

✓ مسأله ی تعارض قوانین هنگامی مطرح می شود که یک رابطه ی حقوق خصوصی به واسطه ی دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند

✓ چنانچه یک زن و مرد که تبعه ی یک کشور خارجی هستند و در ایران اقامتگاه دارند بخواهند در این ازدواج کنند طبق ماده 7 ق.م شرایط و آثار این ازدواج تابع قانون کشور متبوع آنها است  
 نک: مسأله ی تعارض قوانین تنها در مرحله ی اعمال و اجرا ی حق مطرح می شود و منطبقاً مسبوق به مسأله داشتن حق یا تمتع است.

◀ عوامل پیدایش تعارض قوانین :

1- توسعه ی روابط و مبادلات بین المللی 2- اغماض قانون گذار ملی و امکان اجرای قانون خارجی

3- وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها ( یکی از شرایط اساسی)

✓ از جمله قوانینی که باعث بروز تعارض می شوند عبارتند از : قانون کشور متبوع شخص، قانون اقامتگاه، قانون محل وقوع شیء، قانون محل انعقاد قرار داد، قانون محل وقوع جرم، قانون محل تنظیم سند، قانون محل اجرای تعهد، قانون کشور متبوع دادگاهی که به دعوا رسیدگی می کند  
 گفتار دوم- رابطه ی بین تعارض قوانین و تعارض دادگاه ها

✓ تعارض در صلاحیت دادگاه ها هنگامی پیش می آید که یک عامل خارجی در دعوی وجود داشته باشد و این پرسش به میان می آید که آیا دادگاه ایران برای رسیدگی صلاحیت دارد یا دادگاه خارجی  
 نک: حل مسأله تعارض دادگاه ها مقدم بر حل مسأله تعارض قوانین است، زیرا دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوی نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کرده باشد.

نک: صلاحیت دادگاه یک کشور الزاماً همراه با صلاحیت قانون آن کشور نیست، مثلاً در دعاوی مربوط به احوال شخصیه بیگانگان، دادگاه های ایران صلاحیت دارند اما قانون ایران صلاحیت ندارد مگر اینکه مسأله به نظم عمومی ارتباط پیدا کند.

الف- وجوه اشتراک بین تعارض قوانین و تعارض دادگاه ها :

1- شباهت در زمینه منابع 2- شباهت از لحاظ روش استدلال و مطالعه ی موضوعات 3- شباهت از لحاظ ساختمان 4- شباهت از لحاظ استثنائات.

✓ در بعضی کشورها مانند فرانسه، آرای محاکم و رویه ی قضایی چه در مسأله ی تعارض دادگاه ها و چه در مسأله قوانین منبع درجه اول به شمار می آید

ب- وجوه افتراق بین تعارض قوانین و تعارض دادگاه ها :

1- اختلاف در ماهیت قواعد مربوط به تعارض قوانین وقواعد مربوط به تعارض دادگاه ها  
 2- اختلاف در خصلت قواعد مربوط به تعارض قوانین وقواعد مربوط به تعارض دادگاه ها

◀ قواعد حل تعارض :

قواعدی که تنها به تعیین قانون صلاحیت دار اکتفا می کنند و مسأله را مستقیماً و به طور ماهوی حل نمی کنند. مسئله تعارض قوانین بیشتر دارای جنبه ی حقوقی است زیرا مصلحت حقوقی و منافع افراد بیشتر مد نظر قرار می گیرد. در حالی که قواعد مربوط به تعارض دادگاه ها بیشتر دارای جنبه سیاسی است چون مصلحت سیاسی دولت در درجه اول اهمیت قرار دارد و به جهت همین تفاوت است که در موضوع تعارض قوانین اصل بر تساوی اتباع خارجی و داخلی است ولی در موضوع تعارض دادگاه ها معمولاً برای اتباع داخلی به لحاظ تابعیت آنان امتیازی قائل می شوند.

### گفتار سوم- اصطلاحات تعارض قوانین

#### الف) صلاحیت قانونگذاری و صلاحیت قضایی:

✓ مقصود از صلاحیت قانونگذاری تشخیص قانونی است که از بین قوانین متعارض باید بر موضوع معین حکومت کند.

✓ مقصود از صلاحیت قضایی، تشخیص دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به موضوع معینی را دارد. صلاحیت قضایی، تشخیص دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به موضوع معینی را دارد

✓ صلاحیت قضایی معمولاً در صلاحیت قانونگذاری تأثیری می کند چون قاضی باید قبل از حل مسأله تعارض قوانین مسأله تعارض دادگاه ها را حل کند و در مورد صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر نماید.

#### ب - قواعد حل تعارض و قواعد مادی

✓ قواعد حل تعارض یا قواعد تعارض قوانین، قواعدی است که تنها به تعیین قانونی که باید بر موضوع معینی حکومت نماید. اکتفا می کنند و مسأله مطروحه را مستقیماً حل نمی کنند مانند ماده 7 قانون مدنی ایران که فقط به تعیین قانون صلاحیتداری که در دعوی مربوط به احوال شخصیه بیگانگان باید حکومت کند مبادرت می نماید بدون اینکه دعوی مطروحه را مستقیماً حل کند. این قواعد در واقع قواعد بین المللی هستند که در هر کشور وجود دارد و جزئی از حقوق بین الملل خصوصی آن کشور را تشکیل می دهد

✓ قواعد مادی یا قواعد اساسی عبارت از قواعدی است که مربوط به اصل دعوی بوده و مستقیماً مسأله متنازع فیه را حل می کند، بدون اینکه برای رفع اختلاف و حل دعوی به قانون دیگری ارجاع نمایند

✓ بر خلاف قواعد حل تعارض، قواعد مادی جزء حقوق داخلی کشور به شمار می آید مثلاً قواعدی که شرایط و آثار نکاح و یا سن را معین می کنند جزء قواعد مادی هستند

#### ج- دسته های ارتباط:

از آنجا که مسائل مطروحه در روابط بین الملل معمولاً مسائل مشخص و خاصی هستند و قواعد حل تعارض ناظر بر مفاهیم کلی است بنابراین در علم تعارض قوانین به منظور طرح درست مسائل و یافتن راه حل صحیح آنها،

روابط حقوقی متجانس را در دسته هایی که آنها را دسته های ارتباطی می‌گویند تقسیم می‌کنند. مثلاً مفاهیمی مانند احوال شخصیه، اموال و قرار دادها دسته های ارتباطی نام دارند اصطلاح دسته های ارتباطی از آن جهت اهمیت دارد که مسائل حقوقی مطروحه مسائل مشخصه‌سند و قاضی در صورتی می‌تواند آنها را به طور صحیح حل کند که هر مسأله ای را در یک دسته ارتباطی داخل کند تا بتواند قانون حاکم بر آن را تعیین کند.

نک: تشخیص اینکه یک رابطه حقوقی مشخص داخل در کدام دسته ارتباطی است، توصیف نامیده می‌شود.

#### د- قوانین درون مرزی و قوانین برون مرزی

\* قوانین درون مرزی: منظور قانونی است که در سرزمین یک کشور نسبت به تمام افرادی که در آن کشور سکونت دارند ( اعم از تبعه داخلی و خارجی) و همچنین نسبت به تمام اموالی که در آن کشور واقع شده اجرا می‌شود. نمونه کامل قوانین درون مرزی قوانین کیفری و قوانین راجع به ولایت ها و امثال آنها است. در زمینه حقوق خصوصی نیز قوانین مربوط به اموال غیر منقول نمونه بارزی از قوانین درون مرزی است.

\* قوانین برون مرزی: قوانینی است که در خارج از قلمرو کشوری که بویای آن وضع گردیده اند اجرا می‌شوند. نمونه بارز قوانین برون مرزی قوانین مربوط به احوال شخصیه است.

#### ه- قوانین شخصی و قوانین عینی یا ذاتی

\* قوانین شخصی: قوانینی است که بر احوال شخصیه حکومت می‌کند و به ع بارت دیگر قوانینی است که موضوع آنها حقوقی است که اشخاص از لحاظ وضعیت و اهلیت خود دارند مانند قوانین راجع به نکاح و طلاق و صغر و کبر و اهلیت.

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

#### و- بعضی اصطلاحات دیگر:

\* قانون ملی: منظور قانون کشور متبوع شخصی است که راجع به او موضوعی حقوقی مطرح می‌شود. مثلاً وقتی می‌گویند وضعیت و اهلیت یک فرانسوی تابع قانون ملی اوست مقصود قانون فرانسه است.  
\* قانون اقامتگاه: عبارت از قانون کشوری است که شخص در سرزمین آن کشور اقامتگاه برگزیده است. مثلاً در فرانسه با آنکه اصل بر اعمال قانون ملی در مورد احوال شخصیه است اما در مواردی مانند طلاق و نسب چنانچه طرفین تابعیت های متفاوت داشته باشند و نیز در مورد ترکه ی منقول متوفی، قانون اقامتگاه را اعمال می‌کنند. همچنین راجع به احوال شخصیه افرادی که تابعیت هیچ کشوری را ندارند (آپاتریدها) قانون اقامتگاه را اعمال می‌کنند.

\* قانون محل وقوع شیء: قانون کشوری است که در آنجا مال یا چیزی واقع شده است.

\* قانون محل تنظیم سند: قانون کشوری است که در آنجا سند تنظیم شده.

\* قانون حاکمیت اراده: قانونی است که طرفین عقد تعیین کرده اند و تعهدات قراردادی خود را تابع آن قرار داده اند.

\* قانون محل وقوع عقد: عبارت از قانون محل کشوری است که در آنجا عقد واقع شده است

\* قانون مقر دادگاه: مقصود قانون کشوری است که دعوی در آنجا جریان دارد و به عبارت دیگر قانون کشور متبوع دادگاهی است که به دعوی مطروحه رسیدگی می کند  
✓ در مورد قانون مقر دادگاه دو نکته را باید متذکر شو

نخست: آنکه قانون مقر دادگاه و قانون درون مرزی اگر چه غالباً با هم انطباق دارد ولی گاهی اتفاق می افتد که دادگاه در موردی باید قانونی را اجرا کند که قانون درون مرزی خودش نیست، مثلاً چنانچه در دادگاه ایران دعوی راجع به مالی که در خارج ایران واقع است مطرح شود، در این فرض دیگر دادگاه ایران، قانون ایران را به موقع اجرا نمی گذارد بلکه قانون محل وقوع مال را اجرا می کند  
دوم: قانون مقر دادگاه قابلیت این را دارد که در بسیاری از موارد جانشین قانون خارجی شود. ( مثلاً چنانچه قانون خارجی به علت مخالفت با نظم عمومی قابلیت اجرایی خود را از دست دهد ) و یا خلاء ناشی از عدم وجود قانون معمولاً صلاحیتدار را جبران کند. ( مثلاً هر گاه در دادگاه ایرانی موضوع احوال شخصیه فرادی مطرح باشد که بدون تابعیت هستند قاضی باید قانون ایران را به عنوان قانون مقر دادگاه اعمال کند)

## قسمت دوم- قلمرو تعارض قوانین و روش حل تعارض

### گفتار اول- قلمرو تعارض قوانین

برخی از متخصصین حقوق بین الملل خصوصی قلمرو تعارض قوانین را محدود به روابط حقوق خصوصی و روابط بین المللی نمی دانند بلکه حقوق جزایی بین الملل، حقوق اداری بین الملل و حقوق مالیه بین المللی را جزء قلمرو تعارض قوانین می دانند، اما طبق نظر مؤلف بهتر است رشته های مزبور را از قلمرو تعارض قوانین خارج دانسته و تعارض قوانین را منحصر به روابط مربوط به حقوق خصوصی بدانیم

✓ مسأله ی تعارض قوانین منحصر به روابط بین المللی و میان کشورها نیست زیرا گاهی اتفاق می افتد که در یک مسأله بین قوانین داخلی یک کشور تعارض به وجود می آید، این وضعیت در مواردی مصداق پیدا می کند که در کشوری وحدت قوانین موجود نباشد مانند کشورهایی که به صورت دولت متحده هستند

✓ بنابر نظر مؤلف تعارض داخلی قوانین را باید خارج از قلمرو تعارض قوانین دانسته و قلمرو تعارض قوانین را منحصر به روابط بین المللی کرد.

### گفتار دوم- روش حل تعارض قوانین

مسأله روش حل تعارض از آن جهت واجد اهمیت است که به موجب اینکه کدام روش را انتخاب کنیم نحوه ی طرح مسائل مربوط به تعارض قوانین و یافتن پاسخ برای آنها متفاوت می شود

**الف- روش اصولی یا جزمی:**

روشی است که به موجب آن برای تعیین قاعده حل تعارض قوانین، ابتدا باید یک مسأله اصلی یا عقیده جزمی مورد قبول قرار گیرد و نظریات کلی بر روی آن بنا نهاده شود و سپس احکام مورد خاص از آن نظریات کلی استنتاج گردد.

✓ طرفداران این روش عقیده دارند که حقوق بین الملل خصوصی دارای ماهیت سرپاسری است و از طرفی معتقدند که هیچ دولتی مکلف نیست که قوانین کشورهای دیگر را در خاک خود به طور مطلق اجرا نماید و از این رو هر دولتی برای تعیین قاعده حل تعارض قوانین در روابط بین الملل با توجه به منافع ملی خود عمل خواهد کرد.

ب- روش حقوقی یا انتخاب انطباق:

روشی است که به موجب آن برای تعیین قاعده به منظور حل تعارض قوانین صرفاً از لحاظ علمی و نظری، حکمی را که مناسب هر دسته از تعارض باشد جستجو می کنند در این روش هیچ گونه فرضیه قبلی یا اصل مسلم و غیر قابل بحثی وجود ندارد و جنبه ی سیاسی مسأله تعارض قوانین تحت الشعاع جنبه حقوقی آن قرار می گیرد در این روش عامل سیاسی مورد نظر قرار نمی گیرد و در نتیجه برای آثار مساعد و نامساعد ناشی از اعمال قواعد متخذه به هیچ وجه اهمیتی قائل نمی شوند.

نک: به مکتب هایی که روش حقوقی دارند عام الشمول و تحلیلی می گویند و مکتب هایی را که روش اصولی دارند خاص الشمول و استنتاجی می نامند.

اعمال روش اصولی یا جزمی در مورد بعضی موضوعات مانند تابعیت و صلاحیت دادگاه ها که بیشتر جنبه سیاسی دارند مناسب تر است و برای موضوعاتی که بیشتر جنبه حقوقی داشته و در آنها منافع افراد بیشتر از مصالح سیاسی ملحوظ می گردد ( مانند مسایل مربوط به قراردادها ) بهتر است روش تحقیقی یا انتخاب انطباق را اعمال کنیم.

**فصل دوم- پیدایش و تکامل تاریخی تعارض قوانین****قسمت اول- دوره قدیم**

✓ مکتب هایی که در این دوره به وجود آمده اند طبق تاریخ پیدایش و سهم آنها در تکامل بخشیدن به تعارض قوانین عبارتند از:

1- مکتب قدیم ایتالیایی یا مکتب شارحین ( قرن سیزدهم و چهاردهم ) : پیدایش دسته های ارتباط

2- مکتب قدیم فرانسوی ( قرن شانزدهم ) : عنوان کردن مسأله توصیف و اجرای روش اصولی یا جزمی

3- مکتب هلندی ( قرن هفدهم ) : طرح مسأله مبنای اجرای قانون خارجی.

گفتار اول- مکتب ایتالیایی ( مکتب بلنی )

الف) تاریخچه و شرایط اجتماعی پیدایش مکتب ایتالیایی:

این مکتب که آن را مکتب شارحان قوانین رم نیز می گویند در اواخر قرن دوازدهم میلادی به وجود آمد. این مکتب نخستین مکتب تعارض قوانین است چون تا قبل از پیدایش این مکتب حاکمیت دولتی به معنای امروزی وجود نداشته است.

✓ در قرن قوانینی که در آن زمان معمول بوده، حقوق رم که نمونه کامل عقل بشری تلقی می شد مقام شامخی داشت. از بین شارحان حقوق رم، اکورس از همه مشهورتر است، شهرت او به خاطر حاشیه مهمی است که بر یکی از قوانین ژوستینیون که در قرن چهاردهم میلادی در مورد مسیحیان صادر نموده بود نوشته است. این قانون که به قانون کنکتس پپولس معروف شده نظر به حل تعارضی است که بین مسیحیان و سایرین وجود داشت است.

✓ بنیانگذار مکتب ایتالیایی بارتل می باشد و بعد از وی بالد ساگرد و جانشین اوست.

ب- مشخصات مکتب ایتالیایی:

✓ مشخصات این مکتب از دو لحاظ قابل بررسی است: یکی از لحاظ روش کار این مکتب و دوم از لحاظ راه حل هایی که پیشنهاد کرده است.

1- روش مکتب ایتالیایی: مکتب ایتالیایی یک مکتب حقوقی است که دارای دو جنبه تحلیلی و عام الشمول می باشد. این مکتب از آن جهت حقوقی بود که پیروان آن به هیچ گونه فرضیه قبلی و یا اصل مسلم و غیر قابل بحث قایل نبودند و مسائل را صرفاً از لحاظ علمی و قطع نظر از اعمال سیاسی مطرح و راه حل های مناسب آنها را جستجو می کردند.

✓ مکتب ایتالیایی دارای جنبه ی تحلیلی است به این معنی که علمای این مکتب و پیروان آنان موارد را یکایک در نظر می گرفتند و بدون اینکه رابطه ای بین آنها برقرار کنند حکم هر مورد را جداگانه معین می کردند.

✓ مکتب ایتالیایی از آن جهت عام الشمول است که شارحان و پیروان آنها راه حل های مسائل را محدود به شهر یا ولایت خود نمی کردند بلکه معتقد بودند که احکام هر مورد را می توان و باید در همه جا معتبر دانست.

2- راه حل های مکتب ایتالیایی: شارحان متأخر معتقد بودند راه حل هر مورد را باید با توجه به ماهیت قوانین جستجو کرد.

نک: تفکیک بین مسائل تشریفاتی و مسائل ماهوی را برای نخستین بار مکتب ایتالیایی عنوان کرده است. بر این اساس که قواعد مربوط به دادرسی را به موجب قانون مقر دادگاه و قواعد ماهوی را به موجب قاعده محل برگ سند حکومت می کند» باید معین کرد.

ج- ارزیابی مکتب ایتالیایی: از جمله اقدامات و راه حل های این مکتب جهت حل تعارض قوانین عبارتند از: تفکیک بین مسائل شکلی و ماهوی، بین آثار بعدی و آثار فوری عقد، قاعده ح کومت محل برسند و نیز تبعیت جرائم از قانون محل ارتکاب جرم.

✓ نقص عمده مکتب ایتالیایی در این است که موفق به کشف مسأله توصیف ها نشد، یعنی نتوانست موضوعات را در دسته های ارتباط قرار دهد و ماهیت حقوقی آنها را معین کند و به جای آن به کار تجزیه و ترکیب قوانین پرداخت.

### گفتار دوم- مکتب فرانسوی

این مکتب در قرن شانزدهم به وجود آمده است که دو نماینده معروف آن عبارتند از دومولن و درژانتره (الف) دومولن (کشف مسأله توصیفها):

بین دومولن و شارحان مکتب ایتالیایی از لحاظ روش طرح مسائل و حل تعارض قوانین شباهت زیادی وجود دارد. دومولن را باید نخستین مؤسس مکتب فرانسوی دانست و آن از لحاظ ابتکاری است که در مورد تعیین قانون حاکم بر قراردادها (قانون محل انعقاد عقد) بیان داشته است. دومولن بیان نمود که طرفین کاملاً این حق را دارند که به جای قانون محل انعقاد عقد قانون دیگری را حاکم بر قرارداد نمایند (حاکمیت اراده).

✓ دومولن قوانین را به دو دسته تقسیم می کند قوانین مربوط به اشخاص و قوانین مربوط به اشیاء و اموال (ب) درژانتره- پیدایش اصل سرزمینی بودن قوانین

درژانتره نخستین حقوقدانی است که در سیستم تعارض قوانین خود روش اصولی یا جزمی را به طور کامل اعمال کرده است.

✓ درژانتره سیستم حل تعارض قوانین را که مبتنی بر اصل محلی بودن یا سرزمینی بودن قوانین است مورد توجه قرار داد.

رک: دکترین درژانتره یک دکترین اصولی است که واجد دو جنبه خاص الشمول و استثناجی است

✓ دکترین درژانتره جنبه اصولی دارد، به این معنی که او به جنبه های نظری و علمی مسائل چندان اهمیت نمی دهد بلکه تنها به نتایج خوب یا بد از آنها می اندیشد. به نظر درژانتره قاعده حل تعارض باید واجد یک شرط اساسی باشد و آن شرط این است که به مسایل سیاسی صدمه ای وارد نسازد

✓ خاص الشمول بودن دکترین درژانتره بدین معنی است که عرف ها و قوانین جنبه محلی دارند و تنها در همان سرزمین قابلیت اجرا دارند. این محلی بودن عرف ها یا خاص الشمول بودن قوانین نتیجه منطقی اصل مصلحت سرزمین است که عقاید و نظریات درژانتره را تشکیل می دهد

استثناجی بودن دکترین درژانتره بدین معنی است که راه حل تعارض قوانین را از نظریات کلی که نتیجه قبول یک فرضیه قبلی (اصل مصلحت سرزمین) به وجود آمده است استنتاج می کند

✓ در دکترین درژانتره قوانین به سه دسته تقسیم می شوند

1- قوانین محلی که اصل را تشکیل می دهد 2- قوانین شخصی که جنبه ی استثنایی دارند

3- قوانین مختلط

### گفتار سوم- مکتب هلندی ( قرن هفدهم )- تعیین مبنای اجرای قانون خارجی

مکتب هلندی ادامه دهنده ی مکتب درژانتره است، به طوری که هر دو مکتب طرفدار اصل محلی بودن قوانین هستند و فقط در موارد معدودی اجرای قانون خارجی رها می دانند.

✓ نمایندگان اصلی این مکتب عبارتند از : پل وات و پسرش ژان وات و اولریک هوبر . علمای این مکتب نیز همانند درژانتره قوانین را به قوانین مربوط به اشخاص تقسیم می کنند و معتقدند که در صورت تعارض قوانین، اصل محلی بودن قوانین است.

✓ علمای هلندی نیز قایل اند به اینکه اصل محلی بودن قوانین استثنائاتی دارد اما بر خلاف مکتب فرانسوی استثنای اصل مزبور را به هیچ وجه به عنوان یک تعهد حقوقی تلقی نمی کنند بلکه آن را ناشی از اصل نزاکت بین المللی می دانند.

✓ یکی از تفاوت های مکتب هلندی و مکتب درژانتره ( مکتب فرانسوی ) این است که علمای مکتب هلندی بر خلاف مکتب درژانتره، دسته های اعمال و وقایع حقوقی را مستقلاً مورد توجه قرار داده اند

✓ طبق نظر علمای مکتب هلندی مبنای اصل نزاکت بین المللی منافع دولت هاست، زیرا چنانچه دولتی اعمال قوانین بیگانه را به هیچ وجه تجویز نکند دیگر نمی تواند انتظار داشته باشد که قوانین او در خارجه نسبت به اتباع او اجرا گردد.

### قسمت دوم- دوره جدید

از جمله تفاوت های دوره جدید و دوره ی قدیم تعارض قوانین این است که در دوره قدیم تعارض قوانین جنبه داخلی داشت ولی در دوره جدید تعارض قوانین جنبه بین المللی پیدا کرده که علت آن نیز به وجود آمدن وحدت حاکمیت سیاسی در اکثر کشورهای اروپایی است

✓ مکتب هایی که در این دوره به وجود آمدند عبارتند از :

### گفتار اول- مکتب آلمانی

نظریات علمای آلمانی در زمینه تعارض قوانین بیشتر واجد جنبه ی فلسفی است و معتقدند که در حل تعارض قوانین باید طبیعت و منظور از وضع قوانین مورد توجه قرار گیرد.

✓ نمایندگان این مکتب عبارتند از: واخت، شافر و ساوی.

- عقیده واختر:

به نظر او چنانچه بین قوانین داخلی یک کشور و قانون کشور دیگر تعارض ایجاد شود، قاضی باید قانونی را که قانونگذار کشور متبوع او وضع نموده است اجرا نماید و در صورتی که قانونگذار در مورد به خصوصی نظر خود را صراحتاً بیان نکرده باشد، قاضی باید به روح قانون پی برده اراده احتمالی قانونگذار را کشف کند

### ◀ عقیده شافنر:

او نیز مانند واختر معتقد است که در صورت بروز تعارض بین قوانین داخلی و خارجی یک کشور، قاضی ابتدا باید به قوانین کشور متبوع خود رجوع کند و مطابق آن عمل نماید

✓ تفاوت عقیده شافنر و واختر در این است که واختر در صورت بروز تعارض همیشه مقررات موجود در کشور متبوع قاضی را لازم الاجرا می داند ولی شافنر معتقد است که قاضی در این موارد باید حق حکومت را برای قانون محلی قایل گردد که رابطه حقوقی در آنجا ایجاد شده است

### ◀ ساوینی:

وجه تمایز کار ساوینی این است که با نظم و ترتیب خاصی دکترین های گذشته را مطالعه کرده و استنتاج های لازمه را از آنها به عمل آورده است به همین جهت دکترین ساوینی را دکترین تاریخی می نامند.

✓ دکترین ساوینی بر اساس مفهوم خاصی قرار گرفته که جامعه مشترک حقوقی نامیده شده است

### الف- اصل جامعه مشترک حقوقی:

ساوینی معتقد است که در صورت بروز تعارض بین قوانین دو کشور، قاضی باید هر مورد را به طور جداگانه بررسی کند و بر حسب طبیعت آن قانونی را که مناسب تر تشخیص می دهد انتخاب و اجرا کند

✓ ساوینی اصل جامعه مشترک حقوقی را به صورت ساده ای عرفان می کند: هرگاه یک رابطه حقوق خصوصی از چهار چوب حقوق داخلی یک کشور فراتر رود و به دو کشور ارتباط پیدا کند در اینجا باید رابطه مزبور را مشمول مقررات داخلی یکی از کشورها دانست.

### ب- سیستم ساوینی:

به نظر ساوینی در برخورد با هر تعارضی ابتدا باید روابط یا حالات حقوقی را معین کرد، در مرحله دوم باید برای هر حالت یا رابطه حقوقی پایگاهی در نظر گرفت تا بتوان آن را از لحاظ حقوقی مرتبط نمود و مرحله سوم، مرحله تشخیص پایگاه است.

### گفتار دوم- مکتب جدید ایتالیایی (مکتب منچینی)

به این مکتب، مکتب شخصیت قوانین نیز می گویند که مؤسس آن منچینی می باشد. دکترین منچینی در زمانی به وجود آمده است که ایتالیا مورد هجوم و سلطه دولت های خارجی و حاکمیت سیاسی آنها تهدید شده بود

✓ ساوینی تابعیت را به عنوان یک مبنای استوار برای رسیدن به منظور خود یعنی ایجاد وحدت در داخل ایتالیا و حفظ رابطه ایتالیا با ایتالیایی های مقیم خارج انتخاب می کند و معتقد است اتباع هر دولت در داخل و چه در خارج باید از قوانین دولت متبوع خود تبعیت نمایند

✓ دکترین منچینی مانند دکترین درژانتره یک دکترین اصولی است با این تفاوت که در دکترین درژانتره اصل بر عینی بودن قوانین می باشد، در حالی که در دکترین منچینی اصل بر شخصی بودن قوانین است

✓ بر اصل شخصی بودن قوانین استثنائاتی وارد می شود که در آن موارد قانون محلی اجرا می شود ، که این استثنائات عبارتند از:

1- قوانین مربوط به نظم عمومی بین المللی: منظور از این قوانین در دکترین منچینی قوانینی است که به منظور حفظ منافع دولت وضع شده و قانون ملی شخص نمی تواند آنها را نقض کند این قوانین محلی یا درون مرزی می باشند.

2- حاکمیت اراده: در خصوص قراردادهای بین المللی، تعهدات قراردادی تابع قصد طرفین بوده و قانون صلاحیتدار قانونی است که طرفین عقد تعیین می کنند و نه قانون ملی اشخاص

3- قوانین مربوط به صورت اسناد: اسناد از لحاظ شرایط شکلی تابع قانون محل تنظیم هستند و امور مربوط به آنها از صلاحیت قانون ملی خارج است.

گفتار سوم- مکتب های جدید فرانسه

مکتب جدید فوانسوی قبل از جنگ بین الملل اول (مکتب پیه)

نک: دکترین پیه مانند شارحان و مکتب ساوی زوی یک دکترین حقوقی است که واجد دو جنبه تحلیلی و عام الشمولی می باشد.

✓ حقوقی بودن دکترین پیه از این جهت است که او یک طرز تفکر فلسفی از حقوق بین الملل خصوصی داشته و آن را رشته ای از حقوق بین الملل عمومی می داند . پیه معتقد است که قواعد حل تعارض به هیچ وجه جنبه اختیاری نداشته بلکه رعایت آنها اجباری است.

✓ تحلیلی بودن دکترین پیه نتیجه این است که پیه بر اساس تفکر حقوقی و فلسفی خود مسأله تعارض قوانین را یک مسأله مربوط به حاکمیت دولت ها می داند

✓ پیه برای حل این مسأله، که ببینیم چه کشوری بیشتر به حل تعارض ذی علاقه است تحلیل خود را بر اساس سه موضوع زیر قرار می دهد:

1- از لحاظ حقوق داخلی هر قانونی دو جنبه دارد یکی دوام و دیگری عمومیت

2- در حقوق بین الملل خصوصی فقط باید یکی از این دو جنبه حفظ شود

3- تشخیص جنبه ای که باید حفظ شود بسته به غایت اجتماعی قانون است

✓ از نظر پیه قوانین در روابط بین المللی به دو دسته تقسیم میشوند: قوانینی که باید جنبه عمومی داشته و در نتیجه درون مرزی یا محلی باشند و قوانینی که باید اثر دائمی داشته و برون مرزی باشند . به نظر پیه قوانین مربوط به حمایت محجورین، قوانین راجع به نکاح، طلاق و سایر مسایل مربوط به احوال شخصیه دارای جنبه دوام قانون هستند ولی در مورد قوانینی مانند مالکیت اموال غیر منقول، قوانین جزایی، قوانین مالی و قوانین مربوط به حقوق عمومی قایل به جنبه عمومیت آنهاست

پیه معتقد است در صورتی که نفع قانون متوجه شخص یا اشخاص معینی باشد در این صورت باید گفت قانون جنبه دوام خود را حفظ می کند و چنانچه منافع قانون عاید عموم گردد در این صورت جنبه عمومیت غلبه دارد و از طرفی معتقد است اگر ضرر عدم اجرای قانون متوجه فرد یا افراد گروهی گردد در این صورت باید گفت قانون جنبه دوام خود را حفظ می کند و بر عکس اگر عدم اجرای قانون موجب ضرر به منافع عمومی گردد در این صورت قانون باید جنبه عمومیت خود را حفظ کند

✓ شباهت دکترین پیه و ساوینی از لحاظ عام الشمول بودن آنهاست و اختلاف بین آنها این است که پیه برای حل تعارض قوانین، غایت اجتماعی قوانین را در نظر می گیرد در حالی که ساوینی طبیعت رابطه حقوقی را در نظر می گیرد.

✓ شباهت بین دکترین پیه و منچینی این است که مبنای آنها را حقوق بین الملل عمومی تشکیل می دهد و هر دو معتقدند که مسایل مربوط به احوال شخصیه تابع قانون ملی افراد است و اختلاف بین این دو دکترین در این است که برای حل تعارض قوانین در دکترین پیه از روش حقوقی استفاده شده ولی در دکترین منچینی از روش اصولی مکتب جدید فرانسوی به از جنگ بین الملل اول:

طبق نظر این مکتب، وسعت شمول قوانین داخلی باید در حد امکان افزایش یابد و به عبارت دیگر اصل بر درون مرزی بودن قوانین است و اجرای قوانین خارجی باید جنبه استثنائی داشته باشد

✓ این مکتب نمایندگانی دارد که مهمترین آنها عبارتند از: دواری سومیر، نی بوایه و پارتن.

الف) دکترین دو واری سومیر:

تمایل این دکترین به اصل سرزمینی بودن قوانین از گرایش ناسیونالیستی آن سرچشمه می گیرد. به نظر سومیر قانون هر کشوری اصولاً در قلمرو همان کشور باید به موقع اجرا در آید. به نظر سومیر معنای درون مرزی بودن قوانین این نیست که قاضی همیشه قانون کشور متبوع خود را اجرا نماید بلکه بدان معنی است که قاضی باید قانون کشوری را که در آنجا امری به وجود آمده اجرا کند، مثلاً هر گاه یک حادثه ی رانندگی در خارج فرانسه اتفاق افتد و رسیدگی به آن در دادگاه فرانسه انجام شود به نظر سومیر در اینجا باید قانون خارجی اجرا کرد.

✓ در دکترین سومیر اصل درون مرزی بودن قوانین مورد توجه است که البته این اصل استثنائاتی دارد که عبارتند از:

1- اولین استثنا مربوط به احوال شخصیه است که به نظر سومیر این مسائل تابع قانون ملی هستند.

2- دومین استثنا راجع به ارثیه منقول است که به نظر او تابع اقامتگاه متوفی می باشد

3- سومین استثنا درباره شکل خارجی اسناد است که تابع قانون کشوری است که در آنجا تنظیم شده اند

4- چهارمین استثنا در مورد حاکمیت راده است که تابع قصد متعاملین بوده و از صلاحیت قانون درون مرزی خارج می شود.

ب- دکترین نی بوایه:

نی بوایه معتقد است که اکثریت قوانین ذاتاً جنبه عمومی دارند و قوانینی که جنبه دائمی دارند کاملاً تحت الشعاع قرار می گیرند و بیان می کند که بازگشت به اصل درون هرزی بودن قوانین امری ضروری است. به نظر او آنچه باید در درجه ی اول اهمیت قرار گیرد حفظ مصالح کشور است و راه حل تعارض قوانین را باید با رعایت این مصلحت اساسی جستجو کنیم

ج- دکترین بارتن:

عقاید بارتن مبتنی بر اصل سرزمینی بودن قوانین نیست و دکترین او یک دکترین خاص الشمول است زیرا برای حل تعارض قوانین راه حل های طی را پیشنهاد می کند.

◀ دکترین معاصر فرانسوی:

علمای معاصر فرانسه همه طرفدار اصل درون مرزی بودن قوانین نیستند و معتقدند که باید حتی الامکان هم مصالح ملی کشور و هم مقتضیات تجارت بین المللی مورد توجه قرار گیرد.

✓ از برجسته ترین دکترین فعلی فرانسوی پرفسور باتیفول است که معتقد است برای حل تعارض قوانین باید

حقوق داخلی را مورد تحلیل قرار می دهیم

✓ از جمله علمایی که طرفدار دکترین فعلی هستند می توان موری و ساواتیه و لویی لوکاس را نام برد

## فصل اول- رابطه ی بین سیستم های حل تعارض

✓ حل تعارض بین قوانین با سیستم خاصی که در هر کشور انتخاب شده است صورت می گیرد اختلاف بین سیستم های حل تعارض از دو جهت قابل توجه است: یکی از جهت محتوای دسته های ارتباط و دیگری از جهت قواعد حل تعارض.

1- اختلاف از جهت محتوای دسته های ارتباط: در مورد اینکه هر دسته ارتباط شامل چه موضوعاتی است اتفاق نظر وجود ندارد و پاسخ مسأله از کشوری به کشور دیگر ممکن است متفاوت باشد. مثلاً حقوق ارثیه در ایران داخل در دسته احوال شخصیه است در حالی که در فرانسه داخل در دسته اموال است. این مسأله که در حقیقت تعیین ماهیت حقوقی موضوع متنازع فیه است در تعارض قوانین مسأله توصیف ها نامیده می شود

2- اختلاف از جهت قواعد حل تعارض: قواعد حل تعارض همیشه در کشورهای مختلف یکسان نیست مثلاً احوال شخصی در بعضی کشورها تابع قانون دولت متبوع افراد است و در بعضی دیگر از کشورها تابع قانون اقامتگاه می باشد.

نک: اختلاف در قواعد حل تعارض سبب حدوث نوعی از تعارض می گردد که در نتیجه آن مسأله خاصی مطرح

می شود که آن را مسأله احاله می نامند

◀ مسأله تعارض های متحرک یا تأثیر بین امملی حقوق:

عبارت از مسأله رابطه زمانی بین سیستم های حل تعارض است به این معنی که یک رابطه حقوقی در دو زمان متوالی به دو سیستم حقوقی متفاوت ارتباط پیدا می کند مثلاً هرگاه یک نفر خارجی تابعیت ایران را به دست آورد این پرسش به میان می آید که کدام قانون بر احوال شخصی این فرد حکومت می کند.

### قسمت اول- مسأله توصیف ها

توصیف عبارت از تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد مثلاً در مورد حکم مندرج در ماده 7 ق. م، منظور از توصیف این است که موضوعاتی را که داخل در دسته احوال شخصیه است تشخیص نهمیم یا به عبارت دیگر عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه را تعریف کنیم

نک: مسأله توصیف ها مقدم بر مسأله اعمال قاعده حل تعارض است زیرا دادگاه باید قبل از اینکه قاعده مورد نظر را اعمال کند عناصر و موضوعات آن را مشخص نماید

✓ در خصوص اسناد معاملات نیز در خصوص شرایط مربوط به تنظیم و شرایط راجع به ماهیت معامله منظور از توصیف تشخیص این مطلب است که کدام شرط راجع به طرز تنظیم سند و کدام شرط راجع به ماهیت معامله است.

نک: مسأله توصیف ها نخستین بار به وسیله بارتن، حقوقدان فرانسوی تشریح گردید

قوانین کشورهای مختلف در مورد یک مسأله ممکن است توصیف های متفاوت را بیفزایند و لذا بر حل تعارض توصیف ها از قانون مقرّ دادگاه استفاده می شود.

#### ◀ اصل صلاحیت قانون مقرّ دادگاه:

بعضی از علما عقیده دارند که قانون صلاحیتدار برای توصیف رابطه حقوقی باید قانون سبب باشد اما این عقیده به دلایلی که به وسیله طرفداران توصیف به موجب قانون مقرّ دادگاه اقامه گردیده قابل ردّ می باشد

✓ این دلایل عبارتند از: 1- طبیعت قاعد حل تعارض 2- مصادره به مطلوب.

نک: در تعارض قوانین برای تعیین دسته های ارتباط و تقسیم بندی مفاهیم حقوقی از تقسیمات حقوق داخلی ( حقوق مدنی ) الهام می گیرند و نظر به همین وحدت مفاهیم و تقسیمات است که حقوق بین الملل خصوصی را انعکاسی از حقوق داخلی در زمینه بین المللی می دانند

#### ◀ حدود صلاحیت قانون مقرّ دادگاه:

اصل صلاحیت قانون مقرّ دادگاه محدودیت ها و استثناهایی دارد که در آن موارد باید به قانون خارجی ( قانون سبب ) رجوع شود.

#### 1- لزوم دخالت قانون خارجی ( قانون سبب ) در جریان توصیف: علت دخالت قانون خارجی در جریان توصیف

این است که اعمال قاعده ملی حل تعارض نسبت به سازمان های حقوق خارجی ممکن نیست مگر اینکه خصوصیتی که سازمان های مزبور به موجب قانون خارجی واجد هستند مورد تحلیل قرار گیرند.

✓ توصیف یا تعیین ماهیت حقوقی موضوع متنازع فیه در حقیقت دارای دو مرحله است: یکی مرحله مقدماتی یا مرحله تحلیل مسأله که به موجب قانون سبب انجام می شود و دیگری مرحله نهایی یا مرحله صدور رأی که بر طبق قانون مقرر دادگاه انجام می شود.

2- مواردی که اعمال قاعده ی ایرانی حل تعارض ملازمه دارد با اینکه تعاریف و توصیف های قانون خارجی پذیرفته شود

3- سومین استثنا مربوط به توصیف هایی است که توصیف های فرعی نامیده می شود در توضیح این استثنا که مهمترین استثنای وارده بر صلاحیت قانون مقرر دادگاه است، می گوئیم چون توصیف مقدمه اعمال قاعده حل تعارض است، بنابراین تنها توصیف هایی تابع قانون مقرر دادگاه است که برای اعمال قاعده حل تعارض ضروری باشد ( توصیف های اصلی ) ، اما در مورد توصیف هایی که برای اعمال قاعده حل تعارض ضروری نیستند ( توصیف های فرعی ) باید به قانون سبب مراجعه کرد.

نک: در قانون مدنی ایران اگر مسأله توصیف یک مال به عنوان مال منقول یا غیر منقول مطرح باشد، توصیف مزبور یک توصیف فرعی است.

نک: در حقوق فرانسه ارثیه منقول تابع قانون اقامتگاه متوفی و ارثیه غیر منقول تابع قانون محل وقوع مال است.

در تمام مواردی که م سایل مربوط به شکل اسناد مطرح است، تعاریف و توصیف ها جنبه فرعی داشته و باید بر طبق قانون محل تنظیم سند به عمل آید ولی در مسأله توصیف یک حق اعم از عینی یا دینی می گوئیم چون این توصیف در اعمال قاعده حل تعارض دخالت دارد، لذا تابع قانون مقرر دادگاه است.

حقوق عینی تابع قانون محل وقوع اموال است در حالی که حقوق دینی بر حسب مورد تابع قانون محل وقوع عقد یا اقامتگاه مدیون است.

✓ توصیف محل انعقاد عقد در موردی که قرارداد بین المللی با مکاتبه صورت می گیرد یک توصیف اصلی است و تابع قانون مقرر دادگاه می باشد.

## قسمت دوم- احاله

الف: طرح مسأله و زمینه تاریخی احاله:

✓ بین سیستم های ملی حل تعارض سه حالت ممکن است به وجود آید

حالت اول حالت هماهنگی و اتفاق نظر است که وضع دشواری را ایجاد نمی کند مثل موردی که بین دو همسر فرانسوی که در ایران اقامت دارند دعوی طلاق در دادگاه ایران مطرح باشد که در این حالت قانون ملی ( قانون فرانسه ) را صلاحیتدار می دانند.

حالت دوم حالت تعارض مثبت است به این معنی که قواعد حل تعارض هر سیستم قانون داخلی خود را صلاحیتدار می داند. مثلاً هرگاه بین زن و شوهر ایرانی که در انگلیس اقامت دارند دعوی طلاق مطرح باشد که در این مورد

از نظر سیستم ایرانی قانون ایران باید بر این طلاق حکومت کند و حال آنکه از نظر سیستم انگلیس قانون انگلیسی بر آن حکومت دارد، در این موارد قاضی همیشه باید قانون دولت متبوع خود را اجرا نماید حالت سوم عبارت از تعارض منفی است به این معنی که در رابطه ی بین دو سیستم حل تعارض، هر سیستم برای حل قضیه به سیستم دیگر ارجاع می دهد مثلاً اگر زن و شوهری که بین آنها دعوی طلاق مطرح است مقیم ایران و تبعه انگلیس باشند، سیستم ایرانی حل تعارض، این طلاق را تابع قانون ملی زوجین ( قانون انگلیس ) می داند و حال آنکه سیستم انگلیسی حل تعارض، آن را تابع قانون اقامتگاه زوجین ( قانون ایران ) می داند ( این حالت را مسأله ی احاله گویند. )

✓ علت به وجود آمدن احاله این است که در هر نظام حقوقی دو نوع قاعده وجود دارد که یکی قاعده حل تعارض ( قانون بین المللی ) است که تنها به تعیین قانون صلاحیتدار اکتفا می کند و دیگری قاعده مادی ( قانون داخلی ) کشور است که حکم مسأله را معین نموده آن را مستقیماً حل می کند. حال چنانچه طبق قاعده حل تعارض ایران، قانون صلاحیتدار قانون خارجی باشد، دادگاه ایران باید تأیید کند که قانون داخلی ( قاعده مادی ) آن کشور خارجی را اعمال کند و یا قانون بین المللی ( قاعده حل تعارض ) آن را، که در حالت اول یعنی انتخاب قانون داخلی با مسأله احاله روبرو نمی شود و لی در حالت دوم یعنی انتخاب قانون بین المللی با مسأله احاله روبرو می شود .

✓ مسأله احاله به دو صورت ممکن است مطرح شود:

1- احاله درجه اول: احاله ای است که قانون خارجی به قانون کشوری می کند که قضیه در آن طرح است مانند احاله قانون انگلیس به قانون ایران که در مثال حالت سوم ( تعارض منفی ) بیان شد.

2- احاله درجه دوم: احاله ای است که قانون خارجی به قانون کشور ثالثی می نماید مثلاً هر گاه بین یک زن و شوهر انگلیسی که در فرانسه اقامت دارند در دادگاه ایران دعوی طلاق مطرح باشد چون طبق قانون ایران طلاق اتباع خارجه تابع قانون دولت متبوع آنها است ( انگلیس ) چنانچه دادگاه ایران، قانون داخلی صرف انگلیس را اجرا کند حکم طلاق را مطابق قانون مزبور، صادر می کند و مسأله احاله پیش نمی آید ولی چنانچه دادگاه ایران قانون بین الملل انگلیس را در نظر بگیرد چون بر طبق قانون انگلیس طلاق تابع قانون کشوری است که زوجین در آنجا اقامت دارند باید حکم طلاق را مطابق قانون فرانسه صادر نماید که در این حالت احاله پیش می آید.

✓ در رویه قضایی فرانسه مسأله ی احاله را برای اولین بار در سال 1871 در محکمه وراثت شخصی موسوم به فورگو در اداره خالصجات فرانسه مطرح شد

✓ رویه قضایی فرانسه احاله درجه اول را صریحاً مورد قبول قرار داده و احاله درجه دوم نیز به تازگی مورد قبول رویه قضایی فرانسه واقع شده است

◀ انتقادهای وارد بر احاله عبارتند از :

1- نخستین ایراد مخالفین احاله مربوط است به علت وجود مسأله احاله، زیرا احاله مبتنی بر تفکیک بین حقوق بین الملل خصوصی و حقوق داخلی است

## [VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR](http://VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR)

### دانشگاه پیام نور مرکز ورامین - رشته حقوق

Varamin\_news@live.com

2- دومین ایراد که از جانب مخالفین عنوان گردیده ایراد دور و تسلسل می‌باشد معروف به راکت بین المللی است. ◀ نظریات راجع به احاله:

1- نظریه وست لیک: به نظر وست لیک موقعی که حقوق بین الملل خصوصی انگلیس، قانون انگلیس را برای حل یک مسئله صلاحیتدار نمی‌داند در واقع از حل مسأله سلب علاقه کرده و به قانون خارجی احاله می‌دهد مثلاً اهلیت یک نفر انگلیسی که در فرانسه اقامت دارد تابع قانون انگلیس نمی‌باشد چون قواعد حل تعارض انگلیس، اهلیت انگلیسی‌های مقیم در خارج را تابع قانون اقامتگاه آنان دانسته است

2- نظریه ی نی بوایه: به اعتقاد نی بوایه مسأله احاله هنگامی مطرح می‌شود که قانون قابل اعمال خارجی از خود سلب صلاحیت کند که در این صورت چون قاعده حل تعارض دچار اشکال شده عملاً قانونی جز قانون متبوع قاضی باقی نمی‌ماند، لذا باید برای حل قضیه به همین قانون رجوع شود

3- نظریه باتیفول: باتیفول می‌گوید بر خلاف نظر متداول که احاله را سلب علاقه قانون فرانسه و قبول نمایندگی از طرف قانون خارجی تلقی می‌نماید، احاله در واقع یک عامل هماهنگی بین سیستم‌های حل تعارض می‌باشد. ✓ باتیفول قایل به وجود دو نوع قاعده حل تعارض است:

یکی قاعده اصلی که به موجب آن احوال شخصیه افراد تابع قانون ملی آنهاست و دیگری قاعده فرعی که بر طبق آن احوال شخصیه تابع قانون اقامتگاه می‌باشد

✓ بین نظریه نی بوایه و باتیفول یک تفاوت اساسی وجود دارد و آن این است که در نظریه نی بوایه، احوال اعمال قانون متبوع دادگاه است و اجرای قانون خارجی جنبه استثنایی دارد ولی در نظریه باتیفول اعمال قانون ملی خود یک قاعده اصلی است و چنانچه این قاعده به نحوی قابل اعمال نباشد باید به قاعده فرعی رجوع شود و قاعده فرعی عبارت است از اعمال قانون اقامتگاه، اعم از آنکه قانون اقامتگاه و قانون مقر دادگاه با هم منطبق باشند یا نباشند.

◀ احاله در حقوق ایران:

طبق ماده 973 ق.م.ا، اگر قانون خارجه ای که باید طبق مواد قانونی رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد، طبق قسمت دوم این ماده احاله درجه اول صراحتاً پذیرفته شده است ولی طبق قسمت اول ماده که مربوط به احاله درجه دوم است، قانون ایران احاله درجه دوم را در همه مواد رد می‌کند.

✓ چنانچه بین یک زن و شوهر انگلیسی مقیم در فرانسه دعوی طلاق در دادگاه ایران مطرح باشد داگاه باید برای صدور حکم طلاق به قانون ملی زوجین (قانون داخلی انگلیس) رجوع نماید.

### قسمت سوم- تعارض های متحرک

✓ از جمله شباهت های موجود بین تعارض های متحرک و تعرض قوانین در زمان عبارتند از:

1- همانطور که در مسأله تعارض قوانین در زمان باید تشخیص داد که قانون جدید در چه قسمتی با قانون سابق مخالف است و تا چه اندازه قانون سابق را نسخ می کند، همینطور هم در زمینه تعارض های متحرک در حقوق بین الملل خصوصی باید بین قانونی که حق باید مطابق آن به وجود آید و قانونی که آثار حق باید از آن ناشی گردد تفکیک نماییم تا بدانیم حقی که در یک کشور به وجود آمده و بعداً به کشور دیگر منتقل گردیده می تواند منشأ آثار باشد و معتبر شناخته شود یا نه

2- شباهت دیگر از لحاظ مفهوم نظم عمومی است که در هر دو زمینه دخالت نموده و حدود تأثیر قانون جدید و قانون کشور محل اثرگذاری حق را مشخص می نماید

✓ تفاوت های موجود بین تعارض های متحرک و تعارض قوانین عبارتند از:

1- در تعارض های متحرک کثرت قانونگذاری وجود دارد به این معنی که قانون حاکم بر تشکیل یا ایجاد حق به یک کشور و قانون حاکم بر آثار حق به کشوری دیگر تعلق دارد ولی در تعارض قوانین چون مرجع وضع هر دو قانون یکی است لذا تعارض وجود ندارد

2- تفاوت دیگر آنها مربوط به مفهوم نظم عمومی در روابط داخلی و نظم عمومی در روابط بین المللی است چون بین این دو مفهوم رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد به این معنی که دامنه نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی محدودتر از دامنه آن در روابط حقوق داخلی است

#### الف- حالت های تعارض متحرک:

تعارض بین قانونی که بر تشکیل حق حکومت می کند و قانونی که آثار حق از آن ناشی می شود در چهار حالت متصور است:

حالت اول- فقدان تعارض در مرحله تشکیل حق: این حالت در موردی اتفاق می افتد که حقی در محیط داخلی یک کشور خارجی به وجود می آید بدون آنکه در مرحله تشکیل آن حق تعارضی بروز نماید. مثلاً چنانچه یک زن و مرد انگلیسی که در انگلیس اقامت دارند در همانجا ازدواج نمایند هیچگونه تعارضی در مورد قانون حاکم بر ازدواج آنها به وجود نخواهد آمد

حالت دوم- وجود تعارض در مرحله تشکیل حق: این حالت مربوط به موردی است که حقی در کشور خارجی و داخل در محیط حقوق بین الملل خصوص به وجود آید مثلاً زن و مرد انگلیسی در ایتالیا ازدواج نمایند

حالت سوم- شخصی که داخل یا خارج کشور متبوع خود حقی را بدست آورده است پس از ایجاد حق، اقامتگاه یا تابعیت خود را تغییر می دهد: در این حالت تعارض متحرک نتیجه تغییر یک عامل ارتباط مانند اقامتگاه یا تابعیت می باشد و آن در مواردی است که قانون حاکم بر تشکیل حق بستگی به اقامتگاه یا تابعیت داشته باشد.

حالت چهارم- موردی که کشوری قسمتی از سرزمین کشور دیگر را ضمیمه خاک خود می سازد

### ب- فایده تفکیک بین مرحله تشکیل حق و تأثیر بین المللی حق

بر حسب اینکه حقی در مرحله تشکیل و یا در مرحله ی تأثیر بین المللی باشد، قانون صلاحیتدار ممکن است متفاوت شود، زیرا در مواردی که تعارض در مرحله تأثیر بین المللی حق حادث می شود دادگاه باید قانونی را که مطابق قاعده حل تعارض دولت متبوع خود صلاحیتدار می باشد تشخیص دهد و حق مزبور باید از لحاظ بین المللی معتبر شناخته شود و اثر گذاری نماید ولو اینکه ایجاد آن حق در کشوری که آثار آن مورد استثناء قرار می گیرد غیر ممکن باشد. مثلاً چنانچه طفل نامشروعی در کشوری مانند فنلاند که اثبات نسب نامشروع را مجاز می داد، انتساب خود را به پدر طبیعی اش ثابت نماید و بعداً به استناد آن حکم در کشوری مانند ایران که اثبات نسب نامشروع را مجاز نمی داند از حق نبوت استفاده کرده و از پدر طبیعی خود تقاضای نفقه نماید دادگاه ایران حق ایجاد شده را محترم شمرده و حکم نفقه را صادر خواهد کرد اگر چه اثبات نسب بر طبق قانون ایران ممکن نباشد.

- شرایط تأثیر بین المللی حق:

✓ برای اینکه حقی از لحاظ بین المللی معتبر محسوب گردد و بتواند در ایران معتبر شناخته شود، وجود دو شرط لازم است:

اولاً- باید بر طبق قانونی تشکیل شده باشد که قاعده ایرانی حل تعارض آن را صلاحیتدار می داند. مثلاً چنانچه زن و مرد ایرانی که نکاح بین آنها ممنوع دائمی است در کشوری که احوال شخصیه افراد را تابع قانون اقامتگاه می داند به عقد نکاح مبادرت نمایند نکاح آنها در ایران باطل و بی اثر می باشد چون طبق قانون ایران نکاح ایرانیان مقیم خارجه، تابع قانون ایران می باشد.

ثانیاً- حق باید به طور کامل و با رعایت تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد. مثلاً چنانچه در کشوری که اجرای مراسم مذهبی جزء شرایط صحت نکاح است، عقد نکاحی بدون رعایت شرایط مذکور واقع شود این عقد نمی تواند در کشوری که اجرای مراسم مذهبی جزء شرایط صحت نکاح نیست منشأ اثر گردد.

### ◀ حدود تأثیر بین المللی حق:

1- حدودی که به وسیله قانون خارجی معین می شود:

الف- حق همان آثاری را دارد که قانون خارجی بر آن بار کرده است ولو اینکه قانون ایران آثار کمتری بر آن مترتب کرده باشد.

ب- هیچ حقی نمی تواند در کشور دیگر اثری بیشتر از آنچه که در کشور محل تشکیل حق داشته تولید نماید

2- حدودی که به وسیله قانون ایران معین می شود در دو فرض قانون ایران از اجرای حقی که در خارج ایران تشکیل شده جلوگیری می کند که عبارتند از

1- در صورتی که در ایران حقی مخالف حق مزبور به وجود آمده باشد. مثلاً چنانچه یک زن و شوهر ایرانی که در امریکا اقامت دارند در دادگاه امریکا دعوی طلاق اقامه نمایند و حکم طلاق صادر شود، دادگاه ایران به استناد اینکه قانون ایران باید بر این طلاق حکومت کند و نه قانون امریکا حکم طلاق مزبور را غیر قابل اجرا اعلام خواهد کرد.

2- در صورتی که اجرای حق ایجاد شده برای سازمان های حقوقی کشور ما غیر قابل تحمل باشد (با نظم عمومی ایران مخالفت داشته باشد.)

## فصل دوم اجرای قانون صلاحیتدار

### قسمت اول- نحوه اجرای قانون خارجی

الف) قدرت اجبار کننده قانون خارجی از کجا ناشی می شود:

1- نظریه انگلیسی- امریکایی ( اجرای قانون خارجی و رعایت حقوق مکتسبه ) : مطابق این نظریه قدرت اجبار کننده قانون خارجی ناشی از رعایت حقوق مکتسبه است و قاضی باید قانون خارجی را مورد شناسایی و توجه قرار دهد. پس طبق این نظریه رعایت و شناسایی حقوق ایجاد شده ایجاب می کند که قاضی هر کشور قانون خارجی را اعمال و اجرا نماید.

2- مکتب ایتالیایی معاصر ( مفهوم پذیرش قانون خارجی ): طبق اصول عقاید مکتب ایتالیایی نظم حقوقی هر کشور دارای جنبه انحصاری است یعنی جنبه ی حقوقی عناصری را که داخل در آن نباشد نفی می کند، لذا اجرای قانون خارجی در یک کشور نمی تواند واجد ارزش و اعتبار باشد مگر اینکه در نظم داخلی ادغام گردد. به عبارت دیگر ، اعتبار و قدرت اجبار کننده قانون خارجی ناشی از آن است که قانون مقرر دادگاه قانون خارجی را می پذیرد و در نظم داخلی ادغام می نماید و در واقع جزء نظام مزبور می گردد.

✓ مولفان ایتالیایی قائل به دو نوع پذیرش می باشند: 1- پذیرش مادی 2 - پذیرش صوری

در پذیرش مادی ، قاعده حقوقی در واقع صفت خارجی بودن خود را از دست می دهد و جنبه داخلی پیدا می کند و در ضمن مفاد آن در نظام حقوقی قبوع دادگاه ادغام می گردد.

در پذیرش صوری ، اگر چه قانون خارجی در نظام دولت متبوع قاضی ادغام می گردد ولیکن صفت خارجی بودن خود را از دست نمی دهد و جنبه داخلی و ملی پیدا نمی کند

3 - نظریه فرانسوی: مطابق این نظریه قانون خارجی به هیچ وجه در نظام حقوقی دولت متبوع قاضی ادغام نمی شود بلکه استقلال خود را حفظ کرده و به عنوان قانون خارجی اعمال می گردد و از طرفی طبق این نظریه اجرای قانون خارجی در موردی نیز که مسئله ایجاد حق مطرح است باید توجیه گردد

✓ طبق نظر حقوقدانان فرانسوی قانون خارجی باید به عنوان یک امر ح کمی تلقی شود و نه به عنوان یک امر موضوعی.

نک : در مورد اجرای قانون خارجی مسئله قابلیت و عدم قابلیت استناد مطرح است و نه مسئله طبیعت قانون خارجی ، یعنی قانون خارجی به واسطه آنکه در کشور دیگری اجرا می شود طبیعت امری خود را از دست نمی دهد بلکه در مقابل قاضی ملی غیر قابل استناد می شود.

ب: مسئله استناد به قانون خارجی:

در زمینه استناد اصحاب دعوی به قانون خارجی سه سیستم مختلف وجود دارد:

1 - سیستم آلمانی ( عدم لزوم استناد به قانون خارجی ): طبق این سیستم زمانی که قانون خارجی بر طبق قواعد حل تعارض آلمان صلاحیتدار شناخته می شود تعیین مفاد مفهوم آن یکی از امور حکمی دعوی می باشد و قاضی باید آن را رأساً و بدون استناد اصحاب دعوی به موقع اجرا بگذارد.

2 - سیستم انگلیسی ( لزوم استناد به قانون خارجی ): طبق این نظریه قانون خارجی به هیچ وجه جزء امور حکمی نبوده و در حکم مسائل موضوعی دعوی می باشد لذا مادام که اصحاب دعوی به قانون خارجی استناد نکرده باشند قاضی حق اجرای قانون خارجی را نخواهد داشت.

3 - سیستم فرانسوی یا سیستم حدّ وسط ( عدم لزوم استناد به قانون خارجی وقتی مسئله مربوط به نظم عمومی است ): طبق این سیستم قاضی می تواند رأساً و بدون استناد طرفین دعوی قانون خارجی را به موقع اجرا گذارد مشروط بر اینکه موضوع مربوط به نظم عمومی باشد.

ج- بررسی مفاد و محتویات قانون خارجی:

1- آیا اثبات قانون خارجی لازم است یا نه و در صورت نخست اثبات آن بر عهده ی کیست؟ چنانچه قانون خلجی از امور حکمی باشد نیاز به اثبات نیست و تکلیف قاضی است که به متن و محتوای آن رأساً پی برد ولی معمولاً قانون خارجی جزء مسائل موضوعی به شمار می آید و لذا اثبات آن بر عهده اصحاب دعوی است ( مانند سیستمهای متخذ در فرانسه و انگلیس)

✓ مطابق سیستم متداول در غالب کشورها قانون خارجی نیاز به اثبات دارد و تکلیف قاضی نیست و اثبات آن بر عهده اصحاب دعوی است که به آن استناد می کنند.

2- چگونه می توان محتوا و مضمون قانون خارجی را در دادگاه اثبات کرد؟ اثبات قانون خارجی ممکن است به دو صورت انجام شود: به صورت کتبی و به صورت شفاهی.

نک : در نظام حقوقی نوشته شده اثبات قانون خارجی بیشتر به صورت کتبی انجام می شود و در نظام کامن لا به صورت شفاهی.

3- قانون خارجی را چگونه باید تفسیر کرد و آیا تفسیر تحت نظارت دیوان کشور انجام می شود؟ برای تفسیر یک قانون خارجی مناسبترین را حل این است که از نظر یک کارشناس متخصص استفاده کرد.

نک: تفسیر عهدنامه های منعقدہ بین ایران و سایر دول تحت نظارت دیوان کشور انجام می شود اما در مورد تفسیری که دادگاه های تالی از قانون خارجی می نمایند دیوان کشور نظارت نخواهد داشت

نک: هر گاه در مورد قاعده حل تعارض اشتباهی رخ دهد یعنی دادگاه قانون صلاحیتدار را اجرا نکند دیوان کشور حکم صادره را نقض خواهد کرد چون در این مورد مسئله تفسیر یک قاعده داخلی مطرح است.

4- آیا قاضی ایرانی در مورد مطابقت قانون عادی خارجی با قانون اساسی خارجی حق اظهار نظر دارد؟ در صورتی که قانون عادی از لحاظ اصول مخالفتی با قانون اساسی نداشته بلکه فقط جنبه های تشریفاتی آن رعایت نشده باشد، چنانچه قانون مزبور در کشور خارج لازم الاجرا باشد قاضی ایرانی هم آن را اجرا می کند و در غیر اینصورت از اجرای آن خودداری می کند.

### قسمت دوم - موانع اجرای قانون خارجی

اجرای قانون خارجی صلاحیتدار در ایران ممکن است با دو مانع برخورد کند: یکی نظم عمومی و دیگری تقلب نسبت به قانون.

#### گفتار اول - مسئله نظم عمومی

##### الف: طرح مسئله و زمینه تاریخی نظم عمومی

قانون خارجی طبعاً صلاحیتدار در صورتی قابل اجرا است که بر خلاف نظم عمومی نباشد و چنانچه مخالف با نظم عمومی باشد در حدودی که مخالفت دارد اجرا نخواهد شد (ماده 975 ق.م) مثلاً قانون یک کشور خارجی نکاح بین محارم را مجاز می داند و یکی از اتباع آن کشور می خواهد یکی از محارم خود را که مطابق قانون ایران نکاح بین آنها ممنوع می باشد به عقد نکاح درآورد بدیهی است که در این مورد حکم به بطلان نکاح داده خواهد شد.

مکتب قدیم ایتالیایی یا مکتب شارحان با تفکیک بین قوانین مناسب و قوانین مرفه‌ر مسئله نظم عمومی را در قرن چهاردهم مورد توجه قرار داده بود.

از جمله عواملی که دخلت نظم عمومی را در قرون وسطی تقلیل داد وجود و انتشار حقوق رم بود که اختلاف بین حقوق کشورها را به میزان قابل ملاحظه ای تخفیف می داد.

علت اینکه مفهوم نظم عمومی از قرن نوزدهم به بعد مورد توجه واقع گردیده این است که در قرن مزبور تدوین قوانین در غالب کشورهای اروپایی موجب تشدید اختلاف بین قوانین و حقوق کشورها گردید و موارد استثنای نظم عمومی را افزایش داد.

##### ب: مفهوم نظم عمومی:

1- نظم عمومی در حقوق داخلی: شامل قواعد و سازمانه‌ایی است که غرض از وضع و ایجاد آن حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور و حفظ خانواده می باشد و اراده فرد نمی تواند آنها را نقض کند قواعد امری (مانند قواعد مربوط به وضعیت و اهلیت وارث و وصیت

2- نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی: مجموع سازمانها و قواعدی است که آنچنان به اصول تمدن و نظام حقوقی یک کشور بستگی دارد که دادگاههای آن کشور ناچارند اجرای آنها را بر اجرای قانون خارجی مقدم شمارند هر چند قانون مزبور یک قانون صلاحیتدار باشد.

نک: به گفته نی بویاه نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی در واقع مانند سدی است که جلوی اجرای قانون خارجی را می گیرد و قاضی را مجبور می کند که قانون دولت متبوع خود را اجرا کند.

✓ بین نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین الملل خصوصی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد یعنی هر چه مخالف نظم عمومی در روابط بین المللی ایران است مخالف نظم عمومی در روابط داخلی ایران نیز هست و حال آنکه هر چه مخالف نظم عمومی در روابط داخلی است الزاماً مخالف نظم عمومی در روابط بین الملل نیست.

### ج - دایره مشمول نظم عمومی:

نظم عمومی دایره مشمول ثابتی ندارد و بر حسب مقتضیات زمان و مکان تغییر می کند.  
 ✓ ساوینیهی حقوق دان آلمانی ، جامعه مشترک حقوقی را ضابطه ای برای تشخیص نظم عمومی قرار داده است.  
 ✓ بلرتن حقوق دان فرانسوی نیز از ساوینی تبعیت کرده و فقدان جامعه مشترک حقوقی را مبنای نظم عمومی دانسته است .

✓ بنابر نظر مولف برای تشخیص نظم عمومی این امر صرفاً باید به عهده قاضی واگذار شود

### د- آثار نظم عمومی:

اثر عادی نظم عمومی آن است که از اجرای مقررات قانون صلاحیتدار خارجی جلوگیری می کند و قانون مقر دادگاه را جانشین آن می کند.

#### 1- اثر منفی و اثر مثبت نظم عمومی:

✓ اثر نظم عمومی هنگامی منفی است که قاضی از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی جلوگیری نماید بدون اینکه قانون مقر دادگاه را به طور مثبت جانشین آن قرار دهد مثلاً: یک زن ایرانی در دادگاه اسپانیا علیه شوهر ایرانی خود اقامه دعوی طلاق می نماید ولی چون در اسپانیا طلاق ممنوع است و برخلاف نظم عمومی است دادگاه اسپانیا از صدور حکم طلاق جلوگیری می نماید بدون اینکه قانون مثبت دیگری را جایگزین آن کند  
 اثر نظم عمومی هنگامی مثبت است که قاضی از اجرای قانون خارجی خودداری کند سپس قانون دولت متبوع خود را به نحو مثبت جانشین آن نماید مثلاً چنانچه در کشوری حق انفاق بین ابویین و اولاد وجود نداشته باشد . اگر پسری که تبعه چین کشوری است در دادگاه کشور فرانسه که ابویین و اولاد را واجب النفقه یکدیگر قرارداده علیه پدر خود اقامه دعوی کند قاعداً حاکم باید قانون دولت متبوع آنها را اجرا نماید و دعوی مدعی را رد کند ولی دادگاه فرانسه در این فرض قانون کشور متبوع خود را جانشین آن قرار می دهد و پدر را محکوم به تأدیه نفقه می نماید .

## 2- اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد حق و در مرحله اثر گذاری حق

در این مورد اثر نظم عمومی متفاوت است و بر حسب مورد شدت و ضعف پیدا می کند مثلاً در مرحله اثر گذاری حق، نظم عمومی اثر حقیقی تولید می کند و به همین جهت کمتر مورد استناد واقع می شود ✓  
نظم عمومی در مرحله ایجاد حق ممکن است اثر مثبت داشته باشد یعنی چنانچه حق مورد نظر به وسیله قانون خارجی نتواند به وجود آید ولی با شرایط مقرر در قانون مقر دادگاه قابل به وجود آمدن باشد و حال آنکه در مرحله اثر گذاری حق، نظم عمومی فقط اثر منفی تولید می کند و فقط از آثار حقیقی که در خارجه به وجود آمده است در داخل کشور جلوگیری می کند بدون اینکه قانون مقر دادگاه را به نحو مثبت جانشین آن کند.

### گفتار دوم - مسئله تقلب نسبت به قانون

#### الف- طرح مسئله :

وجود تقلب نسبت به قانون مبتنی بر این امر است که افراد می توانند بعضی از عناصر ارتباط را که منجر به تعیین قانون صلاحیتدار می گردد تغییر داده و در نتیجه آن قانون خاصی را که در حال عادی نمی توانند حق تقاضای اجرای آن را درباره خود داشته باشند لازم الاجرا گردانند. از جمله این عناصر می توان تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع مال منقول و محل انعقاد عقد را نام برد.

1 - مبنای حقوقی قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون : بنابر رویه قضائی بعضی کشورها باید قاعده تقلب نسبت به قانون را یک قاعده مهم و لازم تلقی کرده، زیرا این قاعده در واقع ضامن اجرای قواعد حال تعارض بوده و موافق هدف حقوق بین الملل خصوصی که حفظ اعتبار و تضمین آثار حقه ی قوانین است می باشد.

2 - رابطه بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی : بارتن حقوقدان فرانسوی معتقد است که هر گاه اجرای قانون خارجی در یک کشور ایجاد ضرر اجتماعی نماید باید از اجرای آن خودداری کرد که ضرر اجتماعی به دو صورت قابل تصور است: یکی به صورت مخالفت با نظم عمومی (مثلاً زن و مرد ایرانی در دادگاه اسپانیا تقاضای طلاق نمایند) و دیگری به صورت فراهم آوردن وضعیتی که منجر به فرار از منهیات قانون داخلی و استفاده از قانون خارجی می گردد (مثلاً زن و مرد اسپانیایی برای اینکه از قانون متبوع کشور خود که طلاق را منع می کند فرار کنند، تبع ایران شوند و بعد طلاق بین آنها واقع شود).

بارتن عدم اجرای قانون خارجی را معمولاً ضرری دانسته که از اجرای آن قانون متوجه جامعه داخلی می گردد و لذا می گوید عدم اجرای قانون خارجی برای جلوگیری از تقلب نوعی از اجرای قاعده نظم عمومی است .

#### ✓ تفاوت های موجود بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی

1- در موضوع نظم عمومی مسئله مفاد محتوای قانون صلاحیتدار خارجی مطرح است و قاعده نظم عمومی وقتی به موقع اجرا در می آید که قانون خارجی را لحاظ محتوا با قانون داخلی ناسازگار باشد و حال آنکه در موضوع تقلب مسئله فرار افراد از قانونی مطرح است که حقاً باید در مورد آنان اجرا شود و به همین جهت باید از اجرای قانون خارجی جلوگیری به عمل آید.

2- ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون خارجی قابل تصور است و حال آنکه استفاده از حربه نظم عمومی به نفع قانون خارجی بی معنی است.

نک : قاعده جلوگیری از تقلب صورت دیگری از قاعده نظم عمومی نیست و باید آن را قاعده مستقلی دانست که ضامن اجرای قوانین امری کشور است.

### ب- شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون:

1- شرط اول وجود تقلب : تقلب نسبت به قانون وقتی مصداق پیدا می کند که فرد به وسایل متقلبانه از حکومت قانون متبوع خود اجتناب نماید و در نتیجه بتواند از قانون خارجی استفاده نماید

✓ تقلب در زندگی بین المللی وقتی به وجود می آید که یک نفر در اجرای عملیاتی که برای استفاده از قانون خارجی می نماید قصد فرار از مقررات قانون متبوع خود را داشته است

2- شرط دوم جنبه ی فرعی و علی البدل بودن اجرای قاعده: منظور از این شرایط این است که وسیله دیگری برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وجود نداشته باشد و هر گاه وسیله دیگری موجود باشد استناد به این قاعده لزومی نخواهد داشت.

### ج- آثار جلوگیری از قاعده تقلب نسبت به قانون:

آثار این قاعده را باید از سه نظر مورد توجه قرار داد:

1- از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است

2- از نظر دولتی که شخص ذینفع اجرای قانون آن را نقاضا می کند

3- از نظر دولتهای ثالث.

\* آثار از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است : از نظر این دولت نمیتوان اجرای این قاعده را شامل تمام موارد دانست بلکه اثر قاعده مزبور باید محدود به آن اندازه شود که برای جلوگیری از تقلب لازم است . م تلاً در تغییر تابعیت برای فرار از مقررات راجع به منع نکاح ، تنها عقد نکاح را باطل می داند و دیگر تغییر تابعیت را باطل نمی شمارد.

\* آثار از نظر دولتهای ثالث : از نظر دولتهای ثالث قاعده جلوگیری از تقلب به هیچ وجه مورد توجه واقع نمی شود و دادگاههای او وضعیت فعلی شخص ذینفع را در نظر گرفته و بر طبق آن حکم می دهند

## فصل اول - احوال شخصیه

### قسمت اول - کلیات

گفتار اول- مفهوم احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن

✓ احوال شخصیه در دو معنی اعم و اخص به کار می رود: در معنی اعم کلمه ، از وضعیت و اهلیت تشکیل می شود ولی در معنی اخص تنها به وضعیت اطلاق می شود و شامل اهلیت نیست

- ✓ وضعیت عبارتست از مجموع اوصاف حقوقی انسان و شامل یک رشته اموری است که قانون بر آنها آثار حقوقی بار می کند و اهم آنها عبارتند از: نکاح ، طلاق ، سن ، نسب ، حجر و... .
- ✓ اهلیت عبارت از صلاحیت قانونی شخص است برای دارا شدن حق ( اهلیت تمتع ) یا اعمال یا اجرای آن ( اهلیت استیفا ) .
- ✓ برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در کشور های مختلف دو عامل مورد توجه قرار می گیرد یکی اقامتگاه و دیگری تابعیت .
- ✓ طرفداران اعمال قانون اقامتگاه برای توجیه اعمال این قانون چنین استدلال می کنند که ارتباط هر فرد با کشوری که در آنجا اقامت دارند بیش از ارتباط با کشور اصلی خود می باشد و ممکن است فرد تا آخر عمر در خارج از کشور اصلی خود زندگی کند و از طرفی معتقدند هر گاه فردی در کشوری اقامت گزیند نباید نسبت به سایر سکنه آن کشور مزیای داشته باشد بلکه باید تابع همان قوانین و مقرراتی باشد که در مورد سایر افراد اعمال می گردد .
- ✓ طرفداران قانون ملی معتقد اند اعمال قانون اقامتگاه با غایت اجتماعی قوانین راجع به احوال شخصیه منافات دارد زیرا قوانین شخصی اصولاً برای حمایت افراد و تثبیت وضعیت خانوادگی و تشخیص اهلیت آنها وضع شده و لذا باید جزء قوانین برون مرزی بوده و باید نسبت به اتباع دولت در خارج نیز حاکم باشد .
- نک: کشور های مهاجر پذیر اصولاً تمایل دارند که قانون اقامتگاه را اعمال کنند و حال آنکه کشور های مهاجر فرست تمایل به اجرای قانون ملی را دارند .
- ✓ در خصوص قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه قانون ایران مجری خواهد بود .
- ✓ در خصوص قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد رعایت نمایند .
- ✓ در خصوص قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع خارجه مقیم در ایران قانون مدنی ایران آنها را در حد و معاهدات مشمول قانون دولت متبوعه خود دانسته است .

### گفتار دوم- موارد مختلفه اعمال قانون حاکم بر احوال شخصیه

#### الف ) عدم وحدت قوانین خارجی:

در بعضی از کشورها مانند ایران ممکن است قانون واحدی راجع به احوال شخصیه وجود نداشته باشد (به علت وجود اقلیت های مختلف) و سوال این است که نسبت به اتباع این کشورها در خصوص احوال شخصیه کدام قانون باید اجرا گردد ؟ در مورد ایرانیان غیر شیعه که در خارجه احوال شخصیه آنها مورد رسیدگی قرار می گیرد طبق قانون ایران ، قانون مذهب آنان مجری خواهد بود و از طرفی برای بیگانگان مقیم در ایران نیز به همین ترتیب عمل می شود ولی اگر دولت متبوع شخص بیگانه برای اقلیت های مذهبی قانون مخصوصی نداشته باشد ، قوانین کلی آن دولت شامل احوال شخصیه او خواهد بود .

**ب- عدم وجود قانون راجع به احوال شخصیه**

ممکن است در کشوری راجع به احوال شخصیه قانونی وضع نشده باشد که در این مورد بعضی کشورها معتقد اند که باید قانون اقامتگاه اجرا شود (مانند فرانسه). در ایران نیز در این مورد قانون ایران اجرا می گردد ولی نه به عنوان قانون اقامتگاه بلکه به عنوان قانون مقر دادگاه.

**ج - وجود تابعیت مضاعف:**

اول- موارد بروز تابعیت مضاعف:

\* **تابعیت مضاعف در زمان تولد:** بعضی از دولتها تابعیت طفل را از روی تابعیت والدین (سیستم خون) و بعضی دیگر از روی محل تولد (سیستم خاک) معین می نمایند. حال اگر طفلی در کشوری متولد شود که سیستم خاک را اعمال می کند در حالی که دولت متبوع والدین تابعیت را بر اساس سیستم خون به طفل تحمیل می کند در این مورد طفل دارای دو تابعیت می باشد.

\* **تابعیت مضاعف بعد از تولد:** این تابعیت در صورتی مصداق پیدا می کند که شخص با حفظ تابعیت سابق خود تابعیت جدیدی بدست آورد مگر آنکه یک نفر ایرانی بدون رعایت شرایط ترک تابعیت ایران تابعیت یک دولت خارجی را قبول کند.

دوم- راه حل عملی تابعیت مضاعف:

\* **یکی از تابعیت ها تابعیت دولت متبوع قاضی است:** هر گاه فردی در آن واحد تبعه دو دولت باشد و یکی از تابعیتها ی او تابعیت دولت متبوع دادگاه باشد قاضی باید او را تابع دولت متبوع خود تلقی کرده و به تابعیت خارجی او ترتیب اثر ندهد. علت انتخاب این راه حل این است که هر دولتی در تعیین اتباع خود استقلال و حاکمیت دارد و از طرفی مقررات تابعیت ایران برای قاضی ایرانی امر حکمی محسوب می شود در حالی که قوانین تابعیت خارجی در واقع امر موضوعی به شمار می رود

\* **هیچ کدام از تابعیتها تابعیت دولت متبوع قاضی نیست:** بنابر نظر مولف باید تابعیتی را ترجیح داد که بر اساس علایق حقیقی و عملی استوار است. تابعیتی که بر اساس چنین علایقی استوار است اصطلاحاً تابعیت عملی یا موثر می گویند. برای تعیین این نوع تابعیت عواملی مانند محل سکونت، زبان، تابعیت همسر شخص و... مورد استفاده قرار می گیرد.

**گفتار سوم- استثناعات قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه**

**الف- نظم عمومی:** هر گاه اجرای قانون مربوط به احوال شخصیه بیگانه بر خلاف نظم عمومی کشور باشد قضات باید از اجرای آن خودداری کنند و به جای آن قانون ایران را به موقع اجرا گذارند (ماده 975 ق.م)

**ب- احاله:** چنانچه کشور خارجی که قانون آن به وسیله ی قاعده تعارض ایران صلاحیتدار شناخته شده، احوال شخصیه اتباع خود را تابع قانون ایران (قانون اقامتگاه) نماید، دادگاه ایران باید از اعمال قانون خارجی خودداری و قانون ایران را اجرا کند (ماده 973 ق.م)

ج- نسب: چنانچه در یک دعوی موضوع نسب فردی که تابعیت او مورد تردید است مطرح شود، چون در این حالت تابعیت منوط به صحت نسب می باشد و تا زمانی که اثبات نسب به عمل نیاید تابعیت فرد و در نتیجه قانون ملی او معلوم نیست، ناگزیر باید قانون دادگاهی که دعوی در آن مطرح می شود صلاحیتدار شناخته شود

د- اهلیت: در دو مورد استثناعاً برای تشخیص اهلیت بیگانگان قانون ملی آنها اعمال نمی شود:

1- اهلیت برای تبدیل تابعیت: هر گاه موضوع تابعیت منوط به صحت عمل شخصی باشد که اهلیت او مورد دعوی است در این صورت برای تشخیص اهلیت باید به قانون مقر دادگاه رجوع نمود نه به قانون ملی شخص

2- اهلیت برای معامله کردن: طبق ماده 962 ق.م، تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود ولی قانونگذار ایران برای تأمین ثبات در م علم لات واقعه در ایران و حفظ حقوق اتباع ایران افرادی را که طبق قانون دولت متبوع خود فاقد اهلیت می باشند و در ایران معامله می نمایند را واجد اهلیت محسوب می نماید (قسمت دوم ماده 962 ق.م)

نک: اگر معامله کننده ایرانی با بیگانه ای که کمتر از 18 سال (سن رشد در ایران) دارد معامله کند معامله او صحیح نیست زیرا در این مورد سن رشد مقرر در قانون ایران ا رعایت نکرده است

د- اشخاص بدون تابعیت (آیاترید): در ایران، در مورد احوال شخصیه اشخاص بدون تابعیت، قانون ایران به عنوان قانون مقر دادگاه اجرا می شود و همچنین در مورد پناهندگان سیاسی دارای تابعیت در فرانسه احوال شخصیه افراد بدون تابعیت را تابع قانون اقامتگاه می دلق.

و- اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی

قسمت دوم- مطالعه پاره ای از موضوعات احوال شخصیه

گفتار اول - نکاح

الف) نکاح ایرانیان در خارجه: ایرانیان مقیم خارجه از حیث نکاح تابع قانون ایران هستند ولی این تبعیت تنها از لحاظ شرایط ماهوی نکاح است و نسبت به شرایط صوری تبعیت الزامی نمی باشد.

✓ از جمله شرایط صوری تنظیم قباله ازدواج است که بر طبق مقررات قانون کشور محل نکاح صورت می گیرد و مقررات قانون ایران در آن تاثیری ندارد.

✓ مأمورین سیاسی و کنسولی ایران موظف اند در صورت مراجع اتباع ایرانی برای عقد ازدواج به آنها، عقد ازدواج را واقع و ثبت نمایند.

ایرانیان مقیم خارجه از حیث آثار شخصی و مالی نکاح مشمول قانون ایران هستند و لذا آثار عقد ازدواج نیز تابع قانون دولت متبوع زوجین است. مثلاً در قانون ایران شوهر مکلف به دادن نفقه به زن است.

ب- نکاح بیگانگان در ایران: نکاح واقع بین زن و مرد خارجی در ایران تابع قانون دولت متبوع آنهاست. در این مورد نیز تنها تبعیت از شرایط ماهوی لازم است و نسبت به شرایط صوری الزامی نیست. بیگانگان مقیم در

ایران چنانچه بخواهند عقد نکاح را به نحو مقرر در قانون دولت متبوع خود واقع سازند در آن صورت به نمایندگان سیاسی یا کنسولی دولت متبوع خود رجوع خواهند کرد.

ج- اختلاف تابعیت زن و مرد : بنا بر نظر مولف بهتر است هر کس در موقع ازدواج مشمول قوانین دولت متبوع خود باشد. در خصوص زوجینی که دارای تابعیت مختلف می باشند قانون مدنی ایران روابط شخصی و مالی آنها را تابع قوانین دولت متبوع شوهر می داند (ماده 963 ق. م)

گفتار دوم- طلاق

الف- طلاق بین زن و شوهری که تبعه یک دولت هستند : در مورد طلاق نیز حقوق بین الملل خصوصی ایران صلاحیت قانون دولت متبوع هر کس را درباره ی او اعلام نموده است و اق صلاحیت تنها در قسمتی که راجع به ماهیت طلاق است اجرا می شود و نه در سایر مسائل مانند آیین دادرسی، که تشخیص این امر با دادگاهی است که به دعوی رسیدگی می کند.

✓ اگر یک نفر خارجی در ایران تقاضای طلاق نماید تقاضای او در صورتی پذیرفته می شود که علت طلاق از علی باشد که در قانون دولت متبوع خارجی پیش بینی شده است.

ب- طلاق بین زن و شوهری که تابعیت آنان متفاوت است : در این مورد قانونی که باید بر طلاق زوجین حکومت کند قانون دولت متبوع شوهر است.

◀ روابط بین ابویین و اولاد :

طبق قانون مدنی ایران روابط بین ابویین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است مگر اینکه نسب طفل فقط نسبت به مادر مسلم باشد که در این صورت روابط بین طفل و مادر تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود (ماده 964 ق. م)

◀ ولایت قانونی :

چنانچه ولی و مولی علیه تابعیت واحد داشته باشند قانون حاکم بر روابط آنها قانون دولت متبوع آنها می باشد ولی اگر ولی و مولی علیه دارای تابعیت مخصوصی باشند در این مورد طبق قانون ایران قانون دولت متبوع صغیر (مولی علیه) صلاحیتدار شناخته می شود.

◀ قیمومت :

چنانچه قیم و مولی علیه هر دو تبعه یک دولت نباشند طبق قانون ایران در روابط بین آنها قانون دولت متبوع مولی علیه صلاحیتدار خواهد بود. (ماده 965 ق. م).

فصل دوم - اموال

قسمت اول - اموال مادی

نک : اسناد بی نام با اینکه پایگاه مادی ندارند ولی چون نحوه انتقال آنها با اموال مادی یکی است از این حیث جزو اموال مادی محسوب می شوند .

#### گفتار اول - اموال غیر منقول

✓ اموال غیر منقول از حیث قانون حاکم تابع قانون محل وقوع مال غیر منقول می باشند ( قانون درون مرزی ) اجرای قانون محل وقوع مال هم از لحاظ مصلحت کشور محل وقوع مال و هم از لحاظ مصلحت افراد قابل توجیه است .

طبق قانون ایران هر گونه تصرفات و اعمال مادی مانند بنا و تعمیر بنا و هر گونه نقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در ایران منحصراً تابع قانون ایران است ولو اینکه طرفین قرارداد خارجی باشند

#### گفتار دوم - اموال منقول

قانون ایران در مورد اموال منقول نیز قایل به قاعده اعمال قانون درون مرزی بوده و صلاحیت قانون محل وقوع را درباره این اموال اعلام نموده است.

✓ دلایلی که برای توجیه اعمال قانون درون مرزی نسبت به اموال منقول مورد استفاده واقع شده یکی مصلحت دولت محل وقوع مال است و دیگری مصلحت افراد است

✓ استثنائات قاعده ( رژیم کشتیها و هواپیماها ) : از آنجا که کشتیها و هواپیماها دائماً در حرکت هستند محل وقوع آنها پیوسته دستخوش تغییر است و لذا نمی توان این گونه اموال را تابع قانون محل وقوع آنها دانست بلکه باید قانون دیگری بر آنها حکومت داشته باشد که این قانون عبارتست از قانون محل ثبت نام کشتیها و هواپیماها یا قانون پرچم .

✓ اموالی که داخل کشتی یا هواپیما هستند مانند خود کشتی یا هواپیما تابع قانون پرچم می باشند

#### ◀ مسئله تعارض متحرک :

چون اموال منقول عموماً در حال تغییر مکان هستند و ممکن است از کشوری به کشور دیگر جابجا شوند لذا در مورد آنها مسأله تعارض متحرک مطرح می شود و اعمال قانون درون مرزی که در مرح له ایجاد حق مفید و ضروری است در مرحله اثر گذاری باعث متزلزل شدن رژیم حقوقی آنها خواهد شد زیرا پس از انتقال مال از کشوری به کشور دیگر قانون قابل اعمال نیز تغییر می کند

نک : هر گونه حقی که نسبت به مال منقول در کشور محل وقوع مال ایجاد شده باید در کشور دیگری که ممکن است آن مال به آنجا حمل و نقل گردد محترم شمرده شود

#### قسمت دوم - اموال غیر مادی

اموال غیر مادی اموالی هستند که وجود مادی در خارج ندارند ولی جامعه وجود آن را اعتبار نموده است علمای حقوق هر نوع حق مالی را از مصادیق اموال غیر مادی می دانند مانند حقوق عینی ( حق انتفاع ، حق ارتفاق ، حق دینی ) و هم چنین حقوق معنوی مانند مالکیت ادبی ، مالکیت هنری و...

- ✓ برای تعیین قانون حاکم بر اموال غیر مادی ابتدا باید محل وقوع آنها را تعیین نمود
- ✓ در خصوص قانون حاکم بر حق ارتفاق دو ملکی که در خاک دو کشور مختلف واقع شده اند ، باید قانون محل وقوع ملک مورد حق ارتفاق را ترجیح داد.
- ✓ قانون حاکم بر مالیکت ادبی و هنری قانون محلی است که اثر در آنجا انتشار یافته است و در مورد مالکیت صنعتی قانون حاکم قانون دولتی است که حق اختراع یا امتیاز نامه را به مخترع اعطا می نماید.
- ✓ در مورد قانون حاکم بر دین بعضی قانون اقامتگاه داین را معتبر می دانند و بعضی قانون اقامتگاه مدیون را، ولی نظری که بیشتر جنبه حقوقی دارد این است که قانون حاکم بر دین ، قانون حاکم بر منشأ دین است
- ✓ کشورهای صنعتی و سرمایه فرست طرفدار اجرای قانون اقامتگاه داین هستند حال آنکه کشورهای سرمایه پذیر طرفدار اجرای قانون اقامتگاه مدیون می باشند.

#### ◀ اسناد با نام :

اسنادی که نقل و انتقال آنها باید در دفتر شخص حقوقی ثبت شود. اینگونه اسناد جزء دیون محسوب می شوند و قانون اقامتگاه مدیون نسبت به آنها قابل اعمال است.

#### ◀ اسناد بی نام :

اسنادی هستند که به صورت سند در وجه حامل تنظیم گردیده و دارنده آن مالک شناخته می شود چنانچه این اسناد جزء اموال مادی باشند تابع محل وقوع خود می باشند و چنانچه جزء اموال غیر مادی (دین) باشند تابع قانون اقامتگاه مدیون می باشند.

✓ چنانچه مسئله قراردادی اسناد بی نام مطرح باشد باید قانون محل وقوع را نسبت به آنها اعمال کرد و چنانچه مسئله روابط بین دارنده سند و شخص حقوقی صادر کننده آن و یا مسئله سلب مالکیت سند در نتیجه اقدامات دولتی مطرح باشد باید قانون متبوع شرکت یا شخص حقوقی متعهد را صلاحیتدار دانست

## فصل سوم - اسناد و قرارداد

### قسمت اول - تنظیم اسناد

طبق یک قاعده مهم بین المللی شکل خارجی اسناد تابع قانون محلی است که در آنجا تنظیم می شوند.

گفتار اول - مبنای اجرای قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند و حدود شرایط آن

این قاعده از دو جهت قابل توجیه است:

1- از لحاظ رعایت مصلحت دولت محل تنظیم سند

2- از لحاظ رعایت منافع خصوصی افراد.

✓ منظور از شکل مقرر در این قاعده ، شکل خارجی است که مربوط به تنظیم یا ساخت سند می باشد نه هر گوه شکلی ، مانند اینکه قرارداد به چه زبانی نوشته شود و یا دارای تمبر باشد و یا به ثبت برسد یا نه باید قاعده مزبور را اعمال نمود .

✓ مسئله بی نام یا بانام بودن اسناد یک مسئله مربوط به شکل خارجی و ساخت سند نیست بلکه یک مسئله ماهوی است که باید تابع قانون حاکم بر ماهیت سند باشد .

نک: پذیرش اسناد تنظیم شده در خارجه به وسیله ی مقامات صلاحیتدار ایران در صورتی است که موضوع آن عقود و معاملات راجع به اموال غیر منقول واقع در ایران نباشد والا آن اسناد اعتبار قانونی نخواهند داشت زیرا این معاملات باید به وسیله تنظیم سند رسمی و در دفتر اسناد رسمی باشد .  
✓ طبق ماده 46 قانون ثبت، ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

1 - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد

2 - کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است

کلیه عقود و معاملات راجع به اموال منقول باید ثبت گردد و تنظیم آن در خارج کشور ممکن نخواهد بود و چنانچه اینگونه عقود و معاملات به وسیله سند عادی یا سند رسمی تنظیمی در خارج باشد پذیرفته نمی شود

### گفتار دوم - وصف اجباری یا اختیاری بودن قاعده

الف- اسناد عادی: رعایت قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند در مورد اینگونه اسناد اختیاری است و افراد می توانند هر کدام از شکلها ( شکل محلی یا شکل ملی ) را که بخواهند انتخاب نمایند، مثلاً چنانچه دو نفر تبعه خارجه در ایران بخواهند به موجب سندی عادی معامله ای واقع سازند که انجام آن معامله در ایران به موجب سند عادی ممنوع نیست می توانند سند بین خودشان را طبق قانون ایران یا مطابق قانون دولت متبوع تنظیم نمایند ( تنظیم وصیت نامه افراد در خارج کشور خود)

ب- اسناد رسمی: چون در تنظیم اسناد رسمی دخالت مأمورین رسمی الزامی است و مأمورین رسمی ناگزیر از رعایت شکلها ی مقرر محلی هستند لذا رعایت قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند در مورد این اسناد اجباری است مثلاً چنانچه یک نفر بیگانه بخواهد اموال غیر منقول خود را در ایران بفروشد باید طبق مقررات قانون ایران سند رسمی تنظیم نماید .

نک: در بعضی موارد استثناعاً رعایت قانون ملی برای تنظیم سند اجباری می شود و آن موردی است که افراد در کشور خارج بخواهند به مأمورین سیاسی یا کنسولی خود که صلاحیت تنظیم اسناد رسمی را در خارجه برای هموطنان خود دارند جهت تنظیم اسناد مراجعه نمایند .

### قسمت دوم - قرارداد

✓ قراردادها و تعهدات ناشی از آن در اکثر نظامهای حقوقی تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می شود که این قانون را اصطلاحاً قانون منظور طرفین می نامند

### گفتار اول- تعیین قانون حاکم بر قرارداد

بنابر نظر شارل دو مولن، قرارداد مخلوق اراده طرفین است و در واقع نوعی محدودیت ارادی حقوق متعاملین می باشد لذا منطق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه هر قلمونی را که مناسب می دانند بر قرارداد خود حاکم سازند.

✓ اصل حاکمیت اراده به دو جزء تقسیم می شوند: نخست آنکه طرفین قرارداد حق دارند آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمایند و دیگر آنکه هر گاه قانون صلاحیتدار را صریحاً انتخاب نکرده باشند باید اراده ضمنی آنها را جستجو کرد.

✓ نظریه حاکمیت اراده هم از لحاظ عملی و هم از لحاظ نظری مورد انتقاد واقع شده است

✓ اگر اراده طرفین قرارداد در مورد قانون صلاحیتدار اعلام نشده باشد می توان قانون حاکم بر قرارداد را بر اساس یکی از دو راه حل زیر تعیین نمود:

نخست: آنکه بگوییم چون طرفین قرارداد از اختیار خود استفاده نکرده و قانون صلاحیتدار را تعیین نکرده اند قراردادشان الزاماً تابع قانونی خواهد بود که از پیش تعیین شده است. مثلاً قانون محل اجرای عقد در مورد قرارداد کار لازم الاجرا تلقی می شود و قانون محل انعقاد عقد در مورد قرارداد حملو نقل لازم الاجرا تلقی شود. دوم: اینکه قاضی در مقام تعیین قانون صلاحیتدار اراده متعاقدین را توجیح داده و با توجه به طرفین و اماراتی که حاکی از اراده ی ضمنی متعاملین است قانون صلاحیتدار را انتخاب می نماید.

✓ در بین قرائن و امارات مشخص تعیین قانون صلاحیتدار، محل انعقاد و محل اجرای عقد پیش از همه قابل توجه بوده و در واقع دو قطب قرارداد را تشکیل می دهند.

✓ ساوینی نخستین حقوقدانی است که محل اجرای عقد را پایگاه و مرکز ثقل قرار داد دانسته و آن را بر محل انعقاد عقد توجیح داده است.

✓ از نظر با تیفول مهمترین اماراتی که در تعیین قانون صلاحیتدار در خصوص قرارداد ها مورد استئنه واقع می شوند عبارتست از:

1- اقامتگاه متعاملین

2- تابعیت متعاملین

3- محل وقوع مال غیر منقول

4- زبان قرارداد

5- قبول داوری در کشور معین یا توافق در مورد صلاحیت محاکم کشور خاص

6- واحد پول مقرر در قرارداد

7- محل وقوع مورد وثیقه یا موضوع رهن

- اشاره به مقررات قارهنی یا مصطلحات حقوقی یک کشور

9- اقامتگاه طرفی که طرح قرارداد را تهیه کرده است.

نک : نظم عمومی از جمله وسایلی است که برای محدود کردن حق متعاملین در تعیین قانون صلاحیتدار مورد استفاده واقع می شود.

✓ در فرانسه هر گاه قراردادی در این کشور منعقد گردد و محل اجرای آن نیز در فرانسه باشد توافق متعاملین در مورد صلاحیت قانون خارجی به علت تقلب در انتخاب قانون صلاحیتدار ممکن است باطل و بی اثر تلقی شود .

گفتار دوم - قانون حاکم بر قرارداد در حقوق ایران

✓ طبق ماده 5 ق . م ایران ، در خصوص قانون حاکم بر قرارداد اصولاً باید قانون ایران را صلاحیتدار دانست مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد.

✓ قاعده اعمال قانون محل انعقاد نسبت به شرایط انعقاد قرارداد استثنائاتی دارد

نخستین استثنا مربوط به تشخیص اهلیت متعاملین می باشد ، چون اهلیت متعاملین تابع قانون متبوع آنها است و دیگری مشروعیت برای معامله می باشد.

✓ در مورد اعمال قانون ایران نسبت به موضوع مشروعیت برای معامله می توان به اصل درون مرزی و در

مورد اعمال قانون کشور محل اجرای قرارداد به قاعده نظم عمومی در کشور خارجی استناد کرد

قانون حاکم بر تعهدات قراردادی قانون م حل وقوع عقد است مگر اینکه متعام لهن اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند( ماده 968 ق . م ).

پایان

[VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR](http://VARAMIN-TPNU-AC.VCP.IR)

دانشگاه پیام نور مرکز ورامین - رشته حقوق

Varamin\_news@live.com