

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَنْ عَمِلْ سَئِئْرًا فَلْيَرْجُ
عَذَابَ اللَّهِ الْكَبِيرِ
وَمَنْ عَمِلْ صَالِحًا
مِنْ بَيْنِ يَدَيْنَا لَيُضَاعِفْ
لَهُ أَجْرَهُ حَتَّى يَصْغُرَ
لَهُ عَلَيْهَا جَبَلًا مِثْلَ
بُرْجَانِ كَذِبٍ

٢٤٠٩٧

۲۰ / ۱۲ / ۱۳۷۹

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وزارت فرهنگ و آموزش عالی

مجتمع آموزش عالی قم

موضوع پایان نامه :

مطالعه تطبیقی مفهوم بیگانه در حقوق موضوعه و فقه اسلام

پایان نامه کارشناسی ارشد

حقوق خصوصی

۱۰۴۲۳

استاد راهنما: دکتر نجاد علی الماسی

استاد مشاور: دکتر روشنعلی شکاری

دانشجو: محمد رضا عزیزاللهی

تابستان ۱۳۷۶

۳۴۰۹۷

مقدمه:

اگر در دوران کنونی هر دولت بر خود فرض می‌داند قاعده‌هایی راجع به روابط با بیگانگان را در سرزمین خود تنظیم کند، این پیشرفت حاصل دگرگونی‌هایی است که در قرنهای اخیر در فهم بشر درباره جامعه و حکومت و بر اثر آن در ساخت دولتها و روابط آنها با یکدیگر و به طور کلی در حقوق، در جامعه بین‌المللی رخ داده است.

نخستین ضرورت در این باره ضرورت داد و ستدهای اقتصادی است که از گذشته‌های دور میان جوامع مختلف وجود داشته و در دوران کنونی وسعت و عمق بی‌مانند یافته و زمینه‌هایی بس متنوع را در بر گرفته به گونه‌ای که از حیث ارزش و حجم نمی‌توان آنرا به هیچ وجه با داد و ستدهای دورانهای گذشته مقایسه کرد.

علت دوم بسط و اعتلاء داد و ستدهای فرهنگی بر اثر رفت و آمدهای فردی یا گروهی از یک جامعه به جامعه دیگر خاصه مهاجرتهای جمعی از سرزمین اصلی به سرزمینهای دیگر یا حفظ هویت ملی خود می‌باشد، به صورتی که بر اثر این گونه داد و ستدهای گسترده میان ملت‌های گوناگون از هم اینک مقدمات پدید آمدن یک فرهنگ مشترک بین‌المللی در کنار فرهنگهای ملی فراهم آمده است.

با آنکه دولتها در تعیین اینکه بیگانگان در قلمرو آنها از چه نوع حقوق و تا چه حد می‌توانند بهره‌مند باشند آزادند، برخی عوامل بر حسب ضرورت، این آزادی را محدود می‌سازند و آنها را وادار می‌کند در این باره حدودی را مراعات نمایند. نخستین عامل در این راه زندگی خود فرد است که ادامه آن در هر جامعه بدون تامین شرائط حقوقی کافی برای او میسر نمی‌باشد. افزون بر آن، الزامات و تعهدهای بین‌المللی دولت می‌باشد که او را ناگزیر می‌سازد مقتضیات نظم بین‌المللی را از حیث صیانت حقوق فرد در روابط بین‌المللی محترم شمارد، میزان حقوق بیگانگان میان حداقل، یعنی حدی که کمتر از آن در جامعه بین‌المللی مطلوب نیست، و حداکثر یعنی حقوقی که اتباع خود دولت برخوردارند، از یک کشور به کشور دیگر در حال نوسان است. میزان حداقل آن به صورتیکه مورد پذیرش همه دولتها باشد تا حال تعیین نشده است. با این حال در نظریه‌های علمی حقوقی یا در برخی اعلامیه‌های جهانی مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌توان ملاک‌هایی برای آن یافت. به گفته دکتر نصیری در کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی حداقل حقوق بیگانگان را این گونه خلاصه کرده است:

(۱) در حقوق خصوصی آن اندازه که برای ادامه زندگی هر بیگانه در یک کشور لازم و ضرور است.

(۲) حقوق مکتسبه وی که در سرزمینهای دیگر برای او حاصل شده‌اند.

(۳) حقوقی که لازمه احترام به شخصیت فردی او می‌باشند، مانند احترام شخصی، احترام مسکن،

آزادی رفت و آمد.

(۴) حق مراجعه به دادگاه

(۵) برخوردار بودن از حمایت دولت محلی.

در فقه اسلامی موضوع اقلیتها بهیچوجه بعنوان بیگانه و یا اقلیتی که در مقابل اراده و مصالح اکثریت اختیاری در تعیین حقوقی و سرنوشت خود ندارد مطرح نیست و همچنین هیچگونه زمینه‌ای برای مشکل اختلاف نژادی و اقلیتی که از نظر نژاد و زبان و یا عناصر دیگری با اکثریت اختلاف داشته باشند وجود ندارد.

برای توضیح این مطلب باید بمبنای حقوقی و نظریه‌های خاص ایدئولوژی اسلامی در مفهوم تابعیت توجه داشت. در قانون و ایدئولوژی جهانی اسلام مسئله تابعیت و ملیت بر اساس خون یا زبان و یا خاک و سایر عناصر مادی دیگر استوار نیست بلکه موضوع تابعیت یک امر اختیاری و مربوط بعقیده و طرز فکر افراد تشکیل دهنده جامعه اسلامی می‌باشد.

هر فردیکه بعقیده اسلامی معتقد باشد جزئی از جامعه اسلامی محسوب شده و نژاد و زبان و اقامتگاه و سابقه تاریخی وی و خاندانش بهیچوجه در این زمینه موثر و مورد نظر نیست.

بدینترتیب در مجتمع برادری اسلامی هر فردی پس از یک پیمان اختیاری رسماً عضویت جامعه متشکل اسلامی در می‌آید و تابعیت آنرا بعهده می‌گیرد و همه و همه در برابر قانونیکه بدان ایمان آورده‌اند مسئولیت و حقوق برابری می‌یابند امتیازات و اختلاف مادی و اعتباری از میان می‌رود و همه و همه برادر و عضو مسئول جامعه اسلامی می‌شوند.

برای روشن شدن مفهوم بیگانه در فقه اسلام و حقوق موضوعه مجموعه حاضر را تهیه کرده‌ایم. این مجموعه از سه فصل تشکیل شده است. فصل اول مفهوم بیگانه در حقوق موضوعه است که در ضمن آن از نظر حقوق موضوعه مفهوم بیگانه و انواع بیگانگان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در فصل دوم به بررسی مفهوم بیگانه در فقه اسلام و یک سری بحثهای تطبیقی بین فقه اسلام و حقوق در رابطه با بیگانگان می‌پردازیم.

در فصل سوم به صورت خلاصه به بررسی حقوق خصوصی و عمومی بیگانگان در حقوق موضوعه و فقه اسلام می‌پردازیم.

والسلام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

پیشگفتار

بیگانگان در ادوار مختلف تاریخ حقوق ایران

در طول تاریخ پرفراز و نشیب حقوق ایران، در برخورد با بیگانگان چند دروه متمایز مشاهده می‌شود. برخی از این دورانها، نسبت به دورانهای دیگر، از این حیث متمایزند که در طول آنها، افزون بر حقوق سرزمین ایران، حقوق بیگانه نیز بر اثر تسلط بیگانگان در این سرزمین جاری بوده است. در این دورانها نمی‌توانسته میان حقوق بومی ایران و حقوق بیگانه پیوندهائی پدید نیامده باشد. ظهور اسلام در بین این دورانها از ویژگی خاصی برخوردار است. با این رخداد بیمانند، حقوق پیش از اسلام ایران که تحت تاثیر مذهب زرتشت بود مختص روابط حقوقی زرتشتیانی گردید که مذهب خود را در برابر اسلام حفظ کرده بودند.

دورانهای گذشته حقوقی را تحت پنج عنوان خلاصه و مطالعه می‌کنیم. الف - حقوق بیگانه در ایران در ادوار پیش از اسلام. ب - وضعیت بیگانگان در ایران در ادوار حکومتهای اسلامی ج - وضع حقوقی بیگانگان در دوران تسلط مغول و پس از آن د - دوره کاپیتولاسیون ه - وضعیت بیگانگان بعد از الغاء کاپیتولاسیون

الف - حقوق بیگانگان در ایران در ادوار پیش از اسلام: نخستین دوره، دوره هخامنشیان است که طی آن ایرانیان نه تنها به تشکیل دولتی فراگیر در سرزمین ایران توفیق می‌یابند بلکه از مرزهای سرزمین خود فراتر می‌روند و به کشور گشائی در سرزمینهای مجاور و دورتر دست می‌زنند. این آگاهیها بخشی مستند به گوشه‌ای از نوشته‌های کتاب عهد عتیق از کتاب مقدس است که در آن از فرمانهای یاد شده است که در آنها، پادشاهان ایران، پس از گشودن بابل و گسترش فرمانروائی خود بر آن سرزمین، دستورهای درباره آزادی یهودیان و یاری رساندن به آنان برای

ساختن پرستشگاه خود^۱ و مجاز دانستن آنها، و برگزیدن قاضیان و داوران برای داوری میان خود می‌دهد.^۲ بخش دیگر مستند به کتیبه‌های یافته شده از آن عهد به ویژه سنگ نبشته‌ای است که در آن کورش پادشاه هخامنشی از سیاستهای خود دایر بر اقرار به مذهب بابلیها و آزادی آنها و ترمیم ویرانیها یاد می‌کند.^۳ اینگونه دلایل تاریخی مورخان را به این نتیجه رسانده: «که ایرانیها با اینکه خود مذهب معینی داشته‌اند، نسبت به نژادها و مذاهب دیگر بد رفتاری نمی‌کردند و به مذاهب مختلف به دیده احترام می‌نگریستند و حتی اجازه می‌دادند که پیروان سایر مذاهب مراسم و تشریفات مذهبی خود را آزادانه انجام داده و تبلیغات لازمه بنمایند»^۴ بنابراین ایرانیها در آن دوران رفتاری همراه با مدارا با ملت‌های مغلوب داشته و سنتها و مذاهبها و حقوق آنها را محترم می‌شمرده‌اند و برای ملت‌های پیشرفته‌تر از خود مانند بابلیها، پس از تسلط بر آنها این امکان را باقی می‌گذاشته‌اند که آنها تمدن خود را همچنان حفظ کنند و اگر می‌توانند آن را بیشتر اعتلا بخشد و با این تدبیر توانسته بودند از یاری خود آنها در اداره سرزمین زیر سلطه خود بهره ببرند.^۵ این گونه رفتار با ملت‌های مغلوب از سوی ایرانیان در آن دوران می‌تواند نشانه وضعیت بیگانگان در داخل سرزمین‌های اصلی ایران تلقی گردد. در اصل هم باید گفت این نحوه سلوک هم انگیزه و هم نتیجه وضعیت خاصی است که این سرزمینها از دورترین زمانها کسب کرده و بر اثر آن توانسته‌اند به عنوان محل ارتباط شرق و غرب و معبر حمل کالا از یک سوی جهان شناخته شده آن زمان به سوی دیگر آن ازش یابند. حکام ایرانی محلی نیز از همان زمانها از این موقعیت سود جسته و از آمد و شد بازرگانان بیگانه بهره‌هایی نصیب خود می‌ساخته‌اند^۶، و این جریان آنها را به حمایت از آن بازرگانان تشویق می‌کرده است. بنابراین می‌توان گفت در آن دوران در ایران برای بیگانگان شخصیت حقوقی شناخته می‌شده و رواج

۱. کتاب مقدس، عهد عتیق، کتاب عزرا، باب اول بند چهارم. به نقل از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی نوشته دکتر محمود سلجوقی ص ۷۳.
۲. مدرک پیشین، باب هفتم، بند ۲۵.
۳. او مستد، تاریخ شاهنشاهی هخامنشی، ترجمه دکتر محمد مقدم صفحه‌های ۷۱ و ۷۲. به نقل از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی نوشته دکتر محمود سلجوقی ص ۷۳.
۴. رنه گروسه، به نقل از دکتر محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، صفحه ۸۸.
۵. گیرشمن، ایران از آغاز تا اسلام، ترجمه دکتر محمد معین صفحه‌های ۱۴۳، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۷۰ به نقل از کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی نوشته دکتر محمود سلجوقی ص ۷۴. ص ۳.
۶. گیرشمن، ایران از آغاز تا اسلام، ترجمه دکتر محمد معین صفحه‌های ۸۲ و ۸۳.

پناهندگی به این کشور در آن روزگاران از آثار چنین رفتاری بوده است.

این دوران که در آن حقوق ایران مراحل تکاملی چندی را پشت سر گذاشته و به آن پایه از پیشرفت رسیده بوده که می‌توانسته امپراطوری عظیم ایران را اداره نماید پس از شکست ایران از یونان جای خود را به دوران تسلط اسکندر و جانشینان او یعنی سلوکیها داد.

اسکندر که از حسن تدبیر ایرانیها در اداره نواحی دور دست آگاهی داشت، در اداره سرزمینهای ایران از خود آنان الهام گرفت و آمیزش میان سربازان خود و آنها را تشویق کرد، چنانکه در دوران جانشینان او در کنار املاک ایرانیان مهاجر نشینهای یونانی پدید آمد و زبان و فرهنگ یونانی در کنار زبان فرهنگ ایرانی^۱ کم و بیش رواج یافت. تا آنجا که آن زبان نه تنها در روابط تجاری، در مواردی برای تنظیم اسناد^۲ حقوقی نیز بکار گرفته می‌شد. این جریان تا دوران پارتها یا اشکانیان ادامه می‌یابد. به این ترتیب می‌توان گفت در ایران آن دوران دو نوع حقوق رواج داشته و هر یک از این دو نوع برای اداره جامعه مشخص بکار می‌رفته است و از اینکه میان این دو نوع حقوق چه پیوندهائی بوده در کشاکش ایام اثری نمانده است. درباره حقوق بومی ایران هم نمی‌توان قائل به وحدت گردید. گستردگی سرزمین ایران و تنوع محیط و شرایط زیست عللی می‌باشند که می‌توانسته‌اند باعث تفاوت میان حقوق نواحی گوناگون آن باشند.

در دوران پارتها یا اشکانیان که حکومت از یونانیان پس گرفته می‌شود و ایرانیان خود زمام آن را به دست می‌گیرند، نظام حکومتی دوران سلوکیها شباهت داشته است. این شکل حکومت را در آن دوران در ایران، برخی مورخان بانظام حکومتی فنودالیتته در قرون وسطی در اروپا همانند دانسته‌اند.^۳ این وضعیت ایجاب می‌کند اداره هر ناحیه در قبضه حکومتی خود مختار باشد و حقوق هر ناحیه نسبت به حقوق ناحیه دیگر متفاوت باشد. با این وصف نباید آن دوران را در حقوق ایران با رفتار سخت با بیگانگان و سلب حقوق آنها در دوران فنودالیتته در اروپا مقایسه کرد. در دوران

۱. محمد تقی بهار، سلب شناسی، ج ۱ صفحه ۱۵ و ۱۶. به نقل از کتاب حقوق بین الملل خصوصی نوشته دکتر محمود سلجوقی ص ۷۴.

