



دوره مطالعات تحلیلی/تطبیقی حقوق بین الملل خصوصی

۱۰

تعارض قوانین

مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی
با تأکید بر احوال شخصیه

مصطفی دانش پژوه
دانشیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

پاییز ۱۴۰۱

دانش پژوه، مصطفی، ۱۳۳۵-

تعارض قوانین؛ مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه / مصطفی دانش پژوه - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی، ۱۴۰۱.
۲۴۰ ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۶۳۲؛ حقوق و فقه اجتماعی: ۷۴)
دوره مطالعات تحلیلی / تطبیقی حقوق بین الملل خصوصی؛ ۱۰.

ISBN: 978-600-298-385-5

بها: ۸۴۰۰۰ ریال

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

عنوان دیگر: مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه.

۱. حقوق بین الملل خصوصی (فقه). ۲. Conflict of laws (Islamic law). ۳. حقوق بین الملل خصوصی -- ایران -- حقوق خانواده. ۴. Conflict of laws -- Domestic relations -- Iran. ۵. حقوق بین الملل خصوصی (فقه) - ایران. ۶. Conflict of laws (Islamic law) -- Iran. ۷. حقوق خانواده (فقه). ۸. Domestic relations (Islamic law). ۹. حقوق خانواده -- ایران. ۱۰. Domestic relations -- Iran. ۱۱. حقوق بین الملل خصوصی -- ایران. ۱۲. Conflict of laws - Iran. الف.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

رده‌بندی کنگره K ۷۰۴۰

رده‌بندی دیویی ۳۴۰/۹

شماره کتاب‌شناسی ملی ۸۸۴۵۲۳۲

این کتاب با کاغذ حمایتی منتشر شده است.



تعارض قوانین؛ مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه

مؤلف: مصطفی دانش پژوه (دانشیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه)

ناشران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی

صفحه‌آرایی: نظم قلم

چاپ اول: پاییز ۱۴۰۱

تعداد: ۳۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم-سبحان

قیمت: ۸۴۰۰۰ تومان

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی

محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، نیش میدان علوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۰۰

(انتشارات ۳۲۱۱۱۳۰۰) نمابر: ۳۲۸۰۳۰۹۰، ص.ب. ۳۷۱۸۵-۳۱۵۱

تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، کوی اُسکو، پلاک ۴، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰

www.rihu.ac.ir

info@rihu.ac.ir

فروشگاه اینترنتی: http://rihu.ac.ir/fa/book

مرکز پخش: قم، خیابان معلم، مجتمع ناشران، طبقه همکف، پلاک ۲۷، تلفن: ۰۲۵-۳۷۸۴۲۶۳۵-۶

سخن ناشران

نیاز گسترده دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی به منابع و متون درسی در رشته‌های علوم انسانی و محدود بودن امکانات مراکز علمی و پژوهشی که خود را موظف به پاسخگویی به این نیازها می‌دانند، ایجاب می‌کند امکانات موجود با همکاری دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی در مسیر اهداف مشترک به خدمت گرفته شوند و افزون بر ارتقای کمی و کیفی منابع درسی و جلوگیری از دوباره‌کاری، گامی در مسیر تولید دانش‌های مربوط برداشته شود؛ ازاین‌رو، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی برای نیل به هدف یادشده، سومین اثر مشترک خود را با عنوان «تعارض قوانین؛ مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه» به جامعه علمی کشور عرضه می‌کنند.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، ما را در جهت ارتقای کیفی کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار موردنیاز جامعه دانشگاهی جمهوری اسلامی ایران یاری دهند.

این اثر که پژوهشی بنیادین در قلمرو مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه اسلامی در موضوع تعارض قوانین است و پیش از آن در ادبیات حقوقی و فقهی، مستقلاً مورد تحقیق قرار نگرفته است، می‌تواند در راستای گسترش و تعمیق دامنه بحث استادان محترم و دانشجویان کارشناسی ارشد و دکتری حقوق خصوصی و حقق بین‌الملل به عنوان منبع درسی مورد استفاده قرار گیرد، افزون بر آن، امید می‌رود علاقه‌مندان حوزوی و دانشگاهی مطالعه و پژوهش در این عرصه را نیز یآوری کند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از تلاش‌های مؤلف محترم اثر، حجت‌الاسلام والمسلمین
مصطفی دانش‌پژوه و نیز از ارزیابان محترم، مرحوم آیت‌الله محمدعلی مظفری شاهرودی و
حجت‌الاسلام والمسلمین دکتر سیدحسن وحدتی شبیری سپاسگزاری کند.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی

فهرست اجمالی

پیش‌گفتار: تعریف پژوهش	۱
مقدمه	۱۱

فصل اول: صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی

مقدمه و طرح بحث	۱۷
گفتار نخست: قاعدهٔ تقریر	۲۱
گفتار دوم: قاعدهٔ الزام	۳۲

فصل دوم: شرایط اجرای قانون خارجی

گفتار نخست؛ فقدان احاله درجه اول	۸۶
گفتار دوم: عدم مخالفت با نظم عمومی	۱۰۵
گفتار سوم؛ عدم تقلب	۱۳۰

فصل سوم: شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه یا تعارض متحرک (صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی)

مقدمه	۱۶۹
طرح بحث	۱۷۰
گفتار اول: تعارض متحرک در حقوق عرفی و رایج	۱۷۱
گفتار دوم: تعارض‌های متحرک در فقه و حقوق اسلامی	۱۸۲
گفتار سوم: تعارض‌های متحرک در حقوق ایران و سایر کشورهای اسلامی	۲۰۱
منابع و مآخذ	۲۰۷
نمایه‌ها	۲۱۷

فهرست تفصیلی

پیش‌گفتار: تعریف پژوهش	۱
مقدمه	۱۱

فصل اول: صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی

مقدمه و طرح بحث	۱۷
گفتار نخست: قاعدهٔ تقریر	۲۱
مبحث اول: جایگاه و مفهوم عمومی قاعده	۲۱
مبحث دوم: دلایل قاعده	۲۳
مبحث سوم: قلمرو قانونی قاعده	۲۷
مبحث چهارم: قلمرو انسانی قاعده	۲۸
مبحث پنجم: قلمرو موضوعی قاعده	۲۹
مبحث ششم: قاعده تقریر و حقوق ایران	۳۰
گفتار دوم: قاعدهٔ الزام	۳۲
مبحث اول: جایگاه و مفهوم عمومی قاعده	۳۲
مبحث دوم: ماهیت قاعده	۳۳
مبحث سوم: قلمرو موضوعی قاعده	۳۴
مبحث چهارم: قلمرو قانونی قاعده	۳۴
مبحث پنجم: قلمرو انسانی قاعده	۳۵
مقدمه	۳۵
بند یک: روابط و دعاوی حقوقی شیعیان	۳۷
الف) روابط و دعاوی حقوقی مسلمان شیعی با مسلمان غیر شیعی؛ پایگاه اصلی قاعده	۳۷
ب) روابط و دعاوی حقوقی شیعیان با یکدیگر	۴۳
۱. روابط شیعیان جعفری اثناعشری با دیگر طوایف شیعی	۴۴

