



# مدرسان شریف

## فصل اول

### «کلیات حقوق بین الملل خصوصی»

#### درسنامه: اهمیت حقوق بین الملل خصوصی



#### تعریف حقوق بین الملل خصوصی

حقوق بین الملل خصوصی به بررسی روابط خصوصی افراد در سطح بین الملل می پردازد. به عبارت دیگر حقوق بین الملل خصوصی به مطالعه‌ی قاعده‌های حقوقی الزام آور حاکم بر روابط افراد و اشخاص حقوق خصوصی می پردازد. برای مثال اگر یک مرد انگلیسی با یک زن ایرانی در انگلیس ازدواج کند کدام قانون حاکم بر نکاح خواهد بود. قانون ایران یا انگلیس. در اینجا ما با یک رابطه خصوصی یعنی ازدواج در سطح بین المللی مواجه هستیم و هدف، تعیین قانون حاکم بر آن خواهد بود. قاعده‌های حقوق بین الملل خصوصی ضمن آن که دارای رنگ قاعده‌های حقوق داخلی می باشند، به این معنی که تصویب آن‌ها در هر کشور از سوی همان مراجعی صورت می گیرد که قوانین داخلی را به تصویب می رسانند، دارای خصلت و اهداف بین المللی هستند. کلمه عمومی (public) در ۱۸۰۲ در ترجمه فرانسوی کتاب بنتام به عبارت حقوق بین الملل اضافه گردید. کمی بعد در ۱۸۴۳ عبارت «حقوق بین الملل خصوصی» توسط فولیکس مؤلف «مفصل حقوق بین الملل خصوصی» وارد ادبیات حقوقی شد. تفکیک بین حقوق بین الملل عمومی و خصوصی که به صورت یک تفکیک کلاسیک درآمده از این تاریخ یعنی در ۱۸۴۳ بوجود آمد. به نظر اکثر علمای حقوق این تفکیک مبتنی بر اختلافی است که بین موضوع دو رشته حقوقی وجود دارد.

(سراسری ۸۸)

که مثال ۱: حقوق بین الملل خصوصی.....

۱) شعبه‌ای از حقوق عمومی داخلی است.

۲) شعبه‌ای از حقوق خصوصی داخلی است.

۳) سبب بهتر فهمیدن حقوق داخلی می شود.

۴) سبب بهتر فهمیدن حقوق بین الملل عمومی می شود.

پاسخ: گزینه «۳» حقوق بین الملل خصوصی ما را به تعمق بیشتری در مورد تأسیسات حقوق داخلی و می دارد. در حقوق داخلی ممکن است راجع به یک تأسیس حقوقی نظر قطعی و جزمی اتخاذ نشده باشد. مثلاً تقصیر مدنی در ایران که تردید شده است که منظور تقصیر قراردادی است یا تقصیر جرمی. اما در حقوق بین الملل خصوصی تردید به هیچ وجه جایز نیست و ناگزیر باید تصمیم قطعی گرفته شود زیرا بر حسب این که تقصیر قراردادی باشد یا جرمی باشد قانونی که صلاحیت حکومت بر آن را دارد متفاوت است.

#### جایگاه حقوق بین الملل خصوصی

#### الف) تفاوت حقوق بین الملل خصوصی با حقوق بین الملل عمومی

حقوق بین الملل عمومی حاکم بر روابط بین دولتهاست، حقوق بین الملل خصوصی تنظیم کننده روابط بین افراد و شخصیت‌های حقوقی خصوصی است. در حالی که قواعد حقوق بین الملل عمومی دارای مشخصه عمومی است، قواعد حقوق بین الملل خصوصی دارای خصیصه خصوصی است که این خصیصه متضمن یک عنصر خارجی است که این عنصر خارجی یا ناشی از تابعیت متفاوتی است که بین طرفین این روابط است یا ناشی از محل و نوع مسئله است که خارج از قلمرو ملی این افراد می باشد. از دیگر تفاوت‌های حقوق بین الملل عمومی با حقوق بین الملل خصوصی می توان به تفاوت از حیث وحدت یا کثرت و درجه شمول اشاره کرد. بدین توضیح که حقوق بین الملل عمومی به لحاظ آنکه نسبت به عموم دولتها شمول دارد نظر غالب بر آن است که در جامعه بین المللی، حقوق بین الملل عمومی حاکم یکی بیش نیست اما حقوق بین الملل خصوصی چون ناظر بر روابط افراد یا اشخاص حقوق خصوصی در جامعه بین المللی است و هر دولت این اختیار را دارد قاعده‌های آن را بطور جداگانه در قلمرو خود تنظیم کند، می تواند متعدد و به تعداد کشورها باشد. تفاوت دیگر از حیث اشخاص دارنده حق است. اشخاص دارنده حق در حقوق بین الملل عمومی در اصل دولتها می باشند و در کنار آن‌ها سازمان‌های بین المللی مانند سازمان ملل متحد و موسسات وابسته به آن و نیز جامعه‌هایی که تابع دولتی معین نمی باشند مانند جامعه واتیکان نیز از اشخاص حقوق بین الملل عمومی شناخته می شوند اما در حقوق بین الملل خصوصی، برعکس اشخاص دارنده حق را افراد و اشخاص حقوق خصوصی تشکیل می دهند.



تفاوت دیگر از حیث مرجع صالح برای رسیدگی است. برای حل اختلاف‌های مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی مراجع قضایی بین‌المللی مانند دیوان بین‌المللی دادگستری دارای صلاحیت‌اند و برای حل اختلاف‌های مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی، بر حسب صلاحیت‌های پیش‌بینی شده در قوانین هر کشور، مراجع قضایی داخلی صالح می‌باشند.

تفاوت دیگر حقوق بین‌الملل عمومی با حقوق بین‌الملل خصوصی از حیث ضمانت اجرا می‌باشد. ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل عمومی غیر مستقیم و ناکامل و ناقص می‌باشد و مانند تحریم روابط اقتصادی با دولت نقض‌کننده می‌باشد و حال آنکه ضامن اجرای قاعده‌های حقوق بین‌الملل خصوصی دادگاه‌های داخلی و ضامن اجرای احکام آن دادگاه‌ها دولت‌ها می‌باشند، بنابراین قاعده‌های حقوق بین‌الملل خصوصی از ضمانت اجرای کافی برخوردارند. کار عمده و اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین مقرراتی است که در صورت بروز تعارض میان قوانین چند کشور قابل اجرا باشد. در قضایای حقوق بین‌الملل خصوصی، مطرح بودن نفع خصوصی و اقتضای عدالت امکان اجرای قانون بیگانه را تحت شرایط معین برای دادگاه فراهم ساخته ولی در حقوق عمومی به لحاظ پیوند کلی قضایای آن با مسئله نظم عمومی داخلی توسل به این شیوه جاز شناخته نشده است.

با این حال این مسئله را نباید فراموش کرد که گاهی اوقات این تقسیم‌بندی به لحاظ پیدایش عامل شکلی دچار اشکال شده است و آن هم وجود روابط قراردادی و غیره میان اشخاص خصوصی و دولت‌های خارجی بوده است و از این راه وارد حقوق بین‌الملل عمومی شده‌اند و گاهی مشاهده می‌شود مسائلی که در محدوده حقوق بین‌الملل خصوصی است از طریق کنوانسیون (که یکی از منابع حقوق بین‌الملل عمومی است) حل و فصل می‌گردد. در این حالت شاهد دخالت حقوق بین‌الملل عمومی در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی هستیم.

برای مثال می‌توان از قرارداد منعقد شده بین فرانسه و الجزایر در مورد حل و فصل مسائل کودکانی که از مادر فرانسوی و پدر الجزایری هستند که یک مسئله حقوق بین‌الملل خصوصی است نام برد. از بین حقوقدانان دوری سومیر عقیده دارد که این رشته از حقوق شعبه‌ای از حقوق داخلی است و نی‌بویاه معتقد است که حقوق بین‌الملل خصوصی به هیچ وجه جنبه بین‌المللی ندارد.

#### کج مثال ۲: کار عمده اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی چیست؟

(۲) تنظیم روابط میان دولت‌ها

(۱) حل و فصل مسائل از طریق کنوانسیون‌ها

(۴) انعقاد معاهدات بین‌المللی

(۳) تعیین مقررات به منظور حل تعارض میان قوانین چند کشور

پاسخ: گزینه «۳» کار عمده و اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین مقرراتی است که در صورت بروز تعارض میان قوانین چند کشور قابل اجرا باشد. امروزه خصیصه خصوصی بودن با دخالت دولت‌ها در روابط افراد و همچنین با مصلحت‌اندیشی سیاسی و اجتماعی دولت‌ها در تعیین قواعد و احکام رو به ضعف نهاده است.

#### ب) تفاوت حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق داخلی

بنابر نظر دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی بخشی از حقوق داخلی هستند به استثنا فرضی که در آن این قواعد بوسیله کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا عرف‌ها بوجود آمده باشد در این صورت آن‌ها دارای مشخصه واقعی حقوق بین‌الملل هستند که روابط بین افراد را تنظیم می‌نمایند. با این وصف چند تفاوت میان حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق داخلی دیده می‌شود که آن‌ها را از یکدیگر متمایز می‌سازد. اولین تفاوت در هدف‌هاست. در تنظیم قاعده‌های حقوق داخلی مقتضیات نظم داخلی در نظر گرفته می‌شود ولی در تنظیم قاعده‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، افزون بر آن، مقتضیات روابط بین‌المللی و اینکه دارنده حق در آن‌ها می‌توانند اتباع بیگانه باشند در نظر گرفته می‌شود.

دومین تفاوت در شیوه بیان حکم در قانون می‌باشد. بدلیل اینکه در وضع قوانین حقوق داخلی، هدف حل مسائل روابط داخلی جامعه می‌باشد، احکام در آن‌ها تنها به نظام حقوقی همان جامعه مربوط می‌گردد اما چون در وضع قوانین حقوق بین‌الملل خصوصی احتمال ربط مسائل آن به حقوق جامعه‌های دیگر وجود دارد به صورت قاعده تعارض قوانین مطرح می‌شود یعنی تنها قانون صلاحیت‌دار حاکم بر مسئله مشخص می‌شود و مسئله ممکن است به قانون چند کشور مرتبط باشد. تفاوت سوم به علت وجود عنصر خارجی است. عنصر خارجی خود دارای انواعی است مانند تابعیت خارجی یکی از اصحاب دعوی یا قرارداد داشتن اقامتگاه یکی از آنان در خارج از کشور مقر دادگاه (یا محل وقوع مال یا محل وقوع جرم).

تفاوت بعدی از حیث قابلیت طرح دعاوی تابع حقوق بین‌الملل خصوصی در دادگاه‌های بیگانه است. اگر طرح دعاوی تابع حقوق داخلی، یعنی دعاوی که همگی عناصر و اجزای آن‌ها مربوط به داخل یک کشور است، تنها در دادگاه‌های داخلی آن کشور ممکن می‌گردد. اما طرح دعاوی تابع حقوق بین‌الملل خصوصی به طور همزمان و مستقل از یکدیگر، در دادگاه‌های دو یا چند کشور امکان‌پذیر است.

بدلیل این تداخل مسائل، مسئله تفکیک حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی از طرف عده‌ای مورد نکوهش و انتقاد قرار گرفته است. پرفسور ژرژ سل شدیداً این تفکیک را رد می‌کند. به نظر او جامعه بین‌الملل یک تن واحد است و حقوق بین‌الملل نیز واحد می‌باشد. هرگونه جدا نمودن افراد از جامعه بین‌الملل و یا از حقوق بین‌الملل کاملاً بی‌اساس خواهد بود. فقط او یک تقسیم جزئی در حقوق خصوصی بین‌المللی و حقوق عمومی بین‌المللی را می‌پذیرد. به شرط آن که این تقسیم جزء محدوده یک حقوق بین‌الملل واحد باشد.

