

نقش احاله در تعارض منفی

در ایران و سایر کشورها

علیمحمد مکرمی



مقدمه

بحث حاضر تحت عنوان " نقش احاله در تعارض منفی در ایران و سایر کشورها" کوشش و تلاشی است تا اولاً " مبداء ایجاد حرکت‌های حقوقی برای ایجاد وحدت و یکنواختی در قواعد و مقررات بین المللی و همچنین آراء صادره نسبت به دعاوی حقوق بین الملل خصوصی، بدون توجه به کشور مقر دادگاه و محل اقامه دعوی، را در نظامهای " کامن لا" و رومی - ژرمنی که نقش عمده ای در شکل - گیری اکثر سیستمهای حقوقی موجود در اروپا، آمریکا، و قسمتهای عمده ای از آفریقا، آسیا و اقیانوسیه داشته و دارند، بررسی نموده و ثانیاً " نظرات مخالفان و موافقان را در این دو مکتب، با توجه به نظام حقوقی " کامن لا" بدلیل اینکه تا بحال کمتر مورد بحث واقع شده است، مورد مطالعه قرار دهیم و نگاهی گذرا نیز به حقوق ایران و نهایتاً دیدگاههای حقوق بین الملل در این مورد بنماییم.

بنابراین بعد از مقدمه، در بخش اول تحت عنوان کلیات در صدد بررسی مفهوم بحث و علت ایجاد آن برآمده ایم و در بخش دوم به بررسی تطبیقی احاله در نظامهای " کامن لا"، رومی - ژرمنی و سیستم حقوقی ایران و حقوق بین الملل

پرداخته ایم و در بررسی هر دو نظام رویه های قضایی و نظریات موافق و مخالف علمای آن نظام و شیوه های پذیرفته شده مورد نقد و بررسی قرار گرفته است و نهایتاً نظر قانونگذار ایرانی و حقوق بین الملل از طریق نگرش اجمالی به کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه نیز مورد توجه قرار گرفته شده است. در پایان نیز با یک نتیجه گیری مختصر به این بحث خاتمه داده شده است.



بخش اول - کلیات

برای شروع بحث، در این بخش، نخست به بررسی مفهومی اصطلاحات لازم و ضروری، مانند مفهوم "تعارض قواعد حل تعارض"، مفهوم "تعارض منفی" و "احاله" و علت پیدایش و به وجود آمدن احاله خواهیم پرداخت.

عنوان اول: مفهوم اصطلاحات

در این بحث ما با دو اصطلاح "تعارض قواعد حل تعارض" و "احاله" به طور فراوان و مکرر برخورد خواهیم کرد. ابتدا در صدد یافتن مفهوم این دو اصطلاح بر خواهیم آمد تا با عنایت به مفهوم اعتباری که برای آنها قائل می‌شویم بتوانیم در ادامه بحث از آنها استفاده مورد نظر را بکنیم.

قسمت اول: تعارض قواعد حل تعارض

همان گونه که مستحضر هستید در حل و فصل دعاوی بین الملل خصوصی، همواره دو سوال اصلی و در عین حال مهم، از لحاظ زمانی، در اولین قدم نزد قاضی، وکیل پرونده و یا مشاور حقوقی آن دعوی به وجود می‌آید:

اول - دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به این دعوی، دادگاه یا دادگاههای کدام کشور یا کشورهاست؟

دوم - قانون صلاحیتدار و حاکم بر دعوی، قانون یا قوانین کدامیک از کشورهای درگیر در دعوی است؟

در مورد سوال اول، ممکن است بر اساس قوانین آیین دادرسی کشورهای درگیر در دعوی، چندین کشور دادگاههای خود را دارای صلاحیت برای رسیدگی به دعوی بدانند و یا بالعکس محاکم خود را دارای صلاحیت برای دعوی ندانند.

بنابراین بحثی در حقوق بین الملل خصوصی به وجود خواهد آمد به نام "تعارض دادگاهها" که یقیناً هر کشوری دارای قواعد و مقرراتی برای حل این تعارضات و تعیین دادگاه صلاحیتدار در آن دعوی خاص است که به آن قواعد و مقررات، "قواعد حل تعارض دادگاهها" می‌گویند. که این مورد، از بحث فعلی ما خارج است و فقط به اشاره، بسنده می‌شود.

در مورد سوال دوم، از آنجا که مفاد و محتوی قوانین و مقررات ملی کشورها در مورد موضوع و یا موضوعات واحدی با یکدیگر یکسان، یکنواخت و متحدالشکل نیستند و وحدت حقوقی لازم در تدوین قوانین و مقررات ملی کشورها، به دلایل عدیده، وجود ندارد، وقتی در یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی، که یقیناً مسأله حاکمیت حقوقی بیش از یک کشور در آن مطرح است، این سوال مطرح می‌شود که قواعد و مقررات و قوانین کدام یک از کشورهای درگیر در دعوی، حاکم بر دعوی است زیرا حاکمیت هر کدام از آن قوانین می‌تواند پاسخ متفاوتی برای دعوی به وجود آورد.

مثلاً مردی که تابعیت کشور "الف" را دارد دارای همسری است که دارای تابعیت کشور "ب" است. در صورتی که فرض کنیم کشور "الف" در قوانین ملی خود، نهاد "نفقه" را نپذیرفته است لیکن کشور "ب" نفقه زوجه را بر زوج واجب بداند، بدیهی است در صورتی که بخواهیم این دعوی را حل کنیم نخست باید ببینیم قانون کدامیک از دو کشور "الف" و "ب" (که مفاد آن با هم تعارض دارند) بر دعوی حاکم است؟ زیرا اگر قانون کشور "الف" حاکم شود قاضی نمی‌تواند حکم به الزام زوج به پرداخت نفقه را بدهد. لیکن اگر قانون کشور "ب" صلاحیت پیدا نماید قاضی موظف است زوج را ملزم به پرداخت نفقه به زوجه خود نماید. بنابراین در تعارض قوانین موجود در دعوی بین الملل خصوصی ما نیاز به قواعد و مقرراتی داریم که این تعارضات را حل نماید که به این قواعد اصطلاحاً "قواعد حل تعارض قوانین"^۱ می‌گوییم که هر کشوری طبیعتاً برای خود دارای قواعد حل تعارض قوانین خاصی است. مثلاً در مورد احوال شخصیه و حل دعاوی بین الملل خصوصی مربوط به احوال شخصیه قانونگذار ایرانی در ماده ۷ قانون مدنی "قاعده قانون دولت متبوع یا قانون ملی" شخص را پذیرفته و در موارد دیگری مانند مواد

۹۶۲، ۹۶۳، ۹۶۴، ۹۶۵ و ۹۶۷ قانون مدنی نیز بر آن تکیه و اصرار ورزیده است.

حال در حل و فصل دعاوی مربوط به بین الملل خصوصی و یا به عبارت دیگر دعاوی تعارض قوانین و در استفاده از " قواعد حل تعارض قوانین" در جهت حل و فصل آن دعاوی و به دلیل عدم وحدت حقوقی بین سیستمهای حقوقی موجود در دعوی، و بالنتیجه عدم وحدت در تدوین این " قواعد حل تعارض قوانین"، ممکن است بین خود " قواعد حل تعارض قوانین" کشورهای درگیر در دعوی نیز تعارض به وجود آید. لذا برای روشن شدن موضوع توضیح مختصری عرض می‌گردد:

زمانی که دعوی‌ایی از نوع تعارض قوانین نزد قاضی مطرح می‌شود باید نخست قاضی، پس از احراز صلاحیت محکمه خود، در صدد یافتن قانون حاکم بر آید. وی پس از تعیین ماهیت عنصر اصلی دعوی و تعیین اینکه این عنصر اصلی متعلق به کدامیک از دسته‌های ارتباطی قواعد حل تعارض، مانند احوال شخصیه، تعهدات و قراردادهای، اموال و ... است باید با اعمال " قاعده حل تعارض قوانین" مربوطه، قانون حاکم را پیدا نماید. حال در این مرحله دو فرض ممکن است اتفاق بیافتد:

اول، ممکن است " قواعد حل تعارض قوانین" درگیر در دعوی با هم یکسان بوده و هماهنگی داشته باشند. در این فرض فوراً قانون حاکم مشخص شده و قاضی باید به دنبال انشاء حکم برود. مثلاً " زن و مرد ایرانی مقیم ایتالیا می‌خواهند از یکدیگر طلاق بگیرند. طلاق عنصر اصلی دعوی و مربوط به احوال شخصیه است^۲ ". قواعد حل تعارض قوانین " پذیرفته شده در مورد احوال شخصیه، از دیدگاه قانونگذار ایرانی، قانون دولت متبوع شخص یا قانون ملی است (همان گونه که قبلاً آمد). قانونگذار ایتالیا نیز احوال شخصیه را تابع قانون ملی شخص می‌داند. ماده ۱۸ قانون مدنی ۱۹۴۲ ایتالیا مقرر می‌دارد:

" روابط شخصی بین زوجین بر اساس آخرین قانون ملی مشترک آنهاست. اگر اینچنین تابعیت مشترکی وجود نداشته باشد بر اساس قانون ملی

شوهر در زمان برگزاری مراسم ازدواج است.^۳

بنابراین قوانین ملی هر دو کشور قاعده "قانون ملی" را برای احوال شخصیه پذیرفته و در این مورد بین "قواعد حل تعارض قوانین" دو کشور هماهنگی و وحدت نظر وجود دارد. بنابراین، تعیین قانون حاکم بر دعوی بسیار ساده است. اگر قاعده حل تعارض ایران را اعمال کنیم قانون حاکم، قانون ایران خواهد بود و اگر قاعده حل تعارض کشور دیگر درگیر در دعوی (ایتالیا) را نیز حاکم کنیم آن هم قانون ملی زوجین، یعنی قوانین ایران را حاکم می‌داند. پس در این فرض هماهنگی و وحدت بین قواعد حل تعارض وجود دارد و یافتن قانون حاکم و صلاحیت‌دار هم بسیار ساده است.

دوم، وقتی قاضی می‌خواهد برای حل و فصل دعوی بین الملل خصوصی و تعیین قانون حاکم از "قواعد حل تعارض قوانین" استفاده نماید گاهی ممکن است بین قواعد حل تعارض کشورهای موجود در دعوی، برخلاف فرض اول وحدت و هماهنگی وجود نداشته باشد و بالعکس تعارض وجود داشته باشد. در این فرض امکان تعیین قانون حاکم به سادگی مورد اول نیست. مثلاً فرض بفرمایید زن و مرد ایرانی مقیم انگلستان بخواهند طلاق بگیرند. قاضی انگلیسی، با عنایت به تعارض در مفاد قوانین داخلی و ملی ایران و انگلیس، باید ببیند از بین این دو قانون متعارض کدامیک را باید بر دعوی حاکم نماید. برای تعیین قانون حاکم باید متوسل به "قواعد حل تعارض قوانین" مربوط به احوال شخصیه شود. اما در این دعوی قاعده مربوط به احوال شخصیه ایران قانون ملی طرفین یعنی ایران را حاکم می‌داند در حالی که قاعده حل تعارض احوال شخصیه انگلیس قانون محل اقامتگاه^۴ زوجین، یعنی قوانین انگلیس^۵ را حاکم می‌داند. بنابراین ملاحظه می‌شود که خود "قواعد حل تعارض قوانین" که برای حل تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم به کار می‌روند خود، در بعضی مواقع با یکدیگر تعارض دارند.

3- Rudolf B. Schlesinger, "Comparative Law-Cases-Text - Material", Second Edition, 1960, London, Stevens & Sons Limited.

4- C.O.W. Muller, International Choice of Law to Determine the Validity of Marriage, 2 Howard Law Journal, 21-56 (1956).

۵- برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به: Foreign Marriage Act 1892 مواد ۸-ه و Foreign M.A., 1947 مواد ۳-۴ (قانون نکاح خارجی ۱۸۹۲ و ۱۹۴۷).

بنابراین منظور ما از به کار بردن کلمه " تعارض " در عنوان این بحث " تعارض بین قواعد حل تعارض قوانین " است.

قسمت دوم: تعارض منفی

" قواعد حل تعارض قوانین " در دعاوی بین المللی خصوصی به دو صورت قابل تصور است:

اول - تعارض مثبت " قواعد حل تعارض قوانین ".

دوم - تعارض منفی " قواعد حل تعارض قوانین ".

در ذیل در مورد هر کدام توضیح مختصری تقدیم می‌گردد:

گاهی نتیجه تعارض بین " قواعد حل تعارض قوانین " به گونه ای خواهد بود که هر یک از کشورهای درگیر و موجود در دعوی حقوق بین الملل خصوصی قوانین داخلی و ملی خود را حاکم بر دعوی می‌دانند. مثال فوق الذکر مصداقی از این نوع تعارضات است. وقتی زن و مرد ایرانی مقیم انگلیس می‌خواهند طلاق بگیرند، قاعده حل تعارض قوانین ایران مربوط به احوال شخصیه، دعوی را تابع قانون ملی طرفین^۶ یعنی قوانین ایران می‌داند، در حالی که قاعده حل تعارض قوانین انگلیس در احوال شخصیه دعوی را تابع قوانین داخلی و ملی کشور محل اقامتگاه^۷ آنان، یعنی انگلیس می‌داند. بنابراین گاهی " قواعد حل تعارض قوانین " موجود در یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی با یکدیگر به گونه ای تعارض دارند که نتیجه آن تعارض، این است که هر یک از کشورهای درگیر در دعوی، قوانین و مقررات ملی و داخلی خود را حاکم می‌دانند. به این نوع تعارض بین قواعد حل تعارض قوانین " تعارض مثبت قواعد حل تعارض " اطلاق می‌شود.

گاهی تعارض بین " قواعد حل تعارض قوانین " وجود دارد اما نتیجه آن تعارض مانند مثال فوق الذکر نیست، بلکه تعارض به گونه ای است که کشور یا کشورهای درگیر در دعوی، براساس " قواعد حل تعارض قوانین " خود، قانون یا قوانین و مقررات داخلی و ملی خود را حاکم نمی‌دانند بلکه قوانین مقررات ملی

6- The Law of Nationality.

7- The Law of Domicile.

کشور دیگری را حاکم می‌دانند. مثلاً تصور فرماید زن و مرد انگلیسی مقیم ایران دعوی به خواسته طلاق را نزد محاکم جمهوری اسلامی ایران اقامه نمایند. قاضی ایرانی، پس از احراز صلاحیت محکمه خود و تعیین ماهیت عنصر اصلی دعوی، که طلاق و از جمله دعاوی مربوط به احوال شخصیه است، باید با استفاده و اعمال قواعد حل تعارض قوانین، قانون حاکم بر دعوی را پیدا نماید. وقتی به قاعده حل تعارض قوانین، مربوط به احوال شخصیه کشور خود رجوع می‌نماید می‌بیند قاعده "قانون ملی" را پذیرفته است. پس درمی‌یابد که قوانین ملی ایران بر دعوی حاکم نیست بلکه قوانین ملی انگلیس حاکم است. اما قاضی انگلیسی هم وقتی به قاعده حل تعارض قوانین کشور خود - مربوط به احوال شخصیه - رجوع می‌کند می‌بیند که سیستم حقوقی او هم قاعده محل اقامتگاه را پذیرفته است، یعنی قوانین ایران را. پس قاضی انگلیسی هم می‌گوید که قوانین ملی من حاکم نیست. پس همان طور که ملاحظه می‌فرمایید سیستم حقوقی هر دو کشور درگیر و موجود در دعوی معتقدند که قوانین ملی آنها حاکم نیست. به عبارت دیگر نفی صلاحیت قوانین ملی خود بر دعوی را می‌نمایند. به این نوع تعارض بین "قواعد حل تعارض قوانین" تعارض منفی^۸ یا "احاله"^۹ می‌گویند. البته بین این دو اصطلاح تفاوت‌های مفهومی و کاربردی ظریفی در نظام‌های حقوقی موجود، و حتی بعضاً در سیستم‌های حقوقی موجود در یک نظام حقوقی وجود دارد که حتی المقدور، در این بحث سعی در بیان بعضی تفاوت‌های نظری و عملی یا کاربردی آنها، به صورت تطبیقی می‌باشد.

عنوان دوم: علت به وجود آمدن احاله

در نحوه اعمال "قواعد حل تعارض قوانین" در دعاوی حقوق بین الملل خصوصی و همچنین تفسیر مفاد "قواعد حل تعارض قوانین" در سیستم‌های مختلف حقوقی، دو نوع تفسیر و شیوه کاملاً متفاوت وجود دارد. این دو شیوه عبارتند از:

اول - شیوه تفکیک پذیر بودن حقوق ملی خارجی.

دوم - شیوه غیرقابل تفکیک بودن حقوق ملی خارجی.

8- Renovi / Ruckverweisung.

9- Dicey and Morris, "The Conflict of Laws", Tenth Edition, Volume 1, 1980, London, Stevens & Sons Limited.

قاضی مقر دادگاه وقتی به "قواعد حل تعارض قوانین" خود رجوع می‌نماید، در صورتی که آن قاعده وی را به حاکمیت قانون و حقوق ملی کشور دیگری راهنمایی نماید وی برای اعمال حقوق آن کشور دو راه حل در پیش رو دارد. عده ای معتقدند که منظور "قواعد حل تعارض قوانین" از اعمال حقوق کشور خارجی فقط اعمال قوانین و مقررات جاریه و یا به قول حقوقدانان بین الملل خصوصی فقط اعمال "قوانین مادی و ماهوی" آن کشور است و ما نباید به سراغ "قواعد حل تعارض قوانین" آن کشور برویم زیرا قاعده حل تعارض ما گفته برای حل این دعوی باید به قوانین و مقرراتی از آن کشور رجوع کرد که دعوی را حل و فصل می‌نماید. مثلاً اگر زن و مرد انگلیسی مقیم ایران می‌خواهند در ایران طلاق بگیرند، این عده معتقدند که وقتی قاضی ایرانی به قواعد حل تعارض خود رجوع می‌نماید، قواعد حل تعارض ایران قانون ملی آنان، یعنی حقوق انگلیس را حاکم می‌داند. اما منظور از حقوق انگلیس رجوع به کل حقوق انگلیس از جمله قواعد حل تعارض آن کشور نیست بلکه فقط رجوع به قوانین و مقررات مربوط به طلاق است. پس لازم نیست که ما به کل سیستم حقوقی انگلیس رجوع کنیم بلکه دعوی با رجوع به مقررات طلاق آن کشور حل می‌شود.

در حالی که دسته دوم معتقدند که حقوق ملی و داخلی یک کشور غیرقابل تفکیک توسط قضات و یا حقوقدانان است. بنابراین وقتی که "قواعد حل تعارض قوانین" مربوط به احوال شخصیه ایران، قانون حاکم بر دعوی را قوانین و حقوق انگلیس می‌داند، منظور از این ارجاع، ارجاع به کل حقوق انگلیس از جمله "قواعد حل تعارض قوانین" حقوق آن کشور است و وقتی ما به "قواعد حل تعارض قوانین" انگلیس رجوع می‌کنیم می‌بینیم که حقوق انگلیس قوانین خود را حاکم بر دعوی نمی‌داند بلکه حقوق کشور محل اقامتگاه آنان را حاکم می‌داند.

بنابراین دلیل اصلی "احاله" و "تعارض منفی قواعد حل تعارض قوانین" نگرش واحد داشتن به کل سیستم حقوقی و غیرقابل تفکیک بودن حقوق ملی و داخلی کشورهاست. بدیهی است اگر ما در رجوع به حقوق کشور خارجی فقط به قوانین و مقررات مادی یا ماهوی آن کشور رجوع کنیم احاله هرگز به وجود نمی‌آید.

بخش دوم – بررسی تطبیقی احاله

در این بخش به بررسی تطبیقی احاله در کشورها و سیستمهای نظام حقوقی "کامن لا"^{۱۰} در سیستمهای نظام حقوقی رومی - ژرمنی^{۱۱}، در سیستم حقوقی ایران و در حقوق بین المللی تحت عناوین زیر خواهیم پرداخت:

عنوان اول - احاله در انگلیس و سایر کشورهای "کامن لا".

عنوان دوم - احاله در سیستمهای رومی - ژرمنی.

عنوان سوم - احاله در ایران.

عنوان چهارم - احاله در حقوق بین الملل.

در ذیل عرایضی مختصر در مورد عناوین فوق تقدیم می‌گردد:

عنوان اول: احاله در انگلیس و سایر کشورهای "کامن لا"

در این بحث، ما پس از بیان مقدمه ای به بررسی نظریات و تئوریه‌ها و عملکرد موجود در مورد احاله در انگلیس و سایر سیستمهای متعلق به نظام حقوقی "کامن لا" خواهیم پرداخت و در پایان نظرات مخالفان احاله در "کامن لا" را بررسی خواهیم کرد.

قسمت اول - مقدمه

از لحاظ تاریخی احاله در حقوق انگلیس و از آنجا در سایر کشورهای عضو خانواده "کامن لا" به قرن هفدهم (۱۶۵۲) برمی‌گردد، یعنی از زمانی که در

10- Common Law Family of Law.

11- Civil Law Family of Law.

پارلمان انگلیس^{۱۲} در این مورد تصمیم گیری شد و یا به تصمیمات محاکم انگلستان در قرن نوزدهم در دعوی کالیور علیه رواز^{۱۳} یا دعوی فرر علیه فرر^{۱۴}، اشاره شد. همان روزها از بدو امر مفهوم احاله در "کامن لا" همان گونه که در سایر سیستمها و نظامهای حقوقی بوده و می‌باشد شکل گرفت. در اثبات این عرایض دو مثال عملی از حقوق انگلیس را در ذیل عرض می‌کنم:

در دعوی (Re Ross)، خانمی که اقامتگاه عملی و انتخابی او ایتالیا بود (۱۹۳۰)، براساس وصیتنامه خود، کل اموال خود را به یکی از اقوام دور خود وصیت کرد و تنها پسر خود را از ارث محروم نمود. پس از مرگ وی پسر او در سال ۱۹۳۰، در یکی از محاکم انگلستان اقامه دعوی برای تحصیل سهم خود از ترکه - یعنی آنچه براساس قانون ایتالیا می‌توانست دارا شود - را می‌نماید. ذی نفع براساس وصیتنامه مدعی می‌گردد که طبق قوانین انگلستان - که او مدعی حاکمیت آن بر دعوی بوده - وی مستحق کل ترکه است. از آنجا که براساس قواعد حل تعارض قوانین انگلستان در مورد ترکه منقول، قانون محل اقامتگاه^{۱۵} و نسبت به ترکه اموال غیرمنقول قانون محل وقوع مال غیرمنقول^{۱۶}، حاکم است، دادگاه انگلستان براساس قانون محل اقامتگاه و محل وقوع، نسبت به ترکه منقول و غیرمنقول متوفی رسیدگی کرد. از آنجا که متوفی دارای اقامتگاه در ایتالیا بود، دادگاه انگلستان رسیدگی را براساس قوانین ایتالیا ادامه داد. اما چون محاکم ایتالیا، قانون حاکم بر ترکه منقول را تابع قانون ملی متوفی می‌دانستند محاکم ایتالیا مجدداً دعوی را به محاکم انگلیس و حقوق آن کشور ارجاع دادند.

همین نحوه رسیدگی نسبت به ترکه غیرمنقول وی نیز اتفاق افتاد.

در دعوی دیگری در ۱۹۴۷^{۱۷}، یک مرد مقیم انگلیس براساس وصیتنامه خود اموال غیرمنقول خود را واقع در اسپانیا به شخصی که در زمان او فوت کرده

12- Decisions of Parliament of Rones of 1652.

13- Callvier V. Revaz (1841), 2. Court 855.

14- Farer V. Ferere, (1877), 2. P.D. 94.

15- Lex Domicillii.

16- Lex Situs.

17- Re Dure of Wellengton (1047) Ch. 506.

و دوک ولینگتون^{۱۸} بود، وصیت نمود. آن مرد در سال ۱۹۴۳ در حالی که مجرد بود در یک دعوی به قتل رسید. در زمان مرگ او، دوک مربوطه به دو قسمت انگلیسی و اسپانیایی تقسیم شده بود. خواهر متوفی در قسمت اسپانیایی زندگی می‌کرد و عموی او در قسمت انگلیسی دوک بود. متوفی دو وصیتنامه داشت و در هر دو اموال غیرمنقول خود را به دوک ولینگتون وصیت نموده بود. از آنجا که پس از مرگ او دو "دوک نشین" وجود داشت بر اساس قوانین دوک نشین انگلیسی اموال غیرمنقول فقط به وارث مذكر می‌رسید لیکن دوک نشین اسپانیایی تفاوتی بین جنسیت وارث قائل نبود. تفسیر وصیتنامه نزد محاکم اسپانیا و انگلیس مطرح شد. بر اساس قواعد حل تعارض انگلیس اموال غیرمنقول واقع در اسپانیا تابع قانون محل وقوعشان یعنی اسپانیا بود. بنابراین محاکم انگلستان قانون حاکم بر دعوی را قانون اسپانیا می‌دانستند لیکن اسپانیا این احاله را نمی‌پذیرفت و ترکه را تابع قانون ملی شخص یعنی انگلستان می‌دانست و قاضی مجبور شد قوانین داخلی خود مربوط به ترکه، یعنی انگلستان را اعمال نماید.

قسمت دوم - نظریه های مربوط به احاله در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، هم در محاکم و هم در کتب حقوق آنان، خصوصاً در یکصد سال اخیر، تئوریه‌ها و نظریه های مختلفی در مورد احاله مطرح شده است، که با عنایت به نقش آراء قضایی و دکترین در حقوق "کامن لا" جهت بررسی احاله در حقوق "کامن لا" ناچار از بررسی آنها می‌باشیم.

فالگون بریج، در فصل هشتم کتاب تعارض قوانین^{۱۹} خود، سه نظریه در مورد احاله مطرح نموده است:

- الف - تئوری دادگاه خارجی^{۲۰}.
- ب - تئوری حق محفوظه.
- ج - احاله قسمتی و احاله کامل^{۲۱}.

18- Ciudad Rodrigo.

19- G.O. Falconbridge, Conflict of Laws, Ch. 8, P.167.

20- Partial Renovi and Total Renovi.

21- The Foreign Court Theory.

موریس^{۲۲} نیز در چاپ ششم کتاب تعارض قوانین خود سه تئوری را در مورد احاله مطرح کرده است که عبارتند از:

الف - تئوری داخلی.

ب - تئوری احاله قسمتی.

ج - تئوری احاله کامل.

لورن زن نیز در کتاب تعارض قوانین خود دو تئوری زیر را مطرح می‌نماید:

الف - اسقاط متقابل^{۲۳}.

ب - احاله کامل.

چشیز نیز در چاپ هشتم کتاب تعارض قوانین یا حقوق بین الملل خصوصی خود دو تئوری احاله دادگاه خارجی، و تئوری محکمه خارجی یا احاله مضاعف را مطرح می‌نماید.

در ذیل عرایض مختصری را نسبت به عمده نظریه های مربوط به احاله - که در محاکم انگلستان نیز موضوع احکام مربوطه قرار گرفته و می‌گیرند - تقدیم می‌داریم. این نظریه ها عبارتند از:

الف - نظریه اسقاط متقابل.

ب - نظریه احاله کامل^{۲۴}.

ج - نظریه محکمه خارجی یا احاله مضاعف.

الف - نظریه اسقاط متقابل

نظریه پردازان اصلی این تئوری آقایان وان بار^{۲۵} و وست لیک^{۲۶} هستند.

22- Dicey and Morriss, Conflict of Laws, 6th ed. PP. 64-82.

23- The Mutual Disclaimer Theory.

24- The Theory of Renovi Proper.

25- Von Bar.

26- Westlake.

آنان معتقدند که تمامی قواعد حل تعارض در حقوق بین الملل خصوصی، قواعد واقعی هستند که براساس آن یک کشور، به منظور اجرای حقوق خصوصی، صلاحیت حقوق خود یا کشورهای خارجی را تعریف می‌کند.

وان بار نظرات خود را - که در جلسه انستیتو حقوق بین الملل در نوشتار^{۲۷} ارائه نمود - براساس فرضیه های زیر اعلام می‌دارد:

۱- هر کشوری همان گونه که حقوق خود را اجراء می‌نماید حقوق سایر کشورها را نیز مدنظر قرار می‌دهد.

۲- در صورت نبودن مقررات صریح، حقوق خود را اجراء می‌نماید.

۳- نسبت به اتباع خارج از کشور خود در مورد احوال شخصیه آنان حق اسقاط حقوق خارجی را دارد و می‌تواند احوال شخصیه را براساس قانون محل اقامتگاهشان یا محل وقوع فعل اعمال نماید.

۴- می‌تواند با اجرای آراء دو یا چند سیستم حقوق خارجی، مشروط بر اینکه مشخص باشد که یکی از آن سیستمها دارای صلاحیت هستند، موافقت نماید.

وست لیک معتقد است که مقننین در تدوین قواعد حل تعارض خود، خود را محدود به سرزمین خود نمی‌نمایند^{۲۸}. بلکه به طور قیاسی این قاعده خود را نسبت به سایر حوزه های قضایی و قانونگذارها نیز تسری می‌دهند. براساس این اصل کشوری مانند انگلیس یا دانمارک، به قضات خود توصیه می‌نماید تا اهلیت اشخاص مقیم در خارج از کشور خود را برای نوشتن وصیتنامه براساس قانون اقامتگاهشان تعیین کند در حالی که قانونگذار ایتالیایی، که تابعیت را ملاک تشخیص اهلیت می‌داند، قضات خود را راهنمایی می‌کند که تشخیص دارا بودن اهلیت یا عدم اهلیت اشخاص سایر کشورها را براساس قانون ملی آنان قرار دهد^{۲۹}.

وست لیک می‌گوید براساس این نظریات، مقننین - اگرچه - و قانونگذارانی

27- Institute of International Law Held at Neuchatel in 1900.

۲۸- مانند مواد ۶، ۹۶۶، ۹۶۸ و... قانون مننی.

۲۹- مانند مواد ۶، ۷، ۹۶۳، ۹۶۴ و ۹۶۵ قانون مننی.

مانند ایتالیا می‌توانند مقرراتی را برای اشخاصی که در کشور دیگری مقیم هستند (مانند اتباع خود) وضع نمایند (که معمولاً همین کار را می‌کنند)، قانونگذارانی مانند انگلیس و دانمارک نمی‌توانند مانند ایران یا ایتالیا برای اتباع خود که در خارج از کشور هستند وضع قاعده نمایند و معمولاً در این موارد ساکت هستند (اگرچه این حق همیشه برای آنان محفوظ است). بنابراین وی معتقد است یک راه حل سومی برای این خلاء قانونی و قانونگذاری لازم است و آن این است که در نبود قانون دیگری، قانون معمول و مادی آن کشور را حاکم نمایند. این می‌تواند بدان معنی باشد که یک دانمارکی یا انگلیسی مقیم ایتالیا در دانمارک یا انگلیس فرض می‌شود که در ۲۱ سالگی دارای اهلیت لازم برای نوشتن وصیتنامه می‌شود در حالی که در ایتالیا فرض بلوغ و دارای اهلیت شدن او در سن ۱۹ سالگی است زیرا قانونگذار ایتالیایی این سن را برای بلوغ و اهلیت پذیرفته است (پذیرش احاله درجه اول).

در مورد احاله درجه دوم گرچه بدواً وست لیک معتقد به پذیرش آن بود لیکن سپس پیرو نظریه وان بار قبول آن را رد کرد و گفت که در مرحله نخست این وظیفه قاضی است که تعیین نماید رابطه حقوقی مطروحه متعلق به چه سیستمی است. اگر آن سیستم حقوقی که رابطه مطروحه متعلق به آن است بگوید که متعلق به او نیست و حقوق او حاکم نیست دیگر لزومی ندارد که قاضی به کشور ثالثی رجوع نماید و باید قانون مقر یعنی قانون خود را حاکم نماید.^{۳۰}

به طور خلاصه، نظریه اسقاط متقابل وان بار و وست لیک معتقد است که در تمامی مواردی که تعارض بین قانون مقر و قانون کشوری خارجی وجود دارد، یعنی هر جایی که قواعد حل تعارض تعارض دو کشور مختلف بوده و تعارض داشته باشد، فرض می‌شود که هیچ قانون داخلی بر رابطه حقوقی قابل اعمال نیست. بنابراین یک خلاء و نبود قانونی حاکم بر رابطه وجود دارد که باید پر شود و بهترین راه حل آن است که توسط قانون داخلی مقر دادگاه پر شود یا بدانگونه که وست لیک می‌گوید توسط قانون مادی یا ماهوی مقر دادگاه.^{۳۱} براساس این نظریه احاله درجه

30- Dicey and Morriss, 5th ed. Appendix I and Westlake (Chapter II).

31- Ordinary Law of Forum.

دوم رد می‌شود زیرا معتقدند که قاضی در صورتی که در دادگاه کشور خارجی نشسته باشد اقدام به صدور رأی نخواهد کرد.

تنها اختلاف نظر بین وست لیک و وان بار در این است که وست لیک این تئوری "اسقاط متقابل" را نسبت به کلیه دعاوی تعارض قوانین تسری می‌دهد در حالی که وان بار این تئوری را فقط نسبت به احوال شخصیه جاری می‌داند.^{۳۲}

مخالفان این تئوری از جمله بازتی^{۳۳}، این نظر را به سه دلیل مورد انتقاد قرار می‌دهد:

اول، اینکه هیچ یک از کشورهایایی که برای احوال شخصیه قاعده ملی یا قاعده اقامتگاه را می‌پذیرند (کشوری که قاعده ملی را برای اتباع خارجی در خاک خود می‌پذیرد یا کشوری که قاعده اقامتگاه برای اتباع خود در خارج از کشور را می‌پذیرد) خود را ذی نفع نمی‌دانند. بنابراین صحیح نیست که بگوییم مقررات مربوط به قانون مدنی ایتالیا نسبت به یک انگلیسی که مقیم ایتالیاست قابل اعمال نیست.

دوم، اینکه در احاله درجه دوم، کشور ثانی نمی‌گوید که قانونی بر دعوی حاکم نیست بلکه قانون سیستم حقوقی کشور سوم را حاکم بر دعوی می‌نماید. بنابراین خلاء قانونی وجود ندارد که کشور اولی قانون خود را حاکم نماید.

سوم، اینکه اشتباه اساسی این تئوری در این است که کشور مقر همیشه تصور می‌کند که فقط خودش دارای قواعد حل تعارض است و فکر می‌کند همواره از طریق اجرای قواعد حل تعارض خودش تعارض و تجاوزی نسبت به حقوق سایر کشورها نمی‌نماید. کشورها باید بپذیرند که هر کشوری قواعد حل تعارض خاص خودش را دارد که ممکن است با قواعد حل تعارض سایر کشورها مختلف باشد. هر کشوری نباید اجرای قواعد حل تعارض خود را وسیله ای برای تجاوز به حقوق سایر سیستمهای حقوقی قرار دهد.^{۳۴}

البته ایرادات دیگری نیز به این تئوری گرفته شده است که نسبت به ایرادات

32- Westlake, Private International Law, 7th ed., 1925, PP. 143-150.

33- Buzzati.

34- Dicey and Morriss, 6th ed., PP. 58-63.

فوق از اهمیت کمتری برخوردارند. مثلاً آقای لورنز معتقد است که این تئوری فاقد سابقه تاریخی است^{۳۵}.

ب - نظریه تئوری احاله کامل

علمای طرفدار این نظریه، از جمله بنتویچ^{۳۶}، در بحثی تحت عنوان قانون اقامتگاه در ارتباط با حقوق ارثیه و نظریه احاله، در حمایت از این نظریه می‌گویند که در اصل "احاله" ارجاع به تمامی حقوق خارجی از جمله قواعد حل تعارض آن کشور نیست بلکه فقط به حقوق داخلی آن کشور است. او می‌گوید فرض کنید در یک دعوی کشور A دعوی را احاله می‌دهد به کشور B و کشور B که کشور محل اقامتگاه است دعوی را احاله می‌دهد به کشور A به عنوان کشور متبوع شخص و کشور A این احاله را می‌پذیرد و قانون داخلی خود را اعمال می‌کند. اما اگر ما توجه به اصل کنیم می‌بینیم آنچه که اتفاق افتاده است این است که قانونی که بدواً حاکم بر موضوعات است قانون محل وقوع است و کشور A بدواً بر اساس این اصل عمل کرده است. کشور A به دلایل انگیزه‌ها و مصلحت بین المللی و حفظ یک نهاد وراثت و ارثیه، از صلاحیت خود به نفع صلاحیت کشور B کناره‌گیری می‌کند اما کشور B به دلایل خاص مفاهیم حقوقی و قانونی خود، از این امتیاز گذشت کرده و بهره‌گیری نمی‌کند و آن را قبول نمی‌نماید. بنابراین نتیجتاً کشور صاحب صلاحیت بدوی به طور صحیح و درستی قاعده خود را اعمال می‌نماید و قانون خود را اعمال می‌نماید و دلیلی ندارد که رد کشور B را نپذیرد زیرا او درحقیقت این اصل را اعمال می‌کند که هر موضوعی تابع سرزمین محل وقوع خود است^{۳۷}.

در هر حال در این نظریه نیز مانند نظریه اسقاط متقابل، نتیجه اعمال قانون مقرر می‌گردد اما پایه و اساس دو تئوری با هم متفاوت است. اساس تئوری احاله

35- Lorenzen, *The Renovi Theory and Application of Foreign Law*, P. 19.

36- Bentwich, *The Law of Domicile and its Relation to Succession and the Doctrine of Renovi*.

37- W. M. Reese and M. Rosenberg, *Conflict of Laws-Cases and Materials*, 1964, PP. 65-76.

کامل بر این فرض است که قواعد حل تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی هر کشوری، از طریق یک توافق فرضی بین المللی، جهت لازم الاجراء شدن و اعمال قوانین سایر کشورهای دیگر است در صورتی که کشوری این اجراء را نپذیرفت، قانون مقر اجراء خواهد شد.

ج - نظریه دادگاه خارجی

در سال ۱۸۴۱ یک قاضی انگلیسی، سر هربرت جنر^{۳۸}، نظریه دادگاه خارجی را، برای اولین بار، در دعوی کالیر، که یک دعوی ترکه مربوط به متوفی انگلیسی مقیم بلژیک و فوت شده در بلژیک بود بدین قرار تحریر نمود:

"دادگاهی که در اینجا تشکیل شده است تصمیم می‌گیرد در مورد اشخاصی که نسبت به آن قانون اطلاع و مهارت کافی دارند و تصمیم می‌گیرد مثل آنکه اگر در بلژیک تشکیل می‌شد^{۳۹}."

بدیهی است که نظر ایشان این بوده که در این دعوی، حقوق انگلیس، قاضی انگلیسی را ملزم می‌نماید که قانون بلژیک یعنی قانون محل اقامتگاه متوفی را اعمال نماید. سپس قاضی انگلیسی با نگرش به حقوق بلژیک درمی‌یابد که براساس قوانین بلژیک، ترکه متوفی باید براساس قانون ملی متوفی، یعنی انگلیس، تقسیم گردد. همچنین قاضی باید دریابد که بلژیک احاله را نپذیرفته است. بنابراین قاضی انگلیسی در این دعوی بر طبق حقوق بلژیک باید تصمیم‌گیری نموده و رأی دهد. یعنی قاضی انگلیسی باید تصمیم بگیرد که اگر قاضی دادگاه بلژیکی بود چگونه رأی می‌داد. در این نظر، بدیهی است که قاضی باید تصمیم بگیرد اگر قاضی دادگاه بلژیکی می‌بود و احاله را می‌پذیرفت دعوی هرگز به رأی نمی‌رسید و دعوی به یک دور بی پایان از طرف حقوق انگلیس به قوانین بلژیک و بالعکس منجر می‌شد. برای فرار از این دور، باید فقط به حقوق داخلی انگلیس ارجاع نمود نه به کل سیستم حقوقی انگلیس از جمله قواعد حل تعارض آن و بدین وسیله دعوی را براساس حقوق انگلیس رأی داد.

38- Sir Herbert Jenner.

39- Collier V. Reva (1841), 2 Court 855.

البته بعضی از حقوقدانان انگلیسی از جمله لورنز معتقد به محدود بودن این نظریه، و فقط مربوط به احاله درجه اول بودن آن، بودند و در احاله درجه دوم که ارجاع به کشور ثالث است این نظریه را فاقد کاربرد می‌دانستند.^{۴۰}

قسمت سوم - مخالفان احاله در " کامن لا "

نظریه احاله فقط از لحاظ عدم وجود دلایل تاریخی و منطقی مورد انتقاد در " کامن لا " قرار نگرفته است. بلکه عمده مخالفان احاله در " کامن لا " از لحاظ اصولی با " کامن لا " مخالفند. عمده نظرات مخالفان در این مورد را می‌توان به قرار ذیل خلاصه نمود:

۱- در صورتی که حقوق کشور خارجی نیز نظریه احاله را بپذیرد، به دلیل به وجود آمدن دور و تزلزل^{۴۱}، بعد از آن به طور منطقی هیچگونه راه حلی برای احاله وجود نخواهد داشت^{۴۲}.

۲- معمولاً قبول احاله و رجوع به حقوق کشور خارجی رجوع به حقوق کشوری است که آن حقوق حتی در بین محاکم آن کشور دچار اختلاف نظر و رأی است و گاهی حتی در آن کشور دعوایی سالها برای تصمیم گیری در دیوان عالی آن کشورها معطل می‌شود. چگونه ممکن است یک دادگاه خارجی غیر آشنا به حقوق آن کشور بتواند آن وظیفه سنگین را، بدون آشنایی با حقوق آن کشور به طور صحیح در کشور خودش و توسط دادگاه خودش انجام دهد^{۴۳}.

۳- این نظریه در اجراء، باعث مخدوش شدن هدف حقوق بین الملل خصوصی مبنی بر ایجاد " وحدت حقوقی " در بین کشورها خواهد شد. یعنی برای هر دعوی یک قانون خاصی حاکم خواهد شد^{۴۴}.

40- Lorenzen, The Renovi Theory and Application of Foreign Law, P. 22.

41- Circulus Inextricabilis.

42- Reese and Rosenberg, Conflict of Laws, PP. 589-612.

43- Ibid.

44- Ibid.

۴- احاله فقط، نه تنها راه حل مناسبی برای اعمال قانون مقرر^{۴۵} نیست بلکه می‌تواند منجر به اعمال همه قوانین کشورهایی که درگیر در دعوی هستند باشد.

مثلاً "یک مرد انگلیسی مقیم ایتالیا، قراردادی را در آن کشور منعقد می‌نماید که برای نقض آن قرارداد دعوی در هندوستان اقامه می‌گردد. دفاع دعوی عدم اهلیت خواهان است. با عنایت به اینکه اهلیت از موارد احوال شخصیه است و قواعد حل تعارض انگلستان احوال شخصیه را تابع قانون محل اقامتگاه شخص می‌داند، در حالی که ایتالیا آن را تابع قانون ملی شخص و قرارداد را حقوق انگلیس تابع " قانون محل انعقاد عقد^{۴۶} " می‌داند، بنابراین براساس نظریه های آقایان وست لیک و وان بار، قانون هندوستان به عنوان قانون مقرر، حاکم خواهد شد در حالی که در این مورد هندوستان هیچگونه ارتباطی با دعوی الا مطرح شدن دعوی در آن کشور نداشته و ندارد. یا در دعوی دیگر که در هندوستان برای اجرای وصیتنامه مرد فرانسوی نسبت به اموال غیرمنقول او که در نیویورک بوده، اقامه شده، براساس قواعد حل تعارض مقرر، قاعده حل تعارض محل وقوع مال بر دعوی حاکم است اما براساس حقوق فرانسه قانون ملی متوفی حاکم است. براساس نظریه های فوق، حقوق هندوستان تعیین تکلیف دعوی خواهد کرد.

لورنز می‌گوید^{۴۷}:

" حدی که این تئوری در آن اجرا می‌شود، اجرای انحصاری حقوق ماهوی (مادی) یا حقوق داخلی کشور مقرر است و این همه ایثاری است که حقوق بین الملل خصوصی توانسته است در طی قرون گذشته به دنیای حقوق بین الملل اهداء نماید."

البته تئوری " دادگاه خارجی" نیز بهتر از این نیست زیرا در صورتی

45- Lex Fori.

46- Lex Loci Contractus.

47- Lorenzen, P. 72.

که حواله قانون در آن تئوری مدنظر گرفته شود ممکن است منجر به راه حلی گردد که مجدداً قانون مقرر دادگاه حاکم گردد گرچه در مورد دیدگاههای دیگر آن، مانند تخفیف و گذشت قانونگذار یا قاضی، دارای نقایصی است که دیگر تئوریهها ندارد و جای بحث آن در این مقاله نیست.

۵- نظریه "دادگاه خارجی" دارای ابهام مفهومی و عملی است. بعضی از حقوقدانان، مانند چشیر^{۴۸} معتقد به مبهم بودن نظر دادگاه خارجی هستند. آنها می‌گویند فرض کنیم دعوی در نزد قاضی انگلستان در مورد نحوه تقسیم ترکه موجود در انگلستان متعلق به شخص مقیم در روسیه مطرح است. تئوری دادگاه خارجی محکمه انگلیسی را هدایت به اجرای قانون محل اقامت خود می‌نماید و مدعی است دادگاه انگلستان باید همان رأی را صادر نماید که دادگاه محل اقامت - یعنی روسیه - صادر خواهد کرد. جنر، یکی از طرفداران این نظریه، معتقد به لحاظ نمودن وقایع و اوضاع و احوال واقعی در دعوی می‌باشد. در حالی که دسیس دیگر طرفدار این نظریه معتقد است که باید وضعیت حاکم بر دعوی ندیده گرفته شود و فرض شود که اموال در روسیه می‌باشد تا دادگاه انگلستان بتواند خود را دادگاهی در روسیه تصور کرده و حقوق آنجا را حاکم نماید^{۴۹}.

آقای موریس معتقد است که به عنوان یک نظریه کاملاً عملی، به نظر می‌رسد که یک دادگاه نباید مسوولیت تعیین اینکه یک دادگاه خارجی نسبت به دعوی چه تصمیمی را می‌گیرد به عهده بگیرد مگر اینکه مورد از موارد استثنایی بوده و فواید تعیین نهایی تصمیم دادگاه خارجی، نسبت به مضرات آن به طور کامل برتری داشته باشد^{۵۰}. البته در اکثر موارد تعیین این برتری بر اساس تفسیری است که قانون مقرر از حقوق داخلی و ملی خارجی می‌نماید.

موارد استثنایی مورد نظر آقایان موریس و دسیس عبارتند از:

48- Cheshire, 2nd ed. P. 27.

49- Dicey and Morriss, 10th ed., PP 64-82.

50- Dicey and Morriss, 8th ed., PP 68-70.

اول - حق مالکیت نسبت به اموال غیرمنقول خارجی، که باید براساس قانون کشور محل وقوع حل و فصل گردد.

دوم - حق مالکیت نسبت به اموال منقول خارجی، که باید براساس قانون احاله شده حل و فصل شود.

سوم - نکاح، اصل نکاح باید براساس قانون اقامتگاه شخص حل و فصل گردد.

چهارم - شکل یا تنظیم وصیتنامه، آنان معتقدند که کاربرد احاله نسبت به اعتبار رسمی وصیتنامه‌ها باید استثناء شود حتی نسبت به اموال غیرمنقول^{۵۱}.

موريس استفاده از احاله را در احاله درجه دوم قويا" حمايت مي‌کند و مي‌گويد که جايي که قانون خارجي مشخص شده توسط دادگاه انگليسي قانون کشور ثالثي را حاکم بداند اعمال قانون کشور ثالث بهترين راه حل است^{۵۲} و ادامه مي‌دهد که تنها استثناء وقتي است که قانون کشور ثالث خود را حاکم نداند. در اين صورت ديگر دليلي براي اعمال احاله وجود ندارد.

عنوان دوم: احاله در سيستمهاي رومي - ژرمني

در اين بحث، به دليل تاثيرپذيري علمای حقوق بين الملل خصوصي ايراني، چه در تدوين قواعد و مقررات مربوط به اين رشته حقوقی و چه در مباحث نظري، از مکاتب اروپاي پري - خصوصا" مکاتب اخير فرانسوي (مانند مکتب فرانسوي قبل از جنگ جهاني اول و يا مکتب فرانسوي نوين) - مباحث احاله در سيستمهاي رومي - ژرمني در کتب مخصوصه تعارض قوانين به تفصيل بحث شده است و بنابر اين حقير در اين جا به بيان مختصر عرايضي، در اين عنوان، بسنده مي‌کنم.

قسمت اول: تاریخچه اعمال احاله در سیستمهای حقوقی رومی - ژرمنی

تا اواخر قرن نوزدهم تقریباً در کلیه سیستمهای حقوقی رومی - ژرمنی قضات خود را ملزم به مراجعه به قواعد حل تعارض کشور دیگری نمی‌دیدند بلکه پس از مراجعه به قواعد حل تعارض خود (در صورتی که چنین قواعدی می‌داشتند) قانونی را که قاعده حل تعارض آن را صالح می‌دید اجراء می‌نمودند و در صورتی که چنین قواعدی نمی‌داشتند مستقیماً قوانین ملی خود را اجراء می‌نمودند.

اولین باری که مسأله احاله در این کشورها مطرح گردید در دعوایی معروف به فورگو^{۵۳} در فرانسه بود که حل آن هفت سال طول کشید. تا در سال ۱۸۷۸ دیوان عالی کشور فرانسه به موجب حکمی احاله را صریحاً و رسماً قبول کرد. قضیه از این قرار بود که فورگو طفل نامشروعی از اهالی باویر آلمان بود که از پنج سالگی با مادر خود به فرانسه رفته بود و تا ۶۸ سالگی که در فرانسه فوت کرد موفق به گرفتن اجازه اقامت قانونی در فرانسه نشد^{۵۴}.

او علی‌رغم ۶۳ اقامتگاه عملی در فرانسه باز دارای اقامتگاه قانونی در باویر آلمان بود. وی پس از وفات خود در سال ۱۸۶۹ مقداری ترکه منقول برای ورثه خود که جز خاله و دایی او نبودند، به جا گذاشت. آنان نیز پس از فوت فورگو دعوی به خواسته ترکه متوفی در فرانسه اقامه نمودند. در آن موقع در محاکم فرانسه این سوال مطرح شد که قانون حاکم بر دعوی، قانون کدام کشور است، فرانسه به عنوان محل اقامتگاه عملی متوفی یا باویر آلمان به عنوان کشور محل اقامتگاه قانونی وی. نتیجه عملی این اختلاف هم این بود که براساس قانون فرانسه خاله و دایی متوفی (که طفلی نامشروع بود) ارث نمی‌بردند در حالی که قانون باویر آنها را مستحق ترکه می‌دانست. قانون فرانسه، براساس قواعد حل تعارض خود، قانون اقامتگاه قانونی وی را - باویر - حاکم می‌دانست لیکن قانون باویر قانون اقامتگاه عملی متوفی را حاکم می‌دانست و این اولین بار بود که یک قانون حاکم خارجی

52- Ibid., P. 65.

53- Forgo.

۵۴- در آن تاریخ براساس ماده ۱۳ قانون منعی فرانسه، بیگانگان نمی‌توانستند دارای اقامتگاه قانونی (نه اقامتگاه عملی) باشند.

خود را جرح می‌کرد و دعوی را به قانون مقرر دادگاه یعنی فرانسه احاله می‌کرد. اداره خالصجات فرانسه - به عنوان ذی‌نفع در صورت حاکمیت قانون فرانسه - استدلال کرد که قانون حاکم یعنی باویر اصرار بر حاکمیت قانون فرانسه دارد بنابراین باید قانون فرانسه اجراء شود که دادستان کل فرانسه استدلال اداره خالصجات فرانسه را در سال ۱۸۷۸ پذیرفت و قانون فرانسه بر دعوی حاکم شد.

۳۴ بعد در سال ۱۹۱۰ دیوان عالی کشور فرانسه همین نظریه را در دعوی معروف به سولیر^{۵۵} (که تبعه آمریکا بود) صریحاً پذیرفت و در اواسط قرن بیستم نیز احاله درجه دوم در فرانسه پذیرفته شد (اولین بار در دعوی معروف به پاتینو^{۵۶} که قانون ملی یک زن و شوهر بولیوی به قانون اسپانیا در مورد محل انجام مراسم ازدواج داده بود). به دنبال فرانسه، آلمان، بلژیک و... از سیستمهای رومی - ژرمنی احاله را پذیرفتند.

قسمت دوم: نظر مخالفان احاله در سیستمهای رومی - ژرمنی

از معروفترین مخالفان وجود احاله آقایان بارتین^{۵۷} و پیله^{۵۸} هستند. آنان معتقدند که احاله جنبه امری قاعده حل تعارض را رد می‌کند. آنها می‌گویند که قاعده حل تعارض، قاعده کشور مقرر دادگاه است نه قاعده کشور خارجی و از آنجا که هر کشوری، خود قواعد حل تعارض خود را تعیین می‌کند، وقتی این قاعده، قانون کشوری خارجی را صالح تشخیص دهد در حقیقت قانون داخلی کشوری خارجی را صالح تشخیص می‌دهد نه قواعد حل تعارض را. زیرا تعارض قبلاً با مراجعه به قاعده حل تعارض کشور مقرر دادگاه حل شده و احتیاجی به مراجعه به قاعده حل تعارض جدید نیست. مضافاً آنکه واگذاری تعیین قلمرو اجرای قوانین هر کشور به قاعده حل تعارض خارجی نوعی ترک اقتدار و عدم اعمال حاکمیت تلقی می‌گردد. بعضی دیگر از حقوقدانان رومی - ژرمنی مانند بوزاتی^{۵۹} احاله را مانند بازی تنیس دانسته اند که قانون حاکم مانند توپ تنیس مرتب از یک قانونی به قانون دیگر حواله

55- Soulier.

56- Patino.

57- Bartin.

58- Pillet.

59- Buzati-Tennis International.

داده می‌شود و همین طور الی آخر و نهایتاً این حواله دادن پایانی ندارد و ایجاد دور می‌نماید.

قسمت سوم: نظریه موافقان احاله در سیستمهای رومی — ژرمنی

از طرفداران معروف احاله در سیستمهای رومی — ژرمنی می‌توان از آقای هنری باتیفول^{۶۰} و آقای نی‌بویه^{۶۱} نام برد. آنان ضمن اینکه نظریه حاکمیتی بودن و اهرم اعمال حاکمیت بودن قواعد حل تعارض را رد نموده اند و معتقدند قواعد حل تعارض قوانین، قواعدی است که احتمال ایجاد روابط بین المللی بین اشخاص را ممکن می‌کند و همچنین در ایجاد دور در احاله، خصوصاً احاله درجه دوم معتقدند که مسأله احاله هنگامی مطرح می‌شود که قانون قابل اعمال خارجی از خود سلب صلاحیت نماید که در این صورت چون قاعده حل تعارض دچار اشکال می‌گردد و عملاً دعوی بدون قانون حاکم می‌ماند و قاضی نمی‌تواند دعوی را به دلیل فقدان قانون حاکم بدون رسیدگی و حکم رها کند، پس مجبور و موظف می‌شود که قانون مقر را بر دعوی حاکم نماید^{۶۲}.

علاوه بر این اکثر علمای بین الملل خصوصی رومی — ژرمنی، ضمن قبول اصل اجرای قانون هدایت شده از طرف قاعده حل تعارض مقر، احاله را به عنوان اجرای قانون فرعی پذیرفته اند اگرچه بعضی از آنان الزاماتی مانند نظم عمومی، نظم داخلی و منافع افراد را هم مطرح نموده اند^{۶۳}.

عده ای از آنان مانند نی‌بویه نیز معتقدند رجوع به قواعد حل تعارض کشور مورد احاله نتیجه مهندی اجرای قواعد حل تعارض کشور مقر است و راهی برای قاضی مقر الا رجوع به کل سیستم حقوقی کشور دیگر نمی‌ماند.

این طرفداران احاله ایجاد هماهنگی بین سیستمهای مختلف حقوقی، سهولت

60- Henry Batiffol.

61- Niboyet.

62- Batiffol and Lagarde, Droit International Prive (6th ed. 1974-1976) / Morriss and Dicey, (10th ed.), PP. 64-82.

63- Ibid.

در اجرای احکام خارجی، سهولت در شناسایی اعمال خارجی را نیز از دیگر فواید قبول احاله دانسته اند.

امروزه از لحاظ پذیرش احاله، سیستمهای عضو خانواده رومی - ژرمنی دارای وحدت حقوقی نیستند. بعضی از این سیستمها مانند فرانسه، بلژیک احاله را، اعم از درجه اول و یا درجه دوم به طور مطلق پذیرفته اند^{۶۴} در حالی که بعضی از سیستمهای حقوقی مانند سیستمهای حقوقی ایتالیا، سوئد، نروژ و یونان به طور کلی احاله را، اعم از درجه اول و یا درجه دوم، قبول نکرده اند.

عنوان سوم: احاله در حقوق ایران

در حقوق موضوعه ایران تا زمانی که در روابط و حقوق بین المللی خصوصی ایران سیستم کاپیتولاسیون برقرار بود^{۶۵} قواعدی راجع به احاله وجود نداشت. اما با تصویب کتاب اول جلد دوم قانون مدنی در ۲۷ بهمن ماه و ۲۱ اسفند ماه ۱۳۱۳ قانون مدنی ایران نیز در حقوق خود احاله را مدنظر قرار داد و ماده ۹۷۳ گویای نظر قانونگذار ایرانی در این مورد است. ماده ۹۷۳ مقرر می‌دارد:

" اگر قانون خارجه ای که 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 آنکه احاله به قانون ایران شده باشد."

با در نظر گرفتن مفاد ماده ۹۷۳ می‌توان نتایج زیر را استنتاج نمود:

۱- قانونگذار ایرانی در قسمت اخیر ماده ۹۷۳، احاله درجه اول را به طور مطلق پذیرفته است آنجا که می‌فرماید: " مگر آنکه احاله به قانون ایران شده باشد."

۶۴- منظور از احاله درجه اول، احاله ای است که در آن قواعد حل تعارض کشور مقرر قوانین خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند بلکه حقوق کشور دیگری را دارای صلاحیت می‌داند. اما با رجوع به قواعد حل تعارض آن کشور می‌بینیم آن کشور نیز قوانین خود را حاکم نمی‌داند بلکه قوانین کشور مقرر را حاکم می‌داند. اما احاله درجه دوم زمانی است که با رجوع به حقوق کشور دوم درمی‌یابیم که بر اساس قواعد حل تعارض خود، قوانین خود را حاکم نمی‌داند اما قوانین کشور مقرر را هم حاکم نمی‌داند بلکه حقوق کشور ثالثی را حاکم می‌داند.

۲- اما در مورد احاله درجه دوم که در صدر ماده آمده است:

" اگر قانون خارجه ای که مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون (مربوط به احوال شخصیه) یا بر طبق مواد فوق (که همگی قواعد حل تعارض مربوط به اموال، قراردادهای و اسناد و... می‌باشند) رعایت گردد و به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست.

به نظر می‌رسد قانونگذار ایرانی اولاً "احاله درجه دوم را مطلقاً" و بدون هیچگونه قید و شرطی نپذیرفته است بلکه آن را به صورت مشروط قبول کرده است. 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 اجراء کند و اگر صلاح ندانست مجبور و مکلف به اجراء آن نیست.

مثلاً اگر زن و مرد انگلیسی مقیم بلژیک در محاکم ایران بخواهند طلاق بگیرند، قاضی پس از احراز صلاحیت محکمه، براساس ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی، جهت تعیین قانون حاکم با رجوع به ماده ۷ قانون مدنی، قانون ملی آنان یعنی انگلیس را حاکم می‌داند اما حقوق انگلیس قانون حاکم را قانون محل اقامتگاه آنان، یعنی بلژیک می‌داند و ارجاع به حقوق بلژیک می‌نماید. صدر ماده ۹۷۳ قانون مدنی به قاضی ایرانی اجازه می‌دهد که، در صورتی که بخواهد حقوق و قوانین بلژیک را اجراء نماید و در صورتی که صلاح نداند مکلف به این اجراء نیست.

بنابراین به نظر می‌رسد قانونگذار ایرانی احاله درجه اول را به صورت مطلق پذیرفته است لیکن احاله درجه دوم را به صورت مشروط در صورتی که قاضی ایران نخواهد قانون کشور ثالث در احاله درجه دوم را اجراء نماید بدیهی است که مکلف به رعایت قانون مقرر دادگاه، یعنی ایران خواهد بود.

عنوان چهارم: احاله در حقوق بین الملل

در آخرین قسمت از بحثهای مربوط به بررسی تطبیقی احاله، به بررسی احاله

در حقوق بین الملل پرداخته و نگاهی اجمالی به مواد کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ لاهه^{۶۶}، در مورد تعارضات منفی بین قواعد حل تعارض مربوط به اقامتگاه قانون ملی می‌پردازیم.

قبل از بررسی، لازم به ذکر است که پیش نویس این کنوانسیون در اکتبر ۱۹۵۱ در کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی مورد تصویب قرار گرفته بود.

ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه مقرر می‌دارد:

" زمانی که قواعد حل تعارض اقامتگاه شخص، قانون ملی وی را حاکم بداند، اما قواعد حل تعارض کشور متبوع او، قانون اقامتگاه وی را حاکم بداند، هر یک از کشورهای امضاء کننده کنوانسیون، باید مقررات حقوق داخلی محل اقامتگاه وی را حاکم نمایند."

همان گونه که ملاحظه شد ماده ۱ کنوانسیون صراحتاً "احاله درجه یک را پذیرفته است. (وقتی دعوی در محل اقامتگاه شخص، اقامه شده باشد) قاضی مقرر اقامتگاه، شخص را مکلف به رعایت احاله داده شده از طرف قاعده حل تعارض ملی وی می‌نماید. و در این مورد مهم نیست که دعوی در کدام کشور مطرح شده است.

یک فرض هم ممکن است اتفاق بیافتد که با همین تصور دعوی به صورت احاله درجه دوم باشد و اینکه دعوی در محلی به غیر از محل اقامتگاه شخص مطرح شود و قاعده حل تعارض مقرر به قانون محل اقامت او احاله دهد و قواعد حل تعارض اقامتگاه به قانون ملی شخص و اگر در آنجا قواعد حل تعارض ملی شخص قانون اقامتگاه را صالح بداند قانون اقامتگاه باید اجراء شود. در این فرض باید بگوییم کنوانسیون، احاله درجه دوم را نپذیرفته است.

فرض سوم این است که قاعده حل تعارض کشور مقرر قانون ملی شخص را حاکم بداند ولی قاعده حل تعارض ملی شخص قانون محل اقامتگاه شخص را حاکم بداند، در این صورت حتی اگر قاعده حل تعارض اقامتگاه شخص قانون ملی را حاکم بداند کنوانسیون، محاکم کشور محل اقامتگاه را ملزم به رعایت این احاله

درجه دوم نموده است و بنابراین امضاء کنندگان را از رجوع به حقوق ملی خود منع کرده است.

ماده ۲ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

" زمانی که قاعده حل تعارض محل اقامتگاه شخص و قاعده حل تعارض کشور متبوع وی، هر کدام قانون محل اقامتگاه او را حاکم بدانند، هر یک از امضاء کنندگان کنوانسیون باید مقررات حقوق داخلی محل اقامتگاه وی را حاکم نمایند."

مجدداً در مورد ماده ۲ هم همان سه فرض فوق قابل تصور بوده و بنابراین کنوانسیون هم احاله درجه یک و هم درجه دو را - اما درجه یک را در یک فرض مطلق و درجه دو را مشروط به شرط ماده " قواعد حل تعارض محل اقامتگاه شخص و قاعده حل تعارض کشور متبوع وی هر کدام قانون محل اقامتگاه او را حاکم بدانند" - پذیرفته است.

ماده ۳ نیز دقیقاً از لحاظ شروط حقوقی مانند ماده ۲ می‌باشد اگرچه جای کشور حواله دهنده و احاله گیرنده به نظر می‌رسد، جابجا شده باشد. ماده ۳ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

" زمانی که قواعد حل تعارض محل اقامتگاه شخص و قواعد حل تعارض کشور متبوع وی هر کدام قانون ملی او را حاکم بدانند، هر یک از کشورهای امضاء کننده کنوانسیون باید مقررات حقوق داخلی کشور متبوع (قانون ملی) وی را حاکم نمایند."

مجدداً همان گونه که ملاحظه می‌فرمایید هر سه فرض قابل تصور در مواد ۱ و ۲ کنوانسیون در این مورد نیز قابل پیش بینی است و هم احاله درجه یک و هم احاله درجه دو، با عنایت به اینکه کشور مقرر دادگاه کجا باشد، توسط کنوانسیون پذیرفته شده است و روح حاکم بر این سه ماده، یعنی ایجاد نرمش حقوقی نزد قضات کشورهای امضاء کننده کنوانسیون برای ایجاد وحدت و یکنواختی در تعیین قانون حاکم، به صورت قوی در خصوص این سه ماده ملاحظه می‌شود.

بخش سوم - نتیجه

آنچه که اساس و پایه وجود و ادامه حیات رشته ای به نام حقوق بین الملل به معنای عام کلمه و حقوق بین الملل خصوصی به معنای خاص را تضمین می‌کند این است که قضات ملی کشور دارای نرمش حقوقی برای نگرشی به سیستمی حقوقی بجز سیستم حقوقی خود باشند. اگر روزی علمای حقوق بین الملل بخواهند توقع داشته باشند یک سیستم واحد و یکنواخت و متحدالشکلی در زمینه های مختلف حقوقی حاکم بر روابط بین المللی باشد شرط این حاکمیت این است که قاضی حقوق داخلی کشورها، تنها به سیستم حقوقی خود به عنوان تنها راه حل دعاوی ننگرد و بپذیرد که جهت حل و فصل دعاوی می‌توان به سیستمهای حقوقی دیگر نیز توجه کرد.

با عنایت به این نکته فطری حقوقی است؛ که حتی شارع مقدس علی‌رغم پذیرش کامل بودن دین مبین اسلام و در نتیجه حقوق انتزاعی از آن، قاضی خود را مکلف می‌نماید در احوال شخصیه اهل ذمه بر اساس حقوق خاص آنان - نه حقوق اسلامی - رای دهد هرچند که نظام و سیستم حقوقی اسلام بنا به اعتقاد شارع مقدس دارای ایراد حقوقی هم نمی‌باشد و مصون از تعرض است. این مطلبی بوده است که قرن‌ها حقوقدانان داخلی و بین المللی به دنبال مکانیزمی برای اجراء آن بوده اند. احاله مکانیزم ایجاد نرمش حقوقی نزد قضات داخلی است. احاله قاضی را مکلف می‌نماید به سیستم یا سیستمهای حقوقی بجز سیستم حقوق ملی خود نیز عنایت نماید.

نظام حقوق اسلامی این نرمش حقوقی، احاله را، از زمان تدوین احکام مقدس خود در چهارده قرن پیش، پیش بینی نموده است. نظام حقوق "کامن لا" از قرن هیجدهم در صدور آراء خود دوره تکوینی احکام مربوط به احاله را شروع نموده است و نظام حقوقی رومی - ژرمنی در اواخر قرن نوزدهم به دنبال ایجاد این نرمش حقوقی برآمده است و در حقوق ایران از اوایل قرن بیستم با تدوین جلد دوم

قانون مدنی در اواخر سال ۱۳۱۳ و اوایل ۱۳۱۴، با پذیرش احاله این وسعت نظر در نگرش به سیستمهای حقوقی دیگر و نهادن گام اولیه در راه متحدالشکل و یکنواخت کردن قواعد و مقررات و همچنین حکومت قانون واحدی بر یک دعوی و در نتیجه صدور حکم واحد، بدون لحاظ کردن قانون مقر، را شروع نموده است.