۴۴	۲. روابط دیگر طوایف شیعی با یکدیگر
۴۵	۳. روابط دوشیعی اثناعشری با یکدیگر
۴۶	ج) روابط و دعاوی مسلمانان شیعی با غیر مسلمانان
۴۹	بند دو: روابط و دعاوی حقوقی غیر شیعیان با یکدیگر
۴۹	مقدمه
۴۹	الف) روابط و دعاوی حقوقی دو غیر شیعه همانند، به ویژه دو کتابی هم کیش
۵۱	یک: تبیین دیدگاه نخست؛ صلاحیت قطعی قانون اسلامی
۵۳	دو: تبیین دیدگاه دوم (صلاحیت تخییری) و ادله آن
۵۵	سه: ارزیابی ادله دیدگاه های اول و دوم
۵۷	چهار: تبیین دیدگاه سوم و چهارم (صلاحیت قانون خارجی)
۶۰	ب) دعاوی دو غیر شیعه ناهمانند
۶۰	مقدمه و طرح بحث (تبیین منطق کلی حاکم بر بحث)
۶۲	نگاه نخست: جایگاه قاعده الزام
۶۳	نگاه دوم: جایگاه استناد به اصل و استثنا
۶۵	نگاه سوم، مرجحات یکی از دو قانون خارجی
۶۹	یک: روابط و دعاوی مسلمانان غیر شیعی با یکدیگر و با غیر مسلمانان
۶۹	اول) روابط و دعاوی حقوقی مسلمانان غیر شیعی با یکدیگر
۷۰	دوم) روابط و دعاوی حقوقی مسلمانان غیر شیعی با غیر مسلمانان
۷۱	دو: روابط و دعاوی حقوقی دو غیر مسلمان
۷۳	مبحث ششم: قاعده الزام و حقوق ایران

فصل دوم: شرایط اجرای قانون خارجی

۸۶	گفتار نخست؛ فقدان احاله درجه اول
۸۶	مبحث اول: زمینه احاله و شرایط پیدایش آن
۸۶	بند یک: زمینه احاله
۸۸	بند دو: شرایط پیدایش
۸۸	مبحث دوم: تعریف احاله و انواع آن

بند یک: تعریف	۸۸
بند دوم: انواع احاله	۸۹
مبحث سوم: حکم احاله از نگاه دانشمندان حقوق و قوانین دولت‌ها	۹۰
بند یک: دیدگاه دانشمندان	۹۰
الف) دیدگاه عدم‌پذیرش احاله مطلقاً	۹۰
ب) دیدگاه پذیرش احاله مطلقاً	۹۱
ج) دیدگاه پذیرش مشروط و تفصیلی	۹۲
بند دو: قوانین دولت‌ها	۹۳
الف) حقوق سایر دولت‌ها	۹۳
یک) عدم‌پذیرش احاله مطلقاً	۹۳
دو) پذیرش احاله مطلقاً	۹۴
سه) پذیرش مشروط و تفصیلی	۹۴
ب) حقوق ایران: پذیرش تفصیلی بر مبنای درجه احاله	۹۵
مبحث چهارم: تحلیل منطقی احاله (کیفیت و منشأ صلاحیت قانون خارجی) و نتیجه آن	۹۶
بند یک: صلاحیت ذاتی و اعلامی	۹۷
بند دو: صلاحیت عارضی و اعطایی	۹۸
مبحث پنجم: احاله در فقه و حقوق اسلامی	۱۰۰
طرح بحث	۱۰۰
بند یک: گروه نخست؛ دعاوی دو غیرمسلمان	۱۰۲
بند دو: گروه دوم؛ دعاوی مسلمان - غیرمسلمان	۱۰۳
بند سه: نتیجه و جمع‌بندی نهایی	۱۰۴
گفتار دوم: عدم‌مخالفت با نظم عمومی	۱۰۵
مقدمه	۱۰۵
مبحث اول: مفهوم عام، خاص و اخص «نظم عمومی»	۱۰۷
مبحث دوم: دایره شمول، مرجع تشخیص و چگونگی تشخیص نظم عمومی	۱۱۲
مبحث سوم: آثار مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی	۱۱۴
بند یک: کیفیت تأثیر	۱۱۴

بند دو: شدت تأثیر	۱۱۵
مبحث چهارم: نظم عمومی در فقه و حقوق اسلامی	۱۱۹
بند یک: طرح بحث	۱۱۹
بند دو: اصطلاحات فقهی مترادف با نظم عمومی	۱۲۰
مبحث پنجم: نظم عمومی در حقوق ایران	۱۲۸
گفتار سوم؛ عدم تقلب	۱۳۰
مبحث اول: تقلب در حقوق عرفی	۱۳۱
بند یک: مفهوم و تعریف تقلب	۱۳۱
بند دو: ارکان و عناصر تقلب	۱۳۳
بند سه: انواع تقلب و تقلب موضوع بحث	۱۳۵
بند چهار: اثر و نتیجه تقلب در هریک از انواع تقلب	۱۳۵
بند پنج: شرایط اعمال قاعده	۱۳۸
مبحث دوم: تقلب در فقه حقوق اسلامی	۱۳۹
بند یک: تقلب و حيله	۱۴۰
بند دو: تقلب و لاضرر	۱۴۶
الف) مفهوم دو قاعده و آثار هریک	۱۴۷
ب) نسبت دو قاعده با یکدیگر	۱۴۹
یک: جهت اول، تقلب و قصد ایراد ضرر	۱۴۹
دو: جهت دوم؛ تقلب و وقوع ضرر بالفعل	۱۴۹
بند سه: تقلب و جهت نامشروع	۱۵۱
الف) مفهوم قاعده و آثار آن	۱۵۲
یک: در حقوق	۱۵۲
دو: در فقه	۱۵۴
ب) نسبت دو قاعده با یکدیگر	۱۵۵
ج) نتیجه نهایی	۱۵۹
بند چهار (تقلب و نقض غرض	۱۶۰

الف) مفهوم نقض غرض و آثار آن	۱۶۰
ب) استناد به قاعده ممنوعیت نقض غرض در بحث تقلب	۱۶۲
بند پنج: نتیجه نهایی و کلی	۱۶۴

فصل سوم: شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه یا تعارض متحرک (صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی)

مقدمه	۱۶۹
طرح بحث	۱۷۰
گفتار اول: تعارض متحرک در حقوق عرفی و رایج	۱۷۱
بند یک) قلمرو اجرای قانون در زمان	۱۷۱
بند دو) تعارض قوانین در زمان در حقوق داخلی	۱۷۲
الف) زمینه پیدایش	۱۷۲
ب) مهم‌ترین موارد پیدایش	۱۷۳
ج) قاعده حاکم بر تعارض قوانین در زمان	۱۷۴
بند سه) «تعارض‌های متحرک» یا «تعارض قوانین در زمان در حقوق بین‌الملل خصوصی»	۱۷۵
بند چهار) انواع تعارض‌های متحرک و انواع روابط قانون دولت سابق و قانون دولت لاحق و تعیین محل اصلی نزاع	۱۷۷
الف) انواع تعارض‌های متحرک	۱۷۷
ب) انواع روابط قانونی دولت سابق و قانون دولت لاحق	۱۷۸
بند پنج) قاعده حاکم بر تعارض‌های متحرک؛ شرایط و حدود اجرای قاعده	۱۷۹
الف) قاعده حاکم بر تعارض متحرک	۱۷۹
ب) شرایط اجرای قاعده	۱۸۰
ج) حدود اجرای قاعده	۱۸۰
بند شش) تفاوت تعارض قوانین در زمان در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی به لحاظ منشأ پیدایش ...	۱۸۱
گفتار دوم: تعارض‌های متحرک در فقه و حقوق اسلامی	۱۸۲
بند یک) تمهید	۱۸۲
بند دو) ریشه قرآنی بحث	۱۸۳

الف) كفاره صيد.....	۱۸۴
ب) قاعده جبّ.....	۱۸۴
ج) تحریم ربا.....	۱۸۵
یک: مضمون آیات و ترسیم تعارض قوانین در زمان.....	۱۸۶
دو: قاعده حاکم بر تعارض قوانین در زمان.....	۱۸۷
سه: اقوال مفسران و فقیهان.....	۱۸۷
د) نکاح‌های ممنوعه.....	۱۸۸
یک: مضمون آیات و ترسیم تعارض قوانین در زمان.....	۱۸۹
دو: قاعده حاکم بر تعارض قوانین در زمان.....	۱۹۰
سه: اقوال مفسران و فقیهان.....	۱۹۱
بند سه: زمینه‌های فقهی و حقوقی.....	۱۹۲
الف) تقلید.....	۱۹۳
ب) عبادات.....	۱۹۵
ج) نکاح.....	۱۹۶
د) مهر.....	۱۹۷
ه) نفقه.....	۱۹۸
و) نسب و توارث.....	۱۹۹
ز) طلاق.....	۲۰۰
ح) قراردادهای.....	۲۰۰
گفتار سوم: تعارض‌های متحرک در حقوق ایران و سایر کشورهای اسلامی.....	۲۰۱
منابع و مآخذ.....	۲۰۷
الف) فارسی.....	۲۰۷
ب) عربی.....	۲۱۰
ج) قوانین و آیین‌نامه‌ها.....	۲۱۵
د) انگلیسی.....	۲۱۶
نمایه‌ها.....	۲۱۷

به نام خداوند جان و خرد	کزین برتر اندیشه بر نگذرد
تو را دانش دین رهاند درست	در رستگاری ببايدت جُست
به گفتار پیغمبرت راه جوی	دل از تیرگی‌ها بدین آب شوی
که «من شهر علمم، علیم در است»	درست، این سخن گفت پیغمبر است...
اگر چشم داری به دیگرسرای	به نزد نبی و وصی گیر جای ^۱

با نام خدای می‌آغازم و پیش از هر سخن، او را حمد و سپاس می‌گوییم و بر محمد و آل، درود می‌فرستیم.

پیش‌گفتار: تعریف پژوهش

پیش از هر سخن، بایسته است پژوهش حاضر را در چند بند معرفی کنیم:

الف) پایگاه پژوهش: از میان چهار موضوع تابعیت، اقامتگاه، وضعیت حقوقی بیگانگان و تعارض قوانین که معمولاً در «حقوق بین‌الملل خصوصی» از آن‌ها بحث می‌کنند، «تعارض قوانین» تنها موضوع مسلّم و مشترکی است که از نگاه همه صاحب‌نظران و در نظام آموزشی دانشکده‌های حقوق همه کشورها، موضوع اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی به‌شمار می‌آید؛ به‌گونه‌ای که در پاره‌ای از کشورها، حقوق بین‌الملل خصوصی را زیر همین عنوان مطالعه می‌کنند و به دیگر موضوع‌ها، از باب مقدمه و لوازم بحث می‌پردازند؛^۲ چنان‌که برخی، تعریف خود را از حقوق بین‌الملل خصوصی، براساس تعارض قوانین استوار می‌سازند.^۳

۱. حکیم ابوالقاسم فردوسی، شاهنامه، «آغاز سخن».

2. Private International Law, Sai Ramani, Springer, P.5411, D.2.

۳. نک: دانش پژوه، شناسه حقوق، ص ۸۵؛ سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۴۲؛ ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۲۲-۲۵.

ب) موضوع پژوهش: پژوهش حاضر، در حد توانایی اندک نویسنده، عهده‌دار تبیین موضوع «تعارض قوانین» به معنای عام،^۴ یعنی «تعارض دادگاه‌ها» و «تعارض قوانین» به معنای خاص، از منظر فقه و حقوق اسلام و به‌ویژه فقه امامیه است. موضوعی که اگرچه به‌طور بسته و گریخته در برخی از کتاب‌ها بدان اشاره شده است، اما – در حد اطلاع نگارنده – کتابی مستقل، نه در فقه شیعی و نه فقه سنی درباره آن به نگارش درنیامده است، جز یک کتاب به نام فکرة تنازع القوانين فی الفقه الإسلامی از رمزی محمد علی دراز، که مسئله را از نگاه فقه سنی بررسی کرده است؛ گرچه محتوای این کتاب نیز بیش از آن‌که به تبیین «تعارض قوانین» از نگاه فقه اسلامی مربوط شود، به تبیین زمینه پیدایش تعارض قوانین، یعنی تبیین روابط خصوصی بین‌المللی از دیدگاه فقه اسلامی پرداخته است.

ج) ضرورت پژوهش: اصل چهارم قانون اساسی، آن‌چنان بر اسلامی بودن همه قوانین و مقررات تأکید دارد که تصریح می‌کند مفاد «این اصل بر عموم یا اطلاق همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است». از جمله این قوانین و مقررات، موادی چند از قانون مدنی و غیرقانون مدنی است که می‌توان از آن‌ها با عنوان قوانین مربوط به تعارض قوانین یاد کرد. آیا مجموعه این مواد، همه یکسره از نوع قوانین شکلی‌اند که هیچ‌گونه نسبت سلبی یا

۴. تعارض قوانین به معنای عام، شامل دو بحث اصلی است: یکی صلاحیت قضایی (تعارض دادگاه‌ها) و دیگر صلاحیت قانون‌گذاری (تعارض قوانین به معنای خاص). در این میان، مبحث تعارض دادگاه‌ها مقدم بر تعارض قوانین و به منزله سنگ بنای آن است به گونه‌ای که تا صلاحیت قضایی دولتی اثبات نشود، به صلاحیت قانون‌گذاری آن دولت نوبت نمی‌رسد و بدین گونه مبحث تعارض دادگاه‌ها، یکی از دو مبحث تعارض قوانین به معنای عام به‌شمار می‌آید و باید یا می‌تواند زیر همین عنوان مورد بحث قرار گیرد؛ چنان‌که برخی از نویسندگان مانند دکتر سلجوقی و دکتر مدنی در کتاب‌های خود با عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی آن را زیر عنوان تعارض قوانین بحث کرده‌اند، ولی در عین حال، برخی دیگر از نویسندگان، به دلیل ارتباط موضوع تعارض دادگاه‌ها با آیین دادرسی، آن را مشمول حوزه حقوق عمومی دانسته، از شمول حوزه خصوصی و از جمله حقوق بین‌الملل خصوصی خارج می‌دانند و به‌طور کلی از آن بحثی به میان نمی‌آورند (مرحوم دکتر نصیری و دکتر ابراهیمی، در کتاب‌های خود با عنوان حقوق بین‌الملل خصوصی و دکتر الماسی، هم در کتاب تعارض قوانین و هم در کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی)، و برخی آن را به عنوان یکی از مباحث مستقل حقوق بین‌الملل خصوصی آورده‌اند (دکتر صفایی در کتاب مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی و دکتر شریعت‌باقری در کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی) و برخی هم هر دو عنوان را در کنار یکدیگر بیان کرده‌اند (دکتر عامری، باب سوم از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی؛ دکتر شیخ‌الاسلامی، فصل پنجم از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی و دکتر ارفع‌نیا عنوان جلد دوم کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی). موضوع این پژوهش اگرچه تعارض قوانین به معنای عام است، اما حاصل پژوهش – چنان‌که اشاره خواهد شد – به دلایلی چند، از جمله به دلیل این که روش واحد مرسوم مسلم و لازم‌الاتباعی وجود ندارد، در قالب دو کتاب مستقل با عناوین تعارض دادگاه‌ها و تعارض قوانین عرضه می‌گردد.

ایجابی با شریعت اسلامی ندارند یا دست‌کم برخی از آن‌ها، از نوع قوانین ماهوی هستند که احتمالاً شریعت اسلامی در خصوص آن‌ها «لابشرط» نیست، بلکه نوعی نسبت مثبت یا منفی با آن‌ها دارد؟

اسلامی بودن و اسلامی ساختن همه قوانین در جمهوری اسلامی، به معنای وسیع آن، که ثمره خون صدها هزار شهید دوران انقلاب اسلامی و ده‌ها شهید فقیه قانون‌گذار اساسی و در رأس آن‌ها شهید مظلوم بهشتی است، این دغدغه را در نویسنده پدید آورد که با تمام قلّت بضاعت علمی‌اش، تلاش کند به دریافت پاسخی برای پرسش فوق‌نایل آید و آن را در اختیار قانون‌گذار قرار دهد، اما انجام این کار، او را با این پرسش بنیادین روبه‌رو ساخت: آیا اصولاً در فقه و حقوق اسلامی، چیزی به‌عنوان نظام تعارض قوانین وجود دارد تا قوانین موجود با آن‌ها ارزیابی شود؟

در تلاش برای دریافت پاسخ این پرسش، چاره‌ای نداشت و نیافت جز این‌که به توصیف و تحلیل نظام تعارض قوانین در نظام‌های موجود حقوقی و ازجمله حقوق ایران بپردازد و نتیجه آن را به فقه عرضه کند و پاسخ مناسب را بیابد. نتیجه این تلاش و جست‌وجو، ارائه نظام تعارض قوانین بر مبنای فقه اسلامی است که البته به‌دلیل نو و خام بودن تلاش نویسنده، حتماً نیازمند ترمیم و تکمیل بحث اساتید دغدغه‌مند دو عرصه حقوق و فقه است.

این پژوهش، اگرچه به انگیزه کمک عملی به قانون‌گذار فراهم آمده است، ولی حتی با فرض عدم توفیق در دستیابی به این هدف، به‌لحاظ نظری این فایده را دارد که نتیجه پژوهش، غنای فقه اسلامی و تقدم آن را دست‌کم در بخش‌هایی از حقوق بین‌الملل خصوصی، و به‌ویژه مبحث تعارض قوانین نشان می‌دهد و دانشجوی مسلمان را به حقوق اسلامی باورمندتر می‌سازد.

د) رسالت پژوهش: نکته بسیار قابل‌توجه آن‌که نویسنده در این اثر، خود را عهده‌دار گام نخست، یعنی کشف نظام تعارض قوانین بر مبنای احکام اولیه دانسته و برای این منظور، مجموعه جهان اسلام را به‌مثابه دولتی واحد، یعنی «دارالاسلام» در برابر «دارالکفر» در نظر گرفته و کشورهای مختلف اسلامی را در جهان امروز، چونان دولت‌های مستقل داخلی عضو فدرال انگاشته است، و تطبیق سیستم مکشوف را بر وضعیت موجود جهان اسلام که چه‌بسا مستلزم وضع احکام ثانویه، احکام مصلحتی و حکومتی است، به گام دوم و اهلش وانهاده است.

ه) **روش پژوهش:** نویسنده در این کتاب نیز همچون کتاب اسلام و حقوق بین الملل خصوصی که عهده دار تبیین دو موضوع «تابعیت» و «وضعیت حقوق بیگانگان» است، بیشتر به روش اصطیادی اعتماد و بسنده کرده، تلاش نموده است با تفرّج در بوستان متون فقهی و سخن فقیهان و تحلیل آن‌ها، پاسخ پرسش‌های مدّ نظر را دریافت کند و آن را به شیوه حقوق عرفی و معاصر^۵ سامان دهد تا آن که نتیجه پژوهش، پیش از آن که قابل استناد به این کمترین باشد، قابلیت استناد به فقیهان و در نتیجه، قابلیت استناد به اسلام را داشته باشد. بنابراین، تنها در صورت لزوم به منابع اصلی فقه (کتاب و سنت) مراجعه و با روش اجتهادی به کشف حقیقت اقدام کرده است؛ چراکه از یک سو، قَلّت بضاعت علمی نگارنده، اجازه بحث اجتهادی کامل را به او نمی دهد و از سوی دیگر، بحث اجتهادی وسیع، از حوصله بیشتر مخاطبان مدّ نظر خارج است و از سوی سوم، کتاب را به کتاب فقهی پُر حجمی مبدل خواهد ساخت و آن را از صورت کتاب حقوقی با اوصاف خاص خود خارج خواهد کرد. در عین حال، به روش مطالعه تطبیقی نیز نیم نگاهی افکنده شده است؛^۶ زیرا اگرچه ممکن است احکام «تعارض قوانین» در ابواب

۵. حقوق عرفی، دست کم در دو مفهوم به کار می رود: یکی حقوق عرفی به معنای حقوق کامن لا در برابر حقوق رومی - ژرمنی؛ و دیگر حقوق عرفی به معنای حقوق زمینی و بشری و سکولار در برابر حقوق آسمانی، الهی و دینی. مقصود از حقوق عرفی در این جا، مفهوم دوم است، نه خصوص حقوق کامن لا؛ چنان که به نظام حقوقی کشور خاصی هم نظر ندارد و اگر ضمن مباحث، از حقوق ایران بیشتر یاد می شود، برای ارائه نمونه ای است که نویسنده و خواننده بیشتر با آن آشنا هستند. تأکید بر معاصر نیز از جهت نشان دادن این مطلب است که پژوهش حاضر، براساس آخرین دستاوردهای حقوق عرفی سامان می یابد.

۶. اشاره به این نکته مفید است که نباید از این پژوهش، که موضوع شناسانه است، انتظار انجام مطالعه ای کاملاً تطبیقی داشت؛ زیرا انجام مطالعه کاملاً تطبیقی، تنها در پژوهش های حکم شناسانه، که قبلاً موضوع آن ها اثبات شده است، امکان پذیر است. آن سان که در کتاب هایی نظیر بررسی تطبیقی حقوق خانواده زیر نظر مرحوم دکتر گرجی، کتاب حقوق بیع بین المللی - با مطالعه تطبیقی زیر نظر دکتر صفایی، الفقه علی المذاهب الأربعة نوشته الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البیت نوشته غروی و شیخ یاسر مازح، و الفقه علی المذاهب الخمسة نوشته محمد جواد مغنیه انجام شده است.

دلیل این مسئله آن است که در این کتاب ها، موضوع های کلی (همچون نکاح، طلاق، ارث، وصیت و...) و موضوع های جزئی هر عنوان کلی (مثل موضوع های مربوط به نکاح، همچون سن بلوغ، ولایت پدر و جد پدری، اجازه پدر یا جد پدری، ازدواج غیر رشید و مجنون و مانند آن)، پیش تر اثبات و شناسایی شده است و مطالعه تطبیقی فقط درباره احکام این موضوع ها انجام می شود، اما در خصوص «تعارض قوانین» در فقه اسلامی، که تا پیش از این اثر، و حتی احتمالاً هنوز هم، موضوع آن در فقه اسلامی کاملاً اثبات نشده و متنی درباره آن وجود ندارد، نمی توان به مطالعه تطبیقی کامل حکمی آن با حقوق عرفی پرداخت. از این رو، نویسنده عنوان کلی «تعارض قوانین در حقوق عرفی» را، به رسم مألوف، به عناوین جزئی تری - مثلاً احاله، نظم عمومی، تعارض متحرک و مانند آن - تقسیم و هر عنوان را در یکی از فصل های اصلی کتاب، توصیف

مختلف فقه مطرح شده باشد، اما این عنوان - همچون عنوان «تابعیت»^۷ - در فقه و اندیشه فقهی - حقوقی اسلام پیشینه‌ای ندارد. پس به‌ناچار باید در گام نخست آن را از دید حقوق عرفی و معاصر - هرچند بسیار سریع و مختصر - مطالعه کرد تا بتوان در گام بعد، موضوع بحث را به فقه و حقوق اسلام عرضه نمود و دیدگاه اسلام را درباره آن کشف کرد و سامان داد.

