

نحوه اجرای قانون خارجی

در مورد این که قانون خارجی به چه اعتباری می تواند در قلمرو دولت متبوع قاضی به اجرا گذاشته شود چند نظریه متفاوت وجود دارد:



۱- اجرای قانون خارجی و رعایت حقوق مکتسبه

به نظر حقوقدانان انگلیسی و امریکایی وقتی قاضی به مسئله حقوق مکتسبه رسیدگی می کند ناگزیر باید قانون خارجی را که حق مکتسب به موجب آن ایجاد شده است مورد توجه قرار دهد. پس رعایت حقوق ایجاد شده اقتضا دارد که قاضی قانون خارجی را اعمال کند.

این نظریه برای توجیه اجرای قانون خارجی در همه مواردش کافی نیست، زیرا تعارض قوانین ممکن است خارج از رعایت حقوق مکتسبه مطرح باشد، فرض کنید دعوای طلاق میان یک زن و شوهر انگلیسی در دادگاه ایران اقامه شود، در اینجا مسئله رعایت حق مکتسب مطرح نیست. آنجا که حقی در خارج طبق قانون خارجی ایجاد شده، قاضی ایرانی در مقام شناسایی آن حق، قانون خارجی را اجرا نمی کند چرا که قانون مزبور قبلاً در قلمرو خودش اجرا شده است، و قاضی ایرانی باید ببیند آیا مقررات آن قانون رعایت شده است یا نه، و آنجا که در ایران قرار است حقی طبق قانون خارجی ایجاد شود، نمی توان اجرای آن قانون را به استناد حق مکتسب توجیه کرد. چرا که اگر چنین باشد همواره باید قانون خارجی برای خارجیان اجرا گردد، در حالی که این قانون گذار داخلی است که قانون صلاحیت دار را تعیین می کند.



۲- مفهوم پذیرش قانون خارجی (نظریه ایتالیایی جدید)

طبق این نظر قدرت اجبار کننده قانون خارجی ناشی از آن است که قانون مقرر دادگاه قانون خارجی را می پذیرد و در نظم داخلی ادغام می کند، زیرا نظم حقوقی هر کشوری جنبه انحصاری دارد و عناصر خارجی را نفی می کند، مگر آن که در آن ادغام گردد. البته نویسندگان ایتالیایی به دو نوع پذیرش قائل هستند: یکی پذیرش مادی و دیگری پذیرش صوری در پذیرش مادی، قاعده حقوقی در واقع صفت خارجی بودن خود را از دست می دهد و جز نظام داخلی می شود، یعنی گویا قانون مقرر دادگاه برای حل قضیه قاعده ای شبیه قاعده خارجی را مورد قبول قرار می دهد. اما در پذیرش صوری قانون خارجی صفت خارجی بودن خود را از دست نمی دهد و جنبه داخلی پیدا نمی کند.

نظریه پذیرش به طور کلی جنبه تصنعی دارد و نم‌یتواند اجرای قانون خارجی را توجیه کند. اگرچه پذیرش صوری کمتر مورد انتقاد واقع شده است. اما سؤالی که بی پاسخ می ماند این است که چرا یک نظام حقوقی باید عناصر ناهمگونی را که جز آن نیستند در خود ادغام کند.

۳- نظریه فرانسوی

مسئله اصلی از دیدگاه حقوقدانان فرانسه این است که آیا قانون خارجی باید به عنوان یک امر حکمی تلقی شود و یا به منزله یک امر موضوعی، به نظر بارتن وقتی قانون خارجی به موجب قواعد حل تعارض صلاحیت دار شناخته می شود مفهومی جز مفهوم قانون و امر حکمی ندارد. زیرا قاعده حقوقی امر حکمی است و به واسطه خارجی بودن مبدل به امر موضوعی نمی شود نظر بارتن از سوی اکثر حقوقدانان فرانسوی مردود شناخته شده است. زیرا در مواردی که قاضی به اجرای قانون خارجی می پردازد آن قانون را به نحوی که در خارجه اجرا می شود مورد بررسی قرار می دهد و گویا با امور واقعی و موضوعی مواجه است، یعنی قانون خارجی را به عنوان یک واقعیت مورد توجه قرار م‌دهد. حال آن که وظیفه قاضی در قبال قوانین داخلی کاملاً متفاوت است؛ زیرا در اجرای قانون داخلی قاضی همیشه در جست و جوی منطقی ترین و عادلانه ترین و مفیدترین راه حل ها است، چه این که قاضی خود در درون این نظام حقوقی است و در تکوین و توسعه آن مؤثر است.

در حقیقت علت اجرای قانون خارجی این است که قانون گذار ملی آن را لازم الاجرا شناخته است.

مسئله استناد به قانون خارجی

در اجرای قانون داخلی قاضی مکلف به رعایت قانون است هرچند طرفین دعوی به آن استناد نکرده باشند، زیرا قانون از امور حکمی است و عذر جهل به امور حکمی از قاضی مسموع نیست. اما در موردی که اجرای قانون خارجی مطرح است، حتی با استناد اصحاب دعوی ممکن است قاضی از متن و محتوای آن بی اطلاع باشد.

همان گونه که مثلاً نسبت به سانحه رانندگی قاضی مکلف به اثبات موضوع حادثه نیست در مورد قوانین خارجی نیز نمی توان انتظار داشت که قاضی از آن آگاه باشد، زیرا قاضی چنین تکلیفی ندارد. در مورد مسئله استناد به قانون خارجی سه موضع و رویه متفاوت وجود دارد:

۱- عدم لزوم استناد اصحاب دعوی به قانون خارجی (موضع آلمانی):

طبق رویه معمول در دادگاه های آلمان بین قانون داخلی و قانون خارجی هیچ تفاوتی وجود ندارد زیرا هر دو از امور حکمی هستند. همان گونه که قاضی مکلف به اجرای قانون داخلی است، آنجا که طبق قواعد حل تعارض آلمان قانون خارجی صلاحیت دار شناخته شده نیز عدم استناد اصحاب دعوی تکلیف قاضی را ساقط نمی کند.

۲- لزوم استناد به قانون خارجی (رویه انگلیسی):

مطابق رویه انگلیسی، قانون خارجی به هیچ وجه جز امور حکمی نبوده، بلکه در حکم یکی از مسائل موضوعی دعوی به شمار می رود. بنابراین مادام که اصحاب دعوی به آن استناد نکرده باشند قاضی حق اجرای آن را ندارد.

۳- عدم لزوم استناد به قانون خارجی در مواردی که مسئله مربوط به نظم عمومی است (رویه حد وسط: سیستم فرانسوی):

به موجب رویه قضایی فرانسه چون قواعد فرانسوی حل تعارض لاقول در مواردی که قانون خارجی را صلاحیت دار می شناسد از جمله مقررات مربوط به نظم عمومی نیست، مادام که اصحاب دعوی درخواست اجرای قانون خارجی را نکرده باشند، نمی توان دادگاه را ملامت کرد که چرا رأساً قانون خارجی را اجرا نکرده است. از رأی دیوان کشور فرانسه (۱۹۵۹) چنین برمی آید که قانون خارجی جز مسائل موضوعی است، و قاضی مکلف به آن نیست، و عدم اجرای قانون خارجی بدون استناد اصحاب دعوی موجب نقض حکم نیست.

در ایران نص یا رویه خاصی وجود ندارد که مشخص کند آیا قاضی مکلف به اجرای قانون خارجی بدون استناد اصحاب دعوی است و یا مکلف به عدم اجرای آن است. از این رو شاید مناسب باشد از راه حل بینا بین پیروی کنیم، یعنی بگوییم عدم اجرای قانون خارجی در صورت عدم استناد اصحاب دعوی به آن موجب ملامت قاضی و مخل به حکم نیست، مگر آن که مسئله جنبه نظم عمومی داشته باشد. برای مثال ماده ۷ قانون مدنی ایران مربوط به نظم عمومی است.

بررسی محتوای قانون خارجی

اثبات قانون خارجی

آیا قانون خارجی نیاز به اثبات دارد یا نه؟ پاسخ این سؤال بسته به این است که ما قانون خارجی را از امور حکمی بدانیم یا امر موضوعی تلقی کنیم. در فرض نخست، قانون خارجی بی نیاز از اثبات است و تکلیف قاضی است که به متن و محتوای آن رأساً پی ببرد. ولی چنانچه قانون خارجی از مسائل موضوعی به شمار رود، همانند سایر امور موضوعی محتاج اثبات است. وظیفه اثبات امور موضوعی بر عهده کسی است که به آن استناد می کند و چون اصحاب دعوی هستند که به قانون خارجی استناد می کنند اثبات آن نیز بر عهده ایشان است.

مطابق سیستم متداول در غالب کشورها قانون خارجی نیاز به اثبات دارد و تکلیف قاضی نیست.

قاعده حل تعارضی که قانون خارجی را صلاحیت دار معرفی می کند ناظر به مرحله ثبوت قانون خارجی است که باید به دادگاه ارائه شود و به اثبات رسد، و قاضی در امر اثبات آن مداخله ای نمی کند.



چگونگی اثبات قانون خارجی

نحوه اثبات قانون خارجی بسته به نوع آن قانون به لحاظ منبع است، به این معنی که اگر قانون نوشته باشد اثبات آن به طریقی کتبی و با ارائه متن قانون خارجی و ترجمه رسمی آن و احیاناً به ضمیمه گواهی یک کارشناس حقوق خارجی امکان پذیر است، و چنانچه قانون نانوشته و عرفی باشد، مانند نظام کامن لا به شیوه شفاهی و با استفاده از گواهی کارشناسان حقوق خارجی صورت می گیرد. البته نظر کارشناس خارجی را می توان به طور کتبی استفسار کرد.

چگونگی تفسیر قانون خارجی

تفسیر قانون خارجی که توسط قاضی ایرانی مورد عمل قرار می گیرد باید کاملاً شبیه تفسیری باشد که در کشور خارجی از آن قانون به عمل آمده، و برای این که قاضی بنا به سلیقه حقوقی خود متن قانون خارجی را بر خلاف روح و منظور آن تفسیر نکند مناسب ترین راه این است که از نظر یک کارشناس متخصص استفاده شود.

البته اگر تفسیر عهدنامه در بین باشد، مسئله متفاوت از تفسیر قانون خارجی است، زیرا عهدنامه منعقد میان دولت ایران و سایر دول که طبق مقررات قانون ایران تصویب و منتشر شده است جز حقوق داخلی است و تفسیر آن تحت نظارت دیوان کشور انجام خواهد گرفت.

در واقع یکی از نتایج دیگر موضوعی بودن قانون خارجی این است که تفسیر آن قانون باید مطابق با همان نظام حقوقی خارجی باشد و از حوزه نظارت دیوان عالی ایران خارج است، چه این که دیوان بر امور موضوعی نظارت نمی کند.

• اظهار نظر درباره مطابقت قانون عادی خارجی با قانون اساسی خارجی

گاهی تفسیر قانون خارجی به مسئله اعتبار آن مربوط می شود. یکی از شرایط اعتبار عدم مغایرت قانون عادی با قانون اساسی است. در اینجا نیز باید گفت نظر به موضوعی دانستن قانون خارجی، برای حل مسئله اعتبار آن قانون نیز باید به مراجع صالح آن کشور خارجی رجوع شود، و قاضی ایرانی باید همان تلقی که در نظام آن کشور خارجی وجود دارد را منطبق عمل قرار دهد. یعنی حتی اگر در کشور خارجی اختیاری رسیدگی به مسئله مطابقت قانون عادی با قانون اساسی اش را به قضات خود داده باشد، قاضی ایرانی چنین اختیاری نخواهد داشت.

بنابراین برای احراز این که آیا قانون عادی خارجی مخالفتی با قانون اساسی خارجی دارد یا نه، باید دید مراجع صالح آن کشور خارجی چه نظری داشته اند، و اگر موضوع نزد آن مراجع در حال بررسی است، باید اجرای آن قانون را در ایران منوط به صدور رأی آنها کرد.

موانع اجرای قانون خارجی

در مواردی که یک قانون خارجی به موجب قواعد ایرانی حل تعارض صلاحیت دار بوده و اجرای آن به طور کلی تجویز شده، و اصحاب دعوی نیز به آن استناد می کنند، قاضی ایران باید آن را ملاک قضاوت خود قرار دهد، لیکن پیش از آن باید معلوم شود آیا مقررات آن قانون در ایران قابل اجراست یا نه.

قانون خارجی در صورتی قابل اجراست که بر خلاف نظم عمومی نباشد و چنانچه مخالف نظم عمومی باشد به میزانی که مخالفت دارد به اجرا در نخواهد آمد.

برای مثال اگر قانون کشور خارجی نکاح بین محارم را مجاز بداند، چنین نکاحی بین اتباع آن کشور در ایران مجاز نخواهد بود اگرچه اصولاً قانون کشور متبوعشان صلاحیت دار است، همان گونه که مثلاً انجام تعدد زوجات برای ایرانیان در کشور فرانسه به واسطه مغایرت با نظم عمومی آن کشور ممنوع شناخته می شود، هر چند طبق قواعد حل تعارض فرانسه احوال شخصیه بیگانگان تابع قانون ملی آنها است.

پس نظم عمومی از اجرای قانون خارجی جلوگیری می کند اگرچه مطابق قانون دولت متبوع دادگاه و یا به موجب قراردادهای بین المللی قانون مزبور صلاحیت دار باشد. مسئله نظم عمومی در ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران به صراحت بیان شده است.

زمینه تاریخی مسئله نظم عمومی

مفهوم نظم عمومی از قرن نوزدهم میلادی به بعد مورد توجه واقع گردیده؛ زیرا در این قرن بود که تدوین قوانین در اغلب کشورهای اروپایی موجب تشدید اختلاف میان قوانین و حقوق کشورها گردید و موارد استناد به نظم عمومی را افزایش داد، رویه قضایی فرانسه از قرن نوزدهم در مواردی مانند طلاق بیگانگان پیش از ۱۸۸۴ و اثبات نسب نامشروع قبل از ۱۹۱۲ نظم عمومی را مورد توجه قرار

داده و به استناد آن از اجرای قانون خارجی خودداری کرده است. هم اکنون نظم عمومی در قوانین بسیاری کشورها به صراحت به عنوان مانع اجرای قانونی خارجی پیش بینی شده است: ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران، ماده ۳۰ قانون مقدماتی قانون مدنی آلمان، ماده ۲۱ قانون مدنی ایتالیا و ماده ۳۳ قانون مدنی یونان. امروزه در مورد لزوم دخالت نظم عمومی اختلافی وجود ندارد، بلکه اختلاف نظرها پیرامون مفهوم و دایره شمول و آثار آن است.

مفهوم نظم عمومی

نظم عمومی در حقوق داخلی مفهومی متفاوت از آن در حقوق بین الملل خصوصی دارد.

نظم عمومی در حقوق داخلی

در حقوق داخلی نظم عمومی شامل سازمان ها و قواعدی است که غرض از آنها حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی و حفظ خانواده است و اراده افراد نمی تواند آنها را نقض کند. به سخن دیگر نظم عمومی در این حوزه شامل قواعد امری است. پس نظم عمومی در حوزه مسائل داخلی قلمروی وسیع دارد و به معنای رعایت قواعد امری است.

نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی

در مورد مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی اتفاق نظر وجود ندارد، برخی معنای وسیعی برای آن قائلند و بعضی آن را به معنایی محدود به کار می برند.

۱- عقیده طرفداران معنای وسیع برای نظم عمومی در روابط بین المللی:

به نظریه پی یه و منچینی نظم عمومی شامل قواعدی است که جنبه عمومی و درون مرزی دارد: مثل قواعد حقوق عمومی، قواعد مربوط به رژیم اموال، قواعد جزایی، قواعد مسئولیت مدنی، آئین دادرسی و غیر اینها.

این نظر پذیرفتنی نیست، زیرا:

اولاً ملازم های بین درون مرزی بودن قوانین و نظم عمومی وجود ندارد.

برای مثال قوانین مربوط به اموال و قوانین مربوط به مسئولیت ناشی از جرم درون مرزی هستند یعنی نسبت به کلیه اموال و اشخاص واقع در کشور اجرامی شوند، اما الزاماً مربوط به نظم عمومی نیستند، چرا که قاضی یک کشور ممکن است به دعوای مربوط به مال منقول واقع در خارجه رسیدگی کرده و قانون آن کشور خارجی را اجرا کند.

ثانیاً نظم عمومی در این معنا چنان قلمرو وسیعی دارد که به صورت اصل ظاهر می شود و حال آن که امروزه نظم عمومی اغلب به عنوان استثنا بر اجرای قانون خارجی صلاحیت دار تلقی می شود.

۲- نظم عمومی به معنای محدودتر و استثنا بر صلاحیت قانون خارجی:

روشن است که نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی نمی تواند به معنای عام رعایت همه قواعد امری کشور باشد، زیرا در این صورت می بایست از اجرای قوانین خارجی مربوط به وضعیت و اهلیت و ارث و وصیت جلوگیری شود که اگر چنین بود حقوق بین الملل خصوصی فلسفه وجودی خود را از دست می داد، چه این که در برخی کشورها مانند ایران و فرانسه بیشترین زمینه اجرای قانون خارجی مربوط به حوزه احوال شخصیه است. در واقع منظور از نظم عمومی در روابط بین المللی مجموع سازما نها و قواعدی

است که آن چنان به اصول تمدن و نظام حقوقی یک کشور بستگی دارد که دادگاه‌های آن کشور ناچارند رعایت آنها را بر اجرای قانون خارجی مقدم بشمارند، اگرچه قانون مزبور، مطابق قواعد عادی حل تعارض، صلاحیت دار باشد.

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 مغایر نظم عمومی در روابط بین المللی ایران است مخالف نظم عمومی در روابط داخلی ایران نیز هست، لیکن عکس آن صادق نیست.

البته توجه به این نکته ضروری است که نظم عمومی چه در روابط داخلی و چه در روابط بین المللی همیشه جنبه ملی و داخلی دارد. نظم عمومی هر کشوری وابسته به اصول تمدن و نظام حقوقی خاص همان کشور است و با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است. نظم عمومی به طور کلی جنبه نسبی داشته و بر حسب زمان و مکان متفاوت می گردد.

نظم عمومی در برای اشاره به این معنای محدود نظم عمومی که در تعارض قوانین مورد نظر است بهتر است با تعبیر «نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی» و یا «استثنای نظم عمومی» استفاده کرد و عبارت‌هایی مانند «نظم عمومی بین المللی» و یا «نظم عمومی نسبی» مناسب نیست.

دایره شمول نظم عمومی

نظم عمومی دایره شمول ثابتی ندارد و بر حسب مقتضیات زمان و مکان تغییر می کند. از این رو برای تشخیص نظم عمومی ضابطه ثابت و قطعی وجود ندارد. مفهوم جامعه مشترک حقوقی نیز که از سوی ساوینی حقوقدان بزرگ آلمانی مطرح شده، نمی تواند ضابطه ای برای تشخیص نظم عمومی تلقی شود، بلکه تنها به عنوان یک راهنما قابل استفاده خواهد بود، زیرا حتی در بین کشورهای اروپایی که از درجه تمدن نزدیک به هم برخوردارند، مواردی وجود دارد که اجرای قانون یکی در قلمرو دیگری مخالف نظم عمومی به شمار می رود. برای مثال طلاق در کشور فرانسه مجاز است اما در اسپانیا مخالف نظم عمومی شناخته می شود. بنابراین وجود اشتراک حقوقی باید بر حسب مورد به طور جداگانه بررسی می شود و تشخیص نظم عمومی صرفاً باید بر عهده قاضی باشد.

آثار نظم عمومی

به طور کلی اثر نظم عمومی جلوگیری از اجرای قانون خارجی است. هرگاه دادگاه ایران قانون خارجی را بر خلاف نظم عمومی بیابد، باید از اجرای آن خودداری یا جلوگیری نماید. لیکن در این زمینه توجه به دو نکته لازم است: نخست این که اثر نظم عمومی گاهی منفی و گاه مثبت است و دیگر این که اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد حق و در مرحله اثرگذاری حق شدت و ضعف پیدا می کند.

۱- اثر منفی و مثبت نظم عمومی

اثر نظم عمومی هنگامی منفی است که قاضی از اجرای قانون صلاحیت دار خارجی جلوگیری کند، بی آن که قانون مقر دادگاه را به طور مثبت جانشین آن قرار دهد. اما در صورتی که قاضی بدو از اجرای قانون خارجی خودداری کرده و سپس قانون دولت متبوع خود را به نحو مثبت جانشین آن قرار دهد، گفته می شود نظم عمومی دارای اثر مثبت است.

برای مثال هر گاه زن ایرانی در دادگاه اسپانیا علیه شوهر ایرانی خود دعوای طلاق اقامه کند، دادگاه اسپانیا به استناد مخالفت طلاق با نظم عمومی کشورش از صدور حکم طلاق خودداری می کند، اما اگر مثلاً اتباع کشوری که طبق قانون ملی آنها حق انفاق بین پدر و فرزندان وجود ندارد، در ایران دعوای نفقه مثلاً از سوی فرزند علیه پدر، اقامه کنند، دادگاه ایران ضمن این که از اجرای قانون خارجی خودداری می کند، به جای آن به استناد قانون ایران حکم به نفقه می دهد، زیرا نفقه اولاد جنبه نظم عمومی، به همان مفهوم محدود دارد.

۲- اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد حق و در مرحله اثرگذاری حق

شدت اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد حق و در مرحله اثرگذاری آن یکسان نیست. هرگاه حقی در کشور ایران به رسمیت شناخته نشده باشد، ایجاد آن حق در ایران غیرممکن خواهد بود، لیکن در صورتی که چنین حقی در خارجه ایجاد شده باشد ممکن است آثار آن در ایران مخالف نظم عمومی شناخته نشود.

برای مثال حق اثبات نسب نامشروع در ایران قابل پذیرش نیست، حال آن که اگر شخصی در کشور دیگر این حق را نسبت به پدر طبیعی اش اثبات کرده باشد می تواند در ایران از آثار آن حق، مانند مطالبه نفقه از پدر، استفاده کند.

البته گاهی ممکن است آثار حق نیز در کشوری قابل تحمل نبوده و به سبب مخالفت با نظم عمومی از آن جلوگیری شود، مانند آثار نکاح بین زن و مردی خارجی که به سبب محرمیت طبق حقوق ایران نکاح بین آنها ممنوعیت دائمی داشته، ولی در خارج طبق قانونی که نکاح را مجاز می دانسته با یکدیگر ازدواج کرده اند. یا در مورد تعدد زوجات که مثلاً در فرانسه حتی برخی آثارش (تمکین) مغایر نظم عمومی است.

تقلب نسبت به قانون

وجود تقلب نسبت به قانون مبتنی بر این امر است که افراد می توانند بعضی از عناصر ارتباط را که منجر به تعیین قانون صلاحیت دار می گردند 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 ذکر نمود.

برای مثال تا قبل از سال ۱۸۸۴ میلادی که در فرانسه طلاق منع قانونی داشت، برخی از اتباع فرانسه که در مقام رهایی از قید زناشویی و طلاق بودند از حق تغییر تابعیت که قانون به آنها داده بود استفاده می کردند و به تابعیت دولتی در می آمدند که طلاق را جایز می دانست. امروزه ممکن است اتباع اسپانیا برای فرار از قانون منع طلاق تغییر تابعیت داده و مثلاً به تابعیت فرانسه درآیند، همان طور که ممکن است در سایر زمینه ها اقدامات مشابهی از سوی افراد برای فرار از قانونی که طبق معمول بر آنها حاکم است واقع شود.

مبنای حقوقی مقابله با تقلب نسبت به قانون

درباره اهمیت و ضرورت مقابله با تقلب نسبت به قانون عقاید متفاوتی وجود دارد. برخی از حقوقدانان برآنند که چون لازمه این مقابله آن است که مرجع رسیدگی کننده در هر مورد وارد جزئیات شده و قصد افراد را احراز کند، صحت یا بطلان نتیجه حاصله از عمل افراد به طور دقیق معلوم نیست و بسته به ذوق و سلیقه قاضی خواهد بود. بنابراین ورود به مسئله تقلب نسبت به قانون ضرورتی ندارد، بلکه همین قدر که طبق قواعد حل تعارض کشور قاضی، قانون خارجی صلاحیت دار شناخته شده و آن قانون با نظم عمومی مقرر دادگاه مغایرتی ندارد، کافی است که قاضی به اجرای آن حکم کند، و پرداختن به این که اجرای قانون خارجی در نتیجه چه اقدامی قابل مطالبه است اهمیتی نخواهد داشت. فقط باید دانست که آیا افراد حق استناد به آن قانون را دارند یا نه؟

نظر دسته ای دیگر این است که قاعده مقابله با تقلب نسبت به قانون قاعده ای لازم و مهم است که باید در همه موارد مورد ملاحظه قرار گیرد. در هر موردی که شخصی از حق قانونی خود برای یک مقصود و هدف تقلبی استفاده کند و در نتیجه تقلب متوسل به قانون خارجی گردد باید به استناد حيله و تقلب از اجرای قانون خارجی جلوگیری شود و نتیجه حاصل از عمل شخص باطل و کان لم یکن تلقی گردد.

به نظر می‌رسد، همان گونه که رویه قضایی برخی کشورها بر آن است، مقابله با تقلب نسبت به قانون را باید ضروری و مهم دانست، زیرا موافق هدف حقوق بین‌الملل خصوصی است که حفظ اعتبار و تضمین آثار حق قوانین است. در غیر این صورت برای عده‌ای آسان خواهد بود که خود را از اطاعت و شمول قوانین امری کشور خود متقلبانه خارج کنند؛ در حالی که عده‌ای دیگر باید آن را تحمل کنند.

رابطه بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی

رابطه بین این دو آنقدر زیاد است که بعضی تصور کرده‌اند قاعده تقلب نسبت به قانون مستقل نبوده بلکه یکی از مصادیق قاعده نظم عمومی است. بارتن، حقوقدان فرانسوی مدافع این عقیده است. وی می‌گوید هر گاه اجرای قانون خارجی ایجاد ضرر اجتماعی کند باید از اجرای آن جلوگیری کرد، خواه این ضرر به صورت مخالفت با نظم عمومی جامعه داخلی بوده و خواه به شکل وضعیت متضمن فرار از منهیات قانون داخلی باشد. با این تفاوت که در فرض اخیر قانون خارجی فی نفسه مغایر با نظم عمومی نیست ولی به واسطه آن که عملاً درباره افرادی اجرا می‌شود که استحقاق آن را نداشته‌اند باید از اجرای آن جلوگیری شود.

تأمل در این موضوع نشان می‌دهد که به رغم وجود شباهت‌ها، ماهیت این دو با یکدیگر متفاوت است. زیرا در موضوع نظم عمومی مسئله مفاد و محتوای قانون صلاحیت‌دار خارجی مطرح است و با نظام داخلی ناسازگار است، اما در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار افراد از قانون مورد بحث است. پس هدف از نظم عمومی حفاظت از سازمان‌های قانونی کشور در مقابل ناسازگاری‌های ناشی از اجرای قانون خارجی است، اما هدف از مقابله با تقلب نسبت به قانون، جلوگیری از فرار افراد از قانونی که حقاً باید نسبت به آنها اجرا گردد مورد نظر است.

تفاوت دیگری که می‌تواند بین دو موضوع نظم عمومی و تقلب نسبت به قانون وجود داشته باشد این است که تقلب نسبت به قانون می‌تواند ضمانت اجرای بین‌المللی داشته باشد یعنی دولت‌ها در مقابل تقلب نسبت به قانون یکدیگر واکنش نشان دهند، حال آن که نظم عمومی اساساً مقوله داخلی است و استناد به آن به نفع قانون خارجی بی‌معنی است.

پس قاعده جلوگیری از تقلب صورت دیگری از نظم عمومی نیست، بلکه قاعده مستقلی است برای احترام به قوانین امری کشور. البته تنها در موارد ضرورت باید از این علاج برای تضمین اجرای قوانین امری استفاده کرد.

۱- شرط اول: وجود تقلب: منظور از تقلب نسبت به قانون در زندگی بین‌المللی آن است که فرد با توسل به وسایلی که قانوناً در اختیار دارد برای رسیدن به یک هدف تقلبی استفاده کند. پس تقلب در محیط حقوق بین‌الملل خصوصی با تقلب در حقوق داخلی تفاوت دارد. در حقوق داخلی تقلب وقتی به وجود می‌آید که مثلاً مقصود فردی که مرتکب امر شده است فرار از دین و اضرار به طلبکاران باشد، حال آن که در حقوق بین‌الملل خصوصی ممکن است در اثر تقلب شخص نسبت به قانون ضرری به اشخاص وارد نیاید، بلکه همین که منظور شخص ذی‌نفع فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد کافی است.

۲- شرط دوم: جنبه فرعی و علی‌البدل بودن قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون: این قاعده باید تنها در مواردی اجرا گردد که هیچ علاج دیگری برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی وجود نداشته باشد. این وسیله دیگر معمولاً نظم عمومی است. پس در مواردی که بتوان با استناد به نظم عمومی از اجرای قانون خارجی جلوگیری کرد. طرح مسئله تقلب نسبت به قانون ضرورتی ندارد.

تقلب نسبت به قانون و نظم عمومی اگرچه به لحاظ ماهوی با یکدیگر متفاوتند ولی در مصادیق ممکن است منطبق گردند.

آثار تقلب نسبت به قانون از نظر کشورهای ذی‌ربط

۱- آثار از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او واقع شده است:

بدیهی است اگر تقلب نسبت به قانون اثری داشته باشد و واکنشی را طلب کند، برای دولتی مطرح است که تقلب برای فرار از قانون آن به عمل آمده است. اما این اثر یا واکنش چگونه خواهد بود؟ رویه نشان می‌دهد که این واکنش باید محدود به همان نتیجه‌ای باشد که از تقلب مورد نظر شخص بوده است. مثلاً اگر برای انجام طلاق یا نکاح و مانند آن چنین کرده است، از اجرای قانون خارجی نسبت به آن موضوع جلوگیری شود. پس لازم نیست که کل عمل او کان لم یکن تلقی گردد، از این رو تغییر تابعیت یا اقامتگاهش معتبر باقی خواهد ماند.

۲- آثار نسبت به دولتی که شخص ذی‌نفع اجرای قانون آن را تقاضا می‌کند:

احترام به حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها ایجاب می‌کند که مقابله‌ای هماهنگ با تقلب نسبت به قوانین یکدیگر داشته باشند، اما تمایل محاکم به تعمیم موارد اجرای قانون متبوع خود باعث می‌شود که قاعده جلوگیری از تقلب را وقتی به نفع کشور خارجی است اجرا نکنند. برای توجیه این رویه معمولاً چنین استدلال می‌کنند که قاعده جلوگیری از تقلب در واقع ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشور فقط می‌تواند تقلب نسبت به قانون متبوع خود را ضمانت اجرا بدهد و نمی‌تواند تقلب نسبت به قانون خارجی را مجازات کند.

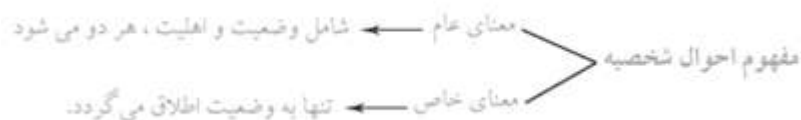
۳- آثار از نظر دولت‌های ثالث:

برای دولت ثالث که در جلوگیری از تقلب یا عدم آن ذی‌نفع نیست، یعنی نه تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده و نه تقاضای اجرای قانون او شده است قاعده جلوگیری از تقلب به هیچ وجه مورد توجه قرار نمی‌گیرد. دادگاه‌های کشور ثالث وضعیت فعلی شخص ذی‌نفع را ملاحظه می‌کنند و بر طبق آن حکم می‌دهند؛ یعنی همین اندازه که وضعیت موجود ظاهراً صحیح است دیگر وارد جزئیات و پیشینه آن نمی‌شوند.

بخش سوم

مفهوم احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن

مفهوم احوال شخصیه



احوال شخصیه در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در معنای عام شامل وضعیت و اهلیت، هر دو می‌شود. ماده ۶ قانون مدنی احوال شخصیه را در این معنی به کار برده است. و در معنای خاص تنها به وضعیت اطلاق می‌گردد. ماده ۷ قانون مدنی ایران کلمه احوال شخصیه را در معنای خاص آن به کار برده است.

- وضعیت: به مجموع اوصاف حقوقی انسان گفته می‌شود، و شامل اموری است که قانون بر آنها آثار حقوقی بار می‌کند از جمله اهم آنها نکاح، طلاق، صغر و بلوغ، نسب، حجر و مانند آن است. وضعیت افراد تعیین‌کننده حقوق و تکالیف آنها است.

- اهلیت: عبارت از صلاحیت قانونی شخص است برای دارا شدن حق یا اعمال و اجرای حق. پس اهلیت دو قسم است. **اهلیت تمتع** که شامل همه افراد از بدو تولد، حتی پیش از آن برای جنین به شرط زنده متولد شدن، آغاز شده و با مرگ پایان می یابد. (مواد ۹۵۷ و ۹۵۸ ق.م.ا) اما **اهلیت استیفا** متوقف بر شرایط قانونی است.

در مورد اتباع خارجه فقط اهلیت استیفا در مبحث تعارض قوانین مطرح است، و اهلیت تمتع آنان در مبحث وضع حقوقی بیگانگان مورد بررسی قرار می گیرد.

- رابطه وضعیت و اهلیت:

این دو اگرچه از جهت مفهوم متفاوت از یکدیگرند، لیکن رابطه نزدیک بین آنها وجود دارد. از آنجا که وضعیت شخص تعیین کننده حقوق و تکالیف اوست، صلاحیت های قانونی (اهلیت) شخص نیز تابع وضعیت وی خواهد بود، و از سوی دیگر شخص با اعمال اهلیت می تواند وضعیت خود را تغییر دهد، مثلاً با انجام یک عمل حقوقی (عقد نکاح) از وضعیت مجرد به وضعیت تأهل منتقل گردد

قانون حاکم بر احوال شخصیه

برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در حقوق کشورهای مختلف معمولاً یکی از دو عامل اقامتگاه و تابعیت مورد استفاده قرار می گیرد. برای ترجیح هر یک از دو عامل یاد شده بر دیگری به دلایلی استناد می شود، که شما می توانید با مطالعه و تأمل آن دلایل را برشمارید. اما در مورد این که کاربرد کدام یک از دو قاعده اعمال قانون اقامتگاه و قاعده اعمال قانون ملی بهتر است، باید گفت موضوع جنبه نسبی دارد و نسبت به کشورهای مختلف متفاوت است. البته با کاربرد قاعده قانون ملی ثبات وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد بهتر تأمین می گردد. ولی به طور کلی ترجیح یکی از دو قاعده بیشتر تابع دلایل مصلحتی است تا دلایل حقوقی.

قاعده کاربرد قانون ملی نسبت به احوال شخصیه ابتدا در قانون مدنی فرانسه سپس در بخش اعظم اروپا و بخشی از امریکای لاتین مورد تأیید قرار گرفت ولی در نظام های انگلیسی- امریکایی قاعده کاربرد قانون اقامتگاه همچنان محفو مانده است.

قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه

ماده ۶ قانون مدنی ایران قاعده قانون ملی را نسبت به احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارجه تأیید کرده است. مواردی که در این ماده برشمرده شده (نکاح، طلاق...) از باب نمونه است و مصادیق احوال شخصیه منحصر به آنها نیست. لذا مصادیق دیگری مانند ولایت قانونی و نصب قیّم را نیز در برمی گیرد.

« اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه » در مورد ایرانیان غیرشیعه، همان طور که طی ماده واحده موسوم به قانون آمده است. (مصوب تیر ماه ۱۳۱۲ : محتوای این قانون هم اکنون در اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مندرج است.) اقلیت های دارای مذاهب اسلامی غیر شیعه و یا مذاهب اهل کتاب در مورد احوال شخصیه تابع قواعد و عادات مذهب خودشان هستند. این قاعده در حقوق بین الملل خصوصی نیز مجری است، به این معنی که ایرانیان مقیم خارجه که از پیروان مذاهب غیر شیعه هستند، مشمول این قانونند.

البته اجرای این قانون شامل کسانی است که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده باشد. این راه حل منطبق بر راه حل فقه اسلامی است.

قانون حاکم بر احوال شخصیه اتباع خارجه در ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۷ قاعده کاربرد قانون ملی را برای اتباع خارجه مقیم ایران به صراحت بیان کرده است. البته چون در این ماده قید گردیده که «اتباع خارجه مقیم ایران ... در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود» همیشه دادگاه های ایران باید عهدنامه منعقدہ بین ایران و دولت متبوع آنان را مورد توجه قرار دهند.