۲. مدرک پیشین، در پاورقی ص ۱۶ تصریح کرده است، در او دامان کردستان قباله زمینی مربوط به ۱۹۰ قبل از میلاد مسیح به خط یونانی یافته شده است. به نقل از کتاب حقوق بین الملل خصوصی نوشته دکتر محمود سلجوقی ص ۷۵.

۳. گیرشمن، ایران از آغاز تا اسلام، صفحه ۳۱۳.

ساسانیان قدمی فراتر برداشته می‌شود و حقوق بومی ایران حاکمیت عام می‌یابد و به لحاظ نقش بر جسته مذهب زرتشتی در فرهنگ و اداره جامعه با احکام آن آمیخته می‌گردد و مذهب در تعیین حقوق فرد در جامعه ارزش پیدا می‌کند. با این وصف برای پیروان مذاهب دیگر نیز فرض برخوردار بودن از حقوق محفوظ بوده مگر هنگامی که رواج مذهبی به رواج مذهب زرتشتی زیان می‌رسانده که در این حالت سخت‌گیری نسبت به پیروان آن مذهب آغاز می‌شده است. این وضعیت درباره شیعیان ایران در آن عهد دارای سابقه می‌باشد.^۱ چنانچه با اوج گرفتن رواج این مذهب در ایران سخت‌گیری نسبت به پیروان آن در آن عهد شدت می‌یابد، خاصه هنگامیکه مسیحیت به عنوان مذهب رسمی از سوی دولت روم پذیرفته می‌شود و دولت ایران آن مذهب را به عنوان عامل پیوند میان پیروان آن و دولت روم تلقی می‌کند و رفتار خود مسیحیان نیز به این بدگمانی دولت ایران دامن می‌زند^۲، این وضعیت سبب می‌شود از یک سو رفتار با مسیحیان ایران تابع چگونگی روابط دولت ایران با دولت روم گردد و از سوی دیگر دولت روم خود را مجاز بیند که درباره حقوق و آزادیهای آنان در اجرای مراسم مذهبی آنان نزد دولت ایران مداخله کند، چنانکه در زمان یزدگرد اول ساسانی بر اثر توافق این دو دولت هیاتی مذهبی از سوی دولت روم شرقی به ایران می‌آید و اعضای آن هیات با شرکت در انجمن رهبران مسیحیان ایران، در سال ۱۴۱۰ میلادی در تنظیم آئین و نظامات مسیحیت در ایران مشارکت می‌کنند.^۳

ب - وضعیت بیگانگان در ایران در ادوار حکومت‌های اسلامی: با شکست ساسانیان و

برقرار شدن حاکمیت اسلامی در سرزمین ایران حقوق این سرزمین این باره از اساس دگرگون شد و جای خود را به حقوق اسلامی داد و از حقوق گذشته آن، جز آنچه از سوی ایرانیان وفادار به آئین زرتشتی حفظ شد، آنهم در حدودی که دولت اسلامی اجازه می‌داد، اثری بر جا نماند. افزون بر زرتشتیان، پیروان دیگر آئین‌ها هم، که از گذشته‌ها در این سرزمین سکونت داشتند و از اتباع ایران به

۱. آرتور کریستن سن، ایران در زمان ساسانیان، ترجمه رشید یاسمی ص ۲۹۱ به نقل از کتاب حقوق بین‌الملل

خصوصی نوشته دکتر سلجوقی ص ۷۶.

۲. مدرک پیشین، ص ۲۹۱ و ۲۹۲.

۳. مدرک پیشین ص ۹۴.

شمار می‌آمدند از پذیرفتن اسلام سرباز زدند، در این دوران دیگر نمی‌توانستند جز اعضای جامعه یا امت اسلامی تلقی شوند، به این جهت همگی این گروههایی که در حاکمیت جدید از کفار بودند بیگانه تلقی می‌شدند و بهره‌مند ماندن آنها از حقوق بستگی به آن داشته که، اگر از پیروان مذاهب شناخته شده محسوب می‌گشته‌اند، با این حاکمیت پیمانی به نام عقد ذمه منعقد می‌ساختند در این پیمان حقوق و تکالیف آنها کم و بیش معین می‌گردیده است. منعقد سازندگان این پیمانها را ذمیان می‌نامیده‌اند و آنهائیکه از ایفاء این تکلیف دوری می‌جسته‌اند از کفار حزبی تلقی می‌گردیده‌اند و نمی‌توانسته‌اند مدعی هیچگونه حقی باشند و از لحاظ جان و مال نیز حقی برای آنها شناخته نمی‌شده است.^۱

گذشته از ذمیان که سکونت آنها در سرزمین اسلامی صورت دائم داشته است بیگانگانی هم که برای اقامت موقت یا عبور به این سرزمین می‌آمده‌اند، و به آنها به گونه‌ای امان داده می‌شده است، از حداقل حقوق ذمیان بهره‌مند می‌گشته‌اند. این گونه بیگانگان را، در اصطلاح، مستامن می‌گفته‌اند. درباره بیگانگانی هم که میان دولت متبوع آنها و دولت اسلامی پیمان صلح موقت یا متارکه جنگ موسوم به مهاده منعقد می‌شده لفظ معاهده به کار می‌رفته است.^۲

عقد ذمه که به اعتبار تعهدهای منعکس در آن به عقد ذمه و به لحاظ شرط جزیه در آن به عقد جزیه مشهور گشته، منحصر به زرتشتیان، یهودیان و مسیحیان ساکن در سرزمین ایران یعنی پیروان ادیانی که آنها را اسلام یا اهل کتاب و یا در حکم اهل می‌شناسد بوده است و می‌توانسته شامل یک نفر یا گروهی از اهالی یک محل یا همگی ساکنان یک شهر و به صورت مکتوب یا غیر مکتوب، واقعی و یا فرضی باشد.

جزیه بر دو گونه بوده است. سرانه و ارضی، صورت ارضی آنرا خراج نیز می‌گفته‌اند. این دو نوع تعهد پرداخت از سوی ذمی را باید استمرار دو نوع مالیاتی دانست که در زمان ساسانیان در ایران مرسوم بوده و به طبقات زیرین جامعه تعلق می‌گرفته و در این دوران تغییر شکل یافته و شامل کسانی می‌شده است که به جای پذیرفتن دین رسمی کشور پرداخت آنها را بر عهده می‌گرفته‌اند.

۱. تاریخ حقوقی ایران، دکتر جمفر لنگرودی ش ۱۰۷.

۲. مدرک پیشین، ش ۱۱۴.

شرایط عقد ذمه را فقهای اسلام از ادله اربعه استخراج می‌کرده‌اند^۱. بنابراین پایه‌های این عقد بر حقوق اسلامی استوار بوده است. شرایط عمومی این عقد به شش شرط به ترتیب زیر می‌باشد ۱- پذیرفتن پرداخت جزیه ۲- انجام ندادن کارهای منافی امان مانند عزم جنگ با مسلمین یا امداد مشرکان ۳- نرساندن ایذاء به مسلمانان مانند ارتکاب زنا و لواط و سرقت نسبت به آنان یا جاسوسی علیه آنان ۴- عدم تظاهر به منکرات مانند نوشیدن شراب و خوردن گوشت خوک و نکاح با محارم ۵- نساختن عبادتگاهها، نساختن ناقوس کلیساها و مرتفع نساختن بناهای خود نسبت به ساختمانهای مسلمین ۶- جاری بودن احکام مسلمین در بین آنها

دو شرط اول و دوم^۲ از شرایط ضرور در هر عقد تلقی می‌شدند و تخلف از آنها موجب فسخ عقد بود، شرایط دیگر در صورتیکه در عقد به آنها تصریح می‌گردید، از موجبات فسخ به شمار می‌آمدند، و اگر به آنها تصریح نمی‌شد باز ذمی ناگزیر بود آنها را بنا بر مرسوم مراعات نماید، و اگر در مراعات آنها سر می‌پیچد او را طبق مقررات اسلامی تعزیر می‌کردند. تعیین میزان جزیه بستگی به نظر حکومت داشت. درباره قابل جمع بودن جزیه و خراج نظرها مختلف بوده^۳، از این رو در این باره به نظر می‌رسد رویه‌ای یکسان جاری نبوده است. جزیه از زنان شوهردار، در صورتیکه شوهر آن را می‌پرداخته و از کودکان و دیوانگان گرفته نمی‌شده است. کودک، پس از بلوغ، اگر از پذیرش اسلام سرباز می‌زد، ناگزیر بود با انعقاد عقد ذمه وضعیت حقوقی خود را معین کند، و گرنه کافر حربی تلقی می‌گردید^۴.

از حیث احوال شخصیه و اهلیت و حقوق ارثیه همانگونه که در اسلوب قانونگذاری کنونی ایران درباره اقلیتها عمل می‌شود اهل ذمه تابع احکام مذهبی خود بوده‌اند^۵. وصیت به نفع ذمی به نظر گروهی از فقها، جایز شمرده می‌شده^۶ با این حال از مایه‌های ترک بستگان مسلمان وی سهمی به عنوان

۱. محمود شهابی، قواعد فقه، ص ۶. به نقل از مدرک پیشین.

۲. شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۱، ص ۳۲۹ و ۳۳۰ به نقل از مدرک پیشین.

۳. مدرک پیشین، ص ۳۲۸.

۴. مدرک پیشین ص ۳۲۸.

۵. مدرک پیشین ج ۴ ص ۵۲.

۶. مدرک پیشین، ج ۲، ص ۲۵۳.

ارث او نصیب نمی‌گردیده است.^۱

ذمی هر گاه از تجاهر نسبت به انجام عملی که در شریعت او جائز و در شریعت اسلام حرام بود خودداری می‌کرد تعقیب نمی‌شد. در مورد انجام عملی که بنابر هر دو شریعت ممنوع بود قاضی اسلامی می‌توانست یا خود او را تعقیب کند و به کیفر رساند و یا کیفر او را به قاضی شریعت خود او محول کند.^۲ به طور کلی قاضی اسلامی صلاحیت رسیدگی نسبت به دعاوی له یا علیه ذمیان را داشته و در اختلاف میان دو هم‌کیش می‌توانسته یا خود به اختلاف آنها رسیدگی و حکم آن را بنا بر احکام شریعت خود آنها، با چرح و تعدیل که خود در آن احکام می‌داده است، تعیین یا از رسیدگی امتناع و آن را به قاضی شریعت خود آنها احاله کند.

بیگانگان بیرون از سرزمین اسلامی که گذار آنها به قلمرو اسلامی می‌افتاده است در چند حالت از حداقل حقوق، مانند ذمیان، برخوردار می‌شده‌اند. این حالتها را می‌توان بر سه گونه دانست: هنگامیکه دولت اسلامی با دولت متبوع آنها پیمان صلح موقت منعقد می‌ساخته است. هنگامیکه خود آنها از دولت اسلامی، امان می‌یافته‌اند، هنگامیکه بیگانه به گمان برخوردار بودن از امان به سرزمین اسلامی می‌آمده است.

مهادنه یا معاهده جز به صورت موقت نمی‌توانسته باشد.^۳ مدت آن متفاوت ذکر شده است، چنانچه صاحب شرایع آن را میان چهار ماه و یکسال^۴ و صاحب شرح لمعه آن را تا ده سال جائز دانسته و در حاشیه شرح لمعه قید شده: اگر پس از ده سال تمدید آن ضرور باشد باید بجای تمدید به انعقاد پیمانی جدید مبادرت گردد. شرایط مهادنه به اقتضای متارکه جنگ تعیین می‌گشته و اگر برخی از آن شرایط با احکام اسلام تطبیق نمی‌کرده و فاء به آن شرایط از سوی دولت اسلامی لازم نبوده است.^۵

امان بدین معناست که دولت اسلامی یا یکی از مسلمانان با هر لفظ یا اشاره بیگانه را مطمئن می‌ساخته که جان و مال او در سرزمین اسلامی در سلامت و در امان است، و در آن، مانند حالت

۱. مدرک پیشین، ج ۴، ص ۱۲۰۱.

۲. مدرک پیشین، ج ۱، ص ۳۳۴.

۳. تاریخ حقوقی ایران، دکتر جعفر لنگرودی، ش ۱۱۳ و ۱۱۴.

۴. شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۱، ص ۳۳۳.

۵. مدرک پیشین، ج ۱، ص ۳۳۳.

مهادنه، نوع مذهب کافر موثر تلقی نمی‌گشته، بنابر این: امان اختصاص به اهل کتاب یا در حکم اهل کتاب نداشته و پس از تحقق آن مادام که بیگانه در سرزمین ایران مقیم بود، جان و مال او در پناه دولت اسلامی قرار داشته و اگر وی به وطن خویش باز می‌گشته و اموالی از خود در سرزمین اسلامی بر جا می‌گذاشته، اثر امان نسبت به آن اموال ادامه می‌یافته و هرگاه وی در وطن خود در می‌گذشته، و وارثی مسلمان نداشته اموال او به دولت اسلامی تعلق می‌گرفته و این حکم در حالتی هم که در گذشت او در سرزمین اسلامی رخ می‌داده جاری بوده است.^۱

۳) شبه امان نیز هنگامی بوده که بیگانه بر اثر مسوعات خود، یا بر اثر دوستی با مسلمین این پندار را می‌یافته که جان و مال او در سرزمین اسلامی محفوظ می‌باشد و با این گمان راهی آنجا می‌شده است. در این حالت نیز دولت اسلامی خود را موظف به حمایت از جان و مال او تا بازگشت وی یا بازگرداندن وی به ما من خود می‌دانسته است.^۲

ج - وضع حقوقی بیگانگان در دوران تسلط مغول و پس از آن: با تسخیر سرزمین ایران و دیگر بلاد و خلافت اسلامی از سوی چنگیز و فرزندن او در اراضی تسخیر شده آنان حاکمیتی جدید مستولی شد و اگر اعتبار احکام و قواعد، اسلام در اداره روابط درونی جامعه مسلمانان ایران همچنان محفوظ ماند، اداره روابط راجع به جامعه‌های مختلف و بطور کلی اداره امور عمومی آنان تابع احکام قواعد این حاکمیت که به یاسا^۳ معروف هستند گردید، حتی پس از رسیدگی به دعاوی مختلط، یعنی دعاوی که در یک سوی آنها یکی از مغولان و در سوی دیگر یکی از مسلمانان قرار می‌گرفت، به دستور غازان، دیوان مظالم تشکیل می‌گشت و اعضای آن از برجستگان دو جامعه مغول و مسلمان برگزیده می‌شدند.^۴

از مشخصات این دوران، در روابط با بیگانگان آن است که با ایجاد حکومت مرکزی قوی و با ثبات در منطقه، رفت و آمد بازرگانان از شهرهای خود مختار ساحل ایتالیا به سرزمین ایران و از آن به

۱. شرح‌لمعه، ج ۱، ص ۱۸۹، به نقل از حقوق بین الملل خصوصی دکتر سلجوقی ص ۸۰.

۲. مختصر المنافع، صفحه ۱۳۶.

۳. تاریخ مغول، عباس اقبال آشتیانی، ص ۷۷، ۷۸، ۷۹.

۴. تاریخ مغول، عباس اقبال آشتیانی، ص ۳۰۰. به نقل از مدرک پیشین.

هند آغاز گردید و شهر تبریز به عنوان بزرگترین مرکز معاملات تجاری میان شرق و غرب اشتهار می‌یابد. و تعریف بیگانگی نیز، از نظر حاکمیت، با آنچه این لفظ در دوره حکومت‌های اسلامی می‌توانسته معنی داشته باشد متفاوت می‌گردد و تنها شامل کسانی می‌شود که از خارج از قلمرو امپراطوری مغول به طور روز افزون برای تجارت یا سیاحت یا ماموریت به ایران می‌آمده‌اند و دولت نیز که خود برای توسعه تجارت مشوق اینگونه رفت و آمدها بوده برای آنها به طور عموم حقوقی می‌شناخته است.

در عصر صفویه با آنکه حکومت عثمانی، با قرار گرفتن میان ایران و اروپا، به عنوان رقیب مقتدر دولت ایران، جریان آزاد روابط اقتصادی و تجاری میان سرزمین ایران و کشورهای اروپائی را مختل می‌ساخت، دولت ایران که پایه‌های خود را بر ترویج تشیع نهادده بود^۱، به لحاظ اقتدار و ثبات خود توانست موقعیت این سرزمین را به عنوان شاهراه ارتباط شرق و غرب همچنان حفظ کند. در این دوران روابط بیگانگان در ایران، مانند اعصار گذشته، تابع احکام و موازین حقوق اسلامی بود و پذیرفتن شرائط کاپیتولاسیون به تقلید از عثمانیها در معاهده‌ای به نفع فرانسویها، با اجرا در نیامدن آن^۲ تغییری در جریان عادی حقوق نداد.

در این عصر نیز ساست دولت بر گسترش روابط بین المللی و تشویق تجارت استوار بوده و بخصوص از آمدن بازرگانان اروپائی استقبال می‌شده است، چنانکه برادران شرلی که در سال ۱۶ میلادی از سوی انگلیس برای ایجاد روابط سیاسی و تجاری به ایران می‌آیند موفق می‌گردند موافقت دولت ایران را از آمد و رفت آزادانه و توقف و اشتغال به تجارت برای اتباع انگلستان در سرزمین ایران و مصون شناخته شدن جان و مال و مذهب آنان در این سرزمین به دست آورند، و یا دولت فرانسه می‌تواند موافقت آن دولت را با معافیت گمرکی بازرگانان فرانسوی کسب نماید^۳. از این مثالها این نکته به خوبی مستفاد می‌گردد که در این دوران نیز، به اقتضای تشویق تجارت، با صدور فرمانهایی از سوی دولت و یا عقد معاهده‌هایی برای بیگانگان حقوقی شناخته می‌شده است.

د - وضعیت بیگانگان در دوران کاپیتولاسیون در ایران: کاپیتولاسیون در لغت معنای لغوی

۱. تاریخ اجتماعی و سیاسی ایران، سعید نفیسی، ج ۲، ص ۳۹.

۲. معظمی، عبدالله حقوق بین الملل خصوصی، به نقل از مدرک پیشین ص ۸۲.

۳. معظمی، عبدالله، حقوق بین الملل خصوصی.

به معنای معاهده یا پیمانی است که در آن دولتی می‌پذیرد حقوق و مزایائی را در سرزمین تحت اقتدار خود محترم شمارد. از نظر نظامی؛ معاهده تسلیم قلعه‌ای مستحکم یا ارتش به دشمن و در معنای اصطلاحی: ترک مقاومت در امر مورد تائید و حمایت خود می‌باشد^۱ و از نظر حقوقی؛ وضعیت حقوقی بیگانگان در کشورهای بیرون از مسیحیت بوده بگونه‌ای که صلاحیتهای قانونگذاری و قضائی محلی در مقیاسی و وسیع شامل آنها نمی‌گردیده و صلاحیتهای کشور مبدا درباره آنها جاری بوده است.^۲ در حقوق ایران از این لفظ «امتيازات قضائی اتباع خارجه در ایران» تعبیر گردیده است.^۳ پذیرش این اسلوب به معنای چشم پوشی از حاکمیت قوانین و دادگاههای محلی درباره بخش بزرگی از روابط بیگانگان در کشور می‌باشد. بنابراین باید آن را استناد بر اصل سرزمینی بودن قانون و موافق اصل شخصی بودن آن در حد وسیع دانست، که در حال حاضر، که اصل حاکمیت ملی در جامعه بین المللی به درستی شناخته شده و ارزشی شایسته یافته، به لحاظ تصاد آشکار با این اصل موقعیت خود را از دست داده و به زمان گذشته تعلق گرفته است. پذیرش این اسلوب در ایران، مانند آنچه در عثمانی رخ داده، بر اثر معاهده و در مصر دارای پایه عرفی بوده است.^۴

منشأ کاپیتولاسیون در ایران: با گسترش روابط بازرگانی میان اروپا و ایران از قرن هفدهم میلادی و افزایش شمار بازرگانان و اتباع کشورهای آن قاره در این سرزمین^۵، و با وجود بهره‌مند بودن آنها از حقوق در ایران و رعایت حقوق آنها از سوی دولت ایران، چون آن کشورها میان نظام قضائی و حقوقی خود با نظام قضائی و حقوقی ایران تفاوتهای آشکار می‌دیدند با استفاده از تجاربی که از پذیرش اسلوب کاپیتولاسیون از سوی دولت عثمانی به دست آورده بودند، از آغاز قرن هیجدهم میلادی در صدد بر آمدند ایران را نیز به پذیرش این اسلوب تشویق نمایند و فرانسه در این راه پیشگام گردید، چنانکه در سال ۱۷۰۸ میلادی در این باره معاهده‌ای ۱۷۱۵ و ۱۷۲۲ مورد تجدید

۱. دیکسیونر رویر، مدرک پیشین، ص ۸۲.

۲. حقوق بین الملل عمومی، شارل روسو، ج ۳ ش ۵۰، به نقل از مدرک پیشین ص ۸۳.

۳. دکتر شایگان، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۵۵، به نقل از مدرک پیشین ص ۸۳.

۴. شارل روسو حقوق بین الملل عمومی، ج ۳، شماره ۶۱، به نقل از مدرک پیشین ص ۸۳.

۵. دکتر معظمی، حقوق بین الملل خصوصی.

نظر و اصلاح قرار گرفت^۱. این معاهده و معاهده‌های دیگر در این زمینه با روسیه تزاری در تاریخ ۱۷۳۲ میلادی^۲ همانطور که پیش از این نیز اشاره شد، هیچگاه به اجرا در نیامدند، با این وصف آنها را می‌توان مقدمه‌ای بر پذیرش اسلوب کاپیتولاسیون در تاریخ ۲۱ بهمن ۱۲۰۶ هجری شمسی، بر اثر انعقاد پرتکل پیوست عهدنامه ترکمنچای به نام عهدنامه بازرگانی میان ایران و روسیه از سوی دولت ایران دانست. این معاهده به موقع اجرا گذارده شد و بر اثر آن ایران در شمار کشورهای پیرو اسلوب کاپیتولاسیون در آمد و کشورهای علاقمند دیگر نیز یا از راه پیش بینی شرط کاپیتولاسیون، یا پیش بینی شرط دول کامله الوداد، در عهدنامه‌های خود با دولت ایران مزایای آن را برای خود به دست آوردند. کشورهای گروه اول عبارت بودند از: اسپانیا (معاهده سال ۱۸۴۲) فرانسه (معاهده سال ۱۸۵۵)، آمریکا (معاهده سال ۱۸۵۶) اطریش (معاهده سال ۱۸۵۷) بلژیک (معاهده سال ۱۸۵۸) یونان (معاهده سال ۱۸۶۱) و ایتالیا (معاهده سال ۱۸۶۲) و کشورهای گروه دوم عبارت بودند از: انگلیس (معاهده سال ۱۸۴۷) هلند (معاهده سال ۱۸۵۷) دانمارک (معاهده سال ۱۸۵۷) سوئد و نروژ (معاهده سال ۱۸۵۷) سوئیس (معاهده سال ۱۸۷۸) آرژانتین (معاهده سال ۱۹۲۰) و برزیل (معاهده سال ۱۹۰۸).

علل پذیرش اسلوب کاپیتولاسیون از سوی دولت ایران در آن زمان متعدد هستند. گذشته از عامل اصلی یعنی ضعف و فتور دولت ایران و شکستهای پیاپی آن دولت از روسیه تزاری و نظام حقوقی و قضائی آن که نمی‌توانست پاسخگوی تحولات زمان باشد، علت دیگر آن تعبیر نادرست از فقه اسلامی در زمینه جواز شناخته شدن پیروی اهل کتاب از احکام قضائی شریعت خود در سرزمین‌های اسلامی که به آن پیش از این اشاره شد، بوده است. چنانکه اروپائیان برای قبولاندن این اسلوب در قرن شانزدهم میلادی به دولت مقتدر اسلامی عثمانی نیز از این استدلال بهره جستند. و حال آنکه جواز یاد شده درباره اهل کتاب با این اسلوب به جهاتی متفاوت است. اگر اهل کتاب بر پایه فقه اسلامی به استناد عقد ذمه در بخشی از حقوق پیرو احکام شریعت خود بوده‌اند و درباره دعوی آنها قاضی اسلامی می‌توانسته یا خود رسیدگی، یا آنها را نزد قاضی شریعت خود آنها، که هر دو نیز تحت حاکمیت دولت اسلامی قرار داشته، هدایت کند، در اسلوب قضائی کاپیتولاسیون

۱. دکتر معظمی، حقوق بین الملل خصوصی.

۲. شارل روسو، حقوق بین الملل عمومی، ج ۳، شماره ۹۰.