



# احوال شخصیه در فقه و حقوق

عبدالله شقایبی

مقدمه:

«احوال» در لغت به دو معنا به کار می‌رود: یکی به معنای سالها و دیگری حالها که امروز در معنای دوم رایج است و معنای اول متروک. «شخصیت» نیز مصدر جعلی از «شخص» است و شخصی عضو اجتماعی است که بتواند در جامعه صاحب حق و تکلیف شود. و شخصیت نیز به شایستگی شخص برای دارا شدن حق و تکلیف اطلاق می‌گردد. در فقه از شخص به مکلف تعبیر می‌شود و هرچند غیر از مکلف کسانی هستند که دارای حق می‌شوند تکلیف ندارند.

شخص در حقوق به دو قسم حقیقی و حقوقی تقسیم می‌شود. در مبحث احوال شخصیه از احوال مربوط به شخص حقیقی بحث می‌شود. احوال شخصیه اصطلاحی است وارداتی که برخاسته از حقوق غرب است و از طریق ترجمه وارد حقوق کشورهای اسلامی و فقه شد. حدود یک قرن از ورود این اصطلاح به حوزه حقوق کشورهای اسلامی می‌گذرد و تألیفاتی هم که در این موضوع شده است بیشتر بدون توجه به ماهیت و عناصر تشکیل دهنده آن و صرفاً

از چند مصداق احوال شخصیه بحث شده است. ممکن است یکی از دلایل آن عدم آشنایی فقها به حقوق رم به عنوان خاستگاه اولیه آن باشد. دلیل دیگری که می توان بر شمرد متفاوت بودن تقسیم بندی در حقوق که احوال شخصیه یک شاخه آن است با تبویب رایج فقه است. هر چند غالب مصداق احوال شخصیه در فقه وجود دارد اما اختلاف در شیوه تقسیم بندی باعث شده که فقها احوال شخصیه را در معنای حداقل به کار ببرند.

دلیل دیگر بر اهمیت شناخت ماهیت احوال شخصیه جایگاه آن در حقوق بین الملل خصوصی است، زیرا تعارض قوانین که از سرفصلهای اصلی حقوق بین الملل خصوصی است بیش از هر چیز در احوال شخصیه نمود پیدا می کند. تحقیق حاضر بر آن است تا با نگاهی مقایسه ای پرسشهای ذیل را مورد بررسی قرار دهد و هدف تنها فتح باب در موضوع است:

احوال شخصیه چیست و عناصر تشکیل دهنده آن کدام است؟  
 مصداق و مسائل احوال شخصیه چیست؟ تاریخچه احوال شخصیه به چه زمان و مکانی برمی گردد؟

احوال شخصیه در فقه و حقوق از چه جایگاهی برخوردار است؟ و چه قانونی بر احوال شخصیه بیگانگان و پیروان ادیان و مذاهب دیگر حاکم است؟ آیا میان رویکرد مذاهب خصوصاً مذهب امامیه و مذاهب اهل تسنن تمایز وجود دارد؟ و کشورهای مختلف از جمله کشورهای اسلامی از چه روش یا روشهایی پیروی کرده اند؟

احوال شخصیه: ۱. تعریف احوال شخصیه: برخی صاحب نظران معتقدند که «احوال شخصیه»<sup>۱</sup> تعریف روشنی ندارد،<sup>۲</sup> اما حقوق دانان کوشیده اند با ذکر مصداق و نمونه هایی، آن را تعریف نمایند. تعریفی که از احوال شخصیه ارائه داده اند عبارت است از این که: احوال شخصیه یا احوال شخصی در اصطلاح حقوقی



به معنای اوصاف و خصوصیات است که وضع و هویت شخصی و حقوقی و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می‌کند.<sup>۳</sup> این تعریف مورد قبول حقوقدانان بسیاری از کشورها می‌باشد و دیوان عالی کشور مصر این گونه تعریف نموده است:

«احوال شخصیه مجموعه‌ای از صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمییز شخصی از غیرش شده و قانون بر آن ترتیب اثر می‌دهد. مثل این که شخص مرد است یا زن، مجرد است یا متأهل یا مطلق، یا مثل این که ولد مشروع است یا نامشروع، اهلیت دارد یا به دلیل صغر، جنون و سفه فاقد اهمیت مطلق است».<sup>۴</sup>

همچنین گفته‌اند که احوال شخصیه مجموع صفات انسان که به اعتبار آن‌ها یک شخص در جامعه دارای حقوقی شده و آن حقوق را اجرا نماید.<sup>۵</sup> بعضی نیز گفته‌اند که احوال شخصیه مجموعه صفات طبیعی یا خانوادگی است که از ممیزات انسان از غیرش می‌باشد که معمولاً در اسناد سجلی و اوراق هویت آورده می‌شود.<sup>۶</sup>

پس از تعبیّرات مختلفی که از احوال شخصیه شد باز می‌گردیم به نظر اول که احوال شخصیه تعریف روشنی ندارد، بلکه در عمل مصادیق آن را برمی‌شمرند. بنابراین پرداختن به نقاط قوت و ضعف تعریف‌ها امری غیر لازم است. اما این نکته مسلم است که ویژگیهای احوال شخصیه یکی این است که قابل تقویم و مبادله با پول نمی‌باشد و وابستگی به وضعیت شغلی و موقعیت اجتماعی فرد ندارد.<sup>۷</sup> از دیدگاه تحلیل حقوقی، اصطلاح احوال شخصیه در دو معنا به کار رفته است: یکی به معنای اعم و دیگری به معنای اخص از وضعیت و اهلیت یعنی فقط وضعیت و شامل اهلیت نمی‌گردد.<sup>۸</sup> اینک هر یک



از این دو اصطلاح که از عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه هستند را توضیح می‌دهیم:

۱-۱ وضعیت (Etat): عبارت است از کیفیتی که اشخاص از نظر قوانین جاری یک کشور دارا می‌باشد.<sup>۹</sup> به عبارت دیگر، مجموع اوصاف حقوقی انسان مثل نکاح، طلاق، سن، نسب، حجر، ... می‌باشد. وضعیت منشأ حقوق و تکالیف است و اموری را شامل می‌شود که قانون بر آن‌ها آثار حقوقی بار می‌کند، مثل عقد نکاح که برای زن و شوهر هم حق به وجود می‌آورد و هم تکلیف، حق مانند این که قانون مقرر می‌کند ریاست خانواده از خصایص شوهر است و در مقابل تکالیفی همانند این که نفقه زوجه بر عهده شوهر است.<sup>۱۰</sup> در حقوق رم وضعیت اشخاص در سه بخش مورد بحث واقع می‌شد: الف. وضع شخص به اعتبار آزاد یا آزاد شده یا برده بودن فرق می‌کرد یعنی حقوق و تکالیف او متفاوت بود؛

ب. وضعیت سیاسی شخص، یعنی از نظر این که شهروند رومی از نژاد و لاتینی و یا از رعایای روم محسوب می‌شد فرق می‌کرد. البته شهروند رومی از حقوق و امتیازهای بیشتری برخوردار بود؛

ج. وضعیت خانوادگی شخص: یعنی وضع حقوقی شخصی در خانواده برحسب این که پدر و سرپرست خانواده یا فرزند تحت ولایت یا غیر این‌ها باشد تفاوت می‌کرد. علاوه بر این سه وضعیت، افراد از نظر طبقه اجتماعی آن‌ها نیز مورد بحث بود یعنی وضع حقوق آن‌ها برحسب این که از کدام طبقه اجتماعی بودند تفاوت می‌کرد.<sup>۱۱</sup>

این نکته قابل توجه است که در اسلام نیز وضع حقوقی آزاد و بنده (عبد و اماء) جداگانه بررسی می‌شد و بندگان از حقوق کمتری نسبت به آزادگان بهره‌مند بودند.<sup>۱۲</sup> هرچند این بخش موضوعیت خود را از دست داده است و



در حوزه های علمی دیگر از آن بحث نمی شود، زیرا امروزه چه در دنیای غرب و چه در عالم اسلام لااقل از نظر فقهی و حقوقی برده ای وجود ندارد.

وضعیت اشخاص از نظر سیاسی نیز در فقه مد نظر بوده است، زیرا وضعیت مسلمان با کافر فرق می کند و کافران بسته به این که در حال نبرد با مسلمانانند یا خیر وضعیت آن ها تفاوت دارد که به دسته اول کافران حربی و به دسته دوم کافران غیر حربی می گویند که احکام عقد الذمه و استیمان راجع به این کافران ذمی است و احکام مهاده و معاهد در مورد ترك جنگ با کافران حربی است که در فرض اول بدون گرفتن خراج و در فرض دوم با گرفتن خراج است.<sup>۱۳</sup>

وضعیت اشخاص از نظر سیاسی در حقوق نیز از اهمیت ویژه ای برخوردار است، زیرا وضعیت اتباع یک کشور با اتباع بیگانه یکسان نیست و اتباع خارجی از برخی حقوق سیاسی و مدنی محروم اند، بررسی وضعیت بیگانگان در رشته حقوق بین الملل خصوصی و وضعیت سیاسی اشخاص در حقوق عمومی صورت می گیرد که هر دو از حیطه حقوق مدنی خارج است. اما وضعیت افراد از نظر خانوادگی بخش مهمی از مباحث فقهی را به خود اختصاص داده است و این بخش از مباحث حقوق مدنی نیز می باشد و کلمه وضعیت در حقوق مدنی بیشتر به این معنا به کار می رود<sup>۱۴</sup> پس وضعیت مدنی عبارت است از وضع حقوقی اشخاص در روابط حقوق خصوصی و به ویژه روابط خانوادگی که البته جزء شخصیت انسان بوده و جنبه مالی و اقتصادی نداشته باشد و اوصاف و امتیازهای مالی شخص خارج از وضعیت است.

۲-۱. اهلیت (capacity): به فارسی سزاواری و شایستگی است، در علم حقوق عبارت است از صلاحیت قانونی برای دارا بودن حق (اهلیت استحقاق) و اعمال حق (اهلیت استیفا یا اهلیت اعمال حق) است و فقدان اهلیت را حجر گویند.<sup>۱۵</sup>



بنابراین اهلیت به دو قسم است: یکی اهلیت استحقاق که به آن اهلیت تمتع نیز گفته‌اند و دیگری اهلیت استیفا که به آن اهلیت اجرا گفته‌اند. به نظر برخی استادان فن، واژه اهلیت استحقاق که در فقه به کار رفته است از واژه اهلیت تمتع که التقاطیون معاصر ما از حقوق اروپا گرفته‌اند بهتر است، زیرا لغت «تمتع» در بادی امر ذهن شنونده را به اجرای حق می‌کشاند و گمراه‌کننده است.<sup>۱۶</sup>

اهلیت استحقاق عبارت است از: صلاحیت دارا شدن حق؛ مثلاً شخص حقیقی می‌تواند حق نکاح داشته باشد اما شخص حقوقی اهلیت آن را ندارد. البته هرکس اهلیت استحقاق داشته باشد معلوم نیست بتواند آن را اجرا کند چه این که در مرحله دوم اهلیت دیگری لازم است که به آن اهلیت استیفا گویند.<sup>۱۷</sup> به افراد فاقد اهلیت استیفا الزاماً محجور اطلاق نمی‌گردد، چون ممکن است کسی مثل تبعه خارجی حق رأی دادن را نداشته باشد اما محجور هم نباشد و اما در اکثر موارد کسانی را که فاقد اهلیت هستند محجورین تشکیل می‌دهد. از طرف دیگر، کسانی که به سن بلوغ و رشد رسیده‌اند و رشد آن‌ها محرز است اصل این است که واجد اهلیت استیفا باشند که قانون مدنی نیز در ماده ۱۲۱ سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری قرار داده است و در تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ مقرر شده است که اموال صغیری که بالغ شده در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

به تعبیر شیخ در مبسوط حجر بر دو قسم است: یکی حجر انسان به خاطر حق دیگران همانند مفلس که به خاطر حق طلبکاران و مریضی که به پیش از ثلث مالش نمی‌تواند وصیت کند نسبت به حق ورثه و دیگری که به خاطر حق خود محجور است همانند صبی، مجنون و سفیه.<sup>۱۸</sup> منظور شیخ از این که به خاطر حق خود محجور است این می‌باشد که حجر برای کسانی مثل صبی،



مجنون و سفیه جنبهٔ حمایتی دارد تا این افراد اموال و حقوق خویش را از طریق انجام معاملات و اجرای حقوق ضایع نسازند. بنابراین کسانی که اهلیت استیفا ندارند همانند صغار، مجانین و اشخاص غیر رشید (سفیه) نمی‌توانند حقوق مدنی خود را اجرا نمایند.

اما اهلیت استحقاق ملازم با شخصیت افراد است بنابراین انسان به فرض زنده متولد شدن اصل این است که واجد اهلیت استحقاق است. ماده ۹۵۶ ق.م در این باره مقرر داشته است: اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود. این مفهوم در مواد ۹۵۷ و ۸۷۵ ق.م به نوعی مورد تأکید قرار گرفته است. صاحب جواهر در این باره می‌فرماید:

«الحمل یرث بشرط انفصاله حیا اجماعاً: حمل اگر زنده متولد گردد به اجماع ارث می‌برد.»<sup>۱۹</sup>

خلاصه آن که اهلیت استحقاق با اهلیت تصرف ملازمه قانونی ندارد یک طفل می‌تواند مالک هر نوع مالی بشود اما برای اجرای حق مالکیت خود تا زمانی که به سن رشد نرسیده اهلیت ندارد.

بین اهلیت و وضعیت رابطه نزدیک وجود دارد، ولی این به آن معنا نیست که آن دو هیچ تفاوتی با هم ندارند و به عنوان مثال سن که از مصادیق وضعیت است. در اهلیت نیز اثر می‌گذارد و اهلیت تا حدی تابع وضعیت است، زیرا صغیر چون حالت صغر دارد فاقد اهلیت است، از طرف دیگر گاهی اهلیت در وضعیت تأثیر می‌کند؛ مثلاً برای بعضی از امور نکاح وجود اهلیت لازم است لذا وضعیت طفل تابع اهلیت اوست. بنابراین آنچه برخی حقوقدانان گفته‌اند که در احوال شخصیه توجهی به اهلیت نمی‌شود و اهلیت هرگز در احوال شخصیه تأثیری ندارد،<sup>۲۰</sup> لغزشی آشکار است.



نکته آخر این که هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق استحقاق و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.<sup>۲۱</sup> اهلیت استحقاق چون ملازمه با شخصیت انسان دارد سلب آن به منزله سلب زندگی است و تعبیر برخی از نویسندگان که می گویند: رمزی است که خداوند در طبیعت انسان به ودیعت گذارده و با مرگش نابود می شود،<sup>۲۲</sup> و بعضی نیز آن را تشبیه به سایه نموده اند که مثل سایه هر کجا شخص برود قوانین مزبور هم او را تعقیب می نماید<sup>۲۳</sup> بنابراین کسی نمی تواند از خود حق ازدواج را به طور کلی سلب کند، اما در اهلیت استیفا صرفاً سلب جزئی حق امکان پذیر است. به خاطر وجود حکمت ممنوعیت سلب حق استحقاق از خود، دایره قاعده «الکل ذی حق اسقاط حقه» محدود به اسقاط حق استیفا آن هم به صورت جزئی می شود.

۲. مصادیق احوال شخصیه: مهم ترین موضوعات و مصادیق احوال شخصیه عبارتند از: ازدواج، وضع اموال زن و شوهر، طلاق، افتراق، جهیزیه، مهر، ابوت، نسب، فرزندخواندگی، اهلیت، ولایت قیمومت، ارث، وصیت، تصفیه ترکه و حجر، ...<sup>۲۴</sup>

از میان موارد فوق دو مورد افتراق و فرزندخواندگی در فقه شیعه وجود ندارد و بقیه موارد در ابواب مختلف فقه به طور مفصل بررسی شده اند.

حقوق دانان در مورد این که تمامی موارد از مصادیق احوال شخصیه باشند، تشکیک کرده اند و عده ای در مورد مهریه، ارث، وصیت، اهلیت، هبه و وقف تردید کرده اند.<sup>۲۵</sup> بعضی از ایشان موارد فوق را جزئی از احوال شخصیه می دانند و این گونه استدلال کرده اند که توارث تأسیسی است که به اعتبار خویشاوندی بین وارث و مورث است و وصیت نیز تأسیسی است که به اعتبار شخصیت وصی برقرار شده است. پس جنبه غیر مادی آن ها بر جنبه





مالی غلبه دارد. ۲۶ خصوصاً هبه و وصیت که از عقود تبرعی هستند با توجه به این که شخصیت طرفی که به او هبه و وصیت می شود مورد توجه است، از احوال شخصیه می داند. ۲۷

مخالفین این نظر استدلال کرده اند که احوال شخصی در مقابل احوال عینی قرار دارد پس هر چیزی که جنبه مالی داشته باشد از جرگه احوال شخصیه خارج است. ۲۸ آنان برای تشخیص مصادیق احوال شخصیه از این مدارک استفاده کرده اند که موضوعاتی که در مورد آن نوعاً قوانین به اعتبار شخصیت فرد وضع شده است از مصادیق احوال شخصیه و در برابر آن قوانین که به اعتبار طبیعت مال وضع شده اند از مصادیق احوال عینی می باشد. ۲۹

معمولاً موضوعاتی مورد تردید قرار می گیرد که از یک طرف با شخصیت فرد مرتبط است و از طرف دیگر جنبه مالی پیدا می کند، توافق روی آن ها که جزء احوال شخصیه هست یا نه مشکل است مثل وقف و هبه که به خاطر ماهیت دوگانه شان مورد اختلاف است ۳۰ و به همین دلیل مصادیق احوال شخصیه در همه کشورها یکسان نیست و البته دو چیز باعث خلط موضوعات احوال شخصیه و عینیه شده است: ۱. تحدید دایره موضوعات محاکم شرعی و عرفی. ۲. ابقای اموری مثل وصیت، هبه و وقف که جنبه دینی دارند یا مرتبط با امور دینی است مثل نفقه و مهر در حکومت محاکم شرعی که به احوال شخصیه رسیدگی می کند، پس مسائل احوال شخصیه شامل این مجموعه هاست: ۱. مسائل مربوط به حالت، اهلیت، ولایت بر مال ۲. مسائل متعلق به خانواده ۳. مسائل متعلق به وصایا و موارث ۳۱ از آن جا که مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی از رابطه حق با اخلاق حسنه و نظم عمومی سخن می گوید پس این گونه حقوق به گروه حقوق غیر مالی نزدیک است. ۳۲

و با عنایت به بحث هایی که در فقه درباره نهاد وقف و وصیت و هبه انجام

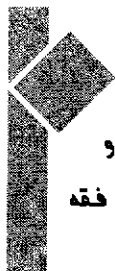


شده است و اهمیتی که به شخصیت و صفات موقوف علیهم و موصی له و موهوب له داده شده است این باب ها را از ابواب مالی صرف خارج می کند و به مباحث مربوط به اشخاص نزدیک می سازد و به خصوص که در فقه برای نهاد وقف «شخصیت حقوقی» قائل شده است که وجودی مستقل از وجود واقف و موقوف علیهم دارد. ۳۳

۳. تاریخچه احوال شخصیه: احوال شخصیه چون جزئی از حقوق مدنی است بنابراین تاریخ آن، با تاریخ حقوق مدنی مشترک است ولی سؤالی که در این جا مطرح می شود این است که احوال شخصیه از چه زمانی با عنوان مستقل مطرح شده و کدام نظام حقوقی تقسیم احوال شخصی و عینی را برای اولین بار به وجود آورد؟ محققان بر این باورند که اصطلاح احوال شخصیه اولین بار در حقوق ایتالیا و در قرون ۱۲ و ۱۳ میلادی به وجود آمد. در آن زمان قانون دولتی رم فراگیر بود و قانون های محلی دیگر نیز وجود داشت. برای این که این دو با هم مشتبه نشوند، قانون عمومی رم را «قانون» نامیدند و قانون محلی را «حال» که به «احوال» جمع بسته می شود. احوال هم به دو دسته تقسیم شد: احوالی که به اشخاص تعلق دارد و احوالی که به اموال تعلق می گیرد. حقوق ایتالیا این اصطلاح را وام گرفت و قانون مدنی را به دو بخش تقسیم نمود: یکی روابط اشخاص، اهلیت و جنسیت شان و دیگری اموال، خلاصه، اولی را «احوال شخصی» و دومی را «احوال عینی» نامیدند. ۳۴ بعضی هم گفته اند که احوال شخصیه از اصطلاح حقوق فرانسه است و نویسندگان کدسیویل (مجموعه قوانین مدنی فرانسه) آن را وضع کرده اند و از راه ترجمه اصطلاحات فرانسه وارد زبان فارسی شده است. ۳۵

اصطلاحات احوال شخصیه در اواخر قرن نوزدهم توسط «محمد قدری





قوانین مدنی کشورهای اسلامی نوعاً از این تقسیم‌بندی تبعیت کرده‌اند؛ مثلاً قانون مدنی ایران از یک مقدمه و سه کتاب تشکیل شده که کتاب اول راجع به حقوق اموال و کتاب دوم درباره حقوق اشخاص و کتاب سوم هم از ادله اثبات دعوا بحث می‌کند. اما این تقسیم‌بندی در فقه سابقه ندارد و اساساً تبویب فقهی با تقسیم‌بندی حقوقی متفاوت است.

