

## جایگاه احاله درجه دوم در حقوق ایران

نصراله امین کلیبر (نویسنده مسئول)<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۱۵

یوسف جعفرزاده<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۵/۱۲

### چکیده

هر کشوری برای حل مسائل حقوق بین الملل خصوصی، قوانینی وضع کرده است که حاوی قواعد حل تعارض می باشند. در زمینه احوال شخصیه، گاهی قاعده حل تعارض کشور متبوع خارجی، قانون ایران را صالح به رسیدگی می داند این موضوع احاله درجه اول بوده و در این موارد طبق حقوق ایران باید قانون ایران اجرا شود؛ اما اگر به قانون کشور ثالث احاله نماید احاله درجه دوم بوده و این سوال مطرح می شود که دادگاه ایران از میان قانون ایران، قانون کشور متبوع خارجی و قانون کشور ثالث، کدام قانون را باید رعایت نماید؟ حقوق دانان ایرانی در مواجهه با این امر دیدگاه های متفاوتی اتخاذ نموده اند. در مقاله حاضر پس از نقد و ارزیابی دیدگاه های مختلف در این زمینه، بر اساس دو ماده بعد از ماده ۹۷۳ قانون مدنی، تفسیر جدیدی از موضع حقوق ایران در قبال احاله درجه دوم ارائه شده است. فرضیه نگارندگان این است که احاله درجه دوم صرفا بر اساس مفاد مواد ۹۷۴ و ۹۷۵ قانون مدنی قابل تفسیر و قابل قبول است و حقوق دانان ایرانی در تفسیر آن به این دو ماده توجه نکرده اند.

واژه های کلیدی : احوال شخصیه، قاعده حل تعارض، احاله درجه اول و درجه دوم

<sup>۱</sup>مربی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران [aminkalaybar@gmail.com](mailto:aminkalaybar@gmail.com)

<sup>۲</sup>استادیار، گروه تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی و ادیان، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران [jafarzadehyusof@yahoo.com](mailto:jafarzadehyusof@yahoo.com)

مقاله حاضر به بررسی وضعیت حقوقی احاله درجه دوم در حقوق بین الملل خصوصی ایران می پردازد. پرسش اصلی مقاله این است که اگر در دعاوی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی موضوع احاله درجه دوم در دادگاههای ایران مطرح شود با توجه به قوانین موجود بالاخره قاضی باید آن را رد کند یا می تواند آن را قبول یا رد کند؟

احاله درجه دوم وقتی مطرح می شود که در یک دعاوی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی، قانون ایران، قانون کشور خارجی اعم از قانون اقامتگاه یا تابعیت شخص را برای رسیدگی به قضیه صالح بشناسد و کشور خارجی خود را برای رسیدگی به قضیه صالح نداند و بلکه کشور ثالث را برای رسیدگی صالح بداند در این صورت بحث احاله درجه دوم مطرح می شود. در مقاله حاضر به دنبال تبیین این موضوع هستیم که در چنین مواقعی، قانون ایران چه راهی برای حل قضیه دارد؟ ماده قانونی موجود در قانون ایران در مورد این موضوع، ماده ۹۷۳ قانون مدنی است اما با توجه به ابهام تفسیری موجود در متن این ماده، تفسیرهای مختلف و متناقضی از آن ارائه شده است و حقوقدانان رویه واحدی در مورد تفسیر این ماده ندارند و بالتبع در عمل زمینه ساز تشتت در آراء قضات می باشد. مقاله حاضر با کاوشی در ابعاد این موضوع سعی دارد قدمی ولو کوچک در زمینه حرکت به سوی ایجاد رویه ای واحد درباره این موضوع بردارد.

به لحاظ سوابق، با آنکه حقوق دانانی که درباره حقوق بین الملل خصوصی آثاری نوشته اند در مورد این موضوع نیز نظراتی ارائه کرده اند اما کتاب مستقلی درباره این موضوع در ایران نوشته نشده است. با وجود این، علاوه بر کتابهای مذکور، چندین مقاله پژوهشی در این مورد نوشته شده است. آقای سید محسن شیخ الاسلامی در مقاله «بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین الملل خصوصی» بر این باور است که احاله درجه دوم تلویحا در حقوق ایران پذیرفته شده و نظرات مختلف حقوق دانان را در این خصوص بررسی نموده است. آقای غلامرضا موسی قزوینی در مقاله «نگاهی کوتاه به احاله در حقوق بین الملل خصوصی با تاکید بر حقوق ایران» موضع حقوق ایران در خصوص احاله درجه دوم را روشن ندانسته و اصلاح و تجدیدنظر در ماده ۹۷۳ قانون مدنی را ضروری دانسته است. خانم بهنوش باحجی در مقاله «نگرش تطبیقی به مبانی و نقش احاله در نظامهای مختلف حقوقی» بر این باور است که حقوق ایران تلویحا احاله درجه دوم را پذیرفته است. از نظر وی قاضی ایرانی باید در پذیرش احاله درجه دوم مختار باشد و در مواقعی که پذیرش آن امکان نداشته باشد قانون ماهوی مقرر دادگاه را اعمال کند. با وصف آثار

تالیف شده در این زمینه، مقاله حاضر از آن حیث که بر مبنای نص قانون به تفسیر احاله درجه دوم می پردازد می تواند در نوع خود تازگی داشته باشد.

نوع این تحقیق بنیادی-کاربردی است و به لحاظ روش، توصیفی-تحلیلی است. نحوه تجزیه و تحلیل این تحقیق به صورت کیفی و با استفاده از روشهای منطقی و تفسیر قانون با قانون خواهد بود. در نهایت، این مقاله با این فرضیه که با توجه به دو ماده بعد از ماده ۹۷۳، بر مبنای قانون، احاله درجه دوم در حقوق ایران پذیرفته شده و قاضی جز در صورت برخورد آن با عهود بین المللی، قوانین مخصوصه و نظم عمومی باید آن را رعایت کند به تحقیق و پژوهش پرداخته است.

## ۲- زمینه های پیدایش نظریه « احاله »

تغییر ساختار اجتماعی زندگی انسانها از صورت قبیله ای و بسته به صورت جامعه و باز در چندین قرن اخیر به ویژه در غرب سبب شده است که هم در داخل یک کشور و هم در سطح بین المللی ارتباط و دادوستد میان انسانها نه به عنوان فردی از فلان قبیله بلکه به عنوان شهروند جامعه انسانی گسترش یابد. اما با توجه به اینکه بر هر کشوری، قوانین خاص متأثر از آداب و رسوم عرفی و عقیدتی آن حاکم است، لذا میان قوانین کشورها در مقام مواجهه تعارضاتی رخ می دهد. هر کشوری با وجود یک سری قوانین داخلی که مختص شهروندان و اتباع خودش است، برای رفع تعارضات بین المللی قوانین، یک سری قوانینی ناظر بر حل این تعارض وضع کرده است تا از این طریق مشکلات حقوقی انسانها را از هر جای جهان حل نماید. اما نکته مهم در وضع قواعد تعارض قوانین این است که برخی کشورها بر عامل «تابعیت» و برخی دیگر از کشورها بر عامل «اقامتگاه» در مسائل اصلی حقوقی شهروندان خود نظیر احوال شخصیه تاکید می کنند. برای مثال کشور ایران بر مبنای ماده ۶ قانون مدنی خود، احوال شخصیه تمام اتباع ایرانی ولو مقیم کشورهای خارجی را تابع قانون ایران می داند، اما کشورهای انگلستان و آمریکا احوال شخصیه شهروندان خود را تابع اقامتگاه آنها می دانند. البته انتخاب عامل ربط تابعیت یا اقامتگاه از ناحیه کشورها تا حدودی به ایدئولوژی حاکم بر آن کشور بستگی دارد. کشور ایران به دلیل حاکمیت قوانین اسلامی بر آن، حاضر نیست بر احوال شخصیه شهروندان مسلمان خود قوانین غیر اسلامی اقامتگاه خارجی آنها حاکم شود. بر عکس در کشورهای انگلستان و آمریکا به دلیل حاکمیت فرهنگ غیر دینی و سکولار بر آنها، در روابط بین الملل گونه ای آزادی انتخاب قانون حاکم بر برخی مسائل حقوقی شهروندان خود با توجه به اقامتگاه آنها در نظر گرفته شده است. برای مثال یک شهروند انگلیسی می تواند مقیم انگلستان باشد و از حاکمیت قانون مدنی انگلستان بر احوال شخصیه خود سود جدید و یا مقیم ایران شود و از حاکمیت قانون مدنی ایران بر احوال شخصیه خود استفاده نماید. اما یک ایرانی از چنین آزادی برخوردار نیست و در هر

جای جهان که باشد برای اینکه اعمال حقوقی او در حوزه احوال شخصیه از اعتبار داخلی و بین المللی برخوردار باشد باید از حاکمیت قانون داخلی ایران استفاده کند. با همه اوصاف فوق، داوری در باب اینکه کدام عامل ربط « تابعیت یا اقامتگاه » می تواند روابط انسانها را در سطح بین المللی تسهیل نماید و اینکه آیا امکان یک رویه بین المللی واحد در این زمینه وجود دارد یا نه؟ نیازمند هداقت و تحقیق مفصل تری است.

در هر حال وجود دو گونه قوانین داخلی و بین المللی در مجموعه قوانین هر کشور از یک طرف (نصیری، ۱۳۸۳، ۱۸۱)، و وجود دو گونه عامل ربط تابعیت و اقامتگاه در تعیین برخی مسائل حقوقی انسانها در سطح بین المللی از طرف دیگر، سبب شده است که قواعد تعارض قوانین کشورها در مقام مواجهه گاهی به جای حل مسئله در یک فرایند پیچیده و گاهی کور وارد شوند و از این رو حقوقدانان جهان تا به حال نتوانسته اند در این مورد راه حل روشن و دقیق ارائه بکنند.

### ۳- انواع تعارضات بین المللی قوانین

بین نظام های ملی حل تعارض کشورها سه حالت ممکن است پدید آید :

#### الف - حالت هماهنگی و اتفاق نظر :

این حالت وقتی پیش می آید که قاعده حل تعارض کشور مقرر دادگاه و کشور بیگانه بر عامل تابعیت در حل مسائل حقوقی اتباع خود و بیگانه تأکید داشته باشند. برای مثال کشور ایران و فرانسه هر دو بر عامل تابعیت تأکید دارند. بدین ترتیب به طور مصداقی در موردی که بین دو همسر فرانسوی مقیم ایران در دادگاه ایران دعوی طلاق مطرح شود، از آن حیث که قانون فرانسه و ایران در این مورد راه حل واحدی دارند و هر دو قانون متبوع شخص را صالح می دانند، لذا هیچ تفاوتی نخواهد داشت که این مسئله در فرانسه رخ می داد یا در ایران، زیرا در هر صورت بر این دعوا قانون فرانسه حاکم خواهد شد (الماسی، ۱۳۸۵، ۱۱۵).

#### ب - تعارض مثبت :

این حالت وقتی پیش می آید که قاعده حل تعارض یک کشور بر عامل تابعیت و قاعده حل تعارض کشور دیگر بر عامل اقامتگاه تأکید داشته باشد. در این شرایط در مورد موضوع متنازع فیه واحد، قواعد حل تعارض هر دو کشور قانون خود را صالح می شناسند، در نتیجه سبب ایجاد تعارض مثبت می شود. مثل موردی که در خصوص طلاق زن و شوهری ایرانی مقیم انگلستان دعوی در دادگاه انگلستان مطرح شود، چون قانون ایران مطابق ماده ۶ قانون مدنی احوال شخصیه اتباع خود را تابع ایران می داند، و در مقابل

قانون انگلستان احوال شخصیه طرفین دعوا را در دادگاههای خود تابع اقامتگاه آنان می داند ، در نتیجه همزمان هر دو قانون ایران و انگلستان خود را بر این موضوع صالح خواهند شناخت. راه حل این نوع تعارض نسبتاً ساده است ، زیرا دادگاه هر کشور سرانجام قانون خود را نسبت به موضوع متنازع فیه اعمال خواهد کرد (همان، ۱۱۶).

### ج - تعارض منفی :

این حالت در صورتی ایجاد می شود که کشور متبوع طرفین دعوا بر عامل اقامتگاه تاکید داشته باشد و اقامتگاه قانونی طرفین دعوا در کشوری دیگر باشد و آن کشور دیگر بر عامل تابعیت تاکید داشته باشد. در نتیجه هیچکدام از دو کشور متبوع و مقیم خود را واحد صلاحیت برای رسیدگی به موضوع متنازع فیه ندانند. این حالت مواجهه نظام حل تعارض که به تعارض منفی موسوم است سبب ایجاد دو گونه « احاله » در حقوق بین الملل خصوصی می شود.

### ۴- احاله درجه اول و درجه دوم

وقتی یک منازعه حقوقی خصوصی دارای وجه بین المللی در یک دادگاهی مطرح شود ، بالطبع قاضی با مراجعه به قوانین حل تعارض کشور خود تکلیف قضیه را مشخص می نماید. حال اگر قاعده تعارض قوانین کشور دادگاه ، قانون کشور خارجی اعم از اقامتگاه یا تابعیت شخص را برای رسیدگی به قضیه صالح بشناسد ، در چنین صورتی عکس العمل قانون کشور خارجی ممکن است به دو صورت رخ بدهد : یا قانون داخلی خود را برای رسیدگی به قضیه صالح بداند که در این صورت دادگاه با توجه به آن قانون به قضیه رسیدگی می کند ؛ یا کشور خارجی خود را برای رسیدگی به قضیه صالح نداند که بر اثر آن دو گونه احاله درجه اول و درجه دوم رخ می دهد : بدین صورت که یا قانون کشور دادگاه را صالح برای رسیدگی بداند که به آن احاله درجه اول می گویند و یا قانون کشور ثالث را صالح برای رسیدگی بداند که به آن احاله درجه دوم می گویند.

### ۵- منشاء تاریخی نظریه احاله

به لحاظ تاریخی مسأله احاله نخست در سال ۱۸۷۸ میلادی در دادگاهی در فرانسه در قضیه ای مشهور به « فورگو » مطرح شد. فورگو طفلی نامشروع از اتباع باواریا در پنج سالگی همراه مادر خود به کشور فرانسه مهاجرت می کند و بدون کسب اقامتگاه قانونی در فرانسه ، در سن ۶۸ سالگی فوت می کند و از او مقادیری اموال غیرمنقول به جای می ماند. اقربای مادری وی در خط اطراف با تمسک به قاعده فرانسوی

تعارض قوانین در مورد ارث، که بر اقامتگاه متوفی مبتنی بود، به قانون باواریا به عنوان اقامتگاه قانونی فورگو استناد می‌کنند و با توجه به اینکه قانون باواریا قرابت طفل طبیعی را با خط اطراف خود می‌پذیرفت، در نتیجه در صورت اجرای آن، خاله و دایی فورگو می‌توانستند از او ارث ببرند. دادگاه فرانسه این ادعا را می‌پذیرد. اما اداره خالصجات فرانسه از این رأی فرجام می‌خواهد. دیوان کشور فرانسه در پاسخ به فرجام خواهی، حکم می‌دهد که چون قاعده تعارض قوانین باواریا این موضوع را تابع قانون اقامتگاه عملی او - نه اقامتگاه اصلی و قانونی او (باواریا) می‌داند، لذا نسبت به ما ترک فورگو قانون فرانسه حاکم است و چون بر اثر قانون فرانسه در آن زمان قرابت طفل طبیعی با خط اطراف خود پذیرفته نبود، از این رو متوفی بلا وارث اعلام می‌شود و ترکه فورگو به دولت فرانسه تعلق می‌گیرد. نتیجه این رأی، پذیرش احاله درجه اول در حقوق فرانسه بود. بعد از این قضیه بود که بتدریج در عرصه بین‌المللی مباحثات و انتقادات حول و حوش مسأله احاله مطرح شد و در برخی کشورها نظیر بلژیک، آلمان، سوئیس، لوکزامبورگ، هلند و انگلستان احاله پذیرفته شد و در برخی کشورهای دیگر نظیر رومانی و ایتالیا مورد قبول واقع نشد.

#### ۶- انتقادات وارده بر نظریه احاله

الف - برخی از حقوقدانان تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی را گونه‌ای تعارض حاکمیت‌ها می‌دانند و با توجه به تلقی « امری بودن » قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر این باورند که اگر قاضی احاله را قبول نماید در این صورت جنبه امری قانون کشور خودش را مخدوش و نسبت به آن بی‌اعتنایی می‌کند، در حالیکه هر کشوری باید قوانین حل تعارض خودش را محترم بشمارد (همان، ۱۲۲). به نظر « بارتن »، « حقوقدان فرانسوی، هنگامی که قاضی احاله را رعایت می‌کند عدم اطاعت خود را نسبت به قواعد تعارض کشور خودش ابراز می‌دارد (نصیری، ۱۸۴). همچنین به نظر « پيله »، « حقوقدان فرانسوی، قاضی با رعایت احاله حاکمیت قانون خارجی را که اجباراً با توجه به دستور قانون کشور خودش بایستی بر دعوی حکومت کند نادیده می‌گیرد (همان، ۱۸۵). بدین ترتیب به نظر این دسته از حقوقدانان رعایت احاله نوعی ترک اقتدار و عدم اعمال حاکمیت تلقی می‌گردد و در واقع قاضی از قانونگذار خارجی پیروی می‌کند و نظر قانونگذار کشور خود را رعایت نمی‌کند (ارفع‌نیا، ۱۳۷۹، ۱۱۵).

در پاسخ به ایراد بارتن گفته شده است که قاضی در واقع با اعمال قاعده احاله از دستور قانون کشور خودش پیروی می‌کند. همچنین در پاسخ به ایراد پيله گفته شده است که وقتی قانون خارجی خودش را فاقد صلاحیت در مورد قضیه می‌داند دیگر نباید بر صلاحیت آن اصرار ورزید. ساواتیه، « حقوقدان آلمانی

، در این مورد گفته است: « برای چه قاضی فرانسه را انگلیسی تر از انگلیسی ها بدانیم و دعوائی را که قانون خودشان به آن علاقه نشان نمی دهد تابع قانون انگلیسی بکنیم» (نصیری، ۱۸۵).

ب - قبول احاله سبب ایجاد دور و تسلسل می شود؛ به طوری که برخی از حقوقدانان مثل بوزاتی (Buzati) این فرایند را به تنیس یا راکت بین المللی تشبیه کرده اند، یعنی موضوع مانند توپ تنیس به طور متقابل و مکرر از یک کشور به کشور دیگر احاله می شود. برخی دیگر از حقوقدانان مثل کان (Kahn) آن را اطاقک آینه ای نامیده اند که از هر طرف کسی در آن قرار بگیرد تصویر خود را از همه طرف می بیند و راه خلاصی از آن نمی یابد (ارفع نیا، ۱۱۳). برای مثال وقتی یک شخص انگلیسی مقیم فرانسه دعوائی در دادگاه انگلیس مطرح می کند، دادگاه انگلیس با توجه به عامل اقامتگاه قضیه را به قانون فرانسه احاله می کند و قانون فرانسه با توجه به عامل تابعیت قضیه را به قانون انگلیس احاله می کند و این روند به طور متقابل و مکرر ایجاد یک دور باطل می نماید که راه برون شویی از آن نیست.

برای ایراد فوق دو گونه پاسخ داده شده است. پاسخ اول از ناحیه ساواتیه است. به نظر ساواتیه علت قوت این ایراد نحوه توجیه غیر صحیح آن از ناحیه محاکم فرانسه است. از نظر او برخلاف توجیه محاکم فرانسه، علت اجرای قانون فرانسه نمایندگی آن از طرف قانون انگلستان نیست، بلکه اجرای قاعده معمول دیگری است مبنی بر اینکه در تمام مواردی که قانون صلاحیتدار خارجی موجود نباشد، محکمه باید قانون متبوع خودش را اجراء کند (نصیری، ۱۸۶) زیرا از نظر او برای هر قاضی، اصل، اجرای قانون دولت متبوع خودش است و اجرای قانون خارجی استثناء بر این اصل می باشد (ارفع نیا، ۱۱۴). بدین ترتیب بر اساس توجیه ساواتیه اجرای اصل سرزمینی یا درون مرزی بودن قوانین، مانع پیدایش دور و تسلسل در بین قوانین کشورها می شود.

اما در پاسخ دوم به ایراد فوق گفته شده است که وقتی قاضی در مرتبه اول قاعده حل تعارض کشور خود را یکبار اجرا کرد و در نتیجه اجرای آن، قانون خارجی را صالح تشخیص داد، حال در مرتبه دوم وقتی که قانون خارجی خود را فاقد صلاحیت می داند و قضیه را به قانون مقرر دادگاه ارجاع می دهد، در این صورت با اجرای قانون داخلی کشور مقرر دادگاه مجموعه نظام حقوقی کشور مقرر دادگاه مورد احترام واقع و اجراء می شود؛ زیرا هر دو بخش داخلی و بین المللی قانون مقرر دادگاه بدون تجزیه آن رعایت می شود (همان جا).

## ۷- دیدگاه برخی حقوق دانان خارجی درباره احاله

الف - وست لیک: به نظر وست لیک، حقوق دان انگلیسی، موقعی که حقوق بین الملل خصوصی انگلیس قانون انگلیس را برای حل قضیه صلاحیتدار نمی داند در واقع از حل قضیه « سلب علاقه » کرده

و به قانون خارجی احاله می دهد. برای مثال اگر اهلیت یک شخص انگلیسی مقیم خارج مطرح باشد دو فرض متصور است :

۱- کشور محل اقامت احاله را پذیرفته باشد (مثل فرانسه) . ۲- کشور محل اقامت احاله را رد کرده باشد (مثل ایتالیا) . در صورت نخست دادگاه انگلیس هم مانند دادگاه فرانسه احاله را می پذیرد و قانون داخلی فرانسه را اجراء می کند ، در صورت دوم مانند دادگاه ایتالیا احاله را رد می کند و قانون داخلی انگلیس را اجراء می کند(الماسی، ۱۲۴).

این نظریه که به نظریه دادگاه خارجی ، یا « احاله مضاعف » معروف شده ، نمی تواند قابل قبول باشد ؛ زیرا قاضی ملی باید همیشه قبل از اتخاذ تصمیم به راه حل دادگاههای خارجی رجوع کند و بر اساس آن احاله را قبول یا رد نماید که این امری غیرمنطقی است. از طرف دیگر وقتی که نظام حل تعارض یک کشور برای حل یک رابطه بین المللی ، قانون خارجی را صالح می شناسد این امر به معنای سلب علاقه نیست ، بلکه به معنای این است که قانون خارجی را به عنوان یک واقعیت خارجی مورد توجه قرار می دهد(همان، ۱۲۵).

ب - نی بوايه : از نظر نی بوايه ، حقوق دان فرانسوی ، مسئله احاله وقتی مطرح میشود که قانون قابل اعمال خارجی از خود سلب صلاحیت کند که در این صورت چون قاعده حل تعارض دچار اشکال شده است عملاً قانونی جز قانون متبوع قاضی باقی نمی ماند. از نظر نی بوايه اقتضای نظم عمومی فرانسه این است که مسئله بدون راه حل باقی نماند. این نظریه هم به دلیل اینکه به « هماهنگی » نظام های مختلف حل تعارض توجه ندارد از استحکام لازم برخوردار نیست(همان جا).

ج - باتیفول : از نظر باتیفول ، حقوق دان فرانسوی ، احاله سبب ایجاد «هماهنگی» بین روشهای مختلف حل تعارض می شود. از نظر او اصولاً احاله را نباید تعارض بین حقوق داخلی و خارجی دانست ، بلکه احاله باعث می شود که این دو مکمل یکدیگر باشند(ارفع نیا، ۱۱۷) . او بر این باور است که تابعیت قاعده اصلی است و اقامتگاه قاعده فرعی ، و لذا در تمام مواردی که قاعده اصلی قابلیت خود را از دست بدهد باید به قاعده فرعی رجوع کرد.

برای مثال در مواردی چون طلاق و نسب وقتی که طرفین تابعیت واحد ندارند چون قاعده اصلی (قاعده اعمال قانون اصلی) قابل اعمال نیست ، لذا قاعده فرعی (قاعده اعمال قانون اقامتگاه) اعمال می شود(الماسی، ۱۲۷).

از حیث مقایسه ای بین نظریه نی بوايه و باتیفول باید گفت که در نظر نی بوايه اصل اعمال قانون دولت متبوع دادگاه است و اجرای قانون خارجی جنبه استثنائی دارد. بنابراین هرگاه اجرای قانون خارجی با مانعی مواجه گردد باید به اصل رجوع کرد ، اما در نظر باتیفول اعمال قانون ملی خود یک قاعده اصلی



است و چنانچه قابل اعمال نباشد باید به قاعده فرعی رجوع شود که عبارت است از اعمال قانون اقامتگاه اعم از اینکه قانون اقامتگاه و قانون مقر دادگاه با هم منطبق باشند یا نباشند (همان جا).

#### ۸- احاله در قانون ایران

احاله در مواد مختلفی از قانون مدنی و تجارت ایران مورد توجه قرار گرفته است، اما محور اصلی مشاجرات نظری در این مورد مربوط به ماده ۹۷۳ قانون مدنی است. بر طبق ماده ۹۷۳ «اگر قانون خارجه ای که باید مطابق ماده ۷ این قانون یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد.» بر طبق ماده ۷ قانون مدنی نیز «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.»

ماده ۹۷۳ از دو بخش تشکیل شده است: بخش اول که ناظر به احاله درجه دوم است و دادگاه مکلف به رعایت آن نیست. بخش دوم که ناظر به احاله درجه اول است و دادگاه ملزم به رعایت آن است. حقوقدانان ایرانی در تفسیر بخش اول این ماده دچار اختلاف نظر اساسی شده اند و در دو دسته کلی قرار گرفته اند: الف - برخی از آنها نظیر دکتر نصیری، دکتر الماسی و دکتر سلجوقی بر این باورند که مکلف نبودن به معنای مجاز نبودن است نه مخیر بودن. لذا از نظر اینها در ماده ۹۷۳ هم احاله درجه اول و درجه دوم هر دو واجد جنبه امری است. در احاله درجه اول امر به رعایت احاله و در احاله درجه دوم امر به عدم رعایت آن شده است (نصیری، ۱۸۶؛ الماسی، ۱۳۰؛ همان، ۱۳۸۵ الف، ۱۰۰؛ سلجوقی، ۱۳۸۵، ۲۳۶).

نکته مهم مطرح در بین این دسته از حقوقدانان این است که دادگاه پس از رد احاله درجه دوم باید قانون کدام کشور را درباره موضوع متنازع فیه اعمال نماید. در این میان برخی مانند دکتر نصیری با تأیید نظر ساواتیه بر این باورند که در تمام مواردی که قانون صالح خارجی به نحو از انحاء خودش را جرح نماید، محکمه باید قانون متبوع خودش را اجرا کند؛ زیرا بر طبق اصل سرزمینی و درون مرزی قوانین، اصل، رعایت قانون کشور متبوع محکمه است و صلاحیت قانون خارجی همیشه استثناء بر این اصل است و هرگاه استثناء نباشد رجوع به اصل ضروری است (نصیری، ۱۸۶). اما در مقابل به نظر دکتر الماسی و دکتر سلجوقی ماده ۹۷۳ یکی از استثنای قاعده مندرج در ماده ۷ قانون مدنی است و هرگاه حکم آن قابل اجراء نباشد باید به قاعده رجوع شود و لذا بر مبنای ماده ۷ باید به قانون داخلی کشور بیگلنه عمل نمود (الماسی، ۱۳۸۵، ۱۳۱؛ همان، ۱۳۸۵ الف، ۱۰۱؛ سلجوقی، ۲۳۷).

ب - طبق نظر برخی دیگر از حقوقدانان ایرانی نظیر دکتر ارفع نیا و دکتر کاتوزیان در ماده ۹۷۳ عبارت « محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست » به معنای اختیار دادگاه در رعایت یا عدم رعایت احاله درجه

دوم است (ارفع نیا، ۱۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۴۷). دکتر ارفع نیا با وجود اینکه اختیار دادگاه را در این مورد می‌پذیرد، اما در عین حال براین باور است که در صورت عدم رعایت احاله، قاضی ایران به دلیل فقدان قانون صالح خارجی باید قانون ایران را اجراء کند (ارفع نیا، ۱۳۳). اما دکتر کاتوزیان در مورد اختیار دادگاه می‌گوید: «قانونگذار به دادرس اختیار داده است که به تناسب مصلحت دو حکم ماده ۷ و ۹۷۳ را با هم جمع و هماهنگ کند. به علاوه، دادگاه امکان می‌یابد که از اختیار خود در این انتخاب به سود عدالت گام بردارد و بهترین راه حل ممکن را بپذیرد.» (کاتوزیان، ۱۵۱). او در ادامه می‌افزاید: «البته اختیار دادرس در اینجا به معنای حق و یا میل و نظر شخصی او نیست، بلکه دادرس باید به سود عمومی و هدفهای قانونگذار و عدالت نوعی از اختیار خود استفاده کند. در هر حال اختیار دادگاه باید تا حد امکان مبتنی بر نظم و استدلال باشد و دیوان عالی کشور نیز بر این انتخاب و استدلال نظارت دارد. لذا راه حل معقول این است که احتراز از اجرای احاله به موردی اختصاص یابد که در اجرای آن دادرس با مانع منطقی و عملی (مانند دور و تسلسل) روبه‌رو شود یا آن را نامعقول و مخالف مصلحتی برتر بیابد (مانند حکومت تراضی بر قانون). هدف از اختیاری کردن اجرای احاله نیز به منظور احتراز از همین اشکالهای عملی و منطقی است» (همان جا).

با همه این اوصاف، از دیدگاه دکتر کاتوزیان «در صورتی که دادگاه به دلیلی از اجرای احاله دولت متبوع خارجی منصرف شود، اختیار او درباره انتخاب قانون حاکم پایان می‌پذیرد و از این پس بی‌گمان تابع قاعده رفع تعارض در نظام حقوقی ایران است. در این مرحله او با دو حکم عام رو به رو است: ۱- ماده ۵ قانون مدنی که جز در صورت استثناء کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخلی و خارجی را تابع قانون ایران می‌داند. ۲- ماده ۷ قانون مدنی که به اجرای قانون دولت متبوع خارجی فرمان می‌دهد. لذا دادرس باید یکی از این دو حکم را اعمال نماید. در این انتخاب نیز او آزاد نیست و ناچار است در سایه اصول حقوقی یکی را ترجیح دهد. در اینجا ماده ۷ نسبت به ماده ۵ خاص است و به همین جهت دلالت آن به حکم قابل اعمال قوی‌تر است. به بیان دیگر رابطه ماده ۹۷۳ با ماده ۷ بی‌واسطه و مستقیم است و با ماده ۵ با واسطه و دور، در این وضع بی‌گمان ماده ۹۷۳ در سلطه عام نزدیکتر قرار می‌گیرد و نوبت به عام دورتر نمی‌رسد. بدین ترتیب ماده ۷ پس از برخورد با ماده ۹۷۳ به عموم خود باقی می‌ماند و باید رعایت شود، در نتیجه بیگانه مقیم ایران بر طبق ماده ۷ تابع قانون دولت متبوع خود می‌شود.» (همان، ۱۵۲)

در میان حقوق دانان ایرانی آقای دکتر عزیزی نیز پس از بررسی نظرات مختلف به این نتیجه رسیده که «بایسته است ملهم از ظاهر ماده ۹۷۳ قاضی مخیر باشد تا در هر موردی که مناسب دید احاله درجه دوم را اعمال کند. از سوی دیگر در هر فرضی که پذیرش احاله درجه دوم امکان عملی یا اقبال مصلحتی نداشته باشد بهتر است که حکم قضیه نه بر اساس قانون ماهوی خارجی بلکه به موجب مقررات ماهوی دولت

مقر دادگاه صادر شود؛ حکمی که با روح کلی حاکم بر نظام حل تعارض ایران هم خوانی بیشتری دارد و انجام آن برای قضات داخلی نیز آسان تر خواهد بود.» (عزیزی، ۱۳۸۹، ۹۰) آقای دکتر شیخ الاسلامی نیز بر اختیاری بودن اجرای قانون کشور ثالث نظر دارد اما در فرض عدم پذیرش احاله درجه دوم راه حل خاصی را ارائه نمی کند. ایشان همچنین بر این باور است که با توجه به ماده ۹۷۳ احاله علاوه بر دسته ارتباطی اشخاص به دسته های ارتباطی دیگر نیز تسری می یابد. (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۵، ۷۶).

#### ۹- شش صورت واقعی و فرضی احاله

**صورت اول:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به قانون کشور خارجی ارجاع دهد و کشور خارجی نیز صلاحیت خود را بپذیرد، در نتیجه دادگاه ایران قانون کشور خارجی را اعمال می کند و قضیه حل می شود. البته این صورت قضیه احاله محسوب نمی شود.

**صورت دوم:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به کشور متبوع ارجاع دهد و آن کشور خارجی با توجه به عامل اقامتگاه در قواعد حل تعارض خود (مثل قانون انگلستان) قضیه را به قانون ایران احاله دهد که این احاله درجه اول محسوب می شود. در چنین صورتی دادگاه ایران مطابق بخش دوم ماده ۹۷۳ مکلف به اجرای قانون ایران در مورد قضیه است.

**صورت سوم:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به کشور متبوع شخص ارجاع دهد و آن کشور خارجی با توجه به عامل اقامتگاه قانونی شخص، قضیه را به کشور ثالثی غیر از کشور ایران احاله دهد که این احاله درجه دوم محسوب می شود. در چنین صورتی مطابق ماده ۹۷۳، دادگاه دو گزینه در پیش رو دارد: یا به قانون کشور متبوع خارجی شخص عمل می کند و یا به قانون کشور ثالث. این رویکرد از عبارت «محکمه مکلف به رعایت آن نیست» استنباط می شود. در اینجا باید متذکر شد که تفسیر این عبارت اصلاً این نیست که دادگاه احاله را رعایت نکند و به قانون ایران برگردد، زیرا قانون ایران قضیه را به کشور متبوع خارجی شخص ارجاع داده و قاضی همین که به قانون کشور متبوع خارجی شخص عمل کند در واقع به قانون ایران عمل کرده است.

اما در باب عدم رعایت احاله درجه دوم باید گفت که این امر مبنای شخصی ندارد بلکه کاملاً مبنای قانونی دارد. متأسفانه حقوقدانان ایرانی به دو ماده قانونی پس از ماده ۹۷۳ اصلاً توجهی نکرده اند، زیرا این دو ماده در اصل حدود قانونی اختیار قاضی را در رعایت مفاد ماده ۹۷۳ تعیین می نماید. ماده ۹۷۴ می گوید: «مقررات ماده ۷ و موارد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجراء گذارده می شود که مخالف عهود بین المللی که دولت ایران آن را امضاء کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.» همچنین ماده ۹۷۵

می گوید: « محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب میشود به موقع اجراء گذارد، اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

بدین ترتیب سه عامل عمده قانونی در اختیار قاضی در رعایت یا عدم رعایت احاله درجه دوم دخالت می کنند که عبارتند از: « عهد بین المللی»، « قوانین مخصوصه» و « نظم عمومی اعم از اخلاق حسنه و احساسات جامعه».

**صورت چهارم:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به کشور متبوع خارجی شخص ارجاع دهد و آن کشور خارجی با توجه به عامل اقامتگاه شخص، قضیه را به کشور ثالثی ارجاع دهد و آن کشور ثالث در عین حال قضیه را به قانون همان کشور خارجی متبوع شخص ارجاع دهد، در چنین موردی نمی توان گفت که این نحوه دور منطقی در نحوه تفسیر قاضی از ماده ۹۷۳ می تواند مشکلی ایجاد کند، زیرا در اینجا قاضی می تواند به قانون متبوع شخص یا قانون کشور ثالث عمل کند، ولی بهتر است به قانون متبوع شخص عمل کند، زیرا در این صورت هم به قاعده تعارض قوانین ایران عمل می کند و هم به قاعده تعارض قوانین کشورهای بیگانه. نکته قابل توجه در اینجا این است که بر خلاف دیدگاه برخی از حقوقدانان نمی توان در روابط بین المللی بر اصل درون مرزی قوانین تکیه کرد و صلاحیت قانون خارجی را استثناء تلقی کرد، بلکه در روابط بین المللی باید بر «اصل هماهنگی» تکیه کرد که در رویکرد فوق این اصل تأمین می شود.

**صورت پنجم:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به کشور متبوع خارجی شخص ارجاع دهد و آن کشور قضیه را به کشور ثالث، و کشور ثالث نیز قضیه را به کشور دیگری غیر از کشور متبوع خارجی شخص و کشور مقرر دادگاه ارجاع دهد، در این صورت دادگاه می تواند مطابق ماده ۹۷۳ از بین قانون کشور متبوع شخص و یا قانون کشور ثالث یکی را انتخاب کند، ولی بیرون از این دایره نمی تواند قانون کشور دیگری را به مورد اجراء بگذارد، زیرا کشور ثالث را کشور متبوع خارجی شخص معرفی می کند که مورد تأیید قانون ایران است، اما قاعده تعارض قوانین کشور ثالث مورد تأیید قانون ایران نیست.

**صورت ششم:** در صورتی که قانون ایران مطابق ماده ۷ قضیه را به کشور متبوع خارجی شخص ارجاع دهد و کشور متبوع خارجی شخص نیز قضیه را به کشور ثالث، و کشور ثالث نیز مجدداً به قانون ایران ارجاع دهد. در این صورت می توان با استفاده از بخش دوم ماده ۹۷۳ قانون ایران را به مورد اجراء گذاشت. و لذا در چنین صورتی دادگاه دیگر نمی تواند از بخش اول ماده ۹۷۳ استفاده کند و قانون کشور

متبوع خارجی شخص یا قانون کشور ثالث را به مورد اجرا بگذارد ، زیرا بخش دوم ماده ۹۷۳ جنبه امری دارد و بخش اول آن جنبه تخییری .

#### ۱۰- نتیجه گیری

احاله درجه دوم از مسائل بحث برانگیز حقوق بین الملل خصوصی در میان حقوق دانان جهان در دو قرن اخیر بوده است. در ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران عبارت ناظر بر احاله درجه دوم در میان حقوقدانان ایرانی موجب تفاسیر مختلف و متناقضی شده است. برخی آن را قبول و برخی آن را رد کرده اند. در بین قائلان به رد آن ، برخی عمل به قانون ماهوی ایران و برخی عمل به قانون ماهوی کشور متبوع خارجی شخص را پیشنهاد کرده اند. اما در بین قائلان به قبول آن ، برخی ، در صورت عدم رعایت آن ، عمل به قانون ماهوی ایران و برخی عمل به قانون ماهوی کشور متبوع خارجی شخص را بر مبنای عمومیت ماده ۷ نسبت به ماده ۹۷۳ پیشنهاد کرده اند. نگارندگان براین باورند که عبارت « محکمه مکلف به رعایت آن نیست » در متن ماده ۹۷۳ دو گزینه را پیش روی قاضی ایرانی می گذارد : یا قانون ماهوی کشور متبوع خارجی شخص و یا قانون کشور ثالث را رعایت کند. اما مبنای قانونی عدم رعایت احاله درجه دوم و نیز عدم اجرای قانون کشور متبوع خارجی شخص را عناصر موجود در دو ماده ۹۷۴ و ۹۷۵ قانون مدنی یعنی «عهد بین المللی» ، «قوانین مخصوصه» و «نظم عمومی اعم از اخلاق حسنه و احساسات جامعه» تعیین می کنند ؛ چیزی که حقوقدانان ایرانی به آن توجه نکرده اند.

## فهرست منابع

- ۱- ارفع نیا، بهشید. (۱۳۷۹) حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، بی جا، بهتاب، چاپ سوم.
- ۲- الماسی، نجادعلی. (۱۳۸۵ الف) حقوق بین الملل خصوصی، تهران، میزان، چاپ چهارم.
- ۳- -----،-----، (۱۳۸۵ ب) تعارض قوانین، تهران، نشر دانشگاهی، چاپ سیزدهم.
- ۴- باحجی، بهنوش (۱۳۹۴) «نگرش تطبیقی به مبانی و نقش احاله در نظامهای مختلف حقوقی»، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، تهران.
- ۵- سلجوقی، محمود. (۱۳۸۵) بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران، میزان، چاپ سوم.
- ۶- -----،-----، (۱۳۸۶). حقوق بین الملل خصوصی، ج دوم، تهران، میزان، چاپ چهارم.
- ۷- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷) مجموعه مقالات حقوقی، تهران، مجد، چاپ دوم.
- ۸- شیخ الاسلامی، سیدمحسن. (۱۳۸۵). «بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین الملل خصوصی»، مجله نامه مفید، شماره ۵۸، صص ۶۱-۷۸.
- ۹- عزیزی، ستار. (۱۳۸۹). «بررسی تطبیقی احاله در نظام های حل تعارض: با تأکید بر رفع ابهام از ماده ۹۷۳ قانون مدنی»، مجله پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴، دانشگاه تربیت مدرس، صص ۷۳-۹۳.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) دوره مقدماتی حقوق مدنی: درسهایی از شفعه، وصیت و ارث، تهران، میزان، چاپ ششم.
- ۱۱- موسی قزوینی، غلامرضا (۱۳۹۱) «نگاهی کوتاه به احاله در حقوق بین الملل خصوصی با تأکید بر حقوق ایران»، دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۲.
- ۱۲- نصیری، محمد. (۱۳۸۳) حقوق بین الملل خصوصی، بازنگری، تنظیم و ویرایش دکتر مرتضی کاخی و دکتر مرتضی نصیری، تهران، آگاه، چاپ یازدهم.
- ۱۳- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

