روایی فقهی مذهب تبعی (قاعده الزام) به‌عنوان قاعده حل تعارض در منازعات حقوق بین‌الملل خصوصی در احوال شخصیه

صدیقه سادات سیدتاج‌الدین[1]
علیرضا ابراهیمی[2]

چکیده

دو رویکرد و مواجهه برای تعیین قانون حاکم بر منازعات حقوق بین‌الملل خصوصی در مورد احوال شخصیه در حقوق موضوعه کشورها جریان دارد: حکومت قانون اقامتگاه و دیگری حکومت قانون کشور متبوع. بعضی از دولت‌ها، اقامتگاه را بر تابعیت ترجیح داده و قاعده‌ای را پذیرفته‌اند که به موجب آن، افراد از حیث احوال شخصی خود تابع قانون دولتی محسوب می‌شوند که اقامتگاه آنان در آنجاست. بعضی دیگر با ترجیح تابعیت بر اقامتگاه، قاعده‌ای را اتخاذ کرده‌اند که به موجب آن، احوال شخصیه افراد، تابع قانون دولت متبوع آنهاست. هر دوی این قواعد، منطبق بر نظامات امروزی و بر اساس تعریف دولت‌کشورها و مرزبندی‌های رایج در جهان طراحی شده‌اند و اختیار انسان را در تعیین قاعده حاکم بر احوالات شخصی خودش نادیده گرفته‌اند، اما با نگاه به اسلام، می‌توان قاعده حل تعارض سومی را برای احوال شخصیه ارائه داد که نه بر اساس دولت متبوع و نه بر اساس اقامتگاه است؛ بلکه عنصر تعیین‌کننده از این منظر،

---

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه قم ـ طلبه سطح چهار فقه با گرایش فقه خانواده و استاد سطوح عالی جامعة الزهراء ﷺ و دانشگاه قم، قم، ایران؛ s.seyyedtajoddin66@gmail.com.
۲. استادیار دانشکده الهیات دانشگاه قم، ایران؛ Ali110qom@yahoo.com.

عنصر «دین» است. این عنصر، با اراده طرفین دعوا سازگاری بیشتری داشته و می‌تواند محل عمل در منازعات حقوق بین‌الملل قرار گیرد. تعریف قاعده الزام به‌عنوان قاعده حل تعارض همراه با حدود و ثغور قانونی آن، موضوع این نوشتار خواهد بود.

واژگان کلیدی: قاعده الزام، مذهب تبعی، قاعده حل تعارض، اقامتگاه، تابعیت.

مقدمه

اسلام ـ به جهت ظرفیت فقه شیعی برای جدید شدن و به روزرسانی‌های ممتد ـ توان بالقوه همراهی با زمان را در خود می‌بیند. یکی از بازوان فقه در راستای پاسخگویی به نیازهای نوظهور و چه بسا نیازهای از پیش موجود، قواعد فقهی هستند. قواعد فقهی مسائل فقهی را نظام مند می‌کنند، نیز آموزش مسائل فقهی را تسهیل می‌نمایند. اما با توجه به اقتضائات مذکور، ضرورت توجه قاعده وار به احکام فقهی در جهت قاعده سازی و کم حجم نمودن حجم آثار فقهی ادامه دارد.

بخش بزرگی از این هدف با بازنگری در ادله و مستندات هر قاعده و فربه نمودن ادله مشروعیت آن قاعده، تحقق می‌یابد، چرا که با افزایش ادله مشروعیت یک قاعده، روند عملی سازی و استناد به آن در مسائل فقهی تسهیل می‌یابد و چه بسا با نگاه دقی فقهی دوباره، گستره نفوذ و مشروعیت قواعد نیز افزایش یافته و مصادیق بیشتری را شامل گردند. قرآن توان مشروعیت بخشی به بسیاری از ارکان فقه سیاسی، حقوقی، اخلاقی و تربیتی را دارا می‌باشد.

از دیگر سوی مسئله‌ی تعارض قوانین کاملا بستگی به استیفای حق (اعمال حق) دارد و چنان چه شخصی در روابط بین المللی دارای حق ایجاد شده نباشد، تعارض به وجود نخواهد آمد و به طور خلاصه مساله‌ی تعارض وقتی مطرح می‌شود که موضوع اهلیت تمتع (داشتن حق) در مرتبه قبل تعیین تکلیف شده و مفروض قرار گرفته باشد؛ اما علت اساسی پیدایش این تعارض‌ها این است که در قوانین کشورهای مختلف راجع به شرایط تشکیل و آثار حقوق اشخاص احکام واحدی وجود ندارد لذا ریشه‌ی هر گونه تعارض در اختلافی است که در حقوق کشورهای مختلف به رسمیت شناخته شده است.

هر یک از دسته‌های ارتباط در حقوق بین الملل خصوصی، قاعده‌ی حل تعارض خاص به خود را دارند که در برخی از آنها اختلاف وجود دارد در حالی که در بسیاری از آنها اتفاق نظر بین المللی حاصل شده است.

در دسته‌ی احوال شخصیه دو نظر وجود دارد گروهی قائل به اجرای قاعده‌ی دولت متبوع شخص هستند و گروهی نیز قائل به اجرای قاعده‌ی اقامتگاه (مقر دادگاه) می‌باشند.

در این میان مذهب تبعی (اجرای موسع قاعده الزام) دیدگاه سومی است که توسط نگارنده مطرح و امکان سنجی خواهد شد. میزان روایی فقهی قاعده، وسعت شمول و سپس تطبیق بر منازعات حقوق بین الملل خصوصی در دسته احوال شخصیه و عداد تبصره‌های اجرای این قاعده موضوع نگارش ذیل را به خود اختصاص خواهد داد.

۱. مفهوم احوال شخصیه

در ادبیات حقوقی هر کشوری، تعریف احوال شخصی را می‌توان با مراجعه به ترمینولوژی حقوقی آن کشور، مورد بررسی و تحقیق قرار داد. در فرهنگ حقوقی بلک (black)، از قوانین مربوط به احوال شخصیه می‌توان چنین استنباط کرد که در حقوق مدنی جدید و خارجی، احوال شخصی به وضعیتی اطلاق می‌گردد که موضوعش به اشخاص ارتباط دارد به گونه‌ای که همیشه همراه اشخاص است. حقوق مربوط به احوال شخصیه در این معنا، مجموعه قواعد، مقررات و عرف‌هایی هستند که موضوع آنها، اشخاص و وضعیت آنها است. (black (h.c)' blacks law dictionary, west pub, 1983, p 733)

کنوانسیون مونترو، مصادیق احوال شخصیه را در ضمن تعریف نص بیان کرده است: «احوال شخصیه، موضوعات و مصادیق مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص و روابط حقوقی مابین افراد خانواده خصوصاً مسائل نامزدی، ازدواج، حقوق و تکالیف زوجین، مسائل مالی ناشی از زوجیت، طلاق و فسخ نکاح، متارکه، نسب، شناسایی یا عدم شناسایی رابطه ابوت، مشروعیت نسب، فرزند خواندگی، قیمومیت، ولایت، وصایت و ارث را دربرمی‌گیرد.» (پیمان مونترو، ۱۹۳۶)

لنگرودی با توجه به ماده ۶ و ۷ قانون مدنی ایران، به نوعی تقسیم‌بندی از احوال شخصیه مبادرت کرده است. از نظر وی، احوال شخصیه دارای دو مفهوم عام و خاص است که احوال شخصی در مفهوم عام آن شامل ارث و وصیت می‌گردد، اما در مفهوم

خاص، این دو عنوان از شمول احوال شخصیه خارجند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص۱۷). به اعتقاد او، احوال شخصیه، مجموعه صفات انسان است که به اعتبار آن صفات، یک شخص در اجتماع دارای حقوق شده و آن حقوق را به مرحله اجرا درمی‌آورد. مطابق این تعریف، مواردی نظیر تابعیت و اقامتگاه نیز از اجزای احوال شخصی قلمداد خواهد شد. (همان)

دکتر سید حسن امامی و دکتر سید مصطفی عدل، به‌جای تعریف احوال شخصیه در کتب حقوقی خود، به تعیین مصادیق دسته ارتباطی احوال شخصیه مبادرت کرده‌اند. (امامی، ۱۳۷۴، ص۲۰ ـ ۲۱)

توصیف یا تعیین حقیقت قضایی تأسیسات حقوقی عبارت از تشخیص نوع امر حقوقی است که یک قاعده حقوق بین‌المللی باید نسبت به آن اجرا گردد. منظور از توصیف این است که مثلاً مفاهیم وضعیت و اهلیت، که عناصر تشکیل‌دهنده احوال شخصی هستند را چگونه تعریف کنیم؛ زیرا ما نمی‌توانیم قاعده مزبور را اعمال کنیم مگر اینکه قبلا مفاهیم وضعیت و اهلیت، از لحاظ حقوقی، محدود و مشخص شده باشند. تشخیص اینکه کدام شرط، از شرایط شکلی سند و کدام شرط، درباره ماهیت معامله است، توصیف امر حقوقی معامله نامیده می‌شود. (نصیری، ۱۴۰۰، ج۲، ص۱۷۷)

به‌عنوان مثال، باید دانست که ارثیه غیرمنقول، جزء رژیم مربوط به اموال است و باید آن را تابع قانون محل وقوع مال بدانیم یا جزء مسائل مربوط به ارث و احوال شخصی است و باید آن را تابع قانون دولت متبوع شخص بدانیم؟ در هر کشوری برای تعیین قواعد حل تعارض، تقسیماتی در مورد روابط حقوقی قائل شده‌اند که به نام «دسته‌های ارتباط» نامیده می‌شوند، مانند احوال شخصیه، اموال، قراردادها و شکل اسناد. سپس برای هر دسته ارتباط، با توجه به عنصر اساسی تشکیل‌دهنده آن، قانونی را صلاحیت‌دار تشخیص داده‌اند. به‌عنوان مثال می‌گویند احوال شخصی، تابع قانون دولت متبوع شخص است (با توجه به عنصر تابعیت) و یا اموال، تابع قانون محل وقوع مال می‌باشند.

قرار دادن یک رابطه حقوقی در یکی از دسته‌های ارتباط، توصیف نام دارد. (ارفع‌نیا، ۱۳۹۸، ص۹۴؛ امامی، ۱۳۷۴، ص۳۲۳ و عدل، ۱۳۸۵، ص۲۰ ـ ۲۱)

۲. وجوه مبنای اعمال قانون

۲ـ۱. طرفداران اعمال قانون اقامتگاه

این گروه برای توجیه اعمال این قانون نسبت به وضعیت و اهلیت افراد چنین استدلال می‌کنند که ارتباط هر فرد با کشوری که در آن اقامت دارد، بیش از ارتباط او با کشور اصلی خود است و ممکن است فرد مادام‌العمر در خارج از کشور اصلی خود زندگی کند، بدون اینکه اصلا وطن خود را دیده باشد. در چنین شرایطی، طبیعی است که فرد مزبور از حیث احوال شخصیه، تابع قانون کشوری باشد که اقامتگاه او در آنجاست. همچنین ایشان ادعا دارند هرگاه فردی به هر علت در کشوری اقامت گزید، نباید نسبت به سایر سکنه آن کشور، مزایایی داشته باشد؛ بلکه باید تابع همان قوانین و مقرراتی باشد که در مورد سایر افراد اعمال می‌گردد. به‌این‌ترتیب علاوه بر اینکه حاکمیت قانون محل اقامت را حفظ می‌کند، منافع افراد را نیز بهتر تأمین می‌نماید؛ زیرا اشخاصی که به سرزمینی مهاجرت می‌کنند معمولاً قانون آنجا را بهتر از قانون کشور اصلی خود می‌شناسند. این قاعده در احوال شخصیه، بیشتر در حقوق انگلوساکسون به اجرا درمی‌آید. (الماسی، ۱۳۹۹، ص۶۹)

۲ـ۲. طرفداران اعمال قانون ملی

این دسته، استدلال فوق را مردود دانسته و می‌گویند اعمال قانون اقامتگاه، با غایت اجتماعی قوانین درباره احوال شخصیه منافات دارد؛ زیرا قوانین شخصی اصولاً برای حمایت افراد و تثبیت وضعیت خانوادگی و تشخیص اهلیت آنها وضع شده و لذا بایستی از جمله قوانین برون‌مرزی بوده و نسبت به اتباع یک دولت و اینکه مقیم در خارج باشند، اجرا گردد و اگر غیر از این باشد وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد،

دچار تزلزل می‌شود؛ زیرا با جابجا شدن اشخاص ممکن است احوال شخصیه آنها دستخوش تغییر و تبدیل قرار گیرد.

پذیرش اعمال هریک از این دو قاعده، امری نسبی است و برحسب کشورهای مختلف، تفاوت دارد. با اعمال قانون ملی، ثبات وضعیت خانوادگی و اهلیت افراد، بهتر تعیین می‌شود، اما در بعضی موارد، اعمال قانون ملی ممکن نیست و درآن حال، معمولاً قانون اقامتگاه اعمال می‌گردد.

به طور کلی، توجیه یکی از دو قاعده بر دیگری، بیشتر تابع دلایل مصلحتی است تا دلایل حقوقی و لذاست که ملاحظه می‌کنیم کشورهای مهاجرپذیر اصولاً تمایل دارند قانون اقامتگاه را اعمال کنند و حال آنکه کشورهای مهاجرفرست متمایل به اجرای قانون ملی هستند. (الماسی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۳ ـ ۱۵۵ و ارفع‌نیا، ۱۳۹۸، ص ۴۳)

پیش از بیان قاعده سوم، به‌عنوان قاعده مختار، باید توجه داشت که دو قاعده متداول فوق، مبتنی بر بازشناسی کشورها بر اساس عامل مرز است:

آخرین حد قلمرو زمینی، دریایی، هوایی و زیرزمینی هر کشور را مرز آن کشور می‌گویند که مهم‌ترین عامل تشخیص و جدایی یک کشور از کشور همسایه است. وجود مرزها، نقش مهمی در پیدایش حقوق بین‌الملل خصوصی داشته است. اگر جهان به کشورهای مختلفی با مرزهای مشخص تقسیم نمی‌شد و مرزی در میان نمی‌بود، ضرورتی برای پیدایش حداقل بخشی از حقوق بین‌الملل خصوصی وجود نداشت. به‌عنوان مثال، عامل مرز باعث تشخیص خودی از بیگانه است. اگر مرز نبود، رابطه افراد صرفاً داخلی بود؛ لکن با وجود مرزها، باید قواعدی باشد تا بیگانه را از خودی تشخیص دهد و روابط حقوقی آنها را تنظیم نماید. همچنین است در خصوص محل استقرار اموال و محل انعقاد قرارداد و محل وقوع جرم یا حادثه، که عامل مرز موجب می‌شود پاسخ به سیستم حقوقی، داخل کشور باشد یا خارج از آن. خارج کشور نیز به نوبه خود، شامل کشورهای متعددی با سیستم‌های حقوقی خاص است که می‌تواند

نتیجه حقوقی مسئله را تغییر دهد. حتی زمانی که کشوری به دو یا چند کشور تقسیم شود می‌تواند موجب توسعه حقوق بین‌الملل خصوصی باشد؛ زیرا هرکدام نیازمند سیستم حقوقی خاص خود خواهند بود که قواعد تعارض قوانین نیز بخشی از همین سیستم حقوقی را تشکیل خواهند داد. (حبیب‌زاده، ۱۳۹۵، ص۳۵)

۳ـ۲. اعمال قانون دین (مذهب و مذهب تبعی)

اسلام به‌عنوان یک آیین جهانی، برنامه خود را برنامه‌ای سعادت‌آفرین برای همه بشر می‌داند و همه انسان‌ها را به توحید فرامی‌خواند و برای بهتر زیستن، طرح جامعه آرمانی اسلامی را ارائه می‌دهد (مصباح یزدی، ۱۳۹۰، ص۴۱۴). آنچه این طرح را از طرح‌های دیگر ممتاز می‌سازد، جهان‌بینی و ایدئولوژی آن است. انجام این رسالت مهم بدون ارتباط و معاشرت با ملت‌ها و پیروان دیگر ادیان میسور نیست. (سلیمی، ۱۳۸۶، ص۵۶)

ادعای ما این است که قاعده الزام، قاعده حل تعارض است؛ زیرا وجود عنصر خارجی را در خود مفروض دارد. عنصر خارجی را نه با تعریف حقوق متداول که با تعریف اسلام از نظر می‌گذرانیم:

اگر در یک طرف رابطه یا محل اقامه دعوا و رسیدگی به حق، شخصی غیرشیعه یا محلی غیر دار الاسلام بوده باشد، وجود عنصر خارجی محرز گشته است. عنصر خارجی از نگاه دینی، با شاخصه دین و مذهب، قابل تشخیص است. در این رابطه، باید دو نگاه اسلامی را از دو منظر تفکیک نماییم:

اقتضای زندگی پیچیده امروزی و تعاملات گسترده انسانی در دهکده جهانی، به رسمیت شناختن برخی از قوانین و نظامات دولتی و بین‌المللی از باب مصلحت و یا حفظ نظام است؛ لذا پذیرش قوانین بین‌المللی که با روح و مذاق شریعت منافاتی نداشته باشند ـ اگرچه از نظامات جدید بوده باشند ـ توسط نظام اسلامی بر اساس قاعده خواهد بود. شاید از همین روست که شاهد پذیرش نسبی قاعده تابعیت در زمینه قواعد حل تعارض در نظام حقوقی ایران هستیم (در ادامه مفصل به ارائه قاعده حل تعارض

در حقوق ایران خواهیم پرداخت). البته نظرات عالمان علوم سیاسی در خصوص نظام متداول جهانی ـ که در آن، مرزها عامل تقسیم کشورها هستند ـ هم می‌تواند مؤید ناکارآمدی وضعیت موجود باشد. دراین‌زمینه، دو نمونه زیر قابل اشاره هستند:

«اهمیت مرز میان دولت‌ها از آنجا است که دولت‌ها در قلمرو و محدوده خود، آزادی عمل داشته و حاکمیت بلامنازع خود را در این محدوده اعمال می‌کرده‌اند. در واقع، مرزها اهمیت بسیاری در گفتمان مربوط به حاکمیت دارند. باید باور کرد که جهان به مرحله جدیدی از تاریخ خود گام نهاده است و از نشانه‌های این پدیده، تأثیر همه اتفاقاًت و وقایع بر همه نقاط کره زمین است. این روند پس از پایان جنگ سرد، تشدید شد و اکنون اگرچه مرزهای فیزیکی همچنان برقرار است و حتی پس از پایان جنگ سرد، با واگرایی و تجزیه بعضی از کشورها به طول آنها افزوده شده است، اما به علت تغییرات مداوم در مفهوم حاکمیت ملی و تأثیر عناصر و وقایع جانبی، کارکرد و اهمیت آنها تحت تأثیر قرار گرفته است. (روزکرانس، ۱۳۸۲، ص۱۲۳ ـ ۱۴۲)

واقعیت این است که حتی اگر به‌عنوان فرض تصور کنیم ادعاهای مربوط به افزایش اقتدار دولت ساحلی، روزی به تقسیم اقیانوس‌ها به‌منزله دریاچه‌های ملی بی‌انجامد، باز دنیا نیاز به حقوق بین‌الملل دریاها خواهد داشت. مرزهای دریایی، هنوز نیازمند تحدید حقیقی خواهند بود. حقوق بین‌الملل همچنان به دلایل فراوانی ضرورت خواهد داشت: مدیریت و حفاظت ذخایر آسیب‌پذیر ماهیان که مرزهای بین‌المللی را درمی‌نوردند، قانونمند ساختن استحصال نفت و منابع معدنی که در میانه این مرزها قرار دارند، تنظیم مقرراتی برای کشتی‌هایی که از این مرزها عبور می‌کنند، مقابله با آلودگی مرزگذر و تسهیل تلاش‌های بی‌شمار دیگر در زمینه همکاری‌های مربوط به امور دریاها. تصویر سنتی از حقوق دریاها با برآمدن ارزش‌هایی جهانی تکمیل شده و تحول اساسی یافته است. (یوراس، ۱۳۹۰، ص۳۷۱)

به رسمیت شناختن مرز دولت‌ها و تفکیک دولت‌کشورها از یکدیگر با عامل

مـرز و تأثیـر آن در برخـی عناوین حقوقی همچـون تابعیت، منافاتی با نظام‌سـازی‌های جدید اسلامی و ارائه الگوهای مطلوب و نهادینه‌سازی الگوهای معتبر دینی در فضای بین‌المللی نخواهد داشت.

در نـگاه ایده‌آل اسـلامی، مرزبندی‌های سیاسـی امـروزی در قالب دولت‌کشـورها، معتبـر و مطلـوب نبوده و ملیت و تابعیت، عامل تقسـیم افراد نیسـت؛ بلکه آنچه فارق میان افراد و عامل تشکیل دولت‌های جداگانه است دین است؛ چنان‌که در تقسیمات سیاسی خود، الگویی دوگانه را در قالب دار الاسلام و دار الکفر معرفی کرده است. همه افرادی که دین اسـلام را پذیرفته و تحت لوای اسـلام زندگی می‌کنند، افراد دار الاسـلام را تشـکیل داده و در مقابـل، همـه افـرادی کـه دیـن اسـلام را نپذیرفته‌انـد و در مملکت اسـلامی سـکونت ندارنـد، افـراد دار الکفر را تشـکیل می‌دهند. در این بیـن، افرادی هم در سـرزمین‌های اسـلامی سـکونت دارند که مسـلمان نیسـتند، اما حاکمیت اسـلام را پذیرفته‌انـد و بـا قراردادهای خاصی همچون امـان، پرداخت جزیه و... (که جای بحث مفصـل از آن در حقـوق بین‌الملـل عمومـی اسـت)، تحت لوای اسـلام بـوده و متمتع از حقوق می‌باشند و از نظر حقوقی به رسمیت شناخته شده‌اند.

به طور خلاصه، در تبیین دار الاسلام و دار الحرب چنین می‌توان گفت:

تقسیمی در برخی از مآخذ در رابطه با ضوابط خاص مربوط به مذاهب غیراسلامی در سرزمین اسلامی دیده می‌شود. این تقسیم عبارت است از:

مناطق احداث‌شـده به‌وسـیله مسـلمانان در دوره اسـلامی: شـهرهایی مثل بصره، کوفه و بغداد. (اراضی اصلی یا اراضی طوع)

مناطقی که با جنگ، فتح شده و یا ساکنان، طی قراردادی، تعهد پرداخت خراج به مسلمانان کرده و مالکیت اراضی خود را نیز از دست داده‌اند. (اراضی الحاقی)

مناطقی که ساکنان آن در قرارداد صلح، مالکیت اراضی خود را برای خویش حفظ کرده‌اند. (اراضی صلح)

در مناطق نوع اول، تظاهر پیروان مذاهب غیراسلامی به شعائر مذهبی خود و تجاهر به ارتکاب محرمات اسلامی، مطلقاً ممنوع است؛ از جمله اینکه بنای معابد، کلیساها و کنیسه‌ها جایز نیست. در مناطق نوع سوم، کلیه این امور آزاد است و اهالی مجبور نیستند از قوانین اسلامی اطاعت کنند. مناطق نوع دوم، حد فاصلی در این میان است. در عرف حقوقی اسلامی، مناطق نوع اول و دوم، دار الاسلام خوانده شده است. مناطق نوع سوم را نیز برخی از دانشمندان جزء دار الاسلام شمرده‌اند؛ لیکن برخی دیگر، این نظر را نپذیرفته و آن را دار العهد و اهالی آن را که ملزم به اطاعت و رعایت قوانین اسلامی نبوده و تنها باجی به مسلمانان می‌پرداختند، اهل فدیه می‌خواندند، در برابر اهل ذمه یعنی غیرمسلمانانی که در پناه دولت اسلامی بودند. به جز مناطقی که در بالا ذکر شد، تمام سرزمین‌های دیگر در عرف حقوقی اسلامی، دار الحرب خوانده می‌شود. (مدرسی طباطبایی، ۱۳۶۲، ج اول، ص۸۵ ـ ۸۴ و مرادی، ۱۳۸۹، ص۲۵ ـ ۲۸)

علامه طباطبایی نیز در همین رابطه معتقد است: «اسلام، جامعه‌ای را بنیان نهاده که مرزهای آن را عقیده تعیین می‌کند، نه وطن و نژاد و امثال آن». (طباطبایی، ۱۴۰۳، ج۴، ص۱۳۳)

نویسنده غربی معاصر نیز در همین زمینه معتقد است: ازآنجاکه در دیدگاه اسلام، اصول حاکم بر کشورهای اسلامی، از سوی خداوند مقرر شده بود، طرف‌های سیاسی غیرمسلمان، همگی نامشروع بودند و دولت‌های مسلمان هرگز آنها را کاملا با خود برابر نمی‌انگاشتند. نظم جهانی صلح‌آمیز، بستگی به توانایی ایجاد و گسترش یک حکومت واحد اسلامی داشت و نه به برقراری تعادل میان طرف‌های رقیب. (کسینجر، ۱۳۹۸، ص۱۱۰ ـ ۱۱۷)

البته پرواضح است که شیعیان در تعاملات اجتماعی خود، اعم از احوال شخصیه، از ایجاد رابطه با غیرشیعیان، اعم از سنیان و پیروان ادیان آسمانی و غیرآسمانی دیگر منع نشده‌اند و اصل تعامل با افراد غیرشیعه (چه تعاملات شخصی، اعم از احوال شخصیه و قراردادها و اموال و چه تعاملات عمومی دولت‌ها)، اصلی

پذیرفته شده است. اگرچه این اصل پذیرفته شده با قواعدی همچون علو اسلام و لاضرر و... تخصیص می‌خورد که قواعدی کلی هستند و از قواعد عامی به شمار می‌آیند که برای لسان عام خود، نه تنها حکومت بر احکام اولیه دارند، بلکه حکومت آنها بر برخی از احکام ثانویه هم ثابت شده است، و به نحو حکومت تضییقی، باید این اصل را به مواردی اختصاص دهیم که ضرری متوجه مسلمانان نبوده باشد یا باعث علو غیرمسلمان بر مسلمان نگردد. همچنین در تعاملات خاص هر دسته ارتباطی مثل تعاملات در احوال شخصیه هم اسلام خطوط قرمزی را ترسیم کرده است، از جمله اینکه ازدواج زن شیعه با مرد غیرشیعه را مجاز ندانسته است.

با بیانی که گذشت، برای اصل جواز ارتباط با افراد غیرشیعه، دو حد ذکر شد: حدی عام (عدم ضرر و عدم علو غیرشیعه بر شیعه) و دیگری به‌صورت خاص در هر دسته ارتباط مشخص شده است. (اگرچه برخی از خطوط قرمز هر دسته ارتباطی نیز بازگشت به همان عوامل کلی و مصداقی از آن بوده باشند.)

همچنین باید خاطرنشان کرد که قاعده الزام، در دسته قواعد حل تعارض قرار می‌گیرد نه قواعد مادی. برای توضیح بیشتر باید گفت: «قواعد مادی عبارت است از مجموعه قوانینی که در حقوق یک کشور پیش‌بینی شده است و هدف آن، حل و فصل موضوعات متنازع‌فیه و دعاوی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی به شکل مستقیم است. برای مثال، در اختلاف خانوادگی دو ایرانی در فرانسه، مسئله این است که آیا باید قانون طلاق کشور متبوع طرفین دعوا اجرا شود یا اینکه قانون اقامتگاه آنان به دعوا حاکم باشد؟ دراین‌زمینه، ماده ۳ قانون مدنی فرانسه به‌عنوان قاعده حل تعارض قوانین کشور مقرر می‌دارد: کلیه فرانسویان مقیم در خارج از قلمرو فرانسه، در احوال شخصی خود، تابع قانون فرانسه هستند. بنابراین، مفهوم مخالف، این است که بیگانگان مقیم کشور فرانسه، در احوال شخصیه، تابع قانون کشور متبوع خود هستند. حقوق‌دانان چنین استنباط کرده‌اند که در مثال یادشده، چون زوج و زوجه از اتباع

دولت ایران هستند، قاضی فرانسوی مکلف است قانون طلاق ایران را اجرا کند. در واقع، قانون طلاق ایران همانند قاعده مادی است و قضیه دعوای طلاق میان زن و شوهر ایرانی، تا زمانی که قانون طلاق اجرا نشود، نمی‌تواند حل و فصل گردد. در این حالت، اجرای قانون مادی، مستقیماً به حل تعارض قوانین در حقوق بین‌الملل خصوصی منجر می‌شود. در نتیجه، اگرچه حل و فصل تعارض قوانین توسط قواعد حل تعارض به شکل غیرمستقیم انجام می‌شود، اما قواعد مادی مستقیم و تعارض قوانین را مرتفع می‌سازد» (شیخ‌الاسلامی، ۱۴۰۰، ص۱۱۰ـ۱۱). با این بیان، پی می‌بریم که به لحاظ حقوقی، قاعده الزام نیز در دسته قواعد حل تعارض قرار می‌گیرد نه قواعد مادی؛ زیرا این قاعده در پی نشان دادن راهی برای حل خصومت‌های بین‌المللی در حقوق خصوصی افراد است.

در اینجا توجه به این نکته، ضروری است که در مطالعات حقوقی انجام‌شده در خصوص احوال شخصیه، پس از بیان کلی و عبور سریع از قاعده حل تعارض، عموماً به قواعد مادی پرداخته شده و مصادیق دعاوی بین‌المللی و اجرای قواعد مادی منجر به حل دعوا، مورد اشاره قرار گرفته است. حال آنکه نگارنده پیش از حل دعوا و پرداختن به قواعد مادی، در پی تأسیس قاعده حل تعارض است که این قاعده، در دسته احوال شخصیه عام خواهد بود و از همین رهگذر، ما را از ورود به مصادیق مختلف احوال شخصیه و پرداختن به قواعد مادی موجود در نکاح یا طلاق یا ارث و... در احوال شخصیه بی‌نیاز می‌کند.

با این پیش‌فرض‌ها معلوم شد که گاهی ممکن است رابطه‌ای بین یک شیعه و غیرشیعه اتفاق افتد یا رابطه دو شیعه در مملکت غیرشیعی واقع گردد و همین‌ها، مصادیق عنصر خارجی از نگاه اسلام‌اند. اما باید دید که اسلام برای مواجهه با این رابطه حقوقی، که عنصر خارجی هم در آن دخیل است (و به‌عبارت‌دیگر برای حل این رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی)، چه راه حلی را پیشنهاد داده است:

قاعـده الـزام، راه حـل و قاعده حل تعارض در دعاوی حقـوق بین‌الملل خصوصی اسلامی را در نظر گرفته است:

البتـه ایـن نکته از نظـر دور نماند که هرکدام از سیسـتم‌ها و قواعـد حل تعارض در نگاهی ابتدایی ممکن اسـت خودپسـندانه جلـوه نمایند. گروهی که قاعـده اقامتگاه را پذیرفته‌انـد ـ کـه معمولاً کشورهای مهاجرپذیر بوده باشـند ـ این اشـکال بر ایشـان وارد است که چرا حل بخش زیادی از روابط بین‌الملل خصوصی را متوجه قانون کشور خود کرده‌اند؟ همچنین بر طرفداران قاعده تابعیت ـ که اکثراً کشورهای مهاجرفرست هستند ـ خـرده می‌گیرنـد کـه چرا حل قسـمت زیادی از روابـط بین‌المللی خصوصـی را متوجه قانون خود ساخته‌اند؟

این اشـکال، بر الگوی طراحی‌شـده اسـلامی وارد نیست؛ زیرا اسـلام، دین را عامل حـل تعـارض معرفـی می‌کنـد. روابط احوال شـخصیه پیروان هـر دینی بیـش از اینکه با تابعیت یا اقامتگاه ایشـان پیوند خورده باشـد با دین ایشـان مرتبط اسـت. دراین‌زمینه توجـه بـه ارتبـاط وثیق انسـان‌ها به دینی که پیـرو آن هسـتند و التزام به قواعـد آن دین و التزام به قواعد تنظیمی دولتی که تابع رسـمی آن دین اسـت، نشـانگر اعتماد معتقدین به آن دین خواهد بود.