از آنجا که در بین کشورها گاه اختلاف توصیفها وجود دارد، دولت ها می کوشند تا از طریق معاهدات از تعارض توصیف ها جلوگیری کرده و این قبیل اختلافات را رفع کنند. برای مثال قرارداد اقامت بین دولتن ایران و سوئیس مصوب ۱۳۱۳ را می توان ذکر کرد، که در ماده ۸ آن آمده است:

«در مسائل راجع به حقوق شخصی و خانوادگی وارثی اتباع هر یک از طرفین متعاهدین در خاک طرف متعاقد دیگر تابع مقررات قوانین مملکت متبوعه خود می باشد ... طرفین متعاهدین موافقت دارند که حقوق شخصی مشتمل بر مسائل ذیل است: ازدواج، ترتیب اموال زوجین، طلاق، افتراق، جهیز، ابوت، نسب، قبولی به فرزندی، اهلیت حقوقی، بلوغ، ولایت و قیمومت، حجر، حق وراثت به موجب وصی تنامه، تصفیه و تقسیم ماترک و یا اموال و به طور عموم کلیه مسائل مربوط به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوط به احوال شخصیه...»

بنابراین با تعیین قلمرو شمول احوال شخصیه و توافق دولتن بر آن در توصیف احوال شخصیه مشکلی پیش نخواهد آمد.

کاربرد قانون حاکم بر احوال شخصیه

برخی مسائل مربوط به کاربرد قانون حاکم بر احوال شخصیه

۱. عدم وحدت قوانین خارجی
۲. عدم وجود قانون راجع به احوال شخصیه
۳. وجود تابعیت مضاعف

عدم وحدت قوانین خارجی

ممکن است در کشور متبوع خارجی تعدد قانون گذاری باشد، مثل قوانین ایالتی در کشورهای فدرال و یا برخی کشورهای بسیط مانند قانون خاص اقلیت های مذهبی در ایران. در این موارد اتباع یک دولت قوانین مختلف دارند. در تعارض قوانین اگر قانون ملی بر احوال شخصیه حاکم گردد، در صورت تعدد قوانین یک کشور هر تبعه مطیع قانون خاص خود خواهد بود.

بنابراین نسبت به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مقیم کشوری مانند فرانسه، که قاعده کاربرد قانون ملی را پذیرفته همان قواعد و عادات مذهبی آنان اعمال خواهد شد. در مورد اتباع خارجه مقیم ایران نیز همین گونه رفتار خواهد شد.

عدم وجود قانون راجع به احوال شخصیه

ممکن است در کشور متبوع شخص قانونی راجع به احوال شخصیه وضع نشده باشد، در این صورت چه باید کرد؟

ممکن است گفته شود در این موارد قانون اقامتگاه به کار می رود. این راه حل در کشورهایی مانند فرانسه که اقامتگاه نقش علی البدل و جایگزین دارد پذیرفتنی است، اما در خصوص ایران چنین نیست. در ایران باید قانون ایران را به عنوان قانون مقر دادگاه به اجرا گذاشت. اجرای قانون ایران در این موارد مستند به ماده ۵ قانون مدنی است کلیه سکنه ایران را تابع قانون ایران می داند مگر مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

وجود تابعیت مضاعف

در مواردی که شخصی دارای تابعیت مضاعف باشد، قاعده کاربرد قانون ملی را چگونه می توان اعمال کرد؟ آیا پیش از حل تعارض قوانین باید تعارض تابعیت ها را حل کرد؟

هرگاه احوال شخصیه فردی مطرح باشد که همزمان بیش از یک تابعیت دارد، قاضی ناگزیر باید دعوی را بر اساس یک تابعیت رسیدگی کند. اما معیار انتخاب یکی از تابعیت ها چه باید شد؟

دو فرض را باید از یکدیگر متمایز کرد:

فرض اول این که یکی از تابعیت ها تابعیت دولت متبوع قاضی است

و فرض دوم هیچ کدام از تابعیت ها تابعیت دولت متبوع قاضی نیست.

۱- یکی از تابعیت ها تابعیت دولت متبوع قاضی است

در چنین فرضی قاضی باید شخص را تبعه کشور خود بداند و به تابعیت خارجی او ترتیب اثر ندهد. دلیل این راه حل آن است که هر دولتی در تعیین اتباع خود استقلال و حاکمیت دارد. و مقررات تابعیت هر کشوری برای قاضی آن کشور امر حکمی محسوب میشود، در حالی که قوانین تابعیت خارجی امر موضوعی به شمار می رود.

پس هرگاه قاضی ایرانی با پرونده ای راجع به احوال شخصیه فردی مواجه شود که تابعیت ایرانی و خارجی دارد، قانون ایران را در مورد او اجرا می کند.

۲- هیچ کدام از تابعیت ها تابعیت دولت متبوع قاضی نیست



در چنین فرضی قاضی باید یکی از تابعیت های فرد را ترجیح دهد و دعوی را بر اساس قانون آن کشور متبوع شخص رسیدگی کند. در این باره چهار نظر مطرح شده است:

دسته اول می گویند باید تابعیتی را ترجیح داد که خود شخص انتخاب میکند. دسته دوم میگویند تابعیت کشوری را باید ترجیح دهیم که قانونش بیشتر شبیه قانون متبوع قاضی است. دسته سوم برآنند که باید تابعیت جدید فرد را مقدم کنیم و بالاخره دسته چهارم تابعیت قدیمی تر را مرجح میدانند.

عقیده سوم و چهارم پذیرفتنی نیست زیرا در مورد تابعیت های مضاعف تولدی تقدم و تأخری بین تابعیت ها وجود ندارد.

عقیده دوم نیز منطقی نیست زیرا تابعیت دولت متبوع قاضی را در خارج از قلمرو خود مورد ملاحظه قرار میدهد. در خصوص عقیده نخست نیز که حق انتخاب را به فرد می دهد باید گفت تابعیت امر مهمی است که به مصالح سیاسی دولت ها ارتباط دارد و سپردن امر آن به اختیار فرد چندان صحیح نیست، چه این که فرد ممکن است در موارد مختلف تابعیت های متفاوتی را انتخاب کند.

به نظر می رسد قاضی باید قرائن و اوضاع و احوال را در نظر گرفته و ببیند در عمل فرد به کدام دولت تعلق و بستگی بیشتری دارد. از این لحاظ محل سکونت، زبان، تابعیت همسر شخص، گذرنامه ای که از آن استفاده می کند و نیز انتخاب خود شخص به عنوان مجموعه ای از عناصر ملاحظه می شود تا بتوان تابعیت عملی یا مؤثر فرد را شناسایی کرده و آن را ملاک قانون حاکم بر احوال شخصیه اش قرار دهد.

استثنائات قاعده کاربرد ملی نسبت به احوال شخصیه

مهم ترین استثنائات قاعده تبعیت احوال شخصیه بیگانگان از قانون ملی به قرار ذیل است:



الف - نظم عمومی

نظم عمومی استثنای مشترکی است در قبال قانون خارجی صلاحیت دار که به موجب آن هر گاه قانون خارجی، از جمله قانون ملی بیگانه در زمینه احوال شخصیه که طبق قاعده حل تعارض داخلی صلاحیت دار شناخته شده با سازمان های حقوقی و اصول تمدن کشور مقرر دادگاه ناسازگار باشد قاضی مکلف به خودداری از اجرای آن است. (م ۹۷۵ ق.م.ا) در چنین مواردی قضات باید از اجرای قانون خارجی اجتناب کرده عندالاقضا به جای آن قانون ایران را به اجرا گذارند.

ب- احوال : هرگاه قانون دولت متبوع تبعه خارجی که به موجب قاعده تعارض ایران صلاحیت دار شناخته شده، احوال شخصیه افراد را تابع قانون اقامتگاه بداند، دادگاه ایران باید از اجرای آن قانون خارجی خودداری کرده و به جای آن قانون کشور خود را اجرا کند. (م. ۹۷۳ ق.م.ا)

ج- نسب : هرگاه موضوع دعوایی اثبات نسب فردی باشد که تعیین تابعیت او نیز منوط به صحت نسب باشد، امکان اجرای قانون متبوع شخصی وجود ندارد و اعمال قانون ملی ما را با دور منطقی مواجه مبد کند. لذا ناگزیر باید قانون ایران به عنوان قانون مقرر دادگاه نسبت به موضوع نسب به اجرا درآید.

د - اهلیت

اهلیت اصولاً تابع قانون ملی است لیکن در دو مورد استثنا برای تشخیص اهلیت بیگانگان قانون ملی آنان اعمال نمی گردد یکی اهلیت برای تبدیل تابعیت و دیگری در مورد اهلیت برای معامله کردن.

۱- اهلیت برای تبدیل تابعیت

تابعیت یکی از موضوعات مهم حقوق عمومی است و یک عامل تقسیم افراد بین دولت هاست و لذا اهلیت لازم برای تبدیل تابعیت باید به موجب قانون دولتی تشخیص داده شود که مسئله به دست آوردن و یا از دست دادن تابعیت آن مطرح است. بنابراین هرگاه

مسئله ترک تابعیت ایران و یا تحصیل تابعیت ایران مطرح باشد اهلیت شخص را برای هر یک از آن دو باید طبق قانون ایران معین کرد.

۲- اهلیت برای معامله کردن

مطابق ماده ۷ قانون مدنی ایران اهلیت اتباع بیگانه در ایران، از جمله اهلیت برای معامله کردن، طبق قانون دولت متبوع آنها تشخیص داده میشود. این اصل در صدر ماده ۹۶۲ قانون مدنی نیز آمده است، اما پیرو آن استثنائی آورده شده است. که فلسفه آن حمایت از حقوق اتباع ایران در مقابل بیگانگان است که ممکن است بخواهند از بی اطلاعی طرف ایرانی نسبت به قانون خارجی سو استفاده کنند.

توضیح این که بیگانگانی که در ایران زندگی می کنند ممکن است در حالی که طبق قانون ملی خود فاقد اهلیت برای انجام معامله باشند با اتباع ایران معامله کنند و در نتیجه عدم صحت معامله مزبور طرف ایرانی دچار زحمت و اشکال شود؛ زیرا طرف ایرانی که سن رشد خود را طبق قانون ایران ۱۸ سال می داند از سن رشد مقرر در قوانین خارجی آگاهی ندارد، و هر گاه طرف خارجی معامله را به نفع خود نبیند، به استناد عدم اهلیت خود طبق قانون کشور متبوعش، از انجام تعهدی که در قبال طرف ایرانی بر عهده گرفته است خودداری ورزد. از این رو ماده ۹۶۲ مقرر می دارد:

«اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب میشود، در صورتی که با قطع نظر از تابعیت خارجی اش مطابق قانون ایران بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد»

در رویه قضایی فرانسه نیز به این نکته توجه شده و دیوان تمیز فرانسه طی رأیی استدلال کرده که چون اتباع فرانسه را نمی توان مجبور کرد که قوانین کشورهای مختلف را بدانند لذا در صورتی که طرف فرانسوی مرتکب اهمال یا بی احتیاطی نشده و معامله را با حسن نیت انجام داده باشد نمی توان به استناد عدم اهلیت طرف خارجی حکم به بطلان معامله داد.

البته ذیل ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران دامنه این استثنا را محدود کرده به طوری که شامل اعمال حقوقی مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی و یا مربوط به نقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران نخواهد شد. در حقوق فرانسه نیز معاملات مربوط به اموال غیر منقول از شمول این حکم خارج است.

ه- اشخاص بدون تابعیت

در صورتی که با اشخاص «آپاترید» یا «بدون تابعیت» مواجه باشیم، حکم احوال شخصیه آنها همانند کسی است که فاقد قانون مربوط به احوال شخصیه است. بنابراین راه حل در ایران همان اجرای قانون مقر دادگاه است که مستند به مفاد ماده ۵ قانون مدنی نیز می باشد. اما در کشورهایی مانند فرانسه قانون اقامتگاه جایگزین می گردد، زیرا به لحاظ سابقه ای که اقامتگاه داشته در سیستم فرانسوی نقش علی البدل را دارد.

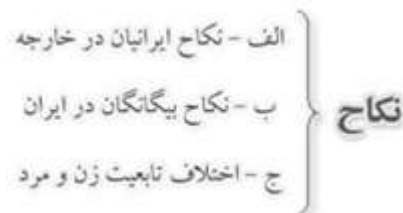
و- اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی

ممکن است در یک دعوی مسئله احوال شخصیه چند نفر که تابعیت آن ها مختلف است مطرح باشد، مثلاً در روابط زوجین یا ابوین و اولاد؛ در این قبیل موارد که چند قانون ملی با هم تعارض پیدا می کنند باید تکلیف قضیه معلوم گردد. در حقوق بین الملل خصوصی ایران قانون ملی یکی از طرف ها مقدم می گردد.

