



## پذیرش قانون خارجی در نظام حقوقی ملی (فرانسه)

اثر: هنری باتیفول و پُل لگارد

ترجمه و تحقیق: وکیل دکتر روح... آخوندی<sup>۱</sup>

### مقدمه:

در طول جریان دادرسی بسیار اتفاق می افتد که دادرس با یک مقررہ خارجی مواجه می شود و باید نفیاً یا اثباتاً نسبت به آن موضع گیری کند. این که آیا دادرس باید وفق قاعده حل تعارض ایران، این مقررہ خارجی را بپذیرد یا نه؟ و در صورت لزوم قبول چنین مقررہ ای به چه میزان و با چه کیفیتی وی ملزم به قبول چنین مقررہ ای است؟ بر چه مبنایی این مقررہ یا قانونی خارجی باید در حقوق ملی پذیرفته گردد؟ آیا دادرس می تواند حق حاصل آمده برای ذینفع در این مقررہ را وفق قانون ملی خود مورد ارزیابی مجدد قرار دهد یا نه؟ و ده ها پرسش دیگر در این خصوص مطرح است. در حقوق بین الملل خصوصی پاسخ به این پرسش ها نوعاً ذیل بحث تعارض قوانین مطرح می گردد. با توجه به ضرورت مضاعف بررسی این موضوع برای شهر مقدس مشهد که سالانه اتباع خارجی بسیاری به آن مسافرت می کنند و دادرس به طور طبیعی در بسیاری اوقات در برابر چنین پرسش هایی قرار می گیرد، شایسته بود به این مهم بحثی اختصاص یابد. باید افزود تحقیق ارائه شده به عنوان نمونه ای گویا از تأثیر و تأثر دکتترین های قوی حقوقی و رویه های قضایی پویا و خاضع در برابر حقیقت، بر یکدیگر در نظام قضایی فرانسه، تاحد زیادی و کلا و دادرسان عزیز را با پیچیدگی و در عین حال ظرافت این مسأله آشنا می کند. این تأثیر و تأثر می تواند از باب خویشتن خویش را در آینه غیر دیدن، محکی باشد برای درک فاصله میان هست ها و بایدهای نظام قضایی کشور.

نوشتار ذیل ترجمه فصل نخست از بخش چهارم رساله حقوق بین الملل خصوصی «Droit International Privé» هنری باتیفول و پُل لگارد «Henri Batiffol et Paul Lagarde» می باشد. این بخش از این رساله تحت عنوان عملکرد قاعده حل تعارض «Fonctionnement de La Règle de Conflict» از جمله به اعمال قانون خارجی «Application de la loi étrangère» پرداخته است. در ترجمه این نوشتار تلاش بر آن بوده تا ضمن رعایت امانت، برای روان شدن متن

۱- استادیار دانشگاه / Roh\_akhoundi@yahoo.com



فارسی، اندکی به ترجمه آزاد رو آورده شود. باین حال ثقیل بودن موضوع فی نفسه از طرفی و قلم پر تکلف نویسندگان آن از طرف دیگر، باعث شده است که هراز گاهی برای روشن شدن موضوع توضیحاتی در ذیل متن ارائه گردد.

**طرح مسأله:** قاعده حل تعارض به دادرس اجازه اعمال قانون خارجی و نیز قانون فرانسه را می دهد. اعمال یک قانون خارجی، چه در زمینه مسائل نظری تحلیلی آن و چه در زمینه مسائل عملی شناخت مفاد قانون خارجی و تفسیر آن مشکلات خاص خود را به همراه دارد. نقش معمولی قاعده حل تعارض بلکه می تواند به دلیل سختی تعیین و یا شناخت قانون خارجی قابل اعمال و یا به دلیل ناسازگاری محتوای آن قانون با مفاهیمی که از لحاظ قانون مقرر دادگاه اساسی تلقی می شوند و یا به دلیل تقلب اصحاب دعوی در به کارگیری قواعد حل تعارض، با مشکل مواجه گردد. در هر حال قانون داخلی فرانسه اغلب جایگزین قانون خارجی که ابتداءً تعیین شده، می شود.

### اعمال قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض

قبل از هر چیز مناسب است به این مسأله پردازیم که تحت چه عنوانی و به چه اعتباری قانون خارجی در فرانسه اعمال می شود و سپس به تعیین قلمروی راه حل های حقوق موضوعه (ایجابی) در خصوص شناخت مفاد و محتوای قانون خارجی و تفسیر آن پردازیم.

### نخست: شیوه کلی اعمال قانون خارجی

اعمال یک قانون خارجی در کشوری معین این سؤال را مطرح می کند که چگونه می توان اعتبار و صلاحیت یک قانون گذار خارجی را در آن کشور معین باز شناخت. این سؤال به شناخت این مسأله مربوط می شود که چگونه آن قانون شناخته خواهد شد و بر طبق چه دستورالعملی این قانون تفسیر خواهد شد. در خارج از فرانسه دو پاسخ به این پرسش ها داده شده است:

- نخست: نظریه «حقوق مکتسبه»<sup>(۲)</sup> انگلیسی - آمریکایی
- دوم: نظریه های ایتالیایی پذیرش<sup>(۳)</sup>

چنان که خواهیم دید این دو راه حل تنها تا حدودی به پرسش های مورد بحث پاسخ می دهند و لذا جا دارد که به بررسی موضع رویه قضایی که در خصوص این پرسش ها و مشکلات بسط یافته است پردازیم.

### نظریه «حقوق مکتسبه» انگلیسی و آمریکایی - توجیه اعمال قانون خارجی به وسیله احترام به حقوق کسب شده:

نویسندگان انگلیسی و آمریکایی اغلب معتقدند که دادرس انگلیسی یا آمریکایی مجبور است که به قانون خارجی توجه داشته باشد؛ چرا که او نمی تواند ارزش و اعتبار حقوق مکتسبه را در خارج ارزیابی کند مگر این که وی قوانینی که تحت حاکمیت

2-Vested Rights

3-La Réception



آن قوانین چنین حقوقی تحصیل شده اند را بررسی کند؛ به عنوان مثال اگر او [دادرس انگلیسی یا آمریکایی] با قراردادی که تحت حاکمیت قانون فرانسه منعقد شده مواجه گردد، وی صرف نظر از بی عدالتی واضح آن، چنین قراردادی را الزام آور نخواهد شمرد، مگر تحت شرایطی که خود قانون فرانسه برای آن قرارداد اجازه داده است.

این اعتقاد به رغم بدیهی بودن نمی تواند کافی باشد؛ چراکه مسأله تعارض قوانین بدون هیچ ارتباطی با حقوق مکتسبه می تواند مطرح باشد. به عنوان مثال اگر دادرس فرانسوی می باید بنوّت طبیعی که توسط یک مادر هلندی مورد درخواست واقع شده است را شناسایی کند، او باید قانون هلند را اعمال کند، بدون این که هیچ ضرورتی برای مدنظر قرار دادن حقی که پیش از این در خارج تحصیل شده، وجود داشته باشد؛ چراکه موضوع مرتبط با ایجاد یک وضعیت جدید است و یا به تأیید و تصدیق یک حق براساس مشاهدات از یک واقعه و فعل ارتباط دارد و [اساساً] بحث بر سر این نیست که یک حق تاکنون تولد یافته یا شناخته شده است [یا نه؟]

بنابراین ما اعمال قوانین خارجی را به صرف این ضرورت که دادرس [باید] به حقوق مکتسبه تحت حاکمیت قانون کشور دیگری احترام بگذارد، توجیه نمی کنیم. این ضرورت (احترام به حقوق مکتسبه) در واضح ترین فرض ها، یک ویژگی غیر قابل اجتنابی از دخالت قوانین خارجی را بیان می دارد، اما پاسخ گوی تمامی ابعاد مسأله نیست. در مسأله ای که بیان شد [انعقاد قرارداد تحت حاکمیت حقوق فرانسه] به راحتی ضرورت احترام به حقوق مکتسبه، شایستگی توجیه دخالت قانون خارجی را دارد. [اما] موضوع اصلی عبارت است از ارزیابی اعتبار تحصیل یک حق معین در خارج. قانون خارجی در این خصوص عملاً در این مرحله دخالتی ندارد؛ [چراکه] قانون خارجی در زمان خودش و در قلمروی خودش، نقشش را ایفا کرده است و دادرس به سادگی این امر را احراز و تأیید می کند که اصحاب دعوی به حقوق خارجی احترام گذاشته اند. بنابراین به راحتی می توان پذیرفت که قانون خارجی به مثابه یکی عنصر موضوعی تلقی می گردد که دادرس باید وجود آن را مورد بررسی قرار دهد تا به استنباطی از آن حق برسد. اما اگر موضوع عبارت از «تولد» یا «شناسایی» حقی به وسیله اعمال قانون خارجی باشد، آیا این امر منجر به پذیرش این نمی گردد که قانون خارجی از یک نقش امری قضایی برخوردار است؟ و آیا نباید به این نتیجه رسید که دادرس از دستور یک قانون گذار خارجی اطاعت می کند؟ نظریه های ایتالیایی «پذیرش» قانون خارجی درصدد پاسخ به این پرسش ها برآمدند.

**مکتب ایتالیایی معاصر و نظریه پذیرش قانون خارجی:** مکتب ایتالیایی معاصر با قوّت زیادی، پیشرفت های رویکرد اثبات گرایانه ای که به وسیله آنزلیتی<sup>۳</sup> در اوایل سده بیستم ارائه گشته مطرح کرده است. خود این حقوق دان نامی، با پشت





سر نهادن اولین مرحله از تطوّر فکریش به تأیید این امر رسیده است که میان نظم داخلی و نظم بین المللی دوگانگی کاملی وجود دارد. نویسندگان ایتالیایی در پرتوی یک بررسی دقیق درخصوص مفهوم نظم قضایی به تأیید و تصدیق «انحصارگرایی نظم قضایی» رهنمون گشتند. براساس بیانات یکی از مشهورترین نمایندگان این مکتب «مراد از این که نظم قضایی انحصارگرا است، این است که نظم قضایی عنصر قضایی ای که در خود نمی پذیرد را کنار می گذارد». از همین رو ما پی می بریم که اعمال یک مقررّه خارجی توسط دادرس نمی تواند معتبر تلقی شود مگر این که این مقررّه خارجی در نظم داخلی (نظم ملی) هضم شود: قانون مقرّ دادگاه با جای دادن مقررّه خارجی اعمال شده در خود، آن را «می پذیرد». در هر حال این پذیرش به دو شکل قابل طرح است: در شکل نخست، موضوع عبارت است از یک پذیرش مادی. در این حالت مقررّه خارجی ویژگی خارجی خود را از دست می دهد و تنها ماده [شکل ظاهری] این مقررها هضم می شود و بدین صورت قاعده خارجی به طور رسمی وابسته به قانون مقرّ دادگاه شکل می گیرد. قانون مقرّ دادگاه، قاعده‌ای شبیه قاعده خارجی را می پذیرد. چنین تحلیل و توضیحی مصنوعی و ساختگی به نظر می رسد. قانون ملی شده مورد ادعا، هر قدر هم که به لحاظ ماهوی دست خوش تغییر کم شده باشد، کمتر قابل قبول است که براساس مفاهیم مقرّ دادگاه تفسیر شود. وانگهی به رغم این که این امر [مقررّه خارجی پذیرش شده به شکل فوق] نتیجه منطقی این نظام حقوقی ملی است، عده ای در برابر این نتیجه اصرار می ورزند و حاضر به عقب نشینی نیستند. از این رو و به این دلیل، نظام «پذیرش شکلی» مطرح شد: براساس اعتقاد آگوستو<sup>۴</sup> قانون خارجی در نظام قضایی مقرّ دادگاه هضم می شود، اما «با حفظ معنا و اعتباری که نظام قضایی [منشاء] به آن اختصاص داده است، معنایی که برای آن معنی قانون خارجی به وجود آمده است». این تحلیل بدون شک از مشکل و ناهماهنگی بزرگ نظریه پذیرش مادی در امان است، چرا که قانون خارجی طبیعت و ماهیت خاص خود را حفظ می کند. با این حال این عجیب و غیر عادی است که نظام قضایی داخلی بدین ترتیب اغلب اوقات عناصری [متعدد از خارج] را در خود هضم می کند که می تواند این احساس را در پی داشته باشد که این عناصر با نظام [حقوق ملی] ناهماهنگ و نامتجانس هستند. ما [باتیوفول و لگارد] به همراه موری معتقدیم که یک قدم بیشتر به سمت استقلال قانون خارجی ضرورت دارد و این امر [استقلال قانون خارجی] واقعیت های موجود را بهتر تبیین می کند.

**موضع گیری حقوق موضوعه:** [در حقوق موضوعه] قانون خارجی در نظام قضایی مقرّ دادگاه هضم نشده است و به عنوان قانون خارجی اعمال می شود. در این صورت چگونه می توان این امر که دادرس بدین ترتیب از دستور قانون گذار خارجی



اطاعت می کند را توجیه کرد؟

تمام نویسندگان فرانسوی و آلمانی که به بررسی این مسأله پرداخته اند به این پرسش چنین پاسخ داده اند که قانون گذار خارجی به دادرس مقرر دادگاه براساس تفویض و نمایندگی که قواعد حل تعارض مقرر دادگاه برای دادرس تجویز می کند، دستور می دهد. این پاسخ چندان قانع کننده نیست. تفویض اختیار به یک قانون گذار غیر معین و کسی که به هیچ وجه اطلاعی از اجرای آن قانون ندارد باز هم یک توجیه ساختگی و تصنعی است که واقعیات موجود را با فاصله بسیار زیادی می پوشاند، چراکه این توجیه اختیار مورد ادعا را درست بیان نمی دارد. وانگهی درخصوص اعتبار چنین تفویض و نمایندگی مناقشات بسیاری وجود دارد. در یک موضع گیری که از طرف دادگاه ها برای حل مشکلات فوری که برای ایشان پیش می آمد، خود به خود پذیرفته و اتخاذ شد، پاسخ قانع کننده تری به این مسأله داده شد: دادگاه ها از اصحاب دعوی خواسته اند که خود به تدارک و اثبات مفاد قانون خارجی قابل اعمال پردازند، دیوان عالی هم نظارت درخصوص تفسیر آن قوانین [قوانین خارجی] را رد کرده است. بر این اساس بدون این که به طور کلی اعلامی شود، دادگاه ها قانون خارجی را به مثابه یک امر موضوعی تلقی کردند. این نظریه به طور کلی از طرف نویسندگان مورد اعتراض واقع شد. به نظر ایشان یک قاعده حقوقی به صرف این که به وسیله یک دادرس خارجی اعمال گردد، محروم از داشتن ویژگی حکمی اش نمی گردد. برطبق نظر بارتن<sup>۵</sup> اگر یک قانون خارجی قابل اعمال باشد، تعیین معنای و مفهوم آن «یک امر حکمی از حقوق» را تشکیل می دهد. لربورس پی ژونیه<sup>(۵)</sup> که ضرورت راه حل های ناشی از تصمیمات قضایی را به رسمیت نمی شناسد، این امر (تلقی کردن قانون خارجی به مثابه یک امر موضوعی) را نتیجه مشکلات موجودی می بیند که دادرس در شناخت مفاد قانون خارجی و دیوان عالی (تاحدی) در تعیین معنای آن با آن ها مواجه بوده اند. با این وجود به نظر می رسد که راه حل های ناشی از تصمیمات قضایی یک واقعیت را بیان می دارد: سازگاری، ثبات و [نیز] ضرورت عملی آن ها یک سری علائم روشن و مسلمی هستند. این واقعیت مبتنی بر این امر است که دادرس با تعیین مفاد و معنای قانون خارجی یک عمل متفاوت از آن چیزی که در تعیین قانون ملی خودش بر عهده دارد، انجام می دهد: او درصدد این نیست که آن قانون منطقی، عادلانه و سودمند باشد، بلکه وی درصدد این است که آن قانون در خارج عملاً رواج داشته باشد و پذیرفته شده باشد. او به دنبال چیزی که باید باشد نیست، بلکه به دنبال آن چه که هست، می باشد. براین اساس دادرس حق اعتماد کردن به اصحاب دعوی درخصوص ادله اثباتی ایشان را خواهد داشت. علت این تفاوت [میان قانون داخلی و



خارجی] در این نکته نهفته است که دادرس خارج از سیستم قضایی خارجی، وجود دارد: او به جای آن که در ایجاد و تأسیس یک حق مشارکت کند، درست مانند یک جامعه شناس، از خارج به آن می‌نگرد. براساس تحلیل صحیح دلبیو گلدسمیت<sup>(۶)</sup> در واقع دادرس قانون را به مثابه یک امر موضوعی خارج از اعتراض تلقی می‌کند و نه به مانند تدوین یک موضوع. در نهایت [باید خاطر نشان کرد که] وظیفه متحد کردن [و یک سان سازی] یک نظام قضایی نمی‌تواند برعهده نهادی باشد مگر برعهده دادگاه واحدی که در رأس این نظام قرار گرفته است: از این رو دادگاه های عالی خارجی نمی‌توانند یک وظیفه موازی و هم عرض (با این دادگاه واحد) را انجام دهند. هم چنین باید خاطر نشان کرد که قانون خارجی با اعتباری کمتر از آن چه در خارج شناخته می‌شود، در فرانسه اعمال می‌شود: این قانون بر مبنای دستور قانون گذار فرانسه اعمال می‌شود و به مثابه یک موضوع به آن نگریسته می‌شود. به عبارت دیگر این قانون به عنوان یک عنصر امری خارجی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در واقع در این جا در این قانون یک عامل امری و یک عامل منطقی وجود دارد. عامل دوم (یعنی عامل منطقی) باقی می‌ماند. توضیح آن که قانون خارجی به عنوان مجموعه‌ای از مقررات کلی قابل اعمال در موارد خاص باقی می‌ماند و دادرس در خلال تفسیر آن مقررات خواهد توانست [درست] مانند هنگامی که او باید به تفسیر قانون فرانسه بپردازد، آن (قانون خارجی) را به نحو منطقی و عقلی در صورت مقتضی اجرا کند. البته این امر (تفسیر قانون خارجی) تنها هنگامی برای دادرس امکان دارد که تا آن زمان در خارج یک تفسیر درباره آن قانون خارجی و یا راه حلی که مورد تصدیق قرار گرفته باشد ارائه نشده باشد. به همین ترتیب دادگاه های بین المللی به تفسیری که توسط مراجع ملی در خصوص حقوق خودشان ارائه می‌گردد، به دیده احترام می‌نگرند. حتی می‌توان چنین استنباطی داشت که قانون خارجی در صورت تصدیق قبول احتمالی آن [یعنی در صورتی که پذیرفته شود که اجرا گردد] به مثابه مانعی از قوه قاهره [برای دادرس ملی] تلقی می‌گردد. علاوه بر این تقسیم جهان به سیستم های قضایی متعدد بی شک یک تفاوت و اختلاف عجیبی را به دنبال خواهد داشت. البته این تفاوت و اختلاف غیر عادی قطعاً به معنی این نیست که در خارج از نظام قضایی مقرر دادگاه هیچ نظام قضایی وجود ندارد، بلکه تنها سبب می‌شود که نظام قضایی مقرر دادگاه در چشم دادرس‌ها، از یک ویژگی ممتاز برخوردار گردد. چنین تقریری به معنی انکار این واقعیت که قانون خارجی در قلمرو حکومتش و برای دادرسانی که به آن رجوع می‌کنند به عنوان یک قانون معتبر تلقی می‌گردد، نیست. به عبارت ساده موضوع عبارت است از بررسی این امر که قانون خارجی در برابر دادرس مرجوع الیه به خودی خود باعث ایجاد عنصر امری که ناشی از حاکمیت ملی دادرس (که این دادرس از آن تبعیت می‌کند) است، نمی‌شود. این امر یک مسأله غیر قابل استنادی





می باشد و نه یک مسأله حکمی. دادرسان فرانسوی نیز در صورت مقتضی می توانند به در نظر گرفتن این امر که قانون فرانسه [هم] به نوبه خود در خارج به مثابه یک عنصر موضوعی تلقی می شود دلالت شوند. با بررسی اعمال چنین راه حلی، معلوم می گردد که به کارگیری این راه حل به چه نیازهایی پاسخ می دهد و نیز واقعیت هایی که بر آن اساس این نتایج بنا گشته اند، آشکار خواهد شد.

### دوم: به اجرا گذاشتن قانونی خارجی

اعمال قانون خارجی توسط دادرس راساً (براساس سمت خود)،<sup>(۷)</sup>

### موضع گیری پیاپی دیوان عالی کشور:

[سؤال این است] وقتی قاعده حل تعارض، قانون خارجی را معین کرد آیا اعلام این که آن قانون خارجی اعمال گردد، به اصحاب دعوی مربوط است؟ یا این که دادرس می تواند یا می باید راساً (یعنی براساس سمت قضایی خود) آن را اعمال کند؟ این مسأله پیش شرط و پیش درآمد اثبات قانون خارجی است<sup>۷</sup> و در واقع به نیروی الزام آور خود قاعده حل تعارض مربوط است. این مسأله به همین دلیل اصول راهبردی دادرسی مدنی را به جریان می اندازد. موضع گیری دیوان عالی در ارتباط با این مسأله بسیار مهم، در خلال سال های اخیر تغییر یافته است و امروزه هم اطمینانی وجود ندارد که این موضع گیری برای مدت طولانی ثابت بماند. در سال ۱۹۵۹، دیوان عالی با رأی بسیار مشهورش تحت عنوان رأی بیسبال<sup>(۸)</sup> چنین حکم کرد که «قواعد فرانسوی حل تعارض قوانین، حداقل تا هنگامی که آن ها اعمال یک قانون خارجی را تجویز می کنند، دارای یک شاخصه نظم عمومی نیستند. این بدین معنی است که اعلام اعمال قانون خارجی به اصحاب دعوی مربوط می گردد و دادرسان ماهوی<sup>۸</sup> را نمی توان به خاطر این که قانون خارجی را راساً اعمال نمی کنند، مورد سرزنش قرار داد...». در این پرونده افتراق بدنی<sup>(۹)</sup> میان یک زن و شوهر اسپانیایی براساس قانون فرانسه به طلاق کشیده می شود. شعبه مدنی دیوان عالی برای آن خانم حق اعتراضی نسبت به این تصمیم دادگاه قائل نمی شود، چراکه هیچ یک از زوجین در برابر دادرسان ماهوی استنادی به اعمال قانون اسپانیا که طلاق را ممنوع می داند، نکرده بودند. دو سال بعد در پرونده ای تقریباً مشابه که مربوط به طلاق یک زن و شوهر ایتالیایی می شد، قبل از آن که در ایتالیا طلاق دوباره برقرار گردد، این استدلال ماهوی به وسیله یک استدلال شکلی تقویت شد. از حکم دادگاه بدوی تجدیدنظر خواهی می شود. دادگاه تجدیدنظر، این تجدیدنظر خواهی را رد میکند. تجدیدنظر خواه به خاطر رد درخواستش ضمن فرجام خواهی، دادگاه تجدیدنظر را به خاطر این که قانون ایتالیا را که وفق قاعده حل تعارض آن زمان قابل اعمال بوده، اعمال نکرده است، مورد سرزنش قرار می دهد. دیوان عالی در رد این فرجام خواهی شدیداً اعلام می دارد که از محتویات رأی دادگاه تجدیدنظر و مدارک

7- L'application d'office par le juge de la loi étrangère- 8- Arrêt Bisbal

9- Separation de Corps



پرونده چنین نتیجه گیری می‌شود «که هیچ یک از طرفین، نه خواهان و نه خواننده، هیچ گاه در برابر دادرسان ماهوی به تابعیت مشترکشان توجه نداشته‌اند، هم چنان که هیچ یک از ایشان، اعمال قانون ایتالیا را هم از دادگاه درخواست نکرده‌اند». دیوان سپس چنین نتیجه گیری می‌کند که «از آن جا که صلاحیت این قانون خارجی همانند مفاد آن با قانون فرانسه تفاوت دارد، و این دلیل برای اولین بار در برابر دیوان عالی مطرح شده است، [و چون] مخلوطی از امور موضوعی و حکمی است، در نتیجه این دلیل قابل قبول نمی‌باشد».<sup>(۱۰)</sup> در فاصله زمانی بین این دو رأی، این راه حل دیوان<sup>۹</sup> یک اصلاحیه بسیار مهم به خود دید: رأی دوم مارس ۱۹۶۰ چنین مقرر داشت که دادرس ماهوی مختار است که به دنبال قانون خارجی صالح، که طرفین به آن استناد نکرده‌اند، بگردد.

راه حل پرونده بیسبال که با چنین اصلاحیه ای مواجه گشت، به ویژه از طرف موتولسکی<sup>۱۱</sup> که توانست آهسته آهسته همه نویسندگان را متقاعد کند، مورد انتقاد استدلال‌های بسیاری واقع شد. از دیدگاه رویه قضایی بی شک، استدلال رأی برتونسینی<sup>(۱۱)</sup> استدلالی محکم و استوار است. در واقع اگر امور و وقایعی که قابلیت اعمال حقوق خارجی متکی به آن است در دادگاه بدوی یا تجدید نظر مورد بحث قرار نگیرد، دادرس را نمی‌توان به دلیل این که برای استنباط صلاحیت قانون خارجی به این امور و وقایع توجه نکرده است، مورد سرزنش قرارداد. با وجود این، امروز قانون جدید آیین دادرسی مدنی به دادرس این اجازه را داده است که اگر درخصوص مسائل پرونده دارای شک و تردیدی باشد «اصحاب دعوی را دعوت کند تا درخصوص موضوعی که به نظر می‌رسد در حل دعوی مطرحه، ضروری است، توضیحات (لازم) را ارائه کنند» (ماده ۸). از این رهگذر، قانون آیین دادرسی مدنی موضوعاتی را که در دادگاه مطرح نمی‌شدند را وارد مباحثی کرد که در دادگاه مطرح می‌شوند. وانگهی همین قانون به دادرس این اجازه را می‌دهد که «حتی موضوعاتی که اصحاب دعوی برای حمایت و حل و فصل دعوی‌شان بدان استناد نکرده‌اند» را مورد توجه قرار دهد (بند ۲ ماده ۷). این مسأله بدین شکل امروز در مسائلی به عنوان مثال مانند تابعیت یا اقامتگاه طرفین دعوی که می‌بایست در اخطارنامه (حضور در دادگاه) ذکر شوند (N.C.P.C. و ماده ۵۷، ۶۴۸) مطرح است؛ توضیح آن که این دو امر (تابعیت و اقامتگاه طرفین) در دادگاه مورد بحث قرار می‌گیرند، به رغم این که طرفین دعوی ممکن است استناد به آن دو را فراموش کرده باشند.

بنابراین امروز دیگر اصول راهبردی آیین دادرسی مدنی نمی‌تواند دادرس را به دلیل اینکه رأساً به اجرای قاعده حل تعارضی که قانون خارجی را مشخص و معین می‌کند، می‌پردازد، مورد سرزنش قرار دهد. اگر اعمال قانون خارجی رأساً به وسیله دادرس، برای او وظیفه‌ای تلقی می‌گردد که براساس شغل و سمتش برعهده اوست،





قانون جدید آیین دادرسی مدنی یک سری اختیارات شکلی (مربوط به آیین دادرسی) را برای به انجام رساندن این نقش و سمت در اختیار وی می‌نهد. در این زمینه تنها قاعده‌ای که بر دادرس تحمیل می‌شود و علاوه بر این دیوان عالی چندین مرتبه متذکر آن شده است، قاعده «احترام به اصل تناظر در دادرسی» است. دادرس تنها وقتی می‌تواند رسماً قانون خارجی را اعمال کند که به طرفین این اجازه را بدهد که در خصوص عناصری که برای حمایت از صلاحیت قانون خارجی و با یک استدلال بالاتر برای حمایت از مفاد و محتوی آن قانون لازم است، بحث و مناقشه کنند.

با این همه، دلیل اصلی و اساسی هنوز باقی مانده است. می‌توان گفت راه حل رأی بیسبال تا حد زیادی برای راحتی دادرس اتخاذ شده است. این راه حل تمایل کمی دارد که اعمال قانون فرانسوی در قبال خارجی‌هایی که از آن (قانون فرانسوی) بهره می‌برند، را نپذیرند. می‌توان چنین بیان داشت که این راه حل اجازه می‌دهد که «قانون خارجی قابل اعمال با وضعیت واقعی طرفین و اراده آن‌ها سازگار و منطبق باشد».

با وجود این، این واقعیت که اعمال قانون خارجی در اختیار و صلاحیت دادرس باشد باعث ایجاد یک نابرابری در برابر عدالت می‌گردد و به ویژه همان گونه که موتولسکی قویاً تأکید کرده اصلی که بر اساس آن هر قانونی، از زمان فراهم بودن شرایط اعمالش، برای دادرس الزام آور می‌باشد (هرچند که طرفین می‌توانند از اعمال آن قانون صرف نظر کنند) به فراموشی سپرده می‌شود. دیوان عالی با رد این نیروی الزام آور قاعده حل تعارض، بدون هیچ توجیه قضایی به ایجاد یک قاعده ثانوی پرداخت. براین اساس فراخوانده شدن یک تغییر ناگهانی در رویه قضایی بسیار ضروری و لازم بود و چنین تغییری می‌توانست متکی به چندین پرونده خارجی باشد. دیوان عالی به تدریج در واکنش به این استدلال‌ها از قلمروی قاعده رأی بیسبال کاست، به این نحو که اعمال قاعده حل تعارض رسماً توسط دادرس را در خصوص مشروع گردانیدن نسب و سپس طلاق اجباری اعلام کرد؛ منظور موضوعاتی است که طبق قاعده حل تعارض در یک دسته ارتباطی خاص (مثلاً احوال شخصیه) قرار می‌گیرند. در مورد نخست [مشروع گردانیدن نسب] قاعده حل تعارض از یک هدف ماهوی برخوردار است و در مورد دوم [طلاق] قاعده حل تعارض یک جنبه است.<sup>۱۱</sup> بعدها دیوان عالی طی دو رأی ۱۱ و ۱۸ اکتبر ۱۹۸۸، در دو دعوی که در آن‌ها قواعد حل تعارض منحصراً دوطرفه‌ای به اجرا گذاشته شده بود [یعنی قواعد حل تعارض مذکور هم می‌توانست منجر به اعمال قانون فرانسه گردد و هم منجر به اعمال قانون خارجی]، دو رأی دادگاه تجدیدنظر را در زمینه نسب و سپس ارث اموال منقول ضمن نکوهش این دادگاه که چرا مفاد ماده ۱۲



بخش اول قانون جدید آیین دادرسی مدنی را نادیده گرفته است [ماده ۱۲ متضمن این است که دادرس باید قانون لازم را پیدا و اجرا کند] نیز و این که دادگاه تجدیدنظر که می بایست در صورت لزوم راساً، به دنبال قانون خارجی باشد، از اعمال قانون خارجی امتناع کرده است و اگر قانون خارجی صالح را اعمال می کرد دعوی سرانجام دیگری پیدا می کرد، نقض کرد. امروزه دیگر چنین آراء و تصمیم هایی که همگی به استقبال دکتربین های حقوقی می روند که رویه قضایی رأی بیسبال را ترک کرده اند، نمی توانند چندان منعکس کننده حقوق موضوعه باشند.

برای بار دیگر شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور از تصمیم خاص خود عدول کرد. این بار دیوان عالی، برای رد آن دسته از فرجام خواهی هایی که قانون فرانسه را اعمال می کردند، آن جا که قاعده حل تعارض، به اعمال قانون خارجی حکم می کرده است، چنین رأی داد که هنگامی که طرفین دعوی به قوانینی استناد نکرده اند که این قوانین دارای دو ویژگی ذیل باشند:

الف. این قوانین وفق قانون فرانسه به طور خاص به مثابه موضوعی به حساب آیند که این موضوع تابع هیچ یک از کنوانسیون های بین المللی نباشد و

ب. این قوانین در حقوق کشور مربوط به ایشان دارای یک وصف تکمیلی باشد به دادرس ماهوی نمی توان شکایت کرد که چرا وی راساً به جستجو قانون ماهوی قابل اعمال نپرداخته است.<sup>۱۳</sup>

محدودیت های فعلی مطرح درخصوص وظیفه اعمال قانون خارجی براساس سمت (راساً):

موضوع گیری جدید دیوان عالی که از سال ۱۹۹۰ اتخاذ گشته است، مراد موضع گیری میان رأی بیسبال و آراء اکتبر [۱۸ و ۱۱ اکتبر] ۱۹۸۸ می باشد، قانع کننده نیست. این رویکرد در همان حدی هم که دیوان ولو محدود به دادرس اختیاری ساده در اجرای قانون خارجی داده، با همان انتقادات رأی بیسبال مواجه است. وانگهی دو ملاکی که براساس آن دو (تفکیک قانون خارجی به امری و تکمیلی بودن آن و نیز مشمول کنوانسیون های بین المللی شدن یا نشدن آن قانون خارجی) دیوان این موضع را اتخاذ کرده است نیز جای بحث و گفتگو دارد. تحمیل اعمال قواعد حل تعارض مربوط به کنوانسیون ها بی شک قانونی و مشروع است، اما کثرت و تعدد چنین قواعد حل تعارضی و خلط شدن آن ها با قواعد حل تعارض غیر مرتبط با کنوانسیون ها باید تا حد زیادی به مثابه عمومی کردن اعمال تمام قواعد حل تعارض براساس سمت (راساً) تلقی گردد.<sup>۱۴</sup> درخصوص تفکیک میان قوانین تکمیلی و امری، هنگامی که طرفین از مقررات تکمیلی در حقوق خودشان برخوردار هستند و یا نیستند، اگر دیوان عالی در حالت اول یعنی آن جا که طرفین دارای مقررات تکمیلی هستند، بتواند اثبات کند که طرفین می توانسته اند از اعمال قاعده حل تعارض صرف نظر کنند، دراین



صورت همان طوری که مونسکی در خصوص «ویژگی الزام آور بودن این قانون برای دادرس» اظهار داشته این تفکیک (یعنی تفکیک مقررات به امری و تکمیلی) یک امر خارجی [که هیچ ربطی به دادرس فرانسوی ندارد] به حساب می‌آید و لذا دیوان عالی برای محدود کردن وظیفه دادرس ملزم به استفاده از این تفکیک نبوده است.

رویه قضایی جدید به این شکل، در هر مورد کمتر به حقوق موضوعه می‌پردازد. بنابراین اکنون مناسب است به تجزیه و تحلیل حقوق موضوعه پردازیم.

بر اساس دو تفکیکی که دیوان عالی کشور اتخاذ کرد<sup>۱۵</sup> این امکان وجود دارد که به طور دقیق قواعد حل تعارضی که باید، یا به سادگی می‌تواند، به وسیله دادرس رأساً قابل اعمال باشد، معین کنیم. در تمام قلمروی حقوق خانواده (دقیقاً همان قلمرویی که پذیرفتن قاعده حل تعارض فرانسوی از جانب طرفین در آن شرایط،<sup>۱۶</sup> در دوران معتبر و مطرح بودن رأی بیسبال، قانونی و مشروع به نظر می‌رسد) حتی در صورت فقدان کنوانسیون بین‌المللی، دادرس رأساً موظف به اعمال قاعده حل تعارض می‌باشد، زیرا در این جا موضوع عبارت از مواردی است که طرفین نمی‌توانند حقوق خود را مقرر دارند [یعنی این مسائل امری می‌باشد]. در چارچوب موضوعات دیگر [در غیر حقوق خانواده، مثلاً در حقوق کیفری] درست به همین دلیل، وقتی که حقوق خارجی شرط اعمال حقوق فرانسه<sup>۱۷</sup> است به عنوان مثال در مورد تابعیت یا مسائل کیفری، دادرس باید رأساً آن (قانون خارجی) را اعمال کند. این اجبار به همین شکل البته این بار به خاطر کنوانسیون‌های بین‌المللی، در زمینه حقوق قراردادهای وجود دارد (در خصوص تمام قراردادهایی که بعد از به اجرا درآمدن این کنوانسیون‌ها منعقد شده‌اند و در خود این کنوانسیون‌ها نیز مستثنی‌ء نشده‌اند). به همین ترتیب این حکم [لزوم اعمال قانون خارجی] در خصوص حقوق مسؤلیت مدنی ناشی از تصادفات رندگی و نیز در خصوص حقوق مسؤلیت مدنی ناشی از تولید کالاها ساری و جاری است. در خصوص سایر مسؤلیت‌های مدنی که مشمول کنوانسیون‌های بین‌المللی نمی‌باشند، دادرس وظیفه‌ای ندارد که قاعده حل تعارض را رأساً اعمال کند. در خصوص رژیم مالی زوجین اعمال قانون توسط دادرس رأساً، محدود به رژیم‌های مرتبط با ازدواج‌هایی که بعد از اول سپتامبر ۱۹۹۱ منعقد گشته‌اند و نیز ازدواج‌های منعقد شده قبل از این تاریخ البته فقط به شرطی که (تا محدوده‌ای که) زوجین از همان زمان ازدواج با اعمال کنوانسیون، قانون قابل اعمال در قبال رژیم مالیشان را معین کرده باشند، می‌باشد (ماده ۲۱). قاعده حل تعارض در خصوص ارث برای مدتی که در انتظار اجرایی شدن کنوانسیون لاهه (اول اوت ۱۹۸۹) بود، یک قاعده ملی باقی ماند و از این رو دادرس موظف نبود که رأساً آن را اعمال کند، مگر در خصوص موردی که مربوط به شکل وصیت‌نامه‌ها





می‌شد. این پیچدگی‌های مربوط به تحدید حدود قلمرو اعمال قانون بر اساس سمت، می‌تواند دیوان عالی را برانگیزد تا به راه حل اکتبر ۱۹۸۸ برگردد.

در چارچوبی که دادرس موظف است رأساً به اعمال قانون خارجی پردازد، این قابل قبول است که دیوان عالی (در مرحله فرجام) وی را به خاطر عدم اعمال قانون خارجی سرزنش کند. رویه قضایی که به رغم سابقه طولانی‌اش به این ترتیب در چنین فرضی، که البته به وسیله رأی بیسبال (رأیی که وفق آن تنها در مرحله تجدید نظر صلاحیت قانون خارجی، قابل استناد بود و در مرحله فرجام اصحاب دعوی حق استناد جدیدی نداشتند) تقویت شده بود، تغییر یافت. البته باید خاطر نشان کرد این تغییر در رویه قضایی به صورت لزوم قبول دلیل جدید در مرحله فرجام رخ نداد<sup>۱۸</sup> بلکه این تغییر در رویه قضایی به این شکل بود که «برای این که دلیل (استناد به قانون خارجی) در برابر دیوان عالی قابل پذیرش باشد [چنین فرض می‌شد که] دادرسان ماهوی یعنی دادرسان دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر از زمانی که عناصر خارجی در مناقشات طرفین در دادگاه بروز می‌یافتند، بایستی [به کمک این عناصر] پی به آن دلیل (قانون خارجی) برده باشند تا آن را اعمال کنند. اگر این را نپذیریم، قانون خارجی چون مخلوطی از امور موضوعی و امور حکمی است از سوی دیوان عالی رد می‌گردد، چراکه مطرح شدن دلیل جدید در دیوان مستلزم بررسی‌هایی است که خارج از صلاحیت دیوان عالی قرار دارد»<sup>۱۹</sup>

وظیفه دادرس در اعمال قاعده حل تعارض رأساً، هنگامی که طرفین به دلیل تکمیلی بودن حقوق مورد دعوی، از اختیار صرف نظر کردن از اعمال این حقوق برخوردارند، تعدیل می‌شود.<sup>۲۰</sup> این اختیار طرفین از ماده ۱۲ بخش ۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی ناشی می‌شود. به نظر می‌رسد این استدلال که تعیین حقوق مورد دعوی از حیث امری و تکمیلی بودن (قابل صرف نظر کردن) بر اساس قانون مقرر دادگاه باید انجام گردد، منطقی و درست است. البته این اعراض و چشم پوشی (از اعمال قانون خارجی) باید صریح باشد (ماده ۱۲ N.C.P.C) این اعراض تصریح شده، در مورد مسایل قراردادی و توافقی (قوانین تکمیلی و نه امری) باعث می‌شود مشخص گردد که طرفین کدام قانون (قانون خارجی یا فرانسوی) را برای اعمال انتخاب کرده‌اند.

تفکیک قوانین به قوانینی که دارای ضمانت اجرا نیست (قوانین تکمیلی)<sup>(۱۴)</sup> و قوانینی که دارای ضمانت اجرا است (قوانین امری)<sup>(۱۵)</sup> این امکان را می‌دهد که مشخص گردد چه زمانی اصحاب دعوی می‌توانند از قاعده حل تعارض اعراض کنند و چه زمانی نمی‌توانند. با این حال این تفکیک لزوماً با تفکیکی که دیوان عالی بین موضوعاتی که اصحاب دعوی می‌توانند در آن رابطه حقوق خود را مقرر دارند (تکمیلی) و موضوعاتی که اصحاب دعوی نمی‌توانند در آن رابطه حقوق خود را مقرر دارند (امری) به عمل آورده است تا بتواند بدین طریق نقش و وظیفه الزامی دادرس را در



در استناد به قاعده حل تعارض خارجی کاهش دهد، [چندان] هماهنگ و منطبق نیست. قواعد حل تعارض در قلمرو بسیار وسیعی از موضوعات، موضوعاتی که دیوان عالی از آن سخن می‌گوید مطرح است. در داخل این موضوعات، قانون دارای ضمانت اجرا و قانون فاقد ضمانت اجرا درهم آمیخته‌اند. بنابراین ما متوجه می‌شویم که دیوان عالی برای محدود کردن وظیفه دادرسی [در استناد به قاعده حل تعارض در صورتی که حقوق آمره در میان باشد و طرفین هم به آن استناد نکرده باشند] تمایل داشته به یک ارزیابی و تحلیل کلی اکتفا کند، بدون آن که وارد جزئیات حقوق مورد اختلاف شود.

### پی‌نوشت‌ها:

۱) قانون مقر دادگاه که در فرانسه از آن به «La loi du for» تعبیر می‌شود و معادل انگلیسی و لاتین آن به ترتیب «Law of the forum» و «Lex fori» است، در واقع قانون کشور، ایالت و یا حوزه قضایی است که دعوی در دادگاه واقع در آن کشور، ایالت و یا حوزه قضایی اقامه شده است.

۲) به طور کلی در خصوص این پرسش که قدرت اجبارکننده قانون خارجی از کجا ناشی می‌شود سه راه حل ارائه شده است. در کنار نظریه حقوق مکتسبه و نظریه پذیرش قانون خارجی، در حقوق فرانسه نظریه دیگری در واکنش به عیوب این دو نظریه مطرح شده است که وفق آن قانون خارجی در نظام حقوقی ملی (نظام حقوقی دولت متبوع دادرسی)، به هیچ صورت ادغام نمی‌گردد، بلکه با حفظ استقلال به عنوان قانون خارجی اعمال می‌گردد. البته این که آیا دادرسی باید قانون خارجی را به عنوان یک امر حکمی تلقی کند یا یک امر موضوعی، میان حقوق دانان ایشان اختلاف شده است و اغلب ایشان برخلاف بارتن قانون خارجی را به مثابه یک امر موضوعی تلقی می‌کنند.

۳) آنزیلوتی «Dionisio Anzilotti»، حقوق دان ایتالیایی (۱۹۵۰ - ۱۸۶۹) و قاضی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی است. از جمله آثار او دوره حقوق بین‌الملل «Cours de Droit International» است که به چندین زبان مهم دنیا ترجمه شده است.

۴) رابرت آگو «Roberto Ago» حقوق دان ایتالیایی (۱۹۹۵ - ۱۹۰۷)، قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری (از ۱۹۷۹ تا ۱۹۹۵) بود. او به عنوان متخصص در حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی در دانشگاه‌های مختلفی از جمله دانشگاه رم به تدریس پرداخت. او در ۲۸ سالگی (۱۹۳۶) نخستین سخنرانی خود را در زمینه تعارض کلی قواعد حقوقی ارائه کرد.

۵) میخائیل بارتن «Michael Bartin» حقوقدان و وکیل بین‌المللی (۱۹۸۹ - ۱۹۴۰)، از جمله آثار مهم وی «مقدمه‌ای جدید بر حقوق بین‌الملل» است که به برای چندین بار به زبان‌های مختلف چاپ شده است.



۶) مراد این است که قانون خارجی در کشور دادرسی به عنوان یک مسأله موضوعی تلقی می‌گردد. چنان که می‌دانیم مسائل موضوعی برخلاف مسائل حکمی همیشه قابل استناد نیستند و تنها درخصوص همان پرونده قابلیت استناد دارند. این درحالی است که مسائل حکمی در صورت وجود شرایط لازم درخصوص هر موضوعی و در هر پرونده ای قابل استناد می‌باشد.

۷) توضیح آن که اثبات قانون خارجی منوط به تعیین این مسأله است.

۸) مراد دادرسان دادگاه‌های بدوی و تجدید نظر که رسیدگی ماهوی می‌کنند، است. در فرانسه به این دادرسان «Juges du Fond» گفته می‌شود.

۹) راه حلی که وفق آن اعمال قانون خارجی ممکن نیست، چرا که طرفین دعوی نه در مرحله بدوی و نه در مرحله تجدید نظر اعمال قانون خارجی مطالبه نکرده‌اند.

۱۰) هنری موتولسکی «(۱۹۷۱ - ۱۹۰۵)» (Henri Motulsky)، از نظریه پردازان بزرگ حقوق به حساب می‌آید. شهرت علمی وی بیشتر به خاطر آرای وی در زمینه آیین دادرسی مدنی، حقوق شکلی و حقوق بین الملل خصوصی است. اثر وی در زمینه تبیین حقوق خصوصی «The Realization of the Private Law» تأثیر بسیار زیادی بر حقوق آیین دادرسی مدنی فرانسه داشته است.

۱۱) قاعده حل تعارض در طلاق یک جانبه است. توضیح آن که چون طلاق در دسته احوال شخصیه قرار می‌گیرد و وفق قاعده حل تعارض اغلب کشورها، احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع فرد (و یا اقامتگاه وی) می‌باشد، بنابراین قاعده حل تعارض تنها قانون دولت متبوع فرد و یا اقامتگاه او را صالح می‌شناسد.

۱۲) مراد تغییر رویه ناگهانی است که دیوان در آن اعمال قاعده حل تعارض را راساً توسط قاضی در بعضی زمینه‌ها الزامی خواند.

۱۳) توضیح آن که اگر قوانینی که مورد استناد اصحاب دعوی نبوده، امری یا مشمول کنوانسیون‌های بین‌المللی بوده، دادرسی می‌بایست آن‌ها را اعمال می‌کرد و در غیر این صورت دادرسی وظیفه ای درقبال اعمال آن‌ها ندارد.

۱۴) توضیح آن که به خاطر کثرت قواعد حل تعارض مربوط به کنوانسیون‌ها و اختلاط آن‌ها با قواعد حل تعارض غیر مرتبط با کنوانسیون‌ها، اگر بپذیریم که اعمال قواعد حل تعارض کنوانسیون‌ها برای دادرسی الزامی است، عملاً باید بپذیریم که اعمال تمام قواعد حل تعارض برای دادرسی الزامی است.

۱۵) امری و تکمیلی بودن قانون خارجی و نیز مشمول کنوانسیون‌های بین‌المللی شدن یا نشدن قانون خارجی.

۱۶) توضیح آن که با سکوتشان و عدم استناد به قانون خودشان، پذیرفته‌اند که قانون فرانسه در قبال آن‌ها اعمال شود.

۱۷) یعنی اعمال قانون فرانسه منوط به در نظر گرفتن قانون خارجی است.

۱۸) یعنی تغییر در رویه قضایی به این صورت بود که در برابر دیوان عالی هم





اصحاب دعوی بتوانند به دلیل جدید مثلاً قانون خارجی استناد کنند.

۱۹) توضیح آن که چون دیوان عالی تنها صلاحیت رسیدگی به امور شکلی را دارد و از رسیدگی به امور ماهوی ممنوع است، لذا نمی‌توان رسیدگی به یک امر موضوعی به مانند رسیدگی به صلاحیت اجرا شدن قانون خارجی که مستلزم رسیدگی ماهوی است، را از دیوان عالی تقاضا کرد.

۲۰) چرا که توافق طرفین مبنی بر چشم پوشی از اجرای قانون خارجی به منزله توافق ایشان برای اعمال قانون فرانسه است.

۲۱) اگر پرونده ناظر به حقوق آمره باشد، دادرس باید به قاعده حل تعارض استناد کند ولو این که اصحاب دعوی به آن استناد نکنند، اما در خصوص قانون تکمیلی این گونه نیست.