

معنوی نتیجه لطمه ای باشد که بمنافع شخصی وارد میشود از قبیل قطع روابط نامزدی ، طلاق ، اثبات نسب .

میگویند ضرر معنوی يك ضرری مانند ضررمادی نیست که بتوان جبران کرد زیرا در دارائی معنی علیه کسری حاصل نشده است اینگونه غرامت خود فقط بمنظور راضی کردن یا از بین بردن روح انتقام در معنی علیه یا بازماندگان اوست و الا اگر غیر اینصورت فرض شود مسئله استیفاء بلاجهت enrichment sans cause برفع معنی علیه یا بازماندگان پیش خواهد آمد.

ولی بنظر اینجانب این نظریه در تمام موارد ضرر معنوی صادق نیست چه در موردی که زنی شوهر خود را از دست می دهد نه تنها رنج روحی متحمل میشود بلکه از نظر اقتصادی بر او لطمه وارد می شود که موجب تقلیل دادن وضع مادی او خواهد شد و او ناگزیر است که من بعد از دارائی شخصی یا طریق دیگری زندگی خود را تأمین کند



دکتر متین دفتری

رؤس مسائل

حقوق بین الملل خصوصی

پرتال علم مقدمه

حقوق بین الملل خصوصی آیا جزء حقوق خصوصی است یا حقوق عمومی یا حقوق بین المللی؟ تخصیص دادن آن بهر يك از این سه شعبه خالی از اشکال نیست. حقوق بین الملل خصوصی با اصطلاح سربك سه راهی قرار گرفته و کما بیش با هر يك از این شعب ارتباط دارد. حقوق بین الملل خصوصی از روابط خصوصی بین افراد در کشورهای مختلف شروع شده بعدها بهمان درجه که رژیم اتانیزم در دنیا ترقی میکرد یعنی دولتها کم کم در کلیه شئون داخلی و خارجی سرزمین خود صاحب اختیار و مقتدر شدند و بالتیجه حقوق بین الملل بیش از پیش کسب اهمیت کرد و در نتیجه درجنگ بین المللی يك سازمان جهانی بزرگ ( ابتدا جامعه

## رؤس مسائل

ملل سپس سازمان ملل متحد) بوجود آمدن اختیار رفت و آمد و مناسبات اقتصادی بین ساکنین کشورهای عالم تدریجاً بدست دولتها افتاد

موضوع بحث در حقوق بین الملل خصوصی سه مسئله مهم است: ۱) تابعیت (۲) شرایط یعنی حقوق و حدود اتباع خارجه (۳) تعارض قوانین *Conflict des lois* - اکنون باید دید که آیا این سه مسئله از امور مربوط با افراد است در روابط متقابل بین خودشان یا در روابط بین آنها و يك دولتی و یا اینکه در امور مربوط بر روابط و مناسبات متقابل دولتها است و آیا حل این مسائل در اختیار هر يك از دولتها در سهم خودشان است یا اینکه در اختیار عموم دول است یعنی تابع تصمیمات و قواعدی است که عموم ملل باید از آن تبعیت نمایند؟

در جواب این سؤالات علماء اتفاق نظر نداشته اند و ما مواجه با سه عقیده و نظریه مهم هستیم:

**عقیده اول:** این است که حقوق بین الملل خصوصی استقلال ندارد و جزء حقوق داخلی است که در قلمرو هر کشوری معتبر است و در هر کشوری رعایت منافع و خصوصیات آن کشور را مینساید باین معنی که هر دولتی در قوانین خود قواعدی برای اقامت اتباع خارجه و فعالیت های آنها در قلمرو او و همچنین برای معاملاتی که در مسالك خارجه واقع میشود وضع میکند همان طور که برای سایر امور داخلی خود وضع قانون مینماید.

**عقیده دوم:** این است که حقوق بین الملل خصوصی خود يك شعبه مستقلى از حقوق است - این عقیده ناشی از قواعد مربوط بحل اختلاف بین قوانین منی رفع تعارض قوانین است - بنابراین عقیده حقوق بین الملل خصوصی در واقع مستقیماً وضع قواعدی برای روابط و معاملات بین اتباع مسالك مختلف نمیکند بلکه حدود قوانین کشورهای مختلف را تعیین کرده یعنی مبین می کند که قوانین يك کشوری تا چه حد و چه اندازه در کشور دیگری قابل استفاده است. خلاصه بنا بر این عقیده حقوق بین الملل خصوصی عبارت از مجموعه قواعدی است که برای تنظیم بعضی از روابط بین دول وضع شده - در اینجا باید فهمید مقصود کدام قسمت از روابط بین دول است؟ بقیده *Bartin* بارتن آن قسمتی که مربوط است با اداره امور قضائی اتباع خارجه - بقیده ویس *Weiss* آن قسمتی که مربوط بجولانگاه منافع خصوصی است در مقابل منافع عمومی به عقیده لانه *Lainé* آن قسمتی که راجع به روابط غیر مستقیم که منشاء آن منافع معاملات بین افراد است. منشاء افتراق و تمایز حقوق بین الملل خصوصی از حقوق بین الملل عمومی مبین است باین معنی که در روابط بین الملل و کشورهای مختلف قواعدی که مربوط بمنافع خصوصی و

روابط غیرمستقیم بین دول است حقوق بین الملل خصوصی است .

