



پرويشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

**بخش حقوق**



ثرويشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگي  
پرتال جامع علوم انسانی

## اجرای قانون خارجی در دادگاه‌های داخلی

دکتر نجادعلی الماسی\*

یکی از مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی که در مبحث تعارض قوانین مطرح می‌شود مسئله اجرای قانون خارجی در دادگاه ایران است. در این زمینه قاضی ملّی با یک سلسله مسایل نظری و عملی مواجه می‌شود که بی‌تردید برای حل هر کدام از آنها باید مبانی نظری را مورد توجه قرار داد. دادگاه ایران در مقام اجرای قانون خارجی، که در اثر اعمال قانون حل تعارض ایران صلاحیت‌دار شناخته شده، گاه صرفاً قانون ماهوی کشور خارجی را اجرا می‌کند و گاهی دیگر قاعده حل تعارض کشور خارجی را نیز باید اجرا کند. در مورد هر کدام از این فروض با مسایل خاصی مواجه می‌گردد که برای حل آنها ناچار باید از اصول تعارض قوانین متابعت کند. موضوعاتی مانند توصیف قضایی و احاطه نتیجه اجرای قاعده حل تعارض کشور خارجی است و موضوعاتی دیگر مانند لزوم اثبات قانون ماهوی خارجی و یا لزوم استناد به آن و نحوه اجرای قانون خارجی نتیجه اجرای قانون ماهوی کشور خارجی است که هر کدام راه حل‌های مخصوص به خود دارد. در مقاله حاضر کوشش شده است تا به مسایل مطروحه در هر دو مورد جواب‌های منطقی داده شود.

### مقدمه

ابتدا، قبل از پرداختن به موضوع مورد نظر، بررسی چند نکته ضروری است:  
در حقوق بین‌الملل خصوصی سه مبحث عمده وجود دارد: ۱- تقسیم جغرافیایی

اشخاص که شامل مباحث تابعیت و اقامتگاه است؛ ۲- وضع اتباع خارجه یا وضع حقوقی خارجیان؛ ۳- مبحث تعارض ها که خود شامل تعارض قوانین و تعارض دادگاه ها است. در مبحث سوم که مهم ترین مبحث حقوق بین الملل خصوصی است، موضوعاتی مطرح می شود که حاصل آن اجرای قانون خارجی است؛ مسئله مهمی که این گفتار به آن اختصاص یافته است.

البته برای اینکه مطلب تا حدودی روشن شده و چارچوب بحث ما به خوبی ترسیم شود، این نکته را یادآور می شویم که در کشور ما مهم ترین منبع حقوق بین الملل خصوصی قانون است و منظور از قانون، قانون ایران است؛ ولی قانون ایران نیز گاه ما را به قانون کشور خودمان و گاه به قانون خارجی دلالت می کند.

البته باید این نکته را نیز مد نظر قرار داد که علاوه بر معانی مختلفه قانون از لحاظ حقوق داخلی مثل معنای عام و خاص آن و همچنین تقسیم بندیهای قانون مثل تقسیم قانون به امری و تکمیلی و سایر تقسیمات، در حقوق بین الملل خصوصی یک تقسیم بندی اصلی وجود دارد و آن عبارت است از: قوانین بین المللی یا حل تعارض و قوانین داخلی یا ماهوی.

مثلاً در مورد احوال شخصیه، نظام حقوقی کشور ما یک قانون بین المللی یا حل تعارض دارد که از مجموع آن، این اصل کلی استنباط می شود: احوال شخصی هر کسی تابع قانون دولت متبوع اوست؛ یعنی موضوعاتی مانند ازدواج، نسب، اهلیت، ارث و وصیت که در نظام حقوقی ما جزء احوال شخصیه هستند، تابع قانون دولت متبوع اشخاص خواهد بود. بنابراین وقتی مسئله ای در مورد احوال شخصیه مطرح می شود که با کشور ما و یک یا چند کشور دیگر ارتباط پیدا می کند، ما باید به این قانون (قانون بین المللی یا قانون حل تعارض ایران) رجوع کنیم.

اما ما قانون دیگری هم در مورد احوال شخصیه داریم و آن قانون داخلی یا ماهوی ماست؛ منظور از قانون داخلی مجموع مقرراتی است که در باب ازدواج، نسب، اهلیت، ارث و وصیت وجود دارد. وقتی از قانون خارجی صحبت می کنیم، می تواند هر یک از این دو دسته باشد که اینک وقتی از قانون ایران صحبت می کنیم و می گوئیم مهم ترین منبع حقوق بین الملل خصوصی کشور ما، قانون ایران است، این قانون به هر دو

معناست؛ یعنی هم قانون بین المللی یا قانون حل تعارض ایران و هم قانون ماهوی یا داخلی ایران.

این نکته هم باید مورد توجه واقع شود که هرگاه یک دعوی بین المللی در کشور ما مطرح شود موضوع مورد بحث این خواهد بود که: قاضی ایرانی برای حل آن از کجا شروع می‌کند؟ مآلاً به کجا می‌رسد؟ چه قوانینی را اجرا و چه مراحلی را طی می‌کند؟ در این فرض، قاضی ملی هیچ‌گاه نمی‌تواند برای حل مسئله، ابتدا به قانون خارجی رجوع کند. بنابراین دادگاه‌های داخلی برای حل هر مسئله‌ای ابتدا باید به قانون دولت متبوع خود رجوع کنند و این اصلی است که مورد قبول همه کشورهاست. و اگر این قانون ما را به قانون خارجی دلالت کند و آن قانون خارجی هم اجرا گردد، در واقع منبع ما، همان قانونی است که ما را به قانون خارجی دلالت کرده است. پس قضات ملی برای حل یک دعوی بین المللی همیشه از قانون کشور خود شروع می‌کنند؛ چون در حقوق بین الملل خصوصی، بر خلاف حقوق بین الملل عمومی، دعوی بین المللی همیشه در دادگاه‌های داخلی مطرح می‌شوند.

حال سؤال این است که ابتدا باید کدام یک از قوانین ایران را اجرا کرد؟

منطق حقوقی ایجاب می‌کند که، قاضی ملی برای حل یک مسئله بین المللی ابتدا به قانون بین المللی کشور خود رجوع کند، نه به قانون داخلی؛ چون اگر ابتدا به قانون داخلی یا ماهوی کشور خود رجوع کند، معلوم نیست که این قانون واجد صلاحیت هست، یا نه. پس برای اینکه معلوم شود آیا قانون دولت متبوع او حاکم بر این دعوا خواهد بود، یا قانون خارجی، ابتدا باید به قانون حل تعارض کشور خود رجوع کند. نکته مهم این است که یکی از خصوصیات قانون بین المللی هر کشوری، خصوصیت دوطرفه یا دوجانبه بودن آن است؛ یعنی اینکه، این قانون‌گاه قاضی ملی را به قانون داخلی کشور خود و گاه به قانون خارجی دلالت می‌کند. پس در حقیقت، بحث اصلی ما از اینجا شروع می‌شود که هرگاه قانون بین المللی یا قانون حل تعارض ایران، صلاحیت قانون خارجی را بپذیرد، قاضی ایرانی چگونه باید آن را اجرا کند؟

هرگاه در یک دعوی بین المللی، قاضی ایرانی براساس اصول تعارض قوانین صلاحیت قانون خارجی را احراز کند، اولین سؤالی که باید مطرح شود این است که آیا

باید صرفاً به قانون داخلی آن کشور رجوع شود یا به قانون آن کشور من حیث المجموع؛ یعنی هم قانون بین المللی و هم قانون داخلی؟

هنگام رجوع به قانون خارجی نیز، ابتدا باید به قانون حل تعارض یعنی قانون بین المللی آن کشور رجوع کرد، چون قلمرو قانون داخلی یا ماهوی هر کشور را، قانون حل تعارض همان کشور تعیین می کند.

مثلاً اگر در ایران، موضوعی از موضوعات احوال شخصیه بیگانگان مطرح باشد، قاضی ایرانی ابتدا به ماده ۷ قانون مدنی ایران رجوع می کند. این ماده حکم صریحی دارد و احوال شخصی خارجی را تابع قانون دولت متبوع آنها می داند<sup>۱</sup>. یعنی ابتدا صلاحیت قانون ایران را نمی پذیرد. البته ماده ۷ مکمل ماده ۶ است که احوال شخصی ایرانیان، ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، را تابع قانون ایران شمرده است<sup>۲</sup>. بنابراین وقتی در مورد احوال شخصی خارجی، مثل یک دعوی ارث یا دعوی راجع به اهلیت، نسب، ازدواج یا هر مصداق دیگری از مصادیق احوال شخصیه، دعویایی بین المللی مطرح شود، قاضی ایرانی ابتدا باید به قانون بین المللی آن کشور رجوع کند. در این مرحله دو حالت قابل تصور است: یا آن کشور صلاحیت قانون خود را پذیرفته، قانون داخلی خود را صلاحیتدار می داند؛ یا نه.

بنابراین بحث مربوط به اجرای قانون خارجی را، می توان به دو بخش تقسیم کرد: اجرای قانون حل تعارض خارجی و اجرای قانون ماهوی خارجی.

### بخش اول: اجرای قانون حل تعارض کشور خارجی

در اجرای قانون حل تعارض کشور خارجی که، به استناد ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران<sup>۳</sup>، قاضی ایرانی ناگزیر از اجرای آن است<sup>۴</sup>، دو مسئله عمده برای دادگاه ایران مطرح می شود: مسئله احاله و مسئله توصیف قضایی.

#### الف: احاله

هرگاه قاضی ایرانی صلاحیت قانونی خارجی را، طبق قاعده حل تعارض همان کشور، احراز کند، قانون ماهوی همان کشور خارجی را به اجرا می گذارد. مثلاً در

موردی که مسئله حقوق ارثیه اتباع ایتالیا در دادگاه ایران مطرح شود چون قاعده حل تعارض ایتالیا قانون خود را واجد صلاحیت می‌داند لذا باید قانون ارث ایتالیا را اجرا کرد. ولی اگر در جریان اجرای قانون حل تعارض خارجی مشخص شد که آن کشور صلاحیت قانون داخلی خود را نمی‌پذیرد، باید دید که قاضی ایرانی موظف است دعوی را مآلاً طبق قانون ماهوی چه کشوری حل کند، زیرا آنچه در آخرین مرحله، حکم قضیه را از لحاظ ماهوی تعیین می‌کند، قانون داخلی یا ماهوی است.

### ۱- احاله درجه اول

طبق ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران، اگر قانون خارجی که صلاحیت آن طبق ماده ۷ قانون مدنی یا مواد دیگر احراز شده، صلاحیت خویش را نپذیرفته و حل قضیه را به قانون ایران ارجاع یا، به اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی، حل قضیه را به قانون ایران احاله دهد، دادگاه ایران مکلف به رعایت این احاله است.

در اینجا معنای «مکلف به رعایت احاله بودن»، چیزی جز این نیست که قاضی ایرانی باید قانون داخلی ایران را اجرا کند؛ یعنی اگر دعوی راجع به اهلیت است، اهلیت را طبق قانون ایران تشخیص دهد؛ و اگر راجع به حقوق ارثیه است، آن را طبق قانون ارث ایران حل کند. در این مورد، حقوق بین‌الملل خصوصی ایران حکم روشنی دارد و طبق ماده ۹۷۳، قاضی ایرانی را مکلف به اجرای قانون ایران کرده است. سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که دادگاه باید قانون عمومی مملکت را اجرا کند، یا اینکه مطابق ماده واحده موسوم به قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲ مطابق قانون تعریف اصحاب دعوی عمل کند. به نظر می‌رسد که چون ماده واحده چه صرفاً ناظر به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه است لذا در مورد خارجیان نباید قابل اجرا باشد زیرا حکم مزبور استثنایی است و استثناء را هم باید تفسیر مضیق کرد.

### ۲- احاله درجه دوم

اگر کشور خارجی صلاحیت قانون خود را نپذیرد، و قضیه را به قانون کشور ثالثی احاله دهد؛ یعنی به اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی احاله درجه دوم مطرح شود؛ ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران این احاله را نپذیرفته و در اینجا بهتر است قاضی ایرانی

حکم قضیه را طبق قانون داخلی همان کشور احاله دهنده، حل کند<sup>۵</sup>؛ بنابراین اگر یک متوفای فرانسوی که در ایران فوت شده، صرفاً ساکن ایران بوده و اقامتگاه قانونی او در آلمان باشد<sup>۶</sup>، قانون فرانسه حل قضیه را به قانون آلمان احاله می‌دهد. در اینجا، چون حقوق ایران این احاله را نپذیرفته بهتر است قانون فرانسه را اجرا کنیم؛ چون این قانون، نسبت به این موضوع و موضوعات مشابه مناسب‌تر است.

### ۳- روش تحلیلی (انتخاب انساب)

در حقوق بین‌الملل خصوصی، روشی قابل قبول و منطقی داریم که آن را اصطلاحاً «روش تحلیلی» یا «روش انتخاب انساب» می‌نامند. مطابق این روش، هرگاه بین چند قانون تردیدی وجود داشته باشد، قانونی را که مناسب‌تر باشد، اجرا می‌کنند<sup>۷</sup>. در خصوص موضوعی که به عنوان مثال ذکر شد، اگر قانون آلمان، که قانون کشور ثالث است، حذف شود، بین قانون ایران و فرانسه تردید حاصل می‌شود. و در مورد ترکیه منقول یک فرانسوی که در ایران فوت شده، قانون فرانسه مناسب‌تر است. این راه حل در مواد مختلف قانون مدنی ناظر به مسائل بین‌المللی و هم‌چنین در حقوق داخلی ایران، در موارد احوال شخصیه اقلیتهای دینی و مذهبی مورد قبول واقع شده، قانونگذار ایران این مسائل را تابع قانون مذهب افراد، و در روابط بین‌المللی تابع قانون ملی دانسته است. از مجموع مقررات قانونی نیز می‌توان این استنباط را داشت که، بهتر است موارد فوق تابع قانون دولت متبوع شخص باشد.

البته اگر قانون خارجی صلاحیت خود را بپذیرد، در آن صورت ما آن قانون را اجرا می‌کنیم؛ یعنی بعد از اجرای قانون حل تعارض، به قانون ماهوی همان کشور رجوع می‌شود.

### ب: توصیف قضایی<sup>۸</sup>

آنچه در این قسمت قابل توجه است، این است که گاه ضمن اجرای قانون بین‌المللی کشور خارجی، بعضی از اصطلاحات و عبارات آن قانون نیازمند تفسیر می‌شود؛ مثلاً در موردی که یاد شد، از آنجایی که قانون فرانسه ترکیه منقول را تابع قانون اقامتگاه متوفی می‌داند و با توجه به اینکه کشورهای مختلف تعریف واحدی از اقامتگاه ندارند، برای



اینکه بدانیم که آیا اساساً احاله‌ای به وجود می‌آید یا نه، ابتدا باید اقامتگاه را مشخص کنیم؛ و چون اقامتگاه یک فرانسوی که در ایران فوت شده، ممکن است در فرانسه، ایران یا کشور ثالث باشد؛ بحث ما به تفسیر قانون بین‌المللی یک کشور خارجی برمی‌گردد، و طبق اصول پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل، باید، حتی الامکان، مسئله را به نحوی که در کشور مزبور تفسیر می‌شود، تفسیر کرد. و اصولاً، قوانین خارجی، چه قانون بین‌المللی کشور خارجی باشد و چه قانون داخلی آن کشور، طبق ضوابط همان کشور تفسیر می‌شود.

مثلاً اگر یک خارجی در ایران فوت شود ما ابتدا باید طبق قانون حل تعارض خود، قانون صلاحیت‌دار را مشخص کنیم. قانون حل تعارض ما نیز، قانون کشور خارجی را واجد صلاحیت می‌داند. در اینجا، قانون به معنای عام کلمه مطرح است، که شامل قانون بین‌المللی نیز می‌شود. و قانون بین‌المللی آن کشور، قانون اقامتگاه متوفی را صلاحیت‌دار می‌شناسد؛ بنابراین، ابتدا باید اقامتگاه را مشخص کنیم<sup>۹</sup>، تا ببینیم اساساً احاله‌ای به قانون ایران یا قانون کشور ثالثی صورت گرفته است، یا نه. در قوانین بعضی از کشورها، مثل ایران و فرانسه، اقامتگاه مرکز مهم امور شخص است<sup>۱۰</sup>؛ بعضی، مانند آلمان و اسپانیا، اقامتگاه را محل سکونت شخص می‌دانند، و کشورهای دیگر، مانند کشورهای انگلیسی و آمریکائی، اقامتگاه را علی‌القاعده زادگاه شخص می‌دانند. با توجه به گوناگونی تعریف‌های مربوط به اقامتگاه، این سؤال پیش می‌آید که وقتی مسئله اقامتگاه یک خارجی در ایران مطرح باشد، آیا آن را باید طبق قانون ایران تعریف کرد، یا طبق قانون خارجی؟ در اینجا، طبق اصلی که، به موجب آن، قانون خارجی را حتی الامکان باید به نحوی تفسیر کرد که در خود آن کشور خارجی تفسیر می‌کنند، اقامتگاه را طبق آن قانون خارجی توصیف می‌کنیم؛ یعنی اقامتگاه یک فرانسوی که در جمهوری اسلامی ایران فوت شده، را به نحوی که قانون فرانسه تعیین کرده است، توصیف می‌کنیم، و همچنین در مورد یک انگلیسی یا یک آلمانی.<sup>۱۱</sup>

البته این مورد جنبه استثنای دارد، چرا که اصولاً باید هر عامل ارتباط را، که جزء قانون بین‌المللی کشور خودمان است، طبق قانون جمهوری اسلامی ایران توصیف کنیم. مثلاً در اجرای ماده ۹۶۸ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران که می‌گوید «تعهدات ناشی از

عقد تابع قانون محل وقوع عقد است»<sup>۱۲</sup>، باید «محل وقوع عقد» را طبق قانون ایران توصیف کرد. البته، چنانکه می‌دانید این بحث در جایی مطرح می‌شود که عقد غیر حضوری یا مکاتبه‌ای باشد؛ یعنی ایجاب در یک کشور و قبول در کشور دیگری باشد. البته، در حقوق بین‌الملل خصوصی، نظرات مختلفی که در حقوق داخلی در باب تعیین زمان انعقاد عقد وجود دارد، عیناً در مسئله «محل وقوع عقد» مطرح می‌شود. پس اگر در کشور خود، نظریه زمان ارسال یا زمان قبولی را پذیرفته باشیم، محل وقوع عقد را بر اساس آن نظریه تعیین می‌کنیم؛ یعنی در جایی که قانون حل تعارض ایران اجرا می‌شود، توصیف عامل ارتباط، اصولاً، طبق قانون جمهوری اسلامی ایران انجام می‌گیرد؛ و این مطابق همان اصلی است که به موجب آن، تفسیر یک قانون بین‌الملل یا حل تعارض، باید طبق همان منطقی باشد که در کشور محل وضع قاعده پذیرفته شده است؛ پس آنجا که اقامتگاه را طبق قانون خارجی تفسیر کردیم، به این علت است که اقامتگاه به عنوان عنصر قاعده خارجی مطرح شده است؛ نه به عنوان عنصر قانون ایران.

### بخش دوم: اجرای قانون ماهوی خارجی

در اکثر مواردی که قاضی ایرانی قانون ماهوی یا داخلی کشور خارجی را اجرا می‌کند، ممکن است احاله پیش نیامده، یا نیازی به توصیف قضائی در دادگاه جمهوری اسلامی ایران ایجاد نشود. فرض کنیم یک نفر ایتالیائی در جمهوری اسلامی ایران فوت شده، و ماترک منقول و غیر منقولی در کشور ما به جا گذاشته است. با رجوع به ماده ۷ قانون مدنی ایران، متوجه می‌شویم که قانون ایتالیا واجد صلاحیت است، نه قانون جمهوری اسلامی ایران؛ قانون بین‌المللی ایتالیا نیز، مثل قانون بین‌المللی ما، ارث را جزء دسته احوال شخصی قرار داده و قانون ملی را حاکم، و صلاحیت قانون داخلی ایتالیا را پذیرفته است. بنابراین قانون ارث ایتالیا را، به عنوان قانون خارجی، اجرا می‌کنیم.

### الف: مبانی الزام به اجرای قانون خارجی

در این مورد سؤالی که برای قاضی مطرح می‌شود این است که آیا این قانون را باید به همان نحوی تلقی کند که قانون جمهوری اسلامی ایران را تلقی می‌کند، یا طرز تلقی او از این قانون باید متفاوت باشد؟ سؤال دیگر اینکه، اساساً نیروی الزامی و اجباری قانون خارجی از کجا می‌آید؟ و اصولاً چرا باید قانون ماهوی کشور خارجی را اجرا کرد؟ این سؤال که تا حدودی جنبه فلسفی و نظری دارد، مسیر بحث را در قسمتهای فنی و عملی نیز روشن می‌کند؛ و البته، نظریه‌های متعددی نیز در این مورد وجود دارد، که به طور خلاصه به آن اشاره می‌کنیم:

#### ۱- نظریه حقوق مکتسبه

اولین نظریه‌ای که در اینجا قابل توجه است و توسط حقوق‌دانان نظام حقوق انگلیسی، آمریکایی عنوان شده، «نظریه اعتبار حقوق مکتسبه» است. این حقوق‌دانان برآنند که قانون خارجی از آن جهت لازم الاجراست که حق مکتسبه‌ای<sup>۱۳</sup> طبق آن به وجود آمده و در واقع حاکم بر ایجاد آن حق است؛ و چون احترام و رعایت بین‌المللی حق مکتسبه واجب است، قانونی هم که براساس آن، این حق بوجود آمده، لازم الاجرا می‌شود؛ چرا که یکی از پایه‌های اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی، همین اعتبار حقوق مکتسبه است.<sup>۱۴</sup> یعنی اگر در کشوری، برای کسی حق مالکیت، ابوت یا بنوتی بوجود آمده باید در ایران نیز این حق را محترم شمرد.

البته، این نظریه جامعیت لازم را برای پاسخ دادن به همه مسائل ندارد؛ اما از یک جهت قابل قبول است. و آن اینکه طبق همین مواردی که اشاره شد، می‌توان حق زوجیت، حق مالکیت یا حق دیگری که در خارجه به وجود آمده، را در ایران شناخت و قانون خارجی را اجرا و قبول کرد. اما در اما در مورد حقی که در کشور، در شرف ایجاد باشد، قابل قبول نیست؛ مثلاً، اگر یک زن و مرد خارجی بخواهند در ایران ازدواج کنند؛ یعنی حق زوجیتی در کشور ما، در شرف ایجاد باشد، مخصوصاً در مواردی که زن و مرد (زوجین آینده) تابعیت‌های مختلفی داشته باشند.<sup>۱۵</sup>

در اینجا، طبق ماده ۷ قانون مدنی ایران، وقتی حق زوجیت در ایران بوجود می‌آید که قانون فرانسه نسبت به زن، و قانون آلمان نسبت به مرد رعایت شود. در این مورد، دیگر

نمی‌توان به حق مکتسب استناد کرد؛ چون حقی قبلاً به وجود نیامده، تا احترام به آن، ما را ملزم به رعایت قانون خارجی کند. به همین جهت است که می‌گوئیم این نظریه جامعیت لازم را ندارد. در بعضی از فرض دیگر، یعنی فرضی که تعارض قوانین در کشور ما در مرحله ایجاد حق است و نه در مرحله اثر گذاری، نیز «حق» پاسخگوی آن سؤال نظری و فلسفی نیست.

## ۲- نظریه قبول (پذیرش) قانون خارجی

نظریه دیگری که توسط بعضی از حقوق‌دانان ایتالیایی عنوان شده نظریه قبول (پذیرش) قانون خارجی است طبق این نظریه، قانون خارجی از آن جهت برای قاضی ملی لازم‌الرعایه است که طبق قاعده حل تعارض کشور متبوع قاضی، صلاحیت‌دار شناخته و از این طریق در نظام ملی آن کشور پذیرفته شده است. این نظریه قانون خارجی را اساساً دارای قابلیت اجرا نمی‌داند؛ چون این حقوق‌دانان از لحاظ فلسفی، قائل به ثنویت و دوگانگی نظام داخلی و خارجی بوده و معتقدند که قانون خارجی، در واقع با قانون ملی سنخیت ندارد؛ بنابراین در اصل اجرای قانون خارجی را قبول ندارند. البته، علت اجرای قانون خارجی در دادگاه ایتالیا را این می‌دانند که قانون حل تعارض ایتالیا آن را صلاحیت‌دار شناخته؛ و آن قانون دیگر مثل قانون ایتالیا شده، یعنی در نظام ایتالیا پذیرفته شده است. بنابراین، مثل این است که قاضی ملی قانون کشور خویش را اجرا می‌کند.

بعضی از حقوق‌دانان ایتالیایی قائل به نظریه پذیرش صوری و بعضی دیگر قائل به نظریه پذیرش مادی هستند. البته، نظریه پذیرش مادی غیر واقع بینانه بوده، قائل است که قانون خارجی، صفت خارجی بودن خود را از دست می‌دهد و مثل قانون داخلی می‌شود. نظریه پذیرش صوری تا حدودی قابل قبول تر است؛ و اشکالی که دارد، در این است که قانون خارجی را، نه به عنوان قانون خارجی، بلکه به عنوان قانون ملی قاضی معرفی می‌کند، در حالی که ما می‌خواهیم علت اجرای قانون خارجی را، به اعتبار اینکه یک قانون خارجی است، بدانیم. بنابراین لزومی ندارد که قانون خارجی صفت خارجی بودن، یعنی هویت خود، را از دست بدهد، تا لازم الاجرا باشد؛ بنابراین، نظریه ایتالیایی مزبور تا حدودی جنبه تصنعی دارد.

### ۳- نظریه نزاکت بین المللی

البته، نظریه‌ای که اکثر حقوقدانان امروزه قبول دارند، همان نظریه قدیمی نزاکت بین المللی است. به موجب این نظریه، وجه لازم الرعایه بودن قانون خارجی، آن است که نزاکت بین المللی، قاضی ملی را به اجرای آن ایجاب می‌کند. نزاکت بین المللی نیز مبتنی بر مصلحت کشورها، یعنی نوعی رابطه متقابل بین آنان است. معنی نزاکت آن است که اگر کشوری انتظار دارد که قانون او در کشورهای خارجی اجرا شود، باید متقابلاً اجرای قوانین کشورهای خارجی را در قلمرو خود بپذیرد.

البته این نظریه ممکن است ایرادهایی داشته باشد؛ ولی هم چنان به عنوان یک نظریه نسبتاً قابل قبول در اکثر کشورها پذیرفته شده است. زیرا مبتنی بر رابطه متقابل بوده و رابطه متقابل هم یکی از مبانی حقوق بین الملل خصوصی است. در نظام حقوقی کشور ما نیز، رابطه متقابل یکی از مبانی سیاست خارجی بوده و رابطه ایران با کشورهای دیگر نیز، بر مبنای روابط صلح آمیز متقابل استوار است. (اصل ۱۵۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) در زمینه حقوق خصوصی، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی (در باب اعتبار اسناد تنظیم شده در خارج) ۱۶، ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام، ماده ۹۷۸ قانون مدنی ۱۷ و بعضی مواد دیگر نیز این مسئله را متذکر شده است.

#### ب: ماهیت قانون خارجی اجرا شده در دادگاه‌های داخلی

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که قانون خارجی ای که در دادگاه ایران اجرا می‌شود، جنبه حکمی دارد یا جنبه ماهوی؟

آنچه در منطق حقوقی و نیز در تمام کتبی که تحت عنوان «نظریه‌های کلی حقوق»، «مقدمه علم حقوق» و «فلسفه حقوق» نوشته شده، مسلماً مورد قبول قرار گرفته، این است که قانون عبارت از حکم دائمی و عمومی حکومت یا دولت است. البته، همواره دو صفت ذاتی را برای قوانین ذکر می‌کنند: دوام و عمومیت. صفت دوام به این معناست که یک قانون، مادام که توسط قانون جدیدی نسخ نشود، لازم الاجرا است. صفت عمومیت هم به این معناست که یک قانون در حد موضوع آن، نسبت به تمام افراد و مصادیقی که مشمول آن هستند، لازم الاجرا بوده و عمومیت دارد. این دو صفت ذاتی در حقوق بین

الملل خصوصی نیز، مانند حقوق داخلی، این اصل را، که قانون تکلیف قاضی است، و از قدیم الایام همه کشورهای آن را پذیرفته‌اند، مقبول ساخته است. و این یعنی قانون یک امر حکمی است؛ به عبارت ساده‌تر، وقتی جهل به قانون در مورد افراد عادی مسموع نیست؛ به طریق اولی، در مورد قاضی نیز به هیچ وجه نمی‌تواند مسموع باشد.

### ج: استناد به قانون خارجی

حال این سؤال مطرح می‌شود که در اصل مزبور، منظور صرفاً قانون ایران، یعنی قانون داخلی، است؛ یا قانون خارجی هم مشمول آن هست؟

در این مورد، علی‌رغم تردیدهایی که وجود دارد - تا آنجا که آخرین نوشته‌های حقوقدانان نیز حاکی از آن است - بنابر دلایل و جهات عملی، تقریباً همه کشورهای قبول دارند که مفهوم مورد نظر در «تکلیف قاضی بودن قانون» و «مسموع نبودن عذر جهل به آن»، قانون داخلی است؛ چون، از لحاظ عملی، هیچ‌گاه نمی‌توان از قاضی ملی توقع داشت که از قوانین کشورهای دیگر مطلع باشد. در واقع، جهل به قانون خارجی، جهل به قانون ماهوی است.<sup>۱۸</sup> و این امری کاملاً طبیعی است؛ یعنی همان طور که قاضی در یک دعوی داخلی، به طور طبیعی، نسبت به امور ماهوی و واقعیات خارجی اتفاق افتاده جاهل است؛ جهل قاضی ملی نسبت به قانون خارجی نیز امری طبیعی است؛ و اگر به آن علم داشته باشد، علمی تصادفی خواهد بود.

البته، اگر روزی قضات کشورها به این مرحله از آگاهی برسند که از قوانین کشورهای دیگر نیز، مثل قانون کشور خود، مطلع باشند، آنگاه می‌توان پذیرفت که قاضی در قبال قانون خارجی نیز، همان وظیفه را برعهده داشته باشد. تردیدهایی، که بدان اشاره شد، نیز بیشتر از آنجا نشأت می‌گیرد که گاه کشورها در یک اتحادیه بین‌المللی جمع شده و قانون متحد الشکلی را به وجود آورده؛ یا ارتباطشان به حدی می‌رسد که تقریباً مرزهای بین آنان برداشته می‌شود؛ در این صورت می‌توان توقع داشت که، مثلاً، یک قاضی فرانسوی از قانون آلمان، ایتالیا و سایر کشورهای جزء اتحادیه اروپا مطلع باشد. البته، بحث ما در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی در یک محدوده منطقه‌ای، یا به اصطلاح، حقوق موجود در درون یک اتحادیه بین‌المللی، نیست؛ بلکه در مواردی است که یک

دعوی بین المللی، به علت دخالت یک عنصر خارجی، با چند کشور ارتباط یافته باشد؛ پس نمی‌توان انتظار داشت که قاضی از همه قوانین خارجی مطلع باشد؛ چون در بحث ما مراد از قانون خارجی، قانون کشور به خصوصی نیست؛ بلکه هر قانونی غیر از قانون ایران مورد نظر است. حال اگر قاضی، نوعی علم اجمالی نسبت به قوانین بین‌المللی کشورهای خارجی داشته باشد، به هیچ وجه قادر نخواهد بود این علم را نسبت به قوانین ماهوی کشورهای خارجی تحصیل کند. مثلاً، می‌توان انتظار داشت که قاضی ایرانی اجمالاً و فقط در همین حد از قانون بین‌المللی آن کشورها مطلع باشد؛ و نیز اینکه بداند کشورهای حقوق نوشته، مثل ایران، احوال شخصیه را تابع دولت متبوع می‌دانند؛ اما آیا می‌توان پذیرفت که بتواند از قانون ارث این کشورها، مثلاً، از قانون ارث کشورهای انگلیسی، آمریکایی، کشورهای سوسیالیستی و یا حتی از قانون ارث کشورهای اسلامی مطلع باشد<sup>۱۹</sup>. حتی در کشورهای اسلامی هم، اگر چه حقوق‌شان، در احوال شخصی نوعاً متأثر از مذهب است؛ ولی در بعضی موارد، ممکن است قاضی از قوانین شخصی آنها، مثلاً ایرانیان غیر شیعه در ایران، بی‌اطلاع باشد؛ و این امری طبیعی است.

بنابراین با توجه به این دلیل عملی که قاضی را نمی‌توان مکلف به آگاهی و اطلاع، ولو اجمالی، از قوانین خارجی دانست، می‌توان گفت: محرز شناخته شدن صلاحیت قانون خارجی توسط قانون بین‌المللی ایران، فقط ناظر به مرحله ثبوتی قانون خارجی بوده، مرحله اثبات قانون خارجی باید در دادگاه امر دیگری است و مثل قانون ایران انجام نمی‌گیرد. با یک مقایسه ساده می‌توان این نکته را روشن کرد؛ فرض کنیم دو نفر ایرانی دعوی دارند. این دعوی در هر زمینه‌ای باشد، دعوی کاملاً داخلی است؛ یعنی هیچ عامل خارجی این دعوی را به خارج از کشور ما ربط نمی‌دهد. اینجا، قاضی ایرانی، مسلماً، نمی‌تواند هیچ انتظاری از اصحاب دعوی، یا وکلای آنان، داشته باشد که او را در مورد قانون ایران راهنمایی کند. این تکلیف قاضی است؛ یعنی قاضی بایستی قانون را بشناسد، آن را به اجرا بگذارد و نمی‌تواند انتظار داشته باشد که اصحاب دعوی به ماده قانونی ذی‌ربط استناد کنند، بلکه خود باید رأساً بدان استناد کرده، دعوی را طبق آن حل کند؛ و اگر در این مورد رسماً از کسی نظر خواهی کرده یا تقاضا کند که قانون را برای او توضیح دهند، در حقیقت عدم کفایت خود را ثابت کرده است؛ و اگر مطالعه فردی، وی

را به اندازه کافی قانع نکرد، به طور خصوصی از اساتید و کارشناسان حقوق در آن زمینه نظر خواهی می‌کند. به تعبیر دیگر، وقتی افراد غیر حقوقی و غیر متخصص نمی‌توانند عذر جهل به قانون را عنوان کنند، قاضی به طریق اولی و به هیچ وجه نمی‌تواند چنین عذری را عنوان کند.

ولی در مورد قانون خارجی، قضیه متفاوت است؛ در درجه اول، قاضی ایرانی می‌تواند از اصحاب دعوی بخواهد تا قانون خارجی را ارائه دهند. خصوصاً، درجایی که قانون خارجی توسط خود اصحاب دعوی انتخاب شده باشد. البته، این در موردی است که مسئله جنبه نظم عمومی نداشته و قاضی نیز در مقام اجرای قانونی باشد که خود اصحاب دعوی تعیین کرده‌اند. مثل اینکه یک فرانسوی با یک آلمانی معامله‌ای کرده و توافق کرده‌اند که قانون تعهدات سوئیس حاکم بر معامله‌شان باشد؛ اینجا اگر به این اعتبار که در ایران مقیم هستند، دعوای‌شان در دادگاه ایران مطرح شود، به هیچ وجه نمی‌توان از قاضی ایرانی توقع داشت که از آن قانون مطلع باشد و اطلاع از قانون سوئیس تکلیف قاضی نیست، بلکه اصحاب دعوی چون خود آن قانون را تعیین کرده‌اند، باید خود به آن استناد کنند. بعضی از کشورها، مثل آلمان، برآنند که قانون خارجی، بدون استناد اصحاب دعوی، هم لازم الاجراست، البته به این علت که آن قانون، طبق قاعده حل تعارض آلمان صلاحیت‌دار شناخته شده است؛ یعنی در حقیقت این کشورها قانون خارجی را تقریباً مثل قانون داخلی، امری حکمی تلقی می‌کنند. ولی اکثر کشورها، چه کشورهای حقوق نوشته و چه کشورهای نظام انگلیسی آمریکائی، بر این عقیده‌اند که قانون خارجی جنبه ماهوی دارد؛ یعنی مثل یک واقعیت خارجی است که قاضی، علی‌القاعده، نسبت به آن بی اطلاع بوده، اما ممکن است تصادفاً از آن مطلع باشد. بنابراین، از لحاظ عملی، قانون خارجی امری ماهوی تلقی شده و استناد به آن لازم است؛ مانند وقوع یک واقعه خارجی در دعوای داخلی، که اصحاب دعوی بایستی خود آن را عنوان کنند؛ و قاضی تکلیفی ندارد که از آن اطلاع داشته باشد.

البته، نظریه حد وسطی که حقوقدانان فرانسوی دارند را نیز باید مورد اشاره قرار داد. این نظریه، با توجه به سنخیت و قرابتی که نظام حقوقی ایران با نظام فرانسوی دارد، در کشورما بیشتر قابل قبول است. طبق این نظریه، استناد به قانون خارجی وظیفه



اصحاب دعوی است؛ مگر اینکه جنبه نظم عمومی داشته باشد. مثلاً، اگر ما در عهدنامه‌ای که با یک کشور خارجی بسته‌ایم، قبول کرده باشیم که در خصوص موضوعات مطروحه در عهد نامه، باید قانون آن کشور اجرا شود، قاضی ایرانی بدون استناد اصحاب دعوی هم، باید قانون خارجی را اجرا کند؛ چون این به منزله اجرای عهد نامه بوده، و طبق ماده ۹ قانون مدنی<sup>۲۰</sup>، عهدنامه مانند قانون ایران است و لذا برای قاضی جنبه حکمی دارد. به عنوان مثال، دعوایی راجع به حکم افتراق، بین یک زن و شوهر اسپانیایی، که رأی آن در دادگاه اسپانیا صادر شده بود، در دیوان کشور فرانسه مطرح شد<sup>۲۱</sup>. آنها در فرانسه، تقاضای تبدیل حکم افتراق به طلاق کرده، و چون به قانون اسپانیا استناد نکرده بودند، قاضی فرانسوی حکم طلاق را طبق قانون فرانسه صادر کرد. حقوق دانان فرانسه این رأی را به حق مورد نقد علمی قرار داده، مسئله را به این شکل عنوان کردند که در چنین مواردی، به علت عدم استناد به قانون صلاحیت‌دار، اصحاب دعوی نمی‌توانند حقی را به دست آورند که از لحاظ حقوق بین‌المللی واجد آن نیستند؛ چرا که حقوق مربوط به احوال شخصی، تابع قانون دولت متبوع اشخاص است؛ و زن و شوهر تابع دولتی، که قانون آن دولت حق طلاق را برای آنان به رسمیت نشناخته است، نمی‌توانند در کشور فرانسه این حق را به دست آورند. به همین علت بود که دیوان کشور فرانسه، حکم دادگاه را تغییر داد. سپس، مسئله به این شکل مطرح شد که استناد به قانون خارجی، از ناحیه اصحاب دعوی لازم است؛ مگر اینکه موضوع جنبه نظم عمومی داشته باشد؛ و در آن صورت، قاضی بدون استناد اصحاب دعوی نیز می‌تواند قانون خارجی را اجرا کند.

#### د: اثبات قانون خارجی

این نکته تا حدودی روشن شد که استناد به قانون خارجی، چون تکلیف قاضی بوده و امری ماهوی است، اصولاً لازم است. در اینجا سؤال دیگری مطرح می‌شود، و آن اینکه:

آیا اثبات قانون خارجی لازم است یا نه؟ و اگر لازم است، اثبات آن بر عهده چه کسی

است؟

مسئلاً، با توجه به اینکه قانون خارجی را امری ماهوی تلقی می‌کنیم، نیاز به اثبات داشته، دلیل آن یکی از دلایلی است که برای اثبات دعوی لازم به شمار می‌آید؛<sup>۲۲</sup> آنچه که در دادگاه نیاز به اثبات ندارد، امر حکمی - یعنی قانون - است؛ بنابراین اثبات قانون خارجی لازم و اثبات آن، طبق قاعده کلی «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى» که در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده، بر عهده مدعی اجرای آن یعنی کسی است که بدان استناد می‌کند. البته، گاه در جریان یک دعوی بین المللی چندین بار به قوانین خارجی استناد می‌شود؛ و هر بار که یک طرف به آن استناد کند، باید دلیل آن، یعنی ترجمه تصدیق شده آن را به دادگاه ارائه دهد؛ و چون امری ماهوی بوده و جنبه کارشناسی دارد، قاضی می‌تواند در مورد آن، حتی از کارشناسان حقوق خارجی، نیز نظر خواهی کند؛ و این نظر خواهی دلیل عدم کفایت قاضی نخواهد بود.

نحوه اثبات قانون خارجی نیز بستگی به نظام‌های حقوقی دارد.<sup>۲۳</sup> در نظام‌های حقوقی جزء نظام‌های حقوق نوشته که، مانند ایران و فرانسه، محاکمات در آنها به صورت تبادل لوایح است، اثبات قانون خارجی نیز ضمن همین تبادل لوایح انجام می‌گیرد؛ یعنی هر بار که یکی از اصحاب دعوی به قانونی استناد می‌کند باید آن قانون را ثابت و دلیل آن را ارائه دهد. در حقوق انگلیسی - آمریکایی که محاکمات به شکل شفاهی است، اثبات قانون خارجی، علی القاعده، به طور شفاهی و با احضار کارشناس به دادگاه صورت می‌گیرد؛ ولی از آنجا که احضار کارشناس مشکلات خاص خود را دارد، نحوه اثبات قانون خارجی در حقوق انگلیسی - آمریکایی نیز تا حدودی به حقوق نوشته نزدیک شده است؛ به این معنا که در مورد قانون خارجی، قاضی نظر کارشناس خارجی را کتباً استفسار و نظر مزبور در دادگاه قرائت شده، و دلیل دعوی قرار می‌گیرد.

#### ه: تفسیر قانون خارجی

تفسیر قانون ماهوی خارجی نیز به همان شکلی است که در بحث تفسیر قانون بین الملل خارجی بدان اشاره شد؛ یعنی حتی الامکان باید آنرا به نحوی تفسیر کرد که در کشور ذی ربط تفسیر می‌شود؛ چون قانون در واقع جزئی از یک نظام حقوقی و صرفاً یکی از منابع حقوق است، الفاظ قانون هیچ گاه به تنهایی نمی‌تواند آن را بیان کند. گاه برای فهم

یک قانون، باید به آراء محاکم رجوع کرد، زیرا اگر بخواهیم قانون، خصوصاً قانون خارجی را از تفسیر به عمل آمده از آن، جدا کنیم، به هیچ وجه قادر نخواهیم بود آن را درست اجرا کنیم؛ و این واقعیتی مورد اذعان متخصصین حقوق تطبیقی است؛ نویسندگان حقوقی نیز مکرراً این نکته را در کتاب‌های خود ذکر کرده‌اند که شناخت حقوق یک کشور خارجی با شناخت قانون آن کشور تفاوت دارد.<sup>۲۴</sup> بنابراین تفسیر قانون خارجی باید حتی الامکان به نحوی باشد که در آن کشور خارجی به عمل می‌آید.

### مرجع ناظر بر تفسیر قانون خارجی

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اگر قاضی ملی<sup>۲۵</sup> در تفسیر قانون خارجی اشتباه کند، آیا دیوان کشور می‌تواند بر تفسیر آن نظارت داشته باشد، یا نه؟ با توجه به اینکه وظیفه دیوان کشور، نظارت بر حسن اجرای قوانین بوده و مراد از قانون، امور حکمی است، طبق اصول کلی، دیوان کشور قادر به اعمال چنین نظارتی نیست؛ یعنی همان طور که در امور داخلی نیز دیوان کشور فقط رسیدگی شکلی کرده، نه رسیدگی ماهوی، و وارد در ماهیت قضیه نمی‌شود<sup>۲۶</sup> و نیز چون قانون خارجی امر ماهوی تلقی می‌شود، دیوان کشور، علی‌القاعده نباید بر تفسیر دادگاه‌های تالی نظارت داشته باشد؛ مگر در موارد استثنائی که جنبه نظم عمومی یافته یا منجر به یک بی‌عدالتی فاحش شود. البته در رویه قضائی کشور ما مواردی را سراغ داریم که ممکن بوده فرد بی‌گناهی در اثر عدم نظارت ماهوی دیوان کشور جان خود را از دست داده و ضایعه جبران ناپذیری صورت بگیرد؛ و لذا دیوان، علی‌رغم اصلی که به موجب آن فقط قادر به رسیدگی شکلی یا قانونی است، استثناً را پذیرفته است. در مسائل مربوط به اجرای قانون خارجی هم وضع به همین شکل است.

پس، چون وظیفه دیوان کشور، در واقع حفظ وحدت حقوق ملی است، نه حفظ وحدت حقوق خارجی؛ و نیز با توجه به جنبه ماهوی قانون خارجی، دیوان کشور بر نحوه اجرای قانون خارجی در دادگاه‌های تالی نظارت نمی‌کند؛ به عنوان مثال، اگر قاضی ایرانی در اجرای قانون خارجی سوء تعبیر داشته، یا درست متوجه معنایی نشده باشد، حفظ وحدت رویه در آن کشور خارجی بر عهده دیوان کشور ایران نخواهد بود.

**و: مرجع تفسیر عهدنامه**

آخرین نکته اینکه اگر در یک دعوی بین المللی تفسیر عهدنامه‌ای، دو جانبه یا چند جانبه، ضرورت یافته و کشور ما نیز جزء امضاء کنندگان آن باشد، از آن جا که تفسیر این عهدنامه، تفسیر قانون خارجی محسوب نمی‌شود، دیوان کشور بر تفسیر دادگاه‌های تالی از آن، نظارت خواهد کرد. اشاره به این نکته هم مناسب است که تفسیر دادگاه، غیر از تفسیر قانونی مجلس قانونگذاری است؛ یعنی، همان طور که در خصوص قانون، به اعتبار مرجع تفسیر کننده آن، تفسیر قضایی و تفسیر قانونی وجود دارد؛ ممکن است آن را قوه مقننه تفسیر کند (تفسیر قانونی)، یا علمای حقوق یا قضات در مقام حل و فصل دعاوی، و یا اینکه تفسیر شخصی داشته باشد؛ عهد نامه نیز همین حالت را دارد. تفسیر عهدنامه توسط قاضی در جایی است که افراد ذینفع به آن استناد کرده باشند؛ و چون طبق ماده ۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، عهد نامه‌هایی که ما با کشورهای دیگر منعقد کرده‌ایم در حکم قانون است؛ بنابراین، عهد نامه قانون خارجی محسوب نمی‌شود و دیوان کشور بر تفسیری که دادگاه‌های تالی از آن دارند، نظارت می‌کند.

**نتیجه گیری**

مسئله مورد بحث در دو بخش بررسی شد؛ یکی در بخش مربوط به اجرای قانون بین المللی کشور خارجی، و دیگری در بخش مربوط به اجرای قانون ماهوی کشور خارجی. البته بحث اصلی در قسمت دوم بود که قاضی ایرانی در آن با مسئله حساسی مواجه می‌شود که نیاز به آگاهی وی از اصول حقوق بین المللی دارد. البته، همان طور که گفته شد، در هر دو مورد رعایت نکات حقوقی فنی امری بایسته است، اما در قسمت دوم بحث، خصوصاً، قاضی بدون اتکا به مبانی نظری نمی‌تواند قانون خارجی را، از لحاظ فنی و عملی، درست بفهمد و اجرا کند.

### پی نوشت

۱. ماده ۷- 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.
  ۲. ماده ۶- قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث، در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود.
  ۳. ماده ۹۷۳- اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا برطبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد.
  ۴. در این خصوص می توان گفت که در مبحث تعهدات قراردادی که حق انتخاب قانون حاکم بر تعهدات برای متعاقدين وجود دارد (ماده ۹۶۸ قانون مدنی)، رجوع به قاعده حل تعارض کشوری که متعاقدين قانون آن کشور را بر تعهدات ناشی از عقد حاکم گردانیده اند منطقی بی مورد است چرا که قانون مورد توافق متعاقدين صرفاً قانون ماهوی کشور خارجی است و نه قاعده حل تعارض آن.
  ۵. البته مسئله تعیین اقامتگاه نیز باید جداگانه مطرح و طبق اصول حقوق بین الملل خصوصی معلوم شود، متوفی مقیم چه کشوری است؟
  ۶. اقامتگاه الزاماً با محل سکونت شخص منطبق نیست.
7. Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international Privé*, 1988, P.68.
۸. توصیف قضایی یعنی تعیین ماهیت مسئله‌ای که در دادگاه مطرح است. مثلاً اینکه ما بدانیم ارث داخل در مفهوم احوال شخصی است، یا داخل در دسته اموال؟
  ۹. عواملی مثل اقامتگاه یا تابعیت یا محل وقوع مال را، اصطلاحاً «عوامل ارتباط» و تفسیر اقامتگاه را «تفسیر عامل ارتباط» می‌گویند.
  ۱۰. این تعبیری است که در ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی به کار رفته و از حقوق فرانسه گرفته شده است. مفاد ماده مزبور چنین است: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آنها خواهد بود.
11. R.H. Graveson, *The Conflict of Laws*, 1969, p.68 et 96.
۱۲. ماده ۹۶۸- تعهدات ناشی از عقد تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.
  ۱۳. شرایط حق مکتسبه: این نکته را باید دانست که طبق اصول تعارض قوانین، حقی را مکتسب می‌دانیم که دو شرط داشته باشد: ۱- طبق قانون صلاحیت: از بوجود آمده باشد؛ ۲- به طور کامل بوجود آمده باشد. یعنی اگر فرض کنیم حقی در فرانسه بوجود آمده است، باید اولاً طبق قانون صلاحیتدار بوجود آمده باشد؛ و ثانیاً تمامی شرایطی که برای ایجاد حق طبق قانون صلاحیتدار مقرر شده آن شرایط را هم داشته باشد ولو اینکه بعضی از آن شرایط را ما لازم ندانیم. یعنی اگر کشور ما، که حسب فرض کشور محل اثر گذاری حق است. آن حق را با شرایط کمتری حق مکتسب تلقی کند. تمام آن شرایط را باید طبق قانون صلاحیت‌دار رعایت کنیم ثوری انگلیسی آمریکائی می‌گوید اگر حقی با رعایت این دو شرط بوجود آمده باشد حق مکتسب است و چون این حق مکتسب محترم است پس قانون حاکم بر آن نیز لازم الرعایه است.

14. Dicey and Morris, The Conflict of Laws, Vol.2,1980,p.1206.

۱۵. مثلاً زن فرانسوی و مرد آلمانی باشد.

۱۶. ماده ۱۲۹۵- محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده، دارا می‌باشد، مشروط بر اینکه ....

۱۷. ماده ۹۷۸- نسبت به اطلاق که در ایران، از اتباع دولی متولد شده‌اند که در مملکت متبوع آنها اطفال متولد از اتباع ایرانی را به موجب مقررات تبعه خود محسوب داشته و رجوع آنها را به تبعیت ایران منوط به اجازه می‌کنند، معامله متقابل خواهد شد.

18. P.Mayer, Droit international Privé, 1987, P.116 et s.

۱۹. در اینجا، منظور قانون داخلی این کشورها است.

۲۰. ماده ۹- مقررات عهدی که برطبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است.

۲۱. در کشورهایی که طلاق را نپذیرفته‌اند، تأسیسی به نام افتراق وجود دارد که تا حدودی به طلاق رجعی و شاید بیشتر به حکم مندرج در م. ۱۱۱۶ قانون مدنی شباهت دارد، که قائل است: اگر بودن زن و شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر جسمی، مالی و شرافتی برای زن باشد، به حکم دادگاه زن و شوهر از هم جدا می‌شوند و زن مسکن علی‌حده پیدا می‌کند؛ تا زمانی که آن مشکل برطرف شود. البته، منظور این نیست که کشورهایی که طلاق را پذیرفته‌اند، تأسیس افتراق را ندارند؛ مثلاً، فرانسه یا ایتالیا که طلاق را پذیرفته‌اند، باز همان تأسیس افتراق را دارند؛ منتهی تأسیس فوق، تأسیسی است غیر از طلاق؛ یعنی قاضی ابتدا حکم افتراق صادر می‌کند؛ بعد از مدتی، اگر زوجین نتوانستند با هم زندگی کنند، حکم مزبور به حکم طلاق تبدیل می‌شود. البته، در آن زمان اسپانیا هنوز طلاق را نپذیرفته بود.

22. A.W.Scott, Private International Law (Conflict of Laws), 1979, p.84-87.

23. J.D.Mac Clean, The Conflict of Laws, 1993, p.36-39.

24. Cheshire and North, Private International Law, 1987, p.108.

۲۵. اینجا بحث ما در باره قاضی ایران است.

۲۶. مثلاً اگر سندی به کسی منتسب شده، چون امری ماهوی است دوباره مورد رسیدگی واقع نمی‌شود؛ بلکه دیوان به این امر رسیدگی می‌کند که در مورد مزبور قانون درست اجرا شده است، یا نه؟

### فهرست پاره‌ای از منابع

1. Batiffol H. et Lagarde P., Droit international Privé, Paris, 1981.
2. Cheshire and North, Private International Law, Eleventh Edition, London, Butterworths, 1987.
3. Dicey and Morris, The Conflict of Laws, Tenth Edition, London, Stevens & Sons Limited, 1980.
4. Graveson R.H., The Conflict of Laws, Sixth Edition, 1969.
5. Loussouarny. at Bourel P. ,Droit intennationat Privé, Dalloz, 1988.
6. Mc Clean J.D.,The Conflict of Laws, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, 1993.
7. Mayer P., Droit international Privé, Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition,1987.
8. Scott A.W., Private Intetnational Law (Conflict of Laws), Second Edition, M & E Handbooks, 1979.



شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی