

۱۶۱۱۹۳۳
۵، ۲، ۱۴۰۱

دکتر محمد نصیری

حقوق بین الملل خصوصی

کلیات، تابعیت، اقامتگاه

(وضع اتباع بیگانه و تعارض قوانین و دادگاهها)

(جلد یکم و دوم)

بازنگری، تنظیم و ویرایش:

دکتر مرتضی کاخی / دکتر مرتضی نصیری

www.ketab.ir



نصیری، محمد، ۱۲۸۵-۱۳۷۶.
حقوق بین الملل خصوصی؛ کلیات، تابعیت، اقامتگاه (وضع اتباع بیگانه و تعارض قوانین و دادگاهها)
تألیف محمد نصیری؛ بازنگری، تنظیم، و ویرایش مرتضی کاخی، مرتضی نصیری - (ویرایش ۲)

- تهران، آگاه، ۱۳۷۲
ج ۲: در یک مجلد (۲۰۸ ص).
ISBN 964-329-050-6

فهرست نویسی براساس اطلاعات فیفا (فهرست نویسی پیش از انتشار).

کتابنامه به صورت زیر نویس.

چاپ پانزدهم: آگه ۱۳۸۵.

۱. حقوق بین الملل خصوصی. ۲. حقوق بین الملل خصوصی - - ایران. الف. کاخی، مرتضی، ۱۳۱۷ -
ویراستار. ب. نصیری، مرتضی، ویراستار. ج. عنوان.

۷ ح ن/ ۴۰-۴۷ ۳۴۰/۸

۱۳۷۲

کتابخانه ملی ایران ۷۵-۳۲۶۸ م

www.ketab.ir

دکتر محمد نصیری

حقوق بین الملل خصوصی

(چاپ یکم، ویراست دوم: ۱۳۷۲)

لیتوگرافی: طاووس رایانه، چاپ: منصور، صحافی: کیا

چاپ چهل و سوم: بهار ۱۴۰۱

شمارگان: ۲،۲۰۰ نسخه

همه حقوق چاپ و نشر این کتاب محفوظ است

info@agahpub.ir

نشر آگه

بزرگمهر، نبش فلسطین، پلاک ۲۲، طبقه اول

فروش اینترنتی: www.agahbookshop.ir

قیمت: ۸۵،۰۰۰ تومان

فهرست

۷	 دیباچه
۱۳	 مقدمه
۱۴	 مشخصات حقوق بین الملل خصوصی
۱۵	 فوائد حقوق بین الملل خصوصی
۱۸	 منایع حقوق بین الملل خصوصی
۱۸	 ۱ - منایع داخلی (قانون و رویه قضائی)
۲۲	 ۲ - منایع بین المللی (عهدنامه ها و عرف بین المللی)
۲۴	 دکترین
۲۵	 تحقیقات و تبعات انجمنهای علمی

مبحث اول - تقسیم جغرافیایی اشخاص

فصل اول: تابعیت

۲۶	 کلیات و اصول تابعیت
۲۶	 ۱ - کلیات
۲۸	 ۲ - اصول و مبانی تابعیت
۲۹	 اصل اول - هر فرد بایستی تابعیتی داشته باشد
۳۰	 قاعده اول - هر فرد به محض تولد بایستی تبعه دولت معینی باشد
۳۰	 ۱ - سیستم خون
۳۳	 ۲ - سیستم خاک یا تابعیت ارضی
۳۴	 دلایل طرفداران سیستم خون
۳۵	 دلایل طرفداران سیستم خاک
۳۷	 نتیجه: مقایسه بین دو سیستم
	 قاعده دوم - هیچ کس نمی تواند تابعیت خود را از دست بدهد بدون آنکه
۳۷	 تابعیت دولت دیگری را تحصیل کرده باشد
۴۱	 اصل دوم - هیچ فردی نبایستی بیش از یک تابعیت داشته باشد
۴۱	 ۱ - اختلاف طرز تفکر دولتها راجع به تحصیل تابعیت
۴۲	 ۲ - تابعیت مضاعف
۴۳	 ۳ - تابعیت مضاعف به دلیل ازدواج
۴۴	 وسایل جلوگیری از تابعیت مضاعف
۴۷	 اصل سوم - تابعیت یک امر همیشگی و زوال ناپذیر است
۴۷	 ۱ - تغییر ارادی تابعیت
۴۸	 الف - وضع شخص در مقابل دولتی که می خواهد نسبت به آن ترک تابعیت کند ...
۴۹	 ب - وضع شخص در مقابل دولتی که می خواهد به تابعیت آن درآید

۵۰	۲- تغییر غیرارادی تابعیت
۵۰	۳- تغییر تابعیت در اثر ازدواج
۵۱	الف- عقیده کلاسیک (نظریه وحدت تابعیت زن و شوهر)
۵۳	ب- موضوع تابعیت زن از اوایل قرن بیستم به بعد
	۴- چند نکته درباره وضع تابعیتی که از روی خدعه و تقلب نسبت به قانون داده شده است
۵۵	
۵۸	تابعیت در ایران
۵۸	اولاً- عهدنامه ها
۵۹	ثانیاً- مقررات متفرقه
۶۱	اول- به دست آوردن تابعیت ایران
۶۱	۱- تابعیت اصلی
۶۳	سیستم خاک
۶۴	سیستم خون
۶۴	نسب مشروع
۶۵	نسب نامشروع
۶۷	تابعیت اکتسابی
۶۷	ازدواج
۶۷	۱- وضع زنان خارجی که شوهر ایرانی اختیار می کنند
۶۸	۲- وضع زنان ایرانی که با مرد خارجی ازدواج می کنند
۷۰	پذیرش به تابعیت ایران
۷۵	دوم- از دست دادن تابعیت ایران
۷۵	الف- مورد ازدواج
۷۵	ب- موارد ارادی از دست دادن تابعیت ایران
۷۸	سوم- بازگشت به تابعیت

فصل دوم: اقامتگاه

۸۰	کلیات
۸۲	فوائد عملی بحث در اقامتگاه
۸۳	حقیقت مسأله اقامتگاه
۸۵	اصول سه گانه اقامتگاه
۸۶	اصل اول- هر شخص بایستی اقامتگاه معینی داشته باشد
۸۶	اصل دوم- هیچ شخصی نباید بیش از یک اقامتگاه داشته باشد
۸۷	اصل سوم- اقامتگاه یک امر همیشگی نیست
۸۷	تعیین اقامتگاه از لحاظ بین المللی در حقوق ایران

مبحث دوم - مسأله وضع بیگانگان

فصل اول: اصول و مبانی حقوق بیگانگان	۸۹
اول - مقتضیات حقوق بین الملل عمومی	۸۹
الف - طرز تفکر فلسفی و اخلاقی	۹۰
دوم - رفتار متقابل	۹۲
۱ - رفتار متقابل سیاسی	۹۳
۲ - رفتار متقابل قانونگذاری	۹۳
۳ - رفتار متقابل عملی	۹۴
سوم - قوانین داخلی	۹۴
فصل دوم: وضع اشخاص طبیعی و اشخاص حقوقی بیگانه در ایران	
وضع اشخاص طبیعی بیگانه در ایران	۹۶
وضع بیگانگان در حقوق سابق ایران	۹۶
الف - دوران قبل از اسلام	۹۶
ب - دوران حکومت اسلامی	۹۷
ج - دوران رژیم کابینولاسیون	۹۹
وضع اشخاص طبیعی بیگانه در حقوق فعلی ایران	۱۰۲
الف - حقوق سیاسی	۱۰۲
ب - حقوق عمومی	۱۰۵
اخراج بیگانه	۱۱۰
ج - حقوق خصوصی	۱۱۳
حقوق خصوصی بیگانگان به موجب معاهدات	۱۱۵
سلب مالکیت از بیگانگان	۱۱۶
اقدامات استحقاقی و تأمین	۱۱۸
وضع اشخاص حقوقی بیگانه در ایران	۱۳۳
شناسایی بین المللی اشخاص حقوقی	۱۳۶
وضع شرکتهای خارجی در ایران	۱۳۱
۱ - مسأله تابعیت شرکتهای	۱۳۲
۲ - حقوق شرکتهای خارجی در ایران	۱۳۸

مبحث سوم - مسأله تعارض قوانین

۱ - طرح مسأله	۱۴۰
الف - تشخیص صلاحیت از لحاظ قانون	۱۴۰
ب - تشخیص صلاحیت از لحاظ مقام رسمی	۱۴۰
ج - تشخیص صلاحیت از لحاظ دادگاه	۱۴۱

۱۲۱	۲- اصطلاحات
۱۲۲	الف- قوانین درون مرزی و قوانین برون مرزی
۱۲۳	ب- قوانین شخصی و قوانین ذاتی
۱۲۴	ج- اصطلاحات دیگر

فصل اول: تکامل تاریخی افکار و عقاید - مکتبهای فوق بین المللی خصوصی

قسمت اول: دوره قدیم

۱۴۸	۱- مکتب ایتالیایی
۱۵۳	۲- مکتب فرانسوی
۱۵۵	۳- مکتب هلندی
۱۵۶	قسمت دوم: دوره جدید
۱۵۶	۱- مکتب آلمانی
۱۵۸	۲- مکتب انگلیسی- امریکایی
۱۶۰	۳- مکتب جدید ایتالیایی
۱۶۲	۴- مکتبهای جدید فرانسوی

فصل دوم: فن به کار بردن قاعده ایرانی حل تعارض

۱۷۲	اول- مسأله تأثیر حقوق
۱۷۴	۱- شرایط تأثیر بین المللی حق
۱۷۵	۲- حدود تأثیر حق که صحیحاً به وجود آمده است
۱۷۷	دوم- مسأله توصیفها
۱۸۱	سوم- احاله
۱۸۶	چهارم- مسأله نظم عمومی
۱۸۹	ضابطه برای تشخیص نظم عمومی در روابط بین الملل

فصل سوم: ضمانت اجرای قاعده تعارض - تقلب نسبت به قانون

۱۹۴	شرایط اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون
۱۹۵	آثار جلوگیری از تقلب نسبت به قانون

فصل چهارم: مطالعه چند مورد در عمل

۱۹۷	۱- احوال شخصیه
۲۰۱	۲- اموال
۲۰۴	اموال غیر مادی
۲۰۵	۳- تنظیم اسناد

مقدمه

امروزه برای هیچ ملتی میسر نیست که در چهار دیواری سرزمین کشور خود محصور بماند. حس کنجکاو، نوع پروری، ارضاء نیازمندی‌های روزانه و میل به تجدید عادات و رسوم، آمیزش بین‌المللی را ایجاب کرده و یک جریان دادوستد جهانی به وجود می‌آورد که اثر این جریان، در صحنه جهانی روابط خصوصی افراد با یکدیگر، جلوه گر می‌شود.

این زندگی بین‌المللی، صورت خاصی از زندگی داخلی است که خود نیازمند به‌انتظام حقوقی متفاوتی می‌باشد و در واقع حقوق بین‌الملل خصوصی برای تأمین همین منظور، یعنی برای تنظیم روابط حقوقی که از این دادوستد جهانی حاصل می‌شود به وجود آمده است. بنابراین و به‌طور «مؤقت و اجمال» حقوق بین‌الملل خصوصی را می‌توان چنین تعریف کرد:

حقوق بین‌الملل خصوصی عبارت است از رشته‌ای از علم حقوق که از روابط افراد در زندگی بین‌المللی بحث می‌کند.

ذکر قید «روابط افراد» در تعریف، جهت افتراق آن را با حقوق بین‌الملل عمومی، که در آن از قواعدی که در روابط دولتها (با یکدیگر و یا با مؤسسات بین‌المللی) در زندگی جهانی حکمفرماست گفت‌وگو می‌کند، آشکار می‌سازد.

هرگاه درست دقت کنیم به این نکته پی خواهیم برد که به‌طور کلی موانعی که در روابط بین‌المللی اشخاص پیدا می‌شود ناشی از مسئله یا «پدیده مرز»^۱ است؛ به این معنی که در دو طرف یک «مرز»، کشورهایی مستقل یافت می‌شوند که طرز تفکر

1. Le phénomène de la frontière.

حقوقی خاص و قوانین و تشکیلات قضائی مخصوص به خود دارند و برای اینکه روابط حقوقی بین اشخاصی که در طرفین این مرزها قرار گرفته‌اند امکان‌پذیر باشد بایستی یک رشته مفصلها یا پلهایی ساخت و وسایلی اتخاذ کرد. در حقیقت حقوق بین‌الملل خصوصی، فنی است که این وسایل را به‌ما می‌آموزد. بنابراین، هر زمان که پدیده مرز در روابط حقوقی افراد ظاهر می‌شود، ضمناً یک مسئله حقوق بین‌الملل خصوصی هم مطرح می‌گردد.

مشخصات حقوق بین‌الملل خصوصی

۱ - بین‌المللی بودن آن - درباره وصف بین‌المللی حقوق بین‌الملل خصوصی، پاره‌ای از علما تشکیک کرده‌اند، از جمله دووری سومیر^۱ عقیده دارد که این رشته از حقوق شعبه‌ای از حقوق داخلی است و همچنین نی‌بویه صریحاً اظهار نظر می‌کند بر اینکه حقوق بین‌الملل خصوصی به هیچ وجه جنبه بین‌المللی ندارد.^۲

به نظر ما اگرچه حقوق بین‌الملل خصوصی از لحاظ طریقه حل مسائل مربوطه فاقد جنبه بین‌المللی است معذک چون هر دولتی در وضع و اجرای قواعد و مقررات راجع به آن برای اینکه منصفانه و صحیح باشد ناگزیر از رعایت حاکمیت سایر دولتهاست، اشکالی ندارد که برای این شعبه از حقوق جنبه بین‌المللی قائل شد.

۲ - خصوصی بودن آن - نسبت به وصف خصوصی بودن آن، و اینکه آیا حقوق بین‌الملل خصوصی از رشته‌های حقوق خصوصی و یا منشعب از حقوق عمومی است، باز هم بین علما اختلاف نظر موجود است؛ اگرچه تعریفی که اجمالاً از حقوق بین‌الملل خصوصی کردیم چنین استنباط می‌شود که این رشته از حقوق، جزو حقوق خصوصی به شمار می‌آید، اما نکاتی که ذیلاً ذکر می‌شود جنبه خصوصی بودن حقوق بین‌الملل خصوصی را ضعیف می‌کند:

اولاً - با دخالت روزافزون دولتها در روابط حقوقی افراد، امروزه دیگر حقوق خصوصی چندان واقعییتی ندارد: اقتصاد ارشادی، اتانیزم، ملی کردن صنایع که افراد عادی را مأمورین به خدمات عمومی تلقی می‌نماید حقوق مربوط به مالکیت و قراردادهای همواره تحت تأثیر شدید خود قرار داده و این نفوذ قواعد عمومی در

1. de Varelle Sommières: Synthèse du dr. int. privé.

2. Niboyet: Traité de dr. int. privé.

حقوق خصوصی، خواه ناخواه دامنگیر حقوق بین الملل خصوصی هم شده است. ثانیاً - حقوق بین الملل خصوصی از حقوق موضوعه است که هر دولتی در تعیین احکام و قواعد آن، مصالح سیاسی و اجتماعی گروه ملی خود را بیشتر در نظر می گیرد، که با این کیفیت نیز مشکل بتوان گفت حقوق بین الملل خصوصی رشته ای از حقوق خصوصی به شمار می رود.

فوائد حقوق بین الملل خصوصی

حقوق بین الملل خصوصی متضمن فوائد بسیاری است که ما آن را تحت دو عنوان ذکر می کنیم: ۱ - فوائد عملی ۲ - فوائد علمی.

۱ - فوائد عملی حقوق بین الملل خصوصی - فوائد عملی این علم زیاد است زیرا در هیچ عصری از اعصار روابط بین المللی به این اندازه وسیع نبوده است و در واقع می توان گفت که تسهیلات وسایل حمل و نقل، توسعه شدید تقسیم اقتصادی کار، تخصص بعضی از کشورها در پاره ای از رشته های صنعتی و خلاصه یک سلسله اوضاع و احوال، موجب این همه پیشرفت شده است و امروزه ملاحظه می کنیم که بر اثر جابجا شدن اشیاء، اشخاص، افکار و عقاید از کشوری به کشور دیگر، مسائل بین المللی بیشمار می شود:

الف - اشیاء - هرگونه نقل و انتقال کالا از کشوری به کشور دیگر، یک مسئله بین المللی را در روابط افراد مطرح می سازد.

کالاهایی که از کشوری به کشور دیگر آورده می شود خود مستلزم قراردادی است: مثلاً یک صنعتگر ایرانی، کالاهایی از یک کشور خارجی می خرد. باید بین فروشنده و خریدار قراردادی بسته شود. آن وقت این مسئله مطرح می شود که قوانین کدام یک از کشورها (کشور متبوع خریدار، کشور متبوع فروشنده و یا کشور محلی که حیثاً قرارداد در آنجا بسته شده است) بایستی بر این قرارداد حکومت کند؟ پاسخ این مسئله را حقوق بین الملل خصوصی به ما می دهد.

ب - اشخاص - جابجا شدن اشخاص، عزیمت از کشوری و اقامت در کشور دیگر، مسائل بین المللی مربوط به اشخاص را مطرح می کند و در این زمینه موضوع مهاجرت و مسئله تورسم (جهانگردی) قابل توجه است.

ج - افکار و عقاید - امروزه مخصوصاً با وضع جدید رادیوفونی و تلویزیون، افکار

مصنفین، مخترعین، علما، موسیقی دانان و دیگر هنرمندان با سرعت فوق العاده زیاد از کشوری به کشور دیگر سیر می کند و اغلب این مسئله بین المللی مطرح می شود که این مالکیت های معنوی را تا چه حدودی می توان حمایت کرد.

۲- فوائد علمی حقوق بین الملل خصوصی - از نظر پرورش علمی، فوائد حقوق بین الملل خصوصی مربوط است به:

الف - تازگی موضوعات آن - در حقوق بین الملل خصوصی مسائل حقوقی تازه ای مطرح می شود و مورد بحث قرار می گیرد، زیرا این رشته از علم حقوق، مستقل است و دارای قواعد و احکام مخصوص به خود. منظور این است که حقوق بین الملل خصوصی از امتزاج شعب دیگر حقوق به وجود نیامده و دنباله انتظامات حقوقی دیگر نیست و باید جداگانه آن را فراگرفت تا به مسائل دقیق و موضوعات تازه آن واقف شد.

ب - فن اختصاصی بودن - حقوق بین الملل خصوصی فن خاص «تطبیق و انطباق» است. شما با فراگرفتن این رشته از حقوق، تأسیسات حقوق داخلی خود را از لحاظ تشابه و افتراق که با تأسیسات حقوق خارجی دارد، مورد مطالعه قرار می دهید و آنها را با یکدیگر تطبیق می کنید؛ این تطبیق و انطباق متضمن یک ورزش فکری است و شما را حقوق دان می کند. فرض کنید یک صنعتگر ایرانی برای به کار انداختن کارخانه خود احتیاج به مواد اولیه، که در کشور یافت نمی شود دارد؛ مثلاً باید از خارجه زغال سنگ وارد کند و برای این منظور به یک کمانی خارجی فروشنده زغال سنگ قرارداد می بندد. بین معدن زغال سنگ و کارخانه مذکور، مرزی فاصله است و در دو طرف مرز دولتهای مستقل با حاکمیت های متساوی الاحترام یافت می شوند که طرز تفکر حقوقی خاص و قوانین مخصوص به خود را دارند. همان طور که قوانین مملکت محل وقوع معدن، در ایران به نفس قدرت اجرایی ندارد قوانین ایران هم نمی تواند نسبت به کالایی که در خارج از مرز واقع شده به طور مطلق حکومت کند؛ در اینجا است که فن تطبیق و انطباق پیش می آید و حقوق بین الملل خصوصی، فنی خاص می شود. بایستی قوانین چند مملکت را در نظر گرفت؛ مملکتی که در آنجا معدن قرار گرفته، کشوری که باید زغال در آنجا تحویل شود و احتمالاً کشوری که طرفین در آنجا قرارداد بسته اند. عالم حقوق بین الملل خصوصی بایستی این قوانین را با یکدیگر تطبیق و بین آنها سازش و هم آهنگی ایجاد کند و معلوم سازد که هر کدام از قوانین تا چه حدودی باید به موقع اجرا درآید.

ج - به‌تر فهمیدن سایر رشته‌های حقوق - حقوق بین‌الملل خصوصی ما را به‌تعمق بیشتری دربارهٔ تأسیسات حقوق داخلی وادار می‌کند. ملاحظه کرده‌اید در حقوق مدنی غالباً راجع به حقیقت قضائی یک موضوع (یا یک تأسیس قانون)، مفصلاً بحث شده است. نظریات مختلف و همچنین دلائل له و علیه هر عقیده هم ذکر می‌شود. ولیکن در آخر کار، نظر قطعی و جزمی اتخاذ نمی‌شود. مثلاً راجع به حقی که بستانکاران برای ابطال معاملات بدهکار خود که به‌زبان آنها اقدام کرده است دارا می‌باشند (مدلول ماده ۲۱۸ ق. م.) نظریات متفاوت اظهار می‌شود. از جمله گروهی این حق را ضمانت اجرای یک «تقصیر مدنی» می‌دانند ولی منجزاً نمی‌گویند که آیا این یک «تقصیر قراردادی»^۱ است و یا یک «تقصیر جرمی»^۲. این تفکیک در حقوق بین‌الملل خصوصی اهمیت زیاد دارد. در اینجا باید منجزاً اظهار عقیده کرد؛ زیرا بر حسب اینکه موضوع ضمانت اجرای یک تقصیر قراردادی یا یک تقصیر جرمی باشد، قانونی که صلاحیت حکومت بر آن را دارد متفاوت می‌شود.

مثال دیگر: در حقوق مدنی فرانسه راجع به طبیعت حقوقی رژیم جهیزیه زن^۳ بین متخصصین حقوق مدنی نراشته، اختلاف نظر موجود است. گروهی آنرا نوعی از «حبس مال»^۴ می‌دانند و برخی دیگر اظهار عقیده می‌کنند بر اینکه این یک نوع عدم اهلیت است. اما در حقوق بین‌الملل خصوصی تردید به‌هیچ وجه جایز نیست و ناگزیر از اتخاذ تصمیم قطعی هستیم. زیرا بر حسب اینکه طبیعت حقوقی رژیم جهیزیه زن حبس مال و یا عدم اهلیت باشد قانون یک کشور یا قانون کشور دیگری اجرا می‌شود. این مثالها و همچنین مثالهای بیشمار دیگری را که در سرتاسر حقوق بین‌الملل خصوصی می‌توان ذکر کرد، معنای این عبارت نی‌برآیه را که می‌گوید: «حقوق بین‌الملل خصوصی، به‌مثابه نورافکنی است که به موضوعات و تأسیسات حقوق نورافشانی می‌کند تا سطح بیرونی و حدود هر موضوعی را روشن کند»، به‌خوبی آشکار می‌سازد.

1. Faute contractuelle.
2. Faute délictuelle.
3. Le régime dotal.
4. inaliénabilité.
5. incapacité.

د - پی بردن به این نکته که در روابط بین المللی، هر دولتی باید امکانات را در نظر بگیرد و آنرا به موقع اجرا درآورد - توضیح اینکه حقوق بین الملل خصوصی روی قاعده (ممکن و غیر ممکن)^۱ پایه گذاری شده است زیرا عموماً با حاکمیت های متساوی، یعنی قوای سیاسی و حقوقی مساوی، سروکار دارد و دولتها هیچ گونه الزامی ندارند که قوانین کشورهای دیگر را در قلمرو خود به طور مطلق اجازه اجرا دهند؛ آنها «حق و ناحق»^۲ را تا حدودی که امکانات اجازه می دهد در نظر می گیرند و به عبارت دیگر، در تعارض قوانین، دولتها آنچه را که بر حسب تاریخ، مذهب، تمدن، آمال و آرزوهایشان ممکن می دانند مورد توجه قرار می دهند و به آن عمل می کنند.

منابع حقوق بین الملل خصوصی

حقوق بین الملل خصوصی از جمله حقوق موضوعه است و همان طوری که مقررات حقوق داخلی وضع و به مرحله اجرا می رسد، قواعد حقوق بین الملل خصوصی را هم قوه حاکمه هر دولتی، مستقلاً تعیین می کند و به موقع اجرا درمی آورد اما چون اجرای این قواعد خواه ناخواه برخورد با سایر حاکمیت ها دارد، دولتها اغلب ناگزیرند که یا با توافق صریح و عقد قراردادهای سیاسی، و یا با توافق ضمنی و ایجاد عرف بین المللی، مسائل مربوط به حقوق اتباع خود را تنظیم و تعیین کنند و بنابراین حقوق بین الملل خصوصی هم از منابع داخلی و هم از منابع بین المللی سرچشمه می گیرد.

۱ - منابع داخلی (قانون و رویه قضائی)

الف - قانون - منظور، قانون کشوری است که قضیه در آنجا مطرح شده و مورد رسیدگی قرار می گیرد. بدیهی است که دادگاه این کشور، قواعد و احکامی را که قانونگذار همان کشور تجویز کرده، به موقع اجرا خواهد گذاشت؛ مثلاً دادگاه ایرانی در هر مورد از مسائل حقوق بین الملل خصوصی که نزد او مطرح می شود خواه راجع

1. Possible et impossible.

2. Le juste et l'injuste.

به تابعیت خواه مربوط به وضع اتباع بیگانه و خواه مربوط به تعارض قوانین باشد قواعد حقوق بین الملل خصوصی را که قانون ایران اجازه داده است باید اعمال کند.

راجع به این قواعد فقط اشاره می کنیم که در ایران، تا زمانی که قانون مدنی هنوز تدوین نشده و اصول کاپیتولاسیون برقرار بود، مقررات مدون قانونی وجود نداشت اما فعلاً در حقوق ایران یک رشته مقررات نسبتاً جامعی راجع به مسائل حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد که از جمله مواد ۵ و ۶ و ۷ و ۸ و ۹ مقدمه قانون مدنی و مواد ۹۶۱ تا ۹۹۰ همان قانون را می توان ذکر کرد.

ب - رویه قضائی - رویه قضائی یا آراء محاکم نیز در تشکیل و ایجاد حقوق بین الملل خصوصی رل نسبتاً مهمی را دارا هستند چه اغلب مسائل مربوط به این رشته، در اثر اختلافات حاصله، برای رسیدگی و تعیین تکلیف قطعی، به محاکم مراجعه می گردد که در رأس آنها دیوان کشور قرار گرفته است. دیوان عالی کشور راجع به اعمال قواعد حقوق بین الملل خصوصی، نظارت کامل دارد و بنابراین آراء محاکم، و مخصوصاً آراء دیوان کشور، یکی از منابع مهم حقوق بین الملل خصوصی بشمار می آید و رویه قضائی یا «عرف ملی» حقوق بین الملل خصوصی را ایجاد می کند.

نکته قابل توجه اینکه در ممالک خارجی بیشتر قواعد حقوق بین الملل خصوصی به وسیله آراء محاکم ایجاد و متداول شده است؛ مثلاً در فرانسه قاعده *Locus regit actum* که استاد را از حیث شرایط شکلی تابع محل تنظیم آنها قرار می دهد^۱ با آنکه از قواعد عرفی است مع ذلک به مثابه قانون قابل احترام است و عدم رعایت آن از موجبات نقض در دیوان کشور خواهد بود. متأسفانه در کشور ما قواعد حقوق بین الملل خصوصی، که واجد ریشه عرفی باشد و به وسیله آراء محاکم (رویه قضائی) ایجاد شده باشد، بسیار نادر است و این خود نقیصه ای را در پیشرفت و به جلو بردن این رشته آشکار می سازد.

باری، هر کشوری راجع به حل مسائل حقوق بین الملل خصوصی، قواعد عرفی و یا

۱. در اغلب مجموعه های قوانین مدون در قرن نوزدهم، از جمله در قوانین آلمان و فرانسه، همین روش مشاهده می شود ولی در مجموعه های قوانین بعد از جنگ بین الملل اول درست برعکس این روش عمل شده است؛ از جمله قانون لهستان ۱۲ اوت ۱۹۲۶ درباره تعارض قوانین را، که خود به صورت یک قانون جداگانه کامل است، می توان مثال زد.

۲. این قاعده در ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران به صورت قانون نوشته، درآمده است.

مقررات قانونی مخصوص به خود دارد که در نتیجه پاره‌ای از اوقات، مخصوصاً در مورد تعارض قوانین، تداخل مقررات قانونی و یا عرفهای ملی حقوق بین‌الملل خصوصی، وضع دشواری را ایجاد می‌کند و بدین طریق، تعارض ساده بین قوانین داخلی، به تعارض پیچیده بین سیستم‌های ملی حل تعارض مبدل می‌شود. مثلاً هرگاه بین یک زن و شوهر فرانسوی که در ایران اقامت دارند دعوی طلاق مطرح باشد در این مورد برای حل تعارض و انتخاب بین دو قانون، (قانون ملی زن و شوهر، قانون اقامتگاه آنها) که یک تعارض ساده است خورشیکشانه مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه و ایران اتفاق نظر دارند که بایستی قانون ملی مرجع باشد و بنابراین تفاوتی موجود نخواهد بود که دعوی طلاق در فرانسه و یا در ایران مطرح شود، چه در هر صورت قانون فرانسه نسبت به دعوا حکومت دارد. اما اگر به جای مثال بالا، فرض کنیم که زن و شوهری که در ایران اقامت دارند هر دو انگلیسی باشند، در این صورت حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، طلاق آنها را تابع قانون ملی خودشان (قانون انگلستان) می‌داند و حال آنکه در سیستم انگلیسی حقوق بین‌الملل خصوصی، طلاق، تابع قانون اقامتگاه زوجین می‌باشد یعنی در این مورد قانون ایران باید حکومت کند. در اینجا است که تعارض ساده بین دو قانون (قانون ملی و قانون اقامتگاه)، با تعارض بین دو طرز تفکر (طرز تفکر ایرانی و طرز تفکر انگلیسی)، از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی توأم می‌شود و تعارض را پیچیده می‌کند به طوری که از نظر قاضی ایرانی، قانون انگلستان باید بر این طلاق حکومت کند و حال آنکه قاضی انگلیسی آنرا تابع قانون ایران می‌داند و این پدیده شگفت‌انگیز، قضات ایران و انگلستان را وادار می‌کند که در اثر قاعده معروف به «احاله»، هر کدام قانون مملکت خود را اعمال کنند.

در مورد منابع داخلی حقوق بین‌الملل خصوصی دو مطلب زیر را یادآوری می‌کنیم:

اولاً - در حقوق بین‌الملل خصوصی، بعضی از علمای حقوق، منابع داخلی را به سه قسمت تقسیم کرده‌اند: حقوق نوشته، عرف و رویه قضائی، و گاهی نیز منشاء چهارمی به اسم دکتترین، که در آخر این مبحث چند کلمه از آن صحبت خواهد شد، به منابع داخلی افزوده‌اند.

بدیهی است آنچه را سایرین، حقوق نوشته می‌نامند همان است که در بالا تحت عنوان قانون ذکر کردیم اما راجع به عرف و رویه قضائی، ما، هر دوی آنها را تحت عنوان

«رویه قضائی» درآورده ایم و علتش این است که در حقوق بین الملل خصوصی، رویه قضائی با عرف بستگی کامل دارد و هر وقت عرف گفته می شود، مراد آن عرفی است که رویه محاکم آنرا احراز و مشخص کرده است. البته معلوم است که رویه قضائی در همه موارد عبارت از تشخیص عرف نیست بلکه در پاره ای از موارد بدون آنکه احراز عرفی کند، ممکن است پایه و اساس تشکیل عرف جدیدی قرار گیرد و خلاصه رویه قضائی، حقوق موضوعه را، خواه نوشته و خواه ننوشته باشد، تفسیر و تبیین می کند. ثانیاً - عرف یک طریقه وضع حقوق به صرافت طبع است. عرف به وسیله عادت افراد که در مدت مدیدی اجرا می گردد پایه گذاری می شود و در وجدان عمومی کم کم این فکر به وجود می آید که حتماً باید موافق آن رفتار شود. پس تحقق عرف به دو شرط است: یکی آنکه عادت قدیمی و مستمر باشد دیگر آنکه وجدان عمومی جنبه الزامی بودن آنرا احساس کند. هر گاه عادت، این خصیصه دوم را فاقد باشد، عرف ایجاد نمی گردد.

خلاصه، عرف از یک عادت اختیاری مستمری که تدریجاً الزامی شده است تشکیل می شود.

راجع به مفهوم عرف، دو نکته قابل ذکر است:

۱ - برای هر عرفی، امکان تغییر و تبدیل به عرف دیگر و حتی عرف خلاف آن موجود می باشد؛ به عبارت دیگر هر عرفی یک خصیصه «تغییرپذیری» را بالقوه دارد و همین خصیصه است که مورد توجه مکتب تاریخی قرار گرفته و پایه دگرزین این مکتب را تشکیل می دهد چه البته می دانید که مکتب تاریخی مخالف تدوین حقوق است و عقیده دارد که تدوین مانع پیشرفت حقوق بوده و نمی گذارد که قواعد حقوقی، بر حسب مقتضیات زمان تغییر پیدا نماید.

۲ - اگرچه هم اکنون اغلب قواعد مخصوصاً در حقوق بین الملل خصوصی ریشه عرفی دارند، مع ذلک متجاوز از یک قرن است که دیگر عرف توسعه و پیشرفتی نداشته و جنبه دینامیک یعنی استعداد تغییرپذیری خود را از دست داده و تقریباً تثبیت شده است، به طوریکه دیگر امروز نمی توان گفت که عرف، یکی از منابع تشکیل حقوق می باشد.

۲ - منابع بین‌المللی (عهدنامه‌ها و عرف بین‌الملل)

الف - نفوذ و تأثیر عهدنامه‌ها - ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «مقررات عهدی که طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». بدیهی است منظور از عهد مندرج در این ماده، هرگونه توافق بین دولت ایران با یک یا چند دولت دیگر، راجع به منافع اختصاصی (اعم از سیاسی، اقتصادی و غیره) و قطع نظر از شرایط صوری و یا اهمیت تعهدات ناشی از آن می‌باشد که با این تعریف عهدنامه، شامل عهدنامه به معنی اخص^۱ قرارداد سیاسی^۲ و یا پروتکل می‌شود. ضمناً متذکر می‌شویم که اگرچه عهدنامه فی‌نفسه یکی از منابع بین‌المللی حقوق است، مع‌ذلک در ایران مادام که به تصویب قوه مقننه نرسیده و به‌صورت یک قانون داخلی درنیامده است لازم‌الاجرا نمی‌باشد. در اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصرح است: «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها و موافقتنامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند». با این کیفیت عهدنامه را باید از منابع مختلط (داخلی - بین‌المللی) محسوب نمود، به این معنی که فی‌حد ذاته از منابع بین‌المللی بوده، ولی در اثر تصویب قوه مقننه و توشیح و انتشار به‌صورت یکی از منابع داخلی ظاهر می‌گردد و این وضع خود موجب اشکالات فراوانی در عمل شده است که برای حل آنها گاهی جنبه داخلی و زمانی جنبه بین‌المللی عهدنامه را مورد توجه قرار می‌دهند.

آثار وصف بین‌المللی عهدنامه - از وصف بین‌المللی عهدنامه نتایج زیر حاصل می‌شود:

اولاً - عهدنامه‌ای که بر طبق مقررات قانون اساسی بین دولت ایران و دولت یا دولت‌های دیگر منعقد می‌شود، می‌تواند قانون داخلی را نقض کند و حال آنکه قانون

۱. موضوع عهدنامه‌ها اصولاً داخل تعهدات بین‌المللی و از مباحث حقوق بین‌الملل عمومی است بنابراین مسائل مربوط به طرز انعقاد و تصویب عهدنامه‌ها، شرایط صحت عهدنامه‌ها، تفسیر عهدنامه‌ها، اثر عهدنامه نسبت به دولتهای متعاهد، اثر عهدنامه نسبت به دولت ثالث و مراد انقضای عهدنامه‌ها مورد بحث ما نخواهد بود.

2. Traité.

3. Convention.

بعدی به هیچوجه نمی تواند ناقض تمام یا قسمتی از آن عهدنامه باشد.
ثانیاً - تفسیر بین المللی عهدنامه، با موافقت سایر دولتهای امضاءکننده میسر می باشد و همچنین است تغییر مواد یا تعلیق و یا نسخ عهدنامه.
ثالثاً - در صورتی که عهدنامه ای شامل «شرط رفتار متقابل» باشد، مشخص انجام شرط دولت است (نه قاضی دادگاه) که لدی الاقتضاء می تواند آن عهدنامه را فسخ نماید.

آثار وصف داخلی عهدنامه - وصف داخلی عهدنامه متضمن نتایج زیر است:
اولاً - در صورت بروز اختلاف بین متن ایرانی و متن خارجی عهدنامه، در صورتی که تصمیم دیگری بین طرفین اتخاذ نشده باشد، متن ایرانی سندیت دارد.
ثانیاً - مادام که عهدنامه، طبق مقررات قانون انتشار نیافته است، دادگاه نمی تواند مقررات آنرا به موقع اجرا بگذارد.
ثالثاً - تفسیر متن عهدنامه، مثل قانون داخلی، تحت نظارت دیوان کشور انجام می گیرد.

عهدنامه های دوجانبه و عهدنامه های چندجانبه - عهدنامه های دوجانبه، بین دو دولت و به منظور تأمین منافع اختصاصی آنها منعقد می شود. این عهدنامه ها فقط نسبت به طرفین متعاهد الزام آور بوده و به هیچ وجه قابل استناد در مقابل دولت ثالث نیست، از این قبیل است عهدنامه اقامت که به وسیله آن در کشور متقابلاً امور حقوقی اتباع خود را در قلمرو حکومت یکدیگر تعیین و تنظیم می نمایند.

عهدنامه های چندجانبه، که آنها را اونیون^۱ (اتحادیه) و یا «عهدنامه های اونیون» و یا «قراردادهای اونیون» نیز می گویند، عبارت است از قراردادهای سیاسی که بین چند (لااقل سه) دولت برقرار می شود و به طور کلی منظور این است که با انعقاد این قراردادها، گروه زیادی از دولتها تحت یک رشته مقررات حقوقی مشترک قرار گیرند. تا به امروز چندین قرارداد چندجانبه، بین دولتها امضاء شده که پاره ای از آنها نسبتاً قدیمی می باشند، از جمله قرارداد چندجانبه حمایت «مالکیت ادبی» را که در سال ۱۸۸۶ میلادی در شهر برن (سویس) منعقد شده و عده کثیری از دولتها آنرا امضاء کرده اند و همچنین قرارداد چندجانبه «مالکیت صنعتی» (شامل علائم کارخانه،

1. Union.

نقشه‌ها، طرح‌های تجارتي، ورقه اختراع) پاریس را که در تاریخ ۱۸۸۳ میلادی به وجود آمده و هم‌اکنون ۷۹ کشور را با هم مجتمع کرده است^۱ می‌توان مثال زد.

ب - عرف بین‌المللی - عرف بین‌المللی، مشمول همان تعریفی است که در حقوق داخلی دارد؛ به این معنی که از یک عادت مستمری که لازم‌الاجرا شده است تشکیل می‌شود. به عبارت دیگر عرف بین‌المللی، عبارت از یک قاعده حقوقی است که دولتها طی مدت مدیدی در روابط بین خود آنرا رعایت کرده‌اند به طوری که در وجدان عمومی آنها به تدریج یک جنبه الزامی پیدا کرده است.

هر عرف بین‌المللی یک عرف «حقوق عام» مردم جهان است که گاهی نیز موضوع آن یک قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد. مثلاً راجع به وضع اتباع بیگانه، عرف بین‌المللی بر این قاعده مستقر شده که هر دولتی باید حداقل حقوقی برای اتباع کشورهای دیگر که در قلمرو حکومت او اقامت دارند، بشناسد و کمتر از آنرا عرف بین‌المللی اجازه نمی‌دهد. همچنین عرف بین‌المللی اقتضا دارد که از اتباع خارجه بدون تأدیه قیمت عادلانه خلع مالکیت نشود و بالاخره همین عرف بین‌المللی، ایجاب می‌کند که بیگانگان به محاکم محل اقامت خود دسترسی داشته و حق ترافع قضائی داشته باشند.

دکترین

در حالی که اصولاً و از لحاظ قانون اساسی، دکترین نمی‌باید و نه می‌تواند از منابع حقوق باشد، مع ذلک در تمام رشته‌های حقوق، واجد اهمیت بسیار است.

دکترین، یک منشاء مستقیم حقوق نیست، ولی به طور غیرمستقیم در ایجاد تفسیر و اعمال قواعد حقوق تأثیر به سزا دارد و این تأثیر عملاً یا به وسیله آموزش و یا در اثر تفسیر و گزارش‌های کتبی و یا تحقیقات و تبعات انجمن‌های علمی انجام می‌گیرد. آموزش - واضح است افکار و نظریه‌هایی که در دانشکده‌ها یا آموزشگاه‌های حقوق تدریس می‌شود، بالاخره در کسانی که بعدها، روزی قانونگذار یا قاضی می‌شوند، اثر خود را می‌گذارد. قانونگذار یا قاضی چیزی از خود اختراع نمی‌کند،

۱. در قرارداد پاریس نابه‌حال چندین مرتبه تجدیدنظر شده و اخیراً در سال ۱۹۵۸ در کنفرانس لیون (پایتخت پرتغال) مورد تجدیدنظر قرار گرفت. دولت ایران در سال ۱۹۵۹ به قرارداد چندجانبه پاریس ملحق شده است.

بلکه نظری از نظریه‌هایی که آموخته است به موقع اجرا درمی آورد و بدین ترتیب دکترین عامل غیرمستقیم ایجاد حقوق می‌گردد.

تفسیرها و گزارش‌های کتبی - در این زمینه آنچه بیشتر جلب توجه می‌کند، گزارش‌های مستشاران دیوان کشور در موضوعات مطروحه در آن محکمه عالی می‌باشد. هر وقت شما گزارشی از این قبیل می‌خوانید، می‌بینید عقاید مختلف علمای حقوق، خواه ناخواه اثر خود را آشکار ساخته و در حقیقت دیوان کشور یکی از عقایدی را که آنان راجع به مسئله بیان کرده‌اند ترجیح داده است.

تحقیقات و تبعات انجمن‌های علمی:

غالب انجمن‌ها و مؤسسات حقوقی بین‌المللی و مؤسسات حقوقی تطبیقی، به طور مداوم در زمینه مسائل مختلف حقوق بین‌الملل خصوصی تحقیق و تتبع می‌نمایند و نتیجه این مطالعات به صورت گزارشات علمی در مجلات حقوق بین‌الملل خصوصی درج می‌گردد. کوشش‌های کنفرانس‌های حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه و مؤسسه رم، برای وحدت حقوق خصوصی در این زمینه شایان توجه خاص می‌باشد و مهمترین نشریه مرتبی که در مورد مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی منتشر می‌گردد، مجله انتقادی حقوق بین‌الملل خصوصی است که از نظر پروفیسور باتیغول در فرانسه منتشر می‌شود.

مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی

حقوق بین‌الملل خصوصی از سه موضوع بحث می‌کند و ما هر یک را در مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱ - مسأله تقسیم جغرافیایی اشخاص (مسائل تابعیت و اقامتگاه).

۲ - مسأله وضع بیگانگان.

۳ - مسأله تعارض (قوانین - دادگاه‌ها و مراجع رسمی^۱).

۱. مسأله اجرای احکام دبنالہ مسأله تعارض بوده و جزو حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌شود.