

## قانون حاکم بر دعاوی میراث فرهنگی

محمدتقی رفیعی<sup>۱</sup> - ابوالفضل شاهین<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۲۶

### چکیده

حل تعارض قوانین ناظر به دعاوی میراث فرهنگی چالشی مهم پیش روی حقوق بین‌الملل خصوصی است. علت اهمیت این امر، نقش بی‌بدیل میراث فرهنگی در تشکیل هویت فرهنگی و تاریخی ملت‌ها و سود هنگفت تجارت غیرقانونی این اموال است که سبب طرح دعاوی متعددی برای بازستانی و اعاده آن‌ها در دادگاه‌های کشورهای مختلف شده است. در اکثر موارد، قانون کشور محل وقوع مال فرهنگی در لحظه انجام معامله به عنوان قاعده عام حل تعارض دسته‌ارتباط اموال اعمال گردیده و سبب صدور آرای ناعادلانه و خلاف مصالح ملت‌ها شده است. ملاحظه پیامدهای منفی این رویه، سبب طرح این پرسش می‌شود که قانون مناسب برای اعمال نسبت به دعاوی حوزه میراث فرهنگی کدام است؟ به عقیده نگارندگان، با توجه به مقتضیات خاص میراث فرهنگی، اعمال قانون کشور محل وقوع مال در این مورد از کارایی لازم برخوردار نیست و قانون حاکم بر این دعاوی باید قانون کشور خاستگاه شیء فرهنگی باشد.

**واژگان کلیدی:** تعارض قوانین، حقوق مکتسبه، قانون حاکم بر اموال، کشور خاستگاه مال، میراث فرهنگی.

---

۱. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) Rafiei@ut.ac.ir  
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران Abolfazl.shahin@ut.ac.ir



## مقدمه

میراث فرهنگی عبارت است از آثار باقی مانده از گذشتگان که نشانگر حرکت انسان در طول تاریخ است. با شناسایی این آثار، زمینه شناخت هویت و خط حرکت فرهنگی ابنای بشر میسر می‌گردد و از این طریق زمینه‌های عبرت برای انسان فراهم می‌آید.<sup>۱</sup> میراث فرهنگی هر کشور، آینه تاریخ و تمدن آن سرزمین محسوب می‌شود. این میراث ارزشمند که در حکم سند هویت هر ملت است، نه تنها از لحاظ معنوی، بلکه از جنبه مادی نیز دارای ارزشی بسیار مهم است. به همین دلیل همواره در طول تاریخ موارد متعددی از غارت، سرقت و قاچاق این آثار به وقوع پیوسته است. این گونه از دست‌اندازی‌ها نسبت به اشیای فرهنگی و تاریخی تا به امروز نیز استمرار داشته، به نحوی که پس از تجارت مواد مخدر، از تجارت غیرقانونی این اشیا به عنوان دومین تجارت بزرگ بین‌المللی در جهان یاد می‌شود که حجم گردش مالی آن بالغ بر میلیاردها دلار تخمین زده شده است.<sup>۲</sup> سودآوری این تجارت سبب گردیده تا سالانه موارد متعددی از سرقت میراث فرهنگی و به تبع آن صادرات غیرقانونی این آثار از کشورهای گوناگون رخ دهد که این موضوع مسائل حقوقی مهمی را نیز در پی دارد؛ چرا که در اغلب این پرونده‌ها دادگاه از یک سو با مالک قانونی یک مال فرهنگی مواجه است و از سوی دیگر با خریدار با حسن نیتی که در لحظه تحصیل آن مال از مسروقه بودن یا صادرات غیرقانونی آن آگاهی نداشته است. اما صرف نظر از این موضوع، مسئله مهم دیگری که در خصوص چنین دعاوی مطرح می‌شود، بحث قانون حاکم بر دعاوی ناظر به میراث فرهنگی است؛ زیرا که در اغلب موارد، اموال فرهنگی مسروقه به کشور دیگری قاچاق شده و در سرزمینی غیر از کشور خاستگاه خود به فروش می‌رسند. این امر سبب می‌گردد که دخالت عنصر خارجی جزء لاینفک این قبیل دعاوی محسوب شود و مباحث مهمی از بحث تعارض قوانین را مطرح سازد. نمونه‌ای از این تعارض را در پرونده‌ای می‌توان مشاهده نمود که به سال ۱۹۸۹ میلادی در یکی از

۱. ماده ۱ قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی (مصوب ۱۳۶۷). ماده ۱ قانون میراث فرهنگی فرانسه (Code du patrimoine) (۲۰۰۴) در تعریف میراث فرهنگی می‌گوید: «میراث فرهنگی از نظر این قانون مجموعه اموال غیرمنقول و منقولی است که متعلق مالکیت عمومی یا خصوصی واقع شده‌اند و دارای مزیتی تاریخی، هنری، باستان‌شناسی، زیبایی‌شناسی، علمی یا فنی‌اند».

2. Peter B., Campbell, The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage, International Journal of Cultural Property, Vol. 20, 2013, PP. 113 – 114.



دادگاه‌های ایالات متحده مطرح شده است.<sup>۱</sup> در این پرونده یکی از اتباع کشور ترکیه در اواخر دهه هفتاد میلادی چهار عدد موزاییک با قدمتی در حدود ششصد سال که در ساختمان کلیسایی در کشور قبرس به کاررفته بودند را سرقت کرد و با خود به آلمان برد. وی پس از آنکه سال‌ها موزاییک‌ها را در خانه خود در آلمان مخفی نمود، آن‌ها را در سال ۱۹۸۸ در کشور سوئیس از طریق یک دلال آثار عتیقه به مبلغ ۳۵۰ هزار دلار به فردی آمریکایی که خود معامله‌گر اشیای عتیقه بود فروخت. شخص اخیر پس از تحویل گرفتن موزاییک‌ها آن‌ها را بلافاصله به ایالت ایندیانا ای آمریکا منتقل نمود و چند هفته بعد پیشنهاد فروش آن‌ها را به مبلغ ۲۰ میلیون دلار به موزه‌ای در ایالت کالیفرنیا ارائه داد. مسئول موزه که از مسروقه بودن موزاییک‌ها مطلع بود، با رد این پیشنهاد، موضوع را به اطلاع دولت قبرس رساند. دولت قبرس و کلیسای یادشده پس از آنکه پیشنهاد خود به خریدار مبنی بر مسترد داشتن موزاییک‌ها در ازای دریافت قیمت پرداخت شده از سوی وی به فروشنده را از جانب او مردود یافتند، در دادگاهی در کشور آمریکا علیه خریدار اقامه دعوا نمودند. در این پرونده به دلیل ارتباط قضیه با کشورهای گوناگون و بروز وضعیت تعارض متحرک<sup>۲</sup>، دادگاه با قوانین گوناگونی که هر یک صلاحیت اعمال نسبت به دعاوی مطروحه را داشتند، مواجه بود و باید به این سؤال پاسخ می‌داد که قانون حاکم بر دعاوی میراث فرهنگی باید قانون کدام کشور باشد؛ کشور خاستگاه مال فرهنگی، کشور محل وقوع مال در لحظه وقوع عمل حقوقی سبب تملک آن و یا کشور محل وقوع فعلی آن مال به هنگام اقامه دعوا؟

سؤال فوق‌الذکر پرسش اصلی تحقیق حاضر را نیز تشکیل می‌دهد و فرضیه ما نیز در پاسخ به این پرسش آن است که برخلاف قاعده حل تعارض عمومی پذیرفته در زمینه انتخاب قانون حاکم بر اموال منقول در حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک، این اموال باید تابع قانون کشور خاستگاه خود باشند، نه قانون محل وقوع آن‌ها. به منظور اثبات این نظریه، در این نوشتار به شیوه‌ای توصیفی و تحلیلی ابتدا به بررسی قاعده عام حل تعارض دسته ارتباط اموال و پیامدهای

1. Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg, 717 F.Supp. 1374, S.D.Ind (1989).

2. Le conflit mobile;

اصطلاح «تعارض متحرک» یا «شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه» و یا «تأثیر بین‌المللی حقوق» به این معناست که بر اثر تغییر ارادی در عامل ارتباط قضیه به قانون این یا آن کشور، قضیه و منشأ آن در قلمرو قوانین دو کشور مختلف واقع گردند. در تعارض متحرک مرحله ایجاد حق و مرحله تأثیر بین‌المللی حق مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. در حقیقت، در تعارض متحرک یک رابطه حقوقی در صحنه بین‌المللی مربوط به دو زمان می‌شود.



اعمال آن در مورد دعاوی میراث فرهنگی پرداخته‌ایم و سپس راهکارهای موجود در خصوص مناسب‌سازی رژیم حقوقی مربوط به قانون حاکم بر میراث فرهنگی بررسی شده است.

**۱- بررسی قاعده عام حل تعارض دسته ارتباط اموال و تسری آن به میراث فرهنگی**  
در این بخش ابتدا به بررسی قاعده عام حل تعارض دسته ارتباط اموال می‌پردازیم و پس از آن به طرح مباحثی انتقادی در خصوص تسری این قاعده به رژیم حقوقی حاکم بر میراث فرهنگی خواهیم پرداخت.

### ۱-۱- قاعده حل تعارض عام حاکم بر رژیم حقوقی اموال

چنان که می‌دانیم، اموال مادی اعم از منقول و غیرمنقول اصولاً تابع قانون محل وقوع<sup>۱</sup> خود هستند. بر همین اساس، در صدر ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران چنین مقرر گردیده: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می‌باشند». این قاعده که تقریباً در تمامی سیستم‌های حقوقی جهان از جمله حقوق کشورهای انگلستان، آلمان، اسپانیا، بلژیک، سوئیس و هلند مورد پذیرش قرار گرفته، یکی از معدود مواردی است که مورد اتفاق اکثر قوانین دنیاست.<sup>۲</sup> در حقوق فرانسه نیز ماده ۳ قانون مدنی این کشور، در باب قانون حاکم بر اموال غیرمنقول چنین بیان می‌دارد: «اموال غیرمنقول، حتی آنهایی که متعلق به خارجیان اند، تحت حکومت قانون فرانسه‌اند». چنان که ملاحظه می‌گردد، در این ماده، قانون حاکم بر اموال غیرمنقول، قانون فرانسه اعلام شده که در واقع همان قانون محل وقوع این اموال است، لکن از قانون حاکم بر اموال منقول سخنی به میان نیامده است. بعضی از نویسندگان قدیمی فرانسوی در تفسیر این ماده اظهار داشته‌اند به دلیل آنکه اموال منقول دارای پایگاه ثابتی نیستند، لذا قانون حاکم بر این دسته از اموال باید قانون اقامتگاه مالکشان باشد.<sup>۳</sup> با وجود این، رویه قضایی فرانسه ضمن ارائه تفسیری موسع از این ماده، حکم

1. Lex rei sitae / La loi de situation du bien

۲. نجادعلی، الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳، صص ۲۸۷ و ۲۸۳؛ همچنین رجوع شود به:

Roel Westrik, Jeroen van der Weide, Party autonomy in international property law, Munich: Sellier. European law publishers, 2001, PP. 42 and n.

3. Joseph Adrien, Rogron, Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, Bruxelles: Société belge de librairie, 1843, p. 12.



مندرج در آن را به اموال منقول نیز تسری داد و سرانجام در سال ۱۸۷۲ میلادی شعبه عرایض دیوان عالی فرانسه در رأی «کارون»<sup>۱</sup> ضمن مجرا دانستن حکم ماده ۳ قانون مدنی این کشور در خصوص اموال منقول، قانون حاکم بر این دسته از اموال را قانون محل وقوع آنها اعلام داشت.<sup>۲</sup> در نظام کامن لو نیز دکترین و رویه قضایی در باب قاعده حل تعارض موجود در زمینه رژیم حقوقی حاکم بر اموال، قانون محل وقوع مال را صالح دانسته است.<sup>۳</sup>

زمانی که گفته می‌شود قانون حاکم بر اموال اعم از منقول و غیرمنقول قانون محل وقوع آنها است، شاید در خصوص محل وقوع اموال غیرمنقول ابهامی چندانی وجود نداشته باشد، لکن به دلیل قابل نقل بودن اموال منقول و به تبع آن، امکان طرح مباحث ناظر به تعارض متحرک در رابطه با این دسته از اموال، این پرسش قابل طرح است که منظور از محل وقوع مال منقول، محل وقوع آن در چه زمانی است؟ محل وقوع کنونی آن یا محل وقوع آن در زمانی دیگر؟ علت طرح این سؤال آن است که اگرچه به هنگام حدوث تعارض متحرک، قاعده حل تعارض تغییر نمی‌کند و برای مثال، در مورد دسته ارتباط اموال منقول همچنان همان «قانون محل وقوع مال منقول» باقی می‌ماند، اما سبب می‌گردد که دادگاه با عوامل ارتباط<sup>۴</sup> گوناگونی از جمله محل وقوع فعلی مال<sup>۵</sup> و محل وقوع مال در زمان ایجاد حق، مواجه شود که گزینش هر یک از آنها به اعمال قانون متفاوتی می‌انجامد. برخی از نویسندگان فرانسوی قانون محل وقوع فعلی مال را مطرح کرده و به این نکته اذعان نموده‌اند که اعمال این قاعده در مورد اموال منقول به حقوق مکتسبه اشخاص لطمه وارد می‌آورد.<sup>۶</sup> به همین دلیل در حقوق فرانسه برای حل تعارض متحرک در این گونه موارد نظریات گوناگونی همانند تئوری ظاهر<sup>۷</sup>، احاله درجه دوم<sup>۸</sup>، حقوق مکتسبه<sup>۹</sup>،

1. Carven.

2. Chambre des requêtes, 19 mars 1872;

بعدها این مرجع در رأیی به تاریخ ۱ مه ۱۹۳۳ مجدداً بر این موضع خود تأکید ورزید؛ به نقل از:

M. Hans Lewald, Recueil des cours, Collected Courses 1939, Vol. 69, Academie de Droit International de la Haye, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 130.

3. Symeon, Symeonides, American private international law, Netherland: Wolter Kluwer, 2008, P. 254.

4. Le facteur de rattachement.

5. La loi de la situation actuelle.

6. Bernard, Audit, Le statut des biens culturels en droit international privé français. Revue internationale de droit comparé. Vol. 46, N° 2, 1994, pp. 416 – 417.

7. La théorie de l'apparence.

8. Le renvoi au second degré.

9. La théorie des droits acquis.

تفسیر قاعده حل تعارض<sup>۱</sup> و در نهایت نظریه فراملی‌گرایی<sup>۲</sup> مطرح شده است،<sup>۳</sup> که به دلیل انتقاداتی که به هر یک از این نظریات وارد شده، برخی نویسندگان به ویژه در باب تعارض متحرک ناشی از جابه‌جایی اموال منقول نظریه اخیر را ترجیح داده‌اند. به موجب این نظریه، همان قواعدی که در مورد «تعارض قوانین در زمان» یا «حقوق انتقالی»<sup>۴</sup> در حقوق داخلی مورداستفاده قرار می‌گیرد، در روابط حقوقی بین‌المللی نیز قابل اعمال‌اند. نویسندگانی که در مقام منطبق ساختن قواعد ناظر به تعارض قوانین در زمان بر تعارض متحرک در ساختار حقوق بین‌الملل خصوصی برآمده‌اند، به همان ترتیبی که در حقوق داخلی بین اثر فوری یک قانون و اثر قهقرایی (عطف به ما سبق شدن) آن تمایز قائل می‌شوند، در فرض تعارض متحرک نیز قانون محل وقوع پیشین (محل وقوع اولی) را حاکم بر ایجاد حق دانسته‌اند و قانون جدید را صرفاً حاکم به اعمال و وقایعی می‌دانند که پس از تغییر محل به وقوع می‌پیوندند.<sup>۵</sup> این رویکرد از بعضی از آرای صادره از دیوان عالی کشور فرانسه نیز قابل استنباط است.<sup>۶</sup>

در بستر نظام کامن‌لو، برخی از نویسندگان ضمن بیان این نکته که جریان قاعده حل تعارض پذیرفته شده راجع به اموال غیرمنقول در مورد اموال منقول می‌تواند سبب بروز مشکلاتی شود، این‌گونه اظهار داشته‌اند که حکومت قانون محل وقوع مال نسبت به اموال منقول در فرض جابه‌جایی محل وقوع، سبب بروز تعارض بین قانون محل وقوع اولی و قانون محل وقوع ثانوی مال شود؛ لذا در یک چنین فرضی باید این تعارض را به شکلی مرتفع نمود که به حقوق مکتسبه اشخاص در هر یک از این دو محل متفاوت خدشه‌ای وارد نشود.<sup>۷</sup> با در نظر گرفتن همین نکته،

1. L'interprétation de la règle de conflit de loi.

2. *La thèse internationaliste*.

3. Monica-Elena, Buruiană, L'application de la loi étrangère en droit international privé, Thèse Présentée pour obtenir le grade de doctorat, L'université de Bordeaux, 2016, p. 500 et suiv; Bernard, Audit, Op. cit., p. 417 et suiv.

4. Le droit transitoire interne;

در تعارض قوانین در زمان امکان جمع دو قانون و احتمال نسخ یکی از آن‌ها وجود ندارد، بلکه هدف آن است که انتقال قدرت از قانون منسوخ گذشته به قانون کنونی به گونه‌ای انجام شود که مصالح اجتماعی و فردی هر چه بیشتر محفوظ بماند. به همین اعتبار، به قواعدی که بر این نظام حکومت دارد و شیوه مطلوب انتقال قدرت را فراهم می‌سازد، تعارض قوانین در زمان یا حقوق انتقالی گفته می‌شود (ناصر، کاتوزیان، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چاپ دوم، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹، ص ۹).

5. Monica-Elena, Buruiană, Op. cit., pp. 506 - 507 - 513.

6. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 1973, 70-13.383, Publié au bulletin; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 3 février 2010, 08-19.293, Publié au bulletin.

7. Symeon, Symeonides, Op. cit., P. 256.



مؤسسه حقوق آمریکایی<sup>۱</sup> در مجموعه دوم خود در باب تعارض قوانین، معیار محل وقوع در خصوص اموال منقول را تعدیل نموده و چنین اعلام داشته که اعتبار و آثار انتقال یک مال منقول باید بر طبق قانون محلی که بیشترین ارتباط را با طرفین دارد تعیین گردد و بر همین اساس، قانون محل وقوع مال منقول در زمان انتقال را مورد پذیرش قرار داده است.<sup>۲</sup> رویه قضایی کشور انگلستان نیز از دیرباز قانون کشور محل انتقال مالکیت مال را پذیرفته است.<sup>۳</sup> دکترین حقوقی هم در مقام تبیین عامل ارتباط «محل وقوع مال» در فرض تعارض متحرک، به قانون محل وقوع مال در لحظه عمل یا واقعه حقوقی سبب ایجاد یا زوال حق اشاره کرده است.<sup>۴</sup> دیدگاه فوق در حقوق برخی دیگر از کشورها نیز پذیرفته شده است. برای مثال، ماده ۱۰۰ قانون فدرال حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس در فرض بروز وضعیت تعارض متحرک، بین مرحله ایجاد و یا از دست دادن حق و مرحله اجرای آن، تفکیک قائل شده است. بدین نحو که بند نخست ماده مرقوم تحصیل یا از دست دادن حقوق عینی مربوط به اموال منقول را مشمول قانون محل وقوع این اموال در لحظه‌ای دانسته که واقعه سبب تحصیل یا از دست دادن حق به وقوع پیوسته است و بند دوم این ماده نیز قانون حاکم بر اجرای این حقوق را قانون محل وقوع (فعلی) مال منقول اعلام داشته است.<sup>۵</sup> در حقوق بلژیک، ماده ۸۷ قانون مدنی این کشور به‌رغم اینکه حقوق عینی مربوط به اموال را تابع قانون محل وقوع مال در لحظه‌ای دانسته که آن حقوق مورد استناد قرار می‌گیرند، اما در فرضی که اختلاف ناظر به تحصیل یا از دست دادن این حقوق باشد، قانون حاکم بر دعاوی را قانون کشوری دانسته که اعمال یا وقایع سبب ایجاد یا زوال این حقوق به وقوع پیوسته‌اند.<sup>۶</sup>

1. American law institute.

2. Restatement (Second) § 244.

3. Ian F. G., Baxter, Conflicts of law and property, McGill law journal, Vol. 10, N. 1, 1964, P. 18; Patricia, Youngblood Reyhan, A chaotic palette: Conflict of laws in litigation between original owners and good-faith purchasers of stolen are, Duke Law Journal, Vol. 50, N. 4, 2001, P. 1013.

4. Karl, Kreuser, La propriété mobilière en droit international privé, Academie de Droit International de la Haye, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 185; Derek, Fincham, How Adopting the *Lex Originis* Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property, Columbia Journal Of Law & The Arts, Vol. 32:1, 2008, PP. 114 – 115; Ho-Young, Song, International Legal Instruments and New Judicial Principles for Restitution of Illegally Exported Cultural Properties, Penn State Journal of Law & International Affairs, Volume 4, 2016, PP. 741 – 742.

۵. همین نظر از سوی دیوان عالی ایالت واشنگتن آمریکا نیز پذیرفته شده است:

Seizer v. Sessions, 940 P. 2d 261 - Wash: Supreme Court (1997).

6. Marta, Pertrgas Sender, Le nouveau droit international privé belge, Journal des



در حقوق ایران برخی از نویسندگان در ارتباط با بحث تأثیر بین‌المللی حق چنین اظهار داشته‌اند هرگاه حقی به موجب قانون کشور محل ایجاد آن، صحیحاً به وجود آمده باشد، باید در کشور محل اثرگذاری نیز منشأ اثر باشد و معتبر قلمداد شود. لذا در خصوص اموال منقول هم باید پذیرفت که هرگونه حقی که نسبت به مال منقولی مطابق قانون محل وقوع آن مال در لحظه تحصیل حق به وجود می‌آید، باید در کشور دیگری که ممکن است آن مال به آنجا منتقل شود نیز محترم شمرده شود.<sup>۱</sup> این گزاره از ذیل ماده ۹۶۶ قانون مدنی نیز قابل استنباط است؛ ماده مرقوم چنین مقرر می‌دارد: «... حمل و نقل شدن شیء منقول از مملکتی به مملکت دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیء نسبت به آن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد».

## ۲-۱- بررسی تسری قاعده حل تعارض عام نسبت به میراث فرهنگی

به دلیل آنکه در خصوص تعارض قوانین در زمینه میراث فرهنگی قاعده ویژه‌ای وجود ندارد، لذا در رویه قضایی اکثریت قریب به اتفاق کشورها با تسری قاعده حل تعارض عام ناظر بر رژیم حقوقی اموال، به ویژه در باب دعاوی مربوط به حقوق عینی ناشی از میراث فرهنگی، قانون حاکم بر دعاوی میراث فرهنگی قانون محل وقوع این اموال دانسته شده است. در ادامه به بررسی نمونه‌هایی از اعمال این قاعده را بر این دسته از اموال ذکر کرده و سپس به نقد این رویکرد می‌پردازیم.

### ۱-۲-۱- نمونه‌هایی از اعمال قاعده حل تعارض حکومت قانون محل وقوع مال بر میراث فرهنگی

در این قسمت به سه مورد از مشهورترین پرونده‌هایی که در آن‌ها قانون کشور محل وقوع شیء فرهنگی به عنوان قانون حاکم بر دعوی استرداد (بازستانی) آن شیء اعلام شده است، اشاره می‌شود. این دعاوی به ترتیب نزد دادگاه‌های کشورهای فرانسه، انگلستان و سوئیس مطرح شده‌اند.

tribunaux, 124e aneé, N° 6173, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 193.

۱. نجادعلی، الماسی، پیشین، ص ۲۹۰؛ برای ملاحظه نظر موافق رجوع شود به: بهشید، ارفع نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد سوم، تهران: انتشارات بهتاب، ۱۳۹۱، صص ۱۲۲ - ۱۲۳.





### ۱-۱-۲-۱- پرونده دوک دو فریاس علیه بارون پیشون

در این پرونده قدیمی که به تاریخ ۱۷ آوریل سال ۱۸۸۵ میلادی نزد دادگاه شهر سن در کشور فرانسه مطرح شد، خواهان استرداد یک گلدان نقره‌ای را که به وسیله خواننده تحصیل گردیده بود، از دادگاه مطالبه نمود. بر اساس قانون اسپانیا، مالکیت این گلدان که متعلق به کلیسایی در این کشور بود، غیر قابل نقل و انتقال اعلام شده بود. دادگاه فرانسوی در این پرونده اعلام نمود به رغم آنکه قانون اسپانیا این گلدان را غیر قابل نقل و انتقال اعلام کرده است، اما بر اساس قانون کشور فرانسه به عنوان قانون محل وقوع مال در لحظه تحصیل آن، باید از خواننده حمایت به عمل آید.<sup>۱</sup>

### ۱-۲-۱- پرونده وینک ورث علیه کریستیز

در این پرونده مجموعه‌ای از اشیای فرهنگی ژاپنی در کشور انگلستان سرقت و به کشور ایتالیا منتقل و در نهایت به یک کلکسیونر فروخته شد. سپس خریدار که اشیای مذکور را با حسن نیت تحصیل نموده بود، تصمیم گرفت آن اجناس را در حراجی مشهور کریستیز در شهر لندن به فروش برساند. مالک این اشیا نیز پس از اطلاع از این امر، مبادرت به طرح دعوی استرداد آن‌ها نمود. دادگاه انگلستان در این پرونده می‌بایست در وهله نخست قانون حاکم بر قضیه را تعیین می‌نمود و این امر بر سرنوشت دعوا تأثیری اساسی داشت، زیرا قانون ایتالیا در چنین فرضی از خریدار با حسن نیت حمایت می‌کرد، در حالی که قانون انگلستان تحصیل یک مال مسروقه را حتی با وجود حسن نیت خریدار، به رسمیت نمی‌شناخت. در نهایت، قاضی انگلیسی این گونه اظهار نظر نمود که به رغم ارتباط موجود میان کشور انگلستان و این قضیه، اما بر اساس قاعده حل تعارض محل وقوع مال، قانون کشور ایتالیا باید نسبت به این دعوا اعمال گردد، چرا که این اشیا به هنگام تحصیل توسط کلکسیونر ایتالیایی در کشور ایتالیا واقع شده بودند.<sup>۲</sup>

### ۱-۲-۱- پرونده دولت هند علیه بانک سوئسی

1. Duc de ferias v. Baron Pichon (1885); Chechi, Alessandro, *The settlement of international cultural heritage disputes*, New York, Oxford University Press, 2014, P. 67.  
2. Winkworth v. Christie's (1970).



در این پرونده که به سال ۲۰۰۵ میلادی نزد دادگاه فدرال کشور سوئیس مطرح گردید، دولت هند دعوایی را مبنی بر استرداد دو قطعه سکه طلایی که در سال‌های ۱۶۱۳ و ۱۶۱۴ میلادی در این کشور ضرب گردیده بودند و در سال ۱۹۸۸ میلادی برای اخذ وامی توسط دو شرکت مالی در بانکی کشور سوئیس به وثیقه گذاشته شده بودند، علیه بانک مرتین اقامه نمود. دولت هند در این پرونده ادعای مالکیت سکه‌های موضوع اختلاف را داشت و مدعی بود که این سکه‌ها با نقض قوانین کشور هند از این کشور خارج شده‌اند. دادگاه عالی سوئیس در این پرونده چنین تصمیم گرفت که با توجه به اینکه قانون کشور هند مبنی بر ممنوعیت خروج سکه‌ها جزو حقوق عمومی این کشور محسوب می‌شود و قابلیت اعمال در ورای مرزهای این کشور را ندارد و همچنین با در نظر گرفتن این نکته که بانک سکه‌ها را با حسن نیت پذیرفته و اقدامات لازم به موجب قانون کشور سوئیس را نیز در زمان لازم به عمل آورده است، لذا بر اساس قانون کشور سوئیس نباید از خواهان حمایتی به عمل آید.<sup>۱</sup>

پرونده‌های فوق‌الذکر نمونه‌هایی از آرای صادرشده در زمینه دعای میراث فرهنگی‌اند که سبب جدایی این اشیا از سرزمین خاستگاه آن‌ها گردیده‌اند که متأسفانه یکی از آخرین نمونه‌های این آرا نیز توسط دادگاه عالی کشور انگلستان علیه کشور ما صادر و سبب شده است که سردیسی ارزشمند متعلق به دوره هخامنشی به ایران بازنگردد.<sup>۲</sup> علت اصلی این امر را باید در ناکارآمدی اعمال قاعده حل تعارض عام ناظر به رژیم حقوقی اموال نسبت به میراث فرهنگی جستجو نمود، زیرا به‌رغم تلاش‌هایی که در سیستم‌های حقوقی مختلف به منظور کارایی هر چه بیشتر قاعده حکومت قانون محل وقوع مال در حل تعارض متحرک به عمل آمده است، اما باید اذعان نمود که حتی شکل تعدیل شده این قاعده نیز نمی‌تواند پاسخگوی مقتضیات خاص حوزه میراث فرهنگی باشد. علت این امر هم آن است که به‌ویژه در مواردی که معامله یک مال فرهنگی در کشوری انجام می‌شود که قانون آن کشور از خریدار با حسن نیت حمایت حقوقی به عمل می‌آورد، اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال سبب می‌گردد که مال فرهنگی هیچ‌گاه به کشوری که به آن تعلق دارد بازنگردد و پاره‌ای از پیکره تاریخ و فرهنگ یک ملت از خاستگاه خود به دور افتد. به همین جهت، انتقادات زیادی نسبت به نظریه حکومت قانون

1. Federal Tribunal of 8 April 2005, ATF 131 III 418, JdT 2006 I 63.

2. *Iran v. Denyse Berend* [2007] EWHC 132 (Q.B.).



محل وقوع مال فرهنگی بر دعاوی مربوط به این اموال وارد شده است<sup>۱</sup> که در ادامه به تشریح آن می‌پردازیم.

### ۲-۲-۱- نقد اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال بر دعاوی میراث فرهنگی

چنان‌که بیان گردید، اعمال قاعده حل تعارض عام حاکم بر اموال نسبت به دعاوی ناظر به میراث فرهنگی از سوی حقوقدانان زیادی مورد انتقاد واقع شده است. اهم این انتقادات بدین شرح‌اند:

#### الف. تضعیف قوانین حمایتی حوزه میراث فرهنگی

نخستین پیامد منفی اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال نسبت به میراث فرهنگی، تضعیف و بی‌اثر نمودن قوانین حمایتی داخلی کشورها در راستای حفاظت از این اموال است که این امر در نهایت به تزلزل امنیت حقوقی میراث فرهنگی و تهدید منافع ملت‌ها می‌انجامد.<sup>۲</sup> توضیح اینکه بر اساس قانون بسیاری از کشورها، عموماً میراث فرهنگی جزو آثار ملی و دولتی به شمار می‌روند که قابلیت نقل و انتقال به اشخاص را ندارند و صادرات آن‌ها نیز ممنوع است. حکومت قانون محل وقوع مال فرهنگی در مورد دعاوی مربوط به حقوق عینی ناظر به این اموال سبب می‌گردد که دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف مربوط به یک مال فرهنگی، با اعمال قانون کشور محل وقوع این اموال (که به‌طور غالب کشوری غیر از کشور خاستگاه مال است) و توصیف قوانین حمایتی این کشور به قوانین مربوط به حوزه حقوق عمومی، از اجرای این قوانین سرباز زده و بدین ترتیب مالکیت خریدار را نسبت به مال فرهنگی احراز نماید.

1. Le centre d'étude sur la coopération juridique internationale, Étude sur la prévention et la lutte contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne, Contract n° Home/2009/ISEC/PR/019-A2, 2011, p. 70; James A. R., Nafziger, Robert, Kirkwood, Cultural law: International, Comparative, and Indigenous, New York: Cambridge university press, 2010, P. 524; Marc-André, Renold, The international protection of archaeological heritage: Questions of private international law and of legal harmonization, Paris: L'harmattan, pp. 298 – 299.

