

The personal status of the Shiites in Afghanistan and the extent of its alignment with Jafari fiqh (the Heritage section)

قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان و میزان همسویی آن با فقه جعفری (بخش میراث)

A. Mahdian^{1*}, M. Rezvan talab²

علی رضا مهدیان^{۱*}، محمدرضا رضوان طلب^۲

1. Ph.d. Student, jurisprudence and foundations of Islamic low, faculty of theology, University of Tehran, Iran
2. Associate Professor, jurisprudence and foundations of Islamic low department, faculty of theology, University of Tehran, Iran

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، ایران.
۲. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، ایران.

Received Date: 2018/09/15

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۰۶/۲۴

Accepted Date: 2019/02/03

پذیرش مقاله: ۱۳۹۷/۱۱/۱۴

Abstract

The term personal status applies more to protecting minority's rights in a society and as the Afghan Shiites are considered a religious minority in that country, the first time the personal status of shia has been imposed in 2009 to observe the rights of the religious minority.

Due to the fact that the basis of the personal status of the Afghan Shiites is fiqh, The comparison of the provisions with the fiqh is important. But according to the range of personal status issues, in this paper, it has been tried to refer only to heritage as one of the subjects of personal status to provisions that are not aligned with the bases of fiqh and are not derived from it.

In this case, items such as item 3 of Article 194 regarding the legal personality of the legacy and item 3 of Article 196 in the insurance and other rights reserved after the death are examined and the item 6 of Article 197 for the determination of gender and the multiplicity of bearing before birth have been discussed.

Keywords: inheritance, legal person, neuter, deportation, Artificial insemination.

چکیده

اصطلاح احوال شخصیه بیشتر در مورد حفظ حقوق اقلیت ها در یک جامعه کاربرد دارد و از آنجایی که شیعیان افغانستان به عنوان یک اقلیت مذهبی در آن کشور مطرح هستند، برای اولین بار قانون احوال شخصیه اهل تشیع در سال ۱۳۸۸ ه ش جهت رعایت حقوق این اقلیت مذهبی وضع گردید. همچنان بدلیل اینکه مبنای قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان فقه است، مطابقت مواد این قانون با مبانی فقهی اش از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ اما با توجه به گستردگی موضوعات احوال شخصیه، در این مقاله کوشش شده است تا صرفاً در مبحث میراث به عنوان یکی از مصادیق احوال شخصیه به موادی که با مبانی فقهی خود همسویی نداشته و یا برگرفته از آن نمی باشد و جرایمی آنها پرداخته شود، در این بین مواردی چون فقره ۳ از ماده ۱۹۴ در خصوص شخصیت حقوقی ترکه، فقره ۳ ماده ۱۹۶ در خصوص بیمه و سایر حقوقی که پس از مرگ به متوفی تعلق می گیرد، فقره ۶ از ماده ۱۹۷ در خصوص تعیین جنسیت و تعدد حمل قبل از تولد و ... مورد بررسی قرار گرفته اند.

کلید واژه‌ها: ارث، شخصیت حقوقی، حمل، خنثی، لقاح مصنوعی.

مقدمه

افغانستان کشوری است که تقریباً ۹۹ درصد مردم آن مسلمان هستند، اما فقط در حدود ۲۰ درصد از این آمار را شیعیان تشکیل می دهند (دولت آبادی، ۱۳۸۲، ۳۱۰). مذهب تشیع هیچ گاه در طول تاریخ افغانستان و در هیچ کدام از نظام های پادشاهی، جمهوری، جمهوری دموکراتیک خلق و امارت اسلامی طالبان به رسمیت شناخته نشد؛ اما در نهایت با سقوط امارت اسلامی طالبان در این کشور و روی کار آمدن نظام جمهوری اسلامی در سال ۱۳۸۲ هـ. ش برای اولین بار در قانون اساسی این کشور به حقوق اقلیت ها نیز توجه جدی صورت گرفت. در ماده ۱۳۱ این قانون به موضوع احوالات شخصیه که حوزه وسیعی از مسائل مدنی را شامل می شود در خصوص شیعیان افغانستان اشاره شده است. در این ماده می خوانیم: « محاکم برای اهل تشیع در قضایای مربوط به احوالات شخصیه، احکام این مذهب را مطابق با احکام قانون (احوال شخصیه) تطبیق می نماید » و این بدان معناست که در مسائل مربوط به احوال شخصیه برای شیعیان قانون جداگانه ای مطابق با مذهب تشیع باید تدوین شود. سرانجام بر پایه این قانون اساسی جدید، مفاد قانون احوال شخصیه تدوین شده و در تاریخ ۵ اردیبهشت ۱۳۸۸ هـ. ش در جریده رسمی نشر گردید.

در نهایت باید گفت که تصویب چنین قانونی علاوه بر اینکه نخستین تجربه قانون گذاری در زمینه احوال شخصیه در این کشور است، گامی بلند در جهت رعایت عدالت حقوقی و مذهبی در این راستا محسوب می شود. پر واضح است که پس از تصویب هر قانونی شروح، حواشی و نقد های بسیاری بر آن به رشته تحریر در می آیند و از جوانب مختلف آن را مورد بررسی قرار می دهند. در مورد قانون احوال شخصیه نیز باید گفت: که این قانون خصوصاً در باب ارث جنبه کاملاً مذهبی دارد، یعنی مبنای تدوین مواد و مفاد آن مستقیماً فقه اسلامی می باشد. لذا بسیار لازم می نمود تا پس از تصویب چنین قانون نوپایی که بیش از چند سالی از تصویب آن نمی گذرد، مبانی فقهی آن مورد بحث و بررسی قرار گیرد و میزان همسویی و اتصال این قانون با مبانی فقهی امامیه به درستی دانسته شود؛ همچنین اگر مواردی متکی بر مبانی فقهی نیستند، چرایی آنها تبیین شده و واضح گردد؛ چیزی که در مقاله حاضر ما در پی آن هستیم.

احوال شخصیه؛ معنا و مفهوم

احوال شخصیه از دو بخش احوال که جمع حال است و شخص به معنای شخصیت، تشکیل شده است. احوال در لغت به دو معنا بکار می رود: یکی به معنای سالها و گردشهای روزگار؛ دیگری به معنای اوضاع و احوال (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۴۷۹/۴) که در اینجا معنای دوم مد نظر است. شخصیت نیز اسم منصوب به شخص است و چون وصف برای احوال قرار گرفته تائید پذیرفته است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ۱۱۸/۱). شخص آن کسی است که برای بدست آوردن حق و عمل به واجبات صلاحیت داشته باشد و از نظر قانونی نیز موضوع حق قرار می گیرد (دهخدا، ۱۳۷۷، ۲۷۸/۲۹).

