

حقوق بین الملل خصوصی

جلد اول
(اصلاح سوم)

تابعیت ، اقامتگاه ، وضع بیگانگان

www.ketab.ir

تألیف:

دکتر بهشید ارفع نیا

سرشناسه : ارفع نیا، بهشید، ۱۳۲۶ .
 عنوان و پدیدآور : حقوق بین الملل خصوصی / تألیف بهشید ارفع نیا .
 وضعیت ویراست : [ویراست ۳] .
 مشخصات نشر : تهران: بهتاب، ۱۳۸۵ .
 فروست : ج ۱ :
 شابک : ۳۶۰۰۰ ریال: (ج. ۱): ۹-۰۸-۷۲۴۱-۹۶۴: (دوره): ۱۰۰۰-۷۲۴۱-۹۶۴
 یادداشت : فیا :
 یادداشت : کتابنامه به صورت زیر نویسی .
 مندرجات : ج ۱. تابعیت، اقامتگاه، وضع بیگانگان .
 موضوع : حقوق بین الملل خصوصی .
 رده بندی کنگره : ۷۱۳۸۵ ح ۴ الف / K۷۰۴۰
 رده بندی دیویی : ۳۴۰/۹ :
 شماره کتابخانه ملی : ۲۵۲۹۹-۸۵ م

نام کتاب : حقوق بین الملل خصوصی (جلد اول)

نویسنده : دکتر بهشید ارفع نیا

نوبت چاپ : چاپ اول (اصلاح سوم) بهار ۱۳۸۶

انتشارات : بهتاب ۵-۳۳۰۳۳۰۸۸۹

تیراژ : ۳۳۰۰ جلد

چاپ : کمالی

لیتوگرافی : رویداد

شابک : ۹-۰۸-۷۲۴۱-۹۶۴

شابک دوره ای : ۱۰۰۰-۷۲۴۱-۹۶۴

فهرست مطالب

موضوع	صفحه
مقدمه چاپ اول (اصلاح سوم)	۱
پیش گفتار	۴
کلیات (Generalities)	۷
تعریف حقوق بین الملل خصوصی	۷
عنوان حقوق بین الملل خصوصی	۹
پیشینه حقوق بین الملل خصوصی	۱۱
گستره حقوق بین الملل خصوصی	۱۴
فوائد حقوق بین الملل خصوصی	۱۷
۱- فوائد علمی حقوق بین الملل خصوصی	۱۷
۲- فوائد علمی حقوق بین الملل خصوصی	۲۲
منابع حقوق بین الملل خصوصی	۲۳
۱- منابع داخلی	۲۴
۱-۱- قانون	۲۴
۲-۱- رویه قضایی	۲۵
۳-۱- عرف	۲۶
۴-۱- عقاید علمای حقوق	۲۷
۲- منابع بین المللی	۲۸
۱-۲- عهدنامه ها یا قراردادهای بین المللی	۲۸
۱-۱-۲- انواع عهدنامه	۲۹

- ۲-۱-۲- تعارض بین عهدنامه و قانون داخلی ۳۳
- ۳-۱-۲- تفسیر عهدنامه ۳۶
- ۴-۱-۲- قطع اثر عهدنامه ۳۷
- ۲-۲- رویه قضایی بین المللی ۳۹
- ۳-۲- عرف بین المللی ۴۱
- ۴-۲- اصول کلی بین المللی ۴۱
- موضوع حقوق بین الملل خصوصی ۴۲
- فصل اول - تقسیم جغرافیایی اشخاص ۴۲
- بخش اول - تابعیت (Nationality) ۴۳
- مبحث اول - تعریف و اصول تابعیت ۴۳
- گفتار اول - تعریف تابعیت ۴۳
- گفتار دوم - اصول و مبانی تابعیت ۴۶
- ۱-۲- تعارض منفی یا بی تابعیتی (apatridie) ۴۷
- ۱-۱-۲- موارد و علل بی تابعیتی ۴۷
- ۲-۱-۲- اقدامات سازمان های بین المللی جهت رفع مشکل بی تابعیتی ۵۱
- ۲-۲- تعارض مثبت یا تابعیت مضاعف (Dual Nationality) ۵۴
- ۱-۲-۲- موارد و علل تابعیت مضاعف ۵۵
- ۲-۲-۲- طرف جلوگیری از تابعیت مضاعف ۵۷
- ۳-۲-۲- طرف رفع مشکل تابعیت مضاعف ۵۸
- ۲-۲-۴- اقدامات سازمان های بین المللی ۶۳
- مبحث دوم - تابعیت اشخاص حقیقی و حقوقی ۶۴
- گفتار اول - تابعیت اشخاص حقیقی ۶۴
- ۱-۱- تابعیت مبدأ ۶۵
- ۱-۱-۱- روش های مختلف تابعیت مبدأ یا اصلی ۶۵

- ۶۷ ۱-۱-۲- تابعیت مبدأ در ایران
- ۷۱ • اعمال روش خون طبق قانون ایران و مطالعه تطبیقی
- ۷۵ • اعمال روش خاک طبق قانون ایران
- ۸۴ ۱-۱-۳- تابعیت کشتی و هواپیما و متولدین آن
- ۸۶ ۱-۲-۲- تابعیت اکتسابی
- ۸۶ ۱-۲-۱- تحصیل تابعیت
- ۸۶ • جدا شدن قسمتی از خاک یک کشور
- ۸۷ • ازدواج و مطالعه تطبیقی
- ۹۵ • تقاضای خود شخص
- ۹۷ - شرایط تحصیل تابعیت ایران
- ۱۰۵ - آثار تحصیل تابعیت ایران
- ۱۰۸ ۱-۲-۲- از دست دادن تابعیت
- ۱۰۹ • جدا شدن قسمتی از خاک یک کشور
- ۱۰۹ • ازدواج
- ۱۱۰ • تقاضای خود شخص
- ۱۱۱ - شرایط ترک تابعیت ایران
- ۱۱۸ - آثار ترک تابعیت ایران
- ۱۲۶ - موارد رد تابعیت ایران
- ۱۲۸ گفتار دوم - تابعیت اشخاص حقوقی
- ۱۲۹ ۱-۲- تعریف اشخاص حقوقی
- ۱۳۰ ۲-۲- انواع اشخاص حقوقی
- ۱۳۳ ۳-۲- ضوابط تعیین تابعیت اشخاص حقوقی
- ۱۳۸ ۴-۲- تابعیت اشخاص حقوقی در ایران
- ۱۴۱ ۵-۲- شرکت های چند ملیتی
- ۱۴۹ بخش دوم - اقامتگاه (Domieile)

- مبحث اول - اقامتگاه اشخاص حقیقی ۱۴۹
- گفتار اول - تعریف و اصول اقامتگاه ۱۴۹
- ۱-۱- تعریف اقامتگاه و مطالعه تطبیقی ۱۴۹
- ۲-۱- اصول و مبانی اقامتگاه ۱۵۶
- ۱-۲-۱- اصل لزوم اقامتگاه ۱۵۶
- ۲-۲-۱- اصل وحدت اقامتگاه ۱۵۷
- ۳-۲-۱- اصل تغییرپذیری اقامتگاه و مطالعه تطبیقی ۱۵۹
- گفتار دوم - پیشینه و فواید اقامتگاه ۱۶۰
- ۱-۲- پیشینه اقامتگاه ۱۶۰
- ۲-۲- آثار و فواید اقامتگاه ۱۶۱
- ۱-۲-۲- تعیین و صلاحیت قضایی ۱۶۲
- ۲-۲-۲- تعیین و صلاحیت قانونی ۱۶۳
- ۳-۲-۲- تمتع از حقوق و انجام تعهدات ۱۶۵
- گفتار سوم - اقسام اقامتگاه ۱۶۷
- ۱-۳- اقامتگاه عام ۱۶۷
- ۱-۱-۳- اقامتگاه اختیاری ۱۶۷
- ۲-۱-۳- اقامتگاه اجباری یا تبعی و مطالعه تطبیقی ۱۶۸
- اقامتگاه زن شوهردار ۱۶۹
- اقامتگاه صغار و محجورین ۱۷۲
- اقامتگاه مأمورین دولت ۱۷۳
- اقامتگاه افراد نظامی ۱۷۴
- اقامتگاه خدعه ۱۷۵
- واقعی بودن یا نبودن اقامتگاه های اجباری ۱۸۲
- ۲-۳- اقامتگاه خاص یا قراردادی ۱۷۹
- مبحث دوم - اقامتگاه اشخاص حقوقی ۱۸۱

۱۸۳	فصل دوم - وضع بیگانگان (Position of Foreign Naltionels)
۱۸۴	بخش اول - وضع اشخاص حقیقی بیگانه
۱۸۵	۱- پیشینه وضع بیگانگان
۱۹۰	۲- انواع بیگانگان
۱۹۲	۳- رفتار متقابل
۱۹۴	مبحث اول - اصل آزادی ورود و اقامت بیگانگان
۱۹۵	گفتار اول - ورود اتباع بیگانه
۲۰۰	گفتار دوم - عبور اتباع بیگانه
۲۰۱	گفتار سوم - اقامت اتباع بیگانه
۲۰۱	۱-۳- اقامت موقت
۲۰۲	۲-۳- اقامت دائم
۲۰۶	۳-۳- ضمانت اجرای مقررات مربوط به ورود و اقامت اتباع بیگانه
۲۰۸	۳-۴- استثنائات نسبت به مقررات ورود و خروج اتباع بیگانه
۲۰۸	گفتار چهارم - خروج اتباع بیگانه
۲۱۰	گفتار پنجم - اخراج اتباع بیگانه
۲۱۲	گفتار ششم - پناهندگی (Refugee)
۲۱۵	۱-۶- تعریف و علل پناهندگی
۲۱۶	۲-۶- تقاضای پناهندگی
۲۱۸	۳-۶- لغو پناهندگی
۲۲۰	گفتار هفتم - استرداد مجرمین (Extradition)
۲۲۱	۱-۷- موارد تقاضای استرداد مجرم
۲۲۲	۲-۷- جرایم قابل قبول جهت استرداد مجرم
۲۲۳	۳-۷- موارد غیر قابل قبول
۲۲۳	۴-۷- روش استرداد مجرم

- ۲۲۵ ۵-۷- رسیدگی به جرم پس از استرداد مجرم
- ۲۲۷ مبحث دوم - اصل شناختن حداقل حقوق برای بیگانگان
- ۲۳۰ گفتار اول - برخورداری از حقوق خصوصی (Enjoyment of the Civil Rights)
- ۲۳۱ ۱-۱- استثنائات نسبت به قاعده کلی برخورداری از حقوق خصوصی
- ۲۳۳ ۲-۱- نمونه های برخورداری بیگانگان از حقوق خصوصی
- ۲۳۶ ۳-۱- حمایت از اموال بیگانگان
- ۲۳۷ ۱-۳-۱- سلب مالکیت از بیگانگان
- ۲۳۷ • پیشینه مقررات بین المللی
- ۲۴۴ • قوانین و مقررات ایران
- ۲۴۵ ۲-۳-۱- استملاک بیگانگان در ایران
- ۲۴۷ • استملاک بیگانگان مقیم ایران
- ۲۵۰ • استملاک بیگانگان غیرمقیم
- ۲۵۱ • استملاک مسکن متعدد توسط بیگانگان
- ۲۵۳ ۳-۳-۱- قبول رهن از جانب بیگانگان
- ۲۵۳ ۴-۳-۱- ترکه اتباع بیگانه
- ۲۵۵ ۵-۳-۱- مالکیت های معنوی (Intellectual Properties)
- ۲۵۵ • حق داشتن علائم تجاری و صنعتی
- ۲۵۷ • حق اختراع و اکتشاف
- ۲۵۹ • مالکیت ادبی و هنری
- ۲۶۳ گفتار دوم - برخورداری از حقوق عمومی
- ۲۶۴ ۱-۲- امتیازنامه
- ۲۶۵ ۲-۲- حمایت از جان و مسکن و شغل
- ۲۶۷ ۳-۲- حق ترافع قضایی (Access to Courts)
- ۲۶۸ ۴-۲- حق اشتغال بیگانه (Permission to Work for Foreign Nationals)
- ۲۷۰ ۱-۴-۲- پیشینه اشتغال بیگانگان در ایران

- ۲-۴-۲- صدور پروانه کار ۲۷۲
- شرایط صدور پروانه کار ۲۷۳
- موارد معافیت از شرایط ۲۷۵
- تشریفات صدور پروانه کار ۲۷۶
- موارد معافیت از تحصیل پروانه کار ۲۷۸
- ۲-۴-۳- سایر مقررات مربوط به جواز یا ممنوعیت اشتغال در ایران ۲۸۰
- استخدام دولت ۲۸۰
- مقررات خاص بعضی مشاغل ۲۸۱
- رفتار متقابل در بعضی مشاغل ۲۸۱
- مقررات خاص مشاغل پزشکی ۲۸۲
- ۲-۴-۴- برخورداری از مقررات بیمه ۲۸۴
- بخش دوم - وضع اشخاص حقوقی بیگانه ۲۸۷
- مبحث اول - شناسایی اشخاص حقوقی ۲۸۹
- مبحث دوم - برخورداری اشخاص حقوقی از حقوق مختلف ۲۹۲
- گفتار اول - مقررات خاص حاکم بر بعضی شرکت ها ۲۹۴
- گفتار دوم - متابعت شرکت های خارجی از قوانین خاص مالیاتی ۲۹۵
- گفتار سوم - قانون و دادگاه حاکم بر شرکت های خارجی ۲۹۶
- نمونه فرم های وزارت امور خارجه ۲۹۷
- فهرست منابع به زبان فارسی ۳۱۱
- فهرست منابع به زبان فرانسه ۳۱۳
- فهرست منابع به زبان انگلیسی ۳۱۵

مقدمه چاپ اول (اصلاح سوم)

با یاری خداوند بزرگ چاپ دو جلد کتاب حقوق بین الملل خصوصی به عنوان سهمی از ادای دین نگارنده به جامعه حقوقی ایران با استقبال بیش از حد خوانندگان و دانش پژوهان روبرو شد و در فاصله ای کوتاه به چاپ پنجم رسید.

