

اثر فرام شاپینگ در منافع طرفین دعوی و عدالت قضایی

سیما حاتمی*^۱

فتح اله رحیمی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۰۱

چکیده

فرام شاپینگ اصطلاحی است که در نظام حقوق عرفی یا کامن لا عبارتی نام آشناست؛ لیکن این واژه ترکیبی، در نظام حقوق مدون، مفهومی جدید است که در خصوص تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها بکار می رود. امروزه تقلب چه نسبت به قانون و چه نسبت به انتخاب صلاحیت دادگاه با قصد ایداء خواننده و کسب منافع خواهان؛ از زمره مواردی است که نگرانی هایی را در روابط خصوصی افراد در عرصه بین الملل ایجاد نموده است. در این مقاله به شناخت مفهوم فرام شاپینگ از حیث حقوق بین الملل خصوصی پرداخته شده که از موانع اجرای قانون خارجی در سنت کامن لا بحساب می آید و از آنجا که این مسئله در نظام حقوقی ایران و حقوق مدون، قاعده سازی نشده است؛ جای بحث و بررسی را باقی می گذارد و به مثابه آن، راهکارهایی را برای جلوگیری از تحقق و ارتکاب این نوع تقلب ارائه می دهد.

کلمات کلیدی: تقلب، فرام شاپینگ، صلاحیت دادگاه، خواهان

۱- دانش آموخته دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) drsimahatami@gmail.com

۲- عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال rahimif_law@yahoo.com



مقدمه

در حقوق کامن لا، فروم شاپینگ^۱ ناظر به جلوگیری از اعمال صلاحیت قضایی به قصد تقلب^۲ است. لیکن در حقوق رومی ژرمنی که به حقوق مدون تعبیر شده، این مفهوم امری بیگانه و غریب است. با توجه به اینکه امروزه نظام های حقوقی بصورت مطلق منحصر به حقوق عرفی یا رومی ژرمنی و یا انواع دیگر از نظام های حقوقی مطرح در جهان نیست و اختلاط نظامات حقوقی، همپوشانی ها و مشکلاتی را با خود به همراه می آورد؛ لذا شناخت واقعی دیگر نظامات و قواعد حاکم بر آنها به پدیده های نوظهور حقوقی کمک می کند و راهکارهای برگرفته در آن نظام ها می تواند راهگشای نظام حقوقی مورد بحث باشد.

فروم به معنای دادگاه و شاپینگ به معنای خرید است و روی هم این اصطلاح به تقلب نسبت به صلاحیت دادگاه تعبیر شده است. یکی از مشکلات جدید حادث در مورد تقلب نسبت به قانون که از مصادیق سوءاستفاده^۳ از حق به جهت ورود اذیاء و ضرر به دیگری است، مسئله تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها^۴ می باشد که دیری است پرونده های قضایی جدیدی را بخود اختصاص داده و آرا صادره از آن در نوع خود جالب توجه است.

از آنجا که افراد و اشخاص در اجرای قانون و اجرای اصول حقوقی، دارای آزادی عمل کامل نمی باشند و تا آنجا آزادند که مانع ورود آسیب و ضرر به آزادی های بنیادین دیگری نشوند و دامنه این آزادی فرد به آزادی طرف دیگر گره خورده است؛ لذا سوءنیت^۵ و اعمال شیطانی^۶ و ضد اجتماعی^۷ افراد نمی تواند در استیفای حق اعطایی خود در نظام های پوزیتیویستی^۸ باعث سوء استفاده و نتیجتاً اضرار^۹ به دیگری شود.

هرجا که اعمال یک حکم قانونی یا قاعده حقوقی به انتخاب افراد گذاشته شود، امکان عدول و انحراف از آن قاعده وجود دارد. تعارض قانون^{۱۰} و تعارض دادگاهها^{۱۱} دو مفهوم نام آشنا در حقوق بین الملل خصوصی اند که وابسته به عامل ارتباط یا جهت ارتباط مانند تابعیت^{۱۲} یا اقامتگاه^{۱۳} می باشند و از آنجا که

^۱- Forum shopping

^۲- Fraud

^۳- Misuse

^۴- Forum Shopping

^۵- Malice

^۶- Satanic aim

^۷- Anti-social

^۸- Positivist systems

^۹- harms

^{۱۰}- Conflict of law

^{۱۱}- forum

^{۱۲}- nationality

^{۱۳}- domicile



این عوامل، امروزه متغیرند؛ لذا انحراف و دخالت در آنها عیان است و سبب ایجاد مشکلاتی نظیر تقلب نسبت به قانون و صلاحیت دادگاهها یا همان فورم شاپینگ می‌گردد.

این جستار حقوقی در صدد پاسخ به این پرسش اساسی است که با توجه به نظامهای حقوقی، تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها در حقوق بین الملل خصوصی چه وضعیتی دارد و از چه موقعیتی برخوردار است؟

در بررسی موضوع، بنظر می‌رسد در حقوق عرفی تقلب نسبت به قانون مطرح نیست؛ زیرا حقوق نانوشته ملاک است. لیکن در حقوق رومی ژرمنی تقلب نسبت به قانون امری عیان است. لذا فورم شاپینگ یا تقلب نسبت به صلاحیت دادگاه در کامن لا ذیل تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها عنوان می‌شود که می‌توان آنرا همتراز با تقلب نسبت به قانون ذیل حقوق رومی ژرمنی تقسیم بندی نمود.

پیرامون اینکه تقلب نسبت به صلاحیت دادگاه، چه تعارضی با حقوق افراد ایجاد می‌کند، باید راهکارهای مبارزه با آن در حقوق بین الملل خصوصی را شناخت و راجع به شمول فورم شاپینگ و مصادیق آن، توجه داشت که این موضوع اگرچه تحت نظام خاص حقوقی همچون کامن لا مفهوم یافته، معذالک امکان بروز و ظهور مصادیق فورم شاپینگ و تکنیکهای مقابله با آن در حقوق بین الملل خصوصی تحت قواعد سایر نظامهای حقوقی نظیر رومی ژرمنی نیز قابل تأمل است.

۱. فورم شاپینگ و مفهوم آن

فورم شاپینگ، عبارت است از سوءاستفاده خواهان دعوی در انتخاب دادگاه صلاحیتدار که همزمان بتواند از میان دو یا چند دادگاه صلاحیتدار - که به سبب تابعیت یا اقامتگاه برای وی ایجاد می‌شود - یکی را بعنوان ایداء و به قصد کسب منفعت و سود بیشتر انتخاب نماید. (Simowitz, A 2013. pp 13-55). این اختیار خواهان در طرح دعوی در یکی از دادگاههای مختلفی است که وی با صلاحدید و تشخیص خود و البته با سوء نیت انتخاب می‌کند. بعبارت دیگر، فورم شاپینگ انتخاب یک دادگاه توسط خواهان دعوی است که با عنایت به نیازهای وی در کسب منافع تجاری و حقوقی یا فردی در موقعیت بهتر یا بالاتر می‌باشد. (Whytock, Christopher, (2011) Pp. 481-534).

فورم شاپینگ، دارای بار معنایی منفی^۲ است و ماهیت منفی آن زمانی تشدید می‌شود که خواهان با سوء نیت و به قصد کسب منفعت^۳ خود و ایداء طرف مقابل اقدام به انتخاب دادگاه مناسبتر نماید. انگیزه‌ها و دلایل موجهی بعضاً برای توجیه تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها از سوی خواهان موجود است. دلایلی

¹- Benefit
²- Pejorative meaning
³- More benefit



چون مشکلات ترجمه، فهم زبانی، قضاوت دادگاهها، قضاوت و سختگیری آنها، تجربه قضاوت و سرعت دادرسی و غیره. لذا خواهان وفق اندیشه فردگرایی^۱ و نه منفعت گرایی، که اندیشه ای جمع گرا و مبتنی بر بیشترین مصلحت و منفعت برای بیشترین تعداد است، یقیناً مصالح و منفعت خود را لحاظ کرده و حقوق دفاعی طرف مقابل را نقض می نماید. (Nyghe peter, 1998, Pp. 269-400)

۱-۱) اشکال فرورم شاپینگ

تقلّب نسبت به صلاحیت دادگاه به دو صورت داخلی^۲ و فراملی^۳ حادث می شود. انتخاب دادگاه در قلمرو داخلی کشور زمانی اتفاق می افتد که خواهان بین دو یا چند دادگاه در داخل یک سیستم حقوقی، دست به انتخاب می زند؛ مانند قانون حمایت خانواده^۴ در ایران که به زوجه اجازه می دهد که در محل اقامت فعلی خود برای اعاده حق و مطالبات خود از زوج، علاوه بر انتخاب محل اقامت خوانده که زوج است، اقامه دعوی نماید.

فرورم شاپینگ در مفهوم بین المللی آن، یک موضوع بحث برانگیز است. در حالت فراملی یا بین المللی انتخاب خواهان بین دو یا چند سیستم حقوقی مد نظر است. بنابراین اگر خواهان در دادگاههای داخلی کشور خود اقامه دعوی کند و هر تصمیمی که بازتاب انتخاب میان دو دادگاه مختلف باشد، می تواند ذیل مفهوم فرورم شاپینگ قرار گیرد. اما بنظر می رسد اطلاق این واژه به مرتکب زمانی باشد که عنصر بین المللی درگیر است یعنی در بعد فراملی، فرورم شاپینگ مصداق عملی پیدا می کند و می تواند مشمول تعارض قوانین یا دادگاهها قرار گیرد. اگر دیدگاه رایج اشاره شده از مهمترین اقدامات انتخاب صلاحیت دادگاهها باشد، تا به امروز هیچ تلاش جدی برای تعیین ماهیت و میزان تأثیر مخرب مفروض آن صورت نگرفته است. (2002؛ Ralph, U pp 559,559).

با اینحال، حدوث فرورم شاپینگ در بعد داخلی^۵ زمانی است که خواهان بین دو دادگاه در داخل قلمرو سرزمینی اش اقدام به انتخاب یکی می کند و در شکل فراملی، خواهان بین دو یا چند نظام یا سیستم حقوقی، مبادرت به انتخاب دادگاه صلاحیتدار می نماید.^۶ اطلاق فرورم شاپینگ ناظر به این بُعد در حوزه بین المللی و

¹- Individualism

²- domestic

³- international

^۴- ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱: «در دعوی و امور خانوادگی مربوط به زوجین، زوجه می تواند در دادگاه محل اقامت خوانده یا محل سکونت خود اقامه دعوی کند مگر در موردی که خواسته، مطالبه مهریه غیرمقول باشد.»

⁵- Civil dimension

⁶- Domestic forum shopping usually involves choices between courts of different territorial subdivisions and, where applicable, between federal and state courts. To a lesser extent, it may involve a choice between different "types" of courts (e.g. between a civil



فراملی است و نوع دیگر بعنوان مصداقی از فروم شاپینگ تلقی می‌شود؛ زیرا معمولاً رجوع به دادگاههای حقوق بشری و یا استفاده از حمایت سیاسی تحت قاعده تابعیت دعوی، حسب مورد، ناظر به اصلی است که فرد همه طرق قضایی نظام حقوق داخلی کشور دیگر و یا مراحل قضایی دولت متبوع را طی کرده باشد تا دعوی وی با لحاظ منافع ملی کشور متبوع و یا از منظر حقوق بشر، قابلیت استماع داشته باشد؛ لذا چنانچه موضوع مربوط به یک شخص ربطی به دولت دیگری نداشته باشد و باید در نظام قضایی ملی رسیدگی شود، در اینصورت، وی مخیر است در نظام حقوقی ملی خود به هر روش و طریقی، به اعاده حق خود بپردازد.

(۲-۱) شرایط احراز و اطلاق فروم شاپینگ

در دعوی معروف ماری گرین علیه دولت مالت^۱ که از مصداق فروم شاپینگ تلقی می‌شود؛ یک شهروند تبعه دولت مالت به نام خانم ماری گرین به سبب تصمیم متخذه مقامات دولت مالت در عدم شناسایی و به رسمیت شناختن اعتبار ازدواج مجدد وی در کشور لیبی، که ریشه آن در جدایی وی از همسر اولش بود؛ اقامه دعوی حقوق بشری نمود. منشاء دعوی او از این قرار بود که خانم گرین در کشور مالت و مطابق با تشریفات و آئین کلیسا و وفق حقوق داخلی کشور مالت ازدواج کرده بود و طلاق در این کشور ممنوع بود. وی به کشور لیبی رفت و دین خود را از مسیحیت به اسلام^۲ تغییر داد و طبق حقوق اسلامی لیبی با مسلمان شدن زن، ازدواج مسیحی وی کأن لم یکن و خودبخود منحل گردید. وی بار دیگر با مرد دیگری ازدواج نمود و در لیبی اقامت گزیدند. بعد از گذشت بیست سال از سکونت گرین و همسر جدیدش در لیبی، درخواست ثبت ازدواج خود را در کشور مالت نمودند؛ لیکن دولت مالت از این کار سر باز زد و ادعا کرد که انحلال ازدواج اول ماری گرین برای این کشور ثابت و احراز نگردیده؛ لذا ازدواج دوم وی مصداق چند همسری یا چند شوهری^۳ است که خود جرم محسوب می‌شود. وی بعد از طی کلیه طرق قانونی تحت نظام حقوق ملی کشور مالت، بعلت عدم حصول به نتیجه مورد نظر، دعوی خود را در دادگاه حقوق بشری مطرح نمود. از آنجا که حق بر تک همسری^۴ و زندگی خانوادگی، حقی بشری می‌باشد و از مصداق اعمال صلاحیت دادگاه اروپایی حقوق بشر است؛ متعاقب طرح دعوی نزد این دادگاه، ادعای ایجاد اختلال و مزاحمت در زندگی خصوصی وی تأیید شد و دادگاه اذعان نمود که تعادلی منصفانه می‌بایست میان منافع

and a criminal court). In some countries (and notably the United States), domestic forum shopping receives significantly more attention than its international counterpart. For contributions that address both types of forum shopping from an essentially U.S. perspective, see, e.g., Friedrich K Juenger, Forum Shopping, Domestic and International, 63 Tu. L. REV. 553, 553 (1989); Ralph U. Whitten, U.S. Conflict-of-Laws Doctrine and Forum Shopping, International and Domestic (Revisited), 37 TEX. INT'L L.J. 559, 559 (2002). Cited in What's Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice, MARKUS PETSCHKE.

¹ - Mary GREEN and Ajad FARHAT against Malta. The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting on 6 July 2010. Available at <http://echr.ketse.com/doc/38797.07-en-20100706/view/> See. The Fourth Section Decision. Application no. 38797/07

² - Conversion to Islam

³ - polyandry

⁴ - Monogamy/monoandry



اشخاص و منافع جامعه برقرار شود؛ لذا با نگاه به منافع دولت مالت در تضمین تک همسری و منافع همسر اول ماری گرین، این دادگاه نمی تواند تعادل منصفانه میان تعارض منافع اشخاص و جامعه را احراز نماید و در جامعه دموکراتیک، برای حمایت از حقوق دیگران و نظم عمومی، حفظ این تعادل امری مهم است؛ زیرا دعوی ماری گرین بر تک همسری مبتنی بود که برای اروپا و دولت مالت دارای اهمیت است و شوهر اول ماری گرین نیز در قید حیات بود و منافع وی نمی توانست مورد اغماض قرار گیرد. (Kiestra, 2014).

با ملاحظه و تحلیل دعوی مذکور، بنظر می رسد که شرایط احراز فورم شاپینگ به چهار شرط اصلی وابسته است؛

۱. امکان اقامه دعوی در بیش از یک دادگاه همزمان توسط خواهان
 ۲. صلاحیت همزمان دو یا چند دادگاه در موضوع واحد
 ۳. درگیری نظام های حقوقی مختلف برای رسیدگی به دعوی
 ۴. قصد خواهان از کسب سود و منفعت بیشتر و ورود ایداء و ضرر به خواننده دعوی، حسب مورد.
- بنابراین، احراز بالقوه بیش از یک دادگاه صلاحیتدار بطور همزمان در نظام های حقوقی مختلف، شرط تحقق فورم شاپینگ است. این بخش، وجود انگیزه های متعدد برای اصحاب دعوا جهت عدم برخورد با رفتار تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها را برجسته می کند. استفاده و بکارگیری قواعد مختلف صلاحیت اعم از محل اقامت خواننده، محل وقوع دادگاه، محل اجرای قرارداد، محل توقیف مال و دادگاه ملی دولت متبوع طرفین، موجبات تقارن همزمان^۱ در ایجاد صلاحیت برای رسیدگی و اقامه دعوی در دادگاهها را فراهم می آورد. تعارض سیستم ها یا نظام های حقوقی مختلف نیز دارای اهمیت است. معذالک، حتی با فرض یکسان بودن سیستم های حقوقی، تفاوت هایی مانند هزینه کمتر در اقامه دعوی زمینه ساز فورم شاپینگ می شود. عواملی چون زبان، عدم تبعیض^۲، عدم اطاله دادرسی، اجرای عدالت، همزبانی قاضی و تفهیم بهتر دادگاه، نظام خاص دادگاه مانند نظام اسلامی برای تبعه مسلمان، و بعضاً تفاوت در آیین دادرسی و قواعد حاکم بر مسئولیت یا اثبات خطر و تقصیر بر خواهان یا مسئولیت محض خواننده ... می تواند انگیزه تقلب نسبت به صلاحیت دادگاه و انتخاب دادگاه بهتر و مناسبتر را فراهم آورد. (Whytock. Ibid.p.486.)
- تفاوت در آیین دادرسی کشورهای مختلف یکی از مهمترین عوامل زمینه ساز ایجاد تقلب نسبت به صلاحیت محاکم یا ظهور پدیده فورم شاپینگ است. برخی کشورها اقامه دعوی و استماع آنرا سهل تر انجام می دهند؛ مانند استماع شفاهی دعوی و یا پرداخت هزینه کمتر دادرسی، که در محاکم امریکا مرسوم است.

^۱ - Simultaneous

^۲ - Non- discrimination



در کشور بلژیک اجرت وکیل جزء هزینه های دادرسی نیست و صرفاً طرح دعوی و سرعت آن در دادرسی مدنظر است. در ایتالیا نیز اطاله دادرسی تا مدت پنج سال متمادی، از موانعی است که خواهان معمولاً محاکم این کشور را انتخاب نمی نماید. (Francesco Seatzu, 2003; P. 80-1)

گاهی نیز اعمال حاکمیت کامل اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به فورم شاپینگ می انجامد. در نظام کامن لا، اصل بر آزادی مطلق متعاقدین در انتخاب قانون حاکم است؛ لیکن در برخی کشورها مانند ایران مبتنی بر حقوق مدون وفق ماده ۹۶۸ قانون مدنی^۱ حق انتخاب به طرف ایرانی در قانون حاکم، اکیداً سلب شده، اما برای طرف خارجی بلامانع است. از آنجا که هر دادگاهی، قواعد حل تعارض نظام حقوق ملی کشور خود را اعمال می کند؛ لذا فورم شاپینگ آن زمانی حادث می شود که باعث می شود خواهان در کشوری مبادرت به اقامه دعوی نماید که قواعد حل تعارض آنرا با توجه به دادگاه صلاحیتدار مناسبتر بداند.

قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی^۲ نیز می تواند از انگیزه های مورد توجه خواهان در نظام حقوقی مختلف باشد. در برخی نظامهای حقوقی، مسئولیت مدنی بر تقصیر،^۳ خطا و خطر استوار است و بار اثبات بر عهده مدعی می باشد؛ اما در نظامهای حقوقی که مسئولیت محض^۴ پذیرفته شده، از آن جهت که رهایی از مسئولیت بر عهده خواننده قرار دارد،^۵ خواهان در این موارد ترغیب می شود برای خلاصی از بار اثبات مدعی خویش در موارد مسئولیت مبتنی بر تقصیر، در نزد دادگاهی اقامه دعوی نماید که آن دادگاه تحت نظام حقوق ملی کشور متبوع خود، مسئولیت محض را مرتبط با موضوع دعوی دانسته و از خواننده می خواهد که با توجه به مدارک خواهان، عدم انتساب مسئولیت و جبران خسارت^۶ را اثبات نماید.

۱-۳- قابلیت فورم های جایگزین: فرصت های انتخاب صلاحیت دادگاه

اگر اصحاب دعوا امکان انتخاب بین دو یا چند دادگاه جایگزین را نداشته باشند، فورم شاپینگ موضوعیتی پیدا نخواهد کرد. گاهی ادعا می شود که در دسترس بودن بیش از یک دادگاه واجد صلاحیت، به دلیل ماهیت «جایگزین» قوانین مربوط به حوزه قضایی مربوط است. در سطح بین المللی، این مسئله کاملاً

۱- ماده ۹۶۸ قانون مدنی. تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر اینکه متعاقدین اتیاع خارجه بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.

2- Tort liability

3- Negligence

4- Strict liability

۵- البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر

6- Reparation



دقیق تبیین نگردیده؛ زیرا در این عرصه، دسترس بودن گزینه‌ها، از قوانین صلاحیتی یک کشور معین ناشی نمی‌شود، بلکه منبعث از تعامل بین قواعد قضایی چندین کشور خواهد بود. بعنوان مثال، یک شاکی فرانسوی حق دارد، از یک متهم آلمانی در آلمان (محل اقامت خوانده) و فرانسه (محل که رفتار و ارتکاب فعل متهم در آن اتفاق افتاده است) شکایت کند. در نتیجه، این امر منجر به ترکیبی از صلاحیت دادگستری آلمان و فرانسه می‌شود؛ در حالیکه وجود قواعد قضایی جایگزین، پیش نیاز ضروری گزینه‌ها در سطح بین الملل نیست و صرف اختلاف بین قواعد مختلف داخلی، کافی است؛ لذا بدیهی است که احتمال و تعداد آنها را به میزان قابل توجهی افزایش می‌دهد.^۱ هنگامی که یک سیستم حقوقی، قوانین مربوط به حوزه‌های قضایی جایگزین را در حوزه داخلی اعمال می‌کند، بطور کلی تشخیص می‌دهد که در سطح بین المللی، صلاحیت دادگاهها نیز ممکن است مبتنی بر تعدد عوامل ارتباطی مثل محل اقامت یا ملیت کشور متهم، محل انعقاد یا اجرای قرارداد و غیره باشد. در واقع، قواعد صلاحیت قضایی، چه در سطح داخلی و چه در سطح بین المللی، با انصاف و کارایی روند دادرسی توأم است. به عبارت دیگر، قوانین جایگزین دقیقاً آن اهدافی را دنبال می‌کنند که ممکن است با عمل فورم شاپینگ و تقلب در انتخاب دادگاه واجد صلاحیت، تضعیف شود.^۲

۲. ماهیت ایراد به فورم شاپینگ

از آنجا که خلط منافع و تعارض منافع^۳ در نظام‌های حقوقی مختلف امروزه، امری بدیهی است؛ منع تقلب نسبت به انتخاب دادگاه صلاحیتدار، در واقع تضمین حصول نتیجه بهتر در نتیجه‌گرایی^۴ کار قضایی است و خواهان اگر بداند در دعوی، با انتخاب یک گزینه از بین چند گزینه، به نتیجه مطلوب نائل می‌گردد، ترغیب می‌شود گزینه اصلح را برای حصول نتیجه و اعاده هزینه‌های انجام شده از جمله عمر، زمان، مال و حیثیت و غیره، انتخاب نماید.

اما صرفنظر از همه منافع مذکور، قاعده انصاف^۵ که در حقوق عرفی از منابع حقوق محسوب می‌شود، ایجاب می‌کند مسائل حقوق بشری چون دادرسی عادلانه^۶، لحاظ حقوق دفاعی متهم، بی‌طرفی، تساوی در

¹- Only where an international instrument establishes common norms for States parties does it make sense to use the term "alternative rules." With regard to EC Council Regulation 44/2001, it is thus appropriate to state that it establishes a system based on alternative rules of jurisdiction.

²- In France, for example, absent an international agreement governing the issue, the jurisdiction of French courts in international disputes is determined by way of a "transposition" of the domestic jurisdictional rules contained in Articles 46-48 of the Code de Procédure Civile. Code de Procédure Civile (C.P.C.) art. 46-48.

³- Conflicts of benefits

⁴- Consequence

⁵- Equity principle

⁶- Fair trial



برابر قانون و محاکم، منع هر نوع تبعیض از حیث مقام، ثروت، رنگ، جنس، ملیت و غیره در دعاوی، مورد لحاظ قرار گیرد و ماهیت اصلی فرورم شاپینگ بطرز جدی مورد خدشه و سؤال قرار گیرد.

جهت دهی دعوی و نتیجه گیری تضمین شده آن با پیش داوری ها و محاسبات خواهان در انتخاب صلاحیت محاکم، ارزش دادرسی قضایی را در حد داوری تنزل می دهد؛ زیرا داوری غالباً خاصیت کنترل گری^۱ دارد؛ در حالیکه محکمه قضایی، محل تظلم خواهی اشخاص و بازپس گیری عدالت مطلقه ای^۲ است که به قول افلاطون^۳ با ارتکاب جرم یا جنحه ای، عدالت از بین می رود و برای اعاده آن و بازگشت عدالت، مجرم باید مجازات شود. (اخوان کاظمی؛ ۱۳۹۷؛ ص ۶-۷).

بنابراین، ماهیت فرورم شاپینگ به سبب آنکه رفتار راهبردی از جانب خواهان در انتخاب یک سیستم حقوقی مَرَجَح برای تحقق منافع خویش است، محل اشکال است (Whytock, 2011. P.489)؛ زیرا به تصمیمات دادگاهها درباره مسائل قضایی و صلاحیت قانونی وابسته است و خواهان با رفتار راهبردی خویش سعی در به کرسی نشاندن اهداف خود با رویه، رفتار قبلی و سابقه دادگاه انتخابی دارد و از این حیث، پیش بینی نتیجه و حصول مطلوب نتیجه تقریباً قطعی است و این موضوع با عدالت و انصاف همخوانی ندارد. (David J. Dorward, L.1998; pp 151-52) هر دو طرف دعوی بایست از لحاظ شرایط برابر باشند، حتی در انتخاب شدن و انتخاب کردن. با لحاظ ایده فرورم شاپینگ، دو مشکل اساسی که ممکن است انتخاب دادگاه واجد صلاحیت ایجاد کند، بی انصافی^۴ و عدم کارایی^۵ است.

۲-۱- انصاف و فرورم شاپینگ

دعاوی بین المللی باید منصفانه باشند و انتخاب صلاحیت دادگاه نباید با این هدف اساسی مغایرت داشته باشد. پروفیسور مالوی^۶ معتقد است که غیرمنصفانه بودن، وجه تمایز فرورم شاپینگ با انتخاب صرف صلاحیت دادگاه است. محاکمی که به مسئله فرورم شاپینگ توجه دارند، می دانند که این عمل ممکن است منجر به نتایج ناعادلانه شود؛ به ویژه اینکه حمایت برابر قانون از طرفین را تضعیف می کند. آراء صادره ناشی از تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها، مبین این واقعیت است که انتخاب صلاحیت دادگاه به تشخیص خواهان، ممکن است ناعادلانه باشد. دادگاه عالی امریکا در اولین تصمیم خود راجع به این موضوع، صریحاً اظهار کرد که خواننده دعوی در فرورم شاپینگ ممکن است مورد آزار یا تحت فشار قرار گیرد یا با تحمیل

^۱- Control-based

^۲- Absolute justice

^۳- Plato

^۴- Unfairness

^۵- Inefficiency

^۶- Maloy.



هزینه یا دردهایی از این قبیل روبرو گردد؛ لذا قاعده انصاف حکم می‌کند به حقوق متهم یا خواننده دعوی توجه گردد تا تعارض منافع افراد به حداقل ممکن برسد. دادگاههای انگلستان و استرالیا نیز از استانداردهای مشابه استفاده کرده و تا حدی نیز این معیارها را بکار می‌برند. (Brand, Ronald A. 1998; 486).

عدم یکنواختی تصمیم‌گیری، احتمالاً متداولترین ایراد فوروم شاپینگ است. با وجود آنکه فوروم شاپینگ با مفهوم «بی‌انصافی»^۱ در ارتباط است، اما نه احکام دادگاه و نه مباحث آکادمیک، معنی دقیق این موضوع را روشن نکرده‌اند. برای درک بهتر اینکه چگونه انتخاب صلاحیت دادگاه پر منفعت تر برای خواهان، ممکن است «ناعادلانه» به ضرر متهم باشد و چه نوع بی‌انصافی ممکن است حادث شود، بحث باید از این ایده اساسی شروع شود که انصاف نیاز به برخورد برابر و متساوی با طرفین اختلاف دارد. برای احراز برخورد برابر، اصحاب دعوی باید هم از نظر قوانین قابل اجرا و هم مؤلفه‌های انتخاب دادگاه، برابر باشند^۲ و جنبه‌های عدالت و انصاف، هم نسبت به قانون شکلی و هم قانون ماهوی رعایت گردد.^۳ بطور کلی، اثر بالقوه منفی قوانین جایگزین نظیر گزینه‌های صلاحیت قضایی بر مزایای آنها غلبه دارد. علاوه بر این، هر سیستم جایگزینی که مبتنی بر قواعد انحصاری صلاحیت قضایی باشد، نه تنها غیر واقعی است، بلکه منبعی برای چالش‌ها و مسائل متعاقب می‌باشد.

در فوروم شاپینگ، ممکن است انتخاب دادگاه به نفع شاکی و ضرر خواننده باشد. معذالک وقتی بحث قوانین حاکم مطرح می‌شود، اختلاف بین هنجارهای متضاد آنها، صلاحیت احتمالی که منجر به استفاده از قوانین اساسی مختلف می‌شود و «برتری»^۴ قوانین جاری حوزه‌های قضایی خاص را ارجح می‌داند، معمولاً به عنوان دلایل اساسی در پرونده‌های فوروم شاپینگ شناخته می‌شوند. بنابراین، ممکن است مواردی وجود داشته باشد که نتیجه حاصل از یک انتخاب خاص دادگاه، در نگاه اول، ناعادلانه بنظر برسد. این امر مستلزم تجزیه و تحلیل مقایسه‌ای نتایج حاصل از قاعده اعمال شده توسط دادگاه و مواردی می‌باشد که ممکن است توسط سایر دادگاههایی که بالقوه صلاحیت دارند، اعمال شود.

اساساً، تصدیق اینکه قانون خاص یک کشور عادلانه تر یا برتر از قانون کشور دیگری است، دشوار است. در مفهوم کلاسیک تعارض قوانین، انتخاب مناسبترین قانون حاکم بر یک رابطه بین المللی بر اساس ماده اصلی و یا «کیفیت» قوانین مربوط صورت نمی‌پذیرد؛ بلکه مبتنی بر ملاحظات «مکانی»^۵ انجام می‌شود. با اینحال، وفق استثنائات تعارض قوانین، هر قانون خارجی که مغایر مفاهیم اساسی عدالت یا «نظم عمومی»

¹-Unfairness

²- Whats Wrong with FORUM SHOPPING? The international lawyer journal, winter 2011. (ibid.1011).

³-Unfairness as Far as the Applicable (Substantive and Procedural) Laws are Concerned. Ibid

⁴- superiority

⁵- Spatial



تلقی شود، قابلیت اجرا نخواهد داشت. بنابراین، در این استثناء، ناعادلانه بودن یک قانون از منظر نظام حقوقی مقرر دادگاه ارزیابی می‌شود؛ اما پذیرش ادعای اینکه یک قانون خاص ممکن است بصورت مطلق ناعادلانه باشد، بسیار دشوار است (Markus A. Petsche, L. 2010; PP 453, 466).

با اینحال، بعید نیست استدلال شود که در انطباق با استانداردهای بین‌المللی، ممکن است قانون خاص کشوری ناعادلانه تلقی شود. در اینصورت، هرگاه قانون خاصی از استانداردهای بین‌المللی پذیرفته شده، فاصله داشته باشد، ناعادلانه تلقی می‌شود. مثلاً اگر قانون کشوری، برخلاف نظام حقوقی اکثریت قریب به اتفاق کشورها، خواهان یک دعوی را با وجود آنکه خودش با سهل‌انگاری موجب ورود خسارت شده باشد، مستحق دریافت غرامت کامل بداند، ممکن است تحت چنین رویکردی، ناعادلانه تلقی شود.

با اینحال، در واقعیت، وضعیت بنحو دیگری است؛ اگرچه در نوشته‌های بی‌شماری بحث ناعادلانگی، امری ضمنی^۲ است، معذالک ادعای ناعادلانه بودن قوانین ماهوی یا شکلی قابل اجرا، غیرقابل توجیه یا حداقل بسیار بحث‌برانگیز است. زیرا محاکم برخی کشورها از دکتترین دادگاه نامناسب^۳ استفاده می‌کنند. در این روش، احراز آنچه با دشواری عملی روبرو است ناعادلانه بودن موضوع انتخاب دادگاه مناسب است، نه انصاف در قوانین قابل اعمال. بطور معمول، دادگاهها درجه خاصی از بی‌انصافی اساسی را تحمل می‌کنند و می‌پذیرند که شاکی واجد مزیت شخصی یا قضایی و بویژه قانونی در انتخاب دادگاه دارای صلاحیت خود است؛ لذا معمولاً وقتی پرونده‌ها را از جنبه ماهوی بررسی می‌کنند، تمایلی به اهمیت دادن به دکتترین چون دادگاه نامناسب و صلاحیت قابل اجرا ندارند (Piper, 454 U.S. at 247).^۴

ممکن است اعمال یک قانون ماهوی یا آیین دادرسی خاص غیرمنصفانه، قابل پیش‌بینی باشد. بعنوان نمونه در قضیه^۵ *Asahi Metal Industry v. Superior Court* یک موتور سوار در اثر برخورد با تراکتور در شهر کالیفرنیا آسیب دید. وی ادعاهایی علیه طرف‌های مختلف از جمله تولیدکننده تایر و لوله تایر ارائه داد و دادخواستی برای جبران خسارت علیه چندین متهم تنظیم و نهایتاً به آساهی (تولیدکننده ژاپنی مونتاژ شیر لوله) منتسب کرد. سئوالی که مطرح است اینکه آیا آساهی می‌تواند منطقاً پیش‌بینی کند که در کالیفرنیا با یک دادخواست روبرو خواهد شد و قانون کالیفرنیا بر دعوی حاکم خواهد بود؟ آیا اجرای قانون کالیفرنیا ناعادلانه است؟ پاسخ این سوال، بار دیگر منفی است. در حقیقت، این نتیجه‌گیری که متهم یا

^۱- As is well known, this traditional approach has been challenged by a number of U.S. writers during the So-called "conflict revolution" of the 1950s and 60s. Those authors advocated a variety of outcome-based conflict approaches. For a recent discussion of their theories.

^۲- implicit

^۳- forum non conveniens

^۴- See, e.g., Piper, 454 U.S. at 247 (holding that "[t]he possibility of a change in substantive law should ordinarily not be given conclusive or even substantial weight in the forum non conveniens inquiry.").

^۵- *Asahi Metal Indus. v. Super. Ct. of Cal.*, 480 U.S. 102 (1987).

^۶- *Asahi*



خواننده به هر دلیلی نمی‌تواند دادگاهی را که شاکی، دعوی خود را در آن مطرح می‌کند، بطور معقول پیش بینی کند، پس اجرای قانون کشور مقرر این دادگاه ناعادلانه است؛ بنظر نمی‌رسد نتیجه گیری موجهی باشد؛ زیرا صرف این موضوع، دلالت بر بی انصافی این قانون ندارد؛ بلکه مشکل، عموماً از این واقعیت ناشی می‌شود که دادگاه منتخب، آنچنانکه در قضیه آساهی مطرح بود، محل گفتمان عادی نیست و هنجارهای تعارض اعمال شده نیز غیرعادی نمی‌باشد؛ لذا انصاف قوانین قابل اجرا، مستقیماً در معرض خطر نیست.^۱

۲-۲- انصاف و کارایی قوانین صلاحیت جایگزین

تقریباً در همه سیستم های حقوقی مفروض است که در اختلافات بین المللی، صلاحیت دادگاهها ممکن است مبتنی بر تعدد عوامل ارتباطی باشد. لذا تا آنجا که به انواع خاصی از اختلافات مربوط می‌شود، قوانین منحصر به فرد صلاحیت قضایی ممکن است بطور استثنایی اعمال شوند. اختلافات واقعی بین کشورهای مختلف فقط به این مسئله مربوط می‌شود که چه تعداد از این عوامل جایگزین شناخته شده اند. مواردی که مبتنی بر ارتباط معنادار با طرفین یا واقعیت‌های اصلی اختلاف نیستند و بطور گسترده مورد استفاده قرار نمی‌گیرند، معمولاً بعنوان دلایل اضافی شناخته می‌شوند. با اینحال، توافق گسترده ای در مورد اصول اساسی صلاحیت وجود دارد (Guiditta Cordero Moss, (2007); Case, 32 REv. L. 1, I).^۲

بعنوان مثال، در اتحادیه اروپا، آئیننامه ۲۰۰۱/۴۴ شورای اتحادیه اروپا، کنوانسیون بروکسل - لوگانو را به بخشی از قانون اتحادیه اروپا تبدیل می‌کند و حاکم بر کلیه اختلافات مربوط به خواندگانی است که در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا اقامت دارند یا در آن زندگی می‌کنند. طبق این آئیننامه، شاکی موظف است ادعای خود را به دادگاه های محل اقامت خواننده ارائه دهد. این آئیننامه تعدادی از قوانین «صلاحیت خاص» که شاکیان حق استناد به آنها را دارند، را پیش بینی کرده است.^۳ مثلاً، در موارد قراردادی، این آئیننامه به شاکی اجازه می‌دهد تا ادعای خود را در دادگاه محل اجرای تعهد مورد نظر - یعنی دادگاه آن کشوری که شاکی مدعی است تعهد قراردادی در آنجا نقض شده - مطرح کند. در موارد بزهکاری، دعاوی ممکن است در محلی که واقعه مجرمانه اتفاق افتاده، در دادگاه ها مطرح شود. در مواردی که رفتار مجرمانه متهم در کشور

^۱ موضوع Asahi این نبود که آیا پرونده باید به دلایل forum non conveniens منتفی باشد یا خیر؛ بلکه این بود که آیا دادگاه مربوطه کالیفرنیا صلاحیت دارد یا خیر. دیوان عالی کشور معتقد بود که غیرقانونی و در نتیجه مغایر قانون اساسی است که یک متهم ژاپنی که محصولی را مستقیماً در ایالات متحده به بازار عرضه نکرده است، برای دفاع از ادعای خود، تولید کننده خارجی دیگر را الزام به حضور در دادگاه مورد نظر خودش کند. نک همان ۱۱۳-۱۱۶.

^۲ For a recent discussion of such exorbitant grounds, see Guiditta Cordero Moss, (2007); Between Private and Public international law: Exorbitant furis dictionas Illustrated by the Yukos Case, 32 REv. CENT1. & E. EUR. L. 1, I (2007).

^۳ For an examination of the ways in which the Regulation modified the legal regime established under the Brussels-Lugano Conventions, see Astrid Stadler, From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European Law of Civil Procedure, 42 COMsMON Micr. L. REv. 1637, 1637 (2005).



«الف» اتفاق افتاده و شاکی در کشور «ب» آسیب دیده باشد، دادخواست می‌تواند در دادگاههای هر دو کشور مطرح شود. در ایالات متحده، دادگاهها معمولاً در تعیین صلاحیت متهمان محلی مشکلی ندارند؛ لذا محل اقامت یا اقامت متهم را یک مبنای صلاحیت قضایی مناسب می‌دانند. طیف گسترده‌ای از پرونده‌های مربوط به متهمان خارجی نشان می‌دهد که سایر حوزه‌های قضایی مورد تأیید قرار گرفته‌اند. در این موارد، دادگاه‌ها به این موضوع می‌پردازند که آیا آنها صلاحیت شخصی در خصوص شخص خارجی را دارند یا خیر.^۱

۳. مقابله با فرورم شاپینگ

از اهداف اصلی و مهم حقوق بین‌الملل، مقابله با فرورم شاپینگ است؛ زیرا تقلب نسبت به انتخاب صلاحیت دادگاهها امروزه به قاعده‌ای شکل یافته در قالب فرصت‌جویی یا فرصت‌طلبی بدل شده که اصل انصاف^۲ را زیر سؤال می‌برد. از این حیث که خواهان حق مکتسبه خود را در راه نامشروع و به قصد اضرار به غیر استفاده می‌کند.

یکی از روش‌های مبارزه با فرورم شاپینگ و از جمله راهکارهای قابل توجه، رویکرد دکترین دادگاه نامناسب^۳ است که در نظام حقوق عرفی یا کامن‌لا موجود است و به محاکم قضایی این امکان و مجوز را می‌دهد تا رسیدگی به قضیه را متوقف نماید و یا حتی از دادرسی امتناع کند. این امر در نظام حقوقی مدون می‌تواند مصداق امتناع قاضی در صدور رأی قطعی دعوی تلقی شود؛ اما آنجا که نظم عمومی و مصالح جامعه در بین باشد، قاضی باید به استناد دکترین دادگاه نامناسب، بتواند از نتیجه‌گرایی مطلوب و سوء نیت خواهان جلوگیری کند.

در حقوق انگلیس و آمریکا که مبتنی بر نظام حقوق کامن‌لا می‌باشد، قاضی و دادگاه برای تعیین این امر که آیا از حیث رسیدگی و صلاحیت دادگاه مناسبتری نیز موجود است تا دعوی را بنفع آن دادگاه متوقف و تعلیق کند، کاملاً مختار و آزاد است. در آمریکا این دکترین در دفاع از فرورم شاپینگ استفاده می‌شود. بعنوان نمونه، قاضی اسکالی^۴ در سال ۱۹۹۴ در دعوی کمپانی درجینگ علیه میلر، دادگاه نامناسب^۳ را در

^۱ -See Ronald A. Brand, Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention, 24 BROOK. J. INT'L L. 125, 132 (1998) ("The process of applying a list-type long arm statute is not unlike the application of the jurisdictional rules of the Brussels Convention [which has been adopted, with minor changes, by Regulation 44/2001]."). However, U.S. courts sometimes dismiss cases brought against domestic corporations based on forum non conveniens. For critical views on such judicial practice, see, for example, Jacqueline Duval-Major, One-Way Ticket Home: The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens and the International Plaintiff 77 CORNELL L. REV. 650, 670 (1992) ("[Forum non conveniens may unjustifiably protect MNCs [multinational corporations] from any liability."] and David W. Robertson, The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens: "An Obect Lesson in Uncontrolled Discretion," 29 TEX. INT'L L. J. 353, 371-75 (1994). 91. U.S. CONsT. amend. XIV, § 1 ("[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law").

^۲ - Equity principle

^۳ -Lis alibi pendens

^۴ -Antonin Gregory; born, March 11, 1936 – death- February 13, 2016) was an American jurist who served as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States from 1986 until his death in 2016. He was nominated as the intellectual anchor for the



دفاع از این دکتربین دادگاه نامناسب^۴ مورد استفاده قرار داد که به نوعی در مخالفت با فوروم شاپینگ بوده است.

قاعده دادگاه نامناسب به لاتین بمعنای «اختلاف در جای دیگر در انتظار رسیدگی است» می باشد که هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین الملل برای رسیدگی به مسئله احکام بالقوه متناقض، اعمال می شود. اگر قرار باشد دو دادگاه، یک اختلاف یا دعوی با موضوع واحد را استماع نمایند، ممکن است به تصمیمات متفاوت برسند؛ لذا برای جلوگیری از این مشکل، دادگاه نامناسب، معمولاً به دعوی رسیدگی نمی کند. قاعده این است که چنانچه دادخواست در حال حاضر در دادگاهی مطرح باشد، رسیدگی به همان موضوع، نمی تواند در دادگاه دیگری آغاز شود. این قاعده دادگاه نامناسب برخاسته از نزاکت بین المللی^۵ است و به دادگاه اجازه می دهد در صورتیکه دعوی موازی در یک حوزه قضایی دیگر در جریان باشد، از اعمال صلاحیت خودداری کند.

امروزه دو دکتربین در نظامهای حقوقی وجود دارد که بعنوان ایراد مطرح شده و اعمال آنها باعث رسیدگی دادگاه به دعوا نمی شود. یکی دکتربین دادگاه نامناسب^۶ است که در نظام حقوق عرفی قید شد و دیگری دکتربین امر مطروحه که در حقوق کشورهای رومی ژرمنی مورد توجه است. این قاعده در حقوق مدون (رومی- ژرمنی) به دکتربین امر مطروحه^۷ تعبیر می شود (Brand & Herrup, 2008:82).

دکتربین دادگاه نامناسب در نظام حقوق ایران مورد توجه قرار نگرفته است و چنانچه یکی از جهات اعمال صلاحیت وجود داشته باشد، دادگاه ایرانی نمی تواند با استناد به این دکتربین، از رسیدگی به دعوا امتناع کند (مقصودی؛ ۱۳۸۹؛ ۱۴۳-۱۶۳)؛ لذا در دعاوی بین المللی بعلت فقد قواعد تعیین کننده صلاحیت بین المللی، دادگاهها از رسیدگی امتناع می کنند و الا مستنکف از احقاق حق محسوب می شوند (سلجوقی؛ ج ۲؛ ۱۳۸۷). لیکن همتراز با دکتربین دادگاه نامناسب، دکتربین امر مطروحه دلالت دارد به اینکه چنانچه دادگاهی،

originalist and textualist position in the Court's conservative wing. For catalyzing an originalist and textualist movement in American law, he has been described as one of the most influential jurists of the twentieth century, and one of the most important justices in the Supreme Court's history Scalia was posthumously awarded the Presidential Medal of Freedom in 2018 by President Donald Trump, and the Antonin Scalia Law School at George Mason University was named in his honor. See Rosen, Jeffrey (February 15, 2016). "What Made Antonin Scalia Great". The Atlantic. Archived from the original on July 13, 2019. Retrieved July 24, 2019.

1

2- American Dredging Co. v. Miller, 510 U.S. 443 (1994)

3- The principle of *lis alibi pendens* (Latin for "dispute elsewhere pending") applies both in municipal law, public international law, and private international law to address the problem of potentially contradictory judgments. If two courts were to hear the same dispute, it is possible they would reach inconsistent decisions. To avoid the problem, there are two rules.

4- *lis alibi pendens*

5- International comity

6- The doctrine of *forum non conveniens*

7- Rule-based approach



رسیدگی به امری را شروع نموده باشد، در رسیدگی بر دیگر دادگاهها اولویت دارد و دادگاههای بعدی بایست بنفع دادگاه مؤخر از رسیدگی امتناع ورزد. این امر درست مطابق با منع اقامه دعوی در سنت کامن لا یا دکتترین دادگاه نامناسب است. این دکتترین در میان کشورهای اروپایی نیز کاربرد دارد؛ کمالینکه در کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل و آئیننامه بروکسل یک، مصوب ۲۰۰۱ میلادی نمود یافته است (مقصودی؛ ۱۳۹۴؛ ش ۱۲).

هدف از منع تحقق فورم شاپینگ، حمایت از حقوق دفاعی خواننده و تضمین نفع خواهان است؛ زیرا خواهان با سوءنیت و سوءاستفاده از حق انتخاب محل دادگاه، خواننده را به دادگاهی نامناسب فرا می خواند که کلیه حقوق دفاعی و منافع وی را تحت الشعاع قرار می دهد. در حالیکه دکتترین ایراد امر مطروحه، اصل را بر حسن نیت و اصل برائت می گذارد و فورم شاپینگ را نیز نفی نمی کند. در این دکتترین، اصل در مورد خواهان و نیت وی، بر برائت است و قصد وی از انتخاب بین چند دادگاه صلاحیتدار نمی بایست مانند دادگاه تفتیش عقاید (انکوئیزاسیون^۱ در فرانسه کلاسیک) مورد بازرسی و کنترل قرار گیرد. لیکن قاعده سبق رسیدگی در برخی رژیم های حقوقی در مصادیقی نظیر تعدد دادگاه واجد صلاحیت از نظر دادگاه محل اقامت خواننده، محل اجرای عقد و وقوع عقد، نقش دارد. وفق این قاعده، اولین دادگاهی که درگیر در رسیدگی دعوی شده، می تواند به دعوی رسیدگی نماید.^۲

قواعد حاکم بر صلاحیت دادگاهها، جزء قواعد آمره است و قاضی نمی تواند به عذر اینکه دادگاه دیگری در موقعیت بهتر و مناسبتری است، از دادرسی امتناع نماید؛ زیرا مصداق استتکاف قاضی از رسیدگی محسوب می شود.^۳ اما ماده ۹۷۱ قانون مدنی به نوعی با استناد به تساوی حاکمیت دولت ها نسبت به دعاوی

^۱- Inquisition court

^۲- ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی: درمورد بند (۱) ماده (۸۴) هرگاه دادگاه خود را صالح نداند مبادرت به صدور قرارعدم صلاحیت می نماید و طبق ماده (۲۷) عمل می کند و در مورد بند (۲) ماده (۸۴) هرگاه دعوا در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد، از رسیدگی به دعوا خودداری کرده پرونده را به دادگاهی که دعوا در آن مطرح است می فرستد و در سایر موارد یادشده در ماده (۸۴) قرار رد دعوا صادر می نماید.

^۳- اصل «۱۶۷» قانون اساسی: قاضی موظف است کوشش کند، حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد بر منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.



بین المللی، در صورتیکه صلاحیت همزمان و متقارن دادگاه ایران و دادگاههای بیگانه وجود داشته باشد، قاعده سبق رسیدگی یا درگیر شدن دادگاه مُقدم در دعوی را نفی نموده و راه فورم شاپینگ را به نوعی باز گذارده است. در اینصورت، امکان دادرسی های متقارن، متوازی و معارض حاصل می شود. معذالک بنظر می رسد قوانین حل تعارض، که آمره اند، می توانند جلوی تحقق تقلب نسبت به انتخاب صلاحیت دادگاهها را بگیرند.

در حقیقت، آنچه‌انکه قبلاً نیز بیان شده، قاعده دادگاه نامناسب^۱ به دادگاه اجازه می دهد، پرونده را رد کند حتی اگر بطور معمول به دلیل «ناخوشایند بودن» یا نامناسب بودن^۲ دادگاه انتخاب شده، صلاحیت رسیدگی را داشته باشد.

۴. منشاء فورم شاپینگ

به اقتضای تغییر در شرایط زندگی اجتماعی انسانها، عینی گرایی بر ذهنی گرایی مسلط شده و عوامل ارتباط از جمله تابعیت و اقامت، محل اجرای عقد، اراده فردی حاکم و اطلاق آن در قوانین داخلی کشورها و یا نسبی بودن آنها، امروزه وصف تغییر پذیری یافته و نسبی بودن آنها سبب ایجاد تعارض گردیده است.^۳ استفاده از این تحول و تغییر در عوامل ارتباطی مانند تابعیت و اقامتگاه، گاه بصورت طبیعی و خودبخودی انجام می پذیرد و گاه افراد به قصد تقلب و کسب منافع و سود خود از این تغییرات بهره می برند. اگر این تقلب در صلاحیت دادگاه و انتخاب دادگاه مناسبتر، به صرفه و صلاح فرد باشد، فورم شاپینگ و اگر تقلب نسبت به قانون باشد، تقلب قانون معنا می شود. این دو از هم قابل تفکیک اند؛ لذا تغییر در تابعیت فرد و یا

طبق ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۴ آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، اگر دادرسی دادگاه به عذر اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست یا متناقض است یا به نوعی قانونی وجود ندارد از رسیدگی و حل و فصل دعوی استینکاف ورزد یا امتناع کند، مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.

^۱- forum non conveniens

^۲- The term "inconvenience" does probably not constitute the most accurate description of situations that may trigger the application of forum non conveniens. On this point, see, e.g., *Spiliada Mar. Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 at 474 (Eng.) (opinion of Lord Goff expressing "doubt whether the Latin tag forum non conveniens is apt to describe this principle. For the question is not one of convenience, but of the suitability or appropriateness of the relevant jurisdiction").

^۳- در ماده ۱۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر به تغییر پذیری تابعیت به صراحت اشاره شده است.

۱. هر انسانی سزاوار و محق به داشتن آزادی جابجایی [حرکت از نقطه‌ای به نقطه‌ای دیگر] و اقامت در [در هر نقطه‌ای] درون مرزهای مملکت است.

۲. هر انسانی محق به ترک هر کشوری، از جمله کشور خود، و بازگشت به کشور خویش است.



اقامت وی می‌تواند در هر دو موضوع، زمینه اجرای قانون دیگر را مهیا سازد که راه را برای فورم شاپینگ نیز باز می‌گذارد.

راهکار اصلی از نظر حقوق بین‌الملل، بایست تضمین حسن اجرای قوانین و قواعد آمره حل تعارض در حقوق و روابط افراد در عرصه بین‌المللی باشد و از تغییر توأم با تقلب و سوءنیت و ایذاء به دیگری و ورود ضرر به هم‌نوع انسانی جلوگیری شود. حتی‌الامکان باید از ممانعت نسبت به تغییر عوامل ارتباط از قانون یک کشور به قوانین دیگر کشورها با هدف ایجاد تسلط قانون مطلوب جلوگیری شود تا حتی برای خواهان در انتخاب قانون مطلوب یا صلاحیت دادگاه مطلوب تر ایجاد نشود.

در فورم شاپینگ، قصد فعل و قصد نتیجه، عناصر حدوث آن محسوب می‌شوند. در عنصر مادی تقلب می‌توان با طرح و پیشنهاد قاعده حل تعارض نسبت به این موضوع، جلوی عواقب مخرب متعاقب را گرفت و در عنصر معنوی نیز از تغییر عوامل کاست تا شخص با قصد متقلبانه خود در استفاده از آن تغییر، متوقف شود. زیرا عنصر معنوی قصد متقلبانه با اختیار تام و به ظاهر مشروع اشخاص در تغییر و جابجایی عامل ارتباطی در حقوق بین‌الملل خصوصی گره خورده است. لذا تقلب نسبت به قانون و صلاحیت دادگاه، در انتخاب دادگاه مناسب و یا قانون مطلوب، نوعی تجاوز از اختیار یا حق است و این تقلب در تحصیل تابعیت یا اقامت، نوعی فرار از اجرای مؤثر قانون یا صلاحیت دادگاه در قضیه می‌باشد که این فرار، خود مبین تقلب فرد است. گرچه ممکن است ضرری از این تقلب به اشخاص وارد نیاید،^۱ لیکن در فرض این نوشتار، تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها (فورم شاپینگ) تحقیقاً همراه با ایذاء و ورود ضرر به طرف مقابل است.

۴-۱- کارآیی^۲ دادرسی در فورم شاپینگ

انتخاب دادگاه، بالقوه ممکن است تأثیر مطلوبی بر «کارایی» دادرسی بگذارد. مقصود آن است که رسیدگی بگونه‌ای انجام می‌شود که از هزینه و تأخیر بی‌مورد یا اطلاع دادرسی جلوگیری کند و دادگاه قادر به تصمیم‌گیری «صحیح» باشد؛ لذا انتخاب دادگاه صلاحیتدار، ممکن است بر کارآیی دادرسی تأثیر بگذارد. به عنوان مثال، اگر دادرسی در یک حوزه قضایی برگزار شود که فقط به حقایق مادی مرتبط باشد، این امر ممکن است هزینه‌های اضافی متنوعی ایجاد کند و روند دادرسی را کندتر نماید. مشکلات در تحصیل شواهد مربوطه و بررسی آن، ممکن است وظیفه حقیقت‌یابی دادگاه را پیچیده کند و در نهایت بر صحت تصمیم آن تأثیر بگذارد. به‌رحال، بموجب برخی دلایل خاص ممکن است انتخاب دادگاه از سوی شاکی

^۱- نجاد الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، میزان، ۱۳۸۴، ص ۱۹۹. همچنین نک. نجاد الماسی همان. چاپ چهاردهم، ۱۳۹۴.

^۲-Efficiency



بطور مؤثر بر اثربخشی و نتیجه‌گیری نهایی تأثیر بگذارد و مهمتر آنکه، وی اغلب بدنبال پرمزیت‌ترین دادگاه از نظر قانون ماهوی و آیین دادرسی است.

از این رو، ملاحظات مربوط به کارایی ممکن است فقط نقش ثانوی در انتخاب وی داشته باشد.^۱

¹¹ - Those costs may include inter alia travel and accommodation expenses for both parties, their legal representatives, experts, and witnesses; translation and interpretation costs (if the language of the forum is different from the language of the contract and/or other relevant documents); costs flowing from the need to locate and compensate foreign counsel; and costs associated with the need to familiarize oneself with the rules and procedures of the foreign forum. Litigating in a foreign forum renders the process more complex, which may ultimately lead to an increase in the duration of the proceedings.

همانطور که بیان شد، یکی از پیامدهای مخرب احتمالی انتخاب دادگاه واجد صلاحیت، عدم کارایی رویه ای یا محدود بودن آن است؛ اما روشی است برای خواهان در نیل به نتیجه دلخواه و تضمین شده. بنابراین، او فقط با هدف برخورداری از مزایای مربوط به نتیجه واقعی و سهولت اجرای رأی، یک دادگاه ناکارآمد را انتخاب خواهد کرد. علاقه ای که شاکی به انجام کارآمد دادرسی دارد، عامل دیگری را ایجاد می کند که مراجعه به روشهای تقلب نسبت به صلاحیت دادگاهها را محدود می کند. تشویق به انتخاب دادگاهی که صلاحیت آن بر اساس استانداردهای بین المللی می باشد، بهترین راه حل است. دستیابی به منافع استراتژیک ممکن است خواهان را وادار کند تعدادی دادگاه بالقوه را در نظر بگیرد و دادگاهی را انتخاب کند که فقط با طرفین یا واقعیت‌های اصلی اختلاف در ارتباط باشد. گاهی اوقات، صلاحیت دادگاه منتخب ممکن است براساس یک قلمرو قضایی به اعتبار وجود دارایی های تحت تعقیب متهم یا حضور موقت شخص متهم در آن محل باشد که به وی اجازه می دهد در حوزه قضایی مربوطه اقدام کند.

البته این امر ممکن است منجر به مشکلاتی در اجرا شود. در واقع، طبق قوانین بسیاری از کشورها، یکی از الزاماتی که برای اجرای تصمیم دادگاه خارجی باید رعایت شود، این است که مبنای صلاحیت قضایی مورد استناد آن دادگاه، در صلاحیت اجرای رأی نیز قانونی شناخته شود. به عبارت دیگر، کشور «الف» تنها در صورتی احکام صادره در کشور «ب» را اجرا خواهد کرد که اعمال صلاحیت توسط دادگاه مربوطه کشور «ب» مطابق با قوانین مربوط به صلاحیت بین المللی کشور خود «الف» باشد. بعنوان مثال، اگر صلاحیت دادگاه فقط مبتنی بر وجود دارایی های متعلق به متهم باشد، احکام صادره توسط این دادگاه در کشورهایی که این زمینه صلاحیت خاص را به رسمیت نمی شناسند، قابل اجرا نخواهد بود. این مشکلات اجرایی احتمالی انگیزه ای برای شاکیان است تا از طرح دعاوی در دادگاههایی که صلاحیت آنها به دلایل غیرمعمول یا فوق العاده است، خودداری کنند. بنابراین، موضوع در محدود کردن حوزه های قضایی که در آن می توان انتظار داشت از یک شاکی شروع به رسیدگی کند، مؤثر خواهد بود. با محدود کردن تعداد گزینه های عملی، این انگیزه به محدود کردن استراتژی های فورم شاپینگ کمک می کند (Juenger, *ibid.* at 554).



۵. نتیجه

آنچنانکه بیان شد، تقلب نسبت به قانون و صلاحیت دادگاهها یا فرم شاپینگ، از دغدغه های اصلی حقوق بین الملل خصوصی معاصر است. تقلب هم نسبت به قانون و هم نسبت به صلاحیت دادگاهها عمدتاً منبعث از نظم عمومی و قواعد آمره است که البته در دعاوی حقوق بشری اقامه شده از جمله دعاوی ماری گرین این مسئله در جهت تعادل میان منافع فرد و جامعه و حقوق اشخاص ثالث (همسر اول خواهان دعوی) اعمال گردیده است.

فرم شاپینگ، نگرانی از سوءاستفاده و تقلب خواهان نسبت به انتخاب میان صلاحیتهای موازی از بین محاکم مختلفی می باشد که وی مخیر است میان آنها و به تشخیص و صلاحدید خود انتخاب کند. در نتیجه، طبق فردگرایی و اندیشه حُب ذات منافع و مصالح فردی بر دیگر موارد رجحان و برتری می یابد. در فرم شاپینگ احراز شرایطی از جمله ورود ضرر به حقوق افراد و اشخاص ثالث و سوءنیت ملاک عمل می باشد؛ اما بدیهی است خواهان با حُسن نیت هم در رسیدگی های خود به منافع و مصالح خویش می اندیشد.

امروزه برای مرتفع نمودن این پدیده، راهکارهایی مانند ایراد امر مطروحه و دکترین دادگاه نامناسب بکار گرفته می شود و اشتغال رسیدگی در یک دادگاه مُقَدَّم، مانع از رسیدگی و صدور آراء متناقض از محاکم دیگر می شود. در نظام حقوق عرفی، به قضات اجازه پیشینی داده شده تا در صورت فقد ارتباط کافی بین دعوی و دادگاه، از رسیدگی امتناع نمایند. این امر در حقوق رومی ژرمنی، استتکاف قاضی از صدور قطعی رأی است و بنظر می رسد قواعد پسینی را می طلبد تا تکلیف قضات در این خصوص مشخص شود. خلط راهکار حقوق عرفی در نظام حقوقی مدون می تواند راهگشا باشد و در اینصورت خواهان صرفاً نمی تواند به انتخاب خود بسنده نماید؛ زیرا دادگاه می تواند قرار عدم استماع صادر نماید.

معذالک، بهترین راهکار مبارزه با فرم شاپینگ، وضع قانون و ایجاد قواعد مربوط به صلاحیت منطقی و متعارف است تا به سبب آن بتوان در فرض تغییرات تابعیت و اقامت، دادگاه را مکلف به تبعیت از خواسته خواهان نکند و احتمال تقلب و سوءاستفاده از حق انتخاب خود را تقلیل دهد تا ورود ضرر و ایزاء به خواننده یا خواندگان دعوی را مانع شود.

منابع و مأخذ

(فارسی)



اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۹۷)؛ «نگرشی تطبیقی به مفهوم عدالت در فلسفه سیاسی افلاطون و ارسطو»؛ فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره سوم.

الماسی، نجاد (۱۳۹۴)؛ «حقوق بین الملل خصوصی»؛ نشر میزان. چاپ چهاردهم.

سلجوقی، محمود (۱۳۸۷)؛ «حقوق بین الملل خصوصی»؛ ج ۲ تهران، نشر میزان.

مقصودی، رضا (۱۳۸۹)؛ «شروط صلاحیت قضایی در حقوق بین الملل خصوصی»؛ پژوهشنامه حقوقی؛

دوره اول؛

مقصودی، رضا (۱۳۹۴)؛ «سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی»؛ فصلنامه پژوهش حقوق

خصوصی؛ سال چهارم؛ شماره دوازدهم.

(انگلیسی)

Aaron D. Simowitz, A U.S. Perspective on Forum Shopping, Ethical (۱)
Obligations, and International Commercial Arbitration. October 2013.

Brand, Ronald A. Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The (۲)
Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention, 24
BROOK. J. INT'L L. 125, 132 (1998)

David J. Dorward, Comment, The Forum Non Conveniens Doctrine and (۳)
the Judicial Protection of Multinational corporations from Forum
Shopping Plaintiff, 19 U. PA.J. INT'L EcON. L. 141, 151-52 (1998)

Dorward, David J. Comment, The Forum Non Conveniens Doctrine and (۴)
the Judicial Protection of Multinational corporations from Forum
Shopping Plaintiff, 19 U. PA.J. INT'L EcON. L. 141, 151-52 (1998)
(stating that the "most obvious problem with forum shopping is that it
allows plaintiffs to exploit [unfair] loopholes in the system").

Duval-Major, Jacqueline (1992); One-Way Ticket Home: The Federal (۵)
Doctrine of Forum Non Conveniens and the International Plaintiff 77
CORNELL L. REV. 650, 670

Francesco Seatzu, (2003); Insurance in Private International Law, A (۶)
European Perspective., Pdf format. P. 80-1.

Friedrich K Juenger, (1989), Forum Shopping, Domestic and International, (۷)
63 Tu. L. REV. 553, 553;

Rosen (February 15, 2016). "What Made Antonin Scalia Great". Jeffrey, (۸)
The Atlantic. Archived from the original on July 13, 2019. Retrieved July
24, 2019.

Juenger, Friedrich K. Forum Shopping, Domestic and International, 63 (۹)
Tu. L. REV. 553, 553 (1989)



- Kiestra (2014), the impact of the European Convention on Human Rights, (۱۰)
2014, Available at www.Springer.com
- Between Private and Public international law: Guiditta Cordero. Moss, (۱۱)
diction as Illustrated by the Yukos Case, 32 REv. Exorbitant furies
CENT1. & E. EUR. L. 1,I,(2007).
- Nygh, peter, The Reasonable Expectation of the parties as a guide to the (۱۲)
choice of law in contract and in tort, 251 Recueil des cours. (1998)
- PETSCHE, MARKUS in What's Wrong with Forum Shopping? An (۱۳)
Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice.
- Robertson, David W. The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens: (۱۴)
"An Object Lesson in Uncontrolled Discretion," 29 TEX. INT'L L. J. 353,
371-75 (1994).
- U. (2002), Conflict-of-Laws Doctrine and Forum Shopping, Ralph (۱۵)
International and Domestic (Revisited), Written, U.S. 37 TEX. INr'L L.J.
559, 559 (2002).
- Seatzu, Francesco. Insurance in Private International Law, A European (۱۶)
Perspective, Francesco Seatzu, 2003. Pdf format.
- Simowitz, Aaron D. A U.S. Perspective on Forum Shopping, Ethical (۱۷)
Obligations, and International Commercial Arbitration, (NEW YORK
UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY
RESEARCH PAPER SERIES, WORKING PAPER NO. 13-55. (2013)
- Stadler, Astrid. From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: (۱۸)
Cornerstones of a European Law of Civil Procedure, 42 COMsMON
Micr. L. REv. 1637, 1637 (2005).
- Whitten, Ralph, U. U.S. Conflict-of-Laws Doctrine and Forum Shopping, (۱۹)
International and Domestic (Revisited), 37 TEX. INr'L L.J. 559, 559
(2002).
- Whytock, Christopher, The Evolving Forum Shopping Systems, Cornell (۲۰)
Law Review, Vol. 96. (2011).

Web Sites

- <http://echr.ketse.com/doc/38797.07-en-20100706/view/> (۱)
www.Springer.com (۲)
<http://echr.ketse.com/doc/38797.07-en-20100706/view/> Mary Green (۳)
and Ajad Farhat against Malta. The European Court of Human Rights
(Fourth Section), sitting on 6 July 2010. See The Fourth Section
Decision.

Cases



THE FOURTH SECTION DECISION, Application no. 38797/07 (۱)
The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting on 6 July (۲)
2010.
Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 508 (1947). (۳)
Logan v. Bank of Scotland, (1906) (۴)
Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981). (۵)
Pierre v. S. Am. Stores (Gath & Chaves) Ltd., (1936) (۶)
Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd., (1987). (۷)
Asahi Metal Indus. v. Super. Ct. of Cal., 480 U.S. 102 (1987). (۸)
American Dredging