بعدها با بکار بردن عبارات جدید، دو نویسنده دیگر نظری نزدیک به نظر پرفسور ژرژ سل داده‌اند. یکی از آن‌ها پروفیسور سوپ است که نظر حقوق بین‌الملل را عنوان کرده است که در آن حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی هر دو جای دارند.

نفر دوم پروفیسور روژه نپتو می باشد که در سال ۱۹۷۲ کتابی تحت عنوان «حقوق روابط بین الملل» منتشر نموده است که در این کتاب روابط بین الملل را با توجه به دو مسئله تعریف می کند:

یکی با توجه به تابعان آن هاست که می توانند دولت ها، سازمان های بین المللی، افراد و گروه های خصوصی باشند و دیگر با عنایت به محتوی که می تواند این محتوا دارای خصیصه عمومی و خصوصی باشد.

با وجود این اعتراضات و یا ابتکارات، تفکیک بین حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی کاملاً از نظر حقوقی پذیرفته و تصویب شده است. به هر حال فقط این را باید دانست که حقوق بین الملل خصوصی همیشه باید با صفت خصوصی همراه باشد. در حالی که عبارت حقوق بین الملل بدون صفت «عمومی» نیز بکار برده می شود و منظور از عبارت «حقوق بین الملل» همان «حقوق بین الملل عمومی» است.

#### کج مثال ۳: قواعد حقوق بین الملل خصوصی:

- (۱) قواعد حقوقی مشترک بین دولت ها هستند.  
 (۲) از قواعد حقوقی داخلی یک دولت می باشند.  
 (۳) قواعد موضوعه داخلی نیستند.  
 (۴) حاکم بر روابط اشخاص خصوصی و دولت ها هستند.
- پاسخ: گزینه «۲» قواعد حقوق بین الملل خصوصی هر کشور جزئی از حقوق داخلی همان کشور می باشد.

#### کج مثال ۴: یکی از اصول مهم حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی، کدام اصل است؟

- (۱) استقلال تابعیت زوجین  
 (۲) وحدت تابعیت زوجین  
 (۳) استقلال دولت ها در تعیین اتباع خود  
 (۴) آزادی افراد در تعیین تابعیت خود

پاسخ: گزینه «۳» یکی از اصول مهم حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی اصل استقلال دولت ها در تعیین اتباع خود است. اصولاً تابعیت یکی از مهم ترین مسائل حاکمیتی است؛ لذا در تئوری و در عمل صرفاً دولت ها می توانند نسبت به تابعیت اتباع خود تصمیم گیری و اظهار نظر کنند. به عبارت دیگر تعیین اتباع هر دولت به قانونگذاری همان دولت متعلق است و دولت ها در تعیین اتباع خود از آزادی برخوردارند.

### فواید حقوق بین الملل خصوصی

از نظر دو منظر علمی و عملی می توان فواید را بررسی کرد. منظور از فایده های عملی ارتباطی است که حقوق بین الملل خصوصی با اشیاء و اشخاص و افکار و عقاید پیدا می کند. انگیزه مطالعه قواعد حقوق بین الملل خصوصی بیش از هر انگیزه دیگر ضرورت های عملی است. از اینجاست که دیده می شود هر اندازه رابطه ها و داد و ستدهای بین المللی گسترده تر بوده، مطالعه این نوع حقوق نیز در نظام حقوقی آن کشور گسترده تر و عمق بیشتر یافته، مانند آنچه در حقوق کشورهای پیشرفته صنعتی رخ داده است و منظور از فواید علمی نیز تازگی موضوعات این رشته از حقوق است که در فوق به اندازه کافی در مورد آن بحث شده و همچنین فن اختصاصی بودن می باشد که به طور خاص به فن تطبیق و انطباق اشاره دارد. همچنین حقوق بین الملل خصوصی باعث بهتر فهمیدن سایر رشته های حقوق می گردد که منجر به اتخاذ تصمیم قطعی می گردد. با کاوش در مسائل حقوق بین الملل خصوصی به این نکته خواهیم رسید که در روابط بین المللی هر دولتی باید امکانات را در نظر بگیرد و آن را به موقع اجرا در آورد. پس حقوق بین الملل خصوصی روی قاعده ممکن و غیرممکن پایه گذاری شده است.

مثالی در مورد فایده عملی ارتباط حقوق بین الملل خصوصی با اشیاء مفید به نظر می رسد. مثلاً اگر یک تاجر آلمانی کالایی را از کشور روسیه بخرد و قرارداد فی مابین آن دو در ایران منعقد بشود باید دید قوانین کدام یک از کشورها (کشور متبوع خریدار، کشور متبوع فروشنده و یا کشور محل انعقاد عقد) بایستی بر این قرارداد حکومت کند؟ پاسخ این سؤال را حقوق بین الملل خصوصی مشخص می کند.

در مورد فایده عملی ارتباط حقوق بین الملل خصوصی با اشخاص باید گفت که این مورد به جابه جا شدن اشخاص، عزیمت از کشوری و اقامت در کشور دیگر می پردازد پس به تبع آن مسئله مهاجرت و توریسم مطرح می گردد که در اثر روابط بین المللی افراد ممکن است اختلاف بوجود بیاید.

فایده عملی ارتباط حقوق بین الملل خصوصی با افکار و عقاید این است که امروزه با وضع جدید رسانه ها افکار و عقاید و مخترعین و علما و موسیقیدانان با سرعت زیاد از کشوری به کشور دیگر انتقال می یابد و اینکه رعایت حدود مالکیت معنوی این گونه افکار به چه اندازه است با حقوق بین الملل خصوصی مشخص می گردد.

توضیحی بیشتر در مورد فن اختصاصی بودن ضروری است. مثلاً اگر یک صنعتگر ژاپنی برای راه اندازی کارخانه ای نیاز به مواد اولیه ای داشته باشد که در کشور خود یافته نمی شود بایستی اقداماتی را به منظور تهیه این مواد اولیه انجام دهد. اگر این صنعتگر ژاپنی بخواهد از تاجر ایرانی برای کارخانه خود زغال سنگ تهیه کند قراردادی بین آن دو منعقد می گردد و می باید قوانین چند مملکت را در نظر گرفت: «مملکتی که در آن جا معدن قرار گرفته (ایران) و کشوری که باید زغال در آن جا تحویل شود (ژاپن) و احتمالاً کشوری که قرارداد در آن جا بسته شده است. حقوق بین الملل خصوصی کمک می کند قوانین این کشورها با یکدیگر تطبیق یافته و سازش و هماهنگی پیدا کنند و معلوم شود که هر کدام از قوانین تا چه حدودی باید به موقع به اجرا در آید.»

«پی بردن به این نکته که در روابط بین الملل، هر دولتی باید امکانات را در نظر بگیرد و آن را به موقع به اجرا در آورد» یعنی دولت ها «حق و ناحق» را تا حدودی که امکانات اجازه می دهد در نظر می گیرند و به عبارت دیگر در تعارض قوانین، دولت ها آنچه را که بر حسب تاریخ، مذهب، تمدن، آمال و آرزوهایشان ممکن می دانند مورد توجه قرار می دهند و به آن عمل می کنند.



# مدرس‌ان شریف

## فصل دوم

### «تابعیت»

#### درسنامه (۱): مسئله تابعیت و نقش دولت

#### تقسیم جغرافیایی اشخاص

منظور از تقسیم جغرافیایی اشخاص، تفکیک آن‌ها از لحاظ تابعیت و اقامتگاه است.

#### تابعیت

تعریف تابعیت: تابعیت رابطه سیاسی و معنوی و حقوقی است که بین فرد و دولت برقرار می‌گردد. موضوع تابعیت مطالعه مجموع قواعدی است که براساس آن‌ها می‌توان وضعیت تابعیت فردی را نسبت به دولت معینی معلوم ساخت. این قواعد را هر کشور به طور جداگانه، برای تعیین اتباع خود تنظیم می‌کند، از این عمل این نتیجه نیز حاصل می‌شود که اگر کسی در قلمرو آن کشور بر اساس آن قواعد از اتباع به شمار نیاید بیگانه محسوب می‌گردد، خواه تابعیت کشوری دیگر به او قابل انتساب باشد یا نباشد. از این تعریف چند نکته استنباط می‌گردد:

تابعیت رابطه قراردادی نیست که فرد به میل خود و یا تحت شرایط موجود در قرارداد آن را فسخ نماید و خود را از تابعیت دولتی خارج کند. در نتیجه هر فردی تنها در درخواست پذیرش یا ترک تابعیت مختار است و هر دولتی می‌تواند آزادانه به هر کس که بخواهد تابعیت را اعطا کند و هیچ کس در پذیرش تابعیت مملکتی حقی ندارد. از این نکته اصل «آزادی دولت‌ها در تعیین اتباع» استنتاج می‌گردد.

کج مثال ۱: رابطه تابعیت میان فرد و دولت چگونه رابطه‌ای است؟

(۴) رابطه‌ای قانونی

(۳) رابطه‌ای اداری

(۲) رابطه‌ای قراردادی

(۱) رابطه‌ای قهری

پاسخ: گزینه «۴» این قانون و حاکمیت دولت است که فردی را تبعه خود می‌شناسد، بنابراین رابطه تابعین میان فرد و دولت رابطه‌ای قانونی است. رابطه معنوی در مقابل رابطه مادی قرار می‌گیرد. یعنی تابعیت مربوط به مکانی نیست که شخص در آنجا سکونت دارد و این نقطه مقابل اقامتگاه است. تابعیت رابطه حقوقی نیز هست زیرا ناشی از قدرت و حاکمیت دولتی است که فرد را تبعه خود می‌داند و بوسیله این رابطه «حقوق و تکالیف» فرد در جامعه تعیین می‌گردد.

#### شرایط به وجود آمدن تابعیت

وجود دولتی: برای پیدایش مفهوم تابعیت باید دولتی موجود باشد تا فرد با آن رابطه سیاسی و معنوی و حقوقی برقرار کند. دولت در مقابل ملت قرار می‌گیرد و دولت یک مفهوم سیاسی و ملت از نظر حقوقی یک طرز تفکر نژادی است. هر جا مسئله رابطه فرد با دولت و تعلق او به جامعه تشکیل دهنده دولت یا به عبارت دیگر رابطه فرد با ملت در مفهوم سیاسی مطرح باشد اصطلاح تابعیت و هر جا مسئله تعلق فرد به ملت در مفهوم جامعه‌شناسی آن در میان باشد، اصطلاح ملیت بکار برده می‌شود.

وجود تبعه: هر شخص طبیعی و اشخاص حقوقی و برخی از اشیاء دارای موتور محرکه مانند کشتی و هواپیما با داشتن شرایطی می‌توانند دارای تابعیت باشند.



## اصول اساسی تابعیت

**الف) هر فردی بایستی تابعیتی داشته باشد که خود دارای ۲ قاعده است:**

۱- هر فرد به محض تولد بایستی تبعه دولتی باشد. ۲- هیچ کس نمی‌تواند تابعیت خود را از دست بدهد بدون این که تابعیت دولت دیگری را تحصیل کرده باشد. در صورتیکه فرد تابعیت خود را از دست بدهد بدون اینکه تابعیت دولت دیگری را تحصیل کرده باشد، به او **آپاترید** گفته می‌شود. پدید آمدن حالت بی‌تابعیتی به گفته پل لاگارد، نتیجه‌ی «خصلت منحصرأ ملی قانونگذاری درباره تابعیت» می‌باشد. البته به غیر از مورد مذکور سلب تابعیت به عنوان مجازات نیز باعث آپاترید شدن می‌شود. دشواری‌های بی‌تابعیتی، نه تنها متوجه خود شخص بی‌تابعیت یا کشور محل اقامت او می‌باشد، بلکه دامنگیر جامعه بین‌المللی هم می‌گردد. به این جهت در این جامعه برای حل مسائل آن، در گذشته، آن را با پناهندگی یکسان در نظر می‌گرفتند و برای حمایت از دارندگان این دو وضعیت تدابیری یکسان اتخاذ می‌کردند. این روش در حال حاضر متروک شده و با آنکه درباره حمایت از پناهندگان سازمان‌های ویژه و قواعد حقوقی بین‌المللی فراهم آمده درباره بی‌تابعیت‌ها، با وجود معاهده مورخ ۲۸ سپتامبر ۱۹۵۴ سازمان ملل متحد پیشرفتی حاصل نشده است.

