

# جزوه حقوق بین الملل

## خصوصی (۲)

خانم دکتر مریم افشاری

WWW.IRCAS.IR

## قسمت اول

مقدمه :

مشکلات و مسایل متنوع جوامع کنونی ایجاب می کند که براساس و روال منطقی و یکسانی حل و فصل گردد و تحت نظام خاصی در آید. همین امر سبب می گردد که قوانین و مقرراتی برای رفع آن مضلات بوجود آید. در سطح بین المللی برخورد این قواعد (که در سطوح گوناگون جوامع بشری بوجود آمده اند) باعث ایجاد یک پدیده یا به عبارت دیگر یک پیچدگی خاص حقوقی می شود، که آن را تعارض قوانین می نامند. که از طریق استفاده از قوانین داخلی کشورهای مختلف، راه حلی بین المللی ارائه می گردد.

در واقع هنگامی که یک مساله بین المللی مربوط به حقوق خصوصی مطرح می گردد قبل از هر مطلب باید تشخیص دهیم قانونی که در مورد این مساله خاص باید رعایت گردد قانون کدام یک از کشورهایی است که به طریقی در موضوع دخالت دارند.

مثلاً: اگر یک فرانسوی بخواهد در ایران ازدواج نماید باید ابتدا بدانیم چنین ازدواجی تابع قانون فرانسه خواهد بود یا تابع قانون ایران یا احياناً تابع قانون کشوری دیگری می باشد. به عبارت دیگر باید تشخیص دهیم که آیا ازدواج باید مطابق قانون کشور متبوع شخص صورت گیرد یا طبق قانون محل انعقاد ازدواج یا قانون اقامتگاه فعلی یا اقامتگاه آتی طرفین حاکم است.

بنابراین: هرگاه یک عامل بین المللی در مسایل مربوط به حقوق خصوصی دخالت نماید بین دو یا چند قانون تعارض حاصل می شود و برای تعیین « صلاحیت قانونی » (competence legislative) یا تشخیص قانون صلاحیت دار در سطح بین المللی باید این تعارض حل گردد.

به همین جهت در هر کشوری علاوه بر قوانین داخلی و مقررات بین المللی نوعی قواعد خاص پیش بینی می شود، به نام قواعد حل تعارض، که صرفاً جهت حل مسایل بین المللی و از بین بردن تعارض بین قوانین کشور

با سایر کشورها به کار می رود. و معمولاً در بین مواد قانون داخلی هر کشور ذکر می شود مثل: قاعده مندرج در ماده ۷ ق.م ایران که به موجب آن احوال شخصیه، تابع قانون دولت متبوع شخص است. بنابراین قاعده حل تعارض ایران در خصوص احوال شخصیه مقرر می دارد که هر خارجی که در ایران اقامت دارد از نظر اهلیت و وضعیت، ازدواج و طلاق، ارث و وصیت تابع قانون کشور متبوع خود می باشد به همین ترتیب یک نفر ایرانی نیز که در کشور دیگری اقامت دارد طبق این قاعده باید از نظر احوال شخصیه تابع قانون ایران باشد. قاعده حل تعارض فرانسوی نیز در مورد احوال شخصیه به همین صورت است در حالی که قاعده حل تعارض انگلیسی، احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه شخص می داند و به تابعیت شخص از این نظر اهمیتی نمی دهد. قاعده حل تعارض انگلیسی مقرر می دارد شخص خارجی که در انگلیس اقامت دارد از نظر احوال شخصیه تابع قانون انگلیس می باشد به همان ترتیب که یک فرد انگلیسی که در کشور خارجی اقامت دارد از نظر احوال شخصیه تابع قانون کشور خارجی محل اقامت خود خواهد بود. بنابراین ملاحظه می گردد، که هر کشوری قاعده حل تعارض خاص خود دارد که ممکن است مطابق با قاعده حل تعارض بعضی کشورهای دیگر باشد یا با آنها اختلاف داشته باشد.

تعارض دادگاهها : conflict of jurisdictions

از طرف دیگر در صورتی که در مورد یک موضوع بین المللی اختلافی حاصل شود، برای طرح دعوی ناشی از آن «طرفین باید بدانند به دادگاه کدام یک از کشورهایی که به طریقی در موضع دخالت دارند مراجعه نمایند.

مثلاً در صورتی که در مورد اموال دعوایی بین شخص ایرانی و شخص بلژیکی مطرح شود، باید تشخیص دهیم در این خصوص، دادگاه صلاحیت دار، دادگاه کشور ایران است یا دادگاه کشور بلژیک یا دادگاه محل وقوع مال.

در این حالت «صلاحیت قضایی» (competence judiciaire) یا تشخیص دادگاه صلاحیت دار در سطح بین المللی مورد نظر است.

برای تشخیص دادگاه صلاحیت دار در سطح بین المللی نیز باید اصول و قواعدی برای حل تعارض دادگاه وجود داشته باشد تا از یک سو طرفین بدانند برای حل اختلافی که در آن عامل بین المللی دخالت دارد، به کدام دادگاه باید مراجعه کنند، و از طرف دیگر هنگامی که چنین دعوایی، که موضوعاً بین المللی است به قاضی ارجاع می شود قاضی باید بداند آیا برای رسیدگی به آن صالح است یا خیر، در این خصوص نیز قواعد حل تعارض دادگاهها را در بین قوانین داخلی به خصوص ق.آ.د.م باید جستجو کرد مثل قاعده صلاحیت دادگاه محل اقامت خواننده، مندرج در ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران که همان قاعده موجود در حقوق داخلی

است و بدون هیچ تفاوتی در سطح بین المللی نیز اجرا می گردد.

تعریف تعارض قوانین :

هرگاه وضعیتی حقوقی با قوانین دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند و قوانین این کشورها نسبت به آن وضعیت به طور یکنواخت حکم ننماید به نحوی که نتیجه حاصل از اعمال قانون یکی از این کشورها در خصوص وضعیت حقوقی مورد بحث با نتیجه حاصل از اعمال قانون کشوری دیگر در همان مورد متفاوت باشد « تعارض قوانین » به وجود آمده است .

با مطالعه قواعد مربوط به حقوق بین الملل خصوصی متوجه می شویم که چگونه باید قانون یکی از این کشورها را ، جهت حاکم نمودن آن ، نسبت به وضعیت حقوقی مورد نظر ، انتخاب و تعارض قوانین را حل کنیم .

شرایط پیدایش تعارض قوانین :

جهت بوجود آمدن تعارض قوانین شرائطی لازم است که عبارتند از :

شرط اقتصادی یا توسعه روابط بین المللی ؛

شرط حقوقی یا عدم وحدت حقوقی ؛

شرط سیاسی یا اغماض و گذشت قانونگذار و قاضی ؛

۱- شرط اقتصادی یا توسعه و روابط بین المللی :

هرگاه افرادی از کشور خود به کشورهای دیگری سفر نمایند و یا اموال و اشیاء توسط مبادلات از کشوری به کشور دیگر منتقل شوند ، اولین عامل پیدایش تعارض قوانین حاصل می شود . بنابراین هرچه روابط بین المللی توسعه بیشتری یابند ، موارد تعارض بیشتر شده و اهمیت این رشته نمایان تر می گردد .

در واقع موضوع تعارض قوانین هنگامی مطرح می شود که یک مساله حقوقی لاقبل به دو کشور مربوط باشد، به

عبارت دیگر یک عامل خارجی باید حتما وجود داشته باشد و در اثر وجود عامل خارجی دو قانون ( داخلی و خارجی) مطرح گردد ، تا بتوان از تعارض قوانین و حقوق بین الملل خصوصی صحبت نمود والا بدون عامل خارجی ، موضوع مربوط به حقوق بین الملل خصوصی نمی باشد .

۲- شرط حقوقی یا عدم وحدت حقوقی :

برای پیدایش تعارض قوانین لازم است بین نظام های حقوقی که در موضوع بین المللی دخالت دارند ، اختلافی وجود داشته باشد . زیرا هرگاه قوانین و مقررات دو کشور در مساله مورد بحث یکسان باشد ، هرگز مساله تعارض مطرح نمی شود .

۳- شرط سیاسی یا اغماض و گذشت قانونگذار وقاضی:

در صورتی که قانونگذار و قاضی همواره بخواهد اجرای قانون خود را لازم بداند و اجرای قانون خارجی را در قلمرو خود تجویز ننماید ، حتی با مطرح شدن تعارض و جمع شدن شرایط (۱)و(۲) که ذکر شد ، راه حلی برای تعارض قوانین نمی توان یافت و قانون داخلی اجرا می شود . بنابراین با توسعه روابط بین الملل ، باید از طرف مقنن در مواردی اجازه اجرای قانون خارجی داده شود و قاضی نیز حق اجرای قانون خارجی در موارد مجاز را داشته باشد .

روشهای مطالعه و حل تعارض قوانین :

به طور کلی برای تعیین قواعد حل تعارض در روابط بین المللی دو نوع طرز تفکر وجود داشته و کلیه مکاتب که تا کنون بوجود آمده اند ، طرفدار یکی از این دو طرز تفکر بوده اند :

الف ( روش اصولی: the dogmatic methode

در این روش برای تعیین قاعده حل تعارض ، کلیه مسائل بر اساس یک « اصل کلی » بر طبق سیاست دولت از پیش تعیین شده و سیاست نیز بر آن مبتنی است . بنابراین در این روش راه حل های حقوق بین الملل خصوصی به شدت تحت تاثیر عوامل سیاسی قرار گرفته و نمی تواند عدالت واقعی را از نظر حقوقی تامین نماید .

این روش که مورد توجه ناسیونالیستهای افراطی و طرفداران دگماتیسم قرار دارد و معتقدند که هر تدبیری برای رفع تعارض اتخاذ می گردد باید به غایت و نتیجه آن فکر شود که همانا « حفظ منافع ملی » است . بنابراین راه

حل ها در این روش استنتاجی **synthetique** ( زیرا به نتیجه فکر می کنند ) و خاص الشمول ( **ste** )  
( **particulari** ) ( زیرا هر سرزمینی موقعیت خاص و منافع خاص خود را دارد که با سرزمین دیگر متفاوت است )  
می باشد .

ب ( روش حقوقی **the juridical methode** )

در این روش مسایل صرفاً از جهت حقوقی بررسی شده و سعی در یافتن یک راه حل حقوقی می شود و به هیچ وجه به مصلحت کشور خاص توجه نمی گردد . جنبه عدالت خواهی ، عقلی و منطقی دارد . و عامل سیاسی هیچ دخالتی در یافتن راه حل حقوقی ندارد . بنابراین در این روش راه حل ها ، تحلیلی ( **analytical** ) ( یعنی مورد به مورد توجه می شود ) و عام الشمول ( **universalist** ) ( انترناسیونالیسم است و مفهوم مشترک و منافع عمومی مورد نظر است ) می باشد . بدین معنی که کلیه راه حل ها از تحلیل مسائل حقوقی حاصل می شوند و به همین دلیل قابلیت اجرا در سرزمین های دیگر را دارند .

