

## نگارش آقای دکتر ابراهیم باد

دنباله شماره ۵

پس بطور خلاصه میتوان گفت فعلاً هیچ کدام از قواعد حقوق بین الملل خصوصی در اثر معاهدات جنبه بین المللی بنخود نگرفته و پاره قواعدیکه روابط حقوقی دو کشور را باهمدیگر تنظیم و تعیین مینماید جنبه قراردادی داشته و ناشی از قراردادهای خصوصی میباشد - این حقوق فرار دادی حقوقیت که دو کشور با آزادی کامل و رضایت متقابل در میان یکدیگر ایجاد و از طرف کشورهای ثالث قابل رعایه نمیشد - این قرارداد های حقوق عمومی بی شایسته قراردادهای و عقود خصوصی نمیشد و مثل آنها در باره اشخاص ثالث تأثیری ندارد مثلاً قواعدیکه در قرارداد بین فرانسه و انگلیس پیش بینی میشود ممکن است کاملاً مخالف ترتیبی باشد که در روابط بین امریکا و ژاپون و یا فرانسه و امریکا پیش بینی شده است .

پس بدین ترتیب قبول نمودیم که حقوق بین الملل خصوصی کاملاً حقوق قراردادی بوده و عمده اصول و قواعد آن زائیده بکرشته قراردادهای خصوصیت که دولتها باهمدیگر منعقد نموده اند از این قبیل است قرارداد راجع به تابعیت منعقد بین فرانسه و بلژیک و یا بین فرانسه و بعضی از جاهیر آمریکای جنوبی - در این قراردادها مخصوصاً بموضوع خدمت نظام وظیفه توجه خاصی مبذول شده و ترتیبی پیش بینی گردیده است که دارندگان در تابعیت<sup>۱</sup> بیش از یکبار انجام خدمت نظام وظیفه نمایند - راجع بموضوع استفاده یا تمتع از حق عده این قبیل قراردادها نسبتاً زیادتر است و بر عکس راجع بمسئله تعارض بین قوانین و حاکمینها و دادگاه ها عده آنها بسیار کم میباشد .

در هر صورت عهدنامه ه و قراردادهائیکه راجع بمسائل حقوق بین الملل خصوصی

بین کشورها منعقد میشود اصولاً بر دو دسته عمده تقسیم میشوند: قراردادهای دوطرفی و قراردادهای چندطرفی - عهدنامه های دوطرفی آنهاست هستند که فقط بین دو دولت منعقد شده و در روابط آنان قابل رعایه میباشد عده این قبیل قراردادهای خیلی زیاد بوده و میتوان گفت که ۹۹ درصد عهدنامه های منعقد شده بین کشورها دارای جنبه دوطرفی میباشد - مثلاً فرانسه قبل از جنگ کنونی عده زیادی قراردادهای بازرگانی با دول مختلفه دنیا بسته بوده که اغلب آنها جاری نکات و قواعد حقوقی و قضائی عمده بودند - عده و مشخصات این قبیل قراردادها معمولاً در مجله استدلالی حقوق بین الملل خصوصی منتشر میگردد.

## بند نهم

### عادت بین المللی - منبع حقوق بین الملل خصوصی

عادت در حقوق بین المللی عیناً معاد و نظیر عادت در حقوق داخلی میباشد عادت در حقوق داخلی عبارت از عمل متمادی و مکرر است که بطول ایام دارای ضمانت اجرایی شده است .

اگر این تعریف را در حقوق داخلی مورد قبول خود قرار دهیم با حفظ مقدمه فوق باید قائل شویم که در حقوق بین المللی نیز عادت در صورتی وجود خارجی پیدا می کند که عمل متمادی و مکرری در روابط بین المللی دولتها ضمانت اجرایی بخود گرفته باشد - بدین ترتیب نباید وحدت عمل و رویه بین المللی<sup>۱</sup> را با عادت بین المللی یکی دانست - وحدت عمل بین المللی دارای جنبه اجباری و الزامی که عادت بین المللی دارد نمی باشد و دولتها در رعایت آنها ملزم نمی باشند مثلاً اگر عمل ده دولت یا بیشتر راجع باحوال شخصیه اشخاص بر این دایره شده باشد که اشخاص از این حیث تابع

1 - Bilateral - Plurilateral.