**موارد آپاتریدی:**

**الف - در اثر مهاجرت ب - در اثر مجازات ج - در اثر قانون خاص د - در اثر تغییر یا اختیار به اراده‌ی شخص**

مهاجرت خود به خود موجب از دست دادن تابعیت نمی‌شود.

امروزه در اثر همین اصل قانونگذاری‌های داخلی مجازات سلب تابعیت را حذف کرده‌اند.

**ب) هیچ فردی نبایستی بیش از یک تابعیت داشته باشد.** این به لحاظ آن است که داشتن تابعیت مضاعف سبب تقابل میان دولت‌های متبوع شخص می‌گردد و این امر با نظم بین‌المللی بویژه از حیث تقسیم جغرافیایی اشخاص میان دولت‌ها ناسازگار است.

داشتن بیش از یک تابعیت برای خود شخص نیز عاری از دشواری نیست. زیرا دارنده بیش از یک تابعیت از یکسو می‌تواند از امتیازهای تابعیت بیش از یک دولت برخوردار باشد، از سوی دیگر باید تکالیف راجع به همه تابعیت‌های خود را عهده‌دار گردد و چه بسا جمع میان این تکالیف دشوار باشد. مانند تکلیف انجام خدمت سربازی زیر پرچم آن دولت‌ها، از این گذشته این زیان را هم درباره حقوق تبعه دارد که دولت‌های متبوع وی نمی‌توانند از او در برابر یکدیگر حمایت سیاسی نمایند.

**ج) تابعیت یک امر همیشگی و زوال‌ناپذیر نیست.** شناخت تابعیت به عنوان یک حق برای تبعه و حق او در تغییر آن در حقوق داخلی کشورها نیز منعکس می‌باشد، مانند این عبارت در اصل چهل‌ویکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «تابعیت کشور ایران حق مسلم هر ایرانی است» و یا اشاره به اختیار اتباع ایران درباره درخواست ترک تابعیت ایران در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی.

**ک) مثال ۲: اصول لزوم تابعیت به منظور جلوگیری از ..... وضع شده است.** (سراسری ۹۱)

(۱) تغییر پذیری تابعیت

(۲) دو تابعیتی

(۲) بی‌تابعیتی

(۴) بی‌نظمی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی

**پاسخ: گزینه «۲»** لزوم این اصل از نظر عقل و منطق واضح و آشکار است. بشر باید در اجتماع زندگی کند و چگونه می‌توان تصور کرد که شخص در اجتماع زندگی کند ولی به هیچ کدام از اجتماعات بستگی نداشته باشد. پس اصل لزوم تابعیت به منظور جلوگیری از بی‌تابعیتی وضع شده است.

## سیستم‌های تابعیت

برای اینکه هر فرد به محض تولد دارای تابعیت دولت معینی باشد معیارهایی وجود دارد که برای تعیین اصلی یا تابعیت ناشی از تولد مورد استفاده قرار می‌گیرد و عبارتند از: سیستم خون و سیستم خاک.

**الف - سیستم خون:** مترادف با تابعیت نسبی است یعنی از طریق نسبت به طفل تحمیل می‌شود. یعنی از طریق نسبت پدر و مادر تابعیت شخص تعیین می‌گردد. سیستم خون، ارتباطی با سیستم نژادی ندارد. سیستم خون مبتنی بر نیت احتمالی افراد است در صورتی که سیستم نژادی مبتنی بر مصالح و منافع مشترک است. تابعیت بر طبق سیستم خون ملازمه با نژاد از نظر زیست‌شناسی ندارد به طوری که هرگاه یک خانواده لبنانی به تابعیت دولت ایران پذیرفته شوند، فرزند آنان بر طبق قانون خون ایرانی می‌شود. در حالی که نژاد او لبنانی است. منظور از نیت احتمالی این است که ظن غالب می‌رود به اینکه فرزندی که مثلاً از پدر و مادر ایرانی متولد می‌شود بخواهد تبعه ایران باشد.

**ب - سیستم نژادی:** مؤسس تئوری نژادی گوینو می‌باشد.

این سیستم دارای دو جنبه **دفاعی و تعرض و توسعه طلبی** می‌باشد.

جنبه توسعه طلبی بسیار خطرناک و خلاف صلح پایدار می‌باشد و امکان جنگ و خونریزی را در پی دارد.



## مدرسایان شریف

### فصل سوم

#### «اقامتگاه و افراد»

#### درسنامه: اقامتگاه



تعریف اقامتگاه: رابطه‌ای است حقوقی دارای بعضی از خصائص سیاسی که بین اشخاص و حوزه خاصی از قلمرو دولتی وجود دارد. برای مثال فردی که در ایران اقامتگاه دارد، بین او و کشور ایران رابطه‌ای حقوقی و دارای بعضی از خصوصیت‌های سیاسی وجود دارد و به عبارت دیگر دارای حقوق و تکالیفی در برابر دولت ایران است.

قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۰۲ تعریفی از اقامتگاه ارائه داده است که عبارت است از: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخص غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز امور او اقامتگاه محسوب است»

در تعریف قانون مدنی ایران از عنصر مادی اقامتگاه به روشنی نام برده شده و آن مسکن شخص است به شرط آنکه مرکز مهم کارهای او نیز در همانجا باشد و اگر این دو جدا از یکدیگر باشند، مرکز کارهای او تشکیل دهنده این عنصر تلقی می‌شود. بنابراین در حقوق کنونی ایران، همانگونه که ممکن است مسکن شخص اقامتگاه او به شمار آید، این امکان وجود دارد نتوان آن را دارای ارزش اقامتگاه دانست. برای مثال شخصی که در کرج سکونت دارد اما در بازار تهران حجره‌ای دارد، اقامتگاه او تهران است نه کرج و بین او و تهران رابطه‌ای حقوقی دارای بعضی خصائص سیاسی وجود دارد. در کشوری مثل انگلستان اقامتگاه همواره دارای ارزش درجه اول تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه بوده است.

از تفاوت‌های کنونی مسکن و اقامتگاه این است که مسکن می‌تواند متعدد باشد و حال آنکه اقامتگاه بنا بر قاعده نباید بیش از یک جا باشد، از این رو، اگر مرکز کارهای شخص در مسکن او باشد و او دارای دو یا چند مسکن باشد باید دید تعریف اقامتگاه با کدام یک از مسکن‌های او مطابقت دارد. در این صورت همان یک محل را باید اقامتگاه او به شمار آورد و دیگر مسکن‌های او را از این حیث بی‌اعتبار دانست. با در نظر گرفتن ارتباط عمیق میان شخص با اقامتگاه هرگاه کسی از اقامتگاه خود غیبت کند، هر چند غیبت او نامحدود و طولانی باشد مادام که وی قصد بازگشت به آنجا را از دست نداده، رابطه او با اقامتگاهش همچنان محفوظ است.

**کلمه مثال ۱:** ملاک تفکیک تابعیت و اقامتگاه، به ترتیب، وجود کدام رابطه است؟ (سراسری ۹۴)

- ۱) حقوقی و معنوی شخص با دولت - سیاسی و مادی  
 ۲) سیاسی و حقوقی شخص با دولت - مادی و معنوی  
 ۳) حقوقی و مادی شخص با دولت - سیاسی و معنوی  
 ۴) سیاسی و معنوی شخص با دولت - مادی و حقوقی

پاسخ: گزینه «۴» تقسیم اشخاص در زندگی بین‌المللی برحسب دو عامل صورت می‌گیرد: یکی تابعیت و دیگری اقامتگاه. تابعیت، رابطه‌ای ذاتاً سیاسی است که بین اشخاص و دولت معینی برقرار می‌شود و در آن رابطه‌ی شخص با دولت واجد وصف معنوی است، یعنی ارتباط شخص با دولت متبوعه‌ی خود قطع نظر از محل اقامت او می‌باشد. اقامتگاه، رابطه‌ای حقوقی است که بین اشخاص و حوزه معینی از قلمرو دولتی برقرار می‌شود و اقامتگاه فرد در مملکتی است که منافع او که نوعاً مالی و مادی است، در آنجا متمرکز شده‌اند.

#### فواید عملی بحث اقامتگاه

فواید عملی بحث اقامتگاه در مورد احوال شخصیه و تعیین صلاحیت دادگاه‌ها و تشخیص قانون صلاحیت‌دار و تمتع از حقوق و یا انجام تعهداتی که بستگی به اقامتگاه دارد مشاهده می‌گردد. نقش اقامتگاه در تعیین صلاحیت دادگاه‌ها بدین ترتیب است که در حقوق بین‌الملل خصوصی اگر خواننده در ایران دارای اقامتگاه نباشد، خواهان می‌تواند دعوی خود را به ترتیب در دادگاه محل سکونت موقت وی و در صورت نبودن آن در دادگاهی که وی در حوزه آن دارای مالی غیر منقول است و در صورت نبودن آن هم، در دادگاه اقامتگاه خود اقامه کند.

حال اگر کسی بدون اینکه در ایران دارای اقامتگاه باشد، در حال گذر از این کشور علیه دیگری که در ایران نه دارای اقامتگاه، نه دارای مسکن موقت و نه دارای مال غیرمنقول است دادخواستی مطرح سازد و خوانده نسبت به آن ایراد کند و دادگاه درباره آن قرار عدم صلاحیت بدهد این قرار منشأ آثاری می‌گردد که امکان پدید آمدن آن آثار در حقوق داخلی متصور نیست.

تأثیر عامل اقامتگاه در تشخیص قانون صلاحیت‌دار به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم روی می‌دهد. به صورت مستقیم هنگامی است که قانونگذار عامل اقامتگاه را به عنوان جهت ربط برای یافتن قانون حاکم بر اختلاف در نظر گرفته باشد، مانند در نظر گرفته شدن قانون اقامتگاه درباره دعاوی راجع به احوال شخصی در نظام‌های حقوقی انگلیس و آمریکا. به صورت غیرمستقیم در موردی است که این عامل، در تعیین صلاحیت دادگاه در دعاوی بین‌المللی مؤثر واقع شده باشد و بر اثر آن این نتیجه حاصل گردد که قانون حاکم بر قضیه نیز مشخص شود.

**اقامتگاه صرفاً داخل در مفهوم حقوق خصوصی نیست بلکه از لحاظ بین‌المللی یک مسئله حقوق عمومی قلمداد می‌شود.**

اقامتگاه داخلی اصولاً تابع اراده اشخاص است و امری تحمیلی نیست اما اقامتگاه بین‌المللی همانند تابعیت به صورت اجباری و تحمیلی می‌باشد و اراده اشخاص در تعیین آن نقشی ندارد در داخل یک کشور فرد به راحتی با اختیار خود اقامتگاه خود را تغییر می‌دهد.

**مثال ۲: اقامتگاه داخلی با اقامتگاه از لحاظ بین‌المللی چه رابطه‌ای دارد؟**

۱) اقامتگاه از لحاظ بین‌المللی همان اقامتگاه داخلی است.

۲) اقامتگاه داخلی جنبه سیاسی و اقامتگاه از لحاظ بین‌المللی جنبه حقوقی دارد.

۳) اقامتگاه داخلی جنبه حقوقی و اقامتگاه از لحاظ بین‌المللی جنبه حقوقی - سیاسی دارد.

۴) هر دو نوع اقامتگاه جنبه سیاسی دارند.

**پاسخ:** گزینه «۳» از آنجایی که اقامتگاه داخلی تابع اراده اشخاص است و امری تحمیلی نیست حقوق و اقامتگاه بین‌المللی به صورت اجباری و تحمیلی می‌باشد سپس جنبه حقوقی - سیاسی دارد.

**مثال ۳: کدام گزینه در مورد اقامتگاه درست نمی‌باشد؟**

۱) از لحاظ حقوق بین‌الملل یک مسئله حقوق عمومی است.

۲) از لحاظ حقوق بین‌الملل یک مسئله حقوق خصوصی است.

۳) بستگی افراد به یک محل معین می‌باشد.

۴) جنبه‌ی اداری کلی دارد.

**پاسخ:** گزینه «۲» چرا که اقامتگاه همانند تابعیت نمونه‌ای از تقسیم اشخاص در روابط بین‌المللی است و همچون اقامتگاه مالیاتی یا اقامتگاه انتخاباتی هیچ ارتباطی با حقوق خصوصی ندارد.

## اصول اقامتگاه

اقامتگاه همچون تابعیت دارای اصولی است:

**الف) هر شخصی بایستی اقامتگاه معین داشته باشد.** شخصیت هر کس در حقوق و تکالیف او متجلی می‌گردد. حقوق و تکالیف برای آنکه تحقق یابند نیازمند مکان‌اند. این مکان می‌تواند اقامتگاه شخص یا محلی باشد که وی به طور موقت در آنجا حضور دارد. از این رو، در شماری از دعاوی، اقامتگاه به عنوان عامل تعیین‌کننده صلاحیت محلی دادگاه در نظر گرفته شده است. نقش اقامتگاه در تعیین صلاحیت‌های قضایی و قانونگذاری در جامعه بین‌المللی ایجاب می‌کند هر کس دارای اقامتگاهی باشد یا بتوان داشتن اقامتگاهی معین را درباره او مفروض دانست.

**ب) هیچ شخصی نباید بیش از یک اقامتگاه داشته باشد.** این مسئله ناشی از این ضرورت است که داشتن دو یا چند اقامتگاه نه تنها باعث آشفتگی و پراکندگی قضایای مربوط به اقامتگاه شخص می‌گردد، در روابط بین‌المللی نیز این امر، مانند داشتن دو یا چند تابعیت، سبب برخورد احتمالی میان قوانین کشورهای آن اقامتگاه‌ها به آن‌ها مربوط‌اند می‌شود. از این رو در بسیاری از کشورها مانند ایران و سوئیس با وضع قواعدی داشتن بیش از یک اقامتگاه ممنوع گردیده است. قاعده منع داشتن بیش از یک اقامتگاه شامل اقامتگاه‌های قراردادی نمی‌شود. در اینجا باید گفت همان‌گونه که اصل جازز نبودن بیش از یک تابعیت نتوانسته مانع بروز حالت دو تابعیتی گردد، وضع این قواعد نیز مانع داشتن بیش از یک اقامتگاه نشده است. علت این رویداد آن است که از یکسو تعریف اقامتگاه از یک کشور به کشور دیگر متفاوت می‌باشد و یک شخص می‌تواند برحسب یک تعریف در یک کشور و برحسب تعریف دیگر در کشوری دیگر دارای اقامتگاه باشد، از سوی دیگر، به لحاظ آزادی در اختیار اقامتگاه هر کس می‌تواند در دو یا چند کشور برای خود اقامتگاه اختیار کند.



کج مثال ۴: در کدام یک از انواع اقامتگاه‌ها قاعده منع بیش از یک اقامتگاه جاری نیست؟

- (۱) اقامتگاه اختیاری (۲) اقامتگاه اصلی (۳) اقامتگاه قراردادی (۴) اقامتگاه قانونی

پاسخ: گزینه «۳» یک فرد هر قدر که بخواهد می‌تواند اقامتگاه قراردادی داشته باشد.

ج) اقامتگاه یک امر همیشگی نیست. تغییر اقامتگاه به معنای انتقال آن از یک کشور دیگر از سوی دارنده آن در جامعه بین‌المللی امری مرسوم و پذیرفته شده است. بنابراین از حیث قابل تغییر بودن اقامتگاه تفاوتی میان این مفهوم و تابعیت دیده نمی‌شود، تفاوت آن‌ها در این باره در آن است که اگر تغییر تابعیت، یعنی از دست دادن تابعیت یک دولت و به دست آوردن تابعیت دولت دیگر بدون موافقت هریک از دو دولتی که این تغییر به او مربوط است امکان‌پذیر نیست، در اقامتگاه اراده دارنده آن به همراه عمل مادی تغییر جا از یک محل به محل دیگر برای حصول این تغییر به نظر کافی است و اگر اشخاص ناگزیرند برای رفتن از کشوری به کشور دیگر و اقامت در آنجا از دولت‌ها روادید (ویزا) ورود و پروانه اقامت بگیرند، این گونه اجازه‌ها به معنای آن نیست که در تغییر خود اقامتگاه موافقت دولت شرط است.

در مورد اقامتگاه اشخاص حقوقی اگر میان تابعیت و اقامتگاه این گونه اشخاص بستگی وجود داشته باشد تغییر اقامتگاه ممکن نیست. (شرکت سهامی) ولی اگر تغییر تابعیت ممکن باشد اقامتگاه نیز قابل تغییر است مثل شرکت‌های با مسئولیت محدود. افراد بدون اقامتگاه آدمید نامیده می‌شوند.

هر فردی به محض تولد بایستی دارای اقامتگاه معین باشد و هیچ فردی نبایستی اقامتگاه خود را از دست بدهد، بدون اینکه اقامتگاه دیگری بدست بیاورد. جمله اول دارای استثنائات کم و جمله ثانی دارای استثنائات فراوان می‌باشد.

در رابطه با اصل «ب» گفته شده در فوق ماده ۱۰۰۳ (قانون مدنی) آنرا تأیید می‌کند.

در قانون ایران مقرراتی در مورد اقامتگاه بین‌المللی وجود ندارد و ناگزیر همان مقررات قانون مدنی را در مورد اقامتگاه اعمال می‌کنیم. (مواد ۱۰۰۲ الی ۱۰۱۰ قانون مدنی)

هرگاه براساس قانون ایران مشخص شود فردی، اقامتگاهش واقع در ایران است دیگر به این مسئله که آیا مطابق قانون خارجی در ایران اقامت دارد یا نه، رسیدگی نمی‌گردد. پس ملاک برای تعیین اقامتگاه هر فردی در مملکت ایران، قانون ایران علی‌الخصوص مواد مربوط به قانون مدنی می‌باشد.

کج مثال ۵: در قانون مدنی کدام یک از انواع اقامتگاه‌ها تعریف شده است؟

- (۱) اقامتگاه اختیاری (۲) اقامتگاه قراردادی (۳) اقامتگاه قانونی (۴) اقامتگاه اصلی

پاسخ: گزینه «۱» طبق ماده ۱۰۱۰ (قانون مدنی) اگر ضمن معامله یا قراردادی طرفین معامله یا یکی از آن‌ها برای اجرای تعهدات حاصله از آن معامله، محلی غیر از اقامتگاه حقیقی خود انتخاب کرده باشد نسبت به دعاوی راجعه به آن معامله همان محلی که انتخاب شده است اقامتگاه او محسوب خواهد شد.

کج مثال ۶: در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، چند نوع اقامتگاه در مورد اشخاص حقیقی قابل اعمال است؟

- (۱) یک نوع (۲) دو نوع (۳) سه نوع (۴) چهار نوع

پاسخ: گزینه «۳» اقامتگاه اختیاری، اقامتگاه اجباری و اقامتگاه قراردادی.





## مدرس‌ان شریف

### فصل چهارم

#### «مسئله وضع بیگانگان در حقوق ایران»

##### درسنامه (۱): اشخاص طبیعی بیگانه



#### پیشینه وضعیت حقوقی بیگانگان در ایران

وضع بیگانگان در دوران قبل از اسلام در ایران همراه با خوشرفتاری و حسن سلوک نسبت به اجانب بوده است. در دوران اشکانیان، رفتار پادشاهان بطور کلی معلوم نیست اما آنچه از آن دوران بدست آمده است، خوشرفتاری نسبت به یهودیان می‌باشد. در دوران ساسانیان، خوشرفتاری نسبت به بیگانگان سرلوحه برنامه پادشاهان بوده است. بیگانگان در حقوق اسلام به سه دسته اهل کتاب (اهل ذمه) و مستأمن (افرادی که بطور موقت، اقامت می‌گزینند) و بت پرستان تقسیم می‌شوند که با تعریف بیگانگان در حقوق ما و در حقوق بین‌الملل خصوصی متفاوت است.

**منظور از بیگانه در حقوق بین‌الملل خصوصی شخصی است که طبق قانون یک کشور خاص، تبعه‌ی آن کشور نباشد.**

اهل کتاب (اهل ذمه) در برابر مالیات و خراجی که می‌پردازند، جان و مال آنان توسط دولت اسلامی حفظ می‌شود و در مورد مرافعات و چگونگی حل اختلاف بین آن‌ها به کتاب مقدس خودشان مراجعه و بنا بر دین و عقیده شخصی‌شان حل و فصل می‌گردد. در مورد مستأمن نیز باید گفت که معمولاً اجازه توقف به مدت یکسال بوده و در صورتیکه مدت اقامت آن‌ها از یکسال بیشتر بود، مکلف به دادن مالیات به دولت اسلامی بودند. حل و فصل اختلافات بین آن‌ها نیز مطابق دین و عقیده شخصی‌شان و مراجعه به روحانیون خود صورت می‌گرفت. بت پرستان اصولاً دارای هیچگونه حقی نبودند و در پاره‌ای اوقات حکومت اسلامی برای آنان امتیازات خاصی در نظر می‌گرفت.

**در دوران رژیم کاپیتولاسیون:** اتباع دولت خارجی از برخی حقوق و مزایا بطور اختصاصی استفاده می‌کردند. نمونه رژیم کاپیتولاسیون در قرارداد ترکمن‌چای دیده می‌شود. بعد از لغای رژیم کاپیتولاسیون توسط مرحوم مخبرالسلطنه هدایت در سال ۱۹۲۸ میلادی (۱۳۰۷ شمسی)، رفتار معقول و اصولی که بین ملل متمدن در رابطه با رفتار بیگانگان وجود دارد جایگزین آن شد و رعایت می‌شود. کاپیتولاسیون در معنی اصطلاحی عبارت از معاهداتی است که به موجب آن دولتی در کشور خارجی از بعضی از حقوق حاکمیت آن کشور خارجی که اهم آن حق قضاوت و اجرای مجازات است بهره‌مند می‌شود. این امتیازات معمولاً در قالب یک شرط به شرط دول کامله الوداد معروف است در درون یک معاهده گنجانده می‌شود که بر طبق آن اگر دولت‌های طرف معاهده در عهدنامه خود با دولت‌های دیگر برای اتباع آن‌ها حقوقی بیشتر از حقوق دیگر بیگانگان در حقوق خود شناخته باشد یا در آینده بشناسد آن حقوق به اتباع این دولت‌ها نیز تعلق می‌گیرد.

رژیم کاپیتولاسیون در ایران به موجب معاهده ترکمن‌چای مورخه ۱۰ فوریه ۱۸۲۸ میلادی برقرار گردید. معاهده ترکمن‌چای مدت یک قرن سیاست خارجی ما را از هر حیث تحت نفوذ خود قرار داده چنان که بعد از آن هم هر کشوری با ایران معاهده منعقد می‌نمود، پایه و اساس آن‌را معاهده ترکمن‌چای قرار می‌داد و از امتیازات معاهده مزبور استفاده می‌نمود.

معاهده ترکمن‌چای موجب شد که به تدریج سایر دول خارجی موفق شدند که مزایای رژیم کاپیتولاسیون را به نفع اتباع خود در ایران برقرار نماید، منتهی برخی از دولت‌ها در معاهدات خود صریحاً از برقراری رژیم کاپیتولاسیون نام برده‌اند مانند ماده نهم معاهده بین ایران و انگلستان منعقد در پاریس مورخ ۱۴ مارس ۱۸۵۷. به هر حال معاهدات کاپیتولاسیون یک وضع غیرعادی و منافی با استقلال و حیثیت و شئون ملی را در این مملکت ما به وجود آورد و و این معاهدات از هر حیث مخالف اصول بین‌المللی و ناقض استقلال سیاسی و قضائی ما بود.



اصول حقوق بیگانگان در مقتضیات حقوق بین‌الملل عمومی و رفتار متقابل و قوانین داخلی خلاصه می‌گردد. یعنی هر کشوری مصالح و منافع داخلی و بین‌المللی خود را ارزیابی کرده و براساس آن در مورد حقوق بیگانگان تصمیم‌گیری می‌کند.

منظور از مقتضیات حقوق بین‌الملل عمومی این است که حداقل حقوقی که برای اتباع بیگانه توسط دولت‌ها شناخته شده است لحاظ می‌گردد ملاک، میزان این حداقل حقوق، رفتار دولتمدار با اتباع بیگانه می‌باشد و در پذیرش بیگانه در خاک کشور هیچ الزامی وجود ندارد ولی اگر دولتی ورود بیگانه‌ای را به خاک کشور خود پذیرفت باید حداقل حقوقی را برای آن قائل باشد.

دوطرز تفکر (الف: فلسفی و اخلاقی و ب: سیاسی) در این رابطه وجود دارد. در طرز تفکر فلسفی و اخلاقی، ملاک، میزان شخصیت انسانی صرفنظر از تابعیت می‌باشد. بدین مفهوم که بیگانگان و اتباع داخلی باید از حقوقی که لازمه زندگی بشر است، یکسان بهره‌مند گردند و هیچ تفاوتی بین اتباع خارجی و داخلی وجود ندارد. در طرز تفکر سیاسی وضعیت متفاوت است و بیشتر بر روی جنبه ملت‌خواهی تأکید می‌شود. در این سیستم مصالح یک ملت بیشتر از منافع افراد مدنظر قرار دارد در طرز تفکر سیاسی حداقل سقفی برای بهره‌مندی بیگانگان در حقوق و مزایا قرار داده می‌شود و همین که از حداقل تجاوز کرد بصورت یک امتیاز جلوه می‌کند. آنچه در این سیستم به چشم می‌آید این است که هر دولتی باید قوانین خود را در رابطه با بیگانگان براساس اصل انصاف و به صورت منصفانه قرار دهد و در عین حال مصالح اساسی کشور را نیز در نظر بگیرد. پس در این سیستم (طرز تفکر سیاسی)، هر دولت در تعیین حقوق بیگانگان از آزادی کامل برخوردار می‌باشد.

**کج مثال ۱:** براساس طرز تفکر سیاسی، دولت‌ها در موقع تنظیم مقررات راجع به بیگانگان به چه موضوعی توجه نمی‌کنند؟

- (۱) امنیت (۲) منافع اقتصادی (۳) مصلحت فرهنگی (۴) مصلحت ازدیاد جمعیت

**پاسخ:** گزینه «۳» دولت‌ها براساس طرز تفکر سیاسی امنیت و منافع اقتصادی و مصلحت ازدیاد جمعیت را در نظر می‌گیرند و در بسیاری از موارد این سه عامل مهم باهم منطبق می‌شوند و مخصوصاً بین مصلحت اقتصادی و تناسب جمعیت یک هماهنگی وجود دارد.

**شرط رفتار متقابل:** این شرط، خواه در عهدنامه یا در قانون راجع به حقوق بیگانه قید شده باشد، به معنای آن است که برخوردار بودن بیگانه از حقوق در زمینه‌ای معین در قلمرو یک دولت بسته به آن است که در قلمرو دولت متبوع وی نیز برای اتباع آن دولت حقوق شناخته شده باشد. بنابراین در صورت وجود شرط رفتار متقابل، برای آنکه برخوردار بودن بیگانه از حقوق معین در ایران تحقق یابد لازم است، افزون بر ملاحظه آن حقوق در عهدنامه یا در قانون، این موضوع نیز محرز شود که در کشور متبوع وی نیز همان حقوق درباره اتباع ایران در نظر گرفته می‌شود.

**نکته ۱:** رفتار متقابل ایجاد حق نمی‌کند اما ممکن است شرط وجود یک حق محسوب شود. تعیین اینکه اتباع خارجه از کدام حقوق و

تحت چه شرایطی از حقوق تعیین شده استفاده کنند، منوط به نظر دولت است. این حقوق و یا حدود بهره‌مندی از آن‌ها می‌تواند مشروط به شرط رفتار متقابل گردد. مثلاً دولت ایران داشتن حقی را برای افراد بیگانه مشروط به این می‌سازد که ایرانی‌ها در خارجه همان حق را دارا می‌باشند. در این جا یک قاعده حقوقی حکمفرما نیست و این عمل صرفاً مصلحتی است و دولت بر حسب مورد، حقوقی را بدون شرط و یا با شرط معامله متقابل به خارجی‌ها اعطا می‌کند. رفتار متقابل به سه صورت سیاسی، قانونگذاری و عملی دیده می‌شود.

رفتار متقابل سیاسی از طریق معاهده سیاسی صورت می‌گیرد و اتباع خارجی فقط از حقوقی که در معاهده سیاسی گنجانده شده است، برخوردار می‌گردند.

**کج مثال ۲:** کدام رفتار متقابل از طریق انعقاد معاهده سیاسی انجام می‌پذیرد؟

- (۱) سیاسی (۲) قانون‌گذاری (۳) عملی (۴) عملی و سیاسی

**پاسخ:** گزینه «۱» رفتار متقابل سیاسی از طریق معاهده سیاسی صورت می‌گیرد و اتباع خارجی فقط از حقوقی که در معاهده سیاسی گنجانده شده است، برخوردار می‌گردند.

**رفتار متقابل قانونگذاری** بدین شکل است که قانونگذار بهره‌مندی از حق معینی را برای تبعه خارجه موکول به شناختن همان حق در نص صریحی از قانون کشور متوجه تبعه خارجه می‌داند. این نوع رفتار متقابل در روابط کشورهایی با حقوق نوشته دیده می‌شود. این نوع رفتار متقابل منعطف‌تر از رفتار متقابل سیاسی است و نیاز به معاهده سیاسی ندارد.

در ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی هم رفتار متقابل سیاسی و هم رفتار متقابل قانونگذاری وجود دارد. ماده ۱۲۹۵ (قانون مدنی) «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 می‌باشند مشروط بر اینکه: ... ثالثاً کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده به موجب قوانین خود یا عهود اسناد تنظیم شده در ایران را معتبر بشناسد.»



# مدرس‌ان شریف

## فصل پنجم

### «کلیات تعارض قوانین»

#### درسنامه (I): تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی



#### مفهوم تعارض قوانین و علل پیدایش آن

تعارض قوانین یک رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی است که دربردارنده‌ی یک یا چند عامل خارجی باشد و به قوانین دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. ممکن است دو قانون از هر جهت، مخالف یکدیگر باشند، یعنی مفهوم دو قانون با هم ناسازگار باشد در این صورت، حالت بین آن دو قانون را تعارض قوانین می‌نامند. بدیهی است در چنین صورتی اگر تعارض در قوانین داخلی یک کشور باشد قانون مؤخر ناسخ قانون مقدم می‌باشد. تعارض قوانین در روابط بین‌المللی هم وجود دارد که یکی از مباحث مهم حقوق بین‌الملل خصوصی است. تعارض قوانین دو کشور راجع به وضع قضائی بیگانگانی است که در خارج از کشور به استناد قوانین و معاهدات موضوع حقوق و تکالیفی شده‌اند. هدف این بحث این است که در مورد مسئله تعارض قوانین، قانون محل وقوع بیگانه اجرا شود یا قانون دولت متبوع وی یا قانون محل دیگر. موضوع تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی مطالعه قواعدی است که با اعمال آن‌ها می‌توان درباره قضیه‌ای مربوط به قانون بیگانه به تعیین قانون قابل اجرا دست یافت. برای مثال در مورد ازدواج زن ایرانی با مرد انگلیسی قواعد حل تعارض به ما کمک می‌کند که تشخیص بدهیم که باید قانون انگلیس اجرا شود یا قانون ایران.

اینکه در کدام نوع از حقوق می‌توان با توسل به شیوه تعارض قوانین به حل قضیه مبادرت جست، باید گفت، این امکان تنها در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی فراهم است و نه در زمینه حقوق عمومی. در قضایای حقوق خصوصی، مطرح بودن نفع خصوصی و اقتضای عدالت امکان اجرای قانون بیگانه را تحت شرایط معین برای دادگاه فراهم ساخته است. در حقوق عمومی به لحاظ پیوند کلی قضایای آن با مسئله نظم عمومی داخلی توسل به این شیوه جازم شناخته نشده است. بنابراین در انواع حقوق عمومی، اصل سرزمینی بودن حاکم است و اجرای قانون بیگانه برای دولت‌ها در سرزمین تحت حاکمیت آن‌ها قابل تحمل نیست. هدف علم تعارض قوانین در واقع تعیین قانون حاکم بر یک رابطه حقوق خصوصی که دارای یک یا چند عامل خارجی است می‌باشد.

مسئله تعارض قوانین در مرحله اعمال و اجرای حق مطرح می‌شود و اعمال و اجرای حق منوط به داشتن حق یا اهلیت تمتع می‌باشد و مسئله اهلیت تمتع مسبوق به تابعیت است. پس اگر فردی در کشور متبوع خود از حق طلاق برخوردار نباشد (مثلاً اتباع اسپانیا) در کشور دیگر که حق طلاق را به رسمیت می‌شناسد (مثلاً ایران) نمی‌تواند طلاق بگیرد. به مثالی دیگر برای روشن شدن مطلب توجه کنید:

اگر یک تاجر نروژی از یک تاجر هندی مقداری پارچه در کشور آلمان خریداری کند و بعد از انعقاد عقد بیع فی‌مابین این دو تاجر در دادگاه ایران مسئله‌ای مطرح شود، باید بر طبق کدام قانون عمل شود؟ قانون متبوع خریدار (نروژ) یا قانون متبوع فروشنده (هند) یا قانون محل انعقاد عقد (آلمان) و یا قانون مقرر دادگاه (ایران)؟ به دلیل این‌که دعوا در دادگاه ایران مطرح گردیده است.

باید بر طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران که مقرر داشته است: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این‌که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» عمل کرد. پس در مثال بیان شده باید بر طبق قانون آلمان عمل کرد مگر بین متعاقدين محل دیگری برای عمل به قانون تعیین شده باشد.



## درسنامه (۲): رابطه بین تعارض قانون و تعارض دادگاه

### تعارض قوانین و تعارض دادگاهها

حل مسئله تعارض دادگاهها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است، زیرا همواره قبل از تعیین قانون صلاحیتدار باید صلاحیت دادگاه محرز شود تا دادگاه صلاحیتدار قانون حاکم بر دعوی را اعمال کند. صلاحیت دادگاه یک کشور الزاماً ملازمه‌ای با صلاحیت قانون آن کشور ندارد. مثلاً طبق ماده ۷ قانون مدنی در دعوی راجع به احوال شخصیه بیگانگان، دادگاههای ایران صلاحیت رسیدگی به موضوع را دارند اما قانون ایران صلاحیت ندارد و دعوا باید طبق قانون متبوع بیگانه حل و فصل گردد.

**کلمه مثال ۳:** در کدام مورد تقارن صلاحیت قضایی و قانونی امری احتمالی است؟ (سراسری ۸۳)

(۱) مالیات‌ها (۲) مسائل ثبتی (۳) جرایم کیفری (۴) احوال شخصیه

**پاسخ:** گزینه «۴» قواعد درخصوص احوال شخصیه جزء قواعد امری هستند که توافق بر خلاف آنها ممکن نیست از نظر قانون مدنی ایران که در موارد ۶ و ۷ بیان شده است. احوال شخصیه اتباع ایران مقیم خارج از کشور تابع قانون ایران و احوال شخصیه اتباع خارجه مقیم در خاک ایران تابع قانون دولت متبوع آنهاست. درخصوص احوال شخصیه باید گفت جزء قواعد امری است در نتیجه دادگاههای کشور متبوع فرد خود را برای رسیدگی صلاحیتدار می‌دانند.

**کلمه مثال ۴:** در رابطه بین تعارض قوانین و تعارض دادگاهها:

(۱) حل مسئله تعارض دادگاهها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است. (۲) اصولاً ارتباطی بین تعارض قوانین و تعارض دادگاهها موجود نیست. (۳) حل مسئله تعارض قوانین مقدم بر حل مسئله تعارض دادگاههاست. (۴) تقدم و تأخری در حل مسئله تعارض قوانین و تعارض دادگاهها مطرح نیست.

**پاسخ:** گزینه «۱» حل مسئله تعارض دادگاهها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است، زیرا دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوی نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کرده باشد.

**کلمه مثال ۵:** کدام مورد درخصوص تعارض قوانین و تعارض دادگاهها، صحیح است؟ (سراسری ۹۷)

- (۱) صلاحیت دادگاه یک کشور، ملازمه با صلاحیت قانون آن کشور دارد.
- (۲) تعارض قوانین، تعارض منافع افراد و تعارض دادگاهها، تعارض حاکمیتهاست.
- (۳) تعارض قوانین، تعارض حاکمیتها و تعارض دادگاهها، تعارض منافع افراد است.
- (۴) تعارض قوانین دارای قواعد یک جانبه و تعارض دادگاهها دارای قواعد دوجانبه است.

**پاسخ:** گزینه «۲» از وجوه افتراق میان تعارض قوانین و تعارض دادگاهها:

الف - اختلاف در ماهیت قواعد است، در واقع قواعد مربوط به تعارض قوانین، دو جانبه هستند؛ یعنی گاهی قانون ایران را صلاحیتدار می‌دانند و گاهی قانون خارجی را صالح می‌دانند. در حالی که قواعد مربوط به تعارض دادگاهها یک جانبه هستند؛ بدین معنی که قانونی جز قانون کشور متبوع دادگاه را واجد صلاحیت نمی‌دانند.

ب - اختلاف در خصلت قواعد، از آنجا که در وضع قواعد تعارض قوانین، مصلحت حقوقی و منافع افراد بیشتر از مصالح سیاسی مدنظر قرار می‌گیرد؛ بنابراین تعارض قوانین بیشتر دارای جنبه حقوقی است در حالیکه مسأله صلاحیت قضایی را معمولاً مسأله حاکمیت ملی به شمار می‌آورند و در وضع قواعد تعارض دادگاهها، مصلحت سیاسی دولت در درجه اول اهمیت قرار دارد؛ لذا تعارض دادگاهها بیشتر دارای جنبه‌ی سیاسی است.

### شبهت‌های بین تعارض قوانین و تعارض دادگاهها

اشتراک بین تعارض قوانین و تعارض دادگاهها را باید در منابع، روش استدلال و مطالعه موضوعات، ساختمان و استثنائات وارده بر اجرای قانون خارجی (نظم عمومی و احاله) جستجو کرد.

شبهت در زمینه‌ی منابع: در بعضی از کشورها بین منابع تعارض قوانین و تعارض دادگاهها مشابهت وجود دارد. مثلاً در فرانسه بیشتر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به وسیله رویه قضایی به وجود آمده است. بطوری که آرای محاکم یا رویه قضایی چه در مسئله تعارض قوانین و چه در مسئله تعارض دادگاهها منبع درجه اول به شمار می‌آید. مثلاً در فرانسه به مسئله تعارض قوانین یک ماده و به مسئله تعارض دادگاهها فقط دو ماده اختصاص یافته است.



# مدرسان شریف

## فصل ششم

### «رابطه بین سیستم‌های حل تعارض»

#### درسنامه (۱): توصیف و تعارض قوانین



سیستم‌های حل تعارض از دو جنبه دارای اختلاف هستند: اول از جنبه محتوای دسته‌های ارتباط و دوم از جهت قواعد حل تعارض. اختلاف از جهت محتوای دسته‌های ارتباط تحت عنوان مسئله توصیف مطرح می‌گردد و در واقع تعیین ماهیت حقوقی موضوع مورد اختلاف توصیف نامیده می‌شود. به خاطر اختلاف از جهت قواعد حل تعارض یا (قواعد ارتباط) مسئله احاله مطرح می‌گردد. علت اختلاف از جهت محتوای دسته‌های ارتباط عدم اتفاق نظر کشورها در مورد مفاد هر دسته ارتباط می‌باشد.

#### مسئله توصیف

توصیف تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد. مثلاً در حکم مندرج در ماده ۷ قانون مدنی ایران که مقرر داشته است «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.» منظور از توصیف این است که موضوعاتی را که داخل در دسته احوال شخصیه است تشخیص دهیم یا به عبارت دیگر عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه را تعریف کنیم.

توصیف بر مسئله اعمال قاعده حل تعارض تقدم دارد. اگر توصیف روابط حقوقی در تمام کشورها یکسان بود، تعیین قانون صلاحیت‌دار کار سهل و آسانی می‌بود. تقدم توصیف بر قاعده حل تعارض به این دلیل است که قبل از اعمال قاعده مندرج در ماده ۷ (قانون مدنی)، دادگاه باید نسبت به مفاهیم وضعیت و اهلیت نظر خود را اعلام نماید. مطب عنوان شده را با ذکر مثالی بیشتر توضیح می‌دهیم:

در بعضی از کشورها مثل یونان اجرای تشریفات مذهبی جزء شرایط صحت نکاح است و در برخی دیگر از کشورها مثل ایران اجرای تشریفات مذهبی جزء شرایط صحت نکاح نیست. حال اگر زن و مردی یونانی در ایران عقد نکاح را بدون اجرای تشریفات مذهبی منعقد ساختند، تشریفات مذهبی جزء شرایط شکلی است یا جزء شرایط ماهوی محسوب می‌گردد؟ اگر جزء شرایط شکلی باشد قانون محل انعقاد عقد اجرا می‌گردد و نکاح صحیح قلمداد می‌شود و اگر جزء احوال شخصیه باشد قانون دولت متبوع آنان لازم‌الاجرا بوده و حکم به بطلان نکاح داده می‌شود. مسئله توصیف اولین بار توسط بارتن مطرح گردید. اما همانطور که قبلاً گفتیم دومولن مسئله توصیف را اولین بار به طور مختصر بیان و بعد از او بارتن بود که مستقلاً و به طور منسجم به تشریح مسئله توصیف اقدام نمود.

مثال ۱: تشخیص اینکه رابطه حقوقی مورد بحث داخل در کدام یک از دسته‌های ارتباط است، ..... می‌باشد.

(۱) احاله (۲) توصیف (۳) تعارض متحرک (۴) قواعد ارتباط

پاسخ: گزینه «۲» جمله بیان شده تعریف توصیف می‌باشد.

مثال ۲: کدام گزینه صحیح است؟

(۱) مسئله اعمال قاعده حل تعارض ارتباطی با مسئله توصیف ندارد.

(۲) مسئله اعمال قاعده حل تعارض قبل از توصیف می‌باشد.

(۳) مسئله توصیف مقدم بر مسئله اعمال قاعده حل تعارض است.

(۴) هیچکدام صحیح نیست.

پاسخ: گزینه «۳» توصیف امر حقوقی مطروحه برای اعمال قاعده حل تعارض مناسب نسبت به آن ضروری می‌باشد. لذا توصیف همواره مقدم بر اعمال قاعده حل تعارض است.



### قانون صلاحیت‌دار برای توصیف

در رابطه با اینکه قانون صلاحیت‌دار برای توصیف قانون سبب یا قانون خارجی می‌باشد یا قانون مقر دادگاه، بحث‌ها و نظرات مختلفی بیان شده است. گروهی طرفدار قانون سبب و گروهی از قانون مقر دادگاه دفاع می‌کنند. طرفداران اعمال قانون مقر دادگاه برای توصیف یک رابطه حقوقی به طبیعت قاعده حل تعارض و مصادره به مطلوب اشاره می‌کنند. می‌گویند هر دولتی قواعد حل تعارض را که جنبه ملی دارند هر نوع مصلحت می‌داند مقرر می‌نماید. پس وقتی که قانونگذار قاعده‌ای را مقرر داشت تعریف این قاعده هم فقط باید بوسیله همین قانونگذار به عمل آید. همچنین بیان می‌کنند، اگر توصیف به موجب قانون سبب باشد مصادره به مطلوب صورت می‌گیرد. صلاحیت قانون خارجی نتیجه توصیف است و تا زمانی که توصیف انجام نشده باشد صلاحیت قانون خارجی محرز نخواهد بود.

با نگاهی بر نظریه اکثریت حقوقدانان و همچنین توجیحات طرفداران دوعقیده، **قانون مقر دادگاه را برای توصیف روابط حقوقی مناسب می‌دانیم.**

### الف - قانون مقر دادگاه

توصیف به موجب قانون مقر دادگاه یک توصیف بین‌المللی است و هیچ‌گونه مغایرتی با اصل شناسایی حقوق مکتسبه (قانون جدید نمی‌تواند حقوق ثابتی را که در زمان حکومت قانون قدیم به دست آمده است از بین ببرد ولی انتظارها و حقوق احتمالی که در سابق امید رسیدن به آن‌ها می‌رفته است مانع از اجرای کامل قانون جدید نمی‌شود) ندارد. بین توصیف روابط حقوق داخلی با توصیف روابط حقوق بین‌الملل تفاوت وجود دارد، این درحالی است که در تعارض قوانین برای تعیین دسته‌های ارتباط و تقسیم‌بندی مفاهیم حقوقی از تقسیمات حقوق داخلی (حقوق مدنی) استفاده می‌کنند. برای روشن شدن مطلب به بیان مثالی می‌پردازیم: در برخی کشورها مثل ایران اثبات نسب نامشروع مجاز نیست. حال اگر در کشوری مثل فرانسه که اثبات نسب نامشروع مجاز است. شخصی انتساب خود را به در طبیعی‌اش ثابت کند و بعداً این مسئله در دادگاه ایران طرح شود که آیا اثبات نسب نامشروع جزء احوال شخصی است یا نه، اگر فقط قانون مقر دادگاه را در نظر بگیریم اثبات چنین رابطه حقوقی قابل توصیف امادر این مورد باید گفت که چون مسئله اثبات نسب نامشروع در ایران مطرح نیست بلکه وضعیتی در بین است که قبلاً در فرانسه به جود آمده است باید آن را قطع نظر از این‌که چنین سازمان حقوقی (نسب نامشروع) در ایران وجود ندارد باید آن را داخل در دسته ارتباط قرار داد و گفت اثبات نسب نامشروع داخل در موضوع اثبات نسب به طور کلی است و از این طریق در دسته احوال شخصی قرار می‌گیرد.

**نکته ۱:** فایدهٔ توصیف بین‌المللی پیدا کردن **وسعت فکری بیشتر نسبت به مفاهیم حقوق داخلی** است.

### ب - قانون سبب و موارد لزوم دخالت آن

صلاحیت قانون مقر دادگاه برای توصیف دارای محدودیت‌ها و استثنائاتی می‌باشد. در حقیقت دخالت انحصاری توصیف ملی یا توصیف به موجب قانون مقر دادگاه موجه نیست مگر اینکه مسئله اعمال قواعد حل تعارض قانون دولت متبوع دادگاه مطرح باشد. با توجه به توضیح داده شده در سه مورد **لزوم دخالت قانون سبب** برای توصیف دیده می‌شود: ۱) برخورد با یک سازمان حقوقی که در کشور خارجی وجود دارد در حالیکه در کشور مقر دادگاه موجود نیست. در این حالت مرحله مقدماتی (مرحله تحلیل) که توصیف طبق قانون سبب انجام می‌شود و مرحله نهایی (مرحله صدور رأی) که توصیف طبق قانون مقر دادگاه صورت می‌پذیرد. ۲) در برخی موارد اعمال قاعده ایرانی حل تعارض با توصیف قانون سبب باید انجام شود. احوال شخصی اتباع خارجی در ایران نمونه‌ای از این مورد است. زیرا برای تعیین احوال شخصی مطابق ماده ۷ (قانون مدنی) تابعیت فرد ملاک عمل است و توصیف تابعیت طبق قانون سبب صورت می‌گیرد. ۳) مهمترین مورد توصیف فرعی است. توصیف فرعی در مقابل توصیف اصلی است. توصیف اصلی برای اعمال قاعده حل تعارض ضروری و تابع قانون مقر دادگاه و توصیف فرعی برای اعمال قاعده حل تعارض ضروری نیست و طبق قانون سبب انجام می‌شود. مثلاً اگر توصیف یک مال به عنوان منقول یا غیر منقول بودن یک مال مطرح باشد چون بر طبق مواد ۸ و ۹۶۶ (قانون مدنی) در هر صورت قانون صلاحیت‌دار قانون محل وقوع مال خواهد بود، توصیف مزبور یک توصیف فرعی است و براساس قانون محل وقوع مال انجام خواهد شد.

**مثال ۳:** کدام یک از گزینه‌های زیر یک توصیف فرعی است؟

۱) وصیت‌نامه هلندی

۲) ازدواج شرعی

۳) منقول یا غیرمنقول بودن یک مال

۴) عقود مکاتبه‌ای

**پاسخ:** گزینه «۳» زیرا منقول یا غیرمنقول بودن یک مال در اعمال قاعده حل تعارض دخالتی ندارد، چون در هر صورت قانون صلاحیت‌دار قانون محل مال خواهد بود.

**مثال ۴:** مسائل مربوط به شکل اسناد و حق عینی و دینی به ترتیب چه توصیفی می‌باشند؟

۱) اصلی - فرعی

۲) اصلی - اصلی

۳) فرعی - فرعی

۴) فرعی - اصلی

**پاسخ:** گزینه «۳» مسائل مربوط به شکل اسناد یک توصیف فرعی و بر طبق قانون محل تنظیم سند می‌باشد اما حق عینی و دینی یک توصیف اصلی و تابع قانون مقر دادگاه می‌باشد.

**نکته ۲:** به طور کلی می‌توان گفت در تمام مواردی که مسائل مربوط به شکل اسناد مطرح است، تعاریف و توصیف‌ها جنبه‌ی فرعی داشته و باید بر طبق قانون محل تنظیم سند به عمل آید اگر چه این قانون یک قانون خارجی باشد، زیرا توصیف‌های مزبور برای اعمال قاعده‌ی حل تعارض ضروری نیست.



## مدرسایان شریف

### فصل هفتم

#### «اجرای قانون صلاحیت‌دار خارجی»

#### درسنامه (۱): نحوه تقابل با قوانین خارجی



#### منشأ قدرت اجبارکننده قانون خارجی در کشور دیگر

سه نظریه در این باب ارائه شده است که عبارتند از:

- ۱- نظریه انگلیسی - آمریکایی یا نظریه مبتنی بر مفهوم حقوق مکتسبه.
- ۲- نظریه ایتالیایی یا پذیرش قانون خارجی.
- ۳- نظریه فرانسوی.

**۱- نظریه انگلیسی - آمریکایی:** طبق این تئوری قدرت اجبارکننده قانون خارجی ناشی از لزوم رعایت حقوق مکتسبه است. به نظر حقوق‌دانان طرفدار این نظریه رعایت و شناسایی حقوق مکتسبه ایجاب می‌کند که قاضی هر کشور قانون خارجی را اعمال نماید. مثلاً هر گاه قراردادی در ایتالیا منعقد گردیده و طبق آن حقی ایجاد شده باشد تعیین و اعتبار این حق ممکن نیست مگر اینکه قانون ایتالیا را که بر ایجاد آن حکومت نموده است مورد شناسایی و توجه قرار دهیم زیرا در غیر این صورت قرارداد مزبور قدرت الزامی خود را از دست خواهد داد و حقی که به موجب آن ایجاد شده است معتبر شناخته نخواهد شد.

این نظریه اگر چه مسئله اجرای قانون خارجی را در بعضی موارد توجیه می‌کند ولی برای تبیین و توجیه تمام موارد به هیچ‌وجه کافی نیست زیرا موضوع تعارض قوانین ممکن است خارج از رعایت حقوق مکتسبه مطرح گردد. مثلاً هر گاه مسئله طلاق بین زن و شوهر فرانسوی مقیم ایران مطرح گردد، در این مورد قاضی ایرانی قانون فرانسه را بدون توجه به مسئله رعایت حقوق مکتسبه اجرا می‌کند زیرا در اینجا یک وضعیت جدید (طلاق) مطرح است و نه مسئله شناسایی و اعتبار وضعیتی که در خارج ایران بوجود آمده باشد.

اجرای قانون خارجی را با اصل اعتبار حقوق مکتسبه نمی‌توان توجیه کرد زیرا موضوع تعارض قوانین ممکن است خارج از رعایت حقوق مکتسبه مطرح شود. همچنین باید گفت وقتی قاضی ایرانی مسئله حقوق ایجاد شده در خارجه را بررسی می‌کند، تنها به این مسئله رسیدگی می‌کند که آیا مقررات قانون خارجی رعایت شده است یا نه و کاری به اجرای قانون خارجی ندارد.

**۲- مکتب ایتالیایی:** اجرای قانون خارجی برطبق مفهوم نظم حقوقی و ثنویت نظم داخلی و نظم بین‌المللی است. اعتبار و قدرت اجبارکننده قانون خارجی ناشی از آن است که قانون مقردادگاه خارجی را در نظم داخلی ادغام نماید.

حقوق‌دانان این مکتب به ۲ نوع پذیرش صوری و مادی معتقدند. پذیرش مادی توسط فدوزی و پذیرش صوری توسط آگو مطرح گردیده است. در پذیرش مادی قاعده حقوقی در واقع صفت خارجی بودن خود را از دست می‌دهد و در نظام حقوقی دولت متبوع قاضی ادغام می‌گردد. اما در پذیرش صوری اگرچه قاعده حقوقی خارجی در نظام حقوقی دولت متبوع قاضی ادغام می‌شود اما صفت خارجی بودن را از دست نمی‌دهد. این نظریه نیز مبنای مطمئنی برای اجرای قانون خارجی ارائه نمی‌کند و البته باید خاطر نشان کرد نظریه پذیرش صوری کم‌تر از پذیرش مادی مورد ایراد قرار گرفته است.

**نکته ۱:** نظریه ایتالیایی پذیرش ۲ ایراد دارد.



۱- جنبه تصنعی داشتن

۲- باقی ماندن این مسئله که چرا یک نظام حقوقی باید عناصر ناهمگون خارجی را در خود ادغام کند.



## شرایط شناسایی و اجرای احکام خارجی در سیستم انگلیسی - آمریکایی

برای توجیه اجرای احکام خارجی در حقوق انگلیس و آمریکا نظریات مختلفی عنوان گردیده است. نخستین نظریه «نظریه نزاکت» بود که براساس این تئوری هر کشوری باید قوانین و مقررات کشورهای دیگر را محترم شمارد. لازمه رعایت نزاکت بین المللی آن است که دادگاه‌های یک کشور احکام صادره از دادگاه‌های خارجی را مورد شناسایی و اجرا قرار دهند.

پس از مدتی، نظریه تعهد جای «نظریه نزاکت» را گرفت. طبق این تئوری پس از این که صلاحیت مرجع صادر کننده حکم (دادگاه خارجی) احراز گردید، تجدید نظر کردن در حکم صادره مبین تکلیفی است که بر عهده اجرا کننده حکم (دادگاه انگلیس یا آمریکا) می‌باشد.

نظریه دیگر که توسط دایسی و بیل بیان شده است «نظریه حقوق مکتسبه» می‌باشد. براساس این تئوری حکم صادره از دادگاه خارجی برای محکوم له حقی را به وجود می‌آورد که حق ثابت و مکتسب می‌باشد و این حق باید در کشورهای دیگر منشأ آثار باشد و لازمه محترم شمردن حق مکتسب این است که حکم خارجی به موقع اجرا گردد.

**۱- صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم:** این شرط مهمترین شرطی است که برای شناسایی و اجرای احکام صادره از محاکم خارجی لازم می‌باشد. در خصوص قواعد صلاحیت قضایی باید گفت مهمترین قاعده صلاحیت دار در این سیستم، صلاحیت مبتنی بر محل اقامت خواننده است. در مورد اشخاص حقوقی نیز دادگاه محل فعالیت تجاری واحد صلاحیت می‌باشد. بدیهی است اگر دادگاه خارجی صادر کننده حکم از لحاظ بین المللی طبق اصول کامن لا واجد صلاحیت نبوده باشد، حکم صادره قابل شناسایی و اجرا نخواهد بود.

**۲- دادرسی صحیح و منظم:** حکم صادره از مرجع خارجی در صورتی می‌تواند در آمریکا یا انگلیس مورد شناسایی و اجرا قرار گیرد که پس از یک دادرسی منظم صادر شده باشد.

مواردی از قبیل بیطرفانه بودن دادرسی، وجود یک سیستم اقامه دلیل طبق رویه متداول در کشورهای متمدن و لزوم ابلاغ دادخواست به شخص یا اقامتگاه قانونی خواننده از زمره ضوابط رسیدگی صحیح و منظم می‌باشد.

**۳- قطعی بودن حکم:** حکم زمانی قطعی است که موضوع مورد دعوی کاملاً فیصله یافته باشد.

تفاوت عمده بین سیستم فرانسوی و سیستم کامن لا این است که در حقوق انگلیس احکام خارجی مربوط به پرداخت نفقه به واسطه غیرقطعی بودن قابل اجرا نیستند، زیرا میزان نفقه به حسب شرایط شخص واجب‌النفقه ممکن است تغییر یابد.

**۴- معین بودن مبلغ مورد حکم:** برای اینکه حکم مربوط به اشخاص (حکمی است که فقط نسبت به اصحاب دعوی و قائم مقام ایشان مؤثر است) در انگلیس قابل اجرا باشد، باید آن حکم بیانگر مبلغی پول باشد. دادگاه‌های انگلیس احکامی که محکوم علیه را محکوم به تسلیم یک مال منقول و یا اجرای یک قرارداد کرده باشند قابل اجرا نمی‌دانند. همچنین احکام خارجی مربوط به محکومیت به پرداخت مالیات یا جریمه‌های نقدی قابل اجرا نمی‌باشند.

**۵ - عدم تحصیل حکم از راه تقلب:** درباره تقلب در صدور حکم بین رویه دادگاه‌های انگلیس و آمریکا تفاوت وجود دارد.

دادگاه‌های انگلیس ایراد تقلب در صدور حکم را در صورت وجود قرائن نسبتاً قطعی مورد رسیدگی قرار می‌دهند، حتی اگر ایراد مزبور در جریان دادرسی دادگاه خارجی نیز مطرح شده و دادگاه مزبور قبلاً به آن رسیدگی کرده باشد. ولی دادگاه‌های آمریکا براساس اصل اعتماد و اعتبار احکام، ایراداتی را که از سوی دادگاه خارجی صادرکننده حکم رد شده باشد را مؤثر نمی‌دانند و رسیدگی مجدد به آن را مخالف اصول تلقی می‌کنند، مگر اینکه احراز صلاحیت دادگاه خارجی ناشی از تقلب خواهان بوده باشد.

**۶- عدم مخالفت با نظم عمومی:** هرگاه دادگاه‌های انگلیس و آمریکا تشخیص دهند که حکم صادره از دادگاه خارجی مخالف با نظم عمومی جامعه ملی‌شان است از شناسایی و اجرای آن خودداری خواهند کرد.

دادگاه‌های انگلیس و آمریکا اجرای احکام خارجی را که جنبه کیفری و یا مالیاتی داشته باشد، مخالف نظم عمومی می‌دانند.

**نکته ۷:** قابل ذکر است که نظم عمومی در سیستم کامن لا اخص از نظم عمومی در سیستم فرانسوی است. بدین معنی که مفهوم نظم عمومی در سیستم فرانسوی وسیع‌تر از مفهوم «نظم عمومی» در سیستم کامن لا است، زیرا اصطلاح نظم عمومی در سیستم فرانسوی علاوه بر اینکه تمامی موارد نظم عمومی در سیستم انگلیسی - آمریکایی را شامل می‌شود بعضی از موارد عدم تقلب و دادرسی منظم را نیز دربرمی‌گیرد.

شناسایی و اجرای احکام خارجی یکی از موضوعات مهم حقوق بین الملل خصوصی می‌باشد. اگر حقوق بین الملل خصوصی را مانند پلی بدانیم که سیستم‌های حقوقی را به یکدیگر متصل می‌سازد، یکی از پایه‌های این رشته، اعتبار و شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه است و این مهم تأمین نمی‌شود مگر با قبول اعتبار و شناسایی احکام خارجی.

**کج مثال ۳۰:** ارزیابی حکم در مورد مخالفت یا هماهنگی با نظم عمومی در چه مواقعی صورت می‌گیرد؟

(۱) زمان رسیدگی به تقاضای اجرای حکم

(۲) زمان صدور حکم

(۴) زمان به تشخیص قاضی می‌باشد.

(۳) زمان تقاضای بررسی مخالفت یا عدم مخالفت با نظم عمومی

پاسخ: گزینه «۱» زیرا مسئله از لحاظ دادگاه اجرا کننده حکم این نیست که احراز کند آیا قاضی خارجی دعوی را صحیحاً حل و فصل نموده است یا نه، بلکه مسئله این است که آیا حکم مرجع خارجی در حال حاضر می‌تواند اجرا گردد یا نه.





# مدرسایان شریف

## فصل هشتم

### «مسائل مهم تعارض قوانین»

#### درسنامه (۱): احوال شخصیه، استثنائات و موانع آن



#### احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن

احوال شخصیه عبارت از اوصافی است که مربوط به شخص، صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع است. اوصافی احوال شخصیه را تشکیل می‌دهد که قابل تقویم و مبادله به پول نبوده و از لحاظ حقوق مدنی آثاری بر آن مترتب باشد مانند ازدواج و طلاق و نسب. اصطلاح احوال شخصیه در اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به کار رفته و اصل ۱۲ آن را شامل ازدواج، طلاق، ارث و وصیت دانسته است. لیکن از آنجا که احوال شخصیه به معنی دقیق کلمه تنها شامل حقوق غیرمالی است، استعمال آن به معنی اعم که دربرگیرنده ارث و وصیت هم باشد قابل ایراد است. در ماده ۷ قانون مدنی حقوق ارثیه جدا از احوال شخصیه ذکر شده است و ظاهراً در نظر نویسندگان قانون مدنی این اصطلاح شامل ارث و وصیت نبوده است، هر چند که بیگانگان در هر دو زمینه تابع قانون دولت متبوع خود قرار داده شده‌اند.

احوال شخصیه در دو معنای اعم و اخص استعمال می‌گردد. احوال شخصیه در معنای اعم، وضعیت و اهلیت را شامل می‌شود. (ماده ۶ قانون مدنی) و در معنای اخص، فقط وضعیت را دربرمی‌گیرد (ماده ۷ قانون مدنی)

**وضعیت:** مجموع اوصاف حقوقی انسان و شامل یک رشته اموری است که قانون بر آن‌ها آثار حقوقی بار می‌کند و قابل تقویم به پول نمی‌باشند. بنابراین وضعیت شامل اوصافی است که منشأ حقوق و تکالیف غیرمالی است مانند سن و جنس و وضع خانوادگی از قبیل ازدواج و طلاق و قرابت.

**اهلیت:** توانایی قانونی شخص برای دارا شدن یا اجرای حق می‌باشد. توانایی قانونی برای دارا شدن حق را اهلیت تمتع و یا اهلیت دارا شدن حق نامند و توانایی قانونی برای اجرای حق را اهلیت استیفا یا اهلیت اجرای حق گویند. مثلاً صغیر قبل از رسیدن به سن بلوغ حق طلاق ندارد یا خارجی حق تملک زمین‌های کشاورزی را ندارد و اصطلاحاً می‌گویند فاقد اهلیت تمتع است و نیز ممکن است کسی حقی داشته باشد ولی شخصاً نتواند آن را اعمال و اجرا کند چنانکه صغیر می‌تواند مالک یا طلبکار باشد لیکن قانون به او اجازه نمی‌دهد که در مال خود آزادانه تصرف کند، یا طلب خود را شخصاً و بدون دخالت ولی یا قیم خویش وصول نماید. در این صورت می‌گویند صغیر فاقد اهلیت استیفا است.

**در موضوع تعارض قوانین مسئله اجرای حق مطرح است و در نتیجه اهلیت استیفا مورد بحث می‌باشد.** قسمت اخیر ماده ۹۵۸ (قانون مدنی) بیان می‌کند: «..... لیکن هیچ‌کس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد.»

بین وضعیت و اهلیت بنا به تعریف گفته شده در فوق تفاوت‌هایی موجود است اما علیرغم وجود تفاوت میان این دو مفهوم، نزدیکی خاصی نیز مشاهده می‌شود. هر کس ناچار دارای وضعیت است و حال آنکه شخص ممکن است اهلیت نداشته باشد و یا دارای اهلیت ناقص باشد. اهلیتی که مورد بحث ما می‌باشد و داخل در مبحث تعارض قوانین است همان اهلیت برای اجرای حق است زیرا اگر شخصی در روابط بین‌المللی اصلاً دارای حقی نباشد تعارض قوانین به وجود نخواهد آمد.

**نکته ۱:** ممکن است فرد اهلیت تمتع داشته باشد اما اهلیت استیفا نداشته باشد مثل صغیر که اهلیت تمتع تملک هر نوع مال را دارد اما تا ۱۸ سالگی اهلیت استیفا ندارد.

**مثال ۱:** دعوای ورثه متوفای بدون وصیت یک بلژیکی مقیم ایتالیا، در خصوص ترکه منقول در دادگاه‌های انگلیس، تابع کدام قانون است؟ (سراسری ۹۵)

(۱) دولت متبوع متوفی (بلژیک) (۲) مقر دادگاه (انگلیس) (۳) اقامتگاه (قانون ایتالیا) (۴) محل وقوع ترکه

**پاسخ:** گزینه «۳» در حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا، ارث در مورد ترکه‌ی غیرمنقول تابع قانون محل مال و در مورد ترکه‌ی منقول تابع اقامتگاه متوفی است. بنابراین با توجه به مطرح شدن دعوای ورثه در دادگاه‌های انگلستان قاضی قانون محل اقامت یعنی ایتالیا را قانون صالح می‌داند.

## قانون حاکم بر احوال شخصیه

برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه دو عقیده رایج در بین کشورها مشاهده می‌شود. برخی کشورها افراد را از حیث احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع آن‌ها می‌دانند. و برخی دیگر افراد را از حیث احوال شخصیه تابع قانون کشور اقامتگاه می‌دانند. برای هر یک از دو نظر فوق، دلایلی ذکر شده است اما در مورد اینکه اعمال کدام یک از این دو قاعده بهتر است، باید موضوع را از دید مصلحت‌گرایانه نگریست نه ادله حقوقی. انتخاب یکی از این دو نظر توسط کشور امر نسبی است و برحسب کشورهای مختلف، گوناگون است. قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه ابتدا در فرانسه و سپس در قسمت اعظم اروپا و بخشی از آمریکای لاتین پذیرفته شد ولی در نظام‌های انگلیسی - آمریکایی نسبت به احوال شخصیه قانون اقامتگاه اعمال می‌گردد.

**کشورهای مهاجرپذیر اصولاً تمایل به اعمال قانون اقامتگاه و کشورهای مهاجر فرست معمولاً مایل به اعمال قانون ملی هستند.**

**نکته ۲:** در مبحث وضعیت حقوقی بیگانگان موضوع اهلیت تمتع بیگانگان مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

**نکته ۳:** در مبحث تعارض قوانین موضوع اهلیت استیفا بیگانگان مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

**قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه:**

ایران از زمره کشورهای است که در این مورد قانون ملی را مجری می‌داند. ماده ۶ قانون مدنی در این مورد بیان می‌کند: «در قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص وارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند مجری خواهد بود.» نکته قابل ذکر در مورد این ماده این است که موارد مذکوره به صورت حصری نیستند و مواردی همچون ولایت قانونی و نصب قیم (ماده ۹۶۵ قانون مدنی) و فرزندخواندگی (قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه مصوب ۱۳۱۲) نیز تحت عنوان احوال شخصیه قرار می‌گیرند.

## احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه

ماده واحده قانون موسوم به «اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه» مصوب تیرماه ۱۳۱۲ دادگاه‌ها را مکلف کرده است که در مورد احوال شخصیه اقلیت‌های مذهبی ایرانی، قواعد و عادات مذهب آنان را اجرا نمایند.

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

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

۲- در مسائل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفی حاکم بر موضوع می‌باشد.

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

در مورد اجرای ماده واحده فوق باید دقت کرد که هرگاه عادات و قواعد مسلمة مذهبی بر خلاف نظم عمومی باشد از اجرای آن می‌بایست جلوگیری کرد.

مثلاً اگر مذهب شخص غیر شيعه ازدواج شخص با خاله خود را مجاز بداند به علت مخالفت با نظم عمومی معتبر نخواهد بود.

در مورد اجرای ماده واحده فوق باید گفت که هرگاه عادات و قواعد مسلمة متداوله مذهبی روشنی و معین نباشد و یا عادات و قاعده مسلمی نسبت به موردی وجود نداشته باشد باید از اجرای این قانون اجتناب و قوانین عمومی مملکتی را اجرا نمود.

هرگاه در کشورهای خارجه موضوع احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه مطرح باشد، در آنجا نیز همین قانون استثنایی (ماده واحده فوق‌الذکر) را دربارهٔ آنان اعمال خواهند کرد.

**مثال ۲:** علت اینکه «تعارض بین مذاهب در احوال شخصیه» و «تعارض قوانین مالیاتی کشورها»، جزو تعارض قوانین به مفهوم حقوق بین‌الملل خصوصی نیست، به ترتیب، کدام است؟

(سراسری ۹۸)

۱) عنصر خارجی وجود ندارد - امکان اجرای قانون خارجی وجود ندارد.

۲) تفاوت میان قوانین داخلی وجود ندارد - عنصر خارجی وجود ندارد.

۳) امکان اجرای قانون خارجی وجود ندارد - عنصر خارجی وجود ندارد.

۴) امکان اجرای قانون خارجی وجود ندارد - تفاوت میان قوانین داخلی وجود ندارد.

پاسخ: گزینه «۱» در تعریف تعارض قوانین، گفته می‌شود هنگامی که یک رابطه حقوق خصوصی به سبب وجود یک یا چند عنصر خارجی، مانند تابعیت خارجی یکی از طرفین رابطه، با قوانین دو یا چند کشور ارتباط یابد و قوانین این کشورها نسبت به آن رابطه دارای حکم یکسانی نباشند، مسئله تعارض قوانین پیش می‌آید. در چنین مواردی یافتن قانون حاکم از میان قوانین این کشورها، جهت حل تعارض امری ضروری است. بنابراین برای به وجود آمدن تعارض قوانین، وجود عنصر خارجی ضرورت دارد.