

تئوری موضوعات ضمنی^۱ در تعارض قوانین

دکتر فرهاد خمامی زاده *

چکیده

«موضوع ضمنی» موضوعی است که متعاقب طرح موضوع اصلی یک پرونده مطرح می شود و حل مقدماتی آن لازمه رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت به موضوع اصلی می باشد. در رابطه با تعیین قانون حاکم بر موضوع ضمنی در حالتی که موضوع اصلی تابع یک قانون خارجی است، دو راه حل ارائه شده است. گرچه غالب علمای حقوق معتقد به صلاحیت قاعده حل تعارض مقرر دادگاه برای تعیین قانون صلاحیتدار بر موضوع ضمنی هستند، عده ای قانون کشور خارجی تعیین شده به وسیله قانون مقرر دادگاه برای حل موضوع اصلی را برای تعیین قانون حاکم بر موضوع ضمنی واجد صلاحیت می دانند. این نظریه «تئوری موضوعات ضمنی» نام گرفته است.

کلید واژگان

موضوع اصلی، موضوع ضمنی، قانون صلاحیتدار، قانون مقرر دادگاه.

1. The Incidental Question- The Preliminary Question- Subsidiary Question/- Questions prealables ou incident/ Vorfrage.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

قواعد حل تعارض در سیستم حقوقی هر کشور قانون حاکم بر موضوعات واجد جنبه بین‌الملل خصوصی را تعیین می‌نمایند.^۲ این قانون منتخب بر اساس جایابی عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض^۳ ممکن است خود قانون مقر دادگاه^۴ و یا قانون یک کشور خارجی باشد. گاهی قاضی می‌بایست قبل از رسیدگی به موضوع مطروحه، به حل موضوعی که به‌طور مستقیم در ایجاد رابطه حقوقی مورد ادعا نقش داشته رسیدگی نماید؛ مثلاً در موردی که زنی مدعی داشتن سهم‌الارث از شوهر فوت شده خویش است و ممکن است ادعایی مبنی بر عدم وجود رابطه زوجیت از سوی یکی دیگر از مدعیان ارث مطرح شود. در این حالت قاضی می‌بایست قبل از ورود به موضوع اصلی^۵ یعنی تقسیم ترکه متوفی که مثلاً بر طبق قاعده حل تعارض مقر دادگاه تابع قانون کشور خارجی است، وجود رابطه زوجیت را مورد بررسی قرار دهد. در جریان تعیین قانون حاکم بر موضوع اخیر که در واقع موضوعی مقدماتی و ضمنی نسبت به موضوع اصلی تلقی می‌شود، آیا همان قانون حاکم بر موضوع اصلی یعنی تقسیم ترکه و قانونی که به وسیله قاعده حل تعارض قانون اخیر تعیین می‌شود باید ملاک عمل قرار گیرد؟ یا قانون دیگری که به موجب قاعده حل تعارض مقر دادگاه مستقلاً بر رابطه مذکور حاکم است و احیاناً حاوی حکم متفاوتی

2. Compétence législative.

3. Les règles de conflit.

4. Lex Fori.

5. Main question.

می‌باشد؟

هرچند عقیده غالب این است که به هر حال این قاعده حل تعارض مقر دادگاه است که در هر دو موضوع اصلی و ضمنی تعیین‌کننده قانون صلاحیتدار است^۶، به نظر گروهی از علما همان قانون خارجی که به موجب قاعده حل تعارض مقر دادگاه برای ارائه راه حل در موضوع اصلی صلاحیتدار تشخیص داده شده باید در رابطه با موضوعی که رسیدگی به آن مقدمه و لازمه رسیدگی به موضوع اصلی است ارائه طریق نماید. این نظریه تحت عنوان "تئوری موضوعات ضمنی" مطرح و شناخته شده است.^۷

در مقاله حاضر پس از ذکر تعریف و عناصر موضوع ضمنی، نظریات طراحان و مدافعان تئوری مذکور تشریح و مورد ارزیابی واقع و سپس مواضع متخذه در رویه قضایی کشورهای مختلف مطرح می‌شوند.

۱- تعریف و عناصر موضوع ضمنی

موضوعات ضمنی مطروحه در چارچوب حقوق بین‌الملل خصوصی موضوعاتی هستند که به مناسبت طرح یک موضوع اصلی توسط طرفین یک دعوی واجد جنبه حقوق بین‌الملل خصوصی و به عنوان مقدمه رسیدگی به موضوع اصلی مطرح می‌شوند و اتخاذ

6. Francescakis, Ph., La Theorie du Renvoi et Les Conflits de Systemes en Droit International Prive, Sirey, Paris, 1958, p. 211; Maury. J., Regles Generales Des Conflits de Lois, Recueil, 1939, p. 559.

۷. برای این نام گذاری رک. برای مثال:

Loussouarn. Y., Bourel, P., Droit International Prive, Dalloz, Paris, 1993.

تصمیم مقدماتی نسبت به آن‌ها لازمه رسیدگی و تصمیم‌گیری نسبت به موضوع اصلی می‌باشد.^۸ مثلاً زمانی که مقر دادگاه در مقام رسیدگی به حق ازدواج دوم برای شخصی است که مدعی است قبلاً از همسر اولش طلاق گرفته قبل از رسیدگی به حق ازدواج مجدد که موضوع اصلی است باید انجام قبلی طلاق به موجب قانون صلاحیتدار را احراز نماید و در این حالت قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه در رابطه با موضوع اصلی و همچنین قانون مقر دادگاه راه‌حل‌های خاص خود را در رابطه با موضوع ضمنی دارند.

بر اساس چنین فرضی است که در رابطه با مواردی که به موجب قانون مقر دادگاه موضوع اصلی تابع یک قانون خارجی دانسته شده، در کنار نظریه فائل بر صلاحیت قانون مقر دادگاه برای حل موضوع ضمنی، نظریه‌ای به نام "تئوری موضوعات ضمنی" شکل گرفته که بر صلاحیت قانون کشور خارجی حاکم بر موضوع اصلی، برای تعیین قانون حاکم بر موضوع فرعی تأکید دارد.

بنابراین برای طرح چنین سناریویی عناصری لازم است: اولاً باید موضوع اصلی حسب قاعده حل تعارض مقر دادگاه تابع یک قانون خارجی باشد؛ ثانیاً موضوعی که تعیین تکلیف آن لازمه حل موضوع اصلی است جدا از آن و از نظر قانون مقر دادگاه تابع قانونی غیر از قانون حاکم بر موضوع اصلی دعوا باشد؛ و ثالثاً اجرای قانون مورد نظر قانون خارجی بر موضوع فرعی نتیجه‌ای متفاوت نسبت به اجرای قانون مورد نظر مقر دادگاه بر

8. Melin, Francois, Droit International Prive, Gualino editeur, Paris, 2002, p.116.

همان مورد داشته باشد.^۹

با کمی تأمل در "تئوری موضوعات ضمنی" درمی‌یابیم که این مورد یک تعارض قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی است و راه‌حل متخذه در این تئوری با "احاله" شباهت دارد، زیرا در هر دو مورد قاعده حل تعارض قانون مقر دادگاه به نفع قاعده حل تعارض خارجی کنار گذاشته می‌شود.^{۱۰} با وجود این، تفاوت عمده در این است که در احاله؛ قواعد حل تعارض مقر دادگاه و کشور خارجی هر دو در مورد یک موضوع هستند و انگیزه مشترکی برای اجتناب از تعارض سیستم‌ها وجود دارد که موجب می‌شود قاضی مقر دادگاه همان تصمیمی را اتخاذ نماید که قاضی خارجی در مقام رسیدگی به همان موضوع اتخاذ می‌نمود.^{۱۱}

قابل ذکر است به نظر لاگارد متعاقب اتخاذ چنین راه‌حلی، تفسیر قاعده حل تعارض کشور خارجی باید بر اساس مفاهیم همان کشور صورت گیرد و دیوان کشور هم وارد رسیدگی به اعتراضات مربوط به عدم اجرای درست قاعده حل تعارض خارجی نخواهد شد و بالاخره این که نظم عمومی مقر دادگاه مجال ورود به موضوعات ضمنی را

9. Cheshire & North S., Private International Law, 11ed, Landon: Batterworth, 1987, p.53; Brien, oConflict of Laws, London: Cavendish, 1999, p.105.

