

## جایگاه معاهدات در تفسیر و اجرای ماده ۷ قانون مدنی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۰۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۱۱)

غلامعلی قاسمی<sup>۱</sup>، محمد صالح تسخیری<sup>۲</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل دانشگاه قم\*

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه پیام‌نور-تهران

### چکیده

امروزه به علت سهولت جابه‌جایی افراد، امکان اقامت گزیدن در غیر از موطن اصلی، امری رایج و فراگیر شده است؛ به گونه‌ای که جمعیت‌های فراوانی، تحت عنوان «بیگانگان» و اجانب در تمامی کشورها زندگی می‌کنند. کشور ایران نیز از این مقوله مستثنا نیست و به دلایل مختلفی مانند مهاجرت‌های اجباری از کشورهای همسایه، اتباع بیگانه بسیاری دارد. در پژوهش پیش‌رو به این مسئله پرداخته می‌شود که آیا قانون مدنی، اجرای قانون دولت متبوع بیگانه را مقید به وجود معاهده کرده است، یا اینکه در هر حالت، چه با وجود معاهده و چه بدون وجود آن، قانون دولت متبوع او را جاری می‌کند. به دلیل وجود برخی ابهامات در قانون مدنی، درباره قانون حاکم بر احوال شخصیه و اهلیت بیگانگان مقیم، اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این باورند که قانون ایران، قانون حاکم بر احوال شخصیه و اهلیت بیگانگان مقیم ایران است، مگر آنکه معاهده‌ای میان ایران و دولت متبوع بیگانه منعقد و در آن معاهده، حکم دیگری مقرر شده باشد. در مقابل، برخی دیگر معتقدند که اتباع بیگانه در موضوعات یادشده، تابع قوانین دولت متبوع خود هستند و عدم وجود معاهده، آسیبی به این موضوع نمی‌زند. این پژوهش ضمن بررسی حوادث تاریخی موجد مواد ۵ و ۷ قانون مدنی، به عقاید قائلین به اصل بودن حاکمیت قانون ایران بر بیگانگان مقیم (نظر اول) و عقیده قائلین به اجرای قانون دولت متبوع خارجی (چه با وجود معاهده و چه بدون وجود معاهده) پرداخته و با توجه به استدلال‌های موجود، از جمله مطابقت با نگاه حقوقی و تحلیلی، قابلیت اجرایی و شواهد قانونی، نظر دوم را برمی‌گزیند.

**کلیدواژه‌گان:** احوال شخصیه، معاهده، اهلیت، اتباع بیگانه، کاپیتولاسیون، قانون مدنی ایران.

## مقدمه

امروزه جمعیت‌های انسانی فراوانی به علت سهولت سفر یا به علل جبری و ارادی دیگری از قبیل مهاجرت، سیاحت، زیارت و کسب علم، در کشورهایی غیر از وطن اصلی خود سکنی می‌گزینند. از این رو کشورها در عرصه قانونگذاری برای روابط افراد جامعه خود، مجبور به وضع مقرراتی برای نظم یافتن روابط حقوقی و زندگی بیگانگان مقیم کشور خود هستند. این حیطة تحت عنوان «حقوق بین‌الملل خصوصی» بررسی می‌شود. احوال شخصیه بیگانگان، یکی از مهم‌ترین مباحث این حیطة است. این پژوهش صرفاً به بخش کوچکی از این مقوله وسیع، یعنی تفسیر ماده ۷ قانون مدنی ایران، می‌پردازد.

ماده ۷ قانون مدنی<sup>۱</sup> یکی از قواعد حل تعارض نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران به شمار می‌آید. طبق ماده ۷ بیگانگان در «حدود معاهدات» از قانون دولت متبوع خود بهره می‌برند. در باب تفسیر این قید (در حدود معاهدات)، نویسندگان حقوقی نظریات متفاوتی دارند؛ گروهی قید مذکور را قید زائد و تکراری دانسته، در هر حالت فرد خارجی مقیم را تابع قانون دولت متبوع خود می‌دانند و در مقابل، برخی اصل را بر حکومت قانون ایران گذاشته، عدم اجرای آن را مشروط به وجود «معاهده» کرده‌اند.

در این نوشتار ضمن بررسی مباحث مرتبط تاریخی، به تشریح استدلال طرفداران هر دو نظر پرداخته، در پایان دلایل خود مبنی بر پذیرش یکی از آن دو را بیان خواهیم کرد.

## ۱. تاریخچه وضع بیگانگان مقیم ایران

به دو دلیل در ابتدای تحقیق، نگاهی گذرا به تاریخچه این مسئله شده است: ۱. ماده ۷ قانون مدنی، همانند همه متون قانونی دیگر، معلول علل و شرایط تاریخی - اجتماعی است که بررسی این علل ما را در فهم درست این ماده یاری می‌کند. ۲. این بخش، نمایی کلی از وضعیت بیگانگان ارائه می‌دهد که استنباط و استدلال در مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی را به طور کلی غنا می‌بخشد.

۱. «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».

## ۱-۱. ایران پیش از کاپیتولاسیون

تاریخ گویای آن است که ایرانیان و حکومت‌های ایرانی پیش از اسلام و پس از آن، نسبت به بیگانگان رفتار مناسبی داشته‌اند (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۰۶). پس از ورود اسلام به ایران، احکام اسلامی نحوه تعامل با بیگانگان مقیم در خاک ایران را مشخص می‌کرد. در دیدگاه مسلمانان اصولاً فردی که مسلمان نباشد، در هر کجای جهان که زندگی کند، بیگانه یا اجنبی نامیده می‌شوند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۵: ۹۰). حکومت‌ها برای این افراد قائل به تفکیک و طبقه‌بندی زیر شده بودند:

۱. اهل ذمه: آن دسته از اهل کتاب (مسیحی، یهودی و زرتشتی) هستند که حکومت اسلامی با گرفتن مالیاتی تحت عنوان «جزیه» آنها را تحت حمایت خود درمی‌آورد. ایشان در حقوق خصوصی تابع مذهب خود هستند؛ اما در امور مرتبط با نظم عمومی باید از قوانین اسلام تبعیت کنند. مستند قرآنی دریافت «جزیه» آیه ۲۹ سوره مبارکه توبه<sup>۱</sup> است.

۲. مستأمن: ایشان نیز از اهل کتاب‌اند که از سکونت موقتی (یک‌ساله) و با اجازه خاص از دولت اسلامی برخوردار بودند. مستند قرآنی حمایت از این گروه نیز آیه ۶ سوره مبارکه توبه<sup>۲</sup> است.

۳. کفار غیر کتابی: این دسته شامل بت‌پرستان، مشرکین و... است که اسلام برای ایشان «حقوق مذهبی» قائل نیست.

گروه اول و دوم، علاوه بر اینکه در رجوع به قاضی مذهب خود یا قاضی اسلامی مخیرند، حکومت نیز پشتیبانشان است. البته در باب گروه سوم نیز رفتار حکومت‌های اسلامی، همواره همراه با رأفت و مهربانی بوده است (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۰۹). رفتار حکام ایرانی تا پیش از سال ۱۲۰۸ اصولاً طبق احکام کتاب و سنت بوده است.

## ۱-۲. ایران در زمان کاپیتولاسیون

در سال ۱۲۰۸ شمسی (۱۰ فوریه ۱۸۲۸ میلادی)، تاریخ ایران شاهد انعقاد دومین معاهده ننگین ارضی بود؛ معاهده‌ای که به همراه خود یک معاهده تجارتي مکمل و یک صورت‌جلسه دایر بر چگونگی تشریفات پذیرایی سفرا و برقراری رژیم «قضاوت کنسولی» یا همان حق «کاپیتولاسیون»

۱. آیه شریفه: «قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ»

۲. آیه شریفه: «وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَاجِرٌ فَاجِرُهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغَهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ»

را به ارمغان آورد (ولایتی، ۱۳۸۸: ۱۵). این معاهده، احساسات ملی را برانگیخت؛ به گونه‌ای که مردم تهران به واسطه حرکت گستاخانه گریبایدوف (سفیر روسیه)، در اقدامی بی‌سابقه او را به قتل رساندند (شمیم، ۱۳۸۵: ۱۰۱-۱۰۹). پس از برقراری نظام کاپیتولاسیون، دولت‌های خارجی، یکی پس از دیگری به دو حالت، رژیم قضاوت کنسولی را در رابطه با اتباع خود برقرار کردند: ۱. دولت‌هایی که به صراحت از این حق در معاهدات فی‌مابین با ایران، نام بردند، مثل اسپانیا، فرانسه، امریکا، اتریش، یونان، بلژیک و استرالیا؛ ۲. دولت‌هایی که با گنجاندن قید دول کامله الوداد در معاهدات مودت و دوستی، از این حق بهره بردند، مثل سوئیس، نروژ، آرژانتین، شیلی، مکزیک و برزیل (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۱۶). قید دول کامله الوداد عبارت است از توافق دو دولت درباره این مسئله که هرگاه در آینده یکی از آن دو به دولت یا اتباع کشور ثالثی امتیازی دهد، خودبه‌خود و بدون نیاز به تشریفات خاصی، طرف مقابل نیز بتواند از آن امتیاز استفاده کند. در این اوضاع، اتباع سایر کشورها در اوضاع نامناسبی به سر می‌بردند؛ زیرا در صورت اختلاف با اتباع دولت‌های دارای حق کاپیتولاسیون، امیدی در به نتیجه رسیدن شکایت‌های حقوقی خود نمی‌یافتند. در این حالت دولت‌های بیگانه برای انعقاد معاهدات دربردارنده قید دول کامله الوداد یا حق کاپیتولاسیون تلاش فراوانی می‌کردند.

در سال ۱۲۸۵ شمسی (۱۹۰۶ م) و هم‌زمان با وقوع انقلاب مشروطه، برابری آحاد جامعه در برابر قانون، یکی از مطالبات و آمال مردم را تشکیل می‌داد و نیز عدم اقتدار محاکم دادگستری در مقابل بیگانگان، رنجی گزاف را بر مردم تحمیل می‌نمود. در این سال‌ها اتفاق خاصی نیفتاد تا اینکه در سال ۱۹۱۷ میلادی (۱۲۹۶ ش)، انقلاب بلشویکی در شوروی پیروز و حکومت دهاقین و کارگران، جایگزین روسیه تزاری شد. در ابتدا دولت شوروی، که با داعیه ستم‌گریزی وارد میدان شده بود، در پی یادداشتی در ژانویه ۱۹۱۸ اعلام کرد که به طور یک‌جانبه، آن‌دسته از امتیازات گرفته شده توسط رژیم تزاری را که مغایر مصالح و استقلال سیاسی ایران است، لغو می‌کند. بعد از این ماجرا، ایران استرداد سرزمین‌های گرفته‌شده طی معاهدات ترکمانچای و گلستان را خواهان شد. روس‌ها از این مطالبه برافروختند؛ اما چون می‌خواستند از تبلیغات هراس‌انگیز «خطر کمونیسم» بکاهند، در سال ۱۹۲۱ میلادی (۱۳۰۰ ش) با ایران قرارداد مودتی بستند که بر اساس آن، تمام مقاولات و قراردادهایی که روسیه تزاری حقوق ملت ایران را در آنها ضایع کرده بود از درجه اعتبار ساقط شد (عمرانی، ۱۳۷۶: ۲۱۰).

پس از این اتفاق، وزارت خارجه ایران در ۱۹ اردیبهشت ۱۳۰۶ اعلام کرد که همه دولت‌های دارای کاپیتولاسیون بدانند که مقررات کاپیتولاسیون مندرج در عهدود از تاریخ ۱۰ اردیبهشت ۱۳۰۷ (۱۰ مه ۱۹۲۸) ملغی خواهد بود و دولت ایران حاضر است در مهلت معینه، قراردادهایی جانشین درباره ورود و خروج و چگونگی استفاده از مراجع قضایی را امضا کنند (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۲۱). بدین ترتیب، بعد از یکصد سال سیطره سایه کاپیتولاسیون بر حقوق ایران، این نهاد ننگین در کلیت امر رخت بر بست.

### ۱-۳. ایران بعد از الغا کاپیتولاسیون

در این دوره هیچ بیگانه‌ای از رژیم کاپیتولاسیون برخوردار نبود، مگر سه گروه: مستشاران نظامی امریکا (قانون مصوب مجلسین ۱۳۴۳/۷/۳۱)، کارکنان سازمان همکاری عمران منطقه‌ای (ماده واحده مصوب مجلسین ۱۳۴۸/۴/۱۲)، کارمندان سازمان پیمان مرکزی «سنتو» (موافقتنامه مصوب مجلسین ۱۳۴۳) (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۲۲).

از آنجا که یکی از مقدمات تکوین نهضت اسلامی امام خمینی علیه رژیم پهلوی، اعتراض به حق کاپیتولاسیون (مصونیت مستشاران امریکایی) است، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ذیل عنوان «طلیعه نهضت» از آن به عنوان «قانون ننگین» یاد کرده است. رژیم کاپیتولاسیون پس از انقلاب اسلامی، به طور کلی کنار گذاشته شد و تا کنون تمامی بیگانگان (به استثنای نمایندگان سیاسی بیگانه که مشمول مصونیت‌های دیپلماتیک می‌شوند) از نظام یکسانی بهره‌مند هستند.

همان‌طور که گفته شد، دو نوع تفسیر برای ماده ۷ قانون مدنی ارائه شده است که در ادامه ضمن بیان نظر هر دو گروه به تفصیل عقاید نویسندگان حقوقی را شرح خواهیم داد.

### ۲. قائلین به حکومت قانون ایران

طبق عقیده برخی نویسندگان حقوقی، قانونگذار اصل را بر اجرای قانون ایران بر بیگانگان مقیم قرار داده و صرفاً زمانی قانون دولت متبوع بیگانه را به اجرا می‌گذارد که معاهده‌ای در این راستا وجود داشته باشد. این گروه با استدلال‌های متفاوت درصدد اثبات این عقیده برآمده‌اند که به آنها اشاره می‌کنیم.

## ۲-۱. استناد به دلایل تاریخی و مواد ۵ و ۹۶۱

این استدلال، ضمن نفی زائد بودن قید «در حدود معاهدات» آن را بسیار معنادار و اساسی ارزیابی می‌کند؛ با این توضیح که در آستانه تصویب قانون مدنی (قسمت اول) در سال ۱۳۰۷، تحولاتی اتفاق افتاد که توجیه‌کننده معنادار بودن گنجاندن این قید در ماده ۷ است. همان‌طور که بیان شد، دولت ایران که بر اساس قرارداد مودت ۱۹۲۱ (۱۳۰۰ شمسی) نسبت به شوروی کاپیتولاسیون را ملغی کرد و در ۱۹ اردیبهشت سال ۱۳۰۶ اعلام کرد که تمامی حقوق کاپیتولاسیونی مندرج در معاهدات را نسبت به همه دولت‌ها در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۰ (۱۰ مه ۱۹۲۸) ملغی تلقی خواهد نمود (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۲۱). بعد از این اعلامیه، چند دولت خارجی، قراردادهای موقت (یکساله) را درباره موضوعاتی از جمله اقامت و چگونگی استفاده از مراجع قضایی منعقد کردند. در همین اوضاع بود که بخش اول قانون مدنی در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۸ به تصویب رسید. از این رو برخی از نویسندگان نتیجه گرفته‌اند که قید «در حدود معاهدات»، بهره‌مندی بیگانگان را از قانون دولت متبوع، مقید به وجود معاهده کرده و این قید، یک قید بدون فلسفه نیست (پروین، ۱۳۷۸: ۲۴۵).

طرفداران این نظر، در استدلالات خود با استناد به ماده ۵ قانون مدنی، بر این باورند که اصل بر حاکم بودن قانون ایران بر اتباع خارجی است. ماده ۵ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله یا خارجی، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». ایشان می‌افزایند یکی از موارد استثناء مذکور در ماده ۵ قانون مدنی همان معاهداتی است که در ماده ۷ به آنها اشاره شده است (چنان‌که مواد ۹۶۳ و ۹۷۰ هم استثنای ماده ۵ است). در نظر ایشان بیگانگان همانند دیگر سکنه ایران مشمول قانون ایران هستند، مگر اینکه معاهده‌ای بر ماده ۵ استثناء بزند (پروین، ۱۳۷۸: ۲۴۴).

علاوه بر این، طبق ماده ۹۶۱ قانون مدنی، اتباع خارجه جز در موارد سه‌گانه مندرج در این ماده، از حقوق مدنی متمتع خواهند بود. در بند دوم این ماده آمده است: «در مورد حقوق مربوط به احوال شخصیه که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آن را قبول نکرده باشد». طرفداران این استدلال، در تفسیر این ماده معتقدند که اگر قانون حاکم بر بیگانگان در هر حالت (چه با وجود معاهده و چه بدون وجود معاهده) قانون ملی فرد می‌بود، دیگر لزومی نداشت که قانونگذار در بند دوم ماده ۹۶۱، آن دسته از احوال شخصیه را که دولت متبوع بیگانه رد کرده، مجرا نداند. به دیگر سخن، چون در حالت کلی و به عنوان اصل، فرض بر حاکمیت قانون ایران است، تمامی حقوق مدنی (احوال

شخصیه و...) مندرج در قانون مدنی بر اتباع خارجی مقیم ایران، جاری می‌شود، مگر آن دسته که قانون دولت متبوعشان رد کرده است (پروین، ۱۳۷۸: ۲۴۴).

بعضی دیگر از صاحب‌نظران حقوقی تفسیر متفاوتی از ماده ۹۶۱ و بند دوم آن ارائه کرده‌اند. طبق نظر ایشان: اولاً) اینکه ماده ۹۶۱ که می‌گوید «بجز در موارد ذیل، اتباع خارجه از حقوق مدنی، متمتع خواهند بود»، به این معنا است که قانون مدنی، بیگانگان را بی‌قید و بند، متمتع از حقوق خصوصی دانسته و قانونگذار اصل را بر صرف بهره‌مندی بیگانگان نهاده است (سهرابی، ۱۳۸۵: ۹۹)؛ ثانیاً) فلسفه بند دوم جلوگیری از امکان تقلب نسبت به قانون بوده (ابراهیمی، ۱۳۸۷: ۲۱۷) و نشانه‌ای برای اصل بودن اجرای قانون ایران است. ایشان نیز معتقدند که بهره‌مندی بیگانگان مقیم ایران از قانون دولت متبوع خود، توسط قانون به صراحت مشروط به رفتار متقابل سیاسی (معاهدات) شده است (سهرابی، ۱۳۸۵: ۹۹؛ ابراهیمی، ۱۳۸۷: ۲۰۹).

## ۲-۲. رعایت نزاکت بین‌المللی

در نظر دکتر حسن امامی طبق ماده ۷ قانون مدنی در صورت عدم وجود معاهده، قانون ایران به عنوان قانون صلاحیت‌دار به موقع اجرا گذاشته می‌شود. ایشان معتقد بودند که هرگاه چنین قراردادی با دولت متبوع شخص خارجی منعقد نشده باشد، اتباع آن دولت، تابع قانون مدنی ایران خواهند بود، مگر در شرایط خاصی که یک حق یا یک تأسیس حقوقی در قانون ایران به رسمیت شناخته شده باشد، ولی طبق قانون دولت متبوع شخص خارجی، آن حق یا تأسیس پذیرفته نشده باشد؛ در این صورت قانون دولت متبوع بیگانه رعایت خواهد شد؛ همانند حق طلاق که اگر قانون دولت متبوع بیگانه، حق طلاق را به رسمیت نشناسد، حتی در حالتی که در اثر عدم وجود معاهده، قانون ایران نسبت به بیگانه اجرا می‌شود، فرد بیگانه نمی‌تواند در ایران از این حق استفاده کند و همسر خود را طلاق دهد.

مبنای استدلال دکتر امامی این است که همان‌طور که رعایت احترام افراد در روابط خانوادگی، قبیله و... برای حفظ نظام اجتماعی اهمیت دارد، رعایت نزاکت بین‌المللی برای تداوم نظم بین‌المللی ضروری است. از این رو، ایشان نتیجه می‌گیرند که نزاکت بین‌المللی ایجاب می‌کند که در صورت فقدان معاهده، قانون دولت متبوع بیگانه برای او جاری شود. از آنجا که اجرای قانون خارجی در این نظریه، صرفاً برای رعایت نزاکت بین‌المللی است، در فرضی که کشور بیگانه مطروحه در دعوا، قانون خود را بر ایرانیان مقیم آن کشور حاکم بداند، دیگر ضرورتی به رعایت نزاکت بین‌المللی نمی‌ماند؛

زیرا او خلاف اخلاق عمل کرده است (امامی، ۱۳۷۱: ۱۰۲). نظر دکتر امامی در دسته اول می‌گنجد؛ زیرا که به اشتراط وجود معاهده اعتقاد دارد؛ هرچند در عمل این شرط را مغایر مصلحت کلی افراد درمی‌یابد.

در ادامه و ذیل عنوان نگرش حقوقی به این نکته اشاره شده است که تفسیر گروه اول (اشتراط وجود معاهده) منجر به بروز وضعیتی در احوال شخصیه بیگانگان در ایران خواهد شد که مغایر منفعت کلی افراد است و استناد به نزاکت بین‌المللی رافع این نقیصه بزرگ نخواهد بود.

### ۳. قائلین به اصل بودن حکومت قانون دولت متبوع بیگانه

گروه دیگری از صاحب‌نظران حقوقی معتقدند که قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان مقیم ایران، قانون دولت متبوع آنان است و فرقی ندارد که معاهده‌ای در این زمینه با دولت متبوع او منعقد شده باشد یا خیر. در ادامه استدلال‌های این گروه را بررسی می‌کنیم.

#### ۳-۱. تعیین حدود دسته‌های ارتباط و هماهنگی در توصیف‌ها

برخی قید «در حدود معاهدات» را به معنای مقید کردن اجرای قانون ملی بیگانه به وجود معاهده ندانسته، بلکه معتقدند که با توجه به رویه عملی دادگاه‌های ایران، قضات نیز احوال شخصیه بیگانگان را در هر حالت تابع دولت متبوع خود می‌دانند (الماسی، ۱۳۸۷: ۲۳۷). در نظر ایشان، مسئله‌ای که غالباً مشکل می‌آفریند، توصیف‌های ناهماهنگ میان سیستم‌های حقوقی مختلف است. بدین صورت که گاهی موضوع واحدی به علت توصیف‌های متفاوت، وارد دسته‌های ارتباطی متفاوتی می‌شود؛ برای مثال «ترکه منقول یک نفر خارجی» در ایران در یک توصیف جزء دسته «احوال شخصیه» است و در توصیف دیگری در دسته ارتباطی «اموال» قرار می‌گیرد. بنابراین، کارکرد اصلی این گونه معاهدات، یکسان‌سازی دسته‌های ارتباطی برای نیل به قضای آسان‌تر است و منظور قانونگذار، مقید کردن به وجود معاهده نبوده و نیست (الماسی، ۱۳۸۷: ۲۳۷). ماده ۸ معاهده میان ایران و سوئیس ([قانون اجازه مبادله] عهدنامه مودت و قرارداد اقامت و قرار وجه الضمانه قضایی منعقد بین دولین ایران و سوئیس مصوبه ۱۴ اسفند ۱۳۱۳ شمسی). بیان می‌دارد: «طرفین موافقت دارند که حقوق شخصی و خانوادگی و ارثیه و به عبارت اخیری حقوق مربوط به احوال شخصیه مشتمل بر مسائل ذیل باشد: ازدواج، ترتیب اموال بین زوجین، طلاق، افتراق، جهیز، ابوت، نسب، قبولی به فرزندی، اهلیت



حقوقی، بلوغ، ولایت و قیمومیت، حجر، حق وراثت به موجب وصیت‌نامه یا بدون وصیت‌نامه، تصفیه و تقسیم ماترک و یا اموال و به طور عموم کلیه مسائل مربوطه به حقوق خانوادگی و کلیه امور مربوطه به احوال شخصیه». همچنین ماده ۵ عهدنامه مودت و قرارداد اقامت و تجارت و بحریمایی منعقدہ بین دولتین ایران و یونان نیز مقرر می‌دارد: «احوال شخصیه متضمن مسائل ذیل می‌باشد: ازدواج، وضعیت اموال بین زوجین، طلاق، افتراق، جهیزیه، ابوت، نسب، تنبی...».

در تفسیر این گونه موارد نیز، شرطیت معاهده برای اجرای قانون دولت متبوع، مدنظر قانونگذار نبوده، بلکه احتمالاً منظور قانونگذار این است که اگر معاهده‌ای هم منعقد شود، قاعده مندرج در ماده ۷ (حکومت قانون دولت متبوع بیگانه بر او)، در معاهده تأیید خواهد شد (نیاکی، ۱۳۷۷: ۲۵۹)؛ چنان که در معاهده‌هایی که در بالا آمد و نیز در دیگر معاهدات دارای مفاد مرتبط با احوال شخصیه بر همین اساس عمل شده است. این معاهدات که در ادامه بیشتر بررسی شده‌اند، علاوه بر ذکر قاعده تبعیت از قانون دولت بیگانه، نکاتی را افزوده‌اند که نشانگر تأیید این نگرش است.

### ۲-۳. ماده ۹۷۴ به عنوان شرح ماده ۷

به عقیده برخی از نویسندگان حقوقی، با توجه به اینکه ماده ۹۷۴ قانون مدنی چند سال پس از قسمت اول قانون مدنی به تصویب رسید، در مقام توضیح ماده ۷ است. ماده ۹۷۴ بیان می‌دارد: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهد بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد». به عقیده ایشان، قانونگذار در ماده ۹۷۴ به صراحت اصل را بر اجرای قانون دولت متبوع بیگانه گذاشته و عدم اجرای آن را منوط به مغایرت آن با معاهدات بین‌المللی ایران با آن دانسته است. به بیانی درست‌تر، قید «در حدود معاهدات» با توجه به ماده ۹۷۴، این گونه تفسیر می‌شود که قانون حاکم، قانون دولت متبوع بیگانه است، مگر اینکه در آن مغایرتی با معاهدات بین‌المللی میان ایران و آن کشور وجود داشته باشد که در این صورت مقررات و ترتیبات معاهده مذکور جایگزین می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۶؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۱۳۲؛ ارفع‌نیا، ۱۳۶۹: ۲۳۱).

در تفسیر این گروه از ماده ۷، اینکه احوال شخصیه و اهلیت بیگانگان تابع قانون دولت متبوع خود است، مفروض انگاشته شده، بر همین اساس، دولت متبوع را مخیر دانسته‌اند تا در معاهده دیگری با ایران بتواند از این قاعده عدول کند و بر قاعده‌ای دیگر توافق کند.

### ۳-۳. تفاوت جایگاه ماده ۹۶۱ و ۷ قانون

در مقام پاسخ به کسانی که معتقدند قانونگذار ایران طبق بند دوم ماده ۹۶۱ قانون مدنی، قانون حاکم بر بیگانگان را قانون دولت متبوع او دانسته، یکی از نویسندگان حقوقی به تفاوت جایگاه و کاربرد ماده ۹۶۱ و ۷ پرداخته است. به نظر او در حقوق بین‌الملل خصوصی، ابتدا باید معلوم شود که فرد بیگانه طبق قانون ایران، حق تمتع دارد یا خیر. اگر حق تمتع، طبق قانون ایران برای او شناخته شده باشد، نوبت رجوع به قاعده حل تعارض و فهم اینکه کدام قانون صلاحیت دار است، فرامی‌رسد. ماده ۹۶۱ قانون مدنی، در مقام بیان این است که اصل بر وجود حق تمتع بیگانگان در ایران است. حال که قانونگذار حق تمتع را برای او شناخته، باید طبق ماده ۷ قانون مدنی، به این مسئله پردازیم که قانون حاکم بر مسئله چه قانونی است. در این نظر، اجرای قانون متبوع دولت بیگانه به عنوان یک اصل، قانونگذاری شده که قید «در حدود معاهدات» مانعی برای اجرای قاعده حل تعارض مذکور به حساب نمی‌آید (سلجوقی، ۱۳۸۴: ۱۷۹).

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، ماده ۹۶۱ یکی از مهم‌ترین استنادات گروه اول به شمار می‌آید. حال با اثبات این ادعا که ماده ۹۶۱ در مقام بیان قانون حاکم نیست، بلکه در مقام بیان امر دیگری است، نه تنها نظر گروه اول تضعیف، بلکه این نظر منجر به تقویت ادله گروه دوم نیز می‌شود. اثبات اینکه مواد ۷ و ۹۶۱ در مقام بیان موضوع واحدی هستند (قانون حاکم) منجر به اثبات این ادعا می‌شد که وجود معاهده بین ایران و آن دولت، شرط بهره‌مندی از قانون دولت متبوع است. از این رو باورمندان به این استدلال را می‌توان در زمره گروه دوم دانست.

### ۴. ارزیابی نظریات طرح شده

اگرچه نظر نخست نقاط مهم و معقولی دارد؛ اما نظر دوم به دلایلی که در ادامه می‌آید، قوی‌تر به نظر می‌رسد.

### ۴-۱. نگاه حقوقی (تحلیلی)

در وضع قوانین حقوق بین‌الملل خصوصی و ارائه استدلال در این زمینه دو روش غالب وجود دارد: اول) در نگاه حقوقی به مسائل طبق طبیعت آنها نگاه و قاعده‌ای متناسب با طبیعت مسئله اتخاذ می‌شود و چون طبیعت یک مسئله در همه جا یکسان است، لذا در این نگاه، یک موضوع خاص در

هر کجای جهان که باشد، راه حل یکسانی می‌یابد. دوم) رویکرد دوم نگاه اصولی یا جزئی است که مبتنی بر مصلحت‌سنجی سیاسی یک کشور می‌باشد. در این نگاه، یک پیش‌فرض ثابت به عنوان مبنای اتخاذ تصمیمات در قانونگذاری و محاکم وجود دارد که آن لحاظ صلاح یک کشور در مسائل مطروحه است (الماسی، ۱۳۸۷: ۵۱-۵۶).

دولت‌ها به طور مطلق عمل نمی‌کنند؛ بلکه در مسائل با غلبه جنبه سیاسی، روش اصولی به کار برده می‌شود و در مسائلی که نفع مستقیم آن متوجه دولت نیست، نگاه حقوقی حکمفرمایی می‌کند. به عبارت دیگر دولت‌ها با در نظر گرفتن اثرات مستقیم یک مسئله بر منافع خود، یکی از دو روش یادشده را به کار می‌گیرند.

در مسئله احوال شخصیه که نفع مستقیم آن به جامعه و افراد آن می‌رسد و جنبه حقوقی آن بر جنبه سیاسی اش غلبه دارد، نگاه حقوقی باید حاکم باشد. در نتیجه، راه‌حل یکسانی برای همه موارد باید اتخاذ شود. از این رو، اگر یک کشور قاعده‌ای را برای اتباع خود که مقیم کشور خارجی دیگر هستند، اتخاذ کند، باید برای اتباع بیگانه مقیم کشورش نیز همان را جاری گرداند. قانونگذار ایران نیز این نگاه را برگزیده و به گفته برخی از نویسندگان حقوقی ماده ۶ و ۷ دو روی یک سکه‌اند (سلجوقی، ۱۳۸۴: ۲۷۶)؛ یعنی همان‌طور که احوال شخصیه اتباع ایران، طبق ماده ۶ قانون مدنی، بدون هیچ قید و شرطی تابع قانون ایران است، احوال شخصیه بیگانگان مقیم ایران نیز، بدون قید و شرط، باید تابع قانون خارجی باشد. روشی که قانونگذار ایرانی در احوال شخصیه به کار برده است، به دلیل غلبه وجه و نگرش حقوقی آن، قابلیت قیاس با روش‌های دیگر دولت‌ها را دارد. هرگاه دولتی فارغ از منفعت سیاسی یا وضعیت خاص، اقدام به قانونگذاری در این حوزه می‌کند، تلاش می‌کند با حاکم کردن دولت متبوع، غبطه و مصلحت افراد را بر ملاحظات غیرحقوقی ترجیح دهد (Garimella and Jolly, 2017: 73-76). از این رو رویکرد حکومت قوانین دولت متبوع بیگانه، اختصاصی به قانونگذار ایران ندارد.

ذکر این نکته ضروری است که نگاه حقوقی به دنبال حکم‌فرما کردن قانون متبوع دولت‌ها نیست، بلکه بهترین قانون تأمین‌کننده نفع افراد را قانون حاکم می‌داند؛ قانونی که برخی صاحب‌نظران حقوقی آن را «قانون انسب» می‌دانند (الماسی، ۱۳۸۷: ۵۴). از این رو، همان‌طور که در احوال شخصیه، قانون متبوع هر فرد، قانون مناسب‌تر است، در خصوص قراردادها، اقامتگاه و ... می‌توان قانون دیگری که با اقتضای حقوقی آنها سازگاری بیشتری دارد، برگزید (شریعت‌باقری، ۱۳۹۱: ۱۰۰ و ۱۳۳).

## ۴-۲. نقض غرض قانونگذار

اگر جاری ساختن قانون دولت متبوع خارجی به وجود معاهده، مشروط شود، عملاً ماده ۷ قانون مدنی بی‌فایده می‌شود. به بیان دیگر، قاعده حل تعارض مذکور بی‌اثر می‌شود؛ زیرا تعداد معاهدات منعقد در این زمینه، بسیار اندک‌اند. طبق نامه اداره حقوقی وزارت امور خارجه به اداره حقوقی دادگستری (۱۳۵۴/۱۲/۱۷/۹۵۲۱۰) لیست این معاهدات عبارت است از: عهدنامه مودت و اقامت ایران و مصر (۱۹۲۸ م)؛ عهدنامه تجارت و بحریمایی ایران و سوئد (۱۹۲۹ م)؛ عهدنامه اقامت ایران و مکزیک (۱۹۲۹ م)؛ عهدنامه اقامت ایران و آلمان (۱۹۲۹ م)؛ عهدنامه اقامت، تجارت و بحریمایی ایران و یونان (۱۹۳۱ م)؛ عهدنامه اقامت، تجارت و بحریمایی ایران و فرانسه (۱۳۴۳ ش)؛ عهدنامه مودت و اقامت ایران و اتریش (۱۹۵۹ م).

ذکر دو نکته فرعی نیز ضروری است: ۱. معاهدات مودتی که مفاد مرتبط با احوال شخصیه دارند، عموماً به دهه‌های سی و چهل شمسی بازمی‌گردند که حجم معاهدات مودت بیانگر پوششی همه‌گیر در انعقاد معاهدات مودت در سال‌های یادشده است. در نتیجه، استناد به نامه سال ۱۳۵۴ وزارت امور خارجه از این حیث اهمیت دارد. ۲. تمامی معاهدات مودت لزوماً به صراحت از احوال شخصیه سخن به میان نیاورده‌اند و این امر متبادرکننده آن است که دولت‌های یادشده از وضعیت قانون حاکم بر احوال شخصیه و اهلیت اتباع خود در خاک ایران، نگرانی چندانی نداشته‌اند. عهدنامه مودت ۱۹۲۱ ایران و ایالات متحده آمریکا نمونه قابل توجهی از این اسناد است.

آنچه بر قوت تفسیر دوم می‌افزاید این نکته است که تمامی عهدنامه‌های دوجانبه که محتوای مرتبط با احوال شخصیه دارند، به صورت صریح یا ضمنی، قاعده حکومت قانون ملی بیگانه را در خاک کشور متعاقد قبول نموده‌اند. در ماده ۶ قانون اجازه مبادله عهدنامه مودت و اقامت بین ایران و مصر (مصوب ۱۳۰۸/۰۳/۰۵) چنین آمده است: «در موضوع احوال شخصیه چنانچه یکی از طرفین دعوی به مقامات قضایی که قانوناً ذی‌صلاحیت باشند، رجوع نمایند، مقامات قضایی مزبوره به موجب قواعد حقوق بین‌المللی قوانین ملی طرف متعاقد دیگر را مجری خواهند داشت». همچنین در ماده ۵ قانون اجازه مبادله عهدنامه اقامت و تجارت و بحریمایی بین ایران و سوئد (مصوب ۱۳۰۸/۰۴/۰۶)، چنین بیان شده است: «در مسائل مربوطه به احوال شخصیه، اتباع دولت سوئد در ایران و اتباع دولت ایران در سوئد تابع قوانین مملکت متبوعه خود هستند». ماده ۴ قانون اجازه مبادله عهدنامه مودت و قرارداد اقامت و تجارت و بحریمایی بین ایران و یونان (مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۱۰) نیز چنین مقرر می‌دارد: «در مسائل

راجعاً به احوال شخصیه اتباع هریک از مملکتین متعاهدتین در خاک مملکت متعاهد دیگر تابع مقررات قوانین مملکتی خود خواهند بود و دولت متعاهد دیگر نمی‌تواند از اعمال قوانین مزبوره منحرف بشود، جز به طریق استثناء و تا حدی که یک چنین رویه علی‌العموم نسبت به کلیه ممالک خارجه دیگر اعمال شود». در ماده ۸ عهدنامه مودت و قرارداد اقامت و قرار وجه‌الضمانه قضایی بین ایران و سوئیس (مصوب ۱۳۱۳/۱۲/۰۴) آمده است: «در مسائل راجعه به حقوق شخصی و خانوادگی و ارثی اتباع هریک از طرفین متعاهدین در خاک طرف متعاهد دیگر تابع مقررات قوانین مملکت متبوعه خود می‌باشند و طرف متعاهد دیگر نمی‌تواند از اعمال قوانین مزبوره منحرف بشود، جز به طریق استثناء و تا حدی که یک چنین رویه علی‌العموم نسبت به کلیه ممالک خارجه دیگر اعمال گردد».

علاوه بر این، سایر عهدنامه‌های یادشده با درج شرط کامله الوداد، از این حق نسبت به اتباع مقیم خود در ایران بهره می‌جستند. ماده ۳ عهدنامه مودت و اقامت بین دولت شاهنشاهی ایران و جمهوری اتریش (مصوب ۱۳۴۴/۰۸/۲۳) مقرر می‌داشت: «اتباع طرفین معظمین متعاهدین به شرط معامله متقابله از رفتاری که نامساعدتر از رفتار معمول نسبت به اتباع دولت کامله الوداد نباشد، برخوردار خواهند گردید». ماده ۴ عهدنامه مودت و اقامت بین دولت شاهنشاهی ایران و کشور اسپانیا (مصوب ۱۳۳۶/۰۲/۲۵) و ماده ۵ عهدنامه مودت و اقامت و تجارت منعقدہ بین ایران و دانمارک (مصوب ۱۳۱۳/۱۰/۲۰) نیز از همین عبارت بهره جسته‌اند.

#### ۳-۴. فلسفه قوانین شخصی

قوانین شخصی قوانینی هستند که در جهت حمایت از افراد وضع شده و اثری برون‌مرزی دارند، تا اینکه با کوچک‌ترین جابه‌جایی، وضعیت حقوقی افراد دستخوش تزلزل و نابسامانی نشود (Davrados, 2017: 125). مقررات حاکم بر احوال شخصیه در دسته قوانین شخصی می‌گنجند و در غیر این صورت، افراد در مسائلی مثل نکاح و اهلیت، در هر جابه‌جایی به مشکل برمی‌خورند. در صورت حکومت قانون دولت بیگانه بر احوال شخصیه افراد، هزینه‌ها و خسارات مادی و معنوی فراوانی بر ایشان تحمیل می‌شود.

دکتر نصیری نیز ضمن بیان اینکه مؤسسه حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> در نیمه دوم قرن ۱۹ از این نظر حمایت نموده، فلسفه موجود در این قاعده را ممانعت از دستخوش تحولات قانونی شدن روابط مهمی

1. Institut De Droit International.

همچون احوال شخصیه دانسته‌اند (نصیری، ۱۳۷۰: ۱۹۸). نظر مؤسسه حقوق بین‌الملل به دلیل انعکاس نظر جمعی از نخبگان و عدم تغییر اساسی در شاکله بحث همچنان قابلیت استناد دارد. امروزه در فهم و به کارگیری قانون مدنی، نباید خود را محدود کنیم و ذهن را فاقد توان ابتکار تدوین قواعد بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴)، بلکه با رعایت چارچوب‌های اصلی، باید از قوانین، تفسیری ارائه دهیم که طبق آن بتوان مشکلات موجود را رفع کرد. تفسیر نخست، ضمن ایجاد دشواری برای بیگانگان مقیم ایران، هزینه‌های بی‌فایده‌ای را بر سیستم قضایی و ایرانیان مقیم کشورهای دیگر وارد می‌کند.

#### ۴-۴. نسخ ضمنی ماده

این احتمال نیز می‌رود که قانونگذار در طول تکمیل قانون مدنی قید «در حدود معاهدات» را به صورت ضمنی نسخ کرده باشد. به عبارت دیگر اگرچه در ظاهر ماده ۷، شاهد تأکید قانون بر اقامت اتباع بیگانه در ایران و وجود معاهده هستیم، اما در تصویب جلد دوم قانون مدنی گویی قانونگذار عامدانه از این مسئله چشم‌پوشی کرده است؛ برای مثال در مواد ۹۶۴ (روابط بین ابویین و اولاد)، ۹۶۵ (قانون حاکم بر نصب ولی و ولایت قانونی) و ۹۶۷ (قانون حاکم بر ترک منقول یا غیرمنقول اتباع خارجه واقع در ایران از حیث قوانین اصلیه) که همگی از مصادیق احوال شخصیه هستند، قانونگذار ضمن بسط برخی از مصادیق، وجود معاهده را نادیده گرفته و اصل را بر اجرای قانون دولت متبوع بیگانه گذاشته است، به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد او شرط وجود معاهده را نسخ ضمنی کرده است (فدوی، ۱۳۸۵: ۵۸ و ۸۹). به بیان دیگر حتی با فرض اینکه مستندات قائلین به حکومت قانون ایران بر بیگانگان را پذیرا باشیم، می‌توان چنین استنباط کرد که در صورت اصرار قانونگذار به اعمال قانون ایران بر بیگانگان، در مواد یادشده نیز باید دوباره این قاعده تکرار می‌شد.

ماده ۷ مولود شرایط دوران نگارش و تصویب آن است. با توجه به یکسان نبودن تاریخ تصویب قسمت‌های مختلف قانون مدنی نیز می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانونگذار ایران، با تصویب ماده ۹۷۴، ابهام موجود در ماده ۷ را آن‌گونه که شایسته‌تر می‌دانسته، تفسیر کرده است. ماده ۹۷۴ بیان می‌دارد: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی‌ای که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد». ممکن است این ایراد گرفته شود که خاص مؤخر، دست‌بالا می‌تواند عام مقدم را تخصیص بزند و توان نسخ آن را ندارد. در پاسخ به این ایراد باید گفت که نویسندگان این سطور، متوجه و این نکته

بوده‌اند و از همین رو عنوان نسخ ضمنی را برای این قسمت برگزیده‌اند. «تخصیص» قانون عام توسط قانون خاص، یکی از مصادیق حتمی نسخ است، به‌ویژه در زمانی که سخن از «نسخ جزئی» به میان آید و از این منظر، تفاوتی میان تخصیص و نسخ جزئی نیست.

همچنین ممکن است گفته شود که تفاوت تخصیص و نسخ آن است که قانون عام تخصیص خورده، پس از زوال قانون خاص، بدون نیاز به عمل اضافی به حیات بازمی‌گردد، اما قانون نسخ شده برای بازگشت به حیات نیازمند تصویب مجدد توسط قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۷۳). در پاسخ باید گفت که اولاً این موضوع صرفاً زمانی صادق است که قانون خاص به صورت آزمایشی و موقتی تصویب شده باشد و زمانی دوره قانونیت آن تمام شود؛ ثانیاً این نکته در جایی کاربرد دارد که سخن از دو قانون عام و خاص معجزاً در میان باشد. حال آنکه در موضوع بحث ما، دو مقرر از یک قانون مدنظر است. از این رو، تاریخ متفاوت تصویب این مواد و قرار داشتن آنها در یک مجموعه واحد، ذهن را به سمت نسخ ضمنی یا تفسیر ناسخ پیش می‌برد.

#### ۴-۵. تبعیت اهلیت از قانون ملی

ماده ۷ یک قاعده کلی (حاکم بودن قانون دولت متبوع بیگانه بر او) را بیان می‌کند. برای اثبات اینکه این قاعده بدون قید و شرط مدنظر قانون مدنی بوده است، می‌توان به ماده ۹۶۲ نیز استناد کرد. با توجه به اینکه در ماده ۷ به صراحت از اهلیت نام برده شده، در این موضوع باید خود را تابع تفسیر ماده ۷ بدانیم. اگر تفسیر اول پذیرفته شود، ماده ۹۶۲ بی‌معنا خواهد بود؛ زیرا صدر ماده ۹۶۲ تفسیر دوم را تأیید می‌کند. ماده ۹۶۲ مقرر می‌دارد: «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود». نوع تنظیم ماده ۹۶۲ خود دلیل دیگری بر این است که قاعده مندرج در ماده ۷ به عنوان اصل پذیرفته شده؛ زیرا این ماده ابتدا تبعیت اهلیت از قانون دولت متبوع را ذکر می‌کند، سپس برای استثناء، مطلبی را در باب اهلیت قراردادی (معاملی) می‌آورد.

#### ۴-۶. تفسیر ماده ۵ قانون مدنی

ماده ۵ قانون مدنی می‌گوید: «کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». به نظر می‌رسد به جای اینکه ماده ۵ را چنین تفسیر کنیم که «کلیه سکنه اعم از داخله و خارجه مطیع قوانین ایران هستند، مگر در مواردی

که معاهده وجود داشته باشد»، می‌توان تفسیر دیگری از ماده ۵ ارائه کرد. در تفسیر جدید از این ماده، باید استثنای مذکور در ماده ۵ را «قاعده حل تعارض» مندرج در ماده ۷ قانون مدنی تلقی کنیم و «کل ماده» ۷ را مخصص قاعده عام مندرج در ماده ۵. طبق قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۷ قانون مدنی، بیگانگان دارای تابعیت یک دولت بیگانه در احوال شخصیه و اهلیت، تابع قانون دولت متبوع خود هستند، مگر اینکه به واسطه یک معاهده مرتبط، وضعیت دیگری برای ایشان مقرر شود. در نتیجه، منظور از لفظ «خارج» (تبعه خارجی) در ماده ۵، صرفاً بیگانگانی هستند که تابعیت دولت معینی را ندارند، مثل افراد بی‌تابعیت (آپاترید) یا پناهندگان سیاسی.

در تأیید این تفسیر می‌توان به نظریه تفسیری اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه استناد کرد. طبق نظریه شماره ۱۸۸/۷-۱۳۷۵/۱/۲۹ در صورتی که مهاجرین [خارجی] از مصادیق پناهنده باشند، احوال شخصیه پناهنده تابع قانون محل اقامت است و چنانچه فاقد محل اقامت باشد تابع مقررات محل سکونت او خواهد بود. این نظریه بیان می‌دارد: «با عنایت به ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود در حدود معاهدات تابع قوانین و مقررات دولت متبوع خود هستند و با در نظر گرفتن ماده ۹۶۵ قانون مدنی که نمی‌توان قوانین و مقررات مربوط به نصب قیم و امین منضم به ولی قهری ایران را درمورد اتباع افغانی اعمال نمود، هر چند که دارای کارت شناسایی ویژه آوارگان افغانی باشند. در صورتی که این مهاجرین تابع مقررات مربوط به کنوانسیون پناهندگان مصوب سال ۱۳۵۵ بوده و از مصادیق پناهنده باشند طبق ماده ۱۲ این کنوانسیون، احوال شخصیه پناهنده تابع قانون محل اقامت وی است و چنانچه فاقد محل اقامت باشند، تابع مقررات محل سکونت او خواهد بود».

#### ۴-۷. ارزیابی موضوع در رویه قضایی

از آنجا که آرای دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر به صورت عمومی منتشر نمی‌شود، بیان قطعی اینکه کدام تفسیر مقبولیت بیشتری دارد، ممکن نیست. نگارش این قسمت، نتیجه تحقیق میدانی نویسندگان است و صرفاً برای نمونه به بیان برخی آرای شعب دادگستری و نظریات اداره کل حقوقی قوه قضائیه استناد می‌شود.

در رأی شعبه بیستم دادگاه عمومی دادگستری شهرستان قم به شماره پرونده ۱۸۰۰۱۸۲۵۱۵۶۰۹۲۰۹۹۸۲۵۱۵۶۰ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۰ دادگاه با وجود مصادیق متعدد احوال شخصیه



با استناد به قوانین ایران، رأی خود را صادر کرده است؛ «در خصوص دادخواست تقدیمی از سوی خواهان خانم ز. ح به طرفیت آقای ن. ع با خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش... در اجرای مفاد ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده قرار ارجاع به داوری صادر گردید، لیکن مساعی داوران مؤثر واقع نگردیده است. با عنایت به جامع اوراق پرونده... مستنداً به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، گواهی عدم امکان سازش بین زوجین موضوع پرونده صادر و اعلام می‌گردد».

دادگاه در این رأی، قانون ایران را حاکم بر مسئله نموده است، در حالی که همین شعبه در رأی بدوی خود (به شماره پرونده ۹۱۰۹۹۸۲۵۱۵۶۰۱۸۶۱ به تاریخ ۱۳۹۲/۱/۲۷) به تبعه افغانستان بودن زوج و زوجه اذعان می‌کند. اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه، در عموم نظریات خود از این منطق پیروی کرده است که بیگانگان در احوال شخصیه تابع قانون کشور خود هستند، مگر آن دسته از بیگانگانی که تابعیت کشوری را نداشته، به عنوان پناهنده و بی‌تابعیت در ایران به سر می‌برند. به برخی نظریات موجود در این زمینه اشاره می‌گردد:

اول) نظریه ۷/۲۷۲۷-۵/۸/۱۳۷۷: «در خصوص ماترک متوفای افغانی چنانچه نامبرده جزء پناهندگان باشد با توجه به ماده ۱۲ و بند یک و دو ماده ۱۶ کنوانسیون ژنو از حیث احوال شخصیه و قوانین ارثیه تابع قوانین محل اقامت خود (کشور ایران) می‌باشد و در غیر این صورت با رعایت ماده ۷ قانون مدنی تابع قوانین کشور متبوع خود می‌باشد».

دوم) نظریه ۷/۵۲۶۶-۶/۴/۱۳۸۰: «به موجب ماده ۷ قانون مدنی امور مربوط به احوال شخصیه اتباع بیگانه باید بر اساس قوانین دولت متبوع آنان حل و فصل گردد، مگر اینکه تبعه بیگانه، پناهنده باشد که در این صورت وفق قوانین ایران در مورد عمل می‌گردد. لذا نصب قیم (که از امور مربوط به احوال شخصیه می‌باشد) جهت صغار تبعه افغانستان توسط دادگاه‌های ایران باید بر اساس آنچه ذکر شد انجام شود».

سوم) نظریه ۷/۵۱۹۰-۸/۱-۱۳۷۳: «مواد ۷ و ۹۶۵ قانون مدنی در باب رعایت احوال شخصیه اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از جمله نصب قیم روشن است، البته باید دخالت امور سرپرستی در نصب قیم بر اساس قوانین دولت متبوع مولی علیه باشد».

در مقابل این نظرات، اداره حقوقی در سال ۱۳۸۲ در نظریه دیگری، جهت گیری دیگری کرده است و نبود معاهده را عامل عدم اجرای قانون متبوع بیگانه معرفی می‌کند. این اداره در نظریه شماره ۷/۳۰۷۲-۵/۱۵-۱۳۸۲ چنین بیان می‌دارد: «اعم از اینکه زوج افغانی مذکور دارای کارت پناهندگی

باشد یا نه، در هر حال با توجه به عدم وجود قرارداد رعایت احوال شخصیه بین ایران و افغانستان، اجرای مقررات جمهوری اسلامی ایران در مورد چنین زوجی فاقد اشکال است و لذا نسبت به خواسته‌های زوج دادگاه باید با رعایت مقررات جمهوری اسلامی ایران رسیدگی و اتخاذ نماید. درباره این نظریه و تعارض آن با سایر نظرات این اداره باید این گونه جمع‌بندی کرد که اولاً این نظریه ناظر به یک پرونده خاص است که این مفهوم از عبارات «زوج افغانی مذکور» و «چنین زوجی» استنباط می‌شود؛ ثانیاً این نظر در زمانی ارائه شده که افغانستان پس از اشغال توسط دولت‌های ائتلاف دارای وضعیت مبهم حقوقی بوده است. بنابراین این نظریه بر عقیده اداره حقوقی بر اصل بودن اجرای قانون دولت متبوع بیگانه خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

به نظر می‌رسد رویه غالب در آرای قضات ایرانی در احوال شخصیه بیگانگان، به ویژه بیگانگان غیرمسلمان، تفسیر دوم را تأیید و تقویت می‌کند. با وجود این، بسیاری از پرونده‌ها بر اساس تفسیر نخست قضاوت می‌شوند (پروین، ۱۳۷۸: ۲۵۴-۲۵۸) که این تعارض در نظام قضایی مسئله‌ای نامطلوب است.

##### ۵. اتباع مسلمان کشورهای غیراسلامی

تاکنون بر این نظر تأکید کردیم که قانون حاکم بر بیگانگان مقیم ایران، قانون دولت متبوع آنها است. با پذیرش این مسئله، در یک فرض با مشکل روبه‌رو خواهیم شد و آن فرضی است که دین تبعه بیگانه، اسلام و مفاد قانون دولت متبوع او غیراسلامی باشد. به عبارت دیگر، قانون دولت متبوع فرد بیگانه، به صورت ایجابی یا سلبی خلاف مقررات اسلام باشد؛ برای مثال در برخی کشورها، طلاق به عنوان یک نهاد حقوقی پذیرفته نشده است (سلبی) یا اینکه بر اثبات رابطه بنوّت در نسب نامشروع هم، آثار حقوقی همچون ارث بار می‌گردد (ایجابی). این مسئله با یادآوری این نکته، اهمیت بیشتری می‌یابد که تعداد قابل توجهی از اتباع بیگانه مقیم ایران به علل مذهبی همانند تحصیل علوم دینی، رهسپار ایران شده‌اند.

ایران کشوری است که در آن، مذهب رسمی و دین مبین اسلام در بسیاری از اجزای نظام حقوقی تجلی دارد. این تجلی پس از انقلاب اسلامی به حد کمال خود رسید. با قبول این تعریف که نظم عمومی همان نظمی است که در اجتماع، برابر و هماهنگ با طبیعت زندگانی جمعی است (ساکت، ۱۳۸۷: ۵۰۰) می‌توان اذعان کرد که اگر یک محکمه داخلی، امری مغایر با احکام اسلامی،

هر چند مستند به قانون دولت متبوع بیگانه مسلمان را بر او حاکم نماید و بر اساس آن حکم دهد، این مسئله با نظم عمومی جامعه ایرانی مغایرت دارد. در نتیجه، در نمونه‌هایی که قانون متبوع دولت بیگانه مسلمان، مفادی مغایر یا متضاد با احکام اسلامی را بیان می‌دارد، دادگاه الزاماً باید با استناد به نظم عمومی، از اجرای قاعده حل تعارض یا قانون بیگانه اعراض نموده، قانون ایران یا حکم شرعی را بر پرونده حاکم فرماید.

امروزه با فزونی دخالت دولت در حقوق خصوصی، قلمرو اجرایی «نظم عمومی» به صورت قابل توجهی گسترش یافته است (ساکت، ۱۳۸۷: ۵۰۲)، به گونه‌ای که به راحتی می‌توان اجرای قانون ایران یا احکام اسلام را در فرض اخیر، توجیه حقوقی کرد. به بیانی دیگر، همان‌طور که قضات در برخی کشورها، قوانین صلاحیت‌دارِ دربردارنده احکام اسلامی را درباره اتباع دولت‌های اسلامی به اجرا نمی‌گذارند و آن را مستند به رعایت نظم عمومی کشور محل رسیدگی می‌کنند (ارسطا، ۱۳۸۰: ۲۱۱)، می‌توان قوانین صلاحیت‌دار مغایر یا متضاد با شریعت اسلامی را با استناد به نظم عمومی، بر اتباع مسلمان آن کشور، اجرا نمود؛ به‌ویژه آنکه از دیدگاه اسلام نیز، احکام دین بدون توجه به تفاوت‌های فردی و مرزهای سیاسی، به تمامی افراد امت اسلامی جریان دارد (کدخدایی و وکیل، ۱۳۸۹: ۳۱۶). در تأیید این امر می‌توان به نظریه اداره حقوقی دادگستری به شماره ۴۱/۲۵۷۶-۴۱-۱۳۴۵ اشاره کرد. در این نظریه چنین آمده است: «هرگاه شخص مسیحی، مسلمان شود و ساکن ایران نیز باشد، قوانین ایران طبق ماده ۵ قانون مدنی درباره وی مجری است». جمله نخست نظریه درباره فرضی است که یک بیگانه به اسلام مشرف شود؛ این امر از عبارت «ساکن ایران نیز باشد» استنباط می‌شود. بنابراین تنها در یک حالت از اجرای کامل قاعده حکومت قانون دولت متبوع بیگانه، امتناع می‌ورزیم و آن حالتی است که بیگانه، مسلمان و قانون صلاحیت‌دار خارجی، دربردارنده مفادی مغایر یا متضاد با شریعت اسلامی باشد. در این وضعیت عدم اجرای قانون خارجی از باب مخالفت با نظم عمومی قابل توجیه است و نیازی به مخدوش کردن اصل حاکمیت قانون خارجی نیست.

### نتیجه‌گیری

اگرچه سیر تاریخی وضعیت حقوقی بیگانگان، یقیناً در گنجاندن قید «در حدود معاهدات» مؤثر بوده است، اما این به معنای آن نیست که قانونگذار اجرای قانون دولت متبوع بیگانه را منوط به وجود معاهده کرده باشد؛ زیرا در این صورت، نه تنها ماده ۷ و مواد دیگر قانون مدنی درباره اجرای

قانون دولت بیگانه نسبت به احوال شخصیه آنان بی معنا خواهد شد، بلکه مشکلات فراوان قضایی - اجرایی را برای اتباع بیگانه مقیم ایران و بالتبع بر اساس عمل متقابل، برای ایرانیان ساکن کشورهای خارجی به همراه خواهد آورد.

درباره رفع ابهام از ماده ۷ قانون مدنی و تبیین دلالت آن، به نظر می‌رسد که اگرچه استناد به ماده ۹۷۴ تا حد قانع کننده‌ای، ابهام ماده ۷ را برمی‌دارد، اما پیشنهاد اصلاح جزئی نوع نگارش ماده ۷ یا ارائه رأی وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور در این باره نیز در جای خود پیشنهاد معقولی است. با توجه به دلایل یادشده، تفسیر دوم یعنی اجرای قانون خارجی در زمینه احوال شخصیه بیگانگان در ایران حتی در حالت فقدان معاهده، تفسیر قوی‌تری شناخته می‌شود؛ زیرا هم اتکای آن به استدلال‌های حقوقی و منطقی بیشتر است و هم با این تفسیر، از بروز مشکلات حقوقی برای اتباع بیگانه در ایران و ایرانیان مقیم خارج جلوگیری می‌شود.

## منابع

## الف) کتب

- ابراهیمی، نصرالله (۱۳۸۷)، حقوق بین الملل خصوصی، سمت، چاپ سوم.
- ارفع نیا، بهشید (۱۳۶۹)، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چاپ مروی، جلد اول، ج اول.
- امامی، حسن (۱۳۷۱)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپخانه اسلامیه، چاپ هفتم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، محشای قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- ساکت، محمد حسین (۱۳۸۷)، حقوق شناسی (دیباچه‌ای بر دانش حقوق)، نشر ثالث، چاپ اول.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۴)، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ دهم.
- سهرابی، محمد (۱۳۸۵)، حقوق بین الملل خصوصی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- شمیم، علی اصغر (۱۳۸۵)، ایران دوره سلطنت قاجار، چاپ مدبر، چاپ هشتم.
- شیخ الاسلام، محسن (۱۳۸۴)، حقوق بین الملل خصوصی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۵)، اسلام و حقوق بین الملل، کتابخانه گنج دانش، چاپ هشتم.
- عمرانی، حیدرقلی (۱۳۷۶)، کمونیسیم (نگاهی به کارنامه کمونیسیم جهانی)، اطلاعات، چاپ اول.
- فدوی، سلیمان (۱۳۸۵)، تعارض قوانین، تهران: نشر طرح نوین، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ شانزدهم.
- کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۷۲
- الماسی، نجاد علی (۱۳۸۷)، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ ششم.
- مدنی، جلال الدین (۱۳۶۹) حقوق بین الملل خصوصی، چاپ احمدی، چاپ اول.
- نصیری، محمد (۱۳۷۰)، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات آگاه، چاپ اول.
- ولایتی، علی اکبر (۱۳۸۸)، روزگاری شد، مرکز اسناد و تاریخ دیپلماسی، چاپ اول.

## ب) مقالات

- ارسطو، محمد جواد (۱۳۸۰)، «موانع اجرای قانون بیگانه، نظم عمومی»، پژوهش‌های مدیریت راهبردی، شماره ۲۴ و ۲۵.
- پروین، فرهاد (۱۳۸۷)، «نگاهی دیگر به قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران»، مجله حقوقی دفتر خدماتی حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۴.
- شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۱)، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین المللی خصوصی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی قضایی.
- شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۳)، «تصویب موافقت‌نامه‌های همکاری‌های قضایی بین المللی؛ مشکلات و راه‌حل‌ها»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۶۶، ۱۳۹۳ تابستان.

- کدخدایی، عباس، وکیل، امیرساعد (۱۳۸۹)، «تبارشناسی نظریه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل»، حقوق، دوره ۴۰، شماره ۴.
- نیاکی، جعفر (۱۳۷۷)، «ممنوعیت استملاک اموال غیر منقول توسط بیگانگان»؛ مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۲.

### منابع انگلیسی

- Davrados, Nikolaos A. (2017), "Nationality, Domicile, And Private International Law Revisited", In Sieberer, U. Moutsopoulos And Other (2017), Europe In Crisis: Crime, Criminal Justice, And the Woy Forward: Essays In Honor Of Nestor Courakis, Vol. Li, Athen, Ant. N. Sakkoulas.
- Garimella, Sai Ramani and Jolly, Stellina (2017), Private International Law: South Asian State's Practices, Springer.