

اسلام و حقوق بين الملل خصوصى

جلد اول

تابعیت و وضعیت پناهندگان

مصطفی دانش پزوه

با همکاری محسن قدیر

مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

فهرست‌نویسی پیش از انتشار

دانش پژوه، مصطفی، ۱۳۳۵-

اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی / مصطفی دانش پژوه با همکاری محسن قدیر. - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ تهران: وزارت امور خارجه؛ مرکز چاپ و انتشارات، ۱۳۸۱.

ج. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ ۴۶. حقوق: ۷

ISBN 964-361-565-9

بها: ۷۸۰۰۰ ریال (ج. ۱)

فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیبا (فهرست‌نویسی پیش از انتشار) کتابنامه.

مندرجات: ج. ۱. تابعیت و وضعیت بیگانگان.

۱. حقوق بین‌المللی اسلامی. ۲. اسلام و حقوق. الف. قدیر، محسن، نویسنده همکار. ب. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ج. ایران. وزارت امور خارجه. مرکز چاپ و انتشارات. د. عنوان.

۲۹۷/۴۸۳۴

BP ۲۳۰/۱ / د ۲

کتابخانه ملی ایران:

۴۸۲۲۷-۸۱ م

اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی (جلد اول: تابعیت و وضعیت بیگانگان)

مؤلف: مصطفی دانش پژوه با همکاری محسن قدیر در تهیه فصل‌های نخست بخش‌های سه گانه موضوع وضعیت بیگانگان

ناشران: "مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه" و "پژوهشگاه حوزه و دانشگاه"

چاپ اول: زمستان ۱۳۸۱، چاپ دوم: بهار: ۱۳۸۶ چاپ سوم: بهار ۱۳۹۰

تعداد: ۱۰۰۰ جلد

حروفچینی و صفحه آرایی: اداره نشر و ویرایش پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

چاپ و صحافی: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه

قیمت: ۷۸۰۰۰ ریال

کلیه حقوق برای "مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه" و "پژوهشگاه حوزه و

دانشگاه" محفوظ و نقل مطالب با ذکر ماخذ بلامانع است.

تهران: مینی سیتی، میدان شهید محلاتی، خیابان نخل، خیابان وزارت امور خارجه

تلفن: ۲۲۴۷۲۷۲۲-۵، دورنگار: ۲۲۴۷۲۷۲۶

قم: بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۲۱۱۱۱ (۰۲۵۱) (انتشارات ۲۹۰۶۰۳۰)

نمابر: ۲۱۱۱۲۲۲ ص. پ. ۲۱۵۱-۳۷۱۸۵، تهران: خیابان انقلاب، کوی اسکو، پلاک ۶، تلفن: ۶۶۴۶۰۹۳۵-۶

فهرست مطالب

۱	سخن پژوهشگاه
۳	پیشگفتار
۱۱	مقدمه

تابعیت

بخش اول: کلیات

۱۸	فصل اول: در حقوق معاصر
۱۸	گفتار نخست: منشأ پیدایش و تاریخچه تابعیت
۱۸	مبحث اول. منشأ پیدایش
۱۹	مبحث دوم. تاریخچه تابعیت
۲۷	گفتار دوم: تبیین تابعیت
۲۷	مبحث اول. تعریف تابعیت
۳۱	مبحث دوم. توصیف تابعیت
۳۳	مبحث سوم. اهمیت و ضرورت تابعیت
۳۴	مبحث چهارم. انواع تابعیت
۳۶	مبحث پنجم. رابطه تابعیت با مفاهیم و نهادهای نزدیک و مرتبط
۴۴	مبحث ششم. آثار تابعیت
۴۹	مبحث هفتم. ماهیت و بنیاد تابعیت
۵۰	بند یک (نظریه‌های اعتباری)
۵۰	۱. نظریه «قراردادی» بودن رابطه تابعیت
۵۱	۲. نظریه «سیاسی بودن» رابطه تابعیت
۵۲	بند دو (نظریه عینی و واقعی یا «وضعیت سیاسی»)
۵۳	۱. تحلیل نظریه
۵۵	ارزیابی نظریه‌ها و تطبیق آنها با واقعیت
۵۶	۲. نتایج نظریه «وضعیت سیاسی»
۵۶	الف) اصالت تابعیت در فرض تعدد دول
۵۷	ب) تبیین صحیح «حق» یا «تکلیف» بودن تابعیت
۵۸	ج) نقش متقابل اراده فرد و دولت در ایجاد رابطه تابعیت
۵۹	د) معیارهای تشخیص و مقام تشخیص‌دهنده تابعیت

۶۰	مبحث هشتم. مبانی و اصول حاکم بر تابعیت
۶۰	بند یک) اصول حاکم بر تعیین «تابعیت تأسیسی»
۶۳	بند دو) مبانی و اصول حاکم بر «تابعیت استمراری»
۶۴	۱. مبانی قانون‌گذاری تابعیت
۶۵	۲. اصول «ایده‌آل - بین‌المللی» حاکم بر تابعیت
۶۵	الف) اصل اول: ضرورت تابعیت و نفی بی‌تابعیتی
۶۵	اول: اجرای اصل
۶۵	یک: قاعده همزادی شخص و تابعیت
۶۸	دو: قاعده پیوستگی تابعیت
۶۸	دوم: نقض اصل
۶۹	یک: علل پیدایش بی‌تابعیتی
۷۰	دو: پیشگیری و راه حل
۷۱	ب) اصل دوم: وحدت تابعیت و نفی چند تابعیتی
۷۱	اول: اجرای اصل
۷۱	دوم: نقض اصل
۷۱	یک: علل پیدایش تابعیت مضاعف
۷۲	دو: پیشگیری و راه حل
۷۵	ج) اصل سوم: تغییرپذیری تابعیت
۷۵	اول: تبیین اصل
۷۶	دوم: موضوع «حق» در اصل تغییرپذیری تابعیت
۷۷	سوم: تحلیل حقوقی تغییر تابعیت
۸۰	فصل دوم: در حقوق اسلام
۸۰	گفتار نخست: طرح مطلب و تاریخچه آن
۸۰	مبحث اول. طرح مطلب
۸۲	مبحث دوم. نگاهی به تاریخچه تابعیت در دولت‌های اسلامی
۸۷	گفتار دوم: تبیین تابعیت اسلامی
۸۷	مبحث اول. مطالعه و تحلیل «جامعه‌شناختی - حقوقی» جامعه سیاسی اسلام و ترکیب
۸۷	جمعیتی دولت اسلامی
۹۳	مبحث دوم. انواع تابعیت اسلامی
۹۳	بند یک) تابعیت تأسیسی و تابعیت استمراری
۹۴	بند دو) تابعیت اصلی و تابعیت اکتسابی
۹۵	بند سه) تابعیت «الزامی - عقیدتی» و تابعیت «قراردادی - سیاسی»

۹۵	بند چهار (تابعیت کامل و تابعیت عادی)
۹۷	بند پنج (تابعیت حکمی و تابعیت حقیقی)
۹۸	مبحث سوم. تابعیت اسلامی و سایر نهادهای نزدیک و مرتبط
۹۸	بند یک (تابعیت و شهروندی)
۹۸	بند دو (رابطه تابعیت با نژاد، قومیت و امثال آن)
۹۸	بند سه (تابعیت اسلامی و اطاعت)
۹۹	بند چهار (تابعیت و مذهب)
۱۰۳	بند پنج (تابعیت و اقامتگاه)
۱۰۳	۱. تابعیت مسلمان مقیم دارالکفر
۱۰۷	۲. تابعیت خارجی مسلمان
۱۰۷	الف) جواز داشتن تابعیت دولت غیراسلامی
۱۰۹	ب) وضعیت تابعیت خارجی یک مسلمان
۱۱۲	مبحث چهارم. آثار تابعیت دولت اسلامی
۱۱۳	مبحث پنجم. ماهیت و بنیاد تابعیت دولت اسلامی
۱۱۵	مبحث ششم. مبانی و اصول حاکم بر تابعیت اسلامی
۱۱۷	مبحث هفتم. تطبیق تابعیت اسلامی با وضعیت موجود جهان اسلام

بخش دوم: راه‌های دارا شدن تابعیت

۱۲۱	فصل اول: در حقوق معاصر
۱۲۱	گفتار نخست: تابعیت اصلی
۱۲۳	گفتار دوم: تابعیت اکتسابی
۱۲۳	مبحث اول. تابعیت تحصیلی (کسب تابعیت از راه اراده شخصی)
۱۲۴	مبحث دوم. تابعیت تبعی (کسب تابعیت از راه کسب تابعیت دیگری)
۱۲۵	مبحث سوم. تابعیت تحقیقی (کسب تابعیت از راه ازدواج)
۱۲۶	مبحث چهارم. تابعیت اجباری
۱۲۷	مبحث پنجم. تابعیت رجوعی
۱۲۹	فصل دوم: در حقوق اسلام
۱۲۹	گفتار نخست: تابعیت اصلی
۱۲۹	مبحث اول. شهروندی
۱۳۰	بند یک (تابعیت «واقعی»)
۱۳۴	بند دو (تابعیت «فرضی»)
۱۳۵	مبحث دوم. تابعیت «قراردادی»

۱۳۵	بند یک) تابعیت «واقعی»
۱۳۷	بند دو) تابعیت «فرضی»
۱۳۹	گفتار دوم: تابعیت اکتسابی
۱۳۹	مبحث اول. تابعیت تحصیلی
۱۳۹	بند یک) تحصیل شهروندی
۱۴۵	بند دو) تحصیل تابعیت قراردادی
۱۴۸	مبحث دوم. تابعیت تبعی
۱۴۸	بند یک) شهروندی
۱۵۲	بند دو) تابعیت قراردادی
۱۵۳	مبحث سوم. تابعیت تحقق‌ی یا دارا شدن تابعیت از راه ازدواج
۱۵۳	بند یک) شهروندی
۱۵۶	بند دو) تابعیت قراردادی
۱۵۶	مبحث چهارم. تابعیت اجباری
۱۵۷	مبحث پنجم. تابعیت رجوعی
۱۵۷	بند یک) شهروندی
۱۵۸	بند دو) تابعیت قراردادی

بخش سوم: پایان تابعیت

۱۶۰	فصل اول: در حقوق معاصر
۱۶۰	گفتار نخست: پایان تابعیت در نتیجه تغییر تابعیت
۱۶۰	مبحث اول. پایان ارادی تابعیت
۱۶۲	مبحث دوم. پایان تبعی تابعیت
۱۶۲	مبحث سوم. پایان تحقق‌ی تابعیت
۱۶۲	مبحث چهارم. پایان اجباری تابعیت
۱۶۳	گفتار دوم: پایان تابعیت در نتیجه سایر عوامل
۱۶۳	مبحث اول. سلب تابعیت و پایان آن در نتیجه ارتکاب عمل مجرمانه و به‌عنوان مجازات
۱۶۵	مبحث دوم. سلب تابعیت و پایان آن در نتیجه پناهندگی
۱۶۵	مبحث سوم. سلب تابعیت و پایان آن در نتیجه قطع علائق
۱۶۶	مبحث چهارم. سلب تابعیت و پایان آن در نتیجه کسب تابعیت خارجی
۱۶۷	فصل دوم: در حقوق اسلام
۱۶۷	گفتار نخست: پایان تابعیت در نتیجه تغییر منفی تابعیت
۱۶۷	مبحث اول. پایان ارادی تابعیت

۱۶۷	بند یک) پایان شهروندی
۱۷۰	بند دو) پایان تابعیت قراردادی
۱۷۱	مبحث دوم. پایان تبعی و تحقیقی تابعیت
۱۷۱	بند یک) پایان شهروندی
۱۷۳	بند دو) پایان تابعیت قراردادی
۱۷۴	مبحث سوم. پایان اجباری تابعیت
۱۷۴	بند یک) پایان شهروندی
۱۷۴	بند دو) پایان تابعیت قراردادی
۱۷۵	گفتار دوم: پایان تابعیت در نتیجه سایر عوامل
۱۷۵	مبحث اول. پایان تابعیت در نتیجه ارتکاب عمل مجرمانه و به عنوان مجازات
۱۷۵	بند یک) پایان شهروندی
۱۷۶	بند دو) پایان تابعیت قراردادی
۱۷۹	مبحث دوم. پایان تابعیت در نتیجه قطع علایق
۱۷۹	بند یک) پایان شهروندی
۱۷۹	بند دو) پایان تابعیت قراردادی
۱۸۰	مبحث سوم. پایان تابعیت قراردادی در نتیجه تبدیل و ارتقای تابعیت

وضعیت بیگانگان

۱۸۲	مقدمه
	بخش اول: کلیات
۱۸۵	فصل اول: در حقوق معاصر
۱۸۵	گفتار نخست: تاریخچه (تحولات تاریخی)
۱۸۵	مبحث اول. جوامع ابتدایی
۱۸۶	مبحث دوم. جوامع متمدن
۱۸۶	بند یک) یونان باستان
۱۸۷	بند دو) روم باستان
۱۸۹	بند سه) ایران باستان
۱۹۱	بند چهار) عصر ظهور اسلام
۱۹۱	بند پنج) اروپا از قرون وسطا تا قرن حاضر
۱۹۳	بند شش) قرن حاضر
۱۹۴	بند هفت) ایران از عصر صفویه تا امروز

۱۹۵	گفتار دوم: مفهوم و تعریف بیگانه
۱۹۸	گفتار سوم: انواع بیگانه
۱۹۹	مبحث اول. بیگانه عادی
۱۹۹	بند یک) بیگانه مقیم
۱۹۹	۱. اقامت دائم
۲۰۰	۲. اقامت موقت
۲۰۰	بند دو) بیگانه مسافر
۲۰۰	مبحث دوم. بیگانه مجرم فراری
۲۰۱	مبحث سوم. بیگانه مهاجر
۲۰۲	مبحث چهارم. بیگانه پناهنده
۲۰۴	مبحث پنجم. بیگانه مأمور
۲۰۵	بند یک) مأمور سیاسی
۲۰۶	بند دو) مأمور غیر سیاسی
۲۰۶	مبحث ششم. آوارگان
۲۰۶	بند یک) آواره جنگی
۲۰۷	بند دو) آواره بلایای طبیعی
۲۰۸	فصل دوم: در حقوق اسلام
۲۰۸	گفتار نخست: تاریخچه (نگاه انسانی اسلام بویگانگان و تساهل و مدارای مسلمانان یا آنان)
۲۱۱	گفتار دوم: مفهوم و تعریف بیگانه
۲۱۳	گفتار سوم: اقسام بیگانگان
۲۱۳	مبحث اول. به لحاظ محل سکونت و اقامت
۲۱۳	مبحث دوم. به لحاظ سیاسی
۲۱۵	مبحث سوم. به لحاظ دین و مذهب
۲۱۷	مبحث چهارم. به لحاظ مدت اقامت و انگیزه بیگانه
بخش دوم: مبانی تعیین وضعیت بیگانگان	
۲۱۹	فصل اول: در حقوق معاصر
۲۱۹	مقدمه: ضرورت تدوین قواعد مربوط به وضعیت بیگانگان و عوامل مؤثر در تنظیم این قواعد
۲۲۰	گفتار نخست: مبانی خودالزامی (التزام یکجانبه دولت‌ها در تعیین وضعیت بیگانگان به
۲۲۱	گفتار دوم: مبانی التزام متقابل (رفتار متقابل)
۲۲۲	مبحث اول. رفتار متقابل سیاسی
۲۲۲	مبحث دوم. رفتار متقابل قانونی

۲۲۳	مبحث سوم. رفتار متقابل عملی
۲۲۳	مبحث چهارم. شرط ملت‌های کامله الوداد
۲۲۵	گفتار سوم: مبنای التزام بین‌المللی، به دلیل عضویت در معاهدات بین‌المللی
۲۲۷	مبحث اول. مبنای «حقوق طبیعی»
۲۲۸	مبحث دوم. مبنای مصالح سیاسی
۲۲۹	فصل دوم: در حقوق اسلام
۲۲۹	مقدمه
۲۳۰	گفتار نخست: مبنای خود الزامی، (امان)
۲۳۲	مبحث اول. کلیات
۲۳۲	بند یک) تعریف امان
۲۳۳	بند دو) ماهیت عقد امان (حق و یا تکلیف بودن انعقاد قرارداد برای بیگانه و طرف مسلمان)
۲۳۵	بند سه) مشروعیت عقد امان
۲۳۷	بند چهار) امان ایفایی و شبهه امان
۲۳۹	بند پنج) لزوم عقد امان و وجوب وفای به آن و حرمت فریب و تقلب
۲۴۱	بند شش) انواع امان
۲۴۱	۱. به لحاظ موضوعی
۲۴۱	۲. به لحاظ زمانی
۲۴۲	۳. به لحاظ منشأ
۲۴۳	۴. به لحاظ حکم تکلیفی
۲۴۳	مبحث دوم. عناصر اصلی عقد امان
۲۴۳	بند یک) طرفین عقد و شرایط آنها
۲۴۳	۱. طرف بیگانه (مستأمن)
۲۴۶	۲. طرف مسلمان
۲۵۱	بند دو) اراده آزاد و بی‌عیب
۲۵۱	بند سه) صیغه و لفظ امان
۲۵۴	بند چهار) موضوع امان
۲۵۴	مبحث سوم. عناصر فرعی عقد امان
۲۵۴	بند یک) زمان و مکان انعقاد قرارداد
۲۵۵	بند دو) شرط مصلحت و یا عدم ضرر
۲۵۶	مبحث چهارم. اثبات امان
۲۵۸	گفتار دوم: مبنای التزام متقابل (مهادنه و...)
۲۶۲	گفتار سوم: مبنای الزامات بین‌المللی (مقتضیات حقوق بین‌الملل عمومی)

بخش سوم: حقوق و تکالیف بیگانگان (وضعیت بیگانگان)

۲۶۵	فصل اول: در حقوق معاصر
۲۶۵	مقدمه
۲۶۶	گفتار نخست: حضور بیگانه در کشور
۲۶۶	مبحث اول: پذیرش بیگانه
۲۶۶	بند یک) ورود بیگانه
۲۶۸	بند دو) عبور بیگانه
۲۶۸	بند سه) اقامت بیگانه
۲۶۹	مبحث دوم: ردّ بیگانه
۲۶۹	بند یک) خروج بیگانه
۲۶۹	بند دو) اخراج بیگانگان
۲۶۹	۱. مفهوم اخراج
۲۷۰	۲. تفاوت اخراج و عدم پذیرش
۲۷۱	بند سه) تبعید بیگانه
۲۷۱	گفتار دوم: حقوق عمومی
۲۷۲	مبحث اول: بهره‌ها و امتیازات بیگانگان
۲۷۲	بند یک) حقوق اساسی (آزادی‌های فردی و مصونیت‌های شخصی)
۲۷۲	۱. حفظ حیثیت بیگانه
۲۷۳	۲. حمایت از جان و مال بیگانه
۲۷۳	۳. حق رفت و آمد و اقامت بیگانه
۲۷۳	۴. حق برخورداری از آزادی اندیشه و انتخاب مذهب
۲۷۴	بند دو) حقوق اقتصادی
۲۷۵	۱. حق انتخاب شغل
۲۷۵	۲. حق استفاده از خدمات عمومی
۲۷۵	بند سه) حقوق قضایی
۲۷۶	۱. حق ترافع قضایی
۲۷۶	۲. حق انتخاب وکیل
۲۷۷	مبحث دوم: محرومیت‌ها، معافیت‌ها و تکالیف
۲۷۷	بند یک) محرومیت‌ها
۲۷۷	۱. محرومیت از حقوق سیاسی
۲۷۸	۲. محروم بودن از استخدام دولتی
۲۷۸	بند دو) معافیت‌ها

۲۷۹	۱. خدمت سربازی
۲۷۹	۲. قرصه اجباری
۲۷۹	بند سه) تکالیف
۲۸۰	۱. احترام و رعایت قوانین کشور محل اقامت
۲۸۰	۲. عدم دخالت در امور داخلی کشور محل اقامت
۲۸۰	۳. پرداخت مالیات
۲۸۰	گفتار سوم: حقوق خصوصی
۲۸۱	مبحث اول. معاملات و حقوق مالی
۲۸۱	بند یک) بهره‌ها
۲۸۱	بند دو) محدودیت‌ها و محرومیت‌ها، معافیت‌ها
۲۸۱	۱. محدودیت‌ها و محرومیت‌ها
۲۸۱	الف) تملک امول غیر منقول
۲۸۲	ب) محدودیت مالکیت سهام
۲۸۲	ج) مهم‌ترین محرومیت‌های بیگانگان در حقوق ایران
۲۸۲	۲. معافیت‌ها
۲۸۳	مبحث دوم. احوال شخصیه و حقوق خانواده
۲۸۳	بند یک) بهره‌ها
۲۸۳	۱. قانون صالح و استثنای آن
۲۸۳	الف) قانون صالح
۲۸۵	ب) استثنا بر اصل صلاحیت قانون دولت متبوع بیگانگان
۲۸۶	۲. ازدواج بیگانگان در حقوق کشورها
۲۸۶	۳. طلاق بیگانگان در حقوق کشورها
۲۸۷	بند دو) معافیت‌ها
۲۸۸	فصل دوم: در حقوق اسلام
۲۸۸	مقدمه
۲۸۸	نکته اول: راه‌های تعیین وضعیت حقوقی بیگانگان
۲۹۰	نکته دوم: اصل و قاعده عمومی در تعیین حقوق بیگانگان
۲۹۱	نکته سوم: موضوع اصلی بحث
۲۹۳	گفتار نخست: حضور بیگانه در کشور اسلامی
۲۹۳	مبحث اول. حق ورود و اقامت
۲۹۴	مبحث دوم. مدت اقامت
۲۹۷	مبحث سوم. حق و تکلیف خروج

۲۹۷ بند یک) حق خروج
۲۹۸ بند دو) تکلیف خروج (پایان امان)
۲۹۹ ۱. پایان امان همراه با تکلیف بیگانه به خروج
۳۰۲ ۲. پایان امان بدون اخراج یا تکلیف به خروج
۳۰۳ مبحث چهارم. آثار پایان یافتن امان
۳۰۳ بند یک) پایان یافتن امان
۳۰۴ بند دو) پایان یافتن هدنه
۳۰۵ گفتار دوم: حقوق عمومی
۳۰۵ مبحث اول. بهره‌ها و امتیازها
۳۰۵ بند یک) حقوق اساسی
۳۰۵ ۱. حق داشتن اقامتگاه و آزادی در انتخاب اقامتگاه و گردشگری
۳۰۸ ۲. مصونیت و آزادی شخصی (مصونیت جان، آبرو، مسکن و آزادی رفتار)
۳۱۲ ۳. آزادی و مصونیت خانوادگی
۳۱۴ ۴. حق برخورداری از خدمات عمومی و پشتیبانی دولت (حق برخورداری از زندگی
۳۱۶ ۵. آزادی عقیده و رفتار مذهبی
۳۲۱ ۶. آزادی اندیشه، بیان، آموزش و تشکیل اجتماعات
۳۲۲ ۷. حق کسب تابعیت و شهروندی دولت اسلامی
۳۲۲ بند دو) حقوق اقتصادی و اجتماعی
۳۲۲ ۱. حق مالکیت و مصونیت مالی
۳۲۷ ۲. حق اشتغال و آزادی انتخاب شغل
۳۲۹ بند سه) حق ترافع قضایی و آزادی انتخاب دادگاه
۳۳۶ بند چهار) حقوق سیاسی و اداری
۳۳۶ مبحث دوم. محرومیت‌ها، معافیت‌ها و تکالیف
۳۳۶ بند یک) محرومیت‌ها
۳۳۷ بند دو) معافیت‌ها
۳۳۸ بند سه) تکالیف
۳۴۰ ۱. تکالیف مثبت بیگانه در حوزه حقوق عمومی: پرداخت مالیات تجاری و گمرکی
۳۴۷ ۲. تکالیف منفی بیگانه در حوزه حقوق عمومی
۳۴۹ الف) تکالیف مربوط به عدم نقض قرارداد
۳۴۹ ب) تکالیف مربوط به عدم نقض حقوق و نظم عمومی
۳۵۲ ج) تکالیف مربوط به عدم نقض اخلاق حسنه و احساسات مذهبی
۳۵۵ گفتار سوم: حقوق خصوصی
۳۵۶ مبحث اول. معاملات

۲۵۶	بند یک) قاعده کلی و عمومی: همانندی با اتباع در حقوق و بهره‌ها
۲۵۹	بند دو) استثنای قاعده: محدودیت‌ها، محرومیت‌ها و امتیازات ویژه
۲۵۹	۱. محرومیت از مالکیت ناشی از احیا
۲۶۲	۲. عدم بهره‌مندی از حق شفعه
۲۶۵	۳. ممنوعیت از خرید قرآن و محرومیت از تملک آن
۲۶۶	۴. عدم صحت اجاره معبد و اجاره خدمت
۲۶۹	۵. ممنوعیت وکالت
۲۷۲	۶. عدم ضمان در مورد تلف و غضب مشروبات الکلی و خوک
۲۷۵	۷. جواز گرفتن بهره از بیگانه
۲۷۷	مبحث دوم. احوال شخصیه و حقوق خانواده
۲۷۸	نکته اول. هر چند حقوق بیگانگان در موضوع حقوق خانواده و احوال شخصیه،
۲۷۸	نکته دوم. دولت اسلامی و جامعه سیاسی اسلام، جامعه‌ای دینی است و طبعاً این
۲۷۹	نکته سوم. بر اساس آنچه گذشت مباحث آینده را در چند قسمت پی می‌گیریم:
۲۷۹	بند یک) نکاح و لوازم آن
۲۷۹	۱. عقد نکاح و تشکیل خانواده
۲۷۹	الف) اصل صلاحیت قانون خارجی و صحت نکاح بیگانگان
۲۸۴	ب) نکاح بیگانگان با اتباع دولت اسلامی
۲۸۵	فرض اول: ازدواج بیگانه با اتباع غیر مسلمان
۲۸۷	فرض دوم: ازدواج بیگانه با اتباع مسلمان
۲۸۷	یک: ازدواج مرد بیگانه با زن مسلمان
۲۹۲	دو: ازدواج زن بیگانه با مرد مسلمان
۲۹۷	۲. مهر
۴۰۳	۳. انفاق
۴۰۳	الف) نفقه همسر
۴۰۶	ب) نفقه اقارب
۴۰۷	اول) نفقه اتباع غیر مسلمان
۴۰۷	یک: با یکدیگر
۴۰۸	دو: با اتباع مسلمان
۴۰۹	دوم) نفقه بیگانگان
۴۰۹	یک: با یکدیگر
۴۱۰	دو: با اتباع دولت اسلامی
۴۱۱	۴. ولایت و سرپرستی فرزندان و اموال آنها
۴۱۲	الف) حضانت

۴۱۲ مقدمه
۴۱۳ اول: حضانت طفل با والدین غیرمسلمان
۴۱۵ دوم: حضانت طفل با مسلمان بودن یکی از سه طرف
۴۱۶ ب) ولایت بر نکاح
۴۱۸ ج) ولایت بر اموال
۴۱۹ ۵. ثبوت نسب
۴۲۰ بند دو) انحلال نکاح
۴۲۰ مقدمه
۴۲۳ ۱. طلاق
۴۲۴ ۲. حدوث اختلاف در دین (اسلام)
۴۲۸ ۳. اختلاف اقامتگاه زوجین به شرط همراهی با اختلاف تابعیت آنان
۴۳۱ بند سه) وصایت و وصیت
۴۳۲ ۱. وصیت عهدی
۴۳۶ ۲. وصیت تملیکی
۴۳۷ الف) اتباع دولت اسلامی با یکدیگر
۴۳۸ ب) اتباع دولت اسلامی با بیگانگان
۴۳۸ اول: مسلمان بودن موصی
۴۴۰ دوم: ذمی بودن موصی
۴۴۰ ج) بیگانگان با یکدیگر
۴۴۱ بند چهار) میراث و حق توارث
۴۴۶ ۱. اتباع دولت اسلامی با یکدیگر
۴۴۷ ۲. اتباع دولت اسلامی با بیگانگان
۴۴۸ ۳. بیگانگان با یکدیگر
۴۴۸ بند پنج) وقف
۴۴۹ ۱. وقف بیگانگان
۴۵۳ ۲. وقف برای بیگانگان
۴۵۸ گفتار آخر
۴۶۱ کتابنامه
۴۷۷ نمایه آیات
۴۷۹ نمایه روایات
۴۸۱ نمایه قوانین و مقررات
۴۸۳ نمایه مؤلفان و منابع

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی (به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و مهار پدیده‌های انسانی) در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظر گرفتن واقعیت‌های عینی و فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع، شرط اساسی بویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهشها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک سو و اسلام به عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسایل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی (ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری دفتر همکاری حوزه و دانشگاه را در سال ۱۳۶۱ فراهم ساخت و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت اساتید حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه تاکنون در ایفای رسالت خود خدمات فراوانی به جوامع علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار ده‌ها کتاب و نیز فصلنامه علمی - تخصصی و دوفصلنامه‌های علمی - پژوهشی، اشاره کرد. کتاب حاضر به عنوان منبع مطالعاتی تکمیلی برای دانشجویان رشته «حقوق بین‌الملل» در مقطع کارشناسی ارشد، تهیه شده و امید است علاوه بر جامعه دانشگاهی، دیگر علاقه‌مندان نیز از آن بهره‌مند گردند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از تلاشهای مؤلف محترم، جناب آقای حجة الاسلام والمسلمین مصطفی دانش‌پژوه و همکاری جناب آقای محسن قدیر و همچنین ناظران ارجمند حجج اسلام آقایان محمد ابراهیمی و سید علیرضا حسینی تشکر و قدردانی نماید.

www.ketab.ir

پیشگفتار

(۱)

علم حقوق، در بنیادی‌ترین تقسیم خود، از یک سو به حقوق عمومی و خصوصی و از سوی دیگر به حقوق ملی (داخلی) و بین‌المللی (خارجی) تقسیم می‌شود. حاصل این تقسیمات پیدایش چهار شاخه اصلی حقوق، بدین شرح است: ۱. حقوق عمومی (داخلی)؛ ۲. حقوق خصوصی (داخلی)؛ ۳. حقوق بین‌الملل عمومی؛ ۴. حقوق بین‌الملل خصوصی.

در این میان، عنوان «حقوق بین‌الملل خصوصی» به شدت پررنگ‌انگیز است؛ به گونه‌ای که برخی با ابراز تردید در دو وصف «بین‌المللی» بودن و «خصوصی» بودن مباحث آن، عملاً وجود مستقل این رشته از علم حقوق را منکر گشته‌اند.^۱ از سوی دیگر، درباره موضوعاتی که تحت این عنوان مورد مطالعه قرار می‌گیرد نیز اختلاف نظر وجود دارد.^۲ اما جدای از اختلاف نظرهای فوق، که بیشتر دارای ثمره علمی است تا عملی، امروزه عنوان «حقوق بین‌الملل خصوصی» در ادبیات حقوقی فارسی، و معادل آن در سایر زبانها، رواج و مقبولیت یافته است و موضوعات اصلی آن، در کتاب‌های متداول بدین شرح معین گشته و مورد بحث واقع می‌شود: تابعیت، وضعیت بیگانگان، اقامتگاه و تعارض قوانین. البته معمولاً در فصل مقدماتی کتب مذکور به مباحثی همچون زمینه پیدایش حقوق بین‌الملل خصوصی، تعریف، ویژگی‌ها، فواید، فلسفه نامگذاری، تاریخچه و تحولات، ارتباط با سایر رشته‌های حقوق و منابع این رشته از حقوق می‌پردازند. اما از آنجا که پرداختن به این مباحث مقدماتی در راستای هدف اصلی این

۱. ر.ک: نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۴؛ صفایی، سیدحسین، مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی، صص ۵۸-۶۲؛ مسلم، احمد، التائون الدولی الخاص، صص ۳۰ به بعد.

۲. ر.ک: صفایی، سیدحسین، همان، ص ۱۵؛ سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، صص ۴۲ به بعد؛ ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۱۸؛ مسلم، احمد، همان، ص ۱۰.

تحقیق قرار ندارد، در مقدمه کتاب، تنها به زمینه پیدایش و تعریف بسنده نموده، خواستاران این مطالب را به کتب مذکور ارجاع می‌دهیم.^۱

(۲)

ممکن است برخی اسلام را فاقد یک نظام جامع حقوقی به‌طور عام و یا حداقل فاقد یک نظام حقوق بین‌الملل به‌طور خاص بپندارند، اما حقیقت آن است که مطالعه متون اصلی اسلام، یعنی قرآن و حدیث، و نیز برآیند آنها، یعنی متون فقهی، عکس این مطلب را ثابت می‌کند و وجود یک نظام حقوقی را با ویژگی‌هایی از قبیل: دینی و وحیانی بودن، جامعیت، انسجام و هماهنگی، استمرار و ثبات در عین انعطاف‌پذیری، سهولت و سماحت و استقلال از سایر نظام‌های حقوقی، به خوبی روشن می‌نماید.^۲ نقل سخنی از رنه داوید، حقوق‌دان بزرگ معاصر در این زمینه، به‌خصوص برای کسانی که حتی اسلام را نیز از نگاه غربی‌ها دنبال می‌کنند، مفید است: «حقوق اسلامی، حتی در جزئیات، بخشی جدانشدنی از دین اسلام است که همان جنبه الهی و آسمانی آن را داراست و در نتیجه هیچ نیرویی در جهان وجود ندارد که صلاحیت تغییر آن را داشته باشد.»^۳ وی سپس در مقام بیان تفاوت حقوق کلیسایی و اسلامی می‌افزاید: «حقوق کلیسا به هیچ وجه، حقوق ناشی از وحی نیست. مسلماً این حقوق بر اصول ایمان و اخلاق مسیحی که خود مبتنی بر وحی هستند، استوار است، اما نتیجه کار انسان است نه گفته خدا... اما حقوق اسلامی جزئی از دین اسلام را تشکیل می‌دهد که ناشی از وحی است و لذا تقید به اصول اسلامی، هر حقوقی را که کاملاً منطبق با قواعد شریعت نباشد، مردود می‌داند.»^۴

این نظام حقوقی جامع و کامل، در درون خود، خرده نظام‌های کوچکتری را جای داده است که از جمله آنها «نظام حقوق بین‌الملل اسلامی» است، هرچند برخی، بی‌آنکه وجود این نظام را منکر شوند، به دلایلی چند - که جای نقل و نقد آن، اینجا نیست - عنوان

۱. برای اطلاع بیشتر از مطالب این بخش، به مقدمه کتاب‌هایی که تحت عنوان «حقوق بین‌الملل خصوصی» از این نویسندگان انتشار یافته، مراجعه کنید: دکتر محمد نصیری، دکتر محمود سلجوقی، دکتر سید جلال‌الدین مدنی، دکتر بهشید ارفع‌نیا، جواد عامری و....

۲. رک: خسروشاهی و دانش پژوه، فلسفه حقوق، صص ۸۷ به بعد؛ پژوهشکده حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۲، صص ۲۸۱-۲۴۹.

۳. همان، ص ۲۵۴.

۴. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۲۵۲.

«حقوق عمومی خارجی اسلامی» را پیشنهاد کرده‌اند. شاید به همین دلیل است که برخی عنوان «اسلام و حقوق بین الملل» را بهتر پسندیده‌اند و تحت این عنوان، موضوعات مطرح شده در حقوق بین الملل عرفی را، از نگاه اسلام مورد مطالعه و تحقیق قرار داده‌اند؛ چرا که این عنوان، حداقل عنوانی است، که بی هیچ مناقشه‌ای، بر این گونه مطالعات و تحقیقات صادق است.^۱ بر همین اساس کتاب حاضر نیز، بی آنکه وارد بحث و مناقشه و اثبات و نفی «نظام حقوق بین الملل خصوصی اسلامی» شود، موضوعات حقوق بین الملل خصوصی عرفی را از منظر شریعت و حقوق اسلامی، تحت عنوان «اسلام و حقوق بین الملل خصوصی» در دو جلد مورد مطالعه قرار می‌دهد؛ در جلد نخست موضوع تابعیت و وضعیت بیگانگان و در جلد دوم اقامتگاه و تعارض قوانین، مورد بحث قرار خواهد گرفت. هرچند با توجه به اینکه در حقوق بین الملل خصوصی مهم‌ترین و پر دامنه‌ترین منبع، قوانین داخلی دولتها است، اطلاق «حقوق بین الملل خصوصی اسلامی» نیز بر این گونه مباحث، که برگرفته از متن شریعت اسلامی است، کاملاً منطقی و صحیح به نظر می‌رسد.

(۳)

اگرچه برخی از موضوعات و مباحث حقوق بین الملل خصوصی از پیشینه‌ای بس کهن برخوردار است، اما پیدایش شاخه‌ای مستقل از حقوق تحت این عنوان، در ادبیات حقوقی کاملاً جدید است و در ادبیات حقوقی فارسی جدیدتر، به گونه‌ای که تقریباً همه نویسندگان ایرانی حقوق بین الملل خصوصی به این نکته باور داشته و اظهار می‌کنند که هنوز این رشته از حقوق، از عمق، گسترش و غنای کافی برخوردار نیست و بابهای تازه‌گشوده آن نیاز به بحث و تحقیق بیشتر دارد.

به همین جهت طبیعی است که هنوز کتاب و یا حتی بحث و تدریس مستقل و مستوفایی از «حقوق بین الملل خصوصی در نظام حقوقی اسلام» انجام نشده باشد، هرچند برخی از مباحث آن به طور پراکنده و به مناسبت در بعضی از کتب حقوقی مربوط، مورد مطالعه قرار گرفته است.

همین مسئله - علاوه بر نفس اهمیت موضوعات حقوق بین المللی خصوصی -

۱. برای اطلاع بیشتر، رک: جلال الدین فارسی، حقوق بین الملل اسلامی؛ سید خلیل خلیلیان، حقوق بین الملل اسلامی، محمد حمید الله، حقوق روابط بین المللی در اسلام؛ محمدرضا ضیایی بیگدلی، اسلام و حقوق بین الملل؛ ابراهیمی وحسینی، اسلام و حقوق بین الملل عمومی.

ضرورت بحث از آن را از دیدگاه نظام حقوقی اسلام آشکار می‌کند و ویژگی جوان بودن و تحول‌پذیر بودن حقوق بین‌الملل، بر این ضرورت می‌افزاید؛ چرا که ممکن است نتیجه مطالعه تطبیقی فعال - و نه انفعالی - نظام حقوق عرفی و نظام حقوقی اسلام، بر روند این تحول در سطح بین‌المللی و یا کمتر از آن در سطح روابط کشورهای اسلامی با یکدیگر و یا حداقل در سطح نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، که باید تا سرحد ممکن منطبق بر موازین اسلامی باشد، تأثیر گذار باشد.

این سخن بدان معنا نیست که از نظر نگارنده، این فایده بر مکتوب حاضر که تلاش انسانی یا سرمایه اندک فقهی و حقوقی است مترتب گردد، بلکه اگر اثر حاضر بتواند به عنوان یکی از گامهای نخستین در گشودن پنجره‌ای جدید به نظام حقوق اسلام، مقبول صاحب‌نظران فقه و حقوق قرار گیرد، موجب بسی خرسندی است و این خرسندی آنگاه افزون می‌گردد که نویسنده، از تصحیح و انتقاد صاحب‌نظران بصیر بهره گیرد.

(۴)

در پژوهش حاضر، نخست براساس مباحث مطرح شده در کتب متداول حقوق بین‌الملل خصوصی، موضوعات و سرفصلهای اصلی و عمده بحث تهیه و سپس با توجه به هدف اصلی بحث «دریافت و ارائه نظریه اسلام» مباحث غیر ضرور، حذف و مباحث لازم به آن اضافه شده است. در این کتاب دو موضوع «تابعیت» و «وضعیت بیگانگان» و هر کدام طی چند بخش بزرگ و اصلی مورد بحث قرار گرفته است. مطالب هر بخش در دو فصل اصلی تنظیم شده است. در فصل نخست، گزارشی از نظام حقوقی بین‌الملل عرفی و معاصر ارائه می‌شود. در این فصل چون عمدتاً جنبه مقدماتی و تمهیدی برای فصل دوم دارد، بیشتر به ارائه گزارشی جمع‌بندی شده با نقل قولهای مستقیم و غیر مستقیم بسنده نموده و جز به اندک و براساس ضرورت به تحلیل و استدلال اشاره نشده است.

اما در فصل دوم، موضوع گزارش فصل نخست، از دیدگاه نظام حقوقی اسلام مورد مطالعه و تحقیق قرار می‌گیرد. در اینجا تذکر چند نکته، درباره شیوه بحث و نگارش ضروری است:

۱. نگارنده در این پژوهش درصدد آن نبوده است که با یافتن و ارائه چند مؤید و

شاهد از فقه، لباس اسلام را بر اندام نظام عرفی و معاصر حقوق بین‌الملل خصوصی پیوشاند، بلکه عزم آن داشته است که با جمع‌آوری و جمع‌بندی گزاره‌های مربوط به موضوع، که در فقه اسلامی به‌طور پراکنده و در جایگاه‌های مختلف - بدون ذکر این عنوان و یا عناوینی مشابه و یا معادل - وجود دارد، نگاه فقه اسلامی را به صورت یک نظام حقوقی ارائه کند. در عین حال برای آنکه تئوری از قابلیت اجرایی نیز خالی نباشد، از تطبیق تئوری بر وضع موجود - و نه تحمیل وضع موجود بر تئوری - غفلت نورزیده است. و در این همه براساس احکام اولیه فقهی سخن گفته و احکام ثانویه، مصلحتی و حکومتی را به اهلش - حاکم صلاحیت‌دار اسلامی - وا گذاشته است و به همین جهت مجموعه جهان اسلام را به مثابه دولتی واحد یعنی «دارالاسلام» در برابر «دارالکفر» در نظر گرفته و کشورهای مختلف اسلامی در جهان امروز را به مانند دولتهای مستقل داخلی، عضو فدرال پنداشته است.

۲. هر چند حق این است که در فصول دوم هر بخش به بحثی استدلالی و اجتهادی همت گمارده شود، اما نه قلت بضاعت علمی نگارنده این اجازه را به او می‌دهد و نه حجم محدود پیش‌بینی شده گنجایش چنین بحثی را دارد؛ چرا که در این صورت - بحث به روش اجتهادی - نتیجه کار، یک کتاب فقهی بر حجم خواهد شد و نه یک کتاب حقوقی با اوصاف خاص خود و ویژگی‌های مخاطبان آن. از سوی دیگر ارائه یک گزارش محض هم، چندان سودمند و اثبات‌کننده نظر اسلام نخواهد بود. بدین جهت با اتخاذ «روش اصطیادی» راه سوم و میانه‌ای انتخاب شده است تا نتیجه مطالعه و تحقیق در قالب «گزارشی مستند» قابل ارائه گردد. لذا با ملاحظه این موضوع از یک طرف و نیز متناسب با اکثر مخاطبان خود، از بحث استدلالی فقهی پرهیز و به گزارش مستند می‌شود. از سوی دیگر این تحقیق، یک گزارش صرف نیست، بلکه گزارشی مستند است تا پژوهشگر جستارگر با توجه به این مستندات راهی کوتاه‌تر به سوی نقد استدلالی داشته و بتواند به ترمیم، تکمیل و تعمیق بحث کمک کند. بر همین اساس بیشتر مستندات عیناً و بدون ترجمه در قسمت پانوش‌ها آورده شده است تا راه این تحقیق بر دست‌آوردان آن هموارتر گردد. اگرچه شایسته‌تر آن بود که استدلال‌ها و وجه استنادها نیز بیان می‌شد، چنانکه در حاصل اولیه این تلاش که حجمی بیش از دو برابر نوشته حاضر را پدید آورده بود، چنین عمل شده بود، اما به دلیل رعایت اختصار و پیشگیری از فزونی حجم کتاب، این مهم بر

عهدۀ ذهن پرسشگر و پاسخ‌یاب خواننده محترم قرار گرفت، هرچند ممکن است از این رهگذر کاستی‌هایی گریزناپذیر پدید آید. علت عدم ترجمه مستندات، افزون بر اجتناب از افزایش حجم کتاب، یکی تخصصی بودن کتاب است، چون در حوزه علوم تخصصی برای متخصصان نیازی به ترجمه نیست و دیگر امکان بیشتر و بهتر نقادی کتاب می‌باشد؛ چراکه در صورت ترجمه، استناد متن این کتاب به متون فقهی چندان قابل بررسی نخواهد بود.

۳. بنابر آنچه گذشت، یعنی اتخاذ روش اصطیادی و ارائه گزارش مستند، منبع اصلی و عمده این پژوهش، متون فقهی معتبر است و جز از سر ضرورت و یا برای توضیح بیشتر به منابع اصلی و نخستین فقه، یعنی قرآن، حدیث و عقل استناد نشده است. همچنانکه به منبع تاریخ و سیره عملی حکومت‌های اسلامی نیز، که نه چندان روشن و نه چندان حجت هستند، کمتر استناد شده است، چنانکه جز از سر ضرورت و برای تنقیح موضوع بحث، تحلیل و استدلالی صورت پذیرفته است. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که مقصود از اسلام در این نوشتار، نه نفس احکام واقعی الهی، که فتاوی فقیهان مسلمان است که می‌توان با تسامح، از آن به اسلام تعبیر نمود. و چون نگارنده در این مراجعه و استناد، در مقام جمع‌بندی و تکریر کردن فتاوی اسلامی در یک رساله علمی است و نه در مقام افتاء و بیان حجت الهی، بنابراین به متون فقهی شیعه بسنده نکرده و از متون فقهی و فتاوی برادران اهل سنت نیز بهره برده است.

۴. در مستند سازی و ارجاعات بدین شیوه عمل شده است که در خصوص فقه شیعی، به متون فقهی دست اول قدیم و جدید از متن، خلاف، مبسوط و سرائر گرفته، تا تحریرالوسیله، مصباح الفقاهه و امثال آن مراجعه شده است و از آنجا که تا کنون -براساس اطلاع نگارنده- کتاب جامعی در خصوص بحث حاضر، از نگاه فقه شیعی به نگارش درنیامده و بنابراین متون فقهی مورد استناد در یک مجموعه گردآوری نشده و در کتب متعدد فقها و ابواب مختلف آن کتب متفرق است، افزون بر هدف تسهیل امر پژوهش بر پژوهشگران این عرصه، هم به جهت مستندسازی بیشتر بحث و هم به دلیل فراهم آمدن مجموعه‌ای از متون فقهی شیعی در موضوع مورد بحث، اکثر مستندات، عیناً و بدون ترجمه در پانویس‌ها آورده شده است.^۱ در خصوص متون کهن فقهی همچون مبسوط،

۱. بخش‌هایی از متن‌های یاد شده به صورت مکرر مورد استناد واقع شده است. در این گونه موارد، متن منظور، در

خلاف و امثال آن، در آغاز به اصل این کتب مراجعه شد ولی پس از التفات نگارنده به مجموعه ارزشمند سلسله الینایع الفقیه که این متون را به صورت موضوعی تقطیع و در یک «موسوعه» جمع‌آوری کرده است، بیشتر از این موسوعه استفاده کرده و به آن ارجاع داده است تا امر تحقیق را بر آن دسته از محققانی که می‌خواهند به پانوشت‌ها بسنده نکرده و به متن کتب فقهی مراجعه کنند، آسان کرده و مراجعه آنان به بیش از ده منبع نه چندان در دسترس در هر موضوع را به دو یا حداکثر سه جلد کتاب کاهش دهد.

اما در مورد فقه برادران اهل سنت، با توجه به آنکه در خصوص موضوع مورد بحث حقوقدانان و فقه‌های معاصر آنان چند کتاب به رشته تحریر آورده و عملاً مجموعه‌ای از متون فقهی معتبر قدیم و جدید فقه عامه را فراهم ساخته‌اند، عمدتاً به ارجاع و استناد به همین کتاب‌ها اکتفا شده است.^۱ یکی از علل اکتفا این است که از یک سو پژوهشگر می‌تواند با مراجعه به چند کتاب، به مجموعه متون فقهی موضوع مربوط دست یابد و از سوی دیگر، نگارنده با ارجاع به این کتب، که فراهم آورنده مجموعه متون فقهی برادران اهل سنت‌اند، از آوردن این متون در پانوشت‌ها بی‌نیاز شده 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 سخنان فقیهان خود و استناد به آن‌ها سزاوارترند.

(۵)

در فراهم آمدن این کتاب، عنایت الهی نصیب گشت و از یاری کسان فراوانی بهره بردم که بدین وسیله خالصانه‌ترین سپاسهای خویش را نثارشان می‌کنم؛ از جمله:

● فاضل ارجمند، جناب حجة الاسلام آقای محسن قدیر که در میانه راه، همراهم شدند و زحمت و مسئولیت نگارش مباحث مربوط به وضعیت حقوقی بیگانگان در

→ نخستین استناد عیناً در پانوشت نقل شده است و در اسنادهای بعدی، تنها به آدرس بسنده شده و برای دیدن متن مذکور با عبارت (ر.ک: ص... پانوشت...) به اولین مورد استناد، ارجاع شده است.

۱. 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.

حقوق معاصر را در فصول اول بخشهای سه‌گانه موضوع دوم کتاب حاضر تقبل فرمودند (صفحه‌های: ۱۸۵-۲۰۸، ۲۱۹-۲۲۹، ۲۶۵-۲۸۸).

● همه برادران ارجمند گروه حقوق پژوهشکده، که کم و بیش از نظریاتشان سود جسته‌ام، بویژه از سروران ارجمند حجج اسلام جناب آقای محمد ابراهیمی (در موضوع تابعیت) و جناب آقای سیدعلیرضا حسینی (در موضوع وضعیت بیگانگان) که با دقت و حوصله و نوشته حاضر را مطالعه کردند و با تذکرات سودمند خویش بر اتقان این اثر افزودند.

● استادان بزرگوار، حجة الاسلام و المسلمین عباسعلی عمید زنجانی، حجة الاسلام و المسلمین سید مصطفی محقق داماد، و دکتر نجادعلی الماسی که زحمت مطالعه موضوع اول این کتاب را تقبل فرمودند و از ارائه انتقادات و راهنمایی‌های خویش، دریغ نورزیده، این‌جانب را به ادامه کار تشویق کردند.

● کلیه کسانی که به گونه‌ای در پدید آمدن این اثر، سهیم هستند. بویژه ریاست محترم، معاونت پژوهشی و مسئول کتابخانه پژوهشکده و نیز مسئولین محترم کتابخانه آستان قدس رضوی (مشهد مقدس)، کتابخانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و کتابخانه تخصصی فقه و حقوق دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، که با بذل مساعدت، استفاده از فضا و کتب این کتابخانه‌های مبارک را برایم امکان‌پذیر ساختند.

● ویراستاران محترم، آقایان جباری و بلجالی که با تلاش خویش، رنج خوانندگان محترم در مطالعه این کتاب را فروگاستند.

● همسر محترم و فرزندان عزیزم، که بر غیبتم از خانه و یا عزلم در خانه صبر پیشه کردند. بی‌شک اگر شکیبایی آنان نبود، یا این اثر پدید نمی‌آمد و یا بسی پرانتقادتر از آنچه اکنون هست تقدیم دانش‌دوستان می‌شد.

در پایان و با تشکر مجدد، برای همه آنان و نیز یاران دیگری که اعتذار مرا در نیابردن نامشان کریمانه پذیرا هستند، از خداوند متعال سلامت و توفیق می‌طلبم.

انه ولی التوفیق

مصطفی دانش‌پژوه

۱۳۸۱/۱۰/۲۰

مقدمه

۱. زمینه پیدایش حقوق بین الملل خصوصی و تعریف آن

از دیرباز کره زمین به کشورهای متعددی تقسیم شده است و هر یک از مردم جهان یکی از این کشورها را، بگونه‌ای قهری یا اختیاری، بعنوان زیستگاه غالب خود انتخاب کرده است. چنین کشوری را «اقامتگاه» آن شخص خوانند. بنابراین اولین عاملی که به لحاظ جغرافیایی موجب تقسیم بین المللی افراد می‌گردد، عامل «اقامتگاه» است.

بیشتر افراد، علاوه بر پیوند ماهی با کشور محل اقامت خود (= اقامتگاه) نوعی تعلق و وابستگی معنوی و سیاسی به آن کشور را در خود احساس کرده و خویشتر را عضوی از جامعه آن کشور (= ملت) می‌دانند. و این دومین عامل تقسیم جغرافیایی اشخاص است که از آن تحت عنوان «تابعیت» نام برده می‌شود.

اما در عین حال محدود افرادی هستند که چنین احساسی را نسبت به کشور محل اقامت (دائم یا موقت) خویش نداشته و خود را متعلق به کشوری دیگر و عضوی از ملتی دیگر می‌دانند. به عبارت دیگر، این دسته از افراد، بطور موقت یا دائم، در کشوری غیر از کشور «متبوع» خود بسر می‌برند و به همین جهت در کشور محل اقامت احساس نوعی «بیگانگی» می‌نمایند و از اینجا مسئله‌ای تحت عنوان «وضعیت بیگانگان» به عنوان قدیمی‌ترین، عام‌ترین و مهمترین عامل پیدایش شاخه «حقوق بین الملل خصوصی» مطرح می‌شود، زیرا اگر همه افراد، تابع کشور محل اقامت خویش بودند، و به عبارت دیگر در کشور متبوع خود اقامت می‌گزیدند، پدیده‌ای به نام «وضعیت بیگانگان» که به دو کشور (کشور متبوع و کشور محل اقامت) ارتباط پیدا کند بوجود نمی‌آمد تا مسئله‌ای «بین المللی» نسبت به افراد پدید آید.

واقعیت این است که پیدایش صبغه «بین المللی» در زندگی افراد تنها ناشی از تعدد و تفاوت کشور «متبوع» و کشور «اقامتگاه» که موجب پدید آمدن مسئله «وضعیت

بیگانگان» است نمی‌باشد، زیرا امروزه با تسهیل و گسترش و سرعت اطلاعات، ارتباطات و مبادلات - بی‌آنکه حتی نیازی به مسافرت باشد - انواع مختلف روابط حقوقی بین اتباع مقیم هر کشور با اتباع مقیم کشور دیگر، صورت می‌گیرد که عناصر بین‌المللی متعددی را در زندگی افراد مطرح می‌کند و این خود، در کنار عوامل پیشین، پیدایش شاخه‌ای از علم حقوق تحت عنوان «حقوق بین‌المللی خصوصی» را ایجاد می‌کند، براین اساس حقوق بین‌الملل خصوصی را اینگونه تعریف کرده‌اند: «رشته‌ای از علم حقوق که از روابط افراد در زندگی بین‌المللی بحث می‌کند».^۱ در این موارد بحث از این است که روابط این افراد تابع چه قانونی است؟ قانون ملی و کشور متبوع افراد یا قانون اقامتگاه آنان؟ و در صورت اختلاف کشور متبوع یا اقامتگاه طرفین، قانون کشور کدام طرف صالح و حاکم خواهد بود؟ حال اگر طرفی که قانون کشور متبوع و یا محل اقامت او، صالح تشخیص داده شده است، دارای چند اقامتگاه یا چند تابعیت باشد، قانون کدامین کشور متبوع و یا کدامین اقامتگاه، بر روابط بین‌المللی چنین فردی حکومت خواهد کرد. با فرض وحدت تابعیت و اقامتگاه طرفین نیز، لزوماً وصف «بین‌المللی» یک رابطه حقوقی از بین نرفته و به دلیل وقوع مال یا عقد یا تنظیم سند یا اجرای تعهد در خارجه، همچنان این سؤال مطرح می‌شود که در این موارد چه قانونی صالح است: قانون ملی و یا اقامتگاه طرفین و یا قانون محل وقوع شیء،؟ یا قانون محل وقوع عقد، یا قانون محل اجرای تعهد، یا قانون محل تنظیم سند یا قانون کشور متبوع قاضی؟ چنانکه مشاهده می‌کنیم، در این موارد - علیرغم وحدت تابعیت و اقامتگاه طرفین - عناصر بین‌المللی دیگری در رابطه حقوقی وجود دارد که عمل و واقعه حقوقی را از قلمرو حقوق داخلی به عرصه بین‌المللی می‌کشاند و مسئله‌ای را تحت عنوان «تعارض بین‌المللی قوانین» بعنوان یکی دیگر از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌نماید.

برای حل این تعارض و یافتن قانون صالح، این سؤال مطرح می‌شود که مرجع تشخیص قانون صالح کیست؟ دادگاه این کشور یا آن کشور؟ و از اینجا مسئله‌ای دیگر و مقدم بر مسئله «تعارض بین‌المللی قوانین» تحت عنوان «تعارض دادگاهها» پدید می‌آید.

۱. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۲.

۲. موضوعات حقوق بین‌المللی خصوصی

بر اساس آنچه گذشت، موضوعات حقوق بین‌المللی خصوصی را - که از یک سو ناظر به روابط «خصوصی» افراد است و از سوی دیگر ناظر به روابط «بین‌المللی» افراد (در زندگی خصوصی آنها) - می‌توان چنین برشمرد:

اول و دوم: تابعیت و اقامتگاه به عنوان عوامل تقسیم جغرافیایی اشخاص؛

سوم: وضعیت بیگانگان و حقوق و تکالیف آنان؛

چهارم و پنجم: تعارض قوانین و تعارض دادگاهها؛

در بحث تابعیت، سخن از چیستی تابعیت و چگونگی پیدایش آن، و راههای برقراری رابطه تابعیت بین فرد و دولت و راههای زوال و یا تغییر آن و بالأخره تشخیص «خودی» و «بیگانه» بر اساس تابعیت است. در مبحث اقامتگاه، پس از ذکر انواع اقامتگاه، عمدتاً از آثار حقوقی مترتب بر اقامتگاه بحث می‌شود.

در مبحث وضعیت بیگانگان، حقوق و تکالیف، معافیتها و محرومیتهای بیگانه مورد گفتگو واقع می‌شود.

در مبحث تعارض قوانین، چگونگی پیدایش تعارض، انواع تعارض و بالأخره حل تعارض و تشخیص قانون صلاحیتدار و شیوه اجرای آن موضوع بحث قرار می‌گیرد.

و در مبحث تعارض دادگاهها، به چگونگی تشخیص دادگاه صالح پرداخته می‌شود.

۳. اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی

آیین و شریعت اسلام، نه تنها در تئوری خود، تأسیس دولتی اسلامی را پیش بینی کرده و ضروری دانست، بلکه در عمل نیز از آغاز به تأسیس دولت نایل آمد. بنابراین مباحث پنجگانه فوق بدین صورت پیش روی نظام حقوقی دولت اسلامی (و فقه اسلام) قرار می‌گیرد:

۱. چه کسانی و بر چه اساسی اتباع و شهروندان دولت اسلامی به شمار می‌آیند و چه کسانی بیگانه قلمداد می‌گردند؟ (= مبحث تابعیت در نظام حقوقی اسلام)؛

۲. بیگانگان در دولت اسلامی کیستند؟ و از چه حقوق و مزایا و یا وظایف و تکالیف ویژه برخوردارند؟ و یا از چه نوع معافیتها و یا محرومیتها بهره‌مندند؟ (= وضعیت

بیگانگان در نظام حقوقی اسلام)؛

۳. چه کسانی حق اقامت در کشور اسلامی را دارند و اصولاً چه آثاری بر این اقامت مترتب می‌شود؟ (=مبحث اقامتگاه در نظام حقوقی اسلام)؛

۴. در روابط مختلف بین‌المللی «اتباع» دولت اسلامی و یا افراد مقیم کشور اسلام، چه قانونی حاکم است؟ (=مبحث تعارض بین‌المللی قوانین در نظام حقوقی اسلام)؛

۵. آیا دادگاه دولت اسلامی، نسبت به همه دعاوی خصوصی بین‌المللی صلاحیتدار است؟ و اصولاً آیا دولت اسلامی، احکام صادره از دادگاه خارجی را صلاحیتدار می‌داند؟ (=مبحث تعارض دادگاهها در نظام حقوقی اسلام).

۴. موضوع بحث در کتاب حاضر

مرسوم آن است که در جلد اول کتابهای حقوق بین‌المللی خصوصی مباحث سه گانه تابعیت، اقامتگاه و وضعیت بیگانگان را و در جلد دوم مبحث تعارض قوانین و تعارض دادگاهها را مورد بحث قرار می‌دهند. اما در کتاب حاضر، بدلیل زیاد شدن حجم آن، تنها دو موضوع تابعیت و وضعیت بیگانگان مورد بحث قرار گرفته است. علت این انتخاب یکی آن است که وضعیت حقوقی اتباع و وضعیت حقوقی بیگانگان همچون دوروی یک سکه‌اند، بنابراین اتمام و اكمال بحث نسبت به هر یک در گرو پرداختن به طرف دیگر است. و دیگر آنکه هرچند دو موضوع تابعیت و اقامتگاه نیز از آن جهت که در مقسم، یعنی «تقسیم جغرافیایی اشخاص» با یکدیگر ارتباط دارند، معمولاً به دنبال یکدیگر موضوع بحث واقع می‌شوند، اما حجم بیشتر مبحث وضعیت بیگانگان نسبت به مبحث اقامتگاه و تناسب حجمی دو جلد این اثر، چنین نظمی را ایجاب نمود که تابعیت به عنوان موضوع اول و وضعیت بیگانگان به عنوان موضوع دوم، در جلد اول مورد مطالعه و تحقیق قرار گیرند.

۵. مدخل بحث: تقسیم سیاسی زمین و تقسیم جغرافیایی اشخاص

همان‌طور که قبلاً گفته شد، از یک سو، زمین به «دولت - کشور» های متعدد و مستقل تقسیم شده است و از سوی دیگر، هر یک از آحاد مردم جهان نیز به لحاظ سیاسی و

حقوقی وابسته و متعلق به یکی از این دولت‌ها هستند.^۱ این وابستگی و ارتباط - که مردم جهان را عملاً بین کشورهای مختلف تقسیم می‌کند - در زبان حقوقی «تابعیت»^۲ نام گرفته است و اشخاصی را که متعلق به «دولت - کشور» معینی هستند «اتباع» آن دولت می‌نامند. اما باید دانست که:

اولاً: این گونه نیست که همه اتباع یک دولت، در قلمرو ارضی آن دولت مقیم و ساکن باشند، بلکه ممکن است در عین حفظ این وابستگی و ارتباط، برای مدتی کوتاه یا بلند، در خارج از سرزمین دولت متبوع خود به سر برده و در کشور دیگری سکنی گزینند.^۳

ثانیاً: به همین دلیل است که جمعیت موجود در هر کشوری، تماماً متعلق به آن دولت نبوده، بلکه در یک تقسیم‌بندی کلی، به دو گروه «اتباع»^۴ و «بیگانگان»^۵ تقسیم می‌شوند. تبعه یا «خودی» به آن کس گفته می‌شود که بالفعل تابعیت آن دولت را داشته باشد، هر چند اصالتاً و یا سابقاً دارای چنین ارتباطی نبوده است. در مقابل «بیگانه» به آن فرد گفته می‌شود که بالفعل فاقد این ارتباط باشد؛ هر چند اصالتاً و یا سابقاً دارای چنین رابطه‌ای بوده است. بنابراین، به وسیله این رابطه یعنی تابعیت - است که عنصر انسانی «دولت - کشور» که به نام «ملت»^۶ خوانده می‌شود، مشخص می‌گردد.^۷

ثالثاً: هر چند به مرور زمان دولت‌ها این اصل را پذیرفته‌اند که تمام اتباع یک دولت باید تحت یک «رژیم حقوقی، یعنی دارای حقوق مساوی باشند»،^۸ اما هم در واقعیت و عمل و هم در قوانین اکثر کشورها - به دلایل مختلف - چنین مساواتی وجود ندارد و به

۱. نوع تعلق و وابستگی دیگری نیز وجود دارد که آن هم موجب تقسیم جغرافیایی اشخاص می‌شود. این تعلق که بیشتر جنبه «مادی» دارد - برخلاف تابعیت که عمدتاً جنبه معنوی دارد - به نام «اقامتگاه» خوانده می‌شود، که خود یکی از موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی است.

2. Nationality Citizenship.

۳. از همین جا روشن می‌شود که تابعیت، تنها رابطه‌ای سیاسی و حقوقی نیست، بلکه رابطه‌ای «معنوی» نیز هست که از فراسوی مرزها همچنان خود را حفظ می‌کند و به همین جهت است که در تعریف تابعیت بر عنصر «معنوی» نیز تکیه کرده‌اند (ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱، ص ۲۹).

4. Nationals Citizens.

5. Aliens.

6. Nation.

۷. وکیل، شمس‌الدین، الجنسية و مرکز الاجانب، ص ۲۶.

۸. نصیری، محمد، همان، ج ۱ و ۲، ص ۲۸.

همین جهت «اتباع» خود به دو گروه «شهروند» و «تبعه عادی»^۱ تقسیم می‌شوند، چنان‌که بیگانگان نیز برحسب اینکه تابعیت دولت معینی را داشته باشند یا نداشته باشند، به دو گروه «اتباع کشورهای خارجی» و «آپاترید»ها یا «بی‌تابعیت»ها^۲ تقسیم می‌شوند.

در این میان، اولین وظیفه دولت در عرصه بین‌الملل، این است که «افرادی را که متعلق به خود می‌داند، از افراد سایر کشورها جدا سازد»^۳ و سپس در میان اتباع، به پایگاه حقوقی آنان توجه نموده و تشخیص دهد که کدام یک از آنان تبعه عادی محسوب می‌شود و کدام یک شهروند.

تشخیص شهروند و تبعه عادی، همچون بحث از رابطه متقابل تبعه و دولت، بیشتر به حقوق داخلی مربوط می‌شود، اما تشخیص «خودی» و «بیگانه»، به حقوق بین‌الملل - و یا حداقل آن قسمت از حقوق داخلی که به روابط بین‌الملل توجه دارد - ارتباط پیدا می‌کند. و به همین جهت است که در روش رایج و متداول مباحث حقوقی، «تابعیت» و «وضعیت بیگانگان» به عنوان دو موضوع اساسی و مهم در حقوق بین‌الملل خصوصی مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱. دو واژه «شهروندی» (citizenship) و «تابعیت» (nationality) در فرهنگ حقوقی برخی کشورها « مترادف » هم و در برخی دیگر به نحو «عموم و خصوص مطلق» استعمال می‌شود. واژه تابعیت، بیشتر نظر به تقسیم جغرافیایی اشخاص در بُعد بین‌المللی و ارتباط و تعلق فرد با یک دولت خاص دارد، اما واژه شهروندی نظر به تقسیم حقوقی «اتباع» در بُعد ملی و داخلی دارد (ر.ک: کتاب حاضر، بحث «تابعیت و شهروندی»، ص ۲۶).

2. Stateless: Apatride.

۳. نصیری، محمد، همان، ص ۲۶.