

# نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران

دکتر فرهاد پروین

## پیشگفتار

احوال شخصیه از مسائل مبتلابه خارجیان در کشور است. نگارنده با توجه به تحقیقات شخصی خود که نشانگر عدم همسویی رویه دادگاهها با نظرات مؤلفان است و نیز تحولات جهانی در این زمینه، طرح و بررسی موضوع را از لحاظ نظری و عملی مفید می‌داند.

در این مقاله پس از ذکر مقدمه، قسمت اول تحت عنوان بررسی قوانین، به بررسی مقررات فعلی به همراه سوابق تاریخی آنها می‌پردازد. در قسمت دوم، دکترین و نظرات مؤلفان مورد بررسی قرار می‌گیرد. در قسمت سوم جایگاه حقوق و مبانی بین الملل خصوصی در اسلام تحت عنوان جدید حقوق بین الملل خصوصی اسلامی بیان می‌شود. نمونه‌هایی از عملکرد دادگاهها و نظرات مشورتی اداره حقوقی که نمایانگر رویه قضایی ایران است، قسمت چهارم مقاله را تشکیل می‌دهد. در بحث حقوق تطبیقی، قسمت پنجم، راه‌حلهای ارائه شده در حقوق فرانسه، سوئیس و آلمان

به همراه زیر بنای فکری هریک بررسی شده است. در خاتمه نتیجه گرفته شده که با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز تحولات جهانی در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه، لازم است در تفسیر ماده ۷ قانون مدنی، تحولی عمیق و مطابق با وضعیت فعلی ایران و جهان به عمل آید.

#### مقدمه

از نظر حقوق ایران، چه قانونی حاکم بر احوال شخصیه خارجیان است؟ در نگاه اول جواب این سؤال بسیار ساده به نظر می رسد، زیرا ماده ۷ قانون مدنی صراحتاً می گوید که:

«اتباع خارجه 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.»

اما واقعیت این است که جواب به این سؤال آسان نیست. زیرا از یک طرف، به سبب امکان تفسیرهای متفاوت، دکترین نیز چنانکه خواهیم دید، دچار تشتت آراست و از طرف دیگر ملاحظاتی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد، اصول حقوق بین الملل خصوصی اسلامی، نظرات متفاوتی که دادگاهها در این مورد دارند و امکان تقسیم بیگانگان به خارجیان مسلمان و خارجیان غیر مسلمان - چنانکه در ذیل می آید - باعث پیچیدگی مبحث شده است. قبل از بررسی رویه دادگاهها، تجزیه و تحلیل نظری موضوع، ضروری به نظر می رسد.

## بررسی قوانین

همانطور که ذکر شد ماده ۷ ق.م. خارجیان را، در حدود معاهدات، تابع قانون متبوعشان قرار داده است. این ماده دارای معنایی دوگانه است. از یک طرف می توان گفت که وجود قرارداد برای تبعیت خارجی از قانون ملی متبوعش لازم نیست. قراردادهای، حدود، توصیف و به طور خلاصه جزئیات چگونگی کاربرد قانون خارجی را بیان می دارند. بدیهی است که آنها می توانند اجرای قانون خارجی را توسعه داده یا آن را محدود سازند. اما به هر حال در صورت فقدان قرارداد، قانون ملی شخص خارجی قابل اجرا است. از طرف دیگر می توان گفت که اعمال قانون خارجی موکول به وجود معاهده بین دولت ایران و دولت خارجی است. در صورت عدم وجود معاهده بین ایران و دولت خارجی، حقوق ایران اجرا خواهد شد. دو ماده در قانون مدنی، نظریه اخیر را تقویت می کند. طبق ماده ۵ این قانون:

«کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.»

همچنین مطابق بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدنی، خارجیان نمی توانند از قواعد مربوط به احوال شخصیه حقوق ایران که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است متمتع شوند. منظور از «متمتع» در این ماده بهره مند شدن و به عبارت دیگر اهلیت استیفا است.

البته ماده ۵ قانون مدنی را به نفع نظریه اول نیز می توان تفسیر نمود و گفت که، علی الاصول خارجیان تابع قواعد ایران هستند مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد و یکی از این استثنائات، ماده ۷ قانون مدنی یعنی تبعیت خارجی از قانون

ملی متبوع است بی آن که نیاز به وجود معاهده باشد.

اما توجیه بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدنی به نفع این نظریه بسیار مشکل است زیرا وقتی که خارجی در احوال شخصیه تابع قانون ملی خود است بدیهی است که «حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده» قابل اجرا نخواهد بود. در این صورت بند ۲ ماده ۹۶۱ فقط یک تکرار زاید و توضیح واضحات خواهد بود و دارای توجیه تئوری و اثر عملی نخواهد بود. این بند از ماده ۹۶۱ وقتی جایگاه واقعی خود را پیدا می کند که بگوییم طبق ماده ۵ قانون مدنی کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله یا خارجه در مبحث احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند، مگر این که طبق ماده ۷ معاهده ای بین دولت ایران و دولت خارجی باشد، و طبق بند ۲ ماده ۹۶۱، اتباع خارجه نمی توانند از آن دسته از قواعد ایرانی که در قانون دولت متبوعشان صریحاً رد شده و یا در تعارض آشکار است، بهره مند گردند. بنابراین خارجیانی ساکن ایران در مبحث احوال شخصیه، تابع قانون ایران هستند تا جایی که قاعده ایرانی توسط حقوق خارجی رد نشده باشد. بنابراین خارجیانی مقیم ایران می توانند از آن دسته از مقررات مربوط به احوال شخصیه کشورمان که در قوانین متبوعشان پیش بینی نشده و یا پیش بینی شده ولی آنچه که در حقوق ایران است با حقوق آنها، در تعارض آشکار نیست، بهره مند شوند. به این ترتیب در مورد زوجین خارجی که حکم به جدایی آنها در دادگاه ایران صادر شده است، زوجه می تواند به استناد قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (مصوب ۲۸ آبان ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام)، تقاضای اجرت المثل کارهای انجام گرفته در زمان زوجیت را بنماید، چنانچه این امر مورد رد قانون متبوع وی نباشد. سیر تاریخی کاپیتولاسیون و نحوه الغای آن تفسیر فوق را تقویت می نماید.

پس از قرارداد ترکمانچای بین ایران و روسیه تزاری در ۱۰ فوریه ۱۸۲۸، برای یک دوره حدوداً یکصدساله غالب اتباع کشورهای خارجی، به استناد معاهدات دوجانبه، چه به صورت شرط صریح مندرج در معاهده و چه به صورت ضمنی با

استفاده از شرط «رفتار دولت کامله‌الوداد» در امور حقوقی و نیز در امور جزایی، در ایران، تابع قواعد ملی خودشان بوده و از مصونیت قضایی بهره مند بودند. برای سایر خارجیان، وزارت امور خارجه دادگاههای خاصی بنام دادگاههای کارگزاری ایجاد کرده بود که جدا از وزارت دادگستری بود.<sup>۱</sup> بعد از انقلاب مشروطیت، به تأسی از روش کدنویسی، تنظیم و تدوین قوانین مختلف در ایران آغاز شد. همانطور که قرارداد ترکمانچای آغاز دوره کاپیتولاسیون در ایران به شمار می رود، طبق قرارداد ایران با دولت شوروی (پس از انقلاب ۱۹۱۷) در ۱۴ دسامبر ۱۹۲۱ همه این امتیازات لغو شد.

تصویب مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی در ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ و سایر موضوعات فوق باعث شد که نخست وزیر وقت در ۲۰ اردیبهشت ۱۳۰۷ لغو رسمی کاپیتولاسیون را اعلام نماید. یک روز بعد، وزارت امور خارجه به همه دولتهای دارای حق کاپیتولاسیون اطلاع می دهد که این امتیازات از ۱۰ مه ۱۹۲۸ لغو شده اند و ایران آماده است که معاهدات جدیدی با این دولتها امضا بنماید. اکثر این کشورها قراردادهای موقتی برای یک سال با ایران در مورد وضع حقوقی اتباع خود منعقد نمودند. به این ترتیب، در آن زمان معاهدات تعیین کننده وضع حقوقی احوال شخصی خارجیان در ایران بوده است. نتیجه این که پس از لغو کاپیتولاسیون، قانونگذار، خارجیان را در شرایط مساوی با ایرانیان قرار داد، مگر این که طبق معاهده اجرای قانون شخصی آنها مجاز باشد.<sup>۲</sup>

به این ترتیب با توجه به سوابق، می توان گفت که قید «در حدود معاهدات» صرفاً یک تأکید یا توضیح بدون تأثیر نیست، بلکه اساساً بهره مندی خارجی از قانون ویژه خود منوط به وجود معاهده است و در صورت عدم وجود معاهده، خارجیان از

1. Moazzami Abdollah, Essai sur La condition des étrangers en IRAN, thèse, Paris, 1937, p.62.

۲. برای مطالعه بیشتر رک.

MATINE - DAFTARY Ahmad Khan, La Suppression des Capitulations en Perse. Paris, P.U.F. 1930.

شرایط یکسان با ایرانیان برخوردار هستند.

## ۲

### دکترین

اکثریت مؤلفان معتقدند که، احوال شخصیهٔ خارجیان مقیم ایران تابع قانون ملی خودشان است بی آن که نیاز به وجود معاهده ای باشد.<sup>۳</sup> به این ترتیب، با توجه به ماده ۹ قانون مدنی، قید «در حدود معاهدات»، در ماده ۷ زاید بوده و از این گذشته همان گونه که پیشتر بیان شد، ذکر بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدنی غیر ضروری به نظر می رسد. یکی از مؤلفان محترم معتقد است که: اگر کشوری احوال شخصیهٔ بیگانه را تابع قانون کشور محل اقامت کند و اعمال قانون خارجی را موکول به داشتن معاهده و رفتار متقابل کند، این امر نشانه عقب ماندگی است.<sup>۴</sup>

در بین مؤلفان، تنها مرحوم استاد امامی است که صریحاً گفته است: «هرگاه چنین قراردادی منعقد نشده باشد، اتباع دولت بیگانه تابع قوانین مدنی ایران خواهند بود، مگر در موردی که قانون دولت متبوع تبعهٔ خارجه آن را قبول نکرده است که در این صورت قانون دولت متبوع آنها رعایت می گردد مثل نکاح دوم».<sup>۵</sup>

البته ایشان معتقد است نزاکت بین المللی ایجاب می نماید که اگر قراردادی

۳. برای نظر اکثریت رک. نصیری، محمد؛ حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات آگاه، ۱۳۷۲، ص ۱۹۸؛ الماسی، نجاد علی؛ تعارض قوانین، نشر دانشگاهی، چاپ چهارم، ۱۳۷۵، ص ۱۵۷، ولی در صفحه ۱۶۸ با قید این که «ماده ۷ این قانون اعمال قانون ملی را نسبت به احوال شخصیهٔ اتباع بیگانه در حدود معاهدات پذیرفته یعنی آن را منوط به وجود عهدنامه با دولت متبوع بیگانه کرده است» به نظر می رسد که نظر متفاوتی اتخاذ شده است؛ ارفع نیا، بهشید؛ حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات عقیق، ۱۳۷۵، ص ۴۹.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ حقوق اموال، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۳، ص ۹۴.

۵. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد ۴، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۵۴، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

هم بین دولت ایران و دولت بیگانه نباشد، قوانین دولت خارجی نسبت به اتباع آن رعایت شود و این امر را منوط به معامله متقابل می دانند. یعنی رعایت این نزاکت بین المللی و اعمال قوانین خارجی برای تبعه بیگانه در صورتی است که آن دولت نیز اعمال قوانین را در مورد اتباع ایرانی پذیرفته باشد.

به هر حال مؤلفان اتباع خارجی را در مبحث احوال شخصیه، برخی در صورت وجود معاهده و برخی بدون نیاز به معاهده، تابع قانون ملی خودشان می دانند بی آن که عامل مذهب در اینجا نقشی داشته باشد و این که مسلمان بودن یا نبودن تبعه خارجه تأثیری در راه حل ارائه شده توسط ماده ۷ قانون مدنی داشته باشد. تنها یکی از مؤلفان به امکان تأثیر عامل مذهب توجه نموده است و گفته است که اگر یک خارجی مسلمان که قانون ملی متبوعش به او اجازه استفاده از یکی از حقوق اساسی اسلام را نمی دهد، مثلاً طبق قانون ملی او را از حق طلاق ممنوع می داند و یا حق نفقه را برای زوجه نمی شناسد، از دادگاه ایران به عنوان یک کشور اسلامی، اجرای قواعد مسلم اسلامی را بخواهد، رد تقاضای وی به نظر می رسد که با نظم عمومی و با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منافات داشته باشد.<sup>۶</sup> اگرچه رد این تقاضا مطابق ماده ۷ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۹۶۱ این قانون است؛ علی الاصول نیز یک دادگاه اسلامی نمی تواند نسبت به مسلمان بودن اصحاب دعوا موضعی خنثی داشته باشد.

نظم عمومی عاملی است که می تواند مانع از اجرای قانون خارجی صالح، طبق قاعده حل تعارض ایران بشود، حال چه ذی نفع یک خارجی مسلمان باشد یا یک خارجی غیرمسلمان. نظم عمومی در هر کشوری متأثر از مذهب اکثریت جامعه است.

این نکته احتمال دیگری را به ذهن می رساند و آن این که آیا تفاوت بین خارجیان مسلمان و غیر مسلمان فقط مربوط به استثنای نظم عمومی است یا این که

۶. مدنی، سید جلال الدین؛ حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۹، ص ۱۳۳.

این امر می‌تواند به موارد دیگر گسترش یافته و حتی خود قانون صالح بر خارجی‌ان مسلمان را، در مبحث احوال شخصیه، در بر بگیرد؟

گرچه در قانون مدنی اشاره‌ای مبنی بر تقسیم بندی خارجی‌ان بر اساس مذهب وجود ندارد اما از مجموعه حقوق موضوعه ایران می‌توان این معنا را استنباط نمود. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بسیاری از اصول خود تأکید بر رعایت احکام اسلامی دارد که بارزترین آن اصل ۴ این قانون است، به موجب این اصل:

«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.»

بنابراین از این پس، تفسیر ماده ۷ قانون مدنی باید در پرتو اصل ۴ قانون اساسی باشد. از این گذشته در اسلام معیارهای مصنوعی و قراردادی برای تشخیص افراد و اقوام مثل مرز و کشور نمی‌تواند ملاکی برای تعیین قانون صالح باشد. در ایدئولوژی مذهبی، فرد تابع خداست نه دولت، و مسلمان در هر کجای دنیا که باشد تابع قانون مذهبی و الهی خودش است و نه تابع قانون سرزمینی و غیرالهی. در مقدمه قانون اساسی چنین ذکر شده است که:

«رسالت قانون اساسی این است که زمینه‌های اعتقادی نهضت را عینیت بخشد و شرایطی را به وجود آورد که در آن انسان با ارزشهای والا و جهان شمول اسلامی پرورش یابد.»

مقدمه قانون اساسی ارزش کمتری از قانون اساسی ندارد و باید در تفسیر اصول این قانون و سایر قوانین مورد توجه قرار گیرد. این مقدمه چارچوب اهداف و سیاستهای کلان نظام جمهوری اسلامی ایران را تبیین می‌کند.

بنابراین عملاً دادگاهها در مقابل یک ابهام قانونی قرار دارند. زیرا از یک طرف،



در تعارض خارجی قوانین در ایران و در قواعد آن که عمدتاً در قانون مدنی (مصوب سالهای ۱۳۰۷ و ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴) قرار دارد مذهب نقش اساسی را ندارد و محور تشخیص قانون صالح، در مبحث احوال شخصیه، تابعیت است که رابطه‌ای است سیاسی، معنوی و حقوقی بین فرد و دولت و با مذهب که رابطه‌ای است بین فرد و خدا و جوه افتراق فراوان دارد. از طرف دیگر در تعارض داخلی قوانین ایران، که ویژه احوال شخصیه است، مذهب است که قانون صالح را تعیین می‌کند.

طبق قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ هر ایرانی تابع قواعد مذهبی خویش است که اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز همین معنا را بیان می‌دارند، حال آن که همین مباحث در صحنه بین‌المللی تابع قواعد ملی ذی نفع است و نه قواعد مذهبی.

توجیه نظری این مطلب برای یک کشور اسلامی ساده نیست که چرا مسلمان ایرانی تابع قواعد مذهبی خویش است ولی خارجی مسلمان تابع قواعد ملی؟ به خصوص در صورتی که بین قواعد ملی و مذهبی مسلمان خارجی تضاد باشد و وی اجرای قواعد مذهبی خود را از یک کشور اسلامی مطالبه نماید. پذیرش این استدلال که چون ذی نفع خارجی است پس مسلمان بودن او نمی‌تواند مورد عنایت یک حکومت اسلامی باشد، به سختی امکان‌پذیر است. از طرف دیگر طبق اصول اولیه اسلام، مرز و کشور معیارهای حقیقی نیستند تا بتوانند تعیین‌کننده قانون صالح باشند. همان‌گونه که مشهور است «اسلام مرز نمی‌شناسد» و ملاکهای برتری و جوه تمایز افراد به تقوا، علم و جهاد است نه مرز و سرزمین و قومیت. علاوه بر دو مطلب فوق، چگونگی رسیدگی به تطابق یا عدم تطابق با شرع در مورد قوانینی که قبل از پیروزی انقلاب اسلامی به تصویب رسیده‌اند هنوز روشن نیست. فقهای شورای نگهبان به طور پراکنده نظرات خود را درباره برخی از قوانین بیان نموده‌اند. علاوه بر این که در مورد مشورتی بودن یا لازم‌الاتباع بودن این نظرات اتفاق رأی وجود ندارد، این شورا تا به حال درباره قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اظهار نظری

نموده است.

قبل از این که به بررسی رویه دادگاهها و نظریات مشورتی اداره حقوقی  
بپردازیم مناسب است مختصراً جایگاه حقوق بین الملل خصوصی در اسلام بیان شود،  
زیرا روشن شدن این بحث بسیاری از ابهامات را برطرف می سازد.

## ۳

### حقوق بین الملل خصوصی اسلامی

مطالعه عمیق و همه جانبه عنوان بالا، مستلزم این است که لا اقل به اندازه  
یک رساله روی آن کار شود که این امر از حد این مقاله خارج است. مقابله قواعد  
غیرمذهبی و مذهبی در سطح جهانی، اختلاف نظر بین مکاتب حقوقی در اسلام و  
تطبیق نظریات با شرایط زمانی و مکانی، باعث پیچیدگی تحقیق در بررسی عنوان  
فوق می گردد.

اصطلاح «حقوق بین الملل خصوصی اسلامی» می تواند به دلایل مختلف مورد  
اعتراض قرار گیرد. زیرا اگر هدف اسلام، ایجاد حکومت جهانی واحد است؛ این عنوان  
نامفهوم است. عناصر مصنوعی مثل کشور، تابعیت و مرز در ایدئولوژی اسلامی اهمیت  
ماهوی ندارند. از این گذشته، اصل یگانگی حقوق و عدم وجود مرز ایجاد می نماید که  
تفکیکی بین حقوق بین الملل عمومی و خصوصی وجود نداشته باشد.<sup>۷</sup>

بنابراین در این دیدگاه، محل اقامت و تابعیت نمی توانند تعیین کننده قانون  
صالح باشند. قانون صالح را چگونگی پیوند یا عدم پیوند خلق با خالق تعیین می کند  
و بدیهی است اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی اسلامی نمی تواند جایگاهی داشته  
باشد زیرا جمع بین نقیضین، یعنی حقوق بین الملل خصوصی که محور آن تبعیت فرد

۷. رک. ضیایی بیگدلی، محمد رضا؛ اسلام و حقوق بین الملل، چاپ سوم، شرکت انتشار، ۱۳۶۹،  
ص ۹۳. احتمالاً به همین دلیل مؤلف کتاب، عنوان کلی «اسلام و حقوق بین الملل» را برگزیده است.

از دولت است، با اسلام که محور آن تبعیت فرد از خداوند است، امکان پذیر نیست. اما برخی از متفکرین مسلمان به این انتقادات پاسخ داده اند. به نظر آنها درست است که تشکیل یک جامعه جهانی واحد و مسلمان ایده آل و هدف غایی اسلام است. اما تا آن روز، که چندان هم نزدیک به نظر نمی رسد، اسلام، مرزها، ملت‌ها، کشورها و اختلاف بین تابعیتها را به رسمیت می شناسد.<sup>۸</sup> از این گذشته قرآن می گوید که تقسیم بندی جهان به اقوام گوناگون، فعل خدا و برای مصلحت بشریت بوده است، «یا ایها الناس انا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفوا»<sup>۹</sup>. بدیهی است که نتیجه شعبه شدن و مختلف بودن قبایل پیدایش مرزها و کشورها است. در سوره رعد آیه ۷ بیان شده که: «لکل قوم هاد» هر قومی را از طرف خدا راهنمایی است. از رسول اکرم (ص) نقل شده است که: «حب الوطن من الایمان»<sup>۱۰</sup>. از مطالعه تاریخ اسلام نیز چنین بر می آید که برانداختن مرزها و یکی کردن کشورها جزو اهداف اسلام نبوده است. پیامبر اکرم (ص) در نامه‌هایی که به سران کشورها می نوشت آنها را به اسلام دعوت می کرد و اگر آنها این امر را اجابت می نمودند سرزمین مورد دعوت را به همان مرز و رئیس کشور باقی می گذاشت. از نظر اسلام از جنبه ایدئولوژیکی و فکری، جهان به دو بخش تقسیم می شود:<sup>۱۱</sup>

الف. دارالاسلام، که همه معتقدان به اصول دین اسلام را، صرف نظر از محل اقامت، زبان، نژاد یا دیگر وجوه مشخصه، در بر می گیرد.

ب. دارالکفر، که همه غیر مسلمانان را، صرف نظر از عقیده، کشور و یا دیگر وجوه مشخصه، در بر می گیرد.

۸. رک. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی، جلد سه، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷، صفحات ۵۸ و ۵۹؛ همین مؤلف، جغرافیای سیاسی اسلام، انتشارات فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۲.

۹. سوره حجرات، آیه ۱۳.

۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی، پیشین، ص ۲۱۱.

امّا از نظر سیاسی و قضایی دنیا مشتمل بر ۵ منطقه است:

۱. دارالاسلام: شامل کشورهایی است که اکثریت جمعیت آنها مسلمانان هستند و به دستورات دینی کم و بیش عمل می نمایند.
  ۲. دارالعهد یا دارالصلح: شامل کشورهایی است که با کشورهای اسلامی پیمان صلح امضا نموده اند و دارای یکی از سه مذهب رسمی طبق اسلام، یعنی مسیحیت یا یهود یا زرتشتی، هستند.
  ۳. دارالهدنه: کشورهایی هستند که قرارداد صلح با کشورهای اسلامی دارند ولی خود غیر مذهبی بوده یا مذهبی دارند که مورد شناسایی اسلام قرار نگرفته است.
  ۴. دارالحیاد: کشورهای غیر مسلمانی که در جنگ بین دارالاسلام و دارالحرب، موضع بی طرفی دارند.
  ۵. دارالحرب: کشورهایی که اکثریت جمعیت آنها غیر مسلمان هستند و در حال جنگ با کشورهای اسلامی هستند چه به صورت جنگ گرم (مسلحانه) و چه به صورت جنگ سرد.
- گرچه تقسیمات فوق به حقوق بین الملل عمومی نزدیکتر است تا حقوق بین الملل خصوصی، ولی این شناخت برای درک روابط بین افراد در سطح بین المللی ضروری است.
- بنابراین همان گونه که یکی از مؤلفان ذکر کرده است،<sup>۱۱</sup> از نظر اسلام می توان دو نوع تابعیت فرض نمود:

الف - تابعیت به معنای حقیقی و اسلامی و به عبارتی تابعیت امّی؛

ب - تابعیت به معنای ثانوی و ملّی و به عبارتی تابعیت ملّی.

پذیرش اسلام، به همه معتقدین آن، تابعیت امّی می دهد و آنها را جزو امت قرار می دهد، صرف نظر از محلّ اقامت یا محلّ تولد. ارتباط بین فرد و ملت که بر اساس

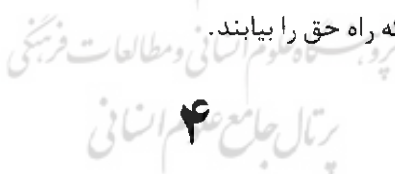
۱۱. خلیلیان، سید خلیل: حقوق بین الملل اسلامی، نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۱۴۱.

زبان، توکد، محل اقامت، نژاد، فرهنگ و تاریخ است تابعیت به معنای ثانوی را تشکیل می دهد.

به عبارت دیگر در حقوق بین الملل خصوصی اسلامی تابعیت امی و تابعیت ملی هرکدام نقش خاص خود را دارند. گرچه مذهب، تابعیت اسلامی را اعطا می نماید اما به فرد ویژگی «شهروندی» نمی دهد.

اصل شخصی بودن قوانین، ساکنین یک دولت را، که دارای مذاهب مختلفی هستند، به جوامع خاص خود تقسیم می نماید. این جوامع در امور عبادی و دینی و نیز در احوال شخصیه تابع قواعد مذهبی خود هستند نه تابع قواعد سرزمینی. ولی در امور مربوط به نظم عمومی و امنیت جامعه (مثل مقررات جزایی) تابع قواعد مربوط به سرزمین خود هستند.

حال با توجه به شناخت مختصری که از «حقوق بین الملل خصوصی اسلامی» پیدا شد می توان به اختلاف بین این حقوق و تفسیری که غالب مؤلفان از ماده ۷ قانون مدنی دارند و اتباع خارجه را، حتی بدون وجود معاهده، تابع قواعد دولت متبوع خود دانسته اند - یعنی نفی نقش مذهب در تعارض خارجی قوانین - پی برد. پس از این بررسی اجمالی، تجزیه و تحلیل آرای بعضی از دادگاهها و نظرات مشورتی اداره حقوقی دادگستری می تواند به ما نشان دهد که قضات محترم چگونه در بین این تعارضات سعی می کنند که راه حق را بیابند.



## نمونه هایی از عملکرد دادگاهها و نظرات مشورتی

### اداره حقوقی دادگستری<sup>۱۲</sup>

تا وقتی که آرای دادگاهها چه در سطح بدوی و چه در سطح تجدید نظر و نیز

۱۲. این سازمان به «اداره حقوقی قوه قضاییه» تغییر نام یافته است.

به طور منطقه ای و بطور منظم انتشار نیابد نمی توان از رویه دادگاهها اطلاع جامع و همه جانبه ای احراز نمود. ذکر برخی آرا که حاصل جستجوی شخصی نگارنده است، شاید بتواند از روی تسامح، به مثابه مشت نمونه خروار باشد و گر نه همان گونه که در عنوان آمده فقط نمونه هایی از آرا است و تعمیم دادن آن یک روش علمی نیست. نظرات مشورتی اداره حقوقی نیز، چون حاصل سؤال و جواب بین این اداره و متصدیان امور قضایی است تا حدی به شناخت حقوق در عمل کمک می کند.

شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص تهران در پرونده کلاسه ۱۶۵۲/۱۰۱/۶۵ تاریخ ۶۶/۱۲/۲۳ در خصوص دادخواست خانم ل. پ. ایرانی، در مورد طلاق از همسرش آقای ظ. ر. که پاکستانی است چنین رأی داده است:

«در خصوص دادخواست خانم ل. پ. به طرفیت همسرش آقای ظ. ر. دایر به طلاق به علت ترک انفاق که با عنایت به مواد دادخواست تقدیمی و اظهارات خواهان در دادگاه مراجعات مکرر وی و با توجه به دادنامه شماره ۱۲۵۲۲ - ۶۵/۷/۱۳ شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص که آقای ظ. ر. ملزم گردیده از اول مرداد ۱۳۶۵ ماهیانه مبلغ ۸۰۰۰۰ ریال نفقه به خواهان یعنی همسرش تودیع کند و با وجود ابلاغ رأی به وی به شرح دادخواست مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۱۸ و اظهارات مورخ ۶۶/۲/۲۲ زوج مرقوم، تا کنون زوج، نفقه ای تودیع نکرده است لذا نظر به مراتب یاد شده و عدم امکان اجرای حکم پرداخت نفقه و مستنداً به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی حکم طلاق و جدایی طرفین صادر و اعلام می گردد، و زوج موظف است در ظرف یک ماه از تاریخ رؤیت دادنامه همسرش را مطلقه کند و یا این که رضایت همسرش را جهت ادامه زندگی مجدد فراهم کند و الا دادگاه حسب مقررات و مفاد ماده ۱۱۲۹ یاد شده عمل خواهد کرده.»

اگر صرفاً از نظر قواعد حقوق بین الملل خصوصی مندرج در قانون مدنی رأی بررسی شود امکان توجیه آن وجود ندارد. زیرا قواعد حل تعارض مربوط به احوال شخصیه امری بوده و قاضی باید آنها را، حتی در صورت عدم استناد طرفین و یا درخواست عدم اجرای آن اعمال نماید. در صورتی که در رأی مذکور اگر زوج ایرانی هم می بود مستندات قانونی رأی چیزی در همین حدود ذکر می شد. حال آن که احتمال

تغییر تابعیت زوجه در اثر ازدواج وجود دارد و دادگاه باید به آن توجه کند.<sup>۱۳</sup> نکته اساسی این است که طبق ماده ۹۶۳ قانون مدنی که یک قاعده حل تعارض دوجانبه است: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». بنابراین علی‌الاصول در موضوع مذکور باید به قانون پاکستان رجوع می‌شد و البته چه بسا که حکم قانون پاکستان همان حکم قانون مدنی ایران باشد، ولی این فقط یک احتمال است و پس از مراجعه و تحقیق، قانون صالح می‌تواند اعمال گردد.

اما اگر به اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی و اصل ۴ قانون اساسی و مقدمه آن رجوع شود بر این رأی اشکالی وارد نیست و دادگاه طبق قانون تابعیت امی یا اسلامی حکم نموده است و نه طبق تابعیت به معنای ثانوی آن. می‌توان ایراد نمود که گرچه این نحو استدلال با روح قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول کلی ایدئولوژی اسلام مطابقت دارد ولی با مفاد ماده ۷ قانون مدنی تعارض دارد. البته این تعارض در صورتی است که این ماده را طبق آنچه که اکثر مؤلفان گفته‌اند تفسیر نماییم. یعنی این که خارجی در ایران تابع قانون ملی خویش است گرچه معاهده‌ای هم وجود نداشته باشد. در این صورت نیز اگر ماده ۷ را با توجه به اصل ۴ قانون اساسی تفسیر نماییم به همان نتیجه‌ای می‌رسیم که دادگاه در رأی فوق رسیده است. یعنی طبق اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی، مسلمان در مبحث احوال شخصیه به معنای عام خود، هر کجا که باشد، تابع قانون مذهب خویش است. به عبارت دیگر با توجه به ماده ۷ قانون مدنی خارجیان غیر مسلمان، تابع قانون ملی خود و خارجیان مسلمان تابع مقررات دینی خود می‌باشند.

شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص تهران در دادنامه ۵۴۹ - ۶۸/۴/۲۰ در پرونده‌ای که خواهان آقای عبدالرسول... تبعه ایرانی مقیم کویت درخواست تنفیذ طلاق صادره از محاکم کویت را درباره همسر مصری اش بانو الفت... می‌نماید چنین

۱۳. پاکستان در فهرست کشورهایی است که به موجب قوانین تابعیت آنها، بانوان خارجی مخیر به حفظ تابعیت اصلی خود یا تحصیل تابعیت زوج می‌باشند. رک. ارفع‌نیا، پیشین، ص ۲۶۸.

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ◇ ۲۵۵

## رأی داده است:

«نظر به این که آقای عبدالرسول فرزند حسن شهرت ..... به شناسنامه شماره ..... برابر فتوکپی استشهاد طلاق صادره از دادگاه عمومی کویت در تاریخ ۸۷/۱۱/۲۹ میلادی همسرش بانو الفت... را مطلقه نموده و مستفاد از رأی صادره از دادگاه عمومی کویت صیغه طلاق با حضور عدلین جاری شده دادگاه تفریق مشارالیه را از بانو الفت با توجه به مفاد نظر دادگاه عمومی کویت و اقرار او در این دادگاه و ملاک ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی محرز دانسته و نهایتاً رأی دادگاه خارجی را تنفیذ می نماید. رأی صادره قطعی است.»

از این رأی مستفاد می گردد که دادگاه کویت طبق مقررات شرعی رأی داده است و دادگاه ایران هم مطابقت حکم دادگاه کویت را با قانون ایران و اسلام احراز کرده است و چون طرفین مسلمان بوده اند وارد بحث تابعیت خارجی زوجه نشده و بر اساس تابعیت مذهبی افراد ذی نفع رأی خارجی را تنفیذ نموده است.

در پرونده ۷۱/۲۶/۳۶ مطروحه در شعبه ۱۴ دادگاه مدنی خاص مشهد که خواهان خانم طاهره ..... در خواست تعیین تکلیف در مورد ندادن نفقه و سرگردان نمودن ۷ فرزندش را علیه خوانده آقای غلامحسین ..... دارد و هر دو افغانی هستند، دادگاه سعی می نماید در جلسه رسیدگی ۷۲/۲/۱۹ بر اساس قانون مقرر دادگاه و صرف نظر از تابعیت خارجی اصحاب دعوا موضوع را فیصله دهد و سرانجام در جلسه رسیدگی ۷۲/۵/۱۹ زوجین برای مختومه شدن پرونده توافق می نمایند.

جایگزین شدن عنصر ارتباطی «مذهب» به جای «تابعیت» در مورد خارجیان مسلمان مقیم ایران و یا حتی غیر مقیم تبعات خاص خود را دارد. از جمله این که می تواند باعث تسهیل «تقلب نسبت به قانون» گردد، زیرا برخلاف تابعیت که رابطه ای است بین فرد و دولت و مدارک کتبی جهت اثبات آن معمولاً ارائه می شود به علاوه در کسب آن، عنصر اساسی پذیرش دولت متبوع بوده و اراده فرد بطور یکجانبه نمی تواند برای وی ایجاد تابعیت کند؛ مذهب رابطه ای است معنوی بین خالق و مخلوق که



حتی جهت اثبات برای خلق نیز غالباً نیازی به ارائه مدارک کتبی نیست و ارادهٔ یکجانبه فرد نقش اساسی را دارد. به خصوص دین مبین اسلام، پذیرش به این دین را بسیار سهل قرار داده است.

بنابراین احتمال این که برای بهره جویی از مقررات اسلامی در ایران، یک فرد غیر مسلمان خود را پیرو مذهب رسمی کشور معرفی نماید وجود دارد. در دعوای مربوط به یک مسیحی لبنانی که اسلام اختیار نموده است دادگاه در رأی خود دربارهٔ انگیزه‌هایی که باعث شده یک فرد آزادانه مسلمان گردد اظهار نظری نمی‌کند. این اعلام مذهب باید معتبر تلقی شود و ازدواج نیز قانونی بوده است.<sup>۱۴</sup> این دعوا مربوط به دادخواست طلاق از جانب همسر وی بوده است به این استدلال که انگیزه اظهار اسلام از جانب شوهرش ازدواج با او بوده است بنابراین ازدواج باطل است.

اگر دادگاه بخواهد انگیزه‌های اظهار اسلام را کشف کند چاره‌ای ندارد که از مورد شک و تردید قرار دادن سخن کسی که اظهار شهادتین می‌نماید آغاز نماید که خود اشکال شرعی دارد و نیز به تفتیش عقاید بپردازد که اصل بیست و سوم قانون اساسی صریحاً آن را ممنوع نموده است.

شعبه دوم دادگاه شهرستان اصفهان در نامه‌ای (۱۳۴۸/۶/۲۲ - شماره ۴۱۰۲) از ادارهٔ حقوقی وزارت دادگستری می‌پرسد که: «بانوی آلمانی و مقیم آلمان دادخواست علیه همسر آلمانی و مقیم اصفهان برای نفقهٔ خود و دو فرزندش داده است چه باید کرد؟»

این اداره در ۱۳۴۸/۸/۳ - شماره ۷/۴۱۰۳ پاسخ می‌دهد که: «نفقه از آثار ازدواج است و قانون متبوع اتباع خارجه درباره آن صادق است، که در اینجا قانون ملی متداعیین است، مراجعه به دادگاه ایران بدون اشکال است. در طرز رسیدگی و تشریفات، قوانین اصول محاکمات ایران رعایت شود.»

این سؤال و جواب می‌تواند نمایانگر این باشد، که برخلاف تصور، در دورهٔ قبل

۱۴. دادگاه مدنی خاص تهران، شعبه ۱۰۴، ۲۰ اردیبهشت ۱۳۵۹.

از قانون اساسی جدید نیز، صالح بودن قانون متبوع خارجی در مورد اتباع بیگانه مقیم ایران، در مبحث احوال شخصیه، از بدیهیات به شمار نمی‌رفته است و گرنه نیازی به این سؤال و جواب نبود.

به نظر می‌رسد که از این ابهام نه تنها کاسته نشده است، بلکه ورود عنصر ارتباطی مذهب و توجه به آن ارائه یک راه حل ساده را مشکل نموده است.

شعبه دهم دادگاه عمومی مشهد در تلگرامی (۹/۳/۶۳ - ۶۳۲/۱/۷) از اداره حقوقی در مورد یک متوفی پاکستانی که او و عیالش هر دو شیعه‌اند و تنها وارث عیال است کسب تکلیف می‌نماید. نظر این اداره این بود که احوال شخصیه تابع دولت متبوع با ملاحظه معاهدات است.

از نمونه‌هایی که تا به حال ذکر شد فوراً نباید نتیجه گرفت که همه دادگاهها خارجیان مسلمان را تابع قانون مذهبی‌شان می‌دانند و یا این که اصولاً قائل به تبعیت خارجیان مقیم کشورمان از قانون ایران هستند. نشانه‌هایی وجود دارد که نمایانگر صالح دانستن قانون متبوع خارجی در مبحث احوال شخصیه است گرچه معاهده‌ای هم وجود نداشته باشد.

دادرس دادگاه حقوقی یک دماوند در ۷۳/۱/۳۱ - شماره ۵۸۵ برای نصب امین غایب برای صغار آقای محبوب الهی، تبعه پاکستان با توجه به خارجی بودن وی و مواد ۹۷۳، ۹۶۵، ۷ و ۹۷۴ قانون مدنی تقاضای متن قانون پاکستان را از اداره حقوقی وزارت دادگستری می‌نماید. بنابراین دادگاه فوق پس از اعتقاد به صالح بودن قانون پاکستان تقاضای متن آن را از اداره حقوقی نموده است. همچنین، دادگاه حقوقی دو اصفهان در ۶۹/۱۱/۲۷ - شماره ۷/۱۳۵ درخواست نسخه‌ای از قانون ارث پاکستان را از اداره حقوقی می‌نماید. به نظر می‌رسد که دو دادگاه فوق عقیده به صالح بودن قانون خارجی صرف نظر از مسلمان بودن یا نبودن افراد ذی نفع، داشته‌اند بدون آن که اعمال قانون خارجی نیاز به وجود قبلی یک معاهده و یا وجود رفتار متقابل و نزاکت بین المللی داشته باشد. زیرا به نظر می‌رسد توافقنامه‌ای در

مبحث احوال شخصیه بین دولتهای ایران و پاکستان منعقد نشده است.

طبق نامه اداره حقوقی وزارت امور خارجه به اداره حقوقی دادگستری (شماره ۹۵۲۱ - ۱۳۵۴/۱۲/۱۷) بعضی از عهدنامه های اقامت، احوال شخصیه، اهلیت و ارث اتباع طرفین را تابع دولت متبوع قرار داده است که فهرست این عهدنامه ها به شرح زیر است:

۱. ماده ۵ عهدنامه اقامت و تجارت و بحر پیمایی بین ایران و یونان، مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۳۱؛

۲. ماده ۸ عهدنامه اقامت و اعلامیه در خصوص تعاون قضایی و وجه الضمان بین ایران و سوئیس، مورخ ۲۵ آوریل ۱۹۳۴؛

۳. ماده ۵ عهدنامه تجارت و بحر پیمایی بین ایران و سوئد، مورخ ۱۰ مه ۱۹۲۹؛

۴. ماده ۶ عهدنامه اقامت بین ایران و بلژیک، مورخ ۹ مه ۱۹۲۹؛

۵. ماده ۸ عهدنامه اقامت بین ایران و آلمان، مورخ ۱۷ فوریه ۱۹۲۹ مطابق ۲۸ بهمن ۱۳۰۷؛

۶. ماده ۲ عهدنامه اقامت و دربانوردی بین ایران و فرانسه، مورخ ۳ تیر ۱۳۴۳؛

۷. ماده ۶ عهدنامه مودت و اقامت بین ایران و مصر، مورخ ۲۸ نوامبر ۱۹۲۸ مطابق (۷ آذر ۱۳۰۷)؛

۸. ماده ۸ عهدنامه مودت و اقامت بین ایران و اتریش، مورخ ۹ سپتامبر ۱۹۵۹ مطابق (۱۷ شهریور ۱۳۳۸).

در این فهرست نام کشور پاکستان دیده نمی شود. پس، طبق این نامه، در مبحث احوال شخصیه توافقنامه ای بین دو دولت ایران و پاکستان وجود ندارد.

اداره حقوقی دادگستری در نظریه شماره ۷/۱۰۲۴۷ - ۱۳۷۲/۹/۱۷ در مورد ارث یک تبعه افغانستان نظر داده که حسب مقررات مواد ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ◇ ۲۵۹

باید قانون دولت متبوع متوقی اجرا گردد. ولی اداره حقوقی نیز در نظریات خود از رویه یکسانی پیروی نکرده است، به سؤال و جواب زیر توجه فرمایید.

سؤال: «زن و مردی از اتباع ایتالیا بر اساس آداب مذهبی شیعه از دواج موقت نموده اند آیا این از دواج از نظر قوانین ایران پذیرفته است یا نه؟»

نظریه مشورتی اداره حقوقی (۷/۲۱۱۳ - ۱۳۶۲/۷/۵)

«نکاح منقطع (منعه یا از دواج موقت) به موجب ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی ایران بر اساس ضوابط مذهب شیعه پذیرفته شده و دارای اعتبار قانونی است.»

هر چند که در متن سؤال، مذهب اتباع ایتالیایی ذکر نشده است، ولی به نظر می رسد که از اتباع اسلام نبوده اند که نیاز به نظر خواهی از اداره حقوقی شده است و گرنه در مورد صحت عمل به احکام دینی توسط خارجیان مسلمان در ایران، عملاً شک و تردید کمی وجود دارد. در متن جواب، هیچ اشاره ای به تابعیت غیر ایرانی افراد مورد بحث نشده است؛ به نحوی که اگر بجای دو ایتالیایی، دو ایرانی گفته می شد پاسخ جز آنچه که گفته شده است نمی توانست باشد.<sup>۱۵</sup> به عبارت دیگر به نظر اداره حقوقی در عمل به دستورات دینی اسلام، تابعیت و چه بسا حتی مذهب فرد بدون تأثیر است.

اگر از دیدگاه قواعد مذکور در قانون مدنی و قواعد حقوق بین الملل خصوصی صرف، به موضوع نگاه شود به هیچ صورت امکان توجیه حقوقی این پاسخ وجود ندارد. زیرا اگر قائل به نظر اکثر مؤلفان شویم که خارجی تابع قواعد متبوع دولت خویش در احوال شخصیه، بی نیاز به معاهده، است که در جواب اصلاً به تابعیت افراد ذی نفع توجه نشده است. اگر هم قائل به نظر اقلیت مؤلفان شویم که خارجی تابع قانون ایران است مگر این که معاهده ای وجود داشته باشد - که به نظر می رسد با دولت ایتالیا

۱۵. اهمیت این سؤال و جواب از این جهت است که اداره حقوقی آن دسته از سؤالات و پاسخهایی را که در بایگانی موجود است و آنها را مفید و مهم تشخیص می دهد هر از چند گاهی به چاپ آنها مبادرت می ورزد و این سؤال نیز در کتاب مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری (از سال ۱۳۵۸ به بعد) چاپ روزنامه رسمی، بی تاریخ چاپ، ص ۳۸۳، چاپ شده است.

معاهده‌ای در مورد احوال شخصیه وجود ندارد - با مانع مذکور در ماده ۹۶۱ قانون مدنی مواجه خواهیم شد که به موجب آن اتباع خارجه نمی‌توانند از حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است بهره‌مند گردند. بنابراین باید دید که آیا قانون ایتالیا از دواج موقت را می‌پذیرد یا خیر؟ که به نظر نمی‌رسد جواب مثبت باشد زیرا هر چند که در کشورهای اروپایی یک تأسیس حقوقی به نام "Concubinage" (زندگی مشترک بدون ازدواج رسمی) وجود دارد که با متعه در حقوق اسلام شباهتهای قوی دارد، اما در کنار این وجوه تشابه، تفاوت‌های عمده نیز وجود دارد که مهمترین آن در قصد طرفین است که اروپاییها "Concubinage" را از اقسام ازدواج ندانسته<sup>۱۶</sup> و متعه را مردود می‌دانند. بنابراین ایتالیایی، بویژه اگر مسلمان نباشد، نمی‌تواند از آنچه که در کشورش نتوانسته به دست آورد، در ایران بهره‌مند گردد. این رویه اولاً تقلب نسبت به قانون را آسان می‌سازد، ثانیاً حقوقی که بر خلاف قاعده حل تعارض صالح به دست آید در کشور متبوع ذی نفع و در بسیاری از کشورهای ثالث نمی‌تواند مورد شناسایی قرار گیرد و به این ترتیب وضعیتهای خانوادگی شکننده و بی ثبات به وجود می‌آید. خانواده‌هایی که در کشوری قانونی و در کشوری دیگر غیر قانونی شمرده می‌شوند اگر وضعیت اطفال و مقررات دقیقی که مذهب کاتولیک در مورد خانواده دارد در نظر گرفته شود قطعاً مصالح آتی این خانواده مهمتر از حل موقت و غیر حقوقی یک مسأله خواهد بود.

اگر به موضوع فقط از جنبه قواعد حقوق بین الملل خصوصی صرف مذکور در قانون مدنی نگریسته نشود و اصل ۴ قانون اساسی و روح این قانون نیز در نظر گرفته شود، در صورتی که ایتالیاییها مسلمان باشند، بر پاسخ اداره حقوقی هیچ اشکالی وارد نیست. زیرا طبق حقوق بین الملل خصوصی اسلامی این حق مسلمانان است که در دنیای امروز حداقل در دارالاسلام بتوانند به معتقداتشان عمل نمایند و این امر منافاتی با ماده ۷ قانون مدنی نیز ندارد، زیرا همانطور که قبلاً گفته شد با توجه به

16. Lexique de termes Juridiques, Dalloz, Paris, 1990, p. 117.

این ماده و اصل چهارم قانون اساسی می‌توان این تفسیر را به دست آورد که خارجیان غیرمسلمان مقیم ایران، در صورت وجود معاهده طبق نظر اقلیت مؤلفان و یا حتی در صورت عدم وجود معاهده طبق نظر بعضی، تابع قانون ملی خود هستند ولی خارجیان مسلمان مقیم ایران، به عنوان یک کشور جمهوری اسلامی که این دین را دین رسمی کشور قرار داده است، تابع قواعد مذهبی خود در مبحث احوال شخصیه هستند.<sup>۱۷</sup> اگر ایتالیاییها غیر مسلمان باشند، پاسخ اداره حقوقی در صورتی قابل توجیه است که بگوییم، قانون متبوع خارجی منوط به وجود معاهده است و گرنه خارجی تابع مقررات قانون ایران است و بین ایتالیا و ایران توافقنامه‌ای در باب احوال شخصیه وجود ندارد.

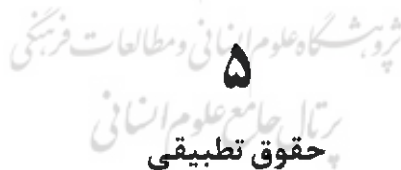
بنابراین اجمالاً می‌توان نتیجه گرفت که در مورد اعمال یا عدم اعمال قانون متبوع خارجی برای بیگانگان مقیم ایران، در صورت وجود معاهده یا عدم آن و نیز مسلمان بودن یا نبودن ذی نفع، بین مراجع قضایی اتفاق نظر وجود ندارد و از این گذشته بین عمل و آنچه که مؤلفان محترم پیشنهاد می‌کنند فاصله وجود دارد. در نظر خواهی شفاهی که نگارنده در سالهای ۷۲ و ۷۳ از رؤسای شعبات ۱۰۱، ۱۰۲، ۱۰۴ و ۱۱۸ دادگاههای مدنی خاص تهران و شعبه ۱۲ دادگاه عمومی مشهد نمود اکثریت اظهار نمودند که در مورد مسلمانان خارجی قانون شرع را اجرا می‌نمایند زیرا ما تابع شرع هستیم. در مقابل رئیس شعبه ۱۱۸ که معاون کل دادگاههای مدنی خاص تهران بوده است اظهار می‌نمود که اصل ۱۳ قانون اساسی فقط درباره ایرانیان است و درباره خارجیها باید به قانون مدنی مراجعه کرد. البته غیر از علل ایدئولوژیکی در اجرای قانون اسلام برای خارجیان مسلمان، این امر ناشی از مشکلات عملی در

۱۷. تفکیک خارجیان مقیم ایران به مسلمان و غیرمسلمان، مورد توجه حقوق موضوعه است. هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۷۴/۱/۱ در تصویبنامه خود تحت عنوان «تصویبنامه راجع به چگونگی استملاک اتباع بیگانه که بدون داشتن پروانه اقامت دائمی به کشور جمهوری اسلامی ایران مسافرت می‌نمایند» مقرر داشته است که: «به وزارت مسکن و شهرسازی اجازه داده می‌شود برای احداث و فروش حدود ۵ هزار واحد مسکونی به اتباع خارجی مسلمان در شهر مشهد و شهر جدید گلپهار ... اقدام نماید» (روزنامه رسمی ۲۷ آذر ۱۳۷۴). این تصویبنامه اتباع خارجی غیر مسلمان را در بر نمی‌گیرد.

اجرای قانون خارجی نیز هست. رئیس شعبه ۱۲ دادگاه عمومی مشهد در سال ۷۲، شهری که در آن تعداد زیادی از اتباع افغانستان بودند و همه دعای مربوط به احوال شخصیه اتباع خارجی در مشهد به این شعبه ارجاع می شد در جواب سؤال نگارنده که چه قانونی را برای اتباع خارجه اعمال می کنید؟ می گوید که در مقابل دادگاهها تعداد زیادی از پناهندگان و فراریهای افغانی و عراقی وجود دارد که از کشورشان گریخته اند و ما قانون شرع را اجرا می کنیم. علاوه بر این، خود این اتباع این قانون را می خواهند. وجود موانع مادی در اثبات و اجرای قانون خارجی مثل جنگ و قطع روابط باعث می شود که قانون مقرر دادگاه جانشین قانون خارجی صالح گردد. در مورد پناهندگان نیز، همانطوری که اداره حقوقی وزارت دادگستری در نظریه ۷/۶۴۶۶ - ۱۳۷۱/۷/۱۹ درباره تقسیم ارث یکی از اهالی خوارزم شوروی نظر داده است چون ایران در سال ۱۳۵۵ قانون اجرای کنوانسیون مربوط به پناهندگان و پروتکل آن را تصویب نموده و طبق ماده ۱۲ این قانون پناهنده از نظر احوال شخصیه تابع کشوری است که در آنجا اقامت دارد،<sup>۱۸</sup> پس دادگاه باید در مورد تعیین وراث متوفی و مقدار سهم الارث آنها قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران را اجرا نماید.

یکی از مشکلات اعمال قانون مذهبی برای مسلمانان خارجی مقیم ایران، در موردی است که این فرد تابع کشوری باشد که با ایران قرارداد دوجانبه در باب احوال شخصیه داشته باشد. طبق این معاهدات، اتباع دولتهای طرف قرارداد در ایران و متقابلاً ایرانیها در این کشورها تابع قانون ملی خودشان هستند بدون این که مذهب تبعه مد نظر باشد. حال اگر در مورد تبعه مسلمان یکی از دول طرف قرارداد، با توجه به این که قانون ملی همان قانون اسلام نیست، قانون ملی را اعمال نکرده و قواعد مذهبی اش را اعمال نماییم، در واقع بطور یکجانبه شرط مذهب به یک معاهده بدون اطلاع و جلب موافقت طرف قرارداد اضافه شده است. اگر هم بخواهیم به معاهدات دقیقاً عمل نماییم دچار دوگانگی خواهیم شد. یعنی برای خارجی مسلمان (غیر طرف ۱۸. طبق ماده ۱۲ این قانون، در احوال شخصیه، چنانچه پناهنده فاقد محل اقامت باشد تابع قوانین کشور محل سکونت خواهد بود.

قرارداد) قانون اسلام و برای خارجی مسلمان (طرف قرارداد) قانون ملی را باید اجرا نماییم و این دوگانگی با اصول حقوق بین الملل خصوصی سازگار نیست. مثلاً با توجه به بند ۲ قرارداد دریانوردی و اقامت بین ایران و فرانسه (مصوب ۲۴ ژوئن ۱۹۶۴)، احوال شخصیه یک فرانسوی چه مسلمان و چه غیر مسلمان، در ایران، همیشه تابع قانون فرانسه است که بدیهی است حقوق لائیک فرانسه در تعارض آشکار با حقوق مذهبی یک فرانسوی مسلمان است. در حالی که ممکن است برای یک انگلیسی مسلمان در ایران، قانون مذهبی اش اجرا گردد زیرا بین ایران و انگلیس معاهده ای در این مورد نیست. دادگاهها نیز همگی در عمل، صرف نظر از نحوه برخورد با خارجیان مسلمان، به لزوم عمل به معاهدات اتفاق نظر دارند. در اینجا تنها راه حل ممکن، استفاده از ماده ۹۷۵ قانون مدنی در صورت لزوم است. یعنی در مورد دولی که معاهده با ایران دارند اگر عمل به قانون ملی برای یک خارجی مسلمان تبعه آن دولت مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی ایران باشد، آن قانون خارجی قابل اجرا نیست، زیرا به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».



به نظر دو نفر از بزرگان حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، تأثیر عمیق اندیشه های ساوینی "Savigny" در حقوق بین الملل خصوصی کشورهای اروپایی



باقی مانده است.<sup>۱۹</sup>

تفکر ساوینی در ایالات متحده تأثیر مستقیمی نداشته است. او همچون استوری در کشورهای انگلوساکسون اعلام می‌دارد که جامعه تمدنهای مغرب زمین باید هر کدام اجرای آثار قانون دیگری را نزد خود فراهم سازد. وی به منافع و وظایف دولتها نمی‌اندیشد، بلکه به مرکز ثقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه برای این روابط می‌اندیشد. بین طبیعت رابطه حقوقی و قانون صالح ارتباط قطعی وجود دارد. به نظر ساوینی، حقوق اشخاص باید تابع محل اقامت باشد، چون تجارب حقوقی هم نشان می‌دهد که این محل فاکتور طبیعی پایگاه شخص است.

تابعیت رابطه ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین فرد و دولت است. ولی وقتی شخصی از کشور خود به کشور دیگری می‌رود و آنجا را مرکز مهم امور خود و نیز محل سکونت خود بر می‌گزیند هرچه این اقامت طولانی‌تر می‌شود معمولاً پیوندهای سه گانه مذکور بین فرد و دولت متبوع ضعیف‌تر شده و رابطه وی با محل اقامتش قویتر می‌شود. در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان نمی‌توان واقعیتها را نادیده گرفت. امروزه محل اقامت نقش بیشتری را نسبت به گذشته در حل مسائل مربوط به احوال شخصیه خارجی‌ان ایفا می‌نماید. حتی برخی کشورها عنصر اراده را نیز در تعیین قانون صالح بر احوال شخصیه دخالت داده‌اند. بطور قطع می‌توان گفت که امروزه اعمال قانون اقامت برای احوال شخصیه بیگانگان نه تنها عقب ماندگی به شمار نمی‌رود، بلکه شاید نشانه‌ای از پیشرفت در حقوق باشد. بنا به مصالح علمی و عملی، حتی کشورهایی که بطور کلاسیک احوال شخصیه را تابع قانون ملی می‌دانند، از فاکتور محل اقامت، به عنوان عنصر ارتباط بیش از پیش استفاده می‌کنند.

در کشور سوئیس، که در گذشته قاعده قانون ملی در احوال شخصیه مجری بوده است در قانون حقوق بین الملل خصوصی مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ در ماده

19. Batiffol Henri, Lagarde Paul, *Traité de Droit international Privé* Tom 1, 8 è éd. L.G.D.J. Paris, 1993, n° 242-1.

۴۸ آمده است که: «قانون حاکم بر حقوق و وظایف ناشی از زوجیت، قانون محل اقامتگاه زوجین است و در صورتی که زوجین مقیم کشور واحدی نباشند، قانون حاکم بر حقوق و وظایف ناشی از زوجیت قانون محل اقامتگاهی است که نزدیکترین وابستگی (ارتباط) با دعوا را دارد».<sup>۲۰</sup>

حقوق فرانسه در مورد طلاق و تفریق جسمانی قبل از قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ رویه قضایی سیستمی از عناصر ارتباط را برگزیده بود که بطور جایگزینی عمل می کرد. بدین نحو که برای زوجینی که هر دو یک تابعیت را داشتند، قانون ملی شان و برای آنها که تابعیتشان مختلف ولی اقامتگاه مشترک داشتند قانون محل اقامت و برای آنهایی که تابعیت و اقامتگاه هر دو غیر مشترک بود قانون مقر دادگاه "Lex Fori" اعمال می شد. قانون سابق الذکر که به شکل ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه در آمده است این ترتیب را دگرگون کرد.

طبق بند یک این قانون، وقتی زوجین فرانسوی هستند قانون فرانسه در مورد طلاق و تفریق جسمانی حاکم است، که این همان تکرار ماده ۳ این قانون است که طبق آن قوانین مربوط به وضعیت و اهلیت (فرانسه) حاکم بر فرانسویها است گرچه مقیم خارج باشند. طبق بند دوم این ماده، اگر زوجین هر دو اقامتگاهشان در خاک فرانسه باشد قانون فرانسه حاکم بر طلاق و تفریق جسمانی است. در این مورد عنصر تابعیت نقشی ندارد.<sup>۲۱</sup> زوجین خارجی مقیم فرانسه چه هر دو دارای یک تابعیت یا تابعیتهای متفاوت باشند در صورتی که در موقع ارائه تقاضای طلاق مقیم فرانسه باشند تابع قانون فرانسه اند، بنابراین عنصر اقامتگاه از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. در حالی که قبلاً برای زوجین که یک تابعیت را داشتند قانون ملی شان صالح بود.

۲۰. مکرمی، علی محمد؛ ترجمه قانون حقوق بین الملل خصوصی سویس، نشریه حقوق، دانشکده علوم قضایی، مرداد و آبان ۷۱، ص ۷۹ به بعد.

21. Mayer Pierre, Droit international Privé, MONTCHRESTIEN, Paris, 1991, n<sup>o</sup> 577 et s.

تئوری "Proximité" توجیه کننده اعمال قانون فرانسه برای خارجیهای مقیم این کشور در مورد طلاق است گرچه زوجین دارای ملیت مشترک باشند. با توجه به اهمیت این تئوری در بسیاری از مسائل حقوق بین الملل خصوصی مثل حقوق قراردادها و احوال شخصیه توضیحاتی درباره آن ذکر می شود. به نظر لاگارد اصل "Proximité" پاسخ کشورهای اروپای غربی به مبارزه طلبی امریکاست که اصل "better Law" را پیش کشیده است.<sup>۲۲</sup>

این اصل بیانگر وابستگی یک رابطه حقوقی با سازمان حقوقی کشوری است که این رابطه با آن نزدیکترین پیوندها را دارد و وابستگی یک دعوا به دادگاههای دولتی است که با آن نزدیکترین رابطه و یا حداقل یک پیوند نزدیک دارد و نیز موکول کردن مؤثر بودن یک تصمیم قضایی بر نزدیکی پیوندهایی که با مقام تصمیم گیرنده دارد. به این ترتیب این اصل در تعارض قوانین، صلاحیت قضایی و اجرای احکام و تصمیمات عمل می کند، طبق این اصل دعوا باید تا حد ممکن به دادگاهی وابسته شود که از همه نسبت به آن نزدیکتر است. رابطه حقوقی باید تابع قانون کشوری باشد که با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. اساس این ایده بر تفکرات ساوینی استوار است ولی از ایده های وی فراتر رفته است. مفهوم انتزاعی مرکز روابط حقوقی همیشه به قانونی که از همه بیشتر به موقعیت حاصله نزدیک است نمی انجامد.

طرفداران اصل "Proximité" مزایای زیر را بر آن قائلند:

۱. یکی شدن راه حلها؛ ۲. احترام به انتظارات مشروع طرفین؛ ۳. تعادل بین منافع مورد انتظار دولتها در اداره یک وضعیت حقوقی.

قانون انتخاب نشده نمی تواند از عدم صلاحیت خود ناراضی باشد، چون رابطه حقوقی پیوند نزدیکتری با حقوق کشور دیگر دارد. این راه حل به عدالت نزدیکتر است چون بجای یک عنصر ارتباطی مجرد و غیرعینی، یک عامل ارتباطی است که با

۲۲. جهت توضیح مفصل این تئوری:

P. Lagarde, Le Principe de Proximité dans le Droit international Privé Contemporain, Rec. Cours de L'Ac. de dr. int. t.196 (1986 - I) p. 11 et s.

موقعیت ارتباط عملی دارد. در حال حاضر زمینه اصلی کاربرد این اصل در حقوق تعهدات و بویژه قراردادهاست. جستجوی قانون حاکم در این مورد غالباً بطور مستقیم با تعیین کشوری است که قرارداد بیشترین ارتباط را با آن دارد. با توجه به این که در برخی کشورها مثل فرانسه روابط مالی خانوادگی جزئی از احوال شخصیه به شمار نمی رود و در دسته قراردادهای مورد بررسی قرار می گیرد، تحت عنوان رژیمهای مالی خانوادگی "Les Regimes matrimoniaux" کاربرد اصل در آنجا، بطور غیر مستقیم بر احوال شخصیه تأثیر می گذارد. فکر جدا کردن آثار مالی نکاح از آثار غیر مالی آن، گرچه به صراحت در حقوق ایران مطرح نشده است اما تحولات اخیر در زمینه مسائل مالی خانوادگی مثل آنچه که در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، (مصوب اسفند ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی) تبصره ۶، مندرج است و با توجه به ماده ۱۱۱۸ و ۱۱۱۹ قانون مدنی به نظر می رسد که در حقوق ایران نیز می توان دست به این تفکیک زد و آثار مالی نکاح را از احوال شخصیه متمایز نمود و یا این که حداقل نقش بیشتری بیش از آنچه که تا کنون وجود دارد برای حاکمیت اراده در مسائل مالی خانوادگی قائل شد زیرا این امر با واقعیات جامعه امروز بیشتر تطابق دارد. گرچه طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است، ولی همان گونه که یکی از مؤلفان حقوق خانواده گفته است: «مانعی به نظر نمی رسد که زن حق نفقه را نسبت به ایام آینده از عهده زوج اسقاط نماید»<sup>۲۳</sup> و حیثاً خود تعهد آن را بنماید. در این صورت برای تعیین قانون حاکم بر روابط مالی یک زوج ایرانی، علاوه بر قانون ملی به توافقیهای عملی بین طرفین و در صورتی که مقیم خارج باشند به قانون کشور خارجی نیز توجه می شود.

اکنون قراردادها در انگلیس و فرانسه، جز در موردی که توافق طرفین وجود داشته باشد تابع قانون کشوری است که با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. در کشور سوئیس اصل "Proximité" نتایج بیشتری داشته است. این اصل و اصل حاکمیت اراده

۲۳. محقق داماد، سید مصطفی: حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۲۹۵.

گاهی مکمل یکدیگرند و گاهی بین آنها عدم تطابق وجود دارد؛ مکمل اند زیرا جستجوی اراده به معنای این است که ارتباطهای عینی نزدیک، برای مثال در مورد منافع مالی زوجین با یک کشور خاص، جستجو شود. عدم تطابق؛ به این معنا است که وقتی اراده اعلام شد این اعلام اراده، قانون حاکم را تعیین می کند، صرف نظر از پیوندهای نزدیکی که با یک کشور دیگر می تواند داشته باشد. در مورد اصل Proximité و اصل حاکمیت دولت، وابستگی شخص به دولتش ایجاب می کند که در مورد احوال شخصیه فرد و خانواده ای که همگی دارای یک تابعیت هستند، قانون ملی اجرا شود. وقتی که اجرای قانون مربوط به عنصر ارتباطی تابعیت ممکن نیست، به سبب نبودن تابعیت یا مختلف بودن تابعیتها در یک خانواده، جستجو برای یک عنصر ارتباطی جانشین آغاز می شود که غالباً مطابق با دولتی است که ذی نفع با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. به نظر دادگاه حقوقی "Neuchatel" سویس، در رأی ۵ آوریل ۱۹۸۲، در دعوی ابطال شناسایی نسب فرزند طبیعی که توسط همان فرزند اقامه شده بود و او یک ایتالیایی بود که در سویس متولد شده بود ولی موقع اقامه دعوا با مادر ایتالیایی خود در ایتالیا ساکن بود، موضوع پیوندهای قوی با سویس داشت. زیرا که خواننده (پدر) یک ایتالیایی مقیم سویس بود و نام فرزند در فهرست ثبت احوال سویس ثبت شده بود و قبلاً امور مربوط به قیمومت در سویس انجام شده بود. پدر حقیقی فرزند یک ایتالیایی ساکن ایتالیا بود و گرچه به علت نبودن اقامتگاه مشترک طبق ماده ۸ قانون ۲۵ ژوئن ۱۹۷۶ سویس، حقوق ایتالیا به عنوان ملیت مشترک همه طرفین دعوا باید صالح می بود ولی به نظر دادگاه به علت پیوندهای قوی با سویس این قانون صالح تشخیص داده شد.

آنچه که در مباحث قبلی درباره اعمال قانون مذهبی برای مسلمانان خارجی مقیم ایران توسط برخی دادگاهها بررسی شد چیزی نیست جز اعمال قانون محل اقامت که مطابق ماده ۷ قانون مدنی است، بخصوص در مورد کشورهایی که ایران با آنها معاهده ای در باب احوال شخصیه ندارد. هر چند که مبانی تئوریک بیان شده در

بالا در دادگاههای اروپایی بکلی با مبانی مذکور در حقوق بین الملل اسلامی متفاوت است، اما این واقعیت را نیز نباید نادیده گرفت که غالب خارجیان مقیم ایران را مهاجرین، پناهندگان، اخراج شدگان از کشورهای مسلمان تشکیل می دهد که اکنون پیوندهای مادی و معنوی محکمتر و قویتری با ایران نسبت به کشور مبدأ دارند و این امر نه تحت عنوان اصل "Proximité"، بلکه به عنوان یک امر عینی قطعاً بطور محسوس یا نامحسوس در رأی دادگاه تأثیر می گذارد. در حقوق فرانسه علاوه بر اصل "Proximité" بررسی مختصر سایر عللی که باعث شده از سال ۱۹۷۵ به بعد، طلاق خارجیان مقیم فرانسه تابع قانون این کشور باشد، نه قانون ملی اتباع خارجی، مفید است. دو نفر از مؤلفان معاصر گفته اند: «فرانسه کشوری مهاجر پذیر است بهتر است مهاجری که روی خاک فرانسه زندگی می کند تابع قانونی که با گذشت زمان برایش بسیار بیگانه شده است، نباشد، از این گذشته تبعیت آنها از قانون فرانسه این امتیاز را دارد که بطور عمیق تری جذب جامعه ای می شوند که اکنون در آن هستند»،<sup>۲۴</sup> و به نظر یک مؤلف دیگر فرانسوی: «این امر - اجرای قانون فرانسه - کار دادگاه را آسان می کند، زیرا برای دادگاه مشکل است که با توجه به افزایش مهاجرت و مختلف بودن ملل، همچنان پایبند اصل قانون ملی باشد».<sup>۲۵</sup>

وقتی که هر کشوری بخواهد صرفاً بر اساس منافع ملی خود قواعد حل تعارض را وضع نماید، دیگر نه تنها امکان هماهنگی بین سیستمهای حل تعارض نخواهد بود، بلکه بجای حل تعارض قوانین، تعارض راه حلها بروز خواهد کرد که نتیجه اش لطمه و بی ثبات بودن وضعیت حقوقی اشخاص خصوصی در صحنه بین المللی است. بر اساس ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران، اگر تابعیت زوجین یکی نباشد روابط مالی و غیر مالی خانوادگی آنها تابع قانون ملی زوج است و در مورد دارندگان تابعیت مضاعف، اگر یکی از تابعیتهای ایرانی باشد، دادگاه ایرانی او را بر این تابعیت فرض

24. Lousouarn Yvon, Bourel Pierre, Droit international Privé 4<sup>e</sup> èd, Paris DALLOZ, 1993, n<sup>o</sup> 325, p. 343.

25. Audit Bernard, Droit international Privé, Paris, ECONOMICA, 1991, n<sup>o</sup> 660.

می‌کند و قانون ایران را اجرا می‌نماید. در حقوق فرانسه نیز در مورد تابعیت مضاعف، اگر یکی از آنها فرانسوی باشد دادگاه همین راه حل را اعمال می‌نماید.

این امر مشکل را بطور ظاهری حل می‌کند ولی مشکلات عملی در صحنه بین‌المللی باقی می‌ماند. زیرا این فرض همیشه مطابق واقعیت نیست، در واقع نه در حقوق ایران و نه در حقوق فرانسه مشکلات عملی ناشی از قواعد حل تعارض احوال شخصیه در مورد چند ملیتی‌ها حل نشده است. زیرا با اجرای قانون مقر دادگاه در هر کشور، این اشخاص در آن کشور از مزایای خاص آن استفاده می‌کنند که در کشور دیگر قابل پذیرش نیست. برای مثال یک فرد دو تابعیتی که فرانسوی و الجزایری بود به ازدواج زنی در فرانسه تحت این عنوان که این ازدواج غیر قانونی است اعتراض نمود زیرا وی تا به حال همسر دوم او در الجزایر بوده است، به نظر دیوان عالی کشور فرانسه گرچه این فرد در نظر مقامات الجزایر، الجزایری است اما به خاطر اثر ملیت فرانسوی‌اش تابع قانون فرانسه است و این امر شامل عقد منعقد در الجزایر هم می‌شود.<sup>۲۶</sup> پس طبق قانون فرانسه این فرد تک همسر و طبق قانون الجزایر دارای دو همسر است. به عبارت دیگر این فرانسوی طبق قانون فرانسه، حق نداشته است در الجزایر به ازدواج دوم اقدام نماید که این امر طبق قانون ملی‌اش (فرانسه) منع شده است گرچه توسط قانون ملی دیگرش بی‌اشکال است. برای زوجه وضع بسیار مشکل‌تر است، زیرا قانون فرانسه شخصی را شوهر وی می‌شناسد که قانون الجزایر این ازدواج را غیر قانونی می‌داند و شخص دیگری را همسر وی می‌شناسد. بنابراین در مورد تابعیت‌های مضاعف، که یکی از آنها مطابق تابعیت دادگاه است، بجای این که همیشه فرد چند تابعیتی بر تابعیت دادگاه فرض شود، اگر هر دو کشور قاعده تابعیت مؤثر و فعال را اعمال نمایند، گرچه این تابعیت مؤثر، تابعیت دادگاه رسیدگی‌کننده نباشد و یا این که هر دو این قاعده را که این خانواده با کدام کشور نزدیکترین و قویترین پیوندها را دارد، اعمال نمایند، قطعاً مشکلات مذکور کمتر خواهد شد.

26. Cass. civ. 9 nov. 1993, Rev. crit. 1994, note Eric KERCKHOVE.

در فرانسه یکی دیگر از دلایل توجه به قانون محل اقامت و رها کردن قانون ملی متبوع بیگانه، ماده ۵ پروتکل شماره ۷ (۲۲ نوامبر ۱۹۸۴) کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی است که اصل تساوی زوجین را در روابط قضایی خانوادگی مقرر می‌دارد.<sup>۲۷</sup> بنابراین کشوری که به این کنوانسیون پیوسته است نمی‌تواند در حل تعارض بین قواعد حل تعارض زوج و زوجه که هر کدام تابع دولتی هستند روابط آنها را تابع قانون ملی زوج قرار دهد و اگر این امر نتیجه یک قرارداد بین‌المللی باشد مخالف کنوانسیون فوق خواهد بود و در واقع تعارض بین معاهدات پیش می‌آید. این وضعی است که در مواردی فرانسه دچار آن است. زیرا کنوانسیون اوت ۱۹۸۱ بین فرانسه و مراکش درباره احوال شخصیه و همکاری قضایی، احترام به احوال شخصیه اهالی مغرب را در فرانسه مقرر می‌دارد. از سوی دیگر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تأکید بر تساوی زوجین در روابط قضایی خانوادگی دارد. رویه قضایی این کشور کنوانسیون حقوق بشر را ترجیح می‌دهد<sup>۲۸</sup> و حال آن که یک دولت باید به تمامی تعهدات بین‌المللی خود عمل کند یا این که به اصلاح کنوانسیونهای قبلی بپردازد، که با بعدیها قابل تطبیق گردد. هر چند که از برتری دادن یک قرارداد بین‌المللی نسبت به بقیه معاهدات می‌توان انتقاد کرد اما اگر عدم اجرای بخشی از یک قرارداد بین‌المللی مستند به نظم عمومی باشد این خرده‌گیری مشکل خواهد بود. زیرا لازم الاجرا دانستن قانون ملی تبعه خارجه به این معنا نیست که قانون ملی وی، حتی در صورت مخالفت با نظم عمومی مقرر دادگاه باید اجرا گردد.

طبق دکترین آلمانی، صرف وجود ارتباطات نسبتاً قوی موضوع با آلمان، "Inlandsbeziehung" باعث اجرای قانون آلمان است گرچه قانون خارجی تعارض آشکاری با نظم عمومی آلمان نداشته باشد. با توجه به این که نظم عمومی مفهومی

27. PETITI - DEAUX - IMBERT, La Convention Européenne des Droits de L'homme, ECONOMICA, Paris, 1995, p. 1111 et s.

28. J. Massip, Le conseiller doyen honoraire à La Cour de cassation, Recueil DALLOZ. 1995, 263.



نسبی است و فاقد جزمیت است اگر وضعیت حقوقی ایجاد شده دارای پیوندهای نسبتاً زیادی با مقر دادگاه باشد صلاحیت قانون خارجی به استناد نظم عمومی رد می‌شود. به عبارت دیگر، طبق این نظریه، اعمال قانون خارجی در حالی که موضوع، پیوندهای نزدیکی با کشوری دارد که دعوا در آن مطرح است "Proximité" خلاف نظم عمومی است. "Franzkahn" در پایان قرن نوزدهم، ذکر نموده که رد صلاحیت قانون خارجی به نفع قانون مقر دادگاه فقط در صورتی امکان پذیر است که یک ارتباط به نحو وابستگی بین دعوای مطروحه نزد قاضی و مقر دادگاه باشد. یعنی ارتباط با سرزمین می‌تواند رفع کننده قانون خارجی باشد. ارتباط با سرزمین یکی از عناصر تشکیل دهنده مفهوم استثنای نظم عمومی است.

یک دادگاه آلمانی در ۱۶ سپتامبر ۱۹۸۰ در دعوای مربوط به نفقه بین زوجین ایرانی، که جدا از یکدیگر زندگی می‌کردند، برای رد قانون ایران که اقامه دعوای نفقه مربوط به زوجه‌ای را که جدا از همسرش زندگی می‌کند منوط به این می‌نماید که ثابت شود از سرگیری زندگی مشترک زوجه را دچار خطر می‌سازد (در حالی که چنین خطری نبود) پیوندهای زیادی را بین دعوای مطروحه و کشور آلمان بیان نمود. مخصوصاً اقامتگاه طرفین و این که به کار بردن قانون ایران احتمالاً باعث می‌گردد که مخارج خواهان (زوجه) بیمار و فاقد منبع درآمد، بر صندوق کمکهای اجتماعی آلمان تحمیل شود.<sup>۲۹</sup>

در رأی دادگاه آلمانی، محور استدلال پیوند موضوع با خاک این کشور است و احتمال متضرر شدن زوجه از اعمال قانون ملی اش جنبه تقویت کننده دارد. اگر استدلال به نظم عمومی نبود، دادگاه باید قانون ایران را اجرا می‌کرد. زیرا طبق ماده ۸ قرارداد اقامت بین ایران و آلمان مورخ ۱۷ فوریه ۱۹۲۹ در موضوعات مربوط به حقوق اشخاص و خانواده و ارث اتباع هر یک از دول طرف قرارداد در خاک طرف دیگر تابع مقررات مربوط به قوانین ملی شان خواهند بود.

29. Batiffol, Lagarde, op. cit., n° 359.

باتوجه به ویژگیهای خاص احوال شخصیه که نیازمند ثبات و دوام، و مربوط به جامعه است، بطور سنتی این دسته ارتباط تابع قانون ملی یا اقامتگاه بوده است و عنصر «اراده» نه تنها در تعیین قانون حاکم نقش تعیین کننده نداشته است، برعکس این دخالت به عنوان قرینه بر احتمال وجود تقلب نسبت به قانون به شمار می رود. امروزه، متأثر از حقوق قراردادها، می توان دخالت این عنصر را در احوال شخصیه برخی از کشورها مشاهده نمود.<sup>۳۰</sup> برای مثال طبق قانون ۲۰ مارس ۱۹۸۱ هلند، در مورد طلاق زوجین خارجی در وهله اول قانون صالح، چنانچه هر دو یک تابعیت را داشته باشند، قانون ملی آنها است. این امر منوط به این است که هریک از آنها ارتباط اجتماعی مؤثری با کشور هلند داشته باشد. اگر چنین ارتباطی نباشد، زوجین می توانند قانون ملی را انتخاب کرده یا این که قانون هلند را برگزینند. در حقوق بین الملل خصوصی مربوط به امور خانوادگی در کشورهای غربی، نقش اعطاشده به اراده طرفین به حق انتخاب بین قانون ملی طرفین و قانون اقامتگاه یا قانون محل سکونتشان محدود است. برخلاف حقوق قراردادها که اراده طرفین دامنه انتخاب وسیعی دارد، در مسائل مربوط به حقوق خانواده، انتخاب طرفین نمی تواند جز قانونی باشد که وابستگیهای عمیق با خانواده دارد و مشتمل بر کشور مبدأ است، که غالباً با تابعیت ذی نفع یا محل سکونت و کشور محل اقامت یکی است.

#### نتیجه

خارجیان مقیم ایران در مبحث احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند مگر این که معاهده ای بین دولت ایران و دولت متبوع تبعه خارجی در این مورد باشد. باتوجه به اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول حقوق بین الملل خصوصی اسلامی، خارجیان مسلمان مقیم ایران حتی در صورت وجود معاهده، تابع قانون مذهبی خود (در مورد احوال شخصیه) هستند.

30. Gannagé Pierre, La Pénétration de L'autonomie de la Volonté dans le Droit international Privé de La Famille, Rev., Crit. Juill - Sept. 1992, p. 425 et s.

نگاهی به تحولات اخیر در کشورهایی که عنصر تابعیت را به عنوان عامل تعیین کننده برگزیده اند نشان می دهد که توجه به عناصر ارتباطی عینی مثل محل اقامت، محل سکونت، پیوند با سرزمین بیشتر شده و از نقش تابعیت به عنوان عنصر ارتباطی که همیشه واقعی نیست و یا لااقل تا آن حد که به نظر می رسد عینی نیست، کاسته شده است.

با توجه به تحولات فوق و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بازنگری در تفسیر قواعد حل تعارض حقوق بین الملل خصوصی ایران و احیاناً برخی اصلاحات پس از یک مطالعه و مشورت همه جانبه، ضروری است.





شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی