

بررسی تطبیقی احاله در نظام‌های حل تعارض: با تأکید بر رفع ابهام از ماده ۹۷۳ قانون مدنی^۱

ستار عزیزی*

استادیار دانشگاه بوعلی‌سینا، همدان، ایران

دریافت: ۸۸/۱۰/۱۲

پذیرش: ۸۹/۹/۲۰

چکیده

احاله از مهم‌ترین مباحث نظام‌های حل تعارض است که به دو نوع درجه اول و دوم تقسیم می‌شود. برخی نظام‌ها احاله را نمی‌پذیرند. دولت‌هایی نیز که احاله را در نظام تعارض خود پذیرفته‌اند به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروهی که هر دو نوع احاله را اعمال می‌کنند و دسته‌ای که تنها احاله درجه اول را قبول کرده‌اند. تردید نیست که ماده ۹۷۳ ق.م. احاله درجه اول را قبول کرده و محکمه را مکلف دانسته که آن را اعمال کند، اما حکم احاله درجه دو به‌روشنی اعلام نشده است. این موضوع باعث ایجاد اختلاف‌نظر میان حقوقدانان ایرانی در تفسیر این ماده شده است.

نگارنده در پرتو بررسی تطبیقی احاله در نظام‌های مختلف حل تعارض به این نتیجه رسیده که مناسب‌تر خواهد بود اگر قاضی ایرانی در پذیرش احاله درجه دوم مختار باشد و در مواردی که مناسب دید، آن را اعمال کند و در هر مورد که به هر دلیل، پذیرش آن امکان‌پذیر نباشد، دادگاه باید حکم قضیه را به موجب مقررات ماهوی دولت مقر دادگاه صادر کند.

کلیدواژه‌ها: قوانین ماهوی دولت خارجی، مقررات ماهوی دولت مقر دادگاه، قواعد حل تعارض، احاله درجه اول، احاله درجه دوم

Email: sattarazizi@yahoo.com

* نویسنده مسئول مقاله:

۱. این نوشتار به استاد فرزانه حقوق بین‌الملل خصوصی، دکتر نجادعلی الماسی تقدیم می‌گردد.



۱. مقدمه

احاله از مهم‌ترین مباحث قابل طرح در نظام‌های حل تعارض است، به نحوی که بیش از هر موضوع دیگر در نظام‌های حل تعارض دولت‌ها درخصوص پذیرش یا عدم قبول آن اختلاف‌نظر وجود دارد. نظام حل تعارض ایران در گروه سیستم‌هایی قرار دارد که احاله را به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته‌اند، اما ابهاماتی جدی در گستره و محدوده اعمال این پدیده وجود دارد که لازم است ابهامات آن رفع شود.

تردید نیست که ماده ۹۷۳ ق.م. احاله درجه اول را قبول کرده و دادگاه را مکلف ساخته است که آن را اعمال کند، اما حکم احاله درجه دو به‌روشنی اعلام نشده است. این موضوع باعث ایجاد اختلاف‌نظر میان حقوقدانان ایرانی در تفسیر این ماده شده است. در این مقاله نگارنده بر آن است تا با استفاده از مطالعات پیشین انجام شده، رویکردی نو در تحلیل مسأله احاله اتخاذ کرده، بر این اساس، حکم احاله درجه دوم را در نظام حل تعارض ایران بیابد. در این راستا مطالب حاضر در دو مبحث ارائه خواهد شد. در مبحث اول تعریف احاله و رویکردهای متفاوت نظام‌های حل تعارض به احاله بررسی می‌گردد و در مبحث دوم جایگاه احاله در نظام حل تعارض ایران به صورت عام و در ماده ۹۷۳ ق.م. به صورت خاص بیان خواهد شد.

۲. تعریف احاله و رویکردهای متفاوت نظام‌های حل تعارض به آن

در ابتدا لازم است احاله تعریف شود و انواع مختلف آن ذکر گردد و سپس رویکردهای متفاوت نظام‌های حل تعارض به احاله مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۲-۱. تعریف احاله و انواع آن

عموماً گفته می‌شود که تعارض صریح بین قواعد حل تعارض دو نظام حل تعارض به تعارض مثبت یا منفی خواهد انجامید. بدیهی است که در فرض ایجاد تعارض مثبت، هیچگونه سؤال و ابهامی در اعمال قانون مادی صلاحیتدار بر موضوع دعوا مطرح نخواهد بود؛ چه آن‌که به موجب قانون مادی مقر دادگاه به دعوا رسیدگی خواهد شد. اما ممکن است در برخی موارد، وجود تعارض صریح میان قواعد حل تعارض دو کشور، قاضی مقر دادگاه را به اجرای

قانون کشور خارجی دلالت کند، در حالی که آن دولت، قانون خود را بر موضوع دعوا حاکم نمی‌داند. مثلاً موضوع طلاق زوجین انگلیسی که مقیم ایران باشند و در دادگاه ایران مطرح شود تابع قانون دولت انگلیس به عنوان قانون دولت متبوع اصحاب دعوا خواهد بود، در حالی که قاعده حل تعارض انگلیس در این دعوا خود را صالح نمی‌داند.

از سوی دیگر، اگر همین دعوا در دادگاه انگلیس مطرح شود قاضی انگلیسی، قانون دولت ایران را به عنوان قانون اقامتگاه صالح می‌شناسد؛ در حالی که قانون ایران خود را صالح نمی‌شمرد. وضعیت مذکور با عنوان «تعارض منفی» شناخته می‌شود که احاله را باید معلول آن دانست.

آنگاه که تعارضی منفی میان سیستم‌های حل تعارض ایجاد می‌شود یا به عبارت دیگر قاعده حل تعارض مقر دادگاه، قانون دولتی خارجی را بر موضوع حاکم می‌داند، اما قانون آن دولت چنین صلاحیتی را برای خود قائل نیست، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا قانون خارجی به معنای مقررات ماهوی آن است یا مقررات مادی و یا آن‌که باید به قاعده حل تعارض آن دولت نیز مراجعه کرد. مثلاً در مثالی که مطرح شد این سؤال ایجاد می‌شود که آیا قاضی ایرانی براساس ماده ۶ قانون مدنی باید به صورت مستقیم به مقررات ماهوی آن دولت رجوع کند (که در این صورت احاله‌ای به وجود نخواهد آمد) و یا آن‌که ابتدا باید به قاعده حل تعارض مربوط در قانون انگلیس مراجعه گردد تا مشخص شود که قانون مذکور صلاحیت خود برای حاکمیت بر دعوا را می‌پذیرد یا خیر؟

روشن است اگر قانون انگلیس به معنای مقررات ماهوی آن مورد توجه باشد آنگاه قاضی به قواعد مذکور رجوع خواهد کرد و دلیل و موجهی برای طرح موضوع احاله وجود نخواهد داشت؛ اما اگر به قاعده حل تعارض آن کشور نیز باید رجوع شود، نظر به این‌که قاعده حل تعارض انگلیس، موضوع طلاق را تابع قانون مملکت محل اقامتگاه می‌داند و قانون ایران را به عنوان قابل اعمال در مثال مطروح می‌پذیرد، در نتیجه، موضوع احاله قابلیت طرح دارد. بنابراین، احاله مسبوق به پذیرش رجوع به قواعد حل تعارض خارجی است.

بدیهی است اگر تمام نظام‌های حل تعارض درخصوص دسته‌های ارتباط موجود در نظام خود از قواعد حل تعارض واحدی استفاده می‌کردند (و محتوای دسته‌های ارتباط نیز یکسان می‌بود) مشکل احاله مطرح نمی‌شد و میان سیستم‌های حل تعارض اتفاق نظر و هماهنگی حاصل می‌شد. در واقع «از قرن نوزدهم آشکار شد که اتحاد مذکور غیرمحمول خواهد بود،



چه آن‌که عامل ارتباط تابعیت در نظام‌های حل تعارض تعداد قابل توجهی از دولت‌ها در مسائل احوال شخصیه جایگزین عامل اقامتگاه شد که تا پیش از این تاریخ، معیاری جهانی بود و این موضوع وقوع احاله را امکان پذیر کرد». [۱، ص ۴]

برحسب این‌که قاعده حل تعارض دولت خارجی، دعوا را تابع قانون مقر دادگاه بداند و موضوع را بدان ارجاع دهد و یا آن‌که دعوا را تابع قانون دولت دیگری (دولت ثالث) بشناسد با دو نوع احاله مواجه خواهیم شد که عبارتند از:

الف) احاله درجه اول^۱: احاله‌ای است که قانون خارجی، دعوا را تابع قانون مقر دادگاه می‌داند، مانند احاله قانون انگلیس به قانون دولت ایران در مثالی که ذکر شد.

ب) احاله درجه دوم^۲: احاله‌ای است که قانون خارجی دعوا را تابع قانون دولتی ثالث می‌داند. مثلاً اگر در مثال مذکور، زوجین انگلیسی، نه در ایران که در کشور دیگری (مثلاً بلژیک) قرار داشته باشند آنگاه قاعده حل تعارض انگلیس، دعوا را تابع قانون دولت بلژیک خواهد دانست.

۲-۲. رویکردهای متفاوت نظام‌های حل تعارض به احاله

نظر به این واقعیت که دلایل موافقان و مخالفان احاله هر یک نمی‌تواند به صورتی قاطع و مسلم طرف دیگر را قانع سازد و به عبارتی، هر دو طرف به تکافو ادله رسیده‌اند لذا مشاهده می‌شود که نظام‌های حقوقی دنیا رویکردها و دیدگاه‌های مختلفی نسبت به موضوع احاله اتخاذ کرده‌اند. [۲، ص ۴۶۶] رویکرد نظام‌های حقوقی حل تعارض جهان درخصوص احاله را می‌توان به سه گروه تقسیم کرد:

۱. رد احاله: این گروه از دولت‌ها احاله را نمی‌پذیرند و به صورت مستقیم به مقررات مادی رجوع می‌کنند.

۲. پذیرش احاله: این گروه از دولت‌ها به صورت اصولی احاله را می‌پذیرند، گرچه ممکن است بر حسب آن‌که احاله را در تمام موضوعات حقوقی می‌پذیرند و یا آن‌که هر دو نوع احاله را پذیرفته‌اند یا نه به دسته‌های مختلفی قابل تقسیم باشند.

۱. احاله درجه اول در حقوق انگلیس remission خوانده می‌شود.

۲. احاله درجه دوم در حقوق انگلیس transmission نامیده می‌شود.

۳. احاله مضاعف: در این روش برای یافتن قانون مادی حاکم بر قضیه از روش رجوع به راه حل دادگاه خارجی استفاده می کنند.

حال هر کدام از نظریات فوق الذکر را توضیح می دهیم و برخی نظام های حل تعارضی که از روش های مذکور استفاده می کنند را معرفی خواهیم کرد.

۲-۱-۲. رد احاله

گروهی از نظام های حل تعارض در دسته مخالفین احاله قرار می گیرند. به عبارت دیگر، هنگامی که قواعد حل تعارض این دولت ها قانونی خارجی را بر موضوع دعوا صلاحیت دار می داند، به مفهوم مراجعه مستقیم به مقررات مادی آن کشور تفسیر می شود و در نتیجه، قاضی موظف است حکم قضیه را به موجب مقررات همان کشور صادر کند و مکلف است به قواعد حل تعارض قانون خارجی مراجعه نکند. کشورهایی همچون یونان در این دسته قرار می گیرند (ماده ۳۲ قانون مدنی یونان). [۳، ص ۴۳] در نظام های حل تعارض دولتهایی چون دانمارک، ایتالیا، هلند و نروژ نیز احاله رد شده است. [۴، ص ۵۰۲]

نظر به وجود این واقعیت که احاله را نمی توان تنها با ارائه استدلال های حقوقی توجیه کرد، کمیسیون اصلاح قانون استرالیا در بازنگری قواعد حل تعارض آن کشور، احاله را به عنوان یک قاعده کلی رد کرد و تنها در برخی موارد اجازه داد که این نهاد اعمال شود. کمیسیون در توجیه نظر خود چنین می نویسد: «توجیه احاله به لحاظ نظری، حتی در سطح بین المللی، مشکل است، زیرا هر دلیلی که برای توجیه احاله بیان می شود دلایل مخالفی نیز در رد آن وجود دارد و تنها می توان توجیهات عملی برای احاله ارائه کرد. احاله به حل مشکلات ناشی از این واقعیت کمک می کند که نظام های مختلف حقوقی، عوامل ارتباط گوناگونی را اعمال می کنند ... برای اجتناب از مشکلات احاله که از جمله در استرالیا ایجاد می شوند، کمیسیون توصیه می کند که احاله نباید اعمال شود و در طرح پیشنهادی کمیسیون، واژه «قانون» (خارجی) باید به معنای مقررات داخلی تعریف شود». [۵، بند ۱۲.۴]

برخی حقوقدانان نیز بر این واقعیت صحنه گذاشته اند. یکی از منتقدان احاله می گوید: «به نظر می رسد دکترین احاله صرفاً یک راه حل سهل الوصول است که دادگاه بدان متوسل می شود تا اعمال قانون خود را توجیه کند. [۶، ۵۲۸-۵۲۹]



به عبارت دیگر به نظر می‌رسد که احاله به‌عنوان نهادی حقوقی مورد استفاده قانونگذار و قاضی مقر دادگاه قرار می‌گیرد تا به‌عنوان فرصتی جهت اعمال قانون مقر از آن استفاده کند. حتی «کرامر» حقوقدانی که مدافع احاله است نیز این واقعیت را با عبارات ذیل نقل می‌کند: «قضات به‌سرعت احاله را می‌پذیرند، زیرا وسیله مفیدی است که مانع اجرای قواعد حل تعارض مقر می‌شود و به آن‌ها اجازه می‌دهد تا قوانین ماهوی خود را اعمال کنند».[۷، ص ۹۸۹]

در همین راستا به نظر می‌رسد که میان نظام‌های حل تعارض، قاعده عامی شکل گرفته است که به موجب آن احاله در حوزه قراردادهای مورد پذیرش نیست. مثلاً در میان قضات چینی «این اجماع وجود دارد که در مورد قراردادهای احاله وجود ندارد».[۸، ص ۲۴۰] دیوان عالی خلق چین نیز در سال ۱۹۸۷ در یکی از آرای خود چنین اشعار می‌دارد: «قانونی که از سوی طرفین قرارداد برای رسیدگی به اختلافات انتخاب شده ویا از سوی دادگاه‌های خلق براساس اصل وجود نزدیک‌ترین ارتباط تعیین شده است، تنها به مقررات ماهوی آن قانون مراجعه خواهد شد و شامل قواعد حل تعارض و دادرسی نخواهد بود».[۸، ص ۲۴۰] همچنین باید خاطرنشان کرد که حقوق انگلستان، احاله را در حوزه قراردادهای و مسائل ناشی از شبه‌جرم نمی‌پذیرد. این امر در حوزه قراردادهای به موجب ماده ۱۵ قانون مصوب سال ۱۹۹۰ و درخصوص شبه‌جرم در بند ۵ ماده ۹ قانون سال ۱۹۹۵ به‌صراحت مقرر شده است.^۱

لازم به ذکر است که در اسناد بین‌المللی که به منظور هماهنگ‌سازی قواعد حل تعارض میان دولت‌ها منعقد می‌شوند و قانون قابل اعمال را در موضوع مورد بحث مشخص می‌سازند، به صورت طبیعی به مقررات ماهوی قانون تعیین شده اشاره می‌شود، نه به قاعده حل تعارض که در غیر این صورت، مغایر هدف کنوانسیون برای یگانه‌سازی و اتحاد میان نظام‌های حل تعارض دول عضو خواهد بود.[۱۰، ص ۲۰۴] مثلاً ماده ۱۵ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در مورد قراردادهای حاوی چنین قاعده‌ای است: «اعمال قانون هر کشوری که در این کنوانسیون مشخص گردیده است، نه به مفهوم قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، بلکه به معنای اعمال مقررات لازم‌الاجرای آن کشور خواهد بود».

ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال، ماده ۵۹ قواعد داورى سازمان جهانی مالکیت فکری، و

۱. اصولاً تا قبل از تصویب قانون قراردادهای در سال ۱۹۹۰، دادگاه‌های انگلیسی در حوزه قراردادهای از تئوری احاله استفاده نمی‌کردند و قبل از این تاریخ تنها در پرونده‌های محدودی از احاله استفاده شده است. برای توضیح بیشتر رجوع کنید به [۹، پاورقی شماره ۱۰۱]

ماده ۲۲ قواعد اتاق داوری تجارت استکهلم نیز حاوی مقررات مشابهی هستند. [۸۱، ص ۷۳]

۲-۲-۲. پذیرش احاله

گروهی از نظام‌های حل تعارض احاله را می‌پذیرند. سابقه پذیرش این امر در اروپای بری به قضیه فورگو مربوط می‌شود.

«فرانسیس فورگو» در سال ۱۸۰۱ در باویر متولد شد و تبعه آن دولت محسوب می‌گردید و در سن کودکی به همراه مادر خود به فرانسه مهاجرت کرد و تا زمان فوت در سال ۱۸۶۹ در آن‌جا سکونت داشت. نامبرده به هنگام مرگ، مالک اموال منقول قابل توجهی بود که در فرانسه واقع شده بود. متوفی وارثی جز خاله و دایی نداشت. مطابق قانون باویر، ورثه مزبور از فورگو ارث می‌بردند، اما مطابق قانون فرانسه در مورد اطفال طبیعی، قرابت فقط بین فرزند و والدین او موجود است. بنابراین، اگر حکم قضیه به موجب قانون فرانسه صادر می‌گردید، خاله و دایی وارث محسوب نمی‌شدند و اموال فورگو به‌عنوان اموال متوفای بلاوارث به دولت فرانسه تعلق می‌گرفت؛ در حالی که به موجب قوانین باویر، وارث اطفال طبیعی در خط اطراف هم ارث می‌بردند. [۱۲، ص ۱۲۰] مطابق قاعده حل تعارض دولت فرانسه، حکم قضیه باید براساس قانون اقامتگاه متوفی صادر شود، اما در آن زمان چون فورگو براساس ماده ۱۳ ق.م. هنوز اقامتگاه قانونی در فرانسه به دست نیاورده بود (زیرا کسب اقامتگاه در فرانسه منوط به کسب اجازه از مقامات صلاحیتدار فرانسوی بود و البته این مقررات در حال حاضر اصلاح شده است) لذا قانون صلاحیتدار، محل اقامتگاه بالفعل فورگو شناخته شد. از سوی دیگر، قاعده حل تعارض دولت باویر موضوع تقسیم ترکه را تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی می‌دانست. دادگاه شهر برdo با مراجعه مستقیم به مقررات مادی دولت باویر، خاله و دایی را به‌عنوان وارث اعلام کرد، اما بر اثر فرجامخواهی اداره خالصجات فرانسه، دیوان کشور فرانسه مراجعه مقدماتی به قاعده حل تعارض دولت باویر توسط قاضی مقر دادگاه را لازم دانست و از آن‌جا که قانون خارجی (باویر) موضوع را به کشور مقر دادگاه احاله می‌داد، لذا چنین رأی داده شد که حکم قضیه بایست به موجب مقررات ماهوی فرانسه صادر شود و در نتیجه، ماترک متوفی به دولت فرانسه تعلق گرفت.

قاعده مندرج در قضیه فورگو از سوی دیگر محاکم فرانسوی به‌آسانی پذیرفته نشد، کما



آن‌که در رأی دیگری که ۱۵ سال بعد از رأی نهایی فورگو و در سال ۱۸۹۳ صادر گردید رجوع به قواعد حل تعارض قانون خارجی از سوی دادگاه مورد پذیرش قرار نگرفت. دعوی اخیر به شکایت از زنی مربوط می‌شود که ثمن کالاهای خریداری شده از یک خیاطی در شهر پاریس را نپرداخته بود. زن، تبعه فرانسه بود که در سال ۱۸۷۶ با مردی انگلیسی ازدواج کرده و تابعیت شوهر بر او تحمیل شده بود؛ اما اقامتگاه زوجین از سال ۱۸۸۸ به فرانسه منتقل گردیده بود. با شکایت فروشنده از زن در دادگاه حقوقی شهر سن (سال ۱۸۹۳) این سؤال مطرح گردید که آیا خود زن مسئول پرداخت ثمن کالاها است یا خیر؟

لازم به توضیح است که به موجب مقررات ماهوی آن زمان در فرانسه، زن متأهل به‌تنهایی مسئول شناخته نمی‌شد؛ در حالی که قانون انگلستان زن را مسئول پرداخت می‌دانست. وکیل زوجه مدعی بود که هرچند قانون فرانسه قضیه را تابع قانون دولت ملی (انگلیس) زوج می‌داند، اما با رجوع به قاعده حل تعارض انگلیس در می‌یابیم که آن قانون خود را صلاحیتدار ندانسته و دعوا را تابع قانون محل اقامت زوجین (فرانسه) می‌داند؛ اما دادگاه استدلال وکیل مزبور را نپذیرفت و با رد احاله، حکم قضیه را براساس مقررات ماهوی انگلستان صادر کرد. [۱، ص ۶] با وجود آن‌که در قرن نوزدهم برخی محاکم در فرانسه در برابر پذیرش احاله مقاومت می‌کردند، اما در نظام کنونی حل تعارض فرانسه، هر دو نوع احاله قبول شده است. [۱۳، ص ۶۹۳] در آلمان نیز به موجب بند ۱ ماده ۴ قواعد حل تعارض^۱ احاله درجه اول به‌صراحت پذیرفته شده است: «اگر دولت دیگر موضوع را به قانون آلمان ارجاع دهد، مقررات ماهوی آلمان اعمال می‌شود». [۳، ص ۴۳] همچنین در رویه قضایی، استفاده از احاله درجه ۲ دیده می‌شود.

لازم به ذکر است که در کشور آلمان، هرچند احاله به‌عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده است، اما قضات بر آن استثنائاتی نیز وارد کرده‌اند. مثلاً دادگاهی در هامبورگ دعوی مربوط به سند براتی را که در آلمان صادر شده و قرار بود که در شهر شیکاگو (ایالات متحده آمریکا) پرداخت شود تابع قانون محل پرداخت دانست و حکم قضیه را براساس آن صادر کرد؛ هرچند که قاعده حل تعارض آن ایالت، موضوع را به قانون محل صدور برات (آلمان) احاله داده بود. [۱، ص ۷]

1. B6B6B

ماده ۱۴ قانون فدرال حقوق بین الملل خصوصی سوئیس (مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷) که از تاریخ اول ژانویه ۱۹۸۹ لازم الاجرا شده است با عنوان احاله چنین مقرر می دارد:

«۱. اگر قانون صلاحیتدار موضوع را به قانون سوئیس یا قانون کشور دیگری ارجاع دهد، آن ارجاع تنها در موردی رعایت خواهد شد که این قانون اجازه دهد.

۲. در موضوعات مربوط به وضعیت مدنی اشخاص، ارجاع به قانون سوئیس توسط قانون خارجی باید رعایت شود.» [۱۴، ماده ۱۹]

بنابراین، به نظر می رسد که قانون مذکور مخالفتی اصولی با احاله دارد [۱۵، ص ۴] و آن را تنها در برخی مسائل و موضوعات خاص پذیرفته است. رویکرد مضیق قانونگذار سوئیس در استفاده از احاله با توجه به این واقعیت توجیه می شود که در گذشته، نویسندگانی معتقد بودند که اعمال احاله را باید تنها به موارد و حوزه های خاصی از جمله مسائل حقوق خانواده، وضعیت، اهلیت و موضوعات مربوط به ارثیه منقول محدود کرد. [۱، ص ۷]

موضوعاتی که در قانون فدرال سوئیس، ورود احاله در آن ها قبول شده است، عبارتند از:

۱. در مورد نام و برخی مسائل مربوط به وراثت [ماده ۳۷]. در این موارد، هر دو نوع احاله (درجه اول و دوم) پذیرفته شده است.

۲. در تمام موضوعات مربوط به وضعیت، احاله درجه اول پذیرفته شده است. بنابراین، در کشور سوئیس احاله درجه اول نسبت به احاله درجه دوم در موارد بیش تری مورد استناد و استفاده قرار می گیرد. [۱۶، ص ۶۹۹]

در حال حاضر، علاوه بر کشورهای فوق الذکر، در کشورهای دیگری نیز چون اتریش و اسپانیا احاله از سوی قانونگذاران و قضات پذیرفته شده است. [۶، ص ۵۰۲]

۲-۳. احاله مضاعف یا رجوع به راه حل دادگاه خارجی

این شیوه در نظام حقوقی انگلیس و سایر دولت هایی که دارای سیستم حقوقی کامن لا هستند به کار گرفته می شود. مثلاً اگر موضوع تقسیم ترکه شخصی از اتباع انگلستان در دادگاه انگلیس مطرح شود که اقامتگاه او در ایتالیا قرار دارد قاضی انگلیسی ممکن است به روشی خاص، قانون حاکم بر قضیه را بیابد که با روش های پیشین گفته شده متفاوت است. در بحث های قبلی گفته شد اگر احاله را نپذیریم بدان معنا است که قاضی به صورت مستقیم به



مقررات ماهوی یا مادی قانون خارجی مراجعه می‌کند؛ یعنی در مثال فوق‌الذکر، نظر به این‌که طبق قواعد حل تعارض انگلستان، ترکیه منقول متوفی تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی است لذا حکم قضیه براساس مقررات ماهوی کشور ایتالیا تعیین خواهد شد.

از سوی دیگر، اگر قاضی انگلیسی احاله را می‌پذیرفت، یعنی به قاعده حل تعارض دولت خارجی نیز مراجعه می‌کرد، مشاهده می‌شد که قانون ایتالیا خود را صلاحیت‌دار نمی‌داند و موضوع را تابع قانون دولت متبوع متوفی قلمداد می‌کند. در نتیجه با احاله‌ای از نوع درجه اول روبه‌رو خواهیم بود و حکم قضیه، تابع قانون دولت انگلستان است.

فرایند پذیرش احاله در نظام حل تعارض انگلیس به‌روشنی نشان می‌دهد که لزوم تأمین منافع اقتصادی و اجتماعی اتباع انگلستان که در کشورهای اروپایی ساکن بودند، رویه قضایی را مجبور کرد تا احاله را بپذیرد. به صورت مشخص، دکترین احاله در سال ۱۸۴۱ و به واسطه اعتبار شکلی وصایای اتباع انگلیسی مطرح شد که اقامتگاه آن‌ها در خارج کشور قرار داشت. در آن زمان، قواعد حل تعارض انگلیس به صورتی نامناسب انعطاف‌ناپذیر بود؛ چه تنها بر رعایت یک شکل در وصیتنامه اصرار داشت، یعنی وصیتنامه بایست منطبق بر قوانین آخرین اقامتگاه متوفی می‌بود. بدین ترتیب، وصیتنامه‌های اتباع انگلیسی که در خارج کشور اقامت داشتند بایست تنها به موجب قوانین دولت محل اقامتگاه خود تنظیم می‌شد (البته این مقررات در حال حاضر با اصلاحات قوانین مربوط در سال‌های ۱۸۶۱ و سپس ۱۹۶۳ تغییر یافته است). از سوی دیگر در کشورهای همسایه اروپایی انگلستان (کشورهایی که اتباع انگلیس در آن‌ها سکونت داشتند) قواعد حل تعارض منعطف‌تری وجود داشت که اجازه می‌داد وصیتنامه تابع قانون دولت متبوع موصی یا قانون محل تنظیم صادر شود. [۴، ص ۵۰۴]

جهت رفع مشکل مزبور برخی محاکم انگلیسی از شیوه رجوع به راه‌حل دادگاه خارجی استفاده کردند تا بدین ترتیب از ابطال وصایای اتباع انگلیسی خارج کشور که به موجب قوانین انگلیس تنظیم شده بود، جلوگیری به عمل آید و آن‌ها را به همان صورتی که محاکم بیگانه معتبر می‌دانند، تلقی کنند. این شیوه، متفاوت از رهیافت قضات فرانسوی و آلمانی است؛ چه آن‌که در شیوه رجوع به «راه‌حل دادگاه خارجی» علاوه بر آن‌که به قاعده حل تعارض دولت خارجی مراجعه می‌شود، به شیوه تصمیم‌گیری محکمه خارجی در مسائل مربوط به احاله نیز توجه خواهد شد. از این رو به تئوری اخیر عنوان «احاله مضاعف» داده

شده است؛ زیرا قاضی انگلیسی در ابتدا به قاعده حل تعارض خارجی مراجعه می‌کند و مستقیم به مقررات ماهوی خارجی استناد نخواهد کرد (پذیرش اولیه احاله) و سپس به نحوه و شیوه تصمیم‌گیری آن قانون خارجی راجع به مسأله احاله نیز نظر خواهد افکند (احاله ثانوی). اقدام مذکور بدان دلیل صورت می‌گیرد که در خود نظام حل تعارض انگلیس راجع به احاله حکم صریحی وجود ندارد.

۳. جایگاه احاله در نظام حل تعارض ایران

موضع نظام حل تعارض ایران نسبت به احاله در ماده ۹۷۳ قانون مدنی بیان شده است. در نتیجه در ایران برخلاف کشورهای همچون فرانسه، انگلستان و ایالات متحده آمریکا رویه قضایی و نظریات علمای حقوق در باب پذیرش یا رد کلی این نهاد حقوقی نمی‌تواند نقشی ایفا کند. با وجود این، هرچند قانونگذار ایرانی علی‌الاصول احاله درجه اول را پذیرفته، اما موضع شفافی درخصوص احاله درجه دوم اتخاذ نکرده است و همین امر اختلافاتی را میان حقوقدانان ایرانی در تفسیر ماده فوق‌الذکر ایجاد کرده است. در این بخش از مقاله، موضع نظام حل تعارض ایران در باب احاله درجه اول و دوم در دو گفتار مستقل بررسی خواهد شد.

۳-۱. پذیرش احاله درجه اول

همچنان‌که گفته شد حکم احاله در ماده ۹۷۳ ق.م. تعیین شده است. طبق این ماده: «اگر قانون خارجه‌ای که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر این‌که احاله به قانون ایران شده باشد». در تفسیر ماده ۹۷۳ ق.م. باید به نکات ذیل اشاره کرد:

۱. قانونگذار ایرانی صراحتاً نظریه‌ای را پذیرفته است که به موجب آن، قانون خارجی یک مجموعه و کلیت جدایی‌ناپذیر است و تعیین قانون خارجی به معنای رجوع به قاعده حل تعارض آن نیز محسوب می‌شود و لذا قاضی حق ندارد به صورت مستقیم به قواعد ماهوی خارجی رجوع کند. بنابراین، نظام حل تعارض ایران در گروه کشورهای قرار دارد که احاله را به‌عنوان یک قاعده کلی پذیرفته‌اند.

۲. به نظر می‌رسد که قانونگذار تفکیکی میان موضوعات حقوقی قائل نشده و رجوع به



قاعده حل تعارض خارجی را در تمام مسائل حقوقی و دسته‌های ارتباط از جمله احوال شخصیه، اموال، قراردادها و... لازم دانسته است. دلیل این ادعا آن است که در ماده ۹۷۳ نه تنها به ماده ۷ (احوال شخصیه خارجی)، بلکه به دیگر «مواد فوق» نیز اشاره شده است. منظور از مواد فوق، قواعد حل تعارضی هستند که در مواد ۹۶۲ تا ۹۶۹ ق.م. ذکر شده‌اند. بنابراین، به نظر می‌رسد در هر مورد که از سوی قاعده حل تعارض ایران، قانون دولتی خارجی صالح شناخته شد باید ابتدا به قاعده حل تعارض آن دولت نیز مراجعه کرد؛ مگر دلیل خاصی برای رجوع مستقیم به مقررات ماهوی دولت مزبور وجود داشته باشد.^۱

۳. در ماده ۹۷۳ ق.م. حکم احاله درجه اول به روشنی بیان شده و هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد که قاضی ایرانی موظف است احاله قانون خارجی به قانون دولت ایران (مقر دادگاه) را بپذیرد. [۱۸، ص ۱۸۲؛ ۱۲، ص ۱۲۸؛ ۱۷، ص ۱۲۶؛ ۱۹، ص ۱۲۲]

۳-۲. ابهام در پذیرش یا رد احاله درجه دوم

همچنان‌که گفته شد تردید نیست که احاله درجه اول در نظام حل تعارض ایران پذیرفته شده است، اما حکم احاله درجه دوم مشخص نیست؛ زیرا در قسمت اخیر ماده ۹۷۳ به صورتی مجمل گفته شده که «محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست». حال روشن نیست که قید مذکور را چگونه باید تفسیر کرد؟ در میان حقوقدانان ایرانی دو نظریه در تعیین معنای قید مذکور وجود دارد. گروهی بر آنند که حالت مقابل تکلیف، اختیار است و بنابراین، دادگاه می‌تواند اگر خواست احاله درجه دوم را بپذیرد؛ اما گروهی دیگر معتقدند که محکمه مجاز نیست احاله درجه دوم را

۱. مثلاً برخی معتقدند که درخصوص دسته ارتباط قراردادها و در فرضی که قانونگذار به اتباع خارجی اجازه تعیین قانون صلاحیتدار را داده است (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ ق.م.) رجوع به قانون خارجی به معنای استناد مستقیم به مقررات ماهوی آن قانون است، زیرا «در این حالت رعایت احاله با اصل پذیرفته شده آزادی اراده در تعیین قانون صالح برخورد می‌یابد؛ زیرا نمی‌توان چنین فرض کرد که قانون صالح تعیین شده از سوی طرفین شامل قاعده حل تعارض قوانین بیگانه نیز می‌گردد». [۱۷، ص ۱۳۶] همچنین در مواردی که قانونگذار به صورت خاص محکمه را موظف به رجوع مستقیم به مقررات ماهوی می‌داند، دیگر محکمه نمی‌تواند به استناد ماده ۹۷۳ به قاعده حل تعارض خارجی مراجعه کند؛ چه ماده ۹۷۳ حکمی عام را بیان می‌کند و قانونگذار در هر جا لازم بداند می‌تواند تخصیصی بر این حکم عام وارد سازد، همچنان‌که ماده ۲۷ قانون دآوری تجاری بین‌المللی مصوب شهریورماه ۱۳۷۶ حاوی این حکم خاص است:

«داور برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص، به هر نحو صورت گیرد، به‌عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض، مشمول این حکم نخواهد بود، مگر این‌که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند».

پذیرد و باید آن را رد کند. در این جا دو نظریه مذکور به تفصیل توضیح داده خواهد شد.

۳-۲-۱. اختیاری بودن پذیرش احاله درجه دوم

قائلان به این دیدگاه معتقدند که ماده ۹۷۳ ق.م. از یک سو قاضی ایرانی را مکلف کرده که احاله درجه اول را بپذیرد و از سوی دیگر با ذکر این قید که در مورد احاله درجه دوم «محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست» بر آن بوده که قبول یا رد احاله درجه دوم را به اختیار قاضی واگذارد. [۱۹، ص ۱۲۲] در این رویکرد با تکیه بر ظاهر ماده چنین استدلال می شود که حالت مقابل تکلیف، اختیار است و نظر به این که در ماده تنها نوشته شده که محکمه مکلف نیست، بنابراین، از آن عبارت چیزی بیش از این استفاده نمی شود که دادگاه اجباری به مراجعه به احاله درجه دوم ندارد و اگر مناسب دید می تواند احاله قانون خارجی به قانون کشور دیگری را بپذیرد و بدان مراجعه کند. بنابراین، اگر موضوع طلاق زوجینی استرالیایی که مقیم انگلیس باشند در دادگاه ایران مطرح شود، قاضی ایرانی می تواند احاله قانون استرالیا به قانون انگلیس را به عنوان محل اقامتگاه طرفین بپذیرد و چون دولت اخیر نیز طلاق را تابع قانون اقامتگاه می داند، حکم قضیه را به موجب قوانین ماهوی انگلیس صادر کند.

۳-۲-۲. تکلیف دادگاه به عدم پذیرش احاله درجه دوم

طرفداران این رویکرد که اکثریت حقوقدانان ایرانی در این گروه قرار می گیرند معتقدند که قاضی ایرانی موظف است احاله درجه دوم را نپذیرد. به اعتقاد این دسته از حقوقدانان باید از ظاهر ماده ۹۷۳ ق.م. گذشت و عبارت «محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست» به معنای اختیار قاضی ایرانی در پذیرش یا عدم پذیرش احاله درجه دوم نیست، بلکه قاضی همان تکلیفی را که درخصوص پذیرش احاله درجه اول دارد در رد احاله درجه دوم نیز دارد. [۱۸، ص ۱۸۲؛ ۱۲، ص ۱۳۰؛ ۱۷، ص ۱۲۶؛ ۲۰، ص ۳۰]

تعدادی از حقوقدانان گروه فوق دلیلی در توجیه نظریه خود ارائه نداده اند؛ اما کسانی دیگر به ذکر دلایلی اقدام کرده اند که تنها برخی از آن ها می تواند صحیح باشد. در این جا به دلایل ارائه شده از سوی استادان مذکور اشاره می شود.

الف) یکی از استادان در توجیه عدم پذیرش احاله درجه دوم و با اشاره به مفاد ماده ۹۷۳ ق.م. می نویسد: «با دقت کافی در مندرجات این ماده، به ویژه تعمق در عبارت مکلف نبودن دادگاه

در رعایت احاله به قانون کشور دیگر غیر از ایران معلوم می‌شود قانونگذار ایران به قاعده تعارض قوانین کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون صالح شناخته شده نظر داشته؛ و چون این امکان را منتفی ندیده که رعایت آن قاعده در حقوق بین‌الملل خصوصی آن کشور به جهت تکلیف بوده باشد قانونگذار ایران رعایت آن تکلیف را از سوی دادگاه ایران در مورد احاله به قانون ایران لازم و در مورد احاله به قانون کشور دیگر لازم ندانسته است».[۱۷، ص ۱۲۶]

بر استدلال مذکور این نقد وارد است که عبارت تکلیف به رعایت احاله درجه اول و مکلف نبودن به رعایت احاله درجه دوم را نه از نظر قانون ایران، بلکه از دیدگاه قانون خارجی تفسیر و بیان کرده است. بدیهی است قانونگذار ایرانی قانون را برای جامعه ایرانی و روشن کردن تکلیف قضایی داخلی می‌نویسد و توجه قانونگذار یک کشور به تعیین تکلیف قانون خارجی اقدامی نامعمول و غیرقابل پذیرش است و بنابراین نباید این توجیه را درست دانست.

ب) استاد دیگری رد احاله درجه دو را در حقوق ایران نه با توجه به عبارات ماده ۹۷۳ که در مقام مقایسه میان نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و فرانسه توجیه می‌کند. ایشان به این واقعیت اشاره دارد که در نظام حل تعارض فرانسه، تمام مصادیق احاله درجه دوم قابل پذیرش نیست و در پاره‌ای از موارد به علت مواجه شدن با ایراد تسلسل (به عبارت دیگر در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث قانون داخلی خود را برای حل قضیه صلاحیتدار ندانسته و به قانون دیگری احاله می‌دهد) باید احاله را رد کرد. حال آیا راه حل حقوق فرانسه در نظام حقوقی ایران قابل پذیرش است یا نه؟ ایشان خود به سؤال مذکور چنین پاسخ می‌دهند: «به نظر ما جواب این سؤال منفی است، چه همان‌گونه که در بررسی نظریه‌های راجع به احاله ملاحظه شد، راه حل متخذه در حقوق فرانسه از این جهت قابل توجیه است که قاعده اعمال قانون اقامتگاه به‌عنوان یک قاعده فرعی، جانشین قاعده اعمال قانون ملی می‌گردد و به موقع اجرا گذاشته می‌شود و این قاعده چنان‌که گفتیم جزء حقوق موضوعه فرانسه است، در حالی که حقوق موضوعه ایران، متضمن چنین قاعده‌ای نیست؛ زیرا در ایران قبل از تصویب قانون مدنی، قاعده تعارضی شبیه آنچه که در رژیم سابق فرانسه معمول^{۱۱} بوده وجود نداشته است تا به‌عنوان قاعده فرعی قابلیت اجرا داشته باشد و بنابراین نمی‌توانیم قانونی را که جزء حقوق موضوعه ایران نیست اعمال نماییم. نتیجه آن‌که باید قائل به این نظر شویم که حقوق ایران راه حل بینابین سابق‌الذکر را اتخاذ کرده است، یعنی احاله

درجه اول را قبول و احاله درجه دوم را در همه موارد رد می‌کند». [۱۲، ص ۱۳۰]
بر این استدلال نیز این نقد قابل طرح است که اگر هم چنان که استاد می‌گویند دلیل رد احاله درجه دوم در حقوق ایران آن باشد که قاعده فرعی اقامتگاه در حقوق ایران سابقه ندارد تا تکلیف مصادیقی از احاله نیز روشن شود که دور و تسلسل کماکان ادامه می‌یابند، این سؤال مطرح می‌شود که چرا در برخی موارد احاله درجه دوم که به تسلسل و دور لاینحل منجر نمی‌شوند (آنجا که قانون دولت ثالث صلاحیت خود را می‌پذیرد و به دور خاتمه می‌دهد) پذیرش احاله مجاز نباشد و در حقوق ایران باید احاله را در تمام موارد رد کرد؟

ج) مهم‌ترین دلیلی که در رد احاله درجه دوم بیان شده است به استدلالی مربوط می‌شود که مرحوم استاد دکتر شهیدی بیان داشته‌اند: «اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم به دادگاه با فلسفه و روش قانونگذاری سازگار نیست. چه هدف اساسی وضع قانون، تعیین الگوی واحد برای هدایت جریان روابط انسان‌ها و ایجاد نظم در مسائل اجتماعی است و واگذارکردن این اختیار به دادگاه که بتواند در یک مورد این قانون و در مورد مشابه آن، قانون دیگر را اعمال کند در حقیقت به این امر منتهی گردد که مرجع قضایی بتواند در دو دعوا که از هر جهت مثل و مانند هم است دو حکم متناقض که هر یک با یکی از دو قانون منطبق است صادر کند». [۴۱-۴۲، ص ۴۱-۴۲]

نگارنده بر این اعتقاد است که صدور حکم بر عدم پذیرش احاله درجه دوم به صورت کلی و مکلف کردن قاضی به رد آن در تمام موارد نمی‌تواند تأمین‌کننده مصالح و منافع نظام حل تعارض ایران باشد و مصلحت آن است که به قاضی اختیار داده شود تا در راستای تعیین مناسب‌ترین قانون که حکم قضیه را براساس آن صادر می‌کند، هرگاه لازم دید احاله درجه دوم را نیز بپذیرد. ظاهر ماده ۹۷۳ ق.م. نیز مؤید این دیدگاه است که تنها از مکلف نبودن محکمه به رعایت این نوع احاله سخن گفته است. نگاهی به رویه قضایی و قوانین دیگر دولت‌ها نیز نشان می‌دهد که اصولاً احاله درجه دوم در فرضی که دور و تسلسل در کشور ثالث خاتمه می‌یابد و هماهنگی میان نظام‌های حل تعارض به وجود می‌آید با استقبال روبه‌رو شده است و شایسته نیست که حقوقدانان ایرانی به تفسیری از ماده ۹۷۳ ق.م. دست یازند که مغایر با جهت‌گیری کلی نظام‌های حل تعارض است و علی‌رغم ظاهر ماده، محدودیتی غیرضروری برای قاضی ایجاد می‌کند. همچنین این ادعا که «اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم به دادگاه با فلسفه و روش قانونگذاری سازگار نیست» به صورت مطلق صحیح نیست؛ چه آن‌که اختیار اعطاشده



برای اجرای این یا آن مقررات در حوزه حقوق داخلی ایران مطرح نیست، بلکه مسأله به قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی و به فرضی مربوط می‌شود که اجرای قانون این یا آن دولت خارجی مطرح است و هیچ اشکالی به نظر نمی‌رسد که قاضی هرگاه مناسب دید احاله درجه دوم را مورد پذیرش قرار دهد؛ چه آن‌که با پذیرش احاله نوع اخیر، هماهنگی میان نظام‌های حل تعارض ایجاد می‌گردد و به نظر می‌رسد که عدالت بهتر تأمین می‌گردد. [۳، ص ۴۴] حال اگر قاضی ایرانی با مصداقی از احاله درجه دوم روبه‌رو شود که دور و تسلسل در کشور ثالث متوقف نمی‌شود و یا قاضی از اختیار خود در عدم پذیرش احاله درجه دوم استفاده کند و همچنین در صورت پذیرش نظریه‌ای که احاله درجه دوم را در حقوق ایران به صورت کلی رد می‌کند، این سؤال مطرح خواهد شد که قاضی حکم قضیه را باید به موجب قانون کدام دولت صادر کند: قانون ماهوی مقر دادگاه یا قانون مادی دولتی که به موجب قاعده حل تعارض ایران صالح شناخته شده است؟

در پاسخ به سؤال مذکور، دو رویکرد وجود دارد که به ترتیب توضیح داده خواهند شد.

۳-۲-۱. اعمال قانون ماهوی دولت خارجی

این گروه از حقوقدانان معتقدند که در این موارد، حکم قضیه باید به موجب قانون ماهوی دولتی صادر شود که قاعده حل تعارض ایران آن را صالح شناخته است. [۲۲، ص ۵۸۷؛ ۲۳، ص ۳۲۶-۳۲۷] مثلاً در موضوع اهلیت فردی انگلیسی که مقیم کشور یونان است، دادگاه ایران باید با عدم پذیرش احاله قانون انگلیس به کشور یونان، قواعد ماهوی دولت انگلیس را بر موضوع دعوا حاکم بداند؛ زیرا «در چنین حالتی، حکم قاعده تعارض کشوری که قانون آن به‌عنوان قانون صالح شناخته شده درخصوص قضیه فاقد تأثیر است. بنابراین با خودداری از رعایت مفاد آن قاعده، باید حکم قاعده ایرانی تعارض قوانین را ناظر به قوانین ماهوی آن کشور تلقی کرد و قانون ماهوی آن کشور را درباره قضیه قابل اجرا دانست». [۱۷، ص ۱۲۷] در تأیید این نظر گفته شده است: «چون قانونی که اعمال آن طبق ماده ۹۷۳ ق.م. الغاشده فقط قانون بین‌الملل خصوصی کشور بیگانه است و دلیلی بر سلب حاکمیت قانون ماهوی بیگانه وجود ندارد، باید پذیرفت که حاکمیت قانون ماهوی بیگانه نسبت به موارد مربوط باقی خواهد ماند». [۲۱، ص ۴۲] استاد دیگری در توجیه این دیدگاه چنین می‌نویسد: «ماده ۹۷۳ یکی از استثنای قاعده مندرج

در ماده ۷ ق.م. است و هرگاه حکم آن قابل اجرا نباشد باید رجوع به قاعده شود. در واقع چون ماده مزبور درباره احاله درجه دوم حاوی هیچ حکمی نیست و تنها به این امر اکتفا می‌کند که «... محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست» لذا مفهوم ماده ۹۷۳ این است که دادگاه باید ماده ۷ ق.م. را اعمال نماید.^۱ [۱۲، ص ۱۳۱]

۳-۲-۲. اعمال قانون ماهوی مقر دادگاه

این دسته از حقوقدانان بر این اعتقادند که به دلیل فقدان قانون صلاحیتدار خارجی باید حکم قضیه به موجب قانون ماهوی مقر دادگاه تعیین شود [۱۹، ص ۱۲۳] زیرا «اجرای قانون متبوع محکمه در حقیقت اجرای اصل درون مرزی است؛ چه عدم اجرای قانون در قلمرو خودش وقتی مجاز است که قانون خارجی بتواند اجرا گردد، اما هنگامی که قانون خارجی به نحوی از انحاء خود را صالح نداند باید رجوع به اصل شود و اصل درون مرزی است. صلاحیت قانون خارجی همیشه استثنا است». [۱۸، ص ۱۸۶] به عبارت دیگر، اصل، ماده ۵ ق.م. است و موادی همچون ماده ۷ ق.م. را که حکم به اجرای قانون صلاحیتدار خارجی می‌دهند باید حکمی استثنایی قلمداد کرد و در هر جا که امکان اجرای قانون صلاحیتدار خارجی نباشد باید به حکم مندرج در ماده ۵ رجوع کرد. همچنین در تأیید این رویکرد باید اضافه کرد که با فرض پذیرش رجوع به قاعده حل تعارض خارجی که قانون ایران آن را پذیرفته است، قانون مادی خارجی تنها زمانی اعمال می‌شود که ارتباطی خاص با موضوع دعوا داشته باشد؛ یعنی از یک سو قانون ایران آن را شناسایی کرده و به صلاحیت آن نظر داشته باشد و از سوی دیگر، خود قانون دولت خارجی نیز نسبت به پذیرش صلاحیت خود

۱. در توجیه این رویکرد همچنین استدلال شده است که چون قضات مکلفند در مسائل مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه به موجب ماده واحده رعایت احوال شخصیه مصوب تیرماه ۱۳۱۲ حکم قضیه را به موجب قواعد متبوعه مذهب اصحاب دعوا تعیین کنند، «اتباع انگلیس نیز از لحاظ این مسائل باید از قوانین دولت متبوعه خودشان تبعیت نمایند. به همین جهت می‌گوییم قانون انگلیس در موضوع طلاق زن و شوهر انگلیسی، قانون مناسب‌تری است». [۱۲، ص ۱۳۱]

اما این نحوه استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چه آن‌که مقررات ماده واحده، امتیازی است که قانونگذار ایرانی به بخشی از اتباع خود داده است که در مسائل احوال شخصیه تابع مقررات مذهبی خود باشند که به نظر می‌رسد اعمال این مقررات برای آنان مناسب‌تر است تا مقررات عام ق.م. که بر اساس فقه امامیه نوشته شده است و قیاس حقوق ایرانیان غیرشیعه با بیگانگان، قیاسی مع‌الفارق است. از سوی دیگر به نظر نمی‌رسد که اجرای مقررات مادی انگلیس در مورد زوجین انگلیسی، قانون مناسب‌تری باشد، زیرا قاعده حل تعارض انگلیس، احوال شخصیه اتباع آن کشور را که مقیم خارج باشند تابع قانون اقامتگاه می‌داند، نه قانون دولت متبوع آن‌ها. بنابراین، اجرای قانون دولت ملی در فرضی که قانون همان دولت خود را صالح ندانسته و اجرای قانون دیگری را مناسب‌تر می‌داند نمی‌تواند درست باشد.



توافق داشته باشد (راهل هم‌هنگی و اتفاق‌نظر). بنابراین اگر قاعده حل تعارض خارجی خود را صالح برای رسیدگی نداند دادگاه ایران نمی‌تواند چنین صلاحیتی را برای آن ایجاد کند. در این صورت به دلیل فقدان وجود قانون خارجی، تنها راه‌حلی که در نظام حقوقی ایران باقی می‌ماند اعمال قانون مقر دادگاه به‌عنوان قانون جایگزین و علی‌البدل است. از سوی دیگر، اجرای مقررات ماهوی مقر دادگاه و تعیین حکم قضیه به موجب این قانون برای قاضی ایرانی آسان‌تر از مراجعه به قانون خارجی است.

۴. نتیجه‌گیری

بررسی نظام‌های حل تعارض نشان می‌دهد که اصولاً احاله جهت حفظ منافع اقتصادی و اجتماعی اتباع و ساکنان مقیم در کشور مقر دادگاه و یا به منظور تأمین هم‌گرایی میان نظام‌های حل تعارض انجام گرفته است. از این رو در تعداد قابل توجهی از کشورها احاله مورد قبول قرار گرفته است، هرچند گروهی از دولت‌ها نیز اقبال چندانی بدان نشان نداده‌اند. ماده ۹۷۳ ق.م. قاضی را ملزم به پذیرش احاله درجه اول کرده، اما به‌صراحت تکلیف احاله درجه دوم را مشخص نکرده است. از این رو، میان حقوقدانان ایرانی درخصوص تفسیر صحیح آن ماده اختلاف‌نظر وجود دارد. گروه کثیری از حقوقدانان معتقدند که دادگاه نباید احاله درجه دوم را بپذیرد، اما به نظر می‌رسد مکلف دانستن قاضی به رد کلی احاله درجه دوم، مغایر با رویکرد کلی نظام‌های حل تعارض است که حکم احاله را به‌صراحت در قوانین خود بیان نکرده و قضات را در تعیین راه‌حل مناسب مختار گذاشته‌اند. بنابراین، بایسته است که ملهم از ظاهر ماده ۹۷۳ قاضی مخیر باشد تا در هر موردی که مناسب دید احاله درجه دوم را اعمال کند. از سوی دیگر در هر فرضی که پذیرش احاله درجه دوم امکان عملی یا اقبال مصلحتی نداشته باشد، بهتر است که حکم قضیه نه براساس قانون ماهوی خارجی (نظر اکثر حقوقدانان ایرانی)، بلکه به موجب مقررات ماهوی دادگاه صادر شود؛ حکمی که با روح کلی حاکم بر نظام حل تعارض ایران هم‌خوانی بیش‌تری دارد و انجام آن برای قضات داخلی نیز آسان‌تر خواهد بود.

۵. منابع

[1] Bate John Pawley , "Note on The Doctrine of Renvoi in Private International

Law", Harvard Law Library, 1904, See:

<http://www.archive.org/stream/notesondctrine00bategoog#page/n1/mode/1up>

- [2] Blower Robert and Nicola Weil, "Trusts for the Middle Eastern Client and Conflict of Laws", *Trust and Trustees*, Vol.14, No.7, 2008, pp.1821-1836.
- [3] Siehr Kurt, "General Problems of PIL In Modern Codification", *Year Book of International Law*, Vol. 7, 2005.
- [4] McClean David, *Morris: The Conflict of Law*, Sweet and Maxwell, 5th ed., 2000.
- [5] Australian Law Reform Commission, *Choice of Law Final Report*, 1992.
- [6] Lorenzen Ernest, "The Renvoi Doctrin in the Conflict of Law- Meaning of the Law of the Country", *27 Yale Law Journal*, 1917.
- [7] Kramer Ewen, "Return of the Renvoi"[1991], *New York University Law Review*, Vol.66, pp.227-256.
- [8] Jin Huang and DU Huanfang, "Chinese Judicial Practice in Private International Law: 2003", *Chinese Journal of International Law*, Vol.7, No.1, 2008.
- [9] Gray Anthony, "The Rise of Renvoi in Australia: Creating the Theoretical Framework", *University of New South Wales Law Journal*, 30 [1], 2007.
- [10] Leslie R. D., "Building Blocks for Choice of Law Structure", *Statute Law Review*, Vol. 19, No. 3, 1998, pp.202-212.
- [11] Moses, Margaret L, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008.
- [۱۲] الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- [13] Tirard Jean-Marc, "Onshore: France", *Trust and Trustees*, .Vol.15, No.8, 2009.
- [14] Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987. see: www.umbricht.com
- [15] Dessemontet Francois and Walter Stoffel, "Private International Law", see: www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/.../Intro%20Sw%20Law.pdf
- [16] Deletra Caroline and Julien Perrin, "Onshore: Switzerland", *Trust and Trustees*, Vol.15, No.8, 2009.



- [۱۷] سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، چ ۳، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۱.
- [۱۸] نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، چ ۳، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۵.
- [۱۹] ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، چ ۵، نشر عقیق، ۱۳۷۴.
- [۲۰] نصیری، مرتضی، حقوق چندملیتی، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰.
- [۲۱] شهیدی، مهدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»،
مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۲-۲۱، س ۷۷-۱۳۷۶.
- [۲۲] کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۲، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- [۲۳] قاسم زاده، سید مرتضی، رهپیک، حسن و عبدالله کیایی، تفسیر قانون مدنی؛ اسناد، آراء
و اندیشه‌های حقوقی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.