

# حقوق بین الملل خصوصی

بسم الله الرحمن الرحيم

حقوق بین الملل خصوصی 2 (استاد بازاریار)  
در بعضی از کشورها، از جمله آمریکا و آلمان برای تعارض قوانین قلمرو وسیعی قایل هستند بدین معنی که آن را شامل حقوق جزایی بین المللی، حقوق اداری بین المللی، و حقوق مالیه عمومی بین المللی میدانند.

در بعضی از کشورها تعارض قوانین را فقط در حقوق بین الملل خصوصی میدانند مثلاً آلمان و بعضی تابعیت، اقامتگاه و قوانین و حقوق بیگانگان را حقوق بین الملل خصوصی میدانند مانند ایران و فقط تعارض دادگاهها را جزء حقوق بین الملل خصوصی نمیدانند دامنه حقوق بین الملل خصوصی در کشور ما از بسیاری کشورهای دیگر گسترده تر است تعارض قوانین تنها پس از حل مساله تعارض دادگاهها رخ می دهد یعنی مراجع چند کشور خود را صالح به رسیدگی می دانند و از بین آنها فقط یکی را انتخاب می کنند.

**صلاحیت قانونگذاری :**



یعنی تشخیص اینکه از بین چند قانون صلاحیت دار کدامیک در مسئله متنازع فیه قابل اعمال است و یا به عبارت دیگر تشخیص قانونی که از بین قوانین متعارض باید بر موضوع حکومت کند.

### صلاحیت قضایی:

یعنی تشخیص دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به موضوع معینی را دارد اگر چه ان دادگاه ممکن است مطابق قانون خود حکم کند طبیعی است که صلاحیت قانونگذاری متأثر از صلاحیت قضایی است یعنی قاضی پیش از آنکه راجع به تعیین قانون صالح به نتیجه ای برسد باید ابتدا صلاحیت دادگاه را برای رسیدگی به مساله تعیین کند که در ایران زیاد مطرح نمی شود.

هر گاه به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی یک رابطه حقوق خصوصی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند حقوق بین الملل خصوصی چهره خود را نمایان می سازد در چنین موردی باید تعیین نمود که قانون چه کشوری بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد پس مسئله تعارض قوانین به محض طرح یک مسئله خصوصی بین المللی پیش می آید و قاضی ناگزیر باید ان را حل نماید در واقع انتخاب قانون صلاحیتدار که قاضی باید از بین قوانین متعارض ان را به موقع به اجرا گذارد مفهوم تعارض قوانین و یا حل تعارض قوانین است. نکته مهم که ذکر ان لازم است اینکه مساله تعارض قوانین تنها در مرحله اعمال و اجرای حق مطرح بوده است همانگونه که مساله اهمیت تمتع نیز منطبقاً مسبوق به تابعیت است چرا که تا زمانی که بر اساس قوانین مربوط به تابعیت نتوانیم بیگانه و تبعه داخلی را تشخیص دهیم از اهمیت تمتع و یا حقوقی که بیگانگان و اتباع از ان برخوردارند بی فایده خواهد بود پس اگر شخصی در روابط خصوصی بین المللی مثلاً عقود و یا احوال شخصیه از تمتع حقی محروم شده باشد مساله تعارض مطرح نخواهد شد زیرا تعارض تنها در حالتی مصداق پیدا می کند که حقی موجود باشد و بخواهیم از بین قوانین متفاوت قانون صلاحیتدار رادر مورد ان اجرا کنیم بدیهی است که در صورت موجود نبودن حق ( عدم اهلیت تمتع) تعارض قوانین که مربوط به اعمال اجرای حق است موضوعاً منتفی است.

### جلسه دوم

به این دلیل در حقوق بین الملل خصوصی ایران مسئله تعارض دادگاه ها مطرح نمی شود زیرا که دادگاه های ایران همیشه خود را صالح به رسیدگی می دانند  
قوانین از لحاظ آثار:

- 1- قواعد حل تعارض: ( قواعدی هستند که تنها به مشخص نمودن قانونی که باید بر موضوع خاصی حکومت کند اکتفا کرده و موضوع پیش آمده را مستقیماً حل و فصل نمی کند) قواعدی که قانونگذار هر کشور در قوانین آن پیش بینی کرده که در صورت ایجاد تعارض کدام قانون صالح به رسیدگی است و مسئله را مستقیماً حل نمی کنند بلکه ان را به قانون دیگر ارجاع می دهد این دسته از قوانین ، بین المللی هستند اگر چه جزء نظام داخلی هستند و در آن متجلی شده اند مثال: م 7 ق.م- 967-963-6 و 5 ق.م
- 2- قواعد مادی :



بر خلاف قواعد حل تعارض مسئله متنازع فیه را مستقیماً حل می کنند مثلاً نفقه زن به عهده شوهر است که این جزء قوانین داخلی کشور هستند .

دسته های ارتباط : مفاهیم کلی هستند که نهادها و مفاهیم حقوقی جزئی تر را در ان ها بسته بندی می کنیم یعنی به دلیل اشتراکات ان ها در دسته های خاصی قرار می گیرند در حقوق ایران چهار دسته ارتباطی داریم احوال شخصیه - اموال - اسناد و قراردادهای

### توصیف :

قرار دادن یک مفهوم حقوقی جزئی در دسته های ارتباطی را توصیف گویند .

### قوانین از لحاظ برد قابلیت اجرا :

1- قوانین درون مرزی: قوانینی که بر تمام ساکنین یک کشور بدون توجه به تابعیت ان ها بر انان حاکم است یعنی برد اعمال ان ها در چارچوب و گسترده مرزهای یک کشور است مانند قوانین جزائی و مالیاتی وم 5و8و966ق. م از قوانین درون مرزیست .

### 2- قوانین برون مرزی :

قوانینی که در خارج از قلمرو کشوری که در آن قوانین وضع شده اند قابلیت اجرا دارند .مثلاً اتباع ایرانی در هر جای جهان از لحاظ احوال شخصیه تابع قانون ارا ن هستند .م 6و7 قانون مدنی از قوانین برون است .

### کاپیتولاسیون :

نظامی که قواعد یک کشور را لازم الاجرا نمی داند و آن را فاقد صلاحیت میداند و در واقع ناقض درون مرزی بودن قوانین و استثناء بر آن محسوب میشوند .

### قانون ملی :

قانون ملی در حقیقت، قانون کشور متبوع شخصی است که راجع به او موضوعی حقوقی مطرح می شود

. مانند اینکه اهلیت یک خارجی در ایران تابع قانون ملی آن شخص می باشد

### -قانون اقامتگاه :

منظور قانون کشوری است که شخص در سرزمین آن کشور اقامت گزیده است ، مانند بحث اموال شخصیه در قانون کشور انگلستان که تابع اقامتگاه شخص می باشد

### قانون مقر دادگاه :

منظور از این نوع قانون ،قانون کشوری است که دعوی در آنجا مطرح و در جریان می باشد و در حقیقت متبوع دادگاهی است که به دعوی مطروحه رسیدگی می کند

### روش حل تعارض :

منظور از روش حل تعارض این است که برای تعیین قاعده حل تعارض چه راهی را باید پیمود (یابه عبارت ساده تر از چه طریقی قاعده حل تعارض رابه دست می آوریم ؟)



به طور کلی در حقوق بین الملل خصوصی دو نظریه یا روش حل تعارض از طرف دانشمندان این رشته ارائه شده است

- 1- روش اصولی ( جزمی)
- 2- روش حقوقی ( انساب) مناسب تر

### روش اصولی

1- پیروان این روش ابتدا یک فرضیه قبلی را به عنوان یک اصل مسلم یا عقیده جزمی در نظر می گیرند و از طریق آن به یک سری نظرات کلی می رسند و در نهایت احکام هر مورد خاص را از نظریات کلی استنتاج می نمایند .  
طرفداران این روش معتقدند حقوق بین الملل خصوصی ماهیتی سیاسی(نه حقوقی) دارد به همین علت جنبه سیاسی این رشته بر جنبه حقوقی آن سایه افکنده است .  
بنابراین باید ملاحظات سیاسی را مقدم بر ملاحظات حقوقی در نظر گرفت . ایشان وصف ذاتا سیاسی بودن حقوق بین الملل خصوصی را تنها اصل مسلمی می دانند که برای حل تعارض قوانین باید بر آن تکیه کرد.  
مثلا در مسائل احوال شخصیه باید بر مبنای ملاحظات سیاسی تعیین کنیم که کشور مورد نظر مهاجر پذیر است یا مهاجر فرست و بر مبنای اینکه کدام قاعده برای وضعیت مورد نظر مناسب تر است آن را انتخاب می نماییم.

**این روش خاص الشمول و استنتاجی است :**

**خاص الشمول است:** یعنی از آنجا که قانونگذار سیستم قانونی ای را که با وصف اجتماعی یک کشور هماهنگ است اتخاذ خواهد کرد لذا احکام را برای اعمال نسبت به اموری که در قلمرو همان کشور اتفاق می افتد مقرر داشته است .  
**استنتاجی است :** ( یعنی راه حل تعارض قوانین از نظرات کلی که در نتیجه قبول یک فرضیه قبلی ( اصل مصلحت سرزمینی) بوجود آمده استنتاج بنماییم.

### روش حقوقی:

در این روش ملاحظات سیاسی اهمیت ندارد. آنان معتقدند آنچه مهم است این است که قاعده حل تعارض قاعده ای باشد که از لحاظ علمی و تئوریک(نظری) مناسب باشد ، پس هیچگونه فرضیه قبلی و عقیده جزمی وجود ندارد و برای تعیین قاعده حل تعارض از لحاظ علمی قانون مناسب به دست می آید.

**این روش عام الشمول است:** ( برای تمام ممالک و در تمام موارد تعارض قوانین مناسب است و قلمرو شمولیت آن قاعده محدود به مملکتی خاص نیست) چرا که قواعد حل تعارض مبنای عقلانی دارند.

**تحلیلی است:**( موارد را تک تک در نظر گرفته و حکم هر مورد را جداگانه تعیین می نماییم بدون اینکه رابطه ای بین مسائل و فرضیه قبلی برقرار نماییم.



## کدام روش بهتر میباشد؟

هیچ کدام از دو روش مذکور را به طور مطلق نمی توان به کار برد . ابتدا باید دید آیا مسئله مورد نظر واجد جنبه حقوقی یا سیاسی بیشتری است تا بر حسب مورد روش حقوقی یا اصولی را به کار بگیریم. فرضاً در مسائلی مانند تابعیت احوال شخصه و صلاحیت دادگاه ها. از آنجا که جنبه سیاسی این مسائل غالب است روش اصولی بهتر است . حال آنکه در قراردادها چون جنبه حقوقی قوی ای وجود دارد روش حقوقی بهتر است رویه دولت ها بر همین است.

توصیف: یکی از موارد اختلاف بین سبستم های حل تعارض اختلاف از نظر محتوای دسته های ارتباطی است، قاضی در این موارد ناچار است که بر مبنای یک قانون تعیین کند که موضوع مورد بحث در کدام دسته ارتباط جای می گیرد. اینجاست که مسئله توصیف شروع می شود.

توصیف: که حقوقدانان انگلیسی آن را classification می نامند. ( در واقع تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد.) به عبارت ساده تر وقتی قاضی با یک مسئله حقوق بین الملل خصوصی روبرو می شود این یک مسئله جزئی و خاص است و نمی توان در قانون برای آن قانون صلاحیت دار را پیدا نمود . در این موارد قاضی ناچار است این مسئله جزئی و خاص را درون یک قالب بزرگ تر و کلی تر ببیند و از آن طریق قانون صلاحیت دار تعیین نماید. قالب های بزرگ تر را تحت عنوان دسته های ارتباط معرفی نمودیم. تشخیص این امر که مسئله مورد اختلاف در کدامیک از دسته های ارتباط شناخته شده قرار می گیرد توصیف نام دارد. مثلاً اینکه از دواج را جزء احوال شخصیه می دانیم یک توصیف است.

طبیعی است که توصیف ها مقدم بر مسئله اعمال قاعده حل تعارض است زیرا دادگاه باید قبل از اینکه بگوید احوال شخصیه تابع چه قانونی خواهد بود، باید تعیین کند که چه اموری داخل در احوال شخصیه هستند یعنی ابتدا موضوعاتی را که به آنها احوال شخصیه است معرفی کنیم و بعدها باید بگوییم که این موضوعات از آنجا که احوال شخصیه هستند تابع قانون ملی یا اقامتگاه هستند.

لازم است که بدانیم که اگر توصیف روابط حقوقی در نظام های حقوقی جهان به یک شکل بود همه کشورها فرضاً ارثیه را داخل در احوال شخصیه می دانستند، تعیین قانون صلاحیت دار به آن اسانی صورت می گرفت . اما می بینیم که توصیف روابط حقوقی در هر کشور با کشور دیگر متفاوت است، به همین جهت است که در عمل با پدیده ای رو برو هستیم که به آن تعارض توصیف ها می گوییم.

به عنوان مثال در حقوق انگلستان اهلیت تملک اموال غیر منقول جزء دسته اموال است، حال آنکه در حقوق فرانسه ( ونیز در ایران) جزءدسته احوال شخصیه است و یا مسئله ارث: در فرانسه ارثیه غیر منقول را جزء دسته اموال و تابع محل وقوع مال می دانند در حالیکه در ایران ( ماده 967 ق.م) ارثیه را جزء احوال شخصیه و تابع

قانون ملی می دانند. پس قاضی پیش از آنکه وارد مرحله حل تعارض قوانین شود ابتدا باید بر حل تعارض توصیف ها بپردازد. در اینجا یک سوال مهم مطرح میشود و آن اینکه توصیف یک رابطه حقوقی مطابق کدام قانون باید صورت گیرد؟ (مهم) می دانیم که در محیط بین المللی و در فضای حقوق بین الملل خصوصی با دو قانون روبرویم چرا که مراحل حیاتی پدیده ای به نام حق دو مرحله اند.

### مراحل حیاتی پدیده حق:

#### 1- مرحله تشکیل حق 2- مرحله تاثیر بین المللی حق.

در مرحله تشکیل حق با قانونی که باعث ایجاد حق شده است روبرویم که آن را قانون سبب می نامیم

در مرحله تاثیر بین المللی حق: قانونی که حق در آنجا مورد درخواست است روبرویم که آن را قانون مقر دادگاه می نامیم.

حال توصیف با مراجعه به کدام یک از این قانون ها باید حل شود؟ قانون سبب یا مقر؟

### جلسه سوم

در پاسخ به این سؤال بین دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی اختلاف نظر است گروه بسیار قلیلی معتقد به توصیف بر مبنای سبب هستند و اکثر حقوقدانان توصیف بر مبنای مقر را مناسب می دانند.

### دلایل طرفداران قانون سبب:

این گروه معتقدند چون رابطه حقوقی در خارج و به موجب قانون خارجی به وجود آمده باید بر خود همان قانون توصیف شود. از نظر این گروه در موضوعات ناشناخته امکان ندارد قاضی پرونده بتواند ماهیت حقوقی موضوعی را که قانونگذارش آن را رسمیت نداشته تبیین نموده و در دسته ارتباطی خاصی قرار دهد. به همین علت است که قاضی مزبور چاره ای جز توصیف بر اساس قانون سبب نخواهد داشت. دو دلیل را به عنوان دلایل خود در بر گزیدن قانون سبب بیان می دارند.

#### 1- طبیعت رابطه حقوقی

می گویند توصیف بر مبنای قانون سبب با طبیعت رابطه حقوقی هماهنگ است یعنی قانونی می تواند ذات یک رابطه حقوقی را دقیقاً نشان دهد که آن رابطه حقوقی را ایجاد نموده باشد

#### 2- اعتبار و شناسایی اصل بین المللی حقوق مکتسبه

می گویند توصیف بر مبنای قانون سبب با اصل اعتبار و شناسایی حقوق مکتسبه موافق است (مطابق اصل اعتبار حقوق مکتسبه هر فرد حق دارد که از حقی که به نحو کامل و صحیح مطابق قانون صلاحیتدار ایجاد شده است به نحو کامل استفاده نماید) اگر اصل اعتبار بین المللی حقوق مکتسبه را بپذیریم تنها زمانی به این اصل پایبند که بر مبنای قانون سببی به توصیف رابطه حقوق بپردازیم. یعنی اعتبار این اصل فقط زمانی به شکل کامل رعایت شده است که توصیف رابطه حقوقی بر مبنای قانون ایجاد کننده آن رابطه صورت پذیرد.



### دلایل طرفداران قانون مقرر:

این گروه معتقدند قاضی باید مطابق قانون دولت متبوع خود (قانون مقرر دادگاه) امر حقوقی مطروحه را توصیف نماید

بارتن فرانسوی معتقد است: (این راه حل ناشی از قدرت اعمال حاکمیت دولت هاست زیرا اجازه اجرای قانون خارجی به منظور رفع تعارض توصیف حاکمیت کشور مقرر دادگاه را محدود می کند پس توصیفی که در رسیدن به دسته ارتباطی معینی دخالت دارد باید طبق قانون مقرر دادگاه صورت پذیرد تا اگر در نتیجه تعیین صلاحیت برای قانون خارجی، محدودیتی در حاکمیت این کشور پدید آید، ناشی از اراده خود این دولت باشد و از اراده یک کشور خارجی حاصل نشده باشد)

این گروه نیز دو دلیل را برای برگزیدن قانون مقرر بیان می نماید.

#### 1- طبیعت قاعده حل تعارض: (بر خلاف طرفداران سبب طبیعی است که قاضی قاعده

حل تعارض دولت متبوع خود را اجرا می کند حال که می خواهد قاعده حل تعارض دولت متبوع خود را اجرا کند منطقی تر آن است که تفسیر قاعده مزبور (که در واقع توصیف همین است) هم به موجب قانون دولت متبوع قاضی صورت گیرد. به عبارت دیگر معنی قاعده حل تعارض یک قانون را باید در همان قانون بجوییم.

طبیعت قاعده حل تعارض این گونه اقتضا می کند که توصیف بر مبنای قانون مقرر .  
**برای مثال:** اگر قانونگذار یک کشور مقرر داشته است احوال شخصیه بیگانگان تابع قانون دولت متبوع آنان است طبیعی است که تعیین موضوعات داخل در دسته احوال شخصیه هم به عهده همان قانونگذار باشد  
بنابراین توصیف (که تفسیر قاعده حل تعارض است) بر عهده همان قانون است که قاعده حل تعارض را در آن می جوییم

#### 2- مصادره به مطلوب:

اگر به مراحل حل مسائل حقوقی توجه نماییم در می یابیم، تا زمانی که قاضی اعلام صلاحیت قضایی ننماید، مشروعیته جهت توصیف ندارد، تا زمانی که توصیف انجام نشده باشد دسته ارتباطی خاصی معین نخواهد شد و تا دسته ارتباطی تعیین نشود صلاحیت قانون خارجی معلوم نمی گردد. پس اگر برای رفع تعارض توصیف به قانون خارجی مراجعه کنیم مثل این است که مسئله ای را که باید حل شود، حل شده تلقی کرده ایم. طبیعی است که قاضی زمانی بر قانون خارجی مراجعه می کند که قانون دولت متبوعش تجویز نموده باشد، حال اگر برای توصیف یک مسئله به قانون غیر از قانون مقرر دادگاه مراجعه نماید گویی مسئله ای را که باید حل شود، حل شده تلقی نموده است. یعنی رجوع به قانون خارجی یک مصادره به مطلوب خواهد بود.



بنابر دلایل فوق توصیف به موجب قانون سبب مردود است و قانون صلاحیتدار برای توصیف یک رابطه حقوقی باید همان قانون مقرر دادگاه باشد یعنی قانون دولت متبوعی که که موضوع مورد اختلاف در آنجا مطرح است .

**اما بابه کاربردن قانون مقرر دادگاه هنوز چند مشکل باقی است.**

با طبیعت رابطه حقوقی و با اصل اعتبار و شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه ( می خواهیم چه کنیم ؟ ایا این ترتیب با این دو مسئله موافق است به عبارت ساده تر اگر یک نهاد حقوقی که طبق قانون متبوع شخص به شکل صحیح و کامل بوجود آمده است در قانون مقرر دادگاه پیش بینی نشده باشد تکلیف چیست . از سوی دیگر آثار نهادهای حقوقی در کشورهای مختلف غالباً متفاوت است پس شناسایی حقوقی که در خارج بوجود آمده است عملاً غیر ممکن است .

مثلاً: تعدد زوجات (polygamy) در قانون فرانسه به رسمیت شناخته نشده است ، حال اگر قاضی فرانسوی با مسئله تعدد زوجات روبرو شود و بخواهد بر اساس قانون فرانسه ( قانون مقرر) به توصیف آن بپردازد چه باید بکند؟ ایا می توان حکم به ابطال آن بدهد؟ مشخص است که نمی تواند آن را باطل کند چرا که با یک مسئله داخلی روبرو نیست بلکه با یک وضعیت بین المللی روبروست که قبلاً در خارج از فرانسه به نحو صحیح و کامل بوجود آمده است در این موارد قاضی باید فرض کند که اگر قانون کشور متبوع او این سازمان (تعدد زوجات) را می شناخت در کدام دسته ارتباط قرار می گرفت . این توصیف گر چه به موجب قانون مقرر به عمل آمده است اما یک توصیف بین المللی است ، چراکه مفاهیم حقوق داخلی در این توصیف با وسعت فکر بیشتری مورد توجه قرار می گیرد.

در مورد اثبات نسبت نامشروع و یا ( concobinage) یعنی زندگی مشترک بدون وجود نیز برای توصیف چنین نهادهای حقوقی قاضی ایران باید فرض کند که اگر در قانون ایران این نهادها پذیرفته شده بود در کدام دسته ارتباط قرار می گرفت . مثلاً اثبات نسبت نامشروع از آنجا که جزء اثبات نسبت است در دسته احوال شخصیه قرار می گیرد و چون این یک توصیف بین المللی است ، و نه یک توصیف داخلی با طبیعت رابطه حقوقی و لزوم احترام به شناسایی حقوق مکتسبه هیچ منافاتی ندارد .

**جلسه چهارم :**

**استثنائات اصل توصیف مطابق قانون مقرر دادگاه:**

اصل صلاحیت قانون مقرر دادگاه محدودیت ها و استثنائاتی دارد که در آن موارد باید به قانون خارجی ( قانون سبب) رجوع کرد .

**1- توصیف مقدماتی :**

در حالتی که با یک نهاد حقوقی مواجه می شویم که در کشور خارجی وجود دارد اما در قانون مقرر دادگاه چنین سازمانی پیش بینی نشده به جای اینکه موضوع را غیر قابل توصیف اعلام نمایند توصیف را در مرحله ای فرض می کنند .

**الف: مرحله تحلیل مسئله ( توصیف مقدماتی)**



### ب: مرحله تصمیم گیری ( توصیف نهایی)

در مرحله اول قاضی معنی و مفهوم سازمان حقوقی مزبور را با توجه به هدف و اثری که قانون خارجی برای آن قائل است معین می نماید. این مرحله را توصیف مقدماتی یا مرحله تحلیل مسئله می نامیم که براساس قانون سبب انجام می شود .

در مرحله دوم قاضی باید نهاد حقوقی مزبور را در دسته های ارتباطی قانون مقرر جای دهد. این عمل بر مبنای همان مرحله اول انجام میشود و از روی خصوصیات و ویژگی های نهاد مزبور صورت می گیرد . این مرحله توصیف نهایی نام دارد و مطابق قانون مقرر انجام می شود .

**2- حالت ملازمه اعمال قاعده حل تعارض دولت متبوع قاضی با تعاریف خارجی**  
برای مثال: از آنجا که احوال شخصیه اتباع خارجی در ایران تابع قانون دولت متبوع آنان است ناگزیریم که تابعیت فرد خارجی را تعیین کنیم. برای تعیین تابعیت یک بیگانه در ایران ناگزیر باید به قانون خارجی رجوع نماییم.

یعنی در واقع لازمه اعمال قاعده حل تعارض رجوع به قانون خارجی است در این حالت بر مبنای قانون خارجی تصمیم می گیریم.

**3- توصیف فرعی: برخی توصیف ها در اعمال قاعده حل تعارض نقشی ندارند،**  
فرضا توصیف یک مال بعنوان منقول یا غیر منقول در قواعد حل تعارض ایران هیچ اهمیتی ندارد و در هر حال مطابق قانون محل وقوع مال صورت می گیرد.  
این توصیف ها را توصیف های فرعی می نامیم و مطابق قانون سبب صورت می گیرند.

**( توصیف اصلی: توصیفی است که در اعمال قاعده حل تعارض نقش محوری دارد و همیشه توصیف اصلی مطابق قانون مقرر صورت می گیرد.)**  
**توصیف فرعی ( توصیفی که در اعمال قاعده حل تعارض نقش دارد)**  
**اختلاف در قواعد حل تعارض: ( احاله)**  
**احاله: ( تعارض قواعد حل تعارض)**  
**احاله:**

از نظر منطقی بین قواعد حل تعارض دو سیستم حقوقی سه حالت بوجود می آید:

**1- اتفاق نظر:** یعنی هر دو سیستم یک نظام حقوقی را صلاحیت دار می دانند. در این حالت قواعد حل تعارض هر دو سیستم یکسان است. (فرضا در مورد احوال شخصیه ایرانیان مقیم فرانسه) در این حالت چون هر دو سیستم حقوقی احوال شخصیه را تابع قانون ملی می دانند هیچ مشکلی از جهت قواعد حل تعارض بوجود نمی آید.

**2- تعارض مثبت:** در این حالت قواعد حل تعارض هر دو سیستم خود را صالح به رسیدگی می دانند. ( به عنوان مثال دعوای طلاق زن وشوهر ایرانی مقیم انگلیس) مطابق قاعده ایرانی حل تعارض قانون ایران حاکم است .



اما از نظر قاعده انگلیسی حل تعارض قانون صلاحیت دار در این خصوص قانون اقامتگاه ( یعنی انگلیس است) راه حل تعارض مثبت بسیار ساده است چرا که قضات موظفند قاعده حل تعارض دولت متبوع خود را اجرا نمایند . پس اگر قضیه اخیر ( دعوی طلاق زن و شوهر ایرانی مقیم انگلیس ) نزد قاضی ایرانی مطرح شود، قانون ایران حاکم است و اگر نزد قاضی انگلیسی مطرح شود، قانون انگلیس مجری خواهد بود.

**3- تعارض منفی:** در این حالت قواعد حل تعارض هیچ یک از دو سیستم حقوقی قانون خود را صالح نمی دانند . فرضاً در دعوی ( طلاق زن و شوهر انگلیسی مقیم ایران) قاعده ایران حل تعارض ، قانون انگلیس را صالح می داند و مطابق قاعده حل تعارض انگلیسی قانون ایران صالح است.

### جلسه پنجم :

اگر قاضی پس از تعیین قانون صلاحیت دار بین اجرای قواعد حل تعارض و قواعد مادی تفکیک صورت دهد و صرفاً قواعد مادی کشور خارجی را اجرا نماید ظاهراً مشکلی بوجود نمی آید. یعنی مسئله متنازع فیه با مراجعه به قوانین مادی خارجی حل می شود اما باید در نظر داشت که قاضی نمی تواند قاعده حل تعارض یک نظام حقوقی را تعارض جزء تفکیک ناپذیر قانون خارجی و یا قاعده مادی دارای چنان ارتباطی است که هیچ کدام را نمی توان جدا از دیگری در نظر گرفت . پس قاضی ناگزیر است که پس از تعیین قانون صلاحیت دار ابتدا به قاعده حل تعارض آن مراجعه کند.

اگر قاعده حل تعارض صلاحیت دار ( خارجی) مذکور در مسئله متنازع فیه قواعد مادی خود را صالح نداند و به قانون دیگری ارجاع دهد اصطلاحاً می گوئیم احاله نموده است .

حال ممکن است احاله به قانون مقر دادگاه باشد یا به قانون کشور ثالث به عبارت ثالث احاله یعنی ارجاع صلاحیت از سوی قانون صلاحیت داری که به موجب قواعد حل تعارض مقر دادگاه صالح شناخته شده است .

طبیعی است که این ارجاع ممکن است به قانون مقر دادگاه یا به قانون ثالث باشد. اگر ارجاع صلاحیت از سوی قانون صالح خارجی به قانون مقر دادگاه باشد آن را احاله درجه اول می نامیم.

اگر ارجاع صلاحیت از سوی قانون خارجی به قانون کشور ثالث باشد آن را احاله درجه دو می نامیم.

احاله در حقوق ایران:

کشور های مختلف در خصوص احاله مواضع گوناگون اتخاذ نموده اند. برای مثال: احاله در ایتالیا ، یونان ، سوئد ، نروژ ، هلند ، مصر ، رومانی و سوریه مورد پذیرش واقع نشده است . یعنی هر گاه قاضی این کشور ها با مراجعه به قواعد حل تعارض خود قانون خارجی را صلاحیت دار اعلام نماید بدون مراجعه به قواعد حل تعارض

قانون خارجی مستقیماً به قواعد مادی قانون خارجی مراجعه و بر طبق آن مبادرت به حل قضیه متنازع فیه می نمایند.

در فرانسه به جز در یک مورد خاص (احاله فریره ای) در سایر موارد پذیرفته شده است

در ایران احاله به صورت نسبی پذیرفته شده است یعنی احاله درجه اول قبول و احاله درجه دوم رد شده است.

ماده 973 قانون مدنی به بحث احاله در حقوق بین الملل خصوصی پرداخته و مقرر داشته است اگر احاله قانون خارجی به قانون دیگری احاله داشته باشد، حکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد.

بدون شک در صورت احاله قانون خارجی به قانون ایران قاضی مکلف به اعمال قواعد مادی است. یعنی هر گاه قاعده حل تعارض یک قانون خارجی صلاحیت دار قانون ایران را واجد صلاحیت دانسته باشد قاضی ایرانی با مراجعه به قواعد مادی ایران در خصوص آن موضوع تصمیم گیری می نماید. فرضاً در دعوی طلاق زن و شوهر انگلیسی مقیم ایران که با مسئله احاله روبرویم قاضی ایرانی در نهایت با مراجعه به قواعد مادی ایران در این خصوص تصمیم گیری می کند.  
احاله درجه 2:

برخی حقوقدانان مثل خانم دکتر ارفع نیا و دکتر متولی معتقد به تخییری بودن احاله درجه 2 می باشد. می گویند قانون ایران با ذکر عبارت (محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست) می گویند این عبارت در واقع به قاضی اختیار داده است که در صورت صلاحدید خود احاله درجه 2 از اختیارات قاضی است. در واقع قاضی ایرانی در برخورد با احاله درجه 2 می تواند یکی از این دو راه را برگزیند. یا احاله را بپذیرد و به قانون کشور ثالث مراجعه نماید یا احاله را رد کند.

