



دوره مطالعات تحلیلی / تطبیقی حقوق بین الملل خصوصی

۹

تعارض دادگاهها

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

مصطفی دانش پژوه
دانشیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

پاییز ۱۴۰۱

دانش‌پژوه، مصطفی، ۱۳۳۵-

تعارض دادگاه‌ها؛ مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه / مصطفی دانش‌پژوه - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی، ۱۴۰۱.
چهار، ز، ۲۰۹ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۲۲۷؛ حقوق و فقه اجتماعی: ۷۱)
دوره مطالعات تحقیقی / تطبیقی حقوق بین‌الملل خصوصی؛ ۹.

ISBN: 978-600-298-397-8

بها: ۸۱۰۰۰۰ ریال

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه. ص. [۲۰۱] - ۲۰۹.

نمایه.

مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه و حقوق اسلامی با تأکید بر احوال شخصیه. حقوق بین‌الملل خصوصی (فقه).

Conflict of laws (Islamic law) - Iran -- ایران Conflict of laws (Islamic law) بین‌الملل خصوصی (فقه) --

حقوق بین‌الملل خصوصی Conflict of laws صلاحیت حقوقی Competent authority احکام دادگاه‌های خارجی

Judgments, Foreign

شماره کتاب‌شناسی ملی ۸۸۱۹۰۵۴

رده‌بندی دیویی ۲۹۷/۳۷۹

BP۱۹۸/۶



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

مؤلف: مصطفی دانش‌پژوه (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: ۸۱۰۰۰ 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. ۳۱۵۱-۳۷۱۸۵

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؛ از این رو، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی برای نیل به هدف یادشده، دومین اثر مشترک خود را با عنوان «تعارض دادگاه‌ها؛ 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 مورد نیاز جامعه دانشگاهی جمهوری اسلامی ایران یاری دهند.

این اثر که پژوهشی بنیادین در قلمرو مطالعه تطبیقی حقوق موضوعه و فقه اسلامی در موضوع تعارض دادگاه‌هاست 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 یابوری کند.

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

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه دبیرخانه حمایت از طرح‌های پژوهشی

فهرست اجمالی

پیش‌گفتار: تعریف پژوهش ۱

فصل اول: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها؛ مفهوم، عوامل پیدایش و زمینه اصلی

گفتار نخست: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها در حقوق عرفی و معاصر ۱۳
گفتار دوم: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها در فقه و حقوق اسلام (از انکار تا اثبات) ۲۶
گفتار سوم: شناسایی روابط خصوصی بین‌المللی در فقه و حقوق اسلامی ۳۶

فصل دوم: صلاحیت قضایی بین‌المللی

گفتار نخست: صلاحیت قضایی بین‌المللی و تعارض دادگاه‌ها در حقوق عرفی و رایج ۶۱
گفتار دوم: صلاحیت قضایی بین‌المللی دادگاه‌های عمومی دولت اسلامی ۶۵
گفتار سوم: صلاحیت قضایی بین‌المللی دادگاه‌های اختصاصی ویژه غیرمسلمان ۹۶

فصل سوم: آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا

گفتار نخست: سوگند ۱۲۳
گفتار دوم: گواهی ۱۳۵

فصل چهارم: شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌های خارجی

مبحث اول: از نگاه حقوق عرفی و معاصر ۱۸۷
مبحث دوم: از نگاه فقه و حقوق اسلامی ۱۹۱
منابع و مآخذ ۲۰۱
نمایه‌ها ۲۱۱

فهرست تفصیلی

پیش‌گفتار: تعریف پژوهش ۱

فصل اول: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها؛ مفهوم، عوامل پیدایش و زمینه اصلی

گفتار نخست: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها در حقوق عرفی و معاصر.....	۱۳
مبحث اول: مفهوم تعارض قوانین، قواعد حل تعارض و قواعد مادی.....	۱۳
مبحث دوم: عوامل ارتباط، دسته‌های ارتباط، توصیف و صلاحیت قانون‌گذاری.....	۱۵
مبحث سوم: صلاحیت قضایی و تعیین صلاحیت دادگاه.....	۱۶
مبحث چهارم: صلاحیت قانون‌گذاری و تعیین قانون صالح و عوامل پیدایش تعارض قوانین.....	۱۸
مبحث پنجم: صلاحیت قانون خارجی و شرایط اجرای آن.....	۲۰
بند یک: عدم‌احاله.....	۲۰
بند دو: عدم‌مخالفت با نظم عمومی.....	۲۱
بند سه: عدم‌تقلب نسبت به قانون.....	۲۲
مبحث ششم: شناسایی بین‌المللی حقوق مُکتسبه و مسئله تعارض‌های متحرک.....	۲۴
گفتار دوم: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها در فقه و حقوق اسلام (از انکار تا اثبات).....	۲۶
مقدمه و طرح بحث.....	۲۶
مبحث اول: ادعای اول؛ فقدان روابط و حقوق بین‌الملل در اسلام.....	۲۸
مبحث دوم: ادعای دوم؛ فقدان صلاحیت بین‌المللی دادگاه دولت اسلامی.....	۳۰
مبحث سوم: ادعای صلاحیت انحصاری قانون دولت اسلامی.....	۳۱
مبحث چهارم: ادعای فقدان قواعد حل تعارض در فقه و حقوق اسلامی.....	۳۲
مبحث پنجم: ادعای برتری قوانین شریعت اسلامی و مانعیت مطلق آن بر سر راه اجرای قانون خارجی و غیراسلامی.....	۳۴

نتیجه و جمع‌بندی.....	۳۵
گفتار سوم: شناسایی روابط خصوصی بین‌المللی در فقه و حقوق اسلامی.....	۳۶
مبحث اول: زمینه بحث.....	۳۶
بند یک: انسان و دین.....	۳۷
بند دو: جغرافیای انسانی و سیاسی.....	۳۸
مبحث دوم: ترسیم حالت‌های مختلف روابط بین‌المللی و بین‌الادیانی در فقه و حقوق اسلام در حوزه حقوق خصوصی.....	۳۹
بند یک: نکته‌های مقدماتی.....	۳۹
بند دو: اموال و مالکیت و قراردادها.....	۴۲
بند سه: احوال شخصیه.....	۴۵
الف) تبیین و ترسیم اجمالی.....	۴۵
۱. رابطه بین‌الادیانی محض.....	۴۵
۲. رابطه بین‌المللی محض از منظر تابعیت.....	۴۵
۳. رابطه بین‌المللی محض از منظر اقامتگاه.....	۴۶
۴. رابطه بین‌المللی از منظر تابعیت و اقامتگاه.....	۴۶
۵. رابطه بین‌الادیانی و بین‌المللی از منظر تابعیت.....	۴۶
۶. رابطه بین‌الادیانی و بین‌المللی از منظر اقامتگاه.....	۴۶
۷. رابطه بین‌الادیانی و بین‌المللی از دو منظر تابعیت و اقامتگاه.....	۴۶
ب) تبیین و ترسیم تفصیلی.....	۴۹

فصل دوم: صلاحیت قضایی بین‌المللی

گفتار نخست: صلاحیت قضایی بین‌المللی و تعارض دادگاه‌ها در حقوق عرفی و رایج.....	۶۱
گفتار دوم: صلاحیت قضایی بین‌المللی دادگاه‌های عمومی دولت اسلامی.....	۶۵
مبحث اول: نگاه تاریخی.....	۶۶
مبحث دوم: نگاه تحلیلی - فقهی و حقوقی.....	۷۱
بند یک: نکته‌های مقدماتی.....	۷۱

۷۶.....	بند دو: صلاحیت دادگاه در دعاوی دو مسلمان
۷۷.....	بند سه: صلاحیت دادگاه در دعاوی مسلمان با غیر مسلمان
۸۰.....	بند چهار: صلاحیت دادگاه در دعاوی دو غیر مسلمان
۸۰.....	الف) کلیات صلاحیت‌ها
۸۲.....	ب) تفصیل صلاحیت‌ها
۸۲.....	۱. دعاوی دو ذمی
۸۷.....	۲. دعاوی ذمی با مستأمن و بیگانه
۸۸.....	۳. دعاوی دو بیگانه مستأمن
۹۰.....	۴. دعاوی ذمی یا مستأمن با غیر مستأمن
۹۱.....	۵. دعاوی دو بیگانه غیر مستأمن
۹۲.....	بند پنج: جمع بندی و نتیجه
۹۳.....	الف) خارجی بودن موضوع دعوا، یعنی وقوع مال یا انعقاد قرارداد در خارجه
۹۳.....	ب) خارجی بودن اقامتگاه
۹۴.....	ج) خارجی بودن اصحاب دعوا
۹۶.....	گفتار سوم: صلاحیت قضایی بین المللی دادگاه‌های اختصاصی ویژه غیر مسلمان
۹۸.....	مبحث اول: تأسیس دادگاه‌های اختصاصی
۹۸.....	بند یک: جایگاه، ادله و شرایط صلاحیت تخییری و ماهیت رسیدگی
۹۸.....	الف) جایگاه و دلیل
۹۸.....	۱. تبیین مطلب
۱۰۰.....	۲. نقد و ارزیابی
۱۰۴.....	ب) شرایط صلاحیت تخییری و ماهیت رسیدگی
۱۰۷.....	بند دو: جواز تأسیس دادگاه‌های اختصاصی ویژه غیر مسلمان
۱۰۸.....	الف) دیدگاه‌ها و ادله
۱۱۰.....	ب) بررسی و ارزیابی ادله
۱۱۴.....	مبحث دوم: قلمرو صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی

فصل سوم: آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا

مقدمه و طرح بحث	۱۲۱
گفتار نخست: سوگند	۱۲۳
مبحث اول: مفهوم	۱۲۳
مبحث دوم: انواع سوگند و سوگند موضوع بحث	۱۲۳
مبحث سوم: تبیین سوگند قضایی در سوگندهای بین‌الادیانی و بین‌المللی	۱۲۵
بند یک: سوگند مسلمان	۱۲۶
بند دو: سوگند غیرمسلمان	۱۲۹
مبحث چهارم: سوگند در حقوق کنونی ایران	۱۳۳
گفتار دوم: گواهی	۱۳۵
مبحث اول: تبیین و ترسیم گواهی بین‌الادیانی و بین‌المللی	۱۳۵
مبحث دوم: راه‌های جایگزین در صورت فقدان شاهد مؤمن و مسلمان	۱۳۸
مبحث سوم: اعتبار شرط اسلام در گواه؛ دیدگاه‌ها، ادله و قلمرو اعتبار	۱۳۹
مبحث چهارم: رابطه اعتبار شرط اسلام و شرط عدم تهمت	۱۴۱
مبحث پنجم: اعتبار شرط ایمان، به‌عنوان شرط اصلی یا تکمیلی و نتایج آن	۱۴۲
مبحث ششم: تفاوت دیدگاه‌ها در باره قلمرو اعتبار شرط اسلام و ایمان و نتایج آن	۱۴۴
مبحث هفتم: بررسی اجمالی ادله اعتبار شرط اسلام و ایمان	۱۴۸
مبحث هشتم: استثنای اجماعی درباره اعتبار شرط اسلام و ایمان	۱۵۱
مبحث نهم: قلمرو پذیرش استثنایی گواهی فاقد شرط اسلام و ایمان	۱۵۴
مبحث دهم: تأثیر جهت شهادت در صحت و اعتبار گواهی غیرمسلمانان	۱۵۹
مبحث یازدهم: اعتبار شرط عدالت و تأثیر آن در اعتبار شرط اسلام و ایمان	۱۶۴
مبحث دوازدهم: جمع‌بندی مباحث گذشته درباره اعتبار شرط اسلام و ایمان	۱۷۰
بند یک: برداشت کلی	۱۷۰
بند دو: خلاصه مطالب	۱۷۳
بند سه: نتیجه و جمع‌بندی	۱۷۴
مبحث سیزدهم: گواهی در حقوق کنونی ایران	۱۷۷

مبحث چهاردهم: اعتبار سایر شرایط (بلوغ، رجولیت، تعدد و مانند آن) ۱۸۰

فصل چهارم: شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌های خارجی

مقدمه	۱۸۵
مبحث اول: از نگاه حقوق عرفی و معاصر	۱۸۷
بند یک: اصل عدم الزام دولت‌ها به شناسایی و اجرای احکام صادره از دادگاه‌های خارجی	۱۸۷
بند دو: قلمرو شناسایی	۱۸۸
بند سه: مشروط بودن شناسایی	۱۸۸
بند چهار: شرایط شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌های خارجی در حقوق ایران	۱۸۹
بند پنج: محدودیت‌های شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌های خارجی	۱۹۰
بند شش: خلاصه و جمع‌بندی	۱۹۰
مبحث دوم: از نگاه فقه و حقوق اسلامی	۱۹۱
بند یک: در حقوق و قضای داخلی	۱۹۲
بند دو: در حقوق و قضای بین‌المللی	۱۹۷
بند سه: جمع‌بندی و نتیجه‌گیری	۲۰۰
منابع و مأخذ	۲۰۱
الف) فارسی	۲۰۱
ب) عربی	۲۰۳
ج) قوانین و آیین‌نامه‌ها	۲۰۹
د) انگلیسی	۲۰۹
نمایه‌ها	۲۱۱
نمایه آیات	۲۱۱
نمایه اصطلاحات	۲۱۲
نمایه اشخاص	۲۱۵

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

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

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 Intenational Low, 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 به ویژه فقه امامیه است. موضوعی که اگرچه به طور جسته 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 آن که به تبیین «تعارض قوانین» از نگاه فقه اسلامی مربوط شود، به تبیین زمینه پیدایش تعارض قوانین، یعنی تبیین روابط خصوصی بین المللی 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

۴. تعارض قوانین به معنای عام، شامل دو بحث اصلی است: یکی صلاحیت قضایی (تعارض دادگاه‌ها) و دیگری 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؛ چنان که برخی از نویسندگان مانند دکتر سلجوقی و دکتر مدنی در کتاب‌های خود با عنوان حقوق بین الملل 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 بین الملل خصوصی خارج می‌دانند و به‌طور کلی از آن بحثی به میان نمی‌آورند (مرحوم دکتر نصیری و دکتر ابراهیمی، در کتاب‌های خود با عنوان حقوق بین الملل خصوصی و دکتر الماسی، هم در کتاب تعارض قوانین و هم در کتاب حقوق بین الملل خصوصی)، و برخی آن را به‌عنوان یکی از مباحث مستقل حقوق بین الملل خصوصی آورده‌اند (دکتر صفایی در کتاب مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی و دکتر شریعت‌باقری در کتاب حقوق بین الملل خصوصی) و برخی هم هر دو عنوان را در کنار یکدیگر بیان کرده‌اند (دکتر عامری، باب سوم از کتاب حقوق بین الملل خصوصی؛ دکتر شیخ‌الاسلامی، فصل پنجم از کتاب حقوق بین الملل خصوصی و دکتر ارفع‌نیا عنوان جلد دوم کتاب حقوق بین الملل خصوصی).

موضوع این پژوهش اگرچه تعارض قوانین به معنای عام است، اما حاصل پژوهش - چنان که 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 اصلی تعارض دادگاه‌ها و تعارض قوانین عرضه می‌گردد.

یاد کرد. آیا مجموعه این مواد، همه یکسره از نوع قوانین شکلی‌اند که هیچ‌گونه نسبت سلبی یا 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 قَلت 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 این که به توصیف و تحلیل نظام تعارض قوانین در نظام‌های موجود حقوقی و از جمله حقوق ایران پردازد 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 به دلیل نو و خام بودن تلاش نویسنده، حتماً نیازمند ترمیم و تکمیل بحث است. 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، به لحاظ 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 به مثابه 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 چه بسا 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 بین‌الملل خصوصی که عهده‌دار 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 آن‌که نتیجه پژوهش، پیش از آن‌که 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 سنّت) مراجعه و با روش اجتهادی به کشف حقیقت اقدام کرده است؛ چراکه از یک‌سو، قَلّت بضاعت علمی نگارنده، اجازه بحث اجتهادی کامل را به او نمی‌دهد 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 نیم‌نگاهی افکنده شده است؛^۶ زیرا اگرچه ممکن است احکام «تعارض قوانین» در ابواب

۵. حقوق عرفی، دست کم در دو مفهوم به کار می‌رود: 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؛ چنان‌که به نظام حقوقی کشور خاصی هم نظر ندارد و اگر ضمن مباحث، از حقوق ایران بیشتر یاد می‌شود، برای ارائه نمونه‌ای است که نویسنده و خواننده بیشتر با آن آشنا هستند. تأکید بر معاصر نیز از جهت نشان دادن این مطلب است که پژوهش حاضر، بر اساس آخرین دستاوردهای حقوق عرفی سامان می‌یابد.

۶. اشاره به این نکته مفید است که نباید از این پژوهش، که موضوع شناسانه است، انتظار انجام مطالعه‌ای کاملاً تطبیقی داشت؛ زیرا انجام مطالعه کاملاً تطبیقی، تنها در پژوهش‌های حکم شناسانه، که قبلاً موضوع آن‌ها اثبات شده است، امکان‌پذیر است. آن‌سان که در کتاب‌هایی نظیر بررسی تطبیقی حقوق خانواده زیر نظر مرحوم دکتر گرجی، کتاب حقوق بیع بین‌المللی - 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 کتاب‌ها، موضوع‌های کلی (همچون نکاح، طلاق، ارث، وصیت و...) و موضوع‌های جزئی هر عنوان کلی (مثل موضوع‌های مربوط به نکاح، همچون سن بلوغ، ولایت پدر و جد پدری، اجازه پدر یا جد پدری، ازدواج غیر رشید و مجنون و مانند آن)، پیش‌تر اثبات و شناسایی شده است و مطالعه تطبیقی فقط درباره احکام این موضوع‌ها انجام می‌شود، 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، نمی‌توان 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 فصل‌های 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، فاضلان 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 نویسندگان 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 آن‌جا که 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 در صدد 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 در نیامده 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 در دسترس در هر موضوع، به دو یا حداکثر سه جلد کتاب کاهش دهد. اما در خصوص فقه برادران اهل سنت، از آن‌جاکه با توجه به نگارش کتاب تنازع 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 سنت اند، 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 «اهل البیت ادری بما فی البیت»، حقوق‌دانان اهل سنت در استخراج و جمع‌آوری سخنان فقیهان خود و استناد به آن‌ها سزاوارترند.

حاصل پژوهش: نتیجه این پژوهش که در واقع «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 (کتاب حاضر: 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 بین‌الدیانی 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 (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 را در گام نهادن به وادی تقریباً نارفته یا کمتررفته از پیش‌را، 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 آن‌که 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 سنگ بنای 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 مأوایشان! 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 کم‌تر دسترس 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 آیت‌الله‌العظمی سیستانی دام‌ظله، 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 پُرانتقاداتر از آنچه اکنون است، تقدیم دانش‌دوستان می‌شد.

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

وَآخِرُ دَعْوَانَا

أَنَّ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ

مصطفی دانش‌پژوه — بهار ۱۴۰۰

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

فصل اول

تعارض قوانین و تعارض دادگاهها؛ مفهوم، عوامل پیدایش و زمینه اصلی

گفتار نخست: تعارض قوانین و تعارض دادگاهها در حقوق عرفی و معاصر

گفتار دوم: تعارض قوانین و تعارض دادگاهها در فقه و حقوق اسلام (از انکار تا اثبات)

گفتار سوم: زمینه اصلی و مشترک تعارض قوانین و تعارض دادگاهها در فقه و حقوق اسلام؛

شناسایی روابط بین المللی و بین الادیانی

گفتار نخست: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها در حقوق عرفی و معاصر

مبحث اول: مفهوم تعارض قوانین، قواعد حل تعارض و قواعد مادی

هرگاه دربارهٔ یک رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی^{۱۳} - یعنی یک رابطه حقوقی که به دلیل وجود یک یا چند عنصر خارجی در آن، به دو یا چند کشور مربوط شود - دعوایی 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» می‌نامند.^{۱۵}

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

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

۱۵. الهداوی، 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 بین‌الملل خصوصی، غیر از مفهوم تعارض قوانین در حقوق داخلی است که به معنای ناسازگاری دو قانون است؛ چراکه 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 صاحب‌نظران اصطلاحات دیگری را پیشنهاد کرده‌اند (دزاز، فکرة تنازع القوانين فى الفقه الإسلامی، ص ۴۳؛ العبودی، تنازع القوانين و الاختصاص القضایى و تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ۱۳).

بدیهی است قاضی در یافتن پاسخ این پرسش و تعیین قانون حاکم بر موضوع دعوا، براساس خواست و میل شخصی یا نوع علاقه‌اش به یکی از این کشورها عمل نمی‌کند، بلکه براساس 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؛^{۱۶} چنان‌که می‌توان آن‌ها را «قواعد راهنما» نیز نامید. پس از تعیین قانون صالح، قاضی براساس قانون کشوری که صلاحیت‌دار تشخیص داده شده، رسیدگی ماهوی را آغاز می‌کند. این دسته از قوانین را که مبنای رسیدگی ماهوی قرار می‌گیرند، «قواعد مادی یا اساسی» نام نهاده‌اند.^{۱۷}

برای نمونه، ماده ۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «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، مُجری خواهد بود» 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؛ اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد...» یا ماده ۱۰۵۹ که مقرر می‌دارد «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست» مصادیق روشنی از قوانین مادی یا اساسی به‌شمار می‌آیند.

با این توضیحات روشن می‌شود اگرچه، هم قواعد حل تعارض و هم قواعد مادی، به‌وسیله قانون‌گذار داخلی وضع می‌شوند، اما قواعد حل تعارض از آن‌جاکه سبب ارتباط چند نظام حقوقی می‌شوند، صبغه بین‌الملل نیز می‌یابند و در واقع بخش بین‌الملل قوانین داخلی یک کشور را تشکیل می‌دهند.

۱۶. الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۶-۱۷. در ادبیات حقوقی عربی آن را «قواعد الإسناد» می‌نامند (حقیقة، السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، ص ۲۳؛ ممدوح، القانون الدول الخاص، تنازع القوانين، ص ۵۱).

۱۷. الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۶-۱۷.

مبحث دوم: عوامل ارتباط، دسته‌های ارتباط، توصیف و صلاحیت قانون‌گذاری

گفته شد که تعارض قوانین وقتی رخ می‌دهد که یک رابطه حقوقی به دو یا چند دولت ارتباط داشته باشد. این عوامل ارتباطی که یک رابطه حقوقی را به این یا آن دولت منتسب می‌کنند، بسته به موضوع آن رابطه، متفاوت بوده، مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: تابعیت شخص یا اقامتگاه او، محل انعقاد قرارداد، محل اجرای تعهد، محل وقوع مال، محل تنظیم سند و محل وقوع دادگاه (مقر دادگاه).^{۱۸} برای نمونه، وقتی دو پاکستانی در ایران ازدواج می‌کنند، به لحاظ تابعیت با دولت پاکستانی و به لحاظ محل وقوع عقد با ایران ارتباط دارند یا وقتی دو ایرانی در عراق قراردادی را منعقد می‌کنند، به لحاظ تابعیت با ایران و به لحاظ محل وقوع قرارداد با عراق در ارتباط‌اند یا وقتی دو چینی که در هند ازدواج کرده‌اند، دعوای نفقه خود را در دادگاه ایران اقامه می‌کنند، به لحاظ تابعیت با چین، به لحاظ محل وقوع عقد با هند و به لحاظ مقر دادگاه با ایران مرتبط‌اند.

به هر حال، قانون‌گذار برای رفع سرگردانی قاضی در دعوای بین‌الملل خصوصی، و تعیین صلاحیت قانون یکی از این کشورها، به وضع قواعد حل تعارض می‌پردازد و برحسب یکی از این عوامل ارتباطی، قانون صالح را از میان قوانین دولت‌هایی که به گونه‌ای با مسئله ارتباط دارند، معین می‌کند، اما از آن‌جا که مسائل مطروحه در دعوای بین‌الملل خصوصی، فراوان و متنوع و وضع قاعده حل تعارض برای هر موضوع و مسئله، نه ممکن و نه مفید است، ناگزیر موضوع‌های متجانس و نزدیک به هم را گروه‌بندی، و قانون حاکم بر آن را تعیین می‌کنند. به این گروه‌ها، اصطلاحاً «دسته‌های ارتباط» می‌گویند^{۱۹} که مهم‌ترین این دسته‌های ارتباط عبارت‌اند از احوال شخصیه، اموال، قراردادها و اسناد. برای نمونه، ماده‌های ۶ و ۷ قانون مدنی، در مجموع احوال شخصیه را تابع قانون دولت متبوع یا قانون ملی فرد می‌دانند^{۲۰} یا ماده ۹۶۶ همین قانون، اموال را تابع قانون دولت محل وقوع مال اعلام می‌کند^{۲۱} یا در ماده ۹۶۸، تعهدات ناشی از قرارداد را

۱۸. همان، ص ۸.

۱۹. همان، ص ۱۷-۱۸.

۲۰. برای دیدن متن مواد، ر.ک: ص ۱۴.

۲۱. «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیای منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیا در آن‌جا واقع می‌باشند...».

در کلیت آن، تابع قانون دولت محل وقوع قرارداد می‌دانند^{۲۲} یا در ماده ۹۶۹ اسناد را از حیث طرز تنظیم، تابع قانون دولت محل تنظیم سند برمی‌شمارد.^{۲۳}

اما مسئله مهم در این جا آن است که قاضی با پدیده‌ای جزئی و موضوعی خاص مواجه است، بی‌آنکه نام یکی از دسته‌های ارتباط بر آن قرار گرفته باشد. پس ناگزیر باید نخست به تجزیه و تحلیل موضوع بپردازد و عنوان حقوقی آن را کشف و جایگاه آن را در یکی از دسته‌های ارتباط تعیین کند، تا سپس بتواند با به‌کارگیری قاعده حل تعارض مربوط به آن دسته، قانون صالح را - اعم از داخلی یا خارجی - معین سازد. به مجموعه این تلاش‌ها، یعنی تعیین عنوان حقوقی موضوع دعوا و جایگاه آن در یکی از دسته‌های ارتباط، اصطلاحاً «توصیف» می‌گویند.^{۲۴} برای نمونه، وقتی زنی عراقی به دادگاه ایرانی شکایت می‌برد و از دادگاه درخواست می‌کند شوهرش را به پرداخت هزینه زندگی او ملزم کند، قاضی با تجزیه و تحلیل موضوع دعوا، نام حقوقی آن، یعنی «نفقه» را کشف و جایگاه آن را در دسته ارتباطی «احوال شخصیه» معین می‌کند و سپس با استفاده از قواعد حل تعارض مربوط به احوال شخصیه، قانون ملی زوجین، یعنی قانون عراق را صالح اعلام می‌نماید و مبنای رسیدگی به دعوا قرار می‌دهد.

بدین ترتیب، معلوم می‌شود توصیف، نخستین گام در بررسی یک دعوی حقوقی بین‌الملل خصوصی است و تا توصیف انجام نشود، به مراحل بعد، یعنی تعیین صلاحیت دادگاه (صلاحیت قضایی) و تعیین قانون صالح (صلاحیت قانونی یا صلاحیت قانون‌گذاری) نوبت نمی‌رسد.

مبحث سوم: صلاحیت قضایی و تعیین صلاحیت دادگاه

پس از توصیف، نوبت به آن می‌رسد که قاضی با اعمال قواعد حل تعارض مناسب و مربوط، قانون صالح را تعیین و سپس براساس آن به رسیدگی اقدام کند، اما لازم است پیش از آن، در خصوص صلاحیت خود اعلام نظر کند. بدیهی است صلاحیت یا عدم صلاحیت دادگاه، امری مطلق نیست که دادگاهی برای همه موضوعات و دعاوی صلاحیت رسیدگی داشته باشد و دادگاهی دیگر در خصوص هیچ موضوع و دعاوی صلاحیت رسیدگی نداشته باشد، بلکه از این

۲۲. «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر این که متعاقدین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

۲۳. «اسناد از حیث طرز تنظیم، تابع قانون محل تنظیم خود است».

۲۴. الماسی، تعارض قوانین، ص ۷۷ و ۸۸؛ ارفع‌نیا، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، ص ۹۲-۱۰۴؛ سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، ص ۱۰۶-۱۱۵.

فصل اول: تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها؛ مفهوم، عوامل پیدایش و زمینه اصلی ۱۷

حیث صلاحیت دادگاه امری نسبی است؛ یعنی درباره پاره‌ای از موضوع‌ها و برخی از دسته‌های ارتباط صلاحیت دارند و راجع به برخی دیگر فاقد صلاحیت‌اند.

برای اعلام نظر درباره صلاحیت دادگاه، قاضی بر مبنای قوانین آیین دادرسی کشور متبوع خود و به عبارت دیگر، دولت مقرر دادگاه اقدام می‌کند. روشن است که اگر قاضی، دادگاه را واجد صلاحیت تشخیص داد، باید وارد مراحل بعد و از جمله تشخیص قانون صالح شود، ولی اگر دادگاه را فاقد صلاحیت تشخیص داد، مسئله پایان می‌یابد. در ادبیات حقوق بین‌الملل خصوصی به این موضوع، یعنی تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت دادگاه، اصطلاحاً «تعارض دادگاه‌ها» یا «صلاحیت قضایی»^{۲۵} می‌گویند.

نکته قابل یادآوری آن‌که، قواعد مربوط به حل تعارض دادگاه‌ها و صلاحیت قضایی در مبحث تعارض قوانین و حقوق بین‌الملل خصوصی، قاعده‌ای یک‌جانبه است؛^{۲۶} برخلاف قواعد مربوط به صلاحیت قضایی در حقوق داخلی که قاعده دوجانبه است؛ یعنی در صلاحیت بین‌الملل، در صورت تشخیص عدم صلاحیت، قاضی به اعلام آن بسنده می‌کند و دادگاهی خارجی را به‌عنوان دادگاه صالح معرفی نمی‌کند؛ زیرا دخالت در حاکمیت دیگر دولت‌هاست و دادگاه‌های آن دولت‌ها، به پذیرش این صلاحیت و در نتیجه، رسیدگی به دعوی مدّ نظر موظف نیستند؛ برخلاف حقوق داخلی که در صورت فقدان صلاحیت، قاضی افزون بر اعلام عدم صلاحیت خویش، دادگاه صالح را به اصحاب دعوا اعلام می‌کند و پرونده را به آن دادگاه ارجاع می‌دهد.^{۲۷} به عبارت دیگر، در دعاوی بین‌الملل، دادگاه به اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت خود بسنده می‌کند؛ در حالی که در دعاوی داخلی، قاضی موظف به اعلام دادگاه صالح است. پس اگر خودش صالح است، که رسیدگی می‌کند و اگر صالح نیست، باید دادگاه صالح را معرفی نماید. نکته دیگر آن‌که - چنان‌که اشاره شد - رسیدگی به بحث تعارض دادگاه و تعیین صلاحیت یا عدم صلاحیت دادگاه، بر رسیدگی به تعارض قوانین و تعیین قانون صالح مقدم است و تا دادگاه

۲۵. الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۵-۱۶.

۲۶. همان، ص ۱۱.

۲۷. «در صورتی که دادگاه رسیدگی‌کننده، خود را صالح به رسیدگی نداند، با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه صلاحیت‌دار ارسال می‌نماید...» (ماده ۲۷ آیین دادرسی مدنی مصوّب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱).

در باره صلاحیت خود به صورت مثبت اعلام نظر نکند، به بحث از صلاحیت قانون تعیین و قانون صالح نوبت نمی‌رسد.^{۲۸}

مبحث چهارم: صلاحیت قانون‌گذاری و تعیین قانون صالح و عوامل پیدایش تعارض قوانین

پس از توصیف و تعیین صلاحیت دادگاه، نوبت به آن می‌رسد که قاضی براساس قواعد حل تعارض مناسب و مربوط، قانون صالح حاکم بر رسیدگی ماهوی را معین کند. به این کار، یعنی تشخیص قانون صالح، اصطلاحاً «حل تعارض قوانین»، «صلاحیت قانونی» یا «صلاحیت قانون‌گذاری» نیز می‌گویند.^{۲۹} برای نمونه، وقتی قاضی موضوع دعوا را توصیف کرد و آن را - مثلاً - در دسته اموال قرار داد، باید سراغ قاعده حل تعارض مربوط به دعاوی مالی برود و با استناد به آن، قانون صالح را معین کند.

قواعد مربوط به حل تعارض قوانین، همچون قواعد مربوط به صلاحیت قضایی داخلی - و برخلاف قواعد مربوط به صلاحیت قضایی بین‌الملل - قواعدی دوجانبه‌اند؛ یعنی گاه قانون داخلی، و گاه قانون خارجی را صلاحیت‌دار اعلام می‌کنند.^{۳۰} مثلاً وقتی در دعاوی مالی، قانون محل وقوع مال را قانون صالح اعلام کند، نتیجه آن است که اگر آن مال در داخل کشور باشد، قانون داخلی و اگر در خارج از کشور باشد، قانون خارجی صالح اعلام می‌شود و مبنای رسیدگی ماهوی قرار می‌گیرد.

از ویژگی یک‌جانبه بودن قواعد مربوط به صلاحیت قضایی و دوجانبه بودن قواعد مربوط به صلاحیت قانون‌گذاری، این نتیجه حاصل می‌شود که بین صلاحیت قضایی و صلاحیت قانون‌گذاری دولتی معین، تقارن و ملازمتی نیست؛ زیرا در فرض عدم صلاحیت قضایی، اصولاً به بحث از صلاحیت قانون‌گذاری نوبت نمی‌رسد، اما در صورت وجود صلاحیت قضایی، ممکن است قانون داخلی همان کشور صالح باشد و ممکن است قانون خارجی صالح اعلام شود.^{۳۱} به عبارت دیگر، قانون‌گذار هر کشور ممکن است در خصوص عدم اجرای قوانین مادی

۲۸. الماسی، تعارض قوانین، ص ۸.

۲۹. همان، ص ۱۵-۱۶.

۳۰. همان، ص ۱۱.

۳۱. همان، ص ۸.