

استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی

پروفسور ترور سی‌هارتلی*
Trevor C. Hartley
ترجمه 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 سر ناسازگاری داشته، و نتیجتاً این کشور تعهدات بین‌المللی و اروپایی خود را در این زمینه به طور کامل انجام نمی‌دهد.

*. 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.

این اتهامات، بویژه در رابطه با کنوانسیون رم^۱ عنوان شده‌اند. بنابراین مطالعه تطبیقی دیدگاهها و روشهای گوناگون در کشورهای مهم اروپایی به‌جا 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؟

۱

مطالعه تطبیقی کلی

پیش از اینکه قانون کشور خاصی مورد رسیدگی قرار گیرد، بررسی چند پرسش کلی از دیدگاه تطبیقی به نظر مفید می‌آید.

الف - قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجی

در آغاز دو مسئله را باید از هم تفکیک نمود: یکی قابلیت اعمال قانون خارجی و دیگری اثبات وجود آن. مسئله اول مربوط است به اینکه آیا قانون خارجی اجرا خواهد شد و مسئله دوم به

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

محتوای آن قانون مربوط می‌باشد. البته بین قابلیت اعمال و اثبات قانون خارجی رابطه نزدیکی وجود دارد: اگر قانون خارجی قابل اعمال نباشد مسئله اثبات آن موضوعاً منتفی است، و اگر هم ناتوانی در اثبات آن به اعمال قانون مقرر دادگاه منتهی شود، نتیجه آن با غیرقابل اعمال بودن قانون خارجی یکی خواهد بود. بدین جهت معمولاً برای هر دو مسئله روش مشابهی به کار گرفته می‌شود. هرچند که این دو مسئله از دیدگاه نظری جدا از هم بوده و تجزیه و تحلیل صحیح موضوع مسلتزم 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 می‌کند و دیگری به عنوان امری «حکمی» می‌نگردد. این دوگانگی، به رغم ظاهر برجسته خود، به لحاظ محدود بودن شمار کشورهای طرفدار هر یک از دو سیستم که نتایج کامل موضع‌گیری 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 می‌شمارد ولی قانونی از نوع دیگر. از سویی دیگر کشورهای وابسته به گروهی که قانون خارجی را امری موضوعی محسوب می‌نمایند، قانون خارجی را به عنوان امری «موضوعی با ویژگی خاص»^۲ می‌نگرند که نبایستی مانند موضوع معمولی با آن رفتار شود. نتیجه این‌که در عمل ممکن است بین طرز برخورد دو گروه مذکور نسبت به موارد خاص اختلاف ناچیزی بروز کند.

رسیدگی پژوهشی^۳ می‌تواند مثال خوبی [برای اثبات این گفته] باشد. در اکثر کشورها پژوهش‌خواهی مبتنی‌بر مسائل موضوعی دعوا مشکل‌تر از پژوهش‌خواهی مبتنی‌بر مسائل حکمی آن می‌باشد. در مورد

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

۳. در اینجا لغت «پژوهش» در معنی عام به‌کار رفته است و دربرگیرنده مفاهیمی مانند «ریویزیون» در حقوق آلمان و «کسسیون» در حقوق فرانسه می‌باشد (این دو مفهوم معادل مفهوم فرجام در حقوق ایران می‌باشند. م).

عالي‌ترین دادگاه در سلسله مراتب مراجع قضایی، پژوهش‌خواهی به اعتبار مسائل موضوعی ممکن است اساساً غیرقابل طرح باشد. بنابراین تمایز بین موضوع و حکم برای تشخیص این‌که آیا حق پژوهش وجود دارد یا خیر، حایز اهمیت است. با وجود این، کشوری که با قانون خارجی به مثابه امری حکمی برخورد می‌نماید، ضرورتاً پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی را نزد عالی‌ترین دادگاه اجازه نمی‌دهد.^۴ از طرف دیگر، از میان کشورهای که قانون خارجی را امری موضوعی می‌پندارد حداقل یک کشور وجود دارد که از نظر رسیدگی پژوهشی با قانون خارجی همانند و همپایه قانون مقرر دادگاه برخورد می‌کند.^۵

ج - اعمال به اعتبار سمت (ex officio)

هنگامی که قاعده انتخاب قانون حاکم (از قواعد تعارض قوانین) حکم به اعمال

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. Jessurun 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 تناقض‌آمیز است.

قانون خارجي مي‌کند، آيا دادگاه بايد رأساً و «به اعتبار سمت» خود قانون خارجي را اعمال نمايد يا اينکه اعمال قانون خارجي منوط به درخواست يکي از طرفين دعوا است؟^۶ اين سؤال به رغم ظاهر آساني که دارد، سؤالات عميقي را در مورد طبيعت تعارض قوانين و در واقع رسيدگي قضايي في حد ذاته برمي‌انگيزد. آيا قواعد مربوط به انتخاب قانون حاکم طبيعتي مشابه با ساير قوانين دارند؟ آيا نقش قاضي همانند داوري بي‌طرف است که صرفاً بين اطراف دعوا حکميت مي‌کند، يا اينکه او مي‌بايستي نقشي فعال در کشف واقعيات امر ايفا کند؟

استدلالي که معمولاً در تأييد اين نظر که دادگاه بايد رأساً و به اعتبار سمت قضايي خود - هنگامي که قواعد انتخاب قانون حاکم مقتضي اعمال قانون خارجي هستند - قانون خارجي را اعمال کند، طرح مي‌شود اين است که قواعد مزبور همانند ساير قوانين [متبوع] براي دادگاه الزام آور است. طبق اين استدلال، دادرسي

۶. تا حدي که اين درخواست بايد در شکل خاصي ارائه گردد: آيين‌هاي هر کشور با کشور ديگر متفاوت است.

که قانون خارجي را، ولو در صورت عدم درخواست يکي از طرفين اعمال نمي‌نمايد، آن‌چنان که بايد به وظيفه خود عمل نکرده است. ولي استدلال مزبور اين نکته را در نظر نگرفته است که در بيشتر کشورها قوانيني وجود دارند که فقط در صورت استناد يکي از طرفين، از جانب دادگاهها به مرحله اجرا گذاشته مي‌شوند: صرف اينکه قاعده‌اي قانوناً الزام آور است بدین معني نيست که قاضي رأساً مکلف به اعمال آن مي‌باشد.

در مقابل، دليل اساسي گروه ديگر اين است که اثبات قانون خارجي وقت‌گير، مشکل، نامعلوم و پُرخرج مي‌باشد: اصولاً چرا هنگامي‌که هيچ‌يک از طرفين دعوا تمايلي به اعمال قانون خارجي ندارند، دادگاه خود و يا اصحاب دعوا را دچار چنين تعب و مشقتي کند؟ اگر طرفين دعوا خود رضایت دارند که به دعوا طبق قانون مقر دادگاه، که احتمالاً از دیدگاه آنان مشابه قانون خارجي است، رسيدگي شود به نظر مي‌رسد که دادگاه هم بايد به خواست آنها احترام گذارد مگر اينکه نظم عمومي و يا ملاحظات ديگري از اين قبيل، به

استناد و اثبات قانون خارجي ... ❖ ۱۴۱

گونه‌ای دیگر ایجاب کنند.

کشورهای اروپایی درباره نکته مورد بحث اختلاف نظر بسیار دارند. در بعضی کشورها، مثلاً آلمان، قانون خارجی امری حکمی محسوب می‌شود و این دادگاه است که رأساً درباره اثبات و اعمال آن تصمیم می‌گیرد. در بعضی دیگر، مانند انگلستان، قانون خارجی امری موضوعی به حساب می‌آید و معمولاً اعمال آن منوط به درخواست یکی از طرفین دعوا است و بار اثبات آن هم به عهده طرفی است که بدان استناد می‌کند؛ 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 می‌آید، در عمل عمیق نیست؛ اغلب کشورهایی که استناد به قانون خارجی را ضروری می‌دانند در موارد معینی، مثلاً در مسائل مربوط به احوال شخصیه، استثنائاتی را بر این اصل وارد کرده‌اند. از سوی دیگر، کشورهایی که اعمال قانون خارجی را فقط به تصمیم دادگاه رسیدگی‌کننده موکول دانسته‌اند، اغلب به طرفین دعوا اجازه می‌دهند 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 مزیت‌های دو روش، ضروری است این سؤال بررسی شود که اصولاً چرا یک سیستم تعارض قوانین، اجرای قانون خارجی را لازم می‌داند. این خود سؤالی مشکل و بغرنج است.^۸ با این وصف می‌توان گفت که اعمال قانون خارجی در پاره‌ای موارد به منظور حفظ منافع طرفین

۷. برای مثال در هلند این نوع از توافقات در مواردی که دعوا راجع به «مسائل مربوط به توارث» (vermogensrechtelijke zaken) مجاز می‌باشد، این مفهوم همچنین برای تعیین این‌که آیا یک دعوا قابل حل و فصل از طریق داوری است، به‌کار گرفته می‌شود. ر.ک.

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 گرفته‌اند:

Cheshire and North, Private International Law (12th edn. 1992. P. M. North and J. Fawcett (Eds)). Pp. 27-40.

دعوا [یا یکی از آنها]، احیاناً از طریق حمایت از انتظارات معقول آنان، در مواردی برای حفظ منافع و مصالح کشورهای خارجی و در سایر موارد به منظور نیل به اهداف دیگری است. در مواردی که ملاحظات مربوط به مورد اول مطرح است، پافشاری دادگاه بر اعمال قانون خارجی در صورت عدم درخواست هیچ‌یک از طرفین دعوا غیرمعقول جلوه می‌کند. 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 می‌آید.

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 می‌کند و مواردی که مصلحت و نفع عمومی چنین امری را ایجاب می‌نماید. این تفکیک ظاهراً الهام‌بخش 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»،^۹ می‌باشد. مفهوم اخیر منطبق است با مفهومی که جهت تعیین و تفکیک دعاوی قابل ارجاع به داوری و مصالحه خصوصی بین طرفین دعا به‌کار برده می‌شود. گرایش کلی در کشورهای این تفکیک را اعمال می‌کنند بر این است که قرارداد، مسئولیت مدنی و اموال را در عداد مقولات حقوقی‌ای بدانند که (قطع نظر از استثنائات موجود) منافع خصوصی طرفین در آنها برتری و شاخصیت دارد و احوال شخصی را در زمره اموری طبقه‌بندی کنند که در آنها غلبه با نفع و مصلحت عمومی است.

د - اثبات

دو روش عمده برای اثبات قانون خارجی یا بار اثبات را به‌عده یکی از طرفین دعا (که معمولاً، ولی نه همیشه،

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.رک. (م).

طرفي است که اعمال قانون خارجي را درخواست مي‌کند) گذاشته و يا آن‌که اين وظيفه را به عهده خود دادگاه مي‌گذارد. چنانکه مي‌توان حدس زد اين اختلاف، انعکاسي از اختلاف نظري است که در مورد اجراي قانون خارجي به اعتبار سمت وجود دارد. در مورد حالت اول (اثبات توسط طرفين)، رایج‌ترين شيوه اثبات، استفاده از نظر کارشناس مي‌باشد. در برخي از کشورها معمول اين است که نظريه کتبي کارشناس به دادگاه عرضه شود (اگرچه ممکن است از شخص کارشناس خواسته شود که همچنين در دادگاه حاضر و شفاهاً اظهار نظر نمايد) و در برخي ديگر بر روي شهادت شفاهي کارشناس تأکيد مي‌شود. اين موضوع تا حد زيادي به سنتهاي مرسوم در کشورهاي مربوطه بستگي دارد: کشورهاي کامن‌لو شهادت شفاهي را ترجيح مي‌دهند - کارشناسان، به منظور بي‌اعتبار نمودن نظراتشان، مورد سؤال از سوي وکلاي طرفين قرار مي‌گيرند - درحالي‌که دادگاههاي کشورهاي حقوق نوشته معمولاً ترجيح مي‌دهند که نظريه‌اي مستدل [کتبي] را مورد ملاحظه قرار دهند. هريك از اين 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 اینکه 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 بپذیرند. در برخی موارد تحمل چنین هزینه‌ای ممکن است انگیزه‌ای قوی برای توفیق 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

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۴۷

را از دوش طرفین دعوا برمی‌دارد.
با در نظر گرفتن ملاحظات کلی فوق،
اکنون قوانین کشورها را تکتک مورد
بررسی قرار می‌دهیم.

۲

آلمان^{۱۰}

در کشور آلمان قانون خارجی امری
حکمی، و نه موضوعی، محسوب می‌شود.^{۱۱}
صرفنظر از اینکه طرفین بدان استناد
کرده باشند یا خیر، از حیث سمت، رأساً
قانون خارجی را اعمال می‌نماید. وظیفه
تعیین آن قانون برعهده خود دادگاه
می‌باشد^{۱۲} که مختار است در مورد وسیله و

^{۱۰}. مطالب مندرج در این بخش براساس 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 ZivilprozeBrecht* (1987), note 2136; Peter Arens, *Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausladischen Rechts im deutschen ZivilprozeB*, *Festschrift für Imre Zajtway* (1982), p. 7 at p. 8; Lorenz Fastrich, "Revisibilität der Ermittlung ausladischen Rechts" (1984) 97 *Z.Z.P.* 423, 427; Erwin Riezler, *Internationales ZivilprozeBordnung und prozessuales Fremdenrecht* (1949), p. 493; Geimer in Righard Zoller, *ZivilprozeBordnung* (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 *Munchener Kommentar*

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 می‌تواند از طرفین دعوا بخواهد که در این امر او را یاری کنند بویژه 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 می‌تواند نظر آنها را، بدون انجام هرگونه تحقیق دیگری،^{۱۶} قبول نماید، اگرچه اجباری به پذیرش آن

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 prozeB" (1987) 91 Z. Z. P. 176, 181 et seq.; Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht (7th edn, 1995), pp. 362 et seq. See also Gerardo Broggin, "Die Maxime 'jura novit curia' und das ausländische Recht, Ein Beitrag zur Präzisierung des §. 293 ZPO" (1956) 155 A. c. P. 469 et seq.

13. See Bundesgerichtshof, judgments of 23. 12. 1981, N. J. W. 1961, 410; 10. 07. 1975, N. J. W. 1975, 2142, 2143; 30.03. 1979, 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.

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۴۹

ندارد.^{۱۷}

رایج‌ترین 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 می‌تواند از مرکز تحقیقی مانند انستیتوی حقوق خارجی و حقوق بین‌الملل خصوصی ماکس‌پلانک در هامبورگ یا از مراکز حقوق تطبیقی بعضی از دانشگاه‌های معین آلمان، نظرخواهی کند. مجموعه‌ای از این نظرات هر ساله تحت عنوان "Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht" منتشر می‌شود. دادگاه همچنین می‌تواند از تمهیدات پیش‌بینی شده در «کنوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا مربوط به اطلاعات در مورد حقوق خارجی» استفاده نماید، ممکن است از نمایندگی‌های دیپلماتیک آلمانی یا خارجی درخواست اطلاعا کند، یا این‌که در خصوص موضوع از یک حقوقدان خارجی استعلام نماید. روش اخیر به ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد، اگرچه طرفین دعوا خود ممکن است نظر حقوقدان خارجی را به دادگاه ارائه نمایند. هرچند وظیفه

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

تعیین یا اثبات قانون خارجی به عهده دادگاه می‌باشد، 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 می‌توانند توافق نمایند که قانون آلمان بر دعوا اعمال شود، و این توافق موقعی مورد پذیرش دادگاه قرار می‌گیرد 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 مسئولیت 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 می‌نماید،^{۱۸} اگرچه این رویه مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است.^{۱۹} تا آنجایی که این نوع توافق صریح

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.

یا ضمنی در مورد انتخاب قانون حاکم امکان‌پذیر می‌باشد، این عمل آلمان را در جایگاهی مشابه با کشورهایمانند انگلستان قرار می‌دهد، 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 می‌شود: یکی برروفونگ (Berufung) که پژوهش نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه] یعنی Oberlandesgericht است، و دیگری رویزیون (Revision)، که پژوهش نزد عالی‌ترین دادگاه حقوقی، یعنی Bundesgerichtshof است. پژوهش نوع اول ممکن است بر مبنای مسائل موضوعی و یا حکمی دعوا استوار باشد، ولی پژوهش نوع اول ممکن است بر مبنای مسائل موضوعی و یا حکمی دعوا استوار باشد، ولی پژوهش نوع دوم فقط می‌تواند مبتنی بر مسائل [حکمی] مربوط به قوانین فدرال آلمان باشد. ۲۰ در نتیجه پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی فقط می‌تواند نزد مرجع پژوهشی عادی [متوسطه]، و نه

20. Zivilprozeßordnung, §. 549 (1).

Bundesgerichtshof، مطرح شود. ۲۱

۳

سوئیس ۲۲

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

۲۱. در این رابطه، چند محدودیت و استثنا وجود دارد: به عنوان مثال، اگر دادگاه رسیدگی‌کننده قادر به تشخیص قابلیت اجرای قانون خارجی نباشد؛ اگر دادگاه وظیفه خود را در رابطه با ارزیابی قانون خارجی را به خوبی انجام ندهد؛ چنانچه قانون خارجی پس از اعلام رأی دادگاه تغییر یافته و عطف به ما سبق 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. بویژه رك.

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

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۵۳

نیز به عهده طرفی بود که بدان استناد می‌کرد. ولی با تصویب قانون «حقوق بین‌الملل خصوصی فدرال»^{۲۳} مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷، مسئله استناد و اثبات قانون خارجی جزء مسائل مربوط به حقوق فدرال محسوب گردید و تابع قوانین متحدالشکل لازم‌الاجرا در کل سویس 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».^{۲۴} مع‌هذا دو استثنا بر این قاعده وجود دارد: استثنای اول این است که برطبق مفاد همان بند، در «مسائل مربوط به توارث»، دادگاه مخیر است بار اثبات قانون خارجی را به عهده طرفین دعوا بگذارد،^{۲۵} اگر آنها نتوانند

23. Loi federale sur le droit international privé.

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

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

صحت کردن از «بار اثبات دعوا» در این زمینه چندان صحیح نیست، بلکه مسئله اصلی بیشتر به اسقاط تکلیف دادگاه در اعمال قانون خارجی، از حیث سمت، مربوط می‌شود. عدم توانایی در اثبات قانون خارجی منجر به صدور حکم علیه طرفی که مدعی حقی بر مبنای قانون مزبور

از عهده این امر برآیند آن‌گاه، برطبق مفاد بند ۲ ماده ۱۶، ۲۶ قانون مقرر دادگاه به اجرا گذاشته خواهد شد. بنابراین در چنین مواردی، طرفین دعوا می‌توانند صرفاً با عدم ارائه مدارک مثبت قانون خارجی، اجرای قانون مقرر دادگاه را تضمین نمایند. استثنای دوم مربوط است به مواردی که قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی سویس به طرفین دعوا اساساً حق انتخاب قانون حاکم را می‌دهد، که در این‌گونه موارد آنها می‌توانند در جریان دادرسی بر عدم اعمال قانون خارجی توافق نمایند و نتیجتاً در این مورد نیز قانون مقرر دادگاه اعمال خواهد شد. ظاهراً مفهوم «موضوع مربوط به

است، نخواهد شد، بلکه صرفاً به اجرای قانون خارجی سویس خواهد انجامید. توجه به این نکته جالب است که قید مذکور در فوق در پیش‌نویس 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 بین‌المللی قابلیت اجرایی پیدا می‌کند، اعمال نگردد. همچنین عنوان شده است که قید مزبور هنگامی که به اهداف قاعده حل تعارض مورد بحث لطمه می‌زند، نباید به اجرای خارجی گذاشته شود: idem, §. 380.

26. "Le droit suisse a àpplique si le contenu du droit etranger ne peut pas etre etabli".

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۵۵

توارث» (patrimonial matter) در حقوق سویس همان نقش را دارد که مفهوم "vermogensrechtelike zaak"^{۲۷} در حقوق کشور هلند ایفا می‌کند و یا شبیه به مفهوم «موضوعی که در خصوص آن طرفین دعوا مختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» در حقوق فرانسه می‌باشد.^{۲۸} در حقوق سویس «موضوع مربوط به توارث» مفهوم گسترده‌ای دارد و هر موضوعی که برای طرفین دعوا ارزش مالی داشته باشد، را شامل می‌شود. در حقیقت، به نظر می‌رسد محک تفکیک مفهوم مذکور بررسی این سؤال است که آیا انگیزه خواهان در اقامه دعوا انگیزه‌ای مالی بوده است یا خیر؟^{۲۹}

۴

فرانسه

در فرانسه قانون مربوط به موضوع مورد بحث تقریباً به کلی ساخته و پرداخته آرای قضات می‌باشد و آرای قابل توجهی از طرف عالی‌ترین دادگاه حقوقی این کشور

27. See supra n. 7.

28. See infra.

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

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 می‌توان انتظار داشت.

الف- اعمال قانون خارجی^{۳۰}

اعمال قانون خارجی از جمله زمینه‌هایی است که دیوان عالی کشور فرانسه در مواضع خود تجدیدنظر 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 می‌دانند) جزء مسائل مربوط به نظم عمومی نیستند، بر طرفین دعوا است که اعمال قانون خارجی را درخواست کنند؛ اگر چنین درخواستی نکنند دادگاه رسیدگی‌کننده را نمی‌توان به خاطر عدم تصمیم، به اعتبار سمت خود، به اعمال قانون خارجی سرزنش

^{۳۰}. مطالب مندرج در این قسمت بر اساس اطلاعات و منابع ارائه شده توسط پرفسور Helena Gaudemet Tallon 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 affêts de la jurisprudence française de droit international privé (2nd edn, 1992), No. 33.

نمود. موضوع این دعوا درخواست طلاق^{۳۲} و قانون حاکم بر آن، قانون ملی طرفین دعوا بود. طرفین دعوا هر دو شهروندان اسپانیایی بوده و برطبق قوانین اسپانیا در آن زمان طلاق ممنوع بود. دادگاه رسیدگی‌کننده ظاهراً از تابعیت اسپانیایی اطراف دعوا آگاه بود اما چون هیچ‌کدام 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 فرجام‌خواهی شد، بر این اساس که دادگاه رسیدگی‌کننده می‌بایستی رأساً، به اعتبار سمت، قانون اسپانیا را اعمال می‌نمود. دیوان کشور درخواست فرجام را رد نمود.

با این وجود در سال ۱۹۶۰، دیوان عالی کشور تصریح نمود که اگرچه دادگاه موظف نیست که قانون خارجی را به اعتبار سمت اعمال نماید، مع‌هذا، مختار است به چنین امری اقدام کند. این رأی دیوان عالی کشور در قضیه *Compagnie algérienne de Crédit et de*

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

Banque v. Chemouny صادر شد.^{۳۳} در این دعوا از رأی دادگاه پایین‌تر نزد دیوان عالی کشور پژوهش‌خواهی 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 مسئله که آیا دادگاه نخستین در اعمال قانون خارجی دچار اشتباه شده است یا خیر را ندارد.^{۳۴}

برای سال‌های متمادی، آرای فوق‌الذکر 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 واقع معین و خاصی دادگاه‌ها موظفند که قانون خارجی را رأساً و از حیث سمت اعمال نمایند،^{۳۵} سپس در سال

33. Civ. 2 Mar. 10=960. 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.

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.

۱۹۸۸، در دعاوي Rebouh و Schule،^{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 تصمیم‌بگیرد که آیا قانون خارجی اعمال می‌شود یا خیر؛ یعنی آن‌که «دادگاه موظف است به دعوا براساس قواعد حاکم بر آن رسیدگی کند».^{۳۷} قصور در به‌کارگیری این رویه می‌تواند موجب نقض حکم در مرحله پژوهش بشود.

به نظر می‌رسید که این آرای دیوان عالی کشور قاعده‌ای کلی را وضع می‌نمودند که براساس 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 دعاوي Coveco^{۳۸} دیوان‌کشور چنین نظر داد که اگر طرفین دعوا اعمال قانون خارجی را دسخواست نکنند، حکم

36. Civ. 11 and 18 Oct. 1988. Clunet 1989. 349. note Alexandr349. note Alexandré. J. C. P. 1989. 11. 21327. note Courbe: Rev. crit dr. intrpr. 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.

صادره صرفاً به دلیل این‌که دادگاه رسیدگی‌کننده قانون مقرر دادگاه را اعمال نموده، قابل نقض نخواهد بود. مع‌هذا این قاعده کلی فقط هنگامی جاری است که قانون خارجی بر طبق مفاد يك 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»^{۳۹} کنند.

این نظریه دیوان کشور مبین رویه جاری می‌باشد. قاعده کلی این است که دادگاه رسیدگی‌کننده، 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 بین‌المللی [که فرانسه عضو آن می‌باشد] قرار می‌گیرد 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

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.

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 می‌باشد، شاید مشابه موضوعاتی که تحت عنوان قواعد معمولی راجع به انتخاب قانون حاکم طبقه‌بندی می‌شوند.^{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»، درحالی‌که مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت را می‌توان جزء آن بخش از حقوق به حساب آورد که در آن چنین حقی برای ایشان وجود ندارد.^{۴۲}

همچنین این ابهام وجود دارد که هنگامی‌که موضوع دعوا از جمله مسائلی است که طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» ولی همزمان تحت پوشش *یک کنوانسیون بین‌المللی* قرار

۴۰. به عنوان دعوایی که در آن مفهوم مزبور دربرگیرنده دعوای اثبات نسب می‌باشد، نک.

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.

دارند، آیا طرفین دعوا می‌توانند توافق کنند که دعوا برطبق قانون مقرر دادگاه^{۴۳} رسیدگی شود؟ چنین توافقی ظاهراً امکان‌پذیر است،^{۴۴} بویژه این امکان در رابطه با مسائل ناشی از قرارداد صریحاً پذیرفته شده است.^{۴۵}

ب- بار اثبات دعوا^{۴۶}

در این مورد نیز دیوان عالی کشور فرانسه موضع خود را تغییر داده است. در آغاز، برطبق قاعده‌ای که به قاعده لوتور - تینه (Lautour - Thinet)^{۴۷} معروف بود، بار اثبات قانون خارجی برعهده طرفی بود که [اصل] ادعایش تابع آن قانون بود و نه

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

44. See Roho, 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.

۴۶. مطالب مندرج در این قسمت براساس 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. 874, note Bischoff, Rev. crit. dr. int. pr. 1985. 89. note Lagarde.

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۶۳

طرفي که بدان استناد مي‌کرد.^{۴۸} معني قاعده چنين بود که، براي مثال، اگر خواهان، دعوا مربوط به تخلف [موجب مسئوليت مدني] که در يك کشور خارجي واقع شده بود را اقامه مي‌کرد، او مجبور بود که قانون خارجي را اثبات نمايد، حتي در صورتي که رضايتم داشته که به دعوايش مطابق قانون فرانسه رسيدگي شود و اين خوانده بود که به قانون خارجي استناد کرده بود.^{۴۹} اگر قانون خارجي اثبات نمي‌شد، وضعيت بدین‌قرار بود که اگر عدم اثبات از تقصير يا فقدان سعي طرفي که بار اثبات برعهده اش بود، ناشي ميشد دعوايش محکوم به رد بود؛ از طرف ديگر اگر اثبات قانون خارجي حقيقتاً ميسر نبود، دادگاه قانون مقرر خود را به اجرا مي‌آورد. بنابراین انگيزه اي واقعي براي يك طرف وجود داشت تا حداکثر تلاش

48. "La charge de la preuve de la loi étrangère pese sur la partie don't 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 اين مورد، يك استثنا وجود داشت؛ و آن هنگامي بود که دعوي اصلي در شمول قانون فرانسه بود و خوانده مدعي عدم قابليت استماع دعوا ميشد، در اين صورت وي مجبور بود اين مطلب را به اثبات برساند که ادعاي مزبور طبق قانون خارجي موجه است.

خود را جهت اثبات قانون خارجي به‌کار
ببرد مع‌هذا طرف ديگر هم ممکن بود وسوسه
شود که صرفاً به منظور اتلاف وقت به
قانون خارجي استناد نماید.

اخيراً، ديوان‌عالي کشور فرانسه
قاعده «لوتور — تينه» را کنارگذاشته
است. قاعده جديدي که در قضيه امرفور
(Amerford)⁵⁰ مقرر شده، چنين است که در
مواردي که طرفين دعوا مختارند «
آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند»،
طرفي که ادعا مي‌کند که اعمال قانون
خارجي به نتيجه‌اي متفاوت از آنچه که از
اعمال قانون فرانسه به‌دست مي‌آيد، منجر
مي‌شود بايد اين تفاوت نتيجه را با
اثبات محتوای قانون خارجي مورد استناد
ثابت ثابت نماید، در غير اين‌صورت قانون
فرانسه به عنوان قانون مقرر دادگاه
اعمال خواهد شد.

در قضيه امرفور، بيمه‌گر اجناسي که
در هنگام حمل معيوب شده بود عليه شرکت
باربري مربوطه اقامه دعوا نموده بود.
خوانده [شرکت حمل باربري] مدعي بود که

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

قانون ایلینویز (Illinois) بر دعوا حاکم بوده و این ادعا مورد اعتراض خواهان نبود. براساس رویه لوتور-تینه، بار اثبات قانون ایلینویز برعهده خواهان [شرکت بیمه] قرار می‌گرفت، زیرا آن قانون حاکم بر ادعایش می‌بود. ولی، براساس رویه جدید، خواننده دعوا - طرفی که به قانون خارجی استناد کرده بود - مجبور به اثبات این بود که قانون خارجی با قانون مقرر دادگاه تفاوت داشت.

مزیت رویه جدید در سادگی آن است، بویژه این‌که 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 برعهده دارد، و آن دسته از دعاوی که اثبات قانون خارجی حقیقتاً میسر نیست، تفکیکی صورت‌پذیرد. برطبق سیستم جدید، نتیجه در هر دو مورد یکسان است، بدین معنی که قانون مقرر 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 مقرر دادگاه توصیف می‌شود — در هر دو مسئله به‌کار گرفته می‌شود. 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 مقرر دادگاه^{۵۱} به جای قانون خارجی، اعمال خواهد شد. مشکل عمده در مواردی بروز می‌کند که موضوع دعوا مربوط به بخشی از حقوق است که طرفین مختارند «آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف کنند» اما همچنین یک کنوانسیون بین‌المللی نسبت به آن اعمال می‌گردد. در اینجا وضعیت نامعلومی است بدین معنی که آیا دادگاه بایستی قانون خارجی را، حتی اگر بدان نیز استناد نشده باشد، قابل اعمال اعلام نماید آن‌گاه اگر قانون خارجی اثبات نشود، قانون مقرر خود را اعمال کند؟ یا اینکه دادگاه موظف است محتوای قانون خارجی را رأساً به اعتبار سمت، تعیین نماید؟ تاکنون جوابی به این سؤالات داده نشده است.

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

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، اگرچه 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 اشاره‌ای به محتوای این قاعده نمی‌نماید.

ج - روشهای اثبات^{۵۳}

در فرانسه قانون خارجی — تا حد زیادی — به عنوان یک امر موضوعی به اثبات می‌رسد. اساساً تمام روشهای اثبات

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

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

را می‌توان به‌کار گرفت، ولی روش معمول تهیه يك "certificats de coutume"، که همان نظرات کتبی کارشناسان (اغلب حقوقدانان خارجی) در مورد حقوق خارجی است، می‌باشد. این‌گونه نظرات کارشناسی ممکن است با مدارک مربوطه - برای مثال متن قانون خارجی یا تصمیمات دادگاهها (ترجمه شده به زبان فرانسه) - همراه باشد. اگر هریک از طرفهای دعوا نظریه‌ای کارشناسی به دادگاه عرضه کند، تناقض بین نظرات مزبور غیرمحمتمل نخواهد بود در چنین حالتی دادگاه مجبور خواهد بود که تصمیم بگیرد کدامیک از نظرات صحیح می‌باشد. از آنجایی که تحصیل چنین دلیلی پُررهزینه می‌باشد، همیشه [به دادگاه] ارائه نمی‌شود؛ در عوض طرفین دعوا می‌توانند از دادگاه درخواست نمایند که رأساً تحقیقات لازم را به عمل آورد. اگرچه فرانسه عضو «کنوانسیون ۱۹۶۸ شورای اروپا درخصوص اطلاعات راجع به حقوق خارجی»^{*} است اما از امکانات پیش‌بینی شده در این کنوانسیون، احتمالاً به دلیل این‌که موجودیت آن عموماً شناخته شده نیست، به

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

ندرت استفاده می‌شود.

در فرانسه قاعده کلی این است که پژوهش مبتنی بر مسائل موضوعی دعوا را می‌توان فقط نزد دادگاه پژوهش (Cours d'appel) و نه نزد دیوان عالی کشور، اقامه نمود. از آنجایی که قانون خارجی برای این منظور يك امر موضوعی محسوب می‌شود، پژوهش مبتنی بر مسائل مربوط به قانون خارجی معمولاً نزد دیوان عالی کشور قابل طرح نمی‌باشد.^{۵۴} اما استثنا بر این قاعده کلی مربوط به موردی است که دکترین "Dénaturation" پیش‌بینی نموده است، برطبق این دکترین در مواقعی که دادگاه پایین‌تر شرایط يك مدرک کتبی، مثلاً يك قرارداد یا وصیت‌نامه، که معنی آن کاملاً واضح است را صحیحاً به اجرا در نیاورده باشد، می‌توان پژوهش [مبتنی بر مسائل موضوعی] را نزد دیوان عالی کشور طرح نمود. این دکترین از طریق قیاس، به مورد قانون خارجی نیز تسری داده شده

۵۴. آرای قضایی با قاطعیت بر این مطلب صحه می‌گذارند، برای مثال نك.

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.

است. با وجود این، چنین پژوهشی تنها در
دعاوی محدودی موفقیت‌آمیز خواهد بود.

قوانین انگلیس در مورد استناد و اثبات قانون خارجی به طور محکمی تثبیت شده و به ندرت بحث‌انگیز 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

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. For 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 فنتیمان (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 اظهارنظرهایشان متشکرم. مباحثات دوستانه با منتقدان نظام حقوقی انگلستان (همچون پرفسور هاساولریخ جسوران دلی‌الیویرا (Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira) در فهم دیدگاههای کشورهای اروپایی کمک نمود. لازم به گفتن نیست که هیچیک از افراد فوق‌الذکر مسئولیتی در قبال گفته‌های من ندارند.

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.

الف- رویه معمول

قاعده اساسی این است که قانون خارجی یک امر موضوعی محسوب می‌شود. اگر یکی از طرفین دعوا بدان استناد نکند - حتی اگر برطبق قاعده انتخاب قانون حاکم (از قواعد حل تعارض) مربوط به نظر برسد که قانون خارجی قابل اعمال است - دادگاه آن را اعمال نخواهد کرد.^{۵۶} به جز

^{۵۶}. دادگاههای انگلیس معمولاً حق ندارند رأساً و به اعتبار سمت، قانون خارجی را قابل اجرا اعلام نمایند. با این حال، دادگاههای مزبور می‌توانند به ابتکار خود قانون ۱۸۵۹ بریتانیا مربوط به تعیین قوانین را به مرحله اجرا درآورند حتی اگر هیچ‌یک از طرفین به قانون خارجی استناد نکرده باشد. نک.

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.

در صورتی که طرف دیگر قبول نماید،^{۵۷} قانون خارجی باید توسط طرفی که بدان استناد می‌کند اثبات گردد.^{۵۸} اگر چنین اثباتی انجام نشود، یا قانون خارجی مورد استناد قرار نگیرد، قانون مقرر دادگاه اعمال خواهد شد.

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

۵۷. اگر درباره مفاد قانون خارجی طرفین توافق داشته باشند احتیاجی به اثبات آن نخواهد بود، نک.

Dacey and Morris, *idem*, p. 228, notes 25 and 26.

۵۸. در این مورد، استثنائات قانونی معینی وجود دارد. نک.

The Maintenance Orders Act 1950, §. 22 (2).

۵۹. هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند صرفاً با استناد به متن قانون خارجی یا با اشاره به حکم دادگاه خارجی، قانون خارجی را به اثبات برساند. (به عنوان یک استثنا نک. the Evidence (Colonial Statutes) Act 1907 که اجازه می‌دهد قوانین کشورهای مشترک‌المنافع به عنوان دلیل – بدون نیاز به ارائه دلیل دیگری – پذیرفته شوند) با این حال، طرفین می‌توانند از دادگاه درخواست نمایند تا به موجب قانون ۱۸۵۹ «مربوط به تعیین قانون خارجی» تصمیم‌گیری نماید. این قانون به دادگاه اجازه می‌دهد تا از دادگاه کشور دیگر – که هر دو کشور جزء کشورهای مشترک‌المنافع هستند – درخواست کند که براساس قانون مزبور حکم نماید. چنین حکمی برای دادگاه طرف درخواست، الزام‌الاتباع است. موارد استناد به این قانون نادر می‌باشد. مقررات مشابهی در رابطه با قانون کشورهای غیر مشترک‌المنافع نیز توسط قانون ۱۸۶۱ «مربوط به تعیین قانون خارجی»، پیش‌بینی شده است، ولی هیچ‌کنوانسیون بین‌المللی تاکنون برای اثر بخشیدن به این قانون به تصویب نرسیده و این قانون توسط قانون ۱۹۷۳ نسخ شد. بریتانیا عضو شورای اروپا در خصوص اطلاعات مربوط به قانون خارجی است و به طور

خواسته می‌شود که در مورد قانون خارجی نظر بدهد باید «به اعتبار دانش یا تجربه خود، صلاحیت مناسب و لازم را برای این کار دارا باشد».^{۶۰} ضرورتی ندارد که چنین فردی حقوقدانی باشد که در کشور مربوطه به فعالیت حقوقی اشتغال داشته

مرتب به کشورهای خارجی اطلاعات می‌دهد. هیچ قاعده‌ای در آیین دادرسی برای استفاده دادگاه‌های انگلستان از این کنوانسیون وجود ندارد ولی دادگاه عالی انگلستان ممکن است برای ارائه درخواست براساس 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 می‌دارد: «هرگاه مطلبی در رابطه با قانون خارجی قبلاً در یکی از دادگاه‌های انگلستان مورد ؟. قرار گرفته باشد، آن رأی می‌تواند (البته با رعایت شرایط خاص) در دعوی بعدی به عنوان دلیل اثبات قانون خارجی مورد استناد قرار گیرد». چنین تصمیمی برای دادگاه بعدی لازم‌الاتباع نیست بلکه فرضی را به وجود می‌آورد که می‌توان خلاف آن را به اثبات رساند. این قاعده «شبه رویه» با توجه به آن دکتترین که قانون خارجی یک امر موضوعی است، جالب توجه می‌باشد.

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 بی‌علاقه‌اند نک.

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

60. Civil Evidence Act 1972, §. 4(1).

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۷۵

باشد.^{۶۱} این فرد می‌تواند مقیم انگلستان باشد و احتمالاً اشتغال حقوقی و یا دانشگاهی هم داشته باشد، یا اینکه مقیم در کشور خارجی باشد. بنابراین، برای مثال یک استاد حقوقدان از مدرسه مطالعات آسیایی و افریقایی دانشگاه لندن می‌تواند در مورد محتوای قانون کشور غنا^{۶۲} شهادت بدهد، و یک عضو از کانون وکلای نیویورک یا استادی از یک دانشگاه امریکایی می‌تواند درباره محتوای قانون ایالات متحده امریکا شهادت بدهد.^{۶۳}

طرف دیگر دعوا اجباری ندارد که نظر کارشناسی درباره قانون خارجی به دادگاه

61. Ibid.

۶۲. نک. McCabe v. McCabe, (The Independent, 3 Sept. 1993) این قضیه مربوط بود به ازدواجی برطبق 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 گواهی‌دهنده فقط در نسخه دستنویس درج شده است).

۶۳. نک. X, Y and Z v. B [1983] 2 Lloyd's Rep. 535; [1983] 2 ALL E. R. 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».

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 فعالتر می‌گردد. سپس برعهده دادگاه خواهد بود که در اینباره تصمیم‌گیری کند، خواه نظر کارشناسی یک طرف را بر نظر کارشناسی طرف دیگر ترجیح دهد، خواه اینکه قسمتی از نظرات هر یک را بپذیرد. یک کارشناس باید منابع حقوقی (مانند قوانین، رویه‌ها [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)

۶۴. چنانچه این کار انجام نشود، دادگاه معمولاً ادله کارشناسی ارائه شده را می‌پذیرد، مشروط بر آنکه 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. نک.

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

به منظور تعیین اینکه 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 ننموده 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 به‌کار گرفته می‌شود)، مسائل مربوط به قانون خارجی، اساساً به وسیله این هیأت تصمیم‌گیری می‌شوند. مع‌هذا، این رویه توسط قانون تغییر نموده و اکنون خود قاضی درباره این مسائل تصمیم‌گیری می‌نماید.^{۶۶}

دادگاه‌های پژوهشی در انگلستان در مورد مسائل موضوعی یک دعوا که دادگاه

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:

(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.

رسیدگی‌کننده [نخستین] درخصوص آنها تصمیم گرفته است، تمایلی به دخالت از خود نشان نمی‌دهند؛ با این وجود، در مورد قانون خارجی «اگرچه 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.^{۶۷} قضیه Attorney General of New Zealand v. Ortiz^{۶۸} 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. درخصوص مسئله 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، اختلاف نظر وجود داشت. در حین رسیدگی هر طرف کارشناسی

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 Corpn. Supra* n. 65, at p. 1370.

68. [1984] A. C. I.

را به دادگاه معرفی نمود، و درباره نکته مورد اختلاف، دادگاه نخستین، شهادت کارشناس معرفی شده توسط دولت نیوزیلند را مرجح می‌دانست.^{۶۹} دادگاه پژوهش این تصمیم دادگاه رسیدگی‌کننده نخستین را نقض نمود،^{۷۰} و در نتیجه دولت نیوزیلند نزد مجلس اعیان (House of Lords) فرجام‌خواهی 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 هیچ‌گونه اهمیتی نداده است. مجلس اعیان بعد از تحلیل مفصلی از قانون مورد بحث، نظر دادگاه پژوهش را ابرام نمود.

از آنجایی که پژوهش‌خواهی نزد مجلس اعیان فقط در صورتی که مبتنی بر مسائل حکمی مهم به حال عموم باشد، امکان‌پذیر است،^{۷۱} اجازه پژوهش نزد این مرجع — که توسط دادگاه پژوهش اعطا شده بود —

69. [1982] Q. B. 349.

70. [1984] A. C. I.

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

یقیناً بر این اساس بوده است که نکته‌ای قانونی مربوط به حقوق انگلستان می‌بایستی مورد تصمیم‌گیری قرار می‌گرفت، مع‌هذا سر تا سر رأی مجلس اعیان، مسئله قانون نیوزیلند را دربر می‌گرفت. 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، مع‌هذا مسئله قاعده اساسی همچنان یکسان باقی می‌ماند.

ب- استثنائات

قبلاً گفتیم که دادگاه انگلستان

۷۲. مسلماً شباهت زیادی میان حقوق نیوزیلند و انگلستان وجود دارد. روشهای تفسیر در این دو نظام مشابهند. به‌علاوه، درخواست تجدیدنظر از آرای دادگاههای نیوزیلند به شورای سلطنتی انگلستان داده می‌شود که عالی‌ترین مقام دادگاهی در سیستم دادگستری نیوزیلند است. بنابراین، مجلس اعیان باید خود را برای رسیدگی به مسائل حقوق نیوزیلند، کاملاً صالح بداند. با این حال، حقوق نیوزیلند در مجلس اعیان، قانون خارجی تلقی می‌شود هرچند که در شورای سلطنتی چنین نیست.

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۸۱

قانون خارجي را (حتي اگر طبق قاعده انتخاب قانون حاکم از قواعد حل تعارض مربوطه اجراي آن لازم باشد) اعمال نخواهد کرد مگر اينکه يکي از طرفين بدان استناد کند، و اگر چنين استنادي صورت نپذيرفته باشد يا اينکه به اثبات نرسد، قانون مقر دادگاه اعمال خواهد شد. اين قاعده، که از اين به بعد به عنوان «قاعده عادي» از آن نام مي‌بريم، روي هم‌رفته در مورد سير کلي دعاوي کاملاً رضایت‌بخش مي‌باشد. مع‌هذا اين سؤال مطرح است که آیا وضعيتهايي وجود دارد که پذيرش استثنا را ايجاب کند، همان‌طوري که در سيستمهاي ديگر اروپايي (مانند فرانسه) که روش مشابه انگليس را دنبال مي‌کنند، پذيرفته شده است.

کتب مرجع در نگاه اول چنين مي‌نمايند که اين استثنائات، اگر اساساً وجود داشته باشند، خيلي محدود و اندک هستند.^{۷۳} به هر حال، اگرچه منابع در اين رابطه پراکنده است، اما دلایلي وجود دارد که «قاعده عادي» در موارد ذیل

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.

ممکن است قابل اعمال نباشد.^{۷۴} در چنین مواردی، معمولاً دادگاههای انگلستان رأساً اقدام به تعیین قانون خارجی نمیکنند، ولی در عوض، علیه طرفی که اثبات آن قانون به عهده اش میباشد، حکم میدهند.

۱- دعاوی کیفری

«قاعده عادی» در دعاوی کیفری اعمال نمیشود. اگرچه قانون خارجی معمولاً در دعاوی کیفری مطرح نیست، ولی جرم «تعدد زوجات» يك استثنا محسوب میشود، زیرا دادستان باید اثبات کند که متهم قبل از برگزاری مراسم ازدواج دومش، متأهل بوده است. اگر ازدواج اول در يك کشور خارجی صورت گرفته باشد، یا اینکه زوجین مقیم يك کشور خارجی باشند، اعتبار آن ازدواج میتواند تابع قانون خارجی باشد. در چنین وضعیتی دادستان نمیتواند به «قاعده عادی» اتکا کند بلکه باید اعتبار ازدواج اول را برطبق قانون خارجی اثبات نماید. اگر چنین امری انجام نشود،

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).

خوانده [متهم] تبرئه خواهد شد.^{۷۰} این رویه هماهنگ با قواعد حاکم بر بار اثبات دعوا در رسیدگی‌های کیفری است؛ دادستان باید دعوی خود را به نحوی که محلی برای شکی معقول [منطقی] باقی نگذارد به اثبات برساند و به جز این‌که متهم به جرم خود اقرار کند، دادستان نمی‌تواند با استناد به قصور متهم در ارائه دلیل، مجرمیت متهم را اثبات نماید.

۲- وضعیت

«قاعده عادی» همچنین در مواقعی که از دادگاه درخواست شده است که در مورد وضعیت [اجتماعی- قانونی] فردی قرار یا حکمی صادر کند که برای اشخاص ثالث الزام‌آور است، غیرقابل اعمال می‌باشد. 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، مسئله اعتبار ازدواج تابع قانون خارجی باشد،

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] K. B. 359. See also Dicey and Morris, op. cit., supra n. 55, at p. 235.

خواهان نبایستی بتواند به «قاعده عادی» استناد نموده و دعوی خود را برطبق قوانین انگلستان به اثبات برساند؛ اگر شخص مزبور نتواند اثبات نماید که ازدواج برطبق قانون خارجی بیاعتبار (یا معتبر) می‌باشد، می‌بایستی درخواستش مردود اعلام شود.^{۷۶} هیچ‌گونه حکم موثقی که مؤید این گفته باشد وجود ندارد^{۷۷} و در حقیقت «اظهارات جنبی

۷۶. همین اصل در هنگامی که خواهان دعوی طلاق در صد اثبات اعتبار ازدواج برمی‌آید 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 دعوی خانوادگی را نمی‌توان با قصور یا فقدان رضایت به اثبات رساند. نک.

Kahn – Freund, *General Problems of Private International Law* (1980), p. 115.

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

دعوی طلاق بسیاری وجود دارد که خواهان ملزم گردیده اثبات کند که ازدواجی را که در کشور خارجی برگزار شده برطبق قوانین کشور مزبور معتبر است. برای مثال نک.

(Cooper – King v. Cooper – King [1990] p. 65; Wilson V. Wilson [1903] p. 157; Bater v. Bater [1907] p. 333).

با این وجود، شرایط شکلی عقد ازدواج مطابق حقوق انگلستان درخصوص ازدواجی که در کشور خارجی برگزار می‌شود مطمئناً رعایت نخواهد شد. در حقیقت (به جز در موارد خاص نظیر ازدواج در محل کنسول انگلستان) به سختی می‌توان دید که چگونه آیین شکلی مزبور رعایت خواهند شد. بنابراین، در چنین دعوی «قاعده دعوی» به

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۱۸۵

قاضي»* در مغایرت با آن یافت می‌شود؛^{۷۸} با وجود این، از آنجایی‌که در دعاوی مربوط به ازدواج، خواهان بایستی اثباتاً دعاوی خود را ثابت نماید و نمی‌تواند به‌سادگی 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

خواهان معمولاً کمکی نخواهد کرد. در عین حال، چنانچه «قاعده عادی» بر دعاوی مربوط به ازدواج مجری بود، خواهان دعاوی بطلان ازدواجی که در کشور خارجی برگزار گردیده می‌توانست - بر فرض این‌که خواننده دعوا در دادگاه حاضر نمی‌شد - 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 دعاوی خود پیروز شود. باور این به عنوان حقوق به سختی قابل پذیرش است.

*. Obiter dictum.

۷۸. نک. 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 این‌که آیا ازدواج به دلیل فقدان رضایت بی‌اعتبار است، یا این‌که به خاطر استنکاف شدید یا خودسرانه از نزدیکی باید باطل گردد، اعمال گردیده است. اگرچه عوامل مرتب‌کننده 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 مقرر دادگاه ممکن است یا به عنوان قانون حاکم و یا به دلیل نظم عمومی به‌کار رود. نک. Dicey and Morris, idem, pp. 82-685. در مورد استنکاف شدید یا خودسرانه از نزدیکی، قانون حاکم به احتمال زیاد قانون مقرر دادگاه است. نک.

idem, Rule 79 (3) pp. 719-724.

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

صحيح نباشد. ۸۰

۳- حکم اختصاري

همچنين به نظر مي‌رسد «قاعده عادي» در مورد درخواست صدور حکم اختصاري پيش‌بيني شده به موجب دستور شماره ۱۴ از مقررات دادگاه عالي، قابل اعمال نباشد. اين مسئله در قضيه National Shipping Corporation v. Arab مطرح شد، قاضي اين پرونده، آقاي باکلي، اعلام نمود^{۸۱} که:

«اظهارات به عمل آمده از طرف خواهان - که بسيار واضح مي‌باشد - بستگي به اين فرضيه - که بدون ترديد در حقوق ما مورد شناسايي قرار گرفته است - دارد که قانون خارجي مشابه قانون انگلستان است به جز در مواعقي که دليلي مابين تفاوت ميان آنها ارائه شده باشد. اما، در دعاويي که در آن قانون خارجي به روشني مطرح است، صدور حکم اختصاري به نفع خواهان، بر مبناي اين فرضيه،

۸۰. بايد تذکر داد که صلاحيت دادگاههاي انگلستان در امور زناشويي از دادگاههاي کليسايي (ecclesiastical courts) نشأت گرفته است. روش دادگاه اخير مبتني بر قوانين کليسايي (Canon law) بود و بيشتري از کامن‌لو جنبه تفتيشي داشت. نک.

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

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

استناد و اثبات قانون خارجي ... ❖ ۱۸۷

به نظر من قانع‌کننده نمی‌باشد».

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
براساس 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 خواننده
نیز بدان استناد نکرده باشد، خود این
نکته را مورد بررسی قرار داده و موظف
است از هرگونه کمک به اجرای آن
قرارداد خودداری نماید».

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

اگرچه این گفته از نوع «اظهارات جنبی قاضی» می‌باشد، به احتمال قریب به یقین مبین حقوق انگلستان می‌باشد.

قضیه UCM v. Royal Bank of Canada به نقض قراردادی مربوط می‌شد که برخلاف 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 می‌دارد: «قراردادهای مبادله ارز که دربرگیرنده ارز یک عضو و برخلاف مقررات کنترل ارزی یک عضو - که مطابق این موافقتنامه ابقا یا وضع شده‌اند - می‌باشد، در قلمرو سرزمینی هر یک از اعضا غیرقابل اجرا خواهد بود». بنابراین اثر اظهارات لرد دیپلاک این است که اگر دعوایی جهت اجرای این قرارداد در انگلستان اقامه شود و هیچ‌یک از طرفین به غیرقانونی بودن قرارداد براساس مقررات مربوط به کنترل ارز کشور خارجی استناد نکرده باشند،

83. Applicable in the UK by virtue of the Bretton – Woods Agreements Order in Council, S. R. & O. 1949 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.

دادگاه انگلستان در مواقع مناسب براساس نظر خود به مسئله 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 مجازاتهای کیفی را پیش‌بینی می‌کنند، و بند ۲ (ب) از ماده ۸ [مذکور در بالا] با ممانعت از اجرای قراردادهایی که برطبق 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 و رای اینگونه کنوانسیونها محل تردید است. بویژه این‌که، هیچ دلیلی برای این باور وجود ندارد که «قاعده

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 صرفنظر 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 متعاهد آنها است، لطمه‌ای وارد نمی‌کند.

عادي» - صرفاً به خاطر اين كه قاعده حل تعارض مورد اختلاف نشأت گرفته از يك كنوانسيون بين المللي مربوط به يكسان سازي [وحدت] حقوق بين الملل خصوصي است - نبايد اجرا شود.

۵ - نامشروع بودن

حتي در صورت فقدان كنوانسيوني بين المللي، ممكن است نزاكت بين المللي حكم كند كه قراردادي كه بر طبق قوانين خارجي غيرقانوني [نامشروع] است نبايد به اجرا گذاشته شود. شرايط مربوط به نزاكت بين المللي در اين رابطه به خوبي در قضيه *Regazonni v. Sethia* بيان شده است،^{۸۰} طبق قاعده اي كه در اين قضيه اعلام شده است يك دادگاه انگليسي به اجرا، يا به پرداخت خسارات ناشي از نقض قراردادي كه دربرگيرنده انجام عملي خلاف قانون در يك کشور خارجي است، حكم نخواهد داد. اين قاعده مبتني بر نظم عمومي است و صرفنظر از قانون حاكم بر قرارداد مستقلاً اجرا مي شود، بنابراين اهميتي ندارد كه قانون

85. [1958] A. C. 301.

حاکم بر قرارداد، قانون انگلیسی یا قانون یک کشور خارجی است.

به محض اینکه یک دادگاه انگلیسی از حقایق آگاه شود که احتمالاً اعمال قاعده مذکور در قضیه *Regazonni v. Sethia* را طلب می‌نماید، خود باید رأساً اقدام به بررسی موضوع کند حتی اگر هیچ‌یک 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 بین‌المللی است و می‌تواند تأثیر سوء بر روابط دوستانه دول خارجی با دولت انگلستان داشته باشد. این روابط دوستانه نبایستی به مخاطره بیفتد صرفاً به خاطر اینکه خواننده دعوا در استناد به قانون خارجی اهمال نموده است.

دلیل دیگری برای توجیه اینکه چرا دادگاه خود باید رأساً اقدام کند این است که قاعده مطروحه در قضیه *Regazonni v. Sethia* اغلب به عنوان یک قاعده حقوق

داخلي انگلستان محسوب مي‌گردد.^{۸۶} منظور اين گفته اين است كه قرارداداي كه الزاماً به انجام عملي غيرقانوني در يك کشور خارجي منتهي مي‌شود، بر طبق حقوق انگلستان غيرقانوني مي‌باشد.^{۸۷} اگر اين نظر صحيح باشد، موضوع تحت پوشش قاعده اي قرار مي‌گيرد كه برطبق آن دادگاههاي انگلستان مسئله مربوط به نامشروع بودن [يا غيرقانوني بودن] قرارداد را، چنانچه بدان آگاه شوند، برطبق حقوق انگلستان خود مورد رسيدگي قرار مي‌دهند حتي اگر طرفين دعوا آن را طرح نكرده باشند.^{۸۸}

۶ - نتايج

«قاعده عادي» در حقوق انگليس يك

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

۸۷. اين قاعده حقوق انگلستان برطبق مقررره مندرج در بند ۲ ماده ۷ کنوانسيون رم يك قاعده آمره بين‌المللي خواهد بود. در حقيقت، اين تنها راهي است كه از طريق آن قاعده مطروح در قضيه Regazzoni v. Sethia مي‌تواند برطبق کنوانسيون رم به اجرا درآيد زيرا كه ماده ۱۶ اين کنوانسيون اجازه مي‌دهد كه نظم عمومي (public policy) فقط درخصوص يك قانون [خارجي] به‌كار رود كه قابليت اعمال داشته باشد و نه درخصوص قانوني كه قابليت اعمال نداشته باشد.

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

استناد و اثبات قانون خارجي ... ❖ ۱۹۳

قاعده شكلي مربوط به آيين دادرسي است۔ قاعده اي مربوط به دادخواهي [نحوه طرح دعوا] و ادله اثبات۔ و اجرائي آن با ملاحظات كلي آيين دادرسي بستگي دارد. قاعده مزبور بر يك قاعده كلي آيين دادرسي حقوق انگلستان متكي است كه براساس آن دادگاه مسئله اي را مورد بررسي قرار نمي دهد به جز اينكه طرفين دعوا آن را مطرح کرده باشند. هرچا استثنائي بر اين قاعده كلي وارد شده است، استثنائي نيز بايد براي «قاعده عادي» مورد بحث قائل شد.

۶

سایر کشورها

وضع در کشورهای اتریش،^{۸۹} هلند^{۹۰} و پرتغال^{۹۱} به طور كلي مشابه آلمان مي باشد.

۸۹. بنا بر اطلاعاتي كه توسط پرفسور Gerte Reichelt ارائه شده است.

۹۰. بنا بر اطلاعاتي كه توسط پرفسور A. V. M. Struychen و آقاي Harry Duintjer Tebbens ارائه شده است.

۹۱. بنا بر اطلاعاتي كه توسط قاضي Manuel Moura Ramos ارائه شده است.

موضع رسمي كشورهاي اسكاندیناوي^{۹۲} نیز چنین است، اگرچه، در مورد مسائلي که طرفین دعوا مي‌توانند با تراضي حل و فصل کنند، به نظر مي‌رسد که در عمل دادگاههاي این کشورها معمولاً قانون خارجي را اعمال نمی‌نند به جز این‌که يکي از طرفین به آن استناد کرده باشد. در ایتالیا،^{۹۳} حقوقدانان سالهاست که از راه‌حلي مشابه آنچه در آلمان پذیرفته شده است طرفداري نموده‌اند ولي دادگاهها همیشه این را قبول نکرده‌اند. مع‌هذا ماده ۱۴ قانون جدید در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصي^{۹۴} صریحاً اعلام مي‌دارد که دادگاهها باید، به اعتبار سمت، قانون خارجي را رأساً اعمال نمایند. در بلژیک^{۹۵} دادگاهها موظفند محتوای قانون

۹۲. بنا بر اطلاعاتي 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.

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

94. Law 218 of 31 May 1995.

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

خارجي را با تحقيق خود تعيين نمايند. با اين وجود هيچگونه رويه اي وجود ندارد که در آن ديوان کشور نظر داده باشد که دادگاه بايد، به اعتبار سمت، قانون خارجي را اعمال نمايد، اگرچه در واقعي که نظم عمومي (ordre public) يا قوانين امري مطرح است - يعني بيشتري در مسائل مربوط به حقوق خانواده - به احتمال زياد دادگاه موظف به انجام چنين اقدامي مي‌باشد. در ساير موارد قانون خارجي محتملاً اعمال نخواهد شد مگر اينکه يکي از طرفين دعوا درخواست اجراي آن را نموده باشد. وضع در اسپانيا به نظر مي‌رسد که شبیه به انگلستان باشد.^{۹۶}

۷

کنوانسيون رم

آيا کنوانسيون رم بر روي قوانين کشورهاي عضو در مورد استناد و اثبات قانون خارجي تأثيري دارد؟ در نظر اول اينچنين به نظر مي‌آيد. کنوانسيون به

۹۶. بنا بر اطلاعاتي که توسط پرفسور A. Borás و پرفسور J. Gonzáles Campos ارائه شده است.

عبارتی ظاهراً آمرانه حکم می‌کند که مقرراتش «باید بر تعهدات قراردادی در هر وضعیتی که در آن انتخاب قانون (صالح) در بین 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. مع‌هذا، 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

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

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

۹۹. این قاعده بدون لطمه زدن به مقررۀ مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد که چنین بیان می‌دارد که قانون حاکم بر قرارداد برطبق کنوانسیون تا حدی اعمال می‌گردد که قانون مزبور - از نظر حقوق قراردادهای - 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 قراردادهای نیستند بلکه بخشی از حقوق آیین دادرسی و ادله اثبات می‌باشند. قواعد اخیر فقط بر رسیدگی‌هایی که یک قرارداد مورد اختلاف است،

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 برعهده کشورهای عضو نمی‌گذارد تا این‌گونه مقررات را جرح و تعدیل نمایند.

اگرچه هیچ‌گونه تکلیفی برعهده 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. مع‌هذا، مهم‌ترین هدف کنوانسیون این است که به

به‌کار نمی‌روند بلکه به‌طور 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 درخصوص 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 مقررره مندرج در ماده ۱۴ می‌باشد».

طرفین قرارداد اجازه داده شود تا خود آزادانه قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند. چون این خود برای منفعت طرفین قرارداد وضع شده است، اعمال قانون خارجی توسط دادگاه هنگامی که هیچ‌یک از طرفین چنین درخواستی را ندارند، بیهوده به نظر می‌آید. 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 می‌توانسته انتخاب نمایند، لازم نمی‌داند.^{۱۰۱}

مواد ۵ و ۶ (کنوانسیون) قانون کشورهای خاصی را صرف نظر از انتخاب طرفین قرارداد مجری می‌داند. این برای حمایت از طرف ضعیفتر قرارداد (مصرف‌کننده یا کارگر) در نظر گرفته شده است که موضع ضعیف این‌گونه افراد ممکن است او را به انتخاب قانونی که به ضررش است وادار کند. مع‌هذا، هنگامی که دعوا آغاز شده است موضع اقتصادی ضعیف این‌گونه اشخاص به سختی می‌تواند مانعی

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.

برای استناد آنان به قانون خارجی باشد، بنابراین هیچ‌گونه دلیلی وجود ندارد که بر اساس آن دادگاه باید رأساً قانون خارجی را به اعتبار سمت به اجرا در بیاورد.^{۱۰۲}

نتیجه اینکه به نظر می‌رسد که اهداف و سیاست‌کنوانسیون رم به‌طور معمول اعمال قانون خارجی را، به اعتبار سمت، ضروری نمی‌دانند. مع‌هذا، ممکن است موارد غیرعادی معدودی وجود داشته باشند (معمولاً هنگامی‌که مسئله عدم مشروعیت مطرح است) که به‌کارگیری روش اعمال، به اعتبار سمت، به نظر پسندیده می‌آید این موارد معمولاً هنگامی‌که بند ۱ ماده ۷ لازم‌الاجرا است^{۱۰۳} واقعیت پیدا می‌کنند ولی ممکن است تحت مقررات بند ۳ ماده ۳ نیز به وقوع بپیوندند. در این موارد استثنایی روح — و اگرچه نه متن —

۱۰۲. با این وجود، هنگامی‌که مصرف‌کننده یا کارگر به علت بی‌توجهی 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 لازم‌الاجرا نیست. نک.

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

کنوانسیون رم اقتضا می‌نماید که دادگاه با اقدام خود قانون خارجی را اعمال نماید. در انگلستان این موارد به احتمال قریب به یقین تحت پوشش یکی از استثنائاتی که در بالا بحث شد قرار خواهند گرفت.

۸

نتایج

تا جایی که به استناد و اثبات قانون خارجی مربوط است، سیستمهای حقوقی اروپا را می‌توان به بهترین وجه با مراجعه به خطی ممتد که آلمان در یک انتها و انگلستان در انتهای دیگر آن واقعند، نشان داد. اگرچه ممکن است تفاوت بین هر کشور و کشور مجاور واقع در طول خط خیلی زیاد نباشد، مع‌هذا، تفاوت بین کشورهایی که در انتها مخالف یکدیگر قرار می‌گیرند، بسیار فاحش است. در آلمان، دادگاه موظف به اعمال قانون خارجی است حتی اگر بدان استناد نشده باشد، در انگلستان به‌طورکلی دادگاه از چنین اقدامی منع شده است. در آلمان، هنگامی که نیاز به تعیین ماهیت قانون

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۲۰۱

خارجي است، قاضي مڪلف است خود شخصاً اقدام به تحقيق نمايد. در انگلستان قاضي از چنين اقدامي نيز منع شده است به جز اينکه هر دو طرف دعوا از او چنين درخواستي کرده باشند.

مع هذا، اختلافات عملي — حتي بين انگلستان و آلمان — را نبايستي بيش از حد بزرگ جلوه داد. طرفين اقدام به طرح دعوا نميکنند به جز اينکه به موفقيت خود اميدوار باشند، و متداعين در انگلستان موقعي قانون خارجي را مورد استناد و اثبات قرار ميدهند که اعمال آن به نفعشان باشد. آنان معمولاً فقط زماني از چنين اقدامي خودداري ميکنند که بر اين باورند که قانون خارجي مشابه قانون انگلستان است. استثنائات عمده موقعي رخ ميدهد که يك طرف دعوا ناآگاه به قابل اعمال بودن قانون خارجي است، به محتوای آن بي توجه است يا توانايي اثبات آن را ندارد. به جز در مواقعي که اين حالات وجود دارد، سيستم انگليس همان نتيجه اي را به بار مي آورد که از سيستم آلمان به دست مي آيد. بنا بر اين اختلاف نتيجه به احتمال قوي موقعي حاصل ميشود

که اصحاب دعوا امکانات کافی برای تحصیل نظرات حقوقی صحیح یا به‌کارگیری وکیل مجرب را ندارند.

حقوقدانان از کشورهایمانند 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 آشنا‌تر درخصوص صدور حکم برطبق 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 این‌که دعوا را برطبق مستندات

استناد و اثبات قانون خارجی ... ❖ ۲۰۲

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.