سابقه تاریخی تعارض قوانین :

بنابر مقدمه ای که ذکر شد به طور کلی مکاتب حقوق بین الملل خصوصی را می توان به دو دسته تقسیم کرد :

دسته اول مکاتبی که دارای روش حقوقی می باشند و عبارتند از :

- مکتب قدیم ایتالیایی یا مکتب شارحین قرن ۱۵-۱۳

- مکتب آلمانی قرن ۱۹

- مکتب جدید فرانسوی پپله ( قبل از جنگ جهانی اول )

دسته دوم مکاتبی که از روش اصولی پیروی می کنند و عبارتند از :

- مکتب قدیم فرانسوی قرن ۱۶

- مکتب هلندی قرن ۱۷

- مکتب انگلیسی و آمریکایی قرن ۱۸

- مکتب جدید ایتالیایی مانچینی

- مکتب جدید فرانسوی ( بعد از جنگ جهانی اول )

به طور خلاصه هریک از این مکاتب را به ترتیب سابقه و با ذکر قاعده مهمی که در زمان هریک بوجود آمده مورد بررسی قرار می دهیم :

۱- مکتب ایتالیایی قدیم یا مکتب شارحین قوانین رم :

( یا مکتب بولونیا به دلیل دانشگاه بولونیا )

[ تفکیک بین تقسیمات حقوقی ، «روش حقوقی» « قرن ۱۶ » ]

اولین مکتب حقوق بین الملل خصوصی است و در قرن ۱۲ میلادی بوجود آمد قبل از این تاریخ شرایط سه گانه ای که قبلاً برای پیدایش تعارض قوانین ذکر کردیم وجود نداشت ( شرط اقتصادی ، شرط حقوقی ، شرط سیاسی ) به عبارت دیگر از طرفی روابط بین الملل توسعه نداشت و از طرفی قاضی و قانونگذار دارای گذشت لازم برای اجرای قانون خارجی را نداشتند لذا تعارضی پیش نمی آمد تا مکتبی برای حل آن بوجود آید . هر قاضی فقط قانون خود را اجرا می کرد و اصل سرزمینی بودن قوانین به طور مطلق حکمفرما بود . اما در اواخر قرن دوازدهم به تدریج با مبادلات تجاری که بین شهرهای مختلف ایتالیایی انجام می گرفت عامل اقتصادی پدیدار شد و با اختلافی که بین قوانین شهرهای ایتالیایی وجود داشت عامل حقوقی بوجود آمد و کم کم این فکر بوجود آمد که مصلحت است در بعضی موارد اجرای مقررات شهرهای دیگر را در شهر خود اجازه دهند . بدین ترتیب در مسایل مختلف تجاری و احوال شخصیه مساله تعارض قوانین مطرح شد . برای رفع این تعارضات شارحین حقوق رم ( مشاورین حقوقی یا همان استادان دانشگاه ) که با استناد به حقوق مدنی رم عقاید خود را با نوشتن حاشیه بر عبارتی از حقوق رم بیان می نمودند سعی در ارائه راه حل نمودند از این جهت به آنها حاشیه نویسان ( glossateurs ) می گفتند .

معروف ترین این حاشیه نویسان اکورس ( accurs ) بود که حاشیه ای در حقوق مدنی رم ( code

Justinien) بر قانون کنکتوس پوپولس *conctos populos* نوشته است که به موجب آن هرگاه فردی از اهالی «بولونی» در «مدن» اقامت نماید مشمول قوانین مدن نمی باشد. در حقیقت اصل سرزمینی بودن قوانین نقض شد. اساتید دانشگاه بولونیا معتقد بودند که قوانین فعلی کافی برای وضعیت جدید نیست و یک نظم نوین حقوقی را می طلبد در آن زمان حقوق در جامعه و در دانشگاهها یکی نبود، در جامعه عرف رعایت می شد و در دانشگاه قوانین زمان ژوستین امپراتور رم شرقی که دستور داده بود، علما قوانین متحد الشكل و عادلانه و با ارزشهای دین مسیح را جایگزین عرفها نمایند. در قرن چهاردهم موضوع تعارض قوانین توسعه زیادی یافت و شارحین متاخر بوجود آمدند. کوشش عمده مکتب ایتالیایی، تفکیک بین تقسیمات حقوقی بود و برای اولین بار علمای این مکتب قائل به ۳ دسته تقسیم حقوقی شدند:

الف) تفکیک بین قوانین شکلی و ماهوی: به نظر علمای این مکتب آیین دادرسی باید در هر حال طبق قانون مقر دادگاه (*le fori*) انجام گیرد. در حالی که در اصل دعوی بر حسب موضوع می توان قانون مقر دادگاه یا قانون دیگری را لازم الاجرا دانست.

ب) تفکیک بین جرم و قرارداد: به نظر این مکتب جرایم باید تابع قانون محل وقوع خود (*lex loci delicti*) و قراردادها تابع قانون محل انعقاد خود (*lex locus contracts*) باشند.

ج) تفکیک بین اشخاص و اموال:

علمای مکتب ایتالیایی عقیده دارند اموال تابع قانون محل وقوع خود (*lex rei sitae*) می باشند و اشخاص تابع قانون محلی که بیشتر به آنجا ارتباط دارند یعنی قانون ملی (*lex patriae*) می باشند.

به علاوه اولین نظریه مربوط به نظم عمومی، در مکتب شارحین پی ریزی شد بدین ترتیب که در این مکتب بین قوانین مناسب (*les statuts favourables*) و قوانین منفور یا غیر مناسب (*les statuts odieux*)

تفاوت می گذاشتند و به عقیده آنها قاضی حق داشت از اجرا قوانین منفور خودداری نماید. همانطور که متذکر شدیم مکتب ایتالیایی از روش حقوقی پیروی می نمودند. بنابراین متوجه وصف تحلیلی و عام الشمول این مکتب می شویم اما نقطه ضعف این مکتب این است که ضابطه معینی برای تشخیص بین قوانین شخصی و سرزمینی به دست نداده اند.

مکتب فرانسوی قدیم:



آروش اصولی ، قرن ۱۶ ، اصل سرزمینی بودن قوانین و مساله توصیف ها ]

دو چهره مشخص این مکتب شارل دومولن و دارژانتره می باشد . شارل دومولن ، دارای دو وجه است (دو جنبتین) هم از شارحین پیروی می کند از این جهت که روش حقوقی دارد و هم اصولگرا است زیرا معتقد به حفظ منافع ملی در مقابل بیگانه است . شارل دو مولن ( قرن ۱۶) با دنبال کردن عقاید علمای مکتب ایتالیایی و تاکید بر تقسیم قوانین به شخصی و مالی ، برای اولین بار مساله توصیف را در حقوق بین الملل خصوصی مطرح کرد که عبارت از « تعیین ماهیت حقوقی » مسایل مورد بحث می باشد . شارل دومولن از دو جهت دارای اهمیت فوق العاده است : ۱- حاکمیت اراده در تعیین قانون قراردادها ( دکترین و شاهکار شارل دومولن ) ۲- مساله توصیف

مؤسس مکتب فرانسوی در قرن ۱۶ دارژانتره می باشد . این مکتب به عکس مکتب ایتالیایی که در محیطی مساعد برای بیگانگان بوجود آمده بود ، در محیطی خود نمایی کرد که کاملاً محدود بود و هیچ گونه روابطی با خارج نداشت به همین جهت پیروان آن طرفدار محلی بودن (سرزمینی بودن) قوانین بودند . ( دارژانتره در شهری زندگی می کرد که وضعیت فئودالیه و بسته داشت برخلاف ایتالیا که تجارت رونق داشته و یک جامعه باز بود).

مکتب فرانسوی طرفدار روش اصولی است و سرزمینی بودن (محلی بودن ) قوانین همواره بر هر شی و فردی حکمفرما و کلیه راه حل ها از این اصل منتج است . (صفت استنتاجی )

دارژانتره معتقد بود که :هر سرزمینی موقعیت خاص خود را دارد و درشرایطی می تواند به قانون بیگانه اجازه ورود به سرزمینش را بدهد که آثار و نتایج آن به سود منافع ملی باشد وبا توجه به نتیجه ، تعارض می بایست حل گردد. و برای این که از غافله تجارت عقب نیفتند و همچنین اجرای عدالت ایجاب می کند فقط قوانین شخصی ( احوال شخصیه ) مطابق قانون متبوع شخص ( قانون محلی ) مورد نظر قرار گیردو این استثنا نسبت به اصل سرزمینی بودن قوانین که مبتنی بر اجرای عدالت بود ، جنبه تکلیفی برای دولت داشت البته برای قوانین شخصی نیز قائل به تفکیک بود برای مثال اهلیت را به اهلیت خاص و اهلیت عام تفکیک می نمود . اهلیت عام طبق قانون خارجی و اهلیت خاص طبق قانون محلی بود.

( به طور مثال اگر شخص خارجی که ۱۸ سال دارد معامله ای در ایران انجام دهد و بعد از معامله بگوید طبق

قانون متبوع خود صغیر است و اهلیت معامله نداشته است طبق قانون ایران دارای اهلیت است و معامله او صحیح است زیرا اهلیت خاص طبق قانون داخلی و محلی است ( قانون ایران در این مورد از نظر مانچینی استفاده کرده است .

ایرادی که به مکتب فرانسوی می توان وارد کرد این است که فقط به یک دسته از تقسیمات حقوقی یعنی اشخاص و اموال اشاره کرده است . داژانتره قراردادهای را در دسته اموال قرارداده ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران هم مطابق همین نظریه داژانتره است .

مکتب هلندی :

[قرن ۱۷ ، روش اصولی ، نزاکت بین المللی ]

مکتب فرانسوی فوق الذکر در نیمه دوم قرن ۱۷ نفوذ فوق العاده ای در هلند پیدا کرد و مکتب هلندی را تشکیل داد . بنابراین این مکتب نیز مکتبی اصولی و طرفدار اصل محلی بودن قوانین است . تنها تفاوت بین طرز فکر علمای هلندی و علمای مکتب فرانسوی در این بود که در هلند استثناء مربوط به احوال شخصیه ، نسبت به اصل سرزمینی بودن قوانین را ناشی از نزاکت بین المللی می دانستند در حالی که مکتب فرانسوی آن را ناشی از اجرای عدالت می دانستند . ایرادی که به مکتب هلندی گرفته اند این است که مبنا و منبع حقوق خارجی را نزاکت بین المللی می داند که یک امر اخلاقی و غیر حقوقی است پس ضمانت اجرا ندارد ولی طرفداران این مکتب می گویند زمانی که قانونگذار قاعده حل تعارض را وضع می کند ، نزاکت را از دایره اخلاقی به حقوقی تبدیل کرده است و به قانون تبدیل شده است . به نظر علمای هلندی دولت به هیچ عنوان مکلف به اجرای قانون کشور دیگر در موضوعات کاملاً شخصی نیست بلکه از نظر حفظ نزاکت بین المللی قبول می کند در این موارد قانون خارجی را اجرا نماید . بنابراین هرگاه کشوری قانون هلند را در مورد احوال شخصیه اتباع هلندی اجرا نمی کرد دولت هلند نیز مکلف به رعایت استثنای پذیرفته شده نبود . به همین دلیل به عقیده منتقدین این مکتب ، راه حل های حقوقی باید جنبه تکلیفی داشته و با ثبات باشند ، در حالی که نزاکت بین المللی اختیاری است و یک تکلیف حقوقی محسوب نمی شود . از طرفداران این مکتب هلندی «پل و ژان وئه (پدر وپسر)» " ولریک هوبر " می باشند .

مکتب انگلیسی – آمریکایی :

[قرن ۱۸ ، روش اصولی ، اصل سرزمینی بودن قوانین ]

در قرن ۱۸ عقاید علمای هلندی و فرانسوی به انگلستان و سپس به آمریکا نفوذ کرد. قبل از آن تعارض قوانین در انگلستان بوجود نیامده بود. زیرا قوانین به طور کلی سرزمینی بودند. (از طریق مطالعات دانشگاهی قاضی جنکینز انگلیسی که به هلند تبعید شده بود و همچنین توسط عده ای از دانشجویان انگلیسی که در هلند تحصیل می کردند پس از بازگشت به وطن این عقاید ترویج داده شد.)

بنابراین مکتب انگلیسی، مکتبی اصولی و طرفدار مکتب هلندی و پیرو دارژانتره و اصل سرزمینی بودن قوانین بودند فقط در مورد اشخاص استثناء قائل بود. راه حل های این مکتب خاص الشمول و استنتاجی بود. با مهاجرت انگلیسی ها به آمریکا این عقاید در آمریکا نیز رسوخ کرد. این مکتب چهره مهمی ندارد. (از علمای آن دیسی (dicy) و استوری (story) آمریکایی هستند.)

مکتب آلمانی :

آروش حقوقی، قرن ۱۹، پایگاه روابط حقوقی، عقلی یا منطقی، کدام قانون بهتر است. ]

دومین مکتب حقوقی، مکتب آلمانی است که در قرن ۱۹ بوجود آمد و نه تنها در آلمان بلکه در کلیه کشورها طرفداران بسیاری داشته است.

مؤسس مکتب آلمانی « ساوینی » می باشد به نظر وی تقسیم قوانین به قوانین شخصی و مالی که سابقاً رواج داشت صحیح نیست و باید در هر مورد نوع مساله حقوقی مورد بحث را تعیین کرد و سپس قانون مناسب آن را اجرا کرد. به عقیده ساوینی، به جای در نظر گرفتن منافع یا وظایف دولتها بهتر است وابستگی هر رابطه حقوقی را به محلی که بوجود آمده تعیین کرد و سپس راه حل مناسب آن را یافت.

بنابراین در این مکتب پایگاه روابط حقوقی تعیین می گردد یعنی تعارض ناشی از چه رابطه ی حقوقی می باشد. مثلاً ازدواج، طلاق، مالکیت وغیره و سپس با توجه به طبیعت آن، پایگاه حقوقی آن را مشخص می کند و تعیین می کند به کدام کشور بیشتر بستگی دارد و قانون همان کشور را در مورد آن لازم الاجرا می داند.

ساوینی با توجه به حقوق رم روابط حقوقی را به چهار گروه تقسیم کرده است: اشخاص، اشیاء، قراردادهای و دعاوی و برای تعیین پایگاه رابطه حقوقی به قصد و اراده شخص یا به طبیعت امر توجه می نماید.

مثلاً احوال شخصیه هر فرد را تابع محل اقامت وی می داند (با توجه به اراده شخصی) زیرا قصد شخص از اقامت در یک محل بستگی یافتن بیشتری به آن محل است.

در مورد اموال منقول و غیر منقول قانون محل وقوع مال را لازم الاجرا می داند و در خصوص قراردادهای ، هرگاه طرفین محلی را در نظر گرفته باشند قانون همان کشور اجرا می شود ( اراده طرفین ) و در صورتی که طرفین محلی را تعیین ننموده باشند ، قانون محل انعقاد قرار داد لازم الاجرا خواهد بود .

در مورد دعاوی ناشی از جرم ، قانون محل وقوع جرم را باتوجه به طبیعت جرم ، لازم الاجرا می داند .

مکتب آلمانی ، مکتبی حقوقی بوده و دارای دو صفت عام الشمول و تحلیلی می باشد بدین معنی که:

اولاً: راه حل های آن قابل اجرا در کلیه کشورها می باشد .

ثانیاً: به یک اصل کلی برای یافتن راه حل متکی نیستند بلکه در هر مورد که تعارضی پیش می آید ابتدا تعیین رابطه حقوقی آن و سپس پایگاه آن و این که به کدام کشور نزدیکتر است قانون همان کشور لازم الاجرا است .

عقاید ساوینی تا اواخر قرن ۱۹ دارای نفوذ فوق العاده ای بود از این زمان مورد انتقاد واقع شده و اعلام گردید که فقط قانون لازم الاجرا در مورد قراردادهای به اراده طرفین قرارداد بستگی دارد و سایر موارد نباید به اراده افراد اهمیتی داد . واخنر و شاخنر از علمای این مکتب می باشند .

مکتب جدید ایتالیایی :

[قرن ۱۹ ، روش اصولی ، اصل شخصی بودن قوانین ]

مؤسس این مکتب مانچینی می باشد . در اواسط قرن ۱۹ ، ایتالیا و آلمان برای باز یافتن وحدت ملی خود کوشش می کردند و عده کثیری از افراد ایتالیایی در خارج از کشور خود به سر می بردند و تابع قوانین بیگانه بودند . ایتالیا در معرض جنگ های داخلی بود و دولت شهرها در حال جدا شدن بودند و مهاجرت زیاد شده بود . مانچینی با در نظر گرفتن این موقعیت خاص اعلام کرد که حقوق بین الملل باید بر پایه تابعیت بنیان گذاری شود . و هر شخصی تابع هر کشوری می باشد باید در کلیه کشورهای بیگانه از هر جهت تابع قانون کشور خود باشد .

بدین ترتیب مانچینی با قبول اصل شخصی بودن قوانین ، اجرای قانون ملی را در مورد اشخاص بیگانه به عنوان اصل شناخت و ایتالیایی هر جا که باشد تابع قانون ایتالیا است . در حالی که قبل از مانچینی با پیروی از اصل سرزمینی بودن قوانین ، قانون اقامتگاه در مورد اشخاص اجرا می شد . ( دارژانتره اصل سرزمینی بودن و استثنا اصل شخصی بودن را پذیرفته بود )

مانچینی وحدت ایتالیا را از طریق قواعد حقوقی بر قرار نمود. ( کاری را که بیسمارک در وحدت آلمان انجام داد)

مانچینی به قوانین خاصیت برون مرزی داد و هر شخصی را ، حتی در خارج از مملکت متبوع خود ، تابع قانون ملی خود می داند . البته مانچینی معتقد به استثنائی نیز می باشد و می گوید بعضی قوانین باید در یک سرزمین نسبت به تمامی افراد که در آن قلمرو به سر می برند به طور مساوی نسبت به اتباع داخلی و بیگانه اجرا شود زیرا برای رعایت نظم عمومی می باشد و جنبه درون سرزمینی دارند مانند : قوانین جزایی ، قوانین حقوق عمومی و قوانین مالکیت ارضی .

از طرف دیگر قراردادهای نمی توانند تابع قانون ملی شخص باشند بلکه تابع اصل حاکمیت اراده می باشند و اسناد نیز تابع قانون محل تنظیم سند می باشند . اما خارج از این موارد مانچینی اصل را بر اجرای قانون ملی دانسته و احوال شخصیه ، رژیم مالی زوجین ، مالکیت اموال منقول و ارث را تابع قانون ملی می داند .

در اواخر قرن ۱۹ ، دکتربین مانچینی نفوذ بسیاری در عقاید سایر علما از جمله علمای فرانسوی و نیز قانونگذاری ها از جمله قانون مدنی آلمانی پیدا کرد ( زیرا عقاید مانچینی کاملاً با فکر نژاد پرستی مطابقت داشت ) . مواد ۶ و ۷ قانون مدنی ایران طبق نظر مانچینی است یعنی ایرانی در هر کجا باشد احوال شخصیه او تابع قانون ایران است و ارث را نیز تابع قانون احوال شخصیه می داند ( در قانون مدنی ایران ، هرگاه یکی از اتباع خارجی در ایران فوت کند سهم الارث و کسانی که از او ارث می برد طبق قانون خارجی ولی از لحاظ مالکیت و قوانین و تشریفات مربوط به آن مانند ( مالیات و ... ) طبق قانون ایران است . )

- کشورهای مهاجر فرست طرفدار عقاید مانچینی ( شخصی بودن قواعد )

- کشورهای مهاجر پذیر طرفدار عقاید دارانتره هستند ( سرزمینی بودن قواعد )

انتقادات به دکتربین مانچینی :

۱- در مورد افرادی که دارای تابعیتها ی مختلف می باشند نظری نداده است اگر دو نفر از دو تابعیت بخواهند با هم ازدواج کنند معلوم نیست چگونه می توان در مورد هر یک قانون ملی او لازم الاجرا باشد . ۲- به نظر مانچینی قانون برای افراد وضع می شود و قانونگذار منافع افراد را مورد نظر قرار می دهد ولی نمی توان منکر هدف ابتدایی قانونگذار که رعایت نفع جامعه است شد . زیرا جامعه از مجموع افرادی که در یک سرزمین زندگی می کنند تشکیل می شود ( تابع و غیر تابع ) و برای قانونگذار رعایت منافع جامعه در درجه اول اهمیت قرار دارد.

قواعد کلی حل تعارض :

از نظر حقوق بین الملل خصوصی قوانین هر کشور به دو دسته قابل تقسیم می باشند : ۱- قواعد حل تعارض ۲- قواعد مادی

دسته اول : قواعد حل تعارض :

شامل قواعد کلی که صلاحیت اجرای قانون داخلی یا قانون خارجی را در مورد موضوعات مختلف تعیین می نمایند. مثل ماده ۷ قانون مدنی ایران ، که به طور کلی صلاحیت اجرای قانون خارجی ( قانون دولت متبوع شخص ) را در مورد احوال شخصیه افراد بیگانه تعیین نموده است .

مواد ( ۹۶۱ تا ۹۶۵ ) و ( ۹۷۳ تا ۹۷۵ ) قانون مدنی ایران نیز در توضیح ماده ۷ قانون مدنی ایران وضع شده است.

دسته دوم : قواعد مادی :

که عبارت است از کلیه قواعد و مقررات موجود در یک کشور در موضوع مورد بحث ، غیر از قواعد حل تعارض که در بالا ذکر شد .

مثل مواد ۸۲۵ تا ۹۴۶ قانون مدنی ( در مورد ارث و وصیت )

مواد ۹۵۶ تا ۹۶۰ و ۱۲۰۷ تا ۱۲۵۶ قانون مدنی ایران ( در مورد اهلیت )

مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۳۲ قانون مدنی ( در مورد نکاح )

مواد ۱۱۳۳ تا ۱۱۵۷ قانون مدنی ایران (در مورد طلاق)

بنابراین: هر کشوری از یک سو دارای نظام تعارض قوانین مخصوص به خود و از سوی دیگر دارای نظام حقوقی داخلی مختص خود می باشد.

لازم به یادآوری است که: احوال شخصیه به طور اعم، شامل اهلیت و وضعیت است، ولی بطور اخص، فقط شامل وضعیت است.

اهلیت عبارت است از، صلاحیت یک فرد برای دارا شدن حق (اهلیت تمتع) یا اجرای حق (اهلیت استیفا)

وضعیت، اوصاف حقوقی است یعنی وصفی که دارای بار حقوقی می باشد و بیشتر مربوط به تشخیص هویت فرد می گردد مانند مجرد یا متاهل بودن، نام، نام خانوادگی، سن و... در تعارض قوانین بیشتر بحث از اجرای حق یا اهلیت استیفا می باشد.

## قسمت دوم

---

قاعده اول: احوال شخصیه تابع قانون ملی یا قانون کشور متبوع شخص می باشد: (lex patriac) یا (loi national)

این قاعده در مقابل قاعده اجرای قانون اقامتگاه (lex domicil) قرار می گیرد که در حقوق آنگلوساکسون در مورد احوال شخصیه اجرا می شود.

قاعده قانون ملی یا متبوع، از نظر این که اصولاً قوانین شخصی جهت حمایت افراد و با توجه به اخلاق و آداب رسوم و عادات اجتماعی آنان وضع شده و نیز از جهت دوامی که نسبت به شخص دارد، به خصوص در کشورهای

مهاجر فرست ، دارای مزیت بیشتری است .

اما قانون اقامتگاه در مورد کشورهای مهاجر پذیر از نظر توسعه قلمرو اجرای قانون این کشورها و ارتباطی که هر فرد با کشور محل اقامت خود دارد دارای مزیت است . ( طرفداران قانون اقامتگاه ، معتقدند هر شخصی با کشوری که در آن اقامت دارد ، ارتباط بیشتری نسبت به کشور متبوع خود دارد . )

تذکرات :

۱- فقط شرایط ماهوی نکاح و طلاق تابع قانون دولت متبوع شخص است و شرایط صوری نکاح معمولاً تابع قانون محل تنظیم سند می باشد همچنان که تشریفات رسیدگی به دعوی طلاق باید تابع قانون آیین دادرسی مقر دادگاه ( کشور متبوع قاضی ) باشد .

بالتبع آثار ازدواج و طلاق ، تابع قانون دولت متبوع شخص است .

۲- در صورتی که تبعه خارجی دارای تابعیت مضاف باشد ، جهت اجرای قاعده قانون ملی در مورد احوال شخصیه ، ابتدا قاضی تابعیت مؤثر شخص را تعیین می نماید سپس به اجرای قانون متبوع مبادرت می نماید . رای دیوان بین المللی دادگستری در پرونده « نوته بام » صریحاً اعلام می دارد که : تابعیتی ملاک قرار می گیرد که تابعیت مؤثر باشد.

تعیین قلمرو وموضوعات مربوط به احوال شخصیه :

به موجب ماده ۶ قانون مدنی ایران « قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولواین که در خارج باشند مجری خواهد بود.»

به علاوه به موجب ماده ۷ قانون مدنی ایران ، «اتباع خارجی « مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قانون دولت متبوع خود خواهند بود . «

همانطوری که ملاحظه گردید ، ماده ۶ ق.م احوال شخصیه را به صورت تمثیلی شامل نکاح ، طلاق ، اهلیت و



ارث می داند .

