

بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله در حقوق بین الملل خصوصی

سید محسن شیخ الاسلامی

تاریخ دریافت: ۸۵/۵/۱۱

استادیار حقوق بین الملل دانشگاه علوم و تحقیقات فارس - آزاد اسلامی تاریخ تأیید: ۸۵/۹/۳۰

چکیده

احاله یا تعارض منفی قوانین یکی از مهم ترین مباحث حقوق بین الملل خصوصی است. برخی در مخالفت با احاله آن را دخالت قانون گذار خارجی با حاکمیت قانون در عرصه حقوق داخلی کشورها می دانند، برخی دیگر پذیرش تعارض منفی قوانین را ایجادگر مسئله دور و تسلسل در اجرای قوانین خارجی و داخلی و نوعی تنیس بین المللی قوانین قلمداد نموده اند. اما، به زعم موافقان با احاله، هماهنگی میان نظام حقوقی کشورها در گرو پذیرش تعارض منفی قوانین در حقوق بین الملل خصوصی می باشد. احاله در حقوق بین الملل خصوصی کشورهای مختلف جهان جایگاه ویژه ای را به خود اختصاص داده است. احاله درجه اول در حقوق ایران صراحتاً و درجه دوم تلویحاً پذیرفته شده است. اما، در حقوق کشورهای فرانسه، آلمان، اتریش و لهستان، احاله درجه اول و دوم پذیرفته شده است. این در حالی است که در کشورهای یونان و ایتالیا احاله به طور کلی مغایر با حاکمیت حقوق داخلی قلمداد و رد گردیده است.

واژگان کلیدی: احاله، تعارض منفی قوانین، قانون مقر دادگاه، قانون سبب، دسته های ارتباطی، قواعد حل تعارض.

مقدمه

در پذیرش یا عدم پذیرش احاله، نظریات مختلفی توسط علمای حقوق بین الملل خصوصی مطرح شده است. مخالفان احاله معتقدند اگر در جریان اجرای قانون خارجی توسط محاکم داخلی، قانونی غیر از آن چه قواعد داخلی حل تعارض توصیه نموده است اجرا گردد، معضل دور و تسلسل محقق می گردد. بدین معنا که قاعده داخلی حل تعارض کشورها در اداره احوال شخصیه میان عناصر ارتباطی اقامتگاه و تابعیت، بر صلاحیت قانون یکی از آن دو تأکید می نماید، مثلاً در حقوق ایران، احوال شخصیه بیگانگان تابع قانون کشور متبوع آنان است و نه قانون اقامتگاه، و اگر قرار باشد که به جای اجرای قانون تابعیت بر احوال شخصیه بیگانگان، به توصیه قواعد حل تعارض کشوری خارجی تعیین شده توسط قاعده حل تعارض مقر دادگاه، قانون اقامتگاه اجرا گردد، در این صورت قانون صالح برای اداره احوال شخصیه بیگانگان از بین قانون ملی و قانون اقامتگاه همانند توپ تنیس دائماً در حال گردش و دوران بدون توقف قرار خواهد داشت. بنابراین، عده ای تعارض منفی قوانین را به عنوان تنیس بین المللی قوانین معرفی کرده اند^۱، و عده ای احاله را گردش نامحدود قوانین

نامیده‌اند (Knoepfler; Schweizer, 1990:136 & Loussouarn; Bourel, 1995:305-306).

۱- نظریات طرفداران احاله

موافقان احاله دلایل خود را در قالب نظریاتی بعضاً متفاوت به شرح ذیل ارائه نموده‌اند.

الف - نظریه صلاحیت انحصاری قانون ملی^۱

این نظریه با تأکید بر نظریه شخصی بودن قوانین مانچینی، بر صلاحیت انحصاری قانون ملی مبتنی می‌باشد. احاله برای اولین بار توسط «فیور» (Fiore) به شکل علمی، مطرح شد. از دیدگاه فیور، اتباع یک کشور موظف‌اند که از قانون کشور متبوع خود در اداره اهلیت و حقوق ارثیه خود پیروی کنند. هر گاه، قانون‌گذار خارجی به جای قانون ملی، قانون اقامتگاه را برگزیند، به دلیل این که قانون‌گذار این کشور بر اساس مقتضیات حقوقی و شرایط ضروری، قانون اقامتگاه را به عنوان قانون داخلی بر احوال شخصیه اتباع خود در نظر گرفته است، و به دلیل اینکه قانون اقامتگاه بر اساس اراده قانون‌گذار خارجی تنها قانونی است که می‌تواند احوال شخصیه اتباع بیگانه را اداره نماید، محاکم داخلی لازم است که قانون اقامتگاه اشخاص بیگانه را به عنوان بخشی جدا ناشدنی از احوال شخصیه بیگانگان اجرا نمایند، مگر این که قانون خارجی با نظم عمومی قانون مقر دادگاه مغایر باشد (Fiore, 1901: 424 - 442). بنابراین، وقتی این اصل پذیرفته شود که امور شخصی بیگانگان باید بر اساس قانون کشور متبوع آنان اداره گردد، اجرای قانون اقامتگاه بر اساس اراده قانون‌گذار خارجی به جای قانون ملی منتخب توسط قاعده حل تعارض مقر دادگاه، احاله محسوب نمی‌شود، بلکه نوعی سلسله مراتب میان عناصر ارتباطی تابعیت و اقامتگاه محسوب می‌گردد (Fiore, 1901: 24 - 42). به عقیده برخی از منتقدان این نظریه، همانند کناپفلر (Knoepfler) و شویتزر (Schweizer)، استدلال فیور می‌تواند احاله درجه اول را که منجر به اجرای قانون مقر دادگاه می‌شود، توجیه کند، اما در مورد احاله درجه دوم که به اجرای قانون کشور ثالث می‌انجامد، قضات محاکم داخلی، گذشته از این که نمی‌توانند به سهولت به محتوای قانون خارجی متعلق به کشور ثالث دسترسی پیدا کنند، در انجام فن توصیف برای تفسیر قاعده حل تعارض بیگانه نیز با مشکلات عدیده‌ای رو به رو می‌شوند (Knoepfler; Schweizer, 1990: 136-142).

ب - نظریه نیابتی احاله^۲

بر اساس این نظریه، زمانی که قاعده حل تعارض قوانین مقر دادگاه، قانون خارجی را صالح تشخیص می‌دهد، در حقیقت، به جای تعیین قانون مادی خارجی، به قانون‌گذار خارجی اجازه می‌دهد که به نیابت از او،

1- La théorie de compétence exclusive de la loi nationale .

2- La théorie du renvoi-délégation.

بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله ... ۶۳

قانون حاکم بر رابطه حقوقی مورد نظر را تعیین نماید. هر گاه قانون‌گذار خارجی قانونی را صالح بداند که آن قانون توسط قواعد تعارض قوانین مقر دادگاه تعیین شده است، در این حالت، احاله محقق نمی‌شود و با اجرای قانون خارجی رابطه حقوقی مورد نظر اداره می‌شود (Holleaux, Foyer, DE La Pradelle, 2002: 243).

