

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی  
جمهوری اسلامی ایران  
شماره بیست و چهارم، ۱۳۷۸، صص ۳۱۵ - ۲۷۷

## نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران دکتر فرهاد پروین

### پیشگفتار

احوال شخصیه از مسائل مبتلا به خارجیان در کشور است. نگارنده با توجه به تحقیقات شخصی خود که نشانگر عدم همسویی رویه دادگاهها با نظرات مؤلفان است و نیز تحولات جهانی در این زمینه، طرح و بررسی موضوع را از لحاظ نظری و عملی مفید می‌داند.

در این مقاله پس از ذکر مقدمه، قسمت اول تحت عنوان بررسی قوانین، به بررسی مقررات فعلی به همراه سوابق تاریخی آنها می‌پردازد. در قسمت دوم، دکترین و نظرات مؤلفان مورد بررسی قرار

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۷۷

می‌گیرد. در قسمت سوم جایگاه حقوق و مبانی بین‌الملل خصوصی در اسلام تحت عنوان جدید حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی بیان می‌شود. نمونه‌هایی از عملکرد دادگاهها و نظرات مشورتی اداره حقوقی که نمایانگر رویه قضایی ایران است، قسمت چهارم مقاله را تشکیل می‌دهد. در بحث حقوق تطبیقی، قسمت پنجم، راه‌حلهای ارائه شده در حقوق فرانسه، سوئیس و آلمان به همراه زیربنای فکری هر یک بررسی شده است. در خاتمه نتیجه گرفته شده که با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز تحولات جهانی در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه، لازم است در تفسیر ماده ۷ قانون مدنی، تحولی عمیق و مطابق با وضعیت فعلی ایران و جهان به عمل آید.

#### مقدمه

از نظر حقوق ایران، چه قانونی حاکم بر احوال شخصیه خارجیان است؟ در نگاه اول جواب این سؤال بسیار ساده به نظر می‌رسد، زیرا ماده ۷ قانون مدنی صراحتاً می‌گوید که:

«اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

اما واقعیت این است که جواب به این سؤال آسان نیست. زیرا از یک طرف، به سبب امکان تفسیرهای متفاوت، دکترین نیز چنانکه خواهیم دید، دچار تشتت آراست و از طرف دیگر ملاحظاتی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد، اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی، نظرات متفاوتی که دادگاهها در این مورد دارند و امکان تقسیم بیگانگان به خارجیان مسلمان و خارجیان غیرمسلمان — چنانکه در ذیل می‌آید — باعث پیچیدگی مبحث شده است. قبل از بررسی رویه دادگاهها، تجزیه و تحلیل نظری موضوع، ضروری به نظر می‌رسد.

## ۱

### بررسی قوانین

همان‌طور که ذکر شد ماده ۷ ق.م.م. خارجیان را، در حدود معاهدات، تابع قانون متبوعشان قرار داده است. این ماده دارای معنایی دوگانه است. از یک طرف می‌توان گفت که وجود قرارداد برای تبعیت خارجی از قانون ملی متبوعش لازم نیست. قراردادهای، حدود، توصیف و به‌طور خلاصه جزئیات چگونگی کاربرد قانون خارجی را بیان می‌دارند. بدیهی است که آنها می‌توانند اجرای قانون خارجی را توسعه داده یا آن را محدود سازند. اما به هر حال در صورت فقدان قرارداد، قانون ملی شخص خارجی قابل اجرا است. از طرف دیگر می‌توان گفت که اعمال قانون خارجی موکول به وجود معاهده بین دولت ایران و دولت خارجی است. در صورت عدم وجود معاهده بین ایران و دولت خارجی، حقوق ایران اجرا خواهد شد. دو ماده در قانون مدنی، نظریه اخیر را تقویت می‌کند. طبق ماده ۵ این قانون:

«کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله

و خارجه مطيع قوانين ايران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

همچنين مطابق بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدني، خارجيان نمي‌توانند از قواعد مربوط به احوال شخصية حقوق ايران که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است متمتع شوند. منظور از «متمتع» در اين ماده بهره‌مند شدن و به عبارت ديگر اهليت استيفاء است.

البته ماده ۵ قانون مدني را به نفع نظرية اول نیز مي‌توان تفسير نمود و گفت که، علي‌الاصول خارجيان تابع قواعد ايران هستند مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد و یکی از اين استثنائات، ماده ۷ قانون مدني يعني تبعيت خارجي از قانون ملي متبوع است بي‌آنکه نیاز به وجود معاهده باشد.

اما توجیه بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدني به نفع اين نظريه بسيار مشکل است زیرا وقتي که خارجي در احوال شخصيه تابع قانون ملي خود است بديهي است که «حقوق مربوط به احوال شخصي که قانون

نگاهي ديگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۸۱

دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده» قابل اجرا نخواهد بود. در این صورت بند ۲ ماده ۹۶۱ فقط يك تکرار زاید و توضیح واضحات خواهد بود و دارای توجیه تئوری و اثر عملی نخواهد بود. این بند از ماده ۹۶۱ وقتی جایگاه واقعی خود را پیدا می‌کند که بگوییم طبق ماده ۵ قانون مدنی کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله یا خارجه در مبحث احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند، مگر اینکه طبق ماده ۷ معاهده‌ای بین دولت ایران و دولت خارجی باشد، و طبق بند ۲ ماده ۹۶۱، اتباع خارجه نمی‌توانند از آن دسته از قواعد ایرانی که در قانون دولت متبوعشان صریحاً رد شده و یا در تعارض آشکار است، بهره‌مند گردند. بنابراین خارجیان ساکن ایران در مبحث احوال شخصیه، تابع قانون ایران هستند تا جایی که قاعده ایرانی توسط حقوق خارجی رد نشده باشد. بنابراین خارجیان مقیم ایران می‌توانند از آن دسته از مقررات مربوط به احوال شخصیه کشورمان که در قوانین متبوعشان پیش‌بینی نشده و یا پیش‌بینی شده ولی آنچه که در حقوق ایران

است با حقوق آنها، در تعارض آشکار نیست، بهره‌مند شوند. به این ترتیب در مورد زوجین خارجی که حکم به جدایی آنها در دادگاه ایران صادر شده است، زوجه می‌تواند به استناد قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (مصوب ۲۸ آبان ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام)، تقاضای اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته در زمان زوجیت را بنماید، چنانچه این امر مورد ردّ قانون متبوع وی نباشد. سیر تاریخی کاپیتولاسیون و نحوه الغای آن تفسیر فوق را تقویت می‌نماید.

پس از قرارداد ترکمانچای بین ایران و روسیه تزاری در ۱۰ فوریه ۱۸۲۸، برای یک دوره حدوداً یکصدساله غالب اتباع کشورهای خارجی، به استناد معاهدات دوجانبه، چه به صورت شرط صریح مندرج در معاهده و چه به صورت ضمنی با استفاده از شرط «رفتار دولت کامله الوداد» در امور حقوقی و نیز در امور جزایی، در ایران، تابع قواعد ملی خودشان بوده و از مصونیت قضایی بهره‌مند بودند. برای سایر خارجیان، وزارت امور خارجه دادگاههای خاصی بنام دادگاههای کارگزاری ایجاد

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۸۳

کرده بود که جدا از وزارت دادگستری بود.<sup>۱</sup> بعد از انقلاب مشروطیت، به تاسی از روش کدنویسی، تنظیم و تدوین قوانین مختلف در ایران آغاز شد. همان‌طور که قرارداد ترکمانچای آغاز دوره کاپیتولاسیون در ایران به شمار می‌رود، طبق قرارداد ایران با دولت شوروی (پس از انقلاب ۱۹۱۷) در ۱۴ دسامبر ۱۹۲۱ همه این امتیازات لغو شد.

تصویب مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی در ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ و سایر موضوعات فوق باعث شد که نخست وزیر وقت در ۲۰ اردیبهشت ۱۳۰۷ لغو رسمی کاپیتولاسیون را اعلام نماید. یک روز بعد، وزارت امور خارجه به همه دولتهای دارای حق کاپیتولاسیون اطلاع می‌دهد که این امتیازات از ۱۰ مه ۱۹۲۸ لغو شده‌اند و ایران آماده است که معاهدات جدیدی با این دولتها امضاء بنماید. اکثر این کشورها قراردادهای موقتی برای یک سال با ایران در مورد وضع حقوقی اتباع خود منعقد نمودند. به این ترتیب، در آن زمان معاهدات تعیین‌کننده وضع حقوقی

---

1. Moazzami Abdollah, Essai sur La condition des étrangers en IRAN, thèse, Paris, 1937, p. 62.



احوال شخصیه خارجیان در ایران بوده است. نتیجه اینکه پس از لغو کاپیتولاسیون، قانونگذار، خارجیان را در شرایط مساوی با ایرانیان قرار داد، مگر اینکه طبق معاهده اجرایی قانون شخصی آنها مجاز باشد.<sup>۲</sup>

به این ترتیب با توجه به سوابق، می‌توان گفت که قید «در حدود معاهدات» صرفاً یک تأکید یا توضیح بدون تأثیر نیست، بلکه اساساً بهره‌مندی خارجی از قانون ویژه خود منوط به وجود معاهده است و در صورت عدم وجود معاهده، خارجیان از شرایط یکسان با ایرانیان برخوردار هستند.

## ۲

### دکترین

اکثریت مؤلفان معتقدند که، احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران تابع قانون ملی خودشان است بی‌آنکه نیاز به وجود

---

۲. برای مطالعه بیشتر رک.

MATINE – DAFTARY Ahmad Khan, La Suppression des Capitulations en Perse, Paris, P.U.F. 1930.

معاهده اي باشد.<sup>۲</sup>

به اين ترتيب، با توجه به ماده ۹ قانون مدني، قيد «در حدود معاهدات»، در ماده ۷ زايد بوده و از اين گذشته همانگونه كه پيشتر بيان شد، ذكر بند ۲ ماده ۹۶۱ قانون مدني غير ضروري به نظر مي‌رسد. يكي از مؤلفان محترم معتقد است كه: اگر كشوري احوال شخصيه بيگانه را تابع قانون كشور محل اقامت كند و اعمال قانون خارجي را موكول به داشتن معاهده و رفتار متقابل كند، اين امر نشانه عقبماندگي است.<sup>۴</sup>

در بين مؤلفان، تنها مرحوم استاد امامي است كه صريحاً گفته است: «هرگاه چنين قراردادي منعقد نشده باشد، اتباع دولت بيگانه تابع قوانين مدني ايران

---

۳. براي نظر اكثريت رك. نصيري، محمد؛ حقوق بين‌الملل خصوصي، انتشارات آگاه، ۱۳۷۲، ص ۱۹۸؛ الماسي، نجادعلي؛ تعارض قوانين، نشر دانشگاهي، چاپ چهارم، ۱۳۷۵، ص ۱۵۷، ولي در صفحه ۱۶۸ با قيد اينكه «ماده ۷ اين قانون اعمال قانون ملي را نسبت به احوال شخصيه اتباع بيگانه در حدود معاهدات پذيرفته يعني آن را منوط به وجود عهدنامه با دولت متبوع بيگانه كرده است» به نظر مي‌رسد كه نظر متفاوتي اتخاذ شده است؛ ارفع نيا، بهشيد؛ حقوق بين‌الملل خصوصي، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات عقيق، ۱۳۷۵، ص ۴۹.

۴. جعفري لنگرودي، محمدجعفر؛ حقوق اموال، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۳، ص ۹۴.

خواهند بود، مگر در موردی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است که در این صورت قانون دولت متبوع آنها رعایت می‌گردد مثل نکاح دوم».<sup>۵</sup>

البته ایشان معتقد است نزاکت بین‌المللی ایجاب می‌نماید که اگر قراردادی هم بین دولت ایران و دولت بیگانه نباشد، قوانین دولت خارجی نسبت به اتباع آن رعایت شود و این امر را منوط به معامله متقابل می‌دانند. یعنی رعایت این نزاکت بین‌المللی و اعمال قوانین خارجی برای تبعه بیگانه در صورتی است که آن دولت نیز اعمال قوانین را در مورد اتباع ایرانی پذیرفته باشد. به هرحال مؤلفان اتباع خارجی را در مبحث احوال شخصیه، برخی در صورت وجود معاهده و برخی بدون نیاز به معاهده، تابع قانون ملی خودشان می‌دانند بی‌آنکه عامل مذهب در اینجا نقشی داشته باشد و اینکه مسلمان بودن یا نبودن تبعه خارجه تأثیری در راه‌حل ارائه شده توسط ماده ۷

---

۵. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد ۴، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۵۴، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

قانون مدني داشته باشد. تنها يکي از مؤلفان به امکان تأثير عامل مذهب توجه نموده است و گفته است که اگر يك خارجي مسلمان که قانون ملي متبوعش به او اجازه استفاده از يکي از حقوق اساسي اسلام را نمي‌دهد، مثلاً طبق قانون ملي او را از حق طلاق ممنوع مي‌داند و يا حق نفقه را براي زوجه نمي‌شناسد، از دادگاه ايران به عنوان يك کشور اسلامي، اجرائي قواعد مسلم اسلامي را بخواهد، رد تقاضاي وي به نظر مي‌رسد که با نظم عمومي و با قانون اساسي جمهوري اسلامي ايران منافات داشته باشد.<sup>۶</sup> اگرچه ردّ اين تقاضا مطابق ماده ۷ قانون مدني و بند ۲ ماده ۹۶۱ اين قانون است؛ علي‌الاصول نيز يك دادگاه اسلامي نمي‌تواند نسبت به مسلمان بودن اصحاب دعوا موضعي خنثي داشته باشد.

نظم عمومي عاملي است که مي‌تواند مانع از اجرائي قانون خارجي صالح، طبق قاعده حل تعارض ايران بشود، حال چه ذينفع يك خارجي مسلمان باشد يا يك خارجي غيرمسلمان. نظم عمومي در هر

---

۶. مدني، سيد جلال الدين؛ حقوق بين‌الملل خصوصي، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۹، ص ۱۲۳.

کشوری متأثر از مذهب اکثریت جامعه است. این نکته احتمال دیگری را به ذهن می‌رساند و آن اینکه آیا تفاوت بین خارجیان مسلمان و غیرمسلمان فقط مربوط به استثنای نظم عمومی است یا اینکه این امر می‌تواند به موارد دیگر گسترش یافته و حتی خود قانون صالح بر خارجیان مسلمان را، در مبحث احوال شخصیه، دربر بگیرد؟

گرچه در قانون مدنی اشاره‌ای مبنی بر تقسیم‌بندی خارجیان بر اساس مذهب وجود ندارد اما از مجموعه حقوق موضوعه ایران می‌توان این معنا را استنباط نمود. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بسیاری از اصول خود تأکید بر رعایت احکام اسلامی دارد که بارزترین آن اصل ۴ این قانون است، به موجب این اصل:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۸۹

نگهبان است».

بنابراین از این پس، تفسیر ماده ۷ قانون مدنی باید در پرتو اصل ۴ قانون اساسی باشد. از این گذشته در اسلام معیارهای مصنوعی و قراردادی برای تشخیص افراد و اقوام مثل مرز و کشور نمی‌تواند ملاکی برای تعیین قانون صالح باشد. در ایدئولوژی مذهبی، فرد تابع خداست نه دولت، و مسلمان در هرکجای دنیا که باشد تابع قانون مذهبی و الهی خودش است و نه تابع قانون سرزمینی و غیرالهی. در مقدمه قانون اساسی چنین ذکر شده است که:

«رسالت قانون اساسی این است که زمینه‌های اعتقادی نهضت را عینیت بخشد و شرایطی را به وجود آورد که در آن انسان با ارزشهای والا و جهان‌شمول اسلامی پرورش یابد».

مقدمه قانون اساسی ارزش کمتری از قانون اساسی ندارد و باید در تفسیر اصول این قانون و سایر قوانین مورد توجه قرار گیرد. این مقدمه چارچوب

اهداف و سیاست‌های کلان نظام جمهوری اسلامی ایران را تبیین می‌کند.

بنابراین عملاً دادگاه‌ها در مقابل یک ابهام قانونی قرار دارند. زیرا از یک طرف، در تعارض خارجی قوانین در ایران و در قواعد آن که عمدتاً در قانون مدنی (مصوب سال‌های ۱۳۰۷ و ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴) قرار دارد مذهب نقش اساسی را ندارد و محور تشخیص قانون صالح، در مبحث احوال شخصیه، تابعیت است که رابطه‌ای است سیاسی، معنوی و حقوقی بین فرد و دولت و با مذهب که رابطه‌ای است بین فرد و خدا وجوه افتراق فراوان دارد. از طرف دیگر در تعارض داخلی قوانین ایران، که ویژه احوال شخصیه است، مذهب است که قانون صالح را تعیین می‌کند.

طبق قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ هر ایرانی تابع قواعد مذهبی خویش است که اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز همین معنا را بیان می‌دارند، حال آنکه همین مباحث در صحنه بین‌المللی تابع قواعد ملی ذی‌نفع است و نه قواعد مذهبی.

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۹۱

توجیه نظری این مطلب برای یک کشور اسلامی ساده نیست که چرا مسلمان ایرانی تابع قواعد مذهبی خویش است ولی خارجی مسلمان تابع قواعد ملی؟ بخصوص در صورتی که بین قواعد ملی و مذهبی مسلمان خارجی تضاد باشد و وی اجرای قواعد مذهبی خود را از یک کشور اسلامی مطالبه نماید. پذیرش این استدلال که چون ذی‌نفع خارجی است پس مسلمان بودن او نمی‌تواند مورد عنایت یک حکومت اسلامی باشد، به سختی امکان‌پذیر است. از طرف دیگر طبق اصول اولیه اسلام، مرز و کشور معیارهای حقیقی نیستند تا بتوانند تعیین‌کننده قانون صالح باشند. همان‌گونه که مشهور است «اسلام مرز نمی‌شناسد» و ملاکهای برتری و جوه تمایز افراد به تقوا، علم و جهاد است نه مرز و سرزمین و قومیت. علاوه بر دو مطلب فوق، چگونگی رسیدگی به تطابق یا عدم تطابق با شرع در مورد قوانینی که قبل از پیروزی انقلاب اسلامی به تصویب رسیده‌اند هنوز روشن نیست. فقهای شورای نگهبان به‌طور پراکنده نظرات خود را درباره برخی از قوانین بیان نموده‌اند. علاوه بر اینکه



در مورد مشورتي بودن يا لازم‌الاتباع بودن اين نظرات اتّفاق رأي وجود ندارد، اين شورا تا به حال درباره قواعده حقوق بين‌الملل خصوصي ايران اظهار نظري ننموده است.

قبل از اينکه به بررسي رويّه دادگاهها و نظريات مشورتي اداره حقوقي پردازيم مناسب است مختصراً جاگاه حقوق بين‌الملل خصوصي در اسلام بيان شود، زيرا روشن شدن اين بحث بسياري از ابهامات را برطرف مي‌سازد.

### حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی

مطالعه عمیق و همه جانبه عنوان بالا، مستلزم این است که لااقل به اندازه يك رساله روي آن کار شود که این امر از حد این مقاله خارج است. مقابله قواعد غیرمذهبی و مذهبی در سطح جهانی، اختلاف نظر بین مکاتب حقوقی در اسلام و تطبیق نظریات با شرایط زمانی و مکانی، باعث پیچیدگی تحقیق در بررسی عنوان فوق می‌گردد.

اصطلاح «حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی» می‌تواند به دلایل مختلف مورد اعتراض قرار گیرد. زیرا اگر هدف اسلام، ایجاد حکومت جهانی واحد است؛ این عنوان نامفهوم است. عناصر مصنوعی مثل کشور، تابعیت و مرز در ایدئولوژی اسلامی اهمیت ماهوی ندارند. از این گذشته، اصل یگانگی حقوق و عدم وجود مرز ایجاب می‌نماید که تفکیکی بین حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی وجود نداشته باشد.<sup>۷</sup>

---

۷. رك. ضیایی بیگدلی، محمدرضا؛ اسلام و حقوق بین‌الملل، چاپ سوم، شرکت انتشار، ۱۳۶۹، ص ۹۳. احتمالاً به همین

بنابراین در این دیدگاه، محل اقامت و تابعیت نمی‌توانند تعیین‌کننده قانون صالح باشند. قانون صالح را چگونگی پیوند یا عدم پیوند خلق با خالق تعیین می‌کند و بدیهی است اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی نمی‌تواند جایگاهی داشته باشد زیرا جمع بین نقیضین، یعنی حقوق بین‌الملل خصوصی که محور آن تبعیت فرد از دولت است، با اسلام که محور آن تبعیت فرد از خداوند است، امکان‌پذیر نیست.

اما برخی از متفکرین مسلمان به این انتقادات پاسخ داده‌اند. به نظر آنها درست است که تشکیل يك جامعة جهانی واحد و مسلمان ایده‌آل و هدف غایی اسلام است اما تا آن روز، که چندان هم نزدیک به نظر نمی‌رسد، اسلام، مرزها، ملتها، کشورها و اختلاف بین تابعیتها را به رسمیت می‌شناسد.<sup>۸</sup> از این گذشته قرآن می‌گوید که تقسیم‌بندی جهان به اقوام گوناگون، فعل خدا و برای مصلحت بشریت

---

دلیل مؤلف کتاب، عنوان کلی «اسلام و حقوق بین‌الملل» را برگزیده است.

۸. رك. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی، جلد سه، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷، صفحات ۵۸ و ۵۹؛ همین مؤلف، جغرافیای سیاسی اسلام، انتشارات فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۳۲.

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۹۵

بوده است، «یا ایهاالناس انا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفوا».<sup>۹</sup> بدیهي است که نتیجه شعبه شدن و مختلف بودن قبایل پیدایش مرزها و کشورها است. در سوره رعد آیه ۷ بیان شده که: «لکل قوم هاد» هر قومی را از طرف خدا راهنمایی است. از رسول اکرم (ص) نقل شده است که: «حب الوطن من الایمان».

از مطالعه تاریخ اسلام نیز چنین برمی آید که برانداختن مرزها و یکی کردن کشورها جزو اهداف اسلام نبوده است. پیامبر اکرم (ص) در نامه هایی که به سران کشورها می نوشت آنها را به اسلام دعوت می کرد و اگر آنها این امر را اجابت می نمودند سرزمین مورد دعوت را به همان مرز و رئیس کشور باقی می گذاشت.

از نظر اسلام از جنبه ایدئولوژیکی و فکری، جهان به دو بخش تقسیم می شود:<sup>۱۰</sup>

**الف. دارالاسلام**، که همه معتقدان به اصول دین اسلام را، صرفنظر از محل اقامت، زبان، نژاد یا دیگر وجوه مشخصه،

---

۹. سوره حجرات، آیه ۱۳.

۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی؛ فقه سیاسی، پیشین، ص ۲۱۱.

درببر می‌گیرد.

ب. **دارالکفر**، که همه غیرمسلمانان را، صرفنظر از عقیده، کشور و یا دیگر وجوه مشخصه، درببر می‌گیرد.

اما از نظر سیاسی و قضایی دنیا مشتمل بر ۵ منطقه است:

۱. **دارالاسلام**: شامل کشورهای است که اکثریت جمعیت آنها مسلمانان هستند و به دستورات دینی کم و بیش عمل می‌نمایند.

۲. **دارالعهد یا دارالصلح**: شامل کشورهای است که با کشورهای اسلامی پیمان صلح امضاء نموده‌اند و دارای یکی از سه مذهب رسمی طبق اسلام، یعنی مسیحیت یا یهود یا زرتشتی، هستند.

۳. **دارالهدنه**: کشورهای هستند که قرارداد صلح با کشورهای اسلامی دارند ولی خود غیرمذهبی بوده یا مذهبی دارند که مورد شناسایی اسلام قرار نگرفته است.

۴. **دارالحیاد**: کشورهای غیرمسلمانی که در جنگ بین دارالاسلام و دارالحرب، موضع بی‌طرفی دارند.

۵. **دارالحرب**: کشورهای است که اکثریت جمعیت آنها غیرمسلمان هستند و در حال

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۹۷

جنگ با کشورهای اسلامی هستند چه به صورت جنگ گرم (مسلحانه) و چه به صورت جنگ سرد.

گرچه تقسیمات فوق به حقوق بین‌الملل عمومی نزدیکتر است تا حقوق بین‌الملل خصوصی، ولی این شناخت برای درک روابط بین افراد در سطح بین‌المللی ضروری است. بنابراین همان‌گونه که یکی از مؤلفان ذکر کرده است،<sup>۱۱</sup> از نظر اسلام می‌توان دو نوع تابعیت فرض نمود:

**الف -** تابعیت به معنای حقیقی و اسلامی و به عبارتی تابعیت امّی؛  
**ب -** تابعیت به معنای ثانوی و ملی و به عبارتی تابعیت ملی.

پذیرش اسلام، به همه معتقدین آن، تابعیت امّی می‌دهد و آنها را جزو امّت قرار می‌دهد، صرف‌نظر از محل اقامت یا محل تولد. ارتباط بین فرد و ملت که بر اساس زبان، تولد، محل اقامت، نژاد، فرهنگ و تاریخ است تابعیت به معنای ثانوی را تشکیل می‌دهد.

به عبارت دیگر در حقوق بین‌الملل

---

۱۱. خلیلیان، سید خلیل؛ حقوق بین‌الملل اسلامی، نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۱۴۱.

خصوصي اسلامي تابعيت امي و تابعيت ملي هرکدام نقش خاص خود را دارند. گرچه مذهب، تابعيت اسلامي را اعطا مي‌نمايد اما به فرد ويژگي «شهروندي» نمي‌دهد. اصل شخصي بودن قوانين، ساکنين يك دولت را، که داراي مذاهب مختلفي هستند، به جوامع خاص خود تقسيم مي‌نمايد. اين جوامع در امور عبادي و ديني و نيز در احوال شخصيه تابع قواعد مذهبي خود هستند نه تابع قواعد سرزميني. ولي در امور مربوط به نظم عمومي و امنيت جامعه (مثل مقررات جزايي) تابع قواعد مربوط به سرزمين خود هستند.

حال با توجه به شناخت مختصري که از «حقوق بين‌الملل خصوصي اسلامي» پيدا شد مي‌توان به اختلاف بين اين حقوق و تفسيری که غالب مؤلفان از ماده ۷ قانون مدني دارند و اتباع خارجه را، حتي بدون وجود معاهده، تابع قواعد دولت متبوع خود دانسته‌اند — يعني نفي نقش مذهب در تعارض خارجي قوانين — پي‌برد. پس از اين بررسي اجمالي، تجزيه و تحليل آراي بعضي از دادگاهها و نظرات مشورتي اداره حقوقي دادگستري مي‌تواند به ما نشان دهد

نگاهي ديگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۲۹۹

که قضات محترم چگونه در بین این  
تعارضات سعی می‌کنند که راه حق را  
بیابند.



نمونه‌هایی از عملکرد دادگاهها و نظرات مشورتی  
اداره حقوقی دادگستری<sup>۱۲</sup>

تا وقتی که آرای دادگاهها چه در سطح بدوی و چه در سطح تجدیدنظر و نیز به‌طور منطقه‌ای و به‌طور منظم انتشار نیابد نمی‌توان از رویه دادگاهها اطلاع جامع و همه‌جانبه‌ای احراز نمود. ذکر برخی آرا که حاصل جستجوی شخصی نگارنده است، شاید بتواند از روی تسامح، به مثابه مشت نمونه خروار باشد وگرنه همان‌گونه که در عنوان آمده فقط نمونه‌هایی از آرا است و تعمیم دادن آن يك روش علمی نیست. نظرات مشورتی اداره حقوقی نیز، چون حاصل سؤال و جواب بین این اداره و متصدیان امور قضایی است تا حدی به شناخت حقوق در عمل کمک می‌کند.

شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص تهران در پرونده کلاسه ۱۶۵۲/۱۰۱/۶۵ به تاریخ ۶۶/۲/۲۳ در خصوص دادخواست خانم ل.پ. ایرانی، در مورد طلاق از همسرش آقای

---

۱۲. این سازمان به «اداره حقوقی قوه قضاییه» تغییر نام یافته است.

ظ.ر. که پاکستانی است چنین رأی داده است:

«در خصوص دادخواست خانم ل.پ. به طرفیت همسرش آقای ظ.ر. دایر به طلاق به علت ترك انفاق که با عنایت به مواد دادخواست تقدیمی و اظهارات خواهان در دادگاه و مراجعات مکرر وی و با توجه به دادنامه شماره ۱۲۵۲۲— ۶۵/۷/۱۳ شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص که آقای ظ.ر. ملزم گردیده از اول مرداد ۱۳۶۵ ماهیانه مبلغ ۸۰۰۰۰ ریال نفقه به خواهان یعنی همسرش تودیع کند و با وجود ابلاغ رأی به وی به شرح دادخواست مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۸ و اظهارات مورخ ۶۶/۲/۲۲ زوجة مرقوم، تاکنون زوج، نفقه ای تودیع نکرده است لذا نظر به مراتب یاد شده و عدم امکان اجرای حکم پرداخت نفقه و مستنداً به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی حکم طلاق و جدایی طرفین صادر و اعلام می‌گردد، و زوج موظف است در ظرف یک ماه از تاریخ رؤیت دادنامه همسرش را مطلقه کند و یا اینکه رضایت همسرش را جهت ادامه زندگی مجدد فراهم کند و الا دادگاه حسب مقررات و مفاد

ماده ۱۱۲۹ یاد شده عمل خواهد کرد».

اگر صرفاً از نظر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مندرج در قانون مدنی رأی بررسی شود امکان توجیه آن وجود ندارد. زیرا قواعد حل تعارض مربوط به احوال شخصیه امری بوده و قاضی باید آنها را، حتی در صورت عدم استناد طرفین و یا درخواست عدم اجرای آن اعمال نماید. در صورتی که در رأی مذکور اگر زوج ایرانی هم می‌بود مستندات قانونی رأی چیزی در همین حدود ذکر می‌شد. حال آنکه احتمال تغییر تابعیت زوجه در اثر ازدواج وجود دارد و دادگاه باید به آن توجه کند.<sup>۱۲</sup> نکته اساسی این است که طبق ماده ۹۶۳ قانون مدنی که يك قاعده حل تعارض دوجانبه است: «اگر زوجین تبعه يك دولت نباشند روابط شخصي و مالي بين آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». بنابراین علی‌الاصول در موضوع مذکور باید به قانون پاکستان

---

۱۲. پاکستان در فهرست کشورهای است که به موجب قوانین تابعیت آنها، بانوان خارجی مخیر به حفظ تابعیت اصلی خود یا تحصیل تابعیت زوج می‌باشند. رك. ارفع‌نیا، پیشین، ص ۲۶۸.

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۰۳

رجوع می‌شد و البته چه بسا که حکم قانون پاکستان همان حکم قانون مدنی ایران باشد، ولی این فقط يك احتمال است و پس از مراجعه و تحقیق، قانون صالح می‌تواند اعمال گردد.

اما اگر به اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی و اصل ۴ قانون اساسی و مقدمه آن رجوع شود بر این رأی اشکالی وارد نیست و دادگاه طبق قانون تابعیت امّی یا اسلامی حکم نموده است و نه طبق تابعیت به معنای ثانوی آن. می‌توان ایراد نمود که گرچه این نحو استدلال با روح قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول کلی ایدئولوژی اسلام مطابقت دارد ولی با مفاد ماده ۷ قانون مدنی تعارض دارد. البته این تعارض در صورتی است که این ماده را طبق آنچه که اکثر مؤلفان گفته‌اند تفسیر نماییم. یعنی اینکه خارجی در ایران تابع قانون ملی خویش است گرچه معاهده‌ای هم وجود نداشته باشد. در این صورت نیز اگر ماده ۷ را با توجه به اصل ۴ قانون اساسی تفسیر نماییم به همان نتیجه‌ای می‌رسیم که دادگاه در رأی فوق رسیده است. یعنی طبق

اصول حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی، مسلمان در مبحث احوال شخصیه به معنای عام خود، هرکجا که باشد، تابع قانون مذهب خویش است. به عبارت دیگر با توجه به ماده ۷ قانون مدنی خارجیان غیرمسلمان، تابع قانون ملی خود و خارجیان مسلمان تابع مقررات دینی خود می‌باشند.

شعبه ۱۰۱ دادگاه مدنی خاص تهران در دادنامه ۵۴۹ - ۶۸/۴/۲۰ در پرونده‌ای که خواهان آقای عبدالرسول... تبعه ایران مقیم کویت درخواست تنفیذ طلاق صادره از محاکم کویت را درباره همسر مصری‌اش بانو الفت... می‌نماید چنین رأی داده است:

«نظر به اینکه آقای عبدالرسول فرزند حسن شهرت..... به شناسنامه شماره..... برابر فتوکپی استشهاد طلاق صادره از دادگاه عمومی کویت در تاریخ ۸۷/۱۱/۲۹ میلادی همسرش بانو الفت... را مطلقه نموده و مستفاد از رأی صادره از دادگاه عمومی کویت صیغه طلاق با حضور عدلین جاری شده دادگاه تفریق مشارالیه را از بانو الفت با توجه به مفاد نظر دادگاه عمومی کویت و اقرار

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر... ❖ ۳۰۵

او در این دادگاه و ملاک ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی محرز دانسته و نهایتاً رأی دادگاه خارجی را تنفیذ می‌نماید. رأی صادره قطعی است».

از این رأی مستفاد می‌گردد که دادگاه کویت طبق مقررات شرعی رأی داده است و دادگاه ایران هم مطابقت حکم دادگاه کویت را با قانون ایران و اسلام احراز کرده است و چون طرفین مسلمان بوده‌اند وارد بحث تابعیت خارجی زوجه نشده و بر اساس تابعیت مذهبی افراد ذینفع رأی خارجی را تنفیذ نموده است. در پرونده ۷۱/۲۶/۳۶ مطروحه در شعبه ۱۴ دادگاه مدنی خاص مشهد که خواهان خانم طاهره ..... درخواست تعیین تکلیف در مورد ندادن نفقه و سرگردان نمودن ۷ فرزندش را علیه خواننده آقای غلامحسین ..... دارد و هر دو افغانی هستند، دادگاه سعی می‌نماید در جلسه رسیدگی ۷۲/۲/۱۹ بر اساس قانون مقر دادگاه و صرفنظر از تابعیت خارجی اصحاب دعوا موضوع را فیصله دهد و سرانجام در جلسه رسیدگی ۷۲/۵/۱۹ زوجین برای مختومه شدن

پرونده توافق می‌نمایند.

جایگزین شدن عنصر ارتباطی «مذهب» به‌جای «تابعیت» در مورد خارجی‌ان مسلمان مقیم ایران و یا حتی غیرمقیم تبعات خاص خود را دارد. از جمله اینکه می‌تواند باعث تسهیل «تقلّب نسبت به قانون» گردد، زیرا برخلاف تابعیت که رابطه‌ای است بین فرد و دولت و مدارک کتبی جهت اثبات آن معمولاً ارائه می‌شود به علاوه در کسب آن، عنصر اساسی پذیرش دولت متبوع بوده و اراده فرد به‌طور یکجانبه نمی‌تواند برای وی ایجاد تابعیت کند؛ مذهب رابطه‌ای است معنوی بین خالق و مخلوق که حتی جهت اثبات برای خلق نیز غالباً نیازی به ارائه مدارک کتبی نیست و اراده یکجانبه فرد نقش اساسی را دارد. بخصوص دین مبین اسلام، پذیرش به این دین را بسیار سهل قرار داده است.

بنابراین احتمال اینکه برای بهره‌جویی از مقررات اسلامی در ایران، یک فرد غیرمسلمان خود را پیرو مذهب رسمی کشور معرفی نماید وجود دارد. در دعوای مربوط به یک مسیحی لبنانی که اسلام اختیار نموده است دادگاه در رأی خود

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۰۷

درباره انگیزه‌هایی که باعث شده يك فرد آزادانه مسلمان گردد اظهارنظري نمی‌کند. این اعلام مذهب باید معتبر تلقی شود و ازدواج نیز قانونی بوده است.<sup>۱۴</sup> این دعوا مربوط به دادخواست طلاق از جانب همسر وي بوده است به این استدلال که انگیزه اظهار اسلام از جانب شوهرش ازدواج با او بوده است بنابراین ازدواج باطل است.

اگر دادگاه بخواهد انگیزه‌های اظهار اسلام را کشف کند چاره‌ای ندارد که از مورد شك و تردید قرار دادن سخن کسی که اظهار شهادتین می‌نماید آغاز نماید که خود اشکال شرعی دارد و نیز به تفتیش عقاید بپردازد که اصل بیست و سوم قانون اساسی صریحاً آن را ممنوع نموده است. شعبه دوم دادگاه شهرستان اصفهان در نامه‌ای (۱۳۴۸/۶/۲۲ — شماره ۴۱۰۲) از اداره حقوقی وزارت دادگستری می‌پرسد که: «بانوی آلمانی و مقیم آلمان دادخواست علیه همسر آلمانی و مقیم اصفهان برای نفقه خود و دو فرزندش داده است چه باید

---

۱۴. دادگاه مدنی خاص تهران، شعبه ۱۰۴، ۲۰ اردیبهشت ۱۳۵۹.



کرد»؟

این اداره در ۱۳۴۸/۸/۳ — شماره ۷/۴۱۰۳ پاسخ می‌دهد که: «نفقه از آثار ازدواج است و قانون متبوع اتباع خارجه درباره آن صادق است، که در اینجا قانون ملی متداعین است، مراجعه به دادگاه ایران بدون اشکال است. در طرز رسیدگی و تشریفات، قوانین اصول محاکمات ایران رعایت شود».

این سؤال و جواب می‌تواند نمایانگر این باشد، که برخلاف تصور، در دوره قبل از قانون اساسی جدید نیز، صالح بودن قانون متبوع خارجی در مورد اتباع بیگانه مقیم ایران، در مبحث احوال شخصیه، از بدیهیات به شمار نمی‌رفته است و گرنه نیازی به این سؤال و جواب نبود. به نظر می‌رسد که از این ابهام نه تنها کاسته نشده است، بلکه ورود عنصر ارتباطی مذهب و توجه به آن ارائه یک راه حل ساده را مشکل نموده است.

شعبه دهم دادگاه عمومی مشهد در تلگرامی (۶۳/۳/۱۹ — ۷/۱۶۳۲) از اداره حقوقی در مورد یک متوفی پاکستانی که او و عیالش هر دو شیعه‌اند و تنها وارث

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۰۹

عیال است کسب تکلیف می‌نماید. نظر این اداره این بود که احوال شخصیه تابع دولت متبوع با ملاحظه معاهدات است.

از نمونه‌هایی که تا به حال ذکر شد فوراً نباید نتیجه گرفت که همه دادگاهها خارجیان مسلمان را تابع قانون مذهبی‌شان می‌دانند و یا اینکه اصولاً قائل به تبعیت خارجیان مقیم کشورمان از قانون ایران هستند. نشانه‌هایی وجود دارد که نمایانگر صالح دانستن قانون متبوع خارجی در مبحث احوال شخصیه است گرچه معاهده‌ای هم وجود نداشته باشد.

دادرس دادگاه حقوقی يك دماوند در ۷۳/۱/۳۱ - شماره ۵۸۵ برای نصب امین غایب برای صغار آقای محبوب الهی، تبعه پاکستان با توجه به خارجی بودن وی و مواد ۷، ۹۶۵، ۹۷۳ و ۹۷۴ قانون مدنی تقاضای متن قانون پاکستان را از اداره حقوقی وزارت دادگستری می‌نماید. بنابراین دادگاه فوق پس از اعتقاد به صالح بودن قانون پاکستان تقاضای متن آن را از اداره حقوقی نموده است. همچنین، دادگاه حقوقی دو اصفهان در ۶۹/۱۱/۲۷ - شماره ۷/۱۳۵ درخواست نسخه‌ای از قانون

ارث پاکستان را از اداره حقوقی می‌نماید. به نظر می‌رسد که دو دادگاه فوق عقیده به صالح بودن قانون خارجی صرفنظر از مسلمان بودن یا نبودن افراد ذی‌نفع، داشته‌اند بدون آنکه اعمال قانون خارجی نیاز به وجود قبلی یک معاهده و یا وجود رفتار متقابل و نزاکت بین‌المللی داشته باشد. زیرا به نظر می‌رسد توافقنامه‌ای در مبحث احوال شخصیه بین دولتهای ایران و پاکستان منعقد نشده است.

طبق نامه اداره حقوقی وزارت امور خارجه به اداره حقوقی دادگستری (شماره ۹۵۲۱ - ۱۳۵۴/۱۲/۱۷) بعضی از عهدنامه‌های اقامت، احوال شخصیه، اهلیت و ارث اتباع طرفین را تابع دولت متبوع قرار داده است که فهرست این عهدنامه‌ها به شرح زیر است:

۱. ماده ۵ عهدنامه اقامت و تجارت و بحرپیمایی بین ایران و یونان، مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۳۱؛
۲. ماده ۸ عهدنامه اقامت و اعلامیه در خصوص تعاون قضایی و وجه‌الضمان بین ایران و سوئیس، مورخ ۲۵ آوریل ۱۹۳۴؛
۳. ماده ۵ عهدنامه تجارت و

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۱۱

بحرپیمایی بین ایران و سوئد، مورخ ۱۰ مه ۱۹۲۹؛

۴. ماده ۶ عهدنامه اقامت بین ایران و بلژیک، مورخ ۹ مه ۱۹۲۹؛

۵. ماده ۸ عهدنامه اقامت بین ایران و آلمان، مورخ ۱۷ فوریه ۱۹۲۹ مطابق ۲۸ بهمن ۱۳۰۷؛

۶. ماده ۲ عهدنامه اقامت و دریانوردی بین ایران و فرانسه، مورخ ۳ تیر ۱۳۴۳؛

۷. ماده ۶ عهدنامه مودت و اقامت بین ایران و مصر، مورخ ۲۸ نوامبر ۱۹۲۸ مطابق (۷ آذر ۱۳۰۷)؛

۸. ماده ۸ عهدنامه مودت و اقامت بین ایران و اتریش، مورخ ۹ سپتامبر ۱۹۵۹ مطابق (۱۷ شهریور ۱۳۳۸).

در این فهرست نام کشور پاکستان دیده نمی‌شود. پس، طبق این نامه، در مبحث احوال شخصیه توافقنامه‌ای بین دو دولت ایران و پاکستان وجود ندارد.

اداره حقوقی دادگستری در نظریه شماره ۷/۱۰۲۴۷ - ۱۳۷۲/۹/۱۷ در مورد ارث یک تبعه افغانستان نظر داده که حسب مقررات مواد ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی باید

قانون دولت متبوع متوفی اجرا گردد. ولی اداره حقوقی نیز در نظریات خود از رویه یکسانی پیروی نکرده است، به سؤال و جواب زیر توجه فرمایید.

سؤال: «زن و مردی از اتباع ایتالیا بر اساس آداب مذهبی شیعه ازدواج موقت نموده اند آیا این ازدواج از نظر قوانین ایران پذیرفته است یا نه»؟

نظریه مشورتی اداره حقوقی (۲۱۱۳/۷-)

(۱۳۶۲/۷/۵)

«نکاح منقطع (متعّه یا ازدواج موقت) به موجب ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی ایران بر اساس ضوابط مذهب شیعه پذیرفته شده و دارای اعتبار قانونی است».

هرچند که در متن سؤال، مذهب اتباع ایتالیایی ذکر نشده است، ولی به نظر می‌رسد که از اتباع اسلام نبوده اند که نیاز به نظرخواهی از اداره حقوقی شده است و گرنه در مورد صحت عمل به احکام دینی توسط خارجی‌ان مسلمان در ایران، عملاً شك و تردید کمی وجود دارد. در متن جواب، هیچ اشاره‌ای به تابعیت غیرایرانی افراد مورد بحث نشده است؛ به نحوی که اگر به جای دو ایتالیایی، دو ایرانی گفته

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۱۳

می‌شد پاسخ جز آنچه که گفته شده است نمی‌توانست باشد.<sup>۱۵</sup> به عبارت دیگر به نظر اداره حقوقی در عمل به دستورات دینی اسلام، تابعیت و چه بسا حتی مذهب فرد بدون تأثیر است.

اگر از دیدگاه قواعد مذکور در قانون مدنی و قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی صرف، به موضوع نگاه شود به هیچ صورت امکان توجیه حقوقی این پاسخ وجود ندارد. زیرا اگر قائل به نظر اکثر مؤلفان شویم که خارجی تابع قواعد متبوع دولت خویش در احوال شخصیه، بی‌نیاز به معاهده، است که در جواب اصلاً به تابعیت افراد ذی‌نفع توجه نشده است. اگر هم قائل به نظر اقلیت مؤلفان شویم که خارجی تابع قانون ایران است مگر اینکه معاهده‌ای وجود داشته باشد که به نظر می‌رسد با دولت ایتالیا معاهده‌ای در مورد احوال شخصیه وجود ندارد - با مانع

---

۱۵. اهمیت این سؤال و جواب از این جهت است که اداره حقوقی آن دسته از سؤالها و پاسخهایی را که در بایگانی موجود است و آنها را مفید و مهم تشخیص می‌دهد هر از چندگاهی به چاپ آنها مبادرت می‌ورزد و این سؤال نیز در کتاب مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری (از سال ۱۳۵۸ به بعد) چاپ روزنامه رسمی، بی تاریخ چاپ، ص ۳۸۳، چاپ شده است.

مذکور در ماده ۹۶۱ قانون مدنی مواجه خواهیم شد که به موجب آن اتباع خارجه نمی‌توانند از حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده است بهره‌مند گردند. بنابراین باید دید که آیا قانون ایتالیا ازدواج موقت را می‌پذیرد یا خیر؟ که به نظر نمی‌رسد جواب مثبت باشد زیرا هرچند که در کشورهای اروپایی یک تأسیس حقوقی به نام "Concubinage" (زندگی مشترک بدون ازدواج رسمی) وجود دارد که با متعه در حقوق اسلام شباهتهای قوی دارد، اما در کنار این وجوه تشابه، تفاوت‌های عمده نیز وجود دارد که مهم‌ترین آن در قصد طرفین است که اروپایی‌ها "Concubinage" را از اقسام ازدواج ندانسته<sup>۱۶</sup> و متعه را مردود می‌دانند. بنابراین ایتالیایی، بویژه اگر مسلمان نباشد، نمی‌تواند از آنچه که در کشورش نتوانسته به دست آورد، در ایران بهره‌مند گردد. این رویه اولاً تقلب نسبت به قانون را آسان می‌سازد، ثانیاً حقوقی که برخلاف قاعده حل تعارض صالح به

---

16. Lexique de termes Juridiques, Dalloz, Paris, 1990, p. 117.

دست آید در کشور متبوع ذینفع و در بسیاری از کشورهای ثالث نمیتواند مورد شناسایی قرار گیرد و به این ترتیب وضعیت‌های خانوادگی شکننده و بی‌ثبات به وجود می‌آید. خانواده‌هایی که در کشوری قانونی و در کشوری دیگر غیرقانونی شمرده می‌شوند اگر وضعیت اطفال و مقررات دقیقی که مذهب کاتولیک در مورد خانواده دارد در نظر گرفته شود قطعاً مصالح آتی این خانواده مهم‌تر از حل موقت و غیرحقوقی یک مسئله خواهد بود.

اگر به موضوع فقط از جنبه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی صرف‌مذکور در قانون مدنی نگریسته نشود و اصل ۴ قانون اساسی و روح این قانون نیز در نظر گرفته شود، در صورتی‌که ایتالیایی‌ها مسلمان باشند، بر پاسخ اداره حقوقی هیچ اشکالی وارد نیست. زیرا طبق حقوق بین‌الملل خصوصی اسلامی این حق مسلمانان است که در دنیای امروز حداقل در دارالاسلام بتوانند به معتقداتشان عمل نمایند و این امر منافاتی با ماده ۷ قانون مدنی نیز ندارد، زیرا همان‌طور که قبلاً گفته شد با توجه به این ماده و اصل



چهارم قانون اساسي مي‌توان اين تفسير را به دست آورد که خارجيان غيرمسلمان مقيم ايران، در صورت وجود معاهده طبق نظر اقليت مؤلفان و يا حتي در صورت عدم وجود معاهده طبق نظر بعضي، تابع قانون ملي خود هستند ولي خارجيان مسلمان مقيم ايران، به عنوان يك کشور جمهوري اسلامي که اين دين را دين رسمي کشور قرار داده است، تابع قواعد مذهبي خود در مبحث احوال شخصيه هستند.<sup>۱۷</sup> اگر ايتاليائي‌ها غيرمسلمان باشند، پاسخ اداره حقوقي در صورتي قابل توجه است که بگوييم، قانون متبوع خارجي منوط به وجود معاهده است وگرنه خارجي تابع مقررات قانون ايران است و بين ايتاليا و ايران توافقنامه‌اي در باب احوال شخصيه وجود ندارد.

---

۱۷. تفکيک خارجيان مقيم ايران به مسلمان و غيرمسلمان، مورد توجه حقوق موضوعه است. هیأت وزيران در جلسه مورخ ۱۳۷۴/۹/۱ در تصويبنامه خود تحت عنوان «تصويبنامه راجع به چگونگي استملاك اتباع بيگانه که بدون داشتن پروانه اقامت دائمي به کشور جمهوري اسلامي ايران مسافرت مي‌نمايند» مقرر داشته است که: «به وزارت مسکن و شهرسازي اجازه داده مي‌شود براي احداث و فروش حدود ۵ هزار واحد مسکوني به اتباع خارجي مسلمان در شهر مشهد و شهر جديد گلبهار ... اقدام نمايد» (روزنامه رسمي ۲۷ آذر ۱۳۷۴). اين تصويبنامه اتباع خارجي غيرمسلمان را در بر نمي‌گيرد.

بنابراین اجمالاً می‌توان نتیجه گرفت که در مورد اعمال یا عدم اعمال قانون متبوع خارجی برای بیگانگان مقیم ایران، در صورت وجود معاهده یا عدم آن و نیز مسلمان بودن یا نبودن ذی‌نفع، بین مراجع قضایی اتفاق نظر وجود ندارد و از این گذشته بین عمل و آنچه که مؤلفان محترم پیشنهاد می‌کنند فاصله وجود دارد. در نظرخواهی شفاهی که نگارنده در سالهای ۷۲ و ۷۳ از رؤسای شعبات ۱۰۱، ۱۰۲، ۱۰۴ و ۱۱۸ دادگاههای مدنی خاص تهران و شعبه ۱۲ دادگاه عمومی مشهد نمود اکثریت اظهار نمودند که در مورد مسلمانان خارجی قانون شرع را اجرا می‌نمایند زیرا ما تابع شرع هستیم. در مقابل رئیس شعبه ۱۱۸ که معاون کل دادگاههای مدنی خاص تهران بوده است اظهار می‌نمود که اصل ۱۳ قانون اساسی فقط درباره ایرانیان است و درباره خارجیان باید به قانون مدنی مراجعه کرد. البته غیر از علل ایدئولوژیکی در اجرای قانون اسلام برای خارجیان مسلمان، این امر ناشی از مشکلات عملی در اجرای قانون خارجی نیز هست. رئیس شعبه ۱۲ دادگاه عمومی مشهد در سال

۷۲، شهري که در آن تعداد زيادي از اتباع افغانستان بودند و همه دعاوي مربوط به احوال شخصيه اتباع خارجي در مشهد به اين شعبه ارجاع مي‌شد در جواب سؤال نگارنده که چه قانوني را براي اتباع خارجه اعمال مي‌کنيد؟ مي‌گويد که در مقابل دادگاهها تعداد زيادي از پناهندگان و فراريهاي افغاني و عراقي وجود دارد که از کشورشان گريخته‌اند و ما قانون شرع را اجرا مي‌کنيم. علاوه بر اين، خود اين اتباع اين قانون را مي‌خواهند. وجود موانع مادي در اثبات و اجراي قانون خارجي مثل جنگ و قطع روابط باعث مي‌شود که قانون مقرّ دادگاه جانشين قانون خارجي صالح گردد. در مورد پناهندگان نيز، همان طوري که اداره حقوقي وزارت دادگستري در نظريه ۷/۶۴۶۶ — ۱۳۷۱/۱۷/۱۹ درباره تقسيم ارث يکي از اهالي خوارزم شوروي نظر داده است چون ايران در سال ۱۳۵۵ قانون اجراي کنوانسيون مربوط به پناهندگان و پروتکل آن را تصويب نموده و طبق ماده ۱۲ اين قانون پناهنده از نظر احوال شخصيه تابع

نگاهي ديگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۱۹

کشوری است که در آنجا اقامت دارد،<sup>۱۸</sup> پس دادگاه باید در مورد تعیین وراث متوفی و مقدار سهم الارث آنها قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران را اجرا نماید. یکی از مشکلات اعمال قانون مذهبی برای مسلمانان خارجی مقیم ایران، در موردی است که این فرد تابع کشوری باشد که با ایران قرارداد دوجانبه در باب احوال شخصیه داشته باشد. طبق این معاهدات، اتباع دولتهای طرف قرارداد در ایران و متقابلاً ایرانیها در این کشورها تابع قانون ملی خودشان هستند بدون اینکه مذهب تبعه مدنظر باشد. حال اگر در مورد تبعه مسلمان یکی از دول طرف قرارداد، با توجه به اینکه قانون ملی همان قانون اسلام نیست، قانون ملی را اعمال نکرده و قواعد مذهبی اش را اعمال نمایم، در واقع به طور یکجانبه شرط مذهب به یک معاهده بدون اطلاع و جلب موافقت طرف قرارداد اضافه شده است. اگر هم بخواهیم به معاهدات دقیقاً عمل نمایم دچار دوگانگی خواهیم شد. یعنی

---

۱۸. طبق ماده ۱۲ این قانون، در احوال شخصیه، چنانچه پناهنده فاقد محل اقامت باشد تابع قوانین کشور محل سکونت خواهد بود.

برای خارجی مسلمان (غیر طرف قرارداد) قانون اسلام و برای خارجی مسلمان (طرف قرارداد) قانون ملی را باید اجرا نماییم و این دوگانگی با اصول حقوق بین‌الملل خصوصی سازگار نیست. مثلاً با توجه به بند ۲ قرارداد دریانوردی و اقامت بین ایران و فرانسه (مصوب ۲۴ ژوئن ۱۹۶۴)، احوال شخصیه یک فرانسوی چه مسلمان و چه غیرمسلمان، در ایران، همیشه تابع قانون فرانسه است که بدیهی است حقوق لائیک فرانسه در تعارض آشکار با حقوق مذهبی یک فرانسوی مسلمان است. درحالی‌که ممکن است برای یک انگلیسی مسلمان در ایران، قانون مذهبی‌اش اجرا گردد زیرا بین ایران و انگلیس معاهده‌ای در این مورد نیست. دادگاهها نیز همگی در عمل، صرفنظر از نحوه برخورد با خارجیان مسلمان، به لزوم عمل به معاهدات ائتفاقی نظر دارند. در اینجا تنها راه حل ممکن، استفاده از ماده ۹۷۵ قانون مدنی در صورت لزوم است. یعنی در مورد دولتی که معاهده با ایران دارند اگر عمل به قانون ملی برای یک خارجی مسلمان تبعه آن دولت مخالف اخلاق حسنه و

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۲۱

نظم عمومی ایران باشد، آن قانون خارجی قابل اجرا نیست، زیرا به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

## ۵

### حقوق تطبیقی

به نظر دو نفر از بزرگان حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، تأثیر عمیق اندیشه‌های ساوینی "Savigny" در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای اروپایی باقی‌مانده است.<sup>۱۹</sup>

تفکر ساوینی در ایالات متحده تأثیر مستقیمی نداشته است. او همچون استوری در کشورهای انگلوساکسون اعلام می‌دارد که جامعه تمدنهای مغرب زمین با ید هرکدام

---

19. Batiffol Henri, Lagarde Paul, *Traité de Droit international Privé* Tom 1, 8 è éd. L.G.D.J. Paris. 1993, n° 242-1.

اجرای آثار قانون دیگری را نزد خود فراهم سازد. وی به منافع و وظایف دولتها نمی‌اندیشد، بلکه به مرکز ثقل روابط حقوقی و تعیین پایگاه برای این روابط می‌اندیشد. بین طبیعت رابطه حقوقی و قانون صالح ارتباط قطعی وجود دارد. به نظر ساوینی، حقوق اشخاص باید تابع محل اقامت باشد، چون تجارب حقوقی هم نشان می‌دهد که این محل فاکتور طبیعی پایگاه شخص است.

تابعیت رابطه‌ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین فرد و دولت است. ولی وقتی شخصی از کشور خود به کشور دیگری می‌رود و آنجا را مرکز مهم امور خود و نیز محل سکونت خود برمی‌گزیند هرچه این اقامت طولانی‌تر می‌شود معمولاً پیوندهای سه‌گانه مذکور بین فرد و دولت متبوع ضعیفتر شده و رابطه وی با محل اقامتش قوی‌تر می‌شود. در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی‌ان نمی‌توان واقعیت‌ها را نادیده گرفت. امروزه محل اقامت نقش بیشتری را نسبت به گذشته در حل مسائل مربوط به احوال شخصیه خارجی‌ان ایفا می‌نماید. حتی برخی کشورها عنصر اراده را نیز در

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۲۳

تعیین قانون صالح بر احوال شخصیه دخالت داده‌اند. به‌طور قطع می‌توان گفت که امروزه اعمال قانون اقامت برای احوال شخصیه بیگانگان نه تنها عقبماندگی به شمار نمی‌رود، بلکه شاید نشانه‌ای از پیشرفت در حقوق باشد. بنا به مصالح علمی و عملی، حتی کشورهای که به‌طور کلاسیک احوال شخصیه را تابع قانون ملی می‌دانند، از فاکتور محل اقامت، به‌عنوان عنصر ارتباط بیش از پیش استفاده می‌کنند.

در کشور سوئیس، که در گذشته قاعده قانون ملی در احوال شخصیه مجری بوده است در قانون حقوق بین‌الملل خصوصی مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ در ماده ۴۸ آمده است که: «قانون حاکم بر حقوق و وظایف ناشی از زوجیت، قانون محل اقامت‌گاه زوجین است و در صورتی‌که زوجین مقیم کشور واحدی نباشند، قانون حاکم بر حقوق و وظایف ناشی از زوجیت قانون محل اقامت‌گاهی است که نزدیکترین وابستگی (ارتباط) با دعوا را دارد».<sup>۲۰</sup>

---

۲۰. مکرمی، علی‌محمد؛ ترجمه قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، نشریه حقوق، دانشکده علوم قضایی، مرداد و آبان ۷۱، ص ۷۹ به بعد.



حقوق فرانسه در مورد طلاق و تفریق جسمانی قبل از قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ رویه قضایی سیستمی از عناصر ارتباط را برگزیده بود که به طور جایگزینی عمل می‌کرد. بدین نحو که برای زوجینی که هر دو یک تابعیت را داشتند، قانون ملی‌شان و برای آنها که تابعیتشان مختلف ولی اقامتگاه مشترک داشتند، قانون محل اقامت و برای آنهایی که تابعیت و اقامتگاه هر دو غیرمشترک بود قانون مقر دادگاه "Lex Fori" اعمال می‌شد. قانون سابق‌الذکر که به شکل ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه درآمده است این ترتیب را دگرگون کرد.

طبق بند یک این قانون، وقتی زوجین فرانسوی هستند قانون فرانسه در مورد طلاق و تفریق جسمانی حاکم است، که این همان تکرار ماده ۳ این قانون است که طبق آن قوانین مربوط به وضعیت و اهلیت (فرانسه) حاکم بر فرانسوی‌ها است گرچه مقیم خارج باشند. طبق بند دوم این ماده، اگر زوجین هر دو اقامتگاهشان در خاک فرانسه باشد قانون فرانسه حاکم بر طلاق و تفریق جسمانی است. در این مورد

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۲۵

عنصر تابعیت نقشی ندارد.<sup>۲۱</sup> زوجین خارجی مقیم فرانسه چه هر دو دارای یک تابعیت یا تابعیت‌های متفاوت باشند در صورتی‌که در موقع ارائه تقاضای طلاق مقیم فرانسه باشند تابع قانون فرانسه اند. بنابراین عنصر اقامتگاه از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. در حالی‌که قبلاً برای زوجین که یک تابعیت را داشتند قانون ملی‌شان صالح بود.

تئوری "Proximité" توجیه‌کننده اعمال قانون فرانسه برای خارجی‌های مقیم این کشور در مورد طلاق است گرچه زوجین دارای ملیت مشترک باشند. با توجه به اهمیت این تئوری در بسیاری از مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی مثل حقوق قراردادها و احوال شخصیه توضیحاتی درباره آن ذکر می‌شود. به نظر لاگارد اصل "Proximité" پاسخ کشورهای اروپایی غربی به مبارزه طلبی امریکاست که اصل "better Law" را پیش کشیده است.<sup>۲۲</sup>

این اصل بیانگر وابستگی یک رابطه

---

21. Mayer Pierre, Droit international Privé, MONTCHRESTIEN, Paris, 1991, n° 577 et s.

۲۲. جهت توضیح مفصل این تئوری:

P. Lagarde, Le Principe de Proximité dans le Droit international Privé Contemporain, Rec. Cours de L'Ac. de dr. int. t. 196 (1986 - I) p. 11 et s.

حقوقی با سازمان حقوقی کشوری است که این رابطه با آن نزدیکترین پیوندها را دارد و وابستگی یک دعوا به دادگاههای دولتی است که با آن نزدیکترین رابطه و یا حداقل یک پیوند نزدیک دارد و نیز موکول کردن مؤثر بودن یک تصمیم قضایی بر نزدیکی پیوندهایی که با مقام تصمیم‌گیرنده دارد. به این ترتیب این اصل در تعارض قوانین، صلاحیت قضایی و اجرای احکام و تصمیمات عمل می‌کند، طبق این اصل دعوا باید تا حد ممکن به دادگاهی وابسته شود که از همه نسبت به آن نزدیکتر است. رابطه حقوقی باید تابع قانون کشوری باشد که با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. اساس این ایده بر تفکرات ساوینی استوار است ولی از ایده‌های وی فراتر رفته است. مفهوم انتزاعی مرکز روابط حقوقی همیشه به قانونی که از همه بیشتر به موقعیت حاصله نزدیک است نمی‌انجامد.

طرفداران اصل "Proximité" مزایای زیر را بر آن قائلند:

۱. یکی شدن راه‌حلها؛ ۲. احترام به انتظارات مشروع طرفین؛ ۳. تعادل بین

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۲۷

منافع مورد انتظار دولتها در ادارة يك  
وضعيت حقوقي.

قانون انتخاب نشده نمي‌تواند از عدم  
صلاحيت خود ناراضي باشد، چون رابطه  
حقوقي پيوند نزديك‌تري با حقوق كشور  
ديگر دارد. اين راه‌حل به عدالت نزديك‌تر  
است چون به‌جاي يك عنصر ارتباطي مجرد و  
غيرعيني، يك عامل ارتباطي است كه با  
موقعيت ارتباط عملي دارد. در حال حاضر  
زمينه اصلي کاربرد اين اصل در حقوق  
تعهدات و بويژه قراردادهاست. جستجوي  
قانون حاكم در اين مورد غالباً به‌طور  
مستقيم با تعيين كشوري است كه قرارداد  
بيشترين ارتباط را با آن دارد. با توجه  
به اينكه در برخي كشورها مثل فرانسه  
روابط مالي خانوادگي جزئي از احوال  
شخصيه به شمار نمي‌رود و در دسته  
قراردادها مورد بررسي قرار مي‌گيرد، تحت  
عنوان رژيم‌هاي مالي خانوادگي "Les Regimes  
matrimoniaux" کاربرد اصل در آنجا، به‌طور  
غيرمستقيم بر احوال شخصيه تاثير  
مي‌گذارد. فكر جدا شدن آثار مالي نكاح  
از آثار غيرمالي آن، گرچه به صراحت در  
حقوق ايران مطرح نشده است اما تحولات

اخیر در زمینه مسائل مالی خانوادگی مثل آنچه که در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، (مصوب اسفند ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی) تبصره ۶، مندرج است و با توجه به ماده ۱۱۱۸ و ۱۱۱۹ قانون مدنی به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز می‌توان دست به این تفکیک زد و آثار مالی نکاح را از احوال شخصیه متمایز نمود و یا اینکه حداقل نقش بیشتری بیش از آنچه که تاکنون وجود دارد برای حاکمیت اراده در مسائل مالی خانوادگی قائل شد زیرا این امر با واقعیات جامعه امروز بیشتر تطابق دارد. گرچه طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است، ولی همان‌گونه که یکی از مؤلفان حقوق خانواده گفته است: «مانعی به نظر نمی‌رسد که زن حق نفقه را نسبت به ایام آینده از عهده زوج اسقاط نماید»<sup>۲۳</sup> و احياناً خود تعهد آن را بنماید. در این صورت برای تعیین قانون حاکم بر روابط مالی یک زوج ایرانی، علاوه بر قانون ملی به توافقیهای عملی بین طرفین

---

۲۳. محقق داماد، سید مصطفی؛ حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۲۹۵.

و در صورتی که مقیم خارج باشند به قانون کشور خارجی نیز توجه می‌شود. اکنون قراردادها در انگلیس و فرانسه، جز در موردی که توافق طرفین وجود داشته باشد تابع قانون کشوری است که با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. در کشور سوئیس اصل "Proximité" نتایج بیشتری داشته است. این اصل و اصل حاکمیت اراده گاهی مکمل یکدیگرند و گاهی بین آنها عدم تطابق وجود دارد؛ مکمل‌اند زیرا جستجوی اراده به معنای این است که ارتباط‌های عینی نزدیک، برای مثال در مورد منافع مالی زوجین با یک کشور خاص، جستجو شود. عدم تطابق؛ به این معنا است که وقتی اراده اعلام شد این اعلام اراده، قانون حاکم را تعیین می‌کند، صرف‌نظر از پیوندهای نزدیکی که با یک کشور دیگر می‌تواند داشته باشد. در مورد اصل Proximité و اصل حاکمیت دولت، وابستگی شخص به دولتش ایجاب می‌کند که در مورد احوال شخصی فرد و خانواده‌ای که همگی دارای یک تابعیت هستند، قانون ملی اجرا شود. وقتی که اجرای قانون مربوط به عنصر ارتباطی تابعیت ممکن

نیست، به سبب نبودن تابعیت یا مختلف بودن تابعیتها در يك خانواده، جستجو براي يك عنصر ارتباطي جانشین آغاز می‌شود که غالباً مطابق با دولتي است که ذی‌نفع با آن نزدیکترین پیوندها را دارد. به‌نظر دادگاه حقوقی "Neuchatel" سوئیس، در رأی ۵ آوریل ۱۹۸۲، در دعوی ابطال شناسایی نسب فرزند طبیعی که توسط همان فرزند اقامه شده بود و او يك ایتالیایی بود که در سوئیس متولد شده بود ولي موقع اقامه دعوا با مادر ایتالیایی خود در ایتالیا ساکن بود، موضوع پیوندهای قوی با سوئیس داشت. زیرا که خوانده (پدر) يك ایتالیایی مقیم سوئیس بود و نام فرزند در فهرست ثبت احوال سوئیس ثبت شده بود و قبلاً امور مربوط به قیمومت در سوئیس انجام شده بود. پدر حقیقی فرزند يك ایتالیایی ساکن ایتالیا بود و گرچه به علت نبودن اقامتگاه مشترك طبق ماده ۸ قانون ۲۵ ژوئن ۱۹۷۶ سوئیس، حقوق ایتالیا به‌عنوان ملیت مشترك همه طرفین دعوا باید صالح می‌بود ولي به‌نظر دادگاه به علت پیوندهای قوی با سوئیس این قانون صالح

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۳۱

تشخیص داده شد.

آنچه که در مباحث قبلی درباره اعمال قانون مذهبی برای مسلمانان خارجی مقیم ایران توسط برخی دادگاهها بررسی شد چیزی نیست جز اعمال قانون محل اقامت که مطابق ماده ۷ قانون مدنی است، بخصوص در مورد کشورهای که ایران با آنها معاهده‌ای در باب احوال شخصیه ندارد. هرچند که مبانی تئوریک بیان شده در بالا در دادگاههای اروپایی بکلی با مبانی مذکور در حقوق بین‌الملل اسلامی متفاوت است، اما این واقعیت را نیز نباید نادیده گرفت که غالب خارجیان مقیم ایران را مهاجرین، پناهندگان، اخراج‌شدگان از کشورهای مسلمان تشکیل می‌دهد که اکنون پیوندهای مادی و معنوی محکمتر و قویتری با ایران نسبت به کشور مبدأ دارند و این امر نه تحت عنوان اصل "Proximité"، بلکه به‌عنوان يك امر عینی قطعاً به‌طور محسوس یا نامحسوس در رأی دادگاه تأثیر می‌گذارد. در حقوق فرانسه علاوه بر اصل "Proximité" بررسی مختصر سایر علی که باعث شده از سال ۱۹۷۵ به بعد، طلاق خارجیان مقیم فرانسه تابع قانون



این کشور باشد، نه قانون ملی اتباع خارجی، مفید است. دو نفر از مؤلفان معاصر گفته اند: «فرانسه کشوری مهاجرپذیر است بهتر است مهاجری که روی خاک فرانسه زندگی می‌کند تابع قانونی که با گذشت زمان برایش بسیار بیگانه شده است، نباشد، از این گذشته تبعیت آنها از قانون فرانسه این امتیاز را دارد که به‌طور عمیق‌تری جذب جامعه‌ای می‌شوند که اکنون در آن هستند»،<sup>۲۴</sup> و به‌نظر یک مؤلف دیگر فرانسوی: «این امر - اجرای قانون فرانسه - کار دادگاه را آسان می‌کند، زیرا برای دادگاه مشکل است که با توجه به افزایش مهاجرت و مختلف بودن ملل، همچنان پایبند اصل قانون ملی باشد».<sup>۲۵</sup>

وقتی که هر کشوری بخواهد صرفاً بر اساس منافع ملی خود قواعد حل تعارض را وضع نماید، دیگر نه تنها امکان هماهنگی بین سیستم‌های حل تعارض نخواهد بود، بلکه به‌جای حل تعارض قوانین، تعارض راه‌حلها بروز خواهد کرد که نتیجه‌اش لطمه و بی‌ثبات بودن وضعیت حقوقی اشخاص

---

24. Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, Droit international Privé 4<sup>e</sup> éd, Paris, DALLOZ, 1993, n° 325, p. 343.

25. Audit Bernard, Droit international Privé, Paris, ECONOMICA, 1991, n° 660.

خصوصی در صحنه بین‌المللی است. بر اساس ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران، اگر تابعیت زوجین یکی نباشد روابط مالی و غیرمالی خانوادگی آنها تابع قانون ملی زوج است و در مورد دارندگان تابعیت مضاعف، اگر یکی از تابعیت‌ها ایرانی باشد، دادگاه ایرانی او را بر این تابعیت فرض می‌کند و قانون ایران را اجرا می‌نماید. در حقوق فرانسه نیز در مورد تابعیت مضاعف، اگر یکی از آنها فرانسوی باشد دادگاه همین راه حل را اعمال می‌نماید.

این امر مشکل را به‌طور ظاهری حل می‌کند ولی مشکلات عملی در صحنه بین‌المللی باقی می‌ماند زیرا این فرض همیشه مطابق واقعیت نیست، در واقع نه در حقوق ایران و نه در حقوق فرانسه مشکلات عملی ناشی از قواعد حل تعارض احوال شخصیه در مورد چندملیتی‌ها حل نشده است. زیرا با اجرای قانون مقرر دادگاه در هر کشور، این اشخاص در آن کشور از مزایای خاص آن استفاده می‌کنند که در کشور دیگر قابل پذیرش نیست. برای مثال یک فرد دو تابعیتی که فرانسوی و الجزایری بود به ازدواج زنی در فرانسه

تحت این عنوان که این ازدواج غیرقانونی است اعتراض نمود زیرا وی تا به حال همسر دوم او در الجزایر بوده است، به نظر دیوان عالی کشور فرانسه گرچه این فرد در نظر مقامات الجزایر، الجزایری است اما به خاطر اثر ملیت فرانسوی اش تابع قانون فرانسه است و این امر شامل عقد منعقد در الجزایر هم می شود.<sup>۲۶</sup> پس طبق قانون فرانسه این فرد تک همسر و طبق قانون الجزایر دارای دو همسر است. به عبارت دیگر این فرانسوی طبق قانون فرانسه، حق نداشته است در الجزایر به ازدواج دوم اقدام نماید که این امر طبق قانون ملی اش (فرانسه) منع شده است گرچه توسط قانون ملی دیگرش بی اشکال است. برای زوجه وضع بسیار مشکلتر است، زیرا قانون فرانسه شخصی را شوهر وی می شناسد که قانون الجزایر این ازدواج را غیرقانونی می داند و شخص دیگری را همسر وی می شناسد. بنابراین در مورد تابعیت های مضاعف، که یکی از آنها مطابق تابعیت دادگاه است، به جای اینکه همیشه فرد چندتابعیتی بر تابعیت دادگاه فرض

---

26. Cass. civ. 9 nov. 1993, Rev. crit. 1994, note Eric KERCKHOVE.

شود، اگر هر دو کشور قاعده تابعیت مؤثر و فعال را اعمال نمایند، گرچه این تابعیت مؤثر، تابعیت دادگاه رسیدگی‌کننده نباشد و یا اینکه هر دو این قاعده را که این خانواده با کدام کشور نزدیکترین و قویترین پیوندها را دارد، اعمال نمایند، قطعاً مشکلات مذکور کمتر خواهد شد.

در فرانسه یکی دیگر از دلایل توجه به قانون محل اقامت و رها کردن قانون ملی متبوع بیگانه، ماده ۵ پروتکل شماره ۷ (۲۲ نوامبر ۱۹۸۴) کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی است که اصل تساوی زوجین را در روابط قضایی خانوادگی مقرر می‌دارد.<sup>۲۷</sup> بنابراین کشوری که به این کنوانسیون پیوسته است نمی‌تواند در حل تعارض بین قواعد حل تعارض زوج و زوجه که هرکدام تابع دولتی هستند روابط آنها را تابع قانون ملی زوج قرار دهد و اگر این امر نتیجه یک قرارداد بین‌المللی باشد مخالف کنوانسیون فوق خواهد بود و در واقع

---

27. PETITI – DEAUX – IMPERT, La Convention Européenne des Droits de L'homme, ECONOMICA, Paris, 1995, p. 1111 et s.

تعارض بین معاهدات پیش می‌آید. این وضعی است که در مواردی فرانسه دچار آن است. زیرا کنوانسیون اوت ۱۹۸۱ بین فرانسه و مراکش درباره احوال شخصیه و همکاری قضایی، احترام به احوال شخصیه اهالی مغرب را در فرانسه مقرر می‌دارد. از سوی دیگر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تأکید بر تساوی زوجین در روابط قضایی خانوادگی دارد. رویه قضایی این کشور کنوانسیون حقوق بشر را ترجیح می‌دهد<sup>۲۸</sup> و حال آنکه يك دولت باید به تمامی تعهدات بین‌المللی خود عمل کند یا اینکه به اصلاح کنوانسیونهای قبلی بپردازد، که با بعدی‌ها قابل تطبیق گردد. هرچند که از برتری دادن يك قرارداد بین‌المللی نسبت به بقیه معاهدات می‌توان انتقاد کرد اما اگر عدم اجرای بخشی از يك قرارداد بین‌المللی مستند به نظم عمومی باشد این خرده‌گیری مشکل خواهد بود. زیرا لازم‌الاجرا دانستن قانون ملی تبعه خارجه به این معنا نیست که قانون ملی وی، حتی در صورت مخالفت با نظم عمومی مقرر

---

28. J. Massip, Le conseiller doyen honoraire à La Cour de cassation, Recueil DALLOZ. 1995, 263.

دادگاه باید اجرا گردد.

طبق دکترین آلمانی، صرف وجود ارتباطات نسبتاً قوی موضوع با آلمان، "Inlandsbeziehung" باعث اجرای قانون آلمان است گرچه قانون خارجی تعارض آشکاری با نظم عمومی آلمان نداشته باشد. با توجه به اینکه نظم عمومی مفهومی نسبی است و فاقد جزمیت است اگر وضعیت حقوقی ایجاد شده دارای پیوندهای نسبتاً زیادی با مقرر دادگاه باشد صلاحیت قانون خارجی به استناد نظم عمومی رد می‌شود. به عبارت دیگر، طبق این نظریه، اعمال قانون خارجی درحالی‌که موضوع، پیوندهای نزدیکی با کشوری دارد که دعوا در آن مطرح است "Proximité" خلاف نظم عمومی است. "Franzkahn" در پایان قرن نوزدهم، ذکر نموده که رد صلاحیت قانون خارجی به نفع قانون مقرر دادگاه فقط در صورتی امکان‌پذیر است که یک ارتباط به نحو وابستگی بین دعوای مطروحه نزد قاضی و مقرر دادگاه باشد. یعنی ارتباط با سرزمین می‌تواند رفع‌کننده قانون خارجی باشد. ارتباط با سرزمین یکی از عناصر تشکیل‌دهنده مفهوم استثنای نظم عمومی است.

يك دادگاه آلماني در ۱۶ سپتامبر ۱۹۸۰ در دعوي مربوط به نفقه بين زوجين ايراني، كه جدا از يكدیگر زندگي مي‌کردند، براي ردّ قانون ايران كه اقامة دعوي نفقه مربوط به زوجه‌اي را كه جدا از همسرش زندگي مي‌كند منوط به اين مي‌نمايد كه ثابت شود از سرگيري زندگي مشترك زوجه را دچار خطر مي‌سازد (درحالي‌كه چنين خطري نبود) پيوندهاي زيادي را بين دعوي مطروحه و كشور آلمان بيان نمود. مخصوصاً اقامتگاه طرفين و اينكه به‌كار بردن قانون ايران احتمالاً باعث مي‌گردد كه مخارج خواهان (زوجه) بيمار و فاقد منبع درآمد، بر صندوق كمكهاي اجتماعي آلمان تحميل شود.<sup>۲۹</sup>

در رأي دادگاه آلماني، محور استدلال پيوند موضوع با خاك اين كشور است و احتمال متضرر شدن زوجه از اعمال قانون ملي‌اش جنبه تقويت‌كننده دارد. اگر استدلال به نظم عمومي نبود، دادگاه بايد قانون ايران را اجرا مي‌کرد. زيرا طبق ماده ۸ قرارداد اقامت بين ايران و

---

29. Batiffol, Lagarde, op. cit., n° 359.

آلمان مورخ ۱۷ فوریه ۱۹۲۹ در موضوعات مربوط به حقوق اشخاص و خانواده و ارث اتباع هریک از دول طرف قرارداد در خاک طرف دیگر تابع مقررات مربوط به قوانین ملی‌شان خواهند بود.

با توجه به ویژگی‌های خاص احوال شخصیه که نیازمند ثبات و دوام، و مربوط به جامعه است، به‌طور سنتی این دسته ارتباط تابع قانون ملی یا اقامتگاه بوده است و عنصر «اراده» نه تنها در تعیین قانون حاکم نقش تعیین‌کننده نداشته است، برعکس این دخالت به‌عنوان قرینه بر احتمال وجود تقلب نسبت به قانون به شمار می‌رود. امروزه، متأثر از حقوق قراردادها، می‌توان دخالت این عنصر را در احوال شخصیه برخی از کشورها مشاهده نمود.<sup>۳۰</sup> برای مثال طبق قانون ۲۰ مارس ۱۹۸۱ هلند، در مورد طلاق زوجین خارجی در وهله اول قانون صالح، چنانچه هر دو یک تابعیت را داشته باشند، قانون ملی آنها است. این امر منوط به این است که هریک از آنها ارتباط اجتماعی مؤثری

---

30. Gannagé Pierre, La Pénétration de L'autonomie de la Volonté dans le Droit international Privé de La Famille, Rev., Crit, Juill – Sept. 1992, p. 425 et s.



با کشور هلند داشته باشد. اگر چنین ارتباطی نباشد، زوجین می‌توانند قانون ملی را انتخاب کرده یا اینکه قانون هلند را برگزینند. در حقوق بین‌الملل خصوصی مربوط به امور خانوادگی در کشورهای غربی، نقش اعطا شده به اراده طرفین به حق انتخاب بین قانون ملی طرفین و قانون اقامتگاه، یا قانون محل سکونتشان محدود است. برخلاف حقوق قراردادهای که اراده طرفین دامنه انتخاب وسیعی دارد، در مسائل مربوط به حقوق خانواده، انتخاب طرفین نمی‌تواند جز قانونی باشد که وابستگی‌های عمیق با خانواده دارد و مشتمل بر کشور مبدأ است، که غالباً با تابعیت ذی‌نفع یا محل سکونت و کشور محل اقامت یکی است.

### نتیجه

خارجیان مقیم ایران در مبحث احوال شخصیه تابع قانون ایران هستند مگر اینکه معاهده‌ای بین دولت ایران و دولت متبوع تبعه خارجی در این مورد باشد. با توجه به اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصول حقوق بین‌الملل

نگاهی دیگر به قانون حاکم بر ... ❖ ۳۴۱

خصوصي اسلامي، خارجيان مسلمان مقيم ايران حتي در صورت وجود معا هده، تابع قانون مذهبي خود (در مورد احوال شخصيه) هستند.

نگاهي به تحولات اخير در كشورهايي كه عنصر تابعيت را به عنوان عامل تعيين كننده برگزيده اند نشان مي دهد كه توجه به عناصر ارتباطي عيني مثل محل اقامت، محل سكونت، پيوند با سرزمين بيشتر شده و از نقش تابعيت به عنوان عنصر ارتباطي كه هميشه واقعي نيست و يا لااقل تا آن حد كه به نظر مي رسد عيني نيست، كاسته شده است.

با توجه به تحولات فوق و قانون اساسي جمهوري اسلامي ايران، بازنگري در تفسير قواعد حل تعارض حقوق بين الملل خصوصي ايران و احياناً برخي اصلاحات پس از يك مطالعه و مشورت همه جانبه، ضروري است.