

دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال پنجم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷

شناخت ادله و قوانین حاکم در قلمرو حقوق خصوصی

بر اساس نظریه حکومت

نجداد علی الماسی؛^۱ محمد حسین بیاتی؛^۲ علی اکبر رنجبران^۳

دریافت: ۱۳۹۷/۰۱/۲۸

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۱۸

چکیده

این مقاله پژوهشی درصدد پاسخ به این پرسش‌هاست که در مکاتب حقوقی ملاک تقدم بعضی از قوانین بر بعضی دیگر چیست؟ روش شناسایی قوانین حاکم و مهارت در تشخیص نوع ارتباط حکومت میان دو قانون چگونه است؟ با مهارت در تشخیص نوع ارتباط حکومت میان دو قانون می‌توان به حل تعارض آنها کمک کرد. در این تحقیق بر اساس نظریه حکومت به پاسخ خواهیم پرداخت که نظریه حکومت بعنوان نوعی تفسیر قانون به قانون تعریف می‌گردد و قانون مفسر همواره حاکم و مقدم بر قانون مفسر می‌باشد و این نظریه منطبق بر اصول عقلایی قانونگذاری در تمامی مکاتب فقهی و حقوقی است. در این پژوهش به تشخیص انواع حکومت در قلمرو حقوق خصوصی، حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق تجارت بین‌الملل و تطبیق بر بعضی مصادیق روی آورده‌ایم و از قوانین بالادستی نیز که نوعی نظارت و تفسیر نسبت به قوانین پایین دستی دارند، بعنوان مصداقی از حکومت بحث شده است.

واژگان کلیدی: حکومت، تعارض قوانین، تفسیر قانون، قوانین بالادستی، رویه تجاری

۱- استاد و عضو هیأت علمی دانشگاه تهران.

۲- استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه عدالت.

۳- فارغ التحصیل دکتری حقوق خصوصی. نویسنده مسئول. ranjbar56@yahoo.com

مقدمه

در گستره قوانین حقوق خصوصی در ادله، قوانین، احکام و قواعد حقوقی گاهی میان مفاد و دلالت دو یا چند دلیل، قانون، حکم یا قاعده، ناهمگونی در قالب تضاد، تناقض، تعارض رخ می‌دهد که زبان هر کدام از آنها سلطه و استیلا بر دیگری است و هر کدام مصادیق دلیل یا قانون یا حکم یا قاعده دیگر را نفی کرده و قلمرو دلالت دیگری را منتفی یا محدود می‌سازد. فهم علت حکومت و شناسایی نوع تناقض میان دلیل حاکم و محکوم و میزان نفی قلمرو و دامنه مصادیق هر کدام از این ادله و قوانین و قواعد، از مسائلی است که در حیطه اصول و مبانی قانونگذاری می‌باشد. در این تحقیق و پژوهش به شناخت ماهیت رابطه میان قوانین حاکم و محکوم و شناسایی گرایش تفسیری قوانین حاکم که منطبق بر اصول قانونگذاری تمامی مکاتب فقهی و حقوقی است می‌پردازیم.

سوالات اصلی که پیش روی این پژوهش است، دو سؤال اساسی است: ۱- رویکرد و ماهیت ادله و قوانین حاکم بر سایر قوانین بر چه ملاک است؟ ۲- قلمرو نظریه حکومت در گستره قوانین حقوق خصوصی تا کجاست؟

از آنجا که کشف و پرورش نظریه حکومت در اصول فقه شیعه آغاز گشته و شکل‌یابی آن حاصل اندیشه اندیشمندان معاصر این فن است و با در نظر داشتن این موضوع که قانون مدنی ایران بر پایه منابع فقهی اسلامی امامیه و با در نظر داشتن نظرات مشهور فقهای امامیه نوشته شده (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳، ۳۳)، بناچار فهم نظریه حکومت در فهم حقوق و قوانین کمک بسزا دارد. بنابراین پرداختن به نظریه حکومت و شناخت مبانی نظریه پردازی آن، از این جهت لازم شمرده می‌شود که ۱- نظریه حکومت از مباحث مهم اصول قانونگذاری اسلامی شمرده می‌شود و به عنوان ابزار قانونگذاری و فهم قوانین حاکم در گستره حقوق خصوصاً حقوق خصوصی و بالخصوص قانون مدنی به حساب می‌آید. ۲- قابلیت طرح و ارائه آن در تمامی مکاتب حقوقی و نهادهای قانونگذاری در سایر ملل جهان وجود دارد.

ماهیت شناسی نظریه حکومت

تعارض، زادگاه نظریه حکومت

در مواردی از تعارض میان ادله و قوانین، شاهد آنیم که بعضی از آنها بر بعضی دیگر مقدم می‌شوند و این در حالی است که نه ملاک تخصیص و نه ملاک تقیید در هیچ کدام از تقدیم‌ها وجود ندارد. از این رو نظریه حکومت برای تحلیل این موضوع در نظر گرفته شده است و بر این اساس پی‌جویی بحث حکومت از رهگذر بحث تعارض آغاز می‌شود. (مروّج، ۱۴۱۵، ج ۸، ۱۱؛ آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ۴؛ شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۴، ۱۴۸؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۶، ۳؛ انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ۷۵۰؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۷، ۱۳) «تعارض» اصطلاحی است که در قانونگذاری اسلامی برای تقابل و تنافی دو دلیل یا قانون در مرحله جعل و تشریح و قانونگذاری بکار می‌رود؛ این تعارض و تقابل به صورتی است که اجمالاً می‌دانیم در مصداق تنافی و تکاذب دلالت یا مدلول یکی از این دو دلیل یا قانون است. دانشمندان علم اصول کوشیده‌اند، مانند دیگر روش‌های جمع عرفی میان ادله، وحدت موضوع میان ادله متعارض را برقرار کرده و تعارض اولیّه را برطرف سازند. (انصاری، ۱۴۱۴، ج ۱، ۷۵۰) شهید صدر از استاد خویش نقل نموده که اگر بتوان میان دو دلیلی که گمان تنافی می‌رود، با جمع عرفی جمع نمود، مانند: تخصیص، تخصّص، ورود و حکومت دیگر تنافی میان مدلول دو دلیل باقی نمی‌ماند که تعارض صادق باشد. (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳، ۳۴۸) بنابر تعریف تعارض در کلام آخوند خراسانی موارد ذیل از تعریف تعارض حقیقی ادله و قوانین خارج است: ۱- حکومت و ورود یک دلیل بر دلیل دیگر ۲- موارد توفیق عرفی با تصرّف در دلالت یک دلیل یا تصرّف در دلالت دو دلیل ۳- حمل ظاهر بر نصّ و حمل ذوالفرینه بر قرینه. (مروّج، ۱۴۱۵، ج ۸، ۱۱) و اینجا است که نظریه حکومت زادگاه خویش را پیدا می‌کند.

ماهیت تفسیری حکومت در تعارض ادله و قوانین

شیخ انصاری که مُبدع این بحث در علم اصول است، حکومت را اینگونه تعریف می‌کند که منظور از حکومت این است که یکی از دو دلیل یا قانون با مدلول لفظی خود متعارض حال دلیل دیگر باشد و بگونه‌ای که حکمی را برای چیزی اثبات و یا از آن نفی کند. تکیه بر دلالت لفظی حکومت و تفسیر

چگونگی آن، دلیل شیخ انصاری برای خروج حکومت و ورود از دایره دو دلیل متعارض است. آخوند خراسانی برای حکومت این تعریف را ارائه می‌دهد که سیاق یک دلیل ناظر به بیان کمیتی باشد که در دلیل دیگر اراده شده است، خواه مقدم باشد و خواه مؤخر. (خراسانی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۴۳۷) هر دلیلی حکم دلیل دیگر را با زبان توسعه و تضییق، توسعه دهد یا تضییق کند و با زبان مزاحمت با حکم دیگر نباشد، آن دلیل حاکم است. (ایروانی، ۱۳۷۰ ه.ش، ج ۲، ۲۲۶) شهید صدر رکن اصلی تعریف حکومت و فصل حقیقی افتراق حکومت از سایر جمع‌های دلالتی را نکته نظارت موجود در دلیل حاکم معرفی می‌کند که اگر در کار نباشد سببی برای تقدیم دلیل حاکم باقی نمی‌ماند. (صدر، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۷، ۱۶۶)

برآیند تعاریف گذشته این است که حکومت به معنای نظارت و توجه یک دلیل یا قانون به دلیل یا قانون دیگر و تفسیر اجزای آن دلیل و قانون است. شاید دلیل و قانون حاکم را از این جهت حاکم نامیده‌اند که در تفسیر دلیل و قانون دیگر تفسیری نافذ و قاهرانه دارد و دلیل و قانون دیگر را محکوم نامیده‌اند، از این جهت که محکوم به پذیرش تفسیر دلیل و قانون ناظر است. بعنوان نمونه در ماده ۹۵۶ قانون مدنی در خصوص اهلیت برای دارا بودن حقوق آمده است: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود» و واضح است که مراد از مرگ در این ماده مرگ طبیعی است که به یقین ثابت شود. اما در خصوص غایب مفقودالاثر قوانین مربوط به آن را تصویب نموده و بخشی از آن را به موت فرضی اختصاص داده است. با این توصیف قوانین مربوط به غایب مفقودالاثر از ماده ۱۰۱۸ تا ماده ۱۰۲۷ که راجع به حکم موت فرضی است بر قانون ۹۵۶ حکومت دارد و با توسعه در دایره مصادیق موت، موت فرضی را نیز مصادیقی از فوت اعلام می‌نماید. نکته شایان ذکر این است حکومت مطرح شده در اصول فقه، در تمام مکاتب حقوقی و سیره قانونگذاری عقلا کاربرد دارد. با این استناد که این بحث در مباحث الفاظ و ظهورات کلام عقلا - که شارع اسلامی نیز یکی از آنان است - بازگو شده است.

تفسیر در نظریه حکومت به روش توسعه و تضییق

تفسیر قانون گذار از کلام خویش که در نظریه حکومت از آن سخن رانده می‌شود، تفسیر دلیل و قانون محکوم و تغییر مراد و منظور از ظاهر کلام وی است که با تغییری در مفهوم موضوع یا محمول حکم، به تغییر در دامنه مصادیق می‌پردازد و بدین سان تغییر در حکم نیز در پی می‌آید و این تغییر به شکل توسعه و تضییق در معنا رخ می‌دهد. بنابراین در تمامی گفتار برخاسته از اراده قانونگذاران رخدادهای تفسیر مآبانه‌ای دیده می‌شود که بنا به مصالحی که مَقْنَن می‌داند، قانون را در دو یا چند مرحله انشاء می‌کند و کلام‌های صادره‌ای که به تفسیر و تغییر کلام دیگر می‌پردازد، مراد قانونگذار را محدود می‌کند یا توسعه می‌بخشد. در خصوص توسعه دلیل و قانون حاکم می‌توان بعنوان نمونه به حکومت ماده ۲۲۵ قانون مدنی بر ماده ۲۲۴ آن اشاره کرد. ماده ۲۲۴ می‌گوید: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه»؛ مقصود مَقْنَن در تصویب این قانون گویای این است که تعهدات طرفین عقد، به مقداری خواهد بود که از معانی عرفی عبارات متعاقدین استفاده می‌شود؛ ولی ماده ۲۲۵ با حکومت تفسیری، این تعهدات را توسعه می‌دهد و متعارف بودن امری در عرف و عادت را بطوری که در عقد بدان تصریح هم نشده باشد، به منزله ذکر در عقد می‌داند و به این ترتیب ماده ۲۲۵ قانون مدنی در مدلول ماده ۲۲۴ تصرف کرده و مدلول آن را توسعه بخشیده است.

در باب تضییق بعنوان نمونه ماده ۲۰۲ قانون مدنی اکراه را تعریف نموده و فرقی نمی‌گذارد که اکراه کننده حاکم باشد یا فرد عادی، ولی ماده ۲۰۷ این قانون می‌گوید: «ملزم شدن شخص به انشای معامله بحکم مقامات صالح قانونی اکراه محسوب نمی‌شود» و به این ترتیب ماده ۲۰۷ دایره اکراه مستفاد از ماده ۲۰۲ قانون مدنی را محدود کرده است. حکومت ادله احکام ثانوی «نفی حرج» و «نفی ضرر» و... بر ادله احکام اولیه، از این قسم است. (سبحانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ج ۴، ۴۲۱ - ۴۲۲)

تفاوت ماهوی نظریه حکومت با نظریه تخصیص

تفسیر حکومتی مطرح شده در نظریه حکومت رفع و وضع موضوع، تنزیلی و اعتباری و ادعایی است نه وجدانی و حقیقی و در تفاوت میان حکومت و تخصیص گفته‌اند که تخصیص اخراج حکمی است و حکومت اخراج موضوعی مجازی و تنزیلی است و نه وجدانی و حقیقی، به این بیان که در باب تخصیص دلیل مَخْصِص بدون اینکه تصرفی در موضوع دلیل عام بنماید، حکم عام را از بعضی

افراد و مصادیق آن رفع می‌کند، بخلاف باب حکومت که دلیل حاکم با تصرف در موضوع، حکم عام را از بعضی افراد رفع می‌نماید و به عبارت دیگر در باب حکومت رفع حکم بلسان رفع موضوع است. (انصاری، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۲، ۷۵۱؛ حکیم، ۱۴۱۸ ه.ق، ۸۴؛ آشتیانی، ۱۴۰۳ ه.ق، ج ۳، ۱۸۳؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، صص ۲۷۵-۲۷۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۲۲۹).

از مجموع سخنان شیخ انصاری و پیروان مکتب اصولی ایشان درباره حکومت، این طور به دست می‌آید که در دو صورت حکومت محقق می‌شود. یکی اینکه مدلول دلیلی ناظر به مدلول دلیل دیگر باشد و حکمی را که به وسیله آن دلیل محکوم ثابت شده است از بعضی از افراد موضوع بردارد؛ مانند برداشتن موضوع ربای میان پدر و فرزند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۱۸، ۱۳۵-۱۳۶) از دایره موضوع حرمت ربا (بقره: ۲۷۵) و دیگر این که مصادیقی را به افراد موضوع دیگر اضافه کند، مانند اضافه کردن طواف بعنوان فردی از نماز و احکام نماز را برای طواف نیز ثابت کند. (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۱، ۲۱۴).

بنابراین، حکومت در صورت اول از نظر نتیجه نظیر تخصیص است؛ ولی در حقیقت تخصیص نیست؛ زیرا همیشه موضوع دلیل مخصّص، همان موضوع دلیل عام است؛ در حالی که در حکومت همواره این چنین نیست، گاه عملکرد حکومت در قالب تضییق است مانند تخصیص و گاه توسعه است که در تخصیص نیست و در حکومت به نحو توسعه دلیل حاکم افرادی را مطرح می‌کند که اصلاً در دلیل محکوم سابقه ندارند و علاوه اینکه دلیل حاکم، در موضوع حکم و یا متعلق حکم رویکرد تصرفی دارد بخلاف تخصیص. بعنوان مثال در حکومت ادله نفی ضرر و نفی حرج بعنوان احکام و قوانین ثانویه حاکم بر احکام واقعی، دلیل حاکم تصرف در محمول می‌نماید و می‌گوید احکام واقعی اختصاص به غیر موارد ضرری و حرجی دارد و احکام واقعی ضرری و حرجی نیستند، مثلاً بعد از اینکه قانونگذار می‌گوید: "عقد بیع لازم است" بعد ابراز دارد: "بیع ضرری عقد لازم نیست" این بیان می‌شود حکومت و اگر در این قالب بیانی بگوید: "عقد بیع لازم است مگر بر متضرّر" می‌شود تخصیص. در روند تخصیص بیع ضرری را عقد لازم می‌داند و حکم لزوم را از آن بر می‌دارد، ولی در حکومت - با تکیه بر تعبد - عقد بیع ضرری را عقد لازم نمی‌داند، بصورتی که این تعبد قانونگذار نباشد، عرف در لزوم قرارداد بیع تفاوتی میان عقد بیع ضرری و غیر ضرری نمی‌بیند. در مثال یاد شده، دلیل و قانون حاکم ادعاء و تنزیلاً با رفع یا وضع موضوع، دلیل و قانون محکوم را

رفع یا وضع می‌کند، اساساً کاربرد صنعت تخصیص در بیان مراد جدی قانونگذار است و صنعت حکومت در بیان مراد استعمالی قانونگذار. مثلاً قانونگذار در ذیل تبصره ۲ بند ۲۴ ماده ۵۵ و اصلاح تبصره یک ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۲/۰۵/۱۷ اینگونه قانونگذاری می‌کند که در صورتی که خلاف مندرجات پروانه ساختمانی در منطقه غیر تجاری محل کسب یا پیشه و یا تجارت دایر شود کمیسیون مقرر در تبصره ۱ ماده ۱۰۰ در بازه زمانی تعریف شده محل کسب یا پیشه و یا تجارت را تعطیل می‌کند و بعد قانونگذار با استفاده از صنعت حکومت به بیان مراد استعمالی خود از تعریف تجارت چنین می‌گوید: "دایر کردن دفتر وکالت و مطب و دفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتر روزنامه و مجله و دفتر مهندسی بوسیله مالک از نظر این قانون استفاده تجاری محسوب نمی‌شود" و قانونگذار با تکیه بر تعدد این نوع کاربری را از شمول تجارت بیرون می‌برد و این در حالی است که حقیقتاً ماهیت مشاغل نامبرده شده کسب و پیشه انتفاعی و فروش خدمات است. نتیجه اینکه در فرآیند تخصیص همیشه محدود کردن و تضییق در دلیل و قانون عام است، ولی فرآیند حکومت گاهی تضییق و گاهی توسعه در دلیل یا قانون محکوم است.

خاستگاه نظریه حکومت در قانونگذاری اسلامی

نقش قانون حاکم در مراحل قانونگذاری یا صدور رأی

در مراحل استنباط احکام دینی و همچنین قانونگذاری بر اساس روش اسلامی و یا در مقام صدور رأی و تفسیر قوانین توسط یک قاضی، ساز و کاری وجود دارد که بر اساس پیروی از احکام و قوانین اسلامی این فرآیند تعریف می‌شود. ساز و کاری که مبحث حکومت نقش اساسی در تعیین و تعریف وظایف آن ایفاء می‌کند و بدون شناخت این نقش و تشخیص دقیق وظایف و تکالیف، مقنن یا مجری حکم و قانون با مشکل جدی روبرو می‌شود.

بعنوان نمونه «قاعده ید» حاکم بر «اصل استصحاب» است، زیرا «قاعده ید» ما را بدان سو سوق می‌دهد که صاحب ید، مالک است و تجارت با او مجاز است و «استصحاب عدم ملکیت» مشعر به عدم مالکیت او و مجاز نبودن داد و ستد با صاحب ید است، به عبارتی «قاعده ید» مثبت ملکیت صاحب ید و استصحاب نافی ملکیت صاحب ید است و قانونگذار و یا قاضی محکمه باید ملتفت به

این مبنا باشد و در جایی که یقین و اماره‌ای بر خلاف مالکیت صاحب ید وجود ندارد، قاعده ید را مستمسک قرار داده و او را مالک بدانند و به مفاد اصل استصحاب توجهی نکنند.

در مقام قانونگذاری اسلامی در تقدیم و تفسیر میان قوانین و قواعد و اصول حاکم بر قوانین محکوم چهارم مرحله قابل طرح است و با وجود شرایط مرحله قبل نمی‌توان به مرحله بعد وارد شد و شرایط آن را اجرا نمود. اگر قانونگذار یا قاضی مجری قانون، دلیل و قانون یقینی و قطعی مانند نص شرعی و قانونی، تواتر، حکم عقل و ... را در دست داشته باشد به آن استناد می‌کند و در صورت فقدان یقین، به ظن معتبر مراجعه می‌نماید که عبارتند از ظواهر ادله و قوانین، بینه، سیره و عرف، قواعد فقهی و حقوقی و ... و در صورت عدم وجدان یقین و ظن به اصول حاکم بر شکوک که عبارتند از اصول عملیه عقلیه و شرعیه تمسک می‌نماید. حال در این مصاف اگر بخواهیم تقدیم و حکومت هر یک از این ادله و قوانین را مدون نماییم مراحل آن چنین صورت می‌یابد:

مرحله اول: تقدیم حکومتی دلیل و قانون قطعی بر تمامی ادله و قوانین دیگر

مرحله دوم: تقدیم حکومتی ظنون معتبر (امارات) و قواعد فقهی و حقوقی بر ادله و قوانین دیگر

که خود چهار بخش دارد:

بخش اول: حکومت احکام و قوانین ثانویه بر احکام و قوانین اولیه

بخش دوم: حکومت بعضی قواعد فقهی و حقوقی بر قواعد فقهی و حقوقی دیگر

بخش سوم: الف: حکومت ظنون معتبر (امارات) بر اصول عملیه شرعی

ب: حکومت ظنون معتبر (امارات) بر اصول عملیه عقلی

بخش چهارم: حکومت قواعد فقهی بر اصول عملی

مرحله سوم: تقدیم حکومتی استصحاب بر سایر اصول عملی

الف: تقدیم استصحاب بر اصول عملی عقلی

ب: تقدیم استصحاب بر اصول عملی شرعی

ج: تقدیم استصحاب سببی بر استصحاب مسببی

مرحله چهارم: جریان اصول عملی در صورت فقدان اماره و قواعد فقهی و استصحاب

حکومت تفسیری قوانین بالادستی بر قوانین پایین دستی

در مکتب قانونگذاری اسلام مانند تمامی مکاتب قانونگذاری با دو نگرش احکام وضع گردیده است، احکامی که در حالت عادی و نرمال بدون عارض شدن موانع و بدون تعارض و مزاحمت مصالح دیگر و با لحاظ مصلحت و منفعت همان موضوع وضع می‌شود که از آن تعبیر به احکام اولی می‌گردد و احکام دیگری که با رعایت شرایط خاص و محدوده زمانی و مکانی خاص از قبیل تغییر موضوع، سلب اراده، عدم قدرت، اکراه، اضطرار، حوادث قهری، فورس ماژور و ... وضع می‌گردد که این احکام حال احکام اولی را تغییر داده و با وجود موضوع خود موضوع حکم اولی را به تعطیلی می‌کشاند که از آن به قوانین ثانوی تعبیر می‌شود و به عنوان قواعد حاکم بر تمامی قوانین اولیه تلقی می‌گردد. شهید مطهری رابطه دینامیک و کاملاً هوشمند این دو را از اختصاصات احکام اسلامی می‌داند. محقق شهید مطهری از این قوانین ثانوی تعبیر به قوانین کنترل کننده می‌کند حکومتی که شیخ انصاری به کشف آن پرداخته را از مصادیق این نوع نظارت و کنترل یک قانون بر قانون دیگر تبیین می‌کند. (مطهری، ۱۳۹۰ ه.ش، ج ۲۱، ۳۳۳-۳۳۴). این ادله عناوین ثانوی در لباس قواعد فقهی ظهور پیدا کرده است که تعبیر از "قواعد" همان ادله ثانوی‌ای هستند که حاکم بر ادله اولی قلمداد می‌گردند.

یکی از اصول مهم قانون اساسی که جنبه نظارتی بر سایر قوانین دارد و اولین غربال و خروجی برای تشخیص صحت کلیه قوانین کشور ایران است، اصل چهارم قانون اساسی ایران است. اصل چهارم قانون اساسی ابراز می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». شورای نگهبان وظیفه نظارتی دیگری نیز در قانون اساسی دارد که نظارت بر قانونگذاری مجلس شورای اسلامی و هیأت دولت است که در اصل ۷۲ و اصل ۸۵ قانون اساسی قانون اساسی آمده است. این نظارت بر قوانین و حکومت بعضی از قوانین بر بعضی دیگر، در سایر کشورهای دنیا که نظام رویه قضایی^۱ دارند یا نظام حقوقی نوشته و مدون رومی ژرمنی^۲ را دنبال می‌کنند وجود دارد. در قانون اساسی فرانسه واحدی به نام شورای قانون اساسی پیش بینی شده است

1. Common law
2. Civil law

که مهم‌ترین رسالت آن قضاوت در باب اهمیت قوانین به حسب اصول و قواعد قانون اساسی است و در کشور آلمان نظارت بر قوانین و حق کنترل به دیوان قانون اساسی سپرده شده است. (قاضی، ۱۳۷۵ ه.ش، صص ۱۱۲-۱۲۳)

حکومت در حقوق خصوصی داخلی و بین‌المللی

قوانین حاکم در حقوق خصوصی داخلی ملت‌ها

در مباحث پیشین بازگو شد که از جمله حکومت‌ها حکومت مواد قانونی یک کشور بر یکدیگر است. این حکومت تفسیرگرایانه که از نوع ارتباط میان مواد تصویب شده توسط قانونگذار بوجود می‌آید، در تمامی حقوق داخلی کشورها و خصوصاً حقوق خصوصی آنها جریان دارد. بعنوان نمونه با اینکه در حقوق فرانسه بموجب ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی فرانسه موردی که مدیون مانع از وقوع شرط می‌شود در حکم اینست که شرط تحقق یافته است، (de l'Imprimerie de la République, 1804, p 284) این قانون تحقق فرضی صورت نبود مانع را به عنوان تحقق حقیقی در خارج قلمداد کرده است که نوعی توسعه تحقق شرط حقیقی به تحقق شرط مدنی است؛ یعنی الحاق تحقق فرضی به تحقق حقیقی.

حکومت قواعد فقهی و حقوقی بر تعیین راه‌های تعارض قوانین حقوق بین‌الملل خصوصی در این بخش به قانون حاکم قانون اساسی و حقوق خصوصی ایران و حاکمیت قواعد ثانوی فقه اسلامی بر مسائل مربوط به تعارض قوانین^۱ و روش حل تعارض پرداخته می‌شود. شاید بتوان رویکرد این نوشتار را در راه حل تعارض نوعی قانون و حقوق مذهبی^۲ دانست که بعد از سیر مطالب بدان پرداخته می‌شود. ارائه تعریف صحیح از تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی و بهترین راه حل تعارض نیازمند شناخت مکتب‌ها و گرایش‌ها و رویکردهای دانشی و بینشی حوزه‌های حقوقی در این زمینه است، تا روشن شود که هر راه حل بر کدام مسلک و تفکر حقوقی بنیان یافته است. ناگفته نماند که قانون حل تعارض در راستای همان حکومت مطرح شده در این مقاله است که این قانون حاکم، مفسر چگونگی رسیدگی به یک مسأله از دعاوی اتباع خارجی است و غیر مستقیم راه

1. Conflict of laws - Conflit de lois
2. Religious law

رسیدگی را باز کرده و به حل مسأله می‌پردازد و قانون حل تعارض فقط معین کننده قانون صلاحیتداری است که می‌تواند بر احوال شخصیه بیگانگان حکومت کند و مستقیم در صدد حل مسأله بر نمی‌آید. در این میدان، قوانینی که برای حل تعارض نقش کلیدی دارند و با هم تعارض می‌کنند و تمرکز اندیشمندان برای حل تعارض روی آنها است و باید حاکمیت یک قانون را از میان آنان انتخاب نمود عبارتند از: قانون کشور متبوع شخص، قانون اقامتگاه، قانون محل وقوع مال، قانون محل انعقاد قرارداد، قانون محل وقوع حادثه یا فعل زیانبار، قانون محل تنظیم سند، قانون محل اجرای تعهد و قانون محل رسیدگی به دعوی.

نظریه‌های مطرح شده در قانون راه حل تعارض قابل طبقه بندی است (الماسی، نجاد علی، ۱۳۹۲ ه.ش): ۱- حاکمیت اراده ۲- حاکمیت مذهب ۳- حاکمیت قانون ملی ۴- حاکمیت مصالح ملی ۵- حاکمیت احترام متقابل. بعضی از این نظریه‌ها مستند به حاکمیت اراده است و دومولن فرانسوی در راستای احترام به اراده افراد، قبل از هر چیز به حاکمیت اراده تکیه نموده است. شاید حاکمیت اراده را بتوان در امور و قوانینی غیر از احوال شخصیه مورد اتکا قرار داد، ولی قوانین مربوط به احوال شخصیه معمولاً تأثیر پذیر از قوانین حاکمیتی و مذهبی هر فرد است. بنابراین می‌توان دکترین دومولن را در احترام به حاکمیت اراده در مسائل مالیه و عقود وجیه و اولویت اول دانست. از ابتدایی‌ترین و مرسوم‌ترین راه حل‌ها، تعیین قانون داخلی به عنوان قانون حاکم است. عرف و عادت محلی و رعایت مصالح سیاسی و اصل مصلحت سرزمین از شاخصه‌های اندیشه و دکترین درژانتره^۱ فرانسوی است که می‌تواند به نوعی تحکیم مکتب قدیم ایتالیایی و پیروی از آن دانست. در دکترین منچینی^۲ نیز تنها قانون صلاحیتدار برای هر فرد قانون ملی او معرفی شده است. در دکترین سومیر^۳ تمایل به حل تعارض با رویکرد اصل سرزمینی بودن قوانین و گرایش ناسیونالیستی تئوریزه می‌شود. در میان نظریه پردازان فرانسوی تنها پی‌ژونیر است که از ناسیونالیسم جدا شده و توجه به مصالح ملی کشور را ارجح می‌داند. نی‌بویه^۴ نیز وضعیت و اهلیت را تابع قانون اقامتگاه قرار می‌دهد و در سایر ابعاد حقوقی اصل سرزمینی بودن قوانین و حفظ مصالح را در نظر می‌گیرد؛ در نهایت امروزه

1. d'Argentré
2. Mancini
3. Soummiers
4. Niboyet

اصل درون مرزی بودن قانون حلّ تعارض با سه شاخصه حقوق داخلی، رعایت مصالح ملی و ملاحظه حقوق تطبیقی مورد توافق همه نظریه پردازان فرانسوی (لربور پی ژونیر، هانری باتیفول، ژاک موری و هانری ساواتیه)^۱ است.

در دکترین پی‌یه^۲ که سخن از احترام به اصل حاکمیت کشور دیگر با اجرای قانون کشور خارجی است، - با این فلسفه که متقابلاً کشور مقابل به حاکمیت کشور مجری حکم احترام بگذارد - منطقی پسندیده نهفته است، که بر پایه مصلحت و صلح اندیشی استوار است. به همین دلیل است که پی‌یه فرانسوی تعارض قوانین را تعارض بین دولت‌ها یا حاکمیت‌ها دانسته است. احترام به قوانین و حاکمیت سایر کشورها ریشه در آداب و رسوم اقوام گذشته دارد. در داستان یوسف در قرآن کریم و در تفسیر آیه ۷۵ سوره یوسف می‌خوانیم که یوسف برای نگه داشتن برادر کوچک خود بنیامین از یک اصل حقوقی پذیرفته شده در مصر بهره گرفت که مصریان در امور کیفری به حقوق کشور مقابل احترام می‌گذاشتند و فرد را به جزای کشور و وطن او کیفر می‌کردند. (طباطبایی، ۱۳۷۴ ه.ش، ج ۱۱، ص ۳۰۶) این نظریه می‌تواند همسو با دکترین ایتالیایی باشد که در قوانین جزایی، تبعیت جرائم از قانون محل وقوع جرم است.

دکترین ساوینی^۳ آلمانی بیانگر رعایت مذهب در قانون راه حل تعارض است، چیزی که بیش از هر چیز دیگر بر روح و روان و پذیرش دولت‌ها و ملت‌های ادیان ابراهیمی (اسلام، مسیحیت، یهودیت و زرتشت) اثر گذار است و نادیده گرفتن آن تبعات نامطلوبی را برای محکومین در دعاوی به دنبال دارد. از این جهت انتخاب قانون منتخب از قانون رم که متناسب با مذهب مسیحیت است، بهتر می‌تواند مورد پذیرش هر کدام از کشورهای عضو قرار گرفته و معتبر باشد، گرچه ایشان در نهایت نه به قانون محلی محل محاکمه و نه به قانون محلی رابطه حقوقی، اهتمامی نشان نمی‌دهد و تناسب میان طبیعت موضوع قانون انطباق و اصلاح را در دستور اندیشه خویش قرار می‌دهد.

قانون مدنی ایران در مسأله تعارض قوانین و احاله موادی را وضع کرده است که مطابقت و همسویی با خواستگاه فقه اسلامی در آن لحاظ نشده است. قانون مدنی ایران بدون توجه به دین و

1. Lere Bours Pigeonniere - Henri Batiffol – Maury Jacques - Henri Savatier

2. Pierre

3. Savingy

آیین اتباع خارجه در ایران، که دعاوی آنها مورد رسیدگی در محاکم قرار می‌گیرد، پیرامون احوال شخصیه در ذیل ماده ۷ بعنوان یک قاعده حلّ تعارض چنین می‌گوید: «اتباع خارج مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود» و بموجب ماده ۹۶۸ تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد و بموجب ماده ۹۶۹ اسناد تنظیمی را تابع قانون محل تنظیم خود می‌داند و در ماده ۹۷۳ احاله درجه اول تعییناً پذیرفته شده و احاله درجه دوم تخییری قرار داده شده است. اسلام دین و آیینی است که درباره پیروان خویش فرا ملی^۱ و فرا مرزی^۲ می‌اندیشد و قانون حاکم بر زندگی هر مسلمان را در هر نقطه از جهان یک چیز می‌داند. این نظریه غیر از دکتترین منچینی است که تنها قانون صلاحیتدار برای هر فرد قانون ملی می‌داند. (الماسی، ۱۳۹۲ ه.ش، ۱۷۴) در خصوص تعارض قوانین باید در دو مرحله صلاحیت دادگاه و اعمال قانون حلّ تعارض به بحث بنشینیم. روی سخن اینجا است که «قاعده نفی سبیل» به عنوان قاعده ثانوی، حاکم بر ماده ۷ و ماده ۹۷۳ است و به تفسیر آنان می‌پردازد. در قانون ایران که کشوری اسلامی است، قبل از هر چیز در قاعده حلّ تعارض، باید مسأله مذهب یک فرد خارجی مورد نظر قرار گیرد. به عنوان نمونه فراوان اتفاق می‌افتد که یک زن و مرد مسلمان مثلاً ایرانی به کشوری مانند ژاپن مهاجرت می‌کنند و در آنجا فرزندی از ایشان متولد می‌شود؛ حال این فرزند مسلمان که تابعیت کشور ژاپن را دارد، در کشور ایران راجع به احوال شخصیه مانند طلاق به محکمه ایران مراجعه می‌کند و تقاضای رسیدگی به آن را دارد. بر اساس ماده ۷ قانون مدنی قاضی محکمه ایران باید قانون کشور متبوع او را به موقع اجرا بگذارد و مذهب بومی و اصلی مردم ژاپن شینتو (بت و آلهه پرستی) نام دارد؛ در حالی که این فرد مسلمان است و باید طلاق بر اساس آیین اسلام جاری گردد و «قاعده نفی سبیل» به عنوان قانون و قاعده حاکم هم اجازه سلطه یک دادگاه غیر اسلامی را بر فرد مسلمان نمی‌دهد. در سایر امور دیگر هم مانند وراثت و ولایت و بلوغ و نسبت و ... نیز همین مسأله مطرح است. در مورد احاله نیز همین اشکال و نظایر آن مطرح است. فرض بفرمایید یک فرد خارجی مسلمان تابعه انگلیس و مقیم در ژاپن فوت کند، قانون بین المللی انگلستان ترکه منقول را تابع اقامتگاه متوفی می‌داند و بر اساس

-
1. Transnational
 2. Internationalism

قانون مدنی ایران باید قانون ملی متوفی به موقع اجرا گذاشته شود و قانون کشور متبوع احاله به کشور ژاپن داده است و دادگاه ایران میان قانون انگلستان و ژاپن مخیر است، که در هر دو صورت مالکیت اموال متوفی بر اساس تقسیمی غیر از تقسیم مطرح شده در قوانین اسلامی تقسیم خواهد شد. در خصوص صلاحیت دادگاه نیز همین موارد مطرح است و یک فرد مسلمان را به هیچ عنوان نمی‌توان در محکمه‌ای غیر از محکمه اسلامی حاضر نمود. زیرا آن محکمه بر اساس قوانین غیر اسلامی در مورد احوال شخصیه او تصمیم‌گیری می‌کند. صراحتی که در «قاعده نفی سبیل» وجود دارد، اینگونه مقرر می‌کند که بطور یقین در خصوص احوال شخصیه یک فرد مسلمان خارجی، اگر دولت متبوعش اسلامی است، بدان ارجاع داده شود و در غیر این صورت، اولویت تعیینی با رسیدگی مسأله در دادگاه اسلامی است. همچنین در خصوص احاله نیز، باید "احاله به یک کشور مسلمان" کلمه کلیدی و محور وضع و پذیرش قانون باشد و لازم به نظر می‌رسد، قانون کشورهای اسلامی خصوصاً ایران، احاله به کشور غیر مسلمان را صریحاً مورد قبول قرار ندهند.

نکته باقی مانده این است که در تعارض قوانین و تعیین قانون حل تعارض و احاله، توجه به دکترین پی‌به‌الزامی است، در اندیشه او "احترام به قوانین دولت‌ها" و اجرای آنها از باب احترام به حق و اصل حاکمیت دولت‌ها در روابط حقوق بین الملل کشورها نقش تعیین کننده دارد. این "اصل احترام متقابل" که برگرفته از سیره و رفتار قرآن و پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله است، می‌تواند بنابر مصلحتی که ایفا می‌کند، بصورت موقت قانون حاکم بر «قاعده نفی سبیل» باشد، قاعده‌ای که خود از احکام ثانویه است و بر احکام اولیه حکومت دارد. در قرآن کریم در خصوص احترام به عقاید دیگران چنین می‌فرماید: «وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ» این آیه در شأن ولید بن مغیره نازل شده است که گفت اگر محمد (ص) دست از دشنام به خدایان ما بردارد، خدای او را دشنام می‌دهیم. (بلاذری، ۱۹۹۶ ه.ق، ج ۱، ص ۱۵۱) تعلیل این نوع عملکرد در آیه آمده است، زیرا هر گروه و ملتی نسبت به عقاید و اعمال خود تعصب دارد، همانطور که قرآن در جمله بعد می‌گوید "ما این چنین برای هر جمعیتی عملشان را زینت دادیم". (مکارم، ۱۳۷۱ ه.ش، ج ۵، ص: ۳۹۵) شاید جمع میان این دو نظریه قاعده نفی سبیل و نظریه احترام متقابل دولت‌ها همان باشد که در اصل ۱۵۲ قانون اساسی بدان اشاره شده است که "دفاع از حقوق

همه مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت‌های سلطه‌گر" در کنار "روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیر محارب" بیان شده است.

حکومت تفسیری عرف و رویه تجاری بین‌المللی بر قراردادهای تجاری بین‌المللی

شناخت قوانین و قواعد حاکم در عرصه تجارت بین‌الملل از مهمترین درجه‌های نوظهور گشوده شده بر روی حقوق معاصر است که نظریه حکومت می‌تواند به عنوان راهکاری شناختی در عرصه حقوق ایفای نقش کند. در عرصه حقوق تجارت بین‌المللی نیز نهادهایی برای همسان سازی و رفع تعارض قوانین بین‌المللی تأسیس گشته است، تا از تعارض و تصادف قوانین و تنش در میان افراد و ملت‌ها بکاهد که مهم‌ترین آنان عبارتند از: ۱- کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد^۱ ۲- موسسه بین‌المللی یکسان سازی حقوق خصوصی رم^۲ ۳- کنفرانس لاهه مربوط به حقوق بین‌المللی خصوصی^۳ ۴- افاق تجاری بین‌المللی^۴ ۵- فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور^۵ عرف و رویه تجاری^۶ مجموعه قواعد و مقرراتی برخاسته از پیکره رویه و آداب معاملاتی بازرگانان در عرصه بین‌الملل است که تجار و بازرگانان برای خود وضع می‌کنند و یکی از منابع حقوق تجارت بین‌الملل و مهم‌ترین مستند حقوقی بازرگانان و حقوقدانان و داوران و مشاوران در این عرصه است. از سویی تمسک به عرف و رویه بهترین و ساده‌ترین شیوه حل اختلاف و قانون حاکم بر روابط قراردادی است. گفته می‌شود عرف و عادت و رویه تجاری در بازرگانی بین‌المللی با عرفی که از منابع حقوق به شمار می‌آید تفاوت دارد و شاید با توضیحی که در پی می‌آید تفاوتی میان آن دو نباشد. عرف عمومی بر اساس عنصر مادی تکرار مردم و عنصر معنوی باور مردم به الزامی بودن آن یکی از منابع حقوق به حساب آمده و گاهی نیز سبب تأسیس قاعده حقوقی می‌گردد؛ ولی عرف و رویه بازرگانی بیانگر اراده طرفین و مکمل نانوشته قرارداد تجاری می‌باشد. پروفیسور گوود^۷ در تعریف و ماهیت عرف نانوشته تجاری بین‌المللی، تعریف عرف عمومی را ارائه می‌دهد و می‌گوید: «رویه یا

1. UNCITRAL
2. UNIDROIT
3. HCPII
4. ICC
5. FIDIC
6. Lex Mercatoria - Business Practice - Trade Usage
7. Good Roy M

الگویی رفتاری است که بین بازرگانان با تکرار استقرار یافته و تا حدودی قدرت امره کسب کرده است» (Good Roy M 1997 pp 1-36). دکتر شیروی بدون تفکیک میان عرف و رویه بازرگانی و عرف عمومی در تعریف رویه بازرگانی می‌نویسد: «رویه تجاری بین المللی، به عملکردها و هنجارهای رفتاری اطلاق می‌شود که بین تجار و شرکتهای تجاری ایجاد شده و تا اندازه‌ای قدرت الزام آور پیدا کرده است.» (شیروی، ۱۳۹۵ ه.ش، ۴۰) این الزام آور بودن را ایشان مستند به دو نظریه توجیه می‌کنند، یکی اینکه رویه تجاری بین المللی نوعی عرف بین المللی است و بر اساس بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری جزء منابع حقوق بین الملل محسوب می‌شود و دیگر اینکه رویه تجاری بین المللی در واقع به عنوان یک شرط ضمنی در قراردادهای بین المللی مطرح می‌شود و اعتبار و الزام آور بودن آن از توافق ضمنی طرفین نشأت می‌گیرد که تجار باید به این نوع از رویه‌ها آگاهی داشته و یا حداقل باید آگاهی داشته باشند و چنانچه خلاف آن را مقرر نکنند، این به این معناست که مفاد آن را در روابط بین خود پذیرفته‌اند. (پیشین، صص ۴۰ و ۴۱) در بند ۲ ماده ۲۰۵-۱ قانون متحدالشکل بازرگانی آمریکا^۱ آمده است که رویه تجارت این انتظار را به وجود می‌آورد که در قرارداد و معامله مورد نظر نیز رعایت گردد و بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا تعبیر شفاف‌تری در خصوص رویه تجاری ارائه می‌دهد که آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص بطور منظم آن را رعایت می‌کنند.» (کمیلی پور، ۱۳۹۴ ه.ش، ۲۲) در تعارض بین قانون مدنی و عرف، قانون حاکم می‌باشد، ولی در حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی داور می‌تواند به عرف بین المللی بیشتر از قوانین داخلی توجه نماید. (اعلایی فرد، ۱۳۸۴ ه.ش، ۱۸) نقش عرف و عادات تجاری بقدری است که امروزه جزئی جدایی‌ناپذیر از حقوق تجارت بین الملل قرار گرفته است و اهمیت این عرف‌های بازرگانی خود را در ماده ۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا نشان می‌دهد. در بند ۱ و ۲ ماده ۹ کنوانسیون آمده است: «۱- طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول فیما بین می‌باشند. ۲- فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا می‌باید وقوف می‌داشتند، و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین

قراردادهای مشابه دران نوع تجارت خاص بطور منظم آن را رعایت می‌کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فی مابین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.» (کمیلی پور، ۱۳۹۴ ه.ش، ۲۲) بند ۱ ماده اشاره به عرف‌های مورد توافق و بند ۲ به عرف‌های نوعی اشاره دارد. عرف بازرگانی بقدری در حاکمیت در تفسیر متن قرارداد قوت دارد، که اگر مغایر مقررات کنوانسیون باشد، مقدم بر مقررات کنوانسیون است؛ چرا که به تصریح کنوانسیون، عرف و عادت برخاسته از اراده ضمنی یا فرضی طرفین است و بر کنوانسیون حکومت دارد.

حکومت تفسیری کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی بر مقررات داخلی کشورها

از جمله قوانینی که می‌توان به عنوان قانون حاکم بر سایر قوانین داخلی کشورها به حساب آورد، قوانین مصرح و مصوبه در معاهدات و کنوانسیون‌ها است که میان دو یا چند کشور مذاکره شده و به تصویب آنان می‌رسد. یعنی در تصویب و اجرای معاهدات ابتدا متن نهایی معاهده به تصمیم کشورهای مذاکره کننده می‌رسد و سپس دولت‌های میز مذاکره باید تلاش کنند که معاهده مزبور را به تأیید مراجع قانونی خود برسانند. در صورت الحاق یک کشور به یک کنوانسیون مقررات داخلی آن کشور نسبت به قراردادهای فروش بین‌المللی کالا تابع آن مقررات خواهد بود و آن مقررات به عنوان قوانین حاکم مقدم بوده و به تفسیر قوانین داخلی کشورها می‌پردازند و آن قوانین را تابع خود ساخته و با مفاد مقررات کنوانسیون‌ها و معاهدات تفسیر می‌کنند. حقوق بین‌الملل خصوصی و قوانین حل تعارض قوانین از منابع مهم رشته حقوق تجارت بین‌الملل محسوب می‌شوند، چرا که اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی منوط به الحاق کشورهای متبوع متعاملین به کنوانسیون‌های مربوط می‌باشد. با این حال قواعد مربوط به تعارض قوانین گاهی قضات و داوران را به اجرا این کنوانسیون‌ها به عنوان قانون مناسب سوق می‌دهد. (اعلایی فرد، ۱۳۸۴ ه.ش، ص ۱۸) مثلاً یکی از مهمترین کنوانسیون‌های جهانی، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. این کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای فروش بین‌المللی کالا مجموعه‌ای از مقررات ناظر به انعقاد و آثار فروش بین‌المللی کالا می‌باشد که در صورت الحاق یک کشور به آن کنوانسیون مقررات داخلی آن کشور نسبت به قراردادهای فروش بین‌المللی کالا تابع آن مقررات خواهد شد و به عنوان قانون حاکم قوانین داخلی بر اساس آنها شکل و تفسیر می‌یابند. یکی از صور انعقاد قرارداد بیع و تجارت و

خصوصاً بیع و تجارت بین الملل، پیش فروش کالا بر اساس قیمت زمان تحویل است و یا حتی فروش کالا بدون تقویم و بر اساس عرف و عادت تجاری منصرف به زمان تحویل ثمن است. بر اساس واقعیت بازار بازرگانی، معین نبودن قیمت کالا امروزه در قراردادهای بیع ملی و فراملی بصورت رویه و مورد پذیرش متعاملین قرار گرفته است. بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران «بیع عبارتست از تملیک عین بعوض معلوم»؛ با این تعریف از بیع و داد و ستد، باید مقدار و جنس و وصف ثمن معامله کاملاً معلوم باشد و تعریف بیع بر معامله با عوض مجهول - که ثمن شناور مصداقی از آن است - صادق نیست. ماده ۵۵ کنوانسیون ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا، به تأسی از حقوق انگلستان، (اعلایی فرد، ۱۳۸۴ ه.ش، ص ۸۵) قرارداد بیعی را که ثمن آن معین نباشد، معتبر می‌داند. (کمیلی پور، ۱۳۹۴ ه.ش، ص ۳۵) با الحاق ایران به این کنوانسیون این ماده ۵۵ حاکم بر ۳۳۸ قانون مدنی ایران خواهد بود و معلوم بودن ثمن و عوض معامله توسعه یافته و قلمرو آن تا ثمن شناور و قیمت روز بازار و یا مقوم به اوضاع و احوال مشابه تفسیر می‌شود. این نمونه‌ای از حاکمیت کنوانسیون‌ها و معاهدات بین المللی بر قوانین داخلی کشورها است که بدان پرداخته شد.

نتیجه گیری

نظریه حکومت، صنعت و ابزاری واقعی و برآمده از فهم قانونگذاری عقلاً برای تبیین و تفسیر اراده و قصد قانونگذاری آنان است و یکی از اصول تبیینی و تفسیری در تضاد و تعارض ادله و احکام و قوانین و مصادیق آنان در تمامی گستره حقوق و خصوصاً حقوق خصوصی است و تشریح و تبیین این نظریه می‌تواند به یک قانونگذار و حقوقدان را در رسیدن به اهداف ذیل کمک کند:

- شناسایی نوعی تبیین و تفسیر در معارضه و تضاد و تناقض در ادله و قوانین و احکام و قواعد با یکدیگر و شناخت دلیل و قانون مقدم و برون رفت از بعضی گره‌های ناشی از فهم اشتباه تناقض و تضاد و تعارض به دلیل عدم شناخت دکترین حکومت
- کمک به روشن‌سازی فلسفه فکری و اراده قانونگذاری عرف و عقلاً در تقنین با رعایت اولویت
- کمک به شناسایی رابطه میان اراده افراد و جوامع و منظومه‌های فکری حقوقی مؤثر در اراده آنها، مانند: قوانین حاکم مذهبی، عرفی، اصول حقوقی و ...

فهرست منابع و مآخذ:

قرآن کریم

منابع فارسی

- اعلایی فرد، محمد علی (۱۳۸۴ ه.ش)، *حقوق تجارت بین الملل*، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، چاپ اول.
- بهرامی احمدی، حمید (زمستان ۱۳۸۳)، *تاریخچه تدوین قانون مدنی*، دو فصلنامه دین و ارتباطات.
- روی ام، گوود (۱۳۸۶ ه.ش)، *عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی*، مترجم: دکتر حمیدرضا علمی یزدی، *مجله حقوقی*، شماره ۳۵.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵ ه.ش)، *حقوق تجارت بین الملل*، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم.
- طباطبایی، محمد حسین (۱۳۷۴ ه.ش)، *المیزان*، مترجم سید محمد باقر موسوی همدانی، قم دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۵ ه.ش)، *گفتارهایی در حقوق عمومی*، تهران، نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ ه.ش)، *عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ ه.ش)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.
- کمیلی پور، علی (۱۳۹۴ ه.ش)، *قوانین و کنوانسیون‌های مرتبط با حقوق تجارت بین الملل*، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۹۲ ه.ش)، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۰ ه.ش)، *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، تهران، انتشارات صدرا.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۲ ه.ش)، *شورای نگهبان و بررسی قوانین*، *مجله حقوقی و قضایی دادگستری*، شماره ۹.
- منابع عربی:
- انصاری مرتضی، (۱۴۱۴ ه.ق)، *رسائل فقهیه*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- (۱۴۱۶ ه.ق)، *فرائد الأصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
- ایروانی، علی (۱۳۷۰ ه.ش)، *نهایة النهایة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- آشتیانی، محمد (۱۴۰۳ ه.ق)، *بحر الفوائد*، قم، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی، چاپ اول.
- بالادری، احمد (۱۹۹۶ ه.ق)، *جمل من انساب الأشراف*، بیروت، دار الفکر، چاپ اول.
- حرّ عاملی، محمد (۱۴۰۹ ه.ق)، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
- حکیم، محمد تقی (۱۴۱۸ ه.ق)، *الأصول العامة*، قم، مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام.
- خراسانی، کاظم (۱۴۰۹ ه.ق)، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۵ ه.ق)، *المحصول فی علم الاصول*، قم، انتشارات امام صادق علیه السلام.

۱۱۲ دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال پنجم، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷

سیستانی، علی (۱۴۱۴ ه.ق)، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم، دفتر آیت الله سیستانی.
شیرازی، محمد حسن (۱۴۰۹ ه.ق)، *تقریرات*، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
صدر، محمد باقر (۱۴۱۸ ه.ق)، *دروس فی علم الاصول*، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم.
طباطبایی، محمد حسین (بی تا)، *حاشیه الكفایه*، قم، بنیاد علمی، فکری علامه طباطبایی.
فیروزآبادی، مرتضی (۱۴۰۰ ه.ق)، *عنايه الأصول*، قم، انتشارات فیروزآبادی.
مروج، محمد جعفر (۱۴۱۵ ه.ق)، *منتهی الدراییه*، قم، انتشارات دار الكتاب جزایری.
موسوی تبریزی، موسی (۱۳۶۹ ه.ق)، *أوثق الوسائل*، قم، انتشارات کتبی نجفی، چاپ اول.
نائینی، محمد حسین (۱۳۶۸ ه.ش)، *أجود التقریرات*، قم، انتشارات مصطفوی.

منابع انگلیسی و فرانسه:

Good roy m usage and its reception in transnational commercial law
internatinal and comparative law quarterly {vol 46 jan 1997} pp. 136.

Code civil des français: édition originale et seule officielle, a paris, de
l'imprimerie de la république, an xii 1804.