

A Comparative-Analytical Study of Change of Venue (Ihalah) in Positive Law and Islamic Law

*Mostafa Daneshpazhouh**

Associate Professor, Department of Law, Institution of Islamic Sciences, Research Institute of Hawzah and University, Qom, Iran

(Received: February 21, 2021; Accepted: July 18, 2021)

Abstract

In some cases of international private law, the judge should hear them based on foreign legal system, but sometimes the system does not consider its law to be competent to government in the subject of that dispute, and refers to another law, which it raises the issue of change of venue. The books and papers discussing the change of venue have answered the above-mentioned question often by describing legal materials related to the change of venue and perhaps by quoting and criticizing the different views on accepting or rejecting the change of venue in the area of positive law. However, there is also the question of whether the issue of the change of venue is raised in Islamic jurisprudence and law. Assuming that is the case, whether it has been accepted or rejected absolutely or relatively. The literature review shows that no Persian and Arabic books and papers have answered this question yet. Therefore, it becomes clear that dealing with this subject is important and necessary. This article analyzed logically the change of venue (the quality and origin of the jurisdiction of foreign law) in customary law, and compared it with Islamic jurisprudence and law in order to respond to that question. Finally, the article concluded that in Islamic jurisprudence and law, if the implementation of foreign (non-Islamic) law is not relevant, the change of venue is acceptable, and if it is relevant, it is not acceptable.

Keywords: Conflict of Rules, Rules of Conflict Resolution, Negative Conflict of the Rules of Conflict Resolution, Change of Venue (Ihalah), Obligation Rule

* Corresponding Author, Email: mdanesh@rihu.ac.ir

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۸، شماره ۲، تابستان ۱۴۰۱
صفحات ۶۶۴-۶۳۹ (مقاله پژوهشی)

مطالعه تحلیلی و تطبیقی احاله در حقوق موضوعه و حقوق اسلام

مصطفی دانش پژوه *

دانشیار گروه حقوق پژوهشکده علوم اسلامی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۲۷)

چکیده

در پاره‌ای از دعاوی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی، قاضی باید براساس سیستم حقوقی خارجی رسیدگی کند، اما گاه سیستم خارجی مزبور، قانون خود را برای حکومت بر موضوع آن دعوا صالح نمی‌داند و به قانون دیگری ارجاع می‌دهد و مسئله «احاله» را پدید می‌آورد. کتاب‌ها و مقاله‌هایی که احاله را مورد بحث قرار داده‌اند، بیشتر با شرح مواد قانونی مربوط به احاله، و احیاناً با نقل و نقد دیدگاه‌های مختلف در خصوص پذیرش یا رد احاله در فضای حقوق موضوعه، به پرسش مذکور پاسخ گفته‌اند، اما این پرسش هم وجود دارد که آیا در فقه و حقوق اسلامی مسئله احاله مطرح شده و با فرض مطرح بودن، آیا به صورت مطلق یا نسبی پذیرفته یا رد شده است؟ با توجه به اینکه بررسی پیشینه موضوع نشان می‌دهد که مقاله و کتابی به زبان فارسی و عربی در این خصوص وجود ندارد، ضرورت و اهمیت پرداختن به این بحث، آشکار می‌شود. این مقال در تلاش برای دریافت پاسخ صحیح این پرسش، با تحلیل منطقی احاله (کیفیت و منشأ صلاحیت قانون خارجی) در حقوق عرفی و عرضه و تطبیق آن با فقه و حقوق اسلامی، در نهایت، به این دیدگاه تفصیلی می‌رسد که در فقه و حقوق اسلامی، اگر اجرای قانون خارجی (غیراسلامی) موضوعیت نداشته باشد، احاله پذیرفتنی است و اگر موضوعیت داشته باشد، پذیرفتنی نخواهد بود.

واژگان کلیدی

احاله، تعارض قوانین، تعارض منفی قواعد حل تعارض، قواعد حل تعارض، قاعده الزام.

۱. مقدمه

در پاره‌ای از دعاوی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی، قاضی باید براساس قانون خارجی رسیدگی کند، اما گاه قانون خارجی مزبور، قانون خود را برای حکومت بر موضوع آن دعوا صالح نمی‌دهد و به قانون دیگری (قانون مقرر دادگاه یا قانون دولت ثالث)، احاله می‌دهد. در اینجا قاضی با این پرسش مواجه می‌شود که آیا باید بی‌اعتنای به احاله قانون خارجی مذکور، قانون همان کشور را مبنای رسیدگی قرار دهد و یا با پذیرش احاله، حسب مورد، براساس قانون دولت مقرر دادگاه یا دولت ثالث رسیدگی کند؟ هم در قوانین کشورها و هم در نظریات دانشمندان حقوق، پاسخ‌های متفاوتی به این پرسش داده شده است که بررسی آنها، جز از باب مقدمه، موضوع این مقال نیست. موضوع اصلی این مقال آن است که آیا در فقه و حقوق اسلامی مسئله احاله مطرح شده و با فرض مطرح بودن، آیا به صورت مطلق یا نسبی پذیرفته یا رد شده است؟

۲. پیشینه تحقیق

کتاب‌ها و مقاله‌هایی که احاله را مورد بحث قرار داده‌اند، بیشتر به شرح مواد قانونی مربوط به احاله پرداخته و برخی هم به نقل و نقد دیدگاه‌های مختلف در خصوص پذیرش یا رد احاله توجه کرده‌اند، اما تا آنجا که راقم این سطور اطلاع دارد، در هیچ‌یک از مقاله‌ها و کتاب‌های حقوقی فارسی و عربی و نیز کتاب‌های فقهی، اثری از بررسی احاله از منظر فقه و حقوق اسلامی مشاهده نمی‌شود، همان‌گونه که تحلیل مبنایی این مقاله درباره احاله، دست‌کم به صورتی که در این مقاله آمده است، در جای دیگری قابل مشاهده نیست. از این رو، اگر نویسنده در استنتاج نهایی، مصاب هم نباشد، به دلیل گشودن دریچه‌ای جدید از پژوهش‌های تطبیقی، مثاب خواهد بود، ان شاء الله.

۳. تعریف احاله

در یک تعریف توصیفی و توضیحی احاله را می‌توان چنین تعریف کرد: «هر گاه قاعده حل تعارض مقرر دادگاه قانون مادی خود را صالح ندانسته و به سیستم حقوقی خارجی صالح

ارجاع دهد و متقابلاً قاعده حل تعارض سیستم حقوقی خارجی هم قانون مادی خود را صالح ندانسته و به قانون دیگری (مقر دادگاه یا دولت ثالث) که آن را صلاحیت‌دار می‌شناسد، ارجاع دهد، به این ارجاع اخیر، «احاله» گویند. بدین ترتیب در پدیده احاله پای سه کشور و به عبارت بهتر، پای سه سیستم حقوقی در میان است: ۱. ارجاع‌دهنده، که همان «مقر دادگاه» است؛ ۲. ارجاع‌شده یا «مرجع‌الیه»، که در عین حال، احاله‌کننده نیز است؛ ۳. احاله‌شده یا «محال‌علیه»، که یا همان مقر دادگاه است یا ثالث.

روشن‌تر شدن مفهوم احاله در گرو تبیین زمینه و شرایط پیدایش احاله است که در شمار بعد به آن می‌پردازیم.

۴. زمینه احاله و شرایط پیدایش آن

۴.۱. زمینه

قواعد حل تعارض هر کشور، که قانون صالح حاکم بر دعوی خصوصی بین‌المللی را معین می‌کنند، گاه قوانین مادی خود را صلاحیت‌دار اعلام می‌کنند و گاه قانون خارجی را صلاحیت‌دار می‌شناسند. در صورت نخست (صلاحیت قوانین مادی مقر دادگاه) مشکلی بر سر راه اجرای قانون داخلی وجود ندارد. اما در صورت اخیر (صلاحیت قانون خارجی) این اختلاف‌نظر وجود دارد که آیا مقصود از قانون خارجی صالح، صرفاً قوانین مادی آنها است که مبنای رسیدگی ماهوی قرار خواهد گرفت یا مقصود مجموعه نظام حقوق خارجی - اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی - است؟ اگر مقصود از قانون صالح خارجی، صرفاً قوانین مادی آنها باشد، با پدیده احاله مواجه نخواهیم شد، زیرا قاضی با استناد به قاعده حل تعارض مقر دادگاه، سراغ قواعد مادی سیستم حقوق خارجی را گرفته و براساس آن به رسیدگی ماهوی خواهد پرداخت. اما اگر مقصود از قانون صالح خارجی، مجموعه نظام حقوقی خارجی باشد، ممکن است با پدیده احاله مواجه شویم، زیرا نظام حقوق خارجی که صلاحیت آن به وسیله قواعد حل تعارض مقر دادگاه اعلام شده از دو حال خارج نیست:

الف) قواعد حل تعارض نظام حقوقی خارجی نیز، قوانین مادی خود را صالح می‌دانند، در

این صورت با توافق سیستم‌های حل تعارض مواجه خواهیم بود. برای مثال در دعوای زوجین فرانسوی مقیم ایران، به استناد قواعد حل تعارض هر دو نظام حقوقی (سیستم مقرر دادگاه و سیستم خارجی) قوانین مادی خارجی (فرانسه) صالح است و قاضی بدون هیچ اشکالی براساس آن به رسیدگی ماهی اقدام خواهد کرد (توافق قواعد حل تعارض دو کشور).

ب) قواعد حل تعارض نظام خارجی، قوانین مادی خود را صالح نداند و قانون کشور دیگری را صلاحیت‌دار بداند. در این حالت، با پدیدۀ تعارض منفی سیستم‌های حل تعارض - که احاله نامیده می‌شود - مواجه خواهیم شد. برای مثال در دعوای زوجین انگلیسی مقیم ایران، دانمارک یا بلژیک، ماده ۷ قانون مدنی ایران، به‌عنوان قاعده حل تعارض مقرر دادگاه (ایران)، قانون ملی زوجین، یعنی قانون خارجی (انگلیس) را صالح می‌داند، اما قاعده حل تعارض انگلیس، قانون اقامتگاه زوجین، یعنی برحسب مورد قانون ایران، دانمارک، یا بلژیک را صالح می‌داند. در اینجا قاضی با این پرسش مواجه می‌شود که بالأخره براساس کدام یک از قوانین باید حکم کند.

۴.۲. شرایط پیدایش

براساس آنچه گذشت، روشن می‌شود در صورتی احاله پدید می‌آید که شرایط زیر وجود داشته باشد:

۱. قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون خارجی را صلاحیت‌دار اعلام کند و به آن ارجاع دهد؛

۲. مقصود از قانون خارجی مرجوع‌الیه هم، فقط قوانین مادی نبوده، بلکه مجموعه نظام حقوقی خارجی - اعم از قواعد حل تعارض و قواعد مادی - باشد؛

۳. قاعده حل تعارض نظام حقوقی خارجی (مرجع‌الیه) نیز، قانون مادی خود را صالح ندانسته و قانون کشور دیگری (مقرر دادگاه [مثلاً ایران] یا کشور ثالث [مثلاً دانمارک یا بلژیک]) را صلاحیت‌دار بداند و به آن ارجاع دهد؛

۴. از نگاه نظام حقوقی مقرر دادگاه، قاعده حل تعارض خارجی نه تنها صلاحیت داشته باشد که نسبت صلاحیت قانون مادی خود اظهار نظر کند، بلکه بتواند قانون دیگری را

به‌عنوان قانون صالح معین کند؛

۵. قاضی مقر دادگاه هم موظف باشد که دستور قاعده حل تعارض خارجی را اجرا کند.

۵. انواع احاله

اگر قاعده حل تعارض نظام حقوقی خارجی (مرجوع‌الیه)، قانون کشور مقر دادگاه را صالح بداند و به آن ارجاع دهد، این احاله را احاله درجه یک نامند (مانند احاله به قانون ایران نسبت به زوجین انگلیسی مقیم ایران)، اما اگر قانون کشور ثالثی را صلاحیت‌دار دانسته و به آن ارجاع دهد، آن را احاله درجه دو می‌نامند (مانند احاله به قانون دانمارک یا بلژیک نسبت به زوجین انگلیسی مقیم دانمارک یا بلژیک) (الماسی، ۱۳۶۸: ۹۰؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۱۷).

احاله درجه دو از یک نگاه خود دو قسم است:

الف) اگر قاعده حل تعارض کشور ثالث (محال‌علیه)، قانون خود را صالح دانسته و ارجاع کشور مرجوع‌الیه نخستین را بپذیرد و به سلسله ارجاع‌ها پایان دهد، آن را احاله ساده می‌نامند (فدوی، ۱۳۹۰: ۲۳۰)؛

ب) اما اگر قاعده حل تعارض کشور ثالث (محال‌علیه) قانون خود را صالح نداند و قانون خارجی دیگری (کشور مرجوع‌الیه، کشور مقر دادگاه یا کشور ثالث) را صلاحیت‌دار بداند و به آن ارجاع دهد، یعنی در حقیقت کشور محال‌علیه، ارجاع کشور مرجوع‌الیه (انگلیس) را نپذیرد تا در نتیجه ارجاع‌ها پایان نیافته و به‌صورت دور یا تسلسل ادامه یابد، آن را احاله پیچیده و فرره‌ای نامند (صفایی، ۱۳۷۴: ۱۲۰).

در چگونگی برخورد با تعارض منفی قواعد حل تعارض و پدیده احاله، هم به لحاظ عملی و قوانین موضوعه دولت‌ها و هم به لحاظ نظری و دیدگاه دانشمندان حقوق، اختلاف نظر وجود دارد. در بند ۳، نخست به احاله در حقوق ایران و سایر کشورها اشاره می‌شود و در بند ۴ دیدگاه دانشمندان حقوق درباره احاله تبیین می‌شود.

۶. احاله در حقوق ایران و سایر کشورها

برخی دولت‌ها، به‌طور عام هیچ‌یک از انواع آن را نپذیرفته و برخی برعکس به‌طور عام، هر دو نوع آن (درجه اول و درجه دوم) را پذیرفته‌اند و برخی هم به‌طور مطلق یا نسبت به پاره‌ای از موضوعات، فقط احاله درجه اول را پذیرفته و احاله درجه دوم را رد کرده‌اند (عزالدين عبدالله، ۱۹۸۶م: ۱۶۰؛ متولی، ۱۳۷۸: ۱۲۲؛ عکاشه، ۲۰۰۴م: ۲۰۶-۲۰۳؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۹-۱۲۸).

حقوق ایران نیز، به شرحی که خواهد آمد، به تفصیل گراییده، احاله درجه اول را پذیرفته و احاله درجه دوم را رد کرده است، زیرا:

به استناد ماده ۹۷۳ قانون مدنی که می‌گوید: «اگر قانون خارجه‌ای که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد، به قانون دیگری احاله داده باشد، محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست، مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد»، می‌توان گفت:

اولاً، قانونگذار ایران به مجموعه نظام حقوق خارجی ارجاع داده و در نتیجه زمینه مطرح شدن احاله را فراهم آورده است؛

ثانیاً، وضعیت احاله درجه اول را به‌روشنی معین ساخته و قاضی ایرانی را مکلف به پذیرش آن و در نتیجه اجرای قوانین مادی ایران کرده است؛

ثالثاً، نسبت به احاله درجه دوم به‌روشنی سخن نگفته و شارحان قانون مدنی را از دو حیث به اختلاف درانداخته است؛ یکی از حیث اصل پذیرش یا رد احاله درجه دوم، و دیگر از جهت قانون صالح حاکم بر دعوا در صورت عدم پذیرش احاله درجه دوم.

از حیث اول (پذیرش یا رد احاله دوم)، هیچ‌یک از حقوقدانان ایرانی به‌صراحت از پذیرش احاله درجه دوم سخن نگفته است، بلکه برخی با عبارتی صریح یا نزدیک به صریح، احاله درجه دوم را مردود می‌دانند (مدنی، ۱۳۷۸: ۲۵۸؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۱۰۰؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۶؛ فدوی، ۱۳۹۰: ۱۴۱؛ نظیف، ۱۳۸۹: ۱۰۲؛ عامری، ۱۳۶۲: ۱۳۹) و برخی دیگر به‌طور مطلق و بدون تفصیل بین احاله ساده و احاله پیچیده، قاضی را در پذیرش یا رد احاله

مخیر می‌دانند (صفایی، ۱۳۷۴: ۱۱۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۲۲؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۴۳ و ۲۴۴) و بعضی هم با تفصیل بین دو نوع احاله درجه دوم، قاضی را در پذیرش یا عدم پذیرش احاله ساده مخیر می‌دانند، اما پذیرش احاله پیچیده را ممنوع می‌شمرند (متولی، ۱۳۷۸: ۱۲۰ و ۱۲۱) و در نهایت هم برخی حکم آن را مجمل و مسکوت می‌دانند.

از حیث دوم (قانون صالح حاکم بر دعوا در صورت عدم پذیرش احاله درجه دوم) نیز، به دلیل عدم صراحت و شفافیت قانون، بین حقوقدانان ایرانی اختلاف نظر وجود دارد: گروهی - هرچند با دلیل و تبیین‌هایی متفاوت - قانون مقرر دادگاه (ایران) را صالح می‌دانند (نصیری، ۱۳۷۲: ۱۸۵ و ۱۸۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۲۳) و گروهی دیگر نیز با استدلال‌هایی مختلف، قانون خارجی مرجوع‌الیه را صالح اعلام می‌کنند (صفایی، ۱۳۷۴: ۱۲۱؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۷؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۱۰۱؛ متولی، ۱۳۷۸: ۱۲۲ و ۱۲۳؛ مشایخی، ۱۳۸۶: ۶۶. دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۷-۱۳۵) و بعضاً این عبارت از کمیسیون مشورتی حقوق مدنی اداره حقوقی وزارت دادگستری در کلاسۀ پرونده ۹/۱۵ مورخ ۱۳۴۷/۴/۱۷ را نیز به عنوان تأیید نقل می‌کنند: «عدم شمول قوانین مربوط به احوال شخصیه ایرانیان نسبت به خارجیان، یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل خصوصی ما است که در قوانین خارجی نیز معتبر تلقی شده است» (مشایخی، ۱۳۸۶: ۶۶).

۷. احاله از دیدگاه دانشمندان حقوق

دانشمندان حقوق نیز، دیدگاه‌های متفاوتی به شرح زیر ارائه کرده‌اند:

۱. دیدگاه عدم پذیرش احاله به طور مطلق؛
 ۲. دیدگاه پذیرش احاله به طور مطلق؛
 ۳. دیدگاه پذیرش مشروط و تفصیلی؛
 ۴. دیدگاه پیشنهاد وضع مقررات واحد جهانی از طریق انعقاد معاهدات بین‌المللی.
- به دلیل ضیق مجال، صرفاً به دو دیدگاه نخست، که بیشتر مورد توجه است، اشاره می‌کنیم:

۱.۷. دیدگاه عدم پذیرش احاله به طور مطلق

برخی دانشمندان به دلایلی چند با پذیرش احاله مخالفاند، از جمله بدان دلیل که از یک سو تعیین قانون صالح بر اساس قاعده حل تعارض خارجی، با اصل حاکمیت مستقل دولت‌ها ناسازگار است و از سوی دیگر سبب ایجاد نوعی دور و تسلسل می‌شود (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۱۹ و ۱۲۰؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۹۳ و ۹۴؛ صفایی، ۱۳۷۴: ۱۲۱-۹۴؛ عامری، ۱۳۶۲: ۱۳۸؛ مکرمی، ۱۳۷۵: ۳۴ و ۳۶؛ الهداوی، ۱۹۷۴م: ۷۵؛ عزالدین عبدالله، ۱۹۸۶م: ۱۵۲؛ مشایخی، ۱۳۸۶: ۴۹-۴۴). نظریه جانشینی احاله (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۳۱ و ۲۳۲) و نظریه بی‌تابعیتی حقوقی (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۳۲-۲۳۳؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۹۶؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۳)، در این دسته قرار می‌گیرند. طرفداران این دیدگاه، خود به دو گروه فرعی تقسیم می‌شوند:

گروه اول: با تفکیک قواعد مادی و قواعد حل تعارض خارجی بر این عقیده‌اند که قاعده حل تعارض مقر دادگاه، قاضی را مستقیماً به قانون مادی خارجی ارجاع می‌دهد، بنابراین جایی برای مراجعه به قاعده حل تعارض خارجی و پیدایش تعارض منفی قواعد حل تعارض دو کشور و پدیده احاله باقی نمی‌ماند و قاضی مقر دادگاه باید قانون مادی مرجوع‌الیه را، بی‌اعتنا به قاعده حل تعارض آن به اجرا درآورد (الماسی، ۱۳۶۸: ۹۳؛ حفیظه، ۲۰۰۲م: ۱۲۵؛ البستانی، ۲۰۰۴م: ۱۶۷-۱۶۵؛ سامی بدیع، ۲۰۰۹م: ۱۰۹؛ ممدوح، ۱۹۷۳م: ۳۶۹؛ ممدوح، ۲۰۰۵م: ۶۱).

گروه دوم: اگرچه با تفکیک مذکور موافق نیستند و قاضی را موظف می‌دانند که نخست به قاعده حل تعارض خارجی مراجعه کند، حکم قاعده حل تعارض خارجی را فقط در محدوده اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت، نسبت به قانون مادی مرجوع‌الیه - و نه بیش از آن - می‌پذیرند. بنابراین اگر قاعده حل تعارض خارجی، قانون مادی خود را صالح دانست، همین قانون را لازم‌الاجرا می‌دانند و اگر قانون خود را صالح ندانست و به قانون ثالثی ارجاع دهد، فقط جنبه سلبی این حکم را پذیرفته و قانون مادی آن کشور را ناصالح خواهند دانست، اما جنبه ایجابی آن را نپذیرفته و قانون ثالث را صالح نخواهند دانست و

به جای قانون مادی مذکور، قانون مادی مقر دادگاه یا قانون مادی اقامتگاه را به مورد اجرا خواهند گذاشت (صفایی، ۱۳۷۴: ۹۸-۹۷، ۱۱۱، ۱۱۴، ۱۱۸؛ شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۳۳-۲۳۱؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۳؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۹۶).

۲.۷. دیدگاه پذیرش احاله به طور مطلق

اما متقابلاً جمع فراوانی از حقوقدانان، که تفکیک بین قوانین مادی و قواعد حل تعارض خارجی را منطقی نمی‌دانند (الهداوی، ۱۹۷۴: ۷۳؛ عزالدین عبدالله، ۱۹۸۶م: ۱۵۱؛ صفایی، ۱۳۷۴: ۹۸-۹۷؛ حفیظه، ۲۰۰۲م: ۱۲۳؛ البستانی، پیشین: ۱۶۵-۱۶۳؛ ممدوح، ۱۹۷۳م: ۳۶۹؛ ممدوح، ۲۰۰۵م: ۶۰)، با پاسخ‌هایی که به دلایل مخالفین داده‌اند، بدون هیچ‌گونه شرطی و به طور مطلق با پذیرش احاله به طور کلی یا به طور نسبی موافق‌اند و این پذیرش را به شیوه‌های مختلفی تبیین و توجیه می‌کنند، از جمله: نظریه صلاحیت انحصاری قانون ملی، نظریه نیابتی احاله، نظریه احاله مضاعف یا کامل، نظریه هماهنگی بین المللی احاله، نظریه منفعت طلبانه احاله، تئوری دادگاه خارجی، تئوری حق محفوظه (مکتسب)، تئوری داخلی، تئوری احاله قسمتی، تئوری احاله کامل، تئوری اسقاط متقابل ... (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۲۹-۲۳۸؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۲۴، ۱۳۵-۱۱۹؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۹۸-۹۵؛ مکرمی، ۱۳۷۵: ۳۶-۳۰؛ شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴: ۹۹؛ حفیظه، ۲۰۰۲م: ۱۲۱-۱۰۳؛ مشایخی، ۱۳۸۶: ۵۳-۵۲، ۴۶؛ الهداوی، ۱۹۷۴: ۷۳؛ عزالدین عبدالله، ۱۹۸۶م: ۱۵۱؛ صفایی، ۱۳۷۴: ۹۸-۹۷؛ البستانی، ۲۰۰۴: ۱۶۳-۱۶۵؛ ممدوح، ۱۹۷۳م: ۳۶۹؛ ممدوح، ۲۰۰۵م: ۶۰)، هرچند بیشتر این توجیها در دستیابی کامل به مقصود موفق به نظر نمی‌رسند. طرفداران این دیدگاه، همه در پذیرش مطلق و بدون شرط احاله درجه اول اتفاق نظر دارند، اما در مورد احاله درجه دوم، به دو گروه تقسیم می‌شوند، گروهی آن را می‌پذیرند و قانون مادی کشور ثالث را صالح و لازم‌الاجرا می‌دانند و گروهی دیگر آن را نمی‌پذیرند و به جای قانون مادی کشور ثالث، بنا به اختلاف تفاسیر، یا قانون مادی خارجی مرجوع‌الیه یا قانون مادی مقر دادگاه را صالح و لازم‌الاجرا می‌شمرند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۷-۱۳۵).

۳.۷. دیدگاه پذیرش مشروط و تفصیلی

مهم‌ترین دیدگاه تفصیل‌گرایان می‌گوید: «اگر قانون خارجی مرجوع‌الیه بیشترین ارتباط را با دعوا و پرونده داشته باشد، در این صورت رجوع به قانون خارجی صرفاً شامل قانون مادی و ماهوی آن کشور است (مثل قراردادها)» (مشایخی، ۱۳۸۶: ۲۶ و عکاشه، ۲۰۰۴م: ۲۴۶-۲۵۸) (۲۵۸: ۲۶؛ ۵۶: ۱۹؛ ۲۵۸-۲۴۶) و در نتیجه جایی برای احاله باقی نمی‌ماند. اما اگر چنین نباشد و «هدف قواعد حل تعارض مقر دادگاه این باشد که قانون خارجی به‌علت اینکه دارای درخواست‌های جدیدی است اعمال گردد... در این صورت باید به کل قانون خارجی از جمله قواعد حل تعارض آن رجوع گردد (مثل احوال شخصیه)» (مشایخی، ۱۳۸۶: ۲۶ و عکاشه، ۲۰۰۴م: ۲۴۶-۲۵۸) (همان جا) که در نتیجه ممکن است سبب پیدایش احاله شود.

اینک، نوبت پرداختن به پرسش اصلی و محوری این مقال است و آن اینکه آیا در فقه و حقوق اسلامی احاله مطرح است؟ و با فرض مطرح بودن تا چه حد و اندازه‌ای مانع اجرای قانون خارجی (غیراسلامی) می‌شود؟ دریافت پاسخ این پرسش مقتضی آن است که پیش از آن در یک تحلیل منطقی از احاله، ریشه‌های نظری اختلاف‌ها، جست‌وجو و دریافت شود.

۸. تحلیل منطقی احاله (کیفیت و منشأ صلاحیت قانون خارجی) و نتیجه آن

اگرچه به‌اجمال تردیدی وجود ندارد که منشأ صلاحیت قانون خارجی، قاعده حل تعارض مقر دادگاهی است که به آن قانون خارجی ارجاع داده است، در اینجا چند پرسش مرتبط و پلکانی وجود دارد که بدون دریافت پاسخ آنها، نمی‌توان مسئله احاله را به‌خوبی طرح کرد:

اولاً، آیا قواعد حل تعارض مقر دادگاه، صرفاً به قوانین مادی خارجی ارجاع می‌دهند یا به مجموعه نظام حقوق خارجی، اعم از قوانین مادی و قواعد حل تعارض؟ (قلمرو صلاحیت قانون خارجی)؛

ثانیاً، با فرض ارجاع به مجموعه نظام حقوقی خارجی، آیا اعتبار و قدرت قاعده حل

تعارض خارجی، صرفاً به اعلام صلاحیت یا عدم صلاحیت نسبت به قوانین مادی خود (کشور مرجوع‌الیه) خلاصه می‌شود یا می‌تواند قانون کشور دیگری را هم صالح اعلام کند؟ (قدرت صلاحیت قانون خارجی)؛

ثالثاً؛ در فرض اخیر، آیا صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی، به احاله درجه اول محدود می‌شود؟ یا احاله درجه دوم را نیز شامل می‌شود؟

اختلاف پاسخ‌ها به سه پرسش مذکور، تا حدود زیادی در اختلاف دیدگاه‌ها درباره کیفیت و منشأ صلاحیت قانون خارجی ریشه دارد، که به قدر ضرورت بدان اشاره می‌شود: صلاحیت قانون خارجی مرجوع‌الیه به‌ویژه قواعد حل تعارض آن، چگونه صلاحیتی است؟ آیا یک صلاحیت ذاتی و اعلامی است یا صلاحیت عارضی، اعطایی و تأسیسی؟ به عبارت دیگر، آیا نظام حقوقی مقرر دادگاه، هنگام ارجاع به نظام حقوقی خارجی، قانون خارجی و از جمله قواعد حل تعارض آن را دارای صلاحیت، قدرت و اعتبار ذاتی دانسته و با وضع قاعده حل تعارض خود، فقط این صلاحیت، قدرت و اعتبار را به رسمیت شناخته و آن را اعلام کرده است؟ یا آنکه برعکس، آن را ذاتاً فاقد صلاحیت، قدرت و اعتبار دانسته و خود به آن صلاحیت، قدرت و اعتبار بخشیده و اعطا کرده است؟ ذاتی و اعلامی یا عارضی و اعطایی دانستن صلاحیت قانون خارجی، امر اعتباری و قراردادی نیست تا تابع نظر قانونگذار باشد، بلکه منطقی‌تاً تابع دیدگاه موردنظر در بحث از منشأ صلاحیت قانون خارجی است، که قانونگذار هنگام وضع قواعد حل تعارض باید آن را در نظر بگیرد. در اینجا سه دیدگاه وجود دارد یا می‌تواند وجود داشته باشد.

۸.۱. صلاحیت ذاتی و اعلامی

یک دیدگاه، اصل را در روابط بین‌المللی به‌طور مطلق بر صلاحیت قانون خارجی قرار می‌دهد. براساس این دیدگاه، قانون خارجی مرجوع‌الیه دارای صلاحیت ذاتی است و کار قاعده حل تعارض مقرر دادگاه صرفاً این است که در صورت ناصالح دانستن قانون مادی خود، قانون صالح خارجی را شناسایی و به قاضی معرفی کند، نه آنکه به آن صلاحیت ببخشد. اگر صلاحیت قانون خارجی، صلاحیت ذاتی و اعلامی باشد، نتیجه‌اش آن است که:

اولاً، اصل بر صلاحیت مجموعه نظام حقوقی خارجی و از جمله قواعد حل تعارض آن است؛

ثانیاً، قاعده حل تعارض خارجی همان قدرتی را دارد که نظام حقوقی خارجی به آن داده است و در نتیجه می‌تواند افزون‌بر اعلام نظر مثبت یا منفی نسبت به صلاحیت قانون مادی خود، در صورت ناصالح دانستن قانون مادی خود، قانون کشور دیگری را که صالح می‌داند، تعیین و معرفی کند، چه آن کشور دیگر، کشور مقرر دادگاه باشد (احاله درجه ۱) یا کشور ثالث (احاله درجه ۲) این دیدگاه، تقریباً همان دیدگاهی است که صلاحیت قانون خارجی را به‌طور مطلق می‌پذیرد (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۳۸-۲۲۹؛ سلجوقی، ۱۳۶۸: ۱۳۵-۱۱۹، ۱۲۴؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۹۸-۹۵؛ مکرمی، ۱۳۷۵: ۳۶-۳۰؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۹۹؛ حفیظه السید الحداد، ۲۰۰۲م: ۱۲۱-۱۰۳؛ مشایخی، ۱۳۸۶: ۵۳-۵۲، ۴۶؛ الهداوی، ۱۹۷۴: ۷۳؛ عزالدین عبدالله، ۱۹۸۶م: ۱۵۱؛ صفایی، ۱۳۷۴: ۹۸-۹۷؛ البستانی، ۲۰۰۴م: ۱۶۳-۱۶۵؛ ممدوح، ۱۹۷۳م: ۳۶۹؛ ممدوح، ۲۰۰۵م: ۶۰).

۲.۸. صلاحیت عارضی و اعطایی

دیدگاه مقابل، که اصل را به‌طور مطلق بر صلاحیت قانون داخلی قرار می‌دهد، و به‌طور استثنایی و به دلیلی خاص قانون خارجی را صالح اعلام می‌کند.

براساس این دیدگاه، قانون خارجی مرجوع‌الیه ذاتاً فاقد صلاحیت است و این قاعده حل تعارض مقرر دادگاه است که به آن صلاحیت اعطا می‌کند، پس هم اصل صلاحیت و هم قلمرو صلاحیت، تابع اراده قانونگذار داخلی است که در قاعده حل تعارض داخلی مقرر دادگاه تجسم یافته است.

پس اگر صرفاً به قانون مادی خارجی صلاحیت بخشیده باشد، اصولاً نوبت به بحث از قدرت قاعده حل تعارض خارجی نمی‌رسد. اما اگر افزون‌بر آن، به قاعده حل تعارض خارجی هم صلاحیت اعطا کرده باشد، مسئله قدرت صلاحیت مطرح می‌شود و در این صورت ممکن است به‌طور مطلق صلاحیت بخشیده باشد (پذیرش احاله درجه اول و احاله درجه دوم) یا به‌طور محدود و مقید، صلاحیت اعطا کرده باشد (فقط پذیرش احاله درجه اول و عدم پذیرش احاله درجه دوم).

اگر صلاحیت قانون خارجی، صلاحیت عارضی و اعطایی باشد، نتیجه‌اش آن است که: اولاً، از یک سو، اصل بر عدم صلاحیت قانون خارجی است و باید به قدر متیقن آن - یعنی صلاحیت قانون مادی مربوط به دعوا- بسنده کرد و قاعده حل تعارض خارجی را فاقد صلاحیت دانست و به آن کاری نداشت، که نتیجه این سخن، عدم پیدایش پدیده احاله است؛

ثانیاً، از سوی دیگر، در صورتی که قاعده حل تعارض داخلی، به قاعده حل تعارض خارجی هم صلاحیت اعطا کرده باشد، اصل بر این است که این صلاحیت اعطایی، به اعلام نظر مثبت یا منفی، نسبت به قانون مادی خودش محدود می‌شود و نسبت به تعیین و معرفی قانون کشوری دیگر به عنوان قانون صالح، فاقد صلاحیت است (عدم پذیرش احاله)، مگر آنکه قاعده حل تعارض داخلی به آن تصریح کند یا به دلیل قطعی دیگری این مطلب ثابت شود (پذیرش احاله)؛

ثالثاً، در صورت اعطای صلاحیت حتی نسبت به تعیین قانون صالح و در نتیجه پذیرش احاله، باز هم، اصل بر پذیرش قدر متیقن، یعنی صرفاً پذیرش احاله درجه اول است، مگر آنکه به پذیرش احاله درجه دوم نیز تصریح شود یا دلیل قطعی دیگری بر آن دلالت کند. این دیدگاه، تقریباً همان دیدگاهی است که صلاحیت قانون خارجی را به طور مشروط و تفصیلی می‌پذیرد (مشایخی، ۱۳۸۶: ۵۶؛ عکاشه، ۲۰۰۴م: ۲۵۸-۲۶۶).

۳.۸. صلاحیت دوگانه و تفصیلی

دیدگاه سوم، دیدگاه دوگانه و تفصیلی است که هیچ‌یک از دو دیدگاه پیش‌گفته را به طور مطلق نمی‌پذیرد، بلکه با تحلیلی که از موضوع دارد، حسب مورد، گاه اصل را بر صلاحیت قانون خارجی و در نتیجه اعلامی و ذاتی بودن صلاحیت قانون خارجی قرار می‌دهد و در نتیجه احاله را می‌پذیرد و گاه اصل را بر صلاحیت قانون داخلی و در نتیجه عارضی و اعطایی بودن قانون خارجی بگذارد و در نتیجه احاله را نمی‌پذیرد.

۹. احاله در فقه و حقوق اسلامی

۹.۱. طرح بحث

پیش از ورود در بحث، یادآوری این نکته مفید است که با توجه به ضروری نبودن مسئله احاله در حقوق عرفی (سلجوقی، ۱۳۸۶: ج ۲: ۱۲۷) و با توجه به اختلاف نظر هم دولت‌ها و هم دانشمندان حقوق درباره احاله، به نظر می‌رسد که:

اولاً، ضرورتی ندارد که حتماً در فقه اسلامی، پاسخی برای مسئله احاله وجود داشته باشد؛ ثانیاً و مهم‌تر، ضرورتی ندارد که پاسخ واحدی برای آن وجود داشته باشد، بلکه همان‌طور که در حقوق عرفی، اختلاف نظر وجود دارد، ممکن است در فقه هم اختلاف نظر وجود داشته باشد.

حقیقت آن است که مسئله احاله صریحاً و با همین عنوان یا با عنوانی دیگر، در فقه مطرح نشده و این مسئله فاقد پیشینه روشن فقهی است، پس برای دریافت پاسخ این پرسش باید:

اولاً، آیا مقتضای قاعده حل تعارض اسلامی که قانون خارجی (غیراسلامی) را صلاحیتدار اعلام کرده است، چیست، آیا به‌طور مطلق، صرفاً قانون مادی خارجی را صالح می‌داند؟ یا مجموع سیستم قانون خارجی را صلاحیتدار، اعلام می‌کند؟ یا به‌صورت تفصیلی و بسته به مورد، گاه صرفاً قانون مادی و گاه مجموع سیستم قانون خارجی را صالح می‌داند؟

ثانیاً، آنجا که به مجموع سیستم حقوق خارجی ارجاع می‌دهد و آن را صالح اعلام می‌کند، قدرت اعتبار صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی چقدر است؟ آیا صرفاً می‌تواند در خصوص صلاحیت قوانین مادی خود اظهار نظر کند؟ یا افزون‌بر آن می‌تواند قانون دیگری را هم به‌عنوان قانون صالح اعلام کند؟ و در فرض اخیر، آیا صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی، به احاله درجه اول محدود می‌شود؟ یا احاله درجه دوم را نیز شامل می‌شود؟ پاسخ وابسته به این است که صلاحیت قانون خارجی، صلاحیتی ذاتی و اعلامی است یا صلاحیتی عارضی و اعطایی.

پرداختن به پاسخ سه پرسش مذکور، مجالس وسیع می‌خواهد، که موجود نیست، پس ناگزیر به اشاره زیر بسنده می‌شود:

۹.۲. نقل و مطالعه دیدگاه‌ها

۹.۲.۱. دیدگاه فقه عامه

به نظر می‌رسد براساس نظریه غالب در فقه اهل سنت، اصولاً جایی برای طرح مسئله احاله باقی نمی‌ماند و به اصطلاح این مسئله منتفی به انتفای موضوع است، زیرا پیش‌فرض طرح مسئله احاله، صلاحیت قانون خارجی است؛ درحالی‌که در این نظریه غالب: قاعده‌ای که قانون خارجی (غیراسلامی) را صلاح دانسته و قاضی دولت اسلامی را به آن ارجاع دهد، وجود ندارد. پس قاضی دولت اسلامی وظیفه دارد صرفاً براساس قوانین شریعت اسلامی رسیدگی کرده و حکم صادر کند (دراز، ۲۰۰۴ق: ۲۸۴) و اعتبار قانون خارجی، صرفاً در مواردی است که قانون خارجی قبلاً و توسط خود غیرمسلمانان به اجرا درآمده باشد (قاعده تقریر= شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه و تعارض متحرک)، اما قاضی مسلمان حق اجرای آن را ندارد (دراز، ۲۰۰۴ق: ۲۸۴).

۹.۲.۲. دیدگاه فقه امامیه

اما در فقه شیعه، قاعده‌ای معروف به قاعده الزام وجود دارد که به‌مثابه یک قاعده حل تعارض عمل کرده و بی‌آنکه حکم ماهوی را مشخص کند، صرفاً قاضی را به قانون صالح حاکم بر دعوا راهنمایی می‌کند و نه تنها در دعاوی و اختلافات میان مسلمان شیعه و مسلمان غیرشیعه، اجرای قانون غیرشیعی را واجب و دست‌کم، جایز می‌داند، بلکه براساس پاره‌ای از تحلیل‌ها و دیدگاه‌ها - که به صواب هم نزدیک‌تر است - چه‌بسا در دعاوی دو غیرمسلمان هم‌کیش نیز، اجرای قانون خارجی (غیراسلامی، مثلاً مسیحی یا یهودی) را جایز یا واجب می‌داند (دانش پژوه، ۱۳۹۴: ۵۰-۲۹). بنابراین، وقتی که قانون خارجی (غیراسلامی) براساس قاعده الزام صلاحیت‌دار، اعلام شود، طرح مسئله احاله امکان‌پذیر خواهد بود، زیرا برای مثال می‌توان فرض کرد، که در قوانین مسیحی درباره احوال شخصیه چنین پیش‌بینی شده باشد که اگر

مسیحیان مقیم کشوری باشند که قوانین مدنی آنان برگرفته از یکی از ادیان الهی باشد، تابع قوانین همان کشورند. بر این اساس مسیحیانی که به دادگاه دارالاسلام مراجعه کرده‌اند، اگر مقیم دارالاسلام باشند، به قوانین اسلامی احاله شده‌اند (احاله درجه اول). اگر فرضاً مقیم دارالیهود باشند، به قوانین یهودی احاله شده‌اند (احاله درجه دوم).

۳.۹. تحلیل نهایی

حال پرسش این است که آیا پذیرش این احاله‌ها، از منظر قوانین مقرر دادگاه (دارالاسلام) جایز، لازم یا ممنوع است؟ برای دریافت پاسخ این پرسش، باید دید مستند صلاحیت قانون خارجی (غیراسلامی) در فقه اسلامی چیست؟ و چه اقتضایی دارد؟ بی‌تردید مستند صلاحیت قانون خارجی، قاعده الزام است که برای اثبات آن، به دلایلی از جمله: آیاتی از قرآن کریم، روایات عام و خاص، اجماع و تسالم فقها، سیره متشرعه، سیره عقلا و عقل استناد شده است (بجنوردی، ۱۴۱۳ق: ۳، ۱۵۷-۱۵۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ج ۲: ۱۶۴-۱۵۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۷۰-۱۶۷؛ مصطفوی، ۱۴۱۲ق: ۶۱-۵۹؛ بحرانی، ۱۴۳۰ق، ج ۱: ۲۰۶-۱۹۳؛ سیفی، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ۲۰-۱۵؛ فتاحی: ۹۶-۸۵).

از مجموع ادله قاعده الزام، که در واقع قاعده حل تعارض اسلامی است و قانون خارجی را صلاحیتدار اعلام می‌کند، چنین مستفاد می‌شود که نتیجه قاعده الزام، با دیدگاه تفصیلی نزدیک‌تر است، زیرا موارد ارجاع به قانون خارجی -به شرحی که خواهد آمد- دست‌کم به دو گروه تقسیم می‌شوند و صلاحیت قانون خارجی در هر گروه متناسب با همان گروه است. در گروه نخست، موضوع اصالتاً به قانون داخلی (اسلامی) ارتباطی ندارد، پس مجموعه نظام قانون خارجی صالح است، بی‌آنکه قانون مادی خارجی، از نگاه قانون داخلی، موضوعیت و مطلوبیت خاصی داشته باشد، پس اولاً، به مجموعه قانون خارجی ارجاع می‌شود و ثانیاً، قاعده حل تعارض خارجی، افزون‌بر صلاحیت نسبت به اعلام صلاحیت یا عدم قانون مادی خود، صلاحیت اعلام قانون صالح دیگری را نیز دارد، پس احاله آن پذیرفته می‌شود، چه احاله درجه اول باشد یا احاله درجه دوم. اما در گروه دوم، موضوع اصالتاً به قانون داخلی (اسلامی) ارتباط دارد، پس قانون داخلی صالح است،

مگر آنکه قانون مادی خارجی به طور استثنایی، و به دلیل آنکه از موضوعیت و مطلوبیت خاصی برخوردار است، صلاحیتدار اعلام شده است، در این صورت، صرفاً به همین قانون - و نه قواعد حل تعارض خارجی - ارجاع می‌شود و اصولاً جایی برای مراجعه به قاعده حل تعارض خارجی و پیدایش احاله باقی نمی‌ماند.

۹.۳.۱. گروه نخست؛ دعاوی دو غیرمسلمان

به نظر می‌رسد در آن بخش از دعاوی غیرمسلمانان که به استناد قاعده الزام، قانون غیراسلامی صالح دانسته شده و به آن ارجاع شده است، از دلیل قاعده الزام - که در ذیل بدان اشاره خواهد شد - چنین استفاده می‌شود که:

اولاً، صلاحیت قانون غیراسلامی، از نوع صلاحیت ذاتی و اعلامی - و نه عارضی و اعطایی - است که به وسیله قاعده حل تعارض اسلامی (قاعده الزام) به رسمیت شناخته شده و اجرای آن تضمین شده است؛

ثانیاً، نتیجه منطقی صلاحیت ذاتی و اعلامی هم آن است که مجموعه نظام حقوقی غیراسلامی، اعم از قانون مادی و قاعده حل تعارض، صلاحیتدار شناخته شده است، بنابراین لازم است پیش از اجرای قانون مادی خارجی، به قاعده حل تعارض خارجی نیز مراجعه و براساس آن عمل شود: اگر قانون مادی خود را صالح دانست، همین قانون مبنای رسیدگی قرار گیرد و اگر به قانون اسلامی احاله کرد (احاله درجه اول)، شریعت اسلامی مبنای رسیدگی واقع شود و اگر به قانون سومی احاله کرد (احاله درجه دوم)، قانون محال علیه، مبنای رسیدگی قرار گیرد.

آنچه گفته شد در مورد دعاوی دو غیرمسلمان هم‌کیش (مثلاً دو مسیحی) مسلم است. اما در مورد دو غیرمسلمان ناهم‌کیش (مثلاً مسیحی-یهودی)، اختلاف نظر وجود دارد: براساس دیدگاهی که در این صورت نیز، یکی از دو قانون غیراسلامی را صالح می‌داند، مطلب مذکور صادق و جاری است، اما بر اساس دیدگاهی که در این موارد، صرفاً شریعت اسلامی را صالح می‌داند، اصولاً قانون خارجی صالح نیست، تا نوبت بحث از قلمرو و

کیفیت صلاحیت قانون خارجی و مسئله احاله برسد.

به نظر می‌رسد ظاهر آیه ۴۷ سوره مبارکه مائده که به مسیحیان دستور می‌دهد براساس انجیل حکم کنند: «ولیحکم اهل الانجیل بما انزل الله فيه و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون»، از صلاحیت ذاتی و عام (قانون مادی و قاعده حل تعارض) شریعت مسیحی حکایت می‌کند، به خصوص اگر با این تفسیر کلامی به آیه شریفه نگاه شود که مقصود اصلی از آیه این است که مسیحیان با مراجعه به انجیل و بشارت‌های آن به آمدن پیامبر خاتم و لزوم پیروی از او، باید هم‌اکنون طبق شریعت اسلامی عمل کنند، که چیزی شبیه احاله در جه اول است. اما صریح‌تر از آیه شریفه، روایت امام باقر(ع) است که بدون هیچ‌گونه قیدی، حلال پیروان سایر ادیان را، تابع قانون دینی خودشان، اعلام می‌کند. بدیهی است مراد از این حلال بودن، شناسایی حلیت موضوع است و نه تحلیل آن، زیرا بسیار بعید به نظر می‌رسد که شریعت اسلامی، چیزی را که بر پیروان خود حرام کرده است، برای دیگران حلال کند، بلکه حلیت آنها را برای پیروان سایر ادیان، به رسمیت شناخته است، اگر شریعت آنها، آن را حلال دانسته باشد.

دو روایت منقول از امام رضا(ع) که می‌فرمودند: «من دان بدین قوم لزمته احکامهم» و «الزموهم من ذالک ما الزموه انفسهم» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ۲۲، ۷۵، ۱۱ و ۷۳، ۵)، نیز از یک سو ظاهر در آن است مسئله و دعاوی مذکور در روایت، به دو غیرمسلمان مربوط می‌شود و از سوی دیگر، صلاحیت شریعت غیراسلامی، صلاحیتی ذاتی و عام است.

نتیجه آنکه در دعاوی دو غیرمسلمان، به‌ویژه اگر هم‌کیش باشند، اولاً، قانون خارجی (شریعت غیراسلامی)، صالح است؛ ثانیاً، از یک سو، این صلاحیت، صلاحیتی ذاتی و اعلامی است و از سوی دیگر، صلاحیتی عام، که دربرگیرنده هر دو نوع قانون (قانون مادی و قاعده حل تعارض) است؛ ثالثاً، اگر قاعده حل تعارض شریعت غیراسلامی، به قانون اسلامی یا به قانون ثالثی احاله کرد، این احاله لازم‌الاتباع است.

۹.۳. گروه دوم؛ دعاوی مسلمان-غیرمسلمان

در دعاوی مسلمان-غیرمسلمان، اصل اولیه بر صلاحیت شریعت اسلامی (قانون داخلی=قانون مقر دادگاه) است، مگر آنکه طرف غیرمسلمان براساس شریعت خودش چیزی را به نفع طرف مسلمان متعهد شده باشد، که در این صورت او را به انجام این تعهد الزام می‌کنند (نه آنکه براساس شریعت اسلامی، تعهدی بر او تحمیل کنند). دلیل این مطلب روایت امام رضا(ع) است که می‌فرماید: «خذوا منهم کما یأخذون منکم فی ستمهم و قضایاهم» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ۲۶، ۱۵۷، ۱)؛ یعنی آنان را به تعهدات خودشان ملزم سازید، حتی اگر چنین تعهدی در شریعت اسلامی وجود نداشته باشد. بدیهی است در چنین موردی: اولاً، صلاحیت قانون خارجی، یک صلاحیت عارضی و اعطایی است که قاعده حل تعارض اسلامی (قاعده الزام) آن را ایجاد کرده است. نتیجه اعطایی بودن این صلاحیت، الزامی بودن آن نیز است، یعنی قاعده حل تعارض خارجی نمی‌تواند با احاله به قانون شریعتی دیگر، حتی شریعت اسلامی، از قانون مادی خارجی، سلب صلاحیت کند، زیرا در این مورد، صلاحیت قانون مادی خارجی را شریعت غیر اسلامی به آن نداده است، تا بتواند از آن سلب صلاحیت کند. به عبارت دیگر، حتی در صورتی که قاعده حل تعارض خارجی، این قانون مادی را ناصالح اعلام کند، صلاحیت اعطایی قانون مادی خارجی، علی‌القاعده همچنان پابرجاست و همان قانون مادی خارجی اعمال و اجرا خواهد شد.

ثانیاً، صلاحیت اعطایی مذکور، به قانون مادی خارجی محدود می‌شود و قاعده حل تعارض خارجی را در برنمی‌گیرد و در نتیجه جایی برای مراجعه به قاعده حل تعارض خارجی نمی‌ماند تا احتمالاً مسئله احاله مطرح شود. دلیل این محدودیت هم این است که اجرای قانون مادی خارجی در این مورد موضوعیت دارد که شریعت اسلامی، به جای آنکه قانون خود را - که قانون صالح ذاتی و اولیه است - اجرا کند، دستور داده است که قانون خارجی اجرا شود. بنابراین نمی‌توان تناقض‌آلود سخن گفت و عمل کرد؛ از یک سو بر اجرای قانون مادی خارجی تأکید ورزید و از سوی دیگر با اعطای صلاحیت به قاعده حل تعارض خارجی و پذیرش احاله، زمینه عدم اجرای آن را فراهم ساخت.

این دلیل در مورد احاله درجه اول، که لازمه پذیرش آن، نفی تعهد طرف غیرمسلمان به ضرر طرف مسلمان است، به‌خوبی قابل درک است، اما شاید در مورد احاله درجه دوم به قانون ثالث، آنجا که قانون ثالث بیش از قانون مرجوع علیه برای غیرمسلمان تعهد ایجاد می‌کند، قابل تأمل باشد، از این حیث که پذیرش این احاله در این صورت، نه تنها با فلسفه اعطای صلاحیت به قانون مادی خارجی ناسازگار نیست، بلکه از آن حیث که تعهد بهتر و بیشتری را به نفع طرف مسلمان بر طرف غیرمسلمان تحمیل می‌کند، ظاهراً سازگاری بیشتری هم دارد. اگر این سخن پذیرفته شود، نتیجه‌اش این است که در دعاوی مسلمان-غیرمسلمان، اصولاً احاله پذیرفته نیست، مگر آنکه به قانونی احاله شود که آن قانون تعهد بیشتر و بهتری را به نفع طرف مسلمان بر طرف غیرمسلمان تحمیل کند. اما حقیقت این است که اسناد دادن چنین مطلبی به دلیل قاعده الزام (روایت امام رضا(ع))، بسیار دشوار می‌نماید، زیرا همان‌طور که تصریح شد، مفاد قاعده الزام تحمیل تعهد جدیدی بر طرف غیرمسلمان نیست، بلکه صرفاً الزام او بر تعهدات و ملتزمات دینی خودش است، درحالی که در فرض اخیر، طرف غیرمسلمان ملتزم و متعهد به آنچه را که قانون ثالث می‌گوید، نیست.

نتیجه آنکه در دعاوی مسلمان-غیرمسلمان، آنجا که قانون خارجی صلاحیتدار اعلام می‌شود، صرفاً قانون مادی خارجی از صلاحیت اعطایی برخوردار است و جایی برای طرح مسئله احاله باقی نمی‌ماند.

۱۰. نتیجه و جمع‌بندی نهایی

۱۰.۱۰ دیدگاه فقه درباره احاله

به نظر می‌رسد از میان سه فرضیه مذکور، فرضیه سوم که با ادله مربوط به صلاحیت قانون خارجی (قاعده الزام) سازگارتر است، فرضیه راجح و قابل پذیرش باشد، که می‌توان آن را با دیدگاه تفصیلی بر مبنای موضوعیت داشتن و نداشتن قانون مادی خارجی - که در حقوق عرفی گذشت - مقایسه و نتیجه آن را در دو گزاره زیر چنین تلخیص کرد:

۱. پذیرش احاله به دلیل موضوعیت نداشتن قانون مادی خارجی: در دعاوی

غیرمسلمانان با یکدیگر، آنجا که قانون خارجی صلاحیتدار اعلام شود، این صلاحیت از نوع صلاحیت اعلامی و عام است که ممکن است سبب پیدایش احاله درجه اول یا احاله درجه دوم شود که هر دو قابل پذیرش است.

۲. عدم پذیرش احاله به دلیل موضوعیت داشتن قانون مادی خارجی: در دعاوی مسلمان-غیرمسلمان، اصل بر صلاحیت قانون اسلامی است و آنجا که قانون غیراسلامی به صورت استثنایی صلاحیتدار اعلام می‌شود، صلاحیت از نوع صلاحیت اعطایی و خاص است که صرفاً شامل قانون مادی خارجی می‌شود و زمینه‌ای برای پیدایش احاله وجود ندارد. در پایان اشاره به این نکته نیز خالی از فایده نخواهد بود که با توجه به اینکه صلاحیت قانون خارجی (غیراسلامی)، بر مبنای دین اصحاب دعوا معین می‌شود و دین هم در درجه اول امر اعتقادی و باطنی است، اولین و بهترین راه اثبات دین اصحاب دعوا، اقرار و اعتراف خود آنان به پیروی از آن دین است، مگر آنکه دلیلی قطعی بر خلاف‌گویی او وجود داشته باشد. البته در صورتی که به هر دلیل چنین اقرار و اعترافی وجود نداشته باشد، باید به کمک بینه و قرائن و شواهد اطمینان‌بخش، دین او را مشخص ساخت.

۲.۱۰. استفاده از دیدگاه فقهی برای اصلاح حقوق عرفی و رایج ایران

با اقتباس از آنچه گذشت، می‌توان این برخورد دوگانه و تفصیلی را برای احاله در حقوق ایران نیز صادق دانست و براساس آن، پیشنهادی اصلاحی را به قانونگذار ارائه کرد:

الف) هر گاه در دعاوی دو بیگانه به جای قانون مقرر دادگاه (قانون داخلی = قانون ایران)، قانون خارجی صلاحیتدار اعلام شود، از آنجا که نه هیچ‌یک از اصحاب دعوا و نه قانون خارجی صالح مرجوع الیه، خصوصیتی ندارند، اگر این قانون صالح، به قانون دیگری احاله کند، احاله به طور مطلق، چه درجه اول و چه درجه دوم، پذیرفتنی و لازم‌الاجرا به نظر می‌رسد، البته با توجه به این نکته که اثبات قانون خارجی محال‌علیه، بر عهده اصحاب دعوا خواهد بود.

ب) هر گاه در دعاوی یک ایرانی و یک بیگانه به دلیل منطق و حکمت قاعده الزام، قانون خارجی دولت خاصی صلاحیتدار اعلام شود، از آنجا که هم طرف ایرانی و هم

قانون دولت خارجی موردنظر از ویژگی خاصی برخوردار است و موضوعیت دارد، فقط قانون همان دولت خارجی صلاحیت انحصاری دارد و نه تنها احاله درجه دوم، بلکه حتی احاله درجه اول نیز پذیرفته نخواهد شد. بر این اساس، ماده ۹۷۳ قانون مدنی را می‌توان این‌گونه اصلاح کرد و گویا ساخت:

ماده ۹۷۳- اگر قانون خارجه‌ای که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق، رعایت گردد، به قانون دیگری احاله کند، حکم احاله بسته به مورد متفاوت است:

الف) در دعاوی دو بیگانه، احاله به‌طور مطلق لازم‌الاجرا است و البته اثبات قانون دولت ثالث بر عهده طرفین است.

ب) در دعاوی میان یک بیگانه و یک ایرانی احاله به‌طور مطلق پذیرفته نیست.

کتابنامه

- قرآن کریم.

۱. آخوند خراسانی (۱۴۱۲ق). کفایه الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. ارفع نیا، بهشید (۱۳۷۶). حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، تهران: بهتاب.
۳. الماسی، نجادعلی (۱۳۶۸). تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۴. بجنوردی، محمدحسن (۱۴۳۱-۱۳۷۱ق). القواعد الفقہیہ، ج ۳، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۵. بحرانی، محمد صنقور علی (۱۴۳۰ق). توضیح القواعد الفقہیہ، ج ۱، بی جا، منشورات رشید.
۶. البستانی، سعید یوسف (۲۰۰۴م). القانون الدولي الخاص، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیہ.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعه، ج ۲۲ و ۲۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۸. حفیظه السید الحداد (۲۰۰۲م). القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیہ.
۹. دانش پڑوه، مصطفی (۱۳۹۱). «تأملی در ماده ۹۷۳ قانون مدنی و آرای حقوقدانان ایرانی درباره احاله درجه دو»، در: ارجنامه دکتر نجاد علی الماسی، به کوشش حسن محسنی، ص ۱۵۷-۱۳۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. دانش پڑوه، مصطفی (۱۳۹۴). «اجرای قاعده الزام در دعاوی بین المللی، به مثابه قاعده حل تعارض»، حقوق تطبیقی، ش ۱۰۳، بهار و تابستان، ص ۲۹-۵۰.
۱۱. دراز، رمزی محمدعلی (۲۰۰۴م). فکره تنازع القوانين فی الفقه السلامی، الاسکندریه: دارالجامعه الجدیده للنشر.
۱۲. سامی بدیع منصور و اسامه العجوز (۲۰۰۹م). القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثه، بیروت: منشورات زین الحقوقیہ.

۱۳. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: میزان.
۱۴. سیفی، علی‌اکبر (۱۴۲۸ق). مبانی الفقه‌الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۵. شیخ‌الاسلامی، سید محسن (۱۳۸۴). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: گنج دانش.
۱۶. صفایی، سید حسین (۱۳۷۴). مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: میزان.
۱۷. عامری، جواد (۱۳۶۲). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: آگاه.
۱۸. عزالدین عبدالله (۱۹۸۶م). القانون الولی الخاص، ج ۲، الطبعة التاسعة، الهيئة المصریه العامه للكتاب.
۱۹. عکاشه، محمد عبدالعال (۲۰۰۴م). تنازع القوانين، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۰. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهیه، قم: بی‌نا.
۲۱. فتاحی، سید محسن، (۱۳۹۰)، بررسی فقهی و حقوقی قاعده الزام، قم و تهران: ادیان.
۲۲. فدوی، سلیمان (۱۳۹۰). تعارض قوانین در حقوق ایران با تأکید بر احوال شخصیه، تهران: طرح اندیشه نوین.
۲۳. متولی، سید محمد (۱۳۷۸). احوال شخصیه بیگانگان در حقوق ایران، تهران: سازوکار.
۲۴. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۸). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: پایدار.
۲۵. مشایخی، مهرداد (۱۳۸۶). احاله در حقوق بین‌الملل، تهران: آریان.
۲۶. مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۱۲ق). القواعد الفقهیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۶۸). اصول الفقه، ج ۱، چ سوم، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهیه، ج ۲، قم: مدرسه الامام امیرالمومنین (ع).
۲۹. مکرمی، علی محمد (۱۳۷۵). «نقش احاله در تعارض منفی، در ایران و سایر کشورها»، نراق، بصیرت، ش ۱۱ و ۱۲، ص ۲۷-۳۹.
۳۰. ممدوح عبدالکریم (۲۰۰۵م). تنازع القوانين، عمان: دار الثقافه للنشر و التوزیع.

٣١. ممدوح عبد الكريم حافظ (١٩٧٣م). *القانون الدولي الخاص*، بغداد: دارالحرية للطباعة.
٣٢. نصيري، محمد (١٣٧٢). *حقوق بين الملل خصوصي*، تهران: آگاه.
٣٣. نظيف، مجتبي (١٣٨٩). *حقوق بين الملل خصوصي*، ج ٢، تهران: دادگستر.
٣٤. الهداوي، حسن (١٩٧٤م). *تنازع القوانين و احكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي*، كويت، مصبوعات جامعه الكويت.

References

- The Holy Quran.

1. Akasheh, Mohammad Abdolal (2004). *Tanazo al-Qavanin*, Beirut: Beirun: Manshourat al-Halabi al-Hoqouqiah. (in Persian) (in Arabic)
2. Akhound Khorasani (1991). *Kefayah al-Osoul*, Qom: Moaseseh al-Nashr al-Islami. (in Persian) (in Arabic)
3. Al-Bostani, Saeid Yousef (2004). *Al-Qanoun al-Dovali al-Khas*, Beirut: Manshourat al-Halabi al-Hoqouqiah. (in Persian) (in Arabic)
4. Al-Hadavi, Hassan (1974). *Tanazo al-Qavanin va Ahkamah fi al-Qanoun al-Dovali al-Khas al-Koveiti*, Kuwait: Matbouat Jameah al-Kuwait. (in Persian) (in Arabic)
5. Almasi, Najad Ali (1989). *Taarozi al-Qavanin*, Tehran: University Publication. (in Persian)
6. Ameri, Javad (1983). *Private International Law*, Tehran: Agah Publication. (in Persian)
7. Arfania, Behshid (1997). *Private International Law*, Vol.2, Tehran: Behtab. (in Persian)
8. Bahrani, Mohammad Sanqour Ali (2008). *Tozih al-Qavaed al-Feqhiah*, Vol.1, no place, Manshourat Rashid. (in Persian) (in Arabic)
9. Bojnourdi, Mohammad Hassan (1951-1992). *Al-Qavaed al-Feqhiah*, Vol.3, Qom: Moaseseh Matbouati Esmailian. (in Persian) (in Arabic)
10. Daneshpazhouh, Mostafa (2012). "A Study on Article 973 of the Civil Code and Iranian Jurists' Views on Second-Degree referral", in: Honorary Letter of Dr. Najad Ali Almasi, by Hassan Mohseni, pp.135-157, Tehran: Publication Corporation. (in Persian)
11. Daneshpazhouh, Mostafa (2015). "Execution of the Obligation Rule in International Litigations as a Rule of Conflict Resolution", *Comparative Law*, issue 103, Spring & Summer, pp.29-50. (in Persian)
12. Daraz, Ramzi Mohammad Ali (2004). *Fekrah Tanazo al-Qavanin fi al-Feqh al-Islami*, Alexandria, Dar al-Jameah al-Jadidah Lelnashr. (in Persian) (in Arabic)
13. Ezoddin Abdollah (1986). *Al-Qanoun al-Vali al-Khas*, Vol.2, Ninth Publication, Al-Heiah al-Mesriah al-Amah Lelketab. (in Persian) (in Arabic)
14. Fadavi, Soleiman (2011). *The Conflict of Rules in Iranian Law with an Emphasis on Personal States*, Tehran, Tarh Andisheh Novin. (in Persian)

15. Fatahi, Seyed Mohsen (1390). *Jurisprudential and Legal Study of the Rule of Obligation*, Qom & Tehran: Adyan Publication. (in Persian)
16. Fazel Lankarani, Mohammad (1995). *Al-Qavaed al-Feqhiah*, Qom, [no publisher]. (in Persian) (in Arabic)
17. Hafizah al-Seyed al-Hadad (2002). *Al-Qanoun al-Dovali al-Khas*, First Book, Tanazo al-Qavanin, Beirut: Manshourat al-Halabi al-Hoqouqiah. (in Persian) (in Arabic)
18. Horr Ameli, Mohammad ibn Hassan (1995). *Vasael al-Shia*, Vols.22, 26, Qom: Moaseseh Alol Bayt. (in Arabic)
19. Madani, Seyed Jalaloddin (1999). *Private International Law*, Tehran: Paydar. (in Persian)
20. Makarem Shirazi, Naser (1995). *Al-Qavaed al-Feqhiah*, Vol.2, Qom, School of al-Imam Amir al-Momenin. (in Persian) (in Arabic)
21. Mamdouh, Abdolkarim (2005). *Tanazo al-Qavanin*, Oman: Dar al-Thaqafah Lelnashr va al-Tozi. (in Persian) (in Arabic)
22. Mamdouh, Abdolkarim Hafez (1973). *Al-Qanoun al-Dovali al-Khas*, Baqdad: Dar al-Horiah Lelatabaah. (in Persian) (in Arabic)
23. Mashayekhi, Mehrdad (2007). *Referral in International Law*, Tehran: Arian Publication. (in Persian)
24. Mokarami, Ali Mohammad (1996). "The Role of Referral in Negative Conflict in Iran and Other Countries", *Basirat*, Naraq: issues 11, 12, pp.27-39. (in Persian)
25. Mostafavi, Seyed Mohammad Kazem (1991). *Al-Qavaed al-Feqhiah*, Qom: Moaseseh al-Nashr al-Islami. (in Persian) (in Arabic)
26. Motavali, Seyed Mohammad (1999). *Personal States of Foreigners in Iranian Law*, Tehran: Saz va Kar publication. (in Persian)
27. Mozafar, Mohammad Reza (1989). *Osoul al-Feqh*, Vol.1, Third Publication, Qom, Center for Islamic Propaganda Office Publishing. (in Persian) (in Arabic)
28. Nasiri, Mohammad (1993). *Private International Law*, Tehran: Agah Publication. (in Persian)
29. Nazif, Mojtaba (2010). *Private International Law*, vol.2, Tehran, Dadgostar Publication. (in Persian)
30. Safaei, Seyed Hussein (1995). *Issues of Private International Law*, Vol.2, Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
31. Saljouqi, Mahmoud (2007). *Private International Law*, Vol.2, Tehran: Mizan Legal Foundation. (in Persian)
32. Sami Badi Mansour & Osamah al-Ajouz (2009). *Al-Qanoun al-Dovali al-Khas*, Third Publication, Beirut: Manshourat Zin al-Hoqouqiah. (in Persian) (in Arabic)
33. Seifi, Ali Akbar (2007). *Mabani al-Feqh al-Faal fi al-Qavaed al-Feqhiah al-Asasiah*, Vol.2, Qom: Moaseseh al-Nashr al-Islami. (in Persian) (in Arabic)
34. Sheikhol Islami, Seyed Mohsen (2005). *Private International Law*, Vol.2, Tehran: Ganj Danesh. (in Persian)