

## پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۷

هزار و سیصد و نود و هشت - بهار

- ۷ • نقدی پست مدرنیستی بر پوزیتیویسم حقوقی در حقوق بین الملل  
دکتر علیرضا باقری ابیانه - دکتر مجتبی انصاریان
- ۲۷ • تفسیر قطعنامه‌های شورای امنیت: از معمای تعمیم قواعد عام تفسیر تا تخصیص تفسیر  
یاسر سالاریان - مهدی خلیلی طریقه
- ۵۵ • استثنائات منع کار اجباری در قوانین موضوعه ایران و مقاله‌نامه شماره ۲۹ سازمان بین‌المللی کار  
دکتر محمد مظهری - فرزاد جنگجوی (خراطا) - اکبر لطفی عزیز
- ۷۹ • تعهدات خاص خدمات مخابرات در سازمان جهانی تجارت  
زهرا مشرف جوادی
- بررسی الزام مستدل بودن آرای داوری در رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی  
سپهر حسن‌خان‌پور - امیرحسین حقیقی
- ۱۰۷ • رویکرد کیفی قانون مالیات‌های مستقیم با تأکید بر قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم  
۱۳۹۴/۰۴/۳۱
- ۱۲۷ • دکتر ابوالحسن شاکری - عاطفه شیخ اسلامی
- سیاست‌های نوین تقنینی مبارزه با قاچاق کالا در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب  
۱۳۹۲/۱۰/۰۳
- ۱۶۷ • مصطفی حسن رئیسی - ریحانه خلیلی
- تأثیر شخصیت در قراردادهای با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس با تأکید بر رویه قضایی  
فاطمه نوری - دکتر مهدی عاشوری - دکتر دلاور برداران
- ۱۸۹ • جایگاه وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در پرتو تحولات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲  
دکتر سید ابراهیم قدسی - میثم غلامی - امین ملکی
- ۲۱۵ • اصل حاکمیت اراده و بروز آن در قواعد حل تعارض در نظام حقوقی ایران و چین  
۲۳۹ وحید یگانه - روح‌الامین حجتی کرمانی
- ۲۶۱ • قراردادهای هوشمند: توافقات حقوقی در پرتو بلاک‌چین  
نگارنده: رچی او شیلدز، ترجمه: مهدی ناصر - دکتر حسین صادقی





## اصل حاکمیت اراده و بروز آن در قواعد حل تعارض در نظام حقوقی ایران و چین

وحید یگانه\* - روح‌الامین حجتی کرمانی\*\*

### چکیده:

گسترش حجم مبادلات تجاری بین ایران و چین انعقاد قراردادهای بین‌المللی را به‌دنبال داشته است؛ از مهم‌ترین مباحث در چنین قراردادهایی موضوع قانون حاکم بر قرارداد است. به‌علاوه گسترش حجم مبادلات تجاری موجب گردیده تا اتباع چین در ایران و اتباع ایران در چین سکونت داشته باشند؛ این به‌معنای افزایش احتمال طرح دعاوی درزمینه‌های مسئولیت مدنی، خانوادگی، اموال، وصیت و ارث می‌باشد. از این‌رو مطالعه تطبیقی قواعد حل تعارض نظام حقوقی ایران و چین درخصوص این مسائل ضروری می‌باشد. در این نوشتار نظام حقوقی چین درزمینه تعارض قوانین بررسی گردیده و مهم‌ترین مسائل تعارض قوانین در نظام حقوقی چین و ایران بررسی شده است. تحقیق انجام‌شده نشان می‌دهد که نظام حقوقی چین درخصوص تعارض قوانین دارای قواعد کامل‌تر و روزآمد می‌باشد. به‌علاوه حقوق این کشور در تعارض قوانین، برای اصل حاکمیت اراده نقش قابل‌توجهی قائل است؛ درحالی‌که نظام حقوقی ایران درخصوص بسیاری از مسائل فاقد حکم صریح بوده و اصل حاکمیت اراده را نیز آن‌چنان که لازم است به رسمیت نمی‌شناسد.

### کلیدواژه‌ها:

حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، قانون قابل‌اعمال، قانون مقر دادگاه، حاکمیت اراده.

## مقدمه

همان‌طور که می‌دانیم، امروزه چین درخشش خیره‌کننده و فزاینده‌ای در عرصه جهانی داشته و هر روز شمار مبادلات و مناسبات بین‌المللی آن بیشتر می‌شود. این سطح گسترده روابط که بیشتر هم در بُعد اقتصادی جلوه‌گر است، غالباً مرهون خیزش و اصلاحاتی می‌باشد که به‌صورت عمده از سال ۱۹۷۸ میلادی آغاز گردیده و کماکان با تصاعدی چشمگیر ادامه دارد.

پیش از آغاز اصلاحات، روابط چین با جهان خارج بسیار اندک بود. مسلماً در چنین فضای بسته‌ای بستر مناسبی برای رشد حقوق بین‌الملل خصوصی که بر عنصر خارجی متکی می‌باشد، فراهم نیست. از این زمان، با ظهور روزافزون عنصر خارجی در روابط خصوصی، مجالی برای خودنمایی بیشتر حقوق بین‌الملل خصوصی مهیا گردید. پرونده‌های فراوانی با موضوعات بین‌المللی به دادگاه‌ها گسیل و تأمل دادرسان و حقوق‌دانان را در این زمینه برانگیخت و جذبه پژوهش را به نظرها آورد. در نتیجه تحقیق، تألیف و ترجمه در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی، بخش عظیمی از کارهای آکادمیک حقوقی را به خود اختصاص داد و در تعامل با آن، رویه قضایی نیز در این خصوص تکامل قابل‌ملاحظه‌ای داشت؛ بدین ترتیب نظام حقوق بین‌الملل خصوصی چین که عمدتاً از اتحاد جماهیر شوروی سابق گرفته شده بود، پذیرای نظریه‌های نظام‌های پیشتاز غربی شده و به‌گونه بی‌سابقه‌ای بر پیچیدگی و کارایی آن افزوده شد تا حدی که امروزه متخصصان این رشته با ملاحظه و مذاقه در تجربیات پیرامون، در پی ترسیم نظامی نظری با تکیه بر خصایص جامعه چین هستند.

گسترش حجم مبادلات تجاری بین ایران و چین انعقاد قراردادهای بین‌المللی را به‌دنبال داشته است؛ از جمله مهم‌ترین مباحث در چنین قراردادهایی موضوع قانون حاکم بر قرارداد است. به‌علاوه گسترش حجم مبادلات تجاری موجب گردیده تا اتباع چین در ایران و اتباع ایران در چین سکونت داشته باشند؛ این به‌معنای افزایش احتمال طرح دعوی در زمینه‌های مسئولیت مدنی، خانوادگی، اموال، وصیت و ارث می‌باشد. از این‌رو مطالعه تطبیقی قواعد حل تعارض نظام حقوقی ایران و چین در خصوص این مسائل نیز ضروری می‌باشد.

به‌منظور بررسی شایسته موضوع، ابتدا نظام حل تعارض قوانین در چین بررسی گردیده و سپس به مطالعه تطبیقی مهم‌ترین مباحث تعارض قوانین پرداخته خواهد شد. بخش پایانی نیز به نتیجه‌گیری اختصاص یافته است.

در پایان ذکر این نکته ضروری است که بنا بر گفته جی فرانک،<sup>۱</sup> حقوق‌دان آمریکایی، غایت اصلی واقع‌گرایان در علم حقوق، بیشتر پاسخگو ساختن حقوق به نیازهای اجتماعی است؛<sup>۲</sup> بنابراین به تاسی از این گفتار در این تحقیق کوشش شده است، علاوه بر بررسی مقررات موجود در زمینه مورد بحث و قواعد و اصول کلی پذیرفته شده، پرونده‌های مرتبط و آرای محاکم چین نیز در این خصوص مورد مطالعه قرار گیرند.

## ۱- نظام حل تعارض قوانین در چین

پیش از پرداختن به مطالعه تطبیقی مهم‌ترین مباحث تعارض قوانین در حقوق ایران و چین، شایسته است با برخی از مسائل مهم مبحث تعارض قوانین که بعضاً مقدمه یا طریقه اجرای آن می‌باشند، آشنا شویم. بدین منظور در این قسمت مبانی و موانع اعمال قواعد حل تعارض را اجمالاً بررسی می‌نماییم.

### ۱-۱- توصیف

همان‌طور که می‌دانیم در مواردی که قاعده حل تعارض صریحی در مسئله‌ای وجود نداشته باشد، ناگزیر با تکیه بر وجوه تشابه آن مسئله با دسته‌های ارتباطی که قاعده صریح حل تعارض نسبت بدان وضع گردیده، آن مسئله را در یکی از دسته‌ها توصیف می‌نمایند. در خصوص اینکه توصیف بایستی به‌موجب چه قانونی به‌عمل آید، در غالب کشورها مقررات خاصی وجود نداشته، لذا نظریات مختلفی ارائه گردیده است. مقررات فعلی چین نیز در این رابطه ساکت است؛ طبق دکتترین موجود توصیف اصلی،<sup>۳</sup> یعنی توصیفی که پیش از تعیین قانون قابل‌اعمال صورت می‌گیرد، بر اساس قانون مقر دادگاه یا قانون قابل‌اعمال بر روابط حقوقی و توصیف فرعی،<sup>۴</sup> یعنی توصیفی که پس از تعیین قانون قابل‌اعمال صورت می‌گیرد، بر اساس قانونی که طبق قواعد حل تعارض مقر دادگاه، قابل‌اعمال شناخته می‌شود، صورت می‌پذیرد.<sup>۵</sup>

1. J. Frank.

2. Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Octagon Books, 1978), 73.

3. Characterization.

4. Incidental Questions.

5. Wang Hui, "A Review of China's Private International Law during the 30-year Period of Reform and Opening-Up," May, 2009, <https://law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS002.pdf> (12/3/2015).

مسئله توصیف در رسیدگی به دعاوی و صدور رأی اهمیت قابل‌توجهی دارد؛ برای نشان دادن این مهم به دعوی که درخصوص مطالبه ۱۵۰ هزار پوند انگلیس مطرح گردیده، اشاره می‌شود.

در این پرونده آقای الف. ز که تبعه ایران است، از شرکت انگلیسی الف وامی به ارزش ۱۵۰ هزار پوند انگلیس اخذ نموده و بر مبنای توافقنامه فی‌مابین متعهد به بازپرداخت آن در تاریخ ۱۳۷۹/۰۳/۲۴ می‌شود. نامبرده از این تعهد خود تخلف نموده و بدهی خود را تأدیه نمی‌کند. شرکت انگلیسی در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۷ به موجب قراردادی طلب خود را به آقای ک. الف که ایرانی است، انتقال می‌دهد. آقای ک. الف به موجب این قرارداد و به قائم‌مقامی شرکت انگلیسی جهت مطالبه وجه مذکور علیه آقای الف. ز طرح دعوا نموده که وفق ۹۵۸۵۱ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران حکم به محکومیت تجدیدنظر خوانده صادر می‌شود. آقای الف. ز با استناد به بند ۵ از بخش ۱ قانون مرور زمان مصوب ۱۹۸۰ انگلیس که پس از گذشت شش سال از حصول علت قانونی دعوا را قابل‌پذیرش نمی‌داند، تقاضا می‌کند دعوی خواهان رد شود. دادگاه با استناد به ماده ۹۶۹ قانون مدنی که اسناد را از حیث تنظیم، تابع قانون محل تنظیم دانسته، ورود به ماهیت سند و بررسی نحوه انتقال آن را لازم ندیده و با این استدلال که دو تبعه ایرانی در خارج از ایران توافق نموده و تعهدی برعهده گرفته‌اند، دفاع مرور زمان را نپذیرفته و به نفع خواهان رأی داده است؛ اما دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که قوانین شکلی و ماهوی حاکم بر موضوع وفق قواعد توصیف و حل تعارض تابع محل تنظیم سند وقوع عقد یعنی کشور انگلستان می‌باشد و با استناد به نظریه شماره ۲۷۴۲۶/۳۰/۸۷ مورخ ۱۳۸۷/۰۴/۰۴ شورای نگهبان دفاع مرور زمان را پذیرفته و حکم به بطلان دعوی خواهان بدوی می‌دهد.<sup>۶</sup>

#### ۱-۲-۱-احاله

درمورد احاله، اعم از درجه اول<sup>۷</sup> و دوم<sup>۸</sup> مطابق تفسیر قضایی دادگاه عالی خلق<sup>۹</sup> در هر قضیه‌ای که عنصر خارجی وجود داشته باشد، دادگاه‌ها جهت تعیین قانون قابل‌اعمال بایستی

۶ پژوهشگاه قوه قضائیه، *مجموع آرای قضایی: دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲)*، ۵۷۶-۵۷۵.

7. Remission.

8. Transmission.

9. Supreme People's Court.

طبق فصل هشتم قانون مدنی عمل نمایند. <sup>۱۰</sup> می‌توان از این تفسیر استنباط کرد که چین با صالح شناختن قانون مادی خود، در همه موارد احاله را رد کرده است. <sup>۱۱</sup> در حقوق ایران برای تشخیص اینکه آیا احاله پذیرفته شده است یا خیر باید به ماده ۹۷۳ ق.م.توجه شود؛ وفق این ماده احاله درجه اول پذیرفته شده است. ماده مزبور درخصوص احاله درجه دوم مبهم بوده و پاسخ قاطعی از این ماده استنباط نمی‌گردد؛ به نظر برخی از حقوق‌دانان دادگاه در پذیرش یا رد احاله درجه دوم اختیار دارد. <sup>۱۲</sup> درحالی که برخی دیگر از اساتید احاله درجه دوم را در حقوق ایران منتفی می‌دانند. <sup>۱۳</sup>

### ۱-۳- نظم عمومی

چین نیز هم‌سوی نظریه مقبول در عرصه بین‌المللی و رویه متداول کشورها، قائل به حفظ مانع نظم عمومی است؛ یعنی هرکجا، اعمال قوانین خارجی، معاهدات بین‌المللی و شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه‌های خارجی، آن قدر نفرت‌انگیز و مذموم باشد که عواطف اجتماع را برانگیزد و وجدان عمومی را به درد آورد، هرچند قانون آمره‌ای چنین اعمال و اجرایی را باز ندارد، مانع نظم عمومی سر برآورده و از اعمال و اجرای چنین قوانینی جلوگیری به عمل می‌آورد. ماده ۹۷۵ ق.م.ایران نیز به روشنی اخلال در نظم عمومی را به‌عنوان یکی از موانع اعمال قانون خارجی شناسایی نموده است.

### ۱-۴- تقلب نسبت به قانون

چنانچه اشخاص برای فرار از قوانین آمره چین، تمهیداتی را فراهم آورند که قانون کشور دیگری بر آنها حاکم شود، در صورت احراز تقلب نسبت به قانون، قانون خارجی قابل اعمال طبق قواعد حل تعارض، اعمال نگردیده و موضوع تحت حکومت قانون چین درخواهد آمد. <sup>۱۴</sup> در حقوق ایران ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون به صراحت مشخص نگردیده است؛ برخی

10. Hui, op.cit.

۱۱. همچنین نگاه کنید به دعوی:

Hunan Province Technology Import and Export Ltd. v. CMA CGM and Hunan Xiangyuan International Goods Transportation Agency Ltd (2001); Jin Huang and Huanfang DU, "Chinese Judicial Practice in Private International Law: 2003," *Chinese Journal of International Law* 7(1) (2008): 227-256, 15/4/2015, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmn003>, <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/7/1/227.full>.

۱۲. حسین صفایی، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۰)، ۱۱۶.

۱۳. نجادعلی الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳)، ۱۳۲-۱۲۸.

14. Hui, "A Review of China's Private International Law during the 30-year Period of Reform and Opening-Up," op.cit.

از حقوق‌دانان در صورت تقلب نسبت به قانون، ابطال حق ایجاد شده و آثار ناشی از آن را پیشنهاد نموده‌اند.<sup>۱۵</sup>

## ۲- مطالعه تطبیقی مهم‌ترین مسائل تعارض قوانین در حقوق ایران و چین

در این قسمت، مهم‌ترین مسائل تعارض قوانین در حقوق ایران و چین مطالعه می‌گردد.

### ۲-۱- قراردادها

در نظام تعارض قوانین چین، در خصوص قانون قابل‌اعمال بر قراردادها و تعهدات قراردادی، با لحاظ اولویت، دو راهکار عمده مورد پذیرش قرار گرفته است:

۱- اصل حاکمیت اراده:<sup>۱۶</sup> بسیاری از کشورها بر اساس نظریه حاکمیت اراده<sup>۱۷</sup> که توسط فیلسوف و حقوق‌دان نامدار فرانسوی، شارل دومولن<sup>۱۸</sup> در حقوق بین‌الملل خصوصی جایگاهی ویژه یافت، قانون قابل‌اعمال بر تعهدات قراردادی را در درجه اول قانون منتخب طرفین قرارداد می‌دانند. چین نیز همین راهکار را اتخاذ کرده و توافق طرفین را در تعیین قانون قابل‌اعمال، پیش از هر چیز در نظر می‌گیرد؛ چراکه این تئوری موافق قواعد عمومی قراردادها بوده و منعی در خصوص اعمال آن، در قوانین امره چین و معاهداتی که چین در آن عضو است، وجود ندارد.

نکته قابل توجه اینکه هیچ روش خاصی برای بیان اراده در تعیین قانون حاکم پیش‌بینی نگردیده است؛ بنابراین طرفین قرارداد قاعدتاً می‌توانند، به صورت کتبی یا شفاهی، در هنگام انعقاد قرارداد یا پس از بروز اختلاف و حتی در هنگام رسیدگی به اختلاف در دادگاه تا قبل از مرحله ختم مذاکرات،<sup>۱۹</sup> بر این امر توافق نمایند. کما اینکه در ماده ۱۴۵ قانون مربوط به قواعد عمومی حقوق مدنی چین، ماده ۲۶۹ قانون دریایی چین و همچنین ماده ۴۱ قانون قابل‌اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی قانون مدنی چین<sup>۲۰</sup> که به اصل

۱۵. محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۸)، ۵۵.

16. Principle of Party Autonomy.

17. Theory of Autonomy of Will.

18. Charles Du Moulin.

19. Closing Arguments.

20. Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations 28 October 2010.

حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل اعمال در قراردادهای دارای عنصر خارجی اشاره نموده، هیچ محدودیتی در خصوص نحوه ابراز اراده در این خصوص ذکر نگردیده است.<sup>۲۱</sup> گستره آزادی اراده در این حیطه تا حدی است که حتی، در برخی از مواردی هم که تصریحی بر انتخاب قانون قابل اعمال نباشد، با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، مفاد آن و رفتار طرفین، قانون منتخب به صورت ضمنی تعیین می شود. مثلاً در دعوی «شرکت حمل و نقل ویکتوری آلمان علیه بازرگانی بین المللی جانی»<sup>۲۲</sup> دادگاه اعلام داشت از آنجایی که طرفین دعوی در اظهار دفاعیات خود به قانون دریایی و قواعد عمومی حقوق مدنی جمهوری خلق چین استناد کرده اند، تلویحاً قانون چین را قانون قابل اعمال بر اختلافات قراردادی خود دانسته اند؛ بنابراین بر پایه ماده ۱۴۵ قواعد عمومی حقوق مدنی چین، بایستی نسبت به این دعوی با توجه به قوانین چین رسیدگی شود.

ناگفته نماند، بین انتخاب ضمنی قانون قابل اعمال و انتخاب مفروض<sup>۲۳</sup> تفاوت است. انتخاب ضمنی، انتخابی می باشد که به گونه ای قصد طرفین بر آن تعلق گرفته و دادگاه تنها کاشف اراده آنهاست؛ اما انتخاب مفروض آن است که دادگاه از مسائل پیرامونی مختلف، قانون منتخب طرفین را استنباط نماید، اگرچه به واقع کاشف قصد طرفین نباشد. به عنوان مثال در دعوی «شرکت هبی علیه شرکت جینگ چوان»<sup>۲۴</sup> دادگاه مقرر داشت: اگرچه شروط مندرج در ظاهر بارنامه حاکی از آن است که اختلافات ناشی از بارنامه بر اساس انتخاب متصدیان حمل، بایستی طبق قوانین بریتانیا، در کره جنوبی یا بندر محل تخلیه بار حل و فصل شود؛ هیچ یک از خواهان و خوانده اقدامی جهت حل قضیه بر اساس قانونی غیر از قانون مقر دادگاه ننموده است؛ بنابراین به این قضیه بر اساس قانون جمهوری خلق چین رسیدگی می شود.<sup>۲۵</sup>

ایراد وارد بر نظریه انتخاب مفروض این است که نقض اصل حاکمیت اراده و اعمال قانونی غیر از قانون منتخب طرفین محتمل است. به علاوه این نظریه با اعطای اختیار به

۲۱. به عنوان مثال ماده ۲۶۹ قانون دریایی چین مقرر می دارد: «طرفین قرارداد می توانند قانون قابل اعمال بر قرارداد خود را انتخاب نمایند، مگر اینکه در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد. در صورتی که طرفین قرارداد در این خصوص توافقی ننموده باشند، قانون کشوری که بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد اعمال خواهد شد.» می بینیم که این ماده به مطلق امکان انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد اشاره کرده، بدون آنکه نامی از چگونگی این انتخاب به میان آورد.

22. Germany Victory Shipping Co. v. Junye (Tianjin) Trading International Inc.

23. Presumptive Choice.

24. Hebei Shenglun Import & Export Co. v. Jingchuan International Shipping Co.

25. Huang and DU, "Chinese Judicial Practice in Private International Law 2002," *Chinese Journal of International Law* 4(2) (2005): 647-676.



قاضی در تشخیص انتخاب مفروض طرفین قرارداد، امکان اعمال هر قانونی را فراهم آورده و این امکان، از قطعیت و قابلیت پیش‌بینی قانون قابل اعمال، به‌شدت می‌کاهد.

۲- **قانون کشور دارای بیش‌ترین ارتباط:**<sup>۲۶</sup> در صورتی که طرفین بر اعمال قانون خاصی بر روابط خود توافق ننموده باشند یا توافق ایشان معتبر نباشد، قانون قابل اعمال، قانون کشوری است که بیشترین ارتباط را با قضیه دارد؛ این روش در غالب نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است.<sup>۲۷</sup>

هرچند این روش خلأ ناشی از عدم‌تعیین قانون قابل اعمال را پوشش می‌دهد، به‌جهت فقدان معیار قاطع در تشخیص بیشترین ارتباط، محل انتقاد است. برای مثال در دعوی «شرکت با مسئولیت محدود حمل‌ونقل دافی علیه شرکت تجاری ارینت شانگدانگ»<sup>۲۸</sup> دادگاه بدون استفاده از معیاری روشن، قانون چین را بر دعوی حاکم دانسته است؛ دادگاه در رأی خود اعلام نمود: «طرفین قانون قابل اعمال را تعیین نکرده و پس از بروز اختلاف و در جریان دادرسی نیز میان آن دو توافقی حاصل نشده است؛ بنابراین طبق قاعده باید قانونی که بیشترین ارتباط را دارد، اعمال نمود. خواهان فرانسوی و خوانده از اتباع چین است. برنامه چین صادر گردیده و محل اجرای تعهد روسیه است. طبق برنامه می‌بایست کالا از چین به روسیه حمل می‌گردید. با توجه به مراتب و از آنجاکه دادگاه چین صالح به رسیدگی است، به نظر می‌رسد، موضوع دعوی بیش‌ترین عوامل ارتباط را با چین دارد؛ بنابراین طبق بند دوم ماده ۱۴۵ قواعد عمومی حقوق مدنی، قانون چین به‌عنوان قانون کشور دارای بیش‌ترین ارتباط اعمال می‌شود».<sup>۲۹</sup>

دربعضی موارد، دادگاه‌ها برای تشخیص بیشترین ارتباط و تعیین قانون قابل اعمال از معیار اجرای شاخص<sup>۳۰</sup> استفاده می‌نمایند. برای یافتن این معیار نیز معمولاً از سنجه محل استقرار عناصر قراردادی، همچون محل وقوع عقد، محل اجرای عقد، محل تحویل کالا و غیره استفاده می‌شود. برای مثال در دعوی «گروه صنعتی جینکسی علیه لینی ریکمرز آلمان»<sup>۳۱</sup> دادگاه اعلام نمود: «قانون قابل اعمال در قرارداد تعیین نشده است؛ محل انعقاد قرارداد در پکن

26. The Most Significant Connection.

27. Han Depi, *Private International Law* (Beijing: China Higher Education Press, 2000), 204.

28. Dafei Shipping Co. Ltd. v. Shangdong Orient International Trade Co.

29. (2002)-Lumin-Si-Zhongzi-No.20, The Second Judgment of Shangdong Higher People's Court; (2000)-Qinghaifa-Haishang-Chuzi-No.289, the First Judgment of Qingdao Maritime Court.

30. Characteristic Performance.

31. Jinksi Industry Group Co. v. Germany Rickmers Linie Co.

و محل اجرای آن در نیوهاربور<sup>۳۲</sup> از توابع تیانجین<sup>۳۳</sup> واقع در چین است؛ بنابراین محل اجرای شاخص قرارداد، چین می‌باشد و از آنجا که چین بیشترین ارتباط را با موضوع قرارداد دارد، قانون چین قابل اعمال است.» به منظور جلوگیری از تشتت آراء، دادگاه عالی خلق در جولای ۲۰۰۷ با صدور رأی، معیار نزدیک‌ترین ارتباط را در هفده بند ارائه نمود.<sup>۳۴ و ۳۵</sup>

برخی برای تعیین قانون قابل اعمال روش تفکیک قوانین قابل اعمال<sup>۳۶</sup> را ملاک قرار می‌دهند. برای مثال در دعوی «شرکت هیلونجیانگ علیه شرکت ویهای شانگدانگ»<sup>۳۷</sup> دادگاه اعلام نمود: «از آنجا که طرفین دعوا و همه عوامل قرارداد، در قلمرو چین می‌باشند، قانون حاکم بر پرونده، قانون چین خواهد بود؛ و از آنجا که انتقال مالکیت کشتی و برخی از مدارک و مستندات، از روسیه نشئت می‌گیرد، قانون حاکم بر آن، معاهده دوجانبه بین چین و روسیه<sup>۳۸</sup> می‌باشد.» در مواردی از این دست در واقع دادگاه به تجزیه روابط حقوقی پرداخته و بر هر رابطه، قانون کشوری را که دارای نزدیک‌ترین ارتباط با آن است، حاکم می‌نماید. امروزه تمایل نهادهای قانونگذاری و قضایی کشورهای مختلف، به این روش، به دلیل توازی که میان قطعیت و انعطاف‌پذیری روش‌های تعیین قانون قابل اعمال، برقرار می‌نماید، روزافزون است؛ اما همچنان مشکل مربوط به معیار تشخیص نزدیک‌ترین ارتباط با هر رابطه حقوقی پابرجاست.<sup>۳۹</sup>

وفق ماده ۹۶۸ ق.م ایران تعهدات ناشی از عقد تابع قانون محل وقوع عقد است؛ چنان‌که ملاحظه می‌گردد در این ماده قانون حاکم بر ایجاد قرارداد تعیین نگردیده است. با این وجود

32. New Harbor.

33. Tianjin.

34. Rules of the Supreme People's Court on Related Issues Concerning the Application of Law in Hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases Related to Civil and Commercial Matters (promulgated on 23 July 2007 and came into effect as of August 2007).

۳۵. علاوه بر دو شیوه مذکور در این بند، روش متداول دیگری نیز در تعیین قانون قابل اعمال وجود دارد که به آن نظریه نمادهای عینی (The Theory of Objective Symbols) می‌گویند. مطابق این نظر قانون قابل اعمال، قانونی است که به‌طور عینی مناسب‌ترین قانون باشد که برای تعیین آن از عامل محل عینی (Objective Place) یا نمادهای عینی، از قبیل محل وقوع قرارداد، محل اجرای آن، تابعیت مشترک طرفین و غیره استفاده می‌شود. علی‌ای حال در نظام حقوقی چین این شیوه پذیرفته نیست.

Hui, op.cit. 3.

36. Dépeçage Method.

37. Heilongjiang Dongning County Huabo Economical Trade Co. v. Shandong Weihai Co. of Chinese Foreign Shipment etc.

38. Sino-Russian Bilateral Treaty. For more information, see: *Chinese Gazette of the Supreme People's Court*, vol. 3, 2002, 105.

39. Willis L. M. Reese, "Dépeçage: a Common Phenomenon in Choice of Law," *Columbia Law Review* 73 (1973): 73.

طبق اصل سرزمینی بودن قوانین<sup>۴۰</sup> می‌توان گفت در صورتی که محل عقد قرارداد ایران باشد، قانون ایران بر قرارداد حاکم می‌باشد.<sup>۴۱</sup> پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز، اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون قابل‌اعمال پذیرفته شده است؟ با توجه به ماده ۹۶۸ قانون مدنی ممکن است گفته شود، صرفاً اتباع خارجه می‌توانند قانون قابل‌اعمال را تعیین نمایند و یک ایرانی نمی‌تواند با تمسک به این اصل قانونی را که مناسب‌تر تشخیص می‌دهد بر موضوع حاکم نماید. با این وجود به جهت اثرات نامطلوب این قاعده و ناسازگاری آن با قواعد مترقی حقوق بین‌الملل، برخی از اساتید در تفسیر این ماده، آن را تکمیلی به شمار آورده و لذا توافق برخلاف آن را مجاز دانسته‌اند.<sup>۴۲</sup> ناگفته نماند در آرای قضایی در صورتی که یکی از متعاقدین ایرانی و دعوی در ایران طرح شود، قانون ماهوی و شکلی ایران را حاکم بر دعوی دانسته و در اینجا اصل حاکمیت اراده مورد پذیرش قرار نگرفته است.<sup>۴۳</sup> به عنوان نمونه شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر ذیل دادنامه شماره ۸۷۹/۰۸۷۹/۲۲۱۲۰۰۲۲۹۷۰۹۲ مورخه ۱۳۹۲/۰۹/۰۴ با وجود آنکه طرفین در قرارداد چارترپارتی، قانون انگلیس را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کرده بودند، مقرر داشت با توجه به منطوق ماده ۹۶۸ قانون مدنی «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» و مطابق ماده ۹۷۱ قانون مذکور «دعای از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات، تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود.» مستفاد از مواد قانونی یادشده این است که چون دعوا در ایران اقامه شده، از حیث آیین و اصول دادرسی، قانون جمهوری اسلامی ایران حاکم است و چون یکی از طرفین اتباع ایرانی هستند از جهت ماهوی نیز قانون جمهوری اسلامی ایران حاکم می‌باشد.

نکته‌ای که در اینجا باید متذکر شد این است که در نظام حقوقی چین، اهلیت لازم برای انجام اعمال حقوقی تابع قانون محل اقامت می‌باشد؛<sup>۴۴</sup> در صورتی که معامله‌کننده طبق قانون

۴۰. نک: ماده ۵ ق.م.

۴۱. الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، پیشین، ۳۴۴.

۴۲. همان، ۳۴۷-۳۴۶؛ برای مطالعه تفصیلی در این خصوص نک: حمیدرضا نیکبخت، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و

ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی ۳۱ و ۳۲ (۱۳۷۹)، ۱۴۸-۱۲۵.

۴۳. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین، ۷۲۲-۷۲۳.

۴۴. نک: مواد ۱۱ و ۱۲ قانون قابل‌اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی.

محل اقامت فاقد اهلیت و طبق قانون محل اجرای تعهد دارای اهلیت به‌شمار آید، قانون اخیر حاکم بوده و در نتیجه آن شخص دارای اهلیت تلقی می‌شود. در حقوق ایران اهلیت طبق قانون ملی تعیین می‌گردد؛<sup>۴۵</sup> در صورتی که معامله‌کننده طبق قانون متبوع خود فاقد اهلیت و مطابق با حقوق ایران اهلیت داشته باشد و معامله نیز در ایران منعقد شده باشد، واجد اهلیت به‌شمار می‌آید.<sup>۴۶</sup>

## ۲-۲- ضمان قهری

همان‌طور که می‌دانیم، در قانونگذاری‌ها و تألیفات حقوقی و محافل علمی نسبت به بحث مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، در مقایسه با قراردادها و مسئولیت ناشی از آن، بسیار اندک و سربسته پرداخته شده است؛ در حالی که امروزه با پیشرفت جوامع و افزایش چشمگیر روابط خارج از قراردادی افراد و حتی گسترده‌تر شدن چنین روابطی در مقایسه با روابط قراردادی، حقوق‌دانان و قانونگذاران بایستی بیش‌ازپیش به این مقوله وارد شده و جوابگوی نیازهای اجتماع شوند. قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین نیز در این خصوص نیازمند تکامل بیشتر است.

می‌توان گفت امروزه قاعده حل تعارض در ضمان قهری، اعمال قانون محل وقوع حادثه<sup>۴۷</sup> است. با این‌همه باید توجه نمود که تفسیر کشورها از این قاعده متفاوت است؛ برخی از کشورها مانند آلمان، سوئیس و ایتالیا، قانون حاکم بر ضمان قهری را قانون کشوری می‌دانند که فعل زیان‌بار در آن واقع شده است؛ برخی دیگر مانند کشورهای آنگولوساکسون، قانون کشوری را که خسارت در آنجا واقع شده است، حاکم می‌دانند.

قاعده اعمال قانون محل وقوع حادثه، پاسخگوی مسائل پیچیده تعارض قوانین نمی‌باشد؛ به‌همین جهت در این خصوص اعمال قواعد دیگری پیشنهاد شده است؛ از آن جمله می‌توان به اعمال قانون دارای بیشترین ارتباط با دعوا،<sup>۴۸</sup> اعمال قانون مطلوب زیان‌دیده<sup>۴۹</sup> و قانون حقوق شخصی مشترک طرفین<sup>۵۰</sup> اشاره کرد. حتی برخی از کشورها، نظریه حاکمیت اراده<sup>۵۱</sup> را نیز به

۴۵. نک: مواد ۶ و ۷ ق.م.

۴۶. مستفاد از ماده ۹۶۲ ق.م.

47. Lex Loci Delicti.

48. The Most Significant Relationship.

49. The Law in Favour of the Plaintiff.

50. The Parties's Common Personal Law.

51. The Theory of Autonomy of Will.

این حیطة تسرى داده و قائل به امکان توافق طرفين بر تعيين قانون حاکم بر دعاوى ناشى از ضمان قهرى شده‌اند.<sup>۵۲</sup>

وفق ماده ۴۴ قانون قابل‌اعمال درخصوص مسائل مدنى واجد عنصر خارجى، قانون قابل‌اعمال، قانون محلى که فعل زبان‌بار در آنجا واقع گردیده، حاکم خواهد بود؛ در صورتى که محل اقامت طرفين مشترک باشد، قانون آن محل اعمال مى‌شود؛ به‌علاوه طرفين مى‌توانند با توافق قانون قابل‌اعمال را تعيين نمایند.

وفق ماده ۴۵ همان قانون درخصوص مسئوليت ناشى از عيب توليد، قانون اقامتگاه زبان‌ديده حاکم مى‌باشد. گذشته از اين زبان‌ديده مى‌تواند قانون محل فعاليت تجارى زبان‌رساننده يا قانون محلى را که خسارت در آنجا واقع شده است، انتخاب نمايد. در حقوق ايران به قاعده حل تعارض الزامات خارج از قرارداد، کمتر پرداخته شده است؛ در قانون مدنى که قواعد حل تعارض را در خود جاي داده، حکمى در اين خصوص مشاهده نمى‌شود.

باتوجه به اصل درون‌مرزى بودن قوانين،<sup>۵۳</sup> قوانين ايران اصولاً در داخل مرزهاى سياسى کشور اجرا شده و بر تمام اشخاص و اموال موجود در آن حکومت مى‌نمايد؛<sup>۵۴</sup> بنابراین از آنجاکه کليه سکنه ايران، اعم از اتباع خارجى و داخلى، تابع قانون ايران مى‌باشند، اگر در مقام حل تعارض قوانين، بين اعمال قانون ايران و قانون خارجى ترديد حاصل شود بايد قانون ايران را حاکم دانست؛<sup>۵۵</sup> بنابراین در الزامات خارج از قرارداد نيز مى‌توان گفت اگر در اعمال قانون ايران و قانون خارجى ترديد شود، بايد قانون ايران را حاکم دانست.

ديدگاه بالا بر مبنای اصول حقوقى ارائه شده و بايد از آن تبعيت نمود؛ با اين وجود بايد توجه داشت که اين نظريه در همه موارد پاسخ‌گو نمى‌باشد. در صورتى که فعل زبان‌بار در قلمرو

برای مطالعه تفصیلى درخصوص اعمال اصل حاکمیت اراده به‌عنوان قاعده حل تعارض در الزامات خارج از قرارداد در حوزه اتحادیه اروپا، نک: حمیدرضا نیکبخت و علی‌اصغر عیوض پور، «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به‌عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادى «نگاهی به نظام حقوقى اتحادیه اروپا»»، *مجله حقوقى بین‌المللى* ۴۴ (۱۳۹۰)، ۵۴-۱۳.

52. Hui, op.cit. 3.

۵۳. نک: ماده ۵ ق.م.

۵۴. ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقى ايران* (تهران: شرکت سهامى انتشار، ۱۳۸۵)،

۲۲۲.

۵۵. ناصر کاتوزیان، *قانون مدنى در نظم حقوقى کنونى* (تهران: بنیاد حقوقى میزان، ۱۳۸۶)، ۲۸.

سرزمینی ایران روی داده باشد، استناد به نظریه بالا منطقی می‌نماید؛<sup>۵۶</sup> اما درجایی که فعل زیان‌بار در قلمرو کشوری دیگر رخ داده و دعوای مسئولیت مدنی در ایران اقامه شود، تمسک به نظریه بالا بلاوجه می‌باشد؛ زیرا در این حالت نمی‌توان به اصل درون‌سرزمینی بودن قواعد استناد نمود، چراکه ممکن است زیان‌دیده از سکنه ایران نباشد. به نظر می‌رسد در این فرض باید قانون محل وقوع حادثه را، اعمال نمود؛ زیرا اولاً در صورتی که فعل زیان‌بار در قلمرو سرزمینی ایران روی داده و ارکان دعوای مسئولیت مدنی در قلمرو حاکمیت ایران حاصل شود، بنابر قاعده مندرج در ماده ۵ قانون مدنی، قانون ایران حاکم بر دعواست؛ بنابراین بر اساس رابطه متقابل و اصل حاکمیت برابر دولت‌ها، باید این حق را برای قانون کشوری که ارکان دعوای مسئولیت مدنی در آنجا محقق گردیده است، قائل شد که حاکم بر دعوی باشد؛<sup>۵۷</sup> ثانیاً اعمال قانون محل وقوع حادثه به‌عنوان قاعده حل تعارض، در غالب کشورها پذیرفته شده است، در نتیجه اتخاذ این قاعده به هماهنگی قواعد حل تعارض در سطح بین‌المللی منتهی گردیده و از تعارضات می‌کاهد.

چنان‌که برخی از حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند، با عنایت به اینکه اعمال قانون محل وقوع حادثه در مواردی نتایج نامطلوب به‌جا می‌گذارد، شایسته است قاعده اعمال قانون مناسب مسئولیت مدنی به‌عنوان قاعده ثانوی اتخاذ گردد.<sup>۵۸</sup>

### ۲-۳- اموال

طبق نظریه مرسوم در حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون حاکم بر دعوای مالی، قانون محل وقوع مال<sup>۵۹</sup> می‌باشد. این نظر که برای نخستین بار در قرن چهاردهم میلادی در یک نظر قانونی مبتنی بر ملاحظات مربوط به توسعه اقتصادی تجلی یافت، رفته‌رفته مورد پذیرش اکثریت نظام‌های حقوقی جهان قرار گرفت.<sup>۶۰</sup>

وفق ماده ۳۶ قانون قابل‌اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی، اموال غیرمنقول تابع قانون محلی که در آنجا واقع شده‌اند، می‌باشند. ماده ۳۷ همان قانون

۵۶. جمال صالحی ذهابی، «مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین»، پژوهشنامه بیمه ۶۷

(۱۳۸۱)، ۱۲۳-۱۲۲.

۵۷. همان، ۱۲۵.

۵۸. همان، ۱۲۶.

59. Lex Situs.

60. Hui, op.cit. 5.

درخصوص اموال منقول اصل حاکمیت اراده را پذیرفته است؛ بنابراین طرفین می‌توانند با توافق، قانونی را که مناسب‌تر می‌دانند، انتخاب نمایند. در صورت عدم توافق، قانون محلی که مال منقول در آنجا قرار گرفته است، حاکم خواهد بود.

وفق مواد ۴۸ و ۵۰ قانون فوق، درخصوص مالکیت‌های فکری، قانون قابل‌اعمال بر دعاوی ناشی از آن قانون محل دادگاهی خواهد بود که به آن اختلاف رسیدگی می‌نماید. مطابق با ماده ۴۹ درخصوص قانون حاکم بر دعاوی مربوط به انتقال حقوق ناشی از مالکیت فکری یا قراردادهای لیسانس، اصل حاکمیت اراده حاکم می‌باشد. در صورت عدم توافق، قاعده حل تعارض حاکم بر قراردادهای اعمال خواهد شد.<sup>۶۱</sup>

در مورد حمایت از علائم تجارتي مقررات معاهداتی که چین عضو آن است اعمال خواهد شد.<sup>۶۲</sup>

وفق مواد ۸ و ۹۶۶ ق.م، حقوق ایران، همگام با حقوق بین‌الملل خصوصی بسیاری از کشورها، قانون محل وقوع مال را به‌عنوان قانون قابل‌اعمال پذیرفته است. حقوق ایران در زمینه قانون قابل‌اعمال بر مالکیت معنوی، حکمی ندارد. به نظر می‌رسد در این زمینه باید قواعد عمومی حقوق داخلی، قراردادهای چندجانبه و معاهدات بین‌المللی، از جمله قرارداد پاریس ۱۸۸۳ را مدنظر قرار داد؛ بنابراین می‌توان اظهار داشت قانون حاکم بر حقوق مالکیت معنوی قانون محل ابراز فعالیت است؛ زیرا این محل به‌عنوان محل وقوع فرضی مال قبول شده و پایگاه روابط حقوقی مربوط به مالکیت‌های معنوی در همین محل می‌باشد.<sup>۶۳</sup>

## ۲-۴- حقوق خانواده

درخصوص ازدواج‌های خارجی، طبق رویه معمول بین‌المللی، بایستی بین شرایط ماهوی و شرایط شکلی نکاح قائل به تفکیک شد. قانون قابل‌اعمال بر شرایط ماهوی نکاح، قانون محل وقوع عقد، یا قانون شخصی طرفین یا یکی از آنها می‌باشد. قانون قابل‌اعمال بر شرایط شکلی، طبق قاعده معمول در بسیاری از کشورها، قانون محل وقوع نکاح می‌باشد.<sup>۶۴</sup>

۶۱. نک: ماده ۴۱ قانون قابل‌اعمال.

62. Ibidem.

۶۳. نجادعلی الماسی، تعارض قوانین (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵)، ۱۹۳.

64. Hui, op.cit. 5, 6.

ماده ۲۱ قانون قابل اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی مقرر داشته است که عقد نکاح تابع قانون محل اقامت مشترک طرفین می‌باشد؛ در صورتی که زوجین محل اقامت مشترک نداشته باشند اما هردو ملیت واحد داشته باشند، این قانون بر روابطشان حکومت می‌نماید و در صورتی که تابعیت یکسان نداشته باشند قانون محل وقوع عقد حاکم خواهد بود. طبق ماده ۲۲ نیز تشریفات طلاق زمانی معتبر است که با قانون محل وقوع عقد، اقامتگاه مشترک یا قانون ملی منطبق باشد.

باتوجه به مواد ۶ و ۷ ق.م باید گفت در صورتی که زوجین از اتباع ایران بوده یا هردو تبعه یک کشور خارجی باشند، قانون حاکم بر نکاح قانون ملی ایشان خواهد بود. موضوع زمانی پیچیده می‌شود که زوجین تابع دو کشور مختلف باشند. برخی از اساتید در این خصوص اظهار داشته‌اند: «از آنجاکه در حقوق ایران نکاح تابع قانون ملی است و با لحاظ اینکه قانون ملی هیچ‌یک از زوجین بر دیگری اولویت ندارد، بهتر است زن و مرد هر کدام تابع قانون دولت متبوع خود باشد.»<sup>۶۵</sup> باتوجه به ماده ۹۶۹ ق.م می‌توان گفت شرایط شکلی مربوط به ازدواج از جمله مراسم عقد و ثبت ازدواج، تابع قانون محل وقوع عقد است.<sup>۶۶</sup>

ماده ۲۳ در خصوص دعاوی مربوط به اموال مشترک مقرر داشته است که «زوجین می‌توانند بر اعمال قانون اقامتگاه مشترک، قانون ملی یا قانون محلی که اموال اصلی واقع شده است، توافق نمایند. در صورت عدم توافق به ترتیب قانون اقامتگاه مشترک یا قانون ملی حاکم خواهد بود.» طبق ماده ۲۶: «در صورتی که طلاق به تراضی طرفین واقع شود،<sup>۶۷</sup> زوجین می‌توانند قانون اقامتگاه مشترک یا قانون ملی را بر دعوی خود حاکم نمایند. در صورت عدم توافق به ترتیب قانون اقامتگاه مشترک یا قانون ملی یا قانون محلی که تشریفات طلاق باید در آنجا تکمیل شود، حاکم خواهد بود.» مطابق ماده ۲۷ دعوی طلاقی که به تصمیم دادگاه<sup>۶۸</sup> واقع می‌شود تابع قانون مقر دادگاه می‌باشد.

در حقوق ایران، در صورتی که دعوی طلاق در ایران مطرح گردد مسائل تشریفاتی و غیرماهوی طلاق تابع قانون ایران می‌باشد.<sup>۶۹</sup> در خصوص شرایط ماهوی حاکم بر طلاق

۶۵. نجادعلی الماسی، «تعارض چند قانون ملی در مورد ازدواج و طلاق»، نامه مفید ۲۶ (۱۳۸۰)، ۱۹-۱۸؛ ارسلان خلعتبری، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین (تهران: چاپخانه روشنایی، ۱۳۱۶)، ۱۶۷.

۶۶. الماسی، «تعارض چند قانون ملی در مورد ازدواج و طلاق»، پیشین، ۲۱.

67. In Respect of Consented Divorce.

68. Divorce Decided by a Court.

۶۹. الماسی، «تعارض چند قانون ملی در مورد ازدواج و طلاق»، پیشین، ۲۱.



در صورتی که زوجین تابعیت واحد داشته باشند، بدون شک قانون ملی ایشان بر طلاق حاکم خواهد بود.<sup>۷۰</sup> در صورتی که تابعیت زوجین متفاوت باشد، به نظر می‌رسد باید قانون دولت متبوع شوهر را بر دعوی حاکم دانست؛<sup>۷۱</sup> زیرا اولاً در حقوق ایران طلاق به اراده شوهر واقع می‌شود و ثانیاً وفق ماده ۹۶۳ ق.م. روابط زوجین تابع قانون دولت متبوع شوهر است. در ارتباط با حقوق مالی، از جمله تقسیم اموال مشترک، باتوجه به ماده ۹۶۳ ق.م. می‌توان به حکومت قانون دولت متبوع زوج قائل گردید.

ماده ۲۸ قانون مزبور قواعد حاکم بر فرزندخواندگی را نیز مشخص نموده است. طبق این ماده قانون اقامتگاه مشترک سرپرست و فرزندخوانده اعمال خواهد شد. روابط فی‌مابین سرپرست و فرزندخوانده تابع قانون محل اقامت سرپرست و انحلال رابطه فرزندخواندگی تابع قانون محل اقامت فرزندخوانده یا قانون مقر دادگاه خواهد بود.<sup>۷۲</sup>

حقوق ایران نیز در زمینه قانون حاکم بر فرزندخواندگی ساکت است؛ از آنجاکه فرزندخواندگی جزء دسته ارتباط احوال شخصیه قرار دارد<sup>۷۳</sup> و با عنایت به اینکه وفق مواد ۶ و ۷ ق.م. قاعده حل تعارض در خصوص احوال شخصیه، اعمال قانون ملی است، می‌توان گفت قانون قابل‌اعمال در این زمینه قانون ملی فرزندخوانده است. این مهم از ماده ۹۶۵ ق.م. که نصب قیم را تابع قانون متبوع مولی‌علیه دانسته است، قابل‌استنباط می‌باشد؛ زیرا ماده فوق به روشنی نشان می‌دهد که از نظر مقنن قانون متبوع مولی‌علیه برای تعیین قیم مناسب‌ترین قانون است، در نتیجه می‌توان اظهار داشت که در فرزندخواندگی نیز قانون مولی‌علیه، مناسب‌ترین قانون به‌شمار می‌آید.

## ۲-۵- وصیت و ارث

بنابر ماده ۳۱ قانون قابل‌اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی، وراثت تابع قانون محل اقامت متوفا می‌باشد؛ استثنای وارد بر این قاعده ترکه غیرمنقول متوفاست که در خصوص آن قانون محل وقوع مال حاکم خواهد بود.

۷۰. نک: مواد ۶ و ۷ ق.م.

۷۱. کاتوزیان، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، پیشین، ۵۷۲.

۷۲. See: Yongping Xiao, Zhengxin Huo, "Family Issues in China's Private International Law," *Journal of Cambridge Studies* 4 (2009): 56-71.

۷۳. حسین صفایی و مرتضی قاسمزاده، *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین* (تهران: سمت، ۱۳۸۴)، ۱۲.

قانون قابل اعمال بر اعتبار شکل وصیت‌نامه، قانون اقامتگاه موصی در زمان تنظیم یا قانون اقامتگاه وی در زمان فوت یا قانون ملی یا قانون محلی است که وصیت در آنجا انشاء گردیده است.<sup>۷۴</sup> چنان که ملاحظه می‌شود قانون قابل اعمال بر اعتبار شکل وصیت‌نامه از انعطافی ستودنی برخوردار است. این قاعده از معاهده ۱۹۶۱ لاهه در خصوص تعارض قوانین مربوط به شکل وصایا،<sup>۷۵</sup> اقتباس شده است.<sup>۷۶</sup> بنابر قاعده مندرج در ماده ۳۳ همان قانون، وصیت از حیث مسائل ماهوی تابع قانون اقامتگاه وصی در زمان انشاء یا فوت یا قانون ملی می‌باشد. نکته دیگر آنکه اداره ترکه غیرمنقول متوفا و نیز مالکیت ورثه بر آن تابع قانون محل وقوع ماترک می‌باشد.<sup>۷۷</sup>

در حقوق ایران وفق ماده ۹۶۷ ق.م.ترکه منقول و غیرمنقول از حیث قوانین مربوط به تعیین وراثت، مقدار سهم‌الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفا می‌توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید، تابع قانون دولت متبوع متوفا خواهد بود؛ اموال از دیگر جهات، از جمله تعیین منقول یا غیرمنقول بودن مال، تابع قانون محل وقوع مال می‌باشد.

## ۲-۶- اسناد تجاری

قواعد مربوط به قانون قابل اعمال بر اسناد تجاری با عنصر خارجی در قانون اسناد تجاری چین، مشخص شده است.<sup>۷۸</sup> مقصود از اسناد تجاری واجد عنصر خارجی، آنهایی است که صدور، ظهرنویسی، قبول، ضمانت یا پرداخت آن، به تفکیک در چین و کشوری دیگر صورت پذیرد.<sup>۷۹</sup>

طبق ماده ۹۶ قانون فوق، اهلیت لازم برای صدور سند تجاری تابع قانون ملی صادرکننده است؛ با این وجود در صورتی که صادرکننده طبق قانون ملی خود فاقد اهلیت اما طبق قانون محل صدور، دارای اهلیت باشد، قانون محل صدور اعمال خواهد شد. ماده ۹۸ مقرر می‌دارد:

۷۴. نک: ماده ۳۱ قانون قابل اعمال.

75. The Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions at the Hague Conference (concluded October 5, 1961, entered into force January 5, 1964).

76. Hui, op.cit. 6.

۷۷. نک: مواد ۳۴ و ۳۵ قانون قابل اعمال.

78. The Negotiable Instruments Law of the People's Republic of China, 2004 Revision (adopted at the 13th Session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress on 10 May 1995; revised at the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on 28 August 2004).

79. Amy L Sommers and Kara L Phillips, "The P.R.C.'S Negotiable Instrument Law: An Instrument for Facilitating Private Economic Activity or Monetary Control?," *Houston Journal of International Law* 20(2) (1998): 344-345.

«اعمال صدور، ظهرنویسی، قبول، ضمانت یا پرداخت وجه سند تابع قانون محلی است که تعهد در آنجا به وجود آمده است.» مدت زمانی که دارنده باید حقوق خود ناشی از اسناد تجاری را اعمال نماید، تابع قانون محل صدور می‌باشد.<sup>۸۰</sup> مدت زمانی که دارنده می‌تواند طی آن قبولی برات را درخواست نماید و شیوه اثبات نکول برات، تابع قانون محل پرداخت می‌باشد.<sup>۸۱</sup> در صورتی که سند تجاری مفقود گردد، قانون محل پرداخت حاکم خواهد بود.<sup>۸۲</sup> نکته پایانی آنکه وفق ماده ۹۵ قانون مزبور، معاهدات بین‌المللی که چین به آنها پیوسته است، بر مقررات قانون فوق تفوق دارد، مگر آنکه چین برای خود حق رزرو مقرر نموده باشد. در حقوق ایران مواد ۳۰۵ و ۳۰۶ قانون تجارت به موضوع تعارض قوانین پرداخته‌اند؛ وفق ماده ۳۰۵ ق.ت. در مورد برواتی که در خارج ایران صادر شده شرایط اساسی برات تابع قوانین مملکت صدور است.

هر قسمت از سایر تعهدات براتی (تعهدات ناشی از ظهرنویسی، ضمانت، قبولی و غیره) نیز که در خارجه به وجود آمده تابع قوانین مملکتی است که تعهد در آنجا وجود پیدا کرده است. معذک اگر شرایط اساسی برات مطابق قانون ایران موجود و یا تعهدات براتی موافق قانون ایران صحیح باشد کسانی که در ایران تعهداتی کرده‌اند، حق استناد به این را ندارند که شرایط اساسی برات یا تعهدات براتی مقدم بر تعهد آنها مطابق با قوانین خارجی نیست. ماده ۳۰۶ نیز مقرر می‌دارد: «اعتراض و به‌طور کلی هر اقدامی که برای حفظ حقوق ناشیه از برات و استفاده از آن در خارجه باید به عمل آید تابع قوانین مملکتی خواهد بود که آن اقدام باید در آنجا بشود.»

وفق ماده ۳۰۹ ق.ت، مقررات مواد ۳۰۵ و ۳۰۶ در خصوص سفته نیز جاری می‌باشند؛ در خصوص چک نیز به نظر می‌رسد باید وفق مواد مزبور عمل نمود؛ اگرچه در ماده ۳۱۴ قانون مزبور به صراحت بر این امر تأکید نشده است.

## ۲-۷- شخصیت حقوقی

بر اساس قواعد کنونی چین، اشخاص حقوقی تابعیت کشوری را دارند که در حوزه صلاحیت آن به ثبت رسیده‌اند. منتها باید توجه داشت که اشخاص حقوقی صرف‌نظر از تابعیتشان،

۸۰. نک: ماده ۹۹ قانون قابل‌اعمال.

۸۱. نک: ماده ۱۰۰ قانون قابل‌اعمال.

۸۲. نک: ماده ۱۰۱ قانون قابل‌اعمال.

چنانچه فعالیت‌های مدنی خود را در چین دایر سازند، تحت قوانین چین خواهند بود. در صورتی که قانون محلی که شخصیت حقوقی در آنجا ثبت گردیده است از قانون محل فعالیت تجاری متفاوت باشد، قانون اخیر حاکم خواهد بود.<sup>۸۳</sup> در مورد اشخاص حقوقی بدون تابعیت، طبق یک قاعده کلی، قانون محل سکونت، به عنوان قانون اقامتگاه مفروض،<sup>۸۴</sup> اعمال می‌شود.<sup>۸۵</sup>

قواعد حل تعارض ایران در زمینه مباحث مربوط به شخصیت حقوقی، حکمی ندارد. در ارتباط با مرحله تشکیل شخصیت حقوقی باید پذیرفت که قانون حاکم، قانون کشوری است که شخصیت حقوقی در قلمرو سرزمینی آن تأسیس می‌شود؛ زیرا شخصیت حقوقی باید در این کشور ثبت شود و به فعالیت پردازد.

تابعیت شخص حقوقی نیز بر اساس اقامتگاه تعیین می‌شود؛ بنابراین برای تشخیص تابعیت باید دید شخصیت حقوقی در چه کشوری اقامتگاه دارد.<sup>۸۶</sup> در خصوص اهلیت نیز به نظر می‌رسد باید اهلیت شرکت را طبق قانون دولت متبوعش تعیین نمود. با این وجود در صورتی که شخصیت حقوقی در ایران معامله‌ای نماید و طبق قانون متبوع خود فاقد اهلیت و مطابق با حقوق ایران اهلیت داشته باشد، واجد اهلیت به شمار می‌آید.<sup>۸۷</sup>

### نتیجه

نظام حقوقی چین در خصوص تعارض قوانین، مقررات قابل توجهی وضع کرده و به اصلاح مقررات موجود متناسب با مقتضیات زمان مبادرت نموده است؛ برعکس نظام حقوقی ایران در این زمینه ضعیف عمل نموده و در خصوص بسیاری از مسائل مهم فاقد قاعده است. برای مثال ملاحظه گردید که در خصوص الزامات خارج از قرارداد قانون قابل اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی، چین به وضع قاعده اقدام نموده است؛ در حالی که نظام حقوقی ایران در این زمینه فاقد حکم می‌باشد. در زمینه اسناد تجاری نیز ظرفیت بالای قوانین چین و ضعف حقوق ایران آشکار گردید.

۸۳. نک: ماده ۱۴ قانون قابل اعمال در خصوص مسائل مدنی واجد عنصر خارجی.

84. Lex Domicilii by Default.

85. Hui, op.cit, 7.

۸۶. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری (تهران: سمت، ۱۳۸۵)، جلد اول، ۶۴.

۸۷. مستفاد از ماده ۹۶۲ ق.م.

نکته دیگری که بسیار حائز اهمیت جلوه می‌نماید این است که نظام حقوقی چین برای اصل حاکمیت اراده جایگاهی رفیع قائل بوده و در بسیاری از موارد، طرفین می‌توانند به انتخاب قانون حاکم مبادرت نمایند؛ برای مثال در خصوص مسائل خانوادگی و الزامات خارج از قرارداد اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده است. این در حالی می‌باشد که در نظام حقوقی ایران در اکثر زمینه‌ها اصل مزبور مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ حتی در حوزه قراردادی نیز این اصل به درستی مورد تأکید قرار نگرفته و امکان انتخاب قانون حاکم بر قرارداد درجایی که طرفین عقد خارجی نباشند، در حاله‌ای از ابهام قرار دارد.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

- اسکینی، ربیعا. حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری. جلد اول. ویرایش دهم. تهران: سمت، ۱۳۸۵.
- الماسی، نجادعلی. «تعارض چند قانون ملی در مورد ازدواج و طلاق». نامه مفید ۲۶ (۱۳۹۰): ۳۰-۴.
- الماسی، نجادعلی. تعارض قوانین. ویرایش سیزدهم. تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۵.
- الماسی، نجادعلی. حقوق بین‌الملل خصوصی. ویرایش سیزدهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. مجموع آرای قضایی: دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران. تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲.
- خلعتبری، ارسلان. حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین. ویرایش اول. تهران: چاپخانه روشنایی، ۱۳۱۶.
- صالحی ذهابی، جمال. «مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین». پژوهشنامه بیمه ۶۷ (۱۳۸۱): ۱۰۱-۱۳۰.
- صفایی، سید حسین. مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی. ویرایش اول. تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۰.
- صفایی، سید حسین. مرتضی قاسم‌زاده. حقوق مدنی: اشخاص و محجورین. ویرایش یازدهم. تهران: سمت، ۱۳۸۴.
- قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ (با اصلاحات بعدی).
- قانون دریایی چین.
- قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴.
- کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. ویرایش پانزدهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. ویرایش پنجاه و یکم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- نصیری، محمد. حقوق بین‌الملل خصوصی. ویرایش ششم. تهران: نشر آگاه، ۱۳۷۸.
- نیکبخت، حمیدرضا، علی اصغر عیوض پور، «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی» نگاهی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا». مجله حقوقی بین‌المللی ۴۴ (۱۳۹۰): ۵۴-۱۳.
- نیکبخت، حمیدرضا. «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران». مجله تحقیقات حقوقی ۳۱ و ۳۲ (۱۳۷۹): ۱۴۸-۱۲۵.

## (ب) منابع لاتین

*Chinese Gazette of the Supreme People's Court*. Vol. 3. 2002.

Depi, Han. *Private International Law*. 1<sup>st</sup> Ed. Beijing: China Higher Education Press, 2000.

Huang, Jin, and Huanfang Du. "Chinese Judicial Practice in Private International Law 2002." *Chinese Journal of International Law* 4(2) (2005): 647-676. 30/3/2015. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmi027>.

Huang, Jin, and Huanfang DU. "Chinese Judicial Practice in Private International Law: 2003." *Chinese Journal of International Law* 7(1) (2008): 227-256. 15/4/2015. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmn003>, <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/7/1/227.full>.

Hui, Wang. "A Review of China's Private International Law during the 30-year Period of Reform and Opening-Up." May, 2009. <https://law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS002.pdf> (12/3/2015).

Nonet, Philippe, and Philip Selznick. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. 1<sup>st</sup> Ed. New York: Octagon Books, 1978.

Reese, Willis L. M. "Dépeçage: a Common Phenomenon in Choice of Law." *Columbia Law Review* 73(1) (1973): 58-75.

Rules of the Supreme People's Court on Related Issues Concerning the Application of Law in Hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases Related to Civil and Commercial Matters (promulgated on 23 July 2007 and came into effect as of August 2007). Rules of the Supreme People's Court on Related Issues Concerning the Application of Law in Hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases Related to Civil and Commercial Matters (promulgated on 23 July 2007 and came into effect as of August 2007).

Sommers, Amy L., and Kara L Phillips. "The P.R.C.'S Negotiable Instrument Law: An Instrument for Facilitating Private Economic Activity or Monetary Control?." *Houston Journal of International Law* 20(2) (1998): 317-349.

The Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions at the Hague Conference (concluded October 5, 1961, entered into force January 5, 1964).

The Negotiable Instruments Law of the People's Republic of China, 2004 Revision (adopted at the 13th Session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress on 10 May 1995; revised at the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on 28 August 2004).

Xiao, Yongping, and Zhengxin Huo. "Family Issues in China's Private International Law." *Journal of Cambridge Studies* 4 (2009): 56-71.

# Journal of LEGAL RESEARCH

**VOL. XVIII, No. 1**

**2019-1**

- **A Postmodern Critique of Legal Positivism in International Law**  
Dr. Alireza Bagheri Abyaneh - Dr. Mojtaba Ansarian
- **Interpretation of the UN Security Council Resolutions**  
Yaser Salarian - Mahdi Khalili Torghabe
- **Exceptions to the Prohibition of Forced Labor in Iran's Current Laws and ILO Conventions No. 29**  
Dr. Mohammad Mazhari - Farzad Jangjooi (Kharata) - Akbar Lotfi Aziz
- **Specific Obligations of Telecommunication Services in the World Trade Organization**  
Zahra Moshref Javadi
- **Reasoning Requirement of Arbitration Awards in International Investment Disputes Settlement**  
Sepehr Hasankhanpour - Amirhosein Haghighi
- **Criminal Policy on Direct Tax Law Emphasizing the Amendment Law on Direct Tax Law**  
Dr. Aboulhasan Shakeri - Atefeh Sheikheslami
- **Combating Smuggling of Goods in the Law on Combating Trafficking in Goods and Currency Approved 2013**  
Mostafa Hasan Raeisi - Reyhaneh Khalili
- **The Effect of Personality in the Contracts in Iranian and English Laws and Judicial Precedent**  
Fatemeh Norouzi - Dr. Mahdi Ashouri - Dr. Delavar Baradaran
- **Situation of Lawyer at the Preliminary Investigation Phase**  
Dr. Seyyed Ebrahim Ghodsi - Meisam Gholamy - Amin Maleki
- **Sovereignty of the Wills and its Advent in the Rules of Conflict of Laws in the Iranian and Chinese Legal Systems**  
Vahid Yeganeh - Rouholamin Hojjati Kermani
- **Smart Contracts: Legal Agreements for the Block Chain**  
Author: Reggie O'Shields, Translators: Mahdi Naser - Dr. Hossein Sadeghi

