### چكيده:

در اين پژوهش، نظريات مطروحه در حقوق بين‏الملل خصوصى درباره دستيابى به محتواى قانون خارجى تحليل و ارزيابى مى‏شود. اين نظريات، علاوه بر دارا بودن پشتوانه حقوقى در رويه قضايى كشورهايى چون فرانسه، در حقوق بين‏الملل خصوصى ساير كشورها، از جمله حقوق ايران نيز قابل دفاع مى‏باشند. اولين نظريه، اثبات محتواى قانون خارجى را از جمله وظايف اصحاب دعوى محسوب مى‏نمايد. در دومين نظريه، تلاش براى جستجوى مفاد قانون خارجى، بر عهده محاكم است؛ اما دست‏يابى به مفاد قانون خارجى و شناخت آن بر عهده قضات نيست. در نظريه سوم، ماهيت حقوقى دعاوى مورد استناد قرار مى‏گيرد و اراده اصحاب دعوا، در انتخاب قانون حاكم بر دعاوى مطرح مى‏شود. در برخى دعاوى، اصحاب دعوى مى‏توانند به جاى اجراى قانون خارجى، بر عدم اجراى آن استناد نمايند. اما در مورد اجراى قواعد آمره تعارض قوانين، اجراى قانون صالح خارجى الزامى است و قضات موظف به جستجوى قانون خارجى و دست‏يابى به مفاد آن مى‏باشند و نهايتا در نظريه چهارم، جستجوى محتواى قانون خارجى، الزاماً بر عهده محاكم داخلى است و تخلف از اين مهم، نقض قواعد حل تعارض محسوب مى‏گردد.

واژگان كليدى: محتواى قانون خارجى، قواعد تعارض قوانين، قواعد مادى، قانون سبب، قانون مقر دادگاه

### مقدّمه

مسأله اجراى قانون خارجى و دستيابى به محتواى آن، در كنار مفاهيمى مانند توصيف و تفسير قانون خارجى، از جمله مسائل عمده و مهم در حقوق بين الملل خصوصى كشورها محسوب مى‏شود.

در دعاوى بين‏المللى مطروحه در محاكم داخلى، اين سؤال هميشه مطرح است كه آيا قضات محاكم، در كنار اجراى قانون خارجى، مكلف به دستيابى به محتواى قانون خارجى هستند؟ يا اينكه اين مهم بر عهدة اصحاب دعواست؟

اگر قواعد حل تعارض داخلى، اجراى قانون مقر دادگاه را تجويز نمايد، قضات موظف به دستيابى به محتواى قانون داخلى هستند؛ اما اگر قواعد حل تعارض، اجراى قانون خارجى را تجويز نمايد، مسأله اين است كه آيا قضات محاكم موظف به شناسايى محتواى قانون خارجى مى‏باشند؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، راههاى دستيابى به محتواى قانون خارجى چه خواهد بود؟

در اين پژوهش، نظريات ارائه شده در حقوق بين الملل خصوصى ايران و فرانسه، راجع به اجراى قانون خارجى و دستيابى به محتواى آن، تحليل و ارزيابى مى‏شود. اين نظريات، علاوه بر اينكه در رويه قضايى كشورهايى مانند فرانسه داراى پشتوانه حقوقى هستند، در حقوق بين‏الملل خصوصى ساير كشورها، از جمله حقوق ايران نيز قابل دفاع مى‏باشند.

### 1 - ارزيابى نظرى جست و جوى محتواى قانون خارجى

نظريات حقوقى بعضاً متفاوت و متعارضى در خصوص محتواى قانون خارجى ارايه شده است.

#### الف - نظريه جست و جوى الزامى محتواى قانون خارجى توسط اصحاب دعوى

اساس اين دكترين، مبتنى بر تفاوت جوهرى ميان حقوق داخلى و حقوق خارجى است. از آن جايى كه اجراى قانون خارجى الزام‏آور نيست، دستيابى به محتواى قانون خارجى نيز، بر عهده قضات محاكم داخلى نيست، بلكه اصحاب دعوى وظيفه ارايه ادله اثبات دعوى و تسليم محتواى قانون خارجى به محاكم صالحه را بر عهده دارند. (Sinay-Citermann, 1986: P.1025)

طرفداران اين نظريه، بر اين باورند كه قانون خارجى در قلمرو برون‏مرزى براى محاكم خارجى وجه الزام‏آور خود را از دست مى‏دهد و تبديل به قوانين غير الزام‏آور مى‏شود. بنابراين، نه تنها قضات مكلف به اجراى قانون خارجى ذى صلاح نيستند، بلكه جست و جوى محتواى قانون خارجى نيز بر عهده اصحاب دعواست.

در اين راستا، به عقيدة يكى از حقوق‏دانان فرانسوى به نام مارت سيمون دپيتر: در اجراى قانون داخلى، اصحاب دعوا ملزم به دستيابى و جست و جوى قانون خارجى نيستند، بلكه تنها ارايه ادله اثبات دعوا بر عهده متداعيان است. اما در هنگام اجراى قانون خارجى، تكليف دستيابى به محتواى قانون خارجى بر عهدة اصحاب دعواست و قضات داخلى مكلف به شناسايى قانون خارجى و جست و جوى محتواى آن نيستند.(Simon-Depitre, 1985: P.88)

حقوقدانان فرانسوى، همچون ژاك دولاپرادل (De La Pradelle) و ژاك فوايه معتقدند كه هميشه قانون خارجى در دسترس قضات محاكم داخلى نيست و اصولاً، قضات مكلف به جست و جوى قانون خارجى نيستند. همچنين، قضات ملزم به شناخت محتواى قوانين خارجى نيستند. بنابراين، عمده مسؤوليت شناسايى قانون خارجى و ارايه محتواى آن، متوجه اصحاب دعوا است.(Holleaux, Foyer, 1997: P.84)

ايراد عمده وارد بر نظريه غير الزامى بودن جست و جوى محتواى قانون قابل اعمال خارجى، اين است كه طرفداران اين نظريه، قواعد حل تعارض را به عنوان قواعدى آمره و لازم‏الاجرا نپذيرفته‏اند. به عبارت ديگر، بر اساس اين نظريه، اگر قواعد حل تعارض منجر به صلاحيت قانون مقر دادگاه گردد، از جمله قواعد آمره است، ولى هنگامى كه قواعد حل تعارض اجراى قانون خارجى را مطرح كنند، غير الزامى و اختيارى محسوب مى‏گردند. حال آنكه، حل تعارض قوانين در حقوق بين‏الملل خصوصى، در آمره و لازم‏الاجرا بودن قواعد حل تعارض نهفته است. در اين خصوص، سؤال اين است كه «تعيين محتواى قانون خارجى بر عهده كدام يك از متداعيان مى‏باشد؟

در پاسخ، حقوق دانان حقوق بين‏الملل خصوصى نظريات مختلفى را ارايه نموده‏اند. بعضى از حقوق دانان دستيابى به محتواى قانون خارجى را وظيفه مدعى يا خواهان مى‏دانند و استدلال مى‏نمايند كه فردى بايد در پى محتواى قانون خارجى باشد كه در بدو امر متقاضى اجراى قانون خارجى بوده است.(M. Bischoff, 1988: P.302)

در مقابل، بعضى ديگر از حقوق دانان معتقدند كه هميشه تعيين ماهيت قانون خارجى بر عهده خواهان نيست، بلكه چه بسا، اجراى قانون خارجى به رغم تقاضاى خواهان، به نفع طرف ديگر دعوى يا خوانده باشد. بنابراين، مسأله مهم، تعيين ذى نفع در ميان اصحاب دعوى است.(Lagarde, 1985: P.89)

ب- نظريه الزامى نبودن دستيابى به محتواى قانون خارجى

مبناى اين نظريه بر تمايز ميان جست و جوى قانون خارجى و دستيابى به محتواى آن استوار است. به عبارت ديگر، در اجراى قواعد حل تعارض داخلى، محاكم موظف به جست و جوى قانون خارجى و اجراى آن هستند، و در واقع، قضات مأمور به وظيفه‏اند و نه موظف به دستيابى به نتيجه. دستيابى الزامى به محتواى قانون خارجى و احاطه بر آن، بر عهده محاكم داخلى نيست.

اين نظريه را هانرى موتولسكى ارائه كرده است. به باور اين حقوق دان فرانسوى، قاعده حقوقى «دادرسى وظيفه قضات است»، در دستيابى الزامى به محتواى قانون خارجى سارى نيست و فقط تلاش براى يافتن محتواى قانون داخلى را به دنبال دارد.

موتولسكى معتقد است " الزامى بودن اجرا و جست و جوى قانون خارجى، ريشه در مفاد قواعد حل تعارض دارد؛ ولى اين بدان معنى نيست كه قضات بايد از مفاد قانون خارجى مطلع و آگاه باشند. قضات فرانسوى تنها مكلف به شناخت و احاطه بر قوانين داخلى مى‏باشند و تلاش آنها در جست و جوى قانون خارجى از حيطه مسؤوليت آنها بيرون است. (Motulsky, 1960: P.369)

بنابراين، بر اساس اين نظريه، قانون خارجى داراى ويژگيهاى مشابه و يكسان با قانون مقر دادگاه نيست . قانون خارجى هميشه ويژگى بيگانه بودن خود را حفظ مى‏نمايد و نظر به اينكه در نظام حقوق داخلى، قانون خارجى جايگاهى همچون قانون ملى ندارد، چنين مفروض خواهد شد كه اطلاع و شناسايى محتواى قانون خارجى، وظيفه و تكليف قضات محاكم داخلى نيست.

اين نظريه با عقيدة حقوق دانان ديگر فرانسوى هماهنگ است. از ديدگاه پل لاگارد، عدم دستيابى الزامى به محتواى قانون خارجى، با تلاش محاكم جهت جست و جوى محتواى قانون خارجى امرى قابل توجيه است. از نظر اين حقوق دان فرانسوى "الزام محاكم به تلاش براى دستيابى به محتواى قانون خارجى، شناخت و اطلاع الزامى از محتواى قانون خارجى را به دنبال ندارد، بلكه اگر محاكم به محتواى قانون خارجى دست نيافتند، بايد راه‏حلى قانونى براى حل و فصل دادرسى انديشيد. اين راه‏حل نيز هميشه به اجراى الزامى قانون مقر دادگاه نمى‏انجامد، بلكه ممكن است منجر به اجراى قانونى مشابه با قانون خارجى گردد.(Lagarde, 1991: P.41)

نظريه الزامى نبودن شناخت محتوايى قانون خارجى نيز، مبتنى بر تلاش محاكم داخلى در اجراى الزامى قانون قابل اعمال خارجى مى‏باشد؛ اما اين تلاش، هميشه منجر به دستيبابى به محتواى قانون خارجى نمى‏گردد و بعضاً ملاحظه مى‏شود كه بدون همكارى اصحاب دعوى و يا استمداد از كارشناسان رسمى دادگسترى و يا مراجع ذى صلاح قضايى و سياسى، دسترسى به محتواى قانون خارجى ميسر نيست. بر اين اساس، اگرچه قضات مكلف به تلاش براى دستيابى به مفاد قانون خارجى هستند، اين مهم، به معنى عدم همكارى محاكم داخلى با ساير مراجع رسمى اطلاع‏يابى نيست. اين نظريه هرچند از ايرادات وارد بر نظريه الزامى نبودن اجرا و دستيابى به مفاد قانون خارجى مصون است و در عمل روند دادرسى را تسريع و تسهيل مى‏كند، بدون نظارت مستمر قضات محاكم داخلى بر چگونگى انجام اين مهم، توسط اصحاب دعوا ممكن است به انجام تقلب در قانون خارجى توسط اصحاب دعوا منجر گردد؛ چه اينكه، هريك از متداعيان، ممكن است بر اساس ذى‏نفع بودن خود، تلاش قضات را در دستيابى صحيح به محتواى قانون خارجى ناكام و خنثى نموده و يا در انجام اين مهم، موانع جدى ايجاد كند.

#### ج- نظريه مشاركت قضات و اصحاب دعوا در دستيابى به محتواى قانون خارجى

اين نظريه مبتنى بر تلاش مشترك محاكم و اصحاب دعوا در دستيابى به محتواى قانون صالح خارجى است، اما زيربناى اين دكترين، در جوهره و ماهيت دعاوى مطروحه نزد محاكم صالح نهفته است.

به اعتقاد پير ماير حقوق دان فرانسوى، اين نظريه مبتنى بر تفكيك دعاوى، بر اساس تفكيك ماهوى آنهاست. اين تفكيك مبتنى بر تقسيم دعاوى به دعاوى ارادى و غيرارادى است. هنگامى كه اراده اصحاب دعوا در عدم اجراى قانون خارجى تأثيرگذار باشد، در واقع، آنها توانسته‏اند بطور قانونى از اصل حاكميت ارادة خود جهت درخواست اجراى قانون مقر دادگاه و يا قانون كشور ثالث استفاده نمايند. اين امر، هنگامى تحقق‏پذير است كه دعاوى مطروحه مرتبط با دسته عقود و تعهدات ناشى از آن باشد؛ چه اينكه، در حقوق بين‏الملل خصوصى اين اصل پذيرفته شده است كه قانون حاكم بر قراردادها و تعهدات ناشى از آن را ارادة متعاقدان تعيين مى‏كند.

(Mayer, 1999: P.128)

بنابراين، ماهيت دعاوى مطروحه مى‏تواند قانون خارجى قابل اجرا را با توافق و رضايت صريح متداعيان، اجراناپذير سازد. (Fauvarque, 1994: P.58)

اما هميشه قانون گذار، حق تعيين قانون صالح را به اراده اصحاب دعوا موكول ننموده است. در واقع، حقوق حاكم بر احوال شخصيه و اهليت كه به حقوق شخصى مشهور است، تابع اصل حاكميت اراده اصحاب دعوا نيست، و اگر قواعد حل تعارض داخلى، قانون ملى متداعيان را جهت اداره احوال شخصيه آنها صالح بداند، اجراى آن قانون، مشروط به توافق و رضايت متداعيان نخواهد بود.

بنابراين ماهيت دعاوى، بر اساس دسته‏هاى ارتباطى موجود در حقوق بين‏الملل خصوصى مى‏تواند اجراى قانون خارجى را الزام‏آور، يا اختيارى گرداند. موضوعات دعاوى، اگر راجع به دسته‏هاى ارتباطى اشخاص و اموال باشد، الزامى بودن اجراى قانون صالح را به دنبال دارد. در اين راستا، ماده 7 قانون مدنى ايران در ادراه احوال شخصيه، اهليت و حقوق ارثيه اتباع بيگانه مقيم ايران، قانون كشور متبوع بيگانگان را الزامى و لازم الاجرا مى‏داند. مضافاً، مواد 8 و 966 قانون مدنى ايران نيز در خصوص حقوق حاكم بر اموال منقول و غير منقول، بر اجراى قانون محل وقوع اموال تصريح دارد. بر اين مبنا، قواعد حل تعارض مرتبط با دسته‏هاى ارتباطى اشخاص و اموال، از جمله قواعدى است كه اجراى قانون مادى را الزام‏آور مى‏كند.

در موارد فوق، اجراى قانون قابل اعمال خارجى قابل نقض نيست و اصحاب دعوا نمى‏توانند به جاى قانون خارجى، متقاضى اجراى قانونى ديگر باشند. در اين صورت، قضات در اجراى قانون صالح خارجى، شخصاً موظف به جست و جو و دستيابى به محتواى قانون خارجى هستند و عدم جست و جوى مفاد آن قانون، نقض صريح قواعد حل تعارض داخلى است.

اما در دسته ارتباطى قراردادها، اصل حاكميت اراده مى‏تواند از اجراى قانون خارجى قابل اعمال ممانعت نمايد و اجراى قانون مورد تراضى اصحاب دعوى را جانشين قانون خارجى نمايد. بنابراين در صورت تقاضاى اجراى قانون مقر دادگاه به جاى قانون خارجى توسط اصحاب دعوا، قضات محاكم داخلى با اجراى قانون ملى خود، از اجرا و جست و جوى مفاد قانون خارجى معاف خواهند گرديد.

بر اساس اين نظريه، اگر دعاوى راجع به موضوعات مربوط به دسته‏هاى ارتباطى اشخاص و اموال باشد، اصحاب دعوا از تلاش جهت دستيابى به مفاد قانون خارجى معاف مى‏باشند. در عوض، محاكم داخلى مكلف به اجراى الزامى قانون خارجى و تلاش جهت دستيابى به مفاد قانون خارجى هستند. اما اگر دعاوى، راجع به دسته‏هاى ارتباطى همچون قراردادها باشد، اصل حاكميت اراده اصحاب دعوا مى‏تواند در اجراى قانون خارجى نافذ باشد، و درصورتى كه متعاقدين با اراده خود، قانون خارجى را جهت اداره قراردادهاى خود انتخاب نمايند، آنها مكلف به ارائه محتواى قانون خارجى به محاكم هستند.

اين نظريه، اگرچه منطقى‏تر به نظر مى‏رسد، نمى‏تواند پاسخ‏گوى اين اشكال باشد كه چگونه مى‏توان دستيابى به محتواى قانون خارجى را - كه مستقيما بر دادرسى تأثيرگذار است - تنها با تكيه بر اصل حاكميت اراده، بر عهده اصحاب دعوا دانست؟ و آيا اين امر، نوعى دخالت در دادرسى كه وظيفه قضات است، محسوب نمى‏شود؟

#### د- نظريه جست و جوى الزامى محتواى قانون خارجى توسط قضات محاكم داخلى

در كنار نظريات مورد مطالعه پيشين، نظريه ديگرى مطرح شده است. اين نظريه، بر اين اصل استوار است كه محاكم صلاحيت دار هم موظف به اجراى الزامى قانون خارجى هستند، و هم وظيفه جست و جو و يافتن محتواى قانون خارجى يا اصطلاحاً قانون مادى خارجى بر عهده آنان است. اين نظريه بر دو مبنا استوار است:

اول، تساوى قانون مقر دادگاه و قانون خارجى در اجراى الزامى، توسط محاكم داخلى و دوم، آمره بودن قواعد حل تعارض قوانين در حقوق بين‏الملل خصوصى. در خصوص تساوى قانون ملّى با قانون خارجى يا در اصطلاح حقوقى آن برابرى قانون مقر دادگاه و قانون خارجى، بعضى از حقوقدانان بر اين باورند كه اجراى الزامى قانون خارجى به مثابه اجراى قوانين ملى توسط محاكم است. زيرا، با اجراى قانون خارجى، محاكم در واقع قواعد حل تعارض داخلى و يا ملى خويش را اجرا مى‏نمايند.

(Yaseen, 1962: P.513).

در مورد ويژگى آمره بودن قواعد حل تعارض نيز، برخى از حقوقدانان، قواعد حل تعارض را اعم از قواعد يكجانبه حل تعارض و قواعد دوجانبه حل تعارض، تماماً لازم الاجرا محسوب مى‏نمايند و قائل به وجود قواعد حل تعارض آمره و غيرآمره نيستند (Battifol, 1960: P.165).

همچنين، در رويه قضايى فرانسه مى‏توان تأثير اين دكترين را در آراء صادره توسط محاكم فرانسوى يافت. در دو رأى صادره در11 و 18 اكتبر 1988 م. الزام محاكم فرانسوى، بر جستجو و يافتن محتواى قانون خارجى ـ كه توسط قواعد حل تعارض داخلى اجراى آن مقرر گرديده است ـ تصريح و تأكيد شده‏است.

در رأى صادره توسط ديوان عالى كشور فرانسه در 11 اكتبر 1998 در قضيه روبوه (Rebouh) در خصوص اجراى قانون مقر دادگاه توسط دادگاه فرانسوى به جاى اجراى قانون الجزاير، ديوان عالى آن كشور تأكيد نمود كه احوال شخصيه اتباع الجزايرى بايد توسط قانون كشور متبوع آنها اداره شود و محكمه بدوى به دليل عدم التفات و توجه به جست و جوى الزامى محتواى قانون صالح خارجى از اجراى قواعد حل تعارض فرانسه تخلف ورزيده است.» (Courbe, 1989: P.21327; Massip, 1989: P.310).

در رأى 18 اكتبر 1998 ميلادى در قضيه شول (Schule) نيز ديوان عالى كشور فرانسه رأى صادره توسط محكمه داخلى را به دليل عدم اجراى قانون خارجى (قانون مدنى كشور سوئيس) و عدم جست و جوى محتواى آن نقض نمود.

(Prevault, 1989: P.21259).

اين دو رأى به زعم برخى از حقوقدانان فرانسوى نقطه عطفى در برگشت از رويه قضايى بيسبال (Bisbal) از سال 1959 ميلادى مى‏باشد و آغازگر رويه قضايى نوينى است كه با دكترين اخيرالذكر در الزامى بودن و بررسى محتواى قانون خارجى مطابقت و هماهنگى دارد (Alexandre, 1989: P.349).

بر اساس رويه قضائى بيسبال - كه از سال 1959 تا 1988 اجرا مى‏شد - قضات فرانسوى مخير بودند كه قانون مقر دادگاه را به جاى قانون خارجى اجرا كنند.

به نظر مى‏رسد نظريه مبتنى بر الزامى بودن جست و جوى قانون خارجى و دستيابى به مفاد قانون خارجى از اشكالات وارده بر نظريات سه‏گانه فوق مصون باشد. اين نظريه، بر اين اصل تأكيد دارد كه امر مهم دادرسى، متعلق به قضات محاكم داخلى يك كشور است و نمى‏توان اصحاب دعوى را در امر دادرسى مشاركت داد. از سوى ديگر الزام قضات به اجراى الزامى قانون خارجى و دستيابى به محتواى آن منجر به اجراى صحيح قواعد داخلى حل تعارض قوانين مى‏شود. حال آن كه، دخالت اصحاب دعوى در اين امر مهم، منجر به نقض قواعد آمره تعارض قوانين خواهد شد. علاوه بر اين كه، ايراد اساسى امكان انجام تقلب نسبت به قانون خارجى توسط اصحاب دعوى نيز با اجراى اين نظريه مرتفع مى‏شود. چرا كه الزام محاكم به دستيابى به محتواى قانون خارجى امكان سوء استفاده اصحاب دعوى را در عدم ارائه محتواى قانون خارجى منتفى مى‏نمايد و در مجموع به نظر مى‏رسد، اين نظريه باطبيعت قواعد حل تعارض هماهنگ‏تر باشد.

### 2- جست و جوى محتواى قانون خارجى در حقوق بين‏الملل خصوصى تطبيقى

الف - در حقوق بين الملل خصوصى آلمان، ماده 293 قانون آئين دادرسى مدنى آن كشور مقرر مى‏دارد: «قواعد عرفى خارجى و حقوق خارجى حاكم بر اشخاص در صورتى نيازمند اثبات محتوا مى‏باشند كه نزد محاكم داخلى ناشناخته باشند. جهت مشخص كردن محتواى قواعد حقوقى، محاكم مكلف به اكتفا كردن به ادله ارائه شده توسط اصحاب دعوى نيستند، بلكه، استفاده از منابع ديگر اطلاع‏يابى نيز امكان پذير است.» اين قانون در واقع محاكم آن كشور را ملزم به جست و جوى مفاد قانون خارجى نموده است. با اين حال، مفاد قانون ياد شده به شكل صريح و واضح دستيابى عملى و الزامى محاكم آلمان به محتواى قانون خارجى را مورد تأكيد قرار نداده است.

(Muir-Watt, 1992: P.15)

ب - در سيستم حقوقى انگلوساكسون خصوصاً حقوق حاكم بر بريتانياى كبير، محاكم داخلى مكلف به تعيين محتواى قانون قابل اعمال نمى‏باشند. بلكه اين مهم به اصحاب دعوى واگذار شده است. قواعد عرفى ناشى از سيستم حقوقى كامن لا مبتنى بر اثبات صلاحيت قانون خارجى توسط متداعيان مى‏باشد. بنابراين، همان گونه كه اصحاب دعوى مكلف به اثبات ادعاهاى خود هستند، استناد بر صلاحيت قانون خارجى و قابل اعمال بودن آن نيز، ادعايى خواهدبود كه بايد با ارائه ادله اثبات دعوى اثبات شود. بر اين اساس، ارائه ادله اى معتبر مبنى بر صلاحيت قانون خارجى بر عهده مدعى است. در اين صورت، مدعى بايد اثبات نمايد كه قانون خارجى با قانون مقر دادگاه از حيث اجرا چه تفاوتى دارد. در اين خصوص اسكاتلند و ايرلند شمالى نيز تابع حقوق انگلستان هستند. (Graveson, 1960: P.398).

ج- در حقوق بين الملل خصوصى اتريش، بر اجراى الزامى قانون خارجى و جست و جوى الزامى مفاد آن تصريح شده است. مفاد ماده 4 قانون مدنى اتريش مصوب 1978 مقرر مى‏دارد كه وظيفه جست و جوى مفاد قانون خارجى صالح، بر عهده محاكم داخلى اين كشور است. علاوه بر اين كه، تحقيق و تفحص الزامى قضات اتريش در پيدا نمودن محتواى قانون خارجى، محاكم اين كشور را از همكارى با اصحاب دعوى و يا كسب اطلاع از مراجع صالحه آن كشور همچون وزارت دادگسترى فدرال باز نمى‏دارد، ولى، در صورتى كه امكان دسترسى به محتواى قانون خارجى ميسر نشد، قانون اتريش به جاى قانون خارجى اجرا مى‏شود (Ogris, 1990:P.21).

د- در حقوق بين الملل خصوصى يونان، براساس ماده 337 قانون مدنى، محاكم داخلى يونان موظف به اجراى الزامى قانون خارجى هستند. اگر دستيابى به مفاد قانون خارجى قابل اعمال توسط قضات آن كشور امكان‏پذير شد، محاكم موظف به اجراى آن قانون هستند. ولى اگر دسترسى به مفاد قانون خارجى توسط محاكم امكان‏پذير نبود، جهت تعيين محتواى قانون خارجى، محاكم يونان نه تنها مى‏توانند از همكارى و تلاش اصحاب دعوى استفاده نمايند، بلكه استفاده از هر ابزار قانونى ديگر جهت انجام اين مهم امكان‏پذير است.(Drakidis, 1989: P.9).

ه- در حقوق بين الملل خصوصى ايران، بر اساس مادة 7 قانون مدنى اتباع بيگانه در احوال شخصيه خود تابع قانون كشور متبوع خود هستند و قضات ايرانى نمى‏توانند به جاى قانون خارجى، قانون مقر دادگاه را اجرا كنند. اما، به باور برخى از حقوقدانان ايرانى جست و جوى قانون خارجى و ارائه مفاد آن بر عهده اصحاب دعوا مى‏باشد. و اجراى قانون صالح خارجى به مثابه تكليف قضات در دستيابى به محتواى قانون خارجى نيست. (الماسى، 1370: 121-122).

در اين راستا، بر اساس ديدگاه يكى ديگر از حقوقدانان، از آن جائى كه نتيجه اعمال قاعده تعارض قوانين تعيين قانون صالح است، پس از معلوم شدن قانون صالح، اگر اين قانون نسبت به دادگاه بيگانه باشد، ناگزير، بايد قاضى در جست و جوى راهى بر آيد تا از آن قانون بدان گونه كه هست و بدان درجه كه در حل و فصل دعاوى سودمند باشد، اطلاع مطمئن و كافى به دست آورد و طبيعى ترين و ساده ترين راه، براى رسيدن به اين مقصود، آن است كه از ذى نفع يا استناد كننده به آن قانون بخواهد متن آن را با توضيح كافى در اطراف چگونگى تفسير و اجراى آن در سرزمين اصلى به همراه شهادت نامه هايى با امضاى مراجع حقوقى آن سرزمين در اختيار دادگاه بگذارد. (سلجوقى، 1377: صص 162-163)

اما، با عنايت به امرى بودن قواعد ايرانى حل تعارض قوانين، به نظر مى‏رسد كه جست و جوى محتواى قانون خارجى بايد بر عهده قضات محاكم صالحه باشد، تا بدين وسيله از احتمال تحقق تقلب نسبت به قانون خارجى توسط اصحاب دعوا اجتناب ورزيد. اين نكته در دعاوى بين المللى مرتبط با دسته هاى ارتباطى احوال شخصيه، اموال و اسناد كه حاكميت اراده متداعيان نمى‏تواند در انتخاب قانون صالح اثر گذار باشد قطعى و غير قابل رد است. يعنى، در اين گونه دعاوى، قانون خارجى جنبه حكمى دارد و قابل تغيير و جانشينى توسط اصحاب دعوا و محاكم صالحه نيست.

### نتيجه گيرى و ارزيابى نهايى

دراين پژوهش نظريات چهارگانه حاكم بر محتواى قانون خارجى قابل اعمال بررسى شد. اولين نظريه، اثبات محتواى قانون خارجى را از جمله وظايف اصحاب دعوى محسوب نموده بود. در دومين نظريه تلاش جهت جست و جوى مفاد قانون خارجى بر عهده محاكم است، اما دستيابى به مفاد قانون خارجى و شناخت آن بر عهده قضات نيست. در نظريه سوم ماهيت حقوقى دعاوى مورد استناد قرار گرفت و دعاوى به ارادى و غير ارادى تقسيم شد.

در مورد دعاوى ارادى، اصحاب دعوى مى‏توانند، به جاى اجراى قانون خارجى بر عدم اجراى آن استناد كنند. اما، در مورد دعاوى غير ارادى، اجراى قانون صالح خارجى الزامى است و قضات موظف به جست و جوى قانون خارجى و دستيابى به مفاد آن مى‏باشند. در نظريه چهارم جست و جوى محتواى قانون خارجى الزاماً بر عهده محاكم داخلى است و تخلف از اين مهم، نقض قواعد حل تعارض محسوب گرديده‏است.

با مقايسه و ارزيابى نظريات مزبور نكاتى به شرح ذيل قابل ارائه مى‏باشد.

به نظر مى‏رسد نظريه مبتنى بر الزامى بودن جست و جوى قانون خارجى و دستيابى به مفاد قانون خارجى از اشكالات وارد بر نظريات سه‏گانه فوق مصون باشد. اين نظريه بر اين اصل تأكيد دارد كه امر مهم دادرسى متعلق به قضات محاكم داخلى يك كشور است و نمى‏توان اصحاب دعوى را در امر دادرسى مشاركت داد. از سوى ديگر، الزام قضات به اجراى الزامى قانون خارجى و دستيابى به محتواى آن منجر به اجراى صحيح قواعد داخلى حل تعارض قوانين مى‏شود. حال آن كه، دخالت اصحاب دعوى در اين امر مهم ممكن است، انجام تقلب نسبت به قانون خارجى توسط اصحاب دعوى را تسهيل و محقق سازد.

اما اين معضل با پذيرش نظريه الزامى بودن دستيابى به محتواى قانون خارجى مرتفع مى‏شود، چرا كه الزام محاكم به دستيابى به محتواى قانون خارجى امكان سوء استفاده اصحاب دعوى را در عدم ارائه محتواى قانون خارجى منتفى مى‏نمايد و در مجموع به نظر مى‏رسد، اين نظريه با طبيعت قواعد حل تعارض هماهنگ‏تر باشد.

در حقوق بين الملل خصوصى آلمان و فرانسه نيز اين نظريه توسط قانونگذاران اين كشورها پذيرفته شده است.

قضات محاكم صالحه در صورت عدم دستيابى به محتواى قانون خارجى نمى‏توانند، دادرسى را متوقف يا تعليق نمايند. بلكه دو راه حل را مى‏توانند در پيش گيرند. راه حل اول در اجراى قانون مشابه با قانون خارجى با جستجو در سيستم حقوقى نزديك به قانون خارجى نهفته است. به عنوان مثال، در صورت عدم دستيابى قضات ايرانى به محتواى قانون كشور نيجريه مى‏توان قانون كشور آفريقائى ديگر كه با نظام حقوقى كشور مزبور مشابه باشد را اجرا نمايند و در صورت عدم تشابه ميان نظام‏هاى حقوقى مورد نظر، راه حل ديگر قابل اجراست كه آن عبارت از اجراى قانون مقر دادگاه و جانشينى آن به جاى قانون خارجى غير قابل دسترس مى‏باشد.

#### منابع و مآخذ:

##### الف- كتب فارسى

1- الماسى، نجاد على، تعارض قوانين، تهران، مركز نشر دانشگاهى، چ دوم، 1370.

2- سلجوقى، محمود، حقوق بين الملل خصوصى، تهران، نشر دادگستر، چ اول، 1377، 2.

3- ارفع نيا، بهشيد، حقوق بين الملل خصوصى، تهران، نشر آگاه، چ اول، 1372، ج 2.

4- نصيرى، محمد، حقوق بين الملل خصوصى، تهران، نشر آگاه، چ پنجم، 1377، ج 1و2.

5- صفائى، سيد حسين، مباحثى از حقوق بين الملل خصوصى، تهران، نشر ميزان، چ اول، 1374، ج 1.

6- مدنى، سيد جلال الدين، حقوق بين الملل خصوصى، تهران، نشر گنج دانش، چ اول، 1375، جلد1 و2.

##### ب- كتب لاتين

7- AUDIT, B., Droit International Prive, Paris, Economica, 1999.

8- BATIFFOL, H., LAGARDE, P., Droit International Prive, Paris, Dalloz, 1995.

9- BOUREL. P, Droit intenational prive, Paris, Dalloz, 1992.

10- DAVID, C. , la loi etrangere devant le juge du fond, Paris, Sirey, 1965.

11- FAUVARQUE - COSSON,I., La libre disposition du droit et conflits de lois , These , Paris II ,1994.

12- GUTERRIDGE, H. , Comparative Law, London, 1946.

13- GRAVESON, R. , Conflict of Laws, London, 1960.

14- HOLLEAU×, D. , FOYER, J. , DE LA PRADELL , G. , Droit international prive, Paris, Dalloz, 1997.

15- LOUSSOUARN, Y, BOUREL, P, Droit International Prive, Paris, Dalloz, 1990.

16- MAYER, P. , Droit international prive, Paris, Dalloz, 1990.

17- RIGAU×, F, Droit International Prive, Bruxelles,Nathan, 1998.

18- SIMON-DEPITRE, M., Droit international prive, Paris, Armand Colin ,1985.

##### ج- مقالات لاتين

19- ALE×ANDRE, D., Jurisclasseur periodique, Seminaire Juridique, 1989, I.

20- BATIFFOL, H., Revue critique de droit international prive, 1960, I.

21- BISCHOFF, J-M., Revue critique de droit international prive, 1988, II.

22- COURBE, P., Jurisclasseur periodique, Seminaire Juridique, 1989, I.

23- BUREAU, D., Journal de Droit International, 1990, I.

24- Drakidis, Ph., Juris-Classeur de Droit international, 1989, Fasc. I.

25- LEQUETTE, Y.L'abandon de la jurisprudence Bisbal, Revue critique de droit international prive, 1989, I.

26- LAGARDE, P. ,Travaux de comite francais de droit international prive, 1990 - 1991, III.

27- LAGARDE, P. ,Revue critique de droit international prive, 1985, II.

28- MOTULSKY , H. , L'office du juge et la loi etrangere, Mel . Maury, 1960.

29- MASSIP, J. , Rep. Defrenois, 1989, I.

30- MUIR-WATT, H., Revue critique de droit international prive, 1992, I.

31- MUIR-WATT, H, Revue critique de droit international prive, 1990, I.

32- OGRIS, W. , Juri-Classeur de droit international, 1990, Face. III.

33- PREVAULT, J., Jurisclasseur periodique, Seminaire Juridique, 1989, II, 21259.

34- SINAY-CITERMANN, M. , Journal de Droit International, 1986.

35- YASEEN, M.K., Recueil des cours d 1'Academie de droit international, "problemes relatifs a l'application du droit etranger, 1962, II.

1 ـ استاد يار دانشكده حقوق و علوم سياسى دانشگاه شيراز.