

اجرای «قاعده الزام» در دعاوی بین‌المللی به مثابه قاعده حل تعارض

مصطفی دانش‌پژوه^۱

تاریخ دریافت: ۹۲/۰۵/۱۶

استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

تاریخ تأیید: ۹۲/۱۰/۲۲

چکیده

تفاوت ادبیات فقهی - حقوقی، در پاره‌ای از موارد ایجاب می‌کند که برای ارائه فقه و حقوق اسلامی در مجامعی غیر از حوزه‌های سنتی اسلامی، محتوای غنی فقه اسلامی با حفظ اصالت‌های آن در قالب ادبیات معاصر و رایج مطرح گردند، تا برای مخاطب بهتر قابل درک و فهم باشند.

بدین منظور، نویسنده در این مقاله تلاش کرده است تا پس از تبیین مختصر «تعارض قوانین» در حقوق بین‌الملل خصوصی معاصر و رائج به یکی از مسائل مهم آن یعنی «امکان یا لزوم اجرای قانون خارجی» از منظر فقه اسلامی بپردازد تا نشان دهد که فقه اسلامی نسبت به این گونه از مسائل ساکت نیست و برای این منظور «قاعده الزام» را به مثابه یک «قاعده حل تعارض» حداقل در حوزه حقوق خصوصی و به ویژه احوال شخصیه مورد بحث قرار می‌دهد و تبیین می‌کند که قلمرو این قاعده به پایگاه اصلی آن، یعنی روابط و دعاوی حقوقی بین‌المذاهبی اختصاص نداشته و به طور اجمال روابط و دعاوی حقوقی بین‌الادیانی و بین‌المللی را نیز شامل می‌شود.

واژگان کلیدی: تعارض قوانین، قواعد حل تعارض، اتباع، بیگانگان، قاعده الزام

مقدمه

هر چند مضمون کلی «قاعده الزام» در متون روایی و حتی برخی آیات قرآن کریم ریشه دارد، اما طرح مباحث آن زیر عنوان «قاعده الزام» سابقه زیادی ندارد. از همین رو برخلاف قواعد فقهی دیگری همچون «قاعده اتلاف»، «قاعده ید» و مانند آن که از دیرباز مطرح بوده و بسیاری از زوایای آن‌ها مورد بحث و بررسی قرار گرفته است مباحث ناگفته فراوانی ذیل آن وجود دارد - یا می‌تواند وجود داشته باشد - که باید مورد توجه و بحث و بررسی قرار گیرد، که از جمله آن‌ها، استفاده از این قاعده در روابط بین‌الادیانی و بین‌المللی است.

در آثار موجود، معمولاً - جز برخی اشارات جسسته و گریخته - به تبیین قاعده در مورد پایگاه اصلی آن یعنی روابط بین‌المذاهبی و به طور مشخص روابط مسلمانان شیعی - غیرشیعی

1. Email: mdanesh@rihu.ac.ir & mehsani@rihu.ac.ir

بسنده شده است، اما این مقاله عهده‌دار تبیین امکان استفاده از این قاعده در روابط بین‌المللی است. بدین سبب نویسنده نخست زمینه و پیش‌فرض‌های بحث را توضیح می‌دهد، آنگاه به تبیین قاعده الزام (مفهوم، ماهیت، قلمرو موضوعی، قلمرو قانونی و قلمرو انسانی قاعده) می‌پردازد و امکان استفاده از این قاعده را در فراتر از روابط مسلمانان شیعی - غیرشیعی، یعنی روابط شیعی - غیرمسلمان، مسلمان - غیرمسلمان، غیرمسلمان - غیرمسلمان مورد بررسی قرار می‌دهد و در پایان نتیجه می‌گیرد که در مجموع می‌توان قاعده الزام را به مثابه «قاعده حل تعارض» در فقه و حقوق اسلامی تلقی کرد و دست کم در پاره‌ای از دعاوی بین‌المللی از آن بهره برد.

۱- زمینه و پیش‌فرض‌های بحث

۱-۱- زمینه: مفهوم تعارض قوانین، قواعد حل تعارض، قواعد مادی و عوامل پیدایش تعارض قوانین

هر گاه درباره یک رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی، (دانش پژوه، ۱۳۸۱: ۱۱-۱۴ و ۱۳۸۹: ۳۸-۴۱ و ۱۳۹۱: ۸۲-۸۸)؛ یعنی یک رابطه حقوقی که به دلیل وجود یک یا چند عنصر خارجی در آن به دو یا چند کشور مربوط شود، دعوی در دادگاه اقامه گردد، نخستین پرسشی که مطرح می‌شود این است که قانون چه کشوری بر این رابطه حقوقی حاکم است؟ و قاضی باید بر اساس قانون کدامیک از دولت‌های مرتبط با قضیه رسیدگی کند؟ مثلاً اگر یک ایرانی و یک پاکستانی در کشور ثالثی، مثلاً هند، اقدام به عقد نکاح کنند، این نکاح و آثار آن تابع قانون کدام دولت خواهد بود؟ ایران، پاکستان یا هند؟ (دانش پژوه، ۱۳۹۱: ۸۷ و ۱۳۸۹: ۴۰-۴۱). این سرگردانی و پرسش منطقی را که در هنگام رسیدگی برای قاضی مطرح می‌شود که قانون کدام کشور را باید مبنای رسیدگی قرار دهد، اصطلاحاً «تعارض قوانین» می‌نامند، هر چند اصطلاحات دیگری نیز پیشنهاد شده است (دراز، ۲۰۰۴م: ۴۳)، اما قاضی پیش از پرداختن به این پرسش و دریافت پاسخ آن، باید نخست درباره صلاحیت یا عدم صلاحیت خود، اظهار نظر کند (صلاحیت قضایی)، زیرا با فرض عدم صلاحیت دیگر نوبت پرداختن به قانون صالح نمی‌رسد، اما اگر خود را صالح بداند، باید به پرسش بنیادین درباره قانون صالح پاسخ دهد (صلاحیت قانونگذاری).

بدیهی است قاضی در یافتن پاسخ این پرسش و تعیین قانون حاکم بر موضوع دعوا، بر اساس قواعدی عمل می‌کند که او را به قانون صالح رهنمون می‌شوند. این دسته از قواعد حقوقی را که صرفاً به راهنمایی قاضی و تعیین قانون صالح حاکم بر دعوا بسنده و تعارض ذهنی قاضی را حل می‌کند «قواعد حل تعارض» نامیده‌اند (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۶-۱۷)؛ چنانکه می‌توان

آن‌ها را «قواعد راهنما» نیز نامید و حقوقدانان عرب، آن را «قواعد الاسناد» نام نهاده‌اند (حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲۳) و (ممدوح، ۲۰۰۵م: ۵۱). پس از تعیین قانون صالح، قاضی بر اساس قانون کشوری که صلاحیت‌دار تشخیص داده شده - خواه داخلی یا خارجی - رسیدگی ماهوی را آغاز می‌کند. این دسته از قوانین را که مبنای رسیدگی ماهوی قرار می‌گیرند قواعد مادی یا اساسی نام نهاده‌اند (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۶-۱۷): (حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲۳).

به عنوان مثال ماده ۶ قانون مدنی که مقرر می‌داند: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق، اهلیت اشخاص و ارث، در مورد کلیه اتباع ایران، ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، مجرا خواهد بود»؛ و یا ماده ۷ همین قانون که می‌گوید: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه، در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود»، نمونه‌های روشنی از قواعد حل تعارض‌اند، زیرا بدون آنکه درباره موضوع متنازع‌فیه حکمی صادر کنند، صرفاً به تعیین قانون صالح حاکم بر احوال شخصیه ایرانیان یا خارجیان بسنده کرده‌اند. اما مثلاً ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی که می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد ...»؛ و یا ماده ۱۰۵۹ که مقرر می‌دارد: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جایز نیست»؛ مصادیق روشنی از قوانین مادی یا اساسی می‌باشند. با توضیحات فوق روشن می‌شود که اگر چه هم قواعد حل تعارض و هم قواعد مادی، توسط قانونگذار داخلی وضع می‌شوند، اما قواعد حل تعارض از آنجا که سبب ارتباط چند سیستم حقوقی می‌شوند، صبغه بین‌الملل نیز پیدا کرده و در واقع بخش بین‌الملل قوانین داخلی یک کشور را تشکیل می‌دهند.

از آنچه گذشت می‌توان عوامل پیدایش تعارض قوانین را، فارغ از مناقشه در برخی از آن‌ها، عبارت دانست از:

- ۱- وجود روابط بین‌المللی در عرصه حقوق خصوصی، به معنای به رسمیت شناخته شدن این روابط، به عنوان زمینه و سنگ بنای نخست تعارض قوانین؛ چرا که بدون این عامل، نوبت به عوامل بعدی و پیدایش تعارض قوانین نمی‌رسد.
- ۲- طرح دعوایی حقوقی در دادگاه ملی و داخلی درباره روابط مذکور؛ تا امکان پیدایش منطقی پرسش از قانون صالح برای قاضی فراهم شود.
- ۳- صلاحیت الزامی یا تخییری دادگاه برای رسیدگی؛ زیرا در صورت فقدان صلاحیت قضایی، جایی برای رسیدگی و در نتیجه پرسش از قانون صالح باقی نمی‌ماند.

۴- امکان اجرای قانون خارجی با چشم‌پوشی از اجرای همیشگی قوانین داخلی، به عنوان عامل اصلی پیدایش تعارض قوانین؛ زیرا اگر در همه دعاوی بین‌المللی، نظیر دعاوی داخلی، همیشه قانون داخلی صالح باشد، دیگر پرسش از قانون صالح منطقیاً مطرح نخواهد شد. در این میان برخی عامل پنجمی را با عنوان اختلاف قوانین داخلی کشورها نیز مطرح کرده‌اند (الماسی، ۱۳۶۸: ۷)؛ که البته درباره آن اختلاف دیدگاه وجود دارد و به نظر نمی‌رسد عاملی اصلی برای پیدایش تعارض قوانین باشد، بلکه صرفاً موجب تشدید تعارض خواهد بود.

۱-۲- پیش‌فرض‌های بحث

جمعیت حاضر در دارالاسلام (دولت اسلامی)، مثل جمعیت هر دولت دیگری به دو گروه اتباع و بیگانگان تقسیم می‌شوند: مسلمانان و اهل ذمه اتباع دولت اسلامی و کافران غیرذمی بیگانه به شمار می‌آیند (دانش پژوه، ۱۳۸۱: ۸۰-۹۵ و ۲۱۱-۲۱۳).

مسلمانان به لحاظ مذهبی به گروه‌های فراوانی تقسیم شده‌اند که اصلی‌ترین و مهم‌ترین آن‌ها پنج مذهب؛ امامیه (شیعه جعفری اثنی عشری)، حنفی، حنبلی، مالکی و شافعی می‌باشد. غیرمسلمانان نیز (اعم از اتباع یا بیگانگان هم به لحاظ دینی و هم مذهبی تقسیماتی دارند؛ تقسیم آنان به کافران کتابی (مسیحی، یهودی و زرتشتی) و غیرکتابی مهم‌ترین تقسیم دینی آنان است، همچنان که گروه‌بندی آنان به کاتولیک، پروتستان و ارتدکس مهم‌ترین تقسیم مذهبی مسیحیان به شمار می‌آید. در جای خود ثابت شده است که از یک سو در فقه و حقوق اسلامی نظام حقوقی بین‌المللی، بین‌الادیانی و بین‌المذهبی اجمالاً به رسمیت شناخته می‌شود و از سوی دیگر صلاحیت دستگاه قضایی دولت اسلامی به معنای وسیع آن در رسیدگی به دعاوی صرفاً ملی و درون دینی بین اتباع مسلمان محدود و منحصر نمی‌شود، بلکه قاضی دولت اسلامی فی‌الجمله صلاحیت (حق یا وظیفه) رسیدگی به دعاوی بین‌الادیانی و نیز دعاوی بین‌المللی (اعم از درون دینی و بین‌الادیانی) را دارد. بدین ترتیب وجود عناصر سه‌گانه نخست تعارض قوانین در فقه اسلامی ثابت می‌شود.

اینک و با توجه به بیگانه یا غیرمسلمان بودن حداقل یکی از اصحاب دعوا در این گونه دعاوی، پرسش اساسی این است که آیا در فقه اسلامی - همچون حقوق موضوعه - قواعد حل تعارضی وجود دارد که گاهی از اوقات و در برخی از دعاوی قانون غیراسلامی را صلاحیت‌دار بداند و برای قاضی اجمالاً این امکان را فراهم سازد که بر اساس قانون خارجی (غیراسلامی) رسیدگی کند تا در نتیجه عنصر چهارم یعنی اصلی‌ترین عنصر تعارض قوانین در فقه اسلامی پیش‌بینی شده باشد؟

در این نوشتار، مقصود از قانون خارجی، قوانین غیراسلامی است که خود مصادیق مختلفی دارد یا می‌تواند داشته باشد که برحسب مورد یا به طور کلی ممکن است برخی از آن‌ها صلاحیت‌دار و برخی غیرصلاحیت‌دار شناخته شوند؛ و مقصود از قوانین داخلی، قوانین شریعت اسلامی است که آن هم در دعاوی بین‌المذهبی مسلمانان مصادیق مختلفی دارد که پرسش از تعیین قانون صالح در این موارد را منطقی می‌سازد. اما از آنجا که پرسش مذکور بیشتر از منظر فقه امامیه و با فرض دعوا نزد قاضی شیعی مورد بحث قرار می‌گیرد، بر این اساس مقصود از شریعت اسلامی، فقه جعفری و پس از آن فقه سایر مذاهب اسلامی است.

هر چند اصل اولیه در کلیه روابط و دعاوی حقوقی، اصل صلاحیت قانون شریعت اسلامی و به عبارت دیگر اصل صلاحیت قانون مقر دادگاه است، اما در عین حال در منطقه وسیعی از روابط و دعاوی بین‌المللی و بین‌الادیانی و حتی بین‌المذهبی قانون دیگری صالح است که در بسیاری از موارد قانون خارجی است. تصریح به صلاحیت قانون خارجی در فقه اسلامی به یکی از این دو صورت انجام می‌شود:

الف- به وسیله قوانین مادی - بین‌المللی که در درون خود محتوای قانون خارجی را پذیرفته و بر مبنای آن حکم موضوع متنازع‌فیه را تبیین می‌کند که چون موضوع بحث ما نیست به آن نمی‌پردازیم.

ب- به وسیله قواعد عامی که قاضی مسلمان را به قانونی غیر از شریعت اسلامی ارجاع داده و آن را صلاحیت‌دار اعلام کرده و صدور حکم بر مبنای آن قانون را جایز و یا واجب اعلام می‌کند. مهم‌ترین این قواعد - که البته هم در اصل آن و هم در کم و کیف و قلمرو دلالت آن بحث و اختلاف نظر وجود دارد - «قاعده الزام» است که در ضمن چند گفتار مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲- تبیین قاعده الزام

۲-۱- جایگاه و مفهوم عمومی قاعده

قدر مشترک و مسلم قاعده الزام آنجا است که طرفین دعوا پیرو دو آیین مختلف و ملتزم به دو قانون متفاوت باشند و در این میان خواهان، طالب حق، منفعت و خواسته‌ای باشد که هر چند در آیین و قانون مربوط به او، برای وی به رسمیت شناخته نشده است، اما در آیین قانون مربوطه خوانده، این خواسته برای خواهان به رسمیت شناخته شده است.

به عنوان مثال ممکن است خواهان طالب سهمی از ارث باشد که دین و قانون مربوط به او، چنین سهمی را برای او نپذیرفته باشد، اما برعکس دین و قانون مربوط به خواننده این سهم را حق خواهان بدانند. در چنین مواردی قاضی به استناد «قاعده الزام»، خواننده را ملزم می‌سازد که به آیین و قانون خود پایبند بوده و سهم الارث خواهان را به او بپردازد و به بهانه اینکه آیین و قانون مربوط به خواهان، چنین حقی برای او قائل نیست، از پرداخت سهم الارث مذکور امتناع نرزد.

بنابراین در دعوی بین اتباع دولت اسلامی و بیگانگان، اگر قانون خارجی حقی را برای اتباع دولت اسلامی به رسمیت شناخته باشد، که قوانین دولت اسلامی، یعنی قانون مقرر دادگاه (شریعت اسلامی) آن را به رسمیت نشناخته باشد، قاضی موظف است به موجب «قاعده الزام» و با استناد به قانون خارجی، آن حق را برای اتباع دولت اسلامی به رسمیت شناخته و خواننده را به پرداخت آن حق یا انجام آن تعهد و یا ... ملزم سازد.

برای اثبات این قاعده، به عنوان استثنائی بر اصل صلاحیت شریعت اسلامی و قانون مقرر دادگاه به دلایلی از جمله، قرآن کریم، روایات، اجماع و تسالم، سیره متشرعه، سیره عقلاء و عقل استناد شده است (بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۵۴/۳-۱۵۷)، (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۱۵۹/۲-۱۶۴)؛ (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۷-۱۷۰)؛ (مصطفوی، ۱۴۱۲ق: ۵۹-۶۱)؛ (بحرانی، ۱۳۸۸: ۱۹۳/۱-۲۰۶)؛ (سیفی، ۱۴۲۸ق: ۱۵/۲-۲۰)؛ (فتاحی، ۱۳۹۰: ۸۵-۹۶).

که البته اصلی‌ترین و مهم‌ترین دلیل، روایات متعددی است که با زبان‌های مختلف این قاعده را فی‌الجمله اثبات می‌کند و از یک نگاه به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته نخست روایاتی است که در موارد و موضوعات خاصی قاعده الزام را اثبات می‌کنند؛ و دسته دوم روایاتی است که با اطلاق و عمومیت بیشتری قاعده الزام را به عنوان یک قاعده کلی تبیین می‌کنند که در مباحث آینده به آن‌ها اشاره خواهد شد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۰/۲).

۲-۲- قلمرو انسانی قاعده

اصل قاعده الزام اگر چه به روابط بین‌المذهبی بین شیعیان و سایر مسلمانان مربوط می‌شود که بر اساس آن قاضی شیعی گاه به جای فقه شیعی فقه غیرشیعی را بر قضیه حاکم می‌کند، اما به نظر می‌رسد با تحلیل ادله قاعده و تنقیح مناط آن، بتوان این قاعده را در روابط بین‌الدیانی مسلمانان (اعم از شیعه و یا غیرشیعه) با غیرمسلمانان (اعم از تبعه [ذمی] و یا بیگانگان [مستأمن و ...]) نیز حاکم دانست و در نتیجه به استناد، آن قانون خارجی را

صلاحیت‌دار اعلام نموده و بر اساس آن رسیدگی و قضاوت کرد. اما برای اثبات این موضوع می‌بایست نخست قاعده الزام را در جایگاه اصلی‌اش یعنی روابط بین‌المذاهبی بین شیعیان و سایر مسلمانان بررسی کرد و سپس به روابط و دعاوی بین‌المذاهبی سایر مسلمانان و غیرمسلمانان و نیز دعاوی بین‌الادیانی غیرمسلمانان نیز اشاره باید کرد، بدین ترتیب پس از تبیین اصل قاعده الزام (گفتار نخست)، قلمرو شمول آن نسبت به موارد ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد:

روابط و دعاوی حقوقی بین‌المذاهبی شیعیان با سایر مسلمانان؛
روابط و دعاوی حقوقی بین‌الادیانی و بین‌المللی مسلمانان با غیرمسلمانان (۱- شیعیان با غیرمسلمانان؛ ۲- سایر مسلمانان با غیرمسلمانان)؛
روابط بین‌الادیانی و بین‌المللی غیرمسلمانان با یکدیگر؛
روابط بین‌المذاهبی غیرشیعیان با یکدیگر (۱- سایر مسلمانان؛ ۲. پیروان سایر ادیان).

۳- روابط و دعاوی حقوقی بین‌المذاهبی شیعیان با سایر مسلمانان (پایگاه اصلی قاعده)

پایگاه اصلی قاعده الزام روابط حقوقی مختلطی است که یک طرف آن مسلمان شیعه و طرف دیگر مسلمان غیرشیعه باشد.

توضیح آنکه ممکن است در جامعه اسلامی روابط حقوقی مختلفی همچون ازدواج، طلاق، ارث، وصیت، بیع، ودیعه، رهن و مانند آن بین یک مسلمان شیعی و یک مسلمان غیرشیعی شکل بگیرد. در این روابط، آنجا که دیدگاه فقهی هر دو گروه همانند باشد، مشکلی بروز نخواهد کرد، اما آنجا که قانون و فتوای فقیهان دو گروه متفاوت باشد، چه باید کرد؟

آیا فقه شیعی ملاک است یا فقه غیرشیعی؟ به عنوان مثال، اگر مردی، همسر خویش را در یک مجلس سه طلاقه کند، از نگاه فقه غیرشیعی این طلاق صحیح است و همسر او می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند، اما از منظر فقه شیعی، این طلاق باطل است و زن همچنان در علقه زوجیت شوهرش بوده و حق ازدواج جدید نخواهد داشت. حال اگر مردی غیرشیعی همسر خویش را در یک مجلس سه طلاقه دهد، از نگاه آنان این طلاق صحیح است و آن زن می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند. اما اگر مردی شیعی همسر خویش را در یک مجلس سه طلاقه دهد، طلاق باطل است و زن حق ازدواج جدید ندارد. حکم طلاق‌ها و ازدواج‌های مذکور، تا وقتی که روابط درون‌مذهبی است هیچ مشکلی پدید نمی‌آورد. یعنی نسبت به مورد اول، طلاق صحیح

است و آن زن می‌تواند با مرد غیرشیعی دیگری ازدواج کند و نسبت به مورد دوم، طلاق باطل است و زن حق ازدواج با مرد شیعه دیگری را ندارد. اما آنجا که روابط بین‌مذهبی شکل بگیرد، این پرسش مطرح می‌شود که قانون کدام مذهب حاکم است؟ به عنوان مثال اگر مردی شیعی بخواهد با آن زن غیرشیعی مطلقه ازدواج کند یا مردی غیرشیعی بخواهد با آن زن مطلقه شیعه ازدواج کند قانون کدام مذهب حاکم خواهد بود؟ مذهب شیعی یا مذهب غیرشیعی؟ در اینجا هر دو قانون، قابل اعمال و اجرا نیست، زیرا بالاخره یا آن طلاق صحیح است و ازدواج نیز صحیح خواهد بود (بر اساس فقه غیرشیعی)؛ یا آن طلاق باطل است و در نتیجه ازدواج بعد از آن نیز صحیح نخواهد بود (بر مبنای فقه شیعی). پس نمی‌توان هر دو قانون را با هم اجرا کرد؛ یعنی در فرض ازدواج مرد شیعی با زن مطلقه غیرشیعی مذهب، ازدواج را نسبت به مرد باطل و نسبت به زن صحیح دانست؛ و یا برعکس ازدواج مرد غیرشیعی با زن مطلقه شیعی، ازدواج را نسبت به مرد صحیح و نسبت به زن باطل دانست؛ زیرا ازدواج یک حکم بیشتر ندارد یا صحیح است یا باطل. صحت و بطلانی که ناشی از صحت و بطلان طلاق قبلی است. به هر حال در اینجا چه باید کرد؟ و بر طبق قانون کدام مذهب باید عمل کرد؟ مذهب شیعی یا غیرشیعی؟

مشابه این مسئله در باب ارث و وصیت نیز فراوان پیش می‌آید و به همین دلیل مسائلی از این دست به طور مکرر از ائمه آل‌البیت (ع) پرسیده شده و آنان پاسخ‌های خاص و موردی یا پاسخ‌هایی عام و کلی ارائه فرموده‌اند. در این پاسخ‌ها - که بیشتر پاسخ‌های عام و کلی و یا تعلیل‌های پاسخ‌های خاص مورد نظر ما است - امام (ع) به طور کلی و مطلق، فقه شیعی یا غیرشیعی را حاکم ندانسته، بلکه به تفصیل گراییده و برحسب مورد، فقه غیرشیعی یا شیعی را حاکم دانسته است که خلاصه آن را می‌توان چنین بیان کرد: اگر در فقه غیرشیعی، حکمی، حقی، منفعتی و یا تعهدی و یا محرومیت و معافیتی وجود داشته باشد که نتیجه اجرای آن به نفع طرف شیعی باشد، اگر چه این موارد در فقه شیعی به رسمیت شناخته نشده باشد، طرف غیرشیعی به احکام مذهبی خویش ملزم می‌شود یعنی در واقع فقه غیرشیعی در این نوع از روابط بین‌مذهبی حاکم می‌شود. اما اگر اجرای آن به ضرر طرف شیعی باشد، قاعده الزام جاری نشده و فقه غیرشیعی حاکم نخواهد شد. متقابلاً اگر در فقه شیعی، حکمی، حقی، منفعتی، تعهدی و یا محرومیت و یا معافیتی وجود داشته باشد که نتیجه اجرای آن به نفع طرف شیعی و به ضرر طرف غیرشیعی باشد، فقه شیعی حاکم خواهد بود، اما اگر نتیجه معکوس باشد، فقه غیرشیعی حاکم خواهد بود.

به عنوان نمونه در مثال‌های عینی پیشین، در ازدواج مرد شیعی با زن مطلقه غیرشیعی، فقه غیرشیعی حاکم بوده و حکم به صحت طلاق و در نتیجه صحت ازدواج داده خواهد شد، اما در ازدواج مرد غیرشیعی با زن مطلقه شیعی که در یک مجلس واحد سه طلاق داده شده است فقه شیعه حاکم بوده و در نتیجه حکم به بطلان طلاق و ازدواج بعد از آن داده خواهد شد و نمی‌توان در اینجا به استناد قاعده الزام و حکومت قانون مذهب غیرشیعی، طلاق و ازدواج پس از آن را صحیح دانست.

اشاره به نمونه‌ای از این پرسش‌ها و پاسخ‌ها که در روایات آمده و مستند فقیهان برای اثبات قاعده الزام قرار گرفته است به روشن شدن مطلب کمک می‌کند، از این رو نخست به پاره‌ای از روایات خاص و سپس روایات عام اشاره خواهیم کرد. هر چند در تعلیل مذکور در برخی از روایات خاص، به قاعده عمومی الزام نیز تصریح شده است. از جمله روایات خاص و موردی، روایاتی است که طلاق فاقد شرایط مذکور در فقه غیرشیعی را صحیح و نافذ و در نتیجه ادامه زندگی زوجین پس از طلاق را حرام می‌داند (حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ۷۲/۲۲)؛ و در تعلیل این حکم به قاعده تقریر (التزام) که سنگ بنای قاعده الزام است استناد کرده و می‌فرماید «هر کس به دین قومی گرود احکام آنان بر او لازم گردد»^۱ (همان، ۷۵)؛ و بیش از آن روایاتی است که به همین دلیل ازدواج مرد شیعی با زنی غیرشیعی را که بدون رعایت شرط نگه داشتن عده، یا با سه طلاق، از همسرش جدا شده جایز و صحیح می‌داند و در ذیل برخی از آن‌ها و بر اساس قاعده تقریر، به قاعده الزام استناد شده و تصریح می‌فرماید: «آنان را به آنچه به آن معتقد و ملتزم هستند، الزام کنید»^۲ (همان، ۷۳-۷۴)؛ که همین تعلیل و تعبیر سبب پیدایش نامگذاری قاعده تحت عنوان «قاعده الزام» شده است.

نمونه دیگر روایات خاص و موردی، روایاتی است که برای شیعی، گرفتن سهمی از میراث را بر اساس فقه غیرشیعی جایز می‌دانند، اگر چه اصولاً بر مبنای فقه شیعی او از این سهم محروم است (همان، ۱۵۷/۲۶ و ۱۵۹).

از جمله روایات عام، روایتی است که امام (ع) در پاسخ پرسش از چگونگی احکام غیرشیعیان در قالب یک جمله خیلی کلی که به موضوع خاصی مربوط نمی‌شود و حتی به مسلمانان غیرشیعی اختصاص نداشته و پیروان سایر ادیان را نیز شامل می‌شود، می‌فرماید:

۱. من دان بدین قوم لزمته احکامهم.

۲. الزمهم من ذالک ما الزموه انفسهم.

«بر پیروان هر دینی، مقررات آن دین الزامی و نافذ است»^۱ (همان، ۱۵۸)؛ که البته این روایت، بیشتر و به طور مستقیم بر قاعده «تقریر» دلالت دارد، هر چند به طور غیرمستقیم و به دلالت التزامی به ویژه با توجه به روایات خاص و موردی بر قاعده الزام نیز دلالت می‌کند.

۴- روابط و دعاوی حقوقی بین‌الادیانی و بین‌المللی مسلمانان با غیرمسلمانان

در پاره‌ای از روابط حقوقی ممکن است یک طرف مسلمان و طرف دیگر غیرمسلمان باشد. در این دسته از روابط، از آن جهت که طرفین رابطه حقوقی پیرو دو دین متفاوتند لزوماً رابطه بین‌الادیانی شکل می‌گیرد. حال اگر طرف غیرمسلمان، کافر غیرذمی (بیگانه) باشد این رابطه حقوقی صبغه بین‌المللی هم پیدا می‌کند، اما اگر کافر ذمی (تبعه دولت اسلامی) باشد رابطه حقوقی وصف ملی خواهد داشت.

اما از آن جهت که در این دسته از روابط عنصر دین نقش اصلی را ایفا می‌کند و عنصر سیاسی (تابعیت) نقش چندانی ندارد، صرفاً از منظر رابطه بین‌الادیانی به تبیین بحث خواهیم پرداخت و از آنجا که پایگاه اصلی قاعده الزام برای شیعیان بوده است، نخست به روابط و دعاوی حقوقی بین مسلمانان شیعه و غیرمسلمانان می‌پردازیم، سپس از روابط و دعاوی حقوقی مسلمانان غیرشیعی با غیرمسلمانان سخن خواهیم گفت.

۴-۱- روابط و دعاوی حقوقی مسلمانان شیعی با غیرمسلمانان

در روابط حقوقی شیعیان با غیرمسلمانان و دعاوی مربوط، قاعده‌تاً، اصل بر صلاحیت و حکومت قانون اسلامی - شیعی است، چه مضمون قوانین اسلامی و غیراسلامی همانند یا ناهمانند باشد. در صورت ناهمانندی و با فرض آنکه اجرای قانون خارجی به ضرر طرف شیعی باشد، عدم اجرای قانون غیراسلامی و لزوم اجرای قانون اسلامی - شیعی، امری بدیهی است، اما در صورت عکس، که اجرای قانون غیراسلامی به نفع طرف شیعی باشد، آیا می‌توان همچون روابط و دعاوی شیعی با مسلمانان غیرشیعی، به قاعده الزام استناد کرد و قانون غیرشیعی را حاکم نمود؟ تعبد بر مورد روایات پاسخ منفی و توجه به حکمت و فلسفه قاعده الزام، پاسخ مثبت را توجیه می‌کند و به همین سبب فقیهان و پژوهشگرانی که به این مسئله توجه کرده‌اند به تفاوت پاسخ گفته‌اند. برخی در این مورد قاعده الزام را جاری نمی‌دانند و استدلال می‌کنند که ضمایر جمع مذکور در روایات خاص، صرفاً متوجه مسلمانان غیرشیعه است و پیروان سایر ادیان و مذاهب غیراسلامی را شامل

۱. تجوز علی اهل کل ذوی دین ما یستحلون.

نمی‌شود (فاضل لنگرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۷۲)؛ (بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۵۸/۳)؛ اما برخی دیگر شمول قاعده نسبت به غیرمسلمانان را بعید ندانسته (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۵/۲)؛ و یا به شمول آن تصریح کرده‌اند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۸ق: ۱۹/۲)؛ و برای اثبات این دیدگاه به روایات عام و نیز تعلیل مذکور در برخی از روایات خاص استناد کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۴-۱۶۵)؛ (آصفی، ۱۳۷۴: ۱۵۳). روایاتی که ظاهر عبارت آن‌ها بیش از آنکه مسلمانان غیرشیعه را شامل شود، غیرمسلمانان را شامل می‌گردد و تنها به قرینه «مورد» است که می‌توان مسلمانان غیرشیعه را نیز مشمول آن‌ها دانست. در این میان دیدگاه دوم به صواب نزدیک‌تر است، زیرا:

۱- درست است که در روایات خاص، تصریحی بر اجرای قاعده الزام در مورد روابط شیعیان با غیرمسلمانان مشاهده نمی‌شود، اما منعی هم وجود ندارد. بنابراین روایات خاص نمی‌تواند مانع ظهور و شمول روایات عام نسبت به غیرمسلمانان گردد.

۲- درست است که اصل بر اجرای قانون اسلامی - شیعی است و عدم اجرای آن و اجرای قانونی غیر از آن، یک امر استثنائی است که باید با تفسیر مضیق از آن، دایره شمولش را توسعه نداد، اما این اصل و منطق، نسبت به مورد بحث مصداق ندارد، بلکه برعکس منطق بحث با شمول قاعده استثنائی الزام، هماهنگ‌تر است، زیرا قاعده الزام، در واقع یک قاعده امتنانی و تسهیلی است که برای شیعیان و پیروان اهل‌بیت در نظر گرفته شده است و منحصر کردن این امتنان به روابط شیعیان با مسلمانان غیرشیعی، با اصل امتنان سازگار نیست، بلکه شاید بتوان ادعا کرد که در این مورد به قیاس اولویت قاعده الزام جاری می‌گردد. زیرا وقتی تحمل ضرر شیعه به نفع یک مسلمان غیرشیعی پذیرفته نیست، به طریق اولی تحمل ضرر او به نفع یک غیرمسلمان پذیرفته نخواهد بود. پس در روابط شیعیان با غیرمسلمانان نیز قاعده الزام صادق و جاری است، چون مفروض این است که اجرای قانون اسلامی شیعی به ضرر شیعه و به نفع غیرمسلمان است، اما اجرای قانون غیراسلامی به نفع شیعه می‌باشد.

تنها فارق را که می‌توان به عنوان مانعی بر سر راه قیاس اولویت فوق مطرح کرد این است که قوانین مذاهب اسلامی، بالاخره منسوب به اسلام است و به همین دلیل اجرای آن‌ها، بلامانع است در حالی که قوانین دیگر ادیان، حکم اسلامی نیست و قاضی موظف به عدم اجرای آن‌ها است. این فارق نمی‌تواند مانعی بر سر راه قیاس اولویت پیش‌گفته به شمار آید زیرا مفروض آن است که حکم واقعی اسلام، احکام شیعی است و هر قانونی غیر از آن، قانون واقعی اسلام نیست و در این جهت فرقی بین مذاهب اسلامی و غیراسلامی نیست و چه بسا ممکن

است در پاره‌ای موارد درجه‌دوری برخی از احکام دیگر مذاهب اسلامی از حکم واقعی، خیلی بیشتر از احکام سایر ادیان باشد.

بنابراین، آنچه در اینجا مهم است تأمین و حفظ منافع و مصالح شیعیان در روابط آن‌ها با پیروان دیگر مذاهب و ادیان است، آنجا که اجرای قوانین آن مذاهب و ادیان منافع و مصالح شیعیان را بهتر تأمین و حفظ کند.

با فرض پذیرش منطق فوق، فرقی نمی‌کند که طرف غیرمسلمان به لحاظ دینی کتابی باشد یا غیرکتابی و به لحاظ سیاسی ذمی باشد یا مستأمن یا حتی غیرمستأمن، زیرا تعابیر «دین قوم» یا «ذوی دین» مذکور در مستندات روایی قاعده، از این جهت اطلاق دارد و ادیان غیرالهی را نیز شامل می‌شود، همچنان که شمول آن نسبت به قوانین موضوعه بشری سایر دولت‌ها نیز بدون اشکال و بلامانع به نظر می‌رسد، اعم از اینکه مردم آن کشورها پیرو ادیان الهی و آسمانی یا ملحد باشند؛ مگر آنکه عملاً مردم به آن قوانین ملتزم نباشند یا اجرای قوانین آن‌ها در کشور اسلامی برخلاف نظم عمومی باشد. بنابراین در روابط حقوقی و دعاوی شیعیان (اتباع دولت اسلامی) با بیگانگان (اعم از مستأمن و غیرمستأمن) در صورتی که قانون طرف بیگانه به نفع تبعه دولت اسلامی باشد، قانون خارجی صلاحیت‌دار شناخته شده و بر اساس آن حکم صادر می‌شود.

۴-۲- روابط حقوقی و دعاوی مسلمانان غیر شیعی با غیرمسلمانان

در روابط مسلمانان غیرشیعی با غیرمسلمانان اعم از کتابی، غیرکتابی، یا ملحد و نیز، اعم از خودی و تبعه (ذمی) یا بیگانه مقیم (مستأمن) یا بیگانه غیرمقیم (غیرمستأمن) چه معاهد و چه غیرمعاهد، اگر قانون شریعت اسلامی (قانون مذهب مسلمان غیرشیعی) به نفع او باشد، همان معیار رسیدگی قرار می‌گیرد، اگر چه طرف غیرمسلمان آن را باور نداشته باشد، اما در صورت عکس قضیه، یعنی آنجا که قوانین مذهب غیرمسلمان (و یا حتی قوانین موضوعه دولت متبوع غیرمسلمان)، بیشتر به نفع طرف مسلمان باشد - بنا بر دیدگاه نزدیک‌تر به صواب، یعنی دیدگاهی که مستندات روایی را عام و شامل می‌داند - قانون خارجی معیار رسیدگی قرار می‌گیرد و طرف غیرمسلمان به اجرای قانون خودش ملزم می‌شود.

دلیل اجرای قاعده الزام در این صورت، اشرفیت مسلمان بر غیرمسلمان است. چه آن غیرمسلمان خودی (ذمی) باشد و چه بیگانه (مستأمن).

۵- روابط و دعاوی حقوقی بین‌الادیانی و بین‌المللی غیرمسلمانان با یکدیگر

دو غیرمسلمانی که دعاوی حقوقی آنان در دادگاه دولت اسلامی مطرح است یا هم‌کیش‌اند یا غیر هم‌کیش و در هر صورت یا هر دو تبعه دولت اسلامی‌اند (ذمی) یا هر دو بیگانه‌اند (مستأمن) یا یکی تبعه است و دیگر بیگانه.

از سوی دیگر در صورت هم‌کیشی، یا هر دو کتابی‌اند یا غیرکتابی و در صورت ناهم‌کیشی نیز یا هر دو کتابی‌اند یا غیرکتابی و یا یکی کتابی و دیگری غیرکتابی.

بنابراین روابط و دعاوی حقوقی غیرمسلمانان گاه ملی و درون دینی است (مثل دعاوی دو مسیحی ذمی) و گاه فقط بین‌الادیانی است (مثل دعاوی دو ذمی مسیحی و یهودی) و گاه فقط بین‌المللی است (مثل دعاوی مسیحی ذمی با مسیحی مستأمن) و گاه هم بین‌الادیانی است و هم بین‌المللی (مثل دعاوی مسیحی ذمی با یهودی مستأمن). برای تعیین قانون صالح در مورد این دسته از دعاوی، بحث را در ضمن دو بند پی می‌گیریم.

۵-۱- مبنای تعیین قانون صالح

بحث از امکان یا لزوم اجرای قاعده الزام و در نتیجه صلاحیت و اجرای قانون خارجی در دعاوی حقوقی بین‌الادیانی و بین‌المللی فوق متوقف است بر پاسخ این پرسش که، در دعاوی حقوقی دو غیرمسلمان هم‌کیش - و حداقل دو کتابی هم‌کیش - قاضی مسلمان الزاماً یا تخیراً بر طبق چه قانونی باید حکم کند؟ قانون شریعت اسلامی یا قانون خارجی و مذهبی طرفین؟ در پاسخ به این پرسش دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد یا می‌تواند وجود داشته باشد: دیدگاه نخست الزاماً شریعت اسلامی را حاکم و صالح می‌داند و دیدگاه دوم اجمالاً صلاحیت قانون خارجی را می‌پذیرد.

۵-۱-۱- دیدگاه نخست: صلاحیت قطعی قانون اسلامی

بیشتر فقیهان اهل سنت طرفدار دیدگاه نخست هستند (دراز، ۲۰۰۴م: ۲۸۰ و ۲۸۲)؛ (زیدان، ۱۴۱۲ق: ۵۹۲-۵۹۳ و ۵۸۷-۵۹۴)؛ و برای اثبات نظر خود، به دلایلی چند استناد جسته‌اند (زیدان، همان)؛ (دراز، همان: ۲۸۱)؛ که در مجموع می‌توان آن‌ها را به دو دلیل تأویل کرد: دلیل اول؛ منسوخ بودن دیگر ادیان و شرایع و تکلیف مسلمانان - و در اینجا قاضی مسلمان - بر عمل مستقیم یا غیرمستقیم (رسیدگی قضایی و صدور حکم) بر مبنای احکام اسلام، اولین دلیل طرفداران این دیدگاه است، زیرا به موجب آیه ۴۹ سوره مائده پیامبر گرامی

اسلام (ص) و به تبع او قضات مسلمان مأموریت یافته‌اند که بر اساس «ما أنزلَ اللهُ» حکم کنند و در روزگار اسلام و نسخ ادیان پیشین، احکام قرآن و اسلام، مصداق «ما أنزلَ اللهُ» است و قوانین شرایع پیشین، اگر چه در اصل «ما أنزلَ اللهُ» بوده‌اند، ولی پس از تشریح احکام اسلامی، از اعتبار ساقط شده‌اند.

دلیل دوم؛ با توجه به آنکه محور و مصداق اصلی دعاوی دو غیرمسلمان، دعاوی ذو ذمی است، دلیل دوم آن‌ها همانندی ذمی و مسلمان - «الذمی کالمسلم» - است، پس در نتیجه آنچه بر ما یا برای ما است بر آن‌ها و برای آن‌ها نیز هست (لهم ما لنا و علیهم ما علینا) (زیدان، همان: ۷۰)؛ و از سوی دیگر، مستأمن نیز همچون ذمی است (همان، ۷۳ و ۷۴)، پس او نیز وضعیتی مشابه وضعیت ذمی دارد. بنابراین قوانین شریعت اسلامی بر دعاوی آنان همچون مسلمانان حاکم است.

فقیهان شیعی نیز بیشتر طرفدار این دیدگاه هستند و مبنای رسیدگی را صرفاً قانون مقرر دادگاه (شریعت اسلامی) می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۸/۲۱)؛ (محقق اردبیلی، بی‌تا: ۶۸۴)؛ (فاضل مقداد، ۱۳۹۵ق: ۳۷۸)؛ (علامه طباطبایی، بی‌تا: ۳۴۱/۵)؛ (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۴۱۶ق: ۳۸۷-۳۸۱/۴)؛ (شعرانی، ۱۸۸۰-۱۸۹)؛ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ۳۳۶/۴). ایشان نیز برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی از آیات و روایات استناد جسته‌اند، که در مجموع به دو دلیل ذیل قابل تأویل می‌باشند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۸ق: ۶۱/۳):

دلیل اول؛ قاعده اشتراک احکام بین مسلمان و غیرمسلمان است. بدین معنی که اینان خطاب‌های قرآنی و غیر قرآنی را خطاب‌هایی عام می‌دانند که مسلمان و غیرمسلمان را به یک اندازه شامل می‌شود، حتی اگر ظاهر آن خطاب هم، متوجه مسلمان‌ها باشد. بنابراین در صورت اختلاف و مراجعه به دادگاه عمومی دولت اسلامی، وظیفه دادگاه و قاضی مسلمان این است که بر اساس اصل، یعنی قوانین شریعت اسلامی بین آنان حکم کند (خویی، بی‌تا: ۱۸۷/۱)؛ (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۱۸/۲۱).

دلیل دوم؛ منسوخ بودن شرایع گذشته حتی نسبت به پیروان آن‌ها است (گلبایگانی، ۱۴۱۳ق: ۳۵۳/۱). مدعای این دیدگاه اگر چه مطابق با اصل، یعنی اصل صلاحیت قانونی مقرر دادگاه و شریعت اسلامی است، اما ادله ارائه شده، چندان اثبات‌کننده مدعی نیست. بنابراین اگر برای اثبات صلاحیت قانون خارجی - هر چند فی‌الجمله - دلیل قانع‌کننده‌ای وجود داشته باشد، نمی‌توان به استناد ادله مذکور، قانون خارجی را فاقد صلاحیت دانست. بدیهی است

در صورت ناکافی بودن ادله هر دو دیدگاه، به استناد اصل کلی صلاحیت قانون مقرر دادگاه و شریعت اسلامی - و نه ادله طرفداران دیدگاه اول و دوم - قانون مقرر دادگاه یعنی شریعت اسلامی صلاحیت خواهد داشت.

۵-۱-۲- دیدگاه دوم: صلاحیت اختیاری و صلاحیت الزامی قانون خارجی

طرفداران این دیدگاه در دعاوی غیرمسلمانان با یکدیگر، قانون خارجی را صالح می‌دانند، گرچه در چگونگی صلاحیت آن اختلاف نظر دارند؛ برخی هم قانون داخلی (شریعت اسلامی) و هم قانون خارجی را صالح و قاضی را در انتخاب یکی از دو قانون مخیر می‌دانند و برخی فقط قانون خارجی را صالح دانسته و قاضی را در رسیدگی بر مبنای قانون خارجی ملزم می‌بینند. به هر حال طرفداران این دیدگاه برای اثبات دیدگاه خود به چند دلیل، بدین شرح استناد جویند.

۱- آیات سوره مائده از یک سو به پیامبر گرامی اسلام (ص) فرمان می‌دهد که بر طبق «ما أنزلَ اللهُ» (مائده، ۴۸) حکم کند و از سوی دیگر، احکام - حداقل تحریف نیافته - تورات و انجیل را نیز «ما أنزلَ اللهُ» می‌خواند (مائده، ۴۷). بنابراین پیامبر می‌تواند بر اساس تورات و انجیل در میان اهل کتاب حکم کند.

۲- هر چند در اصل نسخ کلی ادیان پیشین تردیدی نیست، اما مورد قدر مسلم این نسخ، نسبت به مسلمانان است، که آنان باید طبق «ما أنزلَ اللهُ» مربوط به خود، یعنی قرآن حکم کنند، اعم از آنکه این «ما أنزلَ اللهُ» جدید، موافق یا مخالف با «ما أنزلَ اللهُ» گذشته باشد، اما نسخ «ما أنزلَ اللهُ» قدیم، نسبت به پیروان آن ادیان قطعی و مسلم نیست، بلکه حتی شاید «قطعی‌العدم» باشد، یعنی قطعاً نسبت به آنان نسخ نشده است، زیرا خداوند در آیه ۴۷ می‌فرماید که مسیحیان بر طبق انجیل حکم کنند و این یعنی عدم نسخ نسبت به آنان.

۳- منطوق روایت امام رضا (ع) که فرمود: «الزموهم من ذالک ما الزموه انفسهم» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق:۲۲/۷۳). زیرا هر چند مورد روایت، موضوع طلاق در روابط مسلمانان شیعی با مسلمانان غیرشیعی است، اما تعبیر امام (ع) تعبیر عام و مطلق است که از یک سو، غیر طلاق را نیز شامل می‌شود و از سوی روابط غیرشیعیان و غیرمسلمانان را هم در بر می‌گیرد، به ویژه اگر طرفین هم‌کیش و هم‌مذهب باشند.

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم با منطق حقوقی و قانونگذاری سازگارتر و با فتوای اکثریت فقیهان در باب صحت ازدواج، طلاق و وصیت کافران هم‌کیش موافق‌تر است. پس جریان قاعده الزام و در نتیجه صلاحیت قانون خارجی در دعاوی دو غیرمسلمان هم‌کیش امری پذیرفته به شمار می‌آید.

۵-۲- تعیین قانون صالح

اینک و با توجه به اینکه در دعای دو کتابی هم‌کیش، اجمالاً صلاحیت قانون خارجی قابل پذیرش است به اصل بحث باز می‌گردیم تا ببینیم بر دعای حقوقی دو غیرمسلمان نا هم‌کیش چه قانونی حاکم است؟ شریعت اسلامی یا قانون خارجی و کدام قانون خارجی؟ در پاسخ به این پرسش نیز دو دیدگاه وجود دارد؛ یکی قانون داخلی و شریعت اسلامی را صالح می‌داند و دیگری قانون خارجی را صلاحیت‌دار اعلام می‌کند.

۵-۲-۱- صلاحیت قانون مقرر دادگاه (شریعت اسلامی)

طرفداران این دیدگاه به دو دلیل قاعده الزام را در این مورد غیرقابل اجرا دانسته و در نتیجه با استناد به اصل حاکمیت شریعت اسلامی، قانون مقرر دادگاه را صالح می‌دانند و می‌گویند بدیهی است برای اثبات صلاحیت قانون خارجی نمی‌توان به قاعده الزام استناد کرد زیرا؛ اولاً، نص یا ظاهر متون اثبات‌کننده قاعده الزام، بیانگر الزام غیرشیعی به نفع شیعی است، اما درباره الزام غیرشیعی نسبت به غیرشیعی دیگر، ساکت است (همان).

ثانیاً، با فرض شمول قاعده الزام نسبت به این فرض - با این توجیه که سکوت ادله قاعده الزام، مانع اجرای قاعده در این فرض نمی‌باشد - قاعده الزام باید نسبت به هر دو طرف اجرا گردد، در حالی که چنین کاری معمولاً امکان‌پذیر نیست، زیرا به عنوان مثال نمی‌توان خواهی را بر اساس قوانین دینی و مذهبی‌اش به بهره‌مندی فقط از نصف سهم برادر الزام کرد و در همان حال، برادرش را بر اساس قوانین دینی و مذهبی‌اش به پرداخت سهمی مساوی به خواهر الزام و تکلیف کرد، زیرا نتیجه چنین کاری هم محروم و هم بهره‌مند دانستن خواهر نسبت به مابه‌التفاوت است و این منطقی و شدنی نیست. پس ناگزیر باید از اجرای هر دو قانون صرف‌نظر کرد و با رجوع به اصل، قانون مقرر دادگاه، یعنی شریعت اسلامی - جعفری را حاکم دانست مگر آنکه برای ترجیح یکی از دو قانون در همین صورت، مرجحی موجه یافت شود که در این صورت باید قانون راجح معیار و ملاک قرار گرفته و صلاحیت‌دار به شمار آید.

۵-۲-۲- صلاحیت قانون خارجی و معیارهای تعیین قانون صالح

طرفداران این دیدگاه به تفاوت قوانین خارجی و ترجیح یکی از آن‌ها بر دیگری در بسیاری از موارد باور دارند و در نتیجه قانون خارجی راجح را صالح و اجرای آن را الزاماً یا تخییراً مجاز می‌دانند. از این نگاه مهم‌ترین اموری که می‌تواند ترجیحی برای یکی از دو قانون خارجی به شمار آید از این قرار است.

۵-۲-۲-۱- مطابقت یکی از دو قانون با قانون مقر دادگاه (شریعت اسلامی - شیعی)

معیار اصلی برای قاضی مسلمان در رسیدگی به دعاوی «ما أنزلَ اللَّهُ» است، بنابراین وقتی مضمون یکی از دو قانون غیراسلامی، مطابق قانون مقر دادگاه باشد، عملاً مطابق با «ما أنزلَ اللَّهُ» است و اجرای آن نه تنها ترجیح، بلکه تعیین می‌یابد و طرفی که قانون او با قانون مقر دادگاه مطابقت دارد به اجرای آن الزام می‌گردد. اما به نظر می‌رسد، این وجه ترجیح، به‌رغم زیبایی آن چندان درست نباشد. زیرا هدف از قاعده الزام، نه تنها اجرای قوانین مادی شریعت اسلامی - شیعی نیست، بلکه برعکس در قاعده الزام هدف صرف‌نظر کردن از قوانین مادی شریعت اسلامی و اجرای قانون خارجی به جای آن در جهت حمایت از تبعه دولت اسلامی و طرف شیعی است. پس مطابقت یکی از دو قانون مادی و خارجی با قانون مادی مقر دادگاه، لزوماً نمی‌تواند وجه‌گزینه‌ش و صلاحیت تعیینی یا ترجیحی آن قانون به شمار آید.

۵-۲-۲-۲- اشرفیت یکی از دو دین یا دو مذهب به سبب نزدیکی بیشتر آن‌ها به اسلام

ممکن است فارغ از مضمون و محتوای هر یک از دو قانون خارجی، معیار ترجیح و یا تعیین یکی از دو قانون، اشرفیت دین و مذهبی باشد که قانون به آن دین و مذهب مربوط است. به عنوان مثال آیین مسیحیت به دلیل نزدیکی بیشترش با اسلام، نسبت به آیین یهود، از شرافت بیشتری برخوردار است، پس اجرای قانون مسیحی - فارغ از محتوای آن - ترجیح یا تعیین می‌یابد، این اشرفیت در ادیان توحیدی نسبت به ادیان غیرتوحیدی و ... نیز قابل مشاهده است. این وجه ترجیح یا تعیین، اگر چه به لحاظ ذوقی و استحسانی پسندیده و مقبول می‌نماید، اما به نظر می‌رسد نمی‌توان با آن موافقت کرد، زیرا اولاً، هیچ دلیل و مستندی آن را تأیید نمی‌کند گر چه آن را رد و منع هم نمی‌کند، اما بدون دلیل هم نمی‌توان یک عامل ترجیح را پذیرفت، افزون بر آنکه ترجیح و تعیین و در نتیجه اجرای قانون دین اشرف، همیشه و لزوماً هم به نفع پیرو آن دین نیست، به عنوان مثال، در فرض گذشته، اگر خواهر مسیحی و برادر یهودی باشد و قانون مسیحیت به دلیل اشرفیت آن اجرا شود، خواهر را جز ضرر نصیبی نیست، زیرا به جای آنکه بر اساس قانون یهودی سهمی مساوی برادر دریافت کند، بر مبنای قانون مسیحی، نصف سهم برادر نصیب او می‌شود.

۵-۲-۲-۳- اشرفیت یکی از طرفین رابطه حقوقی و دعوا و حمایت از او با اجرای قاعده الزام

با توجه به آنچه گذشت روشن شد که هدف و فلسفه تشریح قاعده الزام، بیش از آنکه حمایت از قانون، دین و یا مذهب خاصی باشد، حمایت از یک طرف رابطه حقوقی و دعوا است که به هر دلیل از موقعیتی ویژه و نزدیک‌تر با دولت اسلامی برخوردار است.

در اینجا می‌توان و یا باید اشرف طرفین را شناخت و به حمایت از او، قانونی را حاکم ساخت که منافع او را بهتر تأمین می‌کند که در مصداق خارجی گاه قانون مربوط به اشرف است و گاه قانون طرف مقابل، که در این صورت به استناد قاعده الزام، این قانون حاکم شده و طرف مقابل به اجرای الزام می‌گردد. ادله قاعده الزام هر چند منطوقاً نسبت به پاسخ این پرسش ساکت‌اند، اما معنی هم از پذیرش آن ندارند، افزون بر آنکه منطوقاً و به لحاظ حکمت حمایت از اشرف، ادله مذکور شامل این مورد هم می‌شوند. اینک و با پذیرش این فرض، باید معیارهای شرافت در دیدگاه اسلامی - شیعی را شناخت و به قانونی استناد کرد که بهتر از اشرف حمایت می‌کند.

الف - دین و مذهب

تعیین اشرف بر این اساس، مصادیق متعددی دارد، از جمله: ۱- اشرفیت کافر کتابی بر غیرکتابی؛ ۲- اشرفیت مسیحی بر یهودی و یهودی بر زرتشتی؛ ۳- اشرفیت کافر غیرکتابی خداپرست بر کافر ملحد. اجرای قاعده الزام در این موارد اگر چه از منطوق روایات استفاده نمی‌شود، اما منطق قاعده این موارد را نیز شامل می‌شود و به همین جهت هر چند به صورت اجمالی و نفی استبعاد، این نظر مورد پذیرش برخی از فقیهان و پژوهشگران قرار گرفته است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۵/۲)، (فتاحی، ۱۳۹۰: ۱۱۹-۱۲۵).

ب - تابعیت

اشرفیت اتباع دولت اسلامی نسبت به بیگانگان و در نتیجه اشرفیت اهل ذمه بر مستأمنان و غیرمستأمنان، زیرا اهل ذمه در حکم مسلمان هستند که بر دیگران شرافت دارند.

ج - اقامتگاه

اشرفیت افرادی که مقیم دارالاسلام‌اند بر دیگران و در نتیجه اشرفیت مستأمنان بر غیرمستأمنان، زیرا مستأمنان در حکم اهل ذمه هستند که خود ذمیان نیز در حکم مسلمانان می‌باشند.

د - پیمان سیاسی

اشرفیت صاحبان پیمان بر دیگران و در نتیجه، اشرفیت معاهدین به معنای عام آن (اهل هدنه، اهل مواعده، اهل صلح و ...) بر غیر آنان؛ بنابراین بیگانه تبعه دولت معاهد بر بیگانه تبعه دولت غیرمعاهد شرافت دارد.

ه- نداشتن جنگ و عداوت

اشرفیت بی‌طرف‌ها، معاهدین و دیگر گروه‌های فوق بر کافران حربی و معاند. با فرض پذیرش معیارهای اشرفیت مذکور، این پرسش مطرح می‌شود که اگر هر یک از دو طرف، از پاره‌ای از معیارهای شرافت برخوردار باشند، اشرفیت از آنچه کسی خواهد بود؟ پاسخ صریحی وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد ارزش و شرافت دین و مذهب بیش از تابعیت و تابعیت بیش از اقامتگاه باشد. بنابراین در دعاوی کتابی غیرمستأمن یا غیرکتابی مستأمن، کتابی غیرمستأمن، که هیچ‌گونه رابطه سیاسی تابعیتی و اقامتگاهی با دولت اسلامی ندارد، اشرف است بر غیرکتابی مستأمنی که رابطه اقامتگاهی با دولت اسلامی دارد و این به لحاظ موقعیت اشرفیت دین او است.

۶- روابط و دعاوی حقوقی بین‌المذهبی غیرشیعیان با یکدیگر

دعاوی بین‌المذهبی غیرشیعیان دو فرض کلی دارد که به ترتیب و اختصار مورد بحث قرار می‌گیرد: یکی آنکه اصحاب دعوا هر دو مسلمان باشند و دیگر آنکه هر دو غیرمسلمان هم کیش باشند.

۶-۱- دعاوی حقوقی دو مسلمان نا هم‌مذهب

اگر طرفین مسلمان هر کدام پیرو یکی از مذاهب اسلامی باشند، مثلاً یکی حنفی و دیگری حنبلی باشد، چاره‌ای جز حاکمیت قوانین فقه شیعی نیست و جایی برای اجرای قاعده الزام نمی‌باشد، زیرا همان‌طور که قبلاً گذشت اولاً، نص یا ظاهر متون اثبات‌کننده قاعده الزام بیانگر الزام غیرشیعی به نفع شیعی است، اما درباره الزام غیرشیعی نسبت به غیرشیعی ساکت است. ثانیاً، هیچ‌یک از طرفین مسلمان نسبت به دیگری اشرف محسوب نمی‌شود تا بتوان با استناد به ملاک قاعده الزام، طرف مقابل او را به اجرای قوانین مذهبی‌اش ملزم ساخت و سایر عوامل ترجیح مثل تابعیت، اقامتگاه و مانند آن نیز در این مورد مصداق خارجی ندارد، مگر آنکه گفته شود قوانین فقهی مذهبی صلاحیت دارد که به قوانین فقهی مذهب شیعه نزدیک‌تر باشد. این وجه ترجیح اگر چه پسندیده به نظر می‌رسد، اما صرفاً یک استحسان است که از پشتوانه دلیل فقهی بی‌بهره است. ثالثاً، با فرض تساوی طرفین و با فرض شمول قاعده الزام نسبت به این فرد، ناگزیر باید قاعده الزام را نسبت به هر دو طرف اجرا کرد و این معمولاً امکان‌پذیر نیست. پس در روابط و دعاوی حقوقی بین‌المذهبی مسلمانان غیرشیعه، تنها قوانین فقهی شیعه است که صلاحیت و حکومت دارد.

۶-۲- دعاوی حقوقی دو غیرمسلمان هم‌کیش اما نا هم‌مذهب

در آن دسته از دعاوی که طرفین دعوا دو غیرمسلمان هم‌کیش (مثلاً مسیحی) اما پیرو دو مذهب متفاوتند (مثلاً یکی پروتستان و دیگری کاتولیک)، به دلیل تساوی موقعیت طرفین جای اجرای قاعده الزام نیست، زیرا در این صورت یا باید قاعده الزام را نسبت به هر دو طرف اجرا کرد - که این معمولاً ناشدنی است - و یا آنکه از اجرای آن نسبت به هر دو طرف صرف‌نظر کرد و قانون شریعت اسلامی صالح و حاکم دانست. مگر آنکه بتوان به گونه‌ای یکی از طرفین را نسبت به دیگری اشرف و ارجح دانست تا در نتیجه قاعده الزام به نفع او به اجرا درآید. برخلاف روابط حقوقی بین‌المذاهبی دو مسلمان غیرشیعه، که در آن هیچ‌گونه وجه اشرفیتی برای هیچ‌یک از طرفین قابل تصور نبود، در اینجا اجمالاً اشرفیت یک طرف به یکی از وجوه زیر امکان‌پذیر به نظر می‌رسد که در صورتی که قاعده الزام شامل آن‌ها هم بشود، در این صورت باید قاعده را به نفع طرف اشرف اجرا کرد:

۱- اشرفیت یکی از دو مذهب به دلیل نزدیکی بیشتر آن به دین اسلام: یعنی همان‌طور که در دعاوی بین‌الادیانی آئین مسیح بر آئین یهود به دلیل نزدیکی بیشترش به اسلام اشرف محسوب می‌شود و به همین دلیل قاعده الزام به نفع طرف مسیحی به اجرا در می‌آید، در اینجا نیز پیرو مذهبی که به اسلام نزدیک‌تر است اشرف محسوب شده و قاعده الزام به نفع او اجرا می‌گردد. این وجه از اشرفیت اگر چه خلاف منطق نیست، اما دلیل فقهی آن را تأیید نمی‌کند.

۲- تابعیت: پیروان یکی از دو مذهب ذمی و دیگری غیرذمی باشد. در اینجا بعید به نظر نمی‌رسد که ذمی اشرف از غیرذمی محسوب گردد و قاعده الزام به نفع او اجرا گردد.

۳- اقامتگاه: پیروان یکی از دو مذهب مستأمن (مقیم دارالاسلام) و دیگری غیرمستأمن (مقیم دارالکفر) باشد. در اینجا هر چند طرف مقیم دارالاسلام نسبت نزدیک‌تری با دولت اسلامی دارد، اما اینکه این نزدیکی موجب آن چنان اشرفیتی شود که قاعده الزام به نفع او اجرا گردد اندکی مورد تأمل و تردید است.

۴- پیمان سیاسی: پیرو یکی از دو مذهب معاهد و آن دیگری غیرمعاهد باشد. در این صورت و با فرض اشرفیت معاهد، قاعده الزام به نفع او اجرا خواهد شد.

به هر حال در صورتی که اشرفیت به یکی از دلایل فوق ثابت نشود قانون شریعت اسلامی صالح و حاکم خواهد بود.

نتیجه‌گیری

از آنچه که گذشت وجود اصلی‌ترین عنصر تعارض قوانین یعنی اغماض قانونگذار ملی از اجرای قانون داخلی (مقر دادگاه) و امکان اجرای قانون خارجی، در فقه و حقوق اسلامی ثابت شد، هر چند در قلمرو و جایگاه آن اختلاف نظر وجود دارد. قدر مسلم موردی که قاضی باید از اجرای قانون داخلی و مقر دادگاه یعنی شریعت اسلامی صرف‌نظر کند و به جای آن قانون خارجی یعنی قانون مربوط به طرف بیگانه را اجرا کند، جایی است که دعوایی حقوقی بین یک مسلمان و یک غیرمسلمان بیگانه وجود داشته باشد و قانون طرف بیگانه به نفع طرف مسلمان و تبعه دولت اسلامی باشد، در این صورت به استناد قاعده الزام، قانون خارجی صلاحیت‌دار شناخته شده و بر دعوا حکومت می‌کند. در غیر این صورت قانون اسلامی حاکم و صالح خواهد بود. اما در مورد دعاوی بین‌الدیانی و بین‌المللی غیرمسلمانان با یکدیگر اختلاف نظر وجود دارد و به شرحی که گذشت باز هم ممکن است به استناد قاعده الزام، قانون خارجی صالح اعلام شده و اجرا گردد.

منابع

الف - فارسی

۱. قرآن کریم.
۲. آصفی، محمد مهدی؛ «همزیستی فقهی مذاهب و ادیان»، فقه اهلبیت، ۱۳۷۴، شماره ۲.
۳. الماسی، نجادعلی؛ *تعارض قوانین*، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
۴. دانش پژوه، مصطفی؛ *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و وزارت امور خارجه، ۱۳۸۱.
۵. _____؛ *شناسه حقوق*، تهران و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۶. _____؛ *مقدمه علم حقوق*، تهران و قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، ۱۳۸۹.
۷. شعرانی علامه ابوالحسن؛ *نثر طوبی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۰.
۸. فتاحی، سیدمحسن؛ *بررسی فقهی و حقوقی قاعده الزام*، قم و تهران؛ نشر ادیان، ۱۳۹۰.
۹. مکارم شیرازی، ناصر و همکاران؛ *تفسیر نمونه*، جلد ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هشتم، ۱۳۷۰.
۱۰. نجفی، محمدحسن؛ *جواهر الکلام*، جلد ۴۳، تهران، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.

ب - عربی

۱۱. ابن قیم، محمد ابن ابی بکر؛ *احکام اهل الذمه*، جلد ۱، الطبعة الثانية، دار العلم للملایین، بیروت: ۱۹۹۸م.
۱۲. اردبیلی، محقق (ملا احمد)؛ *زبدہ البیان*، تهران، مکتبه المرتضویه، بی تا.

۱۳. بجنوردی، سید میرزا حسن؛ *القواعد الفقهیه*، جلد ۳، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۴. بحرانی، محمدصنقر علی؛ *توضیح القواعد الفقهیه*، جلد ۱، منشورات رشید، بی‌جا، ۱۴۳۰ ه.ق.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*، جلد ۲۲ و ۲۶، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۶. حفیظه، السید الحداد؛ *القانون الدولی الخاص*، منشورات الحلبي الحقوقیه، بی‌جا، ۲۰۰۲ م.
۱۷. حلی علامه، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف؛ «*قواعد الاحکام*» در *الینایع الفقهیه*، جلد ۱۹، بیروت، دارالتراث و الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم؛ *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۱، مطبعه الاداب، النجف الاشرف، بی‌تا.
۱۹. دراز، رمزی محمدعلی؛ *فکره تنازع القوانين فی الفقه الاسلامی*، الاسکندریه، دارالجامعه الجدیده للنشر، ۲۰۰۴ م.
۲۰. زیدان، عبدالکریم؛ *احکام الذمیین و المستامنین فی دار الاسلام*، دمشق، الطبعة الثانيه، دارالفکر، ۱۴۱۲ ه.ق، ۱۹۹۹ م.
۲۱. سیفی، علی اکبر؛ *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الاساسیه*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۸ ه.ق.
۲۲. طباطبایی علامه، سید محمدحسین؛ *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۵، قم، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، بی‌تا.
۲۳. طوسی، ابی جعفر محمد ابن الحسن؛ *الخلاف*، جلد ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ه.ق.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد؛ *القواعد الفقهیه*، قم، بی‌نا، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۵. فاضل مقداد؛ *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۹۵ ه.ق.
۲۶. گلپایگانی، سید محمدرضا؛ *الدر المنضود فی احکام الحدود*، جلد ۱، (تقریرات؛ نگاشته: علی کریمی جهرمی)، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۷. مروارید، علی اصغر؛ *سلسله الینایع الفقهیه*، جلد ۱۹، بیروت، دارالتراث و الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۸. مصطفوی، سید محمدکاظم؛ *القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر؛ *القواعد الفقهیه*، جلد ۲، قم، مدرسه الامام امیرالمومنین (ع)، ۱۴۱۶ ه.ق.
۳۰. ممدوح، عبدالکریم؛ *تنازع القوانين*، عمان، دارالثقافه للنشر و التوزیع، ۲۰۰۵ م.

ج- قوانین

۳۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳۲. قانون مدنی ایران.