**عقیده سوم :** صاحب این عقیده پروه **Pillet** است که حقوق بین الملل خصوصی را یکی از شاخه های حقوق بین الملل عمومی میداند و برخلاف کسانی که معتقدند حقوق بین الملل خصوصی عبارت از قواعدی است که هر کشوری بموجب قوانین داخلی خود برای تنظیم روابط با اتباع خارجه وضع میکند بی به میخواهد بگوید حقوق بین الملل خصوصی عبارت است از يك سلسله قواعد جهانی و بین المللی است که برای هر يك از دول حدودی معین میکند و با اصطلاح بقانونی که ناظر به تنظیم هر يك از امور مربوط بزندگی جهانی افراد است یعنی زندگی افراد هر کشوری در کشورهای دیگر اعتبار يك قانون عمومی جهانی و بین المللی میخواهد بدهد . بی به در جواب آنهایی که اعتراض میکنند چنین قوانین بین المللی که برای عموم دول لازم الاتباع باشد وجود ندارد میگوید صرفه و مصلحت عموم دول اقتضا میکند که هر دولتی باید قواعدی وضع کند که مورد قبول و احترام عموم دول باشد و اگر هر دولتی مصالح عمومی دول را در نظر بگیرد و برای دیگران آنرا بخواهد که برای خود میخواهد با تشابه کارها و هدهدهای اکثر بلکه عموم دول وضع چنین قواعدی برای او اشکالی نخواهد داشت .

### مآخذ و منابع حقوق بین الملل خصوصی - حقوق بین الملل خصوصی هم منابع

بین المللی دارد و هم منابع داخلی و باید بین این دو نوع منابع فرق گذاشت .  
 اما در قسمت منابع داخلی باید دانست که قوانین داخلی هر کشوری که معارضه با يك عهد نامه یا يك عادت بین المللی نداشته باشد ایجاد يك حق بین المللی با اصطلاح **Jus intér gentes** نمیکند مثلاً قوانین داخلی مربوط به تابعیت فقط بمنظور روابط اتباع با دولتی که وضع آن قوانین را مینماید نوشته میشود و در مقام محدود کردن حقوق دولت دیگری نیست یعنی برای محاکم و سایر مقامات مملکت دیگر لازم الاتباع نیست اما عمل خلاف این نظریه را نشان میدهد زیرا هر چند قانون تابعیت در يك مملکتی ناظر بر روابط دولت وضع کننده آن قانون با اتباع خود میباشد احیاناً با اجراء قوانین مملکت دیگر ممکن است اخلال بکند زیرا اگر افرادی پیدا شوند که مشمول قوانین تابعیت مملکت دیگری هم بشوند چگونه ممکن است در آن واحد بتکالیف خود در مقابل دو دولت عمل بکنند من باب مثل اگر يك نفر مطابق قانون ایران در خاک ایران تبعه ایران شناخته شود و مطابق قانون ترك در خاک ترك تبعه ترك اگر بسن مشمولیت نظام وظیفه برسد چگونه ممکن است در آن واحد هم در ارتش ایران و هم در ارتش تركیه خدمت بکند اصراً هیچ دولتی نمیتواند در باره دولت دیگری منکر این حق بشود که او در قلمرو خودش مقرراتی برای اتباع خارجه وضع کند و محدودیتهایی برای آنها قائل بشود از

طرف دیگر رفت و آمد و معاملات بین ممالک عالم در عصر حاضر طوری شایع شده و ضرورت پیدا کرده است که اگر یک دولتی بخواهد از قبول اتباع خارجه در خاک خودش امتناع بکند خود را دچار زحمت میکند. در گذشته برای تنظیم آمد و رفت اتباع خارجه کمتر عهدنامه‌هایی بسته میشد فقط قرار دادهایی موسوم به کاپیتولاسیون وجود داشت که بموجب آن اتباع ممالک عیسوی در ممالک غیر عیسوی دارای بکنوع امتیازات برون مرزی (حق خارج المملکتی) شده بودند و عنوان این قراردادها این بود که قوانین این ممالک بیشتر جنبه مذهبی داشت و شامل عیسویان نمیگردید لیکن ما میدانیم کاپیتولاسیون بعدا چه حربه خطرناکی شد برای بسط نفوذ و سلطه ممالک استعماری و لطمه باستقلال ممالک شرقی؛ و این ممالک با چه زحماتی موفق شدند از زیر بار این قرار دادهای شوم خلاص شوند. شرح قراردادهای ظالمانه که بعنوان کاپیتولاسیون بر ایران تحمیل شده و اوضاع مستعمراتی طاقت فرسانی که طرز اجراء این قراردادها در کشور ما تدریجاً بیار آورده بود و ترتیب الفاء این رژیم منافی استقلال را در سال ۱۹۲۸ و تبدیل آن بقراردادهایی که بر اساس قواعد عمومی حقوق بین الملل و اصل تساوی بسته شد این جانب در کتابی بزبان فرانسه در سال ۱۹۳۰ در پاریس منتشر کرده‌ام.

در بیان ماخذ و منابع این نکته را نیز باید خاطر نشان کرد که از لحاظ حقوق بین الملل خصوصی قواعد مسلمی که ایجاد تمهیدات بین دول عموماً بکند وجود ندارد و اگر هم باشد بالنسبه بوسعت مسائل مبتلا به خیلی محدود است. علت آن هم این است که دولت‌ها از حیث تمدن و حواجج معنوی و اجتماعی و اقتصادی تفاوت زیاد دارند بعضی قواعد که از لحاظ حقوق بین الملل جاری شده بیشتر مستند بپاره سوابق علمی است. بین ممالک عیسوی که از حیث اخلاق و تمدن شباهت دارند و نزدیک هستند يك حقوق بین الملل خصوصی بوجود آمده اما روابط بین مردم ممالک جهان منحصر بممالک عیسوی نیست و این روابط در سر تا سر جهان توسعه مییابد و اینجا است که نقص حقوق بین الملل خصوصی محسوس میشود.

باین ملاحظات چاره باقی نمیماند جز آنکه مسائل مربوط بحقوق بین الملل خصوصی را نوعاً بوسیله قوانین داخلی حل بکنیم با دو استثناء: یکی در مواردی که عهدنامه وجود داشته باشد دیگری در مواردی که اوضاع و احوال طوری باشد که يك دولتی مجاز باشد به حمایت تبعه خودش که در نتیجه نقض يك حق شناخته شده در عرف بین المللی از دولت دیگری متضرر شده است قیام نماید.

اما عهدنامه‌هایی که به حکم ضرورت همکاری بین دول در زمینه تأمین حقوق بین الملل خصوصی متداول شده يك سیر تاریخی پیموده اند که مختصراً در اینجا بیان میکنم. ابتدا

عهدنامه‌های دوطرفی ایجاد حقوق و تمهیداتی میکرد یعنی دو دولت معین در موضوع قوانین و مقررات خودشان که ارتباط با شرایط و وضع اتباع خارجه دارد توافق‌نامه می‌کردند عیب این ترتیب این بود که جنبه عمومی نداشت و یک وضع استثنائی در خصوص روابط اتباع دو دولت امضاءکننده ایجاد میکرد - کم‌کم این قراردادها از حال بین‌النهرین تجاوز کرد و دول دسته دسته بین خودشان قراردادهائی منعقد ساختند و باین ترتیب اتحادیه‌هائی تشکیل شد و زمینه برای یک نوع حقوق بین‌الملل محدود بناحی معین و امور معین فراهم گردید . از جمله در موضوع مالکیت ادبی ( مانند حق‌التالیف ) و صنعتی که احتیاج به حمایت بین‌المللی داشت و این منظور با عقد قراردادهای دوطرفی تأمین نمیشود نهضتی در دنیا ایجاد و چندین اتحادیه باین منظور تشکیل شد تا اینکه بالاخره عهدنامه بین‌المللی برن مورخ ۱۸۸۶ که سه مرتبه در سالهای ۱۸۹۶ و ۱۹۰۸ و ۱۹۱۴ تجدید گردید پدید آید اکثر دول اروپا و بعضی از کشورهای ماوراء بحار را متحد ساخت - و اتحادیه سال ۱۸۸۳ راجع بحصایت از مالکیت صنعتی که در سال ۱۹۱۱ در واشنگتن تجدید نظر شد با امضاء عده کثیری از دول کلیه قاره‌ها رسید . عهدنامه برن مورخ ۱۴ اکتبر ۱۸۹۰ در خصوص حمل و نقل بین‌المللی بوسیله راه‌آهن بین اکثر دول قاره اروپا منعقد گردید - اتحادیه‌های دیگری هم راجع به بحرییمائی تشکیل یافت و بطور کلی در هر موضوعی که دول حس میکردند احتیاج یک ترتیب متحدالشکلی دارند برای آن موضوع اتحادیه تشکیل داده عهدنامه امضاء کرده‌اند .

امادر موضوع تعارض قوانین تحولی بیش آمده که جالب توجه است و طرق آن در اروپا و آمریکا مختلف بوده مبدأ این تحول دو امر مهم بوده است :

اولا توجه فوق‌العاده اروپا در نیمه دوم قرن نوزدهم بمسئله ملیت‌ها یک عقیده سیاسی و قضائی را تقویت کرد که مطابق این عقیده دولتها تکلیف دارند در باره خارجیها قوانین ملی خود آنها را اجرا کنند

ثانیاً در سال ۱۸۹۳ در شهر گانده ( بلژیک ) انجمنی بنام مؤسسه حقوق بین‌الملل enstitut De Droit entèrnational تشکیل شد که هدف آن این بود که مطالعه کنند و در نظر بگیرد قواعد عمومی را که برای حل اختلاف و رفع تعارض بین قوانین مدنی و جزائی ممالک مختلف بطور متحدالشکل در قرار دادهای بین‌المللی باید پیش بینی شود متعاقب آن چندی بعد دولت هلند بنماینده گی آسر Asser حقوق دان شهیر خود ابتکار کرد و در سال ۱۸۹۳ در شهر لاهه یک کنفرانس رسمی دعوت نمود بمنظور اینکه قواعد حل اختلاف قوانین را در نظر گرفته و آن را بدولت توصیه نماید این کنفرانس تشکیل شد و زحمت مفیدی کشید سال بعد دولت هلند موفق شد بوسیله این اجتماع بین‌المللی طرحی

برای قسمتی از مواد مربوط بآئین دادرسی مدنی تهیه کند که در سال ۱۸۹۶ با امضاء شانزده دولت اروپائی رسید. این موفقیت دولت هلند را نشویق کرد و در ابتداء قرن بیستم نمایندگان دول رادعوت نمود و آنها در چهار نوبت بمواصل تا سال ۱۹۱۲ جمع شدند و از اجتماع آنها چندین اتحادیه بوجود آمد باین شرح اتحادیه سه گانه لاهه مورخ ۱۹۰۲ در خصوص تعارض قوانین مربوط باز دواج و طلاق و ولایت صفار - اتحادیه چهار گانه لاهه مورخ ۱۹۰۵ در خصوص آئین دادرسی مدنی - آثار از دواج و حقوق و حدود زوجین در روابط شخصی آنها - در خصوصی حجر و در خصوص ارث و وصیت لیکن این توفیقها کامل نبود زیرا فقط دولتی که قوانین داخلی شان اجازه میداد که در باره اتباع خارجه قوانین ملی آنها را اجرا کنند و آنها تیکه مایل بودند قوانین خودشان نسبت باتباعشان در ممالک خارجه رعایت بشود این قراردادها را امضاء کردند ولی انگلستان و آمریکا که قوانین داخلی شان اجازه رعایت قوانین خارجی را نمیدهد و میل نداشتند هیچگونه تعهدی بکنند که از استقلال شان چیزی بکاهد از این قرار دادها و حتی از شرکت در کنفرانس دوری جستنند دانمارک و نوروژ هم همین حال را داشتند و از امضاء خودداری کردند و قراردادها یعنی این اتحادیهها مختص به ممالکی گردید که تمدن و شرایط اجتماعی و اقتصادیشان مشابه داشته و امضاء قراردادها کمتر موجب انحراف از قوانین داخلیشان میگردد اما در عمل همین اتحادیههای محدود هم دچار اشکالاتی شدند زیرا رویه محاکم در ممالک امضاء کننده نسبت به اجراء موادی که در این قراردادها مورد توافق واقع شده بود اختلاف داشت و موجب شکایاتی گردید که بعضی از دول مجبور شدند امضاء خود را از بعضی از این قراردادها مسترد بدارند ولی البته این اشکالات موجب یأس کامل نبوده سیر تکاملی باید تعقیب بشود و تعقیب هم شده است بسیاری از امور است از قبیل اسناد تجاری (براقبضه طلب و غیره) یا امور مربوط بدربار نوردی که هیچ اشکال ندارد دول قوانین خودشان را قبلا یکسان بکنند یعنی توحید قوانین در این قسمتها آسانتر است تا اینکه دول بخواهند بترتیب واحدی تعارض قوانین خود را رفع کنند.

از زمانی که جامعه ملل بعد از جنگ اول بین المللی و سازمان ملل متحد پس از جنگ دوم جهانی تشکیل شده امیدواری برای همکاری بین المللی در مسائل حقوقی البته بیشتر شده است. لیکن البته باید قبل از هر چیز سعی کرد موجبات اقتصادی و اجتماعی اختلاف قوانین دول را تعدیل و رفع کرد. کنفرانسهای بین المللی لاهه هم خوشبختانه باز در سالهای ۱۹۲۵ و ۱۹۲۸ تجدید و تعقیب شد در این کنفرانسها این فکر قوت گرفته است که از اتحادیههای مرکب از عده کثیری از دول نتیجه مطلوب کمتر حاصل میشود و باز متوجه قراردادهای بین اثنین شده اند. بموازات این کنفرانسها در نیم کره غربی هم در

اجتماعات بین‌المللی از قبیل کنفرانسهای بان آمریکا و انستیتوی آمریکائی حقوق بین الملل ساعی هستند مجموعه بنام کوله حقوق بین الملل خصوصی تنظیم کنند باین ترتیب که سیستم های هر مملکتی را جمع و جور بکنند تا از این راه تعارضها را از بین ببرند حال که از تاریخچه مختصر تحولات حقوق بین الملل خصوصی فارغ شدیم میتوانیم بتعریف آن بپردازیم :

حقوق بین الملل خصوصی شعبه است از علم حقوق که در شرایط و اقیانیت عصر حاضر مقررات حقوق عمومی و خصوصی داخلی را در قسمت تابعیت و وضع بیگانگان و تعارض قوانین و مراجع قضائی جمع کرده و مدرك این مقررات احیاناً يك تعهد حقوق بین الملل عمومی میباشد که اساس آن توجه و علاقه بهم کاری بین المللی است تا این حد که اجراء قوانین خارجی را در داخله مملکت تجویز مینماید .

توضیحاً باید تذکر بدیم که حقوق بین الملل خصوصی باید در میان و وسط دو طبقه متضاد که یکی رعایت جهان و نظامات جهانی است و افوق مصالح فرد فرد دول باشد و دیگری حفظ مقتضیات و مصالح داخلی ملی است با حزم و احتیاط قدم بردارد و تعادل بین این دورا بر قرار نماید برای نیل باین منظور کافی نیست که تأسیسات و قواعد داخلی ملی را در مقررات بین المللی منعکس نماید بلکه اغلب لازم می آید که مقتضیات زندگی بین الملل را در شئون داخلی مملکت مراعات نمود .

اکنون لازم میدانم قبل از اینکه وارد درسه مبحث اساسی حقوق بین الملل خصوصی یعنی مبحث تابعیت و مبحث حقوق محدود اتباع خارجی و مبحث تعارض قوانین بشوم بطور اختصار شرحی از مکتب ایتالیائی و مکتب فرانسوی و مکتب هلندی که سوابق تاریخی این سه مبحث هستند بگوئیم :

مکتب ایتالیائی - معروف به *théorie des statuts* در هیچ مملکتی مانند ایتالیا مردم شهر نشین خود را زودتر از نفوذ فتو دالیه یعنی رژیم ملوک الطوائف خلاص نکرده اند در قرن بازدهم عده از شهرهای آنجا که در نتیجه تجارت بامشرق زمین ثروت و قدرتی که تحصیل کرده بودند در مقابل امپراطوری مقدس رومی از نژاد ژرمن خود را مستقل دانسته نه فقط حقوق روم را برای خودشان احیاء نمودند بلکه هر يك از این شهرها با اقتباس از بعضی رسوم و عادات برای خود قوانینی وضع کردند که معروف به ستاوتا *Statuta* شده است. ناچار از يك طرف بین این قوانین و حقوق روم و از طرف دیگر بین قوانین اختصاصی شهرها تعارضاتی ظاهر شد و اهالی هر يك از این شهرها در شهر دیگر خود را در معاملات مواجه با مقرراتی میدیدند که با مقررات شهر خودشان تفاوت داشت . این اختلافات را خواستند با اصول حقوق روم حل کنند و باین نتیجه رسیدند که در دعاوی از لحاظ آئین دا درسی

## رؤس مسائل

یعنی حقوق شکلی تابع قانون محل اقامه دعوی باشند لیکن از لحاظ ماهیت یعنی حقوق مادی بین معاملات و احوال شخصیه فرق می گذاشتند عقود تابع قانون محل و قوع عقد میدادند و از لحاظ احوال شخصیه مانند اهلیت از دواج و ارث اشخاص را تابع قانون اقامتگاه (۱) خودشان مینمودند

**مکتب فرانسه** - عقاید مکتب ایتالیائی بزودی بکشور فرانسه سرایت کرد در قرن سیزدهم مقام سلطنت در فرانسه بر ملوک الطوائف فائق آمد و وحدت سیاسی کشور را برقرار کرد. معیناً رژیم فتودالیت مدتهای مدید در اخلاق و حقوق آن کشور دخالت و تأثیر داشت هم فتودالها احکام خود را اجرا میکردند و بعضی شهرهای آزاد در فرانسه وجود داشتند که عادات و رسوم داشتند و هم فرامین پادشاه (متبوع ملوک الطوائف) لازم الاتباع بود در ایتالیا اختلاف قواعد شهرها را حل کرده بودند در صورتیکه در فرانسه علماء حقوق مواجه با عوامل دیگری بودند در این کشور اساس قواعد فتودالها بر اراضی بود و هر یک از ملوکا لطوائف توجه داشتند که اشیاء واقع در قلمرو خود را تابع مقررات خودشان بکنند مالکیت زمین قدری در آن عصر اهمیت داشت که ساکنین هر ملکی تابع قواعد مالک یعنی ارباب ملک بودند.

در چنین اوضاع و احوالی ابتداء بار تول Bartole قواعد را بقواعد ارضی و قواعد خارج الارض تقسیم کرده بود و هر چه نفوذ فتودالیت کم میشد برای افراد حقوق شخصی یعنی حقوقی که ارتباط بسکونت در زمین یک اربابی نداشته باشد بر قرار میکردید. اما مؤسسين مکتب فرانسه دو موان Dumoulen و دارژانتره Dar gentré بودند که در قرن شانزدهم زندگی میکردند اولی نظریه بار تول را تکمیل کرد و مقابله بین احوال شخصیه و حقوق عینی را از آن استخراج کرد که بفرانسه

میکویند. احوال شخصیه تابع عادات اقامتگاه اشخاص باشد و حقوق عینی و تابع قواعد محل وقوع ملک دومی یعنی دارژانتره طرفدار جدی خود مختاری ولایات و مدافع امتیازات فتودالها بود و بهین دلیل قوانین شخصی را فقط شامل اموری مانند اهلیت میدانست که ارتباطی به مال نداشته باشد اما هر جا که پای اموال بخصوص اموال غیر منقول، در میان بود اعمال شخص را تابع عادات محل وقوع معامله میدانست.

اما مکتب هلندی - این مکتب در واقع مکمل مکتب فرانسه است در هلند هم مانند ایتالیا

---

(۱) اقامتگاه غیر از محل سکونت است اولی ثابت و دومی متغیر است در مورد اشخاصی

که از مرز مهم امور خود حرکت و مسافرت نکنند هر دو یکی است (رجوع شود به مواد ۱۰۰۲ تیمه قانون مدنی)



## قانون دکلا

شهرهائی وجود داشتند که از راه تجارت متمول شده و خواهان استقلال خود بودند و شیفته عقاید اربابان تره مؤسس مکتب فرانسه گردیدند علماء هلند در قرن هفدهم نظریه فرانسوی را که متمایل بمعنود کردن حقوق شخصی و بسط حقوق ارضی و محلی بود تعدیل کرده قاعده بیک تقسیم سه گانه شدند باین ترتیب که حقوق شخصی شامل کلیه احوال شخصی بهست حقوق عینی ناظر باموال است و حقوق مختلط مربوط بمعاملات است و معتقد بودند هر کس در اراضی یک دولتی سکونت دارد تبعه آن دولت محسوب میشود باین معنی که کلیه اعمال حقوقی او تابع قانون محلی است که عمل در آنجا انجام می پذیرد. لیکن مکتب هلندی یک اضافه هم داشت و آن سلسله نزاکت یعنی Courtoisie است باین معنی که هلندیها عقیده داشتند که در اصل *tenitorialité* یعنی قاعده ارضی و محلی بودن عادات نباید بتمایل شود اهل آنقدر سخت گرفت که مانع مرادات و دادوستد بین شهرها و ولایات و کشورها بشود و راه حلی که در نظر گرفته بودند این بود که دولت میتواند تا آنجا که واقفاً معظوری نداشته باشد بمحاکم خود اجازه بدهد احیاناً بعنوان نزاکت قانون خارجی را اجرا کنند بخصوص که اگر انتظار داشته باشند قانون خودشان در ممالک خارجه به عنوان معامله متقابله اجرا بشود و رعایت این نزاکت را در مواردی که برای کسی در خارجه بموجب قانون خارجه حقی ثابت و مستقر شده است حتماً لازم میدانستند.

نظریات این سه مکتب البته مربوط بواردی است که عهدنامه درین نباشد - اما بین ممالک مجاور برای آمدن و رفت اتباع خودشان معاهده در همه اعصار معمول بوده است فائده این عهدنامهها این بود که موانع قوانین داخلی را رفع میکنند. از عهدنامه های معروف قدیم **کاپیتولاسیون ها** است که ابتدا در سال ۱۵۳۵ بین پادشاه فرانسه فرانسوای اول و سلیمان سلطان عثمانی بسته شد و بعداً بر حسب تقاضای لوئی پانزدهم در سال ۱۷۴۰ با سلطان محمود اول تجدید شد و بموجب آن پادشاه فرانسه حافی کلیه عیسویان ساکن مشرق زمین شناخته شد. در بادی امر بطوریکه قبلاً توضیح داده شد منظور از این کاپیتولاسیونها این بود که چون عیسویان در ممالک اسلامی از قوانین مذهبی مسلمین بهره مند نبودند و حکم اسلام در این خصوص این است «الزموهم بما التزموا» بآنها اجازه داده شده بود قوانین خودشان بوسیله محاکم کونسولی خودشان درباره آنها اجرا شود.

باید دانست که وجود جمعیتها و دستجاتی که دارای یک نوع امتیازات خارج-الملکیتی بودند منحصر بممالک اسلامی نبود این ترتیب سوابق خیلی قدیم در نواحی حوضه دریای مدیترانه دارد در قرون وسطی قبل از آنکه فکرها کسیت ارضی کاملاً منضج بگیرد همه جا در اروپا در بعضی شهرها و بنا داری که مرکز تجارت بودند خارجیها کوهی مجزا و مستقلی داشتند و ازین خودشان بکنفران بنام کنسول انتخاب میکردند که مرجع تظلماتشان بود و مطابق عرف و عادت خودشان درباره آنها قضاوت میکرد. بعدها که

عهدنامه‌ها بسته شد کنسولها را هم دول متبوع آنها انتخاب میکردند. باین ترتیب مدت‌ها مثلاً در خاک فرانسه اتباع خارجه از قوانین و معاکم داخلی معاف بوده و تابع معاکم کنسولی خودشان بودند و بالتبع قواعد محلی مربوط بتمارض قوانین درباره آنها مورد استعمال نداشت. و دامنه این معافیت‌ها کم کم بیاره عوارض و مالیاتهای محلی هم سرایت کرد. این اوضاع و احوال کمابیش ادامه داشت تا اینکه انقلاب کبیر فرانسه تحولی بیش آورد. از آن پس ملت و ملیت یعنی تابعیت مفهوم و اهمیت تازه پیدا کردند و قواعد جدیدی برای ترک و تغییر تابعیت وضع شد.

قانون اساسی فرانسه باتباع خارجه اجازه داد که با شرایط معینی قبول تابعیت فرانسه را بنمایند بعلاوه برای جلب سرمایه‌های خارجی قوانین وضع شد که پاره تزییقات از قبیل انتقال میراث اتباع خارجه پیادشاده فرانسه را که معروف به *Droit de soufaine* بود موقوف کرد. اقامت در خاک فرانسه را برای یهودیها و پروتستانها آزاد نمود و اخراج اتباع خارجه را هم تابع قواعدی نمود که روس هم رفته منظور از این اصلاحات جلب اعتماد اتباع خارجه بود که بدون نگرانی بکسب و کار خودشان در فرانسه اشتغال داشته باشند و با آوردن سرمایه باقتصاد فرانسه کمک کند.

اکنون وارد درمباحث سه گانه حقوق بین‌الملل خصوصی میشویم :

### مبحث اول تابعیت

تابعیت عبارت از يك علقه سیاسی و حقوقی است که بتصمیم يك دولتی یعنی يك شخصیت بین‌المللی ایجاد میشود و يك فردی را تبعه یعنی عضو آن دولت محسوب میدارد. باید فهمید علقه که بنام تابعیت برای افراد نسبت بدولت ایجاد میشود از تأسیسات حقوق عمومی است یا خصوصی ؟ - این مسئله در فرانسه تحولاتی طی کرده است - سابقاً نظر علماء فرانسه این بود که تابعیت از تأسیسات حقوق خصوصی است برای اینکه قواعد آن در قانون مدنی پیش بینی شده اختلاف آن در محاکم قضائی حل میشود و تابعیت در وضعیت خصوصی اشخاص تأثیر دارد. لیکن امروزان نظریه متزلزل شده میگویند اگر تابعیت را در درجه اول رابطه بین افراد فرض کنیم از تأسیسات حقوق خصوصی میشود آثار آن از لحاظ حقوق عمومی هر چه میخواید باشد ولی اگر تابعیت را عبارت از علقه مستقیم بین افراد فرض کنیم از تأسیسات حقوق خصوصی میشود آثار آن از لحاظ حقوق عمومی میشود هر چند که آثار و نتایج آن در روابط خصوصی بیش از روابط با دولت باشد لیکن با سیر تکاملی دولت چاره نداریم جز آنکه بگوئیم تابعیت وقتی که برای موجودیت دولت ضرورت دارد همیشه با تمایلات افراد مطابقت ندارد بنابراین اشتراك زندگی بین افراد تبعه يك مفهوم ثابت و معینی نداشته لیکن رابطه با دولت که شرط حاکمیت دولت میباشد اساس حقوقی تابعیت است بنابراین نظریه اخیر که تابعیت از علائق حقوق عمومی است غلبه

## کانون وکلا

دارد و این نظریه را معاکم فرانسه هم قبول کرده اند .

مسئله دیگر این است که تابعیت از تأسیسات عقدی یا قرارداد بین اثنین است یا يك ايقاع یعنی عمل يك جانبه دولت است ؟ برای جواب این سؤال هم باید بسیر تکاملی دولت توجه کرد در قرن نوزدهم علماء حقوق تابعیت را يك قرارداد بین دولت و اتباع اومیدانستند و اراده یعنی موافقت اتباع را در این قرارداد يك فرض و اماره حقوقی در نظر گرفته بودند . بعد فرق گذاشتند بین تابعیت اصلی و تابعیت اکتسابی - بالاخره باین نتیجه و نظریه رسیده اند که تابعیت يك تصمیم يك جانبه دولت است حتی در موارد دخول بتابعیت جدید - و دلیل این عقیده این است که هر چند دخول بتابعیت تقاضا نامه داوطلب را لازم دارد لیکن دولتی که او را بتابعیت خود میپذیرد در واقع تصمیم خود را بر اساس قانون تابعیت خود اتخاذ میکند و این تصمیم قانونی بقصد يك قرار داد بمنای اخص که متضمن ایجاد يك وضعیت انفرادی برای تبعه باشد منتهی نمیشود .

اکنون که معلوم شد تابعیت بصورت يك تصمیم يك جانبه دولت در آمده باید فهمید اتباع در مقابل این تصمیم چه تضمیناتی دارند ؟ هر چند که اصولا هدف دولت ها تأمین آسایش اتباع خودشان و رعایت تمايلات آنها است علاوه فشار افکار عمومی جهان دولت هارا از اجحاف و زیاده روی باز میدارد و این جهات بهترین تضمین اتساع است معهدا برای حقوق افراد دو تضمین صریحتر و محکمتر در حقوق امروزه وجود دارد : یکی پیش بینی هائی است که در قوانین داخلی برای تابعیت بشرايط معینه شده است دیگری حمایت بین المللی است که بعد از جنگ بین المللی اول از زمان تأسیس جامعه ملل برای اقلیت ها تأمین شده است .

بالاخره يك مسئله دیگر هم باید روشن شود و آن رابطه است که تابعیت با حقوق بین الملل دارد . يك عقیده شایع شده است که چون تابعیت با وجود دولتها و حاکمیت آنها بستگی دارد و از طرف دیگر دولتی را نمیتوان مجبور کرد در مسائل مربوط بحقوق عمومی رعایت قوانین خارجه را بکنند پس - تابعیت از موضوع حقوق بین الملل خصوصی خارج است این عقیده منبى بر اشتباه است زیرا حقوق بین الملل خصوصی نه يك تأسیس فوق حاکمیت دول است و نه موضوع آن اجراء قوانین خارجه است بلکه موضوعاتی است که محول بقوانین داخلی شده در عین حال تحت تأثیر رقابتها و مسئولیت های مشترك بین المللی است بعدی که قوانین خارجه در آن ممکن است مورد توجه قرار بگیرد . از تعریف تابعیت پیدا است که وجهه بین المللی دارد و هیچ دولتی نمیتواند بدون در نظر گرفتن وضعیت بین المللی افراد مورد بحث و بدون توجه بحقوق و تکالیفی که در مقابل سایر دولتها دارد بدون توجه بقوانین خارجه قواعدی برای تابعیت وضع نماید . پس از این مقدمه باید وارد در بحث قوانین و مقررات مربوط بتابعیت بشویم مدت

این سخنرانی بما اجازه ورود در این تفصیلا نمیدهد .

قبل از زمان حکومت قانون مدنی قواعد مربوط بتابعیت در ایران بموجب يك فرمانی مقرر شده بود که معروف بقانون نامه تابعیت بود و قبل از مشروطیت یعنی تقریباً شصت سال قبل تصویب شده بود . در اواخر سال ۱۳۱۳ که جلد دوم قانون مدنی را تنظیم کردیم تابعیت که جنبه حقوق عمومی دارد در کتاب دوم آن قانون از ماده ۹۷۶ تا ماده ۹۹۱ بتفصیل معین شده است این قانون کلیه ساکنین ایران را باستثنای اشخاصی که بتابعیت خارجی آنها مسلم باشد یعنی مدارک تابعیت خارجی آنها مورد اعتراض دولت ایران نباشد تبعه ایران شناخته است . همچنین قاعده تابعیت ناشی از نسبت با تولد در خاک ایران که از تأسیسات حقوق اروپائی یعنی حق خون و حق خاک *gus soli* و *gus san guinis* اقتباس شده در قانون مدنی ما منعکس است و تابعیت ایرانیان مقیم خارجه را هم حفظ میکند در قانون مدنی تابعیت ایرانی اصلی از تبعی تفکیک شده است شرایط قبول بیگانگان بتابعیت ایران و سلب آن در صورت ارتکاب بعضی اعمال و همچنین حقوقی که بیگانگان با قبول تابعیت ایرانی تحصیل میکنند و شرایط ترك تابعیت ایران و بالاخره وضعیت زمان ایرانی که با اتباع خارجه و زنان بیگانه که با اتباع ایرانی ازدواج میکنند در زمان ازدواج و بعد از آن در قانون مدنی معین است و بحث علمی در این مواد و مقررات قانون مدنی ساعتها وقت لازم دارد که برای این جانب در اینجا میسر نیست . فقط نکته حقوقی را که میتوانیم تذکر بدیم این است که قانون مدنی ما ترتیب قبول و ترك یا سلب تابعیت را تابع رژیم اداری کرده تحقیقات با مأمورین وزارت کشور حق پیشنهاد با وزارت امور خارجه و تصمیم نهائی با هیئت وزیران است و حق شکایت بمقامات قضائی در قانون ما مسکوت است مگر اختلاف در اسناد سجلی احوال که البته از مدارک تابعیت محسوب میشود و هر گونه تغییر در آن اسناد فقط با حکم محکمه ممکن است . بنابراین اگر مدارک تابعیت کسی محل ولادت یا نسب او باشد که در شناسنامه او تصریح شده و نخواهد خلاف آنرا ثابت کند میتواند بمحاکم مراجعه نماید ،

### بحث دوم - شرایط و وضع بیگانگان .

مقدمه - راجع بحقوق بیگانگان افکار مختلفی در ممالک جهان در اعصار مختلف حکم فرما بوده عده از علماء حقوق بین الملل معتقد بوده و هستند که افراد در خارج از مملکت خودشان اصولاً حقی ندارند مگر آنچه بموجب عادات و قوانین مملکت متوقف فیها یا عهد بین این مملکت و مملکت متبوع برای آنها شناخته شده باشد . لیکن در هر صورت فرق گذاشته اند بین حقوق سیاسی و حقوق مدنی باین معنی که برای اتباع خارجه هیچگونه حقوق سیاسی قائل نیستند ولی از حقوق مدنی از قبیل حق اقامت و معاملات بهره مند هستند جز آنچه درباره آنها استثناء شده باشد . این ارفاق بیشتر در قرن نوزدهم شیوع پیدا

کره برای اینکه در این قرن دنیا تحت تأثیر عقاید لیبرالیزم بود که از آثار انقلاب کبیر فرانسه است علاوه روابط اقتصادی بین ممالک جهان تحت تأثیر آزادی تجارت قرار گرفت و بالنتیجه بیگانگان آزادانه برای معاملات حتی سیاحت رفت و آمد میکردند و گذرنامه و جواز اقامت با شدتی که امروز در دنیا معمول شده موضوع نداشته است در قرن بیستم بخصوص بعد از جنگ بین المللی اول این وضع در دنیا تغییر کرد آزادی تجارت *lifre - éedange* جای خود را بر رژیم پروتکسیونیزم داد برای آمدورفت و داد و ستد بیگانگان مقرراتی قائل گردیدند و حصارهای گمرکی روز بروز ضعیفتر و بلندتر شد و برای ورود و اقامت اتباع خارجه همه جا مقررات سختی وضع کردند و دولت‌ها برای حفظ موجودیت سیاسی و استقلال اقتصادی خود و برای جلوگیری از سرخ افکار انقلابی این محدودیت‌ها را لازم میدانستند. و علی‌رغم تشکیل جامعه ملل بعد از جنگ اول و سازمان ملل متحد پس از جنگ دوم کوششی که در محافل بین المللی برای نزدیک شدن ملل بیکدیگر شده است و بازم می‌شود در عمل دولت‌ها از سختگیربهای خود نسبت به بیگانگان نمی‌کاهند و غالباً با اتباع بیگانه در خاک خود حق تجارت و کلر کردن قائل نیستند.

سید جعفر بوشهری

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

اصول

(۴) دام و خاص

تعریف - در الفاظ قانون غالباً بکلماتی برمیخوریم که بر همه مصادیق خود بدون قید و شرط و بلا استثناء منطبقند مثلاً ماده ۱۷۸ قانون مجازات عمومی . هر کس جسد مقتولی را با علم بقتل مخفی کند یا قبل از اینکه باشخصی که قانوناً مأمور کشف و تعقیب جرائم هستند خبر دهد آنرا دهن کند از دو ماه تا یکسال محکوم بحبس تأدیبی خواهد شد