

## تأملی در قلمرو ماده ۹۶۳ قانون مدنی و شمول آن نسبت به آثار نکاح زن ایرانی با مرد خارجی

مصطفی دانش پژوه\*

استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (قم)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۲۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۱۰/۲)

### چکیده

ماده ۹۶۳ قانون مدنی به عنوان یک «قاعده حل تعارض»، روابط شخصی و مالی زوجینی را که تبعه یک دولت نیستند، تابع قانون دولت متبوع شوهر می‌داند. در نگاه نخست، ظهور بدوی این ماده روابط شخصی و مالی زنی ایرانی را که با مردی خارجی ازدواج کرده است، شامل می‌شود و آن را تابع قانون دولت متبوع شوهر خارجی‌اش می‌داند. اما منطق و آیین استنباط حقوق، یعنی دقت در نسبت ماده یادشده با مواد ۶ و ۷ قانون مدنی و نیز منطق عمومی قانون‌گذاری (تثبیت و تعمیم صلاحیت و حاکمیت قانون داخلی و نیز حمایت قانونی قانون‌گذار از اتباع خود) در خصوص ظهور و شمول بدوی یادشده تأمل و تردید، و حتی آن را انکار کرده است. افزون بر آن، نگاهی اقتباسی به فقه اسلامی راه حل دیگری را پیش روی قانون‌گذار می‌گذارد. مقاله حاضر به بیان این تأمل، تردید و انکار و تبیین راه حل فقه اسلامی می‌پردازد و در پایان چند پیشنهاد اصلاحی به قانون‌گذار ارائه می‌دهد که در صورت انجام آن، اولاً غبار تردید و اجمال از چهره قانون زدوده می‌شود و دوم، راه حلی هماهنگ‌تر با مصالح اتباع ایرانی و فقه اسلامی جانشین راه حل موجود می‌گردد.

### واژگان کلیدی

صلاحیت قانون شوهر، صلاحیت قانون مقر دادگاه، صلاحیت قانون ملی.

### ۱. مقدمه

ماده ۹۶۳ قانون مدنی به‌عنوان یک «قاعده حل تعارض»، روابط شخصی و مالی زوجینی را که تبعه یک دولت نیستند، تابع قانون دولت متبوع شوهر می‌داند. در نگاه نخست، ظهور بدوی این ماده روابط شخصی و مالی زنی ایرانی را که با مردی خارجی ازدواج کرده است، شامل می‌شود و آن را تابع قانون دولت متبوع شوهر خارجی اش می‌داند. اما منطق و آیین استنباط حقوق و دقت در نسبت ماده یادشده با مواد ۶ و ۷ قانون مدنی و نیز منطق عمومی قانون‌گذاری (تثبیت و تعمیم صلاحیت و حاکمیت قانون خودی و نیز حمایت قانونی قانون‌گذار از اتباع خود) در خصوص این ظهور و شمول، تأمل و تردید دارد و حتی آن را انکار می‌کند. افزون بر آن، نگاهی اقتباسی به فقه اسلامی راه حل دیگری را فراروی قانون‌گذار قرار می‌دهد.

مقاله حاضر به بیان این تأمل، تردید و انکار و تبیین راه حل فقه اسلامی می‌پردازد و در پایان چند پیشنهاد اصلاحی به قانون‌گذار ارائه می‌دهد که در صورت انجام آن، غبار تردید و اجمال از چهره قانون زدوده می‌شود. دیگر اینکه راه حلی هماهنگ‌تر با مصالح اتباع ایرانی و فقه اسلامی، جانشین راه حل موجود می‌کند.

به این منظور در گام نخست با نقد و تحلیل قوانین موجود و ارائه تفسیر قضایی جدید از موضوع بحث، رابطه زن ایرانی با شوهر خارجی اش را از شمول ماده ۹۶۳ خارج می‌سازد و بر اساس آن و با تعدد نسبت به معیار قانون‌گذار برای تعیین قانون صالح (صلاحیت قانون دولت متبوع شوهر)، چند پیشنهاد اصلاحی را با کمترین تغییر به قانون‌گذار تقدیم می‌کند و در گام دوم با اشاره به نبود پشتوانه منطقی برای معیار یادشده و تبیین منطقی بودن صلاحیت قانون مقرر دادگاه و نیز با نگاهی اقتباسی به فقه اسلامی، پیشنهادهای بنیادی‌تری را مطرح می‌کند که بر اساس آن به‌طور کلی در موارد اختلاف تابعیت طرفین - و دست‌کم روابط زوجین، جز در مواردی خاص - قانون ایران صالح و حاکم باشد.

### ۲. قواعد اصلی حاکم بر احوال شخصیه و استثنای آن

سه قاعده اصلی برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه در حقوق ایران به این ترتیب پیش‌بینی شده است:

الف) اصلی‌ترین قاعده، ماده ۵ قانون مدنی است که بر اصل صلاحیت قانون سرزمینی ایران و به عبارت دیگر اصل صلاحیت قانون مقرر دادگاه [ایرانی] تأکید می‌کند و مقرر می‌دارد: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

ب) قاعده دوم که از یک سو، تأکیدی بر قاعده اول و از سوی دیگر تعمیم‌دهنده قلمرو آن است، ماده ۶ قانون مدنی درباره احوال شخصیه ایرانیان است که آن را تابع قانون ایران، یعنی قانون ملی آن‌ها اعلام می‌کند و مقرر می‌دارد: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص وارث، در مورد کلیه اتباع ایران، ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود».

ج) قاعده سوم که در واقع استثنایی بر قاعده اول است، ماده ۷ قانون مدنی است که اتباع بیگانه مقیم ایران را از قلمرو قوانین سرزمینی و مقر دادگاه ایرانی خارج ساخته، مشمول قوانین ملی آن‌ها قرار می‌دهد و 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 متبوع خود خواهند بود».

مفاد این سه ماده را می‌توان این‌گونه جمع‌بندی کرد: هرچند قاعده اولیه و کلی در دادگاه ایرانی، صلاحیت و حکومت قانون مقر دادگاه (ایران) بر کلیه دعاوی است، اما در خصوص احوال شخصیه، اصل اولیه آن است که قانون ملی، هم نسبت به ایرانیان (ماده ۶) و هم نسبت به خارجیان (ماده ۷)، صلاحیت و حکومت دارد؛ مگر مواردی که قانون‌گذار استثنا کرده باشد که به آن اشاره خواهد شد. در مقام اجرای قانون مصادیق خارجی احوال شخصیه از سه حال خارج نیستند:

۱. صلاحیت و حکومت قانون ملی در پاره‌ای موارد قطعی است و بر اساس آن حکم صادر می‌شود، مثل آنجا که طرفین دعوا دارای تابعیت واحد و مشترک باشند و مصادق مواد ۹۷۳ و ۹۷۵ قانون مدنی قرار نگیرند؛ مانند اینکه هر دو ایرانی یا هر دو پاکستانی باشند.

۲. اما در پاره‌ای دیگر از موارد، عدم صلاحیت و حکومت قانون ملی و به‌طور مشخص قانون ملی خارجی قطعی است و این خود دو گونه است:

الف) قانون ملی خارجی به‌طور کلی درباره اتباع خارجی اجرا نمی‌شود، هرچند طرفین دارای تابعیت واحد و مشترک باشند؛ مثل آنجا که قانون خارجی مخالف با نظم عمومی جامعه ایرانی باشد (ماده ۹۷۵) و یا به قانون ایران احاله شده باشد (ماده ۹۷۳).

ب) قانون ملی خارجی حداقل نسبت به یک طرف اجرا نمی‌شود؛ مانند آنکه زنی خارجی با مردی از اتباع غیر دولت متبوعش ازدواج کند، که آثار نکاحش، نه تابع قانون ملی او، که تابع قانون ملی شوهرش خواهد بود (ماده ۹۶۳).

۳. در پاره‌ای از موارد، اجرا شدن یا نشدن قانون ملی قطعی نیست و مشکوک است و هدف این مقاله نیز واکاوی و بازخوانی یکی از این موارد، یعنی تبیین قلمرو ماده ۹۶۳ و شمول آن نسبت به آثار نکاح زن ایرانی است که با مرد خارجی ازدواج کرده است و اینکه در

این خصوص آیا قانون خارجی (قانون دولت متبوع مرد) حاکم است یا قانون ایران (قانون دولت متبوع زن).

