

امکان سنجی پذیرش احکام دادگاه‌های کشورهای اسلامی از منظر فقه امامیه با تأکید بر احوال شخصیه

* محمد قربانی مقدم

** سید احمد میرخلیلی

*** قدرت‌الله خسروشاهی

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۰

چکیده

روابط حقوقی بین اشخاص در عرصه بین‌الملل به ویژه گسترش روابط با کشورهای اسلامی و اتحاد بین‌المللی با آن‌ها به‌عنوان یک ضرورت تاریخی و یک سفارش اسلامی مطرح است. اینجاست که ضرورت می‌یابد تا بررسی شود از منظر فقه امامیه آیا امکان پذیرش احکامی که در محاکم کشورهای مختلف به خصوص کشورهای اسلامی صادر می‌شود وجود دارد یا خیر؟ این موضوع در خصوص احوال شخصیه اهمیت دوچندانی دارد؛ زیرا شهروند کشورهای اسلامی برای گسترش ارتباطات بین‌المللی خود در سطح جهان اسلام، باید مطمئن شود که روابط شخصی و خانوادگی و تحصیل حقوق مبتنی بر عقاید و ارزشهای مورد قبولش آسیبی نمی‌بیند؛ بنابراین می‌توان گفت با پاسخ مثبت به سوال مذکور گام مهمی در جهت تحقق روابط نزدیک و موثر با کشورهای اسلامی و تحکیم روابط برداشته می‌شود. در این نوشتار ملاحظه خواهد شد که در قوانین فقه امامیه، در خصوص احوال شخصیه، پذیرش احکام کشورهای دیگر کاملاً امکان پذیر است، اما در خصوص سایر موضوعات حقوقی هر چند مشکلاتی مانند عدم صدور حکم توسط قاضی جامع شرایط برای پذیرش رای وجود دارد اما قواعدی همچون قاعده الزام، المومنون عند شروطهم و نیز ظرفیت فقه حکومتی راهگشای پذیرش احکام دادگاه‌های کشورهای اسلامی و بلکه غیراسلامی است.

واژگان کلیدی: شناسایی آراء، اجرای آراء، دادگاه‌های خارجی، کشورهای اسلامی، حقوق بین‌الملل، فقه، احوال شخصیه.

* استادیار جامعه‌المصطفی العالمیه، واحد اصفهان (m.ghorbanim@chmail.ir).

** استادیار دانشگاه میبد (mirkalily@gmail.com).

*** استادیار دانشگاه اصفهان (ghkho44@yahoo.com).

مقدمه

یکی از شعارها و اهداف اساسی انقلاب اسلامی ایران، اتحاد امت اسلامی است. این شعار لوازمی دارد که بدون بذل توجه کافی بدان، تحقق شعار مذکور غیرممکن خواهد بود. تشکیل اتحادیه‌های قدرتمند در حوزه‌های مختلف از جمله این لوازم به‌شمار می‌رود. این مهم می‌تواند ضمن گسترش ارتباطات مسلمین و کم کردن فاصله‌های دشمن پُرکن، تصمیم‌گیری‌های جهان اسلام را نیز هماهنگ نماید. اتحادیه‌ها می‌توانند در زمینه‌های مختلف سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و حقوقی، ابزار مهمی برای نیل به این مقصود باشد.

با این نگاه می‌توان گفت که اتحاد حقوقی جزو ضروری‌ترین اقدامات کشورهای اسلامی است. از همین رو در کنفرانس وحدت اسلامی، ضمن تأکید بر این اقدام، موارد زیر از مهم‌ترین ضرورت‌های تشکیل اتحادیه؛ حقوقدانان جهان اسلام شمرده شده است:

۱. کمک به توسعه و ارتقای همکاری‌های حقوقی و قضایی جهت ایجاد نوع وحدت رویه قضایی در کشورهای اسلامی.
۲. فراهم کردن زمینه‌های لازم برای گسترش همکاری‌های علمی و پژوهشی میان کشورهای مسلمان در زمینه‌های حقوقی و قضایی.
۳. تبیین الگوی مناسب از قضاوت اسلامی و معرفی آن به دیگر کشورها.
۴. تهیه و تدوین منشور جامع حقوق بشر اسلامی.
۵. معاضدت حقوقی و قضایی بین کشورهای اسلامی.
۶. از بین بردن عوامل مهم فتنه‌گری در جهان اسلام.
۷. مبارزه با پولشویی و جرایم سازمان‌یافته در بین کشورهای اسلامی.
۸. مبارزه با تروریسم و جلوگیری از تأمین منابع مالی آنها و مبارزه با کشتار زنان و کودکان بی‌دفاع منطقه و آواره‌شدن انسان‌ها (سایت وزارت دادگستری).

توضیح اینکه امروزه نیازهای روز جامعه، تغییرات حقوقی زیادی ایجاد کرده تا آنجا که بحثی به نام حقوق فراسرزمینی مطرح شده است. به عبارت دیگر از تلاقی و برخورد حقوق داخلی و خارجی و بعدها در تعارض با قواعد برخاسته از نظام‌های حقوقی مختلف، بحث «فرهنگ‌سازی حقوقی» و به تبع آن «وحدت حقوق» شکل بیرونی به خود گرفته است. اتحادیه اروپا را می‌توان مصداقی از این نیاز روز جامعه بشری دانست. به سخن دیگر، از آنجا که احتیاجات مختلف انسان او را موجودی مدنی الطبع ساخته و وادار به پذیرش قوانین و محدودیت‌های اجتماعی نموده، گسترش

روابط، صرفاً خصوصیت مدنی الطبع انسان را تشدید نموده و از یک جامعه کوچک و محدود، به سطح وسیعتری از جامعه کشانده که عقاید، فرهنگ‌ها و ارزش‌های مختلفی را در خود جای داده است؛ بنابراین اتحاد حقوقی ناشی از خصوصیت اجتماعی انسان است البته با لحاظ شرایط جدید عصر ارتباطات. حتی می‌توان رخ دادن جنگ‌های جهانی و چند جانبه را تا حد زیادی معلول نبود حقوق یکسان جهانی است و از این رو هر ملتی به خود حق می‌دهد تا آنچه را حق خود می‌داند هر چند با خشونت استیفا نماید.

به‌رحال قدم اول برای گام برداشتن به سمت وحدت حقوقی، عبارت است از مطالعه منابع حقوق. باید دید منابع اصیل یک نظام حقوقی تا چه اندازه از تعامل با سایر نظامات موجود در سطح بین‌الملل استقبال می‌کند. در کشور ما منبع اصیل حقوق در کشور ما فقه امامیه است؛ از این رو پیش از هر چیز باید ظرفیت فقه را در این باره و به ویژه برای پذیرش احکام صادره از محاکم کشورهای اسلامی، مورد مطالعه قرار داد. با تنویریه نمودن ظرفیت‌های فقهی در تعامل با سایر محاکم، می‌توان تا حد زیادی، راه را برای اتحاد حقوقی هموار نمود.

تبیین مسئله

همان‌طور که گذشت، گسترش و نزدیکی روابط انسان در اقصی نقاط جهان در عصر حاضر، دانشمندان حقوق بین‌الملل را متقاعد کرده تا هر چه بیشتر برای حرکت به سمت اتحاد حقوقی تلاش کنند. یکی از ابعاد اتحاد حقوقی عبارت است از پذیرش احکام محاکم کشورهای بیگانه و اجرای آن. این امر هر اندازه ضروری به نظر می‌رسد، مشکلات خاص خود را دارد؛ زیرا می‌دانیم که قوانین حقوقی ملت‌ها، در حقیقت برخاسته از ارزش‌ها، فرهنگ و جهان بینی آنهاست. ارزش‌های مورد پذیرش یک ملت و فرهنگ آنها اگر با ملت دیگری متفاوت باشد، طبعاً پذیرش قوانین آنها را با سختی زیادی مواجه می‌کند. در کشور ما نیز که قوانین بر فقه اسلامی بنا شده است، همین مشکل دیده می‌شود؛ از این رو باید دید فقه تا چه اندازه در پذیرش آرای محاکم بیگانه انعطاف دارد. در نگاه ابتدایی پذیرش و اجرای احکام بیگانه از منظر فقه با مشکلات متعددی روبرو است، بلکه چه بسا در بادی امر به نظر برسد که این امر امکان پذیر نباشد زیرا از طرفی قاضی مد نظر فقه امامیه، باید واجد شرایطی مانند اسلام، ایمان، اجتهاد، عدالت و... باشد که اکثر این موارد در قضات کشورهای بیگانه معلوم العدم است. از سوی دیگر رأی برخی دادگاه‌ها به دلیل ساختار

غیراسلامی حکومت، موجب تسلط کافر بر مومن است که بی تردید از منظر شریعت اسلامی جایز نیست.

مشکل دیگر اینکه کشور بیگانه از منظر فقه تعریف دیگری دارد؛ زیرا در فقه این مرزهای اعتقادی است که تعیین کننده می باشد نه مرزهای جغرافیایی؛ لذا می توان فرض نمود کشوری از منظر تقسیمات جغرافیایی بیگانه محسوب می گردد اما از نظر فقهی خودی باشد. بر این اساس می توان طی یک تقسیم کلی به بررسی موضوع پرداخت چنان که در یک گروه به تحقیق در خصوص احکام صادره در کل اراضی دارالاسلام (کشورهای اسلامی) و نحوه اجرای آن پرداخت و در گروه دوم به بررسی احکام صادره در دارالحرب (کشورهای غیرمسلمان) اشاره نمود. با این ملاک ابتدا باید دانست از منظر فقه چه دادگاهی خارجی و چه دادگاهی داخلی شمرده شده و شرایط قاضی صادرکننده حکم چیست؟ و در ادامه با استفاده از قواعدی همچون «الزام»، «المؤمنون عند شروطهم» و مانند آن، اقدام به تشریح موضوع در هر دو گروه نمود.

۱. چالش های فقهی شناسایی و اجرای احکام خارجی

بهترین روش برای امکان سنجی شناسایی و اجرای احکام خارجی، ابتدا باید موانع و چالش های هابی که در این باره پیش روی فقه قرار دارد، بررسی و نقد گردد و سپس به ظرفیت های فقهی در این زمینه پرداخت. به نظر می رسد مهمترین موانع در این زمینه شناخت و تمییز دادگاه خارجی و شرایط لازم در قاضی از منظر فقه و همچنین قاعده نفی سبیل است که در ادامه تبیین می شود.

۱-۱. شناخت و تمییز دادگاه خارجی

اگرچه در بررسی های فقهی، عناوینی مانند دادگاه داخلی و خارجی، مطرح نیست، اما با توجه به اینکه ملاک فقهی در این زمینه ها، مرزهای اعتقادی بوده و نه مرزهای جغرافیایی، می توان گفت شهروند یا نهادی در فقه، خارجی محسوب می گردد که مسلمان نباشد. به نظر می رسد در این زمینه دو اصطلاح «دارالاسلام» و «دارالحرب» در فقه کاربرد بیشتری داشته باشد. در تعریف دارالاسلام چنین آمده است: «دارالاسلام به سرزمینی گفته می شود که احکام اسلام در آن منطقه نافذ و جاری است» (شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۵۶۸) برخی قداما برای دارالاسلام سه مصداق ذکر کرده اند: شهری که در اسلام بنا شده و مشرکان به آن راه نیافته اند، مانند بغداد و بصره؛ شهری که به

کافران تعلق داشته است، لیکن مسلمانان آن را به تصرف خود درآورده‌اند؛ و شهری که از آن مسلمانان بوده، لیکن به سیطره کفار در آمده است (محمود، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۷۳) برخی دارالاسلام را تنها به دو مورد اول اختصاص داده‌اند (همان). بنابر تعریف و تقسیم یادشده، دارالاسلام سرزمینی خواهد بود که تحت تصرف مسلمانان و احکام اسلام در آن، جاری باشد، هرچند مسلمانان در آن جا زندگی نکنند. از این عنوان در بابهای طهارت، خمس، جهاد و لقطه سخن گفته‌اند (همان).

اهل سنت نیز تعاریف مشابهی در مورد دارالاسلام ذکر کرده‌اند؛ چنان‌که عبد القادر البغدادی از نویسندگان اهل تسنن معتقد است:

کل دار ظهرت فيها دعوة الإسلام بلا خفير و لا مجير و لا بذل جزية و نفذ فيها حكم المسلمين مع أهل الذمة إن كان فيهم ذمي، و لم يقهر أهل البدعة فيها أهل السنة دارالاسلام؛ هر سرزمینی که دعوت اسلام بدون هیچ مانعی آشکار باشد و اسلام مجبور به پرداخت باج نباشد و حکم مسلمین بر اهل ذمه (در صورتی که اهل ذمه‌ای باشد) و [خلاصه] گمراهان بر پیروان حق غلبه نداشته باشند، دارالاسلام نامیده می‌شود (همان).

رافعی از دیگر نویسندگان فقه عامه حتی وجود مسلمان در دارالاسلام را شرط نمی‌داند و معتقد است: «بل یکفی کونها فی ید الإمام و إسلامه؛ برای اینکه سرزمینی دارالاسلام قلمداد شود، تحت قدرت پیشوای اسلامی بودن کافی است (همان، ص ۷۳).

ابن حزم نیز در مورد «دار» چنین گفته است: «إن الدار إنما تنسب للغالب علیها و الحاكم فیها و المالك لها؛ دار (در اینجا یعنی سرزمین) منسوب به آیین، حاکم و مالکی است که بر آن سرزمین غلبه دارد (همان، ص ۷۳).

و در نهایت ابن یحیی المرتضی الزیدی تعریف را مفصل‌تر و جزئی‌تر کرده و می‌گوید: «دار الإسلام ما ظهرت فیها الشهادتان، و الصلاة و لم تظهر فیها خصلة کفریة و لو تأویلا إلا بجوار أو بالذمة و الأمان من المسلمین؛ دارالاسلام به سرزمینی گفته می‌شود که شهادتین و نماز در آن آشکارا برپا می‌شود و ویژگی‌های کفر ولو تاویلا در آن آشکار نباشد مگر تحت پناهندگی یا در ذمه و امان مسلمین بودن (همان).

در مقابل دارالاسلام، دارالحرب قرار دارد که به سرزمینی گفته می‌شود که کافران در آن سکونت دارند و احکام کفر در آن جا نافذ و جاری است (شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۵۷۰) در باب های

صلوات، خمس، جهاد، تجارت، عتق، لقطه و دیات از دارالحرب سخن رفته است. ابویوسف از فقهای اهل سنت نیز در تعریف دارالحرب این چنین می‌نویسد: «هی الدار التي تكون فيها أحكام الكفر ظاهرة وإن كان جل أهلها من المسلمین»؛ دارالکفر به سرزمینی گفته می‌شود که احکام کفر در آن آشکار باشد هرچند که اکثر شهروندان آن مسلمان باشند (محمود، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۷۳). شایان ذکر است، اگرچه یکی از نویسندگان جدید، با احصاء نظرات مختلف در این باره، بحث مبسوطی در مورد دارالاسلام و آثار آن نموده است (کلانتری، ۱۳۷۵، ص ۴۴) لکن در برخی تحقیقات جدیدتر، مفاهیم نوظهوری مانند دولت، کشور و... اشاره شده و نظریات سنتی در این رابطه نقد شده است. در این تحقیق، با اشاره به اینکه اینگونه مفاهیم حقیقت شرعی ندارد، عرف را ملاک تحقق معرفی کرده است:

دقیق‌ترین معیار برای شناسایی دارالاسلام، برای بار نمودن احکام و آثار آن، استقرار حکومت مسلمانان است، [چه حاکم مشروع باشد چه نباشد] (عمید زنجانی و کرمی، ۱۳۸۹، ص ۲۴). در نقد این دیدگاه به این نکته بسنده می‌شود که این ملاک اگرچه ملموس‌تر بوده و برای برخی آثار دارالاسلام مفید است، اما نمی‌تواند معیار برای اجرای همه آثار سرزمین اسلامی از جمله بحث این نوشتار یعنی شناسایی و پذیرش احکام صادره از محاکم قضایی قلمداد گردد؛ زیرا از نظر شرع نفوذ حکم قاضی، شرایطی دارد که در آینده اشاره خواهد شد. از مجموع عبارات فقها می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که اگر در کشوری احکام اسلامی نافذ و حاکم باشد، دادگاه آن کشور را داخلی محسوب کرد، هرچند از نظر جغرافیایی کشور بیگانه محسوب گردد و نیز هرچند که مسلمانی در آن زندگی نکند، ولی کشوری که در آن بر اساس شریعت اسلام حکم نمی‌شود، خارجی محسوب می‌شود.

۱-۲. مشروعیت دادگاه

چالش فقهی دیگری که در این باره وجود دارد این است که دادگاه مورد تأیید فقه، دادگاهی است که قاضی آن واجد شرایط خاصی باشد. در کتاب فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت^{علیهم‌السلام}؛ آمده است: دادخواهی نزد کسی که شایستگی قضاوت ندارد جایز نیست و طرح دعوا نزد وی دادخواهی نزد طاغوت به‌شمار می‌رود که در قرآن کریم از آن به صراحت نهی شده است، مگر آنکه برای احقاق حق چاره‌ای جز مراجعه به وی نداشته باشد، که در این صورت، بنابر قول مشهور جایز است

(شاهردوی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۵۶۷).

آیه مذکور، در سوره نساء و پس از آیه معروف اولوالامر آمده و چنین است:

أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يُتَّحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَ يَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا: آیا ندیدی کسانی را که گمان می‌کنند به آنچه (از کتاب‌های آسمانی) که بر تو و بر پیشینیان نازل شده، ایمان آورده‌اند، ولی می‌خواهند برای داوری نزد طاغوت و حکام باطل بروند؟! با اینکه به آنها دستور داده شده که به طاغوت کافر شوند، اما شیطان می‌خواهد آنان را گمراه کند، و به بیراهه‌های دور دستی بيفکند (نساء: ۶۰).

به نظر می‌رسد صحبت از شرایط قاضی بی‌ارتباط به مطلب قبل در زمینه حکومت اسلامی نباشد. چراکه قضاوت از شئون حکومتی محسوب می‌گردد و لذا زمانی قاضی شایستگی قضاوت خواهد داشت که شرایط مذکور در فقه از جمله اجتهاد را دارا باشد و از چنین کسی در گذشته با عنوان حاکم شرع یاد می‌شده است؛ بنابراین چنین کسی تنها زمانی نفوذ کلمه خواهد داشت که حکومتی بر اساس موازین اسلام و نظر شرع تشکیل شده باشد و به وی حق قضاوت اعطا شده باشد.

در یک جمع‌بندی کلی می‌توان نتیجه گرفت: کلیه سرزمین‌های تحت حکومت اسلامی دارالاسلام خوانده می‌شود و تمام کشورهایی که از تحت حکومت اسلامی خارج‌اند یا دارالحرب و دارالکفر خوانده می‌شوند و یا اگر هم کشوری به دلیل اکثریت مسلمان شهروندان آن اسلامی محسوب شود و در نتیجه عنوان دارالکفر بر آن صدق نکند، اما با توجه به عدم مشروعیت الهی دولت آن کشور در نزد فقه امامیه، ملحق به کشورهای غیرمسلمان می‌شود؛ بنابراین اگر در کشوری غیر از ایران، حکومتی مشروع و مد نظر اسلام برپا باشد، دادگاه آن کشور که طبعاً تحت نظر ولی فقیه تشکیل می‌گردد، از منظر فقه دادگاه کشور خارجی نخواهد بود و رأی وی نافذ و غیرقابل نقض خواهد بود، اما اگر زمانی حکومت ایران حکومت غیراسلامی باشد، دادگاه آن از دیدگاه فقه، خارجی تلقی می‌گردد.

به تعبیر دیگر: اگر دادگاه خارجی صادرکننده حکم بر فرض کشوری اسلامی و بر اساس موازین فقه اسلام حکم صادر کند، ظاهراً هیچ مشکلی در نفوذ آن وجود نداشته و قابلیت اجرا در کلیه بلاد دارالاسلام را دارد. در بین کشورهای خارجی، می‌توان کشور عراق را - که تا حدودی زیر نظر

مراجع تقلید اداره می‌شود - از این دست کشورها به‌شمار آورد.

اما در کشورهایی که تحت نظر ولی امر مسلمین اداره نمی‌شود نیز - مانند کویت، عربستان، قطر و... - اگر فرضاً مجتهد جامع الشرایطی در مورد نزاعی حکمی صادر کرد، از نظر حقوق اسلامی این نظر پذیرفته شده است که حکم وی نافذ بوده قابل نقض نیست.

امام خمینی علیه السلام می‌نویسد: «اگر دو طرف دعوی، مخاصمه‌شان را نزد فقیه جامع شرایط بردند و او نگاهی به واقعه آن‌ها افکند و بر اساس موازین قضاوت، حکم نمود برای طرفین جایز نیست که دعوی را نزد حاکم دیگر ببرند. و حاکم دوم حق نظر در آن و نقض آن را ندارد، بلکه اگر هر دو طرف مخاصمه بر این راضی شوند متوجه عدم جواز است (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۴۰۶).

آیت‌الله خوئی علیه السلام نیز معتقد است: «پس از حکم حاکم اول شکایت بردن و ترافع به همان حاکم و یا حاکم دیگر جایز نیست» (خوئی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۸).

بدیهی است که قانون کشور ما نیز چون مبنی بر فقه اسلامی است، باید این حکم را نافذ شمارد.

لکن آنچه جای بررسی بیشتر دارد احکام صادره در دارالکفر بوده که نه حکومت آن تحت نظر ولی فقیه و نه حکم، توسط مجتهد جامع الشرایط صادر شده است. نیز دادگاه‌های کشورهای اسلامی که از نظر فقه امامیه حکومت مشروع برپا نگردیده است، ملحق به همین قسم می‌باشد.

۳-۱. قاعده نفی سبیل

چالش سوم در در شناسایی احکام خارجی، حکم صریح قرآن مبنی بر عدم جواز تسلط و استیلاء کفر و کفار بر اسلام و مسلمانان است. این یک حکم تکلیفی است و قاطعانه به مومنین دستور می‌دهد تا از هرگونه رابطه‌ای که منجر به تسلط کفار بر مومنین گردد خودداری نمایند. چنان‌که در سوره آل عمران آیه ۲۸ آمده است:

لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ:

افراد با ایمان نباید به جای مؤمنان، کافران را دوست و سرپرست خود انتخاب کنند؛ و هرکس چنین کند، هیچ رابطه‌ای با خدا ندارد

به نظر می‌رسد لسان آیه علاوه بر بیان تکلیف مومنین، ناظر به احکام وضعی هم بوده و

به تعبیر دیگر به قانون و قانون‌گذاری توجه دارد،^۱ بر این اساس، فقها قاعده‌ای به نام قاعده «نفی سبیل» تعریف نموده که طبق مفاد آن هرگونه تسلط کفار بر مسلمین جایز نمی‌باشد، از جمله استدلال‌های قابل ذکر در این قاعده می‌توان به آیه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا: و خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان تسلطی نداده است» (نساء، ۱۴۱) و حدیث «الاسلام یعلو و لا یعلی علیه: اسلام بالا می‌رود و چیزی بالاتر از اسلام نمی‌رود» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۳۴)، اشاره کرد. این قاعده در اجتهاد و استنباط احکام جایگاه ویژه‌ای دارد و علاوه بر آنکه مورد استناد احکام زیادی واقع می‌شود، معبر و مفسر سایر ادله نیز می‌باشد. بجنوردی در این رابطه می‌نویسد: «لسان قاعده نفی سبیل، لسان حکومت بر ادله اولیه است؛ یعنی به مقتضای این قاعده هر عقد و پیمان و هر معامله و ایقاع و قراردادی به حسب طبع اولی‌اش اگر موجب علو و عزت و شرف کافر بر مسلم بشود منفی است و اعتبار حقوقی ندارد؛ بنابراین دلالت این قاعده حکومت واقعی است بر ادله اولیه (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۵۸) بر اساس این قاعده هر جا اطلاق یا عموم دلیلی بخواهد حقی برای کافری ایجاد کند این قاعده آن حق را نسبت به مومنین نفی کرده و جلوی اطلاق دلیل یا عموم آن را خواهد گرفت. فقها برای این قاعده مصادیقی ذکر کرده‌اند که برخی از آنان صراحتاً و برخی به طریق فحوی بر مورد بحث ما یعنی تشکیل دادگاهی برای محکومیت مسلمان در کشور خارجی اشاره دارد. چنان‌که در مقاله «قاعده نفی السبیل منهج فی الاستقلال و مقاومة الهیمنة» حدود ۳۰ مورد از موارد تطبیق قاعده ذکر کرده که مورد ۲۲ آن عبارت است از: «عدم نفوذ قضاء الکافر و إن کان واجداً لجمیع شرائط القضاء الاخری» (رحمانی، ۱۴۲۴، ص ۱۸۷) بنابراین دادگاهی که غیر مسلمان قاضی آن باشد و بخواهد بر علیه مسلمانی حکم صادر کند، منجر به تسلط کافر بر مسلمان گشته که این امر با مفاد قاعده در تضاد بوده و از نظر فقه اسلامی مردود است.

اما در روابط با کشورهای اسلامی، هرچند منطوق قاعده مذکور قابل استناد نیست، به دو دلیل می‌توان مطلب فوق را نسبت به تمام یا برخی از کشورهای اسلامی ساری و جاری دانست و به تعبیر صریح‌تر از پذیرفتن قضاوت آنها باید خودداری نمود:

یک. ساختار غیراسلامی برخی کشورهای اسلامی؛ در اینگونه کشورها که بعضاً وابستگی

۱. حکم وضعی به صحت و بطلان هرگونه رفتار حقوقی و غیرحقوقی نظر دارد و در نتیجه هر معامله‌ای که منجر به تسلط کافر بر مسلمان گردد، طبق قاعده باطل است.

مطلقاً به قدرت‌های کافر و استکباری دارند، اوضاع به نحوی است که نمی‌توان آن را کشوری اسلامی محسوب نمود. قبلاً نیز گفته شد که صرف حکومت مسلمانان نمی‌تواند معیار دقیقی برای اسلامی دانستن آن منطقه و الحاق به دارالاسلام دانست.

دو. با تنقیح مناط نیز می‌توان به این دیدگاه نزدیک شد که مفهوم قاعده فوق آن است که استیلای هر فرد یا گروهی که از "حق" فاصله دارند، بر مومنان جایز نیست. به صورت مشخص‌تر، همان‌طور که اسلام بر کفر برتری دارد و لذا مسلمان نباید تحت تسلط کافر باشد، ایمان نیز جایگاهی برتر از اسلام دارد و حق آن است که مومن تحت تسلط غیرمومن نباشد.

باتوجه به آنچه از مرحوم صاحب جواهر در مورد کیفیت مشروعیت شریح قاضی خواهد آمد، بدو می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که به نظر می‌رسد که احکام دادگاه‌های خارجی اگر تنها به مجرد مرزهای جغرافیایی خارجی شمرده شود اما در دارالاسلام به این معنا که تحت حکومت مشروع الهی و توسط قاضی جامع شرایط صادر شده باشد، منعی برای پذیرش آن وجود ندارد، اما در مورد دادگاه‌های کشورهای خارجی که حکومت اسلامی بر آن حاکم نیست، اعم از کشورهای کفر (دارالحرب) و کشورهای اسلامی تحت حکام غیرمشروع، امکان پذیرش و اجرای آراء صادره از محکام قضایی آنها، به دلیل ضرورت وجود شرایط خاصی در قاضی و وجود قواعدی همچون «نفی سیل»، وجود ندارد. در ادامه باید دید چه دلالتی برای امکان پذیرش احکام این کشورها می‌توان اقامه نمود.

۲. مبانی و راهکارهای فقهی شناسایی و اجرای احکام خارجی

علی‌رغم آنچه گذشت، می‌توان با گشت و گذاری در منابع فقهی به ادله و قواعدی برخورد که تقویت و ارتقاء روابط را نه تنها با مسلمانان بلکه با غیرمسلمانان نیز ممکن می‌سازد. ذیلاً به برخی از آن اشاره می‌شود.

۲-۱. قاعده «المؤمنون عند شروطهم»

با اینکه اسلام و فقه امامیه به هیچ عنوان اجازه نمی‌دهد کافر (به معنای عام) بر مسلمان تسلط پیدا کند، اما در مقابل به عهد و پیمان نیز اهمیت ویژه‌ای داده است تا جایی که می‌فرماید: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» و به عهد (خود) وفا کنید، که از عهد سؤال می‌شود! (اسراء: ۳۴) بر این

اساس در فقه قاعده‌ای برگرفته از آیات و روایات وجود دارد با عنوان «المؤمنون عند شروطهم» که مطابق آن، هرگاه مسلمان عهدی ولو با مشرک ببندد، لازم است بدان وفا کند. در کتاب القواعد الفقهیه و در تبیین این قاعده می‌نویسد: منظور از این قاعده این است که هرگاه مسلمان ملتزم به امری شد، واجب است بدان وفادار باشد و این بدان جهت است که پیامبر اعظم ﷺ قاعده‌ای کلی به‌عنوان انشاء یک حکم و نه اخبار از یک موضوع خارجی وضع کرده‌اند با این تعبیر که «المسلمون عند شروطهم»؛ یعنی همه مسلمانان باید به همه عهدهای خود وفادار باشند. منظور از پایداری بر عهد و شرط نیز آن است که از عمل طبق التزام خود فرار نکنند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۲) ازسوی دیگر در بحث ارتباط با غیر مسلمانان فقها از واژه‌هایی استفاده کرده‌اند که ظاهراً می‌رساند می‌توان قراردادهای همکاری در زمینه‌های مختلف بین مسلمانان و غیر مسلمانان را پذیرفت. از جمله این واژگان اصطلاح «تعاهد» یا «معاهده با کفار» است. بر این اساس واژه «معاهد» به کفاری گفته می‌شود که مسلمانان با آنان پیمانی برقرار کرده باشند (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۲۶۵).

نظر به توجه ویژه شارع به عهد و معاهده در قرآن کریم (مانده: ۱/ توبه: ۴ و ۶) و نیز تأکید نبی مکرم اسلام در این مورد (ماجرای پیمان حدیبیه که پیامبر ﷺ صلح نامه‌ای را امضا می‌کنند که یکی از مفاد آن، اعطای حق نظارت کفار بر تازه مسلمانان است و گزارش‌های تاریخی نشان می‌دهد که حضرت تا پایان بر این موضوع پایبند باقی ماندند) و نیز روایات وافر وارده همچون «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (حمیری، ۱۴۱۳، ص ۳۰۳) و تأکید علما به‌نظر می‌رسد امکان معاهده و ارتباط با مشرکان در زمینه‌های مختلف از جمله امور قضایی و اجرای احکام به شرط وجود معاهده فی مابین حکومت اسلامی با دول غیراسلامی فراهم می‌باشد.

برخی فقها پس از آنکه هر نوع التزام و پیمانی که واجد شرایط عمومی عقود باشد را لازم الوفاء می‌شمارد، شش دلیل برای اثبات این مدعا ذکر می‌کند (عمید زنجانی و کرمی، ۱۳۸۹، ص ۱۲). از این گذشته در عبارات فقها اصطلاحی وجود دارد تحت عنوان «عقدالعهد علی حکم الامام» که قابلیت تبدیل شدن به نهادی حقوقی در عرصه فقه بین‌الملل دارد. طبق این نهاد، ولی امر مسلمین می‌تواند فردی را انتخاب کند تا در خصوص مسائلی تصمیم‌گیری کند. علامه حلی در این باره می‌نویسد:

و يجوز عقد العهد علی حکم الإمام أو نائبه العدل، و المهادنة علی حکم من یختاره الإمام ...:

امام یا نائب عادل ایشان می‌تواند معاهده صلح امضا کند، همچنین کسی که توسط امام انتخاب شده است می‌تواند طبق نظر امام با کفار سازش نماید. علامه در ادامه به بیان مثالهایی می‌پردازد (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۴۵).

ذکر این نکته نیز لازم است که زبان قاعده نفی سبیل، لسان حکومت است و علی القاعده موضوع این گونه ادله را محدود می‌کند. بنابر این معاهدات تا زمانی قابلیت اجرایی را دارند که موجب تسلط کفار بر مسلمانان نگردد. مثلاً لازم است در مفاد قرارداد، به عدم جواز مواردی که با قاعده نفی سبیل سازگار نیست، مانند ازدواج زن مسلمان با مرد کافر، تصریح شود. همچنان که امام صادق علیه السلام در تعاهد و اشتراط تأکید می‌کنند که نباید مخالف قرآن و سنت باشد:

مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالَفاً لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ: هرکس شرطی مخالف کتاب الله ملتزم گردد نه برای او جایز است بدان عمل کند و نه برای کسی که به نفعش شرط شده، اینکه مسلمانان باید به شروط خود پایدار مانند صرفاً در مواردی است که موافق کتاب الله عزوجل باشد (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶).

۲-۲. قاعده الزام

قاعده دیگری که می‌تواند در تعامل با سایر مسلمانان و حتی غیرمسلمانان مطرح می‌شود قاعده الزام است. طبق این قاعده هرگاه در بحثی حقوقی با پیروان سایر مذاهب اختلاف نظری وجود داشته باشد که به ضرر آنها و به نفع مومنین باشد، هر چند اصل حکم، مورد نظر فقه نباشد، مورد قبول واقع می‌شود. مکارم شیرازی در این باره نوشته است: «شکی نیست که احکام فرعی بین مسلمانان متفاوت است و این قاعده نیز به همین اختلافات اشاره دارد؛ یعنی گاهی شخصی به مقتضای مذهب خویش ملزم به پرداخت مال یا چیز دیگری می‌شود اما مطابق مذهب ما بدان ملزم نخواهد بود. بحث در این است که آیا می‌توان آن مال را از وی گرفت یا نه؟ آنچه از مجموع احادیث استفاده می‌شود این است که می‌توان مخالفین را به احکام مذهب خود ملزم گردانید» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۶۴) در این صورت می‌توان گفت: اگر حکم دادگاه خارجی به نفع شهروند داخلی مسلمان و به ضرر شهروند خارجی غیرمسلمان باشد طبق این قاعده می‌توان غیرمسلمان را ملزم به پذیرش حکم صادره توسط دادگاهی که بر اساس دیدگاه وی مشروع است نمود. مستند این قاعده روایتی است از امام کاظم علیه السلام که فرمودند: «الزُّمُّهُمْ بِمَا أَلْزَمُوا أَنْفُسَهُمْ: آنان را

بدانچه خود پذیرفته‌اند ملزم گردانید» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۱۵۷) به نظر می‌رسد این قاعده امر عقلایی بوده و امری تعبدی نیست. در حقیقت وقتی کسی خود را ملزم به پذیرش قانونی نماید آن قانون در حق او نافذ است اما نفوذ آن در حق دیگری که چه بسا اصلاً اعتقادی به نظام ارزشی آن نظام ندارد معنی ندارد. به تعبیردیگر بازگشت این قاعده به قاعده «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» است که همه عقلای عالم و نیز شرع مقدس اسلام آن را معتبر می‌داند. باید دانست که این قاعده به دلایلی همچون عمومیت صحیحیه محمدبن مسلم نه فقط مذاهب اسلامی بلکه شامل پیروان سایر ادیان نیز می‌شود (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۷۰). نکته دیگر در این رابطه اینکه قدر متیقن از این قاعده مسائل پیرامون احوال شخصیه است که در آینده بیشتر بدان اشاره خواهد شد.

۲.۳. مصلحت نوعیه (تقیه مداراتی)

از دیگر مستندات قابل استفاده در پذیرش و اجرای احکام صادره از کشورهای بیگانه و اسلامی، مصلحت نوعیه می‌باشد. بر این مبنا می‌توان گفت هرگاه مصلحت فردی یک مومن موجب نادیده گرفتن احکام اولیه می‌شود، به طریق اولی با مصلحت نوعیه مسلمانان نیز می‌توان از بسیاری از احکام اولیه صرف نظر نمود. به عبارت دیگر وقتی مصلحت فردی یک شهروند باعث می‌شود تا مثلاً باطل بودن حکمی مانند تعصیب را نادیده بگیریم، چرا نتوان مصلحت جامعه را در نظر گرفت و به طور موقت و تحت یک قرار دادی که منافع جامعه اسلامی به طور کلی تامین شود، این حکم که قاضی باید دارای شرایط خاصی باشد را نادیده گرفت و در برخی موارد حکم دادگاه خارجی را اجرا نمود؟ در حقیقت باید این گونه مسائل را تحت عنوان تقیه مداراتی مطرح نمود. با دقت در آیه مربوط به تقیه؛ «الْأَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً» مگر اینکه از آنها بپرهیزید [به خاطر هدف‌های مهم‌تری تقیه کنید]» (آل عمران: ۲۸) نیز نکات پیش‌گفته به‌خوبی آشکار می‌شود؛ زیرا صدر آیه در خصوص تبیین و تعریف روابط مسلمانان با کفار است؛ از این رو با چراغ سبز آشکاری که در شرایط تقیه نشان داده شده می‌رساند که میتوان در شرایط خاص برخی روابط (اجتماعی، حقوقی و...) با غیرمسلمان برقرار نمود.

توضیح اینکه تقیه دو نوع است: تقیه خوفی و تقیه مداراتی؛ (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۲، ص ۳۲) تقیه خوفی آن است که از ترس جان یا مال و... از برخی احکام چشم پوشی شود و تقیه مداراتی آن است که به خاطر مصالح این کار صورت پذیرد. تقیه خوفی قدر مسلم از تقیه مشروع در قرآن و

سنت است، اما نوع دوم تقیه نیز در مویدات متعددی دارد از جمله روایتی که در گذشته از ایوب بن نوح نقل شد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۱۵۷) که ضمن آن به تقیه و اتفاقاً از نوع مداراتی آن اشاره شده است.

آیت‌الله فاضل لنکرانی در این باره می‌نویسد: «هدف از این قسم تقیه (تقیه مداراتی) حسن معاشرت و مدارات و جلب مودّت و در نتیجه، تحقق وحدت از یک سو میان مسلمین با شرکت یکپارچه در شعائر الهی و نماز جماعت و سایر مظاهر وحدت و در حقیقت، حصول وحدت کلمه میان همه مسلمانان و عدم پراکندگی آنان، مخصوصاً در برابر کفار و دشمنان، می‌باشد... این قسم از تقیه مورد تأکید ائمه علیهم‌السلام قرار گرفته و با تحریص و ترغیب پیروان خویش را به رعایت آن وادار نموده‌اند» (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۲، ص ۳۵) این بدان معناست که مسلمین نمی‌توانند یکسره از پیرامون خود انقطاع حاصل کنند، بلکه از روی مدارا هم که شده برخی مواقع باید تن به برخی معاهدات داد که این تعبیر دیگری از مصلحت نوعیه است؛ یعنی اگر مصلحت جامعه اسلامی در این باشد که قرار دادی تنظیم گردد که طبق آن احکام حقوقی کشوری غیر مسلمان نسبت به شهروندان مسلمان حکومت اسلامی نافذ گردد، حکومت اسلامی می‌تواند آن را (البته با ذکر شرایط مشخص که در ادامه اشاره خواهد شد) بپذیرد. به عبارت دیگر همان طور که امروزه شرایط مطرح در کتب فقهی در مورد قاضی (از جمله مرد بودن، مجتهد بودن و...) را نادیده می‌گیرند و طبق عناوینی همچون مأذون بودن از مجتهد و مانند آن احکام صادره را مطابق شرع و لازم الاجراء می‌دانیم، با امضای حاکم جامعه اسلامی (ولیّ فقیه)، و با در نظر گرفتن مصالح و احکام ثانوی، راه برای پذیرفتن برخی احکام صادره از دادگاه غیر مسلمان بسته نیست.

در سیره پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم نیز مواردی مانند داستان قضاوت سعد بن معاذ در تعیین تکلیف یهودیان بنی قریظه می‌تواند مورد استناد قرار بگیرد. یهودیان پس از پیمان شکنی با پیامبر صلی الله‌علیه‌وآله‌وسلم و جنگی که بین ایشان در گرفت، شکست خوردند و برای تعیین تکلیف آنها بنا شد حکمیت سعد بن معاذ ملاک عمل قرار گیرد، لکن باید دانست که اگرچه سعد از زمره مسلمانان بود اما قاضی شدن وی بنا به درخواست یهودیان بود (ابن هشام، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۰).

بنابراین با اینکه طبق نص قرآن حق قضاوت از آن پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم بوده است، اما مصالح اقتضا می‌کرده پیامبر داوری قاضی پیشنهادی خود یهود را پذیرا باشند.

۲-۴. تأیید حاکم شرع

با بررسی‌های صورت گرفته این نتیجه حاصل می‌گردد که احکام صادره از محاکم کشورهای بیگانه، گاهی به‌عنوان اولی می‌تواند مورد پذیرش واقع شود مانند مواردی که حکم توسط مجتهد جامع الشرایطی در کشوری مانند عراق یا... صادر شده باشد و همچنین موارد اجرای قاعده الزام، اما گاهی نیز تحت عناوین ثانویه بوده و بالذات نفوذ ذاتی ندارند. به همین دلیل صرفاً پس از تأیید حکم صادره توسط حاکم شرع یا قاضی منصوب از سوی ایشان امکان اجرای حکم مهیا می‌باشد همچنان‌که حجیت رای صادره با تنفیذ حاکم می‌باشد و لذا امکان نقض رای نیز توسط حاکم شرع وجود دارد. کما اینکه امکان نقض رای دادگاه‌های بدوی توسط دادگاه تجدید نظر و مانند او همواره در قانون‌های مختلف پذیرفته شده است. پرواضح است که ثانویه بودن حکم خارجی و عدم نفوذ ذاتی آن دلیل امکان نقض آن می‌باشد. از همین رو وقتی امیرالمومنین علیه السلام شریح را به سمت قضاوت منصوب می‌کنند، حق نقض رای را برای خود محفوظ می‌دارند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۷).

محمدحسن نجفی (صاحب جواهر) در این زمینه می‌نویسد: «انصاف و تدبیر در آنچه در مورد شریح وارد شده است اقتضا دارد، کسی را که همه صفات لازم برای قضاوت دارا نیست می‌توان به‌عنوان قاضی نصب کرد» (نجفی، [بی تا]، ج ۱، ص ۷۱) و لذا تنفیذ حاکم می‌تواند از اسباب اجرای رای صادره از محاکم غیراسلامی باشد.

۳. تحلیل موضوع در دعاوی احوال شخصیه

پس از آنکه امکان پذیرش احکام دادگاه‌های خارجی اثبات شد، لازم است تذکر داده شود که پذیرش نظر قضات شهروندان سایر ملت‌ها یا به تعبیر فقهی تر، پیروان سایر ادیان و مذاهب، در احوال شخصیه سابقه زیادی در فقه امامیه دارد. همین موضوع باعث شده است قانونگذار چه در قانون اساسی و چه در قوانین مدنی جمهوری اسلامی، پیروان اقلیت‌های مذهبی را در احوال شخصیه آزاد گذاشته و تابع آیین و طبعاً محاکم خود دانسته است.

برجسته‌ترین قاعده در این زمینه قاعده الزام است که در گذشته بدان اشاره شد. باید دانست که شاخص‌ترین و معروف‌ترین مسائل این قاعده پیرامون برخی از مسائل احوال شخصیه است. علامه

جعفری در تعریف این قاعده می‌نویسد: «قاعده الزام می‌گوید: هر قانون و عقیده‌ای را که ملت مذهبی غیرمسلمان برای خود تثبیت شده می‌داند بایستی نتایج مطلوبه از آن قانون را در باره آن ملت برای همان ملت پذیرفته و نتیجه مفروض را به رسمیت بشناسیم. مثلاً ملل غیراسلامی با شرایط و کیفیت معینی ازدواج و تولید فرزند می‌کنند و ازدواج را با قوانین معینی عمل می‌کنند قاعده الزام می‌گوید این ازدواج و فرزندان محصول آن را به رسمیت بشناسیم. آنچه زمینه اصلی اقتضاء می‌کرد این بود که به جهت همگانی و همه زمانی بودن قانون اسلامی هیچ یک از مقررات مذهبی ملل دیگر به رسمیت شناخته نشود ولی باتوجه به این که ایده اسلامی، قوانین فقهی خود را بر هیچ یک از ملل نمی‌خواهد تحمیل نماید، نیز باتوجه به ضرورت هم‌زیستی مسلمین با ملل دیگر، قاعده مزبور وضع شده است» (جعفری، ۱۴۱۹، ص ۸۲).

محمد جواد مغنیه در کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام می‌نویسد:

ازدواج غیرمسلمانان - حتی کسانی که ازدواج با محارم را جائز می‌دانند، - به شرطی که مطابق با قوانین داخلی خودشان باشد تماماً صحیح است و به دلیل روایاتی که وجود دارد ما مسلمانان نیز آثار آن را مترتب می‌دانیم. هم اکنون نیز در قوانین مربوط به احوال شخصیه لبنان همین قاعده ملاک عمل قرار می‌گیرد (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۰۸).

در بحث طلاق هم که از مسائل مهم احوال شخصیه به‌شمار می‌رود، امام خمینی عقیده دارد: اگر زوج از عامه از کسانی که وقوع سه طلاق به‌طور مرسله (رها از حمل) یا مکرر معتقد باشد و طلاق را به یکی از دو قسم واقع سازد بر او ملزم می‌شود چه زن شیعه باشد یا مخالف. و ما بر آن آثار مطلقه به سه مرتبه را مترتب می‌کنیم؛ پس اگر به او رجوع کند حکم به بطلان آن می‌کنیم مگر اینکه رجوع در موردی باشد که نزد آنها صحیح است پس در غیر آن بعد از انقضای عده‌اش با او ازدواج می‌کنیم. و همچنین زوجه اگر شیعه باشد برایش ازدواج با دیگری جایز است و فرقی نیست بین سه طلاق و غیر آن از آنچه که نزد آنها صحیح است و نزد ما باطل است مثل طلاق معلق و قسم به آن و در طهر نزدیکی و حیض و به غیردو شاهد، پس حکم به صحت آن می‌کنیم اگر از مخالف که قائل به صحت آن است واقع شود. و این حکم در غیر طلاق هم جاری است (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۳۳۰).

بنابراین همان‌طور که علامه جعفری نیز اشاره کرد، برون مرزی بودن قوانین مربوط به احوال شخصیه در فقه از مسلمات است و در قوانین دیگر کشورها نیز چنان تکرار شده، که باید آن را یکی

از اصول مسلم حقوق بین‌الملل خصوصی شمرد. در قانون مدنی ایران نیز به پیروی از همین اصل، در «ماده ۶ و ۷» که مربوط به احوال شخصیه ایرانیان مقیم خارج و خارجیان مقیم خاک ایران است، آمده است: هر فردی، چه ایرانی مقیم خارج و چه خارجی مقیم ایران، در احوال شخصیه تابع قوانین دولت متبوع خود هستند؛ لذا قلمرو حکومت قوانین مربوط به احوال شخصیه محدود به مرزهای کشور نیست، و به تبعیت از شخصیت اتباع هر کشور در خارج از مرزها نیز قابل اعمال است و به همین جهت بعضی آن را به سایه اشخاص تشبیه کرده‌اند (طاهری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۷).
باتوجه به نکته پیش‌گفته؛ یعنی عدم اعتبار مرزهای جغرافیایی در فقه و سنجش بیگانگان براساس مرزهای اعتقادی، قوانین جمهوری اسلامی، اقلیت‌های مذهبی خود را در حکم اتباع بیگانه دانسته و لذا در قانون اساسی چنین آمده است:

دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیرقابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب.

ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیتهای دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل میکنند. منتها با این وجود باید دانست که اعمال قوانین ملی درباره احوال شخصیه قاعده مطلقه نیست؛ زیرا در موردی که اجرای قانون خارجی با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد، یا احساسات عمومی را جریحه‌دار کند، هیچ کشوری حاضر به قبول آن نیست. برای مثال: اگر در کشوری نکاح با بعضی از محارم (مثل عمو و برادرزاده، عمه، و برادرزاده، یا خاله و خواهرزاده) صحیح باشد، و این دو پس از ازدواج به ایران بیایند با آن که روابط خانوادگی آنان باید تابع دولت متبوع خودشان باشد، دادگاههای ایران بر این نکاح اثری بار نخواهند کرد، و به این استناد که قانون خارجی با اخلاق حسنه و نظم عمومی ایران مخالفت دارد از اعمال آن خودداری می‌کنند. ماده ۹۷۵ ق. م. در همین زمینه چنین می‌گوید:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه^۱ بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی،^۲ محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد (همان، ص ۳۸).
باتوجه به این مسئله باید متذکر شد، در پذیرش احکام محاکم بیگانگان، باید دو مسئله را مد نظر داشت:

همان‌طور که پذیرش قوانین احوال شخصیه، منوط به عدم مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی می‌باشد، در پذیرش و اجرای سایر احکام قضایی نیز باید توافق نامه‌ها به نحوی تنظیم گردد که مخالف اخلاق حسنه، و اصول راهبردی دینی مانند قاعده نفی سبیل نباشد.
در احکام کیفری، باید بین مجازات‌های معمول و سبک با مجازات‌های شدید مانند اعدام تفصیل قائل شد. به تعبیردیگر باید تا حد ممکن در فروج و دماء احتیاط نمود و پذیرش احکام در این باره را مقید به قیودی از جمله تأیید محاکم مورد تأیید قرار داد.

نتیجه و پیشنهاد

مطابق با مقررات موضوعه ایران نه تنها در امور مدنی بلکه در امور حسبی و همچنین در امور کیفری (به صورت محدود) به وسیله انعقاد قراردادهای دو جانبه، می‌توان احکام صادره از محاکم کشورهای بیگانه (به خصوص اسلامی) را در ایران اجرا نمود. هرچند وجود موانع قانونی از جمله نظم عمومی و رعایت اصل عمل متقابل و ردیگر شروط مندرج در قانون مدنی، این اجرا را با تنگنمایی روبرو ساخته است. از سوی دیگر و با بررسی آموزه‌های اسلامی و با تدقیق در نظر فقها این امر حاصل می‌گردد که هرگاه محکمه کشور خارجی تحت نظر حکومت اسلامی و ولی فقیه تشکیل شده باشد از منظر فقهی تردیدی نیست که بدون نیاز به احکام ثانویه، رای آن دادگاه را میتوان در حق شهروند جامعه اسلامی نافذ دانست هرچند خارج از مرزهای جغرافیایی کشور باشد. کشور عراق را تا حدودی می‌توان مثال این فرض دانست، اما اگر کشوری تحت حکومت

۱. اخلاق حسنه عبارت است از قواعدی که در زمان و مکان معین توسط اکثریت اجتماع، رعایت آن لازم شمرده می‌شود یا عمل به آن نیکو تلقی می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۲۰).
۲. نظم عمومی عبارت است از: مجموعه سازمانهای حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق که تجاوز به آن ممکن نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۷۱۷). برخی از نویسندگان نیز نوشته‌اند: نظم عمومی دارای معنایی عام بوده که شامل اخلاق حسنه نیز می‌شود (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۶۴).

شرعی اسلامی نبوده اما مجتهد جامع الشرائطی حکمی صادر کند، نفوذ و غیرقابل نقض بودن آن نیز مسلم است. در این باره می توان مصادیقی از کشورهایی چون عربستان، کویت و... ذکر کرد، اما در خصوص احکام صادره از بلاد کفر که طبق دو فرض قبل نباشند، مساله به گونه دیگری است چنان که در این مکتب هر چند با وجود قواعدی چون قاعده نفی سبیل، امکان اجرای احکام صادره از محاکم دارالحرب در بلاد اسلامی وجود ندارد اما وجود قواعدی چون الزام، تقیه، مصلحت نوعیه و نیز انعقاد معاهدات فی مابین (شرط متقابل) راه را جهت اجرای این احکام فراهم ساخته است ضمن آنکه دادگاه غیراسلامی اگر به نفع شهروند جامعه اسلامی و به ضرر کافر حکم کند از طریق قاعده الزام، حکم وی قابل پذیرش است. لازم به ذکر است که در برخی شرایط مانند موارد اجرای قاعده الزام، پذیرش حکم دادگاه بیگانه حکمی اولی است. نهایتاً اینکه حاکم شرع می تواند بر مبنای مصالح جامعه اسلامی حکم بیگانه را تنفیذ و یا غیرقابل اجرا بداند. با این توصیف پیشنهاد می شود تا با در نظر گرفتن اقتضائات جامعه جهانی و در راستای تحکیم و تقویت ارتباطات بین المللی، قوانین مربوطه به نحوی اصلاح و تدوین گردد تا ضمن رعایت اصول حاکمیتی و اصل عمل متقابل، در مواردی که از دیدگاه فقهی مانعی وجود ندارد احکام خارجی به طور مستقیم و در سایر موارد با لحاظ تدابیری همچون قاعده الزام، مصلحت نوعیه و امضای حاکم شرع احکام صادره بیشتری از محاکم خارجی مورد شناسایی قرار گرفته و امکان اجرا یابند. نیز تبیین شد که پذیرش احکام دادگاه های خارجی در خصوص احوال شخصیه از مسلمات فقه است و با توجه به عدم اعتبار مرزهای جغرافیایی و ملاک بودن مرزهای عقیدتی، اقلیت های مذهبی از اتباع داخلی نیز در حکم اتباع خارجی محسوب می شود و آراء محاکم آنها در فقه مورد پذیرش قرار گرفته است. این دو نکته نیز مورد تأکید قرار گرفت که پذیرش و اجرای احکام قضایی مانند احوال شخصیه منوط به آن است که مخالف اخلاق حسنه و مسلمات فقهی و دینی نباشد. همچنین در احکام کیفری، باید بین مجازات های معمول و سبک با مجازات های شدید مانند اعدام تفصیل قائل شد و تا حد ممکن در فروج و دماء احتیاط نمود و پذیرش احکام در این باره را مقید به قیودی از جمله تأیید محاکم مورد تأیید قرار داد.

منابع

۱. ابن بابویه، محمد بن علی؛ من لایحضره الفقیه؛ تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳ق.
۲. ابن هشام، عبدالملک؛ السیرة النبویة؛ تحقیق مصطفی السقا و ابراهیم الأبیاری و عبدالحفیظ شلبی؛ بیروت: دارالمعرفة، [بی تا].
۳. ایروانی، محمدباقر؛ دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه؛ چ ۳، قم: دارالفقه، ۱۴۲۶ق.
۴. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ؛ القواعد الفقهیه؛ تصحیح مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی؛ ج ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۵. بجنوردی، سید محمد حسن؛ القواعد الفقهیه؛ چ ۳، تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸.
۷. جعفری، محمد تقی؛ رسائل فقهی؛ تهران: کرامت، ۱۴۱۹ق.
۸. جمعی از پژوهشگران؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ق.
۹. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان؛ تصحیح فارس حصون؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۰. حلّی (محقق حلّی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال؛ چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۱. حمیری، عبدالله؛ قرب الأسناد؛ قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۳ق.
۱۲. خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسيلة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم؛ تکملة المنهاج؛ چ ۲۸، قم: نشر مدينة العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۴. رحمانی، محمد؛ «قاعدة نفی السبیل منهج فی الإستقلال و مقاومة الهيمنة»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام؛ ش ۳۲، ۱۴۲۴ق، ص ۱۶۷-۱۹۶.
۱۵. سعدی، ابو حبیب؛ القاموس الفقهی: لغة و إصطلاحاً؛ چ ۲، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۸ق.
۱۶. شاهرودی، سید محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ق.

۱۷. صفایی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۱۸. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی؛ چ ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۸۶.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ تفسیر المیزان؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۳۷۴.
۲۰. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ الخلاف؛ تصحیح علی خراسانی، سیدجواد شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷.
۲۱. عاملی (حَرّ عاملی)، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۰۹.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ تصحیح سیدمحمد کلانتر؛ چ ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰.
۲۳. عمید زنجانی، عباسعلی و حامد کرمی؛ «ماهیت سرزمین در فقه امامیه»، حقوق اسلامی؛ ش ۲۷، زمستان ۱۳۸۹، ص ۲۸-۷.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد؛ «تقیه مداراتی»، میقات حج؛ ش ۳، بهار ۱۳۷۲، ص ۳۱-۵۶.
۲۵. کلانتری، علی‌اکبر؛ «دارالاسلام و دارالحرب و آثار ویژه آن»، مجله فقه؛ ش ۱۰، زمستان ۱۳۷۵، ص ۱۱۷-۱۳۲.
۲۶. کلینی، محمدبن یعقوب بن اسحاق؛ الکافی؛ تصحیح علی‌اکبر غفاری؛ چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷.
۲۷. محمود، عبدالرحمان؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیة؛ قاهره: دارالفضیله، [بی تا].
۲۸. مظاهری، حسین؛ فقه الولاية والحکومة الإسلامیة؛ چ ۱، قم: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء، ۱۳۸۶.
۲۹. مغنیه، محمدجواد؛ فقه الإمام الصادق؛ چ ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهیة؛ چ ۳، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱.
۳۱. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].