۱۰. احاله زمانی مطرح می‌شود که هنگام رجوع به قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه، قاعده حل تعارض آن کشور صلاحیت قانون خود را بر موضوع نپذیرد، از اجرای آن امتناع و بر اساس قانون دیگری که تعیین می‌کند عمل شود. برای مطالعه احاله رک. برای مثال:

Francescakis, op.cit., p.203,n.215.

11. Deby-Gerard, France, Le Rule de la Regle de Conflict Dans le Reglement Des Rapports Internationaux, Dalloz, Paris,1973, no.373.

نمی‌یابد.^{۱۲}

۲- پیدایش و سیر تحولی "تئوری موضوعات ضمنی"^{۱۳}

در پاسخ به این که در صورت طرح موضوع ضمنی، قانون حاکم بر آن چگونه باید تعیین شود، نظریات مختلفی مطرح شده است.^{۱۴} هرچند غالب حقوق‌دانان به‌طور سنتی قائل بر اعطای صلاحیت به قانون مقر دادگاه برای تعیین قانون حاکم بر موضوع ضمنی بوده‌اند، مع‌ذلک عده‌ای موضوع ضمنی را امری جدا از موضوع اصلی و تعیین قانون حاکم بر آن را خارج از قلمرو صلاحیت قانون مقر دادگاه قلمداد نموده‌اند. این طرز تفکر اساساً در آلمان و توسط ونگلر در ۱۹۳۴ و ملشور در ۱۹۳۲ شکل گرفت^{۱۵} و سپس در

12. Lagarde, P., "La Regle de Conflit Applicable Aux Questions Prealables, R.C., 1960, p.466.

۱۳. در این رابطه از جمله می‌توان به منابع زیر رجوع نمود:

Ibid., p.459; Franciscakis, "Les Questions Prealables de Statut Personnel Dans le Droit de la Nationalite", *Rabels Z.*, 1958, p.166; Etats-Unis: Gottlieb, "The Incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws", *Canadian Bar Review*, t.33, 1955, p.523; Italie: Venturini, "Le Questioni Pregiudiziali", *Giurisprudenza comparada di D.I.P.*, v.XI, 1954, p.184.

۱۴. به نظر رابرتسون، در مجموع چهار نظریه متفاوت در این زمینه قابل تشخیص است. دو نظریه اول یکی قائل به اجرای قاعده مادی مقر دادگاه و دیگری معتقد به اجرای قاعده مادی کشور خارجی تعیین شده برای موضوع اصلی می‌باشد. با وجود این به نظر رسیده با توجه به خصیصه بین‌المللی موضوع باید تعیین قاعده مادی به‌طور غیرمستقیم و با رجوع به قواعد حل تعارض باشد.

Rabertson, A.H., *Characterization in Conflict of Laws*, 1940, p.141; Franciscakis, *op.cit.*, p.211.

15. Melchior, *Die Grundlagen Des Deutschen Internationales Privatrechts*, 1932; Wengler, "Die Vorfrage Im Kollisionsrecht", *Zeitschrift fur auslandisches und internationales privatrecht*, 1934, pp.148-251.

کشورهای دیگر از جمله در کشور فرانسه توسط افرادی مثل لاگارد^{۱۶} و در انگلستان توسط مارتین ولف^{۱۷} مورد توجه قرار گرفت.

به نظر ملشیور که معتقد به ضرورت پذیرش "نظریه دادگاه خارجی"^{۱۸} در حقوق موضوعه آلمان می باشد، چنانکه در راستای اجرای نظریه مذکور قاضی باید بر مبنای آنچه مورد نظر دادگاه خارجی است عمل کند، در رابطه با موضوع ضمنی نیز باید همین شیوه را اتخاذ نماید. به این ترتیب اگر در مورد یک دعوی تقسیم ترکه مطروحه در آلمان، موضوع به موجب قاعده حل تعارض آلمان تابع قانون انگلستان باشد موضوع مشروعیت

←
Francescakis, op.cit., pp.203 et.s.

16. Lagarde, op.cit.:Maury, "Regles Generales Des Conflits de Lois", Recueil des cours, no.57, 1936, III, p.329.

17. Wolf, M., "Private International Law", 1 ed., 1945, p.209.

۱۸. به موجب این نظریه چنانچه در پرونده ای قانون انگلستان یک قانون خارجی را به عنوان قانون صلاحیت دار اعلام نماید قاضی انگلیسی خود را به جای قاضی خارجی فرض می کند و به همان نحو که قاضی خارجی به چنین مسئله ای رسیدگی می کند، حکم خواهد داد. به عنوان مثال یک انگلیسی مقیم فرانسه در فرانسه فوت می کند و موضوع ترکه منقول وی در دادگاه انگلیس مطرح می شود. قاضی انگلیسی با صالح دانستن قانون فرانسه (اقامتگاه) باید خود را جای قاضی فرانسوی بگذارد و مانند او قضاوت کند. قانون فرانسه قانون انگلیس (ملی) را صالح می داند و احاله قانون انگلیس به قانون فرانسه را می پذیرد. بنابراین قاضی انگلیسی نیز به همین ترتیب عمل می کند و نهایتاً قانون فرانسه را در مورد ترکه منقول متوفی اجرا می کند. اما اگر شخص متوفی در کشوری اقامت داشت که احاله را نمی پذیرد (مثل ایتالیا)، در این صورت قاضی انگلیسی با صالح دانستن قانون آن کشور خود را به جای قاضی آن کشور می گذاشت و چون ایتالیا قانون انگلیس را صالح می داند اما احاله قانون انگلیس به قانون ایتالیا را نمی پذیرد لذا قاضی انگلیسی نهایتاً قانون انگلیس را اجرا می نمود. ارفع نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، بهتاب، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۱۲۲.

نسب مدعی ارث نیز باید بر اساس آنچه قاضی انگلیسی در مورد مشابه عمل می‌نماید مورد بررسی واقع شود.^{۱۹}

وانگلر به نحو دیگری در مقام توجیه این تئوری بر آمده و معتقد است، از یک سو ما "اصل هماهنگی مادی تصمیمات"^{۲۰} را داریم که به موجب آن تمام موضوعاتی که در یک سیستم حقوقی مطرح می‌شوند باید بر اساس یک قاعده حل تعارض واحد در همان سیستم مورد رسیدگی قرار گیرند که در این صورت مثلاً اگر شخصی به موجب قاعده حل تعارض مقر دادگاه فرزند قانونی تلقی می‌گردد این خصوصیت باید در رابطه با تمام مواردی که در رابطه با این خصوصیت مطرح می‌گردند مثل نفقه یا ارث مورد شناسایی واقع شود و از سوی دیگر اصل "هماهنگی بین‌المللی قوانین" یا "به حداقل رساندن تعارضات بین‌المللی"^{۲۱} را داریم که یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌شود. به موجب این اصل قانون حاکم در یک موضوع باید به طریقی تعیین شود که راه حل متخذه تا حد امکان مشابه راه حل دیگر کشورها و خصوصاً کشورهایی باشد که در مقام رسیدگی به همان پرونده صلاحیت قضایی خود را می‌پذیرند.^{۲۲}

به نظر این نویسنده در رابطه با موضوعات ضمنی، بحث "هماهنگی در تصمیمات"^{۲۳} به معنای واقعی و به صورتی که مدنظر مدافعان احاله برای تضمین وحدت

19. Francescakis, op.cit., no. 225.

20. Harmonie materielle des solutions.

21. Harmonie internationale des decisions. Minimum des conflits.

22. Wengler, 'Les Principes Generaux du Droit International Prive et Leur Conflits', R.C.1952, p.610 et s.

23. Harmonie des solutions.

تصمیم‌گیری در کشورهای رسیدگی‌کننده به یک موضوع است، مطرح نیست بلکه یک ایده کلی‌تر و مبهم مطرح است که به موجب آن "قانون حاکم باید به طریقی تعیین گردد که متضمن ایجاد حداقل اختلافات با دول دیگر در موضوع مطروحه باشد".^{۲۴} بنابراین اعمال این اصل منتهی می‌شود به این که در رابطه با موضوع اصلی همان راه‌حلی اتخاذ شود که در کشور خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه اعمال می‌شود و همین امر به موضوعات ضمنی نیز سرایت می‌کند. بنابراین نام‌برده اصل دوم را بر اصل اول تفوق داده است، جز در موارد استثنایی.^{۲۵}

در فرانسه هرچند غالب نویسندگان با "تئوری موضوعات ضمنی" مخالفت نموده‌اند،^{۲۶} مع ذلک عده‌ای نیز از آن حمایت کرده و در مقام توجیه آن بر آمده‌اند.

لاگارد علت اجرای قانون خارجی بر موضوع ضمنی را دور بودن و فاصله موضوع ضمنی از سیستم مقرر دادگاه می‌داند و معتقد است "چنانچه سیستم حقوقی مقرر دادگاه از موضوع ضمنی سلب علاقه نموده باشد به همراه آن از موضوع ضمنی که با اکران موضوع اصلی از وی جدا شده و هیچ رابطه‌ای نیز با قانون مقرر دادگاه ندارد نیز سلب علاقه نموده است. گرچه واقعاً رابطه‌ای بین موضوع ضمنی و مقرر دادگاه به لحاظ مطرح بودن موضوع در آن وجود دارد ولی این رابطه جزئی نمی‌تواند توجیه‌کننده اجرای قاعده حل تعارض

24. Wengler, "Les Principes...", op.cit., p.611.

25. Makarov, "Les Cas D Application Des Regles de Conflit Etrangere", R.C., 1955-453; Francescakis, op.cit., no.226.

26. Mayer, P., "Droit International Prive", no.269 et s.

مقرر دادگاه بر موضوع ضمنی باشد.^{۲۷}

با وجود این، عده‌ای دیگر از جمله لویی لوکا برای توجیه اجرای قاعده حل تعارض خارجی، بر موضوع ضمنی احترام به منطق داخلی حقوق خارجی که به‌طور مادی بر موضوع اصلی حاکم است استناد می‌نمایند. به عبارت دیگر آن‌ها معتقدند برای اجتناب از تغییر ماهیت حقوق خارجی باید پذیرفت که "تعیین یک قانون خارجی به‌عنوان قانون صلاحیت‌دار مؤثر نخواهد بود مگر این که کلمات و روح آن توأمأً مورد توجه و توسل قرار گیرند."^{۲۸}

در انگلستان مارتین ولف^{۲۹} قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی را بر موضوع ضمنی نیز حاکم می‌داند^{۳۰}، زیرا به اعتقاد او این مسئله اصلی است که ابتدا نزد قاضی مطرح می‌شود و بدون طرح آن اصلاً موضوع ضمنی مجال ظهور نمی‌یافت. پیامد این تقدم طرح موضوع، تبعیت موضوع ضمنی از موضوع اصلی در رابطه با قانون صلاحیت‌دار می‌باشد. به نظر وی از زمانی که سیستم حقوقی مقرر دادگاه حل موضوع اختلاف را به قانون خارجی

۲۷. به نقل از:

Deby-Gerard, op.cit., no.385.

در همین رابطه ماکارو معتقد به صلاحیت قاعده حل تعارض کشور خارجی می‌باشد. رک.

Makarou, op.cit.

28. Louis-Lucas, P., "Qualification et Repartition", R.C., 1957, p.156.

29. Wolf, Martin, Das IPR Deutschlands, 3 ed., p.79.

به نقل از:

Batiffol, H., Lagarde, P., Droit International Prive, T 1, 8 ed., L.G.D.J., Paris, 1993, no.312.

30. Wolff, M., Private International Law, 2nd ed., 1950, p. 206.

واگذار می‌نماید همین قانون باید بر تمام اجزای اختلاف از جمله موضوع ضمنی حاکم باشد، یعنی همان قانونی که قاضی خارجی در مقام رسیدگی مستقیم به همین موضوع اعمال می‌نمود.^{۳۱} هنگامی که قاضی آلمانی در مقام رسیدگی به اعتبار یک مورد فرزندخواندگی است که حسب قاعده حل تعارض آلمان باید به موجب قانون انگلستان مورد ارزیابی واقع شود و قانون اخیر اعتبار این فرزندخواندگی را مشروط به عدم وجود فرزندان قانونی می‌داند، آیا نباید برای ارزیابی قانونی بودن فرزند شخص پذیرنده به قانون تعیین شده به وسیله سیستم تعارض قوانین انگلستان یعنی قاعده حل تعارض حاکم بر مسئله اصلی مراجعه نمود؟ چگونه می‌توانیم ادعا نماییم به موجب قانون انگلستان فرزندخواندگی را معتبر دانسته‌ایم به این دلیل که فرزند پذیرفته شده از نظر قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه قانونی نیست در حالی که یک قاضی انگلیسی با قانونی تلقی نمودن فرزند مذکور به موجب قاعده حل تعارض انگلیسی، این فرزندخواندگی را به رسمیت نمی‌شناسد.

۳- ارزیابی "تئوری موضوعات ضمنی"

به طور کلی می‌توان مزایا و ایراداتی را به شرح ذیل در رابطه با "تئوری موضوعات ضمنی" برشمرد:

۱-۳- مزایا: امتیازات رجوع به قانون کشور خارجی حاکم بر موضوع اصلی عمدتاً در

31. Loussuarn, Y., Bourel, P., op.cit., p.197; v. aussi Makarovop.cit., p.452.

دو زمینه شناسایی حقوق مکتسبه و ایجاد هماهنگی بین سیستم‌های حقوقی است.

الف- شناسایی و احترام به حقوق مکتسبه: با توجه به این که به طور معمول در حقوق موضوعه کشورهای مختلف هنگامی که موضوع شناسایی یک رابطه حقوقی مطرح می‌شود ملاک قاضی مقر دادگاه برای ارزیابی این است که رابطه حقوقی به طور قانونی و صحیح ایجاد شده باشد و منظور از قانون صلاحیت‌دار اصولاً قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه است^{۳۲}، رابطه حقوقی‌ای که زمانی به موجب قانون خارجی مرتبط با آن ایجاد شده چه بسا به موجب قانون مقر دادگاه قابل ایجاد نباشد. بنابراین اگر چنین موضوعی به عنوان موضوع ضمنی نزد قاضی مقر دادگاه رسیدگی کننده به موضوع اصلی مطرح شود و ملاک قاضی برای رسیدگی به آن قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارضش باشد ممکن است حق مکتسبه افراد تضییع شود. بالعکس رابطه حقوقی ایجاد شده بخت بیشتری برای پذیرش و شناسایی دارد اگر به موجب قاعده حل تعارض کشور خارجی مورد ارزیابی قرار گیرد. می‌توان فرض نمود که رابطه حقوقی دارای ارتباطاتی با قانون خارجی در زمان ایجادش بوده و در نتیجه راه حل متخذه محتمل‌ترین پیش‌بینی طرفین رابطه حقوقی بوده است.^{۳۳}

۳۲. حتی از نظر بین‌المللی ایجاد شده قلمداد می‌گردد که اولاً طبق قانون صلاحیت‌دار و ثانیاً به صورت قانونی و با رعایت کلیه شرایط لازم ایجاد شده باشد. ارفع‌نیا، پیشین، ص ۱۳۸. البته بعضی در مواردی که رابطه حقوقی در محیط حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد شده باشد، اجرای قانون محل ایجاد رابطه حقوقی را می‌پذیرند و این نظریه بعضاً در محاکم نیز پذیرفته شده است.

33. Deby-Gerard, op.cit., no. 376.

مع ذلک این احتمال را نباید نادیده گرفت که گاهی ممکن است اجرای قانون مقر دادگاه منجر به معتبر شناخته شدن موضوع ضمنی شود، در حالی که اجرای قانون خارجی منجر به ابطال آن خواهد شد. مثلاً زمانی که مشروعیت قانونی طفل متولد شده از زن و مردی اسپانیایی که در فرانسه به طور مدنی ازدواج نموده‌اند در محکمه‌ای فرانسوی مطرح و مورد اعتراض واقع شود، قانون حاکم بر موضوع اصلی (مشروعیت قانونی فرزند) حسب حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه قانون اسپانیا می‌باشد، در حالی که قانون حاکم بر موضوع ضمنی (ازدواج)، یا قانون فرانسه به عنوان قانون حاکم بر شکل ازدواج انجام شده در فرانسه (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض فرانسه) است که در این صورت ازدواج صحیح تلقی می‌شود و یا قانون اسپانیا که به موجب حقوق بین‌الملل خصوصی اسپانیا حاکم است که در این صورت ازدواج به لحاظ عدم انجام تشریفات مذهبی باطل خواهد بود.

