

بازخوانی انتقادی قاعده الزام*

- زینب میرزایی صفی آباد^۱
- مهدی موحدی محب^۲

چکیده

قاعده الزام، طبق یکی از خوانش‌های نسبتاً رایج، عهده‌دار تنظیم روابط شیعیان با مسلمانان غیر شیعه (و بنا بر قولی همه غیر شیعیان، چه مسلمان و چه نامسلمان) در مواردی است که آنان به حکمی مخالف با دیدگاه شیعه باور دارند و آن حکم به سود و مصلحت شیعه است، که در این حالت، شیعه آن فرد را به دیدگاه غیر شیعی اش ملزم می‌سازد.

این نوشتار ضمن بررسی تعریف، محدوده و ادله قاعده فقهی الزام، با توجه به دو عنصر: «طرف غیر شیعی» و «سود طرف شیعی» از دیدگاه این خوانش مشهور، ادله این قاعده را نقد کرده و با تردید اساسی در آن، ملاحظات را مطرح می‌کند؛ از جمله: استنتاج نظام چندگانه و نابرابر حقوقی در حقوق داخلی، تفکیک اتباع از یکدیگر در حقوق بین‌الملل خصوصی و ناسازگاری با روح

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (zeinab.mirzaee@semnan.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول) (movahedi@semnan.ac.ir).

معاهدات و عرف بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عمومی. اگرچه این خوانش از قاعده، در میان فقیهان معاصر نیز مخالفانی دارد، اما دلایل اصولی - حقوقی ارائه شده در این نوشتار در نقد این خوانش از قاعده، متفاوت از آن مخالفت‌ها و کاملاً جدید است. البته برخی از فقیهان، خوانشی دیگر از قاعده الزام دارند که با قاعده امضاء سازگارتر بوده و به صورتی جدی از خوانش مشهوری که در این مقاله نقد می‌شود، می‌تواند متفاوت باشد. قاعده الزام همان‌طور که از نامش برمی‌آید، دیگران (چه غیر شیعیان و چه نامسلمانان) را ملزم به پایبندی به احکام دشوارتر مذهب یا دین متبوعشان می‌سازد؛ حال آنکه قاعده امضاء صرفاً عهده‌دار تأیید یا امضای احکام متفاوت مذاهب یا ادیان دیگر است و در آن سخنی از الزام و عنصر ضرر یا مشقت برای دیگران نیست.

واژگان کلیدی: قاعده الزام، عرف بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، شیعه، قاعده امضاء.

۱. مقدمه

این پرسش که پیروان دو دین یا مذهب متفاوت، چگونه باید با هم تعامل و همزیستی داشته باشند، یک پرسش بنیادین فلسفی - الهیاتی است. این پرسش با هر پاسخی که بیابد، پیامدهای گوناگون و گسترده فقهی - حقوقی دارد؛ به ویژه آنگاه که آن دو در مسئله‌ای با هم اختلاف داشته باشند و از دو دستگاه حقوقی - فقهی متمایز و متعارض در قانون یا حکم مربوط به آن مسئله پیروی کنند. برای مثال، شخص الف پیرو نظام حقوقی - فقهی شیعی و شخص ب پیرو نظام فقهی - حقوقی سنی است. این دو نفر در ماجرای با یکدیگر اختلاف کرده و به دادگاه جمهوری اسلامی ایران یا یک قاضی شیعه رجوع کرده‌اند. حال این پرسش، جدی است که قاضی بر اساس کدام دستگاه فقهی - حقوقی و مبتنی بر کدام ادله، منابع و روش‌های فقهی، باید میان این دو داوری کند؟ قاعده الزام عهده‌دار پاسخ‌گویی به چنین پرسش‌هایی است. این نوشتار، نخست می‌کوشد توضیح دهد که معنا، مفاد و مقصود اصلی قاعده چیست؛ سپس نقدها، اعتراضات و تردیدهایی جدی نسبت به آن طرح می‌شود. البته، حتی در صورتی که پاسخ‌ها و توجیهات همسو با قاعده، قانع‌کننده نباشند، نیز نمی‌توان به آسانی انکار کرد

پرسشی که خاستگاه اصلی قاعده بوده، یعنی پرسش از رابطه حقوقی پیروان ادیان و مذاهب با یکدیگر در اختلافات، پرسشی ارزشمند و درخور تأمل است.

۲- آشنایی با قاعده الزام

۱-۲. پیشینه تاریخی

این قاعده در کتب پیشینیان با چنین نام و توصیفاتی دیده نمی‌شود و تنها در خلال چند روایت پیرامون ارث و طلاق و... خودنمایی می‌کند. نخستین اثر فقهی که به عنوان قاعده‌ای جداگانه به بحث الزام می‌نگرد، *بلغة الفقیه* اثر سیدمحمد بن محمدتقی آل بحرالعلوم (۱۳۲۹: ۳۱۵/۴) است که در بحث «حبوه» به این قاعده اشاره کرده است. در سده اخیر نیز فقیهانی همچون سیدمحسن طباطبایی حکیم (۱۴۱۱: ۱۴/۵۲۴)، موسوی بجنوردی (۱۴۱۳: ۱۷۹/۳)، شیخ حسین حلی (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۹۶)، خوبی (غروی تبریزی، ۱۴۱۰: ۸۴ و ۱۶۹)، سیداحمد خوانساری (۱۳۶۴: ۳۹۰/۵)، سیدعبدالاعلی موسوی سبزواری (۱۴۱۳: ۳۷/۲۶)، سیدمحمدصادق حسینی روحانی (۱۳۸۹: ۱۵/۷۹ و ۸۲)، فاضل لنکرانی (۱۳۸۳: ۱۶۷/۱)، سیدمحمد حسینی شیرازی (۱۴۰۷: ۱۶۹)، محمدتقی جعفری (۱۳۸۰: ۸۲)، حسینی سیستانی (۱۴۱۷: ۱/۴۵۶)، مکارم شیرازی (۱۴۱۱: ۱۵۷/۲)، باقر ایروانی (۱۴۱۷: ۶۳/۲)، مصطفوی (۱۴۱۲: ۶۶) و جمعی دیگر به این قاعده پرداخته‌اند.

۲-۲. حدود و شروط قاعده

بیشتر فقیهان، قاعده الزام را به دو عنصر مشروط ساخته‌اند:

الف) مسلمان غیر شیعه بودن (نه صرفاً غیر شیعه بودن)

موسوی بجنوردی در عبارت زیر با استناد به بیشتر روایات، تنها مسلمانان غیر شیعه را مشمول این قاعده می‌داند، نه همگی غیر شیعیان را:

«آنچه از ظاهر عبارت در حدیث "الزموهم..." برداشت می‌شود، این است که ضمیر "هم" به فرقه‌های گوناگون مسلمانان غیر شیعه بازمی‌گردد و پیروان ادیان و ملل دیگر را در بر نمی‌گیرد» (۱۴۱۳: ۱۸۳/۳).

در تقریرات درس شیخ حسین حلی در تعریف قاعده الزام چنین آمده است: «وقتی "قاعده الزام" گفته می‌شود، منظور آن است که آثار وضعی بر افراد غیر شیعه بر اساس اعتقادات خودشان بار شود، هر گاه این به صلاح و نفع آنان نباشد و مخالف مذهب اهل البیت باشد، مانند الزام آنان به احکام شفعه، میراث و طلاق که با دیدگاه ما تفاوت دارد» (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ۲۷۱).

ب) وجود سود و مصلحتی برای فرد شیعی یا زانی برای فرد غیر شیعی
 مطابق نظر مشهور و با توجه به مستندات قاعده که عمدتاً روایات است، الزام در مواردی محقق می‌شود که سود و مصلحت شیعه و ضرر فرد غیر شیعه مطرح باشد، و نه در حالت معکوس که سود فرد غیر شیعه و زیان شیعه در الزام است؛ زیرا روشن است که شیعه بر اساس حکم شرعی اولی (صرف نظر از قاعده الزام) آن حکم مخالف را نمی‌پذیرد و حال که این حکم غیر شرعی از نظر شیعه برای فرد شیعه زانی را نیز در بر دارد، به طریق اولی نمی‌توان الزام به این حکم را شرعی دانست. اما در صورتی که سود و مصلحت شیعه و زیان غیر شیعه در میان باشد، می‌توان از باب امتنان و لطف به شیعه و به عنوان حکمی ثانوی و قاعده‌ای جدید، به الزام غیر شیعه پرداخت. همان طور که در عبارت شیخ حسین حلی گذشت، وجود سود و مصلحت برای فرد شیعی یا دست کم زیان برای فرد غیر شیعی، شرطی مهم در قاعده است.

استاد مصطفوی نیز چنین می‌نگارد:

«مراد از الزام در اینجا، پیاده‌سازی حکم بر مسلمان غیر شیعه است، بر اساس آنچه در مذهبش آمده است. از آنجا که احکام یک مذهب، رد و انکار را پذیرا نیست، پس کسی حکمی از آن احکام را به غیر شیعه بقبولاند، آن شخص غیر شیعه نیز باید به حکم مذهبش ملتزم گردد؛ بدین جهت رفتار بر پایه مذهب مخالف را الزام مخالفان [اهل سنت] به شریعت خودشان می‌نامند. پس این الزام، پیشنهاد کردن و جایز دانستن است، نه اجبار و روشن است که مورد الزام مخالفان تنها در جایی است که بر آن عمل، سود و وسعتی برای ما [شیعیان] مترتب شود، مانند برخی مسائل ارث و طلاق و...، نه همه اعمال، همان گونه که روشن است» (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۶).

اما در این میان، فقیهانی نیز این دو عنصر را شرط ندانسته و همه غیر شیعیان،

مسلمان و نامسلمان را در دایرهٔ قاعده گنجانده و لزومی به وجود عنصر مصلحت و نفع برای فرد شیعی ندیده‌اند.

۲۲۵

فقیهانی چون سیدمحمد شیرازی، لزومی در وجود عنصر زیان برای فرد غیر شیعی برای تحقق قاعدهٔ الزام ندیده و صرف مطالبهٔ پابندی پیروان دیگر ادیان و مذاهب به احکام شرعی خودشان را مفاد قاعدهٔ الزام می‌دانند. البته با توجه به اینکه ایشان اجرای قاعده را برای شیعه رخصت می‌داند، نه عزیمت، طبعاً فرد شیعه در فرضی که اجرای آن حکم مذهب غیر شیعی برای خود آن فرد شیعه زیان داشته باشد، قاعدهٔ الزام را مطالبه و اجرا نخواهد کرد. برای اینکه روشن شود چرا چنین ادعایی درست است، باید قدری بیشتر توضیح داد. از آنجا که فرد شیعه، حکم غیر شیعی مزبور و محل بحث (مثلاً جواز طلاق دادن در حالت مستی طبق برخی مبانی غیر شیعی) را درست نمی‌داند، روشن است که اگر این حکم علاوه بر اینکه خلاف مذهب فرد شیعی است، به زیان خود آن فرد شیعی هم باشد، کاملاً بی‌معنا و نامحتمل است که همین فرد شیعه در اختلافی که یک طرف آن خود او و طرف دیگرش فردی غیر شیعی است، تمایل داشته باشد که آن فرد غیر شیعی را به حکمی که هم خلاف اعتقادات شیعی خود آن فرد شیعی و هم به زیان خود آن فرد شیعی است، ملزم سازد. با توجه به این توضیح روشن می‌شود که چرا در سطور بالاتر گفته شد: «طبعاً فرد شیعه در چنین حالتی، قاعدهٔ الزام را مطالبه و اجرا نخواهد کرد». مگر اینکه بگوییم فرد شیعه مزبور، دچار ناسازگاری ذهنی و درونی و یا فی‌المثل روان‌پریشی است که اجرای حکمی را که هم بر خلاف مذهب خود او و هم کاملاً به زیان خود اوست، از دیگری مطالبه و دیگری را به آن حکم غیر شیعی و همچنین ضد منافع شیعه الزام می‌کند.

ملاحظه‌ای که در مورد نظر سیدمحمد شیرازی مطرح است آنکه قاعدهٔ الزام از نظر مشهور، قاعده‌ای امتنانی در حق شیعه است و مبنای حکمی ثانوی در برابر حکم اولی فقه شیعی است تا مصلحت شیعه تأمین شود؛ حال آنکه این برداشت، بیشتر با قاعدهٔ امضاء سازگار است، تا قاعدهٔ الزام؛ زیرا در قاعدهٔ امضاء، افعال پیروان دیگر مذاهب و ادیان بر اساس احکام آیین‌های متبوعشان تأیید می‌شود و در این قاعده، عنصر سود و مصلحت شیعی وجود ندارد تا نیازی به مفهوم «الزام» و مجبورسازی احساس شود.

همچنین ایشان نامسلمانان را در دایره قاعده می‌گنجانند.

۳-۲. مصادیق قاعده

کسانی که قاعده الزام را حجت می‌دانند، دایره آن را محدود به احکام نکاح و طلاق و ارث نمی‌سازند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۶۴/۲)، بلکه آن را به دیگر ابواب فقهی تسری می‌دهند و در واقع حتی می‌توان محدوده این قاعده را بر اساس نظر آنان همواره رو به گسترش دانست؛ چون بر اساس مسائل و برداشت‌های فقهی جدیدی که در فقه اهل سنت (یا بنا بر فرض در احکام دیگر ادیان) پیش می‌آید، قاعده الزام ما را به ملزم‌سازی آنان به آن احکام جدید فرامی‌خواند. در اینجا تنها به یکی از مصادیق قاعده به عنوان نمونه می‌پردازیم:

شیعه مواردی را در صحت طلاق شرط می‌داند؛ مثلاً حضور دو شاهد عادل یا اینکه زن مطلقه از حیض و نفاس طاهر باشد و در طهر واقعه نباشد یا مواردی از این دست که برخی از مذاهب اهل سنت، آن را در طلاق شرط نمی‌دانند و چنانچه زنی سنی مذهب را بدون رعایت شرایط طلاق از دیدگاه شیعه و بر اساس مذهب خودشان طلاق دادند، شیعه می‌تواند با آن زن ازدواج کرده و آنان را به دیدگاه خودشان ملزم سازد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۳؛ الخن و دیگران، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵: ۳۱۱/۳).

۴-۲. دلایل حجیت قاعده

۴-۲.۱. عقل

برخی از راه اثبات ملازمه عقلی کوشیده‌اند دلیلی عقلی برای قاعده الزام بیاورند، با این توضیح که از آنجا که اسلام انسان‌ها را به پذیرش این دین مجبور نمی‌سازد و آنان را بین سه گزینه پذیرش اسلام، پرداخت مبلغی به عنوان جزیه و جهاد مخیر می‌سازد، لازمه این مجبور نساختن، پذیرفتن و تأیید احکام آنان در حیطه زندگی خودشان است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷: ۷۰).

۴-۲.۲. آیات قرآنی

برای اثبات قاعده الزام می‌توان به آیاتی از قرآن استناد کرد که بر عدم اجبار در

پذیرش دین دلالت دارند؛ مانند:

- «لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ» (کافرون / ۶): «دین شما برای خودتان و دین من برای خودم»؛
- «لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُضَيَّرٍ» (غاشیه / ۲۲): «بر آنان تسلطی نداری».
- «وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ» (ق / ۴۵): «و تو به زور وادارنده آنان نیستی».
- «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» (بقره / ۲۵۶): «در دین هیچ اجباری نیست».

بر این اساس، طبعاً باید احکام دینی آنان در حق خودشان درست و روا باشد (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۷).

همچنین در برخی آیات که راجع به کافران است، خداوند قبول کرده که زنان کفار همسران آنان هستند، با اینکه ازدواج آنان بر اساس مسلک و روش خودشان صحیح بوده است، نه اسلام؛ مانند:

- «وَأَمْرُهُمْ صَالِحٌ» (مسد / ۴): «و زنش، آن هیمه کش [آتش فروز]».
- «وَقَالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ» (قصص / ۹): «و همسر فرعون گفت».

یکی از فقیهان معاصر می‌کوشد به آیات دیگری از قرآن، برای حجیت قاعده الزام استناد کند (فاضل لنگرانی، ۱۳۹۱: ۴۳). در آیه ۴۲ سوره مبارکه مائده درباره اختلاف یهود و رجوع آنان به پیامبر اسلام آمده است: «فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَخَبْتَهُمْ أُوعِرِضْ عَنْهُمْ». ایشان در توضیح نحوه استدلال خود می‌نویسد:

۱. در «أعرض عنهم» دو احتمال وجود دارد: ۱. به آن‌ها بگو به من ربطی ندارد؛
 ۲. آن‌ها را به حکام خودشان ارجاع بده که بر حسب مذهب خود حکم کنند...؛
- که اگر معنای دوم مقصود آیه باشد، می‌توان برای قاعده الزام به آن استدلال کرد».

۲-۴-۳. روایات

مهم‌ترین دلیل و در واقع دلیل اصلی قاعده الزام را (از نگاه قائلان آن)، باید روایاتی از امامان شیعه علیهم‌السلام دانست. برخی فقیهان، روایات دال بر این قاعده را در حد تواتر دانسته‌اند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷: ۷۰). این روایات از نظر مضمون، بیشتر پرسش‌هایی از معصومان علیهم‌السلام پیرامون مسائل اختلافی میان شیعه و سنی، همچون ازدواج و طلاق و ارث است:

[۱] «راوی می‌گوید: همراه با برخی از شیعیان، نامه‌ای به امام علیه‌السلام نوشتم و پاسخ در نامه‌ای با خط امام علیه‌السلام رسید که: آنچه درباره دخترت و شوهرش گفتم، دریافتم.

خدا آنچه را دوست داری اصلاح شود، برایت اصلاح کند! اینکه گفתי شوهرش چند بار قسم خورده که طلاقش دهد، اگر آن مرد از کسانی است که ولایت ما را پذیراست و به سخن ما معتقد، پس طلاقى انجام نمى‌شود [چون در فقه شیعه چنین طلاقى معتبر نیست]؛ زیرا او چیزی را که معتقد نیست و نمى‌داند، طبعاً انجام نداده و اگر از کسانی است که ولایت ما را نمى‌پذیرند و سخنان ما را باور ندارند، پس دخترت را از او جدا کن [چون در فقه سنی چنین طلاقى معتبر است]؛ زیرا او جدایی را خود، خواستار شده است» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

شیخ حسین حلی در توضیح این حدیث می‌گوید: تعابیر اختلاع و نیت فراق بعینه به روشنی دلالت دارند که طلاقى که از شخص مخالف سر می‌زند، صحیح است و آن تعابیر با این دیدگاه سازگار نیست که آن زن هنوز بر زوجیت همسر سنی‌اش باقی است و طلاق واقع نشده، اما امام علیه السلام برای شیعه، اباحه تزویج با آن زن را جعل کرده است. پس در واقع، امام در این حدیث حکمی واقعی و ثانوی را بیان کرده که در مواردی خاص در پی عنوانی ثانوی جاری می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۵).

[۲] «نزد امام رضا علیه السلام از یکی از علویانی که امام نکوهششان می‌کرد، یاد شد. امام فرمود: او بر حرام می‌زند. پرسیدم: فدایت شوم، آن زن که همسر اوست! امام فرمود: او زنش را طلاق داده است. گفتم: چگونه طلاقش داده؟ امام فرمود: این [طلاق] حکم دینی اوست، پس بر او حرام شده است» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

تعبیر «إِنَّهُ مُقِيمٌ عَلَى حَرَامٍ» در این روایت، به روشنی دلالت دارد که امام علیه السلام با اینکه در حالت نخستین، رأی آن مذهب را نمى‌پذیرد، اما در حالت جدید، با توجه به اینکه آن مذهب، متبوع شخص غیر شیعه است، پس باید او را به مذهب خود ملزم کرد. در واقع «اقامت بر حرام» در اقامت بر زنا ظهور دارد و زمانی بر این مورد اطلاق می‌شود که طلاق از آن شخص فعلاً سر زده باشد و زن با او نامحرم شده باشد و در صورتی که زوجیت باقی، و طلاق نادرست باشد، او بر حرام اقامه نخواهد داشت، بلکه بر همسرش اقامه دارد (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۶).

