا از این رهگذر بتوان به سمت اخلاقی نمودن حل تعارض قوانین در پرتو آموزه های اخلاقی پرداخت.

فهرست منابع

- ۱- قبال، خسرو، نظم عمومی حقوق بین الملل خصوصی، مجله حقوقی، ش ۲۸
- ۲- الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ چهاردهم، ۱۳۷۸
- ۳- الماسی نجادعلی، حقوق بینالملل خصوصی، انتشارات میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۶
- ۴- بذار، وحید، جایگاه اخلاق در حقوق بین الملل، فصلنامه تحقیقات حقوقی شماره ۲، ۱۳۹۷
- ۵- بیگ زاده، ابراهیم، دولت و جهانی شدن، مجله حقوق و تحقیقات حقوقی، تابستان ۷۸، شماره ۲۵-۲۹
- ۶- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۷۶، شماره ۳، ۱۴۰۳
- ۷- رابرتسون، رونالد، جهانی شدن، تئوری های اجتماعی و فرهنگی جهانی، ترجمه کمال پولادی، نشر ثالث، ۱۳۸۰.
- ۸- سلجوقی، محمد، بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، بهار ۱۳۸۰.
- ۹- شورچی، حافظ، جهانی شدن غرب و ایران، نشر اختر، چاپ دوم ۱۳۸۶.
- ۱۰- صفایی، سید حسین، مباحثی از حقوق بین الملل، نشر میزان، جلد اول، تابستان ۱۳۷۴.
- ۱۱- فدوی، سلیمان، تعارض قوانین (در حقوق ایران با تکیه بر احوال شخصیه)، طرح نوین، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، اخلاق و حقوق، علم و فن آوری، سال دوم، شماره اول، ۱۳۸۶
- ۱۳- گل محمدی، احمد، جهانی شدن فرهنگ و هویت، تهران نشرنی، چاپ دوم، ۱۳۸۳
- ۱۴- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چاپ ۱۶، ۱۳۸۶
- 15- Batiffol, Henri, Droit international prive, dalloz, 1959
- 16- BONELL Michael Joachim, "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law," 56 Am. J. Comp. L. 1, (2008).
- 17- F. Ferrari, 2002, 'Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Conventions', *ICLQ* 2002, .
- 18- Hancock. C., 2008 'Multimodal transport and the new UN Convention on the carriage of goods', *JIML* 2008
- 19- Janelle Diller & David Levy, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, 91 AM. J. INT'L L. 663, 666 (1997)
- 20- M. Bruins-Slot, 2006, *De overeenkomst van goederenvervoer per spoor*, Zutphen: Paris 2006.