2 - L' identité de solutions.

قوانین دولتهای متبوع خود باشند این وحدت نظر و عمل مادام که دولتها در رعایت یا عدم رعایت آن ترتیب و روبه آزادی عمل کامل دارند به تنهایی موجود عادت بین‌المللی نمی‌باشد پس مادام که روبه و عمل بین‌المللی واحد دارای ضمانت اجرایی و جنبه الزامی نگردد اطلاق عادت بر آن خالی از اشکال نخواهد بود.<sup>۱</sup>

از بیانات فوق باید چنین نتیجه بگیریم که عادات بین‌المللی بسیار نادر و اتفاقی می‌باشند و بهترین دلیل این معنی همان اگراهیست که دولتها در انعقاد و امضاء بعضی از عهدنامه‌های مقید حقوق یا سالب آزادی عمل از خود نشان داده و می‌دهند. و مابرای اثبات اینکه عادات بین‌المللی بسیار نادر و اتفاقی می‌باشند رأی را که دیوان عالی بین‌المللی لاهه راجع بقضیه اهالی مالت ساکنین تونس صادر نموده است شاهد می‌آوریم: پس از خاتمه جنگ‌های بین‌المللی گذشته اختلاف کوچکی راجع با اهالی مالت بین انگلستان و فرانسه ظاهر شد دولت فرانسه میخواست بمالتی‌هایی که در تونس سکونت دارند تسلط و تابعیت فرانسوی اعطا کند ولی دولت انگلستان با این نظریه فرانسه مخالفت نموده و اظهار می‌داشت کشور تونس از دیر زمان رژیم برون مرزی<sup>۲</sup> را قبول کرده و نمیتوان مالتهای ساکن آنجا را که در واقع تبعه کشور شاهنشاهی هستند بزور تبعه فرانسوی شناخت و چون دو دولت فوق‌الذکر نتوانستند از راه دیپلماسی اختلاف نظرهای خود را بر طرف سازند قضیه را در جلوی شورای جامعه ملل مطرح و شورا نیز عیناً دعوی را بدیوان عالی دادرسی لاهه<sup>۳</sup> ارجاع نمود. محکمه دائمی لاهه پس از بررسی پرونده مربوطه چنین اظهار نظر نمود: «در حال

(۱) عمل واحد بین‌المللی و عادت بین‌المللی نسبت یکدیگر عام و خاص می‌باشند هر عادت

بین‌المللی در عین حال عمل واحد بین‌المللی هم هست و حال آنکه هر عمل واحد بین‌المللی عادت بین‌المللی محسوب نمیگردد.

(۲) Le regime de Capitulation (۲)

La Cour perumamente de justicc de la Haye (۳)

حاضر عادت بین‌المللی دائر بر اینست که دولتها بموجب آن حق نداشته باشند تابعیت خود را با شخص اعطا کنند موجود نیست و دولتها در صورتی ملزم بر رعایت این ترتیب خواهند شد که سابقاً عهدنامه راجع باین موضوع در بین خود امضاء کرده باشند و اتفاقاً در دعوی مطروحه بین فرانسه و انگلستان چون از قدیم عهدنامه بین آنها موجود بود بموجب آن حکم بر بی‌حقی فرانسه صادر گردید - بدین ترتیب می‌بینیم که دیوان عالی لاهه بالصراحه اعلام داشته است که راجع بموضوع تابعیت هنوز عادت بین‌المللی وجود ندارد و مقررات آن تابع مندرجات و مواد عهدنامه های منعقد و یا قوانین داخلی کشورها میباشد .

حال اگر موضوع تابعیت را کنار گذاشته متوجه موضوع استفاده از حق (تمتع) گردیم می‌بینیم که عادت بین‌المللی در این خصوص توسعه قابل ملاحظه بخود گرفته و شایان بررسی میباشد : موضوع تمتع از حق موضوعیست که در اثر رفت و آمدهای اشخاص از کشوری بکشور دیگر از دیرزمان توجه دادگاههای عالی بین‌المللی را بخود جلب نموده و خواهی نخواهی راجع بصور مختلفه آن ترتیبات و قواعد و عادت بین‌المللی تقریباً ثابتی ایجاد شده است و بگفته پروفیسور نی بوايه فعلاً هیچکدام از دولتها در این موضوع دارای اختیارات مطلقه نبوده و حقوق و آزادی آنها محدود و مقید میباشد و بعبارت دیگر باید گفت که امروزه بموجب عادت بین‌المللی حداقل حقوقی موجود است که دولتها نمیتوانند آن را درباره بیگانگان رعایت نمایند<sup>۱</sup> . در ماوراء این حد اقل دولتها آزادی کامل دارند و میتوانند حتی را سلب و یا آنها محدود نمایند ولی نمیتوانند پائین تر از آن حداقل تنزل کرده و حقوقی

1 - « . . . yl ya actuellement d'après la coutume internationale un minimum de droit que l'on ne peut pas refuser à un étranger

را که بموجب عادات بین‌المللی ملزم بر رعایت آن میباشند از بیگانگان سلب و یا آنرا در باره آنان رعایت نمایند.

و در اینجا بيمورد نیست نظری را که راجع بمصادرہ اموال بیگانگان اتخاذ شده است ذکر نمائیم: راجع بمصادرہ اموال بیگانگان در يك کشور دیوان عالی لاهه در سنه ۱۹۲۶ بالصراحه اعلام داشته است که کشورها نمیتوانند اموال بیگانگان را در کشور خود بدون تادیه خسارات مصادرہ نمایند و الا با عادات و حقوق عمومی بین‌المللی مخالفت کرده اند و بالا تر از اینها دولتی نمیتواند به بهانه اینکه چون اموال اتباع خود را میتواند بدون پرداخت خسارات مصادرہ نماید اموال بیگانگان را بدان ترتیب مصادرہ کند هر دولتی در طرز معامله با اتباع خویش در حدود مقررات داخلی کاملاً آزاد است ولی رفتار او با بیگانگان بموجب عادات بین‌المللی تابع حدود و مقرراتیست که نمیتوان از آن صرف‌نظر نمود.

نظیر تصمیم فوق سابقاً در سنه ۱۹۲۰ توسط دیوان داورى لاهه<sup>۱</sup> راجع بمجامع مذهبی برتقال صادر شده بوده است بدین توضیح که در اثر اغتشاشاتی که در داخله برتقال ایجاد شد دولت وقت مجبور گردید که تمام مجامع مذهبی موجوده را منحل و اموال آنها را ضبط و مصادرہ نماید - اتفاقاً عدّه از این مجامع متعلق بکشورهای بیگانه از قبیل انگلستان و فرانسه و ایتالیا و غیره بود و دولتهای مزبور از طرز رفتار دولت برتقال شکایت نموده و استرداد اموال مجامع منحلّه را خواستند و چون درخواست آنها بلا جواب مانده و ترتیب اثری بامتراضاتشان داده نشد ناچار متفقاً قضیه را بدیوان داورى لاهه ارجاع نمودند - دولت برتقال در پیشگاه هیئت داورى چنین دفع نمود: رفتار اونسبت بمجامع مذهبی بیگانه عین رفتاری بوده که درباره مجامع مذهبی متبوعه خود نموده و کسی نیز این حق را از او سلب ننموده است - ولی دادگاه عالی این دفاع را موجه ندانسته و چنین رأی داد: که بموجب عادات بین‌المللی هیچ دولتی حق ندارد اموال بیگانگان مقیم کشور خود را بدون پرداخت خسارات عاقله مصادرہ یا ضبط