در حالی که ماده ۷ قانون مدنی احوال شخصیه را از اهلیت و ارث توسط واو عطف جدا نموده است که شاید به نظر برسد که قانونگذار اهلیت و ارث را علی رغم این که در ماده قبل ( ماده ۶ ) در مورد اتباع ایرانی ، جزء احوال شخصیه دانسته ، در ماده بعدی (ماده ۷) در مورد اتباع خارجه ، جدا از احوال شخصیه محسوب نموده است که البته چنین مطلبی بعید است زیرا موضوعات داخل در یک قانون واحد ( قانون مدنی ایران ) نمی تواند متفاوت باشد .

اما در هر حال از جهت عدم تطابق موضوعات داخل در احوال شخصیه در ماده ۶ و ۷ ایراد وارد است ولی در قرار داد اقامت میان ایران و آلمان (۱۳۰۷) (۱۹۲۹) ، پس از ذکر این مطلب که « مسائل راجع به حقوق خانوادگی و وراثت و ترکه ، اتباع هریک از طرفین در خاک طرف متعاهد دیگر ، مطیع قوانین کشور متبوع خود می باشند احوال شخصیه را شامل :

ازدواج ، ترتیب اموال بین زوجین ، طلاق ، افتراق ، جهیزیه ، ابوت ، نسب ، قبول به فرزندى ، اهلیت حقوقی ، بلوغ ، ولایت و قیمومت ، حجر ، حق وراثت به موجب وصیت نامه یا بدون وصیت نامه ، تصیغه و تقسیم ماترک و یا اموال و به طور عموم کلیه مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوط به احوال شخصیه می داند. این تعریف جامع تر نسبت به احوال شخصیه می باشد .

و در عهد نامه دوجانبه ایران و سوئیس ( قرارداد ، اقامت ) (۱۹۳۴) ، پس از پذیرش قاعده کلی تبعیت حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی از قوانین متبوع شخص ، عیناً موارد فوق را جز مسایل مربوط به احوال شخصیه بر شمرده است .

و عهدنامه ایران و یونان ( عهدنامه مورث ، اقامت ، تجارت ) ( ۱۳۱۰ ) ، احوال شخصیه را شامل ابوت ، نسب ، قیمومت و تولیت دانسته است .

حدود صلاحیت قانون ملی شخص :

الف) هرگاه به دلیل دخالت نظم عمومی یا احاله یا هر دلیل دیگری، امکان اجرای قانون خارجی که طبق قاعده حل تعارض ایران صالح تشخیص داده شده نباشد. طبق ماده (۵) قانون مدنی ایران: « کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخلی و خارجی مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. » قانون مدنی ایران جایگزین قانون خارجی شده و به جای آن اجرا می شود. البته در این حالت، حقوقی که در زمینه احوال شخصیه در ایران پذیرفته شده و در قانون کشور متبوع خارجی شناخته نشده در مورد خارجی اجرا نمی گردد. به همین جهت ماده ۹۶۱ ق.م. ایران در بیان مواردی که بیگانگان از برخورداری از حقوق خصوصی در ایران محروم می باشند در بند ۲ موارد محرومیت را اعلام می دارد:

« در مورد حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجی آن را قبول نکرده باشد. »

بنابراین به عنوان مثال، هرگاه قانون متبوع بیگانه، حق طلاق را شناخته باشد شخص مزبور حق ندارد از محاکم ایران تقاضای طلاق کند.

ب) در خصوص عبارت « در حدود معاهدات » که در ماده ۷ ق.م ایران آمده لازم به تذکر است که حسب ماده ۹۷۴ ق.م:

« مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ تا حدی به موقع اجرا گذارده می شود که مخالف عهد بین المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف قوانین مخصوصه نباشد. »

« بنابراین علی رغم آنچه برخی نویسندگان اعلام نموده اند نیازی به عقد قرارداد با کشور خارجی نیست تا ماده ۷ اجرا گردد. بلکه کافی است قانون خارجی مخالفتی با مقررات عهدنامه ها و یا قوانین ایران نداشته باشد. البته این امر مانع از آن نیست که دولت ایران به عمل متقابل آن دولت توجه نماید. »

ج) در زمینه مسایل مربوط به ارث و وصیت ماده ۱۶۷ ق.م، حدود صلاحیت قانون ملی شخص را تعیین نموده است که بعدا در در مبحث اموال توضیح داده می شود.

استثنائات اعمال قانون کشور متبوع شخص:

قانونگذار ایران در مورد این قاعده دو استثنا پذیرفته است:

الف : اهلیت                      ب : ایرانیان غیر شیعه

الف) اهلیت (capacity):

صدر ماده ۹۶۲ ق.م در مورد تشخیص اهلیت قاعده کلی را مقرر می دارد :

« تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود ...»

اما پس از ذکر این جمله که همان قاعده کلی مندرج در ماده ۷۰۶ ق.م است قانونگذار جهت حفظ حقوق اتباع ایرانی و جلوگیری از بروز مشکلاتی که در عمل ممکن است از اعمال این قاعده ناشی شود در ادامه ماده ۹۶۲ اعلام می دارد :

« معذک اگر یک تبعه خارجی در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده یا اهلیت ناقصی داشته باشد ، آن شخص برای انجام عمل ، واجد اهلیت محسوب خواهد شد ، در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد . »

در خصوص سن رشد در ایران قانونگذار علی رغم حکم عام و کلی که در صدر ماده ۱۲۱۰ داده و بلوغ را به عنوان رشد اعلام نموده ، ( ۱۵ سال قمری برای پسران و ۹ سال قمری برای دختران ) در امور مالی چنین شخص بالغی را صغیر می داند و فقط در صورت اثبات رشد توسط دادگاه ، وی را مجاز به تصرف اموال خویش می داند .

ولی عملاً در اکثر امور اجتماعی و قوانین دیگر موجود در کشور ، سن ۱۸ سال ملاک واقعی و عملی می باشد . بنا بر آنچه در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ذکر شد ، هرگاه یک فرانسوی ۲۰ساله در ایران عمل حقوقی انجام دهد با توجه به این که طبق قانون فرانسه که سن رشد ۲۱ سالگی است و دارای اهلیت نمی باشد ، اما بنا بر ماده ۹۶۲ ق.م ایران چون از نظر قانون مدنی ایران دارای اهلیت است ، کافی است و معامله انجام شده صحیح خواهد بود .

علت قراردادن استثنای مذکور در ماده فوق ، جلوگیری از اعمال حیل و تقلب احتمالی است زیرا ممکن است شخص خارجی با علم به این که طبق قانون متبوع خود دارای اهلیت لازم برای انجام معامله نیست قراردادی با شخصی ایرانی منعقد نماید و سپس برای فرار از انجام تعهد به عدم اهلیت خود استناد نماید . لازم به تذکر است

استثنای مذکور در ماده ۹۶۲ ق.م فقط مربوط به بعضی معاملات انجام شده در ایران بوده و معاملات اموال غیر منقول واقع در خارج از ایران و مسایل خانوادگی از شمول این استثنا خارج و مشمول حکم مندرج در صدر ماده خواهند بود .

(ب) ایرانیان غیر شیعه :

استثنای دیگری که قانونگذار ایرانی نسبت به اجرای قانون ملی در مورد احوال شخصیه قایل شده ، جهت رعایت حال ایرانیانی بوده که مسلمان شیعه نیستند ولی مذهب یا دین آنان در ایران به رسمیت شناخته شده است .

ماده واحده « اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم » مصوب ۱۰ مرداد ۱۳۱۲ اعلام می دارد : « نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده است ، محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون ، راجع به انتظامات عمومی باشد به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱- در مسایل مربوط به نکاح و طلاق ، قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است .

۲- در مسایل مربوط به ارث و وصیت ، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی.

۳- در مسایل مربوط به فرزند خواندگی ، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است .

با توجه به این ماده واحده و اصل ۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ، مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی ، شافعی ، مالکی و زیدی دارای احترام و در انجام مراسم مذهبی ، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه ( ازدواج ، طلاق ، ارث و وصیت ) و دعاوی مربوط به آن در دادگاهها رسمیت دارند و در هرمنطقه که پیروان این مذهب اکثریت داشته باشند مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها ، بر طبق آن مذهب خواهد بود البته با حفظ حقوق سایر مذاهب ،

همچنین با توجه به اصل ۱۳ قانون اساسی ایران ، ایرانیان زرتشتی ، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت های دینی شناخته می شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آئین خود عمل می کنند .

تذکرات :

۱- اقلیت های دینی مذکور در اصل ۱۳ و اقلیت های مذهبی ذکر شده فقط در چهار مورد تصریح شده (ازدواج، طلاق، ارث، وصیت) تابع آئین دین و مذهب خود می باشند و از نظر اهلیت تابع قانون مدنی هستند.

۲- در ماده واحده ۱۳۱۲ ، فرزند خواندگی جزء موضوعات احوال شخصیه ذکر شده که در قانون مدنی و قانون اساسی ایران جزء احوال شخصیه محسوب نگردیده است زیرا در مذهب شیعه فرزند خواندگی پذیرفته نشده است .

۳- استثنای پذیرفته شده نسبت به اقلیت های مذهبی ، در خارج از ایران نیز قابل اعمال است بنابراین هرگاه در خارج از ایران در مورد احوال شخصیه فردی ایرانی غیر شیعه که دارای یکی از مذاهب پذیرفته شده در ایران است مساله ای مطرح شود در صورتی که:

کشور مزبور ، اجرای قانون متبوع را در خصوص احوال شخصیه پذیرفته باشد ، به جای قانون مدنی ایران باید مقررات مذهبی وی به مورد اجرا گذارده شود.

به عکس در مورد بیگانگان مقیم ایران ، اصولاً قانون کشور متبوع شخص بیگانه در مورد احوال شخصیه او اجرا می شود مگر این که دولت متبوع وی نیز مقررات خاصی نسبت به اقلیت های مذهبی پذیرفته شده در آن کشور در نظر گرفته باشد و در صورتی که مخالف نظم عمومی ایران نباشد مجاز به اجرای آن خواهیم بود .

۴- توجه شود که قانون ۱۳۱۲ حکمی خاص و استثنایی راجع به ایرانیان غیر شیعه می باشد و به بیگانگان غیر شیعه به هیچ وجه تسری نمی یابد.

قانون لازم الاجرا نسبت به روابط شخصی بین افراد از تابعیت های مختلف :

با اجرای قانون ملی در مورد احوال شخصیه این سوال مطرح می شود که در روابط خانوادگی که زن و شوهر والدین ، اولاد ، قیم و... که تابعیت یکسان ندارد ، چه قانونی لازم الاجرا خواهد بود ؟

ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران با توجه به این که طبق ماده ۱۰۵ ق.م ریاست خانواده با شوهر است ، می گوید :

« اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود.»

ماده ۹۶۴ ق.م ایران ، در روابط بین پدر و مادر و اولاد ، با توجه به ریاست پدر در خانواده مقرر می دارد :

« روابط ابوی و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است مگر این که نسبت طفل فقط به مادر مسلم باشد که در این صورت روابط بین طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود.»

ماده ۹۶۵ ق.م ایران ، جهت رعایت منافع مولی علیه و حمایت از او مسایل مربوط به ولایت قانونی و قیمومیت را بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه می داند و مقرر می دارد :

« ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود.»

تبصره:

اختلاف تابعیت زن و شوهر ، بعد از انعقاد عقد ازدواج تابع قانون دولت متبوع شوهر می باشد و طبق ماده ۹۶۳ ق.م قابل تسری به زمانی که هنوز عقد ازدواج واقع نگردیده نمی باشد . در هنگام ازدواج (یعنی قبل از عقد نکاح ) هر یک از زن و شوهر تابع قانون کشور متبوع خود می باشند . بنابراین :

۱- زن ایرانی در هنگام ازدواج با مرد خارجی ناگزیر از رعایت مواد ۱۰۵۹ و ۱۰۶۰ ق.م ایران است که جهت رعایت منافع اتباع ایرانی پیش بینی شده است .

۲- به موجب ماده ۱۰۵۹ ق.م : « نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.»

پیش بینی چنین موردی به علت ریاستی است که در فقه اسلامی در قانون مدنی برای شوهر قایل شده اند . و

در صورت ازدواج زن مسلمان با غیر مسلمان ممکن بود در اثر اطاعتی که معمولاً زن از مرد در امور خانوادگی می نماید تحت تعلیمات شوهر غیر مسلمان از دین خود خارج شود . لذا مطابق ق.م ایران چنین عقد نکاحی جایز نیست مگر در صورتی که مرد به دین مبین اسلام مشرف شود .

همچنین ماده ۱۰۶۰ ق.م اعلام می دارد :

« ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی در مواردی که مانع قانونی ندارد موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است . »

به نظر می رسد علت پیش بینی این ماده این است که در صورت ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی ممکن است تابعیت شوهر بر زن تحمیل شود و در نتیجه زن مطابق ماده ۹۸۷ ق.م تابعیت ایرانی خود را از دست بدهد . لذا دولت باید از طریق وزارت کشور بر چنین ازدواجی نظارتی داشته باشد .

اما در صورتی که این ماده از طرف زن ایرانی رعایت نگردد و اجازه لازم کسب نشود هیچگونه ضمانت اجرایی پیش بینی نشده و در عمل فقط دادگاههای ایران ممکن است دعوی مربوط به آثار چنین ازدواجی ( مثل دعوی نفقه ) را مسموع نداند .

۳- در مورد نکاح مرد ایرانی بازن خارجی ، منع قانونی به طور کلی وجود ندارد مگر این که در بعضی مشاغل قانونگذار منع خاصی را پیش بینی کرده باشد از جمله : ماده ۱۰۶۱ ق.م ایران مقرر می دارد :

« دولت می تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را بازنی که تبعه خارجی باشد موکول به اجازه مخصوص نماید . »

در این خصوص ماده واحده مصوب اول بهمن ۱۳۴۵ اعلام می دارد :

« از این تاریخ ازدواج کارمند وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه و یا کسانی که قبلاً بر اثر ازدواج به تابعیت ایران در آمده اند ممنوع است . کارمند متخلف ، صلاحیت ادامه خدمت در وزارت امور خارجه را نخواهند داشت ... » .

مسائل مربوط به محجورین مقیم خارج از ایران :

در مورد نصب قیم نسبت به ایرانیان مقیم خارج از کشور و دخالت در امور محجورین ، مواد ۱۲۲۸ و ۱۲۲۹ ق.م

این وظیفه را به عهده « مامورین کنسولی » گذارده و ماده ۱۲۲۹ مقرر می دارد :

وظایف و اختیاراتی که به موجب قوانین و نظامات مربوطه در مورد دخالت مدعیان عمومی در امور صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید مقرر است ، در خارج از ایران به عهده مامورین کنسولی خواهد بود .

همچنین ماده ۱۲۲۸ ق.م اعلام می دارد :

« در خارج ایران مامورین کنسولی ایران یا جانشین وی می تواند نسبت به ایرانیانی که باید مطابق ماده ۱۲۱۸ برای آنها قیم نصب شود و در حوزه مأموریت او ساکن یا مقیم هستند موقتاً نصب قیم کند و باید تا ۱۰ روز پس از نصب قیم ، مدارک عمل خود را به وسیله وزارت امور خارجه به وزارت دادگستری بفرستند . نصب قیم مزبور وقتی قطعی می گردد که دادگاه مدنی خاص تهران تصمیم کنسول یا جانشین او را تنفیذ کند.»

«البته در صورت عدم تنفیذ تصمیم مأمور کنسولی ، تعیین قیم با خود دادگاه نامبرده خواهد بود (ماده ۱۵۰ امور حسبی)

تذکرات :

۱- دو ماده ۱۲۲۸ و ۱۲۲۹ ق.م تا حدی قابل اجرا است که با عهود و قراردادهای منعقد شده بین دولت ایران و دولتی که مأمور کنسولی در آنجا مأموریت خود را اجرا می کند مخالفت نداشته باشد. (مستنبط از ماده ۱۲۳۰ ق.م)

۲- ایرانیان مقیم خارج از کشور می توانند جهت ثبت عقد نکاح و طلاق و صدور گواهی ولادت به کنسولگری های ایران مراجعه نمایند زیرا ماده ۱۰۰۱ ق.م وظایفی را که به موجب قوانین به عهده دوایر سجل احوال (ثبت احوال) مقرر است ، بر عهده مأمورین کنسولی ایران در خارجه گذارده است .

۳- ثبت ازدواج مجدد ، بدون اجازه دادگاه یا زن اول در خارج از کشور توسط مأمورین کنسولی جایز نیست . ( نظریه مشورتی وزارت دادگستری به شماره ۷/۲۵۳ مورخ ۲۳/۱/۱۳۶۳).



۴- ازدواج در خارج از ایران در صورتی سند معتبر معرفی می شود که: ازدواج هم از نظر ماهوی و هم شکلی صحیح صورت گرفته باشد.

از نظر ماهوی یعنی جنبه قانونی (مدنی) و شرعی رعایت شده باشد ( زن مسلمان با مرد مسلمان ازدواج نماید و اجازه دولت ایران و مانند آن ) از نظر شکلی ، یعنی نحوه تنظیم سند ( سند رسمی و...) رعایت گردد .

قاعده دوم : اموال تابع محل وقوع خود می باشند:

از موارد نادری که در تمام ادوار تاریخ نسبت به آن اتفاق نظر بوده است این است که اموال تابع محل وقوع خود می باشند . زیرا قوانین مربوط به اموال از نوع عینی بوده و و درون مرزی محسوب می شوند .

در ایران مواد ۸ و ۹۶۶ ق.م. قاعده کلی در این مورد بیان می نماید .

ماده ۹۶۶ ق.م اعلام می دارد : « تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول و غیر منقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می باشد ...»

منظور از «تصرف» در این ماده :

کلیه اعمال حقوقی و اعمال مادی است که مالک از بابت حق مالکیت خود می تواند روی ملک انجام دهد . در حقیقت مالک طبق قانون محل وقوع مال ، از طریق انجام معاملات می تواند مال خود را به دیگری منتقل نموده (عمل حقوقی یا تصرف معنوی ) یا به انجام تعمیرات و تغییرات ساختمان و غرس درخت (عمل یا تصرف مادی ) در ملک خود هرگونه تصرفی که مایل باشد بنماید .

منظور از «سایر حقوق» در این ماده :

هرگونه حقوق عینی دیگر غیر از حق مالکیت می باشد مثل حق ارتفاق ، حق انتفاع و غیره . این گونه ، حقوق چون مستقیماً بر مال اعمال می شوند ، به موجب ماده ۹۶۶ ق.م باید تابع محل وقوع مال باشند .

تعارض متحرک در اموال منقول :

ماده ۹۶۶ ق.م ایران پس از بیان قاعده کلی حاکمیت قانون محل وقوع مال ( اعم از منقول و غیر منقول ) بیان می دارد :

« ... معذالک حمل و نقل شدن شیئی منقول از مملکتی به مملکت دیگر نمی تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیئی نسبت به آن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد .»

این مطلب بیان می دارد : از آنجا که سهولت در حمل نقل اموال منقول ممکن است باعث از بین رفتن حقوقی شود که نسبت به مال منقول در محلی کسب شده است ، قانون ایران حقوق قبلاً کسب شده را محترم شمرده و مال منقول را تابع قانون محل وقوع اولی شیئی می داند. (یعنی قانونی که به موجب آن حقی نسبت به مال منقول اکتساب شده است .)

به عنوان مثال : هرگاه مال منقولی در کشور ایران مورد معامله واقع شود و قبل از تسلیم مبیع به مشتری، فروشنده آن را به کشور دیگری ( سوئیس) انتقال دهد، با این که طبق قانون سوئیس تازمانی که مبیع به قبض مشتری در نیامده است ، مالکیت وی نسبت به مبیع محرز نیست ، معهداً چون طبق قانون ایران (محل وقوع مال ) تسلیم مبیع منقول جزء شرایط تحقق بیع نیست و بیع در اثر ایجاب و قبول واقع شده تلقی می گردد ، بنابراین مشتری ، مالک مال مورد نظر است .

تذکر (۱) :

در خصوص مالکیت معنوی که اموال غیر مادی بوده ، محل وقوع واقعی ندارد ، قوانین کشورهای مختلف و قراردادهای بین المللی ، محل ثبت یا محل انتشار آن را به عنوان « محل وقوع اعتباری » این نوع مالکیت ها در نظر می گیرند .

همچنین در مورد « دیون » قانون محل اقامت مدیون قابل اجرا خواهد بود .

تذکر ۲:

حاکمیت قانون محل وقوع اموال ، بدون توجه به تابعیت طرفین قرارداد است و حتی اگر هر دو طرف قرارداد خارجی باشند قانون محل وقوع مال نسبت به مال مورد نظر ، حاکم خواهد بود .

این مطلب در ماده ۸ ق.م ایران ذکر شده است « اموال غیر منقول واقع در ایران که بوسیله اتباع خارج در ایران بر طبق عهود تملک کرده یا می کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود .»

همانطور که در توضیح ماده ۷ ق.م بیان گردید که احوال شخصیه اتباع خارجی در حدود معاهدات، تابع کشور متبوع شخص می باشد ولی عملاً دادگاههای ایران لزوم وجود معاهده را ضروری نمی دانند. اما لازم به تذکر است که : در مورد اموال وجود معاهده از ضروریات می باشد .

تذکر(۳):

به موجب قانون محل وقوع شیئی ، حق، ایجاد و آثار آن تعیین می گردد و نحوه سقوط حق نیز طبق همین قانون خواهد بود . همچنین نحوه تقسیم اموال به منقول و غیر منقول بر مبنای قانون محل وقوع شیئی صورت می گیرد .

دلایل صحت قاعده اموال تابع قانون محل وقوع خود :

۱- چون اموال غیر منقول، علی رغم مالکیت خصوصی دارنده ی آن ، جزئی از سرزمین کشوری که در آن واقع شده اند می باشند بنابراین از جهت رعایت حاکمیت ملی ، تنظیم معاملات ، رسیدگی به اختلاف ، تنها قانون کشوری که مال در قلمرو آن قرار گرفته ، قابل اعمال نسبت به اموال مزبور می باشد .

۲- احترام به حقوق مالکین خصوصی ایجاب می کند ، قانون محل وقوع مال اعمال گردد ، تا در صورت صدور حکمی نسبت به مال ، اجرای آن حکم قابلیت اجرا داشته باشد .

حدود صلاحیت قانون محل وقوع مال :

لازم به ذکر است که کلیه روابط حقوقی که موضوع آن مال است اجباراً تابع قانون محل وقوع شیئی نمی باشند . مثلاً در عقدی که موضوع آن مال است هرگاه لازم به تشخیص اهلیت معامله کننده باشد به محل وقوع مال

ارتباطی ندارد و طبق قاعده کلی ، اهلیت شخص باید طبق قانون ملی وی سنجیده شود . ( در واقع در این قبیل موارد باید توصیف حقوقی صورت گیرد )

از همین رو در زمینه مسایل مربوط به « ارث و وصیت » چون موضوع از طرفی به اموال و از طرف دیگر به احوال شخصیه ارتباط پیدا می کند ماده ۹۶۷ ق.م ایران در توضیح ماده ۷ ق.م اعلام می دارد :

« ترکه منقول و غیر منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوط به تعیین وراثت و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی می توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید ، تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود . »

منظور این است که خارج از امور ذکر شده که بستگی به وضعیت و احوال شخصیه وی دارد ، اموال متوفی تابع قاعده قانون محل وقوع مال می باشند . بنابراین سایر مسایل مربوط به ترکه متوفای خارجی که در ایران واقع است مثل مهر و موم و حفظ و نگهداری ترکه و صورت برداری و تحریر ترکه و غیره تابع قانون محل وقوع مال یعنی قانون ایران خواهد بود .

همچنین هرگاه در مورد مال غیر منقول واقع در یک کشور معامله ای در خارج از آن کشور صورت گیرد ، اسناد مربوط به این عمل حقوقی ، طبق قانون محل تنظیم آن اسناد باید تنظیم گردد و قانون محل وقوع مال در این خصوص نقشی ندارد .

اموالی که تابع قانون خاص می باشند :

برخی از اموال منقول مرتباً در حال تغییر محل می باشند لذا، تحت حکومت قانونی خاص قرار می گیرند این اموال عبارتند از :

۱- کشتی ها و هواپیماها

۲- محمولاتی که در حال ترانزیت می باشند :

الف ( کشتی ها و هواپیماها :

قانون صلاحیتدار برای کشتی ها و هواپیما ها ، قانون پرچم است . کشتی ها و هواپیما ها دارای پرچم کشوری

می باشند که در آن به ثبت رسیده اند.

(ب) معمولاتی که در حال ترانزیت می باشند :

این قبیل معمولات اموال منقولی می باشند که گرچه دارای شخصیتی نظیر کشتی ها و هواپیما ها نیستند ولی همانند آن ها از مبدأ تا مقصد از کشورهای مختلف عبور می کنند لذا اجرای قانون محل وقوع شیئی در مورد آنها مشکلاتی ایجاد می نماید ، بدین منظور معمولات در طول مدتی که در راه هستند تابع قانون کشور مقصد می باشند.

قاعده سوم: قراردادهای تابع قانون مورد ترازی طرفین است یا (قاعده حاکمیت اراده ) (loi d autonomie)

به دلیل توسعه صنعت و تجارت ، قراردادهای از اهمیت زیادی برخوردارند و جهت تسهیل کار قانونگذار باید از قراردادهای حمایت نماید . از این رو قراردادهایی که جنبه بین المللی دارند به موجب قاعده « حاکمیت اراده » که در اغلب کشورها پذیرفته شده است ، و براساس آن هرگاه طرفین قرارداد قانونی را در مورد قرار داد خود تعیین نمایند ، همان قانون لازم الاجرا خواهد بود . ( نظریه حاکمیت اراده شارل دو مولن ) .

در این فرض طرفین یا صریحاً قانون حاکم بر روابط خود را تنظیم می کنند یا به طور غیر مستقیم موضوع را به یک قرار داد نمونه یا شرایط عمومی پیمان ، که قانون حاکم بر قرارداد را معین می کند ارجاع می دهند .

قلمرو واصل حاکمیت اراده :

منظور از حاکمیت اراده این نیست که طرفین حق انتخاب هر قانونی ( حتی بی ربط با قرارداد ) را دارند بلکه باید بین قرارداد و قانون مورد نظر طرفین ارتباط لازم و منطقی وجود داشته باشد . که معمولاً قانون حاکم بر قراردادها ؛ قانون محل انعقاد قرارداد ، قانون محل اجرای قرارداد ، قانون کشور متبوع طرفین یا یکی از آنها و قانون محل اقامت طرفین یا یکی از آنها می باشد .

لذا بر فرض تنوع هر یک از موارد فوق ، طرفین حداکثر بین قوانین مزبور می توانند انتخاب کنند و هرگاه قانون کشور دیگری غیر از کشورهای فوق را انتخاب نمایند ، آن قانون به دلیل بی ارتباط بودن با قرارداد قابل اجرا نخواهد بود وقاضی از این بابت به قاعده « جلوگیری از تقلب » نسبت به قانون استناد می کند .

از طرف دیگر قوانین امری کشور محل ایجاد قرارداد ( مثل مقرات مربوط به اهلیت جهت انجام معامله ) ، باید

توسط طرفین اجرا گردد ، و طرفین نمی توانند به عنوان اصل آزادی اراده از قواعد آمره سرپیچی کنند.

رعایت نظم عمومی در قرار دادها تا حدی اهمیت دارد که حتی اگر قراردادی در کشور خارجی منعقد شده باشد ، در صورت مخالفت با نظم عمومی کشوری که باید در آن به مورد اجرا گذارده شود ، از اجرای آن قرارداد جلوگیری خواهد شد و قرار داد فاقد هر گونه اثری خواهد بود . در ایران به موجب ماده ۲۱۷ ق.م و ماده ۶ ق.آ.د.م این مطلب پیش بینی گردیده است .

کنسول سیوم اید کاس  
WWW.IRCAS.IR

## قسمت سوم

عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد:

نفوذ قاعده حاکمیت اراده تا جایی است که حتی اگر طرفین از این حق خود استفاده نکرده و قانون لازم الاجرا نسبت به قرارداد فی ما بین را به طور صریح یا ضمنی تعیین نکنند، قانونگذار یا قاضی سعی در یافتن اراده فرضی آنها بر صلاحیتدار بودن قانونی خاص می نماید. که معمولاً به اجرای قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد ختم می شود.

قاضی با در نظر گرفتن شاخص هایی مانند تابعیت، اقامتگاه که به شخص متعاقدین مربوط است و یا به زبان قرارداد (چه زبانی برای نوشتن قرارداد بکار رفته است) یا به شکل قرارداد (مثلاً به کار بردن قرارداد نمونه ی مؤسسه ای دولتی) کوشش می کند به اراده ضمنی طرفین دست یابد.

هرگاه قاضی به هیچ وجه اراده ضمنی طرفین را تشخیص ندهد، قانون محل انعقاد قرارداد را لازم الاجرا می داند (مثل فرانسه و ایران) و اگر احیاناً قانون محل وقوع عقد، آن عقد را مشروع نداند عقد نه تنها در آن کشور بلکه در کلیه کشورها باطل خواهد بود.

در بعضی کشورها مانند آلمان و انگلیس در صورت عدم تشخیص اراده ضمنی طرفین توسط قاضی، قانون محل اجرای قرارداد یا اجرای تعهد را لازم الاجرا می دانند. (به نظر این قبیل کشورها، محل انعقاد قرارداد می تواند جنبه اتفاقی داشته باشد و نمی توان همواره فرض کرد که این محل مورد توافق فرضی طرفین باشد در حالی که محل اجرای تعهد مسلماً مورد توافق طرفین بوده است. البته این ایراد وجود دارد که معمولاً محل اجرای تعهدات خریدار و فروشنده در یک کشور واحد قرار ندارد.)

قاعده حل تعارض ایران در مورد قراردادها:

ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران چنین مقرر می دارد:

« تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين ، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرارداده باشند .»

به نظر می رسد قانونگذار ایرانی در جمله صدر ماده از یک جهت به بیان قاعده کلی حل تعارض در زمینه قراردادها پرداخته و اعلام داشته است که :

هرگاه تعارضی از قرارداد ناشی شود ، باید « قانون محل انعقاد » بر تعهدات ناشی از آن عقد حاکم باشد . و قاعده کلی را بیان می کند که عقود منعقد در ایران تابع قوانین ایران می باشد. ولی در قسمت اخیر ماده (۹۶۸) استثنایی بر آن وارد می کند و بیان می دارد که :

مگر این که متعاقدين هر دو خارجی بوده و قرارداد خود را تابع قانون دیگر قرارداده باشند .

یعنی قانونگذار ایران ، حاکمیت اراده را در فرضی که طرفین قرارداد هر دو ایرانی ، یا یکی ایرانی و دیگری خارجی است نپذیرفته است . بنابراین مشخص است منظور قسمت اخیر ماده ۹۶۸ قراردادهای منعقد در ایران بوده و اتباع خارجی شامل اشخاص غیر ایرانی می شود و نباید آن رابه اتباع خارجی به موجب قانون کشور دیگری تعمیم داد.

لذا در صورتی که دو نفر ایرانی ، یا یک ایرانی و یک خارجی ، در خارج از ایران ، مبادرت به انعقاد قراردادی بنمایند با توجه به قاعده حل تعارض آن کشور خارجی می توانند قرارداد خود را تابع قانون آن کشور یا ایران به میل خود قرار دهند .

اجرای ماده ۹۶۸ ق.م درعمل این اشکال را دارد که ممکن است تقلبی نسبت به قانون صورت گیرد . زیرا از آن جا که نمی توان طرف خارجی را به قبول قانون ایران مجبور کرد ، کلیه مذاکرات و تهیه وسایل عقد قرارداد در ایران صورت می گیرد ، اما شخص خارجی امضای قرارداد را در کشور دیگری انجام می دهد تا تابع قانون آن کشور باشد . به علاوه درطول مدتی که طرف ایرانی بخواهد قرارداد را جهت امضای طرف خارجی به خارج بفرستد ، ممکن است طرف خارجی از امضای آن منصرف شود .

تذکر (۱) :

در مورد قراردادهای مکاتبه ای ،قاعده محل انعقاد قرارداد ، این مشکل را ایجاد می کند که قوانین کشورهای مختلف از نظر زمان انعقاد عقد متفاوت است .



در کشورهای حقوق مدون ، عقد پس از ایجاب در زمان اعلام قبولی منعقد می گردد در کشورهای کامن لا ، به محض پست کردن قبولی و در بعضی کشورها زمان رسیدن قبولی به محل اقامت ایجاب کننده را زمان انعقاد می دانند .

اما بهترین ضابطه به نظر می رسد ، انعقاد معامله از زمان تسلیم قبولی به پست باشد .

تذکر (۲):

در حقوق ایران سکوت خریدار در مقابل ایجاب فروشنده ، در حکم قبول محسوب نمی شود و قبولی باید اعلام گردد . ( مستنبط از مواد ۱۸۳ و ۱۹۱ و ۱۹۴ قانون مدنی ایران )

قاعده چهارم : شکل اسناد تابع قانون محل تنظیم سند است :

سند، یکی از ادله اثبات دعوی است و از نظر حقوقی به موجب ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی ایران:

« سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد. »

و ماده ۱۲۸۶ ق.م.سند را بر دو نوع می داند رسمی و عادی

در مورد تعارض قوانین در زمینه اسناد ، اصولاً دو قانون می تواند حاکم باشد :

الف) قانونی که بر مفاد سند حاکم است :

بر حسب این که سند مربوط به چه مطلبی باشد قانون حاکم بر آن موضوع خاص ، بر مفاد سند حاکم خواهد بود . مثلاً هرگاه مفاد سند راجع به قرارداد باشد ، قانون لازم الاجرا از نظر ماهیت مفاد سند ، همان قانون لازم الاجرا نسبت به قرارداد خواهد بود. ( حاکمیت اراده یا قانون محل انعقاد عقد )

بنابراین مفاد چنین سندی باید مطابق با قانونی باشد که مربوط به صحت معامله است. هرگاه مفاد سندی راجع به احوال شخصیه باشد ، قانون از نظر مفاد سند، قانون لازم الاجرا نسبت به احوال شخصیه خواهد بود. ( قانون دولت متبوع شخص )

( این مطلب که در خصوص مفاد سند است مورد بحث ما نیست )

( ب ) قانونی که بر شکل اسناد حاکم است :

این قانون که فرم و صورت ظاهری سند را تعیین می کند در این جا مورد بحث است . بر اساس قاعده مورد قبول کلیه کشورها ، شکل اسناد تابع قانون محل تنظیم سند است (locus regit actum) که ممکن است کاملاً به قانونی که فوقاً در خصوص مفاد سند است متفاوت باشد .

مثلاً این مطلب که آیا سند باید رسمی باشد یا عادی ، قید تاریخ در آن الزامی است یا خیر ، احتیاجی به الصاق تمبر دارد یا خیر و به طور کلی همه مسائل شکلی و ظاهری سند باید طبق قانون کشوری که سند در آن کشور تنظیم شده است ، باشد در غیر این صورت انجام بسیاری از معاملات بین المللی مقدور نمی باشد . ق.م ایران در م ۹۶۹ اعلام می دارد :

« اسناد از حیث طرز تنظیم سند تابع قانون محل تنظیم خود می باشند. »

در این مورد تفاوتی بین اسناد ناشی از ایقاعات مثل « وصیت نامه » و اسناد ناشی از عقود مثل « بیع » نمی باشد . همچنین بین اسناد مالی و غیر مالی ( مثل سند مربوط به ازدواج ) از نظر شکلی و تنظیم سند تفاوتی وجود ندارد و تابع قانون محل تنظیم خود می باشند .

همچنین ماده ۱۲۹۵ ق.م ایران مقرر می دارد :

« محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق

قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا می باشد مشروط بر این که :

۱- اسناد مزبور به علتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشند . ( معتبر بودن سند ) ثانیاً :

۲- مفاد آنها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد .

( یعنی نه تنها مخالف نظم عمومی کشور محل تنظیم نباشد بلکه با توجه به ماده ۹۷۵ ق.م ایران ، با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران نیز مخالفتی نداشته باشد ) .

۳- کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده به موجب قوانین خود یا عهود ، اسناد تنظیم شده در ایران را معتبر بشناسد . ( عمل متقابل )

۴- نماینده سیاسی و کنسولی ایران در کشوری که سند در آن جا تنظیم شده یا نماینده سیاسی و یا کنسولی کشور مزبور در ایران ، تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است . ( موافقت سند با قوانین محل تنظیم ) .

در ماده ۱۲۹۶ ق.م ، تصدیق امضای نماینده کشور خارجی در ایران را از طرف وزارت امور خارجه به شرایط چهارگانه بالا اضافه می کند .

لذا در صورتی که لازم شود سند تنظیم شده در خارج از ایران ، در محاکم ایران مورد استناد قرار گیرد ، باید به تأیید نماینده سیاسی یا کنسولی ایران در کشور مزبور رسیده باشد یا در ایران به تأیید نماینده سیاسی یا کنسولی کشور مزبور رسیده و سپس وزارت امور خارجه ایران امضای نماینده خارجی مذکور را تصدیق نماید تا اعتبار لازم را پیدا کند .

سند تنظیم شده در کشور خارجی که نزد دادگاهها و ادارات و مؤسسات دولتی ایران ارائه می شود پس از مسلم شدن رعایت شرایط فوق ، همان اعتباری را خواهد داشت که در کشور خارجی محل تنظیم سند به آن می دهند .

بنابراین در صورتی که سند به وسیله مأمورین رسمی آن کشور ، در حدود صلاحیت آن مأمور و طبق مقررات قانونی آن کشور تنظیم شده باشد ، رسمی است و مانند اسناد رسمی تنظیمی در ایران ، دعوای تکذیب و انکار و تردید نسبت به آن پذیرفته نمی شود و فقط امکان طرح دعوی «جعل» وجود دارد .

با توجه به آنچه ذکر شد در صورتی که سند از اسناد رسمی باشد و از اعتبار کافی بر خوردار باشد حتی در صورت لازم الاجرا بودن در کشور محل تنظیم از نظراجرای احکام خارجی در ایران ، حسب ماده ۹۷۲ ق.م لازم است علاوه بر رعایت مواد ۱۲۹۵ و ۱۲۹۶ ق.م امر به اجرای آن از محاکم ایران صادر شود .

ماده ۹۷۲ ق.م اعلام می دارد :

« ... اسناد رسمی لازم الاجرا تنظیم شده در خارجه را نمی توان در ایران اجرا نمود مگر این که مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها صادر شده باشد . »

حدود صلاحیت قانون محل تنظیم سند :

در خصوص جنبه الزامی یا اختیاری تبعیت از قاعده اجرای قانون کشور محل تنظیم سند از نظر شکلی ، در مورد چهار دسته اسناد زیر که سه مورد اول مربوط به سند رسمی و مورد چهارم مربوط به سند عادی است باید قائل به تفکیک شد :

الف) اسنادی که در خارجه به وسیله مأمورین رسمی ایران در حدود صلاحیت آنها و طبق مقررات مربوطه تنظیم می شوند :

این گونه اسناد بدون رعایت ماده ۹۷۲ و ۱۲۹۵ ق.م خود به خود دارای اعتبار کامل اسناد رسمی است ، یعنی امر به اجرای آن از محاکم ایران و همچنین شرایط ۴گانه اعتبار لازم نیست . ( مثل شناسنامه ، گذر نامه )

زیرا طبق م ۱۰۰۱ ق.م ایران :

« مأمورین کنسولی ایران در خارجه باید نسبت به ایرانیان مقیم حوزه مأموریت خود وظایفی را که به موجب قوانین و نظامات جاریه بر عهده دوایر سجل احوال مقرر است انجام دهند. »

مأمورین مزبور جهت تنظیم سند از نظر شکل ظاهر آن نیز ، باید قانون ایران را در نظر بگیرند .

بالعکس در مورد ماده ۹۷۰ ق.م که به اتباع خارجه اجازه داده است ، در ایران نزد کنسول دولت متبوع خود ، به عقد نکاح مبادرت نماید ، اجرای قانون ایران ( محل تنظیم سند ) جهت شکل اسناد مورد نخواهد داشت و قانون کشور متبوع طرفین باید مورد توجه قرار گیرد.

بنابراین هرگاه شخصی جهت تنظیم سند در خارج از کشور متبوع خود به مأمور کنسولی کشور متبوع خود ، که صلاحیت تنظیم و اسناد را در خارجه برای اتباع کشور خود دارد ، مراجعه نماید ، قانون کشور محل تنظیم سند به هیچ عنوان نباید اجرا شود.

مثلاً چنانکه شخصی ایرانی در کشور فرانسه به کنسولگری ایران در فرانسه مراجعه کند تا سندی را تنظیم کند اگر سند طبق قانون فرانسه تنظیم شود از نظر قانون فرانسه اعتبار سند رسمی را ندارد زیرا نزد مقام صلاحیتدار ( از نظر آن کشور ) تنظیم نشده ، و از نظر قانون ایران ، اعتبار اسناد رسمی را ندارد زیرا مطابق قانون ایران تنظیم نشده است .

(ب) اسنادی که در خارجه به وسیله اشخاصی غیر از مأمورین کشور ایران تنظیم می شوند :

هرگاه شخصی جهت تنظیم سند در خارج از مملکت خود به متصدی اسناد رسمی آن کشور مراجعه نماید ناگزیر از رعایت قاعده قانون کشور محل تنظیم سند است . وگرنه سند فاقد اعتبار رسمی خواهد بود .

(ج) احکام و اسناد رسمی لازم الاجرای تنظیم شده در خارج از کشور :

در مورد این دسته از اسناد همانطور که اشاره شد علاوه بر رعایت قاعده اجرای قانون کشور محل تنظیم سند و ماده ۱۲۹۵ ق.م جهت اجرای آن حسب ماده ۹۷۲ ق.م باید دستور اجرای آن ، از محاکم ایران صادر شود .

(د) اسناد عادی تنظیم شده در خارج از کشور:

هرگاه شخصی جهت تنظیم سند در خارج از مملکت خود ، بدون مراجعه به مقامی خاص ، سند عادی تنظیم نماید ، رعایت قاعده اجرای قانون کشور محل تنظیم سند اختیاری خواهد بود .

مثلاً در صورتی که شخصی فرانسوی بخواهد در ایران وصیت نامه ای خود نوشت ( سند عادی ) تنظیم کند ، می تواند این سند را مطابق قانون ایران یا مطابق قانون فرانسه تنظیم نماید . در هر دو حالت در ایران و فرانسه سند به عنوان سند عادی معتبر خواهد بود .

تذکر :

نظر به این که اجرای قانون کشور متبوع شخص در مورد نکاح و وصیت فقط نسبت به اصل نکاح و وصیت است نه نسبت به سندی که حکایت از وقوع نکاح یا وصیت نامه می نماید ، لذا هرگاه قانون کشور متبوع شخصی او را از تنظیم سند به نحو خاصی ( مثلاً به صورت عادی ) ممنوع کرده باشد اما قانون محل تنظیم سند ، سند عادی را در این خصوص بپذیرد این سند در داخل کشور محل تنظیم سند ، معتبر است حتی اگر قانون متبوع زوجین یا موصی آن را معتبر نداند

قاعده پنجم : جرائم تابع محل وقوع خود می باشند : (loi local)

در کلیه کشورها قوانین جزایی تابع اصل سرزمینی بودن قوانین جزایی می باشند و استثنای نسبت به این اصل فقط در مورد مقامات دولتی و اشخاصی که به علت مقام و وظیفه ای از مصونیت جزایی برخوردارند می باشد .

ماده ۱۹۹ ق.آیین دادرسی کیفری ایران مقرر می دارد :

هرگاه کسی مرتکب جرمی شود در محکمه ای رسیدگی می شود که جرم در حوزه آن وقوع یافته است .»

قاعده ششم: آیین دادرسی تابع قانون مقر دادگاه می باشد : (loi dufor)

پنج قاعده بالا جملگی از قوانین ماهوی می باشند ولی قاعده ششم دارای جنبه شکلی است . ماده ۹۷۱ ق.م.

ایران در این مورد اعلام می دارد که:

« دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می شود و...»

قلمروتعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی :

اکنون باید بدانیم که از بین قوانین یک کشور واحد، چه نوع قوانینی ممکن است در قلمرو تعارض قوانین داخل شوند؟

همانطور که قبلاً در مطالعه مکتبهای حقوق بین الملل خصوصی به طور مختصر اشاره شد:

فقط در قلمروی حقوق خصوصی است که امکان اجرای قانون خارجی وجود دارد.

بنابراین قوانین مربوط به حقوق عمومی و حقوق جزا ، درون مرزی بوده و تنها در داخل کشوری که بوجود آمده اند ، قابل اجرا می باشند.

بعلاوه در داخل مرزیک کشور در اجرای قوانین حقوق عمومی و حقوق جزا، تفاوتی بین اتباع داخلی و خارجی نمی باشد.

به همین جهت اگر در امور جزائی ، قاضی متوجه شود که موضوعی که به او رجوع شده داخل قلمرو قانون کشور و نیست وظیفه او نخواهد بود که تعیین کند چه قانونی در این مورد صلاحیتدار است و کافی است فقط قانون کشور خود را ناصالح اعلام دارد.

در حالی که در امور مربوط به حقوق خصوصی ، هرگاه قاضی تشخیص دهد که فردی به علت اینکه خارجی است ، مثلاً از نظر احوال شخصیه ، تابع قانون کشور قاضی نمی باشد، قاضی وظیفه دارد قانون صلاحیتدار خارجی را که باید در این مورد اجرا شود تعیین نماید.

بنابراین ، بطور کلی ، حقوق جزای بین المللی و حقوق اداری بین المللی خارج از قلمروتعارض قوانین بین الملل خصوصی می باشند.

از طرف دیگر، آیین دادرسی و قوانین تجاری نیز همواره ، فقط در داخل کشور اجرامی شوند و وارد در قلمرو تعارض قوانین نمی شوند. زیرا اینگونه قوانین نیز به حقوق عمومی مربوط می شوند.

بخش دوم :

ارتباط بین قواعد حل تعارض

در این بخش به ۳ مساله می پردازیم :

اول : توصیف: (the qualification)

دوم : تعارض بین قواعد حل تعارض: (conflict Among The conflict rules)

سوم : اعتبار بین المللی حقوق مکتسبه :

( Respect To Acquired Rights )

اول: توصیف

( اولین بار شارل دومولن توصیف را مطرح کرد.)

تعریف : جهت حل تعارض قوانین باید ابتدا رابطه حقوقی مورد تعارض را توصیف نماییم . یعنی تشخیص دهیم که این رابطه حقوقی جزء کدام دسته از قواعد حقوقی می باشد.

به عبارت دیگر باید بدانیم که بعنوان مثال ارثیه غیر منقول جزء کدام رژیم قرار میگیرد.

آیا جزء رژیم مربوط به اموال است؟ و در این صورت باید آن را تابع قانون محل وقوع مال بدانیم یا آیا جز مسائل مربوط به ارث و احوال شخصیه است؟ در این صورت باید آن را تابع قانون دولت متبوع بدانیم و یا .....

مساله توصیف ، از اساسی ترین مطلب برای حل تعارض است ، زیرا بر حسب اینکه یک رابطه حقوقی را چگونه توصیف نماییم ، قانونی که در مورد آن اجرا خواهد شد متفاوت خواهد بود.



با اینکه قواعدی که قانونگذار هر کشور به تدریج از قرن ۱۹ به بعد، برای حل تعارض قوانین پیش بینی نموده ، با قواعد دیگر کشورها متفاوت است ولی پایه و اساس تقسیم بندی آنها تقریباً مشترک است .

بدین ترتیب که هر کشوری برای تعیین قواعد حل تعارض ، تقسیماتی در مورد روابط حقوقی قایل شده اند که به نام ((دسته های ارتباط)) نامیده می شوندمانند:

احوال شخصیه ، اموال، قراردادهای و شکل اسناد.

سپس برای هر دسته ارتباط با توجه به عنصر اساسی تشکیل دهنده آن ، قانونی را صلاحیت دار تشخیص داده اند.

بعنوان مثال :

احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع شخص ( عنصر اساسی تشکیل دهنده آن = تابعیت )

یا اموال تابع محل وقوع مال

اما کلیه مسائلی که نزد قاضی مطرح میگردد، به این صراحت و سادگی قابلیت قرار گرفتن در یکی از دسته های ارتباط فوق را ندارند. مثلاً: ار آنجا که موضوع ارث ، از یک طرف به شخص ارتباط دارد و از طرف دیگر به مال، این سوال مطرح می شود که آیا تقسیم ترکه ، جزء مسائل مربوط به احوال شخصیه است یا مال؟

همچنین در مورد ازدواجی که صحیح است یا باطل ، باید تشخیص داد آیا موضوع مربوط به اهلیت شخص و در نتیجه احوال شخصیه است ، یا مربوط به شرایط شکلی ازدواج و در نتیجه تابع قانون محل تنظیم سند است.

بنابراین:

((قراردادن یک رابطه حقوقی را در یکی از دسته های ارتباط ، توصیف می نامند. یعنی :

توصیف عبارت است از تعیین ماهیت حقوقی مسائل مورد بحث در حقوق بین الملل خصوصی .))

مراحل مختلف ، هنگامی که مساله ای مربوط به حقوق بین الملل خصوصی نزد قاضی مطرح میگردد:

۱- قاضی باید تشخیص دهد که این امر جزء کدامیک از دسته های ارتباط یا تقسیمات حقوقی میباشد. (اشخاص، اموال، قراردادهای غیره)

۲- قاضی باید تعریف هر یک از تقسیمات حقوقی فوق الذکر از نظر قانون آن کشور را نیز در نظر بگیرد. مثلاً احوال شخصی شامل چه اموری است و چه مسائلی داخل در تعریف احوال شخصی می شوند.

به طور مثال: آیا ((تقسیم ترکه)) جزء موضوعات مربوط به احوال شخصی قرار میگیرد. ( یعنی مربوط به ارث و در نتیجه احوال شخصی است. ) یا جزء موضوع اموال است .

۳- سپس قاضی باید ، قاعده حل تعارض مربوط به موضوع را پیدا کند.

مثلاً در مثال بالا، اگر ((تقسیم ترکه)) مربوط به موضوع ارث تشخیص داده شده باشد ، و در نتیجه جزء احوال شخصی محسوب گردد ، قاعده حل تعارض ((قانون دولت متبوع شخص)) خواهد بود و اگر ((تقسیم ترکه)) جزء موضوع اموال قرار گیرد در این صورت قاعده حل تعارض قانون محل وقوع مال خواهد بود.

۴- در نهایت قاضی باید تشخیص دهد، قانون لازم الاجرا در این مورد کدام است .

مثال : در سال ۱۹۵۵ در دادگاه فرانسه مساله ای توسط زوجین اهل یونان مطرح شده که می بایست توصیف می شد که : آیا انجام مراسم مذهبی ازدواج جزء شرایط شکلی ازدواج است یا جزء شرایط ماهوی ازدواج محسوب میشود؟

به موجب هردو قانون یعنی قانون فرانسه ( محل انعقاد نکاح) و قانون یونان ( کشور متبوع زوجین)، شرایط ماهوی ازدواج ، تابع قانون متبوع شخص ، و شرایط شکلی ، تابع قانون محل تنظیم سند می باشد.

اما تعارض در این بود که ، قانون یونان ، انجام مراسم مذهبی را یک شرط ماهوی ازدواج و لازم الاجرا نسبت به تمام یونانیان می دانست در حالیکه قانون فرانسه ، انجام مراسم مذهبی ازدواج را یک شرط شکلی و تابع قانون

محل تنظیم می دانست.

سرانجام دادگاه فرانسه تشریفات مذهبی ازدواج راجزء شرایط شکلی ازدواج وتابع محل تنظیم سند محسوب کردوبا معتبرشناختن ازدواج انجام شده درفرانسه ، بدون برگزاری مراسم مذهبی ، مبادرت به صدوررای نمود.

لازم به ذکر است که اکثرعلمای فرانسه وآلمان وهمچنین ((بارتن )) Bartin متفقا نظرداده اندکه قاضی درخصوص توصیف باید قانون کشورمتبوع قاضی ((مقردادگاه)) که دعوی نزداوطرح شده راصالح بدانند.

راه حل پیشنهادی برای حل مساله توصیف :

تاکنون از طرف علمای مختلف ۳ راه حل پیشنهاد شده است :

۱- توصیف به موجب قانون مقردادگاه :

این همان طریقی است که فوقا به آن اشاره نمودیم وتوسط دانشمند فرانسوی ((بارتن)) پیشنهادشده است. یعنی رابطه حقوقی باید طبق مفاهیم وقواعدکشورمتبوع قاضی توصیف شود. زیرا:

اجازه اجرای قانون خارجی ، حاکمیت کشورمقردادگاه رامحدود می کند. پس باید طبق قانون مقردادگاه انجام شود.

بطورمثال : اگرموضوعی راجع به احوال شخصیه نزدادگاههای ایران مطرح شده باشد، باتوجه به این که به موجب قواعدحل تعارض کشورایران ( کشورمقردادگاه) احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع شخص است ، طبق قوانین ایران باید تعریف کنیم که احوال شخصیه شامل چه اموری می شود.((ازدواج ، طلاق ، ارث ، وصیت واهلیت )

ایراد به این نظریه :

۱- راه حل فوق باعث تغییر شکل تاسیسات حقوقی می شود، زیرا صحیح نیست درمساله ای که یک قانون خارجی باید اجراشود، تعریف مفاهیم مربوط به اجرای این قانون خارجی را طبق مقررات کشورمقر دادگاه انجام دهیم .

۲- تعارض قوانین ، تعارض حاکمیتها نیست ، و اجرای قانون خارجی محدودیتی درحاکمیت کشورمقر دادگاه محسوب نمی شود بلکه منظور از صلاحیتدارتشخیص دادن قانون خارجی ، بهترتنظیم کردن روابط خصوصی درسطح بین المللی وتعیین قانون مناسب می باشد.

۲-توصیف به موجب قانون سبب :

دراین راه حل ، رابطه حقوقی باید طبق مفاهیم وقواعدکشوری که قانون آن برای موضوع دعوی صلاحیتدارتشخیص داده شده ، توصیف شود.

به عبارت دیگر دراین راه حل ، توصیف به موجب قانونی که حاکم برموضوعی است که به سبب آن مساله مطرح می شودانجام می پذیرد.

مثلا : باتوجه به اینکه قاعده حل تعارض ایران ( مقر دادگاه ) حقوق ارثیه راتابع قانون دولت متبوع شخص می داند، قانون دولت متبوع شخص باید مشخص کند چه مسائلی داخل درارث است.

این راه حل منتهی به یک قیاس دوری وسفسطه می گردد ونوعی مصادره به مطلوب است .

زیراتوصیف باید مقدم برتعیین قانون لازم الاجرا باشد، پس اگر به قانون خارجی برای توصیف متوسل شدیم یعنی قبلا قانونی خارجی را اجرا کردیم ، پس دیگر توصیفی وجودنداردومغایر با ماهیت توصیف است .

بنابراین راه حل دوم ( توصیف طبق قانون سبب ) رد می گردد.

توصیف بین المللی :

۳-

در این راه حل رابطه حقوقی باید به مفاهیم و مقتضیات بین المللی توصیف شود.

از طرفداران این نظریه (( رابل آلمانی ( Rabel ) است .

مثلا: قانون فرانسه قبل از ۱۹۵۵ حقی برای اطفال نامشروع جهت مطالبه نفقه از پدر احتمالی خود شناخته بود. در حالیکه قانون بعضی از کشورها مثل آلمان چنین حقی را برای اطفال نامشروع شناخته بود. رویه قضائی فرانسه برای حل مشکل بعضی اطفال آلمانی که علیه فرانسویان با استناد به این حق اقامه دعوی می کردند قائل به دسته ارتباط خاصی بنام (( نسب اتفاقی )) شد که به هیچ عنوان در قوانین داخلی فرانسه وجود نداشت.

در حال حاضر نیز که این حق به اطفال نامشروع در فرانسه داده شده است ، اطفالی که از زنا با محارم بوجود آمده باشند، نمی توانند از این حق در حقوق داخلی فرانسه استفاده کنند. در حالیکه در سطح بین المللی ، باتاسیس دسته ارتباط (( نسب اتفاقی )) ، حق مطالبه نفقه نسبت به کلیه اطفال طبیعی (نامشروع) شناخته شده است .

در واقع باید کوشش نمود کلیه دولت‌ها بتوانند مفاهیم و توصیف های بین المللی واحدی بوجود آورند در این صورت دیگر لزومی ندارد که هر کشوری قواعد حل تعارض خاص خود وضع کند . ولی متاسفانه هنوز وحدت بین المللی بین قواعد حل تعارض ایجاد نشده است .

بنابراین این راه حل هم قابل اجراییست .

قاعده اصلی توصیف :

اصل بر این است که توصیف به موجب قانون مقر دادگاه بعمل آید. بنابراین قاضی برای حل هر گونه تعارضی ابتدا به قواعد حل تعارض خود مراجعه می کند، توصیف آن را مطابق مفاهیم حقوقی کشور خود انجام می دهد و سپس به قانون لازم الاجرا که به این صورت تعیین می شود و ممکن است یک قانون خارجی باشد ، مراجعه می کند.

توصیف فرعی :

هرگاه پس از توصیف و تعیین قانون صلاحیتدار، در زمان اجرای قانون لازم الاجرای خارجی ، توصیف جدیدی برای رابطه حقوقی مورد دعوی لازم باشد ، در این حالت باید این توصیف جدید، مطابق قانون سبب انجام گیرد. ( قانونی که نسبت به موضوع لازم الاجراست ) بدین ترتیب ایراد مربوط به تغییر شکل تاسیسات خارجی ، که برخی نسبت به توصیف طبق قانون مقر دادگاه وارد می نمودند، رفع می شود این توصیف را توصیف فرعی گویند .

درحقیقت، مراجعه به قانون مقر دادگاه ، فقط تاحدی تجویز می شود که برای تشخیص قانون لازم الاجرا ضرورت دارد .

فرض کنید سندی که در ترکیه تنظیم شده است برای اثبات دعوی به دادگاه ایران ارائه شود ، قانون لازم الاجرا نسبت به شکل اسناد ، طبق قاعده حل تعارض ایرانی ، ( قانون مقر دادگاه ) ، قانون محل تنظیم سند است . پس توصیف اصلی طبق قانون مقر دادگاه یعنی ایران صورت می گیرد ولی قاضی برای تشخیص صحت سند باید به قانون ترکیه ( قانون محل تنظیم سند ) مراجعه نماید .

در این مرحله که قانون خارجی صلاحیتدار تعیین شده در صورتی که قاضی بخواهد رسمی بودن یا عادی بودن سند را مشخص نماید ، این مطلب نیز باید طبق قانون ترکیه ( که لازم الاجرا تشخیص داده شده است ) تعیین گردد . (توصیف فرعی)

بنابراین : توصیف اصلی که قبل از تعیین قانون لازم الاجرا مطرح می گردد ، طبق قانون مقر دادگاه انجام می شود .

ولی توصیف فرعی که بعد از تعیین قانون لازم الاجرا مطرح می شود طبق قانون سبب انجام می گیرد ( قانونی که نسبت به موضوع لازم الاجراست ) .

تذکر :

علاوه بر اجرای توصیف فرعی ( اجرای استثنایی قانون سبب ) ، در بعضی موارد نیز باتوجه به مقتضیات بین

المللی از توصیف بین المللی می توان استفاده نمود .

کنسرسیوم اپد کاس  
WWW.IRCAS.IR