



دانشگاه تهران  
مدرسه عالی قضائی و علوم اداری

# حقوق تطبیقی (۱)

استاد:

جناب آقای دکتر نورعلی تابنده

سال تحصیلی ۱۳۵۶-۵۷

## یادآوری

جزوه حاضر ملخص چکیده درس حقوق تطبیقی (۱) است در مدرسه عالی حقوق قضائی و علوم اداری قم بهیچ وجه بعنوان تألیف جدیدی در حقوق تلقی نمی شود.

مطالعه جزوه فقط یادآور دروس کلاس بوده است بمنزله یادداشت تلقی می شود و دانشجو را از حضور در کلاس مستغنی نمی سازد.

## فهرست مطالب

۶	کلیات
۶	مبنای بوجود آمدن قواعد حقوقی در جوامع بشری
۷	انتقاد بردو مکتب فوق و نظریه بینابین
۸	حقوق علم است یا فن
۸	روش علمی و منطق حقوقی
۹	مطالعات تطبیقی در قدیم
۱۰	موانع پیشرفت حقوق تطبیقی
۱۰	جهات پیشرفت اخیر حقوق تطبیقی
۱۱	موضوع مطالعات تطبیقی
۱۱	نحوه مطالعات تطبیقی
۱۱	هدف مطالعات تطبیقی
۱۲	طرز کار در مطالعه تطبیقی
۱۳	اخلاق و حقوق
۱۴	اقتصاد در سیستم‌های حقوقی
۱۴	تقسیم‌بندی گروه‌های مختلف حقوقی
۱۴	حقوق پیرو و پیشرو
۱۵	حقوق نوشته و حقوق عرفی
۱۵	تقسیم‌بندی سیستم‌های حقوقی بر حسب تاریخ ایجاد
۱۶	تقسیم‌بندی سیستم‌های حقوقی بر حسب نژاد و ملیت
۱۶	ارزش عملی حقوق تطبیقی
۱۷	سیستم حقوق اسلام
۱۸	دادرسی اهل ذمه در حقوق اسلام
۱۸	احوال شخصیه
۱۸	مرز حکومت اسلامی
۱۹	کاپیتولاسیون و تفاوت آن با دادرسی اهل ذمه
۱۹	رعایت قانون خارجی و محدودیت آن
۱۹	اخلاق حسنه و نظم عمومی
۱۹	نظم عمومی
۲۰	اصل آزادی عقود و محدودیت آن
۲۱	فلسفه تقدم نظم عمومی و اخلاق حسنه
۲۱	مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی

۲۲	مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی
۲۲	نظریه منسوب به پیله در مورد نظم عمومی
۲۲	ایرادات بر نظریه پیله
۲۳	نظریه من چینی در مورد نظم عمومی
۲۳	قلمرو نظم عمومی
۲۴	شمردن قوانین نظم عمومی و بحث در این مورد
۲۴	مبنای رعایت قانون خارجی و نظریه تشابه تمدن دو کشور بعنوان ضابطه نظم
۲۵	نسبیت قلمرو نظم عمومی
۲۵	مرجع تشخیص نظم عمومی
۲۶	تعارض دو نظم عمومی
۲۶	اخلاق حسنه
۲۶	قلمرو اخلاق حسنه
۲۷	منشأ اخلاق حسنه
۲۷	قرارداد مخالف با اخلاق حسنه
۲۷	حقوق تطبیقی و مجامع بین‌الملل
۲۷	جامعه ملل و سازمان ملل
۲۸	فهرست اسم سازمانهای بین‌المللی و هدف آنها
۲۹	دادگاه‌های بین‌المللی - منابع حقوقی مستند دادگاه لاهه
۳۰	معاهدات بین‌المللی بعنوان مستند دادگاه لاهه
۳۰	منابع استنتاجی دادگاه لاهه
۳۱	استفاده از حقوق تطبیقی برای تکامل حقوق داخلی (پیوند)
۳۱	چندمثال از پیوند مؤثر
۳۲	چند مثال از پیوند غیر مؤثر
۳۲	پیوند کلی (تقنینی)
۳۲	پیوند کلی اولیه حقوق رم
۳۳	پیوند کلی اولیه حقوق اسلام
۳۴	پیوند ناپلثونی
۳۴	پیوند تشکیل مستعمره
۳۵	پیوند مستعمراتی
۳۶	پیوند متصرفی
۳۶	پیوند تقلیدی (خاوری)
۳۷	خانواده در نظام‌های حقوقی معاصر

۳۷	طبیعت غریزی ازدواج
۳۸	ماهیت اجتماعی ازدواج
۳۸	ماهیت حقوقی ازدواج
۳۹	انتشار و علنی بودن ازدواج
۴۰	سن ازدواج
۴۰	بررسی و نقد مسئله سن ازدواج
۴۱	حرمت (موانع) ازدواج
۴۲	حرمت‌های خاص حقوق اسلام و ایران
۴۲	قصد و رضای طرفین در ازدواج
۴۳	ازدواج مجنون
۴۳	فرزند خواندگی
۴۴	نسب نامشروع
۴۴	تفاوت نسب مشروع و نامشروع
۴۵	تعدد زوجات
۴۶	نکاح منقطع
۴۷	روابط خارج از ازدواج
۴۷	مسائل تشکیل واحد خانواده
۴۸	رژیم مالی ازدواج در حقوق مغرب زمین و انواع آن
۴۹	طرز انتخاب رژیم
۴۹	وضعیت زن شوهردار
۵۰	موارد انحلال نکاح
۵۰	بطلان مطلق نکاح
۵۱	بطلان نسبی در نکاح
۵۲	طلاق در حقوق مسیحیت
۵۳	ماهیت حقوقی طلاق
۵۳	طلاق در حقوق اسلام
۵۵	طلاق در حقوق فرانسه

## کلیات

۱- انسان تا بخاطر دارد بصورت اجتماعی زندگی می‌کرده است و مسلماً است قرار و ادامه اجتماع محتاج بقواعدی است که روابط بین افراد را تنظیم نماید، مجموعه این قواعد را علم حقوق می‌نامند. اساس تشکیل جوامع بشری را چه مبتنی بر قرارداد اجتماعی بدانیم و چه انسان را مدنی الطبع بدانیم بهر جهت تا بشر بوده است علم حقوق بوده است و تا باقی بماند این علم باقی خواهد ماند. بنابراین انسان را در وضع فعلی باید از گروه حیوانات اجتماعی محسوب داشت منتها با این تفاوت که در حیوانات اجتماعی مانند موربانه، زنبور عسل و مورچه اساس جامعه و روابط افراد مبتنی بر غریزه است. در این جوامع غریزه مانند یک کامپیوتر دقیق وظیفه فرد افراد جامعه را تعیین می‌کند و آنان بطور خودکار وظیفه را انجام می‌دهند. مقررات امروزی جامعه موربانه و یا کندوی عسل همان است که در میلیونها سال قبل نیز وجود داشته است و کندوی امروزی با کندوی اولیه حتی یک دهم میلیمتر نیز تفاوت ندارد. در انسان چه غریزه و چه قرارداد او را با اجتماع وادار کرده باشد بهرجهت این خود اوست که مقررات این اجتماع را تصویب و اجرا می‌نماید و مرتباً آنها را تغییر داده و تکمیل می‌کند.

### مبنای بوجود آمدن قواعد حقوقی در جوامع بشری

۲- مبنای بوجود آمدن قواعد حقوقی چیست؟ در این موضوع می‌توان بطور کلی عقاید مختلف را تحت دو مکتب گرد آورد ۱- مکتب تاریخی حقوق ۲- مکتب حقوق طبیعی (یا حقوق فطری). این تقسیم‌بندی و عقاید مختلف علماء در این باره بطور غیرمستقیم با بحث (قرارداد اجتماعی - یا طبیعت اجتماعی) در ارتباط است.

الف- مکتب تاریخی حقوق که منتسکبو طرفدار آن است معتقد است که قواعد حقوقی در هر زمان برحسب احتیاج زمان و مکان ایجاد شده و در طی عمر خود بارها تکامل و تغییر یافته است، و علم حقوق مانند زبان که امری و تصنعی و قراردادی است متدرجاً ایجاد گردیده است. بنابراین مشاهده می‌کنیم که هر ملت و قبیله‌ای برای خود مقررات حقوقی خاصی دارد که در جامعه مجاور نه تنها از آن بیخبرند بلکه چه بسا قاعده‌ای کاملاً متضاد بر جامعه آنها حکومت می‌کند. به هر یک از نهادهای حقوقی مثلاً عقود- مالکیت و خانواده و یا بردگی توجه کنیم مشاهده خواهیم کرد که در لحظه‌ای از زمان و در مکانی از امکانه بوجود آمده و در طی تاریخ تغییرات فراوانی کرده است. همان نهاد اگر در حقوق ملت دیگری موجود باشد می‌بینیم خلقت آن و سپس تطورش بنحو دیگری بوده و متفاوت است.

ب- مکتب حقوق طبیعی یا فطری<sup>۱</sup> معتقد است که قواعد حقوق مبتنی بر طبیعت امور و اشیاء بوده است و بنابراین حقوق واقعی متعدد نیست بلکه برای تمام بشریت یک علم حقوق وجود دارد و پاسکال که طرفدار این نظریه است می‌گوید: اگر انسان عدالت را می‌شناخت بجای عدالت ثابت

<sup>۱</sup> - Droit natural

سلیقه ایرانیها یا ژرمن‌ها را سرمشق وضع قانون قرار نمی‌داد و عدالت حقیقی در تمام کشورهای روی زمین و در تمام ازمه حکمفرما می‌بود. در حالیکه می‌بینیم هیچ عدالتی یا ظلمی نیست که بواسطه تغییر اقلیم تغییر ماهیت ندهد، سه درجه عرض جغرافیائی سبب می‌شود که کلیه دستگاههای عدالت و قضاوت زیر و زبر شود و نصف النهار در چگونگی حقیقت اثر قطعی دارد، قوانین اساسی عوض می‌شود حق هم دوره‌ای دارد.

واقعاً عدالت عجیبی است که رودخانه‌ای آن را متوقف و یا محدود می‌سازد ... در این طرف جبال حقیقت و در آن طرف خطاست ...

مبنای این حقوق فطری برحسب نظریه و سلیقه معتقدین این مکتب مختلف است. بعضی‌ها قواعد مذهبی و بعضی‌ها مقررات عقلی را می‌پذیرند، بعضی‌ها قواعد اخلاقی و بعضی دیگر مفهوم عدالت را مبنای تشخیص قواعد طبیعی می‌دانند. اما این مبانی متکی بر استعمال اصطلاحاتی است بسیار مبهم که بطور مطلق قابل استناد نیست. مثلاً عقل یا عدالت یا اخلاق برحسب امکانه و ازمه متخلف متفاوت است و بالنتیجه نظریه‌ای که مدعی تکیه بر ثبات و فطری بودن علم حقوق است خود نیز متفاوت می‌باشد اگر مکتب حقوق فطری را بخواهیم بطور مطلق بپذیریم استدلال منطقی ما را به مکتب تاریخی حقوق می‌کشاند.

#### انتقاد بردو مکتب فوق و نظریه بینابین

۳- نظریه بسیاری از علماء حقوق بینابین قرار دارد و مخلوطی از دو نظریه فطری بودن و یا مکتب تاریخی حقوق است.

انتقادی که بر نظریه تاریخی حقوق وارد است آن است که مطالعات تطبیقی بما نشان می‌دهد گرچه قواعد و مقررات طی ازمه و امکانه تغییر و تحول می‌یابند معهداً غالباً مشاهده می‌شود مایه اصلی بسیاری از نهادها در طول زمان و در امکانه مختلف واحد است. مثلاً مسئله خانواده، تقسیم کار، و حق تسلط بر اشیاء (یا مالکیت) ولو نسبت به اشیاء مصرفی همیشه و همه جا موجود بوده است منتها تنظیم قواعد آن تغییر و تحول یافته است. مکتب فطری حقوق را نیز نمی‌توان بطور مطلق قبول کرد زیرا همانگونه که گفتیم استدلال منطقی این مکتب قبول نظرات متفاوتی را برحسب مبانی متفاوت باعث شده و ما را به مکتب تاریخی حقوق می‌کشاند و از طرف دیگر مشاهدات عینی ما مبنی بر تغییر و تکامل و تفاوت فاحش حقوق‌ها و مقررات مختلف امری بدیهی است. علیهذا غالباً علمای حقوق نظریه‌ای تلفیقی از دو مکتب بیان می‌دارند ولی هر یک از آنها این تلفیق را بنحوی انجام می‌دهند.

این ترکیب را در قواعد حقوق اسلام بدین نحو مشاهده می‌کنیم که بعضی قواعد اصولی وجود دارند که از طبیعت و ماهیت اشیاء و امور زائیده می‌شود انسان همانند تمام جانداران تابع این قواعد است. مثلاً هر جاندار احتیاج به غذا دارد و حق حیات دارد هر نوع جاندار از لحاظ غریزه موظف و علاقمند به بقای نوع و تولید نسل است هر جاندار حق دارد که از زیر بار استعمار جاندار دیگر بگریزد و ... فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ

النَّاسَ عَلَيْهَا، وَ لَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا<sup>۳</sup> این اصول تغییر هستند که باید تحت قواعدی تدوین و تنظیم گردند، در انسان تنظیم قواعد غریزه دست «عقل» است که برحسب مقتضی زمان و مکان آنها را تحت نظم درآورد و باز برحسب همین مقتضیات تکیه را روی این یا آن مقررات قرار می‌دهد. بنابراین می‌توان گفت انسان از لحاظ رعایت و اطاعت معدودی قواعد فطری محدود است و حیات اجتماعی وی او را داخل این محدوده همیشه و همه جا ملزم می‌کند اما خارج از این محدوده بشر همیشه آزاد است که با در نظر گرفتن عدالت و اخلاق و ... بمنظور فراهم ساختن جامعه‌ای که انسانها هرچه بیشتر در آسایش و آزادی باشند مقرراتی وضع کند و عرف و عادات متناسب با زمان و مکان مستقر سازد منتها در تشخیص دامنه و سمت فطریات و جدائی آن از قواعد موضوعه بررسی دقیقی لازم است و اختلاف نظر به چشم می‌خورد.

#### حقوق علم است یا فن

۴- با بررسی نظریات گوناگون که در زمینه‌های سابق الذکر ابراز شده است این بحث پیش می‌آید که آیا حقوق علم است یا فن؟

حقوق به اعتبار اینکه یافتن قواعد و اصول روابط انسانها است بدان نحو که هم اکنون وجود دارد یا بنحوی که بهتر به ایده‌آل بشری تحقق می‌بخشد علمی است از زمره علوم اجتماعی که بر پایه اخلاق و اقتصاد و جامعه‌شناسی و روانشناسی و سایر علوم مربوط به انسان استوار شده است. کوشش در این راه بعهدہ علمای حقوق است که نتیجه کار آنان بصورت دکترین تنظیم می‌شود.

حقوق به اعتبار اینکه هر زمان و مکان معین قواعد موجود حقوقی را بر روابط جامعه منطبق کرده و حکم قضیه را استنتاج می‌کند فن است و این تلاش بعهدہ قضات محول است که محصول کار آنان بصورت رویه قضائی تدوین می‌شود.

در اینجا ممکن است از این تعریف توهم شود که دکترین بوضع موجود نظر ندارد و رویه قضائی به ایده‌آل متوجه نبوده و راکد است. اما با توجه به اینکه جامعه در زمان امتداد داشته و دارد و گذشته و حال و آینده بهم مرتبط است علم حقوق به فن حقوق کمک می‌رساند و فن نتیجه تجربیات خود را در اختیار علم قرار می‌دهد.

#### روش علمی و منطقی حقوقی

۵- حقوق خواه علم باشد و خواه فن باید راه حل‌هایی ارائه کند که هم با احتیاجات روزمره مردم و هم با ایده‌آل‌های بشر هرچه بیشتر مطابق باشد. زیرا از جنبه فن بودن مسلماً ذوق و سلیقه متخصص آن و همچنین زمان و مکان اقتضا دارد که محصول کار مفید بحال جامعه بوده و آنان را به اجرای عدالت مطمئن سازد و از جنبه علم بودن چون موضوع آن افراد انسان است که هر یک دارای خصوصیات فکری و روحی اختصاصی می‌باشند و توجه باینکه انسانها بر خلاف ماشین بوده و هیچگاه دو انسان عین هم وجود نخواهد یافت می‌باید با

<sup>۲</sup> - سوره روم، آیه ۳۰. فطرتی است که خدا همه را بدان فطرت بیافریده است.

<sup>۳</sup> - سوره احزاب، آیه ۶۲. سوره فتح آیه ۲۳. و در سنت خدا دگرگونی نخواهی یافت.



در نظر گرفتن آنکه انسان حیوانی است مختار و دارای اراده مستقل مسائل را حل کند. روش علمی که در حقوق بکار برده می‌شود هرگز با منطق ریاضی سازگار نیست. هیچگاه نمی‌توان بهمان خصوصیات و صورتی که قضایای هندسی یا جبر را حل کنیم در مسایل حقوقی وارد شویم (خانه‌ای را که ۳ بنا و ۶ کارگر ساده در مدت ۶ روز با روزی ۸ ساعت کار می‌سازند قطعاً ۳۶۰ بنا و ۷۲۰ کارگر در ۴ ساعت خواهند ساخت) زیرا فرمولهای ریاضی تابع قواعد کلی منطقی هستند اما در انسان اراده و اختیار مهمترین عاملی است که مسیر علیت امور را تغییر می‌دهد و بقول آن دانشمند بیائید دعا کنیم کله علم حقوق تابع منطق ریاضی و علیت مطلقه نباشد. در امور حقوقی نمی‌توان صرفاً و همه جا به قیاس منطقی توسل جست بلکه غالباً باید به روش استقراء متوسل شد و مراجعه به آمار و قواعد سایر علوم اجتماعی در این راه کمک شایانی می‌کند. مثال جالبی که می‌توان زد آنکه (یک موسسه اقتصادی که سرمایه آن دو برابر موسسه دیگری است قدرت و توانائی اقتصادیش بر مراتب بیش از دو برابر آخری است).

#### مطالعات تطبیقی در قدیم

۶- توجه به همین نکات بوده است که غالباً حقوقدانان از قدیم الایام به بررسی تفاوت سیستم‌های مختلف حقوقی علاقمندی داشته‌اند و فی‌المثل حتی افلاطون یا ارسطو هم بعنوان یک فیلسوف در بحث از جامعه بشری مقررات سایر جوامع را مورد مطالعه قرار می‌دهند. سلن<sup>۴</sup> مقنن آتنی یا لیگورگ<sup>۵</sup> مقنن اسپارتی و یا مقنن رم مثلاً آگوست<sup>۶</sup> و ژوستی نین<sup>۷</sup> نیز اطلاعاتی از سایر نظام‌های حقوقی در دست داشتند. در سیستم حقوقی اسلام و مکاتب مختلف آنان نیز روش همسنجی و تطبیق حقوقها معمول بوده و فی‌المثل کتاب «خلاف» شیخ طوسی چند هزار مسئله فقهی را ذکر کرده و اقوال فقهای مذاهب دیگر را نیز آورده است. «در تمام چند هزار مسئله مطروحه حتی یک مورد نمی‌توان دید که راه حل یکی از مذاهب دیگر بهتر از مذهب نویسنده باشد».<sup>۸</sup> اما باید توجه داشت که هر حقوقدانی بعد از تطبیق قواعد مختلف بالاخره خود راه حل مناسب را برمی‌گزیند و اگر حقوقدانانی مجموعه این آرائی را برگزیده است گردآورد و از آن دفاع کند نمی‌توان او را بطور کنایه و طنز تخطئه کرد زیرا اگر حقوقدانان یا هر عالمی آنقدر در تردید باشد که هیچگاه راه حل قاطعی انتخاب نکند یا پس از قبول راه حل مناسب باز هم در دفاع از نظر خود چنان در تردید باشد که هرگز نخواهد یا نتواند از آن دفاع کند ارزشی برای جامعه بشری نخواهد داشت. حقوقدان باید از راه حل مورد نظر خود دفاع نماید ولی عقاید مخالف را نیز بشنود و ضبط کند.

استنباط مسائل حقوقی به مدد عقل سلیم انجام می‌گیرد و در مدتی که مثلاً ابوالعلاء معزی یا ابن راوندی با وجود مخالفت با مذهب همواره جزء علماء و دانشمندان معزز بوده‌اند برای شیخ طوسی امکان آزادانه گزینش مذهب بوده است، دفاع شیخ طوسی از راه حل‌های مذهب جعفری معلول پیروی از این مذهب نیست بلکه علت

<sup>4</sup> - Solon (638 BC-558 BC)

<sup>5</sup> - Lycurgue

<sup>6</sup> - Auguste

<sup>7</sup> - Justinien

<sup>۸</sup> - نقل از کتاب کلیات حقوق تطبیقی دکتر حسین افشار.

### موانع پیشرفت حقوق تطبیقی

۷- با وجود فوایدی که در مطالعات تطبیقی موجود است در راه پیشرفت آن موانعی وجود دارد.

الف- استقرار پیشداوری در ذهن محقق گاه این پیش داوری از تعصب مذهبی است گاه از تعصب مسلکی و مرامی. محقق واقعی باید مصداق<sup>۹</sup> «الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ» همه اقوال را بشنود و بهترین را برگزیند و این گزینش اگر خالصانه باشد ولو در اول اشتباه باشد ولی بالاخره فکر سلیم محقق مخلص راه صحیح تر را می یابد.

ب- اعتقاد محقق به ظواهر عبارت قانونی و منحصر کردن تحقیق خود در عبارات و تفسیر تحت اللفظی آن (باصلاح ملا نقطی بودن) مانع استنباط صحیح است. مبنای چنین روشی آن است که محقق سخت معتقد است باید در جستجوی نیت مقنن برآید و این نیت را صرفاً و مجرداً از عبارات قانون استنباط کند. لذا می بینیم که قاعده جستجو در نیت مقنن را بمعنی درست توجیه نکرده اند و آن را مستند تفسیر تحت اللفظی قرار داده اند و حال آنکه بقول رئیس دیوان کشور فرانسه ۱۹۰۸ بالو بوپره<sup>۱۰</sup> «... نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر به تصویب می رسید قانونگذار از آن چه منظور باید داشته باشد.»

ج- با محدود بودن جوامع و بسته بودن در آن بروی بیگانگان و عدم برخورد با مشکلات جدید راه حل های سنتی آباء و اجدادی کافی بود و نیازی به یافتن راه حل های جدید احساس نمی شد و این عدم نیاز مانع تحریک در این راه بود.

### جهات پیشرفت اخیر حقوق تطبیقی

۸- متدرجاً که موانع برطرف شد و یا تضعیف می گردید حس کنجکاوی و علم جوئی بشر او را به مطالعه در سایر جوامع وامی داشت و مطالعات تطبیقی رونق می گرفت.

الف- با پیشرفت علوم و ایجاد هر نظریه که متضمن اثبات ناروا بودن نظریه قبلی بود کم کم قدرت پیش داوری ها تضعیف گردید و با سست شدن اعتقاد به خلود و ابدیت فی المثل قانون ناپلئون مکتب تفسیر تحت اللفظی (ملائق بودن) ضعیف می شد.

ب- با امکان تماس های سریع مردم با هم عملاً مرزها برداشته شد روابط جوامع و افراد با یکدیگر توسعه یافت و هم چنین نیازهای اقتصادی چه از لحاظ کمی و چه از لحاظ کیفی توسعه یافته مشکلات تازه ای را متجلی ساخت و این عوامل احساس نیاز به راه حل های جدیدی را بوجود آورده است.

<sup>۹</sup> - سوره زمر، آیه ۱۸. کسانی که به سخن گوش می دهند و از بهترین آن پیروی می کنند.

<sup>۱۰</sup> - Ballo Beaupre

ج- نیاز به حفظ صلح و احتراز از جنگ و بخصوص جنگهای جهانی دولتها را وادار می کند که هرچه بیشتر در راه تسطیح و از بین بردن پستی و بلندیها بکوشند و موسسات رسمی و غیررسمی که در این راه تشکیل شده مشوق پیشرفت مطالعات تطبیقی بوده و نتایج سودمندی بیار آورده و می آورد.

#### موضوع مطالعات تطبیقی

۹- موضوع مطالعه تطبیقی متفاوت است و از لحاظ توسعه دامنه مطالعات ممکن است باشکال زیر جلوه گر شود.

الف- ممکن است مطالعات تطبیقی در مورد یک رشته خاص از علم حقوق بوده و یا چند رشته را دربرگیرد، اصولاً این مطالعات در مورد رشتههای حقوق خصوصی که از نزدیک روابط خصوصی مردم را تنظیم می کند بیشتر امکان داشته و مفید فایده بوده است تا رشتههای حقوق عمومی.

ب- مطالعات تطبیقی ممکن است شامل یک نهاد حقوقی خاص (مثلاً مالکیت یا خانواده یا ...) بوده و یا اینکه تمام نهادهای یک رشته حقوقی را دربرگیرد و فی المثل حقوق مدنی را کلاً مورد مطالعه قرار دهد.

ج- ممکن است مطالعات تطبیقی زمان یا مکان خاصی را مورد نظر قرار دهد و فی المثل مسئله مالکیت اراضی را در دوران رنسانس به بعد و تفاوتهای آنها را در اقالیم مختلفه بررسی کند یا اینکه همان مسائل را در طی ازمینه مختلف و رژیمهای مختلف در یک کشور معین مثلاً در روسیه تحت مطالعه قرار دهد.

#### نحوه مطالعات تطبیقی

۱۰- نحوه مطالعه تطبیقی ممکن است:

الف- به تعریف سیستمهای مختلف اکتفا کند و مانند عکاسی در واقع نمایانگر تصویر حقوقهای مختلف باشد.

ب- یا اینکه ممکن است تاریخچه هر نهاد را بیان کرده و یا ارتباط آن را در طی تاریخ با سایر نهادها بررسی کند و سپس این مجموعه را با مجموعه مشابهی در سیستمهای دیگر مقایسه نموده و تفاوتها را بیان دارد و در واقع مطالعات تاریخ حقوق را نیز قوماً با تطبیق انجام دهد.

ج- و نیز ممکن است بدنباله مقایسه و بیان تفاوتهای نظامهای مختلف از آنها ارزیابی نیز بعمل آورده و راه حلهای بهتر را انتخاب و اعلام نماید.

#### هدف مطالعات تطبیقی

۱۱- شخص یا هر مرجعی که مطالعات تطبیقی را انجام می دهد ممکن است دارای هدفهای زیرین باشد:

الف- ممکن است مطالعات تطبیقی صرفاً بمنظور کسب اطلاع و ازدیاد دانش بعمل آید و این امر ممکن است یا از طرف افراد و علمائی که انفراداً کار می کنند بعمل آید و یا سازمانهای مأمور وابسته

بدولتها و یا ملتها و یا موسسات بین‌المللی (فی‌المثل وابسته به سازمان ملل) به انجام آن مبادرت ورزند و سپس اسناد بررسی خود را در اختیار علاقمندان بگذارند.

ب- گاهی هدف شخص یا موسسه مطالعه کننده تشریح نهاد یا نهادها و مقایسه آنها با یکدیگر است بدون اینکه در یک مورد خاص نظر و هدفی داشته باشد صرفاً بعنوان انجام وظیفه شخصی یا سازمانی نظریات خود را بدنباله مقایسه اعلام می‌دارد بعبارت دیگر هدف مطالعه قبل از ختم آن معلوم و مشخص نیست.

ج- گاهی هدف خاصی مورد نظر است و بمنظور وصول به آن هدف مطالعات تطبیقی انجام می‌گیرد. مثلاً حبشه بعد از جنگ بین‌الملل دوم کمیسیونهای خاصی تعیین کرد و آنان با مطالعه و تطبیق سیستمها و قوانین مختلف مدنی و جزائی مجموعه قوانین مدنی و قانون جزا برای حبشه نوشتند که مستند آخرین نظریات علمی علمای فن می‌باشد.

### طرز کار در مطالعه تطبیقی

۱۲- طرز کار و مراحل مطالعه تطبیقی را می‌توان چنین بیان کرد:

الف- بدو باید اسناد و مدارک مربوط به هر سیستم را جمع‌آوری کرد و صحیحترین ترجمه آن را در اختیار داشت.

ب- نمی‌توان اسناد به ترجمه متون حقوقی و مدارک مورد نظر را کافی دانست بلکه باید به رویه قضائی و دکترین و همچنین عرف مردم آن سرزمین توجه داشت و این اسناد و مدارک را با توجه به آنها معنی کرد. مثلاً در ترکیه ازدواج باید در دفاتر مخصوص به ثبت برسد و الا قانونی نبوده و اطفال متولده زنازاده محسوب خواهند شد. اما در عمل مشاهده شده است که اعتقادات مذهبی مردم ازدواج مذهبی را ضروری می‌داند نه ازدواج قانونی را، بنابراین تصور مردم از نکاح و نسب صحیح کاملاً با تصور قانونی متفاوت است، و بسیاری کسانی که ازدواج شرعی را کافی دانسته و آن را به ثبت نمی‌رسانند بنحوی که زنازادگان قانونی آنقدر زیاد می‌شوند که چند سال یکبار قانونی تصویب شده و نسب اینگونه موالید را تشریح و تصحیح می‌کند. یا اصل دوم متمم قانون اساسی ایران در نظر کسی که وارد به حقوق ایران نباشد تصورات خلاف واقعی از سیستم ایران ایجاد می‌کند.<sup>۱۱</sup>

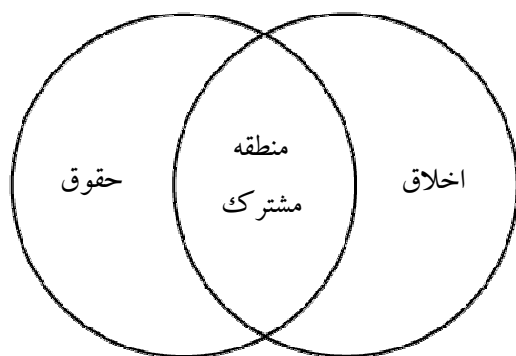
---

<sup>۱۱</sup> - متمم قانون اساسی، مورخ ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ه. ق.، اصل دوم: «مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تایید حضرت امام عصر عجل الله فرجه و بذل مرحمت اعلیحضرت شاهنشاه اسلام خلدالله سلطانه و مراقبت حجج اسلامیه کثرالله امثالهم و عامه ملت ایران تاسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام صلی الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام ادام‌الله برکات وجودهم بوده و هست لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیاتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلس عنوان می‌شود به دقت

ج- هر متن نوشته حقوقی را باید بهمان اندازه معتبر دانست که در نظام حقوقی خویش اعتبار دارد. مثلاً در ایران و سیستمهای حقوق نوشته برای بررسی هر مطلب حقوقی باید اول به جستجوی قانون مربوطه رفت و پس از یافتن قانون و مطالعه آن رویه قضائی و عرف را در نظر گرفت زیرا اصل در این سیستمها مقررات قانونی است اما در سیستمهای حقوق عرفی مانند انگلستان باید اول به جستجوی رویه قضائی رفت و سپس جستجو کرد که آیا قانونی در این مورد برای تغییر مقررات عرفی آمده است یا نه، زیرا ممکن است در بسیاری امور اصلاً قانونی تصویب نشده باشد و اصولاً تصویب قانون در این سیستمها برای نسخ عرف یا استثناء بر عرف است.

د- بعد از جمع آوری مدارک می باید آنها را با هم مطابقت کرد. به صرف ذکر سیستمهای مختلف نمی توان مدعی شد که تطبیق انجام گرفته است بلکه باید هر جزء از اختلاف را در ارتباط با سایر اجزاء آن رشته حقوقی یا مشابه خود در سیستم دیگر مطابقت کرد و با توجه به علل و جهات این اختلاف ارزیابی نمود.

#### اخلاق و حقوق



۱۳- علم اخلاق در سیستمهای حقوقی- هدف علم اخلاق ترقی و تعالی اخلاق افراد بشر است که فی المثل هیچ فردی از زیر بار قول و مسئولیت خود شانه خالی نکند دزدی و خیانت نکند راحت و آسایش دیگران را بخواهد ولو اینکه خلاف آن رفتار برای او ممکن بوده و حتی مفید باشد.

هدف علم حقوق این است که جامعه‌ای برقرار سازد که

دزدی و خیانت در آن نباشد اما برای این علم تفاوتی نمی کند که افراد از روی ترس و یا عدم دسترسی روش صحیح داشته باشند و یا اخلاق اینگونه باشند.

قلمرو حقوق و اخلاق را بدو دایره متقاطع تشبیه می کنند که هر کدام منطقه مستقل به خود داشته و منطقه مشترکی نیز دارد. مثلاً سرقت و قتل نفس را هم اخلاق و هم حقوق تقبیح می کنند. ایثار و انفاق را علم اخلاق توجیه می کند و بدقولی را نهی می نماید و حال آنکه علم حقوق کاری به آنها ندارد یا اینکه فی المثل انعقاد بیمه شخص ثالث را علم حقوق الزامی می داند اما اخلاق در این مورد بی تفاوت است.

قلمرو این دو متفاوت است و گاهی در طی تاریخ قواعد اخلاقی ضمانت اجرای حقوقی پیدا کرده یا بالعکس بعضی مقررات حقوقی وارد قلمرو اخلاق گردیده اند.

---

مذاکره و غوررسی نموده هریک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیات علماء در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل الله فرجه تغییرپذیر نخواهد بود».

در کلیه سیستم‌های حقوقی موجود دنیا (بجز سیستم‌های مذهبی) اخلاق نقش بارز قاطعی در تدوین حقوق ندارد و در سیستم‌های مذهبی نیز این نقش متفاوت است، سیستم اسلامی عبارت است از مجموعه کاملی از تمام شعب علوم یا فنون مربوط به اداره اجتماع (اخلاق، حقوق، اقتصاد ...) در عین اینکه سیستم خاص اقتصادی و حقوقی برقرار می‌سازد و می‌خواهد نظم جامعه را در مسیر عدالت حفظ کند می‌کوشد سطح اخلاق فردی را بالا برد. جامعه بمنزله ظرف است که برای تربیت افراد این سیستم حقوقی می‌خواهد ظرف بنحوی باشد که نه تنها امکانات فشار را به حداقل برساند بلکه امکانات تعالی روحی را به حداکثر فراهم نموده و محرک افراد در طی این مسیر باشد.

#### اقتصاد در سیستم‌های حقوقی

۱۴- گروه اقتصاد در تدوین حقوق نقش عمده‌ای را حائز است معذالک درجه این تأثیر برحسب نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. در سیستم‌های غربی و مکاتبی که به اصالت فرد بیشتر توجه دارند قسمت اعظم مقررات اقتصادی را به عرف واگذار می‌کنند و فقط حدودی تعیین می‌نمایند که از حدود تجاوز نشود و در داخل محدوده غالباً «آزادی اراده افراد و آزادی عقود» قواعد اقتصادی وضع می‌کند. اما در نظام‌های سوسیالیستی در واقع هدف علم حقوق استقرار و حفظ نظام اقتصادی سوسیالیستی است و علیهذا مسائل اقتصادی در تدوین حقوق نقشی اساسی و قاطع دارد، بهمین جهت مثلاً می‌بینیم که در این سیستم‌های جرایم بر علیه اقتصاد مجازات‌هایی بس سنگین دارد. و اینگونه جرایم غالباً بعنوان جرایم علیه امنیت داخلی مملکت تلقی گردیده است.

### **تقسیم بندی گروه‌های مختلف حقوقی**

۱۵- با توجه به مقدماتی که گفته شد و اینکه قواعد حقوقی برحسب مقتضیات اقلیم و نیازهای افراد جوامع و همچنین برحسب ازمنه و امکانه مختلف تفاوت می‌یابد می‌توان گفت به تعداد جوامع بشری سیستم حقوقی وجود دارد اما برای امکان بررسی این سیستمها سعی می‌شود با تکیه بر جهات تشابه، به جهات افتراق توجه کرده و آنها را موجب گروه بندی قرار داد از این حیث بنا به اعتبارات مختلف می‌توان تقسیم‌بندی‌های زیر را معمول داشت.

#### حقوق پیرو و پیشرو

۱۶- از جهت نقش اراده افراد در تدوین حقوق می‌توان حقوق را به پیشرو و یا پیرو تقسیم کرد.  
الف- حقوق پیشرو که اختیار تدوین و استقرار حقوق را بدست هیئت حاکمه می‌سپارد و مردم موظفند آنچه را آنان بنام قواعد حقوقی اعلام داشتند اطاعت نمایند و نمونه کامل این گروه حقوق آلمان نازی و ایتالیای فاشیست است، حقوق روسیه شوروی نیز در بدو انقلاب نمونه کاملی از این

گروه بود اما متدرجاً حکومت سوسیالیستی با استقرار قدرت خویش و رسوخ دادن عقاید سوسیالیستی در اذهان مردم تا حدودی از رویه قبلی عدول کرده نرمش یافت.

ب- حقوق پیرو هرچه را که مردم کلاً پسندند بعنوان حقوق می‌پذیرد. حقوق کشورهای غربی از این نمونه است. حقوق عرفی انگلستان عرف مردم را معتبر می‌داند و حقوق «نوشته» فرانسه اراده همگان را بصورت قانون تصویب می‌کند.

سیستمهای اولیه با آزادی منافات دارد و سیستمهای گروه دوم مهار عقل را از روی غرایز برمی‌دارد.

#### حقوق نوشته و حقوق عرفی

۱۷- تقسیم‌بندی دیگری که بعمل آمده است حقوق نوشته و حقوق عرف می‌باشد. حقوق نوشته شامل تمام کشورهای اروپائی (بجز انگلستان و روسیه) و غالب کشورهای آسیائی و آفریقائی که حقوق آن کشورها را مدل قرار داده‌اند می‌شود. از این سیستم در اروپا بنام سیستم رومی ژرمنی<sup>۱۲</sup> نام برده می‌شود که نقش کشورهای لاتینی و ژرمنی را در تشکیل آن نشان می‌دهد.

در این سیستم‌ها معتقدند علم حقوق منحصر به عبارات و مواد قوانین و مقرراتی است که بطور رسمی از طرف مراجع صالحه تصویب گردیده است و اگر هم برای علم حقوق منابع دیگری وجود دارد بخاطر آن است که قانون به آن منابع اختیار بخشیده است.

سیستم حقوق عرفی که شامل انگلستان و آمریکا و بعضی کشورها که تحت تأثیر آنها بوده‌اند می‌باشد به تدوین قانون اهمیت نمی‌دهد و حقوق را مجموعه عرف می‌داند که توسط آراء مراجع قضائی مدون می‌گردد. قانون فقط برای تکیه به این عرف و یا برای استثناء وارد کردن بر عرف تصویب می‌شود.

#### تقسیم بندی سیستم‌های حقوقی برحسب تاریخ ایجاد

۱۸- اگر مبدا تاریخی تشکیل اولیه سیستمها را ملاک تقسیم‌بندی قرار دهیم می‌توانیم به تقسیمات زیر قائل باشیم:

حقوق یهود که با ظهور و استقلال بنی اسرائیل بوجود آمد و بعد از مدتی حکومت فقط بصورت حقوق خصوصی در روابط افراد این نژاد باقی ماند تا اینکه در حکومت اسرائیل دومرتبه تا حدی ظاهر گردید.

حقوق مسیحیت که با استقرار سیاسی و سلطه حکومتی پاپ‌ها تشکیل و مدون گردیده و مبنای آن بر اصول مسیحیت اعلام شده است و آثار آن را در حقوق ملل مسیحی مشاهده می‌کنیم.

حقوق رم که در رم قدیم بوجود آمد و با امپراطوری ژوستینیان و آگوست مدون گردید و سپس با حقوق مسیحیت و ملل اروپائی تلفیق شده و اینک در لباس حقوق اروپائی جلوه‌گر است.

حقوق اسلام که با ظهور اسلام بوجود آمد و با کوشش حقوقدانان ارزشمند آن تکمیل شده و می‌شود و اینک به طور نسبی در چند کشور حکومت دارد و در سایر کشورهای اسلامی نیز در درجه اول اهمیت قرار گرفته است.

12 - Romano Germanique

و نیز حقوق هند و ژاپن و چین که خصوصیات مختص خود را دارا می‌باشند.

#### تقسیم بندی سیستمهای حقوقی برحسب نژاد و ملیت

۱۹- اگر نژاد یا ملیت را مبنای تقسیم‌بندی قرار دهیم (گرچه امروز نژاد خالص نمانده است و ملتها در معرض تغییر و تبدیل بوده‌اند) می‌توان سیستم‌های زیر را قائل شد:

- حقوق یهود که در روابط خصوصی افراد اقلیت این نژاد حکومت می‌کرد.
- حقوق انگلوساکسون که در انگلستان و آمریکا (که در درجه اول از مهاجرین انگلیسی تشکیل شد) حکومت می‌کند.
- حقوق کشورهای لاتین که مخلوطی از عرف محلی و حقوق رم می‌باشد.
- حقوق کشورهای ژرمن که نتیجه ترکیب عرف محلی و حقوق رم می‌باشد.
- حقوق اسلا و که نحوه‌ای از حقوق عرفی است.
- حقوق اسلام، گرچه اسلام نژاد و ملیت را موجب تمایز نمی‌داند و وحدت عقیدتی در قلمرو خود برقرار می‌سازد، معهذاً چون ملیتها و نژادهای مختلف را دربر گرفته است در این تقسیم بندی از آن نیز باید نام برد.

#### ارزش عملی حقوق تطبیقی

۲۰- غیر از جنبه نظری و مطالعات علمی برای حقوق تطبیقی ارزش عملی نیز وجود دارد. در بسیاری از موارد قضات و حقوقدانان برای انجام وظیفه خویش ناچارند از حقوق خارجی مطلع باشند. ماده ۷ قانون مدنی ایران 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 و مقررات دولت مبتوع خود خواهند بود.

نظیر این ماده در اکثریت قریب به اتفاق سیستمهای حقوقی خارجی وجود دارد که اجرای آن به قرارداد معامله متقابل موکول است و ایران با غالب کشورهای مهم جهان قرارداد متقابل دارد.

و همچنین ماده واحده «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه» که در سال ۱۳۱۲ تصویب شده است مقرر می‌دارد «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشيعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد بطریق ذیل رعایت نمایند ...»

که در اینگونه موارد حقوقدان و قاضی ناچار به اطلاع از حقوق دیگران است.

۲۱- برای رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه قضات در موقع رأی دادن ناچار باید برحسب مذهب صاحب دعوا از سیستم حقوق زردشتی، یهودی، مسیحی و یا مذاهب اربعه اهل سنت اطلاع داشته باشند. در این مورد چون انجمن‌ها و مراجع رسمی در ایران برای اقلیتها وجود دارد محاکم معمولاً توسط آنان از مقررات حقوقشان مطلع می‌گردند؛ اما در مورد اطلاع بر حقوق کشور بیگانه موضوع به سهولت قابل حل نیست.



۲۲- در مورد اعمال حقوق خارجی در دعوی داخلی این مبحث پیش می‌آید که آیا دادرس خود می‌باید از حقوق خارج مطلع شده و آن را اجراء نماید یا به مراجع رسمی توسل جوید و از آنها پرسد؟ در صورت اول چگونه باید مطلع شود؟

و یا اصولاً تا از طرف اصحاب دعوی ایراد نشود نمی‌تواند قانون خارجی را اعمال نماید. و در این صورت نیز آیا بعهده ذینفع است که در موعد معینه از طرف قانون دادرس را از مقررات حقوق خارجی آگاه سازد؟ در این موضوع سیستمهای گوناگونی وجود دارد.

الف- روش آلمانها: سیستم حقوقی آلمان مقررات حقوق خارجی را در موقعی که لازم‌الرعايه باشد از امور حکمی می‌داند. یعنی قاضی حکم قضیه را باید بر طبق آن حل کند و لذا دادرس باید بدون ایراد اصحاب دعوی رأساً قانون خارجی را اعمال نماید مگر اینکه طرفین صریحاً و آن هم در مواردی که قانون آمره نباشد از اجرای قانون خارجی انصراف خود را اعلام نمایند.

ب- روش انگلستان: در انگلستان قانون خارجی جنبه موضوعی دارد یعنی در هر محاکمه ذینفع باید در موعد معینی به قانون خارجی استناد کند و بدیهی است باید شخصاً موجبات آگاهی قاضی را بر قانون خارجی فراهم سازد. و استثنائی که بر این اصل وارد شده است آنکه در موارد روشن و بدیهی که دادرس حقوق خارجی را می‌شناسد رأساً آن را اجراء می‌کند. مثلاً قوانین کشورهای مشترک‌المنافع در اختیار اوست و همچنین بر همه جهان واضح می‌باشد که در مونت کارلو<sup>۱۳</sup> قمار آزاد است.

آمریکا نیز دارای همین روش است و موجب قانونی که در تمام ایالات تصویب شده است ایالات قوانین یکدیگر را رأساً اجرا می‌نمایند.

ج- روش فرانسوی: آراء مختلف که از محاکم فرانسه صادر شده است قضات را موظف نمی‌داند که رأساً از قانون خارجی اطلاع یافته و آن را اجراء نمایند اما در صورتی هم که رأساً دادگاه به این امر مبادرت نمود آن را صحیح می‌داند، بنابر این روش بینایی دارد.

د- در ایران: دادرس دادگاه رأساً موظف است بدون ایراد اصحاب دعوی قانون خارجی را اجراء کند (مگر اینکه آنان صریحاً انصراف خود را اعلام دارند) و بوسیله وزارت دادگستری و وزارت امور خارجه از مراجع رسمی کشور بیگانه مقررات لازم الاجراء را سؤال نماید.

#### سیستم حقوق اسلام

۲۳- ساکنین کشورهای اسلامی بر دو گونه تقسیم می‌شوند مسلمان و غیرمسلمان. غیرمسلمانان اهل کتاب یعنی آنانکه در اصل توحید و نبوت با اسلام مشترکند ولی تابع یکی از پیغمبران سلف می‌باشند می‌توانند بر مذهب خود باقی باشند و تحت حکومت اسلامی نیز قرار گیرند مشروط بر اینکه مالیات خاصی برای این حمایت و آزادی پرداخت کنند که آن را جزیه می‌گویند. بدیهی است با ادای جزیه از شمول پرداخت مالیاتهای اسلامی

<sup>۱۳</sup> - Monte Carlo - منطقه‌ای مشهور در کشور موناکو واقع در اروپای غربی.

مخصوص مسلمان (خمس و زکات و فطره ...) خارج می‌باشند. اینان را اهل ذمه نامند. هرگاه یکی از اهل کتاب اسلام آورد از پرداخت جزیه معاف شده و مانند سایر افراد مسلمان به حساب می‌آید. بدیهی است اسلام آوردن افراد اقرار است به زبان، و تسلیم است به حکومت اسلامی. در حکومت اسلامی دادگاه تفتیش عقاید (انگیزیون<sup>۱۴</sup>) وجود ندارد که در صحت اقرار تحقیق کند. اهل ذمه در آنچه مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه بوده، قوانین آمره اسلامی است باید پیرو نظام جامعه باشند. مثلاً در ماه رمضان تظاهر به روزه خواری نکنند، در ملاء عام شرب خمر نکنند، با دشمنان مملکت اسلام روابط برقرار نسازند و ... .

خارج از این حدود آنان آزادند که مقررات مذهب خویش را آزادانه اعمال کنند و در این اعمال تحت حمایت رسمی حکومت قرار دارند.

#### دادرسی اهل ذمه در حقوق اسلام

۲۴- اهل ذمه حق دارند به مراجع مذهبی خود برای دادرسی مراجعه کنند و دعاوی خویش را بر طبق مقررات مذهب خویش فیصله دهند. اما اگر هر دو باریت به قاضی مسلمان رجوع نمودند آن قاضی حق ندارد از رسیدگی و صدور حکم امتناع نماید زیرا آنان خود به حکومت این قانون تن داده و خواستار اجرای آن شده اند در این صورت دادرسی مسلمان بر طبق قوانین اسلامی در مورد آنان حکم خواهد داد.

#### احوال شخصیه

۲۵- در صورتی که قاضی در مورد احوال شخصیه عالم به مذهب اصحاب دعوی بود بر طبق آن رأی خواهد داد. اعمالی که بنابر مذهب متبوعه افراد صحیحاً انجام شده است کماکان صحیح خواهد بود. مثلاً اگر زن و شوهری مسلمان گردند محتاج به نکاح جدید نیستند و همان نکاح سابق صحیح شمرده می‌شود مگر اینکه امکان نکاح بین آنان برحسب مقررات اسلام موجود نباشد (مثلاً عمو با برادرزاده، خالو یا خاله با خواهرزاده) اما حتی در چنین موردی که اصل ازدواج در اسلام صحیح نیست فرزندان چنین ازدواجی حلال‌زاده تلقی می‌شوند چون انعقاد نطفه آنان برحسب مذهب متبوعه زوجین صحیح بوده است. اگر زن مسلمان شود و مرد از مسلمان شدن ابا نماید بمصداق «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»<sup>۱۵</sup> نکاح آنان باطل است.

#### مرز حکومت اسلامی

۲۶- حکومت اسلامی در اصل حکومتی واحد است که بر مبنای ایدئولوژی اسلامی بنا نهاده شده است و منطقاً یک «حکومت اسلامی» وجود دارد نه حکومت‌های اسلامی زیرا مرز زمینی و نژادی در اسلام اعتباری ندارد بلکه

<sup>۱۴</sup> - Inquisition - به معنی تفحص و تحقیق و بازجویی دقیق و رسیدگی قضایی است. ولی به دادگاه‌های تفتیش عقاید گفته می‌شود که در اروپای قرون وسطی توسط پدران روحانی مسیحی تأسیس شد و به دست راهبان و رجال دینی اداره می‌شد.

<sup>۱۵</sup> - سوره نساء، آیه ۱۴۱. خداوند برای کافران بر مؤمنین راهی قرار نداده است.

مرز عقیدتی و فکری است و در داخله مرز نیز «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ»<sup>۱۶</sup> حکومت دارد. در داخله این مرز نظم اجتماعی و اخلاق حسنه بر طبق مکتب اسلام تعیین می‌شود و خارج از آن محدوده اهل ذمه در پیروی مذهب خود آزاد می‌باشند. تمسک به این اصل بصورت مسخ شده آن، یکی از طرق استدلال استعمارگران بود تا کاپیتولاسیون را در داخل غالب ممالک اسلامی برقرار سازند و به بهانه اطاعت از قوانین خویش حکومتی داخل حکومت تشکیل دهند. متأسفانه باید گفت زیرکی و رندی آنان و چه بسا جهل و ضعف یا خیانت‌هایی در داخل ممالک اسلامی موجب استقرار کاپیتولاسیون بوده است.

#### کاپیتولاسیون و تفاوت آن با دادرسی اهل ذمه

مقررات اسلامی در مورد دادرسی اهل ذمه با کاپیتولاسیون زمین تا آسمان فرق دارد. اول- در مورد مسائل نظم عمومی و اخلاق حسنه تمام ساکنین مملکت اسلامی تابع قانون اسلامی باید باشند. مقررات جزائی کلاً از این گروه است. دوم- اجازه پیروی از مذهب متبوعه خود مخصوص اهل ذمه است یعنی آنان که مالیات خاصی بنام جزیه می‌پردازند. سوم- این اجازه مخصوص به پیروان مذاهب است نه اتباع کشور بیگانه بعبارت دیگر قاضی و دادرس که در مورد اهل ذمه حکم می‌دهد گرچه خود از اهل ذمه است ولی تابع حکومت اسلامی است نه اینکه تبعه بیگانه و مجری اصل حاکمیت دولتی دیگر باشد.

#### رعایت قانون خارجی و محدودیت آن

۲۷- حقوق بیگانه یا مقررات «مذهب اقلیت در کشور» در صورتی اجرا می‌شود که مقررات عمومی مملکت از قوانین آمره و راجع به اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد و الاً مقررات حقوق داخلی و قوانین عمومی اجراء خواهد شد، و این محدودیت در تمام سیستم‌های حقوق وجود دارد.

## **اخلاق حسنه و نظم عمومی**

مفهوم اخلاق حسنه و نظم عمومی در سیستم‌های مختلف حقوقی متفاوت است.

#### نظم عمومی

۲۸- دیدیم که قوانین خارجی در بسیاری از موارد در داخله یک مملکت رعایت می‌شوند و این موارد غالباً به احوال شخصیه اهلیت و خانواده و ارث و وصیت ارتباط دارد و دولتهای جهان با انعقاد قراردادهائی مسئله

<sup>۱۶</sup> - سوره حجرات، آیه ۱۳. همانا با کرامت‌تر شما نزد خداوند پرهیزگارتر شماست.

اجرای قانون خارجی را در مملکت خویش پذیرفته‌اند. تمام سیستمهای حقوقی در این نکته توافق دارند که هرگاه قانون خارجی با نظم عمومی مملکت و اخلاق حسنه مورد قبول ملت منافات داشته باشد قابل اجراء نیست.

در مبحث اجرای حقوق خارجی باید مسئله نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد بررسی قرار گیرد.

۲۹- درك مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه در زمینه دیگری از حقوق نیز مورد لزوم است. بدین توضیح که در غالب کشورهای آزاد جهان اصل آزادی عقود مورد قبول حقوقدانان می‌باشد و قانون مدنی ایران نیز در ماده ۹ مقرر می‌دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». منظور از قانون در این ماده قوانین آمره می‌باشد که به تخطی از آن جایز نیست. ماده دیگری از قانون مدنی ایران یعنی ماده ۹۷۵ مقرر می‌دارد «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه‌دار نمودن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد» در این دو ماده اصل کلی آزادی عقود تجدید شده است.

#### اصل آزادی عقود و محدودیت آن

۳۰- اصل بر آن است که افراد را ملزم به قبول تعهدی (اکراه) نمی‌توان کرد و از طرف دیگر افراد مردم می‌توانند آزادانه هر عقدی را که بخواهند منعقد نمایند. و این دو قاعده به منزله دو روی یک سکه بوده و جمعاً اصلی را که بنام «آزادی عقود» موسوم است تشکیل می‌دهند.

در قلمرو اصل آزادی عقود اختلاف نظرهایی موجود است طرفداران مکتب اصالت فرد به آزادی هرچه بیشتر اراده فردی معتقدند و محدودیت این آزادی را جز در موارد نادر و معدود جایز ندانسته مقنن و جامعه را موظف می‌دانند هرچه کمتر در این محدودیت گام بردارند و بالعکس طرفداران مکتب اصالت جامعه این آزادی را فرعی دانسته و افراد را ملزم بدانند که در انعقاد عقود مصالح جامعه را در نظر گیرند.

بهرجهت همگی بر آنند که اصل رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه محدودیتی است برای رعایت آزادی فردی و مردم در قراردادهای خویش حق ندارند این امر را از نظر دور نگه دارند از این جهت است که هر قراردادی را که با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد باطل می‌دانند.

بنابر آنچه گفته شد درك مفهوم نظم عمومی در دو مورد ضرورت پیدا می‌کند.

اول در مورد اجرای قانون خارجی یعنی قلمرو روابط بین‌المللی.

دوم در مورد صحت یا بطلان قراردادهای منعقد شده بین افراد یک جامعه یعنی در حقوق داخلی. و بر مبنای همین تقسیم‌بندی تعاریف و بررسیهای مربوط به نظم عمومی را در دو سلسله مطرح می‌سازند: بررسی نظم عمومی در حقوق داخلی و بررسی نظم عمومی در روابط بین‌المللی که در هر دو زمینه نظریات مختلفی ابراز شده است.

۳۱- فلسفه رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه و نیز تقدم آن را بر رعایت قانون خارج یا قراردادهای خصوصی می‌توان چنین توجیه کرد:

اولاً کلیه افراد یک جامعه بصرف زیست در آن جامعه تعهدات و وظایفی بگردن دارند و دارای حقوقی نیز می‌باشند. این حقوق و وظایف را می‌توان همانگونه که طرفداران مکتب «قرارداد اجتماعی» قائلند نتیجه قرارداد فرضی دانست که بین کلیه افراد یک جامعه وجود دارد. علیهذا می‌توان گفت قراردادی که شخص از بدو تولد بطور ضمنی با کلیه افراد یک جامعه منعقد می‌نماید (اساس تشکیل جامعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه) که بعضی قواعد را رعایت کند مقدم است بر قراردادی انفرادی که بعداً و با یک یا چند شخص خاص منعقد نماید آزادی وی در انعقاد این عقود شخصی در برابر قراردادهای عمومی (نظم، اخلاق) محدود می‌گردد.

ثانیاً در زمینه روابط بین‌المللی می‌توان گفت نظم عمومی و اخلاق حسنه مقرراتی است که برای حفظ و بقای یک جامعه ضرورت دارد و علیهذا رعایت مصالح حیاتی یک جامعه مقدم است بر رعایت منافع فردی بیگانه که بطور موقت در این جامعه زیست می‌کند.

ثالثاً بسیاری از مقررات و عرف مردم آن قدر سلطه دارد که شاید در بعضی موارد قدرت آن از قانون نیز بیشتر باشد. مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه از این قبیل است و این عرف یا آنقدر قبول عامه یافته است که نیازی نیست تا بصورت عبارات قانونی درآید و یا هنوز کاملاً مدون نشده است که بصورت قانون درآید، اما به هر جهت لازم‌الرعایه است.

عرف معمولاً از روحيات و ایده‌آلهای مردم به عبارت دیگر از اخلاق حسنه جامعه سرچشمه می‌گیرد و گاهی بصورت قانون درمی‌آید. عرف مسیر عبور اخلاق است بسوی قانون. بنابراین رعایت آن با عواطف منطبق است و ضرورت دارد.

#### مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی

۳۲- مفهوم نظم عمومی برحسب مکاتب مختلف و در زمینه‌های متفاوت حقوق باید مورد بررسی قرار گیرد. در حقوق داخلی نظم عمومی بنابر نظریه عده‌ای از دانشمندان شامل کلیه قواعدی است که اراده افراد نمی‌تواند آن را نقض کند (قواعد آمره) در مقابل قواعد دیگری که توافق افراد ولو با آن مخالف باشد قابل قبول است (قواعد تفسیری یا تعویضی).

قوانین مربوط به اهلیت یا شرایط ازدواج و طلاق در حقوق داخلی از مقررات نظم عمومی در حقوق داخلی وابستگی به اساس قدرت حاکمه ملت (توسط دولت که نماینده وی است) دارد و مجموعه مقرراتی است که برای حفظ سلطه ملت و نظام جامعه و امنیت عمومی و اخلاق حسنه وضع می‌شود. بسیاری موارد ممکن است آنقدر بدیهی تلقی شود که محتاج به قانون نباشد. مثلاً در عقد ازدواج گرچه ماده قانونی وجود ندارد که ازدواج و تعهدات ناشیه از آن فقط بین دو جنس مخالف قابل تحقق است ولی بدیهی است که وجود چنین شرطی از ضروریات عقد است.

### مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی

در روابط بین‌المللی نظم عمومی معنای محدودتری دارد و حتی بسیاری موارد که در حقوق داخلی مقررات مربوطه بدان جزء نظم عمومی محسوب می‌شود در روابط بین‌المللی نه تنها جزء مقررات نظم عمومی نیست بلکه از لحاظ رعایت قانون خارجی در درجه اول اهمیت قرار دارد، مانند مقررات ازدواج و طلاق و اهلیت که در حقوق داخلی جزء نظم عمومی تلقی می‌شود ولی در روابط بین‌المللی زمینه اصلی مهمترین مورد اجرای قانون خارجی است.

نظم عمومی در روابط بین‌المللی وابستگی به اساس استقلال ملت در برابر ملل دیگر دارد و مجموعه قواعدی است که عدم رعایت آنها در روابط بین‌المللی به استقلال و حیثیت ملت در برابر سایر ملل لطمه وارد می‌سازد. عبارتی دیگر مجموعه قواعد و نهادهای حقوقی است که وابسته به اساس تمدن و در واقع هویت یک ملت می‌باشد بنحوی که عدم رعایت آنها ولو به احترام رعایت قانون خارجی جایز نیست زیرا هویت و شخصیت ملت را بخطر می‌اندازد.

### نظریه منسوب به پيله در مورد نظم عمومی

۳۳- در مورد نظم عمومی چنین قائل است که قوانین دارای دو صفت هستند ۱- دوام ۲- عمومیت. عمومی بودن قوانین بدین معنی است که در مورد کلیه افراد مقیم در قلمرو مملکت قابلیت اجراء دارد. بدیهی است وقتی قانون بعنوان بیان و مظهر نفع عمومی تصور می‌شود باید در مورد همه ساکنین مملکت بدون استثناء اجراء گردد.

دائمی بودن قوانین بدین معناست که چون قانون برای رعایت افراد وضع می‌شود باید تا نسخ نشده است در مورد وی اجراء گردد. بعبارت دیگر فرد به هر کجا رود قانون مانند چتر بر سر او سایه می‌افکند. هرگاه هدف از یک قانون حمایت از فرد باشد باید دوامش را حفظ کند و عمومیت را از دست بدهد. اینگونه قوانین خارجی است که در داخل مملکت قابلیت اجراء دارند و هرگاه هدف از قانون غایت اجتماعی باشد چنین قانونی باید در داخله مملکت نسبت به همه افراد بدون استثناء اجراء شود.

### ایرادات بر نظریه پيله

ایرادی که مخالفین بر این نظریه می‌گیرند این است که بموجب آن.

اولاً تشخیص منافع افراد از منافع جامعه و تقسیم‌بندی قوانین از این نقطه نظر امری فرضی و دشوار است و حتی گاهی ممکن است اموری که ظاهراً مربوط به نفع فردی است (ازدواج و طلاق) مقنن آن را جزء نظم عمومی تلقی کند.

ثانیاً در این مکتب نظم عمومی اصل تلقی شده است و حال آنکه حقوق امروز متمایل بدان است که نظم عمومی استثناء تلقی گردد. در حقوق ایران ماده ۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ثالثاً کلیه قوانینی که درون مرزی باشند در روابط بین‌المللی الزاماً جزء نظم عمومی تلقی نمی‌شوند. مثلاً قواعد راجعه به اموال مسلماً درون مرزی هستند حال آنکه در مورد اموال بیگانگان مقررات خود آنها اجراء می‌گردد.

#### نظریه من چینی در مورد نظم عمومی

۳۴- نظریه منسوب به من چینی - مرد سیاسی وزیر امور خارجه ایتالیا و حقوقدان معتقد است که اصل شخصی بودن قوانین است، لذا قوانین چون سایه اشخاص را دنبال می‌کنند و قاضی باید در مورد بیگانگان قوانین آنان را رعایت نماید. مگر در موارد استثنائی از قبیل قوانین مربوط به نظم عمومی همچون قوانین مسئولیت جزائی و مدنی و قوانین مربوط به حقوق عمومی و غیره و مقررات مربوط به تنظیم اسناد قراردادهای خصوصی بین آنان که آن را منعقد کرده‌اند (زیرا با اراده آزاد قراردادی بسته‌اند و در روابط خویش آن را به منزله قانون خاصی مقرر داشته‌اند، بنابراین قاعده حقوقی قرارداد قانون بین طرفین است).

۳۵- بعضی حقوقدانان اصطلاح نظم عمومی ملی و نظم عمومی بین‌المللی را بکار برده‌اند و حال آنکه نظم عمومی بین‌المللی که بر همه ملل یکسان حکومت کند وجود ندارد و نظم عمومی همواره ملی است منتها استاد بان گاهی در روابط بین‌المللی ضرورت پیدا می‌کند نه اینکه نظم عمومی بین‌المللی باشد. عده‌ای دیگر اصطلاح مطلق و نسبی را در مورد تفکیک نظم عمومی بکار می‌برند و حال آنکه نظم عمومی همواره نسبی است و نسبت به مکان و زمان متفاوت است و در دورانیهای صلح قلمرو آن محدودتر است و همچنین در مورد کشورهائی که امنیت داخلیشان ثابت بیشتری دارد قلمرو محدودتری دارد.

#### قلمرو نظم عمومی

۳۶- قلمرو نظم عمومی بنابر عقیده مکتب اصالت فرد که هدف جوامع بشری را حمایت از افراد و حفظ منافع آنان می‌داند چنین تعیین می‌گردد.

اولاً نظم عمومی استثناء است نه اصل.

ثانیاً استقرار این استثناء را نمی‌توان بنظر قاضی واگذار کرد و بلکه باید قانون خاصی آن را پیش بینی کند.

ثالثاً چون نظم عمومی آزادی اراده فردی را محدود می‌کند ثابت است و فقط مقنن در موارد کاملاً ضروری می‌تواند آن را تغییر دهد.

بنابر عقیده مکتب اصالت جامعه که هدف جامعه را حفظ جامعه دانسته و افراد را بمنزله سلولهای یک بدن و جامعه را مثل بدن می‌داند این قلمرو چنین تعریف می‌شود:

اولاً- چون مقررات برای حفظ منافع جامعه است اصل بر این است که تمام مقررات راجعه به نظم عمومی می‌باشد و نظم عمومی اصل است نه استثناء.

ثانیاً- برای تشخیص نظم عمومی احتیاج به وجود قانون خاص نیست.

ثالثاً- نظم عمومی ثابت نبوده و با زمان و مکان قابل تغییر است همانگونه که آزادی اراده افراد ثابت و

نامحدود نیست.

#### شمردن قوانین نظم عمومی و بحث در این مورد

۳۷- بعضی نویسندگان کوشیده‌اند که لیستی از قوانین که بزعم آنها جزء نظم عمومی محسوب است تنظیم نمایند و حتی موسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۱۰ نظریه خود را مبنی بر اینکه آرزو دارد دول با انعقاد عقود بین‌المللی با تصویب قوانین روشن قلمرو نظم عمومی را صریحاً تعیین کنند اعلام نمود، اما بعلت اینکه قلمرو نظم عمومی بر حسب مقتضیات زمان در معرض تغییر و تبدیل است نمی‌توان لیست مشخصی تهیه نمود، کما اینکه در ایران مقررات و تشریفات طلاق و بعضی مقررات ازدواج مثلاً تعدد زوجات قبل از سال ۱۳۴۶ (تصویب قانون حمایت خانواده) جزء قوانین نظم عمومی به حساب نمی‌آمد و ایرانیان غیرشیعه در مورد مقررات حقوق خانواده تابع مقررات قانون مدنی نبوده بلکه رعایت مذهب خود آنان دستور داده شده بود اما بعد از تصویب قانون حمایت خانواده بر طبق نظریه محاکم و مراجع مشورتی دادگستری مقررات آن قانون جزء نظم عمومی محسوب شده است و شامل اقلیتهای مذهبی نیز می‌گردد.

معهدا در شرایط فعلی می‌توان بعضی قوانین را جزء نظم عمومی دانست مثلاً

۱. قوانین راجعه به امنیت داخلی و خارجی مملکت مسلماً جزء قوانین نظم عمومی بوده و کلیه ساکنین موظفند که آن را اجراء نمایند.
۲. قوانین راجعه به اموال غیرمنقول جزء مقررات نظم عمومی است زیرا این اموال جزء لاینفک سرزمین است و سلطه بر آن جزئی است از حق مالکیت و استقلال ملت.
۳. قوانین راجعه به شکل اسناد سرزمینی بوده و صحت اسناد مشروط به شرایط محل تنظیم سند است.
۴. قوانین راجع به اهلیت و احوال شخصیه فقط در حقوق داخلی جزء مقررات نظم عمومی است نه در روابط بین‌المللی.
۵. قوانین جزائی جزء نظم عمومی تلقی می‌شوند.

#### مبنای رعایت قانون خارجی و نظریه تشابه تمدن دو کشور بعنوان ضابطه نظم

۳۸- گروهی از دانشمندان از این جهت که نظم عمومی مجموعه مقرراتی است که به اراده یک جامعه در مورد طرز اداره اجتماع مربوط است در صورتی اجرای قانون خارجی را در مملکت مجاز می‌داند که اصول تمدن و اساس تمدن در دو جامعه مشترک باشد و در سایر موارد چنین اجازه‌ای نمی‌دهند.

این امر گرچه از نظر تئوری قابل قبول بوده اما امروز در دنیا دو جامعه کاملاً مشابه وجود ندارد و حتی آمریکا که از مهاجرین انگلیسی اولیه تشکیل شده است تمدن و اصول کاملاً متفاوتی با انگلستان دارد یا اینکه فرانسه و ایتالیا و اسپانیا که هر سه تمدنی نزدیک به هم دارند در مسئله طلاق متفاوت بوده یا هستند، فرانسه مدتهاست طلاق را جایز می‌داند و حال آنکه ایتالیا بیش از چند سال نیست که آن را پذیرفته است و اسپانیا هنوز آن را اجازه نمی‌دهد. بدین نحو می‌بینیم که این نظریه فقط جنبه تئوری داشته و عملاً قابل اجرا نیست.

اگر این همبستگی تئوری را در هر نهاد حقوقی جداگانه مطرح سازیم و مثلاً توجه کنیم که در مسئله طلاق یا



ازدواج جوامعی که با هم ایده مشترک دارند اجرای قانون یکدیگر را در خاک خود مجاز دانند اصلاحی در نظریه فوق بعمل می‌آید.

۳۹- گروهی دیگر از دانشمندان مسایل اساسی تشکیل جامعه و تضمن و ضابطه تشخیص نظم عمومی تلقی کرده‌اند و مثلاً قوانین مربوط به حمایت از حیات و حیثیت انسانی آزادیهای اساسی اصول تشکیلات خانواده را جزء نظم عمومی دانسته‌اند، اما این نظریه نیز جنبه تئوری دارد و از اینکه چه اموری جزء اساس تشکیل جامعه و تمدن محسوب می‌شود اتفاق آراء وجود ندارد.

#### نسبیت قلمرو نظم عمومی

۴۰- نظم عمومی امری است نسبی و برحسب زمان و مکان متغیر است و دم زدن از نظم عمومی بطور مطلق صحیح نیست.

نظم عمومی با تغییر زمان و روحیات مردم تغییر می‌یابد کما اینکه طلاق تا سال ۱۸۸۴ در فرانسه وجود نداشت و بنابراین ابدیت عقد ازدواج جزء مقررات نظم عمومی بشمار می‌آمد و مراجع صالحه فرانسه حتی طلاق واقعه بین زوجین تبعه کشورهای مسلمان را هم نمی‌پذیرفتند اما بعد از این تاریخ که فرانسه طلاق را پذیرفت در این مورد رعایت قانون بیگانه را بلامانع دید. همچنین اثبات نسب غیرشرعی (یا طبیعی<sup>۱۷</sup>) قبل از سال ۱۹۱۲ در فرانسه خلاف نظم عمومی تلقی می‌شد اما از این تاریخ که فرانسه خود این امر را پذیرفت برخلاف نظم عمومی تلقی نمی‌شد.

همچنین در ایران طلاق را محاضر بر طبق مذهب شوهر و (یا قانون دولت متبوعه شوهر) اجراء و ثبت می‌کردند. اما از سال ۱۳۴۶ که قانون حمایت خانواده تصویب شد ارائه گواهی لازم از دادگاه در حقوق داخلی جزء مقررات نظم عمومی در آمد.

همچنین قلمرو نظم عمومی در مکان نیز متغیر است و مسئله‌ای که در یک جامعه مخالف نظم عمومی تلقی می‌شود ممکن است در جای دیگر این خصوصیت را نداشته باشد مثلاً در فرانسه تعدد زوجات بر خلاف نظم عمومی است بعکس در ایران و یا اثبات نسب غیر مشروع در ایران بر خلاف نظم عمومی است بعکس فرانسه.

#### مرجع تشخیص نظم عمومی

۴۱- مرجعی که قانون دولت خارجی را قصد دارد اجراء کند موظف است بررسی نماید که آیا قانون خارجی با نظم عمومی منافات دارد یا نه و در صورت بروز اختلاف چون اختلاف در مراجع قضائی مطرح می‌گردد مراجع تشخیص این امر قاضی مربوطه است.

همانطور که ذکر شد چون مبنای صریح و قاطعی وجود ندارد مرجع مسئول این تشخیص نظر به روح قوانین و زمینه اصلی و سازمان حقوق داخلی در این تشخیص مختار است ولو اینکه قانون صریحی وجود نداشته باشد و یا قوانین موجود تصریح نداشته باشد.

مثلاً اگر قانون خارجی مهلت‌های لازم را برای اطلاع عامه از قانون رعایت نکرده باشد گو اینکه چنین قانونی

17 - Naturelle

ممکن است در کشور اصلی اعتبار قانونی داشته باشد ولی قاضی بیگانه به چنین قانونی به نظر بی‌عدالتی و بی‌اعتباری نگریسته و آن را با نظم عمومی منافی می‌داند.

یا اگر مقررات قانون بنا بر رعایت مصالح خاص سیاسی عطف به ماسبق شده و رعایت حقوق مکتسبه افراد را نکرده باشد بعید است که چنین قانونی در کشور بیگانه بعنوان قانون معتبر خارجی رعایت گردد. به هر جهت عملاً تشخیص نظم عمومی بعهدہ قضات است و آنان اختیار این تشخیص را دارند.

#### تعارض دو نظم عمومی

۴۲- تعارض دو نظم عمومی - اگر بین نظم عمومی کشور با نظم عمومی یک کشور بیگانه تعارض باشد مسلماً نظم عمومی داخلی مقدم است و قانون خارجی در این مورد رعایت نمی‌شود. مثلاً به یک ایرانی متأهل در فرانسه اجازه داده نمی‌شود زن دیگری بگیرد گرچه قانون ایران به او چنین اجازه‌ای را می‌دهد، زیرا تعدد زوجات در فرانسه با نظم عمومی منافات دارد و با توجه به اینکه در اسپانیا تعدد زوجات و طلاق وجود ندارد و ازدواج مجدد زوجینی که با طلاق از هم جدا شده‌اند صحیح نیست اگر زن فرانسوی که از شوهر اسپانیایی خود طلاق گرفته و به زوجیت شخص دیگری درآمده است شکایتی در مراجع فرانسوی مطرح سازد دادگاههای فرانسوی ازدواج دوم زن فرانسوی را معتبر خواهند دانست و حال آنکه در اسپانیا یعنی دولت متبوعه شوهر آن را معتبر نمی‌دانند یا اگر مرد متأهل ایرانی زن اسپانیایی بگیرد ازدواج دوم این مرد در حقوق ایران معتبر است.

#### اخلاق حسنه

۴۳- اخلاق حسنه دامنه محدودتری از نظم عمومی دارد به این معنی که حقوق گو اینکه به اخلاق کاری ندارد و هدفش گردش عادی امور جاری مردم است معهداً لطمه شدید و واضح به اخلاق حسنه را طرد می‌کند رعایت اخلاق حسنه یکی از حقوق نظم عمومی است و بنا بر این نظم عمومی و اخلاق حسنه نسبت به هم عموم و خصوص مطلق دارند.

هرچه جزاء اخلاق حسنه است مسلماً نظم عمومی محسوب می‌شود اما ممکن است بعضی امور (مثلاً مقررات ارزی و گمرکی - خروج از کشور بدون رعایت مقررات...) جزء نظم عمومی باشد اما در قلمرو اخلاق حسنه نباشد.

#### قلمرو اخلاق حسنه

۴۴- قلمرو اخلاق حسنه نیز کاملاً مبهم است و برحسب زمان و مکان متفاوت است و چه بسا امری که در زمان یا مکان معین مجاز شناخته شده ولی در زمان یا مکان دیگر منافی با اخلاق حسنه باشد مثلاً ازدواج عمو عمه یا برادرزاده با خاله و خالو با خواهرزاده در حقوق فرانسه طی شرایطی آزاد است ولی در حقوق کشورهای اسلامی چنین کاری مطلقاً با اخلاق حسنه منافات دارد و یا استعمال مواد مخدره در اوایل شیوع در ایران با اخلاق حسنه منافی تلقی نمی‌شد ولی اینک عرف مردم ایران آن را خلاف اخلاق می‌داند.

بطور کلی تشخیص اخلاق حسنه با عرف متداول و قطعی ملت است و عرف در واقع مانند پلی است که قواعد مسلمه اخلاقی را بر علم حقوق تحمیل می‌کند و چه بسا تدریجاً آن را بصورت قانونی مدون درمی‌آورد کما اینکه در مثال سابق مقنن ایران مدتها است که استعمال افیون را جرم می‌داند.

#### منشأ اخلاق حسنه

۴۵- منشأ اولیه اخلاق حسنه و مبنای آن در واقع قاعده مذهبی است و تشخیص این مبدأ در مسائل جنسی کاملاً روشن است که اخلاق حسنه از مقررات مذهب سیراب می‌شود مثلاً مسئله ارتباط جنسی نامشروع در کلیه ممالک با اخلاق حسنه منافی تلقی می‌شود. این امر آثار فراوانی در قواعد حقوق دارد. فی‌المثل در بعضی کشورها مانند فرانسه حتی هبه مال به معشوق قابل ابطال است. بدیهی است این شدت عمل نشانه و عکس‌العمل فوری اینگونه ارتباط‌هاست. کما اینکه آمارگرها معتقدند که اقلأً ۶۵٪ مردان متأهل فرانسوی مبتلای اینگونه ارتباط‌ها هستند همچنین تعدد زوجات در فرانسه (و سایر کشورهای غربی) مخالف اخلاق حسنه تلقی می‌شود، شاید سلب این امکان به حکم «الانسان حریص علی مامنع» میزان آمار را تا این حد بالا برده است چه در کشورهای که تعدد تحت شرایطی مجاز است تعدد زوجات و ارتباط نامشروع هیچکدام (و حتی بطور مجموع) به این صددی چند نمی‌رسد.

#### قرارداد مخالف با اخلاق حسنه

۴۶- قرارداد ممکن است بلحاظ موضوع یا هدف مخالف اخلاق حسنه باشد که در هر دو صورت باطل است. مثلاً کسی آزادی خود یا دیگری را بفروشد و خود یا آن شخص را برده دیگری قرار دهد که در این مورد بطلان از خود عقد آشکار است یا اینکه کسی خانه را اجاره کند برای اینکه فاحشه‌خانه یا قمارخانه دایر نماید، در این صورت اگر جهت عقد در قرارداد ذکر شده باشد بطلان آن واضح است اما اگر جهت عقد ذکر نشده باشد حقوق ایران آن را باطل نمی‌داند اما حقوق فرانسه به قاضی اجازه ابطال چنین قراردادی را می‌دهد.

## **حقوق تطبیقی و مجامع بین‌الملل**

#### جامعه ملل و سازمان ملل

۴۷- بعد از جنگ بین‌الملل اول نیاز به همکاری دول و تماس مداوم آنان با یکدیگر احساس گردید و بنای جامعه ملل گذاشته شد و همچنین سازمانهای حقوقی وابسته به آن در لاهه به عنوان «دیوان داوری لاهه» تأسیس گردید. اما چون این سازمان فاقد نیروی اجرائی بوده و از طرف دیگر صرفاً جنبه سیاسی داشت نتوانست نقش چندان مهمی را ایفاء کند و بعد از ۲۱ سال از خاتمه جنگ اول جنگ دوم شعله‌ور گردید و جامعه ملل از بین رفت.

بعد از خاتمه جنگ دوم جهانی اساس تشکیل سازمان ملل فعلی بنا نهاده شد و مقارن همان ایام نیز دادگاه

بین‌المللی نورنبرگ برای محاکمه تبهکاران جنگ تشکیل شد که عده‌ای از حقوق‌دانان مشهور جهان و منجمله دندیو دو وابر<sup>۱۸</sup> در آن شرکت داشتند و اساسی بعنوان حقوق جزای بین‌الملل بنا نهادند. سازمان ملل جدید توجه کرد که به صرف تماس دول با یکدیگر مسائل حل نمی‌شود و باید کوشید که از جهات مختلف جلوه‌های فرهنگ ملل را به یکدیگر شناساند و به نزدیکی معنوی آنان کوشید تا بشر به سوی وحدت گام بردارد و به همین جهت سازمانهای وابسته به سازمان ملل فعالیت وسیعتری را آغاز کردند و سازمانهای جدیدی تشکیل دادند. همچنین در موارد مختلف نیروئی بعنوان صلح تشکیل داد تا جنبه ضمانت اجرائی بعضی از تصمیمات باشند. بعنوان نمونه کنگو- ویتنام و صحرای سینا را نام می‌بریم که نیروی صلح در آن مستقر گردیدند.

#### فهرست اسم سازمانهای بین‌المللی و هدف آنها

۴۸- سازمانهای مختلف بین‌المللی - این سازمانها بطور خلاصه عبارتند از:

۱. دیوان دادگستری لاهه: که در مورد دعاوی و اختلافات بین دول اظهار نظر می‌کند. مبانی حقوقی این دیوان بعداً مورد بحث قرار می‌گیرد.
  ۲. دیوان داوری لاهه: در صورتی که به تراضی طرفین داوری در امری بدان ارجاع گردد و همچنین وقتی در متن قراردادی ارجاع امر به داوری آن مقرر شده باشد رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید.
  ۳. سازمان بین‌المللی کار: در مقدمه اساسنامه این سازمان برای توجیه و تشریح هدف سازمان می‌گوید: نظر باینکه شرایط موجود کار برای عده زیادی از افراد موجب بی‌عدالتی فقر و محرومیت می‌باشد ...
  ۴. موسسه بین‌المللی رم: برای وحدت حقوق خصوصی که در راه وحدت دادن به حقوق خصوصی می‌کوشید و در زمینه‌های حقوق خصوصی که آمادگی بیشتری در این زمینه دارد طرح‌هایی تهیه نموده است.
- این موسسات صرفاً جنبه حقوقی دارند که در راه وحدت حقوقی کار می‌کنند و مسلماً در مسیر کارشان نیاز وافر به حقوق تطبیقی دارند. موسسات دیگری نیز وابسته به سازمان ملل وجود دارد که مسلماً بطور غیرمستقیم و گاهی مستقیم به حقوق تطبیقی نیاز دارند زیرا آشکارترین جلوه فرهنگ و تمدن یک ملت سیستم حقوقی حاکم بر آن کشور است. اعم این مؤسسات عبارتند از:
۱. یونسکو: سازمان تربیتی علمی و فرهنگی وابسته به سازمان ملل متحد: که در شناساندن فرهنگ و تمدن ملل به یکدیگر کار می‌کند.
  ۲. آژانس بین‌المللی انرژی اتمی: که هدف آن تسریع و افزایش خدمات انرژی اتمی به صلح و بهداشت و رفاه است.
  ۳. سازمان خوار و بار و کشاورزی جهان: که هدف آن بالابردن سطح تغذیه و بازده کشاورزی و

<sup>18</sup> - Donnedieu de Vabres

همچنین مبارزه با گرسنگی است.

۴. سازمان بهداشت جهانی: که هدف آن تکامل سطح بهداشت در کلیه ممالک جهان است.
۵. بانک بین‌المللی عمران و توسعه: هدف آن مساعدت به توسعه کشورهای کم‌رشد و پیشرفت اقتصادی است.
۶. صندوق بین‌المللی پول: هدف آن بالابردن سطح همکاری‌های بین‌المللی در زمینه مبادلات ارزی است.
۷. سازمان هواپیمایی کشوری بین‌المللی: بمنظور تسهیل و حمل و نقل هوایی بین‌المللی و تدوین قواعد مورد قبول کلیه دول تشکیل گردید.
۸. اتحادیه پستی جهانی: هدف آن ایجاد همکاری کامل بین دولتها در مورد مبادلات پستی است.
۹. اتحادیه بین‌المللی مخابرات: بمنظور تسهیل مخابرات از راه دور و تدوین قواعد این امر تشکیل گردید.
۱۰. سازمان هواشناسی جهانی: بمنظور آگاهی هرچه بیشتر از وضع جوّ کره زمین و آمادگی در برابر حوادث قهری طبیعت با استفاده هرچه بیشتر از طبیعت همکاری کامل بین دول ضرورت دارد و این سازمان بدین منظور تشکیل گردید.
۱۱. سازمان بین‌الدولی مشورتی دریائی: هدف آن تسهیل همکاری دول در امر دریانوردی و ایجاد تأمین هرچه بیشتر در برابر خطرات دریائی.

۴۹- غیر از مؤسسات وابسته به سازمان ملل مؤسسات ملی در داخل کشورها تشکیل گردید و همچنین برحسب وحدت منافع بین چند دولت اتحادیه‌های خاصی از قبیل سنتو- ناتو- اوپک و بازار مشترک اروپا ... بوجود آمد. کلیه آنان در تنظیم روابط خود و مقررات سازمان محتاج به آگاهی از حقوق تطبیقی هستند و اصولاً هرچه دامنه رفت و آمد و روابط وسیع‌تر شده و آسان‌تر می‌گردد دیوار فرضی که بنام مرز سیاسی وجود داشته و دارد نازک‌تر می‌شود بطوری که اکنون بشر در بسیاری زمینه‌ها وجود مرز را حس نمی‌کند و در هر قلمروئی که حذف عملی مرز واضح‌تر و صریح‌تر بشود تدوین مقررات مورد قبول همگانی سهل‌تر و ممکن‌تر خواهد بود. مثلاً قواعد هوانوردی بین‌المللی یا پست بین‌المللی به سهولت از طرف همگان مورد قبول واقع می‌گردد.

#### دادگاه‌های بین‌المللی - منابع حقوقی مستند دادگاه لاهه

۵۰- ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری لاهه منابع حقوقی معتبر در آن دادگاه را چنین ذکر می‌کند.

۱. قواعدی که دول طرف اختلاف در قراردادهای منعقد شده صریحاً قبول کرده‌اند.

۲. عرف بین‌المللی

۳. اصول کلی حقوقی که مورد قبول ملت‌های متمدن قرار گرفته‌اند.

۴. تصمیمات قضائی و همچنین عقیده شخصی علمای بزرگ حقوق در کشورهای مختلف

با بررسی این منابع می‌توانیم آن را بدو گروه کلی تقسیم کنیم.

اول- اصول و قواعدی که برحسب توافق و قرارداد مورد قبول صریح قرار گرفته و به مصداق قاعده

کلی «مقررات یک قرارداد به منزله قانون لازم‌الاتباع در روابط متعاقبین است» منبع اساسی برای حل

اختلاف قرار می‌گیرد.

دوم- اصول و قواعدی که گرچه طرفین آنها را تصریح نکرده‌اند اما مرجع بین‌المللی می‌تواند با مراجعه به حقوقهای مختلف آنها را استنتاج نماید. بررسی هر دو گروه محتاج به آشنائی به حقوق تطبیقی است.

#### معاهدات بین‌المللی بعنوان مستند دادگاه لاهه

۵۱- معاهدات بین‌المللی چون در تمام کشورها به تصویب پارلمان می‌رسد مسلماً ارزش و اعتبار قانون را دارد. ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». حتی بعضی سیستم‌های حقوقی برای معاهدات بین‌المللی ارزشی بالاتر از قانون عادی قائل می‌باشند. قانون اساسی فرانسه در ماده ۵۵ خود بدان اعتبار قانون اساسی را می‌دهد. بدیهی است در مواردی که قرارداد صراحت داشته باشد اعلام و اجرای مقررات آن کمتر دچار اشکال می‌گردد اما در مورد تفسیر این معاهدات مسلماً هر یک از طرفین مایلند آن را بر طبق اصول حقوقی کشور خویش تفسیر نمایند و مسلماً حقوقدانان هر کشور برای حفظ هرچه بیشتر منافع خویش در موقع انعقاد یا تفسیر قرارداد نیازمندند که به سیستم حقوقی طرف دیگر قرارداد نیز آگاهی داشته باشند.

#### منابع استنتاجی دادگاه لاهه

۵۲- اول عرف بین‌المللی- عرف بین‌المللی بسیار مهم و غیرصریح است و تشخیص اینکه عرف بین‌المللی در امری وجود دارد یا نه کاری است مشکل که نمی‌تواند اتفاق آراء را جلب نماید ولی متدرجاً که روابط بین‌المللی زیادتر می‌شود و به خصوص در قلمرو مسائلی که امکان هماهنگی و تدوین قوانین مورد قبول همگان بیشتر است امکان ایجاد عرف بین‌المللی بیشتر خواهد بود مانند مسائل مربوط به هوانوردی و هواشناسی ...

دوم- اصول کلی حقوقی- این اصول متدرجاً مدون‌تر گشته و در بسیاری امور مورد استناد قرار می‌گیرد. فی‌المثل سازمان ملل و تمام موسسات وابسته بدان به کارمندان و کارشناسان نیاز دارند که آنها را با استخدام خویش در آورند. بدیهی است روابط سازمانها با این کارمندان نمی‌تواند تابع مقررات هیچ کشوری باشد و باید اصول و قواعد خاصی مورد عمل و حل فصل قرار گیرد.

کوشش بسیاری در این زمینه بعمل آمده است تا اصول کلی حقوقی جمع‌آوری شود و بعضی مصنفین در این راه قواعدی را بعنوان اصل قابل قبول ذکر کرده‌اند. من جمله اصل رعایت حاکمیت دولتها، ملی کردن، اصل تحدید حاکمیت دولت در قلمرو روابط با سایرین، اصل لزوم رعایت حق دفاع مشروع، اصل رعایت و احترام حقوق مکتسبه و قراردادهای منعقد، اصل احترام به حیثیت و حقوق بشری، اصالت الصحه...

سوم کمیونها- و مجامع ملی و دولتی و بین‌المللی که تشکیل می‌شود موجب برخورد افکار دانشمندان شده و مسائل مبتلابه جوامع مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد و قطعنامه‌های صادره راهنمای دول و سازمانهای بین‌المللی می‌شود تا اصول جدید بین‌المللی بوجود آید و همچنین آراء صادره از مراجع بین‌المللی چون مسبق

به بررسی‌های علمی و فنی زیادی است خود به عنوان سابقه و اصل مورد قبول واقع شده است و بعداً جزء مبانی قرار می‌گیرد. از اهم نظریات دادگاه بین‌المللی لاهه قرار تأمین خواسته و همچنین رأی نهائی صادره در مورد اختلاف ایران و شرکت سابق نفت ایران و انگلیس بود.

#### استفاده از حقوق تطبیقی برای تکامل حقوق داخلی (پیوند)

۵۳- در حقوق داخلی نیز از تطبیق حقوقهای مختلف استفاده شده از این طریق بسیاری نواقص حقوق داخلی را رفع می‌کنند و یا نهادهای جدید حقوقی وارد می‌نمایند. حقوق تطبیقی را می‌توان به نورافکنی تشبیه کرد که با پرتو افکنی بر حقوق داخلی آن را جلوه بیشتری می‌دهد و نواقص آن را مشخص ساخته و روشن می‌سازد. گروهی از حقوق دانان که منشأ استنتاج قواعد حقوقی را عقل سلیم و منطق حقوقی می‌دانند استفاده از حقوق تطبیقی را در تکامل حقوق داخلی لازم نمی‌دانند. مکتب تاریخی حقوق نیز که به تکوین محلی و تاریخی و تحول تدریجی حقوق و همچنین نسبت آن بر حسب زمان و مکان معتقد است حقوق بیگانه را غیر قابل استفاده می‌داند، معهدا همواره حقوقدانان برای تدوین مقررات جدید کوشیده‌اند که از مقررات بیگانه نیز اطلاع یابند. تهیه قوانین اسپارت، آتن و رم و حتی کدهای ناپلئون نیز مسبق به مطالعات تطبیقی بوده است.

۵۴- استفاده از حقوق خارجی به آن صورت است که در قلمروی خاص و نهادهای مشخص فکر حقوقی یک سیستم خارجی مورد قبول واقع شده و بر مبنای آن قانونگذاری می‌شود. مانند اینکه نظریه «هدف از مجازات، تربیت مجرم است؛ هدف از اقدامات تأمینی، حفظ جامعه و نیز بهبود و تربیت شخص است» مورد قبول واقع شود و بر مبنای آن مقرراتی وضع گردید و یا آنکه بعد از قبول ایده مقررات مرتبطه کشور خارجی عیناً ترجمه شده و بعنوان مقررات داخلی درآید این نحوه استفاده را پیوند جزئی<sup>۱۹</sup> نامند. گاهی نیز ممکن است سیستم حقوقی بیگانه‌ای کلاً بعنوان نظام حقوقی جدید در کشوری اعمال شود که آن را پیوند کلی یا پیوند تقنینی<sup>۲۰</sup> می‌نامند.

۵۵- پیوند جزئی- پیوند جزئی چنانچه با دقت نظر و روشن‌بینی همراه باشد ممکن است مورد قبول جامعه قرار گرفته و بعد از مدتها چنان با سیستم حقوقی مملکت آمیخته شده با سایر اجزاء و نهادهای آن ممزوج شود که جزء لایتجزای آن محسوب گردد و در غیر این صورت بعد از مدتی جامعه آن را طرد می‌کند و آثار مضری از آن بیادگار می‌ماند مانند پیوند عضو خارجی به بدن انسان که موفقیت عملی بستگی به دانش و مهارت و روشن‌بینی جراح و پزشک دارد. ذیلاً بعضی موارد جزئی که مفید بوده یا نبوده است بعنوان نمونه ذکر می‌شود: الف- پیوندهای مؤثر- گرچه بعضی از مصنفین تقسیم‌بندی اموال را به منقول و غیرمنقول در حقوق ایران مقتبس از حقوق اروپائی می‌دانند اما این نظر صحیح نیست و در قدیم‌ترین مأخذ فقه اسلامی این تقسیم‌بندی مشهود است و آثاری از قبیل اخذ به شفعه و سهم الارث زن و غیره بر این تقسیم‌بندی مترتب است.

#### چند مثال از پیوند مؤثر

۱. مسئله ثبت املاک و صدور سند مالکیت- الزام به ثبت وقایع اربعه مقررات آمار و ثبت احوال از

<sup>19</sup> - Greffe partielle

<sup>20</sup> - Greffe législatif

قواعد مفیدی است که برحسب اقتضای زمان و احساس ضرورت در حقوق ایران وارد گردیده و نتایج مفیدی داشت.

۲. مسئله غبن در محصولات کشاورزی و نرخ آن را حقوق فرانسه از بلژیک اقتباس نمود و همچنین تفسیر قضائی از ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) و اصل حقوقی «مسئولیت دارنده شیء بی جان» را فرانسه از رویه قضائی بلژیک پذیرفت.

ب- پیوندهای غیر مؤثر- پیوندهایی است که به علت بی توجهی تهیه کنندگان حقوق داخلی به زمینه اجتماعی امر ممکن است بی اثر باشد و یا اینکه عدم تناسب نهاد و مقررات وارده با سایر اجزاء مجموعه حقوقی موجب طرد آن گردد، فی المثل:

چند مثال از پیوند غیر مؤثر

۱. مقررات متعددی که در ایران برای تنظیم روابط مالک و مستاجر در شهرها تصویب شده و عملاً بمنظور جبران کوتاهی و قصورهای اقتصادی در تنظیم روابط عرضه و تقاضاست نتیجه نامطلوبی بخشیده و این قسمت از اقتصاد شهری و حقوق مربوط بآن را فلج کرده است همچنین مقررات راجع به حمایت خانواده که طی دو قانون در ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ تحت تأثیر حقوق اروپائی بدون توجه به عرف قدیمی مردم ایران تصویب شده گرچه بصورت ظاهر برای حمایت زنان است اما در عمل نه تنها مفید نبوده و بلکه کاملاً نتیجه معکوس داشته و مضرات حاصله از آن بیشتر بدوش زنان است، این قوانین نتوانسته اند مصلحت واقعی زن و خانواده را تأمین کنند.

۲. زن شوهردار تا ۱۹۳۶ در فرانسه محجور بود و اختیار اموالش بدست شوهرش بود. مقنن فرانسوی در ۱۹۰۷ به تأسی از حقوق اسکاندیناوی تصویب کرد که زن شوهردار در مورد اموالی که نتیجه کار شخصی خود اوست اختیار و اهلیت داشته و در این قلمرو از او رفع حجر شود. اما این پیوند مفید نبود زیرا چون زن در مورد سایر اموال خود محجور تلقی می شود و اختیار مطلق اموالش بدست شوهر بود علیهذا هر کس که با زن شوهردار ارتباط مالی داشت می باید تحقیق کند که آیا مالی که مورد آن معامله است شخصی زن می باشد یا نه و آیا وی در مورد انجام آن معامله محجور است یا نه؟ چون تفکیک اموال باشترکی و اختصاصی برای او دشوار بود احتیاطاً در مورد کلیه اموال اجازه شوهر را مطالبه می کرد.

پیوند کلی (تقنینی)

۵۶- پیوند تقنینی عبارت از سرایت کلی حقوق یک کشور به کشور دیگر است. این پیوند همیشه نتیجه تفوق نظام سیاسی یا معنوی و به دنباله تصرف سیاسی یا معنوی می باشد. در تاریخ بعنوان نمونه می توان حقوق رم و یا اسلام را نام برد.

پیوند کلی اولیه حقوق رم

رم با تمدن عظیم و ارتش قوی به هر جا راه می یافت ضمن بردن ارتش به کشور مغلوب مقررات حقوقی



خویش را نیز که نمونه و مظهر عدالت می‌دانست به آنجا می‌برد و تا حکومت داشت آن مقررات اجراء می‌گردید. اما با هر شکست و بالنهایه با خاتمه و سقوط دولت رم حقوق رم از منطقه رخت برمی‌بست. حقوق رم بعداً نیز بصورت اصلی و اولیه خود باقی نماند و فعلاً فقط آثاری از آن در سیستم‌های حقوقی رومانو-ژرمانیک نظر می‌رسد. منشاء پیوند کلی حقوقی رم پیروزی سیاسی و حمله ارتش است و بنای آن اعتقاد به عظمت رم و برتری آن بر سایرین است.

### پیوند کلی اولیه حقوق اسلام

اسلام حقوق بدون کشور بود و در واقع هدف اسلام از فتح ممالک بردن این سیستم حقوقی بد آنجا بود و نه تفوق سیاسی. اسلام معتقد به نژاد و ملیت نیست تا تفاوت قایل باشد، بلکه معتقد به برتری «مکتب اسلام» است و امت اسلام را بر همه برتری می‌نهد. ورود به این امت برای همگان آزاد است. چنین است که می‌بینیم در دوران خلافت اسلامی مسلمین قسمت مغرب ایران یعنی تا شهر ری را فتح کردند اما از آن منطقه به مشرق اقبال خود ایرانیان بود که اسلام را توسعه داد زیرا این عرب یا عجم نبود که فتوحاتی می‌کرد تا در مقابل آن عکس العمل بوجود آمده و مقاومت شود. از دورانی که تعصب خلفاء حکومت اسلام را به حکومت عرب تبدیل کرد مقاومت‌ها و نهضت‌ها در همه جا و منجمله ایران نضج گرفت. این نهضت‌ها آنگاه که با حفظ اسلام و مخالفت برتری نژادی (تحقیر عجم) بود پیروز شد اما در این جریان بسیاری از افراد نیز که تمایلات آن‌ها با خودخواهی توأم بود مبنای دین جدید و مخالفت با اسلام را گذاشتند که اینان چون عقلاء از روحیه ضد تعصب ایرانی سوء استفاده کرده و مبارزه با تعصب برتری عرب را به مبارزه با اسلام کشاندند و بعد از دوران کوتاهی که نتوانستند قدرتی بدست آورند از بین رفتند و حتی در تاریخ نیز آثار عمده‌ای از آنان نماند و تحلیل بیجا از چنین نهضتهائی که در دوران خود از پشتیبانی همگان برخوردار نبودند غلط و تعصب بیجائی است که ناروا بودن آن بهمان اندازه ناروا بودن تعصب ضد عجم است.

اسلام هر کجا را که فتح کرد عقب نشینی ننمود زیرا ملت‌های مغلوب بدون اینکه از این فتح که ایدئولوژیکی بود احساس حقارت نمایند اسلام را پذیرفتند و جزء این تمدن عظیم شدند و بعداً نیز مایل به تجزیه نبودند، بجز در اسپانیا که فساد دستگاه‌ها و همدستی مسیحیان و قتل عام مسلمین موجب عقبگرد اسلام شد.

۱. پیوند ناپلئون: ناپلئون با فتح هر کشور کدهایی را که تهیه کرده بود و بنام کد ناپلئون نامیده شده بود بر کشور مغلوب تحمیل می‌نمود.

۲. پیوند تشکیل یک مستعمره: مانند مهاجرت انگلیسی‌ها به قاره جدید الاکتشاف آمریکا که قهراً حقوق انگلستان به آن منطقه برده شده و یا زلاندنو و استرالیا.

۳. پیوند مستعمراتی: که دولت استعمارگر با فتح مستعمره و تسلط بر آن حقوق خود را در آنجا پیاده می‌کند.

۴. پیوند متصرفی: مانند وضعیت حقوقی الزاس و لورن و ساووا که چندبار دست بدست بین آلمان و فرانسه گشته است.

۵. پیوند تقلیدی (خاوری): یا غرب زدگی (غالباً بدان نام پیوند خاوری می‌دهند زیرا نمونه‌های آن در

مشرق زمین وجود دارد) که با محو شدن در برابر تمدن مغرب زمین عیناً سیستمهای حقوقی غرب را تقلید کردند.

#### پیوند ناپلئونی

۵۸- بعد از انقلاب کبیر فرانسه کمیونتهائی متعدد مأمور رسیدگی و تنظیم قانون مدنی شدند اما این مهم در دوران ناپلئون عملی گردید و وی که اهمیت فراوانی برای این امر قایل بود در غالب جلسات شورای دولتی که مشغول تدوین قانون بود شخصاً حضور می‌یافت وی چون علاقمند و طرفدار فکر وحدت اروپا بود و مهمترین عامل وحدت سیاسی را در ایجاد وحدت حقوقی می‌دانست علیهذا به هر جا که می‌رفت قانون خویش را نیز به سوغات می‌برد ولی بعداً که ناپلئون شکست خورد توأمأ قانون او نیز عقب‌نشینی کرد و بجز بلژیک (که شاید بمناسبت تکلم به زبان فرانسه) قانون ناپلئون را حفظ کرد سایر ممالک قوانین دیگری تصویب کردند که تا حد زیادی تحت نفوذ و تأثیر معنوی قانون ناپلئون می‌باشد. در بلژیک نیز با وجودی که متن قانونی را حفظ کردند اما رویه قضائی آن کشور در بعضی موارد با رویه قضائی فرانسه متفاوت است و از یک متن و ماده قانونی حقوقدانان دو کشور دو استنباط متفاوت نموده‌اند. در آمریکای آن زمان جنبشهای استقلال طلبی و عناد مهاجرین آمریکای با کشور مادر (انگلستان) و همچنین وجود مهاجرین اسپانیائی موجب شد که قانون ناپلئون در آنجا به پیشرفتهائی نائل گردد اما پیروزی قطعی بدست نیاورد و فقط تأثیراتی از آن بجای ماند.

#### پیوند تشکیل مستعمره

۵۹- بعد از کشف قاره آمریکا مهاجرین اروپائی (و بخصوص از انگلیس و فرانسه و اسپانیا و پرتغال) بسمت این قاره به راه افتادند. مهاجرین انگلیسی همانگونه که در کشور مادر عادت داشتند اختلاف فی مابین خود را می‌خواستند به همان گونه که در وطن اصلی خود حل می‌شد رفع نمایند، منتها از یک طرف نداشتن قضات و کلای مجرب و از طرف دیگر عرف و عادت و نیازهای جدیدی که برحسب مقتضیات نوین بوجود آمده بود سیستم حقوقی مشخصی را برای آنان نمی‌توانست فراهم سازد تا اینکه متدرجاً عده مهاجرین زیادتر شد و در میان آنان قضات و کلای مجربی نیز به آمریکا مهاجرت کردند و از طرف دیگر دولت انگلستان آنجا را بعنوان مستعمره جدید خود تلقی کرده و تحت نظارت درآورد و لذا سیستم مشخص حقوقی مورد نیاز افتاد. بعد از جنگهای استقلال و مبارزه با دولت انگلیس عناد و دشمنی خاصی با کلیه مظاهر انگلستان و حقوق آن ایجاد شد و از طرفی در همین ایام نظریات آزادیخواهی فرانسه موجب جلب آزادیخواهان جهان گردید و همچنین مهاجرین اسپانیا نیز با قطع رابطه و مبارزه با اسپانیا بدنبال سیستم حقوقی جدیدی می‌رفتند. لذا کشش به سمت حقوق نوشته پیدا شد. اما چون دولت فرانسه به تنظیم و اداره وضع داخلی خود مشغول بوده و نمی‌توانست به توسعه حقوق خود در آمریکا پردازد و از طرف دیگر حقوقدانان ملت آمریکا همه از انگلستان مهاجرت کرده بودند و همچنین ثروت عمده در اختیار ایالات انگلیسی‌نشین قرار گرفته بود حقوق کامن لا و تفوق یافته و با پیروزی ایالات شمالی در جنگهای انفصال این تفوق قطعی گردید. منتها برای حفظ این هماهنگی که بواسطه جنگهای استقلال و انفصال فراهم شده بود رعایت تمایلات گروههای مختلف مهاجرین و

حفظ و استقلال داخلی ایالات کامن لائو معمول در انگلستان با تمام خصوصیات آن بر همه ایالات تحمیل نگردید و در بسیاری ایالات اثر سیستم حقوقی فرانسه مشهود است. بطور مجموع گرچه فعلاً سیستم حقوق آمریکا را جزء گروه کامن لائو محسوب می‌دارند اما سیستم کامن لائو آمریکا تفاوت‌هایی آشکار با سیستم انگلستان دارد، در قسمت فرانسوی‌نشین کانادا<sup>21</sup> سیستم حقوقی نوشته تفوق یافت. منتها قبل از تنظیم کد ناپلئون در کانادا عرف و عادات پاریس بعنوان مجموعه قانونی جمع آوری گردید و قوانین کانادا تحت تأثیر این عرف مدون شده بصورت سیستم حقوق نوشته قرار گرفت. در زلاندنو و استرالیا چون کلیه مهاجرین انگلیسی بودند سیستم حقوق کامن لائو مستقر گردید.

#### پیوند مستعمراتی

۶۰- پیوند مستعمراتی - چون بهانه استعمارگران برای تسلط بر مستعمره و توجیه‌کننده این امر از طرف استعمارگر آن است که بر مردم مستعمرات تفوق فکری دارند لذا با تصرف و تسلط بر هر مملکت نتیجه فکری خود یعنی سیستم حقوقی خویش را بر آن تحمیل می‌کردند. چنین است که فرانسه با تصرف کشورهای شمال آفریقا تمام فرهنگ و سنن ملت‌ها را تغییر داده و فرهنگ خود را تحمیل نمود، بعکس پیوند نوع سابق که در محل مهاجرت می‌توان گفت ملت و حقوقی وجود نداشته است و پیوند بدون تحمیل انجام می‌شد در پیوند مستعمراتی در محل مستعمره ملت و تمدن و حقوقی وجود دارد که از ناحیه استعمارگر تحقیر می‌شود. این ملت‌ها متدرجاً استقلال یافتند و برای خویش حقوق جدیدی تنظیم کردند و زبان فرانسه را که زبان رسمی بود به زبان عربی تبدیل نمودند. اما بقول دکتر افشار: «... اما از لحاظ حقوق تطبیقی جالب این است که مردم بومی این سرزمین‌ها که در زمان تسلط فرانسوی‌ها به قوانین فرانسه نفوذناپذیر بودند و تظاهر به علاقه شدیدی نسبت به حقوق و عرف خود می‌نمودند پس از کسب استقلال به هیچوجه رغبتی برای اجرای عرف و سنن قبل از استعمار نشان ندادند و حقوق امروزی این کشورها تحت تأثیر شدید حقوق فرانسه و بی‌گمان جزء سیستم حقوق نوشته است...».

فانون<sup>22</sup> جامعه‌شناس و روانشناس و مرد مجاهد الجزایری در کتبی که راجع به مبارزات مردم الجزایر نوشته است نفوذناپذیری بومیان را نسبت به عادات و رسوم اشغالگر جزئی از مبارزه آنان معرفی می‌کند. اما غالباً نتیجه این مبارزات آن بود که با کمک همان استعمارگر قشر روشنفکر استعمارزده جلوتر می‌آمد تا رهبری مبارزه را بدست می‌گرفت آنگاه استعمارگر بدرخواست استقلال‌طلبان تسلیم می‌شد و مستعمره جدیدالاستقلال را بدست این گروه روشنفکران می‌سپرد و اینان با تنظیم جامعه‌ای برحسب الگوی غرب فشار استعمار را نامحسوس کرده و خشونت آن را نرمش می‌دادند. بقول فانون در چین و شکن مغز هر روشنفکر غرب‌زده سرباز استعمار سنگر می‌گیرد و استعمارگر را از قشون بی‌نیاز می‌سازد، چنین است که الجزایر چون با مبارزه شدیدتری استقلال بدست آورد این خصوصیت در آن کمتر است و همچنین مصر مقارن هیجان و جنبش سیاسی و فرهنگی از ۱۹۴۸ به تهیه قوانین جدیدی دست یازید که بیشتر از سابق تحت تأثیر عرف محلی و

<sup>21</sup> - Quebec

<sup>22</sup> - Frantz Fanon (1925 – 1961).

حقوق اسلام است. تحولات حقوقی یک ملت نشان‌دهنده تمدن استقلال و مبارزات آن ملت است.

#### پیوند متصرفی

۶۱- بعضی از ایالات و ملتها که طی جنگ‌ها دست بدست می‌گشت از لحاظ حقوقی نیز هر بار دچار تغییر می‌شد. زیرا دولت غالب بر مبنای این اعتقاد که وحدت حقوقی ضامن وحدت سیاسی است حقوق خود را در منطقه متصرفی به مرحله اجرا می‌گذاشت. بخصوص که از جنبه علمی نیز حکومت حقوق واحد در تمام سرزمین آسان‌تر از آن است که یک ایالت مستقلاً وضع جداگانه‌ای داشته باشد و چنین است که در نیس و ساووا از ۱۹۶۰ حقوق فرانسه اجراء گردید، الزاس و لون نیز که از ۱۸۷۱ به بعد بارها بین فرانسه و آلمان دست به دست گشته هر بار دچار سرگردانی گردید فعلاً حقوق فرانسه در آنجا حکومت می‌کند منتها بعضی از عادات و رسوم محلی برسمیت شناخته شده است.

#### پیوند تقلیدی (خاوری)

۶۲- دولت عثمانی قبل از جنگ بین‌الملل اول بطور یک طرفه کاپیتولاسیون را لغو کرد. پس از جنگ جهانی و تجزیه عثمانی دولت جدید ترکیه در موقع انعقاد صلح لوزان تعهد کرد که در مقابل لغو کاپیتولاسیون قوانین اروپائی را قبول کند. این تعهد با اضافه روحیه غرب‌زدگی که مدتها بود در مشرق زمین رخنه کرده افکار فلج ساخته بود دست بدست هم داد و حتی ترکیه را به آنجا راند که خط خود را نیز به لاتین تبدیل نمود و رابطه فرهنگی ملت را با گذشته‌شان قطع کرد، ترکیه در تقلید و ترجمه قوانین اروپائی چنان عجله‌ای بخرج داد که بی‌سابقه است. قانون مدنی و تعهدات خود را با تغییرات جزئی از سویس و قانون تجارت را از فرانسه و قانون جزا را از ایتالیا و ... اقتباس کرده و ترجمه نمود و با داشتن حقوقدانهای مبرز اسلامی علی‌رغم عرف و عادات مردم سیستم حقوقی جدیدی را بر آنان تحمیل کرد که از لحاظ معنوی اثرات آن از شکست سیاسی در جنگ مداوم‌تر بوده و خواهد بود.

مصر نیز از لحاظ سیستم‌های حقوقی تاریخچه مفصلی دارد، در اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ کاپیتولاسیون در مصر برقرار بود و دادگاههای مختلطی تشکیل می‌گردید.

منوری<sup>۲۳</sup> و کیل دادگستری فرانسوی مجموعه قانونی تهیه نمود که ملاک عمل و استناد این دادگاهها بوده لیکن مجموعه کاملاً تحت تأثیر کد ناپلئون تهیه شده بود و فقط شامل مواردی بود که این مجموعه فقط می‌توانست مورد استفاده دادگاههای مختلط قرار گیرد و علیهذا از مسائلی از قبیل اهلیت ازدواج و احوال شخصیه ذکری نشده است.

سیطره حقوق فرانسه بحدی بود که دادگاهها حتی در تفسیر این مجموعه قوانین صریحاً به آراء صادره از محاکم فرانسه استناد می‌کردند.

در ۱۹۳۷ کاپیتولاسیون ملغی گردید و در ۱۹۴۸ قانون مدنی مصر که بیشتر از سابق به حقوق اسلام تکیه دارد به تصویب رسید و این قانون بعدها برای سوریه و عراق نیز مدل قرار گرفت.

23 - Maunoury

در مصر نیز همزمان و همگام با احیای شخصیت ملت حقوق خاص ملت احیا می‌گردد. اصولاً قبول سیطره حقوق خارجی و محو شدن در برابر آن علت و معلول ضعف شخصیت و هویت یک ملت است.

## خانواده در نظام‌های حقوقی معاصر

اینک بعنوان نمونه اهم مسائل مربوط به خانواده را در حقوقهای مختلف مطرح می‌کنیم.

### طبیعت غریزی ازدواج

۶۳- اهم غرایز موجود در کلیه حیوانات (و منجمله انسان) غریزه صیانت نفس و بقای نوع است، در تفوق هر یک از این دو بر دیگری نظریاتی متفاوت گفته شده است. گروهی غریزه صیانت نفوس را اقوی دانسته و غریزه جلب لذت را که جزء این غریزه است حاکم بر زندگی بشر می‌دانند و می‌گویند اگر حیوان به تولید نسل اقدام می‌کند از این نظر است که به ادامه حیات خویش علاقمند است و فرزند را بمنزله دنباله وجود خویش دانسته و با بقای وی خود را زنده حس می‌کند.

گروهی دیگر غریزه حفظ بقای نوع را اقوی قانون لایتغیر طبیعت می‌دانند می‌گویند و اگر جاندار به وجود خویش علاقمند است و آن را حفظ می‌کند از آن نظر است که حفظ و بقای نوع از طرف طبیعت به او دستور داده شده است و صیانت نفس از اجزاء غریزه حفظ نوع است. شوپنهاور<sup>۲۴</sup> معتقد است که طبیعت برای تحمیل نظر خود وادار کردن جانداران به حفظ نسل و اینکه مشتقات آن را تحمل کنند دسیسه‌ای چیده است به این معنی که رابطه جنسیت را در نر و ماده حیوانات بصورت لذت و نیاز شخصی در آورده است تا آنان بقصد رفع نیاز جنسی خویش به یکدیگر نزدیک شوند و طبیعت بدینوسیله قانون خود را تحمیل کند.

انسان نیز از حیثیت غریزه از سایر حیوانات جدا نیست و فقط به نیروی عقل بر غریزه مهار می‌زند و آن را در مسیر عقلانی راه می‌برد و الا نابود کردن غریزه و مبارزه با آن و یا محدودیت بیجا در راه اعمال آن مخالف با مصلحت (حیات) است.

۶۴- غریزه مادری در حیوانات ضامن اجرای قانون حفظ نوع است و در حیوانات استخواندار از زمان خلقت اولین حلقه‌های سلسله تکامل این غریزه به چشم می‌خورد ظهور آن مرحله بسیار مهمی در تکامل به حساب می‌آید.

غریزه پدری در تمام حیوانات نیست و با مطالعه دقیق در زندگی جانداران مشاهده می‌شود آنگاه که مادر در دوران بارداری و نگهداری یا رضاع محتاج به حمایت است یا در جاندارانی که نوزان تا مدتها نیازمند به مراقبت می‌باشد این غریزه ایجاد می‌شود و بعنوان مددکار به کمک غریزه مادری می‌شتابد که جلوه خارجی این همکاری بنام خانواده است.

زندگی انسان از بدو خلقت بصورت خانواده بوده است که پدر و مادر مشترکاً ادامه نسل را بعهدده داشته‌اند

24 - Schopenhauer

منتها نحوه مقررات آن در طی تاریخ متفاوت است.

از این دو مقدمه روشن می‌شود که ۱- تولید نسل و حفظ نوع ۲- تشکیل خانواده مستحکم جزء فطرت و غریزه انسان است و هر مقرراتی که در مسیر مخالف با این دو قانون بوده و موجب تضعیف آن باشد برخلاف طبیعت است.

### ماهیت اجتماعی ازدواج

۶۵- ماهیت اجتماعی ازدواج و اهمیت آن تشکیل خانواده از گردهم آئی زن و مرد و اشتراک مساعی آنان شروع می‌شود، اما زن و مرد در هیچ جامعه‌ای کاملاً آزاد نبوده‌اند که به میل و هوی و هوس مطلق خویش گرد هم آیند و یا به هر انگیزه‌ای بتوانند از هم جدا شوند بلکه جامعه انسانی همواره در تشکیل و اداره و انحلال آن دینظر بوده و مقررات حاکمه‌ای داشته است که تخلف از آن برای افراد مجاز نبوده است.

مبنای این مقررات بدو آبر عرف و عادات اخلاقی بوده است. متدرجاً بعضی قواعد اخلاقی بصورت مقررات حقوقی درآمده و ضمانت اجرای اجتماعی پیدا کرده است. مبنای این اخلاق و عادات بر اعتقادات مذهبی استوار است، ژرژ ریبر<sup>۲۵</sup> در مبحث ازدواج می‌نویسد: «عرفی کردن ازدواج موجب از بین رفتن ارزش مذهبی آن می‌شود و این فکر را در درجه اول اهمیت قرار می‌دهد که احترام این وصلت باید صرفاً با رعایت قواعد اخلاقی تامین گردد اما چنین نظریه و اخلاقی هرگز نمی‌تواند زوجین را در رعایت قواعد اخلاقی تا آنجا پیش ببرد که نسبت به هم فداکاری نمایند...».

«قوانین مدنی که نخواهند به اهمیت و نفوذ عامل مذهبی اقرار کنند در راه تامین اخلاق روابط جنسی دچار مشکلات خواهد شد...»

«اما در کشورهایی که قواعد سنتی متزلزل شده‌اند بنیان خانواده در معرض خطر است.»

بنابراین عرفی کردن ازدواج دنباله انقلابی از مسیر دور شدن از مذهب می‌باشد مانند شوروی و الا باید آخرین نهاد اجتماعی باشد که عوض می‌گردد، در سیستم‌های حقوقی لائیک نیز گرچه انجام تشریفات مذهبی رکن ازدواج نیست اما اگر زوجین انجام آن را شرط کنند ایفای این شرط لازم است.

### ماهیت حقوقی ازدواج

۶۶- در حقوق کلیسا تقدیس<sup>۲۶</sup> است بدین معنی که زوجین قصد هماهنگی خود را در ازدواج به کشیش اعلام می‌کنند و این کشیش است که آن دو را به نام خداوند به هم پیوند می‌دهد. اعلام قطعی قصد و اراده به تنهایی برای تحقق علقه زوجیت کافی نیست و تقدیس است که خالق علقه زوجیت می‌باشد که برای ابد این علقه فناپذیر را ایجاد می‌نماید و تک همسری نیز جزء مقتضای آن است. در سیستم‌های حقوقی مغرب زمین و حتی روسیه و انگلستان همین ماهیت را قبول دارند منتها با این توضیح که بجای کشیش مأمور رسمی دولت و بجای تقدیس دفتر ثبت ازدواج را جایگزین کرده‌اند و بنابر این زوجین باید نزد مأمور رسمی دولت حاضر شوند و

<sup>۲۵</sup> - ژرژ ریبر، حقوق مدنی، جلد اول، صفحه ۲۹۳.

26 - sacrament

بعد از تکمیل فرمالیته‌های لازم نام خود را بعنوان زن و شوهر در دفتر ثبت نمایند و از لحظه ثبت زن و شوهر محسوب می‌شوند. ممکن است زوجین بلحاظ علاقمندی به مقررات مذهبی قبل از ثبت یا بعد از آن برای ازدواج شرعی نزد کشیش حاضر شوند ولی ازدواج شرعی نه شرط صحت است و نه عدم آن موجب بطلان. در روسیه شوروی<sup>۲۷</sup> بموجب فرمان صادره در ۱۹۱۷ ازدواج مذهبی را غیرمعتبر اعلام نمودند و ثبت ازدواج را در دفاتر رسمی رکن و شرط صحت اعلام کردند مع‌هذا بعضی جمهوریها تا سال ۱۹۴۴ ثبت ازدواج را لازم نمی‌دانستند اما در این سال قانونی تصویب شده و در کلیه جمهوریها ثبت ازدواج را شرط صحت آن تعیین کردند.

با توجه به اینکه تراضی طرفین به هر صورت شرط اساسی و لازم برای تحقق ازدواج است بعضی حقوقدانان ازدواج را عقد می‌دانند ولی اکثراً معتقدند که ازدواج نهاد است منتها زن و مرد اختیار دارند که با تراضی یکدیگر خویشتن را مشمول مقررات این نهاد قرار دهند.

در اسلام ازدواج عقدی است که با سایر عقود تفاوت بارز دارد و از آن بعنوان «عصمت الشرعیه» تعبیر شده است زوجین حق دارند طی عقدی خود را مشمول مقررات آن قرار دهند. در انعقاد آن مانند سایر عقود شخصاً اختیار دارند و اعلام نیت قاطع و هماهنگ منحصرأ بوسیله «ادای صیغه ایجاب و قبول» با توجه به شرایط سایر عقود برای تحقق آن کافی است.

حقوق ایران در این قسمت مقررات اسلامی را که معمول به ملت است تصویب کرده است تنها ثبت در دفاتر را الزامی نموده و زوج متمرّد را مستحق مجازات می‌داند. اما عدم ثبت به هیچوجه در صحت ازدواج خللی وارد نمی‌سازد.

#### انتشار و علنی بودن ازدواج

۶۷- در سیستم‌های حقوقی مغرب زمین قبل از انجام عقد ازدواج مشخصات نامزدها اعلام می‌شود تا کسانی که اعتراضی دارند یا از موارد بطلان عقد ازدواج مطلع می‌باشند آن را اعلام نمایند و در روز معین که ازدواج ثبت می‌گردد در ورودی سالن بخشداری محل یا اداره‌ای که مأمور انعقاد ازدواج است باید باز باشد تا همگان بتوانند حضور یابند. فلسفه برقراری این تشریفات این است که امکان هرگونه تقلب و سوء استفاده پنهان کاری را سلب کند.

در حقوق اسلام به خود افراد اعتماد شده است با توجه به اهلیت و عظمت و جنبه قدس معنوی که برای ازدواج قایل شده است توهم این که خلافتی با مصالح اجتماعی سرزنند نمی‌رود. این اعتماد حس شخصیت افراد را تقویت کرده و از طرف دیگر هرگاه خلافتی سرزده باشد از شیوع خبر آن و تزلزل اعتقاد دیگران جلوگیری می‌شود زیرا در مسایل خانوادگی آگاهی همگان بر یک عمل ناروا تزلزل فکری بیار می‌آورد که اثر مضر آن از خود امر خلاف بیشتر است و لذا با توجه به همین فلسفه است که می‌بینم تحقق شرایط لازم برای اثبات زنا و جاری کردن حد آنقدر مشکل است که به ندرت ممکن است زنا قابل اثبات باشد.

<sup>۲۷</sup> - این متن قبل از فروپاشی شوروی نوشته شده است.

در فقه اهل سنت حضور دو شاهد عادل را از ارکان عقد دانسته و تحقق آن را برای صحت عقد لازم می‌دانند اما در فقه شیعه حضور شاهد شرط نیست ولی مستحب است و همچنین جشن و دعوت دوستان و ارحام بمناسبت انجام عقد استحباب دارد.

قانون مدنی ایران در این قسمت نیز به پیروی از فقه جعفری حضور شهود و علنی بودن را شرط نمی‌داند.

### سن ازدواج

۶۸- در کلیه سیستمها مغرب زمین سن رشد در امور مالی با سن قابلیت ازدواج تفاوت دارد مثلاً در فرانسه سن کبر برای زن و مرد ۲۱ سال است اما سن ازدواج برای مرد ۱۸ سال و برای زن ۱۵ سال تعیین گردیده است و اگر دلیل و مصلحت مهمی اقتضا کرد (منجمله حامله شدن زن) می‌توان با تصویب مرجع قانونی به زن یا مرد بدون داشتن شرط سن اجازه ازدواج داد.

در اکثر جمهوریهای شوروی سن ازدواج برای مرد ۱۸ سال است یعنی همان سن کبر قانونی و برای زن در بعضی جمهوریها ۱۸ سال و در بعضی دیگر ۱۶ سال تعیین شده است و به هر حال در صورتی که مصالحی اقتضاء کند می‌توان یک سال و در بعضی جمهوریها دو سال قبل از سن مقرر اجازه ازدواج به زن یا مرد داد.

در ایتالیا سن ازدواج ۱۸ و ۲۱ سال بود که آن را به حداقل تقلیل دادند و به ۱۲ سال و ۱۴ سال رساندند. در ایران سن کبر در امور مالی ۱۸ سال است، بر طبق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سن مقرر برای مرد ۱۸ سال و برای زن ۱۵ سال تعیین شده بود و اجازه داده شده بود که در هر دو مورد زن تا دو سال و مرد تا سه سال قبل از بلوغ می‌توانند با تصویب دادستان و دادگاه شهرستان معافیت از شرط سن تحصیل نمایند. اما قانون اخیر حمایت خانواده سن مرد را ۲۰ سال و سن زن را ۱۸ سال معین کرد و فقط معافیت شرط سن را از ۱۶ سالگی برای زن مقرر داشت.

در حقوق اسلام برای رشد در کلیه امور سن مشخص قید نگردیده است و همین که مرد و زن به سن بلوغ رسیدند امکان ازدواج دارند، تشخیص این سن علی القاعده با عرف و عادت محل و اظهار نظر متخصصین علمی است.

### بررسی و نقد مسئله سن ازدواج

۶۹- در جانداران که تحت مطالعه بشر قرار دارند مشاهده می‌شود که دو جنس مخالف همینکه استعداد جسمانی آنها تکمیل شد و به بلوغ مقرر رسیدند در جستجوی جفت برمی‌آیند. بطور منطقی در انسان نیز طبیعی‌ترین روش که با سلامت نسلهای آینده متناسب است اقتضا دارد دوران محدودیت بعد از بلوغ را هرچه بیشتر کاهش دهند.

مصالح اقتصادی و اجتماعی در انسان اقتضا می‌کند که هر دو جنس یا لاقل مرد مدتی بعد از بلوغ نیز تامل کند و برنامه زندگی آینده را تنظیم کرده و تا حدی تطبیق با جامعه را بیاموزد. اما این امور و عوارض ازدواج نباید آنچنان پیچیده باشد که دست و پای دو جنس مخالف را ببندد. بجای تاخیر انداختن ازدواج و محدودیت شدید سنی باید شرایط اجتماعی و اقتصادی نامطلوبی را که بشر بدست خویش فراهم کرده است عوض نمود.



سن بلوغ جسمانی و عقلانی برحسب مقتضیات اقلیم متفاوت است و اگر زن یا مرد فنلاندی و روسی در ۱۸ یا ۲۰ سالگی بالغ می‌شوند اما زن آفریقائی در نه سالگی امکان داشتن اولاد دارد و همین چند سال پیش جراید خبر مادر شدن یک زن ۹ ساله آفریقائی را درج کردند. پیاده کردن قانون فنلاند و نروژ در آفریقا و کشورهای گرمسیر خطر فساد اخلاقی و رواج ارتباط آزاد و گریز از ازدواج را در بردارد و نسلهای آینده یک ملت را تباه می‌سازد.

کشورهائی که بجای اقرار به عجز خویش از تنظیم روابط اقتصادی و اجتماعی صحیح که تأمین ازدواج سعادت مند را در برداشته باشد محدودیت در سن ازدواج ایجاد می‌کنند و می‌گویند طرفین باید آموزش ببینند و بیاموزند چگونه زندگی خانوادگی را اداره نمایند. توجه ندارند که تشکیل خانواده و ازدواج امری فطری است و مانند غذا خوردن نیاز به آموزش ندارد بلکه فقط نیاز به آن دارد که وسوسه‌های اجتماعی و اقتصادی لوکس پرستی، اقتصاد مصرف و غیره را که ایجاد شده و می‌شود از محیط دور کند تا این دسایس آنان را نفریبد و از فطرت دور نکند و محدودیت و ممنوعیت در راه ازدواج نشوند.

خبر روزنامه کیهان ۵۴/۸/۲۵ جالب توجه است: «لندن رویتر- یک روسپی انگلیسی قصد دارد اتحادیه کارگری متشکل از همکاران خود تشکیل دهد و این اتحادیه «وحدت روسپیان برای تفاهم جنسی و اجتماعی» نام خواهد داشت... یک روسپی زیبا از دیگر روسپیان- زن و مرد - خواسته است که برای بدست آوردن حقوق انسانی خود مبارزه کنند...»

گفته می‌شود که در انگلستان صد و پنجاه هزار روسپی وجود دارد، از سوی دیگر روزنامه چاپ سنگاپور گزارش داد که یک سندیکای بین‌المللی «گناه» دختران اروپائی را برای فحشاء به کشورهای خاورمیانه با هواپیما حمل می‌کند. این دختران جوان و زیباروی اهل انگلیس و آلمان غربی و ایتالیا و فرانسه هستند. بالابردن سن ازدواج در کم شدن تعداد ازدواجها کمتر شدن تعداد موالید و بالتیجه جمعیت مملکت و ضعف و انحطاط نسل اثر مثبتی دارد.

#### حرمت (موانع) ازدواج

۷۰- محارم: در سیستم حقوق فرانسه و مغرب زمین ازدواج با اقربای در خط مستقیم صعودی و نزولی اعم از اینکه ولادت مشروع یا نامشروع باشد و نیز برادر خواهر و اولاد آنها در نسب مشروع جایز نیست، همچنین ازدواج فرزند خوانده با ابوین و برادر و خواهر صحیح نیست اما با اجازه خاص حرمت ازدواج ناشی از فرزندخواندگی و همچنین ازدواج بین عمو و عمه با برادرزاده یا خالو و خاله با خواهرزاده لغو می‌گردد. قرابت سببی در خط مستقیم موجب حرمت است مگر اینکه مرگ یکی از دو همسر موجب از بین رفتن نکاح باشد. (مثلاً اگر زن و مردی از هم طلاق گرفتند هیچیک از آنان نمی‌تواند با پدران و مادران و یا فرزندان همسر خود (بدیهی است فرزند از همسر دیگری) ازدواج کند مگر اینکه زن یا مرد فوت شده باشد که در این صورت همسر بازمانده مشمول چنین ممنوعیتی نیست). در حقوق شوروی محارم اقربای نسبی و سببی در خط مستقیم و برادر و خواهر می‌باشند. در حقوق اسلام و نیز در حقوق ایران محارم عبارتند از اقربای نسبی و یا سببی در خط عمودی برادر و خواهر و اولاد آنها، همچنین اگرچه ولادت ناشیه از زنا باشد حرمت بجای خود باقی است. اما

فرزندخواندگی چون در این سیستم وجود ندارد حرمتی بدین نام مذکور نیست اما حرمت‌های دیگری وجود دارد که در سیستم‌های غربی موجود نیست. بدیهی است در سیستم‌های تک‌همسری ازدواج دوم با هرکس باشد صحیح نیست و در سایر سیستم‌ها زاید بر عدد معین ازدواج صحیح نیست.

### حرمت‌های خاص حقوق اسلام و ایران

#### ۷۱- حرمت‌های خاص سیستم حقوق اسلام و ایران

۱. رضاع: مسئله رضاع از لحاظ زیست‌شناسی بسیار مهم است و دانشمندان معتقدند که شیر مادر بعد از نطفه و رحم مهمترین عامل تشکیل دهنده روح و جسم و شخصیت طفل است. جامعه شناس فرانسوی لئوته<sup>۲۸</sup> معتقد است که روش فعلی غالب مادران مبنی بر خودداری از شیردادن فرزند خویش و بزرگ کردن وی با شیر خشک عامل مهمی است در آمادگی نسل جدید برای بسیاری انحرافات فکری. با توجه به این نکته و اینکه رضاع نیز مانند نسب نزدیکی جسمی و روحی را باعث می‌شود در حقوق ایران هرگاه شرایط مقرر برای رضاع حاصل شود قرابت ناشیه از رضاع (مرضعه مادر طفل و شوهر او که شیر ناشی از اوست پدر محسوب می‌گردد) عیناً مانند قرابت نسبی ایجاد حرمت می‌نماید.
۲. حرمت جمع مطلق بین دو خواهر: که یک مرد نمی‌تواند در آن واحد همسر دو خواهر باشد یا حرمت جمع نسبی بین عمه و خاله یا برادرزاده یا خواهرزاده بدین معنی که هیچ مردی نمی‌تواند برادرزاده و یا خواهرزاده همسرش را بگیرد مگر با اجازه همسر خود.
۳. نکاح سه طلاقه مگر با محلل: نکاح نه طلاقه بطور ابد.
۴. زنانی با زن شوهردار: و نیز مورد ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی.
۵. لعان: یعنی مرد مدعی باشد که زن خود را در حال زنا دیده است اما نتواند اثبات نماید طبق مقررات خاصی از هم جدا می‌شوند و حرمت ابدی ایجاد می‌شود.
۶. نکاح در حال احرام.
۷. نکاح با مشرک یا نکاح زن مسلمان با مرد غیرمسلمان (زن ایرانی و تبعه خارجی ولو مسلمان باشد).

### قصد و رضای طرفین در ازدواج

۷۲- در حقوق اسلام و ایران ازدواج عقد است منتها عقدی که فرمول و مقررات آن قبلاً تدوین گردیده و زوجین جز در قلمرو مشخصی حق تغییر مقررات آن را ندارند. در حقوق مغرب زمین نیز ازدواج گرچه بنظر بعضی «نهاد» محسوب می‌شود اما انتخاب این وضعیت بنا به رضایت طرفین بوده و از این نقطه نظر عقد محسوب می‌شود.

مسئلاً اهم شرایط ازدواج در تمام سیستم‌های حقوقی قصد و رضای زوجین است و حتی در مواردی که زوجین هنوز به سن کبر قانونی نرسیده‌اند (این در اسلام مطرح نمی‌شود، زیرا بلوغ هم موجب کبر و رشد مالی است و هم موجب قابلیت ازدواج) باز هم قصد و رضای شخص آنها از شرایط اساسی صحت عقد نکاح است.

28 - Léauté

## ازدواج مجنون

۷۳- بنا بر این ازدواج مجنون صحیح نیست زیرا وی دارای قصد و رضای صحیح نمی‌تواند باشد. در حقوق شوروی مجنون مطلقاً حق ازدواج ندارد. در حقوق فرانسه مجنون ادواری در دوران افاقه حق ازدواج دارد و اما در حقوق ایران خود مجنون چون فاقد قصد و رضاست نمی‌تواند عقد منعقد نماید اما چنانچه ولی قهری یا قیم مجنون مصلحت او را در ازدواج دانست می‌تواند بجای او عقد را منعقد نماید و ماده ۸۸ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد چنانچه پزشک ازدواج محجور را لازم و مفید بداند قیم می‌تواند برای او همسر انتخاب کند.

در اینجا اعتقاد به عقد بودن در حقوق روش صحیح‌تری را مطرح ساخته است بدین معنی که ازدواج در عین اینکه امری است اجتماعی و جامعه در تشکیل آن ذینفع است امری بدنی و روانی برای افراد نیز محسوب می‌شود و جامعه حق ندارد به بهانه نظارت در تشکیل خانواده افرادی را که گرچه سلامت روانی ندارند ولی مانند هر بشر نیازهای روانی و جسمانی دارند از ارضای غرایز محروم سازد و یا وادار به فحشاء اخلاقی و یا جنسی نماید. منتها در چنین موردی نظارت بیشتر سرپرست و جامعه ضرورت دارد تا تشکیل خانواده هم به حال زوجین مفید باشد و هم فرزند ناشیه از آن مانند سایر خانواده‌ها در اجتماع بزرگ شوند. بدیهی است باید حجر شخص به اطلاع همسر آینده او برسد و در غیر این صورت طبق مقررات فسخ نکاح برای طرف حق مقرر است.

## فرزند خواندگی

۷۴- در کلیه سیستم‌های حقوقی مغرب زمین مسئله فرزندخواندگی وجود دارد بدین معنی که زوجین فرزندی را که از کانون خانوادگی خودشان نیست تحت شرایط و مقررات خاصی بعنوان فرزندخواندگی تحت حمایت خویش می‌گیرند. شرایط زوجین و شرایط طفل و تشریفات انجام امر توسط قانون پیش‌بینی شده است. پس از قطعیت این امر شناسنامه کودک به عنوان فرزند آن زوجین صادر می‌گردد و تعهدات و وظایف بین آنان مانند نسب واقعی برقرار می‌شود، همانطور که ذکر کردیم حرمت ازدواج نیز برقرار می‌گردد و توارث بین آنان نیز مقرر می‌شود.

اما در نظام حقوقی ایران که مقتبس از اسلام است به تناسب عرف و عادت و روحیه خاص مشرق زمین از لحاظ وابستگی عمیق خانوادگی بین افرادی که حتی قرابت بالنسبه دوری دارند فرزندخواندگی به رسمیت شناخته نمی‌شود.

اخیراً قانونی بنام حمایت کودکان بی‌سرپرست در ایران تصویب گردید که شاید تلایه قبول این نهاد حقوق فرنگی باشد. در این قانون تشریفات خاصی مقرر شده است تا زوجینی که فرزند ندارند با احراز شرایط مقرر کودکی را بعنوان فرزند بردارند و گرچه صریحاً از شناسنامه کودک اسم برده نشده است ولی از مضمون ماده استنباط می‌گردد که شناسنامه کودک بنام پدر و مادر خوانده صادر می‌شود گرچه این سرپرستی حرمت نکاح و توارث ایجاد نمی‌کند معهداً چون شناسنامه بنام پدرخوانده و مادرخوانده صادر می‌شود بعدها از حیث وراثت و حرمت نکاح و اموری از قبیل تولیت که به نسب ارتباط دارد احتمالاً دعاوی زیادی را باعث خواهد شد.

## نسب نامشروع

۷۵- بنا به صریح قانونی مدنی ایران مقتبس از فقه اسلامی هرگونه فرزندی که از رابطه نامشروع حاصل شود زنازاده محسوب می‌شود. در روابط نامشروع زن و مرد هرکدام که سوء نیت نداشته و در اشتباه بوده‌اند فرزند نسبت به او نسب مشروع دارد و اگر هر دو در اشتباه بودند اصولاً طفل زنازاده تلقی نمی‌شود. نسب نامشروع موجب توارث نیست و زنازاده ارث نمی‌برد و مشروع نمی‌باشد مگر نسبت بهمان طرفی که در اشتباه بوده است. مثلاً اگر زنی در حال عده یا زن شوهرداری به همسری مردی درآید و آن مرد حرمت نکاح با زن را مطلع نباشد فرزند آنان نسبت به مادر زنازاده است اما نسبت به پدر مشروع بوده و نسبت می‌برد و بین پدر و فرزند توارث برقرار می‌شود. نسب نامشروع موجب حرمت نکاح می‌گردد.

هزینه نگهداری این اطفال با دولت است و شاید بتوان زوجین را نه باعتبار واجب بودن نفقه بلکه بعنوان اضرار به خزانه دولت موظف به پرداخت خرجی نمود. اما شناسائی نسب نامشروع ممکن نبوده و به هیچوجه نسبی را که نامشروع است نمی‌توان مشروع نمود و این امر به ناروا بودن ادامه می‌دهد.

در نظام حقوقی فرانسه و مغرب زمین اگر زن و مردی ازدواج کنند می‌توانند طی سند ازدواج فرزند قبلی خود را که نامشروع زائیده شده است به رسمیت بشناسند و در این صورت کلیه آثار نسب مشروع بر آن مترتب است، یا در ترکیه چون مردم ازدواج شرعی را معتبر می‌دانند غالباً در ثبت واقعه ازدواج مسامحه می‌نمایند؛ قانون، ازدواج (ثبت نشده) را باطل و تبعاً فرزند ناشیه از آن را نامشروع می‌داند هرچندگاه یکبار زنازادگان قانونی زیاد می‌شوند ناچار قانونی می‌گذرد و این نسبه را معتبر اعلام می‌کند. می‌توان گفت در واقع امر این نسب‌ها از اول مشروع است منتها قانون ترکیه آن را برخلاف عرف و عادت مردم نامشروع می‌داند. در حقوق شوروی در اوایل انقلاب نسب مشروع و نامشروع یکسان تلقی می‌شد ولی تحولات بعدی و توجه به استحکام خانواده موجب شد که به وضع قبلی بازگشت کنند.

در فرانسه بدو نسب نامشروع هیچ آثاری نداشت و کسی نمی‌توانست اثبات نسب کند ولی بعداً با الهام از قوانین اسکاندیناوی در پنج مورد اجازه داده شد که نسب نامشروع اثبات شود، پس از اثبات آثار نسب واقعی بر آن مترتب گردد.

۱. ربودن دختر و انعقاد نطفه مقارن آن ایام.

۲. فریب مکارانه و سوء استفاده از قدرت ولایت و یا قیومیت و وعده ازدواج.

۳. اقرار مرد.

۴. معشوقه داشتن آشکار.

۵. روابط و رفتاری که عرفاً در جامعه پدر با فرزند دارد.

رویه قضائی در عمل چنان این پنج مورد را توسعه داد که می‌توان گفت اصل بر قبول چنین دعوائی است.

## تفاوت نسب مشروع و نامشروع

۷۶- گرچه استدلال می‌شود که فرق بین فرزند مشروع یا نامشروع چیست؟ این صفت که به نسب کودک

اضافه می‌شود تحت اختیار خود او نبوده است و بنابر این چرا او مجازاتش را بکشد اما این استدلال عمیق نیست.

اگر استحکام روابط خانوادگی از نظر جامعه ارزش دارد باید روابط خارج از آن مقررات ممنوع گردد و آثار آن حتی المقدور از کادر رسمی علم حقوق خارج باشد، هرگاه بین زنان زاده و حلال زاده تفاوتی قائل نباشیم قهراً باید بین ازدواج و روابط آزاد نیز فرق نگذاریم و دیدیم که روسیه شوروی با تجربه این نتیجه را بدست آورد و مقررات اولیه انقلاب را عوض کرد به هر اندازه این تفاوت کمتر باشد آن تفاوت نیز تقلیل خواهد یافت تفاوت ازدواج و روابط آزاد کمتر شده و اساس استحکام خانواده متزلزل تر خواهد شد، سرنوشت عده معدودی در زمان و مکان محدود فرضاً فدای نفع اجتماع و سلامت روابط جامعه گردد بهتر از آن است که سلامت جامعه و آینده آن فدای عده معدودی گردد. در اینجا یکی از دو گروه باید فدا گردد، کدام یک اولی است؟

### تعدد زوجات

۷۷- بشر در بدو خلقت و ایجاد جوامع ابتدائی نیاز فراوان به ازدیاد افراد داشته است بطوری که هر خانواده یا قبیله‌ای که افراد بیشتر داشتند قوی تر و غنی تر بودند. مبنای ازدیاد انسان همانند همه جانداران نظیرش تعداد جنس اناث است. برای اینکه هر فرد انائی به این وظیفه فطری که جنبه سود اجتماعی نیز داشت بپردازد و بطور قاطع قادر به انجام آن به حد اعلی باشد در طی تاریخ روشهایی دیده شده است.

۱. می‌گویند در بعضی قبایل در دورانهای قدیم سیستم چندشوهری مورد قبول بوده است که امروز شاید بتوان گفت در دنیا نمونه ندارد. ویل دورانت در مورد رسم چندشوهری می‌نویسد «این کیفیت در قبیله‌های تودا بعضی قبایل تبت قابل مشاهده است».<sup>۲۹</sup> منتسکیو می‌نویسد ابوالظہیر الحسن جهانگرد عرب در قبایل مرز هندوستان و چین به این رسم برخورد کرده آنگاه وی از قبیله‌ای بنام نائیر نام می‌برد که چندشوهری در آن معمول بوده است و سپس علت امر را آن می‌داند که چون مردان باید وظیفه دفاع را بعهده بگیرند این رسم برقرار شده است و علاقه خانواده و زن و فرزند در مردان ضعیف باشد و مانع کار آنان نگردد.

۲. در بعضی قبایل (و منجمله قبایل وحشی جزایر ملانزی) سیستم مدارسالاری مستقر است و زن اختیار تسلط دارد. این نظام نیز به دنباله تحولات اجتماعی و بخصوص اقتصادی متروک شده و شاید بزودی از بین برود.

۳. سیستم تعدد زوجات که آخرین روش بوده است قانون طبیعی حفظ تعادل خود به خود که می‌توان گفت در جوامع بشری و ایجاد عرف و عادت نیز اثر می‌گذارد قهراً ذهن بشر را متوجه این سیستم نموده تمدنهای بیشتری که نیاز به ازدیاد جمعیت داشتند تعدد زوجات را امری عادی و متداول بین همگان نموده بودند؛ اما متدرجاً که از این نیاز کاسته شد عرف و عادت آن را از نظر دور داشت و

<sup>۲۹</sup> - نظام حقوق زن در اسلام، مرتضی مطهری، صفحه ۳۳۳.

کم کم بصورت امری نامطلوب جلوه گر ساخت بطوری که امروز در ممالکی هم که این اجازه وجود دارد مردان بندرت از آن استفاده می کنند و عامه به مردان چندهمسری با نظر عادی نمی نگرند. اما منع مطلق تعدد زوجات مضرات فراوانی دارد زیرا گزینه با چنین منعی مخالف است و بعلاوه بمصداق «الانسان حریص علی ما منع» (انسان نسبت به چیزهای ممنوعه حریص است) آثاری برخلاف مقصود به بار می آورد. طبق آمارهای منتشره در فرانسه که تعدد ممنوع است ۶۵٪ مردان متأهل روابط نامشروع با دیگر نیز دارند، اما در ممالکی که اجازه تعدد داده شده است تعداد مردان چندهمسر به اضافه تعداد مردان متأهلی که رابطه نامشروع دارند شاید به ده درصد نیز نرسد. بقول آقای مرتضی مطهری<sup>۳۰</sup> که بعد از اشاره به قانون اخیر مصوبه انگلستان درباره جرم نبودن عمل لواط می گوید «این مدعیان رهبری بشریت که تعدد زوجات را خلاف انسانیت می دانند با تصویب این قانون می خواهند بگویند اگر مرد متأهلی از جنس ذکور هوو آورد اشکال قانونی ندارد اما اگر از جنس اناث باشد جرم است و خلاف قانون».

### نکاح منقطع

۷۸- متعه: یا نکاح منقطع بنکاح منقطع در زمان رسول اکرم تجویز شد و این امر بهانه تراشی مردان را برای عزیمت به جهاد کاهش داد. در زمان عمر خلیفه دوم و به دستور او متعه منع گردید و وی چنین استدلال کرد که چون مقتضیات تشریح متعه نه تنها فرق کرده بلکه کاملاً بحالت متضاد درآمده است لذا متعه نیز نسخ می شود، فقه امامیه چون به هیچکس اجازه تغییر دستورات پیغمبر را نمی دهد این ممنوعیت را نپذیرفت؛ بنابراین فعلاً این نهاد حقوق مختص فقه شیعه است و در قانون ایران نیز وجود دارد. بر این نهاد هم از جانب سایر مکاتب فقهی اسلام ایراد می شود و هم از جانب حقوق مغرب زمین. بعد از جنگ بین الملل دوم این زمزمه بخصوص اول بار در آلمان پیدا شد و بسیاری از متخصصان فن معتقد شدند که قوانینی ولو موقت تصویب گردد و تعدد زوجیت و نکاح آزمایشی اجازه داده شود، بعد قاضی آمریکائی بن لندزی<sup>۳۱</sup> و دانشمند انگلیسی برتراند راسل نیز با مطالعه در وضع جوانان و موقعیتهای اجتماعی نحوه ازدواجی را بنام ازدواج آزمایشی پیشنهاد کردند که زن و مردی قبل از تصمیم به ازدواج قطعی و ابدی مدتی بعنوان آزمایشی با یکدیگر ازدواج کنند. استاد دیگر آمریکائی ویلم وان لون پیشنهاد کرده است ازدواج موقت اجازه داده شود.

امروز در غالب کشورهای غربی طلاق به تراضی زوجین را اجازه می دهند و در کشورهایی هم مانند فرانسه که طلاق به تراضی را نمی پذیرند رویه قضائی چنان روشی را اتخاذ کرده است که عملاً تراضی موجب طلاق می شود باید گفت وقتی که به زوجین اجازه داده می شود با تراضی از هم جدا شوند و طلاق جاری گردد چه مانعی دارد که این تراضی در اول عقد ازدواج باشد یعنی همین تراضی را در اول امر بیان کرده و حین انعقاد عقد ازدواج توافق کنند که در موعد معینی از هم جدا شوند گرچه غالباً معتقدند نکاح منقطع نکاح محدود به عدد نمی باشد و مرد هر چند نفر بخواهد می تواند متعه نماید ولی بعضی نیز معتقدند که چون تعداد زنان به چهار

<sup>۳۰</sup> - نقل از مجله زن روز و کتاب نظام حقوق زن در اسلام.

<sup>۳۱</sup> - Benjamin Barr Lindsey

نفر محدود شده این تعداد شامل متعه نیز می‌شود یعنی یک مرد جمعاً بیش از چهار نفر زن نمی‌تواند داشته باشد چه دائم و چه منقطع. قانون حمایت خانواده گرفتن همسر مجدد را موقوف به استطاعت و رعایت عدالت دانسته است و لغت همسر کفو در معنای زوجه دائم که همتراز مرد است بکار می‌رود و همچنین عدالت و استطاعت در مورد زوجه دائم است نه منقطعه علیهذا ظاهر قانون در مورد نکاح دائم است و ممنوعیت شامل نکاح منقطع می‌گردد اما عملاً رویه قضائی تمایل بر آن دارد که نکاح منقطع را نیز مشمول ممنوعیت و تشریفات مقرره بدانند.

#### روابط خارج از ازدواج

۷۹- روابط خارج از ازدواج: در سیستم حقوق اسلام و نیز حقوق ایران بر روابط نامشروع هیچگونه آثاری بار نمی‌شود و بلکه مورد مجازات قرار می‌گیرد، منع تعدد زوجات و نبودن نهاد حقوقی متعه در کشورهای مغرب زمین روابط خارج از ازدواج را فراوان کرده است و چه بسا تعداد آن از ازدواج بیشتر باشد عمده‌تر آنکه نظر جامعه و مردم نیز متدرجاً با اغماض بیشتری به اینگونه روابط می‌نگرد و زن و مردی را که ازدواج نکرده‌اند و بعنوان دوستی و یا همزیستی با هم زندگی می‌کنند چندان تقبیح ننموده و حتی احياناً تا حدودی برسمیت می‌شناسد، این شناسائی حتی گاهی به سیستم حقوقی نیز سرایت می‌کند که یک مورد آن را درباره شناختن نسب نامشروع در حقوق فرانسه قبلاً دیدیم و مثال دیگر آن ذیلاً ذکر می‌شود.

مردی که از همسر رسمی خود مجزا بود و بحکم دادگاه بصورت جدائی مسکن<sup>۳۲</sup> زندگی می‌کرد و بالتبیین تعهد مالی نسبت به زوجه نداشت معشوقه‌ای گرفت و او را در جائی اسکان داد و هزینه او را می‌پرداخت. این مرد در اثر تصادف با اتومبیلی فوت شد و راننده اتومبیل تحت تعقیب قرار گرفت زن و معشوقه او هر دو تقاضای خسارت ناشیه از جرم نمودند. دادگاههای اولیه زن را بعنوان متضرر از جرم شناختند زیرا نفقه او بر عهده شوهر نبود اما معشوقه را برای مطالبه ضرر و زیان محق شناختند باین استدلال که عملاً مرد متوفی هزینه آن زن را تقبل کرده و پرداخت می‌نمود. گرچه بعداً این رویه تغییر کرد و دیوان کشور گفت «روابطی که قانوناً برسمیت شناخته شده و مورد حمایت رسمی قانون باشد می‌تواند ملاک قرار گیرد». معهداً این رأی روحیه و روش جامعه را می‌رساند و چه بسا روزی سیستم حقوق فرانسه به پیروی از عرف رسماً چنین قانونی گذرانند.

#### مسائل تشکیل واحد خانواده

۸۰- خانواده در واقع یک واحد جدیدی است که از اتحاد معنوی زن و مرد تشکیل می‌گردد و بعدها شاید اعضای جدیدی که فرزندان باشند به این واحد اضافه گردد تشکیل این واحد مسائل جدیدی را بشرح زیر مطرح می‌سازد:

۱. مسکن زوجین: در سیستم حقوق شوروی مسکن زوجین باید با تراضی بین آنان تعیین شود در سیستم حقوق ایران مقتبس از فقه امامیه مسکن ممکن است در بدو ازدواج با تراضی تعیین گردد و یا حتی

32 - Séparation de corps

اختیار تعیین مسکن به زن داده شود (گروهی از فقهای اسلام دادن این حق را به زوجه باطل می‌دانند) اما اگر تراضی بعمل نیاید اختیار تعیین مسکن با مرد است. در سیستم‌های حقوق غربی تهیه مسکن با مرد است.

۲. نام کودک: در سیستم حقوق اسلام گرچه فرزند ملحق و منسوب به پدر است معهداً چون رسم قبیله ای و تعلق به ایل و نژاد یا ملت مطرح نیست و هر نوزادی اسم و رسم معجزا دارد می‌توان گفت انتساب طفل از لحاظ نام پدر و مادر بطور تساوی است. در سیستم حقوق ایران و مدل آن یعنی حقوق غربی نام فامیل پدر به پسر منتقل می‌شود. در شوری به تراضی زوجین نام مرد یا زن یا ثالثی به طفل داده می‌شود و در صورت اختلاف حل موضوع امر راجع حل اختلاف خانوادگی محلی است.

۳. تابعیت زن: همان تابعیت شوهر است و از این جهت در غالب سیستم‌های حقوق جهان و ایران ازدواج زن با مرد بیگانه ممنوع است، در ایران گذشته از این ممنوعیت ازدواج مسلمه یا غیرمسلم جایز نیست.

۴. شغل زن: زن مختار و آزاد است که شغل جداگانه‌ای داشته باشد مگر اینکه برحسب تقاضای شوهر در موارد مصرحه قانونی از اشتغال به آن کار ممنوع گردد. در شوروی چون در اوایل انقلاب مقرر شد که زن و مرد در اموال شخصی خویش و آنچه از کار کردن بدست می‌آورند اختیار مطلق داشته و مالک انفرادی آن هستند لذا زن‌ها به ماندن در کانون علاقه نداشته و مایل بودند کار خارج داشته باشند یا شخصاً درآمدی کسب کنند، لذا فرزندان خود را به مؤسسات دولتی می‌سپردند و این امر هم هزینه و زحمت دولت را زیاد می‌کرد و هم تربیت اطفال به نحو دلخواه عملی نمی‌شد، لذا مقرر گردید کلیه اموالی که زوجین در زمان زوجیت بدست می‌آورند مشترک بین آنان باشد. بدین نحو بدون اینکه در راه اشتغال خارج از خانه برای زن مانع ایجاد کنند او را تشویق به ماندن در خانه کردند.

#### رژیم مالی ازدواج در حقوق مغرب زمین و انواع آن

۸۱- در کلیه سیستم‌های غربی برای روابط مالی و اداره اموال خانواده قبلاً نامزدها قرارداد منعقد می‌کنند که به نام رژیم مالی ازدواج نامیده می‌شود، در حقوق فرانسه این رژیم‌ها از این قرار است و در سایر کشورهای غربی نیز همین مقررات با تفاوت‌های مختصری وجود دارد:

۱. رژیم اشتراکی: اموال خانواده در این رژیم به سه نوع تقسیم می‌شود: اموال خاص مرد و اموال خاص زن و اموال زمان ازدواج که مشترک است. اما به هر جهت در دوران ازدواج اختیار اداره و انتفاع و انتقال هر سه گروه اموال با مرد است که رئیس خانواده است. در شوروی زن و مرد هر دو متساویاً بر اموال مشترک حق و اختیار دارند.

۲. رژیم بدون اشتراک: همان رژیم سابق است، فقط گروه سوم یعنی اموال اشتراکی ندارد.

۳. رژیم جدائی اموال: از اول ازدواج اموال هر یک از زوجین مجزاست و هر کدام مستقلاً حق نقل و انتقال و استفاده را دارند. ممکن است رژیم اشتراکی به حکم دادگاه و به دنبال خیانت و یا قصور شوهر تبدیل به رژیم جدائی اموال شود که آن را رژیم جدائی قضائی می‌نامند.



۴. رژیم جهیزیه: اموال خاص زن مستقل است (مانند رژیم قبلی) و گرچه اداره کردن آن در اختیار شوهر است اما شوهر حق انتقال ندارد و دیان شوهر نمی‌تواند آن را در ازای دین بازداشت کند.

#### طرز انتخاب رژیم

۸۲- گرچه انتخاب یکی از این رژیم‌ها موکول به تراضی زوجین است ولی این رژیم‌ها بصورت اساسنامه<sup>۳۳</sup> است نه قرارداد صرف که بتوان همه مقررات را به میل خود تنظیم کرد، بلکه زوجین می‌تواند یکی از آنها را انتخاب کنند یا رژیمی مخلوط از مقررات آنها برگزینند. هرگاه قبل از ازدواج قراردادی در این مورد بسته نشد رژیم خاص دیگری به نام «رژیم اشتراکی قانونی» از طرف مقنن مستقر شده است که زوجین تابع آن خواهند بود.

در سیستم حقوق ایران و اسلام دارائی و اموال زن مستقل است و به خود او تعلق دارد از این حیث زوج نیز مانند بیگانه حق دخالت قانونی در اموال زوجه ندارد و چون کلیه هزینه‌های خانواده به عهده مرد است زن می‌تواند برای هر خدمتی که می‌کند و حتی برای شیردادن فرزندان خودش مطالبه مزد نماید، معهدا اجازه داده شده است که ضمن ازدواج شروطی مقرر شود و هرگونه تعهدی که با مقتضای عقد مخالف نباشد (وظیفه اداره خانواده، انفاق و تمکین زن ... را می‌توان از اصول مقتضای عقد دانست) بین طرفین مقرر گردد.

اختیار مسکن به زن، تعیین نوع منزل، یا میزان بعضی دستمزد کارهای خانه، تعهد به پرداخت خسارت در صورت زن دیگر گرفتن، یا هرگونه عمل مجاز دیگری، اختیار و کالت دادن به زن برای طلاق چه بطور مطلق و یا چه بطور مشروط به احراز بعضی شرایط مهریه هم خاص حقوق اسلام است و به قول فقها هدیه‌ایست که در بدو ازدواج از طرف مرد بزن تقدیم می‌گردد تا نمایانگر آمادگی او برای زندگی باشد. مهریه هیچگونه ربطی به زوجیت ندارد و بمحض عقد زن مالک نصف مهر می‌گردد و بعد از زفاف مالک تمام مهر می‌شود و جزء اموال اختصاصی اوست که با سایر اموالش هیچ تفاوتی ندارد.

#### وضعیت زن شوهردار

۸۳- در مسیحیت شخصیت زن آن چنان سبک شمرده می‌شد که حتی چنین نتیجه می‌گرفتند که بین تمام زنان فقط حضرت مریم علیها سلام دارای روح خالد و انسانی است و بقیه زنان حالتی بین انسان و حیوان دارند و همچنین عرف قدیم هندو زن را دارای شخصیت انسانی نمی‌دانست و زوجه بمنزله هدیه‌ای بود که از طرف خاندان عروس به داماد تقدیم می‌شد و لذا رضایت او شرط نبود و خود زن شخصیت جداگانه‌ای نداشت تا مال داشته باشد، تحت تأثیر حقوق مسیحیت در سیستم‌های حقوقی اروپا زن شوهردار اهلیت نداشت، از لحاظ مالی محجور بود، اختیار کلیه اموال او با شوهرش بود با توجه به دائمی بودن ازدواج و نبودن طلاق در واقع از زن الی الابد سلب مالکیت می‌شد و اداره و اختیار اموال او به شوهر محول می‌شد. انگلستان در ۱۸۵۷ رژیم «جدائی مال» را در روابط زوجین پذیرفت و به دنباله آن در ۱۸۷۰ و ۱۸۸۲ به زن اهلیت داد. فرانسه در ۱۹۳۳ طرحی تهیه کرد که در ۱۹۳۶ به تصویب رسید و با قبول رژیم جدائی مال و ایجاد رژیم اشتراکی قانونی زمینه را برای

<sup>33</sup> - Statut

اهلیت زن فراهم ساخت. در آلمان در ۱۹۰۰ به زن اهلیت داده شد. بعضی مصنفین فرانسوی (ریبر حقوقدان) می گوید ترکیه در ۱۹۲۱ با قبول قانون مدنی سوئیس به زن اهلیت داد و حال آنکه ترکیه قبلی (دولت عثمانی) با قبول مقررات اسلام زن را مستقل می شناخت.

#### موارد انحلال نکاح

۸۴- در سیستم حقوق مسیحیت نکاح ابدی تلقی می شد و قابل انحلال نبود. بعضی از روحانیون مسیحی طلاق را در مورد ارتکاب زنا از طرف زن اجازه می دادند اما در قرون قبل از رفرم پرتستانها این نظریه نیز از بین رفت و ابدیت آن مطلق گردید. عملاً چون مواردی پیش آمد که زوجین نمی توانستند با یکدیگر زیست نمایند یک نحوه جدائی خاصی بنام جدائی بدنی پیشینی شده بود که زوجین به صورت مجزا از هم زندگی می کردند و از بسیاری وظائف و تعهدات زوجیت معاف می شدند اما علقه قانونی زوجیت بین آنان برقرار می ماند پرتستانها در رفرمی که نمودند طلاق را نیز پذیرفتند و حتی موارد آن را از نظریات سابقین نیز بیشتر توسعه دادند و مقید به زنا نکردند. در سیستمهای حقوق غربی و نیز شوروی فعلی موارد انحلال نکاح عبارت است از طلاق، جدائی بدنی، موارد بطلان نکاح. در سیستم حقوق ایران که هنوز هم تا حد زیادی تابع حقوق امامیه است موارد انحلال نکاح عبارت است از طلاق، فسخ نکاح، انقضای مدت یا بذل مدت در نکاح منقطع. در حقوق ایران مواردی بعنوان بطلان نکاح بصورت مستقل ذکر نشده است و گرچه موارد بسیاری را می توان بعنوان بطلان یادآور شد اما مقنن نخواست است صریحاً به این مطلب عنوان جداگانه بدهد. بنابراین بطلان نکاح و طلاق مشترک بین همه سیستمهای حقوقی است. جدائی بدنی مختص سیستمهای اروپایی غربی، فسخ و انقضاء یا بذل مدت مختص حقوق ایران - شاید بعضی موارد فسخ را بتوان بعنوان موارد بطلان یا طلاق در حقوق اروپائی پیدا کرد.

#### بطلان مطلق نکاح

۸۵- بطلان مطلق عقد به مواردی اطلاق می شود که عقد صحیح نیست و هیچ عمل بعدی نمی تواند بطلان را محو نموده و ازدواج را تصحیح نماید. چنین مواردی در حقوق فرانسه ممکن است مورد استفاده اشخاص ثالث و دادستان و یا طرفین قرار گیرد اما در سیستم حقوق ایران اشخاص خارجی یا دادستان نمی توانند مستقلاً بطلان مطلق را مورد دعوی قرار دهند مگر اینکه استناد به این بطلان مطلق مبنای اثباتی یا نفی در دعوی دیگری قرار گیرد مثلاً ازدواج با محارم چون باطل است بعنوان هتک ناموس یا زنا با محارم قابل تعقیب جزائی است و دادستان ضمن تعقیب جزائی به بطلان نکاح استناد می کند.

موارد بطلان مطلق مشترک سیستمهای حقوقی از قرار زیر است، (موارد خاص سیستم حقوقی ایران مقتبس از حقوق اسلام همانهاست که در حقوق مدنی از آن بحث شده است):

۸۶- الف: فقدان قصد و رضا: مثلاً زنی یا مردی بدون توجه سند قباله را امضاء می کند و نداند که قباله ازدواج است یا بدون توجه به معنی و اثر صیغه ایجاب و قبول آن را تلفظ نماید، از لحاظ استحکام بخشیدن به ازدواج و کم کردن موارد بطلان مطلق غالباً حقوقدانان فقدان قصد و رضا را بر معلول بودن آن حمل می کنند و جزء

موارد بطلان نسبی قرار می‌دهند. مثلاً در صورت تلفظ ایجاب و قبول بدون توجه به معانی آن فرض می‌کنند قصد و رضا به صورت مخدوش (مثلاً بعلت اشتباه) وجود داشته است و لذا تنفیذ بعدی را معتبر دانستند.

۸۷- ب: تعدد: در سیستم حقوق تک‌همسری ازدواج‌های بعدی باطل است و اگر هم بعد از ازدواج اولی منحل گردد موجب احیاء ازدواج باطل نمی‌شود. در سیستم حقوق اسلامی و سیستم حقوق مدنی ایران ازدواج بعد از پر شدن عدد چهار باطل می‌باشد. سیستم بعدی قانون حمایت خانواده نیز ازدواج بعد از پر شدن عدد را باطل می‌داند و فقط در قلمرو عدد مجاز تشریفات خاصی را مقرر داشته که عدم رعایت آن جرم تلقی می‌شود.

۸۸- ج: ازدواج با محارم: در تمام سیستم‌های حقوقی باطل است. در سیستم حقوق فرانسه نیز که ازدواج عمو و عمه با برادرزاده یا خالو و خاله با خواهرزاده با اجازه مراجع مخصوص مجاز شمرده شده است در صورتی که بی‌اجازه باشد باطل است و اجازه بعدی موجب تصحیح آن نمی‌شود. در سیستم حقوق ایران حرمت مطلق جمع (بین دو خواهر) موجب بطلان مطلق و حرمت نسبی (جمع عمه و خاله با برادرزاده یا خواهر زاده) موجب بطلان نسبی است و اجازه بعدی همسر اولی موجب صحت ازدواج دومی است.

۸۹- د: عدم بلوغ ازدواجی- در سیستم حقوق اسلام رشد و بلوغی کلی مقرر شده است که با رسیدن به آن سن زن و مرد در تمام اعمال و منجمله ازدواج کبیر شناخته می‌شوند و اگر ولی قهری کودکی در دوران صغر او با استفاده از اختیار ولایت برای او عقد ازدواجی منعقد کرده باشد حقوق امامیه رضایت شخص زوجین را بعد از کبیر شدن لازم می‌داند و چنین عقدی مانند عقد فضولی است که محتاج به تنفیذ بعدی (بعد از کبیر شدن) زوجین است. بعکس بعضی فرق عامه که همان ازدواج را معتبر می‌دانند اما در دوران صغر اگر خود صغیر ازدواجی منعقد نماید مطلقاً باطل است.

در سیستم‌های حقوقی جهان معاصر سن ازدواج کمتر از سن کبر است و قبل از وصول به بلوغ ازدواج امکان آن هست که به زوجین اجازه ازدواج داده شود (بجز سیستم فعلی معمول در قانون اخیر حمایت خانواده در ایران که سن ازدواج برای مرد ۲۰ سال تعیین شده است و برای مرد در هیچ موردی معافیت از شرط سن اعطا نمی‌شود).

ازدواج در سنین مجاز ولی در حال صغر (مثلاً پسر ۱۸ ساله در فرانسه) محتاج به رضایت شخص زوجین و ولی اوست، ازدواج در سنینی که مجاز نیست ولی می‌توان معافیت از شرط سن تحصیل کرد گرچه منطقیاً باید از موارد بطلان مطلق باشد اما عملاً رویه‌های قضائی آن را جزء موارد بطلان نسبی دانسته و اجازه بعدی مراجع را موجب تنفیذ می‌دانند اما ازدواج در سنین غیرمجاز که نمی‌توان معافیت شرط سن تحصیل کرد بطور مطلق باطل است.

### بطلان نسبی در نکاح

۹۰- موارد بطلان نسبی از این قرار است:

۱. اشتباه در شخص طرف به نحوی که آن اشتباه مؤثر باشد یا ذکر صفتی در طرف که بعداً معلوم شود فاقد آن است. تشخیص اینکه صفت مورد شرط جنبه اساسی دارد یا نه با مراجع قضائی است.
۲. اجازه ولی خاص یا قیم در مواردی که احد از زوجین به سن کبر قانونی نرسیده.

۹۱- مواردی که وجود دارد که قانون انجام بعضی تشریفات را ضروری می‌داند ولی عدم رعایت آنها موجب بطلان (نه مطلق نه نسبی) نیست بلکه احیاناً ممکن است موجب تعقیب جزائی یا انتظار می‌گردد مثلاً:

۱. عدم اجازه مافوق (ازدواج ایرانی یا خارجی) مثلاً برای کارمندان وزارت خارجه.
۲. در حقوق ایران عدم ثبت واقعه ازدواج جرم است اما موجب بطلان نیست. (در سیستم‌های غربی ثبت از ارکان است).
۳. عدم اجازه پدر در مورد باکره رشیده (حقوق ایران) فقط موجب تعقیب انتظامی سردفتر است، در فرانسه و حقوق مغرب زمین چنین موردی که مصداق ندارد.
۴. عدم رعایت مقررات انتشار یا ازدواج در عده (در حقوق فرانسه) موجب بطلان نیست. در حقوق ایران مقررات انتشار وجود ندارد و ازدواج در عده موجب بطلان مطلق است.

۹۲- موارد فسخ نکاح در حقوق ایران: بعضی از این موارد در سیستم‌های حقوقی غربی ممکن است بعنوان موارد بطلان یا طلاق مورد استناد قرار گیرد ولی فسخ نکاح به نحوی که در حقوق ایران مطرح است در آن سیستم‌ها وجود ندارد. بعد از اعلام بطلان نکاح در صورتی که طرفین دارای چنین نیت بوده‌اند مدت سابق را عملاً بعنوان ازدواج تلقی می‌کنند و اگر یکی از طرفین در اشتباه بوده است نسبت به او آن دوران معتبر شناخته می‌شود. این حالت را در حقوق فرانسه «ازدواج فرضی»<sup>۳۴</sup> می‌نامند. فسخ نکاح (در سیستم حقوق ایران) نیز از این حیث مانند اشتباه طرفین تلقی می‌شود.

#### طلاق در حقوق مسیحیت

۹۳- در مسیحیت طلاق ممنوع است: مدت‌ها بین روحانیون مسیحی اختلاف نظری در این مورد موجود بود و عده‌ای از آنان طلاق را فقط در مورد زنا اجازه می‌دادند ولی متدرجاً نظریه منع مطلق طلاق از قرن هشتم میلادی تفوق پیدا کرد و حتی از قرن ۱۲ منع آن امری بدیهی تلقی می‌شد تا در جریان رفرم پرتستانها از نظریه قدیم نیز تجاوز نموده و اینک از نظر آنها در بسیاری موارد طلاق مجاز شمرده می‌شود.

در کشورهای اروپائی در دوران قدیم به پیروی از حقوق مسیحیت طلاق ممنوع بود و هر وقت یا در هر کجا جریان اجتماعی در جهت انحراف و دوری از مذهب ایجاد می‌شد و یا مذهب پرتستان تفوق پیدا می‌کرد طلاق اجازه داده می‌شد. انقلاب کبیر فرانسه طلاق را اجازه داد. بعد از سلطنت مجدد سلسله بوربون و شکست ناپلئون مجدداً طلاق ممنوع گردید تا باز در ۱۸۸۴ طلاق مجاز شمرده شد.

امروزه تقریباً در کلیه کشورها (بجز اسپانیا) طلاق مجاز است و ایتالیا نیز اخیراً طلاق را مجاز شمرد. در روسیه شوروی بلافاصله بعد از انقلاب طلاق آزاد و سهل شد. هر یک از زوجین می‌توانستند اعلام طلاق کنند. بعداً مقرر شد که این طلاق باید به ثبت برسد و آخرین تحول اختیار طلاق را به دادگاه داد که هرگاه قطع رابطه (طلاق) بنظر دادگاه ضرورت داشت یا بقای خانواده با تربیت کمونیستی اطفال منافی بوده و خانواده نتوانست چنین تربیتی را تأمین نماید حکم طلاق داده می‌شود.

## ماهیت حقوقی طلاق

۹۴- در حقوق غربی چون دادگاه حکم طلاق می‌دهد بنابراین همین که قطعیت دادنامه صادره در دفاتر مربوطه به ثبت رسد طلاق حاصل می‌شود اما در حقوق ایران مأخوذ از حقوق اسلامی طلاق ایقاع است یعنی از یک طرف مانند عقد محتاج به اعلام رسمی است و از طرف دیگر این اعلام صرفاً بعهده مرد است. بنابراین طلاق از ناحیه مرد وقتی واقع شد و شرایط صحت آن محرز گردید در اعتبار آن تردیدی نیست و ثبت طلاق‌نامه گرچه الزامی است و عدم رعایت آن موجب تحمل مجازات است مع هذا در صحت آن خللی وارد نمی‌سازد همچنین قوانین حمایت خانواده نیز در این ماهیت تغییری نداده‌اند و فقط دفترخانه را موظف کرده‌اند که قبل از ثبت واقعه طلاق اجازه دادگاه را مطالبه نماید. بالنتیجه زوجین موظف شده‌اند برای اخذ گواهی لازم به دادگاه مراجعه کنند.

## طلاق در حقوق اسلام

۹۵- در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران طلاق به عهده مرد است و مرد هر وقت بخواهد می‌تواند زن را طلاق بدهد در موارد خاصی به زن اجازه داده شده است که خود را مطلقه سازد و در این موارد نیز حاکم به نمایندگی از طرف شوهر ممتنع طلاق را جاری می‌سازد. عمده این موارد عبارتست از:

۱. وقتی که مرد غایب مفقودالاثرباشد.

۲. استنکاف شوهر از دادن نفقه یا عدم قدرت او برای انفاق

۳. عدم انفاق یا امتناع از ادای سایر وظایف زوجیت

۴. سوء معاشرت

۵. ابتلاء شوهر به بیماری صعب‌العلاج

گذشته از این موارد اصولاً زن حق دارد در اول ازدواج هرگونه شرطی که مخالفت مقتضای عقد نباشد در قباله درج نماید مثلاً حق سکنی را برای خویش قایل شود و در صورت تخلف از این شروط یا فی‌المثل در صورت ندادن نفقه در مدت معین یا زن دیگر گرفتن و امثال آن مرد به زن وکالت بلاعزل اعطاء کند که خود را مطلقه سازد. بنابر این با وسعت دایره اختیارات اولیه زن در تشریط شروط ضمن تنظیم قباله عقد و امکان تفسیر وسیع از موارد پنجگانه مذکور در قانون مدنی و بخصوص وجود خلع و مبارات (که در سیستم‌های غربی مشابه ندارد) مقنن از تنظیم قوانین مضر یا لاقابل‌بی‌اثر به نام حمایت خانواده بی‌نیاز می‌باشد در موارد نهادهای حقوقی که مبنای عاطفی دارد (زوجیت ولایت...) هرچه کمتر دخالت رسمی از طرف مقننه بعمل آید بهتر است و اگر حل مسایل در اینگونه موارد به عهده اخلاق و عرف و رویه قضائی واگذار شده و تکامل مورد نظر نیز از این مسیر تأمین شود بهتر است.

۹۶- قانون حمایت خانواده مصوبه ۱۳۵۴ مقرر داشته است (ماده ۸) در موارد زیر زن و شوهر برحسب مورد می‌توانند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند:

۱. توافق زوجین

۲. استنکاف شوهر از دادن نفقه زن و عدم امکان الزام او به دادن نفقه همچنین در موردی که شوهر سایر

حقوق زن را وفا نکند و اجبار به ایفاء ممکن نباشد.

۳. عدم تمکین زن از شوهر
  ۴. سوء رفتار و یا سوء معاشرت از زوجین بحدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیر قابل تحمل نماید.
  ۵. ابتلاء هر یک از زوجین به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد.
  ۶. جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.
  ۷. عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال بکار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات زن یا شوهرش باشد.
  ۸. محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر حبس و بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.
  ۹. ابتلاء به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه بر اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد.
  ۱۰. هرگاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند.
  ۱۱. هر یک از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است.
  ۱۲. محکومیت قطعی هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد، تشخیص اینکه جرمی مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.
  ۱۳. در صورت غایب مفقود الاثر با رعایت مقررات ماده ۱۰۲۹ ق.م این طلاق باین است ولی در مدت عده به تراضی قابل رجوع می‌باشد.
  ۱۴. در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات رسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند.
- ۹۷- در انتقاد از ماده فوق سه نکته بارز به چشم می‌خورد.

اول- چنانچه رویه قضائی قوی وجود داشت غالب موارد فوق را از مقررات قانون مدنی می‌توانست استنتاج نماید و حقوق خانواده می‌توانست بدون اینکه ضرر معنوی تغییر هرروزه قانون را تحمل کند به همین نتایج برسد، رویه قضائی فرانسه از سه مورد قانونی موارد بسیاری را استنتاج نموده است.

دوم- بسیاری موارد فوق را ممکن بوده در قباله‌های ازدواج بصورت شرط ضمن عقد بنویسند و به طرفین تفهیم کنند تا با این نحو عرف و عادات اجتماعی که در این مورد مبتنی بر شرع است متزلزل نشده و بنیاد اخلاقی خانواده از هم نپاشد و حال آنکه در قانون حمایت خانواده مصوبه ۱۳۵۳ چنین ماده‌ای را که در قانون قبلی وجود داشت حذف نمود و قدمی رسمی بسوی لائیک نمودن طلاق

برداشت.

سوم- چنین طلاق از لحاظ شرعی باین نیست و طلاق باین نیز با توافق قابل رجوع نیست، قانون قبلی حمایت خانواده طلاقهائی را مقرر داشت که صحت شرعی آن مشکوک است و قانون فعلی ازدواج مشکوک (زوجیت از رجوع به تراضی) را نیز بر آن افزود حال آنکه اگر موارد مذکور را بعنوان شرط ضمن عقد می‌گنجانند ممکن بود وکالت در طلاق خلع به زن داده شود تا طلاق باین گشته و اختیار رجوع به دست زن بیفتد.

### طلاق در حقوق فرانسه

۹۸- امروز در سیستم حقوق فرانسه در سه مورد طلاق مجاز است:

۱. زنای محصنه<sup>۳۵</sup> در صورتی که در محکمه ثابت گردد و به محکومیت جزائی منجر شود، توجه شود که در حقوق فرانسه شرایط تحقق زنا در مورد مرد بیشتر از زن است و هر زنائی را از طرف مرد نمی‌توان Adultere نامید اما هرگونه زنائی از طرف زن محصنه تلقی می‌شود.

۲. زجر و شکنجه

۳. توهین شدید

بسیاری موارد را که قانون ذکر نکرده است از قبیل ترک همخوابگی، ترک انفاق، ترک وفاداری، نشوز زن، حسادت زیاد مرد، مستی و ... را رویه قضائی به منزله توهین شدید گرفته است و تراضی طرفین را نیز گرچه مقنن شرط نموده است اما عملاً موجب طلاق می‌گردد بدین معنی که طرفین با صحنه سازی حکم طلاق می‌گیرند.

۹۹- نقش حقوقدان و علم حقوق در قانونگذاری

۱۰۰- نظارت و تفوق حقوق بر مسائل اداری و دولتی

**پایان**