پاشا<sup>۳۵</sup> و قتی که کتاب «احکام الشرعیه فی الاحوال الشخصیه» را نوشت وارد فقه اسلامی شد. <sup>۳۶</sup> احتمالاً اولین باری که این اصطلاح در فقه شیعه به کار گرفته شد، برمی‌گردد به تألیف کتاب «الاحوال شخصیه فی فقه اهل بیت (ع)» که در سال ۱۳۷۰ هـ. ق. / ۱۹۵۱ م توسط «شیخ یوسف فقیه» رئیس وقت محکمه عالی شرع جعفری در بیروت لبنان نگاشته شد. که از نظر تبویب و شیوه نگارش از روش کدنویسی قانون بهره گرفته شده است. این اثر با کتاب حجر آغاز و با کتاب ارث پایان می‌پذیرد.

البته آنچه گفتیم به این معنا نیست که در فقه اسلامی قبل از آن اصلاً درباره احوال شخصیه بحث نشده است. بلکه مهم‌ترین مصادیق احوال شخصیه از قبیل ازدواج و توابع آن، وصایت، ارث، قیمومت، حجر و ... در میان فقهای مسلمان سابقه دیرینه دارد.

و قوانین مربوط به احوال شخصیه در مجموعه‌های قانون مدنی کشورهای اسلامی ملهم از نظرات گرانبهای فقهای اسلامی می‌باشد. البته دلیل این که فقها از میان مباحث احوال شخصیه بیشتر به ازدواج و توابع آن پرداخته‌اند این است که احوال شخصیه و ماهیتش، آن‌چنانکه باید، برای ایشان ناشناخته بوده است. <sup>۳۷</sup> این مطلب را در بحث بعدی مفصل‌تر تحقیق خواهیم کرد.

۴. جایگاه احوال شخصیه در فقه و حقوق: احوال شخصیه بخشی از حقوق مدنی بلکه مهم ترین بخش آن است، چرا که حقوق مدنی به دو بخش احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می گردد. احوال شخصی متعلق به شخص انسان و ذاتش می باشد و جدای از موقعیت اجتماعی او نیست و نیز غیر قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند زوجیت و توابعش مثل طلاق و... به تعبیر دیگر هر چیزی که رابطه فرد را با خانواده اش محکم تر کند از احوال شخصیه و هر چه به روابط مالی مربوط شود احوال عینی یا قواعد معاملات است. قوانین مدنی کشورهای اسلامی نوعاً از این تقسیم بندی تبعیت کرده اند؛ مثلاً قانون مدنی ایران از یک مقدمه و سه کتاب تشکیل شده که کتاب اول راجع به حقوق اموال و کتاب دوم درباره حقوق اشخاص و کتاب سوم هم از ادله اثبات دعوا بحث می کند. اما این تقسیم بندی در فقه سابقه ندارد و اساساً تبویب فقهی با تقسیم بندی حقوقی متفاوت است. در فقه عنوان احوال شخصیه وجود ندارد، زیرا عرف اکثر فقهای اهل سنت بر این است که احکام فقه اسلامی را به دو قسم کلی تقسیم می کند: ۱. عبادات که رابطه انسان را با خدا تنظیم می کند و به قصد تقرب به خداوند انجام می شود، مثل نماز، روزه، حج و... ۲. معاملات یا عادات که روابط افراد و اجتماعات را با برخی دیگر تنظیم می کند همانند این عنوان ها نکاح، طلاق، بیع، جنایات، وصایا و...

برخی دیگر از فقهای اهل سنت احکام را به چهار قسم تقسیم می کنند:

۱. عبادات ۲. مناکحات ۳. معاملات ۴. عقوبات. اولی در رابطه با آخرت انسان و سه تای دیگر راجع به دنیای اوست. آنچه مربوط به دنیاست یا درباره نظام عالم است که به آن مناکحات گفته می شود و یا راجع به ایجاد تمدن و تعاون است که به آن معاملات می گویند و یا راجع به استقرار تمدنی است که به آن عقوبات گفته می شود. ۲۸



اما تقسیم رایج و مشهور در میان فقهای شیعه تقسیمی است که علامه در شرایع الاسلام آورده اند که احکام را به چهار دسته تقسیم کرده اند<sup>۴۰</sup>:

۱. عبادات . ۲. عقود . ۳. ایقاعات . ۴. احکام .

فاضل مقداد در «التنقیح الرائع» سه راه بر حصر تقسیم فوق بیان کرده اند<sup>۴۱</sup> و نیز شهید اول از حصری بودن انقسام فوق دفاع می کند و می فرماید: وجه حصر این است: مقصد حکم شرعی یا آخرت است یا دنیا، اگر اول باشد می شود عبادات و اگر دنیا باشد یا نیازمند لفظ است یا نیست، اگر نیازمند لفظ نباشد احکام است و اگر نیازمند لفظ از دو طرف باشد (تحقیقا یا تقدیرا) می شود عقود. اگر فقط از یک طرف لفظ کافی باشد می شود ایقاعات.<sup>۴۱</sup>

برخی محققان بر انقسام حصری شهید اول ایراد گرفته اند که این تشقیق خالی از مسامحه نیست، زیرا در احکام اسلامی حکمی یافت نمی شود که دنیوی یا اخروی محض یا فردی یا اجتماعی صرف و جسمی و یا روحی خالص باشد بلکه معتقد است در هر یک از احکام اسلام همه این موارد رعایت شده است و از راه توجه به همین نکته است که قوانین بشری را - هر چه و از هر که باشد - وافی به غرض و کافی برای نیل به سعادت حقیقی و کمال نهایی نمی داند.<sup>۴۲</sup>

در پاسخ به ایراد مذکور می توان گفت که تقسیم شهید اول بیشتر ناظر به تقسیمات شکلی و صوری احکام است نه تقسیمات ماهوی و ذاتی آن. در تقسیمات شکلی چون تقسیم هدف دستیابی آسان به مطالب و موضوعات صورت می گیرد و صرفاً جنبه غالبی و ظاهری احکام لحاظ می شود و گرنه پیوستگی دنیا و آخرت از بدیهیات اعتقادی مسلمان عادی است چه رسد به بزرگان و فرزاندگانی چون شهید اول و فاضل مقداد. به جز تقسیم فوق طرحهای دیگری نیز توسط فقهای بزرگ چون محقق نائینی، صاحب مفتاح الکرامه، فیض کاشانی و در این اواخر شهید صدر ارائه شده است.<sup>۴۳</sup> در هیچ یک از این طرحها احوال شخصیه



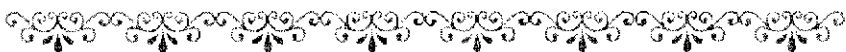
عنوان مستقلی ندارد. اما در جدیدترین تقسیم‌های ابواب فقهی به این مسأله تا حدی توجه شده است. مرحوم شهید صدر احکام را این گونه تقسیم می‌کند:

۱. عبادات ۲. اموال (در دو بخش، اموال خصوصی و عمومی) ۳. سلوک و آداب و رفتار شخصی (در دو بخش خانوادگی و غیر خانوادگی، اطعمه و اشربه و آداب معاشرت، نذر و ...) ۴. آداب عمومی، سلوک و رفتار عمومی ولی امر در امر قضا، حکومت و ... می‌باشد.

این تقسیم‌بندی به شهادت اهل تحقیق بهترین طرحی است که تاکنون ارائه شده است<sup>۴۴</sup> در این طرح، کم و بیش جایگاه احوال شخصیه مشخص شده است، اما این طرح میان فقها تاکنون آن طور جای خود را باز نکرده است. با توجه به مطالب فوق چند نکته قابل ذکر است:

۱. تقسیم ابواب فقهی توسط فقهای سلف با عنایت به روح کلی حاکم بر احکام شرعی ارائه شده است و امکان ارائه طرحهای جدید توسط فقهای معاصر خصوصاً در فقه اهل بیت (ع) که راه استنباط و اجتهاد گشوده است، وجود دارد. و اهل سنت برای سازگاری فقه با تحولات اجتماعی و مقتضیات زمان ابتدا سراغ اقوال مهجور داخل مذهب شان رفتند و پس از آن قالب مذهب خاص را شکستند و از نظریات مذاهب دیگر نیز بهره گرفتند. این مطلب در سیر تطور قانون احوال شخصیه در این کشورها خصوصاً کشور مصر کاملاً مشهود است.<sup>۴۵</sup>

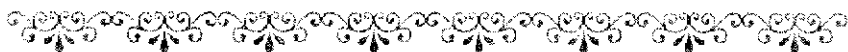
۲. استعمال و رواج اصطلاح احوال شخصیه در کشورهای اسلامی توسط فقها قبل از هر چیز معلول شرایط خاص اجتماعی و سیاسی حاکم بر این کشورها بود. پس از این که ممالک اسلامی به اشغال بیگانگان درآمد و قطعه قطعه شد محاکم شرع که قبلاً به تمام دعاوی رسیدگی می‌کرد از آن پس محدود به حل و فصل دعاوی احوال شخصیه شد و در کنار آن دادگاه دیگری تحت عنوان دادگاه عرفی به وجود آمد، روز به روز از صلاحیت محاکم شرع



کم می‌شد. این کار را از طریق محدود نمودن دایره احوال شخصی انجام می‌دادند تا جایی که این محاکم صرفاً در امور مربوط به ازدواج و طلاق و حقوق اولاد صالح شناخته شد.<sup>۴۶</sup> به تبع این تغییرات، کتابهایی که در این زمینه نوشته می‌شد از این روند پیروی نموده‌اند. کتاب‌هایی که اوایل، در زمینه احوال شخصی نوشته می‌شد تقریباً تمام موضوعات و مصادیق احوال شخصی را مورد بحث قرار می‌داد،<sup>۴۷</sup> اما امروزه فقها و شارحان متون قانونی وقتی از احوال شخصی بحث می‌کنند تنها به مسائل ازدواج و طلاق بسنده می‌نمایند. البته این روند در میان فقهای اهل سنت بسیار وسیع و گسترده است، اما در میان فقهای اهل بیت (ع) به تازگی کتابهایی تحت عنوان احوال شخصی و با مباحث نکاح و طلاق تألیف شده است.<sup>۴۸</sup>

۳. استفاده کنندگان از اصطلاح احوال شخصی اگر می‌خواهند در ورطه تقلید بی‌هدف گرفتار نیایند اول باید تکلیف‌شان را با طرح تقسیم‌بندی حقوق به احوال شخصی و عینی معلوم کنند پس از آن اگر تقسیم مذکور را پذیرفتند آن وقت به بحث از احوال شخصی پردازند.

۴. این تقسیم ویژگی‌هایی دارد که به آنها اشاره می‌شود: یکی از مزایای تقسیم‌بندی مذکور این است که با فضیلت و برتری انسان بر اموال منطبق و با نظر اسلام درباره انسان که او را گل سرسبد خلقت می‌داند سازگار می‌باشد، زیرا این تقسیم‌بندی روابط اشخاص را از اموال جدا می‌کند. مزیت دوم تقسیم مذکور عینی‌تر و جزئی‌تر بودن آن است. با توجه به گستردگی دامنه فقه، تقسیمات ملموس‌تر، عینی‌تر و جزئی‌تر برای دستیابی به مسائل و متفرعات آن به آسانی و سهولت تا چه حد مورد نیاز است. بدیهی است که تمام ابواب فقه در این تقسیم‌بندی نمی‌گنجد بلکه آن دسته از احکام فقهی که درباره احوال مدنی است را فقط می‌توان در این قالب ریخت.



نکته قابل ذکر دیگر این است که بسیاری از موضوعات فقهی ذی وجوه هستند که هم جنبه مالی دارد و هم جنبه غیر مالی همانند وقف، هبه، ارث و وصیت که از یک طرف جنبه مالی دارد، اما از جهت دیگر که شخصیت موقوف علیه و موهوب له و وارث و وصی دارای اهمیت ویژه است برخی آن را جزء احوال شخصی قرار داده اند. در مسائل ذی وجوه در فقه باید به وجه غالبی آن تکیه و از وجوه دیگر آن چشم پوشید.

۵. تبویب و فصل بندی مباحث فقهی امری توقیفی نیست بلکه دهها طرح برای تبویب احکام فقهی توسط فقهای شیعه و سنی ارائه شده است که هر یک دارای نقاط ضعف و قوتی است. تاکنون طرحی که متسالم علیه فقها باشد و نیز با شرایط و تحولات حقوقی روز سازگار باشد ارائه نشده است. اکثر فقهای شیعه همچنان از طرح مشهور و رایج علامه حلی در «شرائع الاسلام» تبعیت می کنند. به نظر می رسد امکان ارائه طرحهای جدیدتر وجود دارد که هم با روح کلی شریعت سازگار باشد و هم با زبان حقوق معاصر.

و از همه مهم تر ظرفیت و قابلیت کم نظیر فقه شیعه این توانایی را دارد که از قالبهای موجود در حقوق استفاده کند و مسائلی ارائه دهد که به غنای حقوق کمک کند. نمونه این دادوستد علمی، قانون مدنی ایران است که اصول و قواعد و احکام فقه امامیه در قالب برگرفته شده از حقوق اروپایی ارائه شد و به شهادت اهل فن این قانون بدون این که از فقه شیعه فاصله گیرد از نظر ساختار حقوقی نیز دارای استخوان بندی محکم و استوار است.

قانون حاکم بر احوال شخصیه: پس از مطالبی که در تعریف، تاریخچه و جایگاه فقهی و حقوقی احوال شخصیه آوردیم، اینک یکی از مباحث مطرح شده در احوال شخصیه را می کاویم و آن، بررسی قانون حاکم بر احوال شخصیه است. این بحث زمانی





مطرح می شود که تعارض قوانین در حقوق موضوعه و تعارض احکام مذهبی و دینی در فقه به وجود آید.

تعارض هم زمانی به وجود می آید که پای یک «عامل خارجی» در حقوق موضوعه و «اقلیت مذهبی یا دینی» در فقه در میان آید. البته در نظام های دینی تفکیک حقوق موضوعه از فقه نادرست است چه در این جا باید از «قانون فقهی» یا «فقه قانونی» سخن گفت. در چنین حکومت هایی «عامل خارجی» و اقلیت دینی با هم نسبت بیشتری پیدا می کند بر فرض مثال ازدواج موقت زن و مرد ایتالیایی در ایران تابع قانون کدام کشور است؟ و دادگاه کدام قانون را باید اجرا کند؟<sup>۴۹</sup> در پرونده درخواست طلاق زوجه ایرانی از زوج پاکستانی اش دادگاه قانون کدام کشور را اجرا کند؟ یا تقسیم میراث ایرانی اهل سنت بر چه مبنایی انجام می شود بر اساس قانون مدنی ایران یا فقه اهل سنت؟ و ... ما این بحث را ابتدا بر مبنای دو محور حقوق و فقه جداگانه بررسی می کنیم و در آخر به مقایسه و تطبیق خواهیم پرداخت:

۱) احوال شخصیه بیگانگان از نظرگاه حقوق: حقوق بین الملل خصوصی به تقسیم جغرافیایی اشخاص می پردازد و به همین خاطر از تابعیت و اقامتگاه بحث می کند و این سؤال را مطرح می کند که احوال شخصیه بیگانگان مقیم در کشور تابع اقامتگاه اوست یا تابع قانون کشور متبوع او؟ البته این سؤال زمانی مطرح می شود که اول قانون صلاحیت داری که آن مسأله مورد تعارض را توصیف<sup>۵۰</sup> می کند، روشن گردد. در پاسخ به این که چه قانونی بر احوال شخصیه بیگانگان حاکم است، کشورها بیشتر از دو نظر پیروی کرده اند:

۱. قانون اقامتگاه ۲. قانون ملی.

۱-۱. قانون اقامتگاه: اقامتگاه رابطه ای است حقوقی، همراه با بعضی از



خصایص سیاسی که بین اشخاص و حوزه معینی از دولت برقرار می‌شود. ۵۱ شرط اقامت این نیست که حتماً تبعه آن کشور باشد. پس اقامتگاه تقسیم مادی اشخاص است. در مقابل تابعیت تقسیم معنوی افراد می‌باشد. ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اقامتگاه هر شخصی محلی است که شخصی در آن جا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آن جا باشد. اگر محل سکونت شخص غیر از مرکز مهم امور او باشد مرکز مهم امور وی اقامتگاهش محسوب می‌شود. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آن‌ها خواهد بود. سه اصل کلی بر اقامتگاه حاکم است: ۱. هر شخصی باید اقامتگاه داشته باشد. ۲. هیچ شخصی نباید بیش از یک اقامتگاه داشته باشد. ۳. اقامتگاه یک امر دائمی نیست. کشورها در مورد اصل وحدت اقامتگاه اختلاف نموده‌اند. بیشتر کشورها از جمله فرانسه، انگلیس و سوئیس، اصل وحدت اقامتگاه را پذیرفته‌اند، قانون مدنی نیز آن را پذیرفته است (م ۱۰۰۳ ق. م) اما تعدادی مثل آلمان آن را نپذیرفته‌اند و قانون مدنی افغانستان نیز از این دسته تبعیت نموده ۵۲ در مورد این که قانون اقامتگاه بر احوال شخصیه افراد حاکم باشد یا قانون ملی، کشورها رویه واحدی اتخاذ نکرده‌اند. سیستم حقوقی انگلوساکسن قانون اقامتگاه را به عنوان قانون حاکم بر احوال شخصیه برگزیدند. طرفداران این تفکر که بیشتر هماهنگی اجتماعی و سیاسی افراد یک کشور را در نظر دارند، می‌خواهند قانون واحدی بر تمام افراد یک کشور حاکم باشد تا علاوه بر آن که اصل تساوی حقوق افراد رعایت شود، پیروان عادات و مذاهب مختلف به یکدیگر نزدیک‌تر شده و هماهنگی اجتماعی بیشتری پیدا نمایند. ۵۳

ساوینی (savigny) که بنیان‌گذار نظریه اقامتگاه است به منافع دولتها نمی‌اندیشد او می‌گوید: تابعیت رابطه‌ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین فرد و دولت است وقتی که شخصی از کشوری به کشور دیگری می‌رود و آن‌جا را



مرکز مهم امور خود و نیز محل سکونت خود برمی گزینند هرچه این اقامت طولانی تر می شود معمولاً پیوندهای سه گانه مذکور بین فرد و دولت ضعیف تر شده و رابطه وی با محل اقامتش قوی تر می شود.

در تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه خارجی نمی توان واقعیتها را نادیده گرفت و حقوق کشورهای مثل فرانسه و سوئیس اخیراً به این نظر گرایش پیدا کرده است.<sup>۵۴</sup>

۲-۱. قانون ملی: قاعده صلاحیت «قانون دولت مطبوع» را اولین بار نویسندگان کدسیویل فرانسه در مورد حل تعارض قوانین مطرح کردند. این راه حل را بسیاری از کشورهای جهان از جمله اروپا پذیرفتند و مؤسسه حقوق بین الملل نیز در نیمه دوم قرن نوزدهم آن را تأیید نمود و همچنین در قراردادهای سیاسی چندجانبه ۱۹۰۲ م ۱۹۰۵ م لاهه مورد قبول واقع گردید. این قاعده استثنائاتی هم دارد که از جمله آن نظم عمومی است. امتیازی که قانون ملی دارد این است که اولاً با هدف قوانین شخصی همخوانی دارد، زیرا این قوانین اصولاً برای حمایت افراد وضع می شوند که مستلزم دوام و استمرار است و با جابه جا شدن افراد تغییر نمی کند و در نتیجه، از این طریق تزلزلی در ارکان خانواده و ثبات و استقرار آن که هدف اساسی قوانین شخصی است روی نمی دهد.<sup>۵۵</sup> ثانیاً با قاعده معروف حقوق بین الملل «نزاکت بین المللی»<sup>۵۶</sup> که مبتنی بر رعایت عدالت در صحنه بین الملل و احترام به دیگران است، سازگار می باشد.<sup>۵۷</sup>

نکته آخر این که قانون مدنی ایران، از قاعده دولت متبوع پیروی نموده است و در ماده ۷ قانون مدنی به صراحت این مطلب را بیان می کند و به نظر غالب حقوق دانان جز استثنائات خاص و مشروط، وجود معاهده را با دولت خارجی که شخص تابع آن است لازم نمی دانند.<sup>۵۸</sup> حتی برخی از استادان فن می گویند: اگر کشوری احوال شخصیه بیگانه را تابع قانون کشور محل اقامت



کند و اعمال قانون خارجی را موکول به داشتن معاهده و رفتار متقابل کند این امر نشانه عقب ماندگی است. ۵۹

۲. احوال شخصیه بیگانگان از نظرگاه فقه: این مطلب مسلمی است که مفهوم اصطلاح «بیگانه» در فقه غیر از حقوق است، چرا که بیگانه در اصطلاح حقوقی برگرفته از مفاهیم جدیدی چون «تابعیت» و «ملیت» و «مرزهای جغرافیایی» و ... می باشد.

بیگانه در اصطلاح فقه اسلامی به «کافر» اطلاق می گردد. کافران خود به دو دسته تقسیم می شوند: کافران حربی و کافران ذمی، چرا که در اسلام «امت» مطرح است و امت واحده اسلامی جامعه انسانی است که به خدا و پیغمبر و روز جزا ایمان دارند کسانی که به این امر اعتقاد ندارند بیگانه محسوب می شوند. این مسأله به عنوان اصل مسلم مورد پذیرش همه فرق اسلامی می باشد. اما مسأله مورد اختلاف فقها این است که اسلام آیا تابعیت های سیاسی و پدیده ملت را به عنوان واقعیت غیر قابل انکار جامعه معاصر می پذیرد یا خیر این پدیده ها با آموزه ها و اهداف اسلام در تعارض است. نه تنها اسلام آن ها را به رسمیت نمی شناسد بلکه با آن ها مبارزه کرده است؟

برخی فقهای روشن بین همچون امام خمینی (ره) بر این باورند تا زمانی که شرایط برای تحقق آن حکومت آرمانی مهیا نشده است، واقعیت های موجود را باید پذیرفت،<sup>۶۰</sup> این تابعیت ها را به عنوان تابعیت ثانوی بپذیریم. تذکر این نکته لازم است که طرح مسأله قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان از نظر فقه اسلامی مستلزم آن نیست که حتماً بیگانه را به معنای حقوقی آن اخذ کنیم و تابعیت ثانوی را پذیرفته شده تلقی کنیم، زیرا این بحث از دیرباز در میان مسلمانان مطرح بوده است: دین مبین اسلام بر اساس آموزه های قرآن کریم و



سنت نبوی کافران ذمی که در سرزمین اسلامی زندگی می کنند و کسانی که به سرزمین اسلامی پناهنده می شوند از بسیاری حقوق از جمله استقلال قضایی و آزادی پیروی آن ها از دین شان به ایشان اعطا شده است.<sup>۶۱</sup> تسامح بر بیگانگان مقیم در مملکت اسلامی امری مسلم و مفروغ عنه است؛ به عنوان مثال در زمان خلیفه دوم و فتح مصر توسط عمرو عاص، مصر به چند بخش تقسیم شد و برای هر قسمت، یک قاضی قبطی قرار داده شد تا دعاوی آن را بر طبق شریعت خود آن ها حل و فصل نماید. در دعاوی بین یک قبطی و یک عرب دو قاضی از هر دو طرف یکی قبطی و دیگری عرب مسأله را حل می نمود.<sup>۶۲</sup>

جدای از نمونه های تاریخی و توصیه های کلی که در دین مبین اسلام وجود دارد و نویسندگان اهل تسنن روایات و عبارات های فراوانی در باب احترام به رأی و نظر دیگران از بزرگان و پیشوایان آن ها نقل شده است در کتاب «اعلام الموقعین» از خلیفه دوم نقل شده است:

«والرأی مشترک: ارزش و میزان سنجش نظرها و رأی ها

همانند هم هستند»<sup>۶۳</sup>

از ابوحنیفه نعمان نیز منقول است که پس از بیان فتوایش می گفت: «این نظر ماست که کسی را به پذیرش آن مجبور نمی سازیم به کسی نمی گویم کاری واجب است و حال آن که از پذیرش آن اکراه دارد هر کس نظر بهتر دارد بیاورد.»<sup>۶۴</sup>

اما در مذهب شیعه جعفری مسأله فرق می کند؛ دو ویژگی بسیار مهم روش مذهب شیعه را در توجیه شرعی رعایت احوال شخصیه پیروان مذاهب و ادیان دیگر و نیز بیگانگان به مفهوم حقوقی و سیاسی آن از روش اهل سنت ممتاز می کند. آن دو ویژگی: یکی مفتوح بودن باب اجتهاد است و دیگری وجود قاعده فقهی به نام الزام. با وجود این دو خصیصه فقه های شیعه آن دغدغه ای که



و از همه مهم‌تر ظرفیت و قابلیت کم‌نظیر فقه شیعه این توانایی را دارد که از قالبهای موجود در حقوق استفاده کند و مسائلی ارائه دهد که به غنای حقوق کمک کند. نمونه این دادوستد علمی، قانون مدنی ایران است که اصول و قواعد و احکام فقه امامیه در قالب برگرفته شده از حقوق اروپایی ارائه شد و به شهادت اهل فن این قانون بدون این که از فقه شیعه فاصله گیرد از نظر ساختار حقوقی نیز دارای استخوان‌بندی محکم و استوار است.

فقه‌های اهل سنت برای روزآمد نمودن احکام شرعی گرفتار آوند، ندارند، زیرا با ملاحظه سیر تاریخی این موضوع درمی‌یابیم که فقه‌های اهل سنت به دلیل این که باب اجتهاد از نیمه قرن چهارم منسوخ شده بود، برای سازگاری احکام شرعی با مقتضیات زمان ابتدا سراغ اقوال شاذ علما و فقه‌های پیشین رفتند پس از آن که متوجه شدند با تقلید از نظریات مهجور رؤسای مذاهب و فقه‌های گذشته نیازهای مذهبی رفع نمی‌گردد و با عنایت به این که چه بسا از آغاز هم سد باب اجتهاد به مصلحت نبوده است در عصر حاضر نویسندگان این مذاهب از عظمت اجتهاد و گشایش باب آن سخن می‌گویند.<sup>۶۵</sup> به تعبیر بعضی از استادان، عصر حاضر را باید پایان ادوار فقهی اهل سنت دانست.<sup>۶۶</sup>

قاعده‌های الزام و التزام: این دو قاعده از قواعد منصوص فقه مذهب جعفری است. مدرک و مستند این دو قاعده، روایاتی در کتاب طلاق و ارث می‌باشد و نیز اجماع فقه‌های امامیه بر صحت آن‌ها است. با توجه به متن روایات فوق و عمل اصحاب آن‌ها انصاف این است که اگر ادعای قطع به صدور این کلام از معصوم (ع) بنماید گزاره گویی نکرده است.<sup>۶۷</sup> اما در مفاد این قاعده، مطلب فراوان گفته شده است که تفصیل آن را باید در کتابهای مربوطه جست.

هر چند روایات قاعده درباره طلاق و میراث است اما تعبیراتی که مشعر بر علیت حکم است تقریباً در پایان اکثر روایت‌ها وجود دارد و بنابراین از آنها الغای خصوصیت فهمیده می‌شود. تعبیراتی از قبیل: «خذوا منهم كما يأخذون منكم فی سنتهم وقضایاهم»<sup>۶۸</sup> و «خذهم بحقک فی احکامهم وستهم كما يأخذون منكم فيه»<sup>۶۹</sup> یا «تجوز علی اهل کل ذوی دین ما يستحلون»<sup>۷۰</sup> یا «الزموهم بما الزموا به انفسهم»<sup>۷۱</sup>.

با عنایت به این تعبیرات می‌توان گفت که موضوعات مطرح شده در احادیث خصوصیت ندارد و می‌توان از آن الغای خصوصیت کرد و در هر مورد اعم از عقود، ایقاعات و احکام به آن تمسک نمود؛ به عبارت دیگر، عموم و اطلاق ادله لفظی قاعده‌ای گسترده و فراگیر است؛ به گونه‌ای که در تمام ابواب فقه می‌تواند جاری شود.<sup>۷۲</sup>

از سوی دیگر، مقیدات و شرایطی در این روایات وجود دارد و فقها از آن‌ها استنباط فرموده‌اند که محدوده شمول قاعده را با اشکال مواجه می‌کند؛ مثلاً موارد روایات جایی است که فقه اهل سنت حاکم و شیعه به عنوان اقلیت مذهبی در آن جا به سر می‌برد کما این که صاحب وسائل روایات باب ارث مورد استفاده در قاعده مذکور را بر موارد تقیه حمل فرموده‌اند.<sup>۷۳</sup>

همچنین موارد روایت در جایی است که یک طرف قضیه سنی باشد و طرف دیگر شیعه، شخص شیعه بهره‌مند باشد و طرف مقابل متضرر و نیز حکم به نفع بهره‌مند صادر شود.<sup>۷۴</sup>

در غیر موارد فوق در مواردی که دو طرف بهره‌مند و زیان دیده هر دو شیعی نباشند یا فقه شیعه حاکم و اهل سنت به عنوان اقلیت مذهبی زندگی کند، اجرای قاعده فوق نیازمند تأمل بیشتر است. از همه مهم‌ترین که آیا می‌توان از این قاعده این مطلب را استفاده کرد که قانون حاکم بر احوال شخصیه

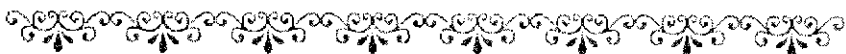


پیروان ادیان و مذاهب دیگر تابع قانون دین و مذهب خودشان است؟ استنباط چنین قاعده کلی از قاعده الزام، نیازمند دلیل و تحقیق بیشتر است. برای یافتن جواب سؤال فوق از نظریات یکی از محققان معاصر بهره می‌بریم:

حق این است که روایات و تحقیقات نشان می‌دهد که در این جا دو قاعده وجود دارد: یکی قاعده «الزام» و دیگری قاعده «التزام» که خلط این دو قاعده منشأ ابهام بسیاری شده است؛ از جمله این که مفاد قاعده الزام حکم واقعی ثانوی است یا اباحه شرعی؟ قاعده‌های مذکور هم از نظر موضوع و هم از نظر حکم با هم متفاوتند: موضوع قاعده الزام همان طور که اشاره شد که دو طرف یکی امامی و دیگری از مذاهب اهل سنت و شخص امامی بهره‌مند باشد و بهره‌وری و زیان دو طرف به موجب حکم الزامی در مذهب فقهی طرف زیان دیده است نه طرف بهره‌مند؛ به خلاف موردی که زیان و سود به موجب حکم غیر الزامی باشد و فقه اهل سنت حاکم باشد و فقه امامی در حال تقیه.

حکم قاعده الزام، عبارت است از الزام طرف دوم به پذیرش نیازی که از نظر فقهی به آن ملتزم شده است و اباحه سود نسبت به طرف اول می‌باشد. اما موضوع قاعده التزام: عبارت از این است که دو طرف عقد یا ایقاع پیرو مذهب فقهی واحدی باشند و حکم این مذهب از جهت درستی یا نادرستی و سلب و ایجاب غیر از حکم مذهب فقهی امامی باشد مانند این که دو طرف عقد یا طلاق و ارث پیرو مذهب اهل سنت باشند.

حکم قاعده التزام: به حکم واقعی ثانوی تمام اعمال حقوقی آن‌ها همان آثاری که از نظر مذهب شان بر آن بار می‌شود از نظر ما نیز ثابت است. تفاوت این حکم با حکم قاعده اولی در این است که در قاعده اولی صرفاً جواز و اباحه است و در مثال روایتی که زنی بر اساس فقه مخالف طلاق داده شد و سه طلاق





را در یک مجلس واقع نماید امام فرمود که: شما مجازید با آن زن ازدواج کنید. این مثال مفاد قاعده الزام است که فقط جواز و اباحه ازدواج لاحق را ثابت می‌کند نه این که صحت طلاق سابق را نیز ثابت کند اما قاعده دوم حکم واقعی ثانوی را اثبات می‌کند.

آنچه در بحث قانون حاکم بر احوال شخصیه پیش از همه راهگشا است قاعده دوم است نه قاعده اول: نتایج فقهی که حضرت استاد از این قواعد گرفته اند با اصول و مبانی حقوق بین الملل خصوصی در فرق تعارض قوانین و قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان بسیار نزدیک است. این قاعده سه نتیجه مهم فقهی را دربردارد: ۱. اقرار و اعتراف به درستی و مشروع بودن همه عقود، ایقاعات و احکام فردی که در مذاهب فقهی اسلامی معمول است و نیز اعتراف به مشروع بودن شرایع دیگر و رد مواردی که دو طرف قضیه پیرو یک دین و مذهبند. از این روی نکاح، طلاق و بیع و میراث آنها براساس مذهب و شریعت آنان جریان می‌یابد و جلوگیری از تنفیذ احکام فقهی آنان جایز نیست مگر در موارد خاص. در حقوق، مهم ترین مورد خاص که جلوی اجرای قانون خارجی را سد می‌کند مقررات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد. ۲. درستی عقود و ایقاعات و احکامی که بین پیروان یک مذهب فقهی غیر امامی انجام می‌شود نمایانگر امکان ترتیب اثر بر مشروع بودن این معاملات است.

۳. امکان قضاوت براساس شرایع و احکام ادیان دیگر در موارد اختلاف بین پیروان آن ادیان از طریق رضایت آن‌ها. ۷۵

۳. قانون حاکم بر احوال شخصیه از دیدگاه حقوق بین الملل خصوصی اسلامی: پیش از این، روش فقه و حقوق را جداگانه در قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان بررسی کردیم و اکنون بحث را از منظر دیگر طرح می‌کنیم: این بحث



بر این فرض مبتنی است که فقه و فقها پدیده‌های نوظهور ملت و تابعیت و مرزهای جغرافیایی را هرچند به عنوان ثانوی - به رسمیت بشناسند و آنها را ناقض اصول مسلم دین نشمارند. بر این اساس عنوان حقوق بین الملل خصوصی اسلامی طرح می‌شود. هرچند برخی حقوق دان‌ها عنوان حقوق بین المللی خصوصی اسلامی را یادآور عنوان حقوق بین الملل مسیحی در قرون وسطا می‌دانند. و از طرفی آن را جمع متناقضین می‌دانند.<sup>۷۶</sup>

در مقابل، برخی از نویسندگان از این عنوان دفاع می‌کنند و می‌گویند: طرفداری اسلام از تشکیل امت واحد به معنای الغای تمام مرزها و تفاوتها نیست. تشکیل چنین دولتی علاوه بر آن که ایده آلیستی است با واقع‌گرایی اسلام سازگاری ندارد و بنابراین، تابعیت اصلی یک فرد مسلمان بر این اساس، فردی از افراد امت است و فرد تابعیت ثانوی نیز دارد که بر اساس ملیت شکل گرفته است.<sup>۷۷</sup> بنابراین، رهیافت حقوق بین الملل خصوصی اسلامی به عنوان بخشی از یک سیستم حقوقی زنده دنیا، با توجه به مباحثی که در بحث فقهی و به خصوص فقه شیعه ارائه دادیم، این می‌شود که در موارد تعارض قوانین چه به مفهوم حقوقی آن و چه به مفهوم فقهی آن قانون حاکم بر احوال شخصیه فرد خارجی همان قانون دولت و دین متبوع اوست.

لذا یک شخص مسلمان تبعه کشور خارجی در احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع خویش است مگر آن که قانون دولت متبوع او یکی از قوانین ضروری دین را نادیده بگیرد؛ مثلاً حق نفقه را به زوج نمی‌دهد یا زوج را از طلاق محروم می‌کند که از اجرای این قانون به این دلیل که مخالف نظم عمومی یک کشور اسلامی است جلوگیری می‌شود.<sup>۷۸</sup> این چنین موارد به موارد تعارض دو رویکرد حقوق بین الملل خصوصی و حقوق بین الملل خصوصی اسلامی یاد می‌شود در چنین فرض‌هایی هم به استناد نظم عمومی و اخلاق



حسنه و هم براساس «صلاحیت اداری» حاکم مسلمان از اجرای قوانین معارض با حقوق اسلامی جلوگیری می‌کند. «صلاحیت اداری» اصلی پذیرفته شده در حقوق است که مقامات اداری برای مصلحت اتباع کشورش دستورهای صادر می‌کند این دستورها هر چند قانون نامیده نمی‌شود، اما از لحاظ اداری جنبه فرمان و دستور دارد.

۴. رویکرد کشورهای اسلامی: کشورها اکثراً در مسأله قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگان و پیروان ادیان دیگر از رهیافت قانون دولت متبوع پیروی کرده‌اند و این امر هم با برخورد ملاطفت‌آمیز اسلام با بیگانگان سازگار است و هم با حقوق موضوعه بسیاری از کشورهای جهان.

ماده ۶ قانون شماره ۴۶۲ سال ۱۹۵۵ کشور مصر مقرر می‌دارد که پیروان سایر ادیان در صورتی که در هنگام صدور این قانون از قانون مدونی برخوردار باشند و دو طرف دعوا نیز پیرو یک دین باشند، قانون دین متبوع شان حاکم خواهد بود.<sup>۷۹</sup> اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر می‌دارد که ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی که اقلیت‌های دینی هستند، در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود آزادند.

قانون اساسی مصوب ۱۳۵۵ افغانستان نیز مقرر می‌دارد کسانی که پیرو دین اسلام نیستند تابع دین خودشانند. رفتار حکومت‌های اسلامی در مقایسه با مذاهب و فرق اسلامی در طول تاریخ متفاوت بوده است. معمولاً همین که دستگاه حاکم گرایش به مذهبی پیدا می‌کرده مذاهب دیگر را به حاشیه می‌رانده است و به آنان اجازه مشارکت در حکومت و سیستم قضایی را نمی‌داده است. نمونه‌های تاریخی فراوانی می‌توان یافت که با تعصب و دگم‌اندیشی مطلق به فرقه‌ها و مذاهب دیگر اجازه نفس کشیدن نمی‌داده‌اند. این سخت‌گیری‌ها را نمی‌توان به تعلیمات مذهبی نسبت داد بلکه مربوط به اغراض سیاسی حاکمان



می باشد. به عنوان نمونه تاریخ کشور مصر را مثال می آوریم که حکومت‌های فاطمی که پیرو شیعه اسماعیلی بودند، پس از تسلط، با مذهب حنفی مبارزه کردند. چون مذهب دشمن شان یعنی عباسی ها بود و ایوبی ها بعد از فاطمی ها به مذهب شافعی و مالکی امکان بیشتر دادند و بقیه را به انزوا راندند، تا زمان محمدعلی که مذهب حنفی دوباره روی کار آمد و سایر مذاهب به حاشیه رانده شدند. این وضع تا سال ۱۹۱۵ ادامه داشت. در آن سال اولین مجلس علمای بزرگ مذاهب موجود برگزار شد و سرآغاز مشارکت فعال سایر مذاهب گردید.<sup>۸۰</sup>

این روند تحت تأثیر تفکرات شیخ محمد عبده شدت گرفت تا جایی که کشور مصر به عنوان پیش آهنگ توسعه قضایی و تساهل با دیگر مذاهب در میان کشورهای اسلامی مطرح گردید.<sup>۸۱</sup>

اما در دوران معاصر، تحت تأثیر اندیشه غربی از بیرون که قانون گرایی از لوازم آن بود و زیر فشار نهضت‌های اصلاحی از درون، زمینه تغییرات حقوقی شگرفی در کشورهای اسلامی به وجود آمد.

به هر حال، از آغاز قانون گذاری در کشورهای اسلامی تقریباً یک قرن می گذرد و تمام این کشورها در جاده تقنین گام نهاده اند، گرچه بعضی کندتر و

تقسیم بندی احوال مدنی به شخصی و عینی هر چند تمام مسائل فقه را دربر نمی گیرد اما در بخشی از مسائل فقهی مفید فایده خواهد بود. بنابراین با در نظر داشت اهداف کلی شریعت در حفاظت از ایمان، اعراض و نفوس مردم می توان با گنجاندن این تقسیم بندی در ابواب فقه بخشی از نیازهای موجود را در زمینه تبویب روزآمد مباحث و احکام فقهی برطرف نمود، چراکه امروزه طبقه بندی علمی علوم برای دستیابی سریع و آسان به مسائل و متفرعات آن علم یک اصل و ضرورت می باشد.

برخی تندتر حرکت می نمایند. این حرکت، در خصوص احوال شخصیه کندتر از سایر رشته های حقوقی می باشد. هر کشور اسلامی به هر اندازه که نسبت به اتباع خود، با سعه صدر و ملاطفت بیشتر رفتار کرده و تبعیض و تعصب را به کناری نهاده است، همان اندازه در کسب مشروعیت و جلب مشارکت و حمایت داخلی و اعتبار بین المللی موفق تر بوده است.

