

قلمرو احوال شخصیه*

دکتر علیرضا باریکلو**

چکیده

احوال شخصیه در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی ایران دارای اهمیت زیادی است؛ زیرا از لحاظ حقوق داخلی فقط احوال شخصیه ایرانیان شیعه تابع قانون مدنی ایران است و احوال شخصیه سایر ایرانیان غیرشیعه تابع مقررات مذهبی می‌باشد. از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی نیز، طبق ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجه مقیم ایران از حیث احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع خود می‌باشند. با وجود این، نظریات حقوقدانان یا دکنترین حقوقی ایران درباره مفهوم و قلمرو موضوعی آن، یعنی این که کدام موضوعات از جمله مسائل مربوط به احوال شخصیه محسوب می‌شوند، با هم اختلاف دارند. بنابراین، لازم است مفهوم احوال شخصیه و موضوعات مرتبط با آن روشن شود تا قانون صالح حاکم بر آن نیز معلوم گردد.

کلید واژه‌ها: شخصیه، قانون، نکاح، طلاق، ارث، وصیت.

* این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی «مفهوم احوال شخصیه» به شماره پرونده ۲۲۰۲۰۱۲/۱۰۱ می‌باشد که با حمایت مالی معاونت پژوهشی پردیس قم دانشگاه تهران انجام شده است.

دریافت ۸۴/۲/۱۹؛ پذیرش ۸۴/۴/۴

** استادیار پردیس قم دانشگاه تهران.

مقدمه

احوال شخصیه در علم حقوق دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای است؛ به همین جهت از یک سو تلاش شده است که قانون و مقررات حاکم بر آن تا حد امکان ثابت باشد و از جهت دیگر قانون حاکم از دین و اعتقاد شخص صاحب احوال شخصیه اقتباس شده یا حداقل با آن مخالفتی نداشته باشد.

لذا در ماده ۷ ق.م.ایران، اتباع خارجی از لحاظ احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع خویش و در ماده ۶ نیز اتباع ایرانی مقیم خارج از حیث احوال شخصیه تابع قانون ایران محسوب شده‌اند. همچنین طبق اصل دوازده ق.ا.ج.ا، ایرانیان مسلمان غیر شیعه از حیث احوال شخصیه تابع احکام و مقررات مذهب خود می‌باشند و طبق اصل سیزده، احوال شخصیه ایرانیان متدین به یکی از ادیان آسمانی شناخته شده (اقلیت‌های دینی) تابع آداب و رسوم دین خویش می‌باشد. علاوه بر این، طبق ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، مصوب ۱۳۱۰ / ۵ / ۱۳۱۲، دادگاه‌های ایرانی دعاوی مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه را باید طبق قواعد و سنن مسلم مذهبی شخص طرف دعا رسیدگی نمایند و حق ندارند طبق قانون ماهوی رسمی (قانون شیعه) به آن رسیدگی کنند. در این ماده مقرر شده است:

«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 مسایل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفی.
- ۳- در مسایل مربوط به فرزند خواندگی، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است.»

این ماده در تاریخ ۱۳۷۲/۴/۳ عیناً، بدون تغییر، مورد تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفته است.^۱ پرسشی که مطرح است، این است که احوال شخصیه مفهوماً چیست و از

لحاظ موضوعی چه موضوعاتی را شامل می‌شود؛ زیرا واضح است که شناخت مفهوم احوال شخصیه و تعیین قلمرو موضوعی آن، نقش مهم و اساسی در تعیین قانون حاکم بر پرونده حقوقی دارد؛ زیرا در هر پرونده ابتدا قاضی مکلف است که موضوع را توصیف نماید و در صورتی که موضوع مطروحه از جمله احوال شخصیه محسوب گردد، باید به تعیین قانون حاکم بر آن نیز اقدام نماید؛ زیرا در باره احوال شخصیه تمام اتباع ایرانی قانون ملی حاکم نیست. بنابراین، با توجه به اهمیت احوال شخصیه و قوانین متعدد حاکم بر آن، لازم است مفهوم احوال شخصیه، قلمرو موضوعی آن و موضوعات جدید مربوط به آن مورد بررسی قرار گیرد.

۱- تعریف احوال شخصیه

یکی از موضوعات مهم، شناخت مفهوم احوال شخصیه است؛ زیرا اولین بررسی که از این تعبیر به ذهن متبادر می‌شود این است که احوال شخصیه از لحاظ مفهومی چیست و به چه چیز تعریف می‌شود.

بعضی مفهوم آن را مبهم و مجمل شمرده و معتقدند که فقط در عمل برای تعریف آن به بیان مصادیق اکتفا می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۳)؛ ولی در جایی دیگر آن را این گونه تعریف کرده‌اند: «مجموع صفات انسان که به اعتبار آن‌ها یک شخص در اجتماع دارای حقوق می‌شود و آن حقوق را اجرا می‌کند: تابعیت و ازدواج و اسم و اقامتگاه و اهلیت و غیره» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۱۷ و بهنود، ۱۳۶۹، ص ۱۱).

این تعریف قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً: تعریف احوال شخصیه به مجموعه صفاتی که شخص به اعتبار آن در اجتماع دارای حقوق می‌شود؛ تعریف عناوین موجب اهلیت تمتع است و اجرای آن نیز اهلیت استیفاست. بنابراین در این تعریف بین احوال شخصیه و عناوین موجب اهلیت تمتع و استیفا خلط شده است، در حالی که آن‌ها، دو مفهوم مستقل می‌باشند و قانونگذار نیز احوال شخصیه اتباع ایرانی غیرشیعه را تابع مقررات و عادات مسلم‌الدین و آیین آن‌ها، ولی اهلیت آنان را تابع قانون رسمی دانسته است.

ثانیاً: احوال شخصیه شامل اسم و اقامتگاه نمی‌شود و این عناوین ممیزات شخص محسوب می‌شوند و احوال شخصیه مختص شخص حقیقی است؛ ولی نام و اقامتگاه، که از ممیزات و نشانه‌های شخص است، به شخص حقوقی هم تعلق می‌گیرد.

بعضی دیگر معتقدند: «احوال شخصیه عبارت از صفات و وضعیت‌های موجود در شخص

اقامتگاه، تابعیت، نسب، سن، توارث، تاهل و تجرد، دارا بودن یا نبودن توانایی انجام اعمال حقوقی و نظایر آن از جمله احوال شخصیه به شمار می‌رود» (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۲۵۱).

این تعریف هم قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً؛ در این تعریف نیز ممیزات و مشخصات شخصی شخص، مانند نام و اقامتگاه، از جمله احوال شخصیه محسوب شده است، در حالی که این عناوین از موضوعات و مصادیق احوال شخصیه محسوب نمی‌شوند.

ثانیاً؛ در این تعریف، وضعیت و اهلیت نیز از جمله احوال شخصیه بیان شده است، در حالی که قانونگذار و بسیاری دیگر از حقوقدانان، وضعیت به معنای خاص را در کنار احوال شخصیه توصیف نموده و یکی را زیر مجموعه دیگری محسوب نکرده‌اند.

بعضی دیگر معتقدند: «احوال شخصیه اوصافی است که مربوط به شخص است، صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع و قابل تقویم و مبادله به پول نبوده، از لحاظ مدنی آثاری بر آن مترتب است، مانند ازدواج، طلاق و نسب» (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ص ۱۰).

این تعریف نیز قابل مناقشه است؛ زیرا تا حدود زیادی حقوق مربوط به شخصیت تعریف شده است و با استناد به آن نمی‌توان بین احوال شخصیه و حقوق مربوط به شخصیت تفکیک نمود و مرز بین آن دو فقط با عبارت حق و صفات مشخص نمی‌شود. علاوه بر این، وضعیت نیز ویژگی مربوط به شخص است و چه تفاوتی بین وضعیت و احوال شخصیه وجود دارد که این مرز نیز مشخص نشده است؟

بعضی دیگر معتقدند: «احوال شخصیه عبارت از مقررات مربوط به اهلیت، نکاح، روابط مالی زوجین، طلاق، حضانت، ولایت، قیمومت، [و] انفاق اقبیاست» (امامی، ۱۳۷۷، ص ۱۴۹).

در این تعریف نیز علاوه بر مناقشات پیشین، می‌توان گفت: احوال شخصیه موضوعی است که مقرراتی بر آن حاکم است و تعریف احوال شخصیه به مقررات، خالی از مسامحه و اشکال نیست، بلکه احوال شخصیه، موضوعاتی است که مقررات خاصی بر آن حاکم است.

بعضی دیگر احوال شخصیه را به عنوان امور تعیین کننده مقام شخص در خانواده و اجتماع تعریف کرده و معتقدند: «احوال شخصیه اموری است که وضع و مقام شخص را در خانواده و کشور معین می‌کند» (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۱۵۱).

در این تعریف نیز علاوه بر ورود اشکالات سابق، می‌توان گفت که تعیین مقام شخص به وسیله احوال شخصیه امری نامفهوم و مجمل است؛ مثلاً نکاح چه مقامی را در خانواده یا در کشور برای شخص تعیین می‌نماید.

هر چند ارائه تعریف جامع و کامل از موضوع حقوق احوال شخصیه...

احوال شخصیه عبارت از عناوینی است که سبب ظهور یا وجود ویژگی و حالتی در شخص نسبت به شخص دیگر می‌شود که اثر قانونی بر آن مترتب شده است، مانند ازدواج که در فارسی به زناشویی تعبیر می‌شود؛ چون آن موجب تحقق حالت شوهر بودن مرد نسبت به زن و همسر بودن زن نسبت به مرد می‌شود و قانون نیز بر این نسبت اثری مترتب نموده است. این تعریف از سایر تعریف‌ها موجه‌تر و درست‌تر است؛ زیرا وقتی مثلاً عبارت نکاح یا ارث یا طلاق استعمال می‌شود از این عناوین حالتی نسبت به دیگری به ذهن متبادر می‌شود؛ مثلاً شوهر بودن، این حالت نسبت به خود دارنده ویژگی نیست، بلکه نسبت به زوجه و همسر اوست و یا همسر و زوجه بودن، این حالت نیز نسبت به شوهر مفهوم پیدا می‌نماید و بر این حالت نسبی اثر قانونی مترتب است. یا وارث و مورث و یا مطلق و مطلقه، تمام این عناوین نسبت به شخص دیگر معنا خواهد داشت.

بنابراین، در مفهوم احوال شخصیه دو عنصر اساسی وجود دارد:

نخست این که ویژگی ناشی از آن در شخصی نسبت به شخص دیگر است، مثل پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی که یک حالت نسبی شخصی به شخص دیگر است. دوم این که قانون این ویژگی را به رسمیت شناخته و اثر بر آن مترتب نموده است؛ مثلاً در رابطه با زناشویی، شوهر باید نفقه زن را پرداخت نماید و زن نیز باید با او زندگی کند. در نتیجه، صرف وجود حالت کافی نیست، بلکه قانون نیز باید آن را معتبر شمرده و اثری بر آن مترتب نماید. با این ویژگی، احوال شخصیه مفهوماً از وضعیت، مانند صغر و کبر، رشد و سفه و عقل و جنون متمایز می‌گردد؛ زیرا این عناوین در اهلیت تمتع یا استیفای شخص مؤثر است و قانون از این حیث بر آن اثری مترتب کرده است، در حالی که احوال شخصیه نسبت به دیگران است و نیز آثاری نسبت به دیگران قانوناً مترتب است

موضوع قابل توجه دیگر، جایگاه احوال شخصیه است. در مورد نسبت آن با وضعیت بین حقوقدانان اختلاف است. بعضی آن را در معنای عام، شامل وضعیت و اهلیت دانسته و در معنای اخص، آن را به معنای وضعیت تعریف نموده‌اند (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹).

بعضی دیگر احوال شخصیه را زیرمجموعه وضعیت دانسته و وضعیت را به معنای عام که شامل وضعیت به معنای خاص و احوال شخصیه است، تعریف نموده‌اند (صفایی و قاسم زاده،

به نظر می‌رسد، همان گونه که در قانون اساسی نیز احوال شخصیه از وضعیت (جنون، سفار و سفه) تمیز داده شده است، احوال شخصیه با وضعیت به معنای خاص مترادف نبوده، هر کدام دارای معنا و مفهومی جداگانه از دیگری است و نباید آن دو را یکی تصور نمود.

۲- حدود احوال شخصیه

موضوع دیگری که لازم است مورد بررسی قرار گیرد، قلمرو موضوعی احوال شخصیه است. مراد این است که احوال شخصیه چه موضوعاتی را شامل می‌شود. در اصل دوازده ق.ا.ج.ا.، ازدواج، طلاق، ارث و وصیت از موضوعات احوال شخصیه محسوب شده است. در این اصل مقرر است:

«دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد 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 [دادن] 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 دادگاه رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب.»

با توجه به این اصل، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا تمام این موارد از موضوعات مربوط به احوال شخصیه است و علاوه بر این، آیا موضوعات مربوط به احوال شخصیه منحصر در این موارد است؟ برای پاسخ دادن به این سؤال لازم است هر یک از این موضوعات مستقلاً مورد بررسی قرار گیرد:

۲-۱- نکاح

با وجود این که حقوقدانان در تعریف نکاح از لحاظ مفهومی با هم اختلاف دارند، ولی برای نکته اتفاق دارند که نکاح از موضوعات احوال شخصیه محسوب می‌شود. بعضی در تعریف نکاح معتقدند: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده‌ای تشکیل می‌دهند» (صفایی و امامی، ۱۳۶۹، ص ۱۷-۱۶).

در این تعریف مناقشه شده است؛ زیرا اولاً: هر نکاح به تشکیک خانواده منحصر نشده؛

نمی‌کند.

ثانیاً: در تمام موارد نکاح، زن و مرد با هم متحد نمی‌شوند؛ مثلاً در نکاح دوم، زوجه دوم غالباً مستقل از شوهر زندگی می‌نماید.

بعضی دیگر مفهوم نکاح را بین عقد یا آمیزش و یا هر دو آن اختلافی دانسته و معتقدند که ظاهراً مراد از عقد نکاح در این بحث چیزی است که از عقد حاصل می‌شود نه خود ایجاب و قبول، و آن عبارت از چیزی است که در فارسی تعبیر به زن گرفتن و شوهر گرفتن [کردن] می‌شود^۱ (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۵).

با توجه به این که نکاح یک ماهیت اعتباری و حقوقی است که اثر ذاتی معرف آن است، می‌توان گفت: «نکاح عبارت از عقدی است که سبب و موجب وجود رابطه زناشویی بین دو جنس مخالف می‌شود».

واضح است که این رابطه، یک رابطه نسبی شخصی نسبت به شخص دیگر است و قانون نیز بر این رابطه آثاری مترتب نموده و برای شوهر حقوق و تعهداتی و برای زن و همسر نیز حقوق و تعهداتی تعیین نموده است. در این مورد که نکاح از موضوعات احوال شخصیه است، بین حقوقدانان اختلافی نیست و فقط بعضی از پدیده‌های جدید، مانند زندگی مشترک و پیوند همجنسی است که می‌توان در نکاح محسوب نمودن آن مناقشه کرد که هر کدام جداگانه بررسی می‌شود:

الف) قرارداد زندگی مشترک

قرارداد زندگی مشترک، عبارت از قراردادی است که طرفین آن، غالباً دو جنس مخالف می‌باشند، و توافق می‌نمایند که باهم زندگی نمایند، بدون این که رابطه حقوقی آنان نکاح محسوب و یکی زوجه و دیگری شوهر نامیده شود و یا بدون این که طرفین قصد انشا قرارداد نکاح نمایند، بلکه هدف و قصد آنان از انشای قرارداد، زندگی مشترک و زاد و ولد تحت عنوان یک قرارداد نامعین است و به علت مخالفت آنان با آثار نکاح، به انشای چنین قراردادی اقدام می‌نمایند.

در حقوق کامن لا قرارداد زندگی مشترک، زمانی به دلیل مخالفت آن با اخلاق حسنه

۱. « وقد اختلف فی آله حقیقه فی الوطی اوالعقد، اوفیهما، او مجاز فیهما علی اقوال ، و الظاهر ان المراد من العقد - هنا- هو الحاصل من العقد لا نفس الايجاب و القبول، و هو الذی یعبر عنه - فی الفارسیه - ب « زن گرفتن » و

باطل اعلام می‌شد؛ ولی در پرونده ای^۱، در سال ۱۹۷۳، قاضی استرالیایی اظهار داشت: موضوعات خلاف اخلاق قرن حاضر با قرن گذشته متفاوت است. امروز اخلاق، اقتضا می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند، هر طور که می‌خواهند، قرارداد زندگی با هم منعقد نمایند. اگر طرفین قصد ایجاد زندگی مشترک از طریق نکاح را داشته‌اند، باید قرارداد انشائی را نکاح تلقی نمود و تمام آثار و احکام نکاح را بر آن مترتب کرد؛ اما اگر طرفین، قرارداد نکاح را منعقد ننمایند، بلکه قرارداد زندگی مشترک منعقد کنند، این قرارداد منافاتی با اخلاق ندارد و باید تا حد امکان و قابل توجه، به قواعدی روی آورد که زن و مرد بتوانند با هم زندگی و زاد و ولد نمایند و دارای یکی رابطه ثابت و مداوم باشند، بدون این‌که این رابطه تحت حاکمیت قواعد مربوط به قرارداد نکاح قرار گیرد و ازدواج تلقی شود (انسون^۲، ۱۹۸۶، ص ۳۱۵).

یکی دیگر از حقوقدانان انگلیسی، در توجیه مشروعیت و عدم مخالفت با اخلاق حسنه چنین قراردادی، معتقد است که باید بین قرارداد زندگی مشترک و زنا فرق گذاشت. در زنا طرفین قصد زندگی مشترک با هم ندارند، بلکه قصد استفاده و کامجویی آنی و لحظه‌ای دارند؛ لیکن در قرارداد زندگی مشترک، هدف وانگیزه طرفین، کامجویی جنسی صرف و آنی نیست، بلکه قصد آنان زندگی با همدیگر، مانند یک زن و شوهر است؛ ولی قصد انعقاد قرارداد نکاح را نکرده‌اند. در نتیجه، قرارداد روابط جنسی افراد را باید از همدیگر جدا نمود. اگر در قراردادی، هدف طرفین، کامجویی آنی و لحظه‌ای باشد، چنین قراردادی زناست و این قرارداد خلاف اخلاق حسنه و باطل است؛ اما اگر هدف و قصد طرفین، زندگی کردن با همدیگر به طور مدام است، این قرارداد، یک زندگی فرانکاحی است. در اصول اولیه کامن‌لا، چنین قراردادی باطل بود؛ ولی امروزه بر اثر گسترش و رواج آن، صحت این قرارداد مورد قبول قرار گرفته است و قرارداد زندگی مشترک، به عنوان یکی از قراردادهای نافذ، رایج شده است (تریلت^۳، ۱۹۹۵، ص ۴۰۲).

با توجه به آنچه گذشت، موضوع مناسب و قابل بحث این است که مثلاً اگر یک زن و مرد انگلیسی در ایران بخواهند این قرارداد را منعقد کنند، آیا معتبر است و یا به استناد مغایرت با اخلاق حسنه، طبق ماده ۹۷۵ ق.م. چنین قراردادی بی‌اعتبار است؟
برای پاسخ دادن به این سؤال نخست باید این قرارداد توصیف شود؛ زیرا طبق ماده ۷ ق.م

1. Andrews V. Parker.

2. Anson

در این باره نیز به نظر می‌رسد که طرفین نمی‌توانند تعهدات ناشی از آن را در ایران اجرا و یا خواهان اجرای آن شوند زیرا در ماده ۹۷۵ ق.م. اختیار قاضی در اجرای قانون بیگانه و یا قرارداد مبتنی بر آن محدود به عدم مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه شده است. اگر گفته شود که طرفین یا یکی از آنان می‌توانند به استناد حق مکتسب خواهان احقاق حق خود یا اجرای آن شوند. در این مورد نیز می‌توان گفت حق مکتسب در صورتی قابل استناد است که اولاً: طبق قانون اصلی کاملاً محقق شده باشد. ثانیاً: اجرای آن در کشور محل اجرای حق مغایر با اخلاق حسنه و یا نظم عمومی نباشد (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۵ به بعد). در نتیجه، به استناد نظریه قابل استناد بودن حقوق مکتسبه نیز نمی‌توان در ایران حقوق ناشی از چنین قراردادی را استیفاء نمود زیرا مخالفت چنین قراردادی با اخلاق حسنه جامعه ایرانی و جریحه دار کردن احساسات عمومی از واضحات است.

۲-۲- مقررات حاکم بر نکاح

یکی دیگر از موضوعات قابل بحث، قانون حاکم بر نکاح ایرانیان است؛ زیرا در مورد مقررات حاکم بر نکاح ایرانی، با توجه به تعدد مذاهب و ادیان شناخته شده در قانون اساسی، مقررات متعددی قابل تصور است. بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که اگر دو ایرانی دارای دین و یا مذهب متفاوت بخواهند با هم ازدواج نمایند، چه مقرراتی یا کدام یک از مقررات قابل تصور در حقوق ایران برای حکومت بر نکاح آنان مناسب است قانون مذهب زن و یا مقررات مذهب شوهر و یا قانون ملی کشور؟

از میان این احتمالات، ضعیف‌ترین وجه، قانون ملی کشور است؛ زیرا به استناد قانون اساسی و نیز ماده واحده رعایت مقررات و آداب دینی ایرانیان غیرشیعه در مورد احوال شخصیه، قانون ملی کشور مطلقاً صلاحیت حکومت بر نکاح غیرشیعه را ندارد، اعم از این که مقررات مربوط به دین و یا مذهب آنان با هم مطابق یا مغایر باشد. در نتیجه، باید دید آیا مقررات ناشی از مذهب زن یا مقررات ناشی از مذهب مرد یا جمع بین دو مقررات، در صورت امکان جمع، می‌تواند بر نکاح حاکم شود.

قبل از بررسی مقررات حاکم بر نکاح ایرانیان دارای دین متفاوت، بیان این موضوع لازم است که نکاح اتباع ایرانی فقط از لحاظ شرایط ماهوی نکاح و موانع آن تابع مذهب آنان است؛ ولی از لحاظ شرایط شکلی نکاح، مانند لزوم ثبت آن، تابع قانون ملی است و تمام اتباع ایرانی، از هر مذهب و دینی، در انداختن شکلی به هم، نمایند؛ همان‌گونه که در ماده واحده نیز به

۱۳۱۰ (لزوم ثبت نکاح) مقرر است: «در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود واقع و به ثبت برسد...».

عبارت «هر ازدواج و طلاق و رجوع»، دلالت بر این دارد که نکاح تمام ایرانی‌ها باید به ثبت برسد و از لحاظ شکلی تابع قانون ملی است؛ زیرا این مقررات برای حفظ نظم در اجتماع وضع شده است.

در مورد مقررات حاکم بر نکاح زن و شوهر ایرانی دارای دین یا مذهب مختلف، یک احتمال در مورد مقررات صالح حاکم بر نکاح این است که قانون و مقررات مذهب مرد بر آن حاکم شود، همان گونه که در نکاح دو شخص دارای تابعیت متفاوت نیز احتمال صلاحیت قانون دولت متبوع مرد داده شده است (الماسی، ۱۳۸۰، ص ۱۸).

وجه احتمال، عبارت از این است که چون زن به سبب ازدواج تابع مرد می‌شود؛ در نتیجه، او با اقدام به ازدواج با مردی که همکیش او نیست، ضمناً قانون و مقررات کیش او را نیز پذیرفته است. شاید بتوان از ظاهر ماده واحده لزوم رعایت مقررات مذهبی ایرانیان غیر شیعه در موضوعات احوال شخصیه نیز این احتمال را تقویت کرد؛ زیرا در بند اول این ماده مقرر شده است: «... ۱- مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.»

ظاهر این عبارت قانونی این است که در نکاح دو ایرانی غیرهمکیش باید نکاح تابع مذهب شوهر باشد. در نتیجه، نکاح دو ایرانی غیرهمکیش تابع مقررات کیش و مذهب شوهر است.

در صحت این وجه می‌توان مناقشه نمود؛ زیرا از لحاظ نظری قبول، این موضوع مشکل است که در موضوع مهمی مانند نکاح، قانونگذار حق انتخاب قانون حاکم بر آن را به اشخاص داده باشد؛ در نتیجه استدلال شود که زن با قبول ازدواج با مرد غیرهمکیش، ضمناً مقررات مذهب او را نیز قبول نموده است. بنابراین، در موضوعی چون نکاح، مقررات حاکم بر آن را قانونگذار تعیین می‌نماید و به اختیار طرفین واگذار نشده است. به همین جهت در ماده ۶ ق.م. احوال شخصیه ایرانیان در هر کجا، و لو مقیم خارج باشند، تابع قانون ایران محسوب شده است.

در مورد بند اول ماده واحده هم می‌توان گفت که این نص ناظر بر حل اختلافات بعد از انعقاد نکاح است و به مرحله انعقاد نکاح ناظر نیست. در این بند مقرر شده است که اختلافات

غیرمسلم مانعی ندارد، صحیح تلقی گردد، در حالی که به اتفاق تمام فرق اسلامی (علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۴؛ عبدالحمید، ۱۴۰۴، ص ۶۳ و ادیب استانبولی، ۱۹۹۰، ص ۱۲۰)، نکاح غیرمسلم با مسلمه باطل است. به همین جهت در ماده ۱۷ قانون راجع به ازدواج، مصوب ۱۳۱۰، ازدواج مسلمه با غیرمسلم ممنوع اعلام شده است و در بند ۳ ماده ۲ آیین نامه زناشویی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه نیز در صورتی که مرد در گذشته غیرمسلمان بوده، گواهی یا استشهاد تشریف مرد به دین اسلام یکی از شرایط صدور مجوز ازدواج شمرده شده است. همچنین می توان به ماده ۱۰۵۹ ق.م که مقرر شده است: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جایز نیست»؛ برای تضعیف این احتمال استناد کرد.

در نتیجه، نمی توان قابلیت ازدواج زن با مرد را تابع مقررات کیش مرد دانست؛ زیرا تالی فاسد آن صحت نکاح مسلمه با غیرمسلم است که به ضرورت تمام فرق اسلامی و قانون مدنی چنین نکاحی باطل است.

از طرف دیگر، به همان دلایل فقدان صلاحیت مقررات مذهب مرد، مقررات مذهب زن نیز به استقلال صلاحیت حکومت بر نکاح را ندارد. در نتیجه باید دید که نکاح دو ایرانی غیرهمکیش تابع چه مقرراتی است؟

آنچه موجه و منطقی به نظر می‌رسد، این است که در این باره باید دو موضوع را از همدیگر تفکیک نموده و هرکدام را به طور مستقل بررسی کرد:

نخست صلاحیت و جواز ازدواج و یا حق تمتع ازدواج زن با مرد یا برعکس است. برای تشخیص این موضوع، که در فقه از آن به جواز یا عدم جواز و در حقوق به اهلیت تمتع تعبیر می‌شود، باید مقررات مذهب هرکدام از زن و مرد را نسبت به شخص پیرو آن مذهب ملاحظه نمود و در صورتی زن و مرد می توانند با همدیگر ازدواج نمایند که هر کدام طبق مقررات مذهب خود اهلیت تمتع ازدواج با دیگری را داشته باشند و طبق مقررات مذهب و کیش خود از ازدواج با دیگری ممنوع نباشد. مثلاً اگر دو ایرانی مسلم دارای مذهب متفاوت بخواهند ازدواج نمایند، هرکدام طبق مقررات مذهبی خود اهلیت تمتع ازدواج با دیگری را دارند؛ ولی اگر دو ایرانی، مسلم و غیرمسلم، بخواهند با هم ازدواج نمایند، اهلیت تمتع ازدواج با همدیگر را ندارند؛ زیرا طبق مقررات مذهبی زن مسلمان، او نمی تواند با غیرمسلم ازدواج نماید. همان گونه که در ماده ۱۳ ق.م سوریه شرایط ماهوی نکاح زوجین دارای تابعیت متفاوت، تابع قانون دولت متبوع هرکدام از آنان محسوب شده است (ادیب استانبولی، ۱۹۹۰، ص ۳۲۴).

بعد از احراز شرایط صحت قابلیت نکاحی یا اهلیت تمتع زن و مرد ایرانی غیرهمدین در ازدواج با هم، این موضوع مطرح می شود که نکاح بر طبق مقررات مذهب کدام یک از زن یا مرد قابل انعقاد است؟ در این باره نیز اگر دو مقررات قابل جمع باشد و بتوان بین آن دو جمع نمود باید بین دو مقررات جمع نمود، و مقررات جامع شرایط تر را بر نکاح حاکم دانست. مثلاً طبق مقررات فرق اهل سنت، شهاده حداقل دو مرد شرط صحت نکاح است. در صورتی که این شرط رعایت نشود نکاح صحیح نیست (قلعه جی، ۲۰۰۳، ص ۷۲۸ و بدران، بی تا، ص ۶۱)؛ ولی طبق مقررات فقه شیعه اثناعشری یا جعفری، شهادت شهود برای صحت نکاح ضروری و لازم نیست بلکه مستحب است (انصاری، ۱۴۱۵، ق، ص ۹۲ و ۳۲؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ص ۴۵ و ۴۶ و شهیدثانی، ۱۳۶۸، ص ۷۰). در این گونه موارد باید بین دو مقررات جمع نمود و نکاح را بر طبق مقررات کامل تر، یعنی مقررات مذهبی که شرایط بیش تری را لازم می دارد، منعقد نمود؛

ولی در مواردی که مقررات کیش و مذهب زوجین نسب به ماهیت حقوقی قابل جمع نیست، نمی توان مقررات مذهب یکی از طرفین را بر دیگری ترجیح داد و در نتیجه نکاح طرفین با مانع قانونی روبه رو می شود. مثلاً نکاح موقت یا متعه به اتفاق فرق اهل تسنن باطل است و حتی بعضی عاقد را نیز قابل تعزیر دانسته اند (جزیری، ۱۹۶۹، ص ۹۰)؛ ولی در فقه شیعه چنین نکاحی نافذ است (علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۵۱).

بنابراین، اگر مردی، که پیرو یکی از مذاهب چهارگانه اهل سنت است، بخواهد با زنی که پیرو مذهب امامیه است، ازدواج موقت منعقد نماید، چنین قراردادی باطل است؛ زیرا مقررات مذهب طرفین قابل جمع نیست.

شایسته نیست اشکال شود که در بند اول قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه نکاح تابع مقررات شوهر تلقی شده است؛ زیرا اولاً: مقررات مزبور ناظر بر انعقاد نکاح نیست، بلکه ناظر بر اختلافات ناشی از نکاح بین زن و شوهر است. به عبارت دیگر این قانون ناظر بر حل اختلافات ناشی از اجرای عقد است و ناظر بر اختلافات ناشی از انعقاد عقد نیست. ثانیاً: این قانون ناظر بر احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه است، در حالی که فرض بحث موردی است که یک طرف قرارداد، شیعه باشد. در نتیجه، استنباط صلاحیت مقررات مذهب شوهر بر نکاح از این بند مشکل است.

موضوع دیگری، که بعضی به عنوان اشکال بر قانون اساسی وارد نموده اند، موجبات فسخ نکاح است؛ زیرا فسخ نهادی غیر از طلاق است و در مورد ایرانیان غیرشیعه باید موجبات فسخ

به نظر می‌رسد که این اشکال بر قانون اساسی وارد نیست؛ زیرا حق خیار یک نهاد مستقل نیست که در کنار نکاح قرار گیرد، بلکه حق خیار حقی است که به عقد تعلق می‌گیرد. وقتی نکاح ایرانیان غیرشیعه تابع قانون و مقررات مذهبی آنان بود، مسلماً تمام حقوق و تعهدات ناشی از آن نیز تابع مقررات مذهبی است که عقد نکاح طبق آن منعقد شده است و حق خیار نیز یکی از حقوق ناشی از آن است. در نتیجه، بیان فسخ نکاح به عنوان یکی از عناوین احوال شخصیه در کنار نکاح امری زائد و غیرضروری است.

۲-۳- طلاق

یکی دیگر از عناوینی که در اصل دوازده قانون اساسی از موضوعات احوال شخصیه محسوب شده است، طلاق می‌باشد. طلاق یک ماهیت حقوقی ایقاعی است که موضوع آن عقد نکاح دائم است و نکاح موقت قابل طلاق نیست. بعضی مفهوم طلاق را به از بین بردن رابطه نکاح مجاناً به انشا خاص تعریف کرده‌اند^۱ (طباطبایی، ۱۴۲۰، ص ۳۷).

در حقوق نیز بعضی معتقدند: «طلاق عبارت از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد و یا نماینده قانونی او» (صفایی و امامی، ۱۳۶۹، ص ۲۶۰).

به نظر می‌رسد با توجه به اثر ذاتی طلاق بهتر است اظهار شود: «طلاق عبارت است از ازاله و از بین بردن مجانی رابطه زوجیت دائم توسط مرد یا نماینده او با رعایت تشریفات قانونی.» در این تعریف اولاً سعی شده است که اثر ذاتی طلاق، قطع و از بین رفتن رابطه زناشویی بیان شود.

ثانیاً: قید مجانی بودن، همان گونه که در فقه اتفاق بر آن وجود دارد، در مفهوم آن آورده شود که طلاق از لحاظ ماهیت یک عمل حقوقی غیرمعوض است. به عبارت دیگر یک معاوضه نیست. اگر بین زوجین مقدم بر طلاق توافقی یا قراردادی منعقد شود، چنین قراردادی، قرارداد مقدماتی طلاق نامیده می‌شود و این موجب معاوضی بودن طلاق یا تغییر ماهیت آن نمی‌شود. ثالثاً: رعایت تشریفات قانونی است که در مفهوم طلاق لحاظ شده است؛ زیرا در فقه امامیه، طلاق یک ایقاع تشریفاتی است و صرف قصد انشای طلاق دهنده و سایر شروط آن، موجب تحقق آن نمی‌شود، بلکه باید از انشا و الفاظ مخصوص استفاده شود.

با توجه به این تعریف، طلاق از موضوعات احوال شخصیه محسوب می‌شود؛ زیرا با وقوع طلاق رابطه زناشویی و زوجیت منتفی می‌شود و طرفین نسبت به یکدیگر بیگانه می‌شوند. در نتیجه، همان گونه که تمام صاحب نظران معتقدند و در قوانین اساسی و عادی نیز مقرر است، طلاق از موضوعات احوال شخصیه می‌باشد.

۲-۴- ارث

یکی دیگر از موضوعات، که در قانون اساسی جزء احوال شخصیه محسوب شده، ارث است. هر چند قانونگذار در اصل دوازده قانون اساسی آن را جزء احوال شخصیه شمرده است، در ماده ۷ ق.م. آن را در کنار احوال شخصیه مطرح نموده است. در این ماده مقرر شده است: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.» به همین جهت بعضی معتقدند که احوال شخصیه در معنای دقیق آن شامل ارث نمی‌شود و استعمال آن در معنای اعم قابل ایراد است و با توجه به ماده واحده لزوم رعایت مقررات مذهبی ایرانیان غیرشیعه در مورد احوال شخصیه و ماده ۷ ق.م. که ارث در کنار احوال شخصیه به کار رفته است، به نظر می‌رسد ارث از دیدگاه قانونگذار نیز مفهوماً از احوال شخصیه متمایز است، هر چند هر دو از لحاظ قانون حاکم تابع قانون و مقررات مذهبی اشخاص می‌باشند (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ص ۱۲).

در مورد جایگاه ارث نخست باید مفهوم آن مشخص شود تا بتوان آن را توصیف کرد. بعضی معتقدند: «ارث در لغت به معنای ترکه و اموال است که از متوفای به جای می‌ماند و در اصطلاح حقوقی مقصود از آن انتقال مالکیت اموال میت است، پس از فوت به وارث او» (شهیدی، ۱۳۷۴، ص ۳).

اگر ارث به این معنا لحاظ شود شامل احوال شخصیه نمی‌شود؛ زیرا در معنای لغوی، ارث عبارت از اموال یا حقوق مالی میت است که واضح است این مفهوم شامل احوال شخصیه نمی‌شود. اگر در معنای اصطلاحی ارث به انتقال حقوق مالی میت تعریف شود، این مفهوم نیز شامل احوال شخصیه نمی‌شود؛ زیرا عرفاً بر انتقال حقوق، ولو قهراً، احوال شخصیه صدق نمی‌نماید.

بعضی دیگر معنای ارث را متفاوت دانسته و به چندین تقریب بیان نمودند: «الف) ارث در

و ترکه فرق (تباین) وجود دارد. (ج) ارث به حصه‌هایی گفته می‌شود که به هریک از ورثه تعلق می‌گیرد. تعریف صحیح این است: «ارث عبارت است از حقی که صرفاً به حکم قانون از مرده حقیقی یا حکمی به زنده حقیقی یا حکمی منتقل می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۲۵۳).

واضح است که اگر ارث به یکی از این مفاهیم تلقی شود، شامل احوال شخصیه نمی‌گردد؛ زیرا معانی چون بقا یا استحقاق یا سهم مالکیت ناشی از ارث و یا حق قانونی مفهوماً با احوال شخصیه متباین است، خصوصاً تعریف آخر، که ارث به انتقال قانونی حق از مرده به زنده بیان شده است، از دیدگاه لغوی و نیز اصطلاحی با ارث سازگاری ندارد؛ زیرا در لغت یا اصطلاح تعریف ارث به عنوان حق یا انتقال حق صحیح نیست، بلکه ارث نهادی است که موجب انتقال حقوق مالی میت به ورثه او می‌شود. بنابراین، ارث را می‌توان از حیث رابطه وارث و مورث، وارث و ترکه و یا از حیث مورث و ترکه تعریف و معنا نمود: مفهوم ارث از لحاظ رابطه وارث با حقوق مالی مورث، عبارت از تعلق حقوق مالی و ترکه مورث به وارث می‌باشد. از این حیث ارث شامل احوال شخصیه نمی‌شود؛ ولی مفهوم آن از لحاظ رابطه وارث و مورث شامل احوال شخصیه می‌شود؛ زیرا از این حیث، ارث رابطه‌ای است بین دو شخص که در صورت فوت یکی، دیگری قائم مقام و جانشین او در اموال و دیونش می‌شود. از این لحاظ ارث یکی از عناوین احوال شخصیه است؛ زیرا موجب تحقق حالت وراثت در وارث نسبت به مورث می‌شود. بنابراین، به استناد اصل دوازده قانون اساسی و ماده ۶ ق.م. که ارث زیر مجموعه احوال شخصیه محسوب شده است، از دیدگاه قانونگذار نیز ارث از موضوعات احوال شخصیه محسوب می‌شود. اگر در ماده واحده یا ماده ۷ ارث مستقل استعمال شده است، ناظر بر اصل وراثت و ارث نیست، بلکه ظاهر در سهم الارث وارث است؛ چون در این موارد، تعبیر به حقوق ارثیه شده است.

موضوع قابل بررسی تعیین مقررات حاکم بر ارث و سهم وارث، در صورت تعدد مذهب و دین وارث و مورث است و باید دید که مقررات مذهبی کدام یک حاکم بر آن می‌باشد. در ماده واحده، مقررات مذهب مورث صالح محسوب شده و در بند ۲ آن مقرر است: «...۲- در مسایل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفا»

بنابراین، در تعیین وارث و سهم او، باید طبق مذهب متوفی عمل شود. مثلاً اگر شخصی که، دارای مذهب یکی از فرق اهل تسنن است، فوت نماید و دارای تک دختر شیعه مذهب باشد، اگر وارث او از فرق اهل تسنن باشد، مذهب متوفی در تعیین وارث و سهم او حاکم خواهد بود.

ق.م)؛ ولی اگر وراثت بر مبنای مقررات مذهب میت تعیین شود، دختر و عصبه هر دو وراثت محسوب می‌شوند که نصف ترکه به دختر و نصف دیگر آن بر مبنای قاعده تعصیب به خویشاوندان ذکور میت از قبیل برادر و عمو تعلق می‌گیرد (ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۸، ص ۲۷۰ و موسوی بجنوردی، بی تا، ص ۱۶۲). بنابراین، در صورت تعدد مذهب مورث و وارث، مقررات صالح حاکم بر تعیین وارث و سهم الارث آنان، مقررات مذهبی مورث می‌باشد.

شایان ذکر است که اعمال قاعده مقررات مذهب مورث همیشه منتهی به احقاق حق نمی‌شود، بلکه در بعضی از موارد ممکن است موجب ضایع شدن حق دیگری شود؛ خصوصاً در مواردی که میت قبل از موت به نوعی از حق خود سوء استفاده نماید. مثلاً اگر شخصی در مرض الموت اقدام به طلاق دادن زوجه خود نماید، به اعتقاد تمام فرق اسلامی، او از حق طلاق جهت محروم کردن زوجه از ارث سوء استفاده نموده، در بیش‌تر قریب به اتفاق مذاهب، جهت عقیم نمودن قصد سوء زوج، حکم به وراثت زوجه از او شده است؛ ولی در مدت زمان ارث زوجه از زوج، اختلاف است.

بر مبنای فقه حنفی، اگر طلاق بائن و بدون رضایت زن انشا شود و زوج در عده بمیرد، زوجه ارث می‌برد. بر مبنای فقه حنبلی، زن تا زمانی که شوهر نکرده است، از شوهر ارث می‌برد؛ ولی اگر ازدواج نماید از ارث محروم می‌شود؛ زیرا در بعضی از موارد، به ارث زن از شوهر در زمان واحد منجر می‌شود، در حالی که از واضحات است که زن نمی‌تواند در زمان واحد دارای شوهر متعدد باشد. بر مبنای فقه مالکی زن به طور مطلق، و لو ازدواج نماید، ارث می‌برد؛ زیرا علت وراثت او قصد سوء زوج در طلاق دادن او جهت عدم وراثت است و این علت برای همیشه باقی است. طبق فقه شافعی، زن از شوهر ارث نمی‌برد؛ زیرا سبب ارث زوجه از زوج، نکاح بوده که با صحت طلاق، منحل شده است و دلیلی دیگر برای وراثت وجود ندارد (بدران، بی تا، ۳۸۱ به بعد و عبد الحمید، ۱۴۰۴، ص ۲۸۵).

بر مبنای فقه شیعه، در صورت فوت شوهر و عدم ازدواج زن، او تا یک سال از تاریخ وقوع طلاق ارث می‌برد (سید روح‌الله موسوی خمینی، بی تا، ص ۳۴۶ و ماده ۹۴۴ ق.م).

واضح است که در چنین موضوعی، مقررات مذهب زوج همیشه موجب حمایت از حقوق زوجه و نیز عقیم شدن قصد سوء زوج نمی‌شود. با توجه به این که فلسفه وراثت زن از شوهر در این مورد، حمایت از زوجه و جلوگیری از فرار زوج از ارث زوج بیان شده است (بدران، بی تا، ۳۸۱ و عبد الحمید، ۱۴۰۴، ص ۲۸۴)؛ مناسب است که مقررات مذهب زوجه حاکم شود تا او از

نماید، مانند فقه شافعی، ممکن است مقصود حاصل نشود، این مورد نسبت به سایر موارد اندک است و می‌توان آن را طبق مقررات مذهب زوجه و قاعده الزام توجیه نمود؛ ولی در سایر موارد سلب یا تحدید حمایت‌های مذهب زوجه از او به استناد مقررات مذهب شوهر موجه و عادلانه نیست.

۲-۵- وصیت

یکی دیگر از موضوعاتی، که در قانون اساسی به آن تصریح شده، وصیت است. در مورد شمول مفهومی احوال شخصیه نسبت به وصیت بین صاحب نظران اختلاف است. لذا بعضی معتقدند: وصیت از موضوعات احوال شخصیه نیست؛ زیرا معنای دقیق احوال شخصیه وصیت را شامل نمی‌شود (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ص ۱۲).

در این مورد باید ابتدا مفهوم وصیت روشن شود. وصیت از لحاظ موضوع به دو نوع عهدی و تملیکی تقسیم می‌شود. همانگونه که در ماده ۸۲۶ ق.م تعریف شده است: «وصیت عهدی عبارت است از این که شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید.» در وصیت عهدی، با توجه به این که وصی جانشین موصی می‌شود و غالباً در جهت منافع معنوی موصی عمل می‌نماید؛ همچنین در بسیاری از موارد وصی نسبت به فرزندان محجور و یا صغیر موصی ولایت پیدا می‌نماید، واضح است که این یک رابطه و حالت شخصی نسبت به شخص دیگر است؛ زیرا از لحاظ حالت موصی و وصی این دو مفهوم یک حالت نسبی است و از لحاظ رابطه وصی نسبت به مولی علیهم نیز، طبیعتاً چون وصی بر آنان ولایت پیدا می‌کند، یک حالت شخصی نسبت به شخص دیگر است. بنابراین، وصیت عهدی از موضوعات احوال شخصیه است.

وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. در مورد شمول این نوع وصیت نسبت به احوال شخصیه اشکال قوی‌تر است؛ زیرا موضوع وصیت تملیکی حقوق مالی است و واضح است که چنین اموری شامل احوال شخصیه نمی‌شود؛ ولی در توجیه شمول آن نیز می‌توان گفت: اولاً: در نتیجه این وصیت نیز رابطه‌ای بین موصی و موصی لهم محقق می‌شود که این یک حالت شخصی نسبت به شخص دیگر است. ثانیاً: وصیت یک نهاد و عمل حقوقی خیرخواهانه است که اعتقادات مذهب و کیشی هر شخص تأثیر بر خیر بودن یا نبودن یک عمل ممکن است داشته باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد مطلق وصیت داخل در قلمرو مفهوم احوال شخصیه است.

موضوع قابل بررسی مقررات صالح حاکم بر وصیت در صورت تعدد مذهب و کیش موسی با وصی یا مولی علیه می‌باشد. در این مورد هر چند بند دو ماده واحده مقررات مذهبی کیش موسی را مقررات صالح شمرده است، به نظر می‌رسد که در وصیت عهدی در صورتی که وصیت به سرپرستی محجوری شده باشد، باید کیش محجور نیز در نظر گرفته شود؛ زیرا طبق ماده ۱۱۹۲ ق.م و اتفاق تمام فرق اسلامی (علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۱۳ و عبدالحمید، ۱۴۰۴، ص ۴۳۳)، غیر مسلم نمی‌تواند ولی یا وصی مسلم شود.

بنابراین، در صورتی که موسی وصیت عهدی نماید که در نتیجه آن وصی غیر مسلم ولایت بر محجور مسلم پیدا نماید و طبق مذهب موسی چنین وصیتی نافذ باشد، نمی‌توان چنین وصیتی را نافذ دانست و به استناد ماده ۹۷۵ ق.م از اجرای وصیت جلوگیری می‌شود.

۶-۲- نسب

یکی دیگر از موضوعاتی که داخل در قلمرو احوال شخصیه است نسب یا رابطه فرزندی و پدر یا مادری است که در قانون اساسی به آن اشاره نشده است؛ ولی در ماده واحده فقط به نسب غیرطبیعی یا فرزند خواندگی و پدر و مادر خواندگی تصریح شده است. در بند ۳ ماده واحده مقرر شده است: «... ۳- در مسایل مربوط به فرزند خواندگی عادات و قواعد مسلمانه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است».

بعضی ضمن انتقاد از اصل سیزده قانون اساسی معتقدند: فرزند خواندگی از موضوعات احوال شخصیه محسوب می‌شود. این موضوع در مورد اقلیت‌های غیرمسلم ممکن است مطرح شود، همان گونه که در ماده واحده نیز به آن تصریح شده است. بنابراین، بهتر بود در قانون اساسی به آن تصریح می‌شد، یا لاقلاً احوال شخصیه بدون توضیح استعمال می‌شد تا تفسیر آن بر عهده علمای حقوق قرار می‌گرفت (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ص ۱۲).

در قانون اساسی به نسب و رابطه پدر و فرزندی (ابوت و بنوت) و نیز مادر و فرزند طبیعی نیز اشاره نشده است، در حالی که در احوال شخصیه بودن این موارد نمی‌توان تردید نمود. شاید نویسندگان قانون اساسی چون نکاح را جزء احوال شخصیه دانسته، بر این عقیده بوده‌اند که نسب ناشی از عقد نکاح است و به بیان نکاح اکتفا نموده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد که بهتر بود به این موضوع در قانون اساسی تصریح می‌شد؛ زیرا رابطه پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی فقط از طریق نکاح محقق نمی‌شود، بلکه ممکن است از طریق وطی به شبهه یا سایر موارد محقق گردد. بنابراین، شایسته بود به این موضوع نیز تصریح می‌شد.

اما به نظر می‌رسد در مورد فرزند خواندگی در قانونی اساسی نیازی به تصریح آن نبود؛ زیرا در حقوق اسلام به صراحت در قرآن کریم (آیات ۵-۴ سوره مبارکه احزاب) فرزند خواندگی نفی شده است؛ حتی قضیه خارجی آن برای رسول اکرم مطرح شد. بنابراین، با توجه به توییح قرآن از این نهاد و عدم قبول آن، شایسته نبود چنین موضوعی در قانون اساسی که تمام اصول آن باید طبق موازین اسلامی باشد، بیان شود، بلکه می‌توان چنین موضوعی را نسبت به اقلیت غیر مسلم در قانون عادی ذکر کرد.

۲-۷- ولایت

یکی دیگر از موضوعاتی که در شمول احوال شخصیه قرار می‌گیرد و در قانون اساسی به آن تصریح نشده، ولایت و سرپرستی محجورین است؛ زیرا این نهاد نیز موجب پیدایش حالتی در شخص نسبت به شخص دیگر می‌شود. مثلاً یکی ولی و دیگری مولی علیه نامیده می‌شود. همان گونه که اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه مشورتی خود ابراز نموده است: «ولایت قهری ناشی از نکاح و نتیجه بلا فصل آن است و جزء احوال شخصیه می‌باشد و... شمول مقررات ماده واحده ۱۳۱۲ خواهد بود» (فهیمی، ۱۳۸۱، ص ۲۱).

هر چند در این باره که ولایت نتیجه بلا فصل نکاح است، می‌توان مناقشه نمود؛ زیرا آثار ذاتی و یا اطلاق عقد نکاح ولایت نیست، بلکه ولایت ناشی از حکم قانون است. علاوه بر این، لازمه آن عدم ولایت در اطفال ناشی از غیرنکاح است.

در حالی که فساد این قول واضح است؛ ولی در باره این که ولایت از موضوعات احوال شخصیه است و باید مقررات مذهبی طفل بر آن حاکم شود، نمی‌توان مناقشه نمود؛ زیرا فلسفه وجود و جعل ولایت در مرحله اول حمایت از صغیر می‌باشد. بنابراین، ولایت و سرپرستی نیز یکی از موضوعات احوال شخصیه است که در قانون اساسی و عادی نیز به آن تصریح نشده است.

موضوع قابل توجه قانون صالح در تعیین ولی و سرپرست می‌باشد. به عبارت دیگر، در صورت تعارض مذهب ولی با محجور، مقررات مذهب کدام یک برای نصب یا انتخاب سرپرست صالح است؟ طبق ماده ۹۶۵ ق.م قانون حاکم بر تعیین سرپرست اتباع بیگانه قانون دولت مولی علیه می‌باشد و نمی‌توان بر طبق قانون دولت ولی یا قیم برای محجور تعیین سرپرست نمود.

با توجه به این ماده، به نظر می‌رسد که در مورد اتباع ایرانی نیز باید مقررات مذهب محجور حاکم شود؛ زیرا هدف از سرپرستی، عانت مصلحت محجور است و در نتیجه، مناسب

۸۲- اهلیت

یکی دیگر از موضوعات مورد اختلاف، اهلیت است. در قانون اساسی و یا عادی در مورد ایرانیان به آن تصریح نشده و فقط در ماده ۷ ق.م. اهلیت اتباع خارجه تابع قانون دولت متبوع آنان محسوب شده است. با وجود این در ماده ۹۶۲ ق.م. اتباع بیگانه، در صورتی که طبق قانون ایران دارای اهلیت باشند و در ایران معامله نمایند، اهلیت آن‌ها در این مورد تابع قانون ایران محسوب شده است.

نظریات حقوقی در توصیف اهلیت متفاوت است. بعضی معتقدند که اهلیت و حجر نیز جزء احوال شخصیه است و در مورد بیگانگان قانون دولت متبوع آنان حاکم است؛ ولی در مورد ایرانیان غیرشعبه در قانون اساسی و ماده واحده جزء احوال شخصیه محسوب نشده است و ظاهراً قانونگذار جهت حفظ امنیت و ثبات روابط حقوقی اتباع ایرانی، اهلیت و حجر تمام آنان را تابع قانونی ملی دانسته است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ص ۱۲).

در قبال این نظریه، بعضی دیگر معتقدند که اهلیت جزء احوال شخصیه نیست (سلجوقی، ۱۳۸۰، ص ۳۰۵)، و با آن تفاوت دارد؛ زیرا اولاً: احوال شخصیه در اهلیت مؤثر است، ولی اهلیت در احوال شخصیه مؤثر نیست. ثانیاً: هر شخصی دارای احوال شخصیه است، ولی ممکن است فاقد اهلیت باشد (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۱۵۲).

به نظر می‌رسد که اهلیت از موضوعات احوال شخصیه نیست؛ زیرا اگر مراد از اهلیت، اهلیت تمتع باشد، آن یک حکم قانونی است. همان گونه که طبق ماده ۹۵۹ ق.م. هر انسان به حکم قانون متمتع از حقوق مدنی محسوب شده است. بنابراین، اهلیت تمتع یک حکم است. اگر مراد اهلیت استیفاست، که ظاهر نیز همین است، اهلیت استیفا و حجر نیز از احکام قانونی است که با توجه به وضعیت رشد یا عدم رشد، عقل و جنون، بلوغ و عدم بلوغ و صغر و کبر شخص حکم خاصی از لحاظ وجود و یا فقدان اهلیت قانوناً مرتب می‌شود؛ همان گونه که بعضی از صاحب‌نظران نیز اهلیت را حکم قانونی دانسته و معتقدند: «... حق تمتع به طور کلی یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی، حق به معنای خاص نیست و حکم است» (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۱۸۱).

بنابراین، اهلیت یک حالت نیست، بلکه حکم قانونی است؛ ولی در مورد اتباع بیگانه چون اهلیت استیفا و حجر با توجه به وضع رشد یا عدم رشد و یا صغر و کبر تعیین می‌شود و مسلم است که شرایط اقلیم، و اجتماعی، و تغذیه و سایر عوامل محیطی بر وضع بلوغ و رشد یا عدم

آن مؤثر است. قانونگذار اتباع بیگانه را از این حیث تابع قانون دولت متبوع خویش محسوب کرده است.

نتیجه

احوال شخصیه عبارت از عناوینی است که موجب تحقق حالتی در شخص نسبت به شخصی دیگر می شود که قانون بر آن آثاری مترتب کرده است. با توجه به اهمیت و تعدد مقررات حاکم بر آن در مورد اتباع ایرانی و خارجی مقیم ایران، لزوم روشن شدن مفهوم و قلمرو موضوع احوال شخصیه ضروری بود که در این نوشتار روشن شد.

در مورد نکاح این موضوع قطعی و بدون اختلاف است که از موضوعات احوال شخصیه می باشد؛ ولی مصادیق جدیدی از روابط جنسی اشخاص، مانند قرارداد زندگی مشترک یا پیوند همجنسی، از موضوعات احوال شخصیه نیست.

مقررات حاکم بر قابلیت نکاحی دو شخص ایرانی دارای کیش و مذهب متعدد، مقررات مذهبی هر یک از آنان است و در صورتی آنها می توانند با هم ازدواج کنند که به استناد مقررات مذهبی آنها ازدواج هر کدام با دیگری مجاز باشد؛ ولی مقررات حاکم بر نکاح آنان در صورتی که هر دو مقررات قابل جمع باشد، باید نکاح بر طبق مقررات جامع تر، یعنی مقررات مذهبی که شرایط بیش تری را ضروری می داند، منعقد شود. در صورتی که مقررات مذهب و کیش طرفین قابل جمع نباشد و معارض باشد، انعقاد نکاح به استناد تعارض مقررات ممکن نیست.

طلاق و ارث و وصیت، که در اصل دوازده قانون اساسی شمرده شده است، از موضوعات احوال شخصیه است. همچنین نسب، ولایت و سرپرستی نیز که در قانون اساسی و قانون عادی به آن اشاره نشده، از موضوعات احوال شخصیه است.

در مورد اهلیت نیز هر چند در ماده ۷ ق.م. اتباع بیگانه از این حیث تابع قانون دولت متبوع خویش محسوب شده اند؛ ولی تمام اتباع ایرانی اعم از شیعه و غیر شیعه و مسلم و غیر مسلم تابع قانون رسمی کشور محسوب شده و این مورد تابع مقررات مذهبی آنان نیست که به نظر می رسد اهلیت حکم قانونی است و از موضوعات احوال شخصیه نیست تا تابع مقررات مذهبی هر شخص قرار گیرد.

مآخذ

- ۱- ابن حزم اندلسی، ابومحمد علی بن احمد بن سعید؛ المحلی بالآثار، ج ۷ (بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۸ق).
- ۲- استانبولی، ادیب؛ المرشد فی قانون الاحوال شخصیه (بیروت، الطبعة الثانية، ۱۹۹۰م).
- ۳- الفقیه، شیخ یوسف؛ الاحوال الشخصیه فی فقه اهل بیت (بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۹ق).
- ۴- الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین (تهران، میزان، ۱۳۸۲ش).
- ۵- _____ تعارض چند قانون ملی در مورد ازدواج و طلاق؛ نامه مفید، شماره ۲۶، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۸۰ش.
- ۶- انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب نکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ، ۱۴۱۵ق.
- ۷- امامی، دکتر سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۴ (چاپ شانزدهم؛ تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷ش).
- ۸- بدران، ابوعینین بدران، الزواج و الطلاق فی الاسلام (اسکندریه، مؤسسه الشباب، بی تا).
- ۹- بهنود، یوسف، احوال شخصیه (ارومیه، انزلی، ۱۳۶۹ش).
- ۱۰- جزیری، عبدالرحمن، فقه علی مذاهب الاربعه (بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۶۹م).
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوقی، ج ۱۱ (چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ش).
- ۱۲- _____؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، ج ۱ (تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ش).
- ۱۳- _____؛ ارث و وصیت (چاپ چهارم؛ تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ش).
- ۱۴- رواس قلعه‌جی، محمد؛ موسوعه الفقه عبدالرحمن الازعی (کویت، جامعه الکویت، ۲۰۰۳م).
- ۱۵- سلجوقی، محمود؛ بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران، میزان، ۱۳۸۰ش).
- ۱۶- شایگان، سید علی؛ حقوق مدنی (تهران، انتشارات طه، ۱۳۷۵ش).
- ۱۷- شهیدالثانی (زین العابدین الجعبی العاملی)؛ روضه البهیة، ج ۲ (قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸ش).
- ۱۸- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷ش).
- ۱۹- _____؛ ارث (تهران، سمت، ۱۳۷۴ش).
- ۲۰- _____؛ مجموعه مقالات حقوقی (تهران، حقوقدان، ۱۳۷۵ش).
- ۲۱- صفایی، سیدحسین و قاسم زاده، سیدمرتضی (تهران، سمت، ۱۳۸۲ و ۱۳۷۵).

(ش).

۲۳- طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل، ج ۱۰ (قم، مؤسسه‌النشرالاسلامی، ۱۴۲۰ق).

۲۴- عبدالحمید، محمد محی‌الدین؛ الاحوال الشخصیه فی الشریعة الاسلامیه (بیروت، دارالکتاب، ۱۴۰۴ق).

۲۵- علامه حلی (ابومنصور الحسن بن یوسف بن مطهرالاسدی)؛ قواعد الاحکام، ج ۳ (قم، مؤسسه‌النشرالاسلامی، ۱۴۱۹ق).

۲۶- فهیمی، عزیزا..؛ ارث اقلیت‌های دینی در حقوق اسلام و ایران (قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۱ش).

۲۷- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، ج ۳ (الطبعة الثانية: تهران، منشورات مکتبه‌الصدر، بی تا).

۲۸- موسوی خمینی، سیدروح..؛ تحریر الوسیله، ج ۲ (نجف اشرف، آداب، بی تا).

29- A.G, Guest, Anson's Law of contract, 26thed; (Oxford, Clarendon press, 1986).

30- Treitel, The law of contract, 9thed; (London Maxwell & Sweet, 1995).