

# استناد واثبات قانون خارجي : مقایسه ای بین سیستم های مهم اروپائی

پروفسور ترور سی هارتلی

Trevor C. Hartly

مترجم : دکتر محمدجعفر قنبری جهرمی

مقدمه

قواعد حاکم بر استناد و اثبات قانون خارجي، اگر چه در انگلستان چندان مورد اختلاف نیست، به جهت رواج شرکت‌های گوناگون در کشورهای اروپایی دارای نکات جالبی از دیدگاه حقوق تطبیقی است. به علاوه این احساس در برخی از حقوقدانان اروپایی ( غیر انگلیسی ) وجود دارد که قوانین انگلستان با اهداف مورد نظر انتکارات بین المللی و اتحادیه اروپا در مورد تعارض قوانین سر ناسازگاری داشته، و نتیجتاً این کشور تعهدات بین المللی و اروپایی خود را در این زمینه به طور کامل انجام نمی دهد. این اتهامات، بویژه در رابطه با کنوانسیون رم عنوان شده اند. بنابراین مطالعه تطبیقی دیدگاهها و روشهای گوناگون در کشورهای مهم اروپایی بجا بوده، و همچنین می تواند زمینه مناسبی برای بررسی این پرسش فراهم آورد که آیا کنوانسیون رم تغییر و اصلاح روش سنتی انگلیسی را ضروری می داند یا خیر؟ مطالعه تطبیقی کلی

پیش از این که قانون کشور خاصی مورد رسیدگی قرار گیرد، بررسی چند پرسش کلی از دیدگاه تطبیقی به نظر مفید می آید.

الف. قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجي

در آغاز دو مساله را باید از هم تفکیک نمود، یکی قابلیت اعمال قانون خارجي و دیگری اثبات وجود آن. مساله اول مربوط است به این که آیا قانون خارجي اجرا خواهد شد و مساله دوم به محتوای آن قانون مربوط می باشد. البته بین قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجي رابطه نزدیکی وجود دارد؛ اگر قانون خارجي قابل اعمال نباشد مساله اثبات آن موضوعات منتفی است، و اگر هم ناتوانی در اثبات آن به اعمال قانون مقرر دادگاه منتهی شود، نتیجه آن با غیر قابل اعمال بودن قانون خارجي یکی خواهد بود. بدین جهت معمولاً برای هر دو مساله روش مشابهی به کار گرفته می شود. هر چند که این دو مساله از دیدگاه نظری جدا از هم بوده و تجزیه و تحلیل صحیح موضوع مستلزم تفکیک آنها از یکدیگر است.

ب. موضوع یا حکم

ممکن است چنین تصور شود که در مطالعه تطبیقی باید ابتدا درباره اختلاف دو نظام حقوقی از قانون خارجي بحث گردد که یکی از آن به عنوان امری « موضوعی » یاد می کند و دیگری به عنوان امری « حکمی » می نگرند. این دوگانگی، به رغم ظاهر برجسته خود، به لحاظ معدود بودن شمار کشورهای طرفدار هر یک از سیستم که نتایج کامل موضع گیری رسمی خود را در این رابطه قبول دارند، از اهمیت عملی ناچیزی برخوردار است. از این گذشته، حتی اگر کشوری قانون خارجي را امری حکمی به حساب آورد، ضرورتاً با آن همانند همپایه قانون متبوع خود رفتار خواهند کرد؛ آن را قانون می شمارد ولی قانون از نوع دیگر. از سوی دیگر کشورهای وابسته به گروهی که قانون خارجي را امری موضوعی محسوب می نمایند، قانون خارجي را به عنوان امری « موضوعی با ویژگی خاص » ۲ می نگرند که نیابستی مانند موضوع معمولی با آن رفتار شود. نتیجه این که در عمل ممکن است بین طرز برخورد دو گروه مذکور نسبت به موارد خاص اختلافات ناچیزی بروز کند. رسیدگی پژوهشی ۳ -

می تواند مثال خوبی [ برای اثبات این گفته ] باشد. در اکثر کشورها پژوهش خواهی مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا مشکلتر از پژوهش خواهی مبتنی بر مسائل حکمی آن می باشد. در مورد عالی ترین دادگاه در سلسله مراتب مراجع قضایی، پژوهش خواهی به اعتبار مسائل موضوعی ممکن است اساساً غیر قابل طرح باشد. بنابراین تمایز بین موضوع و حکم برای تشخیص اینکه آیا حق پژوهش وجود دارد یا خیر، حایز اهمیت است. با وجود این، کشوری که با قانون خارجي به مثابه امری حکمی برخورد می نماید، ضرورتاً پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجي را نزد عالی ترین دادگاه اجازه نمی دهد. ۴ از طرف دیگر، از میان کشورهایی که قانون خارجي را امری موضوعی می پندارد حداقل یک کشور وجود دارد که از نظر رسیدگی پژوهشی با قانون خارجي همانند و همپایه قانون مقرر دادگاه برخورد می کند. ۵.

ج. عمال به اعتبار سمت ( ex officio )

هنگامی که قاعده انتخاب قانون حاکم ( از قواعد تعارض قوانین ) حکم به اعمال قانون خارجي می کند، آیا دادگاه باید راساً و « به اعتبار سمت » خود قانون خارجي را اعمال نماید یا اینکه اعمال قانون خارجي منوط

به در خواست یکی از طرفین دعوا است؟ ۶ این سوال به رغم ظاهر آسانی که دارد، سوالات عمیقی را در مورد طبیعت تعارض قوانین و در واقع رسیدگی قضایی فی حد ذاته بر می انگیزد. آیا قواد مربوط به انتخاب قانون حاکم طبیعی مشابه با سایر قوانین دارند؟ آیا نقش قاضی همانند داوری بیطرف است که صرفاً بین اطراف دعوا حکمیت می کن، یا اینکه او بایستی نقشی فعال در کشف واقعیات امر ایفا کند؟ استدلالی که معمولاً در تایید این نظر که دادگاه باید راساً و به اعتبار سمت قضایی خود- هنگامی که قواعد انتخاب قانون حاکم مقتضی اعمال قانون خارجی هستند- قانون خارجی را اعمال کند، طرح می شود این است که قواعد مزبور همانند سایر قوانین [ متبوع ] برای دادگاه الزام آور است. طبق این استدلال، دادرسی که قانون خارجی را، ولو در صورت عدم درخواست یکی از طرفین اعمال نمی نمایند، آن چنان که باید به وظیفه خود عمل نکرده است. ولی استدلال مزبور این نکته را در نظر نگرفته است که در بیشتر کشورها قوانینی وجود دارند که فقط در صورت استناد یکی از طرفین، از جانب دادگاهها به مرحله اجرا گذاشته می شوند: صرف اینکه قاعده ای قانوناً الزام آور است بدین معنی نیست که قاضی راساً مکلف به اعمال آن می باشد.

در مقال، دلیل اساسی گروه دیگر این است که اثبات قانون خارجی وقت گیر، مشکل، نامعلوم و پر خرج می باشد: اصولاً چرا هنگامی که هیچ یک از طرفین دعوا تمایلی به اعمال قانون خارجی ندارند، دادگاه خود و یا اصحاب دعوا را دچار چنین تعب و مشقتی کند؟ اگر طرفین دعوا خود رضایت دارند که به دعوا طبق قانون مقرر دادگاه، که احتمالاً از دیدگاه آنان مشابه قانون خارجی است، رسیدگی شود به نظر می رسد که دادگاه هم باید به خواست آنها احترام گذارد مگر این که نظم عمومی و یا ملاحظات دیگری از این قبیل، به گونه ای دیگر ایجاب می کنند.

کشورهای اروپایی درباره نکته مورد بحث اختلاف نظر بسیر دارند. در بعضی کشورها، مثلاً آلمان، قانون خارجی امری حکمی محسوب می شود و این دادگاه است که راساً درباره اثبات و اعمال آن تصمیم می گیرد. در بعضی دیگر، مانند انگلستان، قانون خارجی امری موضوعی به حساب می آید و معمولاً اعمال آن منوط به درخواست یکی از طرفین دعواست و بار اثبات آن به عهده طرفی است که بدان استناد می کند؛ اگر این قانون اثبات نشود قاضی قانون مقرر دادگاه را به اجرا درخواهد آورد. با این وجود اختلاف نظر مزبور آنچنان هم که شدید به نظر می آید، در عمل عمیق نیست؛ اغلب کشورهایی که استناد به قانون خارجی را ضروری می دانند در موارد معینی، مثلاً در مسائل مربوط به احوال شخصیه، استثنائاتی را بر این اصل وارد کرده اند. از سوی دیگر، کشورهایی که اعمال قانون خارجی را فقط به تصمیم دادگاه رسیدگی کننده موقوف دانسته اند، اغلب به طرفین دعوا اجازه می دهند که در جریان دادرسی نسبت به اعمال قانون مقرر دادگاه بر موضوع دعوا توافق کنند. حاکمیت اراده طرفین و تراضی آنها در مورد قانون حاکم فقط هنگامی میسر و معتبر است که طرفین در اصل حق تعیین قانون حاکم بر موضوع دعوا را داشته باشند، لیکن در بعضی از کشورها این حق انتخاب در بخشهای زیادی از حقوق شناخته شده است.

به منظور ارزیابی مزیت‌های دو روش، ضروری است این سوال بررسی شود که اصولاً چرا یک سیستم تعارض قوانین، اجرای قانون خارجی را لازم می داند. این خود سوالی مشکل و بغرنج است. با این وصف می توان گفت که اعمال قانون خارجی در پاره ای موارد به منظور حفظ منافع طرفین دعوا [ یا یکی از آنها ] ، احیاناً از طریق حمایت از انتظارات معقول آنان، در مواردی برای حفظ منافع و مصالح کشورهای خارجی و در سایر موارد به منظور نیل به اهداف دیگری است. در مواردی که ملاحظات مربوط به مورد اول مطرح است، پافشاری دادگاه بر اعمال قانون خارجی در صورت عدم درخواست هیچ یک از طرفین دعوا غیر معقول جلوه می کند. ولی در مواردی که سایر ملاحظات توفیق دارند دادن این امکان به طرفین دعوا که به وسیله عدم استناد به قانون خارجی مانع اجرای آن شوند، غیر معقول به نظر می آید.

اگرچه تفکیک بین این موارد در تئوری آسان است ولی کاربرد آن در عمل مشکل است. از رو شاید روش دیگری برای مرزبندی و تفکیک بین این موارد و ملاحظات، احراز غایب و هدف قانون خارجی باشد یعنی جدا کردن مواردی که قانون خارجی به منظور حفظ منافع خصوصی طرفین دعوا قابلیت اجرا پیدا می کند و مواردی که مصلحت و نفع عمومی چنین امری را ایجاب می نماید. این تفکیک ظاهراً الهام بخش مفاهیم موجود در حقوق سویس و هلند درباره موضوع «توارث» و مفهوم پذیرفته شده در مفهوم پذیرفته شده در حقوق فرانسه در خصوص موضوعاتی که طرفین «مختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» ، می باشد مفهوم اخیر منطبق است با مفهومی که جهت تعیین و تفکیک دعاوی قابل ارجاع به داوری و مصالحه خصوصی بین طرفین دعوا به کار برده می شود. گرایش کلی در کشورهایی که این تفکیک را اعمال می کنند بر این است که قرارداد، مسولیت مدنی و اموال را در اعداد مقولات حقوقی ای بدانند که ( قطع نظر از استثنائات موجود) منافع خصوصی طرفین در آنها برتری و شاخصیت دارد و احوال شخصیه را در زمره اموری طبقه بندی کنند ه در آنها غلبه ا نفع و مصلحت عمومی است.

د. اثبات

دو روش عمده برای اثبات قانون خارجی یا بار اثبات را به عهده یکی از طرفین دعوا ( که معمولاً نه همیشه، طرفی است که اعمال خارجی را درخواست می کند) گذاشته و یا آن که این وظیفه را به عهده خود دادگاه می گذارد. چنانکه می توان حدس زد این اختلاف، نظری است که در مورد اجرای قانون خارجی به اعتبار سمت وجود دارد. در مورد حالت اول ( اثبات توسط طرفین )، رایجترین شیوه اثبات، استفاده از نظر کارشناس می باشد. در برخی از کشورها معمول این است که نظریه کتبی کارشناس به دادگاه عرضه شود ( اگر چه ممکن است از شخص کارشناس خواسته شود که همچنین در دادگاه حاضر و شفاهاً اظهار نظر نماید) و در برخی دیگر بر روی شهادت شفاهی کارشناس تاکید می شود. این موضوع تا حد زیادی به سنتهای مرسوم در کشورهای مربوط بستگی دارد: کشورهای کامن لو شهادت شفاهی را ترجیح می دهند- کارشناسان، به منظور بی اعتبار نمودن نظراتشان، مورد سوال از سوی وکلای طرفین قرار می گیرند- در حالی که دادگاههای کشورهای حقوق نوشته معمولاً ترجیح می دهند که نظریه مستدل [ کتبی ] را مورد ملاحظه قرار دهند. هر یک از دو روش که برگزیده شود، در دعاوی پیچیده که طرفین به سختی از مواضع خود دفاع می کنند، احتمالاً نظرات کارشناسی باهم تناق خواهد داشت، زیرا کارشناس هر طرف نظری را ارائه می دهد که به نفع [ یا مثبت ادعای ] آن طرف می باشد. در چنین حالاتی دادگاه مجبور خواهد بود که یکی از دو نظر را بپذیرد. در جایی که وظیفه تشخیص قانون خارجی به عهده دادگاه گذاشته شده، قاضی می تواند به تحقیقات شخصی خود تکیه کند، یا اینکه از سایرین، مانند حقوقدانان خارجی یا یک موسسه تحقیقی، کمک بگیرد. در مواردی که طرفین دعوا بایستی قانون خارجی را اثبات کنند، معمولاً مجبور خواهند بود که هزینه جلب نظر کارشناس را بپردازند. در برخی موارد تحمل چنین هزینه ای ممکن است انگیزه ای قوی برای توافق بین طرفین دعوا باشد تا به قانون خارجی استناد نکنند. در مواردی که وظیفه اثبات به عهده دادگاه است، هزینه ها معمولاً از منابع مالی عمومی تامین می شود. مزیت این شیوه در این است که بار مالی جلب نظر مالی کارشناسی را از دوش طرفین دعوا بر می دارد.

با در نظر گرفتن ملاحظات کلی فوق، اکنون قوانین کشورها را تک تک مورد بررسی قرار می دهیم.

۲

## آلمان

در کشور آلمان قانون خارجی امری حکمی، و نه موضوعی، محسوب می شود صرفه نظر از این که طرفین بدان استناد کرده باشند یا خیر، دادگاه، از حیث سمت، راساً قانون خارجی را اعمال می نماید. وظیفه تعیین آن قانون بر عهده خود دادگاه می باشد که مختار است در مورد وسیله و ابزار تحقیق در خصوص آن نیز تصمیم بگیرد به طور معمول دادگاه باید تمام منابع اطلاعاتی قابل دسترسی را به کار بگیرد. دادگاه می تواند از طرفین دعوا بخواهد که در این امر او را یاری کنند به ویژه اگر آنان ه اطلاعات مورد نیاز دسترسی داشته باشند. اگر طرفین دعوا تبعه یک کشور باشند بر محتوای قانون آن کشور [ خارجی ] اتفاق نظر داشته باشند، دادگاه می تواند نظر آنها را، بدون انجام هر گونه تحقیق دیگری، قبول نماید، اگر چه اجباری به پذیرش آن ندارد. رایج ترین روش تعیین قانون خارجی این است که خود دادگاه شخصاً در این امر تحقیق نماید ( مثلاً به کتب مرجع مراجعه کند). هنگامی که این امر میسر نباشد دادگاه می تواند از مکز تحقیقی مانند انستیتوی حقوق خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک در هامبورگ یا از مراکز حقوق تطبیقی بعضی از دانشگاههای معین آلمان، نظرخواهی کند.

مجموعه ای از این نظریات هر ساله تحت عنوان " und ausländischen privatrechtf gutachten zum internationalen " منتشر می شود. دادگاه همچنین می تواند از تمهیدات پیش بینی شده در « کنوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا مربوط به اطلاعات در مورد حقوق خارجی » استفاده نماید، ممکن است از نمایندگیهای دیپلماتیک آلمانی یا خارجی استعلام نماید. روش اخیر به ندرت مورد استفاده قرار می گیرد، اگر چه طرفین دعوا خود ممکن است نظر حقوقدان خارجی را به دادگاه ارائه نمایند. هر چند وظیفه تعیین یا اثبات قانون خارجی به عهده دادگاه می اشد، طرفین دعوا، در صورت تمایل، آزادند که دلایل و مدارک خود را در این رابطه به دادگاه تقدیم نمایند.

اصحاب دعاوی مطروحه نزد دادگاههای آلمان می توانند توافق نمایند که قانون آلمان بر دعوا اعمال شود، و این توافق مقعی مورد پذیرش دادگاه قرار می گیرد که موضوع دعوا، مربوط به آن جنبه از حقوق باشد که طبق قواعد حل تعارض قوانین آلمان، طرفین اصولاً حق انتخاب قانون حاکم بر آن را داشته باشند. چنین حقی عمدتاً در مسائل مربوط به قرارداد و مشولیت مدنی ( ناشی از تخلف ) وجود دارد. اگر طرفین دعوا، در موردی که قاعدتاً به دعوا باید بر طبق قانون خارجی رسیدگی شود، تنها به حقوق آلمان استناد کنند که دادگاه غالباً این استناد را نشانه توافق ضمنی آنان به اعمال قانون آلمان تلقی می نماید، اگر چه این رویه مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است. تا آنجایی که این نوع توافق صریح یا ضمنی در مورد انتخاب قانون حاکم امکانپذیر می باشد، این عمل آلمان را در جایگاهی مشابه باکشورهایمانند انگلستان قرار می دهد، اگر چه حوزه محدود اعمال این قاعده [ انتخاب صریح یا ضمنی ] مبین این حقیقت است که اختلافات هنوز قابل توجه و مهم است.

حقوق آلمان بین دو نوع پژوهش تفکیک قائل می شوند: یکی بروفونگ (berufong) که پژوهشی عادی [ متوسطه ] یعنی oberlandesgericht است، و دیگری رویزیون (revision)، که پژوهش نزد عالیترین دادگاه حقوقی، یعنی bundesgerichtshof است. پژوهش نوع دوم فقط می تواند مبتنی بر مسائل [ حکمی ] مربوط به قوانین فدرال آلمان باشد. در نتیجه پژوهش مبتنی به قانون خارجی فقط می تواند نزد مرجع پژوهشی عادی [ متوسطه ] و نه bundesgerichtshof، مطرح شود.

۳

سوئیس

از آنجایی که استناد و اثبات قانون خارجی جز موضوعات مربوط به آیین دادرسی محسوب می شود این مسائل تا چندی قبل تابع قوانین کانتونها (قوانین محلی) می بود. در این رابطه، قانون هر کانتون با کانتون دیگر فرق داشت، در عین حال گرایش کلی این بود که قانون خارجی امری موضوعی محسوب و اثبات آن هم به عهده طرفی بود که بدان استناد می کرد. ولی با تصویب قانون «حقوق بین الملل خصوصی فدرال» مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، مساله استناد و اثبات حقوق خارجی جز مسائل مربوط به حقوق فدرال محوب گردید و تابع قوانین متحد الشکل لازم الاجرا در کل سوئیس گرفت.

بند ۱ ماده ۱۶ قانون مذکور با عبارت صریح اعلام می دارد که: « دادگاه باید راسا» به اعتبار سمت، قانون خارجی را معین نماید. مع هذا دو استثنا بر این قانون قاعده وجود دارد: استثنای اول این است که بر طبق مفاد همان بند، در « مسائل مربوط به توارث »، دادگاه مخیر است بار اثبات قانون خارجی را به عهده طرفین دعوا بگذارد، اگر آنها نتوانند از عهده این امر برآیند ان گاه، بر طبق مفاد بند ۲ ماده ۱۶، قانون مقرر دادگاه به اجرا گذاشته خواهد شد. بنابراین در چنین مواردی، طرفین دعوا می توانند صرفا» با عدم ارائه مدارک مثبته قانون خارجی، اجرای قانون مقرر دادگاه را تضمین نمایند. استثنای دوم مربوط است به مواردی که قواعد حقوق بین الملل خصوصی سوئیس به طرفین دعوا اساسا» حق انتخاب قانون حاکم را می دهد، که در اینگونه موارد آنها می توانند در جریان دادرسی بر عدم اعمال قانون خارجی توافق نمایند و نتیجتا» در این مورد نیز قانون مقرر دادگاه اعمال خواهد شد.

ظاهرا» مفهوم «موضوع مربوط به توارث» ( partimeonial matter ) در حقوق سوئیس همان نقش را دارد که مفهوم " vermogensrechtelike zaak" در حقوق کشور هلند ایفا می کند و یا شبیه به مفهوم «م.ض.عی که در خصوص آن طرفین دعوا مختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصر کنند» در حقوق فرانسه می باشد. در حقوق سوئیس « موضوع مربوط به توارث» مفهوم گسترده ای دارد و هر موضوعی که مربوط به طرفین دعوا ارزش مالی داشته باشد، را شامل می شود. در حقیقت، به نظر می رسد محک تفکیک مفهوم مذکور بررسی این سوال است که آیا انگیزه خواهان در اقامه دعوا انگیزه ای مالی بوده است یا خیر؟

۴

فرانسه

در فرانسه قانون مربوط به موضوع مورد بحث تقریبا» به کلی ساخته و پر داخته آرای قضات می باشد و آرای قابل توجهی از طرف عالی ترین دادگاه حقوقی این کشور یعنی دیوان عالی کشور ( cour de cassation ) در این زمینه صادر شده است. برخی از این آرا اخیرا» تغییرات مهمی را به بار آورده و تحولات بیشتری را نیز در آینده می توان انتظار داشت.

الف. اعمال قانون خارجی

اعمال قانون خارجی از جمله زمینه هایی است که دیوان عالی کشور فرانسه مواضع خود تجدید نظر نموده است. در سال ۱۹۵۹، در دعوی bisbal این دیوان اعمال نمود که از آنجایی که قواعد تعرض قوانین فرانسه ( حداقل در مواردی که اعمال قانون خارجی را ضروری می دانند) جز مسائل مربوط به نظم عمومی نیستند، بر طرفین دعوا است که اعمال قانون خارجی را در خواست کنند؛ اگر چنین درخواستی نکنند دادگاه رسیدگی کننده را نمی توان به خاطر عدم اخذ تصمیم، به اعتبار سمت خود، به اعمال قانون خارجی سرزنش نمود. موضوع این درخواست طلاق و قانون حاکم بر آنو قانون ملی طرفین دعوا بود. طرفین دعوا هر دو شهروندان اسپانیایی بوده و در طبق قوانین اسپانیا در آن زمان طلاق ممنوع بود. دادگاه رسیدگی کننده ظاهرا» از تابعیت اسپانیایی اطراف دعوا آگاه بود اما چون هیچ کدام از آنها به قانون اسپانیا استناد نکرده بودند، قانون فرانسه را اعمال و حکم به طلاق صادر نمود. از این حکم نزد دیوان عالی کشور فرجام خواهی شد، بر این اساس که دادگاه رسیدگی کننده می بایستی راسا» به اعتبار سمت، قانون اسپانیا را اعمال می نمود. دیوان کشور درخواست فرجام را رد نمود.

با این وجود در سال ۱۹۶۰، دیوان عالی کشور تصریح نمود که اگر چه دادگاه موظف نیست که قانون خارجی را به اعتبار سمت اعمال نماید، مع هذا، مختار است به چنین امری اقدام کند. این رای دیوان عالی کشور در قضیه *compagnie algerienne credit et de banque v. chemouny* صادر شد. در این دعوا از رای دادگاه پایین تر نزد دیوان عالی کشور پژوهش خواهی شده بود و بر این اساس که دادگاه مذکور قانون خارجی را به اعتبار سمت، [ بدون درخواست یکی از طرفین دعوا] به اجرا گذارده بود. دیوان عالی کشور این درخواست پژوهش را نیز رد نمود. به علاوه دیوان مذکور حکم نمود که صلاحیت رسیدگی به این مسأله که آیا دادگاه نخستین در اعمال قانون خارجی دچار اشتباه شده است یا خیر را ندارد.

برای سالهای متمادی، آرای فوق الذکر دیوان عالی کشور به عنوان آرای کلیدی و حکم سازی باقی ماندند. لیکن اخیراً "دیوان مزبور موضع خود را اصلاح نموده است. دیوان عالی کشور ابتدا چنین حکم نموده که در مواقع معین و خاصی دادگاهها موظفند که قانون خارجی را راساً و از حیث سمت اعمال نمایند، سپس در یال ۱۹۸۸، در دعاوی *reboud* و *schule*، به طور غیر منتظره ای تغییر موضع داد و اعلام نمود که حتی موقعی که یک قاعده معمولی تعارض قوانین مورد بحث می باشد، دادگاه موظف است راساً، از حیث سمت تصمیم بگیرد که آیا اعمال قانون خارجی اعمال می شود یا خیر؛ یعنی آنکه « دادگاه موظف است به دعوا بر اساس قواعد حاکم بر آن رسیدگی کند ». قصور در به کارگیری این رویه می تواند موجب نقض حکم در مرحله پژوهش بشود.

به نظر می رسد که این آرای دیوان عالی کشور قاعده ای کلی را وضع می نمودند که بر اساس آن قانون خارجی باید، به اعتبار سمت، در همه اوضاع و احوال اعمال گردد. لیکن دیوان مزبور متعاقباً موضع میانه ای را در این رابطه اتخاذ نمود. در دعاوی *COVECO* دیوان کشور چنین نظر دارد که اگر طرفین دعوا اعمال قانون خارجی را درخواست نکنند، حکم صادره صرفاً به دلیل اینکه دادگاه رسیدگی کننده قانون مقرر دادگاه را اعمال نموده، قابل نقض نخواهد بود. مع هذا این اعده کای فقط هنگامی جاری است که قانون خارجی بر طبق مفاد یک کنوانسیون بین المللی [ که فرانسه عضو آن باشد] قابل اعمال نباشد و همچنین جایی که موضوع دعوا مربوط به آن بخش از حقوق می باشد که طرفین دعوا مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند ».

این نظریه دیوان کشور مبین رویه جاری می باشد. قاعده کلی این است که دادگاه رسیدگی کننده، به جز در دو مورد، موظف نیست که قانون خارجی را راساً، به اعتبار سمت، اعمال کند. یکی هنگامی که موضوع دعوا تحت پوشش کنوانسیون بین المللی [ که فرانسه عضو آن می باشد] قرار می گیرد و دیگری زمانی که طرفین دعوا مختار نیستند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند ». مفهوم اخیر دارای اهمیت زیادی است، اگر چه معنی دقیق آن مشخص نیست. به کارگیری اصطلاح فرانسوی *un matiere* ( یک بخش از حقوق) بیانگر این است که بخش نسبتاً وسیعی از حقوق مطرح می باشد، شاید مشابه موضوعاتی که تحت عنوان قواعد معمولی راجع به انتخاب قانون حاکم طبقه بندی می شوند. ممکن است که مسائل مربوط به قرارداد، مسولیت مدنی و اموال ( شامل اموال ناشی از ازدواج و ارث) را جز آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن طرفین مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند »، در حالی که مسائل مربوط به احوال شخصی و اهلیت را می توان جز آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن چنان حقی برای ایشان وجود ندارد.

همچنین این ابهام وجود دارد که هنگامی که موضوع دعوا از جمله مسائلی است که طرفین مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» ولی همزمان تحت پوشش یک کنوانسیون بین المللی قرار دارند، آیا طرفین دعوا می توانند توافق کنند که دعوا بر طبق قانون مقرر دادگاه رسیدگی شود؟ چنین توافقی ظاهراً امکان پذیر است، به ویژه این امکان در رابطه با مسائل ناشی از قرارداد صریحاً پذیرفته شده است. ب. بار اثبات دعوا

در این مورد نیز دیوان عالی کشور فرانسه موضع خود را تغییر داده است. در آغاز، بر طبق قاعده ای که به قاعده لوتور- تینه (*loutour- thinet*) معروف بود، بار اثبات قانون خارجی بر عهده طرفی بود که [اصل] ادعایش تابع آن قانون بود و نه طرفی که بدان استناد می کرد. معنی قاعده چنین بود که، برای مثال، اگر خواهان، دعوا مربوط به تخلف [ موجب کسولیت مدنی] که در یک کشور خارجی واقع شده بود را اقامه می کرد، او مجبور بود که قانون خارجی را اثبات نماید، حتی در صورتی که رضایت داشته که به دعوایش مطابق قانون فرانسه رسیدگی شود و این خواننده بود که قانون خارجی استناد کرده بود. اگر قانون خارجی اثبات نمی شد، وضعیت بدین قرار بود که اگر عدم اثبات از تقصیر یا فقدان سعی طرفی که بار اثبات بر عهده اش بود، ناشی می شد دعوایش محکوم به رد بود؛ از طرف دیگر اگر اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نبود، دادگاه قانون مقرر خود را به اجرا در می آورد. بنابراین انگیزه واقعی برای یک طرف وجود داشت ا حداکثر تلاش خود را برای اثبات قانون خارجی به کار برد مع هذا طرف دیگر هم ممکن بود وسوسه شود که صرفاً به منظور اتلاف وقت به قانون خارجی استناد نماید.

اخيرا، ديوان عالي کشور فرانسه قاعده « لوتور- تينه » را کنار گذشته است. قاعده جديدي که در قضيه امرفور (amerford) مقرر شده، چنين است که در مواردی که طرفين دعوا مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند »، طرفي که ادعا مي کند که اعمال قانون خارجي به نتيجه اي متفاوت از آن چه که اعمال قانون فرانسه به دست مي آيد، منجر مي شود بايد اين تفاوت نتيجه را با اثبات محتوای قانون خارجي مورد استناد ثابت نمايد، در غير اين صورت قانون فرانسه به عنوان قانون مقرر دادگاه اعمال خواهد شد. در قضيه امرفور، بيمه گر اجناسي که در هنگام حمل معيوب شده بود عليه شرکت باربري مربوطه اقامه دعوا نموده بود. خواننده [ شرکت حمل باربري ] مدعي بود که قانون ايلي نويز (illinois) بر دعوا حايم بوده و اين ادعا مورد اعتراض خواهان نبود. بر اين اساس رويه لوتور- تينه، بار اثبات قانون ايلي نويز بر عهده خواهان { شرکت بيمه } قرار مي گرفت، زيرا آن قانون حاکم بر ادعايش مي بود. ولي، بر اساس رويه جديدي، خواننده دعوا- طرفي که به قانون خارجي استناد کرده بود- مجبور به اثبات اين بود که قانون خارجي با قانون مقرر دادگاه تفاوت داشت.

مزيت رويه جديدي در سادگي آن است، به ويژه اينکه ديگر ضروري نيست ميان آن دسته از دعاوي که در آن نا تواني در اثبات قانون خارجي ناشي از تقصير طرفي است که بار اثبات را بر عهده دارد، و آن دسته از دعوي که اثبات قانون خارجي حقيقتاً ميسر نيست، تفکيکي صورت پذيرد. بر طبق سيستم جديدي، نتيجه در هر مورد یکسان است، بدین معني که قانون مقرر دادگاه اعمال خواهد شد.

قاعده جديدي در رابطه با بار اثبات قانون خارجي، به خوبي با قواعد مربوط به اعمال قانون خارجي همخواني دارد، زيرا مفهوم بخشي از حقوق که در آن طرف مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند » - مفهومي که توسط قانون مقرر دادگاه توصيف مي شود- در هر دو مساله به کار گرفته مي شود. در چنين مواردی دادگاه موظف نخواهد بود که به اعتبار سمت، راساً حکم به اجراي قانون خارجي دهد و اگر قانون خارجي اعمال نشود، قانون مقرر دادگاه به جاي قانون خارجي، اعمال خواهد شد. مشکل عمده در مواردی بروز مي کند که موضوع دعوا مربوط به بخشي از حقوق است که طرفين مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند » اما همچنين يك کنوانسيون بين امللي نسبت به آن اعمال مي گردد. در اینجا وضعیت نا معلوم است بدین معني که آیا دادگاه بايستي قانون خارجي را، حتي اگر بدان استناد نشده باشد، قابل اعمال نمايد آن گاه اگر قانون خارجي اثبات نشود، قانون مقرر خود را اعمال کند؟ يا اينکه دادگاه موظف است محتوای قانون خارجي را راساً به اعتبار سمت، تعيين نمايد؟ تا کنون جوابي به اين سوالات داده نشده است.

مشکل ديگر مربوط است به وضعيتي که دادگاه موظف نيست قانون خارجي را به اعتبار سمت، راساً اعمال نمايد ولي با اين وجود دصميم به چنين کار مي گيرد. آيادادگاه متعقباً نیز بايستي محتوای قانون خارجي را راساً، به اعتبار سمت، تعيين نمايد؟ به نظر مي رسد که دادگاه موظف به انجام چنين تکليفي است، اگر چه وضعيت هنوز مسلم نيست.

قضيه امرفور [ دامنه اعمال ] قاعده جديدي را محدود به آن بخش از حقوق مي کند که در آن طرفين مختارند « آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند »، بنا بر اين به طور ضمنی اشعار مي دارد که براي ساير موارد، متعاقباً قاعده ديگري وضع خواهد شد، اما اشاره اي به محتوای اين قاعده نمي نمايد.

ج. روشهاي اثبات

در فرانسه قانون خارجي- تا حد زيادس- به عنوان يك امر موضوعي به اثبات مي رسد. اساساً تمام روشهاي اثبات را مي توان به کار گرفت، ولي روش معمول تهيه يك "certificats de coutume"، که همان نظرات کتبي کارشناسان ( اغلب حقوقدانان خارجي ) در مرد حقوق خارجي است، مي باشد. اين گونه نظرات کارشناسي ممکن است با مدارک مربوطه- براي مثال متن قانون خارجي يا تصميمات دادگاهها ( ترجمه شده به زبان فرانسه)- همراه باشد. اگر هر يك از طرف دعوا نظريه کارشناسي به دادگاه عرضه کند، تناقض بين نظرات مزبور غير محتمل نخواهد بود در چنين حالي دادگاه مجبور خواهد بود که تصميم بگيرد کداميك از نظريات صحيح مي باشد. از آنجايي که تحصيل چنين دليلي پر هزينه مي باشد، هميشه [ به دادگاه ] ارائه نمي شود؛ در عوض طرفين دعوا مي توانند از دادگاه درخواست نمايند که راساً تحقيقات لازم را به عمل آورد. اگرچه فرانسه عضو « کنوانسيون ۱۹۶۸ شوراي اروپا در خصوص اطلاعات راجع به حقوق خارجي » است اما از امکانات پيش بيني شده در اين کنوانسيون، احتمالاً به دليل اينکه موجوديت آن شناخته شده نيست، به ندرت استفاده مي شود.

در فرانسه قاعده کلي اين است که پژوهش مبتني بر مسائل موضوعي دعوا را مي توان فقط نزد دادگاه پژوهش (cuors d appel) و نه نزد ديوان عالي کشور، اقامه نمود. از آنجايي که قانون خارجي براي اين منظور يك امر موضوعي محسوب مي شود، پژوهش مبتني بر مسائل مربوط به قانون خارجي معمولاً نزد ديوان عالي کسور قابل طرح نمي باشد. تنها استثنا بر اين قاعده کلي مربوط به موردی است که دکترین "denaturation" پيش بيني نموده است، بر طبق اين دکترین در مواقعي که دادگاه پايين تر شرايط يك مدرک کتبي، مثلاً " يك قرارداد يا يك وصيت نامه، که معني آن کاملاً واضح است را صحيحاً " به اجرا در نياورده باشد، مي توان پژوهش [ مبتني بر مسائل موضوعي ] را نزد ديوان عالي کشور طرح نمود. اين دکترین از طريق

قیاس، به مورد قانون خارجی نیز تسری داده شده است. با وجود این، چنین پژوهشی تنها در دعاوی محدودی موفقیت آمیز خواهد بود.

## انگلستان

قوانین انگلیس در مورد استثنا و اثبات قانون خارجی به طور محکمی تبیت شده و به ندرت بحث انگیز می باشند. در عین حال، اخیراً در چندین دعوا دادگاهها مجبور شده اند که به این موضوعات رسیدگی کنند و به نظر می رسد که جهت کشف قوانین در این ارتباط بایستی به کتب مرجع و رویه های قدیمی [آرای قضایی] مراجعه نمود. این امر می تواند بیانگر ابهاماتی باشد که در مورد برخی از استثنائات وجود دارد، که متعاقباً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

در ابتدا آیین و روشهای معمول را شرح داده و سپس استثنائات را مورد بررسی قرار خواهیم داد. الف. رویه معمول

قاعده اساسی این است که قانون خارجی يك امر موضوعی محسوب می شود. اگر یکی از طرفین دعوا بدان استناد نکند- حتی اگر بر طبق قاعده انتخاب قانون حاکم ( از قواعد حل تعارض) مربوطه به نظر برسد که قانون خارجی قابل اعمال است- دادگاه آن را اعمال نخواهد کرد. به جز در صورتی که طرف دیگر قبول نماید، قانون خارجی باید توسط طرفی که بدان استناد می کند اثبات گردد. اگر چنین اثباتی انجام نشود، یا قانون خارجس مورد استناد قرار نگیرد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

روش معمول اثبات قانون خارجی توس به گواهی کارشناس است. فردی که از او خواسته می شود که در مورد قانون خارجی نظر بدهد باید « به اعتبار دانش یا تجربه خود، صلاحیت مناسب و لازم را برای این کار دارا باشد ». ضرورتی ندارد که چنین فردی حقوقدانی باشد که در کشور مربوطه به فعالیت حقوقی و یا دانشگاهی داشته باشد، یا اینکه مقیم در کشور خارجی باشد. بنابراین، برای مثال يك استاد حقوقدان از مدرسه مطالعات آسیایی و آفریقایی دانشگاه لندن می تواند در مرد محتوای قانون کشور غنا شهادت بدهد، و يك عضو از کانون وکلای نیویورک یا استادی از يك دانشگاه امیکایی می تواند درباره محتوا قانون ایالات متحده امریکا شهادت بدهد.

طرف دیگر دعوا اجباری ندارد که نظر کارشناسی درباره قانون خارجی به دادگاه ارائه کند، اما هنگامی که درباره محتوای قانون خارجی بین طرفین اختلاف نظر شدید وجود دارد، طرف مزبور هم به احتمال قریبه یقین نظر کارشناسی را به دادگاه ارائه خواهد کرد. در چنین وضعیتی، کارشناسان طرفین معمولاً با یکدیگر هم عقیده نخواهند بود و جیان کار رسیدگی فعالتر می گردد. سپس بر عهده دادگاه خواهد بود که در این باره تصمیم گیری کند، خواه نظر کارشناسی يك طرف را بر نظر کارشناسی طرف دیگر ترجیح دهد، خواه اینکه قسمتی از نظرات هر يك را بپذیرد. يك کارشناس باید منابع حقوقی ( مانند قوانین، رویه ها) [آرای قضایی] و کتب مرجع) که نظریه خود را بر اساس آنها استوار نموده ذکر کند. اگر کارشناسی در مورد تفسیر و آثار این منابع با هم توافق نداشته باشند، دادگاه می تواند ( و در حقیقت موظف است) به منظور تعیین اینکه کدامیک از آنان نظر صحیح را ابراز می کند، منابع مزبور را شخصاً مورد بررسی قرار دهد. با این وجود دادگاه، مجاز نیست که منابع حقوقی را که یکی از کارشناسان بدان استناد نموده مورد بررسی قرار دهد، همچنین دادگاه مجاز نیست که در این خصوص به انجام يك تحقیق حقوقی مستقل مبادرت نماید.

در دعاوی که توسط هیات منصفه رسیدگی می شوند ( که امروزه به ندرت در دعاوی حقوقی به کار گرفته می شود)، مسائل مربوط به قانون خارجی، اساساً به وسیله این هیات تصمیم گیری می شوند. مع هذا، این رویه توسط قانون تغییر نموده و اکنون خود قاضی درباره این مسائل تصمیم گیری می نماید.

دادگاههای پژوهشی در انگلستان در مورد مسائل موضوعی يك دعوا که دادگاه رسیدگی کننده [ نخستین] در خصوص آنها تصمیم گرفته است، تمایلی به دخالت از خود نشان نمی دهند؛ با این وجود، در مورد قانون خارجی « اگر چه يك امر موضوعی است، امری موضوعی از نوع خاص به حساب می آید» و دادگاههای پژوهشی حاضرند با آمادگی بیشتری، در مقایسه با يك امر موضوعی « معمولی» ، تصمیمات قضات [دادگاه نخستین] را در مورد قانون خارجی نقض نمایند. قضیه *attorney general of new zealand v. ortiz* در مورد این رفتار دادگاههای پژوهشی است، در قضیه مزبور دولت نیوزلند به منظور استرداد يك شی هنری، که به طور غیر قانونی از آن کشور خارج شده بود، در انگلستان دعوا اقامه می کند. در خصوص مساله قانون خارجی، یعنی تفسیر و صحیح قانونی نیوزلند یعنی « قانون ۱۹۶۲ در مورد اشیا تاریخی» ، اختلاف نظر وجود داشت. در حین رسیدگی هر طرف کارشناسی را به دادگاه معرفی نمود، و ردمورد نکته مورد اختلاف، دادگاه نخستینو شهادت کارشناس معفی شده توسط دولت نیوزلند را مرجح می دانست. دادگاه پژوهش این تصمیم دادگاه رسیدگی کننده نخستین را نق نمود، و در نتیجه دولت نیوزلند نزد مجلس اعیان ( house of lords ) فرجام خواهی نمود. مجلس اعیان نیز در حکم خود قانون نیوزلند را دقیقاً به همان نحوی که معمولاً طی آن قانونی انگلیسی را تفسیر می کند، تفسیر نمود. مجلس اعیان دیدگاههای وکلای طرفین را مورد

بررسی دقیق قرار داد، ولی چنین به نظر می رسد به نظرات کارشناسان طرفین هیچ گونه اهمیتی نداده است. مجلس اعیان از تحلیل مفصلی از قانون مورد بحث، نظر دادگاه پژوهش را ابرام نمود. از آنجایی که پژوهش خواهی نزد مجلس اعیان قط در صورتی که مبتنی بر مسائل حکمی مهم به حال عموم باشد، امکان پذیر است، اجازه پژوهش نزد این مرجع- که توسط دادگاه پژوهش اعطا شده بود- یقیناً بر این اساس بوده است که نکته ای قانونی مربوط به حقوق انگلستان می بایستی مورد تصمیم گیری قرار می گرفت. این برخورد مجلس اعیان بیان گر این حقیقت است که در عمل این مرجع آماده است تا مسائل مربوط به قانون خارجی را، حداقل چنانچه مربوط به کشوری همانند نیوزلند باشد، در مرحله فرجامی مورد رسیدگی قرار دهد. بدون تردید، مجلس اعیان رتاری متفاوت درباره یک قانون فرانسوی یا حتی یک قانون آمریکایی خواهد داشتو مع هذا مساله قاعده اساسی همچنان یکسان باقی می ماند.

#### ب. استثنائات

قبلاً" گفتیم که دادگاه انگلستان قانون خارجی را ( حتی اگر طبق قاعده انتخاب قانون حاکم از قواعد تعارض مربوطه اجزای آن لازم باشد) اعمال نخواهد کرد مگر این که یکی از طرفین بدان استناد کند، و اگر چنین استنادی صورت نپذیرفته باشد یا این که به اثبات نرسد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد. این قاعده، که از این به بعد به عنوان « قاعده عادی» از آن نام می بریم، روی هم رفته در مورد سیر کلی دعاوی کلملاً" رضایت بخش می باشد. مع هذا این سوال مطرح است که آیا وضعیتهایی وجود دارد که پذیرش استثنا را ایجاب کند، همان طوری که در سیستمهای دیگر اروپایی ( مانند فرانسه) که روش مشابه انگلیس را دنبال می کنند، پذیرفته شده است.

کتب مرجع در نگاه اول چنین می نماید که این استثنائات، اگر اساساً" وجود داشته باشند و خیلی محدود و اندک هستند. به هر حال، اگر چه منابع در این رابطه پرکنده است، اما دلایلی وجود دارد که « قاعده عادی» را در موارد ذیل ممکن است قابل اعمال نباشد. در چنین مواردی، معمولاً" دادگاههای انگلستان اسماً" اقدام به تعیین قانون خارجی نمی کنند، ولی در عوض، علیه طرفی که اثبات آن قانون به عهده اش می باشد، حکم می دهند.

#### ۱. دعاوی کیفری

« قاعده عادی» در دعاوی کیفری اعمال نمی شود. اگر چه قانون خارجی معمولاً" در دعاوی کیفری مطرح نیست، ولی جرم « تعدد زوجات» یک استثنا محسوب می شود، زیرا دادستان باید اثبات کند که متهم قبل از برگزاری مراسم ازدواج دومش، متاهل بوده است. اگر ازدواج اول در یک کشور خارجی صورت گرفته باشد، یا اینکه زوجین مقیم یک کشور خارجی باشند، اعتبار آن ازدواج می تواند تابع قانون خارجی باشد. در چنین وضعیتی دادستان نمی تواند به « قاعده عادی» اتکا کند بلکه باید اعتبار ازدواج اول را بر طبق قانون خارجی اثبات نماید. اگر چنین امری انام نشود خوانده [ متهم] تبرئه خواهد شد. این رویه هماهنگ با قواعد حاکم بر بار اثبات دعوا در رسیدگیهای کیفری است؛ دادستان باید دعاوی خود را به نحوی که محلی برای شکلی معقول [ منطقی] باقی نگذارد و به اثبات برساند و به جز این که متهم به جرم خود اقرار کند، دادستان نمی تواند با استناد به صور متهم در ارائه دلیل، مجرمیت متهم را اثبات نماید.

#### ۲. وضعیت

« قاعده عادی» همچنین در مواقعی که از دادگاه درخواست شده است که در مورد وضعیت [ اجتماعی]- قانونی [ فردی] قرار یا حکمی صادر کند که برای اشخاص ثالث الزام آور است، غیر قابل اعمال می باشد. بنابراین، اگر طرفی درخواست صدور حکمی مبنی بر ابطال ازدواج (یا درخواست صدور حکم اعتبار ازدواج) کند، و در صورتی که بر طبق قواعد حل تعارض انگلستان، مساله اعتبار ازدواج تابع قانون خارجی باشد، خواهان نیایستی بتواند به « قاعده عادی» استناد نموده و دعاوی خود را بر طبق قوانین انگلستان به اثبات برساند؛ اگر شخص مزبور تواند اثبات نماید که ازدواج بر طبق قانون خارجی بی اعتبار ( یا معتبر) می باشد، می بایستی درخواستش مردود اعلام شود. هیچ گونه حکم موثقی که موید این گفته باشد وجود ندارد و در حقیقت « اظهارات جنبی قاضی» در مغایرت با آن یافت می شود؛ با وجود این، از آنجایی که در دعاوی مربوط به ازدواج، خواهان بایستی دعوا خود را ثابت نماید و نمی تواند به سادگی به قصور خوانده در دفاع از دعوا استناد نماید، به نظر می رسد که استناد خواهان به قصور خوانده در استناد و اثبات قانون خارجی علی القاعده صحیح نباشد.

#### ۳. حکم اختصاری

همچنین به نظر می رسد « قاعده عادی» در مورد درخواست صدور حکم اختصاری پیش بینی شده به موجب دستور شماره ۱۴ از مقررات دادگاه عالی، قابل اعمال نباشد. این مساله در قضیه national shipping corporation v. arab مطرح شد، قاضی این پرونده، آقای باکلی، اعلام نمود که:

« اظهارات به عمل آمده از طرف خواهان- که بسیار واضح می باشد- بستگی به این فرضیه- که بدون تردید در حقوق ما مورد شناسایی قرار گرفته است- دارد که قانون خارجی مشابه قانون انگلستان است به جز در مواقعی که دلیلی مبین تفاوت میان آنها ارائه شده باشد. اما، در دعاوی که در آن قانون خارجی به روشنی مطرح است، صدور حکم اختصاری به نفع خواهان، بر مبنای این فرضیه، به نظر من قانع کننده نمی باشد.»

نتیجتاً پژوهش علیه صدور حکم اختصاری پذیرفته شد.

#### ۴. تعهدات بین المللی

اظهارات لد دیپلاک در دعوی *ucm v. royal Bnk pf canada* بیانگر وجود يك استثنای دیگر است:

«چنانچه در حین رسیدگی به يك دعوا دادگاه متوجه شود که قراردادی که بر اساس آن یکی از طرفین، دعوی خود را اقامه نموده است، از نوع قراردادی است که کشور انگلستان تعهد بین المللی داده است که آنرا غیر قابل اجرا بداند، دادگاه باید، حتی اگر خوانده نیز بدان استناد نکرده باشد، خود این نکته را مورد بررسی قرار داده و موظف است از هر گونه کمک به اجرای آن قرا رداد خودداری نماید»

اگر چه این گفته از نوع « اظهارات جنبی قاضی» می باشد، به احتمال قریب به یقین مبین حقوق انگلستان می باشد.

قضیه *ucm v. royal canada* به نقض قرار دادی مربوط می شد که بر خلاف مقررات کنترل ارز يك کشور خارجی بود. « تعهد بین المللی» که بدان اشاره شده، عنایت دارد به مفاد مقررات بند ۲ (ب) از ماده ۸ « موافقتنامه بین المللی پول» که مقرر می دارد: « قراردادهای مبادله ارز که در بر گیرنده ارز ك عضو و برخلاف مقررات کنترل ارزی يك عضو - که مطابق این موافقتنامه ابفا یا وضع شده اند- می باشد، در قلمرو سرزمینی هر يك از اعضا غیر قابل اجرا خواهد بود». بنابراین ار اظهارات لرد دیپلاک این است که اگر دعوی جهت اجرای این قرارداد در انگلستان اقامه شود و هیچ يك از طرفین به غیر قانونی بودن قرارداد بر اساس مقررات مربوط به کنترل ارز کشور خارجی استناد نکرده باشند، دادگاه انگلستان در مواقع مناسب بر اساس نظر خود به مساله رسیدگی خواهد کرد. در چنین مواردی، دادگاه از خواهان می خواهد که اثبات نماید که قرارداد غیر قانونی نیست، اگر خواهان نتوانست این امر را اثبات نماید، از اجرای آن قرارداد خودداری خواهد کرد. مقررات کنترل مبادلات ارز همواره مجازاتهای کیفری را پیش بینی می کنند، و بند ۲ (ب) از ماده ۸] مذکور بالا] با ممانعت از اجرای قراردادهایی که بر طبق قوانین ارزی دولتهای خارجی غیر قانونی هستند، سعی در تأمین منافع این دولتها دارد و اظهارات لرد دیپلاک در مورد سایر کنوانسیونهای مشابه نیز جاری است، اما اعتبار آن در وراي این گونه کنوانسیونها محل تردید است. به ویژه این که قاعده حل تعارض مورد اختلاف نشأت گرفته از يك کنوانسیون بین المللی مربوط به یکسان سازی] وحدت] حقوق بین الملل خصوصی استنباید اجرا شود.

#### ۵. نامشروع

حتی در صورت فقدان کنوانسیون بین المللی، ممکن است نزاکت بین المللی حکم کند که قراردادی که بر طبق قوانین خارجی غیر قانونی] نامشروع] است نباید به اجرا گذاشته شود. شرایط مربوط به نزاکت بین المللی در این رابطه به خوبی در قضیه *regazonni v. sethia* بیان شده است، طبق قاعدهای که در این قضیه اعلام شده است يك دادگاه انگلیسی به اجرا، یا به پرداخت خسارات ناشی از نقض قراردادی که در بر گیرنده انجام عملی خلاف قانون در يك کشور خارجی است، حکم نخواهد داد. این قاعده مبتنی بر نظم عمومی است و صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد مستقلاً اجرا می شود، بنابرایناهمیتی ندارد که قانون حاکم بر قرارداد، قانون انگلیسی یا قانون يك کشور خارجی است.

به محض اینکه يك دادگاه انگلیسی از حقایق آگاه شود که احتمالاً اعمال قاعده مذکور در قضیه *regazonni v. sethia* را طلب می نماید، خود باید راساً اقدام به بررسی موضوع کند حتی اگر هیچ يك از طرفین به قانون خارجی استناد نکرده باشند. علت این امر این است که قاعده مذکور نه به منظور حفظ مصالح طرفین دعوا، بلکه به جهت نفع عمومی وضع شده است. اجرای يك قرارداد که از شرایط آن انجام يك عمل غیر قانونی در يك کشور خارجی است در تضاد با وظیفه نزاکت بین المللی است و می تواند تأثیر سو بر روابط دوستانه دول خارجی با دولت انگلستان داشته باشد. این روابط دوستانه نایستس به مخاطره بیافتد صرفاً به خاطر این است که خوانده دعوا در استناد به قانون خارجی اهمال نموده است.

دلیل دیگری برای توجیه این که چرا دادگاه خود باید راساً اقدام کند این است که قاعده مطروحه در قضیه *regazonni v. sethia* اغلب به عنوان يك قاعده حقوق داخلی انگلستان محسوب می گردد. منظور این گفته این است که قراردادی که الزاماً به انجام عملی غیر قانونی در يك کشور خارجی منتهی می شود، بر طبق حقوق انگلستان غیر قانونی می باشد. اگر این نظر صحیح باشد، موضوع تحت پوشش قاعده ای قرار می گیرد که بر طبق آن دادگاههای انگلستان مساله مربوط به نامشروع بودن] یا غیر قانونی بودن] قرارداد را چنان

بدان آگاه شوند، بر طبق حقوق انگلستان خود مورد رسیدگی قرار می دهند حتی اگر طرفین دعوا آن را طرح نکره باشند.

۶. نتایج

«قاعده عادی» در حقوق انگلیس يك قاعده شكلي مربوط به آیین دادرسي است-قاعدهاي مربوط به دادخواهي [نحوه طرح دعوا] و ادله اثبات- و جرای آن با ملاحظات كلي آیین دادرسي بستگی دارد. قاعده مزبور بر يك قاعده كلي آیین دادرسي حقوق انگلستان متكي است که بر اساس آن دادگاه مساله اي را مورد بررسی قرار نمی دهد به جز اینکه طرفین دعوا آن را مطرح کرده باشند. بر این قاعده كلي وارد شده است. استثنائاتی نیز برای «قاعده عادی» مورد بحث قائل شد.

۶

سایر کشورها

وضع در کشورهای اتریش، هلند و پرتغال به طور كلي مشابه آلمان می باشد. موضع رسمي کشورهای اسکانديناوي نیز چنین است، اگر چه، در مرد مسائلي که طرفین دعوا می توانند با تراضي حل و فصل کنند، به نظر می رسد که در عمل دادگاههاي این کشورها معمولاً "قانون خارجي" را اعمال نمی کنند به جز اینکه يکي از طرفین به آن استناد کرده باشد. در ایتالیا، حقوقدانان سالهاست که از راه حلي مشابه آنچه در آلمان پذیرفته شده است طرفداري نمودهاند ولي دادگاهها همیشه این را قبول نکرده اند. مع هذا ماده ۱۴ قانون جديد در خصوص حقوق بين الملل خصوصي صريحا" اعلام می دارد که دادگاهها باید، به اعتبار سمت، قانون خارجي را راساً اعمال نمایند. با این وجود، هیچ گونه رويه اي وجود ندارد که در آن ديوان کشور نظر داده باشد که دادگاه باید، به اعتبار سمت، قانون خارجي را اعمال نماید، اگر چه در موافقي که نظم عمومي (ordre public) یا قوانین امري مطرح است- یعنی بیشتر در مسائل مربوط به حقوق خانواده- به احتمال زیاد دادگاه موظف به انجام چنین اقدامي می باشد. در سایر موارد قانون خارجي محتملاً" اعمال نخواهد شد مگر این که يکي از طرفین دعوا درخواست اجرای آن را نموده باشد. وضع در اسپانيا به نظر می رسد که شبیه انگلستان باشد.

۷

کنوانسیون رم

آیا کنوانسیون رم بر روی قوانین کشورهای عضو در مورد استناد و اثبات قانون خارجي تأثیری دارد؟ در نظر اول این چنین به نظر می آید. کنوانسیون به عبارتي ظاهراً" آمرانه حکم می کند که مقرراتش « باید بر تعهدات قراردادي در هر وضعيتي که در آن انتخاب قانون [صالح] در بين قوانین کشورهای مختلف مطرح است، اعمال شود» و چنین ادامه می دهد که، برای مثال، « يك قرارداد باید تابع قانون منتخب طرفین آن باشد» نتیجتاً، ممکن است تصور شود که هنگامی که کنوانسیون حکم به اعمال قانون خارجي می کند، کشورهای عضو کنوانسیون موظف به اعمال آن قانون می باشند حتی اگر طرفین دعوا به آن استناد نکرده باشند. مع هذا، بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۱ اعلام می دارد که قواعد کنوانسیون بر طبق قواعد مربوط به آیین دادرسي و ادله اثبات دعوا جاري نمی شود. از آنجايي که مقررات مربوط به استناد و اثبات قانون خارجي جز قواعد مربوط به آیین دادرسي و ادله اثبات دعوا است، بدیهي است که این مقررات نمی توانند تحت تأثیر قواعد مندرج در کنوانسیون قرار گیرند. بنابراین می توان نتیجه گرفت که کنوانسیون هیچ گونه تکليفي بر عهده کشورهای عضو نمی گذارد تا این گونه مقررات را جرح و تعديل نمایند.

اگر چه هیچ گونه تکليفي بر عهده کشورهای عضو کنوانسیون نیست که قانون خارجي را، به اعتبار سمت، راساً" به اجرا در بیاورد، ممکن است تصور شود که قصور در انجام این کار می تواند به اهداف کنوانسیون لطمه وارد کند. مع هذا، مهمترین هدف کنوانسیون این است که به طرفین قرارداد اجازه داده شود تا خود آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند. چون این خود برای منفعت طرفین قرارداد وضع شده است، اعمال قانون خارجي توسط دادگاه هنگامی که هیچ يك از طرفین چنین درخواستي را ندارند، بیهوده به نظر می آید. بنابراین پیشنهاد شده است که روح کنوانسیون اعمال قانون خارجي به اعتبار سمت را در مواردی که قانون حاکم بر قرارداد را خود انتخاب نموده یا می توانسته انتخاب نمایند، لازم نمی داند.

مواد ۵ و ۶ (کنوانسیون) قانون کشورهای خاصی را صرف نظر از انتخاب طرفین قرارداد مجري می داند. این برای حمايت از طرف ضعیف تر قرارداد (مصرف کننده یا کارگر) در نظر گرفته شده است که موضع ضعیف این گونه افراد ممکن است او را به انتخاب قانوني که به ضررش است وادار کند. مع هذا، هنگامی که دعوا آغاز شده است موضع اقتصادي ضعیف این گونه اشخاص به سختي می تواند مانعي برای استناد آنان به قانون خارجي باشد، بنابراین هیچ گونه دليلي وجود ندارد که بر اساس آن دادگاه باید راساً" قانون خارجي را به اعتبار سمت به اجرا در بیاورد.

نتیجه اینکه به نظر می رسد که اهداف و سیاست کنوانسیون رم به طور معمول اعمال قانون خارجي را، به اعتبار سمت، ضروري نمی دانند. مع هذا، ممکن است موارد غير عادي معدودي وجود داشته باشد (معمولاً"

هنگامی که مساله عئم مشروعیت مطرح است) که به کارگیری روش اعمال، به اعتبار سمت، به نظر پسندیده می آید این موارد معمولاً "هنگامی که بند ۱ ماده ۷ لازم الاجرا استواقعیته پیدا می کنند ولی ممکن است تحت مقررات بند ۳ ماده ۳ نیز ه وقوع بپیوندند. در این موارد استثنای روح- و اگر چه نه متن- کنوانسیون رم اقتضا می نماید که دادگاه با اقدام خود قانون خارجی را اعمال نماید. در انگلستان این موارد به احتمال قریب به یقین تحت پوشش یکی از استثنائاتی که در بالا بحث شد قرار خواهند گرفت.

۸

نتایج

تا جایی که به استناد و اثبات قانون خارجی مربوط است، سیستمهای حقوقی اروپا را می توان به بهترین وجه با مراجعه به خطی ممتد که آلمان دریک انتها و انگلستان در انتهای دیگر آن واقعند، نشان داد. اگر چه ممکن است تفاوت بین هر کشور و کشور مجاور واقع در طول خط چندان زیاد نباشد، مع هذا، تفاوت بین کشورهایی که در انتهای مخالف یکدیگر قرار می گیرند، بسیار فاحش است. در آلمان، دادگاه موظف به اعمال قانون خارجی است حتی اگر بدان استناد نشده باشد، در انگلستان به طور کلی دادگاه از چنین اقدامی منع شده است. در آلمان، هنگام نیاز به تعیین ماهیت قانون خارجی است، قاضی مکلف است خود شخصاً اقدام به تحقیق نماید. در انگلستان قاضی از چنین اقدامی منع شده است به جز اینکه هر دو طرف دعوا از او چنین درخواستی کرده باشند.

مع هذا، اختلافات عملی- حتی بین انگلستان و آلمان - را نایبستی بیش از حد بزرگ جلوه داد. طرفین اقدام به طرح دعوا نمی کنند به جز اینکه به موفقیت خود امیدوار باشند، و متداعیین در انگلستان موقعی قانون خارجی را مورد استناد و اثبات قرار می دهند که اعمال آن به نفعشان باشد. آنان معمولاً فقط زمانی از چنین اقدامی خودداری می کنند که بر این باورند که قانون خارجی مشابه قانون انگلستان است. استثنائات عمده موقعی رخ می دهد که یک طرف دعوا ناآگاه به قابل اعمال بودن قانون خارجی استو به محتوای آن ی توجه است یا توانایی اثبات آن را ندارد. به جز در مواردی که این حالات وجود دارد، سیستم انگلیس همان نتیجه ای را به بار می آورد که از سیستم آلمان به دست می آید. بنابراین اختلاف نتیجه به احتمال قوی موقعی حاصل می شود که اصحاب دعوا امکانات کافی برای تحصیل نظرات حقوقی صحیح یا به کارگیری وکیل مجرب را ندارند.

حقوقدانان از کشورهایمانند هلند و آلمان عقیده دارند که سیستم آنها برتر است. برای آنها باورکردنی نیست که قضات انگلیسی نه تنها موظف نیستند که خود شخصاً در مورد تعیین قانون خارجی دست به تحقیق بزنند- هنگامی که اینکار ضروری است- بلکه در حقیقت از انجام چنین کاری منع شده اند. در مقابل، حقوقدانان انگلیسی در تعجبند که چرا قضات آلمانی، حتی در صورت فقدان شرایط و اوضاع و احوال خاص، بر اعمال قانون خارجی ارا می ورزند در جایی که هر دو طرف دعوا روش آسانتر و آشناتر در خصوص صدور حکم بر طبق قانون مقرر دادگاه را ترجیح می دهند. این اختلاف تا اندازه ای نتیجه عدم درک صحیح طرفین می باشد، عدم درکی که تا حدودی ناشی از سنتهای حقوقی متفاوت کشورهای مورد بحث است؛ آیا نقش قاضی به طور انتزاعی این است که « حقیقت » را کشف و حکم « عادلانه » صادر نماید یا اینکه دعوا را بر طبق مستندات و دلایل ارائه شده مود رسیدگی قرار دهد؟ اختلاف نظر در مفاهیم اساسی مانند اینهاست که از آن اختلاف در مورد قواعد مبوط به قانون خارجی شات گرفته است. بنابراین، واقعیات تاریخی احتمالاً وسیله بقای وجوه مشخصه سیستمهای حقوقی انگلستان و سایر کشورهای اروپایی را، برای سالهای متمادی در آینده، تامین خواهند کرد.