

مطالعه انتقادی مقررات مربوط به تعارض قوانین در احوال شخصیه از منظر فقه و حقوق

مصطفی دانش پژوه*

چکیده

پاره‌ای از اصول قانون اساسی و مواد قانونی مربوط به تعارض قوانین در مورد تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در روابط بین‌المللی، بین‌الادیانی، و بین‌المذهبی، که عمدتاً در اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی و مواد ۵ تا ۱۰ جلد اول و مواد ۹۵۶ تا ۹۷۵ جلد دوم قانون مدنی و ماده واحده مصوب مرداد ۱۳۱۲ ش، موسوم به «اجازة رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» انعکاس یافته است، دو مشکل دلالتی (سکوت و اجمال) و مضمونی (نداشتن انطباق کامل با موازین اسلامی و رعایت مصلحت اتباع ایران) دارد که بازنگری در این مواد و اصلاح شکلی و ماهوی آن‌ها را ضروری می‌سازد.

گرچه هدف اصلی در این مقاله آن است که با نقد مضمونی این قوانین و ارائه پیشنهادی «اصلاحی - ماهوی» و جای‌گزین کردن مضمونی جدید مشکلات دلالتی اشاره شده را موضوعاً متفتی کند، در عین حال، پیش از آن تلاش شده است که با فرض پذیرش قوانین موجود، احتمالات مختلف در موارد سکوت و اجمال قانون بررسی شود و متناسب با هر احتمال پیشنهادی «اصلاحی - شکلی» ارائه شود تا بدین وسیله غبار سکوت و اجمال از چهره این قوانین زدوده گردد.

کلیدواژه‌ها: تعارض قوانین، صلاحیت قانون ملی، صلاحیت قانون مذهبی، صلاحیت شریعت اسلامی، قاعده الزام.

* دانشیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، گروه حقوق، rihuanesh@rihu.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۰۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۳۰

۱. مقدمه

به نظر می‌رسد که پاره‌ای از اصول و مواد قانونی مربوط به تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه و نیز بیگانگان که در اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی و ماده واحده موسوم به «اجازة رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» و مواد ۵ تا ۷ و نیز مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ قانون مدنی انعکاس یافته است، درعین برخوردارى نسبی از شرایط مربوط به یک قانون خوب (واحدی ۱۳۸۶: ۱۲۰؛ شفیعی سروستانی ۱۳۸۱: ۲۱۱-۲۴۵؛ موسوی ۱۳۸۶: ۲۳؛ خسروشاهی ۱۳۹۱: ۹)، از کمبود رعایت کامل این شروط نیز رنج می‌برد؛ کمبودی که منطقاً به لحاظ عملی سبب تفسیرهای قضایی متفاوت و صدور آرای متهافت و به لحاظ نظری موجب تردید در درستی و مشروعیت کامل آن‌ها می‌گردد. بدین علت، تأمل دوباره در این مواد به منظور دستیابی به تفسیر قضایی واحد و بیش از آن تجدیدنظر، اصلاح شکلی و ماهوی، و تکمیل آن‌ها ضرورت می‌یابد.

۲. زمینه و پیشینه بحث

از منظر تاریخی، نخست، قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۰۷ ش در ماده ۵ قانون مدنی، که در واقع «ام‌المواد» قانونی مدنی است، با پذیرش اصل «صلاحیت محلی یا سرزمینی» در روابط بین‌المللی و به عبارت دیگر، اصل «صلاحیت قانون مقرر دادگاه» در دعاوی بین‌المللی مقرر می‌دارد: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

سپس، در ماده ۶ قانون مدنی، درعین تأکید بر ماده ۵، قلمرو اجرای قوانین ایران را درباره احوال شخصیه ایرانیان به خارج از قلمرو سرزمینی ایران توسعه می‌دهد و می‌گوید: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت و ارث، در مورد کلیه اتباع ایران، ولو این که مقیم خارج باشند، مجری خواهد بود»؛ آن‌گاه یکی از موارد استثنای اصل صلاحیت محلی یا سرزمینی یا اصل صلاحیت قانون مقرر دادگاه را بیان می‌کند و در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و هم‌چنین از حیث حقوق ارثیه، در حدود معاهدات، مطیع قوانین دولت متبوع خود خواهند بود».

احتمالاً، با گذشت حدود پنج سال از تصویب این مواد، در سال ۱۳۰۷ ش، یا قانون‌گذار به ناکافی بودن این مواد درباره تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان و نیز

بیگانگان پی برده یا قضات در عمل با مشکل ناکافی بودن این قوانین مواجه شده‌اند تا در نتیجه، قانون‌گذار در سال ۱۳۱۲ ش برای حل مشکل و جبران کمبود موجود به وضع و تصویب ماده واحده‌ای برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه و نیز مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ ق.م برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه بیگانگانی که تابعیت‌های مختلف دارند، پرداخته است.

ماده واحده موسوم به «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، مصوب دهم مردادماه ۱۳۱۲ ش» مقرر می‌دارد:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نماید:

۱. در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.
۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفی.
۳. در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است.

اما در مورد احوال شخصیه بیگانگان به تفکیک و در ضمن سه ماده از روابط زوجین، روابط ابویین و اولاد، و در نهایت، ولایت قانونی سخن گفته و در ماده ۹۶۳ مقرر می‌دارد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود»؛ سپس، در ماده ۹۶۴ ق.م می‌گوید: «روابط بین ابویین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است، مگر این که نسبت طفل فقط به مادر مسلم باشد که در این صورت، روابط بین طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود»، و در نهایت، در ماده ۹۶۵ مقرر کرده است: «ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود».

با شکل‌گیری جمهوری اسلامی بر محور دین اسلام و مذهب تشیع قانون‌گذار اساسی افزون بر تصریح و تأکید بر دین و مذهب رسمی کشور از دیگر ادیان توحیدی و مذاهب اسلامی (که پیروان آنها در جمهوری اسلامی اقلیت حقوقی به‌شمار می‌آیند) سخن گفته و

پس از آن‌که در صدر اصل دوازدهم قانون اساسی به دین و مذهب رسمی کشور تصریح کرده و آن را غیرقابل تغییر اعلام می‌کند، از دیگر مذاهب اسلامی نام می‌برد و موقعیت حقوقی آنان و به‌ویژه قانون حاکم بر احوال شخصیه آنان را این‌گونه تبیین می‌کند:

دین رسمی ایران اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل الی‌الابد غیرقابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی، و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث، و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها برطبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب.

سپس، در اصل سیزدهم قانون اساسی به شمارش اقلیت‌های دینی و وضعیت حقوقی آنان می‌پردازد و مقرر می‌دارد: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی، و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی برطبق آئین خود عمل می‌کنند».

این اصول و مواد قانونی از دو نظر قابل تأمل به‌نظر می‌رسند: یکی، از نظر دلالتی (روشن بودن یا نبودن مدلول) و دیگر، از نظر مضمونی (رعایت یا عدم رعایت انطباق با موازین اسلامی و مصلحت اتباع ایران) که نتیجه آن چیزی جز ضرورت بازنگری و اصلاح شکلی و ماهوی این قوانین نخواهد بود. این تأمل‌ها و نتیجه آن‌ها را در قالب پرسش‌ها و فرضیه‌هایی می‌توان مطالعه کرد.

