



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 133-167

Removing Obstructions for Achieving Courts' Coordinated Solutions in the Subject of Characterization (Using the Experience of French Law)

Seyyed Abbas Seyyedi Arani¹

1. Assistant Professor, University of Kashan, Iran

abbas.seyedi@yahoo.com

Abstract

Characterization, means putting subject in category of communication to determine the governing law is global issue that has special complexity in private international law with conflict of characterizations due to internal regulations. Since in Iran bilateral method prevails, judge faces different characterizations from design to the resolution of issue. selfish implementation of system of lex fori on all characterizations both basic, secondary, connecting factor and preliminary problem, challenges the unification of solutions; An ideal that requires achieving same results in different situations in domestic and international law. In situation where the national authors have not explained the conditions governing the issue of description accurately and have confused its types, the current research aims to provide solution by using French law - The inspiration of Iran's private international law-and focusing on separation of characterizations and in this situation, Strengthening the participation of foreign country is helpful: Solving preliminary problem based on competent law according to conflict of law rule of country governing the main issue guarantees internal integration and international coordination. Characterization contained in each rule with regulations of country that enacted it and include the foreign country's secondary characterization, have same result. Of course, there is limitation in bilateral method that makes it impossible to achieve goal. In fact, it isn't possible to violating conflict of law rule of lex fori: different interpretations of subject lead to the issuance of conflicting verdicts, but basic characterization must be done according to the rules of lex fori. That's reason also justifies negation of renvoi due to characterizations because assuming Carrying out basic characterization according to rules of lex fori and jurisdiction of the substantive law of foreign country, by accepting renvoi resulting from this country's characterization of subject and the application of other substantive law, conflict of law rule of lex fori is violated.

Keywords: Basic characterization, Preliminary problem, Connecting Factor, Unification of solutions, Secondary characterization.

Received: 2022/01/11 Received in revised form: 2023/06/07 Accepted: 2023/06/26 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.49872.3066

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مانع‌زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف (با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)

سیدعباس سیدی آرانی^۱

abbas.seyedi@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه کاشان، ایران

چکیده

توصیف، به معنای قرارداد موضوع در دسته ارتباط برای تعیین قانون حاکم، مسئله‌ای است جهان‌شمول که در حقوق بین‌الملل خصوصی با تعارض توصیف‌ها به دلیل داخلی بودن مقررات، پیچیدگی خاصی دارد. از آن جا که روش حاکم در ایران، دوجانبه است، قاضی از طرح تا حل موضوع با توصیف‌های متفاوتی روبروست. در این شرایط، اعمال خودخواهانه سیستم مقر دادگاه بر تمام توصیف‌ها، اعم از اصلی، ثانوی، عامل ارتباط و نیز مسئله مقدماتی، هماهنگی راهکارها را با چالش مواجه می‌سازد؛ آرمانی که مستلزم نیل به نتایج یکسان در موقعیت‌های متفاوت در حقوق داخلی و بین‌المللی است. در شرایطی که نویسندگان ملی شرایط حاکم بر مسئله توصیف را به دقت تبیین نکرده و اقسام آن را خلط نموده‌اند، پژوهش حاضر با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه - که الهام‌بخش حقوق بین‌الملل خصوصی ایران است - و با تمرکز بر تفکیک توصیف‌ها درصد ارائه راهکار است. در این شرایط، تقویت مشارکت کشور سبب در مواردی راهگشاست. حل مسئله مقدماتی به استناد قانون صالح و به موجب قاعده حل تعارض کشور حاکم بر موضوع اصلی موجب یکپارچگی داخلی است و در مواردی هماهنگی بین‌المللی را تضمین می‌کند. توصیف عامل ارتباط مندرج در هر قاعده با مقررات کشور واضع آن و لحاظ توصیف ثانوی کشور سبب از موضوع نیز همین نتیجه را دارد. البته محدودیتی در روش دوجانبه وجود دارد که نیل به هدف را در موارد دیگر غیرممکن می‌سازد. در واقع، امکان نقض قاعده حل تعارض مقر دادگاه وجود ندارد. تفاسیر گوناگون از موضوع به صدور احکام متهاافت در کشورهای مختلف منجر می‌شود، ولی چاره‌ای جز انجام توصیف اصلی طبق مقررات مقر دادگاه نیست. همین دلیل، نفی احاله ناشی از توصیف‌ها را نیز توجیه می‌کند؛ زیرا با فرض انجام توصیف اصلی براساس مقررات مقر دادگاه و صلاحیت قانون ماهوی کشور خارجی، با پذیرش احاله ناشی از توصیف این کشور از موضوع و اعمال قانون ماهوی دیگر، قاعده حل تعارض مقر دادگاه نقض می‌شود.

واژگان کلیدی: توصیف اولیه، توصیف ثانوی، عامل ارتباط، مسئله مقدماتی، هماهنگی راهکارها.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.49872.3066

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در تمام گرایش‌های حقوقی، توصیف عمل یا واقعه حقوقی برای یافتن قانون حاکم بر موضوع، امری رایج و ضروری است. در واقع، توصیف عبارت است از قرار دادن موضوع در دایره شمول قاعده برای تعیین آنچه به‌طور خاصی قابل اعمال است.^۱ برای نمونه، در حقوق مدنی، قاضی باید بررسی کند که آیا قرارداد مورد اختلاف، بیع است یا صلح. چنین توصیفی پیش از تعیین رژیم حقوقی حاکم بر قرارداد الزامی است. در عرصه تعارض قوانین نیز توصیف‌های گوناگونی وجود دارد؛ توصیف اولیه و مقدماتی در زمان رویارویی دادرس با موضوع متنازع‌فیه مطرح می‌شود. مسئله توصیف‌ها حتی پس از تعیین قاعده حل تعارض نیز ادامه می‌یابد. پس از توصیف اولیه و مقدماتی، تعیین قاعده حل تعارض و توصیف عامل ارتباط و ثانوی موضوعیت پیدا می‌کند.

اما به علت داخلی بودن اکثر منابع حقوق بین‌الملل خصوصی، سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است توصیف‌های گوناگونی از یک نهاد یا رابطه حقوقی واحد داشته باشند. بنابراین، مسئله تعارض توصیف‌ها مطرح می‌شود و سؤال این است که دادگاه بر چه اساسی باید موضوع متنازع‌فیه را توصیف نماید؛ بر اساس قانون مقر دادگاه یا بر اساس قانون دیگری همانند قانون سبب؟

مسئله توصیف بدون تردید با نام بارتن^۲ پیوند خورده، ولی مبالغه است اگر بارتن را کاشف آن بدانیم؛ زیرا از یک سو، کاهن^۳، نویسنده آلمانی، در سال ۱۸۹۱ با عنوان «تعارض پنهان»^۴ به آن توجه نمود و از سوی دیگر، در قرون پیشین حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌توانست بدون توجه به ضرورت توصیف، گسترش یابد و از مرحله حاشیه‌نویسان متأخر^۵ عبور کند. دومولن^۶ نظریه حاکمیت اراده را در خصوص رژیم مالی نکاح بیان کرد و به تبعیت

1. Pierre Gothot & Paul Lagarde, "Conflits de Lois: Principes Généraux, Répertoire de Droit International", (Janvier 2006), P. 124.

2. Bartin

3. Kahen

4. Conflit Latent.

5. Post-Glossateurs.

6. Dumoulin.

این رژیم از قانون موردنظر طرفین باور داشت؛ به این ترتیب با قراردادن موضوع در دسته ارتباط قرارداده‌ها، برای نخستین بار مسئله توصیف‌ها را به‌طور ضمنی مطرح کرد. با وجود این، باید اذعان داشت شایستگی بزرگ‌بارتن این بوده که مسئله توصیف‌ها را به صورت مجزا بررسی و منظم کرده است.^۷

در هر سیستم حقوقی، روابط حقوقی به دسته‌های ارتباط، تقسیم و برای هر یک قاعده ای وضع می‌شود که قانون صلاحیت‌دار را تعیین می‌کند.^۸ برای نمونه، طلاق در ایران در دسته ارتباط احوال شخصیه قرار می‌گیرد که بر آن قانون ملی حاکم است (ماده ۷ ق.م). بنابراین، دادرس در مواجهه با موضوع متنازع‌فیه که دارای عنصر خارجی مانند تابعیت خارجی زوجین است باید مشخص نماید که رابطه حقوقی موردبحث در کدام یک از دسته های ارتباط قرار می‌گیرد. تشخیص این امر از طریق «توصیف اولیه»^۹ انجام می‌شود. برای یافتن دسته ارتباط، ممکن است پاسخ به یک پرسش مقدماتی نیز تعیین‌کننده باشد؛ موضوعی که دقیقاً به همین دلیل، «مسئله مقدماتی»^{۱۰} و موضوع توصیف اولیه در ارتباط با آن، «مسئله اصلی»^{۱۱} نامیده می‌شوند. در موضوع مسئله مقدماتی باید به این پرسش پاسخ داده شود که قانون صالح از سوی کدام قاعده حل تعارض تعیین می‌شود؛ مقرر دادگاه یا کشوری که به‌موجب قاعده مقرر دادگاه برای حل مسئله اصلی صالح است؟

با یافتن پاسخ برای قانون حاکم بر توصیف‌ها، قواعد حل تعارض حاکم بر هر یک مشخص می‌شود. منتهی این وضعیت به معنای پایان آنها نیست. در واقع، پس از تعیین قاعده حل تعارض حاکم بر دسته ارتباط و نیز مسئله مقدماتی، توصیف «عامل ارتباط» به کاررفته در قاعده حل تعارض مطرح می‌شود؛ خواه قاعده حل تعارض مقرر دادگاه مطرح باشد یا قاعده خارجی. مسئله توصیف به همین جا ختم نمی‌شود. در واقع، پس از آنکه توصیف اولیه بر مبنای سیستم حقوقی مقرر دادگاه صورت پذیرفت، موضوع در دسته ارتباط

7. Yves Loussouarn; Pierre Bourel; Pascal De Varelles-Sommières, *Droit international Privé*, (Paris: Dalloz, 2013), p. 249.

۸. نجادعلی الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: میزان، چ ۱۷، ۱۴۰۰)، ص ۱۰۳.

9. La qualification primaire.

10. La question préalable.

11. La question principale.

قرار گرفت و عامل ارتباط تعیین و احتمالاً صلاحیت قانون خارجی تأیید شد، ممکن است مقررات کشور سبب، تفسیر دیگری از موضوع متنازع‌فیه داشته باشد و آن را به صورت دیگری تعریف کند یا در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و قانون دیگری را صالح بداند. مسئله ای که درست به همین دلیل، «توصیف ثانوی»^{۱۲} نامیده می‌شود. شناخت این توصیف‌ها، تمایز و تأثیر آنها در هماهنگی راهکارها محل گفتگوست.

مسئله توصیف با این گستره در روش دوجانبه حل تعارض قوانین مطرح می‌شود. در این روش، نقطه آغازین استدلال موضوع است. موضوع پس از توصیف، در دسته ارتباطی قرار می‌گیرد و عامل ارتباط قانون صالح (داخلی یا خارجی) را مشخص می‌کند. بنابراین، سوای توصیف اصلی و مقدماتی، امکان طرح توصیف عامل ارتباط بکاررفته در قاعده حل تعارض داخلی و خارجی و نیز توصیف سیستم حقوقی خارجی از موضوع وجود دارد؛ در روش یک جانبه، مسئله توصیف با این گستره قابل بحث نیست، زیرا در روش نامبرده قواعد حل تعارض قوانین فقط دایره شمول قوانین همان کشور را مشخص می‌کند و این امکان را می‌دهد که بر موضوع بیرون از این حوزه، قانونی اعمال شود که خود را صالح می‌داند.^{۱۳} در فرض صلاحیت قانونی سیستم حقوقی خارجی، پذیرش توصیف‌های آنجا از موضوع اجتناب ناپذیر است.^{۱۴}

یکپارچگی سیستم حقوقی دل‌نگرانی اصلی دادرسان ملی است. یکپارچگی اقتضا می‌کند که در یک سیستم حقوقی، موضوع در موقعیت‌های متفاوت به صورت یکسان توصیف شود. برای نمونه، در این رویکرد، تفاوتی میان موضوع واجد یا فاقد عنصر خارجی وجود ندارد، اما هماهنگی راهکارها در عرصه بین‌الملل اقتضای دیگری دارد؛ اینکه توصیف موضوع در دادگاه‌های کشورهای مختلف به صورت یکسانی صورت پذیرد. منتهی نیل به این هدف آسان نیست. برخی نگرانی خود را در این خصوص به این صورت مطرح می‌کنند که حتی اگر تمام قواعد حل تعارض سیستم‌های مختلف حقوقی یکسان شوند، همچنان این احتمال وجود دارد که دادرسان توصیف‌های متفاوتی از موضوع ارائه کنند و هماهنگی آرمانی را

12. Qualification en Sous Ordre/ Qualification Secondaire.

۱۳. همان، ص ۳۴.

14. Pierre Gothot & Paul Lagarde, *op. cit.*, Para. 197.

از بین ببرند^{۱۵}. اعمال خودخواهانه سیستم مقر دادگاه در این حوزه‌ها سبب می‌شود تا آرمان حقوق دانان که همانا یکسان‌سازی قواعد حل تعارض است، با اختلال روبرو شود.

بنابراین، این پرسش اساسی مطرح است که آیا می‌توان مشارکت سیستم حقوقی سبب را در فرایند توصیف تقویت نمود؟ در شرایطی که در روش دوجانبه به هیچ وجه امکان نقض قاعده حل تعارض مقر دادگاه وجود ندارد، نیل به هدف، یعنی یافتن دیدگاهی برای تحقق هماهنگی راهکارها در دو حوزه داخلی و بین‌المللی، آسان نیست. هرچند دستیابی به هماهنگی هم‌زمان در عرصه داخلی و بین‌المللی، یک هدف آرمانی است و در برخی موارد دادرس مجبور می‌شود تا هماهنگی داخلی را فدای هماهنگی بین‌المللی کند، اما با اتخاذ رویکردی که قائل به تفکیک توصیف‌هاست به خوبی می‌توان موضوع هماهنگی راهکارها را بررسی و سپس برای دستیابی به آن تلاش نمود. این درحالی است که تفکیک صحیح اقسام توصیف‌ها از چشم نویسندگان ملی مخفی مانده^{۱۶} و در نتیجه مسئله به خوبی تبیین نشده است؛ به نحوی که مشخص نیست دقیقاً چه توصیفی مشمول قانون مقر دادگاه و چه توصیفی تابع قانون سبب^{۱۷} می‌شود. در این شرایط، بدیهی است تضارب دیدگاه‌ها، آن‌هم در یکی از مهم‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی، زمینه ظهور و بروز نمی‌یابد. برای تشخیص اینکه کدام سیستم حقوقی وظیفه دارد سه توصیف نخست (اولیه، مقدماتی، عامل ارتباط) را انجام دهد و امکان لحاظ توصیف چهارم (توصیف ثانوی) وجود دارد یا خیر، لازم است پیش از هر چیز میان انواع توصیف‌ها تفکیکی صورت پذیرد؛ مسئله‌ای که به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

نظر به تعدد و تنوع توصیف‌ها در عرصه تعارض قوانین و اختلاط ناشی از آن، تفکیکی میان توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض و مؤخر بر آن لازم است تا ضمن انسجام بحث‌های نظری، اثبات شود که در روش دوجانبه، مسئله ناهماهنگی راهکارها منحصر به توصیف اولیه نیست، بلکه مسئله مقدماتی، توصیف عوامل ارتباط و توصیف

۱۵. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۰۴.

۱۶. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۱۳؛ محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها، ج ۲، (تهران: میزان، ج ۵، ۱۳۸۷)، ص ۱۰۹؛ محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: آگه، ج ۲۸، ۱۳۹۲)، ص ۱۸۰.

۱۷. منظور از قانون سبب، قانون کشوری است که به سبب آن موضوع دارای عنصر خارجی مطرح می‌شود.

ثانوی را نیز دربر می‌گیرد؛ به این ترتیب، تفکیک صحیح مفاهیم به شکل‌گیری بحث‌های نظری کمک شایانی می‌کند. در تمام انواع توصیف، مسئله مشترک این است که آیا می‌توان از میان دیدگاه‌هایی که تاکنون در مورد هریک از آنها مطرح شد، نظری را پذیرفت که هماهنگی داخلی راهکارها را در راستای هماهنگی بین‌المللی قرار دهد یا اینکه لازم است برای تحقق این مهم، در مواردی از روش دوجانبه به نفع روش دیگری مانند روش یک جانبه چشم‌پوشی کرد؟ با بهره‌گیری از تجربیات حقوق فرانسه، می‌توان پاسخی شایسته برای این پرسش یافت؛ به ویژه که حقوق ملی در این موضوع از حقوق فرانسه الهام گرفته است.

۱. هماهنگی راهکارها و توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض

دادرس در مواجهه با موضوع حقوق خصوصی دارای عنصر خارجی، ابتدا آن را توصیف می‌کند؛ یعنی موضوع را در دسته ارتباطی قرار می‌دهد تا قاعده حل تعارض مربوطه را بیابد. اما این احتمال وجود دارد که هریک از سیستم‌های حقوقی مقرر دادگاه و سبب، توصیف خاصی از موضوع داشته باشند؛ وضعیتی که زمینه تعارض توصیف‌ها را فراهم می‌کند. پس، این پرسش مطرح می‌شود که مقررات کدام سیستم حقوقی در این زمینه تعیین‌کننده است؟ در مواردی یافتن راهکار برای حل این مسئله که «توصیف اصلی» نامیده می‌شود به حل امری دیگری بنام «مسئله مقدماتی» وابسته است. همچنین در روش دوجانبه، این مسئله محل گفتگوست که کدام قاعده حل تعارض (مقرر دادگاه یا سبب)، قانون حاکم بر توصیف مقدماتی را تعیین می‌کند. می‌توان همه این مسائل را تحت عنوان توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض بررسی کرد.

۱.۱. توصیف اولیه

قانون‌گذار در هر کشور، روابط حقوقی را به دسته‌های ارتباط متفاوتی تقسیم می‌کند و برای هریک قاعده‌ای در نظر می‌گیرد تا به کمک آنها بتواند قانون صلاحیت‌دار را معین نماید. حال این امکان وجود دارد که دسته ارتباط قانون مقرر دادگاه برای یک موضوع، متفاوت با دسته ارتباطی دیگر باشد که قانون سبب برای همین موضوع در نظر گرفته است.

در هر صورت، قاضی وظیفه دارد آن را در یک دسته ارتباطی قرار دهد. قانون حاکم که مدیریت رابطه حقوقی را به‌عهده دارد، وابسته به برجستگی است که با توجه به ماهیت حقوقی اش به آن الصاق می‌شود. در انجام توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه در روش دوجانبه تردیدی وجود ندارد^{۱۸}؛ مسئله، چرایی و پیامد آن است.

۱.۱.۱. چرایی توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه

توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه از مصادره به مطلوب پیشگیری می‌کند، با طبیعت قاعده حل تعارض آنجا همخوانی دارد^{۱۹} و به معنای احترام به آن است؛ قاعده‌ای که خط قرمز دادرس محسوب می‌شود. انجام توصیف بر اساس مقررات قانون سبب ممکن است مصداقی را از یک دسته ارتباط، خارج و در دسته دیگری قرار دهد؛ وضعیتی که قاعده حل تعارض مقر دادگاه را نقض می‌کند. در واقع، تفاوتی وجود ندارد میان اینکه یک قاعده حل تعارض به صورت مستقیم نقض شود و یا اینکه مصداقی از آن کم یا اضافه گردد.

در این خصوص استناد به یکی از آیات قرآن کریم^{۲۰} خالی از لطف نیست. در پی حکم خداوند مبنی بر منع قوم بنی‌اسرائیل از ماهیگیری در روز شنبه و افزایش ماهیان، بنی‌اسرائیل به صید ماهیان روز شنبه در روزهای دیگر هفته وسوسه شدند. با عملی کردن این تصمیم، فرمان خداوند، نقض و ایشان مستحق عذاب شدند^{۲۱}. با دقت در این مثال درمی‌یابیم که علت عذاب، نقض فرمان الهی بود. هرچند روز شنبه، ایشان هیچ ماهی را صید نکرده بودند، اما ماهیان صیدشده در یکشنبه، همان ماهیان روز شنبه بودند. به دیگر سخن، در اینجا دو قاعده وجود دارد: یکی حرام بودن ماهیگیری در روز شنبه و دومی حلال بودن ماهیگیری در سایر روزهای هفته. هرچند در نگاه نخست، ماهیگیری در روز یکشنبه مشمول قاعده دوم می‌شود که حکم آن، حلیت است، منتهمی ماهیان صیدشده همان ماهیان

۱۸. ر.ک. رأی شماره ۸۵۱۰۰۸۵۰۲۲۱۵۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۰۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۱۹. نجادعلی‌الماسی، پیشین، ص ۱۸.

۲۰. منظور، آیه شریفه ۶۵ از سوره بقره است که به «سبت» به معنای شنبه معروف شده است. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «وَلَقَدْ عَلَّمْتُمُ الدِّينَ اَعْتَدُوا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَلَمَّا قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قَوْمَ خَاسِرِينَ».

۲۱. سید محمدحسین طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، (تهران: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۹۴)، ص ۱۵۰.

روان‌شده به سوی برکه در روز شنبه بودند. بنابراین، ایشان به ناروا مصادیق قاعده نخست را کاهش داده، به مصادیق قاعده دوم افزودند. در واقع، ایشان ماهیانی را صید کرده بودند که حکم آنها حرمت بود. به این ترتیب، با جابه‌جایی مصادیق، حکم را نقض نمودند. در عرصه تعارض قوانین نیز قاعدتاً تفاوتی وجود ندارد میان اینکه قاضی مستقیماً قاعده حل تعارض خود را نقض کند و یا اینکه با توصیف براساس قانون سبب مصادیقی از آن را جابه‌جا نماید؛ در هر صورت، تخطی از قاعده حل تعارض صورت خواهد پذیرفت.

تردیدی در انجام توصیف اولیه براساس مقررات مقرر دادگاه نیست. این وضعیت یکپارچگی سیستم حقوقی مقرر دادگاه را به ارمغان می‌آورد. در واقع، زمانی که قانون‌گذار موضوعی را مشمول قانون خاصی می‌داند، لازم است که تعیین مصادیق داخل در دسته ارتباط که چیزی جز تفسیر قاعده یادشده نیست، به‌موجب قانون همان سیستم حقوقی انجام شود.

۱.۱.۲. پیامد توصیف براساس مقررات مقرر دادگاه؛ یکپارچگی داخلی-ناهماهنگی بین‌المللی

فرض کنید پدر، تابعیت ایرانی دارد و فرزند، تابعیت فرانسوی، و در دادگاه ایرانی اختلافی در خصوص این مسئله ایجاد می‌شود که آیا الزام پدر به پرداخت نفقه (مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ قانون مدنی) از باب ولایت است یا از باب ابوت؟ بدون تردید این توصیف در اعمال قاعده حل تعارض تعیین‌کننده است. بنابراین، دادگاه آن را بر اساس مقررات مقرر دادگاه انجام می‌دهد. اگر دادرس ایرانی این موضوع را به‌موجب مقررات فرانسه در دسته ارتباط ولایت قرار دهد، قاعده حل تعارض حاکم بر ولایت را اعمال می‌کند و قانون ملی مولی علیه (فرانسه) را به‌جای قانون ملی پدر (ایران) حاکم می‌داند که این به معنای سرپیچی از قاعده حل تعارض ایران محسوب می‌شود. به این ترتیب، وی به ناروا مصادیقی را از «دسته ارتباط ابوت» خارج و در «دسته ارتباط ولایت» قرار می‌دهد. همیشه انجام این امر مهم به‌آسانی صورت نمی‌پذیرد.^{۲۲} برای نمونه، اگر پرونده‌ای در دادگاه ایرانی در خصوص غرامت پرداختی

۲۲. ر.ک. رأی شماره دادنامه ۱۰۷۲۰۲۲۱۸۰۹۹۷۰۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۰ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به نقل از سعید حقانی، و مرضیه حکیمی، «قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی؛ بررسی موردی دادنامه‌ای از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳۴ (۱۴۰۰).

به ورثه متوفای ایرانی در کشور خارجی مطرح شود، پاسخ به این پرسش آسان نخواهد بود که ماهیت وجوه پرداختی چیست؟ موضوعی که در ادامه به تشریح آن خواهیم پرداخت.

در هر صورت، ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها حاصل پذیرش اعمال مقررات مقرر دادگاه و توصیف اولیه است، زیرا دادگاه‌های هر کشور توصیف‌های گوناگونی از موضوع خواهند داشت که به اعمال قواعد حل تعارض متفاوت و صدور احکام متضادی منجر خواهد شد. این واقعیت انکارناپذیر است که در روش دوجانبه، حقوق داخلی مرزها دسته‌های ارتباط را ترسیم می‌کنند و داده‌های متفاوت هر سیستم حقوقی، دادرسان را به نتایج یکسانی نمی‌رسانند. در این شرایط، حتی اگر متخصصان حقوق بین‌الملل روزی را شاهد باشند که تمام قواعد حل تعارض قوانین در تمام سیستم‌های حقوقی یکسان‌اند، باز به آرزوی خود یعنی هماهنگی راهکارها نمی‌رسند. بدیهی است اگر در تمام سیستم‌ها، قواعد یکسانی بر توصیف روابط حقوقی حاکم باشد، دیگر جایی برای این ناهماهنگی‌ها وجود ندارد. برای نمونه، اگر تمام کشورها مذهبی یا مدنی بودن ازدواج را به‌عنوان شرایط ماهوی بپذیرند، دیگر ناهماهنگی ایجاد نمی‌شود، ولی به دلیل تنوع و تفاوت سیستم‌های حل تعارض قوانین دستیابی به این نتیجه ممکن نیست. بنابراین، پیشنهاد می‌شود برای حل این مسئله، روش دوجانبه به نفع روش یک‌جانبه عقب‌نشینی کند.

۲.۱. مسئله مقدماتی

در مواردی، یافتن راهکار برای «مسئله اصلی»، وابسته به حل موضوع دیگری به نام «مسئله مقدماتی» است. پرسشی مقدماتی مطرح می‌شود که پاسخ آن تأثیر مستقیمی بر حل مسئله اصلی دارد. برخلاف توصیف اولیه، در موضوع مسئله مقدماتی یافتن دیدگاه غالب آسان نیست. بنابراین، مناسب است ابتدا بحث‌های تئوری مطرح شود و سپس پیامد پذیرش دیدگاه‌های مختلف در هماهنگی راهکارها مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲.۱.۱. بحث‌های تئوری؛ تئوری مسئله مقدماتی - حاکمیت قانون مقرر دادگاه

از آنجا که پاسخ به مسئله مقدماتی در حل مسئله اصلی نقش اساسی ایفا می‌کند، لازم است تا ابعاد آن پیش از ورود به بحث‌های تئوری پیرامون مسئله مقدماتی با ذکر مثال‌هایی

روشن شود و تفاوت ترکیب مسئله اصلی و مقدماتی با «مسئله ترکیبی» بیان گردد. برای مثال، فرض کنیم فردی با ادعای فرزندخواندگی و تقاضای دریافت سهم الارث پدر متوفی به دادگاه ایران مراجعه می‌کند. دادرسی ایرانی بر حقوق ارثیه قانون ملی متوفی را اعمال می‌کند (ماده ۹۶۷ قانون مدنی). منتهی حل مسئله ارث مستلزم اثبات رابطه فرزند با متوفی است (ماده ۷ قانون مدنی). همچنین در موضوع حقوق ارثیه همسر متوفی، احراز رابطه زوجیت نسبت به موضوع اصلی، یعنی توارث، یک مسئله مقدماتی محسوب می‌شود. باید فرض یادشده را از موردی تفکیک کرد که در آن برای اعمال قواعد حل تعارض، یک رابطه حقوقی به چندین موضوع جداگانه تقسیم می‌شود.^{۲۳} در این مورد، هر موضوع جزئی است که اگر با موضوع دیگر ترکیب شود، «مسئله ترکیبی» را ایجاد می‌کند.^{۲۴} برای نمونه، می‌توان «اعتبار قرارداد» را به عنوان یک مسئله ترکیبی مطرح نمود که از چندین موضوع جزئی مانند اهلیت، ماهیت و شکل تشکیل می‌شود و هر یک از آنها از قاعده حل تعارض خاصی تبعیت می‌کند (مواد ۷، ۹۶۸ و ۹۶۹ قانون مدنی).

دکترین همواره در این خصوص که کدام قاعده حل تعارض بر مسئله مقدماتی حاکم باشد، اختلاف نظر داشته‌اند؛ برخی سیستم حقوقی سبب و برخی دیگر، سیستم حقوقی مقرر دادگاه را حاکم می‌دانند. یادآوری می‌کنیم که ممکن است قانون مشخص شده به موجب قاعده حل تعارض سیستم حقوقی سبب با قانون تعیین شده برابر قاعده حل تعارض در مقرر دادگاه برای حل موضوع متنازع‌فیه متفاوت باشد. برای نمونه، این احتمال وجود دارد که قانون کشور «الف» به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه صلاحیت‌دار شناخته شود؛ حال آنکه قاعده حل تعارض سیستم خارجی، قانون کشور «ب» را صالح بداند.

از موافقان حاکمیت سیستم حقوقی سبب (تئوری مسئله مقدماتی)، برخی به وابستگی مسئله مقدماتی به مسئله اصلی نظر دارند.^{۲۵} برابر این دیدگاه که به تئوری «مسئله مقدماتی» معروف است، در روند رسیدگی، نخست مسئله اصلی از دادرسی پرسیده می‌شود و بدون آن، مسئله مقدماتی وجود ندارد. این وابستگی مستلزم آن است که مسئله مقدماتی از

^{۲۳} برای دیدن دلیل این تقسیم، رک. Lagarde, Paul, *op.cit.*, Para. 69. & Gothot, Pierre.

^{۲۴} *op. cit.*, Para. 155.

^{۲۵} Loussouarn et Les autres, *op.cit.*, Para. 154.

سوی سیستم خارجی حل شود که بر مسئله اصلی حاکم است. به علاوه، از زمانی که قانون مقرر دادگاه قانون خارجی را صالح می‌داند، لازم است که حقوق خارجی در تمامی ارکان آن از جمله تمام قواعد حل تعارض لحاظ شود. هنگامی که قاعده حل تعارض کشوری که دادرس آن کشور ضرورتاً برای تعیین قانون صالح به آن متوسل می‌شود، ادعا (ارث) را مشمول قانون خارجی می‌داند، آیا مناسب نیست که از همین حقوق بیگانه نیز درخواست شود تا قانون حاکم بر مسئله مقدماتی (وجود نسب یا رابطه خویشاوندی) را تعیین کند؟!

این گروه از تئوری احاله نیز الهام گرفته، استدلال می‌کنند که قاعده حل تعارض مقرر دادگاه باید هماهنگ با سیستم حقوقی خارجی نقش‌آفرینی کند؛ همان سیستم خارجی که برای مسئله اصلی راه‌حلی می‌یابد، لازم است برای مسئله مقدماتی نیز پاسخی پیدا کند.^{۲۶} بنابراین، در مثال یادشده، قانون حاکم بر حل حقوق ارثیه همان قانونی است که وظیفه احراز رابطه بنوت و اثبات رابطه زوجیت را دارد. پرواضح است که در صورت مراجعه مستقیم به دادرس خارجی، همین قاعده تکلیف را مشخص می‌کند. حفظ یکپارچگی سیستم حقوقی خارجی دستاورد این دیدگاه است که باید به آن خوشامد گفت.

از موافقان حاکمیت سیستم حقوقی مقرر دادگاه، گروهی به جدایی مسئله مقدماتی از مسئله اصلی نظر دارند و به نتایج متفاوتی از دیدگاه پیشین می‌رسند. طبق این دیدگاه، هرچند در جریان دادرسی، مسئله مقدماتی پس از مسئله اصلی مطرح می‌شود اما در دگرگونی واقعی اتفاقات، مسئله مقدماتی زودتر خودنمایی می‌کند. در مثال‌های یادشده، پذیرش فرزند پیش از فوت پدرخوانده و ازدواج پیش از فوت همسر صورت می‌پذیرد. نظم زمانی بروز اتفاقات، وضعیتی ایجاد می‌کند تا بپذیریم که مسئله مقدماتی ضرورتاً به مسئله اصلی وابسته نیست.

راهکار تعارض قوانین نباید وابسته به شرایطی باشد که در آن مسئله برای دادرس مطرح می‌شود. نمی‌توان با موضوع، بسته به اینکه به صورت مستقل یا طاری مطرح شده

26. Paul Lagarde, "La Règle de Conflit Applicable Aux Questions Préales", Rev. Crit DIP, (1960), p. 459.

باشد، برخورد متفاوتی داشت. گوتمن^{۲۷}، نویسنده فرانسوی، این مسئله را ایراد اصلی تئوری مسئله مقدماتی می‌داند و اعتقاد دارد رأی دیژانجی^{۲۸} - که در ادامه به تفصیل بیان می‌شود - در مخالفت با همین مسئله صادر شده است^{۲۹}. پس اگر بناست برای حل مسئله اصلی از قاعده حل تعارض مقر دادگاه کمک بگیریم، در خصوص مسئله مقدماتی نیز با همین فرمول می‌توان به نتیجه رسید؛ بنابراین، در مثال‌های یادشده، قاعده حل تعارض مقر دادگاه، علاوه بر تعیین قانون صالح بر حقوق ارثیه (مسئله اصلی)، باید قانونی را برای احراز رابطه بنوت و اثبات رابطه زوجیت (مسئله مقدماتی) معرفی نماید. هماهنگی تصمیمات صادره و تأمین امنیت اقامه‌کنندگان اصحاب دعوا نتیجه یکپارچگی سیستم حقوقی مقر دادگاه است که باید از آن استقبال کرد^{۳۰}.

۱.۲.۲. تأثیر دیدگاه‌های حاکم بر مسئله مقدماتی در هماهنگی راهکارها؛ تأثیر انفعالی در هماهنگی داخلی - ناهماهنگی بین‌المللی

هماهنگی داخلی. دیدگاه موافقان پذیرش حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر مسئله مقدماتی، هماهنگی داخلی سیستم حقوقی مقر دادگاه را تأمین می‌کند، زیرا قاعده حل تعارض مقر دادگاه، علاوه بر اینکه قانون صالح بر مسئله اصلی را تعیین می‌کند، قانون حاکم بر مسئله مقدماتی را نیز مشخص می‌کند. درحالی که اگر دیدگاه حاکمیت قاعده حل تعارض خارجی بر مسئله مقدماتی پذیرفته شود، به این هماهنگی خدشه وارد می‌آید؛ زیرا بسته به اینکه مسئله‌ای در مقر دادگاه به صورت اصلی مطرح شود یا مقدماتی، امکان شمول آن در داخل از طریق دو قاعده حل تعارض متفاوت وجود دارد. برای نمونه، ممکن است رابطه خویشاوندی میان دو شخص به‌عنوان یک مسئله اصلی یا یک مسئله مقدماتی در دادگاهی مورد بحث قرار گیرد یا حتی به‌عنوان یک مسئله مقدماتی نسبت به دو مسئله اصلی متمایز، مانند تکلیف نفقه یا توارث، مطرح شود. پذیرش نظریه اخیر سبب می‌شود تا در مورد نخست، قاعده حل تعارض مقر دادگاه و در مورد دوم، قاعده حل تعارض کشور

27. Gutmann

28. Djenangi

29. Daniel Gutmann, *Droit international Privé*, (Paris: Dalloz, 5^{éd}, 2007), p. 84.

30. Loussouarn et Les Autres, *op. cit.*, p. 271.

سبب، بر موضوع حاکم باشد.^{۳۱}

این در شرایطی است که برابر دیدگاهی که از تئوری مسئله‌مقدماتی حمایت می‌کند، مناسب است قانون حاکم بر مسئله‌مقدماتی بر اساس قواعد حل تعارض کشوری تعیین شود که قاعده حل تعارض مقر دادگاه، آن را برای حل مسئله اصلی صالح می‌داند. در حمایت از این دیدگاه می‌توان استدلالی را مطرح کرد: حفظ یکپارچگی سیستم حقوقی صالح برای حل مسئله اصلی ضرورت دارد.^{۳۲} اگر بناست در دادگاه فرانسوی قانون ایران در تعیین سهم‌الارث الارث صلاحیت داشته باشد، منطقی است که مسئله فرزندخواندگی نیز با توجه به قانون تعیین شده به موجب قاعده حل تعارض ایران حل شود. از طرفی، پذیرش دیدگاه حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر مسئله‌مقدماتی به هماهنگی داخلی کشور سبب آسیب می‌زند.

در شرایطی که پذیرش هریک از دیدگاه‌های یادشده، هماهنگی یک سیستم حقوقی را تقویت و به توازن یک سیستم حقوقی دیگر خدشه وارد می‌کند، نمی‌توان به رهاورد هیچ‌یک از آنها در حوزه حقوق داخلی دل خوش نمود. بنابراین، رغبت چندانی به پذیرش تئوری مسئله‌مقدماتی وجود ندارد؛ به‌ویژه اینکه در مسئله‌مقدماتی، صلاحیت قواعد حل تعارض مطرح است نه صلاحیت قواعد مادی. به عبارتی حاکمیت قاعده حل تعارض سیستم حقوقی مقر دادگاه و کشور سبب محل گفتگوست و نه قانون ماهوی حاکم کشوری که صلاحیت قاعده حل تعارض آن تأیید شده است. در این شرایط ممکن است قاعده حل تعارض حاکم بر مسئله اصلی، قانون ماهوی کشور «الف» را صالح بداند و قاعده حل تعارض حاکم بر مسئله‌مقدماتی قانون ماهوی کشور «ب» را صلاحیت‌دار تشخیص دهد. این درحالی است که رابطه قواعد ماهوی درون یک سیستم نسبت به قواعد حل تعارض آن از استحکام بیشتری برخوردار است. پس با نی‌بویا هم‌داستان می‌شویم که تئوری مسئله‌مقدماتی را از حیث هماهنگی داخلی راهکارها فاقد امتیاز می‌داند و با همین استدلال به استقبال تأیید رأی

31. Gothot et Les Autres, *op. cit.*, Para. 157

32. François Mélin, *Droit International Privé*, (Lextenso Éditions, 6^{éd}, 2014), p. 30.

دیژانجی می‌رود.^{۳۳}

ناهماهنگی بین‌المللی. در موضوع توصیف مقدماتی، اگر به دیدگاه غالب، یعنی حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر مسئله اصلی و مقدماتی بیبوندیم، میان تصمیمات هماهنگی ایجاد می‌شود؛ زیرا خواه موضوع به صورت اصلی مطرح شده باشد و خواه به صورت مقدماتی، قاعده حاکم بر آن یکسان است. تضمین امنیت اقامه‌کنندگان دعوا نیز رهاورد دیگر این دیدگاه است، زیرا پیش‌بینی امور تسهیل می‌یابد؛ اقامه‌کنندگان دعوا در بیشتر موارد با سیستم حقوقی مقر دادگاه آشنا هستند و از این موضوع آگاهی دارند که قواعد حقوقی یکسانی بر رابطه آنها حاکم است. در نهایت، چون تغییر در شرایط موضوع، منجر به حاکمیت قاعده متفاوتی نمی‌شود، یکپارچگی سیستم حقوق داخلی نیز تضمین می‌گردد، ولی هماهنگی بین‌المللی راهکارها به مخاطره می‌افتد؛ زیرا بسته به اینکه پرونده در چه کشوری مطرح می‌شود، سرنوشت متفاوتی انتظار آن را می‌کشد.

به‌نظر می‌رسد این ناهماهنگی، ریشه در جدایی سیستم‌های حقوقی حاکم بر مسائل اصلی و مقدماتی داشته باشد. البته در صورت حاکمیت سیستم حقوقی مقر دادگاه بر موضوع اصلی، مشکلی ایجاد نمی‌شود؛ چراکه بر مسئله مقدماتی نیز همین سیستم حقوقی حاکم خواهد بود و در نهایت، سیستم واحدی مدیریت این امور را به‌عهده می‌گیرد. اما اگر قاعده حل تعارض خارجی موضوع اصلی را دربر گیرد، بهتر است در خصوص مسئله مقدماتی به نام هماهنگی بین‌المللی راهکارها از قاعده حل تعارض مقر دادگاه به نفع قاعده حل تعارض کشور سبب، چشم‌پوشی و درنهایت تئوری مسئله مقدماتی پذیرفته شود. هرچند نویسندگانی که این اندیشه را بسط می‌دهند، خود، تئوری مسئله مقدماتی را به این دلیل نمی‌پذیرند که اگر موضوع به صورت اصلی مطرح شود یا مقدماتی، راهکارهای متفاوتی ایجاد می‌شود^{۳۴}؛ منتهی آنان ادعان دارند که این تئوری، هماهنگی بین‌المللی راهکارها را بهتر تأمین می‌کند.

برای نمونه، اگر قاضی فرانسوی با اختلافی در خصوص حقوق ارثیه اموال منقول فرزندخوانده متوفایی با دو تابعیت فرانسوی و ایرانی مقیم ایران مواجه شود، قانون آخرین

33. Marie-Laure Niboyet & Géraud, de Geouffre de la Pradelle, *Droit international Privé*, (Lextenso Editions, 4Édition, 2013), p. 247.

34. *op. cit.*, p. 264.

اقامتگاه متوفی ایران را بر ارثیه فرزندخوانده (مسئله اصلی) و قانون فرانسه را بر رابطه فرزند (مسئله مقدماتی) به‌عنوان قانون ملی وی اعمال می‌کند. به‌عبارتی دو مسئله (اصلی و مقدماتی) برابر مقررات یک سیستم حقوقی حل نمی‌شود. برابر قانون فرانسه، فرزندخوانده، فرزند متوفی محسوب شده، از وی ارث می‌برد.

این در شرایطی است که اگر اختلاف در دادگاه ایرانی مطرح شود، دادرسی قانون ایران (ماده ۷ قانون مدنی) را بر مسئله مقدماتی (فرزندخواندگی) حاکم می‌داند و قواعد مادی ایرانی، وی را به‌عنوان فرزند متوفی و وارث به‌رسمیت نمی‌شناسد تا با اعمال قانون ملی متوفی (ماده ۹۶۷ قانون مدنی) وی را در ارث سهیم سازد. این درحالی است که نظریه دوم هماهنگی بین‌المللی راهکارها را بهبود می‌بخشد. در همین مثال، اگر قاضی فرانسوی مسئله مقدماتی (رابطه فرزند) را مانند مسئله اصلی (ارث) تابع قانون ایران بداند، فرزندخوانده موفق به دریافت ماترک نمی‌شود. عکس این معادله نیز صادق است: اقامه دعوی فرزندخوانده در ایران، نتیجه مشابهی برای وی به‌همراه دارد؛ چراکه مسئله مقدماتی را تابع همان سیستمی می‌داند که بر مسئله اصلی حاکم است و بنابراین، به فرزندخوانده ارثی تعلق نمی‌گیرد.

موضع رویه قضایی فرانسه، دادگاه‌های فرانسه تئوری مسئله مقدماتی را نپذیرفتند. دیوان عالی فرانسه با صدور رأی دیژانجی^{۳۵} در تاریخ ۲۲ آوریل ۱۹۸۶ به‌صراحت این موضع‌گیری را تأیید کرد. رأی یادشده در موضوع حقوق ارثیه^{۳۶} (مسئله اصلی) درخصوص تعیین عنوان همسر (مسئله مقدماتی) وضع قاعده نمود. این مرجع قضایی در رأی صادره به‌صراحت اعلام کرد سیستم حقوقی خارجی تعیین‌شده برای حل مسئله اصلی ارث «نمی‌تواند عنوان همسری شخصی را احراز نماید یا اینکه قانونی را برای بررسی این عنوان صالح بداند»^{۳۷}. به این ترتیب، حقوق موضوعه فرانسه صراحتاً تئوری مسئله مقدماتی را رد کرد و حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه را بر هر دو مسئله اصلی و مقدماتی پذیرفت. در لازم

35. Djenangi.

36. Dévolution Successorale.

37. Djenangi, Rev. Crit. DIP 1988. 302, Note Bischoff, JDI 1986. 1025, Note A. Sinay-Cytermann, JCP 1987. II. 20878, Note Agostini, p.302.

الاتباع بودن رأی دیوان برای قضاات فرانسوی تردیدی نیست؛ منتهمی نباید نقش آن را در ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها نادیده انگاشت.

مخالفت با موضع رویه قضایی فرانسه. بی‌دلیل نیست برخی از نویسندگان معروف فرانسوی، راه‌حل‌های متمایزی از دیوان برگزیده‌اند. به باور برخی از آنان، باید هدف ماهوی قاعده حل تعارض، نقطه پرگار قرار گیرد^{۳۸}. برای نمونه، اگر مسئله برقراری نفقه باشد، باید قانونی انتخاب شود که درخواست طلبکار نفقه را بپذیرد؛ خواه این قانون مقر دادگاه باشد، خواه قانون خارجی. گروهی دیگر ترجیح می‌دهند تا قاعده حل تعارض مقر دادگاه به‌منظور احترام به حقوق مکتسب، در مواردی که در زمان تشکیل هیچ ارتباطی با سیستم حقوقی آنجا نداشته‌اند، در نظر گرفته نشود^{۳۹}. هرچند پذیرش این دیدگاه‌ها، هماهنگی مدنظر را بهبود می‌بخشد، اما اعمال آنها با وجود تنوع سیستم‌های ملی، چندان آسان نیست و پیش‌بینی‌ها را خدشه‌دار می‌کند.

۲. هماهنگی راهکارها و توصیف‌های مؤخر بر تعیین قاعده حل تعارض

نباید تعیین قاعده حل تعارض در خصوص موضوع متنازع‌فیه را به معنای پایان مسئله توصیف‌ها دانست، زیرا به محض تعیین قاعده حل تعارض مقر دادگاه یا در صورت تأیید صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی، مسئله توصیف عامل ارتباط به‌کاررفته در آنها خودنمایی می‌کند. به‌علاوه، در صورت صلاحیت قاعده مادی خارجی، توصیف موضوع متنازع‌فیه در کشور خارجی زمینه طرح می‌یابد. مسئله چگونگی توصیف این موارد و تأثیر آن بر هماهنگی بین‌المللی راهکارها نیز محل گفتگوست.

۲.۱. توصیف عوامل ارتباط

در توصیف عامل ارتباط نیز مانند توصیف اولیه، دیدگاه غالبی وجود دارد که چیستی، چرایی و تأثیر آن در هماهنگی راهکارها جای بحث و گفتگو دارد.

38. Henri Batiffol & Paul Lagarde, *Droit International Privé*, (t.1, 8éd, LGDJ, 1993), p. 510

39. W. Wengler, "Nouvelles réflexions sur les questions préliminaires", *Rev. Crit. DIP.* (1966), p. 165.

۲.۱.۱. بررسی دیدگاه غالب؛ چیستی - چرایی

برای آنکه عامل ارتباط بکاررفته در قاعده حل تعارض مقر دادگاه تبیین شود باید به قانون سیستم حقوقی مربوطه مراجعه کرد. دکتترین و رویه قضایی بیشتر کشورها رجوع به قانون مقر دادگاه و قانون سبب برای اطلاع از مفهوم عامل ارتباط بکاررفته در آنها نظیر محل انعقاد قرارداد یا اقامتگاه را پذیرفته‌اند.^{۴۰} برای نمونه، در مورد عامل ارتباط محل انعقاد قرارداد مطروحه در ایران باید به مقررات این کشور توجه نمود.

به نظر می‌رسد در مورد عقود مکاتبه‌ای، نظریه ارسال در سیستم حقوقی ایران^{۴۱} و نظریه اطلاع یا نظریه وصول^{۴۲} در فرانسه و لوکزامبورگ - به دلیل پیوستن به کنوانسیون بیع بین المللی کالا وین ۱۹۸۰ - پذیرفته شده است.^{۴۳} حال فرض کنید میان تاجر ایرانی که نامه قبولی را در پاسخ به ایجاب تولیدکننده فرانسوی در لوکزامبورگ بنویسد و در همانجا به صندوق پست بیندازد و تولیدکننده در فرانسه از مفاد نامه قبولی اطلاع یابد، دعوایی در دادگاه ایران مطرح شود. باید گفت بی‌تردید، توصیف موردنظر یک توصیف عامل ارتباط است و قاعده حل تعارض ایرانی «محل انعقاد قرارداد» را به عنوان عامل ارتباط برمی‌گزیند؛ بنابراین، مقررات ایرانی در تعریف و توصیف آن تعیین‌کننده است. توصیف بر اساس مقررات خارجی به معنای سرپیچی دادرسی ایرانی از قاعده حل تعارض کشور خویش است. توصیف برابر مقررات لوکزامبورگ، قانون کشور فرانسه را بر موضوع متنازع‌فیه حاکم می‌داند؛ وضعیتی که مد نظر واضع قاعده حل تعارض ایران (ماده ۹۶۸ قانون مدنی) نیست.

۴۰. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۲۶۶.

۴۱. مهدی شهیدی، حقوق منعی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، (تهران: مجد، ۱۳، ۱۳۹۵)، ص ۱۵۳.

۴۲. در اینکه نظریه مورد پذیرش در عقود مکاتبه‌ای در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا - وین ۱۹۸۰ کدام است، اختلاف نظر وجود دارد. با عنایت به بند ۲ ماده ۱۸ و ماده ۲۳ کنوانسیون، برخی حقوق‌دانان نظیر دکتر شهیدی قائل به نظریه اطلاع و برخی نظیر دکتر صفایی نظریه وصول را پذیرفته‌اند.

برای نظریه اطلاع، ر.ک. شهیدی، مهدی، حقوق منعی، ۲، (تهران: مجد، ۱۸، ۱۳۹۳)، ص ۶۰.

برای نظریه وصول، ر.ک. صفایی، سید حسین، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، (تهران: دانشگاه تهران، ۹، ۱۳۹۹)، ص ۹۲.

43. Fulchiron Hugues; Cyril Nourissat; Édouard Treppoz; Alain Devers; Travaux Dirigés, *Droit International Privé*, (Paris: Lexis Nexis, 5^{éd}, 2013), p. 39.

هرچند موضوع مقررات ماده ۹۶۸ ق.م. «تعهدات ناشی از عقود» است، منتهی این عنوان با اطلاق خود، تمام مسائل مربوط به تعهدات ناشی از عقود، اعم از مسائل مربوط به اعتبار، عدم اعتبار، شرایط و آثار تعهدات یادشده و روابط طرفین را دربر می‌گیرد. بنابراین، این ادعا صحیح نیست که ماده ۹۶۸ منحصراً آثار قراردادهای را شامل می‌شود نه شرایط آن را. در واقع، «برای تابعیت تعهد ناشی از عقد نسبت به قانون محل وقوع عقد، معنایی جز این نمی‌توان شناخت که مسائل مربوط به آن تعهد تابع قانون مذکور است و مسائل مزبور به طور مطلق شامل انواع مسائل مربوط به وضعیت، حقوق و نیز شرایط و آثار تعهد خواهد بود و دلیلی بر تقید حکم مزبور به مسائل مربوط به آثار قراردادهای وجود ندارد»^{۴۴}.

با تأیید صلاحیت قانون خارجی، مسئله توصیف عامل ارتباط به کاررفته در آن مطرح می‌گردد. برای نمونه، اگرچه برای تعیین عامل ارتباط اقامتگاه اصولاً باید به قانون مقر دادگاه رجوع نمود، ولی در پاره‌ای موارد، اقامتگاه به‌عنوان یک عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض کشور خارجی ظاهر می‌شود. اینکه قاضی بر اساس کدام قانون عامل ارتباط را مشخص می‌کند، مورد اختلاف است؛ شاید گفته شود به دلیل تأثیر عامل ارتباط اقامتگاه در انتخاب قانون صلاحیت‌دار و مطابق اصول کلی حاکم بر مسئله توصیف‌ها، ملاک تعیین اقامتگاه ذی‌نفع، قانون مقر دادگاه است. اما به نظر می‌رسد بهتر است در چنین مواردی برای تعیین اقامتگاه به قانون خارجی رجوع کرد، زیرا برای تفسیر قواعد یک سیستم حقوقی باید به مقررات همان سیستم حقوقی توجه نمود. برابر قاعده‌ای در سیستم حقوقی فرانسه «نمی‌توان تفسیر مفاهیم و اصطلاحات را پرسید، مگر از واضع قاعده»^{۴۵}.

۲.۱.۲. وضعیت هماهنگی‌ها با اعمال دیدگاه غالب

در ایجاد هماهنگی داخلی راهکارها در صورت پذیرش دیدگاه غالب در توصیف عوامل ارتباط تردیدی وجود ندارد. منتهی تردیدهایی در هماهنگی بین‌المللی راهکارها در این زمینه

۴۴. مهدی شهیدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲ (۱۳۷۶) - ۱۳۷۷، ص ۳۳.

45. Ejus Est Interpretari Cujus Est Condere.

Yves Lequette, "Renvoi", Répertoire de Droit international, (Décembre, 1998) P. 51.

وجود دارد.

احاله اصولاً در دو حالت رخ می‌دهد: نخست، در صورتی که میان عوامل ارتباط به‌کاررفته در قواعد حل تعارض کشور سبب و مقر دادگاه تفاوت وجود داشته باشد؛ یعنی هیچ‌یک صلاحیت قانون خود را نپذیرد. دوم اینکه ممکن است تفسیرهای متفاوت از مفهوم عامل ارتباط، احاله را به‌وجود آورد؛ هرچند قواعد حل تعارض کشورهای ذی‌نفع، عوامل ارتباط یکسانی داشته باشند. اگر بناست عامل ارتباط به‌کاررفته در هر قاعده حل تعارض با مقررات سیستم حقوقی مربوطه توصیف شود، تعارض منفی قوانین با یکسان بودن عامل ارتباط در قواعد حل تعارض دو یا چند کشور منتفی نمی‌شود، زیرا احتمال ارائه تفسیرهای متفاوت در کشورهای مختلف وجود دارد. بنابراین، رخداد پدیده احاله یک و دو امکان‌پذیر است، حتی اگر عوامل ارتباط یکسانی در قواعد حل تعارض مقر دادگاه یا سبب وجود داشته باشد.

هرچند پذیرش دیدگاه غالب در برخی از فروض احاله درجه دو، هماهنگی بین‌المللی راهکارها را به ارمغان می‌آورد، ولی در فرض رخداد احاله درجه یک مسئله محل تردید است. در این خصوص پرونده فورگو نمونه خوبی شمرده می‌شود. این دعوی در دادگاه فرانسه اقامه گردید و موضوع آن، حقوق ارضیه اموال منقول شخصی به نام فورگو از اهالی باویر بود که در فرانسه اقامت داشت. هرچند هر دو قاعده حل تعارض فرانسه و باویر، موضوع را مشمول قانون اقامتگاه می‌دانستند، ولی تفاوت در مفهوم اقامتگاه در دو سیستم حقوقی، موجب پدید آمدن احاله درجه یک گردید؛ چنان‌که قاضی فرانسوی با پذیرش آن، قاعده مادی فرانسه را بر موضوع اعمال کرد. در مثال یادشده، اگر پرونده در دادگاه باویر مطرح می‌شد و دادگاه، عامل ارتباط را با توجه به مقررات کشور واضع قاعده توصیف می‌کرد، با پذیرش احاله درجه یک ناشی از تفسیر متفاوت عوامل ارتباط، قانون ماهوی آلمان را صلاحیت‌دار تشخیص می‌داد. پس اگر احاله درجه یک اتفاق بیفتد و هر دو سیستم حقوقی درگیر در موضوع، احاله را بپذیرند، آرمان هماهنگی بین‌المللی راهکارها محقق نخواهد شد.

۲.۲. توصیف ثانوی

پس از آنکه در سیستم حقوقی مقر دادگاه، توصیف اولیه انجام شد و موضوع در یک

دسته ارتباط قرار گرفت و عامل ارتباط آن تعیین و احتمالاً صلاحیت قانون خارجی تأیید شد، ممکن است این نتیجه به دست آید که مقررات کشور سبب تفسیر دیگری از موضوع متنازع‌فیه دارد و به عبارتی آن را به صورت دیگری تعریف می‌کند یا آن را در دسته ارتباط دیگری قرار می‌دهد؛ مسئله‌ای که دقیقاً به همین دلیل «توصیف ثانوی» نامیده می‌شود. این توصیف نسبت به توصیف اولیه، از اهمیتی یکسان برخوردار است و فقط پس از آن مطرح می‌شود.^{۴۶} تا این مرحله، با یک توصیف داخلی مواجه‌ایم. منتهی ممکن است همین یک مسئله احاله توصیف‌ها را به همراه داشته باشد، زیرا این احتمال وجود دارد که در موضوع تعیین قاعده حل تعارض بر دسته ارتباط، دو کشور سبب و مقر دادگاه دیدگاه‌های متفاوتی داشته باشند و قانون ماهوی موردنظر نیز متعلق به کشورهای متفاوتی باشد؛ در این صورت، توصیف، بین‌المللی خواهد بود.

۱.۲.۲. توصیف ثانوی به عنوان یک توصیف داخلی

اگر وحدت موردنظر میان قواعد تعارض قوانین تحقق یابد، همچنان این احتمال وجود دارد که دادرسان ملی با قرار دادن نهاد حقوقی واحد در دسته‌های متفاوت (توصیف متفاوت)، هماهنگی نظام‌های حل تعارض را برهم زنند. نظر به همین ملاحظات است که می‌توان گفت: توصیف بر اساس قانون مقر دادگاه، سیستم‌های ملی را در انزوای حقوقی قرار می‌دهد. اما در صورتی می‌توان این ادعا را پذیرفت که دست دادرس برای انجام هرگونه تعریف و طبقه‌بندی نهادهای حقوقی بسته باشد و او مجبور شود تنها به مقررات سیستم حقوقی داخلی خود مراجعه کند. اما واقعیت چیز دیگری است. دخالت انحصاری توصیف ملی، امری غیرمنطقی تلقی می‌شود؛ مگر اینکه مسئله، یافتن قواعد حل تعارض مقر دادگاه باشد. به گفته باتیفول^{۴۷} ایراد یادشده حدود صلاحیت مقر دادگاه را دربر می‌گیرد، نه اصل صلاحیت آن را.

هرچند بسیاری از نویسندگان به انجام تمام تعاریف و طبقه‌بندی نهادهای حقوقی بر اساس مقررات مقر دادگاه تمایل داشتند. منتهی امروزه موافقان این توصیف و رویه قضایی

46. Batiffol et Les Autres, 1993, p. 278

47. Henri Batiffol, Aspects Philosophique de Droit International Privé, (Paris: Dalloz, 1956), p. 297

خطمشی دقیق‌تری را برگزیده‌اند. در واقع، ایشان می‌پذیرند به محض تعیین قانون خارجی، این قانون با توصیف خاص خود بر مقرر دادگاه تحمیل شود. اما برخی از این توصیف‌ها ثانوی هستند، زیرا در تعیین قاعده حل تعارض نقشی ندارند و پس از آن خودنمایی می‌کنند.^{۴۸} هدف از توصیف ثانوی، تعیین قاعده حل تعارض نیست، چراکه پیش‌تر مشخص شده است. بنابراین، از نظر زمانی، در مرحله دوم قرار می‌گیرد؛ هرچند این موضوع از اهمیت آن نسبت به توصیف اولیه نمی‌کاهد. به این ترتیب، زمانی که حقوق بین‌الملل خصوصی ایران رژیم اموال را مشمول قانون محل وقوع آن (ماده ۹۶۶ قانون مدنی)، ماهیت قرارداد را تابع قانون محل انعقاد، و شکل اسناد را مشمول قانون محل تنظیم (ماده ۹۶۹ قانون مدنی) می‌داند، به این قوانین اجازه می‌دهد تا تمام تعاریف و طبقه‌بندی نهادهای داخل در دسته‌های ارتباط را انجام دهند.

برخی از نویسندگان ملی^{۴۹} توصیف ثانوی را به‌عنوان استثنایی بر اصل توصیف براساس مقررات مقرر دادگاه تلقی می‌کنند. ما به این دیدگاه نمی‌پیونديم؛ توصیف ثانوی، یک استثنای واقعی بر اصل یادشده نیست، زیرا پس از تعیین قاعده حل تعارض مطرح می‌شود و کاملاً داخلی است. درست به همین دلیل، شمول قانون سبب بر توصیف‌های ثانوی قابل اعتراض نیست. در واقع، توصیف ثانوی، یک توصیف بین‌المللی محسوب نمی‌شود، بلکه یک توصیف فرعی است. این توصیف‌ها مشمول قانون سبب هستند، به این دلیل که آنها در حاشیه حقوق بین‌الملل خصوصی قرار گرفته‌اند.^{۵۰}

این راهکار به این دلیل ساده تحمیل می‌شود که با یک توصیف اولیه روبه‌رو نیستیم. اگر توصیف، راهکار تعارض قوانین را مشخص کند، مقرر دادگاه باید حاکمیت خود را داشته باشد. درست به همین دلیل است که در اختلاف میان همسر و سایر بازماندگان متوفی مبنی بر ماهیت وجوه پرداختی از سوی اداره استانداردهای کار دولت ژاپن به دلیل فوت یک

48. Yves Loussouarn; Pierre Bourel & Pascal De Varelles-Sommières, *Droit international privé*, (Paris: Dalloz, 2012), p. 249.

۴۹. برخی نویسندگان نظیر محمود سلجوقی (۱۳۸۷، صص ۱۱۵-۱۱۶) و نجادعلی الماسی (۱۴۰۰، ص ۱۱۱) معتقدند، بر اصل صلاحیت قانون مقرر دادگاه، استثناهایی وارد است که بر مبنای آن، توصیف بر اساس قانون خارجی (سبب) صورت می‌پذیرد.

50. Loussouarn et Les Autres, *op. cit.*, p. 263.

ایرانی به هنگام کار در این کشور^{۵۱}، دادگاه ایران وجه پرداختی به حساب همسر متوفی را باید با توجه به مقررات ایرانی توصیف کند، حتی اگر قانون سبب (ژاپن) دسته ارتباط دیگری را برای آن در نظر بگیرد؛ چراکه این توصیف در اعمال قاعده حل تعارض تعیین کننده است. هرچند تجزیه و تحلیل این نهاد حقوقی یعنی مرحله مقدماتی توصیف برای شناخت این نهاد حقوقی بر اساس مقررات ژاپن صورت می پذیرد، اما با توجه به مقررات ایرانی در دسته ارتباط «غرامت» قرار می گیرد و نه «ماترک» متوفی؛ چراکه ماترک متوفی آن چیزی است که در لحظه فوت در سبب دارایی وی قرار دارد^{۵۲}. این در حالی است که پرداخت مبلغ یادشده پس از فوت و به دلیل آن واقعه حقوقی انجام شده است. دیه جزء ماترک متوفی محسوب می شود^{۵۳}، منتهی گسترش این حکم خلاف قاعده، صحیح نیست. نتیجه اینکه موضوع یادشده، مشمول قانون محل وقوع فعل زیان بار^{۵۴} خواهد بود و نه قانون ملی متوفی (ماده ۹۶۷ قانون مدنی).

پرواضح است که برای تعیین رژیم حقوقی باید توصیف های حقوقی کشور سبب از موضوع مورد توجه قرار گیرد؛ حتی این فرض وجود دارد که کشور سبب دسته ارتباط دیگری را برای موضوع برگزیند. حال باید دید، آیا رجوع به دسته ارتباط مقر دادگاه در یافتن ضمانت اجرا راهگشا است یا دسته ارتباطی که مورد نظر قانون سبب است؟ در واقع، لحاظ تفاوت میان توصیف کشور سبب و توصیف مقر دادگاه یا بی توجهی نسبت به آنها محل گفتگوست. به باور اکثر نویسندگان حقوقی، باید توصیف کشور سبب را از موضوع پذیرفت، چراکه توجه به توصیف قانون مقر دادگاه ما را در حل مسئله متنازع فیه، دست خالی بازمی گرداند.

برای نمونه، حقوق ایران، موضوع برهم خوردن نامزدی را در دسته ارتباط «مسئولیت

۵۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. رأی شعبه ۱۲۲ دادگاه عمومی تهران - مورخ ۱۳۷۵ و رأی معارض با آن، ر.ک. رأی شعبه ۱۳۳ دادگاه عمومی تهران. به نقل از عباس میرشکاری، رساله عملی در مسئولیت منعی (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ص ۵۲۶ به بعد.

۵۲. علی حسین مصلحی عراقی، حقوق ارث، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۸۴)، صص ۴۴-۴۵.

۵۳. ر.ک. رأی وحدت رویه شورای عالی ثبت به شماره ۳۳۳۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۲، نظریه مشورتی شماره ۳۸۷۹/۷ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۲ و ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

54. Lex Loci Delicti.

مدنی قهری» قرار می‌دهد. علی‌رغم حذف ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی^{۵۵}، علمای حقوقی با استناد به مواد ۳۳۱ قانون مدنی و ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، زیان‌های ناشی از برهم‌زدن نامزدی را مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل مطالبه می‌دانند^{۵۶}؛ برخی در تأیید این نظر به قاعده غرور نیز استناد می‌کنند^{۵۷}. در هر صورت، اگر دادرس ایرانی خواهان اعمال قاعده حل تعارض کشور خود در موضوع برهم‌خوردن نامزدی زوج ایرانی باشد، قانون آلمان را به‌عنوان قانون محل وقوع فعل زیان‌بار اعمال می‌نماید^{۵۸}. منتهی وی باید به این نکته توجه داشته باشد که حقوق آلمان، قواعد برهم‌خوردن نامزدی را در مقررات حقوق خانواده مطرح نموده است. بنابراین، این پرسش زمینه طرح می‌یابد که در صورت تعارض میان توصیف ثانوی حقوق آلمان و توصیف نخستین به کاررفته از سوی دادرس ایرانی برای یافتن قاعده حل تعارض، تکلیف چیست^{۵۹}؟

در این امر تردیدی وجود ندارد که پذیرش توصیف‌های کشور سبب برای تعیین رژیم حقوقی موضوع و نیز چگونگی قرار گرفتن موضوع در دسته ارتباط در این سیستم حقوقی، در هماهنگی بین‌المللی راهکارها تاثیرگذار است، زیرا تفاوتی ندارد که موضوع در دادگاه‌های کدام‌یک از سیستم‌های حقوقی درگیر در موضوع مطرح شود. رژیم حقوقی حاکم و دسته ارتباط مربوطه یکسان خواهد بود و دادرسان ضمانت اجرایی یکسانی را بر آن اعمال خواهند کرد. حال مسئله دیگری مطرح می‌شود: اگر کشور سبب موضوع را در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و در عین حال، قاعده حل تعارض دیگری را بر آن حاکم بداند و این توصیف ثانوی را مورد توجه قرار دهد، این تعارض در توصیف‌ها، احاله را به‌دنبال دارد. هرچند، پذیرش آن ممکن است در هماهنگی راهکارها سودمند باشد، ولی امکان پذیرش آن در روش دوجانبه حل تعارض محل گفتگو است.

۵۵. این ماده مقرر می‌داشت: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند درحالی که طرف مقابل یا ابوبن او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج منور شده و مخارجی کرده باشند طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

۵۶. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، چ ۴۸، ۱۳۹۶)، ص ۴۲.

۵۷. سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، (تهران: علوم انسانی، چ ۲۰، ۱۴۰۰)، ص ۳۵.

۵۸. محمدجواد شریعت باقری، «اجرایی و چگونگی تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۲ (۱۳۹۴)، ص ۸۷.
59. Gothot et Les Autres, *op. cit.*, Para. 132.

۲.۲.۲. توصیف ثانوی به عنوان یک توصیف بین‌المللی

در صورتی که کشور سبب، موضوع را در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و قاعده متفاوتی را بر آن اعمال نماید، احاله منشأ جدیدی پیدا می‌کند. علی‌رغم اینکه سیستم‌های حل تعارض از عوامل ارتباط و تفسیرهای مشابهی بهره می‌برند، ممکن است اختلاف نظر سیستم‌های یادشده در تعیین محتوای دسته ارتباط، ما را با توصیف‌های متفاوت روبه‌رو سازد و احاله را به وجود آورد. یادآوری می‌کنیم برداشت خاص هردو سیستم حقوقی از موضوعات داخل در دسته‌های ارتباط، رقابت و در نتیجه تعارض منفی را شکل می‌دهد.^{۶۰}

برخی کشورها نظیر آلمان، نامزدی^{۶۱} را در دسته ارتباط احوال شخصیه، و برخی مانند ایران در دسته وقایع حقوقی قرار می‌دهند. حال آنکه با توجه به این توصیف‌های متفاوت، بر نتایج جدایی دو ایرانی که به پیوند خود در آلمان پایان می‌دهند، قاعده حل تعارض ایرانی، قانون آلمان را به عنوان قانون محل وقوع فعل، و قاعده حل تعارض آلمان، قانون ملی مشترک یعنی ایران را حاکم می‌داند.^{۶۲} در تفاوت با احاله سنتی که از تنوع معیارهای عامل ارتباط و یا تفسیر آنها ایجاد می‌شود، این تعارض به هیچ وجه با عوامل ارتباط پیوندی ندارد؛ چراکه هر دو کشور آلمان و ایران، قواعد حل تعارض یکسانی دارند؛ وقایع حقوقی را تابع قانون محل وقوع فعل زیان‌بار، و اهلیت و وضعیت اشخاص را مشمول قانون ملی می‌دانند. با وجود این، برداشت خاص هر کشور از موضوعات دسته‌های ارتباط، رقابت و تعارض منفی را ایجاد می‌کند. بنابراین، در این مورد احاله از تعارض عوامل ارتباط ناشی نمی‌شود، بلکه ریشه در تعارض توصیف‌ها در سیستم حقوقی مقر دادگاه و کشور سبب دارد.^{۶۳}

در موضوع احاله توصیف‌ها در حقوق فرانسه رویه قضایی نادری وجود دارد. دیوان عالی این کشور در رأی مورخ ۱۸ اکتبر ۱۹۸۹ احاله توصیف‌ها را نپذیرفت، اما در خصوص موضوعی که احاله ذاتاً در آن پذیرفتنی نبود، دیوان در حکمی به تاریخ ۱۱ مارس ۱۹۹۷ در مورد شرکت Société Mobil NSL پس از اینکه دادگاه اعلام می‌دارد: «اجرای قانون

60. Loussouarn, *op. cit.*, p. 273.

61. Concubinage.

62. Gothot et Les Autres, *op. cit.*, p. 132.

63. Loussouarn et Les Autres, *op. cit.*, pp. 273-274.

حاکمیت اراده هرگونه احاله‌ای را نفی می‌کند»، رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر عدم پذیرش احاله توصیف‌ها را تأیید می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر قرارداد و مرور زمان مسقط دعوی را مشمول قانون انگلیس می‌داند، چراکه این قانون از سوی طرفین قرارداد تعیین شده است و مرور زمان را نیز باید مشمول قانون حاکم بر قرارداد (انگلستان) دانست و نه مقرر دادگاه (فرانسه) و توصیف متفاوت سیستم حقوقی انگلیس در این موضوع اهمیتی ندارد. تأثیر این رأی در یافتن موضع رویه قضایی فرانسه در رد یا پذیرش احاله توصیف‌ها نامشخص است. در اینجا این سؤال مطرح است که اگر موضوع متنازع‌فیه ذاتاً احاله‌پذیر بود، باز هم دیوان احاله ناشی از توصیف‌ها را رد می‌کرد؟^{۶۴}

یافتن رأی در دادگاه‌های تالی فرانسه آسان نیست؛ با این همه، در یک مورد نادر، قاضی فرانسوی به‌صراحت در پرونده نفقه فرزند طبیعی با تابعیت ایتالیایی، در مورد احاله توصیف‌ها اظهار نظر کرد. براساس توصیف مقرر دادگاه، موضوع در دسته ارتباط احوال شخصیه و مشمول قانون ملی فرزند است. قاضی دادگاه تجدیدنظر پاریس توصیف متفاوت سیستم حقوقی ایتالیا را مطرح نمود که برابر آن، این موضوع مربوط به اثبات نسب و مشمول قانون ملی پدر، یعنی فرانسه است. بنابراین، دادگاه، احاله به قانون مقرر دادگاه را پذیرفت و این چنین تصمیم گرفت: «دلیلی برای ردّ احاله‌ای وجود ندارد که تعارضات قواعد فرانسوی و ایتالیایی را از بین می‌برد و یکپارچگی حقوق فرانسه را نیز به‌دنبال دارد؛ قانون فرانسه بر کسانی حاکم می‌شود که در فرانسه اقامت دارند خواه تابع این کشور باشند و خواه تابع کشور دیگری»^{۶۵}.

دیوان عالی کشور آلمان^{۶۶} در چندین پرونده این نوع احاله را نمی‌پذیرد. در پایان قرن نوزدهم، این مرجع عالی قضایی به ردّ مرور زمان طلبی از یک بدهکار آلمانی به دلیل برات صادرشده در امریکا حکم می‌دهد. در واقع، قاعده حل تعارض آلمان به طبقه‌بندی این نهاد حقوقی در دسته ارتباط «حقوق تعهدات» نظر دارد و آن را مشمول قانون حاکم بر تعهد، یعنی امریکا، می‌داند. مقررات امریکا قانون مقرر دادگاه، یعنی آلمان را صلاحیت‌دار تشخیص

64. Mélin, *op. cit.*, pp. 127-128.

65. Paris, 1 Ch., 19 Juill. 1952.

66. Reichsgericht.

می‌دهد؛ زیرا موضوع متنازع‌فیه را داخل در موضوعات آیین دادرسی می‌داند. به نظر دادرس آلمانی، قانون امریکا به‌موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، تعیین و از یک توصیف قرارداد ناشی شده است و صرفاً باید قواعد مادی، منطبق با این توصیف اعمال شود. به این ترتیب، احاله ناشی از توصیف مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد؛ درحالی که پذیرفتن آن، به تأیید صلاحیت قانون آلمان ختم می‌شود. نادیده گرفتن توصیف حقوق امریکا از موضوع، وضعیتی ایجاد می‌کند تا قاعده حل تعارض آن لحاظ نشود.^{۶۷}

ممکن است همین وضعیت در خصوص دو سیستم حقوقی ایران و امریکا پیش آید. در سیستم حقوقی ایران تعهدات ناشی از برات مشمول قانون محل ایجاد تعهد است^{۶۸}؛ بنابراین، قانون امریکا بر مسئله مرور زمان طلب بدهکار برات صادرشده در این کشور، صالح است؛ به‌ویژه که نمی‌توان گفت مرور زمان پنج‌ساله مندرج در ماده ۳۱۸ قانون تجارت، فقط مزایای تجاری برات را از بین می‌برد، بلکه اساساً حق طرح دعوی ذی‌نفع را اسقاط می‌کند^{۶۹}. بدون درنظر گرفتن بحث‌های بی‌پایان مربوط به اینکه مرور زمان مسقط حق و تعهد است یا وسیله‌ای در دست خواننده برای غیرقابل استماع نمودن دعوای خواهان^{۷۰}، بر این باوریم که مدت مرور زمان ناشی از یک طلب در اعتبار و ارزش آن نقشی تعیین‌کننده دارد و یک مسئله ماهوی مرتبط با تعهد محسوب می‌شود. اگر دو طلب را به‌مثابه دو دایره بدانیم که یکی پس از ده سال و دیگری پس از پنج سال مشمول مرور زمان می‌شود، مساحت دایره نخست بیشتر است و با طلبی روبه‌رو هستیم که به مدت طولانی‌تری قابلیت مطالبه دارد و از اعتبار بیشتری برخوردار است. در هر صورت، امکان قرار گرفتن مدت مرور زمان در دایره مربوط به تعهد به‌خوبی ارتباط این موضوع را با اصل تعهد نشان می‌دهد. بنابراین، قاضی ایرانی مانند همتای آلمانی خود، به استناد مقررات ایران این موضوع را در دسته ارتباط ماهیت تعهد قرار می‌دهد و آن را مشمول قانون مملکتی می‌داند که تعهد در آن ایجاد شده است.

67. Lequette, *op. cit.*, Para. 53

۶۸. ماده ۳۰۵ قانون تجارت، ربیعا، اسکینی، حقوق تجارت، (تهران: سمت، چ ۱۹، ۱۳۹۳)، ص ۱۳۶.

۶۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانش‌نامه حقوقی*، ج ۵، (تهران: امیرکبیر، چ ۴، ۱۳۷۶)، ص ۳۳۲.

۷۰. مهدی شهیدی، *حقوق ملنی، سقوط تعهدات*، ج ۵، (تهران: مجد، چ ۱۱، ۱۳۹۶)، ص ۲۲۶.

نفی احالهٔ توصیف‌ها با استناد به منطق مکانیسم احاله، مورد انتقاد است. احاله به این دلیل اتفاق می‌افتد که حاکمیت سیستم حقوقی خارجی خود را صالح نمی‌داند؛ در غیر این صورت، منطق هماهنگی موجود در ذات احاله به هم می‌ریزد. برخی برای ایجاد هماهنگی، احالهٔ توصیف‌ها را می‌پذیرند؛ چراکه قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده، حتی پس از توصیف براساس مقررات مقرر دادگاه و اعمال قاعدهٔ حل تعارض آنجا، این امکان را می‌یابد تا قانون خارجی را با توصیف‌های خارجی تفسیر کند. بنابراین، همان استدلالی خودنمایی می‌کند که در مورد احاله نیز مطرح می‌شود. در واقع، از آنجا که پایه‌گذاری احاله بر مبنای تمامیت حقوق خارجی صورت پذیرفته است، توجه به توصیف‌های خاص ^{۷۱} درون این سیستم حقوقی نیز ضرورت می‌یابد. از طرفی، تفاوتی نمی‌کند که تعارض منفی ریشه در تنوع عوامل ارتباط داشته باشد یا در تنوع توصیف‌ها؛ در هر دو مورد، قاضی ملی برای تجزیه و تحلیل مقررات سیستم حقوقی خارجی باید هم به عوامل ارتباط و هم توصیف‌های آن توجه کند.

پیوستن به مخالفان پذیرش احالهٔ توصیف‌ها پیامد دیگری نیز دارد؛ ناهماهنگی داخلی کشور سبب. در واقع، زمانی که قانون سبب به دلیل توصیف بر اساس مقرر دادگاه و اعمال قاعدهٔ حل تعارض آنجا موضوع را دربر می‌گیرد، باید با توجه به توصیف‌ها و قواعد حل تعارض سیستم سبب مشخص شود که آیا خود را صالح می‌داند یا خیر؛ اگر احالهٔ توصیف‌ها پذیرفته نشود، پیوند میان عامل ارتباط و مصادیق دستهٔ ارتباط گسسته می‌شود.^{۷۱}

اما باید پذیرفت که در تفاوت با احالهٔ معمولی، این احاله، ریشه در تعارض توصیف‌ها دارد؛ تعارضی که در لحظهٔ طرح مسئلهٔ احاله خود را نشان نمی‌دهد، چراکه پیش از این برای آن چاره‌اندیشی شده و در نتیجه، قاعدهٔ حل تعارض مقرر دادگاه، قانون خارجی را صالح شناخته است. در مثال یادشده، دادرسی آلمانی با توجه به قاعدهٔ حل تعارض خود، قانون خارجی را حاکم می‌داند؛ چراکه این کشور مسئلهٔ مرور زمان یادشده در دستهٔ قراردادهای - و نه آیین دادرسی - را طبقه‌بندی می‌کند و دیگر برداشت قانون خارجی از این نهاد حقوقی برای وی اهمیتی ندارد. پیش از تعیین قانون صالح،^{۷۲} توصیف، نقش خود را ایفا کرده است. محصل این نقش‌آفرینی، تعیین قاعدهٔ حل تعارض صالح و درنهایت تعیین قانون ماهوی

71. B. Ancel, Note: Rev. Crit. Dr. Int. pr. 1980, p. 567.

حاکم است. هرچند در کشور سبب نیز توصیف موضوع برای انتخاب قاعده حل تعارض و سپس قاعده ماهوی صالح برای حل مسئله متنازع فیه به کار می‌رود، ولی دیگر این توصیف تأثیرگذار نیست.

بنابراین، تشبیه این مورد با احاله عوامل ارتباط، تصنعی است. پذیرش چنین احاله‌ای دو ایراد بزرگ به همراه دارد: نخست اینکه احاله ناشی از توصیف‌ها به اصل توصیف براساس قانون مقر دادگاه و صلاحیت قانون پیش‌بینی شده به موجب قاعده حل تعارض خدشه وارد می‌کند. در واقع تفاوتی نمی‌کند که توصیف کشور سبب از موضوع پذیرفته شود و یا اینکه از ابتدا توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه صورت پذیرد، ولی در نتیجه توصیف متفاوت کشور سبب از موضوع و پذیرش احاله ناشی از آن، مقررات دیگری اعمال شود؛ در هر دو مورد، توصیف کشور سبب از موضوع^{۷۱} تعیین‌کننده خواهد بود. دوم اینکه این مسئله نوپدید به گسترش احاله می‌انجامد، زیرا منشأ جدیدی برای احاله ایجاد می‌شود؛ علاوه بر تفاوت در عوامل ارتباط و تفسیر مختلف عوامل ارتباط، توصیف گوناگون کشور سبب از موضوع متنازع فیه نیز احاله را پدید می‌آورد. احاله پدیده‌ای استثنایی است که بر ویژگی دوجانبه قاعده حل تعارض تأثیر می‌گذارد^{۷۲}؛ چراکه در یک سیستم دوجانبه باید به حکم قاعده حل تعارض مقر دادگاه عمل نمود. اگر این قاعده، قانون ماهوی بیگانه را صالح بدانند، دیگر خواست واضح قاعده حل تعارض کشور خارجی مبنی بر اعمال یا عدم اعمال اهمیتی ندارد^{۷۳}. دوجانبه‌گراها در احاله عوامل ارتباط به صورت استثنایی به این خواست احترام می‌گذارند.

علی‌رغم استدلال‌های محکم موافقان پذیرش احاله توصیف‌ها، چاره‌ای جز نفی آن در روش دوجانبه نیست؛ چراکه در چنین سیستمی، قاعده حل تعارض مقر دادگاه خط قرمز قاضی محسوب می‌شود و نباید نقض گردد. این درحالی است که تفاوت چندانی میان نقض مستقیم قاعده حل تعارض یا کم و زیاد شدن مصداقی از آن وجود ندارد.

تردید وجود ندارد که عدم پذیرش احاله ناشی از توصیف‌ها موجب ناهماهنگی بین

72. Loussouarn et Les Autres, 2012, Para. 198-3.

۷۳. سید عباس سیدی آرانی، پیشین، ص ۳۳.

المللی راهکارها می‌شود. برای نمونه، در مثال برهم‌خوردن نامزدی در آلمان، اگر موضوع در دادگاه آلمان مطرح شود، دادرس با اعمال قانون ملی مشترک زوجین، یعنی قانون ایران و برعکس، دادرس ایرانی با اعمال قانون محل وقوع زیان‌بار، یعنی قانون آلمان، موضوع متنازع‌فیه را حل می‌کند. اما در اینکه پذیرش این نوع احاله موجب هماهنگی در این عرصه شود، تردیدهایی وجود دارد. هرچند پذیرش این رخداد در برخی از فروض، احاله درجه دو هماهنگی بین‌المللی راهکارها را به ارمغان می‌آورد، ولی اگر احاله درجه یک اتفاق بیفتد و هردو سیستم درگیر در موضوع، این نوع احاله را بپذیرند، هماهنگی موردنظر اتفاق نمی‌افتد؛ چراکه در همین مثال در صورت طرح موضوع در دادگاه آلمان، قانون آلمان و در فرض طرح مسئله در دادگاه ایران، قانون ایران به‌عنوان قانون صالح شناخته خواهد شد. بنابراین، ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها به‌وجود می‌آید که مطلوب نیست.

نتیجه

برای اینکه حقوق بین‌الملل خصوصی بتواند به نیازهای جامعه بین‌الملل پاسخ دهد، لازم است از قوانین خارجی بهره‌برد و از آمریت آنها چشم‌پوشی نکند؛ وگرنه ممکن است درمان با بیماری منطبق نباشد و هماهنگی داخلی راهکارها به قیمت فدا شدن یکپارچگی سیستم حقوقی سبب و حتی ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها تمام شود. هماهنگی در یک عرصه لزوماً به معنای هماهنگی در عرصه دیگر نیست و حتی در مواردی تقویت یکی به تضعیف دیگری منتهی می‌شود. در موضوعی که نیل به همه اهداف و احترام به تمام اصول امکان‌پذیر نیست، باید به سرانجام تلاش‌های همه‌جانبه‌نگر به دیده تردید نگریست. لازم است هدف نهایی و اصل مسلم مشخص گردد و برای تحقق آن‌ها تلاش شود. در این پژوهش هماهنگی بین‌المللی راهکارها به‌عنوان هدف، و احترام به قاعده حل تعارض مقر دادگاه به عنوان اصل مسلم، انتخاب شده است.

انجام توصیف اولیه بر اساس مقررات مقر دادگاه با طبیعت قاعده حل تعارض سازگاری دارد، منتهی موجب ناهماهنگی در عرصه بین‌المللی می‌شود؛ زیرا بسته به اینکه موضوع در کشور مقر دادگاه یا کشور سبب مطرح شود، احتمال قرار گرفتن موضوع در دسته‌های ارتباط متفاوت و صدور احکام متهاافت وجود دارد. البته راه‌گزینی از این وضعیت نیست، چراکه از

یک سو نمی‌توان از قاعده حل تعارض مقر دادگاه سرپیچی کرد و از سوی دیگر، توصیف براساس مقررات کشور سبب، مصداقی از یک قاعده حل تعارض را جابه‌جا و در نتیجه آن را نقض می‌کند، و تفاوت چندانی میان نقض مستقیم قاعده حل تعارض یا کم و زیاد شدن مصداقی از آن وجود ندارد. همین وضعیت در مسئله احاله توصیف‌ها حاکم است، زیرا پذیرش آن، داده‌های اصلی مسئله را تغییر می‌دهد، به اصل توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه آسیب می‌زند و کمانه‌وار به نقض قاعده حل تعارض آنجا منجر می‌گردد؛ توفیری نمی‌کند که توصیف کشور سبب از موضوع پذیرفته شود یا اینکه از ابتدا توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه صورت پذیرد و در نتیجه توصیف متفاوت کشور سبب از موضوع، احاله توصیف‌ها پذیرفته و مقررات دیگری اعمال گردد؛ در هر دو مورد، توصیف کشور سبب از موضوع، تعیین‌کننده است.

تئوری مسئله مقدماتی، یک سیستم حقوقی را متکفل حل هر دو مسئله اصلی و مقدماتی می‌داند؛ وضعیتی که هماهنگی بین‌المللی راهکارها را تقویت می‌کند. به علاوه، پس از تعیین قاعده حل تعارض صلاحیت‌دار بر مسئله و در صورت صلاحیت قانون خارجی، توصیف عامل ارتباط به کاررفته در آنها مطرح می‌شود. در برخی فروض، احاله درجه دوم در موضوع تعریف عامل ارتباط، هماهنگی داخلی راهکارها در راستای هماهنگی بین‌المللی آنها قرار می‌گیرد. کافی است برای ایجاد این تعادل، این توصیف بر اساس مقررات کشوری انجام شود که قاعده را وضع کرده است و تفاوتی نمی‌کند که مسئله در دادگاه‌های کشور مقر یا سبب مطرح شود؛ در هر دو مورد نتیجه یکسان خواهد بود. در نهایت، لازم است توصیف‌های ثانوی داخلی کشور سبب از موضوع لحاظ شود تا هماهنگی بین‌المللی راهکارها بهبود یابد؛ مسئله‌ای که برای نخستین بار مطرح و سازماندهی گردید. نگرانی خاصی در این موارد وجود ندارد، زیرا به اصل آرمانی آسیبی وارد نمی‌آید. دیدگاهی که معتقد به صلاحیت مقر دادگاه در انجام تمام این توصیف‌ها هستند، آب به آسیاب مخالفان توصیف بر اساس قانون مقر دادگاه می‌ریزند و وضعیتی را ایجاد می‌کنند تا مهم‌ترین استدلال ایشان، یعنی اینکه چنین توصیفی آرمان هماهنگی بین‌المللی راهکارها را از بین می‌برد، تبدیل به فصل‌الخطاب تمام بحث‌های نظری این حوزه شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۳). *حقوق تجارت*، تهران: سمت.
۲. الماسی، نجادعلی (۱۴۰۰). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: میزان.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *دانش‌نامه حقوقی*، تهران: امیرکبیر.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). *حقوق مدنی*، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۹۶). *حقوق مدنی*، سقوط تعهدات، تهران: مجد.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). *حقوق مدنی ۳*، تهران: مجد.
۷. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۶). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۸. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۹). *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: دانشگاه تهران.
۹. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۹۴). *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: اسماعیلیان.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۰). *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، تهران: علوم انسانی.
۱۱. محمود، سلجوقی (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها*، تهران: میزان.
۱۲. مصلحی عراقی، علی حسین (۱۳۸۴). *حقوق ارث*، تهران: سمت.
۱۳. میرشکاری، عباس (۱۳۹۴). *رساله عملی در مسئولیت مدنی*، تهران: سهامی انتشار.
۱۴. نصیری، محمد (۱۳۹۲). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: آگه.

– مقالات

۱۵. حقانی، سعید و حکیمی، مرضیه (۱۴۰۰). *قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی؛ بررسی موردی*

دادنامه‌ای از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. *پژوهش حقوق خصوصی*. ۹(۳)، ۶۴-
Doi:10.22054/jplr.2021.51359.2384

۱۶. سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۸). نقش آفرینی قاعده حل تعارض به پشتیبانی روش های حل تعارض (با بهره مندی از آورده های حقوق تطبیقی). *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*. ۴(۴)، ۲۷-۵۴. Doi:10.22091/CSIW.2020.3623.1455

۱۷. شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۴). چرایی و چگونگی تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی. *تحقیقات حقوقی*. ۷۲(۸)، ۷۱-۹۵.

۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۷۶). قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی. *تحقیقات حقوقی*. ۲۱(۲۲)، ۴۲-۲۳.

ب) منابع فرانسه

- Book

19. Batiffol, Henri and Lagarde, Paul (1993). *Droit International Privé*, Paris: LGDJ
20. Gutmann, Daniel (2007). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
21. Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat, Édouard Treppoz, Alain Devers, *Travaux dirigés*, (2013). *Droit International Privé*, Paris: LexisNexis.
22. Loussouarn, Yves, Bourel, Pierre, de Varelles-Sommières, Pascal (2013). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
23. Loussouarn, Yves, Bourel, Pierre, de Varelles-Sommières, Pascal (2012). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
24. Mélin, François (2014). *Droit International Privé*, Paris: Lextenso Éditions.
25. Niboyet, Marie-Laure and Géraud de Geouffre de la Pradelle (2013). *Droit International Privé*, Paris: Lextenso Éditions.

- Articles

26. Gothot, Pierre, Lagarde, Paul (2006). Conflits de Lois: Principes généraux, Répertoire de droit international, janvier.
27. Lagarde, Paul (1960). La Règle de Conflit Applicable Aux Questions Préalables, Rev. crit DIP.
28. Lequette, Yves (1998). Renvoi, Répertoire de Droit International, Décembre.
29. Wengler, W (1966). Nouvelles Réflexions Sur Les Questions Préalables, Rev. Crit. DIP.

شایان ذکر است که برخی مجلات فرانسوی دوره و شماره ندارند و با سال شناخته می‌شوند. مقالات فوق شماره و دوره ندارند.

Arrêts

30. Djenangi, Rev. crit. DIP 1988. 302, note Bischoff, JDI 1986. 1025, note A. Sinay-Cytermann, JCP 1987. II. 20878, note Agostini.