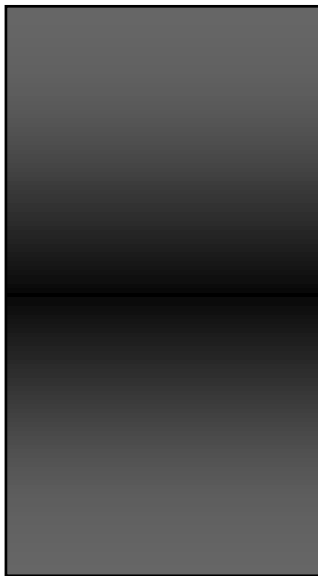


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



حقوق بین الملل خصوصی

(ویرایش و چاپ سیزدهم)

نظام الدین عبدالله
(اسیستانت پروفیسور حقوق (Assistant Professor of Law) و محصل دکتری حقوق
خصوصی)

سال: ۱۴۰۳ خورشیدی

نام کتاب:

حقوق بین الملل خصوصی

مؤلف:

نظام الدین عبدالله استادیار حقوق و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

برگ آرای:

مؤلف

ناشر:

نوبت چاپ:

دوازدهم با ویرایش جدید

سال چاپ:

۱۴۰۳ خورشیدی

فهرست مطالب

پیشگفتار.....	۱ -
مقدمه.....	۱ -

کلیات

مبحث اول: تعریف.....	۳ -
مبحث دوم: علل پیدایش.....	۴ -
مبحث سوم: پیشینه.....	۵ -
مبحث چهارم: فوائد.....	۷ -
مبحث پنجم: مشخصات.....	۱۰ -
مبحث ششم: منابع.....	۱۱ -
مبحث هفتم: موضوعات مورد بحث.....	۲۳ -

بخش اول:

حقوق بین الملل خصوصی ماهوی

(تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان)

فصل اول: تابعیت.....	۲۹ -
مبحث اول: تعریف، پیشینه، شروط تحقق و آثار تابعیت.....	۳۰ -

- ۳۰ - گفتار نخست) تعریف تابعیت و تفاوت آن با ملت و امت.....
- ۳۲ - گفتار دوم) پیشینه.....
- ۳۴ - گفتار سوم) شرائط تحقق و آثار.....
- ۳۷ - مبحث دوم: انواع و طرق اکتساب.....
- ۳۷ - گفتار نخست) تابعیت اصلی و طرق اکتساب آن.....
- ۳۷ - گفتار دوم) تابعیت اکتسابی و طرق اکتساب آن.....
- ۴۰ - مبحث سوم: اصول.....
- ۴۰ - گفتار نخست) هر شخص باید دارای تابعیت باشد.....
- ۴۳ - گفتار دوم) اصل وحدت.....
- ۴۵ - گفتار سوم) تابعیت تغییر پذیر است.....
- ۴۷ - مبحث چهارم: بی تابعیتی و عوامل آن.....
- ۴۷ - گفتار اول) عوامل بی تابعیتی.....
- ۴۹ - گفتار دوم) راه حل های جلوگیری از بی تابعیتی.....
- ۵۰ - مبحث پنجم: قواعد تابعیت اشخاص حقیقی در ق. ت. ا.....
- ۵۰ - گفتار نخست: طرق تحصیل.....
- ۵۵ - گفتار دوم) ترک و اعاده.....
- ۵۶ - مبحث ششم: تابعیت اشخاص حقوقی.....
- ۵۷ - گفتار اول) نظریات در مورد تابعیت شرکت ها.....
- ۵۹ - گفتار دوم) اهمیت.....
- ۶۰ - گفتار سوم) خلاق، م. و. ا. ت در مورد تابعیت اشخاص حقوقی.....
- ۶۱ - فصل دوم: اقامتگاه.....
- ۶۲ - مبحث اول: اقامتگاه اشخاص حقیقی.....
- ۶۲ - گفتار نخست) تعریف و ارکان.....
- ۶۴ - گفتار دوم) پیشینه.....
- ۶۵ - گفتار سوم) اصول.....
- ۶۷ - گفتار چهارم) انواع.....
- ۷۵ - مبحث دوم: اقامتگاه اشخاص حقوقی.....
- ۷۵ - گفتار نخست) تعریف.....
- ۷۵ - گفتار دوم) اهمیت.....

- فصل سوم: حقوق و تکالیف بیگانگان - ۷۶ -
- مبحث اول: وضعیت حقوقی بیگانگان به صورت کل - ۷۷ -
- گفتار نخست) تعریف وضعیت حقوقی - ۷۷ -
- گفتار دوم) پیشینه - ۷۸ -
- گفتار سوم) تعریف و انواع بیگانه - ۸۱ -
- گفتار چهارم) مبانی حقوق بیگانگان - ۸۵ -
- مبحث دوم: وضع اشخاص طبیعی و حقوقی بیگانه در افغانستان - ۸۸ -
- گفتار نخست) پیشینه وضعیت حقوقی بیگانگان در افغانستان - ۸۸ -
- گفتار دوم) حق ورود، اقامت، عبور و خروج بیگانگان در حقوق افغانستان - ۹۸ -
- گفتار سوم) حقوق و تکالیف بیگانگان و محدودیت های آن در افغانستان - ۱۰۲ -
- گفتار چهارم) وضعیت اشخاص حقوقی بیگانه در افغانستان - ۱۱۱ -
- بخش دوم

حقوق بین الملل خصوصی شکلی

(حل تعارض ها)

- فصل اول: حل تعارض صلاحیت محاکم - ۱۱۵ -
- مبحث اول) تعریف تعارض صلاحیت محاکم - ۱۱۵ -
- مبحث دوم) قواعد حل تعارض صلاحیت محاکم در ق. ا. م. ق. م - ۱۱۶ -
- فصل دوم: احاله و حل تعارض توصیف ها ۱۳۴
- مبحث اول: احاله ۱۳۴
- گفتار اول) تعریف ۱۳۴
- گفتار دوم) انواع و پیشینه ۱۳۵
- گفتار سوم) موقف ق. م در خصوص احاله ۱۳۶
- مبحث دوم: حل تعارض توصیف ها ۱۳۹
- گفتار اول) تعریف ۱۳۹
- گفتار دوم) نظریات مختلف پیرامون حل تعارض توصیف ها ۱۴۱
- فصل سوم: حل تعارض قوانین - ۱۴۵ -
- مبحث اول: تعریف و ارکان - ۱۴۵ -
- مبحث دوم: علل پیدایش - ۱۴۷ -
- مبحث سوم: برخی اصطلاحات - ۱۴۸ -
- مبحث چهارم: قواعد حل تعارض قوانین - ۱۵۰ -

- مبحث پنجم: روش حل تعارض قوانین در سطح بین الملل - ۱۷۹ -
- فصل چهارم: موانع تطبیق قانون خارجی و حکم محکمه خارجی در افغانستان - ۱۸۲ -
- مبحث اول: تطبیق قانون خارجی و موانع آن - ۱۸۲ -
- مبحث دوم: تنفیذ احکام محکمه خارجی در افغانستان - ۱۸۸ -
- فهرست منابع - ۱۹۵ -

اختصارات

ق. م		قانون مدنی
ق. م. ا.		قانون مدنی افغانستان
ق. م. ج. م		قانون مدنی جدید مصر
ج		جلد
ر. ک		رجوع کنید به
ه. ش		هجری شمسی
ه. ق		هجری قمری
م		میلا دی
ص		صفحه
صص		صفحات
چ		چاپ
بی تا		بدون تاریخ
نک		نگاه کنید به

پیشگفتار

خداوند جلّ و علا را بسیار سپاسگذارم که پس از تحمل زحمات فراوان مرا توفیق داد تا توانستم کتاب حقوق بین الملل خصوصی، که قسمتی از جلد دوم شرح قانون مدنی افغانستان است، را برای بار دیگر با تجدید نظر کامل و اضافات به طبع برسانم.

نسخه اول این کتاب در سال ۱۳۸۸ به چاپ رسید. پس از چاپ، این کتاب در سال ۱۳۸۹ در مسابقه «گزینش کتاب برتر علامه محمود طرزی» که در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۰ توسط مرکز مطالعات ستراتیژیک وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی افغانستان جهت انتخاب کتاب برتر دایر می گردید، توانست یکی از جوایز کتاب برتر را از آن خود نماید (در این مورد ر. ک: ضمیمه).

در سال ۱۳۹۴ احکام مندرج در قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در امارت اسلامی افغانستان ملغی گردید و به عوض آن قانون جدید مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان منشوره جریده رسمی شماره ۱۱۸۵ به تاریخ ۱۱ سرطان ۱۳۹۴ نافذ گردید. در چاپ جدید این کتاب، احکام مندرج در قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در امارت اسلامی افغانستان که در این کتاب مورد استفاده قرار گرفته بود حذف و به عوض آن از احکام قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان استفاده صورت گرفته است.

مؤلف امیدوار است نشر چاپ جدید این کتاب گامی سودمندی در جهت اعتلای معلومات در خصوص حقوق بین الملل خصوصی در افغانستان گردد.

با احترام

نظام الدین عبدالله، مکلبیک، جرمنی

حمل، ۱۴۰۳ هـ ش

مقدمه

جهان به شش قاره: آسیا، آفریقا، امریکا، استرالیا، اروپا و انترکتیکا تقسیم شده است. ممالکی که در محدوده ای این قاره ها وجود دارند به ۱۹۵ مملکت تقسیم می شوند. هر یک از این ممالک اشخاصی را که در محدوده این ممالک زندگی می نمایند بر اساس معیار های معین، مانند: خاک و خون به صورت جبری اتباع خود می دانند، قوانین خود را بالای آنها تطبیق می نمایند و آنها را تحت حمایت قرار می دهند که رابطه بین این اشخاص و ممالک را در حقوق بین الملل خصوصی «تابعیت» می نامند. این اشخاص در ممالکی که زندگی می نمایند مجبور اند محلی را به عنوان اقامتگاه خویش انتخاب نمایند تا از طریق آن امور مربوط به خود را پیش ببرند و مردم نیز به آنها دسترسی داشته باشد.

اجرای تجارت، تحصیل علم، جنگ و مهاجر شدن، بلایای طبیعی، سیاحت، روابط دیپلماتیک و نظیر اینها باعث گردیده تا اتباع یک مملکت از مملکت خویش به مملکت دیگر سفر، مهاجرت و سیاحت نمایند و بین این اتباع و اتباع مملکتی که در آن سفر، سیاحت، تجارت و غیره می نمایند ارتباط خصوصی ایجاد گردد و قوانین متبوع آنها با قانون مملکتی که در آن زندگی می نمایند در تعارض واقع گردد. شخصیت و کرامت انسان اقتضاء دارد که انسان هر جا که باشد از یک سلسله حقوق که لازمه زندگی است برخوردار گردد که در چنین موارد دو مسأله مهم دیگر حقوق بین الملل خصوصی؛ یعنی: حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض قوانین و صلاحیت محاکم مطرح می گردد.

تنظیم مسائل مربوط به تابعیت، اقامتگاه، حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض قوانین کاری بی نهایت مشکل است. از همین رو، ممالک در سطح ملی از یک طرف و در سطح بین المللی از طرف دیگر جهت تنظیم احکام این مسائل مبادرت به وضع قوانین و انعقاد معاهدات ورزیده اند. افغانستان

نیز به نوبه خود از یک طرف مبادرت به انعقاد معاهدات و از طرف دیگر به وضع قوانین ورزیده است. بنابراین، در افغانستان علاوه بر معاهدات، قوانین متعدد جهت تنظیم مسائل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی وضع و نافذ گردیده است چنانچه جلد اول قانون مدنی افغانستان به تنظیم مسائل مربوط به حل تعارض قوانین پرداخته و احکام معین را در این باب وضع نموده است. علاوه بر قانون مدنی، قانون اصول محاکمات مدنی، قانون تابعیت، قانون پاسپورت، قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان و غیره احکام معین را در باره مسافرت و اقامت و حقوق و تکالیف اتباع بیگانه در افغانستان پیش بینی نموده است.

با توجه به آنچه گفته شد، این کتاب در روشنائی قانون اساسی ۱۳۸۲، قانون مدنی، قانون اصول محاکمات مدنی، قانون تابعیت، قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان، قانون پاسپورت و غیره تألیف گردیده و هدف از تألیف آن فراهم نمودن نگرش و فهم حقوقی برای همه علاقمندان حقوق بین الملل خصوصی و شرح و تبیین مواد قوانین مذکور است.

این کتاب عمدتاً شرح مواد ۱۶ الی ۳۵ و ۵۱ الی ۵۵ ق. م مدنی است که مسایل مربوط به تابعیت، اقامتگاه و حل تعارض قوانین را تنظیم می نماید. کتاب حاضر شامل کلیات و دو بخش است: کلیات شامل تعریف، پیشینه، فواید، خصوصیات، منابع و موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی می شود. بخش اول شامل سه فصل در مورد حقوق بین الملل خصوصی ماهوی است که شامل تابعیت (فصل اول)، اقامتگاه (فصل دوم) و حقوق و تکالیف بیگانگان (فصل سوم) می شود. بخش دوم شامل چهار فصل در مورد حقوق بین الملل خصوصی شکلی است که شامل تعارض صلاحیت محاکم (فصل اول)، احاله، حل تعارض توصیف ها (فصل دوم) و قواعد حل تعارض قوانین در ق. م (فصل سوم) و تطبیق قانون خارجی و تنفیذ حکم محکمه خارجی در افغانستان (فصل سوم)، می شود.

با احترام

نظام الدین عبدالله

حمل، ۱۴۰۳ هـ. ش، کابل - افغانستان

کلیات

در این بخش تعریف، علل پیدایش، پیشینه، فواید، مشخصات و منابع حقوق بین الملل خصوصی را مورد مطالعه قرار می دهیم.

مبحث اول: تعریف

در رابطه به تعریف حقوق بین الملل خصوصی تعاریف متعدد وجود دارد. عده ای از استادان حقوق، حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که روابط خصوصی افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.^۱ طبق این تعریف، هرگاه یک تبعه افغانی به مصر برود و در آنجا اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره نماید، مسائل اقامت، ازدواج و خرید و فروش چنین تبعه ای تابع حقوق بین الملل خصوصی است. با آنکه اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره مسائل مربوط به حقوق خصوصی است. ولی، چون این امور در خارج صورت می پذیرد، مربوط به حقوق بین الملل خصوصی می گردد. زیرا، دارای عنصر خارجی است.

بنابراین، موضوعی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که چند کشور در آن دخیل باشند. عده ای دیگر حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که از روابط افراد در زندگی بین الملل بحث می کند.^۲ این تعاریف محل ایراد می رسند زیرا آنچه در این تعاریف مطمح نظر

۱. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳).

حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۱۰.

۲. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۲۵.

است، روابط خصوصی اشخاص در سطح بین الملل است. در حالی که، امروزه حقوق بین الملل خصوصی نه تنها روابط خصوصی اشخاص را در سطح بین الملل تنظیم می نماید، بلکه مسائل مهم دیگر از قبیل: رابطه حقوقی و سیاسی شخص اعم از حقیقی و حقوقی با دولت متبوع، حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی و حقوقی در ممالک بیگانه و تعارض قوانین و محاکم را نیز تنظیم می نماید.

بنابراین، به نظر می رسد تعریف جامع ای که می توان برای حقوق بین الملل خصوصی ارائه کرد این است که: حقوق بین الملل خصوصی مجموعه قواعدی است که اشخاص را بر اساس معیارهای معین خون و خاک با دولت های معین پیوند می دهد، روابط خصوصی اشخاص را در سطح بین الملل تنظیم می نماید و حقوق و تکالیف اشخاص را در سطح بین الملل تنظیم می نماید و تعارض قوانین را که از روابط افراد در سطح بین المللی ناشی می شود حل می نماید.

مبحث دوم: علل پیدایش

از گذشته های دور، کره زمین به کشورهای متعددی تقسیم شده است و هر یک از مردم جهان یکی از این کشورها را به گونه ای قهری یا اختیاری به عنوان زیستگاه خود انتخاب کرده اند. بنابراین، اولین عاملی که از نظر جغرافیایی موجب تقسیم بین المللی افراد می گردد، اقامتگاه است. بیشتر افراد، علاوه بر پیوند مادی با کشور محل اقامت خود، نوعی تعلق و وابستگی معنوی و سیاسی به آن کشور را در خود احساس کرده و خود را عضوی از جامعه آن کشور می دانند. این دومین عامل تقسیم جغرافیایی اشخاص است که از آن تحت عنوان «تابعیت» نام برده می شود. باوجوداین، عده ای از اشخاص وجود دارند که به طور مؤقت یا دائمی در کشوری دیگر اقامت می نمایند و خود را نسبت به آن کشور «بیگانه» احساس می کنند.

احساس بیگانگی در کشور دیگر و برخورد با بیگانگان، مسأله ای به نام «وضعیت بیگانگان» را در حقوق بین الملل خصوصی مطرح می نماید که یکی از مهم ترین، قدیمی ترین و عام ترین عامل پیدایش حقوق بین المللی خصوصی محسوب می گردد. زیرا، اگر افراد در کشور متبوع خود اقامت می گزیدند، پدیده ای به نام «وضعیت بیگانگان» یا «حقوق و تکالیف بیگانگان» که به دو کشور؛ یعنی: کشور متبوع و کشور محل اقامت شخص ارتباط دارد، ایجاد نمی گردید، تا مسأله ای «بین المللی» نسبت به افراد پدید آید.

پیدایش صیغه «بین المللی» در زندگی افراد تنها از تعدد و تفاوت کشور «متبوع» و کشور «اقامتگاه» که موجب پیدایش مسأله «وضعیت بیگانگان» است، نمی باشد. زیرا، امروزه با تسهیل و گسترش و سرعت اطلاعات، ارتباطات و مبادلات بدون آنکه حتی نیازی به مسافرت باشد، انواع مختلف روابط حقوقی بین اتباع مقیم هر کشور با اتباع مقیم کشور دیگر، صورت می گیرد که عناصر

بین المللی متعددی را در زندگی افراد مطرح می کند و این خود، در کنار عوامل قبلی، پیدایش شاخه ای از علم حقوق تحت عنوان «حقوق بین الملل خصوصی» را ایجاب می نماید. در چنین موارد سؤالی که ایجاد می گردد این است که روابط این افراد تابع چه قانونی است؟ قانون ملی و کشور متبوع افراد یا قانون اقامتگاه آنها؟ و در صورت اختلاف قانون کشور متبوع یا اقامتگاه طرفین، قانون کشور کدام طرف ذیصلاح پنداشته خواهد شد؟

در چنین موارد، اگر طرفی که قانون کشور متبوع یا محل اقامت او، ذیصلاح پنداشته شود، دارای چندین اقامتگاه یا چند تابعیت باشد، قانون کدام کشور متبوع یا قانون اقامتگاه بر روابط بین المللی چنین فردی حکومت خواهد کرد.

در چنین موارد، عناصر بین المللی دیگری در رابطه حقوقی وجود دارد که عمل و واقعۀ حقوقی را از قلمرو حقوق داخلی به عرصه بین المللی می کشاند و مسأله ای را تحت عنوان «تعارض قوانین» به عنوان یکی دیگر از موضوعات حقوق بین المللی خصوصی مطرح می نماید.

برای حل این تعارض و تشخیص قانون ذیصلاح، این سؤال مطرح می گردد که مرجع تشخیص قانون ذیصلاح کدان نهاد است؟ محکمه این کشور یا آن کشور؟ در چنین موارد است که مسأله ای دیگر و مقدم بر مسأله «تعارض قوانین» تحت عنوان «تعارض محاکم» پدید می آید.^۳

مبحث سوم: پیشینه

در عهد باستان شخصیت حقوقی از افراد خارجی به کلی نفی می شد. یک خارجی نمی توانست در کشور دیگر ازدواج یا مالک اموال شده یا برای جبران خسارت وارده به محاکم مراجعه و احقاق حق کند. خارجیانی تنها به دو طریق با افراد سائر سرزمین ها ارتباط برقرار می کردند: اول از طریق انعقاد معاهده و قرارداد مابین دولتها که به علت ضعف در روابط بین الملل به خصوص در مسائل خصوصی افراد این امر کمتر اتفاق می افتاد و دوم از طریق مهمان نوازی که شخص خارجی مهمان افراد سائر سرزمین ها و تحت حمایت و مراقبت های فردی، قومی یا قبیله ای قرار می گرفت تا به عنوان یک خارجی مورد آزار و اذیت قرار نگیرد.

در حقوق روم نیز خارجیانی ابتداء به صورت برده و دشمن تلقی می شدند اما امکان داشت توسط معاهده یا قراردادهایی که دو دولت با همدیگر منعقد می کردند حق و حقوقی برای آنها در نظر گرفته شود. در قرون وسطی با حملات جوامع مختلف به سرزمین های مجاور اتفاق می افتاد که در یک سرزمین چندین قانون با توجه به اشخاصی که این قوانین به نحوی از انحاء با آنها ارتباط داشت، اجراء

۳. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۱۱ و ۱۲.

گردد. اما وضع بدین منوال باقی نماند و حکومت های مرکزی قواعد متحدالشکلی را در بعضی موضوعات تنظیم نمودند.

در ابتدای قرن ۱۳ در ایتالیا حقوق بین الملل خصوصی در قالب تعارض قوانین شروع به خودنمایی کرد. زیرا، این کشور در آن زمان به صورت فدرال اداره می شد. منظور از تعارض قوانین این است که هنگامی که مسأله ای در مورد روابط خصوصی افراد در سطح بین المللی اتفاق افتد ممکن است قوانین کشور های مختلف که هر کدام به طریقی به موضوع ارتباط دارند راه حل های مختلفی را پیش بینی نمایند. پیدایش مکتب ایتالیایی برای حل تعارض قوانین مقدمه ای برای پیشرفت نظریه تعارض قوانین در فرانسه، آلمان و سایر ممالک شد و با ظهور حقوقدانانی چون دمولن، درژانتره، ساوینی و غیره روز به روز بر اهمیت آن افزوده شد.

از قرن ۱۹ به بعد علاوه بر مسئله تعارض قوانین موضوعات دیگری از جمله تابعیت، اقامتگاه، مسئله وضع بیگانگان به علت همبستگی با موضوعات مربوط به تعارض قوانین وارد محدوده حقوق بین الملل خصوصی شد. اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی اولین بار توسط جوسپ استوری (Josep Story) حقوقدان آمریکایی در سال ۱۸۳۴ میلادی استعمال گردید^۴ و چند سال بعد دانشمند فرانسوی به نام فیلکس (Felix) کتابی تحت این عنوان؛ یعنی: حقوق بین الملل خصوصی نوشت. بعد از نشر این اثر، اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی در فرانسه معمول گردید و از آنجا به کشورهای دیگر اروپایی منتشر شد. باوجواین، در امریکا و انگلستان به عوض اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی، اصطلاح تعارض قوانین (Conflict of laws) را استعمال می نمایند که برای اولین بار توسط دایسی (Dicey) در سال ۱۸۹۶ میلادی مطرح شد.^۵

در اروپا حقوق بین الملل خصوصی تعارض قوانین نه بلکه «حقوق بین الملل خصوصی» نامیده می شود.^۶ در حقوق افغانستان، ایجاد این رشته تدریجی بوده است. برخی مباحث حقوق بین الملل خصوصی حتی قبل از ظهور اسلام در افغانستان وجود داشته است، مانند: حقوق و تکالیف بیگانگان. برخی نیز در دوره حقوق اسلام افغانستان وجود داشته است، مانند: اقامتگاه و تابعیت. برخی مباحث نیز در سال های اخیر ایجاد شده است، مانند تعارض قوانین و صلاحیت محاکم. در مورد سیر تاریخی هر یک از مباحث حقوق بین الملل خصوصی (تابعیت، اقامتگاه، حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض ها) در افغانستان در فصل های مربوطه به صورت مفصل بحث خواهیم نمود.

۴. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۱۱.

۵. همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۱۱.

6. J. G. Collier (____). Conflict of Laws, 3rd edi, (): Cambridge University Press, p 5

در حقوق اسلامی نیز در خصوص مباحث حقوق بین الملل خصوصی احکام مشخص وجود دارد. در ابتدا در حقوق اسلامی به عوض تابعیت مفهوم امت وجود داشت و سپس این مفهوم به ملیت، تبعه و شهروند ارتقا نمود که در مبحث تابعیت روی آن بحث صورت خواهد گرفت. در خصوص اقامتگاه در حقوق اسلامی احکام مشخص در خصوص اقامتگاه طفل، مجنون، معتوه، سفیه، دختر بالغه، زوجه در جریان ازدواج و بعد از انحلال ازدواج وجود دارد که در مبحث اقامتگاه به آن پرداخته خواهد شد. در حقوق اسلامی به عوض حقوق و وجایب بیگانگانه احکام مشخص و مفصل در خصوص اهل ذمه و مستأمنین وجود دارد که در مبحث حقوق و تکالیف بیگانگانه به آن پرداخته خواهد شد. در خصوص تطبیق قانون خارجی و تطبیق قانون از حیث مکان نیز از نظر تأریخی در حقوق اسلامی احکام مشخص وجود دارد. زیرا، زمانی که فتوحات صورت می گرفت، حکام اسلامی عرف ها و قوانین شخصی و ملی ممالک مفتوحه را کاملاً ملغی نمی کردند بلکه این اتباع ممالک بیگانه بودند که آهسته آهسته و به تدریج دین اسلام را می پذیرفتند و تطبیق قوانین شخصی و ملی خویش را ترک می نمودند.

روی این دلایل، فقها و حقوقدانان مسلمان کتاب های مشخص در خصوص حقوق بین الملل خصوصی در اسلام تحریر نموده اند مانند کتاب احکام اهل ذمه داکتر یوسف قرضاوی، کتاب اسلام و حقوق بین الملل خصوصی مصطفی دانش پژوه و نظیر اینها که خوانندگان محترم می توانند به کتاب های تخصصی در این زمینه مراجعه نمایند.

مبحث چهارم: فوائد

حقوق بین الملل خصوصی از دو نقطه نظر دارای فائده است: از نظر عملی و از نظر علمی:

۱) از نظر عملی: فوائد عملی حقوق بین المللی بی شمار است. زیرا، در هیچ عصری از اعصار روابط بین المللی به این اندازه وسیع نبوده است. موجودیت تسهیلات و وسائل حمل و نقل و تخصص برخی از کشورها در برخی از رشته های صنعتی و غیره موجب این همه پیشرفت ها شده است. در نتیجه، امروزه در اثر جابجا شدن اشیاء، اشخاص، افکار و عقاید از کشوری به کشوری دیگر، مسائل بین المللی بی شماری مطرح می شود:

۱- اشیاء: هر گونه نقل و انتقال کالا از کشوری به کشور دیگر، یک مسأله حقوق بین الملل خصوصی را در روابط افراد ایجاد می نماید. کالا هایی که از کشور به کشور دیگر آورده می شود، خود مستلزم انعقاد قرارداد است. به عنوان مثال، زمانی که یک تاجر افغانی کالایی را از یک تاجر خارجی خریداری می نماید، چنین خرید و فروشی تابع انعقاد قرارداد است و اینکه قانون کشور

متبوع خریدار، فروشنده یا محلی که کالا در آن قرار دارد، قرارداد را تنظیم نماید یکی از مسائل حقوق بین الملل خصوصی است.

۲- اشخاص: افراد يك مملكت بنابر عوامل مختلف، از کشور خود به کشور دیگر مهاجرت می‌کنند. این مهاجرت ها بنابر عوامل سیاسی، اقتصادی، جنگی، حوادث طبیعی، علمی و غیره صورت می‌پذیرد. عزیمت و سفر اتباع يك کشور به کشور دیگر، موضوع اقامت را و مهاجرت ها و توزیع ارتباط افراد يك دولت با دولت دیگر را مطرح می‌کند. انتقال افکار و عقاید با وسائل گوناگون، موضوع مهم دیگری را در روابط بین افراد دول مختلف تبارز می‌دهد. اختراعات الکترونیکی، سفرها به کشورهای دیگر توسعه حقوق بین الملل خصوصی را در این عصر خیلی سرعت بخشیده است که همه این مسائل را حقوق بین الملل خصوصی تنظیم می‌نماید.

۳- افکار و عقاید جدید: امروزه وسائل ارتباط همگانی و انترنت اختراعات، ابداعات و اکتشافات، افکار و عقاید مخترعین، مکشفین، علماء و هنرمندان را با سرعت فوق العاده از یک کشور به کشور دیگر انتقال می‌دهد و اغلب این مسأله بین المللی را مطرح می‌نماید که این ملکیت های معنوی را تا چه حدودی می‌توان حمایت کرد و توسط کدام قانون یا معاهده.

۲) فواید علمی: از نظر علمی حقوق بین الملل خصوصی از نقطه نظر های ذیل دارای اهمیت است:

۱- از نظر تازگی موضوعات آن: در حقوق بین الملل خصوصی هر روز مسائل حقوقی تازه ای، مانند: حقوق و تکالیف اشخاص حقوقی بیگانه مطرح و مورد بحث قرار می‌گیرد. علت این امر این است که حقوق بین الملل خصوصی، چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، یکی از رشته های مستقل حقوق بین المللی و دارای قواعد و احکام مخصوص به خود است. زیرا، حقوق بین الملل خصوصی از امتزاج شعب دیگر حقوق به وجود نیامده است. بنابراین، حقوق بین الملل خصوصی را باید به صورت جداگانه فراگرفت تا مسائل و موضوعات آن را به صورت دقیق درک کرد.

۲- تخصصی بودن حقوق بین الملل خصوصی: عده ای از علمای حقوق بین الملل خصوصی معتقد اند که حقوق بین الملل خصوصی عبارت از فن خاص است که از «تطبیق و انطباق» منشأ می‌گیرد. بنابراین، استادان و قضات باید اصول و تأسیسات حقوق داخلی کشور خویش را با اصول و تأسیسات حقوقی دولت خارجی، از نظر همانندی و تفاوت های آن مطالعه کنند تا حقوق کشور خویش را با حقوق کشور خارجی از قبیل: تابعیت، حقوق و تکالیف بیگانگان، تعارض قوانین و غیره از نظر تشابه و اختلافی که بین این دو کشور از نگاه حل مسائل حقوقی بین افراد دو کشور پیدا می‌شود، دانسته باشند و راه حل آن را جستجو کنند یا حداقل دو نظام حقوقی را در حل اختلاف افراد دولت ها وفق دهند.

تصور شود يك سرمايه دار افغان برای فابریکه جدید التأسيس خود به وسائل و تجهیزات ضرورت دارد که آن تجهیزات در داخل افغانستان تولید یا پیدا نمی شود یا حداقل او نمی تواند ضروریات خود را از داخل کشور تهیه کند. تاجر افغان مجبور می شود تا جنس مورد نیاز خود را از خارج کشور به دست آورد. بنابراین، تاجر افغان برای تهیه سامان و تجهیزات مورد نیاز خود مجبور می شود با يك شرکت خارجی قرارداد کند.

به مجردی که تاجر افغانی خارج از سرحدات کشور خود قدم می گذارد، می داند که مانند کشورش يك کشور مستقل دیگری که دارای حاکمیت مستقل و مساوی با افغانستان، که از طرف کشور متبوعش به رسمیت شناخته شده وجود دارد که در بسا موارد قوانین و مقررات آن با قوانین و مقررات کشورش فرق دارد یا حتی در تضاد است. همان طوری که در قوانین و مقررات محل تولید اموال مورد ضرورت تاجر یا دولت خارجی، افغانستان قدرت اجرایی ندارد، قانون افغانستان نیز در آن مملکت، قدرت اجرایی ندارد.

در چنین موارد، فن تطبیق اصول و احکام حقوق بین الملل خصوصی، به حیث يك فن خاص عرض وجود می کند. فرض شود این تاجر افغان به سودان سفر کرده و وسایل مورد نیاز خود را در سودان سراغ می کند. در این هنگام با يك تاجر از اتباع جرمنی مواجه شده و این افغان با تبعه جرمن در سودان عقد تهیه تجهیزات مورد ضرورت فابریکه اش را می بندد.

در چنین حالتی که موضوع بحث، روی قانون سه کشوری که قوانین شان با همدیگر در تناقض است صورت می گیرد. در این صورت عالم حقوق بین الملل خصوصی یا قاضی وظیفه دارد تا بین قوانین سه مملکت تطابق به میان آورده و دریابد که در این مورد چطور می تواند بین قوانین سه کشور سازش و هماهنگی ایجاد کرده، دریابد که هر يك از این قوانین تا کدام حد می تواند احکام چنین قراردادی را تنظیم نماید.

۳- از نظر فهمیدن سایر شعب حقوق: مطالعه و دانستن حقوق بین الملل خصوصی، حقوقدانان را به تفکر بیشتر در مورد تأسیسات حقوق کشور متبوعش وادار می نماید. به عنوان مثال، اهلیت، ولایت، وصایت، ازدواج، طلاق، تفریق قضائی، نصب ولی، وصی، قیم، اموال منقول و غیر منقول، تابعیت، عقود، حوادث حقوقی، اسناد، ارث، وصیت و غیره مسائلی مطرح در حقوق خصوصی اند.

همچنین حق آزادی بیان، حق انتخاب کردن، انتخاب شدن، احراز موقف ها و مناصب مهم دولتی از مسائلی مطرح در حقوق اساسی اند و نیز تأسیس شخصیت های حُکمی خصوصی تجارتي، مانند: شرکت تجارتي و غیره از مسائل مطرح در حقوق تجارت است. همچنین، حق مراجعه به قضاء، اقامه دعوی، بری الذمه شناخته شدن و غیره مسائل مطرح در حقوق جزاء و اصول

محاکمات مدنی اند. بنابراین، برای دانستن حقوق بین الملل خصوصی عالم حقوق بین الملل خصوصی مجبور است این موضوعات را که مربوط حقوق خصوصی و حقوق عمومی اند بیاموزد و بفهمد. در نتیجه، حقوق بین الملل خصوصی عالم حقوق بین الملل خصوصی را مجبور به فرا گرفتن سائر شعب حقوق نیز می نماید.

مبحث پنجم: مشخصات

به رغم این که حقوق بین الملل خصوصی در اصل دارای دو خصوصیت بین المللی بودن و خصوصی بودن است، عده ای از دانشمندان در مورد این دو ویژگی حقوق بین الملل خصوصی شک کرده اند:

(۱) **بین المللی بودن:** عده ای از علمای حقوق، بین المللی بودن حقوق بین الملل خصوصی را بی اعتبار دانسته اند. دووری سومیر (De Verille Sommieres) دانشمند فرانسوی به این عقیده است که حقوق بین الملل خصوصی شعبه از حقوق داخلی است. بنابراین، نمی توان آن را حقوق بین الملل نامید.

همچنین، نی بویه (Niboyet) صریحاً اظهار می نماید که حقوق بین الملل خصوصی به هیچ وجه جنبه بین المللی ندارد. ولی، عده ای دیگر از دانشمندان حقوق به این عقیده اند که حقوق بین الملل خصوصی از لحاظ شیوه حل مسائل فاقد جنبه بین المللی است. ولی، چون هر دولتی در وضع و اجرای قواعد و مقررات راجع به آن برای این که منصفانه و صحیح باشد، ناگزیر از رعایت حاکمیت سائر دولت ها است. بنابراین، اشکالی وجود نخواهد داشت که به این رشته ای از حقوق جنبه بین المللی قائل شویم.

(۲) **خصوصی بودن:** اکثر مباحث بنیادین حقوق بین الملل خصوصی مانند: اقامتگاه، تعارض قوانین، ازدواج، طلاق، ارث، عقود، حوادث حقوقی، اموال و امثال اینها از مسائلی اند که در حقوق خصوصی مورد بحث قرار می گیرند. زمانی که این رابطه های حقوقی جنبه بین المللی پیدا نمایند، بدون تردید در حقوق بین الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می گیرند. به همین دلیل، می توان حقوق بین الملل خصوصی را نسخه پیشرفته حقوق خصوصی تلقی کرد. باوجوداین، عده ای از علمای حقوق نظر به دلایل آتی خصوصی بودن حقوق بین الملل خصوصی را به دیده شک می نگرند:

۱- دولت ها در جهان کنونی در امور و روابط حقوقی افراد خصوصاً خارجی ها بیش از حد مداخله می کنند. این نوع مداخله بعد از ۱۱ سپتمبر ۲۰۰۱ از حد معمولی فراتر رفته و جنبه خصوصی بودن این رشته حقوق را تضعیف کرده است. به عنوان مثال، مداخله دولت ها در امور اقتصادی افراد، ملی ساختن صنایع، مداخله در امور قراردادها، ممنوعیت روابط اتباع شان با افراد دولت هایی که

دولت متبوع فرد با آن دولت رابطه خوب سیاسی ندارد و امثال اینها که در نتیجه مداخلات دولت‌ها در امور معاملات خصوصی افراد، حقوق بین الملل خصوصی را تحت نفوذ حقوق عامه قرار داده است؛ و

۲- حقوق بین الملل خصوصی شاخه ای از حقوق موضوعه است که دولت‌ها در تعیین احکام و قواعد آن بیشتر مسائل سیاسی و اقتصادی را بنابر ضرورت‌ها و مصالح ملی مملکت رعایت می‌کنند و از این جهت خصوصی بودن این رشته حقوق زیر سؤال می‌رود.^۷

این نظر مورد پذیرش به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد برخی از مباحث حقوق بین الملل خصوصی در حقوق عامه نیز مورد بحث قرار می‌گیرد. به حیث مثال، تابعیت یکی از مسایلی است که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت است. این خصوصیت تابعیت را در زیرمجموعه‌های حقوق عامه قرار می‌دهد. همچنین، حقوق و تکالیف بیگانگان از مسایلی است که یک طرف آن دولت و طرف دیگر آن تبعه خارجی است و این خصوصیت حقوق و تکالیف بیگانگان را در زیرمجموعه‌های حقوق عامه قرار می‌دهد. از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد حقوق بین الملل خصوصی هم در برگیرنده مباحث حقوق بین الملل خصوصی، هم حقوق خصوصی و هم حقوق عامه است.

مبحث ششم: منابع

چون حقوق بین الملل خصوصی مرکب از حقوق خصوصی و حقوق بین الملل است، قواعد آن از دو منبع سرچشمه می‌گیرد که عبارتند از: منابع داخلی و منابع خارجی:

۱) منابع داخلی: منابع داخلی حقوق بین الملل خصوصی افغانستان همان منابع حقوق ملی افغانستان.^۸ این منابع عبارت‌اند از:

۱- قوانین: قوانینی که منابع حقوق بین الملل خصوصی را در نظام حقوقی افغانستان تشکیل می‌دهند عبارت‌اند از:

- قانون اساسی: در قانون اساسی ۱۳۸۲ که امروزه مورد پذیرش امارت اسلامی افغانستان نیست علاوه بر فصل حقوق اساسی اتباع که برخی مواد آن شامل حقوق اساسی بیگانگان نیز می‌گردد، مواد متعددی وجود داشت که ناظر بر تنظیم احکام مربوط به حقوق بین الملل خصوصی بوده است. به عنوان مثال، مواد ۴ و ۲۸ ق. ۱ ناظر بر منع سلب تابعیت و تبعید اتباع افغانی، ماده ۴۱ ق. ۱

۷. محمد نصیری (۱۳۸۱)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، صص ۱۶ و ۱۷.

۸. در خصوص منابع حقوق ملی افغانستان ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبایذ حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، صص ۳۴-۱۲۶.

ناظر بر منع خرید عقار توسط اشخاص حقیقی و حکمی خارجی و ماده ۵۷ ق. ا ناظر بر مکلفیت دولت در رابطه به تضمین و حمایت حقوق اتباع خارجی بوده است؛

- **قانون مدنی:** مواد ۱۶ الی ۳۵ ق. م ناظر بر قواعد حل تعارض قوانین در باره مسائل مربوط به احوال شخصیه از قبیل: اهلیت، ازدواج، طلاق، تفریق قضائی، ولایت، وصایت، قیمومیت، ارث وصیت و مسائل مربوط به حقوق وجایب، مانند: تصرفات و حوادث حقوقی و مسائل مربوط به حقوق عینی از قبیل: اموال منقول و غیر منقول و غیره است. همچنین، مواد ۵۱ الی ۵۵ قانون مدنی ناظر بر تابعیت و اقامتگاه است.

- **قانون اصول محاکمات مدنی:** علاوه بر قانون مدنی، قانون اصول محاکمات نیز حاوی احکام معین در رابطه به اقامتگاه زوجه، صغیر، معتوه، مجنون و غیره است. این مواد عبارت اند از: مواد ۸۱، ۸۲، ۸۳، ۸۴، ۸۶، ۸۷، ۹۶، ۹۸، ۹۹ و ۱۰۰ که در رابطه به جزئیات آن در مبحث اقامتگاه و تعیین محکمه ذیصلاح بالتفصیل بحث صورت خواهد گرفت.

- **قانون تابعیت:** قانون تابعیت منتشره جریده رسمی ۷۹۲، سال ۱۴۲۱ هجری قمری که احکام مربوط به تابعیت را در افغانستان تنظیم می نماید. این قانون هرچند مربوط به زمان حکومت امارت اسلامی افغانستان دور اول است اما هنوز هم نافذ است. البته، طرح جدید قانون تابعیت تسوید گردید و در سال ۱۳۹۶ توسط کمیته قوانین تصویب شده است. اما، این طرح هنوز توسط امارت اسلامی افغانستان توشیح و در جریده رسمی نشر و نافذ نگردید.

- **قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی ۱۱۸۵ سال ۱۳۹۴ هجری شمسی** که مسائل مربوط به مسافرت، اقامت و حقوق و تکالیف اتباع خارجی را در افغانستان تنظیم می نماید؛

- **قانون پاسپورت:** که علاوه بر احکام پاسپورت مسائل مربوط به رفت و آمد اتباع خارجی را در افغانستان تنظیم می نماید؛

- **قانون سرمایه گذاری خارجی:** در خصوص سرمایه گذاری خارجی اسناد تقنینی ذیل وجود

دارد:

اول: حکم رئیس جمهور اسلامی افغانستان راجع به قانون سرمایه گذاری خصوصی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹، مؤرخ ۱۳۸۴/۹/۳۰ هجری شمسی؛

دوم: فرمان شماره ۱۰۵ مؤرخ ۱۳۸۴/۹/۱۵ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد انفاذ قانون سرمایه گذاری خصوصی؛ و

سوم: قانون سرمایه گذاری خصوصی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹، ۱۳۸۴/۹/۳۰ هجری

شمسی؛ و

چهارم: تعلیق برخی از مواد قانون سرمایه گذاری خصوصی، منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۲۰، ۱۳۹۵/۷/۲۴ هجری شمسی.

- **قانون طرز تحصیل حقوق:** که قواعد تنفیذ فیصله محکمه خارجی را تنظیم نموده است؛ و
 - **قانون اصول محاکمات تجارتي:** مواد ۵ الی ۱۵ قانون اصول محاکمات تجارتي که احکام مربوط به محکمه ذیصلاح را جهت اقامه دعاوی تجارتي تنظیم می نماید، نیز منابع حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل می دهند.

۲- **مقررات:** مقررات ذیل منبع حقوق بین الملل خصوصی افغانستان است:
 - مقررہ استخدام اتباع خارجی که مسائل مربوط به استخدام اتباع خارجی را در افغانستان تنظیم می نماید؛ و

- مقررہ طرز حفاظت اموال و جایداد اشخاص غائب، مفقود، مرتد، باغی و ذمی که توسط فرمان شماره ۱۹ مؤرخ ۱۳۲۲/۳/۱۴ مقام امیرالمؤمنین امارت اسلامی افغانستان نافذ گردیده و در جریده رسمی شماره ۷۹۷ مؤرخ ۱۴۲۲/۲/۸ به نشر رسیده و تا به حال نافذ می باشد.

۳- **متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه:** برخی متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه که در لابلای این کتاب خواهد آمد از زمره منابع داخلی حقوق بین الملل خصوصی تلقی می گردند.
 ۴- **دکترین:** عقاید دانشمندان افغان حقوق جزو منابع غیرمستقیم حقوق بین الملل خصوصی پنداشته می شود و نقش بسیار مهم در پیشرفت این رشته دارد. زیرا، ممکن است قضات در تفسیر قوانین کشور به عقاید، نظریات و تألیفات علمای حقوق افغانستان توجه کرده و در حل و فصل دعاوی از آن بهره گیرند.

۵- **فقه:** چنانچه در مبحث پیشینه حقوق بین الملل خصوصی به آن اشاره شد، به نظر می رسد فقه در نظام حقوقی افغانستان یکی از منابع حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل می دهد. زیرا، در نظام حقوقی افغانستان فقه از یکطرف احکام مربوط به ذمی ها و مستأمنین را در افغانستان تنظیم می نماید و از طرف دیگر بسیاری از موضوعات حقوق بین الملل خصوصی از قبیل: اقامتگاه، اهلیت، ولایت، وصایت، قیمومیت، طلاق، ازدواج، عقود و غیره در افغانستان ریشه در فقه اسلامی دارد که قضات حین تطبیق احکام مربوط به حقوق بین الملل خصوصی و دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی در تعریفات و تفسیر اصول و قواعد حقوق بین الملل خصوصی از آن استفاده می نمایند.

همچنین، در نظام حقوق بین الملل خصوصی افغانستان اکثر احکام تأسیس حقوقی- فقهی اقامتگاه از فقه گرفته شده است. امروزه تابعیت در اسلام نیز یکی از بحث های است که در حقوق بین الملل خصوصی اسلام مطرح است. به نظر می رسد عرف و عادات در افغانستان به علت عدم

موجودیت عرف در این ساحه نمی تواند یکی از منابع مهم حقوق بین الملل خصوصی را برخلاف حقوق اکثر کشورها تشکیل بدهد.^۹

(۲) منابع خارجی: چون قوانین هر مملکت نظر به مصالح اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، دینی و غیره آن فرق می نماید. بنابراین، قوانین ممالک ممکن است راجع به یک موضوع متفاوت باشد. به عنوان مثال، در رابطه به طلاق بعضی کشورها ممکن است قانون اقامتگاه را ذیصلاح بدانند و بعضی نیز قانون متبوع شوهر را. روی همین دلیل باید قواعد یکسان وجود داشته باشد که در همه ممالک مرعی الاجراء باشد.

البته، این امر زمانی تحقق می یابد که معاهدات بین المللی و همچنین رویه قضائی بین الملل و عرف بین المللی یکسان وجود داشته باشد. با توجه به این دلیل، علاوه بر منابع داخلی یک سلسله منابع دیگر نیز وجود دارد که حقوق بین الملل خصوصی از آن سرچشمه می گیرد^{۱۰} که این منابع عبارت اند از: معاهدات بین المللی، رویه قضائی، عرف و عادات، دکتین و اصول حقوق بین الملل خصوصی^{۱۱}.

۱- معاهدات بین المللی: مهم ترین منبع خارجی حقوق بین الملل خصوصی معاهدات است. باآنکه کلمه «معاهده» معمول ترین کلمه برای توافقات است، معاهدات بین المللی بعضی اوقات به نام پروتکل (Protocol)، سند (Act)، منشور (Charter)، میثاق (Covenant)، پیمان (Pact) و کانکورانت (Concordant)، نیز یاد می شوند. اما، این توافقات مفهوم مشابهی یعنی: معاهدات را دنبال می نمایند.^{۱۲}

طبق ماده ۱ بند ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات وین: «معاهده عبارت از توافق میان دولت ها است که به صورت کتبی منعقد شده، مشمول حقوق بین المللی باشد، صرف نظر عنوان خاص آن و

۹. در مورد تعریف قانون، اصول کلی حقوق، فقه، عرف و عادات، رویه قضایی و دکتین نک: همان، نظام الدین عبدالله، صص ۳۴-۱۲۶.

۱۰. به عبارت دیگر: منابع بین المللی حقوق بین الملل خصوصی همان منابع حقوق بین الملل است. ماده ۳۸ (۱) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت در خصوص منابع حقوق بین الملل می گوید: «۱. به موجب این بند، محکمه به منظور حل و فصل اختلافات موازین زیر را اجرا خواهد نمود:

الف) معاهدات بین المللی که مؤجد قواعد حقوقی است و از سوی طرف های درگیر در اختلاف صریحاً مورد پذیرش قرار گرفته است؛
ب) عرف بین المللی که حاکی از رویه ای عمومی است و به عنوان قاعده ای حقوقی پذیرفته شده است؛

ج) اصول کلی حقوق پذیرفته شده از سوی ملل متمدن؛ و بالاخره

د) تصامیم قضایی و تألیفات برجسته ترین صاحب نظران حقوقی ملل مختلف، به عنوان ابزار فرعی تشخیص قواعد حقوقی.».

۱۱. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، صص ۴۰-۴۷؛ محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸.

۱۲. در این مورد رک: جولیا یفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل، ص ۵۳.

اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد.)). معاهدات بین المللی بخاطر رسیدن به هدف خاص میان دو یا چندین دولت منعقد می گردد. هدف معاهدات نیز بر حسب موضوع آن فرق می نماید.

در نتیجه، هدف معاهدات در ساحة حقوق بین الملل خصوصی حل مشاکل ناشی از موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی، مانند: تابعیت، بی تابعیتی، تابعیت دوگانه، وضعیت بیگانگان، اجتناب از اعمال تبعیض علیه بیگانگان، بهبود وضعیت زندگی بیگانگان، تعارض قوانین و ... است.^{۱۳} معاهدات در ساحة حقوق بین الملل خصوصی بر حسب موجودیت طرفین به انواع ذیل منقسم گردد:

- معاهدات دو جانبه: معاهدات دو جانبه به معاهداتی اطلاق می گردد که بین دو کشور منعقد گردیده، و فقط همان دو کشور ملزم به اجرای مفاد آن هستند.^{۱۴}

- معاهدات چندین جانبه بین المللی: معاهدات چندین جانبه بین المللی به معاهداتی اطلاق می گردد که بین چندین کشور در سطح بین المللی بدون اختصاص به کشور های معین و یا حوزه ای خاص منعقد شده و لازم الاجراء باشد. در ذیل به برخی معاهدات چندین جانبه بین المللی در ساحة حقوق بین الملل خصوصی اشاره صورت می گیرد:

اول- معاهده شیکاگو راجع به حمل و نقل هوائی؛

دوم- معاهده ورشو راجع به حمل و نقل هوائی؛

سوم- معاهده اتحادیه بین المللی معروف به معاهده پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی، تجارتی و زراعتی؛

چهارم- معاهده بروکسل راجع به یکنواخت کردن بعضی از احکام مربوط به رهن دریائی؛ و پنجم- معاهده برن راجع به حمل و نقل بین المللی کالاهایی تجارتی و مسافر و اثاثیه با راه آهن؛^{۱۵}

ششم- کنوانسیون قواعد حاکم بر تعهدات قراردادی ۱۹۸۰ (کنوانسیون روم)^{۱۶}: این کنوانسیون یکی از اقدامات در خصوص حل تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی است که قواعد حل تعارض قوانین در قرارداد ها را در اتحادیه اروپا ایجاد می نماید. این کنوانسیون در ۱۹ جون ۱۹۸۰ در روم اتالیا به امضا رسید و در سال ۱۹۹۱ نافذ شد و همه کشورهای اتحادیه اروپا عضو این کنوانسیون

۱۳. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۶۷ و ۶۸.

۱۴. همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۶۲.

۱۵. همان، سید نصرالله ابراهیمی، صص ۷۱ و ۷۲.

16. The convention on the law applicable to contractual obligation 1980 (Rome convention).

اند.^{۱۷} علاوه بر این، اسناد بین الملل ذیل، اسنادی اند که در هاگ توسط اعضای کنفرانس بین الملل هاگ امضا شده اند:

- ۱- کنوانسیون ۱۲ جون ۱۹۰۲ راجع به حل و فصل تعارض قوانین در مورد ازدواج؛^{۱۸}
- ۲- کنوانسیون ۱۲ جون ۱۹۰۲ راجع به حل و فصل تعارض قوانین و تعارض صلاحیت محاکم راجع به طلاق و تفریق؛^{۱۹}
- ۳- کنوانسیون ۱۲ جون ۱۹۰۲ راجع به حل و فصل [تعارض قوانین] راجع به ولایت بر صغار؛^{۲۰}
- ۴- کنوانسیون ۱۷ جولای ۱۹۰۵ راجع اصول محاکمات مدنی؛^{۲۱}
- ۵- کنوانسیون ۱۷ جولای ۱۹۰۵ راجع به تعارض قوانین راجع به آثار عقد ازدواج نسبت به زوجین و ترکه آنها؛^{۲۲}
- ۶- کنوانسیون ۱۷ جولای ۱۹۰۵ راجع به حرمان از حقوق مدنی و موارد مشابه؛^{۲۳}
- ۷- کنوانسیون ۱ مارچ ۱۹۵۴ راجع به [تعارض قوانین] در ساحة اصول محاکمات مدنی؛^{۲۴}
- ۸- کنوانسیون ۱۵ جون ۱۹۵۵ راجع به قانون قابل تطبیق بر خرید و فروش بین المللی کالاها؛^{۲۵}
- ۹- کنوانسیون ۱۵ اپریل ۱۹۵۸ راجع به قانون قابل تطبیق بر انتقال مالکیت کالاهای بین المللی؛^{۲۶}
- ۱۰- کنوانسیون ۱۵ اپریل ۱۹۵۸ راجع به صلاحیت محکمه منتخب در خصوص خرید و فروش بین المللی کالاها؛^{۲۷}
- ۱۱- کنوانسیون ۱۵ جون ۱۹۵۵ راجع به حل و فصل تعارض قوانین در خصوص قوانین دولت متبوع و قانون اقامتگاه؛^{۲۸}

17. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit 25/4/2017).

18. Convention of 12 June 1902 relating to the settlement of the conflict of the laws concerning marriage.

19. Convention of 12 June 1902 relating to the settlement of the conflict of laws and jurisdictions as regards to divorce and separation.

20. Convention of 12 June 1902 relating to the settlement of guardianship of minors.

21. Convention of 17 July 1905 relating to civil procedure.

22. Convention of 17 July 1905 relating to conflicts of laws with regard to the effects of marriage on the rights and duties of the spouses in their personal relationship and with regard to their estates.

23. Convention of 17 July 1905 relating to deprivation of civil rights and similar measures of protection.

24. Convention of 1 March 1954 on civil procedure.

25. Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods.

26. Convention of 15 April 1958 on the law governing transfer of title in international sales of goods

27. Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods

28. Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile.

- ۱۲- کنوانسیون ۱ جون ۱۹۵۶ در خصوص به رسمیت شناختن شخصیت حکمی شرکت های خارجی، سازمان ها و نهادها؛^{۲۹}
- ۱۳- کنوانسیون ۲۴ اکتوبر ۱۹۵۶ راجع به قانون قابل تطبیق در خصوص رعایت تعهدات در مورد اطفال؛^{۳۰}
- ۱۴- کنوانسیون ۱۵ اپریل ۱۹۵۸ در خصوص به رسمیت شناختن و تنفیذ احکام محاکم راجع به رعایت تعهدات در باره حقوق اطفال؛^{۳۱}
- ۱۵- کنوانسیون ۵ اکتوبر ۱۹۶۱ راجع به صلاحیت مراجع ذیصلاح و قانون قابل تطبیق در مورد حمایت صغار؛^{۳۲}
- ۱۶- کنوانسیون ۵ اکتوبر ۱۹۶۱ در خصوص حل تعارض قوانین در مورد حالات مربوط به وصیت؛^{۳۳}
- ۱۷- کنوانسیون ۵ اکتوبر ۱۹۶۱ در خصوص الغای شرایط قوانین اسناد عمومی خارجی؛^{۳۴}
- ۱۸- کنوانسیون ۱۵ نوامبر ۱۹۶۵ در خصوص صلاحیت، قانون قابل تطبیق و شناسایی احکام مربوط به فرزند خواندگی (تبنی)؛^{۳۵}
- ۱۹- کنوانسیون ۱۵ نوامبر ۱۹۶۵ در مورد خدمات خارجی قضایی و غیرقضایی مسایل اسناد مدنی و تجارتي؛^{۳۶}
- ۲۰- کنوانسیون ۲۵ نوامبر ۱۹۶۵ در مورد حل تعارض صلاحیت محاکم؛^{۳۷}
- ۲۱- کنوانسیون ۱ فبروری ۱۹۷۱ در مورد شناسایی و تنفیذ احکام محاکم خارجی در مسایل مدنی و تجارتي؛^{۳۸}

29. Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions.

30. Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children.

31. Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.

32. Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors.

33. Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions

34. Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents

35. Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions

36. Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters.

37. Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court.

38. Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

- ۲۲- پروتوکول تکمیلی ۱ فبروری ۱۹۷۱ کنوانسیون شناسایی و تنفیذ احکام محاکم خارجی در مسایل مدنی و تجارتی؛^{۳۹}
- ۲۳- کنوانسیون ۱ جون ۱۹۷۰ در مورد شناسایی طلاق و تفریق حقوقی؛^{۴۰}
- ۲۴- کنوانسیون ۴ می ۱۹۷۱ در خصوص قوانین قابل تطبیق در حوادث ترافیکی؛^{۴۱}
- ۲۵- کنوانسیون ۱۸ مارچ ۱۹۷۰ در مورد وسایل اثبات مسایل مدنی و تجارتی؛^{۴۲}
- ۲۶- کنوانسیون ۲ اکتوبر ۱۹۷۳ در مورد سرپرستی بین المللی متروکه اشخاص متوفی؛^{۴۳}
- ۲۷- کنوانسیون ۲ اکتوبر ۱۹۷۳ در خصوص قانون قابل تطبیق در مورد مسئولیت مدنی ناشی از محصولات؛^{۴۴}
- ۲۸- کنوانسیون ۱۴ مارچ ۱۹۷۸ در مورد قانون قابل تطبیق در خصوص نظام مالی زوجیت؛^{۴۵}
- ۲۹- کنوانسیون ۱۴ مارچ ۱۹۷۸ در خصوص تجلیل و شناسایی اعتبار ازدواج ها؛^{۴۶}
- ۳۰- کنوانسیون ۱۴ مارچ ۱۹۷۸ در خصوص قانون قابل تطبیق در مورد نیابت؛^{۴۷}
- ۳۱- کنوانسیون ۲۵ اکتوبر ۱۹۸۰ در خصوص ابعاد مدنی اختطاف بین المللی اطفال؛^{۴۸}
- ۳۲- کنوانسیون ۲۵ اکتوبر ۱۹۸۰ در خصوص دسترسی بین المللی به عدالت؛^{۴۹}
- ۳۳- کنوانسیون ۱ جولای ۱۹۸۵ در خصوص قانون قابل تطبیق در مورد امانات و شناسایی آنها؛^{۵۰}
- ۳۴- کنوانسیون ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ در مورد قانون قابل تطبیق در خصوص قراردادهای خرید و فروش بین المللی کالاها؛^{۵۱}

39. Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

40. Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations.

41. Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents.

42. Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.

43. Convention of 2 October 1973 concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons.

44. Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability.

45. Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.

46. Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.

47. Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency.

48. Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

49. Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice.

50. Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition.

51. Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.

- ۳۵- کنوانسیون ۱ آگست ۱۹۸۹ در خصوص قانون قابل تطبیق در مورد توریث متروکه اشخاص متوفی؛^{۵۲}
- ۳۶- کنوانسیون ۲۹ می ۱۹۹۳ در مورد همکاری و حمایت اطفال در خصوص فرزندخواندگی (تبنی) میان کشورها؛^{۵۳}
- ۳۷- کنوانسیون ۱۹ اکتوبر در مورد صلاحیت، قانون قابل تطبیق، سنااساسی، تنفیذ و همکاری در مورد وجایب والدین و اقدامات برای حمایت اطفال؛^{۵۴}
- ۳۸- کنوانسیون ۱۳ جنوری ۲۰۰۰ در مورد حمایت بین المللی افراد بالغ؛^{۵۵}
- ۳۹- کنوانسیون ۳۰ جون ۲۰۰۵ در مورد توافقات حل تعارض صلاحیت محاکم؛^{۵۶}
- ۴۰- کنوانسیون ۲۳ نوامبر ۲۰۰۷ در مورد بهبود حمایت بین الملل اطفال و سایر انواع حمایت خانواده؛ و^{۵۷}
- ۴۱- اصول حل تعارض قوانین در قرارداد های بین المللی تجارتی؛^{۵۸} و^{۵۹}
- دولت افغانستان به این معاهدات ملحق نشده است. بنابراین، این معاهدات در افغانستان الزام آور نیستند. زیرا، این معاهدات به عرف بین المللی تبدیل نشده اند. باوجوداین، طبق ماده ۳۲ ق. م: «هرگاه در مورد تنازع قوانین حکمی در مواد قبلی این قانون موجود نباشد، قواعد حقوق بین الدول خصوصی تطبیق می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:
- نخست این که در صورتی که در مورد تنازع قوانین که تفصیل آن در بخش دوم این کتاب خواهد آمد در ق. م حکمی وجود نداشته باشد، قواعد حقوق بین الدول خصوصی قابل تطبیق است. منظور از حقوق بین الدول خصوصی، حقوق بین الملل خصوصی است. در گذشته در افغانستان حقوق بین الملل را حقوق بین الدول می نامیدند.
- دوم این که به نظر می رسد منظور از قواعد حقوق بین الملل قواعدی است که از معاهدات بین الملل، عرف و عادات بین الملل و رویه قضایی ناشی شده اند.^{۶۰}

52. Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons.

53. Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Inter-country Adoption.

54. Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

55. Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults.

56. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

57. Convention of 23 November 2007 on International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

58. Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

59. https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Hague_Conventions_on_Private_International_Law (Last visit: 15, february, 2017).

۶۰. در مورد تعریف قواعد حقوقی نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، بخش دوم، فصل چهارم.

سوم این که نص ماده ۳۲ ق. م برای رشد و توسعه حقوق بین الملل خصوصی در افغانستان مؤثر است، زیرا نص این ماده در صورت مسکوت بودن ق. م دست قاضی را برای تطبیق قواعد حقوق بین الملل باز می گذارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن قواعد بین المللی حقوق بین الملل خصوصی به عنوان یکی از منابع حقوق بین الملل خصوصی است. بنابراین، به نظر می رسد به استناد به نص این ماده قضات می توانند قواعد حقوق بین الملل خصوصی را در افغانستان تطبیق نمایند.

در هر حال، زمانی که یک معاهده دو یا چندین جانبه میان دو یا چندین مملکت منعقد می گردد، طرفین معاهده مکلف به رعایت مواد آن هستند. روی همین دلیل، معاهدات اعم از دو یا چندین جانبه در اکثر نظام های حقوقی از اهمیت ویژه ای برخوردار اند به حدی که در صورت تعارض معاهده با قانون داخلی به معاهده ترجیح می دهند. تعارض معاهدات با قوانین داخلی گاه ممکن است بعد از تصویب و انفاذ معاهده بین المللی واقع گردد و گاه نیز ممکن است که قوانین داخلی بر معاهدات بین المللی که قبلاً نافذ گردیده است متعارض واقع گردد:

- تعارض قوانین داخلی با معاهده دو یا چندین جانبه که قبل از تصویب و انفاذ قانون داخلی تصویب و نافذ گردیده است: دولتی که معاهده دو یا چندین جانبه را تصویب می نماید، مکلف به رعایت مفاد آن است. پس، قوانین داخلی این دولت که بعد از انفاذ معاهده وضع و نافذ می گردد، نباید با معاهده در تناقض قرار داشته باشد. زیرا، متعارض بودن قانون داخلی مؤخر بر معاهده به معنی نقض تعهد دولت و الغای معاهده دو یا چندین جانبه است.

- تعارض معاهده بین الملل با قانون داخلی: قانون داخلی که بعد از تصویب و انفاذ معاهده وضع و نافذ می گردد ممکن است با معاهده دو یا چندین جانبه متعارض واقع گردد. سؤال این است که کدام يك بر دیگری برتری خواهد داشت؟ در پاسخ به این سؤال، دانشمندان حقوق نظریات متفاوت ارائه کرده اند: عده ای از علمای حقوق بر این عقیده اند که: هرگاه بین معاهده جدید و قانون قبل از معاهده یا هم بعضی از مواد معاهده با مواد قانون قبل از معاهده، تنازع پیدا شود، معاهدات بر قانون قبلی رجحان داده می شوند.

به نظر می رسد علت عمده این نظر رعایت اصل عدم رجعت قانون به ماقبل است، بدین معنی که چون معاهده بعد از قانون عقد گردیده، دولت خواسته است تا بر معاهده ارجحیت بدهد. این دانشمندان در این مورد به قضیه پادشاه بلجیم - لیوپولد دوم (Second Leopold) که با یک تبعه فرانسوی ازدواج کرده و در نهایت در مورد میراث تنازع بین ورثه شان به میان آمد و میراث بین زوجین به استناد به معاهده توسط محکمه ذیصلاح حل و فصل گردید استناد می نمایند.

به نظر می‌رسد در حوزه حقوق بین الملل خصوصی طبق قوانین افغانستان معاهدات بین المللی بر قوانین داخلی ارجحیت دارد. زیرا، ماده ۳۱ ق. م در این مورد حکم می‌نماید که: «احکام مندرج مواد این قانون در صورتی نافذ می‌باشد که مخالف آن حکم دیگری در قانون اختصاصی یا معاهده بین الدولی که در افغانستان نافذ است، نباشد». از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

نخست این که قواعدی که در ق. م در مورد حل تعارض قوانین پیش بینی شده است در صورتی قابل تطبیق است که در قانون اختصاصی حکمی که مخالف قواعد ق. م باشد وجود نداشته باشد، زیرا قانون مدنی، قانون عادی و عام و قانون اختصاصی قانون خاص است و مطابق اصول فقه در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص ارجحیت دارد. قانونگذار مدنی در ماده ۳۱ ق. م از قاعده تعارض میان عام و خاص استفاده نموده است.

دوم این که تطبیق قواعد ق. م مشروط بر عدم مخالفت این قواعد با قواعد معاهده ای است که در افغانستان نافذ است. به نظر می‌رسد منظور از معاهده نافذ معاهده ای است که مراحل انعقاد توسط حکومت و تصویب توسط شورای ملی را طی نموده، به توشیح رئیس جمهور رسیده و در جریده رسمی نشر شده باشد. طبق نص ماده ۳۱ قواعد معاهده بین المللی نافذ در افغانستان بر قواعد قانون مدنی ارجحیت دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجحیت دادن قانون خاص بر قانون عام و معاهدات بین المللی بر قوانین افغانستان در حوزه حقوق بین الملل خصوصی است.

علاوه بر قانون اساسی و قانون مدنی، ماده ۴۱ قانون تابعیت منتشره جریده رسمی ۷۹۲، سال ۱۴۲۱ حکم می‌نماید که: «در صورت تعارض احکام این قانون با معاهدات بین المللی یا مقاولات دو جانبه، بین جمهوری افغانستان و کشور خارجی، به معاهده بین المللی یا مقاله دو جانبه ترجیح داده می‌شود». از نص این ماده به خوبی بر می‌آید که قواعد معاهدات بین المللی چندین جانبه یا دو جانبه میان دولت جمهوری اسلامی افغانستان و کشورهای خارجی، قواعد معاهده بر قانون تابعیت ارجحیت دارد.

در نظام حقوقی افغانستان ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت معاهدات بین المللی با قانون اساسی را دارد. ماده ۱۲۱ ق. ۱ در این باره می‌گوید: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین الدول و میثاق های بین المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه می‌باشد».^{۶۱}

۶۱. در این مورد نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، بخش دوم، صص ۴۴۵-۴۵۰.

۲- **رویه قضایی بین المللی:** رویه قضائی بین المللی بر آرای محاکم بین المللی به ویژه محکمه بین المللی عدالت اطلاق می گردد. محاکم بین المللی بالاخص محکمه بین المللی عدالت در بسا موارد راجع به مسائل مربوط به حقوق بین الملل خصوصی به خصوص تابعیت و وضع بیگانگان ابراز نظر کرده است. بنابراین، رویه قضائی بین المللی نیز می تواند یکی از منابع حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل بدهد. در ذیل به برخی قواعد حقوقی که از آراء مشورتی محکمه بین المللی عدالت ناشی شده است اشاره صورت می گیرد:

- تعهدات بین المللی هر دولت آزادی قانونگذاری آن را محدود می کند.^{۶۲}
- دولت ها در زمینه تابعیت هیچ تعهدی جز آنچه از معاهدات ناشی شده است ندارند.^{۶۳}
- سلب مالکیت و مصادره اموال بیگانگان بدون پرداخت غرامت حقوق مشترک بین الملل است.^{۶۴}
- قواعد حقوق بین الملل خصوصی جزو حقوق داخلی است، مگر اینکه این قواعد بر اثر معاهده یا عرف بین المللی بین دولت ها مشترک باشد، که در این صورت جزو حقوق بین الملل عمومی، که تنظیم کننده روابط بین دولت ها است خواهد بود.^{۶۵}
- حمایت سیاسی از شرکت به دولتی متعلق است که شرکت مذکور بر طبق قوانین آن تشکیل یافته و در قلمرو آن دارای اقامتگاه است نه دولت متبوع سهام داران شرکت.^{۶۶}
- هرگاه رابطه تابعیت فردی با دولتی معین متقن و مدلل نباشد، این دولت نمی تواند از او به عنوان تبعه خود حمایت سیاسی نماید.^{۶۷}
- باوجود اینکه اصولاً رویه قضائی بین المللی یکی از منابع حقوق بین الملل خصوصی به شمار می آید، در عمل چندان رشد و توسعه نکرده است. زیرا، اولاً؛ دولت ها حاضر نیستند تا به راحتی

۶۲. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۲۳/۹/۱۵ محکمه بین الملل عدالت در خصوص تحصیل تابعیت دولت لهستان.

۶۳. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۲۳/۲/۷ محکمه بین المللی عدالت در باره اختلاف بین فرانسه و انگلیس راجع به تابعیت بعضی از اتباع مال که در تونس ساکن بودند.

۶۴. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۹۶/۵/۲۵ محکمه بین المللی عدالت در مورد مصادره کارخانه ای متعلق به اتباع آلمانی در سلیزی علیا (Haute Silesie) از سوی دولت لهستان.

۶۵. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۲۹/۷/۱۲ محکمه بین الملل عدالت در خصوص انتشار اوراق قرضه در فرانسه به وسیله دولت های یوگو سلاوی و برازیل.

۶۶. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۷۰/۲/۵ محکمه بین المللی عدالت در قضیه بارسلونا.

۶۷. رأی مشورتی مؤرخ ۱۹۹۴/۴/۶ محکمه بین المللی عدالت در مورد حمایت سیاسی در باره شخصی که به نام نوته باهم (Nottebohm) دارای دو تابعیت لیختن اشتاین (Lichtenstein) و آلمان در دعوی میان دولت اخیر الذکر و دولت گواتمالا؛ یعنی: کشوری که وی در آنجا مقیم بوده است. در این رأی تصریح شد که هنگامی که رابطه تابعیت به اندازه کافی مؤثر نباشد، دولت نمی تواند حمایت سیاسی از تبعه ای را که مانند اتباع خود می داند، بر عهده بگیرد.

صلاحیت خود را محدود کنند و از احکام و تصامیم محکمه بین المللی عدالت پیروی کنند؛ و ثانیاً: دعاوی ارجاعی به محاکم بین المللی به ویژه محکمه بین المللی عدالت بسیار محدود است. زیرا، صرف دعاوی بین دولت ها به داورى بین المللی ارجاع می گردد و دعاوی بین اشخاص در روابط بین المللی معمولاً در داخل کشور حل و فصل می شود.^{۶۸}

۳- عرف و عادات بین المللی: عرف بین المللی مشمول همان تعریفی است که در حقوق داخلی در باره عرف و عادات وجود دارد. به این معنی که: عرف و عادات بین المللی عبارت از قواعد حقوقی است که دولت ها طی مدت مدیدی در روابط بین خود آن را رعایت کرده اند، به نحوی که به تدریج نزد آنها جنبه الزامیت پیدا کرده است. هر عرف بین المللی یک عرف «حقوق عام» مردم همه جهان است. به عنوان مثال، راجع به وضع اتباع بیگانه، عرف بین المللی این است که هر دولتی باید حد اقل حقوقی برای اتباع کشور های دیگر که در قلمرو حکومت او اقامت دارند، بشناسند. همچنین، عرف بین المللی این است که بیگانگان به محاکم محل اقامت خود دسترسی و حق اقامه دعوی را داشته باشند.^{۶۹}

۴- اصول کلی حقوق بین الملل: با در نظر داشت اینکه موضوعات مورد بحث در حقوق بین الملل خصوصی و عمومی از محدوده یک کشور خارج بوده و به دو یا چند کشور مربوط می شود، تکوین و پیدایش برخی اصول و قواعد کلی در جامعه بین المللی که مورد قبول کلیه کشور ها قرار گرفته باشد، ضروری است.

برخی اصول حقوق بین الملل خصوصی که مورد قبول جامعه بین المللی قرار گرفته است عبارتند از: اصل احترام به حاکمیت اراده طرفین و آزادی قراردادی، اصل رعایت حقوق بیگانگان، اصل آزادی اقلیتها در امور مذهبی، فرهنگی و غیره، اموال غیر منقول تابع محل وقوع مال است، شکل اسناد تابع قانون محل تنظیم سند است و شناسائی حد اقل حقوق برای اتباع کشور های دیگر.^{۷۰}

۵- نظریات دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی: نظریات دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی یکی دیگر از منابع غیرمستقیم حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل می دهد.

مبحث هفتم: موضوعات مورد بحث

۶۸. نقل از: سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۷۷-۸۰.

۶۹. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۲۴؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۸۲.

۷۰. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۷۳؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۸۲ و ۸۳.

در مورد موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی و ایجاد رابطه علمی - منطقی میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی میان علمای حقوق بین الملل خصوصی توافق نظر وجود ندارد. دانشمندان امریکایی و انگلیسی حقوق بین الملل خصوصی صرف «تعارض قوانین» را در این مضمون مورد مطالعه قرار می دهند. از همین جهت، در امریکا و انگلستان حقوق بین الملل خصوصی را به نام «تعارض قوانین» (conflict of laws) یاد می نمایند و بسیاری از کتاب هایی که به لسان انگلیسی در مورد حقوق بین الملل خصوصی تألیف شده است به نام «تعارض قوانین» یاد می شوند نه حقوق بین الملل خصوصی.

با وجود این، چون حل تعارض قوانین مستلزم دانستن برخی مباحث فرعی دیگر مانند: تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان است، برخی نویسندگان فرانسوی و ایرانی تابعیت و اقامتگاه و حقوق تکالیف بیگانگان را ضمن فصل یا مبحث تعارض قوانین مورد مطالعه قرار می دهند. این روش عاری از ایراد نیست. زیرا، در این روش رابطه علمی - منطقی یا زنجیره میان تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض ها وجود ندارد و این امر موجب سردرگمی و پراکندگی و عدم وجود رابطه علمی - منطقی میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی می شود.

با توجه به این ایراد، در حقوق امریکا برخی نویسندگان بر این نظر اند که: «در یک معامله میان - دولت و بین الملل سه موضوع عمده وجود دارد که حقوقدانان در مرحله پلانگذاری و مرحله حل منازعه مورد بحث قرار دهند:

(۱) طرفین کجا می توانند یک منازعه را از طریق دعوی یا حکمیت حل و فصل نمایند؛

(۲) کدام قانون را محکمه یا حکم تطبیق خواهد کرد تا منازعه را حل و فصل نماید؛ و

(۳) اثر حکم چه خواهد بود.^{۷۱}

برخی نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در ایران، موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی را به دو بخش: تقسیم جغرافیایی اشخاص که شامل تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود و تعارض ها که شامل تعارض صلاحیت محاکم، تعارض قوانین و تنفیذ حکم محکمه خارجی و ... می شود تقسیم می نمایند و بخش اول را به نام حقوق بین الملل ماهوی که مؤجد حق و تکلیف است و بخش دوم را حقوق بین الملل خصوصی شکلی که ناظر بر حل و فصل دعاوی ناشی از روابط خصوصی افراد در سطح بین المللی است تقسیم می نمایند. چنانچه آقای دکتر نجاد علی الماسی در این مورد می نویسد:

71. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricarhd D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th ed, USA: Foundation Press, p 1.

«حقوق بین المللی به عنوان مجموع قواعدی که بر روابط بین المللی؛ یعنی: روابط حقوقی که در آن حد اقل یک عامل خارجی وجود داشته باشد، حکومت می کند و مانند حقوق ملی به دو شعبه: عمومی و خصوصی تقسیم می شود: حقوق بین الملل عمومی و حقوق بین الملل خصوصی: حقوق بین الملل عمومی روابط دولت ها و سازمان های بین المللی را تنظیم می نماید.

حقوق بین الملل خصوصی روابط میان اتباع دولت ها اعم از اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید و برخلاف حقوق بین الملل عمومی دارای قواعدی است که ضمانت اجرایی کافی و مؤثر دارد. موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی تقسیم جغرافیایی اشخاص که شامل تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود و تعارض ها که شامل تعارض صلاحیت محاکم و تعارض قوانین و تطبیق حکم محکمه خارجی می شود.

قواعدی که در حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار می گیرد به دو دسته تقسیم می شوند: قواعد ماهوی و قواعد شکلی. بنابراین، حقوق بین الملل خصوصی به حقوق بین الملل خصوصی ماهوی و حقوق بین الملل شکلی تقسیم می شود. قواعد ماهوی مربوط به تقسیم جغرافیایی اشخاص و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود.

این قواعد تکلیف هر مسأله را به طور ماهوی و مستقیم روشن می سازد. به عنوان مثال، هر گاه این سؤال مطرح شود که آیا فلان شخص ایرانی است یا خارجی یا مقیم ایران است یا مقیم خارج با رجوع به قواعد مربوط به تابعیت و اقامتگاه جواب سؤال به صورت مستقیم و ماهوی واضح می شود خواه پاسخ مثبت باشد یا منفی.

همچنین، هرگاه این سؤال مطرح شود که آیا اتباع خارجی از فلان حق می توانند متمتع شوند یا خیر؟ با رجوع به قواعد مربوط به حقوق و تکالیف بیگانگان از حقوق عمومی و خصوصی جواب سؤال به طور مثبت یا منفی واضح می شود.^{۷۲}

این نظر بنابر دلایل ذیل عاری از نقص به نظر می رسد و می توان با دکتر نجاد علی الماسی هم نظر شد:

۱) حقوق خصوصی در سطح ملی به دو دسته قواعد تقسیم می شود: قواعد ماهوی که مؤجد حق و تکلیف اند و شامل قواعد حقوق مدنی و تجارتی می شوند که شامل موضوعات مورد بحث حقوق تجارت، حقوق فامیل، حقوق میراث، حقوق عینی و حقوق وجایب می شود. در صورت نقض قواعد ماهوی این رشته از حقوق، قواعدی شکلی که همان اصول محاکمات مدنی و

۷۲. نجاد علی الماسی (۱۳۸۵). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، صص ۱۲ و ۱۳.

تجارتی است، مطرح می شود که به دسته اول قواعد ماهوی و به دسته دوم قواعد شکلی می گویند؛

۲) در صورت عدم تقسیم حقوق بین الملل خصوصی به حقوق بین الملل خصوصی ماهوی که شامل تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود و حقوق بین الملل خصوصی شکلی که شامل حل تعارضات می شود، هیچ رابطه منطقی و علمی میان تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان نمی توان ایجاد کرد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که حقوق بین الملل خصوصی شامل حقوق بین الملل خصوصی ماهوی و حقوق بین الملل خصوصی شکلی می شود. حقوق بین الملل خصوصی ماهوی مجموعه قواعدی است که اشخاص را به دولت ها از طریق تابعیت پیوند می دهد، اقامتگاه آنها و حقوق و تکالیف آنها را معین می نماید. حقوق بین الملل خصوصی شکلی مجموعه قواعدی است که منازعات حقوقی دارای عنصر خارجی را میان اتباع ممالک مختلف حل و فصل می نماید.

با توجه به این دلایل، ما نیز موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی را در بخش مورد مطالعه قرار می دهیم: بخش اول: حقوق بین الملل خصوصی ماهوی که شامل قواعد متنی مربوط به تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می شود و بخش دوم: حقوق بین الملل خصوصی شکلی که شامل حل تعارضات می شود:

بخش اول:
حقوق بین الملل خصوصی ماهوی
(تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان)

فصل اول: تابعیت

داشتن تابعیت توسط اشخاص حقیقی از نظر عقلی يك اصل اجتناب ناپذیر است. زیرا، انسان موجود اجتماعی و مدنی الطبع است و امکان زیست انفرادی برایش غیر ممکن است. مدنی بالطبع بودن انسان به ذات خود، مستلزم زندگی انسان در اجتماع است. بنابراین، زندگی انسان بدون اجتماع بی نهایت مشکل و حتی ناممکن است. وقتی انسان نیاز به کمک و تعاون دارد و نمی تواند همه نیازمندی های خویش را از هر حیث شخصاً رفع نماید، و وقتی دنیا به سر زمین هایی تقسیم شده و هر یک دارای قدرت حاکمه اند که توسط آن امنیت و نظم عمومی را تأمین می نمایند، بعید از عقل است که اشخاصی خارج از نظام بین المللی خود را مربوط به دولتی شناسند و فاقد تابعیت باشند. مزایای مادی و معنوی که از ارتباط فرد و دولت حاصل می شود لزوم زندگی انسان در اجتماع و داشتن تابعیت را هویدا و مشخص می سازد.

به عنوان مثال، اگر شخصی پیدا شود که فاقد تابعیت باشد، وضعیت، حقوق و تکالیف او روشن نخواهد بود و در اکثر موارد، مانند: عبور از مرز، اقامت در کشور دیگر و انتخاب اقامتگاه، ازدواج، پیدا کردن شغل، اجرای معامله تجارتي و ترتیب سند، ثبت ازدواج و نظیر اینها دچار مشکلات می گردد و در برابر تجاوزاتی که به حقوق او صورت می پذیرد، نمی تواند به دولت متوسل شده و مطالبه جبران خساره نماید.

دلیل این که تابعیت با آنکه یک طرف آن فرد است و طرف دیگر آن دولت، در حقوق بین الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می گیرد این است که تابعیت شخص را با دولت معین پیوند می دهد. قبل از این که منازعات حقوقی ناشی از روابط خصوصی افراد در سطح بین الملل حل و فصل گردد،

باید معین شود که کدام شخص تبعه کدام مملکت است. به نظر می رسد به همین دلیل تابعیت به عنوان اولین مبحث حقوق بین الملل خصوصی، در حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار می گیرد.

با توجه به اهمیت تابعیت، تعریف، پیشینه، شروط تحقق و آثار تابعیت (مبحث اول)، انواع و طرق اکتساب تابعیت (مبحث دوم)، اصول تابعیت (مبحث سوم)، بی تابعیتی و عوامل آن (مبحث چهارم)، قواعد تابعیت در ق. ت. ۱ (مبحث پنجم) و تابعیت اشخاص حقوقی و نظریه تابعیت در فقه (مبحث ششم) را مورد مطالعه قرار می دهیم:

مبحث اول: تعریف، پیشینه، شروط تحقق و آثار تابعیت

گفتار نخست) تعریف تابعیت و تفاوت آن با ملت و امت

تابعیت از ریشه «تبع» گرفته شده است که در لغت به معنای پیروی و دنباله روی است.^{۷۳} همچنین، تابعیت در لغت به معنی تابع بودن است. برخی حقوقدانان در تعریف تابعیت می گویند: تابعیت رابطه سیاسی است میان فرد و یک دولت.^{۷۴} در این تعریف صرف بر رابطه سیاسی تأکید شده است، در حالی که تابعیت رابطه سیاسی - حقوقی فرد با دولت است. در اصطلاح حقوقی طبق ماده ۲ ق. ت: «تابعیت ارتباط سیاسی و حقوقی شخص با دولت اسلامی افغانستان است». این تعریف مقتبس از تعریف حقوقدانان است، زیرا حقوقدانان بر این باور اند که رابطه دولت و شخص در تابعیت، رابطه سیاسی است. زیرا، این رابطه ناشی از قدرت دولت است که فرد را از خودش می داند. تصریح اصول تابعیت که تفصیل آن خواهد آمد، در قوانین اساسی برخی کشور ها از جمله افغانستان نیز به این رابطه قوت می بخشد.

همچنین، حقوقدانان بر این باورند که رابطه فرد و دولت در تابعیت رابطه حقوقی نیز است. زیرا، این رابطه ناشی از قرارداد فرضی است که بین شخص و دولت متبوع منعقد می گردد و بر اساس این قرارداد طرفین در برابر همدیگر حقوق و تعهدات پیدا می نمایند. در نتیجه، تبعه مکلف می شود قوانین دولت متبوع را رعایت نماید و مخارج عمومی دولت را از طریق پرداخت مالیات تأمین نماید و انجام خدمات اعم از ملکی و نظامی را به عهده گرفته و بدین ترتیب سهم خود را در دفاع از مملکت و حفظ حدود کشور اداء نماید. دولت نیز بر اساس این قرارداد می تواند اجرای این تکالیف را از اتباع

۷۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۴.
74. D. L. A. Barker and C. Padfield, (1375). Law, 1st ed, Tehran: Arian bookshop. p 19.

خویش مطالبه نماید و در مقابل، با وضع قوانین مناسب اتباع خویش را تحت حمایت قرار دهد، و با اعزام مأمور متبوع به خارج، به امور تبعه یا اتباع تسهیل ببخشد.^{۷۵ و ۷۶}

باوجود این، انتقادی که براین تعریف وارد می گردد این است که این تعریف رابطه معنوی شخص با دولت را که ناشی از تابعیت است نادیده گرفته است. زیرا، رابطه فرد با دولت رابطه معنوی نیز است. علت این امر این است که این رابطه مربوط به محلی نیست که شخص در آنجا زندگی می کند. در نتیجه، تعریف جامع ای که متخصصین حقوق بین الملل خصوصی به تابعیت ارائه کرده اند این است که: تابعیت رابطه است سیاسی، حقوقی و معنوی که یک شخص را با دولت معین ارتباط میدهد.^{۷۷} دلالی را که متخصصین حقوق بین الملل خصوصی برای دفاع از این تعریف ارائه کرده اند قرار آتی است:

(۱) تابعیت به دلیل اینکه ناشی از حاکمیت دولت است، یک رابطه سیاسی است. زیرا، دولت مکلف نیست شخصی را به تابعیت خود بپذیرد. بنابراین، دولت با توجه به اوضاع جغرافیایی، اقتصادی، سیاسی و ... کشور خود تشخیص می دهد چه شخصی می تواند تبعه آن باشد؛

(۲) تابعیت رابطه ای حقوقی است. زیرا، دارای آثار حقوقی در حقوق بین الملل و حقوق داخلی است، مانند: حمایت سیاسی دولت از تبعه خویش در کشورهای دیگر، حق رأی دادن و تمتع از کلیه حقوق مدنی، تجارتی و امثال اینها؛ و

(۳) نظر به اینکه تابعیت، اتباع کشور را از نظر اهداف، عادات و رسوم مشترکی که دارند به یک دولت معین پیوند می دهد، و ارتباط به مکان و محل اقامت یا سکونت شخص یا زمان مشخصی ندارد، رابطه ای معنوی است.^{۷۸} بنابراین، ممکن است شخصی تابعیت افغانی را داشته باشد، ولی مدت زیادی در افغانستان سکونت یا اقامت نداشته باشد و حتی افغانستان را ندیده باشد.

ملت در لغت به معنی دین، شریعت، مردم یک کشور، پیروان یک دین، امت و خلق است. در اصطلاح حقوقی، تعاریف مختلف برای ملت وجود دارد:

(۱) ملت مردم یک کشور که از یک نژاد و تابع یک دولت اند.

۷۵. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۵۱ و ۵۲.

۷۶. در قرن ۱۸ توسعه ای که نظریه مربوط به قرارداد اجتماعی روسو پیدا کرده بود، رابطه قراردادی هم میان دولت و تبعه توسعه یافت و در قرن ۱۹ به اوج خود رسید. ولی، این نظریه امروز طرفداری ندارد. زیرا، اولاً: این نظریه با قواعد اصلی تابعیت که با تولد شخص اعطاء می گردد متناقض است، چون طفل پس از تولد با دولت قرارداد منعقد نمی نماید؛ و ثانیاً: استناد به این قرارداد موجه نیست. زیرا، دولت ها غالباً اختیار سلب تابعیت را از اتباع خویش و اعطای تابعیت را به اتباع سایر ممالک دارند (همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۵۲).

۷۷. همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۸۵.

۷۸. همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۸۵.

۲) ملت عبارت از گروهی از مردم است که خود را تشکیل دهنده اجتماعی با هویت سیاسی متمایز از سایر انسان ها می دانند و سنت های تاریخی و فرهنگی مشترک دارند و بیشتر در سرزمین مشخص زندگی می کنند.^{۷۹} امت کلمه عربی است که در لغت به معنی پیرو و گروه است که جمع آن امم است. در اصطلاح، امت عبارت از پیروان یک پیامبر است.^{۸۰}

ملیت و تابعیت در عمل گاهی مترادف استعمال می شود. در حقوق اسلامی تبعه چندان کاربرد ندارد. در ابتدای ایجاد دولت، خلافت و امپراطوری های اسلامی همه مسلمانان که تحت قلمرو دولت، خلافت و امپراطوری اسلامی زندگی می کردند، امت اسلامی تلقی می شدند. با سقوط امپراطوری عثمانی ها و ایجاد دولت های اسلامی به سبک جمهوری اسلامی، اسلامی و نظیر اینها آهسته آهسته بحث تابعیت و شهروند علاوه بر امت در ممالک اسلامی آغاز شد. امروزه همه مسلمانان امت پیامبر ﷺ و در عین حال تبعه یک مملکت اسلامی اند.

گفتار دوم) پیشینه

رابطه میان فرد و دولت مسأله ای کهن است. این رابطه از هنگامی که دولت در ابتدائی ترین صورت خود پدید آمده، همواره وجود داشته است و همراه با تحول واقعی و مفهومی دولت و متناسب با نوع حاکمیت و جایگاه مردم در دولتها، ضوابط تعیین تابعیت اشخاص نیز دستخوش تغییر و تحول گشته است و چون نوع و شکل دولت ها و تحول آنها در کشور ها یکسان نبوده است، به طور طبیعی تابعیت و تحولات آن نیز در همه کشورها یکسان نبوده است.^{۸۱}

به نظر می رسد تأریخچه تابعیت در اسلام، همزمان با ظهور اولین دولت اسلامی در مدینه منوره بر می گردد. با هجرت پیامبر ﷺ به مدینه منوره، اولین بنیاد دولت - کشور اسلامی با ارکان چهارگانه حاکمیت، حکومت، سرزمین و جمعیت مستقل با پیمان منشور مدینه تشکیل گردید. در این پیمان به هیچ وجه از عناصر و ارزش های قبیله ای و قومی، خونی و سرزمینی به عنوان زیربنای جامعه سیاسی اسلام سخنی نرفته است. براساس این پیمان، معیار تابعیت در اسلام یکی از این دو امر بوده است: مسلمان بودن و پیمان پذیرفتن.

در نتیجه این پیمان، امت مسلمان و امت یهود مدینه با حفظ استقلال و آئین جامعه دینی خویش، جامعه سیاسی واحدی پدید آوردند. پیامبر ﷺ پیروان خویش را با معیار مسلمان بودن تحت پوشش قرار داده و وحدت دینی را جانشین وحدت قومی کرد.

79. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

80. Ibid, (2017/9/27 آخرین بازدید)

۸۱. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۱۹-۲۱

همچنین، پیامبر ﷺ پیروان سائر ادیان را، قطع نظر از وابستگی های خونی، زبانی، نژادی و سرزمینی، به شرط «پیمان» به عضویت جامعه سیاسی خویش پذیرفت و به این ترتیب، حکومت مذهبی توأم با اقتدار سیاسی و جریان دینی توسعه پیدا کرد.

در نتیجه، تابعیت در جامعه سیاسی پیامبر ﷺ در روشنائی یکی از دو شرط: اسلام پذیری و پیمان پذیری تحقق یافت. بنابراین، هرکس که فاقد یکی از این دو شرط بود، بیگانه (غیرتبعه) تلقی می شد. از آنچه گفته شد، به خوبی واضح گردید که: معیار تابعیت در حقوق اسلام مسلمان بودن و پیمان پذیری بوده است.

این معیارها در باره تابعیت دولت اسلامی پس از رحلت پیامبر ﷺ و حتی با گسترش قلمرو حکومت اسلامی و افزایش جمعیت جامعه سیاسی اسلام، حاکم بوده و تعیین از خود و بیگانه براساس یکی از دو معیار: اسلام و پیمان صورت می پذیرفته است تا جایی که در حقوق دولت عثمانی چنین آمده است: «هر مسلمانی به محض ورود به قلمرو عثمانی، شهروند محسوب شده و بر اساس برابری و مساوات، از همه گونه حق شهروندی برخوردار می گردد.»

اما، از اواسط قرن نهم به بعد مفهوم تابعیت در کشور های اسلامی تحت تأثیر حقوق اروپائی قرار گرفت و قانون تابعیت براساس معیار زادگاه و اقامتگاه وضع شد. بنابراین، معیارهایی که امروزه از طرف دولت های اسلامی راجع به تابعیت، وضع می شود، با معیار جامعه سیاسی قبل از قرن نهم در تعارض قرار دارد، چنانچه آقای محمد حمیدالله یکی از محققان حقوق اسلامی و مؤلف کتاب سلوک بین المللی اسلامی که توسط مصطفی محقق داماد به دري ترجمه شده است می گوید: «این حقیقت را هم نادیده نمی گیریم که تمدن جدید اروپایی بر ملل اسلامی تأثیر قابل ملاحظه و فوق العاده داشته، آنچنانکه ملل اسلامی، در عصر حاضر، حقوق ملیت (تابعیت) را مبنای محل تولد و اقامت قرار داده اند، که این عناصر از ضرورت های سیاسی زندگی بین المللی است.»

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که مبنای تابعیت در نظام حقوقی اسلام، عنصر عقیده است که به آن عنصر معنوی نیز می گویند. پس، هرکس که دارای این معیار باشد، عضو رسمی جامعه سیاسی اسلام است و در نتیجه مسلمان زادگان و اسلام پذیران به طور قهری تابع رسمی دولت اسلامی محسوب می شده اند و غیرمسلمانان به صورت اخذ اهل کتاب براساس قرارداد در جامعه سیاسی اسلام عضویت یافته و به عنوان «اتباع پیمانی» تحت حمایت دولت اسلامی قرار می گرفته اند بدون آنکه عضو امت اسلامی باشند. در نتیجه، دولت اسلامی دو نوع تابعیت را به رسمیت می

شناسد: ۱) تابعیت دینی که با پذیرش اسلام تحقق می پذیرد؛ و ۲) تابعیت قراردادی که با پرداخت جزیه به وجود می آید.^{۸۲}

تأسیس حقوقی تابعیت در افغانستان نیز ساخته و پرداخته قرن اخیر است. اولین قانون تابعیت در افغانستان به نام «نظامنامه تذکره نفوس و اصول پساپورت و قانون تابعیت در سال ۱۳۰۳ در زمان حکومت امیر امان الله خان وضع شد. سپس، این قانون ملغی و به عوض آن اصولنامه تابعیت در ۳۰ ثور سال ۱۳۳۰ نافذ گردید.

متعاقباً اصولنامه تابعیت در سال ۱۳۶۵ ملغی و به عوض آن قانون تابعیت جمهوری دموکراتیک افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۶۰۶ مؤرخ ۱۵/۲/۱۳۶۵ نافذ گردید. قانون تابعیت جمهوری دموکراتیک افغانستان در سال ۱۳۷۰ ملغی و به عوض آن قانون تابعیت جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی مؤرخ ۲۹/۱۲/۱۳۷۰ نافذ گردید. قانون تابعیت جمهوری افغانستان در دوره حکمروایی طالبان ملغی و به عوض آن قانون تابعیت امارت اسلامی منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۲ مؤرخ ۱۴۲۱ نافذ گردید که تا کنون نافذ است.

قانونگذار مدنی افغانستان نیز داشتن تابعیت را یکی از خصوصیات اشخاص می داند، اما تنظیم مسایل جزئی آن را به قانون خاص محول نموده است. ماده ۵۵ ق. م در این زمینه تصریح می نماید: «تابعیت افغانی توسط قانون خاص تنظیم می گردد». قانون خاص در این زمینه قانون تابعیت است که تفصیل آن در این فصل خواهد آمد.

گفتار سوم) شرائط تحقق و آثار

تحقق تابعیت منوط بر تحقق دو شرط زیر است:

۱) وجود دولت: اولین شرط تحقق تابعیت وجود دولت است که بر اساس موازین و اصول حقوق بین الملل تشکیل گردیده و مورد شناسائی دولت ها قرار گرفته باشد.^{۸۳}

۲) وجود تبعه: لازم است شخصی وجود داشته باشد که تبعه دولت معینی باشد. چنین شخصی نیز می تواند یا حقیقی یا هم حقوقی باشد. تبعه به معنی پیرو و پیروکننده است.^{۸۴} به تبعه در انگلیسی «National» می گویند. به رابطه دولت و تبعه در انگلیسی «Nationality» می گویند. همچنین «Nationality» را ملیت ترجمه نموده اند. امروزه به تبعه شهروند هم می گویند که ترجمه

۸۲. عبدالکریم اسکندری (۱۳۸۹). بررسی نهاد تابعیت از منظر اسلام و قانون تابعیت افغانستان، مجله مطالعات حقوقی، شماره هفتم، صص ۵۷-۵۹.

۸۳. جهت مطالعه مفصل در خصوص دولت ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، فصل اول.

۸۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۳۷۳.

«Citizen» است. این اصطلاح نخستین بار توسط افلاطون، فیلسوف و متفکر یونانی مطرح شد و در قرون اخیر با انقلاب کبیر فرانسه و «اعلامیه حقوق بشر و شهروند» فرانسه در قرن ۱۸ پا به عرصه وجود گذاشت که رعایا (Subjects) به مقام شهروندی ارتقا یافتند یعنی از حقوق و تکالیفی برخوردار شدند که بیانگر عدالت، حقوق مدنی و سیاسی و اجتماعی افراد در جامعه بود.

به طور کلی شهروندی مفهوم جدیدی است که با پیدایش نخستین دولت های ملی به وجود آمده است. مفهوم شهروندی در قلمرو جامعه مدنی معنا می یابد. بنابراین، شهروندی و جامعه مدنی ارتباط تنگاتنگی باهم دارند. شهروندان افرادی اند که در محدوده سیاسی و جغرافیایی یک کشور زندگی می کنند و جزئی از یک ملت اند.^{۸۵} امروزه شهروندی را قالب پیشرفته «شهروندی» به حساب آورند. به شهروندی در انگلیسی «Citizenship» می گویند.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که تبعه (National)، رعیت (Subject) و شهروند (Citizen) اصطلاحاتی اند که در حقوق بین الملل خصوصی استعمال می شوند. این اصطلاحات که خواستگاه آنها ظاهراً حقوق غرب است، در حقوق غرب در معانی اصطلاحی ذیل استعمال می شوند:

- ۱) رعیت (Subject): عبارت از شخصی است که تابع شاه و قوانین شاه است.^{۸۶}
- ۲) تبعه (National): راجع به تبعه تعاریف ذیل وجود دارد:
 - ۱- تبعه عبارت از شخصی است که در قلمرو یک دولت زندگی می کند و از حمایت آن برخوردار می شود و از آن پیروی و تبعیت می کند.^{۸۷}
 - ۲- تبعه شخصی است که متعلق به یک مملکت خاص است.^{۸۸}
 - ۳- تبعه عبارت از شهروند یا رعیت دولت معین است که مستحق حمایت آن می باشد.^{۸۹}
 - ۴- تبعه عبارت از شخصی است که از یک دولت پیروی و تبعیت می کند و مورد حمایت آن قرار می گیرد.^{۹۰}

85. <http://www.shahrwandan.ir/news> (Last visti: 6/ 9/ 2017).

86. www.marriem-webster.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).

87. Ibid (Last visti: 6/ 9/ 2017).

88. www.dictionary.cambridge.org (Last visti: 6/ 9/ 2017).

89. www.thefreedictionary.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).

90. www.marriem-webster.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).

۳) شهروند (Citizen): راجع به شهروند تعاریف ذیل وجود دارد:

۱- شهروند عبارت از شخصی است که عضو مملکت معین است و به دلیل تولد در آنجا دارای حقوق است.

۲- شهروند شخصی است که در شهر یا شهر کوچک یا شهرک (Town) زندگی می کند.^{۹۱}

۲- شهروند عبارت از عضو یک دولت است.

۳- شهروند عبارت از اهل یک شهر یا شهر کوچک (Town) است که در آن از حقوق و امتیازات برخوردار است.^{۹۲}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در حقوق بین الملل خصوصی و بسیاری از رشته های علوم اجتماعی اصطلاح تبعه، رعیت و شهروند استعمال می شوند. رعیت اصطلاح کلاسیک است. تبعه اصطلاح نسبتاً متوسط و شهروند اصطلاح جدید است. رعیت و تبعه وفاداری و تبعیت شخص نسبت به شخص دیگر مانند شاه و دولت را نشان می دهد. اما، شهروند عضو یک دولت است که دارای حقوق و امتیازات است. باوجوداین تفاوت، در حقوق افغانستان، مخصوصاً در اسناد تقنینی هنوز هم اصطلاح «تبعه» استعمال می شود. حتی در ق. ا فصل دوم اختصاص به حقوق اتباع یافته است.^{۹۳}

تابعیت موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱- در حقوق بین الملل عمومی، وجود تابعیت میان فرد و دولت سبب می گردد که فرد در کشور های بیگانه و به طور کلی در جامعه بین المللی از حمایت سیاسی دولت متبوع خود برخوردار گردد؛

۲- در حقوق بین الملل خصوصی قوانین حاکم بر احوال شخصیه در نظام های حقوقی بسیاری از کشورها براساس ضابطه تابعیت تعیین می گردد و نمایندگان کنسولی کشور متبوع شخص در هر کشوری که وی باشد، عهده دار تنظیم اسناد سجل مربوط به او می گردد؛

۳- در حقوق عمومی داخلی، برخورداری از برجسته ترین حقوق فردی؛ یعنی: حقوق اساسی مخصوص اتباع است. حقوق اجتماعی دیگر نیز از قبیل: حق استخدام شدن توسط دولت متعلق به اتباع دولت است و چنانچه در موردی ضرورت ایجاد کند، به بیگانه ای امکان استفاده از این نوع

91. www.dictionary.cambridge.org (Last visti: 6/ 9/ 2017).

92. www.marriem-webster.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).

۹۳. باوجوداین، این به این معنی نیست که شهروندان صرف می توانند از حقوق بهره مند شوند و دارای هیچ تکلیفی نیست. رابطه دولت و شهروند رابطه دو طرفه است. شهروندان در برابر حقوق، تکالیفی هم دارند که در برابر دولت باید ایفا نمایند. به نظر می رسد به همین دلیل، فصل دوم، مواد ۲۲ الی ۵۹ ق. ا به بیان احکام حقوق و تکالیف اتباع پرداخته است (در این خصوص نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید).

حقوق داده شود، این امر، بسته به گذراندن شکلیات قانونی خاص است که در فصل بعدی در باره جزئیات آن سخن خواهیم گفت؛

۴- در حقوق خصوصی داخلی، تنها اتباع می توانند از تمام انواع حقوق پیش بینی شده در قوانین مدنی و تجارتی و سایر قوانین به صورت یکسان برخوردار گردند.^{۹۴}

مبحث دوم: انواع و طرق اکتساب

تابعیت اساساً بر دو نوع است: تابعیت اصلی که به نام تابعیت مبدأ نیز یاد می گردد و تابعیت اکتسابی:

گفتار نخست) تابعیت اصلی و طرق اکتساب آن

تابعیت اصلی عبارت از تابعیت است که از بدو تولد به طریقی بر طفل تحمیل می شود. این طرق عبارت از تحمیل تابعیت بر طفل از طریق نظام خون و خاک است. بنابراین، تابعیت اصلی بر طفل از طریق تطبیق نظام خاک و خون تطبیق می شود که تفصیل آن در مبحث اصول تابعیت خواهد آمد.

گفتار دوم) تابعیت اکتسابی و طرق اکتساب آن

تابعیت اکتسابی عبارت از تابعیتی است که شخص در حیات خود با فاصله ای بعد از تولد به دست می آورد. این تابعیت بر اساس نقش اراده فرد و دولت در پیدایش، نه استمرار آن به از طریق های ذیل اکتساب می شود:

۱) **تقاضا:** داراء شدن این نوع از تابعیت «از سوی بیگانه و با اقدام خود او؛ یعنی: درخواست وی، آغاز و با موافقت دولت و صدور سند تابعیت به نام او صورت می پذیرد». بیگانه متقاضی تابعیت ممکن است بی تابعیت یا دارای تابعیت دولت دیگر باشد. در پیدایش این نوع تابعیت اراده فرد، بارزترین و بیشترین نقش را در میان انواع مختلف تابعیت پیدا می کند. ولی، باید ملتفت بود که اراده شخص تنها در مورد تقاضای تغییر تابعیت و تحصیل شرائط مؤثر است و قبول تقاضا یا رد آن بستگی کامل به نظر دولت متقاضی عنه دارد. زیرا، تابعیت یک امر سیاسی است و نمی توان آن را به اراده اشخاص واگذار کرد. بنابراین، شخص صرف حق دارد و می تواند تقاضاء کند.

۹۴. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۴۲ و ۴۳؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۸۵-۸۷؛ و سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، صص ۵۲ و ۵۳.

۲) به تبع تابعیت اصل: تابعیت تبعی تابعیتی را گویند که به فرزندان صغیر و همسر شخص پذیرفته شده به تابعیت، اعطاء می شود. زیرا، تابعیت آنان، نه همچون خون تابعیت تولدی، صرفاً ناشی از الزام قانونی است و نه همچون تابعیت تحصیلی نتیجه درخواست فرد و توافق اراده فرد و دولت، بلکه تابعیتی است که خارج از اراده آنان و به تبع اراده و درخواست مرد (پدر یا شوهر) برای خویش، برای آنان نیز پدید می آید؛ یعنی: همین که مرد به تابعیت دولت جدید در آمد، خواسته یا ناخواسته، همسر و فرزندان صغیر او نیز به تابعیت آن دولت در خواهند آمد. چون این نوع تابعیت، بر اساس هیچ یک از دو مبنای «عضویت طبیعی» و «عضویت ارادی» فرد در جمعیت تشکیل دهنده دولت، استوار نیست.

بنابراین، رابطه فرد و دولت به صورت نسبتاً ضعیف پدید می آید. از همین رو، دولت ها معمولاً از یکسو راه خروج از تابعیت برای این گونه افراد را پذیرفته اند و از سوی دیگر، برای ادامه تابعیت آنان، اراده صریح یا ضمنی آنان را شرط دانسته اند، تا پیوند آنان با دولت به گونه ای مستحکم تری ادامه یابد. قبول این نوع از تابعیت و پذیرش این راه برای کسب یا اعطای تابعیت توسط دولت ها، گذشته از جنبه مصالح سیاسی و اجتماعی، بر مبنای نظریه «وحدت تابعیت کانون خانواده» نیز استوار است. بسیاری از کشور های اروپایی و امریکا از این نظریه پیروی نموده اند.

۳) ازدواج: در کشور هایی که نظام حقوقی آنها بر عقیده کلاسیک؛ یعنی: نظریه «وحدت تابعیت کانون خانواده» استوار است، هرگاه زوجین دارای تابعیت های مختلف باشند، به دلایل نظری (ازدواج؛ یعنی: همکاری مادام الحیات) و عملی (تعیین قانون ملی برای حکومت بر روابط زوجین) به موجب عقد ازدواج عموماً و معمولاً تابعیت متبوع زوج بر زوجه و به ندرت تابعیت دولت متبوع زوجه بر زوج، اعطاء یا تحمیل می گردد. این نوع از تابعیت را از آن جهت می توان «تحقیقی» نامید که نتیجه غیر مستقیم اراده شخص دارنده تابعیت است. زیرا، آنچه موضوع و متعلق به اراده زوج است، عقد نکاح است و داراء شدن تابعیت متبوع زوج، ممکن است به هیچ وجه نه تنها مطلوب او، بلکه حتی مورد توجه نبوده باشد و این دولت متبوع شوهر است که این زن را تبعه خود محسوب می کند، برخلاف «تابعیت تحصیلی» که نتیجه مستقیم اراده شخص و بر خلاف «تابعیت تبعی» که نتیجه اراده فرد دیگری؛ یعنی: پدر یا زوج است.

بر عکس، در کشور هایی که به بهانه تساوی حقوق زن و مرد، نظریه «استقلال تابعیت زن» مطرح است، طبعاً چنین راهی برای داراء شدن تابعیت مطرح نیست. در حالی که، منطقاً چنین رابطه بین نظریه «تساوی زن و مرد» با نظریه «استقلال تابعیت زن» وجود ندارد و به همین دلیل، کشوری مثل: فرانسه که اصل تساوی حقوقی زن و مرد را پذیرفته، پس از آنکه تحت تأثیر این نظریه در سال ۱۹۳۸ نظام «استقلال» تابعیت را پذیرفته بود، مجدداً در سال ۱۹۴۵ به نظام «وحدت» بازگشت.

باوجوداین، باید توجه داشت که در کشورهایی که هم نظام «وحدت» را پذیرفته و تابعیت زوج را بر زوجه نیز تحمیل می نمایند، اولاً: تابعیت تحقیقی را بیشتر بر زنان بیگانه ای که بر عقد مرد در می آیند، می پذیرند نه بر عکس؛ یعنی: تابعیت مرد بیگانه را به زن تحمیل نمی کنند؛ و ثانیاً: به دلیل عدم استحکام این نوع از تابعیت، راه خروج از این نوع تابعیت را به سادگی برای زن پذیرفته اند. بسیاری از کشور های اروپایی از جمله انگلستان از این نظریه پیروی نموده است.

۴) اجبار: تابعیت اجباری که صرفاً بر مبنای تحمیل دولت ایجاد می گردد، یک مورد بیشتر ندارد و آن عبارت است از تغییر جغرافیای سیاسی بخشی از سرزمین که خود به دو صورت فرعی تحقق می پذیرد:

۱- صورت اول آن است که بخشی از سرزمین یک دولت، از آن دولت منفصل شده و با اعلام استقلال، دولت جدیدی پدید می آید. دولت جدید در اولین گام و برای تعیین اتباع خود، تابعیت خود را به طور اجباری، حداقل بر بخشی از مردم ساکن آن سرزمین، تحمیل می کند؛ و

۲- صورت دوم آن است که به هر دلیل، قسمتی از خاک یک دولت، ضمیمه دولت دیگر می شود. در چنین حالات، نیز معمولاً دولت جدید ضمیمه کننده، تابعیت خود را بر افراد ساکن منطقه انضمامی تحمیل می کند، هرچند ممکن است که ظاهراً برای مردم حق انتخاب یکی از دو تابعیت (تابعیت سابق و دولت جدید) را مطرح سازند. ولی، چون انتخاب تابعیت سابق در بیشتر موارد، مستلزم فروش اموال غیرمنقول است اکثر مردم تابعیت جدید را خواهند پذیرفت. به هر حال، چون این نوع تابعیت، از آنجا که از آغاز تولد برای شخص حاصل نمی شود، یک نوع تابعیت اکتسابی محسوب می گردد. همچنین، از آنجا که نتیجه اراده مستقیم یا غیر مستقیم شخص یا نتیجه اراده دیگری هم نیست، بلکه صرف ناشی از اراده و اجبار دولت است، می توان آن را تابعیت اجباری نامید.

۵) رجوع: هرگاه شخص پس از آنکه تابعیت قبلی خویش را که به هر دلیل از دست داده است، دوباره به دست آورد، در واقع به تابعیت قبلی خود باز گشته است. بنابراین، چنین تابعیت را متخصصین حقوق بین الملل خصوصی «تابعیت رجوعی» می نامند. پذیرش تقاضای شخص، مبنی بر بازگشت به تابعیت پیشین و آثار ناشی از این پذیرش، منطقاً می تواند بر حسب نوع تابعیت قبلی (اصلی، تحصیلی، تحقیقی، تبعی و اجباری) و علت از دست دادن آن (ارادی، تبعی، تحقیقی، مجازات و ...) و همچنین وضعیت فعلی شخص در زمان تقاضای بازگشت به تابعیت (بی تابعیت، با تابعیت خارجی) متفاوت باشد.

معمولاً اگر تابعیت پیشین از نوع تابعیت اصلی بوده و به دلیل ازدواج از دست رفته باشد، بازگشت به تابعیت، به صورت آسان و به مجرد درخواست، مورد پذیرش قرار گرفته و تمام آثار تابعیت

اصلی، بر آن مترتب می شود. ولی، اگر چنانچه تابعیت پیشین، نتیجه اراده شخص باشد، بازگشت به تابعیت، همیشه به صرف تقاضا امکان پذیر نیست. همچنین، اگر خروج از تابعیت در نتیجه ارتکاب جرم و به عنوان مجازات باشد، پذیرش تقاضاء مشکل تر خواهد بود.^{۹۵} معمولاً دولت ها بنابر دلایل زیر تابعیت اکتسابی را به اشخاص طبیعی اعطاء می نمایند:

۱) **افزایش و کاهش جمعیت:** تراکم و پراکندگی جمعیت در کشور، یکی از عوامل عمده پذیرش و رد تقاضای تابعیت است. زیرا، کاهش و افزایش جمعیت موجب ایجاد مشکلات می گردد. روی همین دلیل، کشورهای پرجمعیت در اعطای تابعیت محتاطتر عمل می نمایند. برعکس، کشور های که جمعیت کمتری دارند، در این امر شرائط آسانتری را جهت اعطای تابعیت وضع می نمایند؛

۲) **اقتصاد:** اغلب کشورها سعی می نمایند شرائطی را در رابطه به تابعیت وضع نمایند که بر اساس آن صرف آن دسته از افرادی را که به پیش برد اهداف اقتصادی کشور مفید اند، تابعیت آن کشور را اعطاء نمایند؛

۳) **عنصر اجتماعی، فرهنگی و مذهبی:** آشنائی و علم به شرائط اجتماعی، فرهنگی، اخلاقی، مذهبی، آداب و سنت ها، اقلیت های قومی و نژادی، زبان، قوانین و مقررات کشور پذیرنده از جمله مواردی است که غالباً در تحصیل تابعیت آن کشور مؤثر واقع می گردد. زیرا، آگاهی به این امور بین شخص متقاضی تابعیت و کشور متقاضی عنه موجب همبستگی بهتر می گردد.^{۹۶}

مبحث سوم: اصول

در رابطه به تابعیت سه اصل وجود دارد که عبارتند از هر شخص باید دارای تابعیت باشد (گفتار اول)، هیچ کس نباید بیش از یک تابعیت داشته باشد (گفتار دوم) تابعیت يك اصل غیر دایمی و قابل زوال است (گفتار سوم).^{۹۷}

گفتار نخست) هر شخص باید دارای تابعیت باشد

در نظام های حقوقی کشورها، داشتن تابعیت یک اصل لازم است. به این توضیح که: هر شخص باید تابعیتی داشته باشد. بنابراین، کشور ها نظر به مصالح خویش روش های خاص را برای تأمین و تضمین این اصل اتخاذ کرده اند که عبارتند از: ۱) هر شخص به مجرد تولد باید تبعه يك دولت معین

۹۵. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۱۲۱-۱۲۸.

۹۶. همان، مصطفی دانش پژوه، ص ۱۰۹.

۹۷. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۸۹.

باشد؛ و ۲) هیچ شخص نمی‌تواند بدون اینکه تابعیت دولت دیگری را به دست آورد، تابعیت دولت متبوع خویش را ترک نماید. این اصل نیز بر مبنای نظریه نظام خون (نسبی) و خاک استوار است. در نتیجه، تابعیت در نظریه اول از طریق خون و نسب و در نظریه دوم به سبب خاک به اشخاص حقیقی منتقل می‌گردد. همچنین ممکن است دولت‌ها بنابر مصالح سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و غیره از هر دو نظام پیروی نماید:

۱) نظام خون و دلایل طرفداران آن: هر شخص که از پدر و مادر دارای تابعیت یک کشور در قلمرو کشور دیگر متولد شود، تابعیت دولت متبوع والدین بر او تحمیل می‌شود. در نظام خون، تابعیت از طریق نسب و تعلق خانوادگی به طفل منتقل می‌شود و محل تولد طفل یا اقامتگاه والدین او هیچ تأثیری در تابعیت طفل ندارد. به عنوان مثال، طفلی که از پدر و مادر افغانی در عربستان تولد می‌شود، افغانی است. ماده ۹ فقره ۲ قانون تابعیت افغانستان در این باره مقرر می‌دارد که: «شخصی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج از آن، از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشد، تولد گردد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می‌شود».

همچنین، ماده ۱۱ قانون تابعیت افغانستان در این باره مقرر می‌دارد که: «هرگاه حین تولد طفل، یکی از والدین او تبعه دولت اسلامی افغانستان و دیگری بدون تابعیت یا تابعیتش تثبیت نشده باشد، طفل بدون نظر داشت آنکه در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج تولد یافته است، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می‌گردد». معمولاً کشور های مهاجر فرست مانند: سوئیس یا کشور های که مانند: آلمان به نژاد اهمیت می‌دهند، نظام خون را اعمال می‌کنند و برای توجیه آن دلایل ذیل را ارائه می‌نمایند:

۱- اقتصادی و نظامی: اتباع کشورهای با جمعیت زیاد و وسعت کم، برای امرار معاش و کسب در آمد به کشورهای دیگر مهاجرت می‌نمایند و پس از برگشت، با آوردن سرمایه به کشور متبوع خویش از یکسو موجب تقویت اقتصاد کشور می‌گردند و از سوی دیگر در زمان جنگ با خدمت در اردو موجب تقویت نظامی آن می‌گردند؛

۲- سیاسی و معنوی: اتباع کشور های مذکور با مهاجرت به سرزمین های دیگر موجب افزایش نفوذ سیاسی و اعتبار دولت خود در خارج از کشور می‌گردند. زیرا، تابعیت عامل ارتباطی است که باعث می‌شود تا مهاجران رابطه سیاسی و معنوی خود را با کشور متبوع خویش قطع نکرده، حتی هنگام نیاز و ضرورت از کمک به سرزمین های مادری خویش دریغ نورزند؛ و

۳- **حفظ نژاد و ملیت:** اعمال نظام خون موجب حفظ نژاد و تمامیت فرهنگی و ملی اتباع کشور می شود که بنابر دلایل مختلف به کشورهای دیگر مهاجرت می کنند. حتی این علاقه به نژاد، فرهنگ، تاریخ و تمامیت ملی کشور خود از طریق نظام خون به فرزندان آنها منتقل می گردد.^{۹۸}

۲) **نظام خاک و دلایل طرفداران آن:** نظام خاک عبارت است از تعیین نمودن تابعیت براساس محل تولد طفل؛ یعنی: کسی که در خاک یک دولت متولد می شود، با داشتن برخی از شرایط می تواند تابعیت آن کشور را تحصیل نماید. ولی، اطفال اشخاصی که وظایف سیاسی در آن کشور از طرف دولت متبوع خود دارند از این معیار مستثنی می باشند.^{۹۹}

قانون تابعیت افغانستان نظام خاک را پذیرفته و ماده ۱۰ آن در این باره مقرر می نماید که: «۱) هرگاه حین تولد طفل، یکی از والدین او تبعه دولت اسلامی افغانستان و دیگری تبعه خارجی باشد، طفل تحت شرایط ذیل تبعه دولت اسلامی افغانستان شناخته می شود: ۱) در قلمرو دولت اسلامی افغانستان تولد یافته باشد [...]». طوری که ملاحظه می شود در نظام خاک تابعیت از محل تولد شخص معلوم می شود و حتی کشتی که در دریای آزاد در حرکت است یا هواپیما، متعلق به کشوری است که پرچم آن بالای کشتی و هواپیما به اهتزاز می باشد. بنابراین، در صورتی که طفل در کشتی و هواپیما متولد شود، طبق معیار خاک تبعه دولت صاحب کشتی و هواپیما محسوب می شود.^{۱۰۰}

با توجه به آنچه گفته شد، هرگاه نظام خاک به صورت درست تطبیق گردد، معضله بی تابعیتی (آپاتریدی) رفع خواهد گردید. کشورهای مهاجرپذیر مانند: امریکا و کانادا از این نظام استفاده می نمایند. مزیت این نظام این است که این نظام موجب تأمین نیازهای شغلی، نیروی انسانی کارآمد و متخصص و حفظ موازنه رشد جمعیت است. علاوه بر اینها، معمولاً دولتهایی پیرو این نظام به آسانی اشخاصی را که در قلمرو آنها سکونت دارند، بهتر می توانند تحت نفوذ خویش قرار دهند. دلایلی را که طرفداران این نظام برای دفاع از آن ارائه می نمایند قرار ذیل است:

۱- **اقتصادی، علمی و اجتماعی:** کشور های کم جمعیت، ولی بسیار وسیع و بزرگ، غالباً به دنبال جذب سرمایه گذاران، متخصصان و نیروهای انسانی لایق و کارآمد از کشورهای دیگرند تا از این طریق به پیشرفتهای اقتصادی، علمی و اجتماعی دست یابند و با توسعه همه جانبه به کشور بزرگ و قدرتمند تبدیل گردند؛

۲- **سازگاری و انطباق:** شخصی که در کشوری به دنیا آمده و در آنجا زندگی و رشد می کند، به اخلاقیات، روحیات، آداب و رسوم اجتماعی و فرهنگی آن محل کاملاً آشناست. بنابراین، چنین

۹۸. همان، سید نصر الله ابراهیمی، صص ۹۰ و ۹۱.

۹۹. همان، سید نصر الله ابراهیمی، ص ۹۱.

۱۰۰. همان، سید نصر الله ابراهیمی، ص ۴۲.

اشخاصی می توانند با محیط محل تولد بیشتر سازگاری داشته باشند تا کسانی که در آن محل متولد نگردیده اند؛

۳- اعمال حاکمیت سرزمینی: حاکمیت دولتها نسبت به افرادی که در قلمرو سرزمینی آنها به دنیا آمده و در آنجا سکونت می نمایند، بسیار بیشتر از اشخاصی است که بنابر دلائل مختلف در خارج از قلمرو آن کشور به دنیا آمده و سکونت می نمایند. بنابراین، دولت ها نه تنها نسبت به اشخاصی که از قلمرو آنان خارج اند، بلکه اولاد آنها که در سرزمین بیگانه به دنیا می آیند حاکمیت خویش را تحمیل نمایند؛

۴- عدم تبعیض در اعمال حاکمیت: قوانین و مقررات هر دولت باید به طور یکسان بر همه مردمی که در قلمرو آن دولت زندگی می نمایند، قابل تطبیق باشد. بنابراین، هر شخصی که در محلی متولد می شود، باید تابع همان قوانین و مقررات بوده، از اتباع همان کشور محسوب شود؛ و

۵- جلوگیری از بی تابعیتی (آپاتریدی): هر شخصی که در محلی به دنیا می آید، آن محل در قلمرو دولت معینی قرار دارد. چون دولت صلاحیت اعطای تابعیت را دارد، هیچ شخصی بدون تابعیت نمی ماند.^{۹۱}

۳) نظام مختلط یا تلفیقی: چون مصالح و منافع هر کشوری نظر به اوضاع و احوال جغرافیایی، فرهنگی و اجتماعی آنها فرق می نماید. بنابراین، به صورت مطلق نمی توان گفت که یکی از نظام خون و خاک بر دیگری برتری و مزیت دارد. همچنین، چون نظام خون و خاک هر کدام دارای مزایا و معایب اند، کشورها با توجه به موقعیت های سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی خود یکی از این دو نظام را اعمال می کند. همچنین، چون هیچیک از دو نظام خاک و خون به طور مطلق بر دیگری برتری ندارد، کشورها نظر به اوضاع سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی هر دو این نظام ها را اعمال می نمایند. در نتیجه، کشورها برای اینکه بتوانند از مزایای هر دو نظام استفاده کنند، ترجیح می دهند با در نظر داشت هر موضوعی یکی از این دو نظام را اعمال کنند^{۹۲} و به نظر می رسد این طریقه و رویکردی است که قانون تابعیت افغانستان نیز از آن پیروی کرده است.

گفتار دوم) اصل وحدت

دومین اصل در رابطه به تابعیت داشتن تابعیت واحد است. باوجوداین، این اصل در اثر عوامل متعدد نقض گردیده است و عملاً تعداد زیادی از افراد دارای تابعیت دوگانه اند:

۱۰۱. همان، سید نصرالله ابراهیمی، صص ۹۱ و ۹۲.

۱۰۲. همان، سید نصرالله ابراهیمی، صص ۹۲ و ۹۳.

۱) **مفهوم:** دومین اصل در تابعیت لزوم داشتن تابعیت واحد برای هر شخص است. زیرا، همانگونه که بی تابعیتی موجب ایجاد مشکلات می گردد، داشتن بیش از یک تابعیت نیز مشکلات را ایجاد می نماید. زیرا، همانطور که انجام وظایف از قبیل: کار، پرداخت مالیات، خدمت در اردو و نظیر اینها غیرعادلانه است، برخورداری از مزایای دو دولت نیز غیرعادلانه است.^{۱۰۳}

این اصل در قانون تابعیت افغانستان نیز انعکاس یافته است. ماده ۷ قانون تابعیت افغانستان در این باره مقرر می دارد که: «شخصی که مطابق احکام این قانون تبعه دولت اسلامی افغانستان باشد، در موقف تابعیت دوگانه قرار گرفته نمی تواند.» به نظر می رسد نص ماده ۷ ق. ت. ا با ماده ۹ و ماده ۱۰ ق. ت. ا در تناقض است، زیرا ماده ۷ ق. ت. ا تابعیت دوگانه را نفی می نماید. اما، به موجب مواد ۹ و ۱۰ ق. ت. ا این امکان فراهم است تبعه افغانستان دارای تابعیت دوگانه گردد. قابل توصیه است این تناقض توسط قانونگذار رفع گردد.

۲) **علل نقض:** هرگاه شخص حقیقی یا حقوقی با حفظ تابعیت قدیم تابعیت جدیدی کسب کند یا اینکه دو یا چند دولت تابعیت خویش را به شخص مذکور اعطاء نمایند، شخص مذکور دارای تابعیت مضاعف می گردد. تابعیت مضاعف (دوگانه) عبارت از تابعیتی است که شخص در عین زمان تابعیت دو کشور را داشته باشد.

تابعیت مضاعف ممکن است هم برای شخص مشکلاتی را مانند: پرداخت مضاعف مالیات، انجام خدمت اعم از نظامی و ملکی در دو دولت و ... به وجود آورد. همچنین، تابعیت مضاعف ممکن است برای دولت های متبوع مشکلات را به وجود آورد و بنابراین حمایت سیاسی از وی را با مشکل مواجه سازد. عواملی که موجب ایجاد تابعیت دوگانه می گردد قرار ذیل اند:

۱- **اختلاف نظام های پذیرفته شده:** تابعیت مضاعف ممکن است در اثر اعمال نظام های متفاوت خاک و خون که دولت ها آنها را نظر به مصالح و منافع خویش اعمال می نمایند، ایجاد گردد. به عنوان مثال، ماده ۹ فقره ۲ قانون تابعیت افغانستان می گوید: «شخصی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج از آن، از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشد، تولد گردد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می شود».

همچنین ماده ۱۱ قانون تابعیت افغانستان مقرر می دارد که: «هرگاه حین تولد طفل، یکی از والدین او تبعه دولت اسلامی افغانستان و دیگری بدون تابعیت یا تابعیتش تثبیت نشده باشد، طفل بدون نظرداشت آنکه در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج تولد یافته است، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می گردد.» بنابراین، هرگاه چنین طفلی، در انگلستان، امریکا یا کانادا

که نظام خاک را پذیرفته اند به دنیا بی آید، هر دو کشور طفل را تبعه خود می دانند و طفل دارای تابعیت دوگانه می گردد؛

۲- ازدواج: ممکن است شخصی پس از ازدواج به جهت تحمیل تابعیت زوج دارای تابعیت مضاعف شود. به عنوان مثال، هرگاه در قانون کشوری مانند افغانستان پیش بینی شده باشد که زن خارجی در صورت ازدواج با مرد افغانی تابعیت او را کسب می نماید و قانون کشور دیگری مانند: فرانسه اینگونه حکم نماید که در صورت ازدواج زن فرانسوی با یک مرد خارجی، زن تابعیت فرانسوی خود را از دست نمی دهد، چنین زنی دارای تابعیت دوگانه خواهد گردید؛ و

۳- تحصیل تابعیت جدید: ممکن است شخصی بدون از دست دادن تابعیت خویش، تابعیت جدیدی را کسب کند. به عنوان مثال، امروزه بیشتر کشور ها از جمله ایالات متحده امریکا، کانادا و انگلستان تابعیت جدید را به صورت انحصاری با توجه به شرائطی که منافع آنها را تأمین نماید بدون اینکه شخص متقاضی تابعیت قبلی خود را از دست بدهد، اعطاء می نمایند که این امر موجب ایجاد تابعیت دوگانه می گردد.^{۱۰۴}

گفتار سوم) تابعیت تغییر پذیر است

یکی از اصول اولی تابعیت این است که این امر همیشگی نیست و ممکن است تغییر پذیرد. بنابراین، تابعیت نمی تواند یک اصل ثابت و همیشگی باشد. به نظر می رسد به همین دلیل، تغییر تابعیت یکی از حق های بشری تلقی می گردد. ماده ۱۵ فقره ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این خصوص می گوید: «هیچ کس را نباید خودسرانه از تابعیت خویش، یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد.» تغییر تابعیت ممکن است به صورت ارادی، غیر ارادی و در اثر ازدواج صورت پذیرد:

۱) تغییر ارادی: منظور از تغییر ارادی تابعیت این است که تبعه هر زمانی که بخواهد می تواند تابعیت خود را تغییر دهد. ولی، امروزه تغییر تابعیت به این مفهوم وجود ندارد. زیرا، در عصر حاضر هیچ تبعه ای چنین صلاحیتی ندارد. زیرا، تغییر تابعیت منوط بر تحقق یک سلسله شرائط است. ماده ۲۵ ق. ت در باره این شرایط مقرر می دارد که: «ترک تابعیت افغانی در حالات ذیل قبول شده نمی تواند: ۱) درخواست دهنده ترک تابعیت در برابر دولت وجایب و مکلفیت های داشته باشد که آن را انجام نداده است؛ ۲) در برابر ادارات دولتی و سائر مؤسسات خدماتی و شرکت های مختلط و اتباع مکلفیت های مالی داشته باشد که عدم ایفای آنها به منافع مراجع فوق الذکر و اتباع لطمه وارد سازد؛ ۳) متهم و محکوم بودن به جنایت؛ و ۴) ترک تابعیت، امنیت دولت افغانستان را متضرر سازد.»

۱۰۴. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص

عبارت «درخواست دهنده ترک تابعیت در برابر دولت وجایب و مکلفیت های داشته باشد که آن را انجام نداده است» مبهم و کلی به نظر می رسد. به نظر می رسد مصادیق این شرط پرداخت مالی، محصول، دین و ... دولت و سایر تعهداتی است که تبعه امکان دارد در برابر دولت داشته باشد. شرط دوم ایفای تعهدات در برابر ادارات دولتی، شرکت ها مختلط و اتباع است مانند عدم ایفای مفاد قرارداد اداری، عدم سپردن وسایل و تجهیزات ادارات بعد از استعفی و امثال اینها.

منظور از مؤسسه خدماتی مؤسساتی اند که برای مردم خدمات ارایه می نمایند. مثال نوین آن مؤسسات تحصیلات عالی خصوصی به نظر می رسد. شرط سوم متهم و محکوم بودن به جرم به دلیل محاکمه و مجازات متهم و مجرم است و شرط چهارم عدم صدمه زدن به امنیت دولت اسلامی افغانستان است. به نظر می رسد مثال شرط چهارم ترک تابعیت و پیوستن به دشمن است. همچنین، دولت ها می توانند ترک تابعیت جمعی را نپذیرند تا به یکبارگی در برابر ترک تابعیت تعداد کثیری از اتباع قرار نگیرند. بنابراین، دولت ها می توانند صرف به تعداد اندکی از اتباع خویش اجازه ترک تابعیت بدهند.

همچنین، دولت ها می توانند نسبت به تغییر تابعیت اتباع خویش از نظر زمانی شرایط خاص را وضع کنند. از همین رو، قانون فرانسه سن ۲۱ سالگی و قانون مدنی ایران (ماده ۹۸۸) سن ۲۵ سالگی و قانون تابعیت افغانستان سن ۱۸ سالگی را شرط دانسته اند. بنابراین، در تغییر تابعیت، شخص نمی تواند هر زمانی که بخواهد از تابعیت سابق خود خارج و تابعیت جدید را اکتساب نماید. زیرا، در هر دو حالت اراده فرد با اراده دولت برخورد می نماید. در نتیجه، شخص صرف تقاضا می نماید نه اعمال اراده و به این ترتیب از دولت سابق تقاضای ترک تابعیت و از دولت جدید تقاضای اعطای تابعیت می نماید.^{۱۰۵}

۲) تغییر غیرارادی: در این نوع تغییر برخلاف تغییر ارادی تابعیت، اراده شخص دخیل نیست. بنابراین، در تغییر غیر ارادی تابعیت، تبعه مکلف است به صورت اجباری تابعیت کشور را بپذیرد. تغییر غیر ارادی تابعیت در مواردی به وقوع می پیوندد که بخشی از سرزمین یک کشور از خاک اصلی آن جدا شود. به عنوان مثال، در معاهده ورسای به فرانسویهای الزاس و لرن که در اثر الحاق این دو منطقه به آلمان، به تابعیت دولت آلمان در آمده بودند، حق انتخاب داده نشد.^{۱۰۶}

۱۰۵. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، صص ۷۵ و ۷۶؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۱۰۴.
 ۱۰۶. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، صص ۷۴ و ۷۵؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۱۰۴ و ۱۰۵.

۳) تغییر تابعیت در اثر ازدواج: در اغلب موارد، زن پس از ازدواج تابعیت قبلی خویش را از دست می دهد و تابعیت شوهر خویش را کسب می نماید. بنابراین، هرگاه در چنین حالات، دولت متبوع اولی زن، تابعیت اصلی او را سلب ننماید و زن نیز این تقاضاء را ننماید، دارای تابعیت مضاعف خواهد گردید که مثال آن در مبحث تابعیت اکتسابی گذشت. در اکثر کشورها که معتقد به اصل وحدت تابعیت هستند، هرگاه زوج تابعیت آن کشور را کسب کند، زوجه ای او نیز تابعیت آن کشور را کسب خواهد کرد.^{۱۰۷} به عنوان مثال، طبق قانون تابعیت افغانستان هرگاه تبعه خارجی با تبعه دولت اسلامی افغانستان ازدواج نماید، بعد از تقدیم درخواست تحریری مبنی بر مطالبه تابعیت افغانی، می تواند تابعیت شوهر را اکتساب نماید (ماده ۱۸ ق. ت).

مبحث چهارم: بی تابعیتی و عوامل آن

در این مبحث اول بی تابعیتی و عوامل آن (گفتار اول) و سپس راه حل های آن (گفتار دوم) را مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار اول) عوامل بی تابعیتی

علی الرغم علاقه دولت ها مبنی بر بدون تابعیت باقی نماندن اشخاص و علم الرغم اصل لزوم تابعیت که تفصیل آن گذشت، امروزه اشخاصی زیادی اند که فاقد تابعیت می باشند که به نام «آپاترید» یاد می شوند. عواملی که موجب بی تابعیتی می گردد قرار زیر است:

۱) انتخاب خود شخص: بعضی اوقات قانون یک کشور، شخص را بین انتخاب تابعیت آن کشور یا کشور دیگر مخیر می کند. ولی، این شخص هیچ یک از تابعیت های پیشنهادی را نمی پذیرد و بنابراین بی تابعیت می ماند؛

۲) مجازات: در مواردی ممکن است دولت ها برای مجازات از برخی اتباع خود سلب تابعیت کنند بدون آنکه آنها تابعیت کشور دیگری را به دست آورند. البته، این امر در ق. ت. نیز پیش بینی شده است.^{۱۰۸} اما، این قواعد به موجب ق. ۱ به صورت ضمنی ملغی به نظر می رسد. زیرا، ماده ۴ ق. ۱ در این باره حکم می نماید که: «[...] بر هر فرد از افراد ملت کلمه افغان اطلاق می گردد. هیچ فرد از افراد ملت از تابعیت افغانستان محروم نمی گردد [...]». به همین ترتیب، ماده ۲۷ قانون اساسی در

۱۰۸. طبق ق. ت. ۱ این جرایم عبارت اند از:

- (۱) خیانت ملی: طبق ماده ۲۳۸ کُد جزا: «هرگاه تبعه افغانستان مرتکب یکی از اعمال ذیل گردد، عمل وی خیانت ملی شمرده می شود:
- ۱- عملی که در نتیجه آن اراضی دولت جمهوری اسلامی افغانستان تماماً یا قسماً تحت حاکمیت دولت خارجی یا نیرو های مسلح مخالف دولت افغانستان قرار گیرد یا استقلال کشور را به مخاطره اندازد.
- ۲- عملی که در نتیجه آن تمام یا قسمتی از اراضی تحت حاکمیت دولت جمهوری اسلامی افغانستان از اداره آن خارج شود.
- ۳- تسلیمی نیرو های تحت امر به دشمن.
- ۴- واگذاری تاسیسات، دیپوی اسلحه و مهمات، وسایط نظامی، ذخایر مواد ارتزاقی یا استحکامات متعلق به نیرو های امنیتی به دشمن به منظور مساعدت آنها، یا فراهم سازی تسهیلات برای ورود دشمن به کشور.
- ۵ - جمع آوری معلومات حاوی اسرار دولتی، به منظور تسلیم دهی آن به دولت خارجی، سازمان یا گروه ضد دولتی یا گماشتگان آن ها یا تسلیم دهی اسرار دفاعی یا امنیتی دولت جمهوری اسلامی افغانستان به دولت خارجی، سازمان یا گروه ضد دولتی یا گماشتگان آنها.
- ۶- استخدام اشخاص، تهیه اموال یا تجهیزات نظامی برای دولت خارجی در حال جنگ با دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا نیرو های مسلح در حال جنگ یا منازعه مسلحانه با دولت جمهوری اسلامی افغانستان.
- ۷- قیام مسلحانه نیرو های نظامی علیه دولت افغانستان.
- ۸- سرقت، تلف یا تزویر اسناد حاوی اسرار دفاعی یا امنیتی کشور.
- ۹- پیوستن به قوای مسلح دولت خارجی یا گروه مسلح در حال جنگ یا منازعه مسلحانه با دولت جمهوری اسلامی افغانستان.
- ۱۰- قیام مسلحانه یا توطئه علیه دولت به منظور گرفتن قدرت دولتی.
- ۱۱- افشای اسرار دفاعی یا امنیتی کشور به اشخاص یا دولت خارجی یا شخصی که به نفع آن ها کار می کند یا به گروه های مسلح مخالف دولت جمهوری اسلامی افغانستان.
- ۱۲- عدم اطلاع از معلوماتی که هدف آن ارتکاب جرایم مندرج اجزای (۱ تا ۸) این ماده بوده و شخص به حکم قانون به کشف آن موظف یا به نحو دیگری به افشای آن مکلف باشد، به مراجع مسؤول». طبق ق. ت. ۱ شخصی که محکوم به ارتکاب جرم خیانت ملی گردیده باشد، مسلوب التابعیه می گردد. ماده ۳۱ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید که: «سلب تابعیت از شخص در موارد آتی صورت گرفته می تواند: (۱) محکومیت به جرم خیانت ملی»؛
- (۲) خدمت در قوای مسلح دولتی که با افغانستان در حالت جنگ باشد: همچنین، شخصی که در اردوی مملکتی که با افغانستان در حالت جنگ باشد، خدمت نماید، تابعیت وی سلب می گردد. ماده ۳۲ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید: «تبعه خارجی که تابعیت دولت اسلامی افغانستان را به دست آورده، هنگام سکونت در خارج یا در مدت اقامت مندرج جزء ۳ ماده ۱۵ این قانون در افغانستان، مرتکب خیانت به مردم افغانستان گردد، از تابعیت دولت اسلامی افغانستان به حکم محکمه ذیصلاح محروم می گردد». به نظر می رسد نه تنها این حکم، بلکه تمام احکام ق. ت. ۱ که مخالف ق. ۱ بودند، ملغی پنداشته می شدند. زیرا، ماده ۱۶۲ ق. ۱ در این مورد به صراحت حکم می نمود: «این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می گردد. با انفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می باشد». همچنین، سلب تابعیت مطابق اسناد بین المللی حقوق بشری ممنوع است. به حیث مثال، ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این خصوص می گوید: «۱- هر فردی حق دارد که تابعیتی داشته باشد؛ و ۲- هیچ کس را نباید خودسرانه از تابعیت خویش، یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد.».

رابطه به منع سلب تابعیت افغانستان حکم می نماید که: «هیچ افغان به سلب تابعیت یا تبعید در داخل یا خارج افغانستان محکوم نمی شود». از نصوص صریح این مواد به خوبی استنباط می گردد که: نخست این که دولت افغانستان نمی تواند به هیچ علتی از اتباع خویش سلب تابعیت نماید چرا که این امر امروزه خلاف ارزش های حقوق بشری است و باعث افزایش بی تابعیتی و ایجاد مشکل برای اتباع می شود؛ و دوم این که دولت افغانستان نمی تواند تبعه خویش را تبعید نماید، زیرا از یک طرف به نظر می رسد در دنیا هیچ نقطه وجود ندارد که تحت حاکمیت دولتی قرار نداشته باشد و از طرف دیگر، در صورتی که دولت افغانستان بخواهد تبعه خویش را در صورت ارتکاب جرایم مذکور در ق. ت. ا به مملکتی دیگری تبعید نماید، هیچ کشوری به آسانی نخواهد پذیرفت تا به شخص مجرم تابعیت بدهد.

۳) مهاجرت: ممکن است شخصی که تابعیت مبدأ خویش را در اثر مهاجرت و پناهندگی از دست داده و در تابعیت دولت جدیدی نیز نیامده است، بدون تابعیت بماند، مانند روس های سفید که پس از انقلاب روسیه به کشورهای خارجی مهاجرت نموده و پناهنده شدند. ولی، نه دولت شوروی سابق آنها را تبعه خود می دانست و نه کشورهای میزبان؛

۴) قانون خاص: ممکن است قانون کشوری تحت اوضاع و احوال خاص، تابعیت افرادی را که بنابر دلایل خاص برای مدتی جلای وطن کرده اند، سلب کند. پس، در صورتی که آن اشخاص نتوانند تابعیت کشور محل سکونت را تحصیل نمایند، بدون تابعیت باقی بمانند؛ و

۵) ترك تابعیت اختیاری: ممکن است شخصی بعد از ترك تابعیت قبلی خود اقدام به تحصیل تابعیت کشور جدیدی نکند و در نتیجه بی تابعیت بماند، مانند اینکه: شخصی به دلیل ازدواج تقاضای تحصیل تابعیت کشوری جدیدی را نماید. ولی، قبل از آنکه رسماً تابعیت آن کشور را حصول نماید، تابعیت قبلی خود را از دست بدهد.^{۱۰۹}

گفتار دوم) راه حل های جلوگیری از بی تابعیتی

برای رفع بی تابعیتی اقدامات پراکنده در سطح بین الملل صورت گرفته است. مهم ترین این اقدام معاهده رفع بی تابعیتی^{۱۱۰} است که در سال ۱۹۵۴ در نیویارک مورد تصویب قرار گرفته و دارای ۴۲ ماده است. همچنین، در این خصوص کنوانسیون کاهش افراد بی تابعیت^{۱۱۱} وجود دارد. همچنین،

۱۰۹. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص

110 . 1954 convention relating to status of stateless persons.

111 . 1961 convention on reduction of statelessness.

کمیشنی عالی سازمان ملل متحد در امور پناهندگان^{۱۱۲} مسوده کنوانسیون حمایت افراد بی تابعیت و تسهیلات برای قبول تابعیت آنها^{۱۱۳} را در فبروری ۲۰۱۷ تسوید کرده است.

مبحث پنجم: قواعد تابعیت اشخاص حقیقی در ق. ت. ا

قانونگذاران هر مملکتی نظر به مصالح اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، مذهبی و... قواعد معینی را در رابطه به تابعیت وضع نموده است. افغانستان نیز از این امر مستثنی نیست. در روشنایی ق. ت. ا قواعد تابعیت در نظام حقوقی افغانستان را می توان به سه دسته تقسیم کرد: طرق تحصیل تابعیت (گفتار اول)، طرق از دادن تابعیت افغانستان (گفتار دوم) و اعاده تابعیت افغانستان (گفتار سوم):

گفتار نخست: طرق تحصیل

شخص حقیقی ممکن است تابعیت افغانستان را از چهار طرق ذیل به دست آورد:

۱) اعمال نظام خون: ق. ت. ا نظام خون را پذیرفته است. طبق ماده ۹ فقره ۲ قانون تابعیت افغانستان: «شخصی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج از آن، از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشد، تولد گردد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می شود». طبق نص این ماده یکی از طرقی که می توان تابعیت افغانستان را کسب نمود اعمال نظام خون است. بنابراین، هر شخصی که از والدین افغانی در خارج از قلمرو دولت اسلامی افغانستان تولد گردد، تبعه افغانستان محسوب می گردد، زیرا ماده ۹ فقره ۲ ق. ت. ا «یا خارج از آن از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشد» سخن می گوید.

۲) اعمال نظام خاک: طبق قانون تابعیت، تابعیت افغانستان از طریق نظام خاک نیز ممکن است حصول گردد. طبق ماده ۹ فقره ۲ قانون تابعیت افغانستان: «شخصی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یا خارج از آن، از والدینی که تابعیت افغانستان را داشته باشد، تولد گردد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می شود». طبق نص این ماده شخصی که در افغانستان تولد گردد، تبعه دولت افغانستان است.

علاوه براین، ماده ۱۰ فقره های اول و دوم قانون تابعیت در این باره می گوید: «(۱) هرگاه حین تولد طفل، یکی از والدین تبعه دولت اسلامی افغانستان و دیگر تبعه خارجی باشد، طفل تحت شرائط ذیل تبعه دولت اسلامی افغانستان شناخته می شود: الف) طفل در قلمرو دولت اسلامی افغانستان تولد یافته باشد؛ ب) طفل در خارج قلمرو دولت اسلامی تولد یافته، مگر والدین یا یکی از آنها در قلمرو دولت اسلامی افغانستان اقامت دائمی داشته باشد». همچنین، ماده ۱۳ قانون تابعیت در این باره تصریح می نماید که: «طفلی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان از والدین خارجی تولد شود، بعد

112 . United Nations High Commissioner for Refugees.

113 . Draft articles on the protection of stateless and facilities for their naturalization.

از تکمیل سن هجده و قصد اقامت دائمی در دولت اسلامی افغانستان، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می گردد، مشروط بر اینکه تا شش ماه بعد از تکمیل سن هجده سالگی، تابعیت دولت خارجی را مطالبه نکند. فرزندان رؤسا و اعضای هیئت های نمایندگی های سیاسی و قونسلی کشور های خارجی و سازمان های بین المللی از این حکم مستثنی می باشند».

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که اکتساب تابعیت افغانستان از طریق اعمال نظام خاک ممکن است. پس، به استثنای فرزندان رؤسا و اعضای هیئت های نمایندگی های سیاسی و قونسلی کشور های خارجی و سازمان های بین المللی هر شخصی که در قلمرو دولت افغانستان تولد گردد تبعه افغانستان محسوب می گردد خواه پدر و مادر وی تبعه دولت افغانستان باشند یا نه.

۳) ازدواج: طبق قانون تابعیت، تابعیت افغانی را از طریق ازدواج نیز ممکن است حصول نمود. باوجوداین، در رابطه به تحصیل تابعیت از طریق ازدواج باید میان دو حالت ذیل تفکیک قائل شد:

۱- ازدواج تبعه افغانی با تبعه خارجی: طبق ماده ۳ فقره ۲ قانون تابعیت: «خارجی شخصی است که تبعه دولت اسلامی افغانستان نبوده یا بدون تابعیت باشد». هرگاه چنین شخصی با تبعه افغانی ازدواج نماید، با رعایت شرایط ذیل تبعه افغانی محسوب می گردد:

- اینکه تابعیت اولی خویش را ترک نماید. زیرا، طبق ماده ۷ ق. ت. ا: «شخصی که مطابق احکام این قانون تبعه دولت اسلامی افغانستان باشد، در موقف تابعیت دوگانه قرار گرفته نمی تواند؛ و

- تقدیم درخواست تحریری مبنی بر مطالبه تابعیت افغانی با عدم در نظر داشت اقامت بیش از پنج سال. ماده ۱۸ قانون تابعیت در این باره می گوید: «هرگاه تبعه خارجی با تبعه دولت اسلامی افغانستان مطابق شریعت اسلام ازدواج نماید، با رعایت حکم ماده ۷ این قانون بعد از تقدیم درخواست تحریری مبنی بر مطالبه تابعیت افغانی، تابعیت وی بدون در نظر داشت موعد مندرج جزء ۳ ماده ۱۵ این قانون پذیرفته شده می تواند». علت این امر این است که حصول تابعیت توسط یکی از زوجین، بر تابعیت جانب مقابل هیچ تأثیری ندارد. ماده ۱۶ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید که: «حصول تابعیت دولت اسلامی افغانستان، از طرف یکی از زوجین، بر تابعیت زوج دیگر و فرزندان آنها که سن ۱۸ سالگی را تکمیل کرده باشند، اثری وارد ساخته نمی تواند».

۲- ازدواج تبعه افغانی با شخص بدون تابعیت: شخص بدون تابعیت، شخصی است که فاقد تابعیت افغانی بوده و اسناد معتبر مثبت تابعیت خارجی نیز نداشته باشد (ماده ۸ قانون تابعیت). هرگاه چنین شخصی با تبعه افغانی ازدواج نماید، تبعه افغانستان پنداشته می شود. ماده ۱۹ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید که: «شخصی که به اساس اسناد مثبت بدون تابعیت باشد و با تبعه دولت اسلامی افغانستان ازدواج نماید، تبعه دولت اسلامی افغانستان شناخته می شود».

در حالات فوق، طبق قانون تابعیت، ازدواج تبعه افغانی با تبعه خارجی یا شخص بدون تابعیت بر اطفال آنها که سن هجده سالگی را تکمیل کرده اند هیچ تأثیر ندارد. ماده ۱۶ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید که: «حصول تابعیت دولت اسلامی افغانستان، از طرف یکی از زوجین، بر تابعیت زوج دیگر و فرزندان آنها که سن ۱۸ سالگی را تکمیل کرده باشند، اثری وارد ساخته نمی تواند». ولی، در رابطه به اطفال کمتر از سن ۱۸ سالگی ناشی از چنین ازدواج چندین حالت را باید از همدیگر تفکیک نمود:

- هرگاه حین تولد طفل یکی از والدین او تبعه افغانی و دیگری فاقد تابعیت باشد یا تابعیتش تثبیت نشده باشد، طفل خواه در افغانستان یا خارج از افغانستان تولد گردیده باشد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می گردد (ماده ۱۱ قانون تابعیت).

- طبق ماده ۱۷ فقره های ۱، ۲ و ۳ قانون تابعیت: «۱) والدینی که تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حاصل می نماید، فرزندان کمتر از سن ۱۸ آنها نیز اتباع دولت اسلامی افغانستان محسوب می گردند؛ ۲) هرگاه یکی از والدین تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حاصل نماید، فرزندان کمتر از سن ۱۸ وی که با او در قلمرو دولت اسلامی افغانستان اقامت دارند، اتباع دولت اسلامی افغانستان شناخته می شوند؛ ۳) فرزندان کمتر از سن ۱۸ که خارج قلمرو دولت اسلامی افغانستان اقامت دارند، در صورتی که یکی از والدین آنها تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حاصل نماید، می تواند تابعیت دولت اسلامی افغانستان را مطالبه و به حیث تبعه افغانستان شناخته شود؛ ۴) هرگاه فرزندان اشخاص مندرج فقره های ۱ و ۲ این ماده، بعد از تکمیل سن ۱۸ تا مدت ۶ ماه درخواست مبنی بر انصراف از تابعیت افغانی را تقدیم نماید، تابعیت افغانی شان از تاریخ منظوری درخواست سلب می گردد.»

- طبق ماده ۲۰ فقره های ۱، ۲ و ۳ قانون تابعیت: «۱) هرگاه تبعه خارجی که همسرش فوت کرده با تبعه دولت اسلامی ازدواج و تابعیت دولت اسلامی را حاصل نماید، فرزندان کمتر از سن ۱۸ سال که از ازدواج قبلی خود داشته باشد و با وی باشد نیز اتباع دولت اسلامی افغانستان شناخته می شود؛ ۲) هرگاه تبعه خارجی که از همسرش جدا شده با تبعه دولت اسلامی افغانستان ازدواج نماید و تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حاصل نماید، فرزندان کمتر از سن ۱۸ که از ازدواج قبلی خود داشته باشد و با وی در قلمرو دولت اسلامی افغانستان اقامت نمایند نیز اتباع دولت اسلامی افغانستان شناخته می شوند. فرزندان کمتر از سن ۱۸ سال اینگونه اشخاص که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان اقامت نداشته باشند، بر اساس درخواست مادر یا پدر که تابعیت افغانی را حاصل نموده با موافقه همسر قبلی تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حاصل کرده می تواند؛ ۳) هرگاه

فرزندان بعد از تکمیل سن ۱۸ سال تا شش ماه درخواست تحریری مبنی بر انصراف از تابعیت افغانی را تقدیم کند، تابعیت افغانی شان از تاریخ منظوری درخواست سلب می گردد.»

- تابعیت طفل مجهول الهویه: مجهول الهویه طفلی مرده یا زنده ای است که حین دریافت هویتش تثبیت نباشد (ماده ۳ قانون ثبت احوال نفوس). طبق ماده ۱۲ قانون تابعیت: «طفلی که در قلمرو دولت اسلامی افغانستان یافت شود و اسناد معتبر مُثبت تابعیت والدین او هم موجود نباشد، تبعه دولت اسلامی افغانستان محسوب می گردد.»

۴) درخواست: طبق ماده ۱۴ قانون تابعیت افغانستان: «اشخاص خارجی بدون در نظر داشت تعلقات نژادی، زبانی، جنس و تحصیل به تابعیت دولت اسلامی افغانستان پذیرفته می شوند.» باوجوداین، چون تحصیل تابعیت هم برای تبعه و هم برای دولت موجب ایجاد آثار معین می گردد، قانون تابعیت افغانستان یک سلسله شرائط ماهوی و شکلی را در این باره وضع نموده است:

۱- شروط ماهوی: طبق قانون تابعیت، حصول تابعیت افغانی منوط بر تحقق شرائط آتی است:
- تکمیل سن هجده سالگی: طبق ماده ۱۵ فقره ۱ قانون تابعیت: «شخص بدون تابعیت یا تبعه خارجی با شرائط ذیل به تابعیت دولت اسلامی افغانستان پذیرفته می شود: ۱) اکمال سن هجده سالگی.»

- اقامت بیش از پنج سال در قلمرو افغانستان: مطابق ماده ۱۵ فقره سوم شخصی که خواهان اکتساب تابعیت افغانی است باید بیش از پنج سال در افغانستان اقامت نموده باشد. به نظر می رسد علت این امر آشنائی شخص متقاضی با دین، فرهنگ، رسوم، آداب اجتماعی، اخلاق افغانها و افغانستان است؛

- عدم ارتکاب جنایت: طبق ماده ۱۵ فقره ۴ قانون تابعیت شخصی که خواهان اکتساب تابعیت افغانی است نباید مرتکب جنایت گردیده باشد. به نظر می رسد علت این امر این است که إعطای تابعیت افغانی به چنین شخصی موجب ایجاد مخاطرات هم برای دولت و هم برای سایر اتباع افغانستان می گردد.

۲- شروط شکلی: علاوه بر شرائط ماهوی، قانون تابعیت افغانستان یک سلسله شرائط شکلی را نیز جهت إعطای تابعیت به شخص درخواست کننده پیش بینی نموده که عبارتند از:

- تقدیم درخواست تحریری: طبق قانون تابعیت شخص با تابعیت خارجی یا بدون آن می تواند درخواست تحریری خویش را جهت اخذ تابعیت به وزارت خارجه تقدیم نماید (ماده ۱۵ فقره ۲). علاوه براین، شخص درخواست کننده باید ورقة مخصوص (انگیت) وزارت امور خارجه را خانه پری و اسناد هویت خویش از قبیل: تذکره و امثال آن را به وزارت خارجه ارائه نماید؛

- بررسی اسناد متقاضی توسط هیئت ذیصلاح بررسی اسناد تابعیت: اسناد مربوط تابعیت بعد از ارائه توسط هیئت ذیصلاح بررسی اسناد که متشکل از نمایندگان ستره محکمه، وزارت عدلیه، وزارت امور خارجه، وزارت امور داخله و ریاست امنیت ملی است مورد بررسی قرار می گیرد (ماده ۳۹ فقره های ۱، ۲ و ۳ قانون تابعیت)؛ و

- ارائه اسناد به رئیس جمهور بعد از بررسی: هیئت ذیصلاح پس از بررسی اسناد، نتایج آن را به رئیس جمهور تقدیم می دارد. رئیس جمهور تصمیم خویش را مبنی بر اعطای تابعیت توسط فرمان صادر می نماید (ماده ۳۹ فقره ۳ و ماده ۴۰). زیرا: «اعطای تابعیت دولت اسلامی افغانستان از صلاحیت رئیس جمهور است» (ماده ۲۳ قانون تابعیت).

اشخاصی که تابعیت افغانستان را اکتساب می نمایند تبعه افغانستان شناخته می شوند. زیرا، طبق ماده ۴ قانون تابعیت: «تبعه دولت اسلامی افغانستان شخصی است که:» (۱) قبل از انفاذ این قانون، تابعیت افغانی داشته باشد؛ و (۲) تابعیت دولت اسلامی افغانستان را بر اساس احکام این قانون حاصل نماید». در نتیجه، چنین اشخاص می توانند از تمام حق شهروندی که شامل حق سیاسی، مانند: رأی دادن انتخاب کردن، انتخاب شدن، تشکیل احزاب سیاسی و امثال اینها، حق مدنی، مانند: وکیل شدن، عضو هیئت مدیره شرکت های تجارتي و امثال اینها، حق اجتماعی مانند، کار کردن و امثال اینها که اتباع افغانستان برخوردار اند متمتع گردند. زیرا: «هرنوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند» (ماده ۲۱ ق.ا).

باوجوداین، این اصل دو استثناء دارد: استثناء اول این است که این اشخاص نمی توانند خود را به سمت ریاست جمهوری کاندیدا نمایند. زیرا، طبق ق.ا شرط است شخصی که خود را کاندیدای سمت ریاست جمهوری می نماید، علاوه بر تبعه افغانستان بودن، باید والدین او نیز افغانی باشد. ماده ۶۲ بند ۱ ق.ا در این مورد حکم می نماید که: «شخصی که به ریاست جمهوری کاندیدا می شود، واجد شرایط ذیل می باشد: ۱- تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد». این شرایط در مورد معاونین رئیس جمهور نیز صادق است. پس، کاندیدای معاونت ریاست جمهوری نیز باید افغانی الاصل و متولد از پدر و مادر افغانی باشد.

استثنای دوم این است که این اشخاص نمی توانند خود را به سمت وکالت در مجلس نمایندگان و شورا های ولایتی کاندیدا نمایند، مگر اینکه ده سال از اکتساب تابعیت آنها سپری شود. علت این امر آشنایی با فرهنگ، تاریخ، دین، عرف و عادات و ... افغان ها است که برخی نویسندگان فرانسوی این دوره را دوره کارآموزی مدنی می نامند. ماده ۸۵ بند ۱ ق.ا در این مورد حکم می نماید که: «شخصی که به عضویت شورای ملی کاندیدا یا تعیین می شود، علاوه بر تکمیل شرایط انتخاب کنندگان واجد

اوصاف ذیل می باشد: ۱- تبعه افغانستان بوده یا حداقل ده سال قبل از تأریخ کاندیدا یا تعیین شدن، تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد.». این شرط در مورد کاندیداهای شوراهای ولایتی نیز باید رعایت گردد. پس، کاندیداهای شوراهای ولایتی نیز باید اتباع اکتسابی ده ساله افغانستان باشند.

گفتار دوم) ترک و اعاده

طبق ق. ت. ۱ اتباع افغانستان می توانند تابعیت خویش را ترک و اعاده نمایند:

۱) **ترک تابعیت:** ترک تابعیت افغانی منوط بر تحقق یک سلسله شروط ماهوی و شکلی است:
۱- **شروط ماهوی:** از نظر ماهوی ترک تابعیت افغانستان منوط بر تحقق یک سلسله شرایط است.

ماده ۲۵ ق. ت در باره این شرایط مقرر می دارد که: «ترک تابعیت افغانی در حالات ذیل قبول شده نمی تواند: ۱) درخواست دهنده ترک تابعیت در برابر دولت وجایب و مکلفیت های داشته باشد که آن را انجام نداده است؛ ۲) در برابر ادارات دولتی و سائر مؤسسات خدماتی و شرکت های مختلط و اتباع مکلفیت های مالی داشته باشد که عدم ایفای آنها به منافع مراجع فوق الذکر و اتباع لطمه وارد سازد؛ ۳) متهم و محکوم بودن به جنایت؛ و ۴) ترک تابعیت، امنیت دولت افغانستان را متضرر سازد.». تفصیل این ماده در تغییر ارادی تابعیت گذشت.

۲- **شروط شکلی:** شرایط شکلی ترک تابعیت افغانستان عبارت اند از:

- **ارائه درخواست به هیئت ذیصلاح بررسی امور تابعیت:** درخواست دهنده ترک تابعیت مکلف است پیشنهاد خویش را به هیئت ذیصلاح وزارت امور خارجه که تفصیل آن قبلاً گذشت ارائه نماید (ماده ۳۹ فقره ۴ قانون تابعیت)؛

- **بررسی پیشنهاد ترک تابعیت توسط هیئت ذیصلاح:** هیئت ذیصلاح ترک تابعیت مکلف است پیشنهاد مربوط به ترک تابعیت را بررسی و نتایج آن را به شورای وزیران تقدیم نماید؛

- **تصویب شورای وزیران و توشیح رئیس جمهور:** پیشنهاد درخواست دهنده ترک تابعیت باید توسط شورای وزیران تصویب و به توشیح رئیس جمهور برسد. ماده ۴ فقره ۲ قانون تابعیت در این باره حکم می نماید که: «تصویب شورای وزیران مبنی بر [...] ترک تابعیت از طرف رئیس جمهور توشیح می گردد». زیرا، طبق ماده ۲۴ فقره ۱ قانون تابعیت: «اعاده و قبول درخواستی مبنی بر ترک تابعیت دولت اسلامی افغانستان به تصویب شورای وزیران و توشیح رئیس جمهور صورت می گیرد.». ترک تابعیت افغانستان دارای آثار ذیل است:

- شخصی که تابعیت دولت افغانستان را ترک می نماید، مکلف است اموال غیرمنقول خویش را در داخل افغانستان به فروش رساند. در صورت امتناع از فروش الی یکسال از تأریخ تصویب ترک

تابعیت توسط شورای وزیران، اموال وی توسط محکمه ذیصلاح به فروش رسیده و پول آن به وی پرداخت می گردد. زیرا، چنین شخصی بیگانه تلقی گردیده و حق داشتن اموال غیر منقول را ندارد (ماده ۴۱ قانون اساسی)؛

- به موجب ماده ۲۶ قانون تابعیت: «ترک تابعیت یکی از زوجین به تابعیت زوج دیگر و فرزندان آنها تأثیر وارد نمی کند». بنابراین: «هرگاه والدین تابعیت دولت اسلامی افغانستان را ترک نمایند، فرزندان آنها تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حفظ می نمایند» (ماده ۲۷ فقره ۱ قانون تابعیت). همچنین: «هرگاه یکی از والدین ترک تابعیت نمایند و دیگری تابعیت دولت اسلامی افغانستان را حفظ نماید، فرزندان آنها تبعه دولت اسلامی افغانستان باقی می ماند، مگر اینکه قانون طور دیگری پیش بینی نموده باشد». از مفاد ماده ۲۶ قانون تابعیت به خوبی بر می آید که علاوه بر فرزندان، ترک تابعیت توسط یکی از زوجین بر تابعیت زوج دیگر تأثیر ندارد. بنابراین، هرگاه یکی از زوجین تابعیت افغانستان را ترک نماید، زوج دیگر تبعه افغانستان پنداشته می شود.

۲) **اعاده:** جهت جلوگیری از بی تابعیت شدن اتباع، قانون تابعیت افغانستان احکام معین را در باره اعاده تابعیت پیش بینی نموده که با رعایت آنها اشخاصی که تابعیت خویش را ترک نموده اند، می توانند تابعیت خویش را دوباره اعاده نمایند. اعاده تابعیت افغانی تابع شرائط و تشریفات پیچیده نیست. بنابراین:

۱- طبق ماده ۳۷ قانون تابعیت: «شخصی که جهت [...] اعاده تابعیت دولت اسلامی افغانستان درخواست می دهد، ورقه مخصوص (انگیت) تابعیت را خانه پری نموده، اسناد مربوط به هویت خویش را ارائه می دارد.»؛

۲- طبق ماده ۳۹ فقره ۴ قانون تابعیت: «درخواستی ها و پیشنهادات مربوط [...] اعاده [...] تابعیت بعد از بررسی هیئت (کمسیون) به شورای وزیران ارسال می گردد.»؛ و

۳- درخواست اعاده تابعیت افغانی بعد از تصویب شورای وزیران به توشیح رئیس جمهور می رسد (ماده ۴۰ فقره ۲ قانون تابعیت).

مبحث ششم: تابعیت اشخاص حقوقی

تابعیت حقوقی نیست که منحصر به اشخاص حقیقی باشد. بنابراین، اشخاص حقوقی به ویژه شرکت های تجاری نیز می توانند دارای تابعیت باشند. در رابطه به تابعیت اشخاص حقوقی به ویژه شرکت های حقوقی که تعریف آن در جلد اول این دور از شرح قانون مدنی گذشت، نظریات مختلف وجود دارد. لذا، پس از بیان این نظریات (گفتار اول)، اهمیت داشتن تابعیت توسط اشخاص حقوقی (گفتار دوم) خلا ق. م. و ق. ت در مورد تابعیت اشخاص حقوقی (گفتار سوم) را مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار اول) نظریات در مورد تابعیت شرکت ها

در مورد تابعیت شرکت ها نظریات ذیل وجود دارد:

۱- **تابعیت شرکت متعلق به اراده مؤسسين آن است:** عده ای از علمای حقوق بر این نظر اند که تابعیت شرکت بسته به اراده مؤسسين آن است. بنابراین، طبق این نظر اراده مؤسسين شرکت تابعیت شرکت را تعیین می نماید. این نظریه با آنکه در کنگره های منعقدۀ پاریس در سال های ۱۸۸۹ و ۱۹۰۰ میلادی راجع به شرکت های سهامی مورد توجه واقع شده و اکثر سخن رانان این کنگره از این نظر دفاع کردند و این نظر حتی در رویۀ قضائی فرانسه نیز بی تأثیر نبوده است. ولی، این نظر شبیه این است که اراده والدین تابعیت طفل را تعیین کند، در حالی که امروزه ثابت شده است که اراده اشخاص بر تابعیت که بستگی به اراده دولت ها دارد نقشی ندارد.

۲- **محل تعهد پرداخت سهام:** شرکت تابعیت مملکتی را دارد که در آنجا پرداخت قیمت سهام تعهد شده است. طرفداران این نظریه بر این عقیده اند که: چون در عمل صاحبان سرمایه احکام قانون دیگری جز آنچه در محل تعهد پرداخت سهام موجود بوده در نظر نگرفته اند. پس، ناگزیر احکام همین قانون احکام مربوط به شرکت را نیز تنظیم می نماید و شرکت تابعیت مملکتی را خواهد داشت که در آنجا تعهد پرداخت کامل قیمت سهام آن شرکت به عمل آمده باشد. این نظریه نیز ناقص است و ایراداتی که بر آن وارد می گردد قرار ذیل است:

- تابعیت مربوط به حقوق عمومی و تابع اراده دولت ها است. بنابراین، اراده افراد مبنی بر تعهد بر پرداخت قیمت سهام نمی تواند در اعطای تابعیت مؤثر باشد؛

- ممکن است محل عمده فعالیت های شرکت غیر از محل تعهد پرداخت قیمت سهام باشد که در این صورت باید احکام قانون آن محل تطبیق گردد؛

- ممکن است صاحبان سهام از ممالک مختلف بوده و محل عهده پرداخت قیمت های سهام در کشور های مختلف باشد و تعیین کشور محل تعهد پرداخت سهام امکان پذیر نباشد؛ و

- ممکن است صاحبان واقعی سهام متعهد به پرداخت قیمت سهام نباشند و حتی سهام بی نام بوده یا آنکه نمایندگان و اشخاص با نام مستعار به پرداخت قیمت سهام اقدام کنند.

۳- **محل تأسیس شرکت:** طبق این نظر شرکت تابعیت مملکتی را دارد که در آنجا تأسیس شده است. بنابراین، تابعیت شرکت ارتباطی به تابعیت سهامداران آن ندارد، بلکه شرکت تابعیت کشوری را دارد که مطابق قوانین و مقررات آن به ثبت رسیده باشد. این نظریه نیز ناقص است و ایراداتی که بر آن وارد می گردد قرار آتی است:

- ممکن است شرکتی تأسیس گردد بدون آنکه مؤسسان آن از شکلیات قانونی مربوط به ثبت شرکت آگاهی داشته باشند؛

- ممکن است سرمایه و منافع شرکت متعلق به اتباع همان کشور نباشد و بنابراین موجبات تقویت و رشد بازار داخلی را فراهم ننماید؛

- ممکن است شرکتی به شکل ظاهری در یک کشور تأسیس شود، ولی همه فعالیت های آن در کشور دیگری صورت پذیرد و زمینه حیل و تقلب شرکت ها را مساعد نماید؛ و

- تشکیل شرکت ایجاب طی مراحل مختلفی از قبیل: بحث و گفتگو، پرداخت تمام یا قسمتی از سهام شرکت توسط شرکاء، تنظیم اساسنامه، ثبت شرکت و غیره را می نماید. بنابراین، ممکن است اجرای این مراحل در جاها و زمان های مختلفی صورت بگیرد و در عمل انتخاب محل تشکیل شرکت را با دشواری مواجه نماید.

۴ تابعیت شرکاء: طبق این نظر تابعیت شرکت تجارتي همان تابعیت اعضای شرکت است. این نظریه نیز ناقص است، زیرا:

- ممکن است صاحبان سهام به ویژه در شرکت های سهامی از ممالک مختلف و در نتیجه دارای تابعیت های مختلف باشند که این امر باعث آن می گردد تا عملاً تعیین تابعیت شرکت به مشکل مواجه گردد؛

- تابعیت شرکت با تغییر شرکاء تغییر می کند و این امر موجب به مخاطره افتادن منافع اشخاص ثالث می گردد؛

- شرکت پس از تأسیس دارای شخصیت حقوقی مستقل می گردد. بنابراین، در صورتی که شرکت تابعیتی به غیر از تابعیت شرکاء داشته باشد، هیچ ایرادی ندارد؛ و

- در صورتی که معیار تابعیت شرکت، تابعیت اکثر صاحبان سهام آن باشد، دو مشکل عرض وجود خواهد کرد: اول اینکه ممکن است از ابتداء چنین اکثریتی در تأسیس شرکت وجود نداشته باشد؛ و دوم اینکه: با در نظر داشت اینکه ممکن است صاحبان سهام به نقل و انتقال سهام شرکت بپردازند، و این امر تابعیت شرکت را دستخوش تغییرات نموده و عملاً به مشکل مواجه نماید.

۵- مرکز فعالیت شرکت: چون قوانین ناظر بر فعالیت شرکت از جمله قوانین امری است. بنابراین، اراده شرکاء نباید به هیچ وجه قادر بر تغییر آن باشد. پس، یگانه وسیله ای که از تقلب جلوگیری می کند این است که شرکت تابع مرکز فعالیت خود باشد. این نظریه نیز ناقص است و ایراداتی که بر آن وارد می گردد این است که:

- ممکن است محل فعالیت های تجارتي شرکت در کشور های مختلف وجود داشته و امکان تعیین مرکز شرکت غیر ممکن باشد؛ و

- ممکن است مرکز شرکت غیر از محل تأسیس آن بوده و بنابراین تفاوت های میان اساسنامه و موضوع فعالیت شرکت ایجاد گردد.

۶- **اقامتگاه اداری یا مرکز اصلی شرکت:** طبق این نظریه، شرکت تابعیت مملکتی را دارد که اقامتگاه اداری یا مرکز اصلی آن در آنجا واقع است. اقامتگاه اداری شرکت محلی است که در آنجا ادارات مرکزی شرکت واقع بوده، اعضای رتبه شرکت در آن وجود دارد، هیئت مدیره و مجمع عمومی نیز در آنجا دایر می گردد و در نتیجه تمام تصمیمات در آنجا اتخاذ می گردد. رویه قضائی فرانسه این نظریه را بر سایر نظریه ها ترجیح داده و حقوق کشور ها از جمله ایران از این نظریه پیروی نموده است.^{۱۱۴}

گفتار دوم) اهمیت

داشتن تابعیت توسط اشخاص حقوقی در تعیین حقوق و تکالیف آنها نقش مهمی را ایفاء می نماید:

- ۱- تابعیت شخص حقوقی بیانگر این امر است که این شخص در قلمرو کدام کشور تأسیس گردیده و شخصیت حقوقی مستقلی را تحصیل کرده و از چه حقوقی می تواند برخوردار گردد؛
- ۲- چنانچه قبلاً بدان اشاره شد، دولت ها صرف از شرکت های حمایت سیاسی می نمایند که شرکت تابعیت آن دولت ها را داشته باشد. بنابراین، دولت ها از شرکت های که تابعیت آن دولت ها را نداشته باشند، حمایت سیاسی نمی نمایند؛
- ۳- در اکثر کشور ها تشکیل، طرز کار، ورشکستگی و انحلال شرکت ها تابع دولت متبوع آنهاست؛
- ۴- در اکثر کشور ها فعالیت های تجاری، صنعتی، زراعتی و غیره شرکت ها مستلزم اخذ اجازه از کشور هایی که این فعالیت ها در آنها انجام می شود، است. در اعطای چنین اجازه ای تابعیت اشخاص حقوقی نقش مهمی را ایفاء می نماید؛
- ۵- اعطای امتیازات به اشخاص حقوقی طبق معاهدات دوجانبه بین کشورها از قبیل: معافیت از پرداخت مالیات، به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی بستگی دارد؛ و
- ۶- تمتع از حقوق کشور میزبان که تسهیلات خاصی را برای اشخاص حقوقی خارجی در باره انتقال ارز به خارج از کشور اختصاص می دهد، به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی وابسته است.^{۱۱۵}

۱۱۴. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص

۱۴۰ - ۱۴۴؛ و محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، صص ۱۳۲ - ۱۳۸.

۱۱۵. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۱۳۹ و ۱۴۰.

گفتار سوم) خلاق. م و ا. ت در مورد تابعیت اشخاص حقوقی

در نظام حقوقی افغانستان اشخاص حقوقی نیز می توانند دارای تابعیت باشند. زیرا، تابعیت از جمله حقوقی نیست که صرف از جمله حقوق منحصر به اشخاص طبیعی تلقی گردد. از همین رو، ا. ت تاجرین را مکلف به ثبت آن نموده است. ماده ۲۸ ا. ت در این باره می گوید: «مطالبی که تاجر و شرکت های تجارتی به ثبت آن مکلف اند، قرار ذیل است: الف) اسم (شخص یا شرکت)؛ ب) ولدیت؛ ج) محل تولد و تاریخ آن؛ د) تابعیت شخص یا شرکت؛ ه) عنوان تجارت؛ و) موضوع تجارت؛ ز) نوع شرکت و تاریخ تأسیس آن و همچنین مرکز اصلی؛ ح) سرمایه شرکت (تجار انفرادی از این حکم مستثنی اند)؛ ط) اشخاصی که در امور تجارت خانه یا شرکت دارای صلاحیت امضاء اند؛ ی) سائر خصوصیات که ثبت آن (اصولاً) اجباری قرار داده شده باشد». باوجوداین، خلای که در نظام حقوقی افغانستان به ویژه در قانون مدنی و اصولنامه تجارت وجود دارد این است که این دو قانون هیچ حکمی در باره تابعیت اشخاص حقوقی ندارند. با توجه به اهمیت تابعیت اشخاص حقوقی شایسته است قانونگذاران عادی افغانستان این مسأله را در نظر گرفته و احکام معین در باره تابعیت اشخاص حقوقی وضع نمایند.

فصل دوم: اقامتگاه

موضوع دوم مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی اقامتگاه است. به نظر می رسد مهم ترین دلیلی که براساس آن اقامتگاه در حقوق بین الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می گیرد این است که براساس اقامتگاه اشخاص، محکمه ذیصلاح معین می شود و رفع تعارض میان صلاحیت محاکم یا تعیین محکمه ذیصلاح به گونه ای که تفصیل آن در فصل حل تعارض صلاحیت محاکم خواهد، یکی از مهم ترین و قدیمی ترین مباحث حقوق بین الملل خصوصی است. بنابراین، در صورتی که تعارض میان صلاحیت محاکم را حل نماییم لازم است تا مباحث مربوط به اقامتگاه را بدانیم.

در تقسیم جغرافیایی اشخاص در صحنه بین المللی بعد از تابعیت مسأله اقامتگاه مطرح است. در تابعیت بر رابطه سیاسی و معنوی شخص تأکید می شود، در حالی که در اقامتگاه رابطه مادی و حقوقی فرد مورد تأکید قرار می گیرد. هر شخص از نظر شغل، سکونت، فعالیت و خانواده به محلی بیش از نقاط دیگر وابسته است و منافع او در همین محل تأمین می شود.

این محل را اقامتگاه شخص می نامند. اقامتگاه یکی از مباحثی است که هم در حقوق مدنی و هم در حقوق بین الملل خصوصی مطرح است. اگر بدون پدیده مرز اقامتگاه مورد بررسی قرار بگیرد، یک مسأله حقوق مدنی است. به عنوان مثال، گفته می شود فلان شخص اقامتگاهش کابل است و فلان شخص اقامتگاهش مزار شریف است که در چنین حالات هر دو تابع رژیم حقوقی افغانستان هستند. ولی، اگر اقامتگاه از نظر حقوق بین الملل مطرح شود، گفته می شود که: اقامتگاه فلان شخص افغانستان و از فلان شخص مصر است. اقامتگاه در حقوق مدنی مُکَمِّل هویت شخص است.

پس، هرگاه عوامل و ویژگی های هویت شخص از قبیل: نام، تخلص، نام پدر، شغل و غیره شخص را بر شمردند، اقامتگاه را نیز اضافه می نمایند^{۱۱۶} تا به طور مطلق هویت شخص واضح و معلوم گردد. ولی، در حقوق بین الملل خصوصی اقامتگاه یک مفهوم ارتباط شخص با دولت است؛ یعنی: دولت از طریق اقامتگاه اشخاص حاضر در قلمرو خویش را از سایر اشخاص جدا و متمایز می نماید.^{۱۱۷}

علاوه بر اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی نیز دارای اقامتگاه است. با توجه به آنچه گفته شد، در این فصل اقامتگاه اشخاص حقیقی (مبحث اول) و اقامتگاه اشخاص حقوقی (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول: اقامتگاه اشخاص حقیقی

هر شخص بستگی به محلی دارد که خانواده او و شغل و بالآخره منافع او در آنجا تأمین می گردد. این محل جایی است که شخص در آن سکونت می نماید. این سکونت و استقرار در محل، محیط مساعدی را برای نظم و روابط حقوقی شخص آماده می نماید، همچنانی که تغییر دائم شخص از یکجا به جایی دیگر، او را از تعقیب عدلی می رهااند.

علم حقوق توجه ویژه ای به این وضعیت طبیعی نموده و یک مفهوم خاصی از آن انتزاع یا استخراج کرده است که اقامتگاه نامیده می شود. حقوق برای هر شخصی محل اقامت مخصوصی را معین می نماید که آن محل اقامت قانونی او شناخته می شود، هرچند شخص مذکور حقیقتاً در آن محل نباشد. محل اقامت نقش مهمی را در تعیین محکمه ذیصلاح در دعاوی بازی می نماید که در مورد آن در گفتار انواع اقامتگاه و فصل تعیین محکمه ذیصلاح بحث خواهیم نمود.

گفتار نخست) تعریف و ارکان

اقامتگاه که در قانون مدنی و در قانون اصول محاکمات مدنی به نام محل سکونت و محل اقامت نیز یاد گردیده است، در لغت به جایی گویند که شخص در آنجا اقامت و سکونت می نماید.^{۱۱۸} به معنای مشخص تر، اقامتگاه ترکیب است از کلمه «اقامت» و پسوند «گاه» که در لغت به معنای قرارگاه، جای اقامت و سکنی گزیدن می باشد.^{۱۱۹} در اصطلاح حقوقی در مورد اقامتگاه تعاریف متعدد و مختلف به قرار ذیل صورت گرفته است:

۱۱۶. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۴۵-۱۴۹.

۱۱۷. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۱۱۷.

۱۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۰.

۱۱۹. حسن حسنی (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ص ۱۱.

۱- برخی از حقوق دانان اقامتگاه را «رابطه مادی و حقوقی که شخص را بدون توجه به تابعیت به قسمتی از خاک يك دولت پیوند می دهد» می دانند.^{۱۲۰}

۲ - بعضی دیگر معتقدند که اقامتگاه «رابطه ای است حقوقی دارای بعضی از خصایص سیاسی که بین اشخاص و حوزه معینی از قلمرو دولتی برقرار می شود و بدین وسیله اشخاص، بدون آن که واجد وصف تبعه باشند از گروه ساکنین و متعلقین به آن حوزه تشخیص می شوند».^{۱۲۱}

۳ - برخی دیگر در مورد تعریف اقامتگاه می گویند: «ارتباط هر شخص با محیط اطراف خود، محلی که در آن زندگی می کند، یا به کسب و کاری اشتغال دارد، تحت عنوان اقامتگاه مورد بررسی قرار می گیرد». ماده ۴۱ قانون مدنی پرتغال، اقامتگاه را «محل سکونت دائمی» و ماده ۴۰ قانون مدنی اسپانیا، اقامتگاه را «محل سکونت معمولی» شخص می داند. ماده ۲۳ قانون مدنی سوئیس، اقامتگاه را عبارت از محلی می داند که شخص در آنجا به قصد مستقر شدن سکونت می کند. ماده ۷ قانون مدنی آلمان، محل سکونت دائمی شخص را، اقامتگاه او می داند. در حقوق آمریکا، اقامتگاه شخص عبارت از مرکز دائمی امور اوست، محلی که اگر از آنجا غائب گردد، قصد دارد به آنجا مراجعت کند.^{۱۲۲} در حقوق انگلیس اقامتگاه دارای دو عنصر است: نخست اقامتگاه واقعی در محل و دوم قصد ماندن در محل.^{۱۲۳}

ولی، طبق ماده ۵۱ فقره دوم ق. م: «اقامتگاه جایی است که شخص عادتاً در آن سکونت دارد و این سکونت دائم یا مؤقت می باشد». طبق نص این ماده، ملاک اقامتگاه برخلاف حقوق فرانسه و ایران که مرکز مهم امور، و برخلاف حقوق پرتغال و اسپانیا که محل سکونت دائمی و معمولی شخص است، عادت است. پس، هر جا که شخص عادتاً زندگی نماید، همان محل اقامتگاه وی پنداشته می شود خواه اقامت مؤقت باشد یا دائمی.

در نتیجه، هرگاه شخصی در کابل عادتاً زندگی نماید و گاه گاهی و به ندرت به مزار شریف برود، مزار شریف اقامتگاه وی محسوب نمی شود. زیرا، وی در مزار شریف عادتاً زندگی نمی نماید. ولی، اگر شخصی عادتاً در بهار و تابستان در کابل و در خزان و زمستان در جلال آباد زندگی نماید، اقامتگاه های چنین شخصی کابل و جلال آباد است. زیرا، این شخص در بهار و تابستان عادت بر زندگی کردن در کابل و در خزان و زمستان عادت بر زندگی کردن در جلال آباد دارد. هدف قانونگذار در این ماده تعریف اقامتگاه است.

۱۲۰. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۹۱.

۱۲۱. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۸۰.

۱۲۲. حسن حسینی (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، صص ۱۵ و ۱۶.

گفتار دوم) پیشینه

در سرزمین های اروپایی که اصل سرزمینی بودن قوانین سابقه طولانی دارد، مفهوم اقامتگاه از زمانه های خیلی گذشته شناخته شده است. به اعتقاد حقوقدانان اروپایی، سابقه تاریخی اقامتگاه به حقوق روم باز می گردد. در حقوق روم، مراد از اقامتگاه بیشتر محل بوده است که شخص به همراه خانواده خود به قصد ماندن در آنجا مسکن می گزیده است. بنابراین، در آن دوران با افزوده شدن عنصر معنوی اقامتگاه، یعنی: قصد ماندن در محل معین، بر عنصر مادی آن؛ یعنی: سکونت در آن محل مفهوم حقوقی اقامتگاه ساخته شده است، به گونه ای که می گویند: برخی از عناصر امروزی اقامتگاه ساخته و یادگار آن دوران است.

در فرانسه پیش از انقلاب کبیر، چه در دوران فیودالیه که در قلمرو هر فیودال قانون جداگانه حاکم بوده است و چه در دوران عرفی بودن قوانین که سکنه هر ناحیه تابع عرف همان ناحیه تلقی می شده است، عامل اقامتگاه معلوم می نموده که شخص در شمول قوانین کدام فیودال یا تابع عرف و عادات کدام ناحیه است. در این دوران، طبعاً تعریف اقامتگاه بر حسب محلات متفاوت بوده است، چنانکه شرائط تغییر اقامتگاه و اینکه چه مدتی برای سکونت در محل جدید لازم دانسته می شده تا تغییر تحقق یابد، در نواحی مختلف متفاوت بوده است.

علاوه براین، پیدایش برخی انواع اقامتگاه، مانند: اقامتگاه صغیر، زن شوهردار و نیز برخی قاعده های اقامتگاه، مانند: ضرورت داشتن یک اقامتگاه نه بیشتر از آن به این دوره ها نسبت داده می شود. ارزش حقوقی این مفهوم نیز در آن دوران به مراتب بیش از ارزش کنونی آن در حقوق داخلی بوده است؛ چنانکه در دوران فیودالیه، که قلمرو هر فیودال واحد سیاسی مستقلی تلقی می شده، عامل اقامتگاه، که نشان می داده شخص به قلمرو کدام فیودال متعلق و زیر سلطه قوانین کدام فیودال می باشد، ارزش سیاسی داشته است.

در دوران عرفی بودن قوانین نیز این ارزش برجسته برای آن شناخته می شده که احوال شخصیه تابع عرف اقامتگاه تلقی می شده و بنابراین این مفهوم در حل تعارض میان عرف های ناحیه های مختلف کشور مؤثر تلقی می گردیده است.^{۱۲۴} به نظر می رسد در افغانستان قبل از وضع و انفاذ قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی، احکام اقامتگاه طبق حقوق اسلام بررسی می گردید. برای اولین بار احکام اقامتگاه در قانون مدنی تنظیم گردید (مواد ۵۱ الی ۵۴). ولی، این احکام ناقص بود و جهت تکمیل آن فصل ششم مواد ۷۹ الی ۱۰۰ قانون اصول محاکمات مدنی که در ۳۱ اسد

۱۳۶۹ نافذ گردید به احکام اقامتگاه اختصاص یافت که در باره جزئیات آن در لابلای این فصل بحث خواهیم نمود.

گفتار سوم) اصول

در رابطه به اقامتگاه سه اصل ذیل وجود دارد:

۱) اصل لزوم: هر شخص دارای يك سلسله حقوق و تکالیف است. اعمال این حقوق و تکالیف توسط شخص ایجاب می نماید که دسترسی به شخص میسر باشد که این امر جز از طریق اقامتگاه قابل تحقق نیست.^{۱۲۵}

بنابراین، هر شخص باید اقامتگاهی داشته باشد. گاهی ممکن است اقامتگاه شخص نامعلوم باشد. ولی، از نظر قانونی هیچ شخص بدون اقامتگاه نیست. زیرا، هر شخص به محض تولد دارای اقامتگاه می شود که آن اقامتگاه «ولی» یا «وصی» اوست که به موجب ماده ۵۲ ق. م و ماده ۸۴ ق. ا. م بر طفل تحمیل می شود و پس از رسیدن به سن کبر اقامتگاهی که قانون تعیین نموده است، جانشین اقامتگاهی اجباری طفل می گردد. باوجوداین، گاهی ممکن است تصور شود که شخص فاقد اقامتگاه است.

به عنوان مثال، ممکن است شخصی بدون محل سکونت ثابت باشد و در زمان صغر نیز تحت سرپرستی کسی بوده که، او نیز موقعیت مشابه داشته است، به نحوی که نتوان برای او نیز اقامتگاهی تعیین کرد. در چنین حالات نیز، نمی توان شخص را فاقد اقامتگاه دانست. زیرا، یکی از اجداد شخص دارای اقامتگاه بوده و سپس این اقامتگاه بر اخلاف او تحمیل می شود که چنین حالت را «نامعلوم بودن اقامتگاه» می گویند نه فقدان آن. بنابراین، اصولاً هیچکس بدون اقامتگاه نیست، ولی، در صورتی که اقامتگاه اشخاص نامعلوم باشد به چنین اشخاص «Adomide» می گویند.

«Adomide» شخصی است که دارای اقامتگاه معین نیست. علی الرغم اینکه به موجب اصل لزوم هیچکس نباید اقامتگاه خود را بدون به دست آوردن اقامتگاه دیگر، از دست بدهد، اما در عمل از دست دادن اقامتگاه در يك کشور منوط بر تحصیل اقامتگاه در کشور دیگر نیست که همین امر ممکن است موجب به وجود آمدن اشخاص «Adomide» شود. برای رفع این مشکل، معمولاً از ضابطه «آخرین اقامتگاه» استفاده می شود؛ به این توضیح که: تا زمانی که شخص اقامتگاه جدید تحصیل نکرده است، در اقامتگاه سابق خویش حاضر محسوب می گردد.^{۱۲۶}

۱۲۵. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۱۲.

۱۲۶. حسن حسنی (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، صص ۲۵-۲۹.

۲) **اصل ثبات:** اصل ثبات اقامتگاه ناشی از این فرض است که شخص به طور دائم در اقامتگاه خود حاضر محسوب می شود هرچند عملاً در آنجا حضور نداشته باشد. ثبات اقامتگاه از لحاظ روابط حقوقی افراد با یکدیگر دارای اهمیت فراوان است. زیرا، در اثر وجود آن، این اطمینان ایجاد می شود که می توان در محل معین به شخص مذکور دسترسی پیدا کرد. با وصف این، باید ملتفت بود که منظور از «اصل ثبات» این نیست که اقامتگاه يك امر همیشگی و تغییر ناپذیر است، بلکه هر شخص می تواند اقامتگاه خود را با رعایت شرائط مقرر در قانون تغییر دهد.^{۱۲۷}

۳) **اصل وحدت:** داشتن بیش از يك اقامتگاه برای دارنده آن ایجاد زحمت می نماید. زیرا، دارنده اقامتگاه متعدد باید متوجه تمام اقامتگاه های خویش باشد. اقامتگاه متعدد برای مراجعین شخص دارای اقامتگاه متعدد نیز ایجاد زحمت می نماید. زیرا، رجوع آنها در اقامتگاه های متعدد موجب به تأخیر افتادن کار های شان می گردد.

بنابراین، اصل بر این است که هر شخص باید دارای اقامتگاه واحد باشد. باوجوداین، داشتن اقامتگاه مضاعف در برخی کشور ها از جمله افغانستان پذیرفته شده است.^{۱۲۸} از همین رو، ماده ۵۱ فقره دوم ق. م در این باره می گوید: «شخص می تواند بیش از يك اقامتگاه داشته باشد». به حیث مثال، یک شخص می تواند اقامتگاه اختیاری و قراردادی داشته باشد که بحث آن در مبحث انواع اقامتگاه خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقامتگاه دوگانه یا مضاعف است. همچنین، اصل در وحدت اقامتگاه صرف شامل اقامتگاه اختیاری و اجباری است. بنابراین، طبق ماده ۵۱ فقره دوم ق. م هر شخص می تواند به تعداد لازم دارای اقامتگاه قراردادی باشد.

۱۲۷. همان، حسن حسنی، ص ۳۰؛ سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۱۲۱.

۱۲۸. همان، سید نصرالله ابراهیمی، ص ۱۲۰.

گفتار چهارم) انواع

هر شخص می تواند بر اساس اراده و اختیار خویش اقامتگاه انتخاب نماید یا در قراردادهای خصوصی محلی را به عنوان اقامتگاه خویش انتخاب نماید. باوجود این، در برخی حالات، عده ای از اشخاص در موقعیت های قرار می گیرند که نمی توانند بر اساس اراده و اختیار خویش اقامتگاه تعیین نمایند و بنابراین اقامتگاه اشخاص دیگر بر آنها تحمیل می شود. از آنچه گفته شد، به خوبی استنباط می گردد که اقامتگاه بر چهار نوع زیر است:^{۱۲۹}

۱) **اقامتگاه اصلی (Domicile of origin):** اقامتگاه اصلی هر شخص عبارت از اقامتگاه والدین او در زمان تولد است.^{۱۳۰}

۲) **اقامتگاه اختیاری (Domicile of choice):** اقامتگاه اختیاری، عبارت از اقامتگاهی است که شخص به اختیار برای خویش بر می گزیند. در تعیین چنین اقامتگاهی جز اراده شخص هیچ اراده دیگر اعم از قانونی یا قضائی نقش ندارد و تنها اراده مقیم آن را تعیین و مورد شناسائی قانون قرار می دهد.^{۱۳۱} به عبارت دیگر: اقامتگاه اختیاری عبارت از محلی است که یک شخص انتخاب و جایگزین اقامتگاه قبلی خویش می نماید.^{۱۳۲} به حیث مثال، هرگاه شخص بالغ و دارای اهلیت در مملکتی به قصد ماندن دایمی اقامت گزیند، در حالی که آن محل اقامت متفاوت از محل اقامت قبلی او باشد، چنین اقامتگاهی، اقامتگاه اختیاری او است.^{۱۳۳}

۳) **اقامتگاه اجباری:** اقامتگاه اجباری عبارت از اقامتگاهی است که اراده و میل شخص هیچ تأثیری در تعیین آن ندارد و قانون آن را بر اراده اشخاص تحمیل می کند.^{۱۳۴} به عبارت عامتر، قانون اقامتگاه بعضی اشخاص را نظر به وابستگی هایی که با اشخاص دیگر دارند یا نظر به وظیفه آنها، تعیین می نماید. این نوع اقامتگاه را چون شخص نمی تواند براساس اراده خود تغییر دهد «اقامتگاه اجباری» می نامند.^{۱۳۵}

۱۲۹. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۱۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۲؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۱۲۴.

130. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricard D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th edi, USA: Foundation Press, p 1.

۱۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۳.

132. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricard D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th ed, USA: Foundation Press, p 10.

133. D. L. A. Barker and C. Padfield, (1375). Law, 1st ed, Tehran: Arian bookshop, p 91.

۱۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۲.

۱۳۵. حسن حسینی (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ص ۵۷.

در حقوق امریکا این اقامتگاه اقامتگاه قانونی (Domicile by operation of law) یاد می شود و عبارت از اقامتگاهی است که قانون به شخص قطع نظر از اراده و عمل شخص بر او منسوب و تحمیل می نماید.^{۱۳۶} اقامتگاه اجباری در حقوق افغانستان عبارتند از:

۱- اقامتگاه زن و دختر:

اقامتگاه زن و دختر نظر به مجرد، متأهل و مطلقه بودن فرق می نماید:

- اقامتگاه دختر: اقامتگاه دختر قبل از ازدواج چه در دوره نامزدی و چه در دوره مجردی، اقامتگاه پدر و در صورت عدم موجودیت پدر، اقامتگاه ولی شرعی است. ماده ۸۳ ق. ا. م. در این می گوید: «در صورتی که دختر حایز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر یا محارم شرعی می باشد که متکفل اعاشه و پرورش وی است.» هرچند در این ماده قانونگذار به صورت صریح اقامتگاه دختر را معین نکرده است، اما با توجه به این که قانونگذار در این ماده از محل اقامت پدر یا محارم شرعی دختر سخن می گوید، می تواند نتیجه گرفت که اقامتگاه دختر قبل از ازدواج اقامتگاه پدر یا محارم شرعی او است.

- اقامتگاه دختر بعد از ازدواج: چون زن و شوهر زندگی مشترک دارند. بنابراین، غالباً مجبور اند در منزل واحد سکونت نمایند که این منزل را شوهر نظر به تمکن مالی خویش فراهم می نماید. تحمیل اقامتگاه شوهر بر زوجه بعد از انعقاد عقد ازدواج، ناشی از طبیعت عقد ازدواج است. زیرا، یکی از آثار مالی عقد ازدواج صحیح تأمین نفقه برای زوجه توسط زوج است که شامل مسکن نیز می گردد. از همین رو، ق. ا. م. م افغانستان اقامتگاه زوجه را اقامتگاه زوج دانسته و ماده ۸۲ آن در این باره می گوید: «در صورتی که زن شوهر دار مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می باشد.»

- اقامتگاه زن بعد از طلاق: در رابطه به اقامتگاه زن بعد از طلاق و تفریق قضایی ق. م و ق. ا. م. سکونت اختیار نموده اند. ولی، به موجب فقه اقامتگاه زنی مطلقه رجعی و طلاق بائن صغری اقامتگاه شوهر مطلق است تا اینکه زن عدت خویش را سپری نماید. زیرا، زنی که در حال سپری نمودن عدت است، باید الی انتقضای عدت در خانه شوهر قبلی خویش سکونت نماید. پس، بر وی جائز نیست جز از خانه شوهر قبلی در جای دیگر سکونت نماید. همچنین، بر شوهر جایز نیست که وی را از خانه اش اخراج نماید.^{۱۳۷} بنابراین، در صورتی که طلاق واقع گردد و زن در خانه شوهر نباشد، به مجرد اطلاع باید به خانه شوهر برگردد. خداوند تعالی می فرماید:

136. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricarhd D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th edi, USA: Foundation Press, p 1.

۱۳۷. وهبة الزحيلي (ـ). الفقه الاسلامی وادلتہ، جلد (۹)، ص 7198 - ۷۲۰۳.

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ - [الطلاق / ۱]

«ای پیامبر ﷺ هرگاه زنان را طلاق گوید در [زمان بندی] عده آنان طلاقشان گوید و حساب آن عده را نگه دارید و از خدا پروردگارتان بترسید آنان را از خانه‌های شان بیرون نکنید و بیرون نروند مگر آنکه مرتکب کار زشت آشکاری شده باشند این است احکام

الهی و هر کس از مقررات خدا [پای] فراتر نهد قطعاً به خودش ستم کرده است.»
امروزه در بسیاری از نظام های حقوقی دیگر مانند کامن لا، اقامتگاه زن و دختر بالغه از زمره اقامتگاه های اختیاری تلقی می شود. لذا، زن و دختر در دوره مجردی و تأهل می توانند اقامتگاه اختیاری داشته باشند.

۲- اقامتگاه محجورین: طبق ق. م. ۱ محجورین که تعریف و تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد، عبارت اند از: صغیر، مجنون، سفیه و معتوه که اقامتگاه هر یک ذیلاً مورد مطالعه قرار می گیرد:

- اقامتگاه صغیر ممیز و غیر ممیز: قانون رسیدگی به تخلفات اطفال نافذ سال ۱۳۸۴ طفل غیر ممیز و ممیز را چنین تعریف می نماید: «۱) طفل غیر ممیز شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد؛ ۲) طفل ممیز شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد». طبق قانون مدنی اشخاص صغیر غیر ممیز و ممیز ناقص اهلیت پنداشته می شود. ماده ۴۲ ق. م در این باره مقرر می دارد که: «شخص ناقص اهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرائط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشد». و طبق بند اول ماده ۸۴ ق. ا. م. م: «هرگاه شخص [...] ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم می باشد». همچنین، بند اول، ماده ۵۲ فقره اول ق. م. در این باره مقرر می دارد که: «اقامتگاه ناقص اهلیت [...] عبارت از اقامتگاه قائم مقام قانونی شان می باشد». از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که اقامتگاه ناقص الاهلیت اقامتگاه قائم مقام قانونی آنها مانند، ولی می باشد.

- اقامتگاه مجنون: مجنون اسم فاعل از ریشه «جن» گرفته شده است که در لغت به معنی دیوانه است. در اصطلاح حقوق مدنی، مجنون کسی است که عقل او زایل شده باشد.

طبق قانون مدنی مجنون ناقص اهلیت است، و طبق ق. ا. م. م اقامتگاه اشخاص ناقص اهلیت اقامتگاه ولی و وصی آنهاست. ماده ۸۴ ق. ا. م. م در این باره می گوید: «هرگاه شخص فاقد اهلیت [...] مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم می باشد». بنابراین، اقامتگاه مجنون اقامتگاه ولی و وصی او می باشد.

- **اقامتگاه سفیه:** سفیه در لغت به معنی نادان، ابله، احمق، بی شعور و کم خرد است.^{۱۳۸} ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی پروایی تجارت می نمایند و از جمله سفهاء محسوب می شوند».

ماده ۵۴۶ فقره اول ق. م حکم می نماید که: «تصرف سفیه [...] بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر، تابع احکام تصرفات صغیر ممیز می باشد». به موجب نص این ماده سفیه بعد از اثبات حجر حکم صغیر ممیز را دارد و طبق ۵۲ ق. ا.: «اقامتگاه ناقص اهلیت [...] عبارت از اقامتگاه قائم مقام قانونی شان می باشد». از مفاد این ماده استنباط می گردد که اقامتگاه سفیه اقامتگاه قیم وی می باشد.

- **اقامتگاه معتوه:** عتّه در لغت به کاستی عقل گویند و در اصطلاح ضعیفی است که موجب ایجاد خلل در عقل می شود، چنانکه به عنوان نمونه در سخن معتوه اختلال ایجاد می شود و گاهی مانند خردمندان و گاهی هم مانند دیوانگان سخن می گوید و بیشتر فقهاء و حقوقدانان حکم شخص معتوه را همان حکم صغیر ممیز دانسته اند که در نتیجه شخص معتوه دارای اهلیت اداء ناقص می باشد.^{۱۳۹} از همین رو، ماده ۵۴۵ فقره اول و دوم ق. م در این باره حکم می نماید که: «(۱) تصرف [...] معتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود». بنابراین، معتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر ناقص اهلیت پنداشته می شود و طبق ماده ۵۲ ق. ا. م. م: «اقامتگاه ناقص اهلیت [...] عبارت از اقامتگاه قائم مقام قانونی شان می باشد». در نتیجه، اقامتگاه معتوه اقامتگاه قیم وی می باشد.

۳- **اقامتگاه غایب و مفقود:** طبق ماده ۸۵ ق. ا. م. م: «اقامتگاه [...] مفقود و غایب اقامتگاه قائم مقام قانونی آنها می باشد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که اقامتگاه مفقود اقامتگاه قائم مقام قانونی او می باشد. قائم مقام مفقود هر شخصی که از مفقود نمایندگی می نماید مانند ورثه، وکیل و نظیر اینها. مفقود اسم مفعول از ریشه «فقد» گرفته

۱۳۸. (آخرین بازدید ۶/۱۰/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 138.

۱۳۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۵۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۶.

شده است که در لغت به معنی گم شدن است. بنابراین، مفقود در لغت به معنی گم شده است. براساس فقه مفقود عبارت از کسی است که از شهر و محل سکونت خود چنان ناپدید شده که اثری از او در دست نباشد و از زمان ناپدید شدن او چنان زمانی گذشته باشد که معلوم نباشد که آیا زنده است یا مرده.^{۱۴۰}

دوم این که اقامتگاه غایب عبارت از اقامتگاه قایم مقام غایب است. قایم مقام غایب عبارت از شخصی است که از غایب نمایندگی می نماید مانند وکیل و ورثه. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۱۴۱}

۴- اقامتگاه کارکنان: در گذشته به کارکنان دولت کارمندان دولت یا مأمورین دولت می گفتند. اما، امروزه، به عوض مأمورین و کارمندان دولت بیشتر کلمه کارکنان را استعمال می نمایند. طبق ماده ۳ فقره ۲ قانون کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۱ مؤرخ ۱۶ / ۴ / ۱۳۸۷: «کارکنان خدمات ملکی مشتمل است مأمور و کارکن قراردادی.» و طبق فقره ۳ این ماده: «مأمور شخصی است که با رعایت احکام این قانون به منظور رایئه خدمات در ادارات دولتی طور دائم استخدام می شود.»

طبق فقره ۴ این ماده: «کارکن قراردادی خدمات ملکی مشتمل است بر کارکنان خدماتی و حرفوی که با رعایت احکام این قانون به منظور رایئه خدمات در ادارات دولتی استخدام می شوند.» در رابطه به اقامتگاه مأمورین دولت ق. م و ق. ا. م. سکوت اختیار نموده اند. باوصف این، از مفاد ماده ۸۶ ق. ا. م. م که می گوید: «هرگاه کارکنان دولت [...] در قضایای مدنی مدعی علیه باشند رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها می باشد.» به خوبی می توان استنباط کرد که اقامتگاه مأمورین دولت محل کار آنها است. بنابراین، محکمه ای که محل کار مأمورین دولت در حوزه قضائی آن قرار دارد، صلاحیت بررسی دعاوی مدنی را که علیه مأموردولت اقامه می گردد دارا می باشد.

۵- اقامتگاه منسوبین قوای مسلح: مانند مأمورین دولت ق. م و ق. ا. م. م در باره اقامتگاه اشخاص نظامی سکوت اند. باوجوداین، از مفاد ماده ۸۶ ق. ا. م. م که مقرر می دارد: «هرگاه [...] منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی مدعی علیه باشند رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها می باشد.» به وضوح می توان استنباط کرد که اقامتگاه منسوبین نظامی محل کار آنها است.

۱۴۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۷۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۱.
۱۴۱. ____ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.

بنابراین، محکمه ای که محل کار منسوبین قوای مسلح در حوزه قضائی آن قرار دارد، صلاحیت بررسی دعاوی مدنی را که علیه منسوبین قوای مسلح اقامه می گردد دارا می باشد.

۶- اقامتگاهی که شخص در آن تجارت می نماید: ماده ۵۳ ق. م در این خصوص تصریح می نماید: «جایی که شخص در آن تجارت یا پیشه اختیار می نماید، از جهت اداره امور متعلق به آن اقامتگاه وی شناخته می شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد، زیرا قانونگذار مدنی به صورت واضح در این ماده معین و مشخص نکرده است که چنین اقامتگاهی، اقامتگاه اختیاری، اجباری یا قراردادی است. با توجه به این که این اقامتگاه توسط قانون اقامتگاه شخص شناخته شده است و اراده شخص در تعیین این اقامتگاه نقشی ندارد، به نظر می رسد این اقامتگاه، یکی از انواع اقامتگاه های اجباری است.

۴) اقامتگاه قراردادی: براساس ماده ۵۴ ق. م: «(۱) شخص می تواند برای اجرای يك عمل معین قانونی اقامتگاه اختیاری داشته باشد؛ (۲) اقامت گاهی که برای اجرای يك معامله معین قانونی اختیار می گردد، برای جمیع مسایل مربوط به آن به شمول اجراءات متعلق به تنفیذ اجباری اعتبار دارد، مگر اینکه اقامتگاه مذکور صراحتاً برای معاملات مشخص تعیین شده باشد؛ (۳) اثبات اقامتگاه اختیاری بدون اسناد کتبی جواز ندارد.» در نص این ماده سه حکم وجود دارد:

۱- به نظر می رسد که نص این ماده معرف تعریف اقامتگاه قراردادی نیست. اما، طبق نص این ماده هر شخص صلاحیت تعیین اقامتگاه قراردادی را به منظور اجرای یک عمل معین حقوقی دارد. عمل قانونی به نظر می رسد در نص این ماده عقد و ایقاع است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقامتگاه قراردادی است. در خصوص اقامتگاه قراردادی تعاریف مختلف وجود دارد:

۱- اقامتگاه قراردادی عبارت از اقامتگاه طرفین عقد است که در عقد به منظور اجرای عقد معین شده است.^{۱۴۲}

۲- اقامتگاه قراردادی، اقامتگاه خاصی است که طرفین معامله می توانند برای اجرای تعهدات یا دعاوی مدنی ناشی از عدم اجراء قرارداد انتخاب کنند.^{۱۴۳}

142. <https://thelawdictionary.org/elected-domicile/> (last visit: 4/4/2018).

۱۴۳. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۷۷.

۳- اقامتگاه قراردادی، عبارت از اقامتگاهی است که منشأ ایجاد آن ارادهٔ دو طرف یا یکی از آنان در يك قرارداد است.^{۱۴۴}

طبق فقرهٔ دوم مادهٔ ۵۴ ق. م: «اقامتگاهی که برای اجرای يك معاملهٔ معین قانونی اختیار می گردد، برای جمیع مسائل مربوط به آن به شمول اجراءات متعلق به تنفیذ اجباری اعتبار دارد، مگر اینکه اقامتگاه مذکور صراحتاً برای معاملات مشخص تعیین شده باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط به نظر می رسد.

اصل این است که اقامتگاهی که برای اجرای یک عقد اختیار می شود، برای همهٔ مسایل مربوط به عقود به شمول تنفیذ اجباری عقد اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر یک دانشگاه در کابل یک استاد خارجی یا استاد داخلی از ولایت هرات را به عنوان استاد دایمی استخدام نماید و علاوه بر معاش و سایر امتیازات برای استاد محل بود و باش شبانه فراهم نماید، این محل اقامتگاه قراردادی استاد تلقی می گردد. زیرا، این محل به موجب قرارداد و به منظور اجرای عمل معین؛ یعنی: تدریس برای استاد فراهم شده است. بنابراین، اقامتگاه قراردادی استاد خارجی یا استاد داخلی هراتی کابل است.

در صورتی که استاد مطابق قرارداد مضامین را تدریس نماید دو حالت متصور است: نخست این که دانشگاه معاش و سایر امتیازات او را می پردازد. پرداخت معاش و امتیازات توسط دانشگاه تنفیذ اختیاری قرارداد است. در صورت عدم پرداخت معاش و سایر امتیازات استاد، بحث تنفیذ اجباری قرارداد مطرح می گردد. در این صورت، محکمهٔ ذیصلاح محکمهٔ حوزه ای مربوطه کابل تلقی می شود. استاد می تواند علیه دانشگاه در محکمه حوزه ای مدنی مربوطه کابل اقامه دعوی نماید و تنفیذ جبری قرارداد را از محکمه مطابق قواعدی که در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد مطالبه نماید.

بخش دوم نص این ماده که می گوید: «مگر اینکه اقامتگاه مذکور صراحتاً برای معاملات مشخص تعیین شده باشد» مبهم است. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه املائی وجود دارد و عبارت «تعیین شده باشد»، «تعیین نشده باشد» است. در صورت این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که در صورتی که در عقد صراحتاً پیش بینی شده باشد که اقامتگاه در مورد عقد مدار اعتبار نیست، در این صورت اقامتگاه اصلی استاد (در مثال بالا هرات) مدار اعتبار است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورت تعیین اقامتگاه قراردادی، محکمه که اقامتگاه در حوزه قضائی آن قرار دارد، صلاحیت آن شامل همهٔ موضوعات مربوط به اجرای قرارداد یا معامله می گردد. بنابراین، دائن می تواند جهت تنفیذ اجرای اجباری معامله یا قرارداد به محکمه ای

محل اقامتگاه قراردادی مراجعه و تنفیذ آن را از طریق تهدید مالی، پرداخت عوض، دعوی غیر مستقیم، دعوی عدم نفاذ تصرفات دائن و همچنین حجر مدیون را مطالبه نماید.^{۱۴۵}

تعیین اقامتگاه قراردادی چون عدول از قواعد و آثار مربوط به اقامتگاه حقیقی است، لازم است که به صورت غیر قابل تردید، بیانگر اراده شخص انتخاب کننده اقامتگاه باشد. بنابراین، باید به صورت نوشته اعم از سند رسمی یا غیر رسمی، تنظیم شود. از همین رو، ماده ۵۴ فقره ۳ ق. م در این به صراحت حکم می نماید که: «اثبات اقامتگاه اختیاری بدون اسناد کتبی جواز ندارد.»

اقامتگاه قراردادی غالباً محلی است که شخص به آن بستگی دائمی ندارد و دائماً در آن اقامت نمی نماید. بنابراین، صرف اراده طرفین است که به آن عنوان اقامتگاه را می دهد و این اقامتگاه صرف در مورد قرارداد مربوط، موجب ایجاد اثر حقوقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۵۵ ق. م به رسمیت شناختن اقامتگاه قراردادی، تنظیم اثر اقامتگاه قراردادی و وسیله اثبات آن است. در خصوص ماده ۵۴ ق. م نظر ستره محکمه هم وجود دارد که واضح و مفهوم به نظر نمی رسد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹):

اقامتگاه اختیاری بدون اسناد کتبی در بند (۳) ماده (۵۴) قانون مدنی توضیح شود.

توضیح:

در قسمت توضیح بند (۳) ماده (۵۴) قانون مدنی باید تذکر داد که اگر شخص برای اجرای یک عمل قانونی مثلاً دایر نمودن یک مؤسسه انتفاعی محل اقامت اختیار می نماید، اقامت اختیاری قبول می گردد. ثبوت چنین اقامت اصلی به محل دیگری می رود و اقامت در بند (۳) موقوف سند تحریری شناخته شده است.

طبعاً این سند از طرف مراجعی ترتیب و تصدیق می گردد که شخص در حوزه رسمی آن سکونت و فعالیت اختیار نموده است.^{۱۴۶}

۱۴۵. جهت معلومات مزید در رابطه به تنفیذ اجباری تعهد ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جاییب، جلد (۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

۱۴۶. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۵.

مبحث دوم: اقامتگاه اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی^{۱۴۷} نیز دارای اقامتگاه است:

گفتار نخست) تعریف

طبق ماده ۳۴۲ فقره ۱ ق. م: «(۱) شخصیت حکمی دارای خصوصیات آتی می باشد: ج) داشتن اقامتگاه مستقل و آن عبارت از محلی است که در آنجا اداره مرکزی آن واقع است.» از نص این ماده به خوبی استخراج می گردد که داشتن اقامتگاه یکی از خصایص اشخاص حقوقی است و اقامتگاه نیز محلی است که در آن اداره مرکزی شخص حقوقی وجود دارد. اداره مرکزی عبارت از مکانی است که مجمع عمومی در آنجا دایر می گردد و نیز هیئت مدیره و نظار در آنجا وجود دارد و تمام فعالیت های شخص حقوقی از آنجا اداره می گردد. به حیث مثال، اگر یک شخص حقوقی اداره مرکزی آن در کابل و نمایندگی آن در ولایت وجود داشته باشد، اقامتگاه این شخص حقوقی، کابل است.

گفتار دوم) اهمیت

علت داشتن اقامتگاه توسط اشخاص حقوقی این است که این اشخاص نیز مانند اشخاص طبیعی دارای حقوق و تکالیف بوده و می توانند به فعالیت های تجارتي انتفاعی، مانند: صادرات و واردات و خرید و فروش و امثال اینها و غیرتجارتي غیر انتفاعی، مانند: فعالیت های فرهنگی، ادبی، هنری، خیریه و ... مبادرت ورزند (مواد ۴۳۱ ق. م). اجرای فعالیت های مذکور مستلزم وجود اقامتگاه است تا ممثلین اشخاص حقوقی بتوانند فعالیت های مذکور را در آن برنامه ریزی و اجراء نمایند. همچنین، اشخاص حقوقی ممکن است در اثر اجرای فعالیت های خویش دائن و مدعی علیه قرار بگیرند که داشتن اقامتگاه و تعیین محکمه ذیصلاح از این حیث برای اشخاص حقوقی حائز اهمیت فراوان است. بنابراین، اقامتگاه در اجرای فعالیت های اشخاص حقوقی و مدعی و مدعی علیه قرار گرفتن اشخاص حقوقی نقش مهمی را ایفاء می نماید.

۱۴۷. جهت معلومات مزید در رابطه به تعریف اشخاص حقوقی ر. لک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.

فصل سوم: حقوق و تکالیف بیگانگان

هرچند اشخاص از نظر جغرافیایی در محل معین زندگی می نمایند و با این محل رابطه مادی و حقوقی دارند و از نظر سیاسی و حقوقی نیز بستگی به دولتی دارند تا به موجب این بستگی دولت از منافع آنها در خارج حمایت نماید و در داخل نیز چنین اشخاص از حقوقی که برای همه توسط دولت در نظر گرفته شده است، متمتع گردند، در عمل اشخاص بنابر عوامل اقتصادی و تجارتي، سیاسی، جنگی، تحصیلی، حوادث طبیعی و غیره اقامتگاه خود را ترک نموده و در کشور دیگر زندگی می نمایند. عزیمت و ترک وطن و مسافرت و اقامت در مملکت دیگر مستلزم داشتن پاسپورت و ویزه و نیز مستلزم به رسمیت شناخته شدن حق ورود، اقامت و خروج اتباع بیگانه توسط دولت ها است.

همچنین، مسافرت و اقامت و عدم داشتن رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی چنین اشخاص با مملکتی که می خواهند در آن به طور دائم یا مؤقت زندگی نمایند موجب آن می گردد که مملکتی که این اشخاص در آن زندگی می نمایند میان این اشخاص و اتباع خویش تفکیک قائل گردد و این اشخاص را از برخی حقوق محروم نماید.

باوجوداین، چون شخصیت انسان ملازمه با این امر دارد که انسان از حقوقی که برای زندگی او لازم است برخوردار گردد، دولت ها در عمل این حقوق را برای بیگانگان تأمین نموده است. ترک وطن بنابر دلایل مختلف و مسافرت و اقامت در مملکت دیگر و محروم کردن دولت ها بیگانگان را از برخی حقوق مسأله ای مهمی را در حقوق بین الملل خصوصی مطرح نموده است که به نام وضعیت حقوقی بیگانگان یاد می گردد. در این فصل، وضعیت حقوقی بیگانگان به طور کلی (مبحث اول) و وضعیت اشخاص حقیقی و حقوقی بیگانه در افغانستان (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول: وضعیت حقوقی بیگانگان به صورت کل

گفتار نخست) تعریف وضعیت حقوقی

وضعیت، وضع حقوقی شخص و موقعیت او نسبت به حقوقی است که می تواند در جامعه داشته باشد. در حقوق روم، وضعیت اشخاص در سه بخش مطرح بود:

۱) وضعیت شخص از نظر آزاد یا برده بودن: در حقوق روم وضعیت شخص از نظر اینکه آزاد یا برده بود فرق می کرد. بنابراین، اشخاص از نظر آزاد یا برده بودن حقوق و تکالیف متفاوت داشتند.

۲) وضعیت سیاسی شخص: در حقوق روم، وضع سیاسی شخص از نظر اینکه شهروند رومی یا از نژاد لاتینی یا از رعایای روم بود فرق می کرد. بنابراین، شهروندان رومی نسبت به شهروندان غیر رومی از حقوق و امتیازات بیشتری برخوردار بودند.

۳) وضعیت خانوادگی شخص: در حقوق روم، وضع شخص در خانواده بر حسب اینکه پدر و سرپرست خانواده بود یا فرزند و تحت سرپرستی دیگری فرق می نمود. گذشته از این سه نوع وضعیت، در گذشته وضعیت اشخاص از نظر طبقه اجتماعی نیز مورد بحث قرار می گرفت و در نتیجه وضع حقوقی آنها بر حسب اینکه از کدام طبقه اجتماعی بود فرق می نمود، چنانچه در فرانسه قبل از دوره رنسانس افراد به سه طبقه تقسیم می شدند: روحانیون، نجباء و مردم عوام که حقوق و امتیازات آنها بر حسب موقف طبقاتی آنها فرق می نمود.

امروزه وضعیت شخص از نظر آزاد یا برده بودن مطرح نیست. زیرا، همه مردم از نظر حقوقی آزاد هستند. ولی، وضعیت سیاسی اشخاص در حقوق امروزه مورد بحث و بررسی است. وضع حقوقی شخص بر حسب اینکه از اتباع کشور یا بیگانه است فرق می نماید. زیرا، در قوانین بعضی کشورها برخی حقوق وجود دارد که بیگانگان از آن محروم اند، مانند: حق کاندیداتوری، حق رأی دادن و نظیر اینها.

وضع اشخاص از نظر طبقاتی بدانگونه که در گذشته وجود داشته، امروزه وجود ندارد. زیرا، امروزه اصولاً همه طبقات اجتماعی از نظر حقوقی دارای حقوق مساوی و برابر اند.^{۱۴۸} ماده ۲۲ ق. ا در این باره اعلام می دارد که: «هر نوع تبعیض و امتیاز بین اتباع افغانستان ممنوع است. اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی اند». باوجود این، قانونگذار افغانی

۱۴۸. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۱-۱۳.

برای اشخاص خارجی حقوق و تکالیف خاص پیش بینی نموده است و آنها را در وضع حقوقی ویژه قرار داده^{۱۴۹} که می توان آن را وضعیت حقوقی بیگانگان نامید.

گفتار دوم) پیشینه

بررسی وضعیت حقوقی بیگانگان در چند مرحله قابل بحث و تأمل است:

۱) وضعیت بیگانگان در جوامع ابتدایی: بر اساس گفته های نه چندان اثبات شده برخی انسان شناسان، در نخستین مراحل تاریخ، نه از ملت ها خبری بود و نه از دولت ها و انسان ها به صورت گروه ها و قبایل کوچک زندگی می کردند که این دوره را «دوره جامعه ابتدائی» می نامند. چون مردم این دوره، در مقابل طبیعت خیلی بی دفاع بودند، باید به صورت گروهی زندگی، کار و از خود دفاع می کردند.

در چنین حالت، هر کس که از گروه بیرون می رفت «بیگانه» محسوب می گردید. لقب بیگانه در آن زمان معادل با دشمن بود و علت عمده گرد هم آمدن مردم نیز در آن دوران همین امر بود. زیرا، زندگی در خارج از گروه پر مخاطره و خارج از حدود قدرت فرد تنها بود. در جامعه ابتدائی بیگانه از هیچ گونه حقوقی برخوردار نبود و دشمن رانده شده گروه های اجتماعی محسوب می شد. بنابراین، در دوره ابتدائی، کسانی از حقوق اجتماعی و فردی برخوردار بودند که در چهارچوب گروه خاص خودشان زندگی می کردند.

۲) یونان باستان: یونان، مهد تمدن دوران باستان بود. در این دوران دولت شهر شکل عمده نظام سیاسی بود. بیشتر این واحدها از مجموعه شهرها تشکیل می شدند یا به صورت یک شهر کوچک بودند که در گرد آنها به طور معمول دیواری کشیده شده بود و مناطق کوچکی زراعتی آنها را احاطه می کرد. در چنین حالات، یونانی ها در عرصه روابط و حقوق بین المللی پیشرفت چندانی نداشتند. زیرا، خود را از دیگران برتر و دیگران را وحشی و دشمنان خویش می پنداشتند. ولی، به تدریج جنگ و تجارت موجب بهبودی وضع بیگانگان در یونان شد.

در یونان باستان، اهالی هر دولت شهر، در دولت شهر دیگر، بیگانه محسوب می شدند. در نتیجه، حقوق بیگانگان در حد بسیار کمی بر اساس معاهدات منعقد میان دولت شهرها، مورد ملاحظه قرار می گرفت. در دولت شهر آتن، بیگانگان بزرگترین گروه ساکن را تشکیل می دادند و به کار های تجارتی و صنعتی اشتغال داشتند. بیگانگان در دولت شهر آتن از هیچ گونه حقوق سیاسی برخوردار نبودند و صرف حق تجارت و اقامت را داشتند.

۳) روم باستان: در روم باستان، رفتار با بیگانگان مانند رفتار با بردگان بود. سپس، در اثر تغییر شرایط و ایجاد تحول در حقوق روم، رفتار با بیگانگان نیز تغییر کرد و دستخوش یک سلسله تحولات گردید. رومی ها، به علت دست اندازی به سرزمین های دیگر و روابطی که در نتیجه آن با بیگانگان ایجاد می شد، ناچار شدند نوعی حقوقی برای خارجی ها که «پرگرین» (Perigrin) یا «بیگانگان» نامیده می شدند، به نام «ژوس جنتیوم» (Jus Gentium) یا «حقوق ملل» وضع کردند. حقوق ملل در روم، در اثر سعی و تلاش دانشمندان رومی که تحت تأثیر فلسفه یونان قرار داشتند توسعه داده شد که اساس آن را حقوق طبیعی تشکیل می داد. به این ترتیب، دروازه های روم، بر روی بیگانگان گشوده شد و روابط بین رومی ها و مردم دیگر ممالک گسترش یافت.

بنابراین، برای اولین بار، در پهلوی حقوق روم، حقوق بیگانگان نیز در روم مورد توجه قرار گرفت. «سیسرون» حقوقدان رومی، با پیروی از سقراط و افلاطون به حقوق فطری و عدالت طبیعی ثابت عقیده داشت. سیسرون بر این عقیده بود که قانون ثابتی که ناشی از عقل و فطرت آدمی است، همیشه و در همه جا وجود دارد و این حقوق عام انسان ها است بدون اینکه به رنگ، نژاد یا ملیت آنها توجهی صورت بگیرد. قوانین موضوعه را نیز باید تا جایی احترام کرد که با قانون طبیعی موافق باشد. در نتیجه، در حقوق روم که بر اساس «حقوق ملل» شکل گرفته بود، برخی حقوق را برای بیگانگان در نظر گرفتند. اهم این حقوق عبارت بود از: ۱) حق تجارت و خرید و فروش برای بیگانگان؛ ۲) حق مراجعه به قاضی برای بیگانگان؛ و ۳) اعطای برخی از حقوق مربوط به خانواده به بیگانگان.

علاوه بر این حقوق، «کارا کلا» امپراتور روم در سال ۲۱۲ میلادی، تابعیت رومی و برخی از حقوق مدنی روم را برای اکثریت بیگانگان تجویز کرد و بر بیگانگانی که در روم زندگی می کردند و از حقوق کمتر نسبت به رومی ها برخوردار بودند، حقوقی را که رومی ها از آن برخوردار بودند، اعطاء کرد. با سقوط امپراطوری روم، نظام حقوقی آن نیز در عمل از هم گسیخت. باوصف این، حقوقی که در دوران شکوفائی روم ایجاد شده بود، به صورت عرف عام و به عنوان رهنمود در جنب عرف های نواحی مختلف آن باقی می ماند.^{۱۵۰}

۴) وضع بیگانگان در قرون وسطی: بسیاری از مؤرخین، اصطلاح قرون وسطی را برای دوره ای به کار می برند که از سقوط امپراطوری روم غربی (۴۷۶ میلادی) تا سقوط امپراطوری شرقی یا بیزانس در سال ۱۴۵۳ میلادی به طول انجامید. همه مؤرخین بر این عقیده اند که پایان قرون وسطی، آخرین ده های قرن پانزدهم است. اصطلاح قرون وسطی اولین بار، توسط انسان گریان قرن هفده به کار برده شد. در دوره قرون وسطی اروپا ساختار ملوک الطوائفی داشت و فئودال ها در محدوده های

۱۵۰. نقل از: مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۱۸۵-۱۸۹.

تحت سیطره خود حکمروایی می کردند. در این دوران بخش های سیاسی از هم گسیخته بود و امنیتی برای تجارت و روابط تجار وجود نداشت.

اقتصاد محدود به زراعت از ویژگی های این دوره محسوب می شد. مجموعه شرایط حاکم بر این دوره، موجب شد که میان بخش های سیاسی فئودالی موجود ارتباط برقرار نشود و روابط سیاسی و تجاری در حد بسیار محدود باقی بماند و توجه برای حقوق بیگانگان نشود و در نتیجه بیگانگان تا اواخر قرون وسطی از حقوق اولیه انسانی خویش بی بهره باقی بمانند. ولی، در اواخر قرون وسطی، جریان تاریخ در اروپا به سوی ایجاد حکومت مرکزی حرکت کرد و حکومت های مرکزی شکل گرفتند.

این امر موجب ایجاد وحدت سیاسی، شرایط اقتصادی و حقوقی کشورها را تغییر داد و به تدریج برای بیگانگان، حقوقی در نظر گرفته شد و حتی حقوق بیگانگان در اواخر قرون وسطی در معرض توسعه قرار گرفت. از قرن دوازدهم به بعد، تجارت در اروپا رونق گرفت و مسافرت و معاملات تجاری سهل تر شد. کشورها تسهیلاتی را برای تجار بیگانه در نظر گرفتند. بنابراین، در این زمان تجار بیگانه از حقوق بیشتری برخوردار گردیدند.

بعد از قرون وسطی، به ویژه بعد از معاهده وستفالی (۱۶۴۸) در اروپا، کشورها شکل گرفتند و مفهوم ملت رسمیت یافت. در این دوره، حق تمتع برای بیگانگان براساس «شرط رفتار متقابل» در معاهدات بین الملل محقق شد. معاهدات تجارتی قرن هفده به گونه ای خاص، برای رفتار با بیگانگان، مطابق با رفتار ملی با شهروندان احکامی را معین کرد. با وقوع انقلاب کبیر فرانسه (۱۷۸۹) حقوق بشر در عرصه حیات انسانی اروپا مطرح شد و حقوق بیگانگان به عنوان یک بُعد از حقوق انسان ها مورد توجه قرار گرفت و آهسته آهسته در فرانسه و سایر کشورهای اروپائی، حقوق مدون برای بیگانگان وضع و نافذ گردید.

با تدوین قانون مدنی فرانسه و تنظیم روابط خصوصی در سطح بین المللی، اروپا تحت تأثیر نظام حقوقی فرانسه قرار گرفت. هر کشوری در اروپا نوعی حق تمتع برای بیگانگان به رسمیت شناخت. این حق در همه کشورها یکسان نبود. در این دوره برای بیگانگان حق ورود و اقامت در کشورها و برخورداری از حد اقل حقوق شناخته شد که بر حسب منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و غیره کشورها متفاوت بود. در قرن نوزدهم، براساس حقوق بین الملل عرفی، «معیار حد اقل» رفتار با بیگانگان مورد پذیرش دولت ها قرار گرفت و به تدریج توسعه یافت. باوجود این، میزان حد اقل حقوق، به شکلی که مورد قبول همه کشورها باشد، تا به حال تعیین نشده است.

۵) قرن بیستم: قرن بیستم را باید قرن حمایت از حیات بشری نامید. از آغاز قرن بیستم تا کنون اسناد بین المللی بسیاری در رابطه به حمایت از بشر و گروه های انسانی مانند: بیگانگان و اقلیت ها

وضع و نافذ گردیده است. هرچند قرن بیستم شاهد دو جنگ جهانی و کشتارهای غیرانسانی فراوانی بوده است، ولی نمی توان اقداماتی را که در جهت بسط و توسعه حقوق انسان ها صورت گرفته است کتمان کرد. در قرن بیستم حقوق بشر فردی در سطح جهانی توسعه و تکامل یافت و قواعد زیادی در باره بیگانگان وضع شد.

در عرصه جهانی، «حقوق بشر» در ابعادی وسیع مورد توجه و حمایت قرار گرفت. اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و بسیاری از کنوانسیون های جهانی و منطقه ای حقوق بشر و در بُعد خاص آن «حقوق بیگانگان» را مورد حمایت بین المللی قرار داده اند. به عنوان مثال، می توان به ماده ۴ پروتکل ۴ و ماده ۱ پروتکل ۷، از پروتکل های اروپائی حقوق بشر اشاره کرد که در آنها اخراج بدون دلیل بیگانگان ممنوع اعلام شده است.^{۱۵۱}

گفتار سوم) تعریف و انواع بیگانه

بیگانه در لغت به معنی ناشناس، نا آشنا، کسی که از کشور دیگر باشد و اجنبی است که جمع آن بیگانگان است.^{۱۵۲} در نظام حقوقی افغانستان به بیگانه خارجی هم می گویند. در اصطلاح حقوق و حقوق بین الملل خصوصی تعاریف متعددی برای بیگانه ارائه شده است که برخی آن قرار آتی است: (۱) از نظر حقوق خصوصی بیگانه بر شخصی که تابع دولتی نباشد، یا به عبارت دیگر، تابعیت دولت را نداشته باشد اطلاق می گردد.^{۱۵۳}

(۲) در دایرة المعارف کلمبیا بیگانه چنین تعریف شده است: «در حقوق، بیگانه بر هر شخص گفته می شود که در یک جامعه سیاسی اقامت دارد. در حالی که، تابعیت کشور دیگری را داراست». (۳) در دایرة المعارف حقوق بین الملل آمده است: «بیگانه شخصی است که در یک کشور زندگی می کند. ولی، تابعیت آن کشور را ندارد و «اشخاص بدون تابعیت» نیز بیگانه محسوب می شوند». مطلب دیگری که در باره تعریف بیگانه باید مورد توجه قرار بگیرد این است که بیگانه به مفهوم خاص صرف شامل اشخاص حقیقی می گردد. ولی، به مفهوم عام بیگانه شامل اشخاص حُکمی نیز می گردد. امروزه، مفهوم وسیع شخص بیگانه مورد پذیرش حقوقدانان قرار گرفته و در عمل نیز کشورهای مختلف، برای اشخاص حقوقی قواعد و مقررات خاصی را وضع کرده اند.^{۱۵۴} بیگانگان را اولاً می

۱۵۱. همان، مصطفی دانش پژوه، صص ۱۹۱-۱۹۲.

۱۵۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۳۳۵.

۱۵۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۱.

۱۵۴. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۱۹۵-۱۹۸.

توان به دو دسته: اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی تقسیم نمود. اشخاص حقیقی نیز به شش دسته طبقه بندی می گردند که عبارت اند از:

۱) **بیگانه عادی:** بیگانگانی که به طور معمول در کشور ها زندگی یا به این کشور ها مسافرت می کنند، بیگانه عادی پنداشته می شوند. وضعیت حقوقی این نوع از بیگانگان معمولاً در قوانین داخلی کشور ها تصریح گردیده می باشد. بیگانه عادی به دو دسته: بیگانه مقیم و بیگانه مسافر تقسیم می گردد:

۱- **بیگانه مقیم:** بیگانگان مقیم، اشخاصی هستند که به صورت مؤقت یا دائمی در کشوری سکونت و در آنجا به کار و فعالیت اجتماعی و زندگی مشغول می شوند. در مورد اقامت بیگانه، هرچند اصل بر آزادی اقامت شخص بیگانه است، ولی کشور ها نظر به مصالح سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و غیره خویش در این باره یک سلسله شرائط وضع می نمایند. معمولاً برای اقامت در یک کشور باید از طرف مقامات صلاحیت دار آن کشور ویزه صادر شود و مدت و محل اقامت شخص مقیم در آن مشخص شود. روی همین دلیل، بیگانگان مقیم با داشتن ویزه دائمی یا مؤقت می توانند در کشور محل اقامت زندگی نمایند. بنابراین، بیگانه از نظر اقامت دائمی و مؤقت بر دو نوع است: مقیم دائمی و مقیم مؤقت:

- **اقامت دائمی:** معمولاً در کشور ها برای شخص بیگانه ای که واجد شرائط برای اقامت دائم باشد، ویزه اقامت دائمی می دهند. البته، این ویزه اقامت دائمی با رعایت شرائط خاص به بیگانگان داده می شود. دولت پذیرنده (ویزه دهنده) معمولاً مصلحت کشور خویش را در پذیرش این گونه اشخاص می بیند. غالباً به اشخاص صلاحیت دار علمی، اندیشمندان و متخصصانی که در آن کشورها می توانند مصدر خدمات شوند، مجوز اقامت دائمی داده می شود که بعد از هر سال تمدید می شود.

- **اقامت مؤقت:** اقامت مؤقت در موردی است که بیگانه ای برای سیاحت، جهانگردی یا ادامه ای تحصیلات یا جهت اجرای امور به آن کشور آمده و قصد اقامت دائم را نداشته باشد. این حق نیز منوط بر رعایت یکسلسله شرائط است که بر حسب مصالح ملی کشور ها فرق می نماید.^{۱۵۵}

۲- **بیگانه مسافر:** بیگانه مسافر عبارت از شخصی است که بخاطر رسیدن به اهداف خاص برای مدتی کوتاه اقدام به مسافرت به کشور خارجی می نماید. زمان این مسافرت معمولاً کوتاه تر از مدت اقامت مؤقت است و بیگانه مسافر نیز از حقوق کمتری نسبت به سائر بیگانگان برخوردار است. بیگانه مسافر ممکن است جهانگردی باشد که برای مدت زمان محدود در کشور خارجی به سفر رود. بیگانه مسافر نیز ممکن است دپلمات باشد که به منظور اهداف معین سیاسی اقدام به سفر خارجی

کوتاه مدت نماید، و همچنین بیگانه مسافر ممکن است تاجری باشد که به منظور اجرای معاملات تجارتی به کشور بیگانه سفر نماید.^{۱۵۶}

(۲) بیگانه مجرم فراری: بیگانه مجرم، شخصی است که در کشور مرتکب جرمی شده و برای اینکه مجازات نشود، به کشور دیگری فرار می نماید. در گذشته، دولت ها فراریان جرم را سزاوار حمایت و دفاع نمی دانستند و در موارد زیادی آنها را طرد یا تحویل طرف مجنی علیه می دادند. در مواردی نیز از طریق معاهدات با دول یا در قوانین داخلی، احکام معینی را در این باره پیش بینی می نمودند و به موجب آن پناه دادن به مجرمین را تحریم می نمودند. شاید قدیمی ترین قانونی که پناه دادن به مجرمین را جرم به شمار آورده، مجمع القوانين حمورابی باشد که در ماده پانزده آن، مجازات پناه دادن به بردگان فراری، اعدام پیش بینی شده بود.

باوجود این، در عصر حاضر تعدادی از کشور ها در این باره به مسأله پناه دادن به مجرم سیاسی استثناء قائل می شوند و این حق را به خود می دهند که از تحویل دهی مجرم سیاسی پرهیز یا اجتناب ورزند. ولی، در باره مجرمین و جنایتکاران فراری معمولاً از اصل استرداد مجرمین استفاده می نمایند. بر اساس این اصل، کشوری که در خاک آن جرم اقع گردیده، استرداد مرتکب را از کشوری که مجرم به آن پناه برده است، درخواست می نماید. زیرا، کشور متقاضی در اثر ارتکاب جرم متحمل خسارت شده و محاکم آن بیش از سائر مراجع صلاحیت رسیدگی به چنین جرمی را دارند. امروزه، با گسترش روابط میان کشور ها، مجرمین فراری در کشور های دیگر مورد شناسائی قرار گرفته و از حقوق متعارف مربوط به بیگانگان برخوردار نمی شوند.^{۱۵۷}

(۳) بیگانه مهاجر: بیگانگان مهاجر کسانی هستند که به طور داوطلبانه کشور خود را به منظور اقامت در جای دیگر، ترک می نمایند. چنین اشخاصی ممکن است به سبب تغییر آب و هوا و دلائل خانوادگی و شخصی یا دست یابی به منافع و امکانات بیشتر محل زندگی خود را عوض کنند. اگر چنین اشخاص صرفاً به علت دلائل اقتصادی تغییر مکان دهند و به کشور دیگری روند، مهاجر اقتصادی محسوب می شوند. کشور های وارد کننده نیروی کار، مهاجرت کارگران خارجی را جزئی از طرح های توسعه اقتصادی و اجتماعی خود قرار داده اند و کشور های صادر کننده نیروی کار، در حقیقت، مهاجرت را راه حل مشکلات ناشی از بیکاری داخلی و منبعی برای تأمین ارز می دانند.^{۱۵۸}

(۴) بیگانه پناهنده: پناهندگان به افرادی اطلاق می گردد که بنابر دلائل سیاسی، نژادی، فرهنگی، مذهبی یا اجتماعی تحمل نظام حاکم بر کشور را نداشته و از ترس جان و مال خود یا خانواده های

۱۵۶. همان، مصطفی دانش پژوه، ص ۲۰۰.

۱۵۷. همان، مصطفی دانش پژوه، صص ۲۰۰ و ۲۰۱.

۱۵۸. همان، مصطفی دانش پژوه، صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

شان، به کشور دیگری پناهنده می شوند.^{۱۵۹} مبنای پذیرش پناهندگان در عرصه بین المللی کنوانسیون های ۱۹۵۱ و ۱۹۶۷ مربوط به حقوق و تکالیف پناهندگان است.

۵) بیگانه مأمور: بیگانه مأمور شخصی است که از طرف دولت متبوع خود برای انجام دادن مأموریت به کشور دیگری اعزام شده است. اشخاص مأمور را می توان به دو دسته: مأمور سیاسی و غیر سیاسی تقسیم کرد:

۱- مأمور سیاسی: مأمور سیاسی به کسی گفته می شود که در حرفه دیپلماسی مشغول و شغل او اجرای سیاست خارجی کشورش در کشور دیگر است. مأمور سیاسی مصوونیت دارد و کسی نمی تواند او را به هیچ عنوان توقیف یا بازداشت نماید. دولت پذیرنده نیز باید با وی رفتار محترمانه ای داشته باشد و اقدامات لازم را برای ممانعت از وارد آوردن لطمه به شخصیت، آزادی و حیثیت او انجام دهد. مأموران سیاسی یک کشور در کشور دیگر، از وضعیت حقوقی مطلوبی برخوردار هستند و حقوق آنها از دیگر بیگانگان در کشور پذیرنده بیش تر است. مبنای امتیازات و مصوونیت های مأموران سیاسی، کنوانسیون، ۱۸ اپریل، ۱۹۶۱ وین در روابط دیپلماتیک و کنوانسیون ۲۴ اپریل ۱۹۶۳ در باره روابط کنسولی است. طبق کنوانسیون های مذکور، مأمورین سیاسی دارای سه نوع مصوونیت هستند: (۱) مصوونیت از تعقیب عدلی و اجرای احکام؛ (۲) مصوونیت جزائی؛ و (۳) مصوونیت مدنی.

۲- مأمور غیرسیاسی: مأمور غیر سیاسی شخصی است که برای اجرای مأموریت از طرف دولت متبوع خویش به کشور دیگر فرستاده شده است. ولی، این مأموریت سیاسی نیست. بنابراین، به چنین مأموری، مأمور سیاسی اطلاق نمی گردد. مأمورین غیرسیاسی معمولاً غرض اجرای امور فرهنگی، اقتصادی و غیره توسط کشور متبوع خویش به کشور های دیگر فرستاده می شوند. مأمورین غیر سیاسی از امتیازات و مصوونیت های مأمورین سیاسی برخوردار نیستند. پس، حقوق آنها نسبت به مأمورین سیاسی کمتر است.

۶) بیگانه آواره: آوارگان افرادی هستند که در اثر جنگ یا حوادث طبیعی، مانند: سیل، زلزله و غیره بخاطر حفظ جان و حیات خویش به کشور های دیگر می روند. از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که آوارگان به دو نوع اند: آوارگان جنگی و آوارگان بلایای طبیعی که هر یک ذیلاً توضیح می گردد:

۱- آوارگان جنگی: افرادی که در طول عملیات جنگی، از مقابل لشکر های متخاصم فرار کرده اند و مجدداً به سرزمینی که در آن قبلاً می زیسته، باز نگشته اند را آواره جنگی می گویند. آوارگان

۱۵۹. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص

جنگی که مجبور اند کشور خویش را در اثر درگیری های مسلحانه داخلی یا بین المللی ترک کنند، اصولاً طبق کنوانسیون های ۱۹۵۱ و ۱۹۶۷ پناهنده محسوب نمی شوند. آوارگان جنگی بر اساس کنوانسیون های ۱۹۴۹ ژنو برای حمایت از قربانیان جنگ و پروتکل اضافه شده به آن در سال ۱۹۷۷ (مربوط به حمایت از قربانیان درگیری های مسلحانه بین المللی) مورد حمایت قرار می گیرند و از حقوق ویژه ای برخوردار می گردند. حقوق آوارگان در کشور های دیگر معمولاً از حقوق سائر بیگانگان کمتر است.

امروزه با وجود حمایتی که از آوارگان جنگی در چارچوب حقوق بشر دوستانه بین المللی صورت پذیرفته است، در عمل آوارگان جنگی از وضعیت حقوقی مناسبی برخوردار نیستند. بنابراین، حقوق آنها نسبت به حقوق بیگانگان عادی کمتر است.

۲- آوارگان بلایای طبیعی: آوارگان بلایای طبیعی، اشخاصی هستند که بر اثر حوادث قهری طبیعی، مانند: سیل، زلزله، خشک سالی و غیره به منظور حفظ حیات خویش مجبور می شوند که کشور خویش را ترک نمایند و به کشور دیگری بروند. آوارگان بلایای طبیعی به سبب علل انسان دوستانه مورد حمایت کشور ها قرار می گیرند. پذیرش آوارگان بیگانه به صورت مؤقت صورت می پذیرد. بنابراین، بعد از اینکه جنگ ختم شد یا حوادث قهری طبیعی رفع گردید، آوارگان به کشور های شان باز گردانیده می شوند. گاهی نیز به سبب طولانی شدن جنگ، بیگانگان آورده، مدت زمانی طولانی تری را در کشور های دیگر به سر می برند،^{۱۶۰} مانند: افغان های که در اثر جنگ مدت طولانی را در پاکستان و ایران به سر بردند.

گفتار چهارم) مبانی حقوق بیگانگان

هرچند حقوق بیگانگان تا پیش از چند قرن اخیر نیز در نظام های مختلف حقوقی پذیرفته شده بود. ولی، تدوین قواعد مربوط به آن، ضرورتی است که در این قرون احساس شده است. جهاتی که این ضرورت را آشکار ساخت، عمدتاً همان جهاتی است که موجب پیدایش و رشد رشته حقوق بین الملل خصوصی شده است. اولین جهت، رشد و توسعه روز افزون داد و ستد های اقتصادی است که موجب فراوانی حضور بیگانگان در کشور ها مختلف می شود. جهت دوم داد و ستد های فرهنگی و مهاجرت ها است و جهت سوم احساس سرنوشت مشترک بشری و نیاز به قانونمند ساختن روابط حاکم بر این سرنوشت مشترک است.

۱۶۰. مصطفی دانش پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۲۰۶ و ۲۰۷.

این جهات موجب آن شده است که دولت‌ها بیش از گذشته به وضعیت بیگانگان توجه کنند و حقوق و تکالیف آنان را در منابع مختلف حقوقی خود تنظیم و تدوین نمایند. در هنگام تنظیم این قواعد، دولت‌ها، در رابطه به تعیین حقوق و تکالیف و همچنین محرومیت‌ها و معافیت‌های بیگانگان از آزادی عمل زیادی برخوردار اند. ولی، در عمل عوامل متعددی در تنظیم قواعد تأثیر گذارند و محدودیت‌های را سد راه دولت‌ها قرار می‌دهند.

اولین عامل، ملاحظات انسانی است. نگاه دولت‌ها به بیگانه به عنوان یک انسان، شناسایی حد اقل از حقوق را برای آنان ضروری می‌سازد که آنان را به اختیار یا اجبار به این شناسایی می‌کشاند. عامل دوم، ملاحظات ملی است. در تعیین ضوابط حاکم بر حقوق بیگانگان از یکسو دولت‌ها در چهارچوب مصالح ملی خود اقدام می‌کنند و از سوی دیگر، چون شناسایی حقوق بیگانگان، تأثیر مستقیم یا غیر مستقیم بر وضعیت اتباع آن دولت‌ها در سائر کشورها دارد، الزاماً تن به توسعه حقوق آنان می‌دهند.

عامل سوم در عصر حاضر، ملاحظات بین‌المللی است. ملاحظه اصول و ارزش‌هایی که مورد پذیرش جامعه بین‌المللی قرار گرفته است. هر یک از این سه عامل به عنوان مبنا و اصولی برای تعیین وضعیت حقوق بیگانگان شناخته شده است.^{۱۶۱} بنابراین، اصول تعیین حقوق بیگانگان قرار آتی است:^{۱۶۲}

۱) **مبنای خود الزامی:** دولت‌ها بر مبنای ملاحظات انسان دوستانه، خود را ملزم به در نظر گرفتن حقوقی برای بیگانگان می‌دانند. این التزام نیز منشأ داخلی دارد و منوط بر تلقی و برداشت دولت‌ها از حقوق انسان است. در عصر حاضر، روابط فرهنگی، تجارتي، اقتصادی و غیره میان دولت‌ها باعث رفت و آمد اتباع این دولت‌ها از یک کشور به کشور دیگر و اقامت آنها در کشور‌های دیگر گردیده است.

ضرورت رعایت حقوق اشخاص بیگانه در نظام‌های حقوق داخلی کشورها باعث شده تا دولت‌ها بدون آنکه در برابر یکدیگر تعهداتی داشته باشند، این التزام را حس کنند که باید در قلمرو خود به تعیین و تنظیم قاعده‌های حاکم بر وضعیت بیگانگان مبادرت ورزند. بنابراین، امروزه قوانین داخلی کشورها، به طور معمول احکامی را به حقوق و تکالیف بیگانگان اختصاص می‌دهند. در کشور‌های

۱۶۱. همان، مصطفی دانش‌پژوه، صص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۱۶۲. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۸۸؛ و مصطفی دانش‌پژوه (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، صص ۲۹۹ و ۲۰۰.

مختلف بیگانگان از حقوق متفاوتی برخوردار اند که معمولاً سعی شده حداقل حقوق انسانی برای آنها مورد توجه قرار بگیرد.^{۱۶۳}

در نظام حقوق بین الملل خصوصی افغانستان مانند سایر کشور ها علاوه بر فقه اسلامی، قوانین متعددی در باره وضعیت حقوقی بیگانگان وجود دارد که در مبحث بعدی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۲) مبنای التزام متقابل (رفتار متقابل): در مسأله بیگانگان رفتار متقابل بر سه نوع زیر است:

- رفتار متقابل سیاسی: رفتار متقابل سیاسی به وسیله یک معاهده سیاسی ایجاد می شود. در این صورت اتباع کشور بیگانه فقط از حقوقی برخوردار می شوند که در معاهده سیاسی پیش بینی شده باشد.

- رفتار متقابل قانونگذاری: رفتار متقابل قانونگذاری در صورتی است که قانونگذار تمتع از حق معینی را برای بیگانه منوط به شناختن همان حق در نص صریحی از قانون مملکت متبوعه بیگانه می داند. این نوع رفتار متقابل، منحصرأ در روابط بین کشور هائی که دارای قوانین موضوعه هستند قابل اجراء می باشد. رفتار متقابل قانونگذاری بیش از رفتار متقابل سیاسی قابل انعطاف است و نیازی به انعقاد معاهده سیاسی ندارد و استحکام آن نیز زیاد است. به عنوان مثال، ماده ۶ فقره دوم قانون کار افغانستان در این مورد تصریح می نماید که: «(۲) حکومت می تواند برای اتباع دولی که در قوانین آنها حقوق کار برای اتباع جمهوری اسلامی افغانستان محدود شده است، محدودیت های متقابل وضع نماید.»

- رفتار متقابل عملی: رفتار متقابل عملی در صورتی است که اتباع دولتی در مملکت دیگر عملاً از همان حقوق اتباع مملکت دیگر استفاده می کنند. رفتار متقابل عملی بی نهایت قابل انعطاف است و بنابراین هیچ احتیاجی به قانون ندارد. البته، إشکال آن از لحاظ اثبات قضیه است و باید مقام صلاحیت داری وجود داشته باشد که رفتار متقابل را در روابط بین دو دولت تصدیق نماید.

۳) مبنای التزام بین المللی به علت عضویت در معاهدات بین المللی: اکثر علمای حقوق بر این عقیده اند که اصول حقوق بین المللی اقتضاء دارد که دولت ها حداقل حقوقی را برای بیگانگان بشناسند و اظهار می نمایند که به طور کلی و برای همیشه نمی توان یک صورت مشخص و جامعی از این حداقل تنظیم کرد. این حداقل حقوق با تمدن و پیشرفت افکار بشر، دائماً در حال تغییر است. ولی، آنچه به طور اجمال می توان گفت این است که ملاک و میزان حداقل حقوق اتباع بیگانه، همان رفتار دولت متمدن با آنها است.

اصولاً هیچ دولتی الزامی به پذیرفتن خارجی در خاک خود ندارد. ولی، همین که بیگانه در خاک دولتی پذیرفته شد، باید حداقل حقوقی برای او قائل شوند. در دوران قرن نوزدهم و بعد از آن برای تضمین اجرای حقوقی که لازمه شخصیت انسان آزاد است داوری های بین المللی صورت گرفته است، که منحصراً مثال می توان رأی داوری محکمه دائمی بین المللی عدالت مؤرخ ۹ جون ۱۹۳۱ میلادی راجع به حل اختلاف بین فرانسه و انگلستان در باره یک نفر فرانسوی که مدعی بود مقامات انگلیسی با او بدرفتاری کرده اند را یاد آور شد.

به همین ترتیب، در سال ۱۹۲۰ میلادی تحت حمایت جامعه ملل سابق کنفرانسی بین المللی بزرگی برای تعیین طرز رفتار با بیگانگان در شهر پاریس دایر شد. ولی، علی الرغم کوشش های زیاد موجب ایجاد نتیجه مثبت نگردید. جریانات بعد از این کنفرانس هم چه قبل از جنگ جهانی دوم و چه هنگام جنگ و چه بعد از آن برای تأمین این هدف چندان مساعد جلوه نکرد. بنابراین، در هیچ زمانه ای چنانکه در حال حاضر معمول است، حقوق بین المللی اشخاص نقض نگردیده است. علت این امر این است که امروزه دولت ها اصول حقوق بین المللی را بیشتر به مثابه اصول اخلاقی و فلسفی بدون ضمانت اجراء تلقی می نمایند. ولی، از لحاظ نظری، هر دولتی حداقل حقوقی برای بیگانگان قائل است و از آن حد که تجاوز می کند، خود را آزاد و مختار می داند.^{۱۶۴}

مبحث دوم: وضع اشخاص طبیعی و حقوقی بیگانه در افغانستان

گفتار نخست) پیشینه وضعیت حقوقی بیگانگان در افغانستان

برای اینکه بتوانیم به صورت منظم و دقیق، وضع بیگانگان اعم از اشخاص طبیعی و حقوقی بیگانه را در افغانستان مورد مطالعه قرار دهیم، لازم است از لحاظ تاریخی سه دوره را از همدیگر تفکیک نمائیم: دوره قبل از اسلام، دوره اسلام الی سال ۱۳۰۱ یعنی آغاز ایجاد قوانین مدون در افغانستان و از سال ۱۳۰۱ تا عصر حاضر:

۱) وضعیت بیگانگان در حقوق قبل از اسلام افغانستان: شرقی ها به خصوص افغان ها در مهمان نوازی و رفتار نیک با بیگانگان از نظر تاریخی بی نهایت مشهور بوده اند. برای روشن شدن حسن رفتار افغان ها با بیگانگان در زمان قبل از اسلام، ایجاب می نماید رفتار افغان ها با بیگانگان در دوره های مختلف مورد مطالعه قرار بگیرد:

۱- رفتار افغان ها با بیگانگان از زمان های دور تا قرن ششم میلادی: به عقیده عده ای از مؤرخین افغانستان تاریخ ۵ هزار ساله دارد. چنانچه میر غلام محمد غبار در کتاب افغانستان در مسیر تاریخ می نویسد: افغانستان از دو تا سه هزار سال قبل از میلاد دارای زراعت، آبیاری پیشرفته و شهر

توانگر و پرنفوس بوده است.^{۱۶۵} در رابطه به برخورد با بیگانگان در این دوره اسنادی در دسترس نیست. ولی، آنچه مسلم است این است که در این دوره، افغانستان با مدنیت های سواحل مدیترانه آشنا و نیز با هند و چین داخل داد و ستد مدنی زیاد بوده است.^{۱۶۶}

۲- دوره دولت یونان باختری (۲۵۰ الی ۱۳۵ قبل از میلاد): ورود اسکندر و یونانیان در افغانستان که عده ای از علماء و هنرمندان یونانی نیز در معیت آنها بود، تأثیر عمیق در ماده و روح مردم افغانستان وارد نمود. این حادثه بزرگ، نظام اجتماعی، تمدن و فرهنگ قدیم کشور را تکان سختی داد. در نتیجه آمیزش تمدن و فرهنگ افغانی و یونانی، مدنیت و فرهنگ افغانستان داخل دوره جدید از ارتقاء گردید. یونانی ها که وارد افغانستان شدند، مجرد و بدون آل و عیال بودند.

بنابراین، زمانی که در افغانستان مقیم ماندند، با افغان ها ازدواج کردند و در آمیختند. این اختلاط و آمیزش آنها را تحت تأثیر فرهنگ، مذهب و عقاید افغان ها قرار داد، تا جائیکه از یونانی ها متمایز گردیده و شکل مستقل به خود گرفتند. حادثه دیگری که در این دوره واقع شد، این بود که از اواسط قرن سوم قبل از میلاد دولت موریای هندوستان از جبهه شرق از رود سند بگذشت و تا جنوب هندوکش رسید.

مبلغین مذهبی این دولت، دیانت تسلی دهنده بودائی را که اصلاحات اخلاق بشر را به واسطه ریاضت و ترک آمال دنیوی توصیه می کرد، به ارمغان آورد و تا اوائل قرن دوم قبل از میلاد، دامنه نفوذ روحانی و اخلاقی آن، تا باختریان گسترش یافت. دولت یونان باختری افغانستان نیز که چشم طمع به هندوستان غنی دوخته بود، مانع انتشار این دین نگردید. در نتیجه، دین بودا، نصف شرق کشور را استیلاء نمود، تا جائیکه دیانت قدیم زردشتی مقاومت نتوانسته و قدم به قدم به طرف غرب کشور به عقب نشست.

باوجوداین، ادیان و عقاید متعدد در آن روزگاران مورد احترام قرار می گرفت. ارباب انواع یونان، زردشتی، بودا، اناهیتا و اپولون، معابد مختلفه آنها در جوار همدیگر می زیستند. در این دوره، تجارت و دوران پول وسعت یافته، شهرها آباد و مسکوکات طلا، نقره و نکل رایج بود. راه های تجارتی به طرف چین از بدخشان و دره واخان می رفت. روابط تجارتی بین چین و افغانستان از قرن دوم قبل از میلاد برقرار گردیده بود. در غرب راه تجارتی از هرات به ایران می گذشت. در جانب شرق کشور، راه های تجارتی از باختر هندوکش را عبور و از کاپیسا، کابل، هده و پشاور به دریای سند می رسید. در تمام این راه ها، کاروان های بزرگ تجارتی در حرکت بود و به شکل خاموش و آرام فرهنگ، صنایع و عقاید

۱۶۵. میر غلام محمد غبار (۱۳۸۰). افغانستان در مسیر تاریخ، کابل: انتشارات میوند، ص ۳۲.

۱۶۶. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۳۳.

این کشور ها را با همدیگر مبادله می کرد. افغانستان در مرکز این چهار راه قرار داشت و بیشتر از دیگران در این داد و ستد مدنی و تهذیبی حصه می گرفت.^{۱۶۷}

از آنچه گفته شد، به به این نتیجه می رسیم که از روزگاران خیلی قدیم الی قرن اول قبل از میلاد، بیگانگان در افغانستان، حق سفر، اقامت، تجارت، صنعت، ازدواج و غیره را داشتند.

۳- دوره دولت کوشانی (از سال ۴۰ الی ۲۲۰ میلادی): اوضاع اجتماعی افغانستان در دوره کوشانی ها از قرن اول تا سوم میلادی دنباله همان اوضاع عهد یونان باختری است که با قبول اندکی تحولات ادامه یافت. تعدد عقیده و مذهب مثل سابق محترم بود، و طریقه های زردشتی، بودائی و برهمنی مساویانه تحت حمایت دولت قرار داشت. همچنین، تجارت در این دوره به پیمانه وسیع وجود داشت. زیرا، راه های ترانزیت مال التجارة چین، هند و ایران؛ یعنی: راه ابریشم در دست افغان ها بود.^{۱۶۸}

۴- در دوره دولت یفتلی: اوضاع اجتماعی افغانستان در زمان دولت یفتلی ها عموماً دنباله اوضاع دولت کوشانی ها بود، که با برخی تغییرات، و احياناً تحولات معکوس ادامه داشت. گرچه تجارت با چین و ایران به عمل می آمد و پیشه وری رونق داشت، با آنهم شهر های بزرگ در شمال و جنوب هندوکش از رونق افتاد و صنعت معروف گریکورو به انحطاط گذاشت، به ویژه مجسمه سازی که بیروح و تجارتی گردید. یفتلی ها بر خلاف کوشانی ها، دیانت بودائی را با حسن نظر نمی دیدند و در عوض از طریقه های برهمنی و میترا پرستی افغانستان حمایت می کردند.^{۱۶۹}

۵- در دوره دولت ساسانی: در دوره حکومت ساسانی ها نیز ادیان و مذاهب متعدد در افغانستان وجود داشت و همه احترام می شد. چنانچه زایر مشهور چینی «هیوان تسنگ» که در نصف اول قرن هفتم (۶۳۰ میلادی) که افغانستان را از شمال به شرق سیر می کرد، در طول خط السیر خود از بلخ، کندوز، بامیان و کاپیسا تا لغمان و کندهارا، یک هزار و دو صد و سی معبد بودائی، بیشتر از هشت هزار راهب بودائی، ده معبد شیوانی در کاپیسا، و صد معبد برهمنی در گندهارا دیده بود. آنچه مسلم است این است که در خارج از خط زایر چینی نیز، معابد و راهبین دیگر نیز در آن زمان در افغانستان وجود داشت. همچنین، زایر چینی از دین داری و مهمان نوازی خان بزرگ تخارستان «تاردوشاد» و جانشین او نیز ذکر می کند. بنابراین، در آن روزگاران در افغانستان، مذاهب بودائی،

۱۶۷. همان، میر غلام محمد غبار، صص ۴۶ و ۴۷.

۱۶۸. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۵۲.

۱۶۹. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۵۵.

برهمنی، شیوانی و آفتاب پرستی شمال و شرق و قسماً جنوب کشور، و دیانت قدیم زردشتی در ایالات غربی کشور موجود بوده است.^{۱۷۰}

۲) وضعیت بیگانگان در افغانستان از زمان ظهور اسلام الی ۱۳۰۱ هجری شمسی: در قرن هفتم هنگامی که تماس و تصادم عرب ها با افغانستان واقع شد، مردم افغانستان از نظر اقتصادی دارای زراعت و پیشه وری پیشرفته تر نسبت به عرب ها بودند. شهرها آباد تربود و راه تجارتی هند با چین و آسیای مرکزی و ایران از افغانستان می گذشت. دولت کابلشاهان این راه را در دست داشت. در شهرها دوران پول، داد و ستد تجارتی را تسهیل می کرد و مسکوکات مختلفی از حکومت محلی افغانستان رایج بود.

از نظر فرهنگ، افغانستان آن روز، از ریاضی، نجوم، طب و الهیات سر رشته داشت و با علوم یونانی، ساسانی و فلسفه هندی آشنا بود. معابد و ادیان زردشتی، بودائی، شیوانی و میترا پرستی در سرتاسر کشور، با روحانیون آن مرکز دانش های عصر خود محسوب می شد. ادبیات مذهبی موجود، و تعدد مذاهب و عقیده محترم شمرده می شد.^{۱۷۱}

زمانی که دین اسلام در افغانستان انتشار یافت، هرچند در بخش های مرکزی و شرقی مملکت با مقاومت های سختی مواجه شد. ولی، با وصف آن تا جایی که رسید، توانست ادیان مختلفه را که فوقاً تذکر یافت از بین ببرد^{۱۷۲} و اسلام و نظام حقوقی اسلام را جایگزین آنها نماید. طبق حقوق اسلام بیگانگان به سه دسته عمده تقسیم می شوند: حربی، ذمی و مستأمن:

۱- حربی: حربی اسم منسوب به حرب به معنی جنگ است. در اصطلاح فقهی، حربی بر کافری اطلاق می گردد که با برخورداری از تابعیت بیگانه با دولت اسلامی در جنگ باشد.^{۱۷۳} به عبارت دیگر: حربی شخصی است که بین مملکت وی و مملکت اسلامی جنگ وجود داشته باشد.^{۱۷۴}

از تعریف فوق، به خوبی بر می آید که دار حرب عبارت از مملکتی است که در آن مسلمین ولایت و سلطان نداشته و احکام دین مقدس اسلام در آن تطبیق نگردد.^{۱۷۵} به مفهوم عامتر: دار حرب به کشوری اطلاق می گردد که نه تنها احکام حقوق اسلام در آن تطبیق نمی گردد، بلکه چنین کشوری در حال جنگ یا در صدد جنگ با کشور اسلامی است. چون کافر حربی خصمانه با

۱۷۰. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۶۸.

۱۷۱. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۶۶.

۱۷۲. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۸۴.

۱۷۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۲۲.

۱۷۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۴۷۴.

حکومت اسلامی رفتار می نماید، اگر به دار اسلام بیاید جان و مالش از تعرض مصون نیست، مگر اینکه ذمی و یا مستأمن گردد.

بنابراین، این تصور که کفار حربی می توانند به عنوان اقلیت در کشورهای اسلامی ساکن شوند، تصور نادرست است. زیرا، لازمه سکونت آنها در کشورهای اسلامی التزام به قوانین کشورهای اسلامی است که این امر فی نفسه در حالت حربی بودن ناممکن است. زیرا، رفتار خصمانه شخص حربی با التزام به احکام حقوق اسلام تعارض دارد.

۲- ذمی: ذمی اسم منسوب به ذمه است که در لغت به معنی دریافت دارنده عهد پیمان و امان است^{۱۷۶} و در حقوق اسلام به کسی ذمی گویند که با حکومت اسلامی عقد ذمه منعقد نموده باشد. به موجب چنین عقدی، حفظ جان، مال، ناموس و حقوق او بر حکومت اسلامی لازم است.

به مفهوم عامتر: عقد ذمه، یک عقد دائمی است که براساس آن غیر مسلمانان متعهد می شوند بر دین خود باقی بمانند و به شرط پرداخت جزیه و التزام به رعایت احکام و قانون اسلامی در غیر امور دینی از حمایت قشر مسلمان برخوردار شوند، با رعایت چنین شرطی، آنها جزء «دارالاسلام» به حساب می آیند.

به موجب حقوق اسلام حکم اهل ذمه مانند حکم مسلمانان است. بنابراین، ذمی هم از حیث حقوق و هم از حیث تکالیف در بیشتر موارد مانند مسلمانان است. باوجوداین، ذمی مأمور به برخی تکالیف از قبیل: عبادات نیست.^{۱۷۷}

از آنچه گفته شد، به خوبی واضح می گردد که: عقد ذمه موجب ایجاد یک سلسله حقوق و تکالیف می گردد که این حقوق و تکالیف متوجه دولت اسلامی و مسلمانان از یکطرف و متوجه ذمی ها از طرف دیگر می گردد. به موجب عقد ذمه دولت اسلامی متعهد می گردد تا ذمی ها را از تجاوز خارجی و داخلی که موجب آزار و اذیت آنها می گردد حمایت نماید. پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«مَنْ آذَى ذِمِّيًّا فَقَدْ آذَانِي وَمَنْ آذَانِي فَقَدْ آذَى اللَّهَ».^{۱۷۸}

«کسی که یک ذمی را اذیت نماید، مرا اذیت کرده و کسی که مرا اذیت نماید خدا را اذیت می کند».

و می فرماید:

۱۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۰۳.

۱۷۷. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۴۱۰؛ و

مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۰۳.

۱۷۸. رواه طبرانی.

«مَنْ آذَى ذِمِّيًّا فَأَنَا خَصْمُهُ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمُهُ، خَصَّمْتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».^{۱۷۹}

«کسی که ذمی بیازارد من دشمن او هستم و کسی من دشمن او باشدم در روز قیامت با او دشمنی می نمایم».

همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«مَنْ ظَلَمَ مَعَاهِدًا، أَوْ انْتَقَصَهُ حَقًّا أَوْ كَلَّفَهُ فَوْقَ طَاقَتِهِ، أَوْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا بَغِيرَ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، فَأَنَا حَجِيبُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».^{۱۸۰}

«هرکسی که بر معاهد و هم پیمان خود ظلم کند، یا حقوق ایشان را نقض کند، و یا او را بیش از توانائی اش مکلف و ملتزم نماید، یا اینکه بدون رضایت ایشان چیزی را از ایشان بستاند، در روز قیامت، من حجت و دلیل آن شخص می شوم».

همچنین دولت اسلامی مکلف به حمایت از جان ذمی است. زیرا، به اتفاق آراء فقهاء خون و جان ذمی ها معصوم است و کشتن آنان حرام. همچنین طبق اجماع فقهاء دولت اسلامی و مسلمانان مکلف اند از اموال و دارایی ذمی ها مانند جان آنها حمایت نمایند. شخصی که مال ذمی را غصب نماید، تعزیر می شود و مال دوباره به مالک بر گردانیده می شود، هر کس از شخص ذمی چیزی را قرض گرفته باشد، باید قرض او را دوباره مسترد نماید. اگر قرضدار در پرداخت قرض ذمی تعلل ورزد، قاضی باید وی را بازداشت و حبس نماید.

همچنین هرگاه شخصی مال ذمی را تلف نماید، پرداخت قیمت آن بر وی به نظر احناف لازم می گردد، زیرا مال مذکور به نظر ایشان متقوم؛ یعنی: مال دارای تقویم به پول تلقی می گردد.^{۱۸۱} همچنین اهل ذمه طبق عقد ذمه در اجرای مراسم دینی و کسب کار آزاد اند. مکلفیت های را که اهل ذمه باید رعایت نمایند عبارت اند از: پرداخت جزیه و آن همان مالیات سالیانه است که بر افراد واجب می گردد و شامل پرداخت مقداری از مال بر حسب توانائی افراد می گردد که پرداخت آن بر افراد عاقل و بالغ غیر فقیر واجب است. همچنین ذمی ها مکلف اند احکام قانون اسلامی و همچنین شعایر، آداب و مناسک دینی مسلمانان را رعایت نمایند.^{۱۸۲}

۳- مستأمن: مستأمن از ریشه «أمن» گرفته شد که در لغت به معنی ایمن خواننده و خواهان امان است. در اصطلاح فقهی مستأمن شخصی است که به طور مؤقت برای مدت معین در دار اسلام

۱۷۹. رواه خطیب.

۱۸۰. رواه ابو داود و بیهقی.

۱۸۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۸۰.

۱۸۲. جهت مطالعه تفصیلی در این باره ر. ک: یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۰ الی ۱۰۴.

غرض اجرای اعمال معین مانند تجارت و غیره داخل شود.^{۱۸۳} طبق حقوق اسلام، جان، مال، آبرو و دین شخص مستأمن در پناه حکومت اسلامی است. بنابراین، هیچ کس حق تعرض و تجاوز بر آن را ندارد. در صورتی که مسلمانی از حدود شرعی در این باره تجاوز نماید، مورد تعقیب عدلی قرار می گیرد.^{۱۸۴}

پس از استقرار اسلام در افغانستان در کلیه روابط حقوقی و از جمله روابط با بیگانگان قواعد حقوق اسلامی الی سال ۱۳۰۱ هجری شمسی به موقع اجراء گذاشته شد.

۳) وضع بیگانگان در حقوق مدون افغانستان (۱۳۰۱ الی کنون): از سال ۱۳۰۱ الی اکنون قوانین متعددی در رابطه به حسن رفتار با بیگانگان در افغانستان وضع و نافذ گردیده است. در این بخش، قوانینی که از سال ۱۳۰۱ هجری شمی الی اکنون وضع و نافذ گردیده معرفی و از پرداختن به جزئیات آنها جلوگیری به عمل می آید. زیرا، اولاً: این امر باعث تطویل کتاب می گردد؛ ثانیاً: از سال ۱۳۰۱ الی اکنون سیزده شخص پادشاه و رئیس جمهور گردیده که هر کدام نظر به وابستگی های ایدیولوژیک و بر حسب نیازهای زمانی و مکانی قوانین افغانستان را ایجاد، ملغی و تعدیل نموده اند که مقایسه آنها کاری بی نهایت مشکل است؛ و ثالثاً: قوانین نافذه فعلی افغانستان حاوی آخرین تعديلات و تحولات در باره حقوق و تکالیف بیگانگان است. بنابراین، در این مبحث صرف این قوانین را در هر دوره معرفی و در مبحث بعدی در باره احکام این قوانین بالتفصیل سخن خواهیم گفت.

۱- در زمان حکومت شاه امان الله: عصر تدوین و ایجاد قوانین در افغانستان از لحاظ تاریخی درست زمانی آغاز شد که کشور های همسایه؛ یعنی: ایران و ترکیه به منظور ایجاد نظام های مبتنی بر قانون و مرفقی ساختن این کشورها تلاش می ورزیدند. امان الله خان نیز که سفر های به این کشور ها و سائر کشور ها داشت، می خواست همانند رضا شاه در ایران و آتا ترک در ترکیه با تصویب قوانین و تقویت حکومت مرکزی یک افغانستان مرفقی به وجود بیاورد. بنابراین، در افغانستان برای نخستین بار در اوائل سال ۱۳۰۱ هجری شمسی عصر قانونگذاری آغاز یافت.

اولین قانون اساسی افغانستان در زمان حکومت امیر امان الله خان به نام «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان» در ۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی وضع و نافذ گردید. در عرصه حقوق بین المللی خصوصی نیز یک تعداد قوانین وضع و نافذ شد. اهم این قوانین عبارت بود از نظامنامه اساسی

۱۸۳. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۴۷.

۱۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۱۷؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۴۱۰.

دولت علیه افغانستان که اصل آزادی مراسم دینی و مذهبی بیگانگان را تضمین می نمود و نظامنامه مهاجرین نافذ ۱۳ عقرب ۱۳۰۵ هجری شمسی که اصل اقامت و تجارت بیگانگان را در افغانستان تضمین می نمود. طبق ماده دوم نظامنامه مهاجرین بیگانه به سه دسته عمده منقسم می گردید. دسته اول کسانی بود که بعد از اذن دولت متبوعه شان به خاک افغانستان آمده و تابعیت افغانستان را کسب می نمودند. دسته دوم کسانی بودند که به قصد تجارت به افغانستان مهاجرت نموده و تابعیت افغانستان را کسب می نمودند و دسته سوم کسانی بودند که به قصد تجارت می آمدند، ولی تابعیت افغانستان را کسب نمی نمودند.

فرق عمده میان سه طبقه مذکور این بود که دو طبقه اول الذکر بعد از کسب تابعیت از تمام حقوق اتباع افغانستان بر خوردار می گردید. ولی، با طبقه سوم مطابق اصول حقوق بین الملل رفتار می گردید (مواد ۲، ۳، ۴ و ۶ نظامنامه مهاجرین). طبق نظامنامه مهاجرین بیگانگان در زمان حکومت امان الله خان از برخی حقوق برخوردار بودند. این حقوق عبارت بود از: حق اجرای مراسم دینی، حق تجارت، حق داشتن مسکن، حق مراجعه به داکتر طب، حق داشتن مجلس برای مشوره و حل مسائل مربوط به مهاجرین و تقدیم آن به حاکم و حق معافیت از خدمت عسکری و پرداخت مالیات برای مدت شش سال بعد از مهاجرت.

۲- در زمان حکومت نادر خان: در زمان حکومت نادر خان وضعیت بیگانگان انکشاف کرد و سه قانون عمده جهت بهبود بخشیدن به وضعیت آنها وضع و نافذ گردید. اصولنامه مسافرت و اقامت اتباع خارجه و ضمانت آن نافذ جدی ۱۳۳۰، اصولنامه سرمایه گذاری خارجی نافذ ۵ اسد، ۱۳۳۳ و اصولنامه استخدام اتباع خارجه و ضمیمه آن که اولی ناظر بر مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان، دومی ناظر بر سرمایه گذاری اشخاص حقیقی و حکمی خارجی در افغانستان و سومی ناظر بر استخدام اشخاص حقیقی خارجی در افغانستان بود. علاوه بر اصولنامه های مذکور، نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان نافذ ۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی نیز ملغی و به عوض آن دومین قانون اساسی افغانستان به نام «اصول اساسی دولت علیه افغانستان» در ۸ عقرب ۱۳۱۰ وضع و نافذ گردید که ماده اول آن حقوق بیگانگان به ویژه حق اجرای مراسم دینی را تضمین می نمود.

۳- در زمان حکومت محمد ظاهر شاه: در زمان پادشاهی محمد ظاهر شاه برخی مواد اصولنامه اقامت و مسافرت اتباع خارجی تعدیل گردید و تعدیلات آن در جریده رسمی شماره ۲۹ مؤرخ ۱۳۴۴ / ۴ / ۵ به نشر رسید. علاوه براین، مقررات جواز نامه تجار و مؤسسات خصوصی خارجی در افغانستان وضع شد که در جریده رسمی شماره ۴۰ مؤرخ ۱۳۴۴ / ۸ / ۲۹ به نشر رسید. اصولنامه سرمایه گذاری خصوصی خارجی و داخلی نیز به قانون سرمایه گذاری خصوصی خارجی و داخلی منتشره جریده رسمی شماره ۷۲ مؤرخ ۱۳۴۵ / ۱۲ / ۱ تبدیل گردد. در زمان محمد ظاهر شاه

اصول اساسی دولت علیه افغانستان که در ۸ عقرب ۱۳۱۰ وضع و نافذ گردیده بود، نیز ملغی و به عوض آن سومین قانون اساسی افغانستان در ۹ میزان ۱۳۴۳ هجری شمسی وضع و نافذ گردید که ماده دوم آن آزادی مراسم دینی اشخاصی را که پیرو اسلام نبودند تضمین می نمود.

۴- در دوره محمد داؤود خان: با به قدرت رسیدن محمد داود خان، تحولی عمیق در وضعیت بیگانگان در افغانستان ایجاد شد. در این دوره، قانون اساسی افغانستان که در ۹ میزان ۱۳۴۳ در زمان محمد ظاهر شاه وضع و نافذ گردیده بود، ملغی و به عوض آن چهارمین قانون اساسی افغانستان وضع و نافذ گردید که به نام «قانون اساسی جمهوری افغانستان» نامیده می شد که ماده ۲۲ آن آزادی اجرای مراسم دینی بیگانگان را تضمین می نمود. علاوه بر این، در این دوره، اولین قانون مدنی افغانستان در چهار جلد و ۲۴۱۶ ماده وضع و نافذ گردید که علاوه بر مسائل حقوق خصوصی، حاوی احکام معین در باره اقامتگاه، تنازع قوانین بود که تا به حال نافذ است.

۵- در دوره حاکمیت حزب دموکراتیک (۷ ثور ۱۳۵۷ الی ۷ ثور ۱۳۷۱): با به قدرت رسیدن حزب دموکراتیک افغانستان قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی دوره محمد ظاهر شاه ملغی و به عوض آن، قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی منتشره جریده رسمی ۶۳۳ مؤرخ ۱۳۶۲/۲/۱۵ نافذ گردید. همچنین، قانون سرمایه گذاری خصوصی خارجی ملغی و به عوض آن، قانون سرمایه گذاری خصوصی و خارجی در جمهوری دموکراتیک افغانستان منتشره جریده رسمی ۶۳۳ مؤرخ ۱۳۶۶/۱/۲۷ نافذ گردید. سپس، ماده فقره ۲ ماده دوازدهم آن تعدیل گردید که در جریده رسمی شماره ۶۵۳ مؤرخ ۱۳۶۶/۹/۲ به نشر رسید. همچنین، در این دوره، قانون اساسی جمهوری افغانستان ملغی و به عوض آن پنجمین قانون اساسی به نام «اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان» در ۲۵ حمل ۱۳۵۹ در زمان ببرک کارمل وضع و نافذ گردید که ماده ۲۹ فقره دوم آن آزادی اجرای مراسم دینی پیروان سائر ادیان را تضمین می نمود. سپس، این قانون در تاریخ ۹ قوس، ۱۳۶۶ ملغی و به عوض آن ششمین قانون اساسی افغانستان در زمان حکومت دوکتور نجیب الله به نام «قانون اساسی جمهوری افغانستان» وضع و به تصویب لویه جرگه ۱۳۶۶ رسید که ماده چهلیم آن اجرای مراسم دینی پیروان سائر ادیان را رعایت می نمود.

۶- در دوره دولت اسلامی افغانستان (۸ ثور ۱۳۷۱ الی ۲۷ میزان ۱۳۷۵): در دوره دولت اسلامی افغانستان، ایجاد و تدوین قوانین در ساحه حقوق و تکالیف اتباع خارجی به رکود مواجه شد. در این دوره صرف فرمان شماره ۲۶ مؤرخ ۱۳۷۴/۲/۱۰ رئیس دولت اسلامی افغانستان در باره قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی دولت اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۷۷۴ مؤرخ ۱۳۷۴/۲/۱۶ هجری شمسی نافذ گردید. سپس قانون سرمایه گذاری منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹ مؤرخ ۱۳۸۴ هجری شمسی وضع و نافذ گردید.

۷- در دوره حکومت طالبان (۲۶ میزان ۱۳۷۵ الی ۱۹ عقرب ۱۳۸۰): در دوره حکمروایی طالبان، اکثر قوانین دوره های قبلی تعدیل و ملغی گردید. قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی منتشره جریده رسمی ۶۳۳ مؤرخ ۱۵/۲/۱۳۶۲ حزب دموکراتیک افغانستان ملغی و به عوض آن قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان منتشره جریده رسمی ۷۹۲ مؤرخ ۲۶/۳/۱۴۲۱ هجری قمری نافذ گردید. همچنین، در این دوره، مقرر طرز حفاظت اموال و جایداد اشخاص غائب، مفقود، مرتد، باغی و ذمی توسط فرمان شماره ۱۹ مؤرخ ۲۲/۳/۱۴۲۱ نافذ گردید که در جریده رسمی شماره ۷۹۷ مؤرخ ۸/۲/۱۴۲۲ به نشر رسید که تا به حال نافذ می باشد. به همین ترتیب، قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی دولت اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۷۷۴ مؤرخ ۱۶/۲/۱۳۷۴ هجری شمسی ملغی و به عوض آن قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی امارت اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی ۷۹۷ مؤرخ ۸/۲/۱۴۲۲ هجری قمری وضع و نافذ گردید.

۸- از اداره مؤقت الی کنون: از دوره اداره مؤقت الی اکنون، قوانین و فرامین متعددی در افغانستان وضع و نافذ گردیده است که حقوق و تکالیف اتباع خارجی را تنظیم می نماید. در این دوره، قانون سرمایه گذاری داخلی و خارجی در افغانستان منتشره جریده رسمی ۸۰۳ مؤرخ ۲۰/۶/۱۳۸۱ وضع و نافذ گردید.

همچنین، ماده ۴۴ قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان توسط فرمان شماره ۱۲ مؤرخ ۳/۲/۱۳۸۳ رئیس دولت انتقالی افغانستان تعدیل گردید.^{۱۸۵} سپس این قانون ملغی و به عوض آن قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۸۵ در سال ۱۳۹۴ نافذ گردید. در حوزه سرمایه گذاری قوانین ذیل وضع و نافذ گردید:

اول: حکم رئیس جمهور اسلامی افغانستان راجع به قانون سرمایه گذاری خصوصی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹، مؤرخ ۳۰/۹/۱۳۸۴ هجری شمسی؛

دوم: فرمان شماره ۱۰۵ مؤرخ ۱۵/۹/۱۳۸۴ رئیس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد انفاذ قانون سرمایه گذاری خصوصی؛ و

سوم: قانون سرمایه گذاری خصوصی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۹، ۳۰/۹/۱۳۸۴ هجری شمسی؛ و

چهارم: تعلیق برخی از مواد قانون سرمایه گذاری خصوصی، منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۲۰، ۲۴/۷/۱۳۹۵ هجری شمسی.

۱۸۵. این فرمان در جریده رسمی شماره ۸۲۶ مؤرخ ۱۰/۲/۱۳۸۳ به نشر رسیده است.

علاوه بر اینها، مقررۀ استخدام اتباع در ادارات دولتی منتشرۀ جریدۀ رسمی شماره ۸۵۸ مؤرخ ۱۳۸۴/۴/۳۰ هجری شمسی ذریعۀ فرمان شماره ۳۴ مؤرخ ۱۳۸۴/۴/۹ رئیس جمهور اسلامی افغانستان نافذ گردید.

همچنین، در این دوره هفتمین قانون اساسی افغانستان به نام «قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان» نافذ و قانون اساسی دورۀ حاکمیت دوکتور نجیب الله را ملغی نمود که ماده ۲ آن اجرای مراسم مذهبی پیروان سائر ادیان را رعایت می نماید و حاوی احکام دیگری نیز در بارۀ حقوق و تکالیف بیگانگان است که به برخی آن در گفتار بعدی اشاره خواهیم نمود. با سقوط جمهوریت حکومت طالبان قانون اساسی ۱۳۸۲ را نمی پذیرفتند و خود نیز تا حالا قانون اساسی وضع نکرده اند.

گفتار دوم) حق ورود، اقامت، عبور و خروج بیگانگان در حقوق افغانستان

طبق قوانین نافذۀ افغانستان که به آنها فوقاً اشاره صورت گرفت، بیگانگان از حق ورود، اقامت، عبور و خروج برخوردار اند. در بعضی حالات حکومت می تواند بیگانگان را بنابر اسباب معین اخراج نماید:

۱) حق ورود، اقامت، عبور و خروج: هرچند یکی از اصول پذیرفته شدۀ بین المللی این است که بیگانگان از حق ورود، عبور و اقامت در کشور های بیگانه برخوردار گردند. ولی، در عمل کشورها نظر به مصالح سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و امنیتی خویش شرایط خاص و محدودیت های را برای ورود، اقامت و عبور بیگانگان وضع می نمایند.

به گونه مثال، کشور ها برای نظارت در رفت و آمد بیگانگان علاوه بر پاسپورت که وسیله تشخیص هویت است، ویزه را نیز که اجازه ورود به کشور است، مطالبه می نمایند. همچنین، کشور ها در صورتی که حضور بیگانه ای را در کشور خویش مُخل نظم عمومی تشخیص دهند، او را اخراج می نمایند. با توجه به آنچه گفته شد، ما نیز، محدودیت های را که در رابطه به ورود، اقامت، خروج و اخراج بیگانگان در حقوق افغانستان وجود دارد:

۱- ورود اتباع بیگانه در افغانستان، داشتن پاسپورت و استثنائات آن: چنانچه فوقاً تذکر یافت، یکی از اصول بین الملل در ساحۀ حقوق بین الملل خصوصی، آزادی ورود بیگانگان در کشورها است که این اصل در قوانین افغانستان نیز پیش بینی گردیده است. باوجوداین، کشورها از جمله افغانستان ورود بیگانگان را منوط بر داشتن پاسپورت و ویزه می نمایند:

- پاسپورت: طبق ماده ۴ قانون پاسپورت: «شخصی که از افغانستان خارج یا به افغانستان داخل می گردد، مکلف است. طبق احکام این قانون و تعامل بین المللی دارای پاسپورت یا سند عبوری مسافرت باشند.» طبق ماده دوم قانون پاسپورت: «پاسپورت سند رسمی است که طبق احکام این

قانون، از طرف مراجع با صلاحیت به منظور مسافرت اتباع به خارج و بازگشت آنها به وطن صادر می گردد». پاسپورت معتبر ترین سندی است که مبین و مثبت هویت شخص حامل آن در خارج از کشور است.

- ویزه و انواع آن: بر اساس ماده ۳ جزء ۱ ق. م. ا. ا: «ویزه: اجازه نامه کتبی است به منظور ورود، خروج، عبور و اقامت اتباع خارجی با ذکر مدت اعتبار و اقامت، نوعیت و دفعات استفاده از آن در پاسپورت یا سایر اسناد مسافرت مطابق احکام این قانون و تعامل بین المللی از طرف مراجع با صلاحیت (به شکل برچسب یا استیکر) صادر می گردد».

بیگانگانی که می خواهند وارد افغانستان شوند، باید علاوه بر پاسپورت دارای ویزه نیز باشند. ماده ۱۵ قانون اقامت و مسافرت اتباع خارجی در افغانستان در این مورد حکم می نماید که: «تبعه خارجی ای که وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، مکلف است پاسپورت و سایر انواع اسناد مسافرت را به مؤظفین ادارات سرحدی و میدان های هوایی که به منظور دخول و خروج تعیین گردیده اند، ارائه نمایند». ویزه به انواع متعددی تقسیم می شود که عبارت اند از:

ویزه سیاسی: طبق ماده ۸ ق. م. ا. ا: «ویزه سیاسی برای اتباع خارجی دارنده پاسپورت سیاسی که به منظور انجام وظیفه رسمی در نمایندگی های سیاسی یا قونسلی کشور های خارجی مقیم افغانستان، دفاتر ملل متحد، مؤسسات و سازمان های بین المللی یا سفر های رسمی، وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه خدمت: براساس ماده ۹ ق. م. ا. ا: «ویزه خدمت برای اتباع خارجی دارنده پاسپورت خدمت، مخصوص و (لسی پاسی) ملل متحد (UNLP) که به منظور انجام امور رسمی در نمایندگی های سیاسی یا قونسلی کشور های خارجی یا نمایندگی های مؤسسات و سازمان های بین المللی مقیم افغانستان وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه تجارتي: وفق ماده ۱۰ ق. م. ا. ا: «ویزه تجارتي برای اتباع خارجی که به منظور انجام امور تجارت، سرمایه گذاری، بازاریابی، خرید و فروش اموال، تصفیه حسابات و معاملات تجارتي، سرپرستی از شرکت ها، کار خانه ها و اموال تجارتي، اشتراک در نمایشگاه ها، محافل تجارتي و سایر مقاصد مشابه، وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه ورودی کار: براساس ماده ۱۱ ق. م. ا. ا: «ویزه ورودی کار برای کارکنان، دوکتران، استادان، ترینران، متخصصین، انجنیران، پیلوتان، کارکنان ترانسپورت زمینی و کارگران فنی خارجی دارنده پاسپورت که به اساس ضرورت و دعوت قبلی به منظور کار در نمایندگی سیاسی یا قونسلی، دفاتر ملل متحد، مؤسسات و سازمان های بین المللی، ادارات دولتی و غیر دولتی داخلی و خارجی، وارد کشور می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه سیاحت: مطابق ماده ۱۲ ق. م. ا. ا: «ویزه سیاحت برای اتباع خارجی که به منظور سیاحت، تفریح و بازدید از مناطق توریستی و تاریخی داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه بازدید: وفق ماده ۱۳ ق. م. ا. ا: «ویزه بازدید برای اتباع خارجی که غرض اشتراک در مسابقات ورزشی، نمایشگاه ها، بازدید اقارب و دوستان و زیارت اماکن مقدسه، داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه تحصیلی: براساس ماده ۱۴ ق. م. ا. ا: «ویزه تحصیلی برای اتباع خارجی که به منظور آموزش، تحصیل، تحقیق و انجام امور اکادمیک در مؤسسات تعلیمی و تحصیلی دولتی و خصوصی داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه عملیه پرواز: براساس ماده ۱۶ ق. م. ا. ا: «ویزه عملیه پرواز برای اتباع خارجی عملیه پرواز (پیلوت، انجنیر، مهماندار و تخنیکر هوایی) که به منظور انجام امور در داخل طیاره ها وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان می شوند، صادر می گردد [...]».

ویزه اقامت: وفق ماده ۱۸ ق. م. ا. ا: «ویزه اقامت برای اتباع خارجی که با استفاده از ویزه های مندرج مواد نهم، دهم، یازدهم، چهاردهم و شانزدهم این قانون وارد قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان گردیده و به اقامت خود در افغانستان ادامه بدهند، صادر می گردد [...]».

ویزه خروجی: طبق ماده ۱۹ ق. م. ا. ا: «(۱) ویزه خروجی به منظور خروج از کشور برای تبعه خارجی در موارد ذیل صادر می گردد:

- ۱- اتباع خارجی دارای ویزه های مندرج این قانون به جز ویزه سیاسی.
- ۲- اتباع خارجی که بدون ویزه وارد قلمرو افغانستان شده و محکوم به حبس گردیده پس از سپری نمودن مدت محکومیت.
- ۳- اتباع خارجی که به حکم محکمه ذیصلاح بنابر دلایل قانونی ممنوع الخروج بوده و پس از اتمام مدت قصد خروج از کشور را داشته باشد.
- ۴- اتباع خارجی دارای ویزه که مدت ویزه ایشان منقضی گردیده و اقدام به تمدید آن نکرده باشند.

ویزه عبوری: مطابق ماده ۲۰ ق. م. ا. ا: «ویزه عبوری برای اتباع خارجی دارندگان ویزه یا سند معتبر مسافرت کشور که از قلمرو جمهوری اسلامی عبور می نمایند با اعتبار مدت یک ماه و اقامت سه روز از طریق هوا و شش روز از طریق زمین با حق ورود یک تا دو بار مطابق رویه بالمثل و توافقات دو جانبه، از طرف نمایندگی های سیاسی یا قونسلی افغانی در خارج صادر می گردد [...]».

- ۲) **حق اقامت:** طبق ق. م. ا. ا. ۱ اتباع خارجی در افغانستان حق اقامت را نیز بعد از اخذ ویزه دارند. منتها، اقامت آنها بستگی به مدتی دارد که در ویزه آنها تصریح گردیده است. همچنین، اتباع خارجی در صورت منقضی گردیدن میعاد معینه، می توانند مدت اقامت خویش را تمدید نمایند.
- ۳) **حق عبور:** اتباع بیگانه که قصد اقامت را در افغانستان نداشته و صرف بخواهند برای رسیدن به مملکت دیگر از خاک افغانستان عبور نمایند، باید ویزه عبوری را از مراجع مربوطه اخذ نموده باشند. ۴) **حق خروج:** خروج بیگانگان از افغانستان بدون ارائه پاسپورت امکان پذیر نیست. همچنین، تبعه بیگانه ای که می خواهد از افغانستان خارج گردد، باید ویزه خروجی به وی توسط وزارت امور داخله جمهوری اسلامی افغانستان صادر گردد.
- ۵) **اخراج بیگانگان:** در حالات خاص، دولت ها بنابر دلایل سیاسی، اجتماعی و امنیتی اقدام به اخراج اتباع خارجی به صورت انفرادی نه دسته جمعی بنابر مخالفت آن با نزاکت های بین المللی از مملکت خویش می نمایند. این خروج نباید با اصول حقوق بین المللی در تضاد واقع گردد و بنابراین باید با رعایت عدالت و انصاف صورت پذیرد.^{۱۸۶}
- ۶) **ممنوعیت ورود اتباع خارجی:** طبق ماده ۴۳ ق. م. ا. ا. ۱ «تبعه خارجی در حالات ذیل نمی تواند داخل قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان گردد:
- ۱- به هدف دعوت و تبلیغ غیراسلامی.
 - ۲- به هدف اخلال امنیت و برهم زدن نظم عامه.
 - ۳- در صورتی که از طرف یکی از ادارات ممنوع الورد اعلام شده باشد.
 - ۴- ولگرد بوده و مدرک مصارف سفر و اقامت خویش را ارایه کرده نتواند.
 - ۵- نمایندگی های سیاسی جمهوری اسلامی افغانستان در خارج، ورود وی را به افغانستان نظر به دلایل مؤجه، غیرمطلوب دانسته باشد.
 - ۶- برای مدت معین از افغانستان اخراج، اما میعاد متذکره را تکمیل نکرده باشد.
 - ۷- برای مدت غیرمعین از افغانستان اخراج شده باشد.
 - ۸- به مرض ساری مصاب باشد.
 - ۹- معتاد به مواد مخدر باشد.
 - ۱۰- سایر موارد مشابه به تشخیص مقامات ذیربط وزارت امور خارجه.»

۱۸۶. سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ص ۲۰۶.

گفتار سوم) حقوق و تکالیف بیگانگان و محدودیت های آن در افغانستان

ماده ۵۷ ق. ۱ که مورد پذیرش حکومت طالبان نیست در این باره حکم می نمود: «دولت حقوق و آزادیهای اتباع خارجی را در افغانستان، طبق قانون تضمین می کند. این اشخاص در حدود قواعد حقوق بین المللی به رعایت قوانین دولت افغانستان مکلف می باشند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که طبق نص این ماده دولت افغانستان مکلف است حقوق و آزادی های اساسی اتباع را مطابق قانون تضمین نماید و دوم این که اتباع خارجی مکلف اند قوانین افغانستان را رعایت نمایند.

به عنوان یک اصل کلی ماده ۳۵ ق. م. ا. ا. در رابطه به اصول حقوق اتباع بیگانه در افغانستان حکم می نماید که: «تبعه خارجی ای که مطابق احکام این قانون وارد دولت جمهوری اسلامی افغانستان می گردد از تمام حقوق فردی و اجتماعی مطابق اتباع افغانی مستفید می گردد». از مفاد ماده مذکور به خوبی استنباط می گردد که طبق قوانین افغانستان یکسلسله حقوق وجود دارد که بیگانگان از آن نمی توانند برخوردار گردند. ولی، یکسلسله حقوق دیگر وجود دارد که بیگانگان در برخورداری از آنها شبیه اتباع افغانستان تلقی گردند. این حرمان و برخورداری از حقوق یا در ساحه حقوق عامه است یا هم در ساحه حقوق خصوصی. چون انصاف و عدالت ایجاب می نماید که در برابر هر حق تکلیفی وجود داشته باشند، اتباع بیگانه ای که وارد افغانستان می شوند، نیز مکلف به ایفای یکسلسله تکالیف هستند، مانند: پرداخت مالیات، رعایت قوانین و نظیر اینها.

۱) حقوق و تکالیف بیگانگان در ساحه حقوق عامه و محدودیت های آن: حقوقی که بیگانگان در ساحه حقوق عامه می توانند از آن متمتع یا محروم گردند مربوط یکی از شعبه های حقوق عامه می گردد. بنابراین، حقوق بیگانگان و محدودیت های آن را در ساحات حقوق اساسی، حقوق کار، حقوق مالیه حقوق جزاء مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- حقوق بیگانگان و محدودیت های آن در ساحه حقوق اساسی: طبق قوانین جمهوری اسلامی افغانستان یکسلسله حقوق اساسی وجود دارد که حقوق انحصاری اتباع افغانستان پنداشته می شود و بنابراین بیگانگان نمی توانند از آن متمتع گردند.

حقوق اساسی انحصاری اتباع افغانستان: مصالح سیاسی، داخلی و قضائی افغانستان ایجاب می نماید تا بیگانگان از حقوقی بهره مند نگردند که به وسیله آن بتوانند در امور سیاسی، قضائی و داخلی افغانستان شرکت و دخالت نمایند. حقوقی که در ساحه حقوق اساسی اتباع بیگانه نمی توانند از آن متمتع گردند عبارتند از:

اول- حق کاندیداتوری به سمت ریاست جمهوری و معاونت آن: طبق ق. ۱۳۸۲۱ بیگانگان نمی توانستند خود را به سمت ریاست جمهوری کاندیدا نمایند. ماده ۶۲ فقره ۱ ق. ۱ در این باره حکم

می نمود: «شخصی که به ریاست جمهوری کاندید می شود، واجد شرایط ذیل می باشد: (۱) تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد». علاوه بر کاندیداتوری به سمت ریاست جمهوری اسلامی افغانستان، بیگانگان نمی توانستند خود را به سمت معاونیت اعم از اول و دوم ریاست جمهوری نیز کاندیدا نمایند. زیرا، طبق ماده ۶۲ فقره سوم ق. ۱ کاندیداتور سمت معاونیت اول و دوم ریاست جمهوری باید تبعه افغانستان می بود.

دوم- حق وزیر شدن: طبق ق. ۱۳۸۲۱ شخصی که تبعه افغانستان نباشد، حق وزیر شدن را نداشت. ماده ۷۲ فقره ۱ ق. ۱ در این باره حکم می نمود: «شخصی که به حیث وزیر تعیین می شود، واجد شرایط ذیل می باشد: (۱) تنها حامل تابعیت افغانستان باشد. هرگاه کاندیدای وزارت، تابعیت کشور دیگری را نیز داشته باشد، ولسی جرگه صلاحیت تأیید یا رد وی را دارد».

سوم) حق عضویت در شورای عالی ستره محکمه و ایفای وظیفه من حیث قاضی القضاات: شرط عضویت در شورای عالی ستره محکمه و ایفای وظیفه من حیث قاضی نیز منوط بر داشتن تابعیت افغانستان است. در رابطه به شرط عضویت در شورای عالی ستره محکمه ماده ۱۱۸ فقره ۲ ق. ۱ مقرر می نمود: «عضو ستره محکمه واجد شرایط ذیل می باشد: (۲) تبعه افغانستان باشد».

در باره ایفای وظیفه من حیث قاضی در رابطه به تبعه افغانستان بودن ماده ۸۱ فقره ۱ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان حکم می نماید که: «(۱) شخص واجد شرایط ذیل به پیشنهاد شورای عالی ستره محکمه و منظوری رئیس جمهور به حیث قاضی منسلک و تعیین می گردد: ۱- داشتن حداقل ده سال تابعیت جمهوری اسلامی افغانستان حین انسلاک». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخصی به حیث قاضی می تواند تعیین گردد که یا تبعه اصلی افغانستان باشد یا تبعه اکتسابی ای که ده سال از کسب تابعیت او سپری شده باشد.

چهارم- حق کاندیدا کردن و انتصاب به عضویت شورای ملی: یکی از شرایط وکالت چه از طریق انتخاب مردم و چه از طریق نصب توسط رئیس جمهور در شورای ملی اعم از مشرانو و ولسی جرگه داشتن تابعیت افغانستان بود. بنابراین، بیگانگان نمی توانستند خود را کاندیدای سمت وکالت در جرگه های مذکور نمایند یا هم رئیس جمهور تبعه بیگانه را به این سمت نصب می نمود. ماده ۸۵ فقره ۱ ق. ۱ در این باره حکم می نمود: «شخصی که به عضویت شورای ملی کاندیدا یا تعیین می شود، علاوه بر تکمیل شرایط انتخاب کنندگان واجد اوصاف ذیل می باشد: (۱) تبعه افغانستان بوده یا حداقل ده سال قبل از تاریخ کاندیداتوری یا تعیین شدن، تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخصی که به حیث وکیل یا سناتور انتخاب

یا انتصاب می شود یا باید تبعه اصلی افغانستان باشد یا تبعه اکتسابی ای که ده سال از کسب تابعیت او سپری شده باشد.

پنجم- حق لوی خارنوال و خارنوال شدن: اتباع بیگانه نیز نمی توانند منحیث لوی خارنوال و خارنوال ایفای وظیفه نمایند. زیرا، این حق انحصاری افغان ها تلقی می گردد. ماده ۴۱ فقره ۱ قانون تشکیل و صلاحیت خارنوالی جمهوری افغانستان منتشره جریده رسمی ۷۳۸ مؤرخ ۱۳۷۹/۱/۱۰ در این باره حکم می نماید که: «شخصی که واجد شرائط ذیل باشد، به حیث خارنوال یا مستنطق به کادر خارنوالی تعیین شده می تواند: ۱) داشتن حداقل ده سال تابعیت جمهوری افغانستان.»

ششم- حق انتخاب کردن و انتخاب شدن: چون حق انتخاب کردن و انتخاب شدن مستقیماً به نظام سیاسی و مصالح سیاسی افغانستان ارتباط دارد و داشت و از این طریق اتباع افغانستان رئیس جمهور و همچنین نمایندگان خویش را انتخاب می نمودند، اتباع بیگانه از این حق محروم بوده اند. بنابراین، این حق، از جمله حقوق انحصاری اتباع افغانستان پنداشته می شود. از همین رو، ماده ۳۳ ق. ۱ در این باره می گفت: «اتباع افغانستان حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را دارا می باشند [...]». مفهوم مخالف نص این ماده این است که اتباع خارجی در افغانستان حق رأی دادن و انتخاب کردن را نداشتند؛

هفتم- حق مظاهره: طبق ق. ۱ اتباع بیگانه حق نداشتند و ندارند، به تظاهرات مبادرت ورزند. ماده ۳۶ ق. ۱ در این باره تصریح می نمود: «اتباع افغانستان حق دارند برای تأمین مقاصد جائز و صلح آمیز، بدون حمل سلاح، طبق قانون اجتماع و تظاهرات نمایند.» مفهوم مخالف نص این ماده این است که حق مظاهره از جمله حق های انحصاری افغان ها بوده است.

هشتم- حق تشکیل حزب سیاسی: طبق قانون اساسی افغانستان صرف اتباع افغانستان حق تشکیل احزاب سیاسی را داشتند. ماده ۳۵ ق. ۱ در این باره می گفت: «[...] اتباع افغانستان حق دارند مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل دهند، مشروط براین که: ۱) مرامنامه حزب مناقض احکام دین مقدس اسلام و نصوص و ارزش های مندرج این قانون نباشد؛ ۲) تشکیلات و منابع مالی حزب علنی باشد؛ ۳) اهداف و تشکیلات نظامی و شبه نظامی نداشته باشد؛ ۴) وابسته به حزب سیاسی یا دیگر منابع خارجی نباشد؛ و ۵) تأسیس و مبنای حزب بر مبنای قومیت، سمت، زبان و مذهب فقهی جواز ندارد. جمعیت و حزبی که مطابق به احکام قانون تشکیل می شود، بدون موجبات قانون و حکم محکمه با صلاحیت منحل نمی شود.» مفهوم مخالف نص این ماده این است که حق تشکیل حزب سیاسی از جمله حق های انحصاری افغان ها بوده است.

حقوق اساسی که بیگانگان می توانند از آن متمتع شوند: در گذشته دانشمندان حقوق اساسی بر این نظر بوده اند که حقوق اساسی حاوی دو دسته احکام است: دسته اول احکامی است که

مربوط ساختار قوای ثلاثه اعم از اجرائیه، مقننه و قضائیه و چگونگی نقش اتباع در ایجاد آن؛ و دسته دوم مربوط حقوق و آزادی های اشخاص حقیقی اعم از تبعه و غیر تبعه می گردد. این نگاه به حقوق اساسی نگاهی کلاسیک و سنتی است.

امروزه حقوق و آزادی های اساسی از مضمون حقوق اساسی جدا شده و در مضمون جداگانه تحت عنوان حق های اساسی و آزادی های عمومی مورد بحث قرار می گیرد. باوجوداین، چون دسته دوم قواعد که متأثر از حقوق بشری است مربوط انسان صرف نظر از ملیت، تابعیت، نژاد، رنگ و غیره اش که حیثیت، شرف و کرامت ذاتی دارد می گردد. بنابراین، اتباع غیر افغانستان به سبب انسان بودن می توانند از این حقوق بهره مند گردند. برخی از این حقوق عبارت اند از:

اول- حق حیات و زندگی: طبق ق. ۱ اتباع بیگانه در افغانستان، مانند اتباع افغانستان از حق حیات متمتع اند. بنابراین، هیچ شخص نمی تواند بدون اجازه قانون اتباع بیگانه را از این حق محروم نماید. ماده ۲۳ ق. ۱ در این باره به صراحت گفت: «زندگی موهبت الهی و حق طبیعی انسان است. هیچ شخص بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی گردد». قانونگذاری اساسی در نص این ماده کلمه انسان را ذکر کرده است و انسان شامل شهروند افغانستان و بیگانه می شود؛^{۱۸۷}

دوم- حق آزادی و احترام به کرامت انسانی: طبق ق. ۱ اتباع بیگانه حق آزادی و احترام شدن منحص انسان را داشتند. ماده ۲۴ ق. ۱ در این باره می گفت: «آزادی حق طبیعی انسان است. این حق جز آزادی دیگران و مصالح عامه که توسط قانون تنظیم می گردد، حدودی ندارد. آزادی و کرامت انسان از تعرض مصوون است. دولت به احترام و حمایت آزادی و کرامت انسان مکلف می باشد». قانونگذاری اساسی در نص این ماده کلمه انسان را ذکر کرده است و انسان شامل شهروند افغانستان و بیگانه می شود؛ و

سوم- حق آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات: اتباع بیگانه حق آزادی مراسلات و محرمیت مکاتبات را دارند. ماده ۳۷ ق. ۱ در این باره تصریح می نمود: «آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشد و چه به وسیله تلفون، تلگراف و وسائل دیگر، از تعرض مصوون است. دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون». قانونگذاری اساسی در نص این ماده کلمه اشخاص را ذکر کرده است و اشخاص شامل شهروند افغانستان و بیگانه می شود.

^{۱۸۷}. به نظر می رسد نویسندگان و تدوین کنندگان قانون اساسی با ظرافت خاص، میان حقوق اتباع و حقوق انسان قطع نظر از تبعه و عدم تبعه بودنش تفکیک قائل شده، در موادی حاوی حقوق اتباع کلمه تبعه و در موادی که حاوی حقوق انسان است کلمه شخص یا انسان را استعمال نموده اند.

۲- حقوق و تکالیف بیگانگان در ساحه حقوق جزاء: اتباع بیگانه در ساحه حقوق جزاء نیز دارای یکسلسله حقوق و مکلفیت هستند:

- حقوق بیگانگان در ساحه حقوق جزاء: طبق قوانین نافذه افغانستان اتباع بیگانه در ساحه حقوق جزاء دارای حقوق ذیل اند:

اول- حق بری الذمه شناخته شدن: برائت الذمه حالت اصلی است. این اصل در مورد اتباع افغانستان و بیگانگان به طور یکسان قابل تطبیق است. بنابراین، بیگانگان در اصل بی گناه شناخته می شوند، مگر اینکه به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه شناخته شوند. ماده ۲۵ ق. ۱ در این باره می گفت: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.»

همچنین، ماده ۲۷ ق. ۱ در این مورد می گفت: «[...] هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار یا توقیف نمود، مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود، مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.» قانونگذاری اساسی در این دو ماده کلمات شخص و متهم را استفاده کرده است که می تواند شهروند افغانستانی یا خارجی باشد؛

دوم- حق برخورداری از حق شخصی بودن جرایم: جرم یک عمل شخصی است. بنابراین، هیچ کس نمی تواند شخصی که یکی از اقارب یا دوستان یا سائر اشخاصی که وی به نحوی از انحاء با آنها ارتباط داشته و مرتکب جرم گردیده اند بدون اینکه شخص مذکور در ارتکاب جرم نقشی داشته باشد، گرفتار یا توقیف نماید. این اصل در مورد اتباع بیگانه نیز قابل تطبیق است. ماده ۲۶ ق. ۱ در این باره می گفت: «جرم یک عمل شخصی است. تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزاء بر او به شخص دیگری سرایت نمی کند.» قانونگذاری اساسی در این ماده کلمه متهم را استفاده کرده است که می تواند شهروند افغانستانی یا خارجی باشد؛

سوم- ممنوعیت منع شکنجه و تعیین جزای خلاف کرامت انسانی: طبق ق. ۱ بیگانگان از حق منع شکنجه مانند اتباع افغانستان برخوردار اند. ماده ۲۹ ق. ۱ در این باره می گفت: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف یا محکوم به جزاء باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.» قانونگذاری اساسی در این ماده کلمه شخص را استفاده کرده است که می تواند شهروند افغانستانی یا خارجی باشد؛

چهارم- حق داشتن وکیل مدافع: چون برائت الذمه حالت اصلی و این اصل در مورد اتباع بیگانه نیز قابل اجراء است. بنابراین، اتباع بیگانه نیز حق دارند، برای دفع اتهام به گرفتن وکیل دعوی

اقدام نمایند. ماده ۳۱ ق. ۱ در این باره می گفت: «هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند، در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محرمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن، از هر نوع تعرض مسؤولین می باشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.» قانونگذاری اساسی در این ماده کلمه شخص را استفاده کرده است که می تواند شهروند افغانستانی یا خارجی باشد؛

پنجم - حق برخورداری از داشتن ترجمان حین محاکمه: حق داشتن ترجمان و فهمیدن اتهامی که علیه شخص وارد می گردد، بیشتر در مورد اتباع بیگانه صدق می نماید. بنابراین، اتباع بیگانه که متهم به جرم گردیده اند، می توانند از حق داشتن ترجمان برخوردار گردند. ماده ۱۱ قانون اجرای جزائی منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۲ مؤرخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ هجری شمسی در این باره می گوید: «(۱) پولیس، خرنوال و محکمه مکلف اند برای مجنی علیه، مظنون یا متهمی که زبان مورد استفاده در اجرای تعقیب عدلی را نداند یا کر یا گنگ یا کر و گنگ باشد، زمینه حضور ترجمان را میسر سازند. برای اشخاص بی بضاعت در احوال مندرج ماده دهم این قانون به مصرف دولت ترجمان استخدام می گردد؛ (۲) ترجمان مکلف است، موضوع محوله را طور دقیق و کامل ترجمه نماید. در صورت ترجمه غلط، متناسب به نتایج به بار آورده، طبق احکام قانون مورد تعقیب عدلی قرار می گیرد.» و

ششم - حق مراجعه به قضاء و اقامه دعوی: اتباع خارجی حق مراجعه به قضاء و اقامه دعوی را نیز دارند. منتها، در این صورت، اتباع خارجی مکلف اند تمام شکلیات محاکماتی نظام حقوقی افغانستان را رعایت نمایند. ماده ۳۰ ق. م در این باره می گوید: «در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجرای احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که دعوی در آن اقامه یا اجرای آن به عمل آمده باشد.» تفصیل این ماده در مبحث تعارض قوانین خواهد آمد؛

هفتم - حق مصوونیت مسکن: مسکن اشخاص اعم از اتباع افغانستان و غیر اتباع از تعرض مسؤولین است. بنابراین، هیچ کس نمی تواند بدون مجوز قانونی وارد آن گردد. ماده ۳۸ ق. ۱ در این باره حکم می نماید که: «مسکن شخص از تعرض مسؤولین است. هیچ شخص، به شمول دولت، نمی تواند بدون اجازه ساکن یا قرار محکمه باصلاحیت و به غیر از حالات و طرزی که در قانون تصریح شده است، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش نماید. در مورد جرم مشهود، مامور مسؤول می تواند بدون اجازه قبلی محکمه، به مسکن شخص داخل شود یا آن را تفتیش کند. مامور مذکور مکلف است بعد از داخل شدن یا اجرای تفتیش، در خلال مدتی که قانون تعیین می کند قرار

محکمه را حاصل نماید). قانونگذاری اساسی در این ماده کلمه شخص را استفاده کرده است که می تواند شهروند افغانستانی یا خارجی باشد

- تکالیف اتباع خارجی در ساحه حقوق جزاء: نباید تصور کرد که اتباع خارجی در افغانستان مکلفیت جزائی ندارند. زیرا، تبعه خارجی که به منظور سیاحت، اقامت کار و بدون کار به قلمرو جمهوری اسلامی افغانستان وارد می شود، مکلف است احکام این قانون را در نظر گرفته و از آن اطاعت نماید» (ماده ۴ ق. م. ا. ا. ا). به صورت مشخص تر، اتباع خارجی در صورت ارتکاب جرائم آتی مجازات می گردند:

اول- در صورت دخول به خاک افغانستان بدون پاسپورت: طبق ق. م. ا. ا. ا شخصی که بدون داشتن پاسپورت، ویزه و سایر اسناد مسافرت وارد جمهوری اسلامی افغانستان گردد، مورد تعقیب عدلی و مجازات قرار می گیرد (ماده ۵۱ ق. م. ا. ا. ا).

دوم- وارد شدن به افغانستان با اسناد تقلبی: تبعه خارجی ای که با اسناد تقلبی وارد افغانستان گردد، مورد مجازات قرار می گیرد (ماده ۵۲ ق. م. ا. ا. ا). همچنین تبعه خارجی که اسنادی را توسط ادارات ذیربط افغانستان برایش داده می شود، تغییر دهد یا تحریف نماید، تحت تعقیب عدلی و مجازات قرار می گیرد (ماده ۵۲ ق. م. ا. ا. ا).

۳- حقوق اتباع خارجی در ساحه حقوق کار: علاوه بر اتباع داخلی، اتباع خارجی نیز در افغانستان حق کار را در ادارات دولتی و غیردولتی دارند.^{۱۸۸} ماده ۳ مقررۀ استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۸ مؤرخ ۱۳۸۴ هجری شمسی در این باره می گوید: «اتباع خارجی به اساس موافقنامه های دوجانه یا چند جانبه در ادارات مطابق احکام این مقررۀ استخدام شده می توانند». در باره نحوه استخدام اتباع خارجی ماده ۵ این مقررۀ می گوید: «۱) اتباع خارجی که سن هجده سالگی را تکمیل نموده، به سن نهائی تقاعد مندرج قانون کار نرسیده و تصدیق صحی کشور متبوع و مراجع مربوط وزارت صحت عامه افغانستان را کسب نموده باشد، به اشکال ذیل در ادارات استخدام می شود:

۱۸۸. ماده ۱ فقره ۱ مقررۀ استخدام اتباع خارجی در رابطه به تعریف اداره می گوید: «ادارات: عبارت از تمام ادارات دولتی، مختلط، خصوصی و مؤسسات غیر دولتی مقیم افغانستان می باشد». بنابراین، اتباع خارجی نه تنها در ادارات دولتی، بلکه در ادارات مختلط و مؤسسات خصوصی نیز حق کار را دارند. روی همین دلیل، ماده ۱۲ مقررۀ استخدام اتباع خارجی در افغانستان می گوید: «۱) تشبثات مختلط و خصوصی که متشبین خارجی یا مؤسسات بین المللی در آن سرمایه گذاری می نمایند، می توانند کارکنان و متخصصین خارجی مورد نظر را طبق احکام این مقررۀ و با در نظر داشت قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی در افغانستان استخدام نمایند؛ ۲) اتباع خارجی ای که در ادارات استخدام می شوند، اسناد تحصیلی خویش را عند الضرورت به وزارت کار و امور اجتماعی ارائه می نمایند». در چنین حالات، اتباع خارجی که می خواهند در افغانستان کار نمایند، باید ویزه اقامت و ویزه کار را از مراجع مسؤول به دست آورند (ماده ۱۵ مقررۀ استخدام اتباع خارجی در افغانستان).

الف) به اساس موافقنامه که بالاثر تقاضای ادارات دولتی و کشورها صورت گرفته و از طریق وزارت های امور خارجه و کار و امور اجتماعی طی مراحل گردیده باشد؛

ب) به اساس تقاضای فردی اتباع خارج که اجازه اقامت را در افغانستان کسب نموده و ادارات به او ضرورت داشته باشند؛

ج) استخدام اتباع خارجی در امور تخصصی خلاف رشته تحصیلی و تخصص جواز ندارد؛
د) اداره استخدام کننده مکلف است، وقتاً فوقتاً از نحوه اجراءات و وظایف استخدام شوند نظارت نماید. کار کردن مستلزم دریافت معاش و رخصتی و استراحت است. بنابراین، اتباع خارجی در افغانستان علاوه برحق کار، از حق رخصتی و استراحت نیز برخوردار اند. ماده ۱۱ فقره های ۱ و ۲ مقرر استخدام اتباع خارجی در افغانستان تصریح می نماید که: «۱) اتباع خارجی ای که مطابق احکام این مقرر به کار استخدام می شوند، دارای حق رخصتی با مزد مطابق اسناد تقنینی مرتبط به کار می باشند؛ و ۲) رخصتی ختم هفته برای کارکنان خارجی مانند کارکنان سائر ادارات دولتی به روز جمعه تأمین می گردد.»

۴- تکالیف اتباع خارجی در ساحت حقوق مالیه: اتباع خارجی که در افغانستان کار می نمایند یا مالک شرکت های خصوصی اند، مانند اتباع افغانستان مکلف به پرداخت مالیه به دولت افغانستان هستند. به عنوان اصل کلی، ماده ۴۲ ق. ۱ در این باره حکم می نمود: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند. هیچ نوع مالیه و محصول، بدون حکم قانون، وضع نمی شود. اندازه مالیه و محصول و طرز تأدیه آن، بارعایت عدالت اجتماعی، توسط قانون تعیین می گردد. این حکم در مورد اشخاص و مؤسسات خارجی نیز تطبیق می شود. هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می شود.»

به صورت مشخص تر، باید گفت که اشخاص حقیقی خارجی که در ادارات دولتی کار می نمایند مکلف به پرداخت مالیه است. ماده ۱۰ فقره های ۱ و ۲ مقرر استخدام اتباع خارجی در ادارات افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۸ مؤرخ ۱۳۸۴ هجری شمسی در این باره حکم می نماید که: «۱) اتباع خارجی که در ادارات استخدام می شوند، از عوائد ماهوار شان مطابق قانون مالیات بر عائدات، مالیه اخذ می گردد؛ ۲) اداره یا مؤسسه استخدام کننده مکلف است مالیه معاش یا مزد کارکنان مندرج ماده ۵ و فقره ۱ این ماده را مطابق احکام قانون مالیات بر عایدات و نورم های مندرج آن از معاش یا مزد ماهوار وضع و به حساب واردات دولت انتقال دهند.»

۲) حقوق بیگانگان در ساحت حقوق خصوصی: علاوه بر حقوق عمومی، اتباع بیگانه در ساحت حقوق خصوصی نیز دارای یکسلسله حقوق اند. باوجوداین، بهره مندی اتباع بیگانه در ساحت

حقوق خصوصی مطلق نیست و در این باره یکسلسله استثنائات وجود دارد که هر یک ذیلاً مطالعه می گردد:

۱- منع اکتساب عقار توسط اتباع بیگانه در ساحه حقوق عینی: با آنکه طبق ق. ۱ هیچ کس حق ندارد دیگران را از کسب ملکیت منع نماید،^{۱۸۹} ولی این اصل در مورد اتباع بیگانه قابل رعایت نیست. طبق ق. ۱ اتباع بیگانه نمی توانند عقار؛ یعنی: مالی که نقل و انتقال آن از یکجا به جای دیگر ممکن نیست، را خریداری و تملک نمایند. ماده ۴۱ قانون اساسی در این باره حکم می نمود: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می باشد. فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می باشد.»

به همین ترتیب، طبق ق. ۱ م اتباع خارجی نمی توانند اموال عقاری را در افغانستان براساس وصیت تملک نمایند. ماده ۲۱۱۲ فقره دوم قانون مدنی افغانستان در این باره حکم می نماید که: «اجانب نمی توانند بر اساس وصیت مندرج فقره (۱) این ماده حق ملکیت را در اموال عقاری کسب نمایند.» ولی، اتباع خارجی می توانند اموال منقول مجاز را طبق قانون خریداری و تملک نمایند. تفصیل این دو ماده در مبحث تقسیمات اموال گذشت.

۲- حقوق اتباع بیگانه در ساحه حقوق تجارت: علاوه بر اتباع افغانی بیگانگان نیز در ساحه حقوق تجارت از حقوق ویژه برخوردار اند که مسائل مربوط به آن را قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی در افغانستان منتشره جریده رسمی ۸۰۳ مؤرخ ۱۳۸۱ تنظیم می نماید. طبق این قانون اشخاص حقیقی خارجی می توانند در افغانستان سرمایه گذاری و تجارت نمایند.

۳- حقوق اتباع بیگانه در ساحه حقوق فامیل: اشخاص حقیقی خارجی نیز می توانند در افغانستان ازدواج نمایند یا زوجه خویش را طلاق دهند، به محکمه ذیصلاح جهت تفریق قضائی، پرداخت نفقه توسط شوهر، ثبوت نسب و نظیر اینها مراجعه نمایند که در باره قواعد آن در بخش بعدی مفصل تر بحث خواهیم نمود.

۴- حقوق اتباع بیگانه در ساحه حقوق وجایب: طبق ق. ۱ م اتباع خارجی می توانند به انعقاد عقود و انشاء ایقاعات مبادرت ورزند که در باره قواعد آن در بخش بعدی بحث خواهیم نمود.

۱۸۹. ماده ۴۰ ق. ۱ در این مورد حکم می نماید که: «ملکیت از تعرض مصوون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود، مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره نمی شود. استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تامین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز می باشد. تفتیش و اعلان دارایی شخص، تنها به حکم قانون صورت می گیرد.»

۵- حقوق اتباع بیگانه در ساحة حقوق میراث: طبق قانون مدنی اتباع خارجی نیز می توانند از مؤثر خویش ارث ببرند. زیرا، اکتساب اموال و دارایی از طریق ارث حقوقی نیست که منحصر به اتباع افغانستان باشد. بنابراین، هرگاه یک تبعه خارجی در افغانستان وفات نماید و از خود مال و دارایی به جا گذارد، ورثه وی می توانند اموال و دارایی وی را از طریق ارث اکتساب نمایند که تفصیل آن فصل تعارض قوانین خواهد آمد.

گفتار چهارم) وضعیت اشخاص حقوقی بیگانه در افغانستان

طبق قوانین افغانستان اشخاص حقوقی خارجی نیز می توانند در افغانستان ایجاد شوند و فعالیت نمایند. باوجوداین، باید دانست که از میان انواع اشخاص که تفصیل آنها در جلد اول این دور از شرح ق. م. ا گذشت، اشخاص حقوقی تجارتی انتفاعی، مانند: شرکت های تجارتی در افغانستان فعالیت نموده می توانند و مثالی که می توان به چنین شرکت ها ارائه کرد، عبارت اند از شرکت مخابراتی اتصالات، ام تی ان و امثالهم است. علت این امر این است که، چنانچه قبلاً بدان اشاره شد، علاوه بر اشخاص حقیقی افغانستانی اشخاص خارجی نیز می توانند به تأسیس چنین شرکت ها در افغانستان مبادرت ورزند.

همچنین اشخاص حقوقی غیر انتفاعی مانند، سازمان ملل متحد، اداره انکشافی ایالات متحده آمریکا، اداره کمک های تخنیکی آلمان و مؤسسات غیر دولتی بین المللی نیز می توانند در افغانستان فعالیت نمایند که حقوق و وجایب این اشخاص را قانون مؤسسات غیر دولتی تنظیم می نمایند. ولی، شخصیت های حُکمی خصوصی، مانند: احزاب سیاسی نمی توانند در افغانستان فعالیت نمایند. زیرا، حق تأسیس چنین اشخاص، چنانچه قبلاً بدان اشاره شد، از زمره حقوق انحصاری اتباع افغانی است.

بخش دوم
حقوق بین الملل خصوصی شکلی
(حل تعارض ها)

مقدمه و تقسیم مطالب

تعارض معادل واژه (Conflict) است که به معنی ناسازگاری، مخالفت، اختلاف داشتن، ستیز و عناد است که جمع آن تعارضات می باشد.¹ در حقوق بین الملل خصوصی شکلی تعارض به تعارض صلاحیت محاکم، تعارض توصیف ها و تعارض قوانین تقسیم می شود. هدف حقوق بین الملل خصوصی شکلی حل این تعارضات به نظر می رسد.

به حیث مثال، اگر دو تبعه افغان بخواهند در افغانستان ازدواج نمایند، خرید و فروش نمایند، وصیت نمایند، از یکدیگر ارث ببرند و سایر اعمال حقوقی را انجام دهند، در همه این موارد با توجه به این که در این موارد و قضایا عنصر خارجی یعنی دخالت تبعه خارجی مطرح نیست، در صورت بروز اختلاف محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارند.

علاوه براین، در این گونه موارد احاله قضیه از محاکم افغانستان به محاکم خارجی، حل تعارض توصیف ها و حل تعارض قوانین به دلیل عدم دخیل بودن عنصر خارجی یعنی تبعه خارجی بودن یکی از طرفین رابطه حقوقی اصلاً مطرح نمی گردد و این گونه دعاوی مربوط به حقوق داخلی است.

اما، در صورتی که یک تبعه مصری با تبعه افغانی در افغانستان ازدواج نماید این سؤال مطرح می گردد که در صورت بروز اختلاف محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به اختلاف محکمه افغانستان است یا محکمه دولت متبوع تبعه خارجی (تعارض صلاحیت محاکم)؟ آیا محاکم افغانستان می توانند قضیه را جهت رسیدگی به به قانون متبوع تبعه مصری احاله دهند (احاله)؟

مفاهیم حقوقی مرتبط به قضیه مانند شرایط ماهوی و شکلی عقد ازدواج چگونه توصیف شوند (تعارض توصیف ها)؟ در صورتی که هم قانون تبعه مصری و هم قانون تبعه افغانی بر قضیه قابل تطبیق باشند تعارض قوانین چگونه حل و فصل شود (تعارض قوانین)؟ در صورتی که قانون دولت

1. <https://www.vajehyab.com> (2016 / 17 / 6) (آخرین بازدید ۶/۱۷/۲۰۱۶).

متبوع تبعه مصری بر قضیه قانون قابل تطبیق باشد، آیا موانع برای اجرای آن در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد یا خیر (موانع تطبیق قانون خارجی)؟ در نهایت در صورتی که راجع به این قضیه محاکم مصر ذیصلاح شناخته شود و حکم صادر صادر نمایند، اما این حکم در افغانستان اجرا شود، موانع و میکانیسم اجرای آن چگونه است (میکانیسم و شرایط تطبیق حکم محکمه خارجی)؟

در پاسخ به این پرسش ها باید گفت که برای حل فصل قضایا در این گونه موارد که همه در برگیرنده تعارض اند اول باید تعارض صلاحیت محاکم حل و فصل شود. دوم باید مشخص نمود که آیا محاکم افغانستان صلاحیت احاله را به قانون مصر دارند. سوم تعارض توصیف ها حل و فصل گردد. چهارم تعارض قوانین حل و فصل گردد و سپس موانع تطبیق قانون خارجی و حکم محکمه مصر مورد بحث قرار گیرد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در حقوق بین الملل خصوصی شکلی، برخلاف حقوق ملی، برای حل و فصل یک دعوی حقوق بین الملل خصوصی که در آن عنصر خارجی دخیل است باید حل تعارض صلاحیت محکمه ذیصلاح (فصل اول)، احاله و حل تعارض توصیف ها (فصل دوم)، قواعد حل تعارض قوانین در ق. م (فصل سوم) و موانع تطبیق حکم قانون خارجی، تنفیذ حکم محکمه خارجی و محدودیت های آن (فصل چهارم) مورد بحث قرار گیرد:

فصل اول: حل تعارض صلاحیت محاکم

اولین مرحله حل تعارض قوانین، حل تعارض صلاحیت محاکم خارجی با محاکم افغانستان در قضیه ای که دارای عنصر خارجی است می باشد، زیرا حل تعارض قوانین و پیدا کردن قانون قابل تطبیق بر قضیه ای که دارای عنصر خارجی است وظیفه قاضی محکمه با صلاحیت است. بنابراین، تعارض محاکم باید قبل از تعارض قوانین حل شود.

در خصوص حل و فصل قضایای مربوط به حقوق بین الملل خصوصی بر خلاف حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل، حقوق بین الملل دریا ها و نظیر اینها محکمه بین الملل خاص وجود ندارد. بنابراین، قضایای حقوق بین الملل خصوصی معمولاً در محاکم داخلی کشور ها حل و فصل می شو. در این فصل تعریف تعارض صلاحیت محاکم (مبحث اول) و قواعد حل تعارض صلاحیت محاکم (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف تعارض صلاحیت محاکم

به نظر می رسد تعارض صلاحیت محاکم عبارت است از اختلاف در صلاحیت رسیدگی محاکم مختلف در قضیه ای که در آن عنصر خارجی دخیل است. تعارض محاکم زمانی واقع می شود که یک عامل خارجی در دعوی وجود داشته باشد.

به عنوان مثال، هرگاه یک تبعه افغانی با یک تبعه مصری عقد بیع منعقد نماید و سپس دعوی میان تبعه افغانی و تبعه مصری در مورد اجرای عقد، واقع گردد، این سؤال مطرح می شود که محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به این دعوی را دارد یا محاکم مصری. در این گونه موارد تعارض صلاحیت محاکم مطرح می گردد.

مبحث دوم) قواعد حل تعارض صلاحیت محاکم در ق. ا. م. م

تعارض صلاحیت محاکم توسط قواعد بین المللی حقوق بین الملل خصوصی و قواعد ملی دولت ها حل و فصل می شود. گاه گاهی این تعارض توسط قرارداد نیز حل و فصل می گردد. به حیث مثال، در بسیاری از قرارداد های که افغان ها با مؤسسات بین المللی مانند اداره توسعه ای ایالات متحده و نظیر آن می بندند، معمولاً در یکی از مواد قرارداد پیش بینی می شود که در صورت بروز نزاع، کدام محکمه (معمولاً محاکم امریکا) صلاحیت رسیدگی به نزاع و دعوی را دارند.

بنابراین، به موجب قرارداد مدنی و تجارتی که تفصیل آن در مبحث تعارض قوانین خواهد آمد طرفین معمولاً محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به اختلاف را پیش بینی می نمایند. همچنین، طرفین معمولاً مراجع حکمیت را در صورت بروز اختلاف در قرارداد پیش بینی می نمایند. در خصوص حل تعارض صلاحیت محاکم در سطح بین الملل تاکنون صرف یک معاهده بین المللی وجود دارد.

این معاهده عبارت از کنوانسیون حل تعارض صلاحیت محاکم^{۱۹۱} است که در ۳۰ جون ۲۰۰۵ منعقد شده است و در ۱ اکتوبر ۲۰۱۵ نافذ گردیده است. اتحادیه اروپا به جز دنمارک، مکسیکو و سنگاپور عضو این کنوانسیون اند. ایالات متحده امریکا این کنوانسیون را امضا نموده است، اما تصویب ننموده است.^{۱۹۲} افغانستان عضو این کنوانسیون نیست. بنابراین، این کنوانسیون بر افغانستان الزام آور نیست. این کنوانسیون توسط «کنفرانس هاگ در مورد حقوق بین الملل خصوصی»^{۱۹۳} تدوین گردیده است. کنفرانس هاگ در مورد حقوق بین الملل خصوصی یک سازمان بین المللی با ۸۱ عضو است. هدف این سازمان توسعه قواعد حقوق بین الملل خصوصی است. این سازمان در سال ۱۸۹۳ میلادی در هاگ ایجاد شد و به فعالیت آغاز کرد.^{۱۹۴}

در صورت سکوت قرارداد مدنی و تجارتی در خصوص مرجع حل و فصل دعوی اعم از محکمه و سایر مراجع که حکمیت و وساطت می نمایند، ق. ا. م. م و ق. ا. م. ت در برگیرنده یک سلسله احکام در مورد حل تعارض محاکم است. هرچند این احکام در مورد صلاحیت محاکم در سطح ملی اند، اما به نظر می رسد که می توانند در مورد حل تعارض محاکم در حقوق بین الملل خصوصی نیز مورد استفاده قرار بگیرند.

اما، به طور خاص طبق ماده نود و پنجم ق. ا. م. م: «رسیدگی دعوی قضایای مدنی مربوط به اتباع خارجی مقیم در افغانستان از صلاحیت محاکم جمهوری افغانستان است.» طبق نص این ماده رسیدگی دعوی قضایای مدنی مربوط به اتباع خارجی مقیم در افغانستان از صلاحیت محاکم

191. Convention on the choice of court agreement

192. En.m. wikipedia.org (Last visit: 20/ April, 2017).

193. Haque conference on private international law.

194. Wcl.americanlibquide. com (Last visit: 20/ April, 2017).

جمهوری افغانستان است. اتباع جمع تبعه است. تبعه خارجی شخص حقیقی یا حکمی است که تابعیت دولت افغانستان را نداشته باشد. مقیم در لغت به معنی متوطن و ساکن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد مقیم شخصی است که در محلی اقامت دارد.^{۱۹۵}

قضایای مدنی اتباع خارجی معمولاً در حوزه و ساحه حقوق بین الملل خصوصی واقع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد تبعه خارجی علیه حمیده تبعه افغانستانی دعوی نکاح، طلاق، تفریق، دین، شرکت مدنی، فسخ قرارداد و نظیر اینها داشته باشد، رسیدگی به این دعاوی در افغانستان از صلاحیت محاکم افغانستان است.

همچنین، اگر احمد و محمود دو تبعه خارجی در خصوص ارث، مال منقول، اهلیت و نظیر اینها علیه همدیگر در افغانستان دعوی داشته باشند، به دلیل دخالت عنصر خارجی در این گونه قضایا محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محاکم (مدنی) افغانستان در خصوص رسیدگی به دعاوی اتباع خارجی در افغانستان است.

طبق احکام ق. ا. م. م دو حالت قابل تصور است: دعوی تبعه خارجی علیه تبعه افغانی در محاکم افغانستان (گفتار اول) و دعوی تبعه افغانی علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان (گفتار دوم):

گفتار اول) اقامه دعوی تبعه خارجی علیه تبعه افغانی در محاکم افغانستان

تبعه خارجی ای که علیه تبعه افغانی در محاکم افغانستان اقامه دعوی می نماید، باید صلاحیت موضوعی یا ماهوی و صلاحیت حوزوی محاکم را جداً رعایت نماید در غیر آن محکمه ذیصلاح به دعوی رسیدگی نمی کند. به عبارت دیگر: در صورت عدم رعایت صلاحیت حوزه ای و موضوعی محکمه ذیصلاح قرار رد سمع دعوی را صادر می نماید. صلاحیت عبارت از اختیار و قدرت رسیدگی به دعوی و صدور حکم در مورد آن است. به عبارت دیگر: صلاحیت عبارت از اختیاری است که قانون به محکمه غرض تأمین عدالت در نوع خاص از دعوی و در قلمرو (محدوده معین) را می دهد.^{۱۹۶} صلاحیت محاکم به دو دسته است:

۱) صلاحیت موضوعی: صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه می تواند نوع خاص از دعوی را رسیدگی و حل و فصل نماید.^{۱۹۷} به حیث مثال، محکمه ابتدایی تجارتی مرکز از نظر صلاحیت موضوعی، صلاحیت رسیدگی به دعوی مدنی و جزایی را ندارد. در این خصوص برخی نویسندگان می نویسند که: صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیت

195. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 7/24/2019).

196. En.m. wikipedia.org (2017/10/3 (آخرین بازدید 3/10/2017)).

197. www.law.cornel.edu (last visit: 3/10/2017).

محکمه است جهت حل و فصل نوع معین دعوی و اصدار نوع حکم معین فیصله. به حیث مثال، محکمه جزایی صلاحیت رسیدگی به دعوی طلاق را ندارد. فیصله طلاق توسط محکمه فاقد صلاحیت موضوعی باطل است.^{۱۹۸}

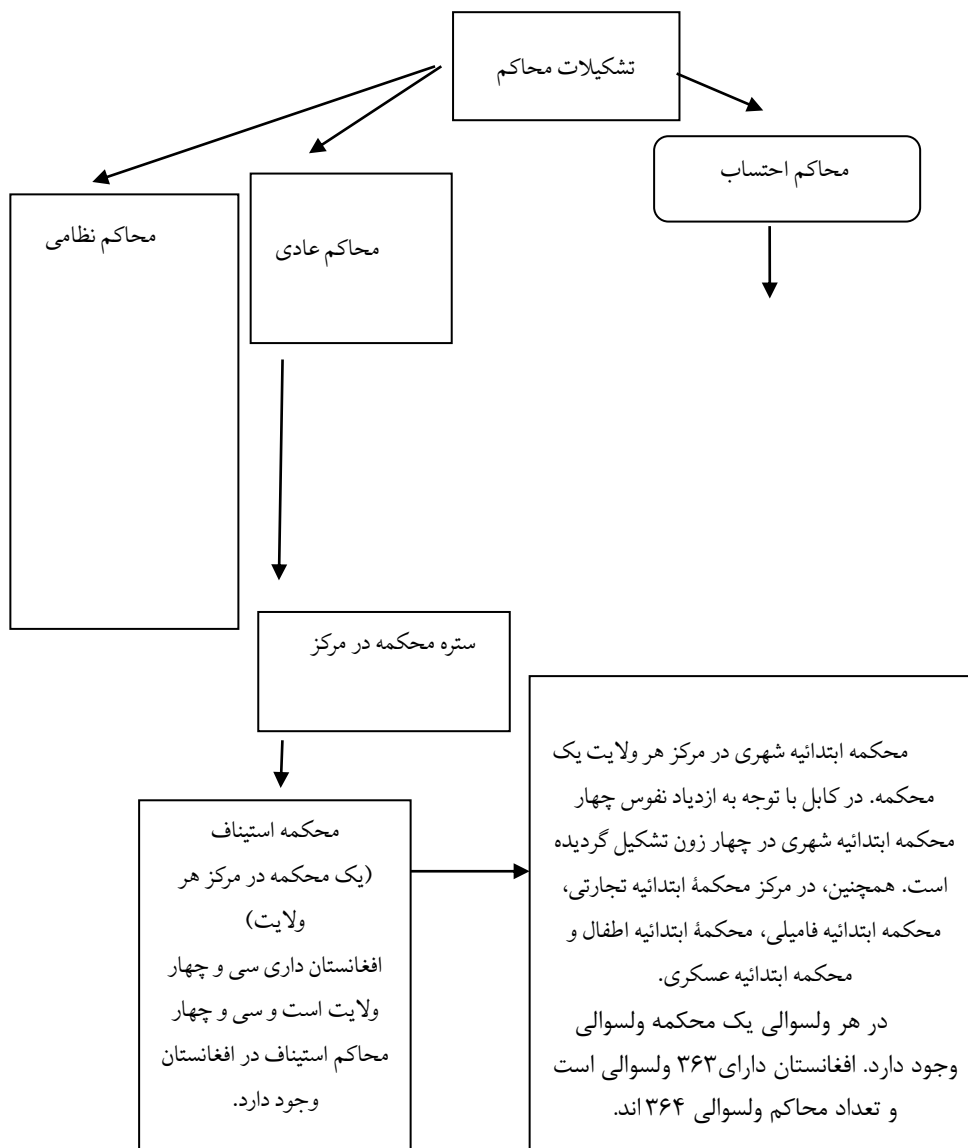
در صورتی که قضیه جهت حل و فصل به محاکم محول می گردد، در قدم اول محکمه مکلف است که در روشنایی قوانین نافذه صلاحیت رسیدگی خود را تشخیص نماید. در صورتی که صلاحیت رسیدگی به موضوع را داشته باشد، موضوع را رسیدگی نماید در غیر آن موضوع را توسط قرار قضایی به محکمه مربوطه محول نماید.

۲) صلاحیت حوزوی: صلاحیت حوزه ای به محدوده و قلمروی گفته می شود که محکمه صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی در آن را دارد.^{۱۹۹} به عبارت دیگر: صلاحیت حوزه ای عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه در قلمروه معین که شامل صلاحیت آن می گردد، به دعوی رسیدگی می نماید. به حیث مثال، محکمه ابتدایی ولسوالی پغمان صلاحیت رسیدگی به دعوی ای را که در ولسوالی شکرده واقع شده است ندارد بلکه از نظر حوزه ای این صلاحیت را صرف محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده دارد.

با توجه به صلاحیت حوزه ای و موضوعی محاکم تشکیلات محاکم مطابق قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و قانون تشکیل و صلاحیت محاکم خاص قرار ذیل است:

198 . William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 260.

199. Fa.m.wikipedia.org (last visit: 3/10/2017).



با سقوط جمهوریت امروزه محاکم خاص و اختصاصی وجود ندارد و تشکیلات سایر محاکم کماکان مانند گذشته است. همچنین، با ایجاد امارت اسلامی لایحه محاکم نافذ گردیده است که

صلاحیت و تشکیلات محاکم را تنظیم می نماید. بادر نظر داشت صلاحیت حوزه ای و موضوعی محاکم، صلاحیت حوزوی را اول در دعاوی مدنی و سپس در دعاوی تجارتی مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- صلاحیت حوزوی در دعاوی مدنی: قانون اصول محاکمات مدنی به تنظیم صلاحیت حوزوی در امور مدنی می پردازد. مانند اتباع داخلی، اتباع خارجی نیز در صورتی که دعوی داشته باشند، باید دعوی خویش را از محاکم ابتدائیه آغاز نمایند. ماده ۷۹ ق. ا. م. م در این خصوص حکم می نماید: «دعاوی مدنی در مرحله ابتدایی توسط محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی یا علاقه داری فیصله می شود جز در حالاتی که قانون طور دیگری تصریح کرده باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط است: اصل این است که دعاوی مدنی در محکمه ابتدائیه مدنی فیصله شود. این محاکم عبارت اند از: محکمه ابتدائیه شهری و ولسوالی. در حال حاضر، محکمه ابتدائیه ناحیوی وجود ندارد.

همچنین، محکمه علاقه داری در حال حاضر وجود ندارد. زیرا، ق. ا. م. م در سال ۱۳۶۹ نافذ گردیده است و در آن زمان محاکم ناحیوی و علاقه داری وجود داشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی حق ارتفاق، به حیث مثال، حق عبور آب از زمین محمود را نماید، باید دعوی خویش را بر حسب مورد از محکمه ابتدائیه شهری یا ولسوالی آغاز نماید. اما، امروزه این دو محکمه عملاً وجود ندارد. استثنای این اصل رسیدگی به دعاوی توسط محاکم غیرابتدائیه شهری و ولسوالی است که در قوانین پیش بینی شده است مانند رسیدگی دعاوی توسط محاکم خاص و محاکم اختصاصی. طبق ق. ا. م. م صلاحیت حوزه وی محاکم مدنی تابع قواعد ذیل است:

- براساس ماده ۸۱ ق. ا. م. م: «۱- دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می گردد؛ ۲- هرگاه مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد دعوی مدنی علیه وی در محکمه رسیدگی می شود که مدعی علیه حین استدعا در حوزه قضایی آن سکونت داشته باشد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می گردد. این قاعده عمومی است. طبق نص این ماده، هرگاه یک خارجی علیه تبعه افغانی بخواهد اقامه دعوی نماید، باید به محکمه محل اقامت مدعی علیه مراجعه نماید. به حیث مثال، هرگاه مدعی علیه در ولسوالی پغمان اقامتگاه داشته باشد، تبعه خارجی باید دعوی را در محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان اقامه نماید.

دوم این که: اگر مدعی علیه محل سکونت متعدد داشته باشد، دعوی مدنی در محکمه ای اقامه می شود که در وقت استدعا، مدعی علیه در حوزه قضایی آن سکونت دارد. استدعا در لغت به معنی

درخواست و تقاضا، خواهش و التماس است.^{۲۰۰} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، استدعا خواستن حق از محکمه است.

طبق نص این ماده هرگاه یک تبعه خارجی علیه تبعه افغانی اقامه دعوی نماید و تبعه افغانی محل سکونت متعدد داشته باشد، تبعه خارجی باید به محکمه ای اقامه دعوی نماید که تبعه افغانی در وقت اقامه دعوی در حوزه قضایی آن سکونت می نماید. به حیث مثال، اگر احمد در بهار در کابل زندگی نماید و در زمستان در شهر قندهار، تبعه خارجی باید تشخیص دهد که احمد در کدام اقامتگاه زندگی می نماید. اگر تبعه افغانی در بهار در قندهار سکونت نماید و عملاً حضور داشته باشد، تبعه خارجی باید دعوی خویش در محکمه ابتدائیه شهری قندهار علیه تبعه افغانی اقامه نماید.

سربازان، محصلان و متعلمان در محلاتی که مصروفیت و وظیفوی دارند، به حیث مدعی علیه عرض وجود می نمایند

متحد المال شماره (۲۷۹۴ - ۲۷۹۶) مؤرخ ۱۹ / ۸ / ۱۳۸۹ ریاست دارالانشای شورای عالی
ستره محکمه ج.ا.

ریاست محکمه استیناف ولایت فاریاب بالاثار استهدائیه محکمه ابتدائیه ولسوالی پشتونکوت مراتب
ذیل را طالب هدایت شده اند:

«در مورد اینکه اشخاص عادی مدعی علیه قرار گیرند مفهوم ماده ۸۱ قانون اصول محاکمات مدنی صراحت داشته و در حصه منسوبین قوای مسلح و غیره کارمندان دولتی دستور ماده ۸۵ قانون مذکور مرعی الاجراء دانسته شده است مگر راجع به محصلین، سربازان و متعلمین که در دعوی حقوقی مدعی علیه واقع گردند قانون مذکور مسکوت عنه می باشد. بناءً در باره سه گروه اخیر الذکر طالب هدایت می باشیم که در کدام کتگوری شامل و محتوی کدام ماده بر آنها قابل تطبیق است لطف نموده موضوع را مشرحاً هدایت خواهند نمود.»

ریاست محترم تدقیق و مطالعات مطلب مورد استهداء را تحت مطالعه تدقیقی قراردادده چنین ابراز نظر به عمل آورده اند.

«از جریان بر میآید که استهدائیه در باره عدم صراحت محل حل و فصل دعاوی حقوقی مربوط به محصلان، سربازان و متعلمان با ذکر کلمه تذکر از نام آنها مسکوت عنه تلقی گردیده است اما مفهوم ماده ۸۱ و ۸۶ قانون اصول محاکمات مدنی به صورت کل روشن و واضح است. اگر محصلان و سربازان و متعلمان در محل دور از سکونت اصلی شان قرارد داشته باشند در همان محلی که به شغل تحصیل، تعلیم و سربازی مصروف اند، در همان محلات به حیث مدعی علیه در مسایل حقوقی قرار می گیرند.»

چینی که محتوی استهاده و نظر تدقیقی مرتب بر آن به جلسه مورخ ۱۳۸۹/۸/۴ به مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید، پس از بحث در زمینه قرار مصوبه ۸۰۰ هدایت ذیل را صادر فرمودند:

«نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید شد. نظر ارائه شده به جمیع محاکم طور متحدالmaal
 اخبار گردد.»^{۲۰۱}

این حکم، چنانچه گفته، حکم کلی تنظیم کننده صلاحیت حوزوی در قضایای مدنی است. اما، شرایط و اوضاع و احوالی وجود دارند که به موجب آنها قواعد خاص در خصوص صلاحیت حوزه ای محاکم به شرح ذیل ممکن است اعمال گردند:^{۲۰۲}

- براساس ماده ۸۲ ق. ا. م. م: «در صورتی که زن شوهر دار مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که زن شوهر دار، مدعی علیها باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر او است، زیرا اقامتگاه زن شوهر دار، اقامتگاه شوهر او است.

به نظر می رسد طبق نص این ماده زن شوهر دار اقامتگاه مستقل ندارد که عاری از ایراد نیست. زیرا، نص این ماده اصل برابری اتباع در برابر قانون که در ماده ۲۲ ق. ا تضمین شده است را نفی می نماید. بنابراین، نص این ماده مخالف ماده ۲۲ ق. ا به نظر می رسد. به نظر می رسد دلیل این که اقامتگاه زن شوهر دار، اقامتگاه شوهر است، این است که به موجب عقد ازدواج مرد مکلف است به زوجه نفقه فراهم نماید. نفقه زوجه مطابق ق. م شامل لباس، مسکن، طعام و مصارف تدای می شود. مسکن چیزی جز محل اقامت نیست که توسط زوج به زوجه فراهم می شود.

طبق نص این ماده در صورتی که شخص ثالث علیه زن شوهر دار اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل سکونت شوهر است. همچنین، در صورتی که یک تبعه خارجی علیه زن شوهر دار بخواهد راجع به مسایل حقوق خصوصی که در آن عنصر خارجی دخیل است مانند قرارداد، شرکت و نظیر اینها اقامه دعوی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت شوهر، زن شوهر دار است. به حیث مثال، اگر جمیله با احمد در ولسوالی قره باغ زندگی نماید و جان تبعه فرانسوی علیه جمیله دعوی مربوط به مسایل حقوق خصوصی داشته باشد، باید دعوی خویش در محکمه ابتدائیه ولسوالی قره باغ اقامه نماید.

- وفق ماده ۸۳ ق. ا. م. م: «در صورتی که دختر حائز سن ازدواج یا دارای اهلیت حقوقی کامل مدعی علیه باشد، رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر یا محارم شرعی می باشد

۲۰۱. محمد عثمان ژوبیل (____). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۲۷۹ و ۲۸۰.

۲۰۲. به عبارت دیگر: ماده ۸۱ ق. ا. م. م اصل است. استثنائات ماده ۸۱ ق. ا. م. م در مواد بعد توضیح می گردد.

که متکفل اعاشه و پرورش وی است.» طبق نص این ماده در صورتی که دختر سن حایز ازدواج یعنی ۱۶ ساله یا دارای اهلیت حقوقی یعنی ۱۸ ساله مدعی علیها باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت پدر او یا سایر محارم شرعی او می باشد. زیرا، اقامتگاه دختر قبل از ازدواج اقامتگاه پدر و در صورت عدم موجودیت پدر اقامتگاه سایر محارم شرعی او اعم نسبی و رضایی می باشد که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م خواهد آمد. طبق نص این ماده، هرگاه یک تبعه خارجی علیه یک دختر افغان بخواهد در مسایل حقوق مدنی دعوی نماید، محکمه ذیصلاح، محکمه محل اقامت پدر و سایر محارم شرعی مانند برادر، پدر کلان، کاکا، ماما و امثال اینهای دختر است.

به حیث مثال، اگر جمیله با پدرش در شهر مزار شریف زندگی نماید و جان علیه او بخواهد دعوی نماید، باید دعوی را در محکمه ابتدائیه شهری مزار شریف اقامه نماید. در صورت عدم موجودیت پدر، محکمه ذیصلاح محکمه محارم شرعی جمیله مانند برادر، کاکا، ماما، برادرزاده، پدر کلان و نظیر اینها است. زیرا، فرض بر این است که جمیله در صورت عدم موجودیت پدر با یکی از محارم زندگی می نماید. ایرادی که بر نص ماده ۸۲ وارد است بر نص این ماده نیز وارد به نظر می رسد.

- طبق ماده ۸۴ ق. ا. م. م: «هرگاه شخص فاقد یا ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی یا قیم می باشد.» چنانچه در جلد اشخاص و جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، به نظر می رسد هیچ شخص فاقد اهلیت نیست. بنابراین، عبارت «فاقد اهلیت» در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. ناقص اهلیت شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده است یا به دلیل عوارض اهلیت، اهلیت او صدمه دیده است مانند مجنون، معتوه، سفیه، طفل غیر ممیز، طفل ممیز و نظیر اینها.

طبق نص این ماده در صورتی که شخص ناقص اهلیت، مدعی علیه باشد، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل اقامت ولی، وصی و قیم شخص ناقص اهلیت می باشد. دلیل این که محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت ولی، وصی و قیم است، این است که، چنانچه بحث آن در مبحث تابعیت گذشت، افراد ناقص اهلیت اقامتگاه مستقل ندارند و اقامتگاه آنها اقامتگاه نایب قهری آنها که عبارت از ولی، وصی و قیم است می باشد.

دلیل دیگر این است که در چنین دعاوی ولی، وصی و قیم به نمایندگی از فرد ناقص اهلیت باید به دفع دعوی پردازد، زیرا فرد ناقص اهلیت چنانچه از نام آن روشن است ناقص اهلیت است و یکی از شرایط دعوی واجد اهلیت بودن طرفین است. در صورتی که طرفین ناقص اهلیت باشند، نایب قراردادی مانند وکیل و نایب قهری مانند ولی، وصی و قیم آنها به نمایندگی از آنها به دعوی و دفع دعوی می پردازند. تعریف ولی، وصی و قیم در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

- براساس ماده ۸۵ ق. ا. م. م: «اقامتگاه محجور، مفقود و غایب اقامتگاه قایم مقام قانونی آنها می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) اقامتگاه محجور علیه، اقامتگاه قایم مقام قانونی او است. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته و نظیر اینها.^{۲۰۳} قایم مقام در لغت به معنی جانشین است. قایم مقام محجور علیه، اگر طفل باشد ولی و وصی و اگر مجنون، معتوه، سفیه و غافل باشد قیم است. به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و مدعی علیه قرار بگیرد، مدعی باید در محکمه محل سکونت قیم احمد اقامه دعوی نماید.

(۲) اقامتگاه مفقود اقامتگاه قانونی قایم مقام مفقود مانند ورثه مفقود است. مفقود اسم مفعول از ریشه «فقد» گرفته شده است که در لغت به معنی گم شدن است. بنابراین، مفقود در لغت به معنی گم شده است. براساس فقه مفقود عبارت از کسی است که از شهر و محل سکونت خود چنان ناپدید شده که اثری از او در دست نباشد و از زمان ناپدید شدن او چنان زمانی گذشته باشد که معلوم نباشد که آیا زنده است یا مرده.^{۲۰۴}

به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی چهارآسیاب زندگی نماید و از اقامتگاه خویش مفقود گردد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد مکلف در محکمه ابتدائیه ولسوالی چهارآسیاب محلی که قایم مقام احمد مانند وکیل، ورثه و سایر اشخاصی که جانشین یا قایم مقام احمد تلقی می گردند، اقامه دعوی نماید.

(۳) اقامتگاه غایب اقامتگاه قانونی قایم مقام غایب مانند ورثه و وکیل غایب است. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۲۰۵} به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی چهارآسیاب زندگی نماید و از اقامتگاه خویش غایب گردد و محمود بخواهد علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد مکلف در محکمه ابتدائیه ولسوالی چهارآسیاب محلی که قایم مقام احمد مانند وکیل، ورثه و سایر اشخاصی که جانشین یا قایم مقام احمد تلقی می گردند، اقامه دعوی نماید.

۲۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

۲۰۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۷۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۱.

۲۰۵. ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۲.

- براساس ماده ۹۷ ق. ا. م. ا: «رسیدگی دعوی تفریق به سبب غیابت یا مفقودی زوج از صلاحیت محکمه محل سکونت مدعی می باشد.» طبق نص این ماده در دعوی تفریق به سبب غیابت یا مفقودی زوج محکمه ذیصلاح، محکمه محل سکونت مدعی است. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.^{۲۰۶} چون این جدایی میان زن و مرد توسط قاضی گاه در اثر مطالبه زن، مانند: عدم انفاق شوهر، وجود عیب جنسی در شوهر، حبس و غیبت شوهر صورت می پذیرد آن را تفریق قضایی می گویند. در اصطلاح حقوق مدنی به نظر می رسد تفریق قضایی عبارت است از طلاق زوجه توسط قاضی در اثر تقاضای زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، غیابت، ضرر، ارتداد یکی از زوجین، ایلاء، ظهار و لعان.

به حیث مثال، اگر احمد از محل اقامت خویش مفقود گردد و زوجه احمد جولی تبعه خارجی باشد و بخواهد مطالبه تفریق قضایی به دلیل مفقود بودن احمد نماید، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت جولی است. همچنین، اگر احمد و جولی تبعه خارجی زن و شوهر باشند و احمد به جمهوری اسلامی ایران برود و غایب گردد، جولی تبعه خارجی می تواند در محکمه ذیصلاح مراجعه و مطالبه تفریق قضایی نماید. در هر دو مثال، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت جولی است. به حیث مثال، اگر جولی در ولسوالی پغمان زندگی نماید، می تواند به محکمه ابتدائیه مدنی، دیوان احوال شخصیه ولسوالی پغمان مراجعه نماید.

- براساس ماده ۹۸ ق. ا. م. م: «رسیدگی دعوی تفریق به سبب حبس علیه زوج محبوس مطابق احکام قانون از صلاحیت محکمه محل حبس زوج می باشد.» حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.^{۲۰۷} در اصطلاح حقوق جزا، ماده ۱۳۹ کد جزا در تعریف حبس می گوید: «حبس عبارت است از زندانی ساختن محکوم علیه به حکم قطعی یا نهایی محکمه در یکی از محابس که از طرف دولت به این منظور اختصاص یافته است.»

طبق نص این ماده در دعوی تفریق براساس حبس زوج، محکمه ذیصلاح، محکمه محل حبس زوج است. مدعی در این دعوی زوجه خارجی است که می تواند در محکمه ای که محل حبس زوج در حوزه قضایی آن موقعیت دارد علیه شوهر مبنی بر تفریق قضایی بعد از سپری شدن ۵ سال اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، اگر احمد زوج جولی تبعه خارجی مرتکب قتل و محکوم به ده سال حبس در اثر حکم قطعی محکمه شود، جولی می تواند بعد از سپری شدن پنج سال از محکمه محل اقامت خویش مطالبه تفریق نماید.

۲۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.
 ۲۰۷. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۲۶) <https://www.vajehyab.com>

- طبق ماده ۹۹ ق. ا. م. م: «اقامه دعوی به سبب ضرر علیه زوجی که در افغانستان محل سکونت یا اقامت داشته مدعی علیه بعد از تحقق اسباب ضرر، زوجه خود را ترک و به خارج فرار نموده باشد در محکمه محل سکونت زوجه صورت می گیرد.» طبق نص این ماده اقامه دعوی به سبب ضرر علیه زوجی که محل اقامت یا سکونت در افغانستان داشته است و بعد از تحقق اسباب ضرر از افغانستان به خارج از افغانستان فرار نموده باشد، در محکمه محل سکونت زوجه صورت می گیرد. به نظر می رسد اقامتگاه و محل سکونت در نص این ماده مترادف استعمال شده اند.

برخی نویسندگان در خصوص تفاوت محل سکونت و اقامتگاه می نویسند: میان اقامتگاه و محل سکونت دو تفاوت وجود دارد. محل سکونت عبارت از محلی است که شخص در آن زندگی می نماید. یک شخص می تواند چندین محل سکونت داشته باشد. به حیث مثال، خانه در شهر، خانه در ساحل، واحد مسکونی (آپارتمان) در مملکت دیگر. اما، اقامتگاه عبارت از محلی است که که: (۱) یک شخص از نظر فیزیکی در آن حضور دارد؛ و (۲) شخص قصد دارد آن محل را خانه دایمی خود بسازد.^{۲۰۸}

طبق نص این ماده، زوجه خارجی می تواند علیه شوهر خویش در محکمه محل سکونت خویش اقامه دعوی نموده و مطالبه تفریق قضایی براساس ضرر نماید. به حیث مثال، اگر جولی تبعه خارجی و احمد زن و شوهر باشند و هر دو در ولسوالی پغمان زندگی نمایند و احمد جولی را لت و کوب و سپس از افغانستان فرار نماید و جولی بخواهد به دلیل ضرر جسمی از احمد تفریق قضایی بگیرد، محکمه ذیصلاح محکمه محل اقامت زوجه یعنی محکمه ابتدائیه ولسوالی سرای خواجه است.

- براساس ماده ۸۶ ق. ا. م. م: «هرگاه کارکنان دولت، منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی مدعی علیه باشند رسیدگی دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها می باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که کارکنان دولت و منسوبین قوای مسلح در قضایای مدنی، مدعی علیه باشند، رسیدگی به دعوی از صلاحیت محکمه محل کار آنها است. به نظر می رسد در مفهوم محدود کارکنان دولت شامل تمام کارکنان بست های اول الی هشتم که در بخش های اداری و مالی شورای ملی، حکومت و بخش های اداری و مالی قوه قضائیه ایفای وظیفه می نمایند می شود. منسوبین قوای مسلح شامل منسوبین پولیس، امنیت ملی و اردوی ملی می شود.

نص این ماده در مورد دعاوی مدنی است که در مورد تعیین محکمه ذیصلاح در حقوق بین المللی خصوصی نیز قابل تطبیق به نظر می رسد. بنابراین، اگر احمد در مرکز هرات منحیث کارکن دولت ایفای وظیفه نماید اما اقامتگاه او یکی از ولسوالی های هرات باشد و زید تبعه خارجی علیه

احمد دعوی دین داشته باشد، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی محمود علیه احمد، محکمه ابتدائیه شهری هرات است.

همچنین، اگر احمد در شهر مزار شریف من حیث منسوب اردوی ملی یا امنیت ملی ایفای وظیفه نماید و اقامتگاه احمد یکی از ولسوالی های ولایت مزار باشد و زید تبعه خارجی علیه احمد دعوی دین یا ودیعت داشته باشد، محکمه ذیصلاح برای رسیدگی به دعوی مدنی علیه احمد، محکمه ابتدائیه شهری بلخ است.

- طبق ماده ۹۰ ق. ا. م. م: «محکمه ذیصلاح برای رسیدگی معاملات مدنی تاجر یا پیشه وری که مدعی علیه باشد محکمه محل تجارت، پیشه یا محکمه محل سکونت اصلی وی است». طبق نص این ماده محکمه ذیصلاح در رسیدگی به دعوی علیه تاجر و پیشه ور محکمه محل تجارت و پیشه یا محکمه محل سکونت اصلی تاجر و پیشه ور می باشد. بنابراین، مدعی خارجی در چنین حالتی، سه گزینه دارد:

۱) اقامه دعوی مدنی در محکمه محل تجارت تاجر. به حیث مثال، اگر احمد تاجر باشد و تجارتخانه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد و محمود تبعه بخواد دعوی را علیه محمود اقامه نماید، احمد مکلف است در محکمه ابتدائیه شهری فیض آباد علیه محمود تاجر اقامه دعوی نماید.

۲) قانونگذار مدنی بعد از کلمه تاجر «یا» را استعمال نموده است. بنابراین، تاجر و پیشه ور در نص این ماده مترادف به نظر می رسند. پیشه در لغت به معنی شغل، حرفه، کار، عمل، صنعت، کسب و مشغله است.^{۲۰۹} به حیث مثال، اگر احمد تاجر یا پیشه ور باشد و تجارتخانه یا محل پیشه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد و محمود تبعه خارج بخواد دعوی دین را علیه محمود اقامه نماید، احمد مکلف است در محکمه ابتدائیه شهری فیض آباد علیه محمود تاجر اقامه دعوی نماید.

۳) اقامه دعوی مدنی در محل سکونت اصلی تاجر و پیشه می تواند اقامه گردد. به حیث مثال، اگر احمد تاجر یا پیشه ور باشد و تجارتخانه یا محل پیشه احمد در شهر فیض آباد موقعیت داشته باشد، اما محل سکونت اصلی احمد ولسوالی شکرده باشد و محمود تبعه خارجی بخواد دعوی دین را علیه محمود اقامه نماید، احمد مکلف است در محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده علیه محمود تاجر اقامه دعوی نماید.

- طبق ماده ۹۱ ق. ا. م. م: «در صورتی که برای اجرای يك معامله معین قانونی اقامتگاهی اختیار گردد محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی ناشی از معامله محکمه اقامتگاه اختیار شده است».

معامله که از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است^{۲۱۰} با عقد فرقی ندارد. ولی، چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقود که از طرف هر يك از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد یا تمليك شده باشد، استعمال می گردد.^{۲۱۱} به بیان دیگر، معامله بیشتر به معنای معاقده و تصرفات حقوقی دوجانبه و در مفهومی کاملاً خاصتر به معنای خرید و فروش به کار برده می شود.^{۲۱۲} از همین رو، به عقدی که موضوع آن ازدواج باشد، عقد و به عقدی که موضوع آن خرید و فروش باشد، معامله می گویند. اقامتگاه اختیاری، عبارت از اقامتگاه است که شخص به اختیار برای خویش بر می گزیند.^{۲۱۳} به عبارت دیگر: اقامتگاه اختیاری عبارت از محلی است که یک شخص انتخاب و جایگزین اقامتگاه قبلی خویش می نماید.^{۲۱۴}

به حیث مثال، هرگاه شخص بالغ و دارای اهلیت به قصد ماندن دایمی در یک شهر اقامت گزیند، در حالی که آن محل اقامت متفاوت از محل اقامت قبلی او باشد، چنین اقامتگاهی، اقامتگاه اختیاری او است.^{۲۱۵} طبق نص ماده ۹۱ ق. ا. م. م در صورتی که برای اجرای يك معامله معین قانونی اقامتگاهی اختیار گردد محکمه ذیصلاح برای رسیدگی دعوی ناشی از معامله محکمه اقامتگاه اختیار شده است.

به حیث مثال، اگر یک دانشگاه در کابل یک استاد خارجی را به عنوان استاد دایمی استخدام نماید و استاد بخاطر تدریس در کابل اقامتگاه اختیار نماید در حالی که اقامتگاه اصلی او خارج باشد، در صورتی که استاد مطابق قرارداد مضامین را تدریس نماید، اما دانشگاه معاش و امتیازات او را پرداخت ننماید و استاد بخواهد علیه دانشگاه اقامه دعوی پرداخت معاش و امتیازات را نماید، محکمه ذیصلاح محکمه اقامتگاه اختیاری استاد است؛ به این توضیح که محکمه ذیصلاح محکمه ای مدنی یکی از زون های چهارگانه کابل است نه خارج. بنابراین، استاد می تواند در یکی از محاکم مدنی زون های چهارگانه کابل تا توجه به این که در کدام ناحیه زندگی می نماید، اقامه دعوی نماید.

۲- صلاحیت حوزوی محاکم در دعاوی تجارتي: صلاحیت حوزوی محاکم تجارتي در قانون اصول محاکمات تجارتي مقرر شده است:

۲۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۲.

۲۱۱. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۱۵۹.

۲۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۳.

۲۱۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۳.

214. Peter hay, Patrick J. Borchers and Ricarhd D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th ed, USA: Foundation Press, p 10.

215. D. L. A. Barker and C. Padfield, (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 91.

اول- طبق ماده ۶ قانون اصول محاکمات تجارتي: «با در نظر گرفتن احکام ساير مواد اين فصل دعاوی تجارتي در محکمه ای دایر می گردد که اقامتگاه قانونی مدعی علیه در حوزه قضایی آن واقع باشد. هرگاه مدعی علیه متعدد موضوع دعوی واحد یا موضوع متعدد ولی به یکدیگر مربوط باشد، دعوی در محکمه اقامتگاه یکی از مدعی علیه که در حوزه قضایی واقع باشد، اقامه می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که دعاوی تجارتي در محکمه ای دایر می گردد که اقامتگاه قانونی مدعی علیه در حوزه قضایی آن واقع باشد. دوم این که هرگاه مدعی علیه متعدد موضوع دعوی واحد یا موضوع متعدد ولی به یکدیگر مربوط باشد، دعوی در محکمه اقامتگاه یکی از مدعی علیه که در حوزه قضایی واقع باشد، اقامه می شود. مثال تعدد مدعی علیه و واحد بودن موضوع دعوی، دعوی در خصوص مالکیت مارکیت تجارتي که در آن دوکان های متعدد وجود دارد یا دعوی علیه شرکا راجع به شرکت و نظیر اینها است.

دوم- طبق ماده ۸ قانون اصول محاکمات تجارتي: «در محکمه ای که محل عقد یا اجرای قرارداد، در حوزه قضایی آن واقع است، می توان دعوی را اقامه نمود مشروط بر اینکه مدعی علیه یا وکیل قانونی او در حین اقامه دعوی در آن حوزه سکونت داشته باشد.» طبق نص این ماده محکمه ذیصلاح در رسیدگی به دعاوی مربوط به عقود تجارتي، محکمه محل انعقاد عقد یا محل اجرای عقد تجارتي است.

به حیث مثال، هرگاه عقدی در خصوص خرید و فروش موتر در کابل منعقد شود، محکمه ابتدائیه تجارتي کابل صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد. همچنین، طبق نص این ماده رسیدگی به دعوی تجارتي امکان دارد در محل اجرای قرارداد صورت بگیرد. به حیث مثال، در صورتی که عقد خرید و فروش موتر در مزار منعقد گردد و تسلیم و تسلّم در کابل صورت بگیرد (محل اجرای عقد) در این صورت محکمه ابتدائیه تجارتي کابل صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد. در این دو صورت شرط است که مدعی علیه یا وکیل قانونی او در حین اقامه دعوی در حوزه قضایی محکمه تجارتي سکونت داشته باشد.

سوم - براساس ماده ۱۰ قانون اصول محاکمات تجارتي: «بر علیه اشخاصی که در افغانستان دارای اقامتگاه قانونی نیستند، در محکمه ای که این گونه اشخاص در حوزه قضایی آن سکونت دارند، دعوی اقامه می شود و اگر در افغانستان محل سکونت آنها هم معلوم شده نتواند، دعوی در محکمه دایر می گردد که اموال مدعیه علیه یا تضمینات آن یا شی متنازع فیه در حوزه قضایی آن موجود باشد و الا در محکمه ابتدائیه تجارتي کابل علیه شان دعوی اقامه شده می تواند.» به نظر می رسد. از نص این ماده شش معیار در خصوص تشخیص محکمه ذیصلاح تجارتي قابل استنباط است:

نخست: دعاوی تجارتی علیه اشخاصی که در افغانستان دارای اقامتگاه قانونی نیستند در محل سکونت آنها اقامه می شود.

اول) حالت اول: در صورتی که مدعی علیه در افغانستان سکونت داشته باشد، صلاحیت رسیدگی را محکمه ای دارد که محل سکونت مدعی در حوزه قضائی آن واقع است. به نظر می رسد در نص این ماده اقامتگاه مترادف محل سکونت نیست و سکونت جایی است که شخص در آن مؤقلاً زندگی می نماید. تفاوت اقامتگاه و محل سکونت گذشت.

دوم) حالت دوم: در صورتی که مدعی علیه محل سکونت نداشته باشد ولی دارائی یا تضمینات وی در دایره یکی از محاکم قرار داشته باشد، چون هدف از اقامه دعوی علیه مدعی علیه، صدور حکم مبنی بر محکومیت وی می باشد تا ملزم به پرداخت پول یا جنس گردد در هر دو حالت اگر مدعی علیه از پرداخت امتناع ورزد صاحب حق می تواند، حکم را بر دارائی های وی تنفیذ نماید. چون دارائی در این حالت مطرح است. لذا، صلاحیت رسیدگی به دعوی به محکمه ای داده می شود که دارائی های وی در حوزه قضائی آن قرار دارد.

سوم) حالت سوم: در صورتی که مدعی علیه محل سکونت معین نداشته یا در دایره یکی از محاکم دارائی و تضمینات وی وجود نداشته باشد ولی شی مورد منازعه در دایره یکی از محاکم قرار داشته باشد، قانون شی مورد منازعه را اساس در تعیین محکمه ذیصلاح قرار داده است. در صورتی که شی مورد منازعه متعدد و در حوزه قضائی چندین محکمه قرار داشته باشد یکی از محاکم که در دایره آن جزء از اشیای مورد نزاع قرار دارد، صلاحیت رسیدگی به دعوی را خواهد داشت.

چهارم) حالت چهارم: در صورت عدم وجود حالات فوق الذکر، قانون اصول محاکمات تجارتی محکمه ابتدائیه تجارتی کابل را به دلیل این که در پایتخت قرار دارد، محکمه ذیصلاح می داند.

دوم: اگر محل سکونت اشخاص معلوم نباشد، دعوی در محکمه باید اقامه شود که اموال مدعی علیه، تضمیناتی که مدعی علیه به مدعی ارایه نموده است مانند کفیل عینی (مال) یا کفیل شخصی (ضامن) یا شی متنازع فیه؛ یعنی: شی محل نزاع در حوزه قضائی آن وجود داشته باشد. سوم: در صورت عدم داشتن اقامتگاه قانونی و عدم روشن بودن محل سکونت و عدم موجودیت مال مدعی علیه، تضمینات مال یا شی متنازع فیه، محکمه ابتدائیه تجارتی کابل ذیصلاح شناخته می شود.

چهارم: طبق ماده ۱۲ قانون اصول محاکمات تجارتی منازعاتی که بین شرکت و اعضا یا بین اعضا و شرکت در اثر معاملات شرکت یا بین اعضا با یکدیگر در مورد معاملات شرکت واقع گردد،

توسط محکمه ای که مقر شرکت در حوزه قضائی آن واقع است، حل و فصل می گردد، مشروط بر اینکه شریک بودن شریک در شرکت مورد منازعه نباشد.

به نظر می رسد هدف از تعیین صلاحیت برای محاکمی که مقر شرکت در حوزه قضائی آنها واقع است، این است که در دعوی مربوط به معاملات شرکت امکان دارد ضرورت ایجاب کند تا دفاتر و اسناد شرکت مورد بررسی قرار گیرد و محکمه ای که مقر شرکت در حوزه قضائی آن است بتواند به راحتی و بدون ضیاع وقت از عهده آن برآید.^{۲۱۶}

گفتار دوم) اقامه دعوی تبعه افغانی علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان

هرگاه تبعه افغانی علیه تبعه خارجی بخواهد اقامه دعوی نماید، دو حالت متصور است: یا تبعه خارجی در افغانستان حضور ندارد که در این صورت تبعه افغانی باید در محاکم مملکتی که تبعه خارجی در آن اقامتگاه دارد، طبق قوانین آن مملکت اقامه دعوی نماید، یا اینکه تبعه خارجی در افغانستان حضور دارد. طبق ماده ۹۶ ق. ا. م. م: «رسیدگی دعوی مربوط به تبعه خارجی که در افغانستان محل سکونت نداشته باشد در حالات آتی مربوط به محاکم جمهوری افغانستان می باشد:

- ۱- در صورتی که خارجی در جمهوری افغانستان از خود اقامتگاه اختیاری داشته باشد؛
 - ۲- در صورتی که موضوع عقد یا محل تنفیذ آن در جمهوری افغانستان باشد؛
 - ۳- در صورتی که دعوی مربوط به مطالبه ترکه در جمهوری افغانستان آغاز یافته باشد؛ و
 - ۴- در صورتی که کل یا قسمتی از اموال متروکه در جمهوری افغانستان باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که تبعه افغان می تواند در پنج حالت علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان با رعایت احکام مربوط به صلاحیت موضوعی و حوزوی محاکم اقامه دعوی نماید:
- حالت اول- در صورت داشتن محل سکونت:** اگر تبعه خارجی در افغانستان محل سکونت داشته باشد، تبعه افغانی با رعایت صلاحیت موضوعی محاکم، می تواند در محکمه محل سکونت علیه او اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد این حکم را می توان از ماده ۹۱ استخراج کرد. زیرا، مفهوم مخالف ماده ۹۱ این است که علاوه بر چهار حالت، در صورتی که تبعه خارجی در افغانستان محل سکونت داشته باشد، تبعه افغانستانی می تواند در محکمه محل سکونت او علیه او اقامه دعوی نماید. عبارت «محل سکونت» در ماده ۹۱ ق. ا. م. م به صورت مطلق ذکر شده است. اما، با توجه به بند اول ماده ۹۱ ق. ا. م. م که به تبعه افغانستان صلاحیت می دهد که علیه خارجی ای که اقامتگاه اختیاری در افغانستان دارد اقامه دعوی نماید و با توجه به این که عبارت «محل سکونت» یا «محل

۲۱۶. شمس الرحمن شمس، عبدالصیر فایز و نجیب الله جانبا (۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتي، کابل: پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان، ص ۱۲.

اقامت» در مواد ۹۷، ۹۹، ۸۲، ۸۳ و ۸۴ ق. ا. م. مترادف با اقامتگاه اجباری است که تفصیل آن در بخش اول، فصل دوم گذشت، از نص ماده ۹۱ ق. ا. م. م نیز مفهوم اقامتگاه اجباری استنباط می گردد.

حالت دوم- در صورت داشتن اقامتگاه اختیاری: اگر تبعه خارجی در افغانستان اقامتگاه اختیاری که تعریف آن در بخش اول، فصل دوم، گذشت، داشته باشد، تبعه افغانی می تواند با رعایت صلاحیت موضوعی محاکم و با توجه به موضوع دعوی علیه تبعه خارجی در محکمه محل اقامت او اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، اگر جان تبعه امریکا در افغانستان اقامت گزیند، این اقامتگاه اقامتگاه اختیاری او است. اگر جمشید تبعه افغانستان علیه جان دعوی فسخ قرارداد داشته باشد، می تواند دعوی خویش را در محکمه محل اقامت اختیاری جان اقامه نماید.

حالت سوم- در صورتی که موضوع عقد یا محل تنفیذ آن افغانستان باشد: موضوع عقد عبارت از چیزی است که عقد بر آن واقع می شود.^{۲۱۷} به عنوان مثال، در اجاره خانه محل عقد خانه، در عقد بیع محل عقد مبیعه، در عقد هبه، محل عقد موهوبه است.^{۲۱۸} هرگاه عقدی میان تبعه خارجی و افغان منعقد شده باشد و موضوع آن در افغانستان وجود داشته باشد، تبعه افغانی می تواند علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان اقامه دعوی نماید، مانند اینکه: عقد خرید و فروش (بیع) باشد و موضوع آن موتر و امثال آن باشد، و موتر در افغانستان وجود داشته باشد.

همچنین، در صورتی که محل تنفیذ عقد افغانستان باشد، تبعه افغانی می تواند علیه تبعه خارجی در محاکم افغانستان اقامه دعوی نماید، مانند: انتقال ملکیت مبیع (موتر) از بایع خارجی به تبعه افغانی، یا تنفیذ هبه (انتقال ملکیت موهوبه از واهب خارجی به موهوب له افغانی) و امثال اینها. به حیث مثال، اگر زید تبعه امارات متحده عربی به احمد تبعه افغانستان صد عراده موتر به فروش رساند و موترها در افغانستان موجود باشند و زید موترها را در افغانستان تسلیم احمد نماید و احمد بخواهد علیه زید اقامه دعوی نماید، محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به این دعوی را دارد. زیرا، موضوع عقد که موترها است در افغانستان است. همچنین، محل تنفیذ عقد که عبارت است از تسلیم موترها توسط زید به احمد و تسلیم پول توسط احمد به زید در این مثال افغانستان است.

حالت چهارم- در صورتی که دعوی مربوط به مطالبه ترکه در افغانستان آغاز شده باشد: ترکه که به آن متروکه هم گویند از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که

۲۱۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۳۰.

۲۱۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۳۰.

انسان پشت سر خودش به جای می‌گذارد که جمع آن ترکات است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می‌گذارد.^{۲۱۹}

به حیث مثال، اگر احمد تبعه مصر با حمیده تبعه ایران در افغانستان ازدواج نمایند و سپس احمد وفات نماید و از خود مال و دارایی به جای گذارد و احمد و حمیده دارای یک پسر به نام محمود باشند، در صورتی که حمیده بخواهد از محکمه مطالبه تقسیم ترکه را نماید، محاکم افغانستان در تقسیم ترکه ذیصلاح شناخته می‌شود.

حالت پنجم - در صورتی که کل یا قسمتی از اموال متروکه در افغانستان باشد: در صورتی که کل یا قسمتی از متروکه در افغانستان باشد، نیز محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه را که دارای عنصر خارجی است، دارد (ماده ۹۱ بند ۴). به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد و حمیده بعد از ازدواج به مصر یا ایران بروند اما احمد از خود متروکه در افغانستان به جا گذاشته باشد، محاکم افغانستان صلاحیت رسیدگی به قضیه تقسیم ترکه را دارند.

فصل دوم: احاله و حل تعارض توصیف ها

پس از حل تعارض صلاحیت محاکم موضوع احاله (مبحث اول) و توصیف ها (مبحث دوم) باید حل گردد:

مبحث اول: احاله

احاله زمانی مطرح می شود که یک محکمه با تعارض قوانین مواجه شود و باید قانون مملکت خارجی را تطبیق نماید^{۲۲۰} یا قضیه را به قانون خارجی محول نماید. در خصوص احاله سه پرسش مطرح است: نخست این که احاله چیست؟ (گفتار اول)، دوم این که چند نوع احاله وجود دارد؟ (گفتار دوم) و سوم این که آیا احاله در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته شده است؟ (گفتار سوم):

گفتار اول) تعریف

احاله (Renvoi) برای اولین بار در فرانسه در قضیه فورگو (Fargo) صورت پذیرفته و این اصطلاح به وجود آمد. قضیه فورگو (Forgo) در سال ۱۸۷۸ در فرانسه صورت گرفت. فورگو طفل نامشروعی از اتباع باویریا (جرمنی) در سن پنج سالگی همراه با مادر خود به فرانسه مهاجرت می کند و در همانجا در حالی که هنوز اقامتگاه او در آن کشور، به لحاظ عدم کسب مجوز در این باره از دولت فرانسه رسمیت نداشته و اقامتگاه قانونی او همچنان در باویریا تلقی می گردید در سن ۶۸ سالگی فوت می کند و بعد از وفات دارایی منقول از خود در فرانسه بجا می گذارد.

به موجب قانون داخلی باویریا وارثین مادری (خاله، ماما و...) می توانستند که میراث ببرند ولی قاعده تعارض باویریا در موضوع ارث قانون اقامتگاه عملی متوفی را که در فرانسه می باشد ذیصلاح می شناسد و به موجب این قانون (فرانسه) وارثین مادری متوفی به هیچ وجه مستحق میراث نمی شوند. در این، صورت میراث متوفی به دولت تعلق می گیرد. این راه حلی است که بالاخره دیوان کشور فرانسه با قبول احاله ناشی از قاعده تعارض باویریا به قانون فرانسه پذیرفته است.

به این ترتیب، هرگاه قانون باویریا اجرا می شد، ارث منقول او به خاله و مامای او می رسد و چنانچه قانون فرانسه اجرا می شد، متوفی بدون وارث شناخته می شد و ترکه به دولت فرانسه تعلق می گرفت. در نهایت، محاکم فرانسه قوانین فرانسه را تطبیق نمود و ترکه فورگو متعلق به دولت شد.^{۲۲۱} در این مثال، قضیه میان دولت فرانسه و باویریا احاله شد. به نظر می رسد که ظاهراً اصطلاح «Renvoi» را در جمهوری اسلامی ایران احاله ترجمه نموده اند و به عوض «Renvoi»، اصطلاح احاله در حقوق بین الملل خصوصی متداول و معمول شده است. احاله در لغت به معنی حواله دادن و واگذاشتن کار یا امری به عهده شخص دیگری، ارجاع و انتقال است.^{۲۲۲} در اصطلاح تعاریف مختلف برای احاله وجود دارد:

(۱) احاله عبارت است از ارجاع یک قضیه حقوقی از قلمرو یک قانون به قلمرو قانون دیگری در ساحت حقوق بین المللی خصوصی.

(۲) احاله ارجاع یک قضیه ای دارای عنصر خارجی به قانون خارجی است.^{۲۲۳}

(۳) احاله عبارت از عمل یا پروسه ارجاع یک قضیه یا منازعه به خارجی قانون است.^{۲۲۴} به احاله در انگلیسی (Transfer) می گویند.

گفتار دوم) انواع و پیشینه

احاله بر دو نوع ذیل است:

(۱) **احاله درجه اول (Remission):** احاله درجه اول آن است که قانون یک مملکت حل و فصل یک قضیه را به قانون مملکت دیگری ارجاع دهد. به عبارت دیگر: احاله درجه اول عبارت از احاله ای است که قانون خارجی قضیه را به قانون مقرر محکمه ارجاع می دهد. اگر احاله پذیرفته شود، محکمه قانون ملی را بر قضیه تطبیق می نماید.^{۲۲۵}

221. For further details on Fargo Case and other similar case please see: Pippa Rogerson (November 2007). Collier's Conflict of Laws, fourth edition, Cambridge University Press, UK, pp 280- 287.

222. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 17/1/2016).

223. www.mariam-webster.com (Last visit: 26/4/2017).

224. <https://en.oxford.com> (Last visit: 26/4/2017).

225. Berlingher Remus Daniel (January 2013). The Renvoi in Private International Law, International Journal of Social Science and Humanity, vol. (3), p 67. <http://www.ijssh.org/papers/196-G10028.pdf>

به عنوان مثال، هرگاه موضوع احوال شخصیه یک فرد آمریکائی در افغانستان مطرح باشد، محکمه افغانستان به موجب قاعده حل تعارض افغانستان (ماده ۱۷ قانون مدنی)، قانون متبوع فرد خارجی را ذیصلاح می داند، ولی با مراجعه به قانون کشور آمریکا متوجه می شویم، قاعده حل تعارض آمریکا، قانون محل اقامت شخص را در این مورد ذیصلاح می داند. اگر این فرد مقیم افغانستان باشد احاله صورت گرفته است؛ یعنی: قانون خارجی صلاحیتدار، صلاحیت را به قانون افغانستان احاله داده است.

همچنین، اگر دعوای طلاق زوجین انگلیسی مقیم افغانستان در محکمه افغانستان اقامه شود، محکمه با احاله درجه اول مواجه می شود. زیرا، قاعده حل تعارض قوانین افغانستان (ماده ۱۷) قانون انگلستان را به عنوان قانون متبوع زوجین به رسمیت می شناسد. در حالی که قاعده حل تعارض انگلیس قانون افغانستان را به عنوان قانون اقامتگاه به رسمیت می شناسد.

۲) احاله درجه دوم (Transmission): احاله درجه دوم آن است که کشوری که قضیه به قانون آن احاله شده است، قضیه را به قانون کشور سوم غرض حل و فصل احاله نماید. به عبارت دیگر: احاله درجه دوم عبارت از احاله ای است که قانون خارجی قضیه را به قانون مقرر محکمه نه بلکه به قانون کشور سوم احاله می نماید. به حیث مثال، یک تبعه دنمارکی (که قانون شخصی او قانون اقامتگاه است) در انگلیس زندگی می نماید و در آنجا وفات می نماید. دعوی در محکمه فرانسه در خصوص اموال منقول وی که از خود بجا گذاشت است اقامه می شود. قانون فرانسه قضیه را به قانون ملی متوفی (دنمارک) احاله می نماید و قانون دنمارک قضیه را به قانون اقامتگاه (قانون انگلیس) احاله می نماید که احاله را قبول دارد. در نهایت، قانون حاکم بر میراث به عنوان قانون اقامتگاه قضیه را مورد رسیدگی قرار می دهد.^{۲۲۶}

همچنین، اگر دعوای طلاق زوجین تبعه انگلستان مقیم فرانسه در محاکم افغانستان اقامه شود و افغانستان قانون انگلیس را به عنوان قانون صلاحیتدار به رسمیت بشناسد و قانون انگلیس قانون فرانسه، در این مثال احاله درجه دوم است.

گفتار سوم) موقف ق. م در خصوص احاله

برخی کشورها مانند انگلستان، اتریش، جرمنی، جاپان و نظیر اینها احاله را پذیرفته اند. بنابراین، این محاکم قضیه دارای عنصر خارجی را به قانون خارجی ارجاع می دهند و قانون خارجی را در داخل مملکت تطبیق نمی نمایند. دلیل این کشورها قرار ذیل است:

۱) تطبیق قانون خارجی در داخل مملکت برخلاف حاکمیت ملی است، زیرا مفهوم حاکمیت ملی وضع قوانین و تطبیق قوانین توسط دولت است. در صورتی که قانون خارجی در داخل مملکت تطبیق شود، قضات براساس دو نوع قانون حکم خواهند کرد و حکومت دو نوع قانون را تطبیق خواهد کرد: قانون داخلی و قانون خارجی.

۲) تطبیق بسیاری از قوانین خارجی برخلاف آداب عامه و مذهب این ممالک است مانند تعدد زوجات. برخی کشور های دیگر مانند ایتالیا، هالند، یونان، ناروی، سویدن و نظیر اینها احاله را نپذیرفته اند. بنابراین، این دسته از کشور ها قوانین خارجی را در داخل مملکت تطبیق می نمایند. دلیل این ممالک قرار ذیل است:

۱) تطبیق قانون خارجی به مصلحت طرفین دعوی است. زیرا موجب رهایی آن ها از سرگردانی می شود.

۲) احاله قضیه با قانون خارجی و احاله قانون خارجی قضیه را به قانون محل اقامت طرفین دعوی موجب سرگردانی طرفین دعوی می شود که در حقوق بین الملل خصوصی به آن «راکت پراگنی بین المللی» و «دور باطل» می گویند. به نظر می رسد در ق. م احاله پذیرفته نشده است. ماده ۳۴ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «در مواردی که تطبیق احکام قانون خارجی پیشینی شده است، آن احکام موضوعی قانون مذکور که متعلق به قانون بین الدول خصوصی نباشد، تطبیق می گردد. اگر در قانون دولتی که احکام آن قابل تطبیق می باشد، تعدد ادیان وجود داشته باشد احکام دینی که قانون آن دولت تعیین نموده، تطبیق می گردد.» به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که طبق ماده ۳۴ ق. م در مواردی که، قانون بیگانه قابل تطبیق در افغانستان باشد، قاضی محکمه ذیصلاح افغانستان باید به احکام حقوق بین الملل خصوصی آن کشور مراجعه ننماید، بلکه به احکام موضوعی حقوق داخلی آن مراجعه نماید. در این صورت چنان فرض می شود که قانون درون مرزی آن کشور از طرف محاکم آن تطبیق گریده است. طبق نص این ماده باید میان سه نوع قواعد (احکام) تفکیک قابل شد. احکام مربوط به حقوق بین الملل خصوصی، احکام موضوعی و احکام شکلی.

به نظر می رسد منظور از احکام موضوعی احکام متنی (ماهوی) است. قواعد قوانین ماهوی^{۲۲۷} که قواعد قوانین متنی نیز نامیده می شوند عبارت از قواعدی اند که ماهیت و محتوی قانون را تشکیل می دهند و ایجاد کننده حق و تکلیف اند.^{۲۲۸} به عبارت دیگر: قواعد قوانینی که ناظر به اسباب و از

227. Substantive law.

۲۲۸. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۱۹۰.

بین رفتن حق فردی است یا شرایط اصلی اعمال و حوادث حقوقی را معین می کند، ماهوی یا «موجد» حق هستند.

بنابراین، قواعد قوانینی که صحت معاملات و عقود، شرایط صحت وصیت، سهم ورثه ها و ... را تنظیم می نمایند، قوانین ماهوی هستند، مانند: قانون مدنی، اصولنامه تجارت، قانون جزاء و امثال اینها. قواعد قوانین شکلی^{۲۲۹} عبارت از قوانینی اند که ناظر بر شکلیات و تنظیم جریان دعوی هستند مانند: قانون اصول محاکمات مدنی، قانون اصول محاکمات تجارتی، قانون اجراءات جزایی و امثال اینها. تطبیق قوانین شکلی زمانی مطرح می شود که قوانین متنی نقض شوند. به نظر می رسد منظور از قواعد حقوق بین الملل قواعد شکلی اند. این قواعد را قضات افغانستان طبق ماده ۳۴ ق. م نباید تطبیق نمایند.

دوم این که در صورتی که در قانون دولتی که احکام آن در محاکم افغانستان قابل تطبیق می باشد، تعدد ادیان وجود داشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح باید احکام دینی که قانون آن دولت تعیین نموده، تطبیق نماید. به عبارت دیگر: در صورت تعدد ادیان در مورد قوانین ماهوی دولتی که قانون آن در افغانستان قابل تطبیق است، قاضی محکمه ذیصلاح باید قواعد متنی دین رسمی آن دولت را تطبیق نماید. از آنچه گفته شد، به نظر می رسد می توان سه نتیجه گرفت:

اول این که احاله در ق. م پذیرفته نشده است، زیرا ق. م به قاضی محکمه ذیصلاح صلاحیت تطبیق قواعد ماهوی قانون متبوع اتباع خارجی را داده است. بنابراین، قاضی محکمه ذیصلاح در افغانستان در مواردی که تطبیق قانون خارجی مطرح است نباید قضیه را به قانون خارجی احاله نماید بلکه باید احکام موضوعی (متنی/ ماهوی) قانون خارجی را تطبیق نماید.

به حیث مثال، قاضی محکمه ذیصلاح باید احکام موضوعی اتباع خارجی در خصوص اهلیت و حالت مدنی (ماده ۱۷ ق. م)، شرایط موضوعی عقد ازدواج تبعه خارجی (ماده ۱۹ ق. م)، احکام موضوعی مربوط به اشخاص فاقد اهلیت، ناقص اهلیت، غایب (ماده ۲۳ ق. م)، التزام به تأمین نفقه (ماده ۲۴ ق. م)، احکام موضوعی مربوط به ارث، وصیت (ماده ۲۵ فقره ۱ ق. م) اتباع خارجی را به قانون اتباع خارجی احاله ندهد، بلکه این احکام را باید تطبیق نماید.

دوم این که در صورت تعدد ادیان، قاضی محکمه ذیصلاح باید قواعدی ماهوی دین رسمی دولت دیگر را تطبیق نماید.

سوم این که قواعد تقسیم می شود به ماهوی، شکلی و قواعد حقوق بین الملل خصوصی که تعریف هر یک گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم به رسمیت شناختن احاله و صلاحیت دادن به قاضی جهت تطبیق قانون ماهوی خارجی است.

مبحث دوم: حل تعارض توصیف ها

در برخی منابع حل تعارض توصیف ها مرحله دوم حل تعارض قوانین دانسته شده است.^{۲۳۰} که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد مرحله سوم حل تعارض ها، حل تعارض توصیف ها است. زیرا، در قضیه ای که دارای عنصر خارجی است مفاهیم، لغات و اصطلاحات حقوقی استعمال می شود که امکان دارد آن لغات، اصطلاحات و مفاهیم حقوقی با توجه به این که برآمده از حقوق ملی قاضی نیست به او ناآشنا و نامفهوم باشد. بنابراین، قاضی باید تصمیم بگیرد که این مفاهیم و اصطلاحات حقوقی را بر اساس کدام قانون توصیف و در دسته هار ارتباط قرار دهد و سپس قضیه را حل و فصل نماید. در چنین حالتی است که مسأله تعارض توصیف ها ایجاد می شود.

با آنکه مسأله توصیف ها به عنوان ضرورتی در مقام تعیین قاعده تعارض قوانین در گذشته ها نیز مطرح بوده است، اما طرح آن به عنوان موضوع مستقل مرهون کوشش های علمی دوتن از حقوقدانان برجسته آلمانی و فرانسوی کاهن (Kahn) و بارتن (Bartin) در قرن نوزدهم میلادی است. مسأله تعارض توصیف ها را ابتداء کاهن تحت عنوان «تعارض پنهان» در آغاز دهه ۱۸۹۷ و سپس بارتن ظاهراً بدون اطلاع از نظر وی زیر عنوان «مسأله توصیف ها» در سال ۱۸۹۷ طی مقاله ای که در مجله کلونه انتشار یافت مطرح ساخت.^{۲۳۱}

با توجه به آنچه گفته شد، تعریف توصیف ها (گفتار اول)، نظریات مختلف در مورد حل تعارض توصیف ها (گفتار دوم) و حل تعارض توصیف ها در ق. م (گفتار سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف

در حقوق داخلی زمانی که قضیه به قاضی ارجاع می شود، قاضی باید قضیه را مطالعه و پس از مطالعه قانون حاکم بر آن قضیه را شناسایی و مطابق قانون حاکم قضیه را حل و فصل نماید. هم در قضیه و هم در قانون معمولاً اصطلاحات، مفاهیم و لغات حقوقی وجود دارد. برای فهم و تطبیق قانون قاضی باید لغات، اصطلاحات، مفاهیم و قانون را بخواند و توصیف نماید. در حقوق داخلی این عمل قاضی را تفسیر قضایی می گویند، زیرا در این گونه موارد قاضی قانون و اصطلاحاتی را که در قانون استعمال شده است تفسیر می نماید.^{۲۳۲}

230. [https://en.wikipedia.pr/wiki/characterization_\(law\)_#overview](https://en.wikipedia.pr/wiki/characterization_(law)_#overview) (last access:3/14/2018).

۲۳۱. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ص ۲۲.

۲۳۲. در حقوق داخلی تفسیر به سه نوع است: تفسیر شخصی که توسط دانشمندان حقوق از قوانین صورت می گیرد و الزام آور نیست. تفسیر قضایی که توسط قضات در وقت رسیدگی به دعوی صورت می گیرد و بر طرفین قضیه الزام آور است و تفسیر قانونی/رسمی که توسط مرجع تفسیر قانون اعم از اساسی و سایر قوانین صورت می گیرد و بر همه الزام آور است.

به نظر می رسد هرگاه این عمل را قاضی با اندکی تغییر در قضایای داری عنصر خارجی انجام دهد، در حقوق بین الملل خصوصی به آن تفسیر قضایی نه بلکه «توصیف» می گویند که ترجمه «Characterization» است. برای واژه توصیف در انگلیسی سه اصطلاح وجود دارد: «Characterization»، «Classification» و «Qualification».

اصطلاح «Characterization» توسط تعداد محدودی از نویسندگان انگلیسی و امریکایی و اصطلاح «Classification» بیشتر توسط دانشمندان انگلیسی استعمال می شود. اصطلاح «Qualification» توسط دانشمندان فرانسوی استعمال می شود.^{۲۳۳}

برخی دیگر در این خصوص می نویسند که: معضل حل تعارض قوانین که امروزه در قاره اروپا به نام معضل «qualification» و در حقوق انگلو امریکن «Anglo-American» به نام «classification یا characterization» نامیده می شود مورد توجه دانشجویان حقوق پنجاه سال قبل قرار گرفت.^{۲۳۴} این اصطلاحات در فارسی توصیف ترجمه شده است. برخی بر این نظر اند که: توصیف عبارت از تفسیر قواعد حل تعارض است.^{۲۳۵} این تعریف مورد پذیرش حقوقدانان حقوق بین الملل خصوصی نیست.

دانستن توصیف مستلزم دانستن دسته های ارتباط است. استادان حقوق بین الملل خصوصی، به عنوان نمونه، استاد دکتر سید حسین صفایی، در این مورد می نویسند که عموماً مسایلی که در حقوق بین الملل خصوصی مطرح می شوند، پدیده های متعدد، متنوع و جزئی هستند که نمی توان برای مورد به مورد آنها قواعد حل تعارض وضع نمود. برای سهولت در یافتن قاعده حل تعارض موضوعات مربوط را باید در دسته های ارتباط قرار داد و پس از آن برای آن مفاهیم کلی قواعد حل تعارض ناظر موضوع وضع نمود. این اقدام را ایجاد دسته های ارتباط می گویند. بنابراین، منظور از دسته های ارتباط، تجمیع و دسته بندی موضوعات متجانس و مسایل مربوط به هم در دسته های ارتباط معین از جمله اموال، احوال شخصیه، اسناد و قراردادهای، با هدف شناخت درست مسائل و یافتن راه حل صحیح است. براین اساس، هر دسته ای از دسته های ارتباط با قانون خاصی که به وسایل قواعد حل تعارض قوانین معین شده است، ارتباط پیدا میکند.

به عنوان نمونه احوال شخصیه يك دسته ارتباط است که با قانون ملی ارتباط پیدا می کند. تشخیص اینکه يك رابطه حقوقی شخصی داخل در کدام دسته ارتباط است را توصیف می گویند. از

233. dadneqar.blogfa (Last visit: 17/6/2016).

234. Lorenzen, Ernest G ((1941). Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of laws, Faculty Scholarship series, Paper 4584, p 743. <https://digitalcommons.laws.yale.edu/fss-PAPERS/4584>.

235. Veronique Allarouse (1991). A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, Int'IL, p 479. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5>.

آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که، تشخیص اینکه يك رابط حقوقی داخل در کداميك از دست ارتباط است را توصیف می گویند. به این ترتیب، دسته های ارتباط و توصیف رابطه نزدیک دارند. برخی استادان بر این نظر اند که: توصیف عبارت از تشخیص نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجراء شود.^{۲۳۶}

اهمیت توصیف این است که توصیف ما را کمک می نماییم که قواعد حاکم بر یک دسته ارتباط را به آسانی پیدا نماییم و آن قواعد را بر مسایلی که شامل آن دسته ارتباط می شود تطبیق نماییم به گونه ای که تفصیل آن در فصل تعارض قوانین خواهد آمد.

گفتار دوم) نظریات در مورد حل تعارض توصیف ها و موقف ق. م

در مورد حل تعارض توصیف ها سه نظریه وجود دارد توصیف به موجب قانون مقرر محکمه، توصیف به موجب قانون سبب و توصیف به موجب قواعد حقوق بین الملل:^{۲۳۷}

۱) نظریه توصیف به موجب قانون مقرر محکمه (Lex fori): بسیاری از حقوقدانان کشور های تابع نظام های حقوقی رومی و ژرمنی با پیروی از کاهن و بارتن عقیده دارند که قانون صلاحیت دار برای توصیف يك امر حقوقی اصولاً باید «قانون مقرر محکمه» باشد. برای توجیه این نظریه چنین استدلال می شود که:

۱) توصیف به موجب قانون مقرر محکمه در جهت مصلحت قاضی است زیرا اعمال این قانون برای قاضی به آسانی صورت می گیرد. زیرا، قانون مقرر محکمه در دسترس قاضی است و بر خلاف قانون خارجی نیازی به پیدا کردن آن توسط کارشناس حقوق خارجی نیست.

همچنین، بیشتر قضات، صرف قوانین داخلی خویش را می دانند نه حقوق مقایسوی و حقوق سایر کشور ها را. همچنین، پیدا کردن قانون خارجی، ترجمه کردن آن، فهمیدن آن برای قاضی بسیار مشکل به نظر می رسد. نافذ و ملغی بودن آن قانون مشکلی دیگری است که قاضی باید آن را بداند.

۲) اعمال قانون مقرر محکمه متضمن مصلحت طرفین دعوی است. زیرا، هر طرف دعوی از پیش می داند که چگونه هر قاعده قانونی یا هر امر حقوقی، مورد توصیف و طبقه بندی قرار می گیرد، زیرا کمتر اتفاق می افتد که مدعی در کشوری طرح دعوی کند که نه با شخص او رابطه دارد نه با مدعی علیه و نه با مدعی به.

236. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۷۷.

237. Lorenzen, Ernest G ((1941). Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of laws, Faculty Scholarship series, Paper 4584, p 481. <https://digitalcommons.laws.yale.edu/fss-PAPERS/4584>.

237. Veronique Allarouse (1991). A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, Int'IL, p 479. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5>.

۳) رجوع به محکمه يك کشور معمولاً بدان جهت است که اصحاب دعوی تبعه آن کشورند یا اقامتگاه یا محل سکونت ایشان در آنجاست یا اینکه موضوع دعوی، مالی است که در آن کشور واقع شده یا عمل یا واقعه حقوقی است که در آنجا به وجود آمده و جز در موارد استثنائی همواره ارتباطی بین رابطه حقوقی مورد دعوی و کشوری که دعوی به محکمه آن ارجاع شده است، وجود دارد.

۴) رعایت حاکمیت ملی نیز اعمال قانون مقرر محکمه را ایجاب می کند. زیرا، توصیف در واقع لازمه اعمال قاعده حل تعارض مقرر محکمه است. اگر قاضی رسیدگی کننده به دعوی موارد اجرای قانون خارجی را با توجه به همان قانون تعیین کند، در آن صورت، قانون مقرر محکمه بر اجرای قواعد حل تعارض خود کنترولی نداشته، حاکمیت خود را از دست می دهد.

۵) بارتن حقوقدان فرانسوی برای دفاع از نظریه توصیف به موجب قانون مقرر محکمه می گوید: قضات ملی قسم خورده اند که طبق قوانین نظام حقوقی کشور متبوعه خود اجرای عدالت نمایند و نه نظام حقوقی کشور خارجی. بنابراین، توصیف یا تعیین ماهیت روابط یا قواعد حقوقی به موجب قانون خارجی، در واقع نقض سوگندی است که هنگام احراز منصب قضا یاد کرده اند.^{۲۳۸}

به نظر می رسد مشکل توصیف به موجب قانون مقرر محکمه این است هر مملکتی نظام حقوقی خویش را دارد و در نظام حقوقی هر مملکتی مفاهیم، لغات، اصطلاحات و قواعد حقوقی وجود دارد که ریشه در زبان، ادبیات، تاریخ، فرهنگ، مذهب و ... این مملکت دارد. برای قاضی محکمه خارجی بسیار مشکل خواهد بود که لغات و اصطلاحات و قواعد حقوقی حقوق کشور دیگر را توصیف نماید.

به حیث مثال، هرگاه در قضیه و قانون حاکم بر قضیه دو مسلمان افغانی در یکی از محاکم خارجی مانند فرانسه، آلمان و نظیر اینها مفاهیمی مانند مهر، تفریق قضایی، خلع، متعه، عدت، ذوالفروض، عصبات، ذوی الارحام و سایر اصطلاحات این چنینی که در حقوق مدنی افغانستان متداول است استعمال شده باشد، برای قاضی خارجی توصیف این اصطلاحات و احکام آن به موجب قانون مقرر محکمه بسیار دشوار خواهد بود.

همچنین، برای قاضی افغانستانی بسیار مشکل خواهد بود تا مفاهیم «Trust» در حقوق کامن لا، مفهوم «Community property» در حقوق فرانسه، مفهوم «Tort» در حقوق انگلیس و مفهوم «Cohibition» در حقوق امریکا را به موجب قوانین افغانستان توصیف نماید و در دسته های ارتباط قرار دهد. زیرا، این مفاهیم برآمده از حقوق افغانستان نیستند.

۲) نظریه توصیف به موجب قانون سبب محکمه (Lex cause): با توجه به مشکل توصیف به موجب قانون مقرر محکمه به نظر برخی دیگر از حقوقدانان قاضی برای توصیف يك رابطه یا يك

قاعده حقوقی باید به «قانون سبب» یعنی قانون خارجی رجوع کند. برای توجیه صلاحیت این قانون چنین استدلال شده است که قبول تطبیق قانون خارجی، توصیف به موجب قانون سبب را ایجاد می کند، زیرا قبول حکومت قانون خارجی بدون قبول توصیف به موجب آن در واقع مثل این است که اصلاً اعمال قانون خارجی را نپذیرفته باشند.^{۲۳۹} ایراد این نظریه قرار ذیل است:

- ۱- پیدا کردن قانون حاکم بر قضیه (قانون سبب/ قانون خارجی) برای قاضی بسیار مشکل است.
- ۲- امکان دارد قاضی لسان قانون سبب را نداند.
- ۳- در صورت پیدا کردن قانون سبب، برای قاضی مشکل خواهد بود که تشخیص دهد تمام قواعد قانون سبب نافذ است یا ملغی شده اند.

۳) نظریه توصیف بین المللی: با توجه به عدم امکان پیدا کردن یک راه حل رضایت بخش با توسل به توصیف ناشی از نظام های حقوقی ملی اعم از اینکه نظام حقوقی کشور قاضی باشد (توصیف به موجب قانون مقرر محکمه) یا یک نظام حقوقی خارجی (توصیف به موجب قانون سبب) بعضی از مؤلفین نوع دیگری از توصیف را پیشنهاد کرده اند که ناشی از نظام بین المللی است. این نظریه را «توصیف بین المللی»^{۲۴۰} می نامند.

رابل (Rabel) حقوقدان آلمانی این راه حل را پیشنهاد کرده است: رابل معتقد است که قواعد حل تعارض اگرچه از لحاظ منبع ملی هستند، اما از لحاظ موضوع بین المللی می باشند، چرا که مربوط به وضعیت های بین المللی هستند. بنابراین باید تعریف، توصیف و تفسیر مفاهیم مندرج در قواعد حل تعارض را در نظام بین المللی جستجو نمود نه در یک نظام داخلی و در این راستا باید تعلیمات حقوق تطبیقی (مقایسوی) و اصول کلی حقوق بین المللی را در توصیف یک مسأله مورد استفاده قرار داد.

در خصوص حل تعارض توصیف ها ماده ۱۶ ق. م حکم می نماید: «در موارد تشخیص رابطه حقوقی در قضیه ای که تنازع قوانین در آن موجود گردد، احکام قانون افغانستان قابل تطبیق می باشد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پذیرش نظریه توصیف به موجب قانون مقرر محکمه است. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد «تشخیص» مترادف «توصیف» در این ماده استعمال شده است. منظور از رابطه حقوقی تعهد است زیرا چنانچه تفصیل آن در حقوق حقوق و جایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد طبق ماده ۴۸۸ ق. م: «حق شخصی یا تعهد عبارت از رابطه ای است بین ذمه داین و مدیون که به اساس آن داین می تواند اعطاء شی، اجراء عمل یا امتناع از آن را از مدیون مطالبه نماید».

۲۳۹. همان، نجاد علی الماسی، صص ۱۰۳-۱۱۵.

240. Characterization by reference to universal and independent concepts.

علاوه براین، طبق نص ماده ۱۶ ق. م، محاکم افغانستان روابط حقوقی اشخاص را در قضیه ای که در آن تعارض قوانین مطرح است مانند خرید فروش میان یک تبعه افغانی و مصری، باید مطابق قوانین افغانستان توصیف نمایند. به نظر می رسد منظور از احکام قوانین افغانستان «قانون مقرر محکمه» است. به نظر می رسد دلیل پذیرش «قانون مقرر محکمه» این است که نظام حقوقی افغانستان نظام حقوقی اسلام و رومن ژرمنیک است و مانند سایر نظام های رومن ژرمنیک از نظر مقرر محکمه پیروی نموده است.

پذیرش نظریه قانون مقرر محکمه در ق. م محل ایراد به نظر می رسد زیرا حقوق و مفاهیم حقوقی متحول و متغیر اند و هر روز در علم حقوق خصوصاً در نظام های حقوقی پیشرفته مفاهیم جدید ایجاد می شوند که توصیف آن ها به موجب قوانین افغانستان یعنی قانون مقرر محکمه مشکل به نظر می رسد. علاوه براین، برخی مفاهیم در برخی نظام های حقوقی مفهوم و تعریف ویژه دارد، مانند اصطلاح خطا «tort» در حقوق انگلیس، اصطلاح شبه عقد «quasi-contract»، شبه جرم «quasi-delict» که توصیف و قرار دادن آنها در دسته های ارتباط و صدها واژه و اصطلاح جدید دیگر حقوقی به موجب قوانین افغانستان مشکل به نظر می رسد. بنابراین، به نظر می رسد در صورت پذیرش نظریه توصیف به موجب قانون مقرر محکمه (قوانین افغانستان) بسیاری از مفاهیم بدون توصیف و قرار گرفتن در دسته های ارتباط باقی می ماند و در صورت عدم توصیف مفاهیم حقوقی به موجب قانون سبب یا قواعد حقوق بین الملل بسیاری از قضایا در افغانستان لاینحل و ملتوی باقی خواهد ماند زیرا نظریه توصیف به موجب قانون مقرر محکمه دست قاضی را می بندد.

در قانون مدنی مصر نیز اصطلاح توصیف استعمال نشده است. ماده ۱۰ قانون مدنی مصر در خصوص حل تعارض توصیف ها می گوید: «در تعیین ماهیت روابط حقوقی جهت احراز قانون حاکم در صورت بروز تعارض قوانین مختلف در دعوی، قانون مصر حاکم است.» ماده ۱۶ ق. م ترجمه ماده ۱۰ قانون مدنی مصر است.

فصل سوم: حل تعارض قوانین

مرحله چهارم حل تعارض ها، حل تعارض قوانین است که مهم ترین و مغلق ترین مرحله است. در این فصل، تعریف تعارض قوانین و ارکان آن (مبحث اول)، علل پیدایش (مبحث دوم)، برخی اصطلاحات (مبحث سوم)، قواعد حل تعارض قوانین در ق. م (مبحث چهارم) و روش حل تعارض قوانین در سطح بین الملل (مبحث پنجم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول: تعریف و ارکان

تعارض قوانین هنگامی مطرح می شود که يك رابطه حقوق خصوصی به واسطه دخالت يك یا چند «عامل خارجی» به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند. در چنین مواردی باید تشخیص داد قانون کدام يك از این کشور ها، بر رابطه حقوقی مورد نظر حاکم خواهد بود.

بنابراین، علت بروز تعارض قوانین، دخالت يك یا چند عامل خارجی در یک قضیه است.^{۲۴۱} به این توضیح که اگر يك رابطه حقوقی تنها به يك کشور مربوط شود چنانکه مسأله ازدواج دو نفر از اتباع افغانستان مطرح باشد و محل انعقاد عقد نیز در افغانستان باشد، این رابطه حقوقی تابع حقوق داخلی خواهد بود چرا که هیچ عامل خارجی در آن دخالت ندارد؛ اما همین که يك عامل خارجی در يك رابطه حقوقی دخالت داشته باشد، چنانکه محل انعقاد عقد در خارج از افغانستان باشد در این صورت با مسأله تعارض قوانین مواجه خواهیم بود.

برخی حقوقدانان در تعریف تعارض قوانین می گویند: «تعارض قوانین عبارت از ناسازگاری میان قوانین دو نظام حقوقی مانند دو دولت یا دو کشور است.»^{۲۴۲} این تعریف ناقص به می رسد زیرا در

۲۴۱. نجاد علی الماسی (۱۳۸۵). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، صص ۱۹ و ۲۰.

۲۴۲. William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage Leaning, p 164.

این تعریف دخالت عنصر خارجی منتفی است. به نظر می رسد تعارض قوانین عبارت از ناسازگاری و اختلاف قوانین ممالک مختلف است در رابطه به قضیه ای که در آن عنصر خارجی دخیل است. ارکان تعارض قوانین قرار ذیل است:

۱- وجود عنصر خارجی در قضیه: منظور از عنصر خارجی تابعیت خارجی یکی از طرفین دخیل در قضیه، اموال خارجی یا وقوع یا اجرای عمل در خارج است. به حیث مثال، هرگاه در یک دعوی هر دو طرف افغان باشند، در این دعوی تعارض قوانین وجود ندارد. زیرا، در این دعوی عنصر خارجی وجود ندارد. اما، اگر در یک دعوی یکی از طرفین تبعه خارجی باشد، در این دعوی به دلیل عنصر خارجی (تابعیت مملکت دیگر) تعارض قوانین مطرح است.

همچنین، هرگاه یک دعوی میان یک تبعه خارجی و افغان در مورد مالی که در خارج وجود دارد واقع شود، در این دعوی عنصر خارجی (وجود مال در خارج) وجود دارد. همچنین، در صورتی که یک دعوی میان یک افغان و تبعه خارجی در مورد عقد واقع شود و عقد در خارج منعقد شده باشد، در این دعوی عنصر خارجی (انعقاد عقد در خارج) وجود دارد.

۲- وجود تفاوت در قوانین دو کشور که عبارت است از این که حکم یک موضوع در قوانین دو کشور متفاوت باشد. به حیث مثال، اگر در همه ممالک دنیا یک قانون مدنی و یک قانون تجارت وجود می داشت، هیچگاه تعارض قوانین به وجود نمی آید. چون هر مملکت قانون مدنی و قانون تجارت جداگانه دارد و احکام این قوانین از همدیگر متفاوت و با همدیگر متعارض اند، این تفاوت و تعارض، باعث تعارض قوانین می شود.

۳- امکان اجرای قانون خارجی که عبارت است از اجازه قانونگذار ملی مبنی بر اجرای قانون خارجی در حوزه حقوق خصوصی.^{۲۴۳} به حیث مثال، اگر قوانین داخلی اجازه تطبیق قوانین خارجی را به قاضی ندهند و در همه موارد قاضی مکلف به تطبیق قوانین داخلی باشد، هیچ گاه تعارض قوانین مطرح نمی گردد چنانچه تفصیل آن در مبحث احاله گذشت.

نکته دیگر قابل توجه این است که مسأله تعارض قوانین تنها در مرحله اعمال و اجرای حق مطرح می شود و وابسته به داشتن حق (اهلیت تمتع) است. پس، چنانچه شخص در روابط بین المللی از تمتع حقی محروم شده باشد مسأله تعارض قوانین، مطرح نخواهد شد، زیرا تعارض قوانین زمانی مطرح می شود که فردی در زندگی بین المللی دارای حقی باشد و مقصد ما تعیین قانون حاکم بر آن حق باشد.

به طور مثال، بیگانه ای که دولت متبوع وی تعدد زوجات را در قانون خود شناخته است نمی تواند در افغانستان به استناد ماده ۸۶ قانون مدنی افغانستان، از حق داشتن بیش از یک زوج استفاده کند.

در این قبیل موارد اساساً تعارضی به وجود نمی آید زیرا تعارض در صورتی حاصل می شود که حقی موجود باشد و ما بخواهیم از بین قوانین متفاوت قانون صلاحیتدار را در مورد آن اجراء کنیم و بدیهی است در صورت موجود نبودن حق (عدم اهلیت تمتع) تعارض قوانین که مربوط به اعمال حق است موضوعاً منتفی خواهد شد.^{۲۴۴}

مبحث دوم) علل پیدایش

تعارض قوانین در اثر عوامل ذیل به وجود آمده است:

۱) **توسعه روابط و مبادلات بین المللی:** امروزه افراد در جا هایی که متولد شده اند، زندگی نمی نمایند بلکه به کشور های دیگر برای رسیدن به اهدات مختلف مانند درس خواندن، تجارت، به دست آوردن تابعیت سفر می نمایند. زمانی که این افراد در ممالک دیگر سفر می نمایند با اتباع کشور میزبان قرارداد تجارتي می بندند، ازدواج می نمایند و سایر تصرفات حقوقی را انجام می دهند.

در صورت اجرای تعهد مشکلی به وجود نمی آید و تعهد خاتمه پیدا می کند. اما، در صورت عدم اجرای تعهد و بروز اختلاف حقوقی و اقامه دعوی یکی از طرفین رابطه حقوقی در محکمه تعارض قوانین به وجود می آید. بنابراین، تجارت، مهاجرت، مسافرت، درس خواندن در کشور های دیگر و ... موجب ایجاد تعارض قوانین می گردد.

۲) **اغماض قانونگذار ملی و امکان اجرای قانون خارجی:** عامل دوم برای تحقق تعارض قوانین این است که قانون يك کشور در برخی موارد قبول کند که قانون کشور دیگری را در خاک خود اجراء کند. اگر قانونگذار ملی فقط قانون کشور متبوع خود را صلاحیتدار و حاکم بداند و قاضی نیز همیشه خود را مکلف بداند که قانون کشور متبوع خود را به مرحله اجراء در آورد، دیگر مسأله تعارض قوانین مطرح نخواهد شد. زیرا، تعارض قوانین مبتنی بر امکان انتخاب قانون حاکم از بین چندین قانون است و در صورتی که قاضی حق انتخاب را نداشته باشد، مسأله تعارض قوانین قبل از مطرح شدن حل می گردد. بنابراین، امکان این انتخاب در صورتی قابل تصور است که قاضی در مواردی بتواند قانون خارجی را به منصبه اجراء در بی آورد.^{۲۴۵}

۳) **وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها:** سومین شرط ضروری برای ایجاد تعارض بین قوانین کشور ها این است که در باره یک مسأله حقوقی واحد که با دو یا چند کشور ارتباط دارد، در قوانین داخلی این کشور ها احکام متفاوتی وجود داشته باشد. زیرا، چنانچه راه حل قوانین کشور های مختلف یکسان و مشابه باشد، دیگر انتخاب این یا آن قانون عملاً بی فائده خواهد بود.

۲۴۴. نجاد علی الماسی (۱۳۸۵). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، صص ۱۹ و ۲۰.

۲۴۵. همان، نجاد علی الماسی، صص ۲۰ و ۲۱.

در صورت تحقق شرائط فوق، مسأله تعارض قوانین مطرح می گردد و قاضی مکلف است از بین قوانین که ممکن است با هم متعارض باشند، قانون اصلح را پیدا نماید و آن را به منصفه اجراء در بی آورد. قوانینی که در چنین موارد ممکن است متعارض واقع گردند و قاضی باید قانون قابل تطبیق را از میان آنها انتخاب نماید عبارتند از: قانون متبوع دولت شخص، قانون اقامتگاه، قانون محل وقوع شی، قانون محل انعقاد عقد، قانون محل تنظیم سند، قانون محل اجرای تعهد، قانون دولت متبوع محکمه ای که به دعوی رسیدگی می کند.^{۲۴۶}

مبحث سوم: برخی اصطلاحات

قبل از مطالعه قواعد مربوط به تعارض قوانین لازم است برخی اصطلاحات مربوط به تعارض قوانین را که قرار ذیل اند مطالعه نماییم، زیرا در وقت مطالعه قواعد حل تعارض قوانین ضرورت به استعمال این اصطلاحات داریم:

(۱) **صلاحیت قانونی:** مقصود از صلاحیت قانونی تشخیص قانونی است که از بین قوانین متعارض باید بر موضوع معین حکومت کند.

(۲) **صلاحیت قضایی:** صلاحیت قضائی عبارت از تشخیص محکمه ای است که صلاحیت رسیدگی به دعوی را دارد.^{۲۴۷}

(۳) **قوانین درون مرزی:** قانون درون مرزی قانونی است که در سرزمین یک کشور نسبت به تمام افرادی که در آن کشور سکونت دارند، اعم از اینکه تبعه داخلی باشد و یا خارجی و همچنین نسبت به تمام اموالی که در آن کشور واقع شده است، اجراء می شود.^{۲۴۸}

نمونه کامل قوانین درون مرزی در افغانستان، قوانین جزائی است.

(۴) **قوانین بیرون مرزی:** قوانین بیرون مرزی قوانینی است که در خارج از قلمرو کشوری که برای آن وضع شده است، اجراء می شود.^{۲۴۹} نمونه بارز قوانین بیرون مرزی، قوانین مربوط به احوال شخصیه است. به گونه ای مثال، هرگاه مسأله اهلیت اتباع بیگانه که یکی از موضوعات مورد بحث احوال شخصیه است، در افغانستان مطرح گردد، محاکم ذیصلاح افغانستان می توانند طبق ماده ۱۷ ق. م، قانون خارجی را اعمال نمایند. زیرا، این قانون در مملکتی غیر از قلمرو خودش اجراء می شود و وصف قانون بیرون مرزی را پیدا می نماید.

۲۴۶. همان، نجاد علی الماسی، صص ۲۰-۲۲.

۲۴۷. همان، نجاد علی الماسی، ص ۱۴۴.

۲۴۸. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۴۲؛ و نجاد علی الماسی (۱۳۸۵).

حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، ص ۳۴.

۲۴۹. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۴۳؛ و نجاد علی الماسی (۱۳۸۵).

حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، ص ۳۵.

۵) قوانین شخصی یا قوانین مربوط به اشخاص: قوانین شخصی عبارت از قوانینی است که بر احوال شخصیه اشخاص حکومت می کند. زیرا، احوال شخصیه شامل مسائل مانند: اهلیت، نامزدی، نکاح، طلاق، تفریق قضائی، وصیت، ارث و نظیر اینها می گردد که با مسائل شخصی انسان سروکار دارد.

۶) قانون ملی (Lex nationality): منظور از قانون ملی، قانون متبوع دولت شخصی است که راجع به او موضوعی حقوقی مطرح می شود. به عنوان نمونه، وقتی می گویند اهلیت یک فرانسوی تابع قانون ملی او است، مقصود قانون فرانسه است، چنانکه قانون ملی یک بلژیکی یا یک ایتالیایی نیز قانون بلژیک و ایتالیا است.

۷) قانون اقامتگاه (Lex domicilii): عبارت از قانون کشوری است که شخص در سرزمین آن کشور اقامت می نماید.

۸) قانون محل وقوع شی (Lex rea sitea): قانون کشوری است که در آنجا مال یا چیزی واقع شده است.

۹) قانون محل تنظیم سند: عبارت از قانون کشوری است که در آنجا سند تنظیم شده است.
۱۰) قانون حاکمیت اراده (Selected law): عبارت از قانونی است که طرفین عقد تعیین کرده اند و تعهدات قراردادی خویش را تابع آن قرار داده اند.

۱۱) قانون محل وقوع عقد (Lex loci contract): عبارت از قانون کشوری است که در آنجا عقد واقع شده است.

۱۲) قانون محل تجلیل نکاح (Lex loci celebrationis): عبارت از قانون محل تجلیل نکاح است.^{۲۵۰}

۱۳) قانون مقر محکمه (Lex fori): عبارت از قانون مقر محکمه است. به عبارت دیگر، قانون دولت متبوع محکمه ای است که به دعوی مطروحه رسیدگی می کند.^{۲۵۱}

۱۴) قانون محل اجرای عقد (Lex loci solutionis): عبارت از قانون محل اجرای قرارداد است.

۱۵) قانون محل وقوع مال (Lex situs): قانون محل وقوع مال عبارت از قانونی مملکتی است که مال در آن واقع است.^{۲۵۲}

250. J. G. Collier (____). Conflict of Laws, third edi, Cambridge university press, p 7.

۲۵۱. نجاد علی الماسی (۱۳۸۵). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، صص ۳۹ و ۴۰.

252. J. G. Collier (____). Conflict of Laws, third edi, Cambridge university press, p 7.

۱۶) **دسته های ارتباط:** در حقوق بین الملل خصوصی منظور از دسته های ارتباط در یک دسته قرار دادن موضوعاتی است که با همدیگر شباهت و ارتباط دارند و تابع حکم واحد دانستن آنها است. به عنوان مثال، قانون مدنی مسائل مربوط به احوال شخصیه از قبیل: اهلیت، نکاح، طلاق، تفریق قضائی، وصیت، ارث و نظیر اینها را در یک دسته (دسته احوال شخصیه) قرار داده و این مسائل را تابع قانون متبوع شخص می داند.

همچنین، قانون مدنی، تصرفات و حوادث حقوقی را در دسته دیگر (حقوق وجایب) قرار داده است. به همین ترتیب، اموال اعم از منقول و غیر منقول را در دسته دیگر (حقوق عینی) قرار داده است. اهمیت دسته های ارتباط در حقوق بین الملل خصوصی در این است که این امر قاضی را در تشخیص قانونی که احکام موضوع معین را باید تنظیم نماید، کمک می نماید که تفصیل آن در مبحث تعارض توصیف ها گذشت.

مبحث چهارم: قواعد حل تعارض قوانین

برای حل تعارض قوانین دو دسته قواعد وجود دارد: قواعد بین الملل که تفصیل آن در مبحث منابع حقوق بین الملل گذشت و قواعد حقوق داخلی هر کشور. قواعد داخلی حل تعارض قوانین در ق. م پیش بینی شده است. فصل اول قسمت دوم، مواد ۱۶ الی ۳۵ قانون مدنی افغانستان حاوی احکامی معین در باره حل تعارض قوانین است که احکام مربوط به حالت مدنی، اهلیت، ازدواج و آثار مالی ازدواج، طلاق و تفریق قضائی، ارث، وصیت، اموال، عقود، حوادث حقوقی، ولایت، وصایت، قیمومیت و غیره را تنظیم می نماید.

این احکام ترجمه مواد ۱۰ الی ۲۸ ق. م. ج. م است. به صورت کلی، این احکام را می توان به دسته های ارتباط مربوط به احوال شخصیه، حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق تجارت و اصول محاکمات مدنی تطبیق نمود، زیرا حقوق بین الملل خصوصی حقوق خصوصی در سطح بین المللی است و تعارض قوانین نیز در یکی از دسته های ارتباط مذکور واقع می گردد.

بنابراین، تعارض قوانین در ساحة حقوق جزا، اساسی و سایر رشته های حقوق عامه منتفی است. البته، این احکام مربوط حقوق بین الملل خصوصی افغانستان است. همچنین، می توان این احکام را به دسته های ارتباط مربوط به احوال شخصیه، حقوق وجایب، حقوق میراث، حقوق عینی، حقوق تجارت و اصول محاکمات مدنی تطبیق کرد.

گفتار اول) قوانین قابل تطبیق راجع به احوال شخصیه

طبق قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان احوال شخصیه شامل اهلیت، شخصیت، فامیل، ارث، وصیت، وقف و هبه می شود. در ذیل قانون قابل تطبیق در مورد برخی مصادیق احوال شخصیه را مورد بحث قرار می دهیم:

۱- قانون قابل تطبیق در مورد حالت مدنی: طبق بند اول ماده ۱۷ ق. م: «در مورد تثبیت احوال مدنی [...] اشخاص، قانون دولت متبوعه آنها تطبیق می گردد [...]». حالت مدنی متشکل از دو کلمه است: «حالت» به معنی کیفیت، چگونگی، وضع، حال و کیفیتی که در کسی یا چیزی وجود دارد^{۲۵۳} و «مدنی» که در لغت اسم منسوب به مدن یعنی شهر است. به نظر می رسد حالت مدنی در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح و عرفی آن استعمال می شود. در این مفهوم، حالت مدنی به معنی مجرد، متأهل، مُطلَّقه، مُطلَّق و بیوه بودن شخص است.

بنابراین، به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی تعریفی که می توان به حالت مدنی ارائه کرد این است که: حالت مدنی به حالت شخص از نظر مجرد و متأهل بودن، مُطلَّق و عدم مُطلَّق و بیوه بودن اطلاق می گردد. بنابراین، به نظر می رسد به حالت شخص از نظر مجرد، تأهل و مُطلَّق و عدم مُطلَّق بودن، حالت مدنی گویند.

تثبیت از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن است^{۲۵۴} و در اصطلاح حقوقی، اثبات عبارت است از اقامه دلیل در پیشگاه محکمه مطابق پیش بینی قانون که قناعت قاضی محکمه ذیصلاح را فراهم سازد بر صحت واقعه که یک طرف مدعی آن و طرف دیگر منکر آن است. طبق ق. م تثبیت حالت مدنی اتباع بیگانه تابع قانون ملی آنها است. طبق نص این ماده تثبیت حالت مدنی؛ یعنی: مجرد، متأهل و مُطلَّق و عدم مُطلَّق بودن اتباع بیگانه تابع قانون ملی آنها است.

به حیث مثال، هرگاه یک تبعه خارجی مصری، ایرانی و نظیر اینها بخواهد با یک دختر افغان در افغانستان ازدواج نماید، تثبیت حالت مدنی این شخص تابع قانون ملی او (مصر، ایران) است. بنابراین، تبعه مصری یا ایرانی باید در محکمه ذیصلاح در روشنایی قوانین ملی خویش حالت مدنی خویش را تثبیت نماید. قاضی محکمه ذیصلاح نیز در تثبیت حالت مدنی شخص مذکور قوانین ماهوی این شخص را تطبیق نماید. به حیث مثال، اگر حمزه یک تبعه مصری بخواهد با جمیله تبعه افغانی ازدواج نماید، حمزه باید مطابق قوانین ملی خویش (قوانین مصر) حالت مدنی خویش را

۲۵۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۱۴.

۲۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و

حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.

ثابت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص حالت مدنی است.

۲- قانون قابل تطبیق در مورد اهلیت اتباع بیگانه: طبق بند دوم ماده ۱۷ ق. م: «در مورد تثبیت [...] اهلیت اشخاص، قانون دولت متبوعه آنها تطبیق می گردد. تصرفات مالی که در افغانستان عقد گردیده و آثار مرتبه آن نیز در آن به وجود آمده باشد، در حالی که یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد طوری که نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفی باشد، با آنهاهم واجد اهلیت کامل شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که: تثبیت اهلیت اتباع اشخاص تابع قانون ملی آنها است. شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن اشخاص است.^{۲۵۵} در اصطلاح حقوق مدنی شخص موجودیتی است که دارای حق و تکلیف است.^{۲۵۶} به مفهوم عامتر: کس یا چیزی که موضوع حق قرار گیرد، مانند: انسان، شرکت های تجاری، انجمن ها و دولت شخص نامیده می شود.^{۲۵۷} شخص دو نوع است: شخص حقیقی که عبارت از انسان است و خودش اراده اش را تمثیل می نماید و شخص حکمی که شخصیت معنوی است و در قالب اشخاص حکمی عامه مانند دولت، اشخاص حکمی خصوصی مانند حزب سیاسی، شرکت و اشخاص حکمی بین المللی مانند سازمان ملل متحد ایجاد می شود.

به نظر می رسد می توان کلمه «اشخاص» در ماده ۱۷ را تفسیر موسع نمود و نتیجه گرفت که شخص در این ماده اعم است از شخص حقیقی و شخص حکمی. بنابراین، تثبیت اهلیت اشخاص حقیقی و حکمی تابع قانون ملی آنها (Lex Causee) است. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است.^{۲۵۸} چنانچه به عنوان مثال گفته می شود: فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد، یا گفته می شود که: کار باید به اهل

۲۵۵. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴؛ و حسن عمید (۱۳۸۳).

فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷.

۲۵۶. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶.

۲۵۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۸.

۲۵۸. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۲؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۰.

آن سپرده شود.^{۲۵۹} در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.^{۲۶۰} برخی مثال های حل تعارض قوانین در خصوص اهلیت قرار ذیل است:

(۱) اگر یک تبعه جرمنی به نام جان بخواهد در افغانستان با یک تبعه دیگر جرمنی به نام جولیا ازدواج نماید، باید هر دو واجد اهلیت باشند. در تثبیت اهلیت جان و جولیا، هر دو تابع قانون ملی یعنی قانون جرمنی اند. بنابراین، هر دو باید مطابق قوانین جرمنی اهلیت خویش را ثابت نمایند. در صورت بروز منازعه در خصوص اهلیت جان و جولیا، قاضی محکمه ذیصلاح باید قانون ملی ماهوی جان و جولیا را تطبیق نماید.

(۳) در این قضیه قاضی طبق ق. م نمی تواند قضیه را به محاکم جرمنی احاله نماید، بلکه موظف است قوانین ماهوی مربوط به اهلیت جرمنی را تطبیق نماید. در این قضیه، قاضی می تواند اهلیت را براساس قوانین افغانستان توصیف نماید.

(۲) اگر یک تبعه جرمنی به نام جان بخواهد در افغانستان با یک تبعه افغانی به نام احمد عقد اجاره خانه را منعقد نماید، باید هر دو واجد اهلیت باشند. در تثبیت اهلیت جان، تابع قانون ملی یعنی قانون جرمنی است. بنابراین، جان باید مطابق قوانین جرمنی اهلیت خویش را ثابت نمایند. در صورت بروز منازعه در خصوص اهلیت جان، قاضی محکمه ذیصلاح باید قانون ملی ماهوی جان را تطبیق نماید.

دوم این که نص بند دوم این ماده که تصریح می نماید: «تصرفات مالی که در افغانستان عقد گردیده و آثار مرتبه آن نیز در آن به وجود آمده باشد، در حالی که یکی از طرفین عقد تبعه خارجی بوده و ناقص اهلیت باشد طوری که نقص اهلیت آن مبنی بر سبب خفی باشد، با آنهم واجد اهلیت کامل شناخته می شود» مبهم به نظر می رسد.

چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، تصرفاتی مالی عبارت از اعمال حقوقی است که محل آن مال است مانند بیع، اجاره، عاریت، قرض، وصیت و نظیر اینها. به نظر می رسد طبق نص این ماده اگر یکی تبعه خارجی تصرف مالی اعم از عقد، مانند: خرید و فروش، اجاره، عاریت، شرکت، مقایضه یا ایقاع مانند: وصیت و جعاله را انجام دهد و آثار حقوقی بر این اعمال مرتب گردیده باشد، هرچند این شخص ناقص اهلیت باشد و علت نقص اهلیت وی نیز

۲۵۹. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۲۶۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

معلوم نباشد یعنی سبب نقص اهلیت وی، به حیث مثال جنون، عته، صغر و نظیر اینها باشد، اما این اسباب خفی یعنی مکتوم و پنهان باشند، چنین شخصی به حکم قانون واجد اهلیت پنداشته می شود. پرسش این است که چرا قانونگذار مدنی شخص ناقص اهلیت را که سبب نقص اهلیت وی پنهان باشد واجد اهلیت می شناسد. به نظر می رسد در این خصوص دو دلیل وجود دارد: نخست ترجمه ماده ۱۷ ق. م که از ماده ۱۱ ق. م. ج. م به صورت غیردقیق و غیرگویا ترجمه شده است. ماده ۱۱ ق. م. ج. م نسبت به ماده ۱۷ ق. م. ا گویاتر است.

این ماده حکم می نماید: «وضعیت مدنی و اهلیت اشخاص تابع قانون کشور متبوع از حیث ملیت است. باوجوداین، اگر در معاملات مالی که در مصر منعقد و واجد اثر می شوند، یکی از طرف ها، بیگانه و فاقد اهلیت باشد و این امر ناشی از دلیل مکتوم و کشف آن برای طرف دیگر دشوار باشد، این دلیل، تأثیری بر اهلیت او نخواهد داشت.» دوم این که به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی حمایت از اتباع افغانی و جلوگیری از بروز اختلاف و بستن باب جعل و تقلب در اهلیت توسط اتباع خارجی است.

بنابراین، هرگاه یک تبعه خارجی با یک تبعه افغانی عقدی منعقد نماید و سپس تبعه خارجی به استناد عدم داشتن اهلیت خواهان ابطال عقد گردد، چنین ادعایی توسط محکمه ذیصلاح قابل پذیرش به نظر نمی رسد، زیرا اتباع خارجی توسط ق. م واجد اهلیت شناخته می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص اهلیت است.

۳- قانون قابل تطبیق در مورد ازدواج: طبق ماده ۱۹ ق. م: «در مورد شرایط موضوعی صحت ازدواج، قوانین متبوعه هر يك از زوجین تطبیق می گردد، و در شرایط شکلی ازدواج، احکام قانون مملکتی رعایت می گردد که ازدواج در آن صورت گرفته است.» نص این ماده ناظر بر قانون قابل تطبیق بر ازدواج است. تعریف ازدواج در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م خواهد آمد. طبق نص این ماده شرایط نکاح به دو دسته تقسیم شده است.

شرایط ماهوی (متنی) که در ماده ۱۹ ق. م «شرایط موضوعی» نامیده شده است و شرایط شکلی. شرایط ماهوی ازدواج عبارت از شرایطی اند که مربوط ماهیت عقد ازدواج می شود. از نظر ماهوی برای انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم آن یک سلسله شروط ضروری است که عبارت اند از: (۱) شروط انعقاد (مانند موجودیت طرفین عقد)؛ (۲) شروط صحت (مانند ایجاب و قبول صحیح توسط طرفین، اولیا و وکلای آنها، حضور دو نفر شاهد با اهلیت و عدم موجودیت حرمت دایمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه)؛ (۳) شروط لزوم؛ و (۴) شروط نفاذ.

به نظر می رسد منظور از شرایط شکلی عقد ازدواج عبارت از شرایطی اند که مربوط شکلیات و رسمیات عقد ازدواج می شود. به نظر می رسد برخی مثال های شرایط شکلی عقد ازدواج تشریفات

و شکلیات مربوط به انعقاد عقد ازدواج، مجلس عقد ازدواج، حضور شهود و وکیل دختر در مجلس عقد ازدواج، طرز ایجاب و قبول، ثبت عقد ازدواج در محکمه وثایق و اخذ نکاح خط است.^{۲۶۱} از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: شرایط موضوعی یا ماهوی عقد ازدواج تابع قوانین ملی یا متبوعه (Lex Causee) هر یک از طرفین عقد ازدواج است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از هر یک از طرفین سخن می گوید. هر یک از طرفین می تواند اتباع ممالک مختلف باشند. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه سودانی به نام حمزه با تبعه مراکشی به نام جمیله در افغانستان ازدواج نماید، چنین ازدواجی از نظر ماهوی تابع قوانین ملی هر یک از زوجین یعنی قانون سودان و مراکش است.

بنابراین، حمزه و جمیله می توانند مطابق قوانین ماهوی و ملی خویش عقد نکاح را در افغانستان منعقد نمایند. این شرایط مربوط به اهلیت طرفین، سن طرفین، عدم موجودیت موانع مؤقت و مؤبد، ایجاب و قبول، رضایت و سایر شرایط ماهوی عقد ازدواج می شود.

دوم این که شرایط شکلی تابع قانون محل تجلیل عقد (Lex loci celebrationis) است. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه سودانی به نام حمزه با تبعه مراکشی به نام جمیله در افغانستان ازدواج نماید، چنین ازدواجی از نظر شکلی تابع قانون محل تجلیل عقد ازدواج است. قانون محل تجلیل در این مثال، قانون افغانستان است. بنابراین، شکلیات ازدواج حمزه و جمیله تابع قوانین افغانستان است. به حیث مثال، شکلیات مجلس عقد ازدواج، شکلیات اخذ نکاح، شکلیات ثبت ازدواج و سایر شکلیات.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که اتباع خارجی که می خواهند در افغانستان ازدواج نمایند، از نظر ماهوی باید احکام مربوط به صحت ازدواج قوانین متبوع خویش را رعایت نمایند. ولی، از نظر شکلی؛ یعنی: رعایت تشریفات و شکلیات عقد ازدواج و ثبت ازدواج باید احکام ناظر بر ثبت ازدواج و اخذ نکاحنامه قانون مدنی را رعایت نمایند.

این اصل است. استثنای این اصل این است که یکی از طرفین افغان باشند. ماده ۲۱ ق. م در این باره می گوید: «در حالات مندرج مواد ۱۹ و ۲۰ این قانون، اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد.» طبق نص این در صورتی که یکی از طرفین عقد ازدواج افغان باشد، عقد ازدواج هم از نظر شرایط ماهوی و هم از نظر شرایط شکلی تابع قوانین محل عقد است.

۲۶۱. در مورد شرایط ماهوی و ثبت عقد ازدواج نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۳۵-۱۱۶.

به حیث مثال، هرگاه حمزه یک تبعه عربستان سعودی با جمیله تبعه افغانی در افغانستان ازدواج نماید، چنین ازدواجی از لحاظ شرائط ماهوی و شکلی عقد ازدواج، تابع قوانین افغانستان است. به نظر می رسد در چنین حالتی فرق نمی کند که تبعه افغانی دختر باشد یا پسر، زیرا قانونگذار مدنی از «یکی از زوجین» و «افغان» سخن می گوید و یکی از زوجین می تواند پسر و دختر باشد. همچنین، «افغان» اعم است از پسر و دختر.

باوجوداین، چنانچه ملاحظه می شود، در مورد فوق، اهلیت تبعه خارجی تابع قوانین افغانستان نیست زیرا طبق ماده ۱۷ ق. م تثبیت اهلیت اتباع خارجی تابع قوانین متبوع آنها است. به حیث مثال، در مثال ازدواج حمزه و جمیله به استثنای اهلیت حمزه سایر شرایط ماهوی مانند رضایت، اهلیت و سایر شرایط مربوط به طرفین تابع قوانین افغانستان است. به نظر می رسد علت تطبیق قوانین افغانستان در صورتی که یکی از طرفین عقد ازدواج افغان باشد، دلیل دینی و حاکمیتی دارد. از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که در عقد ازدواج سه حالت متصور است:

اول این که طرفین اتباع خارج اند مانند ازدواج تبعه فرانسه با جرمنی در افغانستان. در این صورت شرایط ماهوی تابع قوانین ماهوی فرانسه و جرمنی است. ایرادی که در این گونه موارد وجود خواهد داشت این است که قاضی نمی تواند در عین زمان قانون فرانسه و جرمنی را تطبیق نماید.

دوم این که طرفین اتباع خارج اند مانند ازدواج دو تبعه فرانسه در افغانستان. در این صورت شرایط ماهوی تابع قوانین ماهوی فرانسه و شرایط شکلی تابع قوانین افغانستان است.

سوم این که یکی از طرفین افغان و طرف دیگر خارجی است. در این صورت، عقد ازدواج به استثنای اهلیت شخص خارجی از نظر ماهوی و شکلی تابع قوانین افغانستان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص ازدواج است.

۴- قانون قابل تطبیق در خصوص آثار عقد ازدواج: طبق ماده ۲۰ ق. م: «(۱) در مورد آثار مرتبه بر ازدواج به شمول امور مالی، قانون دولتی تطبیق می گردد که زوج حین عقد ازدواج تابع آن باشد.» طبق نص این ماده در مورد آثار مرتب بر عقد ازدواج و امور مالی قانون دولتی قابل تطبیق است که زوج حین انعقاد عقد ازدواج تابع آن است؛ یعنی: قانون متبوع زوج. طبق نص این ماده هرگاه دو تبعه خارجی مثلاً یک مرد مصری با یک زن ایرانی در افغانستان ازدواج نماید، آثار این عقد ازدواج تابع قانون دولت متبوع مصری است. به نظر می رسد عبارت آثار عقد ازدواج را می توان تفسیر محدود نمود.

طبق این تفسیر، آثار عقد ازدواج شامل مهر، نفقه و ارث میان زوجین بعد از وفات یکی از زوجین می گردد. عبارت «به شمول امور مالی» در نص مادل ۲۰ ق. م مبهم به نظر می رسد. زیرا، معلوم نیست که منظور از «امور مالی» در نص این ماده چیست؟ به نظر می رسد نص این ماده ترجمه

ناقص ماده ۱۳ فقره ۱ قانون مدنی مصر است. ماده ۱۳ فقره ۱ قانون مدنی مصر در این خصوص می گوید: «آثار ازدواج از جمله آثار آن نسبت به اموال زوجین، تابع قانون کشور زوج در هنگام عقد ازدواج است.» طبق نص این ماده باید میان آثار عقد ازدواج که شامل مهر، نفقه و ارث می شود و آثار ازدواج نسبت به اموال زوجین تفکیک قایل شد.

به نظر می رسد منظور از امور مالی و اموال زوجین، رژیم مالی حاکم بر تقسیم اموال زوجین بعد از عقد ازدواج و بعد از انحلال عقد ازدواج که در سایر نظام های حقوقی وجود دارد است. به حیث مثال، اگر مهسین تبعه ایران با احمد تبعه مصر در افغانستان ازدواج نمایند، اثر این عقد تابع قانون دولت متبوع احمد است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قانون قابل تطبیق در مورد اثر عقد ازدواج است. در مورد فوق، هرگاه یکی از طرفین عقد ازدواج تبعه افغانستان باشد، در این صورت چنین ازدواج تابع قوانین افغانستان. ماده ۲۱ ق. م در این باره می گوید: «در حالات مندرج مواد ۱۹ و ۲۰ این قانون، اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۹ و ۲۰ قانون مدنی است.

بنابراین، نص این ماده مستقل نیست. طبق نص این ماده اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه عربستان سعودی به نام حمزه با تبعه افغانی به نام حمیده در افغانستان ازدواج نمایند، آثار مرتب بر چنین ازدواجی تابع قوانین افغانستان است. در صورت تعارض قوانین، قانون حاکم، بر قضیه قانون افغانستان است.

دلیل استثنای شرط اهلیت در این ماده این است که اهلیت اتباع خارجی مطابق ماده ۱۷ ق. م براساس قوانین متبوع آنها تثبیت می گردد. لذا، در این مثال، اثبات اهلیت حمزه تابع قانون مصر و اثر عقد ازدواج تابع قوانین افغانستان است.

۴- قانون قابل تطبیق در مورد نفقه: طبق ماده ۲۴ ق. م: «در مورد التزام به نفقه، احکام قانون دولت متبوعه شخصی که مکلف به ادای نفقه می باشد، تطبیق می گردد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد زیرا قانونگذار مدنی در این ماده مشخص نکرده است که قانون متبوع زن یا قانون متبوع مرد. طبق نص این ماده در مورد التزام (متعهد نمودن) به نفقه، قانون شخصی که مکلف به فراهم نمودن نفقه است قابل تطبیق است.

به حیث مثال، در صورتی که دو تبعه خارجی در افغانستان ازدواج نمایند و دعوایی میان آنها در باره نفقه مطرح گردد، قاضی محکمه ذیصلاح افغانستان باید چنین دعوایی را مطابق قانون شخصی

که مکلف به فراهم نمودن نفقه است حل و فصل نماید. علاوه براین، در نگاه اول نص ماده ۲۴ ق. م زاید به نظر می رسد زیرا قانونگذار مدنی آثار عقد ازدواج را در ماده ۲۰ ق. م نیز معین کرده است. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م خواهد آمد آثار مالی عقد ازدواج شامل مهر، نفقه و ارث می شود و طبق ماده ۲۰ ق. م در خصوص نفقه قانون دولت متبوع زوج قابل تطبیق است. پیش بینی یک حکم در دو ماده در ق. م زاید و محل ایراد به نظر می رسد. اما، اگر نگاه مقایسوی به قانون مدنی مصر که بسیاری از مواد ق. م. ۱ ترجمه آن است داشته باشیم این نتیجه به دست می آید که عبارت آثار ازدواج در ماده ۲۰ ق. م علاوه بر ارث و مسکن نفقه زوجه را نیز در بر می گیرد. اما، مطابق ماده ۱۵ قانون مدنی مصر نفقه شامل نفقه خویشاوندان مانند پدر و مادر، اولاد و امثال اینها می گردد. ماده ۱۵ قانون مدنی مصر در این خصوص می گوید: «تعهدات راجع به پرداخت نفقه بستگان تابع قانون ملی شخص متعهد به پرداخته نفقه است.»

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد حکم نفقه زوجه در ماده ۲۰ ق. م پیش بینی شده است و حکم نفقه سایر اقارب مانند اصول (پدر و مادر) و فروع (اولاد) در ماده ۲۴ ق. م. به حیث مثال، اگر یک تبعه عربستان سعودی در افغانستان زندگی نماید و نفقه اولاد و والدین خویش را فراهم ننماید، قاضی محکمه ذیصلاح در صورت ادعای نفقه توسط اولاد و والدین این شخص، قانون متبوع وی را باید تطبیق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص نفقه است.

۵- قانون قابل تطبیق در مورد طلاق: طبق ماده ۲۰ فقره دوم ق. م: «در خصوص طلاق، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که زوج در حین طلاق تابع آن باشد.» طلاق از طلق گرفته شده است^{۲۶۲} که در لغت به معنی رها کردن، وا گذاشتن، گسستن و گشودن گره (حل قید) است.^{۲۶۳} در اصطلاح فقهی طلاق عبارت از گشودن گره نکاح یا ازاله قید نکاح است در زمان حال یا آینده به الفاظ مخصوص.^{۲۶۴} طبق نص این ماده در مورد طلاق قانون دولتی تطبیق می گردد که زوج حین ایقاع طلاق تابع آن باشد. نص این ماده مجمل و مطلق است زیرا روشن نیست که منظور از طلاق شرایط ماهوی طلاق یا شرایط شکلی است.

262. Muhammad Subhi bin Hasan Hallaq (2008). Fiqh According to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch. 1st edi, Riyadh: Dar-us- salam, p 161.

۲۶۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۸۷۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۱۱. محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، جلد (۱)، مترجم: نعمت الله شهرانی، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۶۶.

۲۶۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۸۷۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ص ۱۳۱۱؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۰۹.

اگر نص این ماده را در کنار ماده ۳۰ ق. م که می گوید: «در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجراءات، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که دعوی در آن اقامه یا اجراءات در آن به عمل آمده باشد.» قرار دهیم و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم به نظر می رسد این نتیجه به دست می آید که نص این ماده ناظر بر شرایط ماهوی طلاق مانند شرایط زوج، زوجه، صیغه و نظیر اینها است. زیرا، در خصوص شرایط شکلی همه دعاوی حقوق خصوصی از جمله دعوی طلاق، قانون دولتی تطبیق می گردد که دعوی در آن اقامه می شود.

به حیث مثال، در صورتی که یک تبعه مصری به نام احمد در افغانستان زوجه اش را به نام حمیده که تبعه سودان است طلاق بدهد، چنین طلاقی از نظر ماهوی تابع دولت متبوع شوهر؛ یعنی: مصر است. بنابراین، قاضی افغانی حکم خویش را باید طبق قانون مصر صادر نماید. زیرا، چنین طلاقی باید بر اساس قانون مصر صورت پذیرد. اما، از نظر شکلی این طلاق تابع قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان است زیرا دعوی مربوط به طلاق در محاکم افغانستان در این فرض اقامه شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعیین قانون قابل تطبیق در صورت تعارض قوانین بر قضیه طلاق است. باوجوداین، در صورتی که در مثال بالا یکی از طرفین عقد تبعه افغانستان باشد، چنین طلاقی تابع قانون افغانستان است. بنابراین، قاضی باید حکم خویش را مطابق قانون افغانستان صادر نماید. ماده ۲۱ ق. م در این باره حکم می نماید که: «در حالات مندرج مواد ۱۹ و ۲۰ این قانون، اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۹ و ۲۰ قانون مدنی است. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست.

طبق نص این ماده در صورتی که یکی از زوجین افغان باشد اعم از این که زن باشد یا مرد، قانون قابل تطبیق قانون افغانستان است. به حیث مثال، اگر یک تبعه مصری به نام احمد با تبعه افغانی به نام حمیده ازدواج نماید و احمد بخواهد حمیده را طلاق بدهد یا حمیده بخواهد از احمد طلاق بگیرد و تعارض قوانین میان قانون متبوع احمد و حمیده ایجاد گردد، قانون قابل تطبیق، قانون افغانستان است. دلیل استثنای شرط اهلیت در این ماده این است که اهلیت اتباع خارجی مطابق ماده ۱۷ ق. م براساس قوانین متبوع آنها تثبیت می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص طلاق است.

۶- قانون قابل تطبیق در مورد تفریق قضایی: طبق ماده ۲۰ فقره سوم ق. م: «در حالات تفریق و انفصال قانون مملکتی اعتبار دارد که زوج حین اقامه دعوی تابع آن باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که طبق نص این ماده در مورد تفریق قضایی قانون مملکتی قابل تطبیق است که زوج حین اقامه دعوی تابع آن باشد. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.^{۲۶۵} چون این جدایی میان زن و مرد توسط قاضی گاه در اثر مطالبه زن، مانند: عدم انفاق شوهر، وجود عیب جنسی در شوهر، حبس و غیبت شوهر صورت می پذیرد آن را تفریق قضایی می گویند. در اصطلاح حقوق مدنی به نظر می رسد تفریق قضایی عبارت است از طلاق زوجه توسط قاضی در اثر تقاضای زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، غیابت، ضرر، ارتداد یکی از زوجین، ایلاء، ظهار و لعان.

نص این ماده مجمل و مطلق است زیرا روشن نیست که منظور از تفریق قضایی شرایط ماهوی تفریق قضایی است یا شرایط شکلی است. اگر نص این ماده را در کنار ماده ۳۰ ق. م که می گوید: «در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجراءات، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که دعوی در آن اقامه یا اجراءات در آن به عمل آمده باشد». قرار دهیم و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم به نظر می رسد این نتیجه به دست می آید که نص این ماده ناظر بر شرایط ماهوی تفریق است. زیرا، در خصوص شرایط شکلی همه دعاوی حقوق خصوصی از جمله دعوی تفریق، قانون دولتی تطبیق می گردد که در دعوی آن اقامه می شود.

به حیث مثال، اگر حمیده یک تبعه پاکستانی با احمد یک تبعه مصری ازدواج نماید و حمیده بخواهد از احمد از طریق تفریق قضایی یا به دلیل تحقق اسباب تفریق قضایی، طلاق بگیرد، چنین تفریقی تابع قانون متبوع احمد از نظر ماهوی و تابع قانون اصول محاکمات مدنی از نظر شکلی است.

دوم این که به نظر می رسد عبارت «انفصال» که به معنی جدایی جسمی زن و شوهر است مخصوص پیروان دین مسیحیت است، زیرا «انفصال» که در انگلیسی به آن «Seperation» می گویند در این دین وجود دارد. دین مسیحیت در باره طلاق با سایر ادیان از جمله یهودیت متفاوت است.^{۲۶۶} زیرا، دین یهود طلاق را به رسمیت می شناخت و آن را در موارد معین مانند: عیوب جسمی از قبیل چشم درد بودن، بوی بد دهن، عقامت و غیره و عیوب اخلاقی از قبیل: وقاحت و بی شرمی، پُرحرفی، بی نظافتی، بخل و عناد، اسراف و آزمندی، زنا و ... تجویز می کرد، ولی آیین مسیح طلاق

۲۶۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

۲۶۶. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۵۶.

را موکول به اثبات زنا کرد و در غیر آن صورت جدا شدن زن به معنای به زنا انداختن زن است و گفته است که هر کس زنی مُطَلَّقه ای را نکاح کند، زنا کرده است.^{۲۶۷}

به صورت مشخص تر باید گفت که در آیین مسیح سه مذهب: کاتولیک، ارتدودکس و پروتستانت وجود دارد. در مذهب کاتولیک طلاق به طور کلی حرام است. پس، هیچ عذری هر اندازه بزرگ باشد نمی تواند مجوز طلاق واقع گردد حتّی خیانت در امر زوجیت. در این صورت، تنها مجوز ترک همبستری و جدایی جسمی (انفصال) است و از نظر مذهب کاتولیک پیوند زوجیت همچنان باقی است و هیچ یک از زوجین در خلال این مدت جدایی نمی توانند با دیگری ازدواج نمایند، زیرا این عمل تعدّد زوجات پنداشته می شود. پیروان مذهب کاتولیک در عدم اباحت طلاق به انجیل استناد می نمایند که در اصحاح ۱۵ آیه ۸ و ۹ انجیل مرقس به زبان مسیح آمده است:

«این دو یک تن خواهند بود چنانکه از آن پس یک جسد اند، چیز های را که خدا آنها را باهم جمع کرده باشد انسان حقّ جدا نمودن آنها را ندارد.».

همچنین، در مذهب ارتدودکس طلاق وجود ندارد. اما در مذهب پروتستانت طلاق و ازدواج مجدد جواز دارد. طبق ق. م. ۱ و بسیاری از ممالک اسلامی عقد ازدواج از طریق فسخ، طلاق، خُلع و تفریق قضایی منحل می گردد که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م خواهد آمد نه انفصال. بنابراین، هرگاه تبعه ایرانی بر علیه شوهر مصری اش در محکمه محل اقامت شوهر در افغانستان مطالبه تفریق نماید، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است قانون مصر را در مورد تفریق قضائی جاری نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و تعیین قانون قابل تطبیق در خصوص تفریق قضایی و انفصال است. ولی، در صورتی که یکی از طرفین اعم از زن یا مرد افغانی باشد، قانون افغانستان قابل اجراء است. پس، در چنین موارد قاضی محکمه ذیصلاح باید حکم خویش را مبنی بر تفریق قضائی طبق قانون مدنی افغانستان صادر نماید. ماده ۲۱ ق. م در این باره حکم می نماید که: «در حالات مندرج مواد ۱۹ و ۲۰ این قانون، اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد.».

نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۹ و ۲۰ قانون مدنی است. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست. طبق نص این ماده اگر یکی از زوجین حین عقد ازدواج افغان باشد به استثنای شرط اهلیت، تنها احکام قانون افغانستان تطبیق می گردد.

۲۶۷. عبدالله مبلغ آبادانی (۱۳۸۸) تاریخ ادیان و مذاهب بزرگ جهان، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: انتشارات خَرّ، ص ۷۱۹؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۱۲؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۵۶.

به حیث مثال، اگر حمیده تبعه افغانی با احمد تبعه مصر ازدواج نماید و سپس حمیده بخواهد از احمد تفریق بگیرد، قانون قابل تطبیق قانون افغانستان است. دلیل استثنای شرط اهلیت در این ماده این است که اهلیت اتباع خارجی مطابق ماده ۱۷ ق. م براساس قوانین متبوع آنها تثبیت می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص تفریق قضایی و انفصال است.

۷- قانون قابل تطبیق در مورد ولایت و سایر تکالیف پدر نسبت به فرزند و برعکس: طبق ماده ۲۲ ق. م: «در مسائل متعلق به بنوت، ولایت و سایر وجایب فیما بین پدران و فرزندان، احکام قانون دولت متبوعه پدر تطبیق می گردد». بنوت در لغت به معنی فرزندی و رابطه فرزندی و در اصطلاح عبارت از رابطه ای است که فرزند را به پدر یا مادر پیوند می دهد.^{۲۶۸} ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است^{۲۶۹} که در لغت به معنی محبت و کمک است.

همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،^{۲۷۰} فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قربت و خویشاوندی است.^{۲۷۱} به نظر احناف، ولایت عبارت از عملی نمودن تصمیم و خواست در مورد دیگری است اعم از این که راضی باشد یا خیر.^{۲۷۲} کسی که به نمایندگی از صغار و مجانین عقد را جاری می نماید «ولی» یا «متولی عقد» و کسی که ولی بر وی ولایت دارد «مولی علیه» صیغه مفرد و «مولی علیهم» صیغه جمع نامیده می شود.^{۲۷۳}

منظور از سایر وجایب فیما بین پدران و فرزندان آثار عقد ازدواج و وجایب پدر در خصوص فرزندان و فرزندان در خصوص پدران است، زیرا آثار عقد ازدواج نه تنها متوجه طرفین عقد ازدواج: یعنی، ناکح و منکوحه، بلکه متوجه اولاد ناشی از این عقد نیز می گردد. بنابراین، مهم ترین حقوقی که پدر مکلف به رعایت آن نسبت به اولاد اعم از پسر و دختر می گردد عبارت اند: ثبوت نسب، اجرای مراسم مذهبی از قبیل: گذاشتن نام نیک، اذان در گوش طفل، عقیقه، تراشیدن موی سر، شیرخوارگی و پرداخت اجرت آن، حضانت و نگهداری طفل اعم از پسر و دختر، فراهم نمودن نفقه،

۲۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶۶.

۲۶۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۲۴۸.

۲۷۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۱.

۲۷۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۲۷۲. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.

۲۷۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۰؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵).

فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰

تعلیم و تربیه و نظیر اینها. در مقابل، اولاد نیز مکلف به رعایت یک سلسله حقوق در برابر والدین، مانند: فراهم نمودن نفقه، احترام، اطاعت و امثال اینها است.^{۲۷۴}

در رابطه به تکالیف پدر در برابر اطفال و در رابطه به حقوق پدر بر اطفال زمانی که اطفال به سن بلوغ برسند قانون متبوع پدر قابل اجراء است. بنابراین، هرگاه یک مرد مراکشی با یک زن مصری در افغانستان ازدواج نماید و این ازدواج موجب تولد پسر و دختری گردد و اینها همه در افغانستان زندگی نمایند، حقوق و تکالیفی که پدر و فرزندان اعم از دختر و پسر در برابر همدیگر دارند، طبق قانون مراکش تنظیم می گردد.

پس، هرگاه دعوی، به حیث مثال، در باره ثبوت نسب، فراهم نمودن نفقه، حق حضانت، رضاع و نظیر اینهای چنین پسر یا دختری در افغانستان مطرح گردد، قاضی محکمه ذیصلاح افغانستان مکلف به اجرای قانون متبوع پدر، یعنی: مراکش است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص حقوق و وجایب والدین و اولاد است.

۸- قانون قابل تطبیق در مورد اشخاص ناقص و فاقد اهلیت و نصب ولی، وصی و قیم:
طبق ماده ۲۳ ق. م: «در مورد اشخاص فاقد اهلیت، ناقص اهلیت و غایب، احکام قانون دولت متبوعه شان تطبیق می گردد. در خصوص نصب قیم، وصی، ولی قانونی و امثال آن، احکام قوانین مربوط به این موضوعات و احکام سایر قوانینی که به منظور حمایت اشخاص مذکور وضع شده باشد قابل تطبیق می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- قانون قابل تطبیق بر اشخاص ناقص اهلیت: به هر نوع اهلیت شخص پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد کامل که معمولاً از سن هفت سالگی تا سن بلوغ در نظر گرفته می شود، اهلیت ناقص گویند، مانند: طفل ممیز، معتوه و سفیه. در خصوص افراد ناقص اهلیت قانون دولت متبوعه آنها (قانون خارجی) قابل تطبیق است. به حیث مثال، اگر یک تبعه مصر که در سن ۱۲ سالگی قرار داشته باشد و در افغانستان از پدر خویش مال به ارث ببرد و نتواند آن را اداره نماید و برای او ولی نصب شود، نصب ولی که در این مثال پدر کلان است تابع قوانین مصر است. به حیث مثال، اگر احمد یک تبعه مصری در افغانستان وفات نماید و از خود متروکه به جا گذارد و حمیده ورثه او باشد و در سن ده سالگی قرار داشته باشد، حمیده دارای اهلیت ادای ناقص است. در صورت انتقال متروکه به حمیده، ولی مطابق قانون متبوع حمیده نصب می شود.

- قانون قابل تطبیق بر اشخاص فاقد اهلیت: چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد، هیچ شخصی فاقد اهلیت نیست بلکه اشخاص یا ناقص اهلیت اند یا کامل اهلیت. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. طبق ماده ۲۳ ق. م اشخاص ناقص

اهلیت تابع قانون متبوع آنها است. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه مصری در افغانستان به جنون مواجه شود و ناقص اهلیت گردد، در حالی که دارای مال باشد، چنین شخص در تعیین قیم تابع قوانین مصر است. بنابراین، اگر قاضی محکمه ذیصلاح بخواهد برای او قیم نصب نماید، نصب قیم تابع قوانین مصر (قانون دولت متبوع فرد ناقص اهلیت) است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده مجنونه باشد، نصب قیم مطابق قانون متبوع حمیده صورت می گیرد.

- قانون قابل تطبیق بر شخص غایب: غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۲۷۵} طبق ماده ۲۳ ق. م شخص غایب تابع قوانین دولت متبوع خویش است. بنابراین، هرگاه غیابت یک تبعه مراکشی در افغانستان مطرح گردد، قاضی محکمه ذیصلاح باید قوانین حاکم بر غیابت مراکش را در خصوص نفقه زوجه، تفریق براساس غیابت، صدور حکم فوت حکمی، تقسیم ارث میان ورثه و ... بر وی تطبیق نماید. به حیث مثال، اگر احمد تبعه مراکش در افغانستان غایب گردد، قانون قابل تطبیق در خصوص آثار غیابت مانند تفریق زوجه، تقسیم ترکه، اداره اموال و نظیر اینها قانون مراکش است.

- قانون قابل تطبیق بر نصب ولی: ولی در لغت به معنی فرمانروا، پادشاه، دوستدار، خویشاوند، متولی امر و کارساز است. در اصطلاح حقوقی، ولی به کسی گویند که از قدرت شرعی - قانونی برای انشای عقود و سایر تصرفات مالی و غیرمالی برخوردار باشد^{۲۷۶} مانند پدر و پدر کلان که ولی مولی علیه پنداشته می شوند. ولایت یا بر مال صغار است یا بر نفس یا بر مال و نفس. ولایت بر نفس بر اساس بنوت، ابوت، اخوت و امومت استوار و براساس آن فرزندان، پدر و پدر کلان، برادران و کاکاها ولی مولی علیه تلقی می شوند. پس از این افراد قاضی ولی اشخاصی است که ولی نداشته باشد و پس از قاضی ولایت به خویشاوندان مؤنث مانند مادر، خواهر، دختر و ... منتقل می شود که تفصیل آن در کتاب حقوق فامیل و حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد. ولی برای افراد ناقص اهلیت به حکم قانون نصب می شود. بنابراین، ولایت ریشه قراردادی ندارد. در خصوص نصب ولی، قانون متبوعه مولی علیه ناقص اهلیت تطبیق می گردد. به حیث مثال، اگر اداره مال یک تبعه ده ساله ای مصری در افغانستان مطرح گردد، ولی این شخص مطابق قانون متبوع او معین می شود.

- قانون قابل تطبیق بر نصب وصی: وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط شخص یا

۲۷۵. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.

۲۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۵۴.

قاضی تعیین شده باشد.^{۲۷۷} وصی دو نوع است: وصی پدر و پدر کلان و وصی قاضی. وصی اختیاری یا وصی الاب عبارت از وصی است که از طرف پدر یا پدر کلان طفل برای اداره امور مالی آنها برای پس از مرگ موصی تعیین می گردد.

بنابراین، وصی مختار عبارت از کسی است که شخصی در زمان حیات خود و قبل از مرگ برای تدبیر شؤون قاصر می گمارد. زیرا، پدر و پدر کلان می توانند که افراد پرهیزگار و با صلاحیت را برای اداره امور فرزندان صغیرخویش انتخاب نمایند.^{۲۷۸} وصی قاضی شخصی است که از طرف قاضی برای اداره امور مالی اطفال تعیین گردد.^{۲۷۹} تعیین وصی تابع قانون متبوع شخص ناقص اهلیت است. به حیث مثال، اگر یک تبعه مصر در افغانستان زندگی نماید و ۱۲ ساله باشد و از پدر و مادر مال به ارث ببرد اما توانایی اداره مال را نداشته باشد، برای او مطابق قوانین مصر وصی معین شود. زیرا، تعیین وصی برای اشخاص ناقص اهلیت تابع قوانین دولت متبوعه آنها است.

- قانون قابل تطبیق بر نصب قیم: قیم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، سید و کسی که متولی امر شخص محجور است می باشد.^{۲۸۰} در اصطلاح حقوقی قیم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیله محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می شود.^{۲۸۱} نصب قیم تابع قوانین متبوع شخص ناقص اهلیت است. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه مصری در افغانستان دارای مال باشد و به علت از دست دادن عقل دیوانه گردد، برای اداره امور مالی او توسط محکمه ذیصلاح مطابق قوانین مصر قیم نصب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده حل تعارض قوانین در خصوص نیابت و نصب ولی، وصی و قیم بر اشخاص ناقص اهلیت است.

۱۰- قانون قابل تطبیق در مورد ارث، وصیت و سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات: طبق ماده ۲۵ فقرهای ۱ و ۲ ق. م: «(۱) در مورد احکام موضوعی متعلق به ارث، وصیت و سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات، احکام قانون دولت متبوعه مؤثر، وصی یا شخصی که حین وفات تصرف از او به عمل آمده باشد، تطبیق می گردد؛ (۲) در خصوص احکام شکلی وصیت، احکام قانون وصی

۲۷۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۱۸۸.

۲۷۸. وهبة الزحلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۴۳۱؛ وهبة الزحلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۷.

۲۷۹. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشنون الاسلامیة، ص ۱۶۸؛ وهبة الزحلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۲.

۲۸۰. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۲۵۹.

۲۸۱. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، ص ۲۵۹.

در حین وصیت یا احکام قانون محلی که در آن وصیت تکمیل شده باشد، تطبیق می گردد. همچنین احکام شکلی سایر تصرفات منسوب به بعد از وفات تابع این حکم می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده اتباع بیگانه در مورد ارث^{۲۸۲} تابع قانون متبوع خویش اند. به نظر می رسد منظور از «احکام موضوعی متعلق به ارث» احکام ماهوی (متنی) متعلق به ارث است، مانند احکام مربوط به ارکان، شرایط، موانع ارث، ورثه، تقسیمات ورثه، سهم هر وارث و سایر احکام. بنابراین، قاضی در قضایای مطروحه راجع به ارث باید قانون متنی متعلق به ارث متوفی را تطبیق نماید.

به حیث مثال، هرگاه یک تبعه فرانسه در افغانستان زندگی نماید و پس از مرگ در افغانستان از خود ارث به جا گذارد، قاضی محکمه ذیصلاح افغانستان مکلف است، در رابطه به انتقال ارث وی به ورثه و تقسیم ترکه، قانون متنی متبوع مؤثر یعنی قانون ماهوی مربوط به ارث فرانسه را تطبیق نماید.

۲- وصیت دارای دو نوع شرط است: شرایط ماهوی (موضوعی) و شرایط شکلی. شرایط ماهوی، شرایطی اند که مربوط به ارکان، موصی، موصی له، موصی به، صیغه، مبطلات، انفاذ، انواع و نظیر اینهای وصیت می شود.^{۲۸۳} در مورد احکام و شرایط موضوعی وصیت احکام قانون دولت متبوعه وصی تطبیق می گردد.

به حیث مثال، هرگاه یک تبعه مصری در افغانستان وصیت نماید، از نظر احکام و شرایط موضوعی این وصیت تابع قوانین مصر است. بنابراین، قاضی محکمه ذیصلاح بر چنین وصیتی باید قانون مصر را تطبیق نماید. شرایط شکلی عبارت از شرایطی اند که مربوط به شکل و تشریفات وصیت می شود، مانند ترتیب و اخذ وصیت خط از محکمه وثایق ذیصلاح و امثال این. در خصوص شرایط شکلی احکام قانون وصی (وصیت کننده) در حین وصیت یا احکام قانون محلی که در آن وصیت تکمیل شده است (قانون مقرر محکمه) تطبیق می گردد. بنابراین، هرگاه یک تبعه خارجی در افغانستان وصیت نماید، قاضی محکمه ذیصلاح باید از نظر شکلی قانون متبوع موصی یا قانون مقرر محکمه (قانون مربوط افغانستان) را تطبیق نماید.

۳- عبارت سایر تصرفات منسوب به بعد از موت در نص ماده ۲۵ ق. م مبهم به نظر می رسد. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد منظور از تصرفات عقد و اراده انفرادی است. این عقود و اراده های انفرادی باید شبیه و مانند وصیت باشد که شخص آن را در زمان حیات اعمال و اجرا نماید و پس از وفات او این تصرفات نافذ گردد. یکی از مثال های سایر تصرفات، تصرفات شخص مبتلا به بیماری مرگ است.

۲۸۲. در مورد ارث ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل: انتشارات سعید.

۲۸۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۴۵۸-۷۴۵۹.

به حیث مثال، طبق ماده ۱۰۹ ق. م: «هرگاه شخصی در حین مرض موت خود ازدواج نموده و مهر زوجه اش را بیشتر از مهر مثل تعیین کرده باشد، این زیادت تابع احکام وصیت می گردد.» طبق نص ای ماده اگر شخصی حین مرض موت ازدواج نماید و مهر زوجه را بیشتر از مهر مثل تعیین نماید، زیادت مهر بخاطر عدم تضییع ورثه تابع احکام وصیت است. پس، در صورتی که ورثه اجازه اعطاء نماید، پرداخت چنین زیادت نافذ و در صورت عدم اعطای اجازه باطل است.

مثال دیگر تصرفات شبیه وصیت هبه است. به حیث مثال، اگر تبعه خارجی در وقت مرض موت هبه نماید، در خصوص احکام موضوعی قانون دولت متبوعه او و در خصوص احکام شکلی یعنی: ترتیب هبه خط قوانین افغانستان قابل تطبیق است. مثال دیگر تصرفات شبیه وصیت وقف به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر تبعه خارجی در وقت مرض موت وقف نماید، در خصوص احکام موضوعی وقف قانون دولت متبوعه او و در خصوص احکام شکلی یعنی: ترتیب اساسنامه وقف، ثبت وقف در وزارت حج، ارشاد و اوقاف و سایر احکام شکلی وقف قوانین افغانستان قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص ارث، وصیت و تصرفات منسوب به بعد از مرگ است.

گفتار دوم) قانون قابل تطبیق در ساحه حقوق عینی، وجایب، تجارت و ا. م. م

۱) قانون قابل تطبیق در ساحه حقوق عینی: بر اساس ماده ۲۶ ق. م: «در مورد حیات ملکیت و سایر حقوق عینی، قانون محلی تطبیق می گردد که عقار در آن واقع باشد و در مورد اموال منقول قانون محلی تطبیق می گردد که اموال منقول حین تحقق اسبابی که بر آن اکتساب یا از دست دادن حق مرتب گردیده، در محل مذکور موجود بوده است.» از نص این ماده دو حکم در خصوص حیات ملکیت و سایر حقوق عینی قابل استنباط است:

۱- حیات از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۲۸۴} ملکیت از ریشه «ملک» گرفته شده است که در لغت به معنای دارایی و هر آن چیزی است که انسان مالک آن شده است که جمع آن املاک است. ماده ۱۲۵ مجله الاحکام در تعریف ملکیت می گوید: «ملک عبارت است از آن چیزی که انسان آن را مالک گردیده باشد اعم از اینکه از جمله اعیان باشد یا منافع.» به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است. ماده ۴۳۷ ق. م در تعریف عقار می گوید: «عقار اشیائی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می شود.» در مورد

حیازت ملکیت عقار قانون مملکتی قابل تطبیق است که عقار در آن واقع است که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- اگر جان تبعه امریکا بخواهد در افغانستان ملکیت عقار را تحت حیازت خود در آورد، این عمل او تابع قانون محل وقوع عقار یعنی افغانستان است.^{۲۸۵}
- اگر شرکت مکدونالد بخواهد در افغانستان ملکیت عقار را خریداری نماید، این بیع تابع قوانین افغانستان است.

۲- عبارت سایر حقوق عینی در نص این ماده زاید به نظر می رسد. حقوق عینی مرکب از دو کلمه است: حقوق و عینی. عینی اسم منسوب به عین است که در لغت به معنی ذات و نفس است که جمع آن عیون و اعیان است و در فقه و حقوق به ذات و نفس هر شی مادی عین گویند.^{۲۸۶} همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است. در اصطلاح حقوقی به وجه حاضر از هر شی مادی عین گویند که در برابر دین به کار برده می شود. ماده ۱۵۹ مجله الاحکام در تعریف عین می گوید: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال درهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند.»

طبق ماده ۴۸۵ ق. م: «حقوق عینی عبارت است از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین که توسط قانون اعطاء می گردد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که حق عینی، حقی است که شخص نسبت به عین دارد، مانند: حق مالکیت نسبت به عین و منفعت عین و امثال اینها. حق عینی به حق عینی اصلی و حق عینی تبعی تقسیم می شود. حق عینی اصل به حق ملکیت کامل، حق ملکیت ناقص و حق ارتفاق و حق عینی تبعه به حق رهن رسمی، رهن حیازی، حق اختصاص، حق حبس و حق تقدم تقسیم می شود که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۶ ق. م از حیازت ملکیت عقار و سایر حقوق عینی سخن می گوید.

به نظر می رسد منظور از سایر حقوق عینی حق ملکیت ناقص مانند کسب ملکیت بر اساس اجاره، عاریت، وقف و نظیر اینها، حق های ارتفاق، حق حبس، حق تقدم، حق اختصاص و نظیر اینها است. با پذیرش این تفسیر وسیع حیازت ملکیت و سایر حق های عینی این نتیجه به دست می

۲۸۵. ماده ۴۱ ق. ۱ حکم می نماید: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می باشد. فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می باشد.»

۲۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.

آید که اکتساب و حیات حق های عینی اعم از حق ملکیت کامل، ناقص، حق ارتفاق، حق رهن، حق حبس، حق اختصاص و حق تقدم تابع قوانین افغانستان است مشروط بر این که عقار در افغانستان وجود داشته باشد. بنابراین، هرگاه یک تبعه ترکیه بخواهد در افغانستان عقار خریداری نماید، در این صورت، بر فروش عقار قوانین افغانستان که قانون محل وقوع عقار است قابل تطبیق است. همچنین، اگر یک شرکت چندین ملیتی بخواهد در افغانستان عقار را به اجاره بگیرد یا خریداری نماید، چنین معامله تابع قانون محل وقوع عقار یعنی افغانستان است.

۲- در مورد اموال منقول قانون محلی تطبیق می گردد که اموال منقول حین تحقق اسبابی که بر آن اکتساب یا از دست دادن حق مرتب گردیده، در محل مذکور موجود بوده است. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.^{۲۸۷} ماده ۴۳۷ ق. م در تعریف منقول می گوید: «عقار اشیائی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می شود.» برخی مثال های منقول، موتر، کتاب، لباس، ظروف، قالین و نظیر اینها است. طبق نص ماده ۲۶ قانون مدنی اکتساب ملکیت منقول تابع قانون وقوع منقول است.

به حیث مثال، هرگاه یک تبعه ترکی بخواهد یک عراده موتر را از تبعه افغانستان خریداری نماید، چنین معامله تابع قوانین افغانستان است زیرا موتر در این مثال در افغانستان حین خرید و فروش (اکتساب ملکیت توسط تبعه ترکی و از دست دادن ملکیت موتر توسط تبعه افغانی) در افغانستان است. اما، اگر تبعه افغانی بخواهد چندین عراده موتر را از تبعه ترکی که در ترکیه موجود اند، خریداری نماید، چنین معامله تابع قوانین ترکیه است، زیرا موتر حین اکتساب و از دست دادن ملکیت در ترکیه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص اکتساب عقار و منقول و سایر انواع حق های عینی است.

۲) قانون قابل تطبیق در ساحه حقوق وجایب: قانونگذار مدنی در ساحه حقوق وجایب قواعد ذیل را غرض حل تعارض قوانین وضع نموده است:

۱- قانون قابل تطبیق در مورد اثر عقد: طبق ماده ۲۷ ق. م: «در مورد وجایب ناشی از عقود، قانون دولتی تطبیق می گردد که طرفین عقد در آن اقامتگاه اختیار نموده اند. در صورت اختلاف اقامتگاه قانون دولتی تطبیق می گردد که عقد در آن تکمیل شده باشد مشروط بر اینکه در خصوص تطبیق احکام کدام قانون معین، طرفین عقد موافقه ننموده باشند یا از قرائن معلوم نگردد که مراد

۲۸۷. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

طرفین عقد تطبیق قانون دیگری بوده است. در مورد عقود تکمیل شده متعلق به عقار قانون محل عقار تطبیق می گردد.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

- قانون اقامتگاه اختیاری طرفین: در خصوص وجایب ناشی از عقود قانون اقامتگاه اختیاری طرفین قابل تطبیق است. منظور از وجایب ناشی از عقد، وجایب (تعهدات قراردادی) است، مانند نقل و انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع و نقل و انتقال عین مستأجره و اجرت در عقد اجاره و نظیر اینها. به حیث مثال، هرگاه یک تبعه افغانی با یک تبعه مصر خرید و فروش یک تعداد موتر را نماید و هر دو دارای اقامتگاه اختیاری مثلاً در افغانستان یا مصر باشند. در چنین حالتی، قانون اقامتگاه طرفین در مورد اثر عقد (مثلاً انتقال ملکیت مبیع) قابل تطبیق است. چنانچه تفصیل آن در فصل اقامتگاه گذشت، اقامتگاه اختیاری عبارت از محلی است که شخص به اختیار آن را اقامتگاه خویش تعیین می نماید.

- قانون محل تکمیل عقد: در صورتی که طرفین دارای اقامتگاه های اختیاری واحد نباشند، به حیث مثال، یکی از طرفین دارای اقامتگاه اختیاری در مصر و دیگری در افغانستان باشد، قانون محل تکمیل عقد قابل تطبیق است. قرارداد ها به طور کلی سه مرحله را طی می نمایند. مرحله انعقاد، مرحله تنفیذ و مرحله تکمیل. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید شما دعوی من را در محکمه اقامه نمایید و محمود قبول نماید، عقد وکالت منعقد می شود. در صورتی که محمود دعوی را در محکمه اقامه نماید و گزارش آن را به احمد بدهد، عقد وکالت اجراء می شود. در صورتی که محمود دعوی را ببرد و احمد حق الزحمه محمود را پرداخت نماید، عقد تکمیل می شود.

همچنین، عقد تدریس زمانی تکمیل می شود که استاد مضمون مورد نظر را به صورت کامل تدریس نماید و بعد از اخذ امتحان و تسلیمی نتایج حق الزحمه خویش را دریافت نماید. بنابراین، در صورتی که یک تبعه مصر با یک تبعه افغانی در مصر خرید و فروش موتر را نمایند و تسلیم و تسلّم موتر در مصر صورت بگیرد، قانون مصر قابل تطبیق است، زیرا محل تکمیل عقد مصر است. باوجوداین، تطبیق قانون محل تکمیل عقد یا قانون اقامتگاه اختیاری طرفین در صورتی قابل تطبیق است که:

اول- طرفین عقد قانون قابل تطبیق را انتخاب نکرده باشند. بنابراین، در صورتی که طرفین قانون قابل تطبیق را انتخاب کرده باشند، قانون اقامتگاه و قانون محل تکمیل عقد قابل تطبیق نیست، بلکه قانون انتخاب شده، قابل تطبیق است. به حیث مثال، هرگاه در مثال بالا، تبعه مصری با تبعه افغانی توافق نموده باشند که در خصوص آثار خرید و فروش موتر قانون مصر قابل تطبیق است، در این صورت، قانون قابل تطبیق قانون مصر است. همچنین است در صورتی که طرفین در خصوص قانون افغانستان توافق نموده باشند که در این صورت قانون افغانستان قابل تطبیق است.

دوم- در صورتی که از قرائن معلوم گردد که قانون اقامتگاه طرفین و قانون محل تکمیل عقد قابل تطبیق نیست. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شیء مطلوب می نماید.^{۲۸۸} همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۲۸۹} در اصطلاح تعاریف متعدد برای قرینه وجود دارد: - قرینه عبارت از استنتاج قانون یا قاضی است که واقعه مجهولی را از یک واقعه معلوم به دست می آورد (ماده ۱۳۴۹ قانون مدنی فرانسه).^{۲۹۰}

- دکتر امامی در تعریف اماره می نویسد «از بیان ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی معلوم می شود که اماره عبارت است از امر معلومی در خارج که به وسیله آن امر مجهولی ثابت می شود، آن امر معلوم اوضاع و احوال خاصی است در خارج که قاضی را راهنمایی به امری می نماید که وجود آن مورد ادعاست که بدون راهنمایی اوضاع و احوال، آن امر مجهول می باشد. بدین جهت، در هر موردی که آن اوضاع و احوال یافت گردید حکم به وجود آن امر مجهول می شود.»^{۲۹۱}

در هر حال، در صورتی که قرائن بیان نماید که قانون اقامتگاه اختیاری، قانون محل تکمیل عقد قابل تطبیق نیست، این دو قانون قابل تطبیق نیستند. به حیث مثال، در صورتی که در مثال بالا تبعه مصری با تبعه افغانی در گذشته خرید و فروش می نمودند و در گذشته قانون افغانستان قابل تطبیق بود، و طرفین بعد از انعقاد عقد جدید، سکوت نمایند، سکوت طرفین قرینه است که دلالت می نماید که در خرید و فروش جدید قانون افغانستان قابل تطبیق است.

- قانون محل عقار در مورد عقود تکمیل شده متعلق به عقار: در صورتی که محل عقد عقار باشد، قانون محل عقار قابل تطبیق است. به عنوان مثال، اگر یک افغان در مصر عقاری را از تبعه مصری خریداری نماید و سپس مثلاً در مورد انتقال ملکیت عقار میان بایع و مشتری (تبعه مصری و افغانی) مشکلی بروز نماید، قانون مصر قابل تطبیق است. در این مثال، اگر عقار در افغانستان موقعیت داشته باشد، قانون افغانستان قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص تعهدات ناشی از قرارداد است.

۲- قانون قابل تطبیق در مورد شرایط شکلی عقود: طبق ماده ۲۸ ق. م: «در مورد شرائط شکلی عقود، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که عقد در آن تکمیل شده باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در مورد شرایط شکلی عقود قانون محل تکمیل عقد تطبیق می گردد. بنابراین، شرایط شکلی، معیاری برای پیدا کردن قانون قابل تطبیق است. شرایط عقد مانند

۲۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلتہ، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۱۲۷.

(آخرین بازدید ۳/۹/۲۰۱۶) 289. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18>

۲۹۰. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

(آخرین بازدید ۳/۹/۲۰۱۶) 291. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18>

شرایط وصیت به دو دسته تقسیم می شود: شرایط ماهوی که مربوط به ارکان یعنی طرفین، موضوع، صیغه و سبب عقد اند و شرایط شکلی که مربوط به شکلیات عقود اند. به نظر می رسد در خصوص شرایط ماهوی قرارداد ها ق. م سکوت اختیار نموده است. بنابراین، در ق. م حکمی در خصوص قانون تطبیق در مورد شرایط ماهوی قرارداد ها وجود ندارد.

به نظر نمی رسد ماده ۲۷ ق. م را بتوان بر شرایط ماهوی عقود تطبیق داد، زیرا نص این ماده از آثار عقد سخن می گوید نه از شرایط ماهوی آن. برخلاف ق. م. ۱ قانون مدنی جدید مصر در خصوص شرایط ماهوی و شکلی حکم دارد. در واقع، ماده ۲۸ ق. م ترجمه ناقص ماده ۲۰ قانون مدنی جدید مصر است. ماده ۲۰ قانون مدنی جدید مصر دو بند دارد. بند اول راجع به شرایط شکلی عقد و بند دوم راجع به شرایط ماهوی عقود. به نظر می رسد قانونگذاران مدنی صرف بند اول را ترجمه کرده اند. ماده ۲۰ قانون مدنی جدید مصر می گوید: «قراردادی بین اشخاص زنده، از نظر شکلی، تابع قانون کشوری است که قراردادها در آنجا منعقد شده است. همچنین، این قرارداد ها می توانند تابع قانون راجع به احکام اساسی قرارداد یا تابع قانون محل اقامت طرفین یا تابع قانون ملی و مشترک آنان باشد.» در حقوق بین الملل خصوصی اصولاً شرایط عمومی قراردادها تابع محل انعقاد قرارداد است. به نظر می رسد مثال هایی را که در حقوق افغانستان می توان برای شرایط شکلی عقود ارایه کرد عبارت اند از:

۱) عقد ازدواج، زیرا، حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج شرط صحت آن تلقی می گردد. در صورت عدم موجودیت شهود عقد ازدواج صحیح نیست. همچنین، در عقد ازدواج، خواندن خطبه مستحب و ترتیب نکاح خط ضروری است.

۲) عقود بیع ای که از طریق محکمه ذیصلاح از طریق مزایده است به فروش می رسد، زیرا این گونه عقود مستلزم طی نمودن شکلیات خاص مانند: اعلان، داوطلبی و امثال اینها است. بنابراین، هرگاه یک تبعه افغانی بر یک تبعه عربستان سعودی در افغانستان دَین داشته باشد و تبعه عربستانی نتواند دَین را در موعد مقرر بپردازد و اموال تبعه عربستان سعودی از طریق محکمه ذیصلاح به فروش برسد، از نظر شکلی چنین فروش تابع قوانین افغانستان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص شرایط شکلی عقد است.

۳- قانون قابل تطبیق در مورد اثر حوادث حقوقی: طبق ماده ۲۹ فقره ۱ ق. م: «در مورد وجائب غیر تعاقدی، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که در آن حادثه واقع شده باشد. (۲) اگر وجبیه ناشی از حادثه باشد که در خارج افغانستان واقع شده و حادثه در آن محل غیر قانونی و در افغانستان قانونی شناخته شود، حکم فقره اول این ماده تطبیق نمی گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

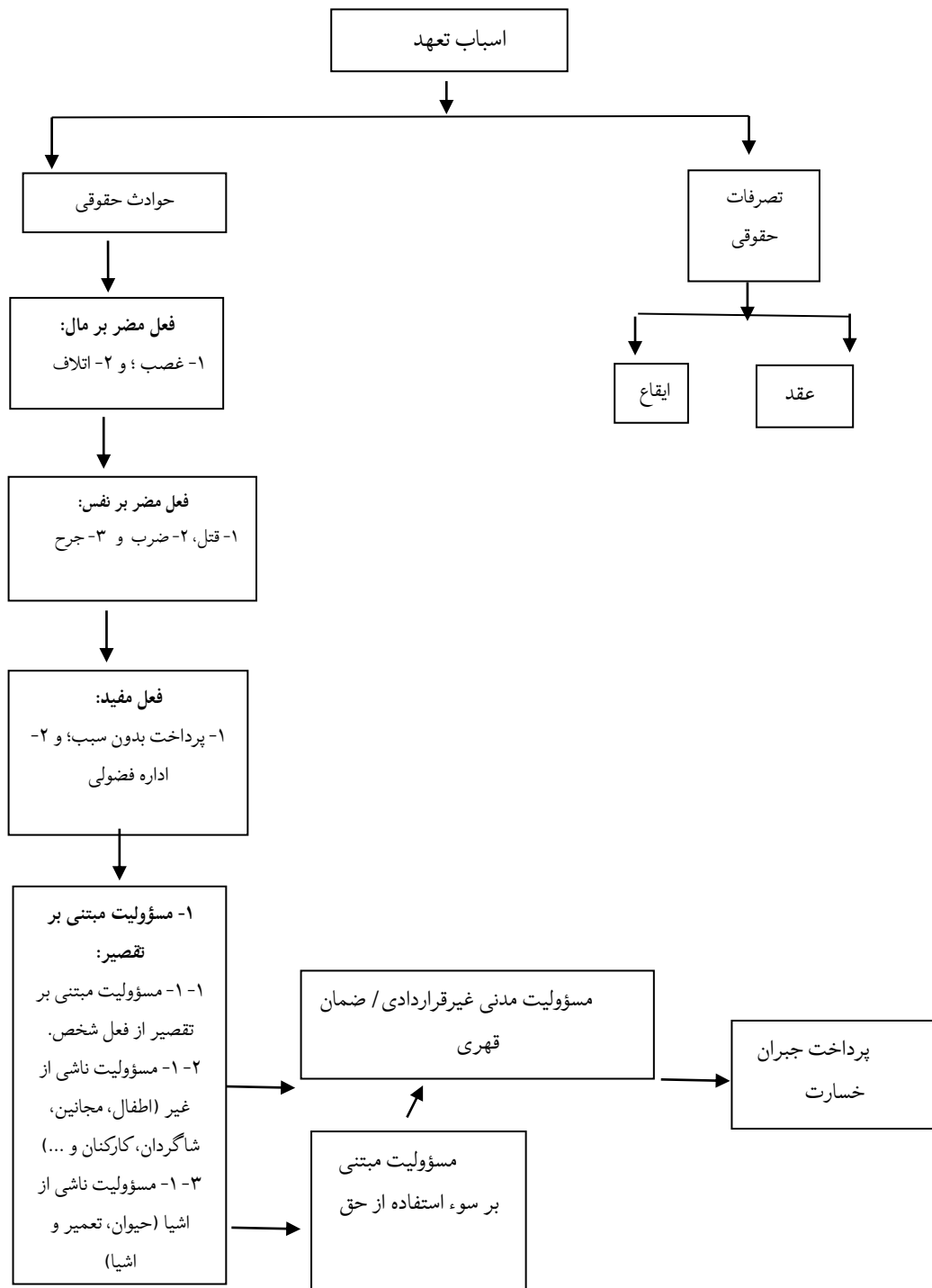
- در مورد وجائب غیر تعاقبدی، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که در آن حادثه واقع شده باشد. وجائب غیرتعاقبدی، وجائب (تعهداتی) اند که از حوادث حقوقی ناشی می شوند. حادثه در لغت به معنی رخداد است. به حوادث حقوقی وقایع حقوقی نیز می گویند. واقعه صیغه مؤنث اسم فاعل از ریشه «وقع» گرفته شده است که به معنای رخداد، اتفاق و حادثه است.^{۲۹۲} در اصطلاح حقوقی تعاریف متعدد برای حادثه حقوقی ارایه شده است.

داکتر کاتوزیان در تعریف واقعه حقوقی می گوید که: حادثه حقوقی که به آن «وقایع حقوقی» نیز می گویند رویدادی است که اثر آن به حکم قانون معین می شود و اراده و إنشاء مرتکب سبب اصلی آثار آن نیست و در برابر «اعمال حقوقی» که زاده اراده و رضایت است قرار می گیرد.^{۲۹۳} برخی دیگر نیز می گویند که: واقعه قانونی عبارت از هر آن رخداد و حادثه و واقعه (تصرف عمدی، رخداد اجتماعی، پدیده های طبیعی و وقایع مادی) است که در قانون برای آن نتیجه ای قانونی (اکتساب حق، انشای تعهد و ...) مقرر کرده باشد.^{۲۹۴} طبق ق. م حوادث حقوقی انواع مختلف دارد که در نمودار ذیل ارایه می گردد:

۲۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۴.

۲۹۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۶.

۲۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۴.



طبق نص ماده ۲۹ ق. م وجایب غیر تعاقبی اعم از اینکه ناشی از: تقصیر شخص، فعل مضر بر نفس مانند: قتل، ضرب و جرح، فعل مضر بر مال مانند غصب و اتلاف؛ فعل مفید، مانند پرداخت بدون حق و اداره فصولی مال غیر و سوء استفاده از حق باشد تابع قانون دولتی است که حادثه در آنجا رخ داده است.

بنابراین، هرگاه یک تبعه خارجی در افغانستان ملک دیگری را غصب و سپس اتلاف نماید، مرتکب ضرب، قتل و جرح شود، بدون اینکه دیگری بالای او دینی داشته باشد به او مقدار پولی را به تصور اینکه مدیون است بپردازد، مال دیگری را اداره نماید، یا مرتکب فعل تقصیر و در نتیجه ورود ضرر به شخص دیگر گردد، آثار چنین حوادثی، یعنی: مسئولیت مدنی غیر قراردادی و پرداخت جبران خسارت به متضرر تابع قانون افغانستان است.

در چنین موارد، قاضی محکمه ذیصلاح افغانستان باید قانون افغانستان بالاخص احکام مربوط به حوادث حقوقی قانون مدنی را بر وی تطبیق نماید. تفصیل حوادث حقوقی و وجایب ناشی از آن (آثار ناشی از آن) در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد تبعه مصر محمود تبعه افغانستان را به قتل برساند، قتل حادثه حقوقی است. قتل اثر مدنی و جزایی دارد. اثر جزایی قتل تطبیق مؤیدات جزایی بر قاتل و اثر مدنی قتل پرداخت دیه یا جبران خسارت توسط قاتل به ورثه مقتول است. در این مثال، قانون قابل تطبیق بر احمد قوانین افغانستان است. همچنین، اگر احمد تبعه مصر زمین محمود تبعه افغانستان را غصب نماید، غصب حادثه حقوقی است و اثر جزایی و مدنی دارد. اثر جزایی غصب تطبیق مؤیدات جزایی مطابق کُد جزا و قانون تنظیم امور زمینداری بر غاصب است و اثر مدنی غصب رد مال و در صورت از بین رفتن مال پرداخت جبران خسارت توسط غاصب به مغضوب منه است. در این مثال، قانون قابل تطبیق بر احمد قوانین افغانستان است.

- طبق فقره دوم این ماده «اگر وجبیه ناشی از حادثه باشد که در خارج افغانستان واقع شده و حادثه در آن محل غیر قانونی و در افغانستان قانونی شناخته شود، حکم فقره اول این ماده تطبیق نمی گردد». نص فقره دوم ماده ۲۹ ق. م مبهم به نظر می رسد و تفسیر آن مشکل است، زیرا نخست این که حادثه حقوقی در همه نظام های حقوقی در مفهومی که در ق. م افغانستان وجود دارد ندارد.

به حیث مثال، در حقوق انگلیس اصلاً حوادث حقوقی به رسمیت شناخته نشده است و خطا (Tort) منبع اضرار غیر قراردادی بر افراد و موجب مسئولیت مدنی غیر قراردادی و جبران خسارت است. دوم این که مصادیق حوادث حقوقی نیز در نظام های حقوقی متفاوت است. به حیث مثال، در نظام حقوقی فرانسه قتل، ضرب و جرح برخلاف نظام حقوقی افغانستان از مصادیق حوادث حقوقی

نیست. سوم این که ارایه مثال حادثه ای که در خارج از افغانستان غیرقانونی و در افغانستان قانونی باشد بسیار مشکل به نظر می رسد.

در هر حال، طبق فقره دوم ماده ۲۹ ق. م هرگاه یک حادثه در خارج غیرقانونی و در افغانستان قانونی باشد، واقع گردد، این حادثه تابع قوانین افغانستان نیست و به نظر می رسد که تابع قوانین محل وقوع حادثه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص حوادث حقوقی است.

۳) قانون قابل تطبیق در ساحت حقوق تجارت: براساس ماده ۱۸ ق. م: «در مورد اشخاص حکمی خارجی مانند شرکتهای، جمعیتها، مؤسسات و امثال آن، قانون دولتی اعتبار دارد که اداره مرکزی آنها در آن واقع باشد. اگر فعالیت عمده این اشخاص در افغانستان دایر باشد قانون افغانستان تطبیق می گردد.» قانونگذار مدنی در نص این ماده برخی مصادیق اشخاص حکمی خارجی را احصا کرده است. این اشخاص شامل شرکتها، جمعیتها و مؤسسات می شود. جمعیت در لغت به معنی گروهی از مردم، انبوهی مردم، مردم بسیار که در یکجا گرد آمده باشند است.^{۲۹۵}

به نظر می رسد معنی اصطلاحی جمعیت نیز از معنی لغوی آن دور نیست. ق. م جمعیت را به مفهوم عام تعریف نموده است. طبق ماده ۴۰۳ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت عبارت است از مجموع اشخاص حقیقی یا حکمی که برای مدت معین یا غیر معین به منظور تأمین اهداف خیریه عام المنفعه اجتماعی، علمی، ادبی، فنی و هنری طور غیر انتفاعی مطابق به احکام این قانون تشکیل شده باشد.» براساس این تعریف جمعیت نه تنها اجتماع اشخاص حقیقی، بلکه حقوقی نیز است و این در صورتی که است که دو جمعیت که دارای اهداف مشترک باشند با همدیگر ملحق شوند. ماده ۱۱۶ اصولنامه تجارت در تعریف شرکت تجاری می گوید: «شرکت های تجارتی عبارت از اشتراک اشخاص است که به مقصد اجرای معاملات تجاریه در موضوع واحد یا متعدد به وجود می آید.»

براساس ماده ۴۵۵ ق. م به صورت عام: «مؤسسه، عبارت از شخصیت حکمی است که برای انجام خدمات بشری، دینی، علمی، فنی یا سپورتی از طریق تخصیص اموال برای مدت غیر معین تأسیس یافته و برای اهداف غیر انتفاعی فعالیت می نماید.» طبق نص این ماده، نخست این که مؤسسه مانند سایر اشخاص معنوی، شخصیت حکمی است. دوم این که اهداف مؤسسه عبارت از انجام خدمت بشری، دینی، علمی، فنی و سپورتی است. سوم این که مؤسسات برای اهداف غیرانتفاعی باید فعالیت نمایند. چهارم این که به نظر می رسد مؤسسه نمی تواند وجه مالی (Fund) از تمویل کنندگان یا وجه مالی دهندگان (Donors) دریافت کند، زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از «تخصیص اموال برای مدت غیر معین» سخن می گوید.

باوجوداین، قانونگذار مدنی مصادیق اشخاص حکمی خارجی را حصر نکرده است، بلکه در اخیر بند اول از «امثال آن» سخن می گوید. بنابراین، نه تنها حکم ماده ۱۸ ق. م در مورد شرکت ها، جمعیت ها و مؤسسات بلکه در مورد سایر اشخاص حکمی خارجی که شبیه و مانند شرکت، جمعیت و مؤسسه اند قابل تطبیق است. طبق نص این ماده در مورد اشخاص حکمی خارجی قانون دولتی تطبیق می گردد که اداره مرکزی آن در آن کشور واقع است. اداره مرکزی عبارت از مکانی است که مجمع عمومی در آنجا دایر می گردد و نیز هیأت مدیره و نظار در آنجا وجود دارد و تمام فعالیت های شرکت از آنجا اداره می گردد.

به حیث مثال، به نظر می رسد اداره مرکزی شرکت مخابراتی ام تی ان و اتصالات در افغانستان وجود ندارد و قوانین افغانستان بر شرکت ام تی ان در صورت تعارض قوانین قابل تطبیق نیست. اما، طبق بند دوم این ماده در صورتی فعالیت عمده این اشخاص در افغانستان وجود داشته باشد، قوانین افغانستان بر این اشخاص در صورت تعارض قوانین قابل تطبیق است. عبارت «فعالیت عمده» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. در این خصوص تفسیر رسمی وجود ندارد. به نظر می رسد منظور از «فعالیت عمده»، «نمایندگی» و «شعبات» اشخاص حکمی خارجی است. همچنین، با توجه به تفسیر لفظی ماده ۱۸ ق. م می توان به این نتیجه رسید که منظور از «فعالیت عمده» این است که «فعالیت» شرکت ها در افغانستان در مقایسه با سایر فعالیت هایی این شرکت ها که در افغانستان نمایندگی ندارند، این است که فعالیت این اشخاص جزئی نباشد.

با پذیرش این برداشت و استنباط، مثال شرکت های خارجی شرکت ام تی ان، اتصالات، سامسونگ و نظیر اینها است. مثال های مؤسسات، مؤسسات بین المللی است مانند سازمان ملل متحد، اداره انکشافی ایالات متحده امریکا و نظیر اینها و دانشگاه های خصوصی مانند دانشگاه آزاد اسلامی، دانشگاه امریکایی افغانستان و سایر دانشگاه های خصوصی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص شرکت ها، جمعیت ها و مؤسسات است.

همچنین، طبق ماده ۴ قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۵۰ مؤرخ ۱۳۹۳/۷/۲۸: «(۱) احکام این قانون در موارد ذیل قابل تطبیق می باشد، مگر اینکه در قرارداد طور دیگری تصریح شده باشد: ۲- قرارداد هایی که میان اتباع افغانستان و اتباع خارجی در داخل کشور عقد می گردد؛ ۳- قرارداد هایی که میان اتباع خارجی در داخل کشور عقد می گردد. (۲) طرفین می توانند توافق نمایند که قرارداد خویش را مطابق قانون کشور دیگر یا میثاق بین المللی قابل تطبیق تنظیم نمایند. در صورت بروز اختلاف، محاکم افغانستان مکلف اند قضیه را مطابق قانون مورد توافق رسیدگی نمایند مگر اینکه عقد چنین قرارداد صریحاً مطابق قوانین نافذه

کشور ممنوع گردیده باشد». از نص این ماده که مربوط به ساحهٔ تطبیق قانون در خصوص قرارداد های تجارتي است سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) قرارداد هایی که میان اتباع افغانستان و اتباع خارجی در داخل کشور عقد می گردد تابع قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال است. به حیث مثال، اگر یک تبعه ترکی با یک تبعه افغانی در داخل افغانستان قرارداد خرید و فروش موثر را انجام دهند این قرارداد تابع قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال است. این اصل است. استثنای این اصل این است که تبعه خارجی به تبعه افغان طور دیگری توافق نمایند. به حیث مثال، در مثال بالا توافق نمایند که معاهده بین المللی یا قانون ترکیه بر قرارداد حاکم باشد.

(۲) قرارداد هایی که میان اتباع افغانستان و اتباع خارجی در داخل کشور عقد می گردد. به حیث مثال، اگر دو تبعه ترکی در داخل افغانستان خرید و فروش وسایل برقی ترکی را انجام دهند این قرارداد تابع قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال تجارتي است.

(۳) طرفین می توانند توافق نمایند که قرارداد خویش را مطابق قانون کشور دیگر یا میثاق بین المللی قابل تطبیق تنظیم نمایند. در صورت بروز اختلاف، محاکم افغانستان مکلف اند قضیه را مطابق قانون مورد توافق رسیدگی نمایند. به حیث مثال، اگر یک تبعه ترکی با یک تبعه افغانی یا تبعه ایرانی در داخل افغانستان قرارداد خرید و فروش وسایل برقی مانند ماشین کالاشویی، یخچال و نظیر اینها را انجام دهند، می توانند توافق نمایند که این قرارداد تابع قانون ترکیه یا ایران یا افغانستان یا معاهده بین المللی باشد. در صورت اختلاف محاکم افغانستان مکلف اند قضیه را مطابق قانون انتخاب شده حل و فصل نمایند. این اصل است. استثنای این اصل این است که قرارداد های تجارتي مطابق قوانین افغانستان ممنوع باشد. به حیث مثال، خرید و فروش شراب میان تبعه افغانستان و تبعه جرمنی یا خرید و فروش شراب میان دو تبعه خارجی مطابق قوانین افغانستان ممنوع است.

(۴) **قانون قابل تطبیق در ساحهٔ اصول محاکمات:** براساس مادهٔ ۳۰ ق. م: «در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجراءات، احکام قانون دولتی تطبیق می گردد که دعوی در آن اقامه یا اجراءات در آن به عمل آمده باشد». طبق نص این ماده در مورد قواعد اختصاصی اجراءات، احکام قانون دولتی تطبیق می شود که دعوی در آن اقامه شده است. مطابق مادهٔ ۵ ق. ا. م. م: «دعوی خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه». به نظر می رسد منظور از قواعد اختصاصی اجراءات، قواعد اجراءات مدنی و تجارتي است. به عبارت دیگر: منظور از قواعد اختصاصی اجراءات، قواعد خاص اصول محاکمات مدنی و تجارتي به نظر می رسد، زیرا چنانچه گفته شد، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق خصوصی در سطح بین الملل است و در صورت اقامهٔ دعوی در مورد یکی از مسایل حقوق خصوصی ماهوی، قواعد شکلی آن، قواعد اصول محاکمات مدنی و تجارتي است زیرا

در حقوق بین الملل خصوصی دعاوی یا راجع به حقوق مدنی یا راجع به حقوق تجارت صورت می گیرد.^{۲۹۶}

بنابراین، هرگاه یک تبعه خارجی با یک تبعه افغانی راجع به موضوع معین مدنی یا تجارتی اختلاف داشته باشد و بخواهد در افغانستان اقامه دعوی نماید، قاضی محکمه ذیصلاح افغانی مکلف است غرض حل و فصل دعوی قوانین افغانستان به ویژه قانون اصول محاکمات مدنی و قانون اصول محاکمات تجارتی را با توجه به ماهیت دعوی تطبیق نماید.

علاوه بر این، تبعه خارجی باید مطابق این قواعد اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، اگر سهراب تبعه جمهوری اسلامی افغانستان علیه احمد تبعه افغانستان در خصوص قرارداد، مال، ارث، شرکت و نظیر اینها دعوی نماید، این دعوی از نظر شکلی تابع قوانین اصول محاکمات مدنی و تجارتی افغانستان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حل تعارض قوانین در خصوص قواعد شکلی دعوی است.

۵) براساس ماده ۳۳ ق. م: «تعیین قانون واجب التطبيق در مورد اشخاصی که تابعیت شان معلوم نباشد، از صلاحیت محکمه است.» در نص این ماده قانونگذار مدنی در باب تعارض قوانین، قانون قابل تطبیق در خصوص اشخاصی که تابعیت ایشان معلوم نیست را معین نکرده است، بلکه آن را واگذار به محکمه ذیصلاح نموده است.

بنابراین، محکمه ذیصلاح می تواند تشخیص دهد که چنین اشخاصی، در صورت تعارض قوانین، تابع کدام قانون اند. عواملی که به موجب آنها فرد بدون تابعیت باقی می ماند در مبحث تابعیت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد فرد بی تابعیت باشد و در محاکم افغانستان اقامه دعوی نماید، قاضی صلاحیت دارد تا قانون قابل تطبیق بر وی را تشخیص دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تخییری قاضی محکمه ذیصلاح است.

مبحث پنجم: روش حل تعارض قوانین در سطح بین الملل

به طور کلی در مورد مسأله تعارض قوانین برای تعیین قانون قابل تطبیق در حقوق بین الملل خصوصی دو روش وجود دارد که در واقع معرف دو مکتب متفاوت است یکی روش اصولی یا جزمی و دیگری روش حقوقی یا انتخاب آنسب است:

۲۹۶. به عبارت دیگر: چون حقوق بین الملل خصوصی صرف مباحث حقوق خصوصی مانند حقوق مدنی و حقوق تجارت را در بر می گیرد نه حقوق عامه مانند حقوق اساسی، حقوق جزا، حقوق اداری و سایر شاخه های حقوق عامه را، برای تطبیق قواعد حقوق خصوصی در صورت نقض، صرف قواعد اصول محاکمات مدنی و تجارتی تطبیق می گردد نه قواعد اصول محاکمات اداری، جزایی، اساسی و سایر انواع اصول محاکمات.

گفتار نخست) روش اصولی یا جزمی

روش اصولی یا جزمی روشی است که به موجب آن برای قاعده حل تعارض قوانین ابتداء باید یک مسأله اصلی یا عقیده جزمی مورد قبول قرار گیرد و نظریات کلی بر روی آن بنا نهاده شود. سپس، احکام مورد خاص از آن نظریات استنتاج گردد. طرفداران این روش بر این عقیده اند که: حقوق بین الملل خصوصی دارای ماهیت سیاسی است؛ بدین معنی که: این رشته حقوق را عوامل سیاست بین المللی چنان احاطه کرده است که دیگر نمی توان هدف آن را به دست آوردن بهترین حکم از لحاظ حقوقی دانست. بنابراین، جنبه حقوقی آن تحت الشعاع جنبه سیاسی قرار می گیرد. در تعارض قوانین آنچه بیشتر مورد توجه و عمل دولت ها قرار می گیرد، احکام ممکن و کاملاً نسبی است. زیرا، در روابط بین المللی هر دولتی با ملاحظه اوضاع و احوال و مصالح ملی خود، راه حلی را می پذیرد که با امکانات آن دولت سازش داشته باشد.

پیروان روش اصولی و جزمی این نکته را اضافه می کنند که هیچ دولت مکلف نیست قوانین کشور های دیگر را در خاک خود به طور مطلق اجراء نماید. زیرا، آنچه در یک کشور حق است، ممکن است در کشور دیگری ناحق باشد. روی همین دلیل، هر دولتی برای تعیین قاعده حل تعارض قوانین در روابط بین المللی با توجه به منافع ملی خود عمل می کند.

بدین ترتیب، پیروان روش اصولی یا جزمی ملاحظات سیاسی را مقدم بر ملاحظات حقوقی دانسته و در نتیجه وصف ذاتاً سیاسی بودن حقوق بین الملل خصوصی را تنها اصل مسلمی می دانند که برای حل تعارض قوانین باید بر آن تکیه کرد. هرگاه طرفداران روش اصولی یا جزمی بخواهند برای یک تعارض راه حلی پیدا کنند، منافع خاص هر کشور را در نظر می گیرند و سپس احکام مربوط به آن را استنتاج می کنند. به عنوان مثال، اگر بخواهند راه حلی برای مسائل مربوط به احوال شخصیه ارائه دهند، ابتداء به این مسأله توجه می نمایند که کشوری که قاعده برای آن تعیین شود، از کشورهای مهاجر پذیر است یا مهاجر فرست و بنابراین می گویند: مصلحت کشور های دسته اول ایجاب می نماید که احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه بدانند. در حالی که، کشور های دسته دوم مصلحت خود را در آن می بینند که احوال شخصیه را تابع قانون ملی بدانند.

گفتار دوم) روش حقوقی یا انتخاب انساب (مناسب ترین قانون)

برخلاف روش اصولی یا جزمی، روش حقوقی یا انتخاب انساب روشی است که به موجب آن برای تعیین قاعده ای به منظور حل تعارض قوانین صرفاً از نظر علمی و نظری، حکمی را که مناسب هر دسته از تعارض باشد، جستجو می کنند. در این روش هیچ گونه فرضیه قبلی یا اصل مسلم و غیر قابل بحث وجود ندارد و جنبه سیاسی مسأله تعارض قوانین تحت الشعاع جنبه حقوقی آن قرار می

گیرد. پیروان روش حقوقی در مواردی که با مسأله ای از مسائل تعارض قوانین از قبیل: نکاح، طلاق، ثبوت نسب، قرارداد و امثال اینها روبرو می شوند، قطع نظر از این که منافع و مصالح خاص هر کشوری چیست، راه حل مسأله را از لحاظ علمی جستجو می کنند و سعی می کنند تا قانون مناسب را تشخیص دهند.

چنانچه گفته شد، پیروان روش اصولی معتقدند که در مورد مسائل مربوط به احوال شخصیه، مصلحت کشور های مهاجر فرست ایجاب می کند که قانون اقامتگاه را اجراء کنند و قبول این راه حل ها با توجه به آثاری است که اعمال قوانین مذکور برای دولت ها دارد. در حالی که، برای پیروان روش حقوقی یا انتخاب انطباق تنها یک مسأله اهمیت دارد و آن این است که قاعده ای که برای حل تعارض قوانین انتخاب می شود از لحاظ علمی و نظری یک قانون مناسب باشد.

به گونه ای مثال، اگر پیروان این روش در اثر تحلیل موضوعات به این نتیجه برسند که با توجه به طبیعت حقوقی مسائل مربوط به احوال شخصیه مناسب ترین قانونی که باید بر آنها حکومت کند، قانون ملی است، دیگر برای آنها مسأله مهاجر پذیر یا مهاجر فرست بودن کشور ها قابل توجه نیست. زیرا، به نظر پیروان روش حقوقی طبیعت مسأله در همه جا یکسان است و به هر حال همان قانون که قانون انطباق است در تمام کشور ها اجراء گردد. روی همین دلیل، مکتب هایی را که از این روش پیروی می کنند عام الشمول و تحلیلی می گویند، در حالی که مکتب هایی را که پیرو روش اصولی هستند، خاص الشمول و استنتاجی می نامند.^{۲۹۷}

فصل چهارم: موانع تطبیق قانون خارجی و حکم محکمه خارجی در افغانستان

در صورتی که قاضی محکمه ذیصلاح در افغانستان قانون خارجی را تطبیق نماید این پرسش به میان می آید که موانع تطبیق قانون خارجی طبق ق. م چیست؟ (مبحث اول) و در صورتی که حکم در محکمه خارجی صادر شود، میکانیسم تطبیق آن در افغانستان چگونه است (مبحث دوم):

مبحث اول: تطبیق قانون خارجی و موانع آن

از آنچه در فصل قبلی مخصوصاً در فصل احاله توضیح داده شد، دو نتیجه مهم استنباط می گردد: در صورت تعارض قوانین یا محکمه افغانستان مکلف به تطبیق قوانین افغانستان است یا قوانین متبوع اتباع خارجی، مانند: قانون مربوط به اهلیت و شرایط صحت ازدواج، وصیت و امثال اینها. در صورتی که قاضی محکمه ذیصلاح افغانی قانون افغانستان را تطبیق نماید، مشکلی عرض وجود نمی نماید. زیرا، در این صورت آن را همانطوری که بالای اتباع افغانی تطبیق می نماید، بالای اتباع خارجی نیز تطبیق می نماید. اما، در صورتی که در اثر تعارض قوانین قاضی محکمه ذیصلاح در یابد که مکلف است قانون متبوع تبعه خارجی را تطبیق نماید، در این صورت، چند مسأله مطرح می شود: اول اینکه قاضی چگونه قانون دولت متبوع تبعه خارجی را پیدا نماید؟ دوم اینکه: تبعه دولت خارجی چگونه ترجمه دری یا پشتوی قانون خارجی را ارایه نماید مخصوصاً در حالاتی که قاضی زبان خارجی نداند؟ و سوم اینکه: آیا قاضی افغانی می تواند به صورت مطلق و بدون قید و شرط قانون متبوع تبعه خارجی را در افغانستان تطبیق نماید یا خیر؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که: در صورتی که قاضی مکلف به تطبیق قوانین افغانستان باشد، در این صورت، مشکلی عرض وجود نمی نماید. زیرا، قوانین افغانستان (قانون مقرر محکمه) در دسترس قاضی قرار دارد. اما، در صورتی که قاضی مکلف به تطبیق قانون متبوع تبعه خارجی باشد، در این صورت سؤالی که مطرح می گردد این است که: کی این قانون را برای قاضی پیدا نماید؟ تبعه خارجی، یا خود قاضی؟ در این مورد چندین روش و رویکرد مختلف وجود دارد:

۱- مدعی: مدعی (در صورتی که مدعی تبعه خارجی باشد) باید قانون دولت متبوع خویش را پیدا نماید. زیرا، همانطور مدعی مکلف به ارایه وسایل اثبات است، مکلف به تهیه قانون متبوع خویش نیز است.

۲- مدعی و قاضی از طریق تحقیق و نهاد های تحقیقاتی حقوقی: مدعی و قاضی می توانند قانون خارجی را از طریق نهاد های تحقیقاتی حقوقی مربوط به تبعه خارجی پیدا نمایند. به عنوان مثال، اگر دعوی ای راجع به تبعه خارجی امریکایی در افغانستان که مربوط به حقوق بین الملل خصوصی مطرح شود، قاضی و تبعه امریکایی می توانند قانون قابل تطبیق را از نهاد های تحقیقاتی حقوقی امریکایی در افغانستان دریافت نمایند.

۳- مجاری دیپلماتیک: قاضی باید قانون قابل تطبیق خارجی را از طریق سفارت و کنسولگری تبعه خارجی پیدا نماید. این روش قابل توصیه نیست. زیرا، باعث بطل شدن حل و فصل دعوی می شود.

۴- قاضی و طرفین: قاضی و طرفین هر دو کوشش نمایند که قانون قابل تطبیق را پیدا نمایند. در فرانسه قبل از سال ۲۰۰۵ طرفین مکلف به پیدا کردن قانون دولت متبوع خویش بودند. اما، بعد از سال ۲۰۰۵ قاضی و طرفین مکلف به تهیه قانون قابل تطبیق هستند. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: در خصوص این که چه کسی باید ترجمه قانون حاکم را برای قاضی فراهم نماید، قوانین افغانستان ساکت است.

در مورد فراهم کردن ترجمه سایر اسناد، مطابق قانون اصول محاکمات مدنی و قانون اصول محاکمات تجارتی ارایه کننده سند در صورت ضرورت ترجمه اسناد را فراهم می نماید. به حیث مثال، ماده ۳۰۸ ق. ا. م. می گوید: «در صورت استناد به سندی که به لسان خارجی ترتیب گردیده است استناد کننده مکلف است اصل سند را همزمان با ترجمه مصدقه آن به محکمه ارائه نماید. هر گاه ترجمه سند ارائه شده مورد قبول جانب مقابل و یا محکمه واقع نشود به ترجمه مجدد آن از جانب محکمه به مصرف ارائه کننده سند اقدام می گردد. در صورت مطابقت ترجمه دوم با ترجمه اول حق مراجعه متضرر به جانب مقابل اخلاص نمی شود.» هرچند نص این ماده در خصوص سند است. اما،

به نظر می رسد می توان حکم نص این ماده را بر ترجمه قانون خارجی نیز تسری داد. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) در صورت استناد به سندی که به لسان خارجی ترتیب گردیده است استناد کننده مکلف است اصل سند را همزمان با ترجمه مصدقه آن به محکمه ارائه نماید. مصدقه اسم مؤنث مصدق است که در لغت به معنی تأیید کننده، باور کننده و تصدیق کننده است. استناد در لغت به معنی تکیه کردن و اتکا است.^{۲۹۸}

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و نکاح خط خویش را در آنجا ترتیب دهند و سپس بخواهند متزوج بودن خویش را در محکمه ذیصلاح افغانستان ثابت نمایند، نکاح خط آنها در صورتی مدار اعتبار است که توسط سفارت افغانستان تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. اگر این نکاح خط به لسان انگلیسی نوشته شده باشد و احمد و حمیده به آن استناد نمایند، مکلف اند ترجمه آن را به محکمه با اصل سند تقدیم نمایند.

(۲) هرگاه ترجمه سند ارائه شده مورد قبول جانب مقابل یا محکمه واقع نشود به ترجمه مجدد آن از جانب محکمه به مصرف ارائه کننده سند اقدام می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده ترجمه سند را قبول ننماید یا ترجمه سند مورد قبول محکمه قرار نگیرد، محکمه می تواند آن را به یکی از دارالترجمه ها به منظور ترجمه بفرستد و احمد را مکلف به پرداخت اجرت و مصارف آن نماید.

(۳) در صورت مطابقت ترجمه دوم با ترجمه اول حق مراجعه متضرر به جانب مقابل اخلال نمی شود. اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۲۹۹} به حیث مثال، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و سپس احمد مهر حمیده را ندهد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی پرداخت مهر نماید و نکاح خط خویش را که در کانادا به لسان انگلیسی یا فرانسوی ترتیب شده است به محکمه با ترجمه آن ارایه نماید، اما ترجمه سند مورد تأیید احمد و محکمه نباشد و محکمه آن را باید به مصارف حمیده به دارالترجمه بفرستد و ترجمه دوم با ترجمه اول مطابقت داشته باشد، حمیده می تواند به سند اولی استناد نماید. هدف قانونگذار ا. م. در نص این ماده پیش بینی جواز استناد به سندی که در خارج ترتیب شده و ترجمه آن است.^{۳۰۰}

298. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

299. Ibid, (last visit: 24/2/2028).

۳۰۰. ماده ۱۷۰ قانون اصول محاکمات تجاری می گوید: «در صورتی که طرفین دعوی یک سندی را که به لسان اجنبی و خارجی ترتیب یافته باشد، به محکمه ارایه نمایند، مکلف است که ترجمه مصدق آنرا به لسان دری و پشتو توأم اصل سند به محکمه تقدیم نمایند. در صورتی که ترجمه سند مذکور طرف قناعت جانب مقابل یا محکمه قرار نگیرد، رسماً از طرف محکمه به مصرف شخص ارایه کننده سند ترجمه می گردد.»

پیش بینی چنین حکمی در خصوص تهیه ترجمه قانون حاکم نیز قابل توصیه است. در پاسخ به سؤال سوم ماده ۳۵ ق. م حکم می نماید: «احکام قانون خارجی به نحوی که در مواد قبلی این قسمت تصریح گردیده، در حدودی قابل تطبیق می باشد که مخالف نظام عامه یا آداب عمومی در افغانستان نباشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط تطبیق قانون خارجی در افغانستان است.

از نص این ماده که آخرین ماده در ق. م در مبحث تعارض قوانین از حیث مکان است و مواد ماقبل (گذشته ق. م در خصوص تعارض قوانین از حیث زمان) را قید می زند به خوبی استنباط می گردد که قوانین خارجی که به برخی مثال های آن فوقاً اشاره شد، در صورتی در افغانستان قابل اجراء است مخالف نظم عمومی و آداب عامه نباشد. بنابراین، قضات در تطبیق قوانین خارجی با دو مانع نظم عمومی و آداب عامه مواجه اند:

۱) **نظم عمومی:** پرسش این است که نظم عمومی چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از ارایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند. به حیث مثال، در خصوص نظم عمومی تعاریف ذیل وجود دارد:

۱- نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد؛^{۳۰۱}

۲- نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است؛^{۳۰۲}

۳- کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند.^{۳۰۳} این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.^{۳۰۴} همچنین، این تعریف بیشتر مربوط به حقوق مدنی به نظر می رسد تا حقوق بین الملل خصوصی.

۴- داکتر محمد نصیری حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تأسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در

301 . www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).

302 . www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).

۳۰۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش، ص ۲۱۴.

۳۰۴. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۲۱۴.

روابط مردم بر قرار شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.^{۳۰۵}

این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۱۳۸۸/۶/۵ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد.

با توجه به ابهام در تعاریف، بسیاری از دانشمندان حقوق مدنی، حقوق عامه و حقوق بین الملل سعی می نمایند، نظم عمومی را از طریق مصادیق آن تعیین و تعریف نمایند. در حقوق مدنی ارایه مثال های نظام عمومی که طرفین قرارداد نمی توانند برخلاف آنها توافق نمایند واضح است مانند قرارداد های مربوط به قتل، اختطاف و نظیر اینها که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. اما، مثال هایی را که بسیاری از متخصصین حقوق بین الملل برای نظم عمومی ارایه می نمایند از یکطرف متأثر و ملهم از حقوق مدنی است نه حقوق بین الملل خصوصی و از طرف دیگر به نظر می رسد که این مثال ها بیشتر مربوط به آداب عامه می شود تا نظم عمومی. به حیث مثال، برخی از نویسندگان بر این نظر اند که ازدواج اتباع خارجی با محارم در افغانستان، تعدد زوجات مسلمانان در فرانسه و ... مخالف نظم عمومی در افغانستان و فرانسه است.^{۳۰۶}

به نظر می رسد این مثال ها بیشتر مربوط به آداب عامه است تا نظم عمومی، زیرا به نظر می رسد این مثال ها با نظم عمومی ربطی ندارند. از آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، به نظر می رسد نخست این که: نظم عمومی اصطلاح مبهم، بسیار کلی، گمراه کننده و پیچیده است و در مورد آن تعریف واضح و قابل فهم وجود ندارد. دوم این که مصادیق نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی واضح نیست و بیشتر مصادیقی را که متخصصین حقوق بین الملل در خصوص نظم عمومی ارایه می نمایند مصادیق آداب عامه به نظر می رسند. سوم این که هرچند نظم عمومی یکی از موانع تطبیق قانون خارجی در نظام حقوقی افغانستان است، مفید به نظر نمی رسد و زمینه عدم تطبیق قانون خارجی در افغانستان را فراهم می نماید، زیرا نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی تعریف و مصادیق روشن ندارد.

بنابراین، به نظر می رسد نظم عمومی می تواند زمینه سوء استفاده برای تطبیق کنندگان قوانین خارجی، در افغانستان را به دلیل ابهام فراهم نماید و تطبیق کنندگان قوانین خارجی در افغانستان با

۳۰۵. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

۳۰۶. ولی محمد ناصح (۱۳۹۸). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۰۲ و ۲۰۳.

استناد به نظم عمومی قوانین خارجی را تطبیق نمایند. بنابراین، نظم عمومی، یکی از ابزار های سیاسی است که زمینه را برای قضات بسیاری از کشور ها فراهم می نماید تا به استناد به آن از تطبیق قوانین خارجی به بهانه مخالفت قوانین خارجی با نظم عمومی اجتناب نمایند. به نظر می رسد بیشتر جرایم می تواند نظم عمومی را بر هم زند.

به عبارت دیگر: ارتکاب بسیاری از جرایم می تواند مخالف نظم عمومی باشد مانند قتل، اختطاف، انتحار و نظیر اینها. اما، بحث جرم و جزا از موضوعات حقوق جزا اند که مربوط حقوق عامه می شوند نه حقوق بین الملل خصوصی. زیرا، حقوق بین الملل خصوصی آمیزه از حقوق خصوصی و حقوق بین الملل است.

(۲) آداب عامه: برخی نویسندگان در تعریف آداب عام می گویند: آداب عامه که از آن به اخلاق حسنه نیز تعبیر شده است، عبارت از مجموعه قواعدی است که اخلاقیات اجتماعی معینی آن را مقرر می کند و معمولاً در زمان و مکانی محدود و معین مشاهده می شوند. چنین آدابی در واقع معیارهایی است که عملکرد و تصرفات افراد بر اساس آن معیار ها مورد ارزیابی قرار می گیرد.^{۳۰۷} این تعریف مبهم است.

برخی دیگر در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه بر ضوابط و اصول اخلاقی اطلاق می گردد که در جامعه معین توسط قانون، پولیس و فشار اجتماعی تطبیق می گردد.^{۳۰۸} این تعریف با این ایراد مواجه است که قانون معمولاً قواعد اخلاقی را تنظیم نمی نماید. اخلاق جمع خُلق است که در لغت به معنی خوی، رفتار، رفتار خوب و خصلت است. به نظر می رسد اخلاق عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید. به عبارت دیگر: اخلاق قواعد مورد قبول جامعه است که نشان دهنده درستی و نادرستی رفتار اشخاص است.^{۳۰۹}

قوانین خارجی که مخالف آداب عامه در افغانستان است قابل اجراء نیست. به عنوان مثال، هرگاه قانون متبوع دو تبعه خارجی همجنس به آنها اجازه دهد، ازدواج نمایند، چنین ازدواج به دلیل مخالفت با آداب عامه در افغانستان قابل تطبیق نیست. همچنین، قوانین مربوط به تغییر جنسیت، قوانین مربوط به همجنس گرایی (Homosexuality)، فحشاء (Prostitution)، رابطه جنسی زن با زن (Lesbianism) و نظیر اینها از مصادیق قوانین مخالف با آداب عامه به نظر می رسند.

۳۰۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸.
308. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
309. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۶/۱۷/۲۰۱۶).

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳):

احکام ماده (۳۵) قانون مدنی با احکام ماده (۱۴) قانون جزاء مغایر به نظر می رسد زیرا ماده (۳۵) تطبیق احکام قانون خارجی را در حالتی که نظام عامه یا آداب عمومی در افغانستان نباشد هدایت داده است.

توضیح:

در ماده (۱۷) قانون مدنی و مواد ما بعد آن از جواز تطبیق قانون دولت متبوعه اشخاص در مورد تثبیت اهلیت مدنی خارجی ها و شرایط موضوعی صحت ازدواج، اشخاص حکمی مقیم افغانستان بحث شده و ماده (۳۵) قانون مدنی تطبیق آن را به شرطی اجازه می دهد که مخالف آداب عامه و نظام عمومی جمهوری دموکراتیک افغانستان نباشد.

ماده (۱۴) قانون جزا صرف موارد تطبیق ماده متذکره را از لحاظ ساحه دولت بیان می کند و تصریح می نماید که کشتی ها و طیارات افغانی نیز به این منظور ساحه دولت جمهوری دموکراتیک افغانستان به شمار می روند به شرطی که در قانون بین الدول عمومی حکمی مغایر آن نباشد.^{۳۱۰}

مبحث دوم: تنفیذ احکام محکمه خارجی در افغانستان

اصل این است که حکم محاکم در قلمرو کشور معین تطبیق شود. استثنای این اصل تطبیق حکم در خارج کشور است زیرا امروزه افراد در ممالک متبوع زندگی نمی نمایند بلکه به دلایل مختلف که بحث آن گذشت در کشور های دیگر اقامت می نمایند. طبق اصل تفکیک قواء تطبیق قوانین و احکام نهایی محاکم از وظایف حکم است. ماده ۷۵ ق. ا حکم می نمود: «حکومت دارای وظایف ذیل می باشد: ۱-- تعمیل احکام این قانون اساسی و سایر قوانین و فیصله های قطعی محاکم.» طبق نص این ماده تطبیق همه احکام نهایی محاکم اعم از جزایی، تجارتی، مدنی، اداری، کار و ... از وظایف حکومت است، زیرا همه نیروهای اجرایی در اختیار حکومت است. بحث تطبیق احکام جزایی، اداری و نظیر اینها از موضوع مورد بحث این کتاب خارج است. طبق نص این ماده و قانون طرز تحصیل حقوق و قانون اصول محاکمات مدنی، تطبیق فیصله های نهایی محاکم تجارتی و مدنی از وظایف ریاست حقوق وزارت عدلیه است.

چون حقوق بین الملل خصوصی ترکیبی از حقوق خصوصی و حقوق بین الملل است. بنابراین، طبق قانون طرز تحصیل حقوق نه تنها ریاست حقوق وزارت عدلیه مکلف به تطبیق فیصله های نهایی

۳۱۰. ____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۱.

محاكم مدنی و تجارتی بلکه مسؤول تطبیق فیصله های نهایی محاکم خارجی در خصوص مسایل حقوق بین الملل خصوصی است.

باوجوداین، قانون اصول محاکمات مدنی و قانون طرز تحصیل حقوق به قدر کافی احکام در خصوص تطبیق حکم محکمه خارجی ندارند و به نظر می رسد که در این خصوص خلأ حقوقی وجود دارد. قابل توصیه است این خلأ حقوقی با وضع قواعد پر و رفع شود.

ماده ۹ قانون طرز تحصیل حقوق منتشره جریده رسمی شماره ۱۳۰۹ نافذه ۳۱/۶/۱۳۹۷ در این خصوص می گوید: «ادارات حقوق دارای وظایف ذیل است:

[...] ۱۱- تنفیذ قرارها و تطبیق حکم قطعی و نهایی محاکم...». به طور مشخص، طبق ماده ۲۷ قانون طرز تحصیل حقوق: «اداره حقوق بر اساس اسناد ذیل به تحصیل حقوق اقدام می نماید: [...] ۵- احکام قطعی و نهایی که توسط محکمه کشور خارجی صادر و از طرف وزارت امور خارجه افغانستان تصدیق شده باشد...». طبق نص این ماده برای تطبیق حکم محکمه خارجی شرط است این که:

۱) حکم توسط محکمه ذیصلاح صادر شده باشد. در صورتی که حکم توسط محکمه فاقد صلاحیت از نظر حوزه ای یا موضوعی صادر شده باشد قابل اجرا نیست؛

۲) فیصله های محکمه ذیصلاح خارجی نهایی باشد. بنابراین، اگر حکم قابل استیناف خواهی یا فرجام خواهی در مملکت خارجی باشد، قابل تطبیق نیست؛

۳) شخص خواهان تطبیق حکم می تواند تبعه خارجی یا افغانی باشد؛

۴) قنصلگری های افغانستان حکم محکمه خارجی را تصدیق نموده باشند؛

۵) وزارت خارجه جمهوری اسلامی افغانستان برحالی قنصلگری را تصدیق نماید؛

۶) سپس، محکوم له باید حکم را جهت تنفیذ به ریاست حقوق وزارت عدلیه ببرد. تشکیل ریاست حقوق طوری است که در وزارت عدلیه ریاست عمومی حقوق وجود دارد. در هر ولایت یک ریاست عدلیه وجود دارد. ریاست عدلیه دارای مدیریت های قضایای دولت، مدیریت حقوق، مدیریت مساعدت های حقوقی و مدیریت انسجام است. در ولسوالی های مدیریت های عمومی حقوق وجود دارد. ریاست حقوق طبق قانون طرز تحصیل حقوق مکلف است فیصله قطعی و نهایی محاکم خارجی را مانند فیصله های قطعی و نهایی محاکم داخلی تطبیق نمایند که تفصیل آن در قانون طرز تحصیل حقوق تنظیم گردیده است.

چون این قانون توسط وزارت عدلیه شرح شده است، از پرداختن به جزئیات این قانون به دلیل جلوگیری از طولانی شدن این کتاب پرهیز صورت می گیرد. خوانندگان محترم می توانند به این شرح مراجعه کنند.

همچنین، طبق ماده ۳۰۷ ق. ا. م. م: «اسنادی که در خارج کشور ترتیب گردیده در حالی مدار اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت امور خارجه نیز از صحت آن رسماً اطمینان داده باشد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده نص این ماده اسنادی که در خارج کشور ترتیب گردیده در حالی مدار اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت امور خارجه نیز از صحت آن رسماً اطمینان داده باشد.

به حیث مثال، اگر احمد از والدین افغانی در خارج متولد شوند و والدین احمد برای احمد از سفارت افغانستان در خارج پاسپورت بگیرند، این پاسپورت در صورتی مدار اعتبار است که پاسپورت توسط سفارت افغانستان در خارج ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. همچنین، اگر احمد در فرانسه سفر نماید و در آنجا پاسپورت خویش را گم نماید و از سفارت افغانستان مقیم فرانسه پاسپورت جدید بگیرد، این پاسپورت در صورتی مدار اعتبار است که پاسپورت توسط سفارت افغانستان در خارج ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد.

همچنین، اگر احمد با حمیده در کانادا ازدواج نمایند و نکاح خط خویش را در آنجا ترتیب دهند و سپس بخواهند متزوج بودن خویش را در محکمه ذیصلاح افغانستان ثابت نمایند، نکاح خط آنها در صورتی مدار اعتبار است که توسط سفارت افغانستان تصدیق گردیده و وزارت خارجه به محکمه از صحت آن اطمینان بدهد. هدف قانونگذار ا. م. م در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت اسنادی است که در خارج ترتیب شده اند.

اعتبار اسناد مرتبه نمایندگی های سیاسی ج. ا. ا. در خارج کشور

متحدالمال شماره ۱۲۱۵ الی ۱۲۷۴ مؤرخ ۱۸/۳/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره

محکمه

قبلاً استهدائیه ریاست مخزن کابل راجع به اجرای مثنی قبالة شرعی (۳۱۲۷/۱۲۸۸) مؤرخ ۲۳/۳/۱۳۲۷ براساس حصر وراثت (۱۵۵۳) مؤرخ ۲۴/۵/۱۳۸۴ مرتبه سفارت افغانستان در کویته جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول و اداره متذکره نظر شان را در زمینه چنین ابرازداشته است:

حسب ماده ۳۰۷ قانون اصول محاکمات مدنی که در آن تذکر داده شده است:

اسنادی که در خارج از کشور ترتیب گردیده در حالی مورد اعتبار قرار گرفته می تواند که سند مذکور از طرف یکی از نمایندگی های سیاسی جمهوری اسلامی افغانستان ترتیب و تصدیق گردیده و وزارت محترم امور خارجه از صحت آن اطمینان داده باشد. همچنین، نظر به هدایت ماده (۱۰) تعلیمات نامه تحریر وثایق که چنین مشعر است:

اسناد و وثایقی که از خارج ذریعه سفارت خانه ها و قونسلگری های افغان ترتیب یافته باشد و شرایط شرعی را دارا باشد در محاکم عدلی مدار حکم و قابل اعتبار است:

بناءً نظر تدقیقی بر این است که با استناد موادی که قبلاً تذکر داده شد اجرای مثنی قبالة متذکره در صورتیکه وثیقه حصر وراثت از مجرای قانونی طی مراحل نموده باشد مانع قانونی وجدی ندارد و ریاست مخزن در اجرای آن اقدام نماید.

مراتب استهدا و نظر تدقیقی ارائه شده بالتفصیل به مقام محترم شورای عالی پیشنهاد و مستند به هدایت مندرج یادداشت شماره (۶۷۷) مؤرخ ۱۳۸۵/۸/۲۵ مقام محترم که نظر فوق الذکر تدقیقی را تأیید فرموده اند می نگاریم که: اسناد مرتبه نمایندگی های سیاسی جمهوری اسلامی افغانستان در خارج اعم از قونسلگری ها و سفارت خانه ها مطابق ماده ۳۰۷ قانون اصول محاکمات مدنی و ماده ۱۰ تعلیماتنامه تحریر وثایق با رعایت صلاحیت های مفوضه قانونی مدار اعتبار می باشد.^{۳۱۱}

یکی از مثال های تطبیق حکم محکمه خارجی براساس مصاحبه با ریاست عمومی حقوق وزارت عدلیه این است که یکی از اتباع افغانستان در جمهوری اسلامی ایران یک باب خانه را به گرو گرفته و پول آن را پرداخت نکرده و به افغانستان برگشت. تبعه جمهوری اسلامی علیه تبعه جمهوری اسلامی افغانستان در محاکم جمهوری اسلامی ایران اقامه دعوی و محکمه جمهوری اسلامی ایران تبعه افغانستان را محکوم به پرداخت پول کرد.

تبعه جمهوری اسلامی ایران این حکم را بعد از طی مراحل از طریق وزارت خارجه جمهوری اسلامی افغانستان به ریاست حقوق وزارت عدلیه غرض تطبیق تسلیم نمود. ریاست حقوق حکم محکمه جمهوری اسلامی ایران را در افغانستان تطبیق نمود. مثال دیگر این گونه تطبیق، حکم محاکم خارجی در خصوص تفریق قضایی است که در این خصوص مصوبه ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

۳۱۱. محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآله، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۳۶۰ و ۳۶۱.

حق اعتراض زوج در محکمه استیناف به مقابل فیصله غیابی انحلال زوجیت که در خارج

کشور صورت گرفته و قطعی شده است

متحدالمال شماره (۲۳۹۵/۲۳۲۳) مؤرخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۰ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره

محکمه

استهدائیه شماره (۶۱۲/۹۷۵) مؤرخ ۱۳۸۸/۸/۱۱ ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه که راجع به بعضی از اصحاب دعوی خصوصاً شوهران خانم های ای که قبلاً دوسیه های نسبتی شان در محاکم خارج از کشور فیصله ثلاثه و قطعی را در بر گرفته و حکم محکمه نیز قطعیت را حاصل نموده و فعلاً شوهران شان نسبت اینکه فیصله تفریق غیابی بالای آنها صورت گرفته و عدت آن نیز سپری شده قناعت ندارند و خواهان دوران مجدد قضایا می باشند وفق هدایت مصوبه (۶۶۵) مؤرخ ۱۳۸۸/۸/۲۹ مقام محترم شورای عالی ستره محکمه بادر نظر داشت ماده (۶) فصل سوم طرز تنظیم استهداآت سیمینار عالی رؤسای محاکم سال ۱۳۸۶ قوه قضائیه در جلسه تأریخی ۱۳۸۸/۸/۱۴ کمیسیون محترم رؤسای دیوانهای استینافی این ریاست تحت غور و مطالعه قرار گرفت در نتیجه تصمیم ذیل را اتخاذ فرمودند:

«استهدائیه شماره (۶۱۲/۹۷۵) مؤرخ ۱۳۸۸/۸/۱۱ ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه با ضمایم ارسالی آن جهت هدایت بعدی جنساً به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه تقدیم گردد.»

مطالب مورد استهداء پس از تدقیق موضوع به مقام محترم شورای عالی تقدیم و حسب مصوبه (۸۱۲) مؤرخ ۱۳۹۸۸/۱۰/۲ هدایت ذیل صادر گردید.

«قضیه به محکمه استیناف ولایت کابل محول گردد.»

به قصد این که مسیر اجراءات بر قضایای مشابه نزد محاکم مشخص باشد متن مصوبه فوق مقام عالی بالاثر در خواست یکتن از وکلای مدافع و هدایت حکم (۵۱۵۴) مؤرخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۶ مقام محترم ستره محکمه بدینوسیله به محاکم محترم استیناف ولایت تعمیم گردید تا آن را به محاکم مربوط اخبار و مطابق به آن تعمیم گردد و دارالانشای شورای عالی را در جریان قرار دهند.^{۳۱۲}

چنانچه ملاحظه می گردد رویه محاکم برخلاف اصول حقوق بین الملل خصوصی است. زیرا، در صورت قطعی بودن حکم باید حکم توسط ریاست عمومی حقوق وزارت عدلیه تطبیق شود نه این که دوباره مورد رسیدگی محاکم قرار بگیرد. متن مصوبه شورای عالی به نظر می رسد که خلاف اصول حقوق بین الملل و ماده ۳۲ قانون مدنی است. قابل توصیه است متن این مصوبه توسط شورای عالی ستره محکمه ابطال گردد.

پایان جلد حقوق بین الملل خصوصی
ادامه در جلد حقوق فامیل

فهرست منابع

الف) منابع دری

اول) کتب حقوقی:

۱. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. الماسی، نجاد علی (۱۳۸۵). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، ۶ جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة.
۴. پفیفر، جولیا (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۵. حسینی، حسن، اقامتگاه (۱۳۸۴). چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
۷. دانش پژوه، مصطفی (۱۳۸۶). اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۸. ژوبل، محمد عثمان (____). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات ورهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۹. ژوبل، محمد عثمان (____). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۱۰. سلجوقی، محمود (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.
۱۱. شمس، شمس الرحمن، فایز عبدالصیر و جانباز، نجیب الله (۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتی، کابل: پروژة امور عدلی و قضایی افغانستان.
۱۲. صفایی، سید حسین (۱۳۷۴). مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۳. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر.
۱۴. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۲). مبادی حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۱۵. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
۱۶. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.

17. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
18. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۲). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، انتشارات سعید، چاپ چهارم، کابل، افغانستان.
19. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۴). شرح مختصر قانون اساسی (۲) حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۲۰. غبار، میر غلام محمد (۱۳۸۰). افغانستان در مسیر تاریخ، کابل: انتشارات میوند.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، ۲ جلد، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. مبلغی آبادانی، عبدالله (۱۳۸۸). تاریخ ادیان و مذاهب بزرگ جهان، ۳ جلد، چاپ دوم، تهران: انتشارات خُ.
۲۵. محمد عالم، ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۲۶. مدنی، جلال الدین (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل.
۲۸. موسی زاده، رضا (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر.
۲۶. ناصح، ولی محمد (۱۳۹۸). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۲۷. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
۲۷. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
- دوم) کتب فقهی:**
۲۸. الزحیلی، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان.
۲۹. قرضاوی، یوسف (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب.
- سوم) مقاله:**
۲۹. اسکندری، عبدالکریم (۱۳۸۹). بررسی نهاد تابعیت از منظر اسلام و قانون تابعیت افغانستان، مجله مطالعات حقوقی، شماره هفتم.
- چهارم) فرهنگ ها:**
30. انصاری مسعود، طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، ۳ جلد، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
31. بلدسوویچک، رابرت (۱۳۷۵). فرهنگ حقوق بین الملل، مترجم: بهمن آقائی، چاپ اول، تهران: کتاب خانه گنج دانش.
۳۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ جلد، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
۳۴. سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ جامع نوین، ترجمه المنجد، ۲ ج، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلام.
۳۵. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۳۶. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.

- پنجم) قوانین، مقررات و فرامین تقنینی:
۳۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲). ۸۱۸ جریده رسمی.
 ۳۸. قانون مدنی (۱۳۵۵). ۳۵۳ جریده رسمی.
 ۳۹. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹). ۷۲۲ جریده رسمی.
 ۴۰. اصولنامه تجارت (۱۳۳۶). (____).
 ۴۱. قانون تابعیت امارت اسلامی افغانستان (۱۴۲۱ ق). ۷۹۲ جریده رسمی.
 ۴۲. کُد جزا (۱۳۹۶). ۱۲۶۰ جریده رسمی.
 ۴۳. قانون طرز تحصیل حقوق (۱۳۹۷/۶/۳۱). ۱۳۰۹ جریده رسمی.
 ۴۴. نظامنامه مهاجرین (۱۳۰۵). (____).
 ۴۵. نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان (۱۰ حوت ۱۳۰۱). (____).
 ۴۶. اصولنامه سرمایه گذاری خارجی (۵ اسد، ۱۳۳۳). (____).
 ۴۷. اصولنامه مسافرت و اقامت اتباع خارجه و ضمانت آن (جدی ۱۳۳۰). (____).
 ۴۸. اصول اساسی دولت علیه افغانستان (۸ عقرب ۱۳۱۰). (____).
 ۴۹. قانون اساسی جمهوری افغانستان (۹ قوس، ۱۳۶۶). (____).
 ۵۰. قانون اساسی (۹ میزان ۱۳۴۳). (____).
 ۵۱. اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان (۲۵ حمل ۱۳۵۹). (____).
 ۵۲. قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی (۱۳۶۲/۲/۱۵). ۶۳۳ جریده رسمی.
 ۵۳. قانون سرمایه گذاری خصوصی و خارجی در جمهوری دموکراتیک افغانستان (۱/ ۱۳۶۶). ۶۳۳ جریده رسمی.
 ۵۴. قانون پاسپورت (3/8/1394). 1193 جریده رسمی.
 ۵۵. قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در جمهوری اسلامی افغانستان (۱۱ میزان، ۱۳۹۴). ۱۱۸۵ جریده رسمی.
 ۵۶. قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان (۱۴۲۱/۳/۲۶). ۷۹۲ جریده رسمی.
 ۵۷. فرمان رئیس دولت اسلامی افغانستان در باره قانون سرمایه گذاری خصوصی داخلی و خارجی دولت اسلامی افغانستان (۱۳۷۴/۲/۱۰ ش). شماره ۲۶، ۷۷۴ جریده رسمی.
 ۵۸. فرمان امارت اسلامی افغانستان در مقرر طرز حفاظت اموال و جایداد اشخاص غائب، مفقود، مرتد، باغی و ذمی (۱۴۲۱/۳/۲۲). شماره ۱۹، ۷۹۷ جریده رسمی.
 ۵۹. فرمان رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان در مورد تعدیل ماده ۴۴ قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان (۱۳۸۳/۲/۱۰). ۸۲۶ جریده رسمی.
 ۶۰. مقرر استخدام اتباع خارجی در ادارات دولتی (۱۳۸۴/۴/۳۰). ۸۵۸ جریده رسمی.
- ششم) وبسایت ها:
61. <https://thelawdictionary.org/elected-domicile/> (last visit: 4/4/2018).
 62. En.m. wikipedia.org (Last visit: 20/ April, 2017).
 63. Wcl.americanlibquide. com (Last visit: 20/ April, 2017).
 64. www.law.cornel.edu (last visit: 3/10/2017).
 65. Fa.m.wikipedia.org (last visit: 3/10/2017).

66. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید 1/ 17/ 2016).
67. <http://www.shahrwandan.ir/news> (آخرین بازدید: ۱ اپریل ۲۰۱۵).
68. dadneqar.blogfa.com (آخرین بازدید 6/ 17/ 2016).
69. nesashalhavi.blogfa.com (آخرین بازدید ۶/ 17/ 2016).
70. https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Hague_Conventions_on_Private_International_Law (Last visit: 15, february, 2017).
71. www.marriem-webster.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).
72. www.dictionary.cambridge.org (Last visti: 6/ 9/ 2017).
73. www.thefreedictionary.com (Last visti: 6/ 9/ 2017).
74. <https://www.pearse-trust.ie/blog/bid/110454/The-Rule-Of-Doctrine-Of-Renvoi-Explained> (last visit: 7/3/2018).
75. <https://en.oxford.com> (Last visit: 26/4/2017).
76. nesashalhavi.blogfa.com (آخرین بازدید 6/ 17/ 2016).
77. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید 9/ 3/ 2016).
78. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
79. www.study.com (Last visit: 6/12/2017).
80. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
81. dadneqar.blogfa.com (Last visit: 17/6/2016).

ب) عربی:

۸۲. الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
۸۳. زحیلی، وهبة (____). اصول الفقه الاسلامی، ۲ جلد، پاکستان: چاپ مکتب رشیدیہ.
۸۴. احمد السنهور، عبدالرزاق (۲۰۰۲م). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ۱۴ جلد، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.
۸۵. القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و العقد و الملكية، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبيشائر الاسلامية.
۸۶. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.
۸۷. سعید الصاغر جی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، ۳ جلد، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.
۸۸. مصطفی احمد، زرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، ۳ جلد، طبة التاسعة، دمشق: دارالفکر.
۸۹. محمود طهماز، عبدالحمید (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، ۵ جلد، پاکستان: چاپ مکتب حقانیہ.
۹۰. موسی، محمد یوسف (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی.
۹۱. _____ (۱۴۰۴ ق، ۱۹۸۳ ش). الموسوعة الفقهية، ۴۵ جلد، الطبعة الثانية، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية.

ج) انگلیسی:

92. Berlingher Remus Daniel (2013). The Renvoi in Private International Law, International Journal of Social Science and Humanity, vol. (3) <http://www.ijssh.org/papers/196-G10028.pdf>
93. D. L. A Barker and C. F. Padfield (1375). Law, 1st edit, Tehran: Arian bookshop.
94. Hallaq, Subhi Muhammad (2008). Fiqh According to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch. 1st edi, Riyadh: Dar-us- salam.
95. J. G. Collier (____). Conflict of Laws, 3rd edit, Combridge University Press.
96. Lorenzen, Ernest G (1941). Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of laws, Faculty Scholarship series, Paper 4584, p 743. <https://digitalcommons.laws.yale.edu/fss-PAPERS/4584>
97. Peter Hay, Patrick J. Borchers and Ricard D. Freer (2017). Conflict of Laws, 15th edition, USA: Foundation Press.
98. Raden Aji Haqqi, Abdul Rahman (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transactions, first edi, Malaysia: Center for reasch and training.
99. Rogerson, Pippa (November 2007). Collier's Conflict of Laws, fourth edition, Cambridge University Press, UK.
100. Veronique Allarouses (1991). A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, Int'IL, p 479. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol23/iss3/5>.
101. P. Statsky, William (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning.



جناب آقای نظام الدین عبدالله

اکنون که اثر شایسته شما مقام یکی از بهترین آثار را در "دومین جشنواره سالانه گزینش کتاب برتر علامه محمود طرزی" توسط مرکز مطالعات استراتژیک وزارت امور خارجه، کسب نموده است، صمیمانه ترین تبریکات و شادباش قلبی خویش را تقدیم می نمایم. توفیقات مزید شما را در راستای ارتقاء سطح علمی و فرهنگی کشور، از خداوند منان خواستارم.

داکتر زلمی رسول

وزیر امور خارجه



نظام الدین عبدالله فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکردره ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده/ فاکولته حقوق و علوم سیاسی دانشگاه/ پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه/ پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه/ پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران- واحد تهران مرکزی دانشجو/ محصل مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جاییب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق، قواعد کلیه فقهی، اسلام و حقوق بشر و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه/ پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جاییب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جاییب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق، حقوق بشر- در اسلام و ... را در این دانشگاه/ پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جاییب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.

- ۶) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل- افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۱۲) جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و جایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.

دوم: مقالات:

- ۱) نظام الدین عبدالله و دکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.

سوم) به انگلیسی:

- 1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.
- 2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Private International Law

Thirteenth edition

2024

Nezamuddin Abdullah

(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)