افزون‌براین، عوامل دیگری نیز این مطالعه تطبیقی را ضروری می‌سازد؛ از جمله آن‌که مخاطبان این نوشته، صرفاً دانش‌آموختگان حقوق و آشنایان با بحث «تعارض قوانین» در حقوق عرفی نیستند، بلکه - و شاید - بیشتر مخاطبان، فضلا فقه‌آشنایی هستند که با بحث تعارض قوانین، آشنایی قبلی ندارند؛ گذشته از آن‌که خود دانش‌آموختگان حقوق نیز - به‌ویژه با توجه به پیچیده و مشکل بودن مباحث تعارض قوانین - ممکن است حضور ذهن جدی درباره مطالب آن نداشته باشند. افزون‌بر آن، گاه نگاه و نظر خاص و مورد قبول نویسنده در پاره‌ای از مباحث «تعارض قوانین» در حقوق عرفی، که مبنای طرح بحث از منظر اسلام و مؤثر در کشف دیدگاه فقه و حقوق اسلام است، او را به طرح مباحث تعارض قوانین در حقوق عرفی مجبور می‌سازد. از آن‌جاکه احکامی که بتوان تعارض قوانین را در فقه و حقوق اسلام از آن کشف و اصطیاد کرد، بیشتر در ابواب مربوط به نکاح، طلاق، ارث و مانند آن پراکنده است، خودبه‌خود این پژوهش، رویکردی به احوال شخصیه نیز خواهد داشت، بی‌آن‌که درصدد بحث از تعارض قوانین در قلمرو احوال شخصیه باشد، که این خود موضوع مهمی است که پس از کشف و اصطیاد و به‌سامان کشاندن احکام تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلامی، باید مستقلاً آن را مورد بحث و گفت‌وگو قرار داد.^۸

د) سطح پژوهش: اتخاذ روش اصطیادی - و نه اجتهادی - به شرحی که گذشت، سبب می‌شود تا منبع اصلی و عمده این پژوهش، متون فقهی معتبر باشد و جز از سرِ ضرورت یا برای توضیح بیشتر به منابع اصلی و نخستین فقه، یعنی قرآن، سنت و عقل استناد نشود؛ همچنان‌که به منبع تاریخ و سیره عملی حکومت‌های اسلامی نیز، که نه‌چندان روشن و نه‌چندان حجت

و تحلیل، و با مراجعه به متون فقهی، موارد مشابه را اصطیاد کرده و به گمان خود، دیدگاه فقه اسلامی را درباره آن موضوعات کشف نموده و به نظم کشیده و جسورانه آن را به نام «نظام حل تعارض قوانین در فقه اسلامی» به بازار فقه و حقوق عرضه کرده است.

۷. ر.ک: دانش‌پژوه، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۸۰ به بعد.
 ۸. گوشه‌ای از این مباحث را می‌توان در کتاب احوال شخصیه و قانون حاکم بر آن از صاحب همین قلم مطالعه کرد.

هستند، کمتر اشاره شده است. بنابراین، می‌توان می‌توان نتیجه گرفت که مقصود از اسلام در این نوشتار، بیش از آن که نفس احکام واقعی الهی باشد، فتاوی فقیهان مسلمان است که می‌توان با تسامح از آن به «اسلام» تعبیر نمود.

البته چون نگارنده در مراجعه و استناد، در مقام جمع‌بندی و نظام‌سازی از فتاوی اسلامی در یک رساله «علمی» است و نه در مقام افتاء و بیان حجت الهی در یک رساله «عملی»، به متون فقهی شیعه بسنده نکرده و از متون فقهی و فتاوی برادران اهل سنت نیز بهره برده است. بنابراین، اثر حاضر، نه یک کتاب حقوقی محض و نه یک کتاب فقهی محض، بلکه گزارشی مستند از فقه درباره یک موضوع مهم حقوقی است تا پژوهشگر جست‌وجوگر، با توجه به این مستندات، راهی کوتاه‌تر به سوی نقد استدلالی داشته باشد و بتواند به ترمیم، تکمیل و تعمیق بحث کمک کند.

ه) مستندسازی پژوهش: در مستندسازی و ارجاعات نیز همچون کتاب اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، بدین شیوه عمل شده است که در خصوص فقه شیعی، به متون فقهی دست اول قدیم و جدید، از خلاف، مبسوط و سرائر گرفته تا تحریر الوسیله و مبانی تکملة المنهاج مراجعه شده است و از آن جاکه تاکنون - چنان که اشاره شد - کتاب جامع و مستقلى در خصوص بحث حاضر از نگاه فقه شیعی به نگارش درنیامده و بنابراین، متون فقهی مورد استناد در یک مجموعه گردآوری نشده است و مطالب مورد استناد، در کتاب‌های متعدد فقها و ابواب مختلف آن کتاب‌ها پراکنده است، افزون بر هدف تسهیل امر پژوهش بر پژوهشگران این عرصه، هم به جهت مستندسازی بیشتر بحث، و هم به دلیل فراهم آوردن مجموعه‌ای از متون فقهی شیعی در موضوع مورد بحث، اکثر مستندات عیناً و بدون ترجمه^۹ در پانویست آورده شده است.^{۱۰}

در خصوص متون کهن فقهی همچون مبسوط، خلاف و مانند آن، ابتدا به اصل این کتب مراجعه شد، ولی پس از التفات نگارنده به مجموعه ارزشمند سلسله الینابیع الفقهیه که این متون را موضوعی تقطیع و در «موسوعه» ای بزرگ جمع‌آوری کرده است، بیشتر از این موسوعه

۹. دلیل ترجمه نکردن مستندات، افزون بر پرهیز از افزایش حجم کتاب، یکی تخصصی بودن کتاب است و در حوزه علوم تخصصی، متخصصان نیازی به ترجمه ندارند و دیگر، امکان بیشتر و بهتر نقادی کتاب می‌باشد؛ چراکه در صورت ترجمه، استناد این کتاب به متون فقهی چندان قابل بررسی نخواهد بود.

۱۰. بخش‌هایی از متن‌های یادشده مکرراً مورد استناد قرار گرفته است. در این گونه موارد، متن منظور، در نخستین استناد، عیناً در پانویست نقل شده است و در استنادهای بعد، تنها به نشانی بسنده شده و برای دیدن متن مذکور، با عبارت (ر.ک: پانویست...) به اولین مورد استناد ارجاع شده است.

استفاده کرده و به آن ارجاع داده است تا امر تحقیق را بر آن دسته از محققانی که می‌خواهند به پانوشت‌ها بسنده نکنند و به متن کتاب‌های فقهی مراجعه کنند، آسان سازد و مراجعه آنان را از بیش از ده منبع نه‌چندان دردسترس در هر موضوع، به دو یا حداکثر سه جلد کتاب کاهش دهد. اما درخصوص فقه برادران اهل سنت، از آن‌جاکه با توجه به نگارش کتاب تنایع القوانين که مستقیماً به موضوع تعارض قوانین پرداخته و نیز چند کتاب دیگر، که گذرا بدان اشارتی دارند، عملاً مجموعه‌ای از متون معتبر فقهی قدیم و جدید فقه عامه فراهم آمده، عمدتاً به ارجاع و استناد به همین کتاب‌ها بسنده شده است.^{۱۱} یکی از علل این اکتفا آن است که از یک‌سو پژوهشگر می‌تواند با مراجعه به این چند کتاب محدود و معدود، به مجموعه متون فقهی برادران اهل سنت دست یابد و از سوی دیگر، نگارنده با ارجاع به این کتاب‌ها، که فراهم‌کننده متون فقهی برادران اهل سنت‌اند، از آوردن این متن در پانوشت‌ها بی‌نیاز شود و از افزایش حجم کتاب حاضر جلو‌گیری کند. علت دیگر آن است که منطقاً و به حکم «اهل‌البیت ادری بما فی‌البیت»، حقوق‌دانان اهل سنت در استخراج و جمع‌آوری سخنان فقیهان خود و استناد به آن‌ها سزاوارترند.

حاصل پژوهش: نتیجه این پژوهش که درواقع «مطالعه تطبیقی "موضوع شناسانه" تعارض قوانین در حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی» است، در دو کتاب مستقل، با عنوان‌های تعارض دادگاه‌ها و تعارض قوانین بدین شرح سامان یافته است.

کتاب اول (تعارض دادگاه‌ها)، در چهار فصل فراهم شده است:

فصل اول با عنوان «کلیات» که جنبه مقدماتی و تمهیدی دارد، در آغاز نگاهی اجمالی به تعارض قوانین در حقوق عرفی و معاصر می‌افکند (گفتار نخست) تا زمینه بحث از تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلامی فراهم شود؛ آن‌گاه در نگاهی اجمالی به فقه و حقوق اسلامی، دیدگاه انکار تعارض قوانین را در فقه و حقوق اسلامی نقد و بررسی می‌کند (گفتار دوم)؛ سپس در (گفتار سوم) با عنوان «روابط بین‌المللی و بین‌الادیانی در فقه و حقوق اسلام»، به تبیین وجود نخستین سنگ‌بنای تعارض قوانین، یعنی روابط بین‌المللی خصوصی رسمی و شناسایی شده در فقه اسلامی می‌پردازد.

۱۱. در استناد به این منابع، هرگاه به سخن و نظر نویسنده کتاب استناد شده باشد، مستقیماً و بدون علامت اختصاری (ر.ک: ...) به منبع مورد نظر ارجاع شده است، اما اگر به نظر کسانی استناد شده باشد که اقوال آنان در این گونه منابع نقل شده است، از علامت اختصاری (ر.ک: ...) استفاده شده است تا مطلب لزوماً به نویسنده کتاب نسبت داده نشود.

فصل دوم، یعنی فصل اصلی و محوری این کتاب، با عنوان «صلاحیت قضایی و آیین دادرسی»، در آغاز به تبیین مختصر صلاحیت قضایی در حقوق عرفی و معاصر می‌پردازد (گفتار نخست) تا بتواند در گفتارهای بعدی، وجود دومین و سومین سنگ بنای پیدایش تعارض قوانین، یعنی امکان طرح دعوی خصوصی بین‌المللی را در دادگاه‌های دولت اسلامی، و نیز صلاحیت این دادگاه‌ها را برای رسیدگی به دعوی مذکور بررسی کند. برای دستیابی به این منظور، صلاحیت قضایی بین‌المللی دادگاه‌های عمومی دولت اسلامی توضیح داده شده است (گفتار دوم) و بعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ویژه اقلیت‌های دینی و مذهبی مورد بحث قرار گرفته است (گفتار سوم).

فصل سوم با عنوان «ادله اثبات دعوا در دعوی بین‌المللی» که در واقع تکمیل‌کننده فصل دوم است، با ارائه دو نمونه از ادله اثبات دعوا، صلاحیت قضایی بین‌المللی دادگاه‌های دولت اسلامی را بهتر نشان می‌دهد. نمونه اول، به ارائه سوگند اختصاص دارد (گفتار نخست) و نمونه دوم، به ارائه گواهی می‌پردازد (گفتار دوم).

فصل چهارم و پایانی، شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه‌های خارجی را مورد بحث قرار می‌دهد.

کتاب دوم (کتاب حاضر: تعارض قوانین) نیز ضمن سه فصل، به تبیین اصلی‌ترین بحث تعارض قوانین، یعنی «صلاحیت قانون خارجی» و مسائل پیرامونی آن می‌پردازد. در فصل اول، «امکان اجرای خارجی» را با تبیین «قاعده تقریر» (گفتار نخست) و «قاعده الزام» (گفتار دوم) توضیح می‌دهد و پس از آن در فصل دوم «شرایط اجرای قانون خارجی» را در سه گفتار تشریح می‌کند: شرط عدم احاله درجه اول (گفتار نخست)، شرط عدم مخالفت با نظم عمومی (گفتار دوم) و شرط عدم تقلب نسبت به قانون (گفتار سوم) و برای تکمیل بحث در فصل سوم، اعتبار اجرای قبلی قانون خارجی را به وسیله افراد و به عبارت دیگر، مسئله «شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه» را که با عنوان «تعارض متحرک» نیز شناخته می‌شود، مورد بحث قرار می‌دهد.

امید آن‌که بزرگان فقه و حقوق، جسارت این حقیر در گام نهادن به وادی تقریباً نارفته یا کمتررفته از پیش را، بر او ببخشند و از سر بزرگواری از خطایش درگذرند و درعین حال از روی تعهد علمی و دینی و نکته‌سنجی، تیغ نقد از نیام برکشند و دست عطای اصلاح و تکمیل گشاده

دارند و مهم‌تر آن که آن را به عنوان پیش‌نویسی برای دنبال کردن بحث و نگارش کتاب‌هایی عمیق‌تر و دقیق‌تر بپذیرند.

فرصت را غنیمت می‌شمرم و خداوند را بر عطای این توفیق، خالصانه سپاس می‌گویم و در راستای تشکر از او، سپاس صمیمانه خود را تقدیم می‌دارم به همه کسانی که مستقیم و غیرمستقیم در پدید آمدن این اثر سهمی داشته‌اند:

— پدر و مادرم، که اولین سنگ‌بنای تربیت علمی و دینی مرا نهادند؛ رضوان الهی نصیبشان باد!

— همه معلمان و اساتیدی که مرا خواندن و نوشتن و پژوهیدن آموختند و با فقه و حقوق آشنا ساختند؛ سلامت و به‌روزی و مزید توفیقات، قرینشان باد و اگر از قید حیات رسته‌اند، بهشت الهی مأوايشان! و شایسته است به‌ویژه یاد کنم از استاد علم و اخلاق، جناب آقای دکتر نجادعلی الماسی، که برای نخستین بار، در دوره کارشناسی، مرا با حقوق بین‌الملل خصوصی و مبحث «تعارض قوانین» آشنا کردند و با حسن سلوکشان مرا به این مباحث علاقه‌مند ساختند و با تشویقشان، جرئت و جسارت پژوهیدن در وادی‌های نارفته این شاخه از حقوق را به من بخشیدند.

— همه صاحبان آثاری که از نوشته‌هایشان بهره‌جسته‌ام و همه اعضای محترم گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دیگر دوستان فاضلی که کم‌وبیش از نظریاتشان سود برده‌ام و از مصاحبت یا مساعدت علمی‌شان استفاده کرده‌ام؛ به‌ویژه جناب آقای دکتر حسین قافی که از دقت نظر و حسن سلیقه‌شان، فراوان بهره‌مند شده‌ام و برادرزاده عزیزم، جناب آقای دکتر محمد دانش‌پژوه که در تهیه منابع کم‌تردست‌ترس و مستندسازی بیشتر کتاب، یاری‌ام کرده‌اند.

— ارزیابان محترم، مرحوم آیت‌الله محمدعلی مظفری شاهرودی و جناب حجت‌الاسلام والمسلمین دکتر سید حسن وحدتی شبیری، که با یادآوری‌های سودمند خود، بر اتقان اثر افزودند.

— دیگر کسانی که به گونه‌ای در پدید آمدن و انتشار این اثر سهیم هستند: رئیس و معاون پژوهشی پژوهشگاه، رئیس پژوهشکده علوم اسلامی، مدیر محترم گروه حقوق، مدیر و کارکنان کتابخانه، ویراستار محترم و اداره نشر و ویرایش پژوهشگاه، دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی مرکز مدیریت حوزه علمیه قم و نیز مدیر محترم و کارکنان کتابخانه تخصصی اصول و فقه حضرت آیت‌الله العظمی سیستانی دام ظلّه، که کمال مساعدت را در استفاده از آن کتابخانه مبارک مبذول داشتند.

— همسر محترم و فرزندان عزیزم، که بر غیبتم از خانه یا عزلتم در خانه، صبر پیشه کردند. بی شک اگر شکیبایی آنان نبود، این اثر، یا پدید نمی‌آمد یا بسی پُرانتقادر از آنچه اکنون است، تقدیم دانش‌دوستان می‌شد.

ای غایت عقل و عشق، در گفت و شنفت در ختم سخن حمد تو می‌باید گفت^{۱۲}

وَأَخِرُ دَعْوَانَا

أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

۱۲. بیت برگرفته از مقدمه مرحوم دکتر حسن حبیبی بر ترجمه جلد دوم کتاب حقوق بین‌الملل عمومی، ص ۲۲.

مقدمه

هرگاه دربارهٔ یک رابطه حقوق بین الملل خصوصی^{۱۳} - 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: قانون چه کشوری بر این رابطه حقوقی حاکم است و قاضی باید براساس قانون کدام یک 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؟ یا اگر تاجری ایرانی با تاجری لبنانی در عربستان بیعی انجام دهند که به موجب آن، بایع، مبیع واقع در سوریه را در ترکیه به مشتری تحویل دهد، قانون کدام کشور بر این بیع و آثار آن حکومت می‌کند؛ ایران، عربستان، لبنان، سوریه یا ترکیه؟^{۱۴} این سرگردانی و پرسش منطقی را که هنگام رسیدگی برای قاضی مطرح می‌شود که قانون کدام کشور را مبنای رسیدگی قرار دهد، اصطلاحاً «تعارض قوانین» به معنای عام می‌نامند.^{۱۵}

البته روشن است در صورتی این پرسش برای قاضی مطرح می‌شود که افزون بر بین المللی بودن موضوع دعوا به دلیل دست کم حضور یک عنصر خارجی در رابطه حقوقی مورد نزاع، از

۱۳. برای دیدن مفهوم و تعریف حقوق بین الملل خصوصی، به کتاب‌های مربوط مراجعه کنید؛ از جمله دانش پژوه، اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، ص ۱۱-۱۴؛ شناسه حقوق، ص ۸۲-۸۸؛ مقدمه علم حقوق، ص ۳۸-۴۱.

۱۴. دانش پژوه، شناسه حقوق، ص ۸۵؛ مقدمه علم حقوق، ص ۴۰-۴۱.

۱۵. هداوی، تنازع القوانين، ص ۱۳؛ الکسوانی، تنازع القوانين، ص ۴۷. از توضیح متن به خوبی روشن می‌شود که مقصود از اصطلاح «تعارض قوانین» در این جا، یعنی در حقوق بین الملل خصوصی، غیر از مفهوم تعارض قوانین در حقوق داخلی است که به معنای ناسازگاری دو قانون است؛ چرا که سرگردانی قاضی پیش از بررسی محتوایی دو قانون و این که آن‌ها به لحاظ مفهومی و حکمی، متوافق با متعارض اند، در این است که کدام قانون صالح به رسیدگی است. به همین دلیل، برخی نویسندگان و صاحب نظران اصطلاحات دیگری را پیشنهاد کرده اند (دراز، فکرة تنازع القوانين فى الفقه الإسلامی، ص ۴۳؛ العبودی، تنازع القوانين و الاختصاص القضایى و تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ۱۳).

یک سو قاضی باید صلاحیت رسیدگی به این دعوا را داشته باشد (تعارض دادگاه‌ها) و از سوی دیگر، امکان اجرای قانون خارجی با چشم‌پوشی از اجرای همیشگی قوانین داخلی نیز وجود داشته باشد تا پرسش از صلاحیت قانون داخلی یا قانون خارجی، منطقی و امکان‌پذیر گردد. پس در حقیقت، پیدایش تعارض قوانین، بر سه پایه استوار است:

۱. وجود روابط بین‌المللی شناسایی شده در عرصه حقوق خصوصی و طرح دعوایی حقوقی در دادگاه ملی و داخلی درباره روابط پیش‌گفته؛

۲. صلاحیت الزامی یا تخییری دادگاه برای رسیدگی؛

۳. امکان اجرای قانون خارجی با چشم‌پوشی از اجرای همیشگی قوانین داخلی.

تعارض قوانین بدین معنا، در حقوق عرفی، موضوعی شناخته شده است، اما درباره بود یا نبود مبحث تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام، دیدگاه‌های متفاوتی وجود داشته یا می‌تواند وجود داشته باشد.^{۱۶} دلیل عمده این اختلاف دیدگاه‌ها را بناید در این حقیقت جست‌وجو کرد که مبحثی با این عنوان در منابع و متون فقهی دیده نمی‌شود و چه بسا همین مسئله، دیدگاه انکار را در نگاه برخی تقویت کند.

برای دریافت پاسخ صحیح این پرسش، باید به جست‌وجوی پایه‌های پیدایش تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام پرداخت. اگر نتیجه این جست‌وجو، فقدان همه یا مهم‌ترین پایه‌های پیدایش تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلام باشد، دیدگاه انکار، اثبات خواهد شد، اما اگر نتیجه معکوس باشد، دیدگاه مقابل به اثبات خواهد رسید که معتقد است تعارض قوانین - اگرچه احتمالاً به شیوه‌ای مخصوص - در فقه و حقوق اسلام وجود دارد.

در این جست‌وجو، وجود پایه‌های اول و دوم «نظام تعارض قوانین در فقه و حقوق اسلامی»، در کتاب تعارض دادگاه‌ها تبیین و اثبات شد؛ یعنی از یک سو ثابت شد که در فقه و حقوق اسلامی، نظام روابط حقوقی بین‌المللی، بین‌الادیانی و بین‌المذهبی، اجمالاً به رسمیت شناخته می‌شود و از سوی دیگر، تبیین گردید که صلاحیت دستگاه قضایی دولت اسلامی به معنای وسیع آن، در رسیدگی به دعاوی صرفاً ملی و درون‌دینی بین اتباع مسلمان محدود و منحصر

۱۶. ر.ک: الکسونانی، تنازع القوانين، ص ۸۲-۸۵؛ یونس صلاح‌الدین علی، القانون الدولي الخاص، ص ۶۵-۷۱؛ الداوودی، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص ۹۲-۹۸؛ اللافی، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص الدولي، ص ۱۴-۱۶؛ هداوی، تنازع القوانين و أحكامه فی القانون الدولي الخاص العراقي، ص ۲۸-۳۱.

نمی‌شود، بلکه قاضی دولت اسلامی فی الجمله صلاحیت (حق یا وظیفه) رسیدگی به دعاوی بین‌الدیانی و نیز دعاوی بین‌المللی (اعم از درون‌دینی و بین‌الدیانی) را دارد.

در ادامه این جست‌وجو و در این کتاب، به سومین و اصلی‌ترین پایه نظام تعارض قوانین، یعنی «امکان اجرای قانون خارجی» نوبت می‌رسد. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، اگر قوانین کشورها، همه از نوع قوانین درون‌مرزی باشد و قاضی در همه دعاوی - اعم از ملی یا بین‌المللی - صرفاً موظف به اجرای قوانین مادی مقر دادگاه باشد، تعارض قوانین موضوعاً منتفی خواهد بود؛ چراکه برای قاضی پرسش از «قانون صلاحیتدار» پدید نخواهد آمد؛ زیرا از پیش برای او معلوم است که باید براساس قوانین مادی و درون‌مرزی کشور خود به دعوا رسیدگی کند. بنابراین، تعارض قوانین زمانی مطرح می‌شود که نظام حقوقی کشور قاضی، اجمالاً و در پاره‌ای از موارد اجازه دهد یا تکلیف کند که قاضی به جای قانون داخلی و مقر دادگاه، براساس قانون خارجی رسیدگی کند. در این صورت است که برای قاضی این پرسش پدید می‌آید: قانون صالح حاکم بر دعوای مطروحه، قانون کدام کشور است؛ کشور مقر دادگاه یا کشور خارجی، و کدامین کشور خارجی؟ بدیهی است پاسخ این پرسش، بسته به موارد، مختلف است؛ گاه قوانین مادی مقر دادگاه و گاهی دیگر، قوانین مادی کشور خارجی صلاحیتدار تشخیص داده می‌شود.

اینک و با فرض به رسمیت شناخته شدن روابط حقوقی بین‌المللی، بین‌الدیانی و بین‌المذهبی و نیز اثبات صلاحیت رسیدگی قاضی دولت اسلامی به این دسته از دعاوی در فقه و حقوق اسلامی، پرسش این است که آیا برای قاضی، اجمالاً این امکان وجود دارد که گاه براساس قانون خارجی (غیراسلامی) رسیدگی کند تا در نتیجه، سومین پایه «نظام تعارض قوانین» (پرسش از قانون صالح، یعنی قانون داخلی یا خارجی برای قاضی دولت اسلامی) تحقق یابد یا آن‌که قاضی دولت اسلامی موظف است صرفاً براساس قوانین داخلی، یعنی قوانین اسلامی رسیدگی و به اجرای قانون دستور صادر کند و در نتیجه، جایی برای اجرای قانون خارجی نیست و در نهایت «نظام تعارض قوانین» در فقه و حقوق اسلامی وجود خارجی نخواهد داشت.

ممکن است در قضاوت و پاسخی سریع و به استناد آیه شریفه «فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ»^{۱۷} گمان شود: قاضی دولت اسلامی صرفاً موظف به اجرای قانون اسلامی است و در نتیجه، امکان

اجرای قانون خارجی و به دنبال آن، «نظام تعارض قوانین» در فقه و حقوق اسلامی منتفی است، اما دقت در مسئله و بررسی دیدگاه‌های فقهای اسلام - به توضیحی که خواهد آمد - این قضاوت سریع را رد می‌کند؛ زیرا اجمالاً مواردی وجود دارد که قاضی می‌تواند یا باید براساس قانون غیراسلامی حکم کند؛ همان‌طور که موارد فراوانی وجود دارد که قانون خارجی و غیراسلامی اجرا شده درباره بیگانگان، کاملاً به رسمیت شناخته می‌شود و حتی گاه پس از تغییر تابعیت آن‌ها و کسب تابعیت دولت اسلامی نیز موقعیت حقوقی ایجادشده براساس قانون خارجی، همچنان معتبر تلقی می‌شود و استمرار می‌یابد (تعارض‌های متحرک یا شناسایی بین‌المللی حقوق مُکتسبه). از این رو، مباحث این کتاب (صلاحیت قانونی)، به شرحی که در پیش‌گفتار اشاره شد، در ضمن سه فصل بدین ترتیب سامان یافته است: فصل اول، به تبیین صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی می‌پردازد. فصل دوم، به بیان «شرایط اجرای قانون خارجی» اختصاص دارد که عمدتاً شرایط سلبی هستند. فصل سوم اعتبار اجرای قبلی قانون خارجی را به وسیله افراد مورد بحث قرار می‌دهد.

فصل اول

صلاحیت و امکان اجرای قانون خارجی

مقدمه و طرح بحث

گفتار نخست: قاعده تقریر

گفتار دوم: قاعده الزام

مقدمه و طرح بحث

پیش از ورود به اصل بحث، توجه به چند نکته، ضروری و مفید به نظر می‌رسد:

نکته اول: مقصود از قانون داخلی در این جا، قوانین شریعت اسلامی - و نه قوانین کشورهای اسلامی^{۱۸} - است که چون در دعاوی بین‌المداهبی، مصادیق مختلفی دارد، پرسش از تعیین قانون صالح در این موارد نیز منطقی به نظر می‌رسد. براین اساس، مراد از قانون خارجی، قوانین غیراسلامی است که خود مصادیق مختلفی دارد یا می‌تواند داشته باشد که برحسب مورد یا به‌طورکلی ممکن است برخی از آن‌ها صلاحیتدار و برخی غیرصلاحیتدار شناخته شوند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

نکته دوم: در بحث از صلاحیت قضایی دادگاه‌های عمومی دولت اسلامی، فرض‌های بیست‌وهشت‌گانه دعاوی ملی و بین‌المللی که ممکن است نزد دادگاه اسلامی اقامه شود و موارد صلاحیت دادگاه عمومی دولت اسلامی تبیین شد.^{۱۹} دراین میان، تنها در فرض اول که طرفین دعوا هر دو مسلمان و مقیم دارالاسلام‌اند و موضوع دعوی آنان نیز کاملاً جنبه داخلی دارد و در نتیجه، دعوا از هر جهت دعوایی ملی محسوب می‌شود، قطعاً و صرفاً و بی‌هیچ‌گونه تردید و پرسش منطقی از چیستی قانون صالح، قانون شریعت اسلامی صلاحیتدار و حاکم دانسته می‌شود، اما در همه ۲۷ فرض دیگر که به‌گونه‌ای عنصر بین‌الدیانی یا بین‌المللی در آن حضور دارد، این پرسش منطقی - که جوهره تعارض قوانین است - وجود دارد که قانون صلاحیتدار حاکم بر دعوا، کدام قانون است؛ قانون داخلی (قانون شریعت اسلامی) یا قانون خارجی؟

۱۸. بنابراین و از این منظر، قوانین اسلامی کشورهای مختلف اسلامی، اگر براساس اسلام تدوین شده باشند، همه قوانین داخلی محسوب می‌شوند.

۱۹. ر.ک: دانش‌پژوه، تعارض دادگاه‌ها، ص ۹۴-۹۵.

بی تردید اگر دعاوی یادشده، نزد دادگاه‌های اختصاصی ویژه اقلیت‌های دینی و در قلمرو صلاحیت آن‌ها مطرح شده باشد، قانون خارجی صلاحیتدار شناخته می‌شود و براساس آن رسیدگی خواهد شد، اما در آن دسته از دعاوی که دادگاه‌های اختصاصی صلاحیت رسیدگی به آن‌ها را ندارند یا به هر دلیل از آغاز در دادگاه‌های عمومی دولت اسلامی مطرح می‌شوند و این دادگاه‌ها وظیفه الزامی یا تخییری رسیدگی به آن را پیدا می‌کنند، قاضی مسلمان با این پرسش مواجه می‌شود که بر مبنای چه قانونی رسیدگی کند؛ قانون داخلی (شریعت اسلامی) یا قانون خارجی؟

موارد، مختلف است و پاسخ‌ها متفاوت و راه‌حل‌ها متعدد، اما بی تردید مواردی وجود دارد که نه تنها به صورت جزئی، قانون خارجی مبنای رسیدگی و قضاوت قاضی مسلمان قرار می‌گیرد، بلکه در متن شریعت اسلامی فی الجمله قواعد عام‌تری نیز هست که براساس آن و در چارچوب ضوابطی ویژه، قاضی مسلمان موظف می‌شود بر مبنای قانون خارجی (غیر شریعت اسلامی) رسیدگی و قضاوت کند و این قواعد، همان است که در ادبیات حقوق بین‌الملل خصوصی، «قواعد حل تعارض» نامیده می‌شود؛ قواعدی که گاه قوانین داخلی و گاهی قوانین خارجی را صلاحیتدار اعلام می‌کند و ما در این جا، به منظور اثبات سنگ بنای سوم (اغماص قانون‌گذار ملی و امکان اجرای قانون خارجی) در راستای اثبات نظریه وجود «نظام تعارض قوانین» در فقه و حقوق اسلامی، صرفاً به تبیین نمونه‌ای از قواعد حل تعارض قوانین اسلامی می‌پردازیم که قانون خارجی را صلاحیتدار می‌شناسد و به گونه‌ای تنجیزی، تعلیقی یا تخییری قانون غیراسلامی را حاکم بر قضیه قرار می‌دهد.

نکته سوم: هر چند اصل اولیه در کلیه روابط و دعاوی حقوقی، اصل صلاحیت قانون شریعت اسلامی و به عبارت دیگر، قانون مقر دادگاه است – چنان که خواهد آمد^{۲۰} – اما در عین حال در منطقه وسیعی از روابط و دعاوی بین‌المللی، بین‌الدینی و حتی بین‌مذهبی، قانون دیگری صالح است که در بسیاری از موارد قانون خارجی است. تصریح به صلاحیت قانون خارجی، به یکی از این دو صورت صورت می‌پذیرد:

۲۰. برای نمونه این سخن از مرحوم محقق و توضیح آن از سوی صاحب جواهر کفایت می‌کند: «السادس ان تجری علیهم احکام المسلمین» علی معنی وجوب قبولهم لما یحکم به المسلمون علیهم من اداء حق او ترک محرم بلاخلاف اجده، کما سمعته من المنتهی» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۲۷۱).