درباره این حدیث باید گفت که مرسله است و در سندش افتادگی دارد.

[۳] «از امام علیه السلام پرسیدم: زنی بر اساس روشی غیر از سنت (شیعی) طلاق داده شده است، حکم آن زن چیست؟ [هنوز همسر شوهر قبلی است یا مطلقه محسوب می‌شود؟]

امام علیؑ فرمود: با این زن ازدواج کنید تا بی همسر نمائید» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲/۳).

۲۲۹

بر اساس این دیدگاه شیخ حسین حلی، حکم و تعبیر امام علیؑ که این زن بی همسر نمائید، بر اساس ذوق و برداشت متشرعانه بدین معنا نیست که جواز تزویج با این دسته از زنان مطلقه از قبیل ازدواج با زنانی است که هنوز در حبالهٔ زوج اول اند. بلکه ذوق متشرعه چنین برداشت می کند که این گونه طلاق در حق آنان روا و نافذ است (بحرالعلوم، ۱۳۸۴: ۲۶۶).

۲-۴-۴. سیرهٔ عقلا

محقق خوبی قاعدهٔ الزام را به روش عقلا منتسب می کند (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۵۵۶). برخی فقیهان معاصر نیز کوشیده اند با ترکیب دو قاعدهٔ جداگانهٔ الزام و امضاء، قاعدهٔ الزام را نیز معتبر بشمارند. نشانهٔ چنین خلط یا ترکیبی این است که سیرهٔ عقلا را از دلایل حجیت قاعدهٔ الزام برشمرده و گفته اند:

«یکی از ادلهٔ قاعدهٔ الزام، سیرهٔ عقلاییه است که ناشی از یک ارتکاز عقلایی است و ارتکاز عقلا بر این است که قانون هر قومی برای همان قوم و برای کسانی که در همان دایره قرار می گیرند، نافذ است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱: ۳۸).

۲-۴-۵. اجماع و تسالم

به اعتقاد یکی از فقها، با توجه به در دسترس بودن شماری روایات که می توانند مدرک اجماع باشند، ادعای اجماع در این قاعده جایگاهی ندارد، اما می توان ادعای تسالم کرد^۱ (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۶۷).

۲-۵. دلایل عدم حجیت قاعده

۲-۵-۱. عقل

در پاسخ به ادعای ملازمهٔ عقلی که سیدمحمد شیرازی طرح فرموده است، باید به

۱. تسالم در اینجا یعنی عموم یا عدهٔ بسیار زیادی از فقهای امامیه بر اساس این قاعده فتوا داده اند، هر چند با این عنوان، مثلاً عنوان «قاعدهٔ الزام» از آن یاد نکرده باشند. تسالم به لحاظ اعتبار و حجیت از اجماع قوی تر است.

دیدگاه مشهور فقیهان در باب قاعده الزام ارجاع داد که آنان بر خلاف ایشان، قاعده الزام را در محدوده تعامل شیعیان با اهل سنت به کار می‌برند و روشن است که بحث جزیه و قتال در ارتباط با اهل سنت که مسلمان‌اند، معنا و کاربردی ندارد.

نکته دیگر که به عنوان یک گزینه در رد این ملازمه ادعایی و فرضی می‌توان مطرح کرد، آنکه می‌توان گفت ملازمه‌ای میان مجبور نساختن به پذیرش اسلام و تأیید آن احکام وجود ندارد؛ زیرا چه بسا اسلام به عنوان یک دین، ادیان آنان را به عنوان یک مجموعه کلی رد نکند، اما در برخورد با قوانین جزئی، قواعد و قوانینشان را باطل بشمارد تا به تدریج آنان به بطلان دیدگاه خود و حقانیت قوانین اسلام واقف گردند. البته این صرفاً به عنوان یک احتمال در رد قاعده می‌تواند مطرح شود و برای اثبات آن، نیاز به بررسی مستندات تاریخی بیشتری می‌باشد.

حتی می‌توان دلیلی عقلی بر رد قاعده الزام ارائه کرد که از منظر عقل، ماهیت رفتارهای انسانی با توجه به مصالح و مفاسدی که بر آن‌ها بار می‌شود، به رفتارهای درست و نادرست تقسیم می‌شود و مذهب فرد در این درستی و نادرستی تأثیری نخواهد داشت؛ یعنی نمی‌توان یک رفتار مشخص را از یک انسان، درست دانست و دقیقاً همان رفتار مشخص را وقتی که از انسانی با مذهبی دیگر سر می‌زند، نادرست انگاشت؛ مگر آنکه بپذیریم مصالح و مفاسد یا حسن و قبح در احکام متعلق به رفتار انسانی راه ندارد و این احکام صرفاً اعتباری و قراردادی‌اند و هر دین و مذهبی می‌تواند بر پایه منظر و زاویه نگاه خود، احکامی متفاوت از دین و مذهب دیگر جعل کند.

۲-۵-۲. سیره عقلا

قاعده الزام، قاعده‌ای یک‌سویه و به سود شیعه است و روشن است که اگر بر فرض، سیره‌ای عقلایی در این رابطه موجود باشد، قید سود و مصلحت شیعه در آن هیچ دخلی ندارد. صورت سیره عقلایی مفروض و احتمالی این است که: «هر گاه به قانونی عقیده نداشتی، اما مخالف تو به آن قانون باور داشت و این قانون به سود تو بود، اعمال این قانون را از او بخواه و روشن است که این محتوای قاعده الزام نیست؛ زیرا اگر در حکمی که ما قبول نداریم و مخالفمان قبول دارد، سودی برای او و ضرری برای ما

متصور باشد، نیازی به الزام او از سوی ما نیست، بلکه قضیه برعکس شده و طبعاً ما را ملزم به حکم متبوع خود خواهد ساخت.

مشخصاً دربارهٔ استناد برخی به سیره عقلا در اثبات قاعده الزام باید گفت چنین کاری به وضوح جعل اصطلاح بوده و به کار بردن تعبیر قاعده الزام در مواردی است که شروط اصلی قاعده (یعنی وجود سود شخص غیر شیعه در اجرای حکم شیعی و زیان او از حکم مذهب خود و همچنین ملزم‌سازی او به تبعیت از حکم دشوار مذهب متبوعش) را ندارد. درست است که عقلا به مذاهب گوناگون احترام می‌گذارند، اما هیچ‌گاه عقلا دیگران را به پیروی از مذهبی که در تضاد یا مغایرت با دیدگاه خود آن عقلاست، ملزم یا مجبور نمی‌سازند. اگر عاقلی باور داشته باشد طلاق دادن زن در حالت مستی، یا طلاق ثلاث یا هر عمل مفروض دیگری، عملی درست یا اخلاقی نیست، هیچ‌گاه کسی را که مذهبش مخالف چنین دیدگاهی است، به تبعیت از این حکم خلاف مبنای عقلایی ملزم نمی‌سازد. به نظر می‌رسد استناد به سیره عقلا در اثبات قاعده الزام، ناشی از یکی انگاشتن قواعد امضاء و الزام بوده باشد؛ حال آنکه این‌ها، دو قاعدهٔ جداگانه بوده و حساب مزایای قاعده امضاء از معایب قاعده الزام جداست. ادعای ما در این بخش از مقاله این نیست که طلاق دادن در حالت مستی یا طلاق ثلاث یا هر عمل مفروض دیگری، درست یا نادرست است. این بحثی جداگانه است و ربطی به این نکته ندارد. ادعای ما این است که معنا ندارد عقلا یک کاری را نادرست و ناروا بدانند، خواه طلاق در حالت مستی باشد یا طلاق ثلاث یا هر عملی دیگر، و در عین حال، همین عقلا بما هم عقلا، دیگری را به آن کار «ملزم» کنند؛ نه اینکه بگویند اگرچه ما مخالف این عمل هستیم و آن را درست نمی‌دانیم، صرفاً او می‌تواند بر مبنای اشتباه خودش عمل کند.

۲-۵-۳. اجماع و تسالم

در مواردی که روایاتی درباره آن‌ها در دست است و استناد اجماع‌کنندگان به آن روایات محتمل، باید آن اجماع را مدرکی و فاقد ارزش اثباتی مستقل دانست است؛ ضمن آنکه در خصوص اجماع که دلیلی لبی است، باید به قدر متیقن بسنده کرد و

نمی‌توان با استناد به اطلاق یا عموم لفظی، شمول قاعده الزام را از این دلیل برداشت کرد؛ زیرا به فرض وجود اجماع، احتمال می‌رود که به همین چند مورد (طلاق و نکاح و...) محدود باشد و اگر بخواهیم به شمولی برای آن دست یابیم، باید به روایات روی بیاوریم (صدر، ۱۴۱۸: ۲۰۴/۱۰). لذا اجماع نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل، مورد عنایت و استناد باشد.

۲-۵-۴. آیات قرآنی

آیاتی که بر مجبور نساختن دیگر ادیان دلالت دارد، بر فرض که به معنای پذیرش نظام‌های حقوقی رفتاری آنان باشد، با قاعده الزام ارتباطی ندارد؛ زیرا در قاعده الزام، سخن از اهل سنت است که مسلمان‌اند و دین دیگری متفاوت از شیعیان ندارند و هیچ‌گاه در قرآن کریم مطرح نشده که مسلمانان در میان خود چند شریعت داشته باشند و یکدیگر را به پذیرش شرایع گوناگون ملزم سازند؛ زیرا اساساً در زمان نزول آیات وحی، هنوز اختلافات، مکاتب و مذاهب فقهی پیش نیامده بود و در دهه‌ها و سده‌های بعد، این چندگانگی‌های فقهی ایجاد شد.

درباره آیات ازدواج کفار نیز همین سخن گفته می‌شود که ارتباطی با اهل سنت که موضوع قاعده الزام‌اند، ندارد.

نکته دیگر آنکه وقتی خداوند به پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم می‌فرماید: «بین آنان حکم کن یا از حکم اعراض و خودداری کن»، روشن است که در حالت دوم یعنی اعراض از حکم کردن، نمی‌توان خداوند را به آنچه حکام یهود در آینده حکم خواهند کرد، راضی دانست. وقتی کسی از حکم کردن اعراض می‌کند، تنها در مورد اعراض کردن خود رضایت و تصمیم روشن و قطعی دارد، نه درباره احکامی که دیگران در آینده صادر خواهند کرد. ثانیاً بر خلاف این گفته که: «تنها مانعی که در استدلال به آیه شریفه ممکن است مطرح شود، احتمال نسخ در این آیه است» (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱: ۴۷)، به نظر می‌رسد بزرگ‌ترین مانع، ادامه آیه شریفه است که می‌فرماید: «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». در واقع اگر پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم عملی را طبق دین خود نادرست یا ظالمانه بداند، به هیچ وجه طبق این آیه مجاز نیست که پیروان دیگر ادیان را به آن حکم

نادرست یا ظالمانه ملزم سازد. ممکن است پیامبر صلی الله علیه و آله در بحثی اختلافی میان دو دین، سکوت کرده یا از حکم دادن اعراض کند، اما بر اساس مبانی گوناگون کلامی، ساحت ایشان از چنین اموری منزّه است و نمی‌تواند اخلاقاً به قاعده الزام تن دهد و دیگران را به حکمی خلاف قسط و عدل، ملزم و مجبور سازد.

۵-۵-۲. روایات

درباره روایات باید گفت گذشته از اشکال در اسناد دسته‌ای از آن‌ها که راوی مجهول یا توثیق نشده یا ارسال در سند داشتند، از نظر دلالت نیز چندگانه، پراکنده و ناسازگارند. برخی از روایات نسبت به دیگر ادیان نیز قابل طرح است. در برخی روایات، سخن از اهل سنت است و ضمیر متصل «هم» به اهل سنت باز می‌گردد؛ مثلاً تصریح شده که درباره مسلمانان مخالف اهل بیت است یا با واژگان مشابه به آنان اشاره شده است. در پاره‌ای از احادیث، سخن از الزام به میان آمده که می‌توان قاعده الزام را بر آن مبتنی کرد. اما در دسته‌ای دیگر سخنی از الزام نیست. بنابراین نمی‌توان همه این روایات را در یک دسته جای داد و از آن، به یک قاعده مستقل با نام الزام رسید و اگر به هر روایت به صورت جداگانه بنگریم، نیز نخواهیم توانست از یک روایت که در موردی خاص است و احتمال محدودیت به همان مورد یا حکم (مثلاً طلاق) در مورد آن وجود دارد، یک قاعده مستقل را نتیجه بگیریم.

۶-۲. حجیت قاعده

با توجه به ضعف ادله‌ای که برای اثبات قاعده الزام بر اساس دیدگاه مشهور - که آن را قاعده‌ای برای تنظیم روابط شیعیان با مسلمانان غیر شیعه در جهت سود و مصلحت شیعه می‌داند - بیان شد، می‌توان به عدم حجیت این قاعده گرایش پیدا کرد. البته قواعدی نظیر این قاعده و با اختلافاتی چند، مطرح است؛ مانند قاعده امضاء یا اقرار و قاعده مقاصد نوعیه که این قواعد انحصاری نسبت به شیعه ندارد، یعنی همان‌طور که شیعه نسبت به اهل سنت این قواعد را جاری می‌کند، آنان نیز نسبت به شیعه این قواعد را جاری می‌کنند و حتی درباره دیگر ادیان جز اسلام نیز این قواعد قابل جریان است؛ حال آنکه در قاعده الزام، سود و مصلحت شیعه و ملزم‌سازی دیگران

مطرح است، نه صرف تأیید و امضای احکام دیگران در حوزه خصوصی شان.

آیه‌الله حسینی سیستانی در باب قاعده الزام معتقد است:

«احکام برخی مسائل عقود و ایقاعات و حقوق، اختلافی است و آرای علمای شیعه با دیگر مذاهب اسلامی در این موارد، گاه بعضاً و گاه کلاً متفاوت است. لذا درباره نحوه رفتار شیعیان با غیر شیعیان در این مسائل پرسش می‌شود و فقیهان متأخر - رضوان الله علیهم - که این مسائل را بر اساس قاعده الزام، یعنی ملزم کردن اشخاص غیر شیعی به احکام مذهبشان، استخراج می‌کنند و پاسخ می‌دهند. لیکن از آنجا که از نظر ما این قاعده ثابت نشده است، باید این مسائل را بر طبق قواعد جانشین قاعده الزام مانند قاعده مقاصه نوعی [طبق سنت‌ها و احکامشان، همان گونه که از شما می‌گیرند، از آنان بگیرد] و یا قاعده اقرار [رفتار با غیر امامی به موجب احکام مذهبش و ملزم داشتن او به آن‌ها] تطبیق کرد و حکم آن‌ها را بیان نمود» (۱۴۱۷: ۱/۴۵۶).

نکته دیگر در ارتباط با حجیت قاعده الزام این است که اگر به فرض، این قاعده را حجیت بدانیم باید توجه داشت که می‌توان قاعده الزام را در حوزه امور متعلق به غیر شیعیان برای خودشان جاری دانست؛ زیرا وقتی هنوز به شیعه رجوع نکرده‌اند، دو رأی و دو حکم در میان نیست که انتخابی ممکن باشد، اما آنگاه که غیر شیعیان به شیعه (مثلاً دادگاهی با قاضی و قانون شیعی) رجوع کردند، هم مقتضای عدالت (میان شیعه و غیر شیعه) و هم مقتضای اینکه شیعه به درستی حکم و رأی خود باور دارد، این است که بر اساس دیدگاه عادلانه و درست حکم صادر شود؛ نه صرفاً بر اساس انتساب به مذهب آن فرد غیر شیعه. سیداحمد خوانساری این تمایز - میان دو «وضعیت معمول میان غیر شیعه» و «وضعیت پس از رجوع به شیعه و در پی حکم واقعی» - را به خوبی تبیین کرده است (خوانساری، ۱۳۶۴: ۵/۳۹۰).

۳. جایگاه حقوقی قاعده در تدوین قوانین داخلی (اتباع ایران)

تا جایی که بررسی شد، قانونی برخاسته از قاعده الزام یا شبیه به قاعده الزام در قوانین دیگر کشورها غیر از جمهوری اسلامی ایران، بازتاب نیافته است؛ زیرا این قاعده بر اساس تفکیک شیعه از غیر شیعه پایه نهاده شده و چه بسا در قوانین دیگر کشورها زمینه‌ای برای پیدایش نداشته است.

در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز چنانچه دقیق‌تر بنگریم، قاعده امضاء یا قاعده اقرار دیده می‌شود که از جهاتی شبیه قاعده الزام است، نه خود آن.

۱-۳. وضعیت فعلی قوانین داخلی

۱-۱-۳. قانون اساسی

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تنها در دو اصل دوازدهم و سیزدهم به عباراتی برمی‌خوریم که امکان حمل آن‌ها بر قاعده الزام هست (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶: ۸۰).

۲-۱-۳. تفاوت‌های قاعده الزام و اصل دوازدهم و سیزدهم

الف) بر اساس دیدگاه مشهور که در فصل نخست گذشت، قاعده الزام درباره مسلمانان غیر شیعه است. طبق این دیدگاه، نمی‌توان اصل سیزدهم را بر اساس قاعده الزام دانست.

ب) همچنین در قاعده الزام، سخن از الزام و ملزم ساختن و نوعی مجبورسازی است؛ اما در این دو اصل، از آزادی اهل سنت و غیر مسلمانان سخن گفته است، نه الزام آنان. ج) در قاعده الزام سخن از مواردی می‌رود که یک شیعی با کسی که مذهب او را ندارد، رابطه‌ای دارد؛ اما این دو اصل اساساً ناظر به تعامل شیعیان با غیر شیعیان نیست، بلکه به آنان و زندگی‌شان به خودی خود نظر دارد.

د) بنا بر دیدگاه مشهور، محور و اساس در قاعده الزام، مصلحت و سود فرد شیعی است؛ حال آنکه در این دو اصل، چنین محوری مطرح نیست.

ه) قاعده الزام، قابلیت طرح در همه یا بیشتر ابواب فقهی را دارد؛ اما در این دو اصل، سخن از مراسم دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، وصیت و ارث) است.

و) این دو اصل به «حدود قانون» محدود شده‌اند؛ یعنی چنانچه ثابت شود که اعمال مزبور مربوط به امور مذکور، خلاف مقررات قانونی و انتظامات عمومی باشد، نمی‌توان آن را مجاز دانست (هاشمی، ۱۳۸۹: ۱/۱۸۵؛ مهرپور، ۱۳۸۷: ۵۰). اما می‌دانیم که قاعده الزام در ذات خود چنین قیدی ندارد.

بنابراین با توجه به این تفاوت‌های شش‌گانه، می‌توان این دو اصل را بیشتر برخاسته از قاعدهٔ اقرار و امضاء - که فعل اتباع دیگر مذاهب و ادیان را تأیید می‌کند- دانست، نه قاعدهٔ الزام.

۳-۱-۳. قوانین مدنی

در قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیهٔ ایرانیان غیر شیعه در محاکم، مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱ عباراتی آمده است که چه‌بسا در نگاه نخست، شباهت‌هایی با قاعدهٔ الزام دارد. از این رو، بررسی آن مناسب می‌نماید.

«مادهٔ واحده- نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعی که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلّمهٔ متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱. در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است؛

۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهب متوفی؛

۳. در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلّمهٔ متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است» (الماسی، ۱۳۸۹: ۴۸).

۳-۱-۴. تفاوت‌های مادهٔ واحده و قاعدهٔ الزام

الف) در این قانون، سخنی از طرف شیعی نیست، در صورتی که می‌دانیم در قاعدهٔ الزام باید یک طرف شیعه باشد؛ اگرچه با عنایت به مذهب رسمی که شیعه است، چه‌بسا مفروض قانون‌گذار و مورد عنایت او بوده است.

ب) در این قانون، سود و مصلحت فرد شیعی نمی‌تواند ملاک و محور باشد.

ج) این قانون به احوال شخصیه محدود است و همچون قاعدهٔ الزام، دایره‌ای گسترده و پیش‌رونده ندارد.

د) این قانون در سه بندش به ترتیب شوهر، متوفی و پدرخوانده/مادرخوانده را ملاک می‌داند، در صورتی که در قاعدهٔ الزام و تنها بر اساس این قاعده، ما به گونه‌ای مشخص به یک نهاد ثابت (مثلاً پدر یا فرزند، متوفی یا وارث) که محور باشد،

دسترسی نداریم. به عبارت دیگر، قاعده الزام می گوید هر طرف که شیعه بود، اگر دیدگاه غیر شیعه به سود او بود، بر اساس آن رفتار شود؛ اما در این قانون، سه نهاد مشخص (شوهر، متوفی و پدرخوانده/مادرخوانده) را مرجع دانسته است.

برای نمونه، اگر مردی شیعی در حال مستی زن سنی اش را طلاق بدهد، با اینکه از نظر فقه شیعه چنین طلاقى درست نیست، اما مرد شیعی بعد از زوال مستی می تواند بر اساس قاعده الزام، همسرش را به فقه اهل سنت که چنین طلاقى را درست می داند (جزیری، غروی و مازح، ۱۴۱۹: ۳۵۹/۴)، ملزم سازد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۳)؛ در صورتی که از نظر قانون مدنی با توجه به مذهب شوهر که در این مثال، تشیع است، چنین طلاقى درست نیست و واقع نمی شود. در واقع، قانون مدنی صرف نظر از یک مذهب خاص، در همه موارد، حکم را به نهاد حقوقی خاصی (مثلاً شوهر بودن) ارجاع می دهد؛ اما قاعده الزام، ملاک را فرد شیعی و سود او می داند و روشن است که با این ابهام بسیار وسیع که گاه جانب شوهر را می گیرد، گاه جانب زن را و... نمی توان قانونی روشن و دقیق داشت.

نمونه دیگر تفاوت قانون مدنی و قاعده الزام در بحث تعصیب است که مثلاً فردی سنی فوت کرده و از او یک دختر و یک برادر مانده است. بر اساس قاعده الزام اگر دختر شیعه باشد، باید فقه شیعه حاکم باشد که همه ارث را فرضاً و ردّاً به دختر - که از طبقه نخست است - می دهد. اما اگر در همین مثال، برادر متوفی شیعه، و دخترش سنی باشد، بر اساس قاعده الزام، نیمی از ارث به برادر شیعه می رسد، چون فرد شیعه اهل سنت را به فقه آنان ملزم می سازد؛ در صورتی که در همین مثال بر پایه قانون مدنی، در هر دو فرض صرفاً مذهب متوفی شرط است.

ه) ماده واحده مورد بحث، مقید به قواعد مسلمة و متداوله در نزد غیر شیعیان است و هر قاعده ای نمی تواند مشمول این قانون باشد. در صورتی که این قید در قاعده الزام وجود ندارد (الماسی، ۱۳۸۹: ۲۳۵).

با توجه به مباحث مطرح شده، واضح است که این قوانین بیشتر ناظر به قاعده امضاء و اقرار نظر بوده، نه قاعده الزام؛ زیرا بر اساس قاعده الزام، نمی توان قوانینی کلی و روشن نگاشت که ناظر به نهادهای حقوقی مشخصی باشد، بلکه باید پیوسته به عنصر

سود و مصلحت فرد شیعی ارجاع داد و این را نیز با ابهامی که دارد، می‌توان در هر نهادهی فرض و تصور کرد.

۲-۳. وضعیت فرضی قوانین

منظور از وضعیت فرضی قوانین در برابر وضعیت فعلی قوانین، این است که صرف‌نظر از وضعیت فعلی قوانین کنونی، آیا می‌توان قوانینی خاص را فرض کرد یا به صدور قوانینی خاص در آینده اندیشید که مبتنی بر روح قاعده الزام باشند. معمولاً در مباحث فلسفه حقوق، به تفکیک میان این دو وضعیت توجه می‌شود و صرفاً به قوانین فعلی یک کشور توجه نمی‌شود و از این نکته غفلت نمی‌شود که برخی قوانین اگرچه هنوز فعلاً صادر یا مصوب نشده‌اند، اما مبتنی بر اصول و قواعد و رویه‌های موجود، امکان یا ظرفیت تحقق دارند.

۱-۲-۳. عوامل اصلی در شکل‌گیری قانون

با توجه به بررسی این دو مورد (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون مدنی)، تا حدی دانستیم که این قاعده تا کنون لباس قانون به تن نکرده است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا این قاعده از ظرفیت و توان قانونی شدن برخوردار بوده و تدوین‌گران قانون به این ظرفیت و امکان توجه نداشته‌اند و در نتیجه، در آینده می‌توان قانونی بر اساس قاعده الزام تدوین کرد؟ یا اینکه اساساً قاعده الزام با توجه به محتوا و قیود اصلی‌اش از توان قانونی شدن بهره‌مند نیست.

برای پاسخ به این پرسش، لازم است عناصر اصلی مفهوم قانون و بخش‌های کلیدی پروژه قانون‌نگاری بررسی شوند و قاعده الزام در ترازوی فرایند و اصول تدوین قانون سنجیده شود.

۱-۱-۲-۳. عدالت

همه انسان‌ها فطرتاً جویای عدالت‌اند؛ به ویژه آنگاه که سخن از قانون به میان می‌آید، معمولاً عدالت را روح و گوهر حیات‌بخش آن معرفی کرده و انتظار دارند که با امری عادلانه مواجه شوند.

نخستین نکته که چه بسا مانع تبدیل قاعده الزام به قانون است، آنکه قاعده الزام با وجود اینکه در فرض اساسی خود، این نکته را دارد که برخی دیدگاه‌ها درست نیستند، اما با توجه به سود و مصلحت فرد شیعه می‌توان آن دیدگاه‌ها را مطالبه و دیگران را به اجرای آن الزام کرد. پس کانون اصلی این قاعده، تفکیک انسان‌ها به شیعه و غیر شیعه است و بر اساس این تفکیک، هر گاه سود شیعه مقتضی باشد، نظری نادرست قابلیت اجرا می‌یابد؛ حال آنکه روح و گوهر قانون توجه به ماهیت رفتارها، بدون در نظر گرفتن این گونه دسته‌بندی‌ها و تفکیک‌های اساسی میان انسان‌هاست.

به بیان دیگر، اگر کسی در شرایطی رفتاری را انجام دهد و کسی دیگر در همان شرایط عیناً همان رفتار را انجام دهد، ما نمی‌توانیم رفتار اولی را خوب و رفتار دومی را بد بدانیم، مگر اینکه از عدالت چشم‌پوشیم. عدالت اقتضا می‌کند که دو رفتار یکسان در شرایط یکسان، محکوم به یک حکم باشند و تفاوت افراد، تأثیری در ماهیت حکم یا قانون نگذارد.

توجه به دیدگاه ارسطو در این زمینه می‌تواند اندکی از ماهیت عادلانه قانون را روشن سازد. وی می‌گوید:

«فرقی نمی‌کند آیا فردی خوب فرد بدی را فریب داده باشد یا به عکس. همچنین تفاوتی نمی‌کند که فردی خوب یا بد مرتکب زنا شده باشد. حقوق فقط به ماهیت خسارت توجه می‌کند و طرفین دعوی را مساوی می‌گیرد. حقوق تنها می‌پرسد آیا یکی از آنان مرتکب بی‌عدالتی و دیگری از این بی‌عدالتی زیان دیده؟ آیا یکی موجب خسارت و دیگری متحمل آن شده است؟ بنابراین بی‌عدالتی در اینجا به معنای نابرابری است که دادرس می‌کوشد آن را دفع کند، به آن درجه که اگر فردی به فرد دیگری صدمه‌ای وارد کند، یا فرد دیگری را بکشد، ضربه و کشتن در اینجا به گونه‌ای نابرابر تقسیم شده‌اند؛ لکن قاضی می‌کوشد آن‌ها را با اعمال مجازات یا جریمه برابر کند» (کلی، ۱۳۹۷: ۶۸).

در صورتی که اگر ما ماهیت عدل‌محور قانون را نپذیریم و -بر فرض مثال- بگوییم از آنجا که ما قانون‌گذاریم و مذهبی خاص داریم، می‌خواهیم قوانینی کاملاً و منحصراً به سود اتباع ایرانی هم‌کیش خودمان در حجمی وسیع و گسترده صادر کنیم و ایرانیان غیر هم‌کیش ما نمی‌توانند مشمول این قوانین باشند و هر گاه ضرر آنان در حکم

مذهب خودشان باشد، باید به آن حکم «ملزم» شوند، جدا از اینکه از ماهیت قانون چشم‌پوشی کرده‌ایم و در تفسیر و اجرای قانون با مشکلات فراوانی روبه‌رو خواهیم شد، باید بپذیریم که هر کشوری بر اساس یک مذهب یا مذهب اکثریت، به حقوق اقلیت‌های دیگر در آن کشور بی‌توجهی کند و محور قانون، نهادهایی روشن و خاص نباشد، بلکه قانون پیوسته بر اساس سود آن گروه و مذهب تفسیر و اجرا شود و تغییر کند. همچنین توجه نکرده‌ایم که با این کار، در اعتبار، تعمیم و درستی حکم مذهب خود نیز تردید افکنده‌ایم.

جایگاه عدالت در قرآن کریم و روایات شیعی آن‌قدر والا دانسته شده که نمی‌توان در ارج و قدر آن، تردیدی روا داشت. خداوند ساحت خود را از ستم دور می‌داند: ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ (فصلت / ۴۶). پیامبر و الامقام خود را «مأمور عدالت» می‌خواند: ﴿وَأْمُرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ﴾ (شوری / ۱۵). در روایات نیز گاه «حیات احکام» همان عدالت دانسته شده (حکیمی، ۱۳۶۷: ۱۷۵/۵) و گاه «تنها راه اصلاح جامعه» در اقامه عدل معرفی می‌شود: «الرعيّة لا يصلحها إلا العدل» (همان).

۳-۲-۲. برابری همه در برابر قانون^۱

در سیر تاریخی قوانین بشری، هر مذهب، ملیت یا قومی با قانون بر اساس جهان‌بینی، نیازها و واقعیات زندگی خود مواجه شده و مفهوم برابری انسان‌ها در برابر قانون نیز همواره در این رویارویی، دستخوش تغییرات فراوان بوده است.

اما با عنایت به اینکه قاعده الزام، انسان‌ها را به لحاظ ذات دسته‌بندی می‌کند، نمی‌تواند با اصل جهان‌شمولی و اصل غایت سازگار باشد. اصل جهان‌شمولی می‌گوید

۱. ممکن است کسی برابری همه در برابر قانون را یک اصل مشروع نداند و مثلاً ادعا کند که یک قانون عادلانه می‌تواند منافع یک گروه از شهروندان را بر گروهی دیگر ترجیح دهد و در مواردی که ضرر آن گروه اقلیت محرز است، حق استفاده از قوانین اکثریت را ندارند. چنین شخصی می‌تواند فرض کند که این قانون در عین حال عادلانه است. ما با چنین رأی مخالفیم و قبول نداریم که یک قانون بتواند در یک کشور به استناد منافع گروهی از شهروندان به صورتی سازمان‌یافته نقض شود و ضرر گروهی دیگر را در پی داشته باشد و در عین حال قانونی عادلانه تلقی شود. روشن است که چنین کسی، این دلیل ما را نمی‌پذیرد. اما در عین حال، ما در این مقالات دلایل دیگری نیز اقامه می‌کنیم و نقد ما بر قاعده الزام، منحصر در این دلیل نیست.

آن گونه قانون بگذار که برای همه قانون باشد، و نیازی به گفتن ندارد که اگر ما قاعده الزام را قانونی سازیم، هرگز نمی پذیریم که در برابر ما، در کشورهایی که قانون بر اساس فقه شیعه نیست، قاعده الزام جاری باشد و هر گاه قانونی به سود شیعه و زیان غیر شیعه بود، به کنار رانده شود و حکمی به زیان فرد شیعه اجرا شود.

برابری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به مبانی قرآنی که در اصل چهاردهم آن آمده و مؤمنان را پیوسته به عدالت و احسان فرامی خواند و حتی نسبت به مشرکانی که با مسلمانان سر جنگ ندارند، به قسط و نیکوکاری دعوت می کند، کوشیده است تا نمایی فراگیر از عدالت را عرضه کند.

اصل چهاردهم این قانون، نمایانگر اوج اهتمام قرآن کریم به رعایت عدالت است: «اصل چهاردهم: به حکم آیه شریفه ﴿لَا يَهْدِي اللَّهُ الْكَاذِبِينَ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنْ ديارِ كُرْآنَ تَبَرُّوهُمْ وَتَقْسَطُوا لِيَنصُرُوا اللَّهَ يَأْتِيَنَّ اللَّهُ الْمُقْسِطِينَ﴾ (ممتحنه / ۸)، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف اند نسبت به افراد غیر مسلمانان، با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. این اصل در حق کسانی اعتبار دارد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند» (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶: ۸۱).

در اصل نوزدهم و بیستم همین قانون، با صراحت بیشتری از برابری همه در مقابل قانون سخن گفته شده است (همان: ۸۲).

۳-۱-۲-۳. سودمندی قانون

قانون باید سودمند باشد، به گونه ای که مفادی را بیان کند که اگر در آن قانون بیان نمی شد، این نقص و کاستی به صورتی طبیعی از بین نمی رفت. به دیگر سخن، قانون باید ضرورت وضع داشته باشد. به تعبیر یکی از نویسندگان: «قانون باید به گونه ای باشد که وجود و عدمش یکسان نباشد و متضمن حکمی جدید و تأسیسی باشد» (حاجی ده آبدی، ۱۳۸۳: ۳۳).

حال در مورد قاعده الزام باید گفت: مفاد این قاعده، وضع طبیعی، متشست و

اختلاف‌آمیز اتباع یک کشور را تأیید می‌کند و می‌گوید هر مذهبی باید به قواعد و احکام مورد تأییدش ملزم شود. روشن است که پذیرش چنین تکثر شدید حقوقی و قانونی، در حکم نقض قانون واحد و جدیدی است که مفادی سودمند دارد.

در توضیح بیشتر باید گفت که اگرچه در قاعده الزام، سود شیعیان محور و ملاک اصلی است، اما این سود نباید با سودمندی قانون خلط شود. سودمندی قانون یعنی تمام مخاطبان قانون بتوانند علی‌القاعده به صورتی عادلانه از مزایای آن قانون سود ببرند. اما سود مطرح در قاعده الزام، یعنی هر گاه در اختلاف با دو نفر، یکی شیعه و دیگری غیر شیعه بود و اجرای قانون غیر شیعه برای فرد شیعه سود و برای غیر شیعه ضرر داشت، باید فرد شیعه یا دادگاه شیعی، فرد غیر شیعه را به حکمی که خود شیعه اشتباه می‌داند، ملزم کند. مشخص است که مراد از سودمندی قانون، سودمندی برای عموم مخاطبان قانون است و مراد از سود در قاعده الزام، فقط سود گروهی محدود از مخاطبان قانون است. با توجه به این نکته، بهتر درمی‌یابیم که چرا آیه‌الله سیستانی به نظر ما به درستی، قاعده الزام را نادرست و قاعده امضاء را درست می‌داند.

اما اگر کسی بگوید که گاهی دیده شده دیگران (مثلاً اهل سنت) در طول تاریخ، شیعه را به احکام شیعی سخت‌تر در برخی موارد ملزم کرده‌اند، ما نیز باید با آنان مقابله به مثل کنیم، در پاسخ می‌گوییم، این به منزله پذیرش همان وضعیت طبیعی آشفته و پرهرج و مرجی است که هیچ قانون واحد، روشن و عادلانه‌ای بر آن حاکم نیست و هر گروه می‌کوشد یک قانون را هرچند اشتباه می‌داند، صرفاً به خاطر منافع خودش بر کرسی بنشانند و دیگری را به آن قانون اشتباه ملزم سازد.

۴-۱-۲-۳. تناقض ناپذیری قوانین

از آنجا که قانون، مجموعه‌ای منسجم است که برای اجرا و اعمال نگاشته می‌شود، نمی‌تواند متناقض باشد؛ زیرا هم انسجام و هم تحقق عینی، با تناقض سازگار نیست. البته قوانین متناقض فراوانی تا کنون نگاشته و جعل شده، اما این قوانین را در مقام تحلیل نظری نباید قانون پنداشت؛ زیرا هم نامنسجم‌اند و خود علیه خود سخن می‌گویند و هم امکان تحقق خارجی آن‌ها وجود ندارد. بر این اساس می‌توان گفت:

قانون متناقض، قانون نیست.

فرض کنید در قانون اساسی یک کشور دارای مذهبی خاص، در یک اصل آمده باشد که مذهب به هیچ عنوان نباید ملاک برتری انسان‌ها بر یکدیگر باشد و در اصل دیگر آمده باشد که امتیازات و حقوق شهروندی، در انحصار فلان مذهب است. تناقض میان این دو اصل باید رفع شود. دو حالت بیشتر نیست؛ یا ظاهر اصل اول به نفع اصل مذهب خاص کنار گذاشته می‌شود یا به عکس. پس این دو اصل، همزمان نمی‌توانند قانون، معتبر و الگوی رفتار درست باشند. تنها یکی از این دو می‌تواند قانون دانسته شود.

در باب قاعده الزام نیز چنین است؛ یعنی اگر هم بتوان احکام و قوانین دیگر مذاهب غیر شیعه را - که حسب فرض، مذهب رسمی، نادرست و عاری از اعتبار است - در حوزه خصوصی و زندگی شخصی خود آنان، تأیید و تحمل کرد، اما نمی‌توان مفاد آن را به قانون تبدیل کرد؛ زیرا مستلزم تناقض خواهد بود. بنابراین در حالی که قانون‌گذار باور دارد که کاری نادرست است، نمی‌تواند دیگران را در قالب قانون، به آن ملزم سازد.

۳-۱-۵. بی طرفی قانون

از آنجا که قانون، ناظر به مجموعه‌ای وسیع از افراد و اشخاص نوشته می‌شود، در ماهیت خود باید گونه‌ای بی طرفی داشته باشد. قاعده الزام - که در متن خود همواره سود فرد شیعی را محور می‌داند - در صورت تبدیل به قانون، چنین شکل جانبدارانه‌ای را ارائه خواهد کرد.

۳-۱-۶. شفافیت و ناپیچیدگی قانون

از آنجا که قانون، برای اجرا نوشته می‌شود و هدف اصلی قانون‌گذار آن است که قانون، در عمل و به تمامی پیاده شود، نمی‌تواند آن قدر پیچیده و مبهم باشد که با این هدف، در تعارض باشد. حال آنکه آشنایان با فقه مذاهب گوناگون اسلامی، احکام دیگر شرایع، فروع متکثر و تفصیلات و اختلاف تفاسیر آن، می‌دانند چه دشوار است که قانونی به این نظام‌های حقوقی چندگانه ارجاع دهد و تقریباً در حکم محال خواهد

بود که کشور واحد با ملت واحد بتواند - مثلاً - بر اساس هفت یا هشت نظام فقهی مختلف اداره شود و در عمل، با دشواری‌های فزاینده‌ای مواجه نشود.

صرف نظر از اختلافات بنیادین که موجب پیچیدگی فهم مردم از قانون خواهد شد، همیشه این امکان وجود دارد که عالمان یک مذهب یا دین به آرای جدیدی برسند و این نیز مشکل قانونی را که بر اساس قاعده الزام تنظیم می‌شود، دوچندان خواهد ساخت.

۴. جایگاه حقوقی قاعده الزام، در حقوق بین‌الملل خصوصی

در حقوق بین‌الملل خصوصی، بحث قانون حاکم بر اعمال اتباع یک کشور در کشور دیگر مطرح است و سخن اصلی آن است که قانون کدام کشور در خصوص این افراد باید حاکم باشد؛ کشور اصلی و متبوع آن فرد، یا کشور دوم که محل اقامت اوست؟ (الماسی، ۱۳۸۹: ۵۷).

در این موارد، بحث تعارض قوانین مطرح است. منظور از تعارض نیز تعارض ادله چند قانون خُرد، از یک بسته قانونی خاص (مثلاً قوانین یک کشور مثل ایران) نیست؛ بلکه مراد، تعارض یک یا چند قانون از یک بسته قانونی (مثلاً قانون الف از قوانین ایران) با یک یا چند قانون دیگر از یک بسته قانونی دیگر (مثلاً قانون الف از قوانین فرانسه) است.

در واقع، هنگامی که مسائل حقوقی خصوصی یک کشور با دخالت یک یا چند عامل خارجی، به یک یا چند کشور دیگر و قوانین آن‌ها ارتباط بیابد، حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود؛ برای نمونه، اگر یک زن و شوهر فرانسوی بخواهند در ایران مبادرت به طلاق کنند و به دادگاه ایران مراجعه کنند، قانون ایران که محل اقامت آنان است، حاکم می‌شود یا قانون کشور متبوعشان؟

گاه اطراف تعارض از دو طرف فراتر می‌رود؛ مثلاً فردی آلمانی با یک ایرانی در فرانسه ازدواج یا خرید و فروش می‌کند. حال، این پرسش مطرح می‌شود که قانون آلمان حاکم است یا قانون ایران و یا قانون فرانسه که محل اقامت آن دو است؟ یا حتی ممکن است کشور محل اقامت آن دو نیز متفاوت باشد. این توضیحی مقدماتی بود درباره اینکه حقوق بین‌الملل خصوصی چیست. حال به بحث رابطه آن با قاعده الزام می‌پردازیم.

۴-۱. مقایسه قاعده الزام با مکاتب مختلف حل تعارض

۱- مکاتب گوناگون و متکثر حل تعارض در دو شاخه قدیم و جدید (ایتالیایی، آلمانی، هلندی، فرانسوی و...)، همگی در یکسان دانستن اتباع و شهروندان یک کشور اشتراک دارند و هیچ یک از دکتربین‌ها، مردم کشور خود را به چند دسته با چند نظام حقوقی مختلف تقسیم نمی‌کنند؛ بلکه در آن مکاتب سخن بر سر این بود که آیا اتباع یک کشور در خاک دیگر کشورها نیز مشمول قانون ملی خود هستند (شخصی و ملی بودن قانون)، یا در صورت سرزمینی بودن، افراد خارجی داخل یک کشور نیز مشمول قوانین کشور اقامتگاه خود می‌گردند؟ پس به هیچ روی در هیچ یک از مکاتب، شهروندان اصلی کشورها به چند پاره تقسیم نمی‌شدند.

اما در قاعده الزام، هیچ توجهی به قید ملیت و کشور متبوع نبوده و بر اساس مذاهب و ادیان گوناگون، هر کشوری باید از چند نظام حقوقی جداگانه برخوردار باشد و به فرض آنکه نظام‌های قانونی، چندگانه نشود، باید محاکم قضایی جداگانه‌ای داشت، یا دست کم قاضیان به چند روش و بر اساس مذهب مخاطب خود، حکم صادر کنند. بنابراین قاعده الزام با نخستین اصل حقوق بین‌الملل خصوصی - که پذیرش وحدت و یکپارچگی اتباع کشورهاست - ناسازگار می‌نماید.

برای مثال، اگر مردی ایرانی با زنی آلمانی در آلمان ازدواج کند، بر اساس مکاتب مختلف حل تعارض، این ازدواج یا مشمول قانون ایران است یا قانون آلمان. اما بر اساس قاعده الزام باید مذهب طرفین روشن شود و با توجه به اینکه ممکن است ایرانی سنی یا مسیحی یا یهودی باشد و زن آلمانی نیز همین گونه، باید احکامی جداگانه و متفاوت صادر کرد. پذیرش قاعده الزام به این معناست که مرزهای ملی اولاً و بالذات ملاک تفکیک قوانین مربوط به اتباع هر کشور نیستند، بلکه اولاً و بالذات باید اختلافات مذهبی مدنظر باشد و چنین فرضی، هم نظام حقوق بین‌الملل را با چالش بنیادین و هرج و مرج فراگیر مواجه می‌کند و هم قابلیت تحقق و عملی شدن ندارد و نیز به خصومت اتباع یک کشور واحد نسبت به یکدیگر (مثلاً اتباع سنی و شیعه ایران ساکن آلمان نسبت به هم) دامن می‌زند. در اینجا این مشکلات را بیشتر توضیح می‌دهیم.

۲- یکی از تفاوت‌های قاعده الزام با مکاتب گوناگون حقوق بین‌الملل خصوصی آن

است که این مکاتب، تنها در برخی مسائل مانند احوال شخصیه و برخی قراردادهای و امور مالی محدود بحث می‌کنند و همگی پذیرفته‌اند که قوانین جزایی، مالیاتی و دیگر امور کلان حقوقی، از دایره تعارض قوانین بیرون‌اند و روشن است که در حوزه این امور، قوانین هر کشور بر همه (تابع و مقیم) حاکم است. اما قاعده الزام - از نگاه قائلانش - از شمول بیشتری برخوردار است و در بسیاری از ادله و تطبیقاتی که برای این قاعده آورده می‌شود، نظام چندگانه حقوقی در سطحی گسترده و نه تنها در احوال شخصیه توصیه می‌شود.

۳- نکته دیگر آنکه همه مکاتب در استثنا بودن نظم عمومی کشور در حل تعارض قوانین هم‌رأی‌اند؛ یعنی نمی‌پذیرند امری که بر اساس قانون کشور دیگری صحیح است و در داخل کشور، مخالف نظم و اخلاق عمومی است، قانونی شود؛^۱ مثلاً تعدد زوجات در فرانسه و اثبات نسب نامشروع در ایران، مخالف نظم و اخلاق عمومی است و نمی‌تواند با توجیه قوانین خارجی قانونی شود. اما بر اساس قاعده الزام، مسائلی که با نظم عمومی مخالف است، همچون ازدواج با محارم در دیگر آیین‌ها برای خودشان مانعی ندارد.

۴- فرق دیگر آنکه همه مکاتب حل تعارض در پی آن‌اند که چگونه قدرت و صلاحیت حاکمیت ملی را گسترده و موجه سازند؛ چه با الحاق اتباع کشور در خارج به قانون داخلی و ملی، و چه با الحاق اتباع خارجی در داخل به دایره تحت نظر قانون ملی. اما قاعده الزام در پی این است و یا به این نتیجه منجر می‌شود که قدرت و صلاحیت حاکمیت را محدود به یک مذهب سازد و دسته‌های فراوانی از اتباع یا خارجیان مقیم را با عناوین دین و مذهب، از دایره قدرت و اعمال نفوذ حاکمیت بیرون سازد.

۵- تفاوت دیگر اینکه در مکاتب حقوق بین‌الملل خصوصی، پیوسته سود اتباع کشور ملاک است و با توجه به شرایط گوناگون، از آنجا که در هر دوره‌ای سود و

۱. «هر گاه قانون خارجی صلاحیت‌دار برای نظام حقوقی کشور متبوع قاضی غیر قابل تحمل باشد، در این صورت قاضی به استناد نظم عمومی، از اجرای آن قانون خودداری خواهد کرد؛ چه هر دولت تا حدی اجرای قوانین خارجی را در کشور خود قبول می‌کند که با اساس تشکیلات و یا با امنیت داخلی و احساسات وجدانی جامعه آن دولت منافات نداشته باشد» (الماسی، ۱۳۸۹: ۱۷۸).

منفعت عمومی در نگرشی خاص بروز و جلوه بیشتری دارد، مکتب حاکم تغییر می‌یابد. اما در قاعده الزام، الزاماً سود یک مذهب و زیان دیگر مذاهب به عنوان ملاک مطرح است که این به نوعی می‌تواند به قاعده الزام، شکلی تبعیض آمیز بدهد.

در بخش اول مقاله، عبارتی از شیخ حسین حلی آورده شد که نشان می‌داد سود فرد شیعه و زیان فرد غیر شیعه، ملاک این قاعده است. همچنین آثار دیگر فقها نظیر موسوی بجنوردی نیز مشحون از عباراتی است که سود فرد شیعه را پررنگ کرده‌اند که در یک اختلاف، وقتی به فرد سنی اجازه نمی‌دهیم به حکم شیعی که سود دارد یا آسان‌تر است، عمل کند و او را به حکم مذهب خودش «ملزم» می‌سازیم، این یعنی در واقع، او را به حکمی که سخت‌تر است یا مستلزم زیان است، ملزم ساخته‌ایم. بی‌دلیل نیست که آیه‌الله سیستانی قاعده الزام را رد کرده و در مقابل، قاعده امضاء را که منصفانه است و در آن، بحث سود شیعه و زیان غیر شیعه نیست، پذیرفته است. اگر کسی بگوید که گاهی اتباع مذاهب دیگر با جان و دل مطیع دستورات مذهب خود هستند که طبق نظر شیعه آن دستورات اشتباه است، ما سخن او را می‌پذیریم. آری گاهی چنین است. اما چنین مواردی ربطی به قاعده الزام ندارد. قاعده الزام درباره این نیست که دیگران به دستورات مذهب خود عمل می‌کنند. چنین مطلبی محتوای یک قاعده نیست، بلکه محتوای یک گزاره خبری ناظر به واقع است. قاعده الزام به یک گزاره انشایی و دستوری مربوط است و درباره این است که در برخی موارد، باید اتباع دیگر مذاهب را به حکم مذهب غیر شیعی آنان ملزم کرد. بدیهی است در مواردی که حکم مذهب غیر شیعی برای شیعی مستلزم ضرر است، فقیه شیعه حکم نمی‌کند که آن حکم غیر شیعی که فقیه شیعه آن را اشتباه و نادرست و غیر حق می‌داند، عملی و محقق شود. پس بحث در قاعده الزام در مواردی است که جمعی از فقها گمان کرده‌اند که در چنین مواردی می‌توان حکم غیر شیعی را محقق و عملی کرد. چرا؟ چون گمان کرده‌اند که سود فرد شیعی مهم است و می‌تواند مبنایی برای یک قاعده درست فقهی باشد. اما ما همراه با آیه‌الله سیستانی معتقدیم که قاعده الزام از محتوای کافی و مناسب برای یک قاعده فقهی درست برخوردار نیست.

۶- فرق آخر نیز آن است که مکاتب حل تعارض، از امری ممکن و آسان‌یاب - یعنی

ملیت اشخاص- سخن می گویند و با کمترین تشریفات و مقدمات و تنها با بررسی اسناد هویتی، می توان آن را تعیین کرد. اما قاعده الزام از امری ناممکن یا دست کم دیریاب - یعنی مذهب افراد- سخن می گوید. فرض کنید بخواهیم اتباع ایرانی در خارج را رده بندی کنیم. اولاً باید حدود ده رده و دسته مذهبی و دینی برای آنان در نظر گرفت و تنها در موردی خاص (شیعه اثناعشری) از آنان حمایت کرد و در غیر آن صورت، دیگر به سود آنان نیندیشید و حتی آنان را به مذهب زیان رسان خودشان - نه قانون فراگیر ایران- ملزم ساخت. یا به عکس، اگر بخواهیم وضعیت اتباع خارجی در ایران را مشخص کنیم، باید به جای کار آسان و کم خطای بررسی ملیت از راه شناسنامه، ده ها و صدها مذهب و دین را رده بندی کرده و از شخص پرس وجو کرد و چه بسا او نیز مأمور دولتی را فریب دهد. چون مذهب، امری قلبی و نهانی است که به آسانی قابل تشخیص و احراز نیست.

۵. جایگاه حقوقی قاعده در حقوق بین الملل عمومی

قاعده الزام از دو عنصر اصلی برخوردار است: نخست، حکمی که طرف شیعی آن را قبول ندارد و دوم، الزامی که از سوی طرف شیعی، نسبت به طرف غیر شیعی صورت می گیرد و او را به حکمی که طرف غیر شیعی معتبر می داند و شیعی به آن باور ندارد، ملزم می سازد.

حال پرسش اصلی این است که چنانچه فرد، دولت یا سازمانی غیر شیعی، قانونی را معتبر نداند، در حقوق بین الملل عمومی که سخن از دولت ها و سازمان های بین المللی است، می تواند دولت یا سازمانی دیگر را به آن قانون ملزم سازد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش میان رشته ای (بین دانش فقه و دانش حقوق بین الملل عمومی) باید از معاهدات و عرف بین المللی - که مهم ترین منابع حقوق بین الملل عمومی را تشکیل می دهند- سخن گفت (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷: ۹-۱۰).

۱-۵. تعریف معاهده بین المللی

تعریف عرفی معاهده: معاهده عبارت است از هر گونه توافق منعقد شده میان تابعان

حقوق بین‌الملل به منظور حصول آثار حقوقی معین، طبق مقررات حقوق بین‌الملل. تعریف عهدنامه ۱۹۶۹ وین از معاهده: معاهده عبارت است از توافق بین‌المللی که بین کشورها به صورت کتبی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد؛ صرف نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد (دولت‌شاه، ۱۳۹۰).

باید دید که آیا موردی در معاهدات یافت می‌شود که کشوری بی‌آنکه به معاهده‌ای پیوسته و آن را امضا کرده باشد، از نظر حقوقی بتواند اجرای آن را مطالبه کند؟ پاسخ به روشنی منفی است؛ زیرا معاهده از دو یا چند طرف تشکیل شده و کشوری که به آن معاهده نپیوسته، هیچ جایگاه حقوقی در ارتباط با آن معاهده نخواهد داشت. پس قاعده الزام که پیش فرض نخست آن، نادرست و نامعتبر خواندن یک قانون، و در مرحله دوم، الزام طرف معتقد به پایبندی به آن است، در حوزه معاهدات بی‌معنا خواهد بود.

۲-۵. عرف بین‌المللی

تکرار اعمال یا رفتار مشابه توسط تابعان حقوق بین‌الملل که به تدریج در روابط متقابل آن‌ها با یکدیگر جنبه الزامی و قدرت حقوقی پیدا کرده و در نتیجه، اعتبار و ارزشی برابر با قاعده حقوقی مدون دارد (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۷: ۱۶۷).

۳-۵. چگونگی تشکیل عرف بین‌المللی

وقتی کشوری، رویه، طرز عمل یا رفتاری را در مناسبات خود با کشوری دیگر پی می‌گیرد، این رفتار مبین اعتقاد حقوقی آن کشور است. عنصر مادی عرف، تکرار یک عمل حقوقی مستند، قاطع، ثابت و بدون اعتراض است. عنصر روانی عرف، اعتقاد به الزامی بودن یا بر حق بودن است (همان: ۱۶۷-۱۶۹).

۴-۵. ارتباط عرف بین‌المللی با قاعده الزام

همان گونه که در بحث معاهدات گذشت، قاعده الزام از یک تعدد نظام‌های حقوقی سخن می‌گوید که طرف شیعی قانونی را معتبر نمی‌داند و غیر شیعی را به آن

قانون ملزم می‌سازد. در ارتباط با بحث عرف بین‌المللی نیز همان سخن تکرار می‌شود؛ یعنی در صورتی که کشور یا سازمانی شیعی در تشکیل و تأیید عرفی بین‌المللی نقش نداشته باشد و آن را نادرست و نامعتبر بداند، در این حالت معنای حقوقی روشنی ندارد که از کشور یا سازمانی دیگر، اجرای آن عرف نقض شده از سوی خود را مطالبه کند.

نتیجه‌گیری

قاعده الزام به عنوان قاعده‌ای فقهی و با صورت‌بندی جدید در میان برخی فقیهان معاصر، مدافعانی داشته است. مفاد اصلی قاعده این است که در اختلاف حقوقی میان یک فرد شیعه با غیر شیعه، اگر حکم فقهی شیعی به سود و مصلحت غیر شیعه، و حکم دین یا مذهب متبوع فرد غیر شیعه به زیان او باشد، قاضی یا قانون‌دادگاه شیعی باید فرد غیر شیعی را به پیروی از مذهب یا دین خود آن شخص، «ملزم» سازد. قاعده الزام قاعده‌ای است برای ملزم ساختن غیر شیعیان به احکام مذاهب و ادیان خودشان در مواردی خاص. فقیهان مدافع این صورت‌بندی از قاعده کوشیده‌اند دلایل گوناگونی از عقل، سیره عقلا، قرآن، روایات، اجماع و... به سود آن ارائه کنند. در این نوشتار، پس از نقل و نقد یک‌یک این دلایل، توضیح داده شد که چرا چنین حکمی نمی‌تواند مستظهر به قرآن کریم، روایات، عقل و... باشد. ضمن آنکه این حکم از نگاه یک ذهن بی‌طرف و فرامذهبی نیز نمی‌تواند مبنای طراحی یک نظام قانونی منصفانه، عادلانه و عقلانی باشد؛ چه، اصول اساسی فلسفه حقوق، حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی نظیر برابری همه افراد در برابر قانون یا بی‌طرفی قانون‌گذار را به روشنی نقض می‌کند.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقيه*، مشهد، عالیشان، ۱۳۲۹ ق.
۲. الماسی، نجادعلی، *حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۳. ایروانی، باقر، *القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ ق.
۴. بحر العلوم، سید عزالدین علی، *بحوث فقهیه من محاضرات آیه الله العظمی الشیخ حسین الحلّی*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۴ ق.
۵. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی، و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (علیهم السلام)*، بیروت دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۶. جعفری، محمدتقی، *رسائل فقهی*، تهران، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، قم، تهذیب، ۱۳۸۰ ش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، *بابسته های تقنین (با نگاه انتقادی به قانون مجازات اسلامی)*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق (علیه السلام) فی شرح تبصرة المتعلمین*، قم، مهر استوار، ۱۳۸۹ ش.
۹. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه الله السیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، القواعد الفقهیه*، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. حکیمی، محمدرضا، *الحیة*، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷ ش.
۱۲. خطیب شربینی، شمس الدین محمد بن احمد، *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. الخن، مصطفی سعید، مصطفی البغا، و علی الشریجی، *الفقه المنهجی علی مذهب الامام الشافعی*، چاپ چهارم، بیروت، دار القلم، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران، صدوق، ۱۳۶۴ ش.
۱۵. دولت شاه، حجت (تدوین)، *منشور سازمان ملل متحد همراه با اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری و عهدنامه ۱۹۶۹ وین*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۱۶. صدر، سیدمحمد، *ماوراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق بین الملل عمومی*، چاپ سی و سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۱ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۰. غروی تبریزی، میرزاعلی، *التقیح فی شرح العروة الوثقی*، تقریرات بحث سیدابوالقاسم موسوی خویی، چاپ سوم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه نور، نرم افزار جامع فقه اهل البيت (علیهم السلام)، ۱۳۸۳ ش.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمدرضا، *قاعده الزام*، به اهتمام مهدی رهنما و رضا اسکندری، قم، دفتر آیه الله فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱ ش.
۲۳. کلی، جان، *تاریخ مختصر تنوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، ۱۳۹۷ ش.
۲۴. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۵. معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، *مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ ششم، تهران، معاونت پژوهش و تنقیح قوانین، ۱۳۸۶ ش.

۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، *التواعد الفقهيہ*، قم، مدرسة الامام اميرالمومنين عليه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۲۷. موسوی بجنوردی، سيدحسن بن آقابزرگ، *التواعد الفقهيہ*، قم، اسماعيليان، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. موسوی خويی، سيدابوالقاسم، *توضیح المسائل*، قم، مهر، ۱۴۱۲ ق.
۲۹. موسوی سبزواری، سيدعبدالاعلی، *مهذب الاحكام فی بيان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. مهرپور، حسين، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷ ش.
۳۱. هاشمی، سيدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.