اسلام اگرچه خود را دین حق دانسته و دین جامع و خاتم معرفی می‌نماید، اما دیگر ادیـان آسـمانی را یک‌بـاره نفی نکرده و پیروی از احکام این دین‌ها را توسـط پیروانشـان به رسـمیت شـناخته اسـت. از نظر حقانیت نیز ایشـان را نفی نمی‌کند؛ بلکه اسـلام را کامل‌کننـده ایـن ادیـان معرفـی می‌نماید و ایـن ادیان را هـم دارای وجوهـی از حقانیت برمی‌شمرد: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾. (بقره:۶۲ و ر.ک: مائده:۶۹)

در این میان، بدیهی اسـت دینی که دارای شـریعت اجتماعی و نظام حقوقی فربه و همه‌جانبه است، برای احوال شخصیه افراد خود، خطوطی را ترسیم کرده و بر اساس

اصل جواز ارتباط با ادیان دیگر، برای حالات تعارض، قاعده‌ای دینی را بیان نموده است که بیشترین و نزدیک‌ترین ارتباط را با احوال شخصیه داشته باشد و آن، پیروی هریک از افراد ادیان از دین خود است. اگر شیعه، یک طرف رابطه است، باید قاعده و قانون شیعه اجرا شود و در اینجاست که قاعده الزام رخ می‌نماید و با امتنان نسبت به شیعیان، اجرای قانون دینی فرد مقابل را اگر به نفع شیعیان بوده باشد تجویز می‌کند. این قاعده، جانبدارانه نیست؛ بلکه تلائم و سازگاری بیشتری با دین طرف مقابل دارد و او را به امور اعتقادی خودش ملزم می‌دارد.

اگر اشکال شود که اصل اولیه در قاعده حل تعارض دین اسلام نیز اجرای قانون تشیع است و این جانبداری در اینجا به چشم می‌آید، باید گفت همان اشکالات، به نظریات دیگر حل تعارض هم وارد است و در نظر گرفتن تبصره‌ای مانند قاعده الزام، رنگ این جانبداری را کمرنگ‌تر ساخته است و نشان از ترقی اسلام و پذیرش اصل تعامل و تسالم با افراد دیگر ادیان دارد؛ زیرا در قواعد حل تعارض حقوق متعارف در احوال شخصیه (تابعیت یا اقامتگاه)، این حد از هماهنگی با عنصر خارجی نیز دیده نشده است.

۳. صور مختلف ارتباط

برای روشن‌تر شدن و اثبات مدعای خود، صور مختلف ارتباط را بیان و حکم هر قضیه را با استفاده از قاعده الزام بیان خواهیم کرد:

۳ـ۱. رابطه یک شیعه یا یک سنی

ازآنجاکه می‌دانیم قاعده الزام، قاعده‌ای امتنانی به نفع شیعیان است، لذا اگر رابطه‌ای میان شیعه و اهل سنت ایجاد یا دعوایی اقامه شد، اگر این رابطه یا دعوا، با اجرای قانون اهل سنت، به نفع شیعه خواهد بود، قدر متیقن قاعده الزام این است که در این مورد، قانون اهل سنت اجرا شود. اما اگر نفعی متوجه نباشد یا حتی با اجرای قانون اهل سنت، ضرری متوجه شیعه شود، این قانون شیعه است که عملی می‌گردد.

بسیاری از مثال‌ها و احادیث باب الزام نیز در همین جا قابل صدق‌اند. اگر برای مثال، زن اهل سنت با سه طلاق در مجلس واحد، طلاق داده شده است (که شیعیان آن را کلاً طلاق می‌دانند و این زن را هنوز ذات بعل به حساب می‌آورند)، اما اگر این زن در پی ازدواج با یک شیعه برآمده باشد، از باب قاعده الزام، او را ملزم به حکم موجود در مذهب خود کرده و او را مطلقه به حساب می‌آوریم و اجازه ازدواج مرد را با او می‌دهیم: «سأل عن أبي الحسن علیه‌السّلام عن المطلقة علی غیر السنة، أ یتزوجها الرجل؟ فقال: ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم، و تزوجوهن، فلا بأس بذلك». (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۸، ص۵۸، ح۱۹۰ و باب أحکام الطلاق، ح۱۰۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۳، ص۲۹۲، ح۱۰۳۲، باب ان المخالف إذا طلق امرأته ثلاثا، ح۶ و شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۱۵، ص۳۲۱، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، باب ۳۰، ح۵)

۲ـ۳. رابطه یک شیعه با پیروان یک دین دیگر

آنچه مشهور متکلمین از معنای دین به دست داده‌اند این است که دارای شریعت آسمانی بوده و عبارت از یهود و نصاری باشند و برخی، زرتشتیان را نیز در تعریف وارد کرده‌اند (ناس، ۱۴۰۰، ص۷۹ و ر.ک: مصباح یزدی، ۱۳۷۰، ج۱، ص۲۸). در اینجا، معنای عام و غیرمشهور دین (هر شریعت غیرمتصل به وحی)، مراد نیست.

اگر یک شیعه، وارد رابطه‌ای با یک یهودی یا نصرانی یا زرتشتی شود، با توجه به اینکه قاعده الزام را چیزی جدای از قاعده التزام ندانستیم، با ادله‌ای همچون «یجوز علی اهل کل ذی دین ما یستحلون» می‌توان حکم کرد که در اینجا نیز با همان قید عدم ضرر به شیعه، حکم یهود و نصاری، برای مسلمان شیعی نافذ است و می‌توان ایشان را به احکام دینی خودشان پایبند نمود. واضح است قید اولیه‌ای که بر قاعده الزام آمد و آن، عدم ضرر به شیعه بود، در اینجا نیز جاری است و در صورت وجود ضرر، حکم شیعی به اجرا درمی‌آید. اگرچه بهتر است نام عدم ضرر را قید نگذاریم و بگوییم نص قاعده، همین است و به لحاظ لسان امتنانی، تخصصاً شامل جایی که ضرری متوجه شیعه بوده باشد نخواهد بود.

۳ـ۳. رابطه دو سنی با یکدیگر

در این فرض باید میان هم‌مذهب بودن دو نفر و غیرهم‌مذهب بودن ایشان تفاوت قائل شویم؛ به این صورت که اگر دو سنی، هم‌مذهب بودند (برای مثال، دو شافعی برای حل مشکل ارث خود به دادگاه شیعه مراجعه کرده باشند)، با همان قید کلی قاعده الزام، اگر اجرای قانون شافعی، ضرری را متوجه شیعیان نکند، قانون دینی خاص شافعی در مورد ایشان به اجرا دربیاید ـ اطلاق این حکم را می‌توان به اطلاق مستفاد از باب الزام استفاده نمود، در جای خود در میزان حجیت قاعده الزام، مشخص شد که این قاعده، قاعده حل تعارض است نه قاعده مادی و در جهت نظام‌سازی و ایجاد روند برای روابط بین‌المللی افراد به‌صورت امتنانی وارد شده است ـ اما اگر ضرری متوجه شیعه بود، در این صورت، قانون شیعه است که اجرا خواهد شد. در صورت استنکاف دو شافعی از حکم شیعه، می‌توان احتجاج کرد که خودشان با میل و رغبت شخصی به دادگاه شیعه رجوع کرده‌اند و اگر می‌خواستند در درجه نخست، دعوا و رابطه خود را نزد مفتی محلی خود ببرند، می‌توانستند با قواعد دینی خود حل نمایند و به دادگاه شیعی مراجعه نمی‌کردند.

اما اگر یکی از اطراف رابطه، برای مثال شافعی بود و دیگری حنبلی، در اینجا چه باید کرد؟ قاعده حل تعارض دینی الزام تصریح داشت هرکدام را به دین خودشان ارجاع دهید با همان لسان امتنانی حکم شود؛ لذا در ابتدا ممکن است حکم مسئله مورد نظر در مذهب هر دو، محل وفاق بوده باشد که در اینجا اجرای حکم متوافق هر دو مذهب، فقط تخصیص می‌خورد به جایی که ضرری متوجه شیعیان گردد یا سبب علو غیرشیعه بر شیعه باشد، اما در غیر اینها، همان قانون متوافق، طبق قاعده الزام به اجرا درمی‌آید.

اما اگر قانون دو مذهب، متخالف بود: اگر در اجرای حکم مذهب هرکدام از این دو، سودی متوجه شیعیان بود یا حداقل، ضرری را به شیعه نمی‌رساند، حکم آن

مذهب، متّبع خواهد بود. اطلاق این حکم را می‌توان به اطلاق مستفاد از باب الزام استفاده نمود. در جای خود در میزان حجیت قاعده الزام مشخص شد که این قاعده، قاعده حل تعارض است نه قاعده مادی و در جهت نظام‌سازی و ایجاد روند برای روابط بین‌المللی افراد به‌صورت امتنانی وارد شده است و قید نفع مسلمان را هم به سبب همین امتنان از لسان قاعده استفاده نمودیم.

فرض کنیم دعوای این شافعی و حنبلی بر سر ارث بوده باشد و از قِبل ارثی که مثلاً قرار است به شافعی برسد کارخانه‌ای که دارای کارگران فراوان شیعه است اداره خواهد شد. بر اساس مذهب حنبلی، این ارث به شافعی می‌رسد و لذا همان قانون حنبلی را که ارث را به شافعی می‌دهد و سودی هم متوجه شیعیان می‌کند، اجرا خواهد شد. در نهایت، اگر با اجرای هر دو حکم در هر دو مذهب، ضرری متوجه شیعه بود، قانون شیعه، متبع خواهد بود.

۴ـ۳. رابطه دو مسیحی یا دو یهودی با یکدیگر

حکم این قسم، از رابطه دو سنی هم‌مذهب قابل دریافت است.

۵ـ۳. رابطه یک سنی با پیروان ادیان دیگر

۶ـ۳. رابطه یک یهودی با یک مسیحی

حکم این دو قسم نیز از رابطه دو سنی غیرهم‌مذهب قابل فهم است.

در انتها، به این دو تبصره در قاعده الزام نیز باید توجه کرد:

الف) حکم قاعده الزام، یک حکم جوازی است نه وجوبی؛ به این صورت که فرد مختار است شخص مقابل را به اعتقاداتش ملزم کرده و آثار آن را بار کند. ممکن است برخی بگویند قاعده الزام، حکم وجوبی می‌دهد؛ زیرا امر ظاهر در وجوب است و در برخی از روایات، از تعبیر فعل امر استفاده شده است.[1] اما با دقت در قرائن موجود در

۱. به‌عنوان نمونه: شهادت در نکاح (خویی، ۱۴۱۰، ج۱، ص۴۲۳)؛ قبول شهادت (مومن قمی، ۱۴۲۲، ص۵۰۱، باب قضا و شهادات)؛ جمع بین عمه و دختر برادر (همان)؛ عده مطلقه یائسه و صغیره (همان، ج۱،

روایات، مشخص خواهد شد که قاعده الزام، حکمی جوازی است. روایات قاعده الزام، درباره پرسش‌هایی است که شیعیان در ارتباط با اهل سنت یا کفار، از اهل بیت علیهم‌السلام می‌پرسند و استفاده فعل امر در پاسخ اهل بیت علیهم‌السلام دال بر وجوب نخواهد بود؛ زیرا اصل ازدواج با مطلقه از طریق طلاق ثلاث در مجلس واحد یا ارث بردن از اهل سنت، امری جایز است، لذا معنا ندارد امام، شیعیان را نسبت به یک امر جایز، امر کند؛ بلکه این عوامل، ظهور در رخصت و جواز انجام فعل دارد. البته اصل انتخاب حکم، جوازی است، اما التزام به لوازم و آثار آن انتخاب، واجب خواهد بود. اما در زمانی که پیروان سایر مذاهب به قاضی شیعه مراجعه کنند، استفاده از قاعده الزام برای قاضی شیعه ثمره دارد و قاضی مختار است مطابق با احکام شیعه یا مطابق با احکام مذهب افرادی که به او مراجعه کردند، حکم کند یا اینکه آنها را به قاضی از مذهب خودشان ارجاع دهد؛ لذا اجرای قاعده الزام از سوی قاضی به صورت اختیاری است. (رمضانی گیلانی، ۱۳۹۹، ص۱۷۶ ـ ۱۷۸)

ب) ویژگی اصلی نهاد تابعیت در نظام حقوقی اسلام و تفاوتش با تابعیت در نظام عرفی و معاصر، به‌ویژه نسبت به تابعیت تأسیسی در این است که دولت دینی اسلام، ملت خویش را تنها بر اساس داشتن اسلام و یا پیمان می‌سازد، که عناصر ارادی انسانی

ص۴۲۴)؛ حد زنا (منتظری، بی‌تا، ص۹۰)؛ طلاق بدون شاهد (همان)؛ طلاق جزئی از همسر (اراکی، ۱۴۱۳، ص۷۶)؛ حبوه (همان)؛ طلاق در حال حیض (شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۱۴۷)؛ ارث مادر (همان)؛ طلاق مکره، قسم بر طلاق، طلاق با نوشته (همان)؛ خیار رویت (همان)؛ خیار غبن، عقد سلم، تعصیب و ارث زوجه (همان، ج۱، ص۴۲۵)؛ سه طلاق در مجلس واحد (حلی، ۱۴۰۱، ص۹۸)؛ میراث مجوس (شهید اول، ۱۴۱۴، ج۳، ص۶۲۶)؛ غسل میت مخالف (همان، ۱۴۱۱، ج۲، ص۹۲)؛ نماز بر میت سنی (نجفی، ۱۴۰۴، ج۱۲، ص۴۷)؛ کسب عامل سلطان (مجلسی، ۱۴۰۶ (ب)، ج۶، ص۴۸۵)؛ خرید مال مسروقه (همان، ج۷، ص۱۲۵)؛ عقد موقت (همان، ج۸، ص۴۶۴)؛ حد سرقت (همان، ج۱۰، ص۲۳۵)؛ جواز تحلیف یهود و نصاری به کتاب خودشان (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج۸، ص۲۷۹)؛ نهی از منکر (خمینی، بی‌تا، مسئله ۲ از مسائل شرایط وجوب امربه‌معروف و نهی‌ازمنکر)؛ اکتساب به اعیان نجسه (لاری، ۱۴۱۸، ج۱، ص۲۳)؛ ماخوذه به حکم جائر (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص۶۲)؛ صحت تمامی عقود (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲، ص۱۳۹) و صحت وقف (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۷۲۲).

هستند و به هیچ‌وجه به عناصر غیرارادی و بعضاً غیرانسانی، همچون عناصر نژادی، قومی و قبیله‌ای، تاریخی، زبانی، سرزمینی و حتی اقامتگاهی توجهی نمی‌کند. برخلاف نظام‌های حقوقی معاصر در دولت‌های مختلف که تابعیت تأسیسی خود را عمدتاً بر مبانی قومی، سرزمینی، تاریخی و اقامتگاهی استوار می‌سازند و به دلیل همین اختلاف است که در نظام حقوقی اسلام، نقش فرد و اراده آزاد او در داشتن و نداشتن تابعیت، بسی برجسته‌تر از نظام معاصر جلوه می‌کند. (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲، ص۹۳)

۴. قاعده حل تعارض در احوال شخصیه در حقوق ایران

حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران، بر مبنای فقه امامیه پایه‌ریزی شده است. عنوان، یکی از موضوعات مشخص احوال شخصیه است. احوال شخصیه برحسب هریک از اقلیت‌های رسمی کشور، متفاوت و متنوع است و تعارضات قوانین مربوط به احوال شخصیه این اقلیت‌ها و احوال شخصیه شیعه، زمینه‌ای است تا قانون‌گذار بتواند برای رفع تعارض، به قاعده الزام به‌عنوان یک راهکار تمسک جوید.

در اسلام، فرزندخوانده که تحت سرپرستی خانواده دیگری غیر از پدر و مادر اصلی خویش قرار می‌گیرد، فرزند محسوب نمی‌شود و هیچ‌گونه حقی در ارث سرپرستان خود بعد از وفات آنان ندارد؛ لذا فرزندخواندگی از موجبات ارث شمرده نشده است. اما در مقررات زرتشتیان، فرزندخوانده همانند وارثان دیگر، استحقاق ارث دارد (ماده ۴۴ آیین‌نامه احوال شخصی زرتشتیان ایران). این دو اعتبار قانونی، در موردی که فرزندخوانده، مسلمان بوده و سرپرست او، زرتشتی است، مجالی را برای ظهور و حضور قاعده الزام فراهم می‌سازد. در تطبیق آن قاعده بر مثال بالا، وارثان زرتشتی مذهب نمی‌توانند به استناد عدم فرزندخواندگی منجر به توارث در اسلام، مانع ارث بردن فرزندخوانده مسلمان شوند. در قوانین وضعی ما، اشاره صریحی به قاعده الزام نشده است، اما در قالبی کلی، به گونه‌ای که مفاد آن گاهی قابل تعمیم باشد، در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب تیر ماه ۱۳۲۳ به‌صورت زیر درج

شـده اسـت: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشیعی، که مذهب آنان به رسـمیت شـناخته شـده محاکم باید قواعد و عادات مسلّمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱. در مسـائل مربـوط به نـکاح و طلاق، عادات و قواعد مسـلمه متداوله در مذهبی که شوهر، پیرو آن است.

۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی.

۳. در مسـائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسـلمه متداوله در مذهبی کـه پدرخوانـده یـا مادرخوانـده پیرو آن اسـت.» (قانـون اجـازه رعایت احوال شـخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، ۱۳۲۳)

۵. تزاحم قاعده الزام و ماده واحده احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه

الف) بند یک این ماده واحده: گاهی در مواردی که زوج، شیعه باشد و زوجه، غیرشیعه، با قاعده الزام، تزاحم می‌کند: برای روشـن شـدن مطلب، این مثال ذکر می‌شـود: امامیه معتقدند رتق و عفل در زن، از موجبات فسخ نکاح نیست. در مقابل، مالکیه و حنابله معتقدند که اینها سـبب فسـخ زوج هستند. حال چنانچه مرد شیعی با زنی ازدواج کند کـه مالکـی یـا حنبلی و مبتلی به یکی از دو بیماری بوده باشـد، بنا بر بند ۱ ماده واحده فوق، باید طبق مذهب شوهر شیعی داوری گردد و او حق فسخ نکاح را نخواهد داشت؛ درحالی‌که طبق قاعده الزام، باید زن را به فسخ الزام کرده و از او جدا شود.

ب) بنـد دوم نیـز در مـواردی دچـار این تزاحم اسـت. به‌عنوان مثال: اگر شـخصی سـنی فـوت کند و دختری شـیعه از او باقی بماند، طبق قوانین فقـه امامیه، تمامی ارث به او تعلق می‌گیرد. اما بر اسـاس مقررات فقه اهل سـنت، سـهم او از ارث، نصف ترکه اسـت و ما بقی به برادران متوفی می‌رسـد. چنان‌که ملاحظه می‌شـود در این فرض، بند دوم ماده واحده حکم می‌کند که دختر از نصف ارث منع شـود؛ حال آنکه لازمه قاعده

الزام، بهره‌مندی او از تمام ارث است. قانون وضعی، راهکاری را برای رفع این تزاحم به نفع قاعده الزام در نظر نگرفته است.

نگاهی به قانون مدنی، این نکته را آشکار می‌سازد که در موارد چندی، قانون‌گذار با نادیده گرفتن، غفلت و یا تغافل از قاعده الزام، قانون را جعل کرده است:

شاید مهم‌ترین این موارد را بتوان مناسبات اقتصادی و روابط تجاری دانست. در مسائل مالی و اقتصادی مثال‌هایی را می‌توان نشان داد که قوانین مدون، مانع ایفای نقش قاعده الزام می‌شوند. برای نمونه: ماده هفت قانون مدنی 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.» برخی دولت‌ها، اتباع خود را که مقیم کشور بیگانه‌اند تابع مقررات دولت محل اقامت می‌دانند (مانند انگلیس و آمریکا) و به‌عبارت‌دیگر، اقامتگاه را بر تابعیت ترجیح می‌دهند. چنانچه فرد غیرشیعه و تبعه چنین دولتی در ایران اقامت گزیند، در مناسباتش با شیعه می‌توان او را به استناد قاعده الزام به امری که به نفع شیعه است الزام کرد؛ حال آنکه طبق ماده ۷ قانون مدنی، امکان این بهره‌مندی از شیعه ایرانی سلب شده است. حتی رویه دادگاه‌های دادگاه‌های ایران این است که اتباع بیگانه‌ای را که دولت آنان با ایران عهدنامه مشترک ندارد، مشمول این قانون دانسته و در عمل، احوال شخصیه آنان را تابع قانون دولت متبوعشان قرار داده می‌دهند.

در تدوین بسیاری از قوانین جاری کشور، به قاعده الزام کمتر توجه شده و در عمل، به قوانین عادی ارجاع داده شده است؛ مانند عدم وجود قانون درباره احوال شخصیه در کشور متبوع تبعه خارجی، وجود تابعیت مضاعف، استثنائات قاعده اعمال قانون ملی نسبت به احوال شخصیه (احاله، نسب، اهلیت و اشخاص بدون تابعیت) ماده ۹۸۷ ق.م تبصره دوم ماده مذکور و مثال‌های دیگری از این دست. (فتاحی، ۱۳۹۰، ص۱۵۰ـ۱۴۴)

به صورت کلی، آنچه قانون و حقوق جمهوری اسلامی به‌عنوان قاعده حل تعارض

در نظر گرفته است، قاعده‌ای است ترکیبی. به‌عبارت دیگر قاعده‌ای است دوگانه، گاهی عنصر تابعیت و گاهی عنصر دین. در برخی موارد، دین و مذهب مورد توجه قرار گرفته است مانند ماده واحده رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه و در برخی دیگر، عنصر تابعیت به رسمیت شناخته شده است مانند ماده ۷ قانون مدنی. لذا بسیاری از تعارضاتی که در بالا نیز نمونه‌هایی گذشت، ناشی از همین دوگانگی و عدم تعیین قاعده اصلی است.

با ارائه قاعده حل تعارض الزام (مذهب تبعی) هم از این تعارضات و تزاحمات قانون و فقه پیشگیری حاصل خواهد شد و هم قاعده مرضی دینی پا به منصه قانون گذارده و به رسمیت شناخته خواهد شد.

۶. موانع اجرای قاعده حل تعارض در احوال شخصیه

علاوه بر موانع عمومی اجرای قانون خارجی (مانند نظم عمومی و مخالفت با دین و مذهب و تقلب)،[1] موانع مطروحه در احوال شخصیه در حقوق متعارف را این گونه برشمرده‌اند: عدم وحدت قوانین خارجی، عدم وجود قانون خارجی، وجود تابعیت مضاعف، اشخاص بدون تابعیت، احاله، نسب، اهلیت و اختلاف تابعیت در روابط شخصی و خانوادگی. در اینجا می‌خواهیم به موانع اجرای قاعده حل تعارض مختار (مذهب تبعی) اشاره‌ای داشته باشیم:

الف) صورتی که فرد، دین آسمانی نداشته باشد و یا کلاً بی‌دین و کافر بوده باشد:

۱. ضرورت دارد که در نظام‌های تعارض قوانین مختلف، گرچه اعمال قانون خارجی را به طور مستقیم (ماده ۶ قانون مدنی ایران) و یا غیرمستقیم، با به رسمیت شناختن آزادی یا حاکمیت اراده طرفین دعاوی (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران) می‌پذیرند، اما درعین‌حال، برای زمانی که اعمال قانون خارجی در مواردی با قواعد و اصول گذشت‌ناپذیر مقرّ دادگاه مغایرت داشته باشد، تمهیداتی را بیندیشند. ازاین‌رو مشاهده می‌گردد که در رژیم‌های حقوقی کشورهای مختلف، قواعدی پیش‌بینی شده است که به‌موجب آنها چنانچه قانون خارجی اساساً با قواعد آمره و یا با نظم عمومی کشور مقرّ دادگاه مغایرت داشته باشد، آن قانون که اصولا باید اعمال می‌شد، اعمال نخواهد شد. (نیکبخت، ۱۳۸۵، ص۱۱۱)

قاعـده حـل تعارض شـیعی کـه بیان آن گذشـت، در تمـام صور، دو طـرف رابطه را دارای دینـی آسـمانی می‌انگاشـت و به حل تعـارض مبادرت می‌ورزید. حـال اگر یکی از اطراف این رابطه، بی‌دین بوده باشـند و یا دین آسـمانی نداشـته باشـند، اگرچه این صورت، ذیل قاعده حل تعارض الزام قرار نمی‌گیرد (زیرا قاعده یا «الزموا بما الزموا» را آورده بود که مختص روابط شیعیان با اهل سنت بود که صورت مسئله در اینجا فرق دارد و یا «یجوز علی اهل کل ذی‌دین ما یستحلون» بود که ذی‌دین در محل بحث، منتفی است)، اما اسلام برای این حالت نیز راه حل‌هایی در نظر گرفته است:

بـا در نظـر گرفتـن مذاق کلی شـریعت، کـه مبتنی بر احتـرام به قوانین دیگـران و به رسـمیت شـناختن حقوق غیرمسـلمانان که با اسـلام سرِ جنگ ندارند، می‌توان به این مسـئله پی برد که دأب و روش اسـلام بر این امر بنا نهاده شـده اسـت که حتی‌الامکان، حقوق دیگران را به رسمیت شناخته و با آنان، با سلم و مدارات برخورد نماید. از طرف دیگـر، در صـورت مسـئله مـا کـه مثـلاً دو بی‌دین به دسـتگاه قضـاوت شـیعی مراجعه کرده‌انـد یـا مثـلاً یـک هندو و یک چینـی لائیک به محضـر قاضی شـیعه آمده‌اند، حل خصومـت و حـل مشـکل، از مفروضات قضاوت اسـلامی به شـمار می‌آیـد و دیدن این دو روحیه کلی در کنار هم، لزوم صدور حکم قاضی شیعه برای این چنین دعاوی را به ذهن متبادر می‌نماید. و باز هم اگر با اجرای قانون ایشان، ضرری متوجه شیعیان نباشد، اجرای آن قانون، درست به نظر می‌رسد.

از طرفی، با تنقیح مناط یا الغای خصوصیت از قواعدی همچون: «لکل قوم نکاح»، حداقـل می‌تـوان عـلاوه بر نکاح، همه احوال شـخصیه دیگر را هم ذیـل آن گنجاند و با احترام به قواعد ایشان، به حل خصومت میانشان مبادرت نمود.

از جانب سوم، قواعد عمومی دیگر مثل قاعده عقلی احتیاط، اگر امکان آن موجود باشـد که بین حکم هر دو جمع شـود، یا حل خصومت به نحو ایجاد مصالحه میان دو طرف نیز در مرتبه بعدی، محل اعتنا خواهند بود.

در آخر، اگر قلت و ان قلت هایی به مراحل بالایی باشد، با تنقیح مشروعیت اجرای قاعده قرعه (القرعه لکل امر مشکل) در مسئله مزبور می‌توان به حل مسئله مبادرت ورزید.

ب) اجرای این قاعده، در مواردی جایز است که نفس انجام فعل برای شیعیان حرام نبوده باشد. شرب حرام و نجس و همچنین زنا و لواط درصورتی‌که بنا بر معتقدات کفار جایز باشد، برای شیعیان جایز نخواهد بود؛ هرچند که نکاح با محارم، نزد مجوسیان جایز است، ولی این عمل در فقه تشیع، جایز نیست. به نظر می‌رسد که در افعالی که از جهت حکم تکلیفی و وضعی حرام هستند، نمی‌توان قاعده الزام را جاری نمود؛ هرچند که بنا بر اعتقادات ملزم، چنین عملی حرام و باطل نباشد. (حسینی شیرازی، ۱۳۷۸، ص۷۷)

ج) علاوه بر این موارد، برخی معتقدند رعایت قوانین عامه کشور اسلامی و همچنین ملتزم بودن به تعهدات، از استثنائات قاعده الزام است؛ زیرا این موارد، از جمله اموری است که رعایت آنها بر همه واجب است و حتی اگر از جانب ملزم واجب نبوده باشد، نمی‌توان آنها را ترک کرد؛ چراکه این امور از موضوعاتی هستند که ادله قاعده الزام، منصرف از آنهاست و در واقع، عمل کردن در این گونه موضوعات، به دلیل ادله اولیه‌ای است که بر قاعده الزام حاکم است. (رمضانی گیلانی، ۱۳۹۹، ص۲۹۱ ـ ۲۹۷)

نتیجه گیری

- در رصد ادله فقهی ناظر بر قاعده الزام می‌توان دلالت موسع آن را ثابت نموده و بر همین اساس در تمام روابط احوال شخصیه بین شیعه و غیرشیعه آن را به کار بست.
- در قواعد حل تعارض ـ صرف نظر از قوانین مادی ـ معطوف به احوال شخصیه دو نظر عمده حقوقی وجود دارد: قاعده تابعیت و قاعده اقامتگاه.
- قاعده الزام را می‌توان با عنوان مذهب تبعی در فضای حقوق بین الملل در منازعات احوال شخصیه به عنوان قاعده حل تعارض معرفی نمود. (تأسیس قاعده حل تعارض پیش از رجوع به قواعد مادی)

- قاعده حل تعارض در حقوق ایران دچار اضطراب و دوگانگی می‌باشد گاهی عنصر تابعیت و گاهی عنصر دین، مورد معرفی و منشأ عمل قرار گرفته‌اند و لذا موارد مشترک دچار تعارض در اعمال قاعده خواهند بود. این مهم تأسیس و معرفی قاعده مرجع (مذهب تبعی) را در این زمینه روشن می‌کند.
- به عواملی هم چون کافر بودن یا دین آسمانی نداشتن فرد، حرمت انجام فعل برای شیعه و رعایت قوانین عامه کشوری و ملتزم بودن به تعهدات به عنوان موانع اختصاصی این قاعده در کنار موانع قواعد حل تعارض دیگر می‌توان اشاره نمود. (استثنائات مذهب تبعی)

فهرست منابع

۱. **قرآن کریم**

۲. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۳ق)، **رسالة في الإرث**، قم: مؤسسه در راه حق.

۳. ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۹۸ش)، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، تهران: بهتاب.

۴. الماسی، نجادعلی (۱۳۹۹ش)، **تعارض قوانین**، تهران: انتشارات مجد.

۵. امامی، حسن (۱۳۷۴ش)، **حقوق مدنی**، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸ش)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۷. حبیب‌زاده، طاهر (۱۳۹۵ش)، **حقوق بین‌الملل خصوصی؛ بایسته‌های تعارض قوانین به زبان ساده**، تهران: انتشارات خرسندی.

۸. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۳۷۸ش)، **القواعد الفقهیه**، قم: بیت شیرازی.

۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۰۱ق)، **أجوبة المسائل المُهَنّائیة**، قم: چاپخانه خیام.

۱۰. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، قم: نشر مدینة العلم.

۱۱. دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۲ ش)، **اسلام و حقوق بین الملل خصوصی**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۱۲. رمضانی گیلانی، رضا (۱۳۹۹ش)، **قاعده الزام**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.

۱۳. روزکرانس، ریچارد (۱۳۸۲ش)، «جهانی شدن و تحول مفهوم کشورها»، **مجموعه مقالات جهانی شدن؛ برداشت‌ها و پیامدها**، ترجمه: سید محمدکاظم سجادپور، تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه.

۱۴. سلیمی، عبدالحکیم (۱۳۸۶ش)، **نقش اسلام در توسعه حقوق بین‌الملل**، قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله.

۱۵. شهید اول، محمدبن مکی عاملی (۱۴۱۴ق)، **غایة المراد في شرح نکت الإرشاد**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۱۶. شیخ‌الاسلامی، سید محسن (۱۴۰۰ق)، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، تهران: انتشارات مجد.

۱۷. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۴۰۳ق)، **تفسیر المیزان**، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.

۱۸. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۹۰ق)، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۱۹. ـــــــــ (۱۴۰۷ق)، **تهذیب الأحکام**، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۲۰. عدل، مصطفی (۱۳۸۵ش)، **حقوق مدنی**، تهران: طه.
۲۱. فتاحی، سید محسن (۱۳۹۰ش)، **بررسی قاعده الزام از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه**، قم: نشر ادیان.
۲۲. کسینجر، هنری (۱۳۹۸ش)، **نظم جهانی؛ تاملی در ویژگی ملت‌ها و جریان تاریخ**، ترجمه: محمدتقی حسینی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۲۳. لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق)، **التعلیقة علی المکاسب**، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۲۴. مدرسی طباطبایی، سید حسین (۱۳۶۲ش)، **زمین در فقه اسلامی**، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۲۵. مرادی، علی‌اصغر (۱۳۸۹ش)، **واژه‌نامه فقه سیاسی**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.
۲۶. مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۰ش)، **جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن**، قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله.
۲۸. ـــــــــ (۱۳۹۶ش)، **آموزش عقاید**، قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله.
۲۹. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (بی‌تا)، **کتاب الحدود**، قم: انتشارات دار الفکر.
۳۰. مومن قمّی، محمد (۱۴۲۲ق)، **مبانی تحریر الوسیلة؛ کتاب الحدود**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله.
۳۱. ناس، جان (۱۴۰۰ش)، **تاریخ جامع ادیان**، ترجمه: علی‌اصغر حکمت، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۳۲. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت: دار إحیاء التراث العربي.

۳۳. نصیری، محمد (۱۴۰۰ش)، **حقوق بین‌الملل خصوصی**، تهران: آگه.
۳۴. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۵ش)، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، نشریه **تحقیقات حقوقی**، پاییز و زمستان، شماره ۴۴.
۳۵. یوراس، گوستافسون (۱۳۹۰ش)، **حقوق بین‌الملل دریاها**، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات جنگل.