از آنجا که بعضی قوانین، از جمله قانون کار، به فاصله اندکی پس از چاپ اول در سال ۱۳۶۹ بعد از مدتها بحث و بررسی از تصویب نهایی گذشت و به مورد اجرا گذارده شد، به نظر نویسنده تجدید نظری در مطالب کتاب لازم آمد، با توجه به مقررات مؤسسات انتشاراتی امکان تجدید نظر و وارد کردن تغییرات در کتاب چاپ شده در چاپ دوم و سوم وجود نداشت و فقط به اضافه کردن صفحاتی چند با عنوان پی افزود در چاپ دوم به بعد بسنده کردیم. اما انجام تغییرات به چاپ پنجم از جلد اول و چاپ چهارم از جلد دوم عز وصول بخشید.

سپس طی اصلاح دوم تغییراتی در متن کتاب بنا به مقتضیات روز وارد شد، و مجدداً با تغییراتی که در بعضی قوانین از جمله آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری ایجاد شد، نویسنده درصدد اصلاحات جدیدی بر آمد که چاپ اول آن با اصلاح سوم هم اکنون پیش روی شما خواننده محترم قرار دارد.

همان طور که شیوه نگارنده است، سعی شده مطالب علمی حقوقی با عباراتی ساده تر و با ذکر مثالهای بیشتر بیان گردد تا نه تنها مشکلی برای دانشجوی طالب یادگیری فراهم نیاید، بلکه تا حد امکان مشکلات مربوط به این رشته خاص و نوین رفع شود و دانشجوی علاقمند بیشتر به تحقیق و تبیین تشویق گردد. لذا علاوه بر تغییرات قانونی، سعی شده جهت تسهیل فهم دانشجویان تغییراتی در بعضی عبارات و قسمتهای آن داده شود و هم چنان به روال سابق در حد بضاعت نویسنده در انتهای هر مبحث و موضوع اشاره ای به قوانین کشورهای دیگر، تحت عنوان مطالعه تطبیقی شده است.

توضیح

نظر به این که متن هر قانونی تا زمانی که توسط قانون دیگری تغییر نیافته، باید به همان نحو موجود مورد احترام قرار گیرد و به صرف دانستن این که اصطلاح خاصی جای گزین اصطلاح قبلی شده، نمی توان خودسرانه در قوانین موجود دست برد، لذا در این کتاب نیز بالطبع به عین مواد قانونی اشاره شده است. اما توجه خواننده گرامی را به نکات زیر جلب می نماید:

۱- در مورد اعتبار قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، شورای نگهبان در تیر ماه ۱۳۶۵ اعلام نموده است: «نظر به این که قوانین جاریه کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع اجرایی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و نظر به این که در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است...».

۲- در مورد مجازات کیفری که در این کتاب به آنها اشاره شده است هر جا به حبس جنحه ای یا تادیبی اشاره شده، با توجه به قوانین فعلی مجازات به حبس تعزیری تبدیل می شود و این نوع حبس فقط از ۹۱ روز به بالا می تواند باشد.

۳- در قوانین مختلفی که در این کتاب به آنها اشاره شده است هر جا از شهربانی کشور یا ژاندارمری صحبت شده با توجه به ادغام شهربانی و ژاندارمری و کمیته انقلاب اسلامی طبق قانون نیروی انتظامی مصوب ۶۹/۴/۲۷ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۶۹/۵/۲ به تأیید شورای نگهبان رسیده است، به نیروی انتظامی باید تبدیل شود.

۴- در بین قوانین هر جا به قانون مدنی خاص اشاره شده، در حال حاضر به دادگاه خانواده باید تبدیل شود.

نشانه های اختصاری

ق.م.	=	قانون مدنی
ق.ت.	=	قانون تجارت
ق.م.ا.	=	قانون مجازات اسلامی
ق.آ.د.م.	=	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.آ.د.ک.	=	قانون آیین دادرسی کیفری

www.ketab.ir

پیش گفتار

انگیزه اساسی در تحریر این کتاب کمبود منابع در رشته حقوق بین الملل خصوصی بود و گرفتاری هایی که از این بابت همواره در وهله اول برای دانشجویان و نتیجاً برای نگارنده به وجود می آمد.

مسلماً علت این کمبود چیزی جز جوانی رشته حقوق بین الملل خصوصی نیست؛ اما به طور کلی می توان با یک تحقیق مختصر در بین منابع فارسی این رشته و بررسی آن ها، به این نتیجه رسید که متأسفانه طی چندین سالی که حقوق بین الملل خصوصی در ایران عنوان شده است، مطالعه چندانی در این زمینه صورت نگرفته و تألیفات مربوط به آن اغلب یا بسیار قدیمی است و یا جنبه اختصاصی داشته و فقط یک موضوع خاص را مورد بحث قرار داده است.

در نتیجه برای دانشجویی که در این زمینه تحقیق می کند، اگر فرض کنیم استفاده از منابع خارجی به علل مختلف مثل مسلط نبودن به زبان خارجی، عدم دسترسی به منابع خارجی و غیره امکان نداشته باشد، هیچ گونه منبع کاملی که بتواند کلید حل کلیه مشکلات وی باشد وجود ندارد. به خصوص اگر دانشجویی باشد که هنوز ایده چندانی از حقوق بین الملل خصوصی ندارد و قدم های اولیه را در راه تحقیق در این رشته می پیماید؛ بعد از مدتی سرگردانی عاقبت مجبور می شود به همان مطالب تدریس شده در کلاس درس و جزوه مربوط به آن درس اکتفا کند.

بنابراین به ندرت کسی از این رهگذر به مطلوب خود می رسد، مگر این که فقط یک موضوع خاص را در نظر داشته باشد و بر حسب اتفاق در آن موضوع نیز، همان طور که ذکر شد، رساله یا کتابی به طور اختصاصی نوشته شده باشد. لذا، نه تنها

دانشجویان تشویق به مطالعه بیش از جزوه های درسی و تحقیق نمی شوند، بلکه یک دانشجوی علاقمند نیز خود به خود در اثر کم بود منابع به زبان فارسی، از تحقیق روی گردان می شود.

با توجه به مشکلاتی از این قبیل که در طول مدت تدریس نویسنده در دانشکده های حقوق به تدریج حالت جدی تر و کامل تری نیز به خود می گرفت بر آن شد که حاصل مطالعات چندین ساله خود را با استفاده از منابع فرانسه، انگلیسی و فارسی به صورت کتابی درآورد تا لا اقل از این رهگذر تا حدودی دین خود را نسبت به دانشجویان و علاقمندان به تحقیق در این رشته به جای آورده باشد.

بعلاوه در حال حاضر مطرح بودن دعاوی بسیاری در سطح بین المللی که هر یک به نحوی به ایران و ایرانی ارتباط پیدا می کند و اکثریت قریب به اتفاق آنها در زمینه حقوق خصوصی بین المللی می باشد، لزوم تحقیق و مطالعه ای در این خصوص را بیش از پیش یادآور می شود. لذا علیرغم مشکلات متعددی که جهت چاپ این کتاب برای نگارنده به وجود آمده بود، در تصمیم خود نسبت به چاپ مصرتر شد. امید است کتاب حاضر بتواند تا حدودی راه گشای محققین و علاقمندان به این رشته از حقوق باشد.

تحقیق در زمینه حقوق بین الملل خصوصی هنگامی که صرفنظر از منابع خارجی صرفاً جنبه داخلی دارد و شامل بررسی قوانین و آرای دادگاهها و رویه قضایی داخلی می گردد، در کشور ما اشکالات اساسی دیگری نیز دارد، از آن جمله پراکنده بودن مواد قانونی مربوط به حقوق بین المللی خصوصی است که خوش بختانه از سال ۱۳۷۲ است این اشکال رفع شده و مواد قانونی مربوط به این رشته از حقوق به صورت یک مجموعه در آمده است تا مثل مجموعه قوانین حقوقی یا قوانین جزایی به صورت مستقل و واحد برای محقق در این رشته قابل استفاده باشد. اما هنوز هم جای مجموعه ای مشابه از قراردادهای بین المللی در زمینه حقوق بین الملل خصوصی، در کنار آن خالی است.

بعلاوه در بسیاری از مسایل حقوق بین الملل خصوصی قوانین ما ناقص و نارسا بوده و گاه اصولاً هیچ گونه پیش بینی قابل ملاحظه ای در قوانین ما نشده است. این مشکل بزرگ متأسفانه با مراجعه به رویه قضایی نیز حل نمی گردد، زیرا رویه قضایی چندانی در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی در ایران وجود ندارد. حتی آرای دادگاهها نیز نمی تواند به عنوان راهنما مورد استفاده واقع شود. به این دلیل که متأسفانه تا کنون مسایل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی به آن حد در ایران مطرح نشده است که از آرای صادره بتوان جهت راهنمایی استفاده نمود و ناگزیر در بسیاری موارد با مسأله ای روبرو می شویم بدون این که بتوانیم راه حلی که خاص کشور خودمان باشد برای آن بیابیم.

بنابراین شایسته است قانون گذاران ما در اولین فرصت درصدد، تکمیل مواد قانونی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی برآیند. مواردی را که به سکوت برگذار شده، با توضیح کافی مشخص نموده، جهات ضد و نقیض را مشابه و یک نواخت نمایند و به طور خلاصه نقص موجود در قوانین مربوطه را بر طرف نمایند. آن گاه در اثر گذشت زمان، عرف و رویه قضایی نیز ره تکامل خواهند پیمود و با مطالعاتی که در این زمینه صورت خواهد گرفت می توانیم امیدوار باشیم که حقوق بین الملل خصوصی پیش رفته و تکامل یافته ای خواهیم داشت.

در خاتمه متذکر می گردد از آن جا که مطالعه حقوق بین الملل خصوصی علاوه بر مطالعه قوانین و مقررات داخلی بستگی زیادی به بررسی قوانین کشورهای خارجی به صورت مطالعه تطبیقی دارد، در بین مطالب کتاب حاضر سعی شده است در حد امکان و به صورتی که باعث اطاله کلام نگردد، مطالب و موادی از قوانین و مقررات کشورهای خارجی نیز گنجانده شود، به نحوی که بتوان از طریق این مطالعه تطبیقی مختصر اولاً حقوق بین الملل خصوصی را به صورت ساده تر، قابل فهم تر و در ضمن عمیق تر مطالعه نمود، ثانیاً پی به نواقص قوانین و مقررات موجود، در بعضی موارد در کشور ایران، برد.

کلیات (Generalities)

در این قسمت به عنوان مقدمه ابتدا حقوق بین الملل خصوصی را تعریف می کنیم. سپس با توجه به تعریف و محتوای حقوق بین الملل خصوصی در مورد مناسب بودن یا نبودن عنوان حقوق بین الملل خصوصی بحث خواهیم کرد. پس از آن به ترتیب پیشینه تاریخی، قلمرو، فواید و موضوع حقوق بین الملل خصوصی را به طور اختصار مطالعه خواهیم کرد. آنگاه مطابق تقسیماتی که برای موضوع حقوق بین الملل خصوصی قایل شده ایم به شرح و تفصیل هر یک از فصول خواهیم پرداخت.

تعریف حقوق بین الملل خصوصی

حقوق بین الملل خصوصی رشته ای از علم حقوق است که روابط خصوصی اشخاص را در سطح زندگی بین المللی تنظیم می کند. زیرا همان گونه که جهت زندگی در یک جامعه خاص احتیاج به وضع قواعد و قوانینی داریم که روابط بین اشخاص مربوط به آن جامعه را تنظیم نماید، در سطح بین المللی نیز ادامه توسعه روابط، مستلزم وجود قواعد و مقررات خاصی می باشد.