اما، هر گاه قانون‌گذار خارجی، قانون مقر دادگاه را انتخاب نمود احاله درجه اول ایجاد می‌شود، و اگر قانون کشوری ثالث توسط قانون‌گذار خارجی تعیین شد، احاله درجه دوم محقق می‌گردد. بنابراین، محاکم داخلی مکلف خواهند بود که اراده قانون‌گذار خارجی را در نظر گرفته و احاله را بپذیرند.

ایرادی که بر نظریه نیابتی احاله وارد است، آن است که قواعد حل تعارض قوانین نمی‌توانند انتخاب قانون حاکم بر روابط حقوقی را به اراده قانون‌گذار خارجی واگذار نمایند، و در نتیجه اقتدار قانون‌گذاری را نمی‌توان به کشوری بیگانه تفویض نمود. گذشته از این، به اعتقاد پیر مایر (Pierre Mayer)، پذیرش نظریه نیابتی احاله، یکی از اصول بنیادی حاکم بر حقوق بین‌الملل خصوصی را که مبتنی بر اجرای الزامی قواعد داخلی حل تعارض توسط محاکم داخلی است، نادیده می‌گیرد (Mayer, 2001: 150).

ج- نظریه جانشینی احاله^۱

این نظریه توسط حقوق‌دانانی همانند «ون بار» (Von Bar)، «وست لیک» (Westlake) و «لربور- پیژونیر» (Lerbours-Pigeonnière) ارائه شده است.

به اعتقاد ون بار احترام به حاکمیت خارجی اقتضا دارد که به اراده قانون‌گذار خارجی توجه شود، و تحمیل صلاحیت یک قانون بر خلاف تمایل قانون‌گذار خارجی، بیانگر نوعی تفوق اقتدار فوق ملی یک کشور بر سایر کشورها می‌باشد. ولی، با توجه به اصل برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل و ضرورت احترام به حاکمیت‌های مستقل دولت‌ها، لازم است که بر اساس اراده قانون‌گذار خارجی بر روابط حقوقی بیگانگان قاعده‌ای حقوقی حاکم باشد. به نظر «ون بار»، اگر دولت خارجی صلاحیت قانون مادی خود را رد کند، محاکم داخلی مکلف به اجرای قانون مقر دادگاه هستند. در این فرضیه، دیگر احاله وجود ندارد، بلکه رد صلاحیت قانون خارجی مطرح است (H. Lewald, 1929:600).

به اعتقاد «وست لیک»، تغییر عناصر وابستگی (یعنی اقامتگاه یا تابعیت) می‌تواند مشکل احاله را حل کند. در کنار صلاحیت قانون خارجی که توسط قواعد حل تعارض مقر دادگاه انتخاب می‌شود، صلاحیت ثانوی قانونی دیگر نیز وجود دارد. هنگامی که صلاحیت قانون مادی کشور خارجی توسط قانون‌گذار آن کشور رد می‌شود، نوبت به اجرای قانون مقر دادگاه به عنوان قانون صلاحیت‌دار دوم می‌رسد. بنابراین، به زعم وست لیک در این مورد به جای تحقق احاله، قانون‌گذار خارجی از قانون خود

1- La théorie du règlement subsidiaire de renvoi.

سلب صلاحیت می‌کند و راه حل در اجرای قانون مقرر دادگاه برای حل و فصل دعوا می‌باشد. به نظر وست لیک، وقتی قرار است قانون کشور خارجی توسط محاکم داخلی اجرا شود، هرگاه قانون‌گذار خارجی به جای پذیرش اجرای قانون خود، اجرای قانون مقرر دادگاه را توصیه نمود، در واقع قانون‌گذار خارجی از قوانین خود سلب صلاحیت کرده است و محاکم داخلی لازم است که این سلب صلاحیت را بپذیرند. در این صورت، برای اداره احوال شخصیه بیگانگان، قانون مقرر دادگاه را می‌توان به جای قانون خارجی اجرا نمود (Rigaux, 1987: 271).

نظریه «لربور-پیژونیر»، با عقاید ون بار و وست الیک مشابهت دارد. به اعتقاد این حقوق‌دان فرانسوی، عدالت اقتضا دارد که به قوانین داخلی کشورها که جهت صیانت از منافع اتباع خود وضع شده‌اند ضمانت اجرا بخشیده شود (P. Lerebours-Pigeonnière, 1924: 887). در واقع، هرگاه اجرای قانون ملی نمی‌تواند اهداف قانون‌گذار در حمایت از اتباع خویش را محقق سازد، بهتر است که قانون مقرر دادگاه به جانشینی قانون خارجی اجرا شود. لذا، در حقوق بین‌الملل خصوصی دو دسته قواعد حل تعارض قوانین وجود دارند: دسته اول قواعدی‌اند که اجرای قانون کشور متبوع بیگانگان را توصیه می‌نمایند، و دومین دسته قواعدی هستند که با توجه به صلاحیت قانون اقامتگاه بیگانگان، ممکن است به اجرای قانون مقرر دادگاه منجر شوند. بنابراین، اجرای قانون مقرر دادگاه به معنی پذیرش احاله نیست، بلکه به عنوان اجرای قانون جانشینی است که توسط دسته دوم از قواعد حل تعارض قوانین جهت حل و فصل دعوا انتخاب شده است.

د- نظریه بی‌تابعیتی حقوقی^۱

اصولاً، ضرورت احترام به قانون‌گذار خارجی و تمایل به اجرای قانون مقرر دادگاه از ویژگی‌های عمده نظریه بی‌تابعیتی حقوقی به شمار می‌آید که توسط «نی بوایه» (Niboyet)، حقوق‌دان فرانسوی مطرح شده است. به اعتقاد نی بوایه، محاکم داخلی لازم نیست با وجود مخالفت قانون‌گذار بیگانه، قانون خارجی را اجرا کنند. هنگامی که قانون‌گذار خارجی، رابطه حقوقی مورد نظر را تابع قانون خود نمی‌داند، آن را در یک وضع بلا تکلیفی حقوقی قرار داده است که با وضعیت اشخاص بی‌تابعیت که از حمایت هیچ کشوری برخوردار نیستند شباهت دارد. همان‌طوری که قانون محل سکونت بر اشخاص بی‌تابعیت اجرا می‌شود، بر روابط حقوقی بلا تکلیف و در اصطلاح آپاترید نیز لازم است قانونی مناسب اجرا گردد، و قانونی مناسب‌تر از قانون کشور متبوع قاضی را نمی‌توان یافت (Niboyet, 1942: 473). از سوی دیگر، هنگامی که اجرای قانون خارجی مطرح است، می‌باید حقوق خارجی اعم از قاعده

1- La théorie du rapport apatrid du renvoi.

بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله ... ۶۵

خارجی حل تعارض و قانون مادی کشور بیگانه را با هم مورد توجه قرار داد، زیرا حقوق خارجی تجزیه ناپذیر است. بنابراین، در صورت رد صلاحیت قانون مادی خارجی توسط قانون‌گذار بیگانه، محاکم داخلی مکلف‌اند که برای حل و فصل دعوا، قانون مقر دادگاه را اجرا نمایند. به اعتقاد نی بویه، هر گاه قانون‌گذار کشور خارجی از قوانین خود سلب صلاحیت می‌کند و اجرای قانون مقر دادگاه را توصیه می‌نماید، محاکم داخلی بنا بر تمایل قانون‌گذار خارجی، قانون مقر دادگاه را اجرا نمی‌کنند، بلکه جهت ممانعت از تعلیق یا اطاله دادرسی، لازم است که با پذیرش احاله، قانون مقر دادگاه را به جانشینی قانون خارجی اجرا نمایند، و از آن جا که احاله می‌تواند منجر به اجرای قانون ملی قاضی گردد، لازم است که پذیرفته شود (Niboyet, 1942: 73).

در نتیجه، از نظر نی بویه مسئله این نیست که احاله پذیرفته یا رد شود، بلکه مسئله اصلی اجرای قانونی مناسب بر برخی روابط حقوقی است که از حمایت حقوقی قانون‌گذار خارجی محروم مانده‌اند. بنابراین، لازم است قانونی مناسب، که الزاماً قانون مقر دادگاه نیست، برای اداره این‌گونه موارد و برای حل و فصل دعوا بیگانگان اجرا نمود.

ه- نظریه احاله مضاعف یا احاله کامل^۱

این نظریه برای اولین بار توسط «دیس» (Dicey)، حقوق‌دان انگلیسی ارائه شد. دیسی معتقد بود که قضات انگلیسی لازم است هنگام رسیدگی به دعاوی اتباع خارجی، همانند قضات کشور بیگانه عمل نمایند. مثلاً، در مورد حقوق ارثیه یک تبعه انگلیسی که در کشور ایتالیا مقیم است، دادگاه انگلیسی با دو قانون مادی ایتالیا و انگلستان مواجه است. از یک سو، حقوق بین‌الملل خصوصی انگلستان اجرای قانون ایتالیا را به عنوان قانون آخرین اقامتگاه بر حقوق ارثیه حاکم می‌داند و از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل خصوصی ایتالیا، قانون تابعیت شخص یعنی قانون مادی انگلیس را در اداره نهاد ارث حاکم می‌داند (Dicey, 1973: 56).

به اعتقاد دیسی، قاضی انگلیسی می‌بایست دعوا را بر اساس قانونی حل و فصل کند که قاضی ایتالیایی بر اساس آن قضاوت می‌کرد. بنابراین، محکمه انگلیسی باید تابع حقوق ایتالیا باشد، زیرا این قواعد ایتالیایی حل تعارض است که می‌تواند قانون صلاحیت دار حاکم بر دعوا را معین کند. (Cheshire and North's, 1987: 74) در صورتی که حقوق ایتالیا صلاحیت قانون انگلیس را به عنوان قانون ملی اصحاب دعوا بپذیرد، حالتی است که حقوق ایتالیا، اجرای قانون صالح را به حقوق انگلیس احاله نموده باشد. در این صورت دادگاه انگلیس نیز باید با توجه به قاعده حل تعارض در

1- La théorie du double renvoi ou renvoi total.

حقوق انگلستان، قانون مادی حاکم بر حقوق ارثیه را بر مورد دعوا اجرا نماید. بدین ترتیب، با اجرای قانون اقامت متدعیان، وضعیتی پدیدار می‌گردد که طبق آن احاله قانون صالح توسط حقوق ایتالیا به حقوق انگلیس پذیرفته می‌گردد، زیرا قضات انگلیسی با پذیرش احاله، قواعد حل تعارض کشور متبوع خود را اجرا نموده‌اند. بنابراین، نوعی احاله در احاله یا احاله مضاعف ایجاد می‌شود که منجر به اجرای قانون مادی انگلیس بر مورد دعوا در حقوق ارثیه اتباع انگلیسی می‌شود (Lewald, 1929: 595). نظریه احاله مضاعف دیسی مورد انتقاد حقوق دانان قرار گرفته است.

به اعتقاد «ژاک فویه» (Jacques Foyer)، این نظریه با رویه قضایی کشورها از جمله رویه قضایی فرانسه ناسازگار است، زیرا تا کنون قضات فرانسوی با اجرای احاله مضاعف، قواعد حل تعارض کشور متبوع خود را به جانشتی قضات بیگانه اجرا نموده‌اند (Foyer, 1984: 301). از سوی دیگر، اجرای احاله مضاعف برای همه کشورها میسر نیست و تنها برای یک کشور همانند انگلستان قابل اجراست. از این گذشته، اگر در حقوق بین‌الملل خصوصی کشور دیگری نیز احاله مضاعف پذیرفته شده باشد، و به عنوان مثال، برای حل و فصل دعوا انگلیسی‌های مقیم ایتالیا، قاضی ایتالیایی نیز جهت اجرای قانون صالح، خود را به جای قاضی انگلیسی قرار دهد، تکلیف دعوا چه خواهد شد؟ (Derrupee, 1983: 583).

بنابراین، دلایل مطرح شده توسط دیسی در پذیرش احاله، اولاً، قابل اجرا نیست، زیرا بدیهی است که قضات هر کشور موظف‌اند بر اساس قواعد آیین دادرسی کشور متبوع خود دادرسی نمایند و عملاً، صدور احکام قضایی توسط محاکم قضایی به جای قضات بیگانه میسر نمی‌باشد، و ثانیاً، نظریه دیسی نمی‌تواند معضل دور و تسلسل را در صورت تحقق احاله مضاعف حل نماید، زیرا ممکن است نحوه اجرای قانون صالح بر روابط حقوقی توسط محاکم خارجی همانند نحوه دادرسی محاکم داخلی باشد، و احاله، همچنان از سیستم حقوق کشوری به سایر کشورها ادامه یابد.

و- نظریه هماهنگی بین‌المللی احاله^۱

برخی از حقوق دانان، مانند «راپ» (Rappe / حقوق دان آلمانی) و «موری» (Maury / حقوق دان فرانسوی) با ارائه نظریه هماهنگی بین‌المللی از احاله دفاع کرده‌اند. به عقیده آنها، با پذیرش احاله می‌توان تعارض قوانین را به نحو مطلوبی حل و فصل نمود، و میان سیستم‌های حقوقی کشورها، هماهنگی بین‌المللی ایجاد کرد (Maury, 1936: 548).

به نظر راپ، هر گاه مثلاً، یک سوئسی با دختر خواهرش در محل اقامت خود که کشور روسیه

1- La théorie de l'harmonie internationale du renvoi.

می‌باشد، ازدواج کند. قاضی روسی در مورد ازدواجشان قانون روسیه را اجرا می‌کند. طبق قانون روسیه ازدواج بین محارم مجاز و امکان پذیر است. در حقوق سوئیس، اگر چه ازدواج مزبور، طبق ماده ۱۰۰ قانون مدنی سوئیس غیر مجاز است، اما، قواعد حل تعارض کشور سوئیس، احوال شخصیه اتباع سوئیس را تابع قانون کشور محل اقامت آنان می‌داند. در نتیجه، ازدواج مذکور بر اساس حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس معتبر محسوب می‌شود. در این مثال، در حقوق کشور سوئیس و روسیه نوعی هماهنگی در مورد قانون حاکم بر احوال شخصیه اشخاص بر اساس قانون اقامتگاه آنان ملاحظه می‌شود (Rappe, 1934: 413-414).

اینک، فرض کنیم که زن و شوهر سوئیس به کشور آلمان مسافرت نمایند و یکی از آنها به استناد ممنوعیت ازدواج میان محارم در حقوق سوئیس، از دادگاه آلمانی اجرای ماده ۱۰۰ قانون مدنی سوئیس و ابطال ازدواج مزبور را تقاضا نماید. محاکم آلمانی، در صورتی می‌توانند بر اساس ماده ۱۳ قانون مدنی آلمان، ازدواج مزبور را با استناد به قانون مدنی سوئیس ابطال کنند که در حقوق سوئیس نیز ازدواج انجام شده بر اساس قانون محل اقامت اتباع سوئیس باطل باشد. بنابراین، محاکم آلمانی نیز مکلف‌اند که طبق ماده ۱۳ قانون مدنی آلمان، ازدواج میان محارم را، بر اساس قواعد حل تعارض سوئیس و نه قانون مادی آن کشور، قانونی و معتبر بدانند. بدین ترتیب، راپ نتیجه‌گیری می‌نماید که در چنین مواردی، پذیرش احاله درجه دوم بیشتر از احاله درجه اول می‌تواند به تحقق عدالت حقوقی و تحکیم روابط حقوقی منجر گردد. حقوق‌دانانی دیگر، مانند «هانری باتیفول» (Henri Batiffol) نیز از نظریه هماهنگی احاله دفاع نموده‌اند.

باتیفول معتقد است که تعارض منفی قوانین، سیستم‌های مختلف حقوقی را دچار نوعی ناهماهنگی، تضاد و تعارض نموده است، حال آن که، پذیرش احاله می‌تواند میان سیستم‌های مختلف حقوقی، نوعی هماهنگی بین‌المللی ایجاد کند. در نتیجه پذیرفتن احاله لازم است و بهترین راه حل در هنگام پذیرش احاله آن است که قانون ملی قضات اجرا گردد. به اعتقاد باتیفول، پذیرش احاله مبتنی بر آمره بودن قواعد حل تعارض مقر دادگاه است که بر اساس آنها قواعد خارجی حل تعارض اجرا می‌گردد. باتیفول در اعتراض به مخالفان احاله اذعان می‌کند که پذیرش احاله به زعم برخی به مثابه عدم اجرای قواعد داخلی حل تعارض است، حال آن که چنین نیست، زیرا اجرای قواعد خارجی حل تعارض توسط محاکم فرانسوی، طبق راه حلی است که قواعد داخلی حل تعارض آن را توصیه نموده‌اند. در نتیجه، پذیرش احاله مبتنی بر هماهنگی میان قواعد حل تعارض کشورها می‌باشد (Batiffol et Lgarde, 1993: 497-498). بر نظریه هماهنگی احاله انتقادهایی وارد است. برخی همانند «ژاک فوایه» (Jacques Foyer) و «ژاک دو لاپرادل» (Jacques De La Pradelle)

معتقدند که نظریه هماهنگی احاله جهت دفاع از احاله ارائه نشده است، بلکه این نظریه با عدم اجرای قانون مقرر دادگاه مخالف است و در دفاع از قواعد داخلی حل تعارض قوانین ارائه شده است (Foyer, De La Pradelle, 1999: 146). «شوایتزر» (Schweizer)، حقوق دان سوئسی نیز در مخالفت با نظریه هماهنگی احاله، تحقق آن را امری تصادفی می‌داند. به اعتقاد او، احاله منجر به هماهنگی میان سیستم‌های حقوقی مختلف نمی‌شود، مگر این که در نهایت، کشوری با اجرای قانون داخلی خود موافقت نماید (Schweizer, 1990: 142).

ز- نظریه منفعت طلبانه احاله^۱

دلایل ارائه شده در نظریه هماهنگی احاله، توسط «فرانسس کاکیس» (Francescakis)، یکی دیگر از حقوق دانان فرانسوی، به نحوی دیگر، در نظریه منفعت طلبانه احاله مطرح شده است. به اعتقاد فرانسس کاکیس، هرگاه احاله به تحقق اهداف قانون گذار داخلی منجر گردد، باید آن را پذیرفت. به عبارت دیگر، احاله لازم است متضمن تحقق اهدافی به شرح ذیل باشد تا بتوان آن را پذیرفت:

۱- هماهنگی میان سیستم‌های مختلف حقوقی در دستیابی به راه حل‌های مشترک جهت حل و فصل دعاوی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی؛
 ۲- احترام به احکام صادره توسط محاکم خارجی و دادن ضمانت اجرای مؤثر به احکام خارجی؛

۳- پذیرش احاله درجه اول جهت اجرای قانون مقرر دادگاه به جای قانون خارجی؛

۴- پذیرش حقوق مکتسبه اشخاص؛

۵- شناسایی آثار حقوقی برای حق ایجاد شده در کشورهای خارجی (Francescakis, 1958: 285).
 فرانسس کاکیس، احاله را به محموله‌ای تشبیه می‌کند که پذیرش آن توسط گیرنده اختیاری است و با اراده گیرنده قابل دریافت است. احاله در صورتی توسط محاکم یک کشور پذیرفته می‌شود که اهداف پنج‌گانه فوق را محقق سازد (Francescakis, n. 33).

«دروپه» (Derruppé)، یکی از حقوق دانان فرانسوی، از نظریه فوق انتقاد می‌کند. وی معتقد است که حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه در مواردی خاص، اجرای قانون خارجی را مجاز می‌داند، و در چنین حالتی، محاکم مکلف به اجرای قواعد حل تعارض خارجی نیز مکلف‌اند. در نتیجه، اگر اجرای قواعد خارجی حل تعارض به احاله انجامید، پذیرش احاله مشروط به تحقق اهداف ارائه شده توسط فرانسس کاکیس نمی‌باشد، بلکه وظیفه‌ای است که حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه آن را

1- La théorie de l'opportunité du renvoi.

مقرر نموده است (Derruppé, J, 1966: 196).

۲- احاله در حقوق بین الملل خصوصی تطبیقی

۱-۲- احاله در حقوق موضوعه

برخورد دولت‌ها در برابر احاله متفاوت است. امروزه احاله توسط بسیاری از قانون‌گذاران پذیرفته شده است.

۱) در حقوق بین الملل خصوصی مجارستان، طبق ماده ۴ قانون مدنی این کشور، احاله درجه اول پذیرفته شده است، اما احاله درجه دوم که منجر به صلاحیت قانونی غیر از قانون مجارستان می‌گردد رد شده است. در حقوق این کشور، قلمرو احاله به مواردی مانند ارث و حقوق خانواده محدود می‌شود (Weiss, 1993: 29).

۲) در حقوق بین الملل خصوصی ایتالیا، بر اساس ماده ۳۰ قانون مدنی این کشور، وقتی اجرای قانون خارجی توسط قواعد داخلی حل تعارض توصیه می‌گردد، محاکم ایتالیایی مکلف‌اند بدون توجه به قاعده حل تعارض کشور خارجی، به اجرای قانون مادی خارجی اقدام نمایند. بنابراین، حقوق ایتالیا احاله را به دلیل پیچیدگی‌ها و مشکلاتی که به همراه دارد نپذیرفته است (Brulliard, 1977: 36).

۳) احاله درجه اول در حقوق بین الملل خصوصی سنگال، طبق ماده ۸۵۲ قانون خانواده این کشور، پذیرفته شده، اما احاله درجه دوم رد گردیده است. بنابراین، قضات کشور سنگال مکلف‌اند قانون مقر دادگاه را به جای قانون خارجی در احاله درجه اول، اجرا نمایند (Bourel, 1987: 5).

۴) در حقوق بین الملل خصوصی لهستان، احاله درجه اول بر اساس بند ۱ ماده ۴ قانون مدنی این کشور پذیرفته شده است. در مورد احاله درجه دوم، طبق بند ۲ ماده ۴ قانون مدنی لهستان، هنگامی اجرای قانون کشور ثالث توسط محاکم لهستانی الزامی است که قاعده خارجی حل تعارض تعیین شده توسط قاعده حل تعارض مقر دادگاه، کشوری را که قرار است قانون مادی آن اجرا گردد به صراحت معین نماید. بنابراین، حقوق لهستان احاله درجه دوم را به شکل مشروط پذیرفته است (Dybowski, 1987: 5-6).

۵) در حقوق بین الملل خصوصی یونان، احاله بر اساس ماده ۳۲ قانون مدنی این کشور رد شده است؛ زیرا در حقوق یونان، مراد از قانون خارجی قانون مادی کشور بیگانه است و شامل قواعد خارجی حل تعارض نمی‌گردد. در نتیجه، با اجرای قانون مادی خارجی احاله منتفی است (Drakidis, 1989: 8).

۶) در حقوق بین الملل خصوصی سوئیس، احاله به شکل محدودی در قانون مدنی این کشور پذیرفته شده است. موارد استثنایی پذیرش احاله عبارتند از:

۱-۶) طبق بند ۲ ماده ۱۴ قانون مدنی سوئیس، در مورد احوال شخصیه، فقط احاله درجه اول قابل پذیرش است.

۲-۶) بر اساس بند ۱ ماده ۳۷ قانون مدنی سوئیس، در مورد تعیین وضعیت اشخاصی که در کشورهای خارجی مقیم هستند، احاله درجه اول و احاله درجه دوم پذیرفته شده است.

۳-۶) طبق بند ۱ ماده ۹۱ قانون مدنی سوئیس، در مورد حقوق ارثیه اشخاصی که آخرین اقامتگاه آنان در کشورهای خارجی است، احاله درجه اول و احاله درجه دوم پذیرفته شده است که در این صورت احاله درجه دوم منجر به اجرای قانون مادی کشور ثالث می‌گردد (Knoepfler & Schweizer, 1990:141).

۷) در حقوق بین‌الملل خصوصی اتریش، طبق ماده ۵ قانون مصوب ۱۹۷۸، احاله قانون خارجی به قانون اتریش پذیرفته شده است. همچنین، حقوق اتریش احاله درجه دوم را نیز پذیرفته است (Ogris, 1990: 21).

۸) در حقوق بین‌الملل خصوصی آلمان، وقتی که قانون خارجی طبق مواد ۷ - ۱۳ و ماده ۲۵ قانون مدنی این کشور قابل اجرا می‌باشد، احاله درجه اول بنا بر ماده ۲۷ قانون مدنی آلمان قابل پذیرش است. حقوق آلمان احاله درجه دوم را نیز، به جز در موضوع قراردادها و تعهدات قراردادی که تابع مقررات کنوانسیون ۱۹۸۰ رم می‌باشد، پذیرفته است.

اگرچه، در حال حاضر، احاله از موضوعات بحث برانگیز در حقوق بین‌الملل خصوصی آلمان محسوب می‌شود، ولی رویه قضایی آلمان انواع احاله درجه اول و دوم را به اتفاق پذیرفته است (Kornicker, 1985: 37).

۲-۲- احاله در کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵

در حقوق بین‌الملل خصوصی برای حل و فصل تعارض منفی قوانین، کنوانسیون لاهه در ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ با ۱۳ ماده پیش‌بینی و تصویب شد.^۱

الف- اجرای قانون اقامتگاه به جای قانون ملی اشخاص

بر اساس ماده ۱ کنوانسیون لاهه، هنگامی که کشور متبوع اشخاص، قانون اقامتگاه را بر روابط حقوقی اشخاص اجرا می‌نماید ولی بر اساس حقوق کشور محل اقامت اشخاص مزبور، قانون تابعیت بایستی بر احوال شخصیه آنان اجرا شود؛ تمام کشورهای عضو این کنوانسیون موظف‌اند قانون اقامتگاه را بر اتباع بیگانه اجرا نمایند. همچنین، مطابق با ماده ۲ این کنوانسیون، هنگامی که کشورهای متبوع و محل اقامت اشخاص، قانون اقامتگاه را بر اداره احوال شخصیه آنان تجویز نمایند، تمام کشورهای متعاقد، موظف‌اند تا قانون اقامتگاه اشخاص را بر روابط حقوقی آنان اجرا نمایند. مفهوم اقامتگاه، بر اساس مفاد این معاهده عبارت است از محل سکونت دائمی و متعارف اشخاص، مگر این که محل

1 - Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile.

سکونت اشخاص وابسته به سکونتگاه دیگر اشخاص باشد؛ یا به دوائر دولتی مرتبط شود که در این صورت اقامتگاه آن اشخاص عبارت است از محل سکونت اشخاص ثالث یا محل استقرار دوائر دولتی.

ب- اجرای قانون تابعیت به جای قانون اقامتگاه

بر اساس ماده ۳ معاهده ۱۹۵۵ لاهه، در صورت توافق میان کشورهای متبوع و محل اقامت اشخاص در اجرای قانون تابعیت بر احوال شخصیه، تمام کشورهای عضو این کنوانسیون موظف به اجرای قانون ملی به جای قانون اقامتگاه بر احوال شخصیه اشخاص مورد نظر هستند. همچنین، اجرای قانون اقامتگاه یا تابعیت اشخاص در کشورهای عضو این کنوانسیون در صورتی محقق می‌شود که هیچ‌گونه تعارضی میان آن قوانین با نظم کشورهای عضو وجود نداشته باشد. علاوه بر این، اجرای قوانین تابعیت و اقامتگاه نسبت به اشخاصی که در کشورهای غیر عضو این کنوانسیون اقامت دارند یا تبعه هستند، توسط کشورهای عضو الزامی نیست. بنابراین، ملاحظه می‌شود که در تعارض میان قانون اقامتگاه و قانون تابعیت، جهت جلوگیری از ایجاد معضل تعارض منفی قوانین یا احاله، بر اساس کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵، اساس بر اجرای قانون اقامتگاه اشخاص مبتنی است و اجرای قانون ملی اشخاص به تحقق توافق میان کشورهای عضو این کنوانسیون بستگی دارد. در نتیجه، با اجرای این کنوانسیون، عملاً تعارض منفی قوانین ایجاد نمی‌شود.^۱

۳-۲- احاله در رویه قضایی فرانسه

در رویه قضایی فرانسه، قلمرو احاله به حقوق ارثیه منقول و احوال شخصیه محدود می‌گردد. اما باید این موضوع را روشن ساخت که با توسعه حقوق بین‌الملل خصوصی، آیا قلمرو احاله نیز توسعه یافته است؟ پیدایش احاله در حقوق فرانسه با قضیه معروف فورگو مرتبط است.^۲ قضیه فورگو مربوط به ارثیه یک باواریایی است که از سن پنج سالگی تا زمان مرگش در فرانسه اقامت داشت. طبق حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه و باویر، قانون آخرین اقامتگاه بر ارثیه منقول متوفا حاکم بود، اما در تعیین اقامتگاه، بین دو سیستم حقوقی اختلاف نظر وجود داشت. به نظر دولت فرانسه، اقامتگاه واقعی فورگو با اقامتگاه قانونی او که در باویر بود مطابقت نداشت، زیرا طبق ماده ۱۳ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴، مادامی که اشخاص مقیم در کشورهای خارجی اقامتگاه قانونی خود را در قلمرو فرانسه مستقر نمایند، تابع قوانین محل اقامت قانونی نخواهند شد. بنابراین، بر اساس حقوق فرانسه، آخرین اقامتگاه قانونی متوفا در باویر

۱- در حال حاضر بیش از ۶۵ کشور عضو این کنوانسیون می‌باشند و دولت ایران نیز می‌تواند جهت ایجاد هماهنگی بین‌المللی و جلوگیری از معضل احاله به کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵ ملحق گردد.
2- Civ., 24 juin 1878, D.P., 79.1.156, S., 78.1.429.

بود، حال آن که بر اساس حقوق باویر، آخرین اقامتگاه فورگو فرانسه بود. این قضیه به صدور سه حکم توسط محاکم فرانسوی منجر شد. بر اساس حقوق باویر، افرای نسبی (در نسب طبیعی) همانند پسر عموها، به عنوان وراثت از متوفا ارث می‌بردند، حال آن که در حقوق فرانسه آنها از ارث محروم بودند و در نتیجه با اجرای قانون فرانسه، ماترک متوفا به خزانه‌داری دولت فرانسه واریز می‌شد. در نهایت، محاکم فرانسوی احاله قانون باویر به قانون فرانسه را پذیرفتند و قانون ارث فرانسه را بر قضیه فورگو اجرا کردند. محاکم فرانسوی در مورد نسب نیز قبل از تصویب قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۲، احاله را پذیرفته‌اند. اما، بعد از تصویب قانون جدید، پذیرش احاله در مورد نسب به ندرت اتفاق می‌افتد. به استناد بند ۱۴ ماده ۳۱۱ قانون مدنی فرانسه، تعیین نسب اطفال طبیعی پیرو قانون کشور متبوع مادران آن اطفال است. طبق رأی دادگاه پاریس در ۱۱ مه ۱۹۷۶، در هنگام اجرای قانون ملی مادران اطفال غیر مشروع، نمی‌توان به قواعد خارجی حل تعارض رجوع کرد، بلکه قانون مادی کشور متبوع مادران آن اطفال توسط محاکم فرانسوی باید اجرا گردد. همین راه حل، در رأی دادگاه استیناف لیون در تاریخ ۳۱ اکتبر ۱۹۷۹ اتخاذ شد.^۱

در نتیجه، با اجرای قانون مادی کشور بیگانه، محاکم فرانسوی شاهد بروز احاله نبودند. اما، در حکم صادره توسط دادگاه خانواده پاریس در تاریخ ۲۰ آوریل ۱۹۸۲، احاله درجه اول و اجرای قانون نسب فرانسه به جای قانون خارجی پذیرفته شد (Derrupé, 1983: 583).

در رویه قضایی فرانسه، در مورد اموال غیر منقول نیز، احاله پذیرفته شده است. در قضیه ارثیه غیر منقول واقع در کشور اسپانیا که به متوفا فرانسوی متعلق بود، دادگاه لیل در ۲۸ مارس ۱۹۸۰، احاله قانون اسپانیا به قانون ملی متوفا را پذیرفته است. بر اساس حکم مزبور، تقسیم ارثیه غیر منقول واقع در اسپانیا که متعلق به فرانسوی متوفا بود، بر اساس قانون ارث فرانسه بلا مانع اعلام گردید.^۲

بنابراین، علاوه بر پذیرش احاله درجه دوم، محاکم فرانسوی به دلیل اجرای قانون مقر دادگاه به جای قانون محل وقوع اموال غیر منقول، احاله درجه اول را نیز پذیرفته‌اند.^۳ البته برخی حقوق دانان همانند «ایو لوکت»^۴ معتقدند که دلیل اصلی در پذیرش احاله در خصوص ارثیه غیر منقول آن

1- Lyon, 31 octobre 1979, note B. Ancel, J.D.I., 1981 :54.

2- Lille, 28 mars 1980.

۳- هر چند در رویه قضایی فرانسه، احاله در مواردی همانند، نسب، احوال شخصیه و ارثیه منقول و غیر منقول پذیرفته شده است، محاکم فرانسوی در دعاوی مرتبط با شکل تنظیم اسناد، حقوق مالی خانواده و قراردادهای احاله را نپذیرفته‌اند. زیرا در تعیین قانون حاکم بر شکل اسناد، اصل تبعیت از قانون محل تنظیم اسناد یا قاعده locus regit actum مانع از اجرای قانون دیگری می‌گردد. در حل اختلافات مالی میان زن و شوهر نیز، همانند دعاوی مرتبط با عقود و تعهدات قراردادی، در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، اصل حاکمیت اراده یا قاعده Autonomie de la volonté حاکمیت دارد، در نتیجه مانع از اجرای قانونی به جز قانون مورد تراضی متعاملان می‌گردد.

4- Yves Lequette

بررسی مبانی تعارض منفی قوانین یا احاله ... ۷۳

است که محاکم فرانسوی به علت مشکلات ناشی از اجرای قانون خارجی به عنوان قانون محل وقوع اموال غیر منقول، مجبور به اجرای قانون فرانسه می‌شوند.^۱

۳- احاله در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران

احاله درجه اول به صراحت در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران پذیرفته شده است. ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر این که احاله به قانون ایران شده باشد.»

با ملاحظه ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران نکاتی به شرح ذیل استنباط می‌شود:

(۱) در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، احاله درجه اول که منجر به اجرای قانون ایران به جای قانون خارجی می‌شود صریحاً، پذیرفته شده است. بنابراین، در قضیه طلاق دو انگلیسی مقیم ایران، دادگاه ایرانی مکلف است که به جای اجرای قانون ملی متدعیان، قانون ایران را به عنوان قانون اقامتگاه آنان اجرا نماید.

(۲) پذیرش احاله درجه دوم در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران الزامی نیست. به عبارت دیگر، احاله قانون خارجی به قانون کشوری ثالث توسط محاکم ایرانی لازم الاتباع نیست. برخی از حقوق دانان، معتقدند که احاله درجه دوم در حقوق ایران رد شده است (الماسی، ۱۳۷۸: ۹۳/۱) و قضات ایرانی نمی‌توانند قانون کشور ثالثی را در موقع احاله قاعده حل تعارض خارجی به قانون سایر کشورها اجرا نمایند.

اما، ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران بر این که محکمه ایرانی مکلف نیست قانونی غیر از قانون ایران را اجر کند، به معنی ممنوعیت قضات ایرانی از پذیرش احاله درجه دوم نیست، بلکه بر اختیاری بودن اجرای قانون کشور ثالث مبتنی است.

به عبارت دیگر، هر گاه قاضی ایرانی در مثال طلاق دو انگلیسی مقیم در بلژیک به جای قانون ملی آنان، قانون بلژیک را اجرا کند، او را نمی‌توان به دلیل صدور حکم مخالف با قانون و نقض مفاد ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران مقصر دانست. با توجه به این که اجرای قانون طلاق انگلیس (قانون ملی اصحاب دعوا) یا اجرای قانون طلاق بلژیک (قانون اقامتگاه بلژیک) از لحاظ نحوه دستیابی به محتوای قانون خارجی و مسائل اجرایی آن قوانین خارجی، تفاوتی ندارند.

5- Revue critique de droit international privé, note, Y. Lequette, 1981:289.

پذیرش احاله درجه دوم توسط محاکم ایرانی امکان پذیر می‌باشد. در نتیجه، پذیرش یا رد احاله درجه دوم به اختیار قضات ایرانی است (ارفع نیا، ۱۳۷۲: ۲/ ۱۲۳ و صفائی، ۱۳۷۰: ۱۱۶).

(۳) به نظر می‌رسد که در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، احاله علاوه بر این که در مورد دسته ارتباطی اشخاص، اعم از احوال شخصیه، اهلیت، وضعیت و حقوق ارثیه پذیرفته شده است، به سایر دسته‌های ارتباطی نیز که بر اساس قواعد حل تعارض ایرانی به اجرای قانون خارجی منجر می‌گردد، تسری می‌یابد.

به عبارت دیگر، ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران، تنها مفاد ماده ۷ قانون مدنی را شامل نمی‌شود، بلکه، شامل موادی از قانون مدنی است که به عنوان قواعد داخلی حل تعارض دو سویه به اجرای قانون خارجی منتهی می‌گردد. به عنوان مثال، بر اساس ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران، تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است. اگر قانون‌گذار کشور محل انعقاد قرارداد، بر اساس پذیرش اصل حاکمیت اراده متعاقدان در قواعد حل تعارض کشور خود صلاحیت قانون خود را به قانون ایران احاله دهد، دادگاه ایرانی مکلف است که برای حل و فصل دعوای ناشی از اصل قرارداد و تعهدات قراردادی، قانون ایران را اجرا کند.

(۴) برخی معتقدند که احاله به عنوان مانعی بر اجرای الزامی قانون خارجی شناخته می‌شود. اما به نظر می‌رسد که پذیرش احاله به مثابه راه حل تعارض منفی قوانین، اعم از احاله درجه اول و احاله درجه دوم در صورتی به عنوان مانعی بر اجرای قانون خارجی تلقی می‌شود که قانون خارجی معادل با قواعد مادی خارجی باشد. ولی هنگامی که قانون خارجی معادل با قواعد حل تعارض و قواعد مادی کشور خارجی و یا معادل با حقوق خارجی محسوب شود، احاله نمی‌تواند به مثابه مانعی بر اجرای حقوق خارجی استنباط شود، زیرا با اجازه قانون‌گذار خارجی است که به جای قانون سبب قانون مقر دادگاه (در احاله درجه اول) و یا قانون کشور ثالث (در احاله درجه دوم) اجرا می‌شود. در نتیجه، در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز پذیرش احاله به مفهوم مانعی بر اجرای حقوق خارجی محسوب نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

در موافقت و مخالفت با احاله، علمای حقوق بین‌الملل خصوصی نظریات متفاوتی دارند. مخالفان احاله معتقدند که احاله به مثابه گردش نامحدود قوانین خواهد بود و اگر در جریان اجرای قانون خارجی توسط محاکم داخلی، قانونی غیر از قواعد مادی خارجی اجرا گردد، معضل دور و تسلسل محقق می‌گردد. در این صورت قانون صالح برای اداره احوال شخصیه بیگانگان از بین قانون ملی و قانون اقامتگاه همانند توپ تنیس دائماً در حال گردش و دوران خواهد بود.

اما، موافقان احاله دلایل خود را در قالب نظریاتی بعضاً متفاوت ارائه نموده‌اند. بر اساس نظریه نیابتی احاله، زمانی که قاعده داخلی حل تعارض قوانین، قانون خارجی را صالح تشخیص می‌دهد، در حقیقت، آن قواعد حقوقی به جای تعیین قانون مادی خارجی، به قانون‌گذار خارجی اجازه می‌دهد که به نیابت از او، قانون حاکم بر رابطه حقوقی مورد نظر را تعیین نماید.

در نظریه جانشینی احاله، احترام به حاکمیت خارجی اقتضا دارد که به اراده قانون‌گذار خارجی، توجه شود، و تحمیل صلاحیت یک قانون برخلاف تمایل قانون‌گذار خارجی، بیانگر نوعی تفوق اقتدار فوق ملی یک کشور بر سایر کشورها می‌باشد. ولی با توجه به اصل برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل و ضرورت احترام به حاکمیت‌های مستقل دولت‌ها، لازم است که بر اساس اراده قانون‌گذار خارجی بر امور بیگانگان قاعده‌ای حقوقی حاکم باشد.

از نظر طرفداران نظریه بی‌تابعیتی احاله، ضرورت احترام به قانون‌گذار خارجی و تمایل به اجرای قانون مقر دادگاه از ویژگی‌های عمده نظریه بی‌تابعیتی حقوقی به شمار می‌آیند. محاکم داخلی لازم نیست با وجود مخالفت قانون‌گذار بیگانه، قانون خارجی را اجرا کنند. هنگامی که قانون‌گذار خارجی، رابطه حقوقی مورد نظر را تابع قانون خود نمی‌داند، آن را در یک وضع بلا تکلیفی حقوقی قرار داده است که با وضعیت اشخاص بی‌تابعیت که از حمایت هیچ کشوری برخوردار نیستند شباهت دارد. همان طوری که قانون محل سکونت بر اشخاص بی‌تابعیت اجرا می‌شود، بر روابط حقوقی بلا تکلیف نیز لازم است قانونی مناسب اجرا گردد، و قانونی مناسب‌تر از قانون کشور متبوع قاضی دادگاه صالح را نمی‌توان یافت.

طرفداران نظریه احاله مضاعف معتقدند که قضات لازم است هنگام رسیدگی به دعاوی اتباع خارجی، همانند قضات کشور بیگانه عمل نمایند. مثلاً، در مورد حقوق ارثیه یک تبعه انگلیسی که در کشور ایتالیا مقیم است، دادگاه انگلیسی با دو قانون مادی ایتالیا و انگلستان مواجه است. از یک سو، حقوق بین‌الملل خصوصی انگلستان اجرای قانون ایتالیا را به عنوان قانون آخرین اقامتگاه بر حقوق ارثیه حاکم می‌داند. از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل خصوصی ایتالیا، قانون تابعیت شخص یعنی قانون مادی انگلیس را در اداره نهاد ارث حاکم می‌داند و قضات انگلیسی با پذیرش این احاله، در واقع قواعد داخلی حل تعارض کشور متبوع خود را اجرا نموده‌اند. بنابراین، نوعی احاله در احاله یا احاله مضاعف ایجاد می‌شود که به اجرای قانون مادی انگلیس بر مورد دعوا در حقوق ارثیه اتباع انگلیسی منجر می‌گردد.

در نهایت به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، با پذیرش احاله می‌توان تعارض قوانین را به نحو مطلوبی حل و فصل نمود و میان سیستم‌های حقوقی کشورها، هماهنگی بین‌المللی ایجاد کرد. به نظر

می‌رسد عدم پذیرش احاله می‌تواند معضل تعارض قوانین را در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها استمرار بخشد و متأسفانه تا زمانی که بر اساس انعقاد معاهده بین‌المللی همانند کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵ توسط قاطبه کشورهای جهان یک عنصر ارتباطی معین از میان تابعیت و اقامتگاه انتخاب نگردد، ما همچنان در دسته ارتباطی اشخاص با معضل تعارض قوانین مواجه خواهیم بود.

به نظر می‌رسد در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، احاله علاوه بر این که در مورد دسته ارتباطی اشخاص، اعم از احوال شخصیه، اهلیت، وضعیت و حقوق ارثیه پذیرفته شده است، به سایر دسته‌های ارتباطی نیز که بر اساس قواعد حل تعارض ایرانی به اجرای قانون خارجی منجر می‌گردد، تسری می‌یابد.

به عبارت دیگر، ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران، تنها مفاد ماده ۷ قانون مدنی را شامل نمی‌شود، بلکه، شامل موادی از قانون مدنی است که به عنوان قواعد داخلی حل تعارض دو سویه به اجرای قانون خارجی منتهی می‌گردد.

برخی از حقوق‌دانان ایرانی معتقدند که احاله درجه دوم در حقوق ایران کاملاً رد شده است و قضات ایرانی نمی‌توانند قانونی غیر از قانون ایران را در موقع احاله قانون خارجی به قانون سایر کشورها اجرا نمایند.

اما، اگر چه ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران تصریح دارد بر این که محکمه ایرانی مکلف نیست که قانونی غیر از قانون ایران را اجر کند، ولی این به مثابه ممنوعیت قضات ایرانی از پذیرش احاله درجه دوم نیست، بلکه بر اختیاری بودن اجرای قانون کشور ثالث مبتنی است.

منابع

الف - فارسی

- ۱- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۸.
- ۲- ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۲.
- ۳- خلعتیری، ارسلان، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، ۱۳۱۶.
- ۴- سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- ۵- شیخ‌الاسلامی، سید محسن، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۶- صفائی، سیدحسین، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۰.
- ۷- عامری، جواد، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۶۲.
- ۸- مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر پایدار، ۱۳۷۶.
- ۹- نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰.
- ۱۰- نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، نشر آگاه، ۱۳۷۴.

ب - لاتین

- 11-Batiffol, Henry; Lagarde, Paul; **Traité de droit international privé**, Paris, LGDJ, 1999.
- 12-Brulliard, G, J-Cl., **Législation Comparée**, 1977, Fasc.II.
- 13-Cheshire and North's, **Private international law**, London, Butter worths, 1987.
- 14-Derruppé, J, **Droit international privé**, Paris, Dalloz, 1993.
- 15-Derrupee, J. , Journal du droit international(Clunet),1983.
- 16-Derruppé,J., " **plaidoyer pour le renvoi**", Travaux du Comité français de droit international privé, 1966.
- 17-Dicey, Av, **Conflicts of laws**, London, 1958.
- 18- Drakidis, Ph., J-Cl., **Législation Comparée**, 1989, Fasc.I.
- 19-Dybowski, T., J-Cl., **Législation Comparée**, 1987, Fasc.II.
- 20-Fiore, P., **Traite de droit international privé**, ed.II, Trad. Antoine, 1901.
- 21- Fiore, P ;" **Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé** ", Journal du droit international (Clunet), 1901, p.424-442.
- 22- Francescakis, Ph., "**Le renvoi**", Répertoire de droit international, Dalloz, 1958.
- 23- Foyer, J, De La Pradelle, G, Holleaux, D, **Droit international privé**, Paris, Masson, 1999.
- 24- Foyer, J., **Revue critique de droit international privé**, 1984.
- 25- Huss , A; **Jurisclasseur de Droit International**, Paris, Dalloz, 1983.
- 26- Loussouarn, Yvon ; Bourel, Pierre; **Droit international privé**, Paris, Dalloz, 1998.
- 27- Lewald, H., " **Théorie du renvoi** ", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1929.

- 28- Lerebours-Pigeonnière, P., "**Observation sur la question du renvoi**", Clunet, 1924.
- 29- Lerebours-Pigeonnière, P., **Droit international privé**, Paris, Dalloz, 1969.
- 30- Maury, J., "**Règles générales des conflits de lois**", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1936.
- 31- Mayer, P., **Droit International privé**, Paris, Montchrétien, 2002.
- 32- Niboyer, **Traité de Droit international privé**, Paris, Sirey, 1950.
- 33- Niboyet, J.-P., Recueil Sirey,(S), 1942.
- 34- Ogris, W., J-Cl., **Législation Comparée**, 1990, Fasc.III.
- 35- Knoepfler; Scheweizer, **Précis de droit international privé uisse**, 1990, Staempfli, Bern.
- 36- Kornicker, H.W., J-Cl., **Législation Comparée**, 1985, Fasc.III.
- 37- Rappe, L., "**Les rapports juridiques entre parents et enfants**", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1929.
- 38- Rigaux, F., **Droit international privé**, 1987, Bruxelles.
- 39- Schwind, F, **Cours général de Droit International Privé**, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1984.
- 40- Weiss, E., J-Cl., **Législation Comparée**, 1993, Fasc.I.