برای دستیابی به پاسخی صحیح، پس از طرح مسئله، نخست به ارائه دیدگاه‌های مختلف می‌پردازیم و سپس به تبیین ادله هر دیدگاه و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت و در ادامه نگاهی هم به راه حل فقه اسلامی خواهیم افکنند و در نهایت با ارائه چند پیشنهاد اصلاحی به قانون‌گذار، بحث را به پایان خواهیم برد.

### ۳. قلمرو شمول ماده ۹۶۳

همان‌طور که اشاره شد، احوال شخصیه هر ایرانی و از جمله آثار نکاح او به استناد ماده ۶ قانون مدنی تابع قانون ایران و آثار نکاح هر خارجی به استناد ماده ۷ تابع قانون دولت متبوع او خواهد بود. این امر آنجا که زوجین هر دو ایرانی یا لبنانی یا عراقی باشند، بی‌هیچ اشکالی صادق و جاری است، اما همه اشکال آنجاست که زوجین تابعیت‌های متفاوتی داشته باشند. در این صورت این پرسش پدید می‌آید که آیا در اینجا هم همچنان قانون ملی حاکم است؟ کدام قانون ملی؟ قانون ملی زن یا قانون ملی شوهر؟ و به چه دلیل؟ یا آنکه اصولاً باید از حکومت قانون ملی صرف نظر کرد و قانون دیگری، مثلاً قانون اقامتگاه مشترک یا قانون مقر دادگاه، را جانشین قانون ملی ساخت؟

جدای از دیدگاه‌ها و پاسخ‌های نظری، ماده ۹۶۳ قانون مدنی با اعلام صلاحیت و حکومت قانون دولت متبوع شوهر، پاسخی عملی و قضایی به این پرسش داده است: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آن‌ها، تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». در اجرای این ماده در صورتی که زوجین هر دو خارجی، برای مثال یکی لبنانی و دیگری عراقی، باشند، جای هیچ‌گونه تردیدی نیست. همچنان که آنجا که زوج ایرانی و زوجه خارجی باشد، حداقل هیچ‌گونه تردید یا نظر مخالفی ابراز نشده است (گرچه می‌تواند محل تأمل باشد)، اما در مورد آنجا که زوجه ایرانی و زوج خارجی باشد، حکم به اجرای قانون خارجی به شدت جای تردید و تأمل است که این مقاله به بررسی آن می‌پردازد، اما پیش از آن لازم است به نقل دیدگاه‌ها بپردازیم:

### ۳.۱. دیدگاه‌ها

برخی از حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی اصولاً به بحث قانون حاکم بر آثار نکاح و طبعاً فرض‌های مختلف آن نپرداخته، تنها برای تعیین قانون حاکم بر ایجاد و علقه نکاح خارجیانی که تابعیت‌های متفاوت دارند، با استناد نابجا به ماده ۹۶۳ قانون مدنی، قانون دولت متبوع مرد

را حاکم و صالح دانسته‌اند (مدنی، ۱۳۷۸، ص ۲۷۵)، اما آنان که در این باره سکوت نکرده‌اند، معمولاً به شمول ماده یادشده نسبت به آثار نکاح زن ایرانی که با مرد خارجی ازدواج کرده است، نظر دارند. به نظر می‌رسد این دیدگاه از چند جهت قابل نقد است که با فرض درستی نقدها، می‌توان دیدگاه عدم شمول را نیز که مدعای این مقاله است، مطرح کرد. همین‌طور در ادامه، نخست به تبیین دیدگاه شمول‌گرایان و نقد آن می‌پردازیم تا زمینه برای طرح دیدگاه عدم شمول فراهم شود.

### ۳. ۱. ۱. دیدگاه شمول

شمول‌گرایان، خود با دو روش و یا دو تبیین به شرح ذیل به شمول ماده یادشده گرایش نشان داده‌اند:

**الف) اطلاق.** برخی از حقوق‌دانان بدون آنکه به زن ایرانی که با مرد خارجی ازدواج کرده است، تصریح کنند؛ به گونه‌ای از حکومت قانون ملی شوهر سخن گفته‌اند که زن ایرانی را نیز شامل می‌شود. برخی دیگر با وجود اینکه معمولاً به تفصیل و با ترسیم نمودار به فروض مختلف مسئله می‌پردازند، در اینجا بدون اشاره به تفصیل‌های موجود یا ممکن اظهار داشته‌اند: «در حقوق ایران، هرگاه دعوی ناشی از آثار رابطه زوجین خارجی [باشد، قاضی] به قانون دولت متبوع شوهر رجوع می‌نماید» (فدوی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۷).

برخی دیگر هم بدون اشاره به فروض مختلف، دعوی زن و شوهر بعد از انعقاد عقد ازدواج را تابع قانون دولت متبوع شوهر می‌دانند (ارفع‌نیا، ۱۳۷۶، ص ۵۸) و تصریح می‌کنند که ماده ۹۶۳ به آثار نکاح اختصاص دارد و «قابل تسری به زمانی که هنوز عقد ازدواج واقع نگردیده، نمی‌باشد» (همان).

**ب) تصریح.** اما برخی دیگر به صراحت از شمول ماده ۹۶۳ قانون مدنی نسبت به زن ایرانی که با مرد خارجی ازدواج کرده است، سخن گفته‌اند. برخی از اینان در مقام توجیه این دیدگاه می‌گویند: «قاعده‌ای که به این ترتیب در این ماده انعکاس یافته با دیگر قاعده‌های منعکس در قانون مدنی در مورد روابط زن و شوهر در خانواده‌های ایرانی و تحمیل تابعیت و اقامتگاه شوهر به زن، همسو و هماهنگ است. به این ترتیب می‌توان گفت قانون‌گذار ایران در تنظیم روابط زن و مرد در خانواده به اصول مقتبس از فقه همواره وفادار مانده است. از نتایج قاعده که به ترتیب یادشده در این باره منعکس گردیده، آن است که اگر زن دارای تابعیت ایران و شوهر دارای تابعیت بیگانه باشد، بر اساس همین قاعده، قاضی ایرانی ناگزیر است، قانون کشور متبوع شوهر را در مورد روابط شخصی و مالی آنان به قانون ایران ترجیح دهد و همان قانون را درباره چنین رابطه‌هایی حاکم بداند» (سلجوقی، ج ۲، ۱۳۸۶، ص ۲۵۴).

همین توجیه را برخی دیگر این گونه تبیین کرده‌اند: «در انتخاب قانون ملی زوج توسط ماده ۹۶۳ قانون مدنی، قانون‌گذار ایرانی از فقه اسلام که روابط زوجین را تابع مدیریت شوهر محسوب می‌دارد و ریاست خانواده را با مرد می‌داند، پیروی کرده است...» (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۴) و سپس تصریح می‌کند: «اگر زن دارای تابعیت دولت ایران و شوهر دارای تابعیت دولت بیگانه باشد، بر اساس قاعده صلاحیت قانون ملی شوهر، قاضی ایرانی مکلف می‌باشد تا قانون کشور متبوع شوهر را در مورد روابط شخصی و مالی زوجین اجرا نماید» (همان).

نویسنده دیگری هم پس از طرح مسئله و بیان دیدگاه‌های مختلف، زن ایرانی را که دارای شوهر خارجی است، به استناد ماده ۹۶۳ تابع قانون دولت متبوع شوهرش می‌داند و می‌نویسد: مسئله دیگری که در مورد اختلاف تابعیت زوجین مطرح می‌شود، راجع به روابط زن و شوهر بعد از انعقاد عقد ازدواج است، در این باره نیز عقاید مختلف است. بعضی معتقدند که هرگاه یک نفر از اتباع دولتی به قانون دولت متبوع خود استناد کند، دادگاه‌ها حتی‌المقدور باید قوانین متبوع خود را درباره او اعمال نمایند و از اجرای قانون خارجی خودداری کنند. بعضی دیگر می‌گویند چون دلیلی بر ترجیح قانون ملی یکی از زوجین بر قانون ملی دیگری وجود ندارد، مناسب این است که قانون اقامتگاه مشترک زوجین و در صورت نبود اقامتگاه مشترک، قانون مقر دادگاه اجرا گردد. قانون مدنی ایران در این خصوص قائل به ترجیح قانون دولت متبوع زوج است، زیرا ماده ۹۶۳ قانون یادشده به صراحت مقرر می‌دارد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی آن‌ها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». بنابراین اگر زن ایرانی که دارای شوهر خارجی است با استناد به قانون ایران خود را مجاز در همه نوع تصرف در اموال خود بداند، درحالی که قانون دولت متبوع شوهر زن را مجاز در تصرفات مستقل نسبت به دارایی خود نداند، در اینجا باید زن را مشمول قوانین دولت متبوع شوهر دانست (الماسی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۴).

### ۳. ۲. ۱. نقد و بررسی ادله دیدگاه شمول

حقوق‌دانان و نویسندگانی که تنها به طرح دیدگاه بسنده نکرده‌اند، برای اثبات یا حداقل توجیه دیدگاه خود، به دو دلیل یا دو تبیین (فقه‌گرایی قانون‌گذار و صراحت ماده ۹۶۳) اعتماد کرده‌اند. البته استناد به اطلاق و ظهور ماده را نیز به این ادله می‌توان افزود که البته هیچ‌کدام به شرحی که خواهد آمد، خالی از ملاحظه و مناقشه نیست؛ مناقشاتی که راه را برای پذیرش دیدگاه عدم شمول هموار می‌کند.

### ۳. ۱. ۲. ۱. ۱. فقه‌گرایی

همان‌طور که گذشت، برخی از شارحان قانون مدنی، وفاداری به فقه و فقه‌گرایی قانون‌گذار را دلیل وضع ماده ۹۶۳ دانسته و تصریح کرده‌اند: «قانون‌گذار در وضع این ماده از فقه اسلامی که روابط زوجین را تابع مدیریت شوهر محسوب می‌دارد و ریاست خانواده را با مرد می‌داند، پیروی کرده است» (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۴).

در این باره توجه به چند نکته لازم است:

الف) اسناد فقه‌گرایی به قانون‌گذار صرفاً یک حدس علمی است و در برابر دلیل مخالف تاب مقاومت ندارد و حداکثر آن است که در هنگام تعارض دو دیدگاه مختلفی که ارزش یکسان و همانندی دارند، می‌تواند سبب ترجیح دیدگاهی شود که با فقه هماهنگ‌تر است و البته چنان که خواهد آمد، دیدگاه مخالف بسی قوی‌تر از این دیدگاه است و نوبت به ترجیح یادشده نمی‌رسد.

ب) با فرض اینکه در فقه به‌طور مطلق مدیریت و ریاست خانواده با مرد باشد، ملازمه‌ای بین این حکم فقهی و صلاحیت قانون دولت متبوع شوهر وجود ندارد و به‌طور منطقی هیچ اشکالی وجود ندارد که مدیریت از آن شوهر باشد، اما ضوابط و معیارهای این مدیریت، بر اساس قانون زوجه معین شود؛ افزون بر آنکه حاکمیت مطلق قانون دولت متبوع شوهر در برخی از فرض‌ها خلاف مقصود است. برای مثال اگر فرض کنیم زن تابع قانون دولتی است که ریاست و مدیریت خانواده را از آن شوهر می‌داند و شوهر تابع قانون دولتی است که مدیریت و ریاست خانواده را از آن زن یا مشترک می‌داند، در چنین فرضی، حاکم دانستن قانون دولت متبوع شوهر، نقض غرض و خلاف مقصود است و موجب سلب مدیریت از شوهر می‌شود.

ج) صرف نظر از اشکال در ملازمه پیش‌گفته، اسناد این حکم به فقه اسلامی که روابط زوجین به‌طور مطلق تابع قانون شوهر است، درست نیست. توضیح آنکه در فقه اسلامی، چنان‌که اشاره خواهد شد - احوال شخصیه و از جمله آثار نکاح، بیشتر از منظر «دین» زوجین که گاه با «تابعیت» آن‌ها نیز ارتباط و یا حتی انطباق می‌یابد، بررسی می‌شود. اگر زوجین هر دو دارای دین یا مذهب واحدی باشند، اعم از شیعه، سنی، یهودی، مسیحی و زرتشتی، قوانین مذهبی خودشان - که قانون واحدی است - حاکم خواهد بود، اما اگر زوجین پیرو دو دین یا دو مذهب مختلف باشند؛ یکی مسیحی و دیگری یهودی و یا یکی شیعه و دیگری سنی و حتی یکی مسلمان و دیگری غیر مسلمان، همیشه قانون دین و مذهب شوهر حاکم نیست، بلکه به استناد قاعده فقهی «الزام»، گاه قانون دین و مذهب شوهر و گاه قانون دین و مذهب زن، صالح

و حاکم خواهد بود؛ چنان‌که گاه قانون رسمی دولت اسلامی یا همان فقه اسلامی به‌عنوان قانون مقرر دادگاه حاکم خواهد شد.

### ۳. ۱. ۲. صراحت ماده ۹۶۳

برخی دیگر از کسانی که به‌صراحت زن ایرانی را تابع قانون دولت متبوع شوهر دانسته‌اند، به «تصریح» ماده ۹۶۳ قانون مدنی استناد کرده و گفته‌اند: «...قانون مزبور، صریحاً مقرر می‌دارد...». البته این سخن جز به دلیل شدت ظهور و از باب تسامح پذیرفتنی نیست، زیرا اگر ماده ۹۶۳ درباره «زوجه ایرانی- زوج خارجی» صراحت داشته باشد، به‌طور منطقی جایی برای درنگ و پرسش باقی نمی‌ماند تا نوبت به پاسخ آن برسد. اینکه به‌رغم وجود ماده ۹۶۳، پرسش از قانون صالح و حاکم بر روابط «زوجه ایرانی - زوج خارجی» غیرمنطقی نیست (هرچند پاسخ آن، حداقل از منظر نویسنده محترم خیلی روشن باشد)، دلیلش آن است که این ماده درباره موضوع مورد بحث «صراحت» ندارد، بلکه حداکثر آن است که «ظهور» دارد و استناد به دلیل «ظاهر» هم در جایی است که دلیلی قوی‌تر برخلاف ظاهر وجود نداشته باشد که مفروض— چنان‌که خواهد آمد— وجود آن است. به عبارت دیگر ماده ۹۶۳ قانون مدنی مقرر نمی‌دارد که «روابط مالی و شخصی زوجه ایرانی و زوج خارجی، تابع قانون دولت متبوع شوهر است»، تا در صلاحیت قانون دولت متبوع شوهر خارجی زن ایرانی صراحت داشته باشد، بلکه واقعیت این است که در این ماده چنین آمده است: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند...» و به خارجی بودن هر دو، یا ایرانی بودن یکی از آن دو و به‌ویژه به ایرانی بودن زوج و خارجی بودن زوج تصریحی نکرده است. پس حداکثر آن است که می‌توان گفت اطلاق این ماده، موضوع بحث را نیز شامل می‌شود که البته این سخن— به شرحی که خواهد آمد— آغاز بحث و کلام است.

### ۳. ۲. ۱. ۳. اطلاق و ظهور ماده ۹۶۳ و نسبت آن با دیگر مواد مربوط

در کلام هیچ‌یک از شارحان ماده ۹۶۳ قانون مدنی، به‌صراحت از ظهور (اطلاق یا عموم) ماده ۹۶۳ قانون مدنی و نسبت آن با دیگر مواد مربوط، سخنی به میان نیامده است. با فرض ناتمام بودن دو دلیل «فقه‌گرایی قانون‌گذار» و «صراحت» ماده ۹۶۳، در دفاع از دیدگاه شمول‌گرایان به ظهور ماده یادشده می‌توان استناد کرد و چنین گفت که از یک‌سو، ماده ۶ قانون مدنی، به‌طور عام و مطلق، هر ایرانی را در احوال شخصیه و از جمله روابط شخصی و مالی ناشی از نکاح، تابع قانون ایران دانسته است؛ چه آن ایرانی مرد باشد یا زن و چه همسر او ایرانی باشد یا خارجی. از سوی دیگر، ماده ۷ این قانون نیز هر خارجی را به‌طور عام و مطلق، تابع قانون دولت متبوعش دانسته است؛ چه آن خارجی مرد باشد یا زن و چه همسر او هموطنش باشد و



چه غیرهموطن و آن غیرهموطن چه ایرانی باشد و چه خارجی. از سوی دیگر ماده ۹۶۳ روابط شخصی و مالی زوجین با اختلاف تابعیت را به طور مطلق (و یا عام) تابع قانون دولت متبوع شوهر می‌داند؛ چه زوجین هر دو خارجی باشند یا یکی ایرانی و دیگری خارجی و در صورت اخیر نیز چه زوج ایرانی و زوجه خارجی باشد یا برعکس زوج خارجی و زوجه ایرانی باشد. از جمع مواد یادشده درباره قانون حاکم بر روابط شخصی و مالی زوجین نتایج زیر حاصل می‌شود:

۱. اگر زوجین هر دو ایرانی باشند، قانون ایران حاکم است (به استناد ماده ۶).
  ۲. اگر زوجین هر دو خارجی هموطن باشند (برای نمونه لبنانی)، قانون خارجی (لبنان) حاکم است (به استناد ماده ۷).
  ۳. اگر زوجین هر دو خارجی باشند و غیرهموطن:
    - الف) نسبت به زوج قانون ملی‌اش حاکم است (هم به استناد ماده ۷ و هم ماده ۹۶۳ که بر آن تأکید می‌کند).
    - ب) نسبت به زوجه، قانون ملی‌اش حاکم نیست (به استناد ماده ۹۶۳ که در واقع استثنایی است بر ماده ۷).
  ۴. اگر زوج ایرانی و زوجه خارجی باشد:
    - الف) نسبت به زوج، قانون ملی‌اش، یعنی قانون ایران، حاکم است (هم به استناد ماده ۶ و هم ماده ۹۶۳ که بر آن تأکید می‌کند).
    - ب) نسبت به زوجه، قانون ملی‌اش حاکم نیست (به استناد ماده ۹۶۳ که در واقع استثنایی است بر ماده ۷).
  ۵. اگر زوج خارجی و زوجه ایرانی باشد:
    - الف) نسبت به زوج، قانون ملی‌اش (قانون خارجی) حاکم است (هم به استناد ماده ۷ و هم به استناد ماده ۹۶۳ که بر آن تأکید می‌کند).
    - ب) نسبت به زوجه ایرانی، قانون ملی‌اش (ایران) حاکم نیست (به استناد ماده ۹۶۳ که در واقع در اینجا استثنایی است بر ماده ۶).
- نتیجه آنکه در خصوص روابط شخصی و مالی زوج‌هایی که تابعیت واحد و مشترک دارند، به استناد ماده ۶ یا ۷ قانون مدنی، قانون ملی زوجین (ایرانی یا خارجی) حاکم است و این موضوع هیچ ارتباطی با ماده ۹۶۳ ندارد. اما در روابط زوجین با اختلاف تابعیت، زوج هم به استناد ماده ۶ یا ۷ و هم به استناد ماده ۹۶۳ تابع قانون ملی خودش هست، اما زوجه به استناد ماده ۹۶۳ از شمول قانون ملی‌اش خارج شده، تابع قانون ملی شوهرش می‌گردد. به عبارت دیگر می‌توان گفت، در خصوص شوهر، نسبت ماده ۹۶۳ (مقید یا خاص) با مواد ۶ و ۷

(مطلق یا عام)، نسبت تأییدی است؛ یعنی بر همان حکم مطلق و یا عام یادشده در مواد ۶ و ۷ تأکید دارد، اما در خصوص زن، نسبت تقییدی و یا تخصیصی است؛ یعنی زن را از شمول حکم مواد ۶ و ۷ (حکومت قانون ملی زن) خارج می‌سازد و تابع قانون ملی شوهر قرار می‌دهد و در این جهت فرقی نمی‌کند که زوج خارجی باشد (تقیید یا تخصیص ماده ۷) یا ایرانی (تقیید یا تخصیص ماده ۶).

### ۲.۳. دیدگاه عدم شمول

از میان نتایج پنج‌گانه پیشین، بند (ب) از نتیجه پنجم، محل بحث و تأمل و موضوع بحث این مقاله است که با این پرسش‌های جدی روبرو است:

**اول اینکه** آیا می‌توان به استناد فقه‌گرایی غیرمصرح در این خصوص زن ایرانی را مشمول ماده ۹۶۳ دانست و در نتیجه او را از شمول ماده ۶ و حاکمیت قانون ملی اش (ایران) خارج دانست؟

**دوم،** آیا می‌توان ماده ۹۶۳ قانون مدنی را مطلق دانست و با تمسک به اطلاق آن، ماده ۶ قانون مدنی را تقیید و یا تخصیص زد و همچون شمول‌گرایان، زن ایرانی را از شمول قانون ملی اش (ایران) خارج ساخت و تابع قانون ملی شوهرش (قانون خارجی) قرار داد؟ هرچند شمول‌گرایان به این دو پرسش پاسخی مثبت داده‌اند، اما اندکی درنگ و تأمل، جز پاسخی منفی فراروی ما قرار نمی‌دهد که با ادله زیر به پذیرش دیدگاه عدم شمول می‌انجامد.

### ۲.۳.۱. عدم اطلاق ماده ۹۶۳

عبارت زوجین در ماده ۹۶۳ هرچند بی‌قید است، اما اطلاق و شمول ندارد و «زوجه ایرانی» زوج خارجی را شامل نمی‌شود، زیرا یکی از شرایط اطلاق آن است که قرینه‌ای برخلاف یا انصرافی به پاره‌ای از مفاهیم یا مصادیق وجود نداشته باشد، درحالی که این ماده دارای این شرط نیست، زیرا به نظر می‌رسد اگرچه قانون‌گذار در عبارت بدون قید «زوجین» به صراحت زوجین را به قید «خارجی» مقید نکرده، اما عبارت بی‌قید او، صرفاً به «زوجین خارجی با تابعیت‌های متفاوت» منصرف است و زوجینی را که یکی از آنها ایرانی و دیگری خارجی باشد و از جمله «زوجه ایرانی-زوج خارجی» را شامل نمی‌شود.

دلیل این امر آن است که از یک سو موضوع مواد پیشین، یعنی مواد ۹۶۱ و ۹۶۲، صرفاً اتباع خارجی است و این قرینه‌ای است که موضوع ماده ۹۶۳ نیز اتباع خارجی یعنی زوجینی است که هر دو خارجی باشند، هرچند به آن تصریح نشده است. از سوی دیگر ماده ۹۶۲ و علی‌القاعده مواد ۹۶۳ تا ۹۶۵ نیز ناظر به ماده ۷ است و می‌خواهد مشکل ناشی از اختلاف

تابعیت طرفین یک رابطه حقوقی مبتنی بر تابعیت را حل کند. یعنی وقتی ماده ۷ قانون مدنی هریک از اتباع خارجی و از جمله هریک از زوجین را تابع قانون دولت متبوع خود می‌داند، اگر طرفین تبعه دو دولت متفاوت باشند، اجرای ماده ۷ با مشکل روبرو می‌شود. در اینجا ماده ۹۶۳ با تخصیص یا تقیید ماده ۷ نسبت به زوجه خارجی و خارج ساختن زوجه از شمول قانون دولت متبوعش و حاکمیت بخشیدن به قانون دولت متبوع شوهر، به حل مشکل پرداخته است و به هیچ وجه ناظر به ماده ۶ و اتباع ایران نیست تا زوجه ایرانی را از شمول قانون ایران خارج کرده، مسمول قانون دولت متبوع شوهر خارجی‌اش سازد. منطق قانون‌گذاری و تلاش قانون‌گذار در حمایت از اتباع دولت خویش و نیز اعتبار و اجرای هرچه بیشتر قانون خود (قانون مقر دادگاه)، به شدت شمول ماده ۹۶۳ را نسبت به زن ایرانی که شوهر خارجی دارد به تردید می‌افکند. پس در حقیقت ماده ۹۶۳ اطلاقی ندارد تا فرضاً بتوان با این اطلاق، ماده ۶ را تخصیص زد یا مقید ساخت.

درواقع ماده ۹۶۳ چیزی شبیه به ماده واحده مصوبه تیرماه ۱۳۱۲ درباره احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه است که در صورت اختلاف دین و مذهب طرفین، آنجا که هر دو طرف غیرشیعه باشند، قانون صالح را مشخص می‌کند و جایی را که یکی از طرفین شیعه باشد، شامل نمی‌شود. یعنی همان‌طور که احوال شخصیه ایرانیان «شیعی- غیرشیعی»، جز در موارد استثنایی یا در خصوص استناد به قاعده الزام (فتاحی، ۱۳۹۰)، تابع قانون رسمی ایران است، احوال شخصیه «ایرانی-غیرایرانی» نیز جز در موارد استثنایی و قاعده الزام، تابع قانون ایران می‌باشد.

### ۲.۲.۳. نبود امکان تخصیص و یا تقیید ماده ۶ قانون مدنی با ماده ۹۶۳

به چند دلیل نمی‌توان ماده ۹۶۳ را مخصص یا مقید ماده ۶ دانست، از جمله:

**الف)** بی تردید شمول ماده ۹۶۳ با فرض داشتن شمول، از نوع اطلاق- و نه عموم- است و تخصیص عام ماده ۶، به وسیله اطلاق ماده ۹۶۳ محل تأمل و حتی انکار است، زیرا یکی از شرایط اصلی تخصیص آن است که ظهور مخصص از ظهور عام قوی‌تر باشد، درحالی که ظهور ماده ۶ که «عمومیت» دارد از ظهور ماده ۹۶۳ که «اطلاق» دارد، قوی‌تر است. پس در صورت تردید، اطلاق ماده ۹۶۳ نمی‌تواند مخصص عموم ماده ۶ باشد.

**ب)** افزون بر آنچه گذشت، یکی دیگر از شرایط تخصیص آن است که رابطه دو قانون باید از نوع عموم خصوص مطلق باشد؛ درحالی که رابطه ماده ۶ و ۹۶۳ از نوع عموم و خصوص من وجه است، و در نتیجه در محل اجتماع دو ماده- در صورت تساوی در ظهور- با یکدیگر تعارض یافته، هر دو ساقط می‌شوند؛ نه آنکه یکی مخصص- و درواقع ناسخ- دیگری باشد. به عبارت دیگر، زوجه ایرانی که شوهر خارجی دارد، از یک سو به دلیل ایرانی بودن،

مشمول ماده ۶ قانون مدنی است و در نتیجه قانون ایران بر آثار نکاح او حاکم است، و از سوی دیگر مشمول ماده ۹۶۳ است و در نتیجه قانون دولت متبوع شوهر خارجی اش بر آثار نکاح او حاکم است. در این تعارض، در درجه اول و علی القاعده ماده ۶ به دلیل قدرت بیشتر ظهور آن بر ماده ۹۶۳ مقدم است و ترجیح دارد و در درجه دوم و با فرض تساوی، هر دو ماده ساقط و غیرقابل استناد شده و در نتیجه باید به ماده ۵ قانون مدنی استناد کرد که به موجب آن باز هم قانون ایران بر آثار نکاح زوجه ایرانی که شوهر خارجی دارد حکومت خواهد کرد.

ج) با چشم‌پوشی از همه آنچه گفته شد، باز هم ماده ۹۶۳ نمی‌تواند مخصص ماده ۶ باشد، زیرا در مبحث تخصیص گفته شده است که اگر مخصص، منفصل و مجمل و اجمال هم از نوع دوران بین اقل و اکثر باشد، اجمال از خاص به عام سرایت نمی‌کند و در نتیجه در موردی که یقین به تخصیص داریم با استناد به خاص، تخصیص انجام می‌شود، اما در موردی که شک در تخصیص داریم، استناد به خاص ممنوع است، اما استناد به عام بدون اشکال بوده، مورد مشکوک مشمول حکم عام خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۹۵۸۶). در موضوع بحث ما، مجموع مواد ۶ و ۷ در حکم قانون عامی است که هر شخص را در احوال شخصیه اش - و از جمله آثار نکاح - تابع قانون ملی خودش می‌داند و ماده ۹۶۳ در حکم قانون خاص منفصلی است که زنی را که با غیرهموطن خود ازدواج کرده است، از شمول قانونی ملی اش خارج می‌سازد. این خارج‌سازی از شمول قانون ملی در مورد زنی خارجی که با مرد غیرهموطنش ازدواج کرده، قطعی و یقینی است، پس ماده ۹۶۳، ماده ۷ را تخصیص می‌زند. اما این خارج‌سازی از شمول قانون ملی در خصوص زن ایرانی که با مردی خارجی ازدواج کرده، قطعی نیست و مشکوک است. پس نمی‌توان به ماده ۹۶۳ استناد کرد و استناد به ماده ۶ را تخصیص زد و زن ایرانی را از شمول ماده ۶ و حکومت قانون ملی اش (ایران) خارج ساخت، بلکه برعکس، ماده ۶ به قوت خود باقی است و در نتیجه این زن تابع قانون ایران خواهد بود. بدیهی است نمی‌توان این سخن و تردید را نسبت به زن خارجی موضوع بحث نیز صادق دانست و او را مشمول ماده ۷ و در نتیجه قانون ملی خودش قرار داد، چراکه در این صورت، وضع ماده ۹۶۳ لغو و بی‌اثر خواهد بود. پس برای فرار از این لغویت باید در مورد اقل یعنی زن خارجی، به خاص یعنی ماده ۹۶۳ استناد کرد، اما در مورد اکثر یعنی زوجه ایرانی نمی‌توان به خاص یعنی ماده ۹۶۳ استناد کرد، بلکه باید به عام یعنی ماده ۶ استناد جست.

### ۳.۲.۳. تردید در خروج شوهر خارجی از شمول ماده ۵ قانون مدنی

از نگاهی دیگر نیز می‌توان به همین نتیجه رسید و آن اینکه به استناد عموم ماده ۵ قانون مدنی، روابط حقوقی همه ساکنان ایران، از جمله خارجیان، تابع قانون ایران است. اما ماده ۷ قانون

مدنی احوال شخصیه خارجیان را استثنا کرده و تابع قانون دولت متبوعشان قرار داده است. قدر مسلم این تخصیص جایی است که مرد خارجی با زنی خارجی - چه هموطن و چه غیرهموطن - ازدواج کند، اما اگر با زنی ایرانی ازدواج کند، تخصیص و استثنا مشکوک است. پس عموم ماده ۵ به قوت خود باقی است و قانون ایران اگرچه به عنوان قانون مقرر دادگاه و نه به عنوان قانون دولت متبوع زن ایرانی، حاکم خواهد بود.

### ۳. ۲. ۴. اصل عدم نسخ

همه آنچه در باب امکان یا عدم امکان تخصیص ماده ۶ و ۷ قانون مدنی به وسیله ماده ۹۶۳ گفته شد، براساس این فرض استوار است که رابطه منطقی بین این دو ماده رابطه عام و خاص باشد؛ درحالی که درحقیقت چنین نیست و رابطه آن دو از نوع ناسخ و منسوخ، آن هم «نسخ ضمنی و جزئی» است. دلیل این امر آن است که در تخصیص باید یا هر دو قانون هم زمان وضع شده باشند (مثل مواد ۵ و ۷ قانون مدنی) و یا اگر هم زمان نباشند، قانون عام مقدم بوده، در آن پیش بینی تخصیص شده باشد (مثل برخی از اصول قانون اساسی، همچون اصل های ۲۲، ۲۵ و ۳۳ و قوانین عادی مربوط به تبیین شرایط اصل های یادشده) و یا آنکه خاص مقدم باشد (دانش پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۲۲ و ۲۲۳؛ قافی و شریعتی، ۱۳۸۵، ص ۲۳۸-۲۴۵). حال آنکه در خصوص ماده ۶ و ۷ (مصوب ۱۳۰۷) و ماده ۹۶۳ (مصوب ۱۳۱۳) که بیش از شش سال تقدم و تأخر دارند، و در خصوص زنی ایرانی که شوهر خارجی دارد، یا باید ماده ۶ را به دلیل اظهر و اقوی بودن خاص مقدم دانست که مخصص یا مقید عام یا اطلاق ماده ۹۶۳ می باشد و در نتیجه این زن در آثار نکاحش مشمول قوانین ایران خواهد بود و یا آنکه به دلیل تفاوت زمانی بیش از شش سال مواد ۶ و ۷ با ماده ۹۶۳، ماده اخیر را ناسخ دانست.

با فرض پذیرش رابطه ناسخ و منسوخ بین مواد پیش گفته، باید توجه داشت که قدر مسلم مورد این نسخ، نسخ ضمنی و جزئی ماده ۷ به وسیله ماده ۹۶۳ است، اما نسخ ضمنی و جزئی ماده ۶ به وسیله ماده ۹۶۳ پذیرفتنی نیست، زیرا از یکسو اصولاً نسخ خلاف اصل است و از سوی دیگر و در خصوص ماده ۶، خلاف منطبق عمومی قانون گذاری و نیز خلاف اصل حمایت قانون گذار از اتباع دولت خود می باشد. بنابراین، اگر عدم نسخ ماده ۶ به وسیله ماده ۹۶۳ قطعی و یقینی نباشد، دست کم در تحقق این نسخ به شدت تردید وجود دارد و چون نسخ خلاف اصل است باید به مقدار متیقن آن بسنده کرد و مورد مشکوک را - به استناد اصل عدم نسخ - از شمول قانون ناسخ خارج دانست. نتیجه آنکه ماده ۹۶۳ فقط ناسخ ضمنی و جزئی ماده ۷ قانون مدنی است و ماده ۶ به قوت خود باقی است و در نتیجه زن ایرانی که شوهر خارجی دارد، در آثار نکاحش همچنان تابع قانون ایران خواهد بود.

### ۳. ۲. ۵. مقتضای منطق حقوقی در فرض فقدان واقعی قانون

پرسش این است که اگر قاضی ایرانی در سال‌های پیش از تصویب جلد دوم قانون مدنی و از جمله ماده ۹۶۳ (سال ۱۳۱۲ ش)، با پرونده زوج‌هایی با اختلاف تابعیت (چه هر دو خارجی و چه یک طرف ایرانی و طرف دیگر خارجی) روبرو می‌شد چه می‌کرد؟ او که صرفاً مواد ۵، ۶ و ۷ قانون مدنی را در دست داشت، سکوت قانون را چگونه به سخن تبدیل می‌کرد؟ آیا لزوماً همچون قانون‌گذار شوهرگرایی می‌کرد و قانون دولت متبوع شوهر را مبنای رسیدگی خود قرار می‌داد یا آنکه منطق حقوقی احتمالاً راه دیگری فراروی او قرار می‌داد؟ پاسخ هرچه باشد، می‌تواند در تفسیر ماده ۹۶۳ به قاضی کمک کند، همچنان که می‌تواند قانون‌گذار را در تقنین جدید یا اصلاح قانون یاری رساند.

در پاسخ به این پرسش هم به لحاظ نظری اختلاف دیدگاه وجود دارد و هم قوانین کشورها راه حل‌های متفاوتی را مطرح می‌کنند و هم قضات و حقوق‌دانان هر کشوری در تفسیر قوانین خود به اختلاف سخن می‌گویند. برای تبیین بهتر مطلب در نظام حقوقی ایران، دو فرض «زوجین ایرانی- خارجی» و «زوجین هر دو خارجی» را به تفکیک بررسی می‌کنیم:

#### ۳. ۲. ۵. ۱. زوجین ایرانی- خارجی

با توجه به اینکه احوال شخصیه ایرانیان مشمول ماده ۶ و احوال شخصیه خارجیان مشمول ماده ۷ قانون مدنی می‌باشد، به‌طور منطقی باید در دعوی مربوط به زوجین (ایرانی- خارجی)، نسبت به طرف ایرانی ماده ۶ قانون مدنی و نسبت به طرف خارجی ماده ۷ قانون مدنی مستند تعیین قانون صالح قرار گیرد. نتیجه این استناد یکی از دو حالت زیر است:

الف) اگر استناد به این دو ماده قاضی را به نتیجه واحدی- و مشخصاً حاکمیت قانون ایران- رهنمون شود، قاضی باید به استناد این دو ماده بر اساس قانون ایران رسیدگی کند. برای مثال، اگر طرف خارجی مقیم ایران و از اتباع دولتی باشد که قانون اقامتگاه را بر احوال شخصیه حاکم می‌داند (احاله درجه یک)، قاضی به استناد ماده ۷ و منطق حاکم بر ذیل ماده ۹۷۳ قانون مدنی، قانون ایران را نسبت به این خارجی صالح می‌داند و نسبت به طرف ایرانی هم که ماده ۶ قانون مدنی، قانون ایران را صالح دانسته است، پس در نتیجه بدون هیچ تعارضی در دعوی زوجین (ایرانی- خارجی)، به استناد مواد ۶ و ۷ قانون مدنی، قوانین مادی ایران حاکم بر قضیه است؛ اعم از اینکه طرف ایرانی زوج باشد یا زوجه.

ب) اما اگر استناد به این دو ماده قاضی را به دو نتیجه متفاوت برساند، یعنی ماده ۶، قانون ایران را و ماده ۷، قانون خارجی را صالح اعلام کند، خود دو صورت خواهد داشت:

۱. مضمون و محتوای قوانین مادی دو کشور، همانند یا قابل جمع باشند. در این صورت قاضی به استناد هر دو قانون رسیدگی خواهد کرد؛ مانند دعوی زن ایرانی و شوهر مصری‌اش بر سر نفقه یا دعوی خواهر ایرانی و برادر عراقی‌اش بر سر میراث پدر بی‌تابعیتشان. بنابراین در مورد اخیر، یک سوم میراث به استناد ماده ۶ و سپس مواد مربوط به تعیین سهام ارث در قانون مدنی ایران به خواهر و دو سوم میراث به استناد ماده ۷ و سپس مواد مربوط به تعیین سهام در قانون دولت متبوع طرف خارجی به برادر اختصاص خواهد یافت.

۲. مضمون و محتوای دو قانون، ناهمانند و غیرقابل جمع باشند. در این صورت، اگر وجه ترجیحی برای یکی از دو قانون وجود نداشته باشد (که علی‌القاعده در دوران امر بین صلاحیت قانون داخلی و قانون خارجی از نگاه هر کشور، قانون داخلی همان کشور- و در خصوص موضوع بحث ما، قانون ایران- ترجیح دارد)، دو قانون یادشده به دلیل تعارض ذاتی و نیز دو ماده پیش‌گفته (۶ و ۷)، به دلیل تعارض عارضی تساقط نموده و غیرقابل استناد خواهند شد و در نتیجه راهی جز بازگشت به اصل و استناد به ماده ۵ قانون مدنی که قوانین مادی ایران را صلاحیت‌دار می‌داند، باقی نمی‌ماند.

### ۳. ۲. ۵. زوجین هر دو خارجی با اختلاف تابعیت

آنچه گفته شد، درباره زوجین خارجی با تابعیت‌های مختلف نیز صادق است؛ یعنی برای تعیین قانون حاکم بر احوال شخصیه هر طرف، باید یک بار به‌طور مستقل ( و در مجموع دو بار) به ماده ۷ قانون مدنی استناد کرد، اگر نتیجه این استنادها صلاحیت و حاکمیت قانون دولت واحدی باشد (چه ایران و چه یکی از دو دولت متبوع طرفین)، قوانین مادی همان دولت مبنای رسیدگی قرار خواهد گرفت، اما اگر نتیجه، صلاحیت قانون دو کشور مختلف باشد، خود دو صورت خواهد داشت:

الف) جمع بین دو قانون مادی ممکن باشد. در این صورت، به هر دو قانون استناد خواهد شد (مانند دعوی خواهر عراقی و برادر اردنی‌اش بر سر میراث پدر بی‌تابعیتشان)،

ب) جمع بین دو قانون مادی ممکن نباشد. در این صورت، چون هیچ وجه ترجیح منطقی برای هیچ‌یک از دو قانون وجود ندارد، راهی جز تساقط دو قانون خارجی و استناد به ماده ۵ قانون مدنی ایران و در نتیجه صلاحیت قوانین مادی ایران وجود نخواهد داشت.

نتیجه این بند را می‌توان چنین تلخیص کرد:

در دعاوی مربوط به احوال شخصیه در دادگاه ایرانی، در صورت اختلاف تابعیت طرفین، برای هر طرف مستقل از طرف دیگر باید به ماده ۶ یا ۷ قانون مدنی استناد کرد، اگر این دو یا چند استناد قاضی را به نتیجه واحدی رهنمون سازد، یعنی قانون دولت واحدی صلاحیت‌دار

شناخته شود، قاضی باید به استناد همان قانون رسیدگی کند؛ چه آن قانون، قانون ایران باشد (به عنوان قانون ملی یا اقامتگاه یا مقر دادگاه) یا قانون دولت متبوع یکی از طرفین. اما گر نتیجه این استنادها صلاحیت قانون دو یا چند کشور باشد، در این صورت اگر راهی برای ترجیح منطقی یکی از دو قانون یا جمع هر دو قانون و اجرای آن‌ها وجود داشته باشد باید همین کار را کرد؛ در غیر این صورت، هر دو قانون ساقط شده، با استناد به ماده ۵ قانون مدنی، باید قوانین مادی ایران را حاکم دانست.

شبهه این راه حل در فقه اسلامی نیز قابل مشاهده است که در شماره بعد به آن اشاره خواهد شد:

### ۳. ۲. ۶. مقتضای فقه اسلامی

همه آنچه گفته شد، بر اساس منطق عمومی حقوق در وضع قانون و آیین استنباط بود، اما شاهدی بیرونی در خصوص حقوق ایران، به ویژه ایران پس از انقلاب اسلامی، نیز آن گفته را تأیید می‌کند. به نظر می‌رسد در فقه و حقوق اسلامی در روابط بین‌الدیانی - که گاه رنگ بین‌المللی نیز می‌گیرد - آنجا که یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان باشد، اصل اولیه بر صلاحیت قانون اسلامی (قانون ملی طرف مسلمان، قانون مقر دادگاه) است، مگر آنکه بر اساس قاعده الزام که در بردارنده و تأمین‌کننده مصالح اتباع دولت اسلامی است، قانون غیراسلامی (قانون ملی طرف غیرمسلمان) صالح اعلام گردد و نیز - همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد - دعوی زوجین شیعی - غیرشیعی هم مشمول ماده واحده نبوده، جز در خصوص قاعده الزام، قانون اصلی کشوری، یعنی قانون مدنی، بر آن حکومت می‌کند.

بر این اساس، به تعبیر برخی از حقوق‌دانان، اگر قانون‌گذار ایران را فقه‌گرا و وفادار به فقه اسلامی و اقتباس‌کننده از آن بدانیم، باید در خصوص مسئله موضوع بحث، اصل را بر صلاحیت قانون ایران قرار دهیم؛ مگر در مواردی که قانون خارجی بیشتر مصالح طرف ایرانی را تأمین کند.

توضیح آنکه در فقه اسلامی درباره قانون حاکم بر احوال شخصی غیرمسلمانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقیهان در این مورد نیز همچون دعوی مسلمانان شریعت اسلامی را حاکم می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۱۸؛ اردبیلی، بی‌تا، ص ۶۸۴؛ فاضل مقداد، ۱۳۸۵، ص ۳۷۸؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۳۸۱؛ شعرانی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۸ و ۱۸۹ و طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۳۶)؛ چه طرفین دعوا هم‌کیش یا ناهم‌کیش باشند. اما دسته‌ای دیگر از فقیهان اجمالاً قانون مذهبی غیرمسلمانان را صالح و حاکم - و دست‌کم جائز الاجرا - می‌دانند. اما همین دسته هم در صورتی قانون مذهبی آنان را صالح می‌دانند که طرفین دعوا هم‌کیش باشند، ولی در صورت اختلاف



طرفین در دین- مانند آنکه یکی مسیحی و دیگری یهودی باشد- اصولاً بازگشت به اصل نموده، شریعت اسلامی را حاکم می‌دانند؛ بدون آنکه با «شوهرگرایی» یا «زن‌گرایی»، قانون دینی شوهر یا زن را حاکم بدانند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۲۷۱ و ۳۱۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۵۱؛ دراز، ۲۰۰۴، ص ۲۸۰ و ۲۸۲ و زیدان، ۱۴۱۲، ص ۵۹۲ و ۵۹۳).

قانون مدنی مصر هم در دعاوی مربوط به احوال شخصیه غیرمسلمانان مصری ناهم‌کیش، همین راه حل را پذیرفته است (الجمال، ۲۰۰۲، ص ۸۹).

با استفاده از این راه حل و نیز تفسیر منطقی پیش‌گفته، می‌توان گفت در حقوق ایران هم، در صورتی احوال شخصیه بیگانگان تابع قانون ملی خارجی است که طرفین دعوا دارای تابعیت واحد و مشترک باشند، اما در صورت اختلاف تابعیت (چه هر دو طرف خارجی باشند یا یک طرف ایرانی و یک طرف خارجی)، دو فرض می‌تواند وجود داشته باشد:

**الف) فرض عدم تردید.** هرگاه به دلایل پیش‌گفته، پرسش و تردید از بین رفته و درنهایت قانون مادی ایران یا قانون مادی خارجی صلاحیت‌دار تشخیص داده شود، همان قانون حاکم خواهد بود.

**ب) فرض تردید.** در صورت بقای تردید در تعیین قانون حاکم صالح (قانون ملی شوهر یا قانون ملی زن)، با بازگشت به اصل، یعنی ماده ۵ قانون مدنی، قانون ایران به‌عنوان قانون مقرر دادگاه صلاحیت انحصاری خواهد یافت و همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، این راه حل با تفسیر قضایی مواد ۵ تا ۷ قانون مدنی پیش از تصویب جلد دوم آن سازگار است، زیرا بی‌تردید ماده ۷ قانون مدنی (حکومت قانون خارجی بر احوال شخصیه بیگانگان) استثنایی از ماده ۵ (حکومت قانون ایران بر کلیه دعاوی مطروحه به‌عنوان قانون مقرر دادگاه) به‌شمار می‌آید که قدر مسلم آنجایی است که طرفین، خارجی و هر دو دارای تابعیت واحد باشند، اما در صورت اختلاف تابعیت طرفین (چه هر دو خارجی باشند یا یکی ایرانی و دیگری خارجی) و سرگردانی قاضی در انتخاب قانون صالح و در نتیجه تردید در شمول استثنای ماده ۷ نسبت به این مورد، به‌طور منطقی می‌بایست بازگشت به اصل نموده، با تمسک به عموم ماده ۵ قانون مدنی، قانون ایران را به‌عنوان قانون مقرر دادگاه، صالح و حاکم دانست.

#### ۴. نتیجه و پیشنهاد به قانون‌گذار

بر اساس آنچه گفته شد، نه‌تنها تفسیر مبتنی بر شوهرگرایی مطلق از ماده ۹۶۳ قانون مدنی با ضوابط استنباط صحیح سازگار نیست، و نه فقط راه حل مبنی بر شوهرگرایی یادشده در ماده ۹۶۳ فاقد وجاهت منطقی است، اصولاً وضع این ماده زائد به‌نظر می‌رسد، چراکه تفاسیر قضایی پیش‌گفته پاسخی برای سرگردانی و پرسش قاضی است که به‌سرعت تردید او را در

تعیین قانون صالح حاکم بر دعوای زوجین با اختلاف تابعیت برطرف می‌کند، جز آنکه البته وجود نص قانونی حاکی از قانون صالح که بتواند مستند قاضی قرار گیرد، بهتر از نبود آن است که قاضی ناگزیر شود با تفسیر قضایی، قانون صالح را معین کند. حقیقت این است که هرچند نص مربوط (ماده ۹۶۳)، به لحاظ عملی مفید و رافع حیرت و تردید قاضی است، متأسفانه به لحاظ نظری از پشتوانه منطقی قابل دفاعی برخوردار نیست؛ از این رو، بازنگری در مواد مربوط و اصلاح آن‌ها ضرورت می‌یابد. در راستای تحقق این امر ضروری، با توجه به توضیحات پیش گفته و نیز استفاده از قاعده الزام یادشده در فقه، می‌توان پیشنهادهای شش‌گانه اصلاحی و چند مرحله‌ای زیر را به قانون‌گذار تقدیم کرد:

پیشنهادهای مرحله اول (۱)، به وضعیت کنونی و تفسیر رایج ماده ۹۶۳، یعنی پذیرش نظریه شوهرگرایی با دیدگاه شمول، مربوط می‌شود.  
پیشنهادهای مرحله دوم (۲،۳،۴)، به پذیرش نظریه شوهرگرایی با دیدگاه عدم شمول مربوط می‌گردد.

پیشنهادهای مرحله سوم (۵،۶)، به پذیرش نوعی اقتباس از مقتضای فقه اسلامی که مستلزم نفی نظریه شوهرگرایی است، مربوط می‌شود که نتیجه آن پذیرش نوعی ایرانی‌گرایی به جای شوهرگرایی است، همچون مسلمان‌گرایی در فقه اسلامی، و نیز پذیرش اصل صلاحیت ثانوی قانون مقر دادگاه، همچون اصل صلاحیت ثانوی شریعت اسلامی، می‌باشد. این پیشنهادهای، جز پیشنهاد اول، از امتیازات زیر برخوردارند:  
یک: انطباق بیشتر با منطق عمومی قانون‌گذاری و اصل حاکمیت و صلاحیت قوانین داخلی؛

دو: انطباق بیشتر با اصل حمایت قانون‌گذار از اتباع دولت خویش؛  
سه: نزدیکی و انطباق بیشتر با فقه اسلامی؛  
چهار: سهولت بیشتر دادرسی و اجرای قوانین و احکام صادره.

#### ۴. ۱. پیشنهاد مربوط به مرحله اول

۱. اگر قانون‌گذار همچنان بر «شوهرگرایی» در ماده ۹۶۳ به‌طور مطلق باور دارد، باید اصلاحی در آن پدید آورد که به پرسش‌ها، تردیدها و اختلاف نظرهای موجود پایان دهد. برای این منظور باید با استفاده از ادات عموم، مانند «همه»، «هر» و «کلیه» این مطلب را تصریح کند؛ مثلاً بگوید: «روابط شخصی و مالی کلیه زوج‌هایی که اختلاف تابعیت دارند، تابع قانون دولت متبوع شوهر خواهد بود» تا تقریباً به‌صراحت، زن ایرانی را که با مرد خارجی ازدواج کرده است، شامل شود.

#### ۲.۴. پیشنهادهای مربوط به مرحله دوم

۲. اگر قانون‌گذار در عین حفظ معیار شوهرگرایی، زن ایرانی را از قلمرو شمول آن خارج می‌داند، باید با افزودن کلمه «خارجی» پس از واژه زوجین، این مطلب را تصریح کند و او را به‌طور تخصصی از شمول ماده خارج سازد؛ مثلاً بگوید: «اگر زوجین خارجی تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود». به این شکل، ماده ۹۶۳ به‌صراحت به زوجین خارجی اختصاص می‌یابد و زوج یا زوجه ایرانی را که همسر خارجی دارد، شامل نمی‌شود و آنان همچنان مشمول ماده ۶ قانون خواهند بود و در نتیجه قانون ایران بر آثار نکاحشان حکومت خواهد کرد و با فرض تعارض ماده ۷ با ماده ۶، یا ماده ۶ به دلیل موافقتش با ماده ۵ ترجیح و تعیین می‌یابد و یا آنکه هر دو ماده ساقط و غیرقابل استناد می‌شوند؛ پس با استناد به ماده ۵ باز هم قانون ایران بر روابط شخصی و مالی آنها حاکم خواهد بود (قانون مقرر دادگاه).

۳. در عین حال، به‌نظر می‌رسد برای تصریح بیشتر می‌توان ماده را این‌گونه نیز اصلاح کرد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود، مگر آنکه یک طرف ایرانی باشد که قانون ایران حاکم می‌باشد».

۴. البته در صورت تمام بودن «قاعده الزام» و جریان آن در خصوص موضوع بحث، اصلاح پیش‌گفته را این‌گونه می‌توان کامل کرد: «اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند، روابط شخصی و مالی آنها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود مگر آنکه یک طرف ایرانی باشد که در این صورت قانون ایران حاکم می‌باشد، جز موردی که طرف خارجی بر اساس قانون دولت متبوعش به نفع طرف ایرانی متعهد باشد».

#### ۳.۴. پیشنهادهای مربوط به مرحله سوم

قبل از بیان پیشنهادهای مربوط به این مرحله، توجه به این نکته لازم است که هرچند شوهرگرایی یادشده در ماده ۹۶۳ قانون مدنی، در دعاوی مربوط به زوجینی که اختلاف تابعیت دارند، به‌ویژه در صورت اعمال اصلاحات پیشنهادی، از آن جهت که قاضی را از سرگردانی نجات می‌بخشد، به لحاظ عملی مفید به‌نظر می‌رسد، اما به لحاظ نظری، همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، نه پشتوانه منطقی قابل دفاعی برای آن می‌توان یافت و نه در مذاکرات قانون‌گذار دلیلی برای آن می‌توان جست (نائینی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۳ و ۳۶۸)، افزون بر آنکه با راه حل مشابه در فقه اسلامی نیز که مبنا و همچنین روح حاکم بر حقوق ایران است، سازگار نیست؛ بنابراین باید راه حلی پیشنهاد کرد که افزون بر صراحت، از پشتوانه‌ای منطقی نیز برخوردار باشد.

۵. اصلاح ماده ۹۶۳ چنین است: «جز در دو مورد زیر، اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آنها تابع قانون ایران خواهد بود: ۱. طرف خارجی به استناد قوانین دولت متبوع خود، نسبت به طرف ایرانی متعهد باشد. ۲. به استناد قواعد حل تعارض هر دو کشور خارجی، فقط قانون یکی از آن دو کشور صالح باشد».

۶. از آنجا که منطبق پیش گفته به مسئله روابط زوجین اختصاص ندارد و کلیه روابط حقوقی مبتنی بر تابعیت را که طرفین رابطه اختلاف تابعیت داشته باشند، از جمله روابط فرزندان با پدر و مادر (موضوع ماده ۹۶۴) و ولایت قانونی و نصب قیم (موضوع ماده ۹۶۵) را هم شامل می‌شود، می‌توان این پیشنهاد اصلاحی را تعمیم داد و ماده ۷ قانون مدنی را با افزودن تبصره‌ای به ذیل آن، به گونه‌ای متمم نمود که دیگر اصولاً نیازی نماند به ماده ۹۶۳، بلکه مواد ۹۶۴ و ۹۶۵ نیز وجود نداشته باشد و به حذف آنها بینجامد: «جز در دو مورد زیر، در مسائل مربوط به احوال شخصیه، در صورت اختلاف تابعیت طرفین، قانون ایران حاکم خواهد بود: ۱. طرف خارجی به استناد قوانین دولت متبوع خود، نسبت به طرف ایرانی متعهد باشد. ۲. به استناد قواعد حل تعارض هر دو کشور خارجی، فقط قانون یکی از آن دو کشور صالح باشد».

در میان این پیشنهادها، پیشنهاد پنجم در خصوص موضوع این مقاله (ماده ۹۶۳)، بهترین و کامل‌ترین پیشنهاد است؛ هرچند پیشنهاد ششم که فراتر از موضوع بحث این نوشتار است، به دلیل عمومیت و اختصاص نداشتن به موردی مشخص (روابط زوجین)، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

## منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، ملا احمد (بی‌تا). زبده البیان. تهران، مکتبه المرتضویه.
۲. ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۷۶). حقوق بین‌الملل خصوصی. ج ۲، تهران، بهتاب.
۳. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۶). تعارض قوانین. تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۴. الجمال، مصطفی (۲۰۰۲م). الاحوال الشخصیه لغير المسلمين فی دارالاسلام. بی‌جا، منشورات الحلبيه الحقوقیه.
۵. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۹). مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام. تهران، سمت و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۶. دراز، رمزی محمدعلی (۲۰۰۴م). فکرة تنازع القوانين فی الفقه الاسلامی. الاسکندریه، دارالجامعه الجبلیه للنشر.
۷. زیدان، عبدالکریم (۱۴۱۲ق-۱۹۹۹م). احکام الذمیین و المستامنین فی الاسلام. بی‌جا، بی‌تا.
۸. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). حقوق بین‌الملل خصوصی. ج ۲، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۹. شیخ الاسلامی، سیدمحسن (۱۳۸۴). حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. شعرانی، ابوالحسن (۱۳۸۰). نثر طوبی. تهران، اسلامیه.
۱۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین (بی‌تا). المیزان فی تفسیر القرآن. ج ۵، قم، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
۱۲. طوسی، شیخ ابی‌جعفر محمد بن الحسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. فاضل مقداد (۱۳۸۵ق). کنز‌العرفان فی فقه القرآن. تهران، مکتبه المرتضویه.

۱۴. فتاحی، سیدمحسن (۱۳۹۰). بررسی فقهی و حقوقی قاعده الزام. تهران و قم، نشر ادیان.
  ۱۵. فدوی، سلیمان (۱۳۸۵). تعارض قوانین. تهران، طرح نوین اندیشه.
  ۱۶. قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۸۵). اصول فقه کاربردی. ج ۱، تهران، سمت و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
  ۱۷. گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق). الدر المنضود فی احکام الحدود. ج ۱، تقریرات و نگاشته علی کریمی جهرمی، قم، دارالقرآن الکریم.
  ۱۸. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۸). حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران، پایدار.
  ۱۹. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۶۵). اصول فقه. دفتر اول، تهران، اندیشه‌های نو در علم اسلامی.
  ۲۰. مکارم شیرازی، ناصر و همکاران (۱۳۷۰). تفسیر نمونه. ج ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
  ۲۱. نائینی، احمد رضا (۱۳۸۶). مشروح مذاکرات قانون مدنی. تهران، دفتر مطالعات حقوقی مجلس شورای اسلامی.
  ۲۲. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام. ج ۲۱، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
-