اصطلاح احوال شخصیه از جمله مباحث مهم در حیطه حقوق خصوصی می باشد، که به فراخور بحث پیرامون آن حقوق دانان تعاریف متعددی ارائه کرده اند، البته این تعاریف عموماً مضامینی شبیه به هم دارند و بعضاً بیشتر از لحاظ مصادیق آن بین اهل فن اختلاف نظر است که در ادامه به اهم این تعاریف و نظرات اشاره خواهد شد.

ناصر کاتوزیان نیز در تعریف این اصطلاح می نویسد: احوال شخصیه در اصطلاح حقوقی به معنای اوصاف و خصوصیات است که وضع و هویت و حقوق و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۴/۲). پاره ای دیگر از حقوق دانان نیز در تعریف این اصطلاح گفته اند که: « احوال شخصیه مجموع اوصافی است که مربوط به شخص است، صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع؛ قابل تقویم و مبادله به پول نبوده، از لحاظ حقوق مدنی آثاری بر آن مترتب است» (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۰، ۹). بعضی دیگر نیز معتقدند که: «احوال شخصیه عبارت از صفات و وضعیت های موجود در شخص است که او را از سایرین متمایز و موقعیت حقوقی او را در جامعه مشخص می کند. نام و اقامتگاه، تابعیت، نسب، سن، توارث، تأهل و تجرد، دارا بودن یا نبودن توانایی انجام اعمال حقوقی و نظایر آن از جمله احوال شخصیه به شمار می رود» (شهیدی، ۱۳۸۰، ۲۵۱). در نهایت با تمام این تعاریف برخی معتقدند که احوال شخصیه تعریف روشنی ندارد و فقط در مقام عمل مصادیق آن را بر می شمردند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۹۳/۱).

ضرورت تدوین قانون احوال شخصیه

برای تبیین ضرورت تدوین قانون احوال شخصیه شیعیان در افغانستان باید نخست به مبانی تدوین این قانون اشاره شود؛ در این راستا مبانی مذکور خود به دو دسته مبانی حقوقی و مبانی فقهی قابل تقسیم بندی است که در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد.

مبانی حقوقی

بر اساس قواعد حقوق موضوعه اصل آن است که یک قانون بر احوال شخصیه اتباع یک کشور حکومت کند. دوگانگی قانون احوال شخصیه یک استثناء است و می بایست توجیهی منطقی داشته باشد. برای پاسخ دادن به این دوگانگی باید به بررسی مفهوم اقلیت و حقوق اقلیت ها در حوزه حقوق موضوعه پرداخت ، چراکه محل بحث از احوال شخصیه در حیطه حقوق اقلیت ها است. هرچند اقلیت در هیچ یک از اسناد بین المللی به طور واضح تعریف نشده است. اما با توجه به ماده ۲۷ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی می توان این تعریف را استنباط کرد: « اقلیت گروهی از افراد جامعه می باشند که در خصوصیات نژادی یا مذهبی یا زبانی با خصوصیات مذهبی و نژادی و زبانی گروه اکثریت تفاوت دارند » (ترنیری، ۱۳۷۹، ۵۲). اما در مورد التزام به رعایت حقوق اقلیت ها خصوصاً اقلیت های مذهبی و ضرورت تدوین قوانین منحصر به آنها در محدوده احوال شخصیه ایشان می توان دو مبنا را ذکر کرد. یکی مبانی حقوقی که شامل اسناد بین المللی و قوانین اساسی کشورها می شود و دیگری مبانی فقهی که می توان از لابه لای متون و آراء فقهی آنها را استخراج و بیان کرد.

من باب مثال در ماده ۲۷ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی در خصوص حمایت از حقوق اقلیت ها چنین آمده است: « در کشورهایی که اقلیت های نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارد، نمی توان اشخاص متعلق به اقلیت های مزبور را از این حق محروم نمود که مجتمعاً با سایر افراد گروه خودشان از فرهنگ خاص خود متمتع شوند و به دین خود متدین بوده و بر طبق آن عمل کنند یا به زبان خود تکلم نمایند.» ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان مصوب سال ۱۳۸۲ هـ.ش نیز به صراحت اجازه رعایت احوال شخصیه را به شیعیان افغانستان داده و بر ضرورت تدوین و اجرای این قانون تاکید کرده است که متن ماده مزبور بدین شرح می باشد: « محاکم برای اهل تشیع در قضایای مربوط به احوالات شخصیه ، احکام این مذهب را مطابق با احکام قانون تطبیق می نماید.» در نهایت می توان گفت: که استقلال

حقوقی شیعیان افغانستان در محدوده احوال شخصیه ایشان با مبانی حقوقی اقلیتهای مذهبی مندرج در میثاقهای بین المللی کاملاً انطباق دارد، چرا که احوال شخصیه از امور شخصی بوده و همانند سایر اعمال و عقاید مذهبی براساس احکام مذهبی به آن عمل می شود.

مبانی فقهی

فقها و حقوق دانان در خصوص مبانی فقهی ضرورت تدوین و وجود قانون احوال شخصیه به موارد متعددی اشاره می کنند که از جمله مهمترین آنها اصل مدارا و نیز قاعده فقهی الزام می باشد که در ادامه به شرح مختصر هر کدام خواهیم پرداخت.

الف) اصل مدارا

اگرچه اصطلاح احوال شخصیه به معنای حقوقی آن در فقه اسلامی، اصطلاحی نوظهور و وارداتی است، اما رعایت مصادیق آن که در خصوص حقوق اقلیتها می باشد و پیش تر بدان اشاره شد؛ از همان صدر اسلام مورد توجه و نظر حاکمان اسلامی بوده است. کما اینکه اسناد تاریخی بسیاری در مورد آیین حکومت داری اسلامی و مدارای حاکمان اسلامی با غیرمسلمانان و حتی مشرکان موجود است که بر رعایت این اصول توسط مسلمانان شهادت می دهند.

به عنوان مثال در زمان خلیفه دوم و فتح مصر توسط عمروعاص، مصر به چند بخش تقسیم شد و برای هر قسمت یک قاضی قبطی قرار داده شد تا دعاوی آنها را بر طبق شریعت خود شان حل و فصل نماید. در دعاوی بین یک قبطی و یک عرب دو قاضی از هر دو طرف، یکی قبطی و دیگری عرب مسأله را حل می نمود (موسوی بجنوردی و همکاران، ۱۳۷۵، ۱۳۲/۷) که این مسامحه حاکمان اسلامی در خصوص پیروان سایر ادیان به عنوان اقلیت تحت سلطه مستقیماً ریشه در آموزه های اسلامی مانند اصل مدارا دارد.

ب) قاعده الزام

در فقه شیعه قاعده ای نیز تحت عنوان «قاعده الزام» وجود دارد که مبتنی بر احادیث و روایات ائمه معصومین (علیهم السلام) و نیز اجماع فقها می باشد. وجود چنین قاعده ای که در ارتباط با رعایت حقوق اقلیت های دینی، مذهبی می باشد، خود یکی از مبانی و مستندات رعایت احوال شخصیه مذاهب در فقه بحساب می آید.

احوال شخصیه و شیعیان افغانستان

نخستین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۰۲ هـ ش در زمان پادشاهی امان الله خان به تصویب رسید. از آن زمان تا کنون شش قانون اساسی دیگر به تبع تغییر حاکمیت تصویب و ملغی گردیده است. که آخرین آن با سقوط طالبان و روی کار آمدن دولت جمهوری اسلامی افغانستان توسط حمایت های بین المللی در سال ۱۳۸۲ هـ ش تدوین شد (علی آبادی، ۱۳۸۶، ۱۸۹).

آنچه در قانون اساسی سال ۱۳۸۲ هـ ش حائز اهمیت می باشد، شناسایی رسمی مذهب تشیع است. واقعیتی که سالیان متمادی مورد بی توجهی در تدوین قوانین این کشور قرار گرفته بود. در هر حال پس از فراز و نشیب های بسیار در قانون اساسی جدید این حق احقاق شد و مذهب تشیع به رسمیت شناخته شده و رعایت احکام مخصوص شیعیان در حیطة احوال شخصیه ایشان لازم الاجرا شد.

بر این اساس ماده ۱۳۱ قانون اساسی اشعار می دارد که: «محاكم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی وجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.»

به این ترتیب برای اولین بار در دوران قانون گذاری در افغانستان مذهب تشیع توسط قانون اساسی افغانستان به صراحت به رسمیت شناخته شد و شیعیان این حق را پیدا کردند تا احوال شخصیه خویش را به عنوان یک اقلیت مذهبی بشکل مواد قانونی مدون سازند و محاکم اداری و قانونی ملزم به اجرا و تطبیق این قوانین برای شیعیان این کشور شدند. پس از تصویب این ماده بود که روحی تازه در کالبد سیاسی و حقوقی اقلیت شیعه در این کشور دمیده شد و آنها دست به کار تدوین قانونی در خصوص احوال شخصیه خویش شدند؛ که این مهم در سال ۱۳۸۸ هـ ش با تصویب قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان جامه عمل به خود پوشید.

مصادیق احوال شخصیه

همانطوری که مشاهده شد در تعریف این اصطلاح بین حقوق دانان اختلاف نظر زیاد است ولی آنچه مسلم است همه ایشان متفق القول هستند که اصطلاح احوال شخصیه اوصاف و خصوصیات است که با

تولد و زندگی فرد در اجتماع برای او ایجاد و با مرگ وی خاتمه می یابد. در ادامه باید گفت: همانطوری که حقوق دانان در تعریف اصطلاح احوال شخصیه متفق القول نیستند؛ در برشمردن مصادیق آن نیز بر اساس تعاریف خود، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. در هر صورت مهمترین مصداق های احوال شخصیه عبارتند از: ازدواج، طلاق، مهر، ابوت، نسب، اهلیت، رشد، قیمومیت، ولایت، حجر، ارث، وصیت، وقف و غیره (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱/۱۹۳).

استخراج و بررسی مواد غیر همسوی قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان با مبانی فقهی آن (در باب میراث)

الف) شخصیت حقوقی ترکه (بررسی فقره ۳ ماده ۱۹۴)

ماده ۱۹۴ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان به موضوع ترکه و حقوق متعلق به آن اختصاص یافته که از جمله مهمترین مباحث میراث است. در فقره ۳ این ماده قانون گذار، ترکه را دارای شخصیت حقوقی دانسته است؛^۱ این در حالی است که در هیچ یک از کتب فقهی و یا نظریات فقها اصطلاحی تحت این عنوان وجود نداشته و چنین چیزی بیان نشده است. بنابراین لازم می نماید تا در خصوص ضرورت کاربرد این اصطلاح و منظور قانون گذار از بیان آن توضیحات لازم داده شود تا ضمن تبیین بحث چرایی بکار بردن چنین تاسیسی نیز واضح گردد.

نظریات مختلف در خصوص تصرف ورثه در ترکه پس از فوت مورث

وضعیت ترکه متوفی و تصرف ورثه در آن در فقه به دو صورت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. اول آنکه ورثه به محض فوت مورث مجاز به تصرف در سهم الارث خود بطور قطعی می باشند و حالت دوم آنکه ورثه تا پیش از تصفیه ترکه حق دخل و تصرف در ترکه را ندارند.

در تبیین این دو صورت باید گفت: فقهاء وجود دین در ترکه را مانع از تصرف در ترکه می دانند ولی در چگونگی این منع بر دو نظرند: گروهی وجود دین را مانع از انتقال ترکه به ورثه می دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۷، ۳/۲۰۲ و ۲۰۳؛ حسینی عاملی، بی تا، ۸/۸۹؛ فاضل نراقی، ۱۴۱۵، ۲/۷۰۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۲/۶۲) و گروهی دیگر در انتقال ترکه میت به ورثه تردیدی ندارند؛ فقط تصرف ورثه را در ترکه تا قبل از ادای دیون متوفی ممنوع می دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۶۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۹/۷۴؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۴/۲۶۸ و ۲۶۹).

^۱ «ترکه قبل از ادای دیون و تعهدات متوفی و ادای سهم الارث وارثان، دارای شخصیت حقوقی است.»

بر اساس قول اول ترکه تا قبل از تصفیه در حکم مال میت است و انتقال آن به ورثه جایز نیست (شیخ طوسی، ۱۴۱۱، ۱۴۴/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۳۵۲/۲؛ حسینی عاملی، بی تا، ۸۹/۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۶۱/۱۳). این نظر، قول مشهور بین فقهاء بوده و حتی توسط بعضی از ایشان ادعای اجماع بر آن نیز شده است (ابن ادریس، ۱۴۱۷، ۲۰۲/۳ و ۲۰۳). ایشان در اثبات مدعای خود به اصل عدم انتقال ترکه به موجب آیه ۱۱ سوره نساء^۱ که برخورداری از ارث را در گرو تصفیه دیون و ادای وصیت میت می دانند تکیه می کنند، اگر چه مستفاد از ظاهر کلام در آیات ارث تملیک ورثه بمحض موت مورث می باشد ولی مقتضای قیدی که در آیه وارد شده است، متوقف بودن این تملک بر انجام وصیت و ادای دیون میت می باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۱۷ و ۲۱۸).

اما براساس قول دوم مال به محض فوت مورث به وراث منتقل می شود، کما اینکه گروهی از فقهاء پیرو این نظریه هستند (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۶۳/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸، ۲۲۱/۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۶۲/۱۳؛ فاضل هندی، ۱۴۲۰، ۳۹۰/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۸۵/۳۹؛ سبزواری، ۱۴۱۷، ۶۳/۳۰؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۹۹). حتی بعضی از ایشان قائل به شهرت این قول شده اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۸۵/۳۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۰۶) و در اثبات این قول گفته اند که آنچه از شریعت مستفاد می شود عدم بقای مال در ملکیت میت است چرا که ضرورت تملک داشتن صفت وجودی است و اموال در تعلق کسی که معدوم شده است باقی نخواهد ماند (نجفی، ۱۴۰۴، ۸۵/۳۹). چراکه اگر مقصود ما از میت نفس جسمانی و جسد او باشد که در این صورت عدم قابلیت تملک برای وی پس از مرگ محرز است. ولی اگر مراد ما از وی نفس روحانی او باشد (که پس از مرگ جسم نیز باقی است) و برای آن قابلیت تملک را متصور شویم نظیر آنچه در خصوص ملکیت خداوند در قضیه وقف عام قائلیم، تصویری واهی خواهد بود چرا که با توجه به احکام ملک و مالک قطعاً بطلان این رأی واضح و مبرهن است و آنچه از محذورات فقهی مستفاد می شود بطلان این امر و تخصیص یافتن اموال به ورثه می باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۲۱).

۱- «مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ تُوِّصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ».

همچنین این گروه در استنادات خود به اطلاقات ارث مانند آیات ۷^۱ و ۱۷۶^۲ سوره نساء اشاره می کنند و این آیات را دلیل بر سببیت مرگ برای تملک وارثان می دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۲۲). سپس ایشان ترکه را به منزله وثیقه دین طلبکاران دانسته اند و بر این باورند که وارثان نیز بمانند هر راهن دیگر، پیش از پرداخت دین و آزاد شدن عین مرهونه، حق تصرف در ترکه را ندارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۶۱/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۷۴/۳۹؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۲۶۸/۴ و ۲۶۹).

نقد نظریات

در نهایت باید گفت که هر دو نظریه خالی از اشکال نیستند، چراکه هر دو بر پایه مجاز و قیاس و فرض مخالف با واقع استوار است و هیچکدام ذهن را قانع نمی سازد، قول اول فرضی تبعیدی در برابر واقعیت خارجی است، بدون اینکه مبنایی در قوانین داشته باشد. چراکه قانون تصرف وارثان در ترکه ناخالص را ممنوع کرده است، و قائلین به قول اول دلیل این امر را تصور قرار داشتن ترکه در حکم مال میت دانسته اند. حال آنکه واقعیت عدم اهلیت مرده برای مالک شدن است؛ زیرا قانون به صراحت اعلان می دارد که: « اهلیت... با تولد آغاز و با مرگ حقیقی یا حکمی از نظر تکلیف خاتمه می یابد » (ق. ا. ش، ماده ۳ فقره ۱)

قائلین قول دوم یک گام پیش تر نهاده اند و مالکیت وارثان را پذیرفته اند، اما در توجیه اینکه چرا ایشان ممنوع از تصرف هستند، قراردادن ترکه به عنوان وثیقه ای برای دین طلبکاران را پیش کشیده اند و وضع حقوقی ترکه را به عین مرهون تشبیه کرده اند. ناگفته پیداست این امر تشبیهی ناقص است چراکه حق رهن از حقوق عینی است حال آنکه طلبکار بر هیچ مالی از ترکه حق عینی ندارد. در ثانی از احکام رهن آن است که اگر بهای مال مرهون کفاف پرداختن دین را ندهد، مرتهن حق دارد برای باقیمانده حق خود به سایر اموال بدهکار رجوع کند، در حالی که دین مورث بر ذمه وارثان قرار نمی گیرد تا رجوع به دارایی آنان به دلیل کمبود وثیقه یا فسخ رهن از سوی طلبکار ممکن باشد و... بنابراین واقعیت این است که هیچیک از این دو نظریه نمی تواند وضع حقوقی ترکه و ماهیت حقی را که وارثان و طلبکاران بر آن دارند روشن سازد.

^۱ - «لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ»

^۲ - «إِنْ أَمْرٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَدٌّ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ»

لذا به نظر یکی از برجسته ترین حقوق دانان ایران راه حل منطقی و کلید حل معما شناخت و تعریف شخصیت حقوقی برای ترکه است، و می توان گفت که ترکه ناخالص در دوران انتقالی و تصفیه دارای شخصیت حقوقی است. در این شخصیت حقوقی حق مالکیت وارثان و موصی له و بستانکاران در مجموعه دارایی به هم آمیخته و به شخصیت جمعی تعلق دارد و وضع ترکه در این صورت بمانند شرکتی در حال تصفیه است و از نوعی شخصیت رو به زوال برخوردار است، اقامتگاه، دارایی و مدیر خاص دارد، نمائات حاصل از آن تا قبل از انحلال شخصیت حقوقی اش به اصل آن افزوده می شود و دیون آن باید از ترکه داده شود. پس از پایان تصفیه شرکت قهری و شخصیت نیز منحل می شود و ترکه خالص به دارایی وارثان می پیوندد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۴۵).

به این ترتیب دلیل اینکه قانون گذار ترکه را دارای شخصیت حقوقی دانسته واضح می شود و آن بخاطر روشن شدن وضع ترکه متوفی پس از فوت وی تا زمان تصفیه ترکه می باشد، با این روش تمام منازعات فقهاء در اینکه ترکه تا پیش از تصفیه در حکم مال میت است، یا پس از فوت فوراً به ملکیت ورثه در می آید پایان می پذیرد، چرا که براساس نظریه شخصیت حقوقی ترکه ورثه، دائنین و موصی له در تمام ترکه با یکدیگر به منابه سهام داران یک شرکت شریک هستند، و تنها پس از تحریر و تصفیه ترکه است که آنچه باقی می ماند، سهم خالص ورثه خواهد بود و به دارایی ایشان می پیوندد.

بنابراین با توجه به درک همین مسایل بوده است که قانون گذار ذیل فقره ۳ ماده ۱۹۴ به صراحت اذعان داشته است که: « ترکه قبل از ادای دیون و تعهدات متوفی و ادای سهم الارث وارثان، دارای شخصیت حقوقی است» و این بدان معناست که قانون گذار به نظریات فقهی بدلیل عدم توانایی در ارائه ی یک پاسخ شفاف و دقیق و ناتمام گذاشتن مساله، توجهی نکرده و در مقابل نظریه حقوق دانان در خصوص شخصیت حقوقی ترکه را به عنوان راه حل مناسب و جایگزین پذیرفته و بر آن صحه گذاشته است. لذا این مورد را می توان جزء یکی از موارد عدم تبعیت مواد قانون احوال شخصیه از مبانی فقهی به شمار آورد.

ب) وضعیت بیمه عمر و حقوقی که دولت پس از مرگ شخص به او می پردازد (بررسی فقره ۳ ماده ۱۹۶).

فقره سوم از ماده ۱۹۶ قانون احوال شخصیه اذعان می دارد: « حقوقی که دولت یا شرکت‌های بیمه بعد از مردن شخص به اعتبار او به بازماندگانش می‌پردازد، جزء ترکه محسوب می‌شود، مگر اینکه در قرار داد طوری دیگر پیش بینی شده باشد ».

در این خصوص باید گفت که موضوع این فقره مصداق اموالی است که پس از فوت مورث به دارایی‌های وی می‌پیوندد. مانند: دیه یا پاداش یا وجهی که مثلاً تحت عنوان جایزه پس از فوت مورث به حساب بانکی وی واریز می‌شود و ... که در تمام این موارد، آنها جزء ترکه متوفی محسوب می‌شوند. اما در خصوص حقوقی مثل حق بیمه باید گفت: با توجه به ماده ۳۹ قانون بیمه افغانستان که مقرر می‌دارد: « در صورت فوت بیمه شونده تمام حقوق و مطالبات وی مطابق شرایط بیمه نامه به ورثه قانونی اش انتقال می‌یابد » این‌طور می‌توان برداشت کرد که در صورت عدم اشتراط خاصی در قرارداد بیمه، وجه بیمه عمر نیز جزء ماترک متوفی محاسبه شده و به دارایی او افزوده می‌شود، لذا هم ورثه و هم طلبکاران (در صورت مدیون بودن متوفی) از آن بهره مند می‌شوند.

ولی اگر متوفی در قرار داد بیمه به نفع شخص خاصی تصریح کرده باشد، وجه بیمه به ترکه نمی‌پیوندد، هرچند که ذینفع معین از بین ورثه باشد، زیرا قرارداد بیمه تصرفی است که در زمان حیات واقع شده و برطبق مفاد قرار داد و منظور بیمه‌گذار، تعهد بیمه‌گر بطور مستقیم به سود شخص یا اشخاص (ثالث) معین است. و بعد از مرگ نیز بی‌واسطه به دارایی آنان می‌پیوندد و لذا وارثان و طلبکاران و موصی له حقی بر آن ندارند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۳۰). بر همین اساس است که قانون‌گذار در قسمت پایانی بند سه ماده ۱۹۶ اضافه می‌کند: « مگر اینکه در قرارداد طور دیگری پیش بینی شده باشد ».

لذا با توجه به همین بند پایانی فقره ۳ ماده ۱۹۶ باید گفت: حقوق و اموالی که پس از فوت شخص به وی تعلق می‌گیرد، به طور پیش فرض جزء اموال و ترکه‌ی وی بحساب آمده و لذا تابع احکام ارث خواهد بود و بر همین اساس مبنای فقهی نیز دارد، ولی نکته آنجاست که اگر در قرارداد مثلاً بیمه که در زمان حیات شخص منعقد شده است، در این خصوص طور دیگری پیش بینی شده باشد، در این صورت بنا بر تصریح قانون‌گذار براساس مفاد مصرّحه در قرارداد عمل خواهد شد. در اینجاست که می‌بینیم

قانون گذار شرایط پیش بینی شده در قرارداد را بر مبانی و احکام فقهی در باب میراث در این خصوص ترجیح داده و از مبانی فقهی تبعیت نکرده است.

ج) تعیین جنسیت و تعداد حمل قبل از تولد (بررسی فقره ۶ ماده ۱۹۷)

مطابق فقره ششم از ماده ۱۹۷ «هرگاه حمل، حاجب ارث ورثه نباشد، با نظر داشت جنسیت و تعداد آن سهم حمل از ترکه جدا می‌گردد، در صورت عدم امکان تعیین جنس و تعداد آن، سهم حمل به اندازه سهم الارث دو اولاد ذکور از ترکه جدا می‌شود.»

نکته قابل توجه در این فقره آن است که مطابق نظر فقهاء در چنین مواردی من باب احتیاط نصیب دو اولاد ذکور برای حمل کنار گذاشته می‌شود (حکیم، ۱۴۰۰، ۲/۴۱۱؛ خوئی، ۱۴۱۰، ۲/۳۷۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ۱۲/۶۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۹/۳۰۳) اما می‌بینیم که در این فقره قانون‌گذار اگر چه به این نظریه فقهی گردن نهاده و آن را معیار کنار گذاشتن سهم حمل دانسته است ولی در صورتی که امکان تعیین جنسیت و تعداد حمل قبل از تولد مشخص نباشد و این امر بدان معنا است که بر خلاف نظریات معروف و معمول فقهی در خصوص کنار گذاشتن سهم دو ولد ذکور برای حمل، قانون‌گذار در راستای همگام شدن با معیارها و دستاوردهای نوین علمی (البته در صورتی که مفید قطعیت باشند) بر امکان تعیین جنسیت و تعداد حمل از راه آزمایشات علمی و قبل از تولد حمل صحه گذاشته و آنها را بر نظریات و راه کارهای قدیمی فقهی که ناشی از عدم امکان دسترسی به این اطلاعات بوده و براساس رعایت اصل احتیاط وضع شده بودند، ترجیح داده است که این مساله خود یک امر حادث در احکام فقهی بوده و جزو موارد عدم تبعیت قانون‌گذار از مبانی فقهی می‌باشد. زیرا همانطور که اشاره شد فقهاء معیارهای خاص خود از قبیل کنار گذاشتن سهم الارث دو ولد ذکور را در چنین مواردی داشتند و حال آنکه می‌بینیم قانون‌گذار از این راه کار فقهی تخطی کرده و اذعان داشته است تا در صورتی که تعیین تعداد و جنسیت حمل قبل از تولد ممکن باشد، با در نظر داشت تعداد و جنسیت حمل همان اندازه سهم الارث برای حمل کنار گذاشته شود و ضرورتی ندارد تا ما علاوه بر مشخص بودن تعداد و جنسیت حمل باز هم سهم الارث دو ولد ذکور را مطابق آنچه در متون فقهی گفته شده است کنار بگذاریم.

د) تعیین جنسیت خنثی با آزمایشات علمی (بررسی فقره ۱۱ ماده ۱۹۷)

قانون احوال شخصیه در فقره یازدهم ماده ۱۹۷ به مبحث خنثی و سهم الارث وی پرداخته و احکام آن را بیان می‌دارد. متن ماده بدین شرح است: «هرگاه جنسیت خنثی براساس آزمایشات طبی به طور قطعی معلوم شود، حق میراث او مطابق احکام این قانون تثبیت می‌گردد، در غیر آن حالت مذکر یا مؤنث بودن او به اساس قراین فقهی ثابت می‌شود».

تعیین جنسیت خنثی (با توجه به قراین فقهی)

در فقه خنثی به دو قسم دسته بندی می‌شود که عبارتند از خنثی واضح و خنثی مشکل. چنانچه از روی قرائن و حالات مشهود در شخص بتوان به جنسیت وی پی برد آن را خنثی واضح می‌نامند. برخی از قرائنی که برای تعیین جنسیت خنثی واضح بکار می‌روند به شرح زیر هستند.

۱- تعیین جنسیت براساس مجرای خروج بول

۲- تعیین جنسیت براساس مجرای متقدم در خروج بول

۳- تعیین جنسیت براساس مجرای متاخر در قطع بول (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ۶۹۸؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴، ۲۲۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ۳۳۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۳۷۸/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۴۲/۱۳).

برای تعیین جنسیت خنثی مشکل نیز راه هایی در فقه ارائه شده است که بعضی از آنها به قرار زیر است.

۱- تعیین جنسیت بر اساس قرعه (شیخ طوسی، ۱۴۱۱، ۱۰۶/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۴۳/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸۲/۳۹)

۲- تعیین جنسیت براساس شمارش دنده های دو طرف سینه خنثی (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۶۲/۹؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵/۵۹۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۷، ۲۸۱/۳).

تعیین جنسیت خنثی (بر اساس قراین و آزمایشات علمی)

در این مورد باید گفت: الحاق خنثی به جنس مذکر یا مؤنث با توجه به متن فقره ۱۱ ماده ۱۹۷ اگر به وسیله آزمایشات و آلات مستحدثه به طور یقینی و علمی قابل تعیین باشد، بدون شک معتبر خواهد بود چرا که کاشف از واقع هستند، و ما در بحث تعیین جنسیت حمل نیز دیدیم که در صورت امکان تعیین جنسیت حمل به همان اندازه سهم الارث برای وی کنار گذاشته می‌شد.

این در حالی است که در گذشته چنین امکانی وجود نداشته است و یکی از مشکلات فقها در باب میراث بحث تعیین جنسیت خنثی و یا الحاق وی به یکی از دو جنس مذکر و مؤنث بوده است که در

این باره نظریات و راه حل های گوناگون و متفاوتی ارائه شده بودند که در بحث تعیین جنسیت براساس قراین فقهی به آنها اشاره شد. البته بسیاری از این راه ها مانند شمردن دنده های بدن فرد خنثی و یا توسل به قرعه برای تعیین جنسیت نمی توانستند بطور قطع ما را به واقع امر برسانند و فقط رفع حیرت می کردند. اما هرگاه با توجه به آزمایشات دقیق علمی امکان تعیین جنسیت خنثی و الحاق وی به جنسیت ذکور و یا اناث موجود باشد، قطعاً این گزینه بر سایر گزینه های فقهی که فقط در مقام رفع حیرت و رفع تکلیف بودند ترجیح دارد .

برهمن اساس است که می بینیم در اینجا نیز قانون گذار در آراء و نظریات فقهای متقدم که سالیان سال مبنای عمل مکلفین در گذر زمان بوده است، تجدید نظر کرده و با توجه به دستاوردهای نوین علمی در عرصه علوم طبی و آزمایشگاهی برای این یافته ها ارزش و اعتبار قائل شده و نتایج آنها را در صورتی که مفید قطعیت باشند بر روش های سنتی و قدیمی فقهی ترجیح داده است؛ که این امر خود یک تحول و نو آوری در عرصه ی قانون گذاری می باشد که هیچ مبنایی در آیات و روایات که از مبانی استخراج احکام شرعی می باشند؛ ندارد. و لذا در اینجا نیز می توان گفت: این فقره هم از جمله موارد مستحده ای است که قانون گذار در آن از مبانی فقهی تبعیت نکرده و لذا در مطابقت با مبانی فقهی متقدم نیست.

(و) وجود توارث میان ولد ناشی از لقاح مصنوعی و صاحبان نطفه(بررسی فقره ۶ ماده ۲۱۴)

براساس فقره شش ماده ۲۱۴ « میان ولد حاصل از تلقیح مصنوعی و صاحبان نطفه، توارث جاری است » در این خصوص دو نکته قابل طرح است. اول آنکه قانون گذار بطور پیش فرض وجود توارث را بین صاحبان نطفه و طفل جاری دانسته است، بدون اینکه به نوعیت لقاح مصنوعی اشاره کند و این در حالی است که لقاح مصنوعی به چند روش امکان تحقق دارد که در خصوص هر کدام نظریات متفاوتی وجود دارد و دیگر اینکه قانون گذار اشاره ای به این مساله نیز نکرده که لقاح اسپرم مرد با تخمک زن باید قبل از مرگ مرد باشد و یا اگر پس از مرگ وی هم باشد، توارث جاری است!؟

پیشینه فقهی

بررسی مساله لقاح مصنوعی و امکان سنجی توارث بین طفل و صاحبان نطفه و رسیدن به جواب آن چیزی نیست که ما با بررسی منابع فقهی و نظریات فقهای متقدم به آن برسیم چرا که مسبقاً به سابقه

نبوده و از مسایل مستحدثه می باشد. هر چند فقهای متاخر در استفتاءات و یا رسایل عملیه خود متعرض این مساله شده و سعی در دادن جوابی معقول و مشروع برای آن کرده اند. امروزه با پیشرفت علوم پزشکی برخی از زوج ها که نمی توانند یا نمی خواهند از راه طبیعی دارای فرزند شوند، یا حتی برخی از زنان بی شوهر که می خواهند بچه دار شوند، اقدام به تلقیح مصنوعی می کنند. همانطوری که در ابتدا اشاره شد سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا میان ولد حاصل از تلقیح مصنوعی با صاحبان نطفه خویشاوندی و رابطه توارث جاری است یا خیر؟

مشروعیت تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی از نظر علمی به چند حالت امکان وقوع دارد ولی آنچه در باب این نوع لقاح و آثار و احکام آن ذهن را به خود مشغول می کند، مشروعیت و یا عدم مشروعیت آن و نیز جریان نسب بین صاحبان نطفه و طفل متولد شده است تا دانسته شود که آیا نسب و متعاقب آن میراث و سایر احکام متعاقب نسب میان طفل و صاحبان نطفه برقرار می شود یا خیر؟ در این خصوص بین حقوق دانان و نیز فقهای نظرات گوناگونی مبنی بر مشروعیت یا عدم مشروعیت وجود دارد که در ادامه به برخی از این نظریات اشاره می شود.

مهدی شهیدی در باره لقاح مصنوعی و مشروعیت آن بطور کلی می آورد: بنظر می رسد در این صورت نیز بین طفل و صاحبان نطفه نسب قانونی برقرار باشد، چراکه اگرچه عمل مزبور شرعاً و قانوناً مجاز نیست. زیرا از یک طرف همانطور که در ابتدای بحث ذکر شد، در قانون و شرع برای نسب معنای خاصی تعیین نگردیده است و در انتساب فرزند به پدر و مادرش از رویه عرف متابعت شده است. در عرف نیز فرزند به کسی ملحق می شود که از نطفه او تکون یافته است و از طرفی دیگر فرزند مذکور را نمی توان از مصادیق ولد الزنا محسوب داشت. زیرا طبق تعریف فقه و قانون برای تحقق زنا یا چیزی که در حکم زناست، نوعی رابطه جنسی لازم است، که این رابطه البته در تلقیح مصنوعی منتفی است (شهیدی، ۱۳۷۹، ۷۱ و ۷۲). ناصر کاتوزیان معتقد است: در تلقیح مصنوعی رابطه زوجیت بین زن و مردی که پدر و مادر او محسوب می شوند، وجود دارد و طفل نیز از ترکیب نطفه های این دو ایجاد شده است. پس باید وسیله امتزاج را از یاد برد و با تحقق این شرایط، نسب طفل را مشروع دانست. در مورد انتساب طفل به مادر نیز جای تردید نمی ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۲۹). حسن امامی نیز معتقد است: «طفل متولد

از لقاح مصنوعی از منی شوهر، قانونی است و نزدیکی تأثیری در نسبت قانونی ندارد.» (امامی، ۱۳۹۱، ۱۸۴ و ۱۸۵).

لقاح مصنوعی در بین فقها نیز موافقان و مخالفانی دارد ولی آنچه از آراء فقهای متاخر دانسته می شود آن است که اگر صاحبان نطفه زن و شوهر باشند مخالفتی دیده نمی شود (خمینی، ۱۴۱۶، ۵۷۶/۲؛ شیرازی، ۱۴۲۷، ۶۰۹/۲؛ صانعی، ۱۳۷۷، ۶۳). ولی در مواردی که بین صاحبان نطفه رابطه زناشویی وجود نداشته باشد، بین فقها اختلاف نظر وجود داشته و هرکدام آراء متفاوتی دارند ولی با آن هم اکثراً حداقل وجود رابطه نسبی بین مادر و طفل را پذیرفته اند (صدر، ۱۴۰۰، ۱۹۷/۲؛ خامنه ای، ۱۳۷۵، ۱۲۰).

نظر قانون احوال شخصیه

در پایان باید گفت که قانون احوال شخصیه نیز همانطوری که مشهود است در این مسأله حکم را بطور کلی ذکر کرده و متعرض جزئیات نشده است که این خود یک خلاء و سوال را در خصوص وجود رابطه نسبی و متعاقب آن جریان توارث بین آنها در حالاتی که بین صاحبان نطفه رابطه زناشویی وجود نداشته باشد، همچنان مبهم باقی می گذارد. اما می توان با توجه به قرائن و مبانی که قانون گذار در تدوین این قانون از آنها استفاده کرده است این نکته را استنباط کرد که منظور قانون گذار از ولد حاصل از لقاح مصنوعی فرزندی باشد که ناشی از امتزاج اسپرم و تخمک زن و مردی است که رابطه‌ی زوجیت بین آنها برقرار است، چراکه در غیر آن اطلاق عنوان ولد بر چنین طفلی صادق نخواهد بود. بهر صورت از آنجایی که مسأله‌ی فرزندان متولد از لقاح مصنوعی در فقه مسبوق به سابقه نمی باشد و از مسایل مستحدثه است، این طور برداشت می شود که با توجه به عمومیت فقره ذکر شده هم ولد حاصل از امتزاج اسپرم و تخمک زن و شوهر و هم ولد ناشی از امتزاج اسپرم و نطفه زن و مرد اجنبی به نظر قانون گذار از صاحبان نطفه دارای حق توارث دانسته شده اند که در این مورد نظر قانون احوال شخصیه با نظر فقهای متاخر در تعارض قرار دارد و لذا می توان گفت این نکته نیز یکی از موارد عدم مطابقت و تبعیت قانون احوال شخصیه از مبانی فقهی و آراء فقهاء می باشد.

نتیجه گیری

آنچه پس از بحث و بررسی مواد قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان در خصوص تطابق مواد این قانون در باب میراث با مبانی فقهی اش بدان دست پیدا کردیم؛ این برداشت است که تدوین کنندگان این متن قانونی همانطوری که در گزارش روند تدوین آن اذعان کرده اند؛ نهایت تلاش خود را کرده اند تا با بررسی کهن ترین، اصیل ترین و مشهورترین آراء و نظرات فقهی در خصوص موضوعات احوال شخصیه، مواد قانونی را طوری تنظیم کنند که بیشترین سازگاری را با منابع غنی فقهی اهل تشیع به عنوان پشتوانه و مبنای خود داشته باشد تا پس از تصویب و لازم الاجرا شدن در میان جامعه اهل تشیع با واکنش اهالی این مذهب مواجه نشده و وجه اجرایی خود را از دست ندهد. بر همین اساس نویسنده این سطور مواد قانونی چندانی که مطابقت با مبانی فقهی خود نداشته باشد را پیدا نکرده و موارد اندکی نیز که در این خصوص می باشد، صرفاً مواردی چون وارد شدن یک تاسیس حقوقی جدید مانند: شخصیت حقوقی و یا مواردی نظیر حق بیمه و یا سایر حقوقی که پس از فوت شخص به ترکه او می پیوندد که سابقه فقهی ندارد و یا مواردی از قبیل تعیین جنسیت خنثی با آزمایشات علمی، تعیین جنسیت و تعداد حمل و لقاح مصنوعی که از جمله موارد مستحدثه و یا مواردی هستند که در گذشته دستیابی به جواب آنها ناممکن و یا بسیار مشکل بوده است ولی امروزه به مدد پیشرفت علم و تکنولوژی دستیابی به جواب آنها بصورت قطعی و یقینی قابل حصول شده است.

قانون گذار این راه حل های جدید و متقن را بر راه حل های سنتی که در فقه توسط فقها و بر پایه بعضی احادیث و روایات و یا اجماع مشخص گردیده بود، اولویت و ترجیح داده است که این امر خود یک تغییر لازم و ضروری است و هرچند در چنین مواردی ظاهراً از مبانی فقهی تخطی صورت پذیرفته است ولی عقلاً وقتی بوسیله آزمایشات علمی و بطور قطعی تعیین مواردی چون جنسیت افراد و یا تعداد حمل پیش از تولد قابل تشخیص باشد، نباید دیگر دست به دامن راه هایی مانند قرعه زدن یا کنار گذاشتن سهم دو اولاد ذکور برای حمل شد؛ که در گذشته کاربرد داشته و فقط از ما رفع حیرت می کردند.

در نهایت باید گفت: که قانون احوال شخصیه اهل تشیع اگرچه در اکثر مواد خود مطابقت با مبانی اصیل فقهی دارد ولی باز هم همانطور که دیدیم و مورد اشاره قرار گرفت؛ هستند مواردی که از این

قاعده کلی پیروی نکرده و دارای عدم مطابقت و یا عدم سابقه ی فقهی می باشند؛ که البته دلایل و ایجابات خاص خود را داشتند.

منابع

قرآن کریم.

امامی، حسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.

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

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). الوصایا و المواریث. قم: مجمع الفکر الإسلامی .

بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ ق). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی .

بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ق). بلغة الفقیه. تهران: مکتبة الصادق علیه السلام .

باریکلو، علی رضا (۱۳۸۸). اشخاص و حمایتهای حقوقی آنان. تهران: انتشارات مجد .

ترنبری، پاتریک (۱۳۷۹). حقوق بین الملل و حقوق اقلیت ها. ترجمه: آزیتا شمشادی و علی اکبر آقایی.

چاپ اول. تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ دوم. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). دائرة المعارف عمومی حقوق. تهران: گنج دانش.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

دولت آبادی، بصیر احمد (۱۳۸۲). شناسنامه افغانستان. تهران: انتشارات شریعتی.

حسینی عاملی، محمدجواد (چاپ سنگی). مفتاح الكرامة فی شرح القواعد. بیروت: دار إحياء التراث

العربی .

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۰ ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت

علیهم السلام لإحياء التراث.

حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۷ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: موسسه نشر اسلامی.

حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی (۱۴۱۷ ق). غنبة النزوع إلى علمی الأصول. قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).

خامنه ای، سید علی (۱۳۷۵). پزشکی در آینه اجتهاد. قم: انتشارات انصاریان.

خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مهر.

سیزوری، عبدالاعلی (۱۴۱۷ ق). مذهب الاحکام فی بیان حلال والحرام، قم: مؤسسه المنار.

سلار دیلمی، حمزة بن عبد العزیز (۱۴۰۴ ق). مراسم العلویة و الاحکام النبویه. قم: منشورات الحرمین.

شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه

المعارف الإسلامیة.

شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۴ ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: موسسه نشر اسلامی.

شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: موسسه نشر اسلامی.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). ارث. تهران: انتشارات سمت.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.

صانعی، یوسف (۱۳۷۷). استفتائات پزشکی. قم: انتشارات میثم تمار.

صدوق، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه (۱۴۱۵ ق). المقنع. قم: موسسه امام هادی (ع).

صدر، محمد باقر (۱۴۰۰ ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.

صفایی، سیدحسین و قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۰). اشخاص و محجورین. تهران: انتشارات سمت.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۱ ق). الخلاف فی الاحکام. قم: موسسه نشر اسلامی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق). الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق). تهذیب الأحکام فی شرح المقنعه، تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲ ق). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. قم: موسسه نشر اسلامی.

طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۰۰ ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف.

علی آبادی، علی رضا (۱۳۸۶). افغانستان. تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۲۰ ق). کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام. قم: مؤسسه

النشر الإسلامی.

فقیه، یوسف (۱۹۸۹ م). الاحوال الشخصیه فی فقه اهل البيت (ع). بیروت: دارالاضواء.

- فاضل نراقی، أحمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعه. مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث .
- فخرالمحققین، محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر (۱۳۸۷ ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: موسسه اسماعیلیان.
- فاضل آبی، حسن بن آبی طالب (۱۴۰۸ ق). کشف الرموز فی شرح المختصرالنافع. قم: موسسه نشر اسلامی .
- قانون اساسی افغانستان (مصوب ۱۳۸۲).
- قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان (مصوب ۱۳۸۸).
- کلینی، محمد بن یعقوب بن إسحاق (۱۳۶۷ ش). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة .
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق خانواه. تهران: انتشارات میزان .
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره حقوق مدنی (درسهایی از شفعه ، وصیت و ارث). تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). ارث. تهران: شرکت سهامی انتشار .
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). حقوق مدنی (عقود معین). تهران: شرکت سهامی انتشار .
- گروه نویسندگان [زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی] (۱۳۷۵). دایرة المعارف اسلامی. تهران : نشر حیان .
- لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۱۶ ق). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات مهر .
- معلوف، لويس (۱۹۹۶ م). المنجد فی اللغة. بیروت: دارالمشرق .
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام .
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ق). استفتانات جدید. چاپ دوم. قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام.
- محقق ثانی، علی بن حسین بن عبد العالی کرکی (۱۴۰۸ ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث .
- موسوی الخمينی، روح الله (۱۴۱۶ ق). تحریر الوسیلة. قم: موسسه نشر اسلامی .
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ ق). المقنعة. قم: موسسه نشر اسلامی .
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۵ ق). مختصر النافع فی فقه الامامیه، بیروت: دارالأضواء.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ ق). الاعلام. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید .

میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶). مجمع عمومی سازمان ملل متحد.
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.