ب- ایجاد هماهنگی بین‌المللی در تصمیمات: یکی از انگیزه‌های مهم "تئوری موضوعات ضمنی" نیل به تأمین هماهنگی بین راه‌حل‌های کشورهای مختلف بوده است. هنگامی که قانون مقر دادگاه در موردی قانون یک کشور خارجی را صالح می‌داند در رجوع به قانون خارجی چه در رابطه با موضوع اصلی و چه در مورد موضوع ضمنی باید به طریقی اقدام شود که نتیجه همان باشد که در کشور خارجی در صورت طرح موضوع در همان کشور حاصل می‌شد. به این ترتیب نوعی هماهنگی در تصمیمات متخذه در کشورهای مختلف قابل دست‌یابی می‌باشد که مزایای آن قابل انکار نیست.^{۳۴}

^{۳۴}. با وجود این لاگارد معتقد است هماهنگی ادعا شده در بسیاری موارد دست‌یافتنی نیست.

Lagarde, op.cit., p. 467.

۲-۳- ایرادات: صرف نظر از این واقعیت که قاضی مقر دادگاه به طور معمول متمایل به اجرای قواعد حل تعارض کشور متبوع خود در هر مورد مطروحه می باشد، ایرادات مطروحه بر اجرای قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی بر موضوع ضمنی را می توان به شرح زیر برشمرد:

الف- زمانی که موضوع اصلی همزمان تابع قانون دو کشور واقع می شود، چه قانونی باید بر موضوع ضمنی اجرا گردد؟ چنین وضعیتی مثلاً در جریان رسیدگی به موضوع فرزندخواندگی در دادگاه نیس کشور فرانسه مطرح شد. دادگاه در این پرونده اعلام داشت با توجه به ترکیب عوامل مختلف در پرونده، چه به موجب قانون فرانسه و چه به موجب قانون انگلستان (تعیین شده به وسیله قانون مقر دادگاه) فرزندخواندگی باطل است.^{۳۵}

ب- ممکن است در پرونده ای برای رسیدگی به موضوع اصلی، تعیین تکلیف بیش از یک موضوع ضمنی لازم باشد؛ مثلاً زمانی که موضوع تقسیم ترکه فردی مطرح است لازم باشد سمت زوجیت زوجه متوفی که برای مثال از سوی فرزند وی مورد اعتراض واقع شده مورد رسیدگی قرار گیرد و برای رسیدگی به موضوع اخیر لازم باشد سمت و رابطه شخصی که می بایست اجازه این ازدواج را می داده نیز مشخص شده و مورد بررسی قرار گیرد.

35..Searle A.F., Trib.gr.inst.Nice, 1^{er} ch., 3 juillet 1963., R.C., 1966, 424, note. Foyer. J; J.C.P., 1964. ii. 13830, note S.Depitre.

ج- اجرای قاعده حل تعارض قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی بر موضوع ضمنی ممکن است به ناهماهنگی در اتخاذ تصمیمات داخلی و اتخاذ تصمیمات مختلف در یک موضوع منجر شود.^{۳۶} مثلاً زمانی که یک مورد ادعای فرزندخواندگی در دادگاهی مطرح می‌شود تا بر مبنای وجود آن بحث پرداخت نفقه روشن شود، ممکن است حسب قاعده حل تعارض مقر دادگاه موضوع فرزندخواندگی به عنوان موضوع اصلی تابع قانون مقر دادگاه و صحیح دانسته شده و بر مبنای آن رأی به پرداخت نفقه به موجب قانون خارجی صادر شود، در حالی که چنین فرزندخواندگی اگر بر اساس قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض حاکم بر موضوع اصلی که مثلاً ارث فرزندخوانده از پذیرنده است، مطرح شود همان دادگاه فرزندخواندگی را به رسمیت نشناخته و در نتیجه رأی به عدم تعلق ارث نیز خواهد داد. به این ترتیب دو راه حل متضاد در یک موضوع در یک کشور اتخاذ می‌شود که صحیح به نظر نمی‌رسد، چه به طور معمول نمی‌توان یک رابطه حقوقی مثل ازدواج یا نسب را تکه تکه نمود و موردی رسیدگی قرار داد.^{۳۷} معذک به نظر لاگارد این ایراد وارد نیست زیرا خطر اتخاذ تصمیمات متعارض به لحاظ اعتبار نسبی رأی صادره در موضوع ضمنی، بسیار محتمل است و به علاوه همین اعتبار نسبی امر مختومه در حقوق بین الملل خصوصی نیز وجود دارد و موجب می‌شود خطر مذکور در

36. Holleaux, D., Foyer, J., Gerard de Gouffre de la Paradelle, Driot International Prive, Masson, 1987, n.521.

37. Raape, recueil, no 50, 1934, IV, p.493; Maury, op.cit., p.560.

به نقل از:

Deby-Gerarde, op.cit., n.382.

موارد خیلی مهم رفع شود.^{۳۸}

۳-۳- تعدیل در تئوری: با توجه به ایرادات مطروحه بر "تئوری موضوعات ضمنی" طرفداران این نظریه مواضع خود را تعدیل و با پذیرش محدودیت‌هایی بر اعمال آن، اجرای قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه بر موضوع ضمنی را در مواردی پذیرفته‌اند. این محدودیت‌ها با توجه به وضعیت خود موضوع ضمنی، ارتباط آن با مقرر دادگاه، خصوصیت موضوع اصلی و بالاخره غیرمنطقی بودن اجرای تئوری به شرح ذیل مطرح شده‌اند:

الف- محدودیت‌های مربوط به ماهیت خود موضوع ضمنی

گاهی موضوع ضمنی با توجه به طبیعت خاصی که دارد باید تحت حاکمیت قانون مقرر دادگاه قرار گیرد که به برخی از مصادیق آن می‌پردازیم:

- ملشیور برای اجتناب از آثار نامطلوب پذیرش مطلق این تئوری، چیزی را که "اجزای^{۳۹} موضوع اصلی" می‌داند، تابع قانون مقرر دادگاه قرار می‌دهد. به نظر وی مثلاً برای انجام طلاق لازم است ازدواج معتبری وجود داشته باشد؛ این موجودیت قبلی یک جزء ضروری طلاق محسوب می‌شود که تابع قاعده حل تعارض مقرر دادگاه است و نه تابع قاعده حل تعارض حاکم بر طلاق.

- به نظر وانگلر یک عمل حقوقی مثل طلاق ممکن است دارای آثار مستقیم بر یک

38. Lagarde, op.cit, pp.477-478.

39. Composantes nécessaires de la question principale.

رابطه حقوقی (نام زن) و آثار ثانوی بر یک رابطه حقوقی دیگر باشد (مشروعیت نسب). به نظر این نویسنده "آثار مستقیم یک عمل حقوقی بر یک رابطه حقوقی باید به موجب قانون حاکم بر این رابطه در مقر دادگاه تعیین شود" ولی در مورد آثار ثانوی همین عمل حقوقی با توجه به روابط ثانویه مطروحه "قانون حاکم بر موضوع پیش قضایی بر اساس قاعده حل تعارض مقر دادگاه یا قاعده حل تعارض قانون حاکم بر موضوع اصلی تعیین خواهد شد".^{۴۰}

- ماکارو تقسیم‌بندی دیگری را مطرح می‌کند. وی بعضی موضوعات ضمنی را "مستقیماً در راستای حل موضوع اصلی" می‌داند که اکثر موارد را پوشش می‌دهند و دسته دیگر را در راستای "تعیین عامل ارتباط" می‌داند و این دسته دوم را به جهت خصوصیتی که دارند در خور راه حل جداگانه‌ای می‌داند.^{۴۱}

ب- محدودیت ناشی از ارتباط موضوع ضمنی با مقر دادگاه:

بعضی معتقدند گاهی رابطه‌ای که موضوع ضمنی با مقر دادگاه دارد موجب می‌شود که براساس قانون مقر دادگاه در مورد آن تصمیم‌گیری شود.

وانگلر با طرح ضابطه "تجارت حوزه داخلی"^{۴۲} به بحث در این رابطه می‌پردازد. به نظر وی اصل "حداقل اختلافات بین‌المللی" که اجرای حقوق بین‌الملل خصوصی را توجیه می‌نماید در تضاد با اصل "همه‌انگهی مادی" است که اجرای قاعده حل تعارض مقر دادگاه

40. Wengler, Note sous Larret du Trib. fed. Suisse, 11 Nov. 1954, R.C., 1957, 50.

41. Makarov, op.cit., p.431 et s.

42. Relation avec le commerce juridique interne.

را مقرر می‌دارد. این تعارض باید به این ترتیب حل شود که اصولاً اصل به حداقل رساندن اختلافات اجرا شود جز در زمانی که اجرای اصل مذکور منجر به خدشه به هماهنگی مادی در داخل کشور مقرر دادگاه گردد؛ یعنی این اصل هماهنگی داخلی است که برتری دارد. در این راستا وانگلر می‌افزاید یکی از مصادیق چنین حالتی وجود ارتباط موضوع ضمنی با تجارت حوزه داخلی است^{۴۳} که ارتباط با مقرر دادگاه را توجیه می‌نماید.

در همین راستا لاگارد معتقد است "چون این نبود رابطه بین موضوع ضمنی و سیستم مقرر دادگاه است که توجیه‌کننده اصل صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی تلقی می‌شود، در مواردی که چنین رابطه‌ای احراز شود و موضوع ضمنی وارد محدوده سیستم مقرر دادگاه گردد صلاحیت مذکور باید رد شود و قانون مقرر دادگاه، تعیین‌کننده قانون حاکم بر موضوع ضمنی باشد"^{۴۴}.

ج- محدودیت مربوط به موضوع اصلی:

در حالتی که در رابطه با موضوع اصلی، قاعده حل تعارض کشور مقرر دادگاه قواعد مادی این کشور را صالح اعلام نموده باشد قانون حاکم بر موضوع ضمنی را نیز قاعده حل تعارض مقرر دادگاه تعیین خواهد نمود. به نظر لاگارد "باید تمام موضوعات ضمنی مربوط به موضوعات اصلی تابع قانون مقرر دادگاه را از محدوده تئوری موضوعات ضمنی خارج

43. Deby-Gerarde, o.cit., n.395.

44. Lagarde, op.cit., p.479.

مانند زمانی که موضوع ضمنی با تجارت داخلی مقرر دادگاه در ارتباط باشد.

نمود^{۴۵}.

در این رابطه می‌توان به رأی صادره در سال ۱۹۳۱ توسط دیوان کشور فرانسه اشاره نمود. در پرونده مربوط به تقسیم ترکه که حسب قاعده حل تعارض فرانسه تابع قانون محل وقوع ترکه غیرمنتقول واقع در فرانسه بود، موضوع قانونی بودن رابطه فرزندخوانده که مدعی ارث بود به عنوان موضوع ضمنی مطرح شد. دیوان برای رسیدگی به موضوع ضمنی به قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض فرانسه در رابطه با فرزندخواندگی رجوع نمود قانون قانون شخصی طرفین یعنی قانون هندو بود، معذک چون فرزندخواندگی مورد نظر قانون هندو بر خلاف نظم عمومی فرانسه تشخیص داده شد موجد حق وراثت برای فرزندخوانده تلقی نگردید.^{۴۶}

د- غیرمنطقی بودن اجرای تئوری:

گاهی تسری اجرای قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه برای حل موضوع اصلی، به موضوع ضمنی منطقی نیست. مثلاً زمانی که در موضوع تقسیم ترکه یک تبعه کشور الف، قانون مقرر دادگاه موضوع را تابع قانون کشور متبوع متوفی می‌داند و برای ارث بردن زوجه متوفی ارزیابی صحت ازدواج انجام شده در دست بررسی

45. Ibid., pp.464-465; Raape, "International Privarecht", 13 ed., p.71.

46. L'arret Ponnoucanmalle, Chambre des Requetes, 21 avril 1931, S.1931.1.377, note de Nhboyet.

گرچه ممکن است به نظر برسد که در این رأی قانون داخلی فرانسه بر تمام موضوعات مطروحه حاکم گردیده (با مخلوط کردن دو موضوع ارث و نسب)، چنین برداشتی ناشی از انشای نامناسب رأی می‌باشد.

Deby-Gerard, op.cit., n.399.

قرار می‌گیرد، که حسب قاعده حل تعارض کشور الف این ارزیابی باید به موجب قانون کشور ب انجام شود، رجوع به قانون کشور ب که ازدواج را صحیح نمی‌داند در حالی که ازدواج مذکور قبلاً به موجب قانون مقرر دادگاه به نحو صحیح انجام شده، غیر منطقی می‌باشد. در این رابطه رجوع به پرونده "Ghattas" واجد اهمیت است. در این پرونده درخواست انحلال ازدواج (انجام شده به شکل مدنی در فرانسه) از سوی زوجه که متعاقب ازدواج تابعیت لبنانی شوهرش را اخذ نموده بود در فرانسه مطرح گردید. به موجب قانون لبنان اعتبار ازدواج بین اشخاص مذکور منوط به انجام مراسم مذهبی خاص بود و چنین ازدواجی غیرقابل انحلال بود. زوجه به موجب قانون فرانسه درخواست طلاق نمود با تصریح به این که ازدواج فقط به موجب قانون فرانسه وجود داشت و به موجب قانون لبنان معتبر نبوده است. اگر قرار بود قانون لبنان (تعیین شده به موجب قاعده حل تعارض فرانسه) اعمال شود انحلال نکاح ممکن نبود. در این پرونده نهایتاً دیوان عالی کشور فرانسه در رأی مورخ ۲۵ فوریه ۱۹۴۷ اعلام نمود: "نظر به این که مدرکی دال بر این که ازدواج مذکور طی مراسم مذهبی مقرر در قانون لبنان انجام شده ارائه نگردیده و ازدواج تنها به موجب قانون فرانسه معتبر است بررسی انحلال ازدواج مذکور نیز باید به موجب قانون فرانسه صورت پذیرد".^{۴۷}

در پایان قابل ذکر است که غالب اشخاصی که قائل به اجرای قانون مقرر دادگاه بر موضوع ضمنی بوده‌اند نیز با توجه به وقوف به برخی نارسایی‌های ناشی از اصرار بر مواضع

47. Ghattas, Cass.civ.15 fevr.1947, .Dalloz, 1947, 161, R.C., 1947, 444, note Niboyet.

خود استثنائاتی را پذیرفته‌اند.^{۴۸} و برخی نیز معتقدند باید بر اساس نوع و ماهیت هر پرونده تصمیم مقتضی را اتخاذ نمود.^{۴۹}

۴- رویه قضایی

با توجه به ایرادات و مزایایی که برای "تئوری موضوعات ضمنی" ذکر شده باید دید این تئوری تا چه حد مورد توجه محاکم کشورهای مختلف در مقام رسیدگی به پرونده‌های متضمن موضوعات ضمنی واقع شده است.

در کشور انگلستان مواردی از اجرای قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی بر موضوع ضمنی وجود دارد. یکی از این موارد پرونده "پادولشیا علیه پادولشیا"^{۵۰} است. "H" مردی تبعه و مقیم ایتالیا با "W" زنی ایتالیایی در این کشور در ۱۹۵۳ میلادی ازدواج نموده و متعاقباً در مکزیک طلاق گرفته بود. معذک این طلاق در ایتالیا به رسمیت شناخته نمی‌شد. "H" برای زندگی به دانمارک رفته و سپس طی دیداری یک روزه از انگلستان با "X" که مقیم دانمارک بود ازدواج نمود. مدتی بعد وی دعوای بطلان نکاح دوم را به دلیل این که در هنگام ازدواج دوم هنوز ازدواج اولش پابرجا بوده را مطرح نمود. پرسش این بود که آیا خواهان به موجب قانون دانمارک (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض

48. Batiffol, op.cit., p.310, note 312.

49. Dicey & Morris, "A Digest of The Laws of England With Reference to The Conflict of Laws", 11 ed., Lawrance Collins and Others, 1987, p.50.

50. Padolechia v. Padolechia (1968), p.314; (1967)3 All ER863 (Simon P.).

انگلستان) که در آنجا زندگی می‌کرده اهلیت انجام ازدواج دوم را داشته یا خیر؟ در این پرونده موضوع اهلیت برای ازدواج دوم موضوع اصلی و موضوع طلاق موضوع ضمنی تلقی می‌شد. قاضی برای ارزیابی موضوع ضمنی به قانون دانمارک (تعیین شده به وسیله قانون مقر دادگاه برای حل موضوع اصلی) و نه قاعده حل تعارض مقر دادگاه ناظر بر موضوع طلاق، مراجعه نمود و در نتیجه با توجه به این که ملاک ارزیابی دانمارک در رابطه با موضوع طلاق، قانون ایتالیا بود که طلاق را صحیح نمی‌دانست، طلاق را باطل دانسته و "H" را واجد اهلیت برای ازدواج دوم تلقی ننمود.

مورد مشابه دیگر در پرونده "آر علیه برنت ود"^{۵۱} قابل ذکر است. در این پرونده یک مرد ایتالیایی متعاقب ازدواج با زنی سویسی وی را در محل اقامتشان در سویس طلاق داده بود. سپس زوجه ازدواج مجدد نمود و مرد نیز قصد ازدواج با زنی اسپانیایی مقیم سویس در انگلستان را داشت. به موجب قانون سویس اهلیت برای ازدواج مجدد تابع قانون متبوع یعنی ایتالیا بود که طلاق را به رسمیت نمی‌شناخت و لذا از ثبت ازدواج مجدد خودداری شد. در بررسی تجدیدنظر^{۵۲} نیز اعلام شد که موضوع اصلی یعنی اهلیت ازدواج مجدد تابع قانون اقامتگاه ذینفع است و طلاق موضوع ضمنی تلقی می‌شود. در ادامه عنوان شده گرچه طلاق در انگلستان قابل شناسایی می‌باشد ولی چون در مورد اهلیت ازدواج به قانون سویس ارجاع داده شده و به موجب قانون این کشور طلاق معتبر تلقی نمی‌شود

51. (1968)2 qb 956.

52. Parker LCJ, Sachs LJ and Bridge.

انگلستان نیز نمی‌تواند صحت طلاق را بپذیرد. این به معنای برتری دادن به موضوع اهلیت ازدواج مجدد و ارزیابی موضوع ضمنی با ارجاع به قانون خارجی است.

به هر رو، از سال ۱۹۷۱ و به دنبال وضع قوانین جدید در رابطه شناسایی احکام طلاق صادره^{۵۳} تحولاتی را در رویه قضایی انگلستان شاهد هستیم؛ به این ترتیب که چنانچه متعاقب صدور حکم طلاق، ازدواجی صورت گیرد محاکم در مقام بررسی ادعاهای مربوط به ابطال حکم طلاق صادره برای بی‌اعتبار ساختن ازدواج مجدد، موضوع طلاق را به‌عنوان یک موضوع مستقل و جدا از موضوع اصلی و قانون حاکم بر آن تلقی می‌نمایند.

پرونده "لورنس علیه لورنس" یکی از این موارد است.^{۵۴} در این پرونده که در محاکم کشور انگلستان مطرح شده بود زنی در برزیل ازدواج و زوجین تا سال ۱۹۷۰ در این کشور اقامت داشتند. زوجه در این سال موفق به طلاق در نوادای آمریکا شد ولی این طلاق در برزیل به رسمیت شناخته نمی‌شد. زن مذکور روز بعد از طلاق با مردی در نوادا ازدواج نمود. بعدها شوهر دوم در انگلستان درخواست شناسایی ازدواج مذکور را نمود. با توجه به این که قاعده حل تعارض انگلستان در رابطه با اهلیت ازدواج، قانون اقامتگاه زن یعنی برزیل را صالح می‌دانست و حسب قانون برزیل زن صلاحیت ازدواج مجدد را نداشت و از سوی دیگر طلاق انجام شده در نوادا حسب قواعد ناظر بر اجرای احکام خارجی انگلستان به رسمیت شناخته می‌شد، دادگاه قاعده حل تعارض ناظر بر طلاق را بر قاعده حل تعارض

53. Recognition of Divorce and Legal Separations Act 1971: see now: Family Law Act 1986, Part II.

54. Lawrence v. Lawrence, 1985, Fam 106.

ناظر بر اهلیت ازدواج برتری داد و ازدواج دوم را به رسمیت شناخت. در این پرونده، هم قضات محاکم ابتدایی و هم قضات محکمه استیناف به اتفاق آرا ازدواج دوم را به رسمیت شناختند، البته با استدلال‌های متفاوت. به موجب استدلال قاضی لینکلن^{۵۵} قانون انگلستان به عنوان قانونی که قصد اقامت ازدواجی در آن بوده و دارای واقعی‌ترین و ذاتی‌ترین رابطه^{۵۶} با موضوع است باید بر موضوع حاکم باشد. بر مبنای استدلالی دیگر، شناسایی طلاق موجب حق ازدواج مجدد می‌باشد حتی اگر در خارج انجام شده باشد و این یعنی تسری قواعد قانونی ازدواج‌های انگلستان به ازدواج‌های خارجی.^{۵۷} بر مبنای استدلال سوم اگر طلاق در خارج بر مبنای این که در کشور محل اقامت، البته با تعریفی از اقامت متفاوت با تعریف اقامتگاه در انگلستان، انجام شده، مورد شناسایی قرار گرفته باشد در این صورت این قانون اقامتگاه که در فرض ما قانون نوادا می‌باشد، و نه قانون اقامتگاه تعریف شده در انگلستان (برزیل)، می‌بایستی مبنای ارزیابی برای وجود اهلیت ازدواج واقع شود.^{۵۸}

55. Lincoln, J., 1985, Fam., at 124-125; Fentiman, 1985, C.L.J. 256; Smart, 1985, 14 Anglo-American L.R 225; Fentiman, 1986-6, O.J.L.S. 353, 354-360.

البته این نظر در کمیسیون حقوقی رد شده است.

Chedhire & North, op.cit., p. 590.

56. The Most Real and Substantial Connection.

57. 1985, Fam at 124-125 (Ackner L J) AND AT 134-135 (Sir David Cairns).

58. Ibid., at 130-134.

این نظریه مورد انتقاد واقع شده است:

Carter, 1985, 101 LQR 496, 500-501; Jaffey, 1985, 48 MLR 465-468-469.

قابل ذکر است به موجب ماده ۵۰ قانون خانواده انگلستان "چنانچه در هر نقطه بریتانیا حکمی مبنی بر طلاق یا اعلام ابطال از یک محکمه حقوقی صادر شود یا اعتبار یک طلاق یا اعلام ابطال به رسمیت شناخته شده

در کشور کانادا می‌توان به پرونده "شوبر علیه انگر"^{۵۹} در ۱۹۶۳ رجوع نمود که در آن دادگاه قانون حاکم بر اهلیت ازدواج مجدد را بر قانون حاکم بر طلاق (به موجب قاعده حل تعارض کانادا) ارجحیت داد. در این پرونده زوجی یهودی که در مجارستان اقامت داشتند تصمیم به اقامت در اسرائیل گرفتند. در راه رسیدن به اسرائیل در کشور ایتالیا شوهر زنش را به روش مذهبی "Get" طلاق داد. بر اساس قانون مجارستان به عنوان قانون اقامتگاه زوجین و همچنین به موجب قانون ایتالیا این طلاق باطل بود ولی قانون اسرائیل طلاق را معتبر می‌دانست. متعاقباً زوجین در اسرائیل اقامت گزیدند و زن در جریان مسافرتی که به انتاریو کانادا داشت مجدداً ازدواج نمود. پس از مدتی شوهر دوم در کانادا درخواست اعلام بطلان ازدواج اخیر به لحاظ وقوع چند همسری (بیگامی Bigamy) را نمود. در پرونده مطروحه دادگاه می‌بایست هم موضوع اهلیت زوجه برای ازدواج به عنوان موضوع اصلی را که حسب قواعد حل تعارض کانادا تابع قانون اسرائیل بود و هم موضوع اعتبار طلاق انجام شده به عنوان موضوع ضمنی را مورد بررسی قرار می‌داد. به موجب مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی انتاریو طلاق معتبر نبود در حالی که قانون اسرائیل (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض انتاریو برای تشخیص اهلیت ازدواج مجدد) آن را به رسمیت می‌شناخت. مع

← باشد، این واقعیت که طلاق یا اعلام ابطال در جای دیگری به رسمیت شناخته نمی‌شود مانع از ازدواج مجدد هر یک از طرفین در آن قسمت از بریتانیا و همچنین موجب نامعتبر تلقی شدن ازدواج مجدد هر یک از طرفین، صرف‌نظر از محل انجام آن، در آن قسمت نخواهد شد."

59. Schwebel V. Ungar, (1963)42 DLR (2d) 622, affd (1964)48 DLR (2d). 644; Lysyk (1965) 43 Can BR 363; Webb (1965)14ICLQ 659.

ذلک دادگاه عالی انتاریو رأی به اعتبار ازدواج دوم داد و اعلام داشت این ازدواج به موجب قانون اسرائیل که بر موضوع اهلیت ازدواج حاکم است (به موجب قاعده حل تعارض کانادایی) و بر قانون انتاریو که از شناسایی حکم طلاق امتناع می نماید برتری دارد، معتبر است.^{۶۰}

در استرالیا نیز در پرونده "هاک علیه هاک" در رابطه با بحث تقسیم ترکه و احراز صحت ازدواج انجام شده برای تحقق ارث، دادگاه همان قانون حاکم بر موضوع اصلی یعنی ارث را برای ارزیابی اعتبار شکلی ازدواج انجام شده در غرب استرالیا حاکم دانست.^{۶۱}

در کشور اتریش متعاقب ازدواج انجام شده بین یک مرد بلغاری و زنی اتریشی در سفارت بلغارستان در اتریش در سال ۱۹۵۰ و ثبت نام فرزند آنها به عنوان فرزند قانونی در اسناد سجلی اتریش و اعتراض مقامات اتریشی به این امر به دلیل عدم انجام ازدواج قانونی و در نتیجه درخواست اصلاح اسناد مربوطه، محاکم اتریش این اعتراض را نپذیرفتند. اعتراض دولت به علت عدم تطابق ازدواج با مقررات محلی حاکم به موجب حقوق بین الملل خصوصی اتریش، بود. در واقع در پرونده مربوطه موضوع اصلی بررسی

۶۰. به نظر برخی هرچند در اکثر موارد محاکم قانون حاکم بر موضوع اصلی را ملاک عمل قرار می دهند ولی اعمال اتوماتیک این راه حل بدون توجه به واقعیات متفاوت موجود در پرونده ها قابل توجیه نیست و باید بنا به مورد در این خصوص تصمیم گرفت.

Cheshire & North, op.cit.,p 55.
61. Haque V. Haque, 1962-108 CLR230.

مشروعیت قانونی فرزند بود که به موجب حقوق بین الملل خصوصی اتریش تابع قانون ملی پدر بود یعنی قانون بلغارستان و به موجب همین قانون ازدواج دیپلماتیک مجاز شمرده می شد.^{۶۲}

در کشور سوئیس می توان به رأی صادره در پرونده "کالیارو" در ۱۱ نوامبر ۱۹۵۴ اشاره نمود.^{۶۳} موضوع مربوط بود به مردی ایتالیایی که در سوئیس در سال ۱۹۳۸ ازدواج و سپس در سال ۱۹۴۸ طلاق گرفته بود. وی در ۱۹۵۳ در انگلستان با زنی تبعه کانتون آرگووی ازدواج نمود. در سال ۱۹۵۴ زوجین با امتناع مقامات کانتون آرگووی از شناسایی ازدواجشان که برای ثبت تولد فرزندشان لازم بود مواجه شدند. دادگاه فدرال سوئیس این تصمیم را تأیید نمود با این استدلال که ازدواج مجدد به موجب قانون متبوع مرد که بر اساس قانون مقر دادگاه صلاحیت دار بود معتبر شناخته نمی شد. به نظر دادگاه بر خلاف قانون متبوع عمل نمودن منجر به نتیجه ای غیرقابل قبول برای سیستم قضایی سوئیس می گردید.^{۶۴}

62. Oberster Gerichtshof, 25 oct. 1952, Revue, 1955, 110, note Wengler.

63. R.C. 1957, 50, note Wengler.

برای راه حل مشابه در بلژیک رک.

Cour d appel de Bruxelles, 14 dec. 1955, 68, note Rigaux, F.

۶۴. وانگلر با ارجاع به رأی مذکور معتقد است در رابطه با محدوده اجرای تئوری باید بین آثار یک رابطه حقوقی قائل به تفکیک شد: آثار مستقیم "dirikt wirkungen" و آثار ثانویه "nachwirkungen". دسته اول باید تابع قاعده حل تعارض مقر دادگاه باشند ولی دسته دوم مثل ممنوعیت های ازدواج، اعتبار ازدواج دوم و مشروعیت نسب باید به موجب قاعده حل تعارض خارجی مورد ارزیابی واقع شوند.

Francescakis, op.cit., no. 230.

در کشور فرانسه "تئوری موضوعات ضمنی" مورد توجه محاکم این کشور واقع نشده است.^{۶۵} در پرونده‌ای که مربوط می‌شد به سهم الارث یک فرزندخوانده و زوجه متوفی می‌بایست نخست موضوع اثبات نسب و صفت زوجیت به‌عنوان موضوعات ضمنی مورد بررسی واقع می‌شد. در هر دو مورد چه در رابطه با موضوع اصلی و چه در مورد موضوع ضمنی قاعده حل تعارض فرانسوی با صلاحیت انحصاری وارد عمل شد.^{۶۶}

در ۲۲ آوریل ۱۹۸۶ با صدور رای دیوان عالی فرانسه موضع رویه قضایی فرانسه در رابطه با موضوعات ضمنی به‌طور قطعی و روشن‌تر عنوان شد. در این پرونده که باز هم موضوع ارث بردن زوجه منوط به احراز صفت زوجیت بود، اعلام شد این قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی یعنی ارث نیست که در مورد وصف زوجیت تعیین تکلیف می‌کند یا می‌گوید به‌موجب کدام قانون باید وجود رابطه زوجیت احراز گردد.^{۶۷}

در کشور آلمان محاکم بعضاً بر اساس "تئوری موضوعات ضمنی" عمل نموده‌اند. مثلاً در پرونده مطروحه در سال ۱۹۵۳ در رابطه با مشروعیت فرزند ناشی از ازدواج انجام شده توسط مأمورین نیروی اشغال‌گر بلژیک در آلمان، بین یک بلژیکی و یک آلمانی،

۶۵. در فرانسه به‌طور کلی اجرای این تئوری شدیداً با اعتراض مواجه شده است، از یک سو به لحاظ تضاد آن با حقوق موضوعه فرانسه و از سوی دیگر به لحاظ این که حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه بر خلاف حقوق بین‌الملل خصوصی آلمان نیازی به این تئوری ندارد.

Deby-Gerard, op.cit., n.405.

66. Ponnoucanamale., Req. 21 avr.1931, R.C.1932, p.526, note Niboyet. Bended douche., Cass.Civ.3 janv.1980., R.C.,1980., p.331, note. Batiffol.

67. Loussuarn, op.cit.,p.198; R.C.,1988, note Bichoff.J-M..

ازدواج به موجب قاعده حل تعارض آلمانی معتبر نبود. ولی دادگاه به علت این که حقوق بین الملل خصوصی کشور متبوع پدر (تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض آلمانی در رابطه با موضوع اصلی) ازدواج را صحیح می دانست آن را درست تلقی نمود.^{۶۸}

مع ذلک در مواردی با توجه به این که رجوع به قانون خارجی موجب بی اعتبار تلقی شدن رابطه حقوقی ایجاد شده در آلمان می شود موضوع ضمنی بر اساس قاعده حل تعارض آلمانی مورد ارزیابی قرار گرفته است. در این رابطه می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

در پرونده مطروحه در سال ۱۹۶۳ موضوع مشروعیت قانونی فرزند متولد شده از زن و مردی یونانی که در آلمان طبق قانون این کشور ازدواج نموده بودند، در حالی که این ازدواج به موجب قانون یونان باطل بود، مطرح شد. به نظر دادگاه گرچه موضوع مشروعیت قانونی فرزند تابع قانون ملی پدر یعنی یونان بود، ازدواج به عنوان موضوع ضمنی باید به موجب قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض آلمانی مورد ارزیابی واقع می شد.^{۶۹} در این پرونده اجرای قانون یونان (تعیین شده به وسیله حقوق بین الملل خصوصی یونان) بر موضوع ضمنی منجر به اعلام بطلان ازدواج به عنوان حقی مکتسبه می گردید.^{۷۰} هم چنین در مورد ازدواج انجام شده در آلمان بین یک تبعه شوروی سابق و یک

68. Tribunal civil de Cologne, 20 fevr. 1953, R.C. 1955, 110, note Wengler.

69. Bayerisches Obster Landesgericht, 8 oct. 1963, clunet, 1967, 404.

70. Lagarde, op.cit., pp. 466-467.

برای مطالعه آرای صادره در آلمان، اتریش و سوییس رک.

