

## تأثیر ازدواج بر تابعیت و تقلب نسبت به قانون بر مبنای حقوق ایران و کنوانسیون های بین المللی

محمد رشیدی<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی - دانشگاه آزاد واحد مراغه

### چکیده

طبیعی است که هر کس دوست دارد در دادگاهی مناسب تر با قوانینی مرفقی تر طرح دعوا نماید و بدینوسیله از مزایای تصمیم قضائی مطلوب تری برخوردار باشد تا وضعیت حقوقی جدیدی برایش ایجاد شود. لذا در حقوق بین المللی خصوصی دو مولفه ازدواج و تابعیت و اثر متقابل آنها بر یکدیگر می تواند وضعیت حقوقی جدیدی برای طرفین ایجاد نمایند تا طرفین بتوانند در قلمرو حاکمیتی که مد نظرشان است قرار گیرند. بعضاً ازدواج هایی صوری به منظور اخذ تابعیت کشوری هدف صورت می گیرد تا از قوانین و مزایای حاکمیت خاصی برخوردار گردند که در صورت شناسائی، تقلب نسبت به قانون محسوب شده و مورد اعتنای محکمه نخواهد بود. بدینوسیله وضعیت حقوقی حاصله در صورت صحت، عقیم خواهد ماند. اما در حقوق ایران دسترسی به محکمه مناسب و تعیین ارادی دادگاه صالح در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی بر مبنای اراده طرفین با محدودیت هایی پذیرفته شده است. چرا که اساساً صلاحیت از قواعد آمره محسوب شده و با تراضی مخدوش نخواهد شد. در کنوانسیون های بین المللی عنوان دادگاه نامناسب و یا خرید محکمه مطرح است که در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی به تعریف و بسط آنها سعی شده است.

**واژه های کلیدی:** ازدواج، تابعیت، کنوانسیون، دادگاه نامناسب، خرید محکمه

## مقدمه

ازدواج در تمام فرهنگ ها و ملل وجهی ارزشی دارد. ادیان مختلف جملگی به صور مختلف ان را ارزش گذاری کرده اند. اما قبل از مقوله ازدواج، تابعیت اشخاص در قلمرو سرزمینی که متولد می شوند در قالب سیستم خاک یا سیستم خون قبل از آنکه ارزش اعتباری داشته باشد دارای ارزش ذاتی است. دولتهای امروزه با پشت گرمی به روند رو به رشد تمدن که حاصل عقل بشری است بدایتا انسان را ارزش نهاده و موجودیت او را در قلمرو حکومت خویش به رسمیت شناخته و به او لقب تبعه داده اند تا بتواند حقوق خویش را در مراحل استیفاء و اجرا ابراز نماید تا خود را در قالب خاصی قرار دهند. لذا تابعیت برای بشریت در قلمرو هر کشور از ارزش زیادی برخوردار است.

سیستم های حقوقی از مزایای مختلفی برخوردارند بعضی از کشورها قانون مترقی تر نسبت به کشور های دیگر دارند لذا اشخاص در پی آنند که با تغییر ارادی وضعیت فعلی حقوقی خود به وضعیت جدید حقوقی نائل شوند تا بتوانند تحت لوای آقانون مناسب تر و نافع تر قرار بگیرند لذا در این حالت می خواهند قوانین و دادگاه مناسب مورد نظر خود را برای حل موضوع بکار گیرند که یک نوع تقلب نسبت به قانون تلقی می شود و در کنوانسیون های بین المللی عبارتی چون **forum non conveniens** که اصطلاحی لاتین است در معنی لغوی انگلیسی معادل **inappropriate court** یعنی دادگاه نامناسب و در معنی اصطلاحی یعنی: محکمه ای که برای رسیدگی به دعوی راحت تر و مناسب تر است و یا عبارت **forum shopping** که معنی تحت الفظی آن خرید محکمه و معنی اصطلاحی آن یعنی: انتخاب یک دادگاه از بین دادگاه متعدد ذی صلاح برای رسیدگی به دعوا است که این حالت تحت عنوان تقلب نسبت به قانون در کنوانسیون های بین المللی و معادل آن در حقوق ایران بحث شده است.

## مبحث اول: تاثیر ازدواج در تابعیت بر مبنای حقوق ایران و کنوانسیون های بین المللی

تابعیت بارزترین مظهر تقسیم جغرافیائی اشخاص در یک کشور محسوب می شود. تابعیت رابطه ای است که شخص را به دولت معینی منتسب می کند این رابطه معنوی است چونکه مربوط به مکان خاصی نمی باشد به این معنا که هر ایرانی هر کجای دنیا سکونت داشته باشد علقه ای خاص به کشورش دارد. از سوی دیگر این رابطه، سیاسی است زیرا ناشی از قدرت و حاکمیت ان دولت است که شخص را از خود می داند. چنانچه شخص با این

ارتباط ، خود را متعلق به کشور بداند اصطلاحاً به او گفته می شود که تبعه<sup>۱</sup> آن کشور است. برای تحقق تابعیت لازم است یک فرد و یک دولت به مفهوم شخصیت حقوق عمومی وجود داشته باشد و جامعه جهانی آن را به عنوان یک دولت به رسمیت بشناسد و شرط دوم این است که تبعه ای موجودیت داشته باشد. چرا که تابعیت برای اشخاص حقیقی وضع می شود چونکه آنان هستند که دولت را تشکیل می دهند لذا اشخاص حقوقی تابعیتی به معنای واقع ندارند و چون رابطه شخص با دولت سیاسی است و نه قراردادی ، لذا این دولت است که عامل تابعیت ، شاخص تابعیت و معطی تابعیت ، محسوب می شود. این بدان معنی است که در حوزه تابعیت حقی برای شخصی وجود ندارد و این دولتها هستند که تشخیص می دهند چه افرادی به تابعیت کشور درآیند. کشورها در تنظیم روابط با اشخاص حقوقی داخل در محدوده جغرافیائی خود همیشه سه اصل را پذیرفته اند ۱- هر فردی بایستی تابعیتی داشته باشد ۲- هیچ فردی نبایستی تابعیت مضاعف داشته باشد ۳- تابعیت امر همیشگی نیست.

#### ۱-۱- احراز تابعیت بر مبنای حقوق ایران

تابعیت ایران را می تواند از سه راه به دست آورد ۱- بوسیله اجرای سیستم خون یا سیستم خاک<sup>۲</sup>- به وسیله ازدواج<sup>۳</sup>- به وسیله پذیرش به تابعیت ایران ؛ در مورد اول ، تابعیتی که در موقع ولادت اعمال می شود تابعیت اصلی نام دارد و در موارد دوم و سوم به آن تابعیت اکتسابی می گویند.

احراز تابعیت اصلی در ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران آمده است و در بند های آن هر جا کلمه سکونت ذکر شده باشد منظور اقامتگاه است که این امر در متن قانون مصوب ۱۳۰۸ آمده که سکونت را معادل اقامتگاه<sup>۲</sup> بیان کرده است. طبق بند ۱ ماده ۹۷۶ که یک اماره و فرض قانونی است. هر کس در ایران اقامت داشته باشد ایرانی است. مگر اینکه طبق سندی که دولت ایران به آن اعتراض ندارد تابعیت خارجی خود را ثابت کند درواقع قانونگذار ایرانی با این اماره قانونی سیستم اقامتگاه را اعمال کرده و پذیرفته است. چونکه معنی و مفهوم اقامتگاه و سیستم تابعیت ارضی ( سیستم خاک ) به حدی نزدیک است که کشورهایی که اصول شخصیه را تابع اقامتگاه می دانند در تابعیت نیز سیستم خاک را پذیرفته اند.

<sup>۱</sup> - national

<sup>۲</sup> - domicile

## ۱-۱-۱- احراز تابعیت اکتسابی از طریق ازدواج

تابعیت اکتسابی ایران طبق بند ۶ و ۷ و ماده ۹۷۶ قانون مدنی قابل احراز است. کشورها بر مبنای اینکه زن تبعه خارجی با تبعه داخلی ازدواج کند اصل وحدت تابعیت را پذیرفته اند و در جایی که زن تبعه ایرانی با تبعه خارجی ازدواج کند سیستم استقلال تام یا نسبی تابعیت را قبول کرده اند قانون ایران نیز همین رویه را دنبال کرده است. (نصیری، ۱۳۸۳، ص ۲۶)

## ازدواج زنان تبعه خارجه با مردان ایرانی

قانون مدنی ایران در بند ۶ ماده ۹۷۶ مقرر می دارد هر زن تبعه خارجه که شوهر ایرانی اختیار نماید خود به خود تابعیت ایران را به صورت اکتسابی احراز کرده است قطعی بودن این تابعیت از صفات آن است و به این معنی است که اگر زوج در مدت زناشویی از تابعیت ایران خارج گردد زوج در تابعیت ایران باقی خواهد ماند (البته این تابعیت قطعی استثناء دارد و قانون در ماده ۹۸۸ بیان کرده که تابعیت زن در شرایط فوق باقی می ماند مگر اینکه اجازه دولت برای ترک تابعیت زوج شامل زوج نیز بشود) یا چنانچه شوهر فوت کند یا جدایی بین زوجین حاصل شود زوج تبعه خارجی، تابعیت ایرانی اش محفوظ می ماند. قانونگذار ایرانی با این پیش بینی که هدف از ازدواج، خود زوج بوده و تابعیت وی ملاک نمیباشد بر این مبنا تسهیلات زیادی برای بازگشت زوج به تابعیت کشور متبوع خود قائل می شود. لذا در ماده ۹۸۶ قانون مدنی در موارد فوق زوج خارجه چنانچه بخواهد به تابعیت کشور متبوع خود رجوع نماید لازم است فقط به وزارت امور خارجه به صورت کتبی تمایل خود را اعلام نماید. استثناء دیگر بر اعمال چنین حقی این است چنانچه تفریق ازدواج به علت فوت شوهر ایرانی باشد و زوج از شوهر ایرانی طفل صغیر داشته باشد تا حلول بلوغ و رسیدن به سن ۱۸ سالگی زن نمیتواند به تابعیت کشور متبوع (تابعیت اصلی) خود رجوع نماید.

## آثار بازگشت زوج به تابعیت کشور متبوع خود (تابعیت اصلی)

مطابق قسمت اخیر ماده ۹۸۶ قانون مدنی ایران در صورتیکه زوج خارجه به تابعیت کشور متبوع خود رجوع نماید. چون به عنوان یک تبعه خارجی شناخته می شود حق داشتن اموال غیر منقول ندارد مگر در حدودی که داشتن چنین اموالی مطابق قانون میسر باشد. هرگاه چنین فردی بیش از آنچه که برای تبعه خارجی معمول است دارای اموال غیر منقول باشد و یا بالوارثه به او رسیده باشد مطابق ماده فوق باید ظرف یک سال از تاریخ خروج از تابعیت

ایران مقدار مازاد را به نحوی از انحاء به اتباع ایرانی منتقل نماید و گر نه با نظارت دادستان محل به فروش رسیده و پس از کسر مخارج فروش قیمت به وی پرداخت می شود (نصیری، ۱۳۸۳، ص ۶۷)

### ازدواج زنان تبعه ایران با مردان خارجی

طبق ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی ازدواج زن مسلمة با غیر مسلم جایز نمیباشد البته این ماده در مقایسه با ماده ۹۸۷ قانون مدنی که راجع است به ازدواج زنان تبعه ایران با مردان خارجی با هم تناسب عموم و خصوص مطلق دارند یعنی تابعیت ایران ملازمه با مسلمان بودن ندارد. می دانیم که جمعیت ایران همگی مسلمان نمیباشند و از سوئی دیگر تمام مسلمانان تابعیت ایران را ندارند لذا بحث ازدواج زن غیر مسلمان ایرانی با مرد غیر مسلمان ایرانی راجع به ماده ۱۰۵۹ سالبه به انتفاء بوده و خروج موضوعی دارد.

### اثر ازدواج بر تابعیت زن ایرانی

اگر ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی صورت گیرد و دولت متبوع زوجه سیستم استقلال تابعیت را پذیرفته باشد اصولاً بر اثر مزاجت تابعیت شوهر به زن ایرانی تحمیل نمی شود دراین حالت زن ایرانی در تابعیت ایرانی خود باقی می ماند اما اگر زن اختیاراً تابعیت دولت متبوع شوهرش را اکتساب نماید، می تواند مطابق تبصره اول ماده ۹۸۷ قانون مدنی تقاضا نامه موجه و مستدلی را به وزارت امور خارجه تقدیم نماید و ممکن است با تقاضای وی موافقت شود. این نوع ترک تابعیت که از اختیارات زوجه ایرانی محسوب می شود با ترک تابعیت موضوع ماده ۹۸۸ قانون مدنی متفاوت است و از نظر قانون سهل تر می باشد. در حالت دیگری که زن ایرانی بخواهد با تبعه خارجی مزاجت نماید چنانچه قانون دولت متبوع شوهر سیستم وحدت تابعیت را پذیرفته باشد<sup>۳</sup> به محض ازدواج تابعیت دولت متبوع شوهر بر زن ایرانی تحمیل می گردد. در نتیجه زن تابعیت دولت متبوع شوهر را اکتساب می کند نکته قابل توجه اینکه در هر دو حالت فوق چه زوجه با اختیار ترک تابعیت ایران بنماید و به تابعیت دولت متبوع شوهر درآید یا اینکه تابعیت شوهر بر تابعیت وی تحمیل گردد از نظر قانون مدنی ایران پس از فوت شوهر یا بینونت کبری ( طلاق ) رجوع به تابعیت اصلی ( ایرانی ) با درخواستی از وزارت خارجه ایران میسر می باشد و قانون دراین خصوص سخت گیری نکرده است.

<sup>۳</sup>- قانون تابعیت فرانسه مصوب ۱۹۴۵ اصل سیستم وحدت تابعیت بین زن و شوهر را پذیرفته است

## مبحث دوم: احراز تابعیت زوجین بر مبنای کنوانسیون های بین المللی

کشورهایی نظیر بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی به کنوانسیون های بین المللی در زمینه تابعیت ملحق شده اند مفاد این کنوانسیون ها راجع به اصل وحدت با استقلال تابعیت زوجین ضروری به نظر می رسد.

## ۲-۱- کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه در خصوص تعارض در حقوق تابعیت

نظم بین المللی ایجاب می کند که هر شخصی دارای یک اقامتگاه یا یک تابعیت باشد برای رفع مشکل تابعیت مضاعف در سطح بین المللی اقداماتی انجام گرفته است؛ منجمله کنوانسیون ۱۹۳۰ لاهه، هدف آن حل مشکلات مرتبط و تعارض قوانین مربوط به تابعیت در کشورها بود. در مقدمه کنوانسیون فوق به حذف تابعیت مضاعف<sup>۴</sup> و مفید بودن امحاء آن صحنه گذاشته شده است و اشاره می کند که تمامی کشورها باید همت گمارند مسئله بی تابعیت ها را با اشخاص که تابعیت مضاعف دارند حل کنند.<sup>۵</sup> خلاصه توصیه کنوانسیون لاهه ۱۹۳۰ منتج به دو اصل اساسی **لزوم تابعیت و وحدت تابعیت** شد. در خصوص تابعیت زنان متاهل ماده ۸ کنوانسیون فوق می گوید. چنانچه به واسطه ازدواج زن با تبعه خارجه تابعیت اصلی وی از بین برود. از بین رفتن تابعیت وی باید منوط به تحصیل تابعیت شوهر شود این امر به منزله تحمیل تابعیت شوهر زن نمی باشد بلکه برای جلوگیری از بی تابعیتی<sup>۶</sup> زن است. مواد ۱۰ و ۱۱ کنوانسیون اشاره می کند که تغییر تابعیت شوهر در طول ازدواج نباید بر تابعیت زوجه تاثیر بگذارد مگر اینکه تغییر تابعیت خواسته خود زوجه باشد که بخواهد به تابعیت اصلی خود رجوع داشته باشد؛ در نتیجه، با رجوع به تابعیت اصلی، تابعیت اکتسابی زوجه که بواسطه ازدواج بر او تجمیل شده بود زایل می شود.

## ۲-۲- اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)

<sup>۴</sup> - dual nationality

<sup>۵</sup> - convention on certain question relating to the conflict of nationality law- the Hague , ۱۲ April ۱۹۳۰

<sup>۶</sup> - statelessness

اعلامیه جهانی حقوق بشر در بند های ۱ و ۲ ماده ۱۵ خود اشاره به این مصوبه دارد که هر کس این حق را دارد که دارای تابعیت باشد و هیچ کس را نمی توان خودسرانه از تابعیت خود یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد ماده ۷ همین اعلامیه اذعان می دارد « همه افراد چه زن و چه مرد به طور مساوی از حمایت قانون باید برخوردار باشند » با ملحوظ نظر قرار دادن مواد ۱۵ و ۷ این اعلامیه استنباط می شود که این اعلامیه استقلال تابعیت زوجین را پذیرفته است و اصل وحدت تابعیت را تبعیض علیه زنان قلمداد می کند.

## ۲-۳- کنوانسیون تابعیت زنان متاهل ( ازدواج )<sup>۷</sup>

این کنوانسیون در ۲۰ فوریه ۱۹۵۷ در نیویورک به تصویب رسید که اختصاص به مسئله تابعیت زنان متاهل دارد و تاثیر ازدواج بر تابعیت آنهاست، ماده یک این کنوانسیون مقرر داشته که انعقاد و انحلال ازدواج و تغییر تابعیت زوج در دوران زناشوئی نمیتواند خود به خود تابعیت زن را تغییر دهد. همچنین ماده ۲ همین کنوانسیون مقرر می دارد : چنانچه شوهر به صورت داوطلبانه در تابعیت خود تغییر داد یا اینکه به تابعیت اصلی رجوع نمود این امر نمیتواند مانع از حفظ تابعیت اکتسابی زوجه شود. بعلاوه ماده ۳ کنوانسیون اشاره می کند : چنانچه زن خارجی با مرد تبعه این کنوانسیون ازدواج کند در صورتیکه بخواهد تابعیت دولت عضو این کنوانسیون را به دست آورد باید امکان پذیرش را برای وی فراهم آورد. این کنوانسیون با این هدف بین اعضای خود مصوب شده است که هر گونه تاثیر در تابعیت زن بواسطه ازدواج یا تغییر در تابعیت همسرش نفی می گردد لذا سیستم استقلال تام تابعیت در کنوانسیون پذیرفته شده و بین زنان تبعه و بیگانه تفاوتی وجود ندارد.

## ۲-۴- وحدت تابعیت در کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان<sup>۸</sup>

کنوانسیون تابعیت را حق زنان دانسته و در مورد تابعیت به اعضای خود توصیه می کند حقوق مساوی بین مرد و زن را رعایت نماید لذا ماده ۹ کنوانسیون مقرر می دارد ازدواج با فرد خارجی یا اصولاً تغییر در تابعیت شوهر نباید تاثیری بر تابعیت زن داشته باشد لذا توصیه می کند مسئله ازدواج، بی وطن شدن یا تحمیل تابعیت شوهر به زن

<sup>۷</sup> - convention on the nationality of married women. New York, ۲۰ february, ۱۹۵۷

<sup>۸</sup> - the convention on ( The elimination of all form of discrimination against women ) (CEDAW) , adopted in ۱۹۷۹

نباید در دستور کار قرار گیرد. این کنوانسیون رسماً و آشکار از نظریه استقلال تابعیت حمایت می کند و تحمیل اجباری تابعیت شوهر را به زن نفی می نماید.

## ۲-۵- وحدت تابعیت در کنوانسیون اروپائی تابعیت<sup>۹</sup>

در مقدمه این کنوانسیون آمده است که در مسائل راجع به تابعیت باید به منافع مشروع دولتها و افراد توجهی خاص نمود. همچنین احترام به خانواده در قالب حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی مطابق ماده ۸ این کنوانسیون اشاره شده است. در خصوص تابعیت زن مطرح می کند که ازدواج و تغییر تابعیت شوهر در زمان ازدواج به خودی خود نمی تواند بر تابعیت زن تاثیر گذار باشد. قواعد تابعیت دولتها نباید باعث تبعیض بر مبنای جنس، مذهب، نژاد، رنگ، منشا ملی یا نژادی گردد. دولتهای عضو باید اصل عدم تبعیض را میان اتباع خود اجرا نمایند. همچنین این کنوانسیون استقلال تام تابعیت را پذیرفته و دولتهای عضو را ملزم می نماید تا در قوانین داخلی خود کسب تابعیت برای همسران اتباع خویش تسهیلاتی فراهم شود. بنابراین ازدواج مرد تبعه با زن خارجی و زن تبعه با مرد خارجی موجب تحمیل تابعیت مرد به زن نمیشود.<sup>۱۰</sup>

## مبحث سوم: قاعده حل تعارض آلترناتیو<sup>۱۱</sup>

در یک مورد و یک دعوای بین المللی که بر اساس عامل ارتباط، دعوی بین المللی خطاب می شود تعارض قوانین بین یک یا دو یا چند کشور حادث می شود قبل از ورود و تشخیص قانون ماهوی (مادی) کشور یا به عبارت دیگر قانون صالح که بر موضوع دعوی حاکمیت نماید باید به سراغ قاعده حل تعارض کشوری مراجعه کرد که دعوی بین المللی در محدوده جغرافیایی آن مطمح نظر می باشد و بر این مبنا طبق قاعده حل تعارض که راهبر رجوع به قاعده ماهوی است عمل خواهیم کرد و دعوی (مسئله) بین المللی را فصل خواهیم نمود در این حالت برای یک دعوی یک قاعده حل تعارض و یک قاعده ماهوی قابل عمل خواهد بود اما وقتی به قاعده حل تعارض آلترناتیو می رسمیم قانونگذار می خواهد عمل حقوقی بین المللی دارای اعتبار باشد و به راحتی بواسطه حقوق موضوعه کشورها دچار تعارض مثبت و منفی نگردد و اطاله دادرسی را در موارد معنونه به حداقل برساند. بدینسان با وجود عامل ارتباط متعدد، عمل حقوقی بین المللی را در صورت تطابق با وضعیت های ایجاد شده بوسیله عامل ارتباط قابل حل بداند. بطور مثال به موجب ماده یک کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱ اگر وصیت نامه ای مکتوب از نظر شکلی با هر یک

<sup>۹</sup> - European convention on nationality. Strasbourg. ۶.XI.۱۹۹۷

<sup>۱۰</sup> - پور مراد، رویا، توسلی، نانینی، منوچهر، مقاله؛ اصل وحدت تابعیت زوجین در حقوق ایران، بریتانیا و کنوانسیون های بین المللی

<sup>۱۱</sup> - Alternative



از قوانینی چون ۱- قانون محل تنظیم وصیت نامه ۲- قانون متبوع موصی ۳- قانون محل اقامت موصی تطابق نماید صحیح فرض شده و دارای اعتبار خواهد بود. این قاعده که به **قاعده حل تعارض آلترناتیو** معروف است نشان می دهد که در عرصه بین المللی دعاوی مطروحه لاینحل نمی ماند و شیوه های نو با بهره گیری از پتانسیل های بین المللی موجود قادر به حل و فصل دعاوی بین المللی مذکور خواهند بود.

### ۳-۱- استفاده ناروا از حق در تعارض قوانین و دادگاهها

سوء استفاده از حق در تعارض قوانین و دادگاهها در دو نظام حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. در نظام حقوقی کامن لا<sup>۱۲</sup> ناظر به سوء استفاده از حق در تعارض دادگاهها و ضمانت اجرای آن است. در نظام رومی - ژرمنی ، مشهور به نظام حقوق نوشته ، تقلب نسبت به قانون در مصداقی چون **فروم شاپینگ**<sup>۱۳</sup> مورد پیدا می کند. در حقوق ایران نیز تقلب نسبت به قانون مورد بحث بوده است اما فروم شاپینگ موضوعی است جدید و مختص که در حقوق ایران فاقد ردپایی می باشد. مگر بطور عام و اطلاق و با دلالت التزامی بتوان آن را زیر مجموعه تقلب نسبت به قانون ذکر نمود. بعضی نویسندگان ( خمایی زاده و صالحی ذهابی ) تعارض قوانین فروم شاپینگ و قاعده حل تعارض آلترناتیو را در حقوق کامن لا نقد کرده و آن را وسیله مناسب برای سوء استفاده از حق در عرصه بین المللی در دعاوی راجع به تعارض قوانین و دادگاهها می دانند. بطور مثال قواعد حل تعارض آلترناتیو به جهت انطباق دعوی بین المللی با قوانین مختلف راه را برای سوء استفاده ذی حق باز می کند. به طوریکه به سراغ قانون یا دادگاهی می رود که بیشترین منافع را برای وی داشته و آن را تضمین کند و قائل اند که قاعده حل تعارض آلترناتیو دامنه فروم شاپینگ را گسترش می دهد یا در خصوص اعمال **قانون مقر دادگاه** راجع به مسئولیت مدنی آزادی گسترده ای به خواهان جهت اقامه دعوی می دهد.

### ۳-۱-۱- در تعارض قوانین

آن عواملی که در وهله اول باعث پیدایش تعارض قوانین می شوند توسعه روابط و مبادلات بین المللی است اغماض قانونگذار ملی و امکان اجرای قانون خارجی ، وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها و مسئله تعارض قوانین

<sup>۱۲</sup> - common law

<sup>۱۳</sup> - Forum Shopping

هنگامی مطرح می شود که یک رابطه حقوق خصوصی به جهت دخالت عامل خارجی به دو یا چند کشور مربوط می شود. بطور مثال زن و مرد فرانسوی که در ایران اقامت دارند می خواهند با هم ازدواج نمایند. عامل خارجی فرانسوی بودن هر دو رابطه حقوقی آنها یعنی ازدواج را در حوزه حقوق بین المللی خصوصی مطرح می کند چرا که از سویی به واسطه فرانسوی بودنشان قانون متبوع آنها و از سویی دیگر به جهت اقامت در ایران قانون اقامتگاه بر روابط حقوقی آنها ( ازدواج ) حاکمیت می کند. وقتی به سراغ ماده ۷ قانون مدنی ایران می رویم مقرر می دارد: اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه ، اهلیت ، حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود. لذا این قاعده حل تعارض ایرانی حکمیت قانون فرانسه را بر اختلاف حاصله از رابطه حقوقی ازدواج پذیرفته است. بطور آشکار مسئله تعارض قوانین در مرحله اعمال و اجرای حق ( اهلیت استیفاء ) قابل طرح می باشد. لذا منطقا با اهلیت تمتع و داشتن حق در ارتباط است یعنی اول باید حقی برای کسی متصور باشد سپس در مرحله اجرای آن حق است که تعارض قوانین پیش می آید.

### ۳-۱-۲- قاعده تقلب نسبت به قانون

چون در انتخاب و اجرای قانون صالح اراده اشخاص در حل تعارض قوانین موثر است لذا امکان دارد اشخاص به منظور استفاده از قانون خارجی که نفع بیشتری برای آنها دارد قانون متبوع خود یا قانون محل اقامت فعلی را به نفع قانون خارجی کنار بزنند تقلب نسبت به قانون زمانی قابل تصور است که اشخاص با اراده خود بعضی از عناصر ارتباط مثل تابعیت ، اقامتگاه ، محل وقوع مال منقول و محل انعقاد عقد را تغییر می دهند تا از این طریق قانون صالح مد نظر خودشان را به خدمت بگیرند و یا از محدوده صلاحیت آن فرار نمایند تا آن قانونی که در حالت عادی بدون تغییر عناصر ارتباط بر روابط حقوقی آنها حکومت می کند بی اثر گردد. تقلب نسبت به قانون را میتواند تخطی از اختیاری تلقی کرد که قانون به عنوان حقوق شهروندی برای آحاد افراد جامعه قائل می شود قضیه تقلب نسبت به قانون در روی دیگری آن نوعی سوء استفاده از حق تلقی می شود منشاء قاعده تقلب نسبت به قانون از سال ۱۸۸۴ در قرن نوزدهم میلادی در کشور فرانسه راجع به طلاق اتباع فرانسوی در خارج مطرح شد. در فرانسه به پیروی از مذهب کاتولیک طلاق ممنوع بود لذا اتباع فرانسه با تغییر تابعیت خود به کشور دیگری که طلاق را قانونا جایز می دانست سعی در اخذ حکم طلاق در آن کشور می کردند که معروفترین مثال قضیه خانم دوبورمن است که مجبور شد برای صدور حکم طلاق که در کشورش ، فرانسه ، منع قانونی داشت به تابعیت آلمان درآید تا از آن طریق بتواند حکم طلاق را دریافت نماید.

## ۳-۲-۱- تقلب نسبت به قانون در حقوق ایران

در قانون ایران در ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قانون خارجی را در صورتیکه با نظم عمومی تعارض داشته باشد ممنوع اعلام کرده است. قانونگذار از تقلب نسبت به قانون صحبتی نکرده است اما با کمی تعمیم میتوان ماده ۹۹۱ قانون مدنی ایران را مصداقی از تقلب نسبت به قانون قلمداد کرد که مقرر داشته کسانی که قبلاً از تابعیت ایران خارج شده اند می توانند به تابعیت ایران رجوع نمایند به شرط اینکه دولت رجعت آنها را به صلاح بداند. اصل ۴۰ قانون اساسی هم بر نفی تقلب دلالت می نماید و مقرر می دارد اعمال حق به قصد اضرار به غیر یا اعمال حق به قصد تجاوز به منافع عمومی ممنوع است. در ماده ۶۵ قانون مدنی صحت وقف را که به علت اضرار دیان واقع شده باشد منوط به اجازه دیان دانسته است.

در ماده ۹۴۴ قانون مدنی مقرر شده چنانچه زوج در زمان مرض متصل به فوت، زن خود را طلاق دهد و بر حسب اتفاق مرد پس از یک سال از وقوع طلاق به واسطه آن مرض فوت نماید زن مطلقه به شرطی که ازدواج مجدد نکرده باشد از شوهر سابق خود ارث می برد.

در ماده ۴۶۳ نیز برای جلوگیری از سوء استفاده ربا خواران قانون مقرر داشته است اگر معلوم شود در بیع شرط قصد بایع حقیقت بیع نبوده احکام راجع به بیع راجع به آن مجری نخواهد بود. نظر به اینکه ربا در قالب های دیگری در بانک ها و موسسات اعتباری وصول می شود و از طرفی حق شفعه فقط در عقد بیع قابل شناسائی است این می تواند بستر مناسبی برای سوء استفاده حق و تقلب نسبت به قانون باشد که قانونگذار ایرانی باید به آن توجه نماید.

## ۳-۲-۲- شرایط تحقق تقلب نسبت به قانون

برای تقلب نسبت به قانون سه شرط اساسی<sup>۱۴</sup> وجود دارد ۱- تقصیر ۲- ضرر ۳- فرعی و علی البدل بودن اجرای آن، در رویه قضائی فرانسه تقلب نسبت به قانون در مفهوم جدید آن به معنی تغییر ارادی در رابطه حقوقی است و تقصیر به این مفهوم مثل تعریف قدیمی منجر به تغییر عامل ارتباط نمی باشد و هر تغییری که زمینه تقلب نسبت به قانون را مهیا نماید تقلب نسبت به قانون تلقی می شود. که شخص برای فرار و اجتناب از اجرای قانون متبوع به وسایل متقلبانه بخواهد قانون خارجی اعمال شود مثل تغییر متقلبانه تابعیت یا اقامتگاه به منظور ایجاد وضعیت

<sup>۱۴</sup>- پیشین، ص ۱۹۴

جدید، ضرر بطور مثال تغییر تابعیت یک شخص بدهکار به منظور تبدیل مکان پرداخت دین یا تغییر اقامتگاه یک شرکت به محلی دیگر برای بهره برداری از قانون محلی که به نفع آن تمام می شود مصادیقی از **تقصیر** برای تقلب نسبت به قانون تلقی می شود.

### ۳-۲-۳- رابطه ی تقلب نسبت به قانون با نظم عمومی

در تبیین مفهوم نظم عمومی باید اشاره کرد؛ تمام یا بخشی از قانون در کشور اجرا نمی شود چون با مصالح و نظم عمومی تنافی دارد. اما در تقلب نسبت به قانون، اصل قانون خارجی در حالت عادی اشکالی بر نظم عمومی وارد نمی کند. اما اگر **تقلب برای اعمال آن** صورت پذیرفته باشد کیفیت عملی آن قانون خارجی به جهت اعمال سوء نیت ارادی ذی نفع از بین می رود. لذا، در چنین مواردی محکمه باید از اجرای اراده ناحق همراه با سوء نیت جلوگیری نماید اگر چه اجرای مجرد قانون خارجی در حالت عادی با مشکلی مواجه نمی باشد این دو مقوله در حوزه هدف نیز با هم متفاوت اند بطور مثال هدف اجرای نظم عمومی حمایت از سازمان های قانونی کشور در مقابل ناسازگاری اجرای قانون خارجی قلمداد می شود ولی در تقلب نسبت به قانون افراد برای فرار از قانون آمره کشور متبوع خود بصورت نامطلوب و با تقلب خود را تحت حاکمیت قانون خارجی قرار می دهند پس **قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون** قاعده ای است مستقل و برای حفظ و صیانت حقوق آمره کشور لازم الاتباع خواهد بود همانگونه که در حقوق کامن لا نیز این مقوله ذیل عنوان نظم عمومی و قانون آمره بررسی می شود نه به عنوان یک قاعده مستقل، در نتیجه هدف اجرای این قاعده مهم آن است که اشخاص نتوانند باعث عقیم شدن قانون آمره کشور خود شوند.<sup>۱۵</sup> مثلاً اگر درایران شرطی جز ارکان صحت عقد بیع باشد اما در کشور عراق این شرط توسط قانون آن کشور جزء ارکان صحت عقد نباشد اشخاص برای فرار از قانون متبوع خود با تزویر به قاعده ای متوسل شوند که شرایط صحت عقد را تابع قانون محل وقوع عقد بدانند اگرچه اراده اشخاص در تعیین قانون تحت عنوان قانون حاکمیت اراده نباید نادیده گرفته شود اما این امر نباید قانون دولت متبوع را بی اثر گرداند.

### مبحث چهارم: قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون یا نظریه منع تقلب نسبت به قانون

<sup>۱۵</sup>- مقصودی، رضا، مقاله؛ سو استفاده از حق در حقوق بین المللی خصوصی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره دوازدهم، پائیز ۱۳۹۴

همانگونه که مطرح شد افراد برای فرار از قانون متبوع خویش و استفاده از قانون خارجی ممکن است با تغییر ارادی عوامل ارتباط سعی نمایند از مزایای قانون خارجی بهرمنند شوند این قاعده در حقوق بین الملل خصوصی به تقلب نسبت به قانون معروف است و قانونگذار برای جلوگیری از آن محکمه را موظف می داند به محض احراز فرار از قانون متبوع یا قانون محل اقامت با هدف اجرای قانون خارجی، عملاً از اجرای قانون خارجی برای ذی نفع خودداری می نماید در واقع امتناع از اجرای قانون خارجی توسط دادگاه در حقوق بین الملل خصوصی به قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون از آن یاد می شود و انگیزه نظریه منع تقلب نسبت به قانون در این حوزه ضمانت بخشیدن به اجرای دقیق قاعده های حل تعارض و جلوگیری از تغییر همراه با سوء نیت عامل ارتباط است. بارتن<sup>۱۶</sup> می گوید: عدم اجرای قانون خارجی برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون نوعی اجرای قاعده نظم عمومی محسوب می شود. و تفاوت آن با نظم عمومی در این است که در نظم عمومی تمام یا بخشی از مقررات خارجی به لحاظ برخورد با عرف و سنت عمومی کشور قابل اجرا نمی باشد اما در تقلب نسبت به قانون عدم اجرای قانون خارجی به واسطه تقلبی است که از ناحیه بیرون به منظور بهره برداری از قانون خارجی و فرار از قانون متبوع خود صورت می گیرد.<sup>۱۷</sup> مفهوم ضرر در بحث حقوق بین الملل خصوصی بسان مفهوم ضرر در قانون مدنی نیست بلکه همینکه شخص می خواهد از حاکمیت قانون کشور خود خارج و حاکمیت قانون خارجی را بپذیرد مصداق بارز ضرر تلقی می شود.

#### ۴-۱- جواز استفاده از قاعده جلوگیری از تقلب

فقدان طریق دیگر برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در واقع چراغ سبزی است برای استفاده از قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون؛ به این مفهوم، اگر روش قانونمند دیگری برای عدم اجرای قانون خارجی نباشد محکمه می توان از قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون را اجرا کرد. مثلاً، طبق قانون ایران دختر نمیتواند قبل از سن بلوغ شوهر کند اما برای فرار از قاعده مذکور به کشور عراق یا افغانستان برود و چون در آن کشورها منع قانونی وجود ندارد به عقد نکاح درآید. چنانچه همین دختر به ایران بازگردد محکمه نمی تواند به استناد قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون عقد نکاح به وجود آمده را باطل قلمداد کند چرا که قبل از استفاده و ورود به قاعده مذکور، قانون مدنی ایران در ماده ۶ خود به عنوان یک قاعده حل تعارض حل مسئله را بیان نموده است پس

<sup>۱۶</sup> - نویسنده فرانسوی

<sup>۱۷</sup> - همان، نصیری، ص ۱۹۲

در ما نحن فيه نکاح دختر به استناد ماده ۶ قانون مدنی که یک قاعده حل تعارض حقوق بین المللی خصوصی است باطل قلمداد می شود ( نصیری ، ۱۳۸۳ ، ص ۱۹۵ ) نتیجه این می شود که قواعد حل تعارض و جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در طول هم می باشند نه در عرض هم و حالت ترتیبی دارند یعنی با اعمال قاعده حل تعارض نوبت به اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون نمی رسد.

#### ۴-۱-۱- حدود آثار اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون

محکمه بدوا باید دریابد که تغییر عامل ارتباط به چه منظوری صورت گرفته است تا فقط اثر اجرای قاعده ناظر به آن باشد به طور مثال محکمه باید تحقیق نماید که مراد از تغییر تابعیت چه بوده است ؟ اگر برای جلوگیری از اجرای قانون کشور متبوع در خصوص سن ازدواج باشد. با وصف اینکه جزئی از اجرای دوگانه احوال شخصیه است. محکمه با عدم اجرای قانون خارجی راجع به نکاح عملاً قاعده مذکور را عملی نموده و دیگر نمی تواند به بحث تابعیت ورود پیدا نماید.

#### ۴-۲- تقلب نسبت به قانون در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی

آنگونه که در حقوق داخلی ( حقوق موضوعه ) ایران راجع به تقلب نسبت به قانون بحث شده است در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی سخنی بیان نشده است تنها در کنوانسیون های ۱۹۸۰ رم و آئین نامه اتحادیه اروپا موسوم به رم مصوب ۲۰۰۷ و نیز آئین نامه های مصوب ۲۰۰۸ راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و غیر قراردادی در بخش موانع اجرای قانون خارجی از قواعد آمره و نظم عمومی مقر دادگاه به عنوان موانع اجرای قانون خارجی یاد شده است و به تقلب نسبت به قانون اشاره نشده است در اروپا تقلب نسبت به قانون در خصوص حاکمیت اراده طرفین مطرح می شود لذا سوء استفاده از این حق تا جائی برای دولتها مستقر در این قاره ( اتحادیه اروپا ) قابل تحمل است که با نظم عمومی و قواعد آمره مغایرت نداشته باشد حتی اگر چه تعیین قانون حاکم هیچ ارتباطی با قرار داد طرفین نداشته باشد. چرا که در اروپا مبنای منطق انتخاب قانون غیر مرتبط سهولت در تجارت تلقی می شود و در قانون اروپائی درباره قانون حاکم بر قرارداد تغییری بعدی قانون قابل اعمال تا آنجا اجازه داده شده که به اعتبار شکلی قرارداد و حقوق اشخاص ثالث خللی وارد ننماید تنها در این حالت است که تفسیر قانون متبوع یا قانون اقامتگاه به قانون خارجی یا قانون ممنوعه اعلام شده است و در قالب تقلب نسبت به قانون قرار می

گیرد.<sup>۱۸</sup> اما در حقوق امریکا قضیه عکس است و قانون منتخب طرفین، باید رابطه اساسی با قرارداد داشته، یا مبنای منطقی دیگری بر آن مترتب باشد.

در جائیکه حقوق مکتسبه با رعایت دو شرط ۱- حسن نیت در ایجاد روابط خانوادگی ۲- انتظار طرفین از ثبات در روابط خانوادگی وجود داشته باشد و خانواده براساس این دو شرط، عوامل ارتباط یا روابط حقوقی خود را تغییر داده باشند در حقوق اروپائی قابل تحمل خواهد بود و آن را **مصدافی از حقوق شهروندی** دانسته و بر این اساس روابط حقوقی خانوادگی را در قالب حقی مکتسبه برای طرفین شناسائی می نمایند و اگر چه آن را به ظاهر در قالب تقلب نسبت به قانون متبوع یا اقامتگاه برای اجرای قانون خارجی تلقی می کنند اما چون شمول دو شق فوق را دارا می باشند در نتیجه آن را از عداد تقلب نسبت به قانون خارج نموده و با قبول حسن نیت طرفین بر پایداری روابط خانوادگی آن رابطه حقوقی را پذیرفته تلقی می نمایند مثلاً در قضیه خانم ماری گرین دادگاه حقوق بشر اروپائی به منظور ایجاد تعادل منصفانه بین حقوق جامعه و حقوق اشخاص حکم به رعایت حقوق جامعه صادر نموده و دعوی الزام دولت مالت به ثبت ازدواج دوم خانم ماری گرین را که مشمول چند همسری می شد رد نمود. اینجا دادگاه بدون استفاده از قاعده تقلب نسبت به قانون موضوع خانم بوفورمن که قرن ۱۹ بود از قاعده ایجاد تعادل منصفانه حق جامعه با حق فرد استفاده نمود.

#### ۴-۲-۱- فروم شاپینگ<sup>۱۹</sup>

فروم شاپینگ در لغت به معنی « خرید محکمه » است و در معنی اصطلاحی به معنی « انتخاب دادگاه از بین دادگاه های متعدد ذی صلاح برای رسیدگی به دعوی » است. دادگاه های صالح **competent court** متعدد وجود دارد که طرفین فکر می کنند با انتخاب یکی از آنها به موضوعشان بهتر و مناسب تر رسیدگی می شود. در این حالت اصطلاحاً گفته می شود که **اقامه کننده دعوا محکمه مورد نظرش را می خرد**. یعنی محکمه مورد نظرش را انتخاب می کند. مثلاً در حقوق ایران اگر خواهان بتواند در دادگاه محل اقامت خوانده و هم در دادگاه محل انعقاد قرارداد اقامه دعوی کند طبیعتاً دادگاهی را انتخاب می کند که به اهداف او نزدیکتر باشد کمترین هزینه و بیشترین منفعت را برایش داشته باشد مثلاً اگر زوجه در محل سکونت خود با زوج عقد ازدواج بسته باشد و

<sup>۱۸</sup> - پیشین، مقصودی، ص ۱۰۱

<sup>۱۹</sup> - forum shopping

حال زوج در شهر دیگری است و به واسطه اختلاف فی مابین زوج به منزل پدری اش برگشته است او از بین دادگاه محل اقامت خوانده (زوج) و یا دادگاه انعقاد عقد نکاح و یا دادگاه محل سکونت در منزل پدری اش یکی را انتخاب کند که در اصطلاح می گویند forum را shop می کند. یعنی دادگاه را می خرد به زبان دیگر یعنی دادگاهی را انتخاب می کند که بیشترین منفعت را برایش داده باشد. در حقوق ایران اخیرا مطابق قانون اصلاحیه قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در هر دادگاهی که منافع بیشتری را برای زوج تامین کند حق اقامه دعوا را برای وی به رسمیت شناخته است.

فروم شاپینگ تعریف دیگری نیز دارد و آن یعنی سوء استفاده خواهان از حقی که در انتخاب دادگاه برای اقامه دعوا دارد اگرچه به ظاهر فروم شاپینگ بار منفی دارد طبیعتا خواهان به دلیل توان انتخاب دادگاههای مختلف در میان دادگاههای متنوع، آن دادگاهی که منافع وی را بصورت مناسب تری تامین گرداند انتخاب می کند لذا نتیجه طبیعی هر گونه انتخابی همین است؛ پس لازم است شیوه های سوء استفاده شناسایی و از اعمال آن جلوگیری شود.

#### ۴-۲-۲- دلایل موجه انتخاب دادگاه توسط خواهان در قضیه فروم شاپینگ

ممکن است خواهان به دلیل موجه و منطقی بخواهد دادگاه مناسب دعوی خود را انتخاب و دعوا را در آنجا مطرح نماید از جمله دلایل وی عبارت اند از ۱- خواهان برای جلوگیری از مشکلات ترجمه در مسائل حقوقی با اقامه دعوی در کشوری معین بپردازد و از مشکلات زبان خارجی پرهیز نماید. ۲- معتقد باشد که قضات یک دادگاه خاص در آن دعوایی که او مطرح نموده است تجربه و تبحر کافی برای حل آن داشته باشند ۳- یا اینکه دادرسی در آن دادگاه با سرعت بیشتری انجام گیرد. انتخاب دادگاه مناسب توسط خواهان فی نفسه عملی مذموم تلقی نمی شود و یا سوء استفاده از حق دسترسی به دادگاه مناسب تعبیر نمی شود. بلکه زمانی مسئله فوق تحت نام فروم شاپینگ بعنوان سوء استفاده از حق تلقی می گردد که موجبات ایذاء طرف با طرح دعوی ایذائی<sup>۲۰</sup> و مجرد حقوق دفاعی خوانده مطرح باشد و یا منفعی را برای خواهان مهیا نماید که به شدت موجبات زیان خوانده را فراهم نماید در واقع حقوق بین المللی خصوصی با فروم شاپینگ فرصت طلبانه مقابله می کند اصل انصاف<sup>۲۱</sup> محدودیت هایی را در مقابل حق

<sup>۲۰</sup> - vexations action

<sup>۲۱</sup> - fair principles



نامحدود خواهان در خصوص انتخاب دلبخواهی دادگاه برای اقامه دعوی ایجاد می کند تا مفهوم حق به ابزاری برای سوء استفاده از آن برای ذیحق مبدل نگردد.

#### ۴-۳- انواع فروم شاپینگ

فروم شاپینگ در دو حوزه ملی و بین المللی قابل تصور است ، سوء استفاده از حق در قالب فروم شاپینگ زمانی رخ می دهد که خواهان بین دو یا چند دادگاه در داخل یک سیستم حقوقی مبادرت به انتخاب نماید. اما در حوزه بین المللی وی بین دو یا چند دادگاه ها در دو یا چند سیستم حقوقی باید انتخاب نماید. به بیان دیگر گفته می شود که فروم شاپینگ گرایش جدیدی است که خارجیان بعضا دوست دارند دعاوی خود را در دادگاه های آمریکا مطرح نمایند به این علت که مناسب ترین روش را برای حل مشکل خود پیدا نمایند لذا معتقدند که دادگاه های آمریکا به لحاظ شکلی ، ماهوی جذابیت بیشتری برای خواهان دارند چرا که بهتر می توانند با هزینه کمتر منابع بیشتری را به دست بیاورند.

#### ۴-۳-۱- شرایط تحقق فروم شاپینگ

**شرط اول** این است که باید برای انتخاب دادگاه توسط خواهان صلاحیت های متقارن وجود داشته باشد به این معنی که بالقوه بیشتر از یک دادگاه وجود داشته باشد که خواهان بتواند دعوی خود را در آن مطرح نماید. چون قواعد صلاحیت بین کشور های مختلف یکسان نمی باشد لذا امکان ایجاد صلاحیت همزمان دادگاه های کشور های مختلف بر روی یک دعوی وجود دارد. همانگونه که دادگاه های صالح مختلف از جمله دادگاه محل وقوع عقد دادگاه محل اجرای عقد ، دادگاه دولت متبوع و دادگاه محل عبور خوانده برای رسیدگی به موضوع وجود دارد لذا به همان تعداد صلاحیت متقارن دادگاه های برای رسیدگی وجود خواهد داشت . **شرط دوم** اینکه به دلیل تفاوت در سیستم های حقوقی مختلف ، صلاحیت متقارن دادگاه ها بوجود می آید چون اگر یک سیستم حقوقی وجود داشت خواهان انتخابی برای طرح دعوا نداشت چرا که هر چه تفاوت مراجع قضائی مختلف در امور شکلی ، ماهوی ، اصول حقوقی و قواعد حل تعارض بیشتر باشد اهمیت دادرسی افزایش می یابد. بطور کلی از دلایل تحقق فروم شاپینگ تفاوت بارز در نحوه رسیدگی به دعوا ، قوانین مادی ( ماهوی ) یا قواعد حل تعارض کشورهاست به لحاظ شکلی ، توجه به دلایل شفاهی وتوجه به تسريع به رسیدگی به جای اطاله دادرسی از مواردی است که خواهان را ترغیب

می کند تا دادگاهی را برای موضوع خود را انتخاب نماید به لحاظ استفاده از قوانین حل تعارض و قوانین ماهوی طرفین از قانون خاصی که خودشان آن را انتخاب نموده و به عنوان قانونی حاکمیت اراده طرفین مشهور می باشد استفاده می نمایند اگرچه قلمرو حاکمیت و آزادی اراده در انتخاب قانون در کشور های مختلف متفاوت است. بطور مثال در آمریکا قانون منتخب طرفین باید رابطه اساسی با قرارداد داشته باشد یا مثلا در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران مقرر شده است : « تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحا یا ضمنا تابع قانون دیگری قرار داد باشند » که خود این ماده یک قاعده حل تعارض است که حق انتخاب قانون حاکم تنها به اتباع خارجه داده شده است. اما در خصوص استفاده از قانون ماهوی بطور مثال در بحث **مسئولیت مطلق**<sup>۲۲</sup> که اثبات تقصیر از دوش خواهان برداشته شده و محکومیت خوانده به **خسارت تنبیهی**<sup>۲۳</sup> که شاید بیشتر از **خسارت واقعی**<sup>۲۴</sup> باشد برای خواهان طرح دعوی در چنین مرجع جذاب و مطلوب به نظر می رسد.

#### ۴-۳-۲- مبنای فروم شاپینگ

بطور کلی منشاء فروم شاپینگ از ماهیت ناقص سیستم های حقوقی نشأت می گیرد چون کشور های مختلف منافع متضاد و سیستم های حقوقی متضاد با هم دارند. لذا انتخاب دادگاه مناسب برای استفاده از قانون مورد نظر می تواند بر نتیجه دعوا بسیار تاثیر گذار باشد بعضی اوقات انتخاب قانون حاکم توسط طرفین مستحیل می شود چرا که هر کشوری « قضیه مطروحه به » را با توجه به قاعده حل تعارض خود تحلیل می کند و بر مبنای آن قانون ماهوی را انتخاب می کند که الزاما همان قانونی نیست که طرفین اراده کرده بودند و اگرهم قانون منتخب قاعده حل تعارض با قانون حاکمیت طرفین هم یکی شود. دولتها باید از آئین دادرسی مربوط به قانون مقرر دادگاه<sup>۲۵</sup> برای اجرای آن بهره بگیرند. انتخاب قاعده حل تعارض توسط خواهان در واقع نزدیک شدن به قانون ماهوی مطلوب وی می باشد که این انتخاب عملا خواهان را بر فروم شینگ ترغیب می نماید.

<sup>۲۲</sup> - strict responsibility

<sup>۲۳</sup> -vindictation damages

<sup>۲۴</sup> -actual damages

<sup>۲۵</sup> - lex fori

## ۴-۳-۳- چگونگی تحدید فروم شاپینگ

برای کنترل فروم شاپینگ سیستم های مختلف حقوقی رویه های مخصوص به خود را در دستور کار قرار می دهند به طور مثال سیستم حقوقی کامن لا از دکترین دادگاه نامناسب<sup>۲۶</sup> استفاده می کند که عبارتی لاتین است و معادل انگلیسی آن inappropriate است که به صورت تحت اللفظی یعنی محکمه نامناسب<sup>۲۷</sup> و در معنی اصطلاحی یعنی کدام محکمه و دادگاه برای رسیدگی به دعوی مطروحه راحت و مناسب تر است در این حالت هم دادگاه و هم خوانده می تواند بر مبنای همین اصل ادعا کند که محکمه ای که دعوی در آن اقامه شده از راحتی مکفی برخوردار نبوده و لذا باید قرار عدم صلاحیت به نفع دادگاه صالح مناسب تر صادر شود. همچنین بیان می دارد چنانچه دعوی در دادگاهی دیگر بتواند بطور مناسب رسیدگی شود. دادگاه صلاحیت دار فعلی اجازه دارد رسیدگی را توقیف یا از دادرسی خودداری نماید تا موضوع در آن دادگاه مناسب رسیدگی شود.

بطور مثال اگر خواهان اهل سقز بخواهد علیه خوانده مراغه ای در رابطه با نقض قرارداد ساخت یک ساختمان در سقز، در مراغه اقامه دعوا کند دادگاه بر مبنای اصل صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده می پذیرد و درست است که خوانده در مراغه است اما چون ساختمان در سقز قرارداد، رسیدگی دادگاه سقز در خصوص استعلام از محل و احیاناً اعزام کارشناس به محل راحت تر صورت می گیرد لذا رسیدگی دادگاه سقز مناسب تر است در نتیجه دادگاه مراغه به نفع دادگاه سقز قرار عدم صلاحیت صادر می کند. شاید بر این مبنا باشد که در قانون ائین دادرسی مدنی ایران اگر چه رسیدگی به اجرت المثل مال غیر منقول دین محسوب می شود اما دادگاه محل مال غیر منقول از دادگاه محل اقامتگاه خوانده برای رسیدگی ارجحیت دارد. نکته ی دارای اهمیت این است که تشخیص راحت تر و مناسب تر بودن محکمه با دادگاهی است که هم اکنون در حال رسیدگی است اما برای جلوگیری از خودسری قاضی ضابطه هایی وجود دارد که عبارت اند از ۱- ضابطه شخصی: دادگاه رسیدگی کننده باید تحلیل کند که محکمه مناسب تر چه سود و نفعی از لحاظ ایاب و ذهاب، روند و مدت زمان رسیدگی دارد ۲- ضابطه عمومی: دادگاه رسیدگی کننده باید تحلیل کند که در کدام محکمه دسترسی به هیات منصفه راحت تر است و اگر خواهان مدعی

<sup>۲۶</sup> -forum non conveniens

<sup>۲۷</sup> - در سیستم حقوقی کامن لا طرفین می توانند بر صلاحیت محکمه توافق کنند اما در حقوق ایران صلاحیت محکمه از قواعد آمره است و نمی توان روی آن مستقیماً توافق کرد.

است که دادگاه مناسب تر، دادگاهی دیگر است باید با دلایل و مدارک برای دادگاه فعلی رسیدگی کننده مشخص نماید.<sup>۲۸</sup> و در این حوزه دادگاه اختیار تام دارد.

در امریکا این دکتترین به عنوان دفاعی در مورد فروم شاپینگ قلمداد می شود دکتترین دیگری در حقوق رومی - ژرمنی وجود دارد که به آن **دکتترین ایراد مطروحه**<sup>۲۹</sup> گفته می شود در بادی امر این نظریه در تالیفات ساوینی ( نویسنده آلمانی ) یافت شد او می گوید: **که هدف اصلی قواعد حل تعارض قوانین باید این باشد که به نتیجه یکنواخت برسند.** نظریه ایراد امر مطروحه بیان می دارد که هر دادگاهی که در رسیدگی مقدم بوده است بر همه دادگاهها دیگر اولویت دارد و دادگاه های بعدی باید به نفع دادگاه مقدم از رسیدگی خودداری کنند این دکتترین در کنوانسیون های اروپائی نیز انعکاس یافته است.

#### ۴-۴- فروم شاپینگ در حقوق ایران

در حقوق ایران در فرض تعدد دادگاه های صلاحیت دار برای رسیدگی به امری که خواهان در آنجا اقامه نموده است مثل دادگاه محل اقامت خوانده، محل وقوع عقد، محل اجرای عقد، **قاعده سبق رسیدگی** پذیرفته شده و حکومت می نماید. طبق ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای که در ابتدا به موضوع رسیدگی کرده می توانند به دعوی رسیدگی کنند و قواعد صلاحیت در حقوق ایران از قواعد آمره محسوب می شود دادگاه نمی تواند چون رسیدگی در دادگاه دیگری برای موضوع مناسب تر است صلاحیت خود را نادیده انگارد و قرار رسیدگی به شایستگی دادگاه اخیر صادر نماید و نمی تواند از رسیدگی استنکاف نماید.

طبق ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران مقرر داشته **دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجع به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می شود** مطرح بودن همان دعوی در محکمه خارجی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود.

<sup>۲۸</sup> - <http://drhabibzadeh.com>

<sup>۲۹</sup> - *lis alibi pendens*

در حقوق بین‌المللی و در قالب رویه دولتها<sup>۳۰</sup> چون راجع به دعاوی بین‌المللی اصل تساوی حاکمیت‌ها پذیرفته شده است قاعده سبق ارجاع در این نوع دعاوی مورد پذیرش واقع نشده است و راه برای صدور آراء معارض توسط محاکم داخلی و خارجی نسبت به هم بازاست.

### نتیجه‌گیری :

از آنجائیکه قانون مدنی ایران بر اصول فقهی استوار است و از این رو ریاست خانواده را از وظایف زوج می‌داند. بر همین اساس و به منظور جلوگیری از تالی فاسد راجع به تابعیت، آنجا که زن خارجی با مرد ایرانی ازدواج می‌کند. اصل وحدت تابعیت را پذیرفته و زوجه را تابع دولت متبوع مرد ایرانی می‌داند تا به طریقی انسجام خانوادگی و آثار ناشی از آن متمرکز گردیده و خانواده زیر یک قانون به زندگی حقوقی خود ادامه دهند و تنوع حقوق طرفین خللی بر این رابطه ایجاد نکند و این در حالیست که در صورت فوت و جدایی زوجه می‌تواند به راحتی و فقط با یک درخواست از وزارت خارجه ایران به تابعیت دولت متبوع خویش قبل از ازدواج درآید. اما وقتی به سراغ کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌رویم و در متون آنها مذاقه می‌کنیم. اساساً این کنوانسیون‌ها به دولتهای عضو اجازه نمی‌دهد که در خصوص تابعیت زنان اجحافی صورت گیرد و زن با ازدواج، تابعیت کشور متبوع خود را از دست بدهد و به تابعیت قانون کشور متبوع شوهر درآید. یا بعد از فوت شوهر نیز تا مدتی در حالت بی‌تابعیتی باقی بمانند. لذا کنوانسیون‌های گردآوری شده در این مقاله جملگی در حمایت تابعیت زنان بوده و اصل وحدت تابعیت را نپذیرفته بلکه استقلال تابعیت زنان متأهل یا زنان مزدوج را نیز به رسمیت شناخته است.

در خصوص تقلب نسبت به قانون نیز چه در حقوق ایران و چه در حقوق کشورهای خارجی منجمله کنوانسیون‌های بین‌المللی اشخاص که به منظور نفع بردن از رسیدگی قانون دادگاهی خاص خصوصاً در امر ازدواج برای اخذ تابعیت کشور خاص و یا بلعکس و اخذ وضعیت جدید حقوقی با احراز سه شرط تقصیر و ضرر و علی‌البدل بودن اجرای قانون مورد انتظار طرفین نسبت به قانون تقلب روا می‌دارند بوسیله آن سیستم‌های حقوقی راهکار ارائه شده است یعنی، عدم توجه دادگاه رسیدگی کننده به دعوی متقلبانه طرفین برای اخذ وضعیت جدید حقوقی، راهکاری جدی است که موجب عقیم ماندن نتایج حاصل از دعوی کذایی را فراهم می‌آورد.

<sup>۳۰</sup> - state practice

منابع

الف - کتاب :

- ۱- الماسی ، نجاد علی ، حقوق بین المللی خصوصی ، نشر میزان ، چاپ دوم ، پاییز ۱۳۸۳
- ۲- نصیری ، محمد ، حقوق بین المللی خصوصی ، جلد اول و دوم ، موسسه انتشارات آگاه ، چاپ دهم ، ۱۳۸۳
- ۳- جاوید ، محمد جواد ، روش تحقیق در علم حقوق به زبان ساده ، نشر مخاطب ، چاپ چهارم ، پاییز ۱۳۹۴
- ۴- منصور ، جهانگیر ، قانون مدنی ، جلد ۱ و ۲ و ۳ ، نشر دیدار ، چاپ پنجاه و چهارم ، سال ۱۳۸۸
- ۵- محرابی ، مجید ، فرهنگ کوچک حقوقی ( فارسی - انگلیسی ) رهنما ، انتشارات رهنما ، چاپ اول ، تابستان ۱۳۸۲

ب - مقالات فارسی :

- ۱- پورمراد ، رویا ؛ توسلی نائینی ، منوچهر ؛ مقاله ، اصل وحدت تابعیت زوجین در حقوق ایران ، بریتانیا و کنوانسیون های بین المللی ، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ، سال ششم ، شماره بیستم ، پاییز ۱۳۹۶
- ۲- مقصودی ، رضا ؛ مقاله ، سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی ، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ، سال چهارم ، شماره دوازدهم ، پاییز ۱۳۹۴
- ۳- بالو ، مهدی ؛ بیات کمیتکی ، مهناز ؛ مقاله ، حق بر تابعیت : از حقوق بین الملل خصوصی تا حقوق بشر ، فصلنامه حقوق خصوصی ، دوره ۱۲ شماره ۱ ، بهار و تابستان ۱۳۹۴
- ۴- منشور سازمان ملل متحد ، ۲۶ جون ۱۹۴۵

پ - مقالات انگلیسی :

- ۱-convention on the nationality of married women, newyork, ۲۰ february ۱۹۵۷
- ۲- convention on the elimination of all forms of discrimination against women , ۱۸ december ۱۹۷۹

۳- Restatement (second) of conflict of laws

۴- convention on certain questions relating to the conflict of nationalities of laws, ۱۲ April ۱۹۳۰

۵- Ruth, Donner, Dual nationality in International law.

ت - سایت ها :

۱- <https://www.Jstor.org> stable .com

۱- <https://www.jolt.ut.ac.ir>

۲- <https://www.opilonlaw.com>

۳- <https://www.combridges.org>

۴- <https://www.ssrn.com>

۵- <https://www.definition.uslegal.com>

۶- <https://www.diva-portal.org>

۷- <https://www.tabnak.ir>

۸- <https://www.wikifeqh.ir>

۹- <https://www.edis.ifas.ufl.edu>

۱۰- <https://www.rc.majles.ir>