

تعارض قوانین ارث در حقوق افغانستان، ایران و مصر

محمد آصف محسنی^۱

چکیده

یکی از موضوعات قابل توجه، بحث تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی، ارث بری و نحوه چیدمان وراثت، اختلاف در خطوط ارث، تابعیت و حجب است. مشی نظام‌های حقوقی در متوفای بدون وصیت، نسبت به اعمال اراده قانون‌گذار در تقسیم ماترک بین وراثت، تقریباً یکسان است؛ اما با دخالت عامل بیگانه در حقوق هر کشور، رویکرد نظام‌ها در مبنای تقسیم‌بندی اموال متوفی دوگانه است. برخی مبنای تقسیم‌بندی را قانون ملی و تعداد دیگر ملاک را قانون مقر دادگاه می‌دانند؛ حتی در ماترک منقول و غیرمنقول، واکنش قانون‌گذاران در اینکه قانون اقامتگاه صاحب مال یا قانون محل وقوع مال صلاحیت دارد، متفاوت است. رویکرد قانون‌گذاران ایران، افغانستان و مصر نسبت به اعمال قانون ملی متوفی واحد است؛ اما در خطوط ارث، تابعیت و حجب در صورت وجود عامل بیگانه (از دین)، اختلافاتی وجود دارد. هدف این تحقیق، بررسی همین اختلاف دیدگاه‌ها است که ضرورت پژوهش تطبیقی را در بین نظام‌های حقوقی همچون ایران، افغانستان و مصر، می‌طلبد تا گامی کوچکی در راستای اتحاد حقوقی بین کشورهای متذکره برداشته شود.

کلیدواژه‌ها: احوال شخصیه، تعارض قوانین، ارث، خطوط ارث، حجب، طبقات ارث، قوانین حل تعارض

۱. دکتری حقوق خصوصی، استاد دانشگاه اشراق، هرات، افغانستان.

مقدمه

قوانین در حراست و انتقال اموال از مورث به ورثه به نحو منضبط، نقش مؤثری دارد. با توجه به اینکه نقش متوفی نسبت به دارایی با مرگ او پایان نمی‌پذیرد، انسان‌ها همواره به دنبال تنظیم یک رژیم حقوقی ناظر به انتقال اموال متوفی بوده‌اند. این رویکرد را می‌توان در نظام‌های حقوقی کنونی نیز به نحوی منضبط‌تر، مشاهده کرد. اگرچه تلاش نظام‌های حقوقی نتیجه یکسانی را در پی نداشته‌اند؛ اما گام مهمی در انتقال مسالمت‌آمیز اموال متوفی به ورثه، برداشته شده است. از سوی دیگر، مرگ خط پایان شخصیت حقوقی اشخاص حقیقی محسوب می‌شود و رابطه متوفی با اموالش یا به اراده او (در صورت وصیت) آن هم تا حدی معینی (ثلث) است، یا به خواست قانون‌گذار شکل می‌گیرد که پس از ادای دیون و تصفیه مالیاتی، به ملکیت وراثت هنگام فوت او (بر اساس نصاب تعیین شده) درخواهد آمد؛ اما رویکرد نظام‌ها در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی، هم در چینش طبقه‌بندی ارث‌بران و هم میزان ارث‌بری، متفاوت است و در برخی موارد، قواعد حل تعارض داخلی هر نظام به خصوص ایران، افغانستان و مصر با قانون ملی متفاوت است.

لذا این ضرورت را می‌طلبد که یک مطالعه تطبیقی بین نظام‌های مزبور، صورت بگیرد تا وجوه افتراق و اشتراک آن‌ها برشمرده شده و قانون‌گذار مربوطه در صدد تکمیل نواقص برآمده و نقاط قوت، برجسته‌سازی شود تا گام کوچکی در راستای اتحاد حقوقی جهان اسلام برداشته شود.

۱. ارث

هرچند تعریف دقیقی از ارث در حقوق موضوعه از سوی قانون‌گذاران ارائه نشده، ولی فقها و حقوقدانان هرکدام تعریفی از آن دارند. آنچه از کتب فرهنگ حقوقی به دست می‌آید، ارث به معنای بقا، بازمانده و وامانده و وارث به معنای باقی است (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷، ۱: ۱۹) که اینک موارد کاربرد غالب این واژه در اصطلاح حقوقی و فقهی را از نظر می‌گذرانیم:

الف. ارث یا میراث، حقی است که از میت حقیقی یا حکمی، در قسمت مثبت دارایی مورث برای زنده حقیقی یا حکمی منتقل شود. (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷، ۱: ۲۶۲)

ب. ارث آن چیزی است که انسان به سبب فوت دیگری، به موجب نسب یا سبب به حکم



اسلام، مستحق آن می‌شود. (عاملی جُبعی، بی تا، ۸: ۱۱)

ج. ترکه و اموالی که از متوفی به جا مانده، (شهیدی ۱۳۸۱: ۳) مال یا حقی که پس از مرگ شخص به بازماندگان می‌رسد، باقی گذاشتن مالی پس از مرگ خود با وصیت و بی وصیت. (معین، ۱۳۸۶، ۱: ۱۱۷)

البته فقها به جای ارث، از کلمه میراث و مواریث نیز استفاده کرده‌اند و نزد حقوق دانان و حقوق موضوعه نیز از ارث تعبیری همچون بقا، استحقاق، حصّه و ترکه^۱ به کار رفته است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱) بنابراین واژه ارث همواره به یک معنا به کار نرفته، بلکه برای القای معانی گوناگون استعمال شده است، ولی کاربرد غالب آن در لغت همان بقا و وامانده و در اصطلاح فقهی و حقوقی مال، حق و ترکه‌ای است که پس از مرگ شخص به بازماندگان او می‌رسد.

در اکثر نظام‌های حقوقی، تحقق ارث به مرگ حقیقی یا حکمی منوط است. قوانین حاکم بر ارث، ارث اشخاص حقوقی را دربر نمی‌گیرد. از طرفی، مرگ شخص حقیقی، ممکن است موجبات طبیعی داشته باشد (مرگ واقعی) یا به فرض قانون‌گذار و به حکم مقام صلاحیت‌دار (مرگ فرضی) تحقق یابد. (جعفری لنگرودی ۱۳۵۷، ۱: ۲۵۳)

۲. تفاوت در تابعیت مورث و ورثه

مناسب است قبل از تحلیل تفاوت در تابعیت مورث و ورثه، نخست رابطه میان تابعیت دین و مذهب در ارث را که یکی از موارد جنجال‌برانگیز در تعارض قوانین داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نظام حقوقی کشورهای اسلامی به خصوص ایران و افغانستان است، مورد ارزیابی قرار گیرد. به لحاظ عدم وسع مقام از ترسیم صور احتمالی ارتباط بین مورث و وراثت حین الفوت از جنبه‌های تابعیت و دین و مذهب، صرف‌نظر می‌شود. درعین حال با بررسی نمودارها، رابطه بین مورث و وراثت حین الفوت از چشم‌انداز تابعیت، از چهار حالت خارج نیست:

الف. وحدت تابعیت بین مورث و وراثت (با تأکید بر تابعیت ایران یا افغانستان)؛

ب. وحدت تابعیت بین مورث و وراثت (با تأکید بر تابعیت خارجی طرفین)؛

۱. در قانون مدنی مصر و عراق از ارث به ترکه تعبیر شده که می‌توان آنرا در موارد متعدد از حقوق موضوعه آن دو نظام، مشاهده کرد؛ برای نمونه ر.ک: ۸۸۹، ۹۰۰، ۹۰۸ از ق.م.مصر و قانون مدنی عراق مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸.

ج. اختلاف تابعیت بین مورث و وراث، (با تأکید بر تابعیت ایرانی یا افغانستانی مورث)؛

د. اختلاف تابعیت بین مورث و وراث، (با تأکید بر تابعیت خارجی مورث)؛

در حالت اول که وحدت تابعیت طرفین بر پایه تابعیت ایران یا افغانستان است، هیچ عامل خارجی (مثل فوت مورث در خارج یا وجود اموال مورث در خارج و نظایر آن) در مبحث ارث دخیل نیست. لذا دعوای ارث در دادگاه‌های ایرانی یا افغانستانی، کاملاً جنبه داخلی داشته و مطابق قانون ایران یا افغانستان، عمل خواهد شد. لیکن هرگاه وحدت تابعیت بین مورث و وراث با تأکید بر تابعیت خارجی مطرح باشد (حالت دوم)، در این صورت به لحاظ وحدت، تابعیت آنان و با وحدت ملاک دو ماده ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی ایران،^۱ ۱۷ و ۲۵ قانون مدنی افغانستان،^۲ ۱۱ و ۱۷ قانون مدنی مصر،^۳ قواعد و مقررات حاکم بر ارث، تابع قاعده ماهوی قانون دولت متبوع مورث یا ورثه (در حقوق ایران) خواهد بود، منوط به این است که قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع آنان، ایجاد احاله نکند.

۱. ماده ۷: اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود.

ماده ۹۶۷: ترکه منقول یا غیرمنقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوطه به تعیین وراث و مقدار سهم الارث آن‌ها و تشخیص قسمتی که متوفی می‌توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود.

۲. ماده ۲۵: (۱) در مورد احکام موضوعی متعلق به ارث، وصیت و سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات، احکام قانون دولت متبوعه مورث، وصی یا شخصی که حین وفات تصرف از او به عمل آمده باشد، تطبیق می‌گردد.

(۲) در خصوص احکام شکلی وصیت، احکام قانون وصی در حین وصیت و یا احکام قانون محلی که در آن وصیت تکمیل شده باشد، تطبیق می‌گردد. همچنان احکام شکلی سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات، تابع این حکم است.

ماده ۱۷ ق.م: در مورد تثبیت احوال مدنی و اهلیت اشخاص، قانون دولت متبوعه آن‌ها تطبیق می‌گردد، تصرفات مالی که در افغانستان عقد گردیده و آثار مرتبه آن نیز در آن به وجود آمده باشد، در حالی که یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد طوری که نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفی باشد، با آن‌ها واجد اهلیت کامل شناخته می‌شود.

۳. ماده ۱۱: (۱) الحالة المدنية للأشخاص وأهلیتهم یسری علیها قانون الدولة التي ینتمون إليها بجنسیتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد فی مصر وتترتب آثارها فیها. إذا كان أحد الطرفین أجنبیا ناقص الأهلیة وكان نقص الأهلیة یرجع إلى سبب فیہ خفاء لا یسهل علی الطرف الآخر تبینه فإن هذا السبب یؤثر فی أهلیته.

(۲) أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فیسری علیه قانون الدولة التي اتخذت فیها هذه الأشخاص مرکز إدارتها الرئیسى الفعلى. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئیسى فی مصر، فإن القانون المصری هو الذى یسرى. برای کسب اطلاع بیشتر ر. ک: أنور طلبه (رئیس محکمه استئناف)؛ المطول فی شرح القانون المدنی، نوبت چ: دوم، ناشر: الکتبة الجامعی الحدیث، اسکندریه ۲۰۰۶ م، ص ۳۵۶. قوانین مدنی دیگر کشورهای عربی همانند: سوریه م ۱۲- لیبی م ۱۱- عراق م ۱۸.

ماده ۱۷: (۱) یسرى علی الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. قانون المورث أو الموصی أو من صدر منه التصرف وقت موته. ر. ک: همان، ص ۴۲۱. ق.م السوری م ۱۸- الیبی م ۱۷- العراقی م ۲۲- السودانی م ۲۵.

(۲) ومع ذلك تسرى علی شکل الوصية، قانون الموصی وقت الايضاء أو قانون البلد الذى تمت فیہ الوصية، وكذلك الحكم فی شکل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.



در صورت ایجاد احاله درجه اول، قاضی ایران یا افغانستان ملزم به اعمال قانون ایران یا افغانستان خواهد بود و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قضات می‌توانند قاعده ماهوی قانون دولت متبوع افراد خارجی را به اجرا بگذارند. (ارفع نیا، ۱۳۶۹، ۲: ۱۰۴)

در حالت سوم و چهارم، مطابق ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران، ۱۷ و ۲۵ قانون مدنی افغانستان و ۱۱ و ۱۷ قانون مدنی مصر، در صورت اختلاف تابعیت بین افراد در مسائل مربوط به احوال شخصیه به خصوص ارث، قانون دولت متبوع مورث، ملاک عمل است. لذا از منظر قواعد حل تعارض سیستم‌های حقوقی متذکره، قانون دولت متبوع متوفی مبنای عمل قضات است. در صورت که قضات مذکور با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع متوفی، متوجه شوند که قواعد ماهوی آن قانون قابل اعمال است. پس باید آن قانون را به اجرا گذارده و حکم صادر نمایند. در صورتی که قواعد حل تعارض قوانین قانون دولت متبوع متوفی، ایجاد احاله درجه اول نمود.^۱ باید متذکر شد که قانون مدنی افغانستان و مصر راجع به پذیرش احاله، ساکت است و با استفاده از ماده ۲۵ ق.م. افغانستان و ۱۷ مصر، می‌توان گفت احاله از هر دو نوع آن در نظام‌های متذکره به رسمیت شناخته نشده و باید قضات سیستم‌های حقوقی فوق، قانون دولت متبوع مورث را مورد اجرا گذارند، ولی قاضی ایرانی مکلف به رعایت احاله مذکور بوده (مستندا به قسمت آخر ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران) و باید مندرجات قانون مدنی ایران را به عنوان قانون حاکم بر دعوایی ارث به مرحله اجرا گذارد و در صورت ایجاد احاله درجه دوم، قاضی ایرانی (برخلاف قاضی افغانستانی و مصر) باید قاعده ماهوی قانون دولت متبوع متوفی را به اجرا گذارد.

بحث مهمی که باید به آن توجه داشت این است که در کلیه موارد چهارگانه، هرگاه دادگاه‌هایی افغانستانی، ایرانی و مصری (در مرحله تشکیل حق) یا هر دادگاه که در کشورهای اسلامی برگزار گردد و صلاحیت رسیدگی را داشته باشد.

یکی از مواردی که ممکن است جزء نظم عمومی سیستم‌های حقوقی فوق در باب ارث محسوب شود، موضوع عدم توارث غیرمسلمان از مسلمان است. فقهای اهل تشیع و

۱. اگر به جای مورث ایتالیایی، دعوی ارث بدون وصیت فرانسوی، انگلیسی یا آمریکایی (حسب مورد) توسط ورثه آنان در محاکم افغانستان اقامه گردد، مطابق ماده ۲۵ قانون مدنی افغانستان و ۲۸ مصر، قانون صلاحیت‌دار قانون دولت متبوع مورث خواهد بود، قاضی افغانستانی و مصری با مراجعه به قواعد حل تعارض فرانسه، انگلیس و آمریکا درمی‌یابد که حقوق ارثی (بدون وصیت) اتباع کشورهای متذکره در اموال منقول (تابع قانون اقامتگاه متوفی) و در اموال غیرمنقول (تابع قانون محل وقوع مال) خواهد بود.



تسنن بالاتفاق اعتقاد دارند که غیرمسلمان از مسلمان ارث نمی‌برد؛ اما در خصوص ارث بردن مسلمان از متوفای غیرمسلمان، اختلاف نظر وجود دارد. فقهای امامیه قائل به توارث هستند، ولی فقهای مذاهب چهارگانه اهل تسنن، با استناد به حدیث مروی از پیامبر (ص) «لایرث المسلم الکافر ولا الکافر المسلم»، قائل به عدم توارث هستند. (جباری، مسجد سرایی، ۱۳۹۷: ۲۴۳) پرسشی که امکان طرح دارد، این است که آیا شدت نظم عمومی حقوق ایران و افغانستان، به‌عنوان عامل بازدارنده در مرحله تأثیر بین‌المللی حق (مثلاً در حالتی که انحصار وراثت در خارج از مرزهای نظام‌هایی حقوقی فوق توسط محاکم صلاحیت‌دار خارجی صادر شده باشد و قرار باشد دادگاه‌هایی ایرانی، افغانستانی و مصری آن را تنفیذ کنند و مبادرت به تقسیم ترکه نمایند) همانند شدت آن در مرحله تشکیل حق است؟ یا اینکه محاکم کشورهای مذکور در مرحله تأثیر بین‌المللی حق، نسبت به کفر به‌عنوان مانع ارث، به دید اغماض نگرسته و به مجرد احراز صحت دادنامه حصر وراثت خارجی (از جنبه شکلی و ماهوی بر طبق قانون مقرر دادگاه خارجی)، حکم به تنفیذ آن نموده و به کفر وراثت حین الفوت مورث، ترتیب اثر نمی‌دهند؟

دکترین حقوقی ایران در این خصوص، توجه به کفر به‌عنوان مانعی جهت توارث کافر از مسلمان^۱ (بدون توجه به تابعیت آنان) کرده است. (امامی، ۱۳۸۳، ۳: ۲۰۸-۲۱۲) در این میان قانون‌گذار افغانستان^۲ (قانون‌گذار مصر^۳ به‌طور کلی تعیین ورثه و سهم‌الارث را تابع احکام اسلام دانسته)، مشی متفاوت نموده و به‌طور مطلق از عدم توارث بین مسلمان و کافر حرف زده است؛ طوری که اگر کافری بمیرد و بین وراثت، ورثه‌ای مسلمانی داشته باشد، مسلمان بودن مانع از توارث است و ترکه او بین ورثه کافر تقسیم می‌شود. بالعکس، قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان، کفر را مانع توارث دانسته (نظری، بی‌تا: ۲۱۵)^۴

۱. ماده ۸۸۱ - مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافر، مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

ماده ۸۸۱ مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

۲. ماده ۲۰۰ - استحقاق ارث بین مسلمان و غیرمسلمان نیست؛ اما غیرمسلمان از یکدیگر مستحق میراث شده می‌توانند. اختلاف دو کشور در بین مسلمین و غیر مسلمین مانع میراث نمی‌گردد، مگر اینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد.

۳. برای تطبیق و آگاهی بیشتر در مشی قانون‌گذاران برخی کشورهای عربی، ر.ک به: ق.م.سوریه م ۸۲۵ - ق.م.لیبی م ۸۷۹ - ق.م.عراق م ۱۱۰۶ و ق.م.لبنان م ۲۰۴.

۴. فقره یک، ماده دو صد و چهاردهم: (۱) مسلمان از کافر ارث می‌برد و با وجود وراثت مسلمان، کافر از کافر ارث نمی‌برد، اگر وراثت مسلمان وجود نداشته باشد، کافر از کافر ارث می‌برد و اولاد نابالغ کافر در حکم کافر و اطفال مسلمان در حکم مسلمان هستند.



و اگر بین ورثه کفار، ورثه مسلمانی باشد، بقیه ورثه از ارث محروم می‌گردند؛ آن‌گونه که قانون‌گذار ایران^۱ مورد تقنین قرار داده است.

۳.۱ اختلاف در طبقات سهام ورثه

اگر بخواهیم مسائل مربوط به اختلاف در طبقات ارث و سهام ورثه را به‌طور دقیق در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی مورد کنکاش قرار دهیم، باید اقسام ورثه و ارتباط آنان را به اعتبار و عناوین گوناگون بررسی کنیم. به دیگر سخن، در حقوق بین‌الملل خصوصی و همچنین در تعارض قوانین سیستم‌های حقوقی همچون ایران، افغانستان و مصر، اقسام ورثه را با در نظر داشت تابعیت مورث و ورثه و با عنایت به تقسیم ورثه از حیث ارتباط با مورث که باعث ایجاد طبقات و درجات ارث می‌شود و همچنین ارتباط وراث با یکدیگر و تأثیر و عدم تأثیر وجودی ورثه‌ای بر ورثه دیگر به حکم قانون‌گذار (که باعث ایجاد تأسیس حقوقی حجب می‌شود) از موضوعات بسیار حساسی است که امکان طرح آن در همه نظام‌هایی حقوق ملی، به عنوان موضوعات تعارض قوانین بین‌المللی، یا تعارض قوانین داخلی (حسب مورد) متصور است.

در نظام‌های حقوقی ایران، افغانستان و مصر، قانون حاکم بر ارث، قانون دولت متبوع متوفی است. بررسی ماهوی این امر، ضروری است و قضات سیستم‌های حقوقی را گریزی از آن نیست. به‌طور مثال دعوای ارث از سوی ورثه مورث فرانسوی که در یکی از کشورهای ایران، افغانستان و مصر فوت شده و اموالی را به ارث گذاشته و در عین حال، در دادگاه‌های یکی از آن کشورها مطرح شود. در صورت صلاحیت محاکم، این پرسش مطرح می‌شود که هرگاه قانون دولت متبوع متوفی (در اینجا قانون فرانسه) از جانب قضات متذکره، لازم الرعایه باشد (وفق ماده ۲۵ ق.م افغانستان، ۷ و ۹۶۷ ق.م ایران و ۱۱ و ۱۷ ق.م مصر)، آیا قضات مفهوم فرضبر بودن یا قرابتبر بودن ورثه و حجب حرمانی و نقصانی و نیز موضوعات نظیر طبقات و درجات ارث را از قانون مقرر دادگاه‌هایشان یا قانون فرانسه (قانون دولت متبوع

۱. ماده ۸۸۱ - مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافر، مسلم باشد وراث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

ماده ۸۸۱ مکرر - کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری مسلم باشد وراث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.

متوفی) استخراج و استنباط خواهند کرد؟ در صورت اعمال قانون فرانسه، رابطه اعمال قانون دولت متبوع متوفی با قانون مقر دادگاه، چه خواهد بود؟ به طور کل میتوان گفت، در صورت که اعمال قانون دولت متبوع متوفی با نظم عمومی و اخلاق حسنه قانون مقر دادگاه در تضاد باشد، اعمال نخواهد شد.

۴. تقسیم ورثه به فرض بر و قرابت بر

فقه اهل تشیع و تسنن، ورثه متوفی را به دو دسته فرض بر و قرابت بر تقسیم کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۷)^۱ فرض بر، آن دسته از ورثه‌ای می‌باشند که سهم آنان از ترکه به نسبت معینی است، به نحوی که نصاب آن در شریعت کاملاً معلوم است. همین معنا قابل استفاده از ماده ۸۹۴ قانون مدنی ایران^۲ و ۲۰۰۴ قانون مدنی افغانستان^۳ است. با عنایت به ماده‌های مزبور، صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه، معین است. بنا به تبیین یکی از حقوق‌دانان ایرانی با استنباط از نظر فقهای امامیه، فرض، سهم ویژه‌ای از ترکه تعریف شده که قانون‌گذار یا شارع برای گروه از وارثان در هر طبقه معین می‌نماید. (امامی، ۱۳۸۳، ۳: ۲۳۸)

علی‌رغم دیدگاه عده‌ای از حقوق‌دانان نظام حقوقی اسلامی، فرض یا سهم یا کسر معینی از ترکه در نظام حقوقی اسلام همیشه میزان ثابتی است. (۱/۲، ۲/۳، ۱/۳، ۱/۴، ۱/۶ و ۱/۸) است. به دیگر سخن، سهام مفروض بر پایه ۱/۳ و ۱/۴ بوده که بر دوضرب یا بر دو تقسیم شده و باعث پدیدار شدن نصاب معین با مضربی از ۱/۳ و ۱/۴ و ۱/۲ خواهد شد و نیز باعث پیدایش حساب نقصانی از ۱/۳، ۱/۴ که همانا ۱/۶ و ۱/۸ است، خواهد بود. ولی ممکن است فرد فرض بر، با توجه به وضعیت خاص خود بنا به وجود پاره‌ای از دلایل، نظیر فقدان ورثه معین، فرض وی از حد ادنی به حد اعلی افزایش یافته یا بالعکس، به لحاظ وجود پاره‌ای دلایل، نظیر وجود حاجب نقصانی، فرض وی از حداکثر به حداقل کاهش

۱. دکتر کاتوزیان به استناد به ماده ۸۹۳ ق.م ایران، وارثان را به اعتبار نصیب آنان از ترکه به سه گروه تقسیم کرده‌اند: ۱- فرض بران ۲- قرابت بران ۳- گروهی که گاه به فرض و گاه به قرابت ارث می‌برند.

۲. ماده ۸۹۴ ق.م- صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معین است و صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آنها معین نیست.

۳. ماده ۲۰۰۴- فرض سهم معین وارث است.



یابد. به همین لحاظ نمی‌توان عدم ثبات وضعیت فرض بر را دلیل بر عدم ثبات فرض یا سهم دانست. (فدوی، ۱۳۸۵: ۳۷۰)

آنچه از ماده ۹۰۵ ق.م. ایران^۱ و ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳ ق.م. افغانستان^۲ استفاده می‌شود، ابتدا باید صاحبان فرض، حصه خود را بردارند، سپس باقی مانده به افراد قرابت بر تقسیم شود (منوط به اینکه با ورثه فرض بر در یک طبقه باشند). اگر در طبقه صاحبان فرض، ورثه دیگری (قرابت بر) وجود نداشته باشد، یا قرابت برها در طبقه دورتری از صاحبان فروض باشند، مابقی ترکه از باب ردّ به فرض برها، داده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۷) همین‌طور باقی مراحل تقسیم ترکه بین وراث که مقام مجال پرداختن به تمام جزئیات تقسیم ارث را نمی‌دهد.

با عنایت به مطالب بالا، قضات ایرانی، افغانستانی و حتی مصری در حقوق داخلی هرکدام، به خصوص در هنگامی که موضوع مطروحه، فاقد وصف تعارض قوانین بین‌المللی باشد، با مشکلی مواجه نخواهند شد. قضات با توجه به آموخته‌های حقوقی خویش با صدور دادنامه، حصر وراثت بر اساس قانون مدنی خودشان و میزان سهام ورثه (اعم از فرض بر و قرابت بر) را نیز معین می‌کنند. شرایط زمانی به وخامت می‌گراید که موضوع ارث، یکی از اقلیت‌های دینی-مذهبی افغانستان، ایران و مصر در نزد محاکم کشورهای متذکره به میان بیاید. در این صورت وجود فرض بر و قرابت بر، تقدم تسویه حساب صاحبان فرض بر بر افراد قرابت بر و بحث رد یا عدم رد ترکه، کاملاً به مقررات متداول و مسلم دین متوفی بستگی خواهد داشت. قضات محاکم مزبور با توجه به قواعد مسلم و متداول دین و مذهب متوفایی اقلیت، تعیین خواهند کرد که چنین الزاماتی وجود دارد یا خیر. در صورت عدم وجود چنین الزاماتی یا وجود الزامات مغایر با الزامات موجود در قوانین موضوعه کشورهای ایران، افغانستان و مصر، با عنایت به الزامات موجود نزد هریک از سیستم‌ها، به ترتیب قاضی ایرانی بنا به حکم قانون ماده واحد، رعایت احوال شخصیه اقلیت‌های دینی و

۱. از ترکه میت هر صاحب فرض حصه خود را می‌برد و بقیه به صاحبان قرابت می‌رسد و اگر صاحب قرابتی در آن طبقه مساوی با صاحب فرض در درجه نباشد، باقی به صاحب فرض رد می‌شود مگر در مورد زوج و زوجه که به آن‌ها رد نمی‌شود، چنانچه برای متوفی وارثی به غیر از زوجه نباشد زائد از فریضه به وی رد خواهد شد.

۲. ماده ۲۰۱۲: عصبه شرعاً بالای کسی اطلاق می‌شود که در صورت نبودن صاحبان فروض تمام متروکه و در صورت موجودیت اصحاب فروض در حالیکه از میراث محجوب نباشد، باقیمانده اصحاب فروض را از متروکه مستحق می‌شود.

ماده ۲۰۱۳: هرگاه هیچ‌یک از صاحبان فرض موجود نبوده یا با وجود آن‌ها تمام متروکه شامل حصص فروض نشود، تمام متروکه با آنچه از اصحاب فروض باقیمانده، به عصبه نسبی داده می‌شود.



مذهبی، قاضی افغانستانی با در نظر گرفتن ماده دوم قانون اساسی و قاضی مصری با عنایت به ماده سوم قانون اساسی در باب دولت و جامعه، مکلفند قواعد و مقررات متداول و مسلم مندرج در دین متوفی را اجرا کنند. مگر اینکه مقررات مزبور همسو با انتظامات عمومی حقوق موضوعه متذکره نباشد. به نظر می‌رسد قواعد و مقررات متداول اقلیت‌های مذهبی نزد سیستم‌های حقوقی مزبور، مخالف انتظامات عمومی حقوق موضوعه یادشده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷) با عنایت به دستورات موجود در قوانین متذکره، غیر از مبحث کفر و قتل که به‌عنوان نظم عمومی، از موانع ارث محسوب می‌شود، در سایر موارد کمتر بتوان موردی را یافت که به‌عنوان مغایرت با نظم عمومی مانع از جریان یافتن قواعد و مقررات مسلم و متداول دین و مذهب متوفی شود.

با عنایت به مطالب فوق، اگر فردی از اقلیت‌های دینی - مذهبی کشورهای مورد بحث فوت شود، قواعد و مقررات مسلم و متداول دین و مذهب متوفی در تسهیم و تقسیم ترکه، ملاک عمل است و قضات، نمی‌توانند با تفسیر موسع از نظم عمومی، مانع اجرای مقررات دینی و مذهبی اقلیت‌های دینی رسمی شوند.^۱

همین حالت در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و افغانستان و مصر نیز مشاهده می‌شود و آن وقتی است که قضات مزبور با عامل بیگانه (متوفی خارجی) در حقوق کشورهای فوق مواجه شوند. با عنایت به مواد ۷ و ۹۶۷ ق.م. ایران، ۱۱ و ۲۵ ق.م. افغانستان و ۱۱ و ۱۷ ق.م. مصر، باید در معین ساختن قواعد اصلی ارث (نظیر میزان سهم الارث و تعیین وراث، حجب و غیره) به قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی مراجعه شود. در صورت مراجعه قضات به قوانین فوق، این پرسش مطرح می‌شود که آیا وراث می‌توانند به این دلیل که اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی در مبحث صاحبان فرض و افراد قرابت بر و تقدم و تأخر برداشت از ترکه و نیز تقسیم ترکه به رد، با قوانین فوق مغایر است، نظم عمومی مطرح نزد سیستم‌های فوق را مانع از به اجرا گذاشته شدن قواعد و مقررات خارجی بدانند؟

۱. به‌طور نمونه؛ در قانون احوال شخصیه هندوهای افغانستان، دختر از اموال غیرمنقول پدر ارث نمی‌برد یا زن متوفی مثل فرزندان به‌طور مساوی ارث می‌برند. بنابراین؛ با توجه به ماده یاد شده، اجداد متوفی با وجود برادران و خواهران میت از ارث محروم خواهند شد، دختر متوفی به استناد به مفهوم انتظامات عمومی در حقوق افغانستان، مانع از جریان قواعد و مقررات مسلم و متداول احوال شخصیه هندوها در این خصوص گردند؟ قطعاً جواب منفی است.



به نظر می‌رسد تفسیر موسع از مفهوم نظم عمومی توسط قضات مذکور، با ایجاد حق در یک فضای بین‌المللی ناسازگاری آشکار داشته باشد. اگر مفهوم نظم عمومی را به گونه موسع تبیین کنیم در آن صورت می‌توان از اعمال هر قانون خارجی به وسیله مانعی به نام نظم عمومی جلوگیری کند؛ اگر چنین استنباط را بتوان قبول کرد، پذیرش قواعد حل تعارض قوانین و اغماض قانون‌گذار ملی، ماهیت وجودی خود را از دست خواهد داد. بدین لحاظ در تفسیر گسترده نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، باید تحمل و تسامح بیشتری به خرج داد و به همین جهت نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی از تفسیر موسع به تفسیر مضیق تقلیل خواهد یافت. (الماسی، ۱۳۸۳: ۱۳۹-۱۴۰)

بنابراین شاخصه مهم و تفاوت اصلی نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی، در همین نکته (تفاوت نوع تفسیر نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی) نهفته است. در صورت بروز احاله رویکرد قضات ایران، افغانستان و مصر یکسان نخواهد بود. با عنایت به قانون موضوعه افغانستان و مصر، به نظر می‌رسد، در صورت بروز احاله از هر دو نوع آن، قوانین مذکور ساکت است. مطابق قواعد و مقررات حل تعارض، قضات باید قانون دولت متبوع متوفی را مورد اجرا بگذارند؛ علی‌رغم آنکه قاعده حل تعارض دولت متبوع متوفی از خود رد صلاحیت کرده باشد. مگر بگوییم درست است که قوانین سیستم‌های حقوقی افغانستان و مصر، قانون دولت متبوع متوفی (اتباع بیگانه=مخصوصاً کفار) را در احوال شخصیه صالح می‌دانند، ولی در صورت رد صلاحیت قانون بیگانه از خود (احاله) و صالح دانستن قانون مقرر دادگاه یا کشور ثالثی، از باب نفی سبیل و عدم جعل حق سلطه بیگانه (کفار) در سرزمین مسلمین از سوی شارع مقدس اسلام،^۱ یا با عنایت به مواد یک ق.م. افغانستان و مصر،^۲ قضات فوق قانون مقرر دادگاه را به اجرا می‌گذارند. در قانون ایران، با عنایت به مواد ۹۷۲ و ۹۷۳ ق.م. قاضی ایرانی مکلف به پذیرش احاله درجه یک و عدم پذیرش احاله درجه دوم و قواعد و مقررات ماهوی دولت متبوع متوفی را به موقع اجرا گذارد. (الماسی، ۱۳۸۲: ۱۰۳-۱۰۴)

۱. لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا / الاسلام يعلوا ولا يُعْلَى عليه.

۲. که اشعار می‌دارند: در صورت نبود حکم قانون در موردی، قضات موظف به مراجعه به متون فقهی و عرف متداول و صدور حکم بر وفق آن‌ها هستند.

۵. اختلاف در خطوط ارث

در اکثر سیستم‌های حقوقی از جمله افغانستان،^۱ ایران و مصر، قرابت نسبی ملاک توارث است و معمولاً در قرابت سببی به جز مورد زوج و زوجه، قائل به توارث نیستند. اصلی‌ترین قرابتی که در باب ارث در حقوق مطرح است، قرابت نسبی است. در موضوع قرابت رضاعی سیستمهای مذکور اصلاً آن را در بحث ارث نیاورده‌اند، بلکه صرفاً از باب ایجاد حرمت، آن را مورد بحث قراردادهاوند.

موارد قرابت‌برها در قانون مدنی ایران احصا نشده است، ولی در قانون ارثیه مصر و ق.م. افغانستان، مصادیق اشخاص که به قرابت ارث می‌برند، نام برده شده‌اند. چنانکه در ماده ۸۹۸ ق.م. قانون‌گذار ایران می‌گوید: «وراث دیگر به غیر از مذکورین در دو ماده (۸۹۶ و ۸۹۷) فوق فقط به قرابت ارث می‌برند». قانون‌گذار افغانستان در ماده ۲۰۱۴ ق.م. می‌گوید: «عصبه (قرابت‌برها) نسبی به سه دسته تقسیم می‌شوند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر». در ادامه طی ماده‌هایی به تعریف هرکدام و مصادیق عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر و عصبه مع غیر، می‌پردازد.^۲ همین روند در قانون ارثیه مصر وجود دارد؛ یعنی انواع قرابت‌بر را قانون‌گذار مصر در ماده ۱۶ قانون ارثیه احصا نموده است.^۳

۱. البته کاربرد اصطلاحی اقربا در نظام حقوقی افغانستان و مصر متفاوت از نظام حقوقی ایران است. در آن دو از اقربا در باب ارث به عصبه تعبیر آورده‌اند. چنانچه در قسم دوم حقوق ارثیه مصر قانون‌گذار آورده است: "والعصبه من النسب ثلاثة أنواع:

(۱) عصبه بالنفس.

(۲) عصبه بالغیر.

(۳) عصبه مع الغیر."

در ماده ۲۰۱۴ ق.م. افغانستان مشابه آن آمده است: "عصبه نسبی به سه دسته تقسیم می‌شوند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر. لازم به یادآوری است، قانون مدنی افغانستان تقریباً ترجمه تحت‌اللفظی قانون مدنی مصر است و قانون‌گذار در مواردی، طبق صلاحدیدشان ماده‌هایی را از آن حذف یا به آن افزوده است، و کدام کارشناسی دقیقی صورت نگرفته است و این می‌تواند از یکی از معایب معیارهای قانون‌گذاران افغانستان در قانون‌گذاری باشد.

۲. در اینجا به جهت عدم وسع مقام، تعاریف موضوعات مزبور را از منظر ق.م. افغانستان می‌گذرانیم و ذکر مصادیق آن‌ها از حوصله تحقیق خارج است:

۱- ماده ۲۰۱۵- "عصبه بنفسه، کسی است که در قرابت او به میت به غیر محتاج نبوده و در نسبت او به میت اثاث داخل نمی‌گردد".
 ۲- ماده ۲۰۱۸- "عصبه به سبب غیر، به مؤنثی اطلاق می‌شود که در عصبات به میت محتاج به غیر بوده و یا با غیر در عصوبت شریک باشد".
 ۳- ماده ۲۰۲۰- "عصبه مع غیر، به مؤنثی اطلاق می‌شود که در عصوبت خود به مؤنث دیگر محتاج بوده و مؤنث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد".

۳. ماده ۱۶: القسم البانی فی الإرث بالتعصیب: إذا لم یوجد أحد من ذوی الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة کانت التركة أو ما بقی منها بعد الفروض للعصبه من النسب والعصبه من النسب ثلاثة أنواع:

(۱) عصبه بالنفس.

(۲) عصبه بالغیر.

(۳) عصبه مع الغیر.



به نظر می‌رسد مشی قانون‌گذاران مذکور نسبت به قانون‌گذار ایران با معیارتر است؛ زیرا اصل در قانون‌گذاری این است که قانون باید شفاف و واضح باشد تا مورد سوء استفاده و تابعان قانون واقع نشود که با بیان موارد و مصادیق جلو این احتمال گرفته خواهد شد. برای رعایت اصل اختصار، از تبیین جزئیات طبقات سه‌گانه ارث، اجتناب کرده و به قواعد مشترک حاکم به آن می‌پردازیم:

۱. وجود یک طبقه باعث حجب (محرومیت) طبقه پایین‌تر می‌شود.
۲. هر طبقه درجه نام دارد که مبنای دوری و نزدیکی به متوفی است. به‌عنوان یک قاعده حاکم بر قانون ارثیه تا درجه نزدیک‌تری به متوفی وجود داشته باشد، درجه دورتر، ارث نخواهد برد.
۳. وجود بعضی از وراثت، مانع نقصانی برای بهره‌مندی کامل ورثه دیگر ایجاد خواهد کرد، اعم از اینکه مانع مذکور خود، ارث‌بر باشد یا نباشد.

مشی قانون‌گذاران سیستم‌های حقوقی ایران و مصر و به‌تبع آن افغانستان در چیدمان عناوین فروع و فصول باب ارث، کمی متفاوت است. مثلاً چینش ابواب و فصول ارث در قانون مدنی ایران، این گونه است که قانون‌گذار آن‌ها را در طی پنج فصل بدین‌سان مرتب کرده است: موجبات ارث و طبقات مختلف وراث (فصل اول)، تحقق ارث (فصل دوم)، شرایط و جمله از موانع ارث (فصل سوم)، حجب (فصل چهارم)، فرض و صاحبان فرض (فصل پنجم) و در فصل ششم سهم‌الارث طبقات مختلف ارث را عنوان داده است. با عنایت به چینش فوق، قانون‌گذار افغانستان، روش متفاوتی را نسبت به قانون‌گذار مصری در پیش گرفته است. بدین‌سان که در باب ارث، از عناوین «فرع» به شرح ذیل استفاده کرده، احکام عمومی میراث (فرع اول)، متروکه و توزیع آن (فرع دوم)، موانع میراث (فرع سوم) و فرع چهارم تحت عنوان اسباب که آن را به اجزاء چندی بدین‌صورت تقسیم می‌کند: میراث به طریق فرض (جزء اول)، میراث به طریق عصوبت - قرابت - (جزء دوم)، حجب (جزء سوم)، ردّ (جزء چهارم)، ارث ذوی الارحام (جزء پنجم)، مقرّله به نسب (جزء ششم) و در جزء هفتم احکام متفرقه ارث را از قبیل سهمیه حمل، مفقود، خنثی، ولد زنا و ولد لعان و حوادث غرق و حریق و انهدام را، مورد تقنین قرار می‌دهد.

۶. حجب در تعارض قوانین

مطابق ماده ۲۰۲۴ قانون مدنی افغانستان: «حجب آن است که شخص، اهلیت ارث را دارد، ولی به خاطر وجود وارث دیگر، مستحق ارث نمی‌شود. محجوب باعث محجوبیت وارث دیگر می‌شود». تفاوتی در تعریف حجب نزد نظام حقوقی ایران و مصر با افغانستان دیده نمی‌شود که به ذکر یک مورد بسنده می‌شود.

پذیرش حجب حرمانی^۱ در اکثر نظام‌هایی حقوقی و ادیان و مذاهب مختلف، مشهود است، لیکن قبول حجب نقصانی^۲ در نظام‌ها و ادیانی پذیرفته شده که قائل به سهم‌بندی (یا پذیرش فرض) برای وراث باشند. اصل ارث‌بری، اصل پذیرفته شده نزد سیستم‌های حقوقی است، حجب (اعم از حرمانی و نقصانی) استثنای بر اصل یاد شده محسوب است. لذا جز در موارد منصوص از سوی قانون‌گذار، هیچ‌گونه حجبی متصور نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱: ۲۱۰)

بحث حجب در نظام حقوق بین‌الملل خصوصی، از مباحث نسبتاً جنجالی است و پرداختن به آن شاید برای عادی‌سازی روابط حقوقی افراد در حقوق بین‌الملل خصوصی، گام مناسبی برداشته شود. به بیان دیگر، بحث حجب حرمانی یا نقصانی مربوط به متوفای خارجی نزد یکی از سیستم‌های حقوقی ایران، افغانستان و مصر، با نوعی تعارض محتوایی قواعد ماهوی روبرو خواهد بود. از طرفی، نمی‌توان سایه شمشیر نظم عمومی و اخلاق حسنه مطرح نزد سیستم‌های فوق را بر قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی را به طور مطلق حاکم بدانیم. در غیر این صورت مفهوم اغماض قانون‌گذاران مزبور نسبت به اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی^۳ بی‌معنا خواهند بود.

در صورت که قضات موظف به اجرای قواعد ماهوی^۴ قانون دولت متبوع متوفی شود،

۱. حجب حرمانی، حجبی است که به کلی وارثی را از ارث محروم کند، مانند حجب طبقه اول نسبت به طبقه ثانی و حجب طبقه ثانی نسبت به طبقه ثالث.

۲. حجب نقصانی، حجبی است که سهم وارث را از حد اعلی به حد ادنی کاهش دهد، خواه حاجب خود بهره‌ای از ارث ببرد (نظیر اولاد که حاجب ابوبن نسبت به زائد سدس می‌باشند یا زوج و زوجه را از نصیب اعلی به نصیب ادنی تنزل می‌دهند) خواه نه (مانند اخوه و اخوات میت که سهم مادر خود را از ثلث به سدس تنزل می‌دهند).

۳. با توجه به اصولی چون نظم عمومی، عادات و اخلاق حسنه مطرح در مواد ۹۷۵ قانون مدنی ایران، ۳۵ قانون مدنی افغانستان و ۲۸ قانون مدنی مصر.

۴. هر قانون که بیان احکام و یا موضوعات کند بدون نظر به اختلافات و طرز رسیدگی و اثبات دعاوی مانند قانون مدنی و تجارت و جزا و بیمه و مالیات (قانون موضوعی)، به آن قانون ماهوی گویند. (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴: ۲۸۵۵)



نمی‌توان دایره مفهوم نظم عمومی در مبحث حجب نقصانی و حرمانی را معادل همان نظم عمومی مطرح در حقوق داخلی، در نظر گرفت؛ در غیر این صورت، موضوع اجازه اعمال قواعد و مقررات خارجی توسط قانون‌گذاران مزبور، بحث عبث و غیر مفید خواهد بود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴: ۲۸۵۵)

هرگاه قضات ایرانی، افغانستانی و مصری با مراجعه به قواعد حل تعارض قوانین دولت متبوع متوفای خارجی، با احاله درجه اول یا درجه دوم روبرو گردند، به‌ویژه در احاله درجه اول، فقط قاضی ایرانی مکلف است قاعده ماهوی قانون ایران در باب ارث را از جهت اعمال ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران^۱ به مورد اجرا گذارد، ولی قاضی افغانستانی یا مصری با عنایت به قوانین موضوعه، به پذیرش احاله مکلف نخواهد بود. از آنجا که قواعد ماهوی دولت متبوع متوفی از خود سلب صلاحیت نموده و قانون مقرر دادگاه نیز احاله را نپذیرفته است، در اینکه قانون دولت متبوع مزبور اعمال شود یا مقرر دادگاه؟ محل نقاش است. به نظر می‌رسد اصالت صلاحیت اعمال قانون مقرر دادگاه به حالت خویش (به دلایل که در پاورقی مبحث فرض برها و قرابت برها گذشت)، باقی است.

نتیجه‌گیری

اثبات قانون خارجی و تفسیر آن، در حقوق بین‌الملل خصوصی آن هم در ارث‌بری (در احوال شخصیه) از مسائل مهم و مورد نقاش حقوق‌دانان بوده و رویکرد کشورها در این راستا متفاوت است. در اینکه قانون صلاحیت‌دار خارجی از امور حکمی است یا موضوعی، تا حدودی وظیفه قاضی مقرر دادگاه را مشخص می‌کند. در صورتی که از امور حکمی باشد، قاضی باید با عنایت به قاعده حل تعارض داخلی، قانون صالحه خارجی را یابیده و در مرحله اجرا بگذارد. اگر از امور موضوعی باشد، این وظیفه طرفین دعوا است که با استناد به آن، رهنمون قاضی باشند. اکثر حقوق‌دانان رویکرد حکمی دارند.

به نظر می‌رسد، باید معیار دقیق‌تری در اعمال قواعد مقررات دولت متبوع متوفی خارجی ارائه کرد و آن اینکه اگر قانون خارجی، خصلت آمره دارد (نظیر احوال شخصیه)،

۱. ماده ۹۷۳ ق.م: «اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد».



آن را از باید امور حکمی تلقی کرد و قاضی مقرر دادگاه موظف به پاییدن و اجرایی آن است. در مواردی که موضوعات حقوقی، خصلت آمره ندارد (مانند اموال و تعهدات قراردادی)، اثبات قانون خارجی جنبه موضوعی داشته و بدون استناد اصحاب دعوا، قاضی تکلیفی به آن نخواهد داشت.

مستنبط از حقوق موضوعه افغانستان، ایران و مصر و با عنایت به تصریح موادات قانونی در اعمال قواعد و مقررات دولت متبوع متوفی، اثبات قانون خارجی باید جزء وظایف قاضی باشد. در صورت که قانون خارجی مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، با عنایت به صراحت قانون نزد سیستم‌های حقوقی مزبور، از اعمال آن جلوگیری می‌شود. منتهی باید دایره تفسیر نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی را نسبت به حقوق داخلی محدودتر کنیم تا زمینه اعمال قواعد و مقررات خارجی فراهم شود.

به نظر می‌رسد در راستای تشکیل رویه قضایی واحد، نزد سیستم‌هایی حقوقی جهان اسلام و با نظر داشت منبع واحد (قواعد حقوقی اسلام) و اختلافات اندک و از طرفی، تأثیر پذیری از مکتب حقوقی نوشته (رومی-ژرمنی) این را می‌طلبد در صورت وجود احاله (درجه یک) قانون‌گذاران افغانستان و مصر (همانند حقوق موضوعه ایران) آن را بپذیرند تا هم بحث محدودیت در تفسیر نظم عمومی پیش نیاید و هم اصالت اجرایی قانون مقرر دادگاه، حفظ شود. مهم‌تر از این‌ها، با پذیرش احاله (درجه یک) از سوی مقننین افغانستان و مصر، طبق مفاد آیه شریفه «نفی سیل»،^۱ مشی خواهند شد.

۱. لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. (نساء: ۱۷۶)

فهرست منابع

۱. ارفع نیا، بهشید، (۱۳۶۹)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر مروی.
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۸۳)، «حقوق مدنی»، تهران: نشر اسلامی.
۳. أنور طلبه؛ (۲۰۰۶م) المطول فی شرح القانون المدني، اسکندریه: المكتبة الجامعی الحديث.
۴. الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۲)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۵. الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۷)، دوره حقوق مدنی «ارث»، تهران: نشر امیر کبیر.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۱)، ارث، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۹. عاملی جُبعی، زین الدین (شهید ثانی)، (بی تا)، الروضة البهیة، بیروت: دارالعلم الاسلامی.
۱۰. فدوی، سلیمان، (۱۳۸۵)، تعارض قوانین (در حقوق ایران با تأکید بر احوال شخصیه)، تهران: نشر طرح نوین اندیشه.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، ارث، تهران: نشر دادگستر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی: درس های از شفعه، وصیت، ارث، تهران: نشر میزان.
۱۳. معین، محمد، (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی معین، تهران: نشر ادنا.
۱۴. نظری، جمعه علی، (بی تا)، قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.