R.C., 1955, 110, 1956, 83.

آلمانی به استناد نقض قانون شوروی که مقرر می‌داشت ازدواج انجام شده در خارج باید به طریق خاصی از طریق نمایندگان دیپلماتیک این کشور صورت گیرد، دیوان عالی باویر در مقام رسیدگی به موضوع نام زوجه که از آثار نکاح بود، طی رأی ۲۲ آوریل ۱۹۵۵ صحت ازدواج را به موجب قانون آلمان احراز نمود، زیرا ازدواج مذکور تنها براساس قانون آلمان وجود داشت.^{۷۱}

پرونده دیگر در رابطه با درخواست اعلام مشروعیت فرزندان ناشی از ازدواج انجام شده در آلمان به موجب قانون این کشور و بر خلاف کشور متبوع شوهر بود. موضوع مشروعیت فرزندان به عنوان موضوع اصلی براساس قاعده حل تعارض آلمانی تابع قانون متبوع پدر بود و به موجب قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض این کشور ازدواج معتبر تلقی نمی‌شد. در این پرونده دادگاه اعلام نمود: "اعلام بطلان ازدواج حسب قواعد حل تعارض قانون ملی پدر به معنی این است که بپذیریم ممکن است ازدواجی نزد مقام صلاحیت‌دار آلمانی انجام شده باشد که نتوان فرزندان مشروعی را به آن منتسب نمود"^{۷۲}.

71. Francescakis, op.cit., p.215.

72. Landgericht Berlin (85.Zivilkammer), Rendu sur consultation de M.Wengler. R.C., 1956, 83.

نتیجه گیری

در رابطه با نحوه تعیین قانون حاکم بر موضوعات ضمنی غالباً اعتقاد بر این است که قانون مقر دادگاه که تعیین کننده قانون صلاحیت دار در موضوع اصلی است قانون حاکم بر موضوع ضمنی را نیز تعیین می کند. اما نظریه ای که "تئوری موضوعات ضمنی" نام گرفته و اولین بار در کشور آلمان مطرح شده، قائل به صلاحیت قانون خارجی حاکم بر موضوع اصلی برای تعیین قانون حاکم بر موضوع ضمنی می باشد. برای توجیه این راه حل از جمله به رعایت حقوق مکتسبه استناد شده است. این نظریه با وجود امتیازاتی که از سوی واضعین آن مطرح شده چندان مورد توجه قرار نگرفته تا جایی که فرانسیسکاکی بیان می دارد: "به نظر می رسد نظریه مذکور نقشی معادل نظریه حقوق مکتسبه را ایفا و تنها در حقوق آلمان و کسانی که آن را به عنوان یک مدل مورد استفاده قرار داده اند، مجال ابراز وجود یافته است"^{۷۳}. عده ای نیز این تئوری را واجد خصیصه عدم قطعیت و عامل پیچیده تر شدن حقوق بین الملل خصوصی دانسته اند.^{۷۴} پیرو انتقادات مطروحه، طرف داران "تئوری موضوعات ضمنی" با وقوف به برخی نتایج نامطلوب ناشی از پذیرش مطلق اجرای آن به این نتیجه رسیده اند که باید وجود استثنائاتی بر اجرای تئوری پذیرفته شود و به همین دلیل ضمن دفاع از تئوری، در مواردی عدول از آن را تجویز نموده اند.

بررسی رویه قضایی نیز نمایان گر این واقعیت است که هرچند "تئوری موضوعات ضمنی" در مواردی توسط محاکم بعضی کشورها اعمال شده، در کشورهایی مثل فرانسه به هیچ وجه مورد قبول قرار نگرفته است. حتی در خود آلمان دادگاه ها با وجود تمایل به

73. Deby-Gerard, op.cit., no.407.

74. Pallard, R.C., 1953, 76.

اجرای تئوری مذکور، در مواردی برای اجتناب از اعلام بطلان رابطه حقوقی ای که صحیحاً در این کشور به وجود آمده، بر اساس قانون مقرر دادگاه موضوع ضمنی را مورد ارزیابی قرار داده‌اند.

با توجه به مزایا و ایرادات هر یک از راه‌حل‌های ارائه شده در رابطه با قانون حاکم بر موضوعات ضمنی شاید بتوان نتیجه گرفت که هیچ یک از آن‌ها نباید به عنوان قاعده کلی تلقی شود و دادگاه‌ها باید در مقام رسیدگی به چنین مواردی، با توجه به خصوصیات هر پرونده در رابطه با قانون صلاحیت‌دار حاکم بر موضوع ضمنی تصمیم‌گیری نمایند. مع‌ذلک اتخاذ این رویه منجر به غیرقابل پیش‌بینی شدن تصمیمات و نوعی عدم قطعیت می‌گردد. به همین جهت و با توجه به عدم استقبال غالب علمای حقوق و همچنین رویه قضایی از "تئوری موضوعات ضمنی" به نظر می‌رسد بهترین راه‌حل در حال حاضر این است که پذیرش اجرای قانون مقرر دادگاه در رابطه با موضوع ضمنی به عنوان یک قاعده کلی تلقی شود؛ با این قید که قاضی در مواردی که عدالت قضایی و خصوصیات پرونده مطروحه اقتضا نماید بتواند صلاحیت قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه بر موضوع اصلی را بر موضوع ضمنی نیز تسری دهد.^{۷۵}

۷۵. در این باره مثلاً رک. منبع ذیل که در موارد طرح موضوع اهلیت برای ازدواج بعد از طلاق یا اعلام بطلان نکاح و همچنین موضوع ارث، اجرای قانون مقرر دادگاه بر موضوع ضمنی پذیرفته نشده است. Clarkson, C.M.V., Hillm, Jonathan, The Conflict of Laws, Oxford, 2006, p. 481.

منابع

1. Batiffol, H., Lagarde, P., Droit International Prive, t.1, 8 ed., Paris, 1993.
2. Cheshire & North s., Private International Law, 11 ed., London: Butterworth, 1987.
3. Clarkson, C.M.V., Hill, Jonathan, The Conflict of Laws, Oxford, 2006.
4. Deby-Gerarde, France, le Rule de la Regle de Conflit Dans Lereglement de Rapports Internationaux, Dalloz, Paris, 1973.
5. Dicey & Morris, A Digest of Laws of England With Reference to The Conflict of Laws, 11 ed., Lawrance Collins and Others, 1987.
6. Francescakis, Ph., LA Theorie du Renvol et Les Conflits de Sustemes, Sirey, Paris, 1958.
7. Holleaux, D., Foyer, J., Gerarde de gouffre de la pradelle, Droit International Prive, Masson 1987.
8. Lagarde, P., LA Regle de Conflit Applicables Aux Questions Preables., R.C. 1960.
9. Louis-Lucas, P., Qualification And Repartition, R.C., 1957.
10. Loussuarn, Y., Bourel, P., Droit International Prive, Dalloz, Paris, 1993.
11. Maury, J., Regles Generales Des Conflits de Lois., Recueil, . 1939.
12. Mayer, P., Droit International Prive, 5 ed, Paris, 1994.
13. Mellin, Francois, Droit International Prive, Gualino editeur, Paris, 2002.
14. O Brien, Cocflct of Laws, Cavendish, London, 1999.
15. Rabertson, A.H, Characterization in Conflict of Laws, 1940.
16. Wengler, Les Principis Generaus du Droit International Prive et Leur Conflit, R.C., 1952.
17. Wolf, M., Private International Law, 1 ed., 1945.