برخی دیگر نظیر دکتر الماسی و دکتر نصیری معتقدند که مکلف نبودن دادگاه در احاله درجه 2 به معنای مجاز نبودن دادگاه در این باره است، نه مخیر بودن آن. یعنی در ماده 973 در خصوص هر دو نوع احاله، قاعده، واجد جنبه امری است که در مورد احاله درجه اول امر به پذیرش احاله و در احاله درجه دوم امر به عدم پذیرش احاله شده است.

**به نظر میرسد نظر دوم صحیح تر می باشد.** چرا که هدف قواعد حل تعارض دادن اختیار به قاضی برای اعمال این قانون یا آن قانون نیست بلکه قواعد مذکور تعیین کننده قانون معینی از میان قواعد متعدد بوده و قاضی در این حالت اختیار نداشته و تابع خواست و اراده قانونگذار است.

در نهایت می گوئیم حقوق ایران احاله درجه اول را قبول و احاله درجه دوم را رد نموده است.

جلسه ششم:

با روشن شدن تکلیف احاله درجه دوم باید به این سؤال پاسخ داد که قاضی پس از احاله درجه دو قانون کدام کشور را اجرا کند. یعنی قاعده مادی چه کشوری را در مسئله متنازع فیه واجد صلاحیت بداند. در این مورد هم بین حقوقدانان ایرانی اختلاف نظر وجود دارد.

وقتی قرار بررد احاله درجه دوم شد در برابر دادگاه به حسب ظاهر قانون دو کشور دیده می شود.

1- قانون مادی مقر دادگاه 2- قانون مادی کشوری که بر طبق قانون مقر واجد صلاحیت است. با یک مثال قضیه روشن می شود.

اگر بین زن و شوهر انگلیسی مقیم فرانسه در دادگاه های ایران قضیه طلاق مطرح گردد مطابق قاعده حل تعارض ایران قانون دولت متبوع این خانواده یعنی انگلستان باید حکم دهد.

با مراجعه به قانون انگلستان در می یابیم که قاعده انگلیسی حل تعارض موضوع را به قانون اقامتگاه ( فرانسه ) ارجاع می دهد.

قاضی ایرانی از آنجا که این احاله درجه دوم است احاله را رد می کند یعنی قانون فرانسه از دور خارج می شود.

دو قانون ایران و انگلیس باقی می ماند.

قانون ایران ( قانون مقر ) و قانون انگلیس ( قانون ملی )

در حل این مسئله بین حقوقدانان ایران اختلاف نظر وجود دارد.

دکتر نصیری چنین استدلال می نماید ( چون قاعده حل تعارض انگلیس دچار اشکال گردیده ( عدم اجازه ورود به ما ) قانونی جز مقر دادگاه باقی نمی ماند . در نتیجه برای حل قضیه باید به قانون ایران به عنوان قانون مقر دادگاه رجوع شود.

دکتر الماسی نیز چنین استدلال می نماید ( ماده 973 قانون مدنی یکی از استثنائات ماده 7 ق م است و هر گاه حکم استثنائی قابل اجرا نباشد باید به اصل وقاعده رجوع شود. در نتیجه برای صدور حکم طلاق باید به استناد ماده 7 ق م به قانون ملی مراجعه و مطابق قواعد مادی انگلیس حکم مربوطه را صادر نمود.

نتیجه نهایی:

الف: در احاله درجه 1 قانون مادی مقر دادگاه اجرا می شود .

ب: در احاله درجه 2 قانون ملی افراد اجرا می شود.

البته نظر دکتر الماسی این می باشد و نظر دکتر نصیری در مورد احاله درجه 2 نیز قانون مقر است.

آنچه به نظر میرسد اینکه نظر نخست از این جهت در خور انتقاد است که در آن مشاهده مانع قانونی در راه اجرای احاله درجه دوم در حقوق ایران عاملی برای تعطیل اجرای قاعده ایران تعارض قوانین تلقی گردیده و حال آنکه باید این ممنوعیت را تنها محدود به قابل رعایت نداشتن چنین احاله ای دانست و در نتیجه در چنین حالتی قائل

شد که حکم قاعده حل تعارض کشوری که قانون آن به عنوان قانون صالح شناخته شده در خصوص قضیه فاقد تاثیر است. بنابراین با خودداری از رعایت مفاد آن قاعده حکم قاعده ایرانی تعارض قوانین را ناظر به قواعد مادی آن کشور دانسته و قانون مادی آن کشور را در خصوص موضوع متنازع فیه اجرا نماید. مسئله دیگری که در این مورد وجود دارد مسئله توصیف یا تفسیر اقامتگاه است. به عبارت ساده چون قاعده حل تعارض انگلستان مسئله را در صلاحیت قانون اقامتگاه قرار داده است باید بدانیم برای تفسیر اقامتگاه به قانون کدام کشور مراجعه کنیم. باید در نظر داشت برای تفسیر هر قاعده حقوقی خود آن قانون صالح است، نه قانون کشور دیگری یعنی در واقع باید ببینیم قاعده حل تعارض کدام کشور را تفسیر می کنیم. در این مثال چون اقامتگاه به موجب قاعده انگلیسی حل تعارض مقرر شده است در نتیجه برای تفسیر قاعده انگلیس حل تعارض باید به قانون انگلستان مراجعه کنیم. در واقع بین قانون مقر و قانون کشوری که قاعده حل تعارض آن را تفسیر می کنیم قانون اخیر واجد صلاحیت است گر چه برخی حقوقدانان بر خلاف این می اندیشند.

### جلسه هفتم : ( حقوق بین الملل خصوصی )

آقای A با آقای B قراردادی را منعقد نمودند و مطابق توافق طرفین قانون سوئیس بر قرارداد حاکم است.

در دادگاه های ایران این قرارداد مطرح می شود، قاضی ایرانی با مراجعه به قوانین در می یابد که قانون سوئیس است، با توجه به قواعد حل تعارض سوئیس در می یابد که در قراردادها در سوئیس قانون محل اجرای تعهد صالح است محل اجرای تعهد در ایران است

به عنوان قاضی پرونده کدام قانون را حاکم بر این قرارداد می دانید  
جواب قانون سوئیس است

### احاله و آزادی اراده،

می دانید که در حقوق ایران درباره هر قضیه ای که حکم آن تابع قانون بیگانه باشد اگر بر حسب قاعده حل تعارض آن کشور مسئله به حقوق ایران احاله شده باشد این احاله را دادگاه باید رعایت نماید. در مواردی که آزادی اراده در تعیین قانون صالح موثر شناخته شده آیا دادگاه مکلف است احاله را بر خلاف توافق طرفین مراعات نماید یا نه.

مثلا در تعهدات ناشی از قرارداد که طرفین آن را تابع قانون یک کشور خاص قرار داده باشند، اگر قانون آن کشور حاکی از احاله به قانون ایران باشد چه باید کرد؟ به عنوان مثال اگر محل انجام تعهد ایران و قاعده حل تعارض کشوری که قانون آن از سوی طرفین به عنوان قانون صالح در نظر گرفته شده، نیز حاکی از قابل اجرا بودن قانون محل انجام تعهد باشد. در این حالت باید توجه داشت رعایت احاله با اصل پذیرفته شده آزادی اراده در تعیین قانون صالح برخورد می یابد زیرا نمی توان چنین

فرض کرد که قانون تعیین شده از سوی طرفین شامل قواعد حل تعارض نیز می گردد.

### تعارض های متحرک: ( تاثیر بین المللی حقوق)

هر گاه حقی ایجاد شود و در کشوری به جز محل ایجاد آن تقاضای تاثیر و شناسایی آن حق گردد مسئله ای به نام تعارض متحرک مطرح می شود. پس در واقع تعارض های متحرک همان شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه و یا تاثیر بین المللی حقوق است.

در واقع منظور اصلی از طرح مسئله تعارض های متحرک پاسخ به این سوال است که حقی که در یک کشور ایجاد شده و پس از ایجاد به کشور دیگری منتقل شده آیا می تواند واجد آثاری باشد یا خیر؟ و در صورت پاسخ مثبت به این سوال باید مشخص نمود که تاثیر بین المللی حق ایجاد شده با چه شرایطی امکان پذیر است؟ یعنی این حق باید دارای چه شرایطی باشد تا بتوان آثار آن را در کشور دیگری درخواست نمود. همچنین حق ایجاد شده تا چه حد می تواند اثر داشته باشد؟ آیا همه آثاری که در قانون سبب برای آن حق در نظر گرفته شده، قابل درخواست است؟ اگر قانون مقرر آثار بیشتری بر حق ایجاد شده در نظر گرفته باشد آیا می توان آثار قانون مقرر را بر آن حق بار نمود؟

اصولا در مرحله تشکیل حق باید در نظر داشت که حقی که در یک نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده است در آن کشور برای هیچ فردی قابل تشکیل نیست. برای مثال اتباع فرانسوی نمی توانند در ایران تقاضای اثبات نسبت نا مشروع نمایند. اما در مرحله تاثیر بین المللی حق اگر کشور محل اثرگذاری همان قواعد مرحله تشکیل حق را اعمال نماید زندگی بین المللی مختل می شود و احترام به حقوق مکتسبه از بین می رود.

با توجه به عبارات فوق هر گاه حقی در خارج ایران بوجود آید در ایران اصولا منشا اثر باشد و معتبر شناخته شود اگر چه تشکیل آن حق در ایران غیر ممکن باشد با این حال حق ایجاد شده باید دارای شرایطی باشد تا بتوان آن را معتبر و دارای اثر دانست.

### شرایط تاثیر بین المللی حق:

دو شرط ذیل شرایط لازم جهت تاثیر بین المللی حق در ایران هستند:

1- حق مزبور بر طبق قانون تشکیل شده باشد که قاعده ایران حل تعارض آن را صلاحیت دار می داند.

قانون کشور محل تشکیل حق باید از نظر قاعده ایرانی حل تعارض صلاحیت دار باشد تا بتوان حکومت آن قانون بر نحوه تشکیل حق را جایز دانست و اگر چنین امری صورت نگیرد چون از لحاظ قواعد ایرانی قانون صلاحیت دار در مورد تشکیل حق رعایت نشده است بنابراین اساسا حقی بوجود نیامده است تا آثار آن در ایران شناخته شود.

برای مثال اگر زن و مرد ایرانی مقیم انگلیس در انگلیس از هم جدا شوند ( یعنی بر مبنای قواعد انگلیسی حل تعارض قانون اقامتگاه بر ایت دو حاکم بوده و به موجب قواعد مادی انگلیس طلاق صورت گرفته است ) این طلاق در ایران معتبر نیست و از نظر حقوق ایران همچنان علقه زوجیت بین این دو برقرار است. چرا که از نظر قاضی ایران طلاق باید بر مبنای قانون ایران صورت می گرفت ( دولت متبوع ) تا بتواند منشا اثر باشد.  
جلسه هشتم:

## **2- حق مذکور مطابق قانون صالح به شکل کامل ایجاد شده باشد و با رعایت تمام شرایطی که قانون سبب لازم دانسته تشکیل شده باشد .**

وقتی قرار بر شناسایی حق بوجود آمده شد طبیعی است که تنها زمانی می توان حق مذکور را معتبر دانست که تمام شرایط مندرج در قانون سبب برای ایجاد آن حق رعایت شده باشد حتی اگر قانون مقرر وجود بعضی از آن شرایط را برای ایجاد آن حق در قوانین خود لازم ندانسته باشد. بنابراین هیچگاه حقی که به شکل ناقص ایجاد شده باشد نمی تواند واجد اثر باشد.

مثلاً: هر گاه یک ایرانی در خارج مبادرت به تنظیم سندی نماید ولی قانون کشوری که سند را در آنجا تنظیم کرده است را رعایت ننماید، در این صورت سند مذکور قابل ترتیب اثر در ایران نیست. چرا که این حق مطابق قانون که بر آن حکومت دارد به شکل کامل بوجود نیامده است.

### **حدود تاثیر بین المللی حق:**

پس از آنکه اعتبار حق با وجود دو شرط فوق احراز گردید مسئله حدود تاثیر بین المللی حق مطرح می شود. این امر را از دو زاویه می توان بررسی نمود به عبارتی دیگر چون هر دو قانون سبب ( محل تشکیل حق ) و مقرر ( محل اجرای حق ) هر کدام به نوعی در قضیه موثرند نسبت به حق مزبور حدودی رامعین می کنند.

### **1- حدودی که بوسیله قانون خارجی معین می شود.**

اصولاً حق نمی تواند در محل اجرا آثاری کمتر و یا بیشتر از محل تشکیل بر جای گذارد. در مورد این حدود باید دو نکته را در نظر گرفت.

**الف:** همه آثاری که قانون محل تشکیل حق بر آن بار کرده معتبر است حتی اگر قانون ایران آثار کمتری بر آن حق مترتب کرده باشد.

**ب:** هیچ حقی نمی تواند در کشور محل اجرا اثر بیشتری از کشور محل تشکیل تولید کند.

یعنی اگر حقی مطابق قانون کشور محل تشکیل تا اندازه محدودی واجد اثر باشد و در کشور محل اجرا آثاری زیادی داشته باشد اصولاً فقط به همان میزان محل تشکیل دارای اثر است.

### **2- حدودی که بوسیله قانون ایران ( مقرر ) معین می شود.**

گر چه اصولاً حق ایجاد شده در خارج از کشور در ایران محترم و معتبر است اما مواردی وجود دارد که حق مذکور نمی تواند در ایران اثری را که قانون خارجی برای آن در نظر گرفته شناسایی نماید یعنی در واقع قانون ایران از اجرای آن حق جلوگیری می کند.

در دو فرض چنین حالتی رخ می دهد:

الف: اگر در ایران حقی مخالف حق مزبور بوجود آمده باشد مسئله ای به نام تعارض مثبت روی داده است.

مسئله حقوق مخالف در حقوق بین الملل خصوصی نتیجه تعارض مثبت قوانین است. قاضی هر کشور در برخورد با حقوق مخالف همیشه قانون دولت متبوع خود را ترجیح می دهد.

در واقع حق ایجاد شده در خارج نباید مخالف حق ایجاد شده در ایران باشد. مثلاً در مورد مالکیت یک مال اگر قانون ایران آن را متعلق به یک شخص و قانون خارجی آن را متعلق به دیگری بداند طبیعی است که قاضی ایرانی قانون ایران را اجرا خواهد کرد. همینطور در مسئله طلاق زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان قاضی ایرانی در مقام اجرای قواعد حل تعارض، قاعده حل تعارض دولت متبوع خود را اجرا می نماید.

**نکته مهم:** اگر استفاده از آثار حق ایجاد شده در کشور ثالثی مطرح شود، این حق معتبر خواهد بود.

برای مثال طلاق زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان در فرانسه معتبر بوده و واجد اثر است. چرا که اصولاً در کشور های ثالث همینکه حق ایجاد شده در خارج مخالف نظم عمومی نباشد در این کشورها قابل اجرا خواهد بود.

**ب: حق ایجاد شده مخالف نظم عمومی ایران نباشد:**

چرا که در صورت مخالفت با نظم عمومی ایران حق مزبور تمام یا قسمتی از آثار خود را از دست خواهد داد.

نمونه مسئله امتحان:

زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان و به صورت توافقی مطابق قانون انگلیس از هم جدا پس از طلاق زن به اسپانیا مراجعه و به تابعیت آن کشور در می آید. در آنجا پس از آشنایی با مردی اسپانیایی به تقاضای ازدواج وی پاسخ مثبت می دهد.

1- اگر هنگام ثبت ازدواج مقامات اسپانیا متوجه شوند که این زن پیش از این شوهردار بوده و در انگلستان از همسر خود جدا شده است، با توجه به ممنوع بودن طلاق در اسپانیا و فرض این مسئله که مطابق قواعد حل تعارض اسپانیا احوال شخصیه در صلاحیت ملی است به نظر شما مقامات اسپانیایی چه واکنشی در برابر طلاق این زن (که سابقاً تابعیت ایران را داشته است) و در نتیجه چه اقدامی در خصوص ثبت ازدواج جدید اتخاذ میب کنند.





2- با فرض اجازه ثبت ازدواج توسط مقامات اسپانیایی اگر این دو به ایران بیایند شما به عنوان قاضی ایرانی چه نظری در خصوص آثار چنین ازدواجی دارید؟

جواب :

قسمت اول :

اولا جهت پاسخ به سوال فوق باید

1- مرحله تشکیل حق و مرحله تاثیر حق را شناخت که در فرض فوق تشکیل حق در انگلیس و تاثیر آن در اسپانیا میباشد .

ثانیا باید دانست که تعارض فقط در مرحله تاثیر حق بوجود می آید ، زیرا در مرحله تشکیل حق طبیعی است که هر قاضی قانون دولت متبوع خود را اجرا میکند .

ثالثا : تاثیر حق در کشور ثالث میباشد و مطابق اصول کلی تاثیر حق در کشور ثالث فقط کفایت که مخالف نظم عمومی آن کشور نباشد .

رابعا : حدود تاثیر بین المللی حق نمیتواند کمتر یا بیشتر از حدودی باشد که محل تشکیل برای آن شناخته است .

نتیجه : (قاضی اسپانیایی در صورت عدم مخالفت با نظم عمومی آن کشور به علت رعایت اصل بین المللی حقوق مکتسبه و دلایل فوق الذکر باید آن را محترم شمرده و مبادرت به ثبت ازدواج آنها نماید . زیرا هیچ دلیلی جز مخالفت با نظم عمومی مبنی بر نادیده گرفتن حق مزبور وجود ندارد)

2- با فرض ثبت ازدواج توسط مقامات اسپانیا به دلایل ذیل الذکر زن مذکور شوهردار محسوب و طلاق به موجب قانون انگلیس باطل میباشد .

اولا : شرایط تاثیر حقوق مکتسبه به شرح ذیل میباشد .

1- حق مزبور بر طبق قانون تشکیل شده باشد که قاعده ایران حل تعارض آن را صلاحیت دار می داند .

2- حق مذکور مطابق قانون صالح به شکل کامل ایجاد شده باشد و با رعایت تمام شرایطی که قانون سبب لازم دانسته تشکیل شده باشد .

و در مسئله مطروحه به دلیل فقدان شرط اول (به موجب قانون حل تعارض ایرانی اتباع ایرانی مقیم خارج از حیث احوال شخصیه تابع دولت متبوع خود (ایران) میباشدند . و طلاق مذکور باید به موجب قانون ایران انجام شود تا بتوان در ایران آن را معتبر شناخت در حالیکه به موجب قانون انگلیس انجام شده است . در حقیقت طبق قانون ایران اصلا حقی برای زوجه بوجود نیامده است تا بتواند در ایران تاثیر خود را بنماید .

جلسه نهم:

3- مخالف نظم عمومی نباشد.

مفهوم نظم عمومی:

نظم عمومی از موانع اجرای قانون خارجی است یعنی در واقع اگر اجرای قانون خارجی که به موجب قواعد حل تعارض ایران صالح شناخته شده است برای ارگانیزم حقوقی ما قابل تحمل نباشد و به عقاید و احساسات جامعه ایران لطمه زند دادگاه از اجرای آن قانون خوداری خواهد نمود.

برای مثال زندگی مشترک بین دو همجنس یا نکاح بین محارم برای جامعه ما قابل پذیرش نیست.

در حقوق داخلی منظور از نظم عمومی تاسیسات و قواعدی هستند که در یک کشور به منظور حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم برقرار شده و افراد آن جامعه نمی توانند بر خلاف آن قرارداد کنند.

نظم عمومی در این معنا محدوده وسیعی دارد و شامل قواعد و تاسیسات زیادی است حال آنکه مفهوم نظم عمومی در تعارض قوانین (حقوق بین الملل خصوصی اصولاً نمی تواند شامل همه آنها باشد. در واقع نظم عمومی در تعارض قوانین مجموعه تاسیسات و قواعدی هستند که آنچنان به تمدن یک کشور آمیخته شده اند که قضات آن کشور ناگزیر اجرای آنها را بر قانون خارجی ولو اینکه مطابق قواعد حل تعارض واجد صلاحیت باشند مرجح می دانند (ترجیح می دهند).

بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. به این معنی که هر چه مخالف نظم عمومی در روابط بین المللی ایران است مخالف نظم عمومی در روابط داخلی ایران می باشد.

حال آنکه آنچه مخالف نظم عمومی در روابط داخلی است لزوماً مخالف نظم عمومی در روابط بین المللی نیست و این بدان معناست که نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی دایره شمول محدودتری دارد.

باید توجه نمود که نظم عمومی بر حسب زمان و مکان متغیر است لذا برای تشخیص نظم عمومی ضابطه ثابت و قطعی وجود ندارد و تشخیص این امر صرفاً باید به عهده قاضی واگذار شود.

طبیعی است که نظم عمومی با توجه به اختلاف فرهنگ ها و نظام های حقوقی بر حسب مکان متغیر است. مثلاً آنچه در کشوری مخالف نظم عمومی تلقی می شود ممکن است در کشور دیگری بر خلاف نظم عمومی نباشد مثل اثبات نسب نامشروع در ایران و فرانسه همچنین دایره شمول نظم عمومی با توجه به زمان نیز تغییر می یابد یعنی در یک کشور ممکن است امری که امروز مخالف نظم عمومی است چند سال بعد امری عادی تلقی شود.

ماده 975 (ق م) مسئله نظم عمومی را آشکارا بیان نموده است در این ماده جریحه دار کردن احساسات جامعه یا مخالفت با اخلاق حسنه مبنای نظم عمومی در نظر گرفته شده است. البته با ذکر عبارت (یا به علت دیگر) قضات ضوابط دیگری را نیز می توانند برای اجرای قاعده نظم عمومی در نظر بگیرند.

آثار نظم عمومی:

اثر نظم عمومی معمولاً این است که از اجرای مقررات قانون صلاحیت دار جلوگیری می کند و قانون مقرر دادگاه را جانشین آن می نماید. با اینحال در مورد آثار نظم عمومی لازم است بین دو گونه اثر تفاوت قائل شویم.

### 1- اثر منفی نظم عمومی:

منظور از اثر منفی نظم عمومی این است که قاضی از اجرای مقررات قانون خارجی جلوگیری نماید. در این اثر قانون مقرر مانند سدی جلوی اجرای قانون خارجی را مسدود می کند.

( برای مثال : اگر دو فرانسوی بخواهند در ایران کونکوبیناژ نمایندگرچه به موجب قواعد حل تعارض ایران قانون ملی ( فرانسه) در این قضیه واجد صلاحیت است و به موجب آن قانون حق ایجاد کونکوبیناژ برای اتباع فرانسوی به رسمیت شناخته شده با این حال قاضی ایرانی اجازه انجام کونکوبیناژ را نمیدهد چرا که با نظم عمومی ایران مخالف است. این همان اثر منفی نظم عمومی است یعنی قاضی ایرانی مانع اعمال و اجرای قانون فرانسه شده بدون آنکه قانون مقرر را جایگزین آن کند.

### 2- اثر مثبت نظم عمومی:

( یعنی قاضی پس از آنکه از اجرای قانون صالح جلوگیری نمود قانون مقرر را جایگزین آن می کند. برای مثال اگر در قانون کشوری الزام به انفاق و برای پدر نسبت به فرزند وجود نداشته باشد قاضی ایرانی ابتدا مانع اعمال قانون ملی شده و پس از آن قانون ایران را به جانشینی از آن اجرا می کند. یعنی قواعد مادی ایران را ( برخلاف اصل) اعمال می کند.

یعنی گرچه به موجب قواعد حل تعارض ایران قانون ملی حاکم بر قضیه است اما قاضی ایرانی به دلیل مغایرت با نظم عمومی ایران ابتدا از اعمال آن جلوگیری کرده و بعد به جانشینی از آن قانون مقرر ( ایران) را جایگزین آن نموده است.

**اثر مثبت متعلق به مرحله تشکیل حق است.**

**اثر منفی متعلق به مرحله تاثیر حق است.**

**هر حقی متعاقب اثر منفی می باشد.**

نظم عمومی در مرحله تشکیل و ایجاد حق ممکن است دارای اثر مثبت باشد طبیعی است هنگامی که می گوئیم اثر مثبت اعمال شده است پیش از آن اثر منفی نظم عمومی را شاهد بوده ایم اما در مرحله تاثیر بین المللی حق نظم عمومی فقط اثر منفی تولید می کند. چرا که فقط از اجرای قانون صلاحیت دار جلوگیری می نماید بدون آنکه قانون مقرر را به نحو مثبت جانشین قانون خارجی کند و نکته آخر اینکه همانگونه که می دانید هرگاه حقی در کشوری به رسمیت شناخته شده باشد ایجاد آن حق برای هیچکس امکان پذیر نیست این بدان معنا است که در مرحله ایجاد و تشکیل حق ( ثبوت) نظم عمومی اثر شدیدی دارد.

حال آنکه در مرحله تاثیر بین المللی حق ( اسقاط) نظم عمومی اثری ضعیف تولید می کند و به همین جهت کمتر مورد استفاده قرار می گیرد.

تقلب نسبت به قانون:

منظور از کشور محل تاثیر حق یکی از عناصری که در پیدایش حق مد نظر قرار می گیرد عنصر ( صداقت در تحصیل حق است) در واقع گاهی ایجاد حق در یک کشور امکان پذیر نمی باشد و شخص برای رهایی از عمل ممنوعه به اقداماتی متوسل می شود تا این حق را در کشور دیگری تحصیل نموده و آن را در کشوری که حق مزبور را ممنوع نموده به اجرا گذارد.

برای مثال: فرض کنید زن و شوهر اسپانیایی که حق طلاق ندارند با تشریفات قانونی اسپانیا مبادرت به ترک تابعیت اسپانیا و برای بدست آوردن حق طلاق تابعیت فرانسه تحصیل نماید در چنین حالتی قاعدتا به عنوان اتباع فرانسه از حق طلاق برخوردارند و اگر در فرانسه به طلاق مبادرت نمایند و قصد داشته باشند در اسپانیا از آثار این طلاق بهره مند شوند اصولاً قاضی اسپانیایی باید آثار طلاق اتباع فرانسه را به رسمیت بشناسند.

اما در چنین پرونده ای قاضی اسپانیایی پس از اعمال همه قواعد تعارض به یک نکته نیز توجه می کند و آن اینکه آیا عنصر صداقت در هنگام تشکیل حق وجود داشته است یا اینکه عمل تبدیل تابعیت و تحصیل تابعیت فرانسه برای فرار از منهیات (نواهی) قانونگذار اسپانیا بوده است؟

اگر قصد واقعی افراد از این تبدیل تابعیت رهایی از عمل ممنوعه باشد حق طلاق در اسپانیا نمی تواند آثار خود را بروز دهد. چرا که نسبت به قانون اسپانیا توسط این خانواده عمل متقلبانه ای صورت گرفته است یعنی تبدیل تابعیت از روی حسن نیت نبوده و صرفاً برای بدست آوردن حق ممنوعه در اسپانیا بوده است باید توجه نمود بحث تحصیل صادقانه حق بستگی عرفی به فاصله زمانی تغییر تابعیت و بدست آوردن حق جدید دارد.

هدف اصلی از طرح مسئله تقلب نسبت به قانون این است که قوانین امری کشور بی اثر نمانند و افراد نتوانند به وسایل متقلبانه از اجرای قانون که باید بر آنها حکومت کند جلوگیری کنند.

باید توجه داشت قاعده جلوگیری از تقلب هنگامی اجرا می شود که قانون خارجی حاوی امری مخالف نظم عمومی قانون مقرر نیست بلکه فقط با توسل به تقلب صلاحیت برای آن بوجود آمده است.

اصولاً زمانی قاعده تقلب نسبت به قانون اعمال می شود که تناسب عرفی زمانی بین تغییر تابعیت و تحصیل حق ممنوعه وجود داشته باشد. در واقع زمان بین تغییر تابعیت و تحصیل حق ممنوعه معلوم می کند که فرد از تقلب برای بهره مندی از حق ممنوعه استفاده نموده یا خیر؟

شرایط تقلب نسبت به قانون: ( شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون )  
اصولاً برای اعمال قاعده جلوگیری از تقلب دو شرط لازم است:

1- وجود تقلب

2- برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وسیله ای غیر از قاعده جلوگیری از تقلب موجود نمی باشد.

### 1- وجود تقلب :

تقلب نسبت به قانون زمانی مصداق می یابد که فرد با وسائل متقلبانه از حکومت قانون متبوع خود اجتناب نماید و در نتیجه بتواند از قانون خارجی استفاده کند. در واقع قصد متقلب فرار از مقررات قانونی است که باید در مورد او اجرا شود گرچه ممکن است به جهت این تقلب هیچ ضرری به دیگری وارد نشود.

2- برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وسیله ای غیر از قاعده جلوگیری از تقلب موجود نمی باشد. ( جنبه فرعی و علی البدل بودن اجرای قاعده)

منظور از فرعی و علی البدل بودن این قاعده این است که هر گاه وسیله دیگری موجود باشد و بتوان به آن وسیله از اعمال قانون خارجی جلوگیری نمود دیگر استناد بر قاعده جلوگیری از تقلب لزومی ندارد.

آثار تقلب نسبت به قانون :

### 1- در مورد دولتی که تقلب برای فرار از قانون او صورت گرفته است :

این دولت قاعده مذکور را تنها تا آن اندازه واجد اثر می داند که برای جلوگیری از تاثیر حق ممنوعه لازم است.

در مثال قبلی قاضی اسپانیایی فقط به طلاق این خانواده ترتیب اثر نمی دهد و هیچ تصمیمی در مورد ترک تابعیت اسپانیا و تحصیل تابعیت فرانسه اتخاذ نمی کند .

### 2- در مورد دولتی که شخص ذینفع اجرای قانون آن را مطالبه می کند :

در واقع دولت هایی که تقلب نسبت به قانون بوسیله قانون آنها صورت گرفته قاعده مذکور را وقتی که به نفع قانون خارجی است اعمال نمی کنند.

یعنی بدون در نظر گرفتن مسئله تقلب مبادرت به اتخاذ تصمیم می نمایند.

استدلال این دسته از کشورها آن است که قاعده جلوگیری از تقلب حافظ و ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشور به تقلب نسبت به قانون سایر دول دیگر توجهی نمی کند چرا که حافظ و ضامن اجرای آنها نیست.

### 3- نسبت به دولت های ثالث:

این دسته از دولت ها قاعده جلوگیری از تقلب را به هیچ عنوان مورد توجه قرار نمی دهند و محاکمه دولت های ثالث صرفاً وضعیت فعلی شخص را صرف نظر از قصد وی در نظر گرفته و بر طبق آن حکم می دهند.

به طور کلی تقلب فقط در کشوری که نسبت به قانون وی تقلب شده است تاثیر میگذارد (آن هم تا آن اندازه که برای جلوگیری از تاثیر حق ممنوعه لازم است).

با آرزوی موفقیت جهت کلیه دانشجویان محترم