قواعد و قوانین دسته اول را مجموعاً تحت عنوان حقوق داخلی مورد بحث قرار می دهند و بر حسب این که قواعد مزبور تنظیم کننده روابط بین اشخاص باشند یا مربوط به سازمان دولت، حقوق داخلی خصوصی یا عمومی را تشکیل می دهند.

قواعد و مقررات دسته دوم را حقوق بین الملل می نامند. در صورتی که این مقررات تنظیم کننده روابط بین دولتهای مختلف باشند، حقوق بین الملل عمومی و

هرگاه برای تنظیم روابط بین اتباع مربوط به دول مختلف وضع شده باشند، حقوق بین الملل خصوصی نامیده می شوند.

بنابراین حقوق بین الملل خصوصی عبارت است از مجموعه مقرراتی که روابط خصوصی و بین المللی اشخاص جوامع مختلف یا یک جامعه واحد را با یکدیگر تنظیم می کند.

این که در تعریف حقوق بین الملل خصوصی به روابط اشخاص به جای افراد اشاره می شود به این دلیل دست که در جوامع امروزی علاوه بر اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی نیز حضور دارند و ناگزیر باید این اشخاص نیز در نظر گرفته شوند. زندگی حقوقی بسیاری از مردم در سطح ملی و در داخل مملکت خودشان می گذرد، مثلاً بازرگانی اموازی قراردادی با شخصی شیرازی می بندد و طبق آن با او دادوستد می کند، مسلم است که در این مورد هیچ گونه عامل بین المللی در میان نمی باشد. اما امروزه زندگی حقوقی اشخاص، به علت پیشرفتهای اقتصادی و صنعتی و علمی، نمی تواند در سطح ملی باقی بماند و خواه و ناخواه عده ای از افراد جامعه به طریقی با افراد سایر جوامع روابط تجاری، بازرگانی، فرهنگی و غیره برقرار می کنند. مثلاً تاجری ایرانی با شخصی انگلیسی قراردادی منعقد می کند که طبق آن کالایی را در تاریخی معین به او تحویل دهد. در این حالت معامله بین دو نفر از دو ملیت مختلف انجام گرفته و به گفته نی بوایه، حقوق دان فرانسوی عامل مرز در این میان خودنمایی کرده است.

نی بوایه حقوق بین الملل خصوصی را این طور تعریف می کند: «شعبه ای است از حقوق موضوعه که روابط افراد را در زندگی خصوصی به موجب پدیده مرز تنظیم می نماید»^(۱). بنابراین به عقیده وی هنگامی موضوعی مربوط به حقوق بین الملل می شود که از مرز یک کشور گذشته و به کشور دیگری تسری پیدا کند. مثلاً هنگامی که یک ایرانی با یک فرانسوی ازدواج می نماید، موضوع به حقوق بین الملل خصوصی مربوط می شود.

1- J.P.Niboyet, Traité de droit international privé, 2 ème édition T.I. paris 1947.

پیرمایر^(۱) استاد دانشگاه کان در کتاب خود حقوق بین الملل خصوصی را به این صورت تعریف می کند: «حقوق بین الملل خصوصی، حقوق خاصی است که بر اشخاص خصوصی که روابط حقوقی بین المللی با یکدیگر دارند، قابل اجرا است. منظور از حقوق خاصی این است که فقط مسائلی که جنبه بین المللی دارند در آن مورد بحث قرار می گیرد و عبارت اشخاص خصوصی در واقع مشخص تفاوت موجود بین حقوق بین الملل خصوصی و حقوق بین الملل عمومی است».

بنابراین، زمانی می توان گفت موضوعی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که به طریقی با یک یا چند کشور خارجی ارتباط داشته باشد؛ چه در این موضوع روابط افراد کشورهای مختلف مطرح شده باشد و چه روابط افراد یک کشور خاص به دلیل دخالت عاملی خارجی مطرح باشد^(۲)، در هر صورت موضوع به دلیل وجود همان عامل خارجی، داخل در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی می شود.

عنوان حقوق بین الملل خصوصی

بعضی از دانشمندان از جمله نی بویه اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی (Droit International prive) را برای این رشته از حقوق مناسب نمی دانند و ایراداتی وارد می کنند^(۳) :

ایراد اول - دانشمندی که حقوق بین الملل خصوصی را عنوانی مناسب نمی دانند اظهار می دارند: این رشته از حقوق، بین المللی نیست بلکه داخلی است زیرا از طرفی منابع آن بیشتر داخلی است تا بین المللی، و هر جامعه ای موافق مصالح خود قوانین مربوط به آن را وضع می کند. از طرف دیگر روش مطالعه آن نیز مطابق روش حقوق داخلی بوده و همان تقسیمات در آن به کار رفته است. بنابراین این رشته از حقوق را نمی توان یک نوع حقوق بین المللی دانست.

1- piérre Mayer, Droit international prive', Editions Montchrestien, 1977.P.2.

۲- مثلاً محل اجرای قرارداد در خارج از کشور باشد و یا اقامتگاه یکی از طرفین معامله در خارج از کشور قرار داشته باشد.

3- J.P.Niboyet, Op. Cit.

به ایراد فوق این طور پاسخ داده شده است که گرچه منابع بین المللی هنوز در این رشته توسعه نیافته و قوانین مربوط به آن توسط هر دولتی جداگانه و موافق مصالح سیاسی آن جامعه وضع می شود، ولی با این حال موضوع حقوق بین الملل خصوصی با توجه به این که در آن همواره باید یک عامل خارجی وجود داشته باشد کاملاً بین المللی است، زیرا همان طور که گفتیم از روابط افراد در زندگی بین المللی بحث می کند. بعلاوه اغلب قانون گذاری ها در هنگام وضع قوانین مربوط به حقوق بین الملل خصوصی، به منظور جلوگیری از تعارضات فوق العاده تا حدودی به مقررات کشورهای دیگر توجه می نمایند.

لازم به تذکر است که همین امر یعنی غالب بودن منابع داخلی بر منابع بین المللی در مورد حقوق بین الملل خصوصی باعث می شود که به رغم بین المللی بودن آن به عکس حقوق بین الملل عمومی، در اغلب موارد دارای ضمانت اجرای بسیار مؤثرتری از حقوق بین الملل عمومی است. حتی در مواردی که در حقوق بین الملل خصوصی، از منابع بین المللی استفاده می شود، تا زمانی که موضوع جنبه خصوصی خود را حفظ کرده و نزد دادگاههای داخلی کشور یا کشورهایی که حق رسیدگی به آن موضوع را دارند مطرح است، کلیه مقررات آن مانند حقوق داخلی لازم الاجرا بوده، دارای ضمانت اجرای کاملی می باشند.^(۱)

از نظر روش نیز با این که تقسیمات حقوق خصوصی در حقوق داخلی و بین المللی مشابه است و در حقوق بین الملل خصوصی از تقسیمات حقوق داخلی مثل احوال شخصیه، اموال، قراردادها و جرایم الهام گرفته می شود، ولی راه حلها در اغلب موارد کاملاً متفاوت است. به همین دلیل بارتن^(۲) حقوق بین الملل خصوصی را انعکاسی از حقوق داخلی در زمینه بین المللی می داند.

ایراد دوم - هم چنین ایراد شده است که این رشته از حقوق، خصوصی نبوده، عمومی است زیرا بسیاری از مسائلی که در بین موضوعات آن مطالعه می شود به هیچ عنوان جنبه خصوصی ندارد.

1-H.Batiffol, Droit international privé, T.1, 5ème édition, 1970, P.27

2- Bartin, Les principes de droit international privé, 1931-1935, T.1, 1931

در این مورد باید قبول کرد که حقوق بین الملل خصوصی کاملاً جنبه خصوصی ندارد و مسایلی مثل تابعیت و وضع بیگانگان بیش از هر چیز به دولت و بنابراین به حقوق عمومی مربوط می شوند، ولی رابطه این موضوعات را با حقوق خصوصی نیز نمی توان از نظر دور داشت. زیرا مثلاً با این که مسأله «تابعیت» یک رابطه حقوق عمومی است، یکی از عناصر شخصیت به شمار می رود و با احوال شخصیه ارتباط کامل دارد و به هر حال همواره حقوق فردی اشخاص در این رشته از حقوق مورد بحث قرار می گیرد.

بنابراین تا زمانی که عنوان دیگری برای حقوق بین الملل خصوصی پذیرفته نشده است ما نیز می توانیم همان اصطلاح را قبول کنیم. زیرا حتی دانشمندانی که مصرأً به این عنوان ایراد وارد کرده اند، اصطلاح دیگری را به کار نبرده اند و در واقع نتوانسته اند عنوان مناسب تری را بیابند و جای گزین آن سازند.

پیشینه حقوق بین الملل خصوصی

در عهد باستان شخصیت حقوقی افراد خارجی به کلی نفی می شد. یک خارجی نمی توانست در سرزمین بیگانه ازدواج کرده، مالک اموال گردد، یا برای جبران خساراتی که متحمل می شد، به دادگاه مراجعه نماید. خارجیان فقط به دو طریق می توانستند با افراد یک سرزمین ارتباط داشته باشند :

اول از طریق انعقاد عهدنامه و قرارداد بین دولتها که البته در آن زمان با توجه به کمبود روابط بین المللی، به ویژه در مسایل خصوصی، کمتر دولتی در این جهت اقدامی می کرد.

دوم از طریق مهمان نوازی، بدین ترتیب که شخص خارجی که مهمان یکی از افراد این سرزمین بود، تحت حمایت و مراقبت کامل وی بود و در حقیقت هیچ گونه حمایت قانونی از طرف جامعه ای که فرد بیگانه در آن ممکن بود چند صباحی زندگی کند وجود نداشت، بلکه حمایت فقط جنبه فردی داشت و یکی از افراد آن جامعه از

مهمان خود شخصاً مواظبت و حمایت می نمود، تا به عنوان یک بیگانه مورد اذیت و آزار دیگران واقع نشود.

در حقوق رم نیز در ابتدا خارجیان به عنوان برده یا دشمن تلقی می شدند اما توسط عهدنامه امکان داشت حقوقی برای آنان قایل شد. هنگامی که رم نسبت به سرزمین های مجاور خود نیز سلطه ای پیدا کرد، در نتیجه عده ای افراد بیگانه به افراد داخلی پیوستند و اجباراً روابطی بین آنها به وجود آمد.

به تدریج در رم دو نوع قاعده پدیدار شد: یکی *Jus Civile* که قواعد مربوط به روابط مردم همان سرزمین بود و دیگر *Jus Gentium* که قواعد حاکم بر روابط بین افراد این سرزمین و بیگانگان بود. اما این قواعد کامل نبود و بیشتر شامل قواعد تجاری می شد. بدین ترتیب قواعد مختلفی بر حسب اصل و نسب طرفین توسط یک قاضی اجرا می گردید.

در قرون وسطی با حملات جوامع مختلف به سرزمینهای مجاور و با جنگ هایی که مرتباً ادامه داشت، گاهی اتفاق می افتاد که در یک سرزمین چندین قانون، بر حسب اشخاصی که طرف دعوی بودند، اجرا می شد. اما وضع بدین متوال باقی نماند و حکومت مرکزی باعث شد که بعد از مدتی قواعد متحدالشکلی لااقل در بعضی موضوعات تنظیم گردید و به تدریج حقوق خصوصی به صورت واحدی در آمد، به طوری که سرزمینی بودن یا درون مرزی بودن قوانین^(۱) به صورت یک اصل درآمد و هر سرزمینی می بایست دارای قانونی بود که فقط همان قانون می توانست در آن سرزمین اجرا شود^(۲).

از ابتدای قرن سیزدهم در ایتالیا حقوق بین الملل خصوصی در قالب تعارض قوانین، شروع به خودنمایی کرد. زیرا این کشور در آن زمان به صورت حکومت فدرال اداره می شد و تجارت بیش از هر کشور دیگری، بین شهرهای مختلف آن که دارای قوانین متفاوتی بودند، با سرزمینهای مجاور رواج داشت. به همین جهت حقوقدانان

1- La Territorialite des Lois

2- H. Batiffol, Op. Cit., P.13

ایتالیایی بر آن شدند تا راهی برای حل تعارض بین قوانین، که در عمل با یکدیگر به صورت مختلف تلاقی می کردند، پیدا کنند.

منظور از تعارض قوانین این است که هنگامی که مسأله ای در مورد روابط خصوصی در سطح بین المللی اتفاق می افتد ممکن است قوانین کشورهای مختلفی، که هر یک به طریقی در این مسأله دخالت دارند، راه حلهای گوناگونی پیش بینی کرده باشند. بنابراین برای یافتن راه حل و اجرای قانون مناسب مجبور به انتخاب بین این قوانین خواهیم بود. به همین جهت نیاز به استفاده از قواعدی به نام قواعد حل تعارض داریم تا به وسیله آنها طریق حل اختلاف و تعارض بین قوانین را بیابیم و با انتخاب و اجرای یکی از آنها مسأله را حل نماییم.

پیدایش مکتب ایتالیایی برای حل تعارض قوانین مقدمه ای برای پیشرفت تئوری تعارض قوانین در فرانسه شد و با ظهور حقوقدانانی چون دومولن^(۱) و درازنتره^(۲) روز بروز بر اهمیت آن افزوده شد^(۳) و مکتب فرانسوی و سپس مکتهای دیگری^(۴) در کشورهای مختلف بر حسب وضعیت سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و موقعیت زمانی هر کشور، در این زمینه به وجود آمد و تا قرن حاضر ادامه یافت.

اما از قرن نوزدهم به بعد، علاوه بر تعارض قوانین، موضوعات دیگری از جمله تابعیت، اقامتگاه و وضع بیگانگان به علت هم بستگی با موضوعات مربوط به تعارض قوانین در محدوده حقوق بین الملل خصوصی راه یافت و به تدریج در هر کشوری کم و بیش رویه قضایی خاص آن کشور نیز به وجود آمد، که همراه با مواد قانونی و قراردادهای بین المللی، اصول و مبانی حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل داده است.

1- Dumoulin (1500-1566)

2- D' Argentré (1510-1590)

3- H. Batiffol, Op. Cit, P.17

۴- این مطلب در مقدمه تعارض قوانین در جلد دوم به طور کامل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

گستره حقوق بین الملل خصوصی

همان طور که قبلاً ذکر شد مسایلی مانند تابعیت و وضع بیگانگان، که امروز جزء موضوعات حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار می گیرند، صرفاً خصوصی نبوده و به حقوق عمومی نیز ارتباط دارند.

اما در طول چندین قرن سابقه حقوق بین الملل خصوصی، همواره تا قرن نوزدهم این رشته از حقوق محدود به تعارض قوانین بوده و به هیچ عنوان موضوعات دیگری مثل تابعیت، اقامتگاه، وضع بیگانگان و تعارض دادگاهها در آن داخل نمی شده است.

در حال حاضر نیز عقاید مختلفی در زمینه گستره حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد، که ما ذیلاً به بررسی اجمالی این عقاید می پردازیم، تا معلوم گردد آیا هم اکنون قلمرو حقوق بین الملل خصوصی می تواند محدود به تعارض قوانین باشد یا این که مسایل دیگر مذکور در فوق نیز چنان با تعارض قوانین در هم آمیخته و مرتبط شده اند که از تعارض قوانین قابل تفکیک نمی باشند:

۱- مطابق عقیده اول، که هنوز هم در آلمان و آمریکا طرفدارانی دارد، حقوق بین الملل خصوصی منحصر به تعارض قوانین است. استدلال آن دسته از علمای حقوق که از این عقیده پیروی می کنند این است که اصالت و استقلالی که تعارض قوانین از جهات مختلف دارد ایجاب می کند که جدا از سایر مسایل مورد بحث قرار گیرد. به عنوان مثال منابع در تعارض قوانین کاملاً با موضوعات دیگر تفاوت دارد؛ با این توضیح که به طور کلی در مورد اغلب مسایل حقوقی مهمترین منبع قانون است، در حالی که در تعارض قوانین معمولاً مهمترین منبع، در کشورهایی که حقوق بین الملل خصوصی پیشرفته ای دارند، رویه قضایی است.

بعلاوه قواعد حل تعارض اصولاً خارج از قواعد مادی بوده و صرفاً حل تعارض قوانین را به عهده دارند، نه حل مستقیم موضوع مورد اختلاف را. هم چنین از نظر روش فقط در تعارض قوانین همواره لازم است قبل از حل تعارض، توصیف انجام شود. به نظر این عده مسایل فوق، که خاص تعارض قوانین هستند، استقلالی به آن می بخشند که شایسته نیست به همراه موضوعات دیگر مورد بررسی و مطالعه قرار گیرند.

ایراد نسبت به عقیده اول- لازم به یادآوری است که تعارض قوانین گرچه از اهمیتی خاص برخوردار است و به همین جهت نیز از مهمترین مسایل حقوق بین الملل خصوصی به شمار می رود، اما این امر دلیل جدایی آن از سایر موضوعاتی که ارتباط نزدیک با تعارض قوانین دارند نمی باشد، بلکه باید موضوعات مختلفی که به یکدیگر نزدیک بوده و مطالعه هر یک برای فهم دیگر موضوعات لازم است، همگی در یک رشته مورد مطالعه قرار گیرند. بنابراین می توان گفت تعارض قوانین فقط یکی از مهمترین موضوعات حقوق بین الملل خصوصی می باشد.

۲- عده ای دیگر عقیده دارند که به علت شباهت های خاصی که بین تعارض قوانین و تعارض دادگاهها وجود دارد؛ هم چنین به علت تاثیری که به رغم استقلال هر یک از این دو نوع تعارض، گاهی اوقات تعارض دادگاهها در تعارض قوانین و تعارض قوانین در تعارض دادگاهها دارد، بهتر است حقوق بین الملل خصوصی را شامل تعارض قوانین و تعارض دادگاهها بدانیم. در فرانسه بارتن (Bartin) و پیله (Pillet) طرفداران این عقیده بوده اند. اما در حال حاضر در کشورهای آنگلوساکسون از این عقیده پیروی می گردد.

۳- در کشورهای لاتین مثل اسپانیا، امریکای جنوبی و ایتالیا، حقوق بین الملل خصوصی را شامل تعارض قوانین، تعارض دادگاهها و نیز وضع بیگانگان می دانند و عقیده دارند که علاوه بر شباهت هایی که از نظر منابع بین تعارض قوانین و وضع بیگانگان وجود دارد، وابستگی شدید این دو موضوع به یکدیگر باعث می شود که نتوان آنها را جداگانه مورد بحث قرار داد و در اثر این وابستگی خودبه خود مطالعه وضع بیگانگان، مقدمه ای جهت مطالعه تعارض قوانین خواهد بود.

۴- مطابق عقیده چهارم، حقوق بین الملل خصوصی علاوه بر تعارض قوانین، تعارض دادگاهها و وضع بیگانگان، شامل تابعیت نیز می باشد. این عقیده که سابقاً فقط در فرانسه طرفدارانی داشت، در حال حاضر تقریباً در کلیه کشورها نفوذ پیدا کرده است و عملاً کشورهای دیگر نیز متوجه این مطلب شده اند که هر چهار مطلب به طریقی به یکدیگر ارتباط و وابستگی دارند.

البته در مورد بعضی از موضوعات فوق الذکر مثل تعارض قوانین و تعارض دادگاهها از هر جهت شباهت وجود دارد و در مورد بعضی دیگر مثل تابعیت با این که شباهتی با سایر مسائل وجود ندارد، اما ارتباط بسیار نزدیک مسأله تابعیت با هر یک از دیگر موضوعات حقوق بین الملل خصوصی باعث می شود که مطالعه هر یک از آن موضوعات محتاج مطالعه مسائل مربوط به تابعیت باشد.

بنابراین باید گفت که در حال حاضر حقوق بین الملل خصوصی شامل هر چهار موضوع تعارض قوانین، تعارض دادگاهها، وضع بیگانگان و تابعیت می باشد. زیرا در هر موضوعی که وضعیت فرد در سطح بین المللی مورد مطالعه قرار می گیرد (تعارض قوانین و تعارض دادگاهها) لازم است قبل از هر اقدامی تابعیت فرد مشخص شود و موقعیت وی از جهت این که تبعه آن کشور است یا بیگانه می باشد بررسی شود، سپس با توجه به قواعد مربوط به تعارض قوانین و تعارض دادگاهها، حکم مقتضی درباره موضوع مبتلا به صادر شود.

اما از طرف دیگر برای تعیین قلمرو کامل حقوق بین الملل خصوصی باید توجه داشته باشیم که حقوق بین الملل خصوصی محدود به روابط بین المللی است که جنبه خصوصی دارند. بنابراین اولاً هر گونه روابط خصوصی که صرفاً جنبه داخلی دارد داخل در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی نمی گردد. ثانیاً هر گونه روابط بین المللی، تا رابطه ای خصوصی را دربر نگیرد، مربوط به حقوق بین الملل خصوصی نمی شود.

به همین علت در زمان کنونی، رشته های دیگری از حقوق بین الملل به وجود آمده اند که جداگانه مورد مطالعه قرار می گیرند، مثل حقوق جزای بین المللی، حقوق اداری بین المللی و حقوق مالی بین المللی. تفاوت عمده این رشته های بین المللی با حقوق بین الملل خصوصی این است که در حقوق بین الملل خصوصی همواره از امکان اجرای قانون خارجی و احیاناً تلفیق آن با قانون داخلی صحبت می شود، در حالی که در سایر رشته های بین المللی که فوقاً به آنها اشاره شد قاضی باید همواره قانون کشور خود را اجرا نماید.

فواید حقوق بین الملل خصوصی

در عصر کنونی که روابط بین الملل روز بروز توسعه می یابد، حقوق بین الملل خصوصی یکی از رشته های پرفایده حقوق به شمار می رود. تسهیل وسایل حمل و نقل و توسعه اقتصادی و صنعتی، در کشورهای مختلف، موجب افزایش مداوم روابط بین المللی شده و در اثر جابه جا شدن اموال و اشخاص از کشوری به کشور دیگر، یک سلسله مسایل بین المللی مطرح می شود.

حقوق بین الملل خصوصی دارای دو نوع فایده می باشد: فواید عملی و فواید علمی.

۱- فواید عملی- برای پی بردن به فواید عملی حقوق بین الملل خصوصی بهتر است با تفکیک موضوعات مختلفی که در این رشته از حقوق مورد توجه قرار می گیرند، هر یک را جداگانه مورد بحث و بررسی قرار دهیم. از آنجا که در حقوق بین الملل خصوصی، از حقوق خصوصی افراد صحبت می شود، بنابراین بیشتر موضوعات آن همان موضوعات حقوق مدنی می باشند، متها در سطح بین المللی مطرح می گردند. بدین جهت برای درک موضوع، مباحث مختلف حقوق مدنی را، در حدی که در حقوق بین الملل خصوصی مطرح می شوند، مورد بررسی قرار می دهیم: اموال، اشخاص، اعمال حقوقی، وقایع حقوقی.

۱-۱- اموال- مسایلی که در روابط بین المللی، ممکن است در مورد اموال پیش آید عبارتند از: اموال منقول، اموال غیر منقول، مالکیت معنوی، اوراق بهادار، ارث و رژیم مالی زوجین.

۱-۱-۱- اموال منقول- هر گاه مال منقولی که متعلق به شخصی است، در اثر عزیمت شخص یا به هرنحو دیگر به کشور دیگری منتقل شود، در مورد کلیه مسایل حقوقی که نسبت به این مال و مالکیت آن ممکن است بروز نماید، حقوق بین الملل خصوصی جوابگو خواهد بود.

مثلاً موضوع لزوم یا عدم لزوم پرداخت مالیات طبق قوانین هر یک از دو کشور مبدأ و مقصد از مسایل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است. هم چنین در صورتی که در اثر عقد بیع مالکیت فروشنده در مورد مبیع به خریدار منتقل شود تشخیص این مطلب که در چه زمان و به چه صورتی مالکیت فروشنده پایان می پذیرد و خریدار مالک مال می گردد با حقوق بین الملل خصوصی است.

اهمیت مسأله بیشتر از این جهت است که در کشورهای مختلف قوانین مختلفی درباره مالکیت حکمفرما است. مثلاً ممکن است در کشوری به محض این که فروشنده کالای خود را به متصدی حمل و نقل تحویل داد، خریدار، مالک گردد و در کشوری دیگر هنگامی که کالا به دست خریدار رسید و پس از وصول، او را مالک تلقی نمایند. حال اگر فرض کنیم کالای مورد معامله در بین راه خسارت ببیند و یا حتی تلف گردد، متوجه می شویم که تا چه حد تشخیص قانون لازم الاجرا، دارای اهمیت است. زیرا از یک طرف اگر کالا بیمه نشده باشد خسارت بر عهده کسی است که در فاصله تحویل و وصول کالا مالک بوده است و از طرف دیگر اگر کالا بیمه شده باشد، باز هم فقط با تعیین قانون لازم الاجرا می توان معین نمود که کدام یک از خریدار یا فروشنده (بر حسب این که کدام یک در آن فاصله مالک بوده اند) باید حق بیمه را بپردازند.

۱-۲-۱- اموال غیر منقول- هر گاه مال غیر منقولی واقع در یک کشور متعلق به شخصی باشد که در کشوری دیگر مقیم است، هر نوع مسأله حقوقی که راجع به این مال غیر منقول مطرح گردد، در محدوده حقوق بین الملل خصوصی وارد می شود و توسط قواعد مختلف پذیرفته شده در هر کشور باید تشخیص داد، قانون محل وقوع مال بر مال مزبور حاکم است یا قانون کشور متبوع مالک یا قانون اقامتگاه مالک. هم چنین این مسأله که بیگانگان دارای چه حقوقی از نظر تصرف و مالکیت در اموال غیر منقول می باشند، موضوع حقوق بین الملل خصوصی است.