2. Le centre d'étude sur la coopération juridique internationale, Op. cit., p. 70.



### ب. رواج جستجو برای یافتن دادگاه مناسب

«سوءاستفاده خواهان از حق انتخاب دادگاه» که از آن در ترمینولوژی حقوق بین‌الملل خصوصی به «Forum Shopping» تعبیر می‌شود، به معنای اعمال حق انتخاب از سوی خواهان برای اقامه دعوا در یکی از چند دادگاه صالح به رسیدگی است.<sup>۱</sup> وضعیت موصوف زمانی بروز می‌نماید که خواهان دارای حق انتخاب از میان چند دادگاه، دادگاهی را برای رسیدگی به دعوای خود انتخاب نماید که انجام رسیدگی توسط آن دادگاه را بنا به دلایلی (از جمله مناسب بودن قوانین و مقررات مقر دادگاه و مانند آن) به نفع خود می‌داند و بر این اساس، دست به گزینش دادگاه بزند. برخی حقوقدانان از این پدیده به‌عنوان یکی دیگر از آثار منفی اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال یاد کرده‌اند، چراکه به دلیل تفاوت در خط‌مشی کشورها در اتخاذ سیاست حمایت از خریدار با حسن نیت یا حمایت از مالک شیء فرهنگی، بسته به مورد، خواهان یک دعوی میراث فرهنگی همواره در پی انتخاب دادگاه کشوری خواهد بود که بتواند در نتیجه طرح دعوا نزد آن دادگاه نتیجه مدنظر خود را تحصیل نماید.<sup>۲</sup>

به همین ترتیب، اعمال قاعده حل تعارض عام نسبت به میراث فرهنگی به «جستجو برای یافتن بهترین قانون»<sup>۳</sup> نیز می‌انجامد. تقریر این مدعا بدین شرح است که برخلاف کشورهای تابع نظام کامن‌لو مانند انگلستان (ماده ۲۱ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹)، در کشورهای پیرو نظام حقوقی رومی ژرمنی همانند کشورهای ایتالیا (ماده ۱۱۵۳ قانون مدنی) و فرانسه (مواد ۲۲۷۶ و ۲۲۷۷ قانون مدنی) در فرضی که شخصی از روی حسن نیت مالی را از دیگری خریداری نماید، قانون این کشورها از خریدار با حسن نیت حمایت می‌کند. در نتیجه، زمانی که شخصی بخواهد یک شیء فرهنگی را از شخص دیگری خریداری نماید، حتی با فرض اینکه چنین شخصی دارای حسن نیت باشد، باز هم ترجیح می‌دهد تا به‌منظور رعایت احتیاط، معامله آن مال را در کشوری انجام دهد که قانون آن کشور از وی حمایت به عمل می‌آورد.

### پ. تسهیل تجارت غیرقانونی اموال فرهنگی

نتیجه نامناسب دیگری که پذیرش اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال نسبت به

1. Christopher A., Whytock, The evolving forum shopping system, Cornell law review, Vol. 96, Issue 3, 2011, P. 485.  
2. Derek, Fincham, Op. cit., PP. 121 – 122.  
3. Law shopping

میراث فرهنگی به دنبال دارد، تسهیل تجارت غیرقانونی اشیای فرهنگی است، زیرا حکومت قانون محل وقوع مال در این گونه دعاوی سبب کاهش شفافیت معاملات در این حوزه می‌گردد. در چنین فرضی هیچ ضرورتی نخواهد داشت که فروشنده اطلاعات زیادی راجع به اینکه مال موضوع معامله از کجا و به چه نحو تحصیل شده را به خریدار ارائه دهد و خریدار هم به‌طور طبیعی نیازی به کنکاش پیرامون این موضوع نخواهد داشت؛ زیرا او می‌داند که در صورت رعایت حداقل تکالیف قانونی، در فرض بروز هرگونه اشکالی در آینده، وی مصون از تعرض مالک واقعی اشیا بوده و قانون کشور محل وقوع مال از وی حمایت کافی به عمل خواهد آورد. مجموع این عوامل سبب می‌گردد که ریسک و هزینه تجارت غیرقانونی میراث فرهنگی کاهش یابد و در نتیجه، انگیزه اشخاص سودجو برای خروج غیرقانونی میراث فرهنگی کشورها و فروش آن در کشورهای دیگر افزایش یافته و مبادلات غیرقانونی این اشیا تسهیل گردد.

#### ت. دشواری جابه‌جایی اموال فرهنگی برای مقاصد مشروع

اعمال قانون محل وقوع مال نسبت به میراث فرهنگی، باعث می‌شود که جابه‌جایی اشیای فرهنگی و تاریخی که در راستای همکاری‌های فرهنگی، علمی و تحقیقاتی بین کشورها صورت می‌پذیرد نیز با دشواری‌هایی مواجه گردد؛ زیرا همواره این احتمال وجود دارد که در خلال هر یک از این جابه‌جایی‌ها، شیء فرهنگی یا تاریخی به سرقت رفته و سپس در کشوری که از خریدار با حسن نیت حمایت می‌کند به فروش برسد و در نتیجه بازستانی آن متعذر گردد.<sup>۱</sup>

#### ث. به خطر افتادن موزه‌ها و بازارهای هنری

علاوه بر معایب اعمال قانون محل وقوع مال نسبت به دعاوی میراث فرهنگی در رابطه با کشورهای قربانی قاچاق اشیای فرهنگی، اعمال این قاعده حتی در مواردی می‌تواند منافع تجار و فعالین حرفه‌ای این عرصه را نیز به مخاطره اندازد و به تبع آن، صنعت گردشگری فرهنگی را در معرض تهدید قرار دهد. مجموعه‌داران، دلالان اشیای عتیقه، خریداران این اموال و همین‌طور موزه‌داران به امنیت خرید اعتماد می‌کنند. اعمال قاعده عام حل تعارض اموال نسبت به میراث فرهنگی در مواردی که سبب اعمال قانون کشوری می‌شود که مقررات قانونی آن کشور به

1. Drek, Fincham, Op. cit., P. 133.



زیان خریدار با حسن نیت است، گذشته از اینکه امنیت حقوقی معاملات مربوط به این اشیا را در معرض تهدید قرار می‌دهد، فعالیت فعالین این حوزه را نیز به خطر می‌اندازد. این موضوع به‌ویژه در کشورهای تابع نظام کامن‌لو همانند آمریکا و انگلستان که محل بزرگ‌ترین بازارهای اشیای هنری و عتیقه در جهان هستند محتمل است، چراکه در این گونه کشورها از تصرف خریدار با حسن نیت در برابر مالک مال حمایت چندانی به عمل نمی‌آید. لذا زمانی که مالک اصلی یک شیء فرهنگی از نمایش یا حراج مال خود در چنین کشوری مطلع گردد، ترغیب می‌شود تا مبادرت به اقامه دعوا علیه متصرف آن مال نماید و احتمالاً در این دعوا پیروز هم بشود. در نتیجه، متصرف یک شیء فرهنگی همواره در معرض اقامه دعوا از سوی مالک واقعی آن شیء قرار دارد و بدیهی است که این امر به منزله تهدیدی مستمر برای فعالین این عرصه محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup>

ایراداتی نظیر آنچه در سطور فوق مورد اشاره قرار گرفت، بر ناکارآمدی اعمال قاعده عام حل تعارض ناظر بر رژیم حقوقی اموال نسبت به دعاوی مربوط به حقوق عینی مرتبط با میراث فرهنگی دلالت دارد. به همین دلیل، در راستای حل تعارض قوانین موجود در حوزه دعاوی میراث فرهنگی، راهکارهایی ارائه گردیده است که در بخش دیگر این نوشتار به تشریح آن‌ها می‌پردازیم.

## ۲- بررسی راهکارهای حل تعارض قوانین در حوزه دعاوی میراث فرهنگی

حقوقدانان صاحب‌نظر در زمینه حقوق میراث فرهنگی، به‌ویژه از دهه نود میلادی به بعد با گوشزد نمودن توالی فاسد اعمال قاعده حل تعارض حکومت قانون محل وقوع مال نسبت به میراث فرهنگی، همواره بر لزوم تغییر وضعیت موجود تأکید ورزیده و راهکارهایی را برای اصلاح نظام حقوقی کنونی حاکم بر دعاوی میراث فرهنگی ارائه داده‌اند که در ادامه به تشریح آن‌ها می‌پردازیم.

### ۱-۲- یکنواخت سازی نظام حقوقی حاکم بر میراث فرهنگی

نخستین راهکاری که برای حل تعارض قوانین در زمینه میراث فرهنگی ارائه شده است، بحث یکنواخت سازی نظام حقوقی حاکم بر میراث فرهنگی است. این یکنواخت سازی در دو حوزه

1. Hiram H. Hoelzer, Plaintiff-appellant, v. the City of Stamford, Connecticut, Defendant-appellee, 933 F.2d 1131. 2d Cir. (1991).



قابل تصور است: حوزه قواعد شکلی و حوزه قواعد ماهوی. بر همین اساس، بعضی از نویسندگان پیشنهاد کرده‌اند یک قاعده حل تعارض بین‌المللی در این زمینه مورد پذیرش قرار گیرد؛<sup>۱</sup> برخی دیگر هم بر لزوم یکسان‌سازی حقوق بین‌المللی حفاظت از میراث فرهنگی جهان تأکید کرده‌اند.<sup>۲</sup> سازمان‌های بین‌المللی نیز به منظور حل مشکلات حقوقی موجود در حوزه حقوق میراث فرهنگی، اقداماتی در قالب تدوین کنوانسیون‌هایی به عمل آورده‌اند که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به کنوانسیون لاهه در مورد حفاظت از اموال فرهنگی در زمان مخاصمات مسلحانه (۱۹۵۴)، کنوانسیون یونسکو راجع به اتخاذ اقداماتی برای منع و جلوگیری از ورود، صدور و انتقال مالکیت اموال فرهنگی به صورت غیرقانونی (۱۹۷۰) و کنوانسیون موسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی (یونیدروا) پیرامون اشیای فرهنگی مسروقه یا به صورت غیرقانونی خارج شده (۱۹۹۵) اشاره نمود. بررسی تفصیلی این کنوانسیون‌ها از حوصله این نوشتار خارج است؛ اما اجمالاً خاطر نشان می‌سازیم چنان‌که از عنوان کنوانسیون‌های مزبور نیز مشخص است، هدف اصلی آن‌ها حفاظت از میراث فرهنگی است که برای تحقق این هدف، قواعدی به منظور استرداد و اعاده میراث فرهنگی به کشور خاستگاه مال، تعیین مرجع صالح به رسیدگی دعاوی ناظر به میراث فرهنگی، تکلیف خریدار با حسن نیت مبنی بر مسترد داشتن شیء فرهنگی در ازای دریافت غرامت، تعیین مرور زمان برای طرح دعاوی و مانند آن را پیش‌بینی کرده‌اند.<sup>۳</sup>

با وجود این و به‌رغم برخی تأثیرات مثبت این کنوانسیون‌ها در زمینه حمایت از میراث فرهنگی، اما بنا به دلایلی کنوانسیون‌های یادشده در نیل به اهداف مدنظر تدوین‌کنندگان خود چندان موفق نبوده‌اند و به همین دلیل، نویسندگان حقوقی تلاش این کنوانسیون‌ها در جهت یکنواخت سازی حقوق ماهوی ناظر به میراث فرهنگی را شکست خورده دانسته‌اند؛<sup>۴</sup> از جمله این دلایل می‌توان به سیاست‌های متفاوت و در برخی موارد متعارض کشورها در زمینه میراث فرهنگی اشاره کرد؛ برای مثال، کشورهای آمریکا و انگلستان که مقرر بزرگ‌ترین بازارهای

1. Patricia, Youngblood Reyhan, Op. cit., P. 1043.

2. Kathleen, Anderson, The international theft and illegal export of cultural property, New ENg. J. INT'L & COMP. L., Vol. 8:2, 2002, PP. 432 – 433.

۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به:

Siehr, Kurt, The protection of cultural property: the 1995 Unidroit convention and the EEC instrument of 1992/93 compared, Uniform Law Studies / Etudes de droit uniforme, 1998, PP. 671 and n.; Drek, Fincham, Op. cit., P. 133 and n.

4. Drek, Fincham, Op. cit., P. 140.

اشیای فرهنگی و تاریخی جهان محسوب می‌شوند تا به امروز به «کنوانسیون مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی پیرامون اشیای فرهنگی مسروقه یا به صورت غیرقانونی خارج شده» نیوسته‌اند که این امر کارایی و حوزه نفوذ این کنوانسیون را به حد نازلی کاهش داده است،<sup>۱</sup> زیرا اکثر اشیای فرهنگی گران‌بها پس از خروج از کشورهای خاستگاه خود، به این کشورها انتقال یافته و مورد معامله قرار می‌گیرند. با تأمل در جایگاه و نقش برجسته تحلیل‌های اقتصادی از حقوق در نظام کامن‌لو، می‌توان علت بروز چنین کنش‌های حقوقی از سوی کشورهای تابع این نظام را بدین شیوه تحلیل نمود که پذیرش چنین کنوانسیون‌هایی سبب از رونق افتادن بازارهای بزرگ فروش اشیای فرهنگی در این کشورها و در نتیجه کاهش سهم کشورهای مزبور از حجم عظیم گردش مالی این تجارت می‌گردد.<sup>۲</sup> برای نمونه، در سال ۱۹۹۶ بنیاد هنرهای زیبای اروپایی<sup>۳</sup> تهدید کرد اگر سوئیس یا هلند کنوانسیون مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی را به تصویب برسانند، آن بنیاد نمایشگاه خود را از شهرهای بازل و ماستریخت<sup>۴</sup> به جای دیگری منتقل خواهد کرد.<sup>۵</sup>

علاوه بر این، عامل دیگر عدم توفیق این کنوانسیون‌ها را باید در نقاط ضعف موجود در آن‌ها دانست. برای نمونه، گذشته از ابهامات و بعضاً تعارض‌هایی که در این اسناد به چشم می‌خورد،<sup>۶</sup> ماده ۱۸ کنوانسیون مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی اعمال هر گونه حق رزرو به جز مواردی که صراحتاً در خود کنوانسیون مقرر شده را ممنوع ساخته<sup>۷</sup> که این امر موجب گردیده تا بسیاری از کشورها عطای پیوستن به این کنوانسیون را به لقای آن

۱. همچنین برخی از کشورهایی نیز که به این کنوانسیون‌ها پیوسته‌اند، تاکنون اقدامی برای وضع قوانین داخلی جهت لازم‌الاجرا گردیدن آن‌ها به عمل نیاورده‌اند؛ برای ملاحظه فهرست وضعیت کشورهای عضو این کنوانسیون‌ها به آدرس‌های زیر رجوع شود:

<https://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E;>

[https://www.unidroit.org/status-cp.](https://www.unidroit.org/status-cp)

۲. برای ملاحظه نمونه‌ای از تحلیل اقتصادی قاعده حل تعارض به منبع زیر رجوع شود:

Daniel, Klerman, Jurisdiction, Choice of Law and Property, Legal Studies Research Papers Series No. 14-17, 2014, P. 10 and n.

3. *European Fine Art Foundation*.

4. Maastricht.

5. Drek, Fincham, Op. cit., P. 134.

۶. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Drek, Fincham, Op. cit., P. 139 and n.

7. Article 18: "No reservations are permitted except those expressly authorized in this Convention".



ببخشند و خود را از مواهبی که پیوستن به این کنوانسیون می‌توانست برای آن‌ها به دنبال داشته باشد نیز محروم سازند.

## ۲-۲- دست‌کاری در توصیف دعاوی میراث فرهنگی

در سال ۱۹۸۴ میلادی پرونده‌ای در کشور فرانسه مطرح شد که در آن دادگاه‌های بدوی شهر پرپینان<sup>۱</sup> و تجدیدنظر مون‌پلیه<sup>۲</sup> باهدف تعیین قانون کشور فرانسه به‌عنوان قانون حاکم بر یک دعوی ناظر به یک شیء فرهنگی و تاریخی به توصیفی شاذ از ماهیت مال فرهنگی دست زدند. در این پرونده که به طرفیت شهرداری شهر ژنو سوئیس و بنیاد ابگک<sup>۳</sup> اقامه شد، اختلاف بر سر تابلوهای نقاشی متعلق به کلیسایی در فرانسه بود که از دیوارهای این کلیسا جداشده و به سوئیس منتقل شده بودند. در پی طرح دعوی استرداد نقاشی‌ها، دادگاه بدوی شهر پرپینان چنین اظهارنظر نمود که به‌رغم اینکه نقاشی‌ها از دیوارهای کلیسا جداشده‌اند، اما همچنان ماهیت ذاتاً غیرمنقول خود را حفظ کرده‌اند. در تجدیدنظرخواهی از این رأی، دادگاه تجدیدنظر چنین تصمیم گرفت که نقاشی‌ها که در ابتدا غیرمنقول ذاتی بوده‌اند، در نتیجه جدا شدن از دیوار به غیرمنقول تبعی<sup>۴</sup> تبدیل گردیده‌اند. دادگاه مزبور اعلام داشت حمایتی که در نتیجه تصور غیرمنقول بودن این اموال حاصل می‌شود امری ضروری است، چه آنکه اموال غیرمنقول و سایت‌های هنری، تاریخی و باستانی همواره در معرض سرقت و غارت هستند. باوجوداین، دیوان عالی فرانسه ضمن رد استدلال این دادگاه، اعلام کرد نقاشی‌هایی که غیرمنقول ذاتی بوده‌اند، در پی جدا شدن از دیوار تبدیل به مال منقول گردیده‌اند؛ در نتیجه قانون فرانسه را بر دعوی استرداد آن‌ها حاکم ندانست.<sup>۵</sup> مشابه همین شیوه استدلال توسط دولت ایران در دعوی بازستانی یک سردیس متعلق به دوره هخامنشی نزد دادگاه عالی انگلستان نیز مطرح گردید که توسط دادگاه موردپذیرش قرار نگرفت.<sup>۶</sup>

1. Perpignan.

2. Montpellier.

3. La Fondation Abegg.

4. Immeube par destination

5. Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 15 avril 1988, 85-10.262 85-11.198, Publié au bulletin;

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Colette, Saujot-Besnier, *Chronique juridique: Les vestiges terrestres immobiliers et mobiliers: qualification et propriété*, Revue archéologique de l'ouest, T. 15, 1998, p. 211.

6. Iran v. Berend [2007] EWHC 132 (QB).

همچنین در برخی از آرای صادره از دادگاه‌های بعضی از کشورهای تابع نظام کامن‌لو، شیوه دیگری از توصیف اموال



### ۳-۲- اعمال یا مدنظر قرار دادن قوانین امری مربوط به نظم عمومی کشور خارجی

چنان که می‌دانیم در حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک قوانین مربوط به نظم عمومی هر کشور فقط جنبه سرزمینی دارد و در خارج از قلمرو آن کشور قابلیت اعمال ندارند. لذا قاضی فقط مکلف به رعایت نظم عمومی کشور مقر دادگاه است و نسبت به اجرای قانون مربوط به نظم عمومی کشور خارجی تکلیفی ندارد. قواعد مربوط به حمایت از میراث فرهنگی نیز در دسته همین قوانین قرار می‌گیرند که هر کشور با استفاده از قدرت حاکمیتی خود آن‌ها را وضع نموده است. در نتیجه، اگر بخواهیم از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی کلاسیک به موضوع بنگریم، قاضی تکلیفی نسبت به اعمال این قوانین ندارد. بر همین اساس، آرای متعددی در زمینه استرداد میراث فرهنگی از دادگاه‌های کشورهای مختلف صادر گردیده که در آن‌ها دادگاه با اتخاذ همین رویکرد، قوانین حمایتی خارجی را بلااثر اعلام کرده است.<sup>۱</sup>

در مقابل این دیدگاه، پس از جنگ جهانی دوم نظریه‌ای در سیستم حقوقی کشور آلمان مطرح شد که بر طبق آن، قوانین حمایتی خارجی ناظر به محافظت از اموال فرهنگی باید صرف نظر از قانون حاکم بر قضیه اعمال شوند یا حداقل مورد توجه دادگاه قرار گیرند. هم‌راستا با همین نظر، مؤسسه حقوق بین‌المللی در سال ۱۹۷۵ میلادی چنین اعلام نمود که «اصل مورد ادعا در خصوص عدم قابلیت اعمال حقوق عمومی خارجی از لحاظ نظری و عملی بر هیچ مبنای منطقی استوار نیست».<sup>۲</sup> ماده ۱۹ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس نیز با پذیرش این رویکرد چنین مقرر می‌دارد: «زمانی که بر اساس درک سوئیس از حقوق، منافع مشروع و مهم‌تری ایجاب نماید، ممکن است مقررات امری حقوق دیگری به‌غیر از حقوقی که توسط این قانون تعیین می‌شود نسبت به قضیه

---

فرهنگی به چشم می‌خورد که بر اساس آن، دعوای میراث فرهنگی به‌جای دسته‌ای ارتباط اموال، در دسته ارتباط مسئولیت مدنی قرار گرفته‌اند و خواهان برای استرداد شیء فرهنگی به قواعد مسئولیت ناشی از شبه جرم‌هایی همانند شبه جرم تصرف در مال غیر (Conversion) استناد کرده است. توصیف این دعوای به دعوای مسئولیت مدنی سبب حکومت قانون محل وقوع فعل زیان‌بار (Lex loci delicti commissi) می‌گردد:

Karl, Kreuser, Op. cit., 1997, p. 188; Manlio, Frigo, Circulation des bien culturels, Academie de Droit International de la Haye, New York: ADI-POCHE, 2016, p. 171;

همچنین رجوع شود به:

Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg, 717 F.Supp. 1374, S.D.Ind. (1989).

1. Karl, Kreuser, Op. cit., p. 188.

2. K., Siehr, Recueil des cours 1993-VI, Academie De Droit International de la Haye, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 192; Karl, Kreuser, Op. cit., p. 193.

مورد توجه قرار گیرد، مشروط بر این که آن قضیه ارتباطی نزدیک با آن حقوق داشته باشد». این دیدگاه که قاضی رسیدگی کننده به دعاوی میراث فرهنگی به هنگام رسیدگی، قوانین حمایتی کشور خاستگاه مال را نیز اعمال کرده و یا مدنظر نماید، در برخی از آرای صادره از محاکم بعضی از کشورها مورد پذیرش قرار گرفته است. یکی از برجسته ترین این آرا رأی است که از سوی یکی از دادگاه های تجدیدنظر انگلستان به نفع ایران صادر شده است و به موجب آن، حکم به استرداد هجده مورد از اشیای تاریخی با قدمت بیش از پنج هزار سال که در منطقه جیرفت کشف شده بودند، داده شد.<sup>۱</sup>

#### ۴-۲- استفاده از مکانیسم احاله

یکی دیگر از گزینه ها برای حل تعارض قوانین قابل اعمال در خصوص دعاوی میراث فرهنگی استفاده از مکانیسم احاله<sup>۲</sup> است. این نظریه برای اولین بار در سال ۲۰۰۷ میلادی توسط دولت ایران در دعوایی به طرفیت یکی از اتباع فرانسوی با موضوع استرداد یک سردیس متعلق به دوران هخامنشی نزد دادگاه عالی انگلستان مطرح شد. در این پرونده، خواننده سردیس مزبور را به وسیله یک واسطه در یک حراج در نیویورک خریده بود و در کشور فرانسه مالکیت آن به وی منتقل شده بود. او پس از سی سال نگهداری از سردیس در خانه خود، در سال ۲۰۰۵ میلادی نسبت به فروش آن در یک حراج در شهر لندن اقدام نمود. دولت ایران پس از اطلاع از موضوع، دستور موقتی مبنی بر توقیف مال را تحصیل نمود و سپس مبادرت به طرح دعوی استرداد کرد. خواننده در مقام دفاع بر این مبنا استدلال نمود که سردیس در زمره اموال منقول است و مطابق قاعده حکومت قانون محل وقوع مال که در حقوق انگلیس پذیرفته شده، قانون فرانسه باید بر دعوا حاکم باشد، زیرا خواننده مالکیت اموال را زمانی به دست آورده که آن ها را در فرانسه قبض نموده است؛ در نتیجه، او که مالکیت آن مال را با حسن نیت تحصیل نموده است، مطابق ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی فرانسه مالک قانونی سردیس محسوب می شود. همچنین گذشته از این، سردیس برای بیش از ۳۰ سال در تصرف خواننده بوده و به دلیل شمول مرور زمان طبق ماده ۲۲۶۲ قانون مدنی فرانسه او دیگر مالک آن مال محسوب می شود. در این پرونده، ایران برای بی اثر ساختن دفاع خواننده بدین شیوه استدلال خود را مطرح کرد

1. Government of the Islamic Republic of Iran v The Barakat Gallery Ltd [2007] EWCA Civ 1374.  
2. Renvoi.

که دادگاه انگلستان نباید صرفاً قانون ماهوی فرانسه را اعمال کند؛ بلکه باید به سراغ قاعده حل تعارض فرانسه برود و با استفاده از دکترین احاله، قانون ایران را به عنوان قانون کشور خاستگاه مال اجرا نماید. دلیل ایران هم آن بود که چون فرانسه کنوانسیون‌هایی مثل کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو و کنوانسیون ۱۹۹۵ مؤسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی را پذیرفته است، برای خطی مشی این کنوانسیون‌ها، یعنی مقابله با تجارت غیرقانونی اموال فرهنگی، اهمیت قائل است. بر این بنیاد، در چنین فرضی یک قاضی فرانسوی به دنبال اعمال استثنایی بر قاعده حل تعارض حکومت قانون محل وقوع مال و اجرای قانون ایران به عنوان کشور خاستگاه مال خواهد بود. سرانجام در این پرونده، به رغم آن که دادگاه انگلستان اعمال این مکانیسم را واجد مزایایی دانست، اما در نهایت از یک سو به دلیل اینکه هیچ‌گاه در حقوق انگلستان از دکترین احاله برای دعاوی ناظر به اموال منقول استفاده نشده و از سوی دیگر به خاطر اینکه مشخص نبود که لزوماً قاضی فرانسوی هم قانون ایران را در چنین موردی اعمال می‌کند، استدلال ایران را نپذیرفت.<sup>۱</sup> البته این رأی از سوی برخی از نویسندگان مورد انتقاد واقع شده و امکان استفاده از سازوکار احاله در چنین دعاوی امکان‌پذیر دانسته شده است.<sup>۲</sup>

#### ۵-۲- استفاده از شرط استثناء (نزدیک‌ترین ارتباط)

نظریه دیگری که در راستای حل معضل مورد بحث ارائه شده است، استفاده از «شرط استثناء»<sup>۳</sup> است. به موجب این نظریه، در فرضی که اعمال قاعده حل تعارض کشور مقرر دادگاه، قاضی را به قانونی رهنمون سازد که آن قانون از نظر او دارای ارتباطی ضعیف با قضیه مطروحه است، وی می‌تواند در چنین مواردی به طور استثنایی قانون کشوری را بر دعوا حاکم نماید که دارای ارتباط نزدیک‌تری با قضیه است.<sup>۴</sup> این سازوکار در ماده ۱۵ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی کشور سوئیس با این ادبیات مقرر گشته است: «اگر نظر به مجموع شرایط، واضح باشد که قضیه با حقوقی که به وسیله این قانون [صالح] تعیین شده است، صرفاً دارای ارتباطی ضعیف است و در عوض دارای ارتباطی بسیار نزدیک با حقوق دیگری است، حقوق تعیین شده به وسیله این قانون استثنائاً قابل اعمال نیست».

1. Iran v. Berend [2007] EWHC 132 (QB).

2. Drek, Fincham, Op. cit., P. 146.

3. La clause d'exception.

4. Le centre d'étude sur la coopération juridique internationale, Op. cit., p. 72.

## ۶-۲- راهکار منتخب: پذیرش قاعده حل تعارض «حکومت قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی»

به دلیل ایرادات هر یک از نظریات پیش گفته، دکترین حقوقی راهکار اعمال قاعده حل تعارضی کارا و مؤثر را شیوه‌ای بهتر برای حل تعارض قوانین در زمینه دعاوی میراث فرهنگی دانسته است.<sup>۱</sup> بدین روی، تقریباً از دهه نود میلادی به بعد، پس از اثبات ناکارآمدی اعمال قاعده حکومت محل وقوع مال نسبت به دعاوی ناظر به اموال فرهنگی، گرایش‌هایی در راستای پذیرش قاعده حل تعارضی متناسب با ویژگی‌های خاص میراث فرهنگی شکل گرفت و بر همین اساس نظریه حکومت «قانون کشور خاستگاه مال»<sup>۲</sup> مطرح شد.

### ۱-۶-۲- تبیین این نظریه

با استقرادر آثار نویسندگانی که قاعده حکومت قانون کشور خاستگاه مال را به عنوان قاعده حل تعارض مناسب برای اعمال نسبت به دعاوی میراث فرهنگی پذیرفته‌اند، می‌توان آن‌ها را به دودسته تقسیم کرد: گروهی که منظور از کشور خاستگاه را کشوری دانسته‌اند که شیء در لحظه سرقت یا جابه‌جایی غیرمجاز در آنجا واقع بوده،<sup>۳</sup> و کسانی که «کشور خاستگاه مال» را کشوری می‌دانند که شیء فرهنگی با آن پیوند فرهنگی<sup>۴</sup> دارد؛ یعنی کشوری که شیء فرهنگی در آن به ثبت رسیده است یا به نحوی دیگر (همانند ملی یا دولتی اعلام شدن آن شیء توسط قانون) در زمره آثار متعلق به میراث فرهنگی آن کشور قرار گرفته‌اند.<sup>۵</sup>

از این دو نظر، دیدگاه اخیر دقیق‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا صرف نظر از آن که استعمال این لفظ

1. Symeon C., Symeonides, A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property, Vanderbilt journal of transnational law, Vol. 38:1177, 2005, P. 1198; Drek, Fincham, Op. cit., P. 146.

2. Lex originis, Lex rei sitae originis.

3. Symeon C., Symeonides, Op. cit., P. 1186; Drek, Fincham, Op. cit., P. 146.

لازم است خاطرنشان گردد که بعضی اصطلاح «Lex originis» را به «قانون دولت متبوع مال» ترجمه کرده‌اند و آن را متمایز از «قانون کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده است» دانسته‌اند و در نهایت قانون اخیرالذکر را به عنوان قانون حاکم بر اموال فرهنگی مورد پذیرش قرار داده‌اند: کریستین، آرمبروستر، مطالبه اموال فرهنگی از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی، ترجمه: فرهاد خمایی زاده، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲، ۱۳۸۴، ص ۲۷۹ به بعد.

4. Cultural link.

5. Erik, Jayme, Protection of cultural property and conflict of laws: The Basel resolution of the institute of international law, International journal of cultural property, Vol. 6, Issue 2, 1997, P. 376.



در معنای نخست بیشتر به استعمالی مجازی می ماند تا حقیقی و نویسندگان دسته نخست هم به این نکته اذعان نموده اند که به دلیل فقدان عبارتی بهتر، از قانون مدنظرشان به «قانون کشور خاستگاه مال» تعبیر کرده اند،<sup>۱</sup> در اعلامیه «بیع بین المللی آثار هنری در مورد حمایت از میراث فرهنگی» نشست مؤسسه حقوق بین المللی در سال ۱۹۹۱ در بازل سوئیس<sup>۲</sup> به عنوان یکی از نخستین متونی که این قاعده را مورد پذیرش قرار داده است، منظور از قانون کشور خاستگاه مال قانون کشوری دانسته شده که از لحاظ فرهنگی دارای نزدیک ترین ارتباط با شیء است.<sup>۳</sup> گذشته از این، به نظر می رسد که تعبیر ارائه شده از سوی نویسندگان دسته نخست با هدف تعدیل قاعده اعمال قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی صورت پذیرفته است که در بحث بعد به بیان آن می پردازیم.

### ۲-۶-۲- تعدیل این نظریه

پذیرش اعمال قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی بر دعوی مربوط به این اموال نباید سبب القای این تصور گردد که این قاعده باید به صورت بی قید و شرط و بدون هیچ گونه استثنایی برای حل تعارض قوانین در زمینه تمامی دعاوی میراث فرهنگی مورد استفاده قرار گیرد، چرا که در خصوص قلمروی اعمال این قاعده نباید افراط کرد. اگرچه در اکثر کشورها اموال فرهنگی تحت نظارت دولت و جزء اموال ملی یا دولتی و در نتیجه غیر قابل انتقال اعلام شده اند،<sup>۴</sup> اما در مورد آن دسته از آثاری که فاقد چنین ویژگی اند و همچنین در مواردی استثنایی که قانون یک کشور اجازه نقل و انتقال یک مال فرهنگی را داده باشد و در نتیجه این تجویز، شیء فرهنگی به کشوری دیگر منتقل شده باشد و در آنجا به صورت قانونی فروش رفته باشد، اعمال قانون کشور خاستگاه مال چندان موجه و منطقی نیست؛ زیرا در این گونه موارد، پیوند آن شیء با کشور خاستگاه خود قطع شده است. بر همین اساس، برخی نویسندگان اعمال قانون کشور خاستگاه مال (با در نظر گرفتن تفاوت در تعابیر ارائه شده از این قانون) را صرفاً به عنوان یک «اصل» در نظر گرفته اند که باید بر دعوی میراث فرهنگی اعمال شود، مگر در فرضی که کشور دیگری

1. Symeon C., Symeonides, Op. cit., P. 1186.

2. La résolution de l'Institut de droit international sur la vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel (Bâle 1991).

3. Barbara T., Hoffman, Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice, New York: Cambridge university press, 2006, P. 77.

4. Alessandro, Chechi, The settlement of international cultural heritage disputes, New York: Oxford university press, 2014, P. 65.



ارتباط اساسی نزدیک‌تری با قضیه داشته باشد و اعمال قانون آن کشور جهت حمایت از شخص ثالث با حسن نیتی ضرورت یابد.<sup>۱</sup> در نتیجه، در فرضی که یک مال فرهنگی مطابق با ضوابط قانونی کشور خاستگاه خود به کشور دیگری منتقل شده و در آنجا به مالکیت شخص دیگری درآمده و سپس به سرقت رفته و به کشور ثالثی منتقل شده است، کشوری که شیء در آن کشور در مالکیت قانونی مالک بوده و سرقت در آن اتفاق افتاده دارای ارتباط اساسی نزدیک‌تری با آن شیء فرهنگی است، نه کشور خاستگاه آن شیء.<sup>۲</sup>

### ۳-۶-۲- مزایای پذیرش این نظریه

پذیرش قاعده حل تعارض حکومت قانون کشور خاستگاه مال در زمینه دعاوی میراث فرهنگی، علاوه بر اینکه فاقد معایبی (همانند رواج جستجو برای یافتن دادگاه مناسب) است که برای قاعده حل تعارض محل وقوع مال برشمردیم، مزایای درخور توجهی را در راستای تأمین مصالح این اموال و منافع ملت‌ها به ارمغان می‌آورد. مزیت اصلی پذیرش این قاعده آن است که سبب وحدت قانون حاکم بر دعوا و قانون حمایت‌کننده<sup>۳</sup> از مال فرهنگی که بیشترین ارتباط را با آن مال دارد، می‌شود. افزون بر این، قاعده مزبور سبب افزایش شفافیت مبادلات اموال فرهنگی می‌گردد، زیرا در این صورت خریداران اشیای فرهنگی مجبور خواهند شد تا به جای مدنظر دادن کشور محل وقوع معامله، توجه خود را معطوف به یافتن پاسخ این پرسش نمایند که فروشنده شیء مورد معامله را از کدام کشور و به چه طریقی به دست آورده است. در مقابل، فروشندگان نیز ملزم خواهند گردید تا اطلاعاتی از این دست را فراهم آورده و در اختیار مشتریان بگذارند.<sup>۴</sup> به علاوه، قبول این نظریه در کنار بالا بردن امنیت میراث فرهنگی و معاملات قانونی این اموال، باعث می‌شود تا حاشیه امنی که سالیان سال از طریق اعمال قاعده حکومت قانون محل وقوع مال به فروشندگان غیرمجاز اشیای فرهنگی هدیه داده شده بود به شکل محسوسی شکننده گردد و در نتیجه تجارت غیرقانونی این اشیاء دشوار شود.

1. Symeon C., Symeonides, Op. cit., PP. 1183 and n.

۲. برخی از نویسندگان در مقام تبیین منظور از «قانون کشور خاستگاه مال»، آن را قانون کشوری دانسته‌اند که شیء در آن محل در مالکیت بلامعارض صاحب خود بوده است (The law of the place of last undisputed ownership rule):

Daniel, Klerman, Op. cit., P. 13.

3. Lex protectionis.

4. Drek, Fincham, Op. cit., P. 142.



#### ۴-۶-۲- نشانه‌هایی از آغاز یک تحول

امروزه دیگر قاعده حکومت قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی از قالب یک نظریه حقوقی صرف بیرون آمده و چنین به نظر می‌رسد که سیر تکامل خود برای تبدیل شدن از «حقوق نرم»<sup>۱</sup> به «حقوق سخت»<sup>۲</sup> را آغاز کرده است.<sup>۳</sup> پس از آنکه مؤسسه حقوق بین‌المللی در ماده ۲ اعلامیه نشست بازل<sup>۴</sup> به سال ۱۹۹۱ میلادی به صراحت از قانون کشور خاستگاه مال به عنوان قانون حاکم بر انتقال مالکیت آثار هنری متعلق به میراث فرهنگی آن کشور نام برد، در سال ۲۰۰۵ میلادی قانون‌گذار کشور بلژیک در اقدامی تحسین‌برانگیز ماده ۹۰ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور را به بیان قاعده حل تعارض مختص به میراث فرهنگی اختصاص داد. فراز نخست این ماده چنین مقرر می‌دارد:

«زمانی که یک مال متعلق به میراث فرهنگی یک کشور به شیوه‌ای مخالف با قانون آن کشور در لحظه خروج از خاک آن کشور خارج شده باشد، مطالبه آن مال به وسیله آن دولت، تحت حکومت قانون لازم‌الاجرای آن کشور در آن لحظه یا - به انتخاب این کشور - تحت حکومت قانون کشور محل وقوع مال در لحظه مطالبه آن است».<sup>۵</sup>

چنان‌که ملاحظه می‌گردد، بخش نخست ماده مرقوم نه تنها به صراحت از قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی به عنوان قانون حاکم بر دعوی مطالبه آن مال نام می‌برد، بلکه پیشروتر از دکترین حقوقی، با طرح ایده‌ای بدیع، کشور خاستگاه مال فرهنگی را در انتخاب قانون مناسب تر

1. Soft law.

2. Hard law.

۳. «حقوق نرم» عبارت است از مقررات حقوقی که برخلاف «حقوق سخت»، از الزام قانونی و به تبع آن الزام قضائی برخوردار نیست و بیشتر جنبه اقناعی و ارشادی دارند تا الزامی؛ البته این مقررات از مرز حقوق نبودن گذشته و نوعی انتظار تبعیت و مسئولیت ایجاد می‌کنند (میرحسین، عابدیان، منا، احمدی، مفهوم «حقوق نرم» و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۰، ۱۳۹۱، صص ۱۲۶-۱۲۷).

4. Basel.

5. Art. 90 du loi portant le Code de droit international privé belge:

“Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication”.

البته نباید ناگفته گذاشت که بند ۷ ماده ۱۲۷ این قانون، حکم این ماده را صرفاً به آن دسته از اشیای فرهنگی محدود نموده که پس از اجرایی شدن این قانون، به صورت غیرقانونی از کشور خاستگاهشان خارج شده‌اند؛ بند مرقوم چنین مقرر می‌دارد: Art. 127 § 7. “L'article 90 s'applique au bien qui a quitté le territoire de l'Etat de manière illicite après l'entrée en vigueur de la présente loi”.



آزاد گذارده است. سپس بند دوم این ماده برای تعدیل این حمایت بی شائبه از کشور خاستگاه مال، در مقام جلوگیری از تضییع حقوق خریدار با حسن نیت شیء فرهنگی چنین بیان می نماید که «با وجود این، در صورتی که قانون کشوری که مال فرهنگی متعلق به میراث فرهنگی آن است، هیچ گونه حمایتی را از متصرف با حسن نیت به عمل نیاورد، شخص اخیر می تواند به حمایتی که کشور محل وقوع مال در لحظه مطالبه برای وی تضمین می کند استناد نماید»<sup>۱</sup>. البته نباید چنین پنداشت که حمایت از خریدار با حسن نیت به معنای امکان عدم استرداد شیء فرهنگی به مالک نخستین آن است؛ بلکه منظور از حمایت، می تواند مواردی نظیر لزوم پرداخت خسارتی معقول و منصفانه به خریدار با حسن نیت و امثال آن باشد.<sup>۲</sup> بنابراین، برای مثال، اگر شیء فرهنگی از کشوری به طور غیرقانونی خارج شود و در کشور بلژیک به فروش برسد، اگرچه مطابق ماده ۹۰ قانون حقوق بین الملل خصوصی بلژیک، این قانون کشور خاستگاه مال است که قابلیت اعمال نسبت به دعوای استرداد را دارد، اما در صورتی که قانون کشور خاستگاه مال نه تنها هیچ گونه حمایتی را از خریدار با حسن نیت به عمل نیاورد، بلکه او را غاصب و ضامن عین و منافع مال مورد تصرف به شمار آورد، آنگاه خریدار با حسن نیت این حق را دارد تا با استناد به قسمت اخیر ماده مزبور، در برابر استرداد شیء فرهنگی، حمایتی (نظیر لزوم جبران خسارت و مانند آن) را که ممکن است حقوق کشور محل وقوع مال از وی به عمل آورد، مطالبه نماید.

حقوقدانان سوئیسی نیز در تفسیر ماده ۱۵ قانون حقوق بین الملل خصوصی این کشور که پیش تر راجع به آن سخن گفتیم، این ماده را از این ظرفیت برخوردار دانسته اند که بتوان برای اعمال قانون کشور خاستگاه مال در مواردی استثنایی مورد استفاده قرار داد. با وجود این، دیوان عالی این کشور رویکردی خلاف این نظر را اتخاذ کرده که این امر مورد انتقاد نویسندگان سوئیسی واقع شده است.<sup>۳</sup>

1. "Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication".

۲. کما اینکه مواد ۴ و ۶ کنوانسیون موسسه بین المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی، برای خریداری که اثبات نماید از مسروقه یا قاچاق بودن شیء خریداری شده بی اطلاع بوده و در این زمینه احتیاطهای لازم را نیز به عمل آورده باشد، این حق را به رسمیت شناخته است تا در ازای استرداد مال فرهنگی، خسارتی معقول و منصفانه را دریافت نماید.

3. Marc-André, Renold, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: question choisies, Rapport à la Société suisse des juristes 2010, Revue de droit Suisse, 129, II,



همچنین بعضی از نویسندگان قاعده مقرر در بند نخست ماده ۲۴۴ بخش تعارض قوانین مجموعه مؤسسه حقوق آمریکایی را نزدیک به قاعده حکومت قانون کشور خاستگاه مال دانسته‌اند.<sup>۱</sup> این بند اعتبار و آثار نقل و انتقال حقوق اموال منقول را تحت شمول قانون محلی دانسته است که بیشترین ارتباط معنی دار را با طرفین، مال مورد معامله و معامله دارد.

در حقوق ایران به نظر می‌رسد فراز پایانی ماده ۹۶۶ قانون مدنی که در مقام وارد آوردن استثناء به قاعده حکومت قانون کشور محل وقوع مال است، تاب تفسیری در راستای پذیرش قاعده مذکور را داشته باشد؛ زیرا بر اساس آن، حمل و نقل شدن شیء منقول به مملکتی دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص (اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوص و عمومی از جمله دولت) مطابق قانون محل وقوع اولی آن شیء نسبت به آن تحصیل کرده‌اند، خللی وارد آورد.<sup>۲</sup> این بخش از ماده مرقوم به روشنی بر اصل کلی لزوم احترام به حقوق مکتسبه دلالت دارد. اصلی که یکی از اصول بنیادین پذیرفته شده در حقوقی محسوب می‌شود و روشن است اهمیت این اصل در پرتوی حقوق مکتسبه یک ملت، دارای اهمیتی چندین برابر حقوق مکتسبه افراد است.

### نتیجه‌گیری

قاعده حل تعارض رایج برای تعیین قانون حاکم بر دعاوی میراث فرهنگی با مقتضیات خاص این حوزه مهم و منافع ملت‌های دارای فرهنگ و تاریخی غنی همخوانی ندارد و صرفاً منافع کسانی را تأمین می‌نماید که در زمینه تجارت غیرقانونی این اموال فعالیت می‌کنند. اقدامات صورت گرفته همانند تلاش برای یکنواخت سازی حقوق ماهوی حاکم بر میراث فرهنگی جهت حل تعارض قوانین این حوزه نیز به توفیق چندانی دست نیافته است. به همین دلیل امروزه در حوزه حقوق میراث فرهنگی با حقوق بین‌الملل خصوصی چندپاره و غیرمنسجمی مواجه هستیم که دادگاه‌های کشورهای مختلف را در میان انبوهی از دعاوی که در اغلب آن‌ها قاضی با طرفینی بی‌گناه مواجه است، سرگردان رها ساخته است.

2010, pp. 192 – 193.

1. Karl, Kreuser, Op. cit., p. 198.

۲. مشابه این حکم در ماده ۲۴۷ مجموعه حقوقی (دوم) تعارض قوانین مؤسسه حقوق آمریکایی (۱۹۷۱) نیز مقرر شده است.



حقوق بین‌الملل خصوصی و به‌طور خاص سیستم حل تعارض قوانین، امروزه دیگر گریزی از آن ندارد تا در زمینه دعاوی میراث فرهنگی به پذیرش قاعده‌ای دست بزند که توأمان با حراست از مصالح ملل، منافع اشخاص ثالث با حسن نیتی را که مالی فرهنگی را در تصرف خود دارند، تأمین نماید. به همین منظور، حکومت قانون کشور خاستگاه مال فرهنگی به‌عنوان کشوری که دارای پیوندی وثیق با آن مال است، در عین پیش‌بینی امکان استناد به قوانین حمایتی از سوی متصرف با حسن نیت شیء فرهنگی - از جمله حق مطالبه خسارتی متعارف در برابر استرداد شیء فرهنگی - می‌تواند ایده‌ای قابل توصیه به‌منظور تأمین مصالح با اهمیت حوزه میراث فرهنگی باشد.

## منابع

### فارسی

- آرمبروستر، کریستین، «مطالبه اموال فرهنگی از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی»، ترجمه: فرهاد خمایی زاده، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۴۲، (۱۳۸۴).
- ارفع‌نیا، بهشید، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، جلد سوم، (تهران: انتشارات بهتاب، ۱۳۹۱).
- الماسی، نجادعلی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چاپ چهاردهم، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳).
- عابدیان، میرحسین، احمدی، منا، مفهوم «حقوق نرم» و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۶۰، (۱۳۹۱).
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان*، چاپ دوم، (تهران: کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹).
- قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی ایران مصوب ۱۳۶۷.
- قانون مدنی ایران مصوب سال‌های ۱۳۰۷ و ۱۳۱۴.

### French

- Audit, Bernard, *Le statut des biens culturels en droit international privé français*. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 46, N° 2, (1994).
- Buruiană, Monica-Elena, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, Thèse Présentée pour obtenir le grade de doctorat, L'université de Bordeaux, (2016).



- **Code civil de la France du 21 March 1804.**
- **Code du patrimoine de la France du 20 février 2004.**
- Frigo, Manlio, Circulation des bien culturels, Academie de Droit International de la Haye, New York: ADI-POCHE, (2016).
- Kreuser, Karl, La propriété mobilière en droit international privé, Academie de Droit International de la Haye, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, (1997).
- Le centre d'étude sur la coopération juridique internationale, Étude sur la prévention et la lute contre le trafic illicite des biens culturels dans l'Union européenne, Contract n° Home/2009/ISEC/PR/019-A2, (2011).
- Lewald, M. Hans, Recueil Des Cours, Collected Courses 1939, Vol. 69, Academie de Droit International de la Haye, Paris: Librairie du Recueil Sirey, (1939).
- Loi portant le code de droit international privé belge du 16 Juillet 2004.
- Loi fédérale sur le droit international privé suisse du 18 décembre 1987.
- Pertrgas Sender, Marta, Le nouveau droit international privé belge, Journal des tribunaux, 124<sup>e</sup> aneé, N° 6173, Larcier, Bruxelles, (2005).
- Renold, Marc-André, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: question choisies, Rapport à la Société suisse des juristes 2010, Revue de droit Suisse, 129, II, (2010).
- [Rogron, Joseph Adrien](#), Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples, et par la jurisprudence, Bruxelles: Société belge de librairie, (1843).
- Saujot-Besnier, Colette, Chronique juridique: Les vestiges terrestres immobiliers et mobiliers: qualification et propriété, Revue archéologique de l'ouest, T. 15, (1998).
- Siehr, K., Recueil des cours 1993-VI, Academie De Droit International de la Haye, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, (1994).
- Siehr, Kurt, The protection of cultural property: the 1995 Unidroit convention and the EEC instrument of 1992/93 compared, Uniform Law Studies / Etudes de droit uniforme, 1998.

### **English**

- Anderson, Kathleen, The international theft and illegal export of cultural property, New ENg. J. INT'L & COMP. L., Vol. 8:2, (2002).
- Baxter, Ian F. G., Conflicts of law and property, McGill law journal, Vol. 10, N. 1, (1964).
- Campbell, Peter B., The illicit antiquities trade as a transnational criminal network: Characterizing and anticipating trafficking of cultural heritage, International Journal of Cultural Property, Vol. 20, (2013).
- Chechi, Alessandro, The settlement of international cultural heritage disputes, New York, Oxford University Press, (2014).
- Fincham, Derek, How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property, Columbia Journal Of Law & The Arts, Vol. 32:1, (2008).
- Hoffman, Barbara T., Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice,



New York, Cambridge University Press, (2006).

- Jayme, Erik, Protection of cultural property and conflict of laws: The Basel resolution of the institute of international law, *International journal of cultural property*, Vol. 6, Issue 2, (1997).

- Jeroen van der Weide, Roel Westrik, *Party Autonomy in International Property Law*, Munich, Sellier. European law publishers, (2001).

- Klerman, Daniel, *Jurisdiction, Choice of Law and Property*, Legal Studies Research Papers Series, No. 14-17, (2014).

- Nafziger, James A. and R., Robert, Kirkwood, *Cultural law: International, Comparative, and Indigenous*, New York, Cambridge University Press, (2010).

- Renold, Marc-André, *The international protection of archaeological heritage: Questions of private international law and of legal harmonization*, L'harmattan (N. D.).

- Restatement (Second) of Conflict of Laws (1969).

- Song, Ho-Young, *International Legal Instruments and New Judicial Principles for Restitution of Illegally Exported Cultural Properties*, Penn State Journal of Law & International Affairs, Volume 4, (2016).

- Symeonides, Symeon, *American Private International Law*, Netherland: Wolter Kluwer, (2008).

- Symeonides, Symeon C., *A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property*, *Vanderbilt journal of transnational law*, Vol. 38:1177, (2005).

- Whytock, Christopher A., *The evolving forum shopping system*, *Cornell law review*, Vol. 96, Issue 3, (2011).

- Youngblood Reyhan, Patricia, *A chaotic palette: Conflict of laws in litigation between original owners and good-faith purchasers of stolen are*, *Duke Jaw journal*, Vol. 50, N. 4, (2001).

-

### آرای قضائی

- *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*, 717 F.Supp. 1374, S.D.Ind. (1989): <https://scholar.google.com>.

- **Cour de Cassation, Chambre civile 1, 3 mai 1973, 70-13.383, Publié au bulletin:** <https://www.legifrance.gouv.fr>.

- *Cour de cassation, Chambre civile 1, 3 février 2010, 08-19.293, Publié au bulletin:* <https://www.legifrance.gouv.fr>.

- **Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 15 avril 1988, 85-10.262 85-11.198, Publié au bulletin:** <https://www.legifrance.gouv.fr>.

- *Duc de ferias v. Baron Pichon* (1885); Cited by: Chechi, Alessandro, *The settlement of international cultural heritage disputes*, New York, Oxford University Press, 2014, P. 67.

- *Federal Tribunal of 8 April 2005, ATF 131 III 418, JdT 2006 I 63; Cité par: Renold, Marc-André, Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels: l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or*



anciennes du 8 avril 2005, *Uniform Law Review*, Volume 11, Issue 2, April 2006, Pages 399–404.

- Government of the Islamic Republic of Iran v The Barakat Gallery Ltd [2007] EWCA Civ 1374: <https://plone.unige.ch>

- Hiram H. Hoelzer, Plaintiff-appellant, v. the City of Stamford, Connecticut, Defendant-appellee, 933 F.2d 1131 (2d Cir. 1991): <https://scholar.google.com>.

- Iran v. Denyse Berend [2007] EWHC 132 (Q.B.): Seizer v. Sessions, 940 P. 2d 261 - Wash: Supreme Court (1997): <https://scholar.google.com>.

- Winkworth v. Christie's (1970); <https://www.lexology>.