کشورهای اسلامی را از نظر برخورد با مذاهب و فرقه های مختلف داخل کشور می توان به سه دسته تقسیم نمود:

دسته اول. کشورهایی که علاوه بر مذهب رسمی کشور، قانون احوال شخصیه سایر مذاهب را معتبر می داند و با در نظر داشت مصلحت جامعه و لحاظ حقوق موضوعه کشورهای متمدن، مشترکات و گلچینی از احکام مذاهب مختلف را فراهم نموده و قانون احوال شخصیه متحدالشکل را پایه گذاری می نمایند. چنانچه قبلاً نیز گفتیم کشور مصر در توسعه قضایی و تساهل با دیگر مذاهب پیش قدم بود و از این دسته می باشد. آن کشور در سال ۱۹۱۵ قانون احوال شخصیه را براساس مذاهب اربعه تدوین کرد. در سال ۱۹۲۶ مجلس مرکب از علمای بزرگ که عده ای از شاگردان محمد عبده نیز حضور داشتند، تشکیل شد. آنها مرزهای مذاهب اربعه را نیز پشت سر گذاشتند.<sup>۸۲</sup> از طرفداران این روش کسانی چون دکتر احمد حمد احمد است که قانونی در باب نظام خانواده نوشته و آن را به سایر بلاد اسلامی نیز توصیه کرده است.<sup>۸۳</sup>

دسته دوم. کشورهایی که قانون واحد متحدالشکلی را در احوال شخصیه به کار نبرده اند، اما برای حمایت از برابری مذاهب مختلف، روش تعدد قانون احوال شخصیه را در پیش گرفته اند و پیروان هر مذهب را تابع قانون احوال شخصیه خودشان قرار داده اند. در برخی کشورها مثل لبنان حتی به تعدد



قوانین اکتفا نشده بلکه به تعداد مذاهب، دادگاه‌های متعدد تشکیل شده است. سابقاً در لبنان محاکم شرع وجود داشت که یادگار دوره عثمانی‌ها بود. اما براساس قانون مصوب ۱۹۴۲ هر طایفه‌ای در امور مربوط به احوال شخصیه تابع قوانین مربوط به خود گردید. در ابتدا محاکم بر دو قسم شیعه و سنی تقسیم شده است و طایفه دروزی برای احوال شخصیه خود محکمه اختصاصی دارد. ایران<sup>۸۴</sup> نیز جزء این دسته از کشورها می‌باشد. در سال ۱۳۱۲ ماده واحده‌ای از تصویب گذشت که به ایرانیان غیر شیعه اجازه می‌داد تا در محاکم از قانون احوال شخصیه مذهب خود پیروی نمایند.<sup>۸۵</sup> در قانون اساسی جدید ایران، براساس اصل ۱۲ آن قانون، پیروان مذاهب حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه طبق فقه خودشان آزادند و دعوی آنها در دادگاه‌ها رسمیت دارد. با قدری تسامح می‌توان کشور عراق را هم جزء این ردیف آورد. قانون مربوط به احوال شخصیه عراق مرکب از دو مذهب جعفری و مذهب سنی حنفی است که در سال ۱۹۵۹ تصویب شد. البته برخی از مواد آن قانون مورد اعتراض علما قرار گرفت و در نهایت در سال ۱۹۶۲ اصلاح شد.<sup>۸۶</sup>

دسته سوم. کشورهایی که در این زمینه قدم قابل توجهی برنداشته‌اند. ممکن است در دستورها و فرمان‌های حکومتی توصیه‌ها و دستورهای مبنی بر رعایت احوال شخصیه مذاهب دیگر شده باشد، اما این توصیه‌ها هیچ‌گاه به صورت قانون مصوب درنیامدند؛ مثلاً در کشور عربستان، ملک عبدالعزیز در پیام گشایش‌کنگره ام‌القری در سال ۱۳۴۴هـ/ ۱۹۲۶م از «مذاهب اربعه و مذهب امام زیدبن علی‌الحسین، امام جعفر الصادق، مذهب اوزاعی، داود الظاهری و ابن جریر طبری» نام برده و ائمه آنها را پیشوایان نامید.<sup>۸۷</sup> این تساهل و تسامح بنا بود براساس ماده ۶ قانون اساسی حجاز مصوب ۱۹۲۶ نهادینه



شده و شکل قانونی به خود بگیرد، اما علمای حنبلی به زودی پادشاه را متقاعد ساختند تا از این طرح دست بردارد و در سالهای ۱۹۲۸ و ۱۹۳۵ مقرراتی وضع گردید که قضات را ملزم به پیروی از متون معتبر فقه حنبلی می کرد.<sup>۸۸</sup>

افغانستان نیز متأسفانه در این گروه جای می گیرد. هرچند موج قانون گرای در زمان امان الله تحت تأثیر اصلاح گرای و انقلاب اجتماعی مصطفی کمال در ترکیه آغاز گردید، اما عمر کوتاه پادشاهی او اصلاحات مورد نظرش را ناتمام گذاشت.<sup>۸۹</sup>

نتیجه پایانی

این تحقیق حول دو محور کلی ارائه شد: در محور اول به کلیاتی درباره احوال شخصیه و شناخت ماهیت و تاریخچه و جایگاه آن در فقه و حقوق پرداختیم؛ خلاصه آن این شد که: احوال شخصیه برخاسته از حقوق رم است و از دو عنصر اساسی «اهلیت» و «وضعیت» تشکیل شده است و حاصل یک تقسیم بندی است که در نظام حقوق رم جاری بود که احوال مدنی را به دو قسم احوال شخصی و احوال عینی تقسیم می کند. از ورود این واژه به قاموس واژگان حقوق اسلامی کمتر از یک قرن می گذرد.

فقهایی که این اصطلاح را به کار برده اند در معنای بسیار محدود صرفاً در مباحث نکاح و طلاق استفاده کرده اند؛ به این ترتیب خواسته یا ناخواسته از شیوه دولتهای نوخواسته ممالک اسلامی تبعیت کرده اند که پس از سقوط امپراتوری عثمانی ابتدا محاکم را به دو دسته عرفی و شرعی تقسیم کردند و احوال شخصیه را در صلاحیت محکمه شرع قرار دادند و کم کم موضوعاتی را از صلاحیت آن خارج نمودند و در نهایت چیزی نماند جز مباحث نکاح و توابع آن و پس از مدتی بسیاری از کشورهای اسلامی محکمه شرع را هم منحل نمودند و به جای آن دادگاه خانواده را تأسیس کردند.



از آن جایی که تبویب احکام در فقه یک امر تعبّدی و توقیفی نیست و در طول تاریخ فقه، فقهای شیعه و سنی تقسیم‌ها و فصل‌بندی‌های متعددی از احکام فقهی ارائه داده‌اند و امکان ارائه تقسیم‌بندی‌های جدیدتر نیز وجود دارد. به نظر این تحقیق هیچ محذور شرعی در پذیرش تقسیم‌بندی احوال شخصی و احوال عینی وجود ندارد، بلکه این تقسیم که احکام انسان را از اموال جدا می‌کند با دیدگاه اعتقادی دین اسلام دربارهٔ خلقت انسان که برای انسان فضیلت و کرامتی عظیم نسبت به حیوانات و اشیا قائل است. هم سازگار است. از طرفی روش تبویب مشهور فقهی علی‌رغم این که جامع و مانع نیست بسیار کلی می‌باشد با توسعه روزافزون مسائل مستحدثه و گسترش نامحدود فقه، ضرورت ارائه تقسیم‌بندی‌های عینی‌تر و جزئی‌تر، بیشتر احساس می‌شود. تقسیم‌بندی احوال مدنی به شخصی و عینی هرچند تمام مسائل فقه را دربر نمی‌گیرد اما در بخشی از مسائل فقهی مفید فایده خواهد بود. بنابراین با در نظر داشت اهداف کلی شریعت در حفاظت از ایمان، اعراض و نفوس مردم می‌توان با گنجانیدن این تقسیم‌بندی در ابواب فقه بخشی از نیازهای موجود را در زمینه تبویب روزآمد مباحث و احکام فقهی برطرف نمود، چراکه امروزه طبقه‌بندی علمی علوم برای دستیابی سریع و آسان به مسائل و متفرعات آن علم یک اصل و ضرورت می‌باشد.

محور دوم بحث این نوشتار، جست‌وجوی پاسخ برای این سؤال بود که چه قانونی بر احوال شخصیه بیگانگان حاکم است؟ این مطلب را هم از دو منظر پی گرفتیم اول دیدگاه حقوقی که نوعاً کشورها یا قانون اقامتگاه را بر احوال شخصیه اتباع خارجی کشورها حاکم می‌داند یا قانون ملی آنها را که هر یک از این دو روش در حقوق بین‌الملل خصوصی دلایل و توجیهاتی ارائه داده‌اند.

و اما در جست‌وجوی رهیافت دینی و مذهبی در این زمینه به این نتیجه





رسیدیم که تساهل و تسامح دین اسلام با پیروان ادیان دیگر که در سرزمین اسلامی سکونت دارند ظرفیت بالای فقه اسلامی را در زمینه احترام به قوانین احوال شخصیه پیروان دیگر ادیان نشان می دهد.

اجتهاد، ویژگی برجسته فقه شیعه است که ریشه در اعماق قرون دارد و در اعصار و امصار در زندگی اجتماعی مردم حضور مؤثر داشته و رمز بقای تشیع به حساب می آید زمینه سازگاری حقیقی نه تصنعی مذهب را با واقعیات اجتماعی و مقتضیات زمان فراهم می سازد. اجتهاد در فقه شیعه از نظر معنا و روش با اجتهاد در فقه اهل سنت متفاوت است، چرا که اهل سنت متأسفانه یک دوره طولانی حدود هزار سال انسداد باب اجتهاد را سپری کرده اند. در عصر کنونی که باب اجتهاد را گشودند مرزهای مذاهب را نیز به هم ریختند که خود عوارض و تبعات منفی فراوانی به بار می آورد. اجتهاد شیعه به جز یک فترتی که در زمان اخباریها پیدا کرد، همواره پرتوان به وظایف خطیر خویش در جامعه عمل کرده است البته در روزگار کنونی از همه ظرفیت و قابلیت خود استفاده نمی کند.

خصوصیت ممتاز دیگر فقه شیعه در این زمینه وجود قاعده «التزام» است که در نزد فقها به قاعده «الزام» معروف می باشد. قاعده التزام از مفردات شیعه است که براساس آن به حکم واقعی ثانوی تمام اعمال حقوقی دو طرف عقد یا ایقاع پیرو مذهب فقهی غیر شیعه معتبر است و همان آثاری که از نظر مذهب شان بر آن بار می شود از نظر ما نیز ثابت است. این قاعده شباهت بسیار زیادی با قاعده «قانون ملی» در حل تعارض قوانین در بحث حقوق بین الملل خصوصی دارد و بر این اساس با نظر کسانی که اصطلاح حقوق بین الملل اسلامی را به کار می برند موافقیم و معتقدیم قاعده التزام یک قاعده حل تعارض در حقوق بین الملل خصوصی اسلامی است.



بی نوشتها:

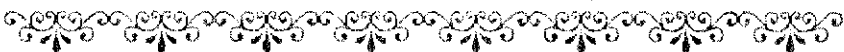
- ۱ . personal status
- ۲ . محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱/۱۹۳ .
- ۳ . ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۲/۴ . و روحی بعلبکی و دیگران، القاموس القانون الثلاثی / ۹۰ .
- ۴ . معوض عبدالنواب، موسوعة الاحوال شخصیه، ج ۱/۲۶، و محمد عزمی البکری، موسوعة الفقه و القضاء فی الاحوال الشخصیه / ۱۴ .
- ۵ . حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۱/۳۶ .
- ۶ . معوض عبدالنواب، همان مدرک / ۲۴ .
- ۷ . سید حسین صفایی، و سید مرتضی قاسم زاده، اشخاص و محجورین / ۹ .
- ۸ . سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۴/۹۹ . و سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران / ۱۹۵ .
- ۹ . جعفری لنگرودی، همان مدرک، ج ۵/۳۸۰۷ .
- ۱۰ . نجادعلی الماس، تعارض قوانین / ۱۵۱ .
- ۱۱ . صفایی، همان مدرک / ۷ .
- ۱۲ . ر.ک: مسالک الافهام، زین الدین بن علی العاملی (شهید ثانی)، ج ۸ از ص ۵ به بعد و ج ۱۰ از ص ۲۶۵ به بعد .
- ۱۳ . ر.ک: شهید ثانی، همان مدرک، ج ۳/۶۵-۹۵ و علامه حسن بن یوسف بن مطهر حلّی، مختلف الشیعه، ج ۴/۴۰۹ . و شیخ طوسی المبسوط، ج ۲/۱۴-۶۹ . و عباسعلی عمید زنجانی، حقوق اقلیتها / ۵۷ به بعد .
- ۱۴ . صفایی، همان مدرک / ۸ .
- ۱۵ . جعفری لنگرودی، همان مدرک، ج ۱/۷۳۹ .
- ۱۶ . همان مدرک / ۷۴۰ .
- ۱۷ . کاتوزیان، همان مدرک / ۵ .



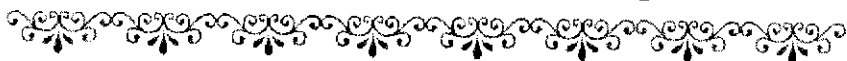
۱۸. شيخ طوسی، المبسوط، ج ۲/ ۲۸۱.
۱۹. جواهر الکلام، ج ۳۰/ ۷۰.
۲۰. سيد علی شایگان، حقوق مدنی ایران/ ۱۹۶.
۲۱. ماده ۹۵۹ قانون مدنی.
۲۲. حبيب الله طاهري، همان مدرک/ ۴۷.
۲۳. مصطفى عدل، حقوق مدنی/ ۳۷.
۲۴. ماده پنجم پروتکل عهدنامه مودت و اقامت و تجارت ایران، و یونان مصوب ۱۲/ ۱۳۱۰ به نقل از جعفری لنگرودی، همان مدرک، ج ۱/ ۱۹۳.
۲۵. دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۷/ ۱۳۱ و معوض عبدالتواب، موسوعة الاحوال الشخصية/ ۲۳.
۲۶. سيد حسن امامی، همان مدرک/ ۱۰۰.
۲۷. محمد مصطفى شبلی، احکام الاسرة فی الاسلام/ ۱۲.
۲۸. معوض عبدالتواب، همان مدرک و سيد حسين صفایی، همان مدرک/ ۱۱.
۲۹. وهبة زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹/ ۶۴۸۸.
۳۰. حسين توفيق رضا، الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين/ ۱۳.
۳۱. شبلی، همان مدرک/ ۱۴ به نقل از دکتر حسن گيره، احوال القانون/ ۳۲۲.
۳۲. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳/ ۲۴۹.
۳۳. براساس مباحث فقهی درباره وقف نهادی است که پس از ایجاد وجود مستقل از واقف پیدای کند. ر. ک: لمعه دمشقيه، محمد بن مکی (شهيد اول) ج ۳/ ۱۶۰.
۳۴. معوض عبدالتواب، همان مدرک/ ۲۱.
۳۵. دایرة المعارف بزرگ اسلامی/ ۱۲۹، جعفری لنگرودی، همان مدرک/ ۱۹۳.
۳۶. احمد غندور، الاحوال الشخصية فی التشريع الاسلامی/ ۸.
۳۷. معوض عبدالتواب، همان مدرک/ ۲۳.



۳۸. محمد مصطفی شبلی، همان مدرک/ ۱۱ و محمد غرمی البکری، همان مدرک/ ۱۵.
۳۹. علامه حلی، شرائع الاسلام، ج ۱/ ۳.
۴۰. به نقل از یعقوبعلی برجی، دسته بندی باب های فقه، مجله فقه اهل بیت، ش ۳/ ۲۴۱.
۴۱. شهید اول القواعد والفوائد، ج ۱، تحقیق د. سید عبدالهادی حکیم/ ۳۰.
۴۲. محمود شهابی، ادوار فقه، ج ۱، پاورقی/ ۲۵ و ۲۶.
۴۳. (شهید) محمدباقر صدر، الفتاوی الواضحة، ج ۱/ ۱۳۲.
۴۴. یعقوبعلی برجی، همان مدرک/ ۲۵۶.
۴۵. محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیه/ ۱۵ و ۱۶.
۴۶. شبلی، همان مدرک/ ۱۴.
۴۷. نظیر کتاب الاحوال الشخصیه فی فقه اهل البیت(ع) تألیف شیخ یوسف فقیه که علاوه بر کتاب نکاح و توابعش حاوی بیش از ۱۵ کتاب دیگر نیز می باشد.
۴۸. نظیر کتابی که تحت عنوان نظام النکاح تحت عنوان کلی تر احوال شخصیه قرار دارد که به احکام نکاح می پردازد البته در مقدمه توضیح می دهد که جز آن، طلاق، وصایا و مواردی نیز جزء مباحث احوال شخصیه است.
۴۹. با توجه به این نکته که ازدواج موقت از اختصاصات فقه شیعه و حقوق ایران است و از طرفی ماده ۷ قانون مدنی احوال شخصیه پیگانگان را تابع قانون ملی می داند از طرفی نیز ظاهر قضیه نشان می دهد که طرفین مسلمان و شیعه دوازده امامی می باشد، ابعاد گوناگون پرونده قاضی را متحیر می سازد که رهایی از آن به سادگی میسر نخواهد بود.
۵۰. توصیف عبارت از تشخیص نوع امر حقوقی که یک قاعده حقوق بین الملل باید نسبت به آن اجرا گردد.
۵۱. محمد نصیری، حقوق بین الملل خصوصی/ ۸۰.
۵۲. قانون مدنی افغانستان، ماده ۵۱، مصوب سال ۱۳۵۵.



۵۳. نصیری، همان مدرک/ ۱۹۷.
۵۴. فرهاد پروین، نگاهی به قانون احوال شخصیه خارجیان، مجله حقوقی، ش ۲۴/ ۲۷۲.
۵۵. نصیری، همان مدرک/ ۱۹۸.
۵۶. comitas gentium.
۵۷. سید حسن امامی، همان مدرک/ ۱۰۱.
۵۸. نجادعلی الماس، همان مدرک/ ۱۵۱ و نصیری، همان مدرک.
۵۹. جعفری لنگرودی، حقوق اموال/ ۹۴.
۶۰. زهرا رهنورد، امام خمینی و اندیشه دولت بزرگ اسلامی و ...، مجموعه آثار کنگره امام خمینی (ره)، ج ۱۳/ ۶۳.
۶۱. عباسعلی عمید زنجانی، حقوق اقلیتها/ ۱۸۷.
۶۲. دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، همان مدرک، به نقل از عطیه مصطفی مشرفه، القضاء فی الاسلام/ ۱۳۲.
۶۳. محمد بلتاجی، دراسات فی الاحوال الشخصیه/ ۵.
۶۴. همان مدرک/ ۶.
۶۵. همان مدرک/ ۴.
۶۶. ابوالقاسم گرجی، تاریخ فقه و فقها/ ۱۱. مطالعات فقهی
۶۷. محمدحسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۳/ ۱۷۹-۱۸۱.
۶۸. «... سهم الارث مورد سؤال را از آنها بگیرید همچنان که آنها بر اساس شریعت و احکامشان از شما می گیرند» وسائل الشیعه، ج ۱۶، باب ۲ از ابواب میراث اخوه، ج ۱.
۶۹. «... آنچه بر اساس احکام آن ذی حق می شوی بگیر همچنان که بر این اساس از تو می گیرند»، همان مدرک، ج ۲.
۷۰. «... گرفتن آنچه که متدین به هر دین دیگر برای شما حلال می داند، جایز است» (همان مدرک، ج ۴).



۷۱. «... آنها را به آنچه خود را ملزم می داند، ملزم کنید». (همان، ج ۲۲، باب ۳۰ از ابواب مقدمات و شرایط طلاق، ج ۵).
۷۲. محمدرحمانی، قاعده الزام و همزیستی مذاهب، مجله طلوع، ش ۳، ۴ پاییز زمستان ۱۳۸۱.
۷۳. حر عاملی، همان مدرک / ۲۶، باب أنه يجوز للمؤمن أن يأخذ بالعمول والتعصیب ونحوهما للتقیه از ابواب میراث اخوه.
۷۴. محمدمهدی آصفی، همزیستی فقهی ادیان و مذاهب، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲، تابستان ۱۳۷۴.
۷۵. همان مدرک.
۷۶. محمدرضا ضیایی بیگدلی، اسلام و حقوق بین المللی / ۲۰.
۷۷. عباسعلی عمید زنجانی، فقه سیاسی، ج ۳ / ۵۸.
۷۸. سید جلال الدین مدنی، حقوق بین الملل خصوصی / ۱۳۳.
۷۹. محمد مصطفی شبلی، همان مدرک / ۲۳.
۸۰. محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیه / ۹-۱۲.
۸۱. مصطفی شبلی، همان مدرک / ۱۶.
۸۲. محمد ابوزهره، همان مدرک / ۱۵ و ۱۶، و بلتاجی، همان مدرک / ۱۴ و شبلی، همان مدرک / ۱۶.
۸۳. احمد حمد احمد، نحو قانون موحد للاسرة فی الاقطار الاسلامیه / ۵.
۸۴. بدران ابوالعینین، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، ج ۱ / ۵.
۸۵. یوسف بهنود، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین / ۲۴.
۸۶. وهبة زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹ / ۶۴۸۸.
۸۷. محمد عبدالجواد محمد، النظور فی المملكة العربية السعودية / ۸۷.
۸۸. اندرسون، نورمن، همان مدرک / ۲۵۷.
۸۹. همان مدرک / ۲۶۱.

