



قانون حاکم بر احوال شخصیه پناهندگان:

مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کنوانسیون راجع به

وضع پناهندگان (۱۹۵۱)

حسین کاویار^{۱*}، مهدی امینی^۲، مریم قربانی^۳ فر

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اراک، اراک، ایران

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۶

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۰۲/۲۲

چکیده

حقوق دانان حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌توانند همچنان بر این باور باشند که قواعد پناهندگی تنها متعلق به حقوق بین‌الملل عمومی است، یا اینکه پناهندگی هسته اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی نیست. برعکس، حقوق بین‌الملل خصوصی باید اولین شاخه حقوقی باشد که به پناهندگی و تأثیر آن بر احوالات شخصیه افراد پاسخ دهد. فرار از مرز توسط افرادی که از جان یا آزادی خود بیم دارند، مسائل مهمی را در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی آنان مطرح می‌کند. کشورهای مقصد پناهندگان علاوه بر موضوعات مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مرتبط با پناهنده با موضوعات مرتبط با حقوق بین‌الملل خصوصی آن‌ها در زمینه احوال شخصیه نیز مواجه هستند. این مقاله به یکی از نگرانی‌های حقوقی بلندمدت، یعنی

E-mail: h-kaviar@araku.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله



Copyright© 2024, the Authors | Publishing Rights, ASPI. This open-access article is published under the terms of the Creative Commons Attribution- NonCommercial 4.0 International License which permits Share (copy and redistribute the material in any medium or format) and Adapt (remix, transform, and build upon the material) under the Attribution-NonCommercial terms



قانون حاکم بر احوال شخصیه پناهندگان می‌پردازد. ماده ۱۲ کنوانسیون راجع به وضع پناهندگان، احوال شخصیه آن‌ها را تابع قانون اقامتگاه آن‌ها می‌داند و نظر به الحاق ایران به این کنوانسیون، قاعده مندرج در ماده ۷ قانون مدنی در خصوص آنان اعمال نخواهد شد و قانون حاکم بر احوال شخصیه پناهندگان، متفاوت از سایر اتباع بیگانه باید تعیین شود. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که نه در دکتترین حقوقی و نه در رویه قضایی، تمایز لازم بین پناهندگان با سایر اتباع بیگانه مقیم ایران در خصوص موضوع احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن صورت نگرفته است. علاوه بر این، ماده مذکور در خصوص اتباع ایرانی که به سایر کشورها پناهنده شده‌اند، نیز باید اعمال گردد و نتیجتاً احوال شخصیه آن‌ها نیز تابع قانون اقامتگاه آنان خواهد بود، موضوعی که پذیرش آن بر اساس قواعد فقهی و اصول نظام حقوقی ایران دشوار می‌نماید.

واژه‌های کلیدی: احوال شخصیه، پناهنده، پناهندگی، کنوانسیون پناهندگان. پروتکل

الحاقی ۱۹۶۷

۱. مقدمه

در هر کشوری، چه توسعه‌یافته و چه در حال توسعه، معمولاً سه دسته از افراد وجود دارند: شهروندان، اتباع بیگانه و افراد بدون تابعیت^۱ (Chhangani, 2011). پناهندگی فرایندی است که در نتیجه آن ارتباط شخص با کشور متبوع خود قطع می‌شود و گاه از شخص سلب تابعیت^۲ صورت می‌گیرد (See, Robinson, 1997). پناهنده در (30) و از عوامل ایجاد آپاترید به حساب می‌آید (نک. نصیری، ۱۳۸۳، ۲۹). پناهنده در کشور پذیرنده، بیگانه‌ای است، گاه بدون تابعیت^۳ لذا این دسته از بیگانگان هم از لحاظ

۱. بشر نمی‌تواند بدون تبعیت از یک نظام سیاسی باشد، نتیجه این قضیه این است که با از دست دادن تابعیت، باید تابعیت دولت دیگر کسب شود. اما استثنائاً در برخی موارد این نتیجه حاصل نمی‌شود نظیر ترک تابعیت یک کشور، بدون تحصیل تابعیت کشور دیگر و گاه و در برخی نظام‌های حقوقی، مجازات و پناهندگی.

۲. برای بررسی قوانین موجود مربوط به افراد بدون تابعیت، به سند سازمان بین‌المللی پناهندگان (IRO) که به کمیته ویژه ارائه شده است مراجعه کنید. (E/AC.32/L.5)

۳. برخی معتقدند با پناهندگی تابعیت از دست داده نمی‌شود اما میان دو طرف رابطه تابعیت در عمل جدایی می‌افتد (سلجوقی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۸۸).



معنوی هم از لحاظ مادی و هم از لحاظ حقوقی نیازمند حمایت هستند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۱، ۲۵۰). در پایان سال ۲۰۲۲، شمار جهانی پناهندگان، با احتساب افرادی که در شرایطی شبیه به پناهندگی قرار دارند و سایر افرادی که نیاز به حمایت بین‌المللی دارند، به ۳۴/۶ میلیون نفر رسید.^۴ بخش قابل توجهی از این جمعیت به دلیل درگیری‌های مسلحانه آواره شده‌اند و در طول مسیر خود با چالش‌های حقوقی متعددی، به ویژه در رابطه با وضعیت شخصی خود مواجه هستند. ایران با ۳/۴ میلیون پناهنده بعد از ترکیه در رتبه دوم مقصد پناهندگان قرار دارد.^۵ ایران به دلیل هم‌جواری با دو کشور افغانستان و عراق، کشوری پناهنده‌پذیر است.^۶ به همین دلیل بررسی وضع حقوقی پناهندگان از نظر حقوق ایران امری ضروری است. وضع حقوقی پناهندگان در کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان مصوب ۱۹۵۱^۷ ترسیم شده است. کنوانسیون مذکور فقط در مورد اشخاصی اجرا می‌شد که در نتیجه حوادث قبل از تاریخ اول ژانویه ۱۹۵۱ به صورت پناهنده درآمده‌اند. این محدودیت

4. United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends: Forced Displacement in 2022 (UNHCR 2023) 14 available at: <https://www.unhcr.org/global-trends-report-2022>

۵. بعد از ایران کلمبیا با ۲/۵ میلیون، آلمان با ۲ میلیون و پاکستان با ۱/۷ میلیون نفر در جایگاه بعدی قرار دارند. ۵۲٪ از کل پناهندگان و سایر افرادی که نیاز به حمایت بین‌المللی دارند، تنها از سه کشور هستند: سوریه با ۶/۵ میلیون، اوکراین با ۵/۷ میلیون و افغانستان با ۵/۷ میلیون نفر (ibid).

۶. روی کار آمدن یک رژیم طرفدار کمونیست در افغانستان همراه با حمله شوروی در سال ۱۹۷۹ باعث فرار میلیون‌ها افغان به پاکستان و ایران شد. تعداد پناهندگان افغان در سال ۱۹۹۳ که ایران میزبان ۴.۵ میلیون پناهنده از آن کشور بود به بالاترین حد خود رسید. سیل پناهندگان از مرزهای غربی ایران زمانی آغاز شد که نیروهای عراقی برای سرکوب ساکنان شیعه در جنوب و کردها در شمال عراق اعزام شدند. در نتیجه، بین سال‌های ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۳ بیش از ۱.۴ میلیون پناهنده عراقی وارد ایران شدند. در پی جنگ خلیج فارس پناهندگان بیشتری از عراق وارد ایران شدند. جنگ بین آذربایجان و ارمنستان بیش از ۵۰ هزار پناهنده را از آذربایجان به ایران فرستاد. در سال‌های ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۳، تعداد پناهندگان در ایران به افزایش خود ادامه داد و تعداد کل پناهندگان را به بیش از شش میلیون نفر رساند. ایران مجبور شد به یک سوم کل جمعیت پناهندگان در جهان کمک کند (Shin, 1998, 56).

7. Convention relating to the Status of Refugees (1951)

برای مطالعه مفصل در خصوص ریشه‌ها و سیر تاریخی کنوانسیون مذکور رک: کیهانلو، ۱۳۹۰



زمانی، مهم‌ترین ضعف کنوانسیون جهانی پناهندگان بود. این نقص کنوانسیون، به ویژه در دوران بحران پناهجویی در آفریقا در دهه ۱۹۶۰ تشدید شد. بدین ترتیب، جامعه بین‌المللی دریافت که این محدودیت زمانی با اهداف بنیادین کنوانسیون جهانی پناهندگان، یعنی فراهم آوردن حمایت یکسان برای تمامی پناهندگان مغایر است. بنابراین، کمیساریای عالی پناهندگان، پروتکل ۱۹۶۷ مربوط به وضعیت پناهندگان را به منظور حذف محدودیت‌های زمانی و جغرافیایی تصویب کرد (مصفا و هاشمی، ۱۳۹۵، ۸). این کنوانسیون در حال حاضر مهم‌ترین سند بین‌المللی در ارتباط با پناهندگان محسوب می‌شود و از آن با عنوان منشور حقوق پناهندگان یاد می‌شود. ۱۴۶ کشور، عضو کنوانسیون مذکور و ۱۴۷ کشور عضو پروتکل آن هستند^۸ و کمیساریای عالی سازمان ملل متحد در امور پناهندگان عهده‌دار نظارت بر اجرای این کنوانسیون و پروتکل آن است.

از اوایل قرن بیستم میلادی، شبکه‌ای انبوه از کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به قانون حاکم بر احوال شخصیه، ایجاد شده است. اکثر این کنوانسیون‌ها تحت نظارت کنفرانس لاهه در مورد حقوق بین‌الملل خصوصی^۹ مذاکره شده‌اند. در مورد این کنوانسیون‌های بین‌المللی، دو نکته کلی قابل توجه است: اول، تمایل واضحی برای دور شدن از «تابعیت» به عنوان یک عامل ارتباط و جایگزینی آن با ارجاع به «قانون اقامتگاه معمول» وجود دارد. دوم، اکثر کنوانسیون‌های لاهه که به احوال شخصیه می‌پردازند توسط تعداد بسیار کمی از طرف‌های متعاقد امضا شده‌اند. از این رو، مسائل عملی مربوط به تعامل با کنوانسیون ۱۹۵۱ حائز اهمیت است (Metzger, 2011, 869).

دو رویه را می‌توان در قوانین داخلی کشورها تشخیص داد: (الف) قاعده «آنگلوساکسون» که اتباع خارجی را تابع قانون محل اقامتشان می‌کند. (ب) قانون دیگر کشورها که در آن احوال شخصیه یک خارجی تابع قانون ملی او (فعلی یا

⁸. See: The 1951 Refugee Convention, available at: <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/1951-refugee-convention>

⁹. The Hague Conference on Private International Law (HCCH)



سابق) است. در کشورهای دسته اول، شخص بدون تابعیت در صورت داشتن اقامت در آنجا، در تعیین احوال شخصیه خود با مشکلی چندانی روبرو نخواهد شد. در کشورهای دسته دوم، فرد بدون تابعیت (به ویژه اگر هرگز تابعیتی نداشته باشد) از نظر تئوری هیچ جایگاهی ندارد، مگر اینکه در قوانین آن کشور مقررات خاصی برای افراد بدون تابعیت وجود داشته باشد (Robinson, 1997, 30). ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۵۱ حاوی یک قاعده حل تعارض است که قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه پناهندگان را تعیین می‌کند. ماده ۱۲ کنوانسیون از اهمیت زیادی برای پناهندگان برخوردار است؛ زیرا به آن‌ها اطمینان می‌دهد که وضعیت حقوقی آن‌ها در مورد مسائلی مانند ازدواج، طلاق، ارث و وصیت به موجب قوانین کشور محل اقامت معمول آن‌ها شناخته خواهد شد.

این مقاله با روشی توصیفی-تحلیلی و با نگاهی تطبیقی به بررسی قانون حاکم بر احوال شخصیه پناهندگان بر اساس اصول حاکم بر کنوانسیون ۱۹۵۱ می‌پردازد و سعی می‌کند با تفسیر ماده ۱۲ کنوانسیون به نتایج عملی و کاربردی در حقوق ایران برسد.

۲. تعامل حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی در بیان مفهوم

پناهنده

در حوزه تحقیقات حقوقی، تمایز روشنی بین حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارد. با وجود این، این دو رشته حقوقی زمینه‌های مشترکی هم دارند. پناهندگی از حوزه‌هایی است که دیگر نمی‌توان در آن‌ها به حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان دو رشته مستقل نگاه کرد. هر پناهجویی که به دنبال پناهندگی است، تمایل دارد تا مسائل مربوط به احوال شخصیه خود در کشوری که بدان پناهنده شده شناخته و حل شود. اینجاست که قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی با قوانین حقوق بین‌الملل پناهندگان در ارتباط است: از یک طرف،



درخواست پناهندگی و درخواست حمایت بشردوستانه وجود دارد؛ از طرف دیگر، انتظاری (مشروع) برای پناهجو/پناهنده وجود دارد که در کشور پناهندگی از همان وضعیت شخصی کشور مبدأ برخوردار باشد. با این حال، این قابلیت نقل و انتقال فرامرزی احوال شخصیه پناهندگان و خانواده‌هایشان امری بدیهی نیست (Verhellen, 2018, 429).

عبارت پناهنده از کلمه فرانسوی «*Réfugié*» گرفته شده است که به معنای «فرار برای امنیت» است. این اصطلاح طبق عرف بین‌المللی تعریف نشده بود (Grahls, 1966, 73). اصطلاح پناهنده توسط نویسندگان، قوانین داخلی، قانون اساسی، اسناد و سازمان‌های بین‌المللی یا منطقه‌ای پناهندگان و همچنین در آراء قضایی به شکل‌های مختلف تعریف، توصیف و تفسیر شده است (Plender, 1998, 394). آسان‌ترین راه برای شناسایی یک پناهنده در هر کشوری بستگی به این دارد که این اصطلاح در قوانین ملی پناهندگی کشور مورد نظر یا تحت اسناد مربوط به پناهندگان که به طور جهانی یا منطقه‌ای مورد پذیرش یا تصویب آن دولت قرار گرفته است، چگونه تعریف شده باشد. مشکلات پناهندگان بر خود پناهندگان، کشور پناهنده و جامعه بین‌المللی تأثیر می‌گذارد، بنابراین مفهوم پناهنده هم تحت صلاحیت حقوق ملی و هم بین‌المللی قرار می‌گیرد (Chhangani, 2011, 35). به طور معمول، پناهنده را می‌توان به عنوان شخصی تعریف کرد که به دلیل ترس بنیادین از آزار و اذیت یا حتی ترس از حوادث ناشی از تغییرات اقلیمی در خارج از کشور متبوع خود به سر می‌برد و به همین دلیل به دنبال آزادی، امنیت و حمایت در کشور دیگری است؛ به عبارت دیگر، پناهندگان افرادی هستند که به دلیل آزار و اذیت یا سرکوب در کشور خود از مرزهای ملی عبور کرده‌اند تا به دنبال امنیت و حمایت در کشور دیگری باشند (Shacknove, 1985, 275). تعاریف پناهنده، عمدتاً از کنوانسیون ۱۹۵۱ گرفته شده است که پناهنده را فردی تعریف می‌کند که «به دلیل ترس موجه از آزار و اذیت به سبب نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در یک گروه اجتماعی خاص یا عقیده سیاسی، خارج از کشور متبوع خود به سر می‌برد و به دلیل چنین ترسی قادر یا مایل



نیست از حمایت آن کشور بهره‌مند شود» (پاراگراف ۲ بند الف ماده ۱ کنوانسیون). کنوانسیون ۱۹۵۱ تعریفی جامع از افرادی که واجد حقوق و مزایای آن هستند ارائه می‌دهد و از این رو این تعریف، میزان حمایت از افراد بدون تابعیت به عنوان پناهنده در حقوق بین‌الملل را تنظیم می‌کند. در پاراگراف ۲ بند الف ماده ۱ در تعریف پناهنده آمده: «... به دلیل ترس موجه از آزار و اذیت به دلایل نژاد، مذهب، ملیت، عضویت در یک گروه اجتماعی خاص یا عقیده سیاسی، خارج از کشور تابعیت خود باشد و قادر به استفاده از حمایت آن کشور نباشد یا به دلیل چنین ترسی مایل به استفاده از آن نباشد؛ یا کسی که بدون تابعیت و به دلیل چنین رویدادهایی خارج از کشور محل اقامت سابق خود باشد، قادر به بازگشت به آنجا نباشد یا به دلیل چنین ترسی مایل به بازگشت به آنجا نباشد». همان‌طور که از این متن مشخص است، برای بهره‌مندی از حمایت پناهندگی، فرد نیازی به داشتن تابعیت ندارد. با این حال، به این معنا نیست که ارزیابی ادعای فرد بدون تابعیت بر اساس کنوانسیون پناهندگان، امری ساده است (Foster & Lambert, 2019, 91).

در خصوص تعریف پناهنده دو گونه تفسیر مضیق و موسع وجود دارد: یکی از تفاسیر برجسته از سوی حقوق‌دانان این است که همه کسانی که قادر به تأمین نیازهای اولیه خود نیستند به عنوان «پناهنده» تلقی شوند و انواع حمایت‌هایی که تحت کنوانسیون ۱۹۵۱ برقرار شده است به آنان اعطا شود. چنین رویکردی به طور قابل توجهی تعریف سنتی پناهنده را گسترش می‌دهد. در مقابل تفسیر دیگری وجود دارد که گروهی که با این تعریف پناهنده تلقی شده‌اند، ویژگی‌های خاصی دارند که باعث می‌شود حمایت از پناهندگان به طور ویژه برای آن‌ها مناسب باشد. در حالی که به بسیاری از افراد نیازمند می‌توان در کشورهای خود با اعطای نوعی وضعیت حمایتی موقت به آن‌ها کمک کرد، این در مورد پناهندگان طبق کنوانسیون صدق نمی‌کند. گروهی که با تعریف پناهندگان سازمان ملل متحد انتخاب شده‌اند، گروهی متمایز از نظر هنجاری هستند که ما نسبت به آن‌ها وظایف خاصی داریم، وظایفی که تنها با



اعطای پناهندگی در یک کشور امن می‌توانیم آن‌ها را انجام دهیم. علاوه بر این، دلایل عملی بیشتری وجود دارد که چرا تعریف گسترده‌تر از پناهنده ممکن است مشکلاتی را به وجود آورد (Lister, 2013, 645).

۳. قلمرو مفهوم «پناهنده» در کنوانسیون پناهندگان و تمیز آن از مفاهیم

مشابه

یکی از چالش‌های اصلی کنوانسیون، مبهم و مضیق بودن دامنه شمول آن و تردید نسبت به قابلیت اعمال آن نسبت به بسیاری از اشخاصی است که امروزه، ممکن است نیازمند حمایت تحت این نهاد باشند. «تعریف کنوانسیون بسیاری از انسان‌ها را که نیاز شدید به کمک دارند و بسیاری از آن‌ها در زبان روزمره به عنوان پناهنده تعریف می‌شوند، استثناء می‌کند» (Walker, 2003, 584). کنوانسیون به اصطلاح «پناهنده جنگی» و «پناهنده محیط زیستی» اشاره نمی‌کند. با این حال، برخی از مفسران معتقدند که پناهندگان جنگ به طور ضمنی تحت پوشش تعریف پناهنده در کنوانسیون هستند و بنابراین این موضوع نباید به عنوان مبنایی برای انتقاد از کنوانسیون استفاده شود (Fontaine, 1996, 96).

۳-۱- مهاجر

سازمان بین‌المللی مهاجرت^{۱۰} در تعریف مهاجر^{۱۱} می‌گوید: «مهاجر یک اصطلاح کلی است که تحت قوانین بین‌المللی تعریف نشده است. این اصطلاح بر اساس درک عمومی، به فردی اشاره دارد که به دلایل مختلف و به صورت موقت یا دائم، از محل سکونت معمول خود، چه در داخل یک کشور و چه در خارج از مرزهای آن، نقل مکان می‌کند. این اصطلاح شامل گروه‌های مختلفی می‌شود که از نظر قانونی به خوبی تعریف شده‌اند، مانند کارگران مهاجر؛ افرادی که نوع خاصی از جابجایی آن‌ها از نظر

¹⁰ . International Organization for Migration (IOM)

¹¹ . migrant



قانونی تعریف شده است، مانند مهاجران قاچاق؛ و همچنین افرادی که وضعیت یا نحوه مهاجرت آن‌ها به طور خاص تحت قوانین بین‌المللی تعریف نشده است، مانند دانشجویان بین‌المللی» (Glossary on Migration, 2019). مهاجر هر زمان خواهد می‌تواند به وطنش بازگردد. مهم‌ترین دلایل مهاجرت را می‌توان دستیابی به امکانات و خدمات شهروندی مطلوب‌تر در خارج از کشور دانست. تفاوت مهاجر و پناهنده در این است که جلالی وطن برای پناهنده اجباری و بیشتر ناگهانی است. در حالی که مهاجر با اراده خود برای رسیدن به زندگی بهتر ترک وطن می‌کند (ارحامی، ۱۳۹۳، ۷). همچنین «ترس موجه از آزار» در مورد مهاجر صدق نمی‌کند. با این اوصاف درست است که مهاجر، اقامتگاه خود را تغییر داده ولی تا زمانی که تابعیت خود را تغییر نداده است از حمایت قانون متبوع خود برخوردار است؛ به عبارت دیگر تا زمانی که مهاجر ملیت کشور مبدأ را حفظ کند، بر قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه وی تأثیری نخواهد گذاشت (Dikovska, 2024, 11)؛ اما قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه برخی از مهاجران مرتبط با جنگ ممکن است بر اساس کنوانسیون پناهندگان مصوب ۱۹۵۱ تعیین شود. برای این منظور، آن‌ها نیازی به داشتن وضعیت پناهندگی ندارند؛ اما باید معیارهای پناهندگی ذکرشده در کنوانسیون را داشته باشند؛ بنابراین، قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه افراد با حمایت فرعی یا موقت نیز ممکن است بر اساس کنوانسیون تعیین شود. اگر قصد یک مهاجر جنگی برای ماندن در کشوری که به آن پناه برده واقع‌بینانه باشد، می‌توان آن را عاملی در نظر گرفت که نشان‌دهنده اقامت او در آن کشور است. در صورتی که طرفین یک رابطه حقوقی، قانونی را برای حل مسائل مربوط به احوال شخصیه خود انتخاب نکرده باشند، مسائل احوال شخصیه یک مهاجر جنگی که معیارهای پناهندگی ذکرشده در کنوانسیون را ندارد، می‌تواند به موجب قانون کشوری که این مهاجر در زمان مطرح- شدن موضوع در دادگاه، نزدیک‌ترین ارتباط را با آن دارد، اداره شود (Dikovska, 2024).



۲-۳- پناهجو

در کشورهای با رویه‌های فردی، پناهجو یا متقاضی پناهندگی^{۱۲} کسی است که درخواست او هنوز توسط کشوری که آن را ارائه کرده است به طور نهایی تصمیم‌گیری نشده است. همه کسانی که درخواست پناهندگی می‌دهند در نهایت به عنوان پناهنده شناخته نمی‌شوند، اما هر پناهنده شناخته‌شده‌ای در ابتدا یک پناهجو است. با این حال، یک پناهجو نمی‌تواند به کشور مبدأ خود بازگردانده شود تا زمانی که درخواست پناهندگی او در یک رویه عادلانه بررسی شود و تا زمان تعیین وضعیت او از حداقل استانداردهای رفتار برخوردار است.^{۱۳} بنابراین پناهجو، هنوز تابعیت کشور پناهنده را به دست نیاورده و در یک وضعیت متزلزل به سر می‌برد.

رویه قضایی اتحادیه اروپا در مورد پناهجویان بدین منوال است که قانون حاکم بر احوال شخصیه پناهجو ابتدا قانون متبوع متقاضی است. در قضیه Z.H. and R.H. v. Switzerland (۸ دسامبر ۲۰۱۵)، دو افغانستانی پس از ثبت نام قبلی به عنوان متقاضی پناهندگی در ایتالیا، در سوئیس نیز درخواست پناهندگی دادند. آن‌ها در زمان مراجعه به مقامات پناهندگی سوئیس خود را به عنوان یک زوج متأهل معرفی کردند و گفتند که در یک مراسم مذهبی در ایران زمانی که زوجه ۱۴ ساله و زوج ۱۸ ساله بوده ازدواج کرده‌اند ولی هیچ سند ازدواجی ارائه نکردند. درخواست پناهندگی آن‌ها رد شد. زوج به ایتالیا فرستاده شد، اما توانست سه روز بعد به طور غیرقانونی بازگردد و اجازه ماندن پیدا کرد. در جریان تجدیدنظر، دادگاه داخلی سوئیس دریافت که ازدواج متقاضیان به دلیل مغایرت با نظم عمومی قابل قبول نیست؛ چرا که بر اساس قوانین سوئیس، برقراری رابطه جنسی با کودک زیر ۱۶ سال جرم محسوب می‌شود؛ بنابراین، متقاضیان نمی‌توانستند بر اساس ماده ۸

¹² . asylum seeker

¹³ .United Nations High Commissioner for Refugees, Master Glossary of Terms (2006). Available At: <https://www.unhcr.org/glossary>



کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حقی به زندگی خانوادگی داشته باشند. در جریان رسیدگی بر اساس کنوانسیون، متقاضیان ادعا کردند که اخراج شوهر به ایتالیا در سال ۲۰۱۲ ناقض ماده ۸ کنوانسیون بوده است و در صورت اخراج مجدد، نقض دیگری رخ خواهد داد. دادگاه دلیلی برای رد یافته‌های دادگاه عالی اداری فدرال سوئیس مبنی بر اینکه ازدواج مذهبی متقاضیان بر اساس قانون افغانستان نامعتبر و به هر حال به دلیل سن کم زوجه با نظم عمومی سوئیس مطابقت ندارد، ندید. ماده ۸ کنوانسیون را نمی‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که به هر کشوری که عضو کنوانسیون است، الزام کند که یک ازدواج، مذهبی یا غیرمذهبی که توسط یک کودک ۱۴ ساله منعقد شده است را به رسمیت بشناسد. همچنین چنین الزامی را نمی‌توان از ماده ۱۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استنتاج کرد. ماده ۱۲ صراحتاً امکان ازدواج به موجب «قوانین ملی» را در نظر گرفته است و با توجه به حساسیت انتخاب‌های اخلاقی و اهمیت حمایت از کودکان و ایجاد محیط خانوادگی امن، دادگاه نباید به سرعت قضاوت کند؛ بنابراین، مقامات ملی سوئیس محق بودند که متقاضیان را که هیچ اقدامی برای به رسمیت شناختن ازدواج مذهبی خود در سوئیس انجام نداده بودند، به عنوان زوج متأهل در نظر نگیرند. ویژگی خاص این پرونده این است که ازدواج این زوج هم مغایر با قوانین ملی هر دو نفر و هم مغایر با نظم عمومی کشوری بود که خواهان به رسمیت شناختن ازدواجشان در آن بودند. با این حال، حتی اگر ازدواج آن‌ها ناقض قوانین ملی‌شان نبود، می‌توان فرض کرد که دادگاه باز هم امتناع از به رسمیت شناختن ازدواجی را که مغایر با نظم عمومی کشوری است که در آن به دنبال به رسمیت شناختن هستند، نقض ماده ۸ تلقی نمی‌کرد (با این حال، ازدواج این شهروندان افغان زمانی که همسر به سن ۱۷ سالگی رسید در سوئیس به رسمیت شناخته شد و به هر دوی آن‌ها در سوئیس پناهندگی اعطا شد).^{۱۴} با در نظر

¹⁴ . Z.H. and R.H. v. Switzerland, The European Court of Human Rights, 60119/12, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-10810%22%7D>



گرفتن حدودی که به دولت‌ها در امور مهاجرت داده می‌شود، بین منافع متقاضیان پناهندگی و منافع دولتی که تقاضای پناهندگی به آن تسلیم شده، توازن عادلانه‌ای برقرار شده است.

۴. حمایت از پناهندگان در نظام حقوقی ایران

نظام حقوقی حمایت از پناهندگان در ایران تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل و قوانین داخلی اداره می‌شود. اصل ۱۵۵ قانون اساسی ایران بی‌آنکه تعریفی از پناهنده ارائه دهد، مقرر می‌دارد: «دولت جمهوری اسلامی ایران می‌تواند به کسانی که پناهندگی سیاسی بخواهند، پناه دهد مگر اینکه بر طبق قوانین ایران خائن و تبه‌کار شناخته شوند». دولت ایران «کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان ۱۹۵۱» و «پروتکل مربوط به وضعیت پناهندگان ۱۹۶۷» را طی ماده‌واحدی در تاریخ ۲۵ خرداد ۱۳۵۵ به تصویب رساند. بر این اساس، دولت ایران مشابه سایر اعضای کنوانسیون ملزم به رعایت مقررات آن نسبت به پناهندگان است. مطابق قانون مذکور: ۱- تمام مواردی که به موجب این کنوانسیون پناهندگان مشمول مساعدترین رفتار معمول نسبت به اتباع یک دولت خارجی شده باشند، دولت ایران این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که پناهندگان را از مساعدترین رفتار معمول نسبت به اتباع دولی که با آنان موافقت‌نامه‌های ناحیه‌ای و اقامت و گمرکی و اقتصادی و سیاسی دارد، بهره‌مند نسازد. ۲- دولت ایران مقررات مواد ۱۷ و ۲۳ و ۲۴ و ۲۶ را صرفاً به عنوان توصیه تلقی می‌نماید.

پیش از الحاق به کنوانسیون و پروتکل آن، آیین‌نامه‌ای تحت عنوان «آیین‌نامه پناهندگان» در تاریخ ۱۳۴۲/۹/۲۵ به تصویب هیئت وزیران وقت رسیده بود که در مورد نحوه اعطای پناهندگی و حقوق و تکالیف پناهنده در ایران مقررات مفصلی را پیش‌بینی نموده است. تعریف پناهنده در ماده یک این آیین‌نامه گسترده‌تر از تعریف کنوانسیون است و افراد خانواده تحت تکفل شخص را هم شامل می‌شود. هرچند، الحاق به کنوانسیون، مؤخر بر تصویب آیین‌نامه مذکور است، مفاد آیین‌نامه تا حدی



که با استانداردهای کنوانسیون مغایر نباشد، به قوت خود باقی است، از جمله در خصوص موضوعاتی که کنوانسیون در خصوص آن‌ها حکمی ندارد و آن را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده است.

پس از انقلاب نیز، ضعف در برنامه‌ریزی، سیاست‌گذاری و مقررات‌گذاری در این حوزه مشهود است و هیچ قانون جدید و جامعی درباره ورود و پذیرش پناهندگان و حمایت از آنان در ایران تصویب نشده است. علی‌رغم حضور میلیون‌ها پناهنده و مهاجر در چهار دهه گذشته در ایران، هیچ مقرراتی مربوط به سرشماری، شرایط و نحوه ارائه درخواست پناهندگی، مرجع تصمیم‌گیرنده، استانداردهای تعیین وضعیت پناهندگی، حقوق پناهندگان، تکالیف آنان، شرایط تمدید اقامت و مدت زمان و شرایط لازم برای ارائه درخواست کسب تابعیت تدوین نشده است. از سوی دیگر، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های متعدد مربوط به تحصیل در مدارس، آموزش عالی، حق اشتغال، دسترسی به بازار کار، همین‌طور ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های رفت‌وآمد، امور بانکی و مالی، ازدواج با اتباع ایرانی، مالکیت اموال منقول و غیرمنقول، پراکنده و متناقض و غیرشفاف است و برای رفع مشکلات مقطعی تصویب شده است¹⁵. (مختارزاده و انصاری، ۱۴۰۱، ۱۰۴)

۵. مفهوم احوال شخصیه

احوال شخصیه در کنوانسیون تعریف نشده است. «احوال شخصیه از «وضعیت» و «اهلیت» تشکیل می‌شود. وضعیت عبارت از مجموع اوصاف حقوقی شخص و شامل اموری است که اجزاء وضعیت را تشکیل می‌دهد» (نصیری، ۱۳۸۳، ۱۹۷) و اهم آن عبارت است از نام و نام خانوادگی، نکاح، حضانت، طلاق، فسخ نکاح، نسب، صغر، رشد، جنون، رژیم حمایت از محجورین، ارث و وصیت. اهلیت عبارت است صلاحیت

15. به عنوان نمونه‌ای از این نوع مقررات‌گذاری می‌توان به قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیرایرانی اشاره کرد.



شخص برای داراشدن حق و تکلیف (اهلیت تمتع) و استفاده از آن (اهلیت استیفا). تعیین دقیق مسائل تحت پوشش اصطلاح «احوال شخصیه» مذکور در ماده ۱۲ کنوانسیون، به روش تفسیر معاهدات بین‌المللی و همچنین میزان مجازبودن استفاده از مواد مقدماتی (کارهای مقدماتی تهیه و تدوین کنوانسیون) بر اساس روش انتخابی است. با این حال، در هر صورت، ضروری است که هدف از تدوین این ماده را به خاطر بسپاریم. هدف اصلی این ماده، «حذف اعمال حقوق کشور متبوع پناهنده» بوده است (Metzger, 2011, 875). بنابراین، تفسیر گسترده از «احوال شخصیه» در ماده ۱۲ کنوانسیون، موجه و معقول به نظر می‌رسد. این تفسیر گسترده، احتمال اعمال حقوق کشور مبدأ (کشوری که فرد از آن گریخته است) به مسائل تحت پوشش «احوال شخصیه» را به حداقل می‌رساند (Dikovska, 2024, 8).

سؤال بسیار مهمی که مطرح می‌شود و در عمل نیز دعاوی فراوانی راجع به آن مطرح است این است که روابط مالی زوجین^{۱۶} پناهنده نیز مشمول ماده ۱۲ قرار می‌گیرد؟ موضوعاتی از قبیل نحوه مالکیت و اداره اموال زوجین، مهریه، جهیزیه، نفقه، وصیت و ارث زوجین مربوط به روابط مالی زوجین می‌شود. نظر به اینکه ارث و وصیت^{۱۷} در تمام کشورها جزء احوال شخصیه به حساب نمی‌آید، کنوانسیون برای ایجاد یکنواختی در تفسیر کنوانسیون در بند ۲ ماده ۱۲ از اصطلاح «حقوق مربوط به ازدواج» استفاده کرده است.^{۱۸}

ماده ۱۲ به قانونی که حاکم بر احوال شخصیه پناهندگان است اشاره دارد، نه

^{۱۶} رژیم زناشویی یا matrimonial regime به مجموعه قواعد و مقرراتی اطلاق می‌شود که روابط مالی و حقوقی بین زن و شوهر را در طول زندگی مشترک تعیین می‌کند.

^{۱۷} به طور معمول، با وصیت‌نامه‌های پناهندگانی که در کشور مبدأ خود تنظیم کرده‌اند، مشکلی پیش نمی‌آید، اگرچه اجرای وصیت‌نامه به قانون کشوری که وصیت‌نامه در آن اجرا می‌شود، بستگی دارد.

^{۱۸} بند دوم ماده ۱۲ پیش‌نویس دبیرخانه که به شرح ذیل بود: «حقوق خانواده، به ویژه انعقاد و انحلال ازدواج پناهندگان و حقوق مربوط به توارث، خواه قهری یا با وصیت، تابع قواعد ماهوی و شکلی قانون کشور محل اقامت یا در صورت عدم وجود چنین قانونی، تابع قانون کشور محل سکونت خواهد بود»، توسط کمیته ویژه حذف شد. گفته شد که این بند اضافی است.



قانونی که حاکم بر انعقاد یا انحلال اعمال حقوقی است؛ بنابراین، این ماده به اهلیت برای انعقاد نکاح اشاره می‌کند، اما به انعقاد یا انحلال نکاح، وصیت‌نامه و غیره نمی‌پردازد. این امر به قانون کشوری که چنین اقدامی در آنجا انجام می‌شود، واگذار شده است.^{۱۹} (Robinson, 1997, 31). همچنین، گسترش دامنه ماده ۱۲ به موضوعات ذکر نشده در کنوانسیون باید به اختیار کشورهای عضو کنوانسیون واگذار شود (Dikovska, 2024, 8).

۶. تعارض توصیف‌ها در احوال شخصیه پناهندگان

در هر نظام حقوقی برای تعیین قواعد حل تعارض تقسیماتی در مورد روابط حقوقی قائل شده‌اند که به نام دسته‌های ارتباط معروف است مانند احوال شخصیه و قراردادها (ارفع‌نیا، ۱۳۷۹، ۹۳/۲). در هر موردی که قاضی با یک مسئله تعارض قوانین برخورد می‌کند ابتدا باید رابطه حقوقی را در یک دسته ارتباط جای دهد. تشخیص این امر را «توصیف» می‌نامند (الماسی، ۱۳۸۲، ۷۸). برای مثال در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اتباع بیگانه مقیم در ایران از حیث احوال شخصیه، اهلیت و حقوق ارثیه تابع قانون متبوع خود خواهند بود (ماده ۷ ق.م)؛ بنابراین همواره توصیف مقدم بر اعمال قاعده حل تعارض است (همان). زیرا قبل از اعمال قاعده حل تعارض ابتدا باید روابط حقوقی که عنوان احوال شخصیه دارند توصیف شوند. در فرض تعارض توصیف‌ها، کنوانسیون ۱۹۵۱ در مورد اینکه توصیف احوال شخصیه طبق چه قانونی انجام شود ساکت است. دو رویکرد در این رابطه قابل ارائه است:

^{۱۹} . ذکر این نکته ضروری است که مسئله انعقاد مراسم ازدواج، مشکلی ایجاد نمی‌کند زیرا قانون محل برگزاری مراسم جاری می‌شود. اما موضوع انحلال ازدواج به دلیل خودداری بسیاری از کشورها از اعطای طلاق، پیچیده می‌شود.



۱-۶- توصیف به موجب قانون سبب^{۲۰}

طبق این دیدگاه، احوال شخصیه پناهنده باید به موجب قانون و قواعد کشوری که قانون آن برای موضوع دعوی صلاحیت‌دار تشخیص داده شده، توصیف شود (ارفع‌نیا، ۱۳۷۹، ج ۲: ۱۰۰). در خصوص توصیف به موجب قانون سبب ایراداتی وجود دارد، از جمله اینکه توصیف به موجب قانون سبب موجب «دور باطل» (ارفع‌نیا، ۱۳۷۹، ۱۰۰/۲) و «مصادره به مطلوب» (الماسی، ۱۳۸۲، ۸۲) می‌شود. به این مفهوم که صلاحیت قانون خارجی نتیجه توصیف رابطه حقوقی است (تقدم توصیف بر قاعده حل تعارض). حال اگر برای توصیف هم به قانون خارجی مراجعه کنیم مثل این است که مسئله‌ای را که باید حل شود حل شده تلقی کرده‌ایم (الماسی، ۱۳۸۲، ۸۲).

۲-۶- توصیف به موجب قانون مقر دادگاه^{۲۱}

به موجب این راه‌حل توصیف باید طبق قانون و قواعد کشور متبوع قاضی توصیف شود. در کنوانسیون ۱۹۵۱ نیز توصیف احوال شخصیه باید به موجب قانون مقر دادگاه صورت گیرد.

۷. قاعده حل تعارض در خصوص احوال شخصیه پناهندگان

ماده ۱۲ کنوانسیون، قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه پناهندگان را تعیین می‌کند. این ماده مقرر می‌دارد: «احوال شخصیه پناهنده تابع قوانین کشوری است که در آنجا اقامت دارد ولی چنانچه فاقد محل اقامت باشد تابع قوانین کشور محل سکونت او خواهد بود». مشابه همین مقرر در ماده ۱۲ کنوانسیون راجع به وضعیت اشخاص بی‌تابعیت مصوب ۱۹۵۴^{۲۲} برای هر فردی که به وسیله هیچ دولتی به عنوان تبعه شناخته نشود، بیان شده است. احوال شخصیه افراد بدون تابعیت طبق قانون

²⁰ . Lex causae

²¹ . Lex fori

²² . 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons

ایران این کنوانسیون را امضا نکرده است.



کشور محل اقامت آن‌ها یا در صورت عدم وجود محل اقامت طبق قانون محل سکونی آن‌ها تعیین می‌شود؛ بنابراین در نظام‌های حقوقی مثل ایران که در احوال شخصیه، قانون ملی را اعمال می‌کنند و به این کنوانسیون ملحق شده‌اند، احوال شخصیه پناهندگان استثنایی بر قاعده اعمال قانون ملی به شمار می‌رود (شریعت‌باقری، ۱۳۹۶، ۳۱۶).

با این حال، در تعیین قانون قابل اعمال به احوال شخصیه پناهندگان، لازم است به ماده ۵ کنوانسیون^{۲۳} توجه داشت. این ماده به عنوان مجوزی برای توسل به سایر قواعد تعارض قوانین (قواعدی که در صورت وجود اختلاف در قوانین دو یا چند کشور در مورد یک موضوع خاص، تعیین می‌کند کدام قانون حاکم است) تفسیر می‌شود که در کنوانسیون پیش‌بینی نشده‌اند، به شرطی که این قواعد برای پناهندگان مساعدتر باشند. نمونه‌هایی وجود دارد که دادگاه‌های ملی به جای اعمال قانون کشور محل اقامت پناهندگان، قانون کشور متبوع آن‌ها را اعمال کرده‌اند؛ زیرا این کار به محافظت از حقوق تحت پوشش «احوال شخصیه» آن‌ها کمک می‌کرد (Dikovska, 9, 2024). برای مثال، در یک پرونده^{۲۴}، دادگاه بلژیک قانون بلژیک (قانون کشور اقامت پناهندگان) را اعمال نکرد، بلکه قانون کشور ملی آن‌ها را اعمال کرد. دلیل این کار این بود که برخلاف قانون بلژیک، قانون کشور ملی به آن‌ها اجازه می‌داد نام خانوادگی فرزند تازه متولدشده خود را در بلژیک مطابق با قوانین و سنت‌های کشور ملیت‌شان ثبت کنند، در حالی که این کار طبق قانون بلژیک امکان‌پذیر نبود (Verhellen, 2018, 437).

پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که اگر در یک رابطه حقوقی، فقط یکی از طرفین به کشوری پناهنده شود یا به بیان دیگر طرفین فاقد اقامتگاه مشترک

^{۲۳} . مطابق ماده ۵ هیچ‌یک از مقررات کنوانسیون به حقوق و مزایایی که خارج از حدود این کنوانسیون به پناهندگان داده شده است، لطمه وارد نخواهد ساخت.

^{۲۴} . Court of First Instance of Leuven, No. 08/943/B



باشند، کدام قانون باید بر این رابطه حکومت کند؟ برای نمونه، زوج یا زوجه به کشوری پناهنده شده‌اند و دیگری در کشور متبوع خود باقی مانده یا در کشور ثالثی اقامت گزیده است. حقوق داخلی کشورها باید به این پرسش پاسخ دهد. ولی به نظر می‌رسد در این موارد نیز قانون اقامتگاه شخص پناهنده باید بر رابطه حاکم باشد مگر اینکه قانون طرف مقابل، شرایط مساعدتری برای پناهنده فراهم نماید.

۱-۷- مبانی حقوقی حکومت قانون اقامتگاه

دلیل اعمال قانون اقامتگاه این است که اکثر کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانسی که کنوانسیون را تدوین کردند، از جمله کشورهایایی که حقوق بین‌الملل خصوصی آن‌ها به طور معمول بر اعمال قانون کشور متبوع در احوال شخصیه استوار بود، بر این عقیده بودند که حتی اگر یک پناهنده تابعیت اصلی خود را از دست نداده باشد، مناسب نیست که احوال شخصیه او همچنان تابع قوانین کشور متبوعش^{۲۵} باشد. استدلال دیگری که در این زمینه به کار رفت این بود که کشورهای مبدأ بسیاری از پناهندگان اغلب اوقات دستخوش انقلاب و شورش شده‌اند که با اصولی که قبل از انقلاب در کشور مبدأ حاکم بوده و همچنان در کشوری که پناهنده اکنون در آن ساکن است، مغایرت دارد. از آنجایی که فرض بر این است که پناهنده هیچ‌گونه همبستگی یا وابستگی به کشور مبدأ خود احساس نمی‌کند و از حمایت آن کشور برخوردار نیست، تابعیت او صرفاً یک امر شکلی است و می‌توان او را فردی «شبه بدون تابعیت»^{۲۶} در نظر گرفت (Bogdan, 2006, 311). «بر اثر پناهندگی، میان دو طرف رابطه تابعیت در عمل جدایی می‌افتد و به جای آن میان پناهنده و کشوری که در آنجا اقامت گزیده علائقی عملی ایجاد می‌گردد» (سلجوقی، ۱۳۹۳، ۲۱۸).

۲-۷- تفسیر ماده ۱۲ کنوانسیون

²⁵ . lex patriae

²⁶ . quasi-stateless' person



ممکن است اعمال قانون اقامتگاه مندرج در ماده ۱۲، منجر به تعیین قانونی متفاوت برای احوال شخصیه یک پناهنده شود. این اتفاق زمانی رخ می‌دهد که یک قاعده ملی حل تعارض، قانون قابل اعمال بر احوال شخصیه یک پناهنده را نه بر اساس کشور محل اقامت او (همان‌طور که در ماده ۱۲ کنوانسیون پیش‌بینی شده است)، بلکه بر اساس روشی دیگر تعیین کند.^{۲۷}

هدف اصلی ماده ۱۲، خارج کردن پناهنده از اعمال قانون متبوعش است، با توجه به اینکه پناهندگان، کشور متبوعشان را ترک کرده‌اند و ممکن است قوانین آن کشور تغییراتی نیز کرده باشد که پناهندگان با آن موافق نیستند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا قانون کشور محل اقامت، شامل قواعد تعارض آن کشور که ممکن است به قانون دیگری احاله^{۲۸} دهد، می‌شود؟

۱-۲-۷- ماده ۱۲ مبین قاعده حل تعارض است

بر طبق این دیدگاه قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۱۲ کنوانسیون زمانی باید مورد استفاده قرار گیرد که قانون کشور پناهندگی فاقد قاعده حل تعارض در رابطه با احوال شخصیه باشد و یا اینکه دارای قواعد حل تعارض یکسانی با کنوانسیون باشد (جعفری، ۱۳۹۶، ۴۹). طبق این دیدگاه، اعمال قاعده حل تعارض کشور پناهندگی می‌تواند منجر به اعمال قانون کشور دیگری نیز بشود (احاله).

۲-۲-۷- ماده ۱۲ جایگزین قاعده حل تعارض کشورها است

طرفداران این دیدگاه معتقدند که احوال شخصیه پناهندگان طبق ماده ۱۲ کنوانسیون تابع قانون اقامتگاه است، حتی اگر کشور پناهندگی، احوال شخصیه را تابع قانون متبوع دانسته باشد؛ بنابراین طبق این رویکرد، قاعده مندرج در ماده ۱۲

^{۲۷}. وضعیت احوال شخصیه افراد بدون تابعیت توسط قانون کشور محل سکونت عادی آنها تعیین می‌شود.

^{۲۸}. *renvoi*.



جانشین قاعده حل تعارض در کشورهاست.

نتیجه پذیرش دیدگاه دوم، منع احاله در کنوانسیون است. طبق نظر غالب، زمانی که یک معاهده برای اعمال قانون خاصی پیش‌بینی می‌کند، احاله منتفی است. در هر صورت، احاله به قانون کشور متبوع پناهنده منتفی است. در روابط حقوقی بین پناهندگان و سایر بیگانگان، اینکه کدام قانون باید اعمال شود (مثلاً قانون خواهان یا خوانده) به قانون کشور محل اقامت پناهنده بستگی دارد (Weis, 1990, 80).

۳-۷- مفهوم اقامتگاه

اصطلاح «اقامتگاه» که در ماده ۱۲ به کار رفته است در نظام‌های حقوقی معانی متفاوتی دارد: در کشورهای آنگلساکسون^{۲۹} به معنای مکانی است که فرد با قصد ماندن در آنجا سکونت دارد. در کشورهای اروپای قاره‌ای^{۳۰} به معنای سکونت عادی است. اقامتگاه معمولاً با یک عنصر عینی (محل سکونت) و یک عنصر ذهنی (قصد ماندن نامحدود در یک مکان خاص) مشخص می‌شود (Robinson, 1997, 31). در حقوق آنگلساکسون، هر فردی در زمان تولد یک اقامت مبدأ به دست می‌آورد که ممکن است با به دست آوردن اقامت جدید ارادی (اقامتگاه اختیاری)، از دست برود؛ بنابراین، طبق قوانین کشورهای آنگلساکسون، هر فردی دارای اقامتگاه است و فرد فاقد اقامتگاه وجود ندارد. اگر یک پناهنده اقامت اختیاری به دست نیاورده باشد، همچنان تابع قانون اقامت مبدأ خود خواهد بود که ممکن است قانون کشور تابعیت او باشد. با این حال، نمی‌توانسته قصد تدوین‌کنندگان کنوانسیون این باشد که با این ارجاع، پناهندگان را تابع قانون کشور متبوع خود کنند. در مباحثات کنوانسیون به «اقامتگاه جدید» اشاره شد و این هدف تدوین‌کنندگان کنوانسیون بوده است. در صورتی که چنین اقامتگاه جدیدی وجود نداشته باشد، قانون کشور محل اقامت اعمال می‌شود.

²⁹ . Anglo-Saxon law

³⁰ . continental European



در حقوق انگلستان، برای تعیین اینکه یک پناهنده در کجا اقامت دائم دارد، به نیت و قصد او برای بازگشت به کشور مبدأ خود در صورت تغییر شرایط آن کشور توجه می‌شود. اگر پناهنده قصد بازگشت به کشور مبدأ خود را داشته باشد، حتی اگر این احتمال بعید باشد، اقامت دائم او در کشور مبدأ در نظر گرفته می‌شود. در مقابل، اگر پناهنده قصد ماندن در کشور مقصد را داشته باشد، حتی پس از تغییرات در کشور مبدأ، اقامت دائم او در کشور مقصد در نظر گرفته می‌شود؛ به عبارت دیگر، نیت پناهنده برای بازگشت یا عدم بازگشت به کشور مبدأ، نقش تعیین‌کننده‌ای در تعیین محل اقامت دائم او دارد. در عین حال، رویکرد حقوق انگلستان تنها یکی از دیدگاه‌های ممکن است. در حقیقت، تدوین‌کنندگان کنوانسیون نتوانستند در مورد مفهوم «اقامت دائم» به توافق برسند و بنابراین، پیشنهاد شد که این مفهوم توسط دادگاه‌های کشوری که پناهنده را می‌پذیرد، تعیین شود (Dikovska, 2024, 8). به بیان دیگر، هر کشوری بر اساس قوانین خود تصمیم می‌گیرد که چه زمانی اقامتگاه وجود دارد و چه زمانی وجود ندارد. به نظر می‌رسد اگر نیت مهاجر برای ماندن در کشوری که به او پناه داده است واقع‌بینانه باشد، این نیت در تعیین اقامت دائم او در آن کشور، عامل مهمی به شمار می‌رود.

تفاوت بین مفاهیم مختلف اقامتگاه ممکن است منجر به برخی تعارضات شود، به ویژه زمانی که فرد بدون تابعیت از یک منطقه به منطقه دیگر نقل مکان کند یا زمانی که احوال شخصیه فرد بدون تابعیتی که در یک منطقه ساکن است، در منطقه دیگری باید تعیین شود. در موارد مشکوک، قانون کشور محل اقامت عادی فرد بدون تابعیت باید تعیین‌کننده باشد (Robinson, 1997, 31).

یکی از شارحان کنوانسیون می‌گوید: «ماده ۱۲ به مواردی نمی‌پردازد که در یک کشور واحد، قوانین متفاوتی بر احوال شخصیه یک فرد حاکم باشد. این قوانین می‌توانند بر اساس واحدهای جغرافیایی (مانند ایالت‌های فدرال با قوانین مدنی متفاوت) یا بر اساس دین فرد (مانند کشورهای مسلمان) تعیین شوند. دسته اول



(قوانین متفاوتی که بر اساس واحدهای جغرافیایی اعمال می‌شوند) مشکلی ایجاد نمی‌کنند؛ زیرا اقامتگاه یا محل سکونت فرد در یک مکان خاص تعیین می‌شود و احوال شخصیه فرد بدون تابعیت به محل اقامت او بستگی دارد. دسته دوم (قوانین متفاوتی که بر اساس دین فرد اعمال می‌شوند) پیچیده‌تر هستند. حل این مشکل به وابستگی مذهبی فرد بدون تابعیت بستگی دارد، به شرطی که آن دین خاص در کشور مورد نظر غالب باشد» (Robinson, 1997, 31). در کنفرانس تنظیم کنوانسیون پناهندگان، نماینده مصر به این مشکل اشاره کرد، اما به دلیل پیچیدگی آن، حتی مورد بحث قرار نگرفت.

۴-۷- قلمرو قاعده حق مکتسب در خصوص احوال شخصیه پناهندگان

شخص ممکن است قبل از پناهندگی در کشور متبوع خودش، حقوقی را تحصیل کرده باشد. در این صورت این سؤال مطرح می‌شود که این حقوق تا چه حد در کشور میزبان مورد حمایت است؟

بند ۲ ماده ۱۲ یک استثنا برای بند اول آورده است؛ زیرا اعتبار حقوق خاصی را که تحت قانون دیگری به دست آمده است (اغلب قانون کشور سابق فرد بدون تابعیت) تأیید می‌کند (Robinson, 1997, 32). چنین وضعیتی زمانی پیش می‌آید که حقوق خاصی مغایر با «نظم عمومی» کشوری باشد که در آن ادعا می‌شود؛ به عنوان مثال، حقوق ناشی از تعدد زوجات در کشوری که این عمل ممنوع است یا طلاق در کشورهایی که طلاق در آن‌ها به رسمیت شناخته نمی‌شود. بند ۲ ماده ۱۲ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «حقوقی که پناهنده قبلاً کسب نموده و مربوط به احوال شخصیه او می‌باشد مخصوصاً حقوق مربوط به ازدواج، باید از طرف هر دولت متعاقد، محترم شمرده شود، به شرط آنکه در صورت لزوم تشریفات پیش‌بینی شده در قوانین دولت مزبور را انجام دهد. بدیهی است حق مورد بحث باید از جمله حقوقی باشد که طبق قوانین دولت مذکور چنانچه وی پناهنده هم نباشد، شناخته شده باشد».

از آنجایی که ممکن است بین «نظم عمومی» کشورهای متعاقد، تفاوت وجود



داشته باشد، حقوق مکتسبه ممکن است در برخی موارد به رسمیت شناخته شود و در برخی دیگر به رسمیت شناخته نشود. این بند به «حقوقی که قبلاً توسط یک فرد بدون تابعیت به دست آمده و به احوال شخصیه وابسته است، به ویژه حقوق مربوط به ازدواج» اشاره می‌کند. برای حفظ این حقوق، فرد بدون تابعیت ممکن است در صورت لزوم بر اساس قانون داخلی کشور، ملزم به رعایت برخی تشریفات باشد. به عنوان مثال، قانون کشوری که در آن به دنبال به رسمیت شناختن این حقوق است، ممکن است تجویز کند که فرزندانگی‌های خارجی توسط دادگاه محلی تأیید شود یا اینکه رژیم اموال زناشویی (جدایی اموال یا حق شوهر برای اداره اموال همسر) ثبت رسمی شود (Robinson, 1997, 32) این بند برای جلوگیری از اعتراضات مبتنی بر نظم عمومی در نظر گرفته شده بود، اما به نظر می‌رسد فراتر از آن رفته و به سایر دلایل موجود در قوانین کشوری که احترام به حق تملک‌شده موردنظر را مجاز نمی‌کند، اجازه می‌دهد، اگرچه تصور چنین دلایلی دشوار است.

بدیهی است شناسایی حق مکتسبه پناهنده، مشروط به عدم مغایرت این حقوق با نظم عمومی آن کشور است (جعفری، ۱۳۹۶، ۵۰؛ الماسی، ۱۳۸۲، ۱۲۶).

۵-۷- ارتباط متقابل ماده ۱۲ کنوانسیون با سایر مواد کنوانسیون ۱۹۵۱

ماده ۱۲ اولین ماده فصل دوم کنوانسیون ۱۹۵۱ است. فصل دوم کنوانسیون دو سطح حمایتی برای پناهندگان ارائه می‌دهد: مواد ۱۴ و ۱۶ (بند ۲) کنوانسیون همان سطح حمایت را به پناهنده اعطا می‌کند که به سایر اتباع کشور پناهندگی اعطا می‌شود. در حالی که مواد ۱۳، ۱۵ و ۱۶ (بند ۳) رفتاری مطلوب تا حد امکان، نه کمتر از رفتاری که به طور کلی با اتباع بیگانه می‌شود را تجویز می‌کنند. رویکرد اتخاذشده توسط ماده ۱۲ به رویکرد مواد ۱۴ و ۱۶ (بند ۲) نزدیکتر است. این امر ادغام پناهنده با اتباع کشور پناهندگی در مورد قواعد انتخاب قانون در مورد احوال شخصیه را ایجاد می‌کند (Metzger, 2011, 869).



۸. کشورهای متعهد کنوانسیون با تحفظ نسبت به ماده ۱۲

ماده ۴۲ کنوانسیون به کشورهای عضو اجازه می‌دهد که تحفظاتی را نسبت به کنوانسیون، از جمله، ماده ۱۲(۱) قائل شوند. چند کشور ماده ۱۲ کنوانسیون (قاعده قانون اقامتگاه) را در مورد احوال شخصیه پناهندگان مغایر با حقوق داخلی خود دانسته و در این زمینه حقوق داخلی خود را محفوظ نگه داشتند: سوئد چنین تحفظی قائل شده است و در نتیجه، ملزم به اعمال قانون محل اقامت (یا سکونت) پناهنده در احوال شخصیه او نیست. دلیل تحفظ این است که حقوق بین‌الملل خصوصی سوئد، همان‌طور که در زمان الحاق سوئد به کنوانسیون وجود داشت، عمدتاً بر اعمال قانون متبوع بر احوال شخصیه، استوار بود. ماده ۱۲ در زمان تصویب کنوانسیون، توسط وزارت دادگستری سوئد مورد بررسی قرار گرفت و دولت و پارلمان (ریکسداگ) سوئد در نهایت تصمیم گرفتند که این تغییر اساسی را در سیستم حقوقی سوئد اعمال نکنند (Bogdan, 2006, 311). علی‌رغم تحفظ سوئد، قانونی خاص برای پناهندگان در حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور وجود دارد. از اول ژانویه ۱۹۷۴، به موجب ماده ۳ فصل هفتم قانون حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد ازدواج و سرپرستی (مصوب ۱۹۰۴)، «پناهنده سیاسی»^{۳۱} را در محدوده اعمال آن قانون، به عنوان «تبعه کشور محل اقامت (اقامت دائم)»^{۳۲} در نظر می‌گیرد. اگرچه این قانون فقط در حوزه ازدواج و سرپرستی آن هم برای پناهندگان سیاسی (و نه هر پناهنده دیگری) قابل اعمال است، اما می‌توان فرض کرد که این ماده بیانگر یک اصل کلی‌تر است که به طور معمول در کل حقوق بین‌الملل خصوصی سوئد دنبال می‌شود (Bogdan, 2006, 311). دولت اسپانیا نیز موضع حقوق داخلی خود را در مورد اعمال بند ۱ ماده ۱۲ محفوظ نگه داشت. همچنین در مورد بند ۲ ماده ۱۲ چنین تحفظ کرد که این بند منحصراً به حقوقی اشاره دارد که یک پناهنده قبل از اینکه در هر

³¹ . political refugee

³² . به سوئدی از عبارت *hemvist* استفاده شده که به انگلیسی *habitual residence* ترجمه می‌شود.



کشوری، وضعیت پناهندگی را به دست آورد، کسب کرده است. مصر نیز نسبت به ماده بند ۱ ماده ۱۲ تحفظ قائل شد؛ زیرا این ماده با ماده ۲۵ قانون مدنی مصر مغایرت دارد، که به شرح زیر است: «قاضی در مورد افراد بدون تابعیت یا با بیش از یک تابعیت هم‌زمان، قانون قابل اعمال را اعمال می‌کند. در مورد افرادی که طبق قوانین مصر، تابعیت مصر برای آن‌ها ثابت شده است و در عین حال طبق قوانین یک یا چند کشور خارجی، تابعیت آن کشور را نیز دارند، قانون مصر باید اعمال شود».

اسرائیل و بوتسوانا نیز کنوانسیون را با حق تحفظ نسبت به ماده ۱۲ امضا کردند.^{۳۳} به جز کشورهای فوق، مابقی کشورهای متعهد کنوانسیون ماده ۱۲ را اجرا می‌کنند.

در ایران، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریات مشورتی مختلف خود تأکید کرده است که اتباع خارجی در صورتی که مصداق پناهنده باشند، احوال شخصیه آنان تابع کنوانسیون خواهد بود.^{۳۴} با این حال تا آنجا که بررسی‌های نگارندگان نشان می‌دهد، تفکیک پناهندگان از سایر اتباع بیگانه و استناد به ماده ۱۲ کنوانسیون در خصوص احوال شخصیه در رویه قضایی ایران مغفول مانده است. دادگاه‌های ایران در دعاوی احوال شخصیه بیگانگان، یا بدون استناد به کنوانسیون و بر اساس دلایلی چون شیعه‌مذهب بودن طرفین یا عدم استناد و ارائه قوانین دولت متبوع خود، بر اساس قانون ایران حکم صادر کرده‌اند^{۳۵} یا با استناد به ماده ۷ قانون مدنی بر اساس

³³ . See: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en#EndDec

^{۳۴} . برای نمونه نظریه شماره ۱۸۸/۷ مورخ ۱۳۷۵/۱/۲۹، نظریه شماره: ۱۶۳۲/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۸، نظریه شماره ۹۵۷/۹۵/۷ و ...

^{۳۵} . برای نمونه دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۰۷۰۴۰۰۰۸۰۹ شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور در مقام ابرام دادنامه شماره ۰۰۷۳۸ مورخ ۱۳۹۴/۵/۲۶ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان فارس که بر اساس آن حکم به طلاق زوجین افغانستانی، بر اساس قانون مدنی ایران و قانون حمایت خانواده صادر شده است. البته در رأی مذکور به ماده ۱۲



قانون متبوع طرفین.^{۳۶} علت این امر را می‌توان هجوم اتباع بیگانه- در سال‌های اخیر بدون مدارک هویتی- و عدم طی فرایند پناهندگی دانست. در واقع، عمده اتباع خارجی مقیم ایران، علی‌رغم وجود شرایط ماهوی پناهندگی، رویه قانونی و اداری آن را طی نکرده‌اند.

۹. رویه قضایی

دادگاه عالی سن در فرانسه در تاریخ ۱۸ آوریل ۱۹۶۶ در قضیه *Cismiuglu v. Dame Seicaru* در مورد رژیم زناشویی زوج پناهنده رومانیایی که در سال ۱۹۶۴ در فرانسه طلاق گرفته بودند، رأی صادر کرد: در زمان ازدواج آن‌ها، رژیم جدایی اموال طبق قوانین رومانی در حال اجرا بوده است. با تصویب قانونی در ۲۵ ژانویه ۱۹۵۳ به همراه حکمی در ۳۱ ژانویه ۱۹۵۳، رژیم اشتراک مالکیت اموال زوجین در رومانی اجرا شد. همسر در سال ۱۹۵۷ و شوهر در سال ۱۹۶۴ توسط اداره حمایت از پناهندگان فرانسه به عنوان پناهنده شناخته شدند. دادگاه حکم داد که در حالی که به رسمیت شناختن توسط اداره پناهندگان اثر قهرایی ندارد، طرفین از اکتبر ۱۹۴۸، یعنی قبل از قانون ۳۱ ژانویه ۱۹۵۳، واجد شرایط پناهنده بوده‌اند و بنابراین این قانون نمی‌تواند رژیم زناشویی که تحت آن ازدواج کرده‌اند را تغییر دهد و این رژیم باید توسط مقامات فرانسه بر اساس ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۵۱ مورد حمایت قرار گیرد.^{۳۷} (Weis, 1990, 78).

در اتریش، دادگاه عالی در تاریخ ۴ آوریل ۱۹۵۶ تصمیم گرفت که دادگاه‌های

کنوانسیون هم استناد شده است. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۹۷ شعبه ۸ دیوان عالی کشور که در بخشی از آن آمده است: «اگر چه زوجین تبعه افغانستان بوده و از حیث احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع خود می‌باشند ولی چون قوانین مربوط به احوال شخصیه دولت متبوع خود را جهت رسیدگی به دعوی طلاق مطروحه ارائه نداده‌اند لذا رسیدگی به دعوی طلاق مطروحه مطابق قوانین موضوعه ایران بلاشکال بوده و منع قانونی ندارد».

^{۳۶} برای نمونه دادنامه شماره ۱۴۰۳۰۹۳۰۰۰۱۷۶۱۸۹۱ شعبه اول دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان برخوار

^{۳۷} See also: *Bracescu v. Bercovici* (1962).



اتریش صلاحیت رسیدگی به طلاق پناهندگان را دارند. دادگاه اعلام کرد که همه قواعد تعارض کشورهای عضو، خواه ماهوی یا شکلی، در جایی که به احوال شخصیه پناهندگان مربوط می‌شود، باید تابع ماده ۱۲ کنوانسیون باشد. از بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون می‌توان نتیجه گرفت که یک پناهنده نباید به دلیل پناهنده‌بودن یا به دلیل تابعیت خارجی که هنوز دارد، از دسترسی به دادگاه‌های اتریش ممانعت شود (Weis, 1990, 78).

در سوئیس، دیوان عالی فدرال در تاریخ ۲۰ اکتبر ۱۹۷۵ در پرونده دکس علیه دکس^{۳۸} در مورد صحت ازدواج دو پناهنده مجارستانی تصمیم گرفت: آن‌ها در سال ۱۹۴۵ در مجارستان ازدواج کردند. در سال ۱۹۷۳ شوهر با وجود مخالفت همسر برای شرکت در دادرسی، حکم طلاق را در بوداپست دریافت کرد. زن درخواست کرد که ازدواج همچنان معتبر شناخته شود. دادگاه بر این امر حکم داد. دادگاه بیان کرد که یک پناهنده می‌تواند بر اساس قانون سوئیس در محل اقامت خود برای طلاق اقامه دعوی کند، بدون اینکه نیاز به اثبات این قانون یا عرف قضایی کشور متبوع خود داشته باشد. هدف کنوانسیون، پرکردن خلأ ایجادشده توسط قطع رابطه پناهنده با کشور متبوعش با همسان‌سازی موقعیت پناهندگان در رابطه با احوال شخصیه و دسترسی به دادگاه‌ها با اتباع سوئیس است. کنوانسیون این را مدنظر قرار نمی‌دهد که پناهنده بتواند حق خود را در کشور متبوع خود دنبال کند و در صورت چنین کاری دیگر به معنای کنوانسیون، پناهنده محسوب نمی‌شود. درست است که یک پناهنده ممکن است دلایل خوبی برای اقامه دعوی طلاق در دادگاه‌های کشور متبوع خود داشته باشد، به عنوان مثال به دلیل وضعیت فرزندان صغیری که در آن کشور باقی مانده‌اند. هنگامی که دادگاه‌های کشور متبوع پناهنده ادعای صلاحیت انحصاری می‌کنند، مانند مورد مجارستان، او ممکن است مجبور شود به آن‌ها مراجعه کند تا در صورت تمایل به شناسایی حکم در آن کشور، به رأی آن‌ها تجدیدنظر کند (Weis,

³⁸ . Dax v. Dax (1975).



(78, 1990); بنابراین حکم مجارستان در سوئیس قابل شناسایی نیست.

۱۰. تأثیر ماده ۱۲ کنوانسیون بر نظام حقوقی ایران

با توجه به اینکه پناهندگان، گروه خاصی از اتباع بیگانه مقیم یا ساکن در ایران هستند و نظر به الحاق ایران به کنوانسیون، ماده ۱۲ را می‌توان مخصص ماده ۷ قانون مدنی و سایر قواعد حل تعارض ایران در زمینه احوال شخصیه بیگانگان دانست. ماده ۹۷۴ قانون مدنی نیز بر تقدم عهد بین‌المللی بر قواعد حل تعارض داخلی تأکید دارد. پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که آیا پناهندگی باید توسط طرفین دعوا مورد استناد قرار گیرد یا دادگاه مکلف است، در رسیدگی به دعاوی احوال شخصیه اتباع خارجی، رأساً پناهنده بودن یا نبودن آن‌ها را مورد بررسی قرار دهد؟ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه، مسئله پناهندگی در تعیین قاعده حل تعارض و قانون حاکم بر دعوا، مؤثر است، امری حکمی محسوب می‌شود و محکمه باید رأساً این موضوع را مورد بررسی قرار دهد. مسئله مهم دیگری که نیازمند بررسی و تحلیل است، تأثیر ماده ۱۲ بر احوال شخصیه آن دسته از اتباع ایران است که به کشورهای خارجی پناهنده شده‌اند. چرا که از یک سو، هر تبعه ایرانی که مطابق قانون ایران، ترک تابعیت نکرده باشد، کماکان ایرانی محسوب می‌شود و پناهندگی به کشور خارجی یا تحصیل تابعیت آن کشور، تأثیری بر تابعیت ایرانی او ندارد و از سوی دیگر مطابق ماده ۱۲، احوال شخصیه این افراد، تابع قانون کشور اقامتگاه آنان است. در واقع، کنوانسیون صرفاً ناظر به پناهندگان خارجی مقیم ایران نیست، روی دیگر این سکه، شمول آن نسبت به ایرانیان پناهنده در خارج از کشور است؛ بنابراین ماده مذکور را باید مخصص ماده ۶ قانون مدنی دانست. امری که پذیرش نتایج آن در نظام حقوقی ایران دشوار می‌نماید. فرض کنید نکاحی بین یک زن ایرانی مسلمان پناهنده با مرد خارجی غیرمسلمان در کشوری خارجی منعقد شده، آیا دادگاه ایرانی می‌تواند به استناد ماده ۱۲ و بر اساس قانون اقامتگاه، حکم به صحت چنین نکاحی دهد؟ پاسخ به نظر منفی می‌رسد.



تأثیر عامل دین و مذهب در تعیین قانون حاکم باید مورد توجه قرار گیرد. با توجه به اینکه بسیاری از پناهندگان مقیم ایران پیرو فرق اهل سنت هستند، آیا محکمه می‌تواند قانون مدنی ایران را بر احوال شخصیه آنان اعمال کند. به عنوان مثال، اصولاً آیا نکاحی که بر مبنای فقه اهل حنفی منعقد شده، می‌تواند در انحلال و رژیم اموال، تابع فقه جعفری باشد؟

ممکن است گفته شود که اجازه اعمال قواعد مذهبی در خصوص احوال شخصیه، اختصاص به ایرانیان غیرشیعه دارد. اصل ۱۳ قانون اساسی به «ایرانیان» می‌پردازد و عنوان قانون «اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم» نیز مانع از شمول آن نسبت به اتباع بیگانه می‌شود؛ اما به نظر می‌رسد باید آن را حمل بر مورد غالب کرد. اگر قانون ایران را به عنوان قانون اقامتگاه حاکم بدانیم می‌توان گفت قواعد مذهبی اقلیت‌های پذیرفته‌شده در قانون اساسی، به عنوان بخشی از قانون ایران، قابل اعمال بر پناهندگان نیز هست. اعمال قواعد مذهبی برای پناهندگان مسلمان مقیم ایران، چیزی نیست جز اعمال قانون اقامتگاه (نک. پروین، ۱۳۷۸، ۲۶۹). مضافاً بر این، به نظر می‌رسد برای مثال قواعد مذهبی مسیحیت در خصوص احوال شخصیه یک پناهنده مسیحی مناسب‌تر از مقررات قانونی مدنی ایران است و غایت دانش تعارض قوانین نیز دستیابی به قانون مناسب در خصوص هر رابطه حقوقی است.

طبق قاعده فقهی «الزام» که از حدیث «الزِمُوهُمُ بِمَا أَلَزَمُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» اخذ شده است نیز همین نتیجه استنباط می‌شود. مفاد قاعده این است اگر یک نفر ملتزم به دین و اعتقاد خاصی باشد، حاکم اسلامی می‌تواند او را ملزم کند بر اینکه به احکام مذهب و اعتقاد خودش ملتزم شود.^{۳۹} (ضیاءالدین، ۱۳۹۲، ۷۹). احوال شخصیه مهم‌ترین

^{۳۹}. بدون شک، قاعده الزام در احکام اختلافی میان شیعه دوازده امامی و مخالفان از گروه‌های مسلمان غیرشیعه، جاری می‌شود، به شرط آنکه الزام مخالف به مقتضای مذهبش زیان مالی یا بار حقوقی بر او و توسعه برای شیعه در پی داشته باشد؛ لیکن در اینکه این قاعده اختصاص به گروه‌های یادشده دارد یا پیروان سایر ادیان از قبیل مسیحیت، یهودیت و مجوسیت را نیز دربرمی‌گیرد، مسئله اختلافی است. بسیاری آن را شامل پیروان سایر



بستر جریان این قاعده است. «اجمال قاعده الزام و مورد متیقن این قاعده جایی است که بین دو نفر اختلاف در مذهب وجود دارد و یکی از این دو امامی بوده و دیگری از عامه و اهل سنت است. در این صورت فقهای امامیه بر طبق روایات و ادله دیگری که بیانگر قاعده الزام است می‌فرمایند: اگر یک معامله یا عقدی بر طبق مذهب عامه به صورت صحیح و دارای شرایط واقع شود، هرچند که این عمل بر طبق مذهب امامیه به صورت صحیح واقع نشده است و باید حکم به بطلان و عدم ترتب اثر بر آن کنیم، اما بر طبق مفاد قاعده الزام شخص شیعی می‌تواند آثار صحت را بر آن عمل مترتب کند و شخص عامی را بر پذیرش مقتضای عملش الزام نماید. مثال معروف و مورد اتفاق این قاعده چنین است: اگر یک شخص از عامه زوجه خود را به سه طلاق در یک مجلس مطلقه کند و در مجلس به زوجه خود بگوید: «انت طالق ثلاثاً» از آن جهت که طبق مذهب این شخص، این طلاق صحیح است و به اعتقاد وی، با چنین طلاقی زوجه او، مطلقه خواهد بود و لذا بعد از گذشت عده، خود اهل سنت با چنین زنی ازدواج می‌کنند، حال هرچند که بر طبق نظر فقهای امامیه، چنین طلاقی باطل است اما بر طبق مفاد قاعده الزام یک شیعی می‌تواند، این زن را که به چنین طلاقی مطلقه شده است، به عقد خود درآورد و با وی ازدواج کند» (فاضل‌لنکرانی، ۱۳۹۱، ۱۴-۱۳).

۱۱. نتیجه‌گیری

ماده ۱۲ اولین ماده فصل دوم کنوانسیون ۱۹۵۱ است که به وضعیت حقوقی احوال شخصیه پناهندگان می‌پردازد. طبق این ماده، تمام مسائل مربوط به احوال شخصیه تابع قانون محل اقامت پناهنده یا در صورت عدم اقامت، تابع قانون کشور محل سکونت وی خواهد بود. این حکم در کشورهایی که طبق اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی، احوال شخصی اتباع خارجی تابع قانون ملی آنها است، مثل ایران، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در کشورهایی که به اصل تابعیت پایبند

ادیان نیز دانسته‌اند. برخی آن را به مخالفان از سایر مذاهب اسلامی اختصاص داده و شامل دیگر مذاهب باطل از کفار ندانسته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۵، ۹۴/۶).



هستند، ماده ۱۲ مانع از آن می‌شود که با پناهنده طبق قوانین کشوری که از آن فرار کرده است، رفتار شود. این ماده دشواری‌های اداری ناشی از اعمال منظم قانون ملی پناهنده توسط نهادهای کشور پناهنده را کاهش می‌دهد. علاوه بر این، ماده ۱۲ می‌تواند از ادغام پناهندگان در کشور پناهنده حمایت کند. حقوقی که پناهنده قبلاً کسب نموده و مربوط به احوال شخصیه او می‌باشد مخصوصاً حقوق مربوط به ازدواج باید از طرف هر دولت متعاقد محترم شمرده شود به شرط آنکه در صورت لزوم تشریفات پیش‌بینی شده در قوانین دولت مزبور را انجام دهد. بدیهی است حق مورد بحث باید از جمله حقوقی باشد که طبق قوانین دولت مذکور چنانچه وی پناهنده هم نباشد، شناخته شده باشد؛ بنابراین، حتی در آن دسته از نظام‌های حقوقی که احوال شخصیه اتباع بیگانه، تابع قانون متبوع آنها است، در خصوص پناهندگان، قانون اقامتگاه اعمال می‌شود. این حکم منطقی و قابل توجیه است، زیرا عملاً ارتباط پناهنده با کشور متبوع خود قطع می‌شود. در ایران نیز اگرچه به حکم ماده ۷ قانون مدنی، احوال شخصیه اتباع بیگانه تابع قانون متبوع است ولی با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون، باید قانون اقامتگاه را در خصوص پناهندگان اعمال کرد. می‌توان گفت قانون کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان، قواعد حل تعارض قانون مدنی را در خصوص پناهندگان، تخصیص زده است. چرا که ماده ۷ قانون مدنی، ناظر به عموم اتباع خارجی است، در حالی که پناهندگان، گروه خاصی از اتباع خارجی هستند و نسبت میان این دو عموم و خصوص مطلق است. ماده ۱۲ کنوانسیون، بر وضعیت ایرانیان پناهنده به سایر کشورها نیز تأثیرگذار است، احوال شخصیه آنان را تابع قانون اقامتگاه قرار می‌دهد و قاعداً باید آن را مخصص ماده ۶ قانون مدنی دانست. به نظر می‌رسد مشکل اصلی در حمایت حقوقی از پناهندگان و از جمله اعمال ماده ۱۲، مسئله احراز شرایط آن توسط مقام ذیصلاح است که سبب تمایز پناهندگان از سایر اتباع بیگانه می‌شود. در واقع، عمده اتباع بیگانه مقیم ایران، از لحاظ ماهوی شرایط پناهندگی را دارند، اما کثرت آنان، فقدان مدارک شناسایی و هویتی در



خصوص بسیاری از اتباع و ضعف رویه‌های اداری سبب می‌شود که احراز پناهندگی آنان در مرجع ذی‌صلاح صورت نگیرد. حمایت از حقوق پناهندگان - مطابق استانداردهای کنوانسیون - نیاز به یک برنامه جامع در همه حوزه‌ها دارد. تشدید نظارت بر ورود اتباع بیگانه، شناسایی و استرداد اتباع بیگانه‌ای که به صورت غیرمجاز و عمدتاً بدون مدارک هویتی وارد کشور شده‌اند، تدوین یک قانون جامع و به‌خصوص اصلاح آیین‌نامه قدیمی پناهندگان و طرح‌ریزی یک نظام حقوقی و اداری چابک برای رسیدگی به درخواست‌های پناهندگی، می‌تواند بخش‌هایی از این برنامه باشد.

۱۱- منابع

الف) کتاب

- ۱- ارحامی، آسیه (۱۳۹۳). بررسی سیاست‌های تقنینی و اجرایی ج.ا.ا. در خصوص کودکان پناهنده، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس.
- ۲- ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۷۹). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: بهتاب، چاپ ۳.
- ۳- جعفری، رویا (۱۳۹۶). وضعیت حقوقی پناهندگان در حقوق بین‌الملل، تهران: جنگل، چاپ اول.
- ۴- سلجوقی، محمود (۱۳۹۳). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: میزان، چاپ ۷.
- ۵- شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: میزان، چاپ ۲.
- ۶- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۱). حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: گنج دانش، چاپ ۱۷.
- ۷- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۱). قاعده الزام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول.



پژوهش‌های حقوق تطبیقی / پانیز ۱۴۰۳ / دوره ۲۸ / شماره ۳ / پیاپی ۱۲۵ / صص ۶۹-۳۲

- ۸- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۲). *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ ۱۰.
- ۹- کیهانلو، فاطمه (۱۳۹۰). *پناهندگی: نظریه‌ها و رویه‌ها*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- ۱۰- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: انتشارات پایدار، چاپ ۵.
- ۱۱- نصیری، محمد (۱۳۸۳). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: آگاه، چاپ ۱۱.
- ۱۲- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۹۵). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- ب) مقاله**
- ۱۳- پروین، فرهاد (۱۳۷۷). «نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان مقیم ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۲۴، صص ۲۴۱-۲۷۵.
- ۱۴- ضیاء‌الدین، بتول (۱۳۹۲). «بررسی اجمالی قاعده الزام»، *مطالعات فقه اسلامی و مبانای حقوق*، شماره ۲۸، صص ۱۰۰-۷۳.
- ۱۵- مختارزاده، سعیده و هانیه انصاری (۱۴۰۱). «چهارچوب سیاست‌گذاری و حقوق پناهندگان در ایران، با تأکید بر سیستم تعیین وضعیت پناهندگی»، *فصلنامه سیاست‌نامه علم و فناوری*، شماره ۱۲، صص ۹۹-۱۱۷.
- ۱۶- مصفا، نسرین و حورا هاشمی (۱۳۹۵). «حمایت حقوقی از پناهجویان تغییرات اقلیمی»، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، شماره ۱۳، صص ۴۰-۱.
- ج) آراء**
- ۱۷- *دادنامه شماره ۱۷۶۱۸۹۱/۱۴۰۳/۹۳۰۰۰۱ شعبه اول دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان برخوار*
- ۱۸- *دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۹۷ شعبه ۸ دیوان عالی کشور*
- ۱۹- *دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۰۷۰۴۰۰۰۸۰۹ شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور*



A) Books

- 20- Bogdan, M (2006). "Refugees in Swedish Private International Law", in: *Human Rights Law: From Dissemination to Application Essays in Honour of Göran Melander*, Brill/Nijhoff.
- 21- Foster, M., Lambert, H (2019). *International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons*, Oxford University Press.
- 22- Grahl-Madsen, A. (1966). *The Status of Refugees in International Law: Refugee Character*, A. W. Sijthoff Pub
- 23- Metzger, A. (2011). "Article 12 (Personal Status)", in: *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, (Editors: Andreas Zimmermann, Felix Machts, Jonas Dörschner), OUP Oxford.
- 24- Plender, R (1998). *International Migration Law*, Springer.
- 25- Shin, Mya Saw., et al. (1998). *Law of Refugees in Selected Countries*, Washington, D.C., Law Library of Congress.
- 26- Weis, P (1990). *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed With A Commentary*. At: <https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/1990/en/100962>

B) Articles

- 27- Chhangani, R.C (2011). "Refugee Definition and the Law in Nigeria", *Journal of the Indian Law Institute*, 53 (1), pp. 32-71.
- 28- Dikovska, I (2024). "Personal Status of War-Related Migrants. What Is Relevant to Determine the Applicable Law?" *Access to Justice in Eastern Europe*, 7(1).
- 29- Fontaine, Pierre-Michel (1996). "The Relevance of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees", *Australian International Law Journal*, Vol. 69.
- 30- Lister, M (2013). "Who Are Refugees?" *Law and Philosophy*, 32 (5), pp. 645-671.
- 31- Robinson, N (1997). "Convention relating to the Status of Stateless Persons. Its History and Interpretation", *Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress (1955)*. Available At: <https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/1997/en/52815>
- 32- Shacknove, A.E (1985). "Who Is a Refugee?" *Ethics*, 95 (2), 274-284.
- 33- Verhellen, J (2018). "Cross-Border Portability of Refugees' Personal



Status”, *Journal of Refugee Studies*, 31 (4), pp. 427-443.

34- Walker, K (2003). “Defending the 1951 convention definition of refugee”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 17.

C) Online sources

35- United Nations High Commissioner for Refugees, Global Trends: Forced Displacement in 2022 (UNHCR 2023) 14 available at: <https://www.unhcr.org/global-trends-report-2022>

36- The 1951 Refugee Convention, available at: <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/1951-refugee-convention>

37- Glossary on Migration, 2019 International Organization for Migration, available at: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

38- Z.H. and R.H. v. Switzerland, The European Court of Human Rights, 60119/12, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-10810%22%5D%7D>

39- United Nations High Commissioner for Refugees, Master Glossary of Terms (2006). Available At: <https://www.unhcr.org/glossary>

برگردان منابع فارسی به انگلیسی

Books

1. Arahmi, A. (2014). A Review of Legislative and Executive Policies of the Islamic Republic of Iran Regarding Refugee Children: A Report by the Iranian Parliament Research Center.

2. Arfania, Beheshtid (1999). Private International Law, Volume 2. Tehran: Behtab, 3rd edition.

3. Jaafari, Roya (2017). The Legal Status of Refugees in International Law. Tehran: Jangal, 1st edition.

4. Saljoqi, Mahmoud (2014). Private International Law, Volume 2. Tehran: Mizan, 7th edition.

5. Shariat baqeri, Mohammad Javad (2017). Private International Law. Tehran: Mizan, 2nd edition.

6. Ziaei Bigdeli, Mohammad Reza (2002). Public International Law. Tehran: Ganje Danesh, 17th edition.

7. Fazel Lankarani, Mohammad Javad (2012). The Rule of Obligation.



Qom: Imam Ali Research Center, 1st edition.

8. Almasi, Najadali (2003). Conflict of Laws. Tehran: University Press, 10th edition.

9. Keyhanloo, Fatemeh (2011). Asylum: Theories and Practices. Tehran: Jangal Publications, 1st edition.

10. Madani, Jalaluddin (2008). Private International Law. Tehran: Paydar Publications, 5th edition.

11. Nasiri, Mohammad (2004). Private International Law. Tehran: Agah, 11th edition.

12. Hashemi Shahroudi, Mahmoud (2016). A Dictionary of Islamic Jurisprudence According to the Shia Ithna-Ashari School. Qom: The Islamic Jurisprudence Encyclopedia Institute, 1st edition.

Articles

13. Parvin, F. (1999). Another Aspect of the law governing the personal status of foreigners residing in Iran. *International Law Review*, 17(24), 277-315. doi: 10.22066/cilamag.2000.18152

14. Zea'a Al-din, S. B. (2014). The Brief Review of the Elzam (requirement) Principle, *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 7(28), 73-96.

15. Mokhtarzade, S., & Ansari, H. (2022). Policymaking framework and refugee rights in Iran, focusing on the refugee status determination. *Science and Technology Policy Letters*, 12(4), 99-117.

16. Mossafa, N., & Hosseinzadeh Hashemi, H. (2016). Legal Protection for Climate Change Refugees. *International Studies Journal (ISJ)*, 13(1), 1-40.



The Applicable Law on Personal Status of Refugees: A Comparative Analysis of Iranian Law and the 1951 Refugee Convention

Hossein Kaviar¹, Mehdi Amini², Maryam Ghorbanifar³

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Arak University, Arak, Iran
2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran
3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University Isfahan (Khorasgan), Isfahan, Iran

Receive: 2024/05/11

Accept: 2024/08/27

Abstract

Private international lawyers can no longer believe that asylum rules belong only to public international law, or that asylum is not the core of private international law. On the contrary, private international law should be the first branch of law to address asylum and its impact on the personal status of individuals. Cross-border flight by people who fear for their lives or freedom raises important issues in the field of their private international law. In addition to the logistical issues related to asylum seekers, destination countries also face issues related to their private international law in the field of personal status. This article examines one of the long-term legal concerns, namely the portability of the personal status of refugees across borders.

Article 12 of the Convention on the Status of Refugees makes their personal status subject to the law of their country of residence. Considering Iran's accession to this Convention, the rule of Article 7 of the Civil Code will not apply to them, and the law governing the personal status of refugees must be determined differently from that of other foreign nationals.

The findings of this research show that according to Iranian private international law, the governing law for the personal status of refugees residing in Iran should be determined with due regard to their religion or faith. If, according to Article 12 of the Convention, we consider Iranian law to be the governing law of residence, it can be said that the religious rules of minorities recognized in the Constitution, as part of Iranian law, can also be applied to refugees. It is obvious that where the refugee is not a member of Iran's recognized minorities, his personal status will be subject to the law of his residence.

Keywords: Personal Status, Refugee, Acquired Right, Law of Residence, Refugee Convention

Corresponding Author: h-kaviar@araku.ac.ir