برای مثال در مورد زوجین قانون کشور شوهر، در مورد روابط ابویین و اولاد قانون کشور متبوع پدر، در روابط ولی و مولی علیهم قانون کشور متبوع مولی علیهم.

مهمترین مسائل مربوط به احوال شخصیه

نکاح: درباره نکاح تحت سه عنوان نکاتی را اشاره می کنیم:



نکاح ایرانیان در خارجه

به طوری که در ماده ۶ قانون مدنی ایران مقرر گردیده ایرانیان مقیم خارجه از حیث احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق تابع قوانین ایران هستند. اما توجه به این نکته لازم است که این وظیفه نسبت به کدام شرایط ضروری است.

۱- شرایط صوری نکاح:

حکم کلی مندرج در ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران معین کرده که طرز جریان و تشریفات شکلی اعمال حقوقی از قانون محل پیروی می کند. به موجب این ماده « اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می باشند » بنابراین هرگاه ایرانیان مقیم خارجه شرایط صوری نکاح از قبیل تنظیم قبالة نکاح را طبق قوانین محل وقوع رعایت کرده باشند، آن نکاح از حیث صورت در ایران معتبر است.

ازدواج با رجوع به ماموران سیاسی و کنسولی: طبق ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی ایران، ایرانیان مقیم خارجه می توانند نزد کنسولگری های ایران حاضر شوند تا در آنجا عقد ازدواج آنان واقع و ثبت شود، و وفق ماده ۹۹۳ قانون مدنی و قانون سجل احوال، کنسول های ایران، در صورت مراجعه اتباع ایران به آنان، موظف به انجام این وظیفه قانونی هستند.

طبق ظاهر ماده ۱۰۰۱ و نیز در قیاس با ماده ۹۷۰ قانون مدنی، این وظیفه تنها در صورتی متوجه کنسول های ایران است که زن و مرد هر دو تبعه ایران باشند. ماده ۱۰۰۱ می گوید «مامورین کنسولی ایران در خارجه باید نسبت به ایرانیان مقیم حوزه ماموریت خود» وظایف مربوط به دوائر سجل احوال را انجام دهند، و ماده ۹۷۰ نیز صلاحیت انجام این وظیفه را برای ماموران سیاسی و کنسولی خارجه در ایران محدود به مواردی می کند که طرفین عقد هر دو تبعه دولت متبوع آنها باشند.

۲- شرایط ماهوی نکاح:

شرایط ماهوی نکاح که شامل شرایطی مانند سن ازدواج و موانع نکاح است، همچنین آثار عقد ازدواج تابع قانون دولت متبوع زوجین است. بنابراین آثار شخصی و مالی نکاح از قبیل این که ریاست خانواده با شوهر است؛ زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکونت کند؛ یا زن استقلال مالی دارد و یا شوهر باید به زن خود نفقه بدهد، بین زن و شوهر ایرانی تابع قوانین ایران است، ولو مقیم خارجه باشند.

نکاح بیگانگان در ایران

مطابق ماده ۷ قانون مدنی ایران احوال شخصیه بیگانگان مقیم ایران تابع قانون کشور متبوع آنان است. در اینجا نیز باید بین شرایط صوری و شرایط ماهوی نکاح تمایز قایل شویم.

از آنچه درباره ی نکاح ایرانیان مقیم خارجه گفته شده روشن گردید که تبعیت از قانون ملی تنها در مورد شرایط ماهوی نکاح الزامی است. اما در شرایط صوری الزامی وجود ندارد، بلکه افراد می توانند بین شکل محلی و شکل ملی یکی را انتخاب کنند.

پیروی از شکل ملی در صورتی است که افراد به ماموران سیاسی و کنسولی دولت متبوع خود در محل انجام عقد مراجعه کنند. طبق ماده ۹۷۰ قانون مدنی ایران ازدواج بیگانگان توسط ماموران سیاسی و کنسولی خارجی در ایران منوط به دو شرط است:

شرط اول: طرفین عقد هر دو تبعه دولت متبوع نماینده سیاسی و کنسولی باشند. در غیر این صورت الزاماً شرایط صوری طبق قانون ایران (محل عقد) خواهد بود.

شرط دوم: دولت متبوع نماینده سیاسی یا کنسولی باید به ماموران سیاسی یا کنسولی خود اجازه اجرای ازدواج بین اتباع خود را داده باشد، همان طور که قانون ایران چنین اجازه ای را به ماموران کنسولی ایران در خارجه می دهد.

تبعیت شرایط ماهوی نکاح از قانون دولت متبوع بیگانه در ایران تا جایی است که قانون آن کشور خارجی حل قضیه را به قانون ایران محاله نداده باشد. و یا آن که قانون آن کشور با نظم عمومی جامعه ایرانی ناسازگار نبوده باشد، زیرا در غیر این صورت قانون ایران به عنوان قانون مقردادگاه نقش علی البدل و جایگزین خواهد داشت.

اختلاف تابعیت زن و مرد

در قانون ایران و اکثر کشورها نکاح تابع قانون ملی زن و مرد است. لیکن اگر تابعیت زن و مرد مختلف باشد و شرایط ماهوی نکاح در قوانین هر یک از کشورهای متبوع آنان اختلاف داشته باشد، تولید اشکال خواهد کرد.

برخی عقیده دارند که چون تقریباً همه کشورها پذیرفته اند که ریاست خانواده با مرد است و زن و فرزند از شوهر و یا پدر یعنی رئیس خانواده تبعیت خواهند داشت، لذا باید قانون دولت متبوع شوهر را ترجیح داد.

بعضی دیگر برآنند که چون قوانین مربوط به احوال شخصیه برای حمایت افراد وضع شده، لذا اگر دولت متبوع فردی او را واجد اهلیت برای نکاح نداند، چنین فردی برای ازدواج اهلیت نخواهد داشت.

نظر درست این است که بگوئیم در هنگام ازدواج هر کس مشمول قوانین دولت متبوع خود باشد.

زیرا مواردی که مثلاً قانون ایران ازدواج زن مسلمان را با مرد غیر مسلمان منع کرده و یا به طور کلی ازدواج زن ایرانی را با مرد خارجی موکول به اجازه مخصوص از سوی دولت نموده، هدف قانونگذار حفظ منافع اتباع خود بوده است.

وانگهی مساله ریاست خانواده پس از وقوع عقد ازدواج صحیح مطرح می شود، و تا پیش از احراز وجود رابطه صحیح زوجیت عنوان شوهر صادق نیست. از این رو اختلاف تابعیت پس از ازدواج را می توان متفاوت از آن در هنگام عقد نکاح دانست. البته معمولاً در اثر ازدواج میان اتباع کشورهای مختلف وحدت تابعیت پدید می آید مانند ازدواج زن خارجی با مرد ایرانی که به موجب آن زن ایرانی می شود. اما گاه ممکن است کشوری قائل به استقلال تابعیت زن و عدم تغییر آن در اثر ازدواج باشد، و یا آن که پس از ازدواج یکی از زوجین تابعیت خود را تغییر دهد و سبب بروز اختلاف تابعیت بین زن و شوهر گردد. پس لازم است قانونگذار راه حل مساله را معین کند.

نظرات متفاوتی در این زمینه مطرح شده است. برخی معتقدند در چنین مواردی دادگاه باید حتی المقدور قانون متبوع خود را اعمال کند. نظر دیگر این است که چون دلیلی بر ترجیح قانون ملی یکی از طرفین وجود ندارد، باید قانون اقامتگاه مشترک زوجین و در صورت عدم وجود اقامتگاه مشترک قانون مقر دادگاه اجرا گردد.

قانون مدنی ایران به ترجیح قانون دولت متبوع زوج حکم کرده است. ماده ۹۶۳ به صراحت می گوید: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد»

طلاق

همان گونه که در موارد ۶ و ۷ قانون مدنی ایران آمده است، طلاق نیز از مصادیق بارز احوال شخصیه است که تابع قانون ملی افراد خواهد بود. اما در اینجا نیز ضمن یادآوری این نکته که رعایت قانون ملی در مورد شرایط شکلی الزامی نیست و طرفین می توانند بین شکل محلی و شکل ملی یکی را انتخاب کنند، راه حل مسأله را در موردی که تابعیت زن و شوهر متفاوت باشد باید مورد توجه قرار دهیم.

طلاق بین زن و شوهری که تابعیت آنان متفاوت است

در مورد این که در چنین مواردی کدام قانون باید بر طلاق حکومت کند می گوییم چون در اکثر مسائل مربوط به احوال شخصیه قانون متبوع شوهر مرجح شناخته شده و در اکثر قوانین تابعیت نیز تابعیت شوهر بر زن تحمیل می گردد، لذا موضوع طلاق را نیز نمی توان مشمول قانون دولت متبوع زن دانست.

پس امر دایر می شود بین اجرای قانون دولت متبوع شوهر یا قانون محل وقوع طلاق به عنوان قانون اقامتگاه زوجین یا قانون مقر دادگاه، بین این دو قانون باید قانون دولت متبوع شوهر را ترجیح داد، زیرا قوانین راجع به احوال شخصیه برای تثبیت وضعیت افراد و تشخیص اهلیت آنان وضع شده و اجرای قانون محل توقف یا اقامت افراد موجب تزلزل و عدم ثبات در احوال شخصیه می گردد.

در حقوق ایران راجع به طلاق نیز می توان به ماده ۹۶۳ استناد کرد که روابط شخصی و مالی بین زوجین را که تبعه ی یک دولت نیستند تابع قانون دولت متبوع شوهر می داند.

روابط بین ابوبین و اولاد

در اینجا نیز مسأله ای که بروز می کند مربوط به مواردی است که تابعیت ابوبین و اولاد واحد نباشد. در این صورت باید دید روابط بین آنان تابع قانون کدام دولت خواهد بود.

برخی معتقدند چون هدف اصلی در روابط بین ابوبین و اولاد حفظ منافع اولاد است، روابط مزبور باید تابع قانون دولت متبوع اولاد باشد. بعضی دیگر می گویند در این روابط تنها اولاد ذینفع نیستند بلکه ابوبین نیز دارای منافع هستند، به ویژه پدر که تشکیل دهنده خانواده بوده و مسئولیت و ریاست آن را بر عهده دارد باید قانون دولت متبوع او صلاحیت دار باشد.

در حقوق ایران در ماده ۹۶۴ قانون مدنی راه حل صریحاً بیان شده است. و آن این است که «روابط بین ابوبین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است، مگر این که نسبت طفل فقط به مادر مسلم باشد که در این صورت روابط بین طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود». در این ماده دو فرض مطرح شده است: یکی آنجا که پدر و مادر طفل هر دو معلوم باشند، که روابط آنها تابع قانون دولت متبوع پدر است. مثلاً دعوای نفقه طفلی علیه پدرش در دادگاه ایران باید مطابق قانون دولت متبوع پدر رسیدگی شود. فرض دیگر این است که پدر طفل معلوم نباشد و انتساب او به مادر مسلم باشد، در این صورت روابط طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر است.

ولایت قانونی

در موضوع ولایت قانونی نیز مساله جایی بروز می کند که بین ولی و مولی علیه اختلاف تابعیت موجود باشد. بعضی می گویند ولایت قانونی باید تابع قانون دولت متبوع ولی باشد، زیرا همان طور که اصل پدر و فرزندی و روابط ابوین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است، ولایت قانونی هم باید چنین باشد، چه این که ولایت هم از جمله روابط بین ابوین و اولاد است.

برخی دیگر برآنند که چون ولایت قانونی به منظور حمایت از صغار به وجود آمده و فرض بر این است که قانون دولت متبوع صغیر مصلحت او را بهتر تامین می کند لذا باید قانون دولت متبوع صغیر صلاحیتدار شناخته شود.

قانون مدنی ایران در ماده ۹۶۵ همین راه حل را پذیرفته است. طبق این ماده «ولایت قانونی... بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود».

قیمومت

در اینجا نیز باید گفت چون نصب قیم و ایجاد قیمومت برای حفظ منافع محجورین تحت قیمومت است و نه برای حفظ منافع قیم، روابط قیم و افراد تحت قیمومت باید تابع قانون دولت متبوع فرد یا افراد تحت قیمومت باشد. از همین رو است که ماده ۹۶۵ قانون مدنی ایران می گوید «... نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود».

پس اگر فردی خارجی طبق قانون کشور خود محجور باشد و مطابق آن قانون برای او نصب قیم شده باشد، این حکم در ایران معتبر خواهد بود. بدیهی است این حکم تنها محدود به نصب قیم نبوده بلکه شامل آثار آن و روابط میان قیم و مولی علیه نیز می شود.

فصل دوم: اموال

اموال مادی

تعریف اموال مادی

اموال مادی اموالی هستند که وجود خارجی و پایگاه مادی دارند؛ در مقابل اموال غیر مادی که وجود خارجی و پایگاه مادی ندارند بلکه جامعه وجود آنها را اعتبار کرده و قانون هم آن را شناخته است.

اسناد بی نام با آن که پایگاه مادی ندارند ولی چون نحوه انتقال آنها با اموال مادی یکی است از این حیث جزو اموال مادی محسوب می شوند. اموال مادی اعم از این که منقول یا غیر منقول باشند اصولاً تابع قانون محل وقوع خود هستند، اما به لحاظ برخی تفاوت ها گاه ممکن است بر حسب منقول یا غیر منقول بودن مالی قانون حاکم بر آن متفاوت شود.

اموال غیر منقول

۱- مبنای صلاحیت قانون محل وقوع مال:

حاکمیت قانون محل وقوع بر اموال غیر منقول همواره پذیرفته شده و تردید ناپذیر بوده است. به قول ساوینی پایگاه و مرکز ثقل این اموال محل وقوع آن است. همچنین اعمال قانون درون مرزی بر اموال غیر منقول هم از لحاظ مصلحت کشور و هم از لحاظ مصلحت افراد قابل توجیه است. از لحاظ مصلحت کشور ارتباط اموال غیر منقول با حاکمیت ملی مستلزم صلاحیت انحصاری دولت حاکم بر قلمرو شامل مال غیر منقول است.

از طرفی چون دولت محل وقوع مال وظیفه برقراری نظم و اطمینان در معاملات را بر عهده دارد منحصرأ قوانین همان دولت باید بر آن مال حاکم باشد. اما از جهت مصلحت افراد، ضرورت وجود سیستم ثبت اموال غیر منقول از یک سو و امکان پذیر بودن اجرای احکم صادره درباره اموال غیر منقول از سوی دیگر مستلزم اعمال قانون محل وقوع این اموال است.

شاید بنا به دلایل فوق بوده که قانون گذار ایران در مواد ۸ و ۹۶۶ قانون مدنی اعمال قانون درون مرزی را نسبت به اموال غیر منقول به صراحت پذیرفته است.

۲- حدود صلاحیت، قانون محل وقوع مال:

طبق ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران^۱ «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول و یا غیر منقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آنجا واقع می باشند...» چنانچه ملاحظه می شود، سه موضوع در این ماده مطرح شده است.

تصرف: تصرف مذکور در این ماده اعم از تصرفات و اعمال مادی مانند بنا، تعمیر بنا، زراعت یا تصرفات و اعمال حقوقی یعنی نقل و انتقال به وسیله عقود و معاملات مانند بیع، اجاره و هبه است.

مالکیت: منظور از مالکیت رابطه حقوقی است که بین شخص و شی وجود دارد و به موجب آن مالک حق همه گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می کند. بنابراین اصل مالکیت بیگانگان و نیز حدود مالکیت آنان نسبت به اموال غیر منقول واقع در ایران تابع قانون ایران است.

سایر حقوق: مقصود از « سایر حقوق » مذکور در ماده ۹۶۶ حقوق عینی است که ممکن است افراد بر اشیا دارا باشند، مانند حق انتفاع، حق ارتفاق، وثیقه و امثال آن.

پس قاعده کلی این است که اموال غیر منقول از حیث تصرف و مالکیت و سایر حقوق تابع قانون مملکت محل وقوع مال است. اما برخی مسائل در این رابطه وجود دارد که حل آنها به تعیین حدود صلاحیت قانون محل وقوع مال برمی گردد.

یکی از آنها مسأله اهلیت اشخاص است. این که آیا فلان شخص می تواند مالک یا متصرف آن مال بشود، یک مسأله مربوط به اهلیت است که ممکن است از شمول قانون محل وقوع مال خارج باشد.

مورد دیگر که نیاز به توضیح دارد مربوط به حقوق ارثیه است، زیرا در حقوق ایران از یک سو ماده ۷ قانون مدنی اتباع بیگانه را از حیث حقوق ارثیه تابع قانون دولت متبوع آنان می داند و از طرف دیگر ماده ۸ همین قانون اموال غیر منقول بیگانگان را که در ایران واقع است از هر جهت تابع قانون ایران می داند، تا پیش از تصویب جلد دوم قانون مدنی در ۱۳۱۳ هنوز به طور کامل روشن نبود که ترکه غیر منقول بیگانگان که در ایران واقع است تابع کدام قانون است، تا این که ماده ۹۶۷ در جلد دوم قانون مدنی حکم مساله را روشن کرد، و معلوم گردید که عبارت « از هر جهت » در ماده ۸ شامل مسائل ارثیه نمی شود، بلکه محدود به جهات مربوط به غیر منقول بودن مال است.

اموال منقول

۱- مبنای صلاحیت قانون محل وقوع مال:

از آغاز پیدایش حقوق بین الملل خصوصی تا به حال اموال منقول نیز تحت رژیم درون مرزی بوده است. دلایل مربوط به حاکمیت قانون محل وقوع در اینجا نیز همان دلایل مربوط به اموال غیر منقول است، با این تفاوت که ارتباط مال منقول با محل وقوع خود

یک ارتباط طبیعی و دائمی نیست و ممکن است جنبه تصادفی داشته باشد، از این رو دلایل مزبور با درجه خفیف تری مورد استناد واقع می شود.

نکته دیگر این که چون این اموال در معرض تغییر مکان هستند، مسأله تعارض متحرک نیز در خصوص آنها باید مورد توجه قرار گیرد.

قاعده قانون درون مرزی در خصوص اموال منقول در مورد برخی اموال اجرا نمی شود:

۲- استثنای قاعده: رژیم کشتی ها و هواپیماها:

از آنجا که کشتی ها و هواپیماها دائما در حال جا به جایی و حرکت هستند، نمی توان آنها را تابع قانون محل وقوع آنها دانست. نظر به این جهت در حقوق بین الملل خصوصی اتفاق نظر شده که کشتی ها و هواپیماها باید تابع قانون دیگری باشد. این قانون عبارت است از قانون محل ثبت کشتی ها و هواپیماها یا قانون پرچم، زیرا این وسایل نقلیه از لحاظ اداری تابع ضوابط مقرر در بندر اصلی و لنگرگاه است، و این بستگی اداری به این محل وضع حقوقی آنها را مشخص می کند. از همین روست که این وسایل به اشخاص تشبیه شده و درباره آنها نیز از تابعیت سخن گفته می شود.

۳- تعارض متحرک:

اگر در کشوری نسبت به مال منقولی بر طبق قانون آن کشور حقی به وجود آمده باشد آیا آن حق باید پس از جا به جا شدن مال و حمل آن به کشور دیگر محترم شمرده شود یا نه؟ پاسخ این سؤال مثبت است. زیرا براساس اصول و قواعد مربوط به تعارض های متحرک، هرگونه حقی که نسبت به مال منقولی طبق قانون محل وقوعش به وجود آمده باشد، باید در کشور دیگری که مال به آنجا منتقل می شود نیز محترم شمرده شود. این اصل در ذیل ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران مورد تصریح واقع شده است، آنجا که می گوید:

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

اموال غیرمادی

تعریف اموال غیر مادی

اموال غیر مادی اموالی هستند که وجود مادی در خارج ندارند، ولی جامعه وجود آن را اعتبار کرده و قانون هم آن را شناخته است. دایره شمول این اموال وسیع است و شامل تمام حقوق عینی غیر از حق مالکیت که در عرف با موضوع خود یعنی ملک یکی تلقی می شود مانند حق انتفاع، حق ارتفاق، و حقوق دینی (دیون)، حق کسب و پیشه (سرقفلی) و نیز حقوق معنوی می گردد.

آنچه در خصوص اموال غیر مادی مطرح است تعیین محل وقوع آن ها است. زیرا اصل این است که اموال تابع قانون محل وقوع هستند اعم از این که محل وقوع جنبه حقیقی یا فرضی داشته باشد. از این جهت دسته های مختلف اموال غیر مادی را باید مورد بررسی قرار دهیم.

حقوق عینی

از آنجا که حقوق عینی به طور مستقیم بر موضوع خود یعنی اموال منقول یا غیر منقول اعمال می گردند، پایگاه این حقوق در محل وقوع اموال بوده و باید قانون محل وقوع مال نسبت به آنها اعمال گردد.

بنابراین هرگاه مالی که موضوع حق انتفاع است در ایران واقع باشد، و در مورد حق انتفاع و حقوق و تکالیف مالک و منتفع نسبت به یکدیگر نزاعی روی دهد قاضی بایستی مقررات قانون ایران را به موقع اجرا بگذارد (مثلاً مواد ۴۰ تا ۵۴ قانون مدنی)

در مورد حق ارتفاق نیز قانون محل وقوع مال غیر منقول صلاحیت دار است، لیکن از آنجا که به موجب این حق صاحب ملکی به اعتبار مالکیت خود می تواند از ملک دیگری استفاده کند (مانند حق عبور و بردن آب)، این سؤال مطرح میشود که هرگاه دو ملک در خاک دو کشور مختلف واقع باشند، قانون محل وقوع کدام ملک را باید صلاحیت دار دانست:

قانون محل وقوع ملکی که صاحب حق ارتفاق در ملک دیگر است یا محل وقوع ملکی که مورد حق ارتفاق و استفاده ملک دیگر است؟

به نظر می رسد باید قانون محل وقوع ملک مورد حق ارتفاق را ترجیح داد، زیرا عملیات مادی که برای استفاده از حق ارتفاق لازم است در ملک مورد حق ارتفاق صورت می پذیرد می توان پذیرفت که پایگاه روابط حقوقی مربوط به حق ارتفاق در محل وقوع ملک مورد حق ارتفاق است.

مالکیت های معنوی و دیون

مالکیت های معنوی و دیون اموال غیر مادی مجردی هستند که محل وقوع حقیقی و تجلی فیزیکی ندارند، و ناگزیر در مورد آن ها یک محل وقوع فرضی در نظر گرفته شده است که براساس آن قانون صلاحیت دار را معین می کنند.

۱- مالکیت های ادبی و هنری و صنعتی:

در این زمینه باید قواعد عمومی حقوق داخلی و نیز قراردادهای چند جانبه مانند معاهده حمایت « مالکیت ادبی » که در سال ۱۸۸۶ در شهر برن سوئیس منعقد گردیده و نیز معاهده « مالکیت صنعتی » معروف به معاهده پاریس (۱۸۸۳) که دولت ایران در سال ۱۹۵۹ به آن ملحق شده است، مورد توجه قرار گیرد. به طور کلی قانون حاکم بر این قبیل مالکیت ها قانون محل ابراز فعالیت است، زیرا این محل به عنوان محل وقوع فرضی مال قبول شده است و پایگاه روابط حقوقی مربوط به مالکیت های معنوی در همین محل است. این محل در مورد مالکیت ادبی و هنری محلی است که اثر در آنجا انتشار یافته است، و در مورد مالکیت صنعتی چون حق مخترع پس از دخالت دولت مورد شناسایی قرار می گیرد بنابراین قانون حاکم قانون دولتی است که حق اختراع یا امتیاز نامه را به مخترع اعطا میکند.



۲- حقوق دینی (دیون):

در مورد دیون عقاید و نظرات متفاوتی وجود دارد. برخی معتقدند چون پایگاه دین در اقامتگاه داین است پس قانون اقامتگاه داین بر آن حاکم است. کشورهای صنعتی و سرمایه دار طرفدار این دیدگاهند. برخی دیگر بر آنند که قانون حاکم بر دین باید قانون اقامتگاه مدیون باشد، زیرا پایگاه دین اقامتگاه مدیون است. کشورهای سرمایه پذیر طرفدار اجرای قانون اقامتگاه مدیون هستند. این نظریه با یک دلیل حقوقی نیز توجیه می شود و آن عبارت است از تقارن صلاحیت قانون گذاری و صلاحیت قضایی است.

برخی حقوقدانان نظریه دیگری را مطرح کرده اند که طبق آن قانون حاکم بر دین همان قانون حاکم بر منشا دین است. این نظریه بر خلاف دو نظریه قبلی که جنبه اصولی دارد، دارای جنبه حقوقی است. بنابراین اگر دین مثلاً ناشی از قرارداد باشد. قانونی که بر قرارداد حکومت می کند، بر دین ناشی از قرارداد نیز حکومت خواهد کرد، و اگر دین ناشی از جرم (مدنی) باشد، همان قانون حاکم بر جرم باید بر دین ناشی از آن نیز حکومت کند.

۳- اسناد با نام:

اسناد با نام اسنادی هستند که نقل و انتقال آنها باید در دفتر شخص حقوقی صادر کننده آن ثبت شود. این اسناد جزو دیون محسوب می شوند؛ از این رو تابع قانون اقامتگاه مدیون یعنی صادر کننده این اسناد خواهد بود. این قانون هم در مورد صدور سهام با نام و هم در مورد انتقال مالکیت آنها صلاحیت دار خواهد بود.

۴- اسناد بی نام:

اسناد بی نام مانند سهام شرکت ها و اوراق قرضه اسنادی هستند که به صورت سند در وجه حامل تنظیم گردیده و دارنده آن مالک شناخته می شود. این اسناد را به لحاظ این که نقل و انتقال آنها با قبض و اقباض صورت می گیرد و دین در سند تجسم یافته است بایستی جزو اموال مادی به شمار آورد و همانند سایر اموال مادی مشمول قانون محل وقوع آنها دانست.

البته باید توجه داشت که این اسناد طبیعتی مختلط داشته و بین دسته اموال مادی و دیون قرار دارند. از این رو به لحاظ روابط میان دارنده سند و شخص حقوقی صادر کننده آن جز دیون بوده و تابع قانون اقامتگاه مدیون و از جهت روابط میان افراد مثلاً در انتقال قراردادی اسناد جنبه مادی سند ظهور می یابد و تابع قانون محل وقوع خواهد بود.

فصل سوم: اسناد و قراردادها

مبنای قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند و حدود شرایط آن



مبنای اجرای قاعده

قاعده حکومت قانون محل تنظیم بر شکل سند هم از لحاظ رعایت مصلحت دولت هم از لحاظ رعایت منافع خصوصی افراد قابل توجیه است.

مصلحتی که بیش از هر چیز مورد توجه است همان مصلحت انتظامی و قابل اطمینان کردن اسناد است. از این رو دولتی که سند در خاک آن تهیه می شود بیش از هر دولت دیگر برای تنظیم مقررات راجع به آن ذی نفع است. ثبات و سهولت بخشیدن به معاملات و تجارت بین المللی در گرو همین قاعده است که تنظیم سند طبق قانون محل ممکن باشد.

منافع خصوصی افراد

احتیاجات یومیه افراد مستلزم قبول این قاعده است، زیرا هر کس باید بتواند در هر جا که اقامت دارد به انجام امور زندگی خود که مستلزم تنظیم و تبادل اسناد است بپردازد. و به این منظور بهترین راه همان است که طرز تنظیم اسناد طبق قانون محل تنظیم باشد. زیرا از یک سو اگر قرار بود اتباع خارجه در کشور محل اقامت خود مکلف به رعایت قانون متبوع خود در تنظیم اسناد باشند اولاً نمی توانستند تمام مقررات قانون متبوع خود را در نظر داشته و اجرا کنند و ثانیاً رعایت برخی تشریفات مربوط به تنظیم اسناد رسمی در محل تنظیم غیر ممکن می بود، و از سوی دیگر چون غایت قوانین مربوط به طرز تنظیم سند احراز اراده و قصد متعاملین و وسیله اثبات آن است و این اراده در محل تنظیم سند ابراز می گردد، متعاملین می توانند آن را به نحوی که قانون محل مقرر می دارد ابراز کرده و وسیله اثبات آن را مطابق آن قانون تهیه کنند.

قانون گذار ایران این قاعده را طی ماده ۹۶۹ قانون مدنی بیان کرده است «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می باشند»

حدود اجرای قاعده

باید دید منظور از طرز تنظیم و شکل سند چیست و به بیان دیگر این قاعده شامل چه شکل هایی است؟ منظور از شکل مقرر در قاعده مورد بحث شکل خارجی است که مربوط به تنظیم یا ساخت سند است نه هر گونه شکلی، برای مثال این مسأله که قرار داد باید به چه زبانی نوشته شود و یا این که آیا باید تمبر به آن الصاق شود یا نه و آیا باید به ثبت برسد یا نه، باید قاعده مزبور را به کار برد. اما آنچه مربوط به تنظیم یا ساخت سند نباشد مانند اجازه ها یا آنچه کامل کننده اهلیت است مانند اجازه ولی یا قیم در مورد معاملات و تصرفات غیر رشید، که مربوط به احوال شخصیه بوده، و یا قواعد شکلی مربوط به آئین دادرسی، که در صلاحیت قانون مقررگاه است، یا قواعد مربوط به انتشار و اعلان امر حقوقی، که در صلاحیت قانون محل وقوع شی مورد معامله است، از شمول قاعده خارج است.

از همین رو مسأله بی نام یا با نام بودن اسناد نیز یک مسأله شکلی نیست بلکه مسأله ای ماهوی است که در نحوه انتقال حق موثر است و باید تابع قانون حاکم بر ماهیت سند باشد. بنابراین چون صدور سند و نقل و انتقال آن امور ماهوی بوده و شکل سندی از لحاظ بی نام یا با نام بودن در این دو مرحله موثر است، تابع قانون حاکم بر ماهیت سند خواهد بود.

شرایط اجرای قاعده

ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی ایران شرایطی را بر می شمارد که با وجود آنها قاعده مندرج در ماده ۹۶۹ اجرایی خواهد شد. مطابق ماده ۱۲۹۵ «محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا می باشد، مشروط بر این که:

اولاً: اسناد مزبور به علتی از علل قانونی از اعتبار نیفتاده باشد.

ثانیاً: مفاد آنها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد.

ثالثاً: کشوری که اسناد در آنجا تنظیم شده به موجب قوانین خود یا عهود اسناد تنظیم شده در ایران را نیز معتبر بشناسند.

رابعاً: نماینده سیاسی یا کنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده یا نماینده سیاسی و کنسولی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است»

نکته ای که بیان آن ضروری است این است که شرایط مذکور در ماده ۱۲۹۵ شرایط اعتبار اسناد تنظیم شده در خارجه است، اما وجود این شرایط به سند تنظیم شده در خارجه قدرت اجرایی نمی بخشد، بلکه لازم الاجرا شدن چنین سندی متوقف بر حکم دادگاه ایران به اجرای آن است، هر چند چنین سندی در کشور محل تنظیم بدون نیاز به دادگاه لازم الاجرا باشد، زیرا قوه اجرایی سند ناشی از حاکمیت دولتی است که سند در آنجا تنظیم شده و این مالکیت محدود به قلمرو سرزمینی همان کشور است.

به همین دلیل است که ماده ۹۷۲ قانون مدنی ایران اجرای احکام صادره از محاکم خارجی و نیز اسناد رسمی لازم الاجرا و تنظیم شده در خارجه را منوط به این کرده که مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها صادر گردد. نکته شایان توجه دیگر این است که پذیرش اسناد تنظیم شده در خارجه از سوی مقامات صالح ایران در صورتی است که موضوع آن اسناد عقود معاملات مربوط به اموال غیر منقول واقع در ایران نباشد و اگر نه آن اسناد اعتبار قانونی نخواهد داشت، زیرا طبق ماده ۴۶ قانون ثبت معاملات و عقود راجع به اموال غیر منقول باید به وسیله سند تنظیمی در دفتر اسناد رسمی باشد. و چنانچه این گونه عقود و معاملات به وسیله سند عادی یا سند رسمی تنظیمی در خارجه باشد طبق ماده ۴۸ قانون ثبت پذیرفته نمی شود.

وصف اجباری یا اختیاری بودن قاعده

مساله ای که در اینجا مورد بررسی است این است که آیا افراد مجبورند اسناد خود را مطابق قانون محل تنظیم کنند و یا رعایت این قانون اختیاری است، و امکان انتخاب بین شکل محلی و یا شکل دیگر (مثلاً شکل ملی) وجود دارد؟ در گذشته در بسیاری از کشورها، مانند انگلیس قاعده مزبور یک قاعده امری تلقی می شده، رویه قضایی فرانسه نیز تا سال های اخیر این قاعده را امری می دانسته است. اما طبق نظریات حقوقی جدید جنبه امری قاعده اطلاق خود را از دست داده است، به طوری که امروزه بر حسب این که موضوع قاعده اسناد عادی یا اسناد رسمی باشد رعایت قاعده اختیاری یا اجباری خواهد بود.

اسناد عادی

نظر به این که تنظیم اسناد عادی مستلزم دخالت متصدیان اسناد رسمی نیست و افراد می توانند آنها را به هر نحو که مصلحت می دانند تنظیم کنند، لذا رعایت قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند در مورد این گونه اسناد اختیاری است.

اهمیت این راه حل بیشتر در مورد وصیت نامه هایی است که افراد در خارج از کشور خود تنظیم می کنند. مثلاً اگر یک نفر ایرانی مقیم آلمان بخواهد وصیت نامه ای تنظیم کند می تواند یا سند رسمی طبق مقررات آلمان تهیه کند و یا آن که وصیت نامه خود را به شکل عادی و خود نوشت (شکلی ملی) تنظیم کند.

پرسشی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا افراد فقط حق انتخاب بین شکل محلی و شکل ملی را دارند، یا باید آزادی عمل بیشتری داشته باشند، چه این که گاه تابعیت طرفین معامله متفاوت است و یا ممکن است بخواهند سند خود را طبق قانونی غیر از قانون محلی و قانون ملی تنظیم کنند، رویه قضایی فرانسه متمایل به قبول آزادی انتخاب طرفین است.

دیوان تمیز فرانسه در رای مورخ ۲۸ مه ۱۹۶۳ اعلام داشته که «قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند مخالف این نیست که قراردادهای بین المللی منعقد در فرانسه از لحاظ شکل تابع قانون خارجی حاکم بر ماهیت قرارداد باشد»

از آنجا که در تنظیم اسناد رسمی دخالت ماموران رسمی الزامی است و ماموران رسمی ناگزیر از رعایت شکل های مقرر محلی هستند، رعایت قاعده حکومت قانون محل تنظیم نسبت به شکل سند در مورد این اسناد اجباری است. در اینجا اشاره به این نکته لازم است که در برخی موارد استثناء رعایت قانون ملی برای تنظیم سند اجباری می شود، و آن مواردی است که افراد در کشور خارجه بخواهند به ماموران سیاسی یا کنسولی خود که صلاحیت تنظیم اسناد رسمی را در خارجه برای هموطنان خود دارند جهت تنظیم اسناد مراجعه کنند.

مطابق قانون ایران در مواردی کنسول های ایران در خارجه حق دارند که به جای صاحبان دفاتر رسمی برای ایرانیان اسناد رسمی تنظیم نمایند، حال اگر یک نفر ایرانی در چنین موردی بخواهد در کشور خارج توسط کنسول ایران سندی تنظیم کند، رعایت قانون ایران و عدم رعایت قانون خارجی برای تنظیم سند اجباری است.

قسمت دوم قراردادها

قراردادها

یکی از دسته های مهم مسایلی که موضوع بحث در حقوق بین الملل خصوصی و تعارض قوانین است، مسایل مربوط به قراردادها و تعهدات ناشی از آن است. گسترش روابط خصوصی بین المللی عمدتاً در حوزه قراردادها بروز و ظهور می یابد و بسیاری از قراردادهای تجاری جنبه فراملی و بین المللی پیدا کرده است. از این رو موضوع تعیین قانون حاکم بر قراردادها و تعهدات ناشی از آن در مبحث تعارض قوانین دارای اهمیت ویژه است. اکثر نظام های حقوقی، قراردادها و تعهدات ناشی از آن را تابع قانون مورد توافق طرفین قرارداد می دانند. برای مطالعه تعارض قوانین در مورد قراردادها باید نخست دیدگاه ها و رویه های مربوط به تعیین قانون حاکم بر قراردادها را مورد ملاحظه قرار داده و آن گاه قانون حاکم بر قراردادها را در حقوق ایران بررسی کنیم.

تعیین قانون حاکم بر قرارداد

اصل حاکمیت اراده

بحث حاکمیت اراده در تعارض قوانین برای نخستین بار در قرن شانزدهم میلادی به وسیله شارل دو مولن مطرح گردید. به بیان دومولن چون قرارداد مخلوق اراده طرفین است، لذا منطق حقوقی ایجاب می کند که طرفین قرارداد بتوانند آزادانه قانونی را که مناسب می دانند برقرار داد خود حاکم سازند، نظریه حاکمیت اراده هم از لحاظ نظری و هم به لحاظ عملی با ایرادهایی مواجه شده است:

۱- انتقاد عملی

دادن حق انتخاب قانون به متعاملین، تقلب نسبت به قانون را تسهیل می کند، زیرا طرفین به سادگی می توانند برای فرار از مقررات قانونی که حقا باید بر قرارداد حکومت نماید، نسبت به قانون دیگری توافق کنند. این نظریه منجر به عدم اطمینان می گردد، زیرا در بسیاری موارد طرفین قانون صلاحیت دار را معین نمی کنند، و معلوم نیست چگونه باید قانون مورد نظرشان را احراز کرد، زیرا یافتن قصد آنان بر فرض وجود واقعی، قطعی نخواهد بود.

۲- انتقاد نظری

اعمال نظریه حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد منجر به دور منطقی می گردد، زیرا قانون است که شرایط صحت قرار داد را تعیین کرده و به اراده متعاقدين اعتبار می بخشد، اگر قرار باشد اراده که خود مخلوق قانون است تعیین کننده قانون شود دور منطقی اجتناب ناپذیر خواهد شد. علت الزام آور بودن قرار داد آن است که قانون به آن ضمانت اجرا می دهد، و چون توافق در مورد قانون صلاحیت دار تابع هیچ قانونی نیست، فاقد جنبه الزامی خواهد بود.

پاسخ انتقادهای

به نظر طرفداران حاکمیت اراده، در حقیقت قانون قابل اجرا توسط طرفین قرارداد تعیین نمی شود، بلکه به وسیله قاضی تعیین می گردد، نهایت امر این که قاضی در این زمینه اراده متعاملین را مورد توجه قرار می دهد. به تعبیر باتیفل طرفین قرارداد در واقع مرکز ثقل قرارداد را مشخص می کنند، و قاضی براساس تعیین پایگاه قرارداد قانون صلاحیت دار را تعیین می کند. دلیل دیگر در تایید نظریه حاکمیت اراده این است که این نظریه مورد قبول اغلب حقوقدانان قرار گرفته و به تدریج در حقوق کشورهای مختلف وارد شده است.

البته پذیرش این نظریه مشکلات ناشی از آن را برطرف نمی سازد، بنابراین دو موضوع را درباره اصل حاکمیت اراده باید مورد بررسی قرار داد: یکی این که اگر طرفین قانون مورد نظر شان را معین نکرده باشند چگونه می توان قصد مشترکشان را معلوم ساخت، و دیگر این که حدود اراده طرفین قرارداد کدام است.

امارات مورد استفاده در تعیین قانون صلاحیت دار

اگر طرفین قرارداد اراده خود را در مورد قانون صلاحیت دار اعلام نکرده باشند براساس یکی از دو راه حل زیر می توان عمل کرد:

نخست این که قرار داد تابع قانون از پیش تعیین شده باشد، مثلاً قانون محل انعقاد عقد در مورد قرارداد حمل و نقل یا قانون محل اجرای عقد در مورد قرارداد کار لازم الاجرا تلقی شود.

دوم این که قاضی با توجه به قراین و اماراتی اراده ضمنی متعاقدين را احراز کند. محل انعقاد و محل اجرای عقد مهم ترین قراین و امارات است.

۱- محل انعقاد عقد:

از قدیم الایام براساس محل انعقاد قانون حاکم بر قرارداد را تعیین می کرده اند، شاید به این دلیل که چون اصولاً اسناد طبق قاعده ای عرفی از حیث شکل تابع قانون محل تنظیم هستند، حکومت قانون محل انعقاد قاضی را از وظیفه شاق تفکیک مسائل شکلی و ماهوی رهایی می دهد. اما محل انعقاد با دو ایراد مواجه است: یکی تصادفی بودن آن است. و دیگری مشکلات مربوط به تعیین آن، زیرا در قراردادهای غیر حضوری راجع به زمان انعقاد عقد اختلاف نظر وجود دارد.

۲- محل اجرای عقد:

به نظر ساوینی بخلاف محل انعقاد که تصادفی است، ارتباط قرارداد با محل اجرا جنبه طبیعی دارد، زیرا متعاملین در طراحی رابطه حقوقی خود بیش از هر چیز به امکانات اجرای قرار داد توجه دارند، لذا قانون محل اجرا به احتمال قوی مورد نظر آنها است.

اما اغلب در بیع بین المللی محل اجرا در کشور واحدی نیست، علاوه بر این که محل اجرای برخی قراردادها از قبل قابل تعیین نیست، مانند بیمه.

۳- سایر امارات:

قاضی باید علاوه بر دو عامل ارتباط فوق به اوضاع و احوال و امارات دیگری هم توجه کند که مهم ترین امارات از نظر پروفیسور باتیغول به این شرح است:

اقامتگاه متعاملین؛ تابعیت متعاملین؛ محل وقوع مال غیر منقول مورد معامله؛ زبان قرارداد؛ قبول داوری در کشور معین یا توافق بر صلاحیت محاکم کشور خاص؛ واحد پول مقرر در قرارداد؛ محل وقوع مورد وثیقه یا موضوع رهن؛ اشاره به مقررات قانونی یا مصطلحات حقوقی یک کشور؛ و بالاخره اقامتگاه طرفی که طرح قرارداد را تهیه کرده است. نکته این که در بررسی قراین، هرگاه چندین عامل در یک کشور جمع گردد می تواند باعث ترجیح قانون آن کشور گردد. البته نوع عوامل و نیز نوع قرارداد باید در سنجش قراین و امارات ملاحظه گردد.

تعیین حدود اراده متعاملین

در این زمینه پرسش هایی چند مطرح است: حدود اختیار متعاملین چه اندازه است؟ آیا تنها در انتخاب قانون صلاحیت دار مختارند و پس از آن باید کاملاً تسلیم مقررات آن باشند؟ آیا می توانند برخی مقررات قانون را رد کنند؟ آیا می توانند از چند قانون استفاده کنند؟ آیا می توانند به هیچ قانونی تکیه نکنند فقط قرارداد شان را برای ایجاد حقوق و تکالیف کافی بدانند؟

طبق یک تفکر آزاد منشانه، اراده متعاملین کاملاً مستقل است، و انتخاب قانون همانند سایر شرایط قرارداد کاملاً تابع اراده آنها است. اما منتقدان می گویند: هرگاه شروط قرارداد ناقص و مبهم باشد قواعد مربوط به تفسیر قرارداد را چگونه باید جستجو کرد؟ آیا آزادی اراده باید تا آنجا باشد که افراد از رعایت احکام آمره یک قانون احتراز کنند؟ قطعاً اراده طرفین نمی تواند نامحدود باشد. نخستین محدودیت لزوم ارتباط بین قانون مورد توافق و قرارداد مربوط است.

این محدودیت از سوی محاکم انگلیس، امریکا و دادگاه فدرال سویس بدیهی تلقی شده، اما هیچ گاه مورد تایید دیوان تمیز فرانسه واقع نشده است. البته دیوان فرانسه تا آنجا پیش نرفته که قرارداد را بی نیاز از هیچ قانونی بداند بلکه «هر قرارداد بین المللی الزاماً باید تابع قانون خاص باشد»

علاوه بر این در فرانسه دادگاه همیشه این اختیار را برای خود محفوظ می داند که هرگاه قانون خارجی بر خلاف نظم عمومی مقرر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری کند، همچنین در مواردی که محل انعقاد و محل اجرای قرارداد هر دو در فرانسه باشد توافق متعاملین در مورد صلاحیت قانون خارجی مسأله تقلب در انتخاب قانون را مطرح می کند.

قانون حاکم بر قرارداد در حقوق ایران

به طور کلی اصل حاکمیت اراده، البته با قیود و شروطی خاص، مورد توجه و قبول حقوقدانان و نظام های حقوقی کشورها است. اگرچه تمام مسائل مربوط به قرارداد نمی تواند تابع قانون مورد توافق طرفین باشد، برای مثال اهلیت متعاقدين الزاماً تابع قانون دیگری است.

نکته مهم این است که به طور منطقی قواعد حل تعارض به لحاظ امری یا اختیاری بودن از قانون ماهوی مربوط پیروی می کند، یعنی قاعده حل تعارض که برای هر یک از دسته های ارتباط وضع شده از جهت امری یا اختیاری بودن همانند مقررات ماهوی مربوط به آن دسته است. پس چون مقررات ماهوی قراردادها اصولاً اختیاری و تکمیلی است قاعده حل تعارض مربوط به قراردادها نیز اختیاری خواهد بود.

حال با این توضیح به بررسی قانون حاکم بر قراردادها در حقوق ایران می پردازیم.

قانون حاکم بر ایجاد قرارداد

در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است...» یعنی قانون ایران قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقد را معین کرده اما قانون حاکم بر ایجاد قرارداد را تعیین نکرده است. مطابق با اصل مندرج در ماده ۵ قانون مدنی باید اصولاً قانون ایران را صالح بدانیم، پس قانون ایران به عنوان قانون محل انعقاد عقد نسبت به شرایط ایجاد قرارداد حکومت خواهد کرد. البته برخی استثنایا وجود دارد، مانند تشخیص اهلیت متعاملین که به موجب ماده ۷ قانون مدنی تابع قانون دولت متبوع شخص است مگر در موردی که به حکم ماده ۹۶۲ اهلیت بیگانه برای معامله طبق قانون ایران مشخص می گردد.

مورد دیگر مربوط به مشروعیت معامله است. در این خصوص اگر چه قانون مدنی ایران صراحتاً قانون محل اجرای قرارداد را مطرح نکرده، اما این مسأله بدیهی است و نیاز به تصریح ندارد. البته در مورد مشروعیت برای معامله ای که در ایران منعقد گردیده و در خارج اجرا می شود هم قانون ایران و هم قانون کشور خارجی باید رعایت گردد. مبنای صلاحیت قانون ایران اصل مندرج در ماده ۵ قانون مدنی و مبنای صلاحیت قانون خارجی محل اجرا قاعده نظم عمومی در آن کشور است

قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر می دارد که «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». این ماده متضمن یکی از قواعد شناخته شده حقوق بین الملل خصوصی است، که ابتدا در حقوق فرانسه مطرح شده است، به موجب یک قاعده قدیمی تعارض قوانین فرانسه قرارداد تابع قانون محل انعقاد است مگر این که متعاقدين آن را تابع قانون دیگری قرار داده باشند. اما نکته ای که نیاز به تأمل دارد این است که ماده ۹۶۸ قیدی را افزوده است که به ظاهر دامنه آن قاعده را محدود میکند. «عبارت مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده» که در متن ماده آورده شده ظاهراً ماده مزبور را به صورت امری در آورده است، زیرا مفهومی این خواهد بود که در غیر فرض مندرج در این عبارت حق انتخاب وجود ندارد. حال آن که علی القاعده این ماده باید اختیاری و تکمیلی باشد، زیرا مربوط به قراردادها است که مقررات ماهوی مربوط به آن اصولاً تکمیلی است. امری دانستن این مقرر در روابط بین المللی ایجاد مشکل می کند. زیرا متعاقدين اگر بخواهند قانون خارجی بخصوصی را بر تعهدات قراردادی خود حاکم کنند می توانند مفاد آن را به شکل شرط ضمن عقد درج کنند.

از جمله دشواری های ناشی از امری دانستن ماده ۹۶۸ این است که تنها در مورد قراردادهای منعقد، در ایران قابل استناد خواهد بود. ضمن این که قراردادهای منعقد در خارجه الزاماً تابع قانون محل عقد خواهد شد و اتباع ایران در خارجه نخواهند توانست تعهدات ناشی از قرارداد شان را تابع قانون ایران قرار دهند.

پس چاره ای نیست جز این که بگوئیم قاعده مندرج در ماده ۹۶۸ جنبه اختیاری دارد، و منظور آن این است که اصولاً تعهدات ناشی از عقد تابع قانون محل انعقاد است و چنانچه متعاقدين تبعه کشور دیگری باشند می توانند آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار دهند.