۱-۱-۳- مالکیت معنوی- باید بدانیم آیا از حق مؤلف یا مخترع در کشور های بیگانه حمایتی می شود؟ و اگر چنین است حدود آن کدام است؟ هم چنین آیا علائم صنعتی و تجارتي که تحت اسم خاص به ثبت رسیده اند، در کشورهای دیگر حمایت

می شوند؟ مثلاً اگر کتابی را که به نام کسی چاپ شده است در کشور دیگر تجدید چاپ یا ترجمه نمایند آیا صاحب حق چگونه و به موجب چه قانونی خواهد توانست از حق خود دفاع کند؟

هم چنین اگر علایم صنعتی را در کشور دیگر تقلید کنند چگونه صاحب این علامت می تواند احقاق حق نماید؟ و چه قانونی در این مورد قابل اجرا خواهد بود؟ قانون کشوری که در آن حق ایجاد شده و به ثبت رسیده یا کشوری که حق در آن مورد سوء استفاده واقع شده است؟ حقوق بین الملل خصوصی جوابگوی این سئوالات خواهد بود.

مثلاً در فرانسه، نسبت به حق تألیفی که در فرانسه به وجود آمده باشد، نه تنها در طول مدت حیات مؤلف، بلکه تا ۵۰ سال پس از مرگ مؤلف نیز از این حق حمایت می کنند و در مورد مؤلف خارجی بر حسب این که در مملکتی که حق در آنجا به وجود آمده است چطور پیش بینی شده باشد، به همان صورت و در همان مدت از این حق معنوی حمایت می شود. در ایران نسبت به حق تألیفی که در ایران به وجود آمده باشد، علاوه بر مدت عمر مؤلف، تا ۳۰ سال پس از مرگ وی این حق را برای وراث او می شناسند، اما از آثار مؤلفین خارجی حمایتی نمی شود مگر این که در ایران به ثبت رسیده باشد، به همین جهت ترجمه و انتشار آثار خارجی در ایران، بدون احتیاج به کسب اجازه از مؤلف آزاد است.

۱-۱-۴- اوراق بهادار- در مورد اوراق بهادار نیز ممکن است مسأله در سطح بین المللی مطرح شود. به عنوان مثال اوراق قرضه شخصی سرقت می شود و در کشوری دیگر فروخته می شود. حال اگر خریدار به کشوری که در آن اوراق قرضه سرقت شده بود باز گردد، تا مثلاً منافع آن را اخذ نماید و مالک اصلی نیز درصدد، مطالبه آن برآید، چگونه می تواند اقدام کند؟ حل این مسأله نیز از وظایف حقوق بین الملل خصوصی است.

۱-۱-۵- ارث- اگر شخصی بیگانه در ایران فوت کند و اموالی در ایران و در کشور متبوع خود و در سایر کشورها داشته باشد، باید دانست قانون کدام یک از این

کشورها در مورد تقسیم ترکه باید اجرا شود. حقوق بین الملل خصوصی به این سؤال پاسخ می دهد.

۱-۱-۶- رژیم مالی زوجین- در بعضی کشورها مثل ایران اموال زن و شوهر از یکدیگر جدا است و هر یک از زوجین به تنهایی مالک دارایی خویش است (ماده ۱۱۸ ق.م.و.ا.ی در بسیاری از کشورها مثل فرانسه زن و شوهر پس از ازدواج در اموال مشترک هستند).

بنابراین اگر یک زن ایرانی با یک نفر فرانسوی ازدواج کند باید بدانیم که رژیم مالی کدام یک از دو کشور فرانسه و ایران در مورد این زن و شوهر حاکم است و آیا آنها در اموال شریکند یا هر یک مالک دارایی خود می باشند. این مسأله نیز طبق اصول حقوق بین الملل خصوصی باید حل شود.

۱-۲- اشخاص- اشخاص دو نوع می باشند: اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی.

۱-۲-۱- اشخاص حقیقی- عزیمت از کشوری به کشور دیگر به خصوص در زمان حاضر که با تسهیل وسایل حمل و نقل به سادگی صورت می گیرد، از نظر بین المللی مسایلی ایجاد می کند. البته این عزیمت ممکن است به صورت مهاجرت، پناهندگی، جهانگردی یا برای تجارت باشد.

در مورد هر یک از این امور باید مقررات خاصی وضع شود، تا بی جهت هر کسی حق ورود و اقامت به کشوری را نداشته باشد. در ضمن هر یک از گروههای فوق الذکر با توجه به مقرراتی که در حقوق بین الملل خصوصی هر کشوری در آن زمینه وضع شده است، باید از حدود حقوقی که از آن برخوردار هستند مطلع باشند. زیرا مسلماً هرگاه دولتی شخصی را به عنوان مهاجر در خاک خود بپذیرد، حقوقی که این شخص از آن برخوردار است با حقوقی که فردی به عنوان جهانگرد، در همان کشور از آن برخوردار است، متفاوت می باشد.

از طرف دیگر افرادی که به عنوان پناهنده به کشوری وارد می شوند تابع مقرراتی کاملاً مجزا از سایر بیگانگان می باشند و امروزه کلیه کشورهای پیشرفته در این زمینه مقرراتی توسط حقوق بین الملل خصوصی وضع نموده اند.

هم چنین این مسأله که احوال شخصیه بیگانگان باید تابع چه قانونی باشد و پس از آن روابط مشترک دو نفر که دارای دو تابعیت مختلف می باشند، باید تابع چه قانونی باشد، همگی از مسایل مختلف حقوق بین الملل خصوصی می باشند.

۱-۲-۲- اشخاص حقوقی - در حال حاضر ضرورت اقتصادی و اجتماعی، باعث اهمیت و توسعه مفهوم شخص حقوقی شده است. امروزه، اغلب تجارت به وسیله شرکت‌های بزرگ انجام می شود که معمولاً دارای شعبی در ممالک مختلف هستند و در زمان فعلی بسیاری از شرکت‌های بزرگ و مهم تجارتي ظاهراً دارای چند تابعیت هستند و مسایل غامضی را در حقوق بین الملل خصوصی مطرح نموده اند.

موضوعاتی نظیر چگونگی توسعه فعالیت یک شرکت در کشورهای خارجی، ثبت آن در کشورهای مزبور، حدود اختیارات مدیران و مؤسسان آن و هم چنین شناسایی و اعتبار ثبت یک شرکت در کشورهای دیگر، همگی از مسایل حقوق بین الملل خصوصی می باشند.

۱-۳- اعمال حقوقی - افراد برای ادامه زندگی ناگزیر از انعقاد قراردادها و تعهدات هستند. لازمه تجارت، انعقاد قرارداد و قبول تعهدات است. اما وقتی این گونه اعمال در سطح بین المللی خودنمایی می کنند، متوجه می شویم که قوانین کشورهای مختلف در مورد قراردادها و تعهدات یکسان نیستند. در نتیجه این سؤال پیش می آید که قانون کدام یک از کشورهایی که به طریقی در موضوع دخالت دارند، باید اجرا شود.

مثلاً موضوع تعهد ممکن است در کشوری مشروع محسوب شود و در کشوری دیگر نا مشروع، در این صورت هنگامی که دو نفر از دو مملکت مختلف با یکدیگر قراردادی منعقد می نمایند، باید دانست قانون کدام یک از این دو مملکت در مورد قرارداد آنها لازم الاجرا است.

هم چنین هر گاه عقد بیع بین دو نفر ایرانی و افغانی واقع شود و مال مورد معامله از مالکیت فروشنده (ایرانی) خارج و به مالکیت خریدار (افغانی) درآید، و سپس اختلافی بین این دو نفر در مورد اجرای قرارداد یا حمل و نقل کالا پدید آید، باید

بدانیم قانون کدام یک از دو کشور ایران و افغانستان در مورد این قرارداد قابل اجرا است. بعلاوه ممکن است محل انعقاد قرارداد نیز در یک کشور سوم باشد و فرضاً این اشخاص ایرانی و افغانی یکدیگر را در پاکستان ملاقات کرده و در آنجا قرار داد خود را منعقد نموده باشند، در این صورت باید تشخیص دهیم بین سه قانون ایران، افغانستان و پاکستان کدام یک باید در مورد این قرارداد اجرا گردد. حل این مسأله نیز وظیفه حقوق بین الملل خصوصی است.

۱-۴- وقایع حقوقی - همان طور که کلیه مسایل مربوط به حقوق خصوصی در حقوق بین الملل خصوصی مطرح می شود، وقایع حقوقی نیز ممکن است در سطح بین المللی مطرح گردند. مثلاً هر گاه تولد، ازدواج یا مرگ شخصی در کشوری غیر از کشور متبوع خودش واقع گردد، در این صورت حقوق بین الملل خصوصی تعیین می نماید که این وقایع باید تابع چه قانونی باشند.

به این ترتیب فایده عملی حقوق بین الملل خصوصی که مسایل مربوط به اموال، اشخاص، وقایع و اعمال حقوقی را در سطح بین المللی حل می نماید، تا حدودی بر ما روشن شد. اکنون به ذکر فواید علمی آن می پردازیم.

۲- فواید علمی - از نظر علمی نیز حقوق بین الملل خصوصی دارای فوایدی است، از جمله تقویت قوه استنباط و درک بهتر سایر رشته های حقوق.

۲-۱- تقویت قوه استنباط - در مطالعه حقوق بین الملل خصوصی باید همواره نوعی انطباق بین حقوق کشورهای مختلف ایجاد کرد، به این ترتیب که وقتی در مورد موضوعی در نظر داریم بدانیم از بین چند قانون، کدام یک قابل اجرا است، باید قواعد حقوقی کشورهای مورد بحث را که شامل رویه قضایی، عرف بین المللی و نیز عهدنامه های بین المللی است، مورد مطالعه قرار داده، با یکدیگر مقایسه نماییم و راه حل مناسب را بیابیم. در نتیجه این تحقیق و تطبیق مداوم، شم حقوقی و قوه فهم واستنباط بیشتر می شود و شخص، حقوقدان واقعی بار می آید.

بعلاوه در مسایلی که در حقوق بین الملل خصوصی مطرح می شود، نمی توان روش عادی و صرف حقوقی را برای حل آنها در پیش گرفت. زیرا در مسایل حقوق بین الملل خصوصی، همواره یک عامل سیاسی نیز دخالت دارد، که مربوط به قدرت حاکمیت و استقلال کشورها است. بنابراین عامل سیاست باعث می شود که حقوقدان با جنبه های جامعه شناسی نیز آشنا شود.

۲-۲- درک بهتر سایر رشته های حقوق- در حقوق بین الملل خصوصی، کلیه مسایل مختلف حقوق داخلی مطرح می شود. متنها باید دید دیگری باید به آنها نگریست. حقوق بین الملل خصوصی باعث می شود که درباره این مسایل تعمق بیشتری بنماییم و در هر مسأله توصیف حقوقی قاعده مورد بحث را از نظر دور نداریم.

مثلاً هر گاه در حقوق مدنی کشوری، تنظیم سند رسمی در عقدی شرط صحت آن باشد، به صرف عدم تنظیم سند، عقد را صحیح نمی دانیم؛ در حالی که در مورد همین عقد در حقوق بین الملل خصوصی، قبلاً باید بدانیم شرط تنظیم سند، یک شرط شکلی است، یا یک شرط ماهوی. زیرا با قرار گرفتن در هر یک از این دو گروه، ممکن است قانونی که در مورد این مسأله لازم الاجرا است، تفاوت کند: در حقوق بین الملل خصوصی، شکل اسناد تابع قانون محل تنظیم سند است، در حالی که شرایط ماهوی عقد تابع قانون مورد توافق طرفین یا قانون محل انعقاد عقد می باشد. به این ترتیب مشاهده می شود که تعمق بیشتری در مسایل مطرح شده در حقوق بین الملل خصوصی لازم است. این رشته از حقوق باعث درک بهتر و تجزیه و تحلیل حقوق داخلی می شود.

منابع حقوق بین الملل خصوصی (Sources of Private International Law)

اکنون که تعریف حقوق بین الملل خصوصی و ماهیت و مشخصات آن بر ما روشن شد، باید بدانیم چه منابعی در این رشته از حقوق مورد استفاده قرار می گیرند. همان طور که قبلاً اشاره شد منابع حقوق بین الملل خصوصی به دو دسته تقسیم می شوند: منابع داخلی و منابع بین المللی.

۱- منابع داخلی : منابع داخلی عبارتند از : قانون، رویه قضایی، عرف و عقاید علمای حقوق.

۱-۱- قانون- یکی از مهم ترین منابع حقوق بین الملل خصوصی در ایران قانون است. اما تا چند سال پیش در بین قوانین ایران مجموعه قوانین واحدی وجود نداشت که مربوط به حقوق بین الملل خصوصی باشد، بلکه باید برای یافتن مواد قانونی مربوط به این رشته از حقوق در بین مجموعه های قانونی مختلف جستجو می کردیم. در حال حاضر «مجموعه قوانین حقوق بین الملل خصوصی» مواد مختلف را جمع آوری کرده است. برای مثال در بین قوانین ایران مواد مشخص شده زیر مربوط به حقوق بین الملل خصوصی می باشند :

قانون مدنی : مواد ۵ تا ۹۶۱-۹ تا ۹۹۱-۱۰۰۱ تا ۱۰۱۰-۱۰۵۹ تا ۱۰۶۱-۱۲۲۸ تا ۱۲۳۰-۱۲۹۵ و ۱۲۹۶.

قانون آیین دادرسی مدنی : مواد ۱۱ تا ۱۳-۳۴-۷۱-۱۴۴ تا ۱۴۸-۲۹۱ تا ۲۹۳-۳۹۷-۴۳۷-۴۴۶-۴۵۶ و ۵۱۳.

قانون امور حسبی : مواد ۴۹-۵۰-۱۱۴ تا ۱۱۶-۱۲۷ تا ۱۲۹-۱۳۳-۱۶۴-۳۳۸ تا ۳۵۹- مواد ۳ و ۴ آیین نامه راجع به مواد ۲۷۹ و ۲۸۸ قانون امور حسبی مصوب سال ۱۳۲۲.

قانون اجرای احکام مدنی : مواد ۱۶۹ تا ۱۸۰ (فصل نهم) مصوب اول آبان ۱۳۵۶.

قانون تجارت : مواد ۱۱۰- تبصره ماده ۲۰۱-۲۲۰-۲۸۷-۳۰۵-۳۰۶-۳۱۷-۵۲۴-۵۲۵-۵۹۰-۵۹۱ و ماده ۹۴ اصلاح قسمتی از قانون تجارت.

قانون اساسی جمهوری اسلامی : اصول ۲۲-۳۲-۳۳-۳۴-۴۱ تا ۴۲-۷۷-۸۱ تا ۸۲-۱۲۵-۱۵۳-۱۵۵.

قانون کار : مواد ۱۲۰ تا ۱۲۹.

هم چنین قوانین و آیین نامه های زیر برگزیده ای از قوانین و مقررات اختصاصی در زمینه حقوق بین الملل خصوصی می باشند :

آیین نامه استملاک اتباع خارجه مصوب ۱۳۲۸.

تصویب نامه راجع به استملاک اتباع خارجه مصوب مهر ۱۳۴۲.

آیین نامه اجرایی راجع به استملاک اتباع بیگانه در ایران مصوب مرداد ۱۳۴۴.

قانون راجع به استرداد مجرمین مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۳۹.

قانون گذرنامه مصوب ۱۰ اسفند ۱۳۵۱ با اصلاحات بعدی.

قانون راجع به ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران مصوب ۱۳۱۰/۲/۱۹ با اصلاحات بعدی.

آیین نامه اجرایی قانون ورود و خروج اتباع بیگانه مصوب ۱۲ خرداد ۱۳۵۲.

جهت رفع این مشکل، کلیه مواد قانونی که ممکن است به نحوی به حقوق بین الملل خصوصی مربوط باشد و نیز کلیه قوانین جنبی مربوط به این رشته، در سال ۱۳۷۲ و اصلاحات و الحاقات در سالهای بعدی در مجموعه ای به نام مجموعه قوانین و مقررات حقوق بین الملل خصوصی جمع آوری شد تا مطالعه این منبع مهم از منابع داخلی را به سادگی ممکن سازد.

۱-۲- رویه قضایی- رویه قضایی در معنای وسیع آن عبارت است از روش واحدی که قضات در موارد سکوت، تناقض، اجمال یا نقص قانون جهت تفسیر قانون اتخاذ می کنند. اما اعتبار این نوع رویه قضایی نسبی است و جنبه الزامی ندارد.

اما رویه قضایی در معنای خاص آن که وحدت رویه قضایی است به موجب ماده واحده مصوب ۷ تیر ماه ۱۳۲۸ عبارت است از: «هر گاه در شعب دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه رویه های مختلف اتخاذ شده باشد به تقاضای وزیر دادگستری یا رئیس دیوان مزبور و یا دادستان کل، هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در این موارد لااقل با حضور سه ربع از رؤسا و مستشاران دیوان مزبور تشکیل می شود، موضوع مختلف فیه را بررسی کرده و نسبت به آن اتخاذ نظر می نمایند. در این صورت نظر

اکثریت هیأت مزبور برای شعب دیوان عالی کشور و برای دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است و جز به موجب نظر هیأت عمومی یا قانون قابل تغییر نمی باشد»^۱.

بعلاوه به موجب ماده ۲۷۰ آ.د.ک. «هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاه ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین آرای مختلفی صادر شود. رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. هم چنین هر یک از قضات شعبه دیوان عالی کشور یا دادگاه ها نیز می توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون او و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید. رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد ملاک عمل خواهد بود. آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها لازم می باشد.»

رویه قضایی (Jurisprudence) که در حقوق بین الملل خصوصی در بسیاری از کشورها مثل فرانسه از منابع مهم به شمار می رود، در ایران هنوز توسعه زیادی نیافته است و نمی تواند به عنوان یک منبع مهم جهت حقوق بین الملل خصوصی محسوب شود.

۱-۳- عرف- در اصطلاح حقوقی، عرف عبارت است از یک عادت متداول بین مردم، که در نتیجه استمرار، الزامی شده است. البته همان طور که ماده ۳ قانون آیین

۱- مجموعه آرای وحدت رویه قضایی، قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷، انتشارات روزنامه رسمی کشور، صفحه ۱.

دادرسی مدنی می گوید، عرف باید مسلم باشد تا بتواند یکی از منابع حقوق شمرده شود.

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در موضوع مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

تبصره- چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.»

هم چنین به موجب ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه ها نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

معمولاً در حقوق بین الملل خصوصی نیز مثل اغلب رشته های حقوقی دیگر، پس از مدتی عرف به صورت رویه قضایی یا قانون در می آید. لازم به تذکر است با توجه به جوانی این رشته در ایران، عرف نیز در حقوق بین الملل خصوصی ما هنوز اهمیت چندانی نیافته است.

۱-۴- عقاید علمای حقوق یا دکترین- دکترین یک منبع غیر مستقیم حقوق بین الملل خصوصی است. زیرا از طرفی قضات به عقاید و نظرات علمای حقوق توجه کرده، در

تفسیر قوانین از عقاید آنها استفاده می کنند و از طرف دیگر علمای حقوق با مقایسه و تجزیه و ترکیب و تنظیم آرای دادگاهها، قواعدی از آن استخراج می کنند و به این ترتیب در تشکیل رویه قضایی موثر واقع می شوند. اما به طور مستقیم نمی توان از عقاید علما به عنوان یک منبع حقوقی استفاده کرد.

۲- منابع بین المللی - منابع بین المللی عبارتند از: عهدنامه های بین المللی، رویه قضایی بین المللی، عرف بین المللی، اصول کلی بین المللی.

۲-۱- عهدنامه ها یا قراردادهای بین المللی - عهدنامه ها در حقوق بین الملل عمومی، که از روابط دولتها بحث می کند، از منابع اساسی به شمار می روند. در حالی که در حقوق بین الملل خصوصی، چون روابط اشخاص مورد نظر است، دولتها علاقه زیادی به تنظیم قرارداد در این مورد نشان نمی دهند. زیرا تنظیم قرارداد با یک دولت دیگر مستلزم سازش و منطبق کردن نسبی قانونگذاری خود، با قانونگذاری کشور دیگر می باشد. به همین جهت عهدنامه ها در حقوق بین الملل خصوصی، نسبت به حقوق بین الملل عمومی، چندان توسعه نیافته اند.

البته در زمینه وضع بیگانگان و تعارض قوانین می توان قراردادهای بالنسبه بیشتری یافت، در حالی که در زمینه تابعیت، قراردادهای بین المللی چندان یافت نمی شود. زیرا هدف این قراردادها در مورد تابعیت، معمولاً جلوگیری از بی تابعیتی و دو تابعیتی و در واقع رعایت اصل تابعیت واحده است که متأسفانه کمتر دولتی به این امر مهم توجهی نشان داده است.

اما هدف قراردادهای بین المللی در مورد وضع بیگانگان، بهبود وضع آنان و برخورداری از حقوقی است که تا حد امکان نزدیک به حقوق اتباع کشور باشد و بالاخره هدف عهدنامه های بین المللی که مربوط به تعارض قوانین هستند، ممکن است وحدت قواعد حل تعارض یا وحدت قواعد مادی باشد.

لازم به تذکر است که قواعد تعارض (Règles de Conflit) قواعدی است که به وسیله آنها قانون لازم الاجرا نسبت به مسأله مورد بحث تعیین می شود، در حالی که

قواعد مادی (Règles Matérielles) پس از حل تعارض و تعیین قانون صلاحیتدار به حل مستقیم موضوع می پردازند.

مثلاً به عنوان یک قاعده حل تعارض می گوئیم. قراردادهای تابع قانون محل وقوع قرارداد می باشند. بنابراین اگر موضوع مربوط به بیع باشد پس از این که از طریق این قاعده تعارض، دریافتیم که بیع نیز که نوعی قرارداد است باید تابع قانون محل وقوع قرارداد باشد، با رجوع به قوانین داخلی مملکت محل وقوع بیع و اجرای قوانین مربوط به بیع، موضوع مورد اختلاف را حل خواهیم کرد. در این حالت قوانین داخلی مملکت محل وقوع بیع، در مورد بیع، قواعد مادی خواهند بود.

ذیلاً مباحث مختلفی را که در خصوص عهدنامه ممکن است مطرح شود، شامل انواع عهدنامه ها، تعارض بین عهدنامه و قانون داخلی، تفسیر عهدنامه و قطع اثر عهدنامه مورد بررسی قرار می دهیم:

۱-۱-۲- انواع عهدنامه ها- قراردادهای بر دو قسمند: قراردادهای دو جانبه^(۱) و قراردادهای چند جانبه^(۲). قراردادهای دو جانبه (Bilateral Treaties) بین دو دولت منعقد می شوند و فقط نسبت به دو طرف معاهده لازم الاجرا هستند. مانند قرارداد ایران و آلمان در مورد اقامت (سال ۱۳۰۷)، قرارداد اقامت ایران و چکسلواکی (سال ۱۳۰۹) و قرارداد ایران و فرانسه در مورد اقامت و دریانوردی (سال ۱۳۴۵).

قراردادهای چند جانبه (Multilateral Treaties) بین سه دولت یا بیشتر منعقد می شوند و نسبت به تمام کشورهای شرکت کننده در قرارداد لازم الاجرا هستند. با این که لازمه این نوع قرارداد توافق چندین کشور است و این امر نسبت به توافق دو دولت مشکل تر به نظر می رسد، با این حال تعداد عهدنامه های چند جانبه بالنسبه زیاد است. متأسفانه دولت ایران فقط به تعداد معدودی از این نوع قراردادهای پیوسته است که از آن جمله اند:

1- Les Traités Bilatéraux

2- Les Traités Multilatéraux

- قرارداد یا اتحادیه عمومی پاریس مصوب ۲۱ مارس ۱۸۸۳ برای حمایت مالکیت صنعتی، تجاری و کشاورزی که آخرین بار در ۳۱ اکتبر ۱۹۵۸ در لیسبون مورد تجدید نظر قرار گرفته است^(۱) و دولت ایران طبق قانون مصوب اسفند ماه ۱۳۳۷ اجازه الحاق به آن را دارا شد. اما این الحاق از ۱۶ دسامبر ۱۹۵۹ (۲۴ آذر ۱۳۳۸) قطعیت یافت^(۲).
 - عهدنامه برن مصوب ۱۸۹۰ راجع به حمل و نقل بین المللی کالاهای تجارتی و مسافر و اثاثیه با راه آهن^(۳) که در سالهای ۱۹۵۲ و ۱۹۶۱ مورد تجدید نظر قرار گرفته و دولت ایران در سال ۱۳۴۵ به آن پیوسته است.
 - اتحادیه بروکسل^(۴) مصوب ۱۹۲۶ راجع به یک نواخت کردن بعضی از مقررات مربوط به حقوق ممتاز و رهن دریایی که دولت ایران در مرداد ماه ۱۳۴۵ به آن ملحق گردیده است.
 - اتحادیه ورشو مصوب ۱۹۲۹ مربوط به حمل و نقل هوایی که در ۱۹۳۳ در رم مورد تجدید نظر قرار گرفته و در تیرماه ۱۳۲۸ در ایران به تصویب قوه مقننه رسیده است.
 - عهدنامه شیکاگو مصوب ۱۹۴۵ راجع به حمل و نقل هوایی که دولت ایران در تیر ماه ۱۳۲۸ به آن پیوسته است.
 - سازمان بین المللی کار تعداد کثیری مقاوله نامه بین المللی در مورد حقوق کار تهیه کرده است که دولت ایران بعضی از آنها را به تصویب رسانیده است.
- هدف قراردادهای فوق الذکر، وحدت قواعد تعارض نبوده بلکه وحدت قواعد مادی است. به این معنی که درباره این موضوعات خاص قواعد واحدی مورد قبول دولتهای امضا کننده واقع شده و در حقیقت تعارض موجود بین مقررات مورد قبول دولتهای امضا کننده در خصوص موضوع مذکور از بین رفته است. قراردادهای دیگری نیز از این قبیل منعقد شده اند که دولت ایران به آنها ملحق نشده است و عبارتند از :

1- H. Batiffol. Op. Cit, p.32

۲- متن این قرارداد و فهرست کشورهای عضو (حدود ۸۰ کشور) در مجموعه کامل قوانین ثبتی سال ۱۳۶۲ صفحه ۲۹۷ و بعد آمده است. این اتحادیه شامل عهدنامه های دیگری نیز می باشد که دولت ایران به آنها ملحق نشده و بعداً مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

3- H. Batiffol, Op. Cit, P.32

4- H. Batiffol, Op. Cit, P.32

- اتحادیه برن مصوب ۱۸۸۶ راجع به مالکیت ادبی و هنری که در ۱۹۶۷ در استکهلم مورد تجدید نظر قرار گرفته است.
- اتحادیه بروکسل مصوب ۱۹۱۰-۱۹۲۴-۱۹۵۲ که عهدنامه هایی راجع به حمل و نقل دریایی منعقد کرده است.
- عهدنامه عمومی ژنو مصوب ۱۹۵۲ راجع به حق مؤلف.
- عهدنامه ژنو مصوب ۱۹۵۶ راجع به حمل و نقل زمینی.
- قرارداد لاهه مصوب ۱۹۶۴ مربوط به فروش بین المللی اشیای منقول^(۱).
- هم چنین در جامعه ملل در مورد داوری و اسناد تجارتی تعدادی عهدنامه به امضا رسیده است که از آن جمله اند^(۲):
- قرارداد راجع به داوری خصوصی مصوب ۱۹۲۳.
- قرارداد راجع به اجرای آرای داوری مصوب ۱۹۲۷.
- قرارداد راجع به سفته و برات مصوب ۱۹۳۰.
- قرارداد راجع به چک مصوب ۱۹۳۱.
- قرارداد راجع به تابعیت مصوب ۱۹۳۰.
- در سازمان ملل متحد نیز عهدنامه هایی راجع به داوری به امضا رسیده که عبارتند از^(۳):
- عهدنامه راجع به آزادی داوری مصوب ۱۹۵۸.
- عهدنامه راجع به داوری تجاری مصوب ۱۹۶۱.
- اما عهدنامه هایی که هدف آنها یک نواخت کردن قواعد تعارض است و به علت وجود تعارض بین قوانین ارتباط بیشتری به حقوق بین الملل خصوصی دارند عبارتند از:
- قراردادهای لاهه، اتحادیه پان امریکن، اتحادیه شمالی، اتحادیه اقتصادی اروپا، شورای اروپا، اتحادیه بنلوکس.

1- H. Batiffol, Op. Cit, P.32

2- Balogh, l'oeuvre de la S.D.N. en droit prive', Nouvelle Revue de droit international prive', 1934, no 31.

3- H. Batiffol, Op. Cit, P.33

قراردادهای لاهه (Convention de La Haye) ^(۱) مهمترین قراردادهای چند جانبه، با هدف وحدت قواعد تعارض، قراردادهای لاهه می باشند. در تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۸۹۳، نخستین کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، به دعوت دولت هلند، با شرکت ۱۳ کشور، در شهر لاهه تشکیل شد و عهدنامه هایی راجع به آیین دادرسی، قیمومت صفار، ازدواج و طلاق، ارث و وصیت توسط ۱۱ کشور از ۱۳ کشور شرکت کننده امضا شد. از آنجا که دانمارک و نروژ احوال شخصی را تابع قانون اقامتگاه می دانند، از امضای این قراردادها خودداری کردند.

انگلیس از سال ۱۹۲۸ و ایالات متحده آمریکا از سال ۱۹۶۳ در این کنفرانس عضو شده اند. اما کشور ایران هنوز در آن شرکت نکرده است. کنفرانس لاهه که تا کنون دهها بار تشکیل جلسه داده است، در موضوعات مختلفی مانند ازدواج، طلاق، فرزند خواندگی، فروش اموال منقول، نفقه اولاد، ارث و وصیت، قواعد تعارض راجع به آیین دادرسی، احاله و اسناد، قراردادهایی به امضای دول عضو رسانیده است. در حال حاضر ۲۳ کشور زیر عضو کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه می باشند:

آلمان غربی، اتریش، سوئیس، هلند، بلژیک، لوگزامبورگ، فرانسه، دانمارک، فنلاند، نروژ، سوئد، ایتالیا، اسپانیا، پرتغال، ایالات متحده آمریکا، انگلستان، ایرلند، ژاپن، اسرائیل، مصر، یوگسلاوی، یونان و ترکیه.

اتحادیه پان آمریکن (Union Panamericaine) ^(۲) در سال ۱۸۸۹ در مونتویدو (Montevideo) تشکیل گردید و چند کشور آمریکای لاتین عهدنامه هایی راجع به تعارض قوانین، حقوق مدنی، حقوق تجارت امضا کردند. در سال ۱۹۲۸ این اتحادیه یک مجموعه کامل قواعد حقوق بین الملل خصوصی را، که توسط یک حقوقدان کوبایی به نام بوستامانت (Bustamante) تنظیم شده بود و به نام همین شخص معروف شده است، پذیرفت. این قانون توسط پانزده کشور آمریکای لاتین مورد قبول

1- Le Répertoire Dalloz de droit international, Conférence de La Haye de droit international privé par Van Hoogstraten.

2- Le Répertoire La Pradelle et Niboyet 1934, n. 147 et s.

واقع شده است. ولی امریکای شمالی با این که عضو اتحادیه پان امریکن می باشد، از پذیرفتن آن خودداری کرده است.

- اتحادیه شمالی (Union Nordique)^(۱): این اتحادیه که بین کشورهای دانمارک، فنلاند، ایسلند، سوئد و نروژ ایجاد شده از ۱۹۳۱ تا کنون عهد نامه هایی راجع به ازدواج، فرزند خواندگی، قیمومت، نفقه، ارث، صلاحیت قضایی، اجرای احکام، آیین رسیدگی به ورشکستگی منعقد کرده است.

- اتحادیه اقتصادی اروپا (Communauté Économique Européenne): اعضای بازار مشترک اروپا (European Common Market) در سال ۱۹۶۸ عهدنامه ای راجع به صلاحیت قضایی، شناسایی احکام مدنی و تجاری و اجرای این احکام امضا نموده اند^(۲).

- شورای اروپا (Conseil de l'Europe): کشورهای اروپایی عضو این شورا در سال ۱۹۶۳ عهدنامه ای راجع به کاهش موارد چند تابعیتی منعقد نموده اند^(۳).

- اتحادیه بنلوکس (Bénélux): این اتحادیه در سال ۱۹۵۰ طرح قواعد مشترک حقوق بین الملل خصوصی را بین دولتهای بلژیک، هلند و لوکزامبورگ تنظیم کرده و در سال ۱۹۶۸ مورد تجدید نظر قرار گرفته است^(۴).

۱-۲- تعارض بین عهدنامه و قانون داخلی - هنگامی که عهدنامه ای بین دو یا چند دولت منعقد می شود، بالطبع مفاد آن در روابط بین دول متعاقد، لازم الاجرا است. بنابراین طرفین می توانند اجرای آن را از یکدیگر بخواهند، یا با توافق و با انجام تشریفات مخصوص، آن قرارداد را فسخ نمایند.

اما در روابط بین هر یک از دول متعاقد و اشخاص، عهدنامه در کشورهای مختلف، مقامی در ردیف یا بالاتر از قانون دارد. مثلاً در ایران عهدنامه حکم قانون را

1- Allan Philip, Cours de L'Académie de droit international, 1959, I, P.245 et s.

2- Revue du Marché Commun, 1968, P.1007.

3- Revue de Droit International Privé, 1968, P.535.

4- Op. Cit, P.812.

دارد. زیرا ماده ۹ قانون مدنی تصریح دارد که: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است».

بنابراین، همان گونه که بین مفاد دو قانون داخلی ممکن است تعارض پدید آید، بین عهدنامه و قانون داخلی نیز تعارض پیش می آید و دو حالت می توان تصور کرد: قرارداد مؤخر بر قانون داخلی است- در این صورت همان طور که یک قانون مؤخر می تواند نسخ قانون قبلی باشد، قرارداد مؤخر نیز تاحدی که معارض قانون داخلی است، نسخ آن محسوب می شود.

اما چنانچه قانون عام و عهدنامه خاص باشد، در واقع مقررات مؤخر را مخصص مقررات مقدم می دانیم. زیرا در این صورت اجرای قانون مقدم فقط در آن مورد خاص منع می گردد^(۱)، مثلاً هر گاه در کشوری قانونی وضع شده باشد که به موجب آن خارجیان ملزم به پرداخت نوعی مالیات باشند، سپس این کشور با کشور دیگری عهدنامه ای منعقد نماید، که مطابق آن اتباع یک کشور خاص، یعنی کشور طرف معاهده، از پرداخت آن نوع مالیات معاف باشند، در این صورت قانون و عهدنامه هر دو اجرا می شوند، زیرا تعارضی بین آن دو وجود ندارد.

• قانون مؤخر بر قرارداد است- در این حالت موضوع به سادگی حالت قبل نیست. زیرا قرارداد از اراده مشترک دو یا چند دولت حاصل شده و اراده واحد یکی از این دول نمی تواند، با وضع یک قانون جدید، که معارض آن قرارداد باشد، مقررات آن را نسخ نماید.

لازم به تذکر است که هر گاه قرارداد مقدم، خاص و قانون جدید، عام باشد معمولاً مقررات عام نمی تواند نسخ مقررات خاص باشد زیرا امکان دارد منظور قانونگذار به رغم وضع قانون عام جدید، رعایت مقررات خاص سابق نیز باشد. لذا این مطلب به تشخیص قاضی رسیدگی کننده بستگی دارد.

باید توجه کرد که از نظر صحیح بودن یا نبودن وضع قانون مؤخر، قانون اساسی کشورها تا حدودی تکلیف را روشن می کند. مثلاً قانون اساسی فرانسه قراردادهای بین المللی را

ما فوق قانون می داند و قانون مدنی ایران قراردادهای بین المللی را در حکم قانون می داند و حتی همان تشریفات تصویب قوه مقننه باید در مورد آنها اعمال شود.

اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می گوید: «عهدنامه ها، مقاوله نامه ها، قراردادها و موافقت نامه های بین المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». اصل ۱۲۵ قانون اساسی ایران در تکمیل اصل فوق الذکر اعلام می دارد: «امضای عهدنامه ها، مقاوله نامه ها، موافقت نامه ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولتها و هم چنین امضای پیمانهای مربوط به اتحادیه های بین المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس جمهور یا نماینده قانونی او است».

استثنایی که قانونگذار انقلابی ایران در مورد امضای قراردادها قایل شده در اصل ۱۵۳ قانون اساسی به این صورت ذکر شده است: «هر گونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگی، ارتش و دیگر شئون کشور گردد ممنوع است».

ماده ۹ قانون مدنی ایران می گوید: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». بنابراین در حقیقت در مورد تعارض بین عهدنامه و قانون داخلی، در ایران باید مثل مورد تعارض بین دو قانون رفتار کرد و قانون موخر را، تا حدودی که با عهدنامه تعارض دارد، ناسخ آن دانست. منتها چون عهدنامه ناشی از اراده مشترک دو یا چند دولت است، دولت ناسخ عهدنامه، در مقابل دیگر دولتهای امضا کننده عهدنامه، از نظر بین المللی، مسئولیت خواهد داشت.

اما قاضی معمولاً حق ندارد به علت مخالف بودن قانون با عهدنامه سیاسی، یا حتی با قانون اساسی از اجرای آن خودداری کند. به طوری که در کشور فرانسه نیز، که عهدنامه ما فوق قانون دانسته شده، اگر قانونی به تصویب برسد که معارض عهدنامه سابق باشد، قاضی مجبور است قانون داخلی کشور خود را اجرا نماید. زیرا تشخیص موافق بودن یا نبودن مقررات یک قانون با قانون اساسی، از وظایف قاضی نیست.

برای تشخیص مطابقت قانون با قانون اساسی، در بعضی کشورها مثل امریکا، دادگاه خاصی وجود دارد و قضات این دادگاه مکلفند قوانینی را که به تصویب می رسند بررسی نمایند، تا مخالفتی با قانون اساسی نداشته باشند.

در ایران تا قبل از انقلاب اسلامی، مرجعی برای بررسی قوانین و تشخیص مطابقت یا مغایرت آنها با قانون اساسی وجود نداشت. اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در اصل نود و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این مطلب به این صورت ذکر شده است: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

۲-۱-۳- تفسیر عهدنامه- همان طور که قوانین داخلی در مواردی که مبهم باشند باید تفسیر شوند، عهدنامه ها نیز اگر در قسمتی دارای ابهام باشند باید مورد تفسیر قرار گیرند. برای تفسیر عهدنامه سه طریق زیر را می توان ذکر کرد :

- تفسیر از طریق یک دادگاه بین المللی - هنگامی که عهدنامه از سوی دادگاهی بین المللی باید اجرا شود، در صورتی که چنین صلاحیتی برای این دادگاه از طرف کشورهای امضا کننده شناخته شده باشد قاضی دادگاه بین المللی می تواند در صورت لزوم به تفسیر عهدنامه بپردازد مانند دیوان بین المللی دادگستری لاهه، که در ماده ۳۶ اساسنامه آن، این حق برای دیوان مزبور شناخته شده است.

- تفسیر بین المللی - همان طور که برای تفسیر یک قانون، ممکن است قانونگذار، قانون دیگری در تکمیل آن، به نام قانون تفسیری وضع نماید، در مورد عهدنامه نیز ممکن است دولتهای متعاقد، قرارداد دیگری، برای تفسیر قسمتهایی از عهدنامه که مورد اختلاف است، منعقد نمایند. برای این کار دول متعاقد از طریق وزارت خارجه خود، به مبادله نامه مبادرت می ورزند و پس از این که تفسیر به تصویب مقامات صلاحیت دار کشورهای طرف معاهده رسید، الزام آور می گردد. به این طریق عهدنامه ای که از

اراده‌ای که از اراده مشترک دولتها ناشی شده است، مطابق اراده مشترک دولتها نیز تفسیر می‌شود.

• تفسیر داخلی - قاضی هر کشور، در هنگام طرح مسایل بین المللی، حق دارد عهدنامه را که نکات ابهامی دارد تفسیر نماید. به همان ترتیب که اگر قانون داخلی نیز مبهم باشد، قاضی صلاحیت دارد، آن را به منظور احقاق حق افراد تفسیر نماید. البته این تفسیر هیچ گاه نمی تواند ارزش تفسیر قانونی را داشته باشد. زیرا اعتبار آن نسبی است. یعنی فقط در همان دعوای بخصوص و بین همان مدعی و مدعی علیه معتبر است. حتی خود آن قاضی، در موارد مشابه، مجبور به تبعیت از این تفسیر نیست. در حالی که تفسیر قانونی اعتبار قانون را دارد و برای همگان لازم الاجرا است.

در مورد اختیارت قاضی ایرانی در تفسیر عهدنامه باید به ماده ۹ قانون مدنی ایران و اعتباری که قانون ایران برای عهدنامه قایل است توجه نمود. چون ماده ۹ قانون مدنی، عهدنامه را در حکم قانون دانسته است، بنابراین قاضی، برای تفسیر عهدنامه بین المللی، دارای همان اختیاراتی است که برای تفسیر قانون دارا است. مگر این که در متن عهدنامه دادگاهها از تفسیر عهدنامه ممنوع شده باشند یا موضوع عهدنامه بین المللی به طریقی به حقوق عمومی مربوط شود.

در اکثر کشورها مانند ایالات متحده آمریکا، انگلیس، فرانسه، آلمان، ایتالیا و یونان، اصل صلاحیت دادگاهها برای تفسیر عهدنامه های بین المللی (البته در هنگام اجرای آن) پذیرفته شده است.

۲-۱-۴- قطع اثر عهدنامه - عهدنامه ممکن است به علت انقضای مدت، لغو آن توسط قانون یا عهدنامه مخالف، فسخ، جنگ، تغییر اوضاع و احوال، اثر خود را از دست بدهد:

• انقضای مدت - در صورتی که عهدنامه برای مدت معینی منعقد شده باشد، پس از انقضای مدت، اثر آن، بدون این که محتاج به تصویب پارلمان باشد، قطع می گردد.

• لغو عهدنامه- همان طور که یک قانون جدید می تواند قانون ماقبل خود را لغو نماید، عهدنامه نیز می تواند عهدنامه سابق را از اعتبار بپندازد. به عبارت دیگر پس از توافق دولتهای متعاقد بر لغو عهدنامه، این امر را با عقد معاهده ای جدید یا با وضع قانونی مبنی بر لغو آن عهدنامه در هر یک از کشورهای متعاقد، می توان انجام داد.

• فسخ عهدنامه- ممکن است در عهدنامه، حق فسخ پس از طی شرایطی مانند انقضای مدتی مشخص، پیش بینی شده باشد: مثلاً در قرارداد اقامت و دریانوردی، منعقدہ بین ایران و فرانسه، مصوب ۱۳۴۵، ماده ۱۵ اعلام می دارد: «مدت اعتبار این قرارداد ۵ سال است و پس از این مدت نیز تا وقتی که یکی از طرفین تصمیم خود را مبنی بر فسخ آن با اطلاع قبلی شش ماهه به طرف دیگر ابلاغ ننماید هم چنان معتبر خواهد بود».

حال اگر دولتی، بدون رعایت شرایط لازم، عهدنامه را فسخ نماید، در مقابل دولت طرف معاهده مسئول است. ولی قضات داخلی این کشور موظف به پیروی از تصمیم دولت می باشند. زیرا قاضی نمی تواند عمل قوه مجریه را کنترل نماید.

• جنگ- هر گاه عهدنامه راجع به حقوق عمومی باشد، در صورت حدوث جنگ بین کشورهای متعاقد، اثر خود را از دست می دهد، مگر این که اصولاً عهدنامه با آغاز جنگ به موقع اجرا گذاشته شود، یعنی مقررات آن مربوط به اوضاع و احوال زمان جنگ باشد.

اما در مورد عهدنامه های مربوط به حقوق خصوصی بعضی عقیده دارند که هر نوع قراردادی، اعم از قراردادهای مربوط به حقوق عمومی و قراردادهای مربوط به حقوق خصوصی، بین دولتهایی که در حالت جنگ هستند، از اعتبار می افتند و بعضی دیگر عقیده دارند که عهدنامه های مربوط به حقوق خصوصی در مدت جنگ فقط معلق می مانند و پس از جنگ دوباره می توانند به موقع اجرا درآیند.

• تغییر اوضاع و احوال- از آنجا که کشورها در زمان تنظیم عهدنامه بین المللی، اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد را در نظر می گیرند و با توجه به آن، در مورد مسایلی توافق می نمایند، هر گاه پس از انعقاد قرارداد، در آن اوضاع و احوال تغییراتی حاصل شود،

حاصل شود. مسلماً این امر می تواند موجب ایجاد تغییراتی در عهدنامه گردد. اما باید توجه داشت که :

اولاً تغییر اوضاع و احوال باید غیر قابل پیش بینی بوده، منوط به عمل خود دولت نباشد.

ثانیاً تغییر اوضاع و احوال هیچ گاه به خودی خود نمی تواند عهدنامه را لغو کند، بلکه موجب می شود که دولتهای متعاقد برای انطباق قرارداد با وضعیت جدید، در قرارداد قبلی تجدید نظر نمایند و یا قرارداد جدیدی وضع نموده و قرارداد قبلی را لغو نمایند.

۲-۲- رویه قضایی بین المللی - رویه قضایی در حقوق بین الملل خصوصی توسعه زیادی نیافته است زیرا اولاً باید صلاحیت دادگاه بین المللی که دعوی به آن ارجاع می شود، مورد قبول کشورها باشد و دولتها کمتر حاضر می شوند از طریق تبعیت از مقررات یک دادگاه بین المللی خود را محدود نمایند. ثانیاً تعداد آن دسته از دعاوی که به مراجع یا دادگاههای بین المللی (International Authorities) ارجاع می شوند، بسیار محدود است، زیرا فقط دعاوی مطروحه بین دول به این دادگاهها ارجاع می شوند و دعاوی بین افراد در روابط بین المللی، معمولاً در دادگاههای داخلی کشورها حل و فصل می گردند. مگر این که دولت متبوع فردی، وظیفه مراجعه به دادگاه بین المللی را به عنوان حمایت سیاسی، به عهده بگیرد.

اما در حال حاضر در بعضی مراجع بین المللی، برای تسهیل امور افراد، به آنها اجازه داده می شود که خود به تنهایی و بدون تقاضای حمایت سیاسی از دولت متبوع، جهت احقاق حق مراجعه نمایند. دادگاه داوری ایران و امریکا که به موجب بیانیه الجزایر مصوب ۲۹ دی ۱۳۵۹ برابر ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱^(۱) جهت رسیدگی به دعاوی اشخاص علیه امریکا و ایران تشکیل شد، نمونه بارز این مراجع است.

۱- مجموعه اسناد و مدارک رسمی در ارتباط با دعاوی بین المللی ۱۳۶۱، کتاب اول «بیانیه های دولت جمهوری دمکراتیک و مردمی الجزایر و موافقت نامه های فنی».

بنابراین می توان پیش بینی کرد که رویه قضایی بین المللی نیز در آینده بتواند نقش موثرتری را به عنوان منبع حقوقی، در حقوق بین الملل خصوصی، ایفا نماید. ذیلاً چند قاعده حقوقی، که از آرای دیوان بین المللی دادگستری لاهه ناشی شده، و مورد قبول کلیه کشورها است به عنوان مثال می آوریم:

- تعهدات بین المللی هر دولت، آزادی قانونگذاری او را محدود می کند (رأی مشورتی ۱۵ سپتامبر ۱۹۲۳، در مورد تحصیل تابعیت لهستان).
- در مورد تابعیت، دولتها هیچ تعهدی نسبت به یکدیگر به جز آنچه از معاهدات ناشی می شود ندارند (رأی مشورتی ۷ فوریه ۱۹۲۳، در مورد اختلاف بین فرانسه و انگلیس، راجع به تابعیت بعضی اهالی جزیره مالت که در تونس ساکن بودند و تصویب نامه قانونی اتباع کشور فرانسه نسبت به اطفال متولد در تونس و مراکش).^(۲)
- سلب مالکیت و مصادره اموال بیگانگان بدون پرداخت غرامت بر خلاف حقوق مشترک بین المللی است (رأی مورخ ۲۵ مه ۱۹۲۶، در خصوص مسأله Chorzow راجع به سلب مالکیت دولت لهستان از کارخانه های آلمانی که در خاک لهستان واقع شده بودند).
- قواعد حقوق بین الملل خصوصی جزء حقوق داخلی است، مگر این که این قواعد در اثر قرارداد یا عرف بین المللی بین دولتها مشترک باشد، در این صورت جزء حقوق بین الملل، که تنظیم کننده روابط بین دولتها است، به شمار خواهد آمد (آرای شماره ۱۴ و ۱۵ مورخ ۱۲ ژوئیه ۱۹۲۹، در مورد اوراق قرضه منتشره در فرانسه به وسیله دولتهای یوگسلاوی و برزیل).^(۳)
- هر گاه رابطه تابعیت فردی با دولتی کافی و واقعی و مؤثر نباشد این دولت نمی تواند از او به عنوان تبعه خود حمایت نماید (رأی ۶ آوریل ۱۹۵۵، در مورد اختلاف بین لیختن اشتاین^(۱) و گواتمالا در مسأله تابعیت ننه بام^(۲)).

2-Journal du droit international, 1923, P.430

3-Op. Cit, P.837

1- lichtenstein.

2- L affaire Nottebohm, Revue de droit international prive , 1956, P.607

۲-۳- عرف بین المللی- در حقوق بین الملل خصوصی عرف و عادت‌ی که جنبه الزامی پیدا کرده باشد و از طرف همه دولتها رعایت شود بسیار کم وجود دارد. در حالی که در حقوق بین الملل عمومی عرف بین المللی به میزان بیشتری یافت می شود. قواعد معدودی که در حقوق بین الملل خصوصی به صورت عرف بین المللی درآمده و مورد قبول کلیه کشورها است عبارتند از :

- اموال غیر منقول تابع قانون محل وقوع مال می باشند.
- شکل اسناد تابع قانون محل تنظیم سند است.
- آیین دادرسی تابع قانون مقر دادگاه می باشد.
- شناختن حداقل حقوق برای بیگانگان.

لازم به تذکر است که بسیاری از این قبیل قواعد که در ابتدا به صورت عرف بوده اند. در حال حاضر جای خود را در قوانین کشورها باز کرده و جنبه قانونی یافته اند.

۲-۴- اصول کلی بین المللی- با توجه به این که در حقوق بین الملل، اعم از خصوصی و عمومی، موضوع از سطح یک کشور خارج بوده و مربوط به دو یا چند کشور می گردد، لازم است بعضی قواعد کلی که به صورت اصل مورد قبول کشورها قرار گرفته است، در روابط فیما بین رعایت گردد، تا در نتیجه تا حدودی نقیصه ای که، به علت عدم ضمانت اجرا در حقوق بین الملل وجود دارد، رفع گردد.

اصولی که در سطح حقوق بین الملل خصوصی مورد قبول کشورها است عبارتند از :

۱- اصل وفای به عهد، اصل احترام به قول، اصل احترام به حقوق مكتسبه، اصل رعایت حقوق بیگانگان و غیره .