



استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه ای بین سیستمهای مهم اروپایی

پدیدآورده (ها) : ترورسی هارتلی؛قنبری جهرمی، محمد جعفر
حقوق :: حقوقی بین‌المللی :: پاییز و زمستان 1377 - شماره 23 (علمی-ترویجی/ISC)
از 113 تا 150
آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/73068>

دانلود شده توسط : مهدی لطیفی
تاریخ دانلود : 07/05/1396

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

استناد و اثبات قانون خارجی:

مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی

پروفسور ترور سی هارتلی*

Trevor C. Hartley

مترجم: دکتر محمدجعفر قنبری جهرمی

● مقدمه

قواعد حاکم بر استناد و اثبات قانون خارجی، اگرچه در انگلستان چندان مورد اختلاف نیست، به جهت رواج روشهای گوناگون در کشورهای اروپایی دارای نکات جالبی از دیدگاه حقوق تطبیقی است. به علاوه این احساس در بین برخی از حقوقدانان اروپایی (غیرانگلیسی) وجود دارد که قوانین انگلستان با اهداف مورد نظر ابتکارات بین‌المللی و اتحادیه اروپا در مورد تعارض قوانین سرناسازگاری داشته، و نتیجتاً این کشور تعهدات بین‌المللی و اروپایی خود را در این زمینه به طور کامل انجام نمی‌دهد. این اتهامات، به ویژه در رابطه با کنوانسیون رم^۱ عنوان شده‌اند. بنابراین مطالعه تطبیقی دیدگاهها و روشهای گوناگون در کشورهای مهم اروپایی بجا بوده، و همچنین می‌تواند زمینه مناسبی برای بررسی این پرسش فراهم آورد که آیا کنوانسیون رم تغییر و اصلاح روش سنتی انگلیسی را ضروری می‌داند یا خیر؟

* . استاد حقوق مدرسه علوم اقتصادی لندن (London School of Economics) این مقاله به منظور طرح در یکی از جلسات «گروه اروپایی حقوق بین‌الملل خصوصی» که از تاریخ ۲۹ سپتامبر تا ۱ اکتبر ۱۹۹۵ در شهر ژنو برگزار گردید، نوشته شده است.

1. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 7 Dec. 1981, O. J. L. 266/1.

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 خارجی

در آغاز دو مسأله را باید از هم تفکیک نمود: یکی قابلیت اعمال قانون خارجی و دیگری اثبات وجود آن. مسأله اول مربوط است به این که آیا قانون خارجی اجرا خواهد شد و مسأله دوم به محتوای آن قانون مربوط می باشد. البته بین قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجی رابطه نزدیکی وجود دارد: اگر قانون خارجی قابل اعمال نباشد مسأله اثبات آن موضوعاً منتفی است، و اگر هم ناتوانی در اثبات آن به اعمال قانون مقرر دادگاه منتهی شود، نتیجه آن با غیر قابل اعمال بودن قانون خارجی یکی خواهد بود. بدین جهت معمولاً برای هر دو مسأله روش مشابهی به کار گرفته می شود. هر چند که این دو مسأله 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 خارجی بحث گردد که یکی از آن به عنوان امری «موضوعی» یاد می کند و دیگری به عنوان امری «حکمی» می نگرد. این دوگانگی، به رغم ظاهر برجسته خود، به لحاظ معدود بودن شمار کشورهای طرفدار هر یک از دو سیستم که نتایج کامل

موضوع گیری رسمی خود را در این رابطه قبول دارند، از اهمیت عملی ناچیزی برخوردار است. از این گذشته، حتی اگر کشوری قانون خارجی را امری حکمی به حساب آورد، ضرورتاً با آن همانند و همپایه قانون متبوع خود رفتار نخواهد کرد؛ آن را قانون می شمارد ولی قانونی از نوع دیگر. از سویی دیگر کشورهای وابسته به گروهی که قانون خارجی را امری موضوعی محسوب می نمایند، قانون خارجی را به عنوان امری «موضوعی با ویژگی خاص»^۲ می نگرند که نبایستی 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^۲ می تواند مثال خوبی [برای اثبات این گفته] باشد. در اکثر کشورها پژوهش خواهی مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا مشکل تر 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 این که آیا حق پژوهش وجود دارد یا خیر، حایز اهمیت است. با وجود این، کشوری که با قانون خارجی به مثابه امری حکمی برخورد می نماید، ضرورتاً پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی را نزد عالی ترین دادگاه اجازه نمی دهد.^۳ از طرف دیگر، از میان کشورهایی که قانون خارجی را امری موضوعی می پندارد حداقل یک کشور وجود دارد که از نظر رسیدگی پژوهشی با قانون خارجی همانند و همپایه قانون مقر دادگاه برخورد می کند.^۴

2. This is the position in England: see Parkasho v. Singh [1968] p. 223, 250.

۳. در اینجا لغت «پژوهش» در معنی عام به کار رفته است و در برگیرنده مفاهیمی مانند «ریویزیون» در حقوق آلمان و «کسیون» در حقوق فرانسه می باشد (این دو مفهوم معادل مفهوم فرجام در حقوق ایران می باشند. م).

4. For Germany (appeals to the Bundesgerichtshof), see below; for the Netherlands (appeals to the Hoge Raad), see the Wet Rechterlijke Organisatie (Judicial Organisation Act), Art. 99 (1), point 2 (for limited exceptions, see H. U. Jessurn d'Oliveira, "Foreign Law in Summary Proceedings", in Mathilde Sumampouw et al. (Eds.), Law and Reality (1992), p. 119 at p. 123).

5. England: see infra.

وضعیت محاکمات با حضور هیأت منصفه در انگلستان نیز تناقض آمیز است.

ج. اعمال به اعتبار سمت (*ex officio*)

هنگامی که قاعده انتخاب قانون حاکم (از قواعد تعارض قوانین) حکم به اعمال قانون خارجی می‌کند، آیا دادگاه باید رأساً و «به اعتبار سمت» خود قانون خارجی را اعمال نماید یا این که اعمال قانون خارجی منوط به درخواست یکی از طرفین دعوا است؟^۶ این سؤال به رغم ظاهر آسانی که دارد، سؤالات عمیقی را در مورد طبیعت تعارض قوانین و در واقع رسیدگی قضایی فی حد ذاته برمی‌انگیزد. آیا قواعد مربوط به انتخاب قانون حاکم طبیعتی مشابه با سایر قوانین دارند؟ آیا نقش قاضی همانند داوری بی‌طرف است که صرفاً بین اطراف دعوا حکمیت می‌کند، یا این که او بایستی نقشی فعال در کشف واقعیات امر ایفا کند؟

استدلالی که معمولاً در تأیید این نظر که دادگاه باید رأساً و به اعتبار سمت قضایی خود - هنگامی که قواعد انتخاب قانون حاکم مقتضی اعمال قانون خارجی هستند - قانون خارجی را اعمال کند، طرح می‌شود این است که قواعد مزبور همانند سایر قوانین [متبوع] برای دادگاه الزام‌آور است. طبق این استدلال، دادرسی که قانون خارجی را، ولو در صورت عدم درخواست یکی از طرفین اعمال نمی‌نماید، آن‌چنان 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 می‌شوند: صرف این که قاعده‌ای قانوناً الزام‌آور است بدین معنی نیست که قاضی رأساً مکلف به اعمال آن می‌باشد.

در مقابل، دلیل اساسی گروه دیگر این است که اثبات قانون خارجی وقت گیر، مشکل، نامعلوم و پرخرج می‌باشد: 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 مقر دادگاه، که احتمالاً از دیدگاه آنان مشابه قانون خارجی است، رسیدگی شود به نظر می‌رسد که دادگاه هم باید به خواست آنها احترام گذارد مگر این که نظم عمومی و یا ملاحظات دیگری از این قبیل،

۶. تا حدی که این درخواست باید در شکل خاصی ارائه گردد؛ آیین‌های هر کشور با کشور دیگر متفاوت است.

به گونه ای دیگر ایجاب کنند.

کشورهای اروپایی درباره نکته مورد بحث اختلاف نظر بسیار دارند. در بعضی کشورها، مثلاً آلمان، قانون خارجی امری حکمی محسوب می شود و این دادگاه است که رأساً 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 دعوا است و بار اثبات آن هم 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 موکول 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.^۷

به منظور ارزیابی مزایای دو روش، ضروری است این سؤال بررسی شود که اصولاً چرا یک سیستم تعارض قوانین، اجرای قانون خارجی را لازم می داند. این خود سؤالی مشکل و بغرنج است.^۸ با این وصف می توان گفت که اعمال قانون خارجی در پاره ای

۷. برای مثال در هلند این نوع از توافقات در مواردی که دعوا راجع به «مسائل مربوط به توارث» (vermogensrechtelijke zaken) است، مجاز می باشد، این مفهوم همچنین برای تعیین این که آیا یک دعوا قابل حل و فصل از طریق داوری است، به کار گرفته می شود. رک.

Court of Appeal of s-Hertogenbosch, 20 Feb. 1089, N. I. P. R. 1989, No 256 (contract concluded prior to the Rome Convention); District Court of Rotterdam H, 8 Jan. 1979, N. J. 1979, 1134; N.I.L.R. 1981, p. 63 (tort: Rhine pollution); Hoge Raad, 19 Nov. 1993, N. J. 1994, 622; N.I.L.R. 1994, p 363 (note by H. Duintjer Tebbens) (tort).

۸. در این خصوص تألیفات فراوان وجود دارد. تألیفات مهم به زبان انگلیسی در اثر [ذیل] نقل و مورد بررسی قرار گرفته اند: P. Cheshire and North, Private International Law (12th edn. 1992). P. M. North and J. Fawcett (Eds), pp. 27- 40.

موارد به منظور حفظ منافع طرفین دعوا [یا یکی از آنها]، احياناً از طريق حمايت 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 غیرمعقول جلوه می کند. ولی در مواردی که سایر ملاحظات تفوق دارند دادن این امکان به طرفین دعوا که به وسیله عدم استناد به قانون خارجی مانع اجرای آن شوند، غیرمعقول به نظر می آید.

اگرچه تفکیک بین این موارد در تئوری آسان است ولی کاربرد آن در عمل مشکل است. از این رو شاید روش دیگری برای مرزبندی و تفکیک بین این موارد و ملاحظات، احراز غایت 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 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 کشورهای این تفکیک را اعمال می کنند بر این است که قرارداد، مسؤولیت مدنی و اموال را در عداد 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 که در آنها غلبه با نفع و مصلحت عمومی است.

د. اثبات

دو روش عمده برای اثبات قانون خارجی یا بار اثبات را به عهده یکی از طرفین

9. For the Dutch concept, see *supra*. n. 7; for the Swiss and French concepts, see the discussion of Swiss and French law, *infra*.

برای مثالی در حقوق ایران به ماده ۳۰ ق. م. مراجعه شود (م).

دعوا (که معمولاً، ولی نه همیشه، طرفی است که اعمال قانون خارجی را درخواست می‌کند) گذاشته و یا آن که این وظیفه را به عهده خود دادگاه می‌گذارد. چنانکه می‌توان حدس زد این اختلاف، انعکاسی از 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 می‌باشد. 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 تأکید می‌شود. این موضوع تا حد زیادی به سنتهای مرسوم در کشورهای مربوطه بستگی دارد: کشورهای کامن لو شهادت شفاهی را ترجیح می‌دهند. کارشناسان، به منظور بی‌اعتبار نمودن نظراتشان، مورد سؤال از سوی وکلای طرفین قرار می‌گیرند. در حالی که دادگاههای کشورهای حقوق نوشته معمولاً ترجیح می‌دهند که نظریه‌ای مستدل [کتبی] را مورد ملاحظه قرار دهند. هر یک از این دو روش که برگزیده شود، در دعاوی پیچیده که طرفین به سختی از مواضع خود دفاع می‌کنند، احتمالاً نظرات کارشناسی با هم تناقض خواهند داشت، زیرا کارشناس هر طرف نظری را ارائه می‌دهد که به نفع [یا مثبت ادعای] آن طرف می‌باشد. 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 می‌تواند به تحقیقات شخصی خود تکیه کند، یا این که از سایرین، مانند حقوقدانان خارجی یا یک مؤسسه 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 هزینه‌ای ممکن است انگیزه‌ای قوی برای توافق بین طرفین دعوا باشد تا به قانون خارجی استناد نکنند. در مواردی که وظیفه اثبات به عهده دادگاه است، هزینه‌ها معمولاً از منابع مالی عمومی تأمین می‌شود. مزیت این شیوه در این است که بار مالی جلب نظر کارشناسی را از دوش طرفین دعوا برمی‌دارد.

با در نظر گرفتن ملاحظات کلی فوق، اکنون قوانین کشورهای را تک تک مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در کشور آلمان قانون خارجی امری حکمی، و نه موضوعی، محسوب می‌شود.^{۱۰} صرف نظر از این که طرفین بدان استناد کرده باشند یا خیر، دادگاه، از حیث سمت، رأساً قانون خارجی را اعمال می‌نماید. وظیفه تعیین آن قانون بر عهده خود دادگاه می‌باشد^{۱۱} که

۱۰. مطالب مندرج در این بخش بر اساس اطلاعات، منابع و نقل قولهای ارائه شده توسط پرفسور Karl Kreuzer نگارش شده است.

11. See Jan Kropholler, Internationales Privatrecht (2nd edn. 1994), p. 519; Christian von Bar, Internationales Privatrecht, Vol. I: Allgemeine Lehren (1987), note 372; Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht (1987), note 2136; Peter Arens, Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß, Festschrift für Imre Zajtway (1982), p. 7 at p. 8; Lorenz Fastrich, "Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts" (1984) 97 Z.Z.P. 423, 427; Erwin Riezler, Internationales Zivilprozeßordnung und prozessuales Fremdenrecht (1949), p. 493; Geimer in Richard Zoller, Zivilprozeßordnung (19th edn, 1995), Sec. 293 ZPO note 14.

12. See Bundesgerichtshof, judgment of 21. 02. 1962, B. G. H. Z. 36, 348, 353; Bundesgerichtshof, judgment of 30. 03. 1976, N. J. W. 1976, 1581, 1582; Kropholler, idem., p. 520; von Bar, idem. note 373; Geimer (1987), ibid.; Sonnenberger in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. 7: Einführungsgesetz, Internationales Privatrecht (2nd edn, 1990), Einl. note 453; Hartmann in Adolf Baumbach, Zivilprozeßordnung (53rd edn, 1995), sec. 293 ZPO note 6; Fastrich, idem. pp. 424 et seq.; Werner Geisler, "Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch 'Beweis' im prozeß" (1987) 91 Z. Z. P. 176, 181 et seq.; Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht (7th edn. 1995), pp. 362 et seq. See also Gerardo Brogini, "Die Maxime 'iura novit curia' und das ausländische Recht. Ein Beitrag zur Präzisierung des §. 293 ZPO" (1956) 155 A. c. P. 469 et seq.

مختار است در مورد وسیله و ابزار تحقیق در خصوص آن نیز تصمیم بگیرد.^{۱۳} به طور معمول دادگاه باید تمام منابع اطلاعاتی قابل دسترسی را به کار بگیرد.^{۱۴} دادگاه می تواند از طرفین دعوا بخواهد که در این امر او را یاری کنند به ویژه اگر آنان به اطلاعات مورد نیاز دسترسی داشته باشند.^{۱۵} اگر طرفین دعوا تبعه یک کشور باشند و بر محتوای قانون آن کشور [خارجی] اتفاق نظر داشته باشند، دادگاه می تواند نظر آنها را، بدون انجام هر گونه تحقیق دیگری،^{۱۶} قبول نماید، اگر چه اجباری به پذیرش آن ندارد.^{۱۷}

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 مرکز 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 نظرات هر ساله تحت عنوان "Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht" 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 درخواست اطلاعات کند، یا این که در خصوص موضوع از یک حقوقدان 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

13. See Bundesgerichtshof, judgments of 23. 12. 1981, N. J. W. 1961, 410; 10. 07. 1975, N. J. W. 1975, 2142, 2143; 30.03 1976, N. J. W. 1976, 1581; 16.10.1986, W. M. 1987, 25, 26; Kropholler, idem. p. 521; von Bar, idem. note 375; Geimer, idem. note 2138; Kegel, idem. p. 363; Geimer (1995), op cit., supra n. 11, at note 15.

14. See Bundesgerichtshof, judgments of 24.11.1960, N. J. W. 1961, 411; H. Dolle, "Bemerkungen zu §. 293 ZPO" in Festschrift für Arthur Nikisch (1958), p. 195; Kegel, idem, p. 316.

15. Geimer (1987), op cit., supra n. 11 at note 2141.

16. Bundesgerichtshof, judgment of 10. 04. 1975, R. I. W. 1975, 521; von Bar, op cit., supra n. 11, at note 373; Geimer, idem, note 2140.

17. See von Bar, ibid.; Geimer, op cit., supra n. 11 at §. 293 ZPO note 17.

خارجی به عهده دادگاه می باشد، 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 موقعی 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 مسؤولیت 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 دادگاه غالباً این استناد را نشانه توافق ضمنی آنان به اعمال قانون آلمان تلقی می نماید،^{۱۸} اگرچه این رویه مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است.^{۱۹} تا آنجایی که این نوع توافق صریح یا ضمنی در مورد انتخاب قانون حاکم امکان پذیر می باشد، این عمل آلمان را در جایگاهی مشابه با کشورهایمانند انگلستان قرار می دهد، اگرچه 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 شود: یکی بروفونگ (Berufung) که پژوهش نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه] یعنی Oberlandesgericht است، و دیگری رویزیون (Revision)، که پژوهش نزد عالی ترین دادگاه حقوقی، یعنی Bundesgerichtshof است. پژوهش نوع اول ممکن است بر مبنای مسائل موضوعی و یا حکمی دعوا استوار باشد، ولی پژوهش نوع دوم فقط می تواند مبتنی بر مسائل [حکمی] مربوط به قوانین فدرال آلمان باشد.^{۲۰} در نتیجه پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی فقط می تواند نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه]، و نه Bundesgerichtshof، مطرح شود.^{۲۱}

18. See Bundesgerichtshof, judgment of 18. 01. 1988 N. I. W. 1988. 1592.

19. See e. g. von Bar, op. cit. supra n. 11 (Vol. II, 1991), at p. 341.

20. Zivilprozeßordnung, §. 549 (1).

۲۱. در این رابطه، چند محدودیت و استثنا وجود دارد: به عنوان مثال، اگر دادگاه رسیدگی کننده قادر به

از آنجایی که استناد و اثبات قانون خارجی جزء موضوعات مربوط به آیین دادرسی محسوب می‌شود، این مسائل تا چندی قبل تابع قوانین کانتونها (قوانین محلی) می‌بود. 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 نیز به عهده طرفی بود که بدان استناد می‌کرد. ولی با تصویب قانون «حقوق بین الملل خصوصی فدرال»^{۲۳} مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، مسأله استناد و اثبات قانون خارجی جزء مسائل مربوط به حقوق فدرال محسوب گردید و تابع قوانین متحدالشکل لازم الاجرا در کل سوئیس قرار گرفت.

بند ۱ ماده ۱۶ قانون مذکور با عبارت صریح اعلام می‌دارد که: «دادگاه باید رأساً به اعتبار سمت، قانون خارجی را معین نماید». «مع هذا دو استثنا بر این قاعده وجود دارد: استثنای اول این است که بر طبق مفاد همان بند، در «مسائل مربوط به توارث»،

تشخیص قابلیت اجرای قانون خارجی نباشد؛ اگر دادگاه وظیفه خود در رابطه با ارزیابی قانون خارجی را به خوبی انجام ندهد؛ چنانچه قانون خارجی پس از اعلام رأی دادگاه تغییر یافته و عطف به ماسبق شود؛ چنانچه اجرای صحیح قاعده انتخاب قانون حاکم، مطابق دکترین احاله، منجر به اجرای قانون آلمان شود؛ یا در صورتی که صلاحیت دادگاه آلمان به یک قاعده مندرج در قانون خارجی بستگی داشته باشد. به علاوه در زمینه حقوق کار استثنای دیگری وجود دارد.

۲۲. مطالب مندرج در این بخش بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پرفسور Andreas Bucher و پرفسور Kurt Siehr نگارش شده است. به ویژه رک.

Andreas Bucher, Droit International Privé Suisse (1995), Vol. 1/2, Partie Generale-Droit Applicable, ss. 360 et seq.

23. Loi federale sur le droit international privé.

24. "Le contenu du droit étranger est établid office". It is, however, provided that the court may ask the parties for their assistance in this regard.

دادگاه مخیر است بار اثبات قانون خارجی را به عهده طرفین دعوا بگذارد،²⁵ اگر آنها نتوانند از عهده این امر برآیند آن گاه، بر طبق مفاد بند ۲ ماده ۱۶،²⁶ قانون مقر دادگاه به اجرا گذاشته خواهد شد. بنابراین در چنین مواردی، طرفین دعوا می توانند صرفاً با عدم ارائه مدارک مثبته قانون خارجی، اجرای قانون مقر دادگاه را تضمین نمایند. استثنای دوم مربوط است به مواردی که قواعد حقوق بین الملل خصوصی سویس به طرفین دعوا اساساً حق انتخاب قانون حاکم را می دهد، که در این گونه موارد آنها می توانند در جریان دادرسی بر عدم اعمال قانون خارجی توافق نمایند و نتیجتاً در این مورد نیز قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

ظاهراً مفهوم «موضوع مربوط به توارث» (patrimonial matter) در حقوق سویس همان نقش را دارد که مفهوم "vermogensrechtelijke zaak"²⁷ در حقوق کشور هلند ایفا می کند و یا شبیه به مفهوم «موضوعی که در خصوص آن طرفین دعوا مختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» در حقوق فرانسه می باشد.²⁸ در حقوق سویس «موضوع مربوط به توارث» مفهوم گسترده ای دارد و هر موضوعی که برای طرفین دعوا ارزش مالی داشته باشد، را شامل می شود. در حقیقت، به نظر می رسد محک تفکیک مفهوم مذکور

25. "En matiere patrimoniale, la preuve peut-être mise a la charge des parties". See Bucher, op. cit. supra n. 22. at §§. 375- 379.

صحبت کردن از «بار اثبات دعوا» در این زمینه چندان صحیح نیست، بلکه مسأله اصلی بیشتر به اسقاط تکلیف دادگاه در اعمال قانون خارجی، از حیث سمت، مربوط می شود. عدم توانایی در اثبات قانون خارجی منجر به صدور حکم علیه طرفی که مدعی حقی بر مبنای قانون مزبور است، نخواهد شد، بلکه صرفاً به اجرای قانون خارجی سویس خواهد انجامید. توجه به این نکته جالب است که قید مذکور در فوق در پیش نویس اصلی قانون ۱۹۸۷ نیامده بود بلکه در جریان تصویب آن در پارلمان فدرال سویس به صورت یک اصلاحیه به متن اضافه گردید. این اصلاحیه سازش آشکاری بود که با هدف تضمین پذیرش اصل کلی اعمال قانون خارجی رأساً و به اعتبار سمت، صورت گرفته بود. ممکن است که این قید هنگامی که قانون خارجی به علت وجود یک کنوانسیون بین المللی قابلیت اجرایی پیدا می کند، اعمال نگردد. همچنین عنوان شده است که قید مزبور هنگامی که به اهداف قاعده حل تعارض مورد بحث لطمه می زند، نباید به اجرای خارجی گذاشته شود: idem, §. 380.

26. "Le droit suisse s'applique si le contenu du droit etranger ne peut pas etre etabli".

27. See supra n. 7.

28. See infra.

بررسی این سؤال است که آیا انگیزه خواهان در اقامه دعوا انگیزه ای مالی بوده است یا خیر؟^{۲۹}



فرانسه

در فرانسه قانون مربوط به موضوع مورد بحث تقریباً به کلی ساخته و پرداخته 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 اخیراً تغییرات مهمی را به بار آورده و تحولات بیشتری را نیز در آینده می توان انتظار داشت.

الف. اعمال قانون خارجی^{۳۰}

اعمال قانون خارجی از جمله زمینه هایی است که دیوان عالی کشور فرانسه در مواضع خود تجدید نظر نموده است. در سال ۱۹۵۹، در دعوی Bisbal^{۳۱} این دیوان اعلام نمود که از آنجایی که قواعد تعارض قوانین فرانسه (حداقل در مواردی که اعمال قانون خارجی را ضروری می دانند) جزء مسائل مربوط به نظم عمومی نیستند، بر طرفین دعوا

29. Bucher, op cit., supra n. 22, at §. 375.

۳۰. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پرفسور Helene Gaudemet Tallton نگاشته شده است.

31. Civ. 12 May 1959, D. 1960. 610, note Malaurie; J. C. P. 1960. 11. 11733, note Motulskv; Clunet 1960. 810, note Sialelli, Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 62. note Batiffol; B. Ancel and U. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé (2nd edn, 1992), No. 33.

است که اعمال قانون خارجی را درخواست 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 دعوا درخواست طلاق³² و قانون حاکم بر آن، قانون ملی طرفین دعوا بود. طرفین دعوا هر دو شهروندان اسپانیایی بوده و بر طبق قوانین اسپانیا در آن زمان طلاق ممنوع بود. دادگاه رسیدگی کننده ظاهراً 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 رأساً، 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 رأی دیوان عالی کشور در قضیه *Compagnie algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny* صادر شد.³³ در این دعوا از رأی دادگاه پایین تر نزد دیوان عالی کشور پژوهش خواهی شده بود، 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 مزبور حکم نمود که صلاحیت رسیدگی به این مسأله که آیا دادگاه نخستین در اعمال قانون خارجی دچار اشتباه شده است یا خیر را ندارد.³⁴

برای سالهای متمادی، آرای فوق الذکر دیوان عالی کشور به عنوان آرای کلیدی و حکم ساز 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

32. A decree of judicial separation was already in force and the court was asked to convert this into a divorce.

33. Civ. 2 Mar. 1960. Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 97: J. C. P. 1960. 11. 11734, note H. M.; Clunet 1961. 408, note B. G.; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No.

34.

34. see infra.

خارجی را رأساً و از حیث سمت اعمال نمایند،^{۳۵} سپس در سال ۱۹۸۸، در دعاوی Schule و Rebouh،^{۳۶} به طور غیرمنتظره‌ای تغییر موضع داد و اعلام نمود که حتی موقعی که یک قاعده معمولی تعارض قوانین مورد بحث می‌باشد، دادگاه موظف است رأساً، از حیث سمت تصمیم بگیرد که آیا قانون خارجی اعمال می‌شود یا خیر؛ یعنی آن که «دادگاه موظف است به دعوا بر اساس قواعد حاکم بر آن رسیدگی کند».^{۳۷} قصور در به کارگیری این رویه می‌تواند موجب نقض حکم در مرحله پژوهش بشود.

به نظر می‌رسد که این آرای دیوان عالی کشور قاعده‌ای کلی را وضع می‌نمودند که بر اساس آن قانون خارجی باید، به اعتبار سمت، در همه اوضاع و احوال اعمال گردد. لیکن دیوان مزبور متعاقباً موضع میانه‌ای را در این رابطه اتخاذ نمود. در دعاوی Coveco^{۳۸} دیوان کشور چنین نظر داد که اگر طرفین دعوا اعمال قانون خارجی را درخواست نکنند، حکم صادره صرفاً به دلیل این که دادگاه رسیدگی‌کننده قانون مقرر دادگاه را اعمال نموده، قابل نقض نخواهد بود. مع هذا این قاعده کلی فقط هنگامی جاری است که قانون خارجی بر طبق مفاد یک کنوانسیون بین‌المللی [که فرانسه عضو آن می‌باشد] قابل اعمال نباشد و همچنین جایی که موضوع دعوا مربوط به آن بخش از حقوق می‌باشد که طرفین دعوا مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند».^{۳۹}

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

35. Civ. 25 Nov. 1986. Rev. crit. dr. int. pr. 1987. 383, note Ancel and Lequette; J. C. P. 1988. 11. 20967, note Courbe; and Civ. 25 May 1987. Clunet 1987. 927, note Gaudemet- Tallon; Rev. crit. dr. int. pr. 1988. 60, note Lequette; J. C. P. 1988. 11. 20976, note Courbe.

36. Civ. 11 and 18 Oct. 1988. Clunet 1989. 349. note Alexandré. J. C. P. 1989. 11. 21327. note Courbe; Rev. crit dr. intpr. 1989. 368; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at Nos 70 and 71.

37. "[L]e juge droit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable".

38. Civ. 4 Dec. 1990, Clunet 1991. 371, note Bureau; Rev. crit. dr. int. pr. 1991. 558, note Niboyet- Hoegy; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No. 72.

39. "[E] n une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits". See also Cour de cassation. Civ. 4 Oct. 1989, Rev. crit. dr. int. pr. 1990. 316, note Lagard.

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 رأساً، 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.^{۴۰} به کارگیری اصطلاح فرانسوی *un matière* (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.^{۴۱} ممکن است که مسائل مربوط به قرارداد، مسئولیت مدنی و اموال (شامل اموال ناشی از ازدواج و ارث) را جزء 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 شخصیه و اهلیت را می توان جزء آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن چنین حقی برای ایشان وجود ندارد.^{۴۲}

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 مقر دادگاه^{۴۳} رسیدگی شود؟ چنین توافقی ظاهراً امکان پذیر است،^{۴۴} به ویژه این امکان در رابطه با مسائل ناشی از قرارداد صریحاً پذیرفته شده است.^{۴۵}

۴۰. به عنوان دعوایی که در آن مفهوم مزبور در برگیرنده دعوی اثبات نسب می باشد، نگاه کنید به: Cour de cassation, Civ. 18 Nov. 1992, Clunet 1993. 309, note Lequette; Rev. crit. dr. int. pr. 1993. 276. note Ancel.

41. Lagard, Rev. crit. dr. int. pr. 1994. 332. 337.

42. Ibid.

۴۳. این توافق به منزله موافقت شکلی بر اساس ماده (۳) ۱۲ «قانون جدید آیین دادرسی» خواهد بود.

44. See Rôho, Cour de cassation, Civ. 19 Apr. 1988, Rev. crit. dr. int. pr. 1989. 69, note Batiffol.

45. See the note by Lagarde to Cour de cassation, Civ. 4 Oct. 1989, Rev. crit. dr. int. pr. 1990. 320- 322.

ب. بار اثبات دعوا^{۴۷}

در این مورد نیز دیوان عالی کشور فرانسه موضع خود را تغییر داده است. در آغاز، بر طبق قاعده‌ای که به قاعده لوتور - تینه (Lautour- Thinet)^{۴۸} معروف بود، بار اثبات قانون خارجی بر عهده طرفی بود که [اصل] ادعایش تابع آن قانون بود و نه طرفی که بدان استناد می‌کرد.^{۴۹} معنی قاعده چنین بود که، برای مثال، اگر خواهان، دعوا مربوط به تخلف [موجب مسؤولیت مدنی] که در یک کشور خارجی واقع شده بود را اقامه می‌کرد، 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 به قانون خارجی استناد کرده بود.^{۵۰} اگر قانون خارجی اثبات نمی‌شد، وضعیت بدین قرار بود که اگر عدم اثبات از تقصیر یا فقدان سعی طرفی که بار اثبات بر عهده اش بود، ناشی می‌شد دعوایش محکوم به رد بود؛ از طرف دیگر اگر اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نبود، دادگاه قانون مقرر خود را به اجرا درمی‌آورد. بنابراین انگیزه‌ای واقعی برای یک طرف وجود داشت تا حداکثر تلاش خود را جهت اثبات قانون خارجی به کار ببرد مع هذا طرف دیگر هم ممکن بود وسوسه شود که صرفاً به منظور اتلاف وقت به قانون خارجی استناد نماید.

اخیراً، دیوان عالی کشور فرانسه قاعده «لوتور - تینه» را کنار گذاشته است. قاعده

۴۶. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پرفسور Paul Lagarde نگاشته شده است. همچنین رک. Lagarde, op cit., supra n. 41 (note on Amerford, infra).

47. Named after the two leading cases: Lautour, Cour de cassation, Civ. 25 May 1948, Rev. crit. dr. int. pr. 1949. 89. 89, note Batiffol; D. 1948. 357, note P. L.-P.: S. 1949. I. 21. note Niboyet; J. C. P. 1948. II. 4532, note Vasseur, and Societe Thinet, Cour de cassation, Civ. 24 Jan. 1984, Clunet 1984. 874, note Bischoff, Rev. crit. dr. int. pr. 1985. 89. note Lagarde.

48. "La charge de la preuve de la loi étrangère pese sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi et non sur celle qui l'invoque, fût- ce à l'appui d'un moyen de défense". Société Thinet, ibid.

۴۹. در این مورد، یک استثنا وجود داشت؛ و آن هنگامی بود که دعوی اصلی در شمول قانون فرانسه بود و خواننده مدعی عدم قابلیت استماع دعوا می‌شد، در این صورت وی مجبور بود این مطلب را به اثبات برساند که ادعای مزبور طبق قانون خارجی موجه است.

جدیدی که در قضیه امرفور (Amerford) مقرر شده، چنین است که در مواردی که طرفین دعوا مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»، طرفی که ادعا می کند که اعمال قانون خارجی به نتیجه ای متفاوت از آن چه که از اعمال قانون فرانسه به دست می آید، منجر می شود باید این تفاوت نتیجه را با اثبات محتوای قانون خارجی مورد استناد ثابت نماید، در غیر این صورت قانون فرانسه به عنوان قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد. در قضیه امرفور، بیمه گر اجناسی که در هنگام حمل معیوب شده بود علیه شرکت باربری مربوطه اقامه دعوا نموده بود. خواننده [شرکت حمل باربری] مدعی بود که قانون ایلی نویز (Illinois) بر دعوا حاکم بوده و این ادعا مورد اعتراض خواهان نبود. بر اساس رویه لوتور-تینه، بار اثبات قانون ایلی نویز بر عهده خواهان [شرکت بیمه] قرار می گرفت، زیرا آن قانون حاکم بر ادعایش می بود. ولی، بر اساس رویه جدید، خواننده دعوا- طرفی که به قانون خارجی استناد کرده بود- مجبور به اثبات این بود که قانون خارجی با قانون مقر دادگاه تفاوت داشت.

مزیت رویه جدید در سادگی آن است، به ویژه این که دیگر ضروری نیست میان آن دسته از دعاوی که در آن ناتوانی در اثبات قانون خارجی ناشی از تقصیر طرفی است که بار اثبات را بر عهده دارد، و آن دسته از دعاوی که اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نیست، تفکیکی صورت پذیرد. بر طبق سیستم جدید، نتیجه در هر دو مورد یکسان است، بدین معنی که قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

قاعده جدید در رابطه با بار اثبات قانون خارجی، به خوبی با قواعد مربوط به اعمال قانون خارجی همخوانی دارد، زیرا مفهوم بخشی از حقوق که در آن طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» - مفهومی که توسط قانون مقر دادگاه توصیف می شود- در هر دو مسأله به کار گرفته می شود. در چنین مواردی دادگاه موظف نخواهد بود که به اعتبار سمت، رأساً حکم به اعمال قانون خارجی دهد، و اگر قانون خارجی اثبات نشود، قانون مقر دادگاه⁵⁰ به جای قانون خارجی، اعمال خواهد شد. مشکل عمده در مواردی بروز می کند که موضوع دعوا مربوط به بخشی از حقوق است که طرفین مختارند

50. Ch. com. 16 Nov. 1993, Rev. crit. dr. int. pr. 1994. 332, note Lagarde; Clunet 1994. 98. note Donnier.

51. Lagarde, idem. pp. 338- 339.

«آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» اما همچنین یک کنوانسیون بین المللی نسبت به آن اعمال می‌گردد. در اینجا وضعیت نامعلوم است بدین معنی که آیا دادگاه بایستی قانون خارجی را، حتی اگر بدان نیز استناد نشده باشد، قابل اعمال اعلام نماید آن گاه اگر قانون خارجی اثبات نشود، قانون مقرر خود را اعمال کند؟ یا این که دادگاه موظف است محتوای قانون خارجی را رأساً به اعتبار سمت، تعیین نماید؟ تاکنون جوابی به این سؤالات داده نشده است.

مشکل دیگر مربوط است به وضعیتی که دادگاه موظف نیست قانون خارجی را به اعتبار سمت، رأساً اعمال نماید ولی با این وجود تصمیم به چنین کاری می‌گیرد. آیا دادگاه متعاقباً نیز بایستی محتوای قانون خارجی را رأساً، به اعتبار سمت، تعیین کند؟ به نظر می‌رسد که دادگاه موظف به انجام چنین تکلیفی است، اگر چه وضعیت هنوز مسلم نیست.^{۵۲}

قضیه امرفور [دامنه اعمال] قاعده جدید را محدود به آن بخش از حقوق می‌کند که در آن طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»؛ بنابراین به طور ضمنی اشعار می‌دارد که برای سایر موارد، متعاقباً قاعده دیگری وضع خواهد شد، اما اشاره ای به محتوای این قاعده نمی‌نماید.

مرکز تحقیق و روشهای اثبات^{۵۳}

در فرانسه قانون خارجی - تا حد زیادی - به عنوان یک امر موضوعی به اثبات می‌رسد. اساساً تمام روشهای اثبات را می‌توان به کار گرفت، ولی روش معمول تهیه یک "certificats de coutume"، که همان نظرات کتبی کارشناسان (اغلب حقوقدانان خارجی) در مورد حقوق خارجی است، می‌باشد. این گونه نظرات کارشناسی ممکن است با مدارک مربوطه - برای مثال متن قانون خارجی یا تصمیمات دادگاهها (ترجمه شده به زبان فرانسه) - همراه باشد. اگر هر یک از طرفهای دعوا نظریه ای کارشناسی به دادگاه

52. See Société Demart, Civ. 5 Oct. 1994, Rev. crit. dr. int. pr. 1995. 60, note Bureau.

۵۳. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پرفسور Catherine Kessedjian نگارش شده است.

عرضه کند، تناقض بین نظرات مزبور غیرمحمتم نخواهد بود در چنین حالتی دادگاه مجبور خواهد بود که تصمیم بگیرد کدامیک از نظرات صحیح می باشد. از آنجایی که تحصیل چنین دلیلی پر هزینه می باشد، همیشه [به دادگاه] ارائه نمی شود؛ در عوض طرفین دعوا می توانند از دادگاه درخواست نمایند که رأساً تحقیقات لازم را به عمل آورد. اگر چه فرانسه عضو «کنوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا در خصوص اطلاعات راجع به حقوق خارجی»^{*} است اما از امکانات پیش بینی شده در این کنوانسیون، احتمالاً به دلیل این که موجودیت آن عموماً شناخته شده نیست، به ندرت استفاده می شود.

در فرانسه قاعده کلی این است که پژوهش مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا را می توان فقط نزد دادگاه پژوهش (Cours d'appel) و نه نزد دیوان عالی کشور، اقامه نمود. از آنجایی که قانون خارجی برای این منظور یک امر موضوعی محسوب می شود، پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی معمولاً نزد دیوان عالی کشور قابل طرح نمی باشد.^{۵۴} تنها استثنا بر این قاعده کلی مربوط به موردی است که دکتترین "Dénaturation" پیش بینی نموده است، بر طبق این دکتترین در مواقعی که دادگاه پایین تر شرایط یک مدرک کتبی، مثلاً یک قرارداد یا وصیت نامه، که معنی آن کاملاً واضح است را صحیحاً به اجرا در نیاورده باشد، می توان پژوهش [مبتنی بر مسائل موضوعی] را نزد دیوان عالی کشور طرح نمود. این دکتترین از طریق قیاس، به مورد قانون خارجی نیز تسری داده شده است. با وجود این، چنین پژوهشی تنها در دعاوی محدودی موفقیت آمیز خواهد بود.

*. The 1968 Council of Europe Convention on Information on Foreign Law.

۵۴. آرای قضایی با قاطعیت بر این مطلب صحه می گذارند، برای مثال نگاه کنید به:

Compagnie algerienne de Crédit et de Banque v. Chemouny, Civ. 2 Mar. 1960, Rev. crit. dr. int. pr. 1960. 97; J. C. P. 1960. II. 11734, note H. M.; Clunet 1961. 408, note B. G.; Ancel and Lequette, op cit., supra n. 31, at No. 34.

قوانین انگلیس در مورد استناد و اثبات قانون خارجی به طور محکمی تثبیت شده و به ندرت بحث انگیز می‌باشند. در عین حال، اخیراً در چندین دعوا دادگاهها مجبور شده‌اند که به این موضوعات رسیدگی کنند و به نظر می‌رسد که جهت کشف قوانین در این ارتباط بایستی به کتب مرجع و رویه‌های قدیمی [آرای قضایی] مراجعه نمود. این امر می‌تواند بیانگر ابهاماتی باشد که در مورد برخی از استثنائات وجود دارد، که متعاقباً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

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

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

55. See Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (12th edn, 1993), chap. 9; Cheshire and North, *Private International Law* (12th edn, 1992), chap. 7; O'Malley and Layton, *European Civil Practice*, chap. 9; Fentiman, "Foreign Law in English Courts" (1992) 108 L. Q. R. 142. Fr Scotland, see Anton, *Private International Law* (2nd edn, 1990), pp. 773- 780. For Australia see P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6th edn, 1995), chap. 17.

ریچارد فینتیمن (Richard Fentiman) در حال حاضر مشغول نوشتن کتابی تحت عنوان «قانون خارجی در دادگاههای انگلستان» است که قرار بود در سال ۱۹۹۶ توسط Oxford University Press منتشر گردد. از وی به خاطر آن که اجازه داد تا بخشهایی از این کتاب را ملاحظه کنم متشکرم و همچنین از نظرها و مساعدت‌های وی کمال تشکر را دارم. همچنین از آقای ایان کارستن (Ian Karsten QC)، پرفسور رابین مورس (Robin Morse) و پرفسور مایکل زندر (Michael Zander) به خاطر مساعدت و اظهار نظرهایشان متشکرم. مباحثات دوستانه با منتقدان نظام حقوقی انگلستان (همچون پرفسور هاس اولریخ جسوران دی الیویرا (Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira)) در فهم دیدگاههای کشورهای اروپایی کمک نمود. لازم به گفتن نیست که هیچ‌یک از افراد فوق‌الذکر مسؤولیتی در قبال گفته‌های من ندارند.

الف. رویه معمول

قاعده اساسی این است که قانون خارجی یک 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.^{۵۶} به جز در صورتی که طرف دیگر قبول نماید،^{۵۷} قانون خارجی باید توسط طرفی که بدان استناد می کند اثبات گردد.^{۵۸} اگر چنین اثباتی انجام نشود، یا قانون خارجی مورد استناد قرار نگیرد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد.

روش معمول اثبات قانون خارجی توسط به گواهی کارشناس است.^{۵۹} فردی که از او

۵۶. دادگاههای انگلیس معمولاً حق ندارند رأساً و به اعتبار سمت، قانون خارجی را قابل اجرا اعلام نمایند. با این حال، دادگاههای مزبور می توانند به ابتکار خود قانون ۱۸۵۹ بریتانیا مربوط به تعیین قوانین را به مرحله اجرا درآورند حتی اگر هیچ یک از طرفین به قانون خارجی استناد نکرده باشد. نگاه کنید به:

Topham v. Duke of Portland (1893) 1 De G. J. & §. 517 (varied but not on this point sub nom. *Duke of Portland v. Topham* (1864) 11 H. L. C. 32); *Eglinton v. Lamb* (1867) 15 L. T. 657 *Dacey and Morris, idem*, p. 226. On the operation of the Act, see *infra* n. 59; see also *Dacey and Morris, idem*, pp. 236-237.

۵۷. اگر درباره مفاد قانون خارجی طرفین توافق داشته باشند احتیاجی به اثبات آن نخواهد بود، نگاه کنید *Dacey and Morris, idem*, p. 228, notes 25 and 26.

۵۸. در این مورد، استثنائات قانونی معینی وجود دارد. نگاه کنید به: *The Maintenance Orders Act 1950*, §. 22 (2).

۵۹. هیچ یک از طرفین نمی تواند صرفاً با استناد به متن قانون خارجی یا با اشاره به حکم دادگاه خارجی، قانون خارجی را به اثبات برساند. (به عنوان یک استثنا نگاه کنید به: *the Evidence (Colonial Statutes) Act 1907* که اجازه می دهد قوانین کشورهای مشترک المنافع به عنوان دلیل - بدون نیاز به ارائه دلیل دیگری - پذیرفته شوند) با این حال، طرفین می توانند از دادگاه درخواست نمایند تا به موجب قانون ۱۸۵۹ «مربوط به تعیین قانون خارجی» تصمیم گیری نماید. این قانون به دادگاه اجازه می دهد تا از دادگاه کشور دیگر - که هر دو کشور جزء کشورهای مشترک المنافع هستند - درخواست کند که بر اساس قانون مزبور حکم نماید. چنین حکمی برای دادگاه طرف درخواست، لازم الاتباع است. موارد استناد به این قانون نادر می باشد. مقررات مشابهی در رابطه با قانون کشورهای غیرمشترک المنافع نیز توسط قانون ۱۸۶۱ «مربوط به تعیین قانون خارجی»، پیش بینی شده است، ولی هیچ کنوانسیون بین المللی تاکنون برای اثر بخشیدن به این قانون به تصویب نرسیده و این قانون توسط قانون ۱۹۷۳ نسخ شد. بریتانیا عضو

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 اشتغال داشته باشد.» این فرد می تواند مقیم انگلستان باشد و احتمالاً اشتغال حقوقی و یا دانشگاهی داشته باشد، یا این که مقیم در کشور خارجی باشد. بنابراین، برای مثال یک استاد حقوقدان از مدرسه مطالعات آسیایی و افریقایی دانشگاه لندن می تواند در مورد محتوای قانون کشور غنا^{۶۲} شهادت بدهد، و یک عضو از کانون وکلای نیویورک یا استادی از یک دانشگاه امریکایی می تواند درباره محتوای قانون ایالات متحده امریکا شهادت بدهد.^{۶۳}

شورای اروپا در خصوص اطلاعات مربوط به قانون خارجی است و به طور مرتب به کشورهای خارجی اطلاعات می دهد. هیچ قاعده ای در آیین دادرسی برای استفاده دادگاههای انگلستان از این کنوانسیون وجود ندارد ولی دادگاه عالی انگلستان ممکن است برای ارائه درخواست بر اساس آن واجد صلاحیت ذاتی باشد. در قضیه: *Panayiontou v. Sony Musical Entertainment (UK) Ltd. (1994) Ch. 142* رأی دادگاه بر آن بود که دادگاه عالی برای صدور درخواست به دادگاه کشور دیگر جهت مساعدت در به دست آوردن اسناد، واجد صلاحیت ذاتی است.

روش دیگری برای اثبات در بند ۲ ماده ۴ «قانون ادله اثبات دعوی مدنی» بیان شده است که مقرر می دارد: «هرگاه مطلبی در رابطه با قانون خارجی قبلاً در یکی از دادگاههای انگلستان مورد قرار گرفته باشد، آن رأی می تواند (البته با رعایت شرایط خاص) در دعوی بعدی به عنوان دلیل اثبات قانون خارجی مورد استناد قرار گیرد». چنین تصمیمی برای دادگاه بعدی لازم الاتباع نیست بلکه فرضی را به وجود می آورد که می توان خلاف آن را به اثبات رساند. این قاعده «شبه رویه» با توجه به آن دکتترین که قانون خارجی یک امر موضوعی است، جالب توجه می باشد.

دادگاه در حالت عادی حق ندارد که برای تعیین قانون خارجی، رأساً اقدام به بررسی نماید ولی تنها در صورت درخواست هر دو طرف ممکن است این کار را انجام دهد دادگاهها مکلف نیستند که به چنین درخواستی پاسخ مثبت بدهند و عموماً به این کار بی علاقه اند نگاه کنید به:

Dacey and Morris, op cit., supra n. 55, at p. 228.

60. *Civil Evidence Act 1972, §. 4 (1).*

61. *Ibid.*

۶۲. نگاه کنید به: *McCabe v. McCabe, (The Independent, 3 Sept. 1993)* این قضیه مربوط بود به ازدواجی بر طبق حقوق عرفی عکان (*Akan customary law*) که استادی از مدرسه مطالعات آسیایی و افریقایی برای یک طرف دعوا و همکار قدیمی وی برای طرف دیگر گواهی کارشناسی دادند (هویت کارشناس گواهی دهنده فقط در نسخه دست نویسی درج شده است).

۶۳. نگاه کنید به: *X, Y and Z v. B [1983] 2 Lloyd's Rep. 535; [1983] 2 ALL E. R.*

طرف دیگر دعوا اجباری ندارد که نظر کارشناسی درباره قانون خارجی به دادگاه ارائه کند،^{۶۴} اما هنگامی که درباره محتوای قانون خارجی بین طرفین اختلاف نظر شدید وجود دارد، طرف مزبور نیز به احتمال قریب به یقین نظر کارشناسی را به دادگاه ارائه خواهد کرد. در چنین وضعیتی، کارشناسان طرفین معمولاً با یکدیگر هم عقیده نخواهند بود و جریان کار رسیدگی فعال ترمی گردد. سپس بر عهده دادگاه خواهد بود که در این باره تصمیم گیری کند، خواه نظر کارشناسی یک طرف را بر نظر کارشناسی طرف دیگر ترجیح دهد، خواه این که قسمتی از نظرات هر یک را بپذیرد. یک کارشناس باید منابع حقوقی (مانند قوانین، روه‌ها [آرای قضایی] و کتب مرجع) که نظریه خود را بر اساس آنها استوار نموده ذکر کند. اگر کارشناسان در مورد تفسیر و آثار این منابع با هم توافق نداشته باشند، دادگاه می‌تواند (و در حقیقت موظف است) به منظور تعیین این که کدامیک از آنان نظر صحیح را ابراز می‌کند، 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 یک تحقیق حقوقی مستقل مبادرت نماید.^{۶۵}

در دعاوی که توسط هیأت منصفه رسیدگی می‌شوند (که امروزه به ندرت در دعاوی حقوقی به کار گرفته می‌شود)، مسائل مربوط به قانون خارجی، اساساً به وسیله این هیأت تصمیم‌گیری می‌شوند. مع‌هذا، این روه توسط قانون تفسیر نموده و اکنون خود قاضی درباره این مسائل تصمیم‌گیری می‌نماید.^{۶۶}

464 در این قضیه وکیلی اهل نیویورک برای یک طرف دعوا و استاد از دانشگاه نیویورک برای طرف دیگر گواهی کارشناسی دادند. فرد اخیر در کلام قاضی «فردی با بارزترین ویژگی ممتاز علمی و صاحب‌نظر اول در زمینه حقوقی مطروح در دعوا بود».

۶۴. چنانچه این کار انجام نشود، دادگاه معمولاً ادله کارشناسی ارائه شده را می‌پذیرد، مشروط بر آن که این ادله منطقی بوده و خطای فاحش نداشته باشد. با این حال، اگر نظر کارشناس با ادله و منابع ذکر شده تقویت نشود، دادگاه می‌تواند خود به ارزیابی و نتیجه‌گیری بپردازد. نگاه کنید به:

Dacey and morris, *op cit.*, *supra* n. 55, at pp. 232- 233.

65. *Idem*, p. 232. For a case in which a judgment was reversed on this ground, see *Bumper corpn v. Comr of Police of Metropolis* [1991] 1 W. L. R. 1362 (CA).

۶۶. این موضوع ابتدائاً توسط قانون دادگستری ۱۹۲۰ مطرح گردید:

دادگاه‌های پژوهشی در انگلستان در مورد مسائل موضوعی یک دعوا که دادگاه رسیدگی کننده [نخستین] در خصوص آنها تصمیم گرفته است، تمایلی به دخالت از خود نشان نمی‌دهند؛ با این وجود، در مورد قانون خارجی «اگر چه یک امر موضوعی است، امری موضوعی از نوع خاص به حساب می‌آید» و دادگاه‌های پژوهشی حاضرند با آمادگی بیشتری، در مقایسه با یک امر موضوعی «معمولی»، تصمیمات قضات [دادگاه نخستین] را در مورد قانون خارجی نقض نمایند.⁶⁷ قضیه *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*⁶⁸ مثالی خوب در مورد این رفتار دادگاه‌های پژوهشی است، در قضیه مزبور دولت نیوزیلند به منظور استرداد یک شیء هنری، که به طور غیرقانونی از آن کشور خارج شده بود، در انگلستان دعوا اقامه می‌کند. در خصوص مسأله قانون خارجی، یعنی تفسیر صحیح قانونی از نیوزیلند یعنی «قانون ۱۹۶۲ در مورد اشیاء تاریخی»، اختلاف نظر وجود داشت. در حین رسیدگی هر طرف کارشناسی را به دادگاه معرفی نمود، و درباره نکته مورد اختلاف، دادگاه نخستین، شهادت کارشناس معرفی شده توسط دولت نیوزیلند را مرجح می‌دانست.⁶⁹ دادگاه پژوهش این تصمیم دادگاه رسیدگی کننده نخستین را نقض نمود،⁷⁰ و در نتیجه دولت نیوزیلند نزد مجلس اعیان (House of Lords) فرجام خواهی نمود. مجلس اعیان نیز در حکم خود قانون نیوزیلند را دقیقاً به همان نحوی که معمولاً طی آن قانونی انگلیسی را تفسیر می‌کند، تفسیر نمود. مجلس اعیان دیدگاه‌های وکلای طرفین را مورد بررسی دقیق قرار داد، ولی چنین به نظر می‌رسد به نظرات کارشناسان طرفین هیچ گونه اهمیتی نداده است. مجلس اعیان بعد از تحلیل مفصلی از قانون مورد بحث، نظر دادگاه

(Administration of Justice Act 1920, §. 15).

For the High Court, see now the Supreme Court Act 1981, §. 69 (5); for county courts, see the County Courts Act 1984, §. 68. For criminal cases, see R. V. Hammer [1923] 2 K. B. 786.

67. *Porkasho v. Singh* [1968] p. 223, 250; approved in *Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan* [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, 286 (CA); *Bumper Corp'n*, supra n. 65, at p. 1370.

68. [1984] A. C. 1.

69. [1982] Q. B. 349.

70. [1984] A. C. 1.

پژوهش را ابرام نمود.

از آنجایی که پژوهش خواهی نزد مجلس اعیان فقط در صورتی که مبتنی بر مسائل حکمی مهم به حال عموم باشد، امکان پذیر است،^{۷۱} 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، مع هذا سر تا سر رأی مجلس اعیان، مسأله قانون نیوزیلند را در بر می گرفت. این برخورد مجلس اعیان بیانگر این حقیقت است که در عمل این مرجع آماده است تا مسائل مربوط به قانون خارجی را، حداقل چنانچه مربوط به کشوری همانند نیوزیلند باشد، در مرحله فرجامی مورد رسیدگی قرار دهد.^{۷۲} بدون تردید، مجلس اعیان رفتاری متفاوت درباره یک قانون فرانسوی یا حتی یک قانون امریکایی خواهد داشت، مع هذا مسأله 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 حل تعارض مربوطه اجرای 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 مقرر 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 کاملاً رضایت بخش می باشد. مع هذا این سؤال 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.

71. Administration of Justice Act 1960, §. 1 (2).

۷۲. مسلماً شباهت زیادی میان حقوق نیوزیلند و انگلستان وجود دارد. روشهای تفسیر در این دو نظام مشابهند. به علاوه، درخواست تجدید نظر از آرای دادگاههای نیوزیلند به شورای سلطنتی انگلستان داده می شود که عالی ترین مقام دادگاهی در سیستم دادگستری نیوزیلند است. بنابراین، مجلس اعیان باید خود را برای رسیدگی به مسائل حقوق نیوزیلند، کاملاً صالح بدانند. با این حال، حقوق نیوزیلند در مجلس اعیان، قانون خارجی تلقی می شود هر چند که در شورای سلطنتی چنین نیست.

کتاب مرجع در نگاه اول چنین می نمایند که این استثنائات، اگر اساساً وجود داشته باشند، خیلی محدود و اندک هستند.^{۷۳} به هر حال، اگر چه منابع در این رابطه پراکنده است، اما دلایلی وجود دارد که «قاعده عادی» در موارد ذیل ممکن است قابل اعمال نباشد.^{۷۴} در چنین مواردی، معمولاً دادگاههای انگلستان رأساً 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، متأهل بوده است. اگر ازدواج اول در یک کشور خارجی صورت گرفته باشد، یا این که 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 انجام نشود، خوانده [متهم] تبرئه خواهد شد.^{۷۵} این رویه هماهنگ با قواعد حاکم بر بار اثبات دعوا در رسیدگیهای کیفری است؛ دادستان باید دعوای خود را به نحوی که محلی برای شکلی معقول [منطقی] باقی نگذارد به اثبات برساند و به جز این که متهم به جرم خود اقرار کند، دادستان نمی تواند با استناد به قصور متهم در ارائه دلیل، مجرمیت متهم را اثبات نماید.

73. See Dicey and Morris, op cit., supra n. 55, at pp. 227- 229 and 238 (text to n. 26); Cheshire and North, op cit., supra n. 55, at p. 107, n. 2.

74. There may be other exceptions: see e. g. BP Exploration co. (Libya) Ltd v. Hunt [1980] 1 N. S. W. L. R. 496, 503; Osterreichische Landerbank v. S'Elite Ltd [1981] 1 O. B. 565 (CA).

75. R. v. Povey (1852) Dears. C. C. 32; R. v. Savage (1876) 13 Cox C. C. 178; R. v. Lindsay (1902) 66 J. P. 505; R. v. Naguib [1917] 1 K. B. 359. See also Dicey and Morris, op cit., supra n. 55, at p. 235.

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، غیرقابل 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، مسأله اعتبار ازدواج تابع قانون خارجی باشد، خواهان نبایستی بتواند به «قاعده عادی» استناد نموده و دعوای خود را بر طبق قوانین انگلستان به اثبات برساند؛ اگر شخص مزبور نتواند اثبات نماید که ازدواج بر طبق قانون خارجی بی اعتبار (یا معتبر) می باشد، می بایستی درخواستش مردود اعلام شود.^{۷۶} هیچ گونه حکم موثقی که مؤید این گفته باشد وجود ندارد^{۷۷} و در حقیقت «اظهارات جنبی قاضی»^{۷۸} در

۷۶. همین اصل در هنگامی که خواهان دعوای طلاق در صدد اثبات اعتبار ازدواج بر می آید و از دادگاه درخواست انحلال این ازدواج را دارد، نیز جاری است. در چنین موردی، صلاحیت دادگاه بستگی به اعتبار ازدواج دارد و صلاحیت در دعوای خانوادگی را نمی توان با قصور یا فقدان رضایت به اثبات رساند. نگاه کنید به: Kahn- Freund, *General Problems of Private International Law* (1980), p. 115.

۷۷. بند ۱۴ ماده ۱۰ قانون دعوای خانوادگی سال ۱۹۹۱ ظاهراً فرض می کند که قانون خارجی باید به اثبات برسد ولی این مطلب را به صراحت بیان نمی کند. در کتاب دایسی و مورس در بخش مربوط به اثبات ازدواج نیز همین مطلب آمده است.

دعوای طلاق بسیاری وجود دارد که خواهان ملزم گردیده اثبات کند که ازدواجی را که در کشور خارجی برگزار شده بر طبق قوانین کشور مزبور معتبر است. برای مثال نگاه کنید به:

(Cooper- King v. Cooper- King [1900] p. 65; Wilson V. Wilson [1903] p. 157; Bater v. Bater [1907] p. 333).

با این وجود، شرایط شکلی عقد ازدواج مطابق حقوق انگلستان در خصوص ازدواجی که در کشور خارجی برگزار می شود مطمئناً رعایت نخواهد شد. در حقیقت (به جز در موارد خاص نظیر ازدواج در محل کنسول انگلستان) به سختی می توان دید که چگونه آیین شکلی مزبور رعایت خواهند شد. بنابراین، در چنین دعوای «قاعده عادی» به خواهان معمولاً کمکی نخواهد کرد. در عین حال، چنانچه «قاعده عادی» بر دعوای مربوط به ازدواج مجبری بود، خواهان دعوای بطلان ازدواجی که در کشور خارجی برگزار گردیده می توانست - بر فرض این که خواننده دعوای دادگاه حاضر نمی شد - همواره با عدم ارائه گواهی مربوط به شرایط شکلی [اعتبار ازدواج بر طبق] قانون خارجی و اثبات این امر که شرایط شکلی عقد ازدواج مطابق حقوق انگلستان رعایت نگردیده، در دعوای خود پیروز شود. باور این به عنوان حقوق به سختی قابل پذیرش است.

*. Obiter dictum.

مغایرت با آن یافت می‌شود؛^{۷۸} با وجود این، از آنجایی که در دعاوی مربوط به ازدواج، خواهان بایستی اثباتاً دعوای خود را ثابت نماید و نمی‌تواند به سادگی به قصور خواننده در دفاع از دعوا استناد نماید،^{۷۹} به نظر می‌رسد که استناد خواهان به قصور خواننده در استناد و اثبات قانون خارجی علی‌القاعده صحیح نباشد.^{۸۰}

۳. حکم اختصاری

همچنین به نظر می‌رسد «قاعده عادی» در مورد درخواست صدور حکم اختصاری پیش بینی شده به موجب دستور شماره ۱۴ از مقررات دادگاه عالی، قابل اعمال نباشد. این مسأله در قضیه *National Shipping Corporation v. Arab* مطرح شد، قاضی این پرونده، آقای باکلی، اعلام نمود^{۸۱} که:

«اظهارات به عمل آمده از طرف خواهان - که بسیار واضح می‌باشد - 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 دعایی که در آن قانون خارجی به روشنی مطرح است، صدور حکم اختصاری به نفع خواهان، بر مبنای این فرضیه، به نظر من قانع کننده نمی‌باشد».

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

۷۸. نگاه کنید به: *Szechter v. Szechter* [1971] p. 286, 296 دعاوی متعددی وجود دارد که در آنها به قانون خارجی استناد نشده بود و قانون انگلستان به منظور تعیین این که آیا ازدواج به دلیل فقدان رضایت بی اعتبار است، یا این که به خاطر استتکاف شدید یا خودسرانه از نزدیکی باید باطل گردد، اعمال گردیده است. اگر چه عوامل مرتبط کننده مهمی با کشور خارجی موجود بود، با این وجود، در موارد رضایت، قاعده انتخاب قانون حاکم در حقوق انگلستان مسلم یا قطعی نیست و قانون مقر دادگاه ممکن است یا به عنوان قانون حاکم و یا به دلیل نظم عمومی به کار رود. نگاه کنید به: *Dacey and Morris, idem*. pp. 82- 685 در مورد استتکاف شدید یا خودسرانه از نزدیکی، قانون حاکم به احتمال زیاد قانون مقر دادگاه است. نگاه کنید به: *idem, Rule 79 (3) pp. 719- 724*.

79. See §. 1 (3) of the Matrimonial Causes Act 1973.

۸۰. باید تذکر داد که صلاحیت دادگاههای انگلستان در امور زناشویی از دادگاههای کلیسایی (ecclesiastical courts) نشأت گرفته است. روش دادگاه اخیر مبتنی بر قوانین کلیسایی (Canon law) بود و بیشتر از کامن لوجنبه تفتیشی داشت. نگاه کنید به:

Lawrence Stone, Road to Divorce (1995) pp. 195- 198.

81. [1971] *Lloyd's Rep.* 363, 366 (CA). See also p. 365 (per Davies LJ).

نتیجتاً پژوهش علیه صدور حکم اختصاری پذیرفته شد.

۴. تعهدات بین‌المللی

اظهارات لرد دیپلاک در دعوی UCM v. Royal Bank of Canada بیانگر وجود یک استثنای دیگر است:^{۸۲}

«چنانچه در حین رسیدگی به یک 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 بین‌المللی داده است که آن را غیرقابل 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 قرارداد 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 Bank of Canada به نقض قراردادی مربوط می شد که بر خلاف مقررات کنترل ارز یک کشور خارجی بود. «تعهد بین‌المللی» که بدان اشاره شده، عنایت دارد به مفاد مقررات بند ۲ (ب) از ماده ۸ «موافقتنامه صندوق بین‌المللی پول»^{۸۳} که مقرر می دارد: «قراردادهای مبادله ارز که در برگیرنده ارز یک عضو و بر خلاف مقررات کنترل ارزی یک عضو - که مطابق این موافقتنامه ابقا یا وضع شده اند - می باشد، در قلمرو سرزمینی هر یک از اعضا غیر قابل اجرا خواهد بود». بنابراین اثر اظهارات لرد دیپلاک این است که اگر دعوایی جهت اجرای این قرارداد در انگلستان اقامه شود و هیچ یک از طرفین

۸۲. نگاه کنید به: [1983] A. C. 168, 189 [Lord Diplock] در اظهارات خود نظریه لرد دنینگ (Lord Denning) که قبلاً در قضیه [1982, 2 Lloyd's Rep. 11. 13 [CA] Singh Batra v. Ebrahim] اعلام شده بود را مورد تأیید قرار می داد. این نظریه لرد دنینگ در رأی قاضی اکنر (Ackner) در دادگاه پژوهش در قضیه UCM (1982, Q. B. 208, 241- 242) نیز اعلام شده است.

83. Applicable in the UK by virtue of the Bretton- Woods Agreements Order in Council, S. R. & O. 1946 No. 36, Art. 3. made under the Bretton- Woods Agreements Act 1945. See Dicey and Morris, op cit., supra n. 55, at pp.1595- 1600.

به غیرقانونی بودن قرارداد بر اساس مقررات مربوط به کنترل ارز کشور خارجی استناد نکرده باشند، دادگاه انگلستان در مواقع مناسب بر اساس نظر خود به مسأله رسیدگی خواهد کرد. در چنین مواردی، دادگاه از خواهان می‌خواهد که اثبات نماید که قرارداد غیرقانونی نیست، اگر خواهان نتوانست این امر را اثبات نماید، از اجرای آن قرارداد خودداری خواهد کرد.^{۸۴}

مقررات کنترل مبادلات ارز همواره مجازات‌هایی کیفری را پیش‌بینی می‌کنند، و بند ۲ (ب) از ماده ۸ [مذکور در بالا] با ممانعت از اجرای قراردادهایی که بر طبق قوانین ارزی دولتهای خارجی غیرقانونی هستند، سعی در تأمین منافع این دولتها دارد. اظهارات لرد دیپلاک در مورد سایر کنوانسیونهای مشابه نیز جاری است، اما اعتبار آن در ورای این گونه کنوانسیونها محل تردید است. به ویژه این که، هیچ دلیلی برای این باور وجود ندارد که «قاعده عادی» - صرفاً به خاطر این که قاعده حل تعارض مورد اختلاف نشأت گرفته از یک کنوانسیون بین‌المللی مربوط به یکسان‌سازی [وحدت] حقوق بین‌الملل خصوصی است - نباید اجرا شود.



حتی در صورت فقدان کنوانسیون بین‌المللی، ممکن است نزاکت بین‌المللی حکم کند که قراردادی که بر طبق قوانین خارجی غیرقانونی [نامشروع] است نباید به اجرا گذاشته شود. شرایط مربوط به نزاکت بین‌المللی در این رابطه به خوبی در قضیه *Regazonni v. Sethia* بیان شده است،^{۸۵} طبق قاعده‌ای که در این قضیه اعلام شده است یک دادگاه انگلیسی به اجرا، یا به پرداخت خسارات ناشی از نقض قراردادی که در برگیرنده انجام عملی خلاف قانون در یک کشور خارجی است، حکم نخواهد داد. این

۸۴. اصطلاح اجرا (enforce) در اینجا یا به معنی صدور حکم به انجام اقدامی معین یا صدور حکم به پرداخت خسارت می‌باشد. لازم به تذکر است که قاعده مزبور صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد اعمال می‌گردد. کنوانسیون رم بر قاعده مندرج در بند ۲ (ب) از ماده ۸ اثری ندارد زیرا که ماده ۲۱ این کنوانسیون مقرر می‌دارد که کنوانسیون رم بر اجرای سایر کنوانسیونهای بین‌المللی که یک کشور عضو طرف متعاقد آنها است، لطمه‌ای وارد نمی‌کند.

85. [1958] A. C. 301.

قاعده مبتنی بر نظم عمومی است و صرف نظر از قانون حاکم بر قرارداد مستقلاً اجرا می شود، بنابراین اهمیتی ندارد که قانون حاکم بر قرارداد، قانون انگلیسی یا قانون یک کشور خارجی است.

به محض این که یک دادگاه انگلیسی از حقایقی آگاه شود که احتمالاً اعمال قاعده مذکور در قضیه *Regazonni v. Sethia* را طلب می نماید، خود باید رأساً اقدام به بررسی موضوع کند حتی اگر هیچ یک 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 یک قرارداد که از شرایط آن انجام یک عمل غیرقانونی در یک کشور خارجی است در تضاد با وظیفه نزاکت بین المللی است و می تواند تأثیر سوء بر روابط دوستانه دول خارجی با دولت انگلستان داشته باشد. این روابط دوستانه نبایستی به مخاطره بیفتد صرفاً به خاطر این که خواننده دعوا در استناد به قانون خارجی اهمال نموده است.

دلیل دیگری برای توجیه این که چرا دادگاه خود باید رأساً اقدام کند این است که قاعده مطروحه در قضیه *Regazonni v. Sethia* اغلب به عنوان یک قاعده حقوق داخلی انگلستان محسوب می گردد.^{۸۶} منظور این گفته این است که قراردادی که الزاماً به انجام عملی غیرقانونی در یک کشور خارجی منتهی می شود، بر طبق حقوق انگلستان غیرقانونی می باشد.^{۸۷} اگر این نظر صحیح باشد، موضوع تحت پوشش قاعده ای قرار می گیرد که بر طبق آن دادگاههای انگلستان مسأله مربوط به نامشروع بودن [یا غیرقانونی بودن] قرارداد را، چنانچه بدان آگاه شوند، بر طبق حقوق انگلستان خود مورد رسیدگی قرار می دهند حتی اگر طرفین دعوا آن را طرح نکرده باشند.^{۸۸}

86. See Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contracts, (12 th edn, 1991), pp. 367- 368.

87. این قاعده حقوق انگلستان بر طبق مقرر مندرج در بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون رم یک قاعده آمره بین المللی خواهد بود. در حقیقت، این تنها راهی است که از طریق آن قاعده مطروح در قضیه *Regazonni v. Sethia* می تواند بر طبق کنوانسیون رم به اجرا درآید زیرا که ماده ۱۶ این کنوانسیون اجازه می دهد که نظم عمومی (*public policy*) فقط در خصوص یک قانون [خارجی] به کار رود که قابلیت اعمال داشته باشد و نه در خصوص قانونی که قابلیت اعمال نداشته باشد.

88. Cheshire, Fifoot and Furmston, op cit., supra n. 86 at pp. 391- 392.

۶. نتایج

«قاعده عادی» در حقوق انگلیس یک قاعده شکلی مربوط به آیین دادرسی است. قاعده ای مربوط به دادخواهی [نحوه طرح دعوا] و ادله اثبات و اجرای آن با ملاحظات کلی آیین دادرسی بستگی دارد. قاعده مزبور بر یک قاعده کلی آیین دادرسی حقوق انگلستان متکی است که بر اساس آن دادگاه مسأله ای را مورد بررسی قرار نمی دهد به جز این که طرفین دعوا آن را مطرح کرده باشند. هر کجا استثنایی بر این قاعده کلی وارد شده است، استثنایی نیز باید برای «قاعده عادی» مورد بحث قائل شد.



سایر کشورها



وضع در کشورهای اتریش،^{۸۸} هلند^{۸۹} و پرتغال^{۹۰} به طور کلی مشابه آلمان می باشد. موضع رسمی کشورهای اسکاندیناوی^{۹۱} نیز چنین است، اگرچه، در مورد مسائلی که طرفین دعوا می توانند با تراضی حل و فصل کنند، به نظر می رسد که در عمل دادگاههای این

۸۸. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور Gerte Reichelt ارائه شده است.

۹۰. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور A. V. M. Struycken و آقای Harry Duintjer Tebbens ارائه شده است.

۹۱. بنا بر اطلاعاتی که توسط قاضی Manuel Moura Ramos ارائه شده است.

۹۲. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور Michael Bogdan (از سوئد)، پرفسور Ole Lando (از دانمارک) و پرفسور Helge Thue (از نروژ) ارائه شده است. به علاوه رک.

Lando at pp. 128- 140 of Dierk Müller (Ed.), Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht (1968), Vol. 10 of the series Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, MaxPlanck- Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

کشورها معمولاً قانون خارجی را اعمال نمی کنند به جز این که یکی از طرفین به آن استناد کرده باشد. در ایتالیا،^{۹۳} حقوقدانان سالهاست که از راه حلی مشابه آنچه در آلمان پذیرفته شده است طرفداری نموده اند ولی دادگاهها همیشه این را قبول نکرده اند. مع هذا ماده ۱۴ قانون جدید در خصوص حقوق بین الملل خصوصی^{۹۴} صریحاً اعلام می دارد که دادگاهها باید، به اعتبار سمت، قانون خارجی را رأساً اعمال نمایند. در بلژیک^{۹۵} دادگاهها موظفند محتوای قانون خارجی را با تحقیق خود تعیین نمایند. با این وجود، هیچ گونه رویه ای وجود ندارد که در آن دیوان کشور نظر داده باشد که دادگاه باید، به اعتبار سمت، قانون خارجی را اعمال نماید، اگر چه در مواقعی که نظم عمومی (ordre public) یا قوانین امری مطرح است - یعنی بیشتر در مسائل مربوط به حقوق خانواده - به احتمال زیاد دادگاه موظف به انجام چنین اقدامی می باشد. در سایر موارد قانون خارجی محتملاً اعمال نخواهد شد مگر این که یکی از طرفین دعوا درخواست اجرای آن را نموده باشد. وضع در اسپانیا به نظر می رسد که شبیه به انگلستان باشد.^{۹۶}



کنوانسیون رم

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

آیا کنوانسیون رم بر روی قوانین کشورهای عضو در مورد استناد و اثبات قانون خارجی تأثیری دارد؟ در نظر اول این چنین به نظر می آید. کنوانسیون به عبارتی ظاهراً آمرانه حکم می کند که مقرراتش «باید بر تعهدات قراردادی در هر وضعیتی که در آن

۹۳. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور Andrea Giardina و پرفسور Fausto Pocar ارائه شده است.

۹۴. Law 218 of 31 May 1995.

۹۵. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور Marc Fallon ارائه شده است.

۹۶. بنا بر اطلاعاتی که توسط پرفسور A. Borás و پرفسور J. González Campos ارائه شده است.

انتخاب قانون (صالح) در بین قوانین کشورهای مختلف مطرح است، اعمال شود»،^{۹۷} و چنین ادامه می‌دهد که، برای مثال، «یک قرارداد باید تابع قانون منتخب طرفین آن باشد»^{۹۸} نتیجتاً، ممکن است تصور شود که هنگامی که کنوانسیون حکم به اعمال قانون خارجی می‌کند، کشورهای عضو کنوانسیون موظف به اعمال آن قانون باشند حتی اگر طرفین دعوا بدان استناد نکرده باشند. مع هذا، بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۱ اعلام می‌دارد که قواعد کنوانسیون بر قواعد مربوط به آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا^{۹۹} جاری نمی‌شود. از آنجایی که مقررات مربوط به استناد و اثبات قانون خارجی جزء قواعد مربوط به آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا است، بدیهی است که این مقررات نمی‌توانند تحت تأثیر قواعد مندرج در کنوانسیون قرار گیرند.^{۱۰۰} بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که کنوانسیون هیچ‌گونه تکلیفی بر عهده کشورهای عضو نمی‌گذارد تا این‌گونه مقررات را جرح و تعدیل نمایند.

اگرچه هیچ‌گونه تکلیفی بر عهده کشورهای عضو کنوانسیون نیست که قانون خارجی را، به اعتبار سمت، رأساً به اجرا در بیاورند، ممکن است تصور شود که قصور در انجام این کار می‌تواند 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

97. Art. 1 (1).

98. Art. 3 (1).

کلام مشابهی در سایر مقررات مربوط به انتخاب قانون حاکم در کنوانسیون مزبور به کار رفته است.

۹۹. این قاعده بدون لطمه زدن به مقرر مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد که چنین بیان می‌دارد که قانون حاکم بر قرارداد بر طبق کنوانسیون تا حدی اعمال می‌گردد که قانون مزبور - از نظر حقوق قراردادها - حاوی قواعدی است که فرضیات حقوقی را مطرح می‌نمایند یا بار اثبات [دعوا] را تعیین می‌کنند. این نمی‌تواند بر قواعد ناظر بر استناد و اثبات قانون خارجی اثری گذارد، زیرا این قواعد بخشی از حقوق قراردادها نیستند بلکه بخشی از حقوق آیین دادرسی و ادله اثبات می‌باشند. قواعد اخیر فقط بر رسیدگی‌هایی که یک قرارداد مورد اختلاف است، به کار نمی‌روند بلکه به طور کلی در کلیه رسیدگی‌های قضایی اعمال می‌گردند.

100. Dicey and Morris. op cit., supra n. 55 at p. 229.

گزارش جولیانو - لگارد (Giuliano-Lagarde Report, 1980 O. J. C282/1, at p. 36) اعلام می‌دارد که بند ۷ پاراگراف ۲ از ماده ۱ به این منظور گنجانده شد «که در خصوص مسائل مربوط به حقوق ادله اثبات که کنوانسیون تصمیمی اتخاذ نکرده است، هیچ‌گونه تردیدی در مورد آزادی عمل دولتهای عضو وجود نداشته باشد. تنها مسائل مربوط به حقوق ادله اثبات که کنوانسیون به آن پرداخته است، همان مقرر مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد».

قرارداد را انتخاب کنند. چون این خود برای منفعت طرفین قرارداد وضع شده است، اعمال قانون خارجی توسط دادگاه هنگامی که هیچ یک از طرفین چنین درخواستی را ندارند، بیهوده به نظر می آید. بنابراین پیشنهاد شده است که روح کنوانسیون اعمال قانون خارجی به اعتبار سمت را در مواردی که طرفین قانون حاکم بر قرارداد را خود انتخاب نموده یا می توانسته انتخاب نمایند، لازم نمی داند.^{۱۱}

مواد ۵ و ۶ (کنوانسیون) قانون کشورهای خاصی را صرف نظر از انتخاب طرفین قرارداد مجری می داند. این برای حمایت 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 قانونی که به ضررش است وادار کند. مع هذا، هنگامی که دعوا آغاز شده است موضع اقتصادی ضعیف این گونه اشخاص به سختی می تواند مانعی برای استناد آنان به قانون خارجی باشد، بنابراین هیچ گونه دلیلی وجود ندارد که بر اساس آن دادگاه باید رأساً قانون خارجی را به اعتبار سمت به اجرا در بیاورد.^{۱۲}

نتیجه این که به نظر می رسد که اهداف و سیاست کنوانسیون رم به طور معمول اعمال قانون خارجی را، به اعتبار سمت، ضروری نمی دانند. مع هذا، ممکن است موارد غیرعادی معدودی وجود داشته باشند (معمولاً هنگامی که مسأله عدم 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 است^{۱۳} واقعیت پیدا می کنند ولی ممکن است تحت مقررات بند ۳ ماده ۳ نیز به وقوع بپیوندند. در این موارد استثنایی 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.

۱۰۱. در هر حال، قصور در استناد به قانون خارجی ممکن است طبق بند ۲ ماده ۳ به عنوان نوعی رضایت ضمنی به اعمال قانون مقر دادگاه محسوب گردد.

۱۰۲. با این وجود، هنگامی که مصرف کننده یا کارگر به علت بی توجهی به قانون خارجی استناد نکند، مناسب است که دادگاه وضعیت را برای او تشریح کند و به وی این امکان را بدهد که در صورت تمایل اظهاریه خود را تصحیح کند.

۱۰۳. قاعده مزبور در آلمان و انگلستان لازم الاجرا نیست. نگاه کنید به:

Art. 22 (1) (a) and, for the UK, s. 2 (2) of the Contracts (Applicable Law) Act 1990.



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 در یک 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 خیلی 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، هنگامی که نیاز به تعیین ماهیت قانون خارجی است، قاضی مکلف است خود شخصاً اقدام به تحقیق نماید. در انگلستان قاضی از چنین اقدامی نیز منع شده است به جز این که هر دو طرف دعوا از او چنین درخواستی کرده باشند.

مع هذا، اختلافات عملی - حتی بین انگلستان و آلمان - را نبایستی بیش از حد بزرگ جلوه داد. طرفین اقدام به طرح دعوا نمی کنند به جز این که 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 است، به محتوای آن بی توجه است یا توانایی اثبات آن را ندارد. به جز در مواقعی 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 کشورهایی مانند هلند و آلمان عقیده دارند که سیستم آنها برتر است.

برای آنها باور نکردنی است که قضات انگلیسی نه تنها موظف نیستند که خود شخصاً در مورد تعیین قانون خارجی دست به تحقیق بزنند - هنگامی که این کار ضروری است - بلکه در حقیقت از انجام چنین کاری منع شده‌اند. در مقابل، حقوقدانان انگلیسی در تعجبند که چرا قضات آلمانی، حتی در صورت فقدان شرایط و اوضاع و احوال خاص، بر اعمال قانون خارجی اصرار می‌ورزند در جایی که هر دو طرف دعوا روش آسانتر و آشنا تر در خصوص صدور حکم بر طبق قانون مقرر دادگاه را ترجیح می‌دهند. این اختلاف تا اندازه‌ای نتیجه عدم درک صحیح طرفین می‌باشد، عدم درکی که تا حدودی ناشی از سنتهای حقوقی متفاوت در کشورهای مورد بحث است؛ آیا نقش قاضی به طور انتزاعی این است که «حقیقت» را کشف و حکم «عادلانه» صادر نماید یا این که دعوا را بر طبق مستندات و دلایل ارائه شده مورد رسیدگی قرار دهد؟ اختلاف نظر در مفاهیم اساسی مانند اینهاست که از آن اختلاف در مورد قواعد مربوط به قانون خارجی نشأت گرفته است. بنابراین، واقعیات تاریخی احتمالاً وسیله بقای وجوه مشخصه سیستمهای حقوقی انگلستان و سایر کشورهای اروپایی را، برای سالهای متمادی در آینده، تأمین خواهند کرد.

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی