

نگاهی کوتاه به احاله در حقوق بین الملل خصوصی با تأکید بر حقوق ایران

غلامرضا موسی قزوینی*

تاریخ دریافت: ۹۱/۹/۷

تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۱/۳۰

چکیده

در یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی، وقتی قاضی صلاحیت خود را جهت رسیدگی احراز کرد، لازم است قانون صلاحیت دار را که باید بر اساس آن حکم صادر کند، بیابد. برای رسیدن به این منظور، می‌بایست دعوی را توصیف کند. سپس آن را در دسته ارتباطی مربوطه قرار داده و با اعمال قاعده حل تعارض مربوط به آن دسته، به قانون صلاحیت دار برسد. در اعمال قاعده حل تعارض، قاضی با دو وضعیت هماهنگی و تعارض قواعد حل تعارض مواجه شده، که یک شکل از تعارض، به صورت تعارض منفی یا احاله نمایان شده و آن وقتی است که قوانین هر یک از کشورهای درگیر در دعوی از خود سلب صلاحیت کرده و قانون کشور دیگر را صالح به رسیدگی می‌داند. در این نوشتار کوتاه به بررسی صورت های مختلف احاله در حقوق بین الملل خصوصی پرداخته و سپس حقوق ایران را در این زمینه مورد بررسی قرار می‌دهیم تا به موضع قانون‌گذار ایرانی در ارتباط با صورت های مختلف احاله آگاه شویم.

واژه‌های کلیدی: تعارض قوانین، توصیف، قواعد مادی یا ماهوی، قواعد حل تعارض، تعارض مثبت، تعارض منفی (احاله)

۱- مقدمه:

هرگاه یک وضعیت حقوقی بدلیل ارتباط با قوانین دو یا چند کشور، سبب شود که قانون هر یک از آن کشورها، احکام متفاوتی در آن ارتباط داشته باشند و نتایج مختلفی نیز از خود بجای بگذارند، بحث تعارض قوانین مطرح می‌گردد. به عبارت دیگر «مسئله تعارض قوانین هنگامی مطرح می‌شود که یک رابطه حقوق خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی، به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در چنین مواردی باید دانست، قانون کدامیک از این کشورها، بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد.» (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۷).

مثلاً فرض کنید یک زن و شوهر فرانسوی که مقیم ایران هستند، قصد طلاق از یکدیگر را دارند. و از دادگاه ایرانی تقاضای طلاق می‌کنند. قاضی با توجه به تابعیت غیر ایرانی آنها در اولین گام جهت رسیدگی، با این پرسش مواجه می‌گردد که براساس قانون کدام کشور به دادخواست طلاق آنها رسیدگی ماهوی کند؟ قانون ایران و یا قانون کشور فرانسه به‌عنوان قانون ملی آنان در اینجا با ماده ۷ قانون مدنی ایران مواجه می‌شود که مقرر کرده:

«اتباع خارجه مقیم در خاک ایران، از حیث مسایل 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.» از آنجا که در دسته بندی های رایج در حقوق بین الملل خصوصی، طلاق و ازدواج، جزء دسته ارتباطی احوال شخصیه قرار می‌گیرند، بنابراین قاضی ایرانی می‌بایست به استناد قانون فرانسه یعنی قانون دولت متبوع طرفین، به دعوی طلاق زن و شوهر فرانسوی رسیدگی و حکم صادر کند.

مثال دیگر: یک تاجر ایرانی با یک تاجر اماراتی در کشور هندوستان قراردادی با یکدیگر منعقد می‌سازند. بر اساس قرارداد، تاجر اماراتی متعهد می‌شود، ده هزار تن برنج هندی درجه A در مدت معین شده در قرارداد، در بندرعباس ایران به تاجر ایرانی تحویل دهد. اما در موعد مقرر به تعهدات خود عمل نمی‌کند. با

فرض اینکه اقامتگاه تاجر ایرانی در کویت و تاجر اماراتی در کشور امارات متحده عربی باشد، در صورتی که تاجر ایرانی برای احقاق حق به دادگاه ایران مراجعه نماید، قاضی با پرسش‌های متفاوتی مواجه می‌گردد، از جمله اینکه بر اساس قانون کدام کشور به دعوی مربوطه رسیدگی کند، قانون کشور هندوستان به عنوان محل انعقاد قرارداد؟ قانون ایران محل اجرای تعهد؟ قانون کشور کویت به‌عنوان قانون محل اقامتگاه خواهان یا قانون امارات متحده که محل اقامتگاه خواننده می‌باشد؟ یا اساساً قاضی به هیچ یک از موارد گفته شده، توجه نکرده و قانون خود را به موقع اجرا می‌گذارد. مسئله وقتی باز هم پیچیده‌تر می‌شود که طرفین قرارداد توافق کرده باشند در صورت اختلاف، که منجر به طرح دعوی در دادگاه کشوری گردد، قانون کشور سوئیس حاکم باشد. آیا قاضی ایرانی مکلف به تبعیت از این توافق هست یا خیر؟ اینها از مسائلی است که تحت عنوان تعارض قوانین قابل طرح می‌باشد.

۱- توصیف، قواعد حل تعارض و قواعد مادی یا ماهوی

به این مطلب اشاره شد، در یک دعوی حقوق بین‌الملل خصوصی، قاضی با فرض صلاحیت خود، باید به دنبال یافتن قانونی برود که در قضیه مطرح شده، صالح است. اما برای رسیدن به این هدف براساس تشخیص خود عمل نمی‌کند، بلکه می‌بایست از ساز و کارهایی استفاده کند که در قوانین دولت متبوع او پیش بینی شده است. که در اصطلاح قواعد حل تعارض نام دارد. لازم به توضیح است که چون روابط حقوقی متفاوت و متنوع هستند برای سهولت در یافتن قانون حاکم، آن دسته از روابط حقوقی که ویژگی‌های مشترک داشته و در اصطلاح هم‌سنخ هستند را در یک دسته قرار داده که در اصطلاح به آن دسته ارتباط گفته می‌شود. اصولاً هر قانون‌گذار ملی برای هر یک از دسته‌های ارتباطی یک قاعده حل تعارض وضع می‌کند که هم منافع آن کشور را تأمین کرده و هم قادر به حل و فصل مشکلات ناشی از روابط حقوقی در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی باشد. اما قاضی برای آنکه بتواند با اعمال قاعده حل تعارض به قانون صلاحیت دار

برسد، با یک سوال مواجه می‌شود: کدامیک از قواعد حل تعارض پیش بینی شده در قانون دولت متبوع خود را استفاده نماید؟ قواعد حل تعارض مربوط به احوال شخصیه، قواعد مربوط به دسته قراردادها، قواعد مربوط به دسته اموال و یا غیره؟ در اینجا در وهله نخست، قاضی باید بداند، دعوی در کدامیک از دسته‌های ارتباطی قرار می‌گیرد.

«قرار دادن یک رابطه حقوقی را در یکی از دسته های ارتباط توصیف می‌نامند.» (ارفع نیا، ۱۳۷۲:۵۲). هم‌چنین گفته شده که «توصیف عبارت از تعیین نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا گردد.» (الماسی، ۱۳۸۳:۱۰۳) یا تعیین ماهیت حقوقی عنصر اصلی دعوی و قرار دادن آن در دسته ارتباطی مربوطه.» (مکرمی، ۱۳۷۲:۵۴).

البته در تعیین ماهیت حقوقی عنصر اصلی دعوی، گاهی بین سیستم های مختلف حقوقی هماهنگی وجود دارد، مانند آنکه سیستم های حقوقی ایران و فرانسه، هر دو، ازدواج و طلاق را در دسته ارتباطی احوال شخصیه قرار می‌دهند. اما گاهی اوقات توصیف سیستم های حقوقی چند کشور از یک رابطه یا وضعیت حقوقی یکسان نیست. مثلاً ممکن است نفقه در کشوری جزء احوال شخصیه اما در کشور دیگر جزء دسته ارتباطی اموال باشد. این تعارض در توصیف، بعضاً سبب می‌شود قاعده حل تعارض متفاوتی نسبت به آن اجرا شود که ممکن است به آن منتهی گردد که قانون حاکم نیز تغییر یافته و احتمال تعارض در حکم هم وجود داشته باشد.

در تعارض در توصیف، سوال این است که قاضی چه شیوه ای برای حل این تعارض می‌بایست اعمال کند. توصیف به موجب قانون متبوع خود، توصیف به موجب قانون حاکم و یا توصیف بین المللی، هر یک از انواع این راه حل ها مزایا و معایبی را دربردارد که پرداختن به آن موضوع این بحث نیست، اما به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که علیرغم انتقادهای وارده، راه حل توصیف به موجب قانون کشور متبوع دادگاه یا همان توصیف به موجب قانون مقرر از قابلیت پذیرش زیادی

در توصیف اولیه و اصلی برخوردار است. و کاربرد توصیف به موجب قانون سبب یا حاکم در توصیف های فرعی یا ثانوی می‌باشد.

اما قواعد حل تعارض قوانین به چه قواعدی گفته می‌شود؟ قواعد حل تعارض قوانین در یک کلام مختصر، یعنی آن دسته از قواعد حقوقی یک کشور که اصل دعوی را حل نکرده، بلکه قانون صلاحیت دار را برای ما مشخص می‌سازد. و چون در دعاوی حقوق بین‌الملل خصوصی کاربرد دارد، اصطلاحاً به آن قانون بین‌المللی یک کشور هم گفته می‌شود. سایر قواعد که قاضی به استناد آن، دعوی را حل کرده و موجد حق هم به حساب می‌آیند، قوانین مادی یا ماهوی نام دارند. مهمترین قواعد حل تعارض قوانین ایران، مواد ۶، ۷ و ۹۶۳ تا ۹۶۹ قانون مدنی می‌باشند.

۲- اجرای قواعد حل تعارض

تاکنون به این نکته واقف شدیم که در یک دعوی حقوق بین‌الملل خصوصی، قاضی پس از آنکه صلاحیت خود را تشخیص داد، باید قانون صلاحیت دار را به منظور حل و فصل قضیه اجرا نماید. برای رسیدن به این مقصود، باید دعوی را توصیف کند. یعنی ماهیت حقوقی عنصر اصلی دعوی را تشخیص و آن را در دسته ارتباطی مربوط قرار داده و با اعمال قاعده حل تعارض مربوط به آن دسته ارتباطی به قانون صلاحیت برسد.

در اجرای قواعد حل تعارض، قاضی با دو وضعیت مواجه می‌شود:

الف: وقتی که قواعد حل تعارض کشورهای درگیر در دعوی مطرح شده با یکدیگر هماهنگ بوده و هیچ اختلافی میان آنها وجود نداشته باشد. به عنوان مثال در دعوی طلاق زن و شوهر ایرانی مقیم ایتالیا، قاعده حل تعارض ایتالیا در خصوص احوال شخصیه، قانون ملی و متبوع اشخاص را صالح به رسیدگی می‌داند. بنابراین دادگاه ایتالیایی در این قضیه قانون کشور ایران که قانون ملی زن و شوهر ایرانی است را به اجرا می‌گذارد. از طرف دیگر، چنانچه همین دعوی در دادگاه ایران نیز طرح گردد، قاضی ایرانی صرف نظر از محل اقامت آنان که کشور ایتالیا است، به استناد

ماده ۶ قانون مدنی ایران که نکاح و طلاق کلیه ایرانیان، حتی در صورتی که در خارج از کشور نیز اقامت داشته باشند، تابع قانون ایران می‌داند، بر اساس قانون ایران به دعوی طلاق آنان رسیدگی می‌کند. بنابراین ملاحظه می‌شود هر دو سیستم حقوقی ایران و ایتالیا طلاق و ازدواج را جزء دسته ارتباطی احوال شخصیه و در هر دو قانون ملی اشخاص باید به مورد اجرا گذاشته شود. یعنی اگر زن و شوهر ایتالیایی مقیم ایران در دادگاه ایرانی تقاضای طلاق نمایند، قاضی ایران با داشتن صلاحیت رسیدگی، بر اساس قانون ملی آن دو، یعنی قانون کشور ایتالیا، به آن رسیدگی و مبادرت به صدور حکم می‌کند.^۱

ب: وقتی که قواعد حل تعارض کشورهای که دعوی مطروحه به نحوی به آنها ارتباط پیدا کرده، با یکدیگر ناسازگار، ناهماهنگ و در اصطلاح متعارض باشند. این تعارض به دو شکل خود را نشان می‌دهد. وقتی که نتیجه تعارض قواعد حل تعارض منجر به آن می‌شود که هر یک از کشورهای درگیر در دعوی، قانون خود را صلاحیت دار بدانند. در اینجا به نوعی از تعارض می‌رسیم که به آن تعارض مثبت می‌گویند. به عنوان مثال:

زن و شوهر ایرانی مقیم انگلستان از دادگاه انگلیسی تقاضای طلاق می‌کنند. قاضی بر اساس قاعده حل تعارض انگلیسی مربوط به احوال شخصیه که قانون اقامتگاه افراد را قانون صلاحیت‌دار می‌داند به استناد قانون انگلیس که قانون محل اقامت آن دو است به دعوی رسیدگی کرده و رأی می‌دهد. اگر همین زن و شوهر، دعوی خود را در دادگاه ایران مطرح سازند، قاضی ایرانی به استناد قانون ملی خود یعنی ایران به آن رسیدگی می‌کند. به همین علت است که می‌گویند: در تعارض مثبت، «قاعده تعارض قوانین هر کشور، حاکی از صلاحیت قانونی همان کشور نسبت به قضیه است.» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۱۷)

شکل دیگر تعارض این گونه است که قاعده حل تعارض کشورهای که دعوی مطروحه به آنها ارتباط دارد، از خود سلب صلاحیت کرده و به قانون کشوری دیگر ارجاع می‌دهند. به عبارت دیگر: «قاعده‌ی تعارض قوانین هر کشور حاکی از نفی

صلاحیت از قانون کشور مقرر دارنده آن قاعده است.» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۱۷-۱۱۸) این نوع از تعارض، به «احاله» یا تعارض منفی موسوم است که به دو صورت احاله درجه اول و احاله درجه دوم خود را نشان می‌دهد. برای روشن تر شدن موضوع مثالی می‌زنیم:

«زن و شوهر انگلیسی مقیم ایران از دادگاه ایرانی تقاضای طلاق می‌کنند. قاضی بر اساس ماده‌ی ۷ قانون مدنی ایران که احوال شخصیه خارجیان مقیم ایران را تابع قانون ملی آنها می‌داند، در آن دعوی نیز قانون ملی اشخاص که همان قانون انگلیس باشد را صلاحیت دار تشخیص می‌دهد. اما پس از آنکه قاضی ایرانی به قانون انگلیس رجوع نمود، متوجه می‌شود که قاعده حل تعارض انگلیسی، رسیدگی به موضوع را تابع قانون محل اقامتگاه یعنی ایران می‌داند. یعنی قانون ایران به قانون انگلستان ارجاع و قانون آن کشور، مجدداً به ایران حواله می‌دهد. این نوع از تعارض منفی به احاله درجه اول معروف است. اما اگر همین زن و شوهر انگلیسی مقیم دانمارک بوده و دادخواست طلاق خود را به دادگاه ایرانی می‌دادند، قاضی با احاله درجه دوم مواجه می‌شد. یعنی در احاله درجه دوم، قاضی ایرانی رسیدگی به دعوی را تابع قانون ملی (انگلستان) دانسته، اما قانون ملی، آن را تابع قانون اقامتگاه (دانمارک) که در این فرض، کشور ثالث است می‌داند.

بنابراین برای به وجود آمدن احاله دو شرط لازم است:

الف: سیستم های حل تعارض قوانین کشورهای صاحبان دعوی و کشور مقرر دادگاه با یکدیگر متعارض باشد.

ب: نوع تعارض سیستم های حل تعارض قوانین منفی باشد. (فدوی، ۱۳۸۵: ۱۰۲)

۳- علت به وجود آمدن احاله

علت اصلی بوجود آمدن احاله، نگرش واحد به مجموعه قوانین حقوقی یک کشور است. به سخن دیگر در چگونگی اجرای قواعد حل تعارض در دعاوی دارای وصف حقوق بین‌الملل خصوصی، و نیز نوع تفسیری که از قواعد حل

تعارض می‌شود با دو دیدگاه مواجه هستیم. دیدگاه اول که حقوق ملی خارجی را تفکیک پذیر می‌داند. یعنی معتقد است وقتی قاعده حل تعارض کشور متبوع قاضی، به قانون کشور دیگری ارجاع می‌دهد، منظور کل قوانین آن کشور، اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی یا ماهوی نیست، بلکه فقط قواعد مادی یا ماهوی قانون خارجی است. و دیگر رجوع به قواعد حل تعارض کشور خارجی لازم نیست.

اما دیدگاه دیگر قایل به غیرقابل تفکیک بودن حقوق ملی خارجی می‌باشد. یعنی وقتی قواعد حل تعارض کشور متبوع قاضی به قانون کشور خارجی ارجاع می‌دهد، منظور کل قوانین آن کشور اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی یا ماهوی خواهد بود. و با این نوع نگرش اخیر است که احاله بوجود می‌آید. به عبارت بهتر اگر به هنگام رجوع به حقوق کشور خارجی فقط به مقررات مادی یا ماهوی آن کشور رجوع کنیم احاله بوجود نخواهد آمد. (مکرمی، ۱۳۷۵: ۱۱۱)

البته بررسی مقایسه‌ای و تطبیقی در خصوص احاله و چگونگی برخورد با آن و دیدگاه‌هایی که موافقین و مخالفین احاله دارند، موضوعی است که در این مقاله کوتاه فرصت پرداختن به آن نبوده و تحقیق و بررسی مفصل‌تری را طلب می‌کند. اما به طور کلی و به اختصار گفته می‌شود که کشورها در برخورد با احاله به دو دسته تقسیم می‌شوند.

اول کشورهایی که اساساً احاله را قبول ندارند. اینها کشورهایی هستند که قایل به تفکیک قواعد حل تعارض از قواعد مادی یا ماهوی هر کشور بوده و معتقدند وقتی قانون ما، به قانون کشور دیگری ارجاع می‌دهد، فقط منظور قوانین مادی یا ماهوی مربوط به موضوع در کشور خارجی است نه کل قوانین اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی یا ماهوی. مثل کشورهای ایتالیا، سوئد، نروژ، یونان که احاله را قبول ندارند.

دوم کشورهایی که احاله را قبول دارند. یعنی معتقدند وقتی قواعد حل تعارض آنها، به قانون کشور دیگری ارجاع می‌دهد، منظور کل قوانین آن کشور اعم از

قواعد حل تعارض و قواعد مادی یا ماهوی می‌باشد. کشورهای نظیر ایران، فرانسه، آلمان، ژاپن، انگلستان، احاله را پذیرفته‌اند. در این میان کشورهای نظیر فرانسه و بلژیک احاله اعم از درجه اول و درجه دوم را پذیرفته‌اند. اما باید در نظر داشت «در بعضی کشورها مثل فرانسه با اینکه احاله درجه دوم اصولاً پذیرفته شده ولی در پاره ای از موارد به علت مواجه شدن با ایراد تسلسل احاله‌ها، قبول آن را غیرممکن می‌دانند. به عبارت دیگر موارد احاله درجه دوم را به دو دسته تقسیم کرده، می‌گویند در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث مسئله را تابع قانون داخلی خود دانسته و تسلسل را متوقف می‌سازد باید احاله پذیرفته شود و برعکس، در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث، قانون داخلی خود را برای حل قضیه صلاحیت دار ندانسته و به قانون دیگری (مثلاً قانون دولت متبوع شخص و یا قانون کشور دیگری) احاله می‌دهد باید احاله را رد کرد.

(الماسی، ۱۳۸۳: ۱۲۹)

۴- احاله در حقوق در ایران

در حقوق ایران تا زمان لغو رژیم کاپیتولاسیون یا همان حق قضاوت کنسولی در سال ۱۳۰۷، قواعدی راجع به احاله وجود نداشت. در واقع این قواعد در جلد دوم قانون مدنی ایران که در سال ۱۳۱۳ به تصویب مجلس رسید، دیده می‌شود. ماده‌ی ۹۷۳ قانون مدنی ایران بیان‌کننده همین موضوع می‌باشد که در آن آمده: «اگر قانون خارجه ای که مطابق ماده‌ی ۷ جلد اول این قانون و 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 ارتباط با این ماده، در وهله نخست این پرسش مطرح می‌گردد که قانون‌گذار ایران احاله را در زمینه کدامیک از روابط حقوقی پذیرفته است؟

علت این پرسش آن است که برخی از نویسندگان در ابتدا این ادعا را مطرح ساخته‌اند که در قانون ایران، احاله درجه اول فقط در دسته ارتباطی اشخاص پذیرفته شده است. (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴: ۱۷۹) به عبارت دیگر احاله درجه اول

در ارتباط با موضوعاتی مانند ازدواج، طلاق، اهلیت، ارث و وصیت بوده و به سایر دسته‌های ارتباطی تسری پیدا نمی‌کند. در حالی که متن و مفهوم ماده‌ی ۹۷۳ اجازه چنین برداشتی را نمی‌دهد. اگر چه آن نویسنده سپس کوشش کرده تسری احاله به سایر دسته‌های ارتباطی را غیرممکن نداند و اضافه نموده ماده‌ی ۹۷۳ قانون مدنی ایران، تنها مفاد ماده‌ی ۷ قانون مدنی را شامل نمی‌شود، بلکه، شامل موادی از قانون مدنی است که به‌عنوان قواعد داخلی حل تعارض دو سویه به اجرای قانون خارجی منتهی می‌گردد.» (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۴۴). به‌نظر نگارنده برداشت اخیر مبنی بر قبول احاله در مواردی که طبق قواعد حل تعارض ایرانی، قانون خارجی صلاحیت دار است، قابل قبول می‌باشد.

در اینجا این سوال مطرح می‌شود که قانون‌گذار ایرانی چه نوع احاله‌ای را قبول کرده است؟ احاله درجه اول و یا احاله درجه دوم. علت طرح آن، ناشی از عبارات ماده‌ی ۹۷۳ قانون مدنی است که سبب گشته برخی معتقد به قبول احاله درجه اول و رد احاله درجه دوم و برخی هم قابل به قبول احاله درجه اول و قبول احاله درجه دوم به صورت مشروط گردند.

آن دسته از حقوق‌دانان ایرانی که معتقدند، در حقوق ایران فقط احاله درجه اول پذیرفته شده، می‌گویند ماده‌ی ۹۷۳ قانون مدنی دو بخش متمایز دارد. بخش اول که ناظر بر تکلیف قاضی در پذیرش احاله درجه اول بوده و بخش دوم مبنی بر تکلیف او بر عدم پذیرش احاله درجه دوم. (محمود سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۶-۱۲۵)

۱۲۵، الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۰-۲۸، نصیری، ۱۳۷۲: ۱۸۲)

دسته دیگر می‌گویند قانون‌گذار ایرانی در ماده‌ی ۹۷۳، احاله درجه اول را به‌صورت مطلق قبول کرده، اما احاله دوم را مشروط به پذیرش قاضی کرده‌است. یعنی دادگاه این اختیار را دارد که احاله درجه دوم را به‌پذیرد یا خیر. مکرمی، ۱۳۷۵: ۱۲۹، ارفع نیا، ۱۳۶۹: ۷۲) هر یک از دو دسته نیز دلایلی می‌آورند.

دسته اول که معتقد هستند قانون ایران فقط احاله درجه اول را پذیرفته، اولاً به برداشت مفهومی از آن ماده استناد کرده و دوم این‌که معتقدند: «با دقت کافی در

مندرجات این ماده به‌ویژه تعمق در عبارت مکلف نبودن دادگاه در رعایت احاله به قانون کشور دیگر غیر از ایران، معلوم می‌شود قانون‌گذار ایران به‌قاعده 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 به‌قانون ایران لازم و در مورد احاله به‌قانون کشور دیگر، لازم ندانسته‌است. (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۳۶)

اما موافقین قبول احاله درجه دوم در حقوق ایران به ظاهر عبارات ماده توجه کرده و معتقدند که احاله درجه اول به‌طور مطلق در حقوق ایران پذیرفته شده اما در مورد احاله درجه دوم، قانون‌گذار ایرانی «اولاً احاله درجه دوم را مطلقاً و بدون هیچ قید و شرطی نپذیرفته است بلکه آن را به صورت مشروط قبول کرده‌است. ثانیاً شرط قبولی احاله در حقوق ایران، پذیرش احاله درجه دوم توسط محکمه و قاضی است. یعنی قانون‌گذار در واقع به قاضی اجازه می‌دهد در صورتی که صلاح بداند قانون کشور ثالث را اجرا کند و اگر صلاح ندانست مجبور و مکلف به اجرای آن نیست.» (مکرمی، ۱۳۷۵: ۱۲۹)

یکی از اساتید حقوق بین‌الملل در ایران معتقد است این دیدگاه بسیار شبیه رویه در برخی کشورها مثل فرانسه است که احاله درجه دوم را پذیرفته‌اند. اما در عین حال در انتقاد از آن معتقد است: پذیرش این احاله به مانند کشور فرانسه نمی‌تواند قابل قبول باشد. زیرا در کشور فرانسه، قاعده اعمال قانون اقامتگاه به‌عنوان یک قاعده فرعی جانشین قاعده اجرای قابل ملی می‌گردد. در حالی که در سیستم حقوقی ایران، چنین قاعده‌ای وجود ندارد. (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۰)

اما ایراد مهم تری که به‌توان نسبت به پذیرش احاله درجه دوم در ایران آن هم بصورت مشروط گرفت، آن است که مبانی موافقت یا عدم موافقت قاضی در پذیرش احاله یا مخالفت با آن در قانون مشخص نشده و زمینه رفتار سلیقه‌ای قاضی را فراهم ساخته و مسلم است واگذاری تعیین تکلیف امر حقوقی و موکول

کردن آن به سلیقه قاضی، رسیدگی قضایی را در حد روش کدخدامنشی تنزل خواهد داد.

اگر چه موافقین احاله درجه دوم به صورت مشروط مجدداً به این نکته اشاره می‌کنند، حتی در احاله درجه اول که قاضی ایرانی، دعوی را تابع قانون ملی و قانون ملی آن را تابع قانون محل اقامتگاه دانسته و بدین سان قاضی ایرانی با پذیرش احاله درجه اول، قانون خود را اجرا می‌کند، فی الواقع قانون اقامتگاه را اجرا کرده است. همان قانونی که مد نظر قانون‌گذار خارجی بوده است. بنابراین چه اشکالی دارد در مواردی که قانون خارجی به قانون کشور ثالث ارجاع داده، در صورتی که آن قانون نیز (کشور ثالث) موضوع را تابع قانون خود بداند و به قانون کشور دیگری حواله ندهد، آن را به عنوان قانون صلاحیتدار، به موقع اجرا گذاریم؟ به نظر می‌رسد با این استدلال بتوان بخشی از آن ایراد مخالفین پذیرش احاله درجه دوم را در ایران برطرف ساخت. اما ایراد اساسی در مبانی پذیرش و عدم پذیرش احاله درجه دوم توسط قاضی ایرانی است. این ایراد به ویژه در نبود هرگونه تفسیر از این ماده و یا رأی وحدت رویه قضایی، بیشتر خود را نشان می‌دهد. در نتیجه چنانچه قاضی در رسیدگی به یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی مواجه با احاله درجه دوم شود و قانون کشور ثالث را اجرا کند مرتکب هیچ تخلفی از قانون نشده، کما اینکه چنانچه قانون خارجی کشور ثالث را اجرا نکرده باز هم تخطی از قانون نکرده است.

در هر حال به بررسی این موضوع پرداخته نمی‌شود که چنانچه قانون خارجی به هر دلیل قابل اجرا در ایران نباشد، بنا به یک نظر و با توسل به اصل درون مرزی بودن قوانین و اینکه اجرای قانون خارجی، استثنایی بر آن اصل می‌باشد، قاضی باید قانون خودش را (در اینجا قانون ایران) اجرا کند (نصیری: ۱۸- ۱۸۲ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۳۶-۲۳۸) و بنا به نظر دیگر باید قانون مناسب را در ارتباط با موضوع که در اینجا قانون ماهوی کشوری است که طبق قاعده حل تعارض ایرانی صلاحیت دار

تشخیص داده شده است. (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۲) زیرا بحث تفصیلی پیرامون این موارد از عهده این مقاله خارج است.

نتیجه گیری

دوام رشته‌ای به نام حقوق بین‌الملل خصوصی، می‌طلبد، حقوق‌دانان و قضات در کشورهایی که دارای سیستم‌های حقوقی متفاوت می‌باشند با تلطیف دیدگاهها و نگرش حقوقی تعدیل شده به سیستم‌های حقوق دیگر بنگرند. و چنان‌چه در رسیدگی به یک دعوای حقوقی که دارای وصف حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد، ناگزیر به اجرای قانون کشور خارجی شدند، به راه حل‌های ارائه شده در آن سیستم با نگاهی مثبت و راه‌گشا نگریده تا حیات و دوام رشته‌ای به نام حقوق بین‌الملل خصوصی امکان‌پذیر باشد. با این رویکرد قانون‌گذار ایران، احاله را در ماده‌ی ۹۷۳ قانون مدنی پذیرفته است. بر مبنای آن چنان‌چه براساس قواعد حل تعارض ایران قانون خارجی صلاحیت‌دار تشخیص داده شد و آن قانون نیز قانون کشور دیگر را صلاحیت‌دار دانست، باید نظر قانون‌گذار خارجی مد نظر واقع شود. اگرچه قانون کشور دیگر، ممکن است قانون دولت متبوع قاضی بوده و یا قانون کشور ثالث. مشکل پذیرش احاله در حقوق ایران این است که در باب پذیرش احاله درجه اول، موضوع شفاف و روشن بوده اما در خصوص احاله درجه دوم به علت سیاق عبارات ماده‌ی ۹۷۳ نگرش واحدی نسبت به آن وجود ندارد. که چنین وضعیتی شایسته یک سیستم قانون‌گذاری که داعیه حل و فصل دعوای حقوق بین‌الملل خصوصی را دارد، نمی‌باشد. اصلاح و تجدیدنظر در ماده‌ی ۹۷۳ و یا ارائه نظریه تفسیری پیرامون آن توسط مقنن، می‌تواند این نقیصه را رفع کند.

یادداشت‌ها

۱- در سیستم حقوقی فرانسه تا قبل از قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ طلاق و تفریق جسمانی اتباع خارجی مقیم فرانسه تابع قانون ملی آنان بود اما از آن به بعد تابع قانون

فرانسه گردید. رجوع کنید به: پروین، فرهاد، نگاهی دیگر به احوال شخصیه ایرانیان خارج از کشور، ۱۳۸۵، lawstudy.ir

منابع و مأخذ :

- ۱- ارفع نیا، بهشید، ۱۳۶۹ حقوق بین الملل خصوصی جلد ۲، تهران، انتشارات آگاه
- ۲- الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۳، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان
- ۳- سلجوقی، محمود، ۱۳۸۶، حقوق بین الملل خصوصی جلد ۲ تعارض قوانین- تعارض صلاحیت ها، تهران، نشر میزان
- ۴- محسن، شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۵- فدوی، سلیمان، ۱۳۸۵، تعارض قوانین در حقوق ایران با تاکید بر احوال شخصیه، تهران، انتشارات طرح نوین اندیشه
- ۶- مکرمی، علی محمد، ۱۳۷۵، حقوق بین الملل خصوصی ۲، جزوه دانشگاهی، تهران، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری،
- ۷- نصیری، محمد، ۱۳۷۲، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه

مقالات

- ۱- مکرمی، علی محمد، نقش احاله در تعارض منفی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره اول، تهران، ۱۳۷۵، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ایران