۳. پرسش‌ها و فرضیه‌های اصلی و فرعی پژوهش

۱،۳ پرسش اصلی و پرسش‌های فرعی

۱،۱،۳ پرسش اصلی

در روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف شیعه و طرف دیگر غیرشیعه، یا یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان، یا یک طرف ایرانی و طرف دیگر غیرایرانی است از منظر حقوق کنونی ایران چه قانونی حاکم است؟ و آیا این قانون حاکم همان قانونی است که منطقیاً باید حاکم باشد؟

۲,۱,۳ پرسش‌های فرعی

باتوجه به قوانین موجود این پرسش اصلی با چند پرسش فرعی قابل تحلیل است:

یک) آیا در روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف شیعه و طرف دیگر غیرشیعه است همان قانونی حاکم است که بر احوال شخصیه دو مسلمان غیرشیعه مختلف‌المذهب حاکم است؟

دو) آیا در روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان است همان قانونی حاکم است که بر احوال شخصیه دو غیرمسلمان ناهم‌کیش حاکم است؟

سه) آیا اصولاً قانون حاکم بر این روابط، پیش‌بینی شده در ماده واحد، با شریعت اسلامی سازگار است؟

چهار) آیا در روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف ایرانی و طرف دیگر غیرایرانی است، همان قانونی حاکم است که بر احوال شخصیه دو غیرایرانی با اختلاف در تابعیت حاکم است؟

پنج) آیا اصولاً قانون حاکم بر روابط دو غیرایرانی با اختلاف در تابعیت پیش‌بینی شده در مواد ۹۶۳، ۹۶۴، و ۹۶۵ قانون مدنی، از پشتوانه‌ای منطقی و قابل دفاع برخوردار است؟ یا باید قانون دیگری را بر این روابط حاکم دانست؟

۲,۲ فرضیه‌های اصلی و فرعی تحقیق

فرضیه‌های اصلی و فرعی براساس پرسش‌های مطرح شده بدین ترتیب است:

۱,۲,۳ فرضیه اصلی

اگرچه ظهور اولیه ماده واحد مصوب مرداد ۱۳۱۲ ش و مواد ۹۶۳، ۹۶۴، و ۹۶۵ قانون مدنی این است که قانون حاکم بر روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف شیعه و طرف دیگر غیرشیعه، یا یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان، یا یک طرف ایرانی و طرف دیگر غیرایرانی است، همان قانونی است که بر احوال شخصیه دو غیرمسلمان و دو غیرایرانی حاکم است، اما حقیقت آن است که:

اول، این ظهور به شدت قابل مناقشه است و قانون حاکم بر این روابط به ترتیب قانون شیعی، قانون اسلامی، و قانون ایران است.

دوم، با فرض پذیرش این ظهور قانون حاکم پیش‌بینی شده در این مواد قانونی نیست که منطقاً باید حاکم باشد؛ از این رو، بازنگری و اصلاح ماهوی قانون ضروری به نظر می‌رسد.

۲,۲,۳ فرضیه‌های فرعی

یک) بر روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف شیعه و طرف دیگر غیرشیعه است، جز در موارد قاعده الزام، قانون شیعی حاکم است.

دو) بر روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان است، جز در موارد قاعده الزام، یا قانون شیعی (قانون مدنی) یا قانون مذهبی طرف مسلمان حاکم است.

سه) اصولاً، قانون حاکم بر این روابط، پیش‌بینی شده در ماده واحده، پشتوانه‌ای در شریعت اسلامی ندارد.

چهار) بر روابط حقوقی مربوط به احوال شخصیه‌ای که یک طرف ایرانی و طرف دیگر غیرایرانی است، اصولاً قانون ایران حاکم است.

پنج) اصولاً، قانون حاکم بر این قسم از روابط دو غیرایرانی با اختلاف در تابعیت، پیش‌بینی شده در مواد ۹۶۳، ۹۶۴، و ۹۶۵ قانون مدنی پشتوانه منطقی قابل دفاعی ندارد.

از آن‌جاکه مجموع اصول و مواد قانونی و پرسش‌های یادشده به دو موضوع احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه و احوال شخصیه بیگانگان اختصاص دارد، در فرازهای آینده هرکدام را به تفکیک موضوع بحث قرار می‌دهیم.

۴. احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه (اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی و ماده واحده)

۱,۴ تأمل دلالی

اصول و مواد قانونی مربوط به تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه نسبت به پاره‌ای امور گویا و روشن (نص یا ظاهر)، نسبت به پاره‌ای دیگر ناگویا و ساکت، و نسبت به پاره سوم مبهم و مجمل است. به علت ضیق مجال، از اشاره به مواردی که این قوانین از گویایی و روشنی برخوردارند، درمی‌گذریم و در ادامه، فقط مواردی را که قانون گویایی یا روشنی لازم را ندارد، بررسی و تحلیل می‌کنیم و پیش‌نهاد اصلاحی خود را ارائه می‌کنیم.

۱،۱،۴ موارد ناگویا و ساکت

۱،۱،۴،۴ استفاده از قانون دینی و مذهبی، الزام یا اختیار، تکلیف یا امتیاز؟

پرسشی اساسی در این جا وجود دارد که آیا این استثنا، یعنی خروج ایرانیان غیرشیعه از شمول قانون مدنی، یک امر الزامی است یا اختیاری؟ در برابر این دو احتمال مطلق، احتمال تفصیلی سومی هم بر مبنای وحدت یا اختلاف طرفین در دین یا مذهب و نیز وحدت یا اختلاف نظر طرفین در اجرای قانون دینی و مذهبی در این جا می تواند بدین شرح وجود داشته باشد: که در صورت وحدت دینی یا مذهبی طرفین و نیز وحدت نظر آنان در اجرا کردن یا اجرا نکردن قانون دینی یا مذهبی، از حق انتخاب قانون دینی و مذهبی یا قانون مدنی برخوردار باشند، اما در صورت اختلاف دینی یا مذهبی یا اختلاف در اجرا کردن یا نکردن قانون دینی و مذهبی، حق انتخاب نداشته باشند و الزاماً یا قانون دینی و مذهبی یا قانون مدنی، به شرحی که خواهد آمد، لازم الاجرا خواهد بود.

بر این اساس، اگر قانون گذار دیدگاه تکلیفی بودن اجرای قانون دینی و مذهبی اقلیتها را به نحو مطلق بپذیرد، اگرچه قانون به اصلاح نیاز ندارد، خوب است با افزودن عبارت «الزاماً» به این امر تصریح کند و قانون این گونه اصلاح شود:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید الزاماً قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت کنند (پیش نهاد ۱).

اما اگر دیدگاه اختیاری و امتیازی را بپذیرد، لازم است به گونه ای به حق انتخاب اصحاب دعوا تصریح کند و ماده واحده را با توجه به مطلق یا تفصیلی بودن حق انتخاب از یک سو، و با توجه به مطلق یا مقید بودن حق انتخاب و نیز نوع قید احتمالی از سوی دیگر، به شرحی که در فراز آینده خواهد آمد، اصلاح کند.

۲،۱،۴،۴ مطلق یا مقید بودن این حکم

این حکم (امتیاز و اختیاری بودن استفاده از قانون مذهبی) در مقایسه با موردی که یکی از طرفین خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی و طرف دیگر خواستار اجرای قانون مدنی باشد، روشن نیست. از یک سو، با توجه به عدم تصریح ماده واحده، به نقش درخواست طرفین نسبت به اجرای قانون دینی و مذهبی، می توان قانون دینی و مذهبی، و نه قانون مدنی، را

لازم‌الاجرا دانست، و از سوی دیگر، با توجه به صبغه استثنایی حکم ماده واحد (مبنی بر اجرای قانون دینی و مذهبی) در مقایسه با ماده ۶ قانون مدنی (مبنی بر اجرای قانون مدنی)، می‌توان گفت که در چنین موردی باید قانون مدنی حاکم باشد، زیرا قدر مسلم مورد استثنا جایی است که طرفین خواستار عدم اجرای قانون مدنی باشند و در مورد مشکوک باید طبق اصل، یعنی قانون مدنی، عمل کرد. پس، با فرض امتیاز بودن اجرای قانون دینی و مذهبی، درباره مقید بودن اجرای ماده واحد دو احتمال می‌تواند وجود داشته باشد:

اول، اجرای قانون دینی و مذهبی مقید است به آن که هر دو طرف خواستار اجرای قانون مدنی نباشند، پس هم در صورت توافق بر اجرای قانون دینی و مذهبی و هم در صورت اختلاف در اجرای آن قانون دینی و مذهبی لازم‌الاجراست.

دوم، لزوم اجرای قانون دینی و مذهبی مقید است به آن که طرفین خواستار اجرای آن باشند، پس در غیر این صورت (هم اختلاف در اجرا و هم توافق در عدم اجرا) صرفاً قانون مدنی لازم‌الاجراست.

از میان این دو احتمال، احتمال دوم منطقی‌تر به نظر می‌رسد و با اصل استثنایی بودن اجرای قوانین دینی و مذهبی سازگارتر می‌نماید و از این نظر، فرقی نمی‌کند که قانون دینی و مذهبی قانون مشترک اصحاب دعوا باشد (صدر ماده واحد) یا آن که قانون دینی و مذهبی باشد که ذیل ماده واحد برای فرض اختلاف طرفین در دین و مذهب آن را معین کرده است.

به نظر می‌رسد که در صورتی که قانون‌گذار ماهیت امتیازی را چه به نحو مطلق و چه به نحو تفصیلی برای اصحاب دعوا بپذیرد، می‌بایست با تعیین نوع قید قانون حاکم بر دعوا را، در صورت اختلاف طرفین در تعیین قانون حاکم، نیز به صراحت بیان کند و بسته به نظریه مقبول، یکی از این اصلاح‌ها را انجام دهد: اگر قانون‌گذار نظریه امتیازی بودن اجرای قانون دینی و مذهبی و حق انتخاب قانون دینی و مذهبی را به عنوان استثنایی از اجرای قانون مدنی، برای همه اقلیت‌های رسمی، چه هم‌کیش و چه ناهم‌کیش، پذیرفته باشد، می‌تواند با تصریح به آن قانون را بدین گونه اصلاح کند:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، در صورتی که طرفین بر اجرای قوانین دینی و مذهبی مشترک و یا یکی از دو مذهب، به ترتیبی که در ذیل مقرر است، توافق کرده باشند، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله مذهبی مذکور را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت کنند و در صورت عدم توافق طرفین بر اجرای قانون دینی و مذهبی محکمه باید بر طبق قانون مدنی عمل کند (پیش‌نهاد ۲).

یا به جای آن، این تبصره را به ذیل ماده واحد بیفزاید: «اجرای این ماده واحد در صورتی است که هر دو طرف بر اجرای قانون دینی و مذهبی توافق کرده باشند» (پیش نهاد ۳).
اما اگر قانون گذار این امتیاز و حق را فقط در صورت هم کیشی بپذیرد، با تصریح به آن، می توان ماده واحد را این گونه اصلاح کرد:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، در صورتی که طرفین در دین یا مذهب اشتراک داشته و بر اجرای قوانین دینی و مذهبی خود توافق کرده باشند، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، رعایت کنند و در صورتی که طرفین در دین یا مذهب اختلاف داشته باشند، باید به طریق ذیل عمل کنند (پیش نهاد ۴).

یا به جای آن، این تبصره را به ذیل ماده واحد افزود: «اجرای قانون دینی و مذهبی مشترک طرفین در صورتی است که طرفین بر اجرای قانون دینی و مذهبی مشترک توافق کرده باشند» (پیش نهاد ۵).

البته، این انتقاد به این دیدگاه وجود دارد که وقتی طرفین هم کیش بر اجرای دینی و مذهبی خود توافق نکنند و قانون مدنی اجرا شود، به طریق اولی باید در صورت اختلاف دینی و مذهبی طرفین نیز قانون مدنی اجرا شود؛ به خصوص اگر طرفین بر اجرای قانون دینی و مذهبی هم توافق نداشته باشند.

۲،۱،۴ موارد مبهم و مجمل

پرسش، و به عبارت بهتر، ابهام دیگر درباره قلمرو این حکم استثنایی است، زیرا قدر مسلم این است که قلمرو شمول این ماده واحد آن جاست که طرفین هردو اقلیت مسلمان یا هردو اقلیت غیر مسلمان باشند، اما نسبت به شمول آن در موردی که یک طرف شیعه و طرف دیگر غیر شیعه یا یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیر مسلمان باشد.

۱،۲،۱،۴ ابهام در قلمرو ماده واحد و شمول آن نسبت به روابط ایرانیان شیعه و

غیر شیعه

هر چند مضمون ماده واحد مبنی بر حکومت قواعد دینی و مذهبی بر دعاوی مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه آن جاکه هر دو طرف غیر شیعه باشند، کاملاً صریح است، اما نسبت به قانون صالح و حاکم بر روابطی که یک طرف ایرانی شیعه و طرف دیگر ایرانی

غیرشیعه باشد، ساکت یا دست‌کم غیرصریح است و این پرسش پدید می‌آید که بر این دسته از روابط چه قانونی حاکم است؟ شاید به‌سادگی بتوان این پاسخ را مطرح کرد که ظاهر عنوان و عبارت «ایرانیان غیرشیعه» منصرف به موردی است که طرفین هردو ایرانی غیرشیعه باشند، و موردی را که یک طرف ایرانی شیعه و طرف دیگر ایرانی غیرشیعه باشد شامل نمی‌شود. پس در این موارد برطبق اصل، یعنی حکومت قانون مدنی، عمل خواهد شد؛ مگر آن‌که به‌استناد قاعده الزام این قوانین دینی یا مذهبی ترجیح یا تعیین یابد (حر عاملی ۱۴۱۶ ق: ۲۲: ۷۳-۷۵؛ حر عاملی ۱۴۱۶ ق: ج ۲۶، ۱۵۷-۱۵۹؛ بجنوردی ۱۳۷۱: ج ۳، ۱۵۴-۱۵۷؛ مکارم شیرازی ۱۴۱۶ ق: ج ۲، ۱۵۹-۱۶۲؛ فاضل لنگرانی ۱۴۱۶ ق: ۱۶۷-۱۷۰؛ مصطفوی ۱۴۱۵ ق: ۵۹-۶۱؛ سیفی ۱۴۲۸ ق: ۱۵-۲۰؛ فتاحی ۱۳۹۰: ۸۵-۹۶؛ بحرانی ۱۳۸۸: ۱۹۱-۲۱۸).

این پاسخ، هرچند منطقی و پذیرفتنی است، اما اصلاح قانون و ارتقای مضمون آن از «ظهور» به «نص» مفید به‌نظر می‌رسد، تا با این اصلاح و تصریح اصولاً جایی برای تردید و پرسش پیش‌گفته باقی نماند. مثلاً، می‌توان گفت: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ائمه و وصیت ایرانیان که هر دو طرف غیرشیعه‌اند و دین یا مذهب آنان به رسمیت شناخته شده» (پیش‌نهاد ۶).

۲،۲،۱،۴ ابهام در قلمرو ماده‌واحد و شمول آن نسبت به روابط ایرانیان مسلمان

غیرشیعه و ایرانیان غیرمسلمان

اما تردید مهم‌تر، بلکه اشکالی مسلم بر عموم و شمول ناشی از ظهور عنوان «ایرانیان غیرشیعه» وارد است که حتماً باید مورد بازبینی و اصلاح واقع شود. توضیح آن‌که عنوان «احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» درجایی که طرفین هر دو غیرشیعه باشند و در دین یا مذهب اختلاف داشته باشند، سه مصداق دارد: اول، طرفین هردو مسلمان غیرشیعه باشند، مثل روابط «حنفی - شافعی»؛ دوم، طرفین هردو غیرمسلمان باشند، مثل روابط «مسیحی - یهودی»؛ و سوم، یک طرف ایرانی غیرشیعه مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان باشد، مثل روابط «حنفی - مسیحی».

ماده‌واحد نسبت به دو مصداق نخست بی‌هیچ ابهام و اشکالی قابل اجراست، اما نسبت به مصداق سوم، یا حداقل پاره‌ای از موارد مربوط به مصداق سوم، با توجه به فقه اسلامی - شیعی که علی‌القاعده مبنای ماده‌واحد است، یا دست‌کم ماده‌واحد نباید با آن مخالف باشد، اجرای ماده‌واحد مشکل، بلکه ممنوع به‌نظر می‌رسد. مثلاً، اگر متوفی مسیحی

و وارثان حنفی باشند، بی تردید سهام ارث براساس مذهب متوفی (آئین مسیحیت) معین نمی‌شود، بلکه یا براساس اصل، یعنی قانون مدنی، یا دست‌کم براساس مذهب حنفی معین خواهد شد، چنان‌که اگر مثلاً یکی از وارثان مسیحی باشد، به‌استناد فقه اسلامی و ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی بهره‌ای از میراث نخواهد داشت.

باتوجه به اصل حاکمیت قانون مدنی بر احوال شخصیه ایرانیان و استثنائی بودن حکومت قوانین دینی و مذهبی ایرانیان غیرشیعه و نیز اصل حاکمیت فقه «اسلامی - شیعی» بر احوال شخصیه ایرانیان مسلمان و استثنائی بودن حکومت فقه «اسلامی غیرشیعی»، اعم از اسلامی و غیراسلامی، به‌نظر می‌رسد مشکل پیش‌گفته را می‌توان با این پیشنهاد اصلاحی حل کرد:

نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیانی [که هر دو طرف] غیرشیعه باشند و دین یا مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم در صورتی که طرفین بر اجرای قانون دینی و مذهبی خود توافق کرده باشند، باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را، جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، رعایت کنند و در صورتی که طرفین، در دین یا مذهب اختلاف داشته باشند، و هر دو طرف یا کتابی یا مسلمان غیرشیعه باشند و بر اجرای قانون دینی و مذهبی توافق داشته باشند، باید به طریق ذیل عمل کنند ... اما اگر طرفین در اجرای قانون دینی اختلاف داشته باشند و یا یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان، یا یک طرف شیعه و طرف دیگر غیرشیعه باشد، جز در موارد مربوط به قاعده الزام، قانون مدنی حاکم خواهد بود (پیش‌نهاد ۷).

یا به‌جای آن با افزودن بند یا تبصره‌ای بدین‌مضمون به ذیل ماده واحده مشکل را حل کرد: «در مواردی که یک طرف شیعی و طرف دیگر غیرشیعی یا یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان است، جز در موارد مربوط به قاعده الزام قانون مدنی حاکم است» (پیش‌نهاد ۸).

۳،۲،۱،۴ ابهام در شمول نسبت به بیگانگان پیرو ادیان رسمی

باتوجه به اصل چهارم قانون اساسی و حاکمیت شریعت «اسلامی - جعفری» بر حقوق ایران به‌نظر می‌رسد راه‌حل پیش‌گفته در مورد تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه اقلیت‌های مذهبی و دینی رسمی اختصاصی به ایرانیان پیرو آن مذاهب و ادیان نداشته باشد و بیگانگان را نیز شامل شود؛ زیرا فقه اسلامی، به‌طور مطلق و فارغ از تابعیت افراد اجرای قوانین مخالف با شریعت اسلامی یا مخالف با قوانین دینی و مذهبی مذکور را اجازه

نمی‌دهد. بر این اساس و به‌عنوان مثال نمی‌توان آن دسته از قوانین مدنی سکولار دولت‌های متبوع بیگانگان پیرو ادیان رسمی را که مخالف با قوانین مذهبی و دینی آنان است، به‌استناد ماده ۶ قانون مدنی مبنای رسیدگی و صدور حکم قرار داد. مثلاً، نمی‌توان قوانین مدنی مخالف اسلام یا مسیحیت دولت فرانسه را نسبت به اتباع مسلمان یا مسیحی دولت فرانسه مبنای رسیدگی قرار داد. پس، باید این پیش‌نهاد به‌گونه‌ای اصلاح شود که اختصاصی به ایرانیان نداشته باشد و بیگانگان را نیز شامل شود. بنابراین، نهایی‌ترین پیش‌نهاد اصلاحی در این باره را می‌توان این‌گونه تقدیم کرد:

جز در موارد اعمال قاعده الزام، «قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط» و شریعت «اسلامی - شیعی» بر کلیه دعاوی مربوط به احوال شخصیه حاکم است، مگر درجایی که طرفین هر دو مسلمان غیرشیعه، یا مسیحی، کلیمی، و یا زرتشتی بوده و خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند و اجرای هم‌زمان قانون طرفین نیز امکان‌پذیر باشد (پیش‌نهاد ۹).

۲,۴ دو، تأمل مضمونی (عدم انطباق ماده واحد با شریعت اسلامی)

مهم‌ترین پرسش بنیادین در مورد ماده واحد به اصل راه‌حل‌های پیش‌نهادی قانون‌گذار برمی‌گردد که اصولاً به چه دلیل و با چه منطقی در بندهای سه‌گانه ذیل ماده واحد قوانین مذهب یا دین شوهر، متوفی، یا پدرخوانده و مادرخوانده صلاحیت‌دار و حاکم اعلام شده است و آیا این راه‌حل‌ها با منطق حاکم بر قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران سازگار است؟

بی‌تردید، اجرای ماده واحد درجایی که طرفین پیرو یک دین یا یک مذهب باشند، به‌ویژه اگر طرفین هم خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند، با اشکالی مواجه نیست و افزون بر آن که بر اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی جمهوری ایران، که خود در واقع شریعت مجسم و مدون بر مبنای مذهب جعفری اثنی‌عشری است، منطبق است، با فتاوی معروف و مشهور شیعه نیز موافق است که به‌استناد قاعده تقریر و الزام احوال شخصیه پیروان این ادیان و مذاهب را تابع قوانین مذهبی خود آنان می‌دانند (حر عاملی ۱۴۱۶ ق: ج ۲۶، ۱۵۸؛ حر عاملی ۱۴۱۶ ق: ج ۲۲، ۷۵؛ خمینی ۱۳۷۹: ۷۳۲؛ دانش‌پژوه ۱۳۸۱: ۳۸۰). اما نسبت به راه‌حلی که در بندهای سه‌گانه ماده واحد مزبور در مورد اختلاف طرفین در دین یا مذهب مطرح شده است، نه در شریعت و فقه اسلامی

شاهد و مؤیدی برای آن می‌توان یافت و نه در سخن شارحان قانون مدنی توجیه قانع‌کننده‌ای برای آن یافت می‌شود. به نظر می‌رسد که احتمالاً قانون‌گذار در مقام رفع تعارض قوانین طرفین، به دلیل استحسان پناه برده و براساس آن راه‌حل‌های پیش‌گفته را مطرح ساخته است، درحالی‌که نه در فقه امامیه و نه در فقه اهل سنت شاهد روشنی برای این راه‌حل وجود ندارد؛ زیرا در فقه اهل سنت اگرچه احوال شخصیه غیرمسلمانانی را که دین و مذهب وحدت و اشتراک دارند، تابع قانون دینی و مذهبی خود آنان می‌دانند (دراز: ۲۰۰۴: ۲۷۹-۳۱۷، زیدان ۱۴۱۲ ق: ۵۹۲)، اما در صورت طرح دعوا در دادگاه عمومی دولت اسلامی و توسط قاضی مسلمان، صرفاً شریعت و فقه اسلامی را صالح و حاکم می‌دانند (دراز: ۲۰۰۴: ۲۸۰-۲۸۲، زیدان ۱۴۱۲ ق: ۵۹۲-۵۹۳)، تا چه رسد به آن‌که طرفین در دین و مذهب اختلاف داشته باشند. چنان‌که قانون مدنی مصر در صورت اختلاف دینی و مذهبی اقلیت‌ها احوال شخصیه آنان را تابع قانون مدنی مصر می‌داند (الجمال ۲۰۰۲: ۸۹).

از دیدگاه فقه شیعی نیز قدر مسلم جایگاه قاعده تقریر و قاعده الزام شناسایی نکاح و دیگر روابط مربوط به احوال شخصیه براساس قوانین مذهبی غیرمسلمانانی است که پیرو یک دین یا یک مذهب باشند، اما در مورد قانون حاکم بر دعوی آنان، با فرض صلاحیت دادگاه عمومی دولت اسلامی (دانش‌پژوه ۱۳۹۳ الف: ۱۱۹-۱۴۳)، اختلاف نظر است؛ برخی از فقیهان شیعی، هم‌چون فقیهان اهل سنت، صرفاً و به‌طور کلی شریعت و فقه اسلامی را صالح و حاکم می‌دانند (نجفی ۱۳۶۲: ج ۲۱، ۳۱۸؛ اردبیلی بی‌تا: ۶۸۴؛ فاضل مقداد ۱۳۸۵ ق: ۳۷۸؛ طباطبایی بی‌تا: ج ۵، ۳۴۱؛ مکارم شیرازی ۱۳۷۰: ج ۴، ۳۸۱-۳۷۸؛ شعرانی ۱۳۸۰: ۱۸۸-۱۸۹؛ طوسی ۱۴۰۷ ق: ج ۴، ۳۳۶)، اما برخی دیگر این مورد را نیز جایگاه قاعده الزام دانسته‌اند و براساس این قاعده قانون مذهبی آنان را حاکم می‌دانند. اما همین دسته هم صلاحیت قانون مذهبی اقلیت‌ها را صرفاً به صورت وحدت دینی و مذهبی آنان اختصاص می‌دهند و در صورت اختلاف آنان در دین و مذهب، با استناد به اصل صلاحیت و حاکمیت قانون اسلام، شریعت و فقه اسلامی — شیعی را صالح و حاکم می‌دانند (نجفی ۱۳۶۲: ج ۲۱، ۲۷۱-۳۱۸؛ گلپایگانی ۱۴۱۳ ق: ج ۱، ۳۵۱) و به‌هیچ‌وجه ترجیحی برای قوانین مذهبی شوهر، متوفی، و پدرخوانده نمی‌بینند تا در صورت اختلاف دینی و مذهبی این قوانین را صالح بدانند.

در مجموع، می‌توان گفت که به لحاظ فقهی، قانون مذهبی غیرشیعیان و غیرمسلمانان فقط در صورتی قطعاً حاکم بر دعواست که طرفین پیرو یک دین یا یک مذهب باشند و بر

اجرای قانون دینی و مذهبی خود هم توافق داشته باشند، اما در صورت اختلاف باید به اصل بازگشت کرد و شریعت «اسلامی - شیعی» را که قانون مدنی هم تجسمی مدون از آن است بر روابط آنان حاکم دانست و بدین‌گونه ماده‌واحدہ اصولاً بلاموضوع می‌شود. بنابراین، لزوم فقه‌گرایی و حاکمیت اصل چهارم قانون اساسی مقتضی آن است که ماده‌واحدہ نسخ و حذف شود و ماده‌واحدہ یا تبصره‌ای ناظر به اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی بدین‌مضمون جای‌گزین آن گردد:

قانون دینی و مذهبی اقلیت‌های رسمی تنها در صورتی بر دعاوی آنان حاکم است، که طرفین پیرو یک دین یا یک مذهب بوده و خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند، اما در صورت اختلاف طرفین در دین یا مذهب و یا اختلاف در اجرای قانون دینی و مذهبی، جز در مورد قاعده الزام، قانون مدنی حاکم خواهد بود (پیش‌نهاد ۱۰).

اما در این‌جا ملاحظه مهمی وجود دارد که پذیرش این پیش‌نهاد را مقید می‌سازد و آن این است که هرچند درست است که گرایش به اصل صلاحیت و حکومت شریعت اسلامی (قانون مدنی) در صورت اختلاف دین و مذهب طرفین بسی منطقی‌تر از ترجیح بلامرجح یکی از دو قانون مذهبی است، اما به‌نظر می‌رسد دلیل این بازگشت به اصل، نه به‌علت نفس عدم صلاحیت استثنائی قوانین مذهبی و دینی ایرانیان غیرشیعه در صورت اختلاف دینی و مذهبی آنان است، بلکه به‌علت عدم امکان اجرای هم‌زمان آن قوانین است و البته این در صورتی است که قوانین مادی ادیان و مذاهب تفاوت غیرقابل‌جمعیتی داشته باشند، اما در صورت هماهنگی آن‌ها، اجرای قانون هر طرف نسبت به او و در نتیجه، اجرای هم‌زمان دو قانون، که از صلاحیت استثنایی برخوردار بوده‌اند، بلاشکال و بدون مانع است. آن‌چه گفته شد، افزون‌بر آن‌که با ظهور و عموم اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی و صدر ماده‌واحدہ (مبنی بر این‌که هر شخص [تک‌نفر] در کلیه روابط مربوط به احوال شخصیه اش اعم از یک‌جانبه مثل اهلیت، یا دوجانبه مثل نکاح تابع قوانین دینی و مذهبی خود خواهد بود) سازگارتر است، با سابقه‌ای در شریعت اسلامی، آن هم در قلمرو روابط «مسلمان - غیرمسلمان» حتی در قلمرو حقوق عمومی و کیفری نیز (تا چه رسد به حقوق خصوصی و احوال شخصیه) تأیید می‌شود: توضیح آن‌که امام امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام در پاسخ به نامه محمد بن ابی‌بکر که از حکم زنا‌ی مردی مسلمان با زنی غیرمسلمان پرسش کرده بود چنین فرمودند که «در باره مرد مسلمان حکم اسلامی اجرا می‌شود، اما زن غیرمسلمان را به خودشان بسپارند تا حکم دینشان را بر او جاری سازند»

(حر عاملی ۱۴۱۶ ق: ج ۲۸، ۸۰ حدیث ۵؛ همان: ۱۵۲، حدیث ۱) و بدین شکل دو مجازات مختلف را بر دو شریک یک جرم، که هر کدام پیرو دین یا مذهبی متفاوت از دیگری است، مقرر فرمودند.

بنابراین به نظر می‌رسد به مجرد اختلاف دین و مذهب طرفین غیر شیعه، به ویژه اگر هر دو خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند، نباید فوراً قانون مدنی و شریعت اسلام را حاکم دانست، بلکه باید آن را به موردی اختصاص داد که قوانین مادی طرفین تفاوتی غیر قابل حل داشته باشند، اما در صورت هماهنگی و امکان اجرای هر دو قانون، باید هم‌چنان قوانین مزبور را صالح و حاکم دانست و قانون دینی و مذهبی هر طرف را نسبت به او اعمال کرد.

بنابراین پیش‌نهاد «اصلاحی - ماهوی» گذشته را، که هدف این مقال است، می‌توان این‌چنین تکمیل کرد و به قانون‌گذار ارائه کرد:

ماده واحده:

قانون اقلیت‌های مذهبی و دینی رسمی تنها در صورتی بر دعاوی احوال شخصیه آنان حاکم است که هر دو طرف خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند و مضمون قوانین آن‌ها هماهنگ و اجرای هم‌زمان آن‌ها امکان‌پذیر باشد، اما در صورت اختلاف مضمون غیر قابل اجرای هم‌زمان آن‌ها، جز در مورد قاعده الزام، قانون مدنی ایران و دیگر قوانین ایرانی مربوط و شریعت «اسلامی - جعفری» حاکم خواهد بود (پیش‌نهاد ۱۱).

البته باید توجه داشت که تأکید بر اجرای قانون غیر اسلامی در مورد قاعده الزام اول، به علت حمایت قانونی، و نه قضایی، دولت اسلامی از اتباع اصلی خود، یعنی مسلمانان است و دوم، اجرای قاعده الزام مستلزم تحمیل هیچ‌گونه تکلیف جدیدی بر طرف غیرمسلمان نیست، بلکه صرفاً الزام او به اجرای تکلیفی است بر اساس مقررات دینی‌اش که او خود را نسبت به انجام آن متعهد می‌داند.

به نظر می‌رسد که در صورت پذیرش این دیدگاه صلاحیت قانون مدنی به دعاوی مطروحه در دادگاه‌های عمومی و با قاضی مسلمان و شیعی اختصاص ندارد، بلکه دعاوی مطروحه در دادگاه‌های اختصاصی اقلیت‌ها و با قاضی غیر شیعی را نیز شامل می‌شود. یعنی فرضاً یک اسقف مسیحی نیز در دعاوی زوجه مسیحی علیه زوج یهودی‌اش باید بر اساس قانون مدنی، و نه قوانین مذهبی مسیحی یا یهودی، رسیدگی

کند (دانش‌پژوه ۱۳۹۳ ب: ۱۴۵-۳۶۱)؛ چنان‌که هم‌اکنون و به‌استناد ماده‌واحدۀ معهود باید طبق قانون مذهبی شوهر (آئین یهود) حکم کند.

۵. دوم: احوال شخصیه بیگانگان

قوانین مربوط به احوال شخصیه بیگانگان نیز هم‌چون قوانین مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه دو مشکل دلالتی و مضمونی دارند که هرکدام تأمل‌برانگیز است.

۱,۵ تأمل دلالتی

دلالت این قوانین در پاره‌ای موارد گویا و روشن است که فرصت پرداختن به آن نیست و در پاره‌ای موارد ناگویا و ساکت و در پاره‌ای دیگر مبهم و مجمل است:

۱,۱,۵ موارد ناگویا و ساکت (شکل‌گیری نکاح و طلاق)

۱,۱,۱,۵ شمول ماده ۹۶۳ نسبت به شکل‌گیری نکاح

موضوع ماده ۹۶۳ قانون مدنی به‌صراحت «روابط شخصی و مالی» زوجین یعنی آثار نکاح است، اما درباره شمول آن درمورد شکل‌گیری نکاح اختلاف‌نظر وجود دارد: هرچند برخی شکل‌گیری نکاح را نیز مشمول آن دانسته‌اند و درصورت اختلاف طرفین قانون دولت متبوع مرد را حاکم دانسته‌اند (مدنی ۱۳۷۸: ۲۷۵)، اما همان‌طورکه اکثر شارحان گفته‌اند، این ماده درمورد اصل شکل‌گیری نکاح ساکت است (فدوی ۱۳۸۵: ۲۶۷؛ سلجوقی ۱۳۸۶: ج ۲، ۲۶۰؛ ارفع‌نیا ۱۳۷۶: ج ۲، ۵۸) و به همین علت، درمورد قانون حاکم بر شکل‌گیری نکاح اختلاف‌نظر وجود دارد که آیا باید به هر دو قانون استناد کرد (الماسی ۱۳۶۸: ۱۷۴؛ الماسی ۱۳۸۲: ۲۷۲؛ ارفع‌نیا ۱۳۷۶: ج ۲، ۵۸؛ سلجوقی ۱۳۸۶: ج ۲، ۲۸۳؛ عامری ۱۳۶۲: ۱۸۱؛ متولی ۱۳۷۸: ۱۵۹؛ فدوی ۱۳۸۵: ۲۶۸) یا قانون دولت متبوع مرد (مدنی ۱۳۷۸: ۲۷۵) یا هیچ‌کدام و در نتیجه، قانون مقرر دادگاه، یعنی قانون ایران (شیخ‌الاسلامی ۱۳۸۴: ۱۴۲). صرف‌نظر از قضاوت درباره این دیدگاه‌ها، به‌نظر می‌رسد که اگر قانون‌گذار با نظریه اول موافق است، با اضافه‌کردن عبارت «نکاح» مراد خویش را به‌صراحت بیان کند؛ مثلاً، درصورت شمول نسبت به همه نکاح‌ها مقرر دارد: «نکاح، طلاق، و روابط شخصی و مالی کلیه زوج‌هایی که اختلاف تابعیت دارند، تابع قوانین دولت متبوع

شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۲) و در صورت اختصاص ماده به خارجیان، که با منطق حقوقی سازگارتر است، مقرر دارد: «ماده ۹۶۳: نکاح، طلاق، و روابط شخصی و مالی زوج‌های خارجی تابع قانون دولت متبوع شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۳). شوهرگرایی یادشده در بند یک ماده‌واحدۀ مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در تعارض داخلی قوانین که قانون مذهبی شوهر را بر دعاوی مربوط به نکاح نیز حاکم دانسته است، می‌تواند تاحدودی مؤید پیش‌نهاد اصلاحی اخیر در تعارض بین‌المللی قوانین باشد؛ اما اگر تشکیل نکاح را تابع قانون هر دو دولت یا دولت مقرر دادگاه می‌داند، باید با وضع ماده‌ای جدید به آن تصریح کند.

۲,۱,۱,۵ شمول ماده ۹۶۳ نسبت به طلاق

این ماده درباره طلاق زوجینی که اختلاف تابعیت دارند صراحتی ندارد و به همین علت، شارحان قانون مدنی در استناد به این ماده برای تعیین قانون حاکم بر طلاق زوجین یادشده اختلاف نظر دارند. برخی طلاق را مصداقی از آثار نکاح و مشمول عنوان «روابط شخصی» زوجین دانسته‌اند و قانون دولت متبوع شوهر را حاکم بر طلاق می‌دانند (الماسی ۱۳۶۸: ۱۷۷؛ الماسی ۱۳۸۲: ۲۷۶؛ سلجوقی ۱۳۸۶: ج ۲، ۲۶۰؛ عامری ۱۳۶۲: ۱۴؛ متولی ۱۳۷۸: ۱۷۸؛ مدنی ۱۳۷۸: ۲۷۶) و برخی به دلایلی دیگر، و نه به استناد این ماده، قانون دولت متبوع شوهر را حاکم می‌دانند (کاتوزیان ۱۳۷۷: ۵۸۲). اصلاح قانون و تصریح به عنوان «طلاق» هرگونه تردیدی را در این باره از میان برمی‌دارد. مثلاً، اگر قانون‌گذار طلاق را هم مصداقی از روابط شخصی زوجین بداند، براساس اختصاص دادن یا اختصاص ندادن ماده به زوجین خارجی، ماده این‌گونه اصلاح شود: «طلاق و روابط شخصی و مالی کلیۀ زوج‌هایی که اختلاف تابعیت دارند تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۴). یا «اگر زوجین خارجی تبعۀ یک دولت نباشد، طلاق و روابط شخصی و مالی آن‌ها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۵) و اگر طلاق را مصداقی از روابط شخصی نمی‌داند، باید در ماده مستقلی قانون حاکم بر طلاق را معین کند.

۲,۱,۵ موارد مبهم و مجمل

۱,۲,۱,۵ شمول ماده ۹۶۳ نسبت به آثار نکاح زن ایرانی با مرد خارجی

هرچند درباره آثار نکاح زن ایرانی که با مرد خارجی ازدواج کرده است اکثر شارحان قانون مدنی به استناد ظهور بدوی ناشی از عدم تقیید واژه «زوجین» به قید «خارجی» زوجۀ

ایرانی را نیز مشمول آن قرار داده‌اند (الماسی ۱۳۶۸: ۱۷۷؛ الماسی ۱۳۸۲: ۲۷۶؛ سلجوقی ۱۳۸۶: ج ۲، ۲۵۴؛ شیخ‌الاسلامی ۱۳۸۴: ۱۴۴؛ فدوی ۱۳۸۵: ۲۷۷) و از شمول ماده ۶ و حکومت قانون ایران خارج ساخته‌اند، اما دیدگاه مقابل بر این است که این ظهور بدوی و اطلاق ظاهری، به علت وجود انصراف قطعی یا احتمال انصراف این ماده به جایی که زوجین هر دو خارجی باشند، مخدوش و محل سؤال است و منطبق تحلیل حقوقی ایجاب می‌کند که در این مورد قانون ایران حاکم باشد (دانش‌پژوه ۱۳۹۵). صرف‌نظر از درستی هریک از این دو دیدگاه، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار باید با بازنگری در این ماده و اصلاح آن مراد خود را به‌صراحت بیان کند و این تردید و پرسش را از میان بردارد. اگر مراد او، آن‌چنان‌که اکثر شارحان گفته‌اند، آثار همه نکاح‌هایی است که زوجین اختلاف تابعیت دارند، لازم است از ادات عموم استفاده کند تا جایی برای آن تردید و پرسش باقی نماند، مثلاً این‌گونه مقرر دارد: «روابط شخصی و مالی همه زوج‌هایی که اختلاف تابعیت دارند، تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۶) و اگر مراد قانون‌گذار فرض منطقی‌تر، یعنی صرفاً نکاح‌هایی باشد که زوجین هر دو خارجی باشند، باید با افزودن قید «خارجی» مقصود خود را آشکار کند و موردی را که زوجه ایرانی است از شمول ماده ۹۶۳ تخصیصاً خارج سازد. مثلاً، مقرر دارد: «اگر زوجین خارجی تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آن‌ها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود» (پیش‌نهاد ۱۷) و این امری بی‌سابقه و بی‌نظیر نیست، زیرا مثلاً در فرانسه نی‌بوآیه می‌نویسد: «در موضوع احوال شخصیه نیز وقتی که یکی از طرفین دعوا فرانسوی باشد، صلاحیت قانون خارجی را مردود دانسته و قانون فرانسه را صلاحیت‌دار می‌شناسد» (الماسی ۱۳۶۸: ۹۶).

۲,۲,۱,۵ شمول ماده ۹۶۴ قانون مدنی، درباره روابط فرزند ایرانی با ابوین خارجی

قانون‌گذار ایران در ماده ۹۶۴ قانون مدنی درباره قانون حاکم بر روابط فرزندان و والدینی که اختلاف تابعیت دارند، در درجه اول قانون دولت متبوع پدر و در درجه دوم قانون دولت متبوع مادر را صالح و حاکم اعلام کرده است و در هر حال، به قانون دولت متبوع فرزند کاری ندارد.

این پرسش جدی وجود دارد که اگر فرزند ایرانی و ابوین خارجی باشند، آیا باز هم قانون دولت متبوع پدر، یعنی قانون خارجی، صالح و حاکم خواهد بود؟ دو دیدگاه پیش‌گفته در ماده ۹۶۳، عیناً در این‌جا نیز قابل طرح است که البته قانون نسبت به هیچ‌کدام صراحت ندارد، اگرچه ظهور اولیه قانون این است که در این صورت نیز قانون دولت متبوع

پدر حاکم است، اما به نظر می‌رسد که در این جا نیز مطلوب آن است که قانون‌گذار با بازنگری در قانون مراد خود را با صراحت اعلام کند. اگر مراد او شمول ماده نسبت به فرزند ایرانی نیز هست، از ادات عموم استفاده کند و مثلاً بگوید: «روابط بین تمامی ابویین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است...» (پیش‌نهاد ۱۸) و اگر مرادش فقط ابویین و اولاد خارجی است، که پیش‌نهاد این مقاله است، با اضافه کردن واژه «خارجی» بر این مسئله تصریح کند و بگوید: «ماده ۹۶۴: روابط بین ابویین خارجی و اولاد خارجی آن‌ها تابع قانون دولت متبوع پدر است، مگر...» (پیش‌نهاد ۱۹) یا این‌گونه بگوید: «ماده ۹۶۴: روابط بین ابویین و اولاد، در صورتی که همه خارجی باشند، تابع قانون دولت متبوع پدر است...» (پیش‌نهاد ۲۰).

۳,۲,۱,۵ شمول ماده ۹۶۵ قانون مدنی درباره ولی و قیم ایرانی و مولی علیه خارجی

ماده ۹۶۵ قانون مدنی درباره قانون حاکم بر روابط ولی و قیم با مولی علیه در صورت اختلاف تابعیت قانون مولی علیه را صالح و حاکم اعلام کرده است. مشابه پرسش پیشین در این جا نیز وجود دارد که اگر ولی و قیم ایرانی هم باشند، آیا باز هم قانون دولت متبوع مولی علیه، یعنی قانون خارجی صالح و حاکم خواهد بود؟ ظهور، تردید، اجمال، و اختلاف نظر پیش گفته در این جا نیز وجود دارد که البته قانون در مورد هیچ کدام صراحت ندارد. به نظر می‌رسد که در این جا نیز مطلوب آن است که قانون‌گذار با بازنگری در قانون، مراد خود را با صراحت اعلام کند. اگر مراد قانون‌گذار حکومت قانون دولت متبوع مولی علیه، حتی نسبت به مولی علیه است که ولی و قیم او ایرانی باشد، باید بدان تصریح کند و مثلاً مقرر دارد: «ولایت قانونی و نصب قیم به طور کلی بر طبق قانون دولت متبوع مولی علیه خواهد بود» (پیش‌نهاد ۲۱)، اما اگر فقط درباره خارجیان چنین دیدگاهی دارد، این گونه بدان تصریح کند: «ماده ۹۶۵: در صورت خارجی بودن طرفین، ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قانون دولت متبوع مولی علیه خواهد بود» (پیش‌نهاد ۲۲).

۲,۵ تأمل مضمونی (رعایت نکردن مصلحت اتباع ایران)

به نظر می‌رسد که راه حل‌های سه‌گانه تعارض بین‌المللی قوانین، مذکور در مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ قانون مدنی و ترجیح و تعیین قانون دولت متبوع شوهر، پدر، و مولی علیه نیز، هم‌چون راه حل‌های سه‌گانه ماده واحده در تعارض داخلی قوانین، پشتوانه قوی منطقی، حقوقی، و فقهی ندارد. مثلاً، در مورد قانون صالح حاکم بر روابط والدین و فرزندان به لحاظ نظری، دو

دیدگاه متقابل وجود دارد که هیچ‌کدام قانع‌کننده نیست. برخی که مصلحت والدین را مقدم بر مصلحت فرزندان می‌دانند به صلاحیت و حاکمیت قانون دولت متبوع والدین، و مشخصاً قانون دولت متبوع پدر، گرایش دارند و برخی که مصلحت فرزندان را مقدم بر مصلحت والدین می‌پندارند، قانون دولت متبوع فرزند را صالح و حاکم می‌دانند (الماسی ۱۳۶۸: ۱۷۸). قانون مدنی ایران از دیدگاه نخست تبعیت کرده است، درحالی‌که:

اول، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای برای تقدم مصلحت والدین بر مصلحت فرزندان یا تقدم مصلحت فرزندان بر والدین وجود ندارد و بدون وجود دلیل قانع‌کننده، ترجیح یکی از دو قانون ترجیح بلامرجح است که عقلاً قبیح است، به‌ویژه اگر راه‌حل دیگری وجود داشته باشد.

دوم، با فرض پذیرش تقدم مصلحت والدین یا تقدم مصلحت فرزندان، باید توجه داشت که رعایت مصلحت فرد موردنظر اصولاً هیچ ملازمه‌ای با صلاحیت و حاکمیت قانون دولت متبوع او ندارد. مثلاً و با فرض تقدم مصلحت فرزند، ممکن است براساس قانون دولت متبوع فرزند پدر فقط عهده‌دار تحصیل فرزند تا دوره ابتدایی باشد، اما براساس قانون دولت متبوع پدر، پدر عهده‌دار تحصیل فرزند تا پایان دوره متوسطه باشد. بدیهی است که در این فرض، قانون دولت متبوع پدر بیش از قانون دولت متبوع فرزند مصلحت فرزند را رعایت کرده است.

بنابراین، به‌نظر می‌رسد که نه‌تنها در موردی که یک طرف ایرانی باشد، قانون ایران باید حاکم باشد، بلکه حتی در این موارد نیز با فرض عدم ترجیح منطقی هیچ‌یک از دو قانون خارجی و تعارض و در نتیجه، تساقط آن‌ها باید به اصل بازگشت کرد و به‌استناد ماده ۵ قانون مدنی ایران را، به‌عنوان قانون مقرر دادگاه، صالح و حاکم دانست. در نتیجه، وجود مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ قانون مدنی زائد به‌نظر می‌رسد و می‌توان با افزودن این متن پیش‌نهادی به‌عنوان ماده‌ای مستقل پس از ماده ۷ قانون مدنی ایران را به‌عنوان قانون حاکم بر احوال شخصیه طرفینی که اختلاف تابعیت دارند، معین کرد: «در دعاوی مربوط به احوال شخصیه، در صورتی که طرفین اختلاف تابعیت داشته باشند، قانون ایران حاکم خواهد بود» (پیش‌نهاد ۲۳).

به‌نظر می‌رسد که آنچه در ملاحظه اول درباره اجرای قانون مدنی و شریعت اسلامی — جعفری در دعاوی غیرشیعیانی که در دین یا مذهب اختلاف دارند، گذشت، در این‌جا نیز درباره دعاوی بیگانگانی که اختلاف تابعیت دارند صادق است. یعنی در صورتی قانون ایران

مطالعه انتقادی مقررات مربوط به تعارض قوانین در احوال شخصیه ... ۲۱۳

درباره آنان اجرا می‌شود که اجرای هم‌زمان هر دو قانون ملی امکان‌پذیر نباشد. بنابراین، می‌توان مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ قانون مدنی را حذف کرد و با افزودن این تبصره در ذیل ماده ۷ قانون مدنی، به جای مواد محذوف، قانون را اصلاح و تکمیل کرد:

در دعاوی مربوط به احوال شخصیه، قانون خارجی تنها در صورتی اجرا می‌شود که طرفین هردو خارجی باشند و اجرای هم‌زمان آن‌ها امکان‌پذیر باشد، اما در صورت عدم امکان اجرای هم‌زمان هر دو قانون، جز در مورد قاعده الزام، قانون ایران حاکم خواهد بود (پیش‌نهاد ۲۴).

۶. نتیجه‌گیری

با نقد اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی و ماده واحده و نیز مواد ۵، ۶، ۷، ۹۶۳، ۹۶۴، و ۹۶۵ قانون مدنی و بررسی موارد ابهام آن‌ها در مجموع، ۲۴ پیش‌نهاد اصلاحی اصلی و فرعی در دو قالب پیش‌نهادهای «شکلی - تنصیصی» و «ماهوی - بنیادین» ارائه شد که اصلی‌ترین و مهم‌ترین آن‌ها، که دغدغه اصلی راقم این سطور است، یکی، پیش‌نهاد ۱۱ درباره احوال شخصیه غیرشیعیان و دیگری، پیش‌نهاد ۲۴ درباره احوال شخصیه بیگانگان بود که می‌توان نتیجه هردو را در عبارت ذیل این‌گونه جمع و تلخیص کرد و احیاناً به‌عنوان پیش‌نهاد ۲۵ مطرح کرد:

قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط و شریعت اسلامی - جعفری بر کلیه دعاوی مربوط به احوال شخصیه حاکم است، مگر در موارد اعمال قاعده الزام یا جایی که طرفین هردو مسلمان غیرشیعه یا هردو مسیحی، یا کلیمی، یا زرتشتی باشند و خواستار اجرای قانون دینی و مذهبی خود باشند و اجرای هم‌زمان هر دو قانون نیز ممکن باشد یا هر دو طرف غیرایرانی باشند و اجرای هم‌زمان قانون ملی آن‌ها امکان‌پذیر باشد.

کتاب‌نامه

قرآن کریم.

ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۷۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: بهتاب.

بجنوردی، سیدمیرزا حسن (۱۳۷۱ ش / ۱۴۱۳ ق)، القواعد الفقہیہ، ج ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

بحرانی، محمدصنقرعلی (۱۳۸۱ ش / ۱۴۳۰ ق)، توضیح القواعد الفقہیہ، ج ۱، بی‌جا: منشورات رشید.

۲۱۴ پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره دوازدهم، اسفند ۱۳۹۸

الجمال، مصطفی (۲۰۰۲)، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، بی‌جا: منشورات الحلبي الحقوقية.
حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۶ ق)، وسائل الشیعه، ج ۲۲، ۲۶، و ۲۸، قم: مؤسسه آل‌البیت.
خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۹۱)، نظریه‌ها و نظام‌های حقوقی، تهران: انتشارات جنگل و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۸۹)، مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام، تهران: انتشارات جنگل و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۱ الف)، قلمرو اجرا و تفسیر قواعد حقوقی، تهران: انتشارات جنگل و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۱ ب)، شناسه حقوق، تهران: انتشارات جنگل و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۲)، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات وزارت امور خارجه.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۳ الف)، «صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های عمومی دولت اسلام»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، س ۴۷، ش ۱.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۳ ب)، «دادگاه‌های اختصاصی ویژه غیرمسلمانان و قلمرو صلاحیت آن»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، ش ۳.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۴)، «اجرای قاعده الزام در دعاوی بین‌المللی به‌مثابه قاعده حل تعارض»، حقوق تطبیقی، س ۱۱، ش ۱، مسلسل ۱۰۳.

دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۵)، «تأملی در قلمرو ماده ۹۶۳ قانون مدنی و شمول آن نسبت به آثار نکاح زن ایرانی با مرد خارجی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، ش ۱.

دراز، رمزی محمدعلی (۲۰۰۴)، فکرة تنازع القوانين فی الفقه الاسلامی، الاسکندریة: دارالجامعة الجديدة للنشر.

زحیلی، وهبة (۱۴۱۱ ق / ۱۹۹۹ م)، التفسیر المنیر، ج ۵ و ۶، بیروت: دارالفکر المعاصر و دمشق، دارالفکر.
زیدان، عبدالکریم (۱۴۱۲ ق / ۱۹۹۹ م)، احکام الذمیین و المستأمنین فی دارالاسلام، دمشق: دارالفکر.

سلجوقی، محمود (۱۳۸۶)، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱ و ۲، تهران: میزان.
سیفی، علی‌اکبر (۱۴۲۸ ق)، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الاسلامیة، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

شعرانی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، نثر طوبی، تهران: اسلامیه.

شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۱)، فقه و قانون‌گذاری، قم: مؤسسه فرهنگی طه.

شیخ‌الاسلامی، سیدمحسن (۱۳۸۴)، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: گنج دانش.

طباطبایی، سیدمحمدحسین (بی‌تا)، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، قم: منشورات جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیه.

مطالعه انتقادی مقررات مربوط به تعارض قوانین در احوال شخصیه ... ۲۱۵

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق)، *الخلاف*، ج ۴، قم: انتشارات اسلامی دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

عامری، جواد (۱۳۶۲)، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران: آگاه.

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ ق)، *القواعد الفقهیه*، قم: بی نا.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۳۸۵ ق)، *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، تهران: المکتبه المرتضویه.

فتاحی، سیدمحسن (۱۳۹۰)، *بررسی فقهی و حقوقی قاعده الزام*، قم و تهران: نشر ادیان.

فدوی، سلیمان (۱۳۸۵)، *تعارض قوانین در حقوق ایران با تأکید بر احوال شخصیه*، تهران: طرح نوین اندیشه.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

قانون مدنی ایران.

قرطبی، محمد بن احمد (۱۴۰۸ ق / ۱۹۸۸ م)، *الجامع الأحكام القرآن*، ج ۵ و ۶، بیروت: دارالکتب العلمیه.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: دادگستر.

گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ ق)، *الدر المنضود فی احکام الحدود*، ج ۱، تقریرات، نگاشته علی کریمی جهرمی، قم: دارالقرآن الکریم.

الماسی، نجادعلی (۱۳۶۸)، *تعارض قوانین*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

الماسی، نجادعلی (۱۳۷۶)، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران: میزان.

متولی، سیدمحمد (۱۳۷۸)، *احوال شخصیه بیگانگان در ایران*، تهران: سازوکار.

مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۷۸)، *حقوق بین الملل خصوصی*، ج ۱ و ۲، تهران: پایدار.

مصطفوی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۵ ق)، *القواعد*، قم: مؤسسه النشر اسلامی.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، *زبدۃ البیان*، تهران: مکتبه المرتضویه.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ ق)، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع).

مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۷۰)، *تفسیر نمونه*، ج ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

موسوی، سیدابوالفضل (۱۳۸۶)، «چرایی تصویب یک قانون و زمان مناسب آن»، در: *مجموعه مقالات همایش یک صدمین سال قانون گذاری*، تهران: مرکز پژوهش های اسلامی مجلس شورای اسلامی.

نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲)، *جواهر الکلام*، ج ۲۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

واحدی، غلامحسین (۱۳۸۶)، «گفتاری در نگارش و ویرایش قانون»، در: *مجموعه مقالات همایش*

یک صدمین سال قانون گذاری، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی