

# جزوه حقوق بین الملل خصوصی ۲

## دکتر امید ملاکریمی

وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه

Telegram Channel: [@OmidMollakarimi](https://t.me/OmidMollakarimi) E-mail: [mollakarimi.omid@gmail.com](mailto:mollakarimi.omid@gmail.com)

Instagram: [@vekalatyar](https://www.instagram.com/vekalatyar) web: [mollakarimi.ir](http://mollakarimi.ir)

حقوق بین الملل خصوصی در حقوق ایران را در پنج فصل می خوانیم:

۱. کلیات

۲. تابعیت

۳. اقامتگاه

۴. وضعیت بیگانگان

۵. تعارض صلاحیتها و تعارض قوانین

تابعیت، اقامتگاه و وضعیت بیگانگان را در ح.ب.خ. ۱ خواندیم و تعارض صلاحیتها و تعارض قوانین را در ح.ب.خ. ۲ اما لازم است قبل از ورود به بحث «تعارض صلاحیتها و تعارض قوانین»، کلیاتی از حقوق بین الملل خصوصی را یادآوری کنیم.

### کلیات

#### تعریف و اوصاف حقوق بین الملل خصوصی

**تعریف:** این حقوق مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور حقوقی است که روابط خصوصی اشخاص حقوق خصوصی را در زندگی بین المللی تنظیم می کند.

**اوصاف:** اوصاف حقوق بین الملل خصوصی به دو دسته تقسیم می شود:

**الف: خصوصی بودن:** تنظیم کننده روابط خصوصی اشخاص حقوق خصوصی است.

**ب: بین المللی بودن:** حداقل یک عنصر خارجی در مسائل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد. **موقعیت حقوق بین الملل خصوصی:**

حقوق بین‌الملل خصوصی یک واژه مرکب است این مرکب بودن تصادفی نیست.

حقوق بین‌الملل: قواعد و مقرراتی که روابط بین تابعین حقوق بین‌الملل را مشخص می‌نماید. حقوق بین‌الملل پیرامون روابطی است که عامل خارجی در آن دخالت دارد.

حقوق خصوصی: قواعد و مقرراتی است که روابط خصوصی اشخاص حقوق خصوصی را تنظیم می‌کند.

### ارتباط حقوق بین‌الملل خصوصی با حقوق بین‌الملل عمومی

**جهت اشتراک:** اشتراک در وصف بین‌المللی بودن؛ اشتراک نسبی در منابع‌شان (منابع مهم هر دو معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی است) و از حیث مرجع صلاحیت‌دار.

### جهت افتراق یا اختلاف:

۱. از حیث ضمانت اجرایی: حقوق بین‌الملل عمومی دارای ضمانت اجرایی ناقصی است درحالی‌که حقوق بین‌الملل خصوصی دارای ضمانت اجرایی کافی می‌باشد.

۲. از حیث مراجع صالح برای رسیدگی: در حقوق بین‌الملل عمومی، دیوان قضایی بین‌المللی (دیوان بین‌المللی دادگستری) و مراجع داوری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی دارند اما در حقوق بین‌الملل خصوصی، مراجع داخلی صلاحیت رسیدگی دارند.

۳. از حیث اشخاص موضوع حق: در حقوق بین‌الملل عمومی، اشخاص موضوع حق دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی هستند اما در حقوق بین‌الملل خصوصی، اشخاص موضوع حق افراد و اشخاص حقوق خصوصی هستند.

۴. از حیث وحدت یا کثرت و درجه شمول: در حقوق بین‌الملل خصوصی بر آن دسته از روابط خصوصی که یک عامل خارجی در آن دخالت می‌کند حاکم می‌باشد و قواعد حقوق بین‌الملل عمومی به لحاظ آنکه شامل کلیه دولت‌ها می‌شود و قواعد آن بر تمامی کشورهای عضو معتبر است.

۵. از حیث منابع: منابع حقوق بین‌الملل عمومی تماماً وصف بین‌المللی دارد؛ اما منابع حقوق بین‌الملل خصوصی بیشتر وصف داخلی داخل دارد؛ یعنی ناشی از اراده قانون‌گذار واحد است و کمتر جنبه بین‌المللی دارد.

۶. از حیث هدف: هدف حقوق بین‌الملل عمومی برقراری نظم عمومی بین‌المللی اما هدف حقوق بین‌الملل خصوصی نظم خصوصی بین‌المللی، یعنی نظم بین اشخاص (تنظیم روابط اشخاص)

۷. از حیث مراجع رسیدگی‌کننده: تمامی دعاوی حقوق بین‌الملل عمومی در یک مرجع بین‌المللی (حقوقی یا سیاسی) رسیدگی می‌شود اما غالب دعاوی حقوق بین‌الملل خصوصی در مراجع داخلی رسیدگی می‌شود.

✓ حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق حاکم بر جامعه بین‌المللی است ولی حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوقی است که هر کشور حق دارد بر اساس آن قواعد ناظر بر افراد یا اشخاص حقوق خصوصی را جداگانه در قلمرو خود تنظیم کند.

### وجوه افتراق یا اختلاف میان حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق داخلی

۱. تفاوت در اهداف: در حقوق داخلی هدف حفظ نظم داخلی کشور است؛ اما در حقوق بین‌الملل خصوصی، هدف حفظ نظم داخلی کشور و مقتضیات روابط بین‌المللی است.

۲. تفاوت در شیوه بیان حکم در قانون: در حقوق داخلی احکام قانون تنها مربوط به روابط داخلی همان جامعه است؛ اما در حقوق بین‌الملل خصوصی قواعد حلّ تعارض الزاماً به معنای اعمال قانون داخلی نیست. هر قاعده‌ایی که در حقوق داخلی کشورها برای حل و فصل مشکلات بین‌الملل خصوصی می‌آید به آن قواعد حل تعارض می‌گویند. مانند ماده ۷ ق.م که درصدد حل تعارض ایجادشده بین قانون ایران و فرانسه می‌باشد، مانند آنکه زن و مرد فرانسوی خواستار ازدواج در ایران باشند؛ بر اساس ماده ۷ قانون کشور فرانسه اعمال می‌شود.

۳. تفاوت در دخالت عنصر خارجی: در حقوق بین‌الملل خصوصی، معمولاً سه عنصر خارجی زیر وجود دارد:

۱. تابعیت خارجی

۲. اقامتگاه در خارج از کشور مقرّ دادگاه

۳. محلّ وقوع مال در خارج از کشور

✓ عناصر خارجی ذکرشده در بالا در حقوق داخلی وجود ندارد.

۴. تفاوت از حیث قابلیت طرح دعوا: دعاوی راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی قابل طرح در چند دادگاه خارجی است؛ اما دعاوی راجع به حقوق داخلی تنها قابل طرح در یک دادگاه داخلی است.

۵. تفاوت از حیث اجرای حکم یا سند الزام‌آور: امکان اجرای احکام حقوق بین‌الملل خصوصی در خارج از کشور صادرکننده حکم وجود دارد اما در حقوق داخلی چنین چیزی امکان‌پذیر نیست.

۶. تفاوت در منابع: منابع حقوق بین‌الملل خصوصی مختلط است یعنی شامل منابع داخلی و منابع بین‌المللی مانند: عهدنامه‌های بین‌المللی، رویه قضایی بین‌المللی و عرف بین‌المللی است؛ اما منابع حقوق داخلی صرفاً داخلی است (که شامل قانون، آیین‌نامه و ... می‌شود)

۷. تفاوت از حیث ماهیت: قواعد و مقررات حقوق داخلی دارای ماهیت داخلی بوده و در قلمروی داخلی آن کشور، لازم‌الاجرا می‌باشد ولی گرچه قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی در مراجع داخلی تصویب شده است ولی این قواعد و مقررات دارای ماهیت و اهداف بین‌المللی است.

## موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی در رویه بین‌المللی

در کشوری مانند آلمان، موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی محدود به تعارض قوانین است. در کشورهای دارای نظام کامن‌لا، موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی محدود به تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها می‌باشد. در کشورهای ایتالیا، اسپانیا و کشورهای آمریکای لاتین موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی، محدود به تعارض قوانین تعارض صلاحیت‌ها و وضعیت بیگانگان است؛ اما در ایران موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی کامل بوده و شامل تابعیت، اقامتگاه وضعیت بیگانگان و تعارض قوانین است که سه موضوع اول در حقوق بین‌الملل خصوصی ۱ مورد بررسی قرار می‌گیرد و تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی ۲ مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**منابع حقوق بین‌الملل خصوصی:** که خود شامل دو گروه زیر می‌شود:

الف) معاهدات بین‌المللی (ب) عرف بین‌المللی

منابع داخلی که شامل موارد زیر می‌باشد:

الف) بین‌المللی (ب) داخلی

۱. قانون الف) عادی (ب) اساسی

۲. رویه قضایی الف) آرای محاکم ب) رأی وحدت رویه

## منابع داخلی حقوق بین‌الملل خصوصی:

۱. **قانون اساسی:** قانون اساسی ج.ا.ا به عنوان یکی از مهم‌ترین و اصلی‌ترین منابع حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب می‌گردد با توجه به اینکه قانون اساسی چارچوب تمامی قوانین کشور محسوب می‌شود لذا قوانین عادی نباید با قانون اساسی مغایرتی داشته باشد.

۲. **قوانین عادی:** عبارتند از:

الف: قانون مدنی (مواد ۶، ۷، ۸، ۹۶۶ تا ۹۷۳ به تعارض قوانین اختصاص یافته) و مواد ۹۷۶ تا ۹۹۰ مربوط به تابعیت و مواد ۱۰۰۲ تا ۱۰۰۹ به اقامتگاه اختصاص دارد.

ب: قانون تجارت: قانون تجارت در مواد ۱۱۰، ۲۰۱، ۲۲۰، ۲۸۷، ۳۰۵، ۳۰۶، ۳۱۷، ۵۲۴، ۵۲۵، ۵۸۴، ۵۹۰، ۵۹۱، مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است.

ج: آیین دادرسی مدنی

د: قانون کار

هـ. قانون امور حسبی

۳. **رویه قضایی:** رویه قضایی که در برگیرنده تفاسیر دادگاه‌ها از قانون از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است.

۴. **عرف و عادت:** عرف و عادت یعنی یک امر پذیرفته شده و متعارف در بین افراد جامعه که عرف در نتیجه استمرار و تکرار عمل معینی بدون دخالت قانونگذار حالت الزام‌آوری پیدا نموده است.

۵. **عقاید علمای علم حقوق یا دکترین:** گرچه به عنوان یک منبع مستقیم حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب نمی‌شود اما نقش بسیار زیادی در توسعه این رشته داشته است و به عنوان یک منبع غیرمستقیم محسوب می‌گردد.

## منابع بین‌المللی حقوق بین‌الملل خصوصی:

### ۱. عهدنامه‌ها یا معاهدات بین‌المللی

هدف معاهدات بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی حل نمودن مشکلات ناشی از اختلافات قوانین کشورها در مورد مسئله تابعیت، جلوگیری از تابعیت مضاعف، برخورداری بیگانگان از برخی حقوق مدنی و اجتماعی در کشورهای طرف معاهده و همچنین مسأله تعارض قوانین می‌باشد. برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی پیرامون حقوق بین‌الملل خصوصی عبارتند از:

«کنوانسیون برن سوییس» راجع به مالکیت ادبی و هنری

«کنوانسیون لاهه» راجع به وصیت، طلاق، ارث و ازدواج

«کنوانسیون لاهه» راجع به فرزند خواندگی و همکاری میان

کشورها و ...

نکته: معاهداتی که در ارتباط با حقوق بین‌الملل خصوصی، منعقد شده‌اند یا دوجانبه هستند یا چند جانبه.

از جمله معاهدات دوجانبه می‌توان به قرارداد اقامت بین دولت ایران و دانمارک مصوب ۱۳۱۳ و ... ، اشاره کرد.

از جمله معاهدات چندجانبه نیز می‌توان به اساسنامه کنفرانس لاهه که هدف آن تلاش در جهت یکنواخت کردن قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی

است اشاره کرد.

## ۲. رویه قضایی بین‌المللی

نقش آراء صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین دیوان دائمی دادگستری را نمی‌توان در تکمیل قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی نادیده گرفت.

## ۳. عرف بین‌الملل

جایگاه عرف در حقوق بین‌الملل متمایز از جایگاه عرف در حقوق داخلی است و عامل عمده تمایز میان عرف‌های بین‌المللی از عرف‌های داخلی آن است که اشخاص دارنده حق در این عرف‌ها، دولت‌ها می‌باشند نه افراد.

## ۴. اصول کلی حقوق بین‌المللی

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، اصول حقوقی را به عنوان منابع غیر قراردادی، حقوق بین‌الملل دانسته و دیوان (دیوان بین‌المللی دادگستری) در قضیه بارسلونا تراکشن (اسم قضیه‌ای است که در مورد آن پرونده در دیوان ایجاد شده و دیوان به آن رسیدگی کرده) بیان کرد که دیوان در اصول حقوقی به قواعدی رجوع می‌کند که در نظام داخلی کشورها پذیرفته است.

## حمایت سیاسی

حمایت سیاسی عبارت است از مجموعه اقداماتی که یک دولت در نزد دولت دیگر به منظور جبران و ترمیم خساراتی که در اثر ارتکاب عمل خلاف حقوق دولت خارجی به یکی از اتباع او اعم از حقیقی یا حقوقی وارد شده است به عمل می‌آورد.

اجرای حمایت سیاسی از طرف یک دولت منوط به رعایت و تحقق سه شرط اساسی است:

۱. وجود یک علقه رسمی بین دولت حامی و مدعی خسارت دیده

۲. طی مقدمات در محاکم محلی از طرف مدعی

۳. پاکدستی مدعی

برای اعمال حمایت سیاسی وجود ۵ شرط مهم شرط است که عبارتند از:

۱. اقدامات دولت در جهت دفاع از حقوق خویش باشد.

۲. رابطه تابعیت بین دولت و شخص متضرر موجود باشد.

۳. قاعده‌ای از حقوق بین‌المللی نقض شده باشد.

۴. تمامی راه‌های داخلی جهت احقاق حق طی شده باشد.

۵. تئوری پاکدستی مدعی.

مثال: یک تبعه ایران در فرانسه ادعا می‌کند که حقیقت ضایع شده؛ بعد از طی تمام مراحل در دادگاه‌های فرانسه (صدور حکم قطعی) در حقوق بین‌الملل خصوصی استثنائاً صدور حکم پایان راه نیست؛ این تبعه به دولت ایران مراجعه می‌کند و قضیه به مرجع بین‌المللی می‌رود.

✓ فرانسه در دادگاه بین‌المللی از دستگاه قضایی خود دفاع می‌کند.

✓ ایران در دادگاه بین‌المللی از تبعه خود دفاع می‌کند.

✓ چون در مرجع بین‌المللی فقط دولت‌ها، طرفین هستند، دولت‌ها تمایل به این روش ندارند.

## تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها

### کلیات:

### مفهوم تعارض قوانین:

مسئله تعارض قوانین زمانی مطرح است که یک رابطه حقوق خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند «عنصر خارجی» به دو یا چند کشور مرتبط می‌شود. در چنین مواردی باید دانست قانون کدام یک از این کشورها بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد.

نکته ۱: اگر یک رابطه حقوقی تنها به یک کشور مرتبط باشد چنانکه مسئله ازدواج دو نفر از اتباع ایران مطرح باشد و محل انعقاد نکاح نیز در ایران باشد، این رابطه حقوقی تابع حقوق داخلی خواهد بود چراکه هیچ عامل خارجی در آن دخالت ندارد؛ اما همین که یک عامل خارجی در یک رابطه حقوقی دخالت داشته باشد، چنانکه محل انعقاد عقد در خارج ایران یا فرضاً یکی از طرفین عقد خارجی باشد در آن صورت با مسئله تعارض قوانین مواجه خواهیم بود. عنصر خارجی ممکن است وقوع مال مورد معامله یا عمل و واقعه حقوقی در خارجه باشد یا تنظیم سند در کشور خارجی و نیز ممکن است تابعیت خارجی افراد باشد یا اقامتگاه آنان در خارج ایران. ضمناً باید توجه داشت که ممکن است گاهی یک عامل خارجی در مسئله دخالت داشته باشد و گاهی چند عامل خارجی که خود سبب پیچیده‌تر شدن مسئله خواهد شد.

نکته ۲: مسئله تعارض قوانین تنها در مرحله اعمال و اجرای حق مطرح می‌شود و منطقاً مسبق به مسئله داشتن حق یا اهلیت تمتع است همانگونه که مسئله اهلیت تمتع نیز منطقاً مسبق به تابعیت است (چون تا زمانی که بر اساس قواعد مربوط به تابعیت نتوانیم بیگانه و تبعه داخلی را تشخیص دهیم گفتگو از اهلیت تمتع یا حقوقی که بیگانگان از آن برخوردار می‌شوند بی‌فایده خواهد بود)؛ بنابراین، چنانکه شخصی در روابط بین‌المللی از تمتع حقی محروم شده باشد مسئله تعارض مطرح نخواهد شد، زیرا تعارض قوانین هنگامی بوجود می‌آید که فردی در زندگی بین‌المللی دارای حقی باشد و مطلوب ما تعیین قانون حاکم بر آن حق باشد.

علت وجود تعارض قوانین: فلسفه وجود تعارض قوانین معلول تعارض حاکمیت‌ها است.

### تعارض در صلاحیت دادگاه‌ها

در روابط بین‌المللی علاوه بر مسئله تعارض در صلاحیت قوانین صورت دیگری از تعارض وجود دارد که عبارت است از تعارض در صلاحیت دادگاه‌ها. این تعارض هنگامی پیش می‌آید که یک عامل خارجی در دعوی وجود داشته باشد و این پرسش به میان آید که آیا دادگاه ایران برای رسیدگی به دعوا صلاحیت دارد یا دادگاه خارجی؟ به طور مثال هرگاه در مورد مالی که در خارج ایران واقع است دعوی مطرح شود باید دید دادگاه ایران برای رسیدگی به آن واجد صلاحیت است یا دادگاه خارجی، یا فرضاً هرگاه در مورد قراردادی بین دو نفر خارجی که در ایران اقامت دارند اختلافی بروز کند می‌خواهیم بدانیم که آیا دادگاه‌های ایران برای رسیدگی به این اختلاف صلاحیت دارند یا نه؟ باید متذکر شویم که حل مسئله تعارض دادگاه‌ها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است یعنی دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوا نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کرده باشد. به علاوه، تذکر این نکته ضروری است که صلاحیت دادگاه یک کشور الزاماً همراه با صلاحیت قانون آن کشور نیست، یعنی هرگاه در دعوی دادگاه یک کشور واجد صلاحیت باشد، این صلاحیت با صلاحیت قانون دولت متبوع دادگاه ملازمه ندارد مثلاً در دعوی مربوط به احوال شخصیه بیگانگان، دادگاه‌های ایران صلاحیت دارند ولی قانون ایران حاکم بر دعوا نیست (ماده ۷ قانون مدنی).

تعارض صلاحیت‌ها: دادگاه کدام کشور صالح به رسیدگی است (آیا کشوری که دعوا در آن مطرح است صلاحیت رسیدگی دارد؟ و احراز مسئله با چه مقامی است؟) به ۲ دلیل دادگاه کشوری که دعوا در آن مطرح است صلاحیت رسیدگی دارد:

- ۱- حقّ ترافع بیگانه نزد محاکم داخلی
- ۲- صلاحیت یکی از مصادیق حاکمیت ملی است

ماده ۹۷۱: «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود. مطرح بودن همان دعوا در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود.»

## اصطلاحات تعارض قوانین

**قواعد حلّ تعارض:** قواعدی است که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوع معینی حکومت نماید اکتفا می‌کنند و مسئله مطروحه را مستقیماً حل نمی‌کنند. مثلاً قاعده مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی که روابط شخصی و مالی بین زوجینی که تابع یک دولت نیستند را تابع قانون متبوع شوهر می‌داند یک قاعده حل تعارض است، زیرا فقط به تعیین قانون صلاحیتداری که در دعاوی مربوط به روابط شخصی و مالی بین زوجین بیگانه باید حکومت کند مبادرت می‌نماید و قانون متبوع شوهر را لازم‌الاجرا می‌شناسد بدون آنکه دعاوی مطروحه را مستقیماً حل کند. در واقع، قاعده حلّ تعارض قوانین، قانون حاکم بر دعوا را تعیین می‌کند و صرفاً آدرس می‌دهد و کارش حلّ و فصل دعوا نیست.

**قواعد مادی (قاعده ذاتی):** قاعده‌ای است که مربوط به اصل دعوا بوده، به عبارت دیگر، این قواعد، قواعد و مقرراتی هستند که بر طبق قواعد حلّ تعارض مستقیماً مسئله متنازع‌فیه را حل می‌کنند بر خلاف قواعد حلّ تعارض، قواعد مادی جزء حقوق داخلی هر کشور به شمار می‌آیند. مثلاً قوانین مربوط به تشریفات قانونی ازدواج در یک کشور جزء قواعد مادی هستند. در واقع، قاعده ذاتی (مادی) حلّ و فصل‌کننده دعوا یا قاطع آن خواهند بود.

در مثال مربوط به ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران پس از اینکه مسئله تعارض قوانین بر مبنای قواعد دسته اول (قواعد حلّ تعارض) حل شد، در مرحله دوم (مرحله دخالت قواعد مادی) قاضی ایرانی بایستی به قانون دولت متبوع شوهر یعنی به قواعد حقوق داخلی دولت متبوع شوهر رجوع کند و راه حلّ مسئله را در آن جستجو کند؛ بنابراین هرگاه مسئله مربوط روابط شخصی و مالی زوجینی که تبعه یک دولت نباشند مطرح باشد باید بر طبق قانون دولت متبوع شوهر که جزء قواعد مادی و اساسی به شمار می‌آیند، قاضی ایرانی به حل آن مبادرت خواهد کرد.

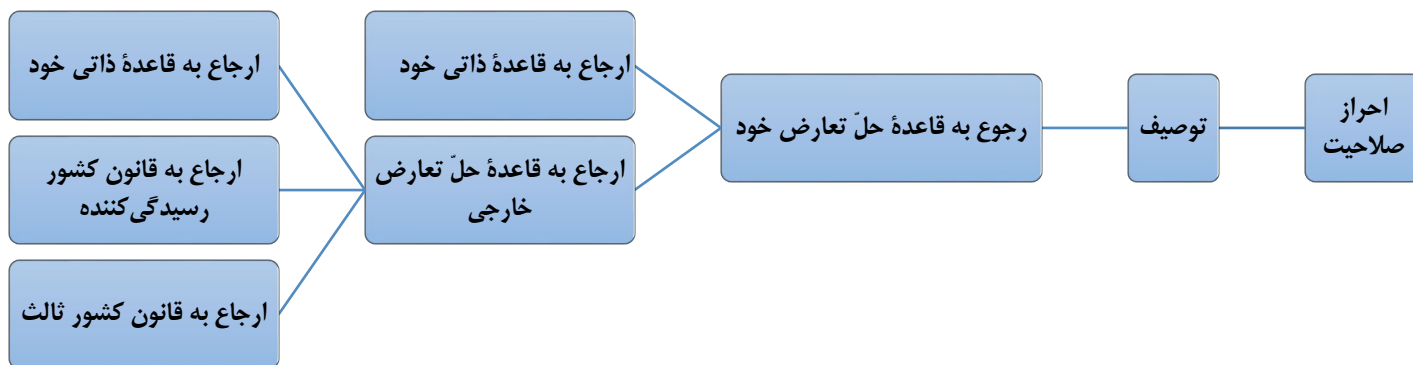
نکته: در حقوق بین‌الملل خصوصی هر دو قاعده باید اجرا شود.

**قوانین برون مرزی:** قوانینی است که در خارج از قلمرو کشوری که برای آن وضع گردیده‌اند اجرا می‌شوند؛ مانند قوانین مربوط به احوال شخصیه. قانون برون مرزی (شخصی) قانونی است که در فراسوی مرزها اعمال می‌شود مثلاً در کشورهایی که احوال شخصیه را تابع قانون ملی می‌دانند این‌گونه قوانین جنبه برون مرزی دارند یعنی در داخل کشور برای همه اجرا نمی‌شوند اما در خارج از کشور برای برخی اعمال می‌شود.

**قوانین درون مرزی:** قانونی است که در سرزمین یک کشور نسبت به تمام افرادی که در آن کشور سکونت دارد (اعم از اینکه تبعه داخلی باشند یا خارجی) و همچنین نسبت به تمام اموالی که در آن کشور واقع شده است اجرا شود؛ مانند قوانین جزایی. قانون درون مرزی (عینی)، قانونی است که فقط در مرزهای سیاسی همان کشور اعمال می‌شود.

**قوانین شخصی (قوانین مربوط به اشخاص):** قوانینی است که بر احوال شخصیه حکومت می‌کند و چون احوال شخصیه شامل وضعیت و اهلیت است مقصود از قوانین شخصی قوانینی است که حاکم بر وضعیت و اهلیت افراد است؛ مانند قوانین راجع به نکاح و اهلیت.

**قوانین عینی یا ذاتی (قوانین مربوط به اموال):** قوانینی است که موضوع اصلی آنها اموال و حقوق مالی است مانند قوانین راجع به تملک



• چند تا مثال بهتون دادم که بندها این توی فرمول بالا و حلش کنید!

زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان دعوی طلاق را در ایران مطرح می کنند.

زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان دعوی طلاق را در انگلستان مطرح می کنند.

زن و شوهر فرانسوی مقیم انگلستان دعوی طلاق را در دادگاه ایران مطرح می کنند.

زن و شوهر فرانسوی مقیم ایران دعوی طلاق را در دادگاه انگلستان مطرح می کنند.

زن و شوهر انگلیسی مقیم ایران دعوی طلاق را در دادگاه ایران مطرح می کنند.

**قانون ملی:** قانون دولت متبوع شخصی است که راجع به او موضوعی حقوقی مطرح می شود. مثلاً وقتی می گویند وضعیت و اهلیت یک ایتالیایی تابع قانون ملی اوست مقصود قانون ایتالیا است، همچنان که می دانیم بعضی از کشورها از جمله ایران احوال شخصیه اشخاص را مشمول قانون ملی آنان و برخی دیگر مشمول قانون اقامتگاه می دانند. قانون ملی همان قانون دولت متبوع است. در اکثر کشورهای دنیا قانون حاکم بر احوال شخصیه، قانونی ملی است.

**قانون اقامتگاه:** قانون کشور محلّ اقامتگاه شخصی است که راجع به او موضوعی حقوقی مطرح می شود.

بعضی کشورها احوال شخصیه را به طور کلی مشمول قانون اقامتگاه می دانند. این راه حلی است که در کشورهای انگلیسی-آمریکایی و بعضی کشورهای اروپایی مورد قبول واقع شده است.

### دو نقش اقامتگاه:

۱. در برخی کشورها قانون حاکم بر احوال شخصیه است.

۲. بدل تابعیت زمانی که شخص تابعیت نداشته باشد.

**قانون مقر دادگاه** (قانون کشور رسیدگی کننده / قانون قاضی رسیدگی کننده / قانون ملی قاضی):



قانون مقرّ دادگاه، قانون کشوری است که دعوا در آنجا جریان دارد؛ به عبارت دیگر، قانون دولت متبوع دادگاهی است که به دعوی مطروحه رسیدگی می‌کند. قانون مقرّ دادگاه در عمل بر بسیاری از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی حکومت می‌کند. علت این امر آن است که قانون مقرّ دادگاه قابلیت این را دارد که در بسیاری از موارد جانشین قانون خارجی شود و یا خلأ ناشی از عدم وجود قانون صلاحیتدار را جبران کند. در توضیح این مطلب می‌گوییم هرگاه در راه اجرای قانون خارجی که به موجب قواعد حلّ تعارض صلاحیتدار شناخته می‌شود مانعی به وجود آید و یا اساساً قانونی حاکم بر مسئله متنازع‌فیه وجود نداشته باشد قانون مقرّ دادگاه اعمال خواهد شد.

### موارد جانشینی قانون مقرّ دادگاه:

۱. هرگاه قانون خارجی که به موجب قواعد حلّ تعارض، صلاحیتدار شناخته شود به علت مخالفت با نظم عمومی قانون مقرّ دادگاه قابلیت اجرایی خود را از دست دهد، قانون مقرّ دادگاه، جانشین آن می‌شود و همین‌طور از اجرای قانون خارجی که در نتیجه تقلب نسبت به قانون مقرّ دادگاه، صلاحیتدار شناخته می‌شود باید جلوگیری کرد و قانون مقرّ دادگاه را باید جانشین قانون خارجی نمود. مثلاً به موجب قانون ایران (قانون مقرّ دادگاه) قانون کشوری که نکاح با بعضی محارم نسبی را که به موجب قانون ایران ممنوع است مجاز بداند، تحت عنوان قانون صلاحیتدار اعمال نمی‌شود و قانون ایران (قانون مقرّ دادگاه) اعمال می‌شود.

۲. هرگاه در کشورهایی که مقررات احوال شخصیه را تابع قانون متبوع می‌دانند؛ به علت معلوم‌نبودن تابعیت اجرای قانون ملی غیرممکن باشد در این صورت قانون مقرّ دادگاه اعمال می‌شود. مثلاً اگر در نسب طفلی شبهه پیش آید و در دادگاه ایران دعوی اثبات نسب اقامه شود و طفل مزبور خود را منتسب به یک فرانسوی بداند. در اینجا با اینکه نسب جزو احوال شخصیه محسوب می‌شود و بیگانگان از حیث احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع خود هستند یعنی با اینکه اثبات نسب اصولاً طبق قانون ملی کسی که نسب او مورد تردید است باید به عمل آید ولی چون در این فرض، صحت نسب، مورد اختلاف است و در نتیجه شک در نسب، شک در تابعیت پیدا می‌شود (زیرا تابعیت فرانسوی طفل بستگی به صحت نسب دارد)؛ بنابراین دادگاه ایران نمی‌تواند قانون فرانسه را اجرا کند و ناچار است قانون ایران را به عنوان قانون مقرّ دادگاه به موقع اجرا گذارد.

۳. هرگاه در قانون مقرّ دادگاه، موضوع احوال شخصیه افراد مطرح باشد که بدون تابعیت هستند قاضی باید قانون مقرّ دادگاه را اعمال کند؛ زیرا اشخاص بدون تابعیت قانون ملی ندارند تا بر احوال شخصیه آنان حاکم باشد.

### پس دوباره تأکید می‌کنم؛ نقش اقامتگاه:

۱- تعیین قانون حاکم

۲- بدل قانون ملی قرار می‌گیرد (زمانی که تابعیت شخص معلوم نباشد).

**قانون محل وقوع شیء:** (ماده ۹۶۶ ق.م) قانون کشوری است که در آنجا مال یا چیزی واقع شده است.

**قانون محل وقوع عقد:** (ماده ۹۶۸ ق.م) قانون کشوری است که عقد در آنجا منعقد شده است.

**قانون محل تنظیم سند:** (ماده ۹۶۹ ق.م) قانون کشوری که در آنجا سند تنظیم شده است.

**قانون محل وقوع خسارت:** قانون کشوری که خسارت در آنجا واقع می‌شود.

### دسته‌های ارتباط:

در علم تعارض قوانین به منظور طرح درست مسائل و یافتن راه‌حل صحیح مسائل مطروحه روابط حقوقی متناجس را در دسته‌هایی که آنها را

دسته‌های ارتباط می‌گویند تقسیم می‌کنند. مثلاً مفاهیمی مانند احوال شخصیه، اموال و قراردادها دسته‌های ارتباط نام دارند زیرا هر دسته‌ای از دسته‌های ارتباط با قانون خاصی که به وسیله قواعد تعارض قوانین معین شده است ارتباط پیدا می‌کند. مثلاً احوال شخصیه یک دسته ارتباط است زیرا با قانون ملی افراد (قانون دولت متبوع شخص) ارتباط دارد و اموال با قانون محل وقوع آنها و قراردادها با قانون حاکمیت اراده (قانونی که مورد نظر طرفین قرارداد است) و یا قانون محل انعقاد قرارداد ارتباط پیدا می‌کنند (مواد ۶ و ۷ و ۹۶۶ و ۹۶۸ قانون مدنی ایران به ترتیب احوال شخصیه را تابع قانون ملی، اموال را تابع قانون محل وقوع آنها و تعهدات قراردادی را تابع قانون محل انعقاد عقد و قانون حاکمیت اراده قرار داده است).

## دسته‌های ارتباط

۱. دسته احوال شخصیه: با قانون ملی افراد ارتباط دارد.
۲. دسته اموال: با قانون محل وقوع آنها ارتباط دارد.
۳. دسته قراردادها: با قانون حاکمیت اراده یا قانون محل انعقاد قراردادها ارتباط دارد.
۴. دسته اسناد: با قانون محل تنظیم آنها ارتباط دارد.
۵. دسته الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری): با قانون محل وقوع خسارت ارتباط دارد.

**توصیف:** تشخیص ماهیت مسئله حقوقی و قرار دادن آن در یکی از دسته‌های ارتباط توصیف می‌باشد.

مثلاً قاضی ایرانی ممکن است با این مسائل مواجه شود که آیا فلان شخص واجد اهلیت است یا محجور است، آیا فلان ازدواج صحیح است یا باطل، آیا فلان شخص از ماترک فلان متوفی ارث می‌برد یا نه و سهم الارث او چقدر است. در تمام این موارد و موارد مشابه آن قاضی باید ابتدا تشخیص دهد که مسئله متنازع‌فیه داخل در کدام یک از دسته‌های ارتباط است تا پس از آن بتواند با رجوع به قاعده حل تعارض، قانون صلاحیتدار را که ممکن است قانون دولت متبوع قاضی و یا یک قانون خارجی باشد تعیین کند.

تعریف حقیقی توصیف: تعیین ماهیت حقوقی قضیه متنازع‌فیه

آیا در توصیف‌ها هم تعارض داریم؟ بله چون کشورها مسائل را به یک شکل توصیف نمی‌کنند. مثلاً ارثیه غیرمنقول در فرانسه در دسته اموال، ولی در ایران در دسته احوال شخصیه است.

در توصیف‌ها بر اساس قانون مقر دادگاه عمل می‌کنیم یا قانون سبب؟

قاعده و اصل بر این است که بر اساس قانون مقر دادگاه عمل می‌کنیم

## استثنائات توصیف:

### ۱. توصیف امور مجهول

در بعضی از موارد، موضوعات حقوقی در نظام حقوقی مقر دادگاه مورد شناسایی قرار نگرفته است، اگر موضوعی در قانون مقر دادگاه مطرح شود که آن موضوع شناسایی نشده است؛ قاضی مقر دادگاه در مرحله نخست باید معنی و مفهوم سازمان حقوقی را با توجه به هدف و آثاری که قانون خارجی برای آن قائل است معین نماید و در مرحله بعدی باید سازمان حقوقی مزبور را در دسته‌ها و مفاهیم حقوق بین‌الملل خصوصی قانون مقر

دادگاه قرار دهد.

همانند تراس<sup>۱</sup> است که نهادی است که فقط در نظام‌های حقوقی کامن‌لا وجود دارد و در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی چنین نهادی شناسایی نشده است. برای مثال اگر موضوع تراس در قانون ایران مطرح شود؛ قاضی در مرحله نخست باید معنی و مفهوم سازمان حقوقی تراس را با توجه به هدف و آثاری که قانون خارجی برای آن قائل است معین نماید و در مرحله بعدی باید سازمان حقوقی تراس را چون هدف و آثار آن شبیه عقد وقف در ایران می‌باشد در دسته قراردادهای قرار دهد.

پس در امور مجهول در نظام حقوقی مقر دادگاه توصیف دو مرحله‌ای صورت می‌گیرد: ۱: تشخیص معنی و مفهوم سازمان حقوقی را با توجه به هدف و آثاری که قانون خارجی برای آن قائل است انجام می‌دهیم که بهش می‌گیم «توصیف مقدماتی»؛ ۲. تعیین سازمان حقوقی مزبور در دسته‌های ارتباط حقوق بین‌الملل خصوصی قانون مقر دادگاه که بهش «توصیف نهایی» می‌گیم.

## ۲. رجوع به قانون سبب

مواردی که اعمال قاعده حل تعارض ایرانی ملازمه دارد با اینکه تعاریف و توصیف‌های قانون خارجی (قانون سبب) پذیرفته شود. برای مثال بر اساس قاعده حل تعارض ایرانی احوال شخصیه تابع قانون متبوع است. اگر فردی ایتالیایی خواستار انعقاد عقد نکاح در ایران باشد ابتدا قاعده حل تعارض ایران را در نظر می‌گیریم که می‌گوید قانون متبوع حاکم است. برای توصیف تابعیت او باید به قانون متبوع وی که قانون ایتالیا می‌باشد رجوع کنیم.

## ۳. توصیف‌های فرعی:

توصیف‌های فرعی بر اساس قانون سبب انجام می‌شود. توصیف ۲ نوع است:

**توصیف اصلی:** توصیفی که برای انتخاب قاعده حل تعارض مقر دادگاه یا برای اعمال قاعده مقر دادگاه الزامی است و نقش دارد.

### توصیف اصلی: توصیف ارثیه در فرانسه:

ارثیه منقول = احوال شخصیه = قانون اقامتگاه متوفی

ارثیه غیرمنقول = اموال = قانون محل وقوع مال

**توصیف فرعی:** یعنی چگونگی توصیف تأثیری در تعیین قاعده حل تعارض ندارد که به هر شکل، آن را توصیف می‌کنیم. قاعده حل تعارض واحدی حاکم بر قضیه است. مثلاً در مورد اموال می‌دانیم تابع محل وقوع مال هستند، حال توصیف مال که منقول است یا غیرمنقول، در تعیین قاعده حل تعارض تأثیری ندارد.

### توصیف فرعی: توصیف ارثیه در ایران:

ارثیه منقول = احوال شخصیه = قانون دولت متبوع متوفی (قانون ملی متوفی)

ارثیه غیرمنقول = احوال شخصیه = قانون دولت متبوع متوفی (قانون ملی متوفی)

### مثال توصیف اصلی و فرعی:

✓ سرقتی، ارثیه است.

<sup>۱</sup> در تراس، شخصی به عنوان تشکیل‌دهنده تراس، اموالی را به یک یا چند شخص (موسوم به «تراستی») سپرده و شرط می‌کند که این اموال به نفع یک یا چند شخص دیگر اداره شود.

- ✓ متوفی فرانسوی مقیم هلند حق سرقفلی راجع به ملکی تجاری در ایتالیا که دعوا مطروحه در ایران است.
- ✓ همین مسئله در فرانسه می شود توصیف اصلی و در ایران می شود توصیف فرعی.

### جمع بندی:

**حالت ۱:** در مرحله مقدماتی به قانون سبب مراجعه می کنیم چون در این مرحله، هدف، شناسایی یا تحلیل مسئله است؛ سپس بعد از تحلیل مسئله فرض می کنیم که اگر آن مسئله در نظام حقوقی مقر دادگاه پذیرفته می شد، در کدام دسته قرار می گرفت.

**حالت ۲:** هرگاه موضوع دعوا راجع به موضوعی باشد که حل آن موضوع در انحصار قانون خارجی باشد. مثلاً تابعیت در دعوی تابعیت؛ در اینجا توصیف باید به موجب قانون سبب باشد.

**حالت ۳:** زمانی که توصیف فرعی باشد.

### قلمرو تعارض قوانین

دو مسئله را جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم؛

الف- حقوق جزایی بین المللی، حقوق اداری بین المللی و حقوق مالیه بین المللی داخل در قلمرو تعارض قوانین هستند؟

در حقوق جزایی بین المللی گفتگو از این است که قانون ایران تا چه حدودی بر جرائمی که در خارج از کشور مرتکب شده باشند قابل اجرا است. مثلاً هرگاه جرمی در خارج از ایران علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور انجام شده باشد به علت دخالت عامل بین المللی تعارض قوانین جزایی به وجود می آید که در این موارد مطلوب ما تعیین قانون جزایی صلاحیتدار و تعیین دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به جرائم است.

در حقوق اداری بین المللی صحبت از این است که مراجع اداری ایران تا چه حدودی بر فعالیت اشخاص حقوقی یا حقیقی بیگانه نظارت دارند. مثلاً هرگاه انجمنی یا شرکتی در یک کشور تشکیل شده باشد و بخواهد در کشور دیگری فعالیت کند، مسئله ثبت و شناسایی آن تابع قانون چه کشوری خواهد بود.

در حقوق مالیه بین المللی گفتگو از این است که قوانین مربوط به مالیاتها تا چه حدودی بر اشخاص حقیقی و حقوقی قابل اجراست. در این زمینه نیز ممکن است مسئله تعارض قوانین مطرح شود. مثلاً هرگاه یک شرکت خارجی در ایران فعالیت داشته باشد، باید دید تا چه حدودی تابع قوانین مالیاتی ایران است یا هرگاه یک نفر خارجی که در ایران اقامت دارد و اموالش نیز در این کشور واقع است فوت کند باید ببینیم مالیات بر ارث او را طبق چه قانونی تعیین کنیم.

بدون شک بین مسائل مربوط به حقوق جزایی بین المللی، حقوق اداری بین المللی و حقوق مالیه بین المللی از یک سو و مسائل مربوط به تعارض قوانین از سوی دیگر، ارتباط و تماس وجود دارد و در مواردی این دو دسته از مسائل با یکدیگر تداخل پیدا می کنند.

در واقع هنگامی که مسئله اجرای قوانین جزایی و اداری و مالیاتی مطرح می شود تعارض قوانین، به مفهومی که گفته شد، بوجود نمی آید، زیرا در این قبیل موارد ما با مسئله اجرای قوانین (قوانین جزایی و اداری و مالیاتی) در مکان روبه رو هستیم، نه با مسئله تعارض قوانین. در مسئله تعارض قوانین به علت دوجانبه بودن قواعد حل تعارض گاهی قانون خارجی اجرا می شود و گاهی دیگر قانون داخلی باید اعمال گردد.

نتیجه آن که اگر قاضی ملی نتواند در این مسائل قانون دولت متبوع خود را به موقع اجرا بگذارد باید اعلام عدم صلاحیت کند. در صورتی که در مسئله تعارض قوانین پس از اینکه قانون صلاحیتدار و لازم الاجرا تعیین شد قاضی نمی تواند به دلیل اینکه قانون مزبور قانون خارجی است اعلام

عدم صلاحیت کند، زیرا قاعده حلّ تعارض چنانکه قبلاً گفتیم یک قاعده «غیرمستقیم» است بدین معنی که مسئله متنازع‌فیه را مستقیماً حل نمی‌کند بلکه فقط به تعیین قانون صلاحیتداری که راه‌حل مسئله را ارائه خواهد داد اکتفا می‌کند.

### تفاوت حقوق بین‌الملل خصوصی با حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق مالیه بین‌المللی و حقوق اداری بین‌المللی

در حقوق بین‌الملل خصوصی، دادگاه صالح، قانون حاکم را تعیین می‌کند (تقدّم دادگاه بر قانون حاکم - تقدّم رفع تعارض دادگاه بر رفع تعارض قوانین) احتمال متفاوت بودن دادگاه و قانون حاکم / اما در سه مورد یعنی حقوق بین‌الملل کیفری، حقوقی، مالی بین‌الملل، حقوقی اداری بین‌المللی - قانون حاکم، دادگاه صالح را تعیین می‌کند. قانون هر کشور که حاکم بر قضیه است، دادگاه همان کشور صالح به رسیدگی است: وحدت یا اقتران دادگاه و قانون.

حقوق کیفری بین‌المللی: راجع به جرائمی است که ذاتاً جنبه داخلی دارد اما به دلیل عنصر یا عناصر بین‌المللی اتفاقاً جنبه بین‌المللی پیدا می‌کند. یک تبعه افغانستان، تبعه پاکستانی را در ایران به قتل می‌رساند.

### اجرای بین‌المللی قوانین جزایی داخلی

حقوق بین‌الملل کیفری: راجع به جرائمی است که ذاتاً بین‌المللی هستند حتی اگر هیچ عنصر بیگانه در آن دخالت نداشته باشد که تحت عنوان جنایات یا جرائم بین‌المللی شناخته شده است.

جرائم بین‌المللی:

۱. جنایات علیه صلح

۲. جنایات علیه بشریت

۳. جنایات جنگی

• آیا تعارض قوانین منحصر به روابط بین‌المللی است یا اینکه تعارض داخلی قوانین نیز داخل در قلمرو آن است؟

به طور خلاصه می‌توان گفت با توجه به تفاوت‌های اساسی ای که بین این دو نوع تعارض وجود دارد بهتر آن است که تعارض داخلی قوانین را خارج از قلمرو تعارض قوانین دانسته و آن را در جای مناسب خود، یعنی در حقوق داخلی مورد مطالعه قرار دهیم، زیرا اگرچه این نوع تعارض از لحاظ فنی شبیه تعارض بین‌المللی قوانین است ولی در واقع چنانکه گفتیم جنبه بین‌المللی ندارد.

### روش‌های حلّ تعارض قوانین:

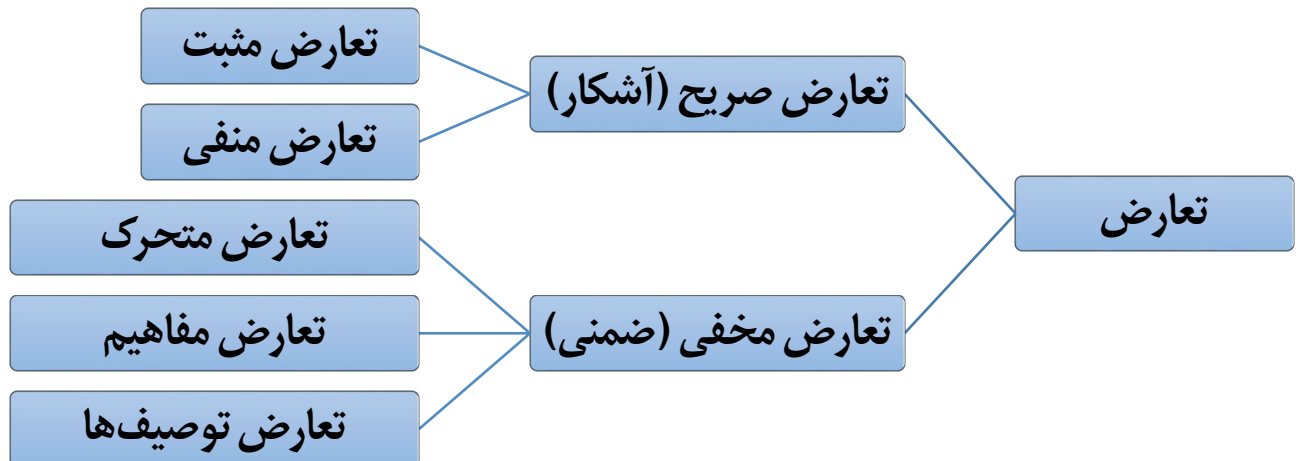
۱. **روش سیاسی - جزمی - خاص‌الشمول یا اصولی:** روشی است که منافع یک کشور در حلّ یک موضوع دخالت داده می‌شود. در این روش قاضی رسیدگی‌کننده برای تعیین قاعده حلّ تعارض قوانین به طور جزمی و با تعصب نسبت به قانون یا حاکمیت ملی خود عمل می‌نماید؛ یعنی بدون تحلیل و استدلال قانون کشور خود را حاکم بر قضیه می‌داند.

۲. **روش حقوقی - تحلیلی - عام‌الشمول یا انتخاب‌انساب:** بر خلاف روش اصولی، روش حقوقی روشی است که مصالح و منافع یک کشور در حلّ یک موضوع در نظر گرفته نشود و منافع فرد در نظر گرفته شود، در این روش قاضی رسیدگی‌کننده برای تعیین قاعده به منظور حلّ تعارض قوانین صرفاً از لحاظ علمی و نظری، حکمی را که مناسب هر دسته از تعارض باشد جستجو می‌کند؛ یعنی قاضی با تحلیل حقوقی هدفش یافتن مناسب‌ترین قانون حاکم بر قضیه است خواه قانون ملی او باشد یا نباشد.

**ما در حقوق بین‌الملل خصوصی دو حالت را می‌توانیم تصور کنیم:**

۱- ارتباط و هماهنگی بین سیستم‌های (قواعد) حلّ تعارض: مثلاً زن و شوهر فرانسوی دعوای طلاق در ایران مطرح می‌کنند؛ در این حالت سیستم حلّ تعارض ایران و سیستم حلّ تعارض فرانسه راه‌حلّ واحدی داشته و قانون ملی را صلاحیت‌دار می‌دانند. خب در اینجا مشکلی وجود ندارد!

۲- تعارض و عدم هماهنگی بین سیستم‌های (قواعد) حلّ تعارض که به این شکل تقسیم می‌شود:



ناهماهنگی (تعارض) قواعد حلّ تعارض:

#### ۱. تعارض صریح (آشکار):

تعارض صریح تعارضی است که به صورت صریح و آشکار بین قواعد حلّ تعارض کشورهای ذی‌نفع وجود دارد.

#### الف: تعارض مثبت قواعد حلّ تعارض

تعارض مثبت زمانی حادث می‌گردد که مسأله‌ای با دو کشور ارتباط پیدا می‌کند و قواعد حلّ تعارض هر کشور، قانون ذاتی خود را صلاحیت‌دار می‌شناسد. هرگاه قواعد حلّ تعارض هر دو کشور قاعده ذاتی خود را حاکم بدانند.

#### ب: تعارض منفی قواعد حلّ تعارض

این تعارض بر خلاف تعارض مثبت، زمانی حادث می‌گردد که قضیه‌ای با دو کشور ارتباط پیدا می‌کند و قواعد حلّ تعارض هیچ‌کدام، قانون خود را واجد صلاحیت نمی‌شناسد، اعم از اینکه هر کشور حلّ قضیه را به قانون کشور دیگر (که دعوا در آنجا مطرح است) ارجاع دهد یا آنکه حلّ قضیه را به قانون کشور ثالثی ارجاع دهد.

#### ۲. تعارض مخفی (ضمنی)

این قسم تعارض موقعی مصداق می‌یابد که سیستم‌های ملی حلّ تعارض نسبت به مورد معینی اتفاق نظر داشته باشند و عامل ارتباط مشابهی را پذیرفته و حتی در مورد آن عامل ارتباط نیز تفسیر و تعریف مشابهی داشته باشند، ولی در تعیین محتوای دسته‌های ارتباط با هم تعارض داشته باشند.

الف: تعارض متحرک: حق در کشوری طبق قانونی ایجاد و می‌خواهد در کشور دیگری اجرا شود؛ یا محلّ ایجاد حق یا قانون حاکم بر ایجاد حق با محلّ اجراء یا اثر متفاوت است.

**ب: تعارض مفاهیم (دسته‌های ارتباط):** در این قسم تعارض با اینکه قواعد حل تعارض کشورهای ذی‌نفع یکسان‌اند و از «عامل ارتباط» مشابهی استفاده می‌کنند، ولی به واسطه تفسیرهای مختلفی که درباره عامل ارتباط وجود دارد، مسئله مطروحه ممکن است تابع دو قانون مختلف باشد.

**ج: تعارض توصیف‌ها:**

**احاله:**

**تعریف احاله:** ارجاع صلاحیت، از سوی قاعده حل تعارض کشور خارجی صلاحیت‌دار به قانون کشور دیگر جهت حل موضوع است.

**سبب احاله: وجود تعارض منفی، سبب احاله می‌باشد.**

تعریف: قانون یا قاعده حل تعارض خارجی یا مرجوع‌علیه حل قضیه را به قانون دیگری واگذار نماید که اگر این قانون دیگر، قاعده حل تعارض کشور رسیدگی‌کننده باشد می‌شود «احاله درجه یک» اگر قانون کشور ثالث باشد می‌شود «احاله درجه دو».

برای روشن شدن مطلب مثال زیر را ذکر می‌کنیم:

**زن و مرد انگلیسی مقیم ایران طرح دعوا طلاق در ایران**

چون دولت انگلیس طلاق را تابع قانون اقامتگاه می‌داند، در این صورت بین نظام ایرانی و انگلیسی تعارض منفی بوجود می‌آید؛ زیرا حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اتباع خارجه مقیم در خاک ایران را از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه (از جمله طلاق) را تابع قانون اقامتگاه می‌داند. پس دعوی طلاق آنها از نظر قاضی ایرانی تابع قانون انگلیس است، حال آنکه از نظر قاضی انگلیسی تابع قانون ایران است. چنین مسأله‌ای را که در نتیجه این نوع تعارض مطرح می‌گردد، «احاله» می‌نامند.

**زن و مرد انگلیسی مقیم فرانسه طرح دعوا طلاق در ایران**

چون مطابق قانون ایران طلاق اتباع خارجه تابع قانون دولت متبوع آنان است، بنابراین دادگاه ایران باید بر طبق قانون انگلیس قضاوت کند. حال اگر دادگاه صرفاً قانون داخلی انگلیس را اجرا کند حکم طلاق را مطابق قانون مزبور صادر می‌کند و قضیه را بدون اینکه محتاج به ارجاع به قانون دیگری باشد حل می‌کند و در این صورت مسئله احاله مطرح نخواهد شد. لیکن اگر دادگاه ایران قانون انگلیس را من حیث المجموع، یعنی در قسمتی هم که قانون بین‌المللی آن کشور راجع به طلاق است در نظر بگیرد در این صورت چون بر طبق قانون انگلیس طلاق تابع قانون کشوری است که زوجین در آن اقامت دارند، لذا دادگاه ایران برحسب قاعده باید این طلاق را تابع قانون فرانسه بداند، یعنی باید حکم طلاق را مطابق مقررات قانون فرانسه صادر نماید.

**انواع احاله:**

۱. احاله درجه اول (نوع اول): یعنی قانون خارجی مسئله مطروحه را به قانون کشوری که قضیه در آنجا مطرح است احاله می‌دهد؛ مانند احاله قانون انگلیس به قانون ایران که در مثال مربوط به دعوی طلاق زن و مرد انگلیسی مقیم ایران که در ایران طرح شده بود ملاحظه گردید.
۲. احاله درجه دوم (نوع دوم): یعنی قانون خارجی مسئله مطروحه را به قانون کشور ثالث که قضیه در آنجا مطرح نیست احاله می‌دهد؛ مانند احاله قانون انگلیس به قانون فرانسه که در مثال مربوط به دعوی طلاق زن و مرد انگلیسی مقیم فرانسه که در ایران طرح شده بود ملاحظه گردید.

## انتقادات و نظریات راجع به احاله:

### انتقادات راجع به احاله:

۱. منظور از قانون خارجی مرجوع‌الیه قانون یا قاعده ذاتی خارجی است پس بنابراین به این ترتیب احاله به وجود نمی‌آید:

نخستین ایراد مخالفین احاله مربوط به علت وجودی مسئله احاله است، زیرا چنانکه دیدیم احاله مبتنی بر تفکیک بین حقوق بین‌الملل خصوصی (قاعده حلّ تعارض) و حقوق داخلی (قاعده مادی) است. می‌گویند وقتی که حقوق بین‌الملل خصوصی یک کشور قانون خارجی را صلاحیتدار می‌داند این صلاحیت فقط شامل قواعد مادی (قانون داخلی) کشور خارجی است و بنابراین به هیچ‌وجه نباید حقوق بین‌الملل خصوصی کشور خارجی را در نظر گرفت. این عقیده را از آن جهت نمی‌توان پذیرفت که رابطه بین قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی و قاعده حقوق داخلی را نادیده می‌گیرد. در حقیقت، قاعده حلّ تعارض و قانون داخلی هر کشور یک کلّ غیرقابل تفکیک بوده و دارای چنان رابطه‌ای هستند که هیچ‌کدام را جدا از دیگری نمی‌توان در نظر گرفت چه برای تعیین قلمرو اجرای قانون در مکان باید به قاعده حلّ تعارض رجوع شود. با این ترتیب، موقعی که قاعده ایرانی حلّ تعارض مسئله‌ای را تابع قانون خارجی می‌داند قانون مزبور را باید با توجه به قلمرو اجرای آن اعمال نماییم و بنابراین چنانچه قاعده خارجی حلّ تعارض، قانون داخلی خود را صلاحیتدار نداند قاضی ایرانی نباید آن را به موقع اجرا بگذارد.

۲. دور یا تسلسل: زن و مرد انگلیسی مقیم فرانسه طرح دعوا طلاق در ایران:

می‌گویند قبول سیستم احاله که متضمن رعایت حقوق خارجی من حیث المجموع است قاضی را با یک دور و تسلسل بی‌پایان مواجه می‌سازد زیرا مکانیزم احاله به قانون مقرّ دادگاه متوقف نمی‌شود مثلاً، وقتی که قاضی فرانسوی می‌بیند که قانون انگلیس برای حلّ قضیه قانون فرانسه را صلاحیتدار دانسته، در اینجا نیز باید قانون فرانسه را من حیث المجموع، یعنی با توجه به قاعده حلّ تعارض آن در نظر بگیرد؛ و با این عمل مشاهده می‌شود که قانون فرانسه نیز به نوبه خود به قانون انگلیس احاله داده است و سپس این قانون به قانون فرانسه و همین‌طور دور و تسلسل ادامه دارد.

### نظریات توجیه احاله:

- × نظریه وست لیک: احاله به منزله سلب علاقه قانون کشور مرجوع‌الیه به شایستگی قانون کشور دیگر (نظریه احاله مضاعف / نظریه دادگاه خارجی - نظریه احاله جامع)
- × نظریه نی بوایه: احاله به منزله سلب صلاحیت از قانون خود و ارجاع به قانون خارجی است یا اصل بر اعمال قانون مقرّ دادگاه است و استثناء قانون ملی است.
- ✓ نظریه باتیفول: احاله نه سلب علاقه و نه سلب صلاحیت است بلکه نوعی هماهنگی بین سیستم‌های حلّ تعارض است. اصل، قانون ملی است و استثناء، قانون مقرّ.

### احاله در حقوق ایران (ماده ۹۷۳ ق.م):

۱. احاله درجه اول مورد پذیرش واقع شده است (احاله به قانون ایران)؛

۲. احاله درجه دوم رد شده است.

ماده ۹۷۳ ق.م: «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد



محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد.»

مثال احاله درجه اول: زن و مرد انگلیسی مقیم ایران در دادگاه ایران طرح دعوی طلاق می‌کنند. در این حالت ماده ۹۷۳ ق.م.م.گه: اصل بر این است که در ایران احاله پذیرفته نشود مگر احاله به قانون ایران که استثناء است. در این مثال، قضیه با احاله به قانون ایران حل می‌شود.

اما در مورد احاله درجه ۲ لازم به اشاره است: اگر بپذیریم که هیچ؛ اگر نپذیریم چه کنیم؟ در این مورد اختلاف نظر است: یک عده موافق پذیرش احاله درجه ۲ هستند و عده‌ای مخالف پذیرش احاله درجه دو هستند:

موافقان به سابقه تاریخی ماده ۹۷۳ ق.م.ا اشاره می‌کنند؛ آنها می‌گویند زمانی که ما داشتیم قانون مدنی مان را تصویب می‌کردیم و این مقرر را از فرانسه برمی‌داشتیم در فرانسه احاله درجه ۲ نبود؛ اما الان که هست، باید احاله درجه دو را بپذیریم. استدلال دیگر این عده این است که می‌گویند ماده ۹۷۳ می‌گه: «... محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست...»؛ در واقع آنها تأکید بر عبارت «مکلف نیست» دارند؛ می‌گن این مکلف نیست یعنی مخیره! نتیجه می‌گیرند قاضی می‌تواند احاله درجه دو را بپذیرد.

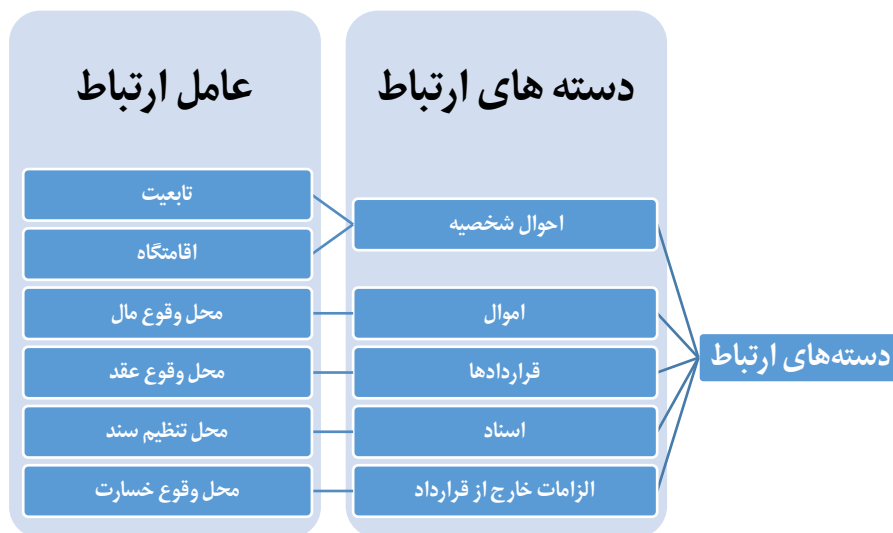
مخالفان پذیرش احاله درجه دو به نص ماده ۹۷۳ ق.م.ا اشاره می‌کنند و می‌گن فقط احاله به قانون ایران قابل اجراست و استناد دیگرشان نیز این است که از دور و تسلسل جلوگیری می‌شود. حال اگر به مخالفان پذیرش احاله درجه دو که البته نظرشان صائب است بگین خب اگه احاله درجه دو رو نپذیریم چه کنیم، دو تا راه جلوی پایمان می‌گذارند:

× اعمال قانون مقر دادگاه (قاعده ذاتی قاضی): ماده ۹۷۳ قانون مدنی استثنای بر ماده ۵ ق.م.ا است. هرگاه استثناء محل بحث باشد، اصل را اعمال می‌کنیم.

✓ اعمال قاعده ذاتی خارجی: ماده ۹۷۳ قانون مدنی استثنای بر ماده ۷ ق.م.ا است که وقتی استثناء محل بحث باشد اصل را اجرا می‌کنیم؛ خود ماده ۹۷۳ ق.م.ا می‌گوید که من استثناء چه هستم!

مثال احاله درجه دوم: زن و شوهر انگلیسی مقیم فرانسه طرح دعوی طلاق می‌کنند؛ در نهایت، قاضی ایرانی، قاعده ذاتی انگلیس را اجرا می‌کند.

- کشورهایی که احاله درجه ۲ را پذیرفته‌اند در صورت وجود احاله درجه ۲، قاعده ذاتی کشور ثالث را اعمال می‌کنند خواه کشور ثالث قاعده ذاتی اش را صالح بداند یا نداند.



عامل ارتباط آنهايي که در تعيين دسته ارتباط تأثیر دارند، قاضی باید قانون صلاحیت را بر حسب «عامل ارتباط» انتخاب کند.

### **تعارض متحرک (یا تأثیر بین المللی حقوق یا شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه)**

تعریف: بسا اتفاق می افتد که رابطه بین سیستم های حلّ تعارض به صورت یک رابطه زمانی جلوه می کند به این ترتیب، یک رابطه حقوقی در دو زمان متوالی به دو سیستم حقوقی متفاوت مربوط می گردد. در این مورد، مسئله ای که با آن مواجه هستیم این است که بدانیم در چه مرحله ای از مراحل وجودی یک حق، مسئله تعارض قوانین مطرح می گردد. آیا تعارض راجع به مرحله تشکیل حق است و یا راجع به مرحله اثرگذاری آن. تشخیص این دو مرحله دارای اهمیت اساسی است، زیرا در مرحله اول، مطلوب ما تعیین قانون صلاحیتداری است که حق باید مطابق آن به وجود آید و در مرحله دوم مطلوب ما دانستن این مسئله است که حق مزبور تا چه اندازه باید محترم شمرده شود و تا چه حد باید منشأ آثار باشد. در خصوص این موضوع که در حقیقت مسئله مشخص و محدود کردن تعارض هاست اصطلاحات مختلفی بکار رفته است. «پی یه» و «نی یوایه» به ترتیب از آن به شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه و تأثیر بین المللی حقوق تعبیر نموده اند و «بارتن» آن را به اسم تعارض های متحرک نامیده است که این اصطلاح، امروزه، بیش از دو اصطلاح دیگر متداول است.

پس، «تعارض های متحرک» اینجوریه که حقی در کشوری طبق قانونی ایجاد و می خواهد در کشور دیگری اجرا شود. به عبارت دیگر، محلّ ایجاد حق یا قانون حاکم بر ایجاد حق با محلّ اجرا یا اثر متفاوت است. یعنی ما دو تا قانون داریم «قانون حاکم بر ایجاد حق» و «قانون حاکم بر اجرای حق».

بین مسئله تعارض های متحرک در حقوق بین الملل خصوصی و مسئله تعارض قوانین در زمان که در حقوق داخلی به اسم «اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین» معروف شده است شباهت هایی وجود دارد چه همان طور که در زمینه تعارض قوانین در زمان باید تشخیص داد که قانون جدید در چه قسمتی با قانون سابق مخالف است و تا چه اندازه، قانون سابق را نسخ می کند و یا به عبارت دیگر، آنچه از قانون سابق مانده چیست و آنچه نسخ گردیده کدام است، همین طور هم در زمینه تعارض های متحرک در حقوق بین الملل خصوصی باید بین قانونی که حق باید مطابق آن به وجود آید و قانونی که آثار حق باید از آن ناشی گردد، تفکیک نماییم تا بدانیم آیا حقی که در یک کشور به وجود آمده و بعداً به کشور دیگر منتقل گردیده است می تواند منشأ آثار باشد و معتبر شناخته شود یا نه. شباهت دیگری که بین تعارض های زمانی در حقوق داخلی و تعارض های متحرک در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد از لحاظ مفهوم نظم عمومی است که در هر دو زمینه دخالت نموده و حدود تأثیر قانون جدید و قانون کشور محلّ اثرگذاری حق را مشخص می نماید زیرا قانون جدید (در تعارض قوانین در زمان) و قانون کشوری که حق به آنجا انتقال یافته است نسبت به وضعیت و حق ایجاد شده تأثیری ندارند مگر اینکه این قوانین مربوط به نظم عمومی باشند.

### **تفاوت بین مسئله تعارض های متحرک در حقوق بین الملل خصوصی و مسئله تعارض قوانین در زمان:**

۱. در تعارض های متحرک، کثرت مرجع قانونگذاری وجود دارد به این معنی که قانون حاکم بر تشکیل یا ایجاد حق به یک کشور تعلق دارد و قانون حاکم بر آثار حق به کشوری دیگر به طوری که در واقع می توان گفت تعارض بین حاکمیت دولتهاست، ولی در مسئله تعارض قوانین در زمان، چون مرجع وضع هر دو قانون یکی است لذا تعارض حاکمیت وجود ندارد.

۲. بین مفهوم نظم عمومی در روابط داخلی و نظم عمومی در روابط بین المللی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد به این معنی که دامنه نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی محدودتر از دامنه آن در روابط حقوق داخلی است.

### **موقعیت تعارض متحرک و ارتباط قوانین در حقوق داخلی:**

## ارتباط با حقوق داخلی:

### ۱. شباهت

الف: عطف به ماسبق شدن یا نشدن؛

ب: تقدّم و تأخر زمانی قانون (قانون مقدّم - مؤخر) (تقدّم و تأخر زمانی در حقوق بین الملل)؛

### ۲. تفاوت

الف: در حقوق داخلی تعارض ناشی از وحدت حاکمیت است.

ب: در تعارض متحرک ناشی از تعدد حاکمیت است.

### تفاوت در نوع تقدم و تأخر

۱. در حقوق داخلی تقدّم و تأخر صرفاً زمانی است (زمان تصویب)؛

۲. در تعارض متحرک تقدّم و تأخر به زمان دخالت یا تأثیر بستگی دارد نه زمان تصویب.

به همین دلیل به تعارض متحرک، حقوق انتقالی گویند چون حق از قانونی به قانون دیگر منتقل می‌شود

حقی در کشور الف به دست آوردم در قانون کشور ب می‌خواهم اجرا کنم.

### عامل ایجاد و پیدایش تعارض متحرک

۱. تغییر عامل ارتباط (تابعیت - اقامتگاه) - عامل ارتباطی که تأثیر داشته باشد؛

۲. تغییر سرزمین (جانشینی).

**راه حلّ تعارض متحرک:** اصل بر این است که حقی که طبق قانون کشوری ایجاد شده است طبق قانون کشور دیگر قابلیت اجرا دارد. به عبارتی

به خاطر حقّ مکتسبه بین المللی یا تأثیر بین المللی حق و احترام متقابل به سازمان و تأسیسات حقوقی کشور دیگر ایجاب می‌کند که حقی که در

سایه قانونی ایجاد شد (قانون موجد حق) بتواند قابلیت اجرا را مطابق قانون کشور دیگر داشته باشد برای همین منظور به قسمت اخیر ماده ۹۶۶

قانون مدنی استناد می‌کنیم. (این ماده راجع به مال است ولی قابل تسزّی به سایر مسائل است)

### حالاتهای تعارض متحرک:

#### حالت اول: فقدان تعارض در مرحله ایجاد حق، وجود تعارض در مرحله اجرای حق:

این حالت زمانی رخ می‌دهد که حقی در حوزه حقوق داخلی یک کشور خارجی به وجود آید بدون اینکه در مرحله تشکیل آن حق تعارضی وجود

داشته باشد، اما در مرحله اجرای حق، تعارض به وجود می‌آید.

**مثال:** زن و مرد انگلیسی، مقیم انگلیس، در همان جا ازدواج نمایند، تعارضی در مورد قانون حاکم بر ازدواج آنها وجود ندارد، اما اگر این زن و شوهر

به ایران آمده و دعوی طلاق اقامه نمایند. در این فرض، تعارض بین قانون انگلیس و ایران به وجود آمده است.

#### حالت دوم: وجود تعارض در هر دو مرحله ایجاد حق و اجرای حق:

این حالت زمانی رخ می‌دهد که حقی در کشور خارجی داخل در حوزه حقوق بین الملل خصوصی به وجود می‌آید، در این حالت چون عنصر بین المللی

در مرحلهٔ ایجاد حق وجود دارد، بنابراین مسئلهٔ تعیین قانون صلاحیتدار هم در مرحلهٔ ایجاد حق و هم در مرحلهٔ تأثیر بین‌المللی حق مطرح می‌شود.  
**مثال:** اگر زن و مرد انگلیسی، در فرانسه ازدواج نمایند تعارض در مورد قانون حاکم بر ازدواج آنها بین قانون انگلیس و فرانسه به وجود می‌آید، حال اگر این زن و شوهر به آلمان رفته و دعوی طلاق اقامه نمایند. در این حالت نیز تعارض بین قانون انگلیس، فرانسه و آلمان به وجود می‌آید.

### حالت سوم: وجود تعارض در هر دو مرحلهٔ ایجاد حق و اجرای حق و تغییر عامل ارتباط:

این حالت زمانی قابل تصور است که تعارض متحرک نتیجهٔ تغییر عامل ارتباط مانند اقامتگاه یا تابعیت باشد و آن در مواردی است که قانون حاکم بر تشکیل حق بستگی به اقامتگاه یا تابعیت داشته باشد.

**مثال:** اگر زن و مرد آلمانی مقیم فرانسه در فرانسه ازدواج کنند و سپس یکی از آن دو، تابعیت فرانسه را کسب کند؛ سپس هر دو به ایتالیا رفته و دعوی طلاق اقامه نمایند، حال باید دید آیا این تغییر تابعیت در صحت ازدواجی که قبلاً واقع شده است و یا در آثار ازدواج در آینده مؤثر است یا خیر؟

### حالت چهارم: موردی که کشوری قسمتی از سرزمین کشور دیگر را ضمیمهٔ خاک خود می‌سازد: «الحاق»

هرگاه در فاصلهٔ بین مرحلهٔ ایجاد حق و مرحلهٔ اجرای حق مسئلهٔ الحاق سرزمین مطرح شود و در نتیجه، قانون صلاحیتدار تغییر نماید تکلیف قضیه را چگونه باید معلوم کرد؛ به عبارت دیگر، قلمروی اجرای قانون سابق (قانون کشوری که قسمتی از خاک آن جدا شده) و قانون جدید (قانون کشوری که قسمتی از خاک کشور دیگر را تصرف نموده) چگونه باید معین شود؟

**تعریف حق مکتسبه بین‌المللی:** حقی که به موجب قانون کشوری ایجاد شده است اگر بخواهد در کشور دیگر اجرا شود دارای همان حق و حقوقی خواهد بود که قانون محل وقوع [موجد] حق به او داده خواهد بود این حق در محل اجرا کمتر باشد یا بیشتر.

**شرایط تأثیر بین‌المللی حق:** منظور از شرایط تأثیر بین‌المللی حق این است که حقی که به موجب کشور موجد حق ایجاد شده بتواند به موجب قانون موجد حق در کشور مجری حق اجرا شود.

۱- حق باید بر طبق قانونی تشکیل شده باشد که قاعدهٔ حل تعارض محل اجرای حق آن را صلاحیتدار می‌داند (شرطی که قانون دولت اجرای حق منظور می‌کند): مخالف یا مغایر آن حق در کشور محل اجرا وجود نداشته باشد.

۲- حق باید به طور کامل و با رعایت تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد: آن حق به طور کامل به موجب قانون موجد حق ایجاد شده باشد.

**توضیح شرط اول:** حق باید بر طبق قانونی تشکیل شده باشد که قاعدهٔ حل تعارض محل اجرای حق آن را صلاحیتدار می‌داند. برای مثال، برای اینکه حقی بتواند در ایران منشأ آثار باشد باید ایجاد آن مطابق قانونی باشد که حقوق بین‌الملل خصوصی ایران آن را صلاحیتدار تشخیص دهد. طبق مادهٔ ۶ ق.م، احوال شخصیه کلیه اتباع ایرانی حتی اگر مقیم کشور دیگری باشند، تابع قانون ایران است، حال اگر زن و مرد ایرانی که نکاح بین آنان ممنوع دائمی است، در کشوری که احوال شخصیهٔ افراد را تابع قانون اقامتگاه می‌داند، عقد نکاح منعقد کنند، نکاح آنان در ایران باطل و بلااثر اعلام خواهد شد؛ چون از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، عقد نکاح آنان طبق قانون صلاحیتدار منعقد نشده است.

**توضیح شرط دوم:** حق باید به طور کامل و با رعایت تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد، منظور از این شرط آن است که تمام شرایطی که مطابق قانون کشور محل تشکیل حق لازم است رعایت گردد، هرچند قانون کشوری که حق در آنجا به موقع اجرا گذاشته می‌شود وجود بعضی از آن شرایط را برای به وجود آمدن آن حق لازم نداند. در تعارض‌های متحرک چون با کثرت مرجع قانونگذاری مواجه هستیم؛ بنابراین فقط حقی را می‌توانیم معتبر بشناسیم که تمام ارکان تشکیل‌دهندهٔ آن به وجود آمده باشد.

برای مثال: اگر شخصی مال منقولی را در کشوری که تحقق عقد بیع مال منقول، مشروط به تسلیم مبیع است، خریداری کند و مبیع تسلیم نشود، در کشوری که عقد بیع به محض ایجاب و قبول منعقد می‌شود نمی‌تواند نسبت به آن مال منقول ادعای مالکیت کند.

## حدود تأثیر بین‌المللی حق:

۱. **حدودی که به وسیله قانون خارجی معین می‌شود (حدودی که قانون کشور موجب حق منظور می‌کند):** حقی که موجب قانون کشوری ایجاد شده است اگر بخواهد در کشور دیگر اجرا شود دارای همان حقوقی خواهد بود که قانون محل وقوع حق به او اعطا کرده است، خواه حدود این حق در محل اجرا کمتر یا بیشتر باشد.

**اولاً:** حق همان آثاری را دارد که قانون خارجی بر آن بار کرده است ولو اینکه قانون ایران آثار کمتری بر آن مترتب کرده باشد. مثال: فرض کنید دو برادر، تبعه دولتی باشند که قانون آن الزام به انفاق را در خط اطراف هم شناخته باشد، یعنی در روابط بین برادران، هر یک را ملزم به انفاق به دیگری نموده باشد. حال اگر یکی از اتباع آن دولت به استناد اینکه حق نفقه را در کشور متبوع خود به دست آورده است در دادگاه ایران علیه برادر خود که در ایران اقامت دارد اقامه دعوی نفقه کند دادگاه نمی‌تواند به استناد اینکه قانون ایران در روابط بین اقارب تعهد نفقه را فقط در خط عمودی شناخته است (ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی ایران) او را از این حق محروم نماید، چراکه حق مزبور مطابق قانون صلاحیتدار قبلاً تشکیل شده و لذا باید در ایران معتبر شناخته شود و تمام آثار خود را تولید نماید.

**ثانیاً:** هیچ حقی نمی‌تواند در کشور دیگر، اثری بیشتر از آنچه که در کشور اصلی (کشور محل تشکیل حق) داشته تولید نماید. مقصود آن است که اگر حقی مطابق قانون کشور محل تشکیل آن ساقط گردد، در خارج آن کشور نیز باید ساقط شده محسوب گردد. چنانکه اگر مطابق قانون کشوری (مثلاً ایتالیا) حق تألیف تا سی سال بعد از فوت مؤلف معتبر شناخته شود و حال آنکه در کشوری دیگر (مثلاً فرانسه) این حق تا پنجاه سال بعد از مرگ مؤلف باشد، صاحب حقی (مثلاً وراثت متوفی) که تبعه کشور اول است نمی‌تواند در کشور دوم (فرانسه) بعد از انقضای مدت مزبور به حق خود (حق بهره‌برداری از آثار متوفی) استناد کند چون مدت پنجاه سال که مطابق قانون کشور دوم مقرر گردیده مربوط به حقی است که در همان کشور به وجود آمده باشد.

۲. **حدودی که به وسیله قانون ایران معین می‌شود (حدودی که قانون کشور اجرای حق منظور می‌کند):**

**حالت اول: در صورتی است که در ایران حقی مخالف حق مزبور به وجود آمده باشد (مغایر آن حق در کشور اجرای حق نباشد):** مثلاً هرگاه یک زن و شوهر ایرانی که در آمریکا اقامت دارند در دادگاه آمریکا اقامه دعوی طلاق نمایند و دادگاه مزبور به موجب قانون آمریکا (قانون اقامتگاه) حکم طلاق صادر کند؛ دادگاه ایران به استناد اینکه قانون ایران باید بر این طلاق حکومت کند و نه قانون آمریکا (ماده ۶ قانون مدنی ایران) حکم طلاق مزبور را غیرقابل اجرا اعلام خواهد کرد. علت این امر آن است که حق ایجاد شده در آمریکا مخالف حق ایجاد شده در ایران است و قاضی هر کشور در برخورد با حقوق مخالف که نتیجه تعارض مثبت قوانین است چاره‌ای ندارد جز اینکه قانون دولت متبوع خود را ترجیح دهد.

**حالت دوم: در صورتی است که اجرای حق ایجاد شده برای سازمان‌های حقوقی کشور ما غیرقابل تحمل باشد (نظم عمومی):** به عبارت دیگر، با نظم عمومی ایران مخالفت داشته باشد. در چنین فرضی حق مزبور تمام یا قسمتی از آثار خود را از دست خواهد داد. یک فرد در فرانسه نسب نامشروع را به پدری اثبات می‌کند بعداً در ایران بعد از مرگ پدرش ادعای ارث می‌کند؛ آیا این قضیه در ایران احترام دارد؟ خیر؛ چون با نظم عمومی برخورد می‌کند.

## فصل ششم: اجرای قانون خارجی

تعریف اجرای قانون خارجی: منظور از اجرای قانون خارجی چه قانونی است؟ هم قاعده [یا قانون] حلّ تعارض خارجی و هم قاعده ذاتی خارجی. مثال: زن و شوهر فرانسوی مقیم ایران دعوی طلاق را در ایران مطرح می‌کنند.

در مورد اینکه قانون خارجی چگونه و به چه اعتباری می‌تواند در قلمرو دولت متبوع قاضی به موقع اجرا گذاشته شود؛ سه نظریه مطرح است:

### ۱. نظریه انگلیسی - آمریکایی بر مبنای حقوق مکتسبه

قدرت اجبارکننده قانون خارجی ناشی از لزوم رعایت حقوق مکتسبه است. به نظر حقوقدانان انگلیسی و آمریکایی وقتی که قاضی به مسئله ارزش و اعتبار حقوق مکتسبه رسیدگی می‌کند ناگزیر باید قانون خارجی را که حاکم بر ایجاد حق مکتسب بوده، مورد توجه قرار دهد

### ۲. نظریه ایتالیایی - آلمانی بر مبنای پذیرش قانون خارجی در نظام حقوق داخلی

اعتبار و قدرت اجبارکننده قانون خارجی ناشی از آن است که قانون مقرّ دادگاه قانون خارجی را می‌پذیرد و در نظم داخلی ادغام می‌نماید. پس مطابق این تحلیل، موقعی که قانون خارجی برای حلّ یک دعوا صلاحیتدار شناخته می‌شود علت اجرای آن این است که در نظام حقوق داخلی پذیرفته شده و در واقع جزء نظام مزبور گردیده است.

### ۳. نظریه فرانسوی بر مبنای قدرت الزام‌آوری قانون خارجی طبق قانون داخلی

مطابق این نظریه، قانون خارجی به هیچ وجه در نظام حقوقی دولت متبوع قاضی ادغام نمی‌شود، بلکه استقلال خود را حفظ کرده و به عنوان قانون خارجی اعمال می‌گردد، به عبارتی دیگر، علت اجرای قانون خارجی این است که قانونگذار ملی آن را لازم‌الاجرا شناخته است.

✓ نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران تا حدی نظریه فرانسوی را مورد اجرا قرار می‌دهد.

## استناد به قانون خارجی:

۱. سیستم حکمی (نظریه آلمانی): تکلیف یافتن قانون با قاضی است و وظیفه دارد که به قانون خارجی رجوع کند و بررسی نماید که این حق می‌تواند قابلیت اجرا داشته باشد و یا نداشته باشد. طرفین، تکلیفی به استناد به قانون خارجی ندارند.

۲. سیستم موضوعی (نظریه انگلیسی): تکلیف استناد به قانون از وظایف اصحاب دعوا است و قاضی دقیقاً به دنبال قوانینی می‌رود که اصحاب دعوا به آن استناد نموده‌اند، اگر قانون مورد استناد، قابلیت استناد داشته باشد قاضی بر اساس آن رأی می‌دهد، اما اگر قانون مورد استناد همان قانونی نباشد که مورد نظر قاضی است دعوا را رد می‌کند.

۳. سیستم موضوعی بودن موارد (نظریه فرانسوی): طبق این نظریه، هر حقی که یک فرد خارجی خواستار استناد به آن است، باید خود او قانون آن موضوع را تهیه، ترجمه و به دادگاه ارائه دهد؛ ولی در صورتی که آن حق خارجی ایجاد شده، بر خلاف نظم عمومی ایران باشد امری حکمی است و قاضی مکلف به استناد به آن قانون است.

سیستم آلمانی: عدم لزوم استناد به قانون خارجی: حکمی

در سیستم آلمانی، مسئله استناد به قانون خارجی یک مسئله حکمی است، خواه طرفین به آن استناد کنند یا نکنند.

سیستم انگلیسی: لزوم استناد به قانون خارجی: موضوعی

در سیستم انگلیسی، مسئله استناد به قانون خارجی یک مسئله موضوعی است.

سیستم فرانسه یا سیستم حد وسط: در سیستم فرانسوی، مسئله استناد به قانون خارجی یک مسئله موضوعی است، مگر در مورد نظم عمومی که مسئله حکمی است.

سیستم ایران: مسئله استناد به قانون خارجی یک مسئله حکمی است یعنی قاضی باید قانون را رأساً و بدون استناد اصحاب دعوا به موقع اجرا گذارد؛ خواه طرفین به آن استناد کنند یا نکنند.

سوال: آیا در سیستم حکمی قاضی می‌تواند در یافتن قانون از اصحاب دعوی کمک بگیرد؟ بله؛ قاضی می‌تواند در یافتن قانون از اصحاب دعوی کمک بگیرد، حتی می‌تواند از سیستم خارجی استعلام بگیرد.

سؤال: آیا رأی صادره در دادگاه خارجی قابل نقض در دیوان عالی کشور است؟ بله؛ دیوان رسیدگی شکلی می‌کند، در دعاوی بین‌المللی خصوصی، دیوان عالی کشور نظارت بر این دارد که آیا دادرسی (آیین دادرسی) رعایت شده است یا نه.

## موانع اجرای قانون خارجی

### ۱. موانع اجرای قاعده حل تعارض خارجی

- الف - آن مسئله در قانون خارجی شناخته نشده باشد. قانون مقرر به جای قانون خارجی اجرا می‌شود.
- مانند اینکه یک ایرانی در فرانسه ادعای نسب نامشروع نسبت به پدر ایرانی خود مقیم در فرانسه مطرح کند.
- ب - دعوی راجع به تابعیت باشد در حالی که تابعیت فرد، معین نباشد.
- ج - دعوی نسب زمانی که تابعیت پدر و مادر معلوم نباشد (طفل معلوم نیست متعلق به کیست)
- د - مسئله‌ای که تعیین تکلیف آن فوریت داشته باشد و رجوع به قاعده حل تعارض خارجی در فرصت کم معلوم نباشد.

### ۲. موانع اجرای قاعده ذاتی خارجی

- الف - مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی دادگاه مقرر: قوانین منفور و قوانین مناسب اصطلاحی است که در نظم عمومی وجود دارد، قانون منفور با تأسیسات حقوقی یا نظم عمومی کشور محل اجرا مغایرت دارد.
- ب - تقلب نسبت به قانون: تغییر وضعیت حقوقی برای فرار از حکومت یک قانون و رفتن زیر لوای حکومت قانون دیگر؛ به عبارت بهتر، تغییر عامل ارتباط برای اینکه از شمول قانونی به نحو متقلبانه فرار و تحت شمول قانونی دیگر رفتن.

## مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی دادگاه مقرر

هر زمان قانون خارجی صلاحیتدار، برای نظام حقوقی کشور متبوع قاضی غیرقابل تحمل باشد در این صورت قاضی به استناد نظم عمومی از اجرای آن قانون خودداری خواهد کرد، نظام حقوقی هر دولتی تا حدی اجرای قوانین خارجی را در کشور خود اجرا می‌کند که با امنیت داخلی و احساسات وجدانی جامعه آن دولت منافات نداشته باشد. قانون خارجی که مخالف با نظم عمومی باشد، از اجرای آن ممانعت می‌شود، هرچند آن قانون از جمله قوانینی باشد که به موجب قواعد حل تعارض، صلاحیتدار بوده و اجرای آن تجویز شده باشد.

## مفهوم نظم عمومی:

در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل قواعدی است که غرض از وضع و ایجاد آن حفظ منافع عمومی و تأمین حُسن جریانِ امور عمومی (امور اداری، سیاسی و اقتصادی) و حفظ خانواده می‌باشد و ارادهٔ افراد نمی‌تواند آنها را نقض نماید. به عبارت دیگر، در حقوق داخلی، نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً «قواعد امری» نامیده می‌شوند؛ اعم از اینکه قواعد مزبور مربوط به حقوق خصوصی یا مربوط به حقوق عمومی باشد مانند قواعد مربوط به وضعیت و اهلیت، قواعد مربوط به ارث و وصیت و قواعد امری قراردادها همچنین قواعد مربوط به حقوق عمومی نظیر قواعد مربوط به حقوق اداری، قواعد مربوط به حقوق کیفری می‌باشد. به طور خلاصه می‌توان گفت که نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت قواعد امری است به طوری که افراد نمی‌توانند به وسیلهٔ قرارداد خصوصی، آن قواعد را نقض کنند و مخالفت با نظم عمومی در حقوق داخلی چیزی جز نقض قواعد و مقررات امری نیست.

## ارتباط نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی:

بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی رابطهٔ عموم و خصوص مطلق وجود دارد، به این معنی که هرچه مخالف نظم عمومی در روابط بین‌المللی ایران است مخالف نظم عمومی در روابط داخلی ایران نیز هست و حال آنکه هرچه مخالف نظم عمومی در روابط داخلی است الزاماً مخالف نظم عمومی در روابط بین‌المللی نیست و این خود کاشف از آن است که نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهوم و دایرهٔ شمول محدودتری دارد.

نظم عمومی داخلی یعنی: مغایرت با **تمامی** قواعد امری (آمره)

نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی یعنی: مغایرت با **برخی** قواعد امری (آمره)

## آثار نظم عمومی

نظم عمومی در مرحلهٔ ایجاد حق و در مرحلهٔ اجرای حق، دارای تأثیرگذاری متفاوتی است.

✓ نظم عمومی در مرحلهٔ ایجاد حق دارای تأثیر مثبت و شدید است.

✓ نظم عمومی در مرحلهٔ اجرای حق دارای تأثیر منفی و خفیف است.

در مرحلهٔ ایجاد حق اثر نظم عمومی شدید است ولی در مرحلهٔ اجرای حق، اثرگذاری نظم عمومی خفیف است. یعنی در صورتی که استناد به نظم عمومی در مرحلهٔ ایجاد حق باشد قاضی با شدت با ایجاد حق برخورد می‌کند، اما در مرحلهٔ اجرای حق با اندکی تسامح با مسئله مواجه می‌شود.

مثلاً در خصوص اثباتِ نَسَبِ نامشروع که بر خلاف نظم عمومی ایران است، در مرحلهٔ ایجاد حق، قاضی ایرانی سختگیرانه برخورد می‌کند و نسبت به ایجاد حق برخورد می‌نماید؛ اما اگر اثباتِ نَسَبِ نامشروع در فرانسه انجام شده است و حق، ایجاد شده باشد و فرد در ایران اجرای حق را بخواهد قاضی ایرانی با این امر موافقت نموده و حکم به اجرای حق مذکور می‌دهد. اما مثال برعکس اینجوری که زن و مرد خارجی که خاله و خواهرزاده هستند می‌خوان در ایران ازدواج کنند؛ در اینجا چون اثر نظم عمومی در مرحلهٔ ایجاد حق است، اثر منفی و همینطور اثر شدید دارد. حالا فرض کنید همین زوج بعد از ازدواج در کشور خارجی به ایران می‌آیند و یکی‌شان دعوای نفقه علیه دیگری مطرح می‌کند، اینجا مسألهٔ اثر نظم عمومی در مرحلهٔ اجرای حق مدنظر است. مثال دیگر اینکه فرض کنید حق بنوت در فرانسه ایجاد شده و این پدر و پسر به ایران می‌آیند و پسر از پدر نامشروعش



ارث می‌خواهد.

پس اینجوری می‌گیم: «نظم عمومی در مرحله تأثیر بین‌المللی حق، اثر خفیف دارد و نظم عمومی در مرحله ایجاد حق، اثر شدید دارد.»

**اثر شدید نظم عمومی:** نظم عمومی چنان با تأسیسات یا نظم آن کشور مغایر پیدا می‌کند که قاضی از اجرای آن ممانعت می‌کند.

**اثر خفیف نظم عمومی:** ممکن است آن مسأله چندان نظم عمومی را مخدوش نکند و با کمی اغماض و در راستای نظم عمومی بتوان برخی از آثار آن قانون را اجرا کرد.

**اثر منفی:** یعنی قاضی محلّ ایجاد حق و یا اجرای حق، قانون ذاتی خارجی را بر خلاف نظم عمومی خود بیابد و از اجرای آن امتناع ورزد بدون اینکه قانون دیگری را اجرا کند.

**اثر مثبت:** قاضی محلّ ایجاد حق ضمن اینکه از اجرای قانون خارجی به دلیل مغایرت با نظم مخالفت می‌کند (اثر منفی) بلکه به نحو مثبت، قانون کشور خود را به خاطر نظم عمومی اجرا می‌کند.

مثال برای اثر منفی نظم عمومی. فرض کنیم یک زن ایرانی در دادگاه اسپانیا علیه شوهر ایرانی خود اقامه دعوی طلاق می‌نماید چون در اسپانیا طلاق ممنوع است دادگاه اسپانیا به استناد اینکه طلاق برخلاف نظم عمومی جامعه اسپانیا است به خارجی‌ها حق طلاق نخواهد داد و از صدور حکم طلاق خودداری خواهد کرد. در این فرض نظم عمومی فقط اثر منفی تولید می‌کند و از اجرای قانون ایران که طلاق بین زن و شوهر را اجازه داده است جلوگیری می‌نماید. ممکن است گفته شود که در این فرض هم از اجرای قانون ایران خودداری شده است و هم قانون اسپانیا به مرحله اجرا درآمده است ولی باید توجه داشت که قانون اسپانیا که طلاق را منع می‌کند تنها از اجرای قانون ایران که طلاق را تجویز می‌کند جلوگیری نموده است و قانون دیگری را به طور مثبت به جای آن اجرا نکرده است.

مثال برای اثر مثبت نظم عمومی. فرض کنید در کشوری حق انفاق بین ابوبین و اولاد وجود نداشته باشد یعنی طبق قانون آن کشور نه پسر حق مطالبه نفقه از پدر را داشته باشد و نه پدر حق تقاضای نفقه از پسر را داشته باشد. حال اگر پسری که تبعهٔ چنین کشوری است در دادگاه کشور دیگری (مثلاً فرانسه) که ابوبین و اولاد را واجب‌النفقة یکدیگر قرار داده است علیه پدر خود اقامه دعوا کند قاعدتاً حاکم باید قانون دولت متبوع متداعین را به موقع اجرا گذارد و دعوی مدعی را رد نماید. ولی از آنجا که دادگاه‌های بعضی از کشورها (از جمله فرانسه) حق انفاق را جزو مسائل مربوط به نظم عمومی محسوب داشته‌اند لذا در این فرض از اجرای قانون خارجی که حق مطالبه نفقه را نداده است جلوگیری می‌کنند (اثر منفی نظم عمومی) و قانون کشور متبوع خود را جانشین آن قرار می‌دهند (اثر مثبت نظم عمومی) و پدر را محکوم به تأدیه نفقه می‌نمایند. به عبارت دیگر، در این مورد نظم عمومی در دو مرحله آثار خود را ظاهر می‌سازد. در مرحله اول اثر منفی نظم عمومی ظاهر می‌شود که در نتیجه آن از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی جلوگیری به عمل می‌آید و در مرحله دوم اثر مثبت نظم عمومی ظاهر می‌گردد که در نتیجه آن قانون مقرّ دادگاه جانشین قانون خارجی گردیده و به موقع اجرا گذاشته می‌شود.

**تقلب:** تغییر وضعیت حقوقی برای فرار از حکومت یک قانون و رفتن زیر حکومت قانون دیگر.

تغییر عامل ارتباط برای فرار از مقررات قانون دولت متبوع خود، تا وضعیت جدیدی برای خود فراهم سازند که در نتیجه آن بتوانند از قانون خارجی استفاده کنند. وجود تقلب نسبت به قانون مبتنی بر این امر است که افراد می‌توانند بعضی از عوامل ارتباط را که منجر به تعیین قانون صلاحیتدار

می‌گردند تغییر داده و در نتیجه آن قانون خاصی را که در حالت عادی نمی‌توانند حق تقاضای اجرای آن را درباره خود داشته باشند لازم‌الاجرا گردانند. از جمله این عوامل ارتباط می‌توان تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع مال منقول و محل انعقاد عقد را ذکر نمود.

**شرایط تقلب:** برای ایجاد تقلب نسبت به قانون باید ۲ شرط وجود داشته باشد:

۱. **وجود نیت و عمل متقلبانه:** یعنی فرد قصد متقلبانه داشته باشد و به آن عمل کند و در صورت عدم وجود نیت و قصد متقلبانه نمی‌توان به تقلب نسبت به قانون استناد نمود.
۲. **جنبه فرعی و علی‌البدل تقلب نسبت به قانون:** یعنی وسیله دیگر برای عدم اجرای قانون خارجی موجود نباشد، به عبارت دیگر استناد به تقلب نسبت به قانون باید آخرین راه جلوگیری از عدم اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار باشد و در صورتی که عوامل دیگری برای جلوگیری از این امر موجود باشد، نمی‌توان به آن استناد نمود.

## آثار تقلب

### ۱. اثر تقلب از نگاه دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است:

در خصوص کشور متضرر یا قربانی، تقلب، اثر شدید دارد. آن کشور وضعیت حقوقی جدید یا حقوقی که در اثر این تغییر وضعیت متقلبانه تحصیل شده است را به رسمیت نمی‌شناسد. در اینجا، دادگاه به آن توجه نموده و به استناد تقلب نسبت به قانون صلاحیت‌دار، عمل حقوقی صورت پذیرفته را باطل اعلام می‌کند.

مثلاً در صورتی که یک ایتالیایی با توجه به ممنوعیت طلاق از سوی قانون ایتالیا، به تابعیت کشور آلمان درآید و از همسرش طلاق بگیرد، از نظر دادگاه کشور ایتالیا، عمل طلاق باطل است.

### ۲. اثر تقلب از نگاه دولتی که شخص ذی‌نفع قانون او را برای تقلب انتخاب می‌کند (قانون تحصیل شده در اثر تقلب):

تقلب در خصوص این کشور اصلاً اثر ندارد. مثل کشور آلمان در مثال بالا، قاضی آلمانی به تقلب نسبت به قانون و اثر حقوقی اش توجه نمی‌کند و طلاق عمل را صحیح اعلام می‌کند. هرچند که احترام به مقررات حقوق بین‌الملل ایجاب می‌کند که این دولت هم وقتی متوجه مقصود تقلب‌آمیز شخص ذی‌نفع شد به استناد قاعده جلوگیری از تقلب، دعوی او را در دادگاه‌های خود رد نماید ولی متأسفانه تمایل محاکم به تعمیم موارد اجرای قانون متبوع خود باعث می‌شود که قاعده مذکور را وقتی که به نفع قانون خارجی است اجرا ننمایند.

### ۳. اثر تقلب از نگاه دولت‌های ثالث:

تقلب، اثر خفیف دارد. زن وشوهر اسپانیایی، بعد از تحصیل تابعیت ایران، در فرانسه دادخواست طلاق می‌دهند. در اینجا، موضوع، بستگی به روابط بین آنها دارد. دولت ثالث [در این مثال: دولت فرانسه] ذینفع در جلوگیری از تقلب نیست یعنی نه تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده و نه تقاضای اجرای قانون او شده است. قاعده جلوگیری از تقلب به هیچ وجه مورد توجه واقع نمی‌شود و قاضی دادگاه در دولت ثالث به تقلب نسبت به قانون و اثر حقوقی اش توجه نمی‌کند و عمل حقوقی را صحیح اعلام می‌کند. البته صحیح‌تر این است که بگوییم روابط دولت فرانسه با اسپانیا و ایران در اینجا ممکن است موضع فرانسه را تحت تأثیر قرار دهد.

نظم عمومی و تقلب به عنوان موانع اجرای قانون ذاتی خارجی **نقش فرعی و علی‌البدل** دارند، به این معنا که اگر دلیل دیگری به غیر از نظم عمومی و تقلب باشد که به واسطه آن نتوانیم قانون خارجی را اجرا کنیم به همان عوامل استناد می‌جوئیم؛ پس زمانی که سراغ نظم عمومی و تقلب

در راستای عدم اجرای قانون خارجی مراجعه می‌کنیم که دلیل دیگری برای این منظور نداشته باشیم.

## شناسایی و اجرای احکام خارجی

شناسایی و اجرای احکام خارجی یکی از موضوعات مهم حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌شود، به طوری که می‌توان گفت امروزه این مسأله به صورت یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر درآمده است. قطع نظر از شرایطی که در سیستم‌های حقوقی یادشده برای اجرای احکام خارجی پیش‌بینی گردیده، شناسایی پاره‌ای از احکام صادره از محاکم خارجی مانند احکام مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص، یکی از ضرورت‌های زندگی بین‌المللی است و این قبیل احکام را باید به عنوان واقعیت خارجی پذیرفت، زیرا ندیده‌گرفتن آنها به منزله ندیده‌گرفتن واقعیت است.

منظور از "شناسایی" احکام خارجی آن است که از دادگاه یک کشور خواسته شود تا حکمی را که مرجع خارجی صادر کرده است معتبر تلقی نماید و حال آنکه مراد از "اجرای" احکام خارجی آن است که از دادگاه یک کشور خواسته شود تا حکمی را که مرجع خارجی صادر کرده است مانند احکام صادره از محاکم داخلی تلقی کند و دستور اجرای آن را صادر نماید. بنابراین مقصود از **شناسایی حکم خارجی** اجرای مستقیم هر حکمی که مرجع خارجی صادر کرده است نمی‌باشد، بلکه **پذیرفتن و معتبر دانستن آن حکم** است. این نکته در مورد اسناد تنظیم‌شده در خارجه نیز صادق است چراکه اعتبار داشتن سند یک مطلب است و لازم‌الاجرا بودن آن مطلبی دیگر. پس همانطور که سند تنظیم‌شده در خارج ممکن است در ایران معتبر تلقی گردد، ولی لازم‌الاجرا نباشد، همانطور هم ممکن است حکم صادره از محکمه خارجی در ایران معتبر شناخته شود بدون آنکه لازم‌الاجرا باشد. بنابراین، تفاوت **شناسایی و اجرای** احکام خارجی در این است که اگرچه دادگاه یک کشور هر حکمی را که اجرا می‌کند باید مورد شناسایی قرار دهد ولی لازم نیست هر حکمی را که شناسایی می‌کند اجرا نماید. مثلاً در مورد یک "حکم اعلامی" مانند احکام مربوط به اعلام وضعیت و اهلیت اشخاص، که توسط مرجع خارجی صادر گردیده، شناسایی حکم کفایت می‌کند و مسئله اجرای آن اساساً قابل طرح نیست. در امور مالی نیز گاهی شناسایی حکم خارجی کافی است و نیاز به اجرای آن نمی‌باشد. مثلاً هرگاه شخصی علیه دیگری به عنوان مدیون اقامه دعوا نماید و از دادگاه الزام او را به پرداخت دین مطالبه کند چنانچه خوانده در مقام دفاع عنوان نماید که این موضوع قبلاً در یک دادگاه خارجی مطرح گردیده و دادگاه به موجب حکم قطعی، خوانده را مدیون ندانسته و به نفع او رأی داده است، در چنین موردی مسأله اجرای حکم خارجی مطرح نمی‌شود و شناسایی آن توسط دادگاه ایران کفایت خواهد کرد.

حال که تفاوت شناسایی و اجرای احکام خارجی روشن گردید باید اضافه کنیم که از لحاظ حقوق تطبیقی کنترل احکام صادره از محاکم خارجی در همه کشورهای پذیرفته شده و از این حیث سیستم‌های حقوقی وضع مشابهی دارند. فرق بین سیستم‌های حقوقی بیشتر مربوط به صورت‌ها و حدود کنترل احکام خارجی است.

به طور کلی در موضوع شناسایی و اجرای احکام خارجی دو سیستم متفاوت وجود دارد: اول سیستم فرانسوی که مبتنی بر اصل عدم قابلیت اجرای احکام خارجی است و نظریه شناسایی محدود را پذیرفته است و دوم سیستم انگلیسی - امریکایی که مبتنی بر اصل قابلیت اجرای احکام خارجی است و نظریه شناسایی وسیع را پذیرفته است.

۱. شناسایی احکام خارجی: به رسمیت شناختن حکم خارجی؛

۲. اجرای احکام خارجی: دستور به اجرای آن توسط قاضی داخلی صادر شود.

اجرای احکام خارجی (تنفیذ احکام خارجی): ۱. شناسایی ۲. اجرا

۱. فرانسه: اصل بر عدم اجرای احکام خارجی است، مگر در: ۱: حکم از دادگاه صالح صادر شده باشد؛ ۲: وجود دادرسی منظم؛ ۳: وجود دادرسی عادلانه؛ ۴: قطعی بودن حکم؛ ۵: معین بودن حکم؛ ۶: حقوق خلاف آن در فرانسه وجود نداشته باشد؛ ۷: صلاحیت قانون حاکم بر ماهیت دعوا؛ ۸: عدم مغایرت حکم با نظم عمومی فرانسه؛ ۹: عدم تحصیل حکم در سایه تقلب.
۲. در ایران اصل بر عدم اجرای احکام خارجی است مگر در ماده ۹۷۲ ق.م. (... مگر اینکه مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها صادر شده باشد).
۳. انگلیس: اصل بر اجرای احکام خارجی است (به استناد حقوق مکتسبه)، مشروط به اینکه: ۱- حکم از دادگاه صالحه صادر شده باشد؛ ۲- وجود دادرسی صحیح و منظم؛ ۳- قطعی بودن حکم؛ ۴- معین بودن مبلغ حکم؛ ۵- عدم مغایرت حکم با نظم عمومی؛ ۶- عدم تحصیل حکم از راه تقلب.

## بررسی تفصیلی مسائل حقوق بین‌المللی خصوصی (دسته‌های ارتباط)

### احوال شخصیه

#### تعریف و موضوعات احوال شخصیه:

مسائل و موضوعات راجع به امور شخصی است خصوصاً احوال آریعه (تولد و ازدواج و طلاق و مرگ) و همچنین مسائل خانوادگی (ولایت، وراثت ...) که نقطه مقابل آن، احوال عینیه که به بحث مال مربوطه است مستقیماً یا غیر مستقیم.

- ✓ احوال شخصیه در دو معنی به کار می‌رود یکی معنی اعم و دیگری معنی اخص.
- ✓ احوال شخصیه در معنی اعم، از وضعیت و اهلیت تشکیل می‌شود (ماده ۶ قانون مدنی)
- ✓ احوال شخصیه در معنی اخص، تنها به وضعیت اطلاق می‌شود و شامل اهلیت نیست (ماده ۷ قانون مدنی)

**وضعیت** مجموع اوصاف حقوقی انسان و شامل یک رشته اموری است که قانون بر آنها آثار حقوقی بار می‌کند و اهم آن امور عبارت است از: نکاح، طلاق، سن (صِغَر)، نَسَب، حجر و غیره. وضعیت یک فرد معلوم می‌نماید که آن فرد متأهل است یا مجرد، صغیر است یا کبیر و امثال آن.

**اهلیت** صلاحیت قانونی شخص است برای دارا شدن حق یا اعمال و اجرای آن. مطابق این تعریف اهلیت بر دو قسم است یکی اهلیت دارا شدن حق و دیگری اهلیت اعمال و اجرای حق. قسم اول یعنی اهلیت دارا شدن را "اهلیت تمتع" و قسم دوم یعنی اهلیت اعمال و اجرای حق را "اهلیت استیفا" می‌گویند.

به موجب ماده ۹۵۶ قانون مدنی "اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود." ماده ۹۵۷ از این حد نیز فراتر رفته و مقرر داشته "حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود" و مطابق قسمت اول ماده ۹۵۸ "هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود ... قسمت اخیر این ماده که راجع به اهلیت استیفاست می‌گوید "... لیکن هیچ‌کس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد."

چنانچه ملاحظه می‌شود در مورد اهلیت باید بین اهلیت تمتع و اهلیت استیفا فرق گذاشت چراکه اهلیت تمتع راجع به وجود حق است در حالی که اهلیت استیفا راجع به اجرای آن است.

**موضوعات:** آیا وصیت و ارث جزء احوال شخصیه هستند؟ طبق ماده ۷ ق.م. ارث و وصیت حقاً جزء احوال عینیه هستند اما از نظر قانون حاکم، تحت حکومت قانونی است که در احوال شخصیه مطرح است.

برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در حقوق موضوعه کشورهای مختلف معمولاً دو عامل مورد توجه قرار می‌گیرد یکی «اقامتگاه» و دیگری «تابعیت». بعضی از دولت‌ها اقامتگاه را بر تابعیت ترجیح داده و قاعده‌ای را پذیرفته‌اند که به موجب آن افراد از حیث احوال شخصیه خود تابع قانون دولتی محسوب می‌شوند که اقامتگاه آنان در آنجاست و بعضی دیگر با ترجیح تابعیت بر اقامتگاه قاعده‌ای را اتخاذ کرده‌اند که به موجب آن احوال شخصیه افراد تابع قانون دولت متبوع آنهاست.

برای ترجیح هر یک از دو عامل فوق بر دیگری که نتیجه آن ترجیح یکی از دو قاعده فوق بر دیگری است به دلایلی استناد شده که اهم آنها به شرح زیر است:

طرفداران اعمال قانون اقامتگاه برای توجیه اعمال این قانون نسبت به وضعیت و اهلیت افراد چنین استدلال می‌کنند که ارتباط هر فرد با کشوری که در آنجا اقامت دارد بیش از ارتباط او با کشور اصلی خود می‌باشد و ممکن است فرد مادام‌العمر در آن کشور زندگی کند؛ در چنین شرایطی طبیعی است که فرد مزبور از حیث احوال شخصیه تابع قانون کشوری باشد که اقامتگاه او در آنجاست. طرفداران اعمال قانون اقامتگاه همچنین می‌گویند هرگاه فردی به هر علت در کشوری اقامت گزیند نباید نسبت به سایر سکنه آن کشور مزایایی داشته باشد بلکه باید تابع همان قوانین و مقرراتی باشد که در مورد سایر افراد اعمال می‌گردد. این ترتیب علاوه بر اینکه حاکمیت قانون محل اقامت را حفظ می‌کند منافع افراد را نیز بهتر تأمین می‌نماید زیرا اشخاصی که به سرزمینی مهاجرت می‌کنند معمولاً قانون آنجا را بهتر از قانون کشور اصلی خود می‌شناسند.

طرفداران اعمال قانون ملی استدلال فوق را مردود دانسته و می‌گویند اعمال قانون اقامتگاه با غایت اجتماعی قوانین راجع به احوال شخصیه منافات دارد زیرا قوانین شخصی اصولاً برای حمایت افراد و تثبیت وضعیت خانوادگی و تشخیص اهلیت آنها وضع شده و لذا بایستی از جمله قوانین برون‌مرزی بوده و نسبت به اتباع یک دولت ولو اینکه مقیم در خارجه باشند اجرا گردد و اگر غیر از این باشد و قانون اقامتگاه اعمال گردد وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد دچار تزلزل می‌شود چون با جابه‌جا شدن اشخاص ممکن است احوال شخصیه آنها دستخوش تغییر و تبدیل قرار گیرد مثلاً ممکن است طفلی در کشور خود دارای نسب مشروع و در کشور دیگر نامشروع تلقی شود و یا فردی در کشور خود واجد اهلیت و در کشور دیگر فاقد اهلیت محسوب شود.

### قانون حاکم بر احوال شخصیه:

✓ در ایران «قانون حاکم بر احوال شخصیه»، قانون ملی است.

قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه: ایران از کشورهایی است که احوال شخصیه افراد را مشمول قانون دولت متبوع آنها می‌داند. ماده ۶ قانون مدنی ایران قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه را تأیید نموده و مقرر می‌دارد «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود» چنانکه قبلاً گفته شد دلیل اصلی این حکم آن است که قوانین مربوط به احوال شخصیه برای شخص وضع شده و لذا همیشه باید با شخص همراه باشد تا وضعیت و اهلیت او دستخوش تزلزل نگردد و در همه جا و همه وقت فقط یک قانون (قانون شخصی) بر احوال شخصیه حکومت کند. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که مصادیق احوال شخصیه، منحصر به نکاح و طلاق و اهلیت مندرج در ماده ۶ قانون مدنی نمی‌باشد، بلکه ذکر موارد فوق برای توضیح مصادیق متعدد احوال شخصیه است و لذا ممکن است مصادیق دیگری نیز در قانون مزبور یا سایر قوانین موجود باشد که باید جزء احوال شخصیه شناخته شوند مانند ولایت قانونی و نصب قیم (ماده ۹۶۵ قانون مدنی) و فرزندخواندگی (قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲)

احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه: ماده واحده قانون موسوم به «اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» مصوب تیر ماه ۱۳۱۲، دادگاه‌ها را

مكلف کرده است که در مورد احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه (منظور اقلیت‌هایی است که دارای مذاهب اسلامی غیرشیعه هستند مانند اهل تسنن و همچنین مذاهب اهل قواعد و عادات مذهب آنان را اجرا نمایند. از آنجا که قانون مزبور در روابط بین‌المللی نیز مورد استناد قرار می‌گیرد عین آن را ذیلاً درج می‌کنیم.

### قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم (مصوب ۱۳۱۲)

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمانان متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱- در مسائل مربوطه به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمانان متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲- در مسائل مربوطه به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمانان متداوله در مذهب متوفی.

۳- در مسائل مربوطه به فرزندخواندگی عادات و قواعد مسلمانان متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است.

پس احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در صورتی تابع قواعد مذهبی خودشان است که سه شرط جمع باشد:

۱- مذهب آنان در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده باشد؛ یعنی این قانون، علاوه بر مسلمین غیرشیعه، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی را نیز در بر می‌گیرد.

۲- در خصوص آن موضوع، عادات و قواعد مسلمانان متداول و روشن و معینی در آن مذهب پیش‌بینی شده باشد.

۳- خلاف نظم عمومی ایران نباشد؛ برای مثال اگر در بین ورثه متوفی غیرمسلمان، مسلمانی باشد، ارث به وی رسیده و اشخاص غیرمسلمان ارثی ندارند و قانون مذهب متوفی اعمال نخواهد شد.

قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع خارجه در ایران. برخلاف قانون مدنی فرانسه که در ماده ۳ فقط تکلیف وضعیت و اهلیت فرانسویان مقیم خارجه را معین نموده ولی در مورد قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان مقیم فرانسه سکوت کرده است، قانون مدنی ایران در ماده ۷ قاعده اعمال قانون ملی را صراحتاً بیان کرده و اتباع خارجه مقیم ایران را مشمول قانون دولت متبوع آنان دانسته است. مطابق ماده مزبور «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.» بنابراین در مواردی که اتباع خارجه در ایران دعای راجع به احوال شخصیه داشته باشند قوانین ملی آنان را در نظر گرفته و مطابق آن حکم دهند النهایه چون در ماده مزبور قید گردیده که «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران ... در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود» لذا همیشه باید عهدنامه منعقد شده بین ایران و دولت متبوع آنان را مورد توجه قرار دهند.

جمع‌بندی: در ایران «قانون حاکم بر احوال شخصیه»، قانون ملی است.

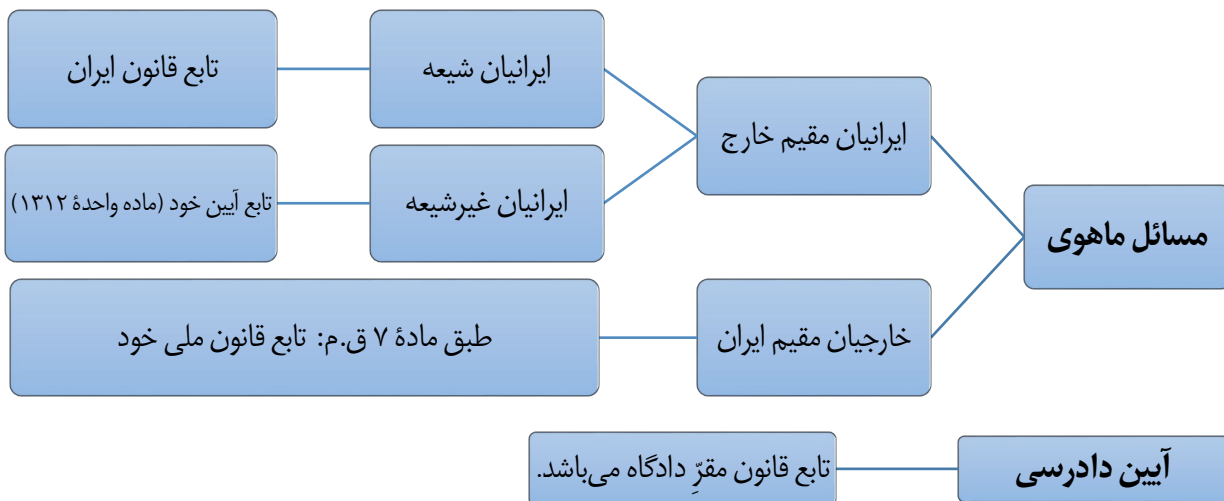
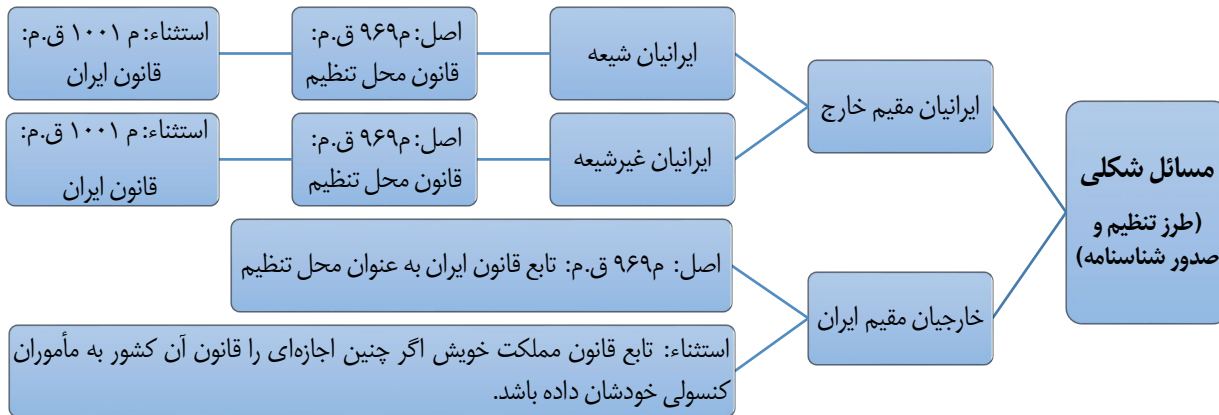
۱. ایرانیان شیعه مطابق ماده ۶ قانون مدنی، تابع قانون ایران هستند؛

۲. ایرانیان غیر شیعه مطابق ماده واحده راجع به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، تابع قانون مذهب خود هستند.

۳. خارجیان مطابق ماده ۷ ق.م. تابع قانون دولت متبوع خویش هستند.

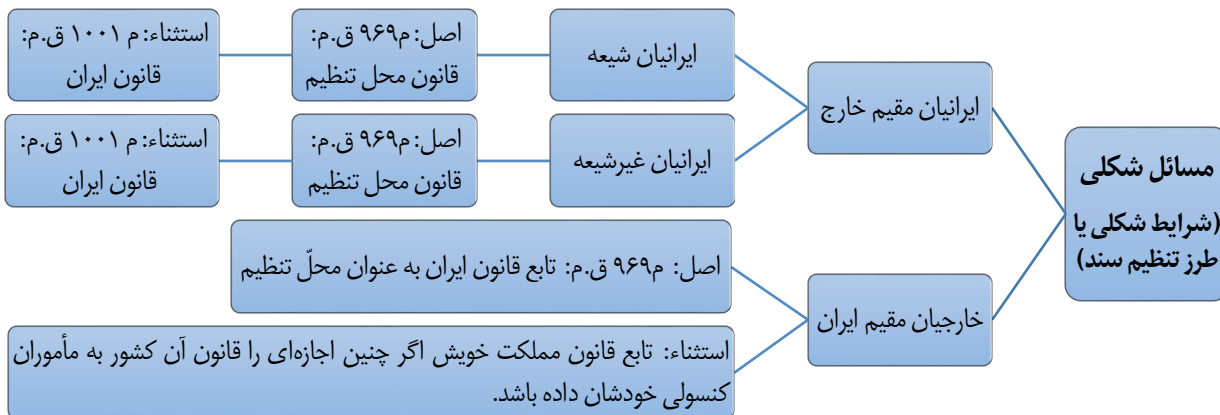
## نام و نام خانوادگی (سجل احوال):

۱. مسائل شکلی: تنظیم یا صدور سند یا شناسنامه
۲. مسائل ماهیتی: مسائلی که در شناسنامه قید می‌شود مثل نام و نام خانوادگی
۳. آیین دادرسی: آیین رسیدگی به دعاوی راجع به شناسنامه یا نام و نام خانوادگی



## نکاح (ازدواج)

۱. مسائل شکلی
۲. مسائل ماهوی
۳. مسائل آیین دادرسی



**شرایط صوری نکاح ایرانیان در خارجه:** در قانون ایران نصی وجود ندارد که تعیین کند ازدواج از حیث طرز جریان و تشریفات ظاهری باید تابع کدام قانون باشد ولی ذکر صریح این موضوع لازم نیست زیرا حکم کلی مندرج در ماده ۹۶۹ قانون مدنی تکلیف این مسئله را معین نموده است. به موجب ماده مزبور "اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشند." بنابراین ایرانیان مقیم خارجه نسبت به مسائل مربوط به طرز جریان و صورت نکاح از قبیل تنظیم قبالة نکاح و امثال آن مکلف به رعایت قوانین ایران نمی‌باشند و هرگاه شرایط صوری نکاح طبق قوانین محل وقوع رعایت گردد آن نکاح از حیث صورت در ایران معتبر خواهد بود و لذا تنظیم قبالة ایرانیان مقیم خارجه الزاماً تابع قانون ایران نیست زیرا قبالة سندی است که در راستای اثبات عقد تنظیم می‌شود و می‌تواند تابع قانون محل تنظیم باشد. مثلاً ممکن است در کشوری نکاح طبق سند رسمی صورت گیرد و در کشور دیگر، تنظیم سند رسمی لازم نباشد و یا ممکن است در بعضی کشورها، ازدواج، جنبه مذهبی؛ در بعضی دیگر، جنبه مدنی و حقوقی داشته باشد. در چنین مواردی، مقررات قانون ایران درباره ایرانیان هرچه باشد از لحاظ طرز جریان و صورت وقوع نکاح در کشور خارجی تأثیری ندارد و همین که مقررات قانون کشور محل وقوع نکاح رعایت گردید آن نکاح از لحاظ صورت و ظاهر، صحیح و معتبر شناخته می‌شود.

علاوه بر مورد فوق (نکاح ایرانیان بر طبق مقررات محلی و با رعایت ماده ۹۶۹ قانون مدنی)، ایرانیان مقیم خارج می‌توانند نزد کنسولگری‌های ایران حاضر شوند تا در آنجا عقد ازدواج آنها واقع و ثبت شود. ماده ۱۰۰۱ ق.م در این خصوص مقرر می‌دارد: «مأمورین قونسولی ایران در خارجه باید نسبت به ایرانیان مقیم حوزه مأموریت خود وظایفی را که به موجب قوانین و نظامات جاریه به عهده دوایر سجل احوال مقرر است انجام دهند.» ماده ۹۹۳ قانون مدنی و قانون سجل احوال، یکی از وظایف مأمورین سجل احوال را ثبت ازدواج قرار داده و لذا کنسول‌های ایران در خارج در صورت مراجعه به آنها موظف به اجرای این وظیفه قانونی می‌باشند.

**شرایط صوری نکاح بیگانگان در ایران:** چون مطابق ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجه مقیم ایران نیز از حیث احوال شخصیه مشمول قوانین و مقررات دولت متبوع خود می‌باشد نکاح واقع بین زن و مرد خارجی در ایران، تابع قانون دولت متبوع آنهاست. الزامه باید متوجه باشیم که در این مورد نیز تبعیت از قانون ملی اشخاص فقط از لحاظ شرایط ماهوی نکاح است و نسبت به شرایط صوری نکاح رعایت قانون مزبور الزامی نیست.

همانطور که اتباع ایران در خارجه می‌توانند عقد نکاح خود را مطابق قانون کشور محل اقامت (قانون محلی) و یا مطابق قانون ایران (قانون ملی) واقع سازند اتباع خارجه مقیم در خاک ایران می‌توانند بین شکل محلی (شکل مقرر در قانون ایران) و شکل ملی (شکل مقرر در قانون دولت متبوع) یکی را انتخاب کنند.

هرگاه ازدواج بیگانگان در ایران به موجب قانون ایران صورت گیرد آن ازدواج در خارجه نیز معتبر خواهد بود هرچند که در کشور خارجی تشریفات



خاصی برای ازدواج مقرر شده باشد چراکه مطابق قاعده «اسناد از حیث طرز تنظیم، تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشد» (م ۹۶۹ ق.م) که تقریباً مورد قبول همه کشورهای است ازدواجی که مطابق شکل محلی واقع شود در همه جا صحیح و معتبر تلقی خواهد شد؛ اما اگر بیگانگان مقیم ایران بخواهند عقد نکاح را به نحو مقرر در قانون دولت متبوع خود واقع سازند در آن صورت، به نمایندگان سیاسی یا کنسولی دولت متبوع خود رجوع خواهند کرد. ماده ۹۷۰ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد: «مأمورین سیاسی یا قونسولی دول خارجه در ایران وقتی می‌توانند به اجرای عقد نکاح مبادرت نمایند که طرفین عقد هر دو تبعه دولت متبوع آنها بوده و قوانین دولت مزبور نیز این اجازه را به آنها داده باشد، در هر حال، نکاح باید در دفاتر سجل احوال ثبت شود.» چنانچه ملاحظه می‌شود ازدواج به وسیله مأمورین سیاسی یا کنسولی دارای دو شرط است.

### شرایط ماهوی نکاح بیگانگان در ایران:

شرایط ماهوی نکاح، تابع قانون ملی طرفین عقد است و لذا نکاح واقع بین دو تبعه خارجی وقتی باید در محاکم ایران صحیح تلقی شود که از لحاظ قانون دولت متبوع آنان معتبر و صحیح باشد مثلاً اگر قانون دولت متبوع بیگانگان، ازدواج بین پسر عمو و دختر عمو را منع کرده باشد در ایران حکم به صحت چنین نکاحی داده نخواهد شد. البته باید متوجه باشیم که حکومت قانون خارجی بر شرایط ماهوی نکاح اتباع بیگانه در ایران تا حدی خواهد بود که آن قانون، حل قضیه را به قانون ایران احاله نداده باشد (ماده ۹۷۳ ق.م) و یا با یکی از قواعد و اصول حقوق بین الملل خصوصی از قبیل قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و یا نظم عمومی برخورد نماید (ماده ۹۷۵ قانون مدنی) که در این صورت دادگاه ایرانی مکلف به رعایت قانون خارجی نخواهد بود. مثلاً اگر قانون دولت متبوع بیگانگان، نکاح بین محارم را تجویز کند، دادگاه ایرانی نباید حکم به صحت چنین نکاحی دهد؛ زیرا قبول این ترتیب بر خلاف نظم عمومی جامعه ایرانی است.

### اختلاف تابعیت زن و مرد:

این قاعده که نکاح، تابع قانون ملی زن و شوهر است هم در قانون ایران و هم در قانون اکثر کشورها اجرا می‌گردد و مادام که زوجین هر دو تابع یک دولت باشند اجرای قاعده، بلاشکال خواهد بود. ولی هرگاه زن و مرد تبعه یک دولت نباشند اجرای قاعده‌ی مزبور تولید اشکال می‌کند، زیرا در این مورد برای تعیین شرایط ماهوی نکاح و حکم به صحت یا بطلان آن اختلاف نظر پیدا می‌شود و بر حسب قاعده معلوم نیست آیا دادگاه باید قوانین کدام دولت را مناط اعتبار قرار دهد؟ آیا باید قوانین دولت مرد را ترجیح دهد یا قوانین دولت متبوع زن و یا قوانین هر دو را؟

بعضی معتقدند که چون تقریباً همه کشورهای پذیرفته‌اند که ریاست خانواده با مرد است و زن و فرزند، همان تابعیت شوهر و یا پدر یعنی رئیس خانواده را خواهند داشت لذا از لحاظ شرایط ماهوی نکاح باید قانون دولت متبوع شوهر را ترجیح داد و هرگاه ازدواج به موجب قوانین دولت متبوع مرد صحیح باشد باید آن را همه جا صحیح و معتبر دانست.

بعضی دیگر می‌گویند چون قوانین مربوط به احوال شخصیه برای حمایت از افراد وضع شده و در موقع ازدواج هم دولت همین نظر حمایت از اتباع خود را دارد لذا اگر دولت متبوع فردی، او را واجد اهلیت برای نکاح نداند چنین فردی برای ازدواج اهلیت نخواهد داشت و مثلاً اگر قانون دولت متبوع زن اجازه ازدواج به او ندهد، قانون دولت متبوع شوهر تأثیری در وضعیت زن نخواهد داشت (مثلاً در مورد مواد ۱۰۵۹ و ۱۰۶۰ قانون مدنی ایران).

به نظر می‌رسد که بهتر است هر کس در موقع ازدواج، مشمول قوانین دولت متبوع خود باشد، مثلاً آنجا که قانون ایران مقرر می‌دارد نکاح مسلمة با غیر مسلم جایز نیست (ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی) یا آنکه ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه را در مواردی هم که منع قانونی ندارد موقوف به اجازه مخصوص از طرف دولت ایران نموده است (ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی) هدف قانونگذار از این منع آن بوده است که منافع اتباع خود را حفظ کند و لذا هرگاه در یک کشور خارجی، زن ایرانی با مرد خارجی ازدواج کند و قوانین دولت متبوع مرد چنین نکاحی را تجویز کند دادگاه‌های ایران نباید این

نکاح را به علت آنکه موافق قانون دولت متبوع مرد است صحیح بدانند بلکه برای حفظ اعتبار قوانین ایران و به علت اینکه شرایط ماهوی نکاح رعایت نشده است باید حکم به بطلان نکاح دهند زیرا حکم به صحت نکاح حکم بر بی اعتبار بودن مواد ۱۰۵۹ و ۱۰۶۰ قانون مدنی خواهد بود.



**شرایط ماهوی نکاح ایرانیان در خارجه:** چون شرایط ماهوی نکاح از قبیل شرایط مربوط به سن و موانع نکاح (اعم از موانع ناشی از قرابت یا سایر موانع مذکور در قانون) و غیره مهم‌تر از شرایط صوری آن است و به منظور حفظ اشخاص مقرر شده‌اند لذا اشخاص هر جا که باشند مشمول مقررات دولت متبوع خود خواهند بود چراکه همان‌طور که قبلاً گفته شد باید قانون دولت متبوع اشخاص را بر قانون دولتی که اشخاص در خاک آن اقامت دارند ترجیح داد.

ضمناً باید یادآور شویم که آثار عقد ازدواج نیز تابع قانون دولت متبوع زوجین است؛ بنابراین ایرانیان مقیم خارج از حیث آثار شخصی و مالی نکاح مشمول قانون ایران هستند. مثل آنکه در قانون مدنی ایران پیش‌بینی شده که در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است (۱۱۰۵ ق.م) یا آنکه زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید (۱۱۱۴ ق.م) یا آنکه زن مستقلاً می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی که می‌خواهد بکند (۱۱۱۸ ق.م) یا آنکه شوهر مکلف است به زن خود نفقه بدهد (۱۱۰۶ ق.م) بنابراین هرگاه بین زن و شوهر ایرانی مقیم خارجه راجع به مسائل شخصی و مالی اختلاف پیدا شود و در کشور محل اقامت، قانون دولت متبوع اشخاص را در مورد احوال شخصیه اجرا کنند دادگاه‌های آنجا باید مطابق مقررات قانون مدنی ایران بین زن و شوهر ایرانی حکم نمایند.

جمع‌بندی اینکه، ازدواج جزء نهادهایی است که آثار آن محدود و منحصر به طرفین عقد ازدواج نیست و دایره شمول آن به فرزندان نیز سرایت می‌کند و لذا قانونگذار، علاوه بر آنکه ثبات و دوام خانواده را مدنظر قرار داده و رابطه زن و شوهر را تحت نظارت خود قرار داده، حقوق و تکالیف آنان را در قبال فرزندان نیز مورد توجه قرار داده است. در مورد حقوق و تکالیف پدر و مادر و فرزندان، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر داشته است: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است.» و در مورد حقوق و تکالیف زن و شوهر پس از وقوع عقد ازدواج در ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی آمده است: «همینکه نکاح بطور صحیح واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.»

برخی از آثار ازدواج، مربوط به روابط غیرمالی زن و شوهر است، مانند: تکالیف مربوط به حسن معاشرت با یکدیگر و معاضدت به یکدیگر در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزندان، در ریاست شوهر بر خانواده و اختیار شوهر در تعیین منزل و همچنین منع زن از اشتغال به حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد. (مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۵ قانون مدنی)

برخی آثار دیگر، آثاری است که راجع به روابط مالی زن و شوهر است؛ مانند: مهر (مواد ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ قانون مدنی)، نفقه (مواد ۱۱۰۶ تا ۱۱۱۳ قانون مدنی) و جهیزیه که در عرف کشور ما لوازم و اثاث مورد نیاز برای زندگی مشترک است که توسط خانواده زن برای او تدارک می‌یابد. اگر چه جهیزیه در زندگی مشترک مورد استفاده واقع می‌شود ولی چون مطابق ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی: «زن مستقلاً می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند.» جهیزیه نیز مانند مهر، جزء دارایی زن است و او می‌تواند هر گونه تصرفی در آنها بنماید.

در صورت اختلاف در تابعیت زن و شوهر، در مورد آثار ازدواج، چه قانونی را باید واجد صلاحیت دانست؟ قانون ملی هر یک از زن و شوهر؟ قانون ملی یکی از آنها؟ به نظر می‌رسد که در پاسخ به این پرسش لازم است تفکیک بین مرحله ایجاد حق (یا مرحله ایجاد رابطه زوجیت) و مرحله تأثیر بین‌المللی حق (یا آثار رابطه زوجیت) مدنظر قرار گیرد. چه، همانگونه که اعمال قانون ملی یکی از طرفین عقد ازدواج و ندیده‌گرفتن قانون ملی طرف دیگر در مرحله ایجاد رابطه زوجیت، غیرمنطقی است، اجرای قانون ملی هر دو طرف رابطه نیز غیرمنطقی است؛ زیرا پس از آنکه نکاح بطور صحیح واقع شود، قانون خانواده به وجود می‌آید و اجرای قوانین متعارض در قانون واحد امکان‌پذیر نیست.

ممکن است قانون دولت متبوع یکی از طرفین، حق نفقه را برای زن شناخته باشد، ولی قانون دولت متبوع طرف دیگر چنین اثری را بر عقد نکاح بار نکرده باشد یا اینکه قانون ملی شوهر، حق ریاست شوهر بر خانواده را پذیرفته باشد و حال آنکه قانون ملی زن چنین حقی را برای شوهر شناخته باشد. اگر در مرحله ایجاد حق، اعمال قانون ملی زن و مرد را مطلقاً می‌توان پذیرفت، به آن علت است که در صورت غیرقابل جمع بودن دو قانون، رابطه زوجیت به وجود نخواهد آمد و قانون خانواده تشکیل نخواهد شد؛ ولی در مرحله تأثیر بین‌المللی حق، تنها اعمال یک قانون را می‌توان پذیرفت و آن، قانون حاکم بر رابطه یا قانون واحد است.

قانون حاکم بر روابط یا قانون خانواده ممکن است، قانون اقامتگاه باشد یا قانون دولت متبوع یکی از طرفین رابطه.

تابع قانون مقر دادگاه می‌باشد.

آیین دادرسی

## طلاق

برای بررسی تعارض قوانین در مورد طلاق لازم است دو مورد را جداگانه در نظر گرفته و احکام آنها را بیان نماییم: الف: طلاق بین زن و شوهری که تبعه یک دولت هستند؛ ب: طلاق بین زن و شوهری که تابعیت آنها متفاوت است.

**الف: طلاق بین زن و شوهری که تبعه یک دولت هستند:** چنانچه در مورد نکاح بیان شد در مورد طلاق نیز حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، صلاحیت قانون دولت متبوع هر کس را درباره او اعلام نموده و مواد ۶ و ۷ قانون مدنی، ایرانیان مقیم خارجه را از حیث طلاق، مطیع قانون ایران و بیگانگان مقیم ایران را مطیع قانون دولت متبوع خود شناخته است. بنابراین برای آنکه تبعه بیگانه بتواند در ایران، زن خود را طلاق دهد باید حق طلاق در قانون دولت متبوع او پیش‌بینی شده باشد در غیر این صورت به درخواست طلاق او ترتیب اثر قانونی داده نخواهد شد.

نکته‌ای که در اینجا نیز باید مورد توجه قرار گیرد آن است که قوانین دولت متبوع زوجین تنها در قسمتی که راجع به ماهیت طلاق است اجرا می‌شود و نه در قسمتی که راجع به مسائل ماهوی طلاق نیست مانند آیین دادرسی که باید برای گرفتن طلاق رعایت گردد. بنابراین هرگاه یک زن خارجی در دادگاه ایران، علیه شوهر خود که او هم تبعه همان کشور خارجی است اقامه دعوی طلاق نماید دادگاه باید موافق آیین دادرسی مدنی ایران به

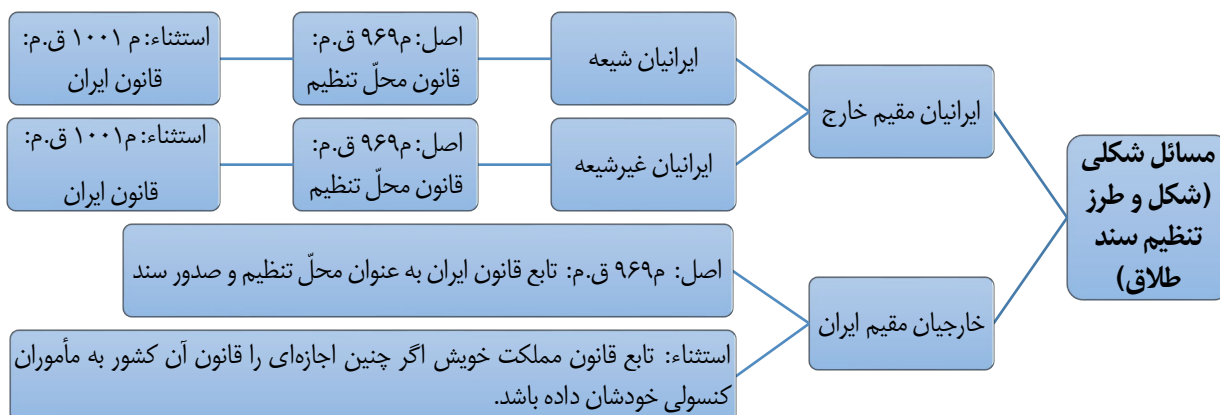
دعوی رسیدگی کند و حکم صادر نماید ولو آنکه آیین دادرسی دولت متبوع بیگانگان، تشریفات خاصی را در مورد رسیدگی به تقاضای طلاق مقرر کرده باشد زیرا در یک کشور دو قسم آیین دادرسی (یکی برای اتباع داخله و دیگری برای اتباع خارجه) نمی‌تواند وجود داشته باشد و اما تشخیص اینکه قضیه، مربوط به آیین دادرسی است یا شرایط ماهوی طلاق بر عهده دادگاهی است که رسیدگی به دعوی می‌کند چراکه توصیف مسائل شکلی و ماهوی، یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون صلاحیتدار مؤثر می‌باشد و باید مطابق قانون مقر دادگاه به عمل آید. مثلاً در قوانین بعضی از کشورهای اروپایی پیش‌بینی شده است که در موقع دعوی طلاق، زوجین برای اصلاح باید در دادگاه حاضر شوند و مدتی هم برای اصلاح معین شده است حال اگر دعوی طلاق بین زن و شوهر خارجی در چنین کشورهایی مطرح باشد مسلماً زوجین را برای صلح دعوت می‌کنند و رعایت این امر، مربوط به شرایط ماهوی طلاق نیست بلکه جزء اصول رسیدگی است که دادگاه‌های هر کشوری آن را صرف‌نظر از تابعیت طرفین دعوی رعایت می‌کنند.

اما در قسمتی که مربوط به ماهیت طلاق است دادگاه باید به قانون خارجی مراجعه کند مثلاً هرگاه مسئله استحقاق یک طرف برای تقاضای طلاق به واسطه تخلف طرف دیگر از تکالیف قانونی مطرح باشد دادگاه باید ببیند تقاضای طلاق طبق قانون ملی زوجین امکان‌پذیر است یا نه و آیا مورد استناد از مواردی است که در قانون خارجی ذکر شده است یا نه. به طور کلی علل و موجبات طلاق از قبیل ترک انفاق، سوء رفتار، جنون و غیره در قوانین اکثر کشورها پیش‌بینی شده است و چون اتباع هر کشور از حیث طلاق تابع قانون کشور متبوع خود هستند لذا اگر نگر خارجی در ایران تقاضای طلاق نماید طلاق در صورتی پذیرفته خواهد شد که علت طلاق از عللی نباشد که در قانون دولت متبوع خارجی پیش‌بینی شده باشد مثلاً اگر زن فرانسوی در دادگاه ایران به واسطه جنون شوهر خود که تبعه فرانسه است علیه او اقامه دعوی طلاق نماید دادگاه باید ببیند آیا جنون، مطابق قانون فرانسه از موجبات طلاق است یا نه و در صورت منفی بودن باید تقاضای طلاق را رد کند.

**ب: طلاق بین زن و شوهری که تابعیت آنها متفاوت است:** اگر بین زن و شوهر، اختلاف تابعیت وجود داشته باشد تعیین قانون حاکم بر طلاق مواجه با اشکال می‌گردد زیرا در این مورد معلوم نیست آیا قانون دولت متبوع شوهر را باید رعایت نمود یا قانون دولت متبوع زن و یا قانون محل وقوع طلاق؟ پیش از آنکه راه حل مسئله را ارائه دهیم یادآور می‌شویم که اختلاف تابعیت بین زوجین در دو مورد ممکن است مصداق پیدا کند. مورد اول در صورتی است که هر یک از زن و مرد در زمان ازدواج، تبعه دولت مخصوصی بوده و ازدواج هم تابعیت دولت متبوع شوهر را به زن تحمیل نکرده باشد (ماده ۹۸۷ قانون مدنی) و مورد دوم در صورتی است که زوجین تبعه یک دولت بوده و بعد از وقوع نکاح، یکی از آنان تبدیل تابعیت کرده باشد (ماده ۹۸۷ قانون مدنی).

در موضوع اینکه در چنین مواردی کدام قانون باید بر طلاق حکومت کند می‌گوییم چون در اکثر مسائل مربوط به احوال شخصیه قانون دولت متبوع شوهر مرجح بر قانون متبوع زن شناخته شده و در اکثر قوانین تابعیت نیز تابعیت شوهر به زن تحمیل می‌گردد لذا موضوع طلاق را نیز نمی‌توان مشمول قانون دولت متبوع زن دانست. پس موضوع دایر است بین اجرای قانون دولت متبوع شوهر یا قانون محل وقوع طلاق (به عنوان قانون اقامتگاه زوجین یا قانون متبوع قاضی در صورتی که یکی از طرفین تبعه دولت متبوع محکمه باشد). بین این دو قانون باید قانون دولت متبوع شوهر را ترجیح داد چراکه قوانین راجع به احوال شخصیه برای تثبیت وضعیت افراد و تشخیص اهلیت آنها وضع شده و باید نسبت به اتباع یک کشور ولو آنکه در خارجه باشند اجرا گردد و اجرای قانون محل توقف یا اقامت افراد جز ایجاد تزلزل و عدم ثبات در احوال شخصیه آنان نتیجه دیگری نخواهد داشت. بنابراین قانونی که در صورت اختلاف تابعیت زوجین باید بر طلاق بین آنان حکومت کند قانون دولت متبوع شوهر است. قانون مدنی ایران در ماده ۹۶۳ همین راه حل را پذیرفته است چراکه به موجب این ماده «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود».

#### ۱. مسائل شکلی



در مورد طلاق که یکی از طرق انحلال عقد نکاح است، برای تعیین و اعمال قانون واجد صلاحیت، دو نکته باید، مورد توجه قرار گیرد. نخست آن که، در مورد طلاقِ خارجیان باید، ابتدا مسأله اهلیتِ تمتع یا داشتنِ حق طلاق حل شده باشد، یعنی طلاق باید، در قانون دولت متبوع آنان به رسمیت شناخته شده باشد؛ زیرا در قوانین بعضی کشورها ممکن است، طلاق پذیرفته نشده باشد و انحلال ازدواج فقط با مرگ زن و شوهر یا یکی از آنها قابل تحقق باشد. دیگر آنکه، حکومتِ قانونِ خارجی بر مسأله طلاق فقط در مورد مسائل ماهوی، یعنی علل و موجبات طلاق است ولی در خصوص مسائل تشریفاتی و غیر ماهوی مانند: آیین دادرسی که برای گرفتن طلاق باید رعایت گردد، به قانون خارجی مراجعه نمی‌شود. مثلاً هرگاه یک زن و مرد خارجی دارای تابعیت متفاوت، در دادگاه ایران درخواست طلاق نمایند، دادگاه باید مطابق قانون آیین دادرسی مدنی ایران به دعوی طلاق رسیدگی نماید و حکم صادر کند، اگرچه قانون آیین دادرسی مدنی خارجی تشریفات خاصی را در مورد رسیدگی به درخواست طلاق مقرر کرده باشد؛ زیرا در یک کشور، دو قسم آیین دادرسی (یکی برای اتباع داخل و دیگری برای اتباع خارج) نمی‌تواند وجود داشته باشد.

اما تشخیص اینکه مسأله مطروحه راجع به آیین دادرسی است یا شرایط ماهوی طلاق، بر عهده دادگاهی است که رسیدگی به دعوی می‌کند؛ زیرا توصیف مسائل شکلی و ماهوی یک توصیف اصلی است که در تعیین قانون قابل اعمال، تأثیر می‌گذارد و باید مطابق قانون دولت متبوع محکمه یا قانون مقر دادگاه به عمل آید. مثلاً هر گاه در قانون دولت متبوع دادگاه پیش‌بینی شده باشد که محاکم می‌توانند، به تقاضای هر یک از متداعیین مسأله را ارجاع به حکمیت (داوری) نمایند. در چنین موردی هر گاه یکی از زوجین خارجی درخواست حکمیت کند، دادگاه باید تقاضای او را بپذیرد؛ زیرا ارجاع به حکمیت جزء شرایط ماهوی طلاق نیست؛ بلکه از مسائل مربوط به نحوه رسیدگی به دعوی است.

حال باید دید در صورتی که زن و شوهر تابعیت‌های متفاوت داشته باشند، برای تشخیص علل و موجبات طلاق، قانون چه کشوری را باید مناط اعتبار قرار داد؟

در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، حکم مندرج در ماده ۹۶۳ قانون مدنی که در خصوص آثار ازدواج یا روابط شخصی و مالی زوجین است ملاحظه گردید، در مورد طلاق زوجین دارای تابعیت مختلف، قابل اعمال است.

قانون حاکم بر آثار طلاق

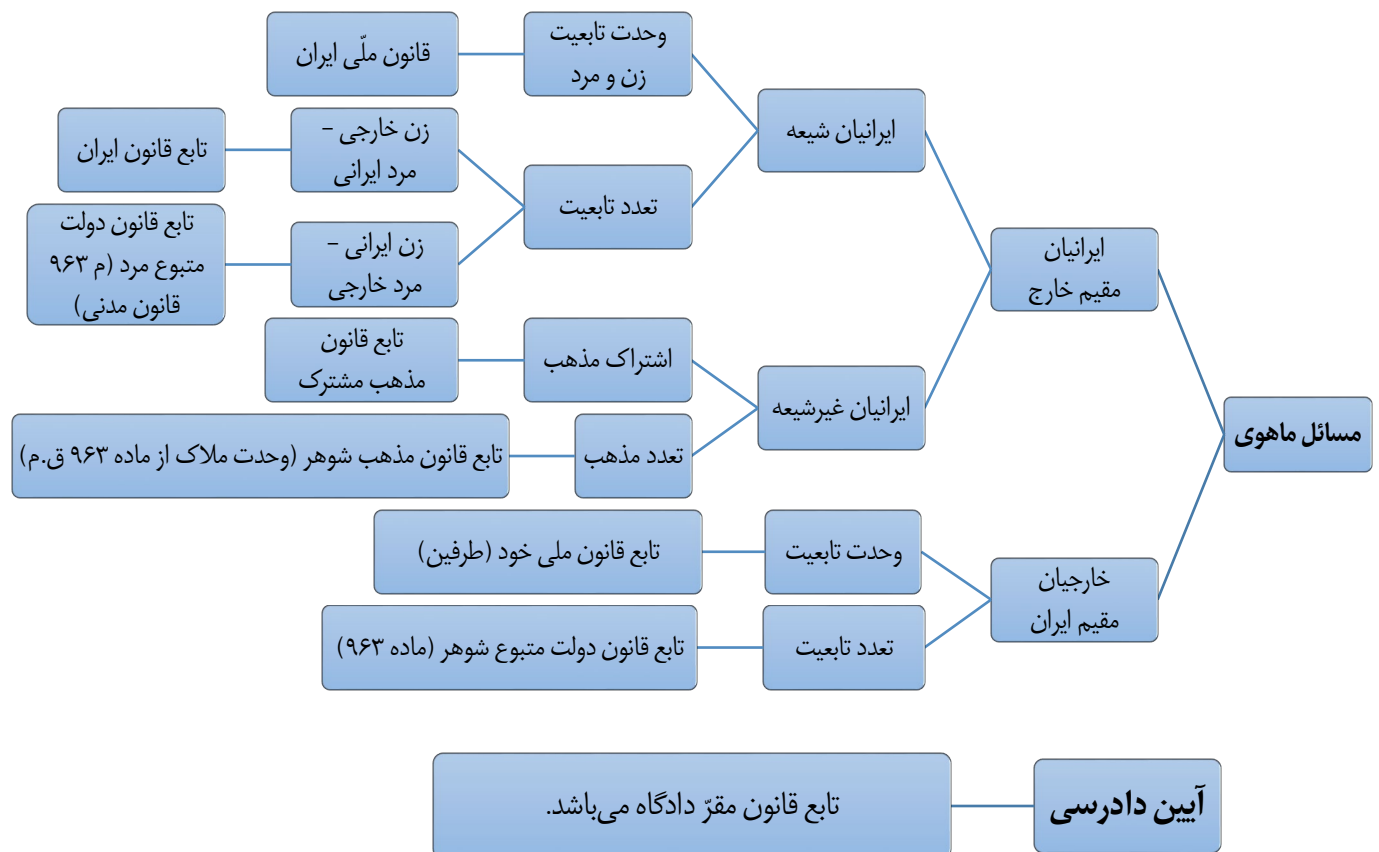
آثاری که در رابطه زن و شوهر، در دوران پس از طلاق مطرح می‌شود، مربوط به عده، رجوع در ایام عده (که از نهادهای فقه اسلامی است و در حقوق کشورهای غیر اسلامی وجود ندارد)، نفقهٔ زوجهٔ مطلقه و همچنین استفاده زن از نام خانوادگی شوهر از آثار طلاق است.

عده، یکی از آثار طلاق است که در حقوق همه کشورهای اسلامی وجود دارد و در حقوق بعضی کشورهای غیر اسلامی مثل فرانسه نیز پیش‌بینی شده است. قانون مدنی ایران در تعریف آن آورده است: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن، زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی‌تواند، شوهر دیگر اختیار کند.» و مواد ۱۱۵۱ تا ۱۱۵۷ احکام آن را بیان کرده است.

رجوع در ایام عده نیز یکی دیگر از آثار طلاق است که احکام آن در مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ قانون مدنی بیان شده است.

نفقهٔ زوجهٔ مطلقه نیز یکی از آثار طلاق است که در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی به آن تصریح گردیده است: «نفقهٔ مطلقهٔ رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد؛ اما اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن، حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.»

یکی دیگر از آثار طلاق، استفاده زن از نام خانوادگی شوهر است که حکم آن در ماده ۴۲ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ مقرر گردیده است: «زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت می‌باشد از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق، ادامهٔ استفاده از نام خانوادگی موقوف به اجازهٔ همسر خواهد بود.»



## اهلیت

**اهلیت تمتع:** اهلیت یا صلاحیت دارا شدن و برخورداری از حق که با زنده متولدشدن آغاز و با مرگ پایان می‌یابد.

**اهلیت استیفاء:** اهلیت یا صلاحیت اجرای حق که مشروط به عقل و بلوغ و رشد طبق قانون هر کشور (اوون اهلیتی که برای ما در این مبحث مهم است، اهلیت استیفاء است و نه اهلیت تمتع).

### اهلیت برای تحصیل تابعیت:

هرگاه موضوع تابعیت منوط به صحت عمل شخصی باشد که اهلیت او مورد دعوا است در این صورت برای تشخیص اهلیت باید به قانون مقرّ دادگاه رجوع نمود نه به قانون ملیّ شخص چون تابعیت یکی از موضوعات مهم حقوق عمومی است و یک عامل تقسیم افراد بین دولت‌ها است و لذا اهلیت لازم برای تبدیل تابعیت باید به موجب قانون دولتی تشخیص داده شود که مسئله به دست آوردن و یا از دست دادن تابعیت آن مطرح است. در مبحث تابعیت ایران متذکر شدیم که هر موقع برای تحصیل و یا ترک تابعیت ایران مسئله اهلیت مطرح می‌شود اهلیت شخص را باید بر طبق قانون ایران تشخیص داد و به همین جهت است که در قانون ایران شرط اهلیت برای تقاضای تحصیل تابعیت ایران با رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و برای تقاضای ترک تابعیت ایران با رسیدن به سن ۲۵ سال تمام حاصل می‌گردد.

### اهلیت برای اعمال حقوقی:

#### ۱: معامله (نقل و انتقال) اموال منقول:

- ✓ اصل: تابع قانون دولت متبوع خودش (قسمت اول ماده ۹۶۲ ق.م.)
- ✓ استثناء: تابع قانون ایران (قسمت اخیر ماده ۹۶۲ ق.م.)

#### ۲: معامله (نقل و انتقال) اموال غیر منقول:

اهلیت برای معامله اموال غیر منقول تابع قانون محلّ وقوع مال است (در دسته ارتباط اموال قرار می‌گیرد) مطابق ماده ۹۶۶

#### ۳: سایر اعمال حقوقی:

- ✓ اصل: تابع قانون دولت متبوع (صدر ماده ۹۶۲)
- ✓ استثناء: قانون ایران (قسمت اخیر ماده ۹۶۲)

## ولایت (ولایت قهری) و نسب (رابطه ابویین و اولاد)

در موضوع ولایت قانونی باید بین موردی که ولی و مؤلّی علیّه تابعیت واحد دارند با موردی که تابعیت واحد ندارند تفاوت قائل شد. در صورت نخست چون ولی و مؤلّی علیّه تبعه یک دولت هستند قانون دولت متبوع آنان در نظر گرفته خواهد شد اما اگر ولی و مؤلّی علیّه هر کدام تابعیت مخصوصی داشته باشند و مثلاً در مورد حقّ حضانت و یا اداره کردن اموال مؤلّی علیّه مسئله‌ای مطرح شود در آن صورت این سؤال به میان می‌آید که برای حلّ مسئله کدام قانون را باید اجرا نمود قانون دولت متبوع ولی یا قانون دولت متبوع مؤلّی علیّه؟

بعضی می‌گویند ولایت قانونی (یعنی شناختن سِمَت کسانی که عنوان ولایت را دارند و حقوقی که ولی نسبت به اداره امور مؤلّی علیّه دارد) باید تابع

قانون دولت متبوع ولی باشد زیرا همان طور که اصل پدر و فرزند و روابط بین ابوبین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است ولایت قانونی هم باید تابع قانون مزبور باشد چراکه ولایت هم از جمله روابط بین ابوبین و اولاد است و هنگامی که اصل پدر و فرزند تابع قانونی (قانون متبوع پدر) باشد به طریق اولی مسائل مربوط به آن هم باید تابع همان قانون باشد. بعضی دیگر معتقدند که چون ولایت قانونی به منظور حمایت از صغار به وجود آمده است و فرض بر این است که قانون دولت متبوع صغیر، مصلحت او را بهتر تأمین می نماید لذا باید قانون دولت متبوع صغیر صلاحیتدار شناخته شود.

قانون مدنی ایران در ماده ۹۶۵ همین راه حل را پذیرفته است چراکه به موجب این ماده "ولایت قانونی ... بر طبق قوانین دولت متبوع مؤلی علیّه خواهد بود". بنابراین اگر فرضاً یک طفل ایرانی، ولی خارجی داشته باشد طرز اجرای حق قانونی ولی بر طبق قانون ایران خواهد بود و ولی خارجی نمی تواند حق ولایت خود را بر طبق قوانین دولت متبوع خود اعمال نماید مثلاً در مورد اجازه ولی خارجی برای نکاح اناث ایرانی بایستی قانون ایران (ماده ۱۰۴۲ قانون مدنی) را مورد توجه قرار داد. پس، ولایت (ولایت قهری) و نسب (رابطه ابوبین و اولاد) تابع قانون دولت متبوع پدر است، اگر انتساب طفل به مادر باشد، آن وقت تابع قانون دولت متبوع مادر (۹۶۴).

م ۹۶۴ ق.م: روابط بین ابوبین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است مگر اینکه نسبت طفل فقط به مادر مسلم باشد که در این صورت روابط بین طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود.

م ۹۶۵ ق.م: ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مؤلی علیّه (محجور) خواهد بود.

### قیمومت (رابطه قیم با محجور)

از آنجا که قیمومت نیز یکی از موارد احوال شخصیه است لذا باید تابع قانون ملی افراد باشد النهایه در موردی که قیم و مؤلی علیّه هر دو تبعه یک دولت نباشند راجع به موجبات ایجاد قیمومت و اداره کردن اموال مؤلی علیّه همچنین حقوق و تکالیف قیم نسبت به مؤلی علیّه ممکن است اختلاف پیدا شود چراکه گاهی اتفاق می افتد که در کشوری امر به خصوصی موجب حجر است ولی آن امر به خصوص در کشور دیگر ذکر نشده و موجب حجر نمی باشد. در مورد اینکه آیا قیمومت باید تابع قانون دولت متبوع قیم یا قانون دولت متبوع مؤلی علیّه باشد می گوئیم چون نصب قیم و ایجاد قیمومت برای حفظ منافع مؤلی علیّه است نه برای حفظ منافع قیم لذا در روابط بین قیم و مؤلی علیّه باید به قانون دولت متبوع مؤلی علیّه رجوع شود. به همین جهت ماده ۹۶۵ قانون مدنی مقرر می دارد "... نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مؤلی علیّه خواهد بود." بنابراین هرگاه یک نفر خارجی به علتی در کشور متبوع خود محجور باشد و طبق قوانین همان کشور برای او تعیین قیم شود عمل مزبور در ایران معتبر خواهد بود زیرا قانون ما نصب قیم را مشمول قانون دولت متبوع مؤلی علیّه دانسته است.

ضمناً باید توجه داشت که اگرچه در ماده ۹۶۵ قانون مدنی مقرر شده است که "نصب قیم" بر طبق قانون دولت متبوع مؤلی علیّه خواهد بود ولی مسلم است که قصد قانونگذار فقط تعیین قیم نبوده بلکه روابط بین قیم و مؤلی علیّه (تکالیفی که قیم بر عهده دارد) نیز مورد نظر بوده است و لذا روابط مزبور نیز باید تابع قانون دولت متبوع مؤلی علیّه باشد.

قیمومت (رابطه قیم با محجور)، تابع قانون دولت محجور (مؤلی علیّه) است. (ولایت قانونی) ماده ۹۶۵

✓ قیم ایرانی - محجور خارجی: قانون خارجی ۹۶۵ (قانون دولت متبوع مؤلی علیّه)

✓ قیم خارجی - محجور ایرانی: اصلاً نداریم

ارث و وصیت

ارث



۱. موقعیت ارث در دسته‌های ارتباط: از حیث قانون حاکم آنهم صرفاً از جهت حقوق اصلیه ارث (تعیین وراثت و تعیین مقدار سهم الارث) تابع قواعد راجع به احوال شخصیه می‌باشد؛

۲. قانون حاکم بر ارث: قانون راجع به احوال شخصیه فقط از جهت حقوق اصلیه (تعیین وراثت و تعیین سهم الارث). (ماده ۹۶۷ قانون مدنی: «ترکه منقول یا غیرمنقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل تعیین وراثت و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی می‌توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید تابع قانون دولت متبوع متوفی [قانون ملّی متوفی یا مورث] خواهد بود.») مثال: یک زن فرانسوی در ایران می‌میره و ورثه وی، شوهر آلمانی وی می‌باشد. قضیه، تابع قانون فرانسه (قانون دولت متوفی) خواهد بود.

در مورد حقوق راجع به ارث که راجع به حقوق اصلیه نباشد مطابق **اصل (ماده ۹۶۶ ق.م)** عمل می‌شود؛ بنابراین قانون حاکم بر اموال یعنی قانون محلّ وقوع مال جاری می‌شود، پس می‌توان گفت ماده ۹۶۷ ق.م استثنایی بر ماده ۹۶۶ ق.م است. (ماده ۹۶۶ قانون مدنی: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول و یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می‌باشند...»)

۳. تکلیف اموال بلاوارث.

مهم:

✍ متوفی فرانسوی، مقیم در ایران، ورثه شوهر آلمانی؛ ارث تابع چه قانونی است؟  
✓ تابع قانون فرانسه (قانون دولت متبوع متوفی) می‌باشد.

ماده ۹۶۶ ق.م: سایر حقوق بر اشیاء منقول و غیرمنقول تابع قانون محلّ وقوع مال می‌باشد.

**اینها «قوانین اصلیه (موضوع ماده ۹۶۷ ق.م)»، هستند و تابع قانون دولت متبوع متوفی (موصی یا مورث) هستند:**

۱. قوانین مربوط به تعیین وراثت؛
۲. قوانین مربوط به تعیین سهم الارث وراثت؛
۳. تشخیص قسمتی که متوفی می‌توانسته به موجب وصیت، تملیک کند.

**تکلیف اموال بلاوارث:**

الف: نظریه حاکمیت ملی: متعلق به دولت محلّ وقوع مال است.

ب: نظریه جانشینی (شخصی): دولت متبوع متوفی به جانشینی از مالک، مالک مال بلاوارث می‌شود.

✍ یک فرانسوی که در ایران دارای اموال است و هیچ ورثه‌ای ندارد، در ایران فوت می‌کند؛ اموال او متعلق به کدام دولت است؟  
✓ طبق نظریه حاکمیت ملی: متعلق به دولت محلّ وقوع مال (ایران) است.

✓ طبق نظریه جانشینی: دولت متبوع متوفی (فرانسه) به جانشینی از مالک، مالک مال بلاوارث می‌شود. (این نظریه معقول‌تر به نظر می‌رسد.)

**وصیت تملیکی**

✓ از حیث حقوق اصلیه: (مقدار مالی را که موصی می‌توانست وصیت نماید) تابع احوال شخصیه است یعنی قانون دولت متبوع متوفی (موصی) است.

✓ از حیث اهلیت موصی: تابع قانون دولت متبوع موصی است.

✓ از حیث اهلیت موصی له: تابع قانون دولت متبوع موصی له است.

✓ از حیث شرایط موصی به: به غیر از حقوق اصلیه که تابع قانون ملی متوفی (موصی) است (ماده ۹۶۷ ق.م.)، در باقی موارد یعنی از حیث تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء تابع محل وقوع مال است (ماده ۹۶۶ ق.م.).

## اموال

### تقسیم بندی اموال:

۱. اموال مادی: اموالی هستند که وجود خارجی و پایگاه مادی دارند.

### انواع اموال مادی:

**اموال غیر منقول:** اشیایی هستند که از محلی به محل دیگر نتوان منتقل نمود. «حقوق عینی» راجع به اموال غیر منقول به غیر از حقوق اصلیه راجع به ارث و وصیت تملیکی که موضوع ماده ۹۶۷ قانون مدنی بوده و تابع قانون ملی متوفی است، تابع قانون محل وقوع آن مال غیر منقول خواهد بود. وقتی در خصوص «حقوق عینی» راجع به اموال غیر منقول صحبت می کنیم منظورمان «حقوق عینی اصلی» و «حقوق عینی تبعی» است.

«حقوق عینی اصلی» شامل مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق است. مالکیت (اعم از تصرف، انتقال و بهره برداری) تابع قانون محل وقوع مال است. حق انتفاع - یعنی استفاده از مالی که عین آن، مال دیگری است - تابع قانون محل وقوع مال است. حق ارتفاق - یعنی حقی که فردی در ملک مجاور خود به اعتبار مالکیت خود دارد - تابع قانون محل مورد حق ارتفاق است. مثالش میشه این: اگر ملک مورد حق ارتفاق در ایران و ملک صاحب حق ارتفاق در کشور خارجی قرار گرفته باشد، حق ارتفاق تابع چه قانونی خواهد بود؟ «حق ارتفاق» تابع قانون ایران خواهد بود.



«حقوق عینی تبعی» عبارت است از اینکه عین مالی طلب طلبکار را تضمین کند؛ مثل عین مرهونه. رهن، تابع قانون محل مورد رهن است.

تعارض متحرک: در حقیقت در اموال منقول است ولی شاید در موردی مثل جانشینی کشورها در مورد غیر منقول هم صادق باشد.

**اموال منقول:** اشیایی هستند که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد.

۲. اموال غیر مادی: اموالی هستند که وجود خارجی و پایگاه مادی ندارند ولی جامعه وجود آن را اعتبار نموده و قانون هم آن را به رسمیت شناخته است.

### انواع اموال غیر مادی:

#### الف - مالکیت معنوی

۱. مالکیت هنری و ادبی
۲. مالکیت صنعتی
۳. سرقتی (محل تجارت یا قانون محل وقوع مال غیرمادی)

### ب: اسناد

۱. اسناد تجاری (منظور، اسناد خاص تجاری - برات، چک و سفته - است) شرایط شکلی (اساسی): تابع قانون کشور صادرکننده است. شرایط ماهوی: تابع قانون محل پرداخت است.
۲. اسناد با نام (سهام بانام): از هر جهت تابع قانون محل اقامت شخص حقوقی مدیون است (شرکت مدیون - قانون اقامتگاه مدیون).
۳. اسناد بی نام (سهام بی نام): نقل و انتقال سهم: تابع قانون محل انجام معامله (محل وقوع عقد) است. رابطه خریدار و فروشنده: تابع قانون محل انجام معامله است. مسائل حقوقی حاکم بر سهام: تابع قانون دولت متبوع مدیون (شخص حقوقی تجاری) است.

### حق دینی:

حق دینی ناشی از قرارداد: دسته ارتباط قراردادی؛  
 حق دینی ناشی از الزامات خارج از قرارداد: دسته ارتباط وقایع حقوقی.

**بورس:** چون بورس مربوط به حقوق عمومی یا منافع عمومی کشور است لذا تابع حقوق عمومی بوده و از هر جهت تابع قانون کشوری است که بورس در آنجا واقع شده است.

### اموال مادی

اموال مادی اعم از اینکه منقول یا غیرمنقول باشند اصولاً تابع قانون محل وقوع خود هستند نهاییه چون از بعضی جهات بین اموال منقول و غیرمنقول تفاوت‌هایی وجود دارد، لذا ممکن است بر حسب اینکه مالی منقول یا غیرمنقول باشد قانون حاکم بر آن متفاوت شود.

### اموال غیرمنقول:

حکومت قانون محل وقوع اموال غیرمنقول بر رژیم مالکیت و نقل و انتقال این اموال از قدیم‌الایام پذیرفته شده و هیچ‌گاه مورد تردید قرار نگرفته است به همین جهت تقریباً تمام کشورها اعمال قانون درون‌مرزی نسبت به اموال غیرمنقول را قبول کرده‌اند و در واقع این راه‌حل یکی از راه‌حل‌های نادری است که مورد اتفاق اکثر قوانین دنیاست.

علاوه بر این توجیه نظری، اعمال قانون درون‌مرزی نسبت به اموال غیرمنقول متضمن یک سلسله فواید عملی است زیرا اجرای قانون محل وقوع مال غیرمنقول هم از لحاظ مصلحت کشور محل وقوع مال و هم از لحاظ مصلحت افراد قابل توجیه است.

دلایلی که از لحاظ رعایت مصلحت کشور محل وقوع مال موجب قبول اعمال قانون درون‌مرزی (قانون محل وقوع مال) نسبت به اموال غیرمنقول گردیده به قرار زیر است:

۱. ارتباط مال غیرمنقول با حاکمیت ملی مستلزم آن است که قانون دولتی که مال در قلمرو آن واقع است صلاحیت انحصاری داشته باشد زیرا با

اینکه مال غیرمنقول، مالک خصوصی دارد ولی جزء سرزمین کشور محل وقوع بوده و به این اعتبار باید تابع قانون همان کشور باشد.

۲. اگرچه مال غیرمنقول در مالکیت خصوصی افراد بوده و در مورد معاملات راجع به آن آزادی عمل وجود دارد ولی از آنجا که دولت محل وقوع مال غیرمنقول وظیفه برقراری نظم و اطمینان در معاملات راجع به آن مال را بر عهده دارد لذا منحصرأ قانون همان دولت باید نسبت به مال مزبور صلاحیتدار شناخته شود.

و اما دلایلی که از لحاظ رعایت مصلحت افراد مورد استناد واقع گردیده به قرار زیر می باشد:

۱. می گویند مصلحت اشخاص ذی نفع ایجاد می کند که در مورد اموال غیرمنقول یک سیستم ثبت برقرار شود و تنها قانونی که عملاً می تواند مقررات مربوط به ثبت و اعلان حقوق غیرمنقول را تنظیم نماید قانون محل وقوع مال غیرمنقول است.

۲. هرگاه نسبت به مال غیرمنقول، حکمی صادر شود اجرای حکم در صورتی امکان پذیر خواهد بود که قانون محل وقوع آن مال اعمال گردد زیرا کشور محل وقوع مال از اجرای احکامی که دادگاه های خارجی نسبت به آن مال صادر نمایند جلوگیری خواهد نمود.

شاید با توجه به همین دلایل است که قانونگذار در مواد ۸ و ۹۶۶ قانون مدنی ایران قاعده اعمال قانون درون مرزی (قانون محل وقوع مال) را نسبت به اموال غیرمنقول صراحتاً قبول نموده است. ماده ۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می کنند از هر جهت تابع قانون ایران خواهد بود». و ماده ۹۶۶ نیز قاعده مزبور را به نحو ذیل بیان می کند: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول و یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می باشند...»

حکومت قانون محل وقوع اموال غیرمنقول بر رژیم مالکیت و نقل و انتقال این اموال از قدیم الایام پذیرفته شده و هیچ گاه مورد تردید قرار نگرفته است. تقریباً تمام کشورها اعمال قانون درون مرزی نسبت به اموال غیرمنقول را قبول کرده اند و در واقع این راه حل یکی از راه های نادری است که مورد اتفاق اکثر قوانین دنیاست.

قانونگذار ایران در مواد ۸ و ۹۶۶ قانون مدنی ایران، قاعده اعمال قانون درون مرزی (قانون محل وقوع مال) را نسبت به اموال غیرمنقول صراحتاً قبول نموده است. ماده ۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «اموال غیرمنقول که اتباع خارجه در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می کنند از هر جهت تابع قانون ایران خواهد بود» و ماده ۹۶۶ نیز قاعده مذکور را به نحو ذیل بیان می کند: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول و یا غیر منقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می باشند...».

**حدود صلاحیت قانون محل وقوع مال:** ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران، تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیرمنقول را تابع قانون کشوری می داند که آن اشیاء در آنجا واقع می باشند. در خصوص این ماده چند مطلب را باید توضیح دهیم تا معلوم شود که قانون محل وقوع مال غیرمنقول تا چه حدودی قابل اجراست.

اولین مطلب که نیاز به توضیح دارد عبارت از تصرفاتی است که مالک مال غیرمنقول به اعتبار حق مالکیتی که دارد در ملک خود انجام می دهد. تصرف مذکور در این ماده اعم است از تصرفات و اعمال مادی مانند بنا و تعمیر بنا و امثال آن یا تصرفات و اعمال حقوقی یعنی نقل و انتقال به وسیله عقود و معاملات مانند بیع، اجاره، هبه و امثال آن. بنابراین هرگونه نقل و انتقال اموال غیرمنقول واقع در ایران منحصرأ تابع قانون ایران است ولو آنکه طرفین قرارداد، خارجی باشند.

منظور از مالکیت رابطه حقوقی است که بین شخص و شیء وجود دارد و به موجب آن، مالک، حق همه گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می کند. بنابراین اصل مالکیت بیگانگان و نیز حدود مالکیت آنها به اعتبار فضا و قرار نسبت به اموال غیرمنقول واقع در ایران تابع قانون ایران است. چنانکه ماده ۹۸۶ قانون مدنی در مورد زن ایرانی که در نتیجه ازدواج ایرانی می شود و پس از طلاق یا فوت شوهر ایرانی به تابعیت اول خود رجوع

می‌نماید مقرر داشته «زنی مطابق این ماده تبعه خارجی می‌شود حق داشتن اموال غیرمنقول را نخواهد داشت مگر در حدودی که این حق به اتباع خارجه داده شده باشد و هر گاه دارای اموال غیرمنقول بیش از آنچه که برای اتباع خارجی داشتن آن جایز است بوده یا بعداً به ارث اموال غیرمنقولی بیش از آن حد به او برسد باید ظرف یک سال از تاریخ خروج از تابعیت ایران یا دارا شدن ملک در مورد ارث مقدار مازاد را به نحوی از انحاء به اتباع ایران منتقل کند و الا اموال مزبور با نظارت مدعی العموم محل به فروش رسیده و پس از وضع مخارج فروش، قیمت به آنها داده خواهد شد.

✓ حقوق عینی راجع به اموال غیرمنقول به غیر از حقوق اصلیه راجع به ارث و وصیت تملیکی ماده ۹۶۷ ق.م.تابع قانون ملّی متوفی است.

## حقوق عینی اصلی

حقّ عینی اصلی عبارت از حقّی است که به شخص اختیار استعمال و انتفاع از چیزی را به طور **کامل** (مانند حقّ مالکیت که به موجب آن مالک حقّ همه‌گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می‌کند) یا **ناقص** (مانند حقّ انتفاع و ارتفاق) می‌دهد.

✓ هرگونه مالکیت اعم از: تصرف، انتقال و بهره‌برداری تابع قانون محلّ وقوع مال است.

۱. حقّ انتفاع: استفاده از مالی که عین آن مال دیگری است. تابع قانون محلّ وقوع مال است.

۲. حقّ ارتفاق: حقّی که فردی در ملک مجاور خود به اعتبار مالکیت خود دارد. تابع قانون کشوری که ملک مورد حق در آن واقع شده است. تابع قانون محلّ مورد حقّ ارتفاق می‌باشد.

## حقوق عینی تبعی

حقوق عینی تبعی عبارت است از اینکه عین مالی طلب طلبکار را تضمین کند. حقّی که به موجب آن عین معینی، وثیقه طلب قرار می‌گیرد تا در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلبکار بتواند طلب خود را از آن محل استیفا کند. چون حقّ طلبکار بر وثیقه تابع طلب اوست لذا آن را حقّ عینی تبعی می‌نامند. مثل عین مرهونه

✓ رهن، تابع قانون محلّ مال مورد رهن می‌باشد.

## تعارض متحرک در اموال غیرمنقول:

تعارض متحرک در اصل در اموال منقول است ولی شاید در موردی مثل جانشینی کشورها در مورد غیرمنقول هم صادق باشد.

نظر به اینکه اموال غیرمنقول از هر جهت تابع قانون محلّ وقوع خود می‌باشند لذا همان‌طور که حقوق مربوط به آنها باید مطابق قانون محلّ وقوع به‌وجود آید حقوق ایجادشده نیز در مورد آنها باید مطابق همان قانون محترم شمرده شود به عبارت دیگر به علت عدم قابلیت نقل اموال غیرمنقول از کشوری به کشور دیگر مسئله تعارض متحرک و تفکیک بین مرحله ایجاد حق و مرحله اجرای حق در مورد آنها مطرح نمی‌شود. ولیکن چون اموال منقول عموماً در معرض تغییر مکان هستند و ممکن است از کشوری به کشور دیگر جابه‌جا شوند، لذا در مورد آنها مسئله تعارض متحرک مطرح می‌گردد و اعمال قانون درون مرزی (قانون محلّ وقوع شیء) نسبت به آنها که در مرحله ایجاد حق مفید و ضروری است در مرحله اثرگذاری حق باعث متزلزل شدن رژیم حقوقی آنها خواهد شد زیرا قانون قابل اعمال وقتی که مال از کشوری به کشور دیگر حمل می‌شود تغییر خواهد کرد.

**قاعده اجرای قانون اموال منقول:** (قسمت اخیر ماده ۹۶۶ ق.م.)

دلایلی که برای توجیه اعمال قانون درون مرزی (قانون محلّ وقوع شیء) نسبت به اموال منقول مورد استناد واقع شده همان دلایلی است که قبلاً برای اموال غیرمنقول بیان کردیم. النهایه چون ارتباط این اموال با محلّ وقوع خود یک ارتباط طبیعی نیست و ممکن است جنبه تصادفی داشته

باشد، لذا دلایل مزبور را با درجهٔ خفیف‌تری مورد استناد واقع می‌شود. در اینجا به دو دلیل عمده اشاره می‌کنیم:

**دلیل اول:** مصلحت دولت محل وقوع مال: می‌گویند اعمال قانون درون مرزی نسبت به اموال منقول، موافق مصلحت دولت محل وقوع مال می‌باشد زیرا این دولت است که وظیفه دارد در قلمرو حاکمیت خود برای تسهیل روابط حقوقی نسبت به اموال منقول نظم و ترتیب صحیحی برقرار نماید و معاملات راجع به این قبیل اموال را اطمینان‌بخش سازد.

**دلیل دوم:** مصلحت افراد: اجرای قانون درون مرزی نسبت به اموال منقول موافق مصلحت افراد نیز هست چراکه اجرای حکم صادره نسبت به اموال منقول زمانی می‌تواند به طریق آسانتر و مطمئن‌تری صورت پذیرد که قانون محل وقوع آنها را اعمال نمایند و حکمی که به موجب قانون دیگری صادر شده باشد در کشور محل وقوع مال ممکن است لازم‌الاجرا تلقی نشود.

### **استثنای اجرای قانون محل وقوع اموال منقول:**

#### **۱. وسایل نقلیه زمینی، هوایی، دریایی: تابع قانون محل ثبت (دولت صاحب پرچم)**

از آنجا که کشتی‌ها و هواپیماها دائماً در سیر و حرکت هستند و محل وقوع آنها پیوسته دستخوش تغییر است لذا نمی‌توان این قبیل اموال را تابع محل وقوع آنها دانست. وضع خاص این وسایل نقلیهٔ عظیم ایجاب می‌کند که قانون واحدی به‌طور دائم بر آنها حکومت داشته باشد تا بتوان دربارهٔ آنها یک رژیم رهن برقرار نمود.

نظر به همین ملاحظات است که در حقوق بین‌الملل خصوصی این مسئله مورد اتفاق است که کشتی‌ها و هواپیماها را نمی‌توان تابع قانون محل وقوع آنها دانست. بلکه باید قانون دیگری بر آنها حکومت داشته باشد. این قانون عبارت است از قانون محل ثبت نام کشتی‌ها و هواپیماها یا قانون پرچم زیرا این وسایل نقلیه از لحاظ اداری تابع ظوابط مقرر در بندر اصلی یا لنگرگاه هستند و بستگی اداری به این محل است که وضع حقوقی آنها را مشخص می‌نماید.

#### **۲. محموله در حال حمل به وسیلهٔ وسایل نقلیهٔ زمینی: تابع قانون دولت مقصد**

#### **۳. اموال واقع در خارج از قلمرو حاکمیت دولت‌ها (دریای آزاد - نقطه صفر مرزی): تابع قانون مقر دادگاه (محل دادگاه)**

ضمناً باید یادآور شویم که چون کشتی در دریای آزاد (و هواپیما در فضای آزاد) تابع دولتی است که پرچم آن را افرشته است و در واقع به منزلهٔ خاک آن کشور تلقی می‌شود. لذا کالاهایی که داخل کشتی هستند به منزلهٔ اموالی تلقی می‌شوند که در کشور صاحب پرچم واقع است به همین علت اموال مزبور مانند خود کشتی تابع قانون پرچم می‌باشند.

#### **۴. توقیف اموال واقع در خارج:**

دستور توقیف: بر اساس قانون مقر دادگاه

اجرای توقیف: بر اساس قانون محل وقوع مال

**مصادرهٔ اموال خارجی:** دولت مقیم می‌تواند اموال خارجی را مصادره کند؟ بله، دولت مقیم به استناد منافع عمومی یا حاکمیت ملی می‌تواند توقیف کند (حتی آنها را ملی اعلام کند) منتها در مقابل باید غرامت بپردازد، حال اگر در این مسیر اختلافی به وجود آید در صلاحیت مراجع داوری بین‌المللی است که بین دو کشور وجود دارد حال اگر چنین نباشد (بین دو کشور، مرجع داوری نباشد) در صلاحیت دادگاه داخلی همان «کشوری که مصادره کرده است» می‌باشد.

## اموال غیرمادی

### اموال معنوی (حقوق معنوی)

- ✓ حق اختراع و اکتشاف: محلّ ابراز فعالیت: محلّ ثبت: کشوری که اثر در آنجا ثبت می‌شود.
- ✓ آثار ادبی و هنری: محلّ ابراز فعالیت: محلّ انتشار (نشر): کشوری که مجوز نشر صادر می‌کند.
- ✓ حق سرقفلی: محلّ ابراز فعالیت: محلّ تجارت‌خانه یا محلّ وقوع مال غیرمنقول تجاری: تابع قانون محلّ وقوع فرضی (محلّ ابراز فعالیت).

### حق دینی

اما در مورد دیون و قانون حاکم بر آن عقاید و نظرهای متفاوتی وجود دارد. بعضی معتقدند که چون پایگاه دین در اقامتگاه دائن است بنابراین قانون حاکم بر دین باید قانون اقامتگاه دائن باشد. کشورهای صنعتی و سرمایه‌فرست طرفدار اجرای قانون اقامتگاه دائن هستند زیرا مصلحت این کشورها در این است که قانون خودشان که بنا بر مفروض بهتر از هر قانون دیگری منافع آنها را تأمین می‌کند حاکم بر دین باشد. بعضی دیگر عقیده دارند که قانون حاکم بر دین باید قانون اقامتگاه مدیون باشد زیرا به نظر ایشان پایگاه دین در اقامتگاه مدیون است. کشورهای سرمایه‌پذیر طرفدار اجرای قانون اقامتگاه مدیون هستند چراکه این قانون منافع آنها را بهتر تأمین می‌نماید. دلیلی که برای توجیه اجرای قانون اقامتگاه مدیون اقامه می‌شود عبارت از تقارن صلاحیت قانونگذاری و صلاحیت قضایی است زیرا طبق ضوابط آیین دادرسی مدنی دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به دعوا، دادگاه اقامتگاه خوانده (مدیون) است. این ترتیب سبب می‌شود که مشکلات تعارض قوانین حل شود زیرا دادگاه، قانون کشور خود را اجرا می‌کند.

بر خلاف این دو نظریه که جنبه اصولی دارند بعضی از حقوقدانان نظریه دیگری را عنوان کرده‌اند که به موجب آن قانون صلاحیتدار در مورد دین عبارت از قانون حاکم بر منشأ دین است. این نظریه که جنبه حقوقی دارد بر این اساس قرار گرفته است که هر دینی باید با توجه به منشأ آن مورد نظر قرار بگیرد چراکه بر حسب منشأ دین است که قانون صلاحیتدار معین می‌شود. مثلاً اگر دین ناشی از قرارداد باشد قانونی که بر قرارداد حکومت می‌کند بر دین ناشی از قرارداد نیز حکومت خواهد کرد و اگر دین ناشی از جرم (مدنی) باشد همان قانونی که بر جرم حکومت می‌کند باید بر دین ناشی از جرم نیز حکومت نماید.

### اسناد تجاری

**شرایط شکلی:** تابع قانون کشور صادرکننده می‌باشد. (مواد ۳۰۵ و ۳۰۶ ق ت)

**شرایط ماهوی:** تابع قانون محلّ پرداخت می‌باشد.

**تعریف:** اسناد تجاری به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. به معنای عام کلمه به اسنادی گفته می‌شود که مَعْرِفِ طلب یا مالی بوده که در قلمرو تجارت قرار می‌گیرند مثل چک، برات، سفته، چک، سهام شرکت‌های تجاری و ...

به معنای خاص کلمه نیز اسنادی که در جهت تسهیل گردش ثروت و سرعت‌بخشیدن به کارها و نیز معاف کردن تجار از انجام کارهای اداری. مثل برات، سفته، چک.

**برات:** از مهم ترین اسناد تجاریست که به دلیل کاربرد بدون مرز آن به صورت یکی از وسایل مهم پرداخت و کسب اعتبار در معاملات بین المللی مورد استفاده قرار می گیرد. قانون تجارت ایران برات را تعریف نکرده است، ولی حقوقدانان سند تجاری را عبارت از نوشته ای می دانند که شخصی به دیگری دستور می دهد در وعده ای معین مبلغی را به شخص ثالث یا به حواله کرد او پرداخت کنند.

**سفته:** سندی است که به موجب آن امضاءکننده تعهد می کند در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین و یا به حواله کرد آن صادر شود.

**چک:** نوشته ای که به موجب آن صادرکننده وجوهی را که در نزد شخص ثالث (بانک یا شخص حقیقی) دارد، یا مسترد می کند یا به دیگری واگذار نماید.

**شکل اسناد تجاری:** امضاء تعهد یا دستور پرداخت، بدون قید و شرط، معین بودن مبلغ سند تجاری، تاریخ پرداخت، قید حواله کرد، مکان تأدیة وجه سند تجاری و همچنین تعدد نسخ عنوان هایی هستند که در نظام حقوقی، شکل سند تجاری تلقی می شوند.

**قانون حاکم بر شکل اسناد تجاری:** قاعده حاکم بر شکل اسناد تجاری قانون محل تنظیم تعیین شده است. طبق این قاعده قانونی، قانون محل تنظیم سند، معین می کند که سند تجاری از لحاظ شکلی باید دارای چه اوصافی باشد. هرگاه مطابق قواعد حل تعارض کشور محل تنظیم سند، حکم بر متفاوت بودن قاعده باشد، تنظیم سند، تابع قانون مناسب خواهد بود. به عنوان مثال رویه قضایی فرانسه به طرفین قرارداد اجازه می دهد از قانون محل وقوع عقد یا قانون مناسب یکی را انتخاب کنند.

**اعتبار اسناد تجاری:** اسناد تجاری در صورت دارا بودن شرایط قانونی، در رابطه بین مسؤولان سند تجاری و دارنده سند دارای اعتبار هستند. برای مثال یک سند تجاری که تاریخ پرداخت ندارد ممکن است از نظر قانون کشور الف فاقد اعتبار باشد و از نظر قانون کشور ب معتبر شناخته شود.

**قانون حاکم بر اعتبار اسناد تجاری:** شرایط اصلی واگذاری و اعتبار سند و ویژگی ماهوی آن، همچنین شرایطی که مشخص می کند که ضامن در برات با کدام یک از متعهدین اصلی مسؤولیت تضامنی دارد و حدود مسؤولیتها چه اندازه است. مسائل مربوط به عیوب رضا (اختیارات) و مسائل مربوط به رضایت شخص ثالث و نمایندگیها هم از قوانین حاکم بر اعتبار اسناد تجاری می باشند.

**قاعده اعمال قانون محل صدور اسناد تجاری:** شکل تعهدات مندرج در برات و سفته تابع قانون کشوری است که تعهد مذکور در قلمرو آن ایجاد شده است. تمامی دولت ها حق دارند تعهدات انجام شده توسط یکی از اتباع خود را در خارج از کشور در قبال شهروند داخل کشور معتبر بدانند، قوانین باید منطبق با شرایط شکلی مقرر در قانون ملی باشد.

طبق قرارداد ژنو قاعده اعمال قانون کشور محل صدور نسبت به شکل سند تجاری جاری است. در صورت فقدان دلایل و قراین دربارہ محل تنظیم سند تجاری، محل اقامت متعهد اماره محسوب می شود. اگر تعهدات در کشوری صورت گرفته باشد که از نظر شکلی منطبق با مقررات محل تنظیم نباشد، تعهدات مؤخر به اعتبار خود باقی خواهد ماند. مشروط بر اینکه تعهدات مقدم که از نظر شکلی قانون محل تنظیم را رعایت نکرده است طبق قانون، تعهدات مؤخر معتبر باشد.

همچنین براتی که در خارج از کشور صادر گردیده است و فاقد شرایط اساسی برات در کشور محل صدور است ولی در بردارنده شرایط اساسی مندرج در قانون ایران است، در ایران معتبر تلقی می شود.

**قانون حاکم بر انتقال اسناد تجاری:** انتقال سند تجاری عبارت است از واگذاری آن به نحوی که منتقل الیه دارنده محسوب شود. اگر سندی قابل پرداخت به حواله کرد باشد، انتقال آن با قبض و اقباض و ظهرونیسی تحقق می یابد، ولی اگر قابل پرداخت به حامل باشد انتقال آن تنها با قبض



و اقباض صورت می‌گیرد.

حال این پرسش مطرح می‌شود که اگر سندی در کشور دارای قابلیت ذاتی نقل و انتقال تجاری است، آیا در کشورهای دیگر قابل نقل و انتقال است؟

جواب این پرسش را باید در قانون حاکم بر اعتبار سند جست‌وجو کرد. مثلاً اگر در کشور ایکس برات در صورتی قابل انتقال باشد که در وجه حامل و بلعکس، در کشور ب چنین مطلبی باعث بطلان آن گردد، در این مثال برات صادرشده در کشور ایکس دارای عبارت در وجه حامل است در کشور ایگرگ؛ و همچنین برات صادرشده در کشور ایگرگ فاقد عبارت در وجه حامل است که در کشور ایکس قابل نقل و انتقال خواهد بود.

**قانون حاکم بر تعهدات ناشی از اسناد تجاری:** قانون حاکم بر تعهدات شامل مسائل مختلفی مانند مسائل مربوط به تعهد و مسؤلیت مُحمیل در مقابل مُحال و مُحالِ عَلَیْهِ و ظهرنویسان، مسؤلیت هریک از متعهدان در مقابل یکدیگر، حدود مسؤلیت ضامن و مسؤلیت دیگران در مقابل آن است.

در مورد این قانون، کشورهای مختلف به اصل حاکمیت اراده تمسک جسته‌اند که از آزادی امضاءکنندگان سند تجاری در تعیین قانون حاکم بر تعهدات ناشی از آن طرفداری می‌کنند.

به گفته دکترین اگر بناست از متعهدین یک سند حمایت عمل آید چه حمایتی بهتر از آن که خود مصلحت می‌بینند. بدیهی است که قبول اصل حاکمیت اراده به طور مطلق گاه به نتایج نامطلوبی می‌انجامد. از این رو سعی شده قلمرو آن تعیین شود.

**قانون حاکم بر اهلیت:** احکام اهلیت در سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف با هم تفاوت دارند. مثلاً سن اهلیت در ایران ۱۸ سال است و در آمریکا ۲۱. چنین فردی اگر براتی امضاء کند و دعوی درباره اهلیت او در دادگاه ایران مطرح شود. به موجب قانون ایران دارای اهلیت است. در حالی که مطابق قانون دولت متبوع خود فاقد اهلیت است.

در مورد قانون حاکم بر اهلیت در دو مسأله اتفاق نظر وجود دارد، اول آن که اهلیت فرد از طرف قانون مورد توافق آنها احراز نمی‌گردد و همچنین افراد نمی‌توانند به خود اهلیت اعطا کنند.

دوم این که قواعد حلّ تعارض مربوط به اهلیت نیز امری خواهد بود.

درباره قانون حاکم بر اهلیت دو نظریه وجود دارد:

نخست آن که ضابط اعمال قانون که می‌گوید اقامتگاه یا قانون ملی، اهلیت او را برای امضای قرارداد تجاری تعیین می‌کند و دوم اینکه محلّ وقوع قرارداد و قوانین آن شاخص اهلیت است.

## اسناد با نام

اسنادی هستند که نقل و انتقال آنها باید در دفتر شخص حقوقی (شرکت یا مؤسسه صادرکننده اسناد) ثبت شود. این قبیل اسناد، جزء دیون محسوب می‌شوند و بنابراین قانون قابل اعمال نسبت به آنها، قانون اقامتگاه مدیون (شرکت یا شخص حقوقی متعهد) خواهد بود.

## اسناد بی نام

اسناد بی نام مانند سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه، اسنادی هستند که به صورت سند در وجه حامل تنظیم گردیده و دارنده آن مالک شناخته می‌شود. از آنجا که نقل و انتقال این قبیل اسناد به قبض و اقباض به عمل می‌آید و دین در سند تجسم یافته است بایستی آنها را از این جهت جزء اموال

مادی به شمار آورد و مانند سایر اموال مادی مشمول قانون محل وقوع آنها دانست. النهایه باید توجه داشته باشیم که اسناد بی نام طبیعت مختلطی دارند یعنی بین دسته اموال مادی و دسته دیون قرار گرفته اند و برای تعیین قانون حاکم بر آنها باید دید در هر مورد کدام جنبه غلبه دارد.

از لحاظ اینکه جزء اموال مادی هستند تابع قانون محل وقوع خود می باشند و از لحاظ اینکه جزء اموال غیرمادی (دیون) به شمار می آیند مانند اسناد با نام مشمول قانون اقامتگاه مدیون (شرکت یا شخص حقوقی متعهد) هستند. هر گاه مسئله انتقال قراردادی اسناد بی نام (در رابطه بین افراد) مطرح باشد باید قانون محل وقوع را نسبت به آنها اعمال نمود چراکه در این مورد جنبه مادی سند بر جنبه غیرمادی آن غلبه پیدا می کند ولی چنانچه مسئله روابط بین دارنده سند و شخص حقوقی صادرکننده آن و یا مسئله سلب مالکیت سند غلبه می یابد و بایستی مانند سند با نام تابع قانون اقامتگاه مدیون باشد.

- ✓ نقل و انتقال سهم: تابع قانون محل انجام معامله (محل وقوع عقد)
- ✓ رابطه خریدار و فروشنده: تابع قانون محل انجام معامله
- ✓ مسائل حقوقی حاکم بر سهام: تابع قانون دولت متبوع مدیون (شخص حقوقی تجاری)

## اسناد و قراردادها:

### قراردادها

**قانون منظور طرفین:** قراردادهای و تعهدات ناشی از آن در اکثر نظام های حقوقی تابع قانونی است که در مورد توافق طرفین قرارداد واقع می شود. این قانون را به صورت اصطلاحی «منظور طرفین» می نامند.

**اصل حاکمیت اراده:** طرفین قرارداد حق دارند آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند. هرگاه قانون صلاحیت دار به طور صریح انتخاب نشده باشد باید دید به طور ضمنی صلاحیت قانونی خاصی را قبول کرده اند یا خیر، به عبارت دیگر باید اراده ضمنی آنها را در قرارداد جستجو کرد.

**محل انعقاد و اجرای عقد:** محل انعقاد عقد به عنوان یک عامل مشخص، از قدیم الایام مورد توجه بوده و بر اساس آن قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می کرده اند. همچنین ساوینی نخستین حقوقدانی است که محل اجرای عقد را پایگاه و مرکز ثقل قرارداد دانسته اند و آن را بر محل انعقاد ترجیح داده است.

به هر حال، در مورد ارزش محل انعقاد عقد و محل اجرای عقد نباید مبالغه کرد و قاضی باید علاوه بر این دو عامل ارتباط به اوضاع و احوال و امارات دیگری هم در تعیین قانون دارای صلاحیت مورد توجه استفاده واقع می شود.

**قانون حاکم بر تعهدات قراردادی:** ماده ۹۶۸ قانون مدنی اشعار می دارد تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را به طور ضمنی یا به صورت صریح تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

حدود تعهدات ناشی از عقد بیع را متعاقدين می توانند به اختیار خود تعیین کنند.

همچنین هر شرطی جز شروطی که مخالف قوانین امری باشد می توان به طور ضمنی در قرارداد در قالب تعهد قراردادی جای داد.

لذا وضع قاعده امری در باب تعهدات ناشی از عقد بیع، لازم الاجراء شناختن قانون کشور مبدا و ثالث قرارداد و توجه به موارد ضمنی در قرارداد برای انعطاف بیشتر آن در کشور ثالث در روابط بین المللی و تعهدات قراردادی بین المللی حائز اهمیت است.

## قانون صالح درباره قراردادها

✓ مسائل شکلی قراردادها: تابع قانون محل تنظیم قرارداد (صدور سند) است (ماده ۹۶۹ ق.م.)؛

✓ مسائل ماهوی قراردادها

اصل: تابع قانون محل وقوع عقد (صدر ۹۶۸)؛

استثناء: تابع قانون منتخب طرفین (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ ق.م.).

**قانون تعیینی:** بر اساس اصل حاکمیت اراده، طرفین قانونی را غیر از قانون محل وقوع عقد، حاکم بر قرارداد کنند.

### شرایط حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد:

۱. متعاهدین خارجی باشند.

۲. به طور ضمنی یا صریح در قرارداد ذکر شود.

۳. داشتن حسن نیت.

آیا همه جا می شود از «اصل حاکمیت اراده طرفین» استفاده کرد؟ باید تفسیر مضیق کرد. از حیث آثار و حل اختلاف فی مابین، «اصل حاکمیت اراده طرفین» مترتب بر قرارداد می شود.

**اجرای قرارداد:** تابع قانون صالح بر قراردادها (یا محل وقوع عقد یا منتخب طرفین) خواهد بود.

**تفسیر قرارداد:** تابع قانون محل اجرای قرارداد است.

### فسخ قرارداد:

✓ فسخ ارادی (خیار فسخ): تابع قانون صالح بر قراردادها

✓ فسخ قانونی: تابع قانون مقر دادگاه

**تبدیل تعهد:** تابع قانون صالح بر قراردادها

**تضمینات راجع به قراردادها:** تابع قانون صالح بر قراردادها

### تهاتر

۱. تهاتر قراردادی: تابع قانون صالح بر قراردادها

۲. تهاتر قضایی: تابع قانون مقر دادگاه

۳. تهاتر ایقاعی: تابع دسته ارتباط وقایع حقوقی

**آثار قرارداد:** تابع قانون صالح بر قراردادها

## وصیت

- ✓ وصیت تملیکی: تابع قانون ملی متوفی (موصی)
- ✓ وصیت عهدی: تابع قانون صالح در قراردادهای (یا محل وقوع عقد) (یا منتخب طرفین)

## اسناد

- ✓ مسائل شکلی اسناد (طرز تنظیم اسناد): تابع قانون محل تنظیم یا صدور سند (ماده ۹۶۹ ق.م).
  - ✓ ماهیت یا مسائل ماهوی و محتوایی اسناد: تابع قانون مناسب
- قانون مناسب: یعنی مناسب در جهت منافع اشخاص و منظور از اشخاص «طرفین آن رابطه حقوقی» است.
- قانون مساعد: یعنی مساعد در جهت منافع عمومی.

مثلاً: اهلیت برای انجام معامله اتباع بیگانه، تابع قانون کشور خویش اگر مطابق قانون ایران اهلیت برای انجام معامله نداشته باشد حتی اگر بر اساس قانون متبوع خود چنین اهلیتی نداشته آن عمل حقوقی صحیح است.

## وقایع حقوقی (الزامات خارج از قرارداد) (شبه جرم) (شبه عقد) (شبه جرم) (ضمان قهری) (مسئولیت خارج از قرارداد)

- ✓ قانون حاکم: قانون محل وقوع خسارت است.
- ✓ قانون مناسب: شیوه‌ای که در ایالات متحده آمریکا است یعنی قانونی که بهتر و بیشتر منافع زیان‌دیده از خسارت را تأمین می‌کند.
- ✓ رخدادهای خارج از قلمرو حاکمیت دولت‌ها: تابع قانون مقر دادگاه می‌باشد.
- ✓ رخدادهای مرکب: تابع قانون مناسب است. یعنی قانونی که بهتر و بیشتر منافع زیان‌دیده را تأمین می‌نماید. مثلاً کامیون حامل بار میوه از ایران با تأخیر به سمت آلمان حرکت می‌کند و کالا در ترکیه به خاطر تأخیر در حرکت کامیون از ایران از بین می‌رود. در این مثال، علت در ایران است و اتفاق در ترکیه.

**رخدادهای خارج از قلمرو حاکمیت دولت متضرر از جرم:** مثلاً اتوبوس حامل زائران که عازم سوریه هستند در ترکیه تصادف می‌کند.

**قاعده:** تابع قانون محل وقوع خسارت

**استثنا:** قانون دولت متضرر از جرم (در صورتی که فاعل و قربانی تابع دولت قربانی یا دولت متضرر باشد).

نکته: خسارات مشترک دریایی (خسارات آواری) تابع قانون کشوری است که به عنوان آخرین بندری که کالاها تخلیه می‌شود. اگر کالایی نباشد، تابع قانون مقصد (همه کالاها از بین رفته باشد).

**قاعده حل تعارض:** این قاعده از جنبه ماهوی قانون، در باب تعهدات قراردادی باید مورد توجه قرار گیرد.

منطقاً امری یا اختیاری بودن قاعده حل تعارض بر امری یا اختیاری بودن قانون ماهوی مربوط است.

از جهت امری یا اختیاری بودن این قاعده باید از قانون ماهوی مربوطه تبعیت نماید. قاعده تعارض نیز تعهدات قراردادی را فی‌المثل تابع قانون محل عقد می‌داند.

**قاعده نظم عمومی:** در مورد اعمال قانون کشورها در قراردادهای و اجرای قرارداد در کشورها باید به قاعده نظم عمومی توجه کرد.

مثلاً قرارداد منعقد در ایران حتی اگر از لحاظ قانون ایران مشروع باشد، در صورتی در کشور خارجی قابل اجرا خواهد بود که بر خلاف نظم عمومی آن کشور نباشد.

**ماده ۹۶۸ قانون مدنی:** این ماده درباره تعهدات ناشی از عقود اشعار می‌دارد: تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند. به نظر می‌رسد این قانون از حقوق بین‌المللی خصوصی فرانسه اقتباس شده است.

متعاقدين اگر بخواهند یک قانون خارجی را بر تعهدات قراردادی خود حاکم گردانند می‌توانند مفاد آن قانون را به صورت شرط ضمن عقد درج نمایند.

قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی جنبه اختیاری دارد، یعنی متعاقدين حق دارند قانون حاکم بر تعهدات قراردادی خود را (در حدود قوانین امری) خود انتخاب کنند.

**قاعده اراده طرفین:** مطابق یک طرز تفکر آزادمنشانه که قائل به استقلال اراده است، متعاملین چنین اختیاری را دارا هستند که شرایطی را در قرارداد به انتخاب خویش بگذارند.

انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مثل انتخاب سایر شرایط قرارداد (مثل شروط ضمن عقد) است.

با وجود چنین قاعده‌ای قانون حاکم بر قرارداد مثل انتخاب سایر شرایط قرارداد است. در چنین حالتی، قانون در واقع به صورت یکی از شروط ضمن در می‌آید و به اصطلاح در قرارداد ادغام می‌گردد.

بدون شک اختیار متعاملین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد نمی‌تواند نامحدود باشد. مثلاً اگر قراردادی بین دو نفر فرانسوی در بلژیک منعقد شود و طرفین قرارداد توافق نمایند که کالای مورد معامله در آلمان تحویل شود و قیمت آن در فرانسه پرداخت گردد، چنین قراردادی فقط می‌تواند تابع قانون فرانسه، آلمان و بلژیک باشد. محدودیت‌هایی که از جانب دادگاه‌های انگلیس یا آمریکا و همچنین دادگاه فدرال سوئیس وضع شود، مورد قبول طرفین قرارداد بالا نیست.

همچنین در حالت کلی چنین محدودیت‌هایی هیچ‌گاه توسط دیوان تمییز فرانسه صریحاً مورد تأیید قرار نگرفته است.

علاوه بر آنچه گفته شد در فرانسه هرگاه قراردادی در این کشور منعقد گردد و محل اجرای آن نیز در فرانسه باشد، توافق متعاملین در مورد صلاحیت قانون خارجی به علت تقلب در انتخاب قانون صلاحیتدار مورد استناد واقع می‌شود، زیرا دادگاه همیشه این اختیار را برای خود محفوظ می‌داند که هرگاه قانون خارجی بر خلاف نظم عمومی کشور مقر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری کنند و این اختیار تحدیدی است بر حاکمیت اراده و حق متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار حاکم بر قرارداد.

از حضرت امیر (ع) نقل است: «نوکِ قلم‌های خود را تیز تراشید و خطوط را نزدیک به هم بنویسید، عبارت‌های اضافی را حذف و اصل سخن را مورد توجه قرار دهید؛ پیرهیزید از زیاده‌روی و مصرف بیش از حد که اموال مسلمانان، تحمّل ضرر و زیان را ندارد؛» انتخابِ قلم، چینش و آماده‌سازی این جزوه با هدف استفاده و صرفه‌جویی حداکثری از کاغذ انجام شده؛ امید داریم چنانچه احتمالاً از سهولت استفاده از مجموعه کاسته شده، خوانندگان عزیز من را ببخشند و همچنین شایان ذکر است که: اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل [mollakarimi.omid@gmail.com](mailto:mollakarimi.omid@gmail.com) با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم. در نگارش بعضی از قسمت‌های این جزوه از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی جناب آقای دکتر الماسی کمک گرفته‌ایم. آخرین به‌روزرسانی جزوه: زمستان ۹۹ اینستاگرام نویسنده: [omid\\_mollakarimi](https://www.instagram.com/omid_mollakarimi)



امید ملاکریمی هستم؛ یه حواس پرت متولد دهه ۶۰! ارزش اصلی من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک گذاشتن آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاشم را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیت بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»

**داستان نویسنده:** بعد از اینکه لیسانس رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دوره کارشناسی ارشد شدم؛ البته باید بگم که یه کار ثابت هم داشتیم که ماهانه یه حقوق ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بدم دست آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتری در بهترین حالت می‌خوام یه کارمند سطح بالا توو یه اداره بشم که نهایتاً یه حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به یه حقوق کارمندی خوب نقطه اوج آرزوهاشون محسوب بشه اما من رسیدن به یه حقوق ثابت خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمال رضایت از مفید بودن خودم به نفس عمیق بکشم و بگم «تونستم!». از این فیلما که بگذریم ذات زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو یه محیط اداری» فراری باشه. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوق ثابت را به لقایش ببخشم و از اوّل فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاق سوزان باید اوّل توو خود آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کار ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا ور می‌دارن و تو بدون سهمیه عمراً شانس نداری!» اطمینان نداشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اوّل فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همه توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمک کنن و این هشت ماه یه کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسک شیرین بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجود تمام ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جمله یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که یه ماشین بخری، اوّل برو یه جاسوئیچی برای ماشینی که توو روایته تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدون معطلی، رفتم یک سنجاق‌سینه کوچولو که رووش آرم کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی کت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسؤل یه کتابخونه صحبت کردم و با وجود اینکه ساعت کار اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگرهبان مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوه شیرین اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتیم در وضعیتی هستیم که در تمامی آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیتت همه جا بیچه!»

چشم‌انتظار خواندن داستان موفقیت‌تان هستیم. به امید موفقیت تو؛ امید ملاکریمی (پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است.)

Telegram Channel: [@OmidMollakarimi](https://t.me/OmidMollakarimi) E-mail: [mollakarimi.omid@gmail.com](mailto:mollakarimi.omid@gmail.com) Instagram:

[@vekalatyar](https://www.vekalatyar.com) web: [mollakarimi.ir](http://mollakarimi.ir)

به شماره همراه ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ واتساپ بدین و جزوات کامل و فوق‌العاده وکالت، قضاوت و کارشناسی ارشد را از من رایگان دریافت کنید.