



جایگاه احاله درجه دوم در حقوق بین الملل خصوصی ایران

دکتر رضا سکوتی نسیمی^۱، دکتر علی دادمهر^۲

چکیده

احاله یکی از مهم ترین مباحث نظام های حل تعارض است که در حقوق بین الملل خصوصی کشورهای مختلف جهان جایگاه ویژه ای را به خود اختصاص داده است و به دو نوع درجه اول و دوم تقسیم می شود. کشورها، درباره احاله راه حل های متفاوتی اتخاذ نموده اند. بعضی از کشورها احاله را به طور کلی رد کرده اند و بعضی دیگر از کشورها آن را بطور کلی قبول کرده اند ولی در برخی از کشورها راه حل بینابینی اتخاذ شده است به این معنی که احاله درجه اول را قبول و احاله درجه دوم را رد کرده اند. در حقوق ایران تردیدی نیست که ماده ۹۷۳ ق.م. احاله درجه اول را قبول کرده است. اما حکم احاله درجه دوم به روشنی اعلام نشده است. این موضوع باعث ایجاد اختلاف میان حقوقدانان ایرانی در تفسیر ماده ۹۷۳ ق.م. شده است. در این پژوهش، با بررسی احاله در حقوق بین الملل خصوصی ایران و با بررسی تفسیرهای مختلفی که از صدر ماده ۹۷۳ ق.م. از سوی حقوقدانان به عمل آمده این نتیجه حاصل شده که قاضی محکمه ایرانی در برخورد با احاله درجه دوم از اختیار پذیرش و عدم پذیرش برخوردار نبوده بلکه نباید آن را بپذیرد و با توجه به قواعد حقوقی، باید مطابق قانون متبوع طرفین دعوی نسبت به حل قضیه اقدام نماید.

کلیدواژه: قوانین ماهوی، قواعد حل تعارض، احاله درجه اول، احاله درجه دوم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

^۱ وکیل پایه دادگستری و استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز (نویسنده مسوول).

r-sokouti tabrizu.ac.ir

^۲ وکیل پایه یک دادگستری و استادیار دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

a.dadmehr@yahoo.com

مقدمه

در پذیرش یا عدم پذیرش احاله، نظریات مختلفی توسط علمای حقوق بین‌الملل خصوصی در نظام‌های مختلف حل تعارض ارائه شده است. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران در خصوص احاله ماده ۹۷۳ ق.م.ایران چنین مقرر داشته است: «اگر قانون خارجه ای که باید مطابق ماده ی 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». چنانچه ملاحظه می‌شود این ماده شامل دو قسمت است که قسمت اول آن مربوط به احاله درجه دوم و قسمت دوم آن مربوط به احاله درجه اول است. بنابراین در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، احاله درجه اول که منجر به اجرای قانون ایران به جای قانون خارجی می‌شود، به صراحت پذیرفته شده است. اما حکم احاله درجه دوم به روشنی اعلام نشده است. این موضوع باعث اختلاف نظر میان علمای حقوق بین‌الملل خصوصی در تفسیر ماده ۹۷۳ ق.م.ایران شده است. در پژوهش حاضر نگارندگان در صدد آن هستند تا با استفاده از تحقیقات پیشین انجام شده، با رویکردی منطقی حکم احاله درجه دوم را به روشنی تبیین نمایند.

۱- مفهوم احاله

درباره تعریف احاله از نظر اصطلاح حقوق بین‌الملل خصوصی، اتفاق نظر وجود ندارد؛ کارشناسان این فن هر کدام تعریف خاص خودشان را از این واژه ارائه داده‌اند. همسنجی تعاریفی که تاکنون درباره ی احاله ارائه شده است، می‌تواند ما را به تعریف دقیق تری رهنمون سازد:

- برخی از حقوقدانان احاله را چنین تبیین کرده‌اند. احاله عبارت از این است که هرگاه به موجب قواعد حل تعارض یک کشور صلاحیت قانون خارجی مقرر شده باشد آیا صرفاً باید به قانون داخلی (قاعده مادی) کشور خارجی رجوع شود و یا باید قوانین آن کشور خارجی را من حیث المجموع، یعنی در قسمتی هم که مربوط به قواعد حل تعارض یا قانون بین‌المللی است، در نظر بگیریم و قانونی را که قواعد مزبور به آن احاله می‌دهند صلاحیتدار بدانیم. (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۱۸).

- برخی دیگر از حقوقدانان احاله را چنین تعبیر کرده‌اند. در جریان اعمال یک قاعده تعارض ممکن است مواردی پیش آید که قانون خارجی قابل اعمال خود را به نحوی جرح نماید و در این صورت باید دانسته شود که نتیجه این امتناع و اعلام عدم صلاحیت چیست این مسأله را احاله می‌گویند. (نصیری، ۱۳۷۷: ۱۸۱).

- گروهی دیگر از علمای حقوق احاله را چنین معنی کرده‌اند. از تعارض منفی مسأله ای ایجاد می‌شود که تحت عنوان احاله که به موجب آن قانون خارجی که طبق قاعده حل تعارض مقر دادگاه صلاحیتدار

تشخیص داده شده است. خود را صالح نمی‌داند و در مقابل، اجرای قانون مقر دادگاه یا اجرای قانون ثالثی را تجویز می‌نماید. (ارفع نیا، ۱۳۷۵: ۱۰۷).

- برخی دیگر احاله را چنین تعریف کرده‌اند. احاله عبارت است از ارجاع یک امر حقوقی از حوزه یک قانون به حوزه قانونی دیگر در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی. (مدنی، ۱۳۸۴: ۲۲۶).

- برخی از نویسندگان حقوقی در تعریف احاله، دو جنبه منفی و مثبت برای آن در نظر گرفته و گفته‌اند. احاله از جنبه مثبت آن، به معنی محول کردن است و از جنبه منفی به معنی سلب صلاحیت قانونگذاری می‌باشد. در سلب صلاحیت، مرجع سلب کننده صلاحیت، قانون خارجی است ولی در بحث احاله از جنبه مثبت، قانون صلاحیت خارجی است که امری را به قانونگذار دیگری محول می‌کند. (فدوی، ۱۳۸۵: ۱۲۷).

اندکی دقت، نشان می‌دهد که هیچ یک از تعریف‌های فوق، تعریف جامعی نیست. در هر یک از آنها، روی جنبه خاصی تأکید شده است. البته، مقوله های اجتماعی و آنچه بدان ارتباط می‌یابد، بر خلاف عناصر و موضوعات علوم دقیق عقلی مثل ریاضی و ... اصولاً از چنین خاصیتی برخوردار می‌باشند و نمی‌توان برای آنها تعریفی صد در صد جامع و مانع ارائه کرد. بهترین تعریف در چنین مقوله هایی، تعریفی است که از جامعیت نسبی برخوردار بوده، حاوی بیشترین ویژگی‌های آن موضوع باشد.

بر اساس همسنجی، تلفیق و طرد نقاط ضعف تعریف‌های مذکور، می‌توان احاله را چنین تعریف کرد: «هر گاه قانونی که به موجب قواعد حل تعارض مقر دادگاه صلاحیت دار شناخته شده است حل قضیه را به قانون مقر دادگاه یا کشور ثالث ارجاع دهد به این امر احاله می‌گویند».

از توجه به این تعریف روشن می‌شود که اگرچه احاله ارجاع به قانون یک کشور دیگر است ولی هر ارجاعی احاله محسوب نمی‌شود و در واقع بین احاله در مفهوم لغوی و مفهوم اصطلاحی رابطه عموم و خصوص مطلق بر قرار است.

۲- انواع احاله

بصورت کلی احاله بر دو قسم است: احاله درجه اول و احاله درجه دوم. احاله درجه اول: احاله ای است که قواعد حل تعارض صلاحیتدار خارجی، حل موضوع را به قانون کشوری که موضوع در آن مطرح است ارجاع دهد. مثلاً در دعوی طلاق زوجین انگلیسی مقیم ایران که در دادگاه ایران طرح شده قاعده حل تعارض انگلیس، دعوا را تابع قانون ایران می‌داند. احاله درجه دوم احاله ای است که قواعد حل تعارض صلاحیتدار خارجی، قانون کشور ثالثی را صلاحیتدار می‌داند. مثلاً در دعوی طلاق زوجین انگلیسی مقیم بلژیک که در دادگاه ایران طرح شده قاعده حل تعارض انگلیس، دعوا را تابع قانون کشور اقامتگاه (بلژیک) دانسته است.

۳- ابهام در پذیرش یا رد احاله درجه دوم

ماده ۹۷۳ ق.م، از دو بخش تشکیل یافته است. یک بخش آن درباره ی احاله به قانون ایران یعنی احاله درجه اول است که حکم آن به روشنی بیان و در آن تصریح شده است که دادگاه مکلف به رعایت احاله است و بخش دیگر درباره احاله به قانون کشور دیگری غیر از ایران یعنی احاله درجه دوم است که حکم آن مجمل و با این عبارت است که «... به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست...». سبب اجمال در این ماده، عبارت مکلف نبودن دادگاه است که به درستی معلوم نیست آیا منظور از آن ممنوع بودن دادگاه در پذیرش این نوع احاله است یا دادگاه در این مورد مخیر است چرا که مقابل حالت تکلیف، تخییر است. بنابراین در تفسیر ماده ۹۷۳ ق.م، در خصوص اصطلاح مکلف نیست میان حقوقدانان و نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد که به آنها اشاره می‌شود.

۳-۱- دیدگاه اول: اختیاری بودن پذیرش احاله درجه دوم

- به نظر یکی از حقوقدانان: «در ایران ماده ۹۷۳ ق.م، احاله درجه اول را به صورت تکلیفی برای قاضی پذیرفته و قبول احاله درجه دوم را به اختیار قاضی گذارده و مقرر می‌دارد: اگر قانون خارجه ای که باید مطابق ماده ی 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. به عنوان مثال هرگاه در ایران موضوعی راجع به اهلیت یک نفر انگلیسی مقیم دانمارک مطرح شود، قاعده حل تعارض ایران، قانون انگلستان را که قانون ملی شخص است، صالح می‌داند. در حالی که قانون انگلیس، موضوع را به قانون دانمارک، یعنی قانون اقامتگاه، احاله می‌کند و قانون دانمارک صلاحیت خود را می‌پذیرد. سپس ایشان چنین نظر می‌دهد. اما قانون ایران به ترتیبی که فوقاً ذکر شد، احاله درجه دوم را صریحاً نپذیرفته است و با ذکر عبارت (مکلف به رعایت احاله نیست) در واقع به قاضی اختیار داده که، در صورتی که صلاح بداند احاله درجه ی دوم را بپذیرد یا آن را رد کند. بنابراین در مثال فوق قاضی اختیار دارد احاله قانون انگلیس به قانون دانمارک را پذیرفته، قانون دانمارک را اجرا کند و هرگاه صلاح نداند از اجرای آن خودداری نماید. لازم به تذکر است که با توجه به عدم توسعه‌ی حقوق بین‌الملل خصوصی در ایران و کمتر مطرح شدن این گونه مسائل نزد دادگاه‌های ایران، چون قاضی ایرانی هنوز دید وسیع بین المللی پیدا نکرده است، معمولاً طریق دوم اجرا می‌شود. بنا به مراتب فوق قاضی ایرانی، در صورت نپذیرفتن احاله درجه دوم قانون دانمارک را اجرا نمی‌کند و به دلیل فقدان قانون صلاحیتدار خارجی، قانون ایران (مقر دادگاه) را اجرا خواهد نمود. بر عکس، در صورتی که قاضی ایرانی تشخیص دهد، می‌تواند احاله درجه ی دوم را بپذیرد و در مثال فوق، قانون دانمارک را در موضوع مورد بحث، اجرا نماید». (ارفع‌نیا، ۱۳۷۵: ۱۲۲).

- به نظر یکی از حقوقدانان: « در حقوق ایران بر خلاف حقوق فرانسه، نص قانونی در مورد احاله وجود دارد و آن ماده ی ۹۷۳ق.م. است و از ظاهر این ماده چنین بر می آید که احاله درجه اول در حقوق ایران دارای جنبه امری است ولی احاله درجه دوم برای قاضی اختیاری است، می تواند به آن ترتیب اثر دهد یا نه». (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۱۶).

- حقوقدان دیگری در حاشیه ماده ۹۷۳ق.م. چنین نظر داده است: «در باب تعارض قوانین (در رابطه با اجرای ماده ی ۷ ق.م.) دادگاه ایرانی به اجتهاد خود در حل تعارض عمل می کند نه به احاله قانون خارجی در باب تعارض». (لنگرودی، ۱۳۷۹: ۴۹۸).

- یکی از حقوقدانان پس از نقد دیدگاه مخالفین پذیرش احاله درجه دوم در حقوق ایران، چنین نظر داده است: « صدور حکم بر عدم پذیرش احاله درجه دوم به صورت کلی و مکلف کردن قاضی به رد آن در تمام موارد نمی تواند تأمین کننده مصالح و منافع نظام حل تعارض ایران باشد و مصلحت آن است که به قاضی اختیار داده شود تا در راستای تعیین مناسب ترین قانون که حکم قضیه را بر اساس آن صادر می کند، هرگاه لازم دید احاله درجه دوم را نیز بپذیرد. ظاهر ماده ی ۹۷۳ ق.م. نیز مؤید این دیدگاه است که تنها از مکلف نبودن محکمه به رعایت این احاله سخن گفته است. نگاهی به رویه قضایی و قوانین دیگر دولت ها نشان می دهد که اصولاً احاله درجه دوم در فرضی که دور و تسلسل در کشور ثالث خاتمه می یابد و هماهنگی میان نظام های حل تعارض به وجود می آید با استقبال روبرو شده است و شایسته نیست که حقوقدانان ایرانی به تفسیری از ماده ۹۷۳ق.م. دست یازند که مغایر با جهت گیری کلی نظام های حل تعارض است و علی رغم ظاهر ماده، محدودیتی غیر ضروری برای قاضی ایجاد می کند. همچنین این ادعا که «اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم به دادگاه با فلسفه و روش قانونگذاری سازگار نیست» به صورت مطلق صحیح نیست؛ چه آن که اختیار اعطا شده برای اجرای این یا آن مقررات در حوزه حقوق داخلی ایران مطرح نیست، بلکه مسأله به قلمرو حقوق بین الملل خصوصی و به فرضی مربوط می شود که اجرای قانون این یا آن دولت خارجی مطرح است و هیچ اشکالی به نظر نمی رسد که قاضی هر گاه مناسب دید احاله درجه دوم را مورد پذیرش قرار دهد؛ چه آن که با پذیرش احاله نوع اخیر، هماهنگی میان نظام های حل تعارض ایجاد می گردد و به نظر می رسد که عدالت بهتر تأمین می گردد (عزیزی، ۱۳۸۹: ۸۷-۸۸).

- یکی دیگر از حقوقدانان مخیر بودن قاضی ایرانی در برخورد با احاله درجه دوم را در همه موارد نپذیرفته و معتقد است که اگر احاله بر قانون کشور ثالث موجب توقف دور و تسلسل نگردد محکمه مکلف به عدم پذیرش احاله درجه دوم است مانند دعوی طلاق زن و مرد مقیم بلژیک در دادگاه های ایران، که در این فرض، چون بلژیک قانون حاکم بر احوال شخصیه را قانون متبوع دانسته و قانون صالح را قانون انگلیس می داند لذا تسلسل خاتمه نمی یابد ولی در موردی که با اعمال قانون کشور ثالث، تسلسل

خاتمه می‌پذیرد در این صورت قاضی ایرانی در پذیرش یا عدم پذیرش احاله درجه دوم مخیر است مانند دعوی طلاق زن و مرد انگلیسی مقیم دانمارک در دادگاه‌های ایران (متولی، ۱۳۷۸:ص ۱۲۰ - ۱۲۱). این گروه از حقوقدانان بیشتر از حقوق فرانسه کمک می‌گیرند و معتقدند ماده ۹۷۳ ق.م. از رویه قضائی فرانسه الهام گرفته است و در رویه قضائی فرانسه اگرچه احاله درجه دوم پذیرفته شده است ولی در پاره ای از موارد به علت مواجه شدن با ایراد تسلسل احاله‌ها قبول آن را غیر ممکن می‌دانند. بنابراین در برخی موارد به قاضی، اختیار پذیرش یا عدم پذیرش احاله داده شده است. در صورتی که صلاح بداند احاله درجه دوم را بپذیرد یا آن را رد کند. طرفداران این دیدگاه احاله درجه دوم را به دو دسته تقسیم می‌کنند در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث مسأله را تابع قانون داخلی خود دانسته و تسلسل را متوقف می‌سازد باید احاله درجه دوم پذیرفته شود و بالعکس، در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث قانون داخلی خود را برای حل قضیه صلاحیتدار نداند و به قانون دیگری مثلاً قانون دولت متبوع شخص و یا قانون کشور دیگری احاله می‌دهد باید احاله را رد کرد.

۳-۲- دیدگاه دوم : امری بودن عدم پذیرش احاله درجه دوم

اغلب علمای حقوق بین الملل خصوصی ایران این دیدگاه را پذیرفته‌اند و معتقدند که اصطلاح مکلف نیست در ماده ۹۷۳ قانون مدنی افاده تخییر نمی‌کند و مکلف نبودن دادگاه در رعایت احاله درجه دوم در این ماده به معنای مجاز نبودن دادگاه در این باره است نه اینکه دادگاه مخیر باشد. (نصیری، ۱۳۷۷:۱۸۲؛ الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۰؛ سلجوقی، ۱۳۸۷: ۱۲۶؛ شهیدی، ۱۳۷۸: ۲۶۲؛ مدنی، ۱۳۸۴: ۲۲۷؛ فدوی، ۱۳۸۵: ۱۳۹) نتیجه اینکه قاضی در برخورد با احاله درجه دوم، به هر شکل و صورتی باشد نباید آنرا بپذیرد و از ذیل ماده ۹۷۳ ق.م. هم استفاده می‌شود قاضی به احاله درجه اول مکلف است نه اینکه به احاله درجه دوم مکلف باشد.

۴- ادله قائلین به عدم پذیرش احاله درجه دوم

برخی از طرفداران این دیدگاه دلیلی در توجیه نظریه خود ارائه نداده‌اند. (نصیری، ۱۳۷۷: ۱۸۲؛ مدنی، ۱۳۸۴: ۱۳۸۴؛ فدوی، ۱۳۸۵: ۱۳۹) اما برخی دیگر به ذکر ادله ای اقدام کرده‌اند که تنها برخی از آنها می‌تواند صحیح باشد. در اینجا به برخی از دلایل ارائه شده اشاره می‌شود.

- یکی از حقوقدانان رد احاله درجه دوم را در مقام مقایسه میان نظام حقوق بین الملل خصوصی ایران و فرانسه، چنین توجیه می‌کند. که در نظام حل تعارض بعضی از کشورها مثل فرانسه با اینکه احاله درجه دوم اصولاً پذیرفته شده ولی در پاره ای موارد به علت مواجه شدن با ایراد تسلسل احاله‌ها قبول آن را غیر ممکن می‌دانند. به عبارت دیگر موارد احاله درجه دوم را به دو دسته تقسیم کرده

می‌گویند در مواردی که قاعده‌ی حل تعارض کشور ثالث مسأله را تابع قانون داخلی خود دانسته و تسلسل را متوقف می‌سازد باید احاله پذیرفته شود و بر عکس، در مواردی که قاعده حل تعارض کشور ثالث قانون داخلی خود را برای حل قضیه صلاحیت‌دار ندانسته و به قانون دیگری (مثلاً قانون دولت متبوع شخص و یا قانون کشور دیگری) احاله می‌دهد باید احاله را رد کرد و سپس سوالی را مطرح می‌کند حال آیا راه حل حقوق فرانسه در حقوق ایران نیز می‌تواند قابل قبول باشد. ایشان خود به سوال مذکور چنین پاسخ داده‌اند: « به نظر ما جواب این سوال منفی است. زیرا راه حل متخذ در حقوق فرانسه از این جهت قابل توجیه است که قاعده اعمال قانون اقامتگاه به عنوان 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 بوده وجود نداشته است تا به عنوان قاعده فرعی قابلیت اجراء داشته باشد و بنابراین نمی‌توانیم قانونی را که جزء حقوق موضوعه ایران نیست اعمال نماییم. نتیجه آن که باید قائل به این نظر بشویم که حقوق ایران راه حل بینابین سابق الذکر را اتخاذ نموده است، یعنی احاله درجه اول را قبول و احاله درجه دوم را در همه موارد رد می‌کند». (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۲۹-۱۳۰).

- حقوقدان دیگری در توجیه عدم پذیرش احاله درجه دوم چنین عقیده دارد: « با دقت کافی در مندرجات ماده ۹۷۳ ق.م. 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 به عنوان قانون صالح شناخته شده نظر داشته؛ و چون این امکان را منتفی ندیده که رعایت آن قاعده در حقوق بین الملل 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 (سلجوقی، ۱۳۸۷: ۱۲۶).

- یکی دیگر از حقوقدانان در رد احاله درجه دوم و عدم پذیرش آن چنین استدلال نموده‌اند: «نکته قابل بررسی در ماده ۹۷۳ ق.م ایران رفع تکلیف از دادگاه ایرانی نسبت به تبعیت از قانون خارجی در احاله درجه دوم است که در این قانون مقرر گردیده است. همانطور که گاهی تصور می‌شود ممکن است بدو از عبارات ماده ۹۷۳ ق.م. استفاده شود که دادگاه در اعمال یا عدم اعمال این احاله، اختیار دارد، یعنی اینکه دادگاه می‌تواند احاله را رد کرده و قانون کشور خود یا قانون ماهوی کشور احاله کننده را اجرا کند، یا اینکه با قبول این احاله مقررات کشوری را که قانون آن مورد احاله قرار گرفته است اعمال کند. (شهیدی، ۱۳۷۸: ۲۶۲ تا ۲۶۴).

اما با کمی دقت در مسئله، به نظر می‌رسد که چنین اختیاری برای دادگاه وجود ندارد و دادگاه نمی‌تواند از قانون خارجی نسبت به این احاله پیروی کند. زیرا؛ اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم به دادگاه، با فلسفه و روش قانونگذاری سازگار نیست. چه اینکه هدف اساسی وضع قانون تعیین الگوی واحد برای هدایت جریان روابط انسان‌ها و ایجاد نظم در مسائل اجتماعی است و واگذار کردن این اختیار به دادگاه که بتواند در یک مورد، این قانون و در مورد مشابه آن، قانون دیگری را اعمال کند، در حقیقت به این امر منتهی می‌گردد 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...» (شهبیدی، ۱۳۷۸: ۲۶۳-۲۶۴).

۵- قانون حاکم در احاله درجه دوم

اگر قاضی ایرانی با مصدافی از احاله درجه دوم روبرو شود این سوال اساسی مطرح می‌شود که قاضی ایرانی حکم قضیه را باید به موجب قانون کدام کشور صادر کند؟ چرا که قاضی نمی‌تواند از رسیدگی به دعوا و صدور حکم به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه امتناع ورزد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) و از سوی دیگر احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. (اصل ۱۶۶ قانون اساسی) در پاسخ به سوال مذکور دو دیدگاه وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند که قاضی ایرانی در برخورد با احاله ی درجه ی دوم قانون ماهوی مقر دادگاه را اعمال خواهد کرد و برخی دیگر معتقدند قانون ماهوی دولت خارجی را اجرا خواهد کرد. در ذیل به توضیح این دو دیدگاه پرداخته می‌شود.

۵-۱- اعمال قانون ماهوی دولت خارجی

گروهی از حقوقدانان معتقدند مقصود از جمله ی « محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست » در ماده ۹۷۳ ق.م. این است در موردی که احاله به قانون خارجی شده این است که دادگاه باید، بر طبق قواعد رفع تعارض قوانین در ایران، قانون خارجی را اعمال کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۸۷). برخی از طرفداران این دیدگاه برای توجیه نظر خود دلیل آورده‌اند که به شرح آنها می‌پردازیم:

الف - برخی از نویسندگان در توجیه این دیدگاه چنین بیان می‌دارد: « بعضی از حقوقدانان، به تبعیت از نظر «نی بویاه» عقیده دارند که چون در فرض احاله درجه دوم قاعده حل تعارض دچار اشکال می‌گردد و در نتیجه قانونی جز قانون متبوع دادگاه باقی نمی‌ماند، بنابراین باید برای حل قضیه به قانون ایران رجوع شود چه اصل درون مرزی بودن قوانین اقتضاء دارد که طبق ماده ی ۵ ق.م. کلیه سکنه ی ایران تابع قانون ایران باشند. به نظر ما این نحوه ی استدلال صحیح نیست، زیرا ماده ۹۷۳ ق.م. یکی از استثناهای قاعده‌ی مندرج در ماده ۷ ق.م. است و هرگاه حکم آن قابل اجرا نباشد باید

رجوع به قاعده شود. در واقع چون ماده ی مزبور درباره ی احاله درجه دوم حاوی هیچ حکمی نیست و تنها به این امر اکتفا می کند که « ... محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست » لذا مفهوم ماده ی ۹۷۳ ق.م. این است که دادگاه باید ماده ۷ ق.م. را اعمال نماید». (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۱؛ قاسم زاده، ره پیک، کیائی، ۱۳۸۲: ۳۲۷). مثلاً هر گاه بین یک زن و شوهر انگلیسی مقیم در فرانسه دعوی طلاق در دادگاه ایران مطرح باشد. دادگاه ایران باید برای صدور حکم طلاق به قانون ملی زوجین (قانون داخلی انگلیس) که قانون مناسب تری به شمار می آید. این گروه در تقویت استدلال اضافه می نماید: « ماده واحده قانون مرسوم به اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مصوب تیر ماه ۱۳۱۲ » دادگاهها را مکلف کرده است که در مورد احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت اقلیت های مذهبی ایرانی، قواعد و عادات مسلمه ی متداوله در مذهب آنان را، رعایت نمایند. وقتی که ایرانیان غیر شیعه از لحاظ مسائل مربوط به احوال شخصیه از قواعد متبوعه مذهب خودشان تبعیت نمایند، اتباع انگلیس نیز از لحاظ این مسائل باید از قوانین دولت متبوعه خودشان تبعیت نمایند. به همین جهت می گوئیم قانون انگلیس در موضوع طلاق زن و شوهر انگلیسی قانون مناسبتری است» (همان، پاورقی: ۱۳۱). البته یکی از نویسندگان در مقام نقد این دیدگاه چنین نوشته اند: «چه آن که 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 می رسد اعمال این مقررات برای آنان مناسب تر است تا مقررات عام قانون مدنی که بر اساس فقه امامیه نوشته شده است و قیاس ایرانیان غیر شیعه با بیگانگان قیاسی مع الفارق است. از سوی دیگر به نظر نمی رسد که اجرای مقررات مادی انگلیس در مورد زوجین انگلیسی، قانون مناسب تری باشد. زیرا قاعده حل تعارض انگلیس اتباع آن کشور را که مقیم خارج باشند تابع قانون اقامتگاه می داند، نه قانون دولت متبوع آن ها. بنابراین، اجرای قانون دولت ملی در فرضی که قانون همان دولت خود را صالح ندانسته و اجرای قانون دیگری را مناسب تر می داند نمی تواند درست باشد». (عزیزی، ۱۳۸۹: ۸۹) ولی به نظر می رسد که این استدلال صحیح نیست و قیاس هم، قیاس مع الفارق نمی باشد چرا که قانونگذار ایران در خصوص اهل تسنن که مسلمان هم هستند. آنها را تابع مذهب خودشان دانسته است. به طریق اولی اشخاص غیر مسلمان را باید تابع دین خودشان بدانیم و قانون دولت متبوع شخص بیشتر از هر قانون دیگری با دین آنها سنخیت دارد.

ب- حقوقدانان دیگری ابتدا دیدگاه قبلی را نقل و قول کرده و سپس در مقام نقد آن برآمده: «... با روشن شدن این که احاله درجه دوم در قانون ایران پذیرفته نشده و مردود است این مسأله در برابر دادگاه ایران مطرح می گردد که اگر حکم قضیه ای بر حسب قاعده ی تعارض کشوری که قانون آن از سوی دادگاه ایران به عنوان قانون صالح شناخته شده تابع قانون کشور ثالث باشد چون دادگاه از

رعایت آن قانون منع شده قانون کدام کشور را به جای آن قانون می‌تواند به موقع اجرا بگذارد؟ در این حالت در برابر دادگاه بر حسب ظاهر، قانون دو کشور دیده می‌شود: قانون ماهوی کشوری که حکم قضیه بر حسب حقوق بین الملل خصوصی آن کشور به قانون کشور ثالث احاله گردیده؛ و قانون ماهوی محل دادگاه. درباره ی اجرای قانون ماهوی کشور پیشین این ایراد مطرح گردیده که چون آن قانون خود را جرح و از خود نفی صلاحیت کرده. بنابراین باید، به اقتضای اصل درون مرزی بودن قوانین، به اجرای قانون محل دادگاه مبادرت شود.

این حقوقدان در انتقاد از نظر فوق نوشته است این نظر از این حیث درخور انتقاد است که در آن مشاهده ی مانع قانونی در راه اجرای احاله درجه ی دوم در حقوق ایران عاملی برای تعطیل اجرای قاعده ی ایرانی تعارض قوانین تلقی گردیده و حال آنکه باید این ممنوعیت‌ها را تنها محدود به قابل رعایت ندانستن چنین احاله ای دانست و در نتیجه؛ در چنین حالتی قائل شد که حکم قاعده ی تعارض کشوری که قانون آن به عنوان قانون صالح شناخته شده در خصوص قضیه فاقد تأثیر است؛ بنابراین، با خودداری از رعایت مفاد آن قاعده، حکم قاعده ی ایرانی تعارض قوانین را ناظر به قوانین ماهوی آن کشور تلقی کرد و قانون ماهوی آن کشور را درباره ی قضیه قابل اجرا دانست» (سلجوقی، ۱۳۸۷: ۱۲۷).

ج- برخی دیگر در توجیه استدلال خود چنین آورده‌اند: «رفع تکلیف از دادگاه در ماده ۹۷۳ ق.م. نسبت به اعمال احاله قانون خارجی الزاماً به معنی مخیر بودن دادگاه در اعمال همان قانون نیست، بلکه صرفاً به معنی سلب حاکمیت آن قانون در مورد خاص احاله و ارشاد دادگاه به رجوع به قواعد اولیه قانون مدنی ایران در تعیین قانون حاکم است که به نظر ما همان قواعد ماهوی آن قانون خارجی است. وقتی قانون مدنی دادگاه ایران را مکلف به تبعیت از قانون کشور بیگانه و اعمال آن در مسائل مربوط به احوال شخصیه اتباع آن کشور با مسائل مربوط به قرارداد منعقد در آن کشور و سایر موارد مربوط می‌کند و سپس همین تکلیف را در مورد خاص (احاله قانون بیگانه)، از دادگاه ایران سلب می‌کند، رفع تکلیف مزبور را به معنایی جز الغای اعمال قانون بیگانه در خصوص مورد احاله مذکور و بازگرداندن دادگاه ایران از قانون بین الملل خصوصی آن کشور، به آنچه قانون ایران به عنوان اصل مقرر کرده است، نمی‌توان حمل کرد. در این وضعیت به نظر ما، چون قانونی که اعمال آن طبق ماده ۹۷۳ ق.م. العا شده فقط قانون بین الملل 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». (شهیدی، ۱۳۷۸: ۲۶۳-۲۶۴).

۲-۵- اعمال قانون ماهوی مقر دادگاه

گروهی از حقوقدانان عقیده بر این دارند که به دلیل فقدان قانون صلاحیتدار خارجی باید حکم قضیه به موجب قانون ماهوی مقر دادگاه تعیین شود. (ارفع نیا، ۱۳۷۵: ۱۲۱). یکی از علمای حقوق بین الملل خصوصی چنین نظر داده است: «که اجرای قانون متبوع محکمه، تنها یک طریقه حل تجربی نیست و می‌توان مبنای حقوقی برای آن پیدا کرد: 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 می‌باشد». (نصیری، ۱۳۷۷: ۱۸۶). طرفداران این دیدگاه معتقد هستند که 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 ق.م. رجوع کرد. (عزیزی، ۱۳۸۹: ۹۰).

۶- نقد و بررسی دیدگاهها

چنانچه گفته شد، اگر قاضی ایرانی با مصدافی از احاله درجه دوم روبرو شود این سوال اساسی مطرح می‌شود که قاضی ایرانی حکم قضیه را باید به موجب قانون کدام کشور صادر کند. در این خصوص بین علمای حقوق اختلاف نظر است برخی معتقد هستند که قانون مقر دادگاه اجراء می‌شود و دلیل شان این است ماده ۹۷۳ ق.م. یک حکم استثنایی است. چرا که احاله یک حکم استثنایی است و اگر نتوانیم به استثناء عمل بکنیم باید به اصل مراجعه بکنیم و اصل همان ماده ۵ ق.م. است و برخی دیگر معتقدند قاضی ایرانی در برخورد با احاله درجه دوم، قانون کشور متبوع شخص را باید حاکم بداند و طرفداران این دیدگاه نیز معتقدند که ماده ۹۷۳ ق.م. یک حکم استثنایی است و اگر نتوانیم به استثناء عمل بکنیم به اصل مراجعه می‌کنیم و اصل ماده ۷ ق.م. می‌باشد. این دو دیدگاه در استدلال و نحوه استدلال هیچ تفاوتی باهم ندارند تنها نتیجه استدلال متفاوت است به عبارت بهتر در کبری استدلال هر دو دیدگاه با هم مشترک هستند ولی آنچه محل اختلاف است صغری قضیه است. ولی این که کدام دیدگاه درست تر است؟ توضیح مطلب این است که آیا این موضوع اصل و موضوع دیگر استثناء است. اینها از امور مطلق هستند یا نسبی؟ در پاسخ سوال می‌توان گفت اینها از امور نسبی هستند. مثل جزء و کل هستند مثلاً عدد ۳ نسبت به عدد ۲ بزرگتر و نسبت به عدد ۵ کوچکتر است. در منطق هم یک قاعده وجود دارد به نام «جزء الجزء جزء» ارتباط ماده ۹۷۳ با ماده ۵ و ۷ مثل این قاعده است. یعنی ماده ۹۷۳ ق.م. استثناء از ماده ۷ ق.م. است و ماده ۷ ق.م. استثناء از ماده ۵ ق.م. است. بنابراین دو رابطه متصور است. رابطه اول ماده ۵ ق.م. نسبت به ماده ۷ ق.م. اصل است. رابطه دوم ماده ۷ ق.م. نسبت به ماده ۹۷۳ ق.م. اصل

است. پس ماده ۵ نسبت به ماده ۹۷۳ اصل است. نتیجه اینکه دیدگاه اول ماده ۵ ق.م. را اصل می‌داند و دیدگاه دوم ماده ۷ ق.م. را اصل می‌داند. از جمع بین این دو دیدگاه نگارندگان دیدگاه دوم را می‌پذیرند و اضافه می‌نمایند که مطابق قاعده فقهی «الاقرب یمنع الابدع» ماده ۷ ق.م. به ماده ۹۷۳ ق.م. نزدیک تر است و رابطه ی ماده ۹۷۳ ق.م. نسبت به ماده ۷ ق.م. طولی است یعنی در ماده ۹۷۳ ق.م. اول به ماده ۷ ق.م. و سپس به ماده ۵ ق.م. مراجعه شود.

۷- تقویت دیدگاه دوم

بدون تردید موضوعات مطرح در احوال شخصیه، ارتباط نزدیکی با مبانی دینی و مذهبی دارد چرا که اصل ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی، اجازه داده است که ایرانیان غیر شیعه اعم از مسلمان و غیر مسلمان در احوال شخصیه از شمول قانون ملی (قانون مدنی) خارج شده و تابع مذهب و آئین خود باشند. به خاطر احترام به مذهب، به خارجی‌ها هم باید بر این مبناء اجازه بدهیم که مطابق قانون متبوع خودشان عمل کنند و اقتضای مبانی احوال شخصیه عبارت است از حاکمیت قانون ملی. ولی شاید یک سوال در اینجا مطرح شود. مگر در این خصوص، قانون ملی از خود نفی صلاحیت نکرده است چرا که این اشکال در قانون مقر دادگاه هم وجود دارد یعنی این اشکال در هر دو دیدگاه مطرح است و بهتر است از این اشکال صرف‌نظر کنیم و دیدگاهی را بپذیریم که با دین و مذهب آنها سنخیت بیشتری داشته باشد. مثلاً در خصوص ایرانیان غیر شیعه، مسلمان هم هستند. به خاطر احترام به مذهب آنها، قانون ملی را اعمال نمی‌کنیم در خصوص اتباع کشورهای خارجه مثل انگلیس و آلمان که مسلمان نیستند به طریق اولی باید قانون متبوع در مورد احوال شخصیه آنان حاکم گردد.

نتیجه

ماده ۹۷۳ ق.م. قاضی را ملزم به پذیرش احاله درجه اول کرده، اما به صراحت تکلیف احاله درجه دوم را مشخص نکرده است. از این رو، میان علمای حقوق بین الملل خصوصی ایران در خصوص تفسیر ماده ۹۷۳ ق.م. اختلاف نظر وجود دارد. اغلب حقوقدانان معتقدند که دادگاه نباید احاله درجه دوم را بپذیرد. ولی معدودی از حقوقدانان معتقدند که قاضی مخیر به قبول و یا رد احاله درجه دوم است و مکلف دانستن قاضی به رد کلی احاله درجه دوم، مغایر با رویکرد کلی نظام‌های حل تعارض است که حکم احاله را به صراحت در قوانین خود بیان نکرده است و قضات را در تعیین راه حل مناسب مختار گذاشته است. اما به نظر می‌رسد که نظریه اقلیت حقوقدانان صحیح نیست و شایسته دفاع نمی‌باشد و از طرف دیگر شایسته است قانون حاکم بر احاله درجه دوم، قانون ماهوی خارجی باشد چرا که قانون دولت متبوع شخص با دین و مذهب شخص سنخیت بیشتری دارد و نه اینکه حکم قضیه به موجب مقررات ماهوی دادگاه صادر شود.



منابع

- ارفع نیا، بهشید(۱۳۷۵)، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، چ ۳، تهران، انتشارات عقیق.
- الماسی، نجاد علی(۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، چ ۲، تهران، نشر میزان .
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، چ ۱، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۲) تقریرات کلاسی درس حقوق بین الملل خصوصی، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، نیمسال اول سال تحصیلی ۹۴-۹۳.
- سلجوقی، محمود(۱۳۸۷)، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، چ ۵، تهران، نشر میزان.
- شیخ الاسلامی، سید محسن(۱۳۸۵)، بررسی مبانی تعارض منفی یا احاله در حقوق بین الملل خصوصی، مجله نامه مفید، شماره ۵۸.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۸)، مجموعه مقالات حقوقی، چ ۲، تهران، نشر حقوقدان.
- شهیدی، مهدی(۱۳۷۷)، قانون حاکم بر قراردادهای بین الملل خصوصی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹ و ۲۰.
- صفایی، سید حسین(۱۳۸۸)، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، چ ۲، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان.
- عزیزی، ستار(۱۳۸۹)، بررسی تطبیقی احاله در نظامهای حل تعارض، با تأکید بر رفع ابهام از ماده ۹۷۳ قانون مدنی، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴.
- قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسن، عبدالله، کیانی(۱۳۸۲)، تفسیر قانون مدنی (اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی)، چ ۱، تهران، انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۷، تهران، نشر میزان.
- فدوی، سلیمان(۱۳۸۵)، تعارض قوانین، چ ۱، تهران، انتشارات طرح نوین اندیشه
- متولی، سید محمد(۱۳۷۸)، احوال شخصیه بیگانگان در ایران، چ ۱، تهران، انتشارات ساز و کار.
- مدنی، سید جلال الدین(۱۳۸۴) حقوق بین الملل خصوصی، چ ۴، تهران، انتشارات جنگل.
- نصیری، محمد(۱۳۷۷)، حقوق بین الملل خصوصی، چ ۵، تهران، انتشارات آگاه.

The Position of Transmission in Iran's Private International law

Abstract

Transference is one of the most important issues of conflict resolution systems, which has a special place in the private international law of different countries of the world and is divided into two types, remission and transmission. Countries, about the transmission of solutions have adopted different Some countries have rejected the transmission in general and some other countries have accepted it in general, but in some countries an intermediate solution has been adopted, which means that they accept the remission and reject the transmission. In Iranian law, there is no doubt that Article 973 of the Civil Code has accepted remission. However, the verdict of the transmission has not been clearly announced. This issue has caused a difference among Iranian jurists in the interpretation of Article 973 of the Civil Code. In this research, by examining the transference in Iran's private international law and by examining the different interpretations of Article 973 of the Civil Code by jurists, the conclusion has been reached that the Iranian court judge should not accept it when dealing with the transmission According to the legal rules, the judge should resolve the case according to the law applicable to the parties.

Keyword: Substantive rules, Conflict resolution rules, Remission, Transmission