

## سوءاستفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی

رضا مقصودی\*

(دریافت: ۱۳۹۴/۴/۲ - پذیرش: ۱۳۹۴/۸/۴)

### چکیده

قاعده کلی سوءاستفاده از حق در بسیاری از مسائل حقوقی از روابط املاک مجاور تا حقوق قراردادها و حقوق خانواده مورد استفاده قرار می‌گیرد. قواعد و هنجارهای حقوق بین‌الملل خصوصی نیز از این قاعده کلی متأثر شده است. در تعارض دادگاه‌ها فروم‌شاپینگ و در تعارض قوانین تقلب نسبت به قانون از مفاهیم رایج در جهت مقابله با سوءاستفاده از حق است. اما سیستم‌های حقوقی مختلف با توجه به خاستگاه تاریخی و ساختارهای اجتماعی، رویکردهای متفاوتی در این موضوع اتخاذ کرده‌اند. در سنت کامن‌لا، فروم‌شاپینگ برای جلوگیری از اعمال صلاحیت قضایی به کار می‌رود، در حالی که حقوق رومی‌ژرمنی با این مفهوم بیگانه است. در مقابل، با وجود اینکه تقلب نسبت به قانون به عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی در حقوق رومی‌ژرمنی قدمت دیرینه دارد، اما در حقوق کامن‌لا صرفاً نظم عمومی و قواعد آمره به عنوان مانع اجرای قانون خارجی مورد بحث قرار می‌گیرد. در حقوق ایران نیز در هیچ کدام از این موارد قاعده‌سازی نشده است و اقتباس این مفاهیم از اصول کلی حقوقی با دشواری همراه است.

واژگان کلیدی: فروم‌شاپینگ، تقلب نسبت به قانون، تعارض دادگاه‌ها، تعارض قوانین



## مقدمه

اصطلاح سوءاستفاده از حق، کنایه از این حقیقت بوده که در پس پرده عبارات قانون، روحی نهفته است که باید همه آثار قانون با توجه به آن بررسی شود. این روح را اصول کلی حقوق، ندای اخلاق و اهداف اقتصادی و اجتماعی ایجاد حق، نام‌گذاری کرده‌اند. اشخاص در اجرای حقوقی که متون قوانین به آنان داده است، آزادی کامل ندارند و نمی‌توانند اهداف شیطانی و ضد اجتماعی خود را در پناه حق، مباح جلوه کنند. به بیان دیگر همان‌گونه که حدود خارجی حق را قوانین معین می‌کنند، حدود داخلی و شیوه اجرای آن را نیز اصول دیگری مقرر می‌دارد که تجاوز از این حقوق را سوءاستفاده از حق می‌نامیم (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۵).

مهم‌ترین مصداق این قاعده حالتی است که هدف اصلی صاحب حق، استفاده از آن به هدف اضرار غیر باشد. مصداق دیگر این قاعده در جایی است که استفاده از حق با مصالح اجتماعی مورد نظر آن مغایر باشد و در واقع نوعی خطا یا تقصیر تلقی می‌شود که می‌تواند مبنای مسئولیت قرار گیرد. دادگاه‌های فرانسه این قاعده را در سه حالت زیر قابل جریان می‌دانند: ۱- شخص در اجرای حق مرتکب تقصیر شود. ۲- شخص قصد اضرار یا تدلیس نسبت به دیگران داشته باشد. ۳- شخص حقی را علیه هدف اجتماعی آن به کار گیرد (ره‌پیک، ۱۳۸۲، ص ۶۷).

در منابع فقهی نزدیک‌ترین قاعده به منع سوءاستفاده از حق، قاعده لاضرر است. اما به‌طور کلی مفهوم لاضرر عام‌تر از منع سوءاستفاده از حق است. این اصطلاح در حقوق اروپایی در کشورهای رومی‌ژرمنی تأسیس شده است. در کامن‌لا بر طبق نظری که هم‌اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق می‌تواند به هر صورت و با هر اندیشه‌ای تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳).

این توصیف‌ها نشان می‌دهد که قاعده سوءاستفاده از حق، محدود به یک باب معین از قبیل حقوق قراردادها یا رابطه املاک مجاور نیست بلکه در همه مباحث حقوقی از جمله حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اعمال است. در هر جا که اعمال یک حکم قانونی یا قاعده حقوقی به انتخاب و اراده اشخاص وابسته است، امکان انحراف قاعده از مبانی و اهداف اولیه وجود دارد.

در دو مبحث اساسی بین‌الملل خصوصی یعنی تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها می‌توان مصادیقی برای سوءاستفاده از حق مشاهده نمود. در تعارض قوانین که تعیین قانون حاکم بر آن متکی به یک عامل ارتباط یا جهت ربط از قبیل تابعیت یا اقامتگاه است، تغییر ارادی عامل

ارتباط وسیله‌ای برای اعمال قانون مطلوب و گریز از عوارض قانون اصولاً صلاحیت‌دار است. در تعارض دادگاه‌ها نیز می‌توان وضعیتی را تصور نمود که استفاده از قواعد گوناگون صلاحیت هدفی جز اضرار به غیر نداشته باشد. به طوری که انتخاب دادگاه یک کشور معین برای طرح دعوی صرفاً به منظور ایداء خواننده و سلب حقوق دفاعی وی انجام شده است. نکته جالب توجه اینکه هر کدام از سیستم‌های حقوقی به یکی از این دو توجه کرده‌اند. در رومی ژرمنی سوءاستفاده از حق در تعارض قوانین در ذیل عنوان تقلب نسبت به قانون مطرح شده اما در کامن‌لا سوءاستفاده از حق در مبحث تعارض دادگاه‌ها در ذیل عنوان فروم‌شاپینگ<sup>۱</sup> مورد تفصیل فراوان قرار گرفته است.

### ۱- سوءاستفاده از حق در تعارض دادگاه‌ها

اصطلاح فروم‌شاپینگ برای نشان دادن سوءاستفاده از حق و ضمانت اجرای آن در تعارض دادگاه‌ها در حقوق کامن‌لا مورد استفاده قرار می‌گیرد. برخلاف تقلب نسبت به قانون که در دکترین بین‌الملل خصوصی کشور ما مورد بررسی تفصیلی قرار گرفته، فروم‌شاپینگ یا معادل آن که بر سوءاستفاده از حق در تعارض دادگاه‌ها دلالت نماید، چندان مورد توجه نبوده است. البته برخی استادان در ضمن مطالب دیگر به آن اشاره داشته‌اند. مثلاً در مقام بررسی قواعد حل تعارض آلترناتیو گفته شده است که این قواعد هیچ کمکی در جهت نیل به هدف نهایی حقوق بین‌الملل خصوصی یعنی ایجاد نظم و هماهنگی بین سیستم‌های مختلف حقوقی نمی‌نماید و دامنه ایجاد فروم‌شاپینگ را گسترش می‌دهد (خمامی‌زاده، ۱۳۷۶، ص ۳۹).<sup>۲</sup> یا در مقام نقد اعمال قانون مقر دادگاه بر دعاوی مسئولیت مدنی با ذکر اصطلاح فروم‌شاپینگ به آزادی بسیار گسترده خواهان جهت اقامه دعوی اشاره شده است. زیرا او حق گزینش دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی را دارد. بدیهی است که او دادگاهی را جست‌وجو می‌کند که منافع وی را بیشتر تضمین کند (صالحی ذهابی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۵).

#### 1. Forum Shopping

۲. تنظیم قواعد حل تعارض آلترناتیو معمولاً وقتی صورت می‌گیرد که قانون‌گذار مایل است تا جای ممکن به عمل حقوقی معینی اعتبار بخشد. بدین ترتیب که با معرفی چند عامل ارتباط مقرر می‌دارد که عمل حقوقی معینی در صورت تطابق با هر یک از وضعیت‌های مذکور معتبر خواهد بود. مثلاً به موجب ماده یک کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱ یک وصیت‌نامه از نظر شکلی در صورت تطابق با هر یک از قوانین زیر معتبر است: ۱- قانون محل تنظیم وصیت‌نامه ۲- قانون متبوع موصی ۳- قانون محل اقامت موصی ..... (خمامی‌زاده، ۱۳۷۶، ص ۳۸).

### ۱-۱- تعریف فروم شاپینگ و انواع آن

فروم شاپینگ که می‌توان آن را به‌طور خلاصه سوءاستفاده خواهان از حق انتخاب دادگاه نامید، عبارت است از تصمیم خواهان برای طرح دعوی در یک دادگاه به جای دادگاه دیگری که به‌طور بالقوه امکان طرح دعوی در آن وجود دارد. به عبارت دیگر این اصطلاح به اختیار خواهان برای طرح دعوی در یکی از چند دادگاه متفاوت دلالت می‌کند. یا در تعریف دیگر فروم شاپینگ عبارت است از انتخاب یک دادگاه توسط خواهان که با توجه به نیازهای او به دلیل منافع بازرگانی، حقوقی یا شخصی در موقعیت بهتری قرار دارد. (Whytock, 2011, p.485)

فروم شاپینگ فی نفسه دارای بار منفی است. اما اگر خواهان بین چند دادگاه حق انتخاب داشته باشد، او به‌طور طبیعی دادگاهی را انتخاب می‌کند که به زعم وی دعوی در آن دادگاه به‌طور مناسب‌تری رسیدگی می‌شود. (Daniel Tan, 2005, p.638) بنابراین علی‌رغم بار معنایی منفی برای این واژه، فروم شاپینگ نتیجه اجتناب‌ناپذیر انتخاب خواهان است و با انتخاب خواهان ملازمه دارد.

تصمیم خواهان برای طرح دعوی در یک دادگاه معین ممکن است دلیل موجه و انگیزه‌های منطقی داشته باشد. ممکن است خواهان برای اجتناب از مشکلات ترجمه در مسائل حقوقی به اقامه دعوی در کشور معین بپردازد و از مشکلات زبان خارجی پرهیز نماید. یا اینکه به اعتقاد او قضاوت یک دادگاه خاص در آن نوع دعوی تجربه بیشتری دارند یا اینکه دادرسی در آنجا با سرعت بیشتری انجام می‌گیرد. بنابراین خواهان همیشه برای طرح دعوی در یکی از دو مرجع رسیدگی یقیناً مصالح و منافع خود را در نظر می‌گیرد. صرف چنین عملی مذموم نیست و سوءاستفاده از حق محسوب نمی‌شود. این صلاح‌دید و مصلحت‌سنجی در جایی سوءاستفاده محسوب می‌شود که موجب ایداء طرف مقابل شده و حقوق دفاعی وی را نقض نماید یا اینکه منافع قابل توجهی برای خواهان و به زیان خواننده ایجاد کند. (Nygh, 1998:275)

یکی از اهداف بین‌الملل خصوصی مقابله با فروم شاپینگ فرصت طلبانه است. اصل انصاف مقتضی آن است که خواهان حقی نامحدود نداشته باشد تا به صورت دلبخواهانه در هر دادگاهی که مایل است، اقامه دعوی نماید. اگر دادگاه به انتخاب خواهان برای طرح دعوی در یک دادگاه دارای ارتباط ضعیف با اختلاف تمکین کند، در واقع فروم شاپینگ را تأیید و تنفیذ کرده است. برعکس وقتی دادگاه‌ها با اعمال مدیریت قضایی دعوی را به مناسب‌ترین دادگاه هدایت نمایند، در واقع از فروم شاپینگ می‌کاهند. (Daniel Tan, 2005, p.638)

فروم‌شاپینگ به دو شکل داخلی و فراملی قابل تصور است. سوءاستفاده از حق انتخاب دادگاه در محیط داخلی، زمانی اتفاق می‌افتد که خواهان بین دو یا چند دادگاه در داخل یک سیستم حقوقی، به انتخاب مبادرت نماید. اما در حالت فراملی انتخاب خواهان بین دادگاه‌های دو یا چند سیستم حقوقی است. (Whytock, 2011, p.485)

در یک دیدگاه مضیق برخی مفسران از واژه فروم‌شاپینگ برای اشاره به دعاوی مطروحه توسط خواهان خارجی در دادگاه‌های ایالات متحده استفاده می‌کنند. مطابق این دیدگاه فروم‌شاپینگ گرایش جدیدی است که در آن خواهان خارجی از ویژگی‌های استثنایی و غیرمعمول سیستم قضایی آمریکا برای طرح دعوی در دادگاه‌های این کشور استفاده می‌کند. نظام حقوقی ایالات متحده چه از حیث مسائل شکلی و آیین دادرسی و چه از حیث مسائل ماهوی جذابیت‌های بسیاری برای خواهان دارد. بسیاری از مفسران اعتقاد دارند که دادگاه‌های ایالات متحده در مقایسه با دادگاه‌های خارجی برای خواهان هزینه‌های کمتر و منافع بیشتری ایجاد می‌کند. (Whytock, 2011, p.485)

بنابراین اگر خواهان در دادگاه داخلی کشور خود اقامه دعوی کند، به‌طور معمول مرتکب فروم‌شاپینگ نشده است. اما در عمل هرگونه تصمیمی که بازتاب انتخاب میان دو دادگاه مختلف باشد، می‌تواند در ذیل فروم‌شاپینگ مورد بازرسی قرار گیرد ولو اینکه خواهان یک تبعه آمریکایی باشد که در دادگاه کشور متبوع خود اقامه دعوی کرده است.

## ۱-۲- شرایط ایجاد فروم‌شاپینگ

تحقق فروم‌شاپینگ به وجود دو شرط بستگی دارد:

اول اینکه باید به‌طور بالقوه بیشتر از یک دادگاه برای رسیدگی به دعوی خواهان وجود داشته باشد. برخی از این شرط به‌عنوان وجود صلاحیت‌های متقارن یاد می‌کنند. به دلیل فقدان هماهنگی قواعد صلاحیت در بین کشورهای مختلف، امکان ایجاد صلاحیت هم‌زمان دادگاه کشورهای مختلف بر روی یک دعوی وجود دارد. استفاده از قواعد گوناگون صلاحیت از قبیل دادگاه محل اقامت خواننده، دادگاه محل وقوع عقد، دادگاه محل اجرای عقد، دادگاه محل عبور خواننده، دادگاه محل توقیف مال و دادگاه دولت متبوع طرفین موجب شده است که صلاحیت متقارن یا هم‌زمان به‌طور بدیهی وجود داشته باشد. (Vischer, 1993, p.227)

دوم اینکه سیستم‌های حقوقی قابل استفاده گوناگون و متفاوت باشد. اگر همه سیستم‌های

حقوقی یکسان بودند، خواهان دلیل حقوقی چندانی برای ترجیح یک دادگاه نسبت به دادگاه دیگر نداشت. حتی اگر سیستم‌ها به لحاظ حقوقی یکسان باشند، تفاوت‌های غیر حقوقی موجب ایجاد فروم‌شاپینگ می‌شود. خواهان ترجیح می‌دهد در دادگاهی اقامه دعوی کند که به لحاظ جغرافیایی، زبان، سهولت دسترسی، عدم تبعیض و اجرای عدالت برای وی مناسب‌تر است. تفاوت سیستم‌های حقوقی بدین معناست که خواهان می‌تواند در یک دادگاه نسبت به دادگاه دیگر پیروز شود یا وجه بیشتر مطالبه کند. هرچه تفاوت مراجع قضایی مختلف در امور شکلی، ماهوی، اصول حقوقی و قواعد حل تعارض بیشتر باشد، اهمیت محل دادرسی در دعوی افزایش بیشتری می‌یابد. (Whytock, 2011, p.486)

در مقام بیان شرایط فروم‌شاپینگ می‌بایست به تفکیک بین استفاده از حق انتخاب دادگاه و سوءاستفاده از حق انتخاب دادگاه (فروم‌شاپینگ فرصت‌طلبانه) توجه داشت. آنچه که در برخی سیستم‌های حقوقی مطرود بوده انتخابی است که منافع فوق‌العاده‌ای نصیب خواهان نماید، حقوق دفاعی خواننده را نقض کند یا موجب ایداء و تعسر وی گردد.

تفاوت در قوانین آیین دادرسی، قواعد حل تعارض و قوانین ماهوی کشورها یکی از دلایل اصلی فروم‌شاپینگ است. هر دادگاهی صرف‌نظر از اعمال قانون خارجی بر ماهیت دعوی، صرفاً قواعد آیین دادرسی کشور خود را اعمال می‌کند. لذا خواهان برای تحصیل مزایای راجع به آیین دادرسی به طرح دعوی در یک محل معین تشویق می‌شود. تفاوت‌های زیادی در مقررات آیین دادرسی کشورها وجود دارد. به‌طور مثال در برخی کشورهای اروپایی قضایی می‌تواند دلیل شفاهی را استماع کند. اما استماع هر گونه دلیل شفاهی در دادگاه‌های فرانسه در امور مدنی و تجاری کمیاب و نادر است. در همه کشورهای اروپایی قضایی می‌تواند محکوم‌علیه را به پرداخت هزینه‌های دادرسی ملزم نماید. اما در برخی کشورها از قبیل بلژیک حق الوکاله و اجرت وکیل شامل این هزینه‌ها نمی‌شود. مقایسه فاصله زمانی طرح دعوی و صدور رای که به اطلاع دادرسی معروف است، یکی دیگر از مسائل مورد توجه خواهان است. زمانی که در آلمان مدت زمان دادرسی حدود شش ماه است، این مدت ممکن است در ایتالیا تا پنج سال به طول بیانجامد. (Seatzu, 2003, p.81)

ممکن است هدف خواهان استفاده از قواعد حل تعارض و قوانین ماهوی کشور خاصی باشد. گاه طرفین در قرارداد خود، قانون کشور خاصی را به‌عنوان قانون حاکم تعیین می‌کنند. اما میزان پذیرش حاکمیت اراده و آزادی متعاقدين در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد در حقوق

کشورهای مختلف متفاوت است. به‌طور مثال در ایالات متحده قانون منتخب طرفین باید رابطه اساسی با قرارداد داشته باشد.<sup>۱</sup> یا اینکه در ایران حدود ماده ۹۶۸ قانون مدنی حق انتخاب فقط به اتباع خارجی داده شده است. از آنجا که هر دادگاهی قواعد حل تعارض کشور متبوع خود را اعمال می‌کند، به‌طور بدیهی خواهان در کشوری اقامه دعوی می‌نماید که قواعد حل تعارض آن را مناسب و مطلوب می‌داند. در قلمرو قانون ماهوی استفاده از قواعد مسئولیت مطلق که بار اثبات تقصیر را از دوش خواهان برمی‌دارد و نیز امکان محکومیت خواننده به پرداخت خسارت تنبیهی که در برخی موارد چند برابر خسارت واقعی است، از جمله قواعد جذاب و مطلوب خواهان است که در انتخاب مرجع رسیدگی تأثیرگذار است.

### ۱-۳- منشا فروم‌شاپینگ

وجود فروم‌شاپینگ مشکلی است که از ماهیت ناقص سیستم‌های حقوقی موجود نشأت می‌گیرد. مادام که دنیا به کشورهای مختلف با منافع متضاد و سیستم‌های حقوقی متفاوت تقسیم می‌شود، مسأله انتخاب دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند مسأله مرگ و زندگی باشد و تأثیر قاطعی بر نتیجه دعوی داشته باشد. (Nita Ghei, 2011, p.1)

درجایی که دو یا چند دادگاه قادر به رسیدگی به یک دعوی باشند، خواهان می‌تواند با پیش‌دستی نسبت به خواننده به انتخاب دادگاه مطلوب خود از بین دادگاه‌های مختلف بپردازد. از آنجا که دعوی احتمالاً در دادگاهی رسیدگی می‌شود که ابتدا اشتغال یافته است، خواهان می‌تواند با یک انتخاب درست، احتمال حصول نتیجه مورد انتظار را افزایش دهد. مزایای انتخاب دادگاه برای خواهان باعث می‌شود که دو طرف یک رابطه حقوقی به مسابقه برای طرح دعوی ترغیب شوند و خواننده بالقوه به‌منظور انجام دادرسی در دادگاه مطلوب خود، زودتر از طرف مقابل اقامه دعوی نماید. (Moore, 2002, p.3)

### ۱-۴- فروم‌شاپینگ و قاعده انصاف

تمایل به انصاف نسبت به خواننده، هسته مرکزی نگرش سنتی علیه فروم‌شاپینگ است. فروم‌شاپینگ خواننده را در معرض خطرات غیرقابل پیش‌بینی قرار می‌دهد. فروم‌شاپر به کسی گفته می‌شود که از شکاف‌های موجود در یک سیستم برای اخلال در اصل خنثی و بی‌طرف

1. Restatement, second, Conflict of laws, sec.187(2)(a)

بودن دادرسی استفاده می‌کند. نگرانی اصلی بی‌ثباتی است که فروم شاپینگ برای طرفین قرارداد ایجاد می‌کند. طرفین نمی‌توانند بدانند که چه قانونی بر رفتار آن‌ها حکومت می‌کند. زیرا قانون حاکم به وقایع بعد از انعقاد قرارداد از قبیل انتخاب دادگاه توسط خواهان وابسته است. فروم شاپینگ بدان دلیل اتفاق می‌افتد که دادرسی در دادگاه‌های مختلف به نتایج متفاوت منجر می‌شود. حتی درجایی که شرط انتخاب قانون حاکم وجود داشته و طرفین در قرارداد خود قانون حاکم بر روابط فیما بین را درج کرده باشد، باز هم دادگاه‌ها بین مسائل شکلی (آیین دادرسی) و مسائل ماهوی تفکیک قائل می‌شوند و اگر مسائلی به‌عنوان امر شکلی و آیین دادرسی توصیف شود، فارغ از قانون منتخب طرفین بر اساس قانون مقرر دادگاه حل و فصل می‌شود. در جایی که نتیجه دعوی به این توصیف وابسته است، طرفین تلاش می‌نمایند تا در دادگاهی طرح دعوی نمایند که قواعد شکلی مطلوب‌تری برای آن‌ها دارد. حتی درجایی که یک مسأله به‌عنوان ماهوی - نه شکلی و آیین دادرسی - توصیف شود، دادگاه‌های مختلف قواعد حل تعارض خود را برای تعیین قانون ماهوی قابل اعمال به کار می‌گیرند. از آنجا که قواعد حل تعارض از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است، ممکن است دادگاه‌های مختلف قانون ماهوی متفاوتی را اعمال کنند. لذا خواهان با انتخاب دادگاه به‌طور غیرمستقیم قانون ماهوی قابل اعمال بر دعوی را انتخاب می‌کند. (Daniel Tan, 2005, p.639)

#### ۱-۵- تحلیل رفتار راهبردی خواهان

خواهان به‌طور کلی در پی اقامه دعوی در دادگاهی است که بیشترین سود خالص مورد انتظار را برای وی دارد. تحقق این هدف به انتظارات خواهان از نوع تصمیمات دوگانه دادگاه وابسته است: تصمیم دسترسی به دادگاه و تصمیم انتخاب قانون. در مرحله اول دادگاه به مسأله صلاحیت قضایی می‌پردازد و بر اساس قواعد صلاحیت درباره امکان رسیدگی به دعوی اظهار نظر می‌کند. بعید است که خواهان متقبل هزینه‌های دادرسی در یک دادگاه خاص شود مگر اینکه او اعتقاد داشته باشد که امکان دادرسی در آن دادگاه مطلوب وجود دارد. به عبارت کلی تر هرچه انتظار خواهان و احتمال وی برای انجام دادرسی در یک دادگاه خاص بیشتر باشد، این احتمال که وی در آنجا طرح دعوی نماید، بیشتر است. درباره تصمیم انتخاب قانون، دادگاه به این مسأله می‌پردازد که آیا قواعد ماهوی سیستم حقوقی خود را اعمال کند یا قواعد ماهوی سیستم خارجی را اعمال نماید؟ خواهان دادگاهی را انتخاب می‌کند که قواعد حل



تعارض آن به حقوق ماهوی مطلوب خواهان ارجاع نماید. اطمینان خاطر از اینکه دادگاه همیشه قانون ماهوی مقرر خود را اعمال خواهد کرد، موجب ترغیب فروم‌شاپینگ می‌شود. (Whytock, 2011, p.488)

به این ترتیب فروم‌شاپینگ یک رفتار استراتژیک - راهبردی - از جانب خواهان است. رفتار یک بازیگر (خواهان) که نه تنها به انتخاب و ترجیح او بلکه به انتظارات او از رفتار دیگر بازیگران (از جمله دادگاه) وابسته است. اعمال فروم‌شاپینگ نه تنها به ترجیح خواهان نسبت به یک سیستم حقوقی خاص بلکه به تصمیمات دادگاه‌ها درباره مسائل صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی وابسته است. به دلیل عدم آگاهی از تصمیمات آینده دادگاه، خواهان باید تصمیمات خود را بر رفتار گذشته دادگاه مبتنی نماید. به این دلیل رفتار راهبردی عبارت است از به کار بردن اطلاعات موجود درباره رفتار گذشته بازیگران دیگر. (Whytock, 2011, p.489)

#### ۱-۶- کنترل فروم‌شاپینگ

نحوه مواجهه سیستم‌های حقوقی با مسأله فروم‌شاپینگ به سنت‌های تاریخی کشورها و اصول و قواعد کلی آیین دادرسی وابسته است.

رویکرد کامن‌لا از دکتترین دادگاه نامناسب<sup>۱</sup> برای مقابله با فروم‌شاپینگ استفاده می‌کند. این دکتترین به دادگاه صلاحیت‌دار اجازه می‌دهد تا رسیدگی را توقیف یا از دادرسی خودداری نماید، در صورتی که دعوی می‌تواند به‌طور مناسب‌تری در دادگاه دیگری مورد رسیدگی قرار گیرد. دادگاه برای تعیین اینکه آیا دادگاه مناسب‌تری وجود دارد و اگر چنین است آیا دادرسی را به نفع آن دادگاه توقیف نماید یا خیر دارای اختیار کامل است. در ایالات متحده این دکتترین غالباً به‌عنوان دفاعی در مقابل فروم‌شاپینگ استفاده می‌شود. قاضی اسکالیا در دعوی در سال ۱۹۹۴ در مقام بیان نظر اکثریت، دادگاه نامناسب را به‌عنوان دکتترین توصیف کرد که مشکلات دادگستری و نیز مشکلات اصحاب دعوی (به‌طور خاص خواننده) را از طریق مخالفت با فروم‌شاپینگ مورد توجه قرار می‌دهد.<sup>۲</sup> (A. Brand, 2013, p.1008)

رقیب این دکتترین در سیستم‌های رومی ژرمنی دکتترین ایراد امر مطروحه<sup>۳</sup> است. سنت رومی ژرمنی به یکنواختی و ثبات و به‌طور کلی بر نگرش قاعده‌محور<sup>۴</sup> مبتنی است. ردپای این نگرش در آثار ساوینی نویسنده آلمانی یافت می‌شود. به زعم او هدف اصلی قواعد تعارض

1. Forum Non Conveniens
2. Am. Dredging Co. v. Miller, 510 U.S. 443, 448 (1994)
3. Lis Alibi pendens
4. Rule-based approach

قوانین باید یکنواخت شدن نتایج باشد. (Moore, 2002, p.4)

بر طبق دکترین امر مطروحه دادگاه مقدم در اشتغال بر همه دادگاه‌های دیگر اولویت دارد و دادگاه‌های بعدی باید به نفع دادگاه مقدم از رسیدگی خودداری کنند. این دکترین در کشورهای رومی ژرمنی و به تبع آن در برخی اسناد صلاحیت قضایی که میان کشورهای اروپایی به امضاء رسیده است، بازتاب یافته است. کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل و آیین‌نامه بروکسل یک مصوب ۲۰۰۱ هر دو این دکترین را مورد پذیرش قرار داده‌اند. حتی دیوان دادگستری اروپایی در مواجهه با برخی قواعد صلاحیتی در حقوق انگلیس از قبیل دستور منع اقامه دعوی<sup>۱</sup> یا دکترین دادگاه نامناسب، این قواعد را برخلاف حقوق متحدالشکل اروپایی اعلام کرد. به زعم دیوان دادگستری اروپایی کنترل لازم قبل در زمان طراحی قواعد صلاحیت انجام شده است. ضرورت ثبات و قابلیت پیش‌بینی محل دادرسی و اعتماد متقابل میان کشورهای عضو، پشتیبان این چارچوب و مانع اعمال قواعد یکجانبه داخلی توسط هر یک از کشورهاست. (Peel, 2006, p.1)

آراء صادره از دیوان دادگستری اروپایی مورد انتقاد برخی نویسندگان انگلیسی قرار گرفته است. به زعم این نویسندگان در پرتو آراء مزبور میزانی از فروم شاپینگ علیه خواننده و به نفع خواهان تضمین شده است. به طوری که خواهان می‌تواند با سوءاستفاده از حق انتخاب محل دادگاه، خواننده را به محلی نامناسب و نامطلوب برای دادرسی احضار نماید و حقوق دفاعی وی را تحت تأثیر قرار دهد. (Peel, 2006, p.18)

دکترین ایراد امر مطروحه در واقع هیچ راه‌حلی برای فروم شاپینگ ارائه نمی‌کند. این دکترین وجود هرگونه فروم شاپینگ را نفی می‌کند و از ابتدا خواهان را از اتهام سوءاستفاده از حق مبری می‌داند. مطابق این دکترین از آنجا که قواعد صلاحیت به‌طور معقول و متعارف و با لحاظ ارتباط دعوی با محل دادگاه توسط قانون‌گذار طراحی شده است، لذا انتخاب خواهان از بین چند دادگاه واجد صلاحیت نباید مورد کنترل و بازرسی قضایی قرار گیرد و ثبات در روابط خصوصی دچار تزلزل شود.

در حقوق ایران نیز همانند حقوق رومی ژرمنی در فرض تعدد دادگاه صلاحیت‌دار (مثل دادگاه محل اقامت خواننده، محل وقوع عقد و دادگاه محل اجرای عقد) قاعده سبق رسیدگی حکومت دارد و بر طبق ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاهی که در ابتدا اشتغال یافته است، می‌تواند به دعوی رسیدگی کند. قواعد صلاحیت برای دادگاه‌ها الزامی و لازم‌الاتباع

#### 1. Anti-suit injunction

است و دادرس نمی‌تواند به عذر اینکه دادگاه دیگری در موقعیت مناسب‌تری برای رسیدگی به دعوی است از دادرسی استنکاف نماید. البته در دعاوی بین‌المللی (صلاحیت همزمان دادگاه ایران و دادگاه خارجی) ماده ۹۷۱ قانون مدنی به سبب اصل تساوی حاکمیت‌ها قاعده سبق رسیدگی را نفی کرده است بدون اینکه هیچ راه‌حلی را جایگزین آن نماید. بدین ترتیب راه برای دادرسی موازی و صدور آراء معارض در کشورهای مختلف باز شده است.

## ۲- سوءاستفاده از حق در تعارض قوانین

در تعارض قوانین روابط حقوقی متجانس در داخل دسته‌های معینی قرار می‌گیرد و برای هر دسته حداقل یک عامل ارتباط تعریف می‌شود. عامل ارتباط که از آن به جهت ربط یا عامل وابستگی نیز تعبیر می‌شود، نقش اساسی در تعیین قانون حاکم ایفاء می‌کند و مرجع رسیدگی را به سوی اجرای قانون یک کشور خاص یا سیستم حقوقی معین هدایت می‌کند. در برخی مواقع عامل ارتباط قابل تغییر و جابجایی نیست. مثل محل وقوع مال غیرمنقول که لاجرم و فارغ از اراده اشخاص خصوصی در قلمرو یک دولت قرار دارد. اما محل وقوع عقد یا محل اجرای قرارداد با اراده اصحاب قرارداد قابل تغییر است. همچنین محل اقامت نیز با توجه به قصد اشخاص و تغییر محل سکونت جابجا می‌شود. با توجه به اینکه بسیاری از کشورها اصل تغییرپذیری تابعیت را پذیرفته‌اند و ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر بر آن صحنه گذاشته است، بنابراین عامل ارتباط تابعیت نیز با توجه به اراده اشخاص قابل تغییر و جابجایی است.

این تغییرات به عنوان لازمه زندگی انسانی و بنا بر ملاحظات اجتماعی و اقتصادی در نزد ملل دنیا پذیرفته شده است. اما این تغییرات ممکن است نه به صورت طبیعی بلکه به قصد عدم اجرای قانون اصولاً صلاحیت‌دار باشد. به طوری که اشخاص اجرای قانون محل اقامت فعلی یا قانون متبوع فعلی را برخلاف مصالح و منافع خود بدانند و لذا با استفاده از حقی که برای تغییر تابعیت یا اقامت به آنان اعطاء شده است، زمینه را برای اجرای قانون کشور دیگر فراهم کنند. چنین وضعیتی در بین‌الملل خصوصی به عنوان تقلب نسبت به قانون مطرح می‌شود.

انگیزه نظریه منع تقلب نسبت به قانون در بین‌الملل خصوصی ضمانت بخشیدن به حسن اجرای قاعده‌های حل تعارض و جلوگیری از تغییر همراه با سوءنیت عامل ارتباط از سوی ذی‌نفع است. تقلب نسبت به قانون به معنای آن است که عامل ارتباط قضیه از قانون یک کشور به قانون کشور دیگر به هدف ایجاد زمینه برای حکومت قانون مطلوب تغییر یابد. دو عنصر

مادی و معنوی در این رابطه دخالت دارد. عنصر مادی چنین تقلبی را قاعده حل تعارض و عنصر معنوی آن را قصد شخص از تغییر تشکیل می‌دهد (سلجوقی، ۱۳۸۵، صص ۳-۲۰۱).  
 عنصر قصد تقلب با اختیار مشروع اشخاص در جابجایی عامل ارتباط آمیخته است. لذا به زعم بسیاری نظریه تقلب نسبت به قانون کاربرد ویژه‌ای از تئوری عمومی سوءاستفاده از حق است. در اکثر موارد تقلب نسبت به قانون با انتخاب متقلبانه صلاحیت یک حوزه قانونی که استفاده از آن به اجرای قانون مادی پر منفعت‌تر برای یکی از اصحاب دعوی منجر می‌شود، همراه است. (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۲، ص ۶). قاعده کلی قدیمی تقلب همه قواعد حقوقی را از بین می‌برد<sup>۱</sup>، در اینجا مصداق دارد. تقلب نسبت به قانون زمانی است که شخصی با ایجاد مصنوعی و ظاهری یک عامل ارتباط قصد دارد در محدوده صلاحیت یک قانون خاص قرار گیرد یا از محدوده صلاحیت آن فرار نماید. به زعم موافقان این قاعده اعمال قاعده تقلب برای حمایت از قواعد آمره به‌عنوان جلوه‌ای از حاکمیت ضرورت دارد و نباید به اشخاص اجازه داد که با سوءاستفاده از امکانات و حقوق خود از محدوده قوانین تخطی نمایند (خمامی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵).

می‌توان تقلب نسبت به قانون را نوعی تجاوز از اختیار تلقی کرد. مانند استفاده از اختیار تحصیل تابعیت خارجی برای گریز از حاکمیت قانون کشور پیشین. در بین‌الملل خصوصی ممکن است ضروری از این تقلب به اشخاص وارد نیاید. همین که منظور شخص ذی‌نفع فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد کافی است (الماسی، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹).

## ۲-۱- منشا و تحول قاعده تقلب نسبت به قانون

منشا این قاعده در بین‌الملل خصوصی دعاوی بود که در قرن نوزدهم میلادی در کشور فرانسه راجع به طلاق اتباع فرانسوی در خارج مطرح می‌شد. قبل از سال ۱۸۸۴ میلادی در فرانسه به پیروی از قواعد مذهب کاتولیک طلاق منع قانونی داشت. در این وضعیت برخی اتباع فرانسوی که در مقام رهایی از قید زناشویی و طلاق بودند، از حق تغییر تابعیت که قانون به آنها داده بود، استفاده می‌کردند و به تابعیت دولتی درمی‌آمدند که طلاق را قانوناً جایز می‌دانست. خانم بوفرمون با تحصیل تابعیت آلمان برای طلاق به دادگاه آلمان مراجعه کرد. او سپس با مرد دیگری ازدواج نموده و با شوهر جدید خود مجدداً به فرانسه بازگشت. در پی شکایت شوهر قبلی زن، دادگاه فرانسه اعلام کرد که تحصیل تابعیت آلمان بر اثر تقلب نسبت به قانون فرانسه

1. Fraus omnia corrumpit

انجام شده است و بر آن تابعیت در فرانسه اثری مترتب نیست. در نتیجه، طلاق و ازدواج مجدد زن که بر اثر تحصیل چنین تابعیتی بوده است، در فرانسه اعتباری ندارد. وجود قصد تقلب در زمان تغییر عامل ارتباط یعنی تابعیت شرط اصلی اجرای قاعده تقلب نسبت به قانون است.

در مفهوم جدید تقلب نسبت به قانون در رویه قضایی فرانسه عبارت است از تغییر ارادی رابطه حقوقی به منظور فرار از قانون صالحی که قاعده حل تعارض مقرر داشته است. تفاوت مفهوم جدید و مفهوم قدیم در عنصر مادی این پدیده است. در گذشته عنصر مادی به تغییر عامل ارتباط محدود بود اما هم‌اکنون هر تغییری در روابط حقوقی، زمینه‌ای برای تقلب نسبت به قانون است. در بند اول ماده ۱۵ قانون ۱۹۴۵ تصریح شده بود که کارت اقامت بلند مدت به اتباع بیگانه‌ای که با اتباع فرانسوی ازدواج می‌کنند، اعطاء می‌گردد. در عمل در بسیاری موارد هدف اتباع بیگانه از ازدواج با زنان فرانسوی چیزی جز تحصیل اقامت دائمی در کشور فرانسه نبود. شورای دولتی فرانسه امتناع از اعطای کارت اقامت را به‌عنوان راه‌حل جلوگیری از تقلب نسبت به قانون مورد پذیرش قرار داد. همچنین دیوان کشور فرانسه در رای سال ۱۹۸۱ تصریح نمود که بند اول ماده ۳۷ قانون تابعیت که مقرر می‌دارد یک بیگانه در ازدواج با تبعه فرانسوی می‌تواند تابعیت فرانسوی تحصیل نماید، نسبت به زن و شوهری که صرفاً جهت اخذ تابعیت فرانسوی با هم ازدواج کرده‌اند، اعمال نمی‌شود. همچنین زن و شوهری که بعد از تصویب قانون تابعیت صرفاً جهت تحصیل تابعیت توسط شوهر خارجی از هم طلاق می‌گیرند و سپس ازدواج می‌کنند، نمی‌توانند از مفاد بند اول ماده ۳۷ بهره‌مند شوند (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۲، ص ۱۰).

اعمال قاعده تقلب نسبت به قانون مخالفان فراوانی نیز دارد. به اعتقاد مخالفان قاضی قصد و اراده باطنی ذی‌نفع را با ضابطه دلخواه خویش ارزیابی می‌کند و ممکن است حقوق مکسبه وی را نادیده بگیرد. این دیدگاه که با مکتب فردگرایی قرن نوزدهم پشتیبانی می‌شد، تجسس در قصد درونی اشخاص را محکوم می‌نمود و آن را ناممکن می‌پنداشت (خمامی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵). تقلب نسبت به قانون به‌عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی در حقوق کشورهای کامن‌لا مطرح نیست. به‌طوری که در این کشورها نظم عمومی و قواعد آمره به‌عنوان تنها موانع اجرای قانون خارجی شمرده می‌شود. به همین دلیل نویسندگان متأثر از حقوق کامن‌لا برای تقلب نسبت به قانون تنها وجهه نظری قائل هستند که می‌تواند در مقام عمل در ذیل عناوین کلی نظم عمومی و قواعد آمره قرار گیرد (نیکبخت، ۱۳۸۵، ص ۱۱۲).

در کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی راجع به تعارض قوانین نیز از تقلب نسبت به قانون سخنی به میان نیامده است. برای مثال در مواد ۷ و ۱۶ کنوانسیون ۱۹۸۰ رم درباره قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی<sup>۱</sup> و همچنین در مواد ۱۶ و ۲۶ آیین‌نامه اتحادیه اروپا موسوم به رم دو مصوب ۲۰۰۷ درباره قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی<sup>۲</sup> و نیز در مواد ۹ و ۲۱ آیین‌نامه موسوم به رم یک مصوب ۲۰۰۸ درباره قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی<sup>۳</sup> در بخش موانع اجرای قانون خارجی از قواعد آمره و نظم عمومی مقر دادگاه به‌عنوان موانع اجرای قانون خارجی یاد شده است و به تقلب نسبت به قانون اشاره‌ای نشده است. نکته آنکه این کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی در بین کشورهای اروپایی تصویب شده است و اکثریت اعضای آن جزو خانواده سیستم رومی‌ژرمنی هستند.

لازم به ذکر است که در دسته قراردادهای بحث تقلب نسبت به قانون در رابطه با حاکمیت اراده مطرح می‌شود. ممکن است اصحاب قرارداد با سوءاستفاده از این اختیار قانونی را انتخاب نمایند که هیچ ارتباطی با قرارداد و طرفین آن ندارد (خمامی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۰۸). اما چنین انتخابی تا آنجا که با قواعد آمره و نظم عمومی مقر دادگاه مغایرت نداشته باشد، در اتحادیه اروپا قابل پذیرش است. در حقوق اتحادیه اروپا در مورد قانون حاکم بر قرارداد در مورد یک قضیه کاملاً داخلی که همه عناصر قرارداد به یک کشور مربوط است، می‌توان قانون خارجی را انتخاب نمود. اما این انتخاب به اعمال قواعد آمره کشوری که همه عناصر قرارداد با آن ارتباط دارد، لطمه نخواهد زد. در نقطه مقابل ایالات متحده پیشاپیش دایره انتخاب قانون حاکم را محدود می‌کند.<sup>۴</sup> در سیستم حقوقی آمریکا قاعده این است که قانون منتخب باید رابطه اساسی با قرارداد داشته یا مبنای منطقی دیگری برای انتخاب آن وجود داشته باشد (نیکبخت، ۱۳۸۳، ص ۱۷۶).

مطابق کنوانسیون رم قانون منتخب طرفین باید اجراء شود، حتی اگر قانون منتخب هیچ رابطه آشکار با قرارداد نداشته باشد و حتی اگر آن انتخاب با هدف اجتناب از قواعد امری مندرج در قانون کشوری باشد که نزدیک‌ترین رابطه را با قرارداد دارد. تنها استثناء در بند ۳ ماده ۳ در جایی است که یک رابطه حقوقی دارای محتوی کاملاً داخلی است و همه عناصر

1. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)
2. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)
3. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).
4. Restatement Second, Conflict of Laws, Section 187(2)(a)

مرتبط با دعوی در زمان انتخاب قانون فقط با یک کشور مربوط باشد. در این صورت انتخاب قانون خارجی توسط طرفین به اعمال قواعد امری آن کشور خللی وارد نمی‌کند. مبنای منطقی آزادی انتخاب یک قانون غیرمرتبط، سهولت در تجارت بوده و ممکن است قواعد قانون منتخب کاملاً مترقی و برای طرفین آشنا باشد یا شاید استفاده از قانون یک کشور خاص برای انجام زنجیره‌ای از معاملات مرتبط راحت‌تر باشد. بنابراین اعمال دکترین فرانسوی تقلب نسبت به قانون در چارچوب مبتنی بر حکومت اراده بی‌معنا خواهد بود. (Carr, 2006, p.568)

نکته دیگر اینکه در قواعد حل تعارض اروپایی درباره قانون حاکم بر قرارداد از قبیل بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ تغییر بعدی قانون قابل اعمال تا آنجا اجازه داده شده که به اعتبار شکلی قرارداد و حقوق اشخاص ثالث خللی وارد نکند. بدین ترتیب در این مورد خاص سوءاستفاده متعاقبین از حق انتخاب قانون حاکم ممنوع اعلام شده است.

در حقوق ایران نیز قانون‌گذار بعد از وضع همه قواعد حل تعارض در ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قانون خارجی منافی نظم عمومی را ممنوع اعلام کرده است بدون اینکه از موانع دیگر یعنی تقلب نسبت به قانون سخنی به میان آورد، برخی نویسندگان در جستجوی مصداق این قاعده به ماده ۹۹۱ قانون مدنی استناد کرده‌اند که برطبق آن کسانی که قبلاً از تابعیت ایرانی خارج شده‌اند، می‌توانند به تابعیت ایران بازگشت کنند مگر آنکه دولت بازگشت آنها را به صلاح نداند (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۲، ص ۱۸).

صرف نظر از صحت و سقم این مصداق، در حقوق موضوعه ما احکام متعدد دیگری نیز وجود دارد که بر نفی تقلب و آثار آن دلالت می‌نماید. اصل ۴۰ قانون اساسی اعمال حق به قصد اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی را منع کرده است. در موضوع وقف نیز ماده ۶۵ قانون مدنی صحت وقفی را که به علت اضرار دیان واقع شده است، منوط به اجازه دیان دانسته است. در ماده ۹۴۴ قانون مدنی در صورتی که مردی در حال مرض، زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال به همان مرض بمیرد، زن از شوهر سابق خود ارث می‌برد. مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد. در ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز قانون‌گذار به منظور جلوگیری از سوءاستفاده رباخواران از قالب بیع شرط مقرر داشته است که اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع در حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود. با این وجود با توجه به پیشینه فقهی که امکان حيله در ربا را اجازه داده است و نیز قانون‌گذار در برخی موارد از جمله سقوط حق شفعه با استفاده از عنوانی غیر از عقد بیع بر آن صحه گذاشته است، تصریح قانون‌گذار بر

ممنوعیت تقلب نسبت به قانون ضروری به نظر می‌رسد.

## ۲-۲- تقلب نسبت به قانون و شناسایی حقوق مکتسب (دعوی ماری گرین علیه مالت)

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر می‌تواند کشورهای متعاقد را وادار نماید تا حقوق خانوادگی را که در خارج کشور تحصیل شده است، شناسایی نمایند. حتی اگر آن رابطه حقوقی در کشور محل دادگاه قابل ایجاد نباشد. در واقع دادگاه‌های داخلی کشورها ناچار خواهند بود تا رابطه مزبور را به‌عنوان واقعیت اجتماعی پذیرا شده و تحمل نمایند. یک رابطه خانوادگی که به صورت معتبر بر طبق سیستم حل تعارض خارجی تحصیل شده است، می‌بایست بر طبق موازین حقوق بشر مورد حمایت قرار گیرد. اما دو شرط مقدماتی برای پذیرش آن وجود دارد: ۱- طرفین باید وضعیت خانوادگی را با حسن نیت بر طبق سیستم خارجی تحصیل کرده باشند. ۲- انتظار طرفین از ثبات در روابط خانوادگی انتظار مشروعی باشد. مشروعیت معمولاً به شدت و عمق رابطه با سیستم حقوقی خارجی که بر حسب آن وضعیت خانوادگی تحصیل شده است، بستگی دارد. عدم پذیرش حقوق مکتسبه بر طبق سیستم حقوقی مقر دادگاه برای رد انتظارات مشروع اشخاص کافی نیست. (Kinsch, 2011: 41)

دعوی ماری گرین علیه مالت<sup>۱</sup> یکی از دعاوی مهم در ارتباط با شناسایی حقوق مکتسب در خارج کشور است. این دعوی از تصمیم مقامات دولت مالت در عدم شناسایی اعتبار ازدواج یک شهروند دولت مالت (خانم ماری گرین) در کشور لیبی نشأت گرفته بود. مشکل این بود که خانم گرین قبلاً در مالت مطابق تشریفات کلیسا و بر اساس حقوق مالت ازدواج کرده و در آن زمان طلاق در کشور مالت ممنوع بود. در نتیجه خانم گرین به لیبی رفت و دین خود را به اسلام تغییر داد. بر طبق حقوق اسلامی و حقوق لیبی با اسلام آوردن زن، ازدواج او با یک مسیحی خود به خود منحل می‌شود. سپس او با مرد دیگری ازدواج می‌کند و زوجین در لیبی اقامت می‌کنند. این روند مشابه وضعیت خانم بوفرمون در قرن ۱۹ میلادی بود که در آنجا دیوان کشور فرانسه این وضعیت را به‌عنوان تقلب نسبت به قانون محسوب نمود.

بعد از بیست سال از سکونت خانم گرین و همسر جدید او در لیبی، آن‌ها درخواست ثبت ازدواج خود را در مالت ارائه کردند. اداره ثبت احوال از این کار امتناع کرد و ادعا نمود که خانم گرین انحلال ازدواج اول خود را ثابت نکرده است. بنابراین ازدواج دوم مصداق چندهمسری و مغایر با نظم عمومی کشور مالت است. خواهان بعد از ناامیدی از دادگاه‌های

1. Mary Green and Ajad Farhat v. Malta Decision of 6 July 2010, No 38797/07



داخلی کشور مالت، بر مبنای حق خود بر زندگی خانوادگی به دادگاه اروپایی حقوق بشر شکایت نمود. دادگاه با تصدیق ایجاد اختلال و مزاحمت در زندگی خصوصی و خانوادگی خواهان اظهار داشت لازم است تعادلی منصفانه بین منافع اشخاص و منافع جامعه اتفاق بیافتد. با نگاه به منافع جامعه مالت در تضمین ازدواج تک‌همسری و نیز منافع شخص ثالث یعنی همسر اول خواهان، دادگاه نمی‌تواند احراز کند که در این اوضاع و احوال، دادگاه‌های داخلی مالت در ایجاد تعادل منصفانه میان منافع متعارض خودداری کرده‌اند. چنین وضعیتی در یک جامعه دمکراتیک برای حمایت از حقوق دیگران و جلوگیری از بی‌نظمی ضروری است.

تصمیم دعوای گرین مبتنی بر ایده تک‌همسری بود که بی‌تردید برای کشور مالت و کل جامعه اروپایی واجد اهمیت بود. به علاوه شوهر اول خانم گرین هنوز زنده بود و منافع او نمی‌توانست نادیده گرفته شود (Kiestra, 2014, p.226).

به این ترتیب بعد از گذشت حدود یک و نیم قرن از هنگام دعوی بوفرمون در قرن نوزدهم میلادی که در آن دیوان کشور فرانسه به استناد تقلب نسبت به قانون، طلاق خانم بوفرمون و ازدواج متعاقب آن را باطل اعلام کرده بود، این بار دادگاه اروپایی حقوق بشر مستقر در استراسبورگ فرانسه در یک مورد مشابه به نتیجه یکسانی دست یافت و تصمیم مقامات کشور مالت مبنی بر بی‌اعتباری طلاق خانم ماری گرین، ازدواج بعدی وی را تأیید و شکایت خانم ماری گرین را بی‌اعتبار قلمداد کرد. خانم ماری گرین انتظار داشت که با توجه به قواعد حقوق بشر از جمله احترام به زندگی خانوادگی و رعایت حقوق مکسب، طلاق و ازدواج وی معتبر شناخته شود. اما دادگاه اروپایی بدون اینکه به قاعده تقلب نسبت به قانون استناد نماید، بر مبنای ایجاد تعادل منصفانه میان منافع جامعه و اشخاص ثالث رای به رد دعوی خواهان صادر نمود.

### نتیجه‌گیری

تقلب نسبت به قانون در تعارض قوانین و فروم‌شاپینگ در تعارض دادگاه‌ها مصادیق مهم قاعده منع سوءاستفاده از حق در بین‌الملل خصوصی هستند. از آنجا که بین‌الملل خصوصی هنوز هم اصولاً جزو حقوق داخلی کشورهاست، بنابراین تشتت و پراکندگی زیادی درباره نحوه اعمال این قواعد در بین سیستم‌های حل تعارض کشورها وجود دارد. اگرچه قاعده تقلب نسبت به قانون در اسناد بین‌المللی جایگاه مستقلی ندارد و عمدتاً تحت تأثیر نظم عمومی و قواعد آمره قرار گرفته است، با این وجود تصمیم دادگاه اروپایی حقوق بشر در دعوای ماری

گرین نشان می‌دهد که همچنان این قاعده در ذیل عنوان ایجاد تعادل میان منافع شخص و منافع جامعه و نیز رعایت حقوق اشخاص ثالث اعمال می‌گردد و به نتیجه‌ای مشابه با دعوی خانم بوفرمون در قرن نوزدهم در دیوان کشور فرانسه منجر می‌شود. اگرچه دادگاه صراحتاً به قاعده منع تقلب نسبت به قانون استناد نکرده باشد.

در فروم شاپینگ به عنوان مصداق سوءاستفاده از حق در تعارض دادگاه‌ها مشکل اصلی در ایجاد قواعد گوناگون صلاحیت توسط دولت‌هاست. صلاحیت‌های موازی به خواهان اجازه می‌دهد تا از بین دادگاه‌های مختلف که احتمالاً در چند کشور متفاوت قرار دارند، دادگاه صلاحیت‌دار را انتخاب نماید. بدیهی است در چنین صورتی حتی خواهان با حسن نیت نیز به ارزیابی منافع خود می‌پردازد و دادگاهی را برمی‌گزیند که به لحاظ آیین دادرسی، قانون ماهوی و مسائل عملی چون زبان و بعد مسافت منافع وی را بهتر تأمین کند.

کشورهای عضو اتحادیه اروپا در مواجهه با این مسأله قاعده تقدم در اشتغال (ایراد امر مطروحه) را مورد توجه قرار داده‌اند. به این ترتیب در صورت اشتغال یکی از دادگاه‌های صلاحیت‌دار، همه دادگاه‌های دیگر از رسیدگی خودداری خواهند کرد. در این دیدگاه کنترل لازم قبلاً در زمان وضع قواعد صلاحیت انجام شده است تا تناسب و ارتباط کافی میان دادگاه و دعوی برقرار باشد. بدیهی است که اگر این پیش‌فرض و مقدمه یعنی ایجاد قواعد صلاحیت متعارف و متناسب رعایت نشده باشد، دکتین ایراد امر مطروحه، سوءاستفاده خواهان از حق انتخاب دادگاه را تشدید خواهد کرد. ولی در سیستم کامن‌لا قواعد صلاحیت را برای دادگاه اختیاری فرض نموده و به قاضی اجازه داده‌اند تا در صورت فقدان ارتباط کافی میان دعوی و دادگاه از رسیدگی خودداری نماید. بنابراین خواهان به هیچ‌وجه نمی‌تواند به انتخاب خود اتکاء نماید و دادگاه مکلف به تبعیت از درخواست خواهان نیست.

بهترین راه مبارزه با فروم شاپینگ، ایجاد قواعد صلاحیت متعارف و منطقی است. اگر یک سیستم حقوقی صلاحیت عبوری یا برچسبی را اجازه دهد یا بر مبنای تابعیت یکی از طرفین و صرف نظر از منشا دعوی و تعلق و وابستگی آن به کشور خاص به دادرسی بپردازد یا بر مبنای یک ارتباط ضعیف از قبیل محل وقوع عقد اعمال صلاحیت نماید، احتمال سوءاستفاده یکی از طرفین از این قواعد صلاحیت به قصد تأمین منافع حداکثری خود و ایداء طرف مقابل افزایش می‌یابد.

هرچقدر زمان به پیش می‌رود، نقش و جایگاه منافع اشخاص خصوصی در مقابل منافع

دولت‌ها در عرصه بین‌الملل خصوصی اهمیت و رونق بیشتری می‌یابد. هدف اول همه قواعد بین‌الملل خصوصی تأمین حداکثر منافع اشخاص خصوصی است و مصالح دولت‌ها صرفاً به‌عنوان یک استثناء در موارد مضیق به کار می‌آید. اعتقاد به این تحول، بسیاری از مفاهیم رایج در حقوق بین‌الملل خصوصی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. کاوش در مکنونات ذهنی اشخاص از قبیل قصد تقلب که هیچ‌گونه بارقه عینی و نماد خارجی ندارد، ثبات و قابلیت پیش‌بینی را در روابط خصوصی فراملی متزلزل می‌سازد و حقوق و منافع مشروع اشخاص ثالث را دچار مخاطره می‌نماید مگر اینکه بر ارزیابی و محاسبه معیارهای عینی از قبیل مصالح عمومی و منافع اشخاص ثالث مبتنی باشد. بدین ترتیب قاعده منع تقلب نسبت به قانون نیز از بازرسی نیت درونی و قد باطنی اشخاص فاصله گرفته و با توجه به معیارهای فوق‌الذکر با نظم عمومی قرابت و مشابهت بیشتری می‌یابد.

منابع

فارسی

- الماسی، نجادعلی، (۱۳۸۴)، *حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
- ره‌پیک، سیامک، (۱۳۸۲)، «منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی»، *مجله مطالعات اسلامی*، شماره ۶۲، صص ۶۳-۷۸.
- خمامی‌زاده، فرهاد، (۱۳۹۱)، «شرایط، آثار و جایگاه قاعده تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره نهم، شماره دوم، صص ۱۰۱-۱۲۴.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۶)، «تنوع قواعد حل تعارض، مجله حقوقی بین‌المللی»، شماره ۲۱، صص ۱۰۱-۱۲۴.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۱)، «مسئولیت مدنی و قانون حاکم بر آن در تعارض قوانین»، *پژوهشنامه بیمه*، شماره ۶۷، صص ۱۰۱-۱۳۰.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۳)، «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۹، صص ۱۶۳-۲۰۲.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۵)، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۴، صص ۱۰۹-۱۳۸.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۲)، «تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *مجله نامه مفید*، دوره نهم، شماره ۴۰، صص ۵-۱۸.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، «سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۲۱، شماره ۲۱، صص ۱۰۳-۱۱۵.

لاتین

- Carr Indira (2006) *International Trade Law*, Third edition, London, Cavendish Publications.
- Seatzu Francesco (2003) *Insurance in private international law*, London, Oxford, Portland Oregon.
- Vischer Frank (1993) *General course on private International law*, Recueil des cours 232/Collected Courses Vol. 232, London, M. Nijhoff.
- Brand Ronald , (2013) , «Challenges to Forum Non Conveniens», New York University Journal of International Law and Politics (JILP). Vol. 45. p. 1003. 2013. U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2013-21, pp.1003-1034 .



- Kiestra, (2014) , «The Impact of the European Convention on Human Rights», 2014, Available at [www.Springer.com](http://www.Springer.com), Last visited 1/5/2015.
- Kinsch, Patrick , (2011) , «Private International Law Topics before the European Court of Human Rights», Yearbook of Private International Law, Volume 13, European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law, pp. 37-49.
- Moore Kimberly, Parisi Francesco, (2002) , «Rethinking Forum Shopping in Cyberspace», Chicago-Kent Law Review, Volume 77 Issue 3, pp.1325-1355.
- Nita Ghei , (2011) , «Forum Shopping and the Evolution of Rules of Choice of Law», Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1786715>, pp.1-17.
- Nygh Peter , (1998) , «The Reasonable Expectation of the parties as a Guide to the choice of Law in contract and in Tort», 251 Recueil des cours.pp.269-400
- Peel Edwin, (2006) ,«Forum Shopping in the European Judicial Area - Introductory Report. conference on Forum Shopping in the European Judicial Area», Forthcoming Oxford Legal Studies Research Paper No. 39/2006, pp.1-20.
- Whytock, Christopher, (2011) , «The Evolving Forum Shopping System», Cornell Law